

صلاحیت قضایی

مراجع بین المللی غیرمسلمان

کد موضوعی: ۲۴۰

شماره مسلسل: ۱۳۵۵۲

اسفندماه ۱۳۹۲

معاونت پژوهش‌های سیاسی - حقوقی
دفتر: مطالعات حقوقی

به نام خدا

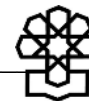
فهرست مطالب

چکیده.....	۱
مقدمه.....	۱
۱. تبیین موضوع بحث.....	۱
۲. پیشینه بحث.....	۲
۳. ضرورت بحث از صلاحیت مراجع بین المللی.....	۳
الف) فضای بین المللی.....	۳
رویکرد جدید در فضای بین المللی.....	۶
منشأ حقوق بین الملل.....	۷
اعلامیه جهانی حقوق بشر.....	۸
مراجع بین المللی در فضای جدید.....	۱۱
ب) مسلمانان، حقوق و مراجع بین المللی.....	۱۳
علل سلطه پذیری مسلمانان.....	۱۶
گرایش مسلمانان به حقوق بشری.....	۱۹
اعتبار جاودانه کتاب و سنت.....	۲۷
۴. ضرورت قضاوت در فضای ملی و بین المللی.....	۲۸
۵. قضاوت از منظر اسلام.....	۲۹
بخش اول - مراجع قضایی بین المللی و مستندات آنها.....	۳۳
فصل اول - مراجع قضایی بین المللی.....	۳۳
گفتار اول - دیوان بین المللی دادگستری.....	۳۳
مبحث اول - قضات دیوان.....	۳۵
مبحث دوم - رسیدگی و رأی دیوان.....	۳۷
گفتار دوم - دیوان کیفری بین المللی.....	۳۸
مبحث اول - صلاحیت دیوان کیفری.....	۳۹
مبحث دوم - الحاق به معاهده دیوان.....	۴۰
بند اول - وجوه منع الحاق.....	۴۰
بند دوم - وجوه الحاق.....	۴۴
گفتار سوم - داوری بین المللی.....	۴۷
مبحث اول - داوری در اسلام.....	۴۹
بند اول - داوری و تحکیم.....	۵۲

بند دوم - داوری و قضاوت.....	۵۳
مبحث دوم - داوری در قانون.....	۵۵
گفتار چهارم - مراجع شبه قضایی.....	۵۷
گفتار پنجم - مراجع سیاسی - امنیتی.....	۵۸
مبحث اول - شورای امنیت.....	۶۲
مبحث دوم - مجمع عمومی.....	۶۶
مبحث سوم - سایر مراجع.....	۶۷
بند اول - شورای حقوق بشر سازمان ملل.....	۶۷
بند دوم - آژانس بین‌المللی انرژی اتمی.....	۷۰
فصل دوم - مستندات مراجع قضایی بین‌المللی و دیدگاه اسلام در مورد آنها.....	۷۱
گفتار اول - عهدنامه‌ها (معاهدات).....	۷۳
مبحث اول - معنا و ماهیت معاهده.....	۷۳
مبحث دوم - معاهده در اصطلاح حقوق بشری.....	۷۵
مبحث سوم - معاهده با غیرمسلمان از دید اسلام.....	۷۷
بند اول - شناسایی غیرمسلمان.....	۷۷
بند دوم - ادله جواز انعقاد معاهده.....	۸۳
بند سوم - نتیجه بحث.....	۸۵
مبحث چهارم - اساس معاهده با غیرمسلمان.....	۸۶
بند اول - قواعد و حقوق فطری (طبیعی) و اکتسابی.....	۸۸
بند دوم - عرف بین‌المللی.....	۹۸
بند سوم - التزامات غیرمسلمانان (قاعده الزام).....	۹۸
مبحث پنجم - شرایط انعقاد معاهده.....	۱۰۱
بند اول - شرایط طرفین.....	۱۰۱
بند دوم - محتوای معاهده.....	۱۰۶
مبحث ششم - لزوم وفای به عهد.....	۱۱۳
بند اول - فسخ معاهده.....	۱۱۴
بند دوم - تجدیدنظر در معاهدات.....	۱۱۶
مبحث هفتم - اقسام معاهده.....	۱۱۶
بند اول - معاهده استرداد مجرمان.....	۱۱۷
بند دوم - معاهده اعطای حق قضاوت کنسولی (کاپیتولاسیون).....	۱۲۱
بند سوم - معاهده حل و فصل اختلافات.....	۱۲۴
گفتار دوم - عرف بین‌المللی به مثابه یک اصل حقوقی.....	۱۲۵
مبحث اول - عرف در حقوق بین‌الملل.....	۱۲۵

بند اول - منشأ عرف	۱۲۶
بند دوم - تغییر عرف	۱۳۲
مبحث دوم - عرف در حقوق اسلامی	۱۳۲
بند اول - عرف در قرآن و حدیث	۱۳۳
بند دوم - منبغیت عرف	۱۳۷
مبحث سوم - اعتبار عرف بین المللی از نظر شرع	۱۳۷
گفتار سوم - اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن	۱۳۸
گفتار چهارم - رویه قضایی	۱۳۹
گفتار پنجم - عقاید برجسته ترین متخصصان	۱۴۰
گفتار ششم - عدل و انصاف	۱۴۰
گفتار هفتم - سایر مستندات	۱۴۱
بخش دوم - رجوع به نهادهای قضایی بین المللی	۱۴۴
فصل اول - رجوع در شرایط عادی	۱۴۴
گفتار اول - اصل عدم سلطه	۱۴۴
مبحث اول - مظاهری از سلطه غیرمسلمان در نظام های حقوقی ملی	۱۴۷
بند اول - در نظام حقوقی کشورهای غیرمسلمان	۱۴۸
بند دوم - در نظام حقوقی کشورهای مسلمان	۱۵۱
مبحث دوم - مظاهری از سلطه غیرمسلمان در نظام حقوقی بین المللی	۱۵۱
بند اول - پیوستن کشورهای اسلامی به معاهدات بین المللی	۱۵۱
بند دوم - رجوع کشورهای اسلامی به مراجع قضایی بین المللی	۱۵۴
گفتار دوم - پذیرش سلطه به شرط صلاحیت	۱۵۴
صلاحیت مرجع قضایی	۱۵۴
صلاحیت قاضی	۱۵۷
مبحث اول - از دید عقل	۱۵۷
مبحث دوم - از دید نقل	۱۵۸
اول - اثبات صلاحیت مؤمن	۱۵۸
دوم - نفی صلاحیت کافر	۱۶۱
اول - ادله نفی صلاحیت کافر	۱۶۲
الف) آیات نفی توکی	۱۶۲
ب) آیه ادای امانت	۱۶۳
ج) آیه نفی سبیل	۱۶۴
د) آیه قضاوت طاغوت	۱۷۷
هـ) روایت برتری اسلام	۱۸۰

دوم) دلایل اثبات صلاحیت (فی الجمله).....	۱۸۲
الف) دلیل عرف‌گرایان.....	۱۸۲
ب) ادله عقل‌گرایان.....	۱۸۳
۱. خطابات عام نقلی.....	۱۸۴
الف) حکم به حق.....	۱۸۴
ب) مفهوم حق.....	۱۸۶
۲. سیره معصوم (ع).....	۱۹۳
۳. اشتراک در حقوق.....	۱۹۸
۴. وضع قضاوت.....	۱۹۹
فصل دوم - رجوع در شرایط غیرعادی.....	۲۰۰
گفتار اول - قاعده ضرورت.....	۲۰۱
مبحث اول - مفهوم ضرورت و اضطرار.....	۲۰۱
مبحث دوم - تحقق ضرورت.....	۲۰۲
مبحث سوم - خوف معتبر در شرایط اضطراری.....	۲۰۳
گفتار دوم - حکم ضرورت.....	۲۰۵
گفتار سوم - ضرورت، تراحم و اولویت.....	۲۰۹
گفتار چهارم - التزام به تعهد پس از خروج از حال ضرورت.....	۲۱۲
نتیجه کلام.....	۲۱۴
فهرست منابع.....	۲۱۶



صلاحیت قضایی مراجع بین‌المللی غیر مسلمان

چکیده

در این گزارش صلاحیت قضایی مراجع بین‌المللی غیرمسلمان با توجه به قاعده نفی‌سییل مورد بحث قرار گرفته و پس از بررسی جوانب موضوع به این نتیجه رسیده است که پذیرش سلطه قضایی غیرمسلمان گرچه معاند نباشد در شرایط اختیار و قدرت، جایز نیست و پذیرش داوری در این شرایط با وجود داور واجد شرایط مسلمان بلامانع است و قضاوت و داوری در شرایط اضطراری تابع قواعد و احکام این شرایط می‌باشد.

مقدمه

در این مقدمه پس از تبیین موضوع بحث و اشاره به ضرورت آن در فضای جدید بین‌المللی، موضع کشورهای اسلامی در برابر حقوق و مراجع بین‌المللی و علل سلطه‌پذیری مسلمانان و گرایش جوامع اسلامی به «حقوق بشری»^۱ به اختصار ذکر می‌شود و در آخر ضرورت قضاوت در فضای ملی و بین‌المللی و قضاوت از منظر اسلام را از نظر می‌گذرانیم.

۱. تبیین موضوع بحث

در ابتدا لازم است روشن کنیم که منظور از صلاحیت در عنوان بحث، صلاحیت ذاتی^۲ مراجع قضایی بین‌المللی از منظر اسلام است؛ چون این مراجع محل ابتلا هستند و اجمالاً می‌دانیم غالب کسانی که در این مراجع متولی امر قضاوت هستند غیرمسلمانند و قواعد مورد استفاده آنها نیز

۱. منظور از واژه حقوق بشری که به‌طور مکرر در این نوشته به‌کار رفته، نظامات حقوقی ساخته و پرداخته دست بشر است که آنها را با اتکا به ادراکات خود پایه‌گذاری کرده است، حقوق در این تعبیر معادل واژه (law) در انگلیسی است. حقوق بشری گرچه در کل در مقابل حقوق الهی قرار می‌گیرد، اما این‌گونه نیست که هیچ جزئی از آن با هیچ جزئی از حقوق الهی مطابقت نداشته باشد. لازم است در همین‌جا توضیح دهیم که برخی از اطلاق واژه «حقوق» بر قواعد و احکام دین استنکاف می‌کنند که به‌نظر می‌رسد وجهی ندارد چون فرق اساسی این دو نظام در منبع آن دو است که یکی بشری و دیگری الهی است.

۲. به ص ۱۵۳ همین نوشته ذیل عنوان صلاحیت مرجع قضایی و قاضی رجوع کنید.

ممکن است با قواعد اسلام مغایرت داشته باشد. از سوی دیگر اجمالاً می‌دانیم که اسلام رجوع به قضات غیرمسلمان و تمکین به قواعد غیراسلامی را جایز نمی‌داند. منظور از قضاوت^۱ نیز همان حکم کردن است که بر فرآیندی کارشناسانه به منظور کشف حقیقت و حل و فصل دعاوی و رفع خصومت استوار است. همچنین منظور از مراجع قضایی بین‌المللی،^۲ نهادهایی است که در فضای بین‌المللی با تعهدات عام یا خاص متکفل رسیدگی قضایی به اختلافات دولت‌ها هستند و منظور از رجوع، احاله امر به مرجعی است که می‌تواند تصمیم قضایی یا شبه‌قضایی^۳ الزام‌آور داشته باشد.

۲. پیشینه بحث

نگارنده درباره رجوع به مراجع قضایی بین‌المللی غیرمسلمان، به نوشته یا تحقیق مستقلاً دست نیافت که البته دلیل قطعی بر نبودن مطلبی در این زمینه نیست؛ اما جایگاه این بحث، در کتب فقهی، یا در کتاب جهاد است یا کتاب قضا^۴ و در کتبی که قواعد فقهی مورد بحث قرار گرفته است یا ذیل قاعده نفی سبیل^۵ طرح می‌شود یا قاعده نفی سلطه کافر که از ولایت قضایی یا سلطه کافر سخن می‌رود و در مقالات مستقل نیز تحت عنوان قاعده نفی سبیل^۶ یا قاعده نفی سلطه

۱. شهید ثانی می‌گوید: القضاء ای الحكم بین الناس: قضاوت به معنای حکم کردن میان مردمان است. (الروضة البهیة، ج ۲، ص ۷۱) و آیت‌الله خویی (۱۴۱۱) نیز می‌گوید: القضاء هو فصل الخصومة بین المتخاصمین، و الحكم بثبوت دعوی المدعی او بعدم حق له علی المدعی علیه، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳.

۲. رجوع کنید به: میرعباسی، دیوان دادگستری بین‌المللی.

۳. منظور از تصمیم قضایی، تصمیم مرجعی است که برای قضاوت تأسیس شده است و منظور از تصمیم شبه‌قضایی، تصمیم مرجعی است که در دل سازمانی غیرقضایی به حل و فصل اختلافات میان اعضا می‌پردازد مانند رکن حل اختلاف سازمان تجارت جهانی.

۴. محل این بحث در کتب فقهی، کتاب جهاد است - آنجا که درباره مهاده یا معاهده ترک مخاصمه یا صلح با کفار حربی بحث می‌شود و جا دارد ذیل آن در این باره نیز بحث شود که آیا می‌توان در متن معاهده پیش‌بینی کرد که اگر در مدت صلح رخدادی موجب اختلاف شد، تکلیف چیست و آیا قرارداد منفسخ می‌شود یا آن اختلاف به نحوی از جمله رجوع به حکمیت رفع می‌شود و اگر رجوع به حکمیت پیش‌بینی شده باشد در بحث حکمیت یا طرفین باید بر یک نفر توافق کنند یا هر کدام حکمی برای خودش داشته باشد. که در بعضی از فروض به موجب این توافقنامه مسلمان به حکم کافر گردن می‌گذارد و متأسفانه فقها به فروع این مسئله در کتاب جهاد تا آنجا که دیده شده نپرداخته‌اند و یا کتاب قضا است که در اینجا به صراحت ولایت قضایی کافر نفی شده است چنان‌که در شرایع می‌گوید: «منصب قضاوت ... برای کافر هم منعقد نمی‌شود: فلا ینعقد القضاء ... لکافر، (شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۷) و صاحب جواهر نیز در شرح، نظر او را تأیید می‌کند. جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۲.

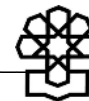
۵. چنان‌که بجنوردی در القواعد الفقهیه این قاعده را تحت عنوان «قاعدة نفی السبیل للکافرین علی المسلمین» مطرح کرده است. بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۱۸۷.

۶. مانند مقاله «قاعده نفی سبیل از منظر فریقین» از محمد رحمانی، رجوع شود به:

۴۶۱۱ & Magzine NumberID=۲۶۹۱ http://www.hawzah.net/fa/magar.html?MagazineID=۳۳۶۲۶&Magzine ArticleID=

و مقاله «جایگاه قاعده نفی سبیل در سیاست‌های کلان نظام اسلامی» از سیف‌الله صرامی، رجوع شود به:

۸۸-۱۲ http://www.hawzah.net/FA/artic/eview.html?ArticleID=



کافر^۱ کم و بیش به این موضوع اشاره شده است.

۳. ضرورت بحث از صلاحیت مراجع بین‌المللی

بحث از صلاحیت قضایی مراجع بین‌المللی در فضای کنونی جهان امری بدیهی به نظر می‌رسد؛ زیرا در این فضا هیچ دولتی نمی‌تواند خود را در محدوده‌ای جغرافیایی محصور کند و بدون رابطه با دولت‌های دیگر به حیات خود ادامه دهد. ازسوی دیگر بروز اختلاف در روابط دولت‌ها امری اجتناب‌ناپذیر است و دولت‌های اسلامی نیز از این قاعده مستثنا نیستند. بروز اختلافات به نوبه خود سبب پیدایش مراجع قضایی بین‌المللی شده است و بنابراین لازم است بحث شود که اگر بین دو دولت مسلمان یا دولتی مسلمان و غیرمسلمان اختلاف پدید آمد آیا رجوع به مراجع قضایی بین‌المللی در شرایط عادی جایز است یا خیر؟ و اگر نیست چه باید کرد؟ و اگر هست به کدام دلیل؟ اما بحث از صلاحیت مراجع قضایی در فضای بین‌المللی مستلزم آن است که فضای بین‌المللی را در حال حاضر از جهاتی که به این بحث مرتبط است بشناسیم تا ببینیم موضع اسلام در برابر این پدیده چه می‌تواند باشد.

این فضا با آنچه در یک قرن پیش بود کاملاً متفاوت است تا چه رسد به ۱۴ قرن پیش، آن‌گونه که می‌توان گفت فضای بین‌المللی امروز، فضای جدیدی است که صدور هر حکمی درباره همه یا بخشی از آن مثل قضاوت در این فضا، نیازمند شناخت و گاه نظریه‌پردازی است. ازاین‌رو اکنون فضای بین‌المللی، حقوق، منشأ حقوق و مراجع بین‌المللی را به اختصار مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

الف) فضای بین‌المللی

فضای بین‌المللی فضای کشوری خاص نیست، بلکه فضای بین ملت‌ها یا به تعبیر واقعی‌تر بین کشورها و دولت‌هاست. این فضا در گذشته از زمانی پدید آمد که اولین ملت‌ها شکل گرفتند و به رابطه با همدیگر حاجت یافتند و برای تنظیم روابطه بین خود به انعقاد معاهداتی^۲ نیازمند شدند که قهراً بر قواعد و اصولی استوار است.

۱. بنگرید به: مقاله حسین علی احمدی تحت عنوان قاعده فقهی نفی سلطه کافر بر مسلمان، مندرج در مجله مکتب اسلام، سال ۴۴، ش ۶ و مقاله علی ضیاءبخش، قاعده نفی سلطه، مجله معرفت، سال ۱۶، ش ۱۱۵، تیرماه ۱۳۶۸.

۲. «اولین معاهده بین‌المللی [۳۱۰۰ سال پیش از میلاد مسیح] ... میان «ایناتوم» فرمانروای فاتح سرزمین مستقل «لاگاش» در بین‌النهرین از یک‌سو و نمایندگان مردم «اوما» یکی دیگر از شهرهای مستقل بین‌النهرین ازسوی دیگر منعقد شده است»، محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۱۸.

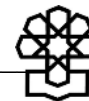
مهمترین نمود روابط دولت‌ها، روابط سیاسی است. روابط سیاسی دولت‌ها تا پیش از جنگ جهانی دوم در برخی مواقع قرین با صلح و ثبات بود، اما در بیشتر زمان‌ها دستخوش جنگ و تعدی و تصرف قلمرو یکدیگر و دست به دست شدن مناطق جهان در دست صاحبان قدرت بود. قدرت دولت‌ها تا پیش از دستیابی بشر به فناوری‌های جدید نظامی منوط به نفرات بیشتر و کارآزموده‌تر نظامی بود؛ اما پس از رنسانس، تحولات و پیشرفت‌های^۱ علمی و صنعتی در اروپا سبب برتری نظامی دول اروپایی در زمین، دریا و هوا نسبت به دیگر دولت‌ها گشت. پیشرفت‌های اروپاییان سبب پیشرفت بشر در سایر قاره‌ها نشد، بلکه به دلیل غلبه اوصافی مانند خودبینی، خود برترینی، سلطه‌طلبی، زیاده‌طلبی و... بر بشر اروپایی، اندیشه جهانگیری و سلطه بر ملل ضعیف و بهره‌کشی را در آنان تقویت کرد و آنان را به تصرف قلمرو دیگران و کشف سرزمین‌های جدید واداشت و سبب شد که کشورهای اروپایی با اتکا به قدرت نظامی و ابزار جدید نقشه سیاسی جهان را تغییر دهند و کشورهای ضعیف را تحت سلطه و استعمار خود درآورند از جمله بیشتر سرزمین‌های اسلامی در آسیا، آفریقا و اروپا تحت سلطه این قدرت‌ها در آمد.^۲ با ظهور قدرت‌های دیگری در آمریکا^۳ و ژاپن، صاحبان قدرت با هدف بسط قلمرو و دستیابی به سرزمین‌ها و منابع و ثروت‌های ملل ضعیف به جان هم افتادند و جنگ‌ها و منازعات منطقه‌ای به‌ویژه در اروپا و مستعمرات آنها در نهایت به جنگ اول جهانی منجر شد. جنگ اول جهانی گرچه عامل کشته شدن میلیون‌ها انسان^۴ و بر جای ماندن خرابی‌های بسیار شد، اما همچنین سبب شد اندیشه حل مسالمت‌آمیز اختلافات و دعاوی که پیش‌تر مطرح شده بود به‌طور جدی مورد توجه سیاستمداران قرار گیرد و سرانجام ایده تشکیل «جامعه ملل» که از طرف رئیس‌جمهور وقت آمریکا (ویلسن) پیشنهاد شده بود در پیمان صلح ورسای (۱۹۱۹) گنجانیده شد.

۱. پس از رنسانس تحولات چشمگیری در اروپا آغاز شد و جامعه اروپایی را در عرصه‌های مختلف فلسفه، هنر، علم، صنعت، اقتصاد، سیاست و حقوق به شدت دگرگون کرد. علوم و فناوری‌های جدید علاوه بر آنکه موجب سهولت و سرعت در مسافرت، حمل و نقل، ارتباطات و آگاهی افراد از حوادث و رخداد‌های جهان و روابط گسترده‌تر اقتصادی و مبادلات بیشتر فرهنگی مردم جهان با همدیگر شد، سبب پیدایش قدرت دول اروپایی نیز شد.

۲. «در اواخر قرن نوزدهم فقط یک کشور مستقل در آفریقا به چشم می‌خورد و آن حبشه بود که استقلالش را در قبال مطامع و دست‌اندازی‌های ایتالیا حفظ کرده بود». کلیبار کلود آلبر، نهادهای روابط بین‌الملل، ترجمه هدایت‌الله فلسفی، ص ۷۷.

۳. آمریکا در سال ۱۷۷۶ به استقلال رسید. «مهاجرنشین‌های سیزده‌گانه در [آن سال] استقلال خود را اعلام کردند و کشورهای متحد آمریکا را تشکیل دادند و سپس به توسعه قلمرو خود پرداختند». دایرةالمعارف فارسی، ج ۱، ص ۲۴۵.

۴. تعداد کشتگان این جنگ ۱۰ میلیون و تعداد مجروحین ۲۰ میلیون تخمین شده است. همان، ص ۷۵۵.



«جامعه ملل» با هدف حفظ صلح^۱ و اجتناب از جنگ^۲ و حل و فصل اختلاف از طریق داوری یا بر اساس آیین قضایی یا طرح در شورای جامعه ملل^۳ پدید آمد اما در این راستا توفیق چندانی به دست نیاورد.^۴

در کنار این روند مصلحان حقوقی، سیاسی و اجتماعی که خواستار عدالت، برابری، امنیت، صلح و بر خوداری همه انسان‌ها بودند، اندیشه‌های خود را مطرح کردند و در این میان اندیشه‌های کمونیستی مارکس در پایان جنگ اول به بار نشست و به دنبال انقلاب اکتبر ۱۹۱۷ موجب پیدایش دولتی سوسیالیستی^۵ در روسیه و اردوگاه شرق شد.

اما سوسیالیسم دولتی که از ابتدا در مخالفت با کشورهای سرمایه سالار و با هدف براندازی آنها پدید آمد، خود نیز به گونه دیگری به ظلم، استثمار و استعمار ملل جهان مبادرت ورزید^۶ با این تفاوت که در نظام‌های سرمایه سالار، بشر به طور جزئی و تا جایی که صاحبان قدرت به صلاح می‌دیدند از عدالت، آزادی، مالکیت و امنیت بهره‌مند بود اما در نظام سوسیالیستی این مقدار را نیز از او سلب کردند.

و به این ترتیب استعمارگران غرب و شرق با مبارزات حق طلبانه مردم خود و دیگر ملل تحت سلطه مواجه شدند و «جامعه ملل» نیز به لحاظ ضعف ساختاری نتوانست کاری کند چون حتی آمریکا که خود پیشنهاد تشکیل آن را داده بود در این جامعه حضور نداشت. از این رو چیزی نگذشت که رقابت و دشمنی برخی از کشورهای اروپایی با برخی دیگر منجر به شعله‌ور شدن آتش جنگ جهانی دوم شد. این جنگ نیز با بمباران اتمی ژاپن در اوت ۱۹۴۵ و ۵۰ میلیون کشته^۷ در جهان پایان یافت. شروع این جنگ به منزله پایان عمر «جامعه ملل» بود.

۱. ماده (۸) میثاق جامعه ملل، بیگزاده، حقوق سازمان‌های بین‌المللی، ج ۱، ص ۳۶.

۲. مقدمه میثاق جامعه ملل، همان، ص ۳۳.

۳. ماده (۱۲) میثاق جامعه ملل، همان، ص ۳۷.

۴. برخی علل شکست جامعه ملل را در اختلاف سلیقه و رأی دولت‌های عضو، عدم پیش‌بینی مجازات اعضای متخلف، اختلال در عضویت کشورها و ادامه تجاوزات دول عضو به یکدیگر دانسته‌اند. بنگرید به: مبانی و کلیات علوم سیاسی، صص ۴۴۵ و ۴۴۶.

۵. نظام‌های سوسیالیستی برای دستیابی به اهداف خود حقوق سوسیالیستی را بر مبنای نفی لیبرالیسم، نفی مالکیت خصوصی، نفی تبعیض نژادی و طبقاتی، نفی استثمار و استعمار و نفی دین سامان دادند.

۶. ظاهراً اراده انقلابیون در روسیه پس از انقلاب اکتبر ۱۹۱۷ بر این قرار گرفت که از جرگه استعمارگران و استثمارگران اروپایی خارج شوند! اما چیزی نگذشت که اتحاد جماهیر شوروی نیز با هدف گسترش سوسیالیسم حوزه نفوذ و سلطه خود را گسترش داد و به عنوان یک قدرت استعمارگر در کنار بلوک غرب قرار گرفت.

۷. بنگرید به: کلییار کلود آلبر، پیشین، ص ۱۵۲.

رویکرد جدید در فضای بین‌المللی

خرابی‌ها و خسارات مادی و کشته شدن میلیون‌ها انسان در دو جنگ جهانی به‌ویژه جنگ جهانی دوم که با آزمایش سلاح کشتار جمعی اتمی همراه بود و نیز پیشرفت‌های محیرالعقولی که بعد از این جنگ در عرصه تکنولوژی نصیب بشر شد و علاوه بر سلاح هسته‌ای، به تولید تسلیحات کشتار جمعی بیولوژیک و شیمیایی انجامید، خوف از جنگی را در دل‌ها افکند که می‌تواند بشریت را به نابودی کشاند. ترس از نابودی در جنگی هسته‌ای،^۱ اندیشه اجتناب از جنگ را تقویت کرد و از آنجا که علت اصلی جنگ‌ها، به‌ویژه دو جنگ جهانی استمرار سلطه سیاسی و تضمین منافع اقتصادی بود قدرت‌های فاتح جنگ را بر آن داشت جهت دستیابی به این دو هدف از راه دیگری وارد عمل شوند و طرح جدیدی در اندازند. کلیت طرح این است که آنها اهداف خود را از طریق مجاری قانونی و به اصطلاح مشروع تعقیب کنند.

در جهت تحقق این هدف، اندیشه جهانی امن و عاری از جنگ (صلح و امنیت) به‌عنوان مأوای همه اعضای خانواده بشری، که می‌خواهد در کنار هم زیر چتر دمکراسی با آزادی و حقوق برابر از لذای زندگی برخوردار باشد را به جهانیان القا و طی سال‌های جنگ جهانی دوم، به ایجاد نهادهای حقوقی و اجرایی لازم در فضای بین‌المللی اقدام کردند.

در این راستا سران سه کشور آمریکا، شوروی سابق (روسیه) و انگلستان به مدت ۸ روز (۴ تا ۱۱ فوریه ۱۹۴۵) در کنفرانس یالتا^۲ اجتماع و درباره نهایی کردن این طرح که پیش‌تر در پاییز ۱۹۴۴ توسط «حقوق‌دانان کشورهای ایالات متحد و بریتانیای کبیر و چین و اتحاد شوروی در دمبرتن اکس»^۳ پیشنهاد شده بود گفتگو کردند و چند نکته به آن افزودند «که از همه شاخص‌تر آیین رأی‌گیری بود که باید در چارچوب شورای محدودی که شورای امنیت نامیده شد به اجرا در آید».^۴

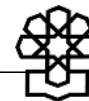
تفکرات و رایزنی قدرت‌های بزرگ در نشست‌های متعدد سرانجام منجر به تصویب منشور ملل متحد و پیدایش سازمان بین‌المللی جدیدی به نام «سازمان ملل متحد» شد که با ساختاری متفاوت از «جامعه ملل» به‌وجود آمد و به‌جای آن کار تهیه و تنظیم، تصویب و نظارت بر اجرای کنوانسیون‌های بین‌المللی دیگر را در زمینه‌های مختلف بر عهده گرفت و تاکنون توانسته است

۱. آنتونی گیدنز می‌گوید: در صورت یک برخورد کامل هسته‌ای، آثار جهانی آن چنان مهیب خواهد بود که احتمالاً تنها تعداد اندکی از مردم در نواحی دوردست‌تر زنده خواهند ماند، جامعه‌شناسی، ص ۴۰۶.

۲. منطقه‌ای نزدیک دریای سیاه در شوروی سابق.

۳. ژرژ ابی صعب، پیشین، ص ۱۵۷ و نیز بنگرید به: سیدجلال‌الدین مدنی، مبانی و کلیات علوم سیاسی، ج ۱، ص ۴۵۲.

۴. ژرژ ابی صعب، پیشین، ص ۱۵۷.



نهادهای حقوقی دیگری مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر، دو میثاق بین‌المللی حقوقی مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی، کنوانسیون جهانی حقوق کودک، کنوانسیون رفع انواع تبعیضات علیه زنان، و ده‌ها کنوانسیون و معاهده دیگر را به تصویب برساند و در واقع فضای حقوقی جدیدی را در حقوق بین‌الملل پدید آورد.

در بدو امر چنین به نظر می‌رسد که در این فضا همه اعضا حقوق یکسان دارند و علی‌السویه مقهور منشور ملل متحد و دیگر میثاق‌های بین‌المللی هستند؛ اما با وجود شورای امنیت و حقوق ویژه‌ای که برای صاحبان قدرت در این شورا در نظر گرفته شده است، این تصور بدوی در هم می‌شکند و با نظام سلطه جدیدی در فضای بین‌المللی مواجه می‌شویم که حمله نظامی، تصرف، اشغال و عزل (اسقاط) و نصب می‌کند، دادگاه و زندان دارد و ... اما همه اینها از طریق قطعنامه و به نام قانون و قاعده و صلح و امنیت و دفاع از حقوق بشر^۱ و آزادی و دموکراسی انجام می‌شود.

در واقع سلطه استبدادی در فضای داخلی با رنگ و لعاب آزادی و دموکراسی به عرصه بین‌المللی تسری داده شده است. در نظام سلطه بین‌المللی نیز منافع اقلیتی که به هر دلیل صاحب قدرت شده‌اند بر منافع اکثریت مقدم است، تنظیم قانون مختص به آنها، حق، حرف آنها و عدل، عمل آنهاست، آنها معیار صلح و امنیتند و مخالف آنها، مخالف صلح و امنیت تلقی می‌شود.

خلاصه آنکه تا پیش از جنگ جهانی دوم فضای بین‌المللی مقهور اراده مطلق دولت‌های قدرتمندی بود که تنها به لحاظ منافع و مصالح خود عمل می‌کردند، لکن از جنگ جهانی دوم به این طرف شاهد پیدایش فضای جدیدی در حقوق بین‌الملل هستیم که باز هم اراده صاحبان قدرت حاکم است، لکن با نگاهی به منافع و مصالح مشترک افراد و دولت‌ها^۲ و تقید به قواعد و اصول عام و غیرقابل انکار.

منشأ حقوق بین‌الملل

قواعد و اصولی که از اولین زمان پیدایش روابط بین‌المللی، حقوق بین‌الملل را رقم زده است ریشه در باورهای تابعان این حقوق نسبت به مصالح آنان دارد نظیر باور به مصالح (حقوق) طبیعی بشر و باور به مصلحت وفای به عهد، باور به مصلحت منع تجاوز به حقوق دیگران و امثال اینها. هر گاه

۱. اصل احترام به حقوق بشر مشخصه دوران جدید تحول جامعه جهانی است که بعد از جنگ جهانی دوم آغاز شده است. آنتونیو کاسسه، حقوق بین‌الملل در جهانی نامتحد، ترجمه مرتضی کلاتریان، ص ۱۸۵.

۲. مایکل اکهرست می‌نویسد: «دانش فنی جدید، ارتباطات و تجارت باعث شده است که دولت‌های جهان بیش از پیش به یکدیگر وابسته و مرتبط باشند و برای پذیرش قواعد در حقوق [و] منافع مشترک خود اشتیاق بیشتری نشان بدهند استرداد مجرمین، مقررات مربوط به تأمین ایمن کشتی‌ها و هواپیماها، کمک‌های اقتصادی، حقوق مؤلفین و هنرمندان، یکسان‌سازی علائم جاده‌ها و هزاران مسئله دیگر، زمینه‌های این منافع مشترک را تشکیل می‌دهند». اکهرست، حقوق بین‌الملل نوین، ترجمه مهرداد سیدی، ص ۳۴.

باورهای دو یا چند تابع حقوق بین‌الملل، در پیمانی مورد توافق، تعهد و التزام آنها قرار می‌گرفت، آن باور تا زمانی که باور همگان شود، تنها مورد توافق آنها بود و زمانی که مورد قبول و عمل دیگر ملل قرار می‌گرفت، به‌عنوان یک قاعده حقوقی عام در فضای بین‌المللی متعارف می‌شد.

اما از آن‌رو که باورهای انسان از چند طریق اعم از نقل، مثل اخبار انبیا (ع) و دریافت‌های تجربی و کاوش‌های عقلی برای او حاصل می‌شود، مبانی و مکاتب مختلفی در حقوق بین‌الملل پدید آمده است مانند باور به اصل بودن اراده دولت^۱ یا اصالت وضع (پزیتیویسم)^۲ و یا باور به اصل بودن حقایق مستقل از اراده خاص دولت^۳ یا اصالت عین (ابژکتیویسم)^۴.

همچنین از آنجا که ممکن است انسان به خطا، باوری پیدا کند، مانند باور به اصالت قدرت گرچه در ستیز با حق پدید آمده باشد و در نتیجه طرفین در معاهدات به خطا نسبت به امری متعهد شوند، ممکن است برخی از اصول و قواعد ناصواب در فضای بین ملل استقرار یافته باشد چنان‌که برخی بر «اصل تقدم مصالح اجتماع بر منافع فرد و اعضا [به‌طور مطلق]»^۵ در روابط بین‌الملل تأکید می‌کنند حال آنکه پذیرش این اصل به‌طور مطلق درست نیست؛ چون ممکن است اعضای جامعه ملل به جهل یا ظلم علیه یک عضو اتفاق کنند.

به هر حال توافقات عرف‌ساز و عرف‌هایی که مبنای توافقات و قراردادهای بعدی میان کشورهای جهان شدند قواعد و اصولی را رقم زدند که با امضای کشورهای جهان بر روابط آنها در فضای بین‌المللی حاکم شدند. با افزایش قواعد و اصول مذکور اندک اندک حقوق بین‌الملل سنتی، متناسب با دنیای جدید تحول و توسعه یافت و جهان را به سمت یکی شدن در عرصه حقوق، سوق داد.

اعلامیه جهانی حقوق بشر

اندکی پس از تشکیل سازمان ملل متحد، اعلامیه حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ به تصویب مجمع عمومی رسید، ولی الزام‌آور نبود چنان‌که گفته شده: «واضح است که از نظر فن حقوقی، اعلامیه اخیر (اعلامیه جهانی حقوق بشر) فاقد ارزش عهدنامه‌ای بین‌المللی است که بعد از تصویب کشورها، آنها را متعهد می‌سازد. با کمال تأسف باید گفت که از نظر فنی مشکل بتوان اعلامیه را که چیزی جز

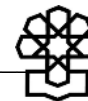
۱. سیدخلیل خلیلیان، پیشین، ص ۲۹.

۲. همان و نیز رجوع کنید به ذیل بحث ادراک مصالح و مفاسد در همین گزارش.

۳. همان و نیز بنگرید به: ضیائی بیگدلی، پیشین، ص ۵۶.

۴. سیدخلیل خلیلیان، پیشین، ص ۳۱.

۵. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، اسلام و حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۱۱۸.



توصیه‌نامه «مجمع عمومی سازمان ملل متحد» نیست، قاعده موضوعه حقوق به‌شمار آورد.^۱ از این رو پس از آن به تدریج کنوانسیون‌ها و معاهدات الزام‌آوری ناظر بر آن، به وجود آمدند و همه یا بخش اعظم حقوق مصرح در اعلامیه، در دو میثاق^۲ بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که معاهدات الزام‌آوری هستند، لازم‌الاجرا شدند.^۳ به هر حال اعلامیه حقوق بشر به ظاهر حقوقی را به رسمیت شناخته است که در فضای بین‌المللی تصور می‌شد عدم رعایت آنها عامل محرومیت بخشی از بشریت و بی‌عدالتی و مانع دفاع او از حق و عدالت و تحقق برابری و دموکراسی است یا ارباب قدرت به‌ویژه فکر می‌کردند عامل برخی موضع‌گیری‌ها و مقابله با آنان است.

از این رو در متن اعلامیه تصریح شد که «حیثیت ذاتی کلیه اعضای خانواده بشری و حقوق یکسان^۴ و انتقال‌ناپذیر آنان اساس آزادی، عدالت و صلح^۵ در جهان است و بالاترین آمال بشر «ظهور دنیایی (است) که در آن افراد بشر در بیان عقیده، آزاد و از ترس و فقر، فارغ باشند».^۶ در این اعلامیه فهرستی از حقوق پایه انسان در سه سطح بیان شده است. در یک سطح بر حقوقی که پاسخگوی نیازهای اولیه بشر است از جمله حق زندگی، آزادی و امنیت، ماده (۳) حق پناهندگی برای حفظ جان و رهایی از تعقیب و شکنجه و آزار، ماده (۱۴) حق برخورداری از سلامت

۱. کلود آبر کلیار، نهادهای روابط بین‌الملل، ص ۶۳۵. همچنین اکهرست می‌نویسد: «... اکثریت دولتهایی که به قطعنامه مربوطه (اعلامیه جهانی حقوق بشر) رأی دادند، آن را بیانی‌های ... می‌دانستند که چندان چیزی یا حتی هیچ چیزی به‌عنوان تعهد حقوقی ندارد». حقوق بین‌الملل نوین، ص ۱۰۵.

۲. مدنی می‌نویسد: «روزی که اعلامیه جهانی حقوق بشر در شکل قطعنامه از تصویب مجمع عمومی گذشت، [مجمع] از کمیسیون [حقوق بشر] خواست که به‌منظور ایجاد الزامات حقوقی برای کشورها در زمینه حقوق بشر برای تدوین معاهده‌ای اولویت قائل گردد تا اینکه در سال ۱۹۵۱ کمیسیون، پیش‌نویس معاهده‌ای را ارائه نمود. شورای اقتصادی و اجتماعی با توجه به مشکلات ناشی از دو دسته متمایز از حقوق در یک معاهده، از مجمع عمومی خواست تا تدوین دو میثاق جداگانه را از کمیسیون بخواهد؛ لذا کمیسیون طرح دو میثاق مزبور را تصویب کرد. مواد دو میثاق در حقیقت انعکاس قانونی و حقوقی همان اعلامیه حقوق بشر است. هر میثاق مکانیسمی را پیش‌بینی می‌کند که براساس آن سازمان ملل بر اجرای میثاق توسط کشورهای عضو نظارت کند». سیدجلال‌الدین مدنی، مبانی و کلیات علوم سیاسی، ج ۱، ص ۵۲۶.

۳. در بند «۱» ماده (۲) میثاق حقوق مدنی و سیاسی می‌گوید: «دولت‌های طرف این میثاق متعهد می‌شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در قلمرو تابع حاکمیتشان بدون هیچ‌گونه تمایزی ... محترم شمرده و تضمین کنند» و در بند «۲» ماده (۲) میثاق حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی با عبارتی شبیه عبارت فوق همه کشورهای طرف میثاق را نسبت به اعمال حقوق مذکور در معاهده متعهد می‌شمارد.

۴. چرا این حقوق به‌طور یکسان برای همه دولت‌های عضو در شورای امنیت در نظر گرفته نشد؟

۵. متن اعلامیه حقوق بشر. لازم است تذکر دهیم که آزادی، عدالت، برابری و استقلال شعارهای فریبنده‌ای هستند در دست صاحبان قدرت؛ چون شکی نیست که آزادی و بهره‌مندی همگان در یک سطح هم به‌لحاظ اختلاف طبیعی افراد، هم کمبود منابع و امکانات تشدنی است، پس قهراً موجب بی‌عدالتی و پیدایش اقلیتی واجد و اکثریتی فاقد و احتیاج و در نهایت فروش استقلال و آزادی و حاکمیت اکثریت محتاج به اقلیت واجد می‌شود که این‌گونه شده است و روشن است که همین امر سبب اختلاف، ناامنی، جنگ و خونریزی شده و می‌شود.

۶. همان.

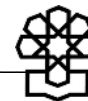
و رفاه در امر خوراک، لباس، مسکن و درمان، ماده (۲۵) مسافرت و اتخاذ مسکن، ماده (۱۳) تابعیت، ماده (۱۵) ازدواج و تشکیل خانواده، ماده (۱۶) کار و دریافت مزد منصفانه، ماده (۲۳) و ... تأکید شده است و در سطحی دیگر حقوقی که نیازها و مصالح بالاتر او را تأمین می‌کنند مانند آموزش و پرورش، ماده (۲۶) آزادی فکر و وجدان و مذهب، ماده (۱۸) آزادی عقیده و بیان، ماده (۱۹) مشارکت در اداره عمومی کشور، ماده (۲۱) تشکیل احزاب و سندیکا، ماده (۲۰) و (۲۳) را برشمرده و در سطحی بالاتر در ماده (۱۹) خاطر نشان می‌سازد کسانی که اندیشه دیگری برای ایجاد وضعیت برتر برای انسان دارند نیز حق دارند آزادانه فعالیت کنند و عقاید خود را به هر وسیله ممکن انتشار دهند؛ اما همه اینها تا جایی است که مانع برخورداری دیگران نشوند، ماده (۳۰) و نظم و امنیت و صلح داخلی و بین‌المللی را به مخاطره نیافکنند و به‌طور مسالمت‌آمیز باشد، ماده (۲۰) و گرنه مورد تعقیب قرار می‌گیرند، ماده (۱۰) و (۱۱) و در تمام این حقوق، اعلامیه بین زن و مرد (مقدمه اعلامیه) و سیاه و سفید و معتقد به خدا و غیرمعتقد، ماده (۲) فرقی نمی‌گذارد.

اما اکنون پس از گذشت چند دهه از تصویب این اعلامیه و دیگر معاهدات و کنوانسیون‌های الزام‌آور بین‌المللی کسانی که تصور می‌کردند با وجود آنها مشکلات بشر حل می‌شود، باید از خود بپرسند که چرا چنین نشده و چرا جامعه بشری همچنان اسیر نابرابری، ظلم، تعدی، ترس، فقر، بیماری، گرسنگی، جهالت و بیسوادی است؟^۱

چون در واقع این نهادها توسط صاحبان قدرت بر مبنای اعتقادات^۲ آنان و با هدف تأمین منافع ایشان شکل گرفته است و نه با نیت خیر و بر مبنایی که نفع و صلاح همگان (ضعیف و قوی، دارا و ندار) را تأمین کند و به عبارت دیگر در قبضه قدرت آنها و یا حداقل تحت تأثیر و نفوذ آنها هستند و

۱. در تحقیقی که توسط نهاد تحقیقاتی wider در هلند و Wider Institute for Development Economics Research صورت گرفته آمده است: «۱۰ درصد از ثروتمندترین بزرگسالان دنیا صاحب ۸۵ درصد ثروت جهان هستند» (سایت آفتاب به آدرس www.aftabir.com). این نابرابری در توزیع ثروت مستلزم عدم برخورداری اکثریت جمعیت جهان از مواهب خدادادی و فرصت‌هایی است که اقلیت ثروتمند جهان از آن بهره می‌برند به گونه‌ای که می‌توان گفت اکثریت مردم جهان تحت سلطه سیاسی، اقتصادی و فرهنگی اقلیتی جبار هستند که از طرق نامشروع و غیرانسانی بیشترین ثروت جهان را به خود اختصاص داده‌اند!

۲. اعلامیه جهانی حقوق بشر و نهادهای حقوقی دیگر بر مبنای انسان باوری (اومانیزم=اصالت انسان) و آزادی (لیبرالیسم) استوار شده‌اند. این طرز فکر و عقیده بر رفتار همه نهادهای بین‌المللی از جمله سازمان ملل متحد، شورای امنیت، بانک جهانی، صندوق بین‌المللی پول و سازمان تجارت جهانی (WTO) سایه افکنده است. با گسترش این روند، باورهای فوق طبیعی و ارزش‌های اخلاقی مانند تقوا، از خودگذشتگی، انفاق و دستگیری از محروم تضعیف و روح خودخواهی خود بزرگ‌بینی و لذت‌گرایی در بشر تقویت شد و موجب انباشت ثروت از طریق غارت ملل دیگر و پیدایش قدرت‌هایی شد که دامنه نفوذ خود را به همه جهان گسترش داده‌اند. بنگرید به: دیکتاتوری کارتل‌ها، ترجمه و اقتباس همایون الهی و نیز افسانه توسعه اقتصادهای ناکارآمد قرن بیست و یکم، از اسوالد و ریورو.



نیز به این دلیل که ناقص‌اند^۱ چون واقعیات وجودی بشر و عالم تکوین در آنها به درستی لحاظ نشده است و حقوق همه انسان‌ها را پوشش نمی‌دهند.

در نتیجه نهادهای بین‌المللی نتوانسته‌اند به اهداف خود دست یابند و به عبارت دیگر برای تحقق اهداف مندرج در اعلامیه و دیگر کنوانسیون‌های بین‌المللی صالح نیستند! اما هیچ یک از این اشکال‌ها نباید موجب یأس و نومیدی بشر نسبت به تحقق آرزوی دیرین او شود که سرانجام روزی حقوقی جهان‌شمول بر همه افراد بشر علی‌السویه در یک وطن (جهان) حاکم خواهد شد و دولت‌ها و مرزهای جغرافیایی فاصله‌ای میان انسان و حق او ایجاد نمی‌کنند.^۲

در شرایط کنونی شاهد آن هستیم که مرزهای قراردادی هر روز کمرنگ‌تر شده و اعتبار خود را بیش از پیش از دست می‌دهند. به طوری که می‌توان پیش‌بینی کرد در آینده‌ای نه چندان دور هویت‌های ملی فرو ریزند و هویت جهانی واحد برای انسان‌ها شکل گیرد^۳ و جهانیان امت واحد شوند.^۴

مراجع بین‌المللی در فضای جدید

در فضای بین‌المللی همچنین نهادها و سازمان‌های بین‌المللی^۵ مانند سازمان ملل متحد، شورای

۱. کاسسه می‌گوید: «برداشت اعلامیه از حقوق بشر، کاملاً از فلسفه غرب نشئت گرفته است». وی می‌افزاید در اعلامیه «به حقوق مدنی و سیاسی بیشتر اهمیت داده شده تا به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی؛ هیچ‌گونه اشاره‌ای در آن به حقوق خلق‌ها نشده است (حق ملت‌ها در تعیین سرنوشت خود به‌کلی نادیده انگاشته شده است) ... اعلامیه در مورد مسئله عدم تساوی اقتصادی کشورها ساکت است و ابداً به این امر توجه ندارد که بعضی از کشورهای عقب‌افتاده به سختی می‌توانند آزادی [حقوق] شهروندان خود از جمله حق کار، حق برخورداری از آموزش و پرورش، حق مسکن مناسب و غیره را تأمین نمایند». حقوق بین‌الملل در جهانی نامتحد، ص ۳۴۰.

۲. چنان‌که در حکومت جهانی قائم آل محمد (ص) نوید داده شده است.

۳. پیدایش عهدنامه اروپایی حقوق بشر، اتحادیه اروپا، گسترش فضای مجازی و غیر اینها حاکی از این معناست.

۴. قرآن راجع به جامعه انسانی پیش از بعثت پیامبران خبر داده که مردمان یک امت بودند: كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً (سوره بقره: ۲)، آیه (۲۱۳) و ظاهراً وحدت آنان به لحاظ غلبه اکثریت و مبتنی بر تبعیت از هوای نفس بود و از آنجا که این وحدت برپایه درستی استوار نبود پسندیده هم نبود و در چنین فضایی که وحدت جامعه ناشی از حاکمیت هوای نفس باشد حق و عدالت پایمال می‌شود و اختلاف پدید می‌آید و لذا در همین آیه می‌فرماید: وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ (همان آیه) و اختلاف، بین اکثریت قریب به اتفاق پیروان هوای نفس که ستم می‌کردند و اقلیتی که می‌خواستند به اقتضای عقل، عمل صالح انجام دهند، بود و خداوند پیامبران را مبعوث کرد تا اقلیت را بشارت و اکثریت را انذار دهند: فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ (همان آیه) چنان‌که در آیه‌ای دیگر می‌فرماید: لِيُنْذِرَ الَّذِينَ ظَلَمُوا وَيُشْرَىٰ لِلْمُحْسِنِينَ، سوره احقاف: ۴۶، آیه ۱۱.

۵. به عقیده ابی‌صعب «نظام کنونی سازمان‌های بین‌المللی جهانی از آغاز پیدایش خود، نشان گروه کشورهای غربی را بر خود داشت. سوابق تاریخی این نظام را نه تنها باید در تجربه‌های همکاری میان کشورهای عمدتاً اروپایی و غربی یافت، بلکه نظام را تا اندازه‌ای بسیار همین کشورها به وجود آورده‌اند. آنها این سازمان‌ها را به عنوان ابزارهای استقرار یک نظم بین‌المللی نوین می‌پنداشتند: نظامی صلح‌آمیز، دموکراتیک و لیبرال. به عبارت دیگر صفات مشخصه اصلی نظام سیاسی و اجتماعی غرب تا حیطه بین‌المللی نفوذ کرد و بر آن سایه افکند»، مفهوم سازمان‌های بین‌المللی، ترجمه ایرج پاد، ص ۲۷.

امنیت، دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان کیفری بین‌المللی و ده‌ها نهاد دیگر یکی پس از دیگری به وجود آمدند تا حقوق بین‌الملل را در فضای بین‌المللی به نفع پدیدآورندگان آن به اجرا درآورند؛ زیرا هم اکنون پس از گذشت ۶۷ سال از تشکیل سازمان ملل متحد و بر ملا شدن اسناد و مدارک مربوط به تشکیل این نهاد بین‌المللی^۱ روشن شده است که هدف قدرتهای فاتح از تأسیس آن تحقق اهداف ذکر شده در منشور ملل متحد یعنی صلح و امنیت بین‌المللی^۲ برای بنی‌آدم نبوده است، بلکه آن بوده که منافع سلطه‌جویانه و استثمارگرانه خود را با راهبرد احترام به حقوق بشر و در فضایی بدون جنگ و با آسودگی خیال دنبال کنند و گرنه چگونه ممکن است که شوروی کمونیست ضد استثمار و استعمار با آمریکا و انگلستان کاپیتالیست استثمارگر و جهان‌خوار اجتماع کنند و روی تشکیل سازمان ملل متحد به توافق برسند؟^۳

مشاهده می‌شود که این نهادها با حمایت‌های پیدا و پنهان ارباب قدرت به‌ویژه اعضای شورای امنیت در راستای جهانی شدن خود از هیچ اقدامی فرو گذار نبوده‌اند مثلاً «مجمع عمومی (سازمان ملل) در تاریخ ۱۲ دسامبر ۱۹۷۴ قطعنامه ۳۲۸۳ درباره «حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی» را تصویب کرد که در آن از دولت‌های عضو خواسته شده است که امکان پذیرش صلاحیت اجباری دیوان را براساس ماده (۳۶) اساسنامه تحت مطالعه قرار دهند»^۴ و «دبیرکل سازمان ملل متحد در تاریخ سوم نوامبر ۱۹۸۹، ضمن ایراد سخنرانی در اجلاس ۴۴ مجمع عمومی، تأسیس یک صندوق برای کمک به دولت‌های عضو به منظور حل و فصل اختلافاتشان از طریق دیوان

۱. پیش‌تر تحت عنوان «رویکرد جدید در فضای بین‌المللی» به این مطلب اشاره شد.

۲. ماده (۱) منشور ملل متحد می‌گوید: مقاصد ملل متحد به قرار زیر است:

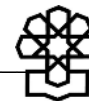
۱. حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و بدین منظور به عمل آوردن اقدامات دسته‌جمعی مؤثر برای جلوگیری و برطرف کردن تهدیدات علیه صلح و متوقف ساختن هرگونه عمل تجاوز یا سایر کارهای ناقض صلح و فراهم آوردن موجبات تعدیل و حل و فصل اختلافات بین‌المللی یا وضعیت‌هایی که ممکن است منجر به نقض صلح گردد با شیوه‌های مسالمت‌آمیز و بر طبق اصول عدالت و حقوق بین‌الملل؛
۲. توسعه روابط دوستانه در بین ملل بر مبنای احترام به اصل تساوی حقوق و خودمختاری ملل و انجام سایر اقدامات مقتضی برای تحکیم صلح جهانی؛

۳. حصول همکاری بین‌المللی در حل مسائل بین‌المللی که دارای جنبه‌های اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی یا بشردوستانه است و در پیشبرد و تشویق احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همگان بدون تمایز از حیث نژاد، جنس، زبان یا مذهب؛
۴. بودن مرکزی برای هماهنگ کردن اقداماتی که ملل جهت حصول این هدف‌های مشترک معمول می‌دارند.

۳. چگونه ممکن است این مراجع در خدمت حقوق از دست رفته مظلومان و مستضعفان جهان قرار گیرند؟

۴. سعید میرزایی ینگجه، ایران و صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری، ص ۱۲۸.

۵. «دیوان بین‌المللی به‌منظور تشویق دولت‌ها به ارجاع اختلافاتش به آن نهاد در سال ۱۹۷۱ اصلاحاتی در آیین‌نامه داخلی خود انجام داد و سپس در آن تجدیدنظر به‌عمل آورد که آیین‌نامه تجدیدنظر از ۱۴ آوریل ۱۹۷۸ به مورد اجرا درآمد»، همان، ص ۱۲۷.



بین‌المللی دادگستری را اعلام کرد».^۱

ب) مسلمانان، حقوق و مراجع بین‌المللی

کشورهای ضعیف عضو سازمان ملل متحد در برابر روند جهانی شدن حقوق بشری که از سوی قدرت‌های برتر دنبال می‌شود دو دسته شدند: کشورهای غیراسلامی که حقوق داخلی‌شان متأثر از حقوق کشورهای صاحب قدرت در سطح جهان بود و بدون مشکلی جدی با نظم جدید مورد نظر آنان موافقت کردند.

کشورهای اسلامی که دارای نظام حقوقی خاص خود مبتنی بر مبانی اسلامی بودند و بیشتر آنها، پس از اتخاذ استراتژی جدید صاحبان قدرت، با مبارزه و مجاهدت‌های فراوان از یوغ استعمارگران خارج شده و به صورت کشورهای کوچک با ماهیت ملی استقلال یافتند.^۲

نگاه واقع‌بینانه به کشورهای اسلامی مقتضی است بین دولت‌ها و ملت‌های مسلمان تفکیک قائل شویم. دولت‌های مسلمان که به صاحبان قدرت وابسته بودند، به‌رغم نظر مشهور فقیهان مسلمان^۳ با سلطه حقوق و نهادهای بین‌المللی موافقت کردند و ملت‌های مسلمان، از وقتی به خود آمدند خود را مبتلا به حکام و حکومت‌های وابسته‌ای دیدند که به تبع حامیان‌شان خواستار حاکمیت حقوق بشری ناسازگار با حقوق اسلامی، در کشورهای خود هستند و دیدند که اگر بخواهند از مصالح و هویت خودشان آن گونه که خدا و رسول او خواسته‌اند در سطح داخلی^۴ و جهانی دفاع کنند به جهت ضعف بنیه علمی، تکنولوژیک، اقتصادی، نظامی و پراکندگی، اختلاف، نزاع و رقابت‌های میان خود هم در برابر قدرت‌های داخلی و هم قدرت‌های برتر جهانی مدافع حقوق بشری قادر به استقامت نیستند و اگر بخواهند به‌رغم همه ضعف‌ها استقامت کنند با مشکلات عدیده‌ای در رابطه با کشورهای صاحب قدرت مواجه می‌شوند که ممکن است به فروپاشی و اضمحلال و وابستگی هر چه بیشتر آنان منجر شود، پس ناچارند ضمن اعتراض به وضعیتی که قدرت‌های غربی بر آنان تحمیل کرده‌اند، با آنان مماشات کنند تا فرصت لازم را برای کسب قدرت و برون‌رفت از این وضع

۱. همان، ص ۱۲۹. نویسنده منبع مذکور پس از اشاره به اقداماتی که به منظور تقویت نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در سطح جهان صورت می‌گیرد به نحو «باید» از دولت ایران می‌خواهد که در این زمینه سیاست مثبتی را در پیش گیرد و می‌نویسد: «جمهوری اسلامی ایران در جریان این قبیل تلاش‌ها باید سیاست مثبتی را پی بگیرد و از تقویت نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در حل و فصل اختلافات جانبداری کند»، همان، ص ۱۳۵.

۲. بنگرید به: زین‌العابدین قربانی، علل پیشرفت اسلام و انحطاط مسلمین، ص ۴۳۲ به بعد.

۳. مشهور فقیهان مسلمان با تمسک به قاعده نفی سلطه کفار راه هرگونه سلطه آنان را بر مسلمانان حتی از طریق انتقاد پیمان سد می‌کرد.

۴. منظور در سرزمین‌های متعلق به مسلمانان در کره زمین است.

حقارت‌آمیز پیدا کنند!!

دلیل اعتراض و مخالفت مسلمانان با نظم جدید بین‌المللی این است که تنظیم‌کنندگان منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر، از اول، نه تنها نظامات حقوقی ادیان الهی و به‌ویژه نظام حقوقی نزدیک به یک‌چهارم^۱ جمعیت جهان یعنی مسلمانان را - که خود را صاحب نظام حقوقی منسجمی می‌دانستند که در عرصه بین‌الملل هم حرف دارد - نادیده گرفتند، که با اصل قراردادن نظام حقوقی ساخته دست بشر و اعلام صوری آزادی عقیده، دین و مذهب، ماده (۱۸) و (۱۹) اعلامیه هر نوع آموزه دینی (اسلامی و غیراسلامی) و غیردینی متافیزیک را به حاشیه راندند^۲ و به‌ویژه با پدید آوردن دولتی جعلی با نام اسرائیل^۳ در قلب کشورهای اسلامی، علاوه بر اعلام بی‌اعتباری هویت حقوق اسلامی، سرپلی هم برای خود در قلب کشورهای اسلامی ایجاد کردند تا بتوانند هر حرکتی را در عالم اسلام، در نطفه خفه کنند؛ زیرا هدف حتمی واضعان حقوق بین‌الملل این بود که این حقوق تکمیل شود و توسعه یابد تا به‌عنوان قانونی بین‌المللی بر قوانین اساسی و عادی همه دولت‌ها حاکمیت یابد.

طبیعی است که در این زمینه بخشی از افراد، گروه‌ها و دولت‌ها در دفاع از حقوق و مصالحی که با حاکمیت حقوق بشری بین‌المللی تقویت می‌شود به مخالفت برخیزند. از دید بسیاری از دولت‌ها نظم متأثر از حقوق بین‌الملل بشری تأمین‌کننده عدالت در روابط بین‌الملل نیست و گروهی از اینها، دولت‌های اسلامی هستند که خواستار حاکمیت حقوق اسلامی می‌باشند.

در اینجا است که ماهیت نظام حقوق بشری و پاسداران نظم مبتنی بر آن آشکار می‌شود. شاهدیم که صاحبان قدرت برتر که کرسی دائم در شورای امنیت دارند و همین شورا هیچ‌گاه از حقوق دولت مظلومی که مخالف ایده آنهاست دفاع نمی‌کنند،^۴ بلکه دولتی را که با نظم مستقر بین‌المللی مخالفت کند وادار می‌کنند یا تسلیم شود و به اصطلاح با روش مسالمت‌آمیز سر جایش

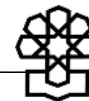
۱. طبق آخرین برآوردها «در سال ۲۰۰۹، جمعیت مسلمانان ۲۳/۲ درصد جمعیت ۶/۷۹ میلیاردی جهان یعنی ۱/۵۷ میلیارد نفر است».

یعنی تقریباً یک‌چهارم جمعیت جهان این نسبت در زمان تصویب اعلامیه نیز وجود داشته است. <http://fa.wikipedia.org/wiki>

۲. باید توجه داشت که نیاز به دین و معنویت یکی از نیازهای واقعی بشر است که باید در زندگی او و در جایگاه خودش لحاظ شود و سوءاستفاده از آموزه‌های دینی نباید موجب آن شود که دین را حذف کنیم، زیرا حذف دین یعنی رها ساختن انسان درحالی که فاقد عنصری است که می‌تواند او را در مسیر اعتدال و رحم و مروت و انسان‌دوستی نگه دارد.

۳. دولت اسرائیل حاصل توافق فاتحان جنگ دوم جهانی است که در قلب سرزمین‌های مسلمانان به‌منظور رهایی از شر صهیونیست‌ها و ایجاد تفرقه و تنش میان مسلمانان ساخته شد. بنگرید به: محمدحسن وزیری کرمانی، اسرائیل فاشیسم جدید، صص ۷۱ - ۷۹ و ص ۱۵۸ به بعد.

۴. قدرت‌های برتر و شورای امنیت از دولت ایران که پس از انقلاب اسلامی علیه مظلوم غرب و شرق جهت‌گیری کرده بود در مقابل تجاوز آشکار عراق در زمان صدام حمایت نکردند، بلکه از متجاوز حمایت کردند و او را به انواع سلاح‌ها از جمله شیمیایی مجهز نمودند، بلکه با اطمینان می‌توان اظهار داشت که حمله رژیم عراق به ایران با موافقت قدرت‌های بزرگ انجام شد.



بنشینند و یا با قهر و غضب آنها مواجه شود، یعنی یک رشته مجازات‌ها^۱ و تنبیهات مانند تحریم اقتصادی و تکنولوژیک با هدف ایجاد بیکاری، فقر، بیماری، تعارضات و تشنجات داخلی و منطقه‌ای را بر او تحمیل می‌کنند تا کار او به فروپاشی یا تغییرات موافق میل ارباب قدرت بیانجامد^۲ و اگر این نسخه جواب نداد، در نهایت با لشکرکشی و استفاده از نیروی نظامی او را از پای درمی‌آورند.^۳

هر انسان روشن‌بینی واقعیات نظم موجود جهانی را چنان‌که توصیف شد تصدیق می‌کند و بنابراین حکم رجوع به مراجع قضایی بین‌المللی که از فروعات این نظم است نیز روشن می‌شود. البته این حکم، با این واقعیت که در برخی از دعاوی مسلمانان علیه غیرمسلمانان، دیوان دادگستری به نفع مسلمانان رأی داده است،^۴ یا در برخی ادعاها توسط این نهادها علیه برخی از دولت‌های اسلامی^۵ حق با آنها بوده است، منافات ندارد؛ چون گاه قواعد مورد استناد آنها با قواعد ما یکسان است و گاه مصالح و قشششان اقتضا می‌کند تا اعتماد مسلمانان و به‌ویژه روشنفکران مسلمان را جلب و آنها را در مسیر مورد نظر خود، راهبری کنند.^۶

اما چرا با وجود آگاهی از این حقیقت جوامع مسلمان همچنان مقهور سلطه همه‌جانبه غرب هستند؟ در بحث بعد به پاره‌ای از عوامل که موجب ضعف و سلطه‌پذیری آنها شده است می‌پردازیم.

علل سلطه‌پذیری مسلمانان

این پرسش پیوسته مطرح بوده است که چه علل و عواملی سبب شده است که مسلمانان سلطه غرب را در ابعاد مختلف و به‌ویژه در عرصه حقوقی و قضایی پذیرا شوند؟ شکی نیست که اگر بخواهیم در نظام کنونی جهان از منافع و مصالح خود با حفظ هویت

۱. دومینک کارو در کتاب حقوق بین‌الملل در عمل، تحت عنوان «کنترل اجرای قواعد حقوق بین‌الملل» دو دسته ابزار حقوقی و غیرحقوقی را مورد بحث قرار داده و ذیل عنوان ابزار حقوقی به ابزار اجبار و فشار و استفاده از نیروی نظامی اشاره می‌کند، ص ۴۳۱ به بعد.

۲. کشورهای کوبا، سوریه، کره شمالی و ایران از نمونه‌های این سیاست ظالمانه هستند.

۳. مثل دولت بعثی عراق در زمان صدام که واقعاً یک دولت جنایتکار تمام‌عیار بود.

۴. چنان‌که در قضیه ملی شدن نفت و پس از طرح دعاوی دولت انگلیس علیه دولت ایران و ادعای ایران که رسیدگی به این قضیه در صلاحیت دیوان نیست، سرانجام دیوان رأی داد که قرارداد ۱۹۳۳ «یک قرارداد بین دولت ایران و یک شرکت خارجی است و هیچ قرارداد ضمنی بین دولت ایران و دولت انگلیس منعقد نشده است». ایران و صلاحیت اجباری، ص ۸۳ و به این ترتیب برخلاف خواست انگلیس خود را صالح به رسیدگی ندید.

۵. مثل مورد عراق در زمان صدام که گرچه حکومتی ضدحق و عدالت بود، اما به حکم کسانی محکوم شد که صلاحیت تصمیم‌گیری در مورد او را نداشتند.

۶. در این راستا حتی ممکن است کرسی تدریس حقوقی اسلامی مطابق مذاهب مختلف در اسلام نیز تأسیس کنند و مستعدین مسلمان را به مراکز دانشگاهی و پژوهشی خود جذب نمایند تا آنان را آن‌گونه که می‌خواهند بسازند و حرف خود را از دهان آنها بزنند.

اسلامی دفاع کنیم باید قدرتمند باشیم و دست‌یافتن به قدرت^۱ مستلزم شناخت علل و اسباب دستیابی به قدرت و رفع موانع و علل ضعف است که خود بحثی جداگانه و مبسوط می‌طلبد، لکن در اینجا به اختصار به بخشی از علل سلطه‌پذیری مسلمانان اشاره می‌کنیم، چه بسا باعث تجدیدنظر در برخی از رفتارها شود.

اگر غرب به ابزار قدرت دست یافت، سلطه بر جهان را هدف گرفت، بر کشورهای اسلامی مسلط و حاکم شد و به هدف استمرار این سلطه مانع پیشرفت آنان شد ناشی از خوی تجاوزگر و استیلاطلب او بوده است، اما در این سو چرا این زمینه فراهم شد که آنها بتوانند به راحتی مسلط شوند؟

در یکصد و پنجاه سال اخیر بسیاری از متفکران و اندیشمندان مسلمان در کسوت روحانی یا غیرروحانی بر علل و عوامل ضعف و فروست مسلمانان پی برده و تلاش کرده‌اند تغییرات لازم را پدید آورند تا دست بیگانه را قطع و قدرت مسلمانان را احیا کنند و آنان را به جایگاه درخور خود برسانند. اما بحث درباره اینکه آن علل کدامند و آن اندیشمندان چقدر موفق شده‌اند، مجال دیگری می‌طلبد و در اینجا می‌گوییم که آن علل و عوامل به طور کلی تحت سه عنوان سیاسی، فرهنگی^۲ و اقتصادی قابل پیگیری هستند و به اعتقاد ما عامل سیاسی از همه مهمتر است؛ زیرا این عامل در پدید آمدن دو عامل دیگر بسیار مؤثر بوده است. از میان زیرمجموعه عوامل سیاسی پیش‌تر به وابستگی قدرت سیاسی اشاره کردیم و در اینجا به اختصار به استبداد^۳ و جباریت سیاستمداران وابسته اشاره می‌کنیم:

- مردم مسلمان در عرصه سیاسی پیوسته به جباریت و استبداد مبتلا بوده‌اند و متأسفانه این استبداد به نام دین بر آنان تحمیل شده است، حال آنکه در سیره پیامبر (ص) و امام علی (ع) هیچ اثری از آن مشاهده نمی‌شود و قرآن با فریاد بلند آن را نفی می‌کند و می‌فرماید: «فَذَكِّرْ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكِّرٌ لَّسْتَ عَلَيْهِم بِمُصَيِّرٍ» پس تذکر ده که تو تنها تذکره‌دهنده‌ای، بر آنان تسلطی نداری»^۴ و در نقطه مقابل می‌فرماید: «أَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ»؛ امورشان در میان ایشان به مشورت است»^۵. یعنی اعمال قدرت به‌ویژه قدرت سیاسی لازم است با نظرخواهی و مشارکت نظری و رأی افراد

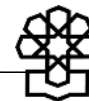
۱. وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ، سوره انفال: ۸، آیه ۶۰.

۲. منظور ما از فرهنگ معنایی شامل انواع دانش‌های بشر از جمله دانش حقوق اسلامی است.

۳. درباره آثار استبداد به کتاب طبیعت استبداد سید عبدالرحمن کواکبی که مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی آن را در سال ۱۳۶۳ در قم به چاپ رسانده است، رجوع کنید.

۴. سوره غاشیه: ۸۸، آیات ۲۱ و ۲۲. در روایت هم آمده است: لا تکنونوا علماء جبارین فیذهب باطلکم بحقکم: عالمانی جبار مباشید که باطل شما (یعنی همان جباریت و لوازم آن) حقتان را از بین ببرد. کافی، ج ۱، ص ۳۶.

۵. منظورمان تنها قدرت نظامی نیست، بلکه همه وجوه قدرت است حتی قدرت حقوقی و قضایی.



انجام شود چون هدف ارتقای فرهنگ مردم در انجام امور است و ارتقای فرهنگی با استبداد و زورگویی سازگار نیست، بلکه با مشارکت متولیان امور و مردم، همراه با صبر و استقامت شدنی است چنان‌که فرمود: «و استقم كما امرت و من تاب معك: پس، همان‌گونه که دستور یافته‌ای ایستادگی کن و هر که با تو توبه کرده [نیز چنین کند]».^۱

استبداد و جباریت حکام در کشورهای اسلامی^۲ یکی از مهمترین اسباب سلطه نظام بین‌المللی کفر است؛ چون زمانی که در یک جامعه قدرت سیاسی در یک فرآیند معقول و مشروع گردش نکند و گروهی با انحصار قدرت به خویش، شایستگان^۳ را از رقابت سالم و سازنده و تعالی‌بخش محروم کنند، خود عامل مخالفت، کینه، دشمنی، تفرقه و شکاف میان دولت و ملت می‌شوند و بعد به منظور حفظ و صیانت خود به شیوه‌های پلیسی و امنیتی قهرآمیز و ایجاد رعب و ترس^۴ روی می‌آورند و در نتیجه خود را از ثمرات اندیشه احرار محروم و دچار فرسودگی و فساد می‌کنند و جامعه را نیز به رکود و خمودگی و عقب‌ماندگی و ضعف می‌کشانند و در نهایت آن را مهبای پذیرش انحای سلطه بیگانه می‌نمایند.^۵

۱. سوره هود: ۱۱، آیه ۱۱۲.

۲. بلکه همه کشورهای ضعیف.

۳. استبداد اجازه نداد شایسته‌سالاری در جوامع اسلامی فرهنگ شود درحالی که پیامبر (ص) فرمود: «کسی که رهبر قومی شود درحالی که دانشمندتر از او وجود دارد پیوسته تا روز قیامت امرشان رو به سقوط است: من ام قوماً و فیهم اعلم منه او افقه منه لم یزل امرهم فی سفال الی یوم القیامة، برقی، المحاسن، ج ۱، ص ۹۳، و فرمود: من استعمل عاملاً علی المسلمین و هو یعلم أن فیهم من هو أولى بذلک منه و اعلم بکتاب الله و سنة نبیه فقد خان الله و رسوله و المسلمین، بیهقی، السنن الکبری، ج ۱۰، ص ۱۱۸.

۴. یکی از عوامل فرار مغزها از کشورهای جهان سوم به کشورهای قدرتمند احساس ترس از بیان افکار و اندیشه‌هایی است که صاحبان قدرت را می‌ترساند.

۵. در همین زمان شاهد این فرآیند در افغانستان، عراق، مصر و ... هستیم و در گذشته عملکرد شاهان صفوی سبب استیلای افغانه بر ایران، عملکرد شاهان قاجار سبب استیلای روس و انگلیس بر ایران و عملکرد سلاطین عثمانی سبب استیلای فرانسه، روس، انگلیس و ایتالیا بر مستملکات دولت عثمانی و فروپاشی آن شد.

و در روایات هم از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: «من از پروردگرم درخواست کردم که امتم را به قحطی نابود نکند و دشمنی را جز از خودشان بر ایشان مسلط نگرداند که هویت نورانی‌شان را از بین ببرد و پروردگرم فرمود: ای محمد درخواست تو را پذیرفتم و آن را رد نمی‌کنم. امت تو به قحطی نابود نمی‌شود و دشمنی جز از خودشان بر ایشان مسلط نخواهد شد: عن النبی (ص): انی سألت ربی الایهلکها بسنة عامة و الایسلط علیهم عدواً من سوی انفسهم فتستبیح بیضتهم و ان ربی قال: یا محمد انی اذا قضیت قضاء فانه لا یرد و انی قد اعطیتک لامتک الا اهلکهم بسنة عامة و الایسلط علیهم عدواً من سوی انفسهم فیستبیح بیضتهم، (قرطبی، الجامع لاحکام القرآن، ج ۵، ص ۴۲۰). این کلام اگر از زبان رسول خدا (ص) خارج شده باشد، معنایش این است که هویت اسلامی هیچ‌گاه از بین نمی‌رود و سلطه دشمنی غیر از خودشان بر آنان به این معناست که با فاصله گرفتن از تعالیم اسلام که به عقل و علم و تواضع و مردم‌داری دعوت می‌کند - و اتصاف به بی‌تدبیری، جهل، استکبار و مردم‌ستیزی، سبب پیدایش دشمن در میان خودشان و سلطه او بر آنان می‌شود و البته همین دشمنان درونی هستند که راه سلطه دشمنان بیرونی را نیز هموار می‌کنند.

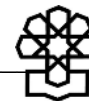
جباریت و استبداد حکام و خلفا همچنین مانع اندیشه و استنباط خردمندانه^۱ در فضای فقه و حقوق شد و این نوع استنباط هیچ‌گاه در جوامع اسلامی رشد مطلوب پیدا نکرد، چون با جباریت و استبداد اصطکاک داشت و با کودنی و بی‌فکری و جهالت مستبدان سازگار نبود. این عامل نیز به نوبه خود سبب عقب‌ماندگی علمی و فکری و پذیرش استعمار و به تبع آن پذیرش سیستم حقوقی و جزایی آنان شد و نیز نگذاشت فقیهان روشن‌اندیش برای مردم دنیا حرف بزنند و کار آنان به جایی رسید که متأثر از شرایط اقلیمی و اجتماعی خود و در بخشی از امور که غالباً به سیاست در فضای داخلی و بین‌المللی ربطی نداشت فتوا دهند و اگر در میان آنان کسی پیدا می‌شد که در پی تغییر و تحول در این عرصه برمی‌آمد، همان ارباب قدرت او را با انواع اتهامات خفه می‌کردند. بدتر از حکام مستبد دین‌ستیز حکامی بودند که به ظاهر موافق دین و فقیهان به‌نظر می‌آمدند ولی در عمل از بخشی از فعالان قشری حوزه دیانت یعنی روضه‌خوان‌ها و مداحان تبعیت می‌کردند به‌طوری که گاه راهبرد یک امت توسط یک روضه‌خوان یا مداح تعیین می‌شد نه یک فقیه اندیشمند فرزانه مشرف بر آلام و علل.

به این ترتیب دو صنف از مسلمانان (فقیهان و امیران)^۲ که می‌خواستند اختلافات و مشکلات جهانیان را بر اساس موازین و رهنمودهای قرآن کریم و پیامبر اسلام (ص) به حق و عادلانه حل و فصل کنند، در حل اختلافات خود درماندند و دچار تفرقه و درگیری و به نوعی فساد شدند یک صنف از کار خود بازماند و صنفی دیگر به ظلم و سرکوب مخالفان و تضییع حقوق همکیشان و

۱. استبداد به معنای خودرأیی، نافی خردورزی است و عقل و خرد مقتضی مشورت و هم‌اندیشی. از اولین نشانه‌های خردستیزی در تاریخ اسلام منع نقل و نگارش حدیث تا زمان خلیفه اموی عمر بن عبدالعزیز است. (بنگرید به: مجید معارف، تاریخ عمومی حدیث، ص ۶۷ به بعد). همچنین در تاریخ ملل اسلامی مستبدانی را می‌بینیم که تحت عنوان اطاعت از ولی امر تنها خواستار تبعیت و تقلید کور بودند و در این راستا عقل و ادراک حسن و قبح عقلی نفی شد و باتلاق جهالت و بی‌خردی گسترش یافت و روحیه منع قوت گرفت، نتیجه این روند پیدایش اشاعره و کسانی بودند که در مورد هر اندیشه نو یا صاحب اندیشه نو یا محصول نو که نسبت به تأثیر آن جاهل بودند و نمی‌دانستند چگونه از آن به سود خود بهره‌گیری نمایند گفته می‌شد: این محصول کفر است، این کافر است، این نجس است، این به کفر می‌انجامد و به این ترتیب مانع هرگونه نوآوری و نوسازی شده‌اند. واعظی رفت صحبت بکند، گفت این بوق شیطان را بردارید. برداشتند و آن واعظ در اثر کثرت جمعیت نتوانست مطلب را به همه مردم بفهماند، من رفتم روی منبر، تا نشستم گفتم بوق شیطان را بیاورید. ببینید جمود چقدر؟ چرا اینها آبروی دین را می‌برند؟ کی گفته بلندگو بوق شیطان است؟! مرتضی مطهری، اسلام و مقتضیات زمان، ص ۱۱۰.

و از سوی دیگر می‌دانیم که نتیجه منع مطلق جواز مطلق است، چنان‌که در مقابل آن جریان افراطی در کشورهای اسلامی افرادی مانند مصطفی کمال (آتا ترک) در ترکیه و رضاخان در ایران با گرفتند که با نفی دین - که تصور می‌شد مانع است - با حرص و ولع هرچه تمام‌تر هر امر نامشروعی را مجاز شمردند و به سمت ممنوعات کافران که محل پیدایش و ورود آنها به غرب بود روی آوردند.

۲. قال رسول الله (ص) صفان من امتی اذا صلحا صلحت امتی و اذا فسادا فسدت امتی، قیل یا رسول الله و من هما؟ قال الفقهاء و الامراء، بحار الانوار، ج ۲، ص ۴۹، باب ۱۲، تحف العقول، ص ۵۰.



هموطنان خود روی آورند.^۱

همه اینها زمینه داخلی مسلمانان را مهیا کرد تا غیرمسلمانان آماده، قبراق و پا در رکاب از همه سو، از طریق آسیای صغیر و از طریق خلیج فارس و از شرق و شمال و جنوب آسیا و از دریای مدیترانه و شمال و غرب آفریقا و از دریای سرخ و از جنوب عربستان وارد سرزمین‌های مسلمانان شدند و هرکاری که خواستند انجام دادند و البته فرهنگ و سیستم حقوقی و جزایی خود را نیز حاکم ساختند. پس از سیطره استعمارگران و تحت تأثیر القانات آنان برخی تصور کردند که دین و التزامات دینی سبب اصلی عقب‌ماندگی و ضعف و ذلت مسلمانان است که باید از آن گسست و به‌منظور نجات از ضعف و دستیابی به قدرت باید غربی شد و به غرب پیوست! ازجمله نتایج این طرز فکر گرایش به حقوق بشری و دست کشیدن از حقوق دینی و الهی بود.

گرایش مسلمانان به حقوق بشری

اشاره کردیم که یکی از آثار و تبعات استبداد، رکود فقه و عدم پاسخگویی آن به نیازهای زمان بوده است. یکی از پیامدهای این رکود، روی‌گردانی مسلمانان^۲ از نظام حقوقی اسلام و روی آوردن به نظامات حقوق بشری است که در دنیای جدید و همپای دیگر پدیده‌های نو در اروپا متأثر از اندیشه کسانی مانند دکارت، رسو، کانت، جان لاک، هگل، مارکس و ... شکل گرفته است.

نظامات حقوق بشری اروپایی به لحاظ غایت دو قسمند: نظام حقوقی فردگرا (انديويدوآليسم) و نظام حقوقی جمع‌گرا (کولکتیویسم و سوسیالیسم). نظام حقوقی فردگرا خود به دوشاخه رومی - ژرمنی و کامن‌لا، تقسیم شده است.^۳

نظام حقوقی سوسیالیستی در اوایل قرن بیستم همراه با انقلاب روسیه در آن سرزمین پا به عرصه ظهور گذاشت و سپس در بخش وسیعی از اروپای شرقی، آسیا، آفریقا و آمریکای جنوبی حاکم شد و با نظام حقوقی فردگرا به معارضة برخاست و در نهایت با فروپاشی شوروی سابق از

۱. زمانی که در غرب به‌منظور شناخت جهان و روابط علیّ پدیده‌ها و بهره‌گیری از توان‌های کشف نشده در عالم، نهضت علمی و صنعتی به راه انداختند، در دربار خلفا، امیران و شاهان کشورهای اسلامی مجالس بزم، عیش و نوش برپا بود و مردم مسلمان با تحمل مصائب و مشقات بسیار باید هزینه آنها را تأمین می‌کردند و هرگاه کم می‌آوردند با عقد قراردادهایی مانند قرارداد رویتز (۱۲۵۰ ش - ۱۸۷۱م) و تالبوت (۱۲۶۷ش - ۱۸۸۸م) به وطن‌فروشی و استعمار رسمی و قانونی اقدام می‌کردند. ظاهراً تا «قبل از انقلاب اکتبر ۱۹۱۷ روسیه، دولت ایران مجموعاً ۳۲ موافقتنامه در مورد واگذاری امتیازات گوناگون با کشورهای بیگانه امضا کرده بود که از آن میان ۱۲ امتیاز سهم روسیه تزاری، ۱۴ امتیاز سهم انگلستان و ۶ امتیاز متعلق به دولت آلمان بود». سیدمحمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، ص ۴۰۰.

۲. بنگرید به: رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۴۶۰.

۳. همان، ص ۲۱ به بعد.

پا در آمد و هم اکنون صرفاً در چند کشور به صورت کمرنگ و بی‌رمق به حیات خود ادامه می‌دهد. نظام حقوق بشری گرچه از دل جوامع اکثراً مسیحی برآمد، اما فارغ از هر نوع عقیده و آموزه دینی و مذهبی شکل گرفت تا صرفاً بر اساس فهم و تصدیق بشر از مصالح و حقوق دنیویش امور او را ساماندهی کند، لذا از ابتدا آموزه‌های حقوقی ادیان آسمانی یهودی، مسیحی و اسلامی را کنار گذاشت. لکن حقوق دینی اسلامی اگر چه به نظر برخی از حقوق‌دانان غرب رو به افول بود،^۱ اما هیچ‌گاه تسلیم این روند نشد^۲ و به‌ویژه بعد از انقلاب اسلامی در ایران جانی دوباره گرفت و حقوق بشری مولود غرب را به چالش کشید و مدافعان حقوق بشری غرب نیز با تمام قدرت و به اشکال مختلف تلاش کردند تا آن را عقب رانده و حذف کنند.^۳

رویاری این دو نظام^۴ در فضای داخلی در ابتدای انقلاب به نفع نظام اسلامی در جریان بود، زیرا عامه مردم به جهت اعتماد به روحانیان و عالمان دین تابع نظر آنها بودند و دانشگاهیان نیز تحت تأثیر غلبه (هژمونی) روحانیت به نظام اسلامی تمکین کردند و لکن به جهاتی از جمله: استقامت مدافعان حقوق غرب اعم از کسانی که اصولاً هویتی برای حقوق اسلامی قائل نبودند و آنان که عمر این حقوق را پایان یافته تلقی می‌کردند و یا تنها در بخش عبادی آن را کارآمد می‌دانستند و هجوم تبلیغاتی آنها از یک‌سو و نمودار شدن ضعف‌ها، نارسایی‌ها و نواقص حقوق عرضه شده و عدم تطابق شعارها با عملکردها و ارائه تفسیرهای مختلف مدافعان حقوق دینی از آن در موارد اختلافی در این سو، باعث شد تعداد و قدرت مدافعان حقوق بشری روز به روز بیشتر و استقامت و قدرت و تعداد مدافعان حقوق دینی کمتر شود و در نتیجه شاهد گرایش هر چه بیشتر حقوق‌دان‌ها و به تبع آنان دیگر افراد به نظامات حقوق بشری و پذیرش سلطه آنها شدیم.

اما مگر اسلام و نظام حقوقی آنچه ویژگی‌هایی دارد که پاسداران حقوق بشر غربی با تمام قدرت به مقابله با آن برخاسته‌اند؟

اسلام به عنوان یک دین آسمانی چنان‌که گفته شده مجموعه‌ای از معارف نظری و قواعد و دستورالعمل‌های مبتنی بر آن معارف به منظور دست یافتن به فضایل و کمالات اخلاقی^۵ است.

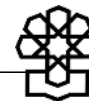
۱. همان، ص ۴۶۰.

۲. همان، ص ۴۷۲.

۳. بعید نیست جان گرفتن قرائت خشک‌سرانه طالبانی از دین، مولود دسیسه‌های مدافعان حقوق بشری باشد.

۴. تقابل نظام حقوق بشری و حقوق دینی پدیده نوظهوری نیست، ریشه این تقابل در اعتقاد بشر به خودبسندگی او در فهم خوب و بد خود و وضع قانون و قاعده براساس آنها دارد که به ابتدای خلقت انسان بازمی‌گردد؛ چون حقوق بشری از عدم اعتقاد به حقوق دینی یا احساس بی‌نیازی به آن سرچشمه می‌گیرد.

۵. عن النبی (ص) انه قال: اما بعثت لاتمم مکارم الاخلاق، مستدرک الوسائل، ج ۱۱، ص ۱۸۷.



به اعتقاد ما متاع دین در بخش داده‌های نظری^۱ و اخلاقی^۲ گرچه با اشکالاتی ازسوی معارضان مواجه شده، اما دچار مشکل جدی و قابل اعتنایی نشده است و راه خودش را می‌پیماید، ولی در بخش قواعد و احکام که اتفاقاً بیشترین کار در حوزه علوم دینی در این بخش انجام شده به‌طوری که کلام و اخلاق و تفسیر تحت‌الشعاع آن قرار گرفته است، با بیشترین شبهه، اشکال و هجوم مواجه شده است، زیرا احساس شد این بخش از دین رو در روی نظامات حقوق بشری قرار گرفته است؛ از آن‌رو که می‌تواند ضعف‌ها و کاستی‌های حقوق بشری را نشان دهد و این ظرفیت را دارد که در سطح جهان مطرح شود و متفرقات بشر و بشر متفرق را جمع کند و همه ابعاد زندگی بشر را تحت پوشش گیرد و اختلافات او را در هر زمینه‌ای به بهترین وجه حل و فصل کند؛ چون اسلام به معنای تسلیم در مقابل قانون و حاکمیت الهی است،^۳ قانونی که بر اساس فطرت بشر و توسط خالق که به همه زوایای وجود بشر آگاه است و نفعی از وضع قاعده و قانون نمی‌برد تنظیم شده است، پس قادر است در هر زمان به همه نیازهای حقوقی بشر پاسخ دهد و بدین رو بیشترین ظرفیت مقابله با نظامات حقوق بشری را دارد.

آگاهی به این ظرفیت سبب شده است که مدافعان حقوق بشری از وجود ضعف‌ها، نارسایی‌ها و نواقصی که در عرضه اسلام و عمل مدعیان آن مشاهده می‌شود کمال بهره‌برداری را به عمل آورده و حقوق اسلام را مورد هجوم و انواع اتهامات و اشکالات خود قرار دهند. حجم و گستردگی اشکالات تا آنجا اثر گذاشت که برخی از متدینان را به اعراض از دین کشاند و کسانی که در مقابل هجوم ستیزه‌گران غربی ایستادگی کردند نیز خود چند گروه شدند:

گروهی با تفسیری جدید از دین آن را جز در حوزه عبادیات هماهنگ با عرف عقلا دانسته و

۱. مانند بحث‌هایی که در کلام جدید حول مسائل قدیمی علم کلام مطرح شده است مانند بحث درباره براهین اثبات خدا، بحث شرور،

بحث خلقت عالم و مسائلی که اخیراً در علم کلام مطرح شده‌اند. بنگرید به: علی اوجبی، کلام در گذر اندیشه‌ها، صص ۲۴۷ و ۲۴۸.

۲. مانند اشکال سازگاری دین و اخلاق چنان‌که گفته شده است: «به‌طور کلی گروهی اخلاق و دین را کاملاً مستقل از هم دانسته‌اند و گروهی غیرمستقل. در گروه اول نیز برخی آنها را کاملاً با هم سازگار می‌دانند و برخی قائل به ناسازگاری جزئی آن دو هستند مانند کی‌یرکگور و برخی قائل به ناسازگاری کلی هستند مانند راسل، جیمز راسلر و اسمیت ناول».

۳. چنان‌که امام علی (ع) فرمود: الاسلام هو التسليم. (فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۱۱۴۴) ولی بخشی از افراد جامعه بشری به دلایلی

حاضر نیستند به قوانین ضامن سعادت خود گردن گذارند چنان‌که قرآن از گروهی از عرب‌ها خبر می‌دهد که به‌شدت حقایق را می‌پوشاند و رنگ عوض می‌کنند و به واسطه این خصلت‌هایشان شایسته‌اند که حدود قوانین و معارف و آموزه‌های اخلاقی نازل شده بر پیامبر اسلام را درنیاوند: الْأَعْرَابُ أَشَدُّ كُفْرًا وَنِفَاقًا وَأَجْدَرُ أَلَّا يَعْلَمُوا حُدُودَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ، سوره توبه: ۹، آیه ۹۷ و در جای دیگر از ادعای جاهلانه یا دروغین آنان خبر می‌دهد که «قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ»: برخی از بادیه‌نشینان گفتند: ایمان آوردیم، بگو ایمان نیاورده‌اید، لکن بگویید: اسلام آوردیم یا تسلیم شدیم و هنوز ایمان در دل‌های شما وارد نشده است. سوره حجرات: ۴۹، آیه ۱۴.

اعلام کردند سخن دین در امور معاملی، سخن عرف زمان است؛ زیرا دین، عرف زمان را امضا کرده و می‌کند بلکه «نمی‌تواند با آن به مخالفت برخیزد»؛^۱ «چون حجیت و اعتبار عرف را ذاتی و بی‌نیاز از دلیل و امضای شارع می‌شمارد»^۲ و به این ترتیب متعارفات بشر را در زندگی و حقوق شخصی و حقوق عمومی داخلی و بین‌المللی بی‌کم و کاست پذیرفته‌اند.^۳

گروهی دیگر در مقابل این گروه، علاوه بر عبادیات در امور معاملی نیز هر رفتار جدیدی را غیرقابل قبول دانستند و بر همان شیوه رفتاری که در قرون گذشته و در فقه بزرگانی همچون شیخ طوسی، محقق و علامه حلی بیان شده است اصرار ورزیدند و اگر برخی تغییرات را گردن گذاشتند از باب ضرورت و اضطرار است و نه چیز دیگر.

و گروه سوم که قائل به تأثیر مقتضیات زمان و مکان^۴ در فرآیند استنباط هستند، استنباط فارغ از تغییرات راجع به موضوعات معاملی و اوضاع اجتماعی را کافی نمی‌دانند^۵ به این دلیل که خدا و پیامبر (ص) و ائمه اطهار (ع) نیز این گونه عمل کرده‌اند.

۱. جبار گلباغی، درآمدی بر عرف، ص ۲۳۱.

۲. همان.

۳. همان و نیز ابوالقاسم علیدوست، فقه و عرف، ص ۳۵۱. که از «آفاق فلسفه» نقل می‌کند که آقای مهدی حائری یزدی گفته است: «به نظر من روایات در این موارد (یعنی معاملات) نوعاً ارشادی است و مولوی نیست، ارشاد به شیوه عقلاست ... شارع در مسائلی مثل معاملات نقش امضایی را بازی می‌کند نه نقش تأسیسی».

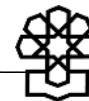
۴. آقای سبحانی می‌گوید: «منظور ما از زمان و مکان معنای کنایی آنهاست؛ یعنی تحول شیوه‌های زندگی و اوضاع اجتماعی برحسب پیشرفت زمان و گسترش ارتباطات» است. فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (ع)، ش ۴۳، سال یازدهم، ص ۵۷.

۵. این گروه دیدگاه‌های مختلفی دارند از جمله علامه طباطبایی است که می‌گوید: «در جامعه اسلامی دو نوع مقررات اجرا می‌شود: نوع اول: احکام آسمانی و قوانین شریعت که موادی ثابت و احکام غیرقابل تغییر می‌باشند. اینها یک سلسله احکامی هستند که به وحی آسمانی به عنوان دین فطری غیرقابل نسخ بر رسول اکرم (ص) نازل شده‌اند و برای همیشه در میان بشر واجب‌الاجرا گردیده‌اند ...».

نوع دوم: مقرراتی است که از کرسی ولایت سرچشمه گرفته [و] به حسب مصلحت وقت وضع شده و اجرا می‌شود. (سیدمحمدحسین طباطبایی، بررسی‌های اسلامی، ج ۱، ص ۱۸۰ و نیز رجوع کنید به همان، ج ۲، ص ۳۹ و نیز به حکومت در اسلام، مقالات سومین کنفرانس اندیشه اسلامی، ص ۱۹۰) و ظاهراً منظور ایشان «از کرسی ولایت» ولایت معصومان بر بیان احکام است.

وی درباره مقررات نوع دوم می‌گوید: «مقررات نامبرده لازم‌الاجرا و مانند شریعت دارای اعتبار می‌باشد با این تفاوت که قوانین آسمانی ثابت و غیرقابل تغییر و مقررات وضعی قابل تغییر و در ثبات و بقا تابع مصلحتی می‌باشد که آنها را به وجود آورده است». سیدمحمدحسین طباطبایی، همان، ص ۱۷۹.

و امام خمینی (ره) در این رابطه می‌گوید: «روحانیت تا در همه مسائل و مشکلات حضور فعال نداشته باشد نمی‌تواند درک کند که اجتهاد مصطلح برای اداره جامعه کافی نیست». (صحیفه امام، ج ۲۱، ص ۲۹۲). و در جای دیگر می‌گوید: «من به فقه رایج میان فقیهان و اجتهاد به شیوه مرحوم صاحب جواهر اعتقاد دارم. این نوع اجتهاد اجتناب‌ناپذیر است؛ اما این بدان معنا نیست که فقه اسلامی بر نیازهای زمان منطبق نیست، بلکه عنصر زمان و مکان در اجتهاد مؤثر است. چه بسا یک واقعه در یک زمان دارای حکمی باشد، اما همین واقعه در پرتو اصول حاکم بر جامعه و سیاست و اقتصادش حکمی دیگر پیدا کند». صحیفه نور، ج ۲۱، ص ۹۸.



در توضیح نظریه سوم باید بگوییم خداوند بیشتر آیاتی را که ناظر بر عمل هستند (آیات الاحکام) به گونه‌ای نازل فرموده که پاسخگوی مقتضیات زمان^۱ نزول و پس از آن باشند، یعنی آنها را در قالب کلیاتی که در هر زمان قابل بهره‌گیری هستند نازل فرموده است پس بدواً به نظر می‌رسد ثابت و همیشگی هستند؛ اما حتی در این بخش از آیات گرچه به‌طور اندک امکان تغییر و تبدیل وجود دارد؛ زیرا بخشی از موضوعات و ملاکات آنها در گذر زمان و به حسب اوضاع و احوال متغیرند مانند موضوع برده‌داری که هم اکنون وجود ندارد، ولی قرآن در یک آیه در مورد آن فرموده است: «وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا: و از میان غلامانتان، کسانی که در صدقند با قرارداد کتبی، خود را آزاد کنند، اگر در آنان خیری [توانایی پرداخت مال] می‌یابید قرارداد باز خرید آنها را بنویسید».^۲

و مانند موضوع اعداد قوه که در این زمان با اسبان بسته شده میسر نیست و قرآن در مورد آن فرموده است: «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَّا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ: و هر چه در توان دارید از نیرو و اسب‌های آماده بسیج کنید».^۳

۱. اقتضای زمان، اقتضای برخاسته از مصالح و مفاسد حقیقی و نفس‌الامری است که تحت تأثیر تغییراتی که در زمان رخ داده است تغییر می‌کند و شکی نیست که هدف شارع اسلام جلب مصالح و دفع مفاسد می‌باشد و احکام شرع دایر مدار همین ملاک‌ها هستند که با تغییر آنها باید تغییر کنند و منظور از «مصلحت وقت» در کلام علامه طباطبایی اقتضای زمان است.

۲. سوره نور: ۲۴، آیه ۳۳.

۳. سوره انفال: ۸، آیه ۶۰. ضمناً از آیاتی مانند «مَا نَسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ؟» هر آیه‌ای را نسخ کنیم یا آن را به [دست] فراموشی بسپاریم [از یادها ببریم] بهتر از آن یا ماندنش را می‌آوریم آیا نمی‌دانی که خدا بر هر چیزی تواناست؟» (سوره بقره: ۲، آیه ۱۰۶) و «إِذَا بَدَّلْنَا آيَةً مَكَانَ آيَةٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا يُنْزِلُ قَالُوا إِنَّمَا أَنْتَ مُفْتَرٍ: چون آیه‌ای را به جای آیه‌ای دیگر بیاوریم - و خدا به آنچه نازل می‌کند داناتر است - می‌گویند جز این نیست که تو دروغ‌بافی» (سوره نحل: ۱۶، آیه ۱۰۱) نیز ممکن است بر تغییر ملاک استفاده نمود؛ زیرا نسخ و تبدیل به مفهوم قرآنی هم در امور تکوینی راه دارد هم تشریعی و نسخ تشریعی شامل نسخ در زمان حضور و زمان غیبت هر دو می‌شود؛ چون آیات فوق‌الذکر نسخ نشده‌اند. بنابراین مفهوم نسخ قرآنی اعم از نسخ در اصطلاح فقیهان و اصولیان است که آن را رفع امر ثابت در شریعت توسط شارع از آن رو که شارع است، در اثر سیری شدن وقت و مدت آن می‌دانند خواه حکم باشد یا غیر آن و حکم تکلیفی باشد یا وضعی، چنان‌که مرحوم مظفر می‌گوید: النسخ اصطلاحاً: رفع ما هو ثابت فی الشریعة من الاحکام و نحوها. (محمدرضا مظفر، اصول الفقه، ج ۲، ص ۵۲).

مراد از نسخ، انسا و تبدیل آیه از بین بردن آن از صفحه وجود نیست، بلکه منظور اثر آن است، اعم از اثر تکوینی مثل دعوت پیامبری که با فوت او از بین می‌رود یا اثر تشریعی مثل بخشی از احکام که موضوعشان در گذر زمان از بین رفته است؛ چنان‌که علامه طباطبایی می‌گوید: «و کیف کان فالنسخ لا یوجب زوال نفس الآیة من الوجود و بطلان تحقیقها، بل ... یزول اثره من تکلیف او غیره مع بقاء اصله»، (المیزان، ج ۲، ص ۲۵۰، و نیز بنگرید به: همان، ج ۱، ص ۶۷) و در این صورت معنای آیه در بخش تشریعی این است که شارع حکیم می‌دیده است که برخی از احکام او که روی موضوعات متغیر رفته‌اند، با گذشت زمان تغییر می‌کنند و به حکمی مثل حکم قبل یا بهتر از آن تبدیل می‌شوند، چون موضوعات به موضوعاتی مشابه یا بهتر از قبل تبدیل شده‌اند و البته تشخیص‌دهنده آن عقل قطعی است. علامه طباطبایی ذیل آیه «إِذَا بَدَّلْنَا آيَةً مَكَانَ آيَةٍ» می‌گوید: أَنَّ الاحکام الإلهیة تابعة لمصالح العباد و من المصالح ما یتغیر بتغیر الأوضاع و

در روایات نیز به موضوع تغییر ملاک و حکم تصریح شده است چنان‌که محمد بن سنان از امام موسی کاظم (ع) نقل کرده است که فرمود: «بین حلال و حرام چیز اندکی است که آن را تغییر می‌دهد و حلال [را حرام] یا حرام [را حلال] می‌گرداند».^۱

می‌دانیم که بخشی از سنت (کلام، عمل و تقریر) پیامبر (ص) و ائمه (ع) نیز در مقام تطبیق قواعد و کلیات حقوقی کتاب صدور یافته‌اند، پس بخشی از آنکه ذیل موضوعات و ملاکات متغیر صادر شده‌اند نیز متغیرند، علاوه‌بر آنکه بخشی از سنت دستورات حکومتی است که به اقتضای زمان صادر شده‌اند پس می‌توان گفت تغییر در سنت بیشتر است.

کلینی برخی از کلمات معصومان را در این زمینه ضبط کرده است از جمله کلامی از امام علی (ع) در مورد اختلاف روایات که فرمود: «... و فرد سومی که شنیده است رسول خدا به چیزی امر کرده، [حال آنکه] او خبر ندارد پیامبر سپس از آن نهی کرده است و یا شنیده پیامبر از چیزی نهی کرده و او نمی‌داند پیامبر سپس به آن امر کرده است».^۲

کلینی همچنین به سند خود از امام صادق (ع) نقل کرده که به شخصی فرمود: «به من بگو اگر امسال حدیثی برای تو بیان کردم (یعنی در پاسخ به پرسشی که از امام (ع) درباره موضوعی شده است) و در سال آینده نزد من آمدمی و خلاف آن را برای تو بازگو نمودم (یعنی در پاسخ به همان پرسش درباره همان موضوع که لابد در سال بعد دچار تغییر شده است) کدام یک را می‌گیری (عمل

الاحوال والأزمنة فمن الواجب أن يتغير الحكم بتغير مصلحته فينسخ الحكم الذي ارتفعت مصلحته الموجبة له بحكم آخر حدثت مصلحته. الميزان، ج ۱۲، ص ۳۴۶.

و علامه حلی می‌گوید: الاحکام منوطه بالمصالح و المصالح تتغير بتغير الأوقات و تختلف باختلاف المكلفين، فجاز ان يكون الحكم المعين مصلحة لقوم و في زمان فيؤمر به و يكون مفسدة لقوم و في زمان آخر فينهى عنه، كشف المراد، ص ۲۸۲.

می‌توان گفت از جمله مصادیق نسخ، تبدیل و انسا، رخ دادن تغییر در نگاه انسان است. از وقتی که انسان بر ساختن ابزار و وسایل جدید و پیشرفته توانمند شد و فراگیری دانش و آموزش و ارتباط و اطلاع‌رسانی برای او بسیار آسان‌تر و سریع‌تر از گذشته گشت و بر شیوه‌های بهتری برای زندگی و بهره‌گیری از منابع طبیعی دست یافت، از موجودی بیشتر متعبد به موجودی بیشتر متعقل مبدل شده است و فهم و تلقی او نیز تحول یافته و دید او نسبت به هم‌نوعش نیز تغییر کرده است. اگر در گذشته استرقاق او را جایز می‌دانست اکنون نمی‌داند، اگر روزی زنان را از حضور در بسیاری از عرصه‌های زندگی ممنوع می‌کرد اکنون به اینجا رسیده که حضور آنان را در بسیاری از عرصه‌ها لازم می‌داند. البته لازم است تذکر دهیم به‌رغم همه پیشرفت‌ها و تحولاتی که در عرصه علوم انسانی و تجربی نصیب بشر شده است، اما او به دلیل آزادی‌های بدون قید و شرط در مجموع به دنیا‌گرایی بیشتری پیدا کرده و از معنویت و اخلاق فاصله بیشتری گرفته است و با استفاده از ابزار و امکانات جدید، غیراخلاقی‌تر از گذشته عمل می‌کند.

۱. ليس بين الحلال والحرام الا شيء يسير، يحوله من شيء الى شيء فيصير حلالاً و حراماً، بحار الانوار، ج ۶، ص ۹۴.

۲. الكافي، ج ۱، ص ۶۳.



می‌کنی؟ گفتیم حدیث اخیر را. فرمود: خداوند تو را رحمت کند».^۱

همچنین از معلى بن خنيس نقل می‌کند که گفت: «به امام صادق (ع) عرض کردم اگر حدیثی از اول شما (امام سابق) و حدیثی دیگر (مغایر و مخالف با حدیث اول) از امامی دیگر از شما (امام بعد) نقل گردید به کدام یک عمل کنم؟ آن حضرت فرمود: به هر حدیثی عمل کنید تا از امامی که زنده است چیزی به شما برسد و آن را بگیرید. امام سپس فرمود: به خدا سوگند ما شما را به چیزی وارد نمی‌کنیم مگر اینکه در توان شما باشد».^۲

نیز محمد بن مسلم از امام باقر (ع) نقل کرده است که پیامبر (ص) «نهی کرد که گوشت قربانی - به خاطر نیازی که به آن وجود داشت - بیش از سه روز نگهداری شود، اما امروزه نگهداری آن بیش از سه روز مانعی ندارد».^۳

در همین مورد از طریق اهل سنت نقل است که پیامبر (ص) در یک سال فرمود: «کسی که قربانی می‌کند صبح روز سوم چیزی از آن در خانه‌اش نباشد. سال بعد اصحاب از آن حضرت پرسیدند آیا همان طور که سال قبل عمل کردیم انجام دهیم؟ فرمود: بخورید و اطعام کنید و ذخیره نمایید. سال گذشته مردم دچار مشقت بودند و من خواستم کمک کنید».^۴

ابن عتیبه نیز می‌گوید: «به امام باقر (ع) عرض کردم پیش از این دیه از شتر و گاو و گوسفند دریافت می‌شد؟ [چرا اکنون به درهم نقره‌ای پرداخت می‌شود؟] امام (ع) فرمود: آن قضیه مربوط به بیابانگردان پیش از اسلام بود و زمانی که اسلام ظهور کرد و درهم در میان مردم فراوان شد، حضرت امیر (ع) آن را بر درهم توزیع کردند».^۵

از این روایات استفاده می‌شود که تغییر در بیان معصوم برای مردم زمانشان قابل درک بوده است و می‌دانسته‌اند که هر زمان اقتضائاتی دارد که با اقتضائات زمان پیش متفاوت است و شکی نیست که پیامبر (ص) یا امام (ع) باید حکم هر موضوعی را به اقتضای تغییراتی که در زمان پدید

۱. محمد بن یعقوب کلینی، باسناده عن ابی عبد الله (ع) قال: ارایتک لوحدتک بحديث العام ثم جئتني من قابل فحدثتک بخلافه بايها كنت تأخذ؟ قال قلت كنت آخذ بالآخر. فقال: لي رحمك الله. الكافي، ج ۱، ص ۶۷.

۲. قلت لابی عبد الله (ع) اذا جاء حديث عن اولكم و حديث عن اخرکم بايها نأخذ؟ فقال خذوا به حتى يبلغكم عن الحی فخذوا بقوله. قال: ثم قال ابو عبد الله (ع): انا و الله لاندخلکم الا فيما یسعکم، همان.

۳. كان النبی (ص) نهی أن تحبس لحوم الاضاحی فوق ثلاثة ایام من اجل الحاجة، فأما اليوم فلا بأس به، وسائل الشیعه، ج ۱۰، ص ۱۴۸.

۴. قال النبی (ص): من ضحی منکم فلا یصبحن بعد ثلثة و فی بیته منه شیء. فلما كان العام المقبل قالوا یا رسول الله نفعل كما فعلنا العام الماضي؟ قال: كلوا و اطعموا و ادخروا فإن ذلک العام كان بالناس جهد فأردت أن تعینوا فیها، فتح الباری بشرح صحیح بخاری، ج ۱۰، ص ۲۴، ح ۵۵۶۹.

۵. عن ابی جعفر (ع) فی حدیث قال: قلت له: ان الدیات انما كانت تؤخذ قبل اليوم من الابل و البقر و الغنم. قال: فقال: انما كان ذلک فی البوادی قبل الاسلام. فلما ظهر الاسلام و كثرت الورق فی الناس، قسمها امیر المؤمنین (ع) علی الورق، وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۱۴۸.

آمده است بیان کند. اگر امام قائم (عج) نیز ظهور می‌کردند قطعاً در مورد بخشی از موضوعات که تغییر کرده و یا جدیداً پیدا شده‌اند به اقتضای زمان حکم می‌کردند.

شکی نیست که خدا، پیامبر و ائمه اطهار (ع) می‌دانستند که اوضاع و احوال بشر در طول زمان یکسان نمی‌ماند، پس اصولی را به وی آموختند که در هر زمان با تمسک به آنها پاسخ مسائل خود را دریابد.^۱

بنابراین می‌توان با قاطعیت اعلام کرد پاره‌ای از احکام استنباط شده توسط فقیهان در گذشته، متناسب با اوضاع زمان خودشان بوده و پاسخگوی نیاز بشر در این زمان نیست.

مثلاً آیا ارزش جنایت بر عضو، که در زمان رواج خرید و فروش انسان، به نسبت قیمت صحیح به معیب او محاسبه می‌شده است اکنون نیز همان‌گونه محاسبه می‌شود؟

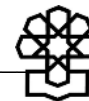
فتوای مشهور این است که ارزش را در فرض برده بودن انسان و به نسبت قیمت صحیح به معیب او محاسبه می‌کردند.^۲ این فتوا به استناد روایاتی صادر شده که قطعاً در این زمان امکان اعمال آنها نیست. از اینجا می‌توان به قطع اعلام کرد که در مجموع روایات، روایات دیگری نیز وجود دارند که مستند بخشی از احکام فقهی هستند که در این زمان موضوع آنها وجود ندارد، لذا به هیچ وجه قابل اجرا نیستند و یا موضوع آنها دستخوش تغییراتی شده که فقیه باید به لحاظ این تغییرات درباره آنها فتوا دهد.

مرحوم امام خمینی (ره) در رد نظر برخی از فضلاء حوزه علمیه قم که درباره فتوای متفاوت ایشان درباره شطرنج اشکال کرده بود که ادله نهی اطلاق دارند و منشأ صحیحی برای انصراف آنها از موردی که شطرنج آلت قمار نباشد وجود ندارد، فرمود: «لازم است از برداشت جنابعالی از اخبار و احکام الهی اظهار تأسف کنم. بنابر نوشته جنابعالی زکات تنها برای مصارف فقرا و سایر اموری است که [در فقه] ذکرش رفته است و اکنون که مصارف به صدها مقابل آن رسیده است راهی نیست و رهان در سبق و رمایه مختص است به تیر و کمان و اسب دوانی و امثال آنکه در جنگ‌های سابق به کار گرفته می‌شده و امروز هم تنها در همان موارد است و ...».^۳

۱. از امام رضا (ع) نقل است که فرمود: علينا لقاء الاصول و علیکم التفریع، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴۱.

۲. آیت‌الله تبریزی در این مورد می‌گوید: «به نظر من فتوای مشهور مبنی بر دریافت تفاوت قیمت شخص پس از فرض او به عنوان عبد، تمام نیست». جواد تبریزی، صراط النجاة، ج ۱، مسئله ۱۱۷۴.

۳. صحیفه نور، ج ۲۱، ص ۳۴.



اعتبار جاودانه کتاب و سنت

اما آیا در این شرایط که فرضاً برخی از فروع جزئی از گردونه عمل خارج شده و موضوعات جدید پدید آمده و موضوعاتی تغییر کرده‌اند می‌توان به این نتیجه رسید که منبعیت کتاب و سنت مخدوش شده است؟

ادعای ما این است که با وجود این تحولات، آموزه‌های دینی به‌ویژه دین اسلام در کتاب و سنت، همچنان بهترین و کامل‌ترین منبع پاسخگویی به نیازهای بشر در روابط چهارگانه^۱ او است، و این دو آنقدر قوی و پرمایه هستند که به راحتی پاسخگوی هر وضعیتی می‌باشند به شرط آنکه مجتهد به دلالت و درخواست همان کتاب و سنت، از رهنمودهای عقل ناب^۲ در کنار آن دو بهره‌گیری کند و بر موضوعات و اوضاع جدید بشر در حیات فردی و اجتماعی او اشراف داشته باشد تا بتواند از کلیات و قواعد به لحاظ تغییراتی که در موضوعات و اوضاع جوامع رخ داده است استنباط کند؛ چون ماهیت انسان همان است که در گذشته بوده و قواعد و کلیات مندرج در کتاب و سنت نیز ناظر به این ماهیت عرضه شده‌اند و یافته‌های جدید بشر در عرصه علوم و تکنولوژی‌ها تغییری در ماهیت او به وجود نیاورده است، بلی یافته‌های جدید می‌توانند روش استنباط او را بهبود بخشند و یاریگر او در استنباط بهتر از منابع دینی باشند؛ چون هیچ دلیل منطقی وجود ندارد که شیوه استنباط معهود که نتیجه فهم افرادی از بشر در شرایط زمان خودشان است، قابل اصلاح و تغییر نباشد. قطعاً با اصلاحاتی در شیوه استنباط متأثر از اقتضائات زمان، نتیجه حاصل از آن می‌تواند پاسخگوی نیازها باشد.

کافی است عقل را در کنار کتاب و سنت و اجماع بپذیریم و کافی است این پیش‌فرض را پذیرفته باشیم که بسیاری از روایات^۳ و بخشی از آیات احکام^۴ ناظر به وضعیت‌های موجود در زمان صدور و نزول هستند و نیز کافی است پذیرفته باشیم حکم تابع موضوع است^۵ و زمانی که موضوعی تغییر یافت و به وضعیت جدیدی مبدل شد، حکم آن نیز چیز دیگری خواهد بود^۶ و نیز

۱. یعنی رابطه انسان و خودش، انسان و خدا، انسان و دیگر انسان‌ها و انسان و دیگر مخلوقات اعم از جن، ملک، حیوانات، گیاهان و طبیعت بی‌جان.

۲. مراد عقل غیرمشوب به وهم و خیال است.

۳. مانند روایات مربوط به بردگان. بنگرید به: وسائل الشیعه، ج ۱۶، صص ۲ - ۱۲۲.

۴. مثل آیه: وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا: و از میان غلامانتان، کسانی که درصددند با قرارداد کتبی، خود را آزاد کنند، اگر در آنان خیری [توانایی پرداخت مال] می‌یابید قرارداد بازخرید آنها را بنویسید. نور: ۲۴، آیه ۳۳.

۵. منظور مصلحت و مفسده واقعی موضوع است که یک نحو علت برای حکم دارد و حکم به نوعی معلول آن است.

۶. مرحوم امام خمینی (ره) می‌گوید: «مسئله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده است، به ظاهر همان مسئله، در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد یک نظام، ممکن است حکم جدیدی پیدا کند، بدان معنا که با شناخت دقیق روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی همان موضوع اول که از

کافی است در مباحث اصولی بپذیریم، فهم از ادله نقلی، منحصر به فهم عرفی نیست،^۱ بلکه بپذیریم، فهم عرفی یک مرتبه از فهم است و در مرتبه بالاتر از آن فهم عقلی و تخصصی جای دارد و اگر فهم عرفی از دلیلی نقلی با فهم عقلی از آن متعارض شدند، فهم عقلی مقدم است. بنابراین ضمن تأکید بر اینکه منابع استنباط احکام شرعی همچنان کتاب و سنت هستند؛ اما با دخالت دادن نگرش فوق که یک مبنای اصولی است می‌توان به نیازهای جدید پاسخ داد.

۴. ضرورت قضاوت در فضای ملی و بین‌المللی

قضاوت در جامعه بشری سابقه‌ای بس طولانی دارد. از آن زمان که اولین اختلاف بین افراد یک خانواده یا قبیله رخ داد و با رجوع به بزرگ خانواده یا قبیله فیصله یافت، ضرورت قضاوت و روند آن شروع شد.^۲

شکی نیست که در حیات و تعاملات دنیایی بروز اختلاف و نزاع قهری است، چون انسان به‌گونه‌ای خلق شده که نزاع و اختلاف او با همنوعش اجتناب‌ناپذیر است. جهل، حرص، خودخواهی، زیاده‌طلبی، برتری‌جویی، راحت‌طلبی و... خصلت‌هایی هستند که نفس هر انسانی می‌تواند به آنها متصف شود و اگر انسان تحت تأثیر این خصلت‌ها در رابطه با دیگری عمل کند، قهراً آگاهانه یا ناآگاهانه به حریم و منافع او تعدی کرده و مصالح او را به خطر می‌افکند. ازسوی دیگر هر انسانی به‌طور طبیعی مفطور بر دفاع از خویش است. پس در مقابل تعدی غیرو احساس خطر به واکنش دست می‌یازد. نتیجه آن کنش و این واکنش درگیری و نزاعی است که میان آن دو رخ می‌دهد.

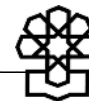
در اینجاست که مرجع دیگری باید باشد تا میان آنها به داوری و قضاوت بنشیند و با درایت و دانش و تدبیر عملی مناسب به طرف متعدی بفهماند که چگونه از روی ناآگاهی یا آگاهانه و تحت تأثیر خصلت‌های نفسانیش به حد و حق دیگری تجاوز کرده و از او بخواهد از ادعا یا تعدیش دست بردارد و آنچه را به ناحق گرفته یا تفویت کرده به او بازگرداند یا جبران کند و در صورت لزوم کیفر یا مجازاتی برای او در نظر گیرد و به این ترتیب اختلاف و کشمکش و خصومت آنها را حل و فصل و سلامت جامعه را تضمین کند.

نیاز ضروری بشر به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات سبب شد نهاد قضایی و داوری، به‌طور

نظر ظاهر با قدیم فرق نکرده است، واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می‌طلبد». صحیفه نور، ج ۲۱، ص ۹۸.

۱. چون سطح فهم و ادراک انسان نسبت به گذشته ارتقا یافته است به‌گونه‌ای که می‌توان گفت غیر از سطح فهم و ادراک انسان در زمان نزول آیات و صدور روایات است.

۲. نمونه‌هایی از حکمیت در حدود ۳۱۰۰ سال قبل از میلاد نقل شده است. بنگرید به: مجید خدوری، جنگ و صلح در اسلام، ص ۳۴۸.



متعارف در هر اجتماعی پدید آید و به تدریج تکمیل گردد و حدود و چگونگی و ساختار آن در قوانین داخلی مشخص شود.

علل و عوامل پدیدآورنده اختلاف بین افراد بشر موجب پیدایش اختلاف میان دولت‌ها نیز هست، لذا از بدو پیدایش دولت‌ها شاهد بروز اختلافات و دعاوی بسیاری میان آنها بوده‌ایم که در عصر جدید و پس از شکل‌گیری دولت‌های مستقل محصور در مرزهای جغرافیایی نیز استمرار یافته و روابط کشورها را تحت تأثیر قرار داده و وجود نهاد قضایی بین‌المللی را ضروری ساخته است. از این‌رو نهادهای داور و قضایی در فضای بین‌المللی نیز پدید آمد و اندک اندک در معاهدات بین‌المللی ابتدا دیوان دائمی داور و بین‌المللی و بعد دیوان دائمی بین‌المللی که به دیوان بین‌المللی دادگستری تغییر نام یافت پیش‌بینی و تصویب شد تا اگر میان کشورها اختلافی حقوقی رخ داد و با مذاکره و میانجیگری برطرف نشد به آنها رجوع کنند و اختلاف خود را قبل از بروز جنگ به‌طور مسالمت‌آمیز خاتمه دهند و اخیراً دادگاه یا دیوان کیفری بین‌المللی نیز با هدف رسیدگی به جرائمی خاص در سطح بین‌الملل تشکیل شده است.^۱

۵. قضاوت از منظر اسلام

در جامعه جاهلی قبل از اسلام نیز این نهاد وجود داشت چنان‌که نقل شده «عرب را داورانی بود که در کارهای خود به آنان رجوع می‌کرد و در محاکمات و موارد آب‌ها و خون‌های خویش آنها را داور می‌شناخت چه عرب را دینی نبود که به احکام آن رجوع کند پس اهل شرف و راستی و امانت و سروری و سالخوردگی و بزرگواری و آزمودگی را حکم قرار می‌دادند».^۲ اما این نهاد نیز همانند دیگر نهادهای جامعه جاهلی متصف به این صفت بود و وضع مطلوب و به حق و درستی نداشت چنان‌که «حکم شریف و وضع (در قضیه واحد) فرق داشت».^۳

این نهاد پس از اسلام امضا و تأیید شد، ولی همچون دیگر نهادهای عرفی دستخوش تغییرات و اصلاحاتی قرار گرفت و اسلام با قرار دادن شرایطی برای قاضی و نشان دادن راه اثبات و تعلیم قواعد و احکام قضاوت، آن را به وضعی که می‌باید داشته باشد نزدیک ساخت.

باید توجه داشت که اصلاحات شرع، قضاوت را از وضع عرفی آن خارج نکرده و به آن حقیقت شرعی نداده است، مفهوم قضاوت همان است که پیش از اسلام هم شناخته شده بود.

۱. این نهادها را در صفحات آتی توضیح خواهیم داد.

۲. یعقوبی، تاریخ یعقوبی، ج ۱، ص ۳۳۷.

۳. محمدبن احمد قرطبی، الجامع لاحکام القرآن، ج ۶، ص ۲۱۴.

از برخی آیات استفاده می‌شود که قضاوت فقط از آن خداست چنان‌که فرمود: «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يُقْضَى الْحَقُّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ»^۱ حکم جز برای خدا نیست که حق را بیان می‌کند و او بهترین داوران است. اما مراد این نیست که خداوند خود در میان مردمان قضاوت کند، زیرا چنین امری امکانپذیر نیست،^۲ بلکه منظور آن است که اولاً افراد واجد صلاحیت بر مسند قضاوت بنشینند که ازجمله صلاحیت‌های لازم در آنان علم و عدل است، چنان‌که خداوند که «خیر الفاصلین» است دارای این اوصاف است؛

ثانیاً به «حق»، حکم کنند همان‌گونه که خداوند به حق حکم می‌کند و از دیگران هم می‌خواهد به حق حکم کنند چنان‌که در آیه‌ای دیگر می‌فرماید: «يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ»^۳ ای داوود ما تو را در زمین خلیفه [جانشین] گردانیدیم؛ پس میان مردم به حق داوری کن». سیستم قضایی اسلام این گونه طراحی شده چون اسلام این سیستم را فقط برای مؤمنان که بخشی از مردمند طراحی نکرده، بلکه آن را برای همه انسان‌ها با هر عقیده و مسلکی در همه مکان‌ها و زمان‌ها طراحی کرده است^۴ و هیچ انسان عاقلی نیست که قضاوت قاضی عالم^۵ و عادل^۶ را که به حق حکم می‌کند، مردود بداند؛ زیرا ما به‌عنوان مسلمان یا قائل به برقراری رابطه و تعامل با غیرمسلمانانی که با ما سر جنگ ندارند، هستیم یا نیستیم و می‌گوییم هیچ نیازی به رابطه با آنها نداریم تا اگر در روابطمان اختلافی حاصل شود به داور و فیصله قضایی حاجت افتد!! این نظریه همان نظریه انزواست که با حکم عقل و آیات و روایات سازگار نیست.

اگر قائل به برقراری رابطه باشیم و در رابطه با آنها در مواردی دچار اختلاف شدیم یا قائل به حل مسالمت‌آمیز اختلاف هستیم یا نیستیم و می‌گوییم تا اختلافی حاصل شد با آنها وارد جنگ می‌شویم، که این حرف نیز برخلاف عقل و آیات و روایات است و مطلوب شارع مقدس نیست.

۱. سوره انعام: ۶، آیه ۵۷.

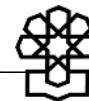
۲. خوارج نیز از آیه «لا حکم الا لله» چنین برداشتی داشتند ولی حضرت امیر(ع) در پاسخ به آنان فرمود سخن حقی است که از آن باطل اراده شده است؛ چون منظور این نیست که خداوند خود در زمین فرمانروایی کند، بلکه منظور آن است که فرد واجد صلاحیتی براساس قواعد و احکام اسلام حکومت کند؛ زیرا جامعه نیاز به حاکمیتی دارد خواه نیک یا بد، «لا بد للناس من امیر بر او فاجر»، فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۱۲۵.

۳. سوره ص: ۳۸، آیه ۲۶.

۴. چنان‌که فرمود: تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَى عَبْدِهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيرًا، سوره فرقان: ۲۵، آیه ۱. البته بعد از توافق بر سر اینکه حق چیست و عدل کدام است!

۵. مراد از عالم کسی است که به اصول و فروع موردی که او را برای قضاوت درباره آن برگزیده‌اند علم داشته باشد.

۶. مراد از عادل کسی است که پیرو هوای نفس نباشد و در خارج بر کسی که به اعطای حق به ذیحق ملتزم است، منطبق می‌باشد.



بنابراین اگر قائل به رابطه باشیم^۱ و قائل به اینکه در رابطه با آنان اگر اختلافی حاصل شد می‌توان به‌طور مسالمت‌آمیز^۲ و از طریق داوری و قضاوت به حل و فصل آن مبادرت کرد این پرسش مطرح می‌شود که مبنای داوری و قضاوت بین ما و آنان که مورد قبول طرفین باشد چیست؟

پاسخ، حکم به حق است؛ چون اگر حکم بر حق استوار شود؛ برای همه قابل قبول است. اما از آنجا که منابع حق و راه دستیابی به آن مورد اختلاف است و التزام به حق نیز برای هر کس میسر نیست، اسلام منابع مورد قبول خود را معرفی کرده و برای قاضی نیز شرایطی مانند بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، علم و ... در نظر گرفته و خصلت‌هایی مانند جهل، طغیان، کفر و ... را از او نفی کرده است تا قاضی هم در اعلام و اخبار و هم در انشا و حکم، از باطل و ظلم دور و به حق و حقیقت نزدیک‌تر باشد؛^۳ لذا در برخی آیات به منبع مورد قبول خود اشاره کرده و فرموده است: «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ»؛ کسانی که به موجب آنچه خدا نازل کرده است حکم نکرده‌اند آنان خود کافراند». یعنی کسانی را که به حق، حکم نکنند کافرند.

و در روایت نیز وارد شده است: «کسی که در [امر کوچکی مانند] دو درهم [قریب ۱۲۰۰۰ تومان]^۴ بر خلاف احکام خدا حکم کند کافر است».^۵

با وجود این ادله، روشن می‌شود که مقام و جایگاه قضاوت نیز از دید اسلام بسیار مهم و پر خطر است چنان‌که امام علی (ع) فرمود: «ای شریح تو در جایگاهی نشسته‌ای که جز نبی یا وصی نبی یا شقی در آنجا نمی‌نشیند».^۶ ظاهر روایت این است که نشستن بر مسند قضا شایسته کسی جز رسول خدا و وصی رسول خدا نیست چون هرکس دیگر غیر از اینها شقی است و به این ترتیب باید باب قضاوت بسته شود، چون دست ما از دامن نبی و وصی نبی کوتاه است، حال آنکه قضاوت باید انجام شود پس منظور چیست؟

منظور آن است که چون ادعای کسی که در فضای اسلامی بر مسند قضاوت نشسته این است

۱. از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: تاركوا الحبشة ما تركوكم: مادامی که حبشی‌ها متعرض شما نشده‌اند آنها را به حال خودشان واگذارید، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۴۲.

۲. از امام علی (ع) نقل است که فرمود: وجدت المسالمة ما لم يكن وهنا في الاسلام انجح من القتال: صلح و مسالمت را اگر موجب وهن و خواری اسلام نباشد، [در بسط اسلام] مؤثرتر از جنگ یافتیم، غررالحکم و دررالكلم، ج ۶، ص ۲۴۴.

۳. امام علی (ع) خطاب به مالک اشتر در مورد انتخاب قضات فرمود: کسی را انتخاب کن که در صورتی که حق را بشناسد نسبت به رجوع به آن کوتاهی نمی‌کند ... و برای کشف حقیقت بسیار صابر و شکیباست، فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۱۰۲۳.

۴. سوره مائده: ۵، آیه ۴۴ و در آیه ۴۵ می‌فرماید: هم الظالمون و در آیه ۴۷ می‌فرماید: هم الفاسقون.

۵. قیمت یک پنجم دینار شرعی به نرخ زمان نگارش ذکر شده است.

۶. من حکم فی در همین بغیر بما انزل الله عزوجل فهو کافر بالله العظیم، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۸.

۷. یا شریح قد جلست مجلساً لا یجلسه (ما جلسه) الا نبی او وصی نبی او شقی. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۷.

که در جان و مال و عرض و دیگر حقوق انسان‌ها به حکم خدا، حکم می‌کند^۱ جایگاه او از حیث علم و نزاهت، جایگاهی الهی و در خور نبی یا وصی نبی است و کسی که بهره لازم از علم و تقوا نداشته باشد، نمی‌تواند در آن جایگاه قرار گیرد، شقی است.

در انتهای باز گردیم به پرسش اصلی که آیا در این شرایط و در وضعیت کنونی جهان می‌توان به نهادهای قضایی در کشورهای غیرمسلمان یا در سطح بین‌المللی رجوع و به حکم آنها تمکین کرد یا مطلقاً نمی‌توان یا تفصیل داده می‌شود؟

در این مورد سه نظریه ممکن است وجود داشته باشد:

اول - نظریه‌ای که با تمسک به «قاعده نفی سبیل» هر نهاد غیرایمانی را نفی می‌کنند و معتقدند نمی‌توان با نهادهای بین‌المللی که توسط قدرت‌های غیرمسلمان استعمارگر و سلطه‌جو سامان یافته‌اند حتی در قالب معاهده موافقت^۲ و به آنها اعتماد کرد تا چه رسد به اینکه برای احقاق حق بتوان به برخی از آنها مانند دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع کرد.

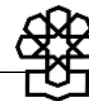
دوم - نظریه‌های که مطلقاً پذیرای این نهادهاست از باب اینکه شارع تأسیسات عرفی را مطلقاً پذیرفته است.

سوم - نظریه‌ای که قائل به تعامل سازنده است و تفصیل می‌دهد از باب آنکه پیامبران در امت واحده مبشر کسانی بودند که به کمک عقل به دریافت‌های صحیح رسیده و به آنها ملتزم بودند و منذر کسانی که بر خلاف ندای وجدان و فطرت پاک و عقل سلیم اندیشه و عمل می‌کردند پس اگر بتوانیم اثبات کنیم ممکن است غیرمسلمانی یافت شود که به حق و عدل دست یابد و به آن باور داشته و در حکم ملتزم به آن باشد، بر مبنای مبشر بودن پیامبران می‌توان قضاوت او تأیید و بدان تمکین کرد.

پیش از بررسی این نظریه‌ها لازم است مراجع قضایی بین‌المللی و قواعد حاکم بر آنها را بررسی کنیم.

۱. چنان‌که پیامبر (ص) در قضیه یهود بنی قریظه در مورد حکم سعد درباره آنان فرمود: «لقد حکمت فیهم بحکم الله من فوق سبعة اربعة: ای سعد تو به حکم خدا از بالای هفت آسمان درباره آنان حکم کردی». الروضة البهیة، ج ۲، ص ۲۲، سیره ابن هشام، ج ۳، ص ۲۵۰ و ۲۵۱. قاضی در فضای اسلامی علاوه بر اینکه خبر می‌دهد که خواست و حکم خدا این است، حکم هم می‌کند و ادعای او این است که به حکم خدا، حکم می‌کند ادعایی که جز نبی یا وصی نبی نمی‌تواند داشته باشد پس باید اعلم، عادل و مستقل باشد و در کمال بی‌طرفی، بی‌غرضی و دقت در رسیدن به حقیقت عمل کند، تحت تأثیر قرار نگیرد، فریب نخورد و به ظاهر اکتفا نکند، بلکه به باطن و عالم قصد و نیت عامل رسوخ کند و همه اطراف موضوع را ببیند، با کارشناسان دیگر مشورت کند و پس از بررسی‌های لازم و با حزم و احتیاط کامل، زمانی حکم کند که گویی خود حضور داشته و با چشم خود دیده و با گوش خود شنیده است.

۲. مدنی می‌گوید: «براساس این قاعده اگر کشور اسلامی بخواهد قراردادی با دیگر کشورها منعقد نماید نمی‌تواند حکمیت در موارد اختلاف را به غیرمسلمین واگذار نماید. نمی‌تواند رسیدگی قضایی به آن قرارداد را به دادگاه یک کشور غیراسلامی تفویض کند». مبانی و کلیات علوم سیاسی، ج ۱، ص ۲۷۱.



بخش اول - مراجع قضایی بین‌المللی و مستندات آنها

فصل اول - مراجع قضایی بین‌المللی

در این فصل مراجع و نهادهای قضایی بین‌المللی را از باب شناخت متعلق فعل^۱ به اختصار بررسی می‌کنیم.

گفتار اول - دیوان بین‌المللی دادگستری

یکی از ارکان سازمان ملل متحد، دادگاه یا دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ)^۲ است. این دیوان پس از انحلال دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۴۶ جانشین آن شد^۳ و «اساسنامه دیوان دائمی با تغییرات مختصری که ضرورت ایجاد می‌کرد به‌عنوان اساسنامه دیوان جدید مورد قبول واقع شد».^۴ دیوان بین‌المللی دادگستری نیز همانند دیوان دائمی با هدف حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات حقوقی بین‌المللی شکل گرفت.^۵ طبق بند «۱» ماده (۹۳) منشور ملل متحد «کلیه اعضای ملل متحد به خودی خود ازجمله پذیرندگان اساسنامه»^۶ دیوان بین‌المللی دادگستری به شمار می‌آیند و طبق بند «۱» ماده (۹۴) آن منشور «هر عضو ملل متحد متعهد است در هر دعوی که وی یکی از طرفین آن است از تصمیم دادگاه تبعیت نماید».^۷ ایران ازجمله کشورهایی است که در سال ۱۹۴۵ در کنفرانس سانفرانسیسکو شرکت داشت و در همان سال منشور ملل متحد را به تصویب رساند؛ زیرا «اعضای شرکت‌کننده در کنفرانس سانفرانسیسکو.... مکلف بودند عیناً منشور را در مراجع صلاحیت‌دار داخلی تصویب کنند».^۸ به این ترتیب ایران با پذیرش منشور، تبعیت از دیوان بین‌المللی دادگستری را پذیرفته است گرچه «صرف عضویت در سازمان ملل متحد و یا عضویت اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری برای طرح دعوی نزد دیوان بین‌المللی دادگستری کافی نیست»^۹ و لازم است طرفین در مورد

۱. منظور فعل مکلف یا همان موضوع حکم شرعی است.

2. International Court of Justice

۳. نگاه کنید به: دادرسی‌های بین‌المللی دیوان بین‌المللی دادگستری در تئوری و عمل، ص ۲۵۵.

۴. همان، ص ۱۷۴.

۵. برای دیدن موارد مشابهت و مفارقت این دو دیوان نگاه کنید به: همان، صص ۱۸۷ و ۱۸۸.

۶. بند «۱» ماده (۹۳) منشور ملل متحد.

۷. بند «۱» ماده (۹۴) منشور.

۸. سیدجلال‌الدین مدنی، مبانی و کلیات علوم سیاسی، ص ۴۵۸.

۹. سعید میرزایی ینگجه، ایران و صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری، ص ۳۷ و نیز نگاه کنید به: دادرسی‌های بین‌المللی دیوان بین‌المللی دادگستری در تئوری و عمل، ص ۳۱۶.

رسیدگی دیوان توافق کرده و رضایت خود را اعلام کنند تا دادگاه صلاحیت^۱ رسیدگی به دعوی را داشته باشد، مگر اینکه قبل از طرح دعوی صلاحیت اجباری دیوان را پذیرفته باشد و این پذیرش دو صورت دارد:

یک؛ اینکه در معاهده‌ای خاص با کشوری دیگر شرط شده باشد که در صورت بروز اختلاف در مورد تفسیر معاهده یا اجرای آن دیوان بین‌المللی صالح به رسیدگی است یا در معاهده‌ای عام طرفین چنین شرطی را پذیرفته باشند، چنان‌که در قضیه گروگانگیری اتباع آمریکا در تهران، دیوان بین‌المللی به دادخواست آمریکا وارد رسیدگی شد و علیه ایران رأی داد^۲ با اینکه «جمهوری اسلامی ایران در جریان رسیدگی دادگاه به قضیه حضور نیافت»؛^۳ زیرا «دولتین ایران و ایالات متحده آمریکا هر دو از اعضای کنوانسیون‌های (۱۹۶۱ و ۱۹۶۳ وین) و پروتکل‌های اختیاری منضم به آنها

۱. این صلاحیت را صلاحیت ترافی می‌گویند که از بند «۱» ماده (۳۶) اساسنامه دیوان استفاده می‌شود که می‌گوید: «دیوان بین‌المللی دادگستری، نسبت به کلیه اموری که اطراف دعوا به او رجوع می‌کنند ... صلاحیت رسیدگی دارد».

۲. «ترجمه متن رأی دادگاه

۱. سیزده رأی در مقابل دو رأی: تصمیم می‌گیرد که جمهوری اسلامی ایران با رفتاری که شرح آن در این رأی آمده است تعهدات ناشی از کنوانسیون‌های بین‌المللی لازم‌الاجرا برای دو کشور و اصول حقوق بین‌الملل عمومی را نسبت به ایالات متحده آمریکا نقض کرده و می‌کند. آرای مخالف: طرزی - موروزوف.

۲. سیزده رأی در برابر دو رأی: تصمیم می‌گیرد که نقض این تعهدات موجب مسئولیت جمهوری اسلامی ایران نسبت به ایالات متحده آمریکا می‌باشد. مخالفان: طرزی - موروزوف.

۳. به اتفاق آرا: تصمیم می‌گیرد که جمهوری اسلامی ایران باید فوراً کلیه تدابیر لازم را برای جبران آثار ناشی از وقایع ۴ نوامبر ۱۹۷۹ و وقایع متعاقب آن اتخاذ نماید. بدین منظور:

الف) فوراً به بازداشت غیرقانونی کاردار سفارت آمریکا در تهران و اعضای دیپلماتیک و کنسولی و سایر اتباع ایالات متحده که در تهران گروگان گرفته شده‌اند خاتمه بدهد و فوراً همه آنها را آزاد و به دولت حافظ منافع آمریکا تسلیم کند (ماده (۴۵) کنوانسیون وین).

ب) باید تضمین کند که افراد مذکور وسایل لازم برای ترک ایران از جمله وسایل حمل و نقل را در اختیار داشته باشند.

ج) باید فوراً ساختمان سفارت، اموال، آرشیو و اسناد سفارت آمریکا در تهران و کنسولگری‌های آن کشور را در اختیار دولت حافظ منافع قرار دهد.

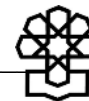
۴. به اتفاق آرا: تصمیم می‌گیرد که هیچ‌یک از اعضای دیپلماتیک و یا کنسولی ایالات متحده نباید در تهران نگه داشته شده و مورد محاکمه قرار گرفته و یا به‌عنوان شاهد مورد سؤال قرار گیرند.

۵. ۱۲ رأی در برابر سه رأی: تصمیم می‌گیرد که دولت جمهوری اسلامی ایران متعهد است که به دولت ایالات متحده به‌خاطر خسارات وارده به دولت اخیرالذکر در واقعه ۴ نوامبر ۱۹۷۹ و وقایع بعد از آن غرامت بپردازد.

۶. ۱۴ رأی در برابر یک رأی: تصمیم می‌گیرد که میزان و شکل غرامت، در صورت عدم توافق طرفین، توسط دادگاه تعیین خواهد شد. بدین منظور، رسیدگی بعدی را برای خود محفوظ می‌دارد. سعید، میرزایی ینگجه، ایران و صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی

دادگستری، ص ۱۰۰.

۳. همان، ص ۸۶.



درخصوص پذیرش صلاحیت اجباری دیوان جهت رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای کنوانسیون‌ها بودند».^۱

دو؛ طی اعلامیه‌ای صلاحیت دیوان را پذیرفته باشد. چنان‌که در اساسنامه دیوان آمده است: «دولت‌های طرف اساسنامه حاضر می‌توانند در هر زمان اعلام دارند که صلاحیت اجباری دیوان را به‌طور کامل و بی‌آنکه نیازی به انعقاد پیمان خاص باشد در قبال هر دولت دیگری که چنان تعهدی را بر گردن گرفته و به لحاظ هر اختلاف حقوقی که بر سر مسائل زیر پدید آمده باشد، می‌پذیرد...».^۲

بنابراین در صورتی که دولتی از قبل صلاحیت اجباری دیوان را پذیرفته باشد و یا با توافق طرف دعوا صلاحیت دیوان را بپذیرد ملزم است به حکم و قواعدی که مستند حکم آن است گردن گذارد گرچه بر خلاف حق و به ضرر او باشد.

مبحث اول - قضات دیوان

در ماده (۲) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری می‌گوید: «دیوان بین‌المللی دادگستری عبارت است از هیئتی از قضات^۳ مستقل که بدون توجه به تابعیت‌شان از میان کسانی انتخاب می‌گردند که والاترین منش اخلاقی را دارا و هر یک واجد شرایطی باشند که برای انجام عالی‌ترین مشاغل قضایی در کشور خودشان لازم است یا ازجمله متبحرترین در علم حقوق باشند که به تخصص در حقوق بین‌المللی شهرت بسزایی دارند».^۴

به عبارت مختصر در این ماده استقلال، عدالت، توان اجرایی و علم هر یک از اعضای دادگاه بین‌المللی دادگستری بیان شده است که می‌توان با آنها موافقت کرد؛ اما طبق مقررات مندرج در بند «۱» ماده (۴)، اعضای دیوان توسط «مجمع عمومی و شورای امنیت از میان اشخاصی که اسامی آنها به‌وسیله گروه‌های ملی مربوط به دیوان دائمی داورى پیشنهاد می‌گردد»^۵ انتخاب می‌شوند و «انتخاب‌کنندگان باید در نظر داشته باشند اشخاصی که برای عضویت دیوان بین‌المللی دادگستری معین می‌شوند نه فقط باید شخصاً دارای شرایط مقرر باشند، بلکه باید مجموعاً نیز نماینده

۱. همان، ص ۸۷.

۲. اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری.

۳. در ماده (۳) می‌گوید: «دادگاه مرکب از ۱۵ عضو است که نباید در میان آنها بیش از ۱ نفر تبعه یک دولت باشد» و در بند «۲» ماده (۲۵) می‌گوید: «برای اینکه دادگاه بتواند تشکیل جلسه دهد حد نصاب ۹ نفر کافی خواهد بود». اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، برگرفته از ویلیام باوت، درک تحولات نوین در شیوه‌های حقوقی حل و فصل اختلافات، ترجمه زهرا کسمتی و علیرضا طبیب.

۴. همان.

۵. همان.

تمدن‌های بزرگ و نظام‌های حقوقی عمده جهان باشند».^۱

ملاحظه می‌شود که با ذکر مجمع عمومی خواسته‌اند صورت دمکراتیک^۲ انتخاب اعضای دادگاه حفظ شود؛ اما با وجود شورای امنیت در این روند و با توجه به موقعیت ویژه اعضای دائم شورای امنیت^۳ در روند تصمیم‌گیری‌ها، انتخاب از حالت دمکراتیک خارج و به انتصاب و تحکم مایل شده است و چون در نهایت معلوم نیست مجموعه قضات کسانی باشند که بی‌غرض و غیرجانبدارانه و مستقل به دعاوی نگاه کنند، تنظیم‌کنندگان اساسنامه برای جلب اعتماد کشورهای عضو که موقعیت اعضای دائم را ندارند و ممکن است دادگاه را به دلیل ضعف ساختاری نپذیرند در بند «۳» ماده (۳۱) می‌گوید: «هرگاه در میان قضات حاضر در جلسه دادگاه هیچ کس از ملیت اطراف دعوی وجود نداشته باشد هر یک از آنها می‌تواند یک نفر به طریقی که در بند «۲» از همین ماده مذکور است معین کند».^۴ استفاد از این مواد این است که ممکن است هیچ یک از قضات حاضر در هیئت مسلمان نباشد^۵ و معلوم است که هیچ‌گاه اکثریت با مسلمانان نخواهد بود و به این ترتیب پذیرفتن صلاحیت دادگاه به معنای پذیرفتن صلاحیت غیرمسلمان و مسلط کردن او بر مسلمانان است. بلی در مواردی که کشوری مسلمان ناچار باشد صلاحیت دادگاه را بپذیرد بر او لازم است که قاضی مسلمانی را برگزیند مگر اینکه قاضی توانمند و صالح وجود نداشته باشد که در این صورت ناچار است قاضی غیرمسلمانی را به عنوان قاضی مورد نظر خود معرفی کند. ایران در قضیه سکوه‌ای نفتی چون «در جمع قضات دیوان، قاضی اصلی نداشت، به استناد بند [فوق] پرفسور فرانسوا ریگو^۶

۱. همان، ماده (۹) اساسنامه.

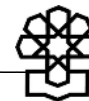
۲. یعنی برخاسته از رأی صاحبان حق به‌طور برابر.

۳. نه به لحاظ داشتن حق وتو، بلکه به جهت موقعیت برتر نظامی و اقتصادی‌شان. در تمام ادوار دیوان پیوسته اعضای دائم یک عضو در دیوان داشته‌اند!

۴. اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، برگرفته از ویلیام باوت، تحولات نوین در شیوه‌های حقوقی حل و فصل اختلافات، ترجمه زهرا کسمتی و علیرضا طیب.

۵. در حال حاضر چند قاضی از کشورهای مسلمان عضو دادگاه هستند، سامی الخصونه از اردن تا سال ۲۰۱۸ و عبدالغای یوسف از سومالی تا سال ۲۰۱۸ و محمد بنونه از مراکش و تاکنون حتی یک قاضی از ایران عضو دادگاه نبوده است.

۶. پرفسور فرانسوا ریگو: «استاد حقوق بین‌الملل [و] رئیس سابق دانشکده حقوق دانشکده لون بلژیک و متخصص در مباحث حقوق بین‌الملل عمومی، خصوصی، جزا و تطبیقی، صاحب کتب و مقالات بسیار زیادی در هریک از این گرایش‌هاست. وی ... همچنین عضو انستیتو حقوق بین‌المللی و ... عضو شورای عالی انجمن حقوق دانان بین‌المللی بلژیک ... و نیز عضو شورای مجله بلژیک حقوق بین‌الملل ... و نیز عضو آکادمی علوم پادشاهی بلژیک است». مجموعه مقالات پیرامون رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سکوه‌ای نفتی، ص ۵۱، مقاله سیدباقر میرعباسی ذیل عنوان «صلاحیت و قابلیت پذیرش دعوی متقابل در قضیه سکوه‌ای نفتی». شکی نیست که این شخص با وجود همه توانمندی‌هایش طبق تعریف مشهور فقیهان کافر است بنابراین، این پرسش باقی است که طبق کدام مجوز شرعی انتخاب شد تا از حقوق یک کشور اسلامی دفاع کند؟



[غیرمسلمان] را به عنوان قاضی اختصاصی خود تعیین و معرفی کرد و از دیوان خواست تا نظر خود را نسبت به خواسته‌هایش اعلام کند.^۱

مبحث دوم - رسیدگی و رأی دیوان

در ماده (۵۵) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مقرر شده است:

«۱. همه تصمیمات دادگاه به رأی اکثریت قضات حاضر صادر می‌شود.

۲. در صورت تساوی آراء، رأی رئیس یا کسی که جانشین او می‌باشد قاطع خواهد بود».

و در ماده (۶۰) آمده است: «احکام دادگاه قطعی و غیرقابل استیناف است».

و در ماده (۵۳) می‌گوید:

«۱. اگر یکی از طرفین در پیشگاه دادگاه حاضر نشود یا از دعوی خود دفاع نکند طرف دیگر می‌تواند از دادگاه بخواهد که به سود ادعاهای او حکم بدهد.

۲. دادگاه پیش از انجام این کار باید برای خود محرز سازد که نه تنها مطابق مواد (۳۶)^۲ و (۳۷) این اساسنامه صلاحیت رسیدگی دارد، بلکه ادعاهای طرف حاضر نیز از نظر موضوعی و حکمی پایه‌های محکمی دارد».^۳

و در بند «۲» ماده (۹۴) منشور ملل متحد، ناظر به اجرای حکم دادگاه می‌گوید: «هرگاه یکی از طرفین دعوا از انجام تعهداتی که به موجب حکم دادگاه بر عهده او گذارده شده است سر باز زند، طرف دیگر می‌تواند به شورای امنیت شکایت نماید و شورای مزبور چنانچه ضروری تشخیص دهد می‌تواند توصیه‌هایی کند یا برای اجرای حکم دادگاه تصمیماتی اتخاذ نماید».^۴

مستفاد از این مواد این است که تصمیمات دادگاه با رأی اکثریت و قطعی است و عدم حضور طرف مسلمان در دادگاه نیز، دادگاه را از اخذ تصمیم و صدور حکم علیه او باز نمی‌دارد، بلکه

۱. همان. و به این ترتیب تعداد قضات دادگاه به ۱۶ نفر رسید.

۲. در ماده (۳۶) بیان می‌دارد:

۱. دیوان بین‌المللی دادگستری نسبت به کلیه دعاوی که اطراف دعوی به آن رجوع می‌کنند و همچنین نسبت به موارد خاص که به موجب منشور ملل متحد یا به موجب عهدنامه و قراردادهای جاری پیش‌بینی شده است، صلاحیت رسیدگی دارد.

۲. دولت‌های طرف اساسنامه حاضر می‌توانند در هر زمان اعلام دارند که صلاحیت اجباری دیوان را به طور کامل و بی‌آنکه نیازی به انعقاد پیمان خاص باشد در قبال هر دولت دیگری که چنان تعهدی را بر گردن گرفته و به لحاظ هر اختلاف حقوقی که بر سر مسائل زیر پدید آمده باشد می‌پذیرد...».

۳. در صورت اختلاف راجع به صلاحیت دادگاه حکم دادگاه قاطع است. (اساسنامه دادگاه بین‌المللی دادگستری) و منظو از صلاحیت در کل اساسنامه صلاحیت ورود است نه صلاحیت ماهوی.

۳. اساسنامه دادگاه بین‌المللی دادگستری.

۴. همان.

دادگاه، اول صلاحیت خودش را احراز می‌کند و سپس حکم می‌دهد و در صورتی که محکوم علیه اجرا نکرد شورای امنیت به عنوان ضامن اجرای حکم^۱ وارد عمل می‌شود.

گفتار دوم - دیوان کیفری بین‌المللی

دادگاه یا دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) نهاد جدید التأسیسی است که با هدف رسیدگی به جرائمی خاص در سطح بین‌الملل^۲ تشکیل شده و با تصویب اساسنامه آن در ۱۲۸ ماده در هفدهم ژوئیه ۱۹۹۸ در کنفرانس دیپلماتیک نمایندگان تام‌الاختیار ملل متحد در رم ایتالیا پا گرفت و از اول ژوئیه ۲۰۰۲ با پیوستن شصت‌مین کشور به اساسنامه آن لازم‌الاجرا شده است.^۳ این نهاد فعالیت خود را از سال ۲۰۰۴ با رسیدگی به پرونده چهار کشور آفریقایی اوگاندا، آفریقای مرکزی، جمهوری دمکراتیک کنگو و سودان آغاز کرده است.^۴

مبحث اول - صلاحیت دیوان کیفری

به موجب اساسنامه‌ای که برای دیوان تنظیم شده است رسیدگی به جرائم زیر در صلاحیت آن قرار دارد:

«الف) جنایت نسل‌کشی،

۱. بنگرید به: محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۴۶۱.

2. Internatinal Criminal Court

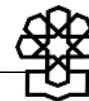
۳. «جرم بین‌المللی، عملی است مخالف حقوق بین‌الملل، که جامعه بین‌الملل براساس عرف یا معاهدات، آن را جرم شناخته باشد. بنابراین، هیچ عمل یا خودداری از عملی را نمی‌توان جرم دانست مگر به‌موجب مقررات حقوق بین‌الملل. (اصل قانونی بودن جرم) ... عامل جرم بین‌المللی در هر حالتی، شخص حقیقی است، چه به‌عنوان یک شهروند ساده، چه به‌عنوان کارگزار یا نماینده کشور. خصوصیات شخصی این‌گونه افراد از هر حیث، از قبیل جنسیت، سن، شغل، نژاد، مذهب، زبان، قومیت، تابعیت و امثال آنها مؤثر در مقام نیست. در نتیجه، افراد عادی، نظامیان، کارمندان دولت، دولتمردان و مقامات عالیرتبه کشوری و لشگری در هر پست و مقامی که باشند، به‌دلیل ارتکاب جرم بین‌المللی، چه به‌عنوان آمر قانونی و چه به‌عنوان مجری دستورات خلاف قانون مقام مافوق، در مقابل جامعه بین‌المللی مسئولیت کیفری دارند». محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۲۶۰.

۴. بنگرید به: میرمحمد صادقی، دادگاه کیفری بین‌المللی، ص ۲۲۷.

۵. پیش از آن شورای امنیت به‌طور مودی و در قضیه‌ای که لزوم تشکیل دادگاه را تشخیص داده برای تشکیل آن قطعنامه صادر کرده است مانند قطعنامه ۹۵۵. در پی کشته شدن رئیس‌جمهور رواندا، و درگیری دو قبیله «هوتو» و «توتسی» صدها هزار نفر طی چهارماه در این کشور، در سال ۱۹۹۴، کشته شدند. «شورای امنیت در قطعنامه ۹۱۸ و ۹۲۵ از دبیرکل می‌خواهد تا در مورد نقض شدید حقوق بشر در آن کشور تحقیقی انجام دهد. شورای امنیت پس از دریافت گزارش دبیرکل و نیز گزارش‌های مخبر ویژه کمیسیون حقوق بشر قطعنامه ۹۵۵ را تصویب می‌کند. در این قطعنامه آمده است: «وضعیت حاکم بر این کشور تهدیدی بر ضد صلح و امنیت بین‌المللی می‌باشد شورای امنیت با اعلام عزم راسخ خود در خاتمه دادن به چنین جنایاتی، تشکیل یک دادگاه بین‌المللی برای محاکمه متهمین به این جنایات را پذیرفته است». بنگرید به: ابراهیم بیگزاده، مجله تحقیقات حقوقی، سازمان ملل متحد، محاکمه کیفری بین‌المللی، تئوری و عمل، ش ۱۸،

ص ۶۲.

۶. منظور صلاحیت ورود است.



(ب) جنایات ضد بشریت،

(ج) جنایت جنگی،

(د) جنایت تجاوز.^۱

صلاحیت دیوان تکمیلی است^۲ به این معنا که اگر به جرائم فوق در مراجع قضایی کشوری که جرم در آن ارتکاب یافته، رسیدگی شود، دیوان کیفری صلاحیت رسیدگی ندارد و نیز در دیوان افراد محاکمه می‌شوند و نه دولت‌ها.^۳

مبحث دوم - الحاق به معاهده دیوان

پیوستن و الحاق به معاهده دیوان کیفری محل حرف و حدیث است، برخی موافق الحاق و برخی مخالف آن هستند. جمهوری اسلامی ایران از جمله کشورهایی است که در مهلت مقرر اساسنامه دیوان کیفری را امضا کرده است، ولی تاکنون طرح یا لایحه‌ای برای تصویب اساسنامه آن به

۱. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی. محمدرضا ضیایی بیگدلی می‌نویسد: «طبق رویه عمومی کشورها و مقررات عرفی و معاهدات بین‌المللی، جرائم بین‌المللی را می‌توان با توجه به نوع آنها در سه طبقه قرار داد:

اول - جنایات علیه صلح

جنایات علیه صلح، عبارت است از «نقض عهده و فاحش هر تعهد بین‌المللی که برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اهمیت اساسی دارد مانند، ممنوعیت تجاوز...»؛

دوّم - جنایات علیه بشریت

نقض عهده و فاحش هر تعهد بین‌المللی که برای حفظ وجود انسان و تضمین حق ملت‌ها در تعیین آزادانه سرنوشت آنها و تضمین حفظ محیط زیست اهمیت اساسی دارد جزء «ب» بند «۳» ماده (۱۹) طرح مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی کشورها جنایت علیه بشریت محسوب می‌شود ... در مجموع می‌توان جنایات علیه بشریت را بدون قید حصر به شرح زیر برشمرد: بردگی انسان، کشتار جمعی یا نسل‌کشی (ژنوسید)، دزدی دریایی در دریای آزاد، هواپیماربایی و اختلال در امنیت هوایی، تروریسم، تبعیض نژادی، قاچاق مواد مخدر و داروهای روان‌گردان، جرائم ارتكابی علیه افراد مورد حمایت بین‌المللی از جمله مأموران دیپلماتیک، شکنجه، آلودگی گسترده محیط زیست هوا و دریا؛

سوّم - جنایات جنگی

جنایات جنگی عبارت است از نقض فاحش قواعد و مقررات حقوق جنگ یا حقوق مخاصمات مسلحانه ... جنایات جنگی بدون قید حصر عبارتند از: جنایات ارتكابی علیه افراد غیرنظامی جنایات ارتكابی علیه مجروحان و اسیران جنگی، غارت اموال عمومی یا خصوصی در زمان جنگ، حمله، بمباران و تخریب شهرها و روستاها و به‌طور کلی اهداف غیرنظامی دشمن که فاقد ضرورت نظامی باشد، جنایات ارتكابی در سرزمین‌های اشغالی، کشتن و مجروح نمودن نظامیانی که سلاح خود را بر زمین گذاشته یا وسیله‌ای برای دفاع از خود ندارند و تسلیم شده‌اند، خیانت جنگی، استفاده از سلاح‌های ممنوعه». محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، صص ۲۶۱ - ۲۶۴.

۲. دیوان دارای صلاحیت تکمیلی نسبت به صلاحیت کیفر ملی است. دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، ص ۵۳۶.

۳. در ماده (۱) می‌گوید: «این دیوان دارای قدرت اعمال صلاحیت بر اشخاص برای (ارتکاب) خطرترین جرائم مورد اهتمام بین‌المللی به شرح مذکور در این اساسنامه می‌باشد»، همان.

مجلس شورای اسلامی ارائه نشده است.

از میان ۵۷ کشور عضو سازمان کنفرانس اسلامی تنها ۱۶ کشور «سنگال، گابن، مالی، سیرالئون، تاجیکستان، بنین، جیبوتی، گامبیا، اردن، نیجر، اوگاندا، افغانستان، آلبانی، گینه، گویان و چاد»^۱ عضو دیوان بین‌المللی کیفری هستند و کشورهای «ایران، عراق، عربستان و مصر»^۲ به این معاهده نپیوسته‌اند.

برابر ماده (۱۲۰) اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری پیوستن با حق شرط نیز در این معاهده پذیرفته نشده^۳ است و واضعان اساسنامه «آن را یک واحد غیرقابل تجزیه دانسته‌اند و بنابراین برخلاف آنچه که معمولاً در معاهدات بین‌المللی معمول است اجازه تحفظ یا حق شرط را به الحاق‌شوندگان به آن نداده‌اند».^۴ از این رو دولت‌ها در برابر آن دو گزینه بیشتر ندارند الحاق یا عدم الحاق که در بحث بعد به لحاظ اهمیت موضوع وجوه هر یک را به اختصار مرور می‌کنیم.

بند اول - وجوه منع الحاق

چرا برخی از دولت‌های اسلامی به این معاهده نپیوسته‌اند؟ گفته شده: «دولت‌های اسلامی بنا به برخی ملاحظات فقهی و گاه سیاسی^۵ از عضویت در دیوان امتناع نموده‌اند.

- دلیل نخست آنها قاعده فقهی «نفی سبیل» است که از نص قرآن اتخاذ شده است: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»^۶ اما معمولاً این پاسخ داده می‌شود که: اولاً مراجعه این دولت‌ها به مراجعی چون دیوان بین‌المللی دادگستری قبلاً صورت می‌گرفته و اکنون نیز مکرراً دعاوی کشورهای اسلامی با دیگر کشورها در این دیوان توسط قضاتی که اکثریت قاطع آنها غیرمسلمان هستند مورد رسیدگی قرار می‌گیرد».^۷ این وجه به تفصیل در همین نوشته مورد بحث قرار می‌گیرد.

- وجه دیگر این است که جرائم موضوع اساسنامه باید در حقوق داخلی که احیاناً متخذ از

۱. امیر مقامی، کشورهای اسلامی و دیوان کیفری بین‌المللی.

۲. همان.

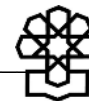
۳. «تنها استثنا ماده (۱۲۴) است که به موجب آن هر دولت عضو می‌تواند عدم صلاحیت دادگاه را برای رسیدگی به جنایات ارتکاب یافته در قلمرو آن یا توسط اتباع آن، برای مدت هفت سال نپذیرد»، میرمحمد صادقی، دادگاه کیفری بین‌المللی، ص ۲۲۸.

۴. همان، ص ۳۸.

۵. مانند نقض حاکمیت یا نقض مصونیت مسئولان کشور که در قوانین آنها پیش‌بینی شده است. بنگرید به: میرمحمد صادقی، دادگاه کیفری بین‌المللی، ص ۲۳۰.

۶. سوره نساء: ۴، آیه ۱۴۱.

۷. امیر مقامی، کشورهای اسلامی و دیوان کیفری بین‌المللی.



حقوق اسلام است جرم‌انگاری شده باشند^۱ در حالی که به نظر می‌رسد برخی از ادله احکام و فتاوا با جرم‌انگاری برخی از جرائم مذکور در اساسنامه در تضاد است.

- مثل فتوا به جواز به کار بردن سم^۲ در جنگ چنان که صاحب شرایع می‌گوید: «پیروزی در جنگ با افکندن سم در آب آشامیدنی دشمن حرام است و گفته شده مکروه است و این نظر با قواعد سازگارتر است، ولی اگر پیروزی جز با افکندن سم ممکن نباشد جایز است».^۳ حال آنکه در ماده (۸) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ذیل عنوان «جنایات جنگی» «به کار بردن سم یا سلاح‌های سمی» را به عنوان یک سیاست جنگی ممنوع دانسته است.

- همچنین مثل هدف قراردادن افراد غیرنظامی که دشمن از آنها به عنوان سپر انسانی استفاده کرده، که در فقه در برخی شرایط جایز دانسته شده است چنان که صاحب شرایع می‌گوید: «اگر مشرکان گروهی از زنان و بچه‌های خود را سپر قرار داده باشند باید از هدف قرار دادن آنان اجتناب کرد مگر در حال جنگ، این چنین است اگر آنان، گروهی از اسیران مسلمان را سپر قرار داده باشند گرچه اسیران کشته شوند، در صورتی که جنگ با آنان جز به این نحو ممکن نباشد».^۴

شیخ طوسی می‌گوید: «اگر در میان کفار تعدادی اسیر مسلمان هست، در صورتی که ناچار به تیرباران باشد - به اینکه بترسد اگر حمله نکند، دشمن پیروز می‌شود - تیرباران می‌کند و اگر اضطرابی در بین نباشد، اگر تعداد مسلمانان اندک باشد به گونه‌ای که ظاهراً مورد اصابت قرار نمی‌گیرند، جایز است و اگر تعداد آنها به اندازه‌ای باشد که ظاهراً مورد اصابت قرار می‌گیرند جایز نیست چون کشتن مسلمان جایز نیست».^۵

شیخ طوسی همچنین در موردی که دشمن بخشی از مسلمانان را سپر قرار داده است می‌گوید: «اگر مشرکان گروهی از مسلمانان را سپر قرار داده باشند، اگر در حال جنگ نیستند، تیراندازی جایز نیست و اگر

۱. سازمان عفو بین‌الملل «راهنمای اجرای مؤثر اساسنامه رم را برای دولت‌های عضو منتشر کرده است، این راهنما در ۱۵ فصل ۱۵ موضوع را برای اصلاح قوانین داخلی مورد توجه قرار می‌دهد و ... به کشورها توصیه می‌کند دیگر جرائم مهم موضوع حقوق بین‌الملل را در حقوق داخلی وارد نمایند که یقیناً ... تأثیر مهمی در جهانی شدن حقوق کیفری دارد». امیر مقامی، همان.

۲. دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، ص ۵۴۳.

۳. «و یحرم [الفتح] بالقاء السم و قیل یکره و هو اشیبه فان لم یمكن الفتح الا به جاز» شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۳۱۲، جواهر الکلام، ج ۲۱، صص ۶۷ و ۶۸.

۴. و لو تترسوا بالنساء او الصبیان منهم، کف عنهم الا فی حال التحام الحرب و کذا لو تترسوا بالاساری من المسلمین و ان قتل الاسیر اذا لم یمكن جهادهم الا کذلک. شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۳۱۲.

۵. و ان کان فیه (ای فی الکفار) اساری مسلمون فان کان مضطراً الی ذلک (ای الرمی) بان یخاف ان لم یرمهم نزلوا و ظفروا به جاز الرمی، و ان لم یکن ضرورة نظر فی المسلمین، فان کانوا نفرأ یسیراً جاز الرمی لان الظاهر انه یصیب غیرهم، الا انه یکره ذلک لئلا یصیب مسلماً و ان کان المسلمون اکثرهم لم یجز الرمی لان الظاهر انه یصیب المسلمین و لایجوز قتل المسلمین لغیر ضرورة، محمد بن حسن طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۱۱.

کسی بر خلاف این حکم عمل کند همچون موارد دیگر است که کسی را بکشد، ... و اگر در حال جنگ و درگیری هستند، تیراندازی جایز است و البته غیرمسلمانان را هدف می‌گیرد و از هدف قرار دادن مسلمانان خود داری می‌کند»^۱.

حال آنکه در همان ماده (۸) «هدایت عمدی حملات بر ضد مردم غیرنظامی در کلیت آن یا بر ضد افراد غیرنظامی که مشارکت مستقیم در مخاصمات ندارند»^۲ را از مصادیق جنایات جنگی به شمار می‌آورد. البته ظاهراً منظور از «حملات عمدی بر ضد مردم غیرنظامی» آن است که به‌عنوان راهبرد جنگی اتخاذ شود، ولی در صورت ضرورت نظامی پذیرفته شده است.

- همچنین مثل شلاق زدن (ضرب بدنی با تازیانه) و سنگسار،^۳ قطع عضو و صلیب کشیدن،^۴ کور کردن،^۵ قصاص عضو و نفس^۶ که در فقه ما به‌عنوان مجازات وجود دارند و ممکن است با رویکرد حقوق بشری به شکنجه سازگار نباشند به این بیان که:

در بند «۲» «ه» ماده (۷) اساسنامه دیوان کیفری گرچه پس از تعریف «شکنجه» به اینکه: «شکنجه یعنی تحمیل عمدی درد یا رنج شدید جسمی یا روحی بر شخصی که در توقیف یا تحت کنترل متهم [به شکنجه] است»، افزوده «شکنجه شامل درد یا رنجی که صرفاً ناشی از مجازات قانونی که ذاتی و یا لازمه آن است، نمی‌شود». ولی در چند کنوانسیون دیگر مانند کنوانسیون منع کشتار جمعی (۱۹۴۸)^۷ «هر نوع مجازات یا رفتار خشن غیرانسانی و وهن‌آمیز را مشمول تعریف

۱. و اذا تترس المشركون باسارى المسلمين فان لم يكن الحرب قائمة لم يجز الرمي فان خالف، كان الحكم في غير هذا المكان ... و ان كانت الحرب ملتحمة فان الرمي جائز و يقصد المشركين و يتوقى المسلمين، محمد بن حسن طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۱۲.

۲. دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، ص ۵۴۲.

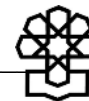
۳. چنان‌که می‌فرماید: الرَّائِيَةُ وَالرَّائِيَةُ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ وَفَقِيهَانِ نِيزَ بِهِ أَنْ فَتَوَا دَاةً هَانِدَ چنان‌که محقق در مورد حد مرد و زن زناکار می‌گوید: «الذكر الحر يجلد مئة و يجز رأسه و يغرب عن مصره عاماً ... اما المرأة فعلها الجلد مئة و لا تغريب و لا جز و در مورد حد مرد زناکار محصن می‌گوید: «المحصن اذا زنى ببالغة عاقلة فان كان شيخاً او شيخة جلد ثم رجم و ان كان شاباً ...، شرايع الاسلام، ج ۴، صص ۱۵۴ و ۱۵۵.

۴. وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا (سوره مائده: ۵، آیه ۳۸) و می‌فرماید: إِنَّمَا جِزَاءُ الَّذِينَ يَحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ سوره مائده: ۵، آیه ۳۳.

۵. محقق می‌گوید: «لو امسك واحد و قتل آخر فالقود على القاتل دون الممسك، لكن الممسك يحبس ابدًا و لو نظر اليهما ثالث لم يضمن، لكن تسمل عينا، ای تفقاً، شرايع الاسلام، ج ۴، ص ۱۹۹.

۶. وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (سوره مائده: ۵، آیه ۴۵)

۷. که ایران برابر قانون اجازه الحاق دولت ایران به قرارداد بین‌المللی منع کشتار جمعی (ژنوسید) (مصوب ۱۳۳۴/۹/۳۰) به آن پیوسته است.



شکنجه دانسته و آن را منع نموده است».

بنابراین گرچه در بدو امر به نظر می‌رسد از دید حقوق بشری مجازات‌هایی مانند شلاق زدن، سنگسار، قطع عضو، به صلیب کشیدن و ... از آن‌رو که در قوانین اسلام آمده‌اند از شمول شکنجه خارجند، اما مشمول رفتارهای خشن غیرانسانی و وهن‌آمیز می‌شوند.

به‌علاوه ممکن است منظور تنظیم‌کنندگان اساسنامه دیوان کیفری از این جمله که «شکنجه شامل درد یا رنج ناشی از مجازات قانونی نمی‌شود». درد یا رنج ناشی از مجازات‌هایی باشد که در حقوق بشری برای مجرمان در نظر گرفته می‌شود و در آنها شلاق زدن، سنگسار، قطع عضو، به صلیب کشیدن و ... وجود ندارد، بلکه گرایش نیز هست که قصاص را نیز به‌عنوان مجازاتی غیرانسانی از زمره مجازات‌ها خارج کنند.

- وجه عام دیگر که شامل کشورهای اسلامی و غیراسلامی می‌شود این است که «دست مستکبر^۱ بسته می‌شود». تجربه نشان داده است که هر جا قدرت در دست افراد ناصالح مستکبر^۲ قرار گیرد ارتکاب جرائم فوق‌الذکر اجتناب‌ناپذیر است. کشوری مانند آمریکا با در اختیار داشتن ابزار و امکانات مختلف اطلاعاتی - تجسسی و عملیاتی - و نظامی می‌تواند انواع و اقسام جرائم به خصوص جرائم فوق‌الذکر را انجام دهد و می‌داند که اگر انجام ندهد باقی نمی‌ماند پس نمی‌خواهد با پیوستن به این معاهده دست خود را ببندد.

به نفع این دسته از کشورهاست که از عضویت در این معاهده سرباز زنند و اتفاقاً این‌گونه هم شده و آمریکا با پس گرفتن امضای خود از معاهده خارج و «عملاً به بزرگ‌ترین مخالف این دیوان تبدیل شده است»^۳ و به لحاظ بند «۲» ماده (۹۸) اساسنامه دیوان که «دادگاه نمی‌تواند تسلیم فردی را از دولتی درخواست نماید که اجرای این درخواست مستلزم آن باشد که دولت مورد درخواست برخلاف تعهدات خود به موجب موافقتنامه‌های بین‌المللی (که براساس آنها رضایت دولت اعزام‌کننده آن اشخاص، جهت تحویل آنها به دادگاه شرط شده است) عمل نماید، مگر اینکه دادگاه رضایت دولت فرستنده را برای تسلیم متهم جلب نماید»^۴ دولت آمریکا «کشورهای کوچک [را] جهت انعقاد موافقتنامه‌هایی برای تعهد به عدم تسلیم اتباع آمریکایی یا حتی کسانی که برای آمریکا (در آن کشورها) کار می‌کنند» تحت فشار قرار داده و «تاکنون با بیش از ۱۰۰ کشور توافقنامه‌هایی را به

۱. مستکبر در لغت به معنای کسی است که خود را بزرگ و برتر می‌بیند و به این سبب امتیازی برای خود قائل است گرچه درواقع بزرگ هم باشد. در روایت آمده است: من ذهب یری ان له علی الآخر فضلاً فهو من المستکبرین، کافی، ج ۸، ص ۱۲۸.

۲. فاستکبروا و کانوا قوماً مجرمین. سوره یونس: ۱۰، آیه ۷۵.

۳. امیر مقامی، کشورهای اسلامی و دیوان کیفری بین‌المللی.

۴. میرمحمد صادقی، دادگاه کیفری بین‌المللی، ص ۲۳۲.

امضا رسانده که بر اساس این توافقنامه‌ها اتباع آن در خاک این کشورها از نوعی مصونیت برخوردار می‌شوند و به دیوان تحویل داده نخواهند شد.^۱ تا دست او در جنایاتی که می‌خواهد انجام دهد باز باشد.

- وجه دیگر ناهماهنگی برخی از مواد اساسنامه با برخی از مواد و قواعد موجود در قوانین اساسی کشورهای اسلامی است.^۲

بند دوم - وجوه الحاق

اما برای الحاق به معاهده جدید و پذیرفتن صلاحیت دیوان کیفری به چند وجه تمسک شده است از جمله؛ یک؛ آنکه جرائم تحت صلاحیت دیوان، جرائمی هستند که هیچ عقل سلیمی بر آنها صحه نمی‌گذارد و تصور موضوع آنها موجب تصدیق به جرم بودن آنهاست، از هر کس با هر منصبی که سرزند. دو؛ ملحق نشدن هر دولتی به معاهده، آن را در مقابل این پرسش قرار می‌دهد که چرا ملحق نشده است؟ آیا آن جرائم را جرم تلقی نمی‌کند یا با آنکه جرم تلقی می‌کند، ارتکاب آنها را جایز می‌شمارد! یا دلیل دیگری دارد. به هر حال ما قطع داریم که این اعمال از دید کتاب و سنت نیز جرم هستند و مرتکب آنها مجرم است و به مصداق آیه شریفه «وَلَا يَرُدُّ بَأْسُهُ عَنِ الْقَوْمِ الْمُجْرِمِينَ»^۳ عذاب او [خدا] از گروه مجرمان بازگردانده نخواهد شد» از هر کس و در هر مکان که سرزند باید به آنها رسیدگی شود و مجرم به سزای عملش برسد.

و این اشکال که برخی از مصادیق جنایت علیه بشریت یا جنایت جنگی در فقه مشهور پذیرفته شده‌اند، مانند به کار بردن مواد سمی در جنگ برای پیروزی بر دشمن یا تعزیر به تازیانه و ضرب بدنی که از دید برخی معاهدات شکنجه محسوب شده است، اموری قابل حل هستند^۴ و جایز نیست اصل دین و حقوق دینی را به خاطر برخی فروع استنباطی آن، در معرض وهن و بی‌اعتباری قرار داد.

اما ادله نفی سبیل نیز مشاهده خواهد شد که منظور شارع از آنها نفی سبیل ضرری است نه هر سبیلی و ادله ناظر بر شرایط قاضی نیز خواستار اقامه حق و عدالت^۵ است که با توجه به شرایطی که برای قضات دیوان قرار داده شده این امر دست‌یافتنی است. چنان‌که در بند «۳» قسمت الف ماده (۳۶) اساسنامه می‌گوید: «قضات از میان افرادی که دارای سجایای عالی اخلاقی بوده و به

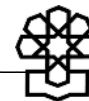
۱. امیر مقامی، پیشین.

۲. بنگرید به: میر محمد صادقی، پیشین، ص ۲۴۱ به بعد.

۳. سوره انعام: ۶، آیه ۱۴۷.

۴. حل مسئله به این است که امور مربوط به جنگ متغیرند و تغییراتی را که عقلای جهان در این عرصه پذیرفته‌اند از نظر شرع مانعی ندارد، پس برای ما نیز قابل قبول است و ضرب به تازیانه در برخی شرایط ممکن است به مجازات دیگری تبدیل شود.

۵. مراد از عدالت در ص ۳۱ گذشت.



بی‌طرفی و کمال شناخته شده باشند، انتخاب خواهند شد». در این بند به شرط عدالت و شرایط تصدی مقام قضایی و در قسمت ب بند «۳» همین ماده به صلاحیت و توانایی علمی و تجربه عملی او اشاره شده است و اینها در فضای انسانی و عقلایی برای تمکین به قضاوت یک مجموعه ۱۸ نفری کفایت می‌کند به‌ویژه آنکه در این اساسنامه جرائم و مجازات‌ها مشخص شده‌اند و قضات کاری جز بررسی ادله و اثبات و تطبیق ندارند.

بلی ممکن است به منابع حقوقی دیوان اشکال شود که مثلاً برخی از اصول و قواعد حقوق بین‌الملل از دید شرع قابل قبول نیستند؛ (چنان‌که ذیل عنوان قواعد حاکم بر نهادها خواهد آمد.) اما این اشکال نیز در مورد دیوان کیفری وارد نیست؛ چون جرائم بین‌المللی و مجازات آنها در اساسنامه دیوان معین شده‌اند و ملاحظه می‌شود که با جرائم و مجازات‌های شرع مخالفت ندارند.

در پاسخ می‌گوییم با این همه به‌نظر می‌رسد علاوه بر اشکالات نظری و حقوقی وارد بر دیوان کیفری به لحاظ مبانی و حقوق اسلام، مانند اینکه نمی‌توان تابع اکثریتی از دولت‌های شد که اکثرشان غیرمسلمان هستند،^۱ و اینکه شرط پذیرش هر نوع سلطه سیاسی و قضایی در شرایط اختیار، ایمان به خدا و حاکمیت اسلام است تا از ولایت خداوند خارج نشود و قضات دیوان با این شرایط برگزیده نمی‌شوند، مانع عمده دیگر بر سر راه پیوستن به این معاهده - که در این مقاله نیز به آن اشاره کرده‌ایم - آن است که فضای سیاسی حاکم بر جهان که شامل حقوق بین‌الملل و دیوان کیفری بین‌المللی نیز می‌شود، فاقد اوصاف لازم برای اطمینان به اجرای عدالت و اقامه حق توسط دیوان کیفری است. ضمن آنکه معلوم نیست حق و عدالت در نظام حقوق بشری همان تفسیری را داشته باشد که در نظام حقوق اسلامی دارد. مشاهده می‌کنیم رژیم‌هایی مانند اسرائیل بر خلاف همه موازین حقوق بین‌الملل جنایت می‌کند، ولی با حمایت کشورهای صاحب قدرت عضو شورای امنیت از محاکمه و مجازات دیوان کیفری بین‌المللی می‌گریزد و در مقابل سودان با اینکه به معاهده رم پیوسته است توسط شورای امنیت، به این دیوان ارجاع داده می‌شود.

لازم به ذکر است که تحقق این دادگاه یکی از آرزوهای دیرینه کشورهای صاحب قدرت بوده است تا به‌وسیله آن کشورهای ضعیف را زیر مهمیز خود قرار دهند! آنها می‌دانند که کشورهای ضعیف به مشکلات ناشی از عقب‌نگهداشته‌شدگی (توسعه نیافتگی)، اختلافات مرزی، قومی و مذهبی مبتلا هستند که آنها را مستعد درگیری و جنگ داخلی و منطقه‌ای می‌سازد و کافی است با

۱. پیش‌تر اشاره شد که از بیش از ۲۰۰ کشور جهان ۵۷ کشور عضو کنفرانس اسلامی و از این تعداد تنها ۱۶ کشور عضو دیوان بین‌المللی کیفری هستند و فرمود: «وَإِنْ تُطِغْ أَكْثَرُ مَنْ فِي الْأَرْضِ يَضْلُوكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ، سوره انعام: ۶، آیه ۱۱۶.

تحریک و زمینه‌سازی جرقه‌ای^۱ زده شود تا این کشورها وارد جنگ شوند و بهانه لازم به دست نهادهای بین‌المللی قضایی و غیرقضایی غربی بیافتد. از این رو نمی‌توان به حاکمیت دادگاهی که قضات آن هم به جهت عدم اتصاف به فضایل اخلاقی و عدم اعتقاد به عوامل بازدارنده‌ای مانند خدا و حسابرسی روز قیامت و عدم علم به حق و پایبندی به آن در حکم فاقد صلاحیتند و در روندی حساب شده، به نفع کشورهای صاحب قدرت، صاحب حق رأی می‌شوند رضایت داد.

بنابراین به حکم عقل و نقل حق نداریم سلطه و اختیار خود را به دست کسانی بسپاریم که می‌دانیم عامل کشورهای صاحب قدرتی هستند که اگر نتوانستند توسط شورای امنیت دولتهایی مانند دولت سودان را تحت نظم بین‌المللی مطلوب خویش^۲ منقاد سازند آنها را درگیر جنگ منطقه‌ای^۳ می‌کند؛ یا گروه‌های قومی، مذهبی و سیاسی درون این کشورها را علیه حاکمیت آنها برمی‌انگیزند و آنها را به جان هم می‌اندازند و روشن است که در این روند قهراً جنایات متعدد و مختلفی صورت می‌گیرد؛ زیرا یک طرف برای حفظ خود و طرف دیگر برای رسیدن به مطلوب خود مجرمانه‌ترین رفتار را برای خود مجاز می‌شمارد و آنگاه سر و کله این دادگاه پیدا می‌شود. حال در این فضا آیا دیوان کیفری قادر است عدالت را در مورد جنایتکاران تابع هر دولتی به‌طور یکسان اجرا کند؟

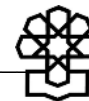
گفتار سوم - داوری بین‌المللی

داوری^۴ در فضای بین‌المللی سابقه‌ای بس طولانی دارد و از دیرباز اختلافات میان دولتها در بسیاری از موارد با رجوع به داور (حکم) مرضی‌الطرفین حل و فصل شده است. اما در رویکرد جدید بین‌المللی، داوری به‌طور جدی در کنفرانس اول صلح لاهه در سال ۱۸۹۹

۱. از آخرین موارد این‌گونه زمینه‌سازی‌ها در جهان قتل رفیق حریری در لبنان است. وی در فوریه سال ۲۰۰۵ میلادی در بیروت ترور شد. ترور وی قطعاً به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم توسط سرویس‌های امنیتی آمریکا و اسرائیل طراحی و به‌وسیله چند نفر مزدور و فریب خورده به اجرا در آمده است آنها بعداً همین افراد را بازداشت و در دادگاهی خود ساخته استنطاق کردند و معلوم است که نتیجه آن چیست!!

۲. بخوانید کشورهایی را که با برتری‌جویی، زیاده‌خواهی، تجاوزات و جنایت‌های اعضای دائم شورای امنیت و شرکای آنها مخالفند.

۳. مانند جنگ عراق و ایران و جنگ عراق و کویت که هر دو با تحریکات کشورهای غربی صورت گرفت و با این وصف به نتایج مورد نظر آنها منتهی نشد پس با مجوز شورای امنیت مستقیماً وارد عمل شدند تا صلح و امنیت مطلوبشان را هرچند به قیمت کشته شدن میلیون‌ها انسان و ارتکاب انواع جرم و جنایت برقرار کنند چنان‌که «آمریکا در سال ۱۳۸۱ (۲۰۰۳) با همراهی چند کشور دیگر به عراق حمله کرد «نیروهای اصلی حمله‌کننده به عراق شامل ارتش‌های ایالات متحده آمریکا، پادشاهی متحده [انگلستان] و لهستان بوده است. ولی ۲۹ کشور دیگر از جمله ژاپن، کره جنوبی، ایتالیا، اسپانیا و ... با فرستادن بخشی از نیروهای نظامی و لجستیکی خود به همراهی با نیروهای ائتلاف، در اشغال عراق نقش داشتند. (http://www.wikipedia.org) «براساس آمار Opinion Research Business تعداد قربانیان عراقی تا اوت ۲۰۰۷ (میلادی) ۱۰۳۰۰۰ نفر» بود، همان.



مطرح و در همان سال براساس کنوانسیون موسوم به لاهه «دیوان داوری بین‌المللی ... برای حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی تأسیس شد».^۱ کنوانسیون مزبور در واقع «دادگاه یا دیوانی را تأسیس نکرد، بلکه روشی برای تشکیل دیوان داوری ارائه داد»،^۲ به عبارت دیگر «دیوان دستگاهی است که تشکیل دادگاه‌های داوری را تسهیل می‌کند».^۳

در ماده (۳۷) کنوانسیون ۱۸۹۹ لاهه آمده است: «موضوع و هدف داوری بین‌المللی فیصله دعاوی کشورهاست بر مبنای احترام به حق و به توسط داورانی که خود انتخاب می‌نمایند».^۴

و نیز آمده است «... هر دولت عضو کنوانسیون مزبور می‌تواند چهار نفر برای عضویت در هیئت فهرست داوران انتخاب نماید»^۵ که «گروه ملی آن دولت شناخته می‌شوند و خود به خود در فهرست نامزدهای انتخاب قضات قرار می‌گیرند».^۶ و «دول طرف اختلاف حق دارند داوران مورد نظر خود را به هنگام بروز اختلاف از این فهرست انتخاب نمایند».^۷

«در کنفرانس دوم صلح لاهه در سال ۱۹۰۷ مجدداً مسئله داوری مطرح و ... نهایتاً داوری اجباری برای اولین بار کم و بیش مورد قبول واقع می‌شود».^۸

پس از آن «در سپتامبر ۱۹۲۸ معاهده عامی به نام پیمان عمومی داوری توسط جامعه ملل به تصویب رسید. این معاهده در ۱۹۴۹ در مجمع عمومی سازمان ملل متحد مورد تجدیدنظر قرار گرفت و از ۱۹۵۰ مجدداً به مرحله اجرا در آمد».^۹

به هر حال داوری میان دولت‌ها در فضای بین‌المللی، در هر زمینه‌ای اعم از سیاسی، نظامی، اقتصادی، تجاری، فرهنگی که اختلاف و دعوی رخ دهد، ممکن است انجام شود.

در حقوق بین‌الملل حل و فصل دعاوی توسط داور نسبت به دادگاه، غالباً راهی آسان‌تر و کم‌هزینه‌تر برای حل اختلاف است.

رجوع به داوری یا قبل از بروز اختلاف در معاهده‌ای پیش‌بینی شده و یا پس از آن با امضای

۱. مایکل اکهرست، حقوق بین‌الملل نوین، ص ۳۱۵ و نیز بنگرید به: محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۴۵۰.

۲. مایکل اکهرست، همان.

۳. ملکم شاو، حقوق بین‌الملل، ص ۳۸۰.

۴. سیدباقر میرعباسی و سادات میدانی، دادرسی‌های بین‌المللی، ص ۱۰۱.

۵. مایکل اکهرست، پیشین، ص ۳۱۵.

۶. میرعباسی و سادات میدانی، پیشین.

۷. مایکل اکهرست، پیشین.

۸. همان، ص ۱۰۳.

۹. محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، صص ۴۴۹ و ۴۵۰.

توافقنامه‌ای^۱ عملی می‌شود و در متن معاهده یا توافقنامه، تعداد و نحوه رسیدگی و حدود اختیارات داور و پژوهش‌خواهی یا رسیدگی مجدد نیز مشخص می‌شود.

داور انتخابی بسته به توافق طرفین ممکن است یک نفر، دو نفر^۲ یا بیش از دو نفر باشد و قهراً این افراد می‌توانند از اتباع دولت انتخاب‌کننده باشند یا دولت دیگر چنان‌که گفته شده: «طرفین در مورد تعداد داوران می‌توانند هر گونه توافقی داشته باشند مثلاً داور واحد، سه داور و یا پنج داور که معمولاً در دعاوی بین دولت‌ها کاربرد دارد. اگر چنین توافقی وجود نداشته باشد هیئت داورى از سه داور تشکیل می‌شود».^۳ در مورد رأی؛ رأی، تصمیم نهایی داور یا هیئت داوران است، چنان‌که گفته شده «رأی به تصمیم نهائی هیئت داورى که در قالب یک حکم کتبی ازسوی اکثریت داوران اتخاذ می‌شود گفته می‌شود».^۴ طرفین ممکن است توافق کنند که رأی قاطع و الزام‌آور باشد یا توافق کنند داور مشورتی دهد یا در جهت مصالحه اقدام کند. در صورت اول هرگاه داور یک نفر باشد، رأی او برای طرفین الزام‌آور است و اگر عدد آنها زوج باشد و طرفین در عدد مساوی شدند باید به توافق برسند و آنچه بر آن توافق کردند، لازم‌الاتباع است و هرگاه عدد آنها بیش از دو و زوج یا فرد باشد رأی اکثریت، لزوم پیروی دارد در مورد الزام‌آور بودن رأی گفته شده «رأی، قاطع دعوی و برای طرفین الزام‌آور بوده و حق تجدیدنظر و پژوهش نسبت به آن وجود ندارد، اما اصحاب دعوی به هنگام تدوین و رجوع به داورى می‌توانند توافق کنند که رأی داور قابل رسیدگی پژوهشی باشد».^۵

بنابراین ازجمله مواردی که در روابط بین‌المللی ممکن است مسئله صلاحیت قضایی غیرمسلمان مطرح شود، فضای داورى است. پس در صورتی که یک طرف دعوی مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان و داور یک نفر باشد و هر دو بر یک داور مسلمان توافق کنند مسئله‌ای رخ نمی‌دهد، اما اگر داوران بیش از یک نفر باشند، در برخی فروض ممکن است رأی غیرمسلمان در مورد مسلمان صدق کند.

و نیز در برخی موارد دبیر کل دیوان حکمیت (داورى)، مقامی را منصوب می‌کند تا داوران را نصب نماید.^۶ حال اگر او داورى غیرمسلمان تعیین کند در این موارد تکلیف چیست؟

۱. سیدباقر میرعباسی و سادات میدانی، پیشین، ص ۱۲۷.

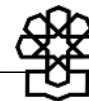
۲. اگر دو داور باشند باید از قبل توافق کنند که یک رأی صادر کنند و در صورت اختلاف نفر سومى داور آنها باشد.

۳. سیدباقر میرعباسی و سادات میدانی، پیشین، ص ۱۳۰.

۴. همان، ص ۱۴۰.

۵. همان، ص ۱۴۱.

۶. همان، ص ۱۱۷.



مبحث اول - داوری در اسلام

داوری کردن در زبان فارسی به معنای «حکم کردن، محاکمه نمودن، قضاوت کردن» است^۱ و در اصطلاح «فصل خصومت به توسط غیرقاضی و بدون تشریفات رسمی رسیدگی دعاوی»^۲ است و معادل آن در عربی، «تحکیم^۳ یا حکمیت» است که در معنای آن گفته شده «داوری بین دو یا چند تن و رسیدگی به مرافعه‌ای و قطع و فصل آن در خارج از دادگاه»^۴ است.

محقق سبزواری نیز در تعریف تحکیم می‌گوید: «تحکیم آن است که طرفین دعوا یکی از مردمان را برای حکم کردن برگزینند»^۵.

از برخی آیات قرآن مشروعیّت حکمیت و داوری استفاده می‌شود از جمله در اختلاف خانوادگی که می‌فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا: و اگر از جدایی میان آن دو (زن و شوهر) بیم دارید پس داوری از خانواده آن (مرد) و داوری از خانواده آن (زن) تعیین کنید اگر سر سازگاری دارند خدا میان آن دو سازگاری خواهد داد»^۶.

در مورد اختلاف سیاسی و غیرسیاسی میان مؤمنان می‌فرماید: «وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأْصَلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَاقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ

۱. فرهنگ عمید.

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق و نیز در بند «الف» ماده (۱) قانون داوری تجاری بین‌المللی آمده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی»، عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۵۱۵.

۳. در کتاب العین می‌گوید: حکمنا فلاناً امرنا، ای: یحکم بیننا. فلانی را حکم قرار دادیم یعنی که میان ما حکم کند. و در لسان العرب می‌گوید: حکمنا فلاناً امرنا، فیما بیننا ای اجزنا حکمه بیننا. فلانی را حکم قرار دادیم یعنی حکمش را میان خودمان روا دانستیم.

۴. فرهنگ معین.

۵. التحکیم و هو أن یحکم الخصمان واحداً من الناس، سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۶۶۴.

۶. سوره نساء: ۴، آیه ۳۵. ظاهر آیه این است که اگر زن و شوهر سر سازگاری دارند شما حکم برگزینید یعنی کسانی دیگر غیر از زن و شوهر. پس در خطاب (خفتم) و (ابعثوا) چند احتمال هست:

۱. خطاب متوجه بستگان زوجین است که به ریش‌سفیدان و معتمدان و اولیای آنان باز می‌گردد که در قضیه دخالت کنند و حکم تعیین نمایند تا قضیه فیصله یابد. یا از زوجین بخواهند که هر کدام حکمی برای خود انتخاب کنند.

۲. خطاب از خطاب‌های عام اجتماعی است که قهراً متوجه حاکم جامعه - که منتخب مردم است - می‌باشد و او است که باید برای طرفین حکم برگزیند و او معمولاً این وظیفه را به دستگاه قضایی می‌سپارد و این دستگاه یا خود حکمی برای هر طرف برمی‌گزیند یا از زوجین می‌خواهد که هر کدام حکمی برگزینند.

۳. اما از آنجا که حکمیت راه آسانی برای حل اختلاف است تناسب دارد که خطاب شامل زوجین هم بشود و آن دو مستقلاً بتوانند هر کدام حکمی فی‌الجمله عالم و عادل برگزینند تا به اختلافشان خاتمه دهند.

فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا ...^۱ اگر دو طایفه از مؤمنان با هم بجنگند، میان آن دو را اصلاح دهید و اگر [باز] یکی از آن دو بر دیگری تعدی کرد با آن [طایفه‌ای] که تعدی می‌کند بجنگید تا به فرمان خدا باز گردد. پس اگر بازگشت میان آنها را دادگران سازش دهید و عدالت کنید».

در این آیه چنان که اشاره شد «اصلحوا» خطاب عام اجتماعی و مقتضی تشکیل دستگاه قضایی است؛ اما از آنجا که ممکن است همین دستگاه طرف دعوا باشد، در صورتی که طرف دعوا شد، لازم است کسانی دیگر از مؤمنان که صلاحیت دارند میانجیگری کرده و آنها را آشتی دهند و به نزاعشان خاتمه دهند یا نزاع را به حکمیت و داوری بگذارند و به حکم داور برگزیده صلح و سازش کنند یا با محکومیت طرف متعدی به نزاع دو دسته پایان بخشند.

در روایات و سیره معصومان (ع) نیز به حکمیت در هر دو زمینه برمی‌خوریم چنان‌که عمر بن حنظله نقل کرده است که از امام صادق (ع) «درباره دو نفر از یارانمان (شیعیان) پرسش کردم که در مورد بدهکاری یا ارثی نزاع دارند و به سلطان یا قاضیان (زمان که جائر بودند) رجوع می‌کنند آیا جایز است؟ فرمود: هر کس در حق یا باطل به ایشان رجوع کند به طاغوت رجوع کرده است... عرض کردم پس چه کار کنند؟ فرمود: نگاه کنند به کسی از خودتان که احادیث ما را روایت می‌کند و به حلال و حرام ما نظر دارد و احکام ما را می‌شناسد پس به او، به‌عنوان داور رضایت دهند که من نیز او را حاکم قرار داده‌ام».^۲

و نیز در مشهوره ابوخلیجه از آن حضرت نقل است که فرمود: «شما را از رجوع به اهل جور بر حذر می‌دارم ولی نگاه کنید به کسی از خودتان که چیزی از احکام ما را می‌داند پس او را داور قرار دهید که من نیز او را قاضی قرار داده‌ام، در دعاویتان به او رجوع کنید».^۳

و از پیامبر (ص) نیز نقل است که فرمود: «کسی که به رضایت دو کس بین آنان حکم کند و عدالت نورزد لعنت خدا بر او باد».^۴ و روایات دیگری مانند خبر موسی بن اکیل^۵ و حدیث داود بن

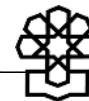
۱. سوره حجرات: ۴۹، آیه ۹.

۲. «سألت ابا عبد الله (ع) عن رجلین من اصحابنا بینهما منازعه فی دین او میراث فتحاكما الی السلطان او الی القضاة أ یحل ذلک؟ قال من تحاکم الیهیم فی حق او باطل فانما تحاکم الی الطاغوت ... قلت فکیف یصنعان؟ قال: ینظران (الی) من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حالنا حرامنا و عرف احکامنا فلیرضوا به حکماً فانی قد جعلته علیکم حکماً، کافی، ج ۱، ص ۶۷، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۹۸.

۳. ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضاً الی اهل الجور و لکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم فانی قد جعلته قاضیاً فتحاكموا الیه، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴.

۴. من حکم بین اثنین تراضیا به فلم یعدل فعلیه لعنة الله، محمد بن حسن طوسی، المبسوط، ج ۸، ص ۱۶۵.

۵. همان، ص ۸۸.



حسین^۱ و روایت حلبی^۲.

همچنین پیامبر (ص) در حل مسئله بنی قریظه به حکم سعد بن معاذ که به نوعی مورد قبول بنی قریظه بود رضایت داد.^۳

به استناد این ادله نظر مشهور فقیهان این است که حکمیت در زمان غیبت جایز است،^۴ اما برخی مانند شهید ثانی معتقد است که قاضی تحکیم در زمان غیبت تصور ندارد.^۵ و روشن است که بنا بر جواز، اختلاف خانوادگی و نزاع سیاسی خصوصیت ندارد، بلکه هر اختلاف^۶ دیگری نیز ممکن است به داوری گذاشته شود. چنانکه نظر مشهور این است ولی برخی از فقها آن را به دعاوی حقوقی محدود دانسته‌اند.^۷

بند اول - داوری و تحکیم

آیا داوری غیر از تحکیم است؟

۱. همان، ص ۸۰.

۲. همان، ص ۵.

۳. سیره ابن هشام، ج ۳، ص ۲۵۰ و حضرت امیر (ع) در نزاع با معاویه، حکمیت را پذیرفت چنانکه فرموده است: انما حکم الحکمان لیحببنا ما احیا القرآن و یمیتا ما امات القرآن، فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۳۹۲، خطبه ۱۲۷ و نیز بنگرید به: خطبه‌های ۳۵ و ۱۲۵.

۴. شیخ طوسی: اذا ترفع نفسان الی رجل من الرعیة فرضیا به حکماً بینهما و سأله أن یحکم لهما بینهما جاز، المبسوط، ج ۸، ص ۱۶۵. محقق سبزواری می‌گوید: المشهور بین الاصحاب جواز التحکیم، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۶۶۴.

یحیی بن سعید حلبی: و ان اختار الخصمان رجلاً یحکم بینهما و له شروط القضا لزمهما حکمه، الجامع للشرایع، ص ۵۳۰.

۵. شهید ثانی در شرح لمعه می‌گوید: اعلم ان قاضی التحکیم لا یتصور فی حال الغیبة مطلقاً؛ لانه ان کان مجتهداً نفذ حکماً بغير تحکیم و الا لم ینفذ حکمه مطلقاً و انما یتحقق مع جمعه للشرایط حال حضوره (ع) و عدم نصبه کما بیناه، الروضة البهیة، ج ۱، ص ۲۷۹.

۶. نظر برخی از فقیهان: شیخ طوسی (۴۶۰): فاذا ثبت أنه (ای التحکیم) سائغ جایز ففی الناس من یجوز فی کل الاحکام الا الاربعة النکاح و القذف و اللعان و القصاص، لان لهذه الاحکام مزية علی غیرها فلم یملک النظر فیها الا الامام او من الیه النظر، و قال آخرون یصح فی الكل، لان کل من کان له أن یحکم فی غیر الاربعة جاز فیها کالمولی و عموم الاخبار یقتضی ذلك، المبسوط، ج ۸، ص ۱۶۵.

محقق حلبی (۶۷۶): و یعم الجواز کل الاحکام، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۸.

یحیی بن سعید حلبی (۶۸۹) نیز به طور مطلق می‌گوید: و ان اختار الخصمان رجلاً یحکم بینهما و له شروط القضا لزمهما حکمه، الجامع للشرایع، ص ۵۳۰.

علامه حلبی (۷۲۶): و لو تراخى خصمان بحکم بعض الرعیة فحکم لزمهما حکمه فی کل الاحکام حتی العقوبات، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۴۱۹.

محقق سبزواری (۱۰۹۰): ظاهر الاصحاب ثبوت هذا حکم فی جمیع ما یقع فیہ التداعی من المال و النکاح و القصاص و الحد و غیرها لعموم الخبر، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۶۶۴.

فاضل هندی (۱۱۳۷): و حکمه نافذ فی کل الاحکام فی حقوق الناس و حقوق الله حتی العقوبات للعمومات، کشف اللثام، ج ۲، ص ۳۲۰.

۷. چنانکه از عبارت شیخ طوسی در مبسوط بر می‌آید.

برخی^۱ خواسته‌اند بین حکمیت و داوری فرق بگذارند، لکن به نظر می‌رسد این دو فرق ندارند، چون «تحکیم^۲ یا حکمیت» در عربی، معادل داوری^۳ در فارسی است و معادل هر دو در زبان انگلیسی واژه Arbitration است.

در قرارداد داوری یا در قانون مربوط به داوری می‌توان داوری را توسعه داد یا محدود کرد مثلاً بعضی از شرایط قاضی منصوب مانند اجتهاد را در داوری لازم ندانست،^۴ یا طرفین برای خود این حق را قائل شوند که در هر مرحله از دادرسی آن را متوقف کنند، یا آن را به دعاوی سیاسی اختصاص داد چنان‌که «در قرار عمومی برای تصفیه مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی (۲۶ سپتامبر ۱۹۲۸) سه راه در نظر گرفته شده بود: روش آشتی که مقدم بر هر نوع راه حل مرافعات بین دول است؛ روش قضایی برای اختلافات حقوقی و روش داوری برای اختلافات سیاسی»^۵ یا آن را به دعاوی حقوقی محدود ساخت، یا برخی موارد مهم دعاوی حقوقی را از شمول آن خارج کرد چنان‌که در ماده (۴۵۵) کتاب اول قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ که در امور مدنی^۶ است داوری را فقط در دعاوی حقوقی روا دانسته و ذیل همان ماده دعاوی ذکر شده در ادامه را قابل ارجاع به داوری ندانسته است:

«۱. دعاوی ورشکستگی،

۲. دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق و فسخ نکاح و نسب».^۷

بنابراین مراد قانونگذار ایران از قاضی تحکیم، مذکور در ماده (۶) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ که می‌گوید: «طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند» همان داوری است و قانونگذار با تعابیر مختلف خواسته است بگوید که این دو یکی هستند. لذا در بخشنامه رئیس قوه قضائیه به دادگاه‌های عمومی کشور آمده است: «... در موردی که اصحاب دعوا تمایل داشته باشند که اختلاف آنها بدون

۱. نگاه کنید به: محمدسعید قماش، قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی‌سازی قضاوت، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (ع)، ش ۱۰.

۲. در کتاب العین می‌گوید: حکمنا فلاناً امرنا، ای: حکم بیننا. فلانی را حکم قرار دادیم یعنی که میان ما حکم کند. و حکم در فارسی همان داور است. عمید می‌گوید: حکم: داور، کسی که برای قطع و فصل مرافعه دو یا چند تن انتخاب شود و درباره آن مرافعه حکم کند و در لسان العرب می‌گوید: حکمنا فلاناً امرنا، فیما بیننا ای اجزنا حکمه بیننا. فلانی را حکم قرار دادیم یعنی حکمش را میان خودمان روا دانستیم.

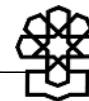
۳. که گویا داوری، داور، داور بوده مثل پیشه‌وری که دال بعد از الف آن حذف شده است.

۴. اگر در قضاوت قائل به آن باشیم!

۵. عبدالحمید فریدی عراقی، روش‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات بین‌المللی، ص ۳۵.

۶. در ماده (۴۵۵) آمده: «متعاملین می‌توانند در ضمن معامله ملزم شوند یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند».

۷. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب.



تشریفات و با بهره‌گیری از این وسیله سهل رسیدگی گردد، ارجاع به قاضی تحکیم (داوری) ممکن باشد».^۱

بند دوم - داوری و قضاوت

آیا داوری غیر از قضاوت است؟

از لغتنامه‌ها استفاده می‌شود که مفهوم قضاوت و داوری یکی است و تنها فرقیشان در نصب و انتخاب قاضی است. همچنین از ادله لفظی مانند مقبوله عمر بن حنظله و مشهوره ابی خدیجه در هر دو مورد استفاده شده و نیز در همین ادله از واژه‌های حکومت، حُکْم، حُکْم، حاکم، تحاکم، قضاوت، قاضی، قضی برای هر دو استفاده شده است از این رو می‌توان گفت مفهوم قضاوت و داوری (تحکیم) یکی است.

اما این دو فرقی‌هایی نیز با یکدیگر دارند چنان‌که از همین روایات استفاده می‌شود داور به انتخاب طرفین دعواست و در دعوائی که قرار است از طریق داوری حل و فصل شود لازم نیست داور شرایط قاضی منصوب را داشته باشد. گرچه گروهی از فقیهان آنجا که درباره شرایط موجد صلاحیت داور (قاضی تحکیم) یا هیئت داوری در حل اختلاف دو مسلمان بحث کرده‌اند شرایط داور و قاضی منصوب را یکی دانسته‌اند چنان‌که صاحب شرایع گفته است: «شرایط داور (قاضی تحکیم) نیز همان است که در مورد قاضی منصوب از طرف امام، شرط شده است».^۲

شهید ثانی می‌گوید: «بدان که همه فقیهان متفق القولند بر اینکه در داور (قاضی تحکیم) نیز همان شرایطی که در مورد قاضی منصوب شرط شده است، اعتبار دارد که از جمله آن مجتهد بودن اوست و...».^۳ بنابراین در داور نیز همانند قاضی، اسلام و ایمان شرط شده است.

۱. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۵۱۷.

۲. یشرط فیہ ما یشرط فی القاضی المنصوب عن الامام (ع)، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۸.

۳. اعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضی التحکیم یشرط فیہ ما یشرط فی القاضی المنصوب من الشرائط التي من جملتها کونه مجتهداً، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۲۸.

نظر برخی دیگر از فقیهان از جمله: شیخ طوسی؛ و انما یجوز أن یرضیا بمن یصلح أن یلی القضاء و هو أن یکون من اهل العدالة و الکمال و الاجتهاد علی ما شرحناه من صفة القاضی، المبسوط، ج ۸، ص ۱۶۵.

یحیی بن سعید حلّی: و ان اختار الخصمان رجلا یحکم بینهما و له شروط القضا لزمهما حکمه، الجامع للشرایع، ص ۵۳۰.

علامه حلّی: اذا کان بشرایط القاضی المنصوب عن الامام، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۴۱۹.

محقق سبزواری: المشهور بین الاصحاب جواز التحکیم و هو أن یحکم الخصمان واحداً من الناس جامعاً لشرائط الحكم، کفاية الاحکام، ج ۲، ص ۶۶۴.

لکن با این نظر نمی‌توان موافقت کرد چون شرط اجتهاد مثلاً با ظاهر برخی آیات^۱ و روایات^۲ و سیره معصوم^۳ در باب قاضی تحکیم سازگار نیست به‌علاوه اینکه پذیرش داورى به‌منظور تسهیل امر و حذف برخی شرایط و تشریفات رجوع به مرجع قضایی ذیصلاح منصوب می‌باشد، پس اگر اختلاف در امری جزئی مانند اختلافات خانوادگی باشد، برخی شرایط قاضی رسمی مثل مجتهد جامع الشرایط بودن لازم نیست و آشنایی فی‌الجمله داور کفایت می‌کند پس شخص عادل که قواعد، احکام، وظایف و اختیارات زوجین را گرچه به تقلید بداند^۴ برای حل اختلاف آنها کافی است مگر در مواردی که نزاع به اصل نکاح بازگردد که نیاز به رجوع به داور متخصص و کارشناس باشد.

اما در مورد شرط اسلام و ایمان داور یا هیئت داورى به‌ویژه در حل اختلاف مسلمان و غیرمسلمان این پرسش مطرح است که آیا در شرایط عادی می‌تواند به داورى غیرمسلمان رضایت داد یا خیر؟

می‌گوییم پس از آنکه معلوم شد داورى همان قضاوت است، رضایت به داورى غیرمسلمان مساوی با رضایت به قضاوت اوست که با قاعده نفی سلطه کافر سازگار نیست پس در حل اختلافاتی که طرف نزاع غیرمسلمان است اگر او به داورى مسلمان رضایت دهد، مشکلی نیست مثل دعوای حضرت امیر (ع) با یهودی بر سر زره که یهودی به داورى مسلمان رضایت داد.^۵

اگر هر طرف داور خودش را انتخاب کند مسلمان داور واجد شرایط را به‌نظر خود انتخاب می‌کند و باز هم مشکلی پیش نمی‌آید. مشکل آنجا رخ می‌دهد که بخواهند داور مرضی‌الطرفین انتخاب کنند در این صورت نیز اگر طرف کافر به داور بی‌طرف و مستقل مسلمان رضایت دهد باز هم مشکلی نیست؛ اما اگر به داورى جز غیرمسلمان رضایت ندهد، دلیلی نیست که مسلمان به حکم کافری در مورد خودش رضایت دهد.

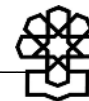
۱. ظاهر آیه ۳۵ سوره نساء، که فرمود: «فابعثوا حکماً من اهلہ و حکماً من اهلها» این است که حکم منتخب فی‌الجمله بتواند در دعوای زن و شوهر حکمیت کند.

۲. ظاهر (من نظر فی حلالنا حرامنا) در مقبوله عمر بن حنظله کسی است که نظر اجتهادی داشته باشد، ولی همه دعوای نیاز به اجتهاد ندارند؛ لذا در مشهوره ابوخیثمه به (کسی که چیزی از احکام و قضاوت‌های ما را بداند) تعبیر کرده است و این تعبیر هم با علم تقلیدی سازگار است هم با علم به موردی که او را به حکمیت برگزیده‌اند.

۳. در مواردی که پیامبر و ائمه (ع) به حکمیت رضایت دادند، حکم، مجتهد جامع‌الشرایط نبود.

۴. صاحب جواهر می‌گوید: مجتهد می‌تواند مقلدش را برای قضاوت میان مردم نصب کند: ان للمجتهد نصب مقلده للقضاء بین الناس بفتاواه...، جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۲۰ به طریق اولی برای داورى انتخاب می‌شود.

۵. روی آن علیاً (ع) رأی درعاً مع یهودی فعرها فقال هذه درعی ضاعت منی يوم الجمل. فقال اليهودی درعی و مالی و فی یدی. فترافعا الی شریح و کان قاضی علی (ع)...، طوسی، المبسوط، ج ۸، ص ۱۴۹.



مبحث دوم - داورى در قانون

در قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران با استناد به ادله مجوز داورى و فتواى مشهور اصل جواز ارجاع اختلاف به داورى در اصل يكصدوسى و نهم پذيرفته شده است. در اين اصل مى‌گويد: «صلح دعاوى راجع به اموال عمومى و دولتى يا ارجاع آن به داورى در هر مورد موكل به تصويب هيئت وزيران است و بايد به اطلاع مجلس برسد. در مواردى كه طرف دعوى خارجى باشد و در موارد مهم داخلى بايد به تصويب مجلس نيز برسد. موارد مهم را قانون تعيين مى‌كند».^۱

موضوع اين اصل صلح دعاوى و ارجاع آنها به داورى است، ولى اصل هفتاد و هفتم كه به طور مطلق مى‌گويد: «عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقتنامه‌هاى بين‌المللى بايد به تصويب مجلس شوراي اسلامى برسد»^۲ شامل هرگونه معاهده‌اى مى‌شود كه متضمن پذيرش داورى باشد.

قانونگذار ايران در مواردى ارجاع اختلاف به داورى را اجبارى كرده است. در ماده (۵) «قانون توسعه صنايع پتروشيمى» مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۴ و در ماده (۱۴) «لايه قانونى مربوط به تفحص و اكتشاف و استخراج نفت در سراسر كشور و فلات قاره» مصوب ۱۳۶۶/۵/۷ آمده است «اختلافاتى كه بين شركت مى نفت ايران (شركت مى صنايع پتروشيمى) و طرف ديگر پيش مى‌آيد چنانچه از طريق مذاكره دوستانه به نحوى كه در هر قرارداد پيش بينى خواهد شد رفع نشود از طريق سازش و داورى حل خواهد شد. مقررات مربوط به ارجاع اختلافات به سازش و داورى در هر قرارداد به نحو مقتضى پيش بينى مى‌گردد»^۳ و لابد در اين مقررات پيش بينى مى‌شود كه داور طرف مسلمان، مسلمان باشد، لكن در قانون الحاق دولت جمهورى اسلامى ايران به كنوانسيون ژوئن ۱۹۵۸ نيويورك تحت عنوان «شناسايى و اجراى احكام داورى خارجى» كه در تاريخ ۱۳۸۰/۱/۲۹ به تأييد شوراي نگهبان رسيده آمده است: «۱. اين كنوانسيون در مورد شناسايى و اجراى احكام (آرا) داورى صادره در قلمرو دولتى غير از دولتى كه از آن تقاضاى شناسايى و اجراى احكام (آرا) مزبور شده است و ناشى از اختلافات بين اشخاص اعم از حقوقى يا حقيقى مى‌باشد، اعمال خواهد شد. اين كنوانسيون در مورد احكام داورى كه در دولتى غير از دولتى كه از آن تقاضاى شناسايى و اجراى آنها شده است، احكام داخلى محسوب نمى‌شوند نيز اعمال خواهد شد. ۲. اصطلاح احكام داورى نه تنها شامل احكام داوران منصوب براى هر پرونده مى‌باشد، بلكه شامل احكام صادره از اركان

۱. قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران.

۲. همان.

۳. عبدالله شمس، آيين دادرسى مدنى، ج ۳، ص ۵۱۸.

دائمی دآوری که طرف‌ها به آنها رجوع کرده‌اند نیز می‌گردد».^۱

ظاهر این مصوبه حاکی از آن است که از نظر شورای نگهبان پذیرش احکام قضایی داوران در «اختلافات ناشی از روابط حقوقی قراردادی یا غیرقراردادی که به حسب قوانین جمهوری اسلامی ایران تجاری محسوب می‌شوند»^۲ خلاف شرع نیست و گرنه باید آن را رد کند.^۳

ازجمله موارد دآوری پس از انقلاب، دآوری بین ایران و آمریکاست که با بیانیه الجزایر در ۱۳۵۹/۱۰/۲۹ آغاز شد. برابر ماده (۲) بیانیه «یک دیوان دآوری بین‌المللی به منظور اتخاذ تصمیم درباره ادعاهای اتباع ایالات متحده علیه ایران و ادعاهای اتباع ایران علیه ایالات متحده ... تأسیس می‌یابد».^۴

طبق بند «۱» ماده (۳) «دیوان دارای ۹ عضو و یا شمار بیشتری با ضریب ۳ ... خواهد بود ... هر یک از دو دولت یک‌سوم از اعضا را تعیین خواهند کرد ... اعضای انتخاب شده یک‌سوم باقیمانده را به توافق هم انتخاب می‌کنند و یکی از اعضای ثلث اخیر را به‌عنوان رئیس دیوان برمی‌گزینند. تصمیم درباره دعاوی بسته به‌نظر رئیس دیوان، یا به‌وسیله همه اعضا و یا به‌وسیله یک هیئت سه نفره از اعضای دیوان اتخاذ خواهد شد».^۵

و طبق بند «۲» ماده (۳) «انتخاب اعضای دیوان و اداره کارشان بر طبق مقررات دآوری کمیسیون سازمان ملل متحد درباره حقوق تجارت بین‌المللی (انسیترال UNCITRAL) خواهد بود».^۶

و برابر بند «۱» ماده (۴) بیانیه «همه تصمیم‌ها و احکام دیوان نهایی و لازم‌الاجراست».

به این ترتیب داوران منتخب در سه شعبه متشکل از یک داور ایرانی، یک داور آمریکایی و دآوری از کشور ثالث که به اصطلاح انسیترال، داور رئیس (سرداور) خوانده می‌شود پدید آمد ...

۱. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون «شناسایی و اجرای احکام دآوری خارجی» مصوب ۱۳۸۰/۱/۲۱ مجلس شورای اسلامی.

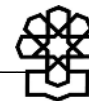
۲. همان.

۳. همچنین در سال ۱۳۸۲ «مرکز منطقه‌ای دآوری تهران که یک سازمان مستقل در حل و فصل اختلافات بین‌المللی است» به‌موجب موافقتنامه فیما بین دولت جمهوری اسلامی ایران و سازمان حقوقی، مشورتی آسیایی - آفریقایی متشکل از ۴۸ عضو از میان کشورهای آفریقایی - آسیایی، تأسیس شده است. قواعد دآوری این مرکز، مبتنی بر قواعد کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد ... می‌باشد و «در مقررات داخلی مرکز تشکیل یک هیئت دآوری پیش‌بینی گردیده که از میان اتباع کشورهای عضو و ... سایر کشورها انتخاب می‌شوند» و در فهرست داوران مندرج در پایگاه اینترنتی این مرکز کسانی قرار گرفته‌اند که غیرایرانی و غیرمسلمان هستند. «موافقتنامه مزبور به تصویب مراجع قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران رسیده و در تاریخ ۲۰ خردادماه ۱۳۸۲ جهت اجرا ابلاغ گردیده است». رجوع کنید به: <http://shakuri.blogfa.com/post.aspx>

۴. سیدخلیل خلیلیان، دعاوی حقوقی ایران و آمریکا، ص ۳۵۹.

۵. همان، صص ۳۵۹ و ۳۶۰.

۶. همان، ص ۳۶۰.



دیوان در انتخاب و گماردن داوران ثالث بر اثر عدم هماهنگی داوران ایرانی با داوران آمریکایی بسی با مانع و بحران روبرو بود ... برای کاستن بحران در جایی که داوران دو کشور به توافق نمی‌رسیدند، شخصی به‌عنوان «مقام گمارنده» یا «مقام ناصب» در مقررات پیش‌بینی شده است که تعیین خود او نیز عامل بحرانی دیگر میان داوران و دو دولت ایران و آمریکا بوده است ... راه حل بن بست بر سر تعیین مقام گمارنده در قواعد انسیترال این طور مقرر شده که به دبیرکل دیوان دائمی بین‌المللی مراجعه شود تا او هر که را خواهد برگزیند ... آمریکا برای گذر از بحران ... به چنین راه حلی روی برد ... [و] دبیرکل دیوان دائمی ... شخصی را به نام چارلز مونز که رئیس دیوان عالی کشور هلند بود، بر کرسی مقام گمارنده نشانده^۱.

ریاست دیوان نیز باید با «هماهنگی و توافق داورانی که ایران و آمریکا گمارده‌اند تعیین شود، ولی اگر به توافق نرسند باز کار انتصاب به‌دست مقام گمارنده می‌افتد تاکنون مقام گمارنده دو تن از رؤسای دیوان را که «باکشتیگل» آلمانی و «برینر» سوئیسی (از مادر آمریکایی) باشند، برگمارده است»^۲.

مشاهده می‌شود که به این ترتیب بر خلاف قاعده نفی سلطه کافر، سلطه قضایی غیرمسلمان در این دیوان پذیرفته شد در حالی که هیچ شک و تردیدی نیز نداریم که محاکم بین‌المللی در فضای کنونی بین‌المللی وابسته به صاحبان قدرت یا همان اعضای دائم شورای امنیت است و رسیدگی بی‌طرفانه آنها خیالی بیش نیست.^۳

گفتار چهارم - مراجع شبه قضایی

گاه با برخی مراجع قضایی مواجه می‌شویم که در دل سازمانی غیرقضایی تعبیه شده و کارش حل اختلاف میان اعضاست مانند رکن حل اختلاف سازمان تجارت جهانی (WTO)^۴ که «به منظور مشورت‌های لازم و حل اختلاف میان دولت‌های عضو ... هیئت‌های رسیدگی خاص و مراجع تجدیدنظر

۱. همان، صص ۱۲ و ۱۳.

۲. همان، ص ۱۳. در برخی سایت‌ها آمده است «مشخصات اعضای کنونی شعب دیوان به شرح زیر است:

شعبه اول: آقای اسدالله نوری (ایرانی)، آقای براوتر (آمریکایی) و آقای برومس (فنلاندی).

شعبه دوم: آقای کوروش حسین‌عاملی (ایرانی)، آقای آلدريج (آمریکایی) و آقای اسکوبیشفسکی (لهستانی).

شعبه سوم: آقای محسن آقاحسینی (ایرانی)، خانم مک دائل (آمریکایی) و آقای آرانجیو روئیز (ایتالیایی). ریاست هر شعبه با داور بی‌طرف بوده و ریاست دیوان با آقای اسکوبیشفسکی است» رجوع شود به: سایت مؤسسه حقوق بین‌الملل پارس - تهران به آدرس: <http://www.internationallaw.blogfa.com/post.aspx۵۲۲>. داوران ایرانی در سال ۱۳۸۸ تغییر کرده‌اند و به‌جای آقایان

فوق‌الذکر آقایان سیدجمال سیفی، حمیدرضا نیکبخت و میرحسین عابدیان منصوب شده‌اند. همان.

۳. بلی گاه منافع کلی و بلندمدت اعضای دائم شورای امنیت اقتضا می‌کند در قضیه‌ای جزئی علیه برخی از آنها رأی داده شود.

۴. رضا موسی‌زاده، سازمان‌های بین‌المللی، ص ۲۶۲.

مربوطه را تشکیل خواهد داد. تصمیمات رکن حل اختلاف برای کلیه دولت‌های عضو لازم‌الرعايه است».^۱

در صورتی که کشور مسلمانی عضو سازمان تجارت جهانی شود و با عضو دیگری اختلاف پیدا کند و هیئت یا هیئت‌های رسیدگی‌کننده غیرمسلمان باشند و بر اساس قواعد و احکام مغایر با قواعد و احکام اسلام به اختلافات رسیدگی کنند رضایت به رسیدگی و پذیرش رأی آنها از مصادیق بحث ماست و این پرسش مطرح می‌شود که آیا رضایت به رسیدگی غیرمسلمان و پذیرش رأی و حکم او جایز است یا خیر؟

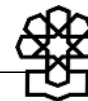
گفتار پنجم - مراجع سیاسی - امنیتی

قضاوت یک فرآیند قانونی برای رسیدگی به عملکرد فرد یا دولتی است که متهم به نقض قانون، یا قاعده‌ای پذیرفته شده است. رسیدگی قضایی طبق آیینی مشخص، توسط یک مرجع رسمی قضایی که به آن دادگاه گفته می‌شود زمانی انجام می‌شود که دعوی از طرف مدعی خاص یا عام مطرح شده باشد.

نتیجه این رسیدگی تصمیمی الزام‌آور در حوزه سلطه متهم است دال بر تبرئه او یا محکومیت وی به ادای حق یا تحمل کیفر. رسیدگی خود برابر مقرراتی موسوم به آیین دادرسی انجام می‌شود. از جمله حقوق هر متهم در دادرسی عادلانه امکان دفاع او از خویش در صحن دادگاه است که باید اعمال شود و کم اتفاق می‌افتد که بتوان غیاباً محاکمه‌ای را سامان داد و عدالت را اجرا کرد. در رسیدگی انتخابی نیز با توافق قبلی، طرفین به رأی داور ملتزم می‌شوند.

لکن هم در حقوق داخلی هم در حقوق بین‌الملل با نهادها یا مراجعی روبرو می‌شویم که در تعریف ساختاری موقعیت و وظایف سیاسی - امنیتی دارند و به حسب همین موقعیت و وظیفه، برتر و به اصطلاح حاکمند، از این‌رو کار نظارتی انجام می‌دهند و هرگاه قرائنی را مشاهده کردند یا به آنها گزارشاتی در مورد عملکرد فرد، گروه یا دولتی رسید که به صلاحدید و گمان آنها نافی نظم و امنیت عمومی است، به استناد آن گزارشات که غالباً ظنی هستند، پیش از وقوع اختلال و سلب امنیت، موضوع را بررسی کرده و تصمیمی لازم الاجرا می‌گیرند و تصمیم خود را در قالب یک دستورالعمل به عاملی که محل نظم و امنیت تشخیص داده شده است ابلاغ می‌کنند و در صورت عدم تمکین عامل محل، تصمیمات بعدی خود را به موقع اجرا می‌گذارند.

فرآیند رسیدگی و تصمیم‌گیری، غالباً ساده، سریع، غافلگیرانه و قاطع است و به فرد، گروه یا دولت مذکور نیز فرصت رفع شبهه داده نمی‌شود؛ اما در مواردی هم ممکن است پیچیده و طولانی باشد و به فرد، گروه یا دولت مذکور فرصت رفع شبهه داده شود؛ اما در نهایت این نهاد برتر است



که به حسب صلاحدید خود تصمیم می‌گیرد و غالباً به صلاحدید و حقوق و مصالح کسی که در جایگاه متهم قرار گرفته است بها نمی‌دهد مگر اینکه متهم بتواند به طریقی اثبات نماید^۱ عملکرد او در راستای اهداف نهاد برتر سیاسی بوده است.^۲

به هر حال نام این روند قضاوت نیست و آیین دادرسی عادلانه و ازجمله حق دفاع متهم به هیچ وجه در آن رعایت نمی‌شود، بلکه نهاد سیاسی صاحب قدرت، که به سبب داشتن قدرت در جایگاه برتر یا حاکمیتی قرار گرفته است، از اختیارات خود استفاده می‌کند و به تشخیص خود تصمیمی را اتخاذ کرده و در حوزه سلطه متهم اجرا می‌کند.

تصمیمات این نهادها قضایی نیست، ولی از آن جهت که در دفاع از حقوق عمومی به نوعی رسیدگی کرده و پس از رأی به محکومیت متهم و تعیین مجازات، آن را به اجرا می‌گذارد آن را نهاد با کارکرد قضایی نامیدیم. برجسته‌ترین مصداق این نوع تصمیم‌گیری، تصمیمات نهادهای سیاسی برتر داخلی و بین‌المللی است.

در فضای داخلی^۳ با برخی نهادهای سیاسی برتر مواجه می‌شویم که برابر قانون به تشخیص و صلاحدید خود تصمیماتی اتخاذ می‌کند و مثلاً در حیطه قانونگذاری یا قضایی یا اجرایی وارد می‌شود و تصمیماتی فوق آنها اتخاذ می‌کند، مثلاً پس از بررسی عملکرد فرد یا گروهی تصمیم می‌گیرد که آن را از برخی حقوق سیاسی یا اجتماعی یا اقتصادی تا مدتی که او صلاح می‌بیند محروم کند گرچه آن فرد یا گروه برابر قوانین تخلفی نکرده است یا صلاح می‌بیند مصوبه‌ای از مجلس که در یک روند حقوقی صحیح قانونی تصویب شده است اجرا نشود یا با تغییراتی در محتوا، به اجرا گذاشته شود.

در فضای بین‌المللی نیز که محل اجرای حقوق بشری است، با نهادهای برتر سیاسی مانند

۱. رجوع کنید به پرونده: کادی و مؤسسه البرکات Kadi and Albarakat v. Council (کادی یا قاضی خلاصه نام یاسین عبدالله عزالدین قاضی است). دعوای مطرح در این پرونده بر برخی تصمیمات اتحادیه اروپا تأثیر داشته است. «در سپتامبر ۲۰۰۸ دیوان دادگستری اروپا با فسخ رأی شعبه بدوی خویش، آیین‌نامه شورای اتحادیه اروپا که مبادرت به انسداد دارایی‌های اشخاص متهم به حمایت از اقدامات تروریستی کرده بود را ابطال نمود ... به‌زعم دیوان آیین‌نامه مصوب شورای اتحادیه که مورد ایراد تجدیدنظرخواهان قرار گرفته، حقوق بنیادین آنها ازجمله حق دادخواهی در یک مرجع صالح، حق جبران قضایی مؤثر و حق مالکیت ایشان را نقض نموده است». رجوع شود به:

Judgement of the EC Jin Joined Cases C-۴۰۲/۰۵ and C-۴۱۵/۰۵p, Yassin Abdullah Kad and Al Barakaat International Foundation Veouneil of the EU and Commission of the ECCECJ Judgement), Sept. ۳ و ۲۰۰۸, available at <http://curia.europa. ev/en/content/Juris/ index.html>.

۲. لازم است تذکر دهیم که در این قسمت از صحت و سقم حق تصمیم‌گیری نهادهای برتر یا حاکمیتی و نحوه تصمیم‌گیری و اقدام آنها چه در فضای ملی و چه بین‌المللی بحث نمی‌کنیم.

۳. در قانون اساسی ایران نهادهایی مانند نهاد رهبری، شورای عالی امنیت ملی و مجمع تشخیص مصلحت نهادهای برتر سیاسی هستند.

شورای امنیت، و ... مواجه می‌شویم که برای صیانت از حاکمیت چند قدرت جهانی تأسیس شده‌اند و نه اجرای حق و عدالت.

همچنین با سازمان‌هایی مواجه می‌شویم که به ظاهر غیرسیاسی هستند و کارکرد حقوقی و مستقل دارند، اما آنها نیز از آن‌رو که بر اساس قواعد حقوق بشری شکل گرفته‌اند و در چارچوب نظام بین‌المللی سلطه عمل می‌کنند پاسدار منافع قدرت‌های برتر جهانی هستند و عنداللزوم به‌عنوان ابزار اعمال سیاست‌های آنها به کار می‌روند از این قبیل است آژانس بین‌المللی اتمی و شورای حقوق بشر.

بنابراین در شورای امنیت نگاه نمی‌شود به اینکه مثلاً ایران هم مانند آمریکا، حق دستیابی به سلاح هسته‌ای دارد، بلکه نگاه می‌شود به اینکه آیا دستیابی ایران به سلاح هسته‌ای تهدیدی برای صلح و امنیت جهان و در واقع صلح و امنیت اعضای دائم شورای امنیت و حاکمیت آنان بر جهان هست یا خیر؟ اگر نباشد مانعی ندارد و اگر احساس شود تهدید است جلوی آن را می‌گیرند. اسرائیل دارای سلاح هسته‌ای است لکن چون در راستای صیانت از حاکمیت و منافع اعضای دائم شورای امنیت است مانعی ندارد.

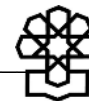
همچنین نقض حقوق بشر اگر علیه حاکمیت و منافع اعضای دائم شورای امنیت نباشد مانعی ندارد، اما اگر باشد قباحت دارد، لذا مشاهده می‌شود حقوق بشر ادعایی توسط شورای حقوق بشر در آمریکا نقض می‌شود، در عربستان و اسرائیل نقض می‌شود، ولی هیچ گاه تصمیمی علیه این کشورها اتخاذ نمی‌شود. یعنی مسئله نقض حقوق بشر در این کشورها در شورای امنیت یا مجمع عمومی مطرح نمی‌شود و اگر هم بشود، به تصمیم‌گیری تنبیهی علیه آنها نمی‌انجامد؛ چون هیچ گاه چاقو دسته خودش را نمی‌برد!

خلاصه آنکه در تصمیمات نهادهای سیاسی برتر در حقوق بشری چون هدف، حفظ نهاد برتر سیاسی به هر وسیله‌ای است، اولاً الزامی به رعایت حق در بین نیست؛ ثانیاً قبل از جرم اقدام می‌شود؛ ثالثاً در شرایط اضطراری نیز پایبند قانون و قاعده نیستند و بر اساس اینکه «ضرورت‌ها تابع قانون نیستند»^۱ به هر شیوه‌ای متمسک می‌شوند تا به هدف خود برسند!!

اما در حقوق اسلامی، تمام مواردی که امری به صلاح‌دید امام^۲ گذاشته شده از مصادیق این بحث است و این جای تردید نیست، ولی آنچه این قاعده را در حقوق اسلامی از حقوق بشری جدا کرده، این است که تصمیمات نهاد سیاسی برتر باید مبتنی بر حق باشد و هیچ نهادی حق ندارد پیش از وقوع تعدی و جرم، عاملی را مجازات و به اصطلاح قصاص قبل از جنایت کرده و یا اراده او را سلب

۱. برخی گفته‌اند: الضرورات لا قانون لها؛ محمضانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ص ۲۶۴.

۲. در روایات و به تبع آنها در فقه در موارد متعدد انجام امری منوط به صلاح‌دید امام شده است.



کند چنان‌که حضرت امیر (ع) اطمینان داشت که طلحه و زبیر به قصد خیر اجازه خروج از مدینه نگرفته‌اند؛ اما چون بر خود روا نمی‌دید که قبل از وقوع جرم با آنان برخوردی کند، مانع آنان نشد.^۱ همچنین نهاد سیاسی برتر در ضرورت‌ها نیز تابع قانون است و براین اساس که هدف وسیله را توجیه نمی‌کند، تصمیمی اتخاذ می‌کند. در خبر صحیح امام صادق (ع) از پیامبر (ص) نقل کرده است که فرمود: «خداوند برای هر چیزی (هر عامل یا شرایطی) قانونی قرار داده و برای کسی که از قوانین تجاوز کند نیز قانون قرار داده است».^۲ پس حتی در شرایط اضطراری نیز باید به حق عمل کند و عمل به حق در گرو رعایت قواعد و مقرراتی است که در جای خود مورد بحث قرار گرفته است و نیز باید در دستیابی به هدف از وسایل و شیوه‌های مقدس و مشروع و مبتنی بر تقوا استفاده نماید.

ازاین‌رو در حقوق اسلامی حفظ قدرت و برتری نهاد سیاسی تا جایی لازم است که به حقوق و مصالح برتر خدشه وارد نشود و به عبارت دیگر در شرایط غیرعادی اصل این است که مصالح و حقوق برتر را صیانت کند و صیانت از حقوق برتر گاه مستلزم زمین خوردن نهاد سیاسی برتر است.^۳ و معنای رعایت عدالت در هر شرایطی^۴ همین است.

حضرت امیر (ع) به باقی ماندن معاویه بر قدرت به‌عنوان والی شام حتی یک روز بیشتر رضایت نمی‌دهد؛ چون آن را با رعایت حقوق و مصالح برتر حتی در باب اضطرار در تضاد می‌بیند در حالی که حفظ قدرت و حاکمیت آن حضرت در گرو آن بود. در حقیقت قدرت حکومتی در اختیار حضرت امیر (ع) قرار گرفت تا جلوی فساد امثال معاویه را بگیرد پس اگر تسلیم آن می‌شد بر خلاف تعهد اولیه عمل کرده و حکومت خودش نامشروع می‌شد.

و نیز حفظ حکومت خود را از طریق خاصه بخشی بیت‌المال و تقسیم تبعیض‌آمیز آنکه در زمان خلیفه دوم باب شده بود جایز نمی‌داند، چون این شیوه را مساوی تضییع حقوق افراد می‌داند^۵

۱. بلی اگر بداند که حرکت او به‌طور حتم منتهی به جرم می‌شود می‌تواند و باید مانع او شود. این مسئله سخن بسیار دارد و جای دیگر باید به آن پرداخت.

۲. إن الله قد جعل لكل شيء حداً و جعل لمن تعدى ذلك الحد حداً، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۱۰.

۳. امام علی (ع) می‌فرماید: إن افضل الناس عند الله من كان العمل بالحق احب اليه و إن نقصه و كرثه من الباطل و ان جر اليه فائدة و زاده. فیض الاسلام، نهج البلاغه، ۳۸۷. و فرمود: أ تأمروني أن أطلب النصر بالجور فيمن وليت عليه؟ همان، ص ۳۸۹ و نیز ابوالحسن موسی بن جعفر (ع) فرمود: یا هشام نصب الحق لطاعة الله، کافی، ج ۱، ص ۱۷ و از امام صادق (ع) نقل است که فرمود: ... قل الحق في الخوف و الامن و لاتخش الا الله، همان، ص ۲۸۰.

۴. در سوره شوری: ۴۲، آیه ۱۵ می‌فرماید: أُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ، این جمله اطلاق دارد و شامل هر تصمیمی در هر شرایطی می‌شود.

۵. حضرت می‌دانست که اگر بیت‌المال را در چنگ خودش نگه دارد و بخشی از آن را صرف تطمیع مخالفانی چون طلحه و زبیر کند و بخشی را صرف خرید تسلیحات و توسعه نیروی نظامی و امنیتی نماید یعنی همان کاری که در آن زمان معاویه انجام می‌داد، حکومتش

که دقیقاً برای مبارزه با آن به حکومت رسیده بود.

همچنین به دلایل فوق از به کارگیری قدرت‌ش در سرکوب مخالفان اجتناب می‌کند، چنان‌که پیامبر (ص) نیز در قضیه بنی قریظه حتی پس از مسلط شدن بر آنان به قضاوت قاضی مورد رضای آنان در موردشان عمل کرد.^۱

اصولاً امام علی (ع) می‌فرماید: «سوگند به خدا و صله زدن به کفش از حکومت شما (حاکمیت بر شما) برایم بهتر است، مگر اینکه حق را اقامه کنم یا باطلی را دفع نمایم».^۲ یعنی این حاکمیت است که باید در خدمت حق و عدالت باشد و در این صورت حق است گر چه مردم به آن تمکین نکنند، نه اینکه حق و عدالت در پای حکومت به نام مصلحت قربانی شود.

بلی گاه حکومت، خود حق و مصلحتی برتر است که مورد تعرض باطل‌گرایان قرار می‌گیرد و به حکم عقل و شرع باید از آن دفاع شود و این دفاع مستلزم اتلاف نفوس و تضییع اموالی است چنان‌که پیامبر (ص) و امام علی (ع) نیز در مواردی در دفاع از حق حاکمیت چنین کردند و در این موارد مانعی نیست که گفته شود مصلحت است.

اما گاه افرادی این مورد به حق را به مواردی ناحق سرایت می‌دهند و به‌عنوان حق و مصلحت حکومت مصالح و حقوق برتری را پایمال می‌سازند. ازجمله حقوق برتر حقوقی است که حکومت به خاطر آن تشکیل شده است مثل اقامه ارزش‌های دینی و انسانی که نمی‌تواند به خاطر بقای خود آنها را نادیده بگیرد که در این صورت فلسفه وجودیش را از دست می‌دهد. ذیلاً برخی از نهادهای شبه‌قضایی را در فضای بین‌المللی از نظر می‌گذرانیم.

مبحث اول - شورای امنیت

شورای امنیت ازجمله نهادهای بین‌المللی و مهمترین رکن سازمان ملل متحد است که در معاهده‌ای که به‌عنوان منشور ملل متحد مورد پذیرش اکثریت قریب به اتفاق کشورهای جهان قرار گرفت پیش‌بینی شده است. «این منشور اساساً توسط سیاستمداران تهیه شده است و حقوق‌دانان شرکت زیادی در آن نداشتند».^۳ یا بهتر است بگوییم به واسطه حقوق‌دان‌ها با هدایت سیاستمداران تهیه شد.

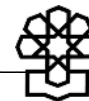
از مواد مربوط به شورای امنیت در منشور ملل متحد استفاده می‌شود که شورای امنیت یک

باقی می‌ماند؛ اما آن حضرت حتی برای محافظت از خودش نیز نمی‌خواست هزینه‌ای بر دوش مردم بگذارد؛ از این رو بدون محافظ در نماز جماعت حاضر شد و به راحتی مورد سوء قصد قرار گرفت.

۱. سیره ابن هشام، ج ۳، صص ۲۵۰ و ۲۵۱.

۲. و الله لهی احب الی من امرتکم الا ان اقیم حقاً او ادفع باطلاً، فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۱۱۱.

۳. مایکل اکهرست، پیشین، ص ۲۶۴.



نهاد برتر سیاسی است که در مقام تصمیم‌گیری کارکرد قضایی دارد چنان‌که در بند «۱» ماده (۲۴) ذیل عنوان فصل پنجم منشور که وظایف و اختیارات شورای امنیت را بیان می‌کند، می‌گوید: «به‌منظور تأمین اقدام سریع و مؤثر از طرف ملل متحد اعضای آن مسئولیت اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به شورای امنیت واگذار می‌نمایند و موافقت می‌کنند که شورای امنیت در اجرای وظایفی که به موجب این مسئولیت برعهده دارد، از طرف آنها اقدام نماید»^۱ و به این ترتیب تقدم و برتری آن را می‌پذیرند چنان‌که از ماده (۱۰۳) منشور نیز این معنا قابل استفاده است که می‌گوید: «در صورت تعارض بین تعهدات اعضای ملل متحد به موجب این منشور و تعهدات آنها بر طبق هر موافقتنامه بین‌المللی دیگر، تعهدات آنها به موجب این منشور، مقدم خواهد بود».^۲

از این جایگاه است که شورای امنیت در راستای انجام وظیفه‌اش که حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است تصمیماتی اتخاذ می‌کند که اعضا ملزم به پذیرش و اجرای آن هستند،^۳ بلکه برابر مواد (۴۱) و (۴۲) می‌تواند تصمیماتی بگیرد و برای اجرای آن تصمیمات از نیروی مسلح نیز استفاده کند.

ملاحظات تنظیم‌کنندگان منشور سبب شده که اولاً شورای امنیت را به‌عنوان یکی از ارکان ملل متحد^۴ به تصویب اعضا برسانند تا بعداً اختیاراتی را به آن بدهند که بتواند به‌طور سریع و مؤثر در جهت تأمین صلح و امنیت جهانی از طرف اعضای آن تصمیم‌گیری و اقدام کند.

ثانیاً در نظر گرفته شده، که برابر بند «۱» ماده (۲۳)، «شورای امنیت مرکب از ۱۵ عضو سازمان ملل متحد» باشد که ۵ عضو آن اعضای دائم هستند یعنی کشورهای «جمهوری چین، فرانسه، اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی،^۵ بریتانیای کبیر و ایرلند شمالی و ایالات متحده آمریکا»^۶ و ۱۰ عضو غیردائم که توسط مجمع عمومی انتخاب می‌شوند.^۷

ثالثاً در «غیر مسائل مربوط به آیین‌کار»^۸ یعنی مسائل مربوط به صلح و امنیت بین‌المللی، این‌گونه ترتیب داده شده است که تصمیمات شورای امنیت «با رأی مثبت ۹ عضو که شامل آرای

۱. منشور ملل متحد.

۲. همان.

۳. ماده (۲۵) منشور می‌گوید: «اعضای ملل متحد موافقت می‌نمایند که تصمیمات شورای امنیت را برطبق این منشور قبول و اجرا نمایند»، منشور ملل متحد.

۴. در بند «۱» ماده (۷) منشور ملل متحد می‌گوید: «ارکان ملل متحد عبارت است از یک مجمع عمومی، یک شورای امنیت ...».

۵. از مجموع قریب به ۲۰۰ عضو.

۶. که بعد از فروپاشی به روسیه تبدیل شد.

۷. منشور ملل متحد، ماده (۲۳).

۸. همان.

۹. همان، ماده (۲۷).

تمام اعضای دائم باشد، اتخاذ گردد»^۱ یعنی این حق به هر یک از اعضای دائم داده شده که اگر تصمیمی را به صلاح خود ندید به آن رأی منفی بدهد^۲ و به این ترتیب در اختلافاتی که یک عضو دائم شورای امنیت طرف دعواست اگر کار به تصمیم‌گیری شورای امنیت برسد و عضو دائم رأی منفی بدهد، تصمیم‌گیری نمی‌شود، گرچه تمام اعضای دیگر شورای امنیت، بلکه کلیه اعضای سازمان ملل نظر دیگری داشته باشند.

البته ظاهراً در قطعنامه موسوم به «اکسون یا اتحاد برای صلح»^۳ که توسط مجمع عمومی صادر شده است، تصمیم عمومی بر این قرار گرفت که «هرگاه فعالیت شورای امنیت در قضیه خاص با حق وتو بی‌نتیجه بماند مجمع عمومی می‌تواند تصمیمات لازم را درخصوص اقدامات دسته‌جمعی و حتی توسل به زور اتخاذ کند».^۴

به هر حال طبق ماده (۲۴) «اختیارات مخصوصی که برای انجام وظایف مذکور به شورای امنیت واگذار گردیده در فصول ۶، ۷، ۸ و ۱۲ بیان شده است».^۵ ازجمله در بند «۱» ماده (۳۳) ذیل فصل ششم که به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات مربوط است می‌گوید: «طرفین هر اختلاف که ادامه آن محتمل است حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به‌خطر اندازد، باید قبل از هر چیز از طریق مذاکره، میانجیگری سازش، داوری، رسیدگی قضایی و ... یا سایر وسایل مسالمت‌آمیز ... راه حل آن را جستجو کنند».^۶

اگر نزاع از طرق مذکور حل و فصل نشد یا پس رسیدگی قضایی یک طرف به حکم دادگاه بین‌المللی کردن نهاد طرف دیگر می‌تواند برابر بند «۲» ماده (۹۴) منشور ملل متحد عمل کند. در این بند که ناظر به اجرای حکم دادگاه بین‌المللی است می‌گوید: «هرگاه یکی از طرفین دعوا از انجام تعهداتی که به موجب حکم دادگاه بر عهده او گذارده شده است سر باز زند، طرف دیگر می‌تواند به شورای امنیت شکایت نماید و شورای مزبور چنانچه ضروری تشخیص دهد می‌تواند توصیه‌هایی کند یا برای اجرای حکم دادگاه تصمیماتی اتخاذ نماید».^۷

در صورتی که دعوای طرفین از طرق مسالمت‌آمیز و تمکین به شرایطی که شورای امنیت

۱. همان.

۲. این رأی منفی همان است که به حق وتو معروف شده است. بنگرید به: رضا موسی‌زاده، سازمان‌های بین‌المللی، ص ۱۲۹.

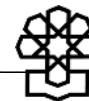
۳. بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۲۲۶.

۴. همان.

۵. منشور ملل متحد.

۶. همان.

۷. همان.



توصیه کرده است حل و فصل نشد این شورا برابر ماده (۳۴) فصل ششم عمل خواهد کرد که مقرر می‌دارد: «شورای امنیت می‌تواند هر اختلاف یا وضعیتی را که ممکن است منجر به یک اصطکاک بین‌المللی گردد یا اختلافی ایجاد نماید مورد رسیدگی قرار دهد».^۱ پس اگر آن را تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی یا ناقض صلح یا تجاوز دانست نوبت به اقداماتی می‌رسد که ذیل فصل هفتم منشور بیان شده است.

فصل هفتم مربوط به اقدام در موارد تهدید است در ماده (۳۹) ذیل این فصل می‌گوید: «شورای امنیت وجود هرگونه تهدید علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز را احراز و توصیه‌هایی خواهد نمود یا تصمیم خواهد گرفت که برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی به چه اقداماتی بر طبق مواد (۴۱) و (۴۲) باید مبادرت شود».^۲

و در ماده (۴۱) همین فصل می‌گوید: «شورای امنیت می‌تواند تصمیم بگیرد که برای اجرای تصمیمات آن شورا مبادرت به چه اقداماتی که متضمن به کارگیری نیروی مسلح نباشد، لازم است و می‌تواند از اعضای ملل متحد بخواهد که به این قبیل اقدامات مبادرت ورزند. این اقدامات ممکن است شامل متوقف ساختن تمام یا قسمتی از روابط اقتصادی و ارتباطات راه‌آهن، دریایی، هوایی، پستی، تلگرافی، رادیویی و سایر وسایل ارتباطی و قطع روابط سیاسی باشد».^۳

و در ماده (۴۲) آن می‌گوید: «در صورتی که شورای امنیت تشخیص دهد که اقدامات پیش‌بینی شده در ماده (۴۱) کافی نخواهد بود یا ثابت شده باشد که کافی نیست می‌تواند به وسیله نیروهای هوایی، دریایی یا زمینی به اقدامی که برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی ضروری است مبادرت ورزد. این اقدام ممکن است مشتمل بر تظاهرات و محاصره و سایر عملیات نیروهای هوایی، دریایی یا زمینی اعضای ملل متحد باشد».^۴

تصمیمات شورای امنیت منوط به رأی اکثریت اعضاست به شرط آنکه با وتو یا رأی منفی هیچ یک از اعضای دائم مواجه نشود و از آنجا که اعضای دائم شورای امنیت نیز خودشان تعارض منافع دارند، گاه در صف‌بندی‌هایشان به راحتی با هم دیگر توافق نمی‌کنند. بارها شده که آمریکا با «وتو» کردن مانع از تصویب قطعنامه علیه اسرائیل شده است^۵ و در مواردی برخی از اعضای ملل

۱. همان.

۲. همان.

۳. همان. چنان‌که در زمان نگارش این گزارش شورای امنیت برای چهارمین بار قطعنامه‌ای علیه ایران صادر کرد و طی آن تحریمات جدیدی به منظور بازداشتن ایران از غنی‌سازی اورانیم در نظر گرفت.

۴. همان.

۵. آمریکا در مجموع تاکنون پیش‌نویس ۳۹ قطعنامه درباره اسرائیل را وتو کرده است. رجوع شود به:

متحد بر خلاف منشور ملل متحد به عضو دیگری تعدی کرده است، ولی چون اعضای دائم شورا با آن موافق بوده و آن را در راستای صلح و امنیت مورد نظر خودشان دیده‌اند، طرح آن در شورا نتیجه‌بخش نبوده است.

حمله آمریکا به سکوها‌های نفتی ایران نقض آشکار حقوق و تعهدات بین‌الملل بود، ولی با اینکه ایران قضیه را در دیوان دادگستری مطرح کرد، اما هیچ گاه به آمریکا به‌عنوان یک متجاوز نگاه نشد. از این موارد به این معنا منتقل می‌شویم که در جهان، همچنان زور حاکم است و هر کس قدرت بیشتری دارد حجت او قوی‌تر است!!

به این ترتیب شورای امنیت پس از رسیدگی به اختلاف یا وضعیتی که ممکن است منجر به نزاع بین‌المللی گردد، در مورد آن تصمیم‌گیری می‌کند و کشورهای اسلامی و جمهوری اسلامی ایران با پذیرش عضویت در سازمان ملل و معاهده منشور ملل متحد از پیش تصمیم‌گیری و حاکمیت و اعمال اقدامات تنبیهی و تحریمی و نظامی شورای امنیت را در مورد خودشان پذیرفته‌اند و این پذیرش با نفی سبیل و سلطه کفار منافات دارد!

مبحث دوم - مجمع عمومی

مجمع عمومی یکی دیگر از ارکان سازمان ملل است که برابر ماده (۱۰) منشور سازمان ملل «می‌تواند هر مسئله یا امری را که در حدود این منشور و یا مربوط به اختیارات و وظایف هر یک از ارکان مقرر در این منشور باشد مورد بحث قرار دهد و جز در موارد مذکور در ماده (۱۲) ممکن است به سازمان ملل متحد یا شورای امنیت و یا به هر دو توصیه‌هایی بنماید».

توصیه‌های مجمع عمومی اگر چه در قالب قطعنامه صادر شود و مربوط به حفظ صلح و امنیت هم باشد الزام‌آور نیستند. بلی ظاهراً در قطعنامه موسوم به «اکسون»^۱ یا «اتحاد برای صلح»^۲ که در سال ۱۹۵۰ توسط مجمع عمومی صادر شده است، تصمیم عمومی بر این قرار گرفت که «هرگاه فعالیت شورای امنیت در قضیه خاص با حق وتو بی‌نتیجه بماند مجمع عمومی می‌تواند تصمیمات لازم را درخصوص اقدامات دسته‌جمعی و حتی توسل به زور اتخاذ کند».^۳ چنان‌که جنگ کره اولین موردی بود که «باعث شد شورای امنیت نتواند تصمیم بگیرد و موضوع به مجمع عمومی ارجاع گردید».^۴

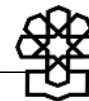
مجمع عمومی همچنین در مواردی مانند قطعنامه ۱۸۰۳ درباره حق حاکمیت ملت‌ها بر منابع

۱. این قطعنامه به پیشنهاد وزیر امور خارجه وقت آمریکا، اکسون، مطرح و به نام او معروف شده است. سازمان‌های بین‌المللی، ص ۱۵۸.

۲. بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۲۲۶، سازمان‌های بین‌المللی، ص ۱۵۸.

۳. همان و نیز بنگرید به: کلود آلبر کلییار، سازمان‌های بین‌المللی، ص ۱۹۴.

۴. مبانی و کلیات علوم سیاسی، ص ۴۷۴.



طبیعی‌شان^۱ و قطعنامه ۲۶۲۵ (۱۹۷۰) درباره اصول حاکم بر روابط صلح‌آمیز و دوستانه و قطعنامه مربوط به حقوق همبستگی (نسل سوم حقوق بشر)^۲ و اعلامیه ریو (۱۹۷۲) و استکهلم (۱۹۹۲) در مورد اصول حاکم بر محیط زیست و... با رأی اکثریت اعضا^۳ قطعنامه‌هایی را به تصویب رسانده و الزاماتی را برای اعضا حتی اعضای مخالف به وجود آورده است.

و به این ترتیب مجمع عمومی نیز می‌تواند در برخی موارد در حوزه سلطه کشور مسلمان وارد شود و تصمیم الزام‌آوری اتخاذ کند، پس در حالی که کشور مسلمان ممکن است خود رأی موافق داده یا نداده باشد آیا مشمول نفی سلطه کافر می‌شود؟

مبحث سوم - سایر مراجع

نهادهای بین‌المللی دیگری هستند که پیوستن به آنها مستلزم پذیرش تصمیمات شبه قضایی است که توسط آنها اتخاذ می‌شود مانند آژانس بین‌المللی اتمی، کمیسیون حقوق بشر و غیر اینها و این پرسش مطرح می‌شود که با توجه به اینکه تصمیم‌گیرندگان در این نهادها غیرمسلمان هستند آیا پیوستن به آنها که مستلزم پذیرش سلطه و سبیل آنها است جایز است؟

بند اول - شورای حقوق بشر سازمان ملل

با قطعنامه ۶۰/۲۵۱ پانزده مارس ۲۰۰۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد،^۴ «شورای حقوق بشر»، جایگزین کمیسیون «حقوق بشر» شده است. در تغییرات اخیر، شورای حقوق بشر به‌عنوان رکن فرعی مجمع عمومی سازمان ملل متحد معرفی شد حال آنکه کمیسیون حقوق بشر یک رکن فرعی شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل بود.

شورای حقوق بشر «کلیه اختیارات و مسئولیت‌های کمیسیون [حقوق بشر] را خواهد داشت».^۵ ازجمله اختیارات جلوگیری از نقض حقوق بشر که کمیسیون در اولین اجلاس خود، در ژانویه ۱۹۴۷ تصمیم گرفته بود آن را در سه مرحله دنبال کند، «اولاً اعلامیه جامعی در باب حقوق و آزادی‌ها

۱. «در ۱۴ دسامبر ۱۹۶۲ مجمع عمومی سازمان ملل متحد قطعنامه شماره ۱۸۰۳ را در ارتباط با حاکمیت دائمی دولت‌ها بر منابع طبیعی‌شان صادر نمود که ... بند «۱» ماده (۱) [آن] اشعار می‌دارد: «حق ملت‌ها در داشتن حاکمیت دائمی بر ثروت‌ها و منابع طبیعی‌شان، باید در جهت توسعه و مصالح ملی کشورشان به اجرا در آید». رجوع شود به: <http://www.kncsite.com/farsi/qacar.pdf>

۲. حقوق نسل سوم که مشتمل بر حق بر صلح، حق بر توسعه، حق بر محیط زیست سالم، حق بر میراث مشترک بشریت و حق ارتباطات است ... حقوق همبستگی نیز نامیده می‌شوند. رجوع شود به: <http://www.noormags.com/view/falarticlepage/> ۹۰۷۷۳

۳. برابر بند «۲» ماده (۱۸) منشور «تصمیمات مجمع عمومی در مورد مسائل مهم با اکثریت دوسوم از اعضای حاضر و رأی‌دهنده اتخاذ خواهد شد ...» و برابر بند «۳» همین ماده «تصمیمات راجع به سایر امور منجمله تعیین انواع مسائل دیگری که اکثریت دوسوم باید در آنها رعایت شود با اکثریت اعضای حاضر و رأی‌دهنده اتخاذ خواهد گردید».

۴. بنگرید به: سیدباقر میرعباسی، نظام جهانی ارزیابی و حمایت از حقوق بشر، ص ۴۲.

۵. رجوع شود به: <http://www.unic-ir.org/Humanrights.htm>

تنظیم کند که در سطح جهان قابل پذیرش باشد؛

در مرحله بعد اصول آن اعلامیه را در قالب موادی قرار دهد که برای کشورها تعهدآور باشد؛

و در مرحله سوم به دنبال تدابیر لازم برای نظارت و تأمین اجرای حقوق بشر باشد.^۱

شورای حقوق بشر «متشکل از ۴۷ عضو می‌باشد که برای مدت ۳ سال ... به‌وسیله مجمع عمومی»^۲ انتخاب می‌شوند. «دولت‌هایی که به عضویت شورا انتخاب شده‌اند بالاترین استانداردها را در زمینه ارتقا و حمایت از حقوق بشر رعایت خواهند کرد».^۳ همچنین شورا «طی یک دوره چهار ساله که از سپتامبر ۲۰۰۸ شروع می‌شود به بررسی وضعیت حقوق بشر در تمامی کشورهای عضو سازمان ملل می‌پردازد»^۴ و «این کار را ابتدا از اعضای خود در مورد اجرای تعهدات حقوق بشری آنان آغاز می‌کند».^۵

علاوه بر این شورا از دو طریق دیگر نیز می‌تواند نسبت به جریان وضعیت حقوق بشر در هر کشوری مطلع شده و آن را رسیدگی کرده و اتخاذ تصمیم کند:

۱. «شکایت مستقیم افراد: اتباع کشورها از قبیل قربانیان یا خانواده آنها، سازمان‌های غیردولتی محلی و یا حتی بین‌المللی ... و غیره، در رابطه با نقض حقوق بشر، می‌توانند از طریق تنظیم شکایتنامه تحت عنوان اطلاعیه به طرح شکایت خود بپردازند».^۶

۲. «ارائه گزارش گزارشگران خود در هر یک از موضوعات از قبیل آزادی بیان و عقیده، آزادی مذهب و غیره».^۷

هر سال یک گروه کاری به‌عنوان گروه کاری اطلاعیه «جهت بررسی اطلاعیه شاکیان در مورد نقض حقوق بشر و پاسخ حکومت‌ها تشکیل می‌شود ... اگر گروه کاری اطلاعیه پس از بررسی، دلایلی مبنی بر نقض فاحش و سیستماتیک حقوق بشر را به دست آورد پرونده را به گروه کاری وضعیت‌ها ارسال می‌دارد».^۸

گروه کاری وضعیت‌ها نیز «حداقل یک هفته قبل از اجلاس شورای حقوق بشر ... تشکیل جلسه

۱. مبانی و کلیات علوم سیاسی، ج ۱، ص ۵۲۶.

۲. رجوع شود به: <http://www.unic-ir.org/Humanrights.htm>

۳. سیدباقر میرعباسی، نظام جهانی ارزیابی و حمایت از حقوق بشر، ص ۴۶.

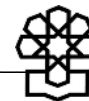
۴. مصطفی تقی‌زاده انصاری، شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد، مجله اندیشه‌های حقوق خصوصی، ص ۱۳۲.

۵. رجوع شود به: <http://www.unic-ir.org/Humanrights.htm>

۶. مصطفی تقی‌زاده انصاری، پیشین.

۷. همان.

۸. همان، ص ۱۳۴.



داده و در مورد ارجاع احتمالی آن به شورای حقوق بشر تصمیم می‌گیرد. در صورت ارجاع مسئله به شورای حقوق بشر، شورا نسبت به آن به اتخاذ تصمیم می‌پردازد.^۱

شورای حقوق بشر در صورت احراز نقض فاحش و سیستماتیک حقوق بشر توصیه‌هایی به کشور مربوطه می‌نماید و در صورت عدم توجه آن کشور به توصیه‌های شورا و عدم حل و فصل موضوع «مستنداً به بند «۳» ماده (۱۱) منشور [ملل متحد] از طریق مجمع عمومی به طرح موضوع در شورای امنیت سازمان ملل»^۲ اقدام می‌کند. «شورای امنیت نیز ... می‌تواند در قالب فصل هفتم منشور به ارائه توصیه و نهایتاً به تصمیمات الزام‌آور بر ضد کشور مربوطه بپردازد».^۳

البته «مجمع عمومی با اکثریت دوسوم اعضای حاضر و رأی‌دهنده ممکن است عضویت یک عضو را که مرتکب نقض عمده و نظام‌مند حقوق بشر شود را لغو کند».^۴

ملاحظه می‌شود که این روند از چند جهت با مشکل مواجه است:

۱. ترویج و حاکمیت بخشیدن به مفاهیمی که به واقع صادق نیستند مانند تساوی زن و مرد و حقوق آن دو؛

۲. اخذ شکایت و گزارش از کسانی که ممکن است بر اساس باور و دیدگاه خاص خود حقی را نقض شده بدانند؛

۳. شورای حقوق بشر مرکب از کشورهایایی است که به باور دیگران خود ناقض حقوق بشرند؛
۴. تصمیم گیرنده نهایی درباره نقض حقوق بشر شورای امنیتی است که بیشترین نقض حقوق بشر توسط اعضای دائم آن انجام می‌شود و در صورتی که قطعنامه‌ای علیه هر یک از آنها تنظیم شود آن را وتو می‌کند.

۵. مهمتر از همه اینکه این شورا نیز همچون سلف خود به دنبال آن نیست که با رفع ریشه‌های نقض حقوق بشر، مسئله نقض حقوق بشر را حل کند. می‌دانیم که یکی از علل اصلی نقض حقوق بشر در کشورهای درحال توسعه و توسعه نیافته محرومیت آنها از سرمایه و دانش‌های لازم به‌ویژه در زمینه تولیدات کشاورزی و صنعتی و سهم قابل قبول در تجارت جهانی است تا بتوانند خود را از دایره فقر و تبعات سوء آن، که وابستگی و نقض حقوق بشر است نجات دهند و این محرومیت‌ها بر طرف نمی‌شود؛ زیرا با منافع اقتصادی و سلطه صاحبان قدرت در تضاد است پس نقض حقوق بشر تحمیلی است تا سلطه صاحبان قدرت بماند!

۱. همان، ص ۱۳۵.

۲. همان، ص ۱۳۷.

۳. همان.

۴. سیدباقر میرعباسی، پیشین، ص ۴۸.

بند دوم - آژانس بین‌المللی انرژی اتمی^۱

آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در ۲۹ ژوئن ۱۹۵۶ تأسیس شد. این آژانس دارای سه رکن است: کنفرانس عمومی، شورای حکام (هیئت مدیره) و دبیرخانه.^۲

آژانس، برابر ماده (۳) اساسنامه مجاز است «تحقیق درباره انرژی اتمی و توسعه آن و استفاده عملی از آن را برای مقاصد غیرنظامی در سراسر جهان تشویق و مساعدت نماید و در صورتی که از آژانس تقاضا شده باشد جهت تأمین انجام خدمات یا تهیه مواد و وسایل و تأسیسات برای یک عضو آژانس از طرف عضو دیگر به‌عنوان واسطه عمل کند و نیز جهت تحقیق در انرژی اتمی و توسعه آن و استفاده عملی از آن در مقاصد غیرنظامی هر عمل یا خدمت مفیدی را انجام دهد»^۳، و به‌عنوان وظیفه «گزارش‌های سالیانه‌ای از فعالیت‌های خود به مجمع عمومی سازمان ملل و عدالاقضاً به شورای امنیت تسلیم خواهد کرد و هرگاه در حدود فعالیت‌های آژانس مسائلی پیش آید که در صلاحیت شورای امنیت باشد آژانس، شورای مزبور را که مسئولیت اصلی صلح و امنیت جهان را به عهده دارد از آن مستحضر خواهد ساخت ...»^۴.

آژانس در راستای انجام این وظیفه برابر ماده (۱۲) حقوق و مسئولیت‌هایی دارد. ازجمله مجاز است «بازرسانی [را] که از طرف آژانس پس از مشورت با دولت یا دولت‌های دریافت‌کننده کمک معین خواهند شد، به قلمرو آن دولت یا آن دولت‌ها اعزام دارد و این بازرسان عنداللزوم برای احتساب مواد اولیه و مواد شکافت‌پذیر مخصوص تدارک شده و محصولات به‌دست آمده از مواد شکافت‌پذیر مخصوص و تشخیص ایفای تعهدات مربوط به عدم استفاده برای پیشرفت منظور نظامی... در هر موقع به هرجا و هر برنامه کار و هر شخصی که باقتضای سمت خود با مواد و تجهیزات و تأسیساتی سروکار دارد که طبق مقررات این اساسنامه باید حفاظت شوند، حق مراجعه خواهند داشت...»^۵.

مشاهده می‌شود که طبق مواد فوق‌الذکر بازرسی و گزارش به مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل و تمکین در برابر تصمیمات آنها برای دولت‌هایی که اساسنامه آژانس را پذیرفته‌اند لازم است.

اساسنامه آژانس در ۶ خردادماه ۱۳۳۷ به تصویب مجلس شورای ملی رسید و اصلاحیه ماده

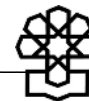
۱. سازمان‌های بین‌المللی، ص ۲۶۷.

۲. اساسنامه آژانس بین‌المللی انرژی اتمی.

۳. همان، ماده (۳).

۴. همان.

۵. همان، ماده (۱۲).



(۶) آن پس از تصویب در جلسه ۱۳۵۰/۳/۱۶ مجلس شورای ملی، در جلسه ۱۳۵۰/۳/۳۱ به تصویب مجلس سنای دولت ایران رسیده است.

فصل دوم - مستندات مراجع قضایی بین‌المللی و دیدگاه اسلام در مورد آنها

پیش از ورود به این بحث لازم است اشاره کنیم پذیرش و الحاق به هر معاهده‌ای به منزله توافق بر اعمال مفاد آن معاهده است، پس اگر منشور ملل متحد و اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری که در آن از عرف بین‌المللی به عنوان مستند حل و فصل دعاوی حقوقی نام برده شده است، پذیرفته شده باشد به معنای توافق بر اعمال عرف بین‌المللی در حل و فصل اختلافات است.

همچنین بر هر مرجع قضایی به ویژه مراجع قضایی بین‌المللی لازم است احکام و آرای خود را مستند بیان کنند پس این پرسش مطرح می‌شود که مستندات این مراجع در حقوق بین‌الملل کدامند و دلیل بر آنها چیست؟

مستندات مراجع قضایی بین‌المللی معمولاً از اساسنامه همان مراجع استخراج می‌شوند؛ اما مستندات دیگری نیز هست که تحت عنوان سایر مستندات مورد بحث قرار می‌گیرند. با این حساب مستندات دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان کیفری بین‌المللی مستفاد از اساسنامه آنها و سایر مستندات را طرح و آنها را از دیدگاه اسلام ارزیابی می‌کنیم.

مستندات دیوان بین‌المللی دادگستری

در بند «۱» ماده (۳۸) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری می‌گوید: «دیوان بین‌المللی دادگستری وظیفه دارد اختلافاتی را که به او ارجاع می‌شود بر طبق حقوق بین‌الملل و موازین زیر حل و فصل کند: الف) عهدنامه‌های بین‌المللی اعم از عام و خاص که به موجب آنها قواعدی معین شده است که طرفین اختلاف آن قواعد را صراحتاً به رسمیت شناخته‌اند؛

ب) عرف بین‌المللی به منزله گواهی بر یک رویه عمومی که مانند یک اصل حقوقی پذیرفته شده است.

ج) اصول کلی حقوقی که مقبول ملل متمدن است.

د) با رعایت حکم ماده (۵۹) همین اساسنامه تصمیمات قضایی و عقاید برجسته‌ترین

متخصصان حقوقی بین‌الملل کشورهای مختلف به منزله وسایل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی».^۱

و در بند «۲» همین ماده (۳۸) می‌گوید: «مقررات این ماده به حقی که دیوان بین‌المللی

دادگستری دارد و به موجب آن می‌تواند در صورت موافقت طرفین درباره آنها براساس عدل و

۱. بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۲۲۶.

انصاف حکم دهد خللی وارد نمی‌آورد».^۱

مشاهده می‌شود که در بند «۱» ماده (۳۸) اساسنامه به منابع ذیل به‌عنوان منابع اصلی تصریح شده است:

۱. عهدنامه‌های بین‌المللی عام و خاص حاوی قواعدی که طرفین به رسمیت شناخته‌اند،

۲. عرف بین‌المللی به مثابه یک اصل حقوقی،

۳. اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن.

و از منابع ذیل به‌عنوان وسایل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی یاد شده است:

۱. تصمیمات قضایی،

۲. عقاید برجسته‌ترین متخصصان حقوق بین‌الملل،^۲

و عدل و انصاف را در بند «۲» ماده (۳۸) جداگانه، به‌گونه‌ای مطرح می‌کند که ظاهراً به‌عنوان

یک قاعده حقوقی اصلی و فرعی به حساب نیامده است، لکن ممکن است مستند قرار گیرد.

مستندات دیوان کیفری بین‌المللی

در ماده (۲۱) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی تحت عنوان حقوق قابل اجرا می‌گوید:

«۱. دیوان اجرا خواهد کرد:

الف) در وهله نخست این اساسنامه و آیین‌نامه دادرسی و ادله مربوط به آن را؛

ب) در مرحله دوم، برحسب اقتضا، معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین‌الملل ازجمله

اصول مسلم حقوق بین‌الملل منازعات مسلحانه؛

ج) در غیراین‌صورت، اصول عمومی حقوق که توسط دیوان از قوانین ملی نظام‌های حقوقی

استخراج شده باشد ازجمله در صورت اقتضا، قوانین ملی دولت‌هایی که قاعداً بر آن جنایت اعمال

صلاحیت می‌کنند، مشروط بر آنکه آن اصول مغایر با این اساسنامه و حقوق بین‌الملل و قواعد و

ملاک‌های شناخته شده بین‌المللی نباشد.

۲. دیوان می‌تواند اصول و قواعد حقوقی را چنان‌که در تصمیمات قبلی‌اش تفسیر کرده است، به‌کار بندد.

۳. تطبیق و تفسیر حقوقی که در این ماده پیش‌بینی شده است، نباید متناقض با حقوق بشر

شناخته شده بین‌المللی بوده و باید بدون هرگونه تبعیض در زمینه‌هایی چون جنسیت، سن، نژاد،

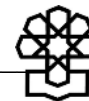
مذهب یا اعتقادات، عقیده سیاسی یا غیرسیاسی، خاستگاه قومی یا اجتماعی، ثروت، ولادت و

وضعیت‌های دیگر باشد».^۳

۱. همان.

۲. بنگرید به: محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق معاهدات بین‌المللی، ص ۲.

۳. دیوان کیفری بین‌المللی، صص ۵۵۶ و ۵۵۷.



مشاهده می‌شود که در ماده (۲۱) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز به منابع ذیل تصریح شده است که با اندک تفاوت مشابه منابع دیوان بین‌المللی دادگستری است که عبارتند از:

- اساسنامه و آیین‌نامه دادرسی و ادله مربوط به آن؛

- معاهدات قابل اجرا؛

- اصول و قواعد حقوق بین‌الملل از جمله اصول مسلم حقوق بین‌الملل منازعات مسلحانه؛

- اصول عمومی حقوق مستخرج از قوانین ملی نظام‌های حقوقی به شرط آنکه با اساسنامه

دیوان و حقوق بین‌الملل و قواعد و ملاک‌های شناخته شده بین‌المللی مغایر نباشد.

بنابراین به نظر می‌رسد لازم است منابع فوق‌الذکر را به لحاظ قواعد و احکام اسلام به اختصار

مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

گفتار اول - عهدنامه‌ها (معاهدات)

مشاهده شد که عهدنامه‌های بین‌المللی حاوی قواعدی معین که طرفین اختلاف آن قواعد را صراحتاً به رسمیت شناخته‌اند از جمله اصلی‌ترین منابع و موازین حل و فصل دعاوی حقوقی و کیفری در حقوق بین‌الملل هستند پس جا دارد که با تأمل بیشتری به آنها بپردازیم و پیش از آن لازم است تذکر دهیم که عهدنامه‌های فاقد قواعد مؤثر در حل و فصل دعاوی، نمی‌توانند منبع حل و فصل دعاوی قرار گیرند. لکن معاهدات به‌طور معمول شامل این گونه قواعد هستند.

مبحث اول - معنا و ماهیت معاهده

عهدنامه^۱ در فارسی به «ورقه‌ای که در آن شرایط پیمان^۲ را نویسند و امضا و مهر کنند»،^۳ یا «نوشته‌ای مربوط به پیمان دو یا چند دولت» گفته می‌شود.^۴ این عبارت همچنین به معنای معاهده، پیمان و قرارداد^۵ است.

واژه معاهده نیز در زبان عرب هم به معنای مصدری «باهم پیمان بستن»^۶ به کار می‌رود، هم

۱. فلسفی عهدنامه را معادل Convention قرار داده و در توضیح آن می‌نویسد: «واژه‌ای که برای اراده مشترک دولت‌ها در قبول قواعد حقوق بین‌الملل عام به‌کار می‌رود» و معاهده را معادل Treaty گرفته و در توضیح آن می‌نویسد: «واژه‌ای که مورد استعمال زیاد داشته و غالباً بین موضوعات مهم است». ظاهر عبارت وی این است که در زبان انگلیسی عهدنامه با معاهده فرق دارد. هدایت‌الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، ص ۹۳. همچنین در زبان انگلیسی ظاهراً بین معاهده و عقد فرق است چون برای عقد و قرارداد واژه Contract را به‌کار می‌برد.

۲. پیمان: شرط، عهد، قرارداد، قول و قراری که کسی با کس دیگری بگذارد که برطبق آن عمل کند. فرهنگ فارسی عمید.

۳. محمدمعین، فرهنگ فارسی.

۴. فرهنگ فارسی امروز.

۵. قرارداد: عهد و پیمان دو یا چند تن در امری، فرهنگ فارسی عمید.

۶. عمید، فرهنگ فارسی عمید.

به معنای عهدنامه و پیمان^۱ و با معاهده و میثاق نیز هم‌معناست.^۲

ظاهراً در احادیث معاهده بیشتر در مورد عهد و پیمان با اهل کتاب به کار می‌رود و گاه در مورد کفار غیر اهل کتاب که با آنان مدتی پیمان صلح منعقد می‌شود نیز به کار می‌رود.^۳ تا جایی که برخی تصور کرده‌اند معاهده «اسم نوعی از عقد صلح بین مسلمانان و غیرمسلمانان است که پیش از جنگ و یا به‌عنوان ختم جنگ منعقد می‌شد»^۴ حال آنکه این گونه نیست و معاهده در مورد هر پیمانی به کار می‌رود. معاهده و معاهده از عهد و عقد^۵ گرفته شده‌اند که به یک معنا هستند.^۶

ماهیت معاهده

معاهده، پیمان یا عقد یکی از هزاران عملی است که انسان انجام می‌دهد و انسان بر اساس سلطه برخورد^۷ و قوای خویش اعمالی را انجام می‌دهد مثل اینکه خانه می‌سازد، شکار و زراعت می‌کند و در آنها تصرف می‌کند. بنابراین که تشریع (اعتبار قانونی) مبتنی بر تکوین باشد، می‌گوییم این خانه یا آن شکار یا گندم مال اوست و او به لحاظ مالکیت، سلطه و اراده آزادی که در حوزه تسلط خود دارد می‌تواند در مالش تصرف و از آن شخصاً استفاده کند یا از آن رفع ید و اعراض کند یا بدون عوض در اختیار دیگری بگذارد و یا آن را معاوضه کند.

انسان همچنین می‌تواند، با کسی که می‌خواهد با او نوعی رابطه داشته باشد، توافق کند که مثلاً از مال خودش به نفع او بگذرد یا در ازای رفع ید او از مالش رفع ید کند یا مالش را به او بدهد یا در اختیار (در حوزه تسلط) او قرار دهد و چیزی از او به همین نحو بگیرد (داد و ستد) و هر طرف با اخذ مال دیگری آن را تملک کند.

توافق دو اراده غالباً با رضایت طرفین همراه است، اما گاه ممکن است موافقت باشد و تراضی نباشد. این توافقات در همه روابط انسانی اعم از اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و اجتماعی ممکن است بین فرد، گروه (شرکت) و دولتی با فرد یا گروه و یا دولتی دیگری صورت گیرند. هر توافقی

۱. المعاهدة: من كان بينك وبينه عهد. طريحي، مجمع البحرين. ذیل ماده عهد. و عرب می‌گوید: معاهده عدم اعتدا، یا معاهده نزع السلاح.

۲. المعاهدة: المعاهدة و الميثاق... . جوهری، الصحاح، و زبیدی، تاج العروس.

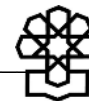
۳. و اکثر ما يطلق [المعاهدة] فی الحديث علی الذمی ... و قد يطلق علی غیره من الکفار اذا صولحوا علی ترک الحرب مدة ما. طريحي، مجمع البحرين. ذیل ماده عهد.

۴. محمدجعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق.

۵. محمدجعفر لنگرودی می‌گوید: عهد به معنی عقد هم هست در حدیث [آمده] است العقد العهد. ترمینولوژی حقوق.

۶. المعاهدة: المعاهدة و الميثاق... ، جوهری، الصحاح و زبیدی، تاج العروس.

۷. از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: الناس مسلطون علی اموالهم، (الخلاف، ج ۳، ص ۱۷۷) از این کلام استفاده می‌شود که مردم به طریق اولی بر خودشان مسلط هستند و سلطه به معنای قدرت تصرف است.



متضمن تعهدی است نسبت به امری به طور مطلق یا مقید و محدود و آن امر ممکن است شناسایی، تملیک، تقیید، تضمین، داوری^۱ و غیر اینها باشد.

و اما آنچه در حوزه سلطه انسان است عبارت است از:

۱. خود او و قوا و تولیدات یدی، فکری و حقوق او.

۲. افراد، اعیان و حقوقی که به ولایت یا وصایت یا وکالت در حوزه سلطه او قرار گرفته‌اند.

الفاظ مختلفی برای انواع تصرفات بشر در رابطه با غیردر هر زبان وضع شده و به کار می‌رود. مثلاً در فارسی واژگانی مانند داد و ستد، پیمان، پیوند، گروستن (شرط) گرو گذاشتن و...

در عربی الفاظی مانند، عقد، عهد، میثاق، شرط، اتفاق، معاهده، معااهده و

عقد به معنای «بستن، گره زدن، محکم کردن عهد و پیمان»^۲ عنوان عامی است برای هر نوع تصرفی که شخص در مایملک خود در رابطه با غیرانجام می‌دهد، مانند مبادله مالی به مالی دیگر، که به آن بیع گفته می‌شود یا مبادله مالی به منفعت که به آن اجاره گوییم یا مبادله انجام خدمتی که در توان اوست به جای دیگری، به ازای مال که آن را وکالت می‌گوییم و

بنابراین بین معااهده و عقد در معنای ماهوی و نیز در لزوم وفا و آثار فرقی وجود ندارد و نیز فرق نمی‌کند که طرف معااهده و عقد مسلمان باشد یا غیرمسلمان و داخلی باشد یا بین‌المللی.

مبحث دوم - معااهده در اصطلاح حقوق بشری

معااهده در اصطلاح حقوق بشری بین‌المللی دو تعریف دارد: تعریف عرفی که «عبارت از هر نوع توافق و قراری است که بین دو یا چند صاحب حق و تابع حقوق بین‌الملل منعقد می‌گردد و منظور از انعقاد آن به وجود آوردن آثار حقوقی است و باید حقوق بین‌الملل بر آن حاکم^۳

۱. عفو، هبه، اعراض، ابراء، عزل، نصب، طلاق و

۲. فرهنگ فارسی عمید.

۳. بین دو انسان فارغ از هر نوع تعلقی، نظام حقوقی تعریف شده‌ای وجود ندارد و پدید آمدن آن به خود آنها بستگی دارد اگر بخواهند می‌توانند نظامی حقوقی پدید آورند. این نظام متأثر از نوع نگاه آن دو به مصالح و مفاسدشان - که برخی مشترک و برخی متمایز است - می‌تواند شکل بگیرد پس در ابتدایی‌ترین صورت و در اولین گام می‌توانند به‌طور شفاهی با یکدیگر گفتگو کنند و قرار بگذارند و توافق کنند که مثلاً از اضرار به همدیگر بپرهیزند، با هم در صید حیوانی یا دفع خطری مشارکت کنند، بپذیرند به حاصل دسترنج همدیگر تعدی نکنند و آن را با ارزش برابر مبادله کنند و اگر رابطه‌ای را که این دو براساس توافقاتشان با یکدیگر برقرار کرده‌اند مورد پذیرش دیگران هم قرار گیرد، به تدریج می‌تواند یک نظام حقوقی فراگیر پدید آورد و هرگاه همه یا اکثریت افراد نوع آن را پذیرفته و طبق آن عمل کنند، گفته می‌شود متعارف شده است. بنابراین عرف، متأخر از معااهده است گرچه ممکن است برخی معااهدات بر عرف متأخر بنا شود. از این رو مقید نمودن معااهده به اینکه «باید طرف‌های آن تابعان حقوق بین‌الملل باشند» و «آثار حقوقی براساس حقوق بین‌الملل به بار آورد تا بتوان به آن عنوان معااهده داد» (محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق معااهدات بین‌المللی، ص ۱۰) صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چرا که اراده طرفین معااهده می‌تواند تأسیسی باشد یا تبعی اگر به عنوان تابع عمل کند متبوع باید مقدم باشد؛ اما اگر به عنوان مؤسس عمل کند، وجود متبوع معنا ندارد. بلکه کسانی که عهدنامه سال ۱۹۶۹ وین راجع به معااهدات را پذیرفته‌اند به مقتضای جمله «و مشمول حقوق بین‌الملل باشد»،

باشد».^۱

و تعریفی به موجب کنوانسیون ۱۹۶۹ وین که عهدنامه یا «معاهده را اصولاً یک توافق بین‌المللی می‌داند که بین دولت‌ها به صورت کتبی منعقد شده، مشمول حقوق بین‌الملل نیز باشد. این توافق بین‌المللی می‌تواند در اسناد مختلف با عناوین گوناگون^۲ تنظیم شود».^۳

برخی از پژوهشگران حقوق اسلامی از عهدنامه به قرارداد تعبیر کرده و می‌گویند قراردادها دو نوعند، قراردادهای داخلی و بین‌المللی و در مورد قراردادهای بین‌المللی می‌گویند: «عبارت از نوعی توافق به منظور شناسایی، ایجاد، تغییر یا اسقاط و یا انتقال حق است که بین دو یا چند دولت یا سازمان بین‌المللی منعقد می‌شود».^۴

وی بین قرارداد و عقد تفاوت قائل شده و می‌گوید: «در فقه و حقوق اسلام هر قراردادی واجد جنبه الزامی نیست و ایجاد تعهد نمی‌کند در حالی که عقد علی‌الاصول به منظور ایجاد تعهد واقع می‌شود».^۵ ولی وجه این فرق‌گذاری روشن نیست.

ایشان همچنین قراردادهای بین‌المللی را به معین «که نام و عنوان مشخص و شرایط و آثار مخصوص به خود دارد»^۶ مثل قرارداد ذمه، استیمان و هدنه و نامعین «که در تاریخ اسلام بی‌سابقه»^۷ است تقسیم می‌کند و در مورد قسم اخیر می‌گوید: «گرچه در فقه عنوان خاصی ندارد مشمول قواعد عمومی قراردادهاست».^۸

مبحث سوم - معاهده با غیرمسلمان از دید اسلام

برای یک فرد محقق و متتبع در تاریخ و روایات اسلامی شکی باقی نمی‌ماند که پیامبر (ص) و امام علی (ع) در مواردی با غیرمسلمانان معاهداتی را امضا کرده‌اند، اما این پرسش باقی است که آیا

پذیرفته‌اند که در چارچوب حقوق بین‌الملل متعارف و مستند (سندسازی شده) تا آن زمان عمل کنند و به نوعی اراده تأسیسی خود را تعطیل کرده و پذیرفته‌اند که تابع سازمان‌های بین‌المللی یا تصمیمات جمعی کشورهای جهان باشند! اگر این تفسیر را بپذیریم معنایش آن است که ما دست خود را بسته‌ایم و خود را به آنچه دیگران ساخته و پرداخته‌اند مقید می‌کنیم. حال آنکه اسلام به شدت با این نوع تغییرات مخالف است.

۱. مهرداد مصلحی، فرهنگ حقوقی و نیز بنگرید به: محمدرضا ضیائی‌بیگدلی، پیشین، صص ۹ و ۱۰.

۲. عناوینی مانند معاهده، پروتکل، یادداشت تفاهم، میثاق، منشور، مبادله‌نامه و صورتجلسه شفاهی. بنگرید به: رضا موسی‌زاده، کلیات حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۱، صص ۱۴۷ و ۱۴۸.

۳. همان و نیز بنگرید به: محمدرضا ضیائی‌بیگدلی، پیشین.

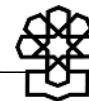
۴. عمید زنجانی، فقه سیاسی حقوق و تعهدات بین‌المللی...، ص ۵.

۵. همان، ص ۶.

۶. همان، ص ۷.

۷. همان، ص ۸.

۸. همان.



انعقاد معاهده در شرایط عادی واقع شده یا در شرایط غیرعادی؟ وقوع این امر در شرایط غیرعادی جای بحث و گفتگو نیست؛ اما جواز انعقاد معاهده با غیرمسلمان در شرایط عادی مبتنی بر این مسئله است که آیا ما دار، سرزمین، کشور و حاکمیتی غیر از دار، سرزمین، کشور و حاکمیت اسلام و مسلمانان را به رسمیت می‌شناسیم یا خیر؟^۱

لازمه پاسخ منفی این است که معاهده با غیرمسلمان جز در شرایط غیرعادی جایز نیست. بنابراین لازم است پیش از پرداختن به ادله جواز، اشارهای به مسئله شناسایی غیرمسلمان داشته باشیم.

بند اول - شناسایی غیرمسلمان

منظور از شناسایی یا به رسمیت شناختن ملل غیرمسلمان این است که از نظر شرع اسلام غیرمسلمان تا زمانی که به جان و مال و متعلقات دیگری تعدی و تعرض نکرده باشد به عنوان انسان ذاتاً حق بقا و حیات دارد (مهدورالدم نیست) و مال و دیگر متعلقات او محترم است^۲ گرچه لازمه اعتقاد به حرمت جان و مال و متعلقات وی، اعتقاد به صحت عقاید، باورها و نظام حقوقی و سیاسی او نیست - که اندکی بعد دلایل آن ذکر می‌شود - در واقع اسلام تنها حق بقا و حیات کسی را به رسمیت نمی‌شناسد که به حق بقا و حیات مسلمانان عقیده نداشته باشد.^۳

در توضیح می‌گوییم: پس از ظهور اسلام از جهت اعتقادی و عملی چند ملت در مقابل اسلام و مسلمانان قرار گرفتند و اما از حیث اعتقادی:

(الف) ملت کفر و شرک با همه اقسام آن اعم از دهری، ستاره پرست، بت پرست، خدانشناس مستضعف، جاهل قاصر و ... ،

(ب) ملت‌های اهل کتاب مانند یهود، نصاری، مجوس و

اما از حیث عملی، پس از آنکه پیامبر (ص) وارد مدینه شد و ملت و امت اسلامی را پدید آورد همه ملت‌های فوق‌الذکر و منافقان^۴ به‌طور کلی دو گروه شدند و دو موضع در برابر مسلمانان اتخاذ کردند:

۱. زحیلی می‌نویسد: الأمة غیر الاسلامیة التي لم تبدأ المسلمین بعدوان و لم تتعرض لدعاة الاسلام و ترکهم احراراً يعرضون دينهم على من يشاءون لايحل قتالها و لا قطع علاقاتها السلمية و الامان بينها و بين المسلمین ثابت لا يبذل مال او عقد معاهدة و انما هو ثابت على أن الاصل السلم، العلاقات الدولية في الاسلام، ص ۱۰۲.

۲. کسانی همچون شافعی داری غیر از دارالاسلام را به رسمیت نمی‌شناسند. چنان‌که زحیلی می‌نویسد: به نظر شافعی دنیا در اصل یک دار است، همان.

۳. به اقتضای قاعده مقابله. به مثل که از آیه شریفه «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (سوره بقره: ۲، آیه ۱۹۴) این ماه حرام در برابر آن ماه حرام است و هتک حرمت‌ها قصاص دارد، پس هر کس به شما تعدی کرد، همان‌گونه که به شما تعدی کرده به او تعدی کنید» استفاده می‌شود.

۴. به نظر می‌رسد منافق در آیات و روایات بر دو گروه صادق است گروهی که قرآن درباره آنان می‌گوید: وَإِذَا لَقُوا الَّذِينَ آمَنُوا قَالُوا آمَنَّا وَإِذَا خَلَوْا إِلَىٰ شَيَاطِينِهِمْ قَالُوا إِنَّا مَعَكُمْ (سوره بقره: ۲، آیه ۱۴) و گروه دیگری که درباره آنان می‌گوید: يَقُولُونَ بِأَفْوَاهِهِمْ مَا لَيْسَ فِي

الف) گروهی که جامعه اسلامی را بر نتافتند و با آن وارد جنگ شدند و به اهل حرب (حربی: ستیزه‌جو) موسوم گشتند و قهراً اسلام و مسلمانان با آنها مقابله کردند.

ب) گروهی دیگر که جامعه اسلامی را پذیرفتند و روشی مسالمت‌جویانه در پیش گرفتند و اهل سلم (غیرحربی) نامیده شدند. این گروه شامل کسانی است که در جنگ میان مسلمانان و دشمنانشان حالت بی‌طرفی و اعتزال^۱ گرفتند و کسانی که با مسلمانان پیمان ترک جنگ یا صلح امضا کردند.

آیات و اخبار بسیاری دلالت دارند که پیامبر (ص) با گروه دوم با اینکه بر عقیده و باورشان باقی بودند در شرایط عادی معاهداتی را امضا کردند دال بر اینکه بقا و حیات و حرمت مال و متعلقات آنان را پذیرفته‌اند و می‌دانیم که عمل پیامبر (ص) ریشه در آموزه‌های اسلام و قرآن دارد.

۱. آیات ۸۸ تا ۹۱ سوره نساء ضمن شناسایی غیرمسلمان و تقسیم آنها به اهل حرب و اهل سلم برخی از قواعد و احکام حاکم بر رفتار مسلمانان با آنها را بیان کرده است.

قرآن در این آیات ابتدا از گروهی به عنوان منافق یاد می‌کند و خطاب به مؤمنان می‌فرماید چرا در مورد آنان اختلاف نظر پیدا کرده و دو گروه شده‌اید: «فَمَا لَكُمْ فِي الْمُنَافِقِينَ فِتْنَةٌ؟...»^۲ سپس به آنها عنوان کافر می‌دهد و می‌فرماید: «وَدُّوا لَوْ تَكْفُرُونَ كَمَا كَفَرُوا فَتَكُونُونَ سَوَاءً»^۳ آرزو دارند [که شما نیز] کافر شوید همان گونه که خودشان کافر شده‌اند تا برابر [یکسان] باشید؛ زیرا پس از اظهار ایمان نزد مسلمانان زمانی که نزد قوم خود مراجعت کردند، به عقیده سابق خود بازگشتند و به اهل حرب ملحق شدند. پس از الحاق قرآن وظیفه مؤمنان را در قبال آنان بیان کرده و می‌فرماید: «فَلَا تَخْذُوا مِنْهُمْ أَوْلِيَاءَ حَتَّى يَهَاجِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَخُذُوهُمْ وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَلَا

قُلُوبِهِمْ، (سوره آل عمران: ۳، آیه ۱۶۷) و در روایت پیامبر (ص) درباره آنان فرمود: و لکنی اخاف علیکم کل منافق الجنان عالم اللسان یقول ما تعرفون و یفعل ما تتکرون، فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۸۹۱ و نیز بنگرید به: همان، خطبه ۱۸۵، ص ۶۲۰ که در آن منافقان را توصیف می‌کند.

۱. که از آیه ۹۱ سوره نساء استفاده می‌شود.

۲. سوره نساء: ۴، آیه ۸۸. در تفسیر مجمع‌البیان ذیل این آیه گفته است: «مفسرین درباره اینکه این آیه درباره چه کسی نازل شده است اختلاف کرده‌اند، بعضی گفته‌اند: درباره گروهی نازل شد که از مکه به مدینه رفتند و نزد مسلمانان اظهار اسلام کردند، سپس به مکه بازگشتند، چون آب و هوای مدینه را مناسب حال خود نیافتند و همین که به مکه برگشتند اظهار شرک کردند، سپس مال‌التجاره مشرکین را بار کردند که به طرف یمامه ببرند، مسلمانان راه را بر آنان گرفتند و خواستند با ایشان جنگ کنند. که میان ایشان اختلاف افتاد بعضی گفتند: جنگ نمی‌کنیم، زیرا اینها مؤمنند و بعضی دیگر گفتند: مشرکند و خداوند این آیه را درباره آنان نازل کرد. این شأن نزول از امام باقر (ع) روایت شده است. مجمع‌البیان، ج ۴-۳، ص ۱۳۲.

۳. سوره نساء: ۴، آیه ۸۹.



تَتَّخِذُوا مِنْهُمْ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا^۱: پس زنهار، از میان ایشان برای خود، دوستانی اختیار مکنید تا آنکه در راه خدا هجرت کنند. پس اگر روی برتافتند، هر کجا آنان را یافتید به اسارت بگیرید و بکشیدشان؛ چون با پیوستنشان به کفار اهل حرب حکم آنها را خواهند داشت.

به دنبال این آیه، کلام وحی حکم سه گروه دیگر از کفار را بیان می‌کند. ابتدا دو گروه مسالمت‌جوی آنان را استثنا کرده است و درباره گروه اول می‌فرماید: «إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ^۲: مگر گروهی که به گروهی که با مسلمانان پیمان دارند، پیوستند»^۳. و درباره گروه دوم می‌فرماید: «أَوْ جَاءُوكُمْ حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ أَنْ يَقَاتِلُوكُمْ أَوْ يِقَاتِلُوا قَوْمَهُمْ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَاتِلُوكُمْ^۴» یا گروهی که نزد شما بیایند در حالی که سینه آنان از جنگیدن با شما یا جنگیدن با قوم خودشان تنگ آمده باشد».

در مورد این گروه^۵ - که به خاطر ضعف و یا ناخوش داشتن تبعات جنگ خواستار بی‌طرفی و

۱. همان.

۲. همان، آیه ۹۰.

۳. درباره شأن نزول این آیه اختلاف وجود دارد: از امام باقر (ع) روایت شده که درباره هلال بن عویم (عویم) سلمی نازل شد که به نمایندگی از طرف قومش با رسول خدا (ص) پیمان بست که هر کس از طرفین به‌سوی طرف دیگر برود مورد ظلم و ستم قرار نگیرد. (مجمع‌البیان، ج ۴-۳، ص ۱۳۵) و نیز گفته شده است: «این آیه درباره بنی مدلج نازل شد. سراقه بن مالک بن جعشم مدلجی نزد پیامبر آمد و از او پیمان گرفت که با قومش ننگد پس اگر قریش اسلام آورد آنها نیز اسلام آورند زیرا آنها هم پیمان قریش بودند پس خداوند حکم قریش را در مورد آنها جاری ساخت». همان و نیز بنگرید به: التبیان، ج ۳، ص ۲۸۵.

۴. سوره نساء: ۴، آیه ۹۰.

۵. ظاهراً این بخش از آیه درباره قبیله اشجع نازل شده است. «قبیله اشجع در نزدیکی‌های بنی‌ضمره زندگی می‌کردند و اشجع شاخه‌ای از دودمان کنانه بودند و بین اشجع و بنی‌ضمره سوگندی (عهد و پیمانی) برقرار بود، که امنیت و حال یکدیگر را رعایت کنند (حلف المراجعة و الامان)، (که مثلاً اگر یکی از آن دو گرفتار خشکسالی شد حیوانات خود را در سرزمین دیگری بچرانند) و اتفاقاً سرزمین اشجع دچار خشکی و قحطی شده و سرزمین بنی‌ضمره از سرسبزی و فراوانی نعمت برخوردار بود و قبیله اشجع داشتند به سرزمین آنان کوچ می‌کردند. وقتی به رسول خدا (ص) خبر دادند که اشجع دارد به طرف بنی‌ضمره می‌رود آماده شد تا به‌خاطر پیمانی که با بنی‌ضمره بسته بود، با قبیله اشجع جنگ کند، در چنین حالی آیات شریفه نازل شد» و اشجع را استثنا کرد. المیزان، ج ۵، ص ۳۶.

و اما «قبیله اشجع که هفتصد نفر بودند به ریاست مسعود بن رجیله (یا رخیله) از راه رسیدند و در دره سلع فرود آمدند... پیامبر (ص) اسید بن حصین را خواست و فرمود: با چند نفر از یارانت به طرف اشجع برو تا ببینی چرا به طرف ما آمده‌اند؟ اسید با سه نفر از یارانش نزد قبیله اشجع رفت و پرسید منظورتان از آمدن به طرف ما چیست؟ مسعود بن رجیله که رئیس اشجع بود برخاست و بر اسید و یارانش سلام کرد و گفت: ما آمده‌ایم تا با محمد پیمان ترک مخاصمه ببندیم. (لنوادع محمدا). اسید نزد رسول خدا (ص) برگشت و جریان را به وی گزارش کرد. رسول خدا (ص) فرمود اینان ترسیده‌اند که با آنان بجنگیم، خواستند بین ما و خودشان صلحی برقرار کنند. آن‌گاه قبل از آنکه خودش به میان اشجع برود ده بار شتر خرما به‌عنوان هدیه برای آنان فرستاد و فرمود: هدیه فرستادن پیش از رسیدن به هدف چیز خوبی است (نعم الشيء الهدیه أمام الحاجة). پس از آن خود به میان آنان تشریف برد و فرمود: ای گروه اشجع به چه منظور به طرف ما آمده‌اید؟ گفتند سرزمین ما نزدیک شماست و ما در میان اقوام خود از هر تیره دیگری کم عددتریم لذا نه توانایی آن را داشتیم که با تو

برکنار ماندن از جنگیدن با شما و عدم یاری خصم شما در جنگ یا خواستار صلح با شما هستید - یادآور می‌شود که «اگر خدا می‌خواست قطعاً آنان را بر شما چیره می‌کرد و حتماً با شما می‌جنگیدند»، پس اگر [این دسته از کفار با اتخاذ موضع بی‌طرفی] از شما کناره‌گیری کردند و با شما نجنگیدند و با شما طرح صلح افکندند [دیگر] خدا برای شما راهی بر [ضرر] آنان قرار نداده است: فَإِنْ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يَقَاتِلُوكُمْ وَالْقَوَّةُ إِلَيْكُمْ السَّلَامُ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا^۱. یعنی به شما اجازه نمی‌دهد علیه آنان عمل کنید و به این ترتیب حق بقا و حیات آنها را به رسمیت شناخته است. البته از این آیه بر نمی‌آید که انعقاد پیمان ترک مخاصمه یا صلح لازم باشد!

در آخر مسلمانان را از گروه و گرایش سومی در میان غیرمسلمانان مطلع می‌سازد که می‌خواهند نشان دهند مسالمت‌جو هستند و به این جهت ممکن است پیشنهاد اعتزال یا صلح دهند؛ لکن با این پیشنهاد به دنبال آن هستند که خیال شما را از تعرض خودشان و خیال قومشان را از تعرض شما آسوده کنند، ولی این آمادگی را دارند که تا فرصت یافتند به شما تعرض کنند و می‌فرماید: «سَتَجِدُونَ آخِرِينَ يَرِيدُونَ أَنْ يُأْمِنُوكُمْ وَيَأْمِنُوا قَوْمَهُمْ كُلٌّ مَا رَدُّوا إِلَى الْفِتْنَةِ أُرْكَسُوا فِيهَا فَإِنْ لَمْ يَعِزُّلُوكُمْ وَيَلْقُوا إِلَيْكُمْ السَّلَامَ وَيَكْفُوا أَيْدِيَهُمْ فَخَذُّوهُمْ وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ تَقِفْتُمُوهُمْ وَأُولَئِكَ جَعَلْنَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ سُلْطَانًا مُبِينًا^۲». به زودی گروهی دیگر را خواهید یافت که می‌خواهند شما را آسوده خاطر و قوم خود را [نیز] آسوده خاطر کنند [ولی] هر بار که به فتنه [جنگ]^۳ بازگردانده شوند سر در آن فرو می‌برند [و به جنگ با شما اقدام می‌نمایند] پس اگر از شما کناره‌گیری نکردند [در عمل بی‌طرف نماندند] و به شما پیشنهاد صلح ندادند و از شما دست برنداشتند هر کجا آنها را یافتید بکشیدشان، اینها کسانی هستند که ما برای شما علیه آنان تسلطی آشکار قرار دادیم». یعنی به روشنی به شما اجازه داده‌ایم علیه آنان عمل کنید.

۲. در آیه ۸ سوره ممتحنه نیز برخی دیگر از احکام غیرمسلمانان مسالمت‌جو را بیان کرده و فرموده است: «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ: خدا شما را از کسانی که (در کار) دین با شما نجنگیده و شما را از دیارتان بیرون نکرده‌اند، باز نمی‌دارد که با آنان نیکی کنید و با ایشان عدالت ورزید؛ زیرا خدا

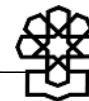
بجنگیم ... و نه می‌توانستیم (با تیره‌های دیگر) قوم خود (یعنی با تیره‌های دیگر قوم خودشان که با پیامبر (ص) پیمان صلح برقرار کرده بودند) دربیافتم؛ چون عدد ما کم است. فکر کردیم با شما مذاکره کنیم و پیمان ترک مخاصمه برقرار سازیم. رسول خدا (ص) پیشنهاد آنان را پذیرفت و پیمانی با آنان بست». همان و نیز بنگرید به: طبقات الکبری، ج ۱، ص ۳۰۶ و تاریخ المدینة، ج ۱، ص ۲۶۷.

۱. یعنی اِذَا سَأَلُوكُمْ فَلَا سَبِيلَ لَكُمْ إِلَى نَفْسِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ، مجمع‌البیان، ج ۴-۳، ص ۱۳۶.

۲. سوره نساء: ۴، آیه ۹۰.

۳. سوره نساء: ۴، آیه ۹۱.

۴. صاحب کشاف می‌گوید: كُلَّمَا رَدُّوا إِلَى الْفِتْنَةِ: كلما دعاهم قومهم الى قتال المسلمين، الکشاف، ج ۱، ص ۵۴۸.



دادگران را دوست می‌دارد». و روشن است که هر نوع نیکی و عدالت‌ورزی نسبت به غیرمسلمانان گرچه ممکن است در قالب معاهده انجام نشود، اما انجام آن در قالب معاهده و به‌طور منضبط بهتر است. اما لازم است چند نکته از نکات قابل استفاده از آیه را بیان کنیم:

اولاً آیه ظهور دارد در اینکه حق بقا و حیات و حرمت مال و متعلقات غیرمسلمانان را به رسمیت شناخته است.

ثانیاً جواز نیکی کردن مستفاد از آیه مطلق است و طیف وسیعی از اعمال را شامل می‌شود، اعم از سلام کردن، همراهی کردن، کمک مالی، حمایت نظامی، فروش اسلحه، برقراری روابط تجاری که آنها نیز منتفع می‌شوند، حتی اعلام اینکه اگر آنها در قضیه‌ای مربوط به دو طرف تصمیمی به حق گرفتند برای ما هم قابل قبول است، این هم نوعی نیکی کردن است.

ثالثاً بعد از به کارگیری واژه «بر» که در لغت شامل همه این معانی می‌شود می‌فرماید: «وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ» و قسط در لغت به معنای حصه و نصیب است، اما به معنای عدل هم هست،^۱ ولی با عدل تفاوت دارد و در جایی به کار می‌رود که تقسیم یا سهمیه‌بندی مساوی در بین باشد چنان‌که گفته می‌شود «بدهی را تقسیت کرد یعنی آن را چند بخش مساوی و معلوم قرار داد»^۲ و «اقساط، اعطای سهم و قسط دیگری [به عدل یا برابری] است».^۳

بنابراین به کارگیری واژه قسط در روابط دو ملت با دو نوع عقیده و دو نوع باور متضاد که هرکس می‌خواهد عقیده خودش را حفظ کند، به این معنا باز می‌گردد که در هر امری که طرفین منفعت و مصلحتی دارند به‌طور یکسان و برابر حضور داشته باشند و بتوانند از منافع و مصالح خود دفاع کنند، خواه در عرصه اقتصادی باشد یا فرهنگی یا سیاسی یا تکنولوژیک یا حقوقی و ... پس قسط در روابط اقتصادی آن است که طرفین از فرصت برابر برخوردار باشند و به سود عادلانه و منصفانه و غیراستثمارگرانه رضایت دهند.

قسط در حل اختلافاتی که میان آنان رخ می‌دهد به این است که منابع حقوقی یکی باشد و دادرسی و قضاوت در قالب حکمیت و توسط یک داور متفق علیه، یا هیئت داورانی متشکل از یک داور از هر طرف و یک داور متفق علیه انجام شود.

رابعاً «تقسطوا» را با «الی» آورده است تا بگوید شما اجرای قسط را مطرح کنید و تعهد به اجرای قسط از ناحیه شما باشد. بسا آنها از سر ضعف بخواهند با شما رابطه داشته باشند، اما شما با مطرح کردن اجرای قسط به آنها اعلام می‌کنید که از ضعف آنها سوءاستفاده نمی‌کنید و معاهده یا قراردادی

۱. القسط جمع أقساط: العدل، (المنجد) و الاقساط المعاملة بالعدل، المیزان، ج ۱۹، ص ۲۳۴.

۲. قسَطُ الدین: جعله اجزاء معلومة على السوية، المنجد.

۳. الاقساط: أن يعطى قسط غيره، مفردات الفاظ القرآن.

را از این جهت بر آنان تحمیل نخواهید کرد برخلاف ملل غیرمسلمان به‌ویژه غربیان که تا برتری یافتند در رابطه با ملل دیگر به خصوص مسلمانان به پشتوانه قدرتشان سوءاستفاده‌ها کردند و معاهدات ننگینی مانند ترکمنچای و گلستان و رژی را بر ایران و کشورهای دیگر تحمیل کردند. علاوه بر این اعلام می‌کنید که با اینکه قدرت داریم باز هم اجرای قسط را پیش انداخته و مطرح می‌کنیم.

برخی این آیه را منسوخ به آیه «فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ»^۱ می‌دانند، ولی محققان این نظریه را مردود می‌دانند از جمله علامه طباطبایی می‌گوید: «آیه مورد بحث شامل اهل ذمه و معاهد است و آیه «فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ» مربوط به اهل حرب است نه اهل معاهده».^۲

خداوند همچنین در آیه ۹ سوره ممتحنه برخی احکام دسته دوم را ذکر کرده و فرموده است: «إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» خدا فقط شما را از دوست و یاور گرفتن (رابطه دوستانه با) کسانی باز می‌دارد که در (کار) دین با شما جنگ کرده و شما را از خانه‌هایتان بیرون رانده و در بیرون راندنتان با یکدیگر همپشتی کرده‌اند و هر کس آنان را به یآوری گیرد، آنان همان ستمگرانند».

این آیه نیز ظهور دارد در اینکه ملاک نهی از تولی، آن است که آنها با جنگ علیه شما و اخراج شما از دار و دیارتان و همپشتی کردن با دشمنان شما عملاً نشان داده‌اند حق و حرمتی برای جان و مال شما قائل نیستند، خواه دشمنی آنها ناشی از ضدیتشان با اعتقادات شما باشد یا خیر.

همچنین ممکن است از این آیه استفاده شود نیکی کردن و عدالت ورزیدن جزء «ولایت» به معنای «پیوند و رابطه دوستانه از نوعی که دو هم سنخ با همدیگر دارند» می‌باشد و چنین ولایتی قطعاً دربرگیرنده یاری و یآوری نیز هست؛ چون «تولی» به معنای اتخاذ ولی، از ماده «ولی یلی ولیاً» یا ولایه، به معنای نزدیک بودن و از پی آمدن بدون فاصله و سرپرستی و یآوری کردن است.^۳ اما با ذکر «برّ و قسط» در صدر آیه از معنای گسترده «تولی» همین دو را اراده کرد.

بنابراین ظاهر آیه این است که در صورت اخیر که در (کار) دین با ما جنگ کرده و ما را از خانه‌هایمان بیرون رانده‌اند، «تولی» یا برقراری پیوند و رابطه دوستانه با آنها ممنوع است؛ چون دشمن بالفعل هستند، ولی از آیه استفاده نمی‌شود که حتی در همین صورت نمی‌توان با آنها معاهده

۱. سوره توبه: ۹، آیه ۵.

۲. المیزان، ج ۱۹، ص ۲۳۴.

۳. المنجد می‌گوید: ولی یلی ولیاً فلاناً: دنا منه و قرب (و هو قليل الاستعمال)، تبعه من غير فصل و می‌افزاید: ولی یلی ولایة الشیء و علیه: قام به و ملک امره.



ترک مخاصمه یا معاهده تجاری برای مبادله کالا و اسلحه داشت.

گرچه در برخی شرایط ممکن است لازم باشد سهمی از زکات به عنوان «مؤلفه قلوبهم»^۱ به این دسته از کفار داد تا به اسلام جذب شوند یا مسلمانان را در مقابل هجوم دشمن مشترک یاری کنند، اما برقراری رابطه دوستانه از نوعی که دو هم سنخ با همدیگر دارند جایز نیست.

بند دوم - ادله جواز انعقاد معاهده

بر جواز انعقاد معاهده غیر از آنچه در بحث قبل گفته شد، عموم و اطلاق برخی دیگر از آیات قرآن و روایات و سیره عملی معصومان (ع) و نیز حکم عقل دلالت دارند:

کتاب

۱. کلام خداوند که فرمود: «وَإِنْ جَحُوا لِلْإِسْلَامِ فَاجْتَنَحْ لَهُا»^۲ اگر به صلح گراییدند، تو [نیز] بدان گرای» و شکی نیست که صلح با غیرمسلمانان گرچه ممکن است به طور شفاهی انجام شود، اما بهتر است در قالب یک معاهده انجام شود.

۲. نیز قرآن از کفاری خبر می‌دهد که چند بار پیامبر (ص) با آنها پیمان بست و آنها نقض کردند چنان‌که فرمود: «إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِّ عِنْدَ اللَّهِ الَّذِينَ كَفَرُوا فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ الَّذِينَ عَاهَدَتْ مِنْهُمْ ثُمَّ يَنْقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهُمْ لَا يَتَّقُونَ: بی‌تردید بدترین جنبندها پیش خدا کسانی‌اند که کافر شدند و ایمان نیاوردند، همانان که از ایشان پیمان گرفتی ولی هر بار پیمان خود را شکستند و پروا نکردند»^۳.

اما آیه «لَنْ يَجْعَلَ» نیز اگر شامل دنیا و برقراری رابطه با کفار در دنیا بشود مانعی ایجاد نمی‌کند چون معنایش آن است که خدا راهی به نفع کافران بر ضرر شما قرار نداده است، یعنی اجازه آسیب دیدن و تضرر شما از ناحیه آنها را در قالب معاهده یا بدون آن نمی‌دهد، چنان‌که در آیه دیگر که قطعاً مربوط به دنیا است فرمود: «فَإِنْ اعْتَصَلُواكُمْ فَلَمْ يَاقِلُواكُمْ وَالْقَوْلُ إِلَيْكُمْ السَّلَامُ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا»^۴ پس اگر [این دسته از کفار] از شما کناره‌گیری کردند و با شما نجنگیدند و با شما طرح صلح افکندند [دیگر] خدا برای شما راهی بر [ضرر] آنان قرار نداده است». یعنی اجازه

۱. در مورد مؤلفه قلوبهم بین فقیهان شیعه اختلاف است که آیا فقط کفاری هستند که به هدف جلب آنها از زکات به ایشان داده می‌شود چنان‌که صاحب شرایع چنین عقیده‌مند است و می‌گوید: المؤلفه قلوبهم و هم الکفار الذین یستمالون إلى الجهاد، و لا تعرف مؤلفه غیرهم، (شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۱۶۱) یا شامل مسلمانان هم می‌شود، چنان‌که ابن ادریس می‌گوید: اما المؤلفه قلوبهم، فهم الذین یتألفون و یستمالون إلى الجهاد، فانهم یعطون سهماً من الصدقات مع الغنی و الفقر، و الکفر و الاسلام، و الفسق لأنهم علی ضربین مؤلفه الکفر و مؤلفه الاسلام. کتاب السرائر، ج ۱، ص ۴۵۷.

۲. سوره انفال: ۸، آیات ۶۱.

۳. سوره انفال: ۸، آیات ۵۵ و ۵۶.

۴. یعنی اذا سالموکم فلا سبیل لکم الی نفوسهم و اموالهم، مجمع البیان، ج ۴-۳، ص ۱۳۶.

۵. سوره نساء: ۴، آیه ۹۰.

آسیب رساندن و اضرار شما به آنها را نمی‌دهد.

سفت

از سوی دیگر روایات و سیره عملی پیامبر (ص) در برقراری روابط اقتصادی و تجاری و سیاسی با قبایل و ملل کافر نیز دلیل دیگری بر جواز انعقاد این گونه معاهدات است.

۱. امام علی (ع) فرمود: (ای مالک) صلحی را که دشمنت به تو پیشنهاد می‌کند و در آن رضای خداست رد مکن.^۱ روشن است که پذیرش صلح پیشنهادی در قالب یک معاهده محقق می‌شود.
۲. پیامبر (ص) در سال ۶ هجرت با مشرکان قریش پیمان صلحی به مدت ده سال منعقد کرد و آنها خود آن را نقض کردند.^۲

۳. پیامبر (ص) در ماه صفر سال دوم هجری در غزوه ابواء^۳ متعرض بنی ضمیره و قریش شد ولی درگیری ایجاد نشد... «در این غزوه پیامبر (ص) با مخشی بن عمرو که رئیس قبیله بنی ضمیره بود پیمان بست که با آنان وارد جنگ نشود و آنان نیز به جنگ با پیامبر (ص) اقدام نکنند و علیه پیامبر گروهی دیگر یا دشمن او را تقویت و یاری ننمایند».^۴ بلکه از آن استفاده می‌شود به نوعی پیمان همکاری دفاعی بستند، نسخه معاهده این است:

«بسم الله الرحمن الرحيم: این پیمان نامه‌ای است از سوی پیامبر خدا برای بنی ضمیره که متعهد می‌شود امنیت جان و مال آنها را تا زمانی که دریا ساحلش را تر می‌کند^۵ تضمین نماید و از یاری پیامبر علیه کسی که قصد ایشان را کند برخوردار شوند مگر اینکه [قاصد] در دین خدا بجنگد و اینکه هرگاه پیامبر از آنان یاری طلبید او را یاری کنند و در این مورد به خدا و رسول او تعهد می‌سپارند و یاری پیامبر برای کسانی از ایشان است که نیکی (وفاداری) و پرهیزگاری کنند».^۶

۱. و لا تدفعن صلحاً دعاك إليه عدوك [و] الله فيه رضا، فیض الاسلام ص ۱۰۲۷.

۲. محمد بن حسن شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۵۱ و ابن هشام، السيرة النبوية، ج ۴، ص ۳۱ و ج ۳، ص ۳۳۱ و محمد بن احمد قرطبی، الجامع لاحکام القرآن، ج ۸، ص ۶۴.

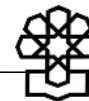
۳. ابواء نام روستایی است بین مکه و مدینه.

۴. و فی هذه الغزوة وادع [رسول الله (ص)] مخشی بن عمرو الضمری - و كان سیدهم فی زمانه - علی ان لا یغزو بنی ضمره و لا یغزوه و لا یکتروا علیه جمعا و لا یعینوا عدوا و کتب بینه و بینهم کتابا، ابن سعد، الطبقات الکبری، ج ۲، ص ۸.

۵. جمله «ما بل بحر صوفه» کنایه از استمرار معاهده است. «صوف» به معنای پشم است و کناره دریا به صوف گوسفند تشبیه شده است.

۶. بسم الله الرحمن الرحيم: هذا کتاب من محمد رسول الله لبنی ضمره بانهم آمنون علی اموالهم و انفسهم و ان لهم النصرة علی من رامهم الا ان یحاربوا فی دین الله ما بل بحر صوفه و ان النبی (ص) اذا دعاهم لنصره اجابوه، علیهم بذلک ذمة الله و ذمة رسوله و لهم النصر علی من بر منهم و اتقی، الصالحی الشامی، سبل الهدی و الرشاد ج ۴، ص ۱۴، ۴، الطبقات الکبری، ج ۱، ص ۲۱۰.

ظاهراً هر دو عبارت مربوط به یک پیمان هستند و می‌توان از متن پیمانی که از سبل الهدی نقل شد عبارت قبل از آن را استخراج نمود.



بند سوم - نتیجه بحث

نتیجه آنکه به مقتضای ادله نقلی و به حکم عقل می‌توان با غیرمسلمان رابطه داشت و صرف معامله و داد و ستد با غیرمسلمان و یا ارائه خدمتی به او در قالب معاهدات عام بین‌المللی یا خاص و عقود مانند بیع، اجاره، وکالت، شرکت، جعاله، مضاربه، مساقات، مزارعه، در عرصه‌های فرهنگی، سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، نظامی و غیراینها مانعی ندارد^۱ مگر اینکه معامله و قرارداد مسلمان با غیرمسلمان بر خلاف احکام و قواعد اسلام و حکم عقل و موجب سلطه و سبیل وی و مستلزم خواری و ذلت مسلمان و انحراف او از عقیده و دینش باشد.

امام خمینی (ره) می‌گوید: «اگر روابط سیاسی دولت اسلامی با بیگانگان (غیر مسلمانان) موجب سلطه آنان بر سرزمین، مردم و اموال مسلمانان یا موجب اسارت سیاسی آنان شود برقراری این رابطه بر حکام دولت‌های اسلامی حرام است و پیمان منعقدۀ باطل می‌باشد و بر مسلمانان واجب است آنان را ارشاد کرده و به ترک رابطه وادارند گرچه بامقاومت منفی»^۲ و در مورد رابطه تجاری نیز همین را می‌گوید.

مفهوم عبارت ایشان این است که ایجاد رابطه سیاسی و تجاری با بیگانگان در صورتی که موجب سلطه آنان بر سرزمین، مردم و اموال مسلمانان یا موجب اسارت سیاسی آنان نشود مانعی ندارد. در فتوای برخی دیگر از فقیهان نیز آمده است: «معاشرت سالم با کفاری که در حال جنگ با مسلمانان نیستند و ایجاد رابطه‌های فرهنگی، سیاسی، تجاری و اقتصادی با آنها از طرف دولت اسلامی یا اشخاص تا زمانی که خوف تقویت کفر و ترویج فساد و انحراف فکری و عملی و ایجاد سلطه از ناحیه آنان بر مسلمانان و کشور اسلامی در بین نباشد، اشکال ندارد، ولی رابطه با کفاری که در حال جنگ با مسلمانان می‌باشند مخصوصاً اگر موجب تقویت آنان شود جایز نیست»^۳. مستند نظر هر دو فقیه ادله خاص یا عموماتی است که حقوق فطری را محترم می‌شمارد. به‌طور کلی براساس قواعد و احکام برخاسته از فطرت و عقل^۴ مورد قبول انسان‌ها می‌توان با هر فرد یا حکومتی وارد معاهده شد که پس از این در بحث از مبنای معاهدات به آنها خواهیم پرداخت.

۱. چنان‌که پذیرش خدمتی از او در عرصه‌های فرهنگی، سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، نظامی یا پذیرش ضمانت، کفالت، ودیعه، عاریه یا هبه کافر اگر موجب سلطه و سبیل او و مستلزم خواری و ذلت مسلمان و انحراف او از عقیده و دینش باشد جایز نیست.

۲. سید روح‌الله خمینی، تحریرالوسیله، ج ۱، ص ۴۴۶.

۳. منتظری، رساله توضیح المسائل، مسئله ۲۵۳۲.

۴. بحث تفصیلی درباره مقتضیات عقل و فطرت در جای دیگر مطالبه شود. عقل گاه به‌لحاظ درک مصلحت و مفسده امری آن را می‌پذیرد یا رد می‌کند مثل وفای به عهد که می‌پذیرد و مثل اینکه جنگ تجاوزکارانه که رد می‌کند و گاه مصلحت را در نفس ضابطه‌مند بودن می‌بیند و به‌منظور جلوگیری از هرج و مرج قاعده‌ای را می‌پذیرد، این دسته قواعد دستخوش تغییر هستند.

مبحث چهارم - اساس معاهده با غیرمسلمان

بحث دیگر در مورد معاهده با غیرمسلمان اساس انعقاد معاهده با او است. در این بحث می‌خواهیم ببینیم معاهده‌ای که در بحث قبل دانستیم جایز است بر چه اساس و مبنایی می‌تواند استوار شود. شناخت اساس معاهده از آن‌رو اهمیت دارد که مسلمان معتقد به خدا و وظیفه دارد علاوه بر منافع و مصالح عقلی و دنیوی، مصالح و حیانی و اخروی خود را نیز پاس بدارد چنان‌که غیرمسلمان نیز بر اساس باورهای خود وارد معامله می‌شود و هر طرف سعی می‌کند معاهده را بر اساس آن نظام حقوقی که منافع و مصالح او را تأمین می‌کند استوار سازد.

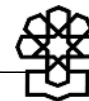
بنابراین با دو گونه نظام حقوقی مواجه هستیم؛ نظامی حقوقی غیرمسلمان و نظام حقوقی مسلمان و ما گرچه منابع حقوق اسلامی را برای حقوق داخلی و بین‌الملل اسلامی یکی دانسته و این دو را مستفید از آن می‌دانیم ولی در رابطه با غیرمسلمانی که هنوز به حدی نرسیده است که به حقوق اسلامی باور داشته باشد و بر اساس باورهای خودش نظامی حقوقی را سامان داده است، حقوقی داخلی خود را - اگر متخذ از حقوق اسلام باشد - بر حقوق غیرمسلمان مقدم می‌دانیم گرچه حقوق او موقعیت بین‌المللی داشته باشد. پس باید در مقام انعقاد معاهده، بر اصول خویش پایدار باشیم و در مواردی که مفاد معاهده پیشنهادی یا برخی از مواد آن با اصول حقوقی و احکام ما مغایرت دارد کل معاهده یا بخش‌های مغایر آن را نپذیریم مگر اینکه در شرایط غیرعادی قرار گرفته و ناچار باشیم از باب ضرورت ضرر اندکی را در مقابل نفع بزرگ‌تری بپذیریم.

اما پیش‌تر اشاره شد که بحث راجع به انعقاد معاهده در شرایط عادی است؛ لذا در این شرایط و در فرضی که مسلمان و غیرمسلمان به انعقاد معاهده‌ای روی آورده‌اند و طرف غیرمسلمان به قواعد و احکام حقوقی مسلمانان باور ندارد، باید ببینیم حداقل قواعد و حقوقی که مورد قبول مسلمان است و می‌تواند مبنای معاهده او با غیرمسلمان در فضای جهانی باشد کدامند؟

ممکن است گفته شود از عموم آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به قراردادهای خود وفا کنید» استفاده می‌شود که وفای به هر عقدی لازم است و بحثی بیش از این لازم نیست.

می‌گوییم این برداشت عام از آیه صحیح نیست؛ زیرا اگر آیه این گونه معنا شود موجب نفی خودش خواهد شد؛ زیرا یکی از عقود، عقد بر عدم وفای به عقد است، از نظر عقل و عقلا نیز وفای به عقود اکراهی و عقودی که به نابودی معاهد می‌انجامد جایز نیست! پس ابتدا باید اساس عقود جایز مشخص و سپس گفته شود به عقود بر آن اساس وفادار بمانید. بنابراین لازم است مبنای

۱. سوره مائده: ۵، آیه ۱.



انعقاد عقود را بررسی کنیم تا حیطة عقود جایز روشن شود.

به طور کلی و به حکم عقل^۱ و نقل^۲ مسلمان نمی تواند به کمتر از اساس بودن کتاب و سنت و عقل رضایت دهد، اما تا بشر غیرمسلمان به جایی برسد که بداند تمشیت امور جهان باید بر قواعد و احکام نقلی و عقلی استوار باشد تا مشکلات او حل شود، طول می کشد و تا آن زمان ممکن است در شرایط عادی مصالحی اقتضا کند معاهداتی با آنها منعقد کنیم. آیا در این زمینه قواعدی هست که مبنای انعقاد برخی معاهدات با آنها باشد که مصالح مسلمانان را در پایین ترین سطح تأمین کند؟

می گوییم بلی حداقل منافع و مصالح مسلمانان زمانی حاصل می شود که معاهده بر اساس مشترکات طرفین یا مختصات یک طرف که طرف دیگر هم می تواند با آن موافقت کند انجام شود. حداقل مبنایی که ما از آیات و روایات و حکم عقل استفاده کرده ایم و از نظر اسلام مانعی ندارد سه چیز است: قواعد و حقوق فطری و اکتسابی، عرف بین المللی و التزامات خاص طرف مقابل یا قواعد و احکامی که او در حقوق داخلی به آنها ملتزم است. پیش از پرداختن به اینها لازم است به اشکالی پاسخ دهیم که می گوید در مورد حقوق فطری و اکتسابی و عرف بین المللی اختلاف نظر هست و با وجود اختلاف نمی توان آنها را به عنوان مبانی مشترک طرح نمود!

می گوییم؛ ما در اینجا مبنای خودمان را که فکر می کنیم عقلایی نیز هست و طرف مقابل هم می پذیرد بیان می کنیم؛ اما اگر طرف مقابل نپذیرفت و با گفتگو و مذاکره هم توافق حاصل نشد یک راه بیشتر نمی ماند و آن التزام هر طرف به قواعد مورد قبول خویش است چنان که فرمود: لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ^۳. البته در همین صورت نیز می توان با انعقاد پیمان ترک تعرض، التزام به قواعد را، به عدم تعرض به طرف دیگر محدود و مقید نمود و اگر این اتفاق نیافتاد معنایش آن است که طرفین به فضای مخاصمه وارد شده اند.

بند اول - قواعد و حقوق فطری (طبیعی) و اکتسابی

پیش از پرداختن به قواعد و حقوق فطری^۴ لازم است به فطرت نیز اشاره ای داشته باشیم.

۱. در مباحث نظری و کلامی، عقل، نبوت و منبعت و حجیت نقل را با برهان پذیرفته است.

۲. در منبع نقلی قرآن نیز آیاتی مانند «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ»؛ ای کسانی که به موجب آنچه خدا نازل کرده است حکم نکرده اند، آنان خود کافرانند»، (سوره مائده: ۵، آیه ۴۴) و آیه شریفه «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا»؛ آنچه را فرستاده [خدا] به شما داد آن را بگیرید و از آنچه شما را بازداشت، بازایستید»، (سوره حشر: ۵۹، آیه ۷)، تکلیف ما را مشخص کرده است.

۳. سوره کافرون: ۱۰۹، آیه ۶.

۴. بنگرید به: علی اصغر مدرس، حقوق فطری یا مبانی حقوق بشر.

الف) فطرت (طبیعت)

منظور از فطرت،^۱ نوع خلقت است. نوع خلقتی که انسان را از دیگر انواع حیوانی و نبات و جماد جدا می‌سازد. فطرت با غریزه متفاوت است و چنان‌که گفته شده غریزه «بیشتر در مورد حیوانات به کار برده می‌شود و کمتر در مورد انسان به کار می‌رود».^۲ حیوانات بر اساس غریزه یکسان عمل می‌کنند، اما ناخودآگاه، ولی انسان اگر یکسان عمل کند با آگاهی و اختیار است و مراد از طبیعت^۳ نیز طبیعت انسانی یا همان فطرت است و نه واقعیت خارجی افراد چون واقعیت خارجی افراد اگر متفاوت باشد این تفاوت مقتضی تفاوت در حقوق است حال آنکه ما به دنبال مشترکات نوعی هستیم.

به هر حال قوام فطرت یا نوع خلقت انسانی به عقل است و زمانی که می‌گوییم امری فطری است به لحاظ نوعی از خلقت که فصل ممیز آن عقل است سخن می‌گوییم و هر گاه می‌گوییم هر انسانی فطرتاً حقیقتاً جو است منظورمان به حسب استعداد است و گرنه فرد جزئی زمانی می‌تواند دریابد حقیقت جو است که به مراحل از رشد عقلانی رسیده و حقیقت‌جویی را در خود دیده باشد و بعد به قاعده اشتراک^۴ حکم خودش را در مورد دیگران هم جاری بداند و این در حالی است که افراد بسیاری در کنار این فرد، بالفعل دشمن حقیقتند. این گونه است وقتی گفته می‌شود هر انسانی کمال طلب است. هر انسانی عدالت خواه است.^۵

به عبارت دیگر مطالبات و گرایشات فطری زمانی ظهور می‌یابند که انسان به حدی از رشد

۱. شهید مطهری در کتاب فطرت می‌نویسد: «در مورد انسان لغت «فطرت» را به کار می‌بریم فطرت مانند طبیعت و غریزه، یک امر تکوینی است ... [یعنی] اکتسابی نیست، امری است که از غریزه آگاهانه‌تر است. ... انسان یک سلسله فطریات دارد و می‌داند که چنین فطریاتی دارد، شهید مطهری، فطرت، ص ۳۳.

۲. همان، ص ۳۱.

۳. معمولاً در مورد بی‌جان‌ها لغت «طبیعت» یا طبع به کار برده می‌شود. البته در مورد جاندارها هم به کار برده می‌شود، فطرت، ص ۲۹.

۴. این قاعده از برخی آیات و روایاتی مانند خبر ابو عمرو و ربیری از امام صادق (ع) استفاده می‌شود که در بیان استمرار حکم جهاد فرمود: لَنْ حَكَمَ اللَّهُ -عز وجل- فِي الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ وَفَرَائِضَهُ عَلَيْهِمْ سَوَاءٌ إِلَّا مِنْ عِلَّةٍ أَوْ حَادِثٍ يَكُونُ وَالْأَوَّلُونَ وَالْآخِرُونَ فِي مَنَعِ الْحَوَادِثِ شُرَكَاءُ وَ الْفَرَائِضُ عَلَيْهِمْ وَاحِدَةٌ يَسْأَلُ الْآخِرُونَ عَنْ أَدَاءِ الْفَرَائِضِ كَمَا يُسْأَلُ عَنْهُ الْأَوَّلُونَ وَ يَحَاسِبُونَ كَمَا يَحَاسِبُونَ بِهِ؛ چرا که احکام الهی نسبت به مردمان پیشین و پسین یکسان است مگر اینکه حادثه‌ای رخ دهد و مردمان پیشین و پسین در منع حوادث نیز مشترکند و واجبات بر همه یکسان است. انسان‌های بعدی از انجام فرایض پرسش می‌شوند همان‌طور که انسان‌های پیشین از انجام آنها سؤال می‌شوند و حسابرسی می‌شوند همان‌طور که آنان حسابرسی می‌شوند» این روایت دلالت دارد بر اینکه احکام خداوند برای همه یکسان است مگر اینکه رخدادی موضوع را دگرگون سازد، بحارالانوار، ج ۲، ص ۲۸۰. عقل نیز می‌گوید: حکم الامثال (ای الافراد) فیما یجوز و لایجوز سواء.

۵. وقتی به‌طور کلی می‌گوییم انسان عدالت‌طلب است یک اصل را بیان می‌کنیم که ممکن است فروع متعددی از آن برگرفت با این بیان که اگر عدل اعطای حق است پس انسان حق‌شناس است و اگر عدل خوب است پس او طالب خوبی است و در جایی که خوبی لگدکوب می‌شود او مدافع خوبی و خواستار آن است و اگر نفعی حق و خوبی، ظلم و بدی است مخالف آنهاست پس مخالف جنایت و تعدی و ... است. همچنین وقتی می‌گوییم انسان کمال‌طلب است اصلی را بیان می‌کنیم که فروعی دارد انسان کمال‌طلب موافق بودن خویش در مسیر کمال است و مخالف منافیات آن مشاهده می‌شود که از اصول فطری فروعی متفرع می‌شود که گاه ما در رد فرع بر اصل دچار مشکل یا اشتباه می‌شویم و از جهت جهل، فطری بودن آن را نفی می‌کنیم.



عقلانی رسیده باشد و آن زمانی است که می‌توان او را مخاطب قرارداد و تکلیفی متوجه او کرد و مثلاً از او خواست که روی خود را با گرایش تمام به حق، به سوی دین کند؛^۱ چون روشن است که نمی‌توان انسانی را که به رشد عقلانی لازم نرسیده است مخاطب قرار داد و سن رشد بسا در اکثریت مردان ۱۸ سال باشد و اما پیش از آن گرچه با وجود استعداد عقلانی عنوان انسان دارد، اما با وجود استعدادهای مشترک با حیوانات، اگر برخلاف اقتضای عقل و تربیت صحیح فعلیت پیدا کرده باشند او در پاسخ به نیازهای رفتارهای حیوانی دارد.

قرآن می‌فرماید: وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا، فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا، وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا؛^۲ سوگند به نفس و آن کس که آن را درست کرد و پلیدکاری و پرهیزگاری‌اش را به آن الهام کرد. هر که آن را پاک ساخت قطعاً رستگار شد و هر که بدان خیانت کند قطعاً نومید شود.

پردازنده انسان هم استعدادهای حیوانی مقتضای فجور به او الهام کرده است هم استعداد عقلانی مقتضای تقوا و انسان تنها زمانی می‌تواند پاک‌سازی و رستگاری خود را یا خیانت به خود را^۳ انتخاب کند که به مرتبه‌ای از رشد عقلانی رسیده باشد.

در روایت نیز آمده است: «هر مولودی بر فطرت (انسانی حقیقت‌جو و کمال‌طلب) به دنیا می‌آید تا اینکه پدر و مادرش او را یهودی یا نصرانی یا مجوسی کنند».^۴ منظور از تولد بر فطرت آن است که استعداد عقلانی دارد که حقیقت اسلام را دریابد اگر این استعداد توسط والدین و جامعه سرکوب نشده و اگر عادات او بر تأمین نیازهایش در دامن حس و خیال و وهم استقرار نیافته و به عقاید و ادیان باطل معتقد نشده باشد.

خلاصه جایی می‌توانیم بگوییم فطری که پای عقل در میان باشد و او بتواند به‌طور کلی و مطلق نظر بدهد و مثلاً بگوید هر انسانی حقیقت‌جو است. هر انسانی حق حیات و تعلیم و تربیت دارد. هر انسانی حق دارد بر سرنوشت خود حاکم باشد. هر انسانی حق دارد به‌طور یکسان از منابع طبیعی برخوردار باشد و ...

قرآن جهت‌گیری حق‌گرایانه (حنیف) را مطابق فطرت یا همان نوع خلقت انسانی دانسته است چنان‌که می‌فرماید: «فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ

۱. فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا؛ پس روی خود را با گرایش تمام به حق، به‌سوی این دین کن، با همان سرشتی که خدا مردمان را بر آن سرشته است، سوره روم: ۳۰، آیه ۳۰.

۲. سوره شمس: ۹۱، آیات ۷ تا ۱۰.

۳. به پیروی از ادراکات مراتب مادون عقل یعنی حس و خیال و وهم که جزئی، شخصی و نسبی است.

۴. از پیامبر اسلام (ص) نقل است که فرمود: کل مولود یولد علی الفطرة حتی ابواه یهودانه و ینصرانه و یمجسانه. محمدبن یعقوب کلینی، کافی، ج ۲، ص ۱۲.

الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ^۱ پس روی خود را با گرایش تمام به حق، به سوی این دین^۲ کن، با همان سرشتی که خدا مردمان را بر آن سرشته است. آفرینش خدای تغییر ناپذیر است. این است همان دین پایدار، ولی بیشتر مردمان نمی‌دانند.

از این آیه استفاده می‌شود که اگر انسان حق‌گرا باشد مطابق فطرت او و موافق دین (یا همان روش عملی) است چون اگر به لحاظ فطرت حق‌گرا نبود التزام به فطرت از او طلب نمی‌شد.^۳ ولی این‌گونه نیست که هرچه به فطرت نسبت داده شود حق باشد؛ چون ممکن است در انتساب به فطرت دچار خطا شده و در حالی که از فطرت منحرف شده است امری را به فطرت نسبت دهد.

اما حق‌گرایی؛ یا در فضای نظری مطرح است و منظور از آن گرایش انسان به معانی ثابت و خلل ناپذیر و غیرقابل انکار است و به این جهت می‌توان گفت هر انسانی حقیقت‌جو است، یا در فضای عملی و منظور از آن رعایت حق است که اگر عملی شود قسط و عدل برپا شده و مصالح انسان به ما هو انسان (فرد یا جامعه) تأمین می‌شود و به این لحاظ نیز می‌توان گفت انسان عدالت‌طلب است.

با توجه به تعبیر «ناس» در این آیه می‌توان گفت از دید اسلام همه انسان‌ها از حیث فطرت و طبیعت یکسانند و فرقی بین مرد و زن و سیاه و سفید و غربی و شرقی و عرب و عجم او نیست؛ چون همه از یک اصل و ریشه‌اند چنان‌که در آیه دیگر فرموده است همه انسان‌ها از «نفس واحده»^۴ آفریده شده‌اند.

همانندی انسان‌ها در خلقت، مقتضی برابری آنها در بخشی بزرگی از حقوق است که آنها را

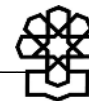
۱. سوره روم: ۳۰، آیه ۳۰.

۲. شهید مطهری: بدون شک تعلیمات اسلامی براساس قبول یک سلسله فطریات است؛ یعنی همه آن چیزهایی که امروز مسائل انسانی و ماورای حیوانی نامیده می‌شوند و اسم آنها را «ارزش‌های انسانی» می‌گذاریم از نظر معارف اسلامی ریشه‌ای در نهاد و سرشت انسان دارد، فطرت، ص ۳۷.

۳. در المیزان می‌گوید: «فَطَرَةَ اللَّهِ» منصوب علی الاغراء أى الزم الفطرة ففيه إشارة إلى أن هذا الدين الذى يجب إقامة الوجه له هو الذى يهتف به الخلق و يهدى اليه الفطرة الالهية التى لا تبدل لها، الميزان، ج ۱۶، ص ۱۷۸ و نیز بنگرید به: محمدبن عمرو زمخشری، الکشاف، ج ۳، ص ۴۷۹.

۴. از دید انسان‌شناسی مطرح در آیات و روایات، همه افراد از یک نفس آفریده شده و همه بنی‌آدمند، چنان‌که می‌فرماید: يا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً، سوره نساء: ۴، آیه ۱ و در آیه دیگری می‌فرماید: يا أَيُّهَا النَّاسُ انا خلقناكم من ذكر و اثنى و جعلناكم شعوباً و قبائل لتعارفوا ... سوره حجرات: ۴۹، آیه ۱۳.

و در روایات وارد شده: يا أَيُّهَا النَّاسُ انا ربکم واحد و انا أباکم واحد الا لافضل لعربی علی عجمی و لالعجمی علی عربی و لالأسود علی احمر و لالاحمر علی اسود الا بالتقوى، محمدبن احمد قرطبی، ج ۱۶، ص ۳۴۲.



حقوق فطری^۱ و طبیعی می‌نامیم که می‌تواند مبنای معاهدات، بلکه زیربنای یک نظام عملی نسبتاً پایدار بین‌المللی باشد؛ زیرا بیشتر حقوق بر این مبنا قابل استیفاست.

عمید زنجانی می‌نویسد: «اسلام هر نوع قرارداد بین‌المللی را که متضمن حفظ و حراست ارزش‌های انسانی و اقامه حق و عدل باشد تأیید و بر آن تأکید می‌کند»^۲ و روایت ذیل را شاهی بر نظر خود می‌داند: «سوگند به آنکه جانم در دست اوست [قریش] هر چیزی [تعهدی] را که موجب تعظیم حدود الهی است از من بخواهند به آنان خواهم داد».^۳ یعنی ممکن است قریش با اینکه مشرک و کافر است چیزی را از پیامبر (ص) بخواهد که موجب تعظیم حدود الهی است و لابد اگر چنین چیزی را در شرایط عادی طلب کند براساس فطرت می‌خواهد و اگر بخواهد نمی‌توان از او دریغ داشت. به هر حال یک مکتب مطرح در حقوق بین‌الملل مکتب حقوق طبیعی یا فطری است که می‌تواند مبنای قابل قبولی در روابط بین‌الملل باشد.

خلیلیان می‌گویند: «بنیاد حقوق بین‌الملل از نظر اسلام همان ضرورت‌ها، ارزش‌ها و اصول هماهنگ با فطرت بشر است و دیدیم که آخرین نظریات حقوقی معاصر نیز در تأیید آن می‌باشد».^۴ ضیایی بیگدلی به نقل از طرفداران مکتب حقوق طبیعی یا فطری می‌گوید: «حقوق طبیعی مجموعه قواعدی است مبتنی بر عقل و فطرت آدمی که در روابط میان افراد، بدون دخالت قدرت‌های اجتماعی، الزامی است. این قواعد که ثابت و تغییرناپذیر می‌باشند، جنبه عام و جهانی داشته و کشورها نیز در روابط متقابل چون افراد مکلف به رعایت آنها می‌باشند».^۵

ب) قواعد فطری

روشن است که قواعد و حقوق فطری نمی‌تواند مورد قبول شارع نباشد، چون فطرت مرجعی است که شارع خود بر آن تکیه کرده است و منظورمان از قاعده، کلیتی است که بر عمل حاکم باشد مثل قاعده عدالت که به آن اصل هم می‌گوییم و منظور از حقوق آن چیزی است که مصالح موضوع را تأمین می‌کند. ازجمله اصول و قواعد فطری انسان، قاعده اکرام است. از دید اسلام انسان ذاتاً کرامت دارد،

۱. حقوق فطری، حقوقی هستند تعینی و نفسانی و درون‌ذاتی، ناشی از نظام جهان و بدیهی عقل و طبیعی انسان که قواعد زندگی و خط سیر حیات را معین می‌کنند و قوانین موضوعه را جهت‌دار می‌نمایند، علی‌اصغر مدرس، حقوق فطری یا مبانی حقوق بشر، ص ۴۷.

۲. عمید زنجانی، فقه سیاسی: حقوق تعهدات بین‌المللی و دیپلماسی در اسلام، ص ۱۰.

۳. و الذی نفسی بیده، لایسئلونی خطه یعظمون فیها حرمت الله الا اعطیتهم ایها، بخاری، ج ۳، ص ۱۷۸، بحارالانوار، ج ۲۰، ص ۳۳۱. الخطه: الحال، و الامر و الخطب. ابن اثیر، النهایه.

۴. سیدخلیل خللیان، حقوق بین‌الملل اسلامی، ص ۴۵.

۵. محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۴۸ و نیز بنگرید به: سیدجلال الدین مدنی، حقوق بین‌الملل عمومی و اصول روابط دول، ج ۱، ص ۴۹ به بعد.

که فرمود: «لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ»^۱ به راستی ما فرزندان آدم را گرامی داشتیم». معنایش آن است که همه افراد انسان ذاتاً حق دارند اکرام شوند و مقتضی احترام هستند.

و امام علی (ع) در مورد افراد جامعه به مالک اشتر فرمود: «یا برادر دینی تو هستی یا نظیر تو در خلقت و آفرینش».^۲ مفاد جمله دوم این است که از دید اسلام واقعیت و حقوق طبیعی انسان غیرهم‌کیش خواه اهل کتاب باشد یا نباشد، شناسایی شده است.

و از پیامبر اسلام (ص) نقل است که فرمود: «ای مردم، آگاه باشید که خدای شما یکی و پدر شما نیز یکی است. آگاه باشید که هیچ عربی بر غیرعرب و غیرعربی بر عرب و هیچ سیاهی بر سرخ و سرخی بر سیاه برتری ندارد مگر به پرهیزگاری».^۳

و در روایت دیگری آمده است: «مردمان همه همچون دندان‌های شانه برابرند».^۴ ظاهراً در این روایت نظر به برابری در فطرت و نوع خلقت انسان دارد.

و اما منظور از حق در جمله‌ای دیگر که آمده است: «مردمان در برابر حق یکسانند»^۵ حق اعلام شده یا مکتوب است، مثل اینکه گفته شود همه در برابر قانون یکسان هستند در حالی که همه حقوق اعلام شده یا مکتوب یکسان نیستند! چنان‌که قانون، ممکن است بین حقوق افراد و گروه‌ها تفاوت قائل شود و تفاوت حقوق نیز به منشأ حقوق باز می‌گردد.

ازجمله اصول و قواعد فطری دیگر، قاعده عدالت، قاعده احسان و قاعده ایتا ذی‌القربی است که هر سه از کلام خداوند استفاده می‌شود که فرمود: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ»^۶ خداوند به عدالت و احسان و ادای [به] صاحبان قرابت فرمان می‌دهد».

ایتا به معنای عطا و پرداخت کردن است چنان‌که در آیاتی چند به ایتا زکات فرمان داده است. خداوند ادای چه چیز را طلب می‌کند؟ ادای حق را با عدل بیان کرد و ادای بیش از حق را با احسان.

۱. سوره اسراء: ۱۷، آیه ۷۰.

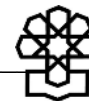
۲. فانهم صنفان اما اخ لك في الدين او نظير لك في الخلق، نهج البلاغه، ص ۹۹۳.

۳. یا ایها الناس الا ان ربکم واحد و ان اباکم واحد الا لافضل لعربی علی عجمی و لالعجمی علی عربی و لالأسود علی احمر و لالاحمر علی اسود الا بالتقوی، محمد بن احمد قرطبی، الجامع لاحکام القرآن، ج ۱۶، ص ۳۴۲ و در تحف العقول این‌گونه نقل شده است: یا ایها الناس الا ان ربکم واحد و ان اباکم واحد کلکم لادم و آدم من تراب «إِنَّ أَوْلَیَّكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ» لیس لعربی علی عجمی فضل الا بالتقوی، حسن بن علی حرانی، تحف العقول، ص ۳۳.

۴. الناس کلهم سواء کاسنان المشط و در ادوار فقه ج ۱، ص ۳۶۷ نقل کرده است که پیامبر (ص) فرمود: الناس فی الاسلام سواء.

۵. الناس امام الحق سواء.

۶. وَیَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ یُعْظُکُمْ لَعَلَّکُمْ تَذَكَّرُونَ و فحشا و منکر و زیاده‌طلبی را نمی‌خواهد از هرکس که باشد خواه مسلمان یا غیرمسلمان!! سوره نحل: ۱۶، آیه ۹۰.



اگر نیکی کرده بیش از آن و اگر بدی کرده کمتر از آن^۱ و با ایتا ذی القربی یا منظور احسان خاص به کسانی است که به طور خاص با شما رابطه یافته‌اند مانند پیامبر (ص) و خویشان او و یا منظور هر صاحب قرابتی است با قطع نظر از اینکه حق او چیست و بدی کرده یا خوبی اعم از صاحب قرابت نوعی، یا دینی، یا مذهبی و در صورت اخیر قاعده‌ای است برای پاسداشت ارزش‌های انسانی. **قاعده فطری تقابل**، قاعده فطری دیگری است که از برخی آیات مانند و از کلام امام علی (ع) خطاب به فرزندش استفاده می‌شود که فرمود: «آنچه را برای خود دوست داری و می‌پسندی برای دیگران نیز بپسند و آنچه را برای خود، خوش نمی‌داری برای دیگران نیز مخواه، پس ظلم مکن چنان‌که دوست نداری به تو ظلم شود و نیکی کن چنان‌که دوست داری به تو نیکی شود».^۲

ج) حقوق فطری^۳

حقوق جمع حق است. برای حق^۴ معانی متعددی گفته شده و ما پیش‌تر گفتیم حق یا در نظر مطرح است یا در عمل و به عبارت دیگر یا در امر تکوین یا تشریع. حق در تکوین به معنای اعتقاد به موجود ثابت است چنان‌که گفته می‌شود: خدا حق است، جاذبه زمین حق است، اختیار انسان حق است یعنی خدا و جاذبه زمین و اختیار وجود دارند.

حق در تشریع بر مبنای نظر عدلیه که قائل به مصالح نفس‌الامری هستند^۵ همپای مصلحت است و انسان دارای مصالح متعدد است و هر مصلحتی از مصالح انسان با انجام فعلی به درستی^۶ تأمین می‌شود، چنان‌که وقتی گفته می‌شود انسان حق دارد نماز بخواند یعنی به صلاح اوست و مصلحتی از او به وسیله نماز تأمین می‌شود به این معنا که اگر نماز را به درستی انجام دهد در نفس و جان او تأثیر مثبت می‌گذارد. حال اگر ملاحظه شود که این مصلحت غیرقابل جبران است، می‌گوید لازم است نماز بخواند و به اصطلاح حکم می‌کند به اینکه حق ندارد آن را رها کند، بلکه لازم است آن را

۱. الاحسان الى الغير دون الاحسان بمعنى إتيان الفعل حسناً و هو إيصال خير او نفع الى غير لاعلى سبيل المجازاة و المقابلة كأن يقابل الخير بأكثر منه و يقابل الشر بأقل منه - كما تقدم - و يوصل الخير الى غير متبرعاً به ابتداء، الميزان، ج ۱۲، ص ۳۳۲.

۲. امام علی (ع) فرمود: یا بنی! اجعل نفسک میزناً فیما بینک و بین غیرک فاحبب لغيرک ما تحب لنفسک و اکره له ما تکره لها و لا تظلم كما لا تحب أن تظلم و احسن كما تحب أن يحسن اليک، فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۹۲۱.

۳. در اصل چهاردهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از حقوق فطری به حقوق انسانی تعبیر کرده و گفته است: دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظفند نسبت به افراد غیرمسلمان با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند.

۴. حق گاه به طور جمع به لفظ حقوق به کار می‌رود و منظور از آن «مجموعه قواعد کلی و الزام‌آوری [است] که بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از سوی دولت تضمین شده است»، کاتوزیان، فلسفه حقوق، ص ۴۶۲.

۵. رجوع کنید به ذیل بحث ادراک مصالح و مفاسد در همین نوشته.

۶. منظور از «به درستی» آن است که بدون تعدی به دیگران و در شرایط مساوی با آنان و به روش صالح تأمین شده باشد.

کسب کند. این چنین است اگر گفته شود حق ندارد شراب بخورد یعنی عمل او جلب مفسده می‌کند و اگر ببیند این مفسده غیرقابل تحمل است، حکم می‌کند به اینکه لازم است آن را به‌طور کلی رها کند. به‌طور کلی در تزامن افعال متناقض نیز که تنها می‌تواند یک فعل را انجام دهد و فعل دیگری را نمی‌تواند انجام دهد، همین بیان جاری است.

بنابراین حق نیز همچون مصلحت تقسیماتی دارد و می‌توان گفت یا ضروری (لازم) است یا غیرضروری (غیر لازم) و نیز یا ذاتی (فطری) است یا غیرذاتی (اقتسابی) دارد. مثلاً نفس کشیدن حق لازم و فطری است و حق قضاوت^۱ حق غیرلازم و اقتسابی است، مگر اینکه به‌دلیلی نفس کشیدن فردی غیرلازم و قضاوت لازم شود.

با این بیان روشن شد که منشأ حقوق متفاوت است؛ چون حق از واقعیت‌های قهری و اقتسابی محسوس و نامحسوس نشئت می‌گیرد و بدیهی است که اگر منشأ حق (= واقعیت‌های قهری یا اقتسابی) یکسان باشد حق ناشی از آن نیز یکسان است و اگر متفاوت باشد، حق نیز متفاوت است. واقعیت قهری و محسوس زن غیر از مرد است و واقعیت اقتسابی^۲ و نامحسوس یک زن مهندس غیر از یک مرد بی‌سواد است و هر یک از اینها سبب تفاوت در حقوق می‌شود که اگر نشود ظلم و بی‌عدالتی است.^۳

اما حقوق فطری برای تعامل با افراد و ملل دیگر که اسلام آنها را محترم می‌شمارد بسیارند.

۱. اگر کسی صلاحیت قضاوت را کسب کرد حق قضاوت دارد، اما نه به این معنا که اگر قضاوت نکرد بمیرد و این را در این نوشته حق غیرلازم نامیده‌ایم.

۲. در مورد واقعیت‌های اقتسابی این پرسش هست که آیا هر اقتسابی حق است و به‌عبارت دیگر آیا راه هر نوع اقتسابی می‌تواند باز باشد؟ روشن است که پاسخ مثبت غیرموجه می‌باشد.

۳. این نوع نگاه به افراد نگاهی برون‌دینی و به اصطلاح غیرایدئولوژیک است گرچه همین نگاه نیز به معنایی دیگر ایدئولوژیک است؛ چون اگر منظور از ایدئولوژیک بودن نگاه، مقید بودن آن به یک عقیده خاص است که در ارزیابی، قانونگذاری و تعیین نوع رفتار و رابطه با دیگران تأثیر می‌گذارد، این نگاه برون‌دینی نیز مقید است، چون مبتنی بر اعتقادی خاص می‌باشد و آن اعتقاد به انسان فطری است لذا برخی از آن به دین انسانیت تعبیر کرده‌اند و اما این چارچوب خاص از سوی انسان‌ها تعیین نشده، بلکه به‌طور طبیعی و تکوینی و فطری هر انسانی به فطری، طبیعی و عاقل بودن خودش معتقد است گرچه انسان به اختیار خود می‌تواند از این عقیده هم عدول کند و در مقابل کسانی که انسان فطری را عاقل می‌نگرند او را فارغ از قید عقل نگاه کند! بنابراین کسانی که اعتقاد به طبیعی و فطری بودن بشر را مبنای ارزیابی، قانونگذاری، رفتار و رابطه با دیگران می‌دانند، آنها نیز نگاهی ایدئولوژیک دارند، چون فهم انسان‌ها در فهمشان از خوب و بد در سطح حسی و خیالی و عقلی یکسانند و مثلاً همه انسان‌ها شکر را شیرین حس می‌کنند و همه ظلم را بد می‌دانند و اختلاف انسان‌ها در این موارد به عوارض و اکتسابات آنها بازمی‌گردد نه به طبیعت و ماهیتشان و این فهم درواقع یک چارچوب معین است. ولی اگر این نگاه فطری و طبیعی را قسم نگاه مقید به عقیده‌ای مانند اعتقاد به اسلام یا یهود یا بودیسم یا کمونیسم یا سرمایه‌داری بدانیم و بگوییم منظور از ایدئولوژیک بودن نگاه، نوعی از نگاه است که در ارزیابی، قانونگذاری و رفتار مبنای آن تنها طبیعی نباشد یا مغایر با نگاه طبیعی باشد، این نگاه ایدئولوژیک نیست.



حقوقی به بقا و سلامت جسم و جان و استمرار نسل انسان بستگی دارد چنان‌که از کلام امام علی(ع) که فرموده‌است: «ای مالک [مردم] یا برادر دینی تواند یا نظیر تو در خلقت و آفرینش»^۱ استفاده می‌شود هر انسانی حق بقا و سلامت جسم و جان و استمرار نسل دارد؛ چون در این روایت مردم را دو دسته کرده و مفاد جمله دوم این است که حقوق فوق‌الذکر برای انسان غیرهم‌کیش، خواه اهل کتاب باشد یا نباشد، پذیرفته شده و او آزاد و مسلط بر خویش است که آن حقوق را تأمین و استیفا کند.

اسلام افراد را در عقیده به دین اجبار و اکراه نمی‌کند؛^۲ چون اکراه بر آن امکان ندارد چنان‌که علامه طباطبائی می‌گوید: «عقیده به معنای ادراک تصدیقی که در ذهن انسان حاصل می‌شود، عمل اختیاری نیست تا گفته شود ممنوع است یا مجاز و آزاد است یا نیست، آنچه منع یا آزادی می‌پذیرد پابندی به عواملی است که سبب عقیده می‌شود مانند دعوت به عقیده‌ای یا نوشتن و منتشر کردن آن و تخریب عقیده و عملی که مخالف آن عقیده است». از این رو قرآن می‌فرماید: «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ»^۳ و می‌فرماید: «قُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ»^۴. شهید مطهری ذیل این آیه می‌گوید: «اسلام نمی‌گوید که باید به زور اینها را وارد اسلام کرد؛ اگر مسلمان شدند خوب، اگر مسلمان نشدند بکشید، اختیار با خودشان؛ هرکه می‌خواهد مؤمن بشود، هرکه نمی‌خواهد نه»^۵ گرچه از نظر اسلام غیراز اسلام نزد خدا پذیرفته نیست.^۶

اسلام بیان عقیده را آزاد می‌شمارد چنان‌که می‌فرماید: «فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ»^۷. لازمه استماع اقوال آزادی بیان است و اگر بیان آزاد نباشد استماع و اتباع احسن معنا ندارد.

مرحوم امام خمینی (ره) می‌گوید: «ما از اظهار عقیده جلوگیری نمی‌کنیم ... ما آزادی به همه مسالک و عقاید می‌دهیم»^۸. این البته منفات ندارد با این معنا که یکی از وظایف حکومت دینی بسط و توسعه

۱. فانهم صنفان اما اخ لك في الدين او نظير لك في الخلق، نهج البلاغه، ص ۹۹۳.

۲. العقيدة به معنى حصول ادراك تصديقي يتعقد في ذهن الانسان ليس عملاً اختيارياً للانسان حتى يتعلق به منع او تجويز او استبعاد او تحرير و إنما الذي يقبل الحظر و الاباحة هو الالتزام بما تستوجبه العقيدة من الاعمال كالدعوة الى العقيدة و اقناع الناس بها و كتابتها و نشرها و افساد ما عند الناس من العقيدة و العمل المخالفين لها، فهذه هي التي تقبل المنع و الجواز، الميزان، ج ۴، ص ۱۱۷.

۳. سوره بقره: ۲، آیه ۲۵۶.

۴. سوره كهف: ۱۸، آیه ۲۹. در اصل بيست و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران گفته است: تفتيش عقیده ممنوع است و هيچ كس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مؤاخذه قرار داد.

۵. شهید مطهری، جهاد، صص ۳۵ و ۳۶.

۶. وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ، سوره آل عمران: ۳، آیه ۸۵.

۷. سوره زمر: ۳۹، آیه ۱۷.

۸. سيدروح الله خميني، صحيفه امام، ج ۵، ص ۵۳۴.

معارف حقه است چنان‌که از اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز استفاده می‌شود.

شهید مطهری می‌گوید: «هرکس می‌باید فکر و بیان و قلمش آزاد باشد و تنها در چنین صورتی است که انقلاب اسلامی ما راه صحیح پیروزی را ادامه خواهد داد»^۱ و به انسان حق می‌دهد به عقیده‌اش دعوت نماید^۲ به شرط آنکه به حقوق دیگران تعدی نکند.

همچنین اسلام به انسان حق می‌دهد طبق عقیده‌ای که آن را حق می‌داند، عمل و زندگی کند^۳ و برای وصول به هر حقی که دارد تا جایی که به حقوق دیگران تعدی نکند، آزادانه فعالیت کند.^۴

به دید اسلام انسان حق دارد به عقیده‌اش احترام بگذارند و مقدسات او را مورد اهانت قرار ندهند^۵ و حق دارد تابع اکثریت نباشد^۶ و اگر امتی تشکیل داد، بتواند خارج از معاهده یا سلطه‌ای که آن را به زیان خود می‌بیند و در جایی که متولد شده است یا هر جای دیگر کره زمین که متعلق به دیگری نیست و اگر هست با اجازه او، در میان جمع هم عقیده و همراه خود زندگی کند^۷ و در آنجا آزاد باشد طبق عقیده و نظر خودش عمل کند^۸ و حق دارد با هرکس بدون معاهده یا تحت معاهده، رابطه مسالمت‌آمیز داشته باشد.^۹ همچنین حق دارد که اگر مانع رسیدن او به حقش شوند یا اگر مورد تعرض و تجاوز قرار گرفت از خود دفاع کند،^{۱۰} بلکه حق دارد هر خطر و ضرری را که متوجه

۱. شهید مطهری، پیرامون انقلاب اسلامی، ص ۶۳.

۲. ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ، سوره نحل: ۱۶، آیه ۱۲۵.

۳. فَإِنْ اغْتَرَلُوكُمْ فَلَمْ يَقَاتِلُوكُمْ وَالْقَوَا إِلَيْكُمْ السَّلَامُ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا، (سوره: نساء، ۴، آیه ۹۰) و لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ، سوره کافرون: ۱۰۹، آیه ۶.

۴. به لحاظ قاعده حلیت مستفاد از روایت: كل شيء لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه، (الكافی، ج ۵، ص ۳۱۳) در کنار آیات و روایاتی که بر نفی تعدی و اضرار دلالت دارند مانند آیات: لَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ، (بقره: ۲، آیه ۱۹۰ و مائده: ۵، آیه ۸۷) و لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ (سوره بقره: ۲، آیه ۲۷۹) و روایت: لا ضرر و لا ضرار، الكافی، ج ۵، ص ۲۸۰ و الفقیه ج ۳، ص ۱۵۴.

۵. وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ، سوره انعام: ۶، آیه ۱۰۸.

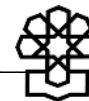
۶. چون اکثریت همیشه مصاب به واقع نیست و در بسیاری از موارد بیشتر افراد جز از گمان پیروی نمی‌کنند: وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا. (سوره یونس: ۱۰، آیه ۳۶) وَإِنْ تَطِعْ أَكْثَرُ مَنْ فِي الْأَرْضِ يَضِلُّوكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ، سوره انعام: ۶، آیه ۱۱۶.

۷. أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا، سوره نساء: ۴، آیه ۹۷.

۸. إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا (سوره انسان: ۷۶، آیه ۳) لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ، سوره کافرون: ۱۰۹، آیه ۶.

۹. وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْعَلْ لَهَا، سوره انفال: ۸، آیه ۶۱.

۱۰. إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ، سوره شوری: ۴۲، آیه ۱۰۸، فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ، سوره حجرات: ۴۹، آیه ۹.



نوع اوست دفع کند^۱ و

این حقوق در اختلافات آنها و نیز اختلافشان با دیگران اساس حکم قضایی است^۲ و نیز حق دارد به منظور رفع اختلاف، قاضی یا داور مورد رضای او باشد.^۳ به هر حال حقوق معقول فطری می‌تواند یک مبنای تعامل و رابطه با غیرمؤمنان هم در عرصه داخلی و هم در عرصه بین‌المللی قرار گیرد.

در عرصه داخلی اگر افرادی به باورها و معتقدات ما نرسیدند و به آنها مؤمن نشدند، در حالی که انکار هم نمی‌کنند می‌توانند به اختیار خودشان به نظامات دینداران در امور معاملی به معنای اعم پایبند و در کنار مؤمنان زندگی مسالمت‌آمیزی داشته باشند، همچون اهل ذمه، بنابراین که اهل ذمه منحصر به ارباب ادیان آسمانی نباشد و شامل هر کسی شود که غیرمؤمن است.

به نظر می‌رسد آیه شریفه که می‌گوید: «قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ وَإِنْ تُطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَا يَلِتْكُمْ مِنْ أَعْمَالِكُمْ شَيْئًا»^۴ (برخی از) بادیه‌نشینان گفتند: ایمان آوردیم. بگو ایمان نیاورده‌اید، لکن بگویید: اسلام آوردیم و هنوز در دل‌های شما ایمان داخل نشده است و اگر از خدا و پیامبر او را فرمان برید از (ارزش) کرده‌هایتان چیزی کم نمی‌کند». بر همین معنا دلالت داشته باشد، چنان‌که در مجمع‌البیان ذیل این آیه می‌گوید: «گروهی از بنی اسد در مدینه نزد پیامبر (ص) آمدند و این جمله را گفتند در حالی که به تصدیق و باور قلبی نرسیده بودند، بلکه از ترس اسارت و قتل در مقابل پیامبر (ص) و قدرت وی سر تسلیم فرود آوردند»^۵.

در عرصه بین‌المللی نیز می‌توان براساس حقوق فوق‌الذکر با غیرمسلمانان رابطه داشت و این رابط به حسب تغییراتی که کفار دارند، متغیر است. یک زمان غیرمسلمان به حربی و معاهد تقسیم می‌شد و معاهد بنا به نظر برخی شامل اهل کتاب و غیراهل کتاب بود و به نظر برخی فقط شامل اهل کتاب؛ اما این تقسیم‌بندی در زمانی جاری بوده است که اهل کتاب (اعم از مسیحی، یهودی و زرتشتی) به مقررات دینشان پایبند بودند حال آنکه امروزه اهل کتاب با این عناوین با مسلمانان یا غیراهل کتاب رابطه و تعامل برقرار نمی‌کنند، بلکه به عنوان انسان‌هایی که حقوقی دارند که در حقوق داخلی‌شان یا در قالب معاهدات عام و بین‌المللی تعریف شده‌اند، خواستار رابطه و تعامل با دیگران

۱. مَا لَكُمْ لَا تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مَالِكُمْ لَا تَقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ (سوره نساء: ۴، آیه ۷۵) كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ، سوره آل عمران: ۳، آیه ۱۱۰.

۲. براساس التزام به معتقدات و پذیرش قاعده التزام.

۳. براساس اعتقاد به قاعده سلطه بر خویش.

۴. سوره حجرات: ۴۹، آیه ۱۴.

۵. ای اقدنا و استسلمنا مخافة السبي و القتل، مجمع‌البیان، ج ۱۰-۹، ص ۲۰۷.

هستند. از جمله معاهدات عام دو میثاق بین‌المللی است که در راستای تأمین حقوق مذکور در اعلامیه جهانی حقوق بشر تنظیم شده‌اند. این حقوق در بیشتر موارد با اصول حقوقی مورد نظر اسلام که در صفحه قبل به آنها اشاره شد سازگار هستند.

د) حقوق اکتسابی

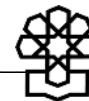
گفتیم حق یا ذاتی (فطری) است یا غیرذاتی (اکتسابی) و حق اکتسابی حقی است که شخص حقیقی یا حقوقی با کسب و ایجاد توانایی در خود به دست می‌آورد مثلاً با کسب توانایی بر قضاوت گفته می‌شود حق قضاوت دارد یعنی صالح برای قضاوت است و البته با قضاوت چنین شخصی مصلحتی از مصالح نیز تأمین می‌شود. در روابط بین‌المللی نیز اگر دولتی یا تبعه دولتی اختراع یا محصولی را به ثبت رساند یا با رعایت عرف بین‌الملل در دریای آزاد کشفی کرد البته حق او محترم است.

بند دوم - عرف بین‌المللی

عرف پس از این ذیل عنوان «عرف بین‌المللی به مثابه یک اصل حقوقی» مورد بحث قرار می‌گیرد و خواهیم گفت که اگر عملی در شهر، کشور، منطقه یا جهان به گونه‌ای متعارف شده باشد، که افراد خود را بدان ملتزم بدانند در صورتی که برخاسته از عقل غیرمشوب به وهم و خیال باشد و با حکم خدا و رسول او در کتاب یا سنت منافات نداشته باشد، از طرف شرع نیز قابل قبول است و می‌تواند مبنای روابط ما با غیرمسلمانان باشد.

بند سوم - التزامات غیرمسلمانان (قاعده الزام)

قواعد و احکامی که غیرمسلمانان به آنها ملتزمند از آن جهت که مطابق حق و محقق عدالت باشند یا نباشند دو بخش می‌شوند: بخشی که به اعتقاد ما مطابق حق و محقق عدالتند و ما می‌توانیم براساس آنها با ایشان تعامل کنیم و بخشی که مطابق حق و تأمین‌کننده مصالح انسان نیستند و به اعتقاد ما باطل و فاسدند و تنها در صورت لزوم می‌توانیم آنها را به این بخش الزام کنیم و روشن است که این بخش از قواعد و احکام آنان که فقط منافع خودشان را تأمین می‌کند و به حقوق و منافع و مصالح ما لطمه می‌زند، نمی‌تواند مبنای تعامل ما با آنان باشد مثل اینکه آنها به استفاده از ذبایح خودشان ملتزمند و ما می‌دانیم که استفاده ما از ذبایح آنان به ضرر ماست از آن‌رو که استفاده از ذبیحه‌ای که به طریق شرعی ذبح نشده است آثار وضعی دارد، پس نمی‌توانیم از ذبایح آنها برای خوردن استفاده کنیم. به دلیل وجود همین بخش از قواعد و احکام است که می‌گوییم تابع قواعد، احکام و مقررات غیرمسلمانان نمی‌شویم. اما الزام آنها به آن بخش از قواعد و احکام که مطابق حق و تأمین‌کننده مصالح نیستند و به آنها ملتزمند در صورتی رواست که احراز شود الزام آنها، به ضرر ما نیست و به اعتقادات، ارزش‌ها، حقوق و منافع ما لطمه نمی‌زند.



اما دلیل ما بر الزام غیرمسلمانان وجوه آتی است:

۱. قواعد عام مستفاد از ادله نقلی است که به طور کلی ظلم یا ضرر را در رابطه با غیرنفی کرده است مانند: لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ^۱ و مانند: لاضرر و لاضرار.^۲
۲. «قاعده الزام»^۳ که از برخی روایات در رابطه با اهل سنت استفاده می شود چنان که ابی حمزه بطائنی نقل شده است که از امام رضا (ع) درباره زنی که بر خلاف سنت طلاق داده شده است پرسید آیا جایز است مردی با او ازدواج کند؟ فرمود: «آنها را در این مورد به آنچه خود را ملزم می دانند الزام کنید».^۴ این روایت ضعف سند دارد و ممکن است گفته شود مختص به طلاق است، اما با وجود روایات دیگری که از حیث سند مشکل ندارند و عام هستند قاعده الزام اثبات می شود.
- آیت الله خویی نیز قاعده الزام را یک قاعده عقلایی دانسته که «در مواردی شرعاً امضا شده و دستور داده اند از [آن] ... پیروی کنیم»^۵ و سپس مواردی را ذکر می کند از جمله:

یک: «به مذهب ابی حنیفه کسی که به اجبار و اکراه زنش را طلاق دهد، آن طلاق صحیح است، ولی به مذهب امامیه طلاق که به جبر واقع شود، باطل است. بنابراین شخصی شیعه مذهب بنا به قاعده الزام می تواند با زنی که با جبر و اکراه شوهرش او را طلاق داده در صورتی که پیرو مذهب حنفیه باشد ازدواج کند».^۶

دو: در مذهب شافعی اگر کسی در معامله مغبون شود، خيار غبن ندارد، بنابراین اگر یک فرد شیعی از شافعی چیزی خرید و بعداً معلوم شود که فروشنده شافعی مغبون شده است، بنا به قاعده الزام خریدار شیعی می تواند فروشنده شافعی را الزام کند به اینکه حق فسخ ندارد».^۷

اما روشن است که این گونه مسائل اختصاص به رابطه مسلمانان با یکدیگر ندارد، بلکه شامل رابطه مسلمان و غیرمسلمان هم می شود، زیرا:

اولاً ممکن است با تنقیح مناط از آن در رابطه با غیرمسلمان نیز بهره گرفت.

ثانیاً در برخی از ادله همین باب عموماتی وجود دارد که از آنها الزام غیرمسلمانان به قواعد و

۱. سوره بقره: ۲، آیه ۲۷۹.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۲۸۰ و الفقیه، ج ۳، ص ۱۵۴.

۳. «قاعده الزام» از قرآن هم قابل استفاده است آنجا که می فرماید: ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ (سوره نحل: ۱۶، آیه ۱۲۵) مجادله مشتمل بر الزام خصم به آنچه قبول دارد نیز هست.

۴. عن ابی حمزة أنه سأل أبا الحسن (ع) ... فقال: ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم و تزوجوهن فلا بأس بذلك، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۳۲۱.

۵. سیدابوالقاسم خویی، رساله توضیح المسائل، ص ۵۵۶.

۶. سیدابوالقاسم خویی، المسائل المنتخبة، ص ۴۱۶.

۷. همان، ص ۴۱۷.

احکام خودشان را جایز می‌شمارد مانند روایت محمد بن مسلم به سند صحیح از امام باقر (ع) که در پاسخ به پرسش وی درباره احکام [منظور احکامی است که در هر نظام حقوقی بر رفتار مردمی که آن را پذیرفته‌اند حاکم است] فرمود: «بر هر صاحب دینی آنچه را حلال می‌داند روا (جاری) است».^۱ یعنی می‌توان او را به چیزی که حلال می‌داند الزام نمود.

و نیز خبر عبدالله بن طاووس که می‌گوید: امام رضا (ع) فرمود: «هر کس دین مردمی را به رسمیت شناسد، احکام آن مردم بر او رواست».^۲ یعنی الزام او به احکام آن مردم رواست.

این روایات به لحاظ تعبیراتی مانند «کل ذوی دین» و «دین قوم» عامند و شامل روابط مسلمان و هر غیرمسلمانی خواه یهودی و نصرانی باشد یا هندو و بودیست و کمونیست می‌شوند و مقید به احکام اهل سنت نیستند. شکی نیست که معنای دین منحصر به ادیان آسمانی نیست، بلکه شامل هر نوع دینی است که احکام آن بر رفتار قوم و ملتی حاکم است، پس اگر دین قومی را شناسایی کرده است و آنها در دین خودشان بهای شراب و خوک و مردار را حلال می‌دانند و به داد و ستد آن ملتزمند و گرفتن آن به ضرر ما نیست از باب الزام می‌گیریم چنان‌که محمد بن مسلم به سند صحیح نقل کرده است که از امام صادق (ع) درباره مالیات و جزیه اهل ذمه که از بهای شراب و خوک و مردار آنها گرفته می‌شود پرسیدم، فرمودند: «در اموال ایشان جزیه گرفته شود گناهش بر خود آنهاست و بهایش بر مسلمانان حلال است».^۳

صاحب نظام‌الحکم می‌گوید: «می‌دانیم که شراب و خوک نزد مسلمانان مالیت ندارد و معامله بر آنها باطل است، ولی از این روایت الزام کفار به آنچه خود را ملزم به آن می‌دانند یعنی صحت معامله و دریافت بهای شراب و خوک و غیراینها استفاده می‌شود».^۴

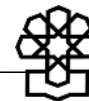
۳. عقل و عقلا نیز به این مطلب حکم می‌کند؛ زیرا هیچ عاقلی یک رابطه عدل‌محور یا غیرمضر را با غیرمسلمانان نفی نکرده است، گرچه این رابطه متکی به التزام آنها به قواعد و احکام خودشان باشد. آیت‌الله خویی نیز ذیل عنوان «مسائلی چند از باب قاعده الزام» می‌گوید: «یکی از قواعد عقلانیّه این است که اگر شخصی یا قومی بر حسب ضوابط معینه خودشان به یک قاعده و ضابطه‌ای ملتزم

۱. عن ابی جعفر (ع) قال سألته عن الاحکام؟ قال: تجوز علی کل ذوی دین ما يستحلون، وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۸۴.

۲. عن عبد الله بن طاووس قال: قلت لابی الحسن الرضا (ع) فقال: ... إنه من دان بدین قوم لزمته احکامهم، همان، ج ۱۵، ص ۳۲۲.

۳. محمد بن مسلم قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن صدقات اهل الذمة و ما يؤخذ من جزیتهم من ثمن خمرهم و خنازیرهم و میتهم، قال: علیهم الجزیه فی اموالهم تؤخذ من ثمن لحم الخنزیر او خمر فکل ما أخذوا منهم من ذلک فوزر ذلک علیهم و ثمنه للمسلمین حلال يأخذونه فی جزیتهم، وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۱۱۷.

۴. حسینعلی منتظری، نظام‌الحکم، ص ۵۶۵.



باشند، شخص دیگری که آن ضابطه از نظر او صحیح نیست می‌تواند با کسی که به آن ضابطه ملتزم است عمل کند».^۱

بنابراین پذیرش مواردی از باب قاعده الزام در معاهدات خاص یا عام بین‌المللی از دید شرعی مانعی ندارد، اما تعامل با غیرمسلمان در فرض ضرورت و ناچاری در فصل سوم از بخش دوم خواهد آمد.

مبحث پنجم - شرایط انعقاد معاهده

معاهده باید در فضایی انجام گیرد که طرفین بتوانند در کمال آزادی و امنیت و علم و اطلاع و با ملاحظه همه جوانب و پیامدهای مادی و معنوی آن در حال و آینده و در دنیا و آخرت به تصمیم و اختیار و عمل انعقاد برسند تا گفته شود صحیح است و وجوب وفا دارد. گاه دولتی برخاسته از آرای پاک مردم و با حمایت آنها و با رویکرد حفظ منافع و مصالح ملی و بر مبنای احقاق حق در حالی که بر شرایط زمان انعقاد معاهده و آینده اشراف دارد و بدون هیچ فشار و ترس و واهمه‌ای معاهده‌ای را به نام ملتش منعقد می‌کند و به عبارت دیگر معاهده با شرایطی انجام می‌شود که نمی‌توان در صحت آن خدشه‌ای وارد نمود و گاه این گونه نیست و معاهده معلول منعقد می‌شود. شرایط صحت یا به طرفین باز می‌گردد یا به مفاد و محتوای معاهده.

بند اول - شرایط طرفین

بدون شک طرفین معاهده باید واجد شرایطی باشند تا با وجود آنها معاهده محکوم به صحت شود والا بی‌اعتبار و باطل خواهد بود، چنان‌که گفته شده است: «اگر عمل حقوقی فاقد یکی از شرایط اساسی باشد، چون نمی‌تواند اثری لازم از خود به جای گذارد، لاجرم باطل شمرده می‌شود؛ همچنان که اگر اراده‌ای در ایجاد عمل حقوقی وجود نداشته باشد یا اراده اصولاً معیوب باشد، آن عمل به یقین باطل به شمار می‌آید. حال فرقی نمی‌کند که این مسئله در حقوق داخلی مطرح شده باشد یا در حقوق بین‌الملل».^۲ شرایط صحت در معاهدات بین‌المللی عبارتند از:

اهلیت؛^۳ به این معنا که معاهد صلاحیت انعقاد را داشته باشد که در حقوق بین‌الملل گفته شده است تابعان حقوق بین‌الملل چنین صلاحیتی را دارند.
رضایت؛^۴ یعنی معاهد پس از تصور موضوع، مواد و شروط معاهده آنها را موافق و

۱. سید ابوالقاسم خویی، رساله توضیح المسائل، ص ۵۵۶.

۲. هدایت‌الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، ص ۳۰۸.

۳. همان، ص ۲۵۰.

۴. همان، ص ۲۵۹.

تأمین‌کننده منافع و مصالح خود بداند؛^۱

قصد؛^۲ به این معنا که معاهد آن چیزی را که بدان رضایت داشته هدف گیرد و انشا کند و به اشتباه^۳ چیزی دیگر را هدف نگیرد خواه اشتباه ناشی از غفلت خود او باشد یا تدلیس^۴ یا صحنه‌سازی و تظاهر یا دروغ و فریب غیردر مقابل رشوه^۵ یا بدون آن. اختیار؛^۶ یعنی اراده معاهد آزاد باشد و مجبور و مکره و تحت هیچ گونه فشاری نباشد که به چیزی بر خلاف اراده‌اش رضایت دهد.

در صورت محرز شدن فقدان هر یک از این شرایط می‌توان گفت معاهده اعتبار ندارد.

۱. در حقوق بین‌الملل فرض شده است که دولت‌ها اهلیت انعقاد معاهدات را دارند و از رضایت قصد، اختیار و اراده مردم خود حکایت می‌کنند؛ اما از آنجا که اهلیت ناشی از حق است و هر ذیحقی ممکن است خود قادر به انجام عمل حقوقی نباشد چنان‌که اطفال، محجوران و جمعیت یک کشور به هیئت جمعیش این گونه‌اند و در این موارد ولی یا وکیل آنها می‌تواند اعمال حق کند، دولت‌ها زمانی صلاحیت دارند که مبعوث ملت‌هایشان باشند و دولتی که مقبولیت عام یا حداکثری ندارد و بر خلاف اراده و رأی مردمش بر مسند قدرت قرار گرفته است، اهلیت و صلاحیت اعمال اراده از جانب مردمش را ندارد و بنابراین باقی ماندن بر معاهدات بین‌المللی آن دولت برای دولتی که مقبولیت حداکثری دارد محل اشکال است.

یکی از فقیهان در پاسخ به این پرسش که اگر «معاهده‌ای توسط حکومتی طاغوتی (غیرشرعی) امضا و تصویب شود و سپس حکومت دینی^۷ جایگزین آن حکومت گردد، چه حکمی دارد؟ آیا حکومت اسلامی باید مطابق قوانین بین‌المللی به آن معاهده پایبند باشد یا می‌تواند آن را (یا برخی از مواد آن را) نقض کند؟ و اساساً آیا قاعده نفی سبیل بر اصل لزوم وفای به عهود و عقود حاکم یا

۱. اگر در موردی از روی ناچاری و اضطرار به شرایطی رضایت دهد که به صلاح او نیست آیا پس از رفع اضطرار همچنان باید به عهدش وفا کند؟ در بحث بعد به آن خواهیم پرداخت.

۲. در لمعه می‌گوید: يشترط في المتعاقدين الكمال (برفع الحجر الجامع للبلوغ والعقل) والاختيار، الا ان يرضى المکره بعد زوال اكرهه ... والقصد، الروضة البهية، ج ۲، ص ۱۸۷.

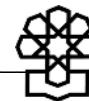
۳. ماده (۴۸) معاهده ۱۹۶۹.

۴. ماده (۴۹) معاهده ۱۹۶۹.

۵. ماده (۵۰) معاهده ۱۹۶۹.

۶. يشترط في المتعاقدين ... القصد، الروضة البهية، ج ۲، ص ۱۸۷.

۷. حکومت دینی، نوعی حکومت است که در پیدایش، بقا، انتقال، قانونگذاری، اجرای قوانین، برقراری یا فصل روابط خارجی و وصول به اهداف مطابق اصول و احکام دین عمل می‌کند.



وارد است یا خیر؟^۱ پاسخ مبسوطی داده و در یک بخش آن می‌گوید: «اصولاً یک حکومت دینی موظف است حتی‌المقدور احکام اسلامی را - که اکثریت مردم بر اساس عمل به آنها با حاکمیت بیعت کرده‌اند - به اجرا در آورد».^۲

مفهوم این بخش از پاسخ این است که اگر معاهده‌ای بین‌المللی امضا و تصویب شده باشد که با احکام اسلامی منافات ندارد باید به آن پایبند بود گرچه توسط حکومتی طاغوتی امضا و تصویب شده باشد و اگر با احکام اسلامی منافات داشته باشد لزوم وفا ندارد، مگر اینکه شرایط غیرعادی حاکم باشد که در بخش دیگر پاسخ به آن تصریح می‌کند و می‌گوید: «چنانچه باقی ماندن بر معاهدات بین‌المللی مورد اشاره برای کیان حاکمیت دینی و عدم انزوای جهانی آن لازم باشد و خروج از آن از نظر قانون مستلزم عوارض منفی سیاسی یا اقتصادی غیرقابل اغماض شود با توجه به مرجحات باب تزام اجراى بعضی احکام که منافات با هدف فوق دارد موقتاً متوقف می‌گردد ...».^۳

ولی در حقوق بشری درباره اعتبار عهدنامه به لحاظ اهلیت نظرات دیگری مطرح است:

۱. اگر حاکمیت نظام سابق تمام بوده و قدرت را به‌طور مؤثر در دست داشته است، اهل بوده و معاهدات او نیز صحیح هستند. رویه عملی شاید تاکنون بر این است که اگر حکومتی بر اوضاع مسلط باشد و حاکمیت خود را به‌طور کامل اعمال کند آن را شناسایی می‌کنند و دارای اهلیت امضای معاهده می‌دانند، خواه به‌طور قانونی زمام امور را به‌دست گرفته باشد یا بر خلاف قانون و خواه پذیرش عمومی هم داشته باشد یا نداشته باشد. بنابراین اگر حکومت جدید بتواند حاکمیت خود را تثبیت نماید گرچه با کودتا یا شورش و انقلاب^۴ یا حمایت نظامی قدرت‌های دیگر^۵ به قدرت رسیده باشد، شناسایی می‌شود^۶ و به منزله حکومت قبل و استمرار وجودی اوست و انتظار دیگر

۱. حسینعلی منتظری، حکومت دینی و حقوق انسان، ص ۴۶.

۲. همان.

۳. همان.

۴. مدنی می‌گوید: «هرگاه انقلاب و شورش و کودتا حکومت را تغییر داد و دولت جدیدی زمام امور را به‌دست گرفت احتیاج به شناسایی هست. حکومت جدید را کشورها وقتی باید مورد شناسایی قرار دهند که اطمینان حاصل کنند ثبات و پایداری لازم را دارا شده و هیچ قدرت معارضی در قلمرو که بتواند به‌زودی آن حکومت را تغییر دهد موجود نیست والا شناسایی به نوعی دخالت در امور داخلی یک کشور تلقی می‌شود». سیدجلال‌الدین مدنی، مبانی و کلیات علوم سیاسی، ج ۱، ص ۳۵۰.

۵. چنان‌که حکومت عراق و افغانستان پس از صدام و طالبان با حمایت نظامی غرب شکل گرفتند.

۶. در شناسایی حکومت ظاهراً «اصول و قاعده و رویه مشخص و معین و مقرری وجود ندارد»، مبانی و کلیات علوم سیاسی، ج ۱، ص ۳۵۱ و «هر کشور آزاد است طبق خواست خود و معیارهایی که در نظر می‌گیرد و اوضاع و احوالی را که مصلحت می‌داند دولت جدیدی را بشناسد یا نشناسد»، همان، ص ۳۵۴. گرچه نظریاتی نیز در این زمینه وجود دارد از جمله شناسایی برپایه مشروعیت و شناسایی بر پایه واقعیت، همان، صص ۳۵۲ و ۳۵۳.

حکومت‌ها از او این است که به تعهدات حکومت سابق پایبند باشد و نحوه به قدرت رسیدن آن را یک امر داخلی به حساب آورده و آن را مخل به التزام به تعهدات سابق نمی‌دانند.

این نظریه با اشکالاتی مواجه است از جمله اینکه بسا حکومت جدید در اعتراض به پذیرش همه یا بعضی از آن معاهدات توسط حکومت سابق و پس از سرنگون کردن آن روی کار آمده باشد، پس نمی‌تواند معاهده‌ای را که به آن اعتراض داشته بپذیرد، اما اگر با معاهده‌ای مشکل نداشته است ظاهراً التزام به آن معاهده نزد او مانعی ندارد. بلی این پرسش باقی است که آیا معیار او در اعتراض به تعهدات حکومت سابق از دید عقل و عقلاً پذیرفتنی است یا خیر؟

در مقابل این نظریه که به نظر می‌رسد همچنان در عمل پا برجاست گفته شده اگر دولتی از مجرای غیرقانونی قدرت را به دست گیرد، ولی پذیرش عمومی داشته باشد معاهداتش اعتبار دارد و اخیراً این نظریه قوت گرفته است که اعمال حقوقی دولت‌ها تنها در صورتی اعتبار دارد که به‌طور دمکراتیک به قدرت رسیده باشند.

۲. ممکن است دولتی با اینکه معاهده را تأمین‌کننده حقوق و مصالح مردمش نمی‌داند و بدان رضایت ندارد به انعقاد آن گردن گذارد و نیز ممکن است دولتی که با کودتا یا تقلب یا غلبه قهرآمیز بر سرکار آمده و حتی در صورتی که به‌طور دمکراتیک به قدرت رسیده است با اعمال روش‌های پلیسی و امنیتی، مردم خودش را ساکت و به ظاهر راضی نگه‌داشته به منظور تأمین منافع و مصالح هیئت حاکمه و یا طرف‌های قرارداد، خیانت‌کارانه^۱ و برخلاف رضایت مردمش معاهده‌ای را منعقد کند. در هر صورت پس از احرار نارضایتی، صحت و اعتبار معاهده از این جهت مخدوش است؛ چون التزام به معاهدات یا شروطی که برخلاف مصالح واقعی مردم است خود مروج ظلم و فساد است و با شک در صحت، لزوم وفا محل حرف است.

۳. ممکن است دولتی معاهده‌ای را بر خلاف آنچه مقصود معاهد بوده منعقد کرده و بعد معلوم شود اشتباه یا تدلیس صورت گرفته است.

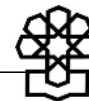
آیت‌الله منتظری می‌گوید: «... اگر قرارداد یا تعهدی بر اساس مکر و خدعه... تحمیل شده باشد، عمل به آن تعهد و قرارداد لازم نیست بلکه در مواردی لغو آن واجب است».^۲

۴. ممکن است دولتی به اکراه تن به انعقاد معاهده‌ای بدهد، به این معنا که به‌وسیله تهدید یا اعمال زور^۳ قدرتی دیگر یا تحت فشار اقتصادی، سیاسی یا نظامی آن در حالی که بر مصالح عالی ملت و

۱. «وَمَا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ» و اگر از گروهی بیم خیانت داری [بیمانشان را] همچون آنان به سویشان بیانداز که خداوند خائنان را دوست ندارد. سوره انفال: ۸، آیه ۵۸.

۲. حسینعلی منتظری، برگرفته از مجموعه استفتائات چاپ نشده ایشان.

۳. «معاهده‌ای که انعقاد آن به‌وسیله تهدید یا اعمال زور ... باشد باطل خواهد بود». ماده (۵۲) کنوانسیون ۱۹۶۹ وین درباره حقوق معاهدات و نیز ماده (۵۱) آن کنوانسیون.



مملکتش خوف دارد و اختیار از او سلب شده است گزینه‌ای را بپذیرد و معاهده‌ای را امضا کند که برگزیده او نیست در این صورت التزام به آن یا استمرار التزام به آن لازم نیست، چون لزوم وفای به عهد منوط به آزادی اراده است و فرض آن است که در معاهده اجباری و اکراهی، اراده معاهد آزاد نیست و به این جهت معاهده باطل است و التزام معنا ندارد، گرچه ممکن است حقوق و مصالح او را تأمین کند.

از این رو است که در بند «۴» ماده (۲) منشور ملل متحد آمده است که «همه اعضا، در روابط بین‌المللی خود از استفاده از زور یا تهدید علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی کشور و یا از هر اقدام دیگر غیرمنطبق با مقاصد ملل متحد خودداری خواهند کرد» و به این ترتیب خواسته‌اند بگویند معاهداتی که مبتنی بر اعمال زور و تهدید است از درجه اعتبار ساقط می‌باشد چنان‌که در ماده (۵۲) کنوانسیون ۱۹۶۹ وین درباره حقوق معاهدات به صراحت آمده است «معاهده‌ای که انعقاد آن به وسیله تهدید یا اعمال زور ... باشد باطل خواهد بود».

لکن منظورشان از زور و تهدید، زور و تهدید نظامی بود و فشارهای اقتصادی و سیاسی که بیشتر معاهدات را تحمیلی کرده است در نظر نداشتند و با کشورهایی که خواستار آن بودند که اجبار، شامل «فشارهای اقتصادی و سیاسی»^۱ هم باشد موافقت نشد. چون اگر تحمیل ناشی از فشارهای اقتصادی و سیاسی موجب بطلان و مجوز نقض معاهده باشد، بیشتر آنها در معرض بطلان و نقض هستند؛ زیرا بسیاری از معاهدات در روابط بین‌المللی به نوعی تحمیلی هستند؛ چون در غالب موارد صاحبان قدرت اراده خود را بر دولت‌های ضعیف تحمیل می‌کنند و معاهدات بین‌المللی معمولاً متأثر از اراده جریان‌ها و قدرت‌های غالب فرهنگی، اقتصادی و سیاسی و به لحاظ منافع آنها تهیه و تنظیم می‌شوند و معمولاً کشورهای ضعیف چون قدرت چانه‌زنی ندارند و در صورت عدم انعقاد پیمان دچار زیان‌هایی می‌شوند - که معمولاً در مقایسه با زیان پذیرش پیمان بیشتر است - به آن تن می‌دهند، چنان‌که معاهده منشور ملل متحد در فضای پس از پایان جنگ جهانی دوم و غلبه متفقین و در جهت تأمین سلطه آنها تنظیم و تصویب شد؛ لذا می‌بینیم برای قدرت‌های فاتح در آن جنگ و به لحاظ غلبه و قدرت برتر آنها حق و توجیه^۲ در نظر گرفته و به دیگران تحمیل شد و همین قدرت‌ها به عنوان اعضای دائم شورای امنیت قلمداد شدند و دیگران هم تحمیل پذیرفتند.

از این رو مشاهده می‌شود که پس از جنگ جهانی دوم و پیدایش دو بلوک شرق و غرب، جریان سوومی به عنوان غیرمتعهدها که منافع خود را در بودن با هیچ‌یک از این دو بلوک نمی‌دید، گروه کشورهای غیرمتعهد را پدید آورد. کشورهای اسلامی نیز که مشاهده کردند در معاهدات بین‌المللی

۱. رضا موسی‌زاده، بایسته‌های حقوق بین‌الملل، ص ۱۹۷.

۲. چنان‌که یکی از اعضای دائمی شورای امنیت رأی منفی دهد اصطلاحاً می‌گویند وتو کرده است، همان، ص ۷۷.

به حقوق دینی آنها توجه نمی‌شود، سازمان کنفرانس اسلامی را رقم زدند. همچنین سازمان وحدت آفریقا و سازمان همکاری‌های اقتصادی (اگو)، شورای همکاری خلیج فارس و غیراینها گروه‌هایی هستند که خواسته‌اند با انعقاد معاهده‌ای منطقه‌ای یا بین‌المللی از منافع خود در مقابل گروه‌های قوی‌تر صیانت کنند.

بند دوم - محتوای معاهده

شرط اساسی محتوا آن است که متضمن مواد و شروطی فاسد و بر خلاف اوامر و نواهی شرع یا تعهداتی بر خلاف قواعد و تعهدات پیشین که بر این معاهده حاکمند نباشد؛

درباره مواد و شروط فاسد باید گفت معاهده باید بر امری مشروع منعقد شود، مشروع به حکم عقل یا نقل، پس معاهده بر انجام کاری که در توان او نیست یا بر تحلیل حرام یا تحریم حلال^۱ مستفاد از کتاب و سنت باطل است و در واقع در معاهدات لازم است اوامر و نواهی شرعی رعایت شوند.

اما قواعد و تعهدات سابق و حاکم مانند قاعده نفی سبیل کافر که اجازه نمی‌دهد زن مسلمان به همسری مرد کافر در آید و مثل بیعت و تعهد هر مسلمانی نسبت به خدا و اطاعت از اوامر و نواهی او پیش از آنکه با شخصی در جهت تحقق ولایتی بیعت کند و ملتزم شود از او اطاعت کند.

تعهد او نسبت به خدا بر تعهد و بیعت او با اشخاص حاکم است که فرمود: «ید الله فوق ایدیهم»^۲ بنابراین التزام به معاهده‌ای که رهبری جامعه (حاکمیت) با دیگری بر خلاف التزام مسلمان به فرامین خدا، منعقد می‌کند، جایز نیست و اطاعت از او در معصیت خدا روا نمی‌باشد.^۳

همچنین تعهد مسلمان نسبت به برادران دینیش در جایی که پای مصالح دینی در میان باشد بر تعهد او نسبت به غیرمسلمانان مقدم و حاکم است.

در مورد محتوای معاهده در حقوق بین‌الملل نیز شرط شده است که مثلاً برخلاف قواعد آمره^۴ نباشد چنان‌که در ماده (۵۳) کنوانسیون ۱۹۶۹ وین نیز درباره حقوق معاهدات آمده است: «هر معاهده‌ای که در زمان انعقاد با یکی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام در تعارض باشد، باطل است»^۵ و در همین کنوانسیون در تعریف قاعده آمره می‌گوید: «قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام از نظر این معاهده، قاعده‌ای است که جامعه بین‌المللی دولت‌ها، در کل خود، آن را در حد قاعده‌ای که هیچ‌گونه تخطی از حدود آن مجاز نیست و نمی‌تواند جز با قاعده جدید حقوق بین‌الملل عام، با همان

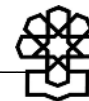
۱. إن علی بن ابیطالب (ع) کان یقول: ... فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً، وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۳.

۲. سوره فتح: ۴۸، آیه ۱۰.

۳. قال رسول الله (ص): لا طاعة لمخلوق فی معصية الخالق، صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۸۱.

۴. هدایت‌الله فلسفی، حقوق بین‌الملل معاهدات، ص ۲۸۲.

۵. ماده (۵۳) کنوانسیون ۱۹۶۹ وین درباره حقوق معاهدات.



خصوصیات، تغییر یابد، پذیرفته و مورد شناسایی قرار داده است».^۱

اما آیا تابعان حقوق در حقوق بین‌الملل می‌توانند با موافقتنامه‌ای خاص، شورای امنیت را حذف کنند یا حق و تو را از اعضای دائم سلب نمایند؟ آیا قاعده آمره‌ای می‌تواند مانع اعمال این حقوق شود؟ لازم است نگاهی به ماهیت قاعده آمره داشته باشیم.

ماهیت قاعده آمره

پیش‌تر اشاره کردیم که قواعد و حقوق بین‌الملل، ناشی از باور تابعان حقوق به مصالح آنان است. به‌نظر می‌رسد آمره بودن قاعده‌ای در مفهوم^۲ کنوانسیون فوق نیز صرفاً به باور و اراده تابعان حقوق در فضای بین‌المللی مربوط است و آنها در مواردی باور و اراده دارند از قاعده‌ای به هیچ وجه تخطی نکنند؛ اما اینکه چرا چنین باور و اراده‌ای دارند؟ این به ادراک ضروری آنها از وجود نظم و ترتیب در روابط بین‌المللی باز می‌گردد و اینکه این روابط زمانی نظم و ترتیب خواهد داشت که تابع قواعدی باشد و اینکه قواعد حاکم بر روابط نیز تابع نظم و ترتیبی است و قاعده‌ای که مصلحت برتری را تأمین می‌کند بر قاعده‌ای که مصلحت کمتری را برمی‌آورد مقدم است و برای آن به نوعی شأن آمری، فرماندهی و حاکمیتی قائل می‌شود.

اما در اینکه کدام مصلحت برتر از سایر مصالح است بین نظریه‌پردازان سیاسی و حقوقی اختلاف است برخی عدالت را برترین مصلحت می‌دانند و برخی امنیت را! و در تزامن این دو قهراً قائلان به برتری مصلحت امنیت، آن را مقدم می‌دارند و در وضع قانون و قاعده نیز این تقدم را لحاظ می‌کنند.^۳ و از آنجا که امنیت عمدتاً با قدرت تهدید و یا تأمین می‌شود، در تزامن مصالح قدرتمندان و ضعفا جانب صاحبان قدرت را می‌گیرند.

به اتکای این نظریه، نظم عمومی و امنیت در کوتاه‌مدت برقرار می‌شود؛ اما چون فضیلت اخلاقی عدالت‌گرایی پایمال شده و ریشه نزاع به قوت خود باقی است، در بلندمدت نظم و امنیت هم در خطر است. بنابراین باید پذیرفت که برترین مصلحت، مصلحت عدالت است که اگر رعایت شود امنیت نیز تحقق نمی‌یابد.

به‌نظر می‌رسد نسبت قاعده آمره با معاهده معارض، مانند نسبت اصول قانون اساسی با قوانین عادی است. قاعده آمره از یک جهت هم شبیه قواعدی در فقه است که گفته می‌شود حکومت دارند مانند قاعده نفی سیل کافر که در همین نوشته به‌طور مبسوط درباره حاکمیت آن بحث شده است و نیز شبیه آن چیزی است که در فقه گفته شده حکم است و با توافق و تراضی افراد تغییر

۱. هدایت‌الله فلسفی، پیشین.

۲. همان، ص ۲۸۹ به بعد.

۳. چنان‌که تدوین‌کنندگان منشور ملل متحد در ماده (۱۰۳) آن آورده‌اند: «در صورت تعارض میان تعهدات اعضای ملل متحد به‌موجب این منشور، و تعهدات آنها برطبق هر موافقتنامه بین‌المللی دیگر، تعهدات آنها به‌موجب این منشور اولویت خواهند داشت».

نمی‌یابد مانند «ضمان بایع نسبت به تلف مبیع قبل از قبض ... که طرفین نمی‌توانند در حین بیع شرط سقوط ضمان مذکور را از بایع بکنند. در اصطلاح جدید در این مورد قانون امری و قانون غیرامری به کار رفته است».^۱

فلسفی می‌گوید: «قاعده آمره در حقوق بین‌الملل همانند قاعده آمره در حقوق داخلی، آن قاعده‌ای است که تابعان حقوق نمی‌توانند با موافقتنامه‌ای خاص از حدود آن تخطی کنند».^۲ ضیایی بیگدلی می‌گوید: «اصل عدم تجاوز، اصل تحریم جنگ و اصل عدم توسل به زور در زمره قواعد آمره بین‌المللی می‌باشند».^۳

به هر حال اگر معاهده‌ای با شرایط صحیح منعقد شد لزوم وفا دارد و در صورتی که با شرایط صحیح منعقد نشده باشد اعتبار آن مخدوش است و در اینجا لازم است نگاهی به عهدنامه‌های دوجانبه ایران از حیث محتوا و رویه عملی دولت جمهوری اسلامی داشته باشیم.

اعتبار عهدنامه‌های ایران

عهدنامه‌های دوجانبه ایران، از حیث زمان تصویب دو دسته‌اند، آنها که پیش از انقلاب به تصویب رسیده‌اند و آنها که پس از انقلاب از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشته‌اند.

در مورد دسته اخیر چون مصوبات مجلس پس از تأیید شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت قابلیت اجرا می‌یابند، می‌توان گفت از حیث شرعی کنترل شده‌اند و برابر ماده (۹) قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در حکم قانون هستند و دولت موظف به رعایت مفاد آنهاست.^۴

اما در مورد عهدنامه‌هایی که پیش از انقلاب و توسط مجلسین نظام شاهنشاهی به تصویب رسیده‌اند سه نظریه ممکن است وجود داشته باشد:

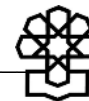
۱. گفته شود که مطلقاً اعتبار شرعی ندارند و باطلند، از آن‌رو که حاکمیت شاهنشاهی یا به وکالت از مردم عهدنامه‌ای را امضا کرده است که می‌دانیم مردم به آن وکالت نداده بودند و آن را به‌عنوان وکیل خود قبول نداشتند، یا به‌عنوان ولایت امضا کرده که به او ولایت نداده بودند پس

۱. ترمینولوژی حقوق، ص ۲۴۳.

۲. هدایت‌الله فلسفی، پیشین، ص ۲۸۹.

۳. محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۲۶۱. وی در ص ۲۳۲ می‌گوید: «امروزه قواعد زیر به‌عنوان مصادیق بارز قاعده آمره مورد پذیرش و شناسایی جامعه بین‌المللی قرار گرفته‌اند: اصل وفای به عهد، اصل حسن نیت، اصل منع توسل به زور و تحریم جنگ، اصل منع تجاوز (مسلحانه)، اصل حق ملت‌ها در تعیین سرنوشت خود، اصل احترام به حاکمیت، استقلال و تمامیت سرزمینی کشورها، اصل دفاع مشروع، اصل احترام به حقوق و آزادی‌های اساسی بشر، اصل منع کشتار جمعی، اصل منع هواپیما رایی، اصل منع جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی، اصل منع آلودگی محیط زیست دریاها، فضا و ماورای جو، اصل منع تروریسم».

۴. ماده (۹) قانون مدنی: «مقررات عهدی که برطبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است».



تصرفشان یا غاصبانه و جائزانه بوده است که نافذ نیست، یا فضولی است و در هر صورت حتی اگر آن را فضولی نیز محسوب کنیم، تنها پس از امضای معاهده توسط کسی که ذیحق است و اهلیت دارد نافذ است پس اگر صاحبان حق آن را امضا کنند لزوم وفا دارد.

و نیز چون حاکمیت شاهنشاهی حاکمیت طاغوت است و طاغوت ماهیتاً مشروعیت ندارد، پس اگر مردمی حاکمیت خود را به زیر کشند و حاکمیتی با ماهیت متفاوت روی کار آورند؛ مثل حاکمیت جمهوری اسلامی ایران که ماهیتش غیر از ماهیت نظام شاهنشاهی است، می‌توانند به معاهدات آن ملتزم نباشند چون حاکمیت سابق بر ماهیت خودش معاهدات را پذیرفته است و پذیرش هر معاهده‌ای از سوی آن در واقع ایجاد نوعی تعهد بر ذمه مردم است، پس التزام به معاهده یا فسخ و الغای آن، پس از اسقاط حاکمیتی که ماهیتش از نظر مردم مردود بوده است، به اختیار همان مردم است؛ لذا باید یا به‌طور مستقیم به رأی آنان گذاشته شود یا توسط نمایندگان مردم و مجلسی که در حکومت جدید و به اتکای قانون اساسی جدید، شکل گرفته است به تصویب برسد.

۲. گفته شود: همه معاهدات نظام شاهنشاهی معتبرند چون شرایط صحت انعقاد معاهده از قبیل اهلیت؛ رضایت؛ قصد و اختیار را داشته است و چیزی بر خلاف قواعد آمره در حقوق بین‌الملل نیز در آنها یافت نمی‌شود.

۳. گفته شود: اعتبار آنها به‌طور مطلق نفی یا اثبات نمی‌شود، بلکه هر معاهده از دو جهت باید مورد بررسی قرار گیرد:

(الف) به لحاظ شرایط متعاهدین از قبیل اهلیت؛ رضایت؛ قصد و اختیار صحیح واقع شده است یا خیر؟

(ب) از آن جهت که آیا متضمن مواد و شروطی فاسد یا تعهداتی بر خلاف مصالح^۱ مردم مسلمان اوامر، نواهی و قواعد حاکمه مقید اراده، در حقوق اسلامی، در رابطه با طرف یا اطراف دیگر یا غیرمسلمانان بوده است یا خیر؟

پس در صورتی که معاهده به لحاظ شرایط متعاهدین صحیح بوده و متضمن شرطی فاسد یا تعهدی بر خلاف مصالح نبوده است لزوم وفا دارد و اگر متضمن مواد یا شرایطی بر خلاف مصالح مسلمانان باشد و به سلطه یا سیل کافر منتهی یا موجب تقویت کفر و ظلم و طغیان و فساد شود، مشمول قواعدی مانند قاعده نفی سلطه یا سیل کافر، نفی رکون و اعانه (تمایل و کمک) به ظالم و کافر و طاغوت، و نفی تعاون بر اثم و عدوان و نفی فساد و افساد می‌شود و مورد تأیید قرار

۱. اعم از مصالح اعتقادی و غیراعتقادی.

نمی‌گیرد و در اینجا است که فسخ معاهده یا انصراف و خروج از آن مطرح می‌شود.^۱ به هر حال از دید نقل نیز این تفصیل استفاده می‌شود چنان‌که روایت شده است که پیامبر اسلام (ص) نسبت به اعمال و رفتاری که پیش از اسلام تحقق یافته بود فرمود: «آگاه باشید که هر چیزی از جاهلیت زیر این دو پای من است».^۲

واژه «کل شیء» در روایت فوق‌الذکر عام است و شامل هر تعهد و کاری می‌شود حتی اگر به نظر اسلام صحیح باشد! اما روشن است که هر چیزی (کل شیء) با این گستردگی نمی‌تواند مراد باشد چون عقل معاهدات و حقوق و سنت‌های مورد تأیید اسلام را استثنا می‌کند، پس باید گفت هر چیزی (کل شیء) شامل هر تعهد و کاری است که با قطع نظر از قواعد و احکام اسلام به حکم عقل و فطرت باطل و بی‌ارزش محسوب و باید به‌طور یک‌جانبه فسخ شود یا انصراف از آن را اعلام کرد،^۳ خواه ذات عمل محکوم به بطلان باشد یا شرطی از شرایط آن نادرست باشد یا در شرایطی که به حکم عقل و عرف غیرقابل قبول است، انجام شده باشد مانند بت‌پرستی یا خونی که در نزاع‌های قبیله‌ای به جهالت ریخته شده یا بدهکاری از ناحیه قمار یا ربا! یا معامله‌ای که به آن راضی نبوده است.

ولی تعهدی که قبل از اسلام به حکم عقل صحیح بوده و با رضا و اختیار انجام شده باشد بی‌اعتبار نیست و در حاکمیت اسلام نیز محترم است.

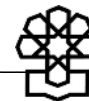
علاوه‌بر این پیامبر (ص) این جمله را در مقام امتنان فرموده است و تضييع حقوق مسلم و ابطال معاهدات صحیح مانند حلف الفضول خلاف امتنان است. و به این ترتیب می‌توان تفصیل داد.

۱. اخیراً در بحث جانشینی کشورها نیز برخی بین معاهدات تفصیل داده و آنها را تقسیم کرده‌اند به معاهداتی که ماهیت دادوستدی و مبادله‌ای دارند و معاهداتی که چنین ماهیتی ندارند و معاهدات ناظر به حقوق بشر را از قسم دوم دانسته و در مورد این قسم معتقدند دولت‌های جدید به‌طور اتوماتیک جانشین دولت‌های پیش از خود هستند. قاضی ورماتری می‌گوید: «همه ادله فوق دست‌به‌دست هم داده‌اند تا آنچه که به نظر من یک اصل حقوق بین‌الملل معاهدات است شکل گیرد. این اصل همانا جانشینی اتوماتیک کشور به معاهده حقوق بشری حیاتی‌ای چون کنوانسیون کشتار جمعی (ژنوسید) می‌باشد»، قاری سیدمحمد سیدفاطمی، حقوق بشر در جهان معاصر، ج ۱، ص ۱۸۳.

۲. ألا و إن كل شيء من امر الجاهلية، موضوع تحت قدمی هاتین، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۱۰۲۳ و در ادوار فقه ج ۱، ص ۳۷۰، آمده است: الا كل دم و مال و مأثرة في ... ، و در المنجد می‌گوید: المأثرة: الفعل الحميد يترك أثراً طيباً.

همچنین از کلام پیامبر اسلام (ص) که فرمود: الاسلام يجب ما قبله: اسلام ما قبل خود را قطع می‌کند (می‌پوشاند)! کنزالعرفان، ج ۱، ص ۱۶۶، جواهرالکلام، ج ۱۳، ص ۵۶. ممکن است بر مطلوب استدلال کرد با این توضیح که رفتارهای قبل از اسلام شامل معاهدات آنها نیز می‌شده است و معاهدات دو دسته‌اند: معاهدات ناشی از جهل و کفر و طغیان که اسلام آنها را پوشانده و رابطه آنها را با زمان اسلام قطع کرده است و معاهدات ناشی از فطرت و عقل سلیم که اسلام بنای خود را بر آن نهاد و بدان پیوند زد پس مورد تأیید اسلام است مثل معاهده بر یاری مظلومان تحت عنوان حلف الفضول.

۳. اعلام انصراف با نماینده حاکمیت است که بعد از اعلام مخالفت معاهده با مصالح اعتقادی یا غیراعتقادی نمایندگان مردم انجام می‌شود.



همچنین پیامبر (ص) زمانی که معاذ بن جبل را به یمن فرستاد به وی فرمود: «امر جاهلیت را جز آنچه اسلام آن را سنت نهاد بمیران و امر اسلام را آشکار کن بزرگ و کوچک آن را...»^۱ منظور از امر جاهلیت، قواعد، احکام، حقوق، سنت‌ها و عاداتی است که در ظرف زمانی پیش از اسلام واقع شده‌اند و منظور از آنچه اسلام آن را سنت نهاد آن بخشی است که از نظر اسلام مانعی ندارد چون اسلام در زمان جاهلیت نبود که چیزی را سنت گذاشته باشد.

شاهد بر این تفصیل تأیید «حلف الفضول» پس از اسلام است. ابن هشام می‌نویسد: پیش از اسلام «برخی از قبائل قریش در خانه عبدالله بن جدعان گرد آمدند و پیمانی بستند بر اینکه از هر مظلومی از اهالی مکه یا غیرمکه که به آنجا آمده است، به دفاع برخیزند و همگی علیه ظالم یاریگر هم باشند تا حق مظلوم را باز پس دهد».^۲ پیامبر (ص) پس از ظهور اسلام در مورد این پیمان -که در تاریخ اسلام به «حلف الفضول» معروف است- فرمود: «در خانه عبدالله بن جدعان شاهد پیمانی بودم که آن را با انبوهی از شتران گرانقیمت معاوضه نمی‌کنم. اگر در اسلام هم به آن دعوت شوم پاسخ مثبت می‌دهم».^۳

از کلام پیامبر (ص) استفاده می‌شود هر پیمانی که چنین محتوایی داشته باشد، در هر زمان که منعقد شده باشد، از نظر اسلام معتبر است حتی اگر در زمان جاهلیت باشد.

رویه جمهوری اسلامی

دولت جمهوری اسلامی تاکنون به عهدنامه‌های پیش از انقلاب، در عمل وفادار مانده است، چنان‌که در قضیه اسقاط هواپیمای ایرباس به وسیله ایالات متحده آمریکا به اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و کنوانسیون راجع به هواپیمایی کشوری و کنوانسیون ۱۹۷۱ مونترال استناد کرد^۴ و در

۱. عن النبی (ص) قال: امت امر الجاهلیة الا ما سنه الاسلام و اظهر امر الاسلام كله صغیره و کبیره، حرانی، تحف العقول، ص ۲۵.

۲. فتعاقدا و تعاهدوا علی ان لا یجدوا بمکة مظلوما من اهلها و غیرهم ممن دخلها من سائر الناس إلا قاموا معه و کانوا علی من ظلمه حتی ترد علیه مظلّمته، سیرة ابن هشام، ج ۱، ص ۱۴۱.

۳. لقد شهدت فی دار عبدالله بن جدعان حلفاً ما احب أن لی به حمر النعم و لو ادعی به فی الاسلام لأجبت، همان، حسینعلی منتظری، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة، ج ۲، ص ۲۰۷.

۴. در قضیه سرنگون کردن هواپیمای ایرباس جمهوری اسلامی ایران توسط ناو وینسنس آمریکا، دولت ایران ابتدا به سازمان هوانوردی کشوری (ایکائو) شکایت برد و پس از ابراز تصمیم این سازمان به آن اعتراض کرد و در پی آن به عنوان پژوهش‌خواهی در سال ۱۹۸۹ به دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع کرد و در مقدمه دادخواست خود مرقوم داشت: «افتخار دارم که به منظور پژوهش‌خواهی از تصمیم مورخ ۱۷ ماه مارس ۱۹۸۹ شورای سازمان هواپیمایی کشوری به بند «۱» ماده (۳۶) و ماده (۳۷) اساسنامه دیوان و ماده (۸۴) کنوانسیون راجع به هواپیمایی کشوری (شیکاگو) مورخ ۱۹۴۴ رجوع نمایم و نیز به ماده (۱۴) کنوانسیون راجع به مبارزه با اعمال غیرقانونی علیه امنیت هوانوردی کشوری مورخ ۱۹۷۱ (کنوانسیون مونترال) استناد کنم. جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده آمریکا هر دو از اعضای دو کنوانسیون مذکور هستند. به موجب کنوانسیون‌های مذکور صلاحیت دیوان به رسمیت شناخته شده است. بنابراین به موجب بند «۱»

قضیه اروندرود به معاهده ۱۹۷۵ الجزایر با دولت عراق و در مورد سهم ایران از دریای خزر به قرارداد ۱۹۲۱ ایران و شوروی و قرارداد «کشتیرانی و بازرگانی دولت شاهنشاهی ایران و دولت اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی» که در تاریخ ۱۵ فروردین ۱۳۱۹ برابر با ۲۵ مارس ۱۹۴۰ منعقد شده‌اند تمسک کرد و مورد اعتراض هم قرار نگرفت.

نهادهای بین‌المللی نیز در موارد عدیده به معاهدات پذیرفته شده از سوی ایران در زمان شاه استناد کرده‌اند و معمولاً کسی از این طرف در رد آنها به این دلیل که توسط رژیم شاهنشاهی تصویب شده‌اند استناد نکرده است. چنان‌که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه گروگانگیری در رأی خود علیه ایران به عهدنامه مودت روابط اقتصادی و حقوق کنسولی ۱۹۵۵ میان ایران و آمریکا، استناد کرده و می‌گوید: «اگرچه به خاطر قطع روابط دیپلماتیک و کنسولی بین دو کشور توسط آمریکا مشکلاتی بر سر راه اجرای کامل عهدنامه ۱۹۵۵ پدید آمده است؛ اما مقررات آن به‌عنوان مجموعه‌ای از حقوق قابل اجرا در روابط دو کشور به اعتبار خود باقی است».^۱

اما ظاهراً استناد دولت جمهوری اسلامی به برخی از معاهدات یا استناد نهادهای بین‌المللی به آنها و عدم رد دولت جمهوری اسلامی به معنای آن نیست که مفاد آن معاهدات از نظر شرع بدون اشکال و پذیرفته شده هستند چون نهاد متکفل موافقت یا عدم موافقت آن معاهدات با اسلام و قانون اساسی شورای نگهبان است و رویه شورای نگهبان این است که تا در مورد شمول یکی از مواد قانون اساسی بر قوانین جاریه که شامل معاهدات قبل از انقلاب اسلامی هم می‌شوند، نظر تفسیری آن خواسته نشود، یا مصوبه‌ای در مورد رجوع به مراجع قضایی بین‌المللی یا داوری به آن ارجاع نشود، اظهار نظر نمی‌کند.

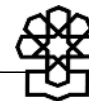
شورای نگهبان در مورد قوانین جاریه که شامل معاهدات قبل از انقلاب هم می‌شوند، در نظریه شماره ۶۰۲۵ مورخ ۱۳۶۵/۴/۱۸ این گونه اظهار نظر کرده است: «نظر به اینکه در مواردی که شمول هر یک از اصول قانون اساسی نسبت به قوانین جاریه به تفسیر شورای نگهبان نیاز داشته باشد، مادام که شورای نگهبان نظر تفسیری نداده باشد آن قوانین منع اجرایی ندارد و جواز اجرای آن قوانین به اصل خود باقی است...».^۲

ظاهراً منظور از «جواز اجرای ... به اصل خود» در انتهای عبارت جواز مبتنی بر اصل صحت

ماده (۴۱) اساسنامه و ماده (۳۸) آیین‌نامه داخلی دیوان، این دادخواست را به نام جمهوری اسلامی ایران علیه ایالات متحده آمریکا جهت رسیدگی به قضیه تسلیم می‌نمایم». سعید میرزایی ینگجه، ایران و صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری، ص ۱۱۱.

۱. سعید میرزایی ینگجه، ایران و صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری، ص ۹۳.

۲. مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۹۹.



نیست، بلکه جواز ناشی از اضطرار است؛ زیرا تا بازنگری قوانین و تعیین صحت و سقم آنها نمی‌توان در خلأ قانونی بسر برد، پس در صورت ضرورت به آنها عمل می‌شود!!

مبحث ششم - لزوم وفای به عهد

اگر معاهده‌ای به درستی^۱ منعقد شده باشد به حکم عقل وفای به آن لازم است؛^۲ زیرا در غیراین صورت سنگ روی سنگ بند نمی‌شود و به اختلال نظام می‌انجامد و از دید عقل نیز وفای به عهد یکی از اصول پذیرفته شده اسلام که در قرآن و سنت بر لزوم آن تأکید شده است. قرآن در صدر سوره مائده می‌فرماید: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به قراردادهای خود وفا کنید.^۳

و نیز می‌فرماید: **وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا**؛ به پیمان [خود] وفا کنید. زیرا که از پیمان پرسش خواهد شد.^۴

و از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: «من عهدهی را که بسته‌ام نمی‌شکنم».^۵

و امام علی (ع) در فرازی از عهدنامه مالک اشتر خطاب به وی می‌فرماید: «ای مالک! اگر با دشمنت پیمان بستی یا به وی امان دادی، به پیمانت وفا کن و امان را به درستی پاس بدار ... پس به امانی که داده‌ای خیانت مکن و پیمانت را مشکن و دشمنت را فریب مده ... خداوند عهد و امانش را مایه امنیت بندگانش قرار داده ... پس تباهاکاری و تدلیس و فریب در آن روا نیست ... و تنگنای وضعیت بعد از معاهده تو را وادار نکند که بدون حق آن را فسخ کنی ...».^۶

اما چرا با وجود حکم عقل، نقل هم وفای به عهد را مطالبه می‌کند؟ چون انسان به شدت درگیر منافع آنی خویش است و ممکن است حتی زمانی که متصف به صفت ایمان است، تحت تأثیر توجیهات نفسانی و با توسل به آنها یا غرور ناشی از قدرت، به عهدی که بسته وفا نکند، پس لازم دیده است به صراحت از او بخواهد به عهد و عقدش وفا کند گرچه به ضرر او باشد.

آیت‌الله منتظری می‌گوید: «کلیه تعهدات دولت اسلامی با دولت‌های کافر غیرحربی که در جهت

۱. منظور از به‌درستی آن است که معاهده با شرایطی که خواهد آمد منعقد شده باشد.

۲. بنگرید به: حسینعلی منتظری، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة*، ج ۲، ص ۷۳۱.

۳. سوره مائده: ۵، آیه ۱.

۴. سوره اسراء: ۱۷، آیه ۲۴.

۵. انی لاهیسین بالعهد. ابی داود، سلیمان بن اشعث، سنن ابی داود، ج ۲، ص ۷۵.

۶. ان عقدت بینک و بین عدو لک عقدة او البسته منک ذمة فحط عهدک بالوفاء و ارج ذمتک بالامانة ... فلاتغدرن بذمتک و لاتخیسن بعهدک و لاتختلن عدوک ... و قد جعل الله عهده و ذمته امناً ... فلا ادغال و لا مدالسة و لا خداع فیه ... و لایدعونک ضیق امر لزمک فیه عهد الله الی طلب انفساخه بغير الحق ... فیض الاسلام، نهج البلاغه، صص ۱۰۲۷ و ۱۰۲۸.

مصلحت اسلام و مسلمانان منعقد شده باشد محترم خواهد بود...»^۱

عمید زنجانی در مورد قراردادهای بین‌المللی می‌گوید: «طرفین یا طرف‌های عقد موظفند به کلیه آثار و حقوق و مسئولیت‌های ناشی از التزام به عقدی که انجام گرفته و نیز به همه شرایط و تعهدات خاصی که در متن عقد آورده‌اند ملتزم و متعهد گردند»^۲ بر این اساس که «اصل لزوم وفای به عهد که مفاد آیه شریفه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۳ و حدیث شریف: «المؤمنون عند شروطهم»^۴ است شامل کلیه قراردادها می‌شود و طبق این ادله بر هر نوع التزام و پیمانی که واجد شرایط عمومی عقود باشد حاکم است»^۵. البته منظور وی در مواردی است که معاهده به درستی انجام شده باشد.

بند اول - فسخ معاهده

به‌رغم همه تأکیدهایی که عقل و نقل بر لزوم وفای به عهد کرده است، اما برای آن استثنا هم قائل می‌شود و می‌گوید اگر معلوم شود پیمانی با شرایط صحیح منعقد نشده باشد باطل است و در صورتی که طرف ذینفع به بطلان آن رضایت ندهد التزام به آن یا استمرار التزام به آن از سوی طرف زیضر لازم نیست، بنابراین از اولین زمان علم و پس از اعلام بطلان می‌تواند آن را فسخ کند!!^۶

گاه فسخ از یک سو در مقابل فسخ از سوی دیگر است چنان‌که قرآن می‌فرماید: وَإِذَا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ^۷ و اگر از گروهی [با مشاهده نقض عهد به‌طور قطعی] بیم خیانت داری [پیمانشان را] به‌طور یکسان [همچون آنان] به سویشان بیانداز [تا بدانند که پیمان از سوی شما نیز گسسته است].

در قرآن گاه واژه «خوف» به کار رفته و مراد از آن خوف ناشی از علائم ظنی است^۸ و گاه «خوف» به کار رفته و منظور از آن خوف ناشی از قطع مثل همین آیه که منظور از «تخافن»، خوف ناشی از قطع است؛ زیرا فرمود: فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ یعنی همان‌طور که آنان پیمان را به

۱. حسینعلی منتظری، رساله توضیح المسائل، مسئله ۲۵۳۴.

۲. عمید زنجانی، فقه سیاسی حقوق و تعهدات بین‌المللی...، ص ۸.

۳. سوره مائده: ۵، آیه ۱.

۴. عن ابی عبدالله (ع) قال: المسلمون عند شروطهم الا شرطاً.... وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۳.

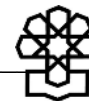
۵. عمید زنجانی، پیشین، ص ۸.

۶. پیش‌تر این مورد در شماره ۲ ذیل شرایط طرفین گذشت.

۷. سوره انفال: ۸، آیه ۵۸.

۸. مثل آیه فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ (سوره بقره: ۲ آیه ۲۲۹) که صاحب مجمع در تفسیر آن می‌نویسد: أی ظننتم، مجمع البیان، ج

۲-۱، ص ۵۷۸.



سوی شما انداخته‌اند و برای شما ایجاد خوف کرده‌اند، شما نیز پس از علم به پیمان‌شکنی آنها پیمان را به سویشان بیاندازید. البته «امر» در اینجا مفید جواز است.

پس معنای آیه این است که اگر به‌طور قطعی نقض عهد کرده‌اند و از خیانت آنان خوف داری می‌توانی پیمانشان را به‌طور یکسان به سویشان بیاندازی و پیامبر (ص) بعد از قطع به نقض و فسخ عهد توسط یهود، پیمانشان را فسخ کرد.^۱

در جواهرالکلام از قواعد علامه و غیر آن نقل می‌کند که گفته‌اند: «اگر امام از خیانت آنان آگاهی یافت می‌تواند عهد آنان را به سوی ایشان بیافکند و آنها را [از نتایج خیانت] بر حذر دارد ولی فسخ عهد به صرف شک و گمان جایز نیست».^۲

امام علی (ع) نیز می‌فرماید: «ای مالک! اگر با دشمن پیمان بستنی ... به پیمان وفای کن و امان را به درستی پاس بدار ... و تنگنای وضعیت بعد از معاهده تو را وادار نکند که بدون حق آن را فسخ کنی ...».^۳ مفهوم ذیل کلام حضرت این است که به حق می‌تواند آن را فسخ کند.

بند دوم - تجدیدنظر در معاهدات

با اینکه عقل به التزام بر عقود و پیمان‌ها حاکم و لازمه التزام استمرار معاهده است؛ اما در عین حال گاه تجدیدنظر در معاهده را لازم می‌داند؛ چون گاه معاهده در شرایطی منعقد شده است که دو طرف آن را به نفع خود دیده‌اند، ولی پس از مدتی و تغییر برخی شرایط یک یا هر دو طرف، معاهده را با آن صورت به نفع خود نمی‌بینند. در این مورد اگر هر دو طرف بر تغییر و تجدید معاهده توافق کنند دیگر مشکلی وجود ندارد، همچنین اگر یک طرف خواستار تغییر و اصلاح یا تجدید پیمان و معاهده باشد و این اختیار در متن معاهده برای او پیش‌بینی شده باشد باز هم مشکلی پدید نمی‌آید؛ اما اگر چنین اختیاری پیش‌بینی نشده باشد و طرف دیگر هم تمایل نداشته باشد چه باید کرد؟

البته این بحث در معاهداتی راه می‌یابد که محلی برای طرح تغییر و تجدید معاهده وجود داشته باشد مانند منشور ملل متحد که در زمان انعقاد آن برخی کشورها مانند ژاپن و آلمان شکست خورده و متلاشی و برخی مانند هند مستعمره انگلیس و برخی مانند برزیل فاقد قدرت بودند، اما پس از ۶۵ سال از انعقاد منشور وضعیت این کشورها در جهان متفاوت شده و خواستار آنند که به تناسب تأثیری که می‌توانند در صلح و امنیت بین‌المللی داشته باشند، در نهادهای برتر جهانی ایفای

۱. عباسعلی عظیمی شوشتری، حقوق قراردادهای بین‌المللی در اسلام، ص ۳۲۹.

۲. لو استشرع الامام خیانة جاز له أن ینذ العهد الیهم و ینذرهم و لایجوز نذ العهد بمجرّد التهمة، جواهرالکلام، ج ۲۱، ص ۲۹۴ و معنای واژه «استشرع» در کنار واژه «تهمه» به معنای علم است.

۳. ان عقدت بینک و بین عدو لک عقدة ... فحط عهدهک بالوفاء و ارفع ذمتک بالامانة ... و لایدعونک ضیق امر لزمک فیه عهد الله الی طلب انفساخه بغير الحق ...، فیض الاسلام، نهج البلاغه، صص ۱۰۲۷ و ۱۰۲۸.

نقش کنند و عضو دائم شورای امنیت باشند؛ لذا باید راهی برای تغییر و تجدیدنظر در معاهده وجود داشته باشد؛ چون عدم تغییر ممکن است جهان را به سمت جنگی جدید سوق دهد.

کلیار می‌نویسد: «طی قرون متمادی، هرگاه نظام سیاسی بین‌المللی از معاهداتی به‌وجود می‌آمد که پس از جنگ انعقاد یافته بود، هرگونه تغییری در تعادل نیروهای موجود، مسئله تجدیدنظر در معاهدات را به‌میان می‌آورد، کشورهای مغلوب سالیانی چند پس از شکست و ناکامیشان تجدیدنظر در معاهدات را طلب می‌نمودند ...»^۱ وی در نهایت پیشنهاد می‌کند که برای پرهیز از جنگ «قاضی، داور یا هیئتی سیاسی را دخالت داده و با استمداد از آنها در معاهده تجدیدنظر به‌عمل آورده آن را با اوضاع و احوال و واقعیات اجتماعی منطبق ساخت. به‌نظر می‌رسد چنین مداخله‌ای تنها راه احتراز از جنگ است»^۲.

مبحث هفتم - اقسام معاهده

معاهدات دو یا چندجانبه بسیاری میان کشورها در زمینه‌های مختلف منعقد شده و می‌شود. مانند معاهده صلح و دوستی، معاهده ترک مخاصمه، معاهده تجارت و بازرگانی، معاهده کشتیرانی، معاهده تحدید سلاح، میثاق جامعه ملل، منشور ملل متحد، میثاق حقوقی مدنی و سیاسی، میثاق حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی، کنوانسیون جهانی حقوق کودک، کنوانسیون رفع انواع تبعیضات علیه زنان، و ... برای این معاهدات طبقه‌بندی‌هایی ارائه شده است^۳ که ازجمله مهمترین آنها تقسیم معاهدات به معاهدات قانون‌ساز و معاهدات اجرایی است. یعنی معاهداتی که در آنها بر ایجاد قواعد و مقررات و حقوق توافق می‌شود و معاهداتی که در آنها بر اجرای قواعد و مقررات و حقوق از پیش معلوم در موضوعی معین توافق می‌شود. یکی از معاهدات قسم اخیر معاهده استرداد مجرمان است. و از قسم اول دو معاهده اعطای حق قضاوت کنسولی (کاپیتولاسیون) و معاهده حل و فصل اختلافات است که آنها را به اختصار مورد بحث قرار می‌دهیم چون به موضوع رساله مرتبط هستند.

بند اول - معاهده استرداد مجرمان

استرداد در لغت به معنای بازپس خواستن است^۴ و در اینجا به معنای باز پس خواستن مجرمانی است که به کشور دیگر رفته و مأمن گزیده‌اند.

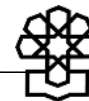
در زمان حاضر، عبور از مرز کشوری و ورود به کشوری دیگر بسیار آسان است و کسانی

۱. کلودآلبر کلیار، نهادهای روابط بین‌الملل، ص ۴۹۰.

۲. همان.

۳. بنگرید به: فلسفی، پیشین، ص ۹۳.

۴. همان، فرهنگ عمید.



که به دنبال فضای اجتماعی دیگری هستند تا خود را از محاکمه یا اجرای مجازات یا فضای بسته سیاسی یا مذهبی نجات دهند به راحتی می‌توانند از مرزهای قراردادی عبور کرده و وارد قلمرو حاکمیتی دیگران شوند و روشن است که در مسئله استرداد دیدگاه تقاضاکننده و تقاضاشونده مختلف است. از دید کشور متقاضی رد، کسی که تقاضای استرداد او شده مجرم است، اما ممکن است از دید کسی که تقاضای استرداد او شده و کشور میزبان وی، آن کس مجرم نباشد. از دید اسلام افراد در انتخاب محل زندگی آزادند و هر کس می‌تواند با حفظ هویت انسانی-اسلامی و با التزام به حق در هر جای عالم زندگی کند و اتباع کشورهای غیراسلامی نیز می‌توانند در پناه و تحت حاکمیت اسلامی در سرزمین‌های مسلمانان زندگی کنند. بنابراین بحث فرار (یا مهاجرت)، پناهندگی تابعیت و استرداد از مسائل مطرح در حقوق بین‌الملل در این زمان، در گذشته هم وجود داشته است.

در کنواسیون‌های ناظر به این قضایا در حقوق بین‌الملل چند مسئله برجسته است:

۱. نفس تقاضای پناهندگی، اعطای آن و حقوق پناهندگان.
 ۲. مسئله استرداد مجرمان یا تقاضای باز پس فرستادن کسانی است که به دید متقاضی رد مرتکب جرم شده‌اند.
- در مورد مسئله اخیر آنچه به بحث ما در این رساله مربوط می‌شود این است که اگر فردی مسلمان که تابعیت کشوری غیرمسلمان را دارد به هر دلیل وارد کشوری مسلمان شود^۱ خواه از قبل مسلمان بوده یا بعد از ورود مسلمان شده باشد و کشور غیرمسلمان تقاضای استرداد او را داشته باشد تا به اتهام او رسیدگی نماید یا محکومیتش را بگذارند، آیا کشور مسلمان می‌تواند آن فرد مسلمان را در اختیار آن کشور غیرمسلمان بگذارد؟
- می‌گوییم کشور اسلامی یا معاهده‌ای خاص یا عام ناظر به این مسئله را از پیش پذیرفته یا نپذیرفته است. پس به دو مسئله می‌پردازیم:

۱. اگر پذیرفته باشد به اقتضای لزوم وفای به عهد بر حسب مندرجات عهدنامه به درخواست استرداد پاسخ می‌دهد، گرچه برخی از شروط معاهده پذیرفته شده برخلاف احکام اولیه اسلام باشد که در زمان انعقاد، طرف مسلمان آگاهانه و به ضرورت به آنها تن داده است، چنان‌که پیامبر اسلام (ص) در معاهده صلح حدیبیه پذیرفت هر کسی را که از سمت کفار به سوی مسلمانان آید

۱. به‌عنوان مهاجری که به دنبال فضای بهتر اجتماعی است یا متهم یا مجرمی که به قصد فرار از پیگرد قانونی یا تحمل مجازات، وارد کشور دیگر می‌شود.

بازگرداند^۱ و به این شرط نیز در مورد مردان عمل کرد، اما در مورد زنان اختلاف شده که آیا در این معاهده عودت دادن زنان پناهنده نیز شرط شده بود یا خیر؟

برخی گفته‌اند خیر، مانند جبائی که گفته است: «در شروط معاهده صلح حدیبیه بازگرداندن مردان شرط شد نه زنان و از زنان ذکری به میان نیامد و پس از آنکه ام‌کلثوم بنت عقبه بن ابی معیط مسلمان شد و از مکه به مدینه آمد دو برادر وی به مدینه آمدند و از پیامبر درخواست کردند او را برگرداند، پیامبر فرمود: ما در مورد مردان شرط کردیم نه زنان و او را باز نگرداند».^۲

در المیزان نیز می‌نویسد: «در معاهده مکتوب، بین پیامبر (ص) و اهل مکه ذکر شده بود که اگر مردی از اهالی مکه به مسلمانان بپیوندد او را باز گردانند و اگر مردی از مسلمانان به اهل مکه ملحق شود او را باز نگردانند».^۳

اگر واقع امر این گونه بوده است پیامبر (ص) طبق معاهده عمل کرده‌اند.

اما گروهی دیگر بر این عقیده‌اند که معاهده شامل زنان و مردان بوده و پس از انعقاد و مهاجرت برخی از زنان مؤمن، خداوند با نزول آیه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ...» ای کسانی که ایمان آورده‌اید، چون زنان با ایمان مهاجر نزد شما آیند، آنان را بیازمایید خدا به ایمان آنان داناتر است، پس اگر آنان را با ایمان تشخیص دادید دیگر ایشان را به سوی کافران باز نگردانید نه آن زنان بر ایشان [مردان کافر] حلالند و نه آن [مردان کافر] بر این زنان...^۴ عهد با مشرکین را درخصوص زنان مؤمن نقض کرد.^۵

ظاهر عبارت طبرسی در مجمع البیان همین است چنان‌که وی از ابن عباس در شأن نزول آیه قصه‌ای^۶ را نقل می‌کند و سخنی در رد یا تأیید آن نمی‌گوید. از برخی روایات اهل سنت نیز این گونه بر می‌آید چنان‌که در جواهر آمده است «از طریق عامه روایت شده که ام‌کلثوم بنت عقبه بن ابی

۱. علی انه من أتى محمداً من قريش بغير اذن وليه رده عليهم، السيرة النبوية، ص ۳۳۲.

۲. قال الجبائي لم يدخل في شرط حديبه الا رد الرجال دون النساء و لم يجر للنساء ذكر و ان ام كلثوم بنت عقبه بن ابی معيط جائت مسلمة مهاجرة من مكة فجاء اخوها الى المدينة فسألوا رسول الله (ص) ردها عليهما. فقال رسول الله (ص) ان الشرط بيننا في الرجال لا في النساء فلم يردها عليهما، مجمع البیان، ج ۱۰-۹، ص ۴۱۰.

۳. المیزان، ج ۱۹، ص ۲۴۰.

۴. سورة ممتحنة: ۶۰، آیه ۱۰.

۵. بنگرید به: نمونه بیانات در شأن نزول آیات، ص ۸۰۳.

۶. چنان‌که از ابن عباس نقل شده است که: صالح رسول الله (ص) بالحدیبیه مشرکی مکه علی أن من اتاه من اهل مكة رده عليهم و من اتی اهل مكة من اصحاب رسول الله (ص) فهو لهم و لم يردوه عليه و كتبوا بذلك کتاباً و ختموا عليه فجاءت سبعة بنت الحرث مسلمة ... فأقبل زوجها ... فی طلبها و كان كافراً ... فنزلت الآية «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ...»، مجمع البیان، ج ۱۰-۹، ص ۴۱۰.



معیط مسلمان شد و به مدینه آمد. دو برادر وی آمدند و او را درخواست کردند و خدا آیه فوق را نازل فرمود» و پیامبر فرمود: «خداوند اجرای معاهده صلح در مورد زنان را منع کرد».^۱

اما به نظر می‌رسد اگر با این گروه که عقیده دارند خداوند با نزول آیه فوق‌الذکر عهد با مشرکین را درخصوص زنان منع کرد، موافقت کنیم باید آیه را به همین مورد اختصاص دهیم و به شرطی که بعد از معاهده معلوم شده اشتراط آن جایز نبوده عمل نکنیم و به این ترتیب اعلام کرده‌ایم که پیمان ازسوی ما درخصوص این شرط، یا به‌طور کلی نقض شده است و تبعات آن را هم می‌پذیریم. اما نمی‌توان با الغای خصوصیت آن را به هر شرطی که بطلان آن بعد از عقد معلوم می‌شود سرایت داد مگر اینکه ادعای عدم علم در حق معاهد عقلایی و محکمه‌پسند باشد؛ زیرا بنای عقود را که بر لزوم است بر هم می‌زند و اطراف معاهده در هر پیمانی می‌توانند چنین ادعایی کنند و به تعهداتشان پایبند نمانند و به این ترتیب اعتباری برای معاهده باقی نمی‌ماند و به دنبال آن امنیت روانی طرفین و نظم و ثبات جامعه بشری از بین می‌رود و ازسوی دیگر با صریح آیات و روایاتی که ذیل عنوان لزوم وفای به عهد گذشت مخالف است. پس اگر معاهده صحیح منعقد شده است، وجوب وفای به عهد شامل آن می‌شود و لازم است به مفاد عهدنامه ملتزم باشیم تا مدت آن به پایان رسد یا طرف دیگر آن را نقض کند یا اوضاع و احوال به‌گونه‌ای تغییر نماید که عرف عقلاً التزام به آن را لازم نداند.

اما این گفته که معاهده مشتمل بر شرط باطل از اساس باطل است^۲ و وجوب وفا ندارد و یا به‌نظر برخی تنها شرط وجوب وفا ندارد، مربوط به شرطی است که بطلان آن در زمان عقد معلوم بوده است نه شرطی که بعد از عقد معلوم شود باطل بوده است.

پس در زمینه‌ای که معاهد بدانند شرط باطل است، اگر معاهده بر شرط باطل منعقد شود، شرط باطل وجوب وفا ندارد مگر اینکه شرط باطل اساس معاهده را برهم زند که در این صورت معاهده از اساس باطل است! اما اینها پس از آن است که روشن شود انعقاد معاهده ناشی از خیانت و اخذ رشوه یا جهل آشکار نسبت به قواعد و احکام حاکم بوده است.

صاحب شرایع می‌گوید: «هر گاه پیمان ترک جنگ بر امری منعقد شد^۳ که انجام آن جایز نیست

۱. در جواهر می‌گوید: و فی المروء من طرق العامة: «ان ام کلثوم بنت عقبه بن ابی معیط جائت مسلمة فجاء اخوها یطلبانها فأنزل الله تعالی الآیة» و قال النبی (ص): «ان الله منع من الصلح فی النساء»، جواهرالکلام، ج ۲۱، ص ۳۰۰.

۲. الظاهر بطلان العقد من اصله لا خصوص الشرط، لكون التراضی قد وقع علیه، جواهرالکلام، ج ۲۱، ص ۳۰۱.

۳. شکی نیست که امام معصوم پیمان خود را بر امری که انجام آن جایز نیست مانند تظاهر به منکرات و بازگرداندن زن مسلمان منعقد نمی‌کند و شاید انعقاد پیمان حدیبیه توسط پیامبر (ص) به آن جهت بوده تا بگوید انعقاد پیمان بر امری غیرجایز در شرایط عادی جایز نیست و موقعیت قاعده آمزه در حقوق اسلامی را نشان دهد که می‌تواند معاهده سابق را نقض کند.

مانند تظاهر به منکرات و بازگرداندن زن مسلمانی که از دارالحرب به دارالاسلام مهاجرت کرده است، وفای به آن واجب نیست».^۱

عبارت وی تاب هر دو معنا را دارد گرچه صاحب جواهر عدم وجوب وفا را به «ما لا يجوز فعله: امری که انجام آن جایز نیست» مربوط دانسته^۲ و لذا گفته است: «ظاهراً عقد از اساس باطل است و نه فقط شرط، چون رضایت طرفین بر عقد مشروط به شرط باطل واقع شده است».^۳

و اما اینکه صاحب شرایع بازگرداندن زن مسلمانی را که به کشور اسلامی وارد شده و پس از آن مرتد شده باشد جایز نمی‌داند و معتقد است زن مرتد در حکم زن مسلمان است،^۴ ظاهراً از این باب است که او مرتکب جرمی شده که در فضای اسلامی مجازات دارد پس باز گردانده نمی‌شود تا مجازات شود.

۲. اگر کشور مسلمان، معاهده استرداد یا معاهده مشتمل بر لزوم استرداد پناهنده تبعه کشوری دیگر را پذیرفته باشد، آیا می‌توان در شرایط عادی، در صورت تقاضای استرداد مسلمانی از سوی کشوری غیرمسلمان پاسخ مثبت داد و او را بازگرداند؟

این مسئله فروع و جهات متعدد دارد و ممکن است به امور دیگری نیز مربوط باشد. اگر صرفاً مسئله مهاجرت به جهت ایمان به خدا و اسلام باشد به هیچ رو باز گردانده نمی‌شود خواه مرد باشد یا زن. چنان‌که ظاهراً منظور کسانی که گفته‌اند: «استرداد زن مسلمان در هیچ حال به دولت غیرمسلمان جایز نیست».^۵ این فرض است.

اما اگر در کشور متبوعش جرمی مرتکب شده و به‌منظور فرار از مجازات به کشور اسلامی آمده باشد، عملکرد دولت اسلامی در قبال او تابع مصالح ثابت و متغیر اسلام و مسلمانان در قبال دولت غیرمسلمان متقاضی عودت است. گاه ممکن است پس از طلب مدارک دال بر ارتکاب جرم و احراز مجرمیت، او را عودت دهد و صرف عنوان مسلمانی مانع از این امر نمی‌شود و یا او را در کشور اسلامی محاکمه یا مجازات کند و یا اگر احراز شود به هدف جاسوسی وارد شده است او را مبادله کند حتی اگر زن باشد و یا به لحاظ مباحثی که در این مقاله مطرح شده این است اگر بدانیم دادگاه کشور متقاضی رد، به حق در مورد او قضاوت می‌کند او را عودت دهد و به هر حال تشخیص تصمیم مقتضی در مورد او بر عهده حاکمیت جامعه مسلمانان است.

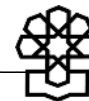
۱. اذا وقعت الهدنة على ما لا يجوز فعله لم يجب الوفا، مثل التظاهر بالمنكير و اعادة من يهاجر من النساء، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۳۳۳.

۲. چنان‌که گفته است: اذا وقعت الهدنة على ما لا يجوز فعله لم يجب الوفا به مثل، جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۳۰۰.

۳. الظاهر باطلان العقد من اصله لا خصوص الشرط، لكون التراضي قد وقع عليه، جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۳۰۱.

۴. اذا قدمت مسلمة فارتدت، لم ترد؛ لانها بحكم المسلمة. شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۳۳۳.

۵. عبدالقادر عوده، حقوق جزای اسلامی، ج ۲، ص ۵۴.



بند دوم - معاهده اعطای حق قضاوت کنسولی (کاپیتولاسیون)

«کاپیتولاسیون از لحاظ لغوی به مفهوم انعقاد عهدنامه و قرارداد و گاهی به معنی خود عهدنامه نیز آمده است ولی مفهوم حقوقی آن عبارت است از نظام قضاوت کنسولی و برخی تضمین‌ها و امتیازات و مصونیت‌های قضایی که به موجب تصمیمات یک جانبه یا پیمان‌ها و یا اسناد قضایی دیگر به اتباع یک دولت در سرزمین دیگر داده می‌شود».^۱

«طبق کاپیتولاسیون اتباع بیگانه از شمول قوانین جزایی و مدنی در قلمرو کشور میزبان مستثنا هستند و رسیدگی به دعاوی حقوقی و جرائم آنها در دادگاه‌های مخصوص و یا محاکم مختلط یا با حضور کنسول کشور خارجی انجام می‌گیرد».^۲

حق یا امتیاز قضاوت کنسولی نوعی ویژه‌طلبی و باج‌خواهی دولتی قدرتمند نسبت به دولتی ضعیف و نیازمند است. اعطای آن استقلال و حاکمیت همه‌جانبه کشور اعطاکننده را بی‌اعتبار می‌سازد و دست عوامل کشور امتیازگیرنده را در مقدرات خود باز می‌گذارد.

لنگرودی می‌نویسد: «کاپیتولاسیون حق قضای بیگانگان در کشور بیگانه. این نوع قضا در شریعت پیش‌بینی و تجویز شده، ولی در آن موقع به‌علت قدرت حکومت اسلامی احتمال توجه مخاطره از این باب نمی‌رفت».^۳

لکن کاپیتولاسیون به مفهوم تقبیح شده - که سرانجام ملغی شد - آن است که دولتی حق قضاوت در مورد اتباع خود را در سرزمینی دیگر با هدف در هم شکستن حاکمیت آن و براساس برتر دانستن خود و تبعیض میان اتباع خود و اتباع آن کشور و اهانت به قوانین و سیستم قضایی آن بر دولت پذیرنده تحمیل کند و چنان‌که گفته شد قرارداد کاپیتولاسیون را «اغلب دولت‌های اروپایی با دولت‌های آسیایی و آفریقایی می‌بستند، زیرا دستگاه قضایی این کشورها را برای حمایت کافی از شهروندان خود توانا نمی‌دانستند».^۴ بلکه قوانین حاکم بر آنها را غیرمتمدنانه و عقب‌مانده و ظالمانه در حق بشری می‌دانستند. چنان‌که در مواردی به این معنا تصریح کرده‌اند از جمله در ماده

۱. مهرداد مصلحی، فرهنگ حقوقی (فارسی - انگلیسی).

۲. سیدجلال‌الدین مدنی، تاریخ سیاسی معاصر ایران، ج ۱، ص ۳۹.

۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، شاید منظور ایشان از تجویز این معنا در شریعت، اجازه قضاوت به اهل کتاب براساس قوانین خودشان در دارالاسلام باشد که از آیه ۴۲ سوره مائده که می‌فرماید: «فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ...» و آیه ۴۳ که می‌فرماید: «وَكَيْفَ يَحْكُمُونَكَ وَحِينَئِذٍ تَنْزِيلُ الْكِتَابِ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ» و آیه ۴۷ که می‌فرماید: «وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ الْإِنجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ» استفاده می‌شود. اما روشن است که قضاوت اهل کتاب در دارالاسلام مقید به احکام خداست که به حق نازل شده حال آنکه در بحث قضاوت کنسولی قضاوت مقید به احکام خدا نیست!

۴. داریوش آشوری، دانشنامه سیاسی، ۲۵۶.

(۳۸) دیوان بین‌المللی دادگستری به اصول کلی حقوقی مقبول نزد ملل متمدن^۱ اشاره شده تا اصول برخی کشورها که نزد آنها غیرمتمدن هستند را خارج کند بدون اینکه در یک فضای علمی و بی‌طرف ارزیابی شده باشد که آیا اصول مورد قبول آنها متمدنانه است یا اصولی مانند اصول اسلامی و اصولاً معیار متمدنانه بودن و نبودن اصول به چیست؟

این پیش‌داوری ناعادلانه در مورد اصول حقوقی مقبول ملل دیگر سبب شد که قدرت‌های فاتح جنگ جهانی دوم در تدوین منشور ملل و اعلامیه حقوق بشر و دیگر کنواسیون‌های بین‌المللی از منابع دینی ذکرى به میان نیاورند و به اصول مقبول ملل غیروپایی توجه کافی نداشته باشند و بعد هم توقع داشته باشند که بافته‌های آنان مورد پذیرش همگان قرار گیرد!

در قرارداد ترکمانچای ایران به نوعی قضاوت کنسولی به نفع روسیه تزاری تمکین کرد. در فصل هفتم این قرارداد در مورد دعاوی حقوقی می‌گوید «... اختلافات و مراعاتی که بین اتباع ایران و اتباع روسیه به ظهور می‌رسد مراجعه به محاکم ایران شده رسیدگی و صدور حکم آن باید در حضور مترجم سفارت یا کنسولگری به عمل آید ...».^۲

در فصل هشتم آن درمورد دعاوی کیفری می‌گوید: «هرگاه شخصی از اتباع روس با اتباع مملکت دیگری متهم به جرمی گردد مورد هیچ تعرض و مزاحمت واقع نخواهد گردید مگر در صورتی که شرکت او در جرم مدلل و ثابت شود و در این صورت و نیز در صورتی که تبعه روس بشخصه به جرم متهم شود محاکم مملکت نباید بدون حضور مأموری از طرف سفارت یا کنسولگری به جرم مزبور رسیدگی و حکم دهند ... پس از اینکه کما هو حقّه تقصیر شخص مجرم به ثبوت رسید و حکم صادر شد مشارالیه به وزیر مختار یا کاردار یا کنسول روس تسلیم خواهد شد که به روسیه فرستاده شود و در آنجا موافق قوانین سیاست شود».^۳

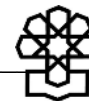
امتیاز قضاوت کنسولی موجب رخدادها و اعتراضات بسیاری در کشور شد تا اینکه سرانجام «مجلس شورای ملی الغای کاپیتولاسیون را در سال ۱۳۰۶ اعلام و به همه دولی که از کاپیتولاسیون استفاده می‌کردند یک سال وقت داده شد که قراردادهای جدید را منعقد سازند»^۴، ولی متأسفانه در سال ۱۳۴۲ مجدداً مجلس سنا و شورای ملی لایحه‌ای متضمن امتیازاتی فراتر از حق قضاوت کنسولی را که توسط دولت حسنعلی منصور ارائه شده بود، به نفع آمریکاییان تصویب

۱. گفته شده منظورشان هر نظام حقوقی مستقر است.

۲. سیدجلال‌الدین مدنی، تاریخ سیاسی معاصر ایران، ج ۱، ص ۴۲.

۳. همان.

۴. همان، ص ۴۵.



کردند. در این لایحه امتیازاتی را که در پیمان وین (۱۹۶۱) برای مأمور سیاسی دولتی، در کشور پذیرنده در نظر گرفته شده بود برای «اعضای هیئت‌های مستشاری نظامی ایالات متحده در ایران [که] شامل است بر کلیه کارمندان نظامی یا مستخدمین غیرنظامی وزارت دفاع و خانواده‌های ایشان که با ایشان در یکجا می‌زیسته و برطبق موافقتنامه‌ها و ترتیبات مربوط به کمک و مشاوره نظامی بین دو دولت در ایران مسکن دارند»^۱ در نظر گرفته شد.

با توجه به موادی از معاهده وین در مورد حقوق کنسولی روشن می‌شود که این امتیازات بسیار فراتر از حق قضاوت کنسولی (کاپیتولاسیون) است. در برخی مواد آن معاهده آمده است: «ماده (۲۹) شخص مأمور سیاسی مصون است و نمی‌توان او را به هیچ عنوان مورد توقیف یا بازداشت قرار داد».^۲

و در ماده (۳۱) می‌گوید: «مأمور سیاسی در کشور پذیرنده از مصونیت تعقیب جزایی برخوردار است و از مصونیت دعاوی مدنی و اداری نیز بهره‌مند خواهد بود مگر در موارد زیر ...».^۳

تصویب این لایحه اعتراض شدید مرحوم امام خمینی (ره) و در نهایت تبعید وی به بورسای ترکیه را در پی داشت.

بند سوم - معاهده حل و فصل اختلافات

معاهده دیگری که لازم است در این نوشته به آن اشاره شود معاهده حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات است. در کنفرانس ۱۹۰۷ لاهه معاهده حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات به امضا رسید که در ماده (۱) آن آمده است «طرفین متعاهد به منظور جلوگیری از توسل به زور در مناسبات میان کشورها حتی المقدور کلیه مساعی خود را مصروف تأمین فیصله مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی خواهند نمود»، اما این ماده بر الزامی بودن حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات دلالت نداشت و توسل به زور و اقدام به جنگ یکی از راه‌های حل و فصل اختلافات به شمار می‌رفت؛ اما در فاصله دو جنگ جهانی اول و دوم امضاکنندگان معاهده بریان - کلگ «جنگ را به عنوان وسیله تعقیب سیاست‌های ملی در روابط با یکدیگر تحریم کرده و متعهد شدند که اختلافات خود را تنها با وسایل مسالمت‌آمیز حل و فصل نمایند».^۴

«این معاهده در ۲۷ اوت ۱۹۲۸ به کوشش وزیران امور خارجه ایالات متحده آمریکا (کلگ) و فرانسه (بریان) میان کشورهای آلمان، آمریکا، بلژیک، فرانسه، انگلیس، ایتالیا، ژاپن، لهستان و

۱. همان، ج ۲، ص ۸۰.

۲. همان، ج ۲، ص ۸۲.

۳. همان.

۴. محمدرضا ضیائی‌بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۴۳.

چکسلواکی منعقد شد و بعد از آن تاریخ تعداد زیادی از کشورهای دیگر نیز به این معاهده ملحق شدند.^۱ معمول به واقع نشد و پس از آن امضاکنندگان آن جنگ دوم جهانی را به راه انداختند تا این که در منشور ملل متحد توسل به روش‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات نیز الزامی شد چنان‌که در بند «۳» ماده (۲) منشور ملل متحد مقرر داشته است «کلیه اعضا اختلافات بین‌المللی خود را به وسایل مسالمت‌آمیز به گونه‌ای که صلح و امنیت بین‌المللی و عدالت به خطر نیافتد حل خواهند کرد».^۲ در ماده (۳۳) ذیل عنوان حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، روش‌های حل و فصل مسالمت‌آمیز را بر شمرده و مقرر داشته است «طرفین هر اختلاف ... باید قبل از هر چیز دیگر از طریق مذاکره، میانجیگری، سازش، داوری، رسیدگی قضایی و توسل به مؤسسات یا ترتیبات منطقه‌ای یا سایر وسایل مسالمت‌آمیز بنا به انتخاب خود راه حل آن را جستجو نمایند».^۳ لکن به رغم وجود دو قاعده الزامی منع توسل به زور و توسل به روش‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات در روابط بین‌المللی همچنان شاهد بروز جنگ میان ابنای بشر هستیم!!

گفتار دوم - عرف بین‌المللی به مثابه یک اصل حقوقی

عرف در همه نظام‌های حقوقی معتبر دنیا با درجه‌ای از شدت و ضعف مورد قبول قرار گرفته است و در حقوق بین‌الملل نیز یکی از اصول حقوقی است چنان‌که دادگاه بین‌المللی دادگستری برابر بند «۱» ماده (۳۸) اساسنامه موظف شده از آن «به منزله گواهی بر یک رویه عمومی که مانند یک اصل حقوقی پذیرفته شده است» در حل و فصل اختلافاتی که به آن ارجاع می‌شود استفاده نماید و ظاهراً برابر ماده (۲۱) اساسنامه دادگاه کیفری نیز تحت عنوان «اصول و قواعد حقوق بین‌الملل»^۴ جزء «حقوق قابل اجرا» قرار گرفته است.

هم اکنون بسیاری از عرف‌های عام بین‌المللی در معاهدات بین‌المللی گنجانیده شده^۵ و از سوی اکثریت کشورها پذیرفته شده است.^۶ اما برخی از عرف‌ها همچنان نانوشته به قوت خود باقی و

۱. همان.

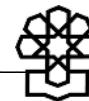
۲. منشور ملل متحد.

۳. همان.

۴. بنابراین که عرف عام بین‌المللی جزء اصول حقوق بین‌الملل باشد.

۵. مایکل اکهرست می‌گوید: «در سال‌های اخیر شاهد تلاش‌هایی برای تدوین حقوق عرفی بوده‌ایم. چهار کنوانسیون (عهدنامه) مربوط به حقوق دریاها در سال ۱۹۸۵ ... یک کنوانسیون در خصوص روابط و مصونیت‌های دیپلماتیک در سال ۱۹۶۱ ... یک کنوانسیون درباره روابط و مصونیت‌های کنسولی در سال ۱۹۶۳ ... کنوانسیون‌های حقوق معاهدات در سال‌های ۱۹۶۹ و ۱۹۸۶ و کنوانسیون‌های مربوط به جانشینی دولت‌ها در سال‌های ۱۹۷۸ و ۱۹۸۳ ... امضا شدند». مایکل اکهرست، حقوق بین‌الملل نوین، ص ۴۵.

۶. یا تعدادی از کشورها که پس از پیوستن آن تعداد، معاهده لازم‌الاجرا می‌شود.



مستند حل و فصل منازعات بین‌المللی هستند.

مبحث اول - عرف در حقوق بین‌الملل

از ژولین حقوق‌دان روم باستان، نقل شده که در تعریف عرف داخلی گفته است: «عرف و عادت دیرینه، عبارت از حقوقی است که از آداب و سجایای مردم پدید آمده و اثر قانون دارد»^۱ و برخی آن را «حکمی دانسته‌اند که در تمام مملکت یکسان بوده و یکسان نیز عمل می‌شود».^۲

و در تعریف عرف در حقوق بین‌الملل گفته شده: «قاعده‌ای است که به دنبال تکرار رفتارهای یکسان شکل گرفته و ایجاد التزام کرده باشد».^۳

همچنین گفته شده: «در حقوق بین‌الملل عمومی عرف و عادت از شیوه عمل و رفتار دولت‌ها در ایجاد و بسط مناسبات خود با یکدیگر و همچنین رویه‌های آنها در حل اختلافات با یکدیگر ناشی می‌شود».^۴

گفته شده: «عرف چه ملی باشد چه بین‌المللی، رسمی است مداوم و مستمر که همگان رعایتش را لازم شمرده، به اجرائش طوعاً یا کرهاً گردن نهاده‌اند».^۵

و در ماده (۱) بیانیه^۶ انجمن حقوق بین‌الملل در تعریف قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل آمده است: «قاعده حقوق بین‌الملل عرفی آن است که با رویه مداوم و یکسان دولت‌ها و سایر تابعان حقوق بین‌الملل در روابط [یا مؤثر بر روابط] حقوقی بین‌المللی‌شان، در شرایطی که موجب پیدایش توقعی مشروع از اعمال رویه‌ای مشابه در آینده شود،^۷ ایجاد گردیده و دوام می‌یابد».^۸ و سپس افزوده: «چنانچه تعداد لزوماً فراوان و نمادین از دولت‌ها به نحوی مداوم و مستمر در چنین رویه‌ای مشارکت نمایند قاعده ایجاد شده یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی عام است. منوط به مقرر ماده (۱۵)^۹ چنین قاعدای برای همه دولت‌ها الزام‌آور است».^{۱۰}

می‌بینیم که این تعریف‌ها و نیز تعریف‌هایی که از دید حقوق اسلامی پس از این خواهد آمد

۱. جبار گلباگی، درآمدی بر عرف، ص ۲۴.

۲. همان.

۳. رضا موسی‌زاده، بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۱۱۵.

۴. جبار گلباگی، پیشین، ص ۲۶.

۵. کلود آلبر کلییار، نهادهای روابط بین‌الملل، ترجمه هدایت‌الله فلسفی، ص ۴۹۵.

۶. در این بیانیه طی ۳۳ ماده مقررات پیشنهادی انجمن حقوق بین‌الملل درباره حقوق بین‌الملل عرفی عام بیان شده است.

۷. منظور آن است که تابع قاعده توقع داشته باشد رویه‌ای مشابه در آینده در مورد او نیز اعمال شود.

۸. اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام، ص ۱۹.

۹. در ماده (۱۵) می‌گوید: «چنانچه قبل از اینکه یک رویه به یک قاعده حقوقی [عرفی] عام تبدیل گردد، دولتی مصرانه و آشکار با آن

قاعده مخالفت نماید، ملتزم بدان نخواهد بود». اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام، ص ۴۷.

۱۰. همان. ص ۱۹.

به‌رغم اختلافاتی که دارند بر عنصر رویه عملی مکرر و مداوم توافق دارند تا جایی که نشان می‌دهد تابع حقوقی بدان متعهد و ملتزم است و تخطی از آن را ناشایست و قابل سرزنش می‌داند. اکهرست نیز چند ویژگی تکرار مداوم و یکسان بودن عمل و احساس تعهد حقوقی به آن عمل را در عرف شرط می‌داند.^۱

بنابراین منظور از عرف در حقوق بین‌الملل معمول شدن یک عمل در سطح بین‌المللی است، به این معنا که به‌طور مکرر از سوی کشورهای جهان به آن عمل شود آن گونه که خود را متعهد و ملتزم به آن بدانند. در بحث بعد ماهیت عرف روشن‌تر می‌شود.

بند اول - منشأ عرف

عرف چگونه پیدا می‌شود؟^۲ و چه عواملی سبب تکرار یک عمل و رفتار و معروف و متعارف شدن آن می‌شود؟ و آیا منشأ تکرار عمل در حقوق داخلی و بین‌المللی یکسان است یا متفاوت؟ عوامل پیدایش عرف مختلف است و ما در اینجا تحت دو عنوان از آن یاد می‌کنیم که اولی طبیعی و دومی ساختگی است.

عرف‌های ناشی از ادراک مصالح و مفاسد مشترک

می‌دانیم که بخشی از رفتارهای انسان آگاهانه و ناشی از درک او از مصالح و مفاسد است و به همین جهت رفتار او در شرایط عادی و غیرعادی متضاد می‌کند، لکن به‌طور کلی انسان در هر زمان کاری را که تصور می‌کند مصلحت او را تأمین می‌کند انجام می‌دهد، چه آن کار تنها به خود او مربوط باشد یا بین او و دیگری^۳ مشترک باشد. پس تا زمانی که خطای وی در تشخیص معلوم شود یا بر او آشکار شود که نحوه دیگری از انجام عمل مصلحت او را کامل‌تر تأمین می‌کند بدان ملتزم است.

هر دو قسم رفتار اگر مورد قبول همه یا اکثریت افراد قرار گیرد و در عمل شایع شود گفته می‌شود آن عمل عرف یا متعارف یا معروف^۴ شده است.

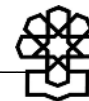
شکی نیست که هر عملی زمانی می‌تواند شایع شود و استمرار یابد که به‌نظر افراد تأمین‌کننده مصالح و منافع آنان باشد و شیوع عمل یا رفتار یکسان، ریشه در شیوع ادراک یکسان از مصلحت و مفسده دارد و زمانی ادراک افراد از مصلحت و مفسده امری یکسان است که واقعیت آن امر در

۱. مایکل اکهرست، حقوق بین‌الملل نوین، ص ۳۵.

۲. جبار گلباغی، پیشین، ص ۴۷ به بعد.

۳. دیگری در فضای محلی، ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی متفاوت است.

۴. فخر رازی می‌گوید: العرف و العارفة و المعروف هو کل امر عرف انه لابد من الاتیان به و ان وجوده خیر من عدمه، التفسیر الکبیر، ج ۵، ص ۹۶، به نقل از جبار گلباغی، درآمدی بر عرف، ص ۲۳.



سطح همسان و مشترک حسی یا خیالی یا وهمی یا عقلی^۱ آنان منعکس و تصدیق شده باشد. ادراک مصلحت و مفسده‌ای گاه برای یک یا دو یا تعدادی اندک از افراد پیدا می‌شود و از آنها تجاوز نمی‌کند و گاه پس از پیدایش در یک یا چند نفر به سرعت یا به‌کندی اشاعه پیدا می‌کند؛ یعنی دیگران نیز آن را می‌فهمند، تصدیق می‌کنند و عملشان را برطبق آن سامان می‌دهند و این تکرار عمل، یا رویه یکسان عرف را رقم می‌زند.

عرف‌های ناشی از اراده صاحبان قدرت و ثروت

بخش بیشتری از رفتارهای انسان ناشی از تأثیر اراده عوامل بیرونی است مانند اراده صاحبان قدرت و ثروت.

۱. سطوح ادراک انسان

انسان در چند سطح از واقعیات ادراک دارد و هر کس این سطوح را نزد خود بالوجدان تصدیق می‌کند. الف) ادراک حسی: انسان پس از تولد به مرور زمان با حواس پنج‌گانه‌اش، محسوسات لمس‌شدنی، دیدنی، شنیدنی، بوییدنی و چشیدنی مانند سرد و گرم، پدر و مادر، الفاظ، بوها و مزه‌های مختلف را درک کرده و در حافظه‌اش ذخیره می‌کند و در همین مرتبه بخشی از مدرکات مانند سوزنده یا تلخ یا دردآور را بد دانسته و دفع می‌کند و متقابلاً آنها را خوب دانسته و جذب می‌نماید. ب) ادراک خیالی: او اندک اندک این قدرت را در خودش می‌یابد که میان ادراکات حسی‌اش تفاوت قائل شود و بزرگ‌تر و کوچک‌تر، کمتر و بیشتر و شیرین‌تر و تلخ‌تر را بفهمد و صور محسوس کم‌وکیف‌دار را مقایسه کند و براساس همین ادراک آنچه را بیشتر و بهتر و شیرین‌تر و راحت‌تر است را خوب دانسته و برای خود بخواهد و متقابلاً آنها را بد دانسته و دفع کند.

ج) ادراک وهمی: قدرت ادراک انسان باز هم افزایش می‌یابد و او با مفاهیم دیگری آشنا می‌شود که آنها را وهمی می‌نامیم مانند مفهوم دوستی زید و دشمنی بکر. به این ترتیب که از مجموع رفتار زید نسبت به خودش که به او کمک می‌کند، از او در مقابل تعدی دیگران دفاع می‌کند، زخم او را می‌بندد و ... مفهوم دوستی انتزاع می‌کند و او را دوست خودش می‌داند و در مقابل این مفهوم، از مجموع رفتارهای محسوس بیرونی بکر که او را می‌آزارد، به او کمک نمی‌کند، مالش را می‌گیرد، مانع رشد او می‌شود و ... مفهوم دشمنی انتزاع می‌کند. مفاهیم وهمی اگرچه از محسوسات انتزاع شده‌اند، اما کم‌وکیف ندارند.

خوب و بد‌ها تا اینجا شخصی و نسبی هستند چون به حس ما که شخصی است و یا در اضافه و سنجش برخی از مدرکات حسی و خیالی و وهمی با برخی دیگر درک و انتزاع می‌شوند، پس ممکن است چیزی که در چشم ما زیباست در چشم دیگری زشت باشد، لیلی به‌نظر مجنون زیباست، اما به‌نظر دیگری زشت است. رفتار زید نسبت به شما دوستانه است، اما در نظر دشمن شما دشمنانه است.

د) ادراک عقلی: مرتبه دیگر از قدرت ادراک مرتبه عقلی است، در این مرتبه مفاهیم مدرک، عام و فرازمانی و مکانی هستند، اگر استادی بدون هیچ دلیل موجهی نمره دانشجویش را کم دهد، آن دانشجو می‌گوید به من ظلم کرده است، اما براساس این ادراک عقلی که همه افراد نوع در خوب و بدشان مشترکند حکم می‌کند که هر استادی نسبت به هر دانشجویی در هر نقطه از جهان و در هر زمان که این‌گونه عمل کند، ظلم کرده است و ما با اینکه همه مکان‌ها و همه زمان‌ها را تجربه و حس نکرده‌ایم؛ اما این قضاوت عام را داریم. این قضاوت عام با حذف ویژگی‌های جزئی و شخصی و دریافت امری که در همه افراد مشترک است حاصل می‌شود. خوب و بد در این مرحله مطلق و غیرقابل استثناست و از اینجا است که انسان از حیوان جدا می‌شود. انسان ظلم را به‌طور مطلق بد و عدل را مطلقاً خوب می‌داند. انسان خوب‌ها را به صلاح خود و بد‌ها را به فساد خود می‌داند.

حکومت‌ها می‌توانند با وضع قانون عملی را متعارف سازند یا عرف صحیحی را از بین ببرند. هم‌اکنون بسیاری از رفتارها تحت تأثیر قوانین وضعی در جوامع، عرف و عادت اجتماعی شده است.^۱

همچنین در جوامع امروزی بسیاری از رفتارها تحت تأثیر تبلیغاتی که سازندگان کالا انجام می‌دهند، در جوامع رواج یافته است. برهنگی زنان در غرب چیزی نیست که خواست زن‌های عاقل باشد، بلکه امری است که توسط کسانی که از برهنگی زنان سودجویی می‌کنند، عرف‌سازی شده است.

بنابراین اگر ادعا شود امری متعارف است در حالی که بخشی از جامعه ملی یا بین‌المللی با آن مخالف است، در مورد عرف‌های ناشی از ادراک مصالح و مفاسد مشترک از دو حال خارج نیست: یا آن امر گرچه بر سطح ادراکی یکسان منعکس شده، ولی فراگیر نشده است و بخشی که آن را درک نکرده‌اند یا به درستی درک نکرده‌اند که با آن مخالفت می‌کنند یا بر سطوح ادراکی متفاوت منعکس شده است و مثلاً مصلحتی و همی است و در نتیجه آنها که آن را به وهم خود می‌بینند با آن موافقت و برخی که به عقل آن را می‌بینند با آن مخالفند.

عرف‌های ناشی از اراده صاحبان قدرت و ثروت نیز این گونه است که خود تصور می‌کنند به نفع آنهاست و می‌خواهند همگان تابع آن شوند و ممکن است موفق شوند اکثریت جامعه را با خود همراه سازند، ولی بخشی که اراده آنها را به نفع خود یا جامعه نمی‌بینند با آن به مخالفت برمی‌خیزند.

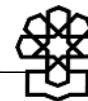
به هر حال عرف در واقع توافقی نانوشته بر التزام به عملی است به‌طور مستقل یا در رابطه با غیر. مثل وفای به عهد که بر اساس ادراک مشترک پدید آمده است، گویی کسی که در رابطه با غیره به عهدش وفا می‌کند خود را متعهد و ملتزم به آن دانسته است؛ از آن‌رو که طرف دیگر نیز خود را بدان متعهد و ملتزم می‌داند و هر دو در این ادراک مشترکند.

بنابراین اگر چنین التزامی احراز نشود یا خلاف آن احراز شود نمی‌توان حکم کرد به اینکه وفای به عهد متعارف است و با احراز چنین التزامی تمسک به عرف صحیح است و نقض آن قابل سرزنش و مذمت و از اینجاست که الزام آور بودن عرف رخ می‌نماید.^۲

با این بیان روشن می‌شود که منشأ عرف در حقوق داخلی و بین‌المللی یکسان است جز اینکه در حقوق بین‌المللی رفتارها به دولت‌ها منتسب می‌شود، ولی می‌دانیم که دولت‌ها نیز همان افراد هستند که ادراک و اراده می‌کنند و تصمیم می‌گیرند.

۱. در برخی جوامع قوانین وضعی از عرف و عادت اجتماعی اتخاذ می‌شوند.

۲. بنگرید به: جبار گلباغی، درآمدی بر عرف، ص ۴۳ به بعد.



ادراک مصالح و مفساد

نکته لازم به ذکر این است که ادراک انسان‌ها از مصالح و مفساد، متفاوت و در چند سطح حسی، خیالی، وهمی و عقلی می‌باشد، برخی فقط مصالح و مفساد حسی و خیالی و وهمی را که جزئی، شخصی و نسبی هستند می‌بینند و برخی علاوه بر آن مصالح و مفساد مطلق و کلی عقلی را نیز می‌بینند و برخی علاوه بر این دو قسم به مصالح دیگری بر اساس اعتقاد به خدا و پیامبران خدا که از عوالم غیب و مصالح بعد از دنیا خبر می‌دهند باور دارند.^۱

۱. لذا حقوق را درواقع باید براساس باور و عدم باور به مصالح و مفساد معنوی و اخروی تقسیم کرد و گفت: مصالح یا دنیوی است یا اخروی و مصالح دنیوی یا عقلی است یا غیرعقلی و اینها همه عینی و واقعی هستند و در مقابل آنها مصالح غیرواقعی و باطل قرار می‌گیرد. ازاین‌رو اساس تقسیم حقوق به وضعی و عینی (پزیتیو و ایژکتیو) درست به‌نظر نمی‌رسد، چون برخی از حقوق وضعی ریشه عینی دارند و ناشی از درک مصالح واقعی توسط عالی‌ترین مقام در جامعه هستند؛ چون می‌دانیم که هر صاحب قدرتی فاقد فضیلت نیست و اراده برخی از آنها ناشی از اندیشه و دانش و خرد واقع‌نگر آنها و منطبق بر مصالح واقعی است. بنابراین عرف نشست گرفتن قانون از اراده صاحبان قدرت (اعم از امرا، سلاطین، رؤسا، بزرگان قوم یا مجالسی که بعداً در سیستم‌های سیاسی، شأنیت قانونگذاری یافتند) گاه ریشه واقعی دارد و اراده هر صاحب قدرتی پزیتیویستی نیست.

برخی تقسیم حقوق به دو گرایش اراده‌گرایانه (پزیتیویستی) و عینی‌گرایانه (ایژکتیویستی) را به الزام‌آور بودن قواعد حقوقی ربط داده‌اند که در اینجا لازم است اشاره‌ای نیز به این مسئله داشته باشیم که الزام‌آور بودن قواعد حقوقی از چیست؟

الزام‌آور بودن هر قانون، قاعده و فرمانی به پذیرش افراد بستگی دارد و افراد در دو صورت می‌پذیرند: یک؛ اگر دربانند قانون، قاعده یا اراده‌ای تأمین‌کننده مصلحت ملزمه آنهاست. دو؛ اگر به مقام قانونگذار یا امرکننده ایمان داشته باشند که درک او از مصالح و مفساد ملزمه صحیح است پس تعبداً به فرمان او ملتزم می‌شوند و در غیر این دو صورت ملتزم نمی‌شوند و در صورتی که ملتزم نشوند اگر الزام‌کننده - در اینجا دولت - با قهر و توسل به زور آنها را ملزم به پذیرش کند و افراد نیز تمکین کنند درواقع توجیه آنان این است که الزام‌کننده آنها را بر سر دو راهی پذیرش یک مفسده بزرگ‌تر حتمی محرومیت از حقوق اجتماعی، زندان یا قتل و پذیرش یک مفسده کوچک‌تر حتمی که التزام به یک قانون مثلاً پرداخت مالیات بیش از سود سال باشد مخیر می‌کند و آنها می‌بینند اگر مالیات را بدهند و آزاد باشند بهتر است تا مالیات ندهند و زندان بروند.

و در آن سو دولتی که افراد را با توسل به شیوه‌های قهرآمیز ملزم به پذیرش و انجام قانون می‌کند نیز توجیه دیگری دارد. درواقع ما در اینجا با دو سطح از تشخیص مصلحت و دو شخص تشخیص‌دهنده مصلحت مواجهیم - شخصی که می‌بیند مالیاتی که از او مطالبه می‌کنند بیش از سود سالیانه او است و دولتی که تشخیص داده مالیات بیش از سود سالیانه از افراد دریافت کند و براساس تشخیص خود قانونی را تصویب کرده است. حال اگر قانون او در حق همه مؤدیان اجرا شود، نه درخصوص یک یا چند مؤدی، به این معنا برمی‌گردد که دولت برای تأمین هزینه عوامل و ابزار قدرتی که او را صیانت می‌کنند، عدالت را زیر پا گذاشته و به زور متوسل شده است، و به عبارت دیگر از قدرت، که امانتی در دست او است در غیر حق استفاده می‌کند. اما توجیه نظری او در این روند این است که بقای دولت - که آن‌هم متشکل از افرادی است که براساس یک نظریه دور هم جمع شده و منافع مشترک پیدا کرده‌اند - به نفع عامه مردم و مقدم بر بقای تعدادی از آنهاست که در این قضیه جان‌شان را از دست می‌دهند و این ریشه اراده‌گرایی (پزیتیویسم) است.

در مقابل این نظریه، نظریه کسانی قرار دارد که قائل به مصالح و حقوق طبیعی، فطری، عینی و نفس‌الامری هستند که به اراده حاکمان ربطی ندارد و می‌گویند دولت و عالی‌ترین مقام جامعه نیز وظیفه دارد آنها را صیانت کند گرچه به ضرر خود او باشد که به آن ایژکتیویسم گفته شده.

بنابراین درک مصلحت و مفسده یا محدود به شخص است یا فراتر از شخص؛ یا محدود به دنیا است یا فراتر از دنیا؛ یا محدود به حکومت بر مردمی خاص است (داخلی) یا فراتر از آن (بین‌المللی)؛ یا محدود به شرایط خاص است (مثل ترس) یا فراتر از آن.

عوامل مؤثر بر ادراک مصلحت و مفسده

مسئله مهم این است که ادراک مصلحت و مفسده تابع چه الگو و متأثر از چه عواملی است؟ شکی نیست که فرهنگ غالب جامعه بر ادراک افراد مؤثر است، مردمی با غلبه فرهنگ مادی ادراکات مادی قوی‌تری دارند و مردمی با غلبه فرهنگ معنوی ادراکات معنوی قوی‌تری خواهند داشت.

به‌طور کلی عناصر فرهنگی جامعه مانند اعتقادات و باورهای صحیح و غلط، اخلاق فاضله یا رذیلانه، غلبه عقل یا شهوت و عوارضی مانند ترس^۱ و امنیت، ضعف و قدرت و فقر و غنا بر ادراک افراد از مصالح و مفاسدشان تأثیرگذارند.

بسیار مشاهده می‌شود که حتی مؤمنان به خدا و رسول خدا (ص) و ائمه اطهار (ع) نیز تحت تأثیر فرهنگ غیرایمانی عمل می‌کنند و فردی که اسماً شیعه علی (ع) و ائمه اطهار (ع) است، در عمل

و اما اسلام با کدام ایده موافق است؟ روشن است که بر مبنای نظری عدلیه و به اعتقاد اصولیان شیعه که قائل به مصالح نفس‌الامری و تخطئه هستند اسلام با تصحیح و تکمیل نظریه دوم موافق است.

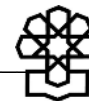
در کتاب اسلام و حقوق بین‌الملل عمومی آمده است: «اسلام در روابط داخلی و بین‌المللی طرفدار مکتب حقوق وضعی (پزیتیویسم) نبوده، موضع طرفداران مکتب تحقیقی (ایزکتیویسم) را نیز به‌طور کامل نمی‌پذیرد، بلکه قانونگذاری را مطلقاً در محدوده ارزش‌های الهی و انسانی جایز می‌داند، بنابراین هرگونه تصمیمی که در زمینه وضع مقررات اجتماعی از ناحیه مردم یا دولت و حقوق‌دانان به نمایندگی از جانب مردم گرفته شود در صورتی پایبندی به آن از دیدگاه اسلام الزامی است که در نظام ارزش‌های مکتبی اسلام که برگرفته از آیات و نصوص معتبر و هماهنگ با فطرت و واقعیات هستی است قرار گیرد». ج ۱، ص ۱۲۵.

لکن مشاهده می‌شود که در گزاره‌های نقلی و در فقه در مواردی تشخیص مصلحت به رأی و نظر امام و رهبری جامعه گذاشته شده و از مؤمنان خواسته شده است اطاعت کنند و شاید همین سبب شده است برخی تصور کنند اسلام با پزیتیویسم قرابت دارد!! لکن این‌گونه نیست و اسلام این حق را در مواردی معین و با شرایطی به رهبری جامعه داده است از جمله:

۱. در موردی که مصلحت مقید و ملزومی وجود نداشته باشد، بلکه مصلحت متغیر و مرسل باشد مانند جنگ یا صلح یا قیمتگذاری اجناس یا دریافت زکات از هر مالی و مقدار آن. اما در همین مورد مشروط است به اینکه هستی زکات‌دهنده را بر باد ندهد چون دریافت زکات به این شکل برخلاف فلسفه زکات و حکومت است.

۲. در جایی که ضرورت اقتضا کند حتی اگر مصلحت یا مفسده مقید و ملزومی وجود داشته باشد می‌تواند بنا به مصلحت وقت برخلاف آن مصلحت یا مفسده ملزومه عمل کند؛ اما همه سخن در این است که آیا ضرورت به درستی تشخیص داده شده است و چه کسانی حق و شایستگی تشخیص آن را دارند؟ در برخی موارد به‌طور قطع لازم است مردم در این فرآیند شرکت کنند و رهبری جامعه در مشورت با مردم ضرورت را تشخیص دهد. لازم است تذکر دهیم از آنجا که قدرت عالیه امری مورد تنافس است، یعنی امری است که برای دستیابی به آن منازعه نیز می‌شود. در حقوق اسلام عالی‌ترین مقام جامعه باید خود راه رسیدن واجدان صلاحیت دیگر را به قدرت باز بگذارد و نمی‌تواند به هدف صیانت از خودش چنین ضرورتی را تشخیص دهد که راه آنان را ببندد.

۱. قاعده می‌گوید: لاطاعة لمخلوق فی معصية الخالق، ولی ترس، این طاعت را مجاز می‌شمارد.



طبق نظریه ماکیاوولی، معاویه یا یزید رفتار می‌کند، یعنی در سیستم ادراکی او غدر و دغل‌بازی و دروغ‌گویی و هتاک‌ناشی از غلبه شهوت و غضب و اخلاق رذیلانه که تأمین‌کننده مصالح آنی دنیوی او هستند جایز شمرده می‌شود و بسا این امور در جامعه‌ای که نام جامعه مؤمنان را دارد، متعارف باشند، مثلاً در جامعه خودمان شاهد شیوع دروغ‌گویی هستیم گویی که عرف شده است و بسیار شنیده‌ایم که می‌گویند اگر دروغ نگوییم کارمان به بن‌بست می‌خورد، همچنین رشوه دادن، مسئولیت‌گریزی، تفرعن، قدرت‌پرستی و ... دیگر رفتارهای غیرایمانی در جامعه ما متعارف شده است. در عرصه بین‌المللی نیز رفتار حکومت‌ها تابع ادراک آنها از مصالح و مفاسد ایشان است و عوامل مؤثر در این ادراک اموری چند است که به کلیت جامعه یا به‌خصوص متولیان امورشان باز می‌گردد مانند ضعف و قدرت و فقر و غنای فرهنگی، اقتصادی و نظامی جامعه و مردمی بودن یا نبودن، هوای ریاست داشتن یا نداشتن،^۱ اصلاح‌گرا بودن یا نبودن، محافظه‌کار یا میانه‌رو بودن همگرا بودن یا واگرا بودن متولیان امور جامعه.

بند دوم - تغییر عرف

برخی عرف‌ها در سطح ملی یا بین‌المللی متغیرند؛ چون همه عرف‌ها مبتنی بر ادراک مصالح کلی و فرازمانی نیستند، بلکه گاه مصالح جزئی و نسبی مبنای استقرار عرفی شده‌اند و روشن است که این گونه مصالح در تغییر و تحولند و قهراً عرف مبتنی بر آنها متغیر است، مانند عرف استرقاق که از میان رفت^۲ و بدون شک برخی دیگر از عرف‌های بین‌المللی متأثر از جریانات غالب سیاسی، فرهنگی و اقتصادی است^۳ که مبنای علمی و اعتقادی آنها حکم کلی و قطعی عقل نیست، بلکه حکم نسبی و ظنی عقل بر حصول بهترین و بیشترین مصالح و منافع و لذات در دنیا می‌باشد. بی‌تردید بسیاری از این عرف‌ها با مغلوب شدن آن جریانات از بین می‌روند.

بلی برخی امور متعارف به‌رغم تشنیت احوال و اختلاف عقاید، آراء، اخلاق و فرهنگ‌ها در عرصه بین‌المللی همچنان متعارف باقی می‌مانند مثل احترام به حق حاکمیت و استقلال ملت‌ها و التزام به عقود و پیمان‌ها؛ چون عرف در این موارد ناشی از ادراک و حکم قطعی عقل است به اینکه عدم التزام به عقود، مستلزم هرج و مرج و تعدی به حقوق و حدود می‌باشد. بلکه عقل به‌طور کلی بر احترام به حقوق غیردر هر مورد و تحت هر عنوان حاکم است؛ چون عدم احترام را تعدی و تعدی را ظلم می‌داند.

۱. لایقیم امر الله - سبحانه - الا من لایصانع و لایضارح و لایتبع المطامع، سیدعلینقی فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۱۱۳۷.

۲. «اعلامیه ۱۸۱۵ وین عرف مربوط به مدارا با خرید و فروش سیاهان را نسخ نمود». کلودآلبر کلییار، نهادهای روابط بین‌الملل، ترجمه هدایت‌الله فلسفی، ص ۵۰۰.

۳. محل پیدایش این جریانات در زمان ما کشورهای اروپایی و آمریکایی و به اصطلاح غرب است.

مبحث دوم - عرف در حقوق اسلامی

در عالم اسلام نیز عرف از بدو پیدایش حقوق اسلامی و به تبع قرآن و سنت مورد بحث و نظر بوده است. سمعانی (م ۴۸۹) در تعریف آن گفته است: «عرف آن چیزی (رویه مستقری) است که مردمان آن می‌شناسند و در روابط آنان متداول است».^۱

نسفی (م ۷۱۰) نیز گوید: «عرف آن چیزی (عمل متکرری) است که به گواهی عقل در جان انسان‌ها مستقر شده و طبیعت سالم نیز آن را می‌پذیرد».^۲

خلاف گفته است: «عرف آن چیزی در گفتار یا کردار یا ترک عملی است که میان مردمان شناخته شده است و امورشان را بنا بر آن جاری می‌کنند» و پس از آن گفته است: «به عرف عادت^۳ هم گفته شده است».^۴

ابن عابدین حنفی می‌گوید: «عادت از معاوده گرفته شده، عادت به سبب تکرار و انجام پی‌درپی معروف شده و بی آنکه علاقه یا قرینه‌ای^۵ در میان باشد در نفوس و عقول استقرار یافته و مورد پذیرش قرار گرفته تا آنکه به صورت حقیقت عرفی در آمده است. بنابراین عادت و عرف از نظر مصداق یکی هستند هرچند از نظر مفهوم با یکدیگر اختلاف داشته باشند».^۶

مشاهده می‌شود که در نظر برخی از فقیهان عرف‌گرا، عرف و عادت یکی است و منظور این دسته از عالمان از عرف و عادت آن است که عملی با تکرار به عنوان یک قانون الزامی شناخته شده باشد.

لنگرودی نیز می‌گوید: «عناصر عرف عبارتند از: عمل معین، تکرار آن ... به حدی که به صورت غالب یا به صورت عام درآید یعنی یا اغلب موارد عمل را فرا گیرد یا همه موارد را، [و] ... باید ارادی باشد نه غریزی».^۷

بند اول - عرف در قرآن و حدیث

ظاهراً در قرآن از آنچه میان مردم متعارف است با دو واژه معروف و عرف یاد شده است. چنان‌که

۱. العرف ما يعرفه الناس و يتعارفونه فيما بينهم معاملة، سيدعلي جبار گلباغی، پیشین، ص ۲۹.

۲. العرف ما استقر فی النفوس من جهة شهادات العقول و تلقته الطبايع السليمة بالقبول، همان.

۳. اگر امری (فعل یا انفعالی) آنقدر تکرار شده باشد که برای انجام آن نیاز به تصور مصلحت و مفسده آن نباشد گفته می‌شود عادت شده است، لذا در تعریف عادت گفته شده است: هی الامر المتكرر من غير علاقة عقلية، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۱، ص ۴۴ و ج ۲، ص

۱۱۴ و به نقل از جبار گلباغی، همان، ص ۵۲.

۴. العرف ما تعارفه الناس و سارو عليه من قول او فعل او ترك، ثم قال: «و يسمى العادة»، حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ۴۱۹.

۵. منظور وی از علاقه و قرینه، علاقه یا قرینه‌ای است که عقل به آن توجه می‌کند.

۶. حسین صابری، فقه و مصالح عرفی، ص ۹۹.

۷. مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ص ۸۷.



می‌فرماید: «و عاشروهن بالمعروف: ^۱ و با آنها [زنان] به نیکی [یا مطابق عرف نیکو] رفتار کنید.»
و می‌فرماید: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا: ^۲ و خوراک و پوشاک آنان [مادران] به نیکی [یا مطابق عرف نیکو] بر عهده پدر است. هیچ کس جز به قدر وسعش مکلف نمی‌شود.»

و می‌فرماید: «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ: ^۳ و چون زنان را طلاق گفتید و عده خود را به پایان رساندند آنان را از ازدواج باهمسران سابق خود چنانچه به خوبی [یا مطابق عرف نیکو] تراضی نمایند، جلوگیری نکنید.»
در تفسیر مجمع‌البیان ذیل این آیه می‌گوید: یعنی اگر به گونه‌ای تراضی کنند که در [نظر عرف و] عادت و اخلاق و عقل ناپسند و منکر نباشد ^۴ و منظور وی از عادت ظاهراً آن چیزی است که نزد عقلاً متعارف و عادت شده است.

و می‌فرماید: «وَأُمْرٌ بِالْعُرْفِ: به نیکی [یا مطابق عرف نیکو] دستور ده.» ^۵
در تفسیر مجمع‌البیان ذیل این آیه می‌گوید: «مراد از عرف، معروف ^۶ است و آن هر کاری است که انجام آن به نظر عقل یا شرع نیکو باشد و به نظر عقلاً منکر و قبیح نباشد.» ^۷
معروف گاه به معنای شناخته شده، در مقابل منکر به معنای ناشناخته به کار می‌رود و گاه به معنای حسن در مقابل قبیح و گاه به معنای متعارف و شایع در مقابل نامتعارف و غیرشایع است.
عرف و معروف در آیات فوق‌الذکر به نیک و حسن معنا شده است. در مورد معروف گفته شده: «عنوان هر کاری است که نیکویی آن به واسطه عقل یا شرع شناخته شده است و منکر، کاری است که نزد عقل و شرع بد و ناپسند است.» ^۸

اما آیا عرف و معروف در آیات مذکور به معنای نیک است یا مطلق متعارف یا متعارف نیک؟ و اگر عرف و معروف را «نیک» معنا کنیم این پرسش طرح می‌شود که معیار «نیک» چیست؟

۱. سوره نساء: ۴، آیه ۱۹.

۲. سوره بقره: ۲، آیه ۲۳۳.

۳. سوره بقره: ۲، آیه ۲۳۲.

۴. ای بما لایکون مستکراً فی عادة و لاخلق و لاعقل، مجمع‌البیان، ج ۱-۲، ص ۵۸۳.

۵. سوره اعراف: ۷، آیه ۱۹۹.

۶. در قرآن در آیات متعدد از واژه معروف استفاده شده است از جمله در آیات ۱۷۸، ۱۸۰، ۲۲۸، ۲۲۹، ۲۳۱، ۲۳۲ و ۲۳۳، سوره بقره و آیه ۱۰۴ سوره آل عمران و آیه ۶ سوره نساء و آیه ۱۷ سوره لقمان که می‌فرماید: و امر بالمعروف و انه عن المنکر.

۷. «و امر بالعرف» یعنی بالمعروف و هو کل ما حسن فی العقل فعله او فی الشرع و لم یکن منکراً و لا قبیحاً عند العقلاء، مجمع‌البیان، ج ۳-۴، ص ۷۸۷.

۸. المعروف: اسم لكل فعل يعرف بالعقل او الشرع حسنه و المنکر ما ینکر بهما. راغب، مفردات الفاظ القرآن، ذیل ماده عرف.

در پاسخ می‌گوییم عرف و معروف را «نیک» معنا می‌کنیم و نیک آن چیزی است که مورد قبول عقل یا عقلا باشد و عقل و عقلا نیز آن چیزی را قبول می‌کنند که مصالح آنان را تأمین کند. اما اگر در پاسخ اینکه معیار «نیک» چیست؟ گفته شود نیک آن است که متعارف باشد چون به نظر می‌رسد منظور از عرف و معروف در آیات مذکور مطلق متعارف باشد. می‌گوییم از آنجا که ممکن است عرف جامعه بر خلاف آنچه نزد عقل و عقلا نیکو است، استقرار یافته باشد، در برخی آیات مانند «وَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^۱ بلافاصله می‌گوید: «لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا»^۲ یعنی نمی‌توان افراد را به چیزی بیش از وسع و توانشان مکلف نمود گرچه متعارف باشد و به این ترتیب عرف را به ملاک صحیح نزد عقل ارجاع می‌دهد و بیان می‌کند که اگر عرف بر ملاک صحیح نزد عقل یعنی نیکی و حسن استوار شده باشد قابل قبول است و این قید در تمام مواردی که واژه معروف به کار رفته در قرآن را به معنای مطلق متعارف بگیریم، وارد می‌شود.

بنابراین معروف به معنای متعارف به دید شارع زمانی قابل قبول است که به حسن و خیر و صلاح شناخته شده باشد؛ زیرا در غیراین صورت وجهی برای امضای آن از سوی شارع مقدس وجود ندارد چون اگر شارع تابع هر امر متعارفی شود، از آنجا که عرف متغیر و ممکن است برملاک غیرعقلی استقرار یافته باشد کار شارع به امضای متضادها می‌کشد!!

اما شارع همه متعارفات جامعه جاهلی را که پذیرفت متعارفاتی نبودند که ذاتاً از دید عقل و عقلا نیک باشند. برخی را پذیرفت و امضا کرد، چون حسن بودند و برخی را پذیرفت چون ناچار بود آن را بپذیرد مانند عرف اخذ به ظاهر کلام و برخی را پذیرفت چون ملاکشان متغیر بود و در آن زمان ملاک داشتند مانند برده‌داری^۳ و در همان زمان تلاش کرد آن را در جامعه خودی به روش‌های معقول و منطقی از میان بردارد.^۴

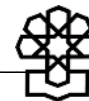
در احادیث نیز با واژه معروف از متعارف حکایت شده است چنان‌که پیامبر (ص) به هند

۱. سوره بقره: ۲، آیه ۲۳۳.

۲. همان.

۳. می‌توان گفت شارع می‌دانسته است که برده‌داری در طول زمان خود به خود از بین می‌رود.

۴. چنان‌که در قرآن می‌فرماید: وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاثِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا: و از میان غلامانتان، کسانی که درصددند با قرارداد کتبی خود را آزاد کنند اگر در آنان خیری می‌یابید، قرارداد بازخرید آنها را بنویسید، سوره نور: ۲۴، آیه ۳۳.



فرمود: «از مال شوهرت به گونه معروف مقداری که خرج تو و فرزندان را تأمین می‌کند بردار».^۱
یعنی به مقداری که در نظر عرف قابل قبول و نیکو باشد.

و نیز با واژه‌های دیگری مانند «سنت رایج» از آن یاد شده است چنان‌که در کلام امام علی (ع) خطاب به مالک اشتر آمده است: «سنت صالحی که بزرگان این امت به آن عمل کرده‌اند و سبب یکپارچگی و الفت و بهبود وضعیت مردم شده است را مشکن و سنتی بر خلاف سنن صالح پیشین بنا مکن که اجر سنن صالح از آن کسی است که آن را بنا نهاده و عواقب بد آن بر تو است که آنها را در هم می‌شکنی».^۲ ظاهراً به دلیل آنکه هر سنتی شایستگی صیانت ندارد حضرت آن را به صالح مقید کرده است.

گفته شد منشأ یک قسم عرف اراده حکومت است و سنت‌ها نیز واضح دارند و بخشی از سنت‌ها نیز به اراده حکومت‌ها وضع می‌شود و در هر صورت ممکن است سنت صالحی متعارف شود. در این روایت امام (ع) خواسته است چنین سنتی، حفظ شود و روشن است که سنت صالح متعارف، خصوصیت ندارد، بلکه هر امر متعارف صالحی از دید شارع ارزشمند است و باید حفظ شود. همچنین امام (ع) خواسته است که حکومت سنت صالح متعارف را نشکند و در واقع وضع چنین سنتی را مردود دانسته است.

در برخی دیگر از روایات به ملاک امر متعارف اشاره شده است چنان‌که در کلامی از عبدالله بن مسعود که به نظر می‌رسد آن را از پیامبر (ص) نقل کرده است آمده: «هرچه مسلمانان نیک بدانند، نزد خدا نیکو است».^۳

این روایت با قطع نظر از ضعف سند آن از عرف متشرعه یا عرف در فضای مسلمانان حکایت می‌کند و لفظ هر چه نیز گرچه مطلق است، اما از دو جهت مقید شده است چون مسلمانان؛ یک؛ چیزی را که خدا و رسول او مشخصاً قبیح دانسته‌اند حسن نمی‌شمارند. دو؛ چیزی را که عقل قطعی قبیح بداند حسن نمی‌شمارند و از «لفظ «مسلمون»، مسلمانان از آن رو که عاقلند، اراده می‌شود».^۴

به بیان عقلی هم می‌توان گفت: شکی نیست که نیکویی، خیر و صلاح عمل و رفتار متعارف باید

۱. عن عائشة قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله (ص) فقالت: يا رسول الله إن اباسفیان رجل شحیح، لا یعطینی من النفقة ما یکفینی و یکفی بنی الا ما اخذت من ماله بغير علمه، فهل علی فی ذلک من جناح؟ فقال رسول الله (ص): خذی من ماله بالمعروف ما یکفیک و یکفی بنیک! صحیح مسلم، ج ۳، ص ۵۴۹.

۲. و لا تنقض سنة صالحة عمل بها صدور هذه الامة و اجتمعت بها الالفه و صلحت علیها الرعية و لاتحدثن سنة تضر بشيء من ماضی تلک السنن فیکون الاجر لمن سنّها و الوزر علیک بما نقضت منها، فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۱۰۰۱.

۳. ظاهراً روایت به صورت صحیح این است: «ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و ما رأوا سيئاً فهو عند الله سيء»، مسند احمد حنبل، ج ۱، ص ۳۷۹ و به نقل از جبار گلباغی، پیشین، ص ۲۴۴.

۴. حکیم، الاصول العامة للفقہ المقارن، ص ۳۷۵.

مورد تأیید و تصدیق انسان باشد تا در عمل به آن ملتزم شود؛ زیرا انسان پس از تصور موضوع و تصدیق فایده، خیر و صلاح آن، در عمل به آن ملتزم می‌شود.

و معیار او در اینکه چه چیز مفید، خوب و صالح است گرچه پیوسته خود اوست، اما او گاه به‌طور خودخواهانه و جزئی خود را معیار قرار می‌دهد و گاه به‌عنوان فردی از نوع و مصالح نوعی غالباً مورد پذیرش اکثریت افراد قرار می‌گیرند و به این جهت متعارف می‌شوند.

اما می‌دانیم این گونه نیست که پیوسته غالب مصالح نوعی توسط اکثریت افراد تصدیق شود؛ چون پیوسته اکثریت افراد جامعه تحت تأثیر تربیت‌ها و آموزش‌های غلط، برخلاف ادراکات فطری و نوعی، خودبین و خودخواه بار می‌آیند و به مصالح و منافع دیگران توجه نمی‌کنند و فقط مصالح خودشان را می‌بینند.^۱

بنابراین اگر به‌واسطه تعلیم و تربیت عمومی خودبینی و خودخواهی، فرهنگ غالب جامعه شود، بسیاری از مصالح نوعی مغفول و شمار زیادی از مفاسد نوعی، متعارف و معمول می‌شوند چنان‌که برهنگی زنان در جوامع غربی متعارف شده است و با وجود چنین مواردی عرف و متعارف به‌طور مطلق نمی‌تواند حجت باشد؛ چون عقل نمی‌تواند بپذیرد هر امر متعارفی لزوماً به خیر و صلاح بشر هم باشد. از این‌رو عرف و معروفی که در آیات متعدد خواسته شده است، آن است که خیر و صلاح بودن آن مورد تصدیق عقل و اکثریت عقلا قرار گرفته یا با امضای معصوم، اعلام و ابلاغ شده باشد.

بند دوم - منبعیت عرف

با توجه به آنچه گذشت عرف نزد اصولیان مذهب شیعه به‌عنوان منبع استنباط اعتبار ندارد^۲ و تنها برخی از مصادیق عرف که مبتنی بر حسن و صلاح عقلی و عقلایی باشد اعتبار دارد؛ لذا در حقوق شیعی گاه آن را به حکم عقل باز می‌گردانند و گاه به بنا و سیره عقلا.

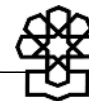
می‌تواند به‌عنوان یک منبع و قاعده مطرح شود که ناشی از ادراک قطعی عقل یا موافق با سیره عقلا باشد.

لکن ظاهر برخی مذاهب اهل سنت این است که عرف با هر منشائی در کنار کتاب و سنت منبع استنباط و به اصطلاح یک قاعده حقوقی است، چنان‌که ابن عربی مالکی «عادت را دلیل و اصلی می‌داند که احکام بر آن مبتنی و حلال و حرام به آن مرتبط است»^۳ و به‌نظر ابن نجیم حنفی «عادت

۱. سیدمحسن حکیم، الاصول العامه للفقهاء المقارن، ص ۴۲۴.

۲. همان، ص ۴۲۳.

۳. ابوالقاسم علی‌دوست، فقه و عرف، ص ۳۰.



حکم‌کننده (و فیصله‌دهنده) است و دلیل آن کلام رسول‌الله است که فرمود: هرچه را مسلمانان نیک بدانند، نزد خدا نیکو است.^۱

مبحث سوم - اعتبار عرف بین‌المللی از نظر شرع

به هر حال اگر عملی در شهر، کشور، منطقه یا جهان به‌گونه‌ای متعارف شده باشد، که افراد خود را بدان ملتزم بدانند در صورتی‌که برخاسته از عقل غیرمشوب به وهم و خیال و یا مطابق حکم کتاب یا سنت باشد، از طرف شرع نیز قابل قبول است و می‌تواند منبعی برای قضاوت در فضای داخلی یا بین‌المللی قرار گیرد مانند وفای به عهد.

اما در صورتی‌که به جهت غلبه یک فرهنگ با منشأ انسانی و در تضاد با حکم عقل در جهان متعارف شده باشد، نمی‌تواند مورد قبول شارع قرار گیرد، چون منشأ ظلم و فساد است، مانند عرف موروثی بودن انتقال قدرت که برخلاف عقل است و شارع آن را نپذیرفت و در اسلام بر اصل شایستگی استوار شد و در این زمان حق وتوی^۲ پذیرفته شده از سوی کشورها در منشور سازمان ملل؛ چون ظالمانه است نمی‌تواند مورد قبول شارع قرار گیرد. یا کرنش کردن دول ضعیف در مقابل قدرت‌های برتر^۳ یا متعارف بودن تعلق سود به وام بانک‌های جهانی که ربوی و مبتنی بر قیاس بیع به ریاست.

به هر حال شارع اسلام روابط متعارف یا عرف‌های حاکم بر روابط را، در عرصه داخلی و بین‌المللی به‌طور دربست قابل قبول نمی‌داندست والا روابط جدیدی را با عرضه قواعد و قوانین اسلام درخواست نمی‌کرد، بلی بر مبنای قاعده تقابل یا مقابله یا الزام در رابطه با غیرمسلمانان در سطح بین‌المللی اموری را پذیرفته و امضا کرده است، گرچه در روابط داخلی نپذیرفته. مواردی از این دست در فقه مورد بحث قرار گرفته است.^۴

گفتار سوم - اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن

سومین منبع دیوان دادگستری «اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن» است.^۵ اما منظور از این

۱. العادة محكمة و اصلها قوله (ع): «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»، همان، ص ۳۱ و ظاهراً روایت به‌صورت صحیح این است: «ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و ما رأوا سيئاً فهو عند الله سيء». مسند احمد حنبل، ج ۱، ص ۳۷۹. به نقل از جبار گلباغی، پیشین، ص ۲۴۴.

۲. در مورد حق وتو نظرات دیگری نیز وجود دارد و کسانی که واجد آن هستند لابد آن را ظالمانه نمی‌دانند و یا در عین اینکه آن را ناحق می‌دانند، اما اعطا و انحصار آن را به چند کشور صاحب قدرت، به جهت برقراری نظم و امنیت در فضای جهانی لازم می‌دانند.

۳. لذا فرمود: وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ. سوره هود: ۱۱، آیه ۱۱۳.

۴. به ص ۸۲ همین گزارش رجوع شود.

۵. بنگرید به: ملک شاول، حقوق بین‌الملل، ص ۸۸ و کارو، حقوق بین‌الملل در عمل، ص ۲۳۷.

اصول چیست؟

در مورد مفهوم «اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن» اختلاف هست. با توجه به قید «ملل» ممکن است گفته شود مراد از اصول کلی، اصول کلی در حقوق داخلی است، چون اصول کلی بین‌المللی به صورت نوشته در معاهدات و نانوشته در عرف بین‌المللی مندرج است. یا گفته شود مراد از اصول کلی، اصول کلی حقوقی غیرمصرح در معاهدات و عرف بین‌المللی است که توسط دیوان از نظامات حقوقی معتبر جهان استنباط می‌شود.^۱

بنابراین منظور از «ملل متمدن» نظامات حقوقی معتبر جهان است و نه فقط اروپا^۲ و قید «متمدن» در عبارت «مقبول ملل متمدن» برای آن است که بگوید ملل متمدن به لحاظ تمدنشان از اصولی برخوردارند که روابط اجتماعی آنها را سامان داده است و این اصول عنداللزوم می‌تواند در فضای بین‌المللی نیز کاربرد داشته باشند.

به هر حال مفهوم اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن مبهم است^۳ و منظور هرچه باشد ما را بی‌نیاز نمی‌کند که در مورد تفسیر اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن در رأی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه کارخانه Chorow ۱۹۲۸ یا رأی دیوان دادگستری بین‌المللی «در دعوی آبراه کرفو در سال ۱۹۴۹»^۴ پرسش کنیم که آیا با اصول برخاسته از فطرت و عقل موافقت یا خیر؟ بسا اصلی در میان ملتی متمدن جاری باشد، که با درک صحیح و کلی عقل از مصالح و مفاسد سازگار نباشد، چنان‌که برخلاف ادراک وجدانی در حقوق برخی ملل متمدن حقوق زن و مرد را مساوی می‌دانند.

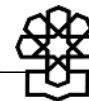
با این اوصاف دیوان دادگستری با اتکا به کدام تفسیر از اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن می‌تواند دعوایی را به حق حل و فصل کند؟ لازم است یا تفسیر معینی از اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن ارائه و یا گفته شود دیوان در استنباط آنها آزاد است تا کسی که می‌خواهد به دیوان

۱. دومینک کارو برای اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن، پنج مفهوم اصلی برمی‌شمارد و در مفهوم پنجم می‌گوید: «مجموعه‌ای از اصول مشترک میان سیستم‌های بزرگ حقوق معاصر که قابل اجرا در نظام بین‌المللی» است. دومینک کارو، حقوق بین‌الملل در عمل، ص ۲۳۷) و ظاهراً سیستم‌های بزرگ حقوقی را «خانواده رمی - ژرمنی، کشورهای حقوق عرفی، کشورهای سوسیالیستی و رژیم‌های حقوقی دارای رنگ مذهبی» (همان) مانند اسلام یا بودیست می‌داند و نیز بنگرید به: محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۱۵۲.

۲. دومینک کارو می‌نویسد: «هنگام تهیه اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در ۱۹۲۰ مفهوم این اصطلاح روشن بود: منظور اصول شناخته شده به وسیله مردمانی بود که از تمدن اروپایی بهره‌مند بودند»، حقوق بین‌الملل در عمل، ص ۲۳۷.

۳. برخی از حقوق‌دانان این‌گونه اظهارنظر کرده‌اند که «در حقیقت انشای ماده (۳۸) مشکلات جدی هم از نظر تفسیر کلمه مبهم «ملل متمدن» و هم از نظر ماهیت اصول مورد بحث به وجود آورده است» محمدرضا ضیائی بیگدلی، پیشین، ص ۱۵۳.

۴. ملکم شاو، پیشین، ص ۹۱.



رجوع کند تکلیف خود را بداند. در صورتی که از آنها تفسیری ارائه شود ممکن است ببیند با ادراکات کلی عقلی و حکم کتاب یا سنت مغایرت دارد یا خیر که در صورت عدم مغایرت می‌توان گفت از طرف شرع نیز قابل قبول است.

گفتار چهارم - رویه قضایی

رویه قضایی منبع دیگری است که به‌عنوان وسیله فرعی و مکمل در حل و فصل اختلافات مورد توجه قرار می‌گیرد؛ زیرا در ماده (۵۹) اساسنامه آمده است: «آرای دیوان فقط برای طرف‌های دعوی و در همان قضیه خاص مورد رسیدگی الزام‌آور است». یعنی در قضیه‌ای دیگر نمی‌توان به آن رأی و تصمیم استناد جست، گرچه مشابه قضیه اول باشد؛ شاید از آن‌رو که ممکن است اوضاع و احوال و معاهده یا عرفی که در قضیه اول مستند واقع شده تغییر کرده باشد، پس مورد توجه قرار می‌گیرد و در صورتی که مستندات همان مستندات سابق باشد به همان‌ها استناد می‌شود نه به تصمیمات قبلی دیوان.

بله تصمیم قضایی ممکن است مبتنی بر تفسیر یا نظریه‌پردازی جدیدی^۱ باشد که در شرایط حاضر قابل قبول است با اینکه در گذشته مغفول یا مردود بوده است و در این صورت تصمیمی است که مستند آن سابقه استناد ندارد.

در هر صورت تصمیمات قضایی نیز همچون دیگر منابع اگر با حکم عقل و یا نقل مغایرت نداشته باشد، از نظر شرع قابل قبول است. به علاوه اینکه عقل بر مصادیق یکسان حکم یکسان دارد؛^۲ لذا قضات تمایل دارند که در موارد مشابه حکم یکسان دهند.

گفتار پنجم - عقاید برجسته‌ترین متخصصان

آرا و عقاید برجسته‌ترین متخصصان حقوقی بین‌الملل کشورهای مختلف نیز به‌عنوان یک وسیله فرعی و مکمل معرفی شده است. روشن است که عقاید متخصصان برجسته زمانی به کار می‌آید که به‌صورت عرف بین‌المللی ظاهر نشده باشد یا در معاهدات به‌عنوان منبع حل و فصل منازعه مورد تراضی طرفین یا جزء اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن مورد قبول قرار قرار نگرفته باشد یا در یک تصمیم قضایی به آن حکم نشده باشد که در هر مورد حکم خودش را دارد و روشن است که حتی در صورتی که طرفین راضی باشند بر مبنای عقاید فلان متخصص حقوق بین‌الملل، میان آنها قضاوت شود، نتیجه تراضی آنها لزوماً حکم به حق نیست؛ چون ممکن است عقاید فلان متخصص

۱. تفسیر یا نظریه‌پردازی جدید می‌تواند مقدمات استدلال حقوقی Obiter Dictum حکم را فراهم سازد که بسا قاعده‌ای حقوقی را نیز در پی داشته باشد.

۲. حکم الامثال فیما یجوز و لا یجوز سواء.

حقوق بین‌الملل باطل باشد و آنها بر باطل تراضی کرده باشند و در هر حال حکم به حق مطلوب شرع مقدس است.

گفتار ششم - عدل و انصاف

در بند «۲» ماده (۳۸) اساسنامه دیوان آمده است: «مقررات این ماده به حقی که دیوان بین‌المللی دادگستری دارد و به موجب آن می‌تواند در صورت موافقت طرفین درباره آنها براساس عدل و انصاف حکم دهد خللی وارد نمی‌آورد».^۱

با توجه به جایگاه عدل در قضاوت که در چند جای همین رساله بر آن تأکید شده است، این بند راه ورود به قضاوت عادلانه مورد تأکید ادیان الهی به‌ویژه اسلام را باز کرده است، لکن با توجه به فضای حاکم بر قضاوت در نهادهای قضایی و شبه‌قضایی بین‌المللی معلوم نیست قضاوت عادلانه به معنای مورد نظر اسلام صورت گیرد؛ زیرا ممکن است عدل و انصاف مذکور در بند «۲» ماده (۳۸) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مغلوب معنایی از عدل و انصاف شود که با معنای مورد نظر اسلام مغایرت داشته باشد.

همچنین رویکرد پزیتیویستی در حقوق بین‌الملل و تقدم امنیت بر عدالت التزام به عدل را دشوار می‌سازد. علاوه بر اینها دشوار است کسانی که در نظام سلطه پرورش یافته و به آن ملتزمند بتوانند بر خلاف جریان غالب به عدل حکم کنند!!!

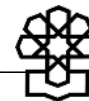
گفتار هفتم - سایر مستندات

در حل و فصل اختلاف ممکن است به اموری غیر از آنچه ذکر شد استناد شود مانند هر نوع بیان شفاهی یا کتبی یا عمل و تقریر یک‌جانبه شخص حقیقی یا حقوقی مانند اعلامیه، اقرار، اعتراض، مخالفت، نقض، سکوت، شناسایی، فسخ، کناره‌گیری، تعلیق، انتفاع، پذیرش و^۲ زیرا قول و فعل و تقریر اشخاص به هر شکل بار حقوقی دارد و ممکن است در هر دعوایی بدان استناد شود و له یا علیه او به کار رود.

اما اعلامیه یک‌جانبه مانند اعلان جنگ یا بی‌طرفی یا قطع رابطه یا اعلان موضع در قبال تصمیم سازمانی بین‌المللی مانند مجمع عمومی یا شورای امنیت سازمان ملل که ممکن است در حل و فصل اختلافات مستند قرار گیرند.

۱. بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۲۲۶.

۲. محمدرضا ضیائی‌بیگدلی، پیشین، ص ۱۶۱.



در حقوق اسلام نیز به مواردی از اعلامیه یکجانبه برمی‌خوریم مانند اعلامیه^۱ اعطای جوار به مشرکان که می‌فرماید: «وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أُبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ»^۲ اگر یکی از مشرکان از تو پناه خواست پناهش ده تا کلام خدا را بشنود؛ سپس او را به مکان امنش برسان». در این آیه گرچه مخاطب پیامبر (ص) است، اما مفاد کلام عام است و به نوعی اعلام می‌دارد که هر کس خواستار شنیدن کلام خداست به او پناه داده می‌شود.

اعلام جدا شدن اسلام از ما قبل خود که پیامبر (ص) فرمود: «اسلام ما قبل خود را قطع می‌کند»^۳ و ما قبل اسلام کفر و طغیان است و چنین ما قبلی از نظر عقل و عقلا نیز اعتبار ندارد. اعلام بی‌اعتباری امور جاهلی چنان‌که پیامبر (ص) فرمود: «آگاه باشید که هر چیزی از جاهلیت زیر این دو پای من است»^۴.

اعلام یکسانی مؤمنان در عهد و امانشان نسبت به غیرمسلمانان و اعتبار آن نزد همه مسلمانان چنان‌که پیامبر (ص) فرمود: «مؤمنان همسان یکدیگرند پایین‌ترین آنان نیز به انجام تعهدشان تلاش می‌کند»^۵ و فرمود: تعهد مسلمانان یکی است، پایین‌ترین آنان نیز به انجام تعهدشان تلاش می‌کند»^۶. اعلام اعتبار هر پیمانی که محتوای ظلم‌ستیزانه داشته باشد چنان‌که ابن هشام می‌نویسد: برخی از قبائل قریش در خانه عبدالله بن جدعان گرد آمدند و پیمانی بستند بر اینکه از هر مظلومی از اهالی مکه یا غیرمکه که به آنجا آمده است، به دفاع برخیزند و همگی علیه ظالم یاریگر هم باشند تا حق مظلوم را باز پس دهد»^۷. پیامبر (ص) در مورد این پیمان که در تاریخ اسلام به «حلف الفضول» معروف است فرمود: «در خانه عبدالله بن جدعان شاهد پیمانی بودم که آن را با انبوهی از شتران گرانقیمت معاوضه نمی‌کنم. اگر در اسلام هم به آن دعوت شوم پاسخ مثبت می‌دهم»^۸.

۱. قرآن خود یک اعلامیه است برای همه بشر در طول زمان و پهنه زمین.

۲. سوره توبه: ۹، آیه ۶. از این قبیل است اعلامیه برائت از تعهد در برابر مشرکان: «وَأَذَانٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ يَوْمَ الْحَجِّ الْأَكْبَرِ أَنَّ اللَّهَ بَرِيءٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ»^۲ و [این آیات] اعلامی است از جانب خدا و پیامبرش به مردم در روز حج اکبر که خدا و پیامبرش در برابر مشرکان تعهدی ندارند». سوره توبه: ۹، آیه ۳.

۳. الاسلام یجب ما قبله، کنزالعرفان، ج ۱، ص ۱۶۶ و جواهرالکلام، ج ۱۳، ص ۵۶.

۴. ألا و إن کل شیء من امر الجاهلیة، موضوع تحت قدمی هاتین، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۱۰۲۳ و در ادوار فقه آمده است: الا کل دم و مال و مأثرة فی ...، محمود شهابی، ادوار فقه، ج ۱، ص ۳۷۰.

۵. المؤمنون بعضهم اکفاء بعض یسعی بذمتهم ادناهم، وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۰.

۶. ذمة المسلمین واحدة یسعی بها ادناهم، تذکره الفقهاء، ج ۹، ص ۸۷.

۷. فتعاقدوا و تعاهدوا علی ان لا یجدوا بمکة مظلوما من اهلها و غیرهم ممن دخلها من سائر الناس إلا قاموا معه و کانوا علی من ظلمه حتی ترد علیه مظلمته، سیره ابن هشام، ج ۱، ص ۱۴۱.

۸. لقد شهدت فی دار عبدالله بن جدعان حلفاً ما احب أن لی به حمر النعم و لو ادعی به فی الاسلام لأجبت، همان.

این پیمان پیش از اسلام منعقد شده است و پیامبر (ص) می‌فرماید اگر در اسلام هم به چنین پیمانی دعوت شوم پاسخ مثبت می‌دهم از این مطلب استفاده می‌شود هر پیمانی که چنین محتوایی داشته باشد، در هر زمان که باشد، از نظر اسلام معتبر است.

اما استناد به نقض قواعد آمره در اسلام مانند استناد پیامبر اسلام (ص) به قاعده لاضرر در دعوی مرد انصاری با سمره که پیامبر (ص) رفتار سمره را ناقض قاعده آمره لاضرر دانست که سمره به اقتضای ایمان پذیرفته بود به هم‌کیش خود ضرر نرساند. پس از آنکه پیامبر (ص) در مقابل درخت خرما سمره، ده درخت خرما در جای دیگر یا یک درخت در بهشت به او پیشنهاد کردند و سمره نپذیرفت، پیامبر (ص) فرمود: «تو شخصی ضررزننده هستی و ضرر زدن و ضرر پذیرفتن بر مؤمنان جایز نیست»^۱ و دستور دادند درخت او را ببرکنند و در پیش او افکندند تا هر جا که می‌خواهد آن را بکارد.

به هر حال آنچه در فعل و قول و تقریر شخصی حقیقی یا دولت یا نهادی بین‌المللی که سابق بر طرح دعوا از او سر زده و به حکم عقل قابل استناد قضایی باشد از دید اسلام نیز مورد قبول است.

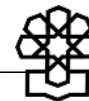
نتیجه بحث

مستندات و منابع قضایی مباحث در حقوق بین‌الملل را به تفصیل با همین منابع در حقوق اسلام مطابقت داده و موارد وفاق و خلافشان را نشان دادیم تا روشن شود که اگر همه انسان‌ها در ذهن قائل به نظام حقوقی محقق عدالت، مبتنی بر مبنای نظری واحد در فضای بین‌المللی باشند، جایز، بلکه لازم است به سلطه آن در قضاوت و حل اختلافات رضایت دهند؛ اما این آرزویی بیش نیست و ملت‌ها در عمل به نظام‌های حقوقی متأثر از باورها، خصلت‌ها و منافع مختلف و گاه متضاد ملت‌زمند که تاکنون منشأ جنگ‌ها و مصائب بیشماری برای بشر بوده است.

وقتی باورها، خصلت‌ها و منافع مختلف، حق و صلاح را از دید مدعیان ایمان به اصول نظری و فروع عملی یک نظام حقوقی، متفاوت می‌سازد و بین آنها اختلاف می‌افکند و آنها را به جان هم می‌اندازد، بین دو ملت با دو نظام اعتقادی و عملی مخالف به طریق اولی حق و صلاح را متفاوت می‌کند و هر ملت با این اعتقاد که ملت دیگر به حقوق و حقیقت‌هایی ملتزم نیست، سلطه سیاسی و قضایی او را بر نمی‌تابد.

بنابراین دو جریان تاریخی و فرهنگی خداپاور و غیرخداپاور (اعم از قائلان به جدایی دین از

۱. انک رجل مضار و لاضرر و لاضرار علی مؤمن، محمد بن یعقوب کلینی، کافی، ج ۵، صص ۲۹۲ و ۲۹۴ و ابوجعفر محمد بن علی صدوق، فقیه، ج ۳، صص ۴۵ و ۱۴۷ و سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۷۸۴، ح ۲۳۴۰ و نیز بنگرید به: ابوالفرج اصفهانی، شیخ الشریعة، قاعده لاضرر و لاضرار.



دنیا و قائلان به عدم صحت باورهای متافیزیکی) نیز نمی‌توانند به سلطه سیاسی و قضایی هر یک بر دیگری رضایت دهند. پس در موارد اختلاف چه کار باید کرد؟

این مسئله در دو فضای اختیار و اضطرار قابل بحث است. اجمالاً در فضای اختیار، در صورت تزامن و تساوی (برابری و موازنه)^۱ دو اراده، اگر منافع قابل جمع باشد، ممکن است از راه حل «هم تو هم من»^۲ استفاده شود و در جایی که منافع قابل جمع نیست، ممکن به راه حل «نه من نه تو»^۳ روی آوردند که کارشناسان را به جنگ سرد و در نهایت جنگ گرم می‌کشاند. اما بشر گام‌هایی برداشته و حقوق و نهادهایی را سامان داده است تا با رجوع به آنها اختلافاتش را حل کرده و از جنگ و خونریزی اجتناب کند. در بخش بعد رجوع به نهادهای قضایی بین‌المللی را در شرایط عادی مورد بحث قرار می‌دهیم و پس از آن رجوع به این نهادها را در شرایط غیرعادی بررسی می‌کنیم.

بخش دوم - رجوع به نهادهای قضایی بین‌المللی

رجوع به نهادهای قضایی بین‌المللی را از نظر حکمی در دو شرایط عادی و غیرعادی پی می‌گیریم. منظور از شرایط عادی، شرایطی است که انسان یا مجتمع انسانی در تنگنا و مضیقه نباشد و بتواند آزادانه و فارغ از قهر، اجبار، اکراه و ترس از دیگری و در حالی که مصلحت اهمّ او به خطر نیافتاده است تصمیم‌گیری و عمل کند.

فصل اول - رجوع در شرایط عادی

رجوع به نهادهای قضایی بین‌المللی در شرایط عادی مبتنی بر احراز صلاحیت مرجع قضایی و قاضی و منابع حکم است. در مورد منابع حکم، در بخش پیش سخن رفت و در مورد صلاحیت در این بخش پس از بحث در مورد اصل اولی (قاعده نخست) در روابط انسان‌ها بحث می‌کنیم.

گفتار اول - اصل عدم سلطه^۴

اولین اصل در روابط انسان‌ها به‌ویژه در زمینه رجوع به نهادهای بین‌المللی اصل عدم سلطه است.

۱. منظور از تکافو، تساوی یا برابری یا موازنه قواست.

۲. از آیه «لَكُمْ دِينُكُمْ وَ لِي دِينُ» سوره کافرون: ۱۰۹، آیه ۶ ممکن است چنین برداشت شود.

۳. حق و توهین از اعضای شورای امنیت در بعضی موارد می‌تواند مصداقی از این راه‌حل باشد.

۴. از این اصل با عناوین دیگری مانند: اصل عدم ولایت احدی بر دیگری، که نزاعی تعبیر کرده است: آن‌الاصل عدم ثبوت ولایة احد علی احد، عوائد الایام، ص ۵۲۹، و قاعده عدم ولایت بر غیر و اصل عدم اجبار غیر نیز یاد شده است چنان‌که شهید اول گوید: «الاصل أن کل احد لا یملک اجبار غیره: اصل این است که هیچ کس حق اجبار دیگری را ندارد». القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۵۶.

به حکم عقل، هیچ‌کس بر دیگری سلطه ندارد^۱ مگر به اذن^۲ و رضای او^۳، بنابراین هیچ نهاد سیاسی یا قضایی داخلی یا خارجی یا بین‌المللی نمی‌تواند در حوزه فرد حقیقی یا حقوقی دیگری اعمال سلطه کند، مگر آنکه به او اذن اعمال سلطه داده باشد. پس اصل اول در روابط انسان‌ها عدم سلطه هر کس بر دیگری است.

و از سوی دیگر هر انسان منصف، با وجدان و فرهیخته‌ای، اگر نیاز داشته باشد، سلطه سیاسی یا قضایی صالحانه، به حق و عادلانه دیگری را می‌پذیرد، چنان که در روابط اجتماعی در موطن خودش، حاکمیت دولت مبعوث خودش را به همین جهت می‌پذیرد که اگر نپذیرد معنایش یا تن دادن به سلطه ناصالح و ظالم است یا پذیرش هرج و مرج و اختلال در نظامات و قتل نفوس و غصب و غارت اموال و دقیقاً به همین جهت در سطح بین‌المللی نیز اگر به سلطه قواعد و مقررات و نهادهایی که به حق پدید آمده و حافظ و ضامن مصالح و حقوق او از قبیل صلح، امنیت و عدالتند گردن نگذارد، از دید عقلاً به‌عنوان مخالف حق و مخل نظم و امنیت و عدالت بین‌المللی قلمداد می‌شود. پس عقل و منطق سلیم حکم می‌کنند حاکمیت قاعده، قانون و نهادی را که به حق و در جهت تأمین حق و عدالت عرضه شده است بپذیرد.

منطق اسلام نیز به‌طور کلی همین است که انسان تسلیم و تابع حق باشد چنان‌که می‌فرماید: «قُلْ هَلْ مِنْ شُرَكَائِكُمْ مَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ؟ قُلِ اللَّهُ يَهْدِي لِلْحَقِّ أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمْ مَنْ لَا يَهْدِي إِلَّا أَنْ يَهْدَى؟»^۴ بگو آیا از شریکان شما کسی هست که به سوی حق رهبری کند؟ بگو: خداست که به سوی حق رهبری می‌کند پس آیا کسی که به سوی حق رهبری می‌کند سزاوارتر است مورد پیروی قرار گیرد یا کسی که راه نمی‌نماید مگر آنکه [خود] هدایت شود؟»

این آیه بر مطلوبیت حق، هدایت به سوی آن، هدایتگری خدا به سوی حق که در کتاب او و سنت رسول او متجلی است، احقیت (شایستگی و صلاحیت) تبعیت از کسی که به سوی حق هدایت می‌کند و پذیرش سلطه او صراحت دارد.

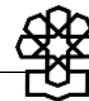
و مراد از «من» در «أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ» گرچه شخص حقیقی و در مرحله اول خدا و کسانی است که او معین کرده است؛ اما عام است و شامل هر کسی است که به سوی حق هدایت کند، حتی اشخاص حقوقی؛ زیرا قوام اشخاص حقوقی نیز به اشخاص حقیقی است. بنابراین آیه در کل بر

۱. و هر کس بر خویش مسلط است. به حکم عقل و دلالت حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» (الخلاف، ج ۳، ص ۱۷۷) که به طریق اولی دلالت دارد بر سلطه مردمان بر خودشان؛ چون سلطه بر مال ناشی از سلطه بر جان است.

۲. اذن یا به نصب است یا انتخاب.

۳. در مورد افراد بالغ و عاقل اما افراد کودک و مجنون اذن و رضا ندارند.

۴. سوره یونس: ۱۰، آیه ۳۵، علامه طباطبائی ذیل آیه می‌گوید: «ان من المرتکز فی الفطرة الانسانية و به يحكم عقله؛ أن من الواجب علی الانسان أن يتبع الحق ... و الهادی الى الحق واجب اتباعه لما عنده من الحق»، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۰، ص ۵۶.



آنچه در عقول انسان‌ها متمرکز است تأکید می‌کند.

و نیز می‌فرماید: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ: از خدا و پیامبر و صاحبان امر از خودتان اطاعت کنید».^۱

أُولَى الْأَمْرِ در آیه شریفه عام است و شامل کسانی که در زمان غیبت به حق، ولایت سیاسی یافته‌اند نیز می‌شود؛ اما وجوب اطاعت از آنان به‌طور مطلق و در ردیف خدا و پیامبر تنها زمانی روا است که به حق فرمان دهند؛^۲ زیرا امر در آیه ارشاد به حکم عقل^۳ است و عقل به اطاعت از غیر تنها در چارچوب حق فرمان می‌دهد. از همین رو ممکن است میان افراد و صاحبان امر (اولی الامر) اختلاف نظر و تنازع رخ دهد که ذیل آیه حکم آن را نیز بیان کرده و فرموده است: «فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ» و «أُولَى الْأَمْرِ» را ذکر نکرده است.^۴

امام علی (ع) نیز خطاب به مردم مصر فرمود: «فرمان مالک را بشنوید و از او اطاعت کنید در هر موردی که مطابق حق باشد».^۵

بنابراین از دید اسلام نیز انسان باید تابع حق باشد^۶ خواه آن حق در قالب فرمان حکومتی عرضه شود یا در متن قانون و مقررات یا حکم قضایی یا قراردادی در داخل یا در فضای بین‌المللی و خواه از سوی بچه و مجنون ارائه شود یا فردی بالغ و عاقل و خواه از طرف مسلمان باشد یا کافر، زن باشد یا مرد، سمت مدیریت و فرماندهی داشته باشد یا فاقد سمت باشد.

امام علی (ع) فرمود: «حکمت [آنچه مطابق حکم عقل است و عقل هم تمکین به حق را حکم می‌کند] را از هر کس که بر شما عرضه کرد بگیر و به آنچه گویند بنگر نه آن‌کس که گوید»!^۷

و معنای اخذ حق از بچه و مجنون و کافر، تبعیت از آنها نیست بلی اگر تبعیت از احکام و مقررات حقی مستلزم پذیرش سلطه کافر به لحاظ کفر یا دیوانه به حیث جنون او باشد تبعیت دچار

۱. سوره نساء: ۴، آیه ۵۹.

۲. از آنجا که افراد غیرمعصوم حتی فقیهان جامع‌الشرایط نمی‌توانند ادعا کنند که جز به حق فرمان نمی‌دهند، فقیهان و مفسران شیعه اولی‌الامر را بر امامان معصوم (ع) تطبیق کرده‌اند.

۳. عقل به اطاعت از کسی که پذیرفته است از او اطاعت کند حکم می‌کند.

۴. بنگرید به: سیدعلینقی فیض‌الاسلام، نهج‌البلاغه، ص ۳۸۶، حضرت امیر (ع) در اختلاف خودش با آنها به این آیه تمسک کردند و فرمودند من خودم مصداق آیه هستم و هرچه من می‌گویم درست است و شما باید بپذیرید.

۵. فاسمعوا له و اطیعوا امره فیما طابق الحق، سیدعلینقی فیض‌الاسلام، نهج‌البلاغه، ص ۹۵۲.

۶. پیامبر(ص) فرمود: سیکون علیکم ائمة یملکون ارزاقکم یحدثونکم فیکذبونکم و یعملون فیسیؤون العمل لایرضون منکم حتی تحسنوا قبیحهم و تصدقوا کذبهم فأعطوهم الحق ما رضوا به فإذا تجاوزوا، فمن قتل علی ذلک فهو شهید، کنز العمال، ج ۶، ص ۶۷.

۷. خذ الحکمة ممن اتاک بها و انظر الی ما قال و لاتنظر الی من قال، غرر الحکم و درر الکلم، ج ۳، ص ۴۴۲، ح ۵۰۴۸ و فرمود: «حکمت را بگیر گرچه از مشرکان: خذ الحکمة و لو من المشرکین، بحارالانوار، ج ۲، ص ۹۷.

اشکال می‌شود و در شرایط عادی نمی‌توان آن را پذیرفت، پس بین پذیرش حق گرچه از سوی کافر ارائه شود و سلطه کافر به جهت کفر او باید تفکیک قائل شد.

قاعده تقابل مستفاد از کلام امام علی (ع)^۱ نیز مقتضی این معناست که سلطه قوانین و نهادهای محقق حق و عدالت را بپذیریم گرچه از طرف غیرمسلمان ارائه شده باشند؛ چون اگر سلطه قوانین و نهادهای محقق حق و عدالت را به دلیل اینکه غیرمسلمان مطرح کرده است نپذیریم، آنها نیز سلطه قوانین و حاکمیت الهی را به دلیل اینکه مسلمان مطرح کرده است نمی‌پذیرند و به این ترتیب عملاً راه تعامل با آنها و ورود آنها را به فضای عادلانه و انسانی اسلام مسدود کرده‌ایم. این البته در مقام تئوری است و در مقام عمل اگر به آنها نشان دادیم که مثلاً فلان نهاد که در اختیار آنها است به فلان دلیل صلاحیت ندارد و نمی‌تواند محقق حق و عدالت باشد نمی‌تواند توقع داشته باشند سلطه آن را بپذیریم، چنان‌که عکس این معنا نیز صادق است.

اگر گفته شود پس قاعده نفی سبیل و سلطه کافر چه می‌گوید؟ می‌گوییم پاسخ این پرسش در مباحث آتی خواهد آمد. پیش از آن به وقوع پذیرش سلطه کفار و قواعد و مقررات آنها در دو حوزه ملی و بین‌المللی اشاره می‌کنیم.

مبحث اول - مظاهری از سلطه غیرمسلمان در نظام‌های حقوقی ملی

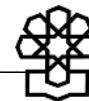
به جهت سهولت رفت و آمد بین کشورها، کسب درآمد بیشتر، تحصیل علم و دستیابی به موقعیت‌های بهتر در زندگی، افراد اعم از مسلمان و غیرمسلمان به دو صورت مجاز و غیرمجاز می‌توانند وارد قلمرو حاکمیتی غیر شوند. در صورتی که به‌طور مجاز وارد شوند فی‌الجمله اجازه ورود به آنها، به‌منزله عقد و عهدی است که از یک طرف انشا و از طرف دیگر مورد قبول واقع شده است.

ورود مجاز به قلمرو غیر از حیث حاکمیت رژیم حقوقی صور مختلفی دارد، گاه واردشونده برای پذیرنده طی معاهده‌ای شرط می‌گذارد، مثل سرمایه‌گذاری که برای انجام پروژه‌ای وارد کشور دیگری می‌شود و برای کارکنانش حقوق ویژه‌ای^۲ طلب می‌کند و گاه به‌عکس است و پذیرنده برای واردشونده شرط می‌گذارد و مثلاً به واردشونده اجازه ورود می‌دهد به شرط آنکه در محلی خاص سکونت کند، یا به‌گونه‌ای خاص در جامعه ظاهر شود، یا در زمینه‌ای خاص سرمایه‌اش را به‌کار گیرد.

گاه شرط خاصی از سوی طرفین اعمال نمی‌شود و آنها برابر مقررات و شرایط عام حاکم بر

۱. امام علی (ع) خطاب به فرزندش فرمود: «آنچه را برای خود دوست داری و می‌پسندی برای دیگران نیز بپسند و آنچه را برای خود، خوش نمی‌داری برای دیگران نیز مخواه، پس ظلم مکن چنان‌که دوست نداری به تو ظلم شود و نیکی کن چنان‌که دوست داری به تو نیکی شود؛ یابنی! اجعل نفسک میزناً فیما بینک و بین غیرک فاحبب لغيرک ما تحب لنفسک و اگر له ما تکره لها و لا تظلم کما لا تحب أن تظلم و احسن کما تحب أن یحسن الیک، فیض الاسلام، نهج‌البلاغه، ص ۹۲۱.

۲. به حقوق ویژه در عرصه قضایی پیش‌تر ذیل عنوان کاپیتولاسیون اشاره شد.



ورود اتباع بیگانه عمل می‌کنند و در واقع واردشونده خواه به منظور اقامت محدود اجازه ورود یابد یا به‌عنوان پناهنده^۱ با درخواست اقامت وی موافقت شود، متعهد شده است به قوانین و مقررات حاکم بر سرزمین پذیرنده همچون دیگر شهروندان عمل نماید و حقوقی همچون آنها داشته باشد، مگر اینکه طبق برخی از مواد قانونی فاقد حق برابر در برخی زمینه‌ها باشد و مثلاً نتواند رأی دهد یا پذیرنده در معاهده‌ای دیگر پذیرفته باشد که تبعه کشور دیگر در اموری خاص، در قلمرو او، تابع مقررات کشور متبوع خودش باشد، مثلاً در احوال شخصیه (مانند ازدواج، طلاق، اسم، تابعیت، اهلیت و ...) و گاه تابعیت کشور پذیرنده را کسب می‌کند و همچون دیگر شهروندان آن کشور عمل می‌کند. بحث را در دو فضای خارجی و داخلی پی می‌گیریم.

بند اول - در نظام حقوقی کشورهای غیرمسلمان

از دید اسلام انسان از آن‌رو که انسان است حق دارد هر جایی از زمین و در هر اجتماعی زندگی کند از این‌رو و نیز به جهاتی که ذکر شد هم اکنون میلیون‌ها مسلمان در کشورهای غیرمسلمان تحت سلطه و حاکمیت آنها زندگی می‌کنند و عملاً قوانین و نظامات آنها را در زمینه‌های مختلف اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و قضایی پذیرفته‌اند.

به هر حال گاه التزام به احکام و مقررات آنها با عمل به احکام و مقررات دین اصطکاک ندارد و گاه ناسازگار است و ناسازگاری گاه به این است که عمل به قوانین و مقررات آنها نافی احکام و مقررات دین است مثل اینکه آنها حجاب را ممنوع کرده‌اند و زن مسلمان وظیفه دارد حجابش را رعایت کند. گاه به این است که عنوان دیگری مانند تمایل و کمک (رکون و اعانه) به ظالم و کافر، یا سبیل و علو کافر یا تعاون بر اثم و عدوان یا ذلت و خواری تحقق پیدا می‌کند.

نظر فقیهان در قسم اول ناسازگاری روشن است که جایز نمی‌دانند مسلمان از مقررات خود به نفع مقررات خلاف حق غیرمسلمان دست بردارد و تابع آنها شود و در صورتی که چاره‌ای جز تبعیت از قوانین و مقررات آنها نداشته باشد و بر بروز مفسده در دین و اخلاق و ارزش‌های خود بترسند، باقی ماندن در کشور غیرمسلمان را جایز نمی‌دانند و بقا را نوعی «تعرب بعد از هجرت»^۲

۱. در ماده (۲) کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان (۲۸ ژوئیه ۱۹۵۱) ژنو آمده است: «هر پناهنده در کشوری که به‌سر می‌برد دارای وظایفی است که به‌موجب آن مخصوصاً ملزم می‌باشد خود را با قوانین و مقررات آن کشور و اقداماتی که برای حفظ نظم عمومی به‌عمل می‌آید تطبیق دهد».

۲. درباره این موضوع چندین حدیث وارد شده است از جمله: عن جعفر بن محمد عن آبائه (ع) فی وصیة النبی (ص) لعلی (ع) قال: و لاتعرب بعد الهجرة، وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۷۵.

به‌شمار می‌آورند مگر اینکه ناچار باشد بماند که در حد رفع اضطرار اجازه می‌دهند برخلاف احکام اولی شرع عمل شود.

در قسم دوم به استناد قواعدی مانند نفی تمایل و کمک (رکون و اعانه) به ظالم و کافر، نفی سبیل و علو کافر و نفی تعاون بر اثم و عدوان و نفی ذلت و خواری^۱ نمی‌پذیرند چنان‌که آیت‌الله منتظری می‌گوید: «تمایل فکری و عملی به ظالمین و حمایت از آنان در انجام گناه و تجاوز به حقوق و کارکردن و فعالیت در دستگاه‌های دولت‌های کافر یا ظالم اگر موجب حمایت از کفر و ظلم و اعانت به کافر یا ظالم باشد حرام است، مگر اینکه شرایط ویژه‌ای برای پشتیبانی از اسلام و مسلمانان باشد»^۲ و در واقع احکام و قواعد فوق را حاکم بر تعهد به تبعیت از احکام آنها می‌دانند، برخی از فتاوی فقیهان در این موارد قابل توجه است:

سلطه قانونی

از آیت‌الله منتظری پرسش شده «آیا التزام و پایبندی به قوانین و مقرراتی که در ویزا برای رفتن یا اقامت در کشورهای غیراسلامی ذکر شده است لازم می‌باشد؟»

ایشان در پاسخ می‌گوید: «اگر مسلمان آن مقررات را قبول کرده و متعهد به آنها شده - هرچند به‌طور ضمنی - باید به آنها پایبند باشد مگر آنهایی که خلاف شریعت اسلامی باشد»^۳.

نیز پرسش شده «برای مسلمانانی که در خارج از ایران (مثلاً کانادا) زندگی می‌کنند پایبندی به قوانین کشور محل سکونت تا چه حد ضروری است؟ برای مثال با عدم اظهار قسمتی از درآمد به دولت می‌توان مالیات کمتری پرداخت کرد، آیا این کار جایز است؟»

ایشان در پاسخ گفته است: «اشکال دارد مخصوصاً اگر به نام اسلام و مسلمان‌ها باشد، گرچه اظهار واقع واجب نیست و قوانینی که در جهت نظم و عدم اختلال جامعه وضع شده است باید رعایت شود و علاوه بر آن نباید طوری عمل شود که مسلمانان در مظان اتهام و توهین قرار گیرند»^۴.
از آیت‌الله سیستانی پرسش شده «کسی که از یک کشور غیراسلامی ویزا گرفته و به آنجا سفر

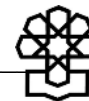
و عن أن ابا الحسن الرضا (ع) كتب فيما كتب من جواب مسائله: ... و حرم الله التعرب بعد الهجرة، للرجوع عن الدين و ترك الموازنة للانباء و الحجج (ع)، وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۷۵. از این رو برخی از فقیهان آن را از گناهان کبیره به حساب آورده‌اند. بنگرید به: جواهر الکلام، ج ۱۳، ص ۳۲۰.

۱. قال ابو عبد الله (ع): ان الله - عز و جل - فوض الى المؤمن امورہ كلها و لم يفوض اليه أن يذل نفسه الم تسمع لقو الله - عز و جل - ولله العزة و لرسوله وللمؤمنين؟ فالمؤمن ينبغي أن يكون عزيزا و لا يكون ذليلا، کافی، ج ۵، ص ۶۳.

۲. حسینعلی منتظری، رساله عملیه، مسئله ۲۵۰۱.

۳. همان، برگرفته از مجموعه استفتائات چاپ نشده ایشان.

۴. همان، استفتائات، ج ۳، مسئله ۳۵۸۶.



کرده است آیا موظف است که قوانین و مقررات آنجا ازجمله قوانین و مقررات رانندگی را رعایت کند؟»
ایشان در پاسخ می‌گوید: «اگر به آنان هر چند ضمنی، تعهد داده است، باید تا آنجا که با قوانین شریعت اسلامی منافعی نباشد وفا کند»^۱

وی در پاسخ به پرسش دیگری که می‌گوید: «اگر یک مسلمان در کشورهای اروپایی و یا آمریکا و امثال آنها جامه‌دانی پیدا کند که دارای علامت است و بدان وسیله می‌توان صاحب آن را شناخت و یا اصلاً دارای علامت نباشد، تکلیف چیست؟» پاسخ می‌دهد: «... اگر معلوم شود که صاحب آن مسلمان و یا در حکم مسلمان است که داراییشان محترم می‌باشد ... لازم است یک‌سال صبر کرد و آن را معرفی نمود و پس از آنکه از یافتن صاحب آن نوبیدی حاصل شد آن را صدقه داد، اما اگر معلوم گردد که صاحب آن غیرمسلمان است جایز است آن را تملک نمود مگر آنکه آن کشور از کشورهایی باشد که مسلمان تعهد داده تحت شرایط پیشنهادی آنان زندگی کند و از آن جمله است تحویل یافته‌ها و گمشده‌ها به صاحبانشان که در این صورت تملک آن جایز نیست و باید مطابق تعهدات قانونی عمل کرد»^۲.

سؤال: آیا مسلمانی می‌تواند در کشورهای غیراسلامی متصدی کار وکالت از افراد غیرمسلمان شود؟
جواب: اگر وکالت او منجر به تضییع حقی یا گفتن دروغ یا حرام دیگری نشود اشکالی ندارد و اما قضاوت در کشورهای غیراسلامی [در صورتی] که مطابق قوانین غیراسلامی قضاوت کند جایز نیست.^۳

سلطه سیاسی

آیت‌الله سیستانی می‌گوید: «گاهی مصالح عالیّه مسلمانان ایجاب می‌کند که مسلمانان در یک کشور غیراسلامی اعضای یک حزب سیاسی باشند و یا در کابینه دولتی و یا در وزارتخانه‌ای وارد شوند و یا به مجلس شورا راه یابند در چنین موقعیتی و برحسب اقتضای مصالح، برای هر مسلمانی این کارها جایز می‌شود، اما باید در تشخیص آن به افراد آگاه و مورد وثوق مراجعه کنند»^۴.

ظاهراً تجویز ورود به حزب سیاسی یا وزارتخانه یا مجلس شورای کشور غیرمسلمان اگر تحت عنوان ارائه خدمت قرار گیرد ذاتاً مانعی ندارد، اما اگر مصداق پذیرش سلطه سیاسی آنها باشد از باب ضرورت و تزاحم مصالح و لزوم صیانت از مصالح برتر مسلمانان تجویز می‌شود که در تحقق ضرورت و تشخیص مصلحت اگر شخص خود قادر نیست باید به افراد آگاه و مورد وثوق مراجعه کند.

۱. حکیم، عبدالهادی محمدتقی، فقه برای غرب‌نشینان، مطابق با فتاوی‌ای آیت‌الله سیستانی، ص ۱۷۲.

۲. همان، ص ۲۳۵.

۳. همان.

۴. همان، ص ۱۶۹.

سلطه قضایی

از آیت‌الله منتظری پرسش شده «گاهی میان قوانین حقوقی کشورها تعارض وجود دارد، به‌عنوان مثال بین زوج و زوجه مسلمان که در ایران ازدواج کرده‌اند و در حال حاضر در آمریکا اقامت دارند اختلاف رخ داده است و زن تقاضای طلاق نموده است و شوهر راضی به طلاق نیست، طبق قوانین آمریکا اگر یکی از طرفین تقاضای طلاق کند، بسا دادگاه موافقت کرده رأی به طلاق صادر می‌کند و برابر آن قانون شوهر نیز موظف است نیمی از ثروت خود را به همسر واگذار کند. بفرمایید آیا رأی این دادگاه شرعاً درست است و زن می‌تواند همسر دیگری اختیار نماید؟

ایشان در پاسخ می‌گویند: «صحیح نیست».^۱ یعنی رأی دادگاه صحیح نیست، و زن هم نمی‌تواند همسر دیگری اختیار نماید.

و نیز پرسش شده «آیا قاضی غیرشیعه می‌تواند برای شیعیان حکم صادر کند؟

ایشان در پاسخ می‌گویند: «قضاوت قاضی غیرشیعه برای شیعه نافذ نیست، ولی اگر در مورد خاصی استتقاز حق شیعی جز از راه قضاوت غیرشیعی ممکن نباشد بعید نیست مانعی نداشته باشد».^۲

از مجموع این نظرات به‌دست می‌آید که وفای به عهد، مستلزم عمل به مقررات و قوانین کشور غیرمسلمان است مگر اینکه قانون و مقرراتشان با قوانین اسلام مخالف باشد که در این صورت اگر مضطر باشد یعنی مصلحت راجحی در بین باشد، باز هم تابع قوانین آنها خواهد بود و اگر چنین نباشد تخلف از قوانین مخالف قوانین اسلام لازم است.

بند دوم - در نظام حقوقی کشورهای مسلمان

در حال حاضر رفع عقب‌ماندگی و دستیابی به رشد و توسعه اقتصادی و صنعتی، کشورهای جهان سوم به‌ویژه مسلمانان را نیازمند حضور غیرمسلمانان صاحب ثروت و تکنولوژی در کشورهای مسلمان کرده است. مدیریت ثروت و تکنولوژی مستلزم سلطه غیرمسلمان بر مسلمان است؛ زیرا در حین اجرای پروژه لازم است از وجود مهندسان، تکنسین‌ها و کارگران مسلمان نیز بهره‌گیری شود و اینها قهراً تحت فرمان و سلطه غیرمسلمان صاحب تکنولوژی قرار می‌گیرند و این سلطه جایز نیست، مگر اینکه گفته شود در واقع فرد مسلمان به حکم و صلاحدید اولیای امور که در رتبه بالاتر معاهده را امضا کرده‌اند تحت امر غیرمسلمان قرار گرفته است!

ولی به این پاسخ اشکال می‌شود که اگر شرایط عادی باشد آیا در شرایط عادی این گونه صلاحدید اولیای امور جایز است یا خیر؟

۱. حسینعلی منتظری، رساله استفتائات، ج ۲، ص ۴۴۴.

۲. همان، ج ۳، ص ۴۶۳.



ظاهراً این گونه صلاحدید در شرایط عادی جایز نیست، ولی صورت مسئله در مثال فوق نشان می‌دهد که از باب ناچاری چنین مصلحت دیده شده است و ظاهراً صلح حدیبیه نیز از همین باب است.

مبحث دوم - مظاهری از سلطه غیرمسلمان در نظام حقوقی بین‌المللی

در این مبحث پیوستن کشورهای اسلامی به معاهدات بین‌المللی و رجوع کشورهای اسلامی به مراجع قضایی غیرمسلمان را مرور می‌کنیم.

بند اول - پیوستن کشورهای اسلامی به معاهدات بین‌المللی

پیوستن کشورهای اسلامی (کشورهایی که اکثریت جمعیت آنها مسلمانند خواه مقررات اسلامی در آنها جاری باشد یا نباشد) به برخی کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی مانند منشور ملل متحد، دو میثاق بین‌المللی، مقررات مصوب کنفرانس سازمان ملل متحد درباره حداقل رفتار با زندانیان، کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان، کنوانسیون وین درباره روابط کنسولی، کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان، قرارداد راجع به جلوگیری از گشتار جمعی و مجازات آن، کنوانسیون منع، تکمیل و توسعه، تولید و ذخیره سلاح‌های باکتریولوژی و انهدام این سلاح‌ها و ... علاوه بر اینکه به معنای پذیرش جامعه بین‌المللی است به معنای پذیرش قواعد و مقررات بین‌المللی و برتری حقوق بین‌الملل^۱ و سلطه نظارتی، قضایی و سیاسی - امنیتی نهادهای جهانی است که در اختیار غیرمسلمان‌هاست.

لذا گاه برخی نهادهای بین‌المللی برتر مانند شورای امنیت قطعنامه‌ای علیه کشوری مسلمان صادر می‌کند چنان‌که از ایران در چند قطعنامه خواسته شده غنی‌سازی اورانیم را تعلیق کند یا نهادهای ناظر بر التزام دولت‌ها به مفاد معاهدات پذیرفته شده، نسبت به اجرای برخی احکام اسلام که به‌زعم آنها با موادی از آن معاهدات ناسازگار است مانند برخی احکام در عرصه قضاوت و مجازات، یا در عرصه فرهنگ مانند آزادی عقیده و بیان و پوشش و روابط زن و مرد و ... به برخی از کشورهای اسلامی مجری این قوانین اعتراض کرده‌اند.

مشکلی که رخ داده این است که برخی از دولت‌های اسلامی مانند ایران پیش از انقلاب، بدون قید و شرط به برخی از این معاهدات مانند کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض نژادی پیوسته است که برخی مواد آن با التزام دولت ایران بعد از انقلاب، به قواعد و احکام دین - که برابر اصل چهارم قانون اساسی باید به آنها ملتزم باشد - ناسازگار است.

ازاین‌رو اگر معاهده یا بخشی از معاهده‌ای را علیه حقوق دینی دیده آن را بی‌اعتبار دانسته و

۱. سیدمحمد هاشمی می‌گوید: «عضویت دولت‌ها در سازمان‌های بین‌المللی همچون سازمان ملل متحد و سازمان‌های وابسته به آن به منزله قبول برتری حقوق بین‌المللی فوق دولت‌هاست». حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۲۰۱.

اعتراض دولت‌های غربی را برانگیخته و متقابلاً اعتراض آنها را نوعی دخالت در امور داخلی و نقض حاکمیت ملی خود تلقی کرده که از سوی همان دولت‌ها محترم شمرده شده است، چنان‌که در بند «۷» ماده (۲) منشور ملل متحد می‌گوید: «هیچ‌یک از مقررات مندرج در این منشور، ملل متحد را مجاز نمی‌دارند در اموری که ذاتاً جزء صلاحیت داخلی هر کشوری است دخالت نمایند...»^۱ و در بند «۱» همین ماده می‌گوید: «سازمان بر مبنای اصل تساوی حاکمیت کلیه اعضای آن قرار دارد»^۲ و این صلاحیت و حاکمیت است که به اعضا اجازه می‌دهد امور داخلیشان را برابر قوانین و مقررات خود تمشیت کنند.

لکن این موضع با اصل وفای به عهد ناسازگار است. اصلی که مقتضی رعایت معاهدات و پذیرفتن حاکمیت قواعد و احکام و مقررات بین‌المللی است که از سوی اکثریت دولت‌های جهان که اکثراً غیرمسلمان^۳ می‌باشند پذیرفته شده‌اند.

این اشکال پیوسته برخی از کشورهای اسلامی را به این فکر انداخته که آیا در عرصه بین‌المللی از این معاهدات خارج شوند و جدا از سایر کشورها و به‌طور منفک از جهان و به اصطلاح در انزوا زندگی کنند، یا اینکه به آنها ملترزم باشند و با دیگر کشورها در روند جهانی شدن هماهنگ و همراه باشند و هرآنچه را که در این مجموعه طرح و پس از جرح و تعدیل‌های متعارف^۴ تصویب می‌شود بپذیرند یا تفصیل دهند؟

نظریه اول مردود است. نظریه دوم در صورتی قابل قبول است که پذیرفته باشیم امور جهان آن‌گونه که خواست خدا و پیامبران و مصلحان می‌باشد در گردش و جریان است و نهادهای بین‌المللی مبتنی بر حقوق بشری همان اهدافی را تعقیب می‌کنند که عقل سلیم حکم می‌کند و خدا و پیامبر خواسته‌اند!

اما اگر در این فرض شک داشته باشیم تا چه رسد به اینکه یقین کنیم که این‌گونه نیست باید تفصیل دهیم و بگوییم در صورتی که اضطرار داشته و مصلحتی اهم در بین باشد که باید صیانت شود، به ناچار پیمانی که برخی محدودیت‌ها را بر ما تحمیل می‌کند می‌پذیریم چنان‌که پیامبر (ص) در صلح حدیبیه به‌منظور مصلحت اهم تثبیت وضعیت مسلمانان و تقویت بنیه آنان از باقی‌ماندن تعدادی اندک از مسلمانان تحت سلطه کفار مکه صرف‌نظر کردند.

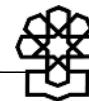
در غیرصورت اضطرار جایز نیست معاهدات و نهادهای ناهنجار و مستکبرانه‌ای را که چند کانون قدرت در جهان پدید آورده‌اند بپذیریم، بلکه وظیفه داریم این معاهدات و نهادها را تغییر داده

۱. منشور ملل متحد.

۲. همان.

۳. از قریب ۲۰۰ کشور جهان تنها ۵۷ کشور مسلمان هستند و در میان این ۵۷ کشور تنها چند کشور ملترزم به رعایت قوانین اسلامی می‌باشند.

۴. که معمولاً هماهنگ با متن منشور ملل متحد و دیگر میثاق‌های بین‌المللی است.



یا اصلاح کنیم و حق و عدالت را در جهان حاکمیت بخشیم و در این راستا لازم است در اولین گام در مسیر ایجاد وحدت ملل مسلمان به طور جدی اقدام کنیم.

اگر این وظیفه و رویکرد را تصدیق کنیم این پرسش مطرح می شود که چه راهبردی را اتخاذ کنیم؟ سیاست های داخلیمان را چگونه سامان دهیم؟ در حوزه بین المللی چه سیاستی داشته باشیم؟ آیا به شیوه ای که تاکنون عمل کرده ایم، می توانیم ادامه دهیم؟ آیا این شیوه به طور کامل منطبق بر آموزه های دینی است و ضرورتی به نقد و اصلاح آن نیست؟ و اصولاً برداشتمان از دین چطور؟ آیا دچار هیچ کم و کاستی نیست؟ و اساساً شیوه تحقق و اجرای احکام و قواعد دین در عرصه داخلی و بین المللی از چه اصول و منطقی پیروی می کند؟

پاسخ به این پرسش ها گرچه بی ارتباط با موضوع پژوهش نیست؛ اما مجال دیگری می طلبد و در این مقاله به اختصار نظر اسلام را در مورد صلاحیت و سلطه قضایی غیرمسلمان را بررسی می کنیم.

بند دوم - رجوع کشورهای اسلامی به مراجع قضایی بین المللی

در خلال مباحث قبل به مواردی از رجوع کشورهای اسلامی به مراجع قضایی بین المللی را اشاره کردیم از جمله:

- مراجعه دولت جمهوری اسلامی ایران به دیوان بین المللی دادگستری در قضیه حمله آمریکا به چهار سکوی نفتی رشادت، رسالت، سلمان و نصر. «دولت ایران در تاریخ ۱۳۷۱/۸/۱۱ (برابر با دوم نوامبر ۱۹۹۲) علیه آمریکا نزد دیوان بین المللی دادگستری دادخواستی را به ثبت رسانید»^۱ و به استناد بند «۱» ماده (۳۶) اساسنامه دیوان متذکر شد که «هم ایالات متحده آمریکا و هم جمهوری اسلامی ایران عضو منشور ملل متحد و اساسنامه منضم بدان بوده و ... به استناد بند «۲» ماده (۲۱) عهدنامه مودت که می گوید: «هر اختلافی بین طرفین ... که از طریق دیپلماسی ... فیصله نیابد به دیوان بین المللی دادگستری ارجاع خواهد شد» صلاحیت دیوان را قبول دارند».^۲

- رجوع قطر «در ژوئیه ۱۹۹۱ قطر با تنظیم دادخواستی درباره اختلافات مربوط به حاکمیت بر جزایر حوار و حقوق تام خود بر فشت الدیبل و قطعه الجراده و تحدید حدود دریایی قطر با بحرین دعوایی بر علیه این کشور در دیوان بین المللی دادگستری اقامه نمود».^۳

گفتار دوم - پذیرش سلطه به شرط صلاحیت

پذیرش سلطه سیاسی و قضایی غیردر روابط اجتماعی امری گریزناپذیر است. عقل این معنا را

۱. سیدباقر میرعباسی و سادات میدانی، دادرسی های بین المللی، دیوان بین المللی دادگستری، ج ۲، ص ۷۵.

۲. همان، ص ۸۱.

۳. فلسفی، حقوق بین الملل معاهدات، ص ۸۱۴ و نیز بنگرید به: دادرسی های بین المللی، دیوان بین المللی دادگستری، ج ۲، ص ۱۴۷.

برنمی‌تابد که در امور اجتماعی و در اختلافات هر کس سلطه خودش را اعمال کند. این چیزی جز هرج و مرج و اضطراب نیست. بنابراین افراد در روابط اجتماعی به سلطه غیرگردن می‌گذارند، اما به شرط احراز صلاحیت که در مباحث بعد دنبال می‌شود.

صلاحیت مرجع قضایی

منظور از صلاحیت^۱ مرجع قضایی، صلاحیت و حقی است که با وجود شرایطی برای آن پدید می‌آید و می‌توان گفت نهاد یا مرجع قضایی اهلیت و شایستگی قضاوت دارد.^۲ پس منظور از این صلاحیت، صلاحیت یا حق ورود^۳ به حیطه یا نوع دعوایی که او می‌تواند به آن وارد شود، نیست و نیز مراد صلاحیت یا حق قانونی^۴ او نیست.

با احراز این صلاحیت است که رجوع به آن از نظر عقل و نقل جایز یا لازم است. در حقوق بین‌الملل پذیرش صلاحیت مراجع بین‌المللی قضایی به احراز و اختیار اعضا بستگی دارد چنان‌که در مورد پذیرش صلاحیت دیوان دادگستری بین‌المللی گفته شده به موافقت طرفین دعوا بستگی دارد مگر اینکه یک یا هر دو طرف دعوا از پیش با صدور اعلامیه‌ای صلاحیت دیوان را در دعاوی بین‌المللی پذیرفته باشد.^۵

در بند «۲» ماده (۳۶) اساسنامه دیوان تصریح شده است که: «دولت‌های طرف اساسنامه حاضر می‌توانند در هر زمان اعلام دارند که صلاحیت اجباری^۶ دیوان را به‌طور کامل و بی‌آنکه نیازی به انعقاد پیمان خاص باشد در قبال هر دولت دیگری که چنان تعهدی را بر گردن گرفته و به لحاظ هر اختلاف حقوقی که بر سر مسائل زیر پدید آمده باشد می‌پذیرد...»^۷ و هر دولتی می‌تواند پس از صدور اعلامیه‌ای مبنی بر پذیرش صلاحیت دیوان آن را «پس بگیرد یا اصلاحاتی در آن به‌عمل آورد یا شرایط و قیودی به آن وارد سازد».^۸

۱. بنگرید به: میرمحمد صادقی، دادگاه کیفری بین‌المللی، ص ۵۵ به بعد.

۲. که در گویش انگلیسی Competence گفته می‌شود.

۳. که در زبان انگلیسی از آن به اختیارات قضایی Jurisdiction تعبیر می‌شود.

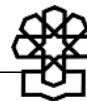
۴. که معادل آن در انگلیسی Legislative Right است.

۵. بنگرید به: سیدجلال‌الدین مدنی، مبانی و کلیات علوم سیاسی، ج اول، ص ۴۹۰ به بعد.

۶. تعهد قبلی دولت‌ها مبنی بر پذیرش صلاحیت دیوان جهت رسیدگی به اختلافاتی که در آینده بروز خواهد کرد پذیرش صلاحیت اجباری دیوان نامیده می‌شود. سعید میرزایی ینگجه، ایران و صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری، ص ۴۰.

۷. درک، ویلیام باوت، تحولات نوین در شیوه‌های حقوقی حل‌وفصل اختلافات، ترجمه زهرا کسمتی و علیرضا طیب، ص ۱۲۰. ترجمه‌های متعددی از متن اساسنامه وجود دارد که تا حدودی اختلاف نشان می‌دهند. بنگرید به: سیدجلال‌الدین مدنی، مبانی و کلیات علوم سیاسی، ج ۱، ص ۴۹۳.

۸. سیدجلال‌الدین مدنی، پیشین، ج ۱، ص ۴۹۳.



به هر حال «صرف عضویت در سازمان ملل متحد و یا عضویت اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری برای طرح دعوی نزد دیوان بین‌المللی دادگستری کافی نیست، بلکه دولت‌ها باید قبل از طرح دعوی به نحوی از انحا رضایت خود را ... اعلام کرده باشند».^۱

صلاحیت مرجع قضایی ناشی از سه امر است:

۱. صلاحیت قاضی یا هیئت قضات که در این قسمت مورد بحث قرار می‌گیرد.
۲. اذن و رضای رجوع‌کننده که در بحث قبل به آن پرداختیم.
۳. صلاحیت یا صالح بودن قواعد حاکم بر مرجع قضایی یا قواعد مورد استناد مرجع قضایی که این بحث نیز گذشت.

۱. سعید میرزایی پنگجه، ایران و صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری، ص ۳۷.

صلاحیت قاضی

پیش‌تر اشاره شد که غایت اعلای قضاوت، حکم به حق است و روشن است که هر کس نمی‌تواند و صلاحیت ندارد به حق حکم کند. کسی صلاحیت حکم به حق دارد که حق را بشناسد و طمع ورز و بزدل نباشد که تحت تأثیر جو قراگیرد یا با تهدید و تطمیع و ساخت و پاخت^۱ از حکم به حق بازماند. بنابراین منظور از صلاحیت قاضی صلاحیت ناشی از وجود صفاتی است قائم به شخص قاضی که به وی قدرت و توان حکم به حق را می‌دهد. در مورد چنین کسان است که گفته می‌شود حق^۲ و شایستگی تصدی امر قضاوت یا داوری دارند. این صفات پس از این از دید عقل و نقل مورد بحث قرار می‌گیرند.

مبحث اول - از دید عقل

هیچ انسانی به حکم عقل در روابط خرد و کلان داخلی و بین‌المللی به سلطه دیگری بر خود اذن و رضا نمی‌دهد، مگر اینکه صلاحیت او را احراز کرده باشد یعنی برای او علم و عدالت قاضی محرز باشد گرچه در دعوایی خاص علیه او حکم دهد. در این صورت است که به سلطه او رضایت می‌دهد، اما اگر او را فاقد صلاحیت بداند سلطه او را بر نمی‌تابد، به‌ویژه اگر بر خلاف نظر و رضای او، به اعمال سلطه به نحو قهرآمیز روی آورد.

از دید عقل و عقلاً صلاحیت قاضی یا داور به‌طور کلی ناشی از علم و عدالت است.^۳ علم یعنی اشراف ذهنی بر حقوق و قواعد حقوقی^۴ و شیوه‌های کشف حقیقت و توانایی بر تطبیق قواعد کلی بر فروعات.^۵

عدالت یعنی وجود ملکه‌ای در شخص که او را بر حکم به حق و حقیقت‌هایی که دانسته است با شجاعت و صداقت و در جایی که به ضرر اوست، به ایثار وادار کند و او را به پذیرش حق وادارد و از عدول از حق باز دارد.

کسی که فاقد یک یا هر دو صفت باشد، فاقد صلاحیت است و نمی‌توان به او اعتماد کرد، خواه به‌عنوان قاضی یا به‌عنوان داور (حاکم یا حکم).

از دید عقل اعتقاد به خدا و دیگر اصول اعتقادی در اسلام و مرد بودن ازجمله شرایط محقق

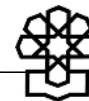
۱. امام علی (ع) فرمود: لا یمیز امر الله - سبحانه - الا من لا یصانع و لا یضارع و لا یتبع المطامع، فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۱۱۳۷.

۲. یعنی او را ذیحق Rightful می‌کند و این حق از حقوق اکتسابی است.

۳. کارآموزدگی یا تجربه کاری که به وی مهارت داده است نیز مطرح است، لکن جزء اوصاف اصلی نیست.

۴. حقوق اعم از حقوق دنیوی و اخروی و قواعد حقوقی اعم از قواعد بشری عقلی و آسمانی نقلی است. مهمترین موضوع در بحث علم و شناخت حق، منابع استنباط حق است.

۵. شرط ایمان و اسلام نیز که در فقه آمده هم راهی برای علم و دستیابی به بخشی از حقوق و حقایق و هم ضمانتی بر التزام به آنها در عمل است.



صلاحیت نیست مگر اینکه علم یا عدل قاضی را مخدوش کند مثل اینکه بداند قاضی با وجود یقین به خدا او را نفی می‌کند یا با یقین به اینکه حقوق الهی محقق عدالت است به منبع دیگر رجوع کند که دلیل بر عدم پایبندی او به حقیقت است و عدل و علم او را زیر سؤال می‌برد.

در حقوق بین‌الملل نیز در ماده (۲) اساسنامه دادگاه بین‌المللی دادگستری درباره صلاحیت قضات آن دادگاه می‌گوید: «دیوان بین‌المللی دادگستری عبارت است از هیئتی از قضات مستقل که بدون توجه به تابعیت‌شان^۱ از میان کسانی انتخاب می‌گردند که والاترین منش اخلاقی را دارا و هر یک واجد شرایطی باشند که برای انجام عالی‌ترین مشاغل قضایی در کشور خودشان لازم است یا از جمله متبحرترین در علم حقوق باشند که به تخصص در حقوق بین‌الملل شهرت بسزایی دارند».^۲

از این ماده به عبارت مختصر استقلال و انتخابی بودن، منش اخلاقی و عدالت، توان اجرایی و علم و تبحر و تخصص در حقوق بین‌الملل هر یک از قضات این دادگاه تصریح شده که با وجود آنها شخص قاضی دارای صلاحیت است.

مبحث دوم - از دید نقل

بحث صلاحیت قاضی را از دید نقل تحت دو عنوان اثبات صلاحیت مؤمن و نفی صلاحیت کافر بررسی می‌کنیم.

اول - اثبات صلاحیت مؤمن

در فقه به استناد ادله نقلی صفاتی برای قاضی شرط شده است از جمله ایمان چنان‌که محقق حلی می‌گوید: «در قاضی بلوغ، کمال عقل، ایمان، عدالت، پاکزادی، علم و مرد بودن شرط است».^۳ ظاهر عبارت وی این است که مسلمان غیرامامی نیز صلاحیت قضاوت ندارد.^۴

۱. در ماده (۳) می‌گوید: «دادگاه مرکب از ۱۵ عضو است که نباید در میان آنها بیش از یک نفر تبعه یک دولت باشد».

۲. ویلیام باوت، ص ۱۰۹.

۳. و يشترط فيه البلوغ و کمال العقل و الايمان و العدالة و طهارة المولد و العلم و الذکورة، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۷.

۴. صاحب جواهر در شرح عبارت صاحب شرایع که می‌گوید: «منصب قضاوت برای کافر منعقد نمی‌شود» می‌گوید: «و کذا [لا یعتقد القضاء لـ] غیر المؤمن الذی هو کافر فی الجملة ایضاً؛ لما تواترت النصوص فی النهی عن المرافعة الی قضاتهم، بل هو من ضروریات مذهبنا، بل لا یصلح لهذا المنصب الفاسق الامامی فضلاً عن غیره؛ لما هو المعلوم من النص؛ و نیز برای غیرمؤمن [سنی] نیز منعقد نمی‌شود چون او نیز فی الجملة کافر است به دلیل روایاتی که به نحو تواتر دلالت دارند بر نهی از رجوع به قضات اهل سنت بلکه از ضروریات مذهب ما [شیعه دوازده امامی] این است که قضاوت برای غیرمؤمن منعقد نمی‌شود بلکه این منصب برای فاسق امامی نیز منعقد نمی‌شود، تا چه رسد به غیر او چنان‌که از نصوص به دست می‌آید»، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۲.

ظاهراً منظور وی از «روایات متواتر» ده روایات باب اول از ابواب صفات قاضی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱ تا ۵ است که با مشاهده آنها روشن می‌شود در هیچ‌یک نهی از رجوع به سلطان یا قاضی معلل به کفر نشده است بلکه در همه آنها به قاضی یا سلطان جائز (روایات ۱، ۵، ۷ و ۸) یا قاضی طاغوت (روایات ۲، ۳ و ۴) یا قاضی ظالم (روایت نهم) تصریح شده است و روایت ششم مربوط به حکم به عدل است و روایت دهم

به اعتقاد مشهور فقیهان شیعه، ایمان علاوه بر ایمان به خدا، معاد و نبوت شامل ایمان به جانشینی دوازده امام معصوم (ع) بعد از پیامبر اسلام (ص) هم می‌شود.

صاحب عروه در «تکمله» در بحث شرایط قاضی می‌گوید: «شرط سوم و چهارم، اسلام و ایمان است، به دلیل اجماع و کلام معصوم که فرموده: نگاه کنید به فردی از خودتان ...» [یعنی از شیعیان] و کلام خداوند که فرمود: خدا هرگز برای کافر علیه مؤمن راهی قرار نداده است و اخبار متواتری که رجوع به غیرمؤمن را در منازعات منع می‌کنند.^۱

ایمان از مقبوله عمر بن حنظله از امام صادق (ع) که فرمود: «ینظران الی من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا فلیرضوا به حکماً...»^۲ و مشهوره ابوخیجه از آن حضرت که فرمود: «و لکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم ...»^۳ استفاده می‌شود؛ چون لفظ «منکم» از خودتان» در این روایات ظهور دارد در شیعیانی که به جانشینی امامان معصوم (ع) بعد از پیامبر اسلام (ص) ایمان دارند.

صاحب جواهر ذیل کلام محقق که می‌گوید: «در قاضی ... شرط است»،^۴ می‌گوید این شرایط به نظر صاحب مسالک و ریاض اتفاقی است، ولی ادعای اتفاق از «محقق اردبیلی در غیراز شرط سوم و ششم (یعنی ایمان و علم) نقل شده است».^۵ که در صورت صحت انتساب منظور وی از عدم اشتراط ایمان، ایمان به ولایت دوازده امام معصوم (ع) بعد از پیامبر اسلام (ص) است.

از کلام شیخ انصاری ذیل بحث انتقال عبد که گفته است «واژه مسلمان شامل مخالفان نیز می‌شود؛ چون آنها نیز مسلمانند»^۶ و «اسلام و ایمان در زمان نزول آیه [لن یجعل] یک معنا داشته‌اند و ظاهر روایاتی

مربوط به قاضی خاصی که امام او را می‌شناخته است. بله این روایات در زمانی صادر شده‌اند که اهل سنت حاکمیت داشته‌اند لکن عناوین مذکور در روایات، شامل شیعیان نیز می‌شود. بنابراین منظور صاحب جواهر از کفر فی الجمله، کفر نسبت به حق ائمه اطهار (ع) است و گرنه شکی نیست که مخالف، مسلمان است چنانکه شیخ انصاری می‌گوید: و یعم المسلم المخالف لأنه مسلم، (کتاب المکاسب ص ۱۵۹) و اینکه گفت: «منعقد نمی‌شود» مبتنی بر نصب قضات در زمان غیبت از طرف ائمه اطهار است که در جای خود مورد مناقشه قرار گرفته است.

۱. الثالث و الرابع، الاسلام و الايمان، للاجماع و قوله (ع): «انظروا الی رجل منکم ... الخ» و قوله تعالی «لَن یَجْعَلَ اللَّهُ لِلْکَافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلاً و الاخبار المتواترة المانعة من الرجوع الی غیر المؤمن فی رفع التنازع، تکملة العروة الوثقی، ج ۲، ص ۵.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۹۸.

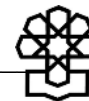
۳. همان، ص ۴.

۴. و یشرط فیہ ...، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۷.

۵. و عن الاردبیلی دعواه فیما عدا الثالث و السادس و «الغنیة» فی العلم و العدالة و «تهج الحق» فی العلم و الذکورة، جواهر الکلام، ج ۴۰،

ص ۱۲ و نیز بنگرید به: سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، فقه القضاء، ص ۵۹.

۶. یعم المسلم المخالف؛ لانه مسلم، محمدعلی انصاری، کتاب المکاسب ص ۱۵۹.



که بر کفر مخالف به سبب انکار ولایت^۱ دلالت دارند در مقابل ظاهر ادله‌ای که می‌گوید همه احکام اسلام از قبیل نکاح و ارث و حرمت جان و مال، بر آنان [اهل سنت] جریان دارد، مقاومت نمی‌کنند^۲ ... چنان‌که در روایت حرمان بن اعین آمده است که: ... اسلام آن چیزی است که در قول و فعل افراد نمود دارد و ... به واسطه آن جانشان محترم است ... و از کفر خارج شده و به ایمان ملحق شده‌اند^۳. ممکن است استفاده شود که قضاوت مخالف را فی الجمله می‌توان پذیرفت، لکن ایشان در کتاب «القضاء و الشهادات» به صراحت ایمان را شرط دانسته^۴ و ذکر از اختلاف در آن ننموده است.

شرط عدالت و رجولیت

اوصاف دیگری برای قاضی در اسلام لحاظ شده از جمله: عدالت و مرد بودن چنان‌که در شرایع می‌گوید: «در قاضی منصوب ... عدالت ... و مرد بودن شرط است»^۵. که به آنها اشاره می‌کنیم.

۱. عدالت که اگر احراز آن با نفی هرگونه معصیتی باشد حتی مثل شراب‌خواری هیچ‌یک از قضات غیرمسلمان عادل نیستند و قضاوت آنها از این باب پذیرفته نیست.

اما به تناسب حکم و موضوع می‌توان گفت منظور از عدل، عدل در قضاوت است نه عدل مطلق. پس اگر قاضی غیرمسلمان به رعایت حق در قضاوت ملتزم باشد و در مقابل زر و زور پایش نلرزد و عدالت و استقلال خود را به صاحب ثروت و قدرت نفروشد کافی است. پیامبر (ص) و ائمه (ع) نیز قضاوت افرادی را پذیرفتند^۶ که عادل به معنای مشهور نبودند. لکن عدم اشتراط محل تأمل است که در مباحث آتی روشن می‌شود.

۲. مرد بودن که در میان فقیهان اسلام و در فضای اسلامی نیز مورد اختلاف است و ممکن است با توجه به روشن بودن حدود در مواد اساسنامه و آیین دادرسی گفته شود شرط رجولیت نیز اخلاقی به رجوع وارد نمی‌سازد، لکن احتیاط مقتضی اشتراط است.

۱. عن ابی عبدالله (ع) قال: ... من انکرنا کان کافراً، (الکافی، ج ۱، ص ۱۸۷)، و قال (ع) عرف الله عز و جل - ایمانهم بموالیتنا و کفرهم بها، همان، ص ۴۲۶، عن جعفر بن محمد عن ابیه عن جدّه (ع) فی قوله - عز و جل - یَعْرِفُونَ نِعْمَتَ اللَّهِ ثُمَّ یَنکُرُونَهَا (سوره نحل ۸۲) ... یعرفون یعنی ولایت [علی بن ابی طالب] و اکثرهم الکافرون بالولایت، همان، ص ۴۲۷.

۲. چون کفر اقسامی دارد و در روایات مذکور در حاشیه قبل کفر به ولایت ائمه اطهار (ع) مراد است نه کفر به خدا و رسول و قیامت و قهراً کافر به ولایت حکم کافر به خدا و رسول و قیامت را ندارد.

۳. أن الاسلام و الایمان فی زمان الآیة کانا بمنی واحد، و اما ما دل علی کفر المخالف بواسطه انکار الولاية فهو لا یقاوم ظاهره لما دل علی جریان جمیع احکام الاسلام علیهم من التناکح و التوارث و حقن الدماء، و عصمة الاموال ... فی روایت حرمان بن اعین [عن ابی جعفر (ع)] ... الاسلام ما ظهر من قول او فعل و ... به حققت الدماء ... فخرجوا بذالك من الکفر و اضیفوا الی الایمان، الکافی، ج ۲، ص ۲۶ و انصاری، کتاب المکاسب، ص ۱۵۹.

۴. همان، القضاء و الشهادات، ص ۲۳۰.

۵. و یشرط فیہ البلوغ و کمال العقل و الایمان و العدالة و طهارة المولد و العلم و الذکورة، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۷.

۶. به صفحه ۱۶۸ همین نوشته ذیل عنوان سیره معصوم (ع) رجوع شود.

دوم - نفی صلاحیت کافر

در این قسمت دلایل نفی صلاحیت قضایی کافر را از نظر می‌گذرانیم.

از ظاهر برخی آیات و روایات استفاده می‌شود که کافر به‌طور کلی صلاحیت ندارد و پذیرفتن سلطه قضایی او جایز نیست، چون قضاوت نوعی اعمال ولایت در حوزه غیراست و عقل نیز تحقق این ولایت را ممنوع می‌داند مگر با شرایطی که از جمله آن التزام به حق و حقیقت در حکم است و کافر به لحاظ معنای لغوی واجد آن نیست تا چه رسد به اینکه بدانیم بنای بر جحد و انکار حقوق و ضوابط فطری و عقلی و نقلی را دارد و یا بر اثبات حقوق و ضوابط ناشی از کفر و طغیان تعمد دارد و یا متأثر از هوای نفس یا سلطه جباران و طواغیت حکم می‌کند، یا اصالت الوضعی (پزیتویست) است که نظریه او به (الملک لمن غلب یا اصالت قدرت و اتوریتاریانیسم) بازمی‌گردد، که بدون هیچ شک و شبهه‌ای صلاحیت ندارد.

در شرایع می‌گوید: «منصب قضاوت ... برای کافر هم منعقد نمی‌شود چون اهل امانت نیست».^۱ صاحب جواهر در شرح عبارت صاحب شرایع می‌گوید: «منصب قضاوت برای کافر منعقد نمی‌شود چون او اهل امانت نیست [و ظاهراً این دلیل اشاره به آیه شریفه است که می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا»^۲ خداوند شما را فرمان می‌دهد که امانت‌های خود را به اهلش بسپارید] و سلطه انسان بر خودش امانتی الهی است که شخص باید آن را به کسی اعطا کند که اهل باشد و در آن خیانت نکند و کافر مطلقاً اهل نیست] و خدا برای کافر علیه مؤمن راهی قرار نداده است [که اشاره است به آیه شریفه: لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا] و نیز اسلام برتر است و چیزی بر آن برتر نیست^۳ [که اشاره است به روایت نبوی]^۴.

به اعتقاد فقیهان هر غیرمسلمانی کافر است و هر کافری ظالم و فاقد صلاحیت است پس غیرمسلمان به‌طور کلی فاقد صلاحیت قضایی می‌باشد.

پیش‌تر به حکم عقل نیز بر نفی صلاحیت کافر اشاره کردیم و در اینجا به ادله نقلی آن می‌پردازیم.

۱. فلا یعتقد القضاء للصبي و لو مراهق و لا لکافر لانه ليس اهلاً للامانة و کذا الفاسق، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۷.

۲. سوره نساء: ۴، آیه ۵۸.

۳. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۱.

۴. و لا یعتقد القضاء لکافر؛ لانه ليس اهلاً للامانة و لم یجعل الله له سبیلًا علی المؤمن؛ از الاسلام یعلو و لا یعلی علیه، جواهر الکلام، ج

۴۰، ص ۱۲.



اول - ادله نفی صلاحیت کافر

الف) آیات نفی تَوَلَّى

۱. خداوند می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَتُرِيدُونَ أَنْ تَجْعَلُوا لِلَّهِ عَلَيْكُمْ سُلْطَانًا مُبِينًا: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، کافران را به جای مؤمنان ولی (دوست، سرپرست، یاور خود) مگیرید. آیا می‌خواهید علیه خود حجتی روشن برای خدا قرار دهید؟»^۱

۲. می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ: ای کسانی که ایمان آورده‌اید یهود و نصاری را ولی (دوست، سرپرست، یاور خود) مگیرید (که) بعضی از آنان ولی (دوست، سرپرست، یاور) بعضی دیگرند و هر کس از شما آنها را به ولایت (دوستی، سرپرستی، یآوری خود) گیرد، از آنان خواهد بود. آری خدا گروه ستمگران را راه نمی‌نماید.»

ممکن است گفته شود حجتی که در آیه قبل فرمود علیه خودتان قرار ندهید همین است که در این آیه می‌فرماید از هدایت خدا بی‌بهره می‌شوید و بی‌بهره شدن از هدایت خدا همانا دوری از عقل و علم و تدبیر و تواضع است.

۳. می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا آبَاءَكُمْ وَإِخْوَانَكُمْ أَوْلِيَاءَ إِنِ اسْتَحَبُّوا الْكُفْرَ عَلَى الْإِيمَانِ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اگر پدرانتان و برادرانتان کفر را بر ایمان ترجیح دهند (آنان را) به ولایت (دوستی، سرپرستی، یآوری) مگیرید و هر کس از میان شما آنان را به ولایت (دوستی، سرپرستی، یآوری خود) گیرد، آنان همان ستمکارانند.»

۴. می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِم بِالْمَوَدَّةِ وَقَدْ كَفَرُوا بِمَا جَاءَكُمْ مِنَ الْحَقِّ: ای کسانی که ایمان آورده‌اید دشمن من و دشمن خودتان را به ولایت (دوستی، سرپرستی، یآوری) برمگیرید که با آنها اظهار دوستی کنید و حال آنکه قطعاً به آن حق و حقیقتی که برای شما آمده کافرنند.»

«تَوَلَّى» در لغت به معنای «اتخاذ الولی» است. ° ولی از ماده «ولی یلی ولیاً یا ولایة» به معنای

۱. سوره نساء: ۴، آیه ۱۴۴.

۲. سوره مائده: ۵، آیه ۵۱.

۳. سوره توبه: ۹، آیه ۲۳.

۴. سوره ممتحنه: ۶۰، آیه ۱.

۵. تولى فلاناً: اتخذه ولياً، المنجد.

نزدیک شدن، از پی آمدن بدون فاصله، سرپرستی و یاورى کردن است^۱ و مراد از آن در این آیات اگر دوست و یاور باشد، وقتی برگرفتن کافر به عنوان دوست و یاور نفی و نهی شده باشد، تولى او به معنای پذیرفتن وی به عنوان سرپرست و متصرف در امر که مستلزم سلطه و تفوق است، به طریق اولی نفی شده است، خواه سلطه او سیاسى باشد یا قضایى یا هر نوع سلطه دیگر، زیرا کافر دشمن حق است و دشمن حق صلاحیت سلطه بر مؤمن به حق را ندارد.

با این بیان که در آیه اول تولى کافر به طور مطلق نهی شده که از آن نهی از تولى پدر و برادر کافر هم استفاده می شود چنان که در آیه سوم آمده است و در آیه دوم تولى یهود و نصارا را نهی می کند و به اجمال می گذرد ولی در آیه چهارم بیان می کند که نفی و نهی تولى بر محور دشمنی با حق قرار گرفته است و از آنجا که کافر کسی است که حق را می پوشاند و علیه قواعد، احکام و ارزش های حق عمل می کند در واقع نهی از تولى کافر در همه آیات به دشمنی با حق باز می گردد و خلاصه آنکه دشمن حق و دوست حق نمی توانند رابطه ولایى حاصل بین دو همسنگ را داشته باشند.

اگر گفته شود با این حساب این آیات تولى کافر دشمن حق را نفی و نهی کرده است، اما شامل غیرمسلمانی که عالمانه و عامدانه حق را زیر پا نهاده، بلکه اعلام کرده طرفدار حق است گرچه آن حق را اسلام بگوید نمی شود!

می گویم ظاهراً این آیات از غیرمسلمان با این وصف که او را قاصر و مستضعف می نامیم منصرفند، چون این دسته افراد در اقلیت محضند و در اداره امور عالم نقشی ندارند. تصرف در امور عالم بشری در اختیار کسانی است که بر اساس عقیده در جهت وصول به اهدافشان عمل می کنند و اینها دو گروهند: کافر به حق و مؤمن به حق. اینها هستند که در مقابل هم صف آرایی می کنند.

ب) آیه ادای امانت

می فرماید: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا: خداوند شما را فرمان می دهد که امانت های خود را به اهلش بسپارید»^۲ و سلطه انسان بر خودش امانتی الهی است که شخص باید آن را به کسی اعطا کند که در آن خیانت نکند و کافران قطعاً اهل امانت نیستند. اما آیا هر غیرمسلمانی، اهل امانت نیست؟

خداوند می فرماید: «وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَّهُ بِقِنطَارٍ يُدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَّهُ بِدِينَارٍ لَا يُدِّهِ إِلَيْكَ ... ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا لَيْسَ عَلَيْنَا فِي الْأُمِّيِّينَ سَبِيلٌ وَيَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ، بَلَىٰ

۱. المنجد می گوید: ولی یلی ولیاً فلاناً: دنا منه و قرب (و هو قليل الاستعمال)، تبعه من غیر فصل و می افزاید: ولی یلی ولایة الشیء و علیه:

قام به و ملک امره.

۲. سوره نساء: ۴، آیه ۵۸.



مَنْ أَوْفَىٰ بِعَهْدِهِ وَاتَّقَىٰ فَإِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ^۱ از اهل کتاب کسی است که اگر او را بر مال فراوانی امین شمری آن را به تو برگرداند، و از آنان کسی است که اگر او را بر دیناری امین شمری آن را به تو نمی‌پردازد.... این بدان سبب است که آنان [به پندار خود] گفتند: در مورد کسانی که کتاب آسمانی ندارند بر زیان ما راهی نیست (یعنی از طرف خدا اجازه داریم مال آنها را به ایشان باز نگردانیم) و بر خدا دروغ بستند در حالی که می‌دانستند (خداوند چنین اجازه‌ای را نداده است بلکه وفاداران با تقوا را دوست دارد چنان‌که بلافاصله فرمود). بلی هر که به پیمان خود وفا کند و پرهیزگاری نماید بی‌تردید خداوند پرهیزگاران را دوست دارد». از این آیه استفاده می‌شود که برخی از اهل کتاب اهل امانتند یعنی در امانت خیانت نمی‌کنند پس ممکن است نتیجه گرفت که مسلمان می‌تواند سلطه خود را که امانتی الهی است به ایشان واگذار کند!

می‌گوییم امانت سلطه، غیر از امانت بر بخشی از مال است. اعمال سلطه از باورها و خصایل و غایات انسان جدا نیست و عقل اجازه نمی‌دهد انسان سرنوشت خود را به کسی بسپارد که احتمال سوءاستفاده از آن را می‌دهد؛ اما سپردن بخشی از مال به غیرمسلمان به فرض که در آن خیانت کند قابل جبران است.

ج) آیه نفی سبیل

می‌فرماید: «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»^۲ خداوند هرگز بر [زیان] مؤمنان، برای کافران راهی قرار نداده است».

از این آیه بر قاعده‌ای به نام «قاعده نفی سبیل» استدلال شده است و ظاهراً مراد از قاعده این است که «اسلام حکمی را که مستلزم برتری کافر بر مسلمان باشد تشریع نکرده است».^۳ اما آیا آیه بر این قاعده یا «قاعده نفی سلطه کفار» دلالت دارد؟ لازم است مطالبی در مورد آیه گفته شود.

۱. فضای آیه

در مورد آیه اختلاف نظر وجود دارد که آیا مربوط به دنیاست یا آخرت یا هر دو؟^۴ از سیاق آیه برمی‌آید که مربوط به آخرت باشد چنان‌که در برخی روایات از حضرت علی (ع) نقل است که در مورد این آیه که «خداوند راهی برای کافران بر [زیان] مؤمنان، قرار نداده است» فرمود: «روز قیامت».^۱

۱. سوره آل عمران: ۳، آیه ۷۵.

۲. سوره نساء: ۴، آیه ۱۴۱.

۳. محمدعلی انصاری، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ۳، ص ۲۸۴.

۴. مجمع البیان، ج ۴، ۳، ص ۱۹۶، المیزان ج ۵، ص ۱۸۶.

۱. وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا، يوم القيامة، بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۱، ص ۱۸۹.

علامه طباطبایی هم می‌گوید: «ظاهر سیاق این است که مربوط به آخرت است...».^۱ اگر این‌گونه باشد منظور از سبیل، راه احتجاج کافر علیه مؤمن در آخرت است.

و ممکن است گفته شود آیه مطلقاً مربوط به احتجاج در دنیا و آخرت است یعنی کفار علیه مؤمنان در دنیا و آخرت حجت و دلیلی ندارند، چنان‌که در روایت دیگری از امام رضا (ع) نقل است که فرمود: «منظور از سبیل، راه احتجاج است؛ زیرا خداوند از کفاری خبر داده که پیامبران‌شان را بدون حق کشتند و با این وصف راهی برای کافران علیه پیامبران‌شان قرار نداد».^۲ یعنی در مقام احتجاج و استدلال مغلوب بودند.

علامه طباطبایی نیز در دنباله کلامش می‌گوید: «... ولی اگر جمله را مستأنفه بگیریم شامل حجت در دنیا نیز می‌شود».^۳

شیخ انصاری نیز می‌گوید: «منظور از سبیل نفی شده در آیه مبارکه، راه احتجاج است نه راه تسلط بر مسلمان؛ زیرا کافر بر مسلمانی که اجیر اوست سلطه دارد؛ چون بر او (مسلمان) لازم است کاری را که برای انجام آن اجیر شده است اجرا کند».^۴

به این ترتیب آیه اصولاً ربطی به سلطه تشریعی و واقعی کفار بر مسلمانان در واقعیت خارجی در دنیا ندارد، زیرا در تشریع و فقه سلطه کافر بر مؤمن پذیرفته شده و در واقع خارجی نیز سلطه کفار بر مؤمنان مشاهده می‌شود و در خود آیه هم می‌گوید: «وَإِنْ كَانَ لِلْكَافِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوا أَلَمْ نَسْتَحْوَذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعَكُم مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ» اگر برای کافران نصیبی باشد می‌گویند مگر ما بر شما تسلط نداشتیم و شما را از [ورود به جمع] مؤمنان باز نمی‌داشتیم؟^۵ با این احتمالات لازم است، آیه را به اختصار توضیح می‌دهیم.

۲. معنای آیه

به هر حال اگر آیه مربوط به آخرت باشد یا مربوط به احتجاج در دنیا و آخرت، دیگر بحثی نمی‌ماند؛ اما بنابراین که به روابط حقوقی مؤمن و کافر در دنیا نیز مربوط باشد از آن بر نفی صلاحیت قضایی کافر در مورد مؤمن استفاده شده و هر فقهی که صلاحیت قضایی را دایر مدار

۱. ان ظاهر السیاق هو الآخرة... . المیزان، ج ۵، ص ۱۲۱.

۲. لَنْ یَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حِجَةً وَلَقَدْ أَخْبَرَ اللَّهُ - تعالی - عَنْ كُفَارٍ قَتَلُوا نَبِيَّهُمْ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَ مَعَ قَتْلِهِمْ إِيَّاهُمْ لَمْ یَجْعَلِ اللَّهُ لَهُمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِ سَبِيلًا مِنْ طَرِيقِ الْحِجَّةِ، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۳۳۶.

۳. ... و لو عمم لغيرها بأخذ الجملة وحدها شملت الحجة في الدنيا، المیزان، ج ۵، ص ۱۲۱.

۴. «لقد اجاد (شیخنا الاعظم) فیما افاد: فان السبیل المنفی فی الآیة المبارکة انما هو الحجة لا التسلط علیه و لذا یشیت للکافر السلطنة علی أجیره المسلم حیث یجب علیه تنفیذ ما استأجره علیه»، سید ابوالقاسم خویی، موسوعة الامام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۵۳.

۵. سوره نساء: ۴، آیه ۱۴۱.



کفر و ایمان قرار داده و گفته است کافر نمی‌تواند در مورد مؤمن قضاوت کند به این آیه استناد کرده است؛ چون سبیل را به معنای سلطه^۱ یا مستلزم سلطه دانسته است و قضاوت نیز نوعی اعمال سلطه است پس به دلالت آیه نفی شده است. اما روشن شدن صحت این برداشت مستلزم ملاحظه معنای مفردات آیه و تفسیر آن است.

۳. منظور از «لن یجعل»

حرف نفی «لن» در زبان عرب برای نفی ابد است و از آن استفاده می‌شود که خداوند هیچ‌گاه برای کافر علیه مؤمن راهی قرار نمی‌دهد؛ چون معقول نیست و به نفی خدا منتهی می‌شود. اگر خداوند خودش را حق محض و پاسدار حق می‌داند، نمی‌تواند برای کسی که حق را نفی می‌کند راهی علیه مؤمن به حق از آن حیث که به حق ایمان دارد، قرار دهد، چون معنایش نفی حق و نفی مرزبندی بین حق و باطل و کفر و ایمان و رسمیت بخشیدن به باطل و کفر است، حال آنکه خداوند نافی کفر و باطل است. پس وجه نفی ابد روشن است.

منظور از عدم جعل، مستفاد از «لن یجعل» عدم جعل تکوینی نیست؛ چون خداوند تکویناً این گونه قرار داده است که اگر کفار قدرت تکوینی بیشتری کسب کنند و قوی‌تر باشند بتوانند بر ضرر مؤمنان عمل کنند و حتی پیامبر او را بکشند؛ چنان‌که فرمود: «وَقَتْلُهُمُ الْأَنْبِيَاءَ بِغَيْرِ حَقٍّ»^۲ و کشتار ناحق آنان [از] پیامبران».

بلکه منظور از عدم جعل، بنا بر تفسیر مشهور عدم رضایت الهی به هر نوع اراده بر پذیرش سبیل و سلطه خارجی و یا تشریعی در فضای اعتباری است که به نفع کافر و بر ضرر مؤمن باشد که به‌طور کلی خداوند آن را امضا نمی‌کند. بلی فرض ضرورت بعداً مورد بحث قرار می‌گیرد.

در فضای تشریعی نیز ممکن است قانونی تصویب نمود یا قول و قراری گذاشت یا فتوا و فرمانی صادر کرد که به استناد آن بشود کافر را علیه مؤمن یاری کرد یا کافر بتواند بر ضرر مؤمن راه نفوذ یا سلطه‌ای یابد و خلاصه به نفع کافر از حیث کفر و به ضرر مؤمن از حیث ایمان باشد، پس منظور خدا از اینکه هیچ راهی قرار نمی‌دهد، این است که به شما اجازه نمی‌دهد^۳ هیچ نوع تعاملی با کفار علیه مصالح ایمانی‌تان داشته باشید؛ چون موجب تأیید و تقویت کفر است، در حالی

۱. چنان‌که موسوی اردبیلی می‌گوید: «لأن المقصود من السبيل هو: التفوق و التسلط»، فقه القضاء، ص ۵۵.

۲. سوره نساء: ۴، آیه ۱۵۵.

۳. ترکیب «جعل» و «لام» و «علی» در آیات ۹۰ و ۹۱ سوره نساء نیز به همین معناست. در آیه ۹۰ می‌فرماید: فَإِنْ اعْتَرَفْتُمْ فَلَمْ يَقَاتِلُوكُمْ وَالْقَوَا إِلَيْكُمُ السَّلَامُ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا. و در آیه ۹۱ پس از آن که می‌فرماید: فَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ لَكُمْ وَيَقُولُوا إِلَيْكُمُ السَّلَامُ وَيَكْفُرُوا أَيْدِيَهُمْ فَخُذُوهُمْ وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ تَقْتُلُوهُمْ وَأُولَئِكَ جَعَلْنَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ سُلْطَانًا مُبِينًا: اینها کسانی هستند که ما برای شما علیه آنان تسلطی آشکار قرار دادیم. یعنی به روشنی به شما اجازه داده‌ایم علیه آنان عمل کنید.

که ایمان نافی کفر است.

از آنجا که اراده مؤمنان باید تابع اراده الهی باشد مؤمنان حق ندارند معاهده یا قانونی را به نفع کافر به تصویب رسانند. لذا می‌بینیم فقیهان در هر موردی که منتهی به سلطه کافر بر مسلمان شود فتوا به عدم جواز داده‌اند، البته با اختلافاتی که ممکن است در هر مسئله وجود داشته باشد.^۱ بنابراین مؤمنان در روابط متغیرشان با کفار حق ندارند و نباید سلطه کفار را از حیث کفرشان بپذیرند؛ چون قطعاً به ضرر آنهاست، البته این در شرایط عادی است و در این شرایط نقل و عقل به لحاظ مصالح و مفاسد، هیچ راهی را که به نفع کافر و به ضرر مؤمن باشد اعتبار نمی‌کند، لکن در شرایط ثانوی و به لحاظ دفع مفسده اقوا و جلب مصالح برتر با شرایطی اجازه می‌دهند که بحث آن خواهد آمد.

۴. منظور از «سبیل»

سبیل در لغت به معنای راه است.^۲ در چند آیه دیگر از قرآن این واژه به صورت معرفه یا نکره به کار رفته است مانند: «وَمَنْ يَتَّبِعِ الْكُفْرَ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ ضَلَّ سَوَاءَ السَّبِيلِ»^۳ هر کس کفر را با ایمان عوض کند، مسلماً از راه درست گمراه شده است.

«وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ يُقْتَلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْوَاتٌ؛ كَسَانِي رَا كَه دَر رَاه خدَا كَشْتَه مِی شُونَد مُرْدَه نَخَوَانِد.»
«وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا»^۴ به زنا نزدیک مشوید، زیرا آن همواره زشت و بدراهی است.

«راه» خود هیچ گاه مقصود بالذات نیست، بلکه پس از آنکه به حسب صفت یا مضاف‌الیه معنا پیدا کرد مقصود است و اگر صفت یا مضاف‌الیه نداشت معنای آن به قرینه مقام روشن می‌شود مانند آیه «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ»^۵ که منظور از سبیل، راه ایراد و نکوهش است و معنای آیه

۱. مانند بطلان ازدواج زن مسلمان با مرد کافر، القواعد الفقهیه، فاضل لنکرانی، ج ۱، ص ۲۴۳

- ثابت نشدن حق قصاص برای ولی مقتول کافر علیه مسلمان قاتل، محمدبن حسن طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۱۴۶.

- اجیر شدن مسلمان برای کافر، همان.

- عدم ولایت پدر کافر بر دختر باکره، مکاسب محرمة، ج ۳، ص ۶۶.

- عدم جواز تولیت کافر بر اوقاف مسلمانان بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۰۵.

- ثابت نشدن حق شفعه برای شریک کافر، محمدبن حسن طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۴۵۳.

- فسخ نکاح با کافر شدن مرد، طوسی، المبسوط، ج ۴، ص ۲۱۳.

۲. السبیل: الطريق او ما وضح منها، المنجد.

۳. سوره بقره: ۲، آیه ۱۰۸.

۴. سوره بقره: ۲، آیه ۱۵۴.

۵. سوره اسراء: ۱۷، آیه ۳۲.

۱. سوره توبه: ۹، آیه ۹۱.



آن است که «بر [ضرر] نیکو کاران راه [ایراد باز] نیست».

در آیه «لن یجعل» نیز سبیل بدون صفت یا مضاف‌الیه به کار رفته است بنا بر تفسیر مشهور که آن را ناظر بر روابط کفار و مؤمنان در دنیا دانسته‌اند منظور از سبیل و راه، به قرینه «علی» در مقابل «لام»، هر راهی است که کافر بتواند از آن راه به نفع خودش بر خلاف مصالح مؤمن عملی انجام دهد، خواه مصلحت مادی باشد یا معنوی و خواه از راه سلطه و تفوق سیاسی یا قضایی یا نظامی یا فرهنگی باشد یا غیر اینها و خواه این راه در حال صلح و پشت میز مذاکره و از طریق عقد قرارداد و انعقاد معاهده و وضع قانون باز شود یا غیر اینها.

به عبارت دیگر ظاهر آیه گرچه شامل مطلق راه است، اما نفی سبیل کافر به طور مطلق زمانی صحیح است که به اراده کافر از حیث کفرش باز گردد چون تنها از این حیث است که اراده او پیوسته به نفع او و بر ضرر مؤمن است؛ پس آنچه نفی شده سبیلی است که بر خلاف مصالح مادی و معنوی مؤمنان باشد و نه هر سبیلی^۱ و سبیل این گونه مختص کافر معاند است نه هر غیرمسلمانی.

اما آیا سبیل غیرضرری غیرمسلمانی که طبق برخی از تعاریف واسطه^۲ بین مؤمن و کافر است و تحت عنوان کافر قرار نمی‌گیرد نیز نفی شده است؟ مانند پزشک غیرمسلمانی که مورد اعتماد است و به درخواست بیمار مؤمنش می‌خواهد او را مورد عمل جراحی قرار دهد و مانند قاضی غیرمسلمانی که خودخواسته به نفع مؤمن قضاوت می‌کند و یا خود را ملزم می‌بیند به حق قضاوت کند و اگر حق با مؤمن باشد به نفع او حکم می‌کند.

به نظر می‌رسد این آیه سبیل غیرمسلمانی که حقایق و حقوق اسلامی را انکار نمی‌کند، نفی نمی‌کند و در این مورد باید به ادله و اصول دیگر مراجعه کنیم.

خلاصه کلام اینکه خداوند راهی برای کافر از آن رو که کافر است علیه مؤمن از آن رو که مؤمن است قرار نداده و چنین راهی را نفی کرده است نه هر راهی را؛ چون راه حق برای کافر اصطلاحی^۳ علیه مؤمن باز است چنان‌که اگر کافر ذمی از مؤمنی طلبی داشته باشد، مؤمن نمی‌تواند به استناد این آیه از ادای دین، خودداری کند و کافر ذمی می‌تواند مؤمن را به دادگاه بکشانند و طلبش را از این طریق وصول کند و این راه، در تشریع اسلامی برای کافر ذمی باز است.

شیخ طوسی در مسئله وکالت مسلمان برای کافر ذمی علیه مسلمان در «نهایه» گفته است: جایز

۱. حکیم می‌گوید: فإن السبیل المنفی ما کان موجباً لمذلة المسلم و مهانة علیه لا مطلقاً، نهج الفقاهة، ص ۳۱۷.

۲. به زودی در مورد آن خواهیم گفت.

۳. سوره توبه: ۹، آیه ۹۱.

نیست.^۱ ولی در دو کتاب «مبسوط»^۲ و «خلاف» در این باره فتوا به جواز داده است و ابن ادریس در «سرائر» پس از نقل نظرات شیخ با نظر وی در دو کتاب «مبسوط» و «خلاف» موافقت کرده و می‌گوید: «شکی نیست که کافر ذمی که موکل است خود می‌تواند حق خود را از مسلمان مطالبه کند پس برای او علیه مسلمان راه باز است؛ زیرا مسلمان خود برای کافر، علیه خودش، راه قرار داده است».^۳

ممکن است گفته شود منظور از سبیل، سبیل استعلا (برتری، تفوق و سلطه) است؛ چون منظور از «علی»، استعلا و برتری است، حال در حوزه سیاسی و قضایی باشد یا به‌طور مطلق و در هر زمینه‌ای! ولی گفته شد چون سبیل در آیه نکره در سیاق نفی و مفید عموم است شامل راه استعلا ضرری هم می‌شود.

با بیانی که گذشت روشن شد که راه احتجاج نیز مراد نیست؛ چون در عرصه احتجاج و اقامه برهان ذات دلیل اجازه نمی‌دهد برهان کافر بر برهان مؤمن غلبه کند و پیوسته به سود مؤمن است و قهراً به نوعی غلبه با مؤمنان یا دلایل مؤمنان است.

۵. منظور از «کافر و مؤمن»

کفر در لغت به معنای پوشاندن است^۴ و پوشاندن چیزی به خودی خود موصوف به صحت و سقم یا خوبی و بدی یا صلاح و فساد نمی‌شود، بلکه اگر باطلی را بیپوشاند کاری درست است و اگر ظلمی را از بین ببرد کاری خوب است^۵ و اگر حقیقتی را بیپوشاند کاری نادرست است و اگر حق را پایمال سازد کاری بد است.

کفر ممکن است به قلب یا زبان یا در عمل انجام شود. کفر در عمل عنوان منتزع از فعل اختیاری اوست. در صدق این عنوان لازم است انسان به مرحله‌ای از بلوغ جسمی و رشد عقلی و ادراکی رسیده باشد که بتواند موضوعی را در قلب خود تصور و تکذیب یا تصدیق کند^۶ و سپس تکذیب یا تصدیق قلبی خود را بر زبان جاری سازد یا در عمل زیر پا بگذارد به چنین شخصی کافر گفته می‌شود. در مقابل اگر

۱. و لا يتوكل [المسلم] للذمی علی المسلم، محمد بن حسن طوسی، النهاية، ص ۳۱۷.

۲. یکره أن يتوكل المسلم لكافر علی مسلم، ابن ادریس، کتاب السرائر، ج ۲، ص ۹۰.

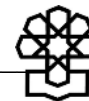
۳. لا خلاف أن للذمی الذي هو الموكل، المطالبة للمسلم، بما له علیه من الحق، فله علیه سبیل؛ لأنه الذي جعل له علیه سبیلًا، همان، ص ۹۱.

۴. الكفر فی اللغة ستر الشيء، (راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن)، كفر الشيء: ستره و غطاه، المنجد.

۵. وَقَدْ أَمَرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ: دستور یافته‌اند به طاعت کافر باشند، سوره نساء: ۴، آیه ۶۰.

قَدْ كَانَتْ لَكُمْ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ فِي إِبْرَاهِيمَ وَالَّذِينَ مَعَهُ إِذْ قَالُوا لِقَوْمِهِمْ ... كَفَرْنَا بِكُمْ، سوره ممتحنه: ۶۰، آیه ۴.

۶. مرحوم علامه طباطبائی می‌گوید: «عقیده به معنای ادراک تصدیقی که در ذهن انسان منعقد می‌شود، عمل اختیاری نیست»، المیزان،



در عمل به تکذیب یا تصدیق اولیه‌اش ملتزم باشد به او مؤمن^۱ گفته می‌شود.

بنابراین انسان پس از رسیدن به مرحله بلوغ ادراکی و تصور موضوعی مانند وجود خدا یا رسالت پیامبر خاتم (ص) یا قواعد و احکام دین و اقامه دلیل قانع‌کننده بر آنها یا تصدیق می‌کند که در این صورت قلباً به آن مؤمن خواهد بود و ممکن است در زبان و در عمل نیز بدان مؤمن باشد در مقابل چنین شخصی چند دسته وجود دارد:

۱. کسی که در قلب یقین کرده است ولی به‌عللی مانند دنیازدگی، خودخواهی، منفعت‌طلبی، ریاست‌طلبی، ترس و امثال اینها، در زبان و عمل انکار و تکذیب می‌کند.^۲
۲. کسی که در قلب یقین نکرده است، ولی در زبان و عمل تصدیق می‌کند.
۳. کسی که در قلب یقین نکرده است، ولی در زبان انکار و تکذیب می‌کند، اما در عمل ممکن است انکار و تکذیب کند یا نکند.

۴. کسی که در قلب یقین نکرده و به شک افتاده که آیا هست یا نیست، اما به زبان و در عمل هم ممکن است انکار و تکذیب کند یا نکند.

آیا در صورتی که پس از اقامه برهان به سبب ضعف برهان یا ضعف فهم یا هر سبب منطقی دیگری قانع نشد و یقین و تصدیق نکرد و نیز در صورتی که جاهل قاصر است و اصلاً تصور موضوع نکرده است می‌توان بر او اطلاق کافر نمود؟ یا خیر دو نظریه مطرح شده است برخی کافر دانسته‌اند و برخی واسطه بین کافر و مؤمن.

در بلغة الفقیه پس از توضیح ایمان و اسلام درباره این دو نظریه می‌گوید: «کفر بنابر یک قول عدم تصدیق چیزی است که با تصدیق آن ایمان صادق است خواه عدم آن را نیز تصدیق کند یا خیر و نظر اول مشهورتر و روشن‌تر است. پس کسی که هر دو تصدیق را ندارد - نه تصدیق آنچه ایمان به آن صادق است و نه تصدیق عدم آن- از کسی که شأن او آن است که تصدیق کند، (یعنی قادر بر تصدیق هست و مثلاً کودک نیست) خواه ملتفت باشد مثل کسی که شک دارد، یا غیرملتفت باشد مثل

۱. در بلغة الفقیه در توضیح ایمان و اسلام می‌گوید: «ایمان به‌طور مطلق به معنای تصدیق معارف خاصی است، یا تصدیق آنها همراه با اقرار زبانی یا علاوه بر آنها عمل به ارکان نیز در تعریف آن هست و اسلام بنابر یک نظر اعم از ایمان است و بنابر نظری دیگر از حیث مصداق با ایمان یکی است، ولی از حیث مفهوم با آن مغایر است و بنابر نظری دیگر از حیث مصداق و مفهوم نیز با ایمان یکی است ولی از حیث حکم با آن مغایر است و این نظریه قوی‌تر است و بنابر این تصدیق در ایمان و اسلام معتبر است: الکفر و هو مقابل الایمان الذی هو التصدیق بالمعارف الخاصة مطلقاً، او منضمّاً الیه الاقرار باللسان فقط، او هو مع العمل بالارکان و الاسلام اعم منه مطلقاً علی قول، او متحد معه صدقاً لا مفهوماً علی قول آخر، او متحد معه فیهما و ان اختلفا حکماً علی قول ثالث و هو الاقوی، فالتصدیق معتبر فیهما: آل بحر العلوم، بلغة الفقیه، ج ۴، ص ۱۸۴. در فقه از مسلمان و مؤمن تبعی نیز سخن رفته که قهراً حکم خودش را دارد.

۲. چنان‌که فرمود: «وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنْفُسُهُمْ ظُلُمًا وَعُلُوًّا؛ و با آنکه دل‌هایشان به آیات خدا یقین داشت، از روی ظلم و تکبر آنها را انکار کردند». سوره نمل: ۲۷، آیه ۱۴.

کسی که دعوت انبیا به او نرسیده است، بنابر قول اول کافر است و بنابر قول دوم (که تصدیق به عدم ندارد) واسطه بین کافر و مؤمن است،^۱ گرچه امکان دارد ادعا شود کسی که ملتفت نیست از محل نزاع خارج است چون مقسم و محل نزاع کسی است که ملتفت باشد نه غافل.^۲

ازجمله طرفداران نظریه غیرمشهور خواجه طوسی است که در تجرید افراد را دو دسته می‌کند و می‌گوید: «با عدم ایمان کفر صادق است خواه فاقد ایمان به عدم خدا اعتقاد داشته باشد یا نداشته باشد».^۳

علامه حلی نیز که در شرح کلام او می‌گوید: «کفر در لغت به معنای پوشاندن و در عرف شرعی فقدان ایمان است، خواه همراه با ضد آن باشد یعنی به چیزی که در ایمان شرط است معتقد باشد یا همراه با ضد نباشد، مانند کسی که شک دارد و اعتقاد صحیح یا باطل هم ندارد».^۴ ظاهراً با وی موافق است.

از نظر ادله لفظی همه اقسام فوق‌الذکر بجز گروه دوم در مقابل مؤمن به معنای مسلمان عنوان کافر پیدا می‌کنند چنان‌که از برخی روایات استفاده می‌شود مانند موثقه سماعه که می‌گوید: «اسلام گواهی دادن به یکتایی خدا و تصدیق پیامبر اوست، با این اقرار زبانی، خون، ناموس و مال فرد محترم است و بیشتر افراد چنین اسلامی دارند»^۵ و همه اقسام جز گروه دوم به یکتایی خدا گواهی نداده و پیامبر او را تصدیق نکرده‌اند پس کافرند.

اما کافر اعتقادی؛ زیرا از برخی روایات دیگر استفاده می‌شود که بین آنها فرق گذاشته است

۱. در مورد افرادی که محکوم به کفر یا ایمان نیستند، پرسش‌های دیگری در عرصه‌های دیگری غیر از قضاوت درباره آنها مطرح است که آیا ملحق به کفار هستند یا به مؤمنان یا تفصیل داده و گفته می‌شود در بخشی از امور، نوع رفتار با آنها به صلاح‌دید حاکمیت جامع‌الشرایط جامعه اسلامی بستگی دارد. از آیاتی مانند «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ» ممکن است استفاده شود که اگر رفتاری مجرمانه نداشته باشند نیکی کردن و عدالت ورزیدن نسبت به آنها ممنوع نیست؛ چون بنای اسلام بر دعوت و جذب افراد به اسلام است و اجرای عدالت در مورد آنان مقتضی رعایت حقوقی است که برای هر انسانی به‌عنوان شهروند در نظر گرفته می‌شود و بر این اساس بعید نیست در صورتی که کشته شود قاتل وی قصاص شود و غیبت او جایز نباشد و در صورتی که رفتار مجرمانه داشته باشند نیز برابر قانون با آنها رفتار شود.

۲. الکفر، عدم التصدیق بما یكون التصدیق به ایماناً سواء صدق بعدمه او لا و قبل بالاول، و الاول هو الاشهر الاظهر، فالخالی عن التصديق ممن یكون من شأنه التصديق - سواء كان ملتفتاً كالشاك او غير ملتفت کمن لم تبلغه الدعوة - کافر علی الاول، و واسطه علی الثانی، مع امکان دعوی کون الثانی خارجاً عن المقسم لان التقسیم انما هو بالنسبه الى الملتفت دون الغافل، آل بحرالعلوم، بلغة الفقيه، ج ۴، ص ۱۸۴.

۳. الايمان، التصديق بالقلب و اللسان - الی قوله - و الکفر عدم الايمان اما مع الضد او بدون.

۴. الکفر فی الغة هو التغطية و فی العرف الشرعی هو عدم الايمان؛ اما مع الضد بان یعتقد فساد ما هو شرط فی الايمان او بدون الضد کالشاک الخالی من الاعتقاد الصحیح و الباطل، علامه حلی، کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، ص ۳۳۹.

۵. الاسلام شهادة ان لا اله الا الله و التصديق برسول الله (ص) به حققت الدماء و علیه حرمت المناکح و الموارث و علی ظاهره جماعة الناس، الکافی ج ۲، ص ۲۵.



چنان‌که در روایت عبدالرحیم قصیر آمده: «هرگاه مسلمان گناه بزرگ یا کوچکی که خداوند آن را ممنوع ساخته، مرتکب شود از دایره ایمان خارج می‌شود، اما نام مسلمان بر او باقی است پس اگر توبه و استغفار کرد به دایره ایمان وارد می‌شود، ولی آنچه او را به دایره کفر (مستوجب مجازات) وارد می‌کند، حجود و استحلال است».^۱ در این روایت هم جحد و انکار حقیقت را در کفر دخالت داده و هم حلال شمردن حرام را.

محمد بن مسلم به سند صحیح می‌گوید: «من و زراره نزد امام صادق (ع) بودیم، ابوبصیر وارد شد و از امام پرسید: نظر شما درباره کسی که درباره خدا شک کند چیست؟ فرمود: کافر است. گفت کسی که درباره رسول خدا شک کند چطور؟ فرمود: کافر است. سپس امام (ع) رو کرد به زراره و فرمود: شخص زمانی کافر می‌شود که انکار کند».^۲

در این روایت بعد از اینکه می‌گوید شک‌کننده کافر است، شاک مردد را که به تصدیق نرسیده دو قسم کرده است کسی که انکار نمی‌کند و کسی که انکار می‌کند و به جهت دفع این توهّم که هر کفری مستوجب کیفر نیست، می‌گوید زمانی مستوجب کیفر می‌شود که کفر حجودی داشته باشد. بلکه از صحیح زراره از امام صادق (ع) بر می‌آید که «بندگان هر گاه چیزی را که نمی‌دانند توقف کنند و انکار نکنند کافر نیستند».^۳

پس مهم آن است که ببینیم مراد از کافری که در آیه «لن يجعل» راه برای او به‌طور ابد علیه مؤمن نفی شده کیست؟

کفر در یک تقسیم دو قسم است. کفر نظری و کفر عملی. مصداق اعلاّی کافر نظری کسی است که متعلق ایمان را با دلیل نفی و به زبان نیز آن را انکار کند، اما حتی چنین کسی ممکن است به ضرورت تعامل اجتماعی حقوق فطری مخالفان اعتقادی خود را در عمل به رسمیت بشناسد و آنها را ادا کند چنان‌که فرمود: «وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدُّهُ إِلَيْكَ ... بَلَى مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ وَاتَّقَى فَإِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ»^۴ از اهل کتاب کسی است که اگر او را بر مال فراوانی امین شمری آن را به تو برگرداند ... بلی هر که به پیمان خود وفا کند و پرهیزگاری نماید بی‌تردید خداوند پرهیزگاران را دوست دارد».

۱. ولا يخرجهم الى الكفر الا الجحود والاستحلال، ان يقول للحلال هذا حرام وللحرام هذا حلال و دان بذلك فعندها يكون خارجاً من الاسلام و الايمان داخلاً في الكفر و كان بمنزلة من دخل الحرم ثم دخل الكعبة و احدث في الكعبة حدثاً فاخرج عن الكعبة و عن الحرم فضربت عنقه و صار الى النار، همان، ص ۲۷.

۲. ... ثم التفت الى زرارَةَ فقال: إنما يكفر إذا جحد، همان، ص ۳۹۹.

۳. لو أن العباد اذا جهلوا وقفوا و لم يجحدوا لم يكفروا، همان، ص ۳۸۸.

۴. سوره آل عمران: ۳، آیه ۷۵.

در مقابل این قسم از کافر مؤمنی قرار می‌گیرد که از حیث نظری مؤمن ولی در عمل کافر است چنان‌که ذیل آیه «وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ» هر کس بدانچه به آن ایمان داشته کافر شود قطعاً عملش تباه شده است،^۱ فرمود: کفر به ایمان، یعنی عملی را که بدان اقرار داشته است فرو گذارد از این قبیل است ترک نماز بدون بیماری یا گرفتاری.^۲

و از رسول اکرم (ص) نقل است که فرمود: «کسی (از مسلمانان) که در عمل به امور مسلمانان اهتمام نمی‌ورزد، مسلمان نیست».^۳ یعنی برخی از مسلمانان، کسانی هستند که در عمل به امور دیگر مسلمانان اهتمام نمی‌ورزند، آنها نیز به نوعی کافر هستند.

پس می‌توان گفت افراد اعم از کافر و مؤمن از حیث التزام به حقوق عملی دو دسته‌اند: ملتزم به حق عملی و غیرملتزم به آن.

به حکم عقل می‌توان برای ملتزم به حق، علیه غیرملتزم به حق راهی باز گذاشت تا او را به حق ملتزم نماید، ولی هرگز نمی‌توان برای غیرملتزم به حق، علیه ملتزم به حق راهی را باز گذاشت و به این ترتیب بنا بر تفسیر مشهور از آیه لن يجعل ممکن است مراد از کافر در آیه، کافر غیرملتزم به حق در عمل باشد چون اوست که به سبب ظلم و برتری‌طلبی حقوق و مصالح مؤمنان ملتزم به حق را عملاً پایمال می‌کند و چنین شخصی علاوه بر کفر، مجرم نیز هست و هرگز نمی‌توان برای او علیه مؤمن ملتزم به حق راهی را باز گذاشت چنان‌که مفاد آیه است. از نظر عقل نیز چنین کافری صلاحیت ندارد و نمی‌توان به او اعتماد کرد و به حکم و قضاوت او اذن و رضایت داد، مگر از باب اضطرار که بحث آن خواهد آمد.

اما آیا به حکم و قضاوت دسته اول یعنی غیرمسلمان غیرمعاند^۴ ملتزم به حق عملی و متعهد به اصول اخلاقی، در حقوق و مصالح دنیوی (حقوق طبیعی) اگر یافت شود، در شرایط عادی می‌توان رضایت داد؟ در شرایط ناچاری در نهایت مثل کافر غیرملتزم به حق است.

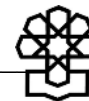
همچنین از قرآن و روایات برمی‌آید که افراد از حیث التزام به حق سه دسته‌اند: مؤمن ملتزم به حق و کافر معاند با حق و گروه سومی که به جهت ضعف فکری یا شبهه یا قصور علمی مؤمن نیستند، اما با حق نیز عناد ندارند چنان‌که در کافی می‌گوید: «زراره گفت: من و حمران یا من و بکیر

۱. سوره مائده: ۵، آیه ۵.

۲. ترک العمل الذی اقر به، من ذلک ان یتَرَک الصلاة من غیر سقم و لاشغل، کافی، ج ۲، ص ۳۸۴.

۳. من اصبح و لم یهتَم بامور المسلمین فلیس بمسلم، همان، ص ۱۶۳.

۴. ابوبکر حضرمی می‌گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم مردم شام بدترند یا مردم روم؟ فرمود: «مردم روم کافر شدند و با ما دشمنی نکردند، ولی مردم شام کافر شدند و با ما دشمنی کردند»! پس بدترند، اهل الشام شرّ ام اهل الروم؟ فقال: اهل الروم کفروا و لم یعادونا و اهل الشام کفروا و عادونا، همان، ص ۴۱۰.



به حضور امام باقر (ع) رسیدیم و من گفتم: ما ریسمان می‌کشیم و مرزبندی می‌کنیم، پس هرکه با ما موافق بود - علوی یا غیرعلوی - با او دوستی می‌کنیم و هرکه با ما مخالف بود - علوی یا غیرعلوی - از او بیزاری می‌جوییم.

امام فرمود: سخن خدا (که این گونه مرزبندی نکرده) درست‌تر از گفته توست. پس کسانی که خداوند فرمود: «مگر آن عده از مردان و زنان و کودکان ضعیفی که نمی‌توانند چاره‌ای بیاندیشند و راه به جایی برند»^۱ چه می‌شوند؟ و «آن عده که کارشان به امر الهی واگذاشته شده» (و ممکن است خداوند عذابشان کند و یا از آنان درگذرد)^۲ چه می‌شوند؟ و «آن عده که هم کارهای خوب کرده‌اند و هم کارهای بد»^۳ چه می‌شوند؟ پس «اهل اعراف که در روز قیامت امیدوارند تا وارد بهشت شوند»^۴ چه می‌شوند و «آنها که باید دلجویی شوند و زکات به ایشان پرداخت می‌شود»^۵ چه می‌شوند؟^۶

به استناد این دسته از آیات و روایات در فقه از گروه سومی در ردیف مؤمن و کافر به‌عنوان مستضعف نام برده شده چنان‌که در سرائر می‌گوید: «مؤمن در عرف شرع کسی است که خدا را تصدیق کند ... و مستضعف کسی است که اختلاف آرا و گرایش‌های مذهبی مردم را نشناسد، ولی از اهل حق نیز تنفر ندارد ... و کافر کسی است که مؤمن و مستضعف نباشد...»^۷

و در حاشیه شرایع الاسلام در تعریف مستضعف آمده است: «او کسی است که چون قدرت فهمیدن حق را ندارد با آن مخالف است مثل پیرزنان».^۸

۱. سور نساء: ۴، آیه ۹۸.

۲. سوره توبه: ۹، آیه ۱۰۶.

۳. سوره توبه: ۹، آیه ۱۰۲.

۴. سوره اعراف: ۷، آیه ۴۶.

۵. سوره توبه: ۹، آیه ۶۰.

۶. عن هشام بن سالم، عن زرارة قال: دخلت انا و حرمان، او انا و بكير على ابي جعفر (ع) قال: قلت له: انا نمد المطمار قال: و ما المطمار؟ قلت: الت، فمن وافقنا من علوی او غيره تولينا و من خالفنا من علوی او غيره برئنا منه، فقال لي: يا زرارة قول الله اصدق من قولك، فابن الذين قال الله عزوجل: «الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ لَا يَسْتَضِعُّونَ حِيلَةً وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا» اين «الْمُرْجُونَ لِأَمْرِ اللَّهِ» اين «الَّذِينَ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا» اين «اصحاب الاعراف» اين «المؤلفة قلوبهم؟» و زاد حماد في الحديث قال: فارتفع صوت ابي جعفر (ع) و صوتي حتى كان يسمعه من على باب الدار و زاد فيه جميل: عن زرارة، فلما كثر الكلام بيني و بينه قال لي: يا زرارة حقاً على الله ان (لا) يدخل الضلال الجنة، اصول كافي، ج ۲، صص ۳۸۲-۳۸۳. به نظر می‌رسد عبارت بدون «لا» درست است چون این معنا برای زرارة قابل هضم نبوده است.

۷. فالمؤمن في عرف الشرع هو المصدق بالله ... و المستضعف من لا يعرف اختلاف الناس في الآراء و المذاهب و لا يبيض اهل الحق ... فاما الكافر فمن خالف المؤمن و المستضعف ... سرائر، ج ۱، ص ۸۴ و از امام صادق (ع) نقل است که فرمود: من عرف اختلاف الناس فليس بمستضعف، كافي، ج ۲، ص ۴۰۵. ظاهراً منظور آن است که حق و باطل اختلاف مردمان را بشناسد.

۸. هو الذي يخالف الحق لكن عن ضعف الفهم كالعجائز و نحوه. حاشیه شرایع، ج ۳، ص ۶۶۲. از امام باقر (ع) نقل است که در تعریف مستضعف فرمود: فهم الصبيان و من كان من الرجال و النساء على مثل عقول الصبيان، مرفوع عنهم القلم، كافي، ج ۲، ص ۴۰۴.

برای اینکه روشن شود مراد از کفاری که سبیل آنان نفی شده چه کسانی هستند، خوب است ببینیم پیامبران (ص) چگونه نگاه کرده‌اند.

نگاه پیامبران به انسان‌ها

در جوامع بشری پیوسته اکثریت افراد به‌طور طبیعی و براساس فطرت رشد علمی می‌کنند. یعنی این گونه‌اند که وقتی به دنیا می‌آیند علم و آگاهی ندارند^۱ و اندک اندک نسبت به موضوعات دانش پیدا می‌کنند و می‌فهمند که چه چیزی برای آنها خوب و چه چیزی بد است. آنها در این مسیر گاه به ادراک خوب و بدهای عقلی نیز می‌رسند و گاه نمی‌رسند و گاه بر همان اساس فطری و طبیعی می‌مانند و گاه از آن منحرف می‌شوند. در برخی آیات که فرموده است پیامبران مبشر و منذر بودند^۲ یعنی مبشر کسانی که بر فطرت رشد کردند و به ادراک خوب و بدهای عقلی رسیدند و منذر کسانی که از آن منحرف شدند یا به ادراک خوب و بدهای عقلی نرسیدند. از این دسته کسانی هستند که عقیده و دین صحیح به آنها عرضه نشده است که با عرضه و اندک بیان و تذکر ممکن است بر گمراهی خود واقف و از آن خارج شوند. بنابراین انسان‌ها تا پیش از ادراک حقیقت و تصدیق یا تکذیب آن موصوف به ایمان یا کفر نمی‌شوند و از این جهت یکسان هستند.

به اعتقاد ما پیامبران خدا افراد را کسانی دیده‌اند که آموزه‌های صحیح اعتقادی و عملی به آنها عرضه نشده است و آمادگی ایمان و کفر دارند و با این دید آموزه‌های خود را بر آنها عرضه کرده‌اند تا گنجینه‌های عقولشان را برانگیزانند^۳ و آنان را آگاهی و ارتقا دهند و به مرحله‌ای از فهم حقایق برسانند که مؤمن یا کافر شوند.^۴ یعنی حقایق را تصدیق کنند و به آنها مؤمن شوند یا تکذیب کنند و به آنها کافر شوند.^۵ نه اینکه از اول فرض کرده‌اند افراد یا کافرند یا مؤمن و با آنها سخن گفته‌اند تا کفار را کشف و به آنها اعلام کنند: «یا مؤمن شوید یا خونتان را می‌ریزیم»!

قطعاً این‌گونه نبوده است و ما نیز در مقام عرضه آموخته‌ها و معتقدات خودمان به دیگران آنها

۱. اللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا، سوره نحل: ۱۶، آیه ۷۸.

۲. سوره بقره: ۲، آیه ۲۱۳.

۳. یسروا لهم دفائن العقول، سعید علینقی فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۳۳.

۴. إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا، سوره انسان: ۷۶، آیه ۳.

۵. و البته عاقبت دسته اخیر آتش است؛ زیرا اگر به حقایق ایمان نیاورند و دین حق را نپذیرند، دینی جز باطل و لهو و لعب نخواهند داشت، از آن‌رو که فرشته دنیا و مظاهر آن شده‌اند و به‌منظور دستیابی به آن هر جنایت و خیانتی را مباح می‌دانند و نتیجه قهری این روند دوزخی است که انسان برای خود پدید می‌آورد. وَنَادَىٰ أَصْحَابُ النَّارِ أَصْحَابَ الْجَنَّةِ أَنْ أَفِضُوا عَلَيْنَا مِنَ الْمَاءِ أَوْ مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ قَالُوا إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَهُمَا عَلَى الْكَافِرِينَ، الَّذِينَ اتَّخَذُوا دِينَهُمْ لَهْوًا وَلَعْنًا وَغَرَّتْهُمُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا فَالْيَوْمَ نَنسَاهُمْ كَمَا نَسُوا لِقَاءَ يَوْمِهِمْ هَذَا وَمَا كَانُوا بِآيَاتِنَا يَجْحَدُونَ، سوره اعراف: ۷، آیه ۵۰ و ۵۱.



را به عنوان بندگان خدا که دارای فطرت یکسان هستند^۱ نگاه می‌کنیم و با آنها حرف می‌زنیم، پس اگر مخاطب ما پس از ارائه مطالب و ترسیم مقاصد و استدلال بر آنها، آنها را فهم و تصدیق کرد و سپس به زبان و قلم و یا در عمل زیر پا نهاد، او را کافر می‌دانیم،^۲ و در صورتی که مدعی ما را درنیافت و تصدیق نکرد در حالی که تکذیب هم نمی‌کند، او را کافر نمی‌دانیم بلکه واسطه می‌خوانیم.

با این همه اگر تقسیم سه قسمی (ثلاثی) افراد مورد قبول قرار نگرفت و ناچار شدیم به‌طور مسامحی بر غیرمسلمان غیرجاحد، واژه کافر اطلاق کنیم، منظورمان کافر غیرحربی است یعنی کسی است که با مؤمنان سر جنگ ندارد خواه با مسلمانان معاهده تحت الحمایگی یا مهاده و ترک جنگ یا جزیه داشته باشد یا نداشته باشد و به هر حال مشمول آیه نیست و مراد از کافر در آیه «لن یجعل» اگر مربوط به دنیا باشد، کافر حربی است یعنی کسی که حقایق دعوت پیامبران را ستیزه‌جویانه انکار می‌کند و با وصف عناد و ستیزه‌جویی به جنگ با آن حقایق وارد شده است و به این جهت بر ضرر مؤمنان عمل می‌کند و به همین جهت خداوند راه او را علیه مؤمنان به‌طور مطلق بسته است. در اینجا لازم است دو قسم کافر حربی و غیرحربی نیز به اختصار توضیح داده شود.

کافر حربی و غیرحربی

در آیه «لَنْ یَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» کافر و مؤمن را به صیغه جمع آورده است یعنی ملت کافر و ملت مؤمن و پیش‌تر اشاره کردیم که همه ملت‌های کفر و شرک و نفاق در عرصه عمل به‌طور کلی دو دسته شدند: اهل حرب (حربی: ستیزه‌جو) و اهل سلم (غیرحربی که شامل اهل اعتزال^۳ هم می‌شود).

حال آیا آیه شریفه «لن یجعل» به فرض که مربوط به دنیا باشد شامل هر دو صنف اهل حرب و اهل سلم از کفار می‌شود و خداوند هیچ راهی به نفع هیچ کافری بر مسلمان قرار نداده است یا راه کفار اهل حرب را نفی کرده است؟

اگر گفته شود مراد هر دو صنف است و شامل اهل سلم هم می‌شود با ادله دیگری که فی الجمله راه حق برای کافر غیرحربی علیه مسلمان را باز گذاشته است، سازگار نیست چنان‌که امام علی (ع) با دیدن زره خود در دست یک یهودی فرمود «این زره من است که از روی شترم در جنگ جمل افتاده. یهودی ادعا کرد زره از آن اوست و در خواست کرد که دعوا را نزد قاضی آن حضرت

۱. فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ، سوره روم: ۳۰، آیه ۳۰.

۲. چون کفر درونی مبرز می‌خواهد.

۳. که از آیه ۹۱ سوره نساء استفاده می‌شود.

شریح مطرح کنند و حضرت پذیرفت.^۱

از برخی آیات نیز ممکن است این معنا استشعار شود چنان‌که می‌فرماید: «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ»^۲ خدا شما را از کسانی (کفار اهل سلم) که در (کار) دین با شما نجنگیده و شما را از دیارتان بیرون نکرده‌اند، باز نمی‌دارد که با آنان نیکی کنید و با ایشان عدالت ورزید (به قسط با آنها تعامل داشته باشید).^۳ از مصادیق نیکی و قسط آن است که اگر بر مسلمان حقی داشته باشد راه برای او باز باشد.

پس مراد فقط اهل حرب است که تکلیف آنان در آیات متعدد دیگر مانند: «اشدء علی الکفار»^۴ روشن شده است؛ چون در روابط غیرمسالمت‌آمیز و جنگی، شدت کارساز است و با تجویز اعمال شدت، قهراً هر ضرری اعم از ضرر مالی، حاکمیتی، جانی، سرزمینی، و غیراینها را اجازه داده است که علیه آنان اعمال شود و در این فرض نمی‌تواند اجازه دهد هیچ اقدامی به نفع آنان صورت گیرد مگر به‌طور استثنا و در صورت اضطرار که خواهد آمد.

بنابراین از آیه «لَنْ يَجْعَلَ» نفی سلطه هر کافری استفاده نمی‌شود و این پرسش ذیل آیه باقی است که آیا می‌توان به سلطه قضایی کافر غیرحربی در صورت کسب برخی صلاحیت‌ها رضایت داد؟ گرچه از عقل و آیات قبل استفاده شد که راه سلطه کافر غیرحربی نیز به جهت عدم صلاحیت بسته است.

د) آیه قضاوت طاغوت

آیه دیگری که ممکن است از آن بر عدم صلاحیت غیرمسلمان استفاده کرد آیه: «يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ»^۵ می‌خواهند داوری میان خود را به سوی طاغوت ببرند، با آنکه قطعاً دستور یافته‌اند که به طاغوت کفر ورزند» می‌باشد. با این بیان که گفته شود غیرمسلمان کافر است و کافر طاغوت است و خداوند دستور داده است به طاغوت، کافر باشیم و به او رجوع نکنیم.

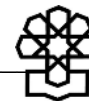
در مجمع می‌گوید: «طاغوت مبالغه در وصف دارنده طغیان است. پس هر پرستیده شده‌ای جز

۱. أنه [علياً (ع)] لما رأى درعه عند يهودى و قال له: درعى سقطت عن جمل لى اورك. فقال اليهودى: درعى و فى ىدى. ثم قال له اليهودى ببنى و بينك قاضى المسلمين، فأتوا شريحاً، حلية الاوليا، ج ۴، ص ۱۳۹ و نیز بنگرید به المبسوط که آورده است: روى أن علياً (ع) رأى درعاً مع يهودى فعرها فقال هذه درعى ضاعت منى يوم الجمل. فقال اليهودى درعى و مالى و فى ىدى. فترافعا الى شريح و كان قاضى على (ع)....، طوسی، محمد بن حسن المبسوط، ج ۸، ص ۱۴۹.

۲. سوره ممتحنه: ۶۰، آیات ۸ و ۹.

۳. سوره فتنه: ۴۹، آیه ۲۹.

۴. سوره نساء ۴، آیه ۶۰.



خدا طاغوت است و گاه بت‌ها را طاغوت می‌نامند چنان‌که به آنها عمل شیطانی پلید نیز گفته می‌شود. همچنین هرکس که طغیان کند و برخلاف حکم خدا حکم کند موصوف به طاغوت می‌شود».^۱

بیشتر مفسران در شأن نزول آیه گفته‌اند: «بین فردی که به ظاهر اسلام آورده بود با فردی یهودی دعوا و کشمکش روی داد. یهودی گفت: برای قضاوت به محمد (ص) رجوع کنیم، چون می‌دانست که آن حضرت رشوه نمی‌پذیرد و در قضاوت به کسی ستم نمی‌کند، مسلمان ظاهری (منافق) گفت: بین من و تو کعب الاشرف [یهودی که پیامبر (ص) را می‌آزرد و خدا اجازه داد کشته شود] حکم کند، چون می‌دانست که او رشوه می‌گیرد و در این زمینه آیه نازل شد».^۲

بنابراین طاغوت گرچه بر کعب بن الاشرف تطبیق شده است که در قضاوت به حق حکم نمی‌کرد؛ چون اهل رشوه و جور بود؛ اما از مجموع ادله این‌گونه استفاده می‌شود که طاغوت در باب قضا کسی است که طغیانگرانه حکم می‌کند و کسی که طغیانگرانه حکم می‌کند صلاحیت حکم ندارد و حکم او به حق نیست حتی در موردی که ناخواسته به حق حکم کرده باشد.

از امام باقر (ع) و امام صادق (ع) نقل است که فرموده‌اند: «مراد از طاغوت هر کسی است که به غیرحق حکم کند».^۳ یعنی در حالی که فاقد صلاحیت حکم کردن است حکم کند. پس حکم طغیانگرانه، حکم کسی است که حق حکم کردن ندارد.

طغیان یا علیه علم است یا علیه عدل. طغیان علیه علم، مثل آنکه می‌داند زید بی‌گناه است و علیه او حکم می‌کند. و طغیان علیه عدل، مثل آنکه می‌داند زید طلبکار است ولی به نفع بکر حکم می‌کند.

اما حکم به غیرحق مصادیق دیگر هم دارد چون حکم به غیرحق یا ناشی از طغیان است یا جهل، پس ممکن است:

- کسی بر صفت تجاوزگری حکم به غیرحق کند که در این صورت طاغوت است، خواه کافر باشد یا مؤمن.

- کسی از روی جهالت حکم به غیرحق کند، گرچه جهل او جهل مرکب باشد و طاغوت هم

۱. الطاغوت ذو الطغیان علی جهة المبالغه فی الصفة، فکل من یبعد من دون الله فهو طاغوت و قد یسمی به الاوثان کما یسمی بآنه رجس من عمل الشیطان و یوصف به ایضاً کل من طغی بان حکم بخلاف حکم الله، مجمع البیان، ج ۳-۴، ص ۱۰۱ طاغوت از ماده طغی به معنای خشمگین شد، از سر گذشت، تجاوز کرد، از حد گذشت، بیداد کرد و ستم کرد می‌باشد.

۲. همان، ص ۱۰۲.

۳. ان المعنی به کل من یتحاکم الیه ممن یحکم بغیر الحق. همان. در روایتی از امام علی (ع) نقل شده است که فرمود: کل حاکم یحکم بغیر قولنا اهل البیت فهو طاغوت: هر حاکمی به غیر کلام ما اهل بیت حکم کند، طاغوت است»، کنز العرفان، ج ۲، ص ۳۸۱، یعنی اگر هم واجد صلاحیت شخصی است اما حق را از مأخذ درستی نگرفته است. این کلام ظاهراً تعریض به حاکمانی بود که برخلاف نظر ائمه حکم می‌کردند و البته حق در کلام اهل بیت است.

نباشد، چون بر صفت طغیان حکم نکرده است، خواه مؤمن باشد یا کسی باشد که در مورد حق تعالی جاهل قاصر است.

درحالی که ممکن است کسی از روی علم و عدل^۱ به حق حکم کند با آنکه غیرمسلمان است، یعنی کسی است که در مورد حق تعالی و پیامبر وی جاهل قاصر است و طغیانگرانه^۲ هم حکم نکرده باشد؛ چون روشن شد که هر غیرمسلمانی، کافر و طغیانگر نیست.

به عبارت دیگر ممکن است گفته شود مفهوم عرفی نهی از رجوع به حکم طاغوت، جواز رجوع به حکم غیرطاغوت است و غیرطاغوت یعنی کسی که علیه عدل برنشوریده است و چنین کسی اگر حق را بشناسد و در عمل و حکم نیز ملتزم به اعطای حق یعنی عادل باشد می‌تواند مرجع حکم قضایی شود گرچه غیرمسلمان باشد.

در پاسخ به تمام این حرف‌ها می‌گوییم حتی با قطع به اینکه «ممکن است» در قضیه‌ای غیرمسلمان «بتواند» حکم به حق کند، اما در روایات اهل بیت (ع) وارد شده که در اختلافات حتی به قاضی مسلمان غیردوازده امامی نیز رجوع نکنید تا چه رسد به قاضی غیرمسلمان چنان‌که در مقبوله عمر بن حنظله از امام صادق (ع) نقل است که فرمود: «نگاه کنند به کسی از خودتان که احادیث ما را روایت کند و به حلال و حرام ما نظر داشته باشد و احکام ما را بشناسد پس به او، به عنوان داور رضایت دهند».^۳

و نیز در مشهوره ابوخیجه از آن حضرت نقل است که فرمود: «ولی نگاه کنید به کسی از خودتان...»^۴ و لفظ «منکم: از خودتان» در این روایات ظهور دارد در شیعه دوازده امامی.

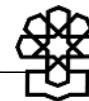
اگر گفته شود: اولاً روشن است که منظور امام (ع) از شیعه دوازده امامی، کسی است که عادل باشد و از درجه اخبار و احکام ائمه اطهار (ع) به حق، علم و معرفت داشته باشد؛ چون صرف عنوان دوازده امامی بودن کفایت نمی‌کند. ثانیاً بحث مربوط به قضایی است که غیرمسلمان محل ابتلای ماست و می‌خواهیم ببینیم آیا به ملاک علم به حق و التزام به آنکه ملاک گردن نهادن به حکم

۱. چنان‌که از خبر سلیمان بن خالد از امام صادق (ع) علم و عدل فهمیده می‌شود که فرمود: اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هی للامام العالم بالقضاء العادل فی المسلمین کنبی او وصی نبی، صدوق، الفقیه، ج ۳، ص ۴.

۲. بلکه ممکن است قاضی جائری به حق حکم کند چنان‌که از روایت عبدالله بن سنان استفاده می‌شود که امام صادق (ع) فرمود: «ایما مؤمن قدم مؤمناً فی خصومة الی قاض او سلطان جائر ففضی علیه بغير حکم الله فقد شرکه فی الاثم...»، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۲. مفهوم روایت این است که اگر به حکم الله قضاوت کرد در گناه او شریک نیست چون اصولاً گناه نکرده است.

۳. ينظران (الی) من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فی حالنا و حرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حکماً، کافی، ج ۱، ص ۶۷، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۹۸.

۴. و لكن انظروا الی رجل منكم، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴.



شیعه دوازده امامی است، می‌توان به حکم مسلمان غیرشیعه و غیرمسلمان تمکین کرد یا خیر؟ از اخبار و آیات الهی نیز استفاده می‌شود که حقوق فطری محترمند، پس هر کس نسبت به حقوق فطری عارف باشد و در همان حقوق به عدل حکم کند، حکم وی از نظر معصومان (ع) و اسلام مردود نیست؛ چنان‌که از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: «قاضیان مطلقاً سه دسته‌اند که دو دسته آنان اهل آتش و یک دسته اهل بهشت‌اند، بهشتی کسی است که حق را بشناسد و تلاش کند که به آن دست یابد و به عدل حکم کند و ...»^۱.

و از امام صادق (ع) نقل است که فرمود: «مردی که به حق حکم کند در حالی که آن را می‌شناسد پس او در بهشت است»^۲.

پس اگر برای ما محرز شد که مرجع قضایی بین‌المللی دستکم در مورد نزاع به حقوق فطری عالم و ملتزم است که به همان حقوق به عدل حکم کند، قابل قبول است.

می‌گوییم اولاً «منکم: از خودتان» در روایات مذکور گرچه در شیعه دوازده امامی ظهور دارد، اما مراد از شیعه دوازده امامی کسی است که در مبانی نظری و اصول و فروع عملی و غایات با شما یکی باشد و اگر کسی با این خصوصیات بتواند به حق حکم کند، هر کس دیگری که دارای این خصوصیات نباشد، حداقل آن است که در حکم او به حق، شک و تردید هست و صرف شک برای حکم به عدم صلاحیت وی کافی است.

ثانیاً دو روایت از پیامبر (ص) و امام صادق (ع) از رابطه ولایی مسلمان و کافر منصرفند.

ثالثاً مردود نبودن حکم به حقی از نظر اسلام، غیراز پذیرفتن سلطه غیرمسلمان است.

هـ) روایت برتری اسلام

روایت نبوی که فرمود: «اسلام برتر است و چیزی بر آن برتر نیست و کفار به منزله مردگان هستند که نه حاجب ارث می‌شوند و نه ارث می‌برند»^۳.

اما این روایت بر برتری کلی نظام اسلامی بر بقیه نظام‌ها دلالت دارد و معنای روایت این نیست که هیچ جزء و قاعده‌ای از یک نظام دیگر مثل همان در نظام اسلامی نیست،^۴ پس اگر به قاعده و

۱. روی عن النبی (ص): القضاء ثلاثة: واحد فی الجنة و اثنان فی النار و الذی فی الجنة رجل عرف الحق فاجتهد فحكم فعدل، جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۱۵، کنز العمال، ج ۶، ص ۹۱، ح ۱۴۹۸۰.

۲. رجل قضی بالحق، و هو یعلم؛ فهو فی الجنة، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۱.

۳. الاسلام یعلو و لایعلی علیه و الکفار بمنزلة الموتی لایحیون و لایورثون، الفقیه، ج ۴، ص ۲۴۳.

۴. در کتاب درآمدی بر حقوق اسلامی پس از ذکر این نکته که احکام و قوانین اسلام از وحی گرفته شده، آمده است: «البته این بدان معنی نیست که هیچ‌یک از احکام و قوانین شریعت اسلام با هیچ قسمتی از نظام‌های حقوقی دیگر مطابقت ندارد، زیرا ممکن است انسان‌ها نیز

قانونی جزئی در عالمی غیر از اسلام مانند قاعده و قانونی در اسلام در مورد مؤمنان حکم شود نمی‌توان آن را مردود دانست.

شیخ انصاری می‌گوید: «برتری اسلام [مستفاد از روایت: الاسلام یعلو و لا یعلی علیه]^۱ مستلزم ثابت نبودن ولایت کافر بر مسلمان نیست». ^۲ یعنی عدم ثبوت ولایت را از ادله دیگر باید به دست آورد.

به هر حال با استناد به همین ادله مشهور فقیهان هر غیرمسلمانی را کافر دانسته و قضاوت کافر را به طور مطلق، در حق مسلمان نافذ ندانسته‌اند چنان‌که صاحب جواهر به صراحت فرموده است: «منصب قضاوت برای کافر منعقد نمی‌شود چون او اهل امانت نیست و خدا برای کافر علیه مؤمن راهی قرار نداده است و نیز اسلام برتر است و چیزی بر آن برتر نیست». ^۳ و می‌گوید شرایط قاضی به نظر صاحب مسالک و ریاض اتفاقی است گرچه ادعا اتفاق از «محقق اردبیلی در غیر از شرط سوم و ششم (یعنی ایمان و علم) نقل شده است». ^۴

در قانون عادی جمهوری اسلامی هم به تبع این نظریه آمده است: «قضات از میان مردان واجد شرایط زیر انتخاب می‌شوند.

۱. ایمان و عدالت و تعهد عملی نسبت به موازین اسلامی و ... ،

۲. طهارت مولد،

۳. تابعیت ایران ... ،

۴. صحت مزاج ... ،

۵. دارا بودن اجتهاد به تشخیص شورای عالی قضایی یا» ^۵.

شورای نگهبان نیز در مورد رجوع به مراجع قضایی یا داوری خارج از کشور که همه یا بخشی از مقررات لازم‌الاجرای آنها با موازین شرعی سازگار نیست، اظهار نظر کرده که خلاف شرع است، چنان‌که در مورد لایحه موافقتنامه استرداد مجرمین بین دولت جمهوری اسلامی ایران و

براساس عقل سلیم قسمتی از مصالح و مفاسدی را که در وضع احکام و مقررات الهی مورد توجه است کشف و براساس آن قواعد و مقرراتی وضع کنند»، ص ۶۸.

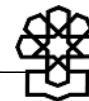
۱. همان.

۲. لقد اجاد (شیخنا الاعظم) فیما افاد: ... و علو الاسلام لایستلزم عدم ثبوت ولایت للكافر علی المسلم، سیدابوالقاسم خویی، موسوعة الامام الخویی، ج ۳۳، ص ۲۵۳.

۳. و لا ینعقد القضاء لكافر؛ لانه لیس اهلاً للامانة و لم یجعل الله له سبیلاً علی المؤمن؛ اذ الاسلام یعلو و لا یعلی علیه، جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۱۲.

۴. و عن الاردبیلی دعواه فیما عدا الثالث و السادس و «الغنیة» فی العلم و العدالة و «نهج الحق» فی العلم و الذکورة، همان و نیز بنگرید به: سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، فقه القضاء، ص ۵۹.

۵. قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری، مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴.



دولت قطر اعلام کرده است: «این لایحه از این جهت که اطلاق بسیاری از مواد آن ازجمله ماده (۶) و ذیل ماده (۹)، اعمال مقررات غیرمنطبق با موازین شرعی دولت طرف متعاقد را لازم‌الاجرا دانسته و نیز مواد متعددی مستلزم تأیید صحت قوانین و صحت آیین دادرسی قوه قضائیه کشور قطر و نیز ارجاع کارهای قضایی به دادگاه‌های کشور طرف متعاقد می‌باشد که خود موجب اثر دادن بر احکامی است که در آن دادگاه‌ها و لو بر خلاف ضوابط اسلامی صادر می‌گردد، خلاف موازین شرع شناخته شد»^۱ و ازجمله موازین شرع عدم صلاحیت قضایی غیرمسلمان است.

نتیجه بحث

مشاهده شد که ادله نقلی اقامه شده بر عدم صلاحیت قضایی غیرمسلمان مدعا را اثبات کرد علاوه بر آن چنان‌که پیش‌تر در پایان بحث از مستندات مراجع قضایی بین‌المللی گفته شد در اینجا بحث از قضاوت در موضوعی خرد بین دو نفر نیست، بلکه بحث از قضاوت در حقوق بین‌الملل و از یک نهاد حقوقی است که تکلیف ملت اسلام در مقابل ملت کفر را مشخص می‌کند و قضات مراجع قضایی بین‌المللی نیز افرادی ساده و ناآشنا به اختلافات نظامات حقوقی از حیث مبانی نظری و منابع حقوق و قواعد و احکام نیستند و نمی‌توان در مورد آنها گفت جاهل قاصر یا واسطه‌اند، بلکه افراد ذی‌اطلاع و باورمند به حقوق بشری هستند که یا به جدایی دین از امور بشری در دنیا معتقدند یا اصولاً به خدا باور ندارند و شکی نیست که باورها، خصلت‌ها و منافع آنی و اهداف دنیوی این افراد بر رأی آنان مؤثر است و ازاین‌رو نمی‌توان به آنها به چشم قضات بی‌طرف و مستقل نگریست و همین در عدم صلاحیت آنها برای قضاوت در مورد مسلمانان کفایت می‌کند.

دوم) دلایل اثبات صلاحیت (فی‌الجمله)

الف) دلیل عرف‌گرایان

نظر دیگر این است که گفته شود اصولاً اسلام همه نهادها و تأسیسات عرفی را که حاصل شرایط متغیر زمان و مکان هستند امضا کرده و مطلقاً پذیرفته است ازجمله مراجع قضایی بین‌المللی را. اما پاسخ این نظریه روشن است؛ که شارع آمده تا نهادهای عرفی مغایر با اصول عقلانی و اصول مورد نظر خود را تغییر دهد یا اصلاح و هدایت کند نه اینکه تسلیم آنها شود. بلی برخی نهادهای متعارف را با اینکه با عدل و عقل موافق نبود از باب قاعده تقابل یا الزام پذیرفت و در مورد برخی اصول آنها را در بلندمدت پذیرفت و جزئیات را به صلاح‌دید حاکمان شرع نهاد و برخی را به دون کم و کاست و برخی را با اصلاحاتی برای همیشه پذیرفت.

۱. لایحه موافقتنامه استرداد مجرمین بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت قطر، مصوب ۱۳۸۸/۱۱/۱۶ مجلس شورای اسلامی.

ب) ادله عقل‌گرایان

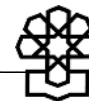
منظور از عقل‌گرایی این است که گاه مستنبط از میان انبوه آیات و نیز روایاتی که فعل و قول و تقریر معصومان (ع) را نقل می‌کنند - پس از اطمینان به صدور - با آیات و اخباری روبرو می‌شود که مفادشان با مبانی دیگری که در بحث کلامی یا اصولی به آنها باور یافته، ناسازگار است، پس تلاش می‌کند از آیات و اخبار به‌گونه‌ای استفاده کند که در نهایت با مقتضای قواعد کلی عقلی و نقلی - که اینها نیز مورد تأیید عقل هستند - منافات نداشته باشد. از جمله قواعد کلی عقلی مستند به نقل و سیره معصومان، این است که اگر نهادی بر اساس عدل و احسان و ارزش‌های انسانی بوجود آید مورد تأیید قرار گیرد. بنابراین با سلطه نهادی مانند دیوان بین‌المللی دادگستری به شرط آنکه اصول کلی قابل فهم بشر مانند عدل و احسان و ارزش‌های انسانی بر آن حاکم باشد و در عمل از فحشا و منکر و بغی دوری کند می‌توان موافقت کرد.

می‌گوییم بلی اما با علم به اینکه یکی از منابع حقوقی دیوان بین‌المللی دادگستری عرف است و عرف به اعتقاد ما زمانی اعتبار دارد که برخلاف عدل و احسان و ارزش‌های انسانی نباشد حال آنکه عرف‌های رایج در فضای بین‌المللی همگی دارای این خصوصیت نیستند مثلاً در دنیا این معنا عرف شده که «حق با کسی است که دست برتر دارد»^۱ و سیاست دیوان بین‌المللی دادگستری و امثال آن هماهنگ با این عرف در جهت تأمین منافع کسانی است که دست برتر دارند^۲ و نیز عرف‌هایی از روی ناآگاهی شکل گرفته است چنان‌که در دنیای غرب حقوق زن و مرد را برابر می‌دانند و این دیدگاه بر دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان کیفری بین‌المللی حاکم است، حال آنکه به لحاظ واقعیت وجودی زن و مرد، حقوق آنان در برخی موارد مثل هم و در برخی موارد متفاوت و حق زن برتر از مرد است.

و نیز عرف‌هایی از روی شهوت پدید آمده چنان‌که بی‌حجابی عرف شده است؛ زیرا تصور

۱. الملک لمن غلب.

۲. برای مثال دیوان دادگستری در پاراگراف (۷۸) از رأی خود در قضیه حمله آمریکا به سکوهای نفتی ایران اعلام می‌دارد: «اقدام ایالات متحده آمریکا در تخریب سکوهای نفتی ایران به‌عنوان اقدامی برای حفظ منافع اساسی امنیتی براساس ماده (۲۰) [منظور ماده (۲۰) عهدنامه مودت ۱۹۵۵ ایران و آمریکاست] قابل توجیه نیست؛ چون این اقدام توسل به زور بوده و نمی‌توان این اقدام را براساس حقوق بین‌الملل، دفاع مشروع از نوع اقدامات پیش‌بینی شده، محسوب کرد، پس بدین ترتیب اقدام ایالات متحده آمریکا مغایر ماده (۲۰) و مغایر با حقوق بین‌الملل و اصل دفاع مشروع تلقی می‌شود»، مجموعه مقالات پیرامون رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سکوهای نفتی، ص ۳۴، اما با اینکه دیوان در این پاراگراف اقدام ایالات متحده آمریکا را «توسل به زور دانسته» و آن را «مغایر با حقوق بین‌الملل و اصل دفاع مشروع» تلقی نموده است؛ در مورد حکم به جبران خسارت اعلام می‌دارد «خساراتی به جمهوری اسلامی ایران تعلق نخواهد گرفت»، همان، که از نظر حقوقی هیچ توجیه قابل قبولی ندارد جز اینکه گفته شود دیوان در نهایت جانب قدرت برتر را گرفته است.



می‌شود انسان آزاد است هر گونه که خواست در برابر دیگران ظاهر شود و ممکن است همجنس‌گرایی عرف شود؛ چون خیال می‌شود انسان آزاد است هر نوع تصرفی در جسم خودش انجام دهد مادامی که به حقوق عمومی لطمه نزند. اما روشن است که نمی‌توان با این عرف‌ها و صلاحیت مراجع و نهادهایی که بر این مبنا قضاوت می‌کنند موافقت نمود.

همچنین ممکن است گفته شود پیش‌تر به نظریه کسانی اشاره شد که بین افراد در جوامع تفصیل می‌دهند و آنها را دو بخش می‌کنند: آنان که با کمک عقل توانسته بودند راه درستی را اتخاذ کنند و در مقابل بدکاران و تجاوزگران به حقوق ایستادگی کنند و کسانی که با ظلم و بدکاری و تجاوزگری کار خود را پیش می‌بردند و گفته شد پیامبران (ع) مبشر گروه اول و منذر گروه دوم بودند.

هم اکنون گروه اول تحت عنوان دفاع از حقوق بشر نهادهای حقوقی و اجرایی بسیاری پدید آورده‌اند که اگر صاحب شریعت می‌بود آنها را همان گونه یا با اندکی اصلاح تأیید می‌کرد پس می‌توان در آنجا که اصابه کرده‌اند، آنان را بشارت داد و سلطه آنان را پذیرفت و در جایی که خطا کرده‌اند انذار کرد و چراغ روشن کتاب و سنت را در برابرشان نهاد.^۱

می‌گوییم پاسخ این وجه نیز از پاسخی که به وجه سابق داده شد روشن می‌شود.

علاوه بر اینها ممکن است در توجیه سلطه غیرمسلمان از دیدگاه عقلگرایان به وجوه دیگری تمسک نمود که با ذکر هر یک آنها را نقد می‌کنیم.

۱. خطابات عام نقلی

ممکن است از برخی خطابات عام نقلی بر مطلوب استفاده شود از جمله:

اول: برخی خطابات عام قرآن که فطرت انسان را هدف گرفته و از او می‌خواهد به حق یا عدل و قسط قضاوت کند چنان‌که می‌فرماید: «يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ»^۲ ای داوود ما تو را در زمین خلیفه [جانشین] گردانیدیم؛ پس میان مردم به حق داوری کن و زنه از هوس پیروی مکن که تو را از راه خدا به‌در کند». نکاتی راجع به این آیه عرضه می‌شود:

الف) حکم به حق

حکم به معنای منع کردن^۳ و باز داشتن است که از «حکمت الدابه» گرفته شده است. اسب را لجام می‌زنند تا او را از کچروی و سرکشی بازدارند. گویی که قاضی با حکمش دیگری را از تعدی یا

۱. یا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ شَاهِدًا وَمُبَشِّرًا وَنَذِيرًا وَدَاعِيًا إِلَى اللَّهِ بِإِذْنِهِ وَسِرَاجًا مُنِيرًا، سوره احزاب: ۳۳، آیه ۴۵.

۲. سوره ص: ۳۸، آیه ۲۶.

۳. در لسان العرب می‌گوید: حکمت و احکمت و حکمت: منعت و رددت و من هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لانه يمنع الظالم من الظلم.

ادعای چیزی که حق او نیست باز می‌دارد. البته حکم در باب قضا با حکم در حوزه فتوا و حکم در عرصه حکومت فرق دارد.^۱

آنچه در بحث از حکم مهم به نظر می‌رسد، حق حکم است، یعنی حقی که به یک فرد یا هیئت اجازه می‌دهد در حوزه سلطه دیگری وارد شوند و در امری جزئی انشای رأی کنند! روشن است که این حق را مالک آن حوزه می‌تواند اعطا کند پس در وهله نخست مالک عالم و آدم یعنی خدا می‌تواند چنین حقی را بدهد که در آیه شریفه خداوند این حق را به حضرت داود (ع) اعطا کرده است و شکی نیست که به اذن و اراده خداوند مالک الملک همه انسان‌ها مالک بده بستان‌های خویشند، پس هر کس می‌تواند به اذن خدا به دیگری اجازه دهد در حیطه او حکم کند. از این رو در جایی که مقام مقبول بالاتر، حق حکم به کسی اعطا نکرده است، افراد آزادند و حق دارند که خود حق حکم در حوزه خود را به واسطه یا بدون واسطه به دیگری اعطا کنند. به واسطه مثل اینکه اول حاکمیت جامعه را انتخاب می‌کنند و او مقام قضایی را نصب کند و بدون واسطه مثل این که خودشان فرد یا هیئتی را برای قضاوت برگزینند. البته منظورمان از آزادی، آزادی معقول است که مقتضی برگزیدن واجد شرایط و اعطای حق حکم به اوست.

اما آیا حکم به حق فقط از حضرت داود (ع) خواسته شده یا هر انسانی مخاطب به این خطاب است؟ روشن است که گرچه خطاب به حضرت داود (ع) است لکن آن حضرت خصوصیت ندارد و هر کس که ادعای جانشینی خدا در زمین را داشته باشد مخاطب به این خطاب است یعنی همه پیامبران و از آنجا که پیامبران نیز نمونه و اسوه^۲ عملی امت خود هستند سایر مردمان نیز مخاطبند. بلکه می‌توان گفت چون در ادبیات قرآن همه انسان‌ها استعداد جانشینی خدا را دارند^۳ برای دستیابی به این مقام مخاطبند.

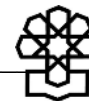
همچنین هر انسانی حکم به حق را نیکو و در مورد خودش لازم می‌داند پس به حکم قاعده تقابل^۴ اگر در مقام قضاوت قرار گیرد باید در مورد دیگران هم به حق حکم کند و چون از آیه

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی به نقل از منهاج الهدایة، ص ۱۸۹ می‌گوید: القضاء انشاء امر جزئی فی واقعة بحیث لا یتعدی الی مثلها بل یتحتاج الی انشاء حکم آخر بخلاف الفتوی فإنها لیست انشاءً. ترمینولوژی حقوق، ص ۵۴۸. حکم قضایی با حکم فتوایی فرق می‌کند با حکم قضایی انشا می‌کنند و در حکم فتوایی خبر از اراده خداوند می‌دهند که او می‌خواهد فعلی محقق شود. درباره اراده خداوند در جای خودش گفته شده باید به لحاظ واقعیات باشد یعنی تحقق امری را بخواهد که مقرب است نه مبعده، به مقداری بخواهد که مکلف را از پای درنیورد به گونه‌ای بخواهد که انجامش در وسع او باشد، آن را با جزئیات به اطلاع او رسانده باشد و ...

۲. لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ، سوره احزاب: ۳۳، آیه ۲۱.

۳. که فرمود: إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ، سوره بقره: ۲، آیه ۳۰.

۴. این قاعده را در ص ۸۰ همین نوشته توضیح داده‌ایم.



استفاده می‌شود که حکم به حق یکی از مظاهر در راه خدا بودن است دستکم آنها که مدعی در راه خدا بودن هستند باید به حق حکم کنند.

ب) مفهوم حق

حق در لغت به معنای ثابت است در کشف می‌گوید: الحق الثابت الذی لایسوغ انکاره، یقال حق الامر: اذا ثبت و وجب و حقت کلمه ربک و ثوب محقق: محکم النسخ.^۱

و منظور از حق در آیه نیز آن چیزی است که بر متن واقع حک و ثابت شده است یعنی همان واقع. حال اگر باء در بالحق به معنای علی باشد یعنی بین مردم بر متن واقع حکم کن و اگر باء سببیت باشد یعنی به سبب متن واقع بین مردم حکم کن و ممکن است باء به معنای استعانت باشد مانند اکتب بالقلم و معنا این می‌شود که به کمک و استعانت متن واقع میان مردم حکم کن.

یا اصولاً باء به معنای حرفیش باشد برای ربط فعل به معنای اسمی که بعد از فعل آمده است یعنی حکم را به حق (واقع) ربط بده.^۲

احتمال دیگر این است که مراد از «بالحق» حق ثابت برای محکوم‌علیه باشد و معنای آیه این است که به آنچه حق و مصلحت محکوم‌علیه است حکم کن. یعنی حکمی که مصلحت او را تأمین می‌کند و مصلحت او حق اوست! دزدی کرده باید مجازات شود؛ اما مجازاتی که حق اوست و مصلحت او را بر می‌آورد. اگر مجازاتی چنین باشد، حکم به آن، حکم به حق است چنان‌که ظاهراً مراد از «بالحق» در آیه «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ» این حق باشد.^۳

بنابراین باید روشن باشد کیفر جرم یا به‌طور کلی تصمیم قضایی، مصالح محکوم‌علیه را در پی دارد که در این صورت حکم به حق است و با این حساب درباره بسیاری از احکام قضایی و شبه قضایی ممکن است پرسش شود آیا تأمین‌کننده صلاح و مصلحت او بوده است یا خیر؟ آیا اسقاط حاکمیت بعثی عراق به صلاح ملت عراق بود؟ آیا اعمال تحریمات گسترده بین‌المللی به صلاح ملت ایران است؟

به‌طور کلی مصلحت یا حق هر موضوعی - و در اینجا فرد و جامعه - یا به لحاظ ذات آن تعیین می‌شود یا به لحاظ اکتسابات آن و راه‌های کشف این مصالح نیز کتاب و سنت و عقل است که با کار اجتهادی و توسط مجتهد به‌دست می‌آید.

۱. الکشاف، ج ۱، ص ۱۱۷.

۲. فاضل مقداد می‌گوید: آیه بر اموری دلالت دارد از جمله: وجوب الحكم بالحق أي بما هو مطابق لما فی نفس الامر بحسب ما يقوده اليه الدلیل أو الأمانة، کنز‌العرفان، ج ۲، ص ۳۷۶.

۳. گفته شده: «مراد از حق در این آیه یکی از سه چیز است: زنا با احسان، کفر پس از ایمان و کشتن مؤمن به جور و عدوان». یعنی یکی از این سه جرم اگر بر متن واقع ثبوت یافت مجوز کشتن مجرم است. ادوار فقه، ج ۲، ص ۲۴۳.

احتمال دیگر این است که «بالحق» وصف خود حکم باشد یعنی به حکمی که آن حکم حق است، حکم کن و در این صورت «بالحق» معادل «ما انزل الله» است که در آیه دیگر فرموده است: «وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ»^۱ «ما این کتاب [= قرآن] را به حق به سوی تو فرو فرستادیم، در حالی که تصدیق‌کننده کتاب‌های پیشین و حاکم بر آنهاست. پس [ای پیامبر] تو در میان ایشان بر طبق آنچه خدا نازل کرده حکم کن و از هواهایشان [با دور شدن] از حقی که به سوی تو آمده پیروی مکن».

اما به نظر می‌رسد؛ چون بین «فاحکم» و «بالحق» را با دو کلمه «بین الناس» فاصله انداخته است، «بالحق» وصف حکم نباشد، بلکه همان واقعیتی باشد که بین مردمان رخ داده و حکم باید روی آن برود. البته خود حکم نیز باید به صلاح محکوم‌علیه و حق باشد و حق بودن حکم در گرو آن است که از منابع درست استفاده شده باشد.

ج) فلسفه حکم به حق

اما چرا حکم را بر واقع قرار دهد یا به لحاظ آن حکم کند؟ چون صلاح فرد و جامعه در گرو چنین قضاوتی است؛ چون اگر حکم بر حق یا واقع، مترتب نشود، بنایی است که بر باطل و دروغ و غیرواقع گذاشته شده که هم فاسد است؛ چون قهراً فرو می‌ریزد و هم مفسد؛ چون با ریزش آن مفسده‌های دیگری به دنبال خواهد داشت.

بنابراین حکم قضایی باید بر واقع استوار شود هر چه باشد اعم از فعل مجرمانه مانند سرقت، زنا، شرب خمر، تعدی، اخذ مال غیر با حیل و فریب و یا غیرمجرمانه. از این رو باید برای کسی که بر مسند قضا نشسته است معلوم شود واقعیت چه بوده و با چه نیتی اتفاق افتاده و آیا به عمد بوده یا غیرعمد و چه مقدار مفسده و دوری از حق تعالی و مکارم اخلاق داشته است و این مفسده چگونه جبران می‌شود و چگونه فرد و جامعه را به حق و صلاح و سلامت باز می‌گردند.

اما با این همه گاه حکم قاضی بر واقع استوار نمی‌شود حال یا به سبب جهل و خطای او، یا آگاهانه و عامدانه و به تبعیت از خواسته و خصلت‌های شخصیش و به طمع مال یا جاه یا اطفای خشم و غضب یا ترس از قدرت برتر یا هماهنگی با هوای نفس یک یا هر دو طرف دعوا یا خواست باطل عمومی که در تمام این موارد حکم به باطل است.

د) منبع حکم حق

منابع احکام و قواعد حق نیز به اعتقاد ما سه چیز است کتاب، سنت و عقل؛^۲

۱. سوره مائده: ۵، آیه ۴۸.

۲. اجماع به سنت باز می‌گردد.



اما کتاب چنان که فرمود: «وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ ... فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ»^۱ ما این کتاب [=قرآن] را به حق به سوی تو فرو فرستادیم ... پس [ای پیامبر] تو در میان ایشان بر طبق آنچه خدا نازل کرده حکم کن و از هواهایشان [با دور شدن] از حقی که به سوی تو آمده پیروی مکن».

منظور از «ما انزل الله» آیات الهی است که بخشی از آنها مبین قواعد و احکام مربوط به افعال بشر است و بخشی از این قسم مبین احکام و قواعد قضایی است که یک بخش از منابع حکم حق هستند مانند: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا»^۲ مرد دزد و زن دزد دست‌هایشان را ببرید» که حکم سارق را بیان کرده است.

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ^۳ به هر زن زناکار و مرد زناکار صد تازیانه بزنید».

منبع بخش دیگری از قواعد و احکام حق سنت یا کلام و عمل و تقریر پیامبر (ص)^۴ است که آیات ناظر بر عمل را تفسیر کرده‌اند و در قضاوت اسلامی باید مستند حکم قرار گیرند چنان‌که فرمود: «مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا»^۵ آنچه فرستاده [خدا] به شما داد آن را بگیرید و از آنچه شما را باز داشت، باز ایستید». پس اگر رویه قضایی پیامبر (ص) در موردی به ما رسیده باشد و مجتهد دریافت حکم پیامبر (ص) اختصاص به مورد نداشته است و در این زمان و شرایط نیز می‌تواند جاری شود، به آن حکم می‌کند.

بخشی از قواعد و احکام حق، با رجوع به عقل به دست می‌آید در جایی که حکم واقعه از مطلقات و عمومات کتاب و سنت به دست نیاید، از آن رو که فرمود با پیامبر (ص) ترازو فرود آوردیم: لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ^۶ به راستی [ما] پیامبران خود را با دلایل آشکار روانه کردیم و با آنها کتاب و ترازو را فرود آوردیم تا مردم به عدالت برخیزند و ظاهراً مراد از میزان (ترازو)، عقل باشد^۷ چون قیام مردمان به قسط مستلزم درک حق و عدالت است و این درک در مورد مردم تنها به کمک عقل میسر است.

۱. سوره مائده: ۵، آیه ۴۸ و فرمود: «وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ: وَبِأَنَانٍ (پیامبران) کتاب [خود] را به حق فرو فرستاد تا میان مردم در آنچه اختلاف داشتند داوری کند». سوره بقره: ۲، آیه ۲۱۳.

۲. سوره مائده: ۵، آیه ۳۸.

۳. سوره نور: ۲۴، آیه ۲.

۴. و به اعتقاد ما ائمه معصوم.

۵. سوره حشر: ۵۹، آیه ۷.

۶. سوره حدید: ۵۷، آیه ۲۵.

۷. و قیل المراد بالمیزان هنا... العقل، سید محمدحسین طباطبائی، المیزان، ج ۱۹، ص ۱۷۲.

البته در اینجا ممکن است بین دو مسلمان نسبت به احکام اختلاف شود و مفسر و فقیهی حکم به قطع دست دزد را در شرایط فعلی جامعه حکم حق و صالح و مؤثر در اصلاح فرد و جامعه بداند و دیگری معتقد باشد این حکم در شرایط جامعه عرب در زمان نزول تأمین‌کننده مصالح فرد و جامعه بود، ولی امروز نیست با اینکه هر دو اتفاق دارند باید به آنچه تأمین‌کننده مصالح فرد و جامعه است حکم شود.

همچنین ممکن است بخشی از مردمان نسبت به حق بودن برخی احکام اسلام تردید کنند و آن را در اصلاح فرد و جامعه از هر قانون و شیوه دیگری مؤثرتر نبینند^۱ و به همین جهت به آن ایمان نیاورند و به سیستم قضایی آن تمکین نکنند.

اما اسلام به غیرمؤمنان، اعم از اهل کتاب و غیراهل کتاب اعلام می‌کند^۲ اگر شما همه قواعد و احکام اسلام را نمی‌پذیرید تا اساس حکم میان ما و شما باشد، می‌توانیم با شما براساس قواعد و احکام حقی که مورد قبول عقل و عقلا است تعامل داشته و رفع اختلاف کنیم و نیز از دید اسلام اگر قانون و قاعده مورد قبول آنان ناسازگار با حق نباشد، موافقت با آن نیز مانعی ندارد.

هـ) اثبات حق

نکته دیگر این است که برای حکم به حق، رسیدن به حق لازم است و برای رسیدن به حق یا آنچه در متن واقع رخ داده است راه‌هایی وجود دارد که در متن گزاره‌های دینی وارد شده‌اند مانند اقرار، بینه و قسم. ولی روشن است که این راه‌ها نافی راه‌های دیگر نیست. امروزه از طریق بازجویی علمی، یافتن آثار و علائم به‌جا مانده از فعل و فاعل و غیر اینها نیز ممکن است به حق رسید، پس هر راهی که قاضی را به متن واقع برساند و مانند شکنجه منع شرعی نداشته باشد، باید به کار گرفته شود تا در نهایت حکم به حق صادق باشد. البته این مطلب منافات ندارد با این جمله از پیامبر (ص)

۱. البته باید نشان داده شود که اجرای احکام قضایی اسلام در جامعه مسلمانان سبب کاهش جرائم و دعاوی نسبت به جوامع غیرمسلمان شده است. اما اینکه شده است یا خیر؟ قابل تحقیق و بررسی است. به نظر می‌رسد در فرض تساوی شرایط عمومی جامعه مسلمانان و غیرمسلمانان، جامعه مسلمانان از حیث بروز اختلاف و ارتکاب جرم وضعیت بهتری داشته باشد چون مجازات‌های شدیدتر در کنار اعتقاد به کمالات اخلاقی و مسئولیت و ثواب و عقاب اخروی می‌توانند در اصلاح فرد و جامعه تأثیر بهتری داشته باشند و اما اینکه به‌نظر می‌رسد جوامع غیردینی بهترند معلول قوانین آنها نیست، بلکه معلول عوامل دیگری است از جمله رفع فقر که با غارت ثروت‌ها و منابع کشورهای ضعیف مسلمان و غیرمسلمان حاصل شده است و خارج کردن برخی از رفتارها از لیست جرائم و آزاد گذاشتن آنها مانند شراب‌خواری، تن‌فروشی و قمار و استفاده شدید از حربه تبلیغات تا باطل خودشان را حق جلوه دهند.

۲. چنان‌که خداوند فرمود: وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا؛ سوره بقره: ۲، آیه ۸۳ و فهم‌کننده حسن، عقل مستقل است.

و فرمود: فَبَشِّرْ عِبَادَ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ. سوره زمر: ۳۹، آیه ۱۸.

و امام حسین (ع) فرمود: ان لم یکن لکم دین فکونوا احرارا فی الدنیا، ابوالفرج اصفهانی، ابوالفرج، مقاتل الطالبيين، ص ۶۷.



که فرمود: «همانا من به واسطه شاهد و قسم در میان شما حکم می‌کنم»؛^۱ زیرا اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند، لذا در ادله دیگر اقرار را نیز معتبر دانسته است.

نکته دیگر اینکه مصالح و مفاسد واقعیت‌ها در مقایسه با هم متفاوت است گاه مفسده واقعیتی بیش از واقعیتی دیگر است. کسی که بر مسند قضاوت می‌نشیند باید قدرت تشخیص مصالح و مفاسد اقوا را نیز داشته باشد؛ مثلاً اگر فردی قرص نانی داشته باشد و خود نیاز مبرمی به آن ندارد و در کنار او فردی باشد که اگر نان به او داده نشود از گرسنگی می‌میرد و صاحب نان حاضر نباشد به او بدهد، قاضی می‌تواند حکم کند که نان در اختیار نیازمند قرار داده شود؛ چون مفسده مردن یک انسان بیش از مفسده سلب مالکیت از انسانی دیگر است.

نکته دیگر این است که قرار دادن قضاوت برای حضرت داود (ع) عام است و شامل همه نقاط مسکون و همه انسان‌ها می‌شود چون خداوند او را خلیفه خود در زمین قرار داده و از آن‌رو که همه انسان‌ها حکم به حق را قبول دارند و بخشی از حق عقلی است.

(و) نسبت حکم با حق

حکم ممکن است حق و به حق باشد یا باطل و به باطل. کسی که در مسند قضاوت نشسته است اگر صلاحیت حکم کردن داشته باشد و مسیر دستیابی به واقع را به درستی طی کرده باشد، حکم کردن او حق است، گرچه خطا کرده و به باطل حکم کرده باشد؛ چون ممکن است با همه تلاش‌هایی که قاضی برای وصول به متن واقع می‌کند به آن نرسد، بلکه به چیزی دست یابد که خیال می‌کند واقع است و به آن حکم کند که در اینجا به باطل حکم کرده گرچه حکم او حق است و اعتبار دارد چنانکه پیامبر (ص) فرمود: «همانا من به واسطه شاهد و قسم در میان شما حکم می‌کنم و بعضی از شما در اقامه دلیل از دیگری قوی‌تر است و به این جهت ممکن است به نفع او حکم کنم؛ اما هر کس که به این جهت بخشی از مال برادرش را به او رساندم بداند که بخشی از آتش را به او رسانده‌ام».^۲ در صورتی که هر یک از دو شرط فوق (صلاحیت حکم و طی مسیر به درستی) رعایت نشده باشد حکم کردن او باطل است گرچه اتفاقاً به حق حکم کرده باشد.

دوم: در چند آیه دیگر به حکم به «عدل یا قسط» تصریح کرده و فرمود است: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ»^۳ خدا به شما فرمان می‌دهد که امانت‌ها را به صاحبان آنها رد کنید و چون در میان مردم داوری می‌کنید، به

۱. انما اقضى بينكم بالبينات والایمان، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۶۹.

۲. انما اقضى بينكم بالبينات والایمان و بعضكم الحن بحجته من بعض فايما رجل قطعت له من مال اخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من

التار، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۶۹.

۳. سوره نساء: ۴، آیه ۵۸.

عدالت داورى كنيد. در حقيقت نيكو چيزى است كه خدا شما را به آن پند مى‌دهد». و فرمود: «وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ»^۱ و اگر داورى مى‌كنى پس به عدالت در ميانشان حكم كن».

اين گونه اوامر ارشادى هستند؛ چون پيش از فرمان شارع، عقل انسان نيز همين فرمان را دارد و از اين باب است كه مى‌توان به هر انسان عاقلى گفت: رد امانت كن، حكم به عدل كن و روشن است كه حكم به «عدل و قسط» نيز در گرو حكم به «حق» است، از اين رو مى‌توان گفت قضاوت در اسلام بر حق استوار شده است.

حال اگر در موردى انساني كه دين و مذهب ما را نپذيرفته متعهد شود به حق حكم كند و بدانيم حق را مى‌داند و در عمل نيز به حكم به حق ملتزم است، آيا جايز است به قضاوت او تمكين كرد؟ چون با علم به اين معنا نمى‌توان گفت به قضاوت او تمكين نكنيد؛ چون به مخالفت با حق و عدل باز مى‌گردد.

در پاسخ ممكن است گفته شود بلى و اگر گفته شود اما در برخى روايات آمده است كه قاضى طاغوت اگر به حق هم حكم كند حكمش قابل قبول نيست و اثر ندارد، چنان‌كه عمر بن حنظله نقل كرده است كه از امام صادق (ع) «درباره دو نفر از يارانمان (شييعيان) پرسش كردم كه در مورد بدهكارى يا ارثى نزاع دارند و به سلطان يا قاضيان (زمان كه اهل سنت بودند) رجوع مى‌كنند آيا جايز است؟ فرمود: هر كس در حق يا باطل به ايشان رجوع كند به طاغوت رجوع كرده است و آنچه را به حكم طاغوت بگيرد به حرام گرفته است گرچه حق او ثابت باشد (يعنى حق با او باشد)؛ چون آن را به حكم طاغوت گرفته است...»^۲.

گفته مى‌شود: اين روايت مربوط به جايى است كه با علم و اختيار و در شرايطى كه مى‌تواند به قاضى عادل و عارف رجوع كند به قاضى طاغوت رجوع كرده است حال آنكه ما در مورد كسى بحث مى‌كنيم كه عليه علم و عدل عمل نمى‌كند و عدم طاغوت بودن او محرز است و در اين فضا است كه پرسش مى‌شود آيا تمكين به حكم او جايز است يا خير؟

به هر حال غيرمسلمانان در مقابل ما ممكن است دو گونه موضع‌گيرى كنند. گاه موضع آنان طغيانگرانه و بنيان برانداز است كه در اين صورت صلاحيت حكم ندارد و لذا اگر به‌طور اتفاقى به حق حكم كنند حكمشان را تأييد نمى‌كنيم چون مستلزم تأييد طاغوت است، گرچه در مورد همين افراد نيز وظيفه داريم از حدود عدل تجاوز نكنيم و حقوقشان را رعايت كنيم چنان‌كه فرمود: «وَلَا

۱. سوره مائده: ۵، آيه ۴۲.

۲. و ما يحكم له فانما يأخذ سحتاً و إن كان حقه ثابتاً لأنه أخذ به حكم الطاغوت و قد أمر الله أن يكفر به... ، وسائل الشيعه، ج ۱۸، ص ۴.



يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلٰٓى اَلَّا تَعْدِلُوْا اَعْدِلُوْا هُوَ اَقْرَبُ لِلتَّقْوٰى ...»^۱

و اگر موضع آنها طغیانگرانه، ستیزه‌جویانه و دشمنانه نیست براساس «لَا يَنْهَاكُمُ اللّٰهُ عَنِ الَّذِيْنَ لَمْ يَقَاتِلُوْكُمْ فِى الدِّيْنِ و ...»^۲ با آنها رابطه خواهیم داشت و در این فضا اگر حرف حقى بزنند بدون شک باید از آنها بپذیریم، چون با حق جنگ نداریم.

می‌گوییم اما پذیرش حرف حق غیر از اعطای سلطه است و سخن در اعطای سلطه است و اعطای سلطه منوط به دو امر است؛ یک: اینکه صلاحیت حکم کردن داشته باشد؛ دو: مسیر حکم کردن درست باشد و حصول علم به صلاحیت با وجود شواهد و قرائن بسیار بر خلاف آن دشوار است و با شک، اصل عدم صلاحیت است.

سوم - از برخی آیات دیگر استفاده می‌شود که اگر شما بخواهید نظام عدالت‌محور خود را بر آنان عرضه کنید چاره‌ای نیست جز آنکه به حکمیت و داوری در موارد اختلاف رضایت دهید در حالی که در هیئت داوران از آنها نیز باید کسی قرار گیرد پیش‌تر ذیل ارائه تفسیری از آیه «و تقسطوا الیهم»^۳ به این مطلب اشاره شد.

اما روشن است که به اقتضای ادله جواز قضاوت در قالب حکمیت و آیه «تقسطوا الیهم» در حل اختلاف میان مسلمان و کافر لازم است بر منابع حکم، نحوه دادرسی و تعداد داوران توافق شود و اینها غیر از پذیرش سلطه غیرمسلمان است.

چهارم - از اطلاق برخی روایات نیز ممکن است استفاده شود که در شرایط عادى قضاوت هر کس را با دو ویژگی معرفت حق و اتصاف به عدالت می‌توان پذیرفت و کفر چون نابودکننده حق و متضاد با عدالت^۴ است قضاوت حامل آن را نمی‌توان پذیرفت.

در روایت نبوی آمده است: «قاضیان مطلقاً سه دسته‌اند که دو دسته آنان اهل آتش و یک دسته اهل بهشت‌اند، بهشتی کسی است که حق را بشناسد و تلاش کند که به آن دست یابد و به عدل حکم کند و دوزخی کسی است که حق را بشناسد و به جور حکم کند (گرچه عالم مسلمان یا یهودی یا نصرانی باشد) و کسی است که بدون شناخت حق و از روی جهل در میان مردم حکم نماید (خواه

۱. سوره مائده: ۵، آیه ۸.

۲. سوره ممتحنه: ۶۰، آیه ۸.

۳. سوره ممتحنه: ۶۰، آیه ۸.

۴. که فرمود: وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ، سوره بقره: ۲، آیه ۲۵۴.

مسلمانان یا غیرمسلمان»^۱.

در صدر روایت، قاضی را مقید به مؤمن و کافر نکرده است، بلکه با ذکر ملاک حکم یعنی شناخت حق و التزام به اجرای عدالت که از آن دو به «عرف الحق ... فحكم فعدل» تعبیر نمود، قضاوت هر کس را روا شمرد؛ زیرا حق یا حق دنیوی است یا اخروی، پس کسی که در موضوع قضاوتش هر یک از این دو حق را بشناسد و به آن حکم کند اهل بهشت است و از آتش جهنم رسته است و چنین کسی شامل قاضی غیرمسلمان هم می‌شود اگر در حق دنیوی شناخت داشته و حکم عادلانه کند.

و نیز از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: «کسی که به رضایت دو کس بین آنان حکم کند و عدالت نورزد لعنت خدا بر او باد»^۲.

ازجمله «لعنت خدا بر او باد» استفاده می‌شود که اجرای عدالت لازم است از هر کس که باشد. می‌گوییم سخن در تحقق شناخت حق و التزام به اعطای آن و اجرای عدالت است که مشکل به‌نظر می‌رسد.

۲. سیره معصوم (ع)

در احادیث و تواریخ به مواردی برمی‌خوریم که پیامبر (ص) و ائمه (ع) به قضاوت غیر در مورد خود رضایت دادند ازجمله:

پیامبر (ص) در قضیه خرید شتر از اعرابی به قضاوت دو نفر رضایت دادند^۳ و در مورد بنی قریظه به حکمیت سعد رضایت دادند.^۴

و امام علی (ع) در قضیه زره طلحه بن عبیدالله به قضاوت شریح رضایت دادند^۵ و نیز در قضیه دیدن زره خود در دست یک یهودی.^۶

۱. روی عن النبی (ص): القضاة ثلاثة: واحد فی الجنة و اثنان فی النار و الذی فی الجنة رجل عرف الحق فاجتهد فحكم فعدل و رجل عرف فحكم فجار فذاك فی النار و رجل قضی بین الناس علی جهل فذاك فی النار، جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۱۵ و کنزالعمال، ج ۶، ص ۹۱، ح ۱۴۹۸۰.

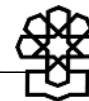
۲. من حکم بین اثنتین تراضیا به فلم يعدل فعليه لعنة الله، محمد بن حسن طوسی، المبسوط، ج ۸، ص ۱۶۵.

۳. قال النبی (ص) اقض فی ما بینی و بین هذا الاعرابی، سیدمرتضی، الانتصار، ص ۲۳۹.

۴. سیره ابن هشام، ج ۲، ص ۳۴۰.

۵. عن ابی جعفر (ع) أن علیاً (ع) کان فی مسجد الکوفة فمر به عبدالله بن قفل التمیمی و معه درع طلحة. فقال علی (ع) هذه درع طلحة أخذت غلواً یوم البصرة فقال ابن قفل: یا امیر المؤمنین اجعل بینی و بینک قاضیک الذی رضیته للمسلمین. فجعل بینه و بینه شریحاً، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۶۳ و نیز بنگرید به: سیدمرتضی، الانتصار، ص ۲۴۰.

۶. روی أن علیاً (ع) رأى درعاً مع یهودی فعرّفها فقال هذه درعی ضاعت منی یوم الجمل. فقال الیهودی درعی و مالی و فی یدی. فترافعا الی شریح و کان قاضی علی (ع)، محمد بن حسن طوسی، المبسوط، ج ۸، ص ۱۴۹.



آیا ممکن است از این موارد با تنقیح مناط استفاده کنیم که می‌توان قضاوت کسی که حق را می‌شناسد و به عدالت و اجرای حق ملتزم است پذیرفت گرچه غیرمسلمان باشد؟ با این بیان که وقتی پیامبر (ص) یا امیرالمؤمنین (ع) به فردی از قریش یا شریح اجازه می‌دهند در حق آنان به قضاوت بنشینند، قطعاً در حوزه‌ای که به مصالح فوق زمینی آنان مربوط است اجازه قضاوت نمی‌دهند، بلکه در حوزه‌ای به قضاوت غیراجازه می‌دهند که فهم حق و باطل آن در حوزه ادراک آنان باشد مانند خرید یک شتر یا دیده شدن یک زره در دست یک مسلمان یا یهودی.

چون در این موارد اسلامیت تأثیر ندارد پس اگر عقیده غیراسلامی او نیز در حکمش تأثیر نگذارد با مسلمان تفاوتی ندارد؛ چون قضاوت بخشی تخصصی و کارشناسی دارد که توسط هرکس که تخصص آن را داشته باشد ممکن است انجام شود، مؤمن باشد یا کافر. می‌ماند تعهدی اخلاقی که ممکن است فرض شود در فرد مسلمان هست و در فرد غیرمسلمان نیست که اگر این نیز در غیرمسلمان احراز شود و دلیلی هم نداریم که هر غیرمسلمانی، غیرمتعهد باشد، می‌توان به قضاوت او رضایت داد!

در پاسخ لازم است اشاره‌ای به تفاوت قضاوت و کارشناسی داشته باشیم.

قضاوت و کارشناسی

قضاوت به معنای حکم کردن،^۱ مبتنی بر عملی کارشناسانه^۲ و تخصصی است همانند کارشناسی و تخصص در سایر رشته‌های مربوط به اداره جامعه مانند اقتصاد، فقهات، یا قانونگذاری و غیر اینها با این تفاوت که قاضی علاوه بر کار کارشناسی، حق انشای حکم و اعمال سلطه هم دارد.

در عرصه قضاوت از قاضی خواسته می‌شود به روش خاصی متعدی و مقصر را معین و بر اساس موادی که در قانون نوشته شده و معلوم است، حکم او را مشخص و در آخر حکم نماید. بنابراین اگر توان تخصصی و صلاحیت اخلاقی او برای ما محرز باشد و مواد قانون را نیز بررسی و مشاهده و تصدیق کنیم که مخالفتی با قواعد حقوقی و احکام ما ندارد، عمل متخصصانه و تعیین حکم او می‌تواند برای ما قابل قبول باشد.

اما حکم او را تنها بر مبنای سلطه قضایی او می‌توان پذیرفت که محل حرف است؛ زیرا کار قضاوت سه بخش است: یک: اثبات تعدی یا تقصیر در موردی جزئی به استناد دلایل قوی و معتبر،^۱

۱. قضاوت: «مأخوذ از قضاء» حکم کردن، داوری بین دو یا چند تن، فرهنگ فارسی عمید.

۲. برخی از قاعده‌نویسان رجوع به کارشناس را یک قاعده دانسته که عمومیت آن «رجوع به کارشناس غیرمسلمان را مجاز می‌کند»، روح‌الله شریعتی، قواعد فقه سیاسی، ص ۸۶.

۱. امروزه با موضوعات پیچیده‌ای مواجهیم که قضاوت و حکم در مورد آنها نیاز به مراجعه به چند تخصص دیگر دارد، یعنی لازم است نظر متخصصان دیگر در رشته‌های دیگر اخذ شود و در اختیار قاضی یا هیئت قضات بررسی‌کننده قرار گیرد تا آنها بتوانند حکم خودشان

دو: تطبیق قواعد و مواد قانونی بر آن مورد جزئی که مثلاً از مصادیق فلان قاعده و قانون می‌باشد،^۱ سه: انشای حکم.^۲

همه کارهای قاضی کار تخصصی و کارشناسی^۳ است بجز انشای حکم که پس از روشن شدن موارد قبل ساده‌ترین کار است؛ چون تخصص نمی‌خواهد و هر کس می‌تواند آن را انجام دهد،^۴ اما در عین حال مهم‌ترین و سخت‌ترین بخش این فرآیند است چون حصول سلطه قضایی منوط به اذن و رضای فرد یا افراد است و قاضی با انشای حکم فیصله می‌دهد و می‌برد. یعنی در حیطه محترم فرد یا افرادی که سلطه او را پذیرفته‌اند وارد می‌شود و اعمال سلطه می‌کند و مالی را بر عهده کسی قرار می‌دهد یا او را به حبس می‌اندازد یا متحمل ضرب می‌کند یا جان کسی را می‌گیرد^۵ و ظاهراً به

را اعلام نمایند. تصور کنید مجتهد مسلمی به قضاوت در دعوایی وارد شود که هیچ تخصصی در اثبات تعدی یا تقصیر یا تبرئه مدعا علیه آن ندارد مثل اینکه ولی بیمار فوت شده زیر عمل جراحی شکایت کرده باشد که پزشک کوتاهی کرده است و فوت بیمار را به او مستند می‌کند، در اینجا اگر نیاز به مراجعه و بررسی اسناد و مدارک موجود و استماع شهادت و توضیحات پزشکان متخصص باشد تنها با استعانت و استفسار از یک یا چند کارشناس پزشک، حقیقت روشن می‌شود؛ چون شکی نیست که پزشکان متخصص در حوزه تخصصی آن جراح می‌توانند بررسی کنند و دریابند آیا پزشک جراح کوتاهی کرده است یا خیر؟

۱. در اینجاست که در صورت فقدان ماده قانونی نیاز به اجتهاد دارد و قاضی ناچار است نظر اجتهادی خودش را اعلام و اعمال کند که ممکن است سابقه نداشته باشد و در این فرض است که منابع اجتهاد و نحوه استدلال او مطرح می‌شود که چیستند؟

۲. البته رکن بحث ما در این پژوهش همین حق است. لنگرودی به نقل از منهاج‌الهدایه، ص ۱۸۹ می‌گوید: القضاء انشاء امر جزئی فی واقعه بحیث لا یتعدی الی مثلها بل یحتاج الی انشاء حکم آخر، ترمینولوژی حقوق، ص ۵۴۸.

۳. رجوع به کارشناس و اخذ نظر او چه در عالم فقه باشد یا پزشکی یا قضاوت از آن‌رو است که عقل و عقلای حق (حق بودن منظور است) و صلاح را در گرو اخذ نظر او می‌دانند چنان‌که عقل حکم می‌کند برای دریافت احکام دین به فقیه جامع‌الشرایط رجوع کنیم از آن باب که اعتقاد دارد فقیه مطابق حق و واقع سخن می‌گوید. قرآن و روایات نیز آن را تأیید می‌کنند؛ برخی آیات کتاب بر رجوع به کارشناس دلالت دارد مانند: فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ؛ سوره نحل: ۱۶، آیه ۴۳.

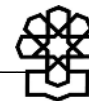
و به نقل از حضرت ابرهیم (ع) فرمود: یا أَبَتِیْ قَدْ جَاءَنِ مِنَ الْعِلْمِ مَا لَمْ یَأْتِکَ فَاتَّبِعْنِیْ أَهْذِکَ صِرَاطاً سَوِیّاً؛ سوره مریم: ۱۹، آیه ۴۳.

این آیات در رجوع به «اهل ذکر» و «عالم» و تبعیت او اطلاق دارند و شامل اهل ذکر و عالم در هر رشته‌ای می‌شوند؛ فقه باشد یا پزشکی یا قضاوت و در قضیه ضربت خوردن امام علی (ع) پزشکان کوفه جمع شدند و شخصی به نام اثیر بن عمرو که اعلم پزشکان بود درباره زخم آن حضرت نظر داد. بنگرید به: بحارالانوار، ج ۴۲، ص ۲۳۴.

بیماری که برای مداوا به بلاد کفر مانند انگلیس یا آمریکا می‌رود، با امضای یک برائت‌نامه سلطه پزشکی غیرمسلمان را می‌پذیرد و جان خود را تحت سلطه او قرار می‌دهد، چون به او اعتماد دارد و می‌داند این کار به خیر و صلاح اوست، چنان‌که دستورات (امر و نهی) آنان را در عرصه‌های دیگری که به صلاح او است می‌پذیرد. مانند امر و نهی آنان در تأسیس صنعتی که تکنولوژی آن را در اختیار دارند. بنابراین پذیرش سلطه کارشناس آگاه و معتمد و امین در شرایط عادی مانعی ندارد گرچه غیرمؤمنی باشد که نظر و عمل کارشناسی او متأثر از عقاید نادرست او نیست.

۴. بلکه ما انسان‌ها از صبح تا شب درباره دهها موضوع و شخص حکم می‌کنیم.

۱. چنان‌که از برخی روایات برمی‌آید مانند خبر عبدالله بن طلحه از امام صادق (ع) در مورد دزدی که به عتف به زن صاحب مال تجاوز کرد و فرزند او را کشت و زمانی که خواست خارج شود توسط زن کشته شد. امام (ع) به عبدالله بن طلحه فرمود: این گونه که می‌گوییم در



لحاظ خطیر بودن این بخش^۱ از کار، نام کل کار را قضاوت نهاده‌اند.

با این حساب بخش تخصصی و کارشناسی قضاوت توسط هرکس که تخصص و خبرویت آن را داشته باشد ممکن است انجام شود، مؤمن باشد یا کافر و مرجع قضایی داخلی باشد یا بین‌المللی! بلکه ممکن است فرد یا مرجع بین‌المللی این صنعت را بهتر بلد باشد.

لکن از آنجا که در مقام تطبیق مواد و مقررات قانونی بر عمل واقع شده در خارج ممکن است تحت تأثیر باورها، خصلت‌ها و منافع آنی خود قرار گیرد و غرض‌ورزی یا منفعت‌طلبی کند یا بترسد و نیز در مقام انشای حکم ممکن است بر آنچه در مراحل قبل برای او روشن شده، استوار نماند و غرض‌ورزی کند یا منافع خودش را دخالت دهد یا بترسد و بر خلاف آن حکم کند، باید احراز شود قاضی متأثر از باورهای غلط و مغرض و منفعت‌طلب نیست و تعهد اخلاقی یا وجدان کاری و شجاعت دارد^۲ و در اینجا است که به حکم عقل لازم است صفاتی که تأثیر مثبت و تعیین‌کننده می‌گذارند، شرط و صفاتی که تأثیر منفی می‌گذارند، نفی شوند.

در حقوق اسلامی برای اوصافی مانند ایمان، عقل، عدالت تأثیر مثبت دیده شده و در مقابل آنها کفر، بی‌خردی و طغیان تأثیر منفی دارند و در مورد مرد بودن و زن نبودن اختلاف شده است. - شرط ایمان به لحاظ متعلق آن چند اثر دارد:

ایمان به خدا و روز جزا تا متوجه باشد که گرچه بتواند از تبعات جور در حکم در این جهان می‌رهد؛ اما در سرای دیگر گرفتار حکم و کیفر خدا می‌شود؛

همچنین ایمان به خدا و پیامبر خدا (ص)^۳ و کتاب آسمانی تا به آنچه از طرف خدا نازل شده است (ما انزل الله) حکم کند یعنی در حکمش به قواعد و احکام صحیح و محقق عدالت تمسک کند و از قواعد و احکام نادرست و ظالمانه دوری جوید؛ اما می‌دانیم که «ما انزل الله»، از حیث دسترسی عقل به ملاک آنها به‌طور کلی دو بخش است:

بخشی که ملاک آن در دسترس عقل است که عمده قواعد و احکام است و آنچه ملاک آن در دسترس عقل نیست که بخش اندکی از قواعد و احکام است.

مورد این شخص قضاوت کن: اقص علی هذا كما وصف لك فقال: يضمن موالیه ... و يضمن السارق ... بمكابرتها علی فرجها ... و لیس علیها فی قتلها ایه شیء، وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۴۵.

۱. و به همین جهت در کلمات معصومان (ع) آمده است: لسان القاضی بین جمرتین من نار حتی یقضى بین الناس فإما الی الجنة، و اما الی النار، همان، ج ۱۸، ص ۱۶۷.

۲. البته قاضی ممکن است خطا کند. در مورد خطا فرق نمی‌کند که مسلمان باشد یا غیرمسلمان گرچه احتمال خطا نزد غیرمسلمانی که ملتزم به ترک شرب خمر نیست بیشتر است.

۳. به اعتقاد ما ایمان به ائمه اطهار (ع).

- شرط عقل تا در مواردی که نیاز به ادراک ملاکات هست مانند موارد فقدان دلیل لفظی، توان لازم را داشته باشد.

- شرط عدالت تا نترسد و تطمیع نشود و هوای نفس در او اثر نکند.

- شرط عدم کفر و طغیان چون وجود کفر و طغیان، نابودکننده ایمان و عدالتند.

- شرط رجولیت؛ چون زن از آن رو که زن است تابع احساسات خویش است و اندکند زنانی که با حفظ خصلت زنانه این گونه نباشند.^۱

نتیجه آنکه اگر معلوم باشد داور یا قاضی دادگاه در مراجع بین‌المللی مانند دیوان دادگستری تحت تأثیر باورهای غلط نیست و بر مبنای قواعد و مواد قانونی که بر اساس فطرت و عقل سلیم که مورد تأیید اسلام است و مخالفتی با قواعد و احکام اسلام ندارد،^۲ حکم می‌کند؛ در حالی که آنها را حق می‌داند و نیز معلوم باشد انسانی آزادمنش، شجاع، عدالت‌طلب و حق‌گراست و فردی طمع‌ورز و خودخواه و به اصطلاح اهل رشوه نیست که به خاطر منافع خودش حقوق دیگران را پایمال سازد؛ و نیز انسانی ضعیف‌النفس نیست که تحت تأثیر قدرت و غلبه یک طرف دعوا قرار گیرد و به نفع او حکم کند، سلطه قضایی و رأی او پذیرفتنی است!

مگر اینکه گفته شود چگونه شخصی با این همه علم و فضیلت به خدا و پیامبر او ایمان ندارد و این چیزی نیست جز تأثیر او از نظامات سلطه که بر فضای علم و تحقیق هم سایه افکنده و او را از رسیدن به حق بازداشته است و همین در عدم صلاحیت او کفایت می‌کند.

همچنین ممکن است گفته شود قدر یقین مستفاد از ادله نفی سبیل و سلطه کافر آن است که او متأثر از عقایدی عمل می‌کند که به ضرر مسلمان است، اما اگر بدانیم غیرمسلمان در مقام حکم متأثر از اعتقادش نیست مشمول نفی سلطه و سبیل کافر نمی‌باشد و با اذن و رضای مسلمان می‌تواند در مورد او نافذ باشد.

۱. تأثیر منفی مؤث بودن مورد اشکال است، که در جای خودش باید به تفصیل مورد بحث قرار گیرد. مشهور فقیهان مرد بودن را جزء شرایط قرار داده‌اند ولی اخیراً نظریات دیگری ابراز شده از جمله در مقاله «پژوهشی در قضاوت زن» آمده است: «از مجموع آنچه در این مقاله آمد به‌خوبی آشکار شد که نمی‌توان گفت: قضاوت در اسلام از زنان سلب شده است، زیرا هیچ دلیلی در متون دینی ما وجود ندارد که آن را از زنان سلب کرده باشد بنابراین نه تنها نمی‌توان گفت قضاوت زن در اسلام حرام است، بلکه فتوا دادن به کراهت آن نیز جرئت می‌خواهد»، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (ع)، ش ۳۰، سال ۱۳۸۱، ص ۱۰۵.

۲. لذا نمی‌توان به برخی روایات مانند خبر محمد بن مسلم از امام باقر (ع) که فرمود: لیس عند احد من الناس حق و لاصواب و لاحد من الناس یقضی بقضاء حق الا ما خرج من عندنا اهل البیت، کافی، ج ۱، ص ۳۹۹، استناد کرد که قضاوت جز در دایره آموزه‌های اهل بیت (ع) ناصواب است؛ زیرا منظور امام از «احد من الناس» کسانی است که بنایشان بر مخالفت با اهل بیت بود. به‌علاوه آنکه بخش معظم آموزه‌های اهل بیت (ع) عقلی و قابل تصدیق برای عاقلان است.



اما سخن در حصول چنین علمی است که با وجود شواهد و قرائن بسیار بر خلاف، حصول آن دشوار است و اگر شک داشته باشیم که متأثر از اعتقادش هست یا نه نمی‌توان قضاوت او را پذیرفت. بلی در صورت احراز علم و عدل، پذیرش نظر کارشناسی او مانعی ندارد چنان‌که در موارد دیگر نیز نظر کارشناس با وجود شرایط لازم، قابل قبول است مانند نظر پزشک مورد وثوق. شهید ثانی در مسالک ذیل قول مصنف که می‌گوید: «روژه بیمار صحیح است مادامی که به واسطه آن ضرری متوجه او نشود!»^۱ می‌گوید: «ضرری مجوز افطار است که بترسیم به سبب روزه، بیماری افزایش یابد یا دیرتر خوب شود یا مشقتی حاصل شود که به‌طور عادی قابل تحمل نمی‌باشد یا بیماری دیگری حادث شود و مرجع در این امور دریافت وجدانی خود مریض یا تجربه دیگران یا نظر پزشکی است که به صدق گفتار او مظنه حاصل شود، گرچه فاسق یا کافر باشد».^۲

۳. اشتراک در حقوق

به مقتضای اشتراک در نوع خلقت همه انسان‌ها با قطع نظر از اعتقادات دینی و مذهبی‌شان در حقوقی مانند حق حیات، حق برخورداری از امنیت، سلامت، خوراک، لباس، مسکن، بهداشت، درمان، مسافرت، تابعیت، ازدواج و تشکیل خانواده، کار و دریافت مزد منصفانه، آموزش و پرورش و ... یکسانند^۳ و در هر فضای مشترک حقوقی، ممکن است فهم و حکم افراد یکسان باشد، پس اگر فهم مسلمان و غیرمسلمان در فضای مشترک حقوقی یکسان باشد ممکن است با احراز شرایط دیگر ازجمله عدم تأثیر هر عامل و عقیده‌ای دیگر، مسلمان و غیرمسلمان بتوانند در حق همدیگر حکم کنند.

اگر ما به‌عنوان مسلمان، به خودمان اجازه و حق می‌دهیم در مورد غیرمسلمانان حکم کنیم متقابلاً آنها نیز این حق را دارند که در مورد ما قضاوت کنند بر همان میزانی که ما قضاوت می‌کنیم و میزان ما اگر حق باشد و دریافت حق نیز منحصر به آموزه‌های وحیانی نباشد که معتقدیم بخشی از آن فطری و عقلی است که همه انسان‌ها در آن مشترکند، اگر در این بخش مسلمانان با غیرمسلمانان به فهم مشترک حقوقی رسیدند و در منشوری به تصویب آنان رسید می‌توانند طبق آن به‌طور یکسان حکم کنند به شرط آنکه شرایط دیگر ازجمله عدم انحراف قاضی از مقتضای

۱. و یصح من المریض ما لم یستضر به، مسالک الافهام الی تنقیح، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۴۹.

۲. یتحقق الضرر المجوز للافطار بخوف زیاده بسبب الصوم، او ببطء برئه او بحصول مشقة شديدة لا یتحمل عادةً او بحدوث مرض آخر و المرجع فی ذلک الی ما یجده المریض من نفسه، او بالتجربة، او قول طیب یحصل الظن بصدقه و ان کان فاسقاً او کافراً. همان.

۳. چنان‌که فرمود: فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقِيمُ وَلَكِنْ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ پس روی خود را با گرایش تمام به حق، به‌سوی این دین کن، با همان سرشتی که خدا مردم را بر آن سرشته است. آفرینش خدای تغییرپذیر نیست. این است همان دین پایدار ولی بیشتر مردم نمی‌دانند». سوره روم: ۳۰، آیه ۳۰.

و امام علی (ع) فرمود: فانهم صنفان اما اخ لك فی الدین او نظیر لك فی الخلق. «مردم دو صنفند یا برادر دینی تو هستند یا نظیر تو در خلقت و آفرینش»، سیدعلینقی فیض الاسلام، نهج‌البلاغه، ص ۹۹۳.

فطرت و عقل سلیم احراز شده و نیز معلوم باشد که تابع هوای نفس و قدرت‌های جبار نیست. پاسخ این است که همه حرف در فهم و دریافت حقوق فطری و عقلی و تحقق دیگر شروط است که با توجه به مطالب پیش‌گفته بعید به نظر می‌رسد و با شک در تحقق، اصل عدم جاری است.

۴. وضع قضاوت

وضع قضاوت مقتضی امر و نهی است، امر به کسی که حقی بر اوست که حق دیگری را بدهد و نهی او از استتکاف و امتناع از ادای حق. به باور ما اگر امر و نهی عالمانه و صالحانه باشد و مسرفانه نباشد نمی‌توانیم از پذیرش آن ابا داشته باشیم چنان‌که خداوند از زبان حضرت صالح می‌فرماید: «أَطِيعُوا وَكَلَّا تُطِيعُوا أَمْرَ الْمُسْرِفِينَ الَّذِينَ يَفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَكَلَّا يَصْلِحُونَ»^۱ از من اطاعت کنید [که خیر و صلاح شما را می‌خواهم] و از مسرفان که در زمین فساد می‌کنند و صلاح نمی‌کنند، اطاعت مکنید.

اسراف، تجاوز از حد اعتدال است که به افراط و تفریط می‌گراید و مخالف صلاح و منتج فساد است. در این آیه ملاک اطاعت از امر یا نهی دیگری که همانا صلاح و فساد می‌باشد بیان شده است و در آیه «لَنْ يَجْعَلَ» نیز سبیل کفار از آن رو نفی شده است^۲ که به ضرر مؤمنان و به نفع کفار و در واقع مسرفانه و خارج از اعتدال است، ولی سبیل واسطه و کافر غیرمعاند که این گونه نیست نفی نشده است، پس با احراز سه شرط می‌توان سبیل قضایی آنها را پذیرفت:

۱. عالم به حق و کارشناس باشد،

۲. حق گرایانه عمل کند یعنی تحقق عدالت را هدف گرفته باشد،

۳. معتمد و امین باشد.

بنابراین اگر نهادی بین‌المللی بنایش بر کفر و پوشانیدن حق و حکم به جور و ستم و اسراف باشد، مصداق کافر معاند و طاغوت است و رجوع به آن رجوع به کافر و طاغوت و تحکیم روش‌های طاغوتی است که ممنوع است. اما اگر در حکمش بنا بر حکم به حق و اجرای عدالت داشته باشد، مصداق «لَنْ يَجْعَلَ» نیست و با احراز دو شرط دیگر می‌توانیم به قضاوت او رضایت دهیم.

می‌گوییم تحقق این شروط مشکل است و ما پیش‌تر با ذکر منابع حقوقی دیوان دادگستری بین‌المللی نشان دادیم که آنها در همه موارد به مقتضای عدل و انصاف عمل نمی‌کنند و پاره‌ای از معاهدات ناعادلانه و عرف‌های ناصالح متأثر از جریان‌های سیاسی و فرهنگی مسلط، نیز بر عملکرد قضایی آنان حاکم است و نیز به نظمی معتقدند که منافع ارباب قدرت را تضمین می‌کند و با علم به این موارد صلاحیت آنان مخدوش می‌شود. البته با شک در هر یک از این شرایط اصل عدم صلاحیت است.

۱. سوره شعراء: ۲۶، آیات ۱۵۰ تا ۱۵۲.

۲. چنان‌که گذشت.



فصل دوم - رجوع^۱ در شرایط غیر عادی

آنچه درباره عدم جواز پذیرش سلطه قضایی غیرمسلمان گفته شد مربوط به زمانی است که در شرایط عادی باشیم.

ملاک شرایط عادی، امن است. در این شرایط مکلف از آن رو که قدرت چاره اندیشی، طاقت (توانایی و بردباری) و اختیار دارد و به اصطلاح در وسع اوست از این رو احساس امن می‌کند و از عواقب عمل خویش بیمناک نیست پس باید به احکام اولی عمل کند.

اما در شرایط غیرعادی پذیرش سلطه قضایی غیرمسلمان با شرایطی جایز است گرچه پذیرش مصحح حکم قضایی و معاهده نیست، چون پذیرنده فاقد صفت رضایت است و رضایت چنان‌که پیش‌تر گفته شد، از جمله شرایط صلاحیت ورود به رسیدگی قضایی و صحت معاهده است.

ملاک شرایط غیرعادی خوف^۲ است. در این شرایط میدان اندیشه و عمل مکلف در اثر عواملی مانند اکراه^۳ (اجبار)، اضطراب،^۴ عسر،^۵ حرج،^۶ ضرر^۷ و ضعف^۸ (عدم وسع^۹ و طاقت)^۱ محدود می‌شود و به این جهت بر وقوع مفسده‌ای لازم‌الدفع یا فوت مصلحتی لازم‌الاستیفا می‌ترسد و برای

۱. منظور رجوع به نهادهای قضایی بین‌المللی غیرمسلمان است.

۲. وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ... سوره نساء: ۴، آیه ۸۳.

۳. چنان‌که در قرآن می‌فرماید: إِلَّا مَن أَكْرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ؛ مگر آن کس که مجبور شده [ولی] قلبش به ایمان مطمئن است. سوره نحل: ۱۰۶، آیه ۱۰۶.

۴. چنان‌که در قرآن می‌فرماید: إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ؛ خداوند تنها مردار و خون و گوشت خوک و آنچه [هنگام سر بریدن] نام غیر خدا بر آن برده شده بر شما حرام گردانیده است. [ولی] کسی که [برای حفظ جان خود به خوردن آنها] ناچار شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد، بر او گناهی نیست». سوره بقره: ۲، آیه ۱۷۳.

۵. در قرآن می‌فرماید: يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ؛ خدا برای شما آسانی می‌خواهد و دشواری نمی‌خواهد. سوره بقره: ۲، آیه ۱۸۵.

۶. در قرآن می‌فرماید: مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ؛ خدا نمی‌خواهد به شما تنگ بگیرد. سوره مائده: ۵، آیه ۶.

۷. چنان‌که از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: لا ضرر و لا ضرار؛ ضرر رسانیدن و ضرر پذیرفتن [خوب و درست] نیست. محمدبن یعقوب کلینی، کافی، ج ۵، صص ۲۸۰ و ۲۹۲ و ۲۹۴ و صدوق، فقیه، ج ۳، صص ۴۵ و ۱۴۷ و سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۷۸۴، ح ۲۳۴۰ و نیز بنگرید به: ابوالفرج الاصفهانی، شیخ الشریعة، قاعده لا ضرر و لا ضرار.

۸. از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: وضع عن أمتی ... ما لا یطیقون، و ما اضطروا إلیه، و ما استکروهوا علیه؛ از امت من آثار (تکلیفی یا اخروی) ... آنچه نمی‌توانند، آنچه بدان مضطربند و به آنچه اکراه شده‌اند، برداشته شده است، محمدبن یعقوب کلینی، کافی، ج ۲، ص ۴۶۳ و انصاری، فرائد الاصول، ص ۳۲۴ و مراد از «ما لا یطیقون» هر کاری است که بر انجام آن ضعیف و ناتوان هستند. ضعف به معنای عام شامل ضعف فکری و بدنی هم می‌شود. در برخی آیات به ضعف و خوف ناشی از آن اشاره شده است چنان‌که می‌فرماید: وَلَيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ، سوره نساء: ۴، آیه ۹.

۹. قرآن می‌فرماید: لَا يَكُلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا؛ خداوند هیچ کس را جز به قدر توانایی‌اش تکلیف نمی‌کند. سوره بقره: ۲، آیه ۲۸۶.

۱. قرآن می‌فرماید: رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ؛ پروردگارا، آنچه تاب برداشتن آن را نداریم بر ما تحمیل مکن. سوره بقره: ۲، آیه ۲۸۶.

او حالت غیرعادی پدید می‌آید.

با تحقق حالت غیرعادی به حکم عقل و نقل حکم اولی به حکم ثانوی مبدل می‌شود. اما عقلاً روشن است چون عقلای عالم پیوسته در چنین شرایطی برخلاف قواعد و احکام شرایط عادی عمل کرده و شرایط غیرعادی را مجوز تغییر رفتار خود دانسته‌اند. آنها در شرایط غیرعادی دفع مفسده را اولی از جلب مصلحت می‌دانند یا دفع افسد به فاسد کرده و مصلحت کوچک‌تری را فدای مصلحتی بزرگ‌تر می‌کنند.

نقل نیز که بر فطرت و عقل استوار است، شیوه عقلا را امضا و در برخی موارد تصحیح کرده است؛ زیرا شارع برای انسان آسان خواسته است نه سخت^۱ و اسلام دین سهل و آسان‌گیر است.^۲ به هر حال از آیات و روایات ناظر بر شرایط غیر عادی قواعدی استنباط شده است مانند قاعده اکراه و قاعده ضرورت یا اضطرار.

گفتار اول - قاعده ضرورت

ازجمله قواعد شرایط غیرعادی قاعده ضرورت یا اضطرار است که در اینجا مورد بحث قرار می‌گیرد.

مبحث اول - مفهوم ضرورت و اضطرار

ضرورت به معنای «نیاز، حاجت، چیزی که به آن احتیاج داشته باشد، ناچاری و ناگزیری»^۳ است و ضروری به معنای «واجب، لازم، آنچه که مورد لزوم و احتیاج باشد، کاری که انسان ناگزیر از انجام دادن آن باشد»^۴ آمده است و اضطرار به معنای «حاجتمند کردن کسی را یا ناچار شدن و درمانده شدن» است.^۵

و نیز گفته شده: «ضرورت به معنای حاجت است و ضروری آن چیزی است که بدان نیاز شدید داشته باشد، یا چیزی که انسان بر آن اکراه شود، یا چیزی که اختیار فعل و ترک فعل آن سلب شده باشد»^۱ و «کسی را مضطر کردن یعنی محتاج کردن و ناگزیر ساختن وی».^۲

۱. در قرآن می‌فرماید: يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ؛ خدا برای شما آسانی می‌خواهد و دشواری نمی‌خواهد. سوره بقره: ۲، آیه ۱۸۵.

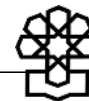
۲. از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَةِ السَّمْحَةِ: به دین آسان و با گذشت مبعوث شده‌ام، هندی، کنز العمال، ج ۹۰۰ و از امام علی (ع) نقل است که فرمود: فإِنَّ أَحَبَّ دِينِكُمْ إِلَى اللَّهِ الْحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ السَّهْلَةُ: محبوب‌ترین روش دینی نزد خداوند آن است که حق‌گرا، ممکن و آسان باشد، صدوق، فقیه، ج ۱، ص ۱۰۹ و وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۱۵۲.

۳. فرهنگ فارسی عمید.

۴. همان.

۵. همان.

۱. الضرورة: الحاجة. الضروري: ما تدعو الحاجة اليه دعا، قوياً، ما اكراه عليه الانسان، ما سلب فيه الاختيار للفعل و الترك، المنجد.



با توجه به معنای لغوی می‌توان گفت ضرورت حاجت شدیدی است که اگر برآورده نشود ضرر یا مفسده‌ای غیر قابل تحمل یا جبران ناپذیر به حاجتمند وارد می‌شود. شخص حاجتمند در این حال که ناگزیر از پذیرش آن ضرر یا مفسده است، مضطر نامیده می‌شود. ضرورت و اضطرار در اصطلاح نیز به معنای لغوی به کار می‌روند، اما باید توجه داشت که ضرورت و اضطراری می‌توانند ممنوعی را مباح سازند که به حدی از شدت و لزوم و وجوب رسیده باشند.

ضرورت و اجبار

ضرورت و اضطرار گاه به اراده شخص برای او پدید می‌آید مثل ضرورت به خوردن گوشت مردار برای کسی که به اختیار خودش در بیابان قرار گرفته است و گاه به اراده دیگری برای شخص ایجاد می‌شود تا او را مجبور به انجام کاری کند. بنابراین در برخی موارد مضطر، مجبور (مکره) نیز هست و حکم این دو قسم فرق می‌کند.

اجبار^۲ گاه به معنای وادار کردن دیگری به انجام کاری است بدون اینکه هیچ اختیاری داشته باشد مثل اینکه دهان کسی را به زور باز کنند و در آن شراب بریزند، اما غالباً به معنای اکراه به کار می‌رود و اکراه^۳ وادار کردن دیگری به انجام کاری است که آن را خوش نمی‌دارد و به آن راضی نیست^۴ با تهدید و جنگ روانی یا به‌کارگیری تحریم اقتصادی یا حمله نظامی.

مبحث دوم - تحقق ضرورت

ضرورت یا اضطرار زمانی محقق می‌شود که شخص حقیقی یا حقوقی بر وقوع مفسده یا فوت مصلحت ملزمه و یقینی خود یا کسانی که رعایت مصالح آنان بر عهده اوست خائف^۵ شود. به عبارت دیگر هرگاه عواقب انجام تکلیف اولی که برای حفظ مصلحت یا دفع مفسده‌ای از مکلف وضع شده به جهت تزامم با مصلحت یا مفسده‌ای بزرگتر، غیر قابل تحمل شود، مکلف ممکن است در شرایطی قرار گیرد که مضطر و ناچار شود حرام مسلمی را انجام دهد یا واجب مسلمی^۱ را ترک

۱. اضطره: الی کذا احوجه والجاه، همان.

۲. اجبره علی الامر: اکراهه، همان.

۳. اکراه الرجل: حمله علی امر یکرهه و اکراه فلاناً علی الامر حمله علیه قهراً، همان.

۴. فرهنگ فارسی عمید.

۵. شیخ طوسی می‌گوید: مضطر به خوردن گوشت مردار کسی است که می‌ترسد اگر نخورد بمیرد، ولی کسی که نمی‌ترسد احتیاج ندارد: و المضطر إليها (ای الی المیتة) هو الذی یخاف التلف إن لم یأکل فأما من لا یخاف فهو غیر محتاج، طوسی، المبسوط، ج ۶، ص ۲۸۴.

۱. منظور از حرام و واجب، الزامات تحریمی و وجوبی ناشی از معاهدات نیز هست.

کند تا جلوی وقوع مفسده‌ای اقوا یا فوت مصلحتی بزرگتر را بگیرد^۱ و از آن شرایط خارج شود. حالت و شرایط مذکور را، حالت ضرورت و شرایط اضطراری، یا ناچاری می‌گوییم مثل خوردن گوشت مردار تا از مرگ نجات یابد یا مثل تن دادن به معاهده‌ای متضمن پذیرش سلطه سیاسی یا قضایی غیرمسلمان برای حفظ دین یا کلیت جامعه اسلامی. تحقق ضرورت شرایطی دارد ازجمله اینکه:

اولاً بدانند حفظ مصلحت بزرگتر در گرو فدای مصلحتی کوچکتر یا دفع یک مفسده بزرگتر منوط به پذیرش مفسده‌ای کوچکتر است.

ثانیاً به کوچکتر و بزرگتر بودن دو طرف مزاحم عالم باشد و به‌دلایل خیالی و وهمی چیزی را که بزرگتر نیست، بزرگتر نپندارد و یا ملاک بزرگتر بودن را قوی‌تر بودن یا حاکم بودن طرف دیگر نداند که در این صورت ضرورت محقق نیست. بسیاری از صاحبان قدرت مخالف خود را سرکوب می‌کنند چون خیال می‌کنند تنها راه بقای آنها نابودی مخالف است و مصلحت خود را برتر می‌بینند چون حاکم و قوی‌ترند.

شورای امنیت در تزامم مصالح مردم فلسطین و رژیم جعلی اسرائیل، طرف اسرائیل را می‌گیرد چون بقای آن را به صلاح و مصلحت خود می‌داند و مصلحت خود را برتر می‌داند چون حاکم و قوی‌تر است.

ثالثاً مندوحه یا راه گریز دیگری جز ترک واجب یا ارتکاب حرام نداشته باشد و در این شرایط است که بر فوت مصلحتی بزرگتر یا وقوع مفسده‌ای اقوا خائف می‌شود.

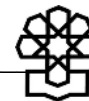
مبحث سوم - خوف معتبر در شرایط اضطراری

خوف که گاه از آن به «تقیه»^۲ یا «اتقاء» تعبیر می‌شود احساس و انفعالی درونی است که از علم یا مظنه به فوت مصلحت یا وقوع مفسده پدید می‌آید و آثاری خارجی در چهره و عمل انسان دارد، مثل رنگ پریدگی و یا فرمان بسیج نیرو، یا بگیر و ببندهایی که حکام انجام می‌دهند.

راغب اصفهانی می‌نویسد: «انتظار داشتن امری ناخوش از آماره‌ای (علامتی) مظنون (ظن‌آور)

۱. مانعی نیست که در موارد ضرورت که مکلف ناچار است مصلحت اهم و اولی را تشخیص دهد گفته شود مصلحت چنین است. اما واژه مصلحت در مواردی که امری مستحب یا مکروه یا مباح، یا حرام یا واجبی مسلم یا امری که تشخیص مصلحت و مفسده آن بر عهده مکلف می‌باشد و به تشخیص او مصلحت یا مفسده ملزمه پیدا کرده باشد، مزاحمت کرده‌اند نیز به کار می‌رود.

۲. تقیه در لغت به معنای حفظ کردن، حمایت کردن، پیشگیری کردن و بازداشتن است و به معنای پرهیز کردن و ترسیدن و دوری کردن نیز به کار رفته است، و نیز گفته شده: التقیه، مجاملة الناس بما يعرفون و ترک ما ینکرون، حذراً من غوائلهم، کما اشار الیه امیر المؤمنین (ع)، شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۱۵۵.



یا معلوم (علم آور) را خوف می‌گویند».^۱

در اقرب‌الموارد می‌نویسد: «خوف یک واکنش نفسانی است که به خاطر انتظار وقوع امری ناخوش یا فوت امری خوشایند، پدید می‌آید».^۲

می‌دانیم که عارض شدن خوف به عواملی بستگی دارد از جمله شرایط نفسانی متولی امر، مانند ضعف نفس، عدم علم، عدم قدرت بر تدبیر، آرزوها و علقه‌ها مانند آرزوی بقای قدرت و حب نفس که او را در شرایطی قرار می‌دهد که با یک تهدید احساس خوف می‌کند.

همچنین ضعف اصحاب و مشاوران^۳ در ایجاد خوف در متولی امر مؤثر است و نیز به شرایط عمومی بستگی دارد، چنان‌که ضعف فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی یا نظامی در بروز خوف تأثیرگذار است و متقابلاً قوت در احساس امن مؤثر است که آن هم به عواملی بستگی دارد مانند: قدرت روحی و ایمانی، قدرت تفکر و چاره‌اندیشی و راهبری، داشتن نفرت، ابزار و امکانات و ثروت و قدرت لازم فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی یا نظامی در سطح عمومی.

علائم خوف‌انگیز

در عبارت راغب اصفهانی به اماره مظنون و معلوم اشاره شده بود؛ زیرا علانمی که موجب ترس بر فوت محبوب، یا وقوع مکروه می‌شوند گاه ظن آور هستند و گاه علم آور.

علم آور مانند علم مادر موسی (ع) به کشته شدن فرزندش که با دیدن مأموران فرعون که خانه به خانه در جستجوی حضرت موسی (ع) به خانه او نزدیک می‌شدند و کودکان را با بی‌رحمی می‌کشتند. این صورت علمی با دیدن یک نشانه محتمل، موهوم و ناپایدار است و با دیدن نشانه بعدی مظنون می‌شود و با مشاهده نشانه‌های بعد روشن و پایدار می‌گردد به گونه‌ای که می‌تواند بگوید: می‌دانم کشته می‌شود.

اما خوف او بر کشته شدن فرزندش نیز به تدریج افزایش می‌یابد، ولی روشن است که مراد از خوف بر کشته شدن فرزند، خوف در مراحل ابتدایی و با دیدن اولین نشانه نیست، بلکه در مرحله‌ای است که کشته شدن فرزند را حتمی می‌بیند و به فکر چاره می‌افتد تا جلوی وقوع را بگیرد و خداوند به او وحی می‌کند و از او می‌خواهد فرزندش را به رود نیل افکند. چنان‌که فرمود: فَإِذَا خِفَتْ عَلَيْهِ فَأَلْقِيهِ فِي الْيَمِّ^۱ و چون بر او بیمناک شدی او را در نیل بیانداز.

۱. الخوف توقع مكروه عن أمارة مظنونة أو معلومة، راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن.

۲. الخوف انفعال في النفس يحدث لتوقع ما يرد من المكروه أو يفوت من المحبوب، شرتونی، اقرب‌الموارد.

۳. در قرآن می‌فرماید: وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا: سوره نساء: ۴، آیه ۸۳.

۱. سوره قصص: ۲۸، آیه ۷.

نیز پیامبر (ص) بعد از مشاهده نشانه‌های علم‌آور نقض عهد یهود، پیمانشان را نقض نمود، چنان‌که می‌فرماید: **وَإِذَا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ**^۱ و اگر از گروهی [با مشاهده علائم علم‌آور] بیم خیانت‌داری [پیمانشان را] به‌طور یکسان [همچون آنان] به سویشان بیانداز [تا طرفین بدانند که پیمان گسسته است].

پس منظور از خوف در این آیات خوف ناشی از علائم علم‌آور است و در این صورت است که عنوان ثانوی ضرورت و اضطرار محقق شده است.

اما در مواردی که علائم ظنی یا وهمی هستند، مانند دلالت تحرکات دشمن بر حمله، یا دلالت رشد مخالفت‌ها بر قصد براندازی یا دلالت خبر فاسق بر محتوای خبر.

در این موارد تبیین و کشف حقیقت و اقدامات احتیاطی و اعدادی لازم است، اما هیچ اقدام دیگری بر خلاف قواعد و احکام اولیه جایز نیست چون عنوان ثانوی محقق نشده است چنان‌که می‌فرماید: **«إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ**»^۲ اگر فاسقی برایتان خبری (که دلالت ظنی یا وهمی دارد) آورد، نیک واری کنید (چون علم‌آور نیست. تا راست یا دورغ بودن آن بر شما آشکار شود که) مبدا به نادانی گروهی را آسیب برسانید و [بعد] از آنچه کرده‌اید پشیمان شوید». آسیب رسانیدن براساس خبر ظنی یا وهمی را جاهلانه و مردود دانسته است.

و منظور از اینکه عقل دفع خطر مظنون را لازم می‌داند نیز همین است. عقل اجازه نمی‌دهد که انسان دست بازدارد تا گناه و حرام صورت بگیرد و پس از آن منع کند، چون منع پس از وقوع در حرام فایده‌ای ندارد، اما اقدامات پیش‌گیرانه قبل از وقوع عقلایی است تا وقوع نیابد.

گفتار دوم - حکم ضرورت

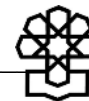
در شرایط ضرورت و اضطرار ادله ارتکاب حرام بر ادله احکام اولی حاکم هستند و نتیجه‌اش آن است که حرام حلال و حلال حرام می‌شود چنان‌که گفته شده است: «ضرورت‌ها ممنوع‌ها (حرام‌ها) را مباح و حلال می‌کنند»^۳ و «هیچ حرامی نیست مگر اینکه اضطرار آن را حلال می‌سازد»^۴. در قرآن می‌فرماید: **«إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ**

۱. سوره انفال: ۸، آیه ۵۸.

۲. سوره حجرات: ۴۹، آیه ۶.

۳. الضرورات تبیح المحظورات، جواهر الکلام، ج ۳۶، ص ۱۰۲.

۴. ما من محرّم الا و قد أحله الاضطرار، که ظاهراً از روایاتی مانند معتبره سماعه از امام موسی (ع) که فرمود: لبس شیء مما حرم الله الا و قد احله لمن اضطر اليه، استنباط شده است، وسائل الشیعه، ج ۴، ص ۶۹۰.



غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ: ^۱ خداوند تنها مردار و خون و گوشت خوک و آنچه [هنگام سر بریدن] نام غیر خدا بر آن برده شده بر شما حرام گردانیده است. [ولی] کسی که [برای حفظ جان خود به خوردن آنها] ناچار شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد، بر او گناهی نیست».

و می‌فرماید: «لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاهُ وَيَحْذَرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ» ^۲ مؤمنان نباید کافران را به جای مؤمنان به دوستی بگیرند و هر که چنین کند، در هیچ چیز [او را] از [دوستی] خدا [بهره‌ای] نیست، مگر اینکه از آنان به نوعی تقیه کند (بترسد) و خداوند شما را از [عقوبت] خود می‌ترساند و بازگشت [همه] به سوی خداست».

از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: «از امت من آثار (تکلیفی یا اخروی) ... آنچه بدان مضطربند... برداشته شده است» ^۳.

این قاعده با شرایطی اجازه می‌دهد که مسلمان در رابطه با غیر مسلمان عملی را که در شرایط عادی حرام یا ممنوع است انجام دهد مثلاً یک گروه از کفار را به ضرر گروهی دیگر که وجودشان افسد است یاری کند ^۴ و ضرر اخف مالی را بپذیرد تا ضرر بزرگ اعتقادی را دفع نماید، یا به شرطی باطل یا به قضاوت کافر در مرجعی بین‌المللی تن دهد یا قطعنامه ظالمانه مرجعی بین‌المللی را بپذیرد. البته باید توجه داشت که ضرورت‌ها تابع قانون و مقرراتند برخلاف کسانی که گفته‌اند: «ضرورت‌ها تابع قانون نیستند» ^۵ چنان‌که خداوند فرموده است: «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ: کسی که [برای حفظ جان خود به خوردن حرام] ناچار شود، در صورتی که زیاده‌طلب و

۱. سوره بقره: ۲، آیه ۱۷۳.

۲. آل عمران: ۳، آیه ۲۸.

۳. از پیامبر (ص) نقل است که فرمود: وضع عن أمتي ... ما اضطروا إليه ... : محمد بن یعقوب کلینی، کافی، ج ۲، ص ۴۶۳، انصاری، فرائد الاصول، ص ۳۲۴.

۴. چنان‌که از امام رضا (ع) نقل است که در پاسخ به کسی که از آن حضرت پرسش نمود: ترک‌ها بهترند یا این گروه؟ (ظاهراً هر دو گروه کافر بوده‌اند) امام فرمود: آیا زمانی که نزد ترک‌ها می‌روید اجازه می‌دهند با دینتان باشید؟ (یعنی به احکام و مقتضیات دینتان عمل کنید) گفت: آری فدای شما شوم. امام فرمود: و این گروه چطور؟ آیا آنها به شما اجازه می‌دهند؟ گفت: نه بلکه می‌کوشند ما را به قتل رسانند. امام فرمود: پس اگر این دو گروه درگیر شدند با ترک‌ها همراهی کنید یا آنان را علیه گروه دیگر یاری دهید. علی بن ابراهیم الجعفری عن مسلم مولی ابی الحسن [الرضا (ع)] قال: سأله رجل فقال له الترك خير أم هؤلاء؟ فقال (ع) اذا صرتم الى الترك يخلون بينكم و بين دينكم؟ قال: قلت: نعم جعلت فداك. قال: هؤلاء يخلون بينكم و بين دينكم؟ قلت: لا بل يجهدون على قتلنا. قال: فان غزوهام اولئك فاغزوهام معهم او اعينوهام عليه. بحار الانوار، ج ۱۰۰، ص ۲۷، در حاشیه بحار نوشته شده است «تردید از راوی است که امام کدام جمله را فرمود»: الشک من مولی ابی الحسن. نوری، مستدرک الوسائل، ج ۱۱، ص ۳۹، ح ۱۲۳۷۸.

۵. الضرورات لا قانون لها، محمضانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ص ۲۶۴.

متجاوز نباشد، بر او گناهی نیست».^۱

و از پیامبر (ص) به سند صحیح نقل است که فرمود: «خداوند برای هر چیزی (هر شرایطی) حد و قانونی قرار داده و برای کسی که از حدود و قوانین تجاوز کند نیز حد و قانون قرار داده است».^۲

ازجمله مقررات باب ضرورت این است که:

۱. باید به آن مقدار از ممنوع و حرام از حیث کمّی، کیفی، زمانی و مکانی که او را از حال اضطرار خارج می‌سازد، اکتفا نماید^۳ نه بیشتر و در این رابطه گفته شده است: الضرورات تنقذر بقدرها؛ نیاز ضروری به عمل ممنوع، محدود به رفع نیاز است. بنابراین اگر با پذیرش معاهده‌ای در یک مورد رفع اضطرار می‌شود، بیش از آن جایز نیست.

۲. به‌طور کلی باید اولویت رعایت شود و مصلحت کوچک‌تر فدای مصلحت بزرگ‌تر شود یا محظور و ممنوع کوچک‌تر و سبک‌تر را مرتکب شود تا از مفسده بزرگ‌تر جلوگیری شود. بر این اساس اگر اولیوی در میان نبود و هر دو طرف مساوی بودند مثل مردن خودش یا دیگری که هیچ رجحانی بر همدیگر ندارند، نمی‌تواند از دیگری مایه بگذارد چنان‌که فرمود: «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ»^۴ فرزندان را از ترس گرسنگی و فقر مکشید». پس اگر در حال نداری مصلحت خودش و فرزندش تعارض کرد حق ندارد فرزندش را بکشد، تا خودش را نجات دهد. چون هر دو یکسان هستند.

۳. در برخی از ضرورت‌ها حکم فرد و جمع فرق می‌کند مثل اینکه امر حاکمیت دینی دائر شود بین شرک و بقا و توحید و فنا در اینجا حاکمیت حتی با رأی و نظر اکثریت مردم و نمایندگان آنها هم نمی‌تواند برای دیگران تصمیمی اتخاذ نماید؛ چون در این مورد هیچ کس اجازه ندارد، بلکه برای هیچ کس ممکن نیست، زمام اختیارش را به دیگری بدهد و افراد به اختیار خودشان هستند. گروهی ممکن است تقیه و ایمانشان را در قلب^۵ خود حفظ کنند و گروهی دیگر قتل در راه عقیده و ایمان را

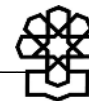
۱. سوره بقره: ۲، آیه ۱۷۳.

۲. إن الله قد جعل لكل شيء حداً وجعل لمن تعدى ذلك الحد حداً، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۱۰.

۳. از امام صادق (ع) نقل است که فرمود: و علم - عز و جل - ما یضرهم فنهأهم عنه و حرمة علیهم، ثم اباحه للمضطر و اباحه له فی الوقت الذی لا یقوم بدنه الا به، فامره ان ینال منه بقدر البلغة لا غیر ذلک: خداوند نسبت به آنچه برای آنان زیان دارد آگاه است، پس آنان را از استفاده نهی کرده و بر آنان حرام ساخته است، اما زمانی که نسبت به حرام مضطر باشد به گونه‌ای که جاننش جز به حرام باقی نمی‌ماند، آن را مباح ساخت و فرمود به اندازه‌ای که از حال اضطرار خارج شود استفاده نماید نه بیشتر، بحار الانوار، ج ۶۵، ص ۱۳۴.

۴. سوره اسراء: ۱۷، آیه ۳۱.

۵. از آیه إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ... (سوره نحل: ۱۶، آیه ۱۰۶) فهمیده می‌شود که در شرایط اضطراری ایمان در قلب هم می‌تواند حفظ شود اما در حوزه فردی و در حوزه جمعی این‌گونه نیست.



برگزینند. پس اگر گروهی هر چند اندک مصلحت خود را در استقامت و پاسداری از عقیده و ایمان خود دیدند می‌توانند با ایجاد تشکل و گزینش رهبر و رعایت حقوق دیگر افراد جامعه در مقابل خصم مقاومت کنند اگرچه همگی کشته شوند.^۱

همچنین در برخی موارد تزامم در حوزه عمومی حاکمیت باید تابع اراده جمع باشد مثل اینکه می‌خواهد وارد جنگ شود که باید به ملت یا به نمایندگان واقعی آنها در مجلس رجوع کند^۲ و به حسب شرایط و با کسب رأی و نظر^۳ اکثریت مردم یا نمایندگان، تصمیم مقتضی اتخاذ شود؛ چون مردم می‌خواهند بجنگند.

۴. روشن است که بعد از رفع اضطرار، احکام ثانوی جای خود را به احکام اولی می‌دهند. این گونه است اگر اضطرار بی اثر شود مثل اینکه چه گوشت مردار بخورد چه نخورد خواهد مرد یا حکم موضوع منتفی شود چنان‌که در صحیحۀ محمد بن مسلم از امام صادق (ع) آمده است: «تقیه (ترس از کتمان حق و جواز اظهار خلاف واقع در این حالت) مشروع شده تا خون [شما] حفظ شود پس اگر به خون برسد دیگر تقیه نیست».^۴

اضطرار و ضرورت در حقوق بین‌الملل نیز با شرایطی مجوز نقض عهد شمرده شده‌اند.^۵

۱. امام حسین (ع) در دفاع از عقیده و دین این گونه عمل کرد.

۲. پیامبر (ص) در جنگ احزاب صلاح دید برای درهم شکستن دشمن و خارج شدن از تنگنای او، غطفان را از سایر حزب‌ها جدا کند و به این منظور با رهبران غطفان وارد مذاکره شد که یک‌سوم خرماي مدینه را به آنان بدهد تا خود را کنار بکشند، اما پس از مشورت با سعد بن معاذ و سعد بن عبادۀ (بزرگان اوس و خزرج یا صاحبان حق)، چون آنان رضایت ندادند پیامبر (ص) هم نپذیرفت. سیره ابن هشام، ج ۳، ص ۲۳۴، کامل ابن اثیر، ج ۲، ص ۱۸۰، واقعی، مغازی، ترجمه محمود دامغانی، ج ۲، ص ۳۵۹، بحار الانوار، ج ۲۰، صص ۲۵۱ و ۲۵۲ و نیز بنگرید به: جواهر الکلام ج ۲۱، ص ۲۹۲.

۳. کسب نظر یا رأی مردم یا نمایندگان واقعی آنها از آیه شریفه: وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ استفاده می‌شود، آل‌عمران: ۳، آیه ۱۵۹.

۴. أَمَّا جَعَلَتِ التَّقِيَّةَ لِيَحْقِنَ بِهَا الدَّمَ فَإِذَا بَلَغَ الدَّمَ فَلَا تَقِيَّةَ، وسائل الشیعة، ج ۱۱، ص ۴۸۳، این معنا با همین عبارت در موثقه ابن فضال از امام باقر (ع) نیز وارد شده است، همان.

۵. در طرح مسئولیت بین‌المللی دولت و حمایت سیاسی می‌گوید:

ماده (۲۴) اضطرار

۱. جنبه تخلف از عمل مغایر با تعهد بین‌المللی دولت در صورتی برطرف می‌گردد که مبادرت‌کننده به عمل مورد بحث در یک وضعیت اضطراری هیچ راه معقول دیگری برای حفظ جان خود یا جان سایر افرادی که مراقبت آنان بر عهده وی گذاشته شده در اختیار نداشته باشد.

۲. بند «۱» فوق در موارد زیر اعمال نخواهد بود:

(الف) بروز وضعیت اضطراری به تنهایی یا توأم با عوامل دیگر، ناشی از اقدام دولتی باشد که به آن استناد کرده است،

(ب) در عمل مورد بحث احتمال بروز مخاطره‌ای مشابه یا بزرگ‌تر وجود داشته باشد.

«ماده ۲۵ ضرورت

گفتار سوم - ضرورت، تزام و اولویت

پیش‌تر گفته شد باید اولویت‌ها رعایت شود. این امر مبتنی بر آن است که پذیرفته باشیم مصالح و مفاسد و واجبات و محرمات درجه‌بندی دارند و برخی از آنها قوی‌تر از برخی دیگر هستند پس در تزام آنها نمی‌توان در یک جمله گفت ارتکاب هر حرامی برای گریز از وقوع هر حرام دیگری یا جلوگیری از فوت هر مصلحت دیگری جایز است!! بنابراین باید بین موارد فرق گذاشت.

رعایت این اولویت‌ها را در سیره معصومان (ع) به چشم می‌خورد چنان‌که نقل است که امام حسن (ع) در باره مصالحه با معاویه فرمود: «معاویه درباره حقی که از آن من بود، با من به کشمکش پرداخت. من در جهت تأمین مصالح امت و حفظ جان مردم از حق خود گذشتم و شما نیز با من بیعت کردید که با هر کس مصالحه کنم بپذیرید و من صلاح دیدم با معاویه صلح کنم و صلاح دیدم کاری که جان افراد را حفظ می‌کند، بهتر از اقدامی است که منجر به خونریزی می‌شود و به هر حال مصالح شما را ملاحظه کردم».^۱ این عبارات ظهور دارد در اینکه آن حضرت مصالح امت را بر مصلحت خودشان در حکومت مقدم داشتند.

همچنین از تعلیل ذیل بعضی از روایات نقل شده از حضرت امیر (ع) که فرمود: «هیچ حدی را در سرزمین دشمن بر کسی اجرا نمی‌کنم از ترس آنکه حمیت او را وادار کند به دشمن ملحق شود».^۲ «... فهمیده می‌شود که اگر مصلحت اهمی در بین باشد باید اجرای حد را موقتاً متوقف نمود».^۳ البته اجرای حد خصوصیت ندارد، اجرای هر حکمی از احکام فرعی دین اگر با مصلحت برتری مزاحمت کند حکمش همین است. اما آنچه در این فضا مهم است شناختن اولویت‌ها و

۱. دولت نمی‌تواند به ضرورت به‌عنوان مبنایی برای رفع جنبه تخلف از عمل مغایر با تعهد بین‌المللی خود استناد کند مگر آنکه

عمل مزبور:

(الف) برای دولت تنها راه حفظ یک منفعت اساسی در برابر خطری وخیم و قریب‌الوقوع باشد،

(ب) به یک منفعت اساسی دولت یا دولت‌هایی که ذینفع تعهد مزبور هستند یا کل جامعه بین‌المللی لطمه خطیری وارد نسازد.

۲. در هر حال دولت نمی‌تواند به ضرورت به‌عنوان مبنایی برای رفع تخلف استناد کند اگر:

(الف) تعهد بین‌المللی مورد بحث امکان استناد به ضرورت را مستثنا کرده باشد،

(ب) خود دولت در بروز وضعیت ضرورت سهیم بوده باشد، مسئولیت بین‌المللی دولت و حمایت سیاسی، صص ۱۹۷ و ۲۰۵.

۱. ان معاویه نازعنی حقاً هو لی فترکته لصلاح الامة و حقن دمائها و قد بايعتموني على أن تسالموا من سالم، فقد رأيت أن أسالمة و رأيت أن ما حقن الدماء خير مما سفكها و اردت صلاحكم، مجلسی، بحارالانوار، ج ۴۴ ص ۳۰.

۲. قال امیر المؤمنین (ع): «لا اقيم على رجل حداً بارض العدو حتى يخرج منها، مخافة ان تحمله الحمية فيلحق بالعدو»، وسائل الشیعة، ج

۱۸، ص ۳۱۸.

۳. منتظری، حکومت دینی و حقوق انسان، صص ۴۶ و ۴۷.



مرجحاتی است که یک طرف را بر طرف دیگر مقدم می‌کند.^۱ این بحث مجال دیگری می‌طلبد و در اینجا به اختصار برخی اولویت‌ها را ذکر می‌کنیم.

گاه تزامم بین اصل و فرع است مانند تزامم بین دین و حکومت دینی که مصلحت دین مقدم است.^۲ امام حسن (ع) در شرایطی ناچار شد حکومت را به معاویه واگذار و با او صلح^۳ کند و سلطه سیاسی و قضایی او را بپذیرد. بنابراین که به کتاب خدا و سنت رسول خدا (ص) و سیره خلفای صالح در میان آنان عمل کند.^۴

گاه تزامم بین کل و جزء است مثل اینکه ناچار شویم یا همه به سلطه قضایی و غیرقضایی غیرمسلمانان تن دهیم یا بخشی از ما، که قهراً کل مقدم است. پیامبر (ص) با پیمان صلح حدیبیه سلطه کوتاه‌مدت کفار و مشرکان مکه را بر تعدادی اندک از مسلمانان مکه پذیرفتند تا مصالح بلندمدت آنان را تأمین کنند. در این پیمان با اینکه پیامبر (ص) با مخالفت برخی از اصحاب^۵ مواجه شد، با مشرکان و کفار قریش مصالحه کرد و در یکی از بندهای پیمان صلح پذیرفت که «اگر از قریش کسی بدون اذن و اجازه و لیش به پیامبر و مسلمانان ملحق شود، پیامبر او را به آنان باز پس دهد».^۶ در همان ساعت و پس از انعقاد پیمان، پسر نماینده کفار قریش، ابوحنبل بن سهیل بن عمرو، به مسلمانان پیوست و سهیل بلافاصله با استناد به پیمان او را باز گرداند.^۷

به دنبال این پیمان، پس از آنکه مسلمانان به مدینه باز گشتند، مسلمانی به نام ابوبصیر عتبه (عبید، الاستیعاب)^۸ بن‌اُسید که در مکه محبوس بود گریخت و نزد پیامبر (ص) آمد. مشرکان دو نفر را با نامه‌ای به مدینه فرستادند و درخواست باز گرداندن او براساس پیمان صلح حدیبیه کردند.

۱. بنگرید به: محمد رضا مظفر، اصول الفقه، ج ۲، ص ۲۱۵.

۲. محمد رضا مظفر می‌گوید: فمن تلك الاولوية ما اذا كان في الحكم الحفاظ على بيضة الاسلام، فإنه أولى بالتقديم من كل شيء في مقام المزاخمة، همان، ص ۲۱۸.

۳. نیز نقل شده است که «چون امام حسن (ع) با معاویه صلح نمود مردم بر او وارد شدند و برخی از آنان وی را بر این پیمان سرزنش کردند. پس آن حضرت فرمود: وای بر شما ... مگر نمی‌دانید که هیچ یک از ما نیست مگر آنکه بیعتی به نفع طاغوت زمانش بر گردن اوست بجز امام قائم...: عن ابي سعيد عقيصا قال: لما صالح الحسن بن علي (ع) معاوية بن ابي سفيان دخل عليه الناس فلامه بعضهم على بيعته فقال (ع): ويحكم ... اما علمتم انه ما منا احد الا وقد وقع في عنقه بيعته لطاغية زمانه الا القائم الذي ... ، طبرسی، الاحتجاج، ج ۲، ص ۱۰ و بحار الانوار، ج ۴۴، ص ۱۹.

۴. صالحه علی ان یسلم الیه ولایة امر المسلمین علی ان یعمل فیهم بکتاب الله و سنة رسوله (ص) و سيرة الخلفاء الصالحین، بحار الانوار، ج ۴۴، ص ۶۵.

۵. ابن هشام، السيرة النبوية، ج ۳، ص ۳۳۱.

۶. علی انه من أتى محمداً من قریش بغیر اذن ولیه ردّه علیهم، همان، ص ۳۳۲.

۷. همان.

۸. الاستیعاب، ج ۱، ص ۵۱۳.

پیامبر (ص) به ابوبصیر فرمود: «می‌دانی که ما با این گروه پیمان داریم و در دین ما غدر و بی‌وفایی جایگاهی ندارد، خداوند برای تو و دیگر مستضعفانی که در مکه باقی مانده‌اند راهی قرار خواهد داد، با آنها بازگردد».^۱

ابوبصیر با آنکه نسبت به این درخواست اعتراض داشت، اما پذیرفت و با آنها بازگشت و ...^۲.
 بجنوردی نیز می‌گوید: «بسا مصلحت اهمی برای اسلام یا مسلمانان وجود داشته باشد که سبب می‌شود حکمی جعل شود که موجب استیلای کافر بر مسلمان در پاره‌ای از زمان شود».^۳
 گاه تزامم بین مال و جان است آنجا که پذیرش ضرری مالی مستلزم حفظ جان افراد مزاحمت کند با مرگ افراد و بقای مال، که روشن است پذیرش اول اولی است.

شهید اول در این باره می‌نویسد: «رهبری مسلمانان نمی‌تواند مالی به دشمنان حربی اعطا کند مگر در چند صورت ... یک مورد هم زمانی است که مسلمین از ایستادگی در برابر آنها عاجزند».^۴
 یعنی زمانی که ضرورت^۵ اقتضا می‌کند و آن در صورتی است افراد کشته می‌شوند و نتیجه مطلوب نیز حاصل نمی‌شود. ظاهراً دولت قاجار به استناد همین مجوز شرعی، در شرایط اضطراری به عهدنامه گلستان (۱۸۱۲م)^۶ و عهدنامه ترکمانچای (۱۸۲۸م)^۷ گردن نهاد و بخش‌هایی از سرزمین ایران را به غیر واگذار کرد.

گاه تزامم بین حفظ جان و سلب بخشی از حقوق از یکسو و مرگ و عدم رضایت به سلب آن حقوق ازسوی دیگر است. در این فرض نیز روشن است که حفظ جان و ... اولی است. چنان‌که حضرت امیر (ع) در شرایطی که در آستانه پیروزی بر خصم بود به ناچار به حکمیت^۸ تن داد تا از

۱. فقال رسول الله (ص): يا ابا بصير، انا قد اعطينا هؤلاء القوم ما قد علمت ولا يصلح لنا في ديننا الغدر وان الله جاعل لك وللمن معك من المستضعفين فرجاً ومخرجاً فانطلق الى قومك»، همان، ص ۳۳۷ و جواهرالکلام، ج ۲۱، ص ۳۰۸.

۲. همان.

۳. نعم ربما يكون هناك مصلحة اهم للاسلام او المسلمين يكون سبباً لجعل حكم يكون موجباً لعلو الكافر على المسلم في بعض الاحيان. بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۱، ص ۸۷.

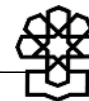
۴. لا يجب ان يدفع الامام الى اهل الحرب مالا الا في مواضع ... وك دفع مال اليهم ليكفوا عند العجز عن مقاومتهم، القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۲۳.

۵. بل فيه الجواز ايضا على مال يدفعه اليهم مع الضرورة المقتضية ذلك ... بل لا يبعد الجواز مع المصلحة للاسلام و المسلمين ايضا، جواهرالکلام، ج ۲۱، صص ۲۹۲ و ۲۹۳.

۶. به موجب این عهدنامه «علاوه بر تمامی گرجستان، قسمت مهمی از قفقازیه (در بند، باکو، شیروان، شکی، گنجه، قراباغ) و قسمتی از طالبش به روسیه تزاری واگذار شد»، سیدمحمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۴۰۰.

۷. در این عهدنامه علاوه بر «بقیه قفقاز تا رود ارس و قسمت عمده دشت مغان و بندر لنکران» (همان) ده کرور تومان (۵ میلیون) غرامت به روسیه واگذار شد و «رژیم کاپیتولاسیون در ایران ... [به نفع روسیه] برقرار گردید». همان، ص ۵۱.

۸. انما حكم الحكمان ليحييا ما احيا القرآن و يميتا ما امات القرآن، فيض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۳۹۲، خطبه ۱۲۷ و خطبه‌های ۳۵ و ۱۲۵.



کشته شدن توسط نیروهای خودسر نجات یابد.

گاه تزامم بین سلب قطعی همه حقوق و حفظ احتمالی بخشی از آن است مثل اینکه اگر به قضاوت کافر در مرجعی بین‌المللی تن ندهد یا قطعنامه ظالمانه او را نپذیرد همه حقوق او از بین می‌رود و اگر بپذیرد احتمالاً بخشی از حقوق او استیفا می‌شود. روشن است که اولی مقدم است. شهید اول می‌گوید: «ولایت قضایی از طرف ظالم منعقد نمی‌شود گرچه ظالم صاحب قدرت برتر باشد، بلی در صورت ضرورت می‌توان به او رجوع کرد».^۱ یعنی با اینکه طاغوت است و صلاحیت ورود ندارد، ولی از باب ضرورت جایز است به او رجوع شود.

زهیلی نیز می‌گوید: «رضایت کنونی مسلمانان به احکام داوران غیرمسلمان یا قضاوت بین‌المللی جایز نیست مگر در حال ضرورت که مسلمانان ضعیف و دیگران قوی هستند»^۲ چنان‌که مالکیه می‌گوید: «جایز است پیمان ترک جنگ با غیرمسلمانان منعقد نمود بنابراین که بین مسلمان و کافر حکمیت کنند، اگر از آنها ترسی در بین باشد».^۳

گفتار چهارم - التزام به تعهد پس از خروج از حال ضرورت

در انتهای بحث از ضرورت، جا دارد این مسئله نیز بررسی شود که اگر از سر ناچاری و به ضرورت به شرط باطلی رضایت دهیم یا به معاهده‌ای بپیونددیم، آیا بعد از خروج از حال ضرورت لازم است به آن شرط و معاهده پایبند باشیم یا خیر؟

برخی نظرشان لزوم وفای به عهد است چنان‌که اسکافی می‌گوید: «اگر ضرورت، پذیرش شرطی را برای مسلمانان در پیمان ترک جنگ (هدنه)^۴ مباح کرده باشد، سپس برای آنان امری رخ داده باشد (مثلاً قدرت یافته و از حال ضرورت خارج شده باشند) که با وجود آن، شرط قبلی جایز نیست، به عقیده من فسخ آن شرط یا پیمان به خاطر آن رخداد، جایز نیست؛ زیرا خدا فرموده است «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و دستور داده است به عهد و پیمان وفا شود».^۱

۱. لاحکم (لاولایة) للوالی من قبل الظالم و ان کان الظالم صاحب شوکة، نعم يجوز الترافع الیه للضرورة، شهید اول، الدروس الشرعية فی فقه الامامية، ج ۲، ص ۷۰.

۲. و اما رضا المسلمین الحالی بأحكام المحکمین غیر المسلمین أو القضاء الدولي فلا یكون سائغاً إلا فی حالات الضرورة لضعف فی المسلمین و قوة غیرهم، زهیلی، العلاقات الدولية ...، ص ۱۴۳.

۳. إنه يجوز عقد هدنة مع غیر المسلمین علی أن یحکموا بین مسلم و کافر إذا کان هناك خوف منهم، همان، ص ۷۷.

۴. صاحب شرایع در تعریف مهادنة یا هدنة می‌گوید: «پیمان بر ترک جنگ است به مدت معین». شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۳۳۲.

۱. لو کان بالمسلمین ضرورة اباحت لهم شرطاً فی الهدنة فحدث للمسلمین ما لم یکن یجوز معه ذلك الشرط ابتداء لم یجز عندی فسخ ذلك الشرط و لا الهدنة لأجل الحادث؛ لقوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و لانه أمر بالوفاء بالعهد (در سوره اسراء: ۱۷، آیه ۲۴ که فرمود: وَأَوْفُوا) جواهرالکلام، ج ۲۱، ص ۳۰۱.

نظر دیگر این است که اگر در حال ضرورت و ناچاری شرط باطلی را پذیرفتیم پس از حصول توانایی و خروج از ضرورت به شرط باطل عمل نمی‌کنیم چنان‌که صاحب جواهر می‌گوید: «اگر ضرورت اقتضا کند به شرط باطلی رضایت دهیم و رضایت به شرط باطل را در این حال مشروع بدانیم موجه آن است که بعد از حصول توانایی بدان ملتزم نباشیم؛ چون با فرض فاسد بودن شرط، اصل وفای به عقد و عهد شامل آن نمی‌باشد».^۱

و به این ترتیب اعلام کرده‌ایم که پیمان ازسوی ما در خصوص شرط باطل، یا به‌طور کلی فسخ شده است و تبعات آن را هم می‌پذیریم.

نظر دیگر این است که تفصیل دهیم بین موردی که ضرورت و اضطرار به اختیار خودمان برای ما پدید آمده باشد و موردی که ضرورت توسط دیگران برای ما ایجاد شده باشد تا ما را مجبور به انجام کاری یا پذیرش تعهدی کنند.

در قسم اول باید به تعهداتمان پایبند باشیم به حکم عقل؛ زیرا عقل چنین شخصی را به عملش راضی می‌داند و با وجود رضایت پایبندی به عقد را لازم می‌داند و ازسوی دیگر اگر به این بهانه به طرف دیگر حق دهد به تعهداتش پایبند نماند، سنگ روی سنگ بند نمی‌شود و دود این گونه عمل کردن به چشم ناقض پیمان هم می‌رود و امنیت روانی طرفین را به هم می‌زند و اصولاً معاهده را از جرگه منابع حقوق بین‌الملل خارج می‌کند.

و به حکم نقل که وفای به عقد و عهد را لازم می‌دانند چنان‌که فرمود: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به قراردادهای خود وفا کنید»^۲ و فرمود: «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا: به پیمان خود وفا کنید. زیرا از پیمان پرسش خواهد شد»^۳ و نیز پیامبر (ص) که فرمود: «من عهدي را که بسته‌ام نمی‌شکنم».^۴

اطلاق این ادله شامل عقد مضطری که به اختیار خود مضطر شده یا پس معاهده در اضطرار قرار گرفته باشد نیز می‌شود.^۱

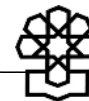
۱. لو فرض اقتضاء الضرورة لبعض المسلمين الرضا بالشرط الباطل و قلنا بمشروعية الرضا حينئذ، كان المتجه عدم الالتزام به بعد التمكن، و الوفاء بالعقد و العهد لا يشمل بعد أن كان فاسداً، جواهرالكلام، ج ۲۱، ص ۳۰۳.

۲. سوره مائده: ۵، آیه ۱.

۳. سوره اسراء: ۱۷، آیه ۲۴.

۴. انی لاخیس بالعهد. سنن ابی داود ج ۲، ص ۷۵.

۱. امام علی (ع) در فرازی از عهدنامه مالک اشتر خطاب به وی می‌فرماید: «[ای مالک] اگر با دشمنت پیمان بستی ... به پیمانت وفا کن ... و تنگنای وضعیت بعد از معاهده تو را وادار نکند که بدون حق آن را فسخ کنی» «ان عقدت بینک و بین عدو لک عقدة ... فحط عهدک بالوفاء ... و لا یدعونک ضیق امر لزمک فیه عهد الله الی طلب انفساخه بغير الحق، فیض الاسلام، نهج البلاغه، ص ۱۰۲۸.



اما پایبندی به تعهدات در قسم دوم لازم نیست؛ چون اصل معاهده و شرایط ضمن آن با رضایت و آزادی اراده، که از جمله شرایط صحت عقد و عهد هستند، منعقد نشده و به این جهت ادله وفای به عقد و عهد شامل آن نمی‌شود.

عقل و عقلا نیز تعهدات اکراهی و فاقد رضایت را باطل دانسته و التزام به آنها را جایز نمی‌دانند؛ چون اگر این باب باز شود، صاحبان قدرت با توسل به قدرت و امکاناتشان ملل ضعیف را تحت فشارهای مختلف قرار می‌دهند تا پای هر قراردادی را که به نفع و صلاح آنان نیست امضا کنند و این رویه بر خلاف روح منشور ملل متحد است و حاصل آن چیزی جز حاکمیت قانون جنگل نیست و کشورهای را که به این ترتیب وادار به انعقاد معاهده کرده‌اند وادار می‌کند برای کسب منافع و مصالح پایمال شده خود اقدام کنند حتی اگر صلح و امنیت بین‌المللی به خطر افتد.

نتیجه کلام

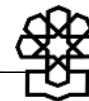
با توجه به مباحث گذشته پذیرش سلطه قضایی غیرمسلمان گرچه معاند نباشد، در شرایط اختیار و قدرت در فضای داخلی و بین‌المللی جایز نیست. در فضای بین‌المللی؛ از آن‌رو که تمام مستندات و منابع حقوقی مورد استناد مراجع قضایی بین‌المللی با موازین عقلی و نقلی سازگار نیستند و در بیشتر موارد، قضات این مراجع فاقد صلاحیت‌های لازم برای قضاوت به دید عقل و نقل هستند و بعضاً متأثر از باورها، خصلت‌ها و منافع و مصالح وقت خود و به نفع ارباب قدرت رأی می‌دهند.

اما پذیرش داوری در حل اختلاف میان مسلمان و غیرمسلمان در شرایط اختیار و قدرت بلا مانع است؛ چون داور یا داوران واجد شرایط، منتخب از طرف مؤمنان حضور دارد که براساس قواعد و احکام اسلام مصالح و منافع آنان را تأمین می‌کند و پیش‌تر گفته شد در مواردی که به وجود داور مرضی‌الطرفین نیاز باشد، در صورتی که طرف غیرمسلمان به داور بی‌طرف و مستقل مسلمان رضایت دهد باز هم مشکلی نیست؛ اما اگر به داوری جز غیرمسلمان رضایت ندهد، پذیرش داوری و سلطه غیرمسلمان دلیل ندارد.

اما در شرایط ثانوی و اضطرار اگر مسلمان ناچار باشد قضاوت یا داوری غیر مسلمان را خواه در متن معاهده‌ای گنجانیده شده یا نشده باشد، بپذیرد، لازم است به مقدار رفع ضرورت اکتفا و تلاش کند با کسب قدرت و خروج از اضطرار به تنهایی و یا با همکاری دیگر کشورهای حق‌گرا و تشکیل سازمان‌های منطقه‌ای یا جهانی، اوضاع و معاهدات ناعادلانه و ذلت‌بار را تغییر دهد.

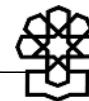
فهرست منابع

۱. قرآن کریم، ترجمه محمد مهدی فولادوند، دار القرآن الکریم، تهران.
۲. آشوری، داریوش. دانشنامه سیاسی، انتشارات مروارید، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۶.
۳. آل بحر العلوم، سید محمدتقی. بلغة الفقیه، مکتبة الصادق، تهران، ۱۳۶۲.
۴. آل حبیب، اسحاق. دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، وزارت امور خارجه جمهوری اسلامی ایران، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۵. آمدی، عبد الواحد. غرر الحکم و درر الکلم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۰.
۶. ابن ادریس الحلّی، محمد بن منصور. کتاب السرائر، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
۷. ابن اثیر، عز الدین علی بن ابی الکرم. الکامل فی التاریخ، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
۸. عسقلانی، ابن حجر. فتح الباری بشرح صحیح بخاری، دار المعرفة، لبنان.
۹. ابن سعد، الطبقات الکبری. جامع منابع تاریخ اسلام، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۱۰. ابن شبة النمیری. تاریخ المدینه، دارالفکر، قم، ۱۳۸۶.
۱۱. ابن شعبه الحرانی، الحسن بن علی بن الحسین. تحف العقول عن آل الرسول، مؤسسه نشر اسلامی التابعه لجماعة المدرسین، قم، الطبعة الثانية، ۱۳۶۳.
۱۲. ابن عبد البر، ابو عمر یوسف بن عبدالله. الاستیعاب فی معرفة الاصحاب، دار الجیل، بیروت.
۱۳. ابن ماجه، سنن ابن ماجه.
۱۴. ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب، دار احیاء التراث العربی، مؤسسه التاریخ العربی، چاپ دوم، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
۱۵. ابن هشام، ابو محمد عبد الملک. السیره النبویه، انتشارات ایران، قم، ۱۳۶۰.
۱۶. ابو داود سلیمان، الاشعث السجستانی. سنن ابی داود، المعجم الفقهی، لوح مرکز معجم فقهی، حوزه علمیه قم.
۱۷. ابو نعیم اصفهانی، احمد بن عبدالله. حلیه الاولیا و طبقات الاصفیاء، لوح مکتب اهل البیت.
۱۸. ابی صعب، ژرژ. مفهوم سازمان‌های بین‌المللی، ترجمه ایرج پاد، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۱۹. اساسنامه آژانس بین‌المللی اتمی.
۲۰. اصفهانی، ابو الفرج. مقاتل الطالبیین، مؤسسه دار الکتاب للطباعة و النشر، قم، لوح مکتب اهل البیت (ع).
۲۱. اصفهانی، شیخ الشریعة. قاعده لاضرر و لاضرار، دار الاضواء، بیروت، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
۲۲. اعلامیه جهانی حقوق بشر.
۲۳. اکهرست، مایکل. حقوق بین‌الملل نوین، ترجمه مهرداد سیدی، دفتر خدمات حقوق بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۲۴. الهی، همایون. دیکتاتوری کارتل‌ها، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۳.
۲۵. انجمن حقوق بین‌الملل، اصول حاکم بر شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی عام، ترجمه محمد جعفر قنبری جهرمی، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۴.



۲۶. انصاری، شیخ مرتضی. فرائد الاصول، جامعه مدرسين، قم.
۲۷. انصاری، محمدعلی. الموسوعة الفقهية الميسرة، لوح المعجم الفقهية.
۲۸. اوجبی، علی. کلام در گذر اندیشه‌ها، مؤسسه فرهنگی اندیشه معاصر، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۲۹. بجنوردی، سید میرزاحسن. القواعد الفقیهه، جامع فقه اهل‌البیت، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۳۰. برقی. المحاسن، جامع فقه اهل‌البیت، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۳۱. بیهقی، ابوبکر احمد بن الحسین. السنن الکبری، دار الکتب العلمیه، لبنان، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
۳۲. تبریزی، جواد. صراط النجاة، دفتر نشر برگزیده، ایران، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
۳۳. المعجم الفقهی، لوح مرکز معجم فقهی، حوزه علمیه قم.
۳۴. تقی‌زاده انصاری، مصطفی. شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد، مجله اندیشه‌های حقوق خصوصی، سال پنجم، ش ۳۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
۳۵. جامع فقه اهل‌البیت، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۳۶. جبار گلباغی ماسوله، سیدعلی. درآمدی بر عرف، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۳۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ دوم، بی‌تا.
۳۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مکاتب حقوقی در حقوق اسلام، تهران، چاپ دوم، بی‌تا.
۳۹. الحرانی، حسن بن علی. تحف العقول، کتابفروشی اسلامی، تهران، ۱۴۰۰ ق.
۴۰. حر عاملی، محمد بن الحسن. وسایل الشیعة، المكتبة الاسلامیة، تهران، ۱۳۸۹ ق.
۴۱. حکومت در اسلام، مقالات سومین کنفرانس اندیشه اسلامی، سازمان تبلیغات اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۴.
۴۲. حکیم، سیدمحسن. نهج الفقاهه، جامع فقه اهل‌البیت، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۴۳. حکیم، عبدالهادی محمدتقی. فقه برای غرب‌نشینان، مطابق با فتاوی آیت‌الله سیدعلی سیستانی، ترجمه سید ابراهیم سیدعلوی، دفتر آیت‌الله سیستانی، چاپ اول، قم، سال ۱۳۷۹.
۴۴. حکیم، محمدتقی. الاصول العامة للفقهاء المقارن، مؤسسة آل البيت (ع) للطباعة و النشر، چاپ دوم، ۱۹۷۹ م.
۴۵. الحلبي. السيرة الحلیة، لوح مرکز معجم فقهی، حوزه علمیه قم.
۴۶. حلّی، حسن بن یوسف [علامه]. تذکرة الفقهاء، جامع فقه اهل‌البیت، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۴۷. حلّی، حسن بن یوسف [علامه]. قواعد الاحکام، مؤسسه نشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
۴۸. حلّی، حسن بن یوسف [علامه]. کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، انتشارات مصطفوی، قم.
۴۹. حلّی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن [المحقق]. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، دار الاضواء، بیروت، ۱۴۰۳ ق.
۵۰. حلّی، یحیی بن سعید. الجامع للشرايع، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، قم، ۱۴۰۵.
۵۱. خدوری، مجید. جنگ و صلح در اسلام، ترجمه غلامرضا سعیدی، شرکت نسبی اقبال و شرکاء، تهران، ۱۳۳۵.
۵۲. خلیلیان، سیدخلیل. حقوق بین‌الملل اسلامی، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران، چاپ دوم، ۱۳۶۶.

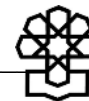
۵۳. خلیلیان، سیدخلیل. دعاوی حقوقی ایران و آمریکا مطرح در دیوان داوری لاهه، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۵۴. خمینی، سید روح‌الله [امام]. تحریر الوسیله، جامع فقه اهل‌البیت، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۵۵. خمینی، سید روح‌الله [امام]. صحیفه امام.
۵۶. خویی، سید ابوالقاسم. رساله توضیح المسائل.
۵۷. خویی، سید ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج، قم، چاپ دوم، ۱۳۹۶ ق.
۵۸. خویی، سید ابوالقاسم. المسائل المنتخبة، مدینه العلم، قم، چاپ پانزدهم، ۱۴۱۲ ق.
۵۹. خویی، سید ابوالقاسم. موسوعة الامام الخویی، جامع فقه اهل‌البیت، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۶۰. داوید، رنه. نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، چاپ دوم، ۱۳۶۹.
۶۱. دایرةالمعارف فارسی، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، تهران، ۱۳۷۴.
۶۲. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، اسلام و حقوق بین‌الملل عمومی، قم، چاپ اول، ۱۳۷۲.
۶۳. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر حقوق اسلامی، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها «سمت»، قم، چاپ اول، ۱۳۶۸.
۶۴. راغب اصفهانی. مفردات الفاظ القرآن.
۶۵. ریورو، اسوالدود. افسانه توسعه اقتصادهای ناکارآمد قرن بیست‌ویکم، نشر اختران، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
۶۶. زبیدی. تاج العروس.
۶۷. زحیلی، وهبة. العلاقات الدولية فی الاسلام، مقارنة بالقانون الدولي الحديث، مؤسسه الرساله، بیروت، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ق.
۶۸. زمخشری، محمود بن عمرو. الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل، نشر ادب الحوزة.
۶۹. سیوری، جمال‌الدین بن المقداد. کنز العرفان فی فقه القرآن، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية، تهران، ۱۳۸۴ ق.
۷۰. شاو، ملک. حقوق بین‌الملل، ترجمه محمد حسین وقار، انتشارات اطلاعات، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۴.
۷۱. شرتونی، سعید الخوری. اقرب الموارد فی فصیح العربیة و الشوارد، منشورات مكتبة المرعشي، قم، ۱۴۰۳ ق.
۷۲. شریعتی، روح‌الله. قواعد فقه سیاسی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۷۳. شمس، عبدالله. آیین دادرسی مدنی، انتشارات دراک، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
۷۴. شهابی، محمود. ادوار فقه، سازمان چاپ و انتشار وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ دوم، ۱۳۶۶.
۷۵. شهید اول، شمس‌الدین محمد بن مکی. الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة، جامع فقه اهل‌البیت، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۷۶. شهید اول، شمس‌الدین محمد بن مکی. القواعد و الفوائد، منشورات مكتبة المفید، قم.
۷۷. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، مجمع الفكر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.
۷۸. صابری، حسین. فقه و مصالح عرفی، مؤسسه بوستان کتاب، قم، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۷۹. صالحی الشامی. سبل الهدی و الرشاد، جامع منابع تاریخ اسلام، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم



اسلامی.

۸۰. صدوق، ابو جعفر محمد بن علی. من لایحضره الفقیه، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۹۰ ق.
۸۱. ضیائی بیگدلی، محمدرضا. حقوق بین‌الملل عمومی، گنج دانش، تهران، چاپ بیست و یکم، ۱۳۸۴.
۸۲. ضیائی بیگدلی، محمدرضا. حقوق معاهدات بین‌المللی، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۸۳. طباطبائی، سید محمد حسین. المیزان، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، بی‌تا.
۸۴. طباطبائی، سید محمد حسین. بررسی‌های اسلامی، مرکز البحوث الاسلامیه، قم، بی‌تا.
۸۵. طباطبائی، سید محمد حسین. بررسی‌های اسلامی، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، بی‌تا.
۸۶. الطباطبائی الیزدی، سید محمدکاظم. تکملة العروة الوثقی، جامع فقه اهل البيت، لوح مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۸۷. طبرسی، شیخ ابی علی الفضل بن الحسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن، انتشارات ناصرخسرو، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۵.
۸۸. طوسی، محمد بن حسن. التبیان، المعجم الفقهی، لوح مرکز معجم فقهی، حوزه علمیه قم.
۸۹. طوسی، محمد بن حسن. الخلاف، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، قم، ۱۴۰۷.
۹۰. طوسی، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الامامیه، المكتبة المرتضویة، تهران، چاپ دوم، ۱۳۹۳ ق.
۹۱. طوسی، محمد بن حسن. النهایة فی مجرد الفقه و الفتوی، انتشارات قدس محمدی، قم.
۹۲. عظیمی شوشتری، عباسعلی. حقوق قراردادهای بین‌المللی در اسلام، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۹۳. علم الهدی، المرتضی علی بن الحسین. الانتصار، دار الاضواء، بیروت، ۱۴۰۵.
۹۴. علیدوست، ابوالقاسم. فقه و عرف، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
۹۵. عمید، حسن. فرهنگ عمید، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۵۷.
۹۶. زنجانی، عمید. فقه سیاسی: حقوق تعهدات بین‌المللی و دیپلماسی در اسلام، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۹۷. عوده، عبدالقادر. حقوق جزای اسلامی، ترجمه ناصر قربان‌نیا، سیدمهدی منصوری و نعمت‌الله الفت، نشر میزان، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۹۸. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن الحسن. کشف اللثام، مكتبة النجفی، قم، ۱۴۰۵ ق.
۹۹. فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین.
۱۰۰. فریدی عراقی، عبدالحمید. روش‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات بین‌المللی، مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۳.
۱۰۱. فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (ع)، ش ۴۳، سال یازدهم، ۱۳۸۴.
۱۰۲. فیض الاسلام، سید علینقی. ترجمه و شرح نهج البلاغه امام علی (ع)، بی‌تا.
۱۰۳. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد. حقوق بشر در جهان معاصر، مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲.
۱۰۴. قاضی النعمان بن محمد. دعائم الاسلام، دار الاضواء، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۱ ق.
۱۰۵. قانون آیین دادرسی مدنی.

۱۰۶. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۱۰۷. قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳.
۱۰۸. قربانی، زین‌العابدین. علل پیشرفت اسلام و انحطاط مسلمین، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران، ۱۳۶۱.
۱۰۹. قرطبی، محمد بن احمد. الجامع لاحکام القرآن، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۵ ق.
۱۱۰. قماش، محمدسعید. قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی‌سازی قضاوت، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (ع).
۱۱۱. کاتوزیان، ناصر. فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۱۱۲. کارو، دومینک. حقوق بین‌الملل در عمل، ترجمه مصطفی تقی‌زاده انصاری، نشر قومس، تهران.
۱۱۳. کاسسه، آنتونیو. حقوق بین‌الملل در جهانی نامتحد، ترجمه مرتضی کلانتریان، دفتر خدمات حقوق بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۰.
۱۱۴. کلینی، محمد بن یعقوب. الکافی، دار الکتب الاسلامیه. تهران، چاپ پنجم، ۱۳۶۳.
۱۱۵. کلیار، کلود آلبر. سازمان‌های بین‌المللی، ترجمه هدایت‌الله فلسفی، نشر فاخسته، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۱.
۱۱۶. کلیار، کلود آلبر. نهادهای روابط بین‌الملل، ترجمه هدایت‌الله فلسفی، نشر نو، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۸.
۱۱۷. کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد، مسئولیت بین‌المللی دولت و حمایت سیاسی، ترجمه نصرت‌الله حلمی، نشر میزان، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۱۱۸. گیدنز، آنتونی. جامعه‌شناسی، ترجمه منوچهر صبوری، نشر نی، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۴.
۱۱۹. متقی، علاء‌الدین، علی‌بن‌حسام‌الدین، کنز العمال، مؤسسه الرساله، بیروت، ۱۴۰۹ ق.
۱۲۰. مجلسی، محمد باقر. بحار الانوار، منشورات المکتبه الاسلامیه، تهران، چاپ دوم، ۱۳۹۸ ق.
۱۲۱. مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۶.
۱۲۲. مجموعه مقالات پیرامون رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه سکوها‌های نفتی، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره ۲۶، سال ۱۳۸۴.
۱۲۳. محقق سبزواری. کفایه الاحکام، مؤسسه نشر الاسلامی التابعه... چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.
۱۲۴. محقق، محمدباقر. نمونه بینات در شأن نزول آیات، انتشارات اسلامی، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۶۱.
۱۲۵. محمضانی، صبحی. فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ دوم، ۱۳۵۸.
۱۲۶. مدرس، علی‌اصغر. حقوق فطری یا مبانی حقوق بشر، انتشارات نوبل، تبریز، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۱۲۷. مدنی، سید جلال‌الدین. حقوق بین‌الملل عمومی و اصول روابط دول، نشر همراه، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۴.
۱۲۸. مدنی، سید جلال‌الدین. مبانی و کلیات علوم سیاسی، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۲.
۱۲۹. مصلحی، مهرداد. فرهنگ حقوقی (فارسی - انگلیسی)، انتشارات قلم، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۴.
۱۳۰. مطهری، مرتضی. اسلام و مقتضیات زمان، تهران، انتشارات صدرا، چاپ اول، ۱۳۶۲.
۱۳۱. مطهری، مرتضی. پیرامون انقلاب اسلامی، انتشارات صدرا، چاپ دوازدهم، تهران، ۱۳۷۵.
۱۳۲. مطهری، مرتضی. جهاد، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۶۱.
۱۳۳. مطهری، مرتضی. فطرت، انتشارات صدرا.



۱۳۴. مظفر، محمدرضا. اصول الفقه، دار النعمان، چاپ دوم، نجف، ۱۳۸۶ ق.
۱۳۵. معارف، مجید. تاریخ عمومی حدیث، کویر، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۱.
۱۳۶. معلوف، لوئیس. المنجد فی اللغة و الاعلام، دار المشرق، چاپ بیست و یکم، بیروت، بی تا.
۱۳۷. معین، محمد. فرهنگ فارسی معین، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم، تهران، ۱۳۷۱.
۱۳۸. مقامی، امیر، کشورهای اسلامی و دیوان کیفری بین‌المللی، قابل مشاهده در سایت <http://www.maghami@hoghoogh.com>
۱۳۹. منتظری، حسینعلی. حکومت دینی و حقوق انسان، ارغوان دانش، قم، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۱۴۰. منتظری، حسینعلی. دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة، المركز العالمی للدراسات الاسلامیة، قم، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
۱۴۱. منتظری، حسینعلی. رساله استفتائات، ارغوان دانش، چاپ اول، قم، ۱۳۸۸.
۱۴۲. منتظری، حسینعلی. رساله استفتائات، نشر سایه، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۳.
۱۴۳. منتظری، حسینعلی. رساله توضیح المسائل.
۱۴۴. منتظری، حسینعلی. نظام الحکم، نشر سرایی، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۵.
۱۴۵. موسی‌زاده، رضا. بایسته‌های حقوق بین‌الملل عمومی، نشر میزان، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
۱۴۶. موسی‌زاده، رضا. سازمان‌های بین‌المللی، بنیاد حقوقی میزان، تهران، چاپ دهم، ۱۳۸۸.
۱۴۷. موسی‌زاده، رضا. کلیات حقوق بین‌الملل عمومی، مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۱۴۸. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. فقه القضاء، منشورات مکتبه امیر المؤمنین، قم، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
۱۴۹. میرزایی ینگجه، سعید. ایران و صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وابسته به وزارت امور خارجه جمهوری اسلامی ایران، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۰.
۱۵۰. میرعباسی، سید باقر. نظام جهانی ارزیابی و حمایت از حقوق بشر، انتشارات جنگل، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۱۵۱. میرعباسی، سید باقر، سیدحسن، سادات میدانی. دادرسی‌های بین‌المللی، دیوان بین‌المللی دادگستری در تئوری و عمل، انتشارات جنگل، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۱۵۲. میرمحمد صادقی، حسین. دادگاه کیفری بین‌المللی، مؤسسه انتشارات دادگستر، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
۱۵۳. نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار الکتب الاسلامیة، تهران، چاپ دوم، ۱۳۶۵.
۱۵۴. نراقی، مولی احمد. عوائد الایام، مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۱۵۵. نوری، میرزا حسین. مستدرک الوسائل، مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، چاپ اول، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
۱۵۶. واقدی ابوعبدالله. محمد بن عمر، مغازی، ترجمه محمود دامغانی، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۶.
۱۵۷. وزیر کرمانی، محمدحسن. اسرائیل فاشیسم جدید، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، تهران، ۱۳۵۹.
۱۵۸. ویلیام باوت، درک، تحولات نوین در شیوه‌های حقوقی حل و فصل اختلافات، ترجمه زهرا کسمتی و علیرضا طیب، نشر نی، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۱۵۹. هاشمی، سیدمحمد. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشر میزان، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۸۲.
۱۶۰. سایت: <http://www.aftabir.com>
۱۶۱. سایت: <http://www.hawzah.net>
۱۶۲. سایت: <http://fa.wikipedia.org/wiki>
۱۶۳. سایت: <http://hoghoogh.com>

۱۶۴. سایت: <http://www.internationallaw.blogfa.com>
۱۶۵. سایت: <http://www.kncsite.com/farsi/qacar.pdf>
۱۶۶. سایت: <http://www.magiran.com>
۱۶۷. سایت: <http://mashadiali.blogfa.com>
۱۶۸. سایت: <http://www.noormags.com/view/fa/articlepage/90773.aspx>
۱۶۹. سایت: <http://shakuri.blogfa.com/post-۱۳>
۱۷۰. سایت: <http://www.pajoohe.com>
۱۷۱. سایت: <http://www.phon.ucl.ac.uk/home/geoff/UNresolutions.htm>
۱۷۲. سایت: <http://www.unic-ir.org/Humanrights.htm>
۱۷۳. سایت: <http://www.wikipedia.org>



مرکز پژوهش‌ها
مجلس شورای اسلامی

شماره مسلسل: ۱۳۵۵۲

شناسنامه گزارش

عنوان گزارش: صلاحیت قضایی مراجع بین‌المللی غیرمسلمان

نام دفتر: مطالعات حقوقی

تهیه و تدوین: حجت‌الاسلام والمسلمین بهرام شجاعی

ناظر علمی: حجت‌الاسلام والمسلمین جلیل محبی

همکاران: جواد سیدی، علی اصغر امیر، حجت‌الاسلام والمسلمین محمد قائنی، محمد صالح

عطار، محمود رضایی و سارا اشرف‌کاشانی

مقتضای: معاونت پژوهش‌های سیاسی - حقوقی

ویراستار تخصصی: —

ویراستار ادبی: —

واژه‌های کلیدی:

۱. حقوق بشری

۲. حقوق الهی

۳. مراجع قضایی بین‌المللی

۴. مستندات مراجع قضایی

۵. سلطه و صلاحیت مراجع قضایی بین‌المللی



تاریخ انتشار: ۱۳۹۲/۱۲/۱۸