



منابع

حقوق دیپلماتیک

در اسلام

میر حسین کاویار

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی ...

هکیده:

نظام های حقوقی از منابعی سرچشمه می گیرند که استناد به آن ها، قوانین حقوقی را شکل می دهد. همه شاخه های حقوق، کم و بیش از منابع مشابه تدوین یافته اند و تنها از لحاظ درجه ی اهمیت تفاوت دارند. در حقوق دیپلماتیک عرفی، حقوق بین الملل عمومی و رسوم اهمیت درجه یک دارند و پس از آن عهدنامه ها، قوانین داخلی، رویه های قضایی و عقاید علمای حقوق قرار دارد. حقوق دانان مسلمان با وجود اختلاف درباره منابع حقوق اسلام به طور عام و منابع حقوق دیپلماتیک در اسلام به طور خاص، کتاب و سنت و اجماع و عقل یا قیاس را از مهمترین و مشهورترین منابع حقوق اسلامی می دانند. با تعبیری تسامع آمیز می توان عرف و امکا م مکومتی و قرار داده ها را نیز از منابع حقوق دیپلماتیک در اسلام محسوب داشت. در این پژوهش، بر اساس روش اسنادی^(۱) و تملیل ممتوی^(۲) و با استفاده از فن تمقیق کتابخانه ای مترصد با زفوانی منابع حقوق دیپلماتیک یعنی قرآن، سنت، اجماع، عقل یا قیاس، عرف، امکا م مکومتی و قرار داده های بین المللی هستیم.

کلید واژگان: تعهدات بین المللی، مصونیت سیاسی، قوانین اساسی، مصوبات، منابع حقوقی، معاهده، حقوق دیپلماتیک اسلامی.



مقدمه:

حقوق اسلام، بر خلاف حقوق لائیک، از منابع حقوق به شمار نمی آید. فقهای اسلام در یک تقسیم بندی کلی، منابع را به دسته ی اصلی و فرعی تقسیم می کنند. منابع اصلی عبارتند از کتاب، سنت، اجماع و عقل (یا به نظر اهل تسنن، قیاس) و منابع فرعی عبارتند از: عرف، سیره ی عقلا، شهرت معاهدات، قواعد حقوق بین الملل و احکام حکومتی و
فرق منابع اصلی و فرعی در این است که منابع فرعی مستقل نیستند. در رجوع به منابع اصلی و فرعی اختلاف است. شیعه کتاب و سنت را منابع اصلی می داند بقیه را فرعی، بعضی از مکاتب اهل سنت، کتاب،

و رسوم، به طور کلی، در درجه اول، و منابع از حیث اهمیت پس از آن عهدنامه و قوانین داخلی و رویه های قضایی و عقاید علمای حقوق قرار دارند. حقوق دانان مسلمان نیز به رغم اختلاف نظر در منابع حقوق اسلام، بر اساس آن منابع مقررات حقوق را به رسمیت می شناسند. از مهمترین و مشهورترین منابع حقوق اسلام کتاب و سنت است. بیشتر اهل سنت کتاب، سنت، اجماع و قیاس را به عنوان حقوق اسلامی منابع ذکر کرده اند. شیعه کتاب، سنت، اجماع و عقل را از منابع دانسته اند. البته در این مقام نمی توان نقش عرف و عادات را نادیده گرفت؛ هر چند عرف در

نظام های حقوقی از منابعی سرچشمه می گیرند که شکل دهنده ی قوانین حقوقی هستند. قوانین یا ناشی از اراده ملت است یا اراده حاکمیت. در هر حال منابعی مانند عرف، رویه ی قضایی، خواست جامعه و نظریات و دیدگاه های دانشمندان و حقوق دانان از اهمیت بالایی برخوردار است. همه ی شاخه های حقوق، کم و بیش، از منابع مشابه ای تدوین یافته اند و تفاوت تنها در درجه ی اهمیت هر یک از منابع در رشته های مختلف حقوق است. در حقوق دیپلماتیک، مانند دیگر قسمت های حقوق بین الملل عمومی



قرآن، مهمترین منبع مقوق اسلام است و در ممیت و اعتبار آن هیچ گونه شک و تردیدی روا نیست. سیره ی قطعی همه ی مسلمانان بر ممیت و عمل به سنت بوده است. آیات قرآنی صراحتاً بر ممیت سنت پیامبر (ص) دلالت دارند؛ از جمله «و ما اتیکم الرسول فخذوه و ما نهیکم عنه فانتهوا» «و ما ینتطق عن الهوی ان هو الا وهی یوهی»

سنت، اجماع و قیاس را منابع اصلی می دانند و بقیه را فرعی بدیهی است در بین منابع اصلی، کتاب از اصالت و حجیت بیشتری برخوردار است و سنت در درجه دوم قرار دارد و نسبت به کتاب از منابع فرعی به حساب می آید.

بخش اول) منابع اصلی فقه اسلامی

قرآن کریم:

قرآن کریم مهمترین و اصیلترین منبع در حقوق اسلام است. این کتاب آسمانی و معجزه ی جاوید پیامبر اسلام (ص) در طول بیست و سه سال به تدریج بر آن حضرت نازل شد و به تصریح قرآن و اعتقاد مسلمانان به دور از هر گونه تحریف است. الفاظ و معانی و اسلوب آن از خداست و پیامبر اسلام (ص) هیچ گونه دخالتی در انتخاب آن ها نداشته است. قرآن ۶۲۳۶ آیه دارد که بعضی مکی و پاره ای مدنی است. مفسران در تشخیص آیات مدنی از مکی از معیارهای گوناگونی استفاده کرده اند که مهمترین آن ها توجه به اشخاص مورد خطاب آیات و مکان نزول آیات و جامع تر از این دو، توجه به زمان نزول آیات است. به اجماع مسلمانان، زمان نزول آیات وحی از بعثت پیامبر اسلام (ص) تارحلت آن حضرت است و این مقطع زمانی به دو مرحله تقسیم می شود؛ مرحله اول از بعثت تا هجرت و مرحله دوم از هجرت تا رحلت. آیات و سوره هایی که در مقطع اول نازل شده مکی و آیاتی که در مقطع دوم نازل شده مدنی هستند.

حقوق بین الملل و سیر است. این دسته از آیات در آثاری با عنوان آیات الاحکام گرد آمده اند که از آن جمله است: «زبده البیان» تألیف ملا محمد اردبیلی معروف به مقدس اردبیلی و «کنز العرفان فی فقه القرآن» تألیف فاضل مقداد سیوری حلی.

سنت:

دومین منبع از منابع حقوق اسلامی به ویژه حقوق بین الملل، سنت است که فقهای اسلام اعم از شیعه و سنی آن را در شمار منابع حقوق و مقررات اجتماعی دانسته اند. سنت در لغت به معنی راه، روش و سبک است و در اصطلاح دو مذهب بزرگ اسلامی، شیعه و اهل سنت، برداشت های مختلفی از آن ارائه شده است. به عقیده ی شیعیان، سنت، گفتار، کردار و تقریر پیامبر (ص) و سایر معصومین (ع) در امور و احکام شرعی و حقوقی است.

مقصود از تقریر، تأیید و تصویب صریح یا ضمنی است. سنت فعلی پیامبر (ص) همان کارهایی است که به قصد تشریح از پیامبر (ص) صادر شده؛ مانند احکام فقهی. سنت قولی آن حضرت احادیثی است که از وی به ما رسیده است. محتوا و معنی آن احادیث از وحی است و پیامبر (ص) آن ها را در قالب لفظ خود ریخته است. فرق قرآن

و سنت در همین است که قرآن با الفاظ و معانی بر او فرستاده شده اما در خصوص سنت تنها معانی آن ها بر او نازل شده است. سنت تقریری عبارت است از عمل یا سخنی که دیگران در حضور پیامبر یا در غیاب آن حضرت انجام داده یا بیان کرده باشند و ایشان بر آن آگاهی یافته و سکوت کرده باشند یا آثار خشنودی در ایشان ظاهر شده باشد. اهل سنت تنها سنت نبوی را حجت می شمارند ولی شیعیان به حکم برخی از آیات و احادیث متواتر از رسول اکرم - که اهل تسنن نیز آن ها را روایت کرده اند - گفتار و کردار ائمه ی معصومین (ع) را نیز حجت می دانند؛ از جمله این که فرمودند: دو چیز گرانبها بعد از خود برای شما باقی می گذارم که به آن ها رجوع کنید و مادام که به این دو رجوع نمایید، گمراه نخواهید شد؛ کتاب خدا و عترتم. سنت پس از قرآن، مهمترین منبع حقوق اسلام است و در حجیت و اعتبار آن هیچ گونه شک و تردیدی روا نیست. سیره ی قطعی همه ی مسلمانان بر حجیت و عمل به سنت بوده است. آیات قرآنی صراحتاً بر حجیت سنت پیامبر (ص) دلالت دارند؛ از جمله «و ما اتیکم الرسول فخذوه و ما نهیکم عنه فانتهوا» «و ما ینتطق عن الهوی ان هو الا وحی یوحی». نمونه سنت قولی یا گفتاری پیامبر (ص) این است که فرمود: لا تقتلوا شیخا خانیاً ولا صغیراً ولا امراه» و نمونه سنت فعلی پیامبر (ص) تعیین مدت ده سال برای پیمان ترک مخاصمه در صلح حدیبیه است.

بنابراین افعال و اعمال پیامبر (ص) هم چون اقوالش، حجت است. افعال پیامبر (ص) بر سه نوع است:

۱ - افعال فطری و غریزی که سایر مردم

نیز در آن‌ها با آن حضرت مشترک اند؛ چون خوردن، آشامیدن و خوابیدن.

بدون تردید، این گونه اعمال پیامبر (ص) مباح و مجاز است و همه بر این اتفاق نظر دارند.

۲- اعمال عبادی یا اعمالی که به درگاه خداوند و به قصد قربت انجام داده‌اند؛ مانند نماز، روزه، حج. در تشریح و توضیح این اعمال، فقط آیات مجملی در قرآن کریم وارد شده و شکی نیست که اعمال پیامبر (ص) هم چون اقوالش، آیات مجمل قرآن را تبیین می‌کند. چنان که حضرت رسول (ص) در باب حج فرموده است: «خذوا منی مناسککم» روش انجام مناسک حج را از من یاد بگیرید. هم چنین در باب نماز فرموده است: «صلوا کما رایتمونی اصلی» آن چنان که نماز می‌خوانم نماز بخوانید. قرآن کریم نیز مردم را به پیروی از عمل پیامبر (ص) امر فرموده است: «لقد کان لکم فی رسول الله اسوه حسنه...» «قل ان کنتم تحبون الله فاتبعونی یحببکم الله...» معنای اتباع همان پیروی مسلمانان از عمل پیامبر و عمل کردن هم چون پیامبر است.

۳- معاملاتی که پیامبر اسلام انجام داده‌اند. مقصود از معاملات اعمالی است که نیاز به قصد قربت ندارند؛ مانند خرید و فروش، اجاره، وکالت و سایر عقود. شکی نیست که این گونه اعمال پیامبر (ص) مباح و مشروع است و بدون تردید معامله‌ای که مورد رضایت عملی یا قولی آن حضرت نباشد، مشروع و صحیح نخواهد بود. سنت ائمه معصومین (ع) نیز همانند سنت پیامبر اکرم (ص) حجت است و در احکام و آثار هم چون سنت پیامبر (ص) بوده و باید طبق آن‌ها عمل کرد. شیعه برای اثبات این عقیده دلایل محکم و خدشه‌ناپذیری اقامه کرده است. ادله‌ی شیعه برگرفته است از:

الف) نص قرآن کریم از آیه‌ی معروف تطهیر (احزاب ۳۳)

ب) کتاب‌های صحاح سته از جمله ثقلین (ابن اثیر ۱۲/۲) که بر وجوب پیروی و عمل طبق اقوال و رفتار اهل بیت (ع) تصریح دارد.

ج) ادله‌ی عقلی شیعه. این دلایل که برای اثبات مدعای شیعه اقامه شده در کتاب‌های کلامی شیعه فراوان است. **اجماع:**

سومین منبع حقوق اسلامی و حقوق بین الملل اسلامی اجماع است. واژه اجماع در لغت به معنای اتفاق و هماهنگی است و گاهی واژه اجماع برای فهماندن معنای پایداری در قصد و اراده به کار برده می‌شود؛ چنان که گفته می‌شود «اجمعت الراى»، به معنی، پایداری و تصمیم در نیت است و قول خداوند «واجمعوا امرکم و شرکائکم» نیز به همین معناست؛ یعنی بر امرتان استوار باشید و شریک‌های خود را فرا خوانید. آیه «یجعلوه فی غیابه الجب» نیز به این معناست که آن‌ها، یعنی برادران یوسف تصمیم گرفتند یوسف را در چاه بیفکنند.

اصولیبون و حقوق دانان، بر سر تعریف اجماع، بحث‌هایی کرده‌اند. حقوق دانان

سنت تقریری عبارت است از عمل یا سلفی که دیگران در مضمون پیامبر یا در غیاب آن حضرت الهام داده یا بیان کرده باشند و ایشان بر آن آگاهی یافته و سکوت کرده باشند یا آثار فشنودی در ایشان ظاهر شده باشد. اهل سنت تنها سنت نبوی را مهت می‌شمارند ولی شیعیان به مکم برمی‌از آیات و احادیث متواتر از رسول اکرم - که اهل تسنن نیز آن‌ها را روایت کرده‌اند - گفتار و کردار ائمه‌ی معصومین (ع) را نیز مهت می‌دادند

مذاهب اهل سنت و شیعه نیز در این باب اختلاف نظرهایی دارند. در این جا تنها به تعریف اجماع از نظر برخی از فقهای شیعه اکتفا می‌کنیم. ابومنصور جمال الدین حسن بن زین الدین صاحب معالم می‌گوید: «اجماع اتفاق کسانی از امت است که اظهار نظر و فتوای ایشان نسبت به شرع معتبر است». علامه حلی در تعریف اصطلاحی اجماع آورده است: «اجماع عبارت است از اتفاق اهل حل و عقد (متخصصان) از امت محمد (ص) بر یکی از امور و آن حجت است. بنابراین از دید فقهای شیعه، اجماع عبارت است از قول مشهور یا نظر اکثریت فقها در یک موضوع شرعی و حقوقی بدون رأی مخالف که کاشف از قول یا رأی معصوم (ع) می‌باشد.

بحث مهم در اجماع، بیان علت حجیت آن است. اهل سنت و جماعت عامل، حجیت اجماع را اتفاق اهل حل و عقد یا دیگران می‌دانند ولی شیعه مناط و ملاک در حجیت اجماع را، قول معصوم در میان قول اجماع کنندگان می‌داند.

علمای علم اصول، اجماع را به لحاظ روشهای دستیابی به آن دو نوع می‌دانند.^(۳) **عقل یا قیاس:**

الف) عقل: عقل، از نظر شیعه و برخی از معتزله، در زمره‌ی منابع حقوق اسلامی است و می‌توان با استفاده از آن به یک قاعده‌ی حقوقی دست یافت. فقهای شیعه برای اثبات حجیت عقل به اخبار متواتری استدلال می‌کنند «مانند: (العقل ما عبد به الرحمن و اکتسب به الجنان» این روایات متضمن این معنا هستند که عقل چیزی است که خداوند بدان پرستش می‌شود و بهشت بدان به دست می‌آید. حکمی که به وسیله عقل به دست می‌آید، حکمی است که پیامبر درون یا عقل آن را ابلاغ کرده





است. به حکم عقلی، دلیل عقلی نیز می‌گویند. دلایل یا احکام عقلی بر دو قسم اند:

۱- **مستقلات عقلی**. احکامی هستند که در نتیجه ادراک مستقیم عقل وبدون دخالت ویاری جستن از حکم شرعی حاصل می‌شوند؛ مثلاً انسان خیانت در امانت را عملی زشت و مذموم می‌داند و حکم به محکومیت خائن می‌دهد بی آن که به شرع توجهی داشته باشد. قواعدی چون قاعده‌ی اضطرار و قاعده‌ی لاضرار از مستقلات عقلیه‌اند.

۲- **استلزامات عقلی یا غیر مستقلات**. اصطلاحی است حقوقی که در حقوق امامیه در دو قرن اخیر به صورت اصطلاح در آمده است. در تعریف استلزامات عقلی آورده‌اند، هرگاه عقل انسان از نص قانون شرع الهام گیرد و نظری در یک مسأله حقوقی بدهد، آن نظر را استلزام عقلی می‌نامند؛ مانند نتیجه‌ی قیاسی که یک حقوق دان می‌کند؛ زیرا قیاس کننده همیشه متکی به یک نص قانونی است بعضی از فقها و حقوقدانان اسلامی حسن و قبح عقلی را ملاک فعالیت انسان قرار داده و بر این باورند که افعال و رفتار انسان ذاتاً صرف نظر از دستور شارع، یا خوب است یا بد. این ادراک از خوبی و بدی تابع مصلحت و مفسده‌ای است که افعال و رفتار در ملاحظه با زندگی اجتماعی دارا می‌باشد. چون شارع مقدس در تشریح احکام از حسن و قبح پیروی کرده به نیکی‌ها امر و از بدی‌ها نهی کرده است. پس اگر عقل انسان در موارد سکوت قانون (مالا نص فیہ) نیکی و حسن فعلی را درک کند حتماً آن فعل از نظر شارع واجب است.

این قاعده را قاعده‌ی ملازمه نیز نامیده

قیاس مهمترین موضوع مورد اختلاف شیعه و مذاهب اهل سنت است. از دید اهل سنت، قیاس منبع چهارم حقوق اسلام است و آن را در ردیف قرآن و سنت و اجماع ذکر می‌کنند؛ در حالی که شیعه اهمیت قیاس را انکار کرده و اعتماد بر آن را جایز نمی‌داند. اخبار و روایات متواتری از ائمه معصومین (ع) بر انکار و رد اهمیت قیاس وارد شده است

اند، که مبتنی است بر: «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع و کل ما حکم به الشرع حکم به العقل» و هر چه را عقل حکم کند شرع هم به همان حکم می‌کند و اگر عقل کاری را خوب و مفید تشخیص دهد و آن را لازم بداند، شرع هم آن را لازم می‌شمارد و اگر عقل کاری را بد و زیان آور ببیند؛ مثل تجاوز به حقوق دیگران، شرع هم آن را منع می‌کند و حرام می‌داند. به هر روی، عقل در دریافت احکام شریعت به دو گونه عمل می‌کند:

الف) تلاش برای کشف نظر کتاب و سنت. این کوشش همان استدلال‌ها و براهین عقلی است که برای فهم احکام شرعی ترتیب داده می‌شود. کار عقل در این زمینه همانند کار اجماع است؛ زیرا حجیت و اعتبار اجماع تنها از جهت کاشفیت آن نسبت به قول معصوم (ع) است؛ هر چند در نحوه‌ی حجیت اجماع آرای گوناگونی وجود دارد.

ب) ارائه‌ی منابع و ابزارهای عقلی برای دریافت احکام شرعی. کار عقل در این مورد مانند کار کتاب و سنت است.

عقل به ویژه پس از غیبت کبرا و گشوده شدن راه اجتهاد، نقش ارزنده‌ای در بارور نمودن بیش از پیش قواعد اسلامی ایفا کرده و تبدیل به منبع مستقلی در حقوق اسلام شده است. اعتبار عقل، به عنوان یک

منبع حقوقی، در موارد سکوت وحی بروز و ظهور می‌یابد؛ که در اصطلاح اصول فقه آن را مالا نص فیہ می‌نامند.

بنابراین عقل به لحاظ منبع بودن، با کتاب و سنت در یک مرتبه نیست. تفاوت آن دو با عقل را در دو چیز می‌توان دید:

اول این که، کاربرد عقل در نبود کتاب و سنت و مالا نص فیہ است؛ دوم این که، کتاب و سنت دلیل کاشف از وحی هستند ولی عقل در عین این که کاشف از حکم وحی است در مواردی، حاکم نیز هست و مانند وحی منبع حکم تلقی می‌شود (مستقلات عقلیه). گاه عقل مقدم بر وحی - که منبع کتاب و سنت و اجماع است - نیز خواهد بود. منظور از حاکم بودن عقل آن نیست که مأخذ و دلیل نبوت حکم شرع است؛ بلکه مفهوم آن این است که عقل دلیل اثبات حکم شرعی است و ما از ادراک عقلی استنباط حکم شرعی می‌کنیم. عقل در احکام سیاسی اسلام نیز همانند دیگر احکام از اعتبار شرعی برخوردار است و در کلیه موارد فوق می‌توان مورد استناد قرار داد.

ب) قیاس:

قیاس مهمترین موضوع مورد اختلاف شیعه و مذاهب اهل سنت است. از دید اهل سنت، قیاس منبع چهارم حقوق اسلام است و آن را در ردیف قرآن و سنت و اجماع ذکر می‌کنند؛ در حالی که شیعه حجیت قیاس را انکار کرده و اعتماد بر آن را جایز نمی‌داند. اخبار و روایات متواتری از ائمه معصومین (ع) بر انکار و رد حجیت قیاس وارد شده است.

قیاس در لغت به معنای سنجیدن و سنجش است و در اصطلاح منطقی، به مجموع دو قضیه‌ی تنظیم یافته گفته می‌شود؛ به شکلی که بتوان قضیه‌ی دیگری را از آن استنتاج کرد. ارزش نتیجه‌ی

قیاس، به ارزش مقدمات آن (قضایای تشکیل دهنده ی قیاس) و شکل و ترکیب آنها است؛ یعنی در صورتی که قیاس یقینی باشد و ترکیب آن هم به شکل صحیح انجام پذیرد، نتیجه ی آن، یقین خواهد بود. چنین قیاسی را برهان می نامند. البته تعیین شرایط مواد و شکل صحیح تنظیم آن ها به عهده ی علم منطق است. در تعریف قیاس، در اصطلاح فقهی و حقوقی، آورده اند به زبان ساده، هر گاه بین دو موضوع شباهتی وجود داشته باشد و حکم یکی از آن ها در شرع معلوم باشد، مقایسه کردن دیگری بر آن و اثبات حکم آن بر این را قیاس گویند.

ارکان قیاس:

قیاس چهار رکن دارد: ۱- اصل که اصطلاحاً مقیس علیه گفته می شود، و آن موضوعی است که حکم شرعی آن ثابت شده و موضوعی دیگر بر آن سنجیده و قیاس می شود؛ مانند شرب خمر؛

۲- فرع که موضوعی است که مورد قیاس واقع شده؛ مثل نبیذ که بخواهیم به سبب همانند بودنش با شرب خمر در علت حکم (مست کنندگی) حکم شرعی برای آن اثبات کنیم؛

۳- علت که وجه مشترک بین اصل و فرع و مقتضی ثبوت حکم شرعی در اصل است. در مثال بالا، مست کنندگی اسکار به نص شارع علت تحریم خمر است؛

۴- حکم، مقصود حکمی است که شارع برای اصل وضع کرده تا نظیر آن حکم در فرع هم ثابت شود. در مثال ما حکم، حرمتی است که شارع آن را برای خمر قرار داده است.

انقسام قیاس:

۱- منصوص العله، قیاسی است که علت آن منصوص و مشخص بوده و شارع صراحتاً و یا به ظاهر آن را معین کرده باشد؛ مثلاً در مورد حرمت شراب، نص صریح قرآنی وجود دارد. در مقابل، نص در باب سایر مشروبات

الکلی وجود ندارد. در این حالت می توان انواع دیگر مشروبات الکلی را به علت اشتراک در علت که همان سکر آور بودن آن هاست -تحریم کرد. در باره ی حجیت چنین قیاسی، کلیه فقهای اهل سنت و اکثر فقهای شیعه اتفاق نظر دارند؛ اگر چه برخی از فقها چون مرحوم مظفر آن را خالی از اشکال نمی داند.

۲- غیر منصوص العله (مستنبط العله). قیاسی است که علت آن در شرع روشن و مشخص نبوده و می توان آن را به کمک عقل از کلام شارع استنباط کرد و به دست آورد؛ مثلاً در حقوق مدنی، دو مسأله وجود دارد پیرامون: اجرت قیم و اجرت ولی. حکم اولی در ماده (۱۲۲۴) قانون مدنی بیان شده، اما دومی مورد سکوت قانون است. علت وضع قانون در مورد اول این است که کار هر کارگر ارزش دارد. این علت در مورد فرع هم وجود دارد. اگر قیاس کنید این قیاس مستنبط العله خواهد بود.

این نوع قیاس مورد اختلاف فقها و حقوق دانان شیعه و سنی است. فقهای اهل سنت و جماعت حجیت این نوع قیاس را می پذیرند، ولی فقهای شیعه، با توجه به دلایل و روایات بسیاری که از ائمه معصومین (ع) در نهی از عمل به این نوع قیاس وارد شده، این قیاس را مردود دانسته و حجیت آن را انکار می کنند. بدین ترتیب قرآن، سنت، اجماع و عقل یا قیاس در نزد اهل سنت به عنوان ادله ی استنباط احکام اسلام و منابع اصلی نظام حقوقی در دولت اسلامی تلقی می شوند و حتی فقیه در استنباط احکام فقهی استناد به کتاب و سنت می کند. به لحاظ ظاهر و دلالت لفظی آن دو بر مفاد وحی است که در حقیقت کاشف از منبع اصلی، یعنی وحی است؛ چنان که اجماع و عقل نیز به نوبه ی خود کاشف از وجود حکم شرع است؛ اما باید توجه داشت که منبع قانون معتبر در

اسلام، اختصاص به وحی ندارد و با تعبیری تسامح آمیز می توان عرف و احکام حکومتی و قراردادها را نیز از منابع حقوقی اسلام محسوب داشت. اکنون، به طور اجمالی، دو مورد اول را بررسی می نماییم:

نقش عرف در حقوق اسلام:

عرف قاعده ای است که به تدریج و خود به خود در بین همه ی مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده ای الزام آور مرسوم شده است. بدین ترتیب، مقصود از عرف، در اصطلاح حقوق، عادت است که چهره ی الزام آور یافته و قاعده ی حقوقی ایجاد کرده است. عرف دو عنصر اساسی دارد که جمع آن ها برای ایجاد قاعده ی حقوقی عرفی ضروری است:

۱- عنصر مادی، برای ایجاد عرف لازم است عادت به مدت طولانی بین عموم مرسوم شود و همه در زمان وقوع رخدادی معین آن را به کار بندند. عنصر مادی عرف در صورتی کامل است که عمومی و پایدار باشد.

۲- عنصر روانی، عاداتی می تواند به عنوان عرف مورد استناد قرار گیرد که به اعتقاد کسانی که آن را رعایت می کنند الزام آور باشد؛ یعنی در زمره ی قواعد حقوقی به شمار رود. بسیاری از عادات، با این که مدت ها تکرار شده و جنبه ی عمومی پیدا کرده اند؛ چون به نظر مردم اجباری تلقی نمی شوند و آن را به عنوان یک قاعده ی حقوق محترم نمی دانند، به معنای خاص کلمه عرف نیست؛ بلکه جزء آداب، رسوم و نزاکت های اجتماعی محسوب می شوند؛ مانند آدابی که مردم در معاشرت و برخورد با یکدیگر رعایت می کنند یا مراسم محلی که در پاره ای از جشن ها و سوگواری ها بر پا می دارند.

در اسلام عرف جزئی از اجزای فقه نیست و به معنای دقیق، به هیچ وجه جزء حقوق اسلامی نیست. اگر راه حلی غیر از این



در اعتبار عرف به عنوان یک منبع

مقوقی در حقوق اسلامی و در مقوق داخلی و بین المللی شکی نیست ولی مسئله مهم این است که در نظام مقوقی اسلام، عرف هنگامی معتبر است که کتاب و سنت در مورد موضوعی ساکت بوده و نص فقهی در مورد آن وجود نداشته باشد.

پذیرفته شده بود، حقوق اسلامی می بایست از یکی از امتیازات اساسی خود که یکنواختی برای جامعه ی مومنان است، صرف نظر می کرد. اما اگر عرف جزئی از اجزای فقه نیست به هیچ وجه نباید نتیجه گرفت که از نظر حقوق اسلامی محکوم است.

مستندات و دلایل اعتبار و حجت عرف در حقوق اسلامی در موارد زیر که مشهورترین موارد کاربرد عرف در نظام حقوق اسلامی است، چنین است:

۱- وجود احکام امضایی در اسلام نشانگر پذیرش عرف نزد شارع است.

۲- روایات و احادیث وارده در خصوص اعتبار عرف مانند حدیث نبوی که فرمود: «ما راه المسلمون حسناً فهو عندالله حسن»؛ آن چه که مسلمانان خوب می شمارند پیش خدا نیز نیکوست.

۳- عرف در قوانین قضایی و آیین دادرسی نیز به عنوان یک اصل و منبع مطرح می شود و در تشخیص مدعی و منکر به عنوان یکی از دو راه تشخیص منکر، مورد استناد قرار می گیرد؛ زیرا ظاهر - که در برابر اصل عدم برای تشخیص منکر به کار می رود - در حقیقت همان عرف است که گاه به عنوان بدل اصل عدم و گاه حتی مقدم بر آن قرار می گیرد.

۴- فقها در مورد شرایط عقود نیز پای عرف را به عنوان منبعی حقوقی به میان آورده اند و شرایطی را که در عرف و عادت قرار داده‌ها، به طور نوعی یا در خصوص مورد قرارداد معمولاً منظور می دارند، به عنوان شرایط مبنی بر قرارداد، معتبر دانسته اند.

بیشترین میدان عمل عرف در تشخیص موضوعات و عناوین ثانویه مانند حرج، ضرر، سبیل، اهم و مهم و نظایر آن است که بخش قابل توجهی از فقه را تشکیل می

که به تدریج در روابط مشترک آن ها جنبه ی الزامی یافته، موجب می گردد که در روابط سیاسی و خارجی نیز معتبر شناخته شود.

بنابراین در اعتبار عرف به عنوان یک منبع حقوقی در حقوق اسلامی و در حقوق داخلی و بین المللی شکی نیست ولی مسئله مهم این است که در نظام حقوقی اسلام، عرف هنگامی معتبر است که کتاب و سنت در مورد موضوعی ساکت بوده و نص فقهی در مورد آن وجود نداشته باشد.

نقش احکام حکومتی در حقوق اسلام:

در فقه سیاسی منبع دیگری وجود دارد که حقوق دانان از آن به احکام حکومتی تعبیر می کنند. این احکام شامل فرامین و دستورات پیامبر (ص) و امام (ع) و زمامدار دارای مشروعیت اسلامی است. زمامدار اسلامی در چارچوب قوانین شریعت می تواند بر حسب مصلحت جامعه، مقرراتی وضع و اجرا کند. این مقررات همانند احکام ثابت شریعت معتبراند؛ با این تفاوت که احکام الهی ثابت و غیر قابل تغییرند اما احکام حکومتی قابل تغییر هستند و ثبات آن ها تابع مصلحتی است که آن ها را پدید آورده است. از آن جا که مصلحت جامعه ی اسلامی متغیر است، این دسته از قوانین نیز به تبعیت از مصلحت جامعه ی اسلامی تحول یافته و جای خود را به احکام بهتری می دهد. بدین

ترتیب، فرامین رهبر جامعه ی اسلامی یکی از مقررات سیاسی نظام اسلامی است. اما این که احکام حکومتی جزء احکام اولیه است یا در زمره ی احکام ثانویه قرار دارد، میان فقها و حقوقدانان اسلامی اختلاف نظر است. توضیح آن که قوانین در اسلام به دو دسته تقسیم می شوند؛ نخست، احکام ثابت الهی که متن شریعت است و بر اساس فطرت

دهد. ۵- در حقوق اسلامی عرف نه تنها به عنوان منبعی حقوقی پذیرفته می شود بلکه در تفسیر سایر منابع حقوقی نیز منبع اصلی تلقی گردیده است. وحی - که مهمترین منبع احکام اسلام است - با امضای بخش عظیمی از موارد عرفی آن ها را مورد تأیید و استناد قرار داده و عقل نیز به عرف، به عنوان آرای محموده و عقل عملی، تکیه کرده است. در احکام حکومتی نیز که به عنوان فرامین امام و رهبر دولت و امت اسلامی از منابع حقوق سیاسی اسلام تلقی می شود، در تشخیص موضوعات، عرف به عنوان یک منبع مطرح و مورد استناد است. بنابراین عرف گاه به صورت یک عامل مستقل پدید آورنده قواعد حقوق عمل کند و گاه به عنوان یک اصل، به طور غیر مستقیم در ضمن منابع دیگر حقوقی مطرح می شود.

۶- در سطوح بین المللی نیز کلیه ی عادات و رسومی که به طور یکنواخت و به تدریج و با گذشت زمان در جوامع بشری شکل گرفته و افراد آن جامعه الزامی بودن آن را احساس کرده اند، تا آن جا که در شریعت اسلامی منعی وردی درباره ی آن رسوم داده نشده، اعتبار دارد و تکرار اعمال مشابه ملت ها در برخورد خارجی با یکدیگر



انسانی از طریق وحی مقرر شده و برای همیشه ثابت و غیر قابل نسخ و تغییرات است؛ دوم، مقرراتی است که امام مسلمین در چارچوب احکام ثابت شریعت، بنا بر مصلحت اسلام و امت، در زمینه‌ی مسائل و ارتباطات و موضوعات جدید، مانند تنظیم امور سیاسی و حکومت، تنظیم روابط اقتصادی، وضع رفت و آمد در شهرها و بین شهرها، تهیه و کاربرد تجهیزات جدید برنامه‌های دفاعی، بهره‌گیری از منابع و درآمدهای عمومی و نظایر آن وضع کند. احکام متغیر تابع نظر ولی امر و نوع مصلحتی است که آن را ایجاد می‌کند و مادام که مصلحت هست، لازم الاجراست و با تغییر مصلحت و یا از بین رفتن آن از میان می‌رود و نظر ولی امر نیز بر اساس مصلحت جدید تغییر می‌یابد. با این بیان، در پاسخ به ایراد برخی اندیشمندان فقه که احکام و مقررات دولتی را از احکام ثانویه شمرده آن‌ها را در ردیف احکام اضطراری قرار داده و گمان نموده‌اند که تا وقتی اداره‌ی کشور با بحران مواجه نشود، دولت مردان برای استفاده از الزامات قانونی مجاز نیستند، باید گفت مبنای این نظریه‌ی آن‌ها، آن است که دولت، برای دخالت در امور جامعه باید مجوز یکی از عناوین ثانویه را داشته باشد مثلاً از مجوز لاضرر یا لاجرح استفاده کند. روشن است که این گونه مجوزها حالت استثنایی داشته و مربوط به موارد خاصی است که موضوع وحی بوده یا ضرری رخ داده باشد. آن‌ها خارج از احکام ثانویه، هرگونه حکم حکومتی را انکار می‌کنند و به صرف مصلحت هیچ دخالتی را مشروع نمی‌دانند؛ مگر مصلحتی در حد برداشتن حرج و یا مصلحتی در حد جلوگیری از اختلال نظام. از نظر امام خمینی (ره) حکم حکومتی از احکام اولیه است و در نامه مورخ ۱۶/۱۰/۶۶ خطاب به رئیس جمهور وقت متذکر شده‌اند که: «اگر اختیارات حکومت در چارچوب احکام فرعی الهیه

است، باید عرض حکومت الهیه و ولایت مفوضه به نبی اسلام (ص) یک پدیده‌ی بی‌معنا و بی‌محتوا باشد. اشاره کنیم به پیامدهای آن که هیچ کس نمی‌تواند ملتزم به آن باشد؛ مثلاً خیابان کشتی‌ها که مستلزم تصرف در منزلی است که یا حریم آن است در چارچوب احکام فرعی نیست. نظام وظیفه و اعزام الزامی به جبهه‌ها و جلوگیری از ورود و خروج ارز و جلوگیری از گران‌فروشی، قیمت‌گذاری و جلوگیری از پخش مواد مخدر و منع اعتیاد به هر نحو غیر از مشروبات الکلی، حمل اسلحه به هر نوع که باشد صدها امثال آن که از اختیارات دولت است. حکومت که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول الله (ص) است، یکی از احکام اولیه است. حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و... حکومت می‌تواند قراردادها را که خود با مردم بسته است در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یک جانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را چه عبادی و چه غیر عبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج که فرضیه مهم الهی است در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست، موقتاً جلوگیری کند. بدین سان، معلوم می‌شود که منظور از احکام فرعی الهیه در سخن حضرت امام تمامی احکام شرع، اعم از حکم اولی و ثانوی نیست؛ بلکه مقصود از آن یا احکام اولیه است یا این که مراد ایشان احکام اولیه به اضافه احکام ثانویه مبتنی بر ضرورت و اضطرار است. در این صورت، معنای کلام امام چنین است که اختیارات حکومت محدود به اجرای احکام اولیه را احکام ثانویه‌ای که مقید به ضرورت و اضطرار هستند، نمی‌باشد؛ بلکه عناوین دیگری نیز برای احکام ثانویه وجود دارد که بر اختیارات حکومت اسلامی می‌افزاید.

بی‌نوشت‌ها:

1-documentary
2-content analysis

۱-۳) اجماع محصل، که در آن فقیه یا حقوقدانان تمامی اقوال فقها و مجتهدان معاصر خود را بدون هیچ واسطه‌ای در نقل به دست آورد. این نوع اجماع حجت است اگر چه تحقق آن به آسانی ممکن نیست.

۲) اجماع منقول، یعنی فقیه یا حقوقدانان از طریق نقل فقهای مورداطمینان و عادل بی‌به اجماع برد. اجماع منقول بر دو گونه است: الف) اینکه اجماع به خبر واحد نقل شده باشد، که از جمله دلایل ظنی (غیر قطعی) به شمار می‌آید. آنچنانکه مرحوم شیخ انصاری می‌گوید اجماع منقول از مصادیق خبر واحد حجت بود اجماع منقول هم حجت خواهد بود و الا حجت نیست؛ ب) اجماعی که به خبر متواتر نقل شده است. این گونه اجماع از جمله ادله‌ی قطعی به شمار می‌آید. همچون خبر متواتر مفید علم و حجت خواهد بود. (حیدری، ۱۳۶۴: ۱۶۴)

- ابن اثیر، عزالدین، اسد الغابه فی معرفه الصحابه، المکتبه الاسلامیه، بی‌تا، بی‌جا.

- ابن منظور لسان العرب، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۸.

- الاتصاری، الشیخ مرتضی، المکاسب، الطبعة الثانیه، چاپ یزدانی، تبریز، ۱۳۵۷.

- بهشتی، محمد، فرهنگ صبا، انتشارات صبا، تهران، ۱۳۷۰.

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتبهای حقوقی در اسلام، ابن سینا، تهران، ۱۳۵۲.

- جوان آراسته، حسین، مبانی حکومت اسلامی، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۷۹.

- حیدری، سید علی تقی، اصول الاستنباط، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۴.

- خلیلیان، سید خلیل، حقوق بین الملل اسلامی، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران، ۱۳۷۵.

- سروس، محمد، دین و دولت در اندیشه اسلامی، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۷۸.

- صحیفه‌ی نور، امام خمینی روح... صحیفه‌ی نور.

- ضیایی بیگدلی، دکتر محمد رضا، اسلام و حقوق بین الملل، انتشار، تهران، ۱۳۶۹.

- عمید زنجانی، عباسعلی، نظام سیاسی و رهبری در اسلام، امیر کبیر، تهران، ۱۳۶۶.

- القرشی، باقر شریف، نظام حکومتی و اداری در اسلام، ترجمه عباسعلی سلطانی، آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۳۶۹.

- قوام‌عبدالملی، اصول سیاست خارجی و سیاست بین الملل، سمت، تهران، ۱۳۷۰.

- کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق، انتشار، تهران، ۱۳۷۰.

- کلینی، ابی جعفر، محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی رازی، اصول کافی، ترجمه آیت الله حاج شیخ محمد باقر کمره‌ای، مکتب اسلام، تهران، ۱۳۸۱.

- محقق قمی، قوانین الاموال، ج ۱، عبدالرحیم، قم، بی‌تا.

- محمدی، دکتر ابوالحسن، مبانی استنباط حقوقی اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۵۸.

- مطهری، مرتضی، آشنایی با علوم اسلامی (اصول فقه، فقه)، صدر، تهران، بی‌تا.

- میری زاده، حسین، حقوق بین الملل اسلام، دانشگاه پیام نور، تهران، ۱۳۸۰.

۲۴ - نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۷.