

منابع حقوق دیپلماتیک در اسلام

سید محمد موسوی*

مقدمه

نظامهای حقوقی از منابعی سرچشمه می‌گیرند که استناد به آن منابع، قوانین حقوقی را شکل می‌دهد. قوانین یا ناشی از اراده ملت است، یا از اراده حاکمیت. در هر حال، منابعی مانند عرف، رویه قضایی، خواست جامعه و دانشمندان و حقوقدانان مورد تأکید است.

همه شاخه‌های حقوق، کم و بیش، از منابع مشابه تدوین یافته‌اند و تفاوت تنها در درجه اهمیت هریک از منابع در رشته‌های مختلف حقوق است. در حقوق دیپلماتیک، مانند دیگر قسمتهای حقوق بین‌الملل عمومی و رسوم، به طور کلی، در درجه اول، و منابع از حیث اهمیت و پس از آن عهدنامه و قوانین داخلی و رویه‌های قضایی و عقاید علمای حقوق قرار دارند (توام، ۱۳۷۰: ۲۰).

حقوقدانان مسلمان نیز، به‌رغم اختلاف نظر در منابع حقوق اسلام، بر اساس آن منابع مقررات

چکیده: نظامهای حقوقی از منابعی سرچشمه می‌گیرند که استناد به آن منابع، قوانین حقوقی را شکل می‌دهد. همه شاخه‌های حقوق، کم و بیش، از منابع مشابه تدوین یافته‌اند و تنها از لحاظ درجه اهمیت تفاوت دارند. در حقوق دیپلماتیک عرفی، حقوق بین‌الملل عمومی و رسوم اهمیت درجه یک دارند و پس از آن عهدنامه‌ها، قوانین داخلی، رویه‌های قضایی و عقاید علمای حقوق قرار دارند. حقوقدانان مسلمان با وجود اختلاف درباره منابع حقوق اسلام، به‌طور عام، و منابع حقوق دیپلماتیک در اسلام، به‌طور خاص، کتاب و سنت و اجماع و عقل یا قیاس را از مهمترین و مشهورترین منابع حقوق اسلامی می‌دانند. با تعبیری تسامح‌آمیز می‌توان عرف و احکام حکومتی و قراردادها را نیز از منابع حقوق دیپلماتیک در اسلام محسوب داشت. در این پژوهش، براساس روش اسنادی^۱ و تحلیل محتوی^۲ و با استفاده از فن تحقیق کتابخانه‌ای مترصد بازخوانی منابع حقوق دیپلماتیک، یعنی قرآن، سنت، اجماع، عقل یا قیاس، عرف، احکام حکومتی و قراردادهای بین‌المللی هستیم.

کلید واژه: تعهدات بین‌المللی، مصونیت سیاسی، قوانین اساسی، مصوبات، منابع حقوقی، معاهده، حقوق دیپلماتیک اسلامی.

* عضو هیئت علمی دانشگاه پیام‌نور، مرکز تاجیکان.

1. Documentary 2. Content analysis

مفسران در تشخیص آیات مدنی از مکی از معیارهای گوناگونی استفاده کرده‌اند که مهمترین آنها توجه به اشخاص مورد خطاب آیات و مکان نزول آیات و جامعتر از این دو، توجه به زمان نزول آیات است. به اجماع مسلمانان، زمان نزول آیات وحی از بعثت پیامبر اسلام (ص) تا رحلت آن حضرت است و این مقطع زمانی به دو مرحله تقسیم می‌شود: مرحله اول از بعثت تا هجرت و مرحله دوم از هجرت تا رحلت. آیات و سوره‌هایی که در مقطع اول نازل شده مکی و آیاتی که در مقطع دوم نازل شده مدنی هستند.

از مجموع آیات قرآن حدود ۵۰ آیه مربوط به احکام و مقررات عملی و حقوقی است و حدود چهارصد آیه مربوط به سیاست خارجی احکام، خط‌مشی و مقررات حقوق بین‌الملل و سیر است (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۱۱۶). این دسته از آیات در آثاری با عنوان آیات الاحکام گرد آمده‌اند که از آن جمله است: *زبدةالبیان*، تألیف ملااحمد اردبیلی، معروف به مقدس اردبیلی و *کنزالعرفان فی فقه القرآن*، تألیف فاضل مقداد سیوری حلی.

سنت

دومین منبع از منابع حقوق اسلامی، بویژه حقوق بین‌الملل، سنت است که فقهای اسلام اعم از شیعه و سنی آن را در شمار منابع حقوق و مقررات اجتماعی دانسته‌اند. سنت در لغت به معنی راه، روش و سبک است (بهشتی، ۱۳۷۰: ۶۰۸؛ ابن‌منظور، ۱۴۰۸: ج ۱۷: ۸۹) و در اصطلاح دو مذهب بزرگ اسلامی شیعه و اهل سنت، برداشتهای مختلفی از آن ارائه شده است. به عقیده شیعیان و سنت‌گفتار، کردار و تقریر پیامبر (ص) و سایر معصومین (ع) در امور و احکام شرعی و حقوقی است (محقق قمی، بی‌تا، ج ۱: ۴۰۹).

مقصود از تقریر، تأیید و تصویب صریح یا ضمنی است (ضیایی بیگلری، ۱۳۶۸: ۳۰). سنت فعلی

حقوق را به رسمیت می‌شناسند. از مهمترین و مشهورترین منابع حقوق اسلام کتاب و سنت است. بیشتر اهل سنت، کتاب، سنت، اجماع و قیاس را منابع ذکر کرده‌اند. شیعه کتاب، سنت، اجماع و عقل را از منابع دانسته‌اند. البته در این مقام نمی‌توان نقش عرف و عادت را نادیده گرفت؛ هرچند عرف در حقوق اسلام، برخلاف حقوق لائیک، از منابع حقوق به شمار نمی‌آید.

فقهای اسلام، در یک تقسیم‌بندی کلی، منابع را به دسته اصلی و فرعی تقسیم می‌کنند. منابع اصلی عبارت‌اند از: کتاب، سنت، اجماع و عقل (یا به نظر اهل تسنن، قیاس) و منابع فرعی عبارت‌اند از: عرف، سیره عقلا، شهرت معاهدات، قواعد حقوق بین‌الملل 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 مکاتب اهل سنت، کتاب، سنت، اجماع و قیاس را منابع اصلی می‌داند 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 می‌آید (میری‌زاده، ۱۳۸۰: ۱۴).

قرآن کریم

قرآن کریم مهمترین و اصیلترین منبع در حقوق اسلام است. این کتاب آسمانی و معجزه جاوید پیامبر اسلام (ص) در طول بیست و سه سال، بتدریج، بر آن حضرت نازل شد و به تصریح قرآن و اعتقاد مسلمانان به دور از هرگونه تحریف است. الفاظ و معانی و اسلوب آن از خداست و پیامبر اسلام (ص) هیچگونه دخالتی در انتخاب آنها نداشته است. قرآن ۶۲۳۶ آیه دارد که بعضی مکی و پاره‌ای مدنی است.

۱. افعال فطری و غریزی که سایر مردم نیز در آنها با آن حضرت مشترک‌اند؛ 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)، همچون اقرالش، آیات مجمل قرآن را تبیین می‌کند. چنانکه حضرت رسول (ص) در باب حج فرموده است: *خذوا منی مناسککم* (القرشی ۱۳۶۹: ۱۹۷) روش انجام مناسک حج را از من یاد بگیرید. همچنین در باب نماز فرموده است، *صلوا کما رأیتمونی اصلی* (همان) آنچنانکه نماز می‌خوانم نماز بخوانید. قرآن کریم نیز مردم را به پیروی از عمل پیامبر (ص) امر فرموده است: *لقد کان لکم فی رسول الله أسوه حسنه...* (احزاب، ۲۱) *قل ان کنتم تحبون الله فاتبعونی یحبکم الله...* (آل عمران، ۳۱) معنای اتباع همان پیروی مسلمانان از عمل پیامبر و عمل کردن همچون عمل پیامبر است.

۳. معاملات پیامبر اسلام. مقصود از معاملات اعمالی است که نیاز به قصد قربت ندارد؛ مانند خرید و فروش، اجاره، وکالت و سایر عقود و ایقاعات. 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 (القرشی، ۱۳۶۹: ۱۹۷). سنت ائمه معصومین (ع) نیز همانند سنت پیامبر اکرم (ص) حجت است و در احکام و آثار همچون سنت پیامبر (ص) بوده و باید طبق آنها عمل کرد. شیعه برای اثبات این عقیده دلایل محکم و خدشه ناپذیری اقامه کرده است. ادله شیعه برگرفته است از: الف) نص قرآن کریم از آیه معروف تطهیر (احزاب، ۳۳)؛ ب) کتابهای صحاح‌سته، از جمله *تقلین* (ابن اثیر: ۱۲/۲)،

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) آنها را در قالب الفاظ خود ریخته است. فرق قرآن و سنت در همین است که قرآن به لفظ و معنی بر او فرستاده شده اما معنی سنت بر او نازل شده است. سنت تقریری عبارت است از اینکه مثلاً کسی عملی یا سخنی را در حضور ایشان یا در غیاب آن حضرت انجام داده یا بیان کرده باشد و ایشان بر آن آگاهی یافته و سکوت کرده باشد یا آثار خشنودی در ایشان ظاهر شده باشد. اهل سنت تنها سنت نبوی را حجت می‌شمارند؛ ولی شیعیان به حکم برخی از آیات و احادیث متواتر از رسول اکرم که اهل تسنن آنها را روایت کرده‌اند، از جمله اینکه فرمود: *دو چیز گرانبها بعد از خود برای شما باقی می‌گذارم که به آنها رجوع کنید و مادام که به این دو رجوع نمایید گمراه نخواهید شد: کتاب خدا و عترتم* (مطهری: ۱۴).

سنت، پس از قرآن، مهمترین منبع حقوق اسلام است و در حجیت و اعتبار آن هیچگونه شک و تردیدی روا نیست. سیره قطعی همه 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»* (سوره حشر، ۷) *«و ما یسطق عن الهوی ان هو الا وحی یوحی»* (نجم، ۴-۳). نمونه سنت قولی یا گفتاری پیامبر (ص) این است که فرمود: *لا تقتلوا شیخاً خائياً و لا صغیراً و لا امراً* (نجفی، ۱۳۷۶: ۷۳) و نمونه سنت فعلی پیامبر (ص) تعیین مدت ده سال برای پیمان ترک مخاصمه در صلح حدیبیه است (خلیلیان، ۱۳۷۵: ۵۱).

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

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 مناظ و ملاک در حجیت اجماع را، قول معصوم در میان قول اجماع‌کنندگان می‌داند (القرشی، ۱۳۶۹: ۲۱۵). 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 زمره منابع حقوق اسلامی است و می‌توان با استفاده از آن به یک قاعده حقوقی دست یافت. فقهای شیعه برای اثبات حجیت عقل به اخبار متواتری استدلال می‌کنند. مانند: «العقل ما عبد به الرحمن و اکتسب به الجنان» (اصول کافی، باب عقل و جهل) 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. (الانصاری، ۱۳۵۷: باب عقل). به حکم عقلی، دلیل عقلی نیز گویند. دلایل یا احکام عقلی بر دو قسم اند:

۱. مستقلات عقلی. احکامی هستند که در نتیجه ادراک مستقیم عقل و بدون دخالت و یاری جستن از حکم شرعی حاصل می‌شوند. مثلاً انسان خیانت در

که بر وجوب پیروی و عمل طبق اقوال و رفتار اهل بیت (ع) تصریح دارد؛ ج) ادله عقلی شیعه. این دلایل که برای اثبات مدعای شیعه اقامه شده در کتابهای کلامی شیعه فراوان است.

اجماع

سومین منبع حقوق اسلامی و حقوق بین‌الملل اسلامی اجماع است. واژه اجماع در لغت به معنای اتفاق و هماهنگی است (القاموس، ذیل جَمَعَ) و گاهی واژه اجماع برای فهماندن معنای پایداری در قصد و اراده به کار برده می‌شود؛ چنانکه گفته می‌شود أَجْمَعْتُ الرَّأْيَ، به معنی اَزْمَعْتُهُ وَعَزَمْتُ عَلَيْهِ، پایداری و تصمیم در نیت است و قول خداوند «و اجمعوا امرکم و شرکائکم» نیز به همین معناست، یعنی بر امرتان استوار باشید و شرکای خود را فرا خوانید. آیه آن یَجْمَعُونَ فِی غِیَابِهِ الْجُبَّ نِیز به این معناست که آنها، یعنی برادران یوسف، تصمیم گرفتند یوسف را در چاه بیفکنند (مجمع البحرین، ذیل جَمَعَ).

اصولیون و حقوقدانان، بر سر تعریف اجماع، بحثهایی کرده‌اند. حقوقدانان مذاهب اهل سنت و شیعه نیز در این باب اختلاف نظرهایی دارند. در اینجا تنها به تعریف اجماع از نظر برخی از فقهای شیعه اکتفا می‌کنیم. ابومنصور جمال‌الدین حسن بن زین‌الدین صاحب معالم می‌گوید: اجماع اتفاق کسانی از امت است که اظهار نظر و فتاوی 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 (میری‌زاده، ۱۳۸۰: ۱۸). 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 (مطهری: ۳۷).

۳. ۱) اجماع محصل، که در آن فقیه یا حقوقدان تمامی اقوال فقیهان 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 مورد اطمینان و عادل پی به اجماع ببرند. اجماع منقول بر دو گونه است: الف) اینکه اجماع به خبر واحد نقل شده باشد، که از جمله دلایل ظنی (غیرقطعی) به شمار می‌آید. آنچنانکه مرحوم شیخ‌انصاری می‌گوید اجماع منقول از مصادیق خبر واحد است و اگر خبر واحد حجت بود، اجماع منقول هم حجت خواهد بود؛ والا حجت نیست؛ ب) اجماعی که به خبر متواتر نقل شده است. این گونه اجماع از جمله ادله قطعی به شمار می‌آید و همچون خبر متواتر مفید علم و حجت خواهد بود. (حیدری، ۱۳۶۴: ۱۴۶)

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، هرچند در نحوه حجیت اجماع آرای گوناگونی وجود دارد؛

ب) ارائه منابع و ابزارهای عقلی برای دریافت احکام شرعی. کار عقل در این مورد مانند کار کتاب و سنت است (میری‌زاده، ۱۳۸۰: ۲۱).

عقل، بویژه پس از غیبت کبری و گشوده شدن راه اجتهاد، نقش ارزنده‌ای در بارور نمودن بیش از پیش قواعد اسلامی ایفا کرده و منبع مستقلى در حقوق اسلام شده است. اعتبار عقل، به عنوان یک منبع حقوقی، در موارد سکوت وحی است؛ که در اصطلاح اصول فقه آن را ما لا نص فیه 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 اینکه، کاربرد عقل در نبود کتاب و سنت و ما لانص فیه است؛ دوم اینکه، کتاب و سنت دلیل کاشف از وحی هستند، ولی عقل در عین اینکه 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

امانت را عملی زشت و مذموم می‌داند و حکم به محکومیت خائن می‌دهد بی‌آنکه به شرع توجهی داشته باشد. قواعدی چون قاعده اضطرار و قاعده لاضرار از مستقلات عقلیه‌اند.

۲. استلزامات عقلی یا غیرمستقلات. اصطلاح حقوقی است که در حقوق امامیه در دو قرن اخیر به صورت اصطلاح آورده شده است. در تعریف استلزامات عقلی آورده‌اند که، هرگاه عقل انسان از نص قانون شرع الهام گیرد و نظری در یک مسئله حقوقی بدهد، آن نظر را استلزام عقلی می‌نامند؛ مانند نتیجه قیاسی که یک حقوقدان می‌کند؛ زیرا قیاس‌کننده همیشه متکی به یک نص قانونی است (ضیایی بیگدلی، ۱۳۶۹: ۳۵). 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 هستند یا بد. این ادراک از خوبی و بدی تابع مصلحت و مفسده‌ای است که افعال و رفتار در ملاحظه با زندگی اجتماعی دارا هستند. چون شارع مقدس در تشریح احکام از حسن و قبح پیروی کرده و به نیکبها امر و از بدبها نهی کرده است، پس اگر عقل انسان در موارد سکوت قانون (ما لا نص فیه) و حسن فعلی را درک کند حتماً آن فعل از نظر شارع واجب است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۳: ۱۱۸).

این قاعده را قاعده ملازمه نیز نامیده‌اند، که مبتنی بر این است: کل ما حکم به العقل حکم به الشرع و کل ما حکم به الشرع حکم به العقل، هرچه 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 زیان‌آور 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

استناد قرار داد (عمید زنجانی، ۱۳۶۶:۲۲۷).

(مست‌کنندگی) حکم شرعی برای آن اثبات کنیم؛ ۳. علت. وجه مشترک بین اصل و فرع که مقتضی ثبوت حکم شرعی در اصل است. در مثال بالا، مست‌کنندگی اسکار که 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 (القرشی، ۱۳۶۹:۲۲۵).

اقسام قیاس

۱. منصوص العلة. 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 می‌توان انواع دیگر مشروبات الکلی را به علت اشتراک در علت که همان سکرآور بودن آنهاست، تحریم کرد. درباره 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 نمی‌دانند.

۲. غیر منصوص العلة (مستنبت العلة). قیاسی است که علت آن در شرع روشن و مشخص نبوده و می‌توان آن را به کمک عقل از کلام شارع استنباط کرد و به دست آورد. مثلاً در حقوق مدنی، دو مسئله داریم: اجرت قیم و اجرت ولی. حکم اولی در ماده ۱۲۲۴ قانون مدنی بیان شده است، 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 مستنبت العلة خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۳:۱۴۲). این نوع قیاس مورد اختلاف فقها و حقوقدانان شیعه و سنی است. فقهای اهل سنت و جماعت حجیت

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 قضیه تنظیم‌یافته گفته می‌شود، به شکلی که بتوان قضیه دیگری را از آن استنتاج کرد. ارزش نتیجه قیاس، به ارزش مقدمات آن (قضایای تشکیل دهنده قیاس) و شکل و ترکیب آنها بستگی دارد، یعنی در صورتی که قیاس یقینی باشد و ترکیب آن هم به شکل صحیح انجام پذیرد، نتیجه آن، یقین خواهد بود. چنین قیاسی را برهان می‌نامند. البته تعیین شرایط مواد و شکل صحیح تنظیم آنها به عهده علم منطقی است (میری‌زاده، ۱۳۸۰:۱۹). در تعریف قیاس، در اصطلاح فقهی و حقوقی، آورده‌اند: به زبان ساده هرگاه بین دو موضوع شباهتی وجود داشته باشد و حکم یکی از آنها در شرع معلوم باشد، مقایسه کردن دیگری بر آن و اثبات حکم آن بر این را قیاس گویند (محمدی، ۱۳۵۸:۱۹).

ارکان قیاس

قیاس چهار رکن دارد: ۱. اصل. اصطلاحاً مقیس علیه گفته می‌شود، و آن موضوعی است که حکم شرعی آن ثابت شده و موضوعی دیگر بر آن سنجیده و قیاس می‌شود، مانند: شرب خمر؛ ۲. فرع. موضوعی است که مورد قیاس واقع شده مثل نبیذ که بخواهیم به سبب همانند بودنش با شرب خمر در علت حکم

۲. عنصر روانی. عاداتی می‌تواند به عنوان عرف مورد استناد قرار گیرد که به اعتقاد کسانی که آن را رعایت می‌کنند الزام‌آور باشد، یعنی در زمره قواعد حقوق به شمار رود. بسیاری از عادات، با اینکه مدتها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا کرده‌اند، چون به نظر مردم اجباری تلقی نمی‌شوند و آن را به عنوان یک قاعده حقوق محترم نمی‌دانند، به معنای خاص کلمه عرف نیست و جزو آداب، رسوم و نزاکتهای اجتماعی محسوب می‌شوند؛ مانند آدابی که مردم در معاشرت و برخورد با یکدیگر رعایت می‌کنند، یا مراسم محلی که در پاره‌ای از جشنها و سوگواریها برپا می‌دارند (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۱۸۹).

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 پذیرفته شده بود، حقوق اسلامی می‌بایست از یکی از امتیازات اساسی خود، که یکنواختی برای جامعه مؤمنان است، صرف‌نظر کند. اما اگر عرف جزئی از اجزای فقه نیست، به هیچ وجه نباید نتیجه گرفت که از نظر حقوق اسلامی محکوم است (ضیایی بیگدلی، ۱۳۶۹: ۸۳).

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 عند الله حسن: آنچه که مسلمانان خوب می‌شمارند پیش خدا نیز نیکوست.

۳. عرف در قوانین قضایی و آئین دادرسی نیز به عنوان یک اصل و منبع مطرح می‌شود و در تشخیص مدعی و منکر، به عنوان یکی از دو راه تشخیص

این نوع قیاس را می‌پذیرند، 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 می‌کنند.

بدین ترتیب قرآن، سنت، اجماع و عقل یا قیاس، در نزد اهل سنت، به عنوان ادله استنباط احکام اسلام و منابع اصلی نظام حقوقی در دولت اسلامی تلقی می‌شوند و حتی فقیه در استنباط احکام فقهی استناد به کتاب و سنت می‌کند. به لحاظ ظواهر و دلالت لفظی آن دو بر مفاد وحی است که در حقیقت کاشف از منبع اصلی، یعنی وحی است، چنانکه اجماع و عقل نیز به نوبه خود کاشف از وجود حکم شرع است؛ اما باید توجه داشت که منبع قانون معتبر در اسلام، اختصاص به وحی ندارد و با تعبیری تسامح‌آمیز می‌توان عرف و احکام حکومتی و قراردادهای را نیز از منابع حقوقی اسلام محسوب داشت. اکنون، به طور اجمالی، به دو مورد اول می‌پردازیم:

نقش عرف در حقوق اسلام

عرف قاعده‌ای است که بتدریج و خود به خود در بین همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است. بدین ترتیب، مقصود از عرف، در اصطلاح حقوق، عاداتی است که چهره الزام‌آور یافته و قاعده حقوقی ایجاد کرده است. عرف دو عنصر اساسی دارد که جمع آنها برای ایجاد قاعده حقوقی عرفی ضروری است:

۱. عنصر مادی. برای ایجاد عرف لازم است که 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.

اعتبار دارد و تکرار اعمال مشابه ملتها در برخورد خارجی با یکدیگر، که بتدریج در روابط مشترک آنها جنبه الزامی یافته، موجب می‌گردد که در روابط سیاسی و خارجی نیز معتبر شناخته شود (همان: ۲۲۲).

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

احکام حکومتی

در فقه سیاسی منبع دیگری وجود دارد که حقوقدانان از آن به احکام حکومتی تعبیر می‌کنند. این احکام شامل فرامین و دستورات پیامبر (ص) و امام (ع) و زمامدار دارای مشروعیت اسلامی است. زمامدار اسلامی، در چارچوب قوانین شریعت، می‌تواند، 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 تغییراند، اما احکام حکومتی قابل تغییر هستند و ثبات آنها تابع مصلحتی است که آنها را پدید آورده است. از آنجا که مصلحت جامعه اسلامی متغیر است، این دسته از قوانین نیز به تبعیت از مصلحت جامعه اسلامی تحول یافته و جای خود را به احکام بهتری می‌دهند. بدین ترتیب، فرامین رهبر جامعه اسلامی یکی از مقررات سیاسی نظام اسلامی است. اما اینکه احکام حکومتی احکام اولیه است و یا در زمره احکام ثانویه است، میان فقها و حقوقدانان اسلامی اختلاف نظر است. توضیح آنکه قوانین در اسلام به دو دسته تقسیم می‌شوند: نخست، احکام ثابت الهی که متن شریعت است و براساس فطرت انسانی از طریق وحی مقرر شده و برای همیشه ثابت و غیر قابل نسخ

منکر، مورد استناد قرار می‌گیرد. زیرا ظاهر که در برابر اصل عدم برای تشخیص منکر به کار می‌رود، در حقیقت، همان عرف است که گاه به عنوان بدل اصل عدم و گاه حتی مقدم بر آن قرار می‌گیرد (عمید زنجانی، ۱۳۶۶: ۲۱۹).

۴. فقها در مورد شرایط عقود نیز پای عرف را به عنوان یک منبع حقوق به میان آورده‌اند و شرایطی را که در عرف و عادت قراردادها، به طور نوعی، یا در خصوص مورد قرارداد معمولاً منظور می‌دارند، به عنوان شرایط مبنی علیه قرارداد، معتبر دانسته‌اند. 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 می‌دهد (همان: ۲۲۰).

۵. در حقوق اسلامی عرف نه تنها به عنوان یک منبع حقوقی پذیرفته شده 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 عرف آن را مورد تأیید و استناد قرار داده و عقل نیز به عرف، به عنوان آراء 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 می‌شود، در تشخیص موضوعات، عرف به عنوان یک منبع مطرح و مورد استناد است. بنابراین، عرف گاه به صورت یک عامل مستقل پدیدآورنده قواعد حقوق است و گاه به عنوان یک اصل، به طور غیرمستقیم، در ضمن منابع دیگر حقوقی مطرح می‌شود (همان: ۲۲۱).

۶. در سطح بین‌المللی نیز کلیه رسوم و عاداتی که، به طور یکنواخت و بتدریج و با گذشت زمان، در جوامع بشری شکل گرفته و افراد آن جامعه الزامی بودن آن را احساس کرده‌اند، تا آنجا که در شریعت اسلامی منعی و ردی درباره آن رسوم داده نشده،

پیامدهای آن که هیچ کس نمی‌تواند ملتزم به آن باشد، مثلاً خیابان کشیها 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 و صدها امثال آن که از اختیارات دولت است. حکومت که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول‌الله (ص) است، یکی از احکام اولیه اسلام است و مقدم بر تمامی احکام فرعی حتی نماز و روزه و حج است. حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و.....

حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یک‌جانبه 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 فریضه مهم الهی است در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست، موقتاً جلوگیری کند (سروش، ۱۳۷۸: ۶۳۹).

بدین‌سان، 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 و یا اینکه 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 با احکام ثانویه‌ای که مقید به ضرورت و اضطرار هستند نمی‌باشد، بلکه عناوین دیگری نیز برای احکام ثانویه وجود دارد که به اختیارات حکومت اسلامی می‌افزاید (جوان آراسته، ۱۳۷۹: ۲۲۸).

منابع

ابن اثیر، عزالدین، (بی‌تا)، *اسد الغابه فی معرفه الصحابه*، المکتبه الاسلامیه بی‌جا؛

و تغییرات است؛ دوم، مقرراتی است که امام مسلمین در چارچوب احکام ثابت شریعت، بنا بر مصلحت اسلام و امت، در زمینه 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 و 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 ایجاب 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 (همان: ۳۳۲).

با این بیان، در پاسخ به سؤال برخی اندیشمندان فقه، احکام و مقررات دولتی را از احکام ثانویه شمرده‌اند. چنین احکامی را در ردیف احکام اضطراری قرار داده و گمان نموده‌اند که تا وقتی اداره کشور با بحران مواجه نشود، دولت مردان برای استفاده از الزامات قانونی مجاز نیستند. مبنای این نظریه 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 اینگونه مجوزها حالت استثنایی داشته و مربوط به موارد خاصی است که موضوع وحی یا ضرری رخ داده باشد. آنها خارج از احکام ثانویه، هرگونه حکم حکومتی را انکار دارند و به صرف مصلحت هیچ دخالتی را مشروع نمی‌دانند، مگر مصلحتی در حد برداشتن حرج و یا مصلحتی در حد برداشتن ضرر و یا مصلحتی در حد جلوگیری از اختلال نظام (سروش، ۱۳۷۸: ۶۳۹). از نظر امام خمینی (ره) حکم حکومتی از احکام اولیه است (۱۷۴/۲) و در نامه مورخ ۱۶/۱۰/۶۶۷ خطاب به رئیس‌جمهور 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 پدیده بی‌معنا و بی‌محتوا باشد. اشاره کنم به

- ابن منظور، (۱۴۰۸)، *لسان العرب*، داراحیاء التراث العربی، بیروت؛
الانصاری، الشیخ مرتضی، (۱۳۵۷) *المکاسب*، الطبعة الثانية، چاپ
یزدانی، تبریز؛
بهشتی، محمد، (۱۳۷۰)، *فرهنگ صبا*، انتشارات صبا، تهران؛
جمفیری لنگرودی، محمدجمفر، (۱۳۵۳)، *مکتبهای حقوقی در اسلام*،
ابن سینا، تهران؛
جوان آراسته، حسین، (۱۳۷۹)، *مبانی حکومت اسلامی*، دفتر تبلیغات
اسلامی، قم؛
حیدری، سیدعلی نقی، (۱۳۱۴)، *اصول الاستنباط*، دارالکتب الاسلامیه،
تهران؛
خلیلیان، سیدخلیل، (۱۳۷۵)، *حقوق بین الملل اسلامی*، دفتر نشر فرهنگ
اسلامی، تهران؛
سروش، محمد، (۱۳۷۸)، *دین و دولت در اندیشه اسلامی*، دفتر تبلیغات
اسلامی، قم؛
صحیفه نور، امام خمینی، صحیفه نور؛
ضیایی بیگدلی، محمدرضا، (۱۳۶۹)، *اسلام و حقوق بین الملل*، انتشار،
تهران؛
عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۶۶)، *نظام سیاسی و رهبری در اسلام*،
امیرکبیر، تهران؛
- قرآن کریم؛
القرطبی، باقر شریف، (۱۳۶۹)، *نظام حکومتی و اداری در اسلام*، ترجمه
عباسعلی سلطانی، آستان قدس رضوی، مشهد؛
قوام، عبدالعلی، (۱۳۷۰)، *اصول سیاست خارجی و سیاست بین الملل*،
سمت، تهران؛
کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۰)، *مقدمه علم حقوق*، انتشار، تهران؛
کلینی، ابن جمفر، محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی واژی، (۱۳۸۱)،
اصول کافی، ترجمه آیت الله حاج شیخ محمد باقر کمره‌ای، مکتب اسلام،
تهران؛
محقق قمی، (بی تا) *قوانین الاصول*، ج ۱، عبدالرحیم، قم؛
محمدی، ابوالحسن، (۱۳۵۸)، *مبانی استنباط حقوقی اسلامی*، دانشگاه
تهران، تهران؛
مطهری، مرتضی، (بی تا)، *آشنایی با علوم اسلامی (اصول فقه، فقه)*، صدرا،
تهران؛
میری زاده، حسین، (۱۳۸۰)، *حقوق بین الملل اسلام*، دانشگاه پیام نور،
تهران؛
نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۷) *جوهر الکلام*، دارالکتب الاسلامیه، تهران. ■