

سَلَامٌ عَلَيْكُمْ



# رہیافت فقیہی در حقوق بین الملل

محمدتقی فخلعی

(استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

با همکاری

محمدحسن حائری یزدی

(استاد دانشگاه فردوسی مشهد)



انتشارات پژوهشگاه مطالعات اسلامی در علوم انسانی

## رهیافت فقهی در حقوق بین الملل

محمد تقی فخلعی / محمدحسن حائری یزدی

ناشر: مؤسسه انتشاراتی پژوهشگده مطالعات اسلامی در علوم انسانی

چاپ اول ۱۳۹۴ / ۱۰۰۰ نسخه

قیمت ۱۵۰۰۰ تومان

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۹۳۸۱۱-۰-۴

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد

تلفن و دورنگار پژوهشگده مطالعات اسلامی در علوم انسانی:

۳۸۸۰۷۳۲۸ - ۳۸۸۰۴۸۵۰ - ۰۵۱ - [ishm@um.ac.ir](mailto:ishm@um.ac.ir)

سرشناسه: فخلعی، محمدتقی، ۱۳۴۴ -

عنوان و نام پدیدآور: رهیافت فقهی در حقوق بین الملل / محمدتقی فخلعی، محمدحسن حائری یزدی.

مشخصات نشر: مشهد: دانشگاه فردوسی مشهد. پژوهشگده مطالعات اسلامی در علوم انسانی، ۱۳۹۳.

مشخصات ظاهری: ۴۰۲ ص.

شابک: ۴ - ۰ - ۹۳۸۱۱ - ۶۰۰ - ۹۷۸ : ۱۵۰۰۰۰ ریال

وضعیت فهرست نویسی: فیپا

یادداشت: کتابنامه: ص. ۳۶۷ - ۳۸۱

یادداشت: نمایه: ص ۳۸۲ - ۴۰۲

موضوع: حقوق بین الملل اسلامی

شناسه افزوده: حائری یزدی، محمدحسن، ۱۳۳۴ -

رده بندی کنگره: ۱۳۹۳ / ۳۹ ف / ۱ / BP۲۳۰

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۴۸۳۴

شماره کتابشناسی ملی: ۳۴۴۳۴۸۱

## فهرست مطالب

مقدمه ناشر .....	۱۵
پیش گفتار .....	۱۷

### فصل اول: کلیات

مبحث اول: واژه‌ها و مفاهیم .....	۲۳
گفتار اول: واژه شناسی حق .....	۲۳
(۱) ریشه لغوی .....	۲۳
(۲) حق در واژه شناسی حقوق .....	۲۳
(۳) حق در واژه شناسی دین .....	۲۵
گفتار دوم: واژه های همگن .....	۲۵
(۱) حکم .....	۲۵
رابطه حق و حکم .....	۲۷
رابطه حق و تکلیف .....	۲۸
(۲) فقه .....	۳۱
رابطه فقه و حقوق .....	۳۲
الف. رابطه قواعد حقوقی سکولار با مسائل فقه اسلامی .....	۳۲
ب. رابطه فقه و حقوق اسلامی .....	۳۳
(۳) شریعت .....	۳۳
رابطه فقه و شریعت .....	۳۴
(۴) قانون .....	۳۴
(۵) قاعده حقوقی .....	۳۵
(۶) قاعده فقهی .....	۳۶
رابطه قاعده حقوقی و قاعده فقهی .....	۳۷
مبحث دوم: شاخه‌ها و پیکربندی‌ها .....	۳۷
گفتار اول: شاخه‌های حقوق .....	۳۷

- ۳۸..... (۱) حقوق خصوصی
- ۳۸..... (۲) حقوق عمومی
- ۳۹..... (۳) حقوق داخلی
- ۳۹..... (۴) حقوق خارجی (بین‌المللی)
- ۳۹..... گفتار دوم: واژه شناسی حقوق بین‌الملل
- ۳۹..... (۱) حقوق بین‌الملل عمومی
- ۴۰..... (۲) حقوق بین‌الملل خصوصی
- ۴۰..... تشابه‌ها و تمایزها
- ۴۱..... الف. وجوه مشترک
- ۴۱..... ب. وجوه تمایز
- ۴۲..... (۳) حقوق بین‌الملل و روابط بین‌المللی
- ۴۲..... (۴) حقوق بین‌الملل و نزاکت بین‌المللی
- ۴۳..... (۵) حقوق بین‌الملل و اخلاق بین‌المللی
- ۴۴..... گفتار سوم: پیکر بندی موضوع‌های فقهی
- ۴۶..... فقه سیاسی در هندسه فقهی
- ۴۷..... حقوق بین‌الملل اسلامی
- ۴۸..... فقه روابط بین‌الملل
- ۴۸..... **مبحث سوم: ضرورت حقوق بین‌الملل و نفی و اثبات آن**
- ۴۸..... گفتار اول: ضرورت حقوق بین‌الملل
- ۴۹..... گفتار دوم: نفی و اثبات حقوق بین‌الملل
- ۴۹..... (۱) دیدگاه نافیان
- ۵۱..... (۱) دیدگاه مثبتان
- ۵۲..... (۳) نقد و تحلیل
- ۵۵..... گفتار سوم: نفی و اثبات حقوق بین‌الملل اسلامی
- ۵۸..... **مبحث چهارم: موضوع حقوق بین‌الملل**
- ۵۸..... گفتار اول: موضوع حقوق بین‌الملل جدید
- ۵۹..... گفتار دوم: موضوع حقوق بین‌الملل اسلامی

مبحث پنجم: پیشینه حقوق بین‌الملل و تأثیر پذیری آن از ادیان و اسلام.....	۶۱
گفتار اول: ریشه های تاریخی حقوق بین‌الملل.....	۶۱
گفتار دوم: نقش دین در تکون حقوق بین‌الملل.....	۶۴
گفتار سوم: پیشینه تدوین حقوق بین‌الملل.....	۶۹
گفتار چهارم: آثار مکتوب اسلامی در حقوق بین‌الملل.....	۷۲

### فصل دوم: مبانی حقوق بین‌الملل اسلامی

درآمد.....	۷۵
مبحث اول: گذری بر مبانی مکتب‌های حقوقی.....	۷۵
گفتار اول: مکتب حقوق طبیعی (فطری).....	۷۶
نقد و بررسی.....	۷۸
گفتار دوم: مکتب حقوق وضعی (پوزیتیویسم).....	۸۱
نقد و بررسی.....	۸۲
گفتار سوم: مکاتب حقوقی در حقوق بین‌الملل.....	۸۳
۱) مکتب حقوق طبیعی در حقوق بین‌الملل.....	۸۳
۲) مکتب اصالت اراده در حقوق بین‌الملل.....	۸۴
یک. نظریه تحدید ارادی.....	۸۴
دو. نظریه اراده مشترک.....	۸۵
سه. مکتب حقوق وضعی جدید.....	۸۶
۳) مکتب اصالت اعیان یا نظریه عینی حقوق.....	۸۷
یک. نظریه جامعه شناسی حقوقی.....	۸۷
دو. نظریه محض حقوقی.....	۸۷
مبحث دوم: بنیان‌های مکتب حقوق بین‌الملل اسلام.....	۸۸
گفتار اول: مشروعیت الهی.....	۸۸
گفتار دوم: ریشه های فطری و عقلی.....	۹۰
گفتار سوم: نقش اجتهاد روشمند در کشف و استنباط حقوق.....	۹۱
گفتار چهارم: هویت مستقل و اصیل.....	۹۳
گفتار پنجم: قانون‌گذاری ثابت و متغیر.....	۹۵

الف. فرضیه‌ها.....	۹۶
ب. نقد و تحلیل.....	۱۰۱
گفتار ششم: اخلاق محوری.....	۱۰۳
(۱) معنا شناسی اخلاق.....	۱۰۴
(۲) رابطه اخلاق و حقوق.....	۱۰۴
(۳) رابطه اخلاق و حقوق بین‌الملل.....	۱۰۶
(۴) ریشه های اخلاقی حقوق بین‌الملل اسلامی.....	۱۰۸
گفتار هفتم: عدل محوری.....	۱۱۴
(۱) معنا شناسی عدل.....	۱۱۴
(۲) عدل و برابری.....	۱۱۶
(۳) مبنای عدالت.....	۱۱۹
(۴) حقوق بر پایه عدالت.....	۱۱۹
(۵) پیوند عدالت و اخلاق.....	۱۲۱
(۶) مبنا بودن عدالت در حقوق بین‌الملل (رهیافت فقهی).....	۱۲۴
گفتار هفتم: کرامت انسانی.....	۱۲۵
(۱) معناشناسی کرامت.....	۱۲۵
(۲) کرامت انسانی در قرآن و روایات.....	۱۲۶
(۳) مبنا بودن کرامت انسانی در حقوق بین‌الملل.....	۱۳۲
(۴) حقوق ناشی از کرامت انسانی (رهیافت فقهی).....	۱۳۴
یک. حق حیات.....	۱۳۴
دو. حق آزادی.....	۱۳۹
الف. تعریف آزادی.....	۱۳۹
ب. رابطه کرامت و آزادی.....	۱۴۱
ج. محدودیت آزادی.....	۱۴۱
د. حق آزادی در اسناد بین‌المللی.....	۱۴۳
ه. تأثیر نگرش به آزادی در حقوق بین‌الملل (رهیافت فقهی).....	۱۴۴
آزادی ملت‌ها و نفی استعمار و استعباد بین‌المللی.....	۱۴۴
نفی بردگی و برده داری.....	۱۴۵
آزادی عقیده.....	۱۴۷
ج. سایر حقوق بر پایه کرامت.....	۱۵۰



### فصل سوم: منابع حقوق بین الملل

مبحث اول: رویکرد کلی به منابع	۱۵۳
گفتار اول: معناشناسی منابع حقوق	۱۵۳
گفتار دوم: منابع حقوق بین الملل	۱۵۴
(۱) ماهیت منابع	۱۵۴
(۲) تعاریف و ویژگی ها	۱۵۷
الف. معاهده	۱۵۷
ب. عرف بین المللی	۱۵۷
ج. اصول کلی حقوقی	۱۵۸
د. تصمیم های قضایی بین المللی و عقاید دانشمندان برجسته حقوقی	۱۵۹
<b>مبحث دوم: منابع حقوق بین الملل اسلام</b>	<b>۱۶۱</b>
درآمد	۱۶۱
بخش اول. منابع اصیل	۱۶۱
گفتار اول: قرآن	۱۶۱
(۱) جایگاه و اعتبار	۱۶۱
(۲) قلمرو دلالت تشریحی و تقنینی آیات	۱۶۲
گفتار دوم: سنت	۱۶۵
(۱) جایگاه و اعتبار	۱۶۵
(۲) قلمرو تشریحی و تقنینی سنت	۱۶۷
گفتار سوم: عقل	۱۶۹
(۱) جایگاه و اعتبار	۱۶۹
(۲) کارکرد استقلالی عقل	۱۷۰
(۳) سایر کارکردهای عقل	۱۷۷
نکته آخر	۱۷۸
بخش دوم. منابع پیرو	۱۷۹
گفتار چهارم: اجماع	۱۷۹
(۱) معناشناسی اجماع	۱۷۹
(۲) جایگاه و اعتبار	۱۷۹
(۳) ملاک حجیت و اعتبار	۱۸۰

- ۱۸۲..... ارزیابی نهایی
- ۱۸۳..... (۵) اجماع منقول
- ۱۸۴..... گفتار پنجم: مصلحت
- ۱۸۴..... (۱) معناشناسی مصلحت
- ۱۸۴..... (۲) جایگاه و اعتبار
- ۱۸۶..... (۳) ضوابط مصلحت
- ۱۸۷..... (۴) کارکرد مصلحت در استنباط فقهی
- ۱۸۹..... (۵) حکم حکومی، ماهیت، مبنا و معیار
- ۱۹۰..... (۶) گستره حکم حکومی
- ۱۹۲..... (۷) معیارهای ترتیب مصالح
- ۱۹۳..... (۸) اعتبار مصلحت مظنون
- ۱۹۵..... (۹) مصلحت در حقوق و روابط بین‌الملل (رهیافت فقهی)
- ۱۹۸..... گفتار ششم: عرف
- ۱۹۹..... (۱) معناشناسی عرف
- ۱۹۹..... (۲) جایگاه و اعتبار
- ۲۰۰..... (۳) چیستی سیره عقلا
- ۲۰۲..... (۴) اعتبار سیره و نقش آن در استنباط حقوقی
- ۲۰۶..... (۵) کارایی ابزاری عرف
- ۲۰۸..... (۶) حاصل سخن
- ۲۰۸..... گفتار هفتم: معاهده
- ۲۰۸..... درآمد
- ۲۰۸..... (۱) وفای به پیمان در اسلام
- ۲۰۹..... یک. وفای به پیمان در قرآن کریم
- ۲۱۱..... دو. وفای به پیمان در روایات
- ۲۱۲..... سه. وفای به پیمان در سیره پیامبر (ص)
- ۲۱۳..... - منشور مدینه
- ۲۱۴..... - پیمان صلح حدیبیه
- ۲۱۵..... - پیمان صلح با مسیحیان نجران

۲۱۷.....	مبحث سوم: حقوق معاهدات (رهیافت فقهی).....
۲۱۷.....	گفتار اول: تعریف معاهده.....
۲۱۸.....	گفتار دوم: طبقه بندی معاهدات.....
۲۲۰.....	گفتار سوم: شرایط شکلی معاهده.....
۲۲۲.....	گفتار چهارم: شرایط ماهوی معاهده.....
۲۲۲.....	(۱) اهلیت طرف‌های معاهده.....
۲۲۴.....	(۲) رضا و قصد.....
۲۲۴.....	الف. اثر اشتباه در معاهده.....
۲۲۵.....	ب. اثر تقلب در معاهده.....
۲۲۷.....	ج. اثر اجبار در معاهده.....
۲۲۹.....	(۳) مشروعیت موضوع معاهده.....
۲۳۳.....	(۴) مشروعیت جهت معاهده.....
۲۳۶.....	گفتار پنجم: حق شرط در معاهده.....
۲۳۶.....	(۱) حق شرط در حقوق معاهدات بین‌المللی.....
۲۳۸.....	(۲) تحلیل فقهی حق شرط.....
۲۴۱.....	گفتار ششم: پایان معاهده.....
۲۴۱.....	(۱) پایان معاهده با اراده مشترک.....
۲۴۲.....	(۲) پایان معاهده به اراده یک‌جانبه.....

#### فصل چهارم: روابط بین‌المللی در نظم کنونی (رهیافت فقهی در روابط ملل)

۲۴۷.....	درآمد.....
۲۴۸.....	مبحث اول: کشور (تبیین مفهوم و تحلیل عناصر).....
۲۴۸.....	گفتار اول: تعریف.....
۲۵۰.....	گفتار دوم: عناصر تشکیل دهنده.....
۲۵۰.....	(۱) سرزمین.....
۲۵۲.....	(۲) جمعیت.....
۲۵۳.....	(۳) حاکمیت.....
۲۵۵.....	مبحث دوم: تبیین دیدگاه اسلام.....
۲۵۵.....	گفتار اول: وطن و سرزمین.....

- ۲۵۵..... (۱) مفهوم وطن
- ۲۵۶..... (۲) تحلیل وطن‌گرایی از منظر باور دینی
- ۲۵۸..... (۳) تحلیل مسئله از منظر فقهی
- ۲۶۱..... گفتار دوم: ملت و ملیت
- ۲۶۱..... (۱) مفهوم ملت در ادبیات دینی
- ۲۶۲..... (۲) تحلیل ملیت از منظر باور دینی
- ۲۶۵..... (۳) تحلیل مسئله از منظر فقهی
- ۲۶۶..... گفتار سوم، حاکمیت و مشروعیت
- ۲۶۶..... (۱) طرح مسئله
- ۲۶۷..... (۲) مشروعیت بین‌المللی
- ۲۶۸..... (۳) دولت جهانی اسلام
- ۲۶۹..... (۴) دولت سرزمینی در نگاه فقهی
- ۲۷۰..... الف. دیدگاه‌ها
- ۲۷۱..... یک. نظریه‌پردازان سنی
- ۲۷۶..... دو. نظریه‌پردازان شیعی
- ۲۸۰..... ب. نقد و تحلیل و رهیافت فقهی
- ۲۸۳..... گفتار چهارم: گستره حضور ولایت فقیه فراسوی مرزهای ملی
- ۲۸۵..... گفتار پنجم: تابعیت (رهیافت فقهی)
- ۲۸۵..... (۱) مفهوم تابعیت
- ۲۸۶..... (۲) ریشه تاریخی
- ۲۸۶..... (۳) ضرورت تابعیت
- ۲۸۷..... (۴) آثار تابعیت
- ۲۸۷..... (۵) تابعیت در اسلام
- ۲۸۷..... یک. وضعیت تاریخی
- ۲۸۹..... دو. نظریه‌های فقهی
- ۲۸۹..... الف. نظریه نفی و انکار
- ۲۹۰..... ب. نظریه پذیرش و اثبات، بر پایه ملاحظات مذهبی
- ۲۹۲..... ج. نظریه پذیرش تابعیت در وضع موجود
- ۲۹۳..... د. نقد و تحلیل و رهیافت فقهی
- ۲۹۶..... گفتار ششم: دار الاسلام، دار الکفر

۲۹۶.....	(۱) دیدگاه‌ها در باب مفهوم دو دار.....
۲۹۸.....	(۲) نقد و تحلیل.....
۲۹۹.....	(۳) دار الحرب.....
۳۰۱.....	گفتار هفتم: شناسایی.....
۳۰۱.....	(۱) مفهوم و ماهیت حقوقی.....
۳۰۴.....	(۲) شرایط و محدودیت‌ها.....
۳۰۶.....	(۳) شناسایی «دوژوره» و «دو فاکتو».....
۳۰۷.....	(۴) آثار حقوقی شناسایی.....
۳۰۸.....	(۵) تحلیل مسئله و رهیافت فقهی.....

### فصل پنجم: بنیان‌های حاکم بر روابط بین‌الملل اسلامی

۳۱۱.....	مبحث اول: اصل هم‌زیستی مسالمت‌جویانه.....
۳۱۱.....	گفتار اول: مفاهیم.....
۳۱۲.....	گفتار دوم: دیدگاه‌ها و تحلیل آن‌ها.....
۳۱۲.....	(۱) اصالت جهاد.....
۳۱۶.....	نقد و تحلیل.....
۳۱۶.....	(۲) اصالت صلح (دیدگاه برگزیده).....
۳۲۷.....	(۳) سایر دیدگاه‌ها.....
۳۳۰.....	مبحث دوم: اصل بی‌طرفی.....
۳۳۰.....	گفتار اول: بی‌طرفی به مثابه یک تأسیس سیاسی و حقوقی.....
۳۳۰.....	(۱) تعریف.....
۳۳۱.....	(۲) تقسیمات بی‌طرفی.....
۳۳۲.....	گفتار دوم: بی‌طرفی در اسلام.....
۳۳۲.....	(۱) دیرینه تاریخی.....
۳۳۳.....	(۲) اعتزال در قرآن کریم.....
۳۳۵.....	(۳) اعتزال در روایات.....
۳۳۶.....	(۴) اعتزال در سیره و تاریخ.....
۳۳۸.....	(۵) آرای اندیشمندان مسلمان در باره بی‌طرفی.....
۳۴۰.....	(۶) تحلیل دیدگاه‌ها و رهیافت فقهی.....

۳۴۴.....	مبحث سوم: اصل نفی سلطه‌گری و سلطه‌پذیری.....
۳۴۵.....	گفتار اول: مستندات.....
۳۴۷.....	گفتار دوم: گستره دلالت و حضور.....
۳۴۹.....	گفتار سوم: نقد یک موضع ابهام‌آمیز و رهیافت فقهی.....
۳۵۵.....	مبحث چهارم: اصل نفی رابطه ولایی با کافران.....
۳۵۵.....	گفتار اول: مفهوم اصل.....
۳۵۶.....	گفتار دوم: مستندات.....
۳۵۹.....	گفتار سوم: تحلیل مستندات و رهیافت فقهی.....
۳۶۷.....	کتاب‌نامه.....
۳۸۱.....	نمایه.....

## مقدمه ناشر

به نام خداوند جان آفرین حکیم سخن در زبان آفرین

بی‌تردید دانش فقه اصیل‌ترین، اصلی‌ترین و پررونق‌ترین دانش در حوزه‌ی تمدن اسلامی بوده و هست. این دانش با این پشتوانه‌ی سترگ، قرن‌های متمادی، یگانه نهاد و مرجع اداره‌ی جوامع اسلامی بوده است و انصافاً توانسته به خوبی از عهده‌ی حل مشکلات مسلمانان برآید. جز اینکه در دو قرن اخیر، هم‌زمان، با رشد و گسترش دانش حقوق در اروپا، افزون بر ورود فن‌آوری و زندگی غربی به کشورهای اسلامی، پای نظام‌های حقوقی، قوانین و مکاتب حقوق‌شناختی غربی نیز کم‌کم به جوامع اسلامی باز شد و در این دوران فقه اسلامی با نظام‌های حقوقی دیگر، که قرن‌های طولانی در موطن خویش ره پیموده بودند، دچار تلاقی و مواجهه گردید. در پی سیطره سیاسی و تکنولوژیک جوامع غربی، دانش حقوق توانست حضور خود را در ممالک اسلامی، پررنگ‌تر کند. این روند با آغاز جنبش مشروطه خواهی و تدوین قوانین جدید، سرعت گرفت؛ الگوها، قوانین ماهوی و شکلی غربی در قوانین مصوب ایران، حضوری آشکار و ملموس یافت.

دانش‌های فقه و حقوق، حداقل در شش عرصه قابل مقایسه هستند: موضوع؛ هدف؛ روش؛ مبانی؛ منابع؛ شاخه‌ها؛ بررسی همه جانبه‌ی این عرصه‌ها نیازمند تحقیقاتی ژرف و گسترده است. پرسش‌های مهمی که امروزه به ویژه در عصر استقرار نظام جمهوری اسلامی در ایران در برابر فقه اسلامی رُخ می‌نماید آن است که آیا می‌توان فقه اسلامی را تبدیل به یک نظام حقوقی کرد و یا حداقل، الفتی میان آن با حقوق مدرن ایجاد کرد؟ آیا در ایجاد یک نظام حقوق اسلامی، باید واژگان اساسی حقوق را بازتعریف کرد؟ آیا حقوق اسلامی می‌تواند یک نظریه اخلاقی باشد؟ آیا عنصر مصلحت که بر امکان فهم عقلی و عرفی انسان تأکید می‌ورزد، در نظام حقوق اسلامی شأن و منزلت دارد؟ تحولات اجتماعی چه ارتباطی با نظریه‌های حقوق اسلامی برقرار می‌کنند؟ و ...

پاسخ‌جویی این پرسش‌ها نیازمند بذل جُهد وافر از سوی اندیشمندان و فرهیختگانی است که سال‌ها تلاش و ژرف‌اندیشی خویش را بر این گونه مسائل، متمرکز ساخته‌اند. بخشی از این سهم را حوزه‌های علمی عهده‌دار شده‌اند و سهم دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی نیز در دست‌یابی به

این مهم، انکارناپذیر است. رشته‌های علوم انسانی در فرهنگ سازی سیال و تحول‌پذیر به جای فرهنگ ایستا و با ثبات بسیار نقش آفرین‌اند. بر این اساس، گروه فقه و حقوق پژوهش‌کننده‌ی مطالعات اسلامی در علوم انسانی با اهداف زیر، فعالیت خود را آغاز کرد:

- فراهم آوردن زمینه جهت گسترش پژوهش‌های فقهی و حقوقی.
- ایجاد نهضت تولید علم و جنبش نرم‌افزاری در حیطه‌ی دانش‌های فقه و حقوق.
- ارائه‌ی نظریه‌های نوین در عرصه‌ی حقوق اسلامی.
- کمک به تقریب معرفت‌شناسانه‌ی دانش فقه و حقوق به یکدیگر
- کمک به افزایش ظرفیت علمی فقه در محیط جامعه.
- کمک به بالندگی، نو‌اندیشی و افزایش ظرفیت تخصصی فقه و حقوق اسلامی در فضای عمومی و نخبگان جامعه.

این گروه که با توجه به ظرفیت‌های بالای حوزه‌ی علمیه‌ی مشهد مقدس و دانشگاه فردوسی مشهد، از توانمندی‌های بالفعل و بالقوه‌ای برخوردار است، توانست در ظرف مدت دو سال از بدو تشکیل، گام مؤثری در فراهم‌آوری دکترین‌های علمی در زمینه‌ی حقوق اسلامی بردارد که انتشار دو کتاب و در آستانه‌ی نشر بودن سه کتاب دیگر، از جمله‌ی این تلاش‌هاست.

کتاب «حقوق بین‌الملل؛ رهیافت‌های فقهی» که به خامه‌ی اندیشمند گرامی آقای دکتر محمد تقی فخلعی و با همکاری فاضل ارجمند آقای دکتر محمد حسن حائری (اعضای هیأت علمی دانشگاه فردوسی مشهد) تألیف یافته است، یکی از معدود آثاری است که در زمینه‌ی مبادی و کلیات فقه بین‌الملل به زبان فارسی نگاشته شده است و انصافاً خلاً عمیقی را در این عرصه، پر می‌کند. به‌زودی جلد دوم این کتاب که به موضوعات اصلی فقه و حقوق بین‌الملل می‌پردازد، انتشار خواهد یافت. از خداوند بزرگ توفیقات روزافزون را برای مؤلفان محترم این اثر گران‌سنگ خواستاریم.

پژوهش‌کننده مطالعات اسلامی در علوم انسانی

دانشگاه فردوسی مشهد



## پیش‌گفتار

در تعریف حقوق، از قواعدی الزام آور که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از سوی دولت تضمین می‌گردد، یاد شده است. هم‌چنان که حقوق بین‌الملل را قواعدی دانسته‌اند که روابط میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و روابط اتباع دولت‌ها را تنظیم می‌کند.

حقوق پژوهی معاصر در مغرب زمین رسالت ذاتی خود را این نمی‌یابد که از پیوند ریشه‌های حقوق با آموزه‌های ادیان سراغ گیرد و در جستجوی نقش شرایع در پیدایش حقوق برآید. او حقوق را زائیده‌ی نیاز اجتماعی بشر و پویایی یافته در عصر تحولات زندگی مدرن می‌یابد. اما در این سو حقوق پژوهان مسلمان با یادآوری رسالت پیامبران آسمانی در نظم عادلانه بخشیدن به روابط انسانی و از بین بردن زمینه‌های نزاع و اختلاف، بر نقش بی‌بدیل آموزه‌های ادیان و تربیت پیامبران در سامان دادن به روابط اجتماعی و بین‌المللی بر اساس قواعد عدل تکیه می‌کنند. از این روست که اندیشمندان مسلمان تحقیق به منظور کشف و استنباط آموزه‌های دینی در عرصه حقوق را رسالتی مهم بر دوش خود نهاده است.

جامعیت و جاودانگی دین نظریه‌ای رایج و مشهور میان همه اندیشمندان مسلمان در گذشته و حال است. باور به شریعت و آیینی که به عنوان نسخه‌ی نهایی زندگی سعادت‌مندان و کمال جویانه به بشر اهدا شده، انتظاری جز این، به بار نمی‌آورد که آموزه‌های آن همه جوانب حیات بشر را در برگیرد و برای همه دوران‌ها پاسخ‌گوی پرسش‌ها، و برآورنده نیازهای نو پیدا باشد.

فقه اسلامی آن ضلع از مثلث آموزه‌های دین را تشکیل می‌دهد که عهده دار سامان دادن به رفتارهای انسانی از جهت روایی و ناروایی، درستی و نارستی و سایر جهات مربوط به افعال ارادی انسان است. نگاه همه جانبه به همه‌ی اطراف فقه، ما را به مرز این تصدیق نزدیک می‌کند که در عرصه‌های اصلی زندگی، هیچ مسأله‌ی مغفولی باقی نمانده، جز این که ریشه‌های حکم آن به گونه‌ای در منابع فقه، مندرج، و نگاه فقیهان به سمت آن دوخته شده و بحث‌های ژرف فقهی در باره آن صورت گرفته است. از جمله این که، فقیهان در عرصه فقه سیاست و ارتباطات از دیرباز با

گشودن باب جهاد و سیر در مجامع فقهی خود، از احکام جنگ و صلح و روابط با دیگر ملت‌ها و سرزمین‌ها سخن گفته‌اند و این خود در باره‌ی وجود مجموعه گزاره‌های فقهی که بتوان آن را حقوق بین‌الملل اسلام نام نهاد، کمترین تردیدی به جای نمی‌گذارد. هرگز نمی‌خواهم چنین نتیجه بگیرم که مضامین درج شده در کتب فقهی کلاسیک و ابواب جهاد و سیر به مثابه نسخه کاملی از حقوق بین‌الملل پاسخ‌گوی نیاز جهان و انسان معاصر است. چه اینکه، اولاً زندگی بشر امروز در جمیع نواحی و ابعاد دچار دگرگونی‌های شگرفی در عرصه روابط گشته است. هزاران مسأله نوپیدا در پرتو پیدایش نظم نوین بین‌المللی پدیدار و فقه اسلامی به پاسخ‌گویی به این انبوه مسائل، فرا خوانده شده است. در چنین شرایطی به طور مثال آیا می‌توان با تکیه بر معدود گزاره‌های فقهی که بر پایه تقسیم جهان به دو بلوک دارالاسلام و دارالکفر مطرح بوده به سراغ پدیده‌هایی چون، کشور، دولت سرزمینی، نهادها و تأسیسات بین‌المللی، تأسیسات حقوقی چون تابعیت و شهروندی، و مفاهیمی چون شناسایی و مسائلی چون مهاجرت و پناهندگی رفت و گره از کار آن‌ها گشود؟

ثانیاً، مسأله ثبات یا تغییر پذیری گزاره‌های فقهی ابواب جهاد و سیر خود مسأله مهمی است که بایستی به درستی تبیین شود. اینکه تغییر شرایط تاریخی و زمانی تا چه حد در دگرگونی احکام و حقوق مؤثر است، پرسشی است که به راحتی پاسخ نمی‌یابد. البته انصاف این است که میراث فقهی کهن با صرف نظر از جنبه‌های متغیر و گزاره‌های نقد پذیر آن، از بنیان‌های استوار عقلی، عقلایی و اخلاقی برخوردار است. از این رو بخش مهمی از این میراث، همچنان از قابلیت ثبات و بقا برخوردار و در برابر اندیشه‌های حقوقی رقیب، دارای چهره‌ای درخشان و تابناک است.

رسالت پژوهش‌گر معاصر چند چیز است:

یک این که به تبیین هرچه دقیق‌تر و عالمانه‌تر ابعاد مترقی و پیشرو فقه پردازد.  
 دو این که با گردآوردن گزاره‌های فقهی و قرار دادن آن‌ها در پازلی متناسب با نیازمندی زمان، و دسته‌بندی متوازن و مناسب آن‌ها به نظام‌سازی حقوقی کمک کند.

سه این که، با تحلیل دقیق علمی، گزاره‌های فقهی متغیر را از ثابت جدا گرداند. احکام متغیر را با لحاظ کردن شرایط تاریخی تحلیل کند و از جنبه‌های ثابت به عنوان ظرفیت‌های پایان‌ناپذیر فقه برای حل معضلات حقوقی انسان معاصر مدد گیرد.

چهار این که با کند و کاو در منابع اصیل فقه، چون قرآن و سنت و عقل، مبانی و مقاصد حقوق بین‌الملل اسلامی را بیرون کشد، و در پی آن در پی تدوین نظامی حقوقی برآید که پیوند آن با مبانی و مقاصد هرچه استوارتر باشد.

پنج این که، با جرأت لازم در میدان بحث ورود یابد و با لحاظ کردن اهداف و مقاصد و مبانی

محکم شریعت، بدون اینکه از متد اجتهاد سنتی و فقه جواهری روی گرداند، در صدد نقد و بازخوانی آن دسته از گزاره‌های فقهی که در معرض نقد و اصلاح است، برآید.

این پنج مهم به مثابه راهبردهای اساسی، در تدوین این اثر مورد توجه بوده است. رهیافت‌های فقهی در حقوق بین‌الملل نامی است که برای این نوشتار انتخاب شده است. چنان که از این نام پیداست، کوشش شده که مباحث و مسائلی چند از حقوق بین‌الملل عمومی با نگاه درون دینی و با تکیه بر منابع و مدارک فقهی مورد تحلیل قرار گیرد. دو هدف عمده از این تلاش را این گونه می‌توان توضیح داد:

(۱) ارائه نسخه‌ای از حقوق خارجی دولت اسلامی متناسب با نیاز دوران کنونی. نویسنده مناسب می‌یابد از آن به عنوان سندی یاد کند که حاوی اهداف، راهبردها و خطوط کلی در روابط حقوقی نظام اسلامی در جامعه‌ی بین‌المللی است.

(۲) فراهم آوردن امکان مقایسه میان بخشی از مسائل حقوق بین‌الملل نوین با رهیافت‌های فقه اسلامی. این مقایسه به هدف کشف میزان هم‌گرایی و واگرایی آن دو صورت می‌گیرد. در این مقایسه چند نتیجه حاصل می‌گردد:

نخست ابعاد مترقی و پیشرو فقه اسلامی در کثیری از موضوعات آشکار می‌شود. به طور مثال اصول و قواعد و نیز گزاره‌های مربوط به مباحثی چون حقوق معاهدات بین‌المللی، اصول روابط بین‌المللی اسلام، جنگ دفاعی، حقوق بشر دوستانه، که دارای ریشه‌های استوار و چهره‌ای مقبول در پیشگاه عقل و عقلاست، و مظهر استواری اندیشه اسلامی و تجلی دهنده بنای راسخ هویت دینی به شمار می‌رود، بر تارک نظام حقوق اسلامی می‌درخشد و منصفان عالم را در برابر آن وادار به تعظیم می‌کند.

دوم این که، در زمینه قواعد آمره بین‌المللی این نتیجه به دست می‌آید که اصل بر هم‌گرایی حقوق بین‌الملل نوین با قواعد فقه اسلامی است. ریشه‌ی این مسأله را در پایه‌های عقلی و فطری این قواعد باید جستجو کرد. یعنی آنچه که همواره مورد توافق ادیان و شرایع و حکیمان و خردمندان عالم بوده است. تفاوت‌ها و مбайنت‌های حقوقی نیز عمدتاً به مسائل فرعی و غیر بنیادی بر می‌گردد.

سوم این که، با حفظ پایداری بر اصول و اسناد معتبر شرع و بدون خود باختگی در برابر اندیشه‌های رقیب، پاره‌ای از گزاره‌های فقه کهن در معرض نقد و بازخوانی و تکمیل قرار می‌گیرد. روش درست آن است که این بازخوانی در زمینه اسناد اطمینان بخش شریعت و با تکیه بر محکّمات ادله و با لحاظ کردن قواعد تراحم میان مصالح و غایات، با رعایت دقت و احتیاط لازم

انجام گیرد. به طور مثال نگاه ویژه به حقوقی اساسی چون حق حیات و آزادی بشر در پرتو اصول اندیشه توحیدی، پژوهشگر را به بازخوانی برخی گزاره‌های فقهی جهاد ابتدایی فرا می‌خواند. نگارنده بر این باور است که تثبیت مفاهیمی بنیادی چون عدالت، اخلاق و کرامت انسانی و حقوق بر آمده از آن‌ها به مثابه مبانی مهمی در حقوق بین‌الملل اسلامی، راه را برای بازبینی، اصلاح و تکمیل گزاره‌های فقهی در زمینه جنگ و صلح، حقوق شهروندان و اقلیت‌ها، رابطه با ماورای مرزها و بیرون از گستره‌ی دارالاسلام و جز آن، می‌گشاید. این چیزی است که در سرتاسر این نوشتار در کانون توجه بوده است.

اثر پیش رو جلد اول از کتاب «رهیافت‌های فقهی در حقوق بین‌الملل» و حاوی مباحث کلی در حوزه حقوق بین‌الملل عمومی اسلام است.

فصل اول کتاب به طرح کلیاتی چون واژه‌شناسی فقه، حقوق و حقوق بین‌الملل و دیگر مفاهیم و واژگان مرتبط، ضرورت حقوق بین‌الملل و دلایل ترجیح دیدگاه مثبتان بر نافیان، موضوع حقوق بین‌الملل، پیشینه حقوق بین‌الملل در گذشته‌ی تاریخ، نقش بنیادی ادیان و به ویژه اسلام در ارائه الگویی از نظام حقوق و روابط بین‌الملل و سرانجام دیرینه‌ی تحقیق و تصنیف در موضوعات حقوق بین‌الملل و سیر نگارش اولیه کتب جهاد و سیر توسط فقیهان اسلامی قرون نخست اختصاص یافته است.

فصل دوم کتاب به هدف بررسی مبانی مکتب حقوق بین‌الملل اسلامی تدوین شده؛ و مقدمتاً به مبانی مکاتب حقوقی و تأثیر آن‌ها در حقوق بین‌الملل نوین و نقد و تحلیل خلاصه وار آن‌ها روی آورده است. بخش اعظم این فصل به بیان مهم‌ترین ویژگی‌ها و عناصر بنیادی حقوق بین‌الملل اسلامی اختصاص یافته است. بنیان‌هایی چون: مشروعیت الاهی، ریشه‌های عقلی و فطری، نقش استنباط روش‌مند در کشف حقوق، جایگاه قانون‌گذاری ثابت و متغیر، از این جمله است. سه اصل بنیادی اخلاق محوری، عدالت محوری و کرامت انسانی و نقش بنیادی آن سه در ساختن گزاره‌های حقوق بین‌الملل اسلامی، به دقت مورد رسیدگی قرار گرفته است. تأکید ویژه بر این سه اصل، برای توجه بخشیدن به این نکته است که تدوین یک نظام حقوقی کامل، پابرجا و پویا و مصون از هر ایرادی تنها بر پایه این سه، امکان‌پذیر است. توجه به این مبانی و مقاصد سه‌گانه به ما در بازخوانی میراث فقه کهن و اصلاح و ترمیم آن نیز کمک خواهد کرد.

فصل سوم به بحث تفصیلی منابع حقوق بین‌الملل اختصاص دارد. نخست با رویکردی کلی منابع این شاخه از حقوق مورد مطالعه قرار گرفته؛ و در ادامه، منابع حقوق بین‌الملل اسلامی در دو بخش منابع اصیل و پیرو مورد بررسی و تحلیل واقع شده است. منابع اصیل شامل: قرآن، سنت،

عقل و منابع پیرو شامل: اجماع، مصلحت، عرف و سیره، و معاهده است. کوشش نویسنده بر این بوده که بحث‌ها با نقادی لازم توأم شود و نقش ملموس هر یک از این منابع در فرایند تقنین و نظام سازی حقوقی تبیین گردد. در ادامه‌ی این بحث با توجه به اهمیت موضوع، حقوق معاهدات بین‌المللی با رویکردی فقهی و به منظور نیل به رهیافت فقهی به تفصیل مورد مطالعه واقع شده است. مفاهیم، شرایط شکلی و ماهوی معاهدات، وضعیت حق شرط در معاهدات بین‌المللی و سرانجام چگونگی پایان و انحلال معاهده به بحث کشیده شده است.

فصل چهارم، روابط بین‌المللی در نظم کنونی یا رهیافت فقهی در روابط ملل عنوان یافته است. این فصل به مباحثی پرداخته که در تبیین دیدگاه فقه اسلامی در مورد نظم حاکم بر ساختار بین‌المللی جهان معاصر سهیم است. نخست مقوله‌ی کشور - به عنوان مهم ترین تابع حقوق بین‌الملل - و عناصر مقوم آن توضیح داده شده است. بدین مناسبت موضع فقه اسلامی در برابر مقولاتی چند چون: وطن و سرزمین، وطن‌گرایی، ملت و ملیت، حاکمیت، مشروعیت بین‌المللی، مرزهای ملی و دولت سرزمینی، دولت جهانی اسلام، رابطه با دولت‌های سرزمینی، رابطه با فراسوی مرزهای ملی، تأسیسی حقوقی چون تابعیت، اصل شناسایی و آثار و احکام آن و نیز حقیقت دار الاسلام و دار الکفر و وضعیت این تقسیم بندی با توجه به نظم ساختاری جامعه بین‌المللی در دوران حاضر، مورد مطالعه و بررسی واقع شده است و کوشش شده که هر مورد با رهیافتی فقهی توأم گردد.

در فصل پنجم و در امتداد مباحث حوزه روابط ملل، مهم ترین بنیان‌های حاکم بر روابط بین‌المللی اسلام مطرح شده است. در این فصل چهار اصل هم زیستی مسالمت جویانه، بی طرفی، نفی سلطه‌گری و سلطه‌پذیری و نفی رابطه ولایی با کافران مورد بحث قرار گرفته است. دو اصل نخست، نقش گشایش دهنده و دو اصل بعدی، نقش محدودیت بخش در روابط برخوردارند. در هر یک از مباحث چهارگانه با طرح مفهوم و موقعیت اصل، مدارک و مستندات و قلمرو، سعی شده است به رهیافت فقهی لازم منتهی شود.

مباحث ارائه شده جملگی تمهیدی است برای ورود به حقوق جهاد و صلح در اسلام و همه شاخه‌ها و فروع این بحث. چنان که اجل مهلت دهد این دسته بحث‌ها به فضل الاهی، در جلد دوم این اثر به طور جامع و با رویکردی نوین و رهیافت‌های فقهی مبتکرانه، تدوین و ارائه خواهد شد. بیش از ده سال از آن زمان که برای نخستین بار مسئولیت تدریس درسی با نام حقوق بین‌الملل اسلامی به من واگذار شد، سپری شده است. در همه‌ی سال‌های گذشته، در پی فرصتی بودم که با

مطالعه عمیق، نگاه فقه اسلامی را به مسائل و پرسش‌های مطرح در عرصه حقوق و روابط بین‌الملل، به طور مطلوب به کف آورم و مباحثی چند را در این باره به رشته قلم بیاریم. تا این که سرانجام به مدد توفیق الاهی، نوشتار حاضر به عنوان حاصل تبعی چندین ساله به رشته تحریر در آمد. پیش از این نویسندگان دیگری نیز در تدوین و تألیف حقوق بین‌الملل اسلامی کوشیده‌اند که فضیلت سبقت، از آن ایشان است. نوشتار حاضر نیز به عنوان گامی تکمیلی در این عرصه ارزیابی می‌شود. همه کوشش نویسنده معطوف به آن بوده که بحث‌های انجام گرفته از عمق و غنای فقهی لازم برخوردار باشد و رهیافت‌ها بر پایه‌ی استدلال و استنباط نیکو استوار؛ و نتایج و دستاوردها، بدیع و روزآمد، ارائه گردد.

نویسنده با ادای احترام به همه کاوش گران فقهی که در این باره، حاصل اندیشه و تتبع خویش را در اختیار جامعه علمی حوزوی و دانشگاهی نهاده‌اند، بضاعت ناچیز خود را به پیشگاه اهل دانش و معرفت تقدیم می‌کند و از آنان تمنای آن دارد که در نقد و پیراستن آن، وی را یاری رسانند.

در پایان بر خود فرض می‌دانم از همه اشخاصی که در به ثمر رسیدن این اثر به من یاری رسانده‌اند، به ویژه استاد ارجمند جناب آقای دکتر محمد حسن حائری یزدی، عضو محترم هیئت علمی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد که در ویرایش مقدماتی اثر، سهم ویژه و انکارناپذیری داشتند، صمیمانه سپاس گذاری کنم. نیز از مسئولان و کارکنان پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی دانشگاه فردوسی مشهد، به ویژه رئیس سابق پژوهشکده جناب آقای دکتر محمد حسین زاده بحرینی و رئیس محترم فعلی جناب آقای دکتر علی اکبر ناجی و مدیر محترم گروه پژوهشی فقه و حقوق، همکار ارجمند، جناب آقای دکتر حسین نصری مقدم، که با یاری و مساعدت شایسته خود در پدید آمدن این اثر سهم ویژه‌ای داشته‌اند، سپاس فراوان به جای می‌آورم. نیز از همسر و فرزندان خود که با بردباری خویش مجال مطالعه و تحقیق به من بخشیده‌اند به طور ویژه قدردانی کنم. از درگاه خالق خویش متضرعانه مدد می‌جویم که گامم را در راه تداوم و تکمیل این پژوهش استوار گردانند و خیر و صواب را به اندیشه و قلم ناچیزم الهام کند؛ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ.

دکتر محمد تقی فخلعی

دانشگاه فردوسی مشهد