



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



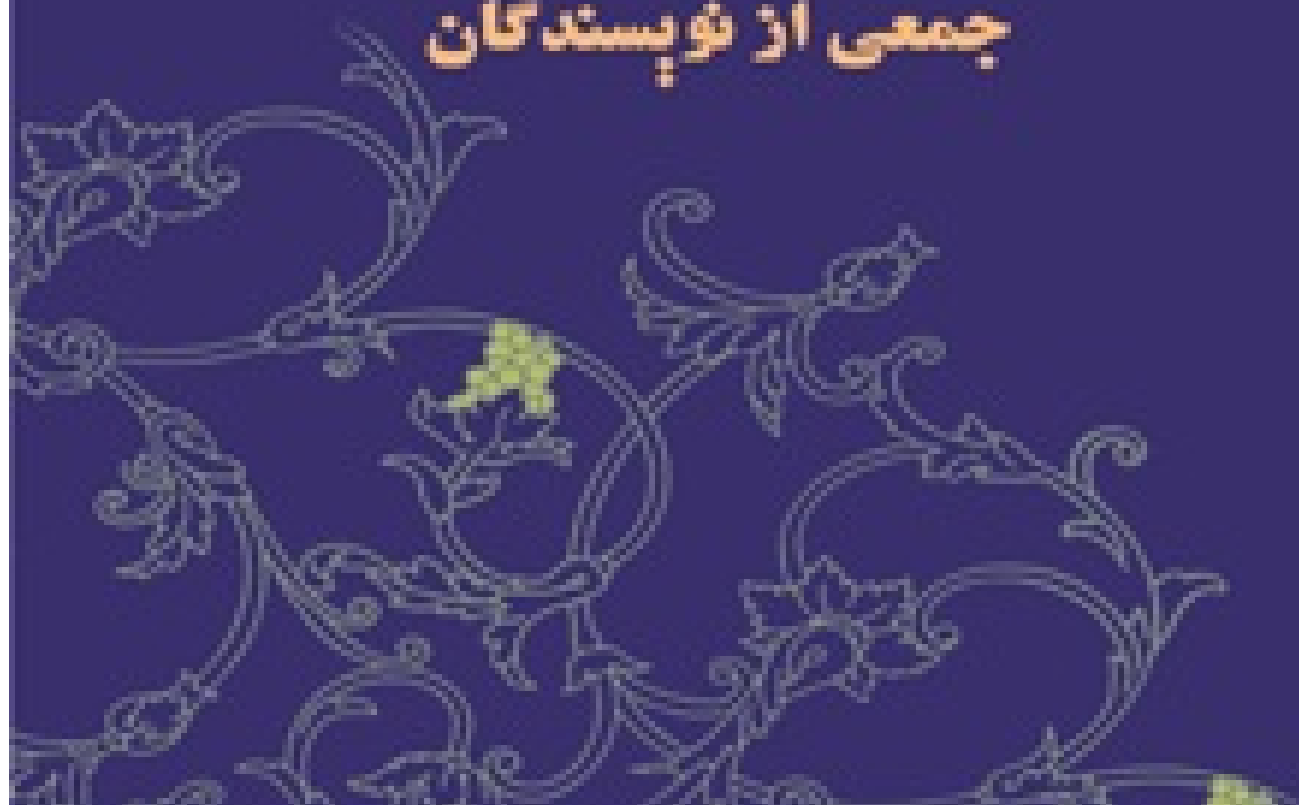
عمران
علیه السلام

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

حقوق در آینه قصه

نگاهی به پارهای از مسائل حقوق خصوصی، جزا و بین الملل

جمعی از نویسندگان



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حقوق در آینه فقه

نویسنده:

جمعی از نویسندگان

ناشر چاپی:

دانشگاه علوم اسلامی رضوی

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۱۵	حقوق در آینه فقه
۱۵	مشخصات کتاب
۱۵	اشاره
۱۹	فهرست مطالب
۳۴	سخن ناشر
۳۶	مقدمه
۳۹	فقه، منبع گرانبهای حقوق
۳۹	اشاره
۳۹	تعریف فقه
۴۰	مقالات کتاب
۴۰	اشاره
۴۰	۱. تحلیلی از قانون اصلاح مقررات طلاق و مبانی فقهی آن
۴۲	۲. طلاق حاکم از دیدگاه فقیهان متأخر
۴۳	۳. محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین کیفری
۴۴	۴. ارتداد
۴۵	۵. آزادی بیان در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر
۴۶	۶. حقوق اقلیتها در اسلام و اعلامیه های حقوق بشر
۴۸	۷. حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه
۵۰	بخش اول : حقوق خصوصی
۵۰	اشاره
۵۲	تحلیلی از قانون اصلاح مقررات طلاق و مبانی فقهی آن
۵۲	پیشگفتار
۵۴	موجبات طرح و تصویب قانون «اصلاح مقررات طلاق»

۵۴	۱. طلاق قانونی و تأثیر آن در فرآیند نظم اجتماعی
۵۶	۲. ناخوشایندی مطالبه مهر و تأثیر آن بر سکوت زن
۵۶	۳. فلسفه اهتمام اسلام به مسأله طلاق و احکام آن
۵۷	۴. طلاق و وضع قوانین حکومتی برای کمک بیشتر به زن
۵۹	تعریف شرط و بهره‌گیری از آن در امر طلاق
۵۹	معنای لغوی و اصطلاحی شرط
۶۰	بهره‌گیری از اراده مشروع به صورت شرط ضمن عقد
۶۲	تحلیل و بررسی مبانی فقهی قانون اصلاح مقررات طلاق (ماده واحده)
۶۲	وجه الزام زوجین به تسلیم دادخواست طلاق
۶۳	بررسی اقدامات اولیه دادگاه برای متقاضیان طلاق
۶۳	ارجاع زوجین به داوری و تشکیل محکمه صلح خانوادگی
۶۸	صدور گواهی عدم امکان سازش و ارجاع و اعلان به محضر
۶۹	بررسی تبصره ۶ ماده واحده (مقررات طلاق)
۶۹	اشکالات وارد بر تبصره فوق
۷۱	کارهایی که زن در مقابل آنها می‌تواند از شوهر، مطالبه اجرت کند
۷۳	بررسی تفسیری و فقهی مفهوم و ماهیت نخله
۷۳	ذکر نخله در قرآن و مفهوم آن از نظر مفسران
۷۴	ماهیت نخله از دیدگاه فقهی
۷۶	اسلام و توصیه به دادن هدیه به زن، حتی پس از طلاق
۷۶	قرآن و سفارش به برخوردار شدن زنان مطلقه از متاع (هدیه)
۷۹	هدیه دادن به زن پس از طلاق از دید روایات
۸۱	خاتمه
۸۲	کتاب نامه
۸۳	طلاق حاکم از دیدگاه فقیهان متأخر
۸۳	پیشگفتار
۸۴	کلیات

۸۴	تعریف طلاق
۸۶	ضرورت طلاق، به رغم ناخوشایندی آن
۸۷	امر طلاق به دست مرد است
۸۹	انواع طلاق
۹۱	امتناع یا عجز شوهر از تهیه نفقه
۹۱	اشاره
۹۳	وظیفه حاکم شرع در مقابل زوج ممتنع
۹۷	وظیفه حاکم شرع در مقابل زوج عاجز از نفقه
۱۰۱	فقیها و مواجه شدن زن با عسر و حرج
۱۰۷	فقدان یا حبس شوهر
۱۰۷	اشاره
۱۱۲	نظر امام خمینی قدس سره و مشهور فقها درباره شوهران مفقود شده
۱۱۳	چکیده مطالب
۱۱۴	نتیجه گیری
۱۱۶	کتاب نامه
۱۱۸	بخش دوم: حقوق جزا
۱۱۸	اشاره
۱۲۰	محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین کیفری
۱۲۰	محاربه در فقه
۱۲۰	اشاره
۱۲۰	لغت محاربه
۱۲۱	شأن نزول و مفهوم آیه محاربه
۱۲۳	تعریف محاربه از دیدگاه فقهای شیعه
۱۲۵	روایات محاربه
۱۲۷	نتیجه:
۱۲۷	۱. عنصر اصلی محاربه:

۲. زمان و مکان در محاربه: ۱۲۷
۳. انگیزه محارب: ۱۲۷
۴. تحقق اهداف محارب: ۱۲۸
۵. قصد ترساندن مردم، لازم نیست: ۱۲۸
۶. تعدد محاربان: ۱۲۸
۷. جنسیت محارب: ۱۲۸
۸. دین محارب: ۱۲۹
۹. مکان محاربه از دیدگاه اهل سنت: ۱۲۹
۱۰. سارق، ممکن است محارب باشد: ۱۲۹
۱۱. محارب، لازم نیست مورد تهمت باشد: ۱۳۲
۱۲. سلاح محارب: ۱۳۲
- مجازات محارب از دیدگاه فقهای شیعه و سنی ۱۳۳
- روایاتی درباره مجازات محارب ۱۳۵
- نقد و بررسی نظریه ترتیب و تخییر ۱۳۶
- ارائه دو شیوه اعمال مجازات محارب و جمع بین روایات ۱۳۹
- الف) مجازات به مقدار جنایت: ۱۳۹
- ب) اعدام محارب: ۱۴۲
- افساد فی الارض ۱۴۴
- فساد در لغت ۱۴۴
- فساد و صلاح در آیات ۱۴۴
- فساد در روایات ۱۴۵
- نقد و بررسی نظریه افساد فی الارض ۱۴۵
- محاربه و افساد در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران ۱۵۱
- کلیات ۱۵۱
- محاربه علیه مردم ۱۵۲
- محاربه علیه نظام ۱۵۶

۱۵۸	نقد و بررسی
۱۵۹	بغی
۱۵۹	بغی در لغت
۱۶۲	واکنش علیه باغی
۱۶۲	الف) مقابله با باغی یا دفاع مشروع:
۱۶۶	ب) مجازات باغی:
۱۷۰	کتابنامه
۱۷۳	ارتداد
۱۷۳	اشاره
۱۷۳	مقدمه
۱۷۴	کلیات
۱۷۴	اسلام چیست، مسلمان کیست؟
۱۷۷	کفر چیست، کافر کیست؟
۱۷۸	شرک و توحید
۱۷۸	لغت و مفهوم ارتداد
۱۷۹	تعریف ارتداد در فقه
۱۸۱	اقسام ارتداد در فقه
۱۸۲	شرایط ارتداد و ارتداد غیربالغ
۱۸۳	حکم ارتداد حین بلوغ
۱۸۵	عوامل ارتداد
۱۸۵	۱. انکار هر یک از اصول سه گانه
۱۸۷	۲. انکار خاتمیت حضرت محمد صلی الله علیه واله
۱۸۸	۳. ادعای نبوت
۱۸۹	۴. اهانت به پیامبر صلی الله علیه واله
۱۸۹	اشاره
۱۸۹	انکار امامت ائمه دوازده گانه

۱۹۱ محارب امام معصوم
۱۹۴ ۵. انکار ضروریات دین
۱۹۴ اشاره
۱۹۷ ارتداد به دلیل شبهه واقعیه
۲۰۱ توبه مرتد
۲۰۱ اشاره
۲۰۲ روایات توبه مرتد
۲۰۴ کتابنامه
۲۰۷ بخش سوم : حقوق بین الملل
۲۰۷ اشاره
۲۰۹ آزادی بیان در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر
۲۰۹ مقدمه
۲۱۰ تعریف آزادی بیان
۲۱۴ تاریخچه آزادی بیان
۲۱۷ آزادی بیان از دیدگاه غرب
۲۱۷ اشاره
۲۱۸ مخالفان آزادی بیان
۲۲۰ موافقان افراط گرای آزادی بیان
۲۲۴ نظریات تعدیل شده
۲۲۵ تجلی اندیشه آزادی بیان در اعلامیه جهانی حقوق بشر
۲۲۷ آزادی بیان از دیدگاه اسلام
۲۲۷ اشاره
۲۲۸ آزادی بیان در قرآن و حدیث
۲۲۸ اشاره
۲۲۸ ۱. ضرورت بیان حق
۲۲۹ ۲. اهمیت بیان حق

۳. جرم بودن کتمان حق: ۲۲۹
۴. نقل آرا و نظرات مخالفان: ۲۲۹
۵. فرمان به مناظره علمی و جدال احسن: ۲۲۹
۶. دستور به برهان طلبی: ۲۳۰
۷. تشویق به گزینش بهترین ۲۳۰
۸. آزادی تفکر و اندیشه: ۲۳۰
- نمونه هایی از آیات و روایات: ۲۳۱
- آزادی بیان در آرای اندیشمندان اسلامی ۲۳۳
- آزادی بیان در قانون اساسی ج.۱۱ و اعلامیه اسلامی حقوق بشر ۲۳۵
- هم سنجی دو دیدگاه ۲۳۷
- کتابنامه ۲۴۱
- حقوق اقلیتها در اسلام و اعلامیه های حقوق بشر ۲۴۳
- پیشگفتار ۲۴۳
- کلیات ۲۴۴
- تعریف لغوی و اصطلاحی اقلیت ۲۴۴
- اقلیت در حقوق بین الملل ۲۴۵
- معیارهای تشخیص اقلیت ۲۴۵
- سابقه تاریخی وضعیت اقلیتها ۲۴۶
- اشاره ۲۴۶
- الف) وضعیت اقلیتها در قرون اولیه میلادی: ۲۴۷
- اشاره ۲۴۷
۱. اقلیتها در جامعه ساسانی ۲۴۷
۲. اقلیتها در امپراتوری روم ۲۴۸
- ب) وضعیت اقلیتها در قرون وسطی ۲۴۸
- ج) وضعیت اقلیتها در قرون اخیر: ۲۵۰
- اشاره ۲۵۰

- ۲۵۱ آزادی مذهب:
- ۲۵۲ رابطه دولتهای اروپایی و مذهب در دوره معاصر:
- ۲۵۳ حقوق اقلیتها در اسناد بین المللی
- ۲۵۳ اشاره
- ۲۵۳ از اولین تلاشها تا اعلامیه دسامبر ۱۹۹۲
- ۲۵۳ اشاره
- ۲۵۴ جامعه ملل و اقلیتها
- ۲۵۵ سازمان ملل و اقلیتها
- ۲۵۶ میثاق رفع تبعیضات نژادی
- ۲۵۸ حقوق اقلیتها در اعلامیه های حقوق بشر
- ۲۵۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر
- ۲۶۰ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی
- ۲۶۱ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی
- ۲۶۱ حقوق اقلیتها در اعلامیه دسامبر ۱۹۹۲
- ۲۶۵ اسلام و حقوق اقلیتها
- ۲۶۵ اشاره
- ۲۶۶ اسلام و اقلیتهای نژادی - قومی، قبیله ای و زبانی
- ۲۶۶ اسلام و منع تبعیض نژادی
- ۲۶۸ اسلام و اقلیتهای مذهبی
- ۲۶۸ اشاره
- ۲۶۸ اسلام و آزادی عقیده
- ۲۶۹ اقلیتهای مذهبی اهل کتاب
- ۲۶۹ اشاره
- ۲۷۰ قرارداد ذمه:
- ۲۷۰ مفهوم جزیه و خراج:
- ۲۷۱ تفاوت جزیه و خراج:

- ۲۷۲ سابقه جزیه و خراج:
- ۲۷۲ مقدار جزیه و خراج:
- ۲۷۴ آیا خراج و جزیه هر دو بر ذمی واجب است؟
- ۲۷۴ فلسفه تشریح جزیه:
- ۲۷۷ بررسی آیه جزیه
- ۲۸۱ معافیت از پرداخت جزیه:
- ۲۸۴ دلایل اختصاص قرارداد ذمه به اهل کتاب:
- ۲۸۵ حقوق اقلیتهای مذهبی (اهل کتاب) در چارچوب قرارداد ذمه:
- ۲۹۱ اقلیتهای مذهبی غیر اهل کتاب
- ۲۹۱ اشاره
- ۲۹۴ طهارت کفار:
- ۲۹۵ دیه کفار:
- ۲۹۸ نتیجه گیری
- ۳۰۲ استفتاء از حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی دامت افاضاته
- ۳۰۳ کتابنامه
- ۳۰۷ حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه
- ۳۰۷ اشاره
- ۳۰۸ مقدمه
- ۳۰۹ سیر تکامل تاریخی قواعد قانونی
- ۳۱۲ روش کنوانسیون ۱۹۵۴ و پروتکل آن
- ۳۱۲ کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه درباره حفظ اموال فرهنگی در زمان جنگ
- ۳۱۲ تعریف «اموال فرهنگی»
- ۳۱۳ دو نوع حمایت
- ۳۱۶ لغو یا فقدان حمایت
- ۳۲۱ قلمرو اعمال و اجرای کنوانسیون
- ۳۲۲ جلوگیری از نقض کنوانسیون

- ۳۲۲ پروتکل ۱۹۵۴ جهت حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه
- ۳۲۳ پروتکل الحاقی به کنوانسیونهای ژنو
- ۳۲۳ قلمرو اعمال این پروتکل
- ۳۲۴ ارتباط این پروتکل با کنوانسیون ۱۹۵۴
- ۳۲۴ حمایت از اموال فرهنگی و اماکن مذهبی
- ۳۲۸ منع تخلفات
- ۳۳۵ دیگر توافق نامه های بین المللی مربوط به بحث
- ۳۳۷ اصلاح کنوانسیون ۱۹۵۴ لاهه
- ۳۳۹ دادگاه کیفری بین المللی درباره یوگسلاوی سابق
- ۳۴۱ نتیجه گیری
- ۳۴۴ درباره مرکز

عنوان و نام پدیدآور : حقوق در آینه فقه: نگاهی به پاره ای از مسائل حقوق خصوصی، جزا و بین الملل / جمعی از نویسندگان [دانشگاه علوم اسلامی رضوی]

مشخصات نشر : مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، 1380.

مشخصات ظاهری : ص 308

شابک : 964-91990-3-914000-9 ریال

وضعیت فهرست نویسی : فهرست نویسی قبلی

یادداشت : پشت جلد به انگلیسی: ...Low in the mirror of Islamic Jurisprudence a brief observation on some issues.

یادداشت : کتابنامه

موضوع : اسلام و حقوق

حقوق بین الملل خصوصی

حقوق جزا (فقه)

حقوق بین الملل اسلامی

شناسه افزوده : دانشگاه علوم اسلامی رضوی

رده بندی کنگره : 8/169BP/ح 7 1380

رده بندی دیویی : 297/4834

شماره کتابشناسی ملی : م 80-21294

خیراندیش دیجیتال: انجمن مددکاری امام زمان (عج) اصفهان

ص: 1

اشاره

نام کتاب: حقوق در آینه فقه، نگاهی به پاره ای از مسائل حقوق خصوصی، جزا و بین الملل

تألیف: ... جمعی از نویسندگان

ویراستار: ... محمدریغ میرزایی

چاپ اول: 1381

شمارگان: 3000 نسخه

حروفچینی و صفحه آرایی: نشر و گرافیک دانشگاه علوم اسلامی رضوی

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشارات آستان قدس رضوی

ناشر: ... دانشگاه علوم اسلامی رضوی

بها: 14000 ریال

حق چاپ محفوظ است

ص: 3

فهرست مطالب

سخن ناشر... 13

مقدمه... 15

فقه، منبع گرانبهای حقوق... 18

تعریف فقه... 18

مقالات کتاب... 19

1. تحلیلی از قانون اصلاح مقررات طلاق و مبانی فقهی آن... 19

2. طلاق حاکم از دیدگاه فقیهان متأخر... 21

3. محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین کیفری... 22

4. ارتداد... 23

5. آزادی بیان در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر... 24

6. حقوق اقلیتها در اسلام و اعلامیه های حقوق بشر... 25

7. حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه... 27

بخش اول: حقوق خصوصی

(94 - 29)

تحلیلی از قانون اصلاح مقررات طلاق و مبانی فقهی آن

پیشگفتار... 31

موجبات طرح و تصویب قانون «اصلاح مقررات طلاق»... 33

ص: 5

1. طلاق قانونی و تأثیر آن در فرآیند نظم اجتماعی... 33
2. ناخوشایندی مطالبه مهر و تأثیر آن بر سکوت زن... 35
3. فلسفه اهتمام اسلام به مسأله طلاق و احکام آن... 35
4. طلاق و وضع قوانین حکومتی برای کمک بیشتر به زن... 36
- تعریف شرط و بهره‌گیری از آن در امر طلاق... 38
- معنای لغوی و اصطلاحی شرط... 38
- بهره‌گیری از اراده مشروع به صورت شرط ضمن عقد... 39
- تحلیل و بررسی مبانی فقهی قانون اصلاح مقررات طلاق (ماده واحده)... 41
- وجه الزام زوجین به تسلیم دادخواست طلاق... 41
- بررسی اقدامات اولیه دادگاه برای متقاضیان طلاق... 42
- ارجاع زوجین به داوری و تشکیل محکمه صلح خانوادگی... 42
- صدور گواهی عدم امکان سازش و ارجاع و اعلان به محضر... 47
- بررسی تبصره 6 ماده واحده (مقررات طلاق)... 48
- اشکالات وارد بر تبصره فوق... 48
- کارهایی که زن در مقابل آنها می‌تواند از شوهر، مطالبه اجرت کند... 50
- بررسی تفسیری و فقهی مفهوم و ماهیت نحله... 52
- ذکر نحله در قرآن و مفهوم آن از نظر مفسران... 52
- ماهیت نحله از دیدگاه فقهی... 53
- اسلام و توصیه به دادن هدیه به زن، حتی پس از طلاق... 55
- قرآن و سفارش به برخوردار شدن زنان مطلقه از متاع (هدیه)... 55
- هدیه دادن به زن پس از طلاق از دید روایات... 58

خاتمه...60

کتاب نامه...61

طلاق حاکم از دیدگاه فقیهان متأخر

پیشگفتار...62

کلیات...63

تعریف طلاق...63

ضرورت طلاق، به رغم ناخوشایندی آن...65

امر طلاق به دست مرد است...66

انواع طلاق...68

ص:6

امتناع یا عجز شوهر از تهیه نفقه...70

وظیفه حاکم شرع در مقابل زوج ممتنع...71

وظیفه حاکم شرع در مقابل زوج عاجز از نفقه...75

فقها و مواجه شدن زن با عسر و حرج...79

فقدان یا حبس شوهر...85

نظر امام خمینی قدس سره و مشهور فقها درباره شوهران مفقود شده...90

چکیده مطالب...91

نتیجه گیری...92

کتاب نامه...94

بخش دوم: حقوق جزا

(95-176)

محاربه و افساد في الارض در فقه و قوانین کیفری

محاربه در فقه...97

لغت محاربه...97

شان نزول و مفهوم آیه محاربه...98

تعریف محاربه از دیدگاه فقهای شیعه...100

روایات محاربه...102

نتیجه...104

1. عنصر اصلی محاربه...104

2. زمان و مکان در محاربه...104

3. انگیزه محارب...104

4. تحقق اهداف محارب... 105
5. قصد ترساندن مردم، لازم نیست... 105
6. تعدد محاربان... 105
7. جنسیت محارب... 105
8. دین محارب... 106
9. مکان محاربه از دیدگاه اهل سنت... 106
10. سارق، ممکن است محارب باشد... 106
11. محارب، لازم نیست مورد تهمت باشد... 108

ص: 7

12. سلاح محارب ... 108

مجازات محارب از دیدگاه فقهای شیعه و سنی ... 109

روایاتی درباره مجازات محارب ... 111

نقد و بررسی نظریه ترتیب و تخییر ... 112

ارائه دو شیوه اعمال مجازات محارب و جمع بین روایات ... 115

الف) مجازات به مقدار جنایت ... 115

ب) اعدام محارب ... 118

افساد فی الارض ... 120

فساد در لغت ... 120

فساد و صلاح در آیات ... 120

فساد در روایات ... 121

نقد و بررسی نظریه افساد فی الارض ... 121

محاربه و افساد در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران ... 126

کلیات ... 126

محاربه علیه مردم ... 127

محاربه علیه نظام ... 131

نقد و بررسی ... 133

بغی ... 134

بغی در لغت ... 134

واکنش علیه باغی ... 137

الف) مقابله با باغی یا دفاع مشروع ... 137

ب) مجازات باغی... 141

کتاب نامه... 144

ارتداد

مقدمه... 146

کلیات... 147

اسلام چیست، مسلمان کیست؟... 147

کفر چیست، کافر کیست؟... 149

شرک و توحید... 150

لغت و مفهوم ارتداد... 150

ص: 8

تعریف ارتداد در فقه ... 151

اقسام ارتداد در فقه ... 152

شرایط ارتداد و ارتداد غیربالغ ... 153

حکم ارتداد حین بلوغ ... 154

عوامل ارتداد ... 156

1. انکار هر یک از اصول سه گانه ... 156

2. انکار خاتمیت حضرت محمد صلی الله علیه واله ... 158

3. ادعای نبوت ... 159

4. اهانت به پیامبر صلی الله علیه واله ... 160

انکار امامت ائمه دوازده گانه ... 160

محارب امام معصوم ... 162

5. انکار ضروریات دین ... 165

ارتداد به دلیل شبهه واقعیه ... 168

توبه مرتد ... 172

روایات توبه مرتد ... 173

کتابنامه ... 175

بخش سوم: حقوق بین الملل

(308 - 177)

آزادی بیان در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر

مقدمه ... 179

تعریف آزادی بیان ... 180

تاریخچه آزادی بیان... 184

آزادی بیان از دیدگاه غرب... 187

مخالفان آزادی بیان... 188

موافقان افراط گرای آزادی بیان... 190

نظریات تعدیل شده... 194

تجلی اندیشه آزادی بیان در اعلامیه جهانی حقوق بشر... 195

آزادی بیان از دیدگاه اسلام... 197

آزادی بیان در قرآن و حدیث... 198

ص: 9

1. ضرورت بیان حق ... 198
2. اهمیت بیان حق ... 199
3. جرم بودن کتمان حق ... 199
4. نقل آرا و نظرات مخالفان .. 199
5. فرمان به مناظره علمی و جدال احسن ... 199
6. دستور به برهان طلبی ... 200
7. تشویق به گزینش بهترین ... 200
8. آزادی تفکر و اندیشه ... 200
- نمونه هایی از آیات و روایات ... 201
- آزادی بیان در آرای اندیشمندان اسلامی ... 202
- آزادی بیان در قانون اساسی ج.ا.ا و اعلامیه اسلامی حقوق بشر ... 204
- هم سنجی دو دیدگاه ... 206
- کتاب نامه ... 210
- حقوق اقلیتها در اسلام و اعلامیه های حقوق بشر
- پیشگفتار ... 211
- کلیات ... 212
- تعریف لغوی و اصطلاحی اقلیت ... 212
- اقلیت در حقوق بین الملل ... 213
- معیارهای تشخیص اقلیت ... 213
- سابقه تاریخی وضعیت اقلیتها ... 214
- الف) وضعیت اقلیتها در قرون اولیه میلادی ... 215

1. اقلیتها در جامعه ساسانی... 215

2. اقلیتها در امپراتوری روم... 216

ب) وضعیت اقلیتها در قرون وسطی... 216

ج) وضعیت اقلیتها در قرون اخیر... 218

آزادی مذهب... 219

رابطه دولتهای اروپایی و مذهب در دوره معاصر... 220

حقوق اقلیتها در اسناد بین المللی... 221

از اولین تلاشها تا اعلامیه دسامبر 1992... 221

جامعه ملل و اقلیتها... 222

ص: 10

سازمان ملل و اقلیتها ... 223

میثاق رفع تبعیضات نژادی ... 224

حقوق اقلیتها در اعلامیه های حقوق بشر ... 227

اعلامیه جهانی حقوق بشر ... 227

میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ... 228

میثاق بین المللی حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی ... 229

حقوق اقلیتها در اعلامیه دسامبر 1992 ... 229

اسلام و حقوق اقلیتها ... 233

اسلام و اقلیتهای نژادی - قومی، قبیله ای و زبانی ... 134

اسلام و منع تبعیض نژادی ... 234

اسلام و اقلیتهای مذهبی ... 236

اسلام و آزادی عقیده ... 236

اقلیتهای مذهبی اهل کتاب ... 237

قرارداد ذمه ... 238

مفهوم جزیه و خراج ... 238

تفاوت جزیه و خراج ... 239

سابقه جزیه و خراج ... 240

مقدار جزیه و خراج ... 240

آیا خراج و جزیه هر دو بر ذمی واجب است؟ ... 242

فلسفه تشریح جزیه ... 242

بررسی آیه جزیه ... 245

معافیت از پرداخت جزیه ...249

دلایل اختصاص قرارداد ذمه به اهل کتاب ...252

حقوق اقلیتهای مذهبی (اهل کتاب) در چارچوب قرارداد ذمه ...253

اقلیتهای مذهبی غیر اهل کتاب ...258

طهارت کفار ...261

دیه کفار ...262

نتیجه گیری ...265

استفتاء از حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی دامت افاضاته ...269

کتاب نامه ...270

ص: 11

حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه

اشاره... 272

مقدمه... 273

سیر تکامل تاریخی قواعد قانونی... 274

روش کنوانسیون 1954 و پروتکل آن... 277

کنوانسیون 1954 لاهه درباره حفظ اموال فرهنگی در زمان جنگ ... 277

تعریف «اموال فرهنگی»... 277

دو نوع حمایت... 278

لغو یا فقدان حمایت... 281

قلمرو اعمال و اجرای کنوانسیون... 286

جلوگیری از نقض کنوانسیون... 287

پروتکل 1954 جهت حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه... 287

پروتکل الحاقی به کنوانسیونهای ژنو... 288

قلمرو اعمال این پروتکل... 288

ارتباط این پروتکل با کنوانسیون 1954... 289

حمایت از اموال فرهنگی و اماکن مذهبی... 289

منع تخلفات... 293

دیگر توافق نامه های بین المللی مربوط به بحث... 300

اصلاح کنوانسیون 1954 لاهه... 302

دادگاه کیفری بین المللی درباره یوگسلاوی سابق... 304

نتیجه گیری... 306

زندگی اجتماعی، پیوند میان آدمیان در زمینه های گوناگون است که انسان را گزیر و

گریزی از آن نیست. داد و ستدهای اشخاص، درگیریها و قتل و غارتها، روابط میان دولتها و اختلاف هایشان، همه از پیامدهای اجتماعی زیستن است.

هماهنگی رفتار اعضای هر جامعه با هم و روابط بین دولتها و نمایاندن حق و

تکلیفشان، بر عهده علم حقوق و حقوق دانان است. مکاتب گوناگون حقوقی، هر یک به

فراخور فرهنگ حاکم بر آن، به بیان قوانین بهتر زیستن در زندگی اجتماعی پرداخته و در این جهت، تلاشها نموده و مرارتها چشیده اند.

اسلام نیز به عنوان آخرین دین آسمانی که به دو بعد معنوی و مادی بشر پرداخته،

کاملترین قواعد و مقررات اجتماعی را وضع کرده است که استخراج و استنباط آنها بر عهده دانشمندان اسلامی است و آنها نیز در این مسیر، تلاشهای ماندگاری را صورت داده اند، لیکن پس از تشکیل نظام اسلامی در ایران و بر حسب طبیعت، موضوعات نو، طرح مسائل جدیدی را به دنبال داشته است که حل آنها به عنوان یک ضرورت، اجتناب ناپذیر است.

کتاب حاضر با عنوان «حقوق در آینه فقه» که به بخشی از مسائل بحث برانگیز حقوق

خصوصی، جزا و بین الملل پرداخته، نتیجه بخشی از تلاشهای جمعی از پژوهشگران

گروه پژوهشی حقوق مرکز پژوهش دانشگاه علوم اسلامی رضوی است که بدین وسیله، زحمات آن عزیزان و اساتید محترم، به ویژه حجة الاسلام والمسلمین سیدحسین سادات حسینی (رئیس شعبه 41 دیوان عالی کشور) که علاوه بر نقش مشاوره، زحمت تدوین مقدمه این کتاب را کشیده اند و نیز ویراستار محترم، آقای محمدریغ میرزایی و سایر دست اندرکاران را ارج می نهیم و برای همه آن عزیزان از درگاه ایزد منان، توفیق و عزت روزافزون طلب می نماییم و دیدگاه های اصلاحی خوانندگان گرامی را که با نقد سازنده خود، ما را مورد لطف و محبت قرار دهند، با دیده منت پذیراییم.

مقالات این مجموعه به ترتیب زیر است:

1- تحلیلی از قانون اصلاح مقررات طلاق و مبانی فقهی آن (علی اصغر صائمی)

2- طلاق حاکم از دیدگاه فقیهان متأخر (علی اصغر صائمی)

3- محاربه و افساد في الارض در فقه و قوانین کیفری (سیداحمد سجادی نژاد)

4- ارتداد (سید احمد سجادی نژاد)

5- آزادی بیان در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر (صادق باقری)

6- حقوق اقلیتها در اسلام و اعلامیه های حقوق بشر (غلامحیدر علامه)

7- حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه (جمععی از مترجمان)

ص: 14

انسان، موجودی است با نیازهای گوناگون که آب، غذا، لباس، خانه، علم، مهارت،

شغل، رقابت، ترقی، شهرت، محبوبیت و ... از آن جمله است. احتیاجات او به اندازه ای است که خود به تنهایی نمی تواند از عهده تأمین و تحصیل آنها برآید. از این رو ناچار شده است برای این که از نیرو، استعداد و خلاقیت‌های دیگران برای فراهم آوردن نیازهای متعدد خود استفاده کند، از آزادی فراوانی که در زندگی فردی برخوردار است، چشم‌پوشد و به زندگی اجتماعی ای که خواه ناخواه، عرصه آزادی‌های او را محدود می‌کند، روی آورد.

در زندگی اجتماعی، هر چند که استعدادهای انسان شکوفا می‌شود، بسیاری مطالب را از دیگران فرا می‌گیرد، مهارت و ورزیدگی پیدا می‌کند، خلاقیت و نوآوری به

دست می‌آورد و از تخصص‌ها و فنون دیگران برخوردار می‌شود، ولی از طرفی به علت این که موجودی خودخواه، انحصارطلب و افزونخواه است، نمی‌تواند این محدودیتی را که به خاطر بودن در کنار دیگران به وی تحمیل می‌شود، به راحتی بپذیرد؛ بلکه با دیگران برخورد و اصطکاک پیدا می‌کند و هر کسی می‌خواهد بیشترین مزایای زندگی اجتماعی را به خود اختصاص دهد و دیگران را محروم کند.

با این وصف، شاهد زندگی در کام او تلخ می‌شود و آن آرامش روحی که در زندگی

اجتماعی می‌جست، از زندگی او سلب می‌گردد. این جاست که برای بازگرداندن شهید در جام زندگی و آرامش و امنیت در روح او و ایجاد فضایی سالم و خالی از تنش در جامعه، ضرورت دارد در میان افراد جامعه، ضوابط و معیارهایی پدید آید که با حاکم شدن آنها و گردن نهادن مردم به آن ضوابط، برادری و محبت در میانشان حاکم شود.

قواعدی که با حاکمیت آن، این کرامتها در زندگی اجتماعی پیدا می‌شود، نمی‌تواند

چیزی جز «قانون و مقررات» باشد. پس بدون تردید، یکی از ضرورت‌های اساسی زندگی جمعی، وجود قانون است که در لوای آن، هر کسی به حق خود و هر متجاوزی به کیفر خود برسد.

لیکن از آنجا که اداره زندگی اجتماعی انسان و انتظام جامعه، تنها بر پایه اصول

ثابت و غیرقابل تغییر امکان پذیر نیست، برای تدبیر جامعه و روان کردن حرکت و تحول در زندگی اجتماعی، به اصول متغیر و ناپایدار نیز نیاز است؛ یعنی برای سامان دادن به زندگی جامعه، هم به حاکمیت ضوابط ثابت و پایا نیاز است و هم به معیارهای تغییرپذیر و قابل انعطاف.

قواعد زندگی بشر، منحصرًا ثابت نیست و زندگی انسان و قواعد آن در طول زمان،

به مرور تغییر می‌کند. بناچار، در این قسمت برای این که با تغییرات حاصل در اصل زندگی انسان تطابق پیدا شود، به قاعده و قانون جدید نیاز است؛ زیرا درست است که قوانین قبلی با شرایط قبلی انطباق داشت و نیاز جامعه را برطرف می‌کرد، ولی اکنون که زندگی جامعه در بخشی که قابل توجه نیز می‌باشد، به تدریج تغییر و تحول یافته است، آن مقررات، نه تنها نیاز جامعه را رفع نمی‌کند، چه بسا اگر قوانین تغییر نیابد، خود مشکلی بر مشکلات بیفزاید و به صورت قوانین مزاحم و دست و پاگیر در آید.

از این رو، بر فقیهان صاحب نظر و حقوق دانان مبرز و فرهیخته لازم است که هر چه سریعتر، با تکیه بر گنجینه فقه و معارف غنی اسلام، حکم فقهی جدید یا قانون تازه و بدیع را استنباط کنند و موجبات تکامل و تداوم حرکت را در جامعه فراهم نمایند؛ زیرا اگر تدوین احکام و مقررات جدید بر اساس موازین اسلامی نباشد، بلکه بر پایه تمایلات و خواسته های نفسانی مردم باشد، رفته رفته با تدوین قواعد و قوانین جدید، مقررات

حاکم، از دین و معیارهای دینی جدا می شود و جامعه دینی و مسلمانان، آرام آرام به

صورت خزنده، سر از بی دینی و خودپرستی در می آورد. برای رفع چنین مشکلی

قانونگذار باید همواره در تنظیم و تصویب قوانین جدید، به موازین اسلامی و ارزشهای بی بدیل دینی نظر داشته باشد یا حداقل سعی کند قوانین جدید، مخالف با معیارهای اسلامی نباشد.

برای جلوگیری از به وجود آمدن چنین مشکلی، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصلی مهم و حساس به عنوان اصل چهارم تدوین شده است که چنین مقرر نموده است:

کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد.

این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر، حاکم

است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان می باشد.

مفاد این اصل مهم چنین است که قوه مقننه و سایر مراجعی که با اجازه او می توانند

آیین نامه و مقررات را تدوین و تصویب کنند، باید اسلام و معیارهای آن را برای همیشه و در همه جا به عنوان پایه، منبع و زیربنای تمام قوانین و مصوبات جمهوری اسلامی در نظر داشته باشند. در تدوین و تنظیم هر قانونی، قبلا باید به موازین اسلامی مراجعه گردد و ضوابط و معیارهای اسلامی در آن قسمت بازشناسی شود، سپس قانون بر اساس آن موازین تصویب شود یا دست کم، قانونی بر خلاف موازین اسلامی تصویب و اجرا نگردد.

شناخت موازین اسلامی که در اصول مختلف قانون اساسی به آن اشاره شده است، به طور کامل و دقیق امکان ندارد، مگر از راه آشنایی با علم فقه و اصول. چون علم

اصول، چیزی جز معیارها و ضوابط استنباط در استخراج احکام نمی باشد، پس آنچه در شناخت موازین اسلامی مهم است، فقط علم فقه است؛ یعنی منحصر کسی می تواند

مبانی و اصول اسلامی را بشناسد که فقیه باشد و در ابواب مختلف فقه، بحث و تحقیق

کرده باشد. لذا در قسمت اخیر اصل چهارم قانون اساسی قید شده است: تشخیص این

فقه، منبع گرانبهای حقوق

اشاره

قانون اساسی جمهوری اسلامی که در اصول مختلف آن با تعابیر متنوعی، معیارها و

ضوابط اسلامی را یاد آوری کرده است و در اصلی، حقوق و اخلاق اسلامی را پایه قرار داده (1) و در اصل دیگر، رعایت موازین با مبانی اسلامی را ضروری دانسته (2) و در جایی بر عدم مغایرت قوانین با اصول و احکام مذهب تأکید کرده است (3)، خود محل تلاقی حقوق با فقه و نقطه مرکزی پیوند استوار و ارتباط مستحکم میان فقه و حقوق است؛ هر چند که قانون اساسی با تمام فصول و اصولش، تماماً بر فقه تکیه زده است و از آن نشأت گرفته است، ولی باز هم در تدوین و تصویب قوانین دیگر، با صراحت، لزوم رعایت موازین و مبانی اسلامی را تذکر داده است. از این همه تأکید، اهمیت کم نظیر فقه و فقاهت در عرصه تدوین قانون، اعم از قانون اساسی و عادی، ظاهر می شود.

بی تردید، فقه از منابع بسیار گران سنگ حقوق در جمهوری اسلامی است که می تواند همچون چشمه جوشانی با زلال جاری خود در تمام عرصه ها آن را سیراب کند و قوانین و مقررات را تر و تازه و کارآمد و مفید نگه دارد.

تعریف فقه

فقه در لغت به معنای فهم عمیق است که پس از تأمل و دقت به دست می آید. راغب

اصفهانی گفته است: «التفقه هو التوصل الی علم غائب بعلم شاهد»؛ یعنی تفقه دست

یافتن به مجهول با تکیه بر معلوم یا رسیدن به باطن چیزی است با عبور از ظاهر آن.

خلاصه این که فقه عبارت است از فهم دقیق در مسائل نظری و در اصطلاح، فقه

عبارت است از واقف شدن بر احکام فرعی شرعی از روی ادله تفصیلی آن.

بنابراین، فقه، مطلق دانستن احکام نیست، بلکه دانستن استدلالی احکام است؛

ص: 18

1- اصل 10 قانون اساسی

2- اصل 20 و 27 و 105 قانون اساسی.

3- اصل 72 و 96 قانون اساسی

چون موضوع فقه، تمام افعال و اعمال مکلفان را فرا می‌گیرد. در حقیقت، فقیه با آشنایی با فقه، حکم تمام افعال و تروک افراد مکلف را می‌داند و در زمینه‌های مختلف مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی و سیاسی می‌تواند احکام آن را بر اساس موازین اسلامی بشناسد.

مقالات کتاب

اشاره

با توجه به اهمیت فقه و میزان بودن آن در تدوین و تصویب قوانین و مقررات، جمعی از پژوهشگران پر تلاش و آشنا به مسائل فقهی، مقالاتی را تدوین و تنظیم کرده‌اند که در بخشی از آنها صرفاً مباحث فقهی را عنوان نموده‌اند و در برخی از مقالات، مسائل حقوقی را از زاویه انطباق و عدم انطباق آن با موازین فقهی، مورد بررسی قرار داده‌اند که در کل می‌توان گفت جمعاً مسائل فقهی - حقوقی، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است که سعی و تحقیق هر یک از این پژوهشگران، جای تقدیر و تحسین دارد.

این کتاب که حاصل جمع آن مقالات است، دارای هفت مقاله با عناوین زیر است:

1. تحلیلی از قانون اصلاح مقررات طلاق و مبانی فقهی آن

2. طلاق حاکم از دیدگاه فقیهان متأخر

3. محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین کیفری

4. ارتداد

5. آزادی بیان در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر

6. حقوق اقلیتها در اسلام و اعلامیه‌های حقوق بشر

7. حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه

اکنون نگاهی کوتاه و گذرا به هر یک از مقالات می‌اندازیم تا به طور اجمال با محتوای آن مقالات آشنا شویم:

1. تحلیلی از قانون اصلاح مقررات طلاق و مبانی فقهی آن

در تاریخ 1370/12/21 مجلس شورای اسلامی ماده واحده‌ای را با عنوان «قانون

اصلاح مقررات مربوط به طلاق» با 7 تبصره تصویب کرد که تبصره 6 آن مورد موافقت شورای نگهبان قرار نگرفت و در نهایت، به مجمع تشخیص مصلحت نظام برده شد و در آن جا مورد بررسی قرار گرفت و سرانجام، تبصره مزبور در تاریخ 1371/8/28 به تصویب رسید.

این ماده واحده، هر چند که دارای 7 تبصره می باشد، ولی به جز ماده واحده، تنها

تبصره های 2، 3 و 6 است که واجد بحث فقهی می باشد.

ماده واحده به طور خلاصه چنین است: زوجیهایی که قصد جدایی از یکدیگر را دارند، باید جهت رسیدگی به اختلاف خود، در دادگاه مدنی خاص، اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور

گواهی عدم امکان سازش، آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر رسمی

طلاق، حق ثبت طلاقهایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است، ندارند و الا از سردفتر خاخی سلب صلاحیت می شود.

تبصره 2: گزارش کتبی مبنی بر عدم امکان سازش با توجه به کلیه شروط ضمن عقد

و مطالب مندرج در اسناد ازدواج و تعیین تکلیف و صلاحیت سرپرستی فرزندان و حل و فصل مسائل مالی با امضای حکمین شوهر و زن مطلقه و همچنین گواهی کتبی سلامت روانی زوجین در صورتی که برای دادگاه مدنی خاص، مشکوک باشد، به دادگاه باید تحویل گردد.

تبصره 3: اجرای صیغه طلاق و ثبت آن در دفتر، موکول به تأدیه حقوق شرعی و

قانونی زوجه به صورت نقد می باشد، مگر در طلاق خلع یا مبارات و یا رضایت زوجه و یا صدور حکم قطعی اعسار شوهر از پرداخت حقوق فوق الذکر.

تبصره 6: پس از طلاق، در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه

کارهایی که شرع به عهده وی نبوده است، دادگاه بدوا از طریق تصالح، نسبت به تأمین خواسته زوجه اقدام می نماید و در صورت عدم امکان تصالح، چنانچه ضمن عقد یا عقد خارج لازم در خصوص امور مالی، شرطی شده باشد، طبق آن عمل می شود، در غیر این صورت، هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق، ناشی از تخلف

زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می شود:

الف) چنانچه زوجه کارهایی که شرعا به عهده وی نبوده، به دستور زوج و با عدم

قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای

انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می نماید.

ب) در غیر مورد بند الف، با توجه به سنوآت زندگی مشترک و نوع کارهایی که

زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش

(نحله) برای زوجه تعیین می نماید.

اینک با توجه به ماده واحده و تبصره های آن، در این مقاله به ضرورت تقدیم دادخواست و اقامه دعوی در دادگاه خانواده درباره زوجهایی که قصد جدایی دارند، بحث کرده است. بویژه درباره تطبیق تبصره 6 با قواعد فقهی، به صورت مستدل، موضوع را شکافته و توضیح کافی در این باره داده است که مطالعه آن درباره تبصره 6 آگاهی های ذی قیمتی به خواننده می دهد.

2. طلاق حاکم از دیدگاه فقیهان متأخر

طلاق، رخداد متارکه میان زن و شوهر است، ولی همین حادثه، گاهی از نگاه زن تنها، یا شوهر تنها، بویژه از چشم اطفال بی گناه خانواده، نغمه پرسوز جدایی است که در گوش آنان نواخته می شود و نماد ریزش کاخ عطفوت و محبت و مظهر بر باد رفتن آرزوهای شیرین زندگی خانوادگی است که جسم و جان آنان را آکنده از تلخی و درد می کند. اما لحظاتی در زندگی پیش می آید که طلاق با همه پیامدهای دردآور و غمبارش، برای زن ستمدیده به منزله سرود فرح بخش رهایی است که او را از دنیای سختی و عسرت، تحقیر و خفت و درد و مصیبت آزاد می سازد و همچون کبوتری از قفس تنگ بدبختی رها شده و در فضای آزاد و بی کرانه آسمان آبی به پرواز در می آید.

مردی را تصور کنید که از محبت، عاری و از کرامت، خالی و از مردانگی و شرف،

تهی است و دچار احساس زشت مردم آزاری است و همسر خود را به جای این که

شریک و غمخوار زندگی بدانند، وسیله ای برای ارضای تمام حقارتها و ذلتها و

خودخواهی ها و نامردی های خود می داند. با همسرش نه از موضع یک شریک مهربان،

بلکه از موضع یک خودکامه جبار برخوردار می کند. در پرداخت نفقه، از خود خست به

خرج می دهد و در برابر همسر ضعیف، از خود شقاوت و خشونت نشان می دهد. در

زمان برخورد با همسرش، همیشه دستش با شلاق و چوب و زبانش با اهانت و فحش و چهره اش با اخم و گرفتگی آشناست. زن، خود را در جهنم خودخواهی و شقاوت و

خفت و خشت، مبتلا می بیند و هر چه تلاش می کند خود را از این جهنم که به نام خانه در آن گرفتار آمده خلاص کند، نمی تواند. طلاق در دست مرد است و مرد می خواهد همچنان از وجود او سوءاستفاده کند. در چنین شرایطی است که قاعده «الحاکم ولی الممتنع» پا در میدان می گذارد و آن زن بی پناه را از این عسر و حرج نجات می دهد.

در این مقاله درباره چنین مواردی بحث می شود که شوهر با سوءرفتار و اخلاق خود یا با ترک انفاق یا محکومیت پنج ساله و ده ساله یا با غیبت چندین ساله، حاضر نیست همسرش را به حساب آورد و مشکلات زندگی او را برطرف کند. همچنین در موردی که مرد غایب، مفقودالاثرا شده و زن همچنان بلا تکلیف مانده است و بیان می کند که در این گونه مشکلات، این حاکم شرع است که به ولایت از ناحیه ممتنع، با اجرای طلاق، زن را از عسرت و گرفتاری نجات می دهد که تفصیل این مطلب را باید در خود مقاله خواند و استفاده کرد.

3. محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین کیفری

یکی از عناصر بسیار مهم برای تداوم جامعه، امنیت است. امنیت برای جامعه، همچون هوا برای تنفس است. زندگی برای افراد جامعه وقتی ممکن است که هوا برای تنفس آنان وجود داشته باشد. جامعه هم وقتی می تواند برقرار باشد که احساس امنیت، فضای جامعه را آکنده باشد. لذا یکی از مهمترین وظایف هر نظام اجتماعی آن است که امنیت را برای افراد خود تأمین کند.

اسلام برای امنیت در بقای جامعه، آنقدر نقش حساسی قائل است که به هم زدن امنیت افراد را در جامعه از سوی هر کسی، به منزله اعلام جنگ با خداوند متعال و پیامبر

بزرگوارش دانسته است و برای سالب امنیت اجتماعی، کیفر بسیار سختی در نظر گرفته است که کیفر آن در آیه 33 از سوره مائده آمده است: «همانا کیفر کسانی که با خدا و رسولش محاربه می کنند و فساد را در زمین می گسترند، آن است که کشته شوند یا به دار آویخته گردند یا دست و پای آنان به طور مخالف قطع گردد یا از سرزمین خود طرد و تبعید گردند.»

برخی با استفاده از این آیه خواسته اند بگویند که در آیه به دو نوع جرم اشاره شده است: یکی محاربه و دیگری افساد فی الارض و هر یک از این دو جرم، چهار نوع کیفر دارد. قتل، صلب، قطع دست و پا به طور خلاف و نفی بلد، ولی نویسنده محترم در این مقاله بر این نکته پای فشرده است که آیه به دو نوع جرم اشاره ندارد، بلکه تمام آیه درباره جرم محاربه است.

محاربه با خداوند و رسول عبارت است از این که در زمین فساد را گسترش دهند. در غیر این صورت، محاربه با خدا و رسول مجمل می شود؛ بویژه که محاربه با خداوند

مسلمان نمی تواند به معنای حقیقی آن باشد.

مقاله «محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین کیفری» همان طور که از عنوانش

پیداست، دارای دو بعد است: یکی بعد فقهی و دیگری بعد حقوقی. نویسنده محترم در

هر دو بعد، به اندازه مجال و فرصتی که داشته، خوب و مستدل، بحث را به پایان برده است.

4. ارتداد

حقیقت، گرانباترین گم شده انسان است و حقیقت خواهی، امری است که در باطن هر

انسانی نهفته شده است. چون آدمی تشنه حقیقت است، در تمام عمرش در جستجوی

آن است تا خود را از چشمه زلال آن سیراب کند و وقتی خود را از حقیقت جدا می یابد و حق را در وجود خود نمی یابد، بی اختیار دچار تشویش و اضطراب می شود، برای این که تمایل به تن پروری و تنبلی، او را از طلب حقیقت باز ندارد، خداوند متعال حس مرموز کنجکاو را در وجود او تعبیه کرده است تا همواره در جستجوی حقیقت، پرتلاش و

پرنشاط باقی بماند، به هر جا سر بکشد و به هر چیزی چشم بدوزد و به هر صدایی

گوش فرا دهد تا شاید اثری از گم شده خود بیابد و در این راه، خسته و فرسوده نگردد و وقتی حقیقت را به دست آورد، با رضا و رغبت، او را در آغوش گیرد و به هیچ قیمتی حاضر نشود از او جدا شود.

این همه تمهیدات را خداوند متعال برای حق جویی در وجود انسان به کار برده است و انسان که پس از جستجو و کندوکاو فراوان، به حقیقت برسد و چشمش به آن روشن و دلش به آن آرام گیرد و راهی که در آینده باید طی کند، فرا روی او قرار گیرد و وظیفه او مشخص شود، چرا باید به خاطر فرار از مسؤولیت، شانه از زیر بار حقیقت خالی کند و چشم خود را بر روی حقیقت فرو بندد و در درون خود به سرکشی و انکار رو آورد و به حقیقت پشت کند و سرانجام به همان تردید و ظلمت و جحود نخستین باز

گردد؟ به چنین حالتی در فقه، ارتداد و به چنان کسی، مرتد گفته می شود.

واژه ارتداد از رد به معنای بازگشتن به حالت کفر قبلی است. ارتداد مصدر باب

افتعال است که در آن، معنای مطاوعه نیز نهفته است؛ یعنی قبول بازگشت به انکار و کفر و وجود. ارتداد در فقه، مبحث مهمی است که از جهات مختلف در آن بحث می شود؛ مانند تعریف ارتداد، اقسام آن، احکامی که بر شخص مرتد بار می شود و عوامل و عللی که باعث ارتداد می شود که تفصیل آن را به نحو مستدل می توان در مقاله «عوامل ارتداد در اسلام» خواند و از آن استفاده کرد.

5. آزادی بیان در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر

در این مقاله سعی شده است تا حدودی فارغ از پیش داوریهای جانبدارانه، به آزادی بیان نگرسته شود. در بخش اول آن، پس از تعریف آزادی و آزادی بیان و توضیح و تحلیل آرا و نظرات اندیشمندان غربی و شرقی در این زمینه، خلاصه ای از تاریخچه آزادی بیان را مرور کرده است که بیانگر فراز و نشیبهای فکری انسان در باب حقوق بشر است. آنگاه به آزادی بیان از دیدگاه غرب پرداخته و به دسته بندیهایی که در این باب وجود دارد، اشاره کرده است که چگونه عدهای مخالف آزادی بیان بوده اند و گروهی موافق افراطی

آن و عده ای هم نظرات معتدلی در این زمینه ابراز کرده اند و در ادامه بحث، به اوج

تکامل فکری غرب در زمینه آزادی بیان اشاره کرده است. در ماده نوزدهم اعلامیه

جهانی حقوق بشر چنین آمده است: هر کس حق آزادی بیان دارد و این حق شامل آزادی تفحص و تحصیل و اشاعه اطلاعات و افکار می باشد؛ از هر قبل و بدون توجه به سرحدات، خواه شفاه یا به صورت نوشته یا به صورت هنری و یا به هر وسیله دیگری که باشد. (1)

در بخش دوم مقاله به دیدگاه اسلام در زمینه آزادی بیان پرداخته شده است و برای

شناخت موضع اسلام در این باب، به مبانی اساسی اسلام (قرآن و روایات) مراجعه شده و سپس برای اثبات آزادی بیان در اسلام، تحت عناوین «ضرورت بیان حق»، «اهمیت بیان حق»، «جرم بودن کتمان حق» و «آزادی تفکر و اندیشه» به بحث و بررسی پرداخته و برای نمونه، از آیات و روایاتی در این باره بهره جسته است و سپس بحث را گسترش داده و برای تحقیق و تدقیق در زمینه آزادی بیان، به آرای اندیشمندان اسلامی مراجعه و تحلیل و توضیح لازم در این باره داده شده و به این منظور، بنیادی ترین منابع اسلامی مورد جستجو و بررسی قرار گرفته و حقایق جالب و ارزنده را در این قسمت به رشته تحریر در آورده است که مقاله را از ارزش و اعتبار بیشتری برخوردار می نماید.

6. حقوق اقلیتها در اسلام و اعلامیه های حقوق بشر

«اقلیت» که در برابر «اکثریت» می آید، عبارت است از جمعیت کمتری از افراد یک

سرزمین که از لحاظ دین، مذهب یا نژاد، از اکثریت متمایز هستند و بررسی حاضر

درباره حقوق همین اقلیت است؛ چون این اقلیت ممکن است به اعتبار ادیان و مذاهب

مختلف در هر سرزمینی، چند گونه باشد و به اعتبار اقلیتهای مختلف که در سرزمین های گوناگون زندگی می کنند، به صورت جمع آورده می شود.

ص: 25

1- ماده نوزدهم اعلامیه جهانی حقوق بشر در کتاب دایرة المعارف دانش بشر چنین آمده است: «هر کس حق آزادی عقیده و بیان دارد و حق مزبور شامل آن است که از داشتن عقاید خود بیم و اضطرابی نداشته باشد و در کسب اطلاعات و افکار و در اخذ و انتشار آن به تمام وسائل ممکن و بدون ملاحظات مرزی آزاد باشد.»

اقلیتها در طول تاریخ، در هر سرزمینی که بوده اند، به دلیل کمی عده و غده، در

معرض تحقیر و تبعیض و تعدی از طرف اکثریت قرار می گرفته اند؛ به گونه ای که آنان همواره در سختی و عسرت و اضطراب به سر می برده اند و با احساس ناامنی در میان اکثریت زندگی می کرده اند و کمتر پیش می آمده که اکثریت در فکر رفع مشکلات اقلیتها برآیند، تا زمانی که سازمانهای بین المللی در جهان تأسیس شد. از این پس، حقوق اقلیتها یکی از موارد اختلاف میان نهادهای بین المللی و دولتها بوده است.

در این مقاله سعی شده است تا آنچه سازمانهای بین المللی؛ همچون «سازمان ملل» در این زمینه برای احقاق حقوق اقلیتها و تأمین آزادیها و امنیتهای آنان تدوین و تصویب

کرده است، با آنچه اسلام به عنوان یک مکتب، از دیرباز در این باره بیان کرده و دستور داده است، در کنار هم قرار گیرد تا خوانندگان منصف، با توجه به امکانات هر زمان، به روشنی برتری حقوقی را که اسلام برای اقلیتها قائل شده، بر اعلامیه های حقوق بشر که در قرن بیستم تدوین شده است، درک کند. لذا نویسنده محترم پس از تشریح حقوق اقلیتها در حقوق بین الملل معاصر و مصوبات پیمانهای بین المللی و اعلامیه جهانی حقوق بشر، نظر اسلام را در خصوص اقلیتهای نژادی و منع از تبعیض نژادی و اقلیتهای زبانی و بویژه اقلیتهای مذهبی، به صورت مشروح مطرح می کند و در خلال بحث از حقوق اقلیتهای مذهبی، قرارداد ذمه و مسائل مربوط به اهل ذمه و فلسفه تشریح جزیه و خراج و معافیت آنان از پرداخت جزیه را مورد بررسی و تحلیل قرار داده و در ادامه، بحث حقوق اقلیتهای مذهبی در چارچوب قرارداد ذمه، بحث طهارت کفار و همچنین حق دیه آنان را توضیح داده است و در این باره مطالبی را عنوان کرده است و در نهایت، با نتیجه گیری جالب و دلنشین، بحث را به پایان می برد و در آخر با اشاره به این که احکام و مقررات اسلام به لحاظ ایمان داشتن مسلمانان به آن، در دل آنان جا دارد و به همین دلیل، نه تنها از انجام آن سرباز نمی زنند، بلکه با احتیاط و وسواس در اجرای دقیق آن مراقبت می کنند، ولی نقص بزرگ اعلامیه های حقوق بشر، عدم ضمانت اجرایی آنهاست، نتیجه می گیرد که چنین اعلامیه هایی در اکثر موارد، فقط به صورت نوشته ای بر روی کاغذ باقی می ماند و دردی را از اقلیتها درمان نمی کند.

7. حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه

اماکن و آثار فرهنگی، هنری و باستانی، همواره در هنگام جنگها در معرض تخریب بوده است که به علت ارزش مادی و معنوی آنها «اموال فرهنگی» نامیده می شود. تلاشهای جامعه بین المللی برای حفاظت این اماکن از گزند جنگ، در قرن حاضر به بار نشسته و در این راستا کنوانسیون حمایت از اموال فرهنگی در سال 1954 در شهر لاهه هلند منعقد گردیده است.

ماها سرشیچ، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه زاگرب، در این مقاله به بررسی حمایت از اموال فرهنگی در کنوانسیون 1954 و سایر اسناد بین المللی مربوطه پرداخته است و در پایان، بر لزوم بازنگری و اصلاح کنوانسیون یاد شده، با توجه به گذشت زمان از سال 1954 تا کنون و وقوع جنگهای جدید، بویژه درگیریهای مسلحانه در یوگسلاوی سابق، بین سالهای 1991 تا 1993 و ضعف ضمانت اجرایی کنوانسیون مزبور در حمایت از اموال فرهنگی، تأکید کرده است.

امید است که این کتاب که به همت جمعی از پژوهشگران بخش پژوهش دانشگاه علوم اسلامی رضوی فراهم آمده، پس از انتشار بتواند به برخی از سوالهای فقهی - حقوقی شما خواننده عزیز پاسخ گوید.

و السلام علی من اتبع الهدی

سید حسین سادات حسینی

رئیس شعبه 41 دیوان عالی کشور

ص: 27

1. تحلیلی از قانون اصلاح مقررات طلاق و مبانی فقهی آن

2. طلاق حاکم از دیدگاه فقیهان متأخر

علی اصغر صائمی

ص: 29

یکی از نهادهای مورد توجه ادیان الهی و آسمانی، بویژه دین اسلام، نهاد خانواده است. شارع مقدس برای تشکیل، استمرار و استحکام خانواده، مقررات حکیمانه و

خردمندانه ای را وضع کرده است. هدف از پیدایش قانون گرم خانواده، فقط رشد و

تکامل هریک از زوجین نیست، بلکه فراهم آمدن محیطی سالم و آرام برای پرورش

فرزندان شایسته و فرزانه نیز از دیگر اهداف آن می باشد. پس اگر روزی، ادامه زندگی مشترک والدین، خود زمینه ساز انحراف و تباهی فرزندان باشد، هیچ عقل سلیمی از تداوم چنین زوجیتی دفاع نخواهد کرد و به همین دلیل است که اسلام، مسأله طلاق را پیش بینی کرده است و فقیهان نیز بخشی از ابواب متون فقهی و حقوقی خود را بدان اختصاص داده اند و در آنجا با استفاده از آیات شریفه قرآن و احادیث معتبر، به این نتیجه رسیده اند که متارکه زن و شوهر، امری مباح و گاهی مستحب و در مواردی هم واجب است؛ هرچند که به خودی خود، امری ناخوشایند باشد. [\(1\)](#)

دفاع از تداوم زندگی مشترک زن و مرد، دائر مدار صیانت از مصالح خود آنها و

ص: 31

1- بهاء الدین محمد عاملی، جامع عباسی، ص 309؛ زین الدین جبعی عاملی، شرح لمعه، ج 2، ص 150 - 151.

محفوظ ماندن مصالح فرزند و اجتماعشان می باشد. بنابراین، اگر ادامه زوجیت، ثمره ای جز نابودی اعضای خانواده نداشته باشد، انحلال چنین ازدواجی، به مراتب بهتر از بقای آن خواهد بود.

این کار باید به دور از جنجال و تضییع حق، بلکه همراه با عفو و اغماض و حتی

احسان باشد. از این رو، رهبران دینی از صدر اسلام تا امروز و به پیروی از آنها، متصدیان امر قضا در کشور جمهوری اسلامی ایران که با توجه به مسؤلیت اجتماعیشان، بیشتر از دیگران از مشکلات و اختلافات زناشویی و پیامدهای آن، اطلاع دارند، به چاره جویی پرداخته اند و با استفاده از نصوص قرآنی، احادیث و اخبار معصومان و بهره گیری از قواعد و ضوابط فقهی و اصولی و کمک گرفتن از نیروی عقل، برای تحقق عملی خطاب قرآنی «أو تسریح یا احسان» و جدایی مسالمت آمیز زن و شوهر از یکدیگر، راه حلهایی را ارائه نموده و مقرر داشته اند که از آن جمله، قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (مشمول بر ماده واحده و هفت تبصره) را می توان نام برد که در جلسه علنی 1370/12/21 مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و تبصره شش آن، مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان قرار گرفت. بنابراین، در اجرای اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام در جلسه مورخ 71/8/28 آن را بررسی و تبصره 6 مصوبه مذکور را با اصلاحاتی به تصویب رساند و این قانون، هم اکنون در محاکم قضایی جمهوری اسلامی ایران، مورد استناد قرار می گیرد.

اما از آنجا که عموم ملت مسلمان ایران، بنا به وظیفه شرعی خود، نسبت به قوانینی

که احتمال مغایرت آنها با موازین شرعی داده شود، حساسیت نشان می دهند و در همین راستا، بخشهایی از این مصوبه، به خصوص قسمتهای پایانی آن را مغایر با عرف رایج بین متدینین و متشرعه می بینند و عدم تأیید آن از ناحیه فقهای شورای نگهبان را هم مؤید این برداشت می دانند و آن را بیشتر، قانونی مصلحتی (موقت) به شمار می آورند تا قانونی پایدار، لازم است برای شناخت بهتر این قانون و مبانی شرعی آن، قسمتهای مورد اختلاف آن را تحلیل و بررسی نمود.

در این نوشتار، سعی بر آن است که مبانی فقهی این مصوبه، بویژه تبصره شش آن

در حد توان، مورد پژوهش قرار گیرد. در پایان، شایسته یادآوری است که چون در قسمتهای مختلف این مصوبه، کلمات و تعبیراتی از قبیل شرط ضمن عقد و عقد خارج لازم به کار رفته است، ابتدا، مطالبی درباره شرط و بعضی عناوین دیگر ذکر می شود.

موجبات طرح و تصویب قانون «اصلاح مقررات طلاق»

1. طلاق قانونی و تأثیر آن در فرآیند نظم اجتماعی

هدف از وضع مقررات از دید عقلا، نظم بخشیدن به امور جامعه و اداره صحیح آن است. این مسأله در اسلام، که مقررات آن از چشمه زلال وحی سیراب می شود و به دست توانای مدیری عادل و آشنا به تمام نیازمندیهای سالم بشر تدبیر شده است، به طریق اولی چنین خواهد بود.

مسأله طلاق و مقررات آن هم از این قاعده مستثنا نیست و هدف از قانونگذاری

درباره آن، باید آشنا کردن اعضای جامعه با شیوه زندگی سالم، برخورداری از امکانات خدادادی و بهره وری از حقوق فطری و شرعی (انسانی) باشد؛ هرچند که به خاطر کم رنگ شدن حاکمیت مقررات اسلامی بر زندگی برخی از اعضای جامعه (به سبب سلطه جباران، ملی گرایان و عدم اقتدار رهبران دینی) به تدریج، این باور حاکم شد که: «طبع خانواده با حقوق و احکام آمرانه آن سازگار نیست و اثر قوانین در ایجاد نظم در آن ناچیز است؛ پس اگر در پی آن باشیم که سنتها را به دور افکنیم و قانون را جایگزین آن سازیم، در واقع آن را میان تهی می سازیم...» (1)

این نظر، در عین صواب، خالی از کلیت است و نمی تواند فراگیر باشد؛ زیرا همه

مقررات حاکم، ارزشی و شرعی نیست و از طرفی، اسلام سنتهای سالم و مفید را هم

نکوهش نکرده است، بلکه بسیاری از مقررات موضوعه آن درباره خانواده، امضای

ص: 33

همان مرسومات پسندیده گذشته می باشد. پس تنها وضع مقررات و آگاه کردن زن و

شوهر از این که دارای چه حقوقی هستند و در طول زندگی مشترک، خود را باید به

رعایت چه اموری موظف بدانند، هیچگاه باعث نخواهد شد که آنها از ارزشهای اخلاقی دست بردارند، بلکه چون برای برطرف کردن اختلافات و مرتفع ساختن مشکلات پیش آمده، راههای قانونی و پسندیده عرفی را به روی خود مفتوح می بینند، از دست زدن به اقدامات نابخردانه و تصمیمات غیرانسانی خودداری خواهند کرد.

چه بجاست که قانونگذاران و خیراندیشان، افراد جامعه را عالمانه به پایبندی به

ارزشهای اخلاقی دعوت نمایند، نه این که به جهت بی اطلاعی و غفلت آنان از حقوق

شرعی خود، آنها را ملزم یا تشویق به صبر و استقامت کنند؛ زیرا پسندیده این است که هریک از زن و شوهر، با دیده باز و شناخت کامل، به بایدها و نبایدها بنگرند و بعد از تدبر و اندیشه و فارغ از خشم و عصبانیت، با اختیار تام، تصمیم بگیرند. بنابراین، نباید متولیان امر تقنین و قضا، به حل و فصل مقطعی معضلات بسنده کنند؛ زیرا چه بسا زنان و شوهرانی که به سبب وساطت فرد یا افرادی صاحب اعتبار و شخصیت هایی دارای احترام، از حق مسلم خود صرف نظر کنند، اما همچون فردی که خار در چشم و استخوان در گلو دارد، صبر می کنند. این شیوه، مسکنی بیش نخواهد بود، پس باید راه حلی منطقی یافت و زمینه نیل افراد به حقوق مسلم شرعی خود و منضبط شدن جامعه را برای همیشه فراهم آورد. برای دستیابی به این هدف، باید فرهیختگان

دانشهای حقوق عرفی، با همفکری و همیاری فقهای برجسته و طراز اول و وارثان بر حق انبیا علیهم السلام، راههای قانونی و شرعی را طبق اصول و قواعد مسلم شرعی، بیابند و به طالبان حق ارائه کنند. علاوه بر این، قضات و مجریان قانون نیز باید از دو ویژگی برخوردار باشند:

1. دانش و آگاهی لازم به قانون و راهبردها و راهکارهای آن، همراه با قدرت تحلیل

و تفسیر صحیح از آن.

2. درایت و تیزهوشی و روانشناسی اسلامی و خیرخواهی و عاقبت اندیشی و آشنایی کافی به آداب و رسوم اقوام و اقشار مختلفی که به دعاوی آنها رسیدگی می شود.

2. ناخوشایندی مطالبه مهر و تأثیر آن بر سکوت زن

دیرزمانی است که در جامعه ایران، اغلب زنان از آغاز پای نهادن به خانه شوهر تا تسلیم جان به جان آفرین، به خود اجازه نمی دهند که مهریه و بعضی حقوق دیگر واجب خود را از شوهر مطالبه کنند و این سکوت ممتد، به سیره و رویه ای تبدیل شده است که اگر روزی هم زنی، هرچند بر اثر نیاز شدید، اسمی از آن به زبان آورد، در دادگاه عرف، محکوم و در پیشگاه شوهر، مغضوب می شود که این زن، اهل زندگی نیست، در صورتی که چه بسا تنها چیزی که به ذهن او خطور نکرده، همان متارکه باشد و او از روی تعقل و احساس نیاز به مال و اطلاع بر تمکن مالی شوهر، خواهان نقد کردن مهریه خویش است تا آن را سرمایه ای برای رفاه بیشتر دنیوی خود یا ذخیره ای برای آخرت خویش قرار دهد و یا از آن طریق، به والدین و دیگر حق داران خود کمک کند.

درخواست این حق، خطا و جرم نیست، بلکه عین صواب است؛ همچنان که از صدر اسلام تا کنون، در گفتار و نوشتار راهنمایان بزرگ دین، اشارات فراوانی به تکالیف

مرد در مقابل زن شده است، تا جایی که گفته اند: «اگر مردی مهر زن را بر خود حلال بداند (و در فکر این باشد که آن را ندهد) سارق به حساب می آید». (1)

پس باید مسلمانان با بهره گیری از منابع اصیل اسلامی، شیوه زندگی صحیح با یکدیگر را به خوبی بیاموزند و به دستورات الهی نیز التزام عملی داشته باشند، بویژه در برخورد با همسر و خانواده؛ زیرا امام باقر می فرماید: «ارجمندترین شما در پیشگاه خداوند، آنهایی هستند که همسرانشان را گرامی تر و زنان و حلیله های خود را ارجمندتر بدانند». (2)

3. فلسفه اهتمام اسلام به مسأله طلاق و احکام آن

توجه، بحث و پژوهش فراوان در متون فقهی اسلامی، بویژه امامیه نسبت به مسأله طلاق

ص: 35

-
- 1- حر عاملی (محمد بن حسن)، وسائل الشیعه، ج 15، باب 11، ابواب المهور، ص 21، حدیث 2 و ص 23، حدیث 11.
 - 2- همان، ج 15، باب 49، حدیث 6، ص 58.

و احکام جانبی آن، بدان علت است که نخستین کانونی که زمینه های سعادت و شقاوت

افراد را فراهم می آورد، نهاد خانواده است و اسلام می خواهد این بنا با کارایی لازم،

استوار و خلاق به حیات و شکوفایی خود ادامه دهد، و سلامت و سعادت‌مندی اعضای

آن چنان مهم است که اگر روزی، استمرار آن موجب زحمت، رنج، انحطاط و یا نابودی افراد آن شود، با ملاک قرآنی: «أو تسریح یا حسان» بدون مشاجره و هتک حرمت و شخصیت یکدیگر، زن و شوهر می توانند برای جلوگیری از افزایش خطرات روحی و جسمی خود و فرزندانشان - اگر زندگی مشترک قابل التیام نمی باشد. از هم جدا شوند. البته طبیعی است که طلاق هرچند به نحو منطقی و خردمندانه صورت بگیرد، باز هم خساراتی برای زوجین یا یکی از آنان، - اگر نگوییم برای گروهی از بستگان - به همراه خواهد داشت، لکن راهی است که گاهی برای جلوگیری از ضررهای غیرقابل جبران باید طی شود.

4. طلاق و وضع قوانین حکومتی برای کمک بیشتر به زن

مسأله انحلال خانواده به قدری سنگین است که در اکثر زمانها یکی از مسائل مورد ابتلای دولتها و متولیان امور اجتماع بوده و گاهی در حد امکانات علمی، عقلی و عرفی خویش برای پیشگیری و حل این معضل، تصمیماتی گرفته اند و مقرراتی را به تصویب رسانده اند که گاهی غیر مفید و گاهی هم آثاری مثبت داشته است. در همین راستا، بعد از استقرار نظام جمهوری اسلامی، مسئولان قضایی و نمایندگان مجلس، بویژه کمیسیون قضایی مجلس، و در نهایت مجمع تشخیص مصلحت نظام، تصمیماتی در این باره اتخاذ کردند که نتیجه آن در قالب ماده واحده مصوب مجمع، به عنوان «قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق» صورت قانونی به خود گرفت و اکنون در حال اجراست. چون ممکن است نسبت به بخشهایی از آن، شبهه هایی وجود داشته باشد، در این نوشتار درصدد آن هستیم که ببینیم آیا در کتاب و سنت و فتاوی فقهای شیعه می توان مبنا و معیاری برای تمام مفاد این ماده واحده یافت یا خیر؟ نخست به خود آن ماده واحده و تبصره ها و بندهای مورد نظر و محل بحث آن اشاره می شود:

ماده واحده: از تاریخ تصویب این قانون زوجهایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر

دارند باید جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی

کنند. چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین حل و فصل نگردید، دادگاه با

صدور گواهی عدم امکان سازش، آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر

رسمی طلاق، حق ثبت طلاقهایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است ندارند.

تبصره 3- اجرای صیغه طلاق و ثبت آن در دفتر، موکول به تأدیه حقوق شرعی و قانونی زوجه (اعم از مهریه، نفقه، جهیزیه و غیر آن) به صورت نقد می باشد، مگر در طلاق خلع یا مبارات (در حد آنچه بذل شده) و یا رضایت زوجه و یا صدور حکم قطعی اعسار از پرداخت حقوق فوق الذکر.

تبصره 6- پس از طلاق، در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه

کارهایی که شرعاً به عهده وی نبوده است، دادگاه بدواً، از طریق تصالح، نسبت به تأمین خواسته زوجه اقدام می کند، و در صورت عدم امکان تصالح، چنانچه ضمن عقد یا عقد خارج لازم در خصوص امور مالی، شرطی شده باشد طبق آن عمل می شود. در غیر این صورت، هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه یا ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می شود:

الف . چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می کند.

ب - در غیر مورد بند «الف» با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می کند.

مقداری از مطالب قانون فوق الذکر به خصوص تبصره 6 و دو بند آن مورد اعتراض

شورای نگهبان بود، اما مجلس، نظر آن شورا را تأمین نکرد و با هم به توافق نرسیدند، لذا در نهایت، مجمع تشخیص مصلحت نظام، آن را تصویب کرد.

دستیابی به منابع شرعی این قسمت از قانون و انطباق آن با احکام اولیه، مشکل به

نظر می آید و به آسانی نمی توان به آن دست یافت، ولی فقها و آشنایان به قواعد عقلی و نقلی اصولی و معیارهای شرعی، می توانند بسیاری از این قبیل مسائل را عمدتاً با توجه به رد فروع به اصول و استفاده زوجین از شروطی در ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم دیگری و قاعده و خطاب «اوفوا بالعقود» و مصالح طرفین با تمسک به قواعد عسر و حرج و لاضرر و لاضرار (حکمی) حل کنند؛ بنابراین، در این نوشتار که تحلیل و بررسی مبانی فقهی بخشهایی از آن قانون مورد نظر می باشد، شایسته است به تناسب، مقداری درباره مسأله شرط، بویژه شرط ضمن عقد لازم و احکام و آثار آن، بحث و بررسی نمود.

تعریف شرط و بهره گیری از آن در امر طلاق

معنای لغوی و اصطلاحی شرط

در لغت، لازم کردن امری (از جانب شخصی) و پذیرش و التزام به آن را از طرف فرد دیگری در بیع و نظایر آن، شرط گویند. (1)

در اصطلاح فقه، بعضی از فقها معنای شرط را چنین بیان کرده اند: معنای جامع

برای شرط در تمام موارد استعمالش بستن و ربط دادن است و از شرط در امور اعتباری تعبیر به تعهد می شود زیرا تعهد به چیزی، نوعی بستگی و ربط داشتن آن شیء به عهده و ذمه کسی را می رساند و شاید هم ماده اش در اصل «الشد» بوده که یکی از دو «دال» به «را» و دیگری هم به «ط» تبدیل شده و به شکل شرط در آمده است. (2)

بعضی از اهل مطالعه و تتبع در حقوق مدنی پیرامون شرط چنین نوشته اند:

توافقی که به منظور تغییر آثار قراردادی صورت می گیرد، اگر در ضمن همان قرارداد باشد اصطلاحاً «شرط» نامیده می شود. برای مثال اگر زن در ضمن عقد نکاح با شوهرش شرط

ص: 38

1- ابن منظور (جمال الدین محمد بن مکرم)، لسان العرب، ج 7، ص 329.

2- سیدعبدالاعلی سبزواری، مهذب الاحکام، ج 17، ص 236 - 237 به نقل سید محمد تقی موسویالخویی، الشروط، ج 1، ص 30.

کند که محل سکونت مشترک آنان را زن معین کند، می گویند ضمن عقد شرط شده که

حق تعیین سکنی با زن باشد. (1)

زیرا در صورت سکوت مقتضای اطلاق عقد آن است که این حق با مرد باشد پس

لازم الوفاست، همچنان که از سخن شیخ انصاری رحمة الله نیز، «لزوم وفای به شرط» دریافت می شود؛ زیرا ایشان شرط جایز مذکور در ضمن عقد را جزئی از ایجاب و قبول دانسته و فرموده است:

با لازم بودن عقد، شرط مطرح شده در ضمن آن هم لازم می شود زیرا آن شرط جزئی از عقدی است که واجب الوفا می باشد، و اگر به آن عمل نشود به عقد وفا نشده است. بنابر این، برای این که شرطهای موردنظر از ضمانت اجرای کافی برخوردار باشند می توان آنها را در ضمن عقد لازمی آورد تا در سایه آن عقد لازم واجب الوفا شوند. (2)

بهره گیری از اراده مشروع به صورت شرط ضمن عقد

یکی از راههای استفاده مشروع از اصل آزادی اراده و درخواست اموری بیش از مفاد و مقتضای عقود متعارف، شرط ضمن عقلي لازم می باشد چنین شرطی حتی برای آنهایی که طرفدار نظریه «حصری بودن عناوین عقود و معاملات» هستند نیز راهگشاست و در میدان عمل و روابط حقوقی افراد تأثیر بسزایی دارد و تکالیف آینده متعاهدین را از قبل معلوم می کند بدیهی است با توجه به شرایطی که برای صحت و اعتبار شرط ضمن عقد مقرر شده در کنار برخورداری از مزایای اصل آزادی اراده در انعقاد قرارداد، راه سوء استفاده از آن اصل هم مسدود می شود.

از جمله عقدهایی که در آن بهره جویی از شرط ضمن عقد می تواند کارآیی بالایی را

از خود نشان دهد و از آزادی اراده به نحو مشروع به خوبی می شود استفاده کرد، قرارداد ازدواج است هر چند ظاهراً حکمت وجودی پیمان زناشویی ایجاد آرامش برای زن و

ص: 39

1- ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج 1، ص 244.

2- شیخ مرتضی انصاری، کتاب النکاح، ص 225.

مرد در کنار یکدیگر است که با علاقه مندی و مودت آن دو به یکدیگر به دست خواهد

آمد البته با رعایت مسأله کفویت و اعمال اراده و انتخاب سالم و تحقیق کامل و اجتناب از ظاهر بینی و هوسرانی و تعجیل این محبت و مودت باید به طور طبیعی بین زوجین پدید آید و در غیر این صورت، با اعمال و وضع قانون و مقررات نمی توان به زن و مردی که طبیعتاً از این خصیصه ها عاری هستند مودت و رحمت را تزریق کرد. ولی چون ممکن است زوجهایی و خانواده هایی باشند که در عین رعایت همه این جوانب در زمان انشاء عقد، در طول زندگی مشترک آنها پیش آمدها و تحولاتی رخ دهد که خوی و خصلتهای طبیعی زوجین یا یکی از آن دو را تغییر دهد و یا اینکه به مرور زمان باطنها و طبیعتهای مخفی نگهداشته شده آنها کشف و هویدا شود در این صورت، مشکلاتی برای ادامه زندگی مشترک به وجود خواهد آمد. بنابر این، نمی توان تنها به عشق و علاقه ظاهری و حتی میل و رغبت باطنی و سلامت و عزت نفس طرفین و شرافت خانوادگی و روابط فامیلی هر چند نزدیک... آنها بسنده کرد و نباید مغلوب عواطف و احساسات گردید و در وقت انشای عقد زناشویی از به کارگیری اختیارات و اعمال اراده معقول و خواسته های مشروع که فرصت استفاده از آنها فراهم است، چشم پوشی کرد. از آنجا که پیش بینی و طرح و پیشنهاد این مسایل از طرف زوجین یا اولیای آنها غالباً خوشایند عرف نیست با این که حق مسلم و مشروع هر یک است، لذا چه زیباست که عقلای فامیل و معتمدین و ریش سفیدان متشرع و متدین هر قومی در فضایی خالی از تعارفات و احساسات با زن و مرد صحبت کنند و آنها را با شروط و آثار قراردایی که می توانند مطرح کنند، آشنا سازند و هر یک از آن دو هم فارغ از تمنیات و عوارض جوانی، با تعقل و تدبر و استعانت از مشاوران عالم و آشنا به معیارهای شرعی، تصمیم نهایی را خود بگیرند و در صورت تمایل و توافق کامل، یا خود در ضمن عقد نکاح مطرح سازند و یا از وکیل در عقد (عاقده) بخواهند که عقد را چنان واقع بسازد که متضمن شروط در ضمن عقد لازم باشد تا از ضمانت اجرایی لازم برخوردار شوند. بهتر است که این شرایط به صراحت در متن عقدنامه رسمی (و حتی غیررسمی) به تفصیل و با دقت نوشته شوند و به امضای متعهد برسند، و حتی چنانچه از آن فرصت استفاده نشد، بعداً هم در ضمن

عقد خارج لازم دیگر می توانند التزام به انجام خواسته های مشروع خود را اخذ کنند و آنها را از ضمانت اجرایی قانونی لازم برخوردار سازند. و در صورت بروز نامالایمات غیرقابل تحمل در مقابل سلطه مرد برحق طلاق، زن هم با استفاده از این شروط، جلوی استفاده بی مورد و یا ظلم شوهر نامتعادل خود را بگیرد و از آن راه مرهمی بر جراحات خود نهد و تسکینی بر آلام خود بخشد و حل مشکل را برای خود و محکمه آسان کند در غیر این صورت حتی کسانی که به نحو صحیح این شیوه را نپیموده اند برای خود و دادگاه مشکلاتی ایجاد خواهند کرد و حتی در صورت موفقیت این گونه زنان به متارکه از طریق دادگاه، مشکل معنوی و روانی دیگری وجود خواهد داشت و آن اینکه برای مردان متدین و اهل احتیاط خواستگار چنین زنان مطلقه ای شبهاتی نسبت به صحت طلاق واقع شده و روا بودن ازدواج با آنان پدید خواهد آمد، و اگر هم افراد بی مبالا با آنها ازدواج کنند چه بسا که از عواقب شوم و آثار وضعی طلاق غیر صحیح و ازدواج باطل خود و نسل آنها در امان نباشند حال بعد از ذکر این کلیات وارد اصل موضوع (تحلیل و بررسی مبانی فقهی قانون اصلاح مقررات طلاق، ماده واحده) مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام) می‌شویم.

تحلیل و بررسی مبانی فقهی قانون اصلاح مقررات طلاق (ماده واحده)

وجه الزام زوجین به تسلیم دادخواست طلاق

در بین مسلمانان شایع و متداول بلکه مقرر شرعی چنین است که اختیار امر طلاق به

دست مرد است، مگر این که در ضمن عقد لازمی زن از مرد وکالت گرفته باشد که در شرایط خاص خود را به وکالت از طرف زوج طلاق دهد، هر چند بعضی از فقهاء

امامیه (1) همین را هم جایز ندانسته اند. ولی مشهور بین قدما و متأخران و معاصران جواز

ص: 41

1- شیخ طوسی (محمد بن حسن)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج 2، ص 365: «فأما المرأة فإنها تتوکل لزوجها فی طلاق نفسها عند الفقهاء و فیه خلاف بین أصحابنا و الأظهر أنه لا یصح ذلك، و أما هل یصح أن یتوکل فی طلاق ضررتها و غیرها من النساء؟ قیل: فیه وجهان و عندي أنه لا یمنع من ذلك مانع.»

است. حال با چنین فرضی مسأله طلاق از چند صورت خارج نخواهد بود: 1) زوجین هر دو به توافق می‌رسند که از همدیگر جدا شوند (طلاق توافقی)؛ 2) شوهر بتهایی تصمیم می‌گیرد که همسرش را طلاق دهد و زن راضی نیست. در این دو فرض مبیانت و مخالفتی با مسأله (در اختیار مرد بودن حق طلاق دیده نمی‌شود، پس چرا باید حتماً و الزاماً زن و شوهر برای درخواست طلاق به دادگاه مراجعه کنند و دادخواست متارکه تسلیم دارند و بعد از بررسی، دادگاه اگر صلاح دید به آنان اجازه طلاق دهد؟ و آیا این موجب محدود کردن اختیارات مرد (در امر طلاق نمی‌شود؟ پاسخی که به ذهن می‌آید این است که با توجه به گسترش جوامع و دور افتادن و جدایی زنان و شوهران زیادی از قبیله و طایفه و خویشان و زادگاههای خویش و از طرف دیگر، عدم توجه بعضی از آنها به مسائل و ضوابط شرعی، و نیز عدم شناسایی افراد متارکه کننده و مطلقه شده و عدم اطلاع و شناخت دقیق رجوع کننده و هزاران پیامد شرعی و قانونی که مثلاً بر طلاق مترتب است، اگر مسأله طلاق عموماً و موضوع رجوع و طلاق رجعی خصوصاً، تحت کنترل و نظارت حاکم زمان نباشد، جامعه با معضلات زیادی دست به گریبان خواهد بود. لذا برای اجتناب از آن عواقب مراجعه به دادگاه، حتی در طلاق توافقی، لازم و به صلاح افراد و نظم عمومی جامعه می‌باشد و در زمان اداره جامعه از سوی فقیه جامع الشرایط، بنابر ادله عقلی او می‌تواند این چنین الزاماتی را مقرر بدارد.

بررسی اقدامات اولیه دادگاه برای متقاضیان طلاق

ارجاع زوجین به داوری و تشکیل محکمه صلح خانوادگی

بعد از اینکه زندگی مشترک زن و شوهری به اختلاف و شقاق و ناسازگاری گرایید، و

یکی از آن دو یا هر دو نفرشان بنای متارکه گذاشتند و درخواست جدایی از یکدیگر را از مقامات مسئول دادگاه مطرح کردند، با تأسی به قرآن کریم که می‌فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ

شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوْفِقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» (1)؛ اگر بیم اختلاف و ناسازگاری بین زوجین را داشتید، پس مأموریت بدهید دو مرد (عادل و ظاهرالصلاحی) را، که اگر این دو گم با حسن نیت و دلسوزی وارد کار شوند و هدفشان اصلاح میان آن دو همسر باشد، خداوند کمک می کند و به وسیله آنان میان دو همسر، الفت ایجاد می کند، پس باید دو داور برگزیده شوند.

حال باید دید که انتخاب داور به دست چه کسی است؟ آیا خود زن و شوهر موظف به چنین کاری هستند یا عدول مؤمنین و خیرخواهان از بین فامیل و همسایگان و اهل محل آنها و یا قضات و حاکمان شرع که معمولاً در چنین مواقعی مأمون و ملجأ و پناهگاه مظلومان قرا می گیرند؟ ظاهر سخن فقها و مفسران بزرگ شیعه این است که حاکمی که زن و شوهر اختلاف خود را پیش او مرافعه می نمایند مخاطب می باشد، همچنان که مرحوم شیخ طوسی در تفسیر تبیان در ذیل آیه فوق می فرماید:

و المأمور ببعث الحكمين قيل فيه قولان: أحدهما - قال سعيد بن جبیر والضحاك و أكثر

الفقهاء و هو الظاهر في أخبارنا: أنه السلطان الذي يترافعان إليه، و الثاني - قال السدي: أنه الرجل و المرأة... (2)

بنابر این، از لحن و خطاب آیه (بنا بر نظر اکثر فقها و مفسران شیعه و شاید هم تمام

آنها چنین بر می آید که مخاطب آن، حاکمان شرع می باشند نه خود زن و مرد زیرا اگر انتخاب حکم به نظر آنها واگذار شود چه بسا فلسفه انتخاب گم از بین برود؛ چون در آن صورت، هر یک فردی را انتخاب خواهد کرد که خواسته او را تأمین کند نه مصلحت و سعادت او را، در حالی که هدف از چنین دستوری هر چند ارشادی و ندبی (مستحبی) این است که داور، صرف نظر از خواسته دل هر یک با بررسی اوضاع و احوال و اسباب فراهم آورنده شقاق و اختلاف، در کنار شنیدن درد دلها و مشکلات و آمال درونی هر یک، منصفانه آنچه را که با وضع موجود مناسبتر و بیشتر به صلاح آن دو می بیند، با در نظر گرفتن خدا و قیامت و مطلع بودن از بایدها و نبایدهای شرعی، در راه اصلاح میان

ص: 43

1- نساء / 35

2- شیخ طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ج 3، ص 192.

زن و شوهر اعمال کند. بنابر این، آنچه امروزه گاه در بعضی دادگاههای مدنی خاص

جمهوری اسلامی مشاهده می شود که قضات معرفی داور را به طرفین دعوی خانوادگی (خود زن و شوهر) وامی گذارند، نمی تواند بخوبی هدف این آیه شریفه را تأمین کند، بلکه زحمت مضاعفی را می طلبد، چرا که قاضی باید خود مستقیماً یا به وسیله دیگران که در قضیه بی طرف باشند اهل خیر و صلاح از بین فامیل هر یک از طرفین دعوی را بیابد و بعد با تفهیم مأموریت و اهداف و اجر و عقاب انجام داوری آنها را مأمور این کار سازد.

و اما اگر فراهم آوردن داور مشکل شد و تعیین این که کدام یک از زن و شوهر مقصر

هستند نیز ممکن نبود، چه باید کرد؟ شیخ طوسیله فرموده است: در چنین فرضی حاکم و قاضی، آن دورا در همسایگی فرد مورد اطمینانی سکونت دهد که او ناظر بر رفتار آنان باشد، و دریابد که کدام یک از آن دو، نافرمان و مقصر است، زیرا خود قاضی و حاکم بشخصه نمی تواند رفتار زوجین و معاشرت آنها را مستقیماً زیر نظر بگیرد و مقصر را تعیین کند، ولی وقتی که آن فرد موثق از نشوز (نافرمانی) و تقصیر یکی از آن دو خبر داد حاکم طبق آن، حکم صادر خواهد کرد. از کلام شیخ طوسیله پیداست که خوب است این مرحله قبل از انتخاب حکم رعایت شود و حکمیت برای وقتی است که حاکم می داند که هر یک به سهم خود نسبت به شریک زندگی خود نشوز و نافرمانی می ورزد و کار آنها هم به فحاشی و کتک کاری و جامه دریدن و دیگر اعمال غیر حلال و ناروا کشیده شده است و مرد حاضر به سازش و آشتی و یا متارکه نمی شود و زن حقوق شوهر را ادا نمی کند و حاضر به طلاق خلعی هم نیست، این جاست که نوبت تمسک به آیه شریفه و انتخاب دو داور می رسد. (1)

شیخ طوسی انتخاب گم را از باب حکم و دستور قضایی می داند، لذا علاوه بر آنچه از تفسیر تبیان نقل کردیم در مبسوط هم می فرماید: « وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُنَا أَنَّ ذَلِكَ كَمَ لَا تَهُمُ زَوْوَا أَنْ لَهُمَا الْإِصْدَاحَ مِنْ غَيْرِ اسْتِيزَانِ السَّخِ »؛ یعنی آنچه مذهب ما امامیه اقتضا می کند این است که ارجاع امر زوجین به داوری از باب حکومت و فرمان ولایی یا

ص: 44

بنا بر قول به داوری حکمی، شخص حاکم داوران را انتخاب و شرح وظایف آنها را

گوشزد می کند، و آنها ملزم به توجه و التفات به رضایت زوجین هم نخواهند بود، بلکه حاکم می گوید که بعد از بررسی، اگر رأی هماهنگ بر اصلاح و سازش بین آن دو داشتید آنها را اصلاح دهید و اگر نظرتان بر متارکه آنها تعلق گرفت، چه طلاق رجوعی و چه خلعی، همان را انجام دهید. (2)

البته این باید با اجازه و نمایندگی از طرف حاکم باشد و الا حکمین حق مداخله در امر طلاق را نخواهند داشت؛ زیرا مرحوم شیخ بعد از چند سطر در مقام بیان قول مختار می فرماید: «و لیس لهما الفرقة بالطلاق و غیره»؛ یعنی دو حکم و داور حق جدایی

انداختن بین زن و شوهر به وسیله طلاق و غیر آن را ندارند. (3)

نویسندگان محترم تفسیر نمونه در مطلبی تحت عنوان «محکمه صلح خانوادگی»، در

ذیل تفسیر آیه شریفه مذکور، بیانات رسا و زیبایی دارند که نقل آنها را خالی از فایده و لطف نمی بینیم، لذا آن را به عنوان مؤید بر مطالب ذکر شده درباره مسأله حکمت

حکمین در این جا می آوریم:

محکمه صلح خانوادگی که در آیه (35 سوره نساء) به آن اشاره شده یکی از شاهکارهای اسلام است. این محکمه امتیازاتی دارد که سایر محاکم فاقد آن هستند. از جمله:

1. محیط خانواده کانون احساسات و عواطف است و طبعاً مقیاسی که در این محیط

باید به کار رود با مقیاس سایر محیطها متفاوت است، یعنی همان گونه که در «دادگاههای جنایی» نمی توان با مقیاس محبت و عاطفه کار کرد، در محیط خانواده نیز نمی توان تنها با مقیاس خشک قانون و مقررات بی روح گام برداشت، در اینجا باید حتی الامکان اختلافات را از طرق عاطفی حل کرد، لذا دستور می دهد که داوران این محکمه کسانی باشند که پیوند خویشاوندی به دو همسر دارند و می توانند عواطف آنها را در مسیر اصلاح تحریک کنند، بدیهی است این امتیاز تنها در این محکمه است و سایر محاکم فاقد آن هستند.

ص: 45

1- همان

2- همان

3- همان

2. در محاکم عادی قضایی طرفین دعوی مجبورند برای دفاع از خود، هر گونه اسراری که دارند فاش سازند، مسلم است که اگر زن و مرد در برابر افراد بیگانه و اجنبی اسرار زناشویی خود را فاش سازند احساسات یکدیگر را آن چنان جریحه دار می کنند که اگر به اجبار دادگاه به منزل و خانه بازگردند، دیگر از آن صمیمیت و محبت سابق (چه بسا) خبری نخواهد بود (نباشد) و همانند دو فرد بیگانه می شوند که به حکم اجبار باید وظایفی را انجام دهند، اصولاً تجربه نشان داده است که زن و شوهری که راهی آن گونه محاکم می شوند دیگر زن و شوهر سابق نیستند، ولی در محکمه صلح فامیلی با این گونه مطالب به خاطر شرم حضور مطرح نمی شود و یا اگر بشود چون در برابر آشنایان و محرمان است آن اثر سوء را نخواهد داشت.

3. داوران در محاکم معمولی، در جریان اختلافات غالباً بی تفاوتند و قضیه به هر شکل خاتمه یابد برای آنها تأثیری ندارد. دو همسر به خانه بازگردند یا برای همیشه از یکدیگر جدا شوند، برای آنها فرق نمی کند. در حالی که در محکمه صلح فامیلی مطلب کاملاً به عکس است زیرا داوران این محکمه از بستگان نزدیک مرد و زن هستند، و جدایی یا صلح آن دو، در زندگی اینعده هم از نظر عاطفی و هم از نظر مسئولیتهای ناشی از آن تأثیر دارد، و لذا آنها نهایت کوشش را به خرج می دهند که صلح و صمیمیت در میان این دو برقرار شود و به اصطلاح آب رفته به جوی باز گردد.

4. از همه اینها گذشته چنین محکمه ای هیچ یک از مشکلات و هزینه های سرسام آور و سرگردانی های محاکم معمولی را ندارد و بدون هیچ گونه تشریفات طرفین می توانند در کمترین مدت به مقصود خود نائل شوند.

ناگفته روشن است که کمین باید از میان افراد پخته و با تدبیر و آگاه دو فامیل انتخاب

شوند. با این امتیازات که شمردیم معلوم می شود که شانس موفقیت این محکمه در

اصلاح میان دو همسر به مراتب بیشتر از محاکم دیگر است. مسأله حکمین و شرایط آنها و دایره نفوذ حکم و داوری آنها درباره دو همسر در فقه اسلامی مشروحاً بیان شده است از جمله اینکه: دو حکم باید بالغ و عاقل و عادل و نسبت به کار خود بصیر و بینا باشند. اما در مورد نفوذ حکم و داوری آنها در مورد دو همسر بعضی از فقها حکم آن دو را هر چه باشد لازم الاجرا دانسته اند و ظاهر تعبیر به «حکم» در آیه فوق نیز همین معنی را می رساند، زیرا مفهوم حکمت و داوری، نفوذ حکم است، ولی بیشتر فقها نظر حکمین

را تنها در مورد سازش و رفع اختلاف میان دو همسر، لازم الاجرا دانسته اند و حتی

معتقدند اگر حکمین شرایطی بر زن یا شوهر [تعیین] بکنند، لازم الاجراست اما در مورد جدایی، حکم آنها به تنهایی نافذ نیست، و ذیل آیه که اشاره به مسأله اصلاح میکند با این نظر سازگارتر است. (1)

صدور گواهی عدم امکان سازش و ارجاع و اعلان به محضر

همان گونه که در قبل بیان شد یکی از موجبات الزام زوجین متقاضی طلاق به اخذ گواهی عدم امکان سازش به نظم کشیدن رفتار شهروندان و جامعه و جلوگیری از بروز هرج و مرج می باشد. حال جای این پرسش هست که چرا از ثبت طلاقهایی که زوجین با توافق هم و رعایت ضوابط شرعی و احیانا بعد از مراجعه به داوری عدلین و تدبیر و اندیشه زیاد تصمیم بر جدایی گرفته اند و صیغه طلاق هم جاری شده جلوگیری شود؟

در پاسخ علاوه بر آنچه در سابق مطرح شد، می توان گفت: قانونگذار در مقابل همه

افراد جامعه احساس مسئولیت می کند و از طرفی مطمئن هم نیست که همه آنها شیوه

معقول و مسیری شرع پسند را در این زمینه بپیمایند، لذا برای جلوگیری از بی نظمی

رعایت یک سری تشریفات و مقررات را لازم دانسته، که از آن جمله، ثبت واقعه طلاق را منوط به ارائه گواهی عدم امکان سازش کرده است، زیرا اگر غیر از این باشد همچنان که تجربه هم ثابت می کنند بسیاری از زوجین با اندک ناراحتی و جزئی اختلافی اقدام به متارکه می کنند و بعد چه بسا بزودی هم پشیمان می شوند، قانونگذار با این تدبیر خواسته زندگیهای قابل استمرار و التیام را از اضمحلال نجات دهد و آنهایی هم که به آخر خط رسیده اند نهایتا گواهی لازم (مبنی بر عدم امکان سازش) را به دست می آورند؛ ولی ممکن است گفته شود که چرا باید آنقدر معطل بشوند و رفت و آمد مکرر به دادگاه داشته باشند؟ آیا حاکم در مقابل آن همه اتلاف وقت و از دست رفتن فرصتها مسئول نخواهد بود؟ در پاسخ می گوئیم شاید بتوان این مقدار تصرف در اوقات و امور مردم را اگر حاکمیت به دست مجتهد جامع شرایط باشد، به حل شده و مشروع حساب کرد. در

ص: 47

غیر این صورت، واقعا مشکل است و چه بسا همین احتمالات موجب شده که فقهای

شورای نگهبان مصوبه مجلس را تأیید نکنند و نهایتا مجلس آن را به مجمع تشخیص

مصلحت نظام ارجاع کرد و آن نهاد با عنایت به مصالح جامعه و اختیاراتی که از طرف قانون اساسی و مقام رهبری داشت (که شاید در قسمتهایی از آن به عناوین ثانوی توجه شده باشد) قانون اصلاح مقررات طلاق را به این صورت به تصویب رساند.

بررسی تبصره 6 ماده واحده (مقررات طلاق)

اشکالات وارد بر تبصره فوق

یکی از تبصره های بحث انگیز و مورد توجه قانون اصلاح (پاره ای از) مقررات طلاق (ماده واحده مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام) تبصره 6 آن می باشد که می گوید: «پس از طلاق در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه کارهایی که شرعا به عهده وی نبوده است، دادگاه از طریق مصالح نسبت به تأمین خواسته زوجه اقدام می نماید، و در صورت عدم امکان مصالح چنانچه ضمن عقد یا عقد خارج لازم در خصوص امور مالی شرطی شده باشد، طبق آن عمل می شود.»

ایرادی که در این قسمت به ذهن می آید، مقید کردن پرداخت حق الزحمه کارهای

(غیر تبرعی و آنچه به امر شوهر انجام داده) زن به پس از طلاق، اگر از آن اراده حصر شود، صحیح نیست، بلکه حتی قبل از طلاق هم زن، اگر حقی وطلبی بابت اجرت کارهایی که به امر شوهر و بدون قصد تبرع انجام داده داشته باشد و آن را مطالبه کند، چنین دعوایی قابل استماع است و صدور حکم الزام شوهر، به عنوان مدیون، بر ادای مطالبات زن معقول می باشد. بنابراین قید «پس از طلاق» خیلی مناسب نیست، مگر اینکه مقنن از آن اراده حصر نکرده و نخواسته باشد که دیگران هم از آن چنین برداشت کنند. ولی از آنجا که معمولا زنها برای چنین مطالباتی، زمانی طرح دادخواست می کنند که بخواهند از شوهرانشان جدا شوند، لذا در مقام تقنین و قانونگذاری هم این کلمه به قلم جاری شده است، و الا از این جمله و یا عبارت «پس از طلاق» نباید چنین برداشت کرد که مطالبه حق الزحمه کارهای غیر تبرعی و انجام شده به دستور شوهر، در طول

زندگی مشترک ممنوع است.

در این تبصره، سوای این نکته، ابهام و ایراد دیگری حداقل به نظر نگارنده نمی آید
خصوصاً بعد از آنکه مطالبی را پیرامون شرط ضمن عقد و احکام و آثار و ضمانت

اجرای آن آوردیم که طرح آنها عمدتاً با توجه به اشاراتی بود که در این تبصره و نظایر آن به شرط ضمن عقد شده است. اما مسأله دیگری
که بسیار بحث انگیز است ذیل آن تبصره است که می گوید:

در غیر این صورت هرگاه طلاق بنا بر درخواست زوجه نباشد، و نیز تقاضای طلاق

ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد به ترتیب زیر عمل می شود:

الف) چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده به دستور زوج و یا عدم
قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای
انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می نماید.

در این قسمت خود بند الف جای بحث ندارد بلکه با توجه به اهمی که اسلام به
پرداخت اجرت عامل و اجیر دارد و دقتی که در تنظیم این بند شده است (با توجه به

قیود ذکر شده) بعید است کسی اشکال و ایرادی داشته باشد. ولی ایراد عمده در ذیل
خود تبصره است که اجرای بندهای بعد را مقید به طلاق نموده که زن در پیدایش آن

نقش سببیت (درخواست طلاق، یا تخلف از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار)

نداشته باشد، در حالی که اگر مسأله اجرت و کارمزد فردی مطرح است و او مستحق آن می باشد، حتی در طلاقهایی هم که زن موجب
انحلال کانون خانواده و مطلقه شدن خود شده باشد، باید با رعایت همین قیود اگر استحقاق اجرتی دارد، در صورت مطالبه، به او پرداخت
و بلکه حکم به پرداخت صادر کرد، لذا این قسمت از تبصره 6 ماده واحده مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام پیرامون اصلاح
مقررات طلاق، که اجرای بند الف و ب را مقید به عدم تخلف زن از وظایف همسری یا عدم سوء اخلاق و رفتار وی کرده مشروع به نظر
نمی آید. لزوم پرداخت مهریه به زن مطلقه، هر چند که در وقوع طلاق مقصر باشد، می تواند مؤیدی بر این ادعای ما باشد، زیرا در آنجا
احدی نگفته که

تقصیر زن موجب عدم استحقاق او و محروم شدنش از مهر می شود.

کارهایی که زن در مقابل آنها می تواند از شوهر، مطالبه اجرت کند

کارهایی که زن در خانه شوهر انجام می دهد، به سه دسته تقسیم می شود:

1. کارهایی که جزء وظایف طبیعی ازدواج و همسر شدن و همسر داری است؛ مثل

حضور در خانه شوهر، آمادگی برای هر نوع استمتاع مشروعی که شوهر بخواهد (در صورت نداشتن عذر شرعی)، بیرون رفتن، از خانه بدون اذن او، تحمل سنگینی و زحمات بارداری و زایمان

2. کارهایی که زن به میل و رغبت و طبق عشق و علاقه درونی خود بدون دستور

شوهر آنها را انجام می دهد، هر چند که جزء وظایف و تکالیف حتمی او نیست، مثل

تدبیر امور منزل، کدبانویی کردن، بچه شیردادن، پذیرایی از مهمان، آب و جارو کردن خانه، پخت و پز غذا و انجام کارهای معمولی داخل خانه ... اگر اینها را به میل خود و با قصد تبرع (هر چند به دستور زوج) و بدون هیچ چشم داشتی و تنها به خاطر علاقه به کانون گرم زندگی انجام دهد، بعد نمی تواند مطالبه اجرت کند، اگر چه مستحب است که از باب « هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ » (1) مرد بخشش و هدیه مناسبی به او بدهد.

3. کارهایی که زن بدون قصد تبرع انجام می دهد و جزء وظایف او هم نیست و با

دستور شوهر به انجام آنها می پردازد. مثل آشپزی کردن داخل منزل، لباس شستن،

نگهداری و پرورش بچه ها و شیردادن به آنها به امر شوهر و بدون قصد تبرع ... در این صورت است که مستحق اجرت عمل خود می باشد، و در قرآن مجید هم کرارا به مسأله اجرت زنان اشاره شده است. از آن جمله است آیه شریفه 6 سوره طلاق که ذیلا به آن اشاره می شود: در سوره طلاق آیه 6 می فرماید: « فَاِنْ أُرْسِدْ عَنْكُمْ فَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ » - و اگر برای شما فرزندی را شیر دهند پاداش آنها را بپردازید (اجرتی متناسب با مقدار و زمان شیردادن بر حسب عرف و عادت). البته آیه شریفه نحوه رفتار با زن و امر به پرداخت اجرت عمل (شیردادن) زن به فرزندش بعد از طلاق و جدایی از شوهر را بیان می کند (به

ص: 50

قرینه آیات قبل و بعد از آن) ولی از ظهور استقلالی آن بیان یک حکم کلی بر پرداخت

اجرت عمل زن حداقل نسبت به مطلق رضاع (شیر دادن به فرزند) استفاده می شود،

خصوصاً با توجه به قاعده عدل و انصاف و اصل عدم تبعیض. ماده 336 قانون مدنی ایران هم که عمدتاً از فقه شیعه گرفته شده چنین اعمالی را دارای اجرت و عاملش را مستحق آن می داند.

مطلب دیگری که لازم به ذکر و بررسی است بند «ب» تبصره 6 قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق می باشد که چنین مقرر داشته:

ب) در غیر مورد بند الف با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسیع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می نماید.

مطلبی که در این باره می توان گفت این است که اگر این را حکم الزام آوری به حساب آوریم که قاضی و دادگاه موظف به عمل بر طبق آن باشند، که ظاهراً هم چنین است، در ابتدای امر و نظر بدوی مبنایی برای این اقدام دادگاه (یعنی الزام شوهر به پرداخت مبلغی به نام بخشش به زن) به چشم نمی آید زیرا غیر معقول به نظر می رسد که چیزی نام بخشش و عطیه به خود بگیرد و پرداخت آن هم بر زوج تکلیف و لازم باشد. اما با ذکر این مقدمه که ما مسأله ای داریم تحت عنوان اعطاء و این یا مستحب است که در فقه آن را هبه و هدیه می نامند و یا لازم است مثل اعطاء مهر و صدقاً به زن از باب نحله، همچنان که خداوند متعال در قرآن مجید آیه چهارم سوره نساء می فرماید: « وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً » که امر (وجوبی) به دادن مهر زنها کرده و می فرماید این از باب نحله و اعطاء زوج به همسرش است نه از باب دست یافتن و سلطه مرد بر زن (زیرا شأن زن و شوهر بالاتر از این است).

پس از ذکر این مقدمه باید گفت همانطور که برای کارهای فیزیکی و مادی زن در

خانه شوهر (که زائد بر تکالیف و وظایفش در مقام همسری برای شوهر باشد) در بند

الف تعیین تکلیف شد، قانونگذار در این بند می خواهد برای نقش غیر محسوس زن و به عبارت دیگر برای معاونت‌های معنوی او به شوهر که در رشد و شکوفایی و ترقی مادی و

معنوی زوج قطعاً مؤثر بوده است بهایی قائل شود. مثلاً اگر زنی قناعتگر باشد و کمبودها را به رخ مرد نکشد یا در خرج و مصرف دارایی او اهل اسراف و تبذیر نباشد و یا در تربیت فرزندان و نگهداری از دارایی شوهر به نحو احسن کوشش داشته باشد، اعطای مقداری از مال به او در پایان زوجیت علاوه بر آن اعطایی که در شروع زندگی مشترک به عنوان مهر و از باب نحله به زن داده شد امری معقول و مطابق فرمایش خداوند متعال « هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ » (1) می باشد. ولی این تحلیل و استشهاد زمینه را برای حکمی زیاده‌تر از استحباب فراهم نمی آورد و به عنوان اولی و خوب و الزام به پرداخت چیزی تحت عنوان نحله را نمی رساند.

بررسی تفسیری و فقهی مفهوم و ماهیت نحله

ذکر نحله در قرآن و مفهوم آن از نظر مفسران

در متون فقهی و منابع حقوق اسلامی و قبل از همه آنها در کتاب آسمانی ما قرآن از نحله نام برده شده است که فرمود: « وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً » (2)

در معنای نحله مجمع گوید: «نحله عطیه ای است که در مقابل ثمن و عوض نباشد» (3). راغب اصفهانی نیز نظیر همین معنا را گفته است. (4) صاحب قاموس قرآن می نویسد: مراد از «صدقه» (به فتح صاد و ضم دال) مهریه زنان است. گویی علت این

تسمیه آن است که اعطاء آن دلیل صدق الفت و عشق مرد به زن است و اطلاق نحله از آن است که مهریه فقط عطیه و بخششی است از مرد و با این دو لفظ، قرآن کریم موقعیت مهر را در اسلام بیان کرده که چون موقعیت زن موقعیت عشق و موقعیت مرد موقعیت تمنا و خواهش از زن است لذا مهریه ای به او می دهد که فقط عطیه و شاهد صدق توجه مرد به زن است. (5)

علامه طباطبائی رحمه الله در المیزان می فرماید:

ص: 52

1- الرحمن / 60

2- نساء / 4

3- سید علی اکبر قرشی، قاموس قرآن، ج 7، ص 36.

4- همان

5- همان

«صدقه» (به ضم دال) و «صدقه» (به فتح دال) و «صدایق» هر سه به معنای مهریه ای است که به زنان می دهند و کلمه «نحله» به معنای عطیه ای است مجانی که در مقابل ثمن قرار نگرفته باشد.

و اگر می بینید که کلمه «صدقات» را به ضمیر زنان (هن) اضافه کرد، به جهت بیان این مطلب بود که وجوب دادن مهر به زنان مسأله ای نیست که فقط اسلام آن را تأسیس کرده باشد بلکه مسأله ای است که اساساً در بین مردم و در سنین ازدواجشان متداول بوده است، سنت خود بشر بر این جاری بود و هست که پولی و یا مالی را که قیمتی داشته باشد به عنوان مهریه به زنان اختصاص دهند و کأنه این پول را عوض عصمت (بضع) او قرار دهند، همان طور که قیمت و پول کالا (در خرید و فروش) در مقابل کالا قرار میگیرد و معمول و متداول در بین مردم این است که خریدار پول خود را برداشته و نزد فروشنده می رود، همچنین در مسأله ازدواج هم طالب و خواستگار مرد است، اوست که باید پول خود را جهت تهیه این حاجت خود برداشته و به راه بیفتد و آن را در مقابل حاجتش پردازد... و به هر حال، پس آیه شریفه (همانطور که گفته شد) دادن مهریه را تأسیس نکرده، بلکه روش معمولی و جاری مردم را امضا فرموده است. (1)

ماهیت نحله از دیدگاه فقهی

مرحوم شیخ طوسی در المبسوط فی فقه الامامیه می نویسد: بعضی گفته اند چگونه خداوند عنوان نحله را در باب مهر و صداق و فریضه امر واجب) به کار برده است؟ در حالی که مهر عوض (بضع و عصمت زن) است در نکاح با مرد.

در پاسخ این سؤال و جوهی را بیان کرده اند که دو مورد از آنها تناسب بیشتری با

موضوع دارد، لذا آنها را یادآور می شویم:

أ. مهر در حقیقت بخششی است از جانب مرد به زن زیرا بهره ای که از راه استمتاع و کامجویی (اطفای شهوت) و ازدواج به دست می آید به طور یکسان نصیب هر نفر از زوجین می شود (بلکه بهره مندی زن شاید بیشتر باشد) و مسأله رفع نیاز یکی به وسیله دیگری مطرح نیست بلکه برآورده شدن حوائج و نیازهای جنسی و غریزی و روانی هر

ص: 53

دو نفر به وسیله یکدیگر مراد است پس برای یکی نقش و تأثیر زیادتری نباید تصور کرد که بخواهد (مثلا زن) در مقابل آن، مالی و عوضی دریافت کند (چون مرد و زن هر دو از ازدواج و زناشویی به طور یکسان بهره می گیرند) و پیمان زناشویی پیوندی است بر اساس منافع متقابل طرفین، با این حال در ظاهر وجهی ندارد که مرد مبلغ کم یا زیادی به عنوان مهر به زن پردازد بلکه شاید این موضوع به شخصیت زن لطمه وارد کند و شکل خرید و فروش به ازدواج بدهد ولی اگر از باب نحلّه (بخشش) باشد این معایب پیش نخواهد آمد زیرا در عین اینکه مهر داده شده کرامت زن هم محفوظ مانده است (1)، و ایشان در تفسیر تبیان هم ذیل همین آیه شریفه از قول بعضی به این مطلب اشاره کرده اند. (2)

2. گفته شده که صدق در شریعت‌های پیشین برای اولیای زن (پدر و جد) بوده، و

سخن شعیب پیغمبر علیه السلام خطاب به موسی علی نبینا و آله و علیه السلام: «أُرِيدُ أَنْ أُكْرِحَكَ أَحَدِي ابْنَتِي هَاتِنِ عَلِي أَنْ تاجرني ثمانی حِجَجٍ» (3) مؤید این ادعا است زیرا نفرمود: آن تاجر بنتی (در مقابل این که برای دخترم کار کنی) بلکه فرمود به این (مهر و صدق) که برای من هشت سال کار کنی پس «نحلّه» بیانگر این است که خداوند در اسلام مهر و صدق را به خود زنها به عنوان عطیه بخشیده است نه اینکه مال اولیای آنها و یا عوض (شیربها) باشد. (4)

بنابراین، اگر بعضی برای مهر تفسیر دیگری کرده اند و آن را یک نوع «بهای برای زن» پنداشته اند بعید است که ارتباطی به قوانین و دیدگاه اسلام داشته باشد، زیرا در اسلام مهر به هیچ وجه جنبه بها و قیمت کالا ندارد، و بهترین دلیل آن همان صیغه عقد ازدواج است که در آن رسته «مرد» و «زن» به عنوان دو رکن اساسی پیمان ازدواج به حساب آمده اند، و مهر یک چیز اضافی و در حاشیه قرار گرفته است، بهمین دلیل اگر در صیغه عقد اسمی از مهر نبرند عقد باطل نیست، در حالی که اگر در خرید و فروش و معاملات اسمی از قیمت برده نشود مسلماً باطل خواهد بود. (البته باید توجه داشت اگر

ص: 54

1- المبسوط في فقه الاماميه، ج 4، ص 271 و 272.

2- التبيان في تفسير القرآن، ج 3، ص 109.

3- قصص / 27

4- المبسوط في فقه الاماميه، ج 4، ص 271 و 272

در عقد ازدواج نامی از مهر برده نشود، شوهر موظف است که در صورت آمیزش

جنسی، «مهرالمثل» یعنی مهری همانند زنانی که هم طراز او هستند بپردازد)

نتیجه مطلب این که: مهر جنبه «جبران خسارت» بلکه پشتوانه برای احترام به حقوق و مقام زن دارد نه قیمت و بها و شاید تعبیر به «نحله» به معنی «عطیه» نه فریضه، در آیه شریفه، اشاره به همین معنا و برداشت باشد. (1)

اسلام و توصیه به دادن هدیه به زن، حتی پس از طلاق

قرآن و سفارش به برخوردار شدن زنان مطلقه از متاع (هدیه)

در آیه شریفه 241 سوره بقره خداوند باری تعالی می فرماید: «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَمِینِ»؛ و برای زنان مطلقه (طلاق داده شده)، هدیه مناسبی لازم است (که از طرف شوهر پرداخت گردد) این، حقی است بر مردان پرهیزگار.

در تفسیر نمونه آمده است:

گر چه ظاهر آیه شریفه، همه زنان مطلقه را شامل می شود، ولی به قرینه مفاد آیه شریفه 236 همین سوره و ذیل آن که می فرماید: «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِ».. آنها (زنان مطلقه غیر مدخوله و یا غیر مسمی به مهر) را (با هدیه ای مناسب بهره مند سازید، آن کس که توانایی دارد به اندازه توانایی خود و آن کس که تنگدست است به اندازه خودش، هدیه ای شایسته (که مناسب حال دهنده و گیرنده باشد) بدهد و این بر نیکوکاران الزامی است. این حکم در این جا (آیه 241) در مورد زنانی است که برای آنها به هنگام عقد مهری قرار داده نشده و قبل از آمیزش طلاق داده می شوند، و در حقیقت تأکیدی است بر حکم مزبور (آیه 236) تا مورد غفلت واقع نشود. (2)

این احتمال نیز وجود دارد که حکم مزبور، همه زنان مطلقه را شامل شود، منتها در

ص: 55

1- تفسیر نمونه، ج 3، ص 265 (با اندکی دخل و تصرف).

2- همان، ج 2، ص 215.

مورد زنان مطلقه غیر مدخوله و یا غیر مسمی به مهر، جنبه واجب دارد و در موارد دیگر جنبه مستحب، و به هر حال یکی از دستورهای کاملا انسانی است که در اسلام وارد شده و برای پیشگیری از انتقام جویی ها و کینه توزیهای ناشی از طلاق اثر مثبتی دارد. (1)

سخن علامه طباطبایی نیز این موضوع را تایید می کند که:

این آیه شریفه درباره تمام مطلقات است چیزی که هست، از این که حکم را وابسته به صفت تقوی کرده استفاده می شود که حکم وجوبی نیست بلکه استحبایی است. (2)

بعضی نیز گفته اند که پرداختن هدیه شایسته در مورد زنان مطلقه، واجب و امری

جدا از مهر است، ولی ظاهرا در میان علمای شیعه - همانگونه که از عبارت مرحوم شیخ طبرسی در مجمع البیان استفاده می شود - کسی قائل به این سخن نیست. (3) همچنان که مرحوم صاحب جواهر نیز تصریح می کند که هدیه مزبور، جز در همان مورد خاص واجب نیست، آن هم به این اعتبار که آن چنان زنی چیزی در این ازدواج به دست نیاورده پس مناسب است که او را با هدیه و کالایی دلجوئی کرد و آن نقص و آفت اجتماعی و ناراحتی روحی و روانی را که به خاطر این طلاق گریبانگیر او شده و در اجتماع احساس خجالت زدگی و شرم و خواری می کند جبران کرد. (4)

نتیجه ای که از مباحث گذشته تا این جا به دست می آوریم این است که کلمه نحله در قرآن ظهور در بیان کیفیت و نیت و بلکه جهت و فلسفه پرداخت مهر دارد و از ظاهر آن استحباب و توصیه به انجام مستحسانات به دست نمی آید بلکه در صدد بیان نوع انجام یک امر واجب می باشد، پس این که قانون گذار جمهوری اسلامی در بند 2 تبصره 6 ماده واحده اصلاح پاره ای از مقررات طلاق نام نحله آورده و در داخل پرانتز آن را تعبیر به بخشش کرده است (و لباس قانونی که پیام الزام آوری برای قاضی دارد به آن پوشانده

ص: 56

1- همان

2- «قوله تعالى: « وَ لِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتقين »، الاية في حق مطلق المطلقات، و تعليق ثبوت الحكم بوصف التقوى مشعر بالاستحباب.» (الميزان، ج 2، ص 247).

3- طبرسی (فضل بن حسن)، مجمع البیان، ج 1 و 2، ص 603.

4- جواهرالکلام، ج 31، ص 58

است) درست به نظر نمی آید زیرا او قصد دارد که علاوه بر مهریه و جهیزیه و نفقات ایام عده چیز دیگری را هم به نام نحله بر دوش زوج بار کند، که چنین چیزی دور از وجاهت شرعی است.

صاحب جواهر می فرماید: چه بسا افرادی وجوب پرداخت متعه (هدیه) را سرایت

داده اند به آن دسته از زنانی که به خاطر عیبی و یا امری نظیر آن و یا به سبب امر قهری و اجنبی مثل کشف رضاعی بودن و یا زوجینی که به توافق هم متارکه نموده اند مثلاً به طلاق خلعی جدا شده اند و اینها را هم در حکم ملحق به غیر مدخوله غیر مسمی به مهر کرده اند و گفته اند این متعه و هدیه به آنها هم لازم است پرداخت شود، بلکه آن قول مختاری است که از مختلف فاضل (علامه) حکایت شده بلکه ظاهر کلامی هم که از مبسوط شیخ طوسی حکایت شده تمایل به آن را می رساند، لیکن ما در میان فقهای امامیه (خودمان) کسی را موافق این دو قول نیافتیم. در حقیقت این سخن و امثال آن در کتابهای عامه (اهل سنت) ذکر شده در حالی که برای آن غیر از ادعای تنقیح مناط، دلیلی وجود ندارد. (1)

اگر اصلاح کنندگان مقررات طلاق عموماً و اعضای محترم مجمع تشخیص مصلحت نظام خصوصاً، برای دفاع و پشتیبانی از زنی که در آستانه طلاق قرار گرفته، و فراهم نمودن زمینه برای رسیدن او به مالی زیادتر از مهریه و نفقات واجبه و نصف دارایی که مرد در کنار آن زن به دست آورد، (اگر در ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم مطرح و قبول شده باشد) به سراغ قرآن کریم می رفتند و توجه به اطلاق استحبابی آیه شریفه: «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» و تمسک به آیه کریمه 60 سوره الرحمن: «هَلْ جَزاءُ الْإِحْسانِ إِلَّا الْإِحْسانُ» و به ظهور استقلالی و پیام عمومی آن بنابر آنچه از روایت عیاشی به نقل از امام صادق مستفاد می شود، توجه می کردند که فرمود: «این سخن خداوند درباره کافر و مؤمن نیکوکار و بدکار جاری می شود و هر کس به او نیکی

ص: 57

1- «و ربما الحق بها - المفوضة المفارقة من قبل الزوج بعيب و نحوه، أو من قبله و قبلها كالخلع، أو من اجنبی كالرضاع - في وجوب المتعة، بل هو خيرة المحكى عن مختلف الفاضل، بل ظاهر المحكى عن المبسوط الميل اليه، الا أنه لم نجد لهما موافقا منا، و انما هذا الكلام و نحوه مذکور في كتب العامة، و لادليلاً سوى دعوى تنقيح المناط.» (جواهرالكلام، ج 31، ص 58).

شود، باید جبران کند، و راه جبران، این نیست که به اندازه او نیکی کنی، بلکه باید بیش از آن باشد؛ زیرا اگر همانند آن باشد، نیکی او برتر است؛ چرا که او آغازگر بوده» (1)، آن وقت در قالب یک توصیه اخلاقی (هر چند که در ظاهر، مقام قانونگذاری غیر از کرسی وعظ و ارشاد است؛ ولی نهاد خانواده و زیر مجموعه های آن مؤانست بیشتری با ارزشهای اخلاقی دارند تا فرامین و احکام الزامی و قانونی ... و برای استثنا هم مورد مناسبی است) و با پرهیز از کلمات تحکم آمیز و الزام آور شوهر و زوج را ترغیب به اعطای هدیه و بخششی متناسب با شأن خود و همسرش به عنوان مصداقی از احسان می کردند راه صوابی را پیموده بودند و پشتوانه قوی و مستحکمی هم در مقام استدلال داشتند، از قبیل آیات ذکر شده (241/ بقره) و (60/ الرحمن) و روایات زیادی که در آنها به مرد سفارش می شود که پس از طلاق متاعی (هدیه ای) به رسم احسان و اکرام با زن مطلقه همراه کند. ما در پایان به عنوان حسن ختام، نوشتارمان را به چند نمونه این روایات مزین می کنیم.

هدیه دادن به زن پس از طلاق از دید روایات

1. مرحوم حر عاملی از ثقة الاسلام کلینی به اسناد حفص بن بختری روایت کرده که از امام صادق علیه السلام پرسیدند: آیا مردی که زنش را طلاق می دهد به او متعه (متاع و هدیه ای) بدهد؟ حضرت فرمود: بلی! آیا دوست نمی دارد که از احسان کنندگان باشد و آیا نمی پسندد که در زمره متقین قرار گیرد؟! (2)

2. صاحب وسائل الشیعه از مرحوم شیخ طوسی به اسناد جابر که امام باقر علیه السلام پیرامون فرمایش حق تعالی: «فَمَتَّعُوهُنَّ وَ سَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِیلاً» - با مالی (مطلقه ها را)

ص: 58

1- «وفي تفسير العياشي باسناده عن علي بن سالم قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: آية في كتاب الله مسجلة. قلت: و ما هي؟ قال: قول الله عز وجل: «هل جزاء الإحسان الا الإحسان» جرى في الكافر و المؤمن و البر و الفاجر، و من صنع اليه معروف فعليه أن يكافئ به، و ليس المكافأة أن يصنع كما صنع حتى يربى فإن صنعت كما صنع كان له الفضل بالابتداء.» (الميزان، ج 19، ص 113).

2- «محمد بن يعقوب، عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير عن حفص بن البختري، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته أيمتها؟ قال: نعم أما يجب أن يكون من المحسنين، أما يجب أن يكون من المتقين.» (وسائل الشیعه، ج 15، باب 48 مهر، ص 55).

بهره مند سازید و با خوشی و خرمی رهایشان سازید، فرمود: آنها را برخوردار سازید (از متاع دنیوی مالی به آنها ببخشید) و در حد توانمندیتان با خیر و خوشی و خرمی و زیبایی با آنها رفتار کنید (ارزشهای معنوی و اخلاقی را فراموش و دریغ نکنید؛ زیرا آنها با دلتنگی و خجالت و شرم و حیا (همراه با غصه فراوان (طولانی) و سرزنش دشمنان از خانه شوهر (به میان اهل خود بر می گردند. خداوند کریم و بزرگواری است و حیا می کند از این حالی که برای زن پیش آمده و حیاییشان را هم دوست می دارد، در حقیقت ارجمندترین شما در نزد او احسان کننده ترین شما به همسرانشان می باشد. (1)

3. از محمد بن یعقوب به اسناد حلبی روایت شده که امام صادق علیه السلام درباره کلام خداوند باری تعالی: «و للمطلقات متاع بالمعروف حقا علی المتقین»؛ بر پرهیزگاران حق و سزاوار است که با زنان مطلقه خود هدیه شایسته ای را همراه کنند، گفت: هدیه و متاع زن بعد از اینکه عده او تمام شد بر زوج متمکن به اندازه توانایی اش و بر شوهر تنگدست هم به مقدار وسعش می باشد... اگر شوهر از نظر مالی در سعه بود، غلامی و کنیزی به او ببخشد و اگر در تنگنا بود، گندمی یا کشمش یا لباسی و وجه نقدی (هر چند کم) به او بدهد. همانا حسن بن علی علیهما السلام آیه و کنیز (خدمتکار) برای همسرش فراهم می کرد و زنی را هم طلاق نداد مگر اینکه او را برخوردار و بهره مند از مال ساخت. (2)

ص: 59

1- «محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن علی بن محبوب، عن الكرخ، عن الحسن بن سيف، عن أخيه علی، عن أبيه، عن عمرو بن شمر، عن جابر، عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى: «فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا» قال: متعوهن جملوهن بما قدرتم عليه، فانهن يرجعن بكأبة و حياء و هم عظیم و شماتة من أعدائهن، فان الله كريم يستحيي و يحب أهل الحياء إن أكرمكم عند الله أشدكم إكراما لحلائلهم.» (وسائل الشیعه، ج 15، باب 49 از ابواب المهور و ج 6، ص 58)

2- «أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي، عن عبدالکريم، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل: «و للمطلقات متاع بالمعروف حقا علی المتقین» قال متاعها بعد ما تنقضي عدتها «علی الموسع قدره و علی المقتر قدره» و كيف لا يمتعها و هي في عدتها... و قال: إذا كان الرجل موسعا عليه متع امراته بالعبد و الامة و المقتر يمتع بالحنطة [و الشعير] و الزبيب و الثوب و الدرهم، و أن الحسن بن علی عليه السلام مع امرأة له بأمة و لم يطلق امرأة إلا متعها.» (فروع کافی، ج 6، باب متعة المطلقة و ج 3، ص 105؛ وسائل، ج 15، باب 49 مهر و ج 1، ص 56 - 57)

وقتی از زاویه دید فقه حکومتی (اداری جامعه) و ولایت فقیه به قانون اصلاح مقررات طلاق نگاهی کنیم بدوا اصل را بر این میگذاریم که قانونگذاران خصوصا فقهای محترم شورای نگهبان در حد امکان سعی خود را به کار برده اند که در عین دفاع و تأمین حقوق زنان مستأصلی که در آستانه طلاق قرار می گیرند، ضوابط شرعی و مقررات دینی را هم رعایت کرده باشند، همچنان که این نکته در قسمت های زیادی از این قانون مشهود می باشد. لذا وقتی که بند «ب» تبصره شش را مطابق با موازین ندیدند، در مقابل آن ایستادگی و مقاومت کردند که منجر به عدم امضای آن قانون در شورای نگهبان و ارسال آن به مجمع تشخیص مصلحت نظام شد. آن نهاد محترم هم با همه مصلحت سنجیها برای جامعه و دلسوزی برای زنانی که در آستانه جدایی قرار گرفته اند، در عین حال، نتوانسته است طرح معقول و جامعی را ارائه دهد، بلکه بین یک امر مستحب به نام بخشش (هبه) و الزام کردن مرد به پرداخت آن جمع کرده و بعید است که تباین این دو بر کسی پوشیده بماند و شاید عدم تأیید آن قانون در شورای نگهبان هم به همین خاطر بوده است. هرچند که در مجمع تشخیص مصلحت هم اصلاحاتی بر مصوبه مجلس انجام گرفت. بنابراین، حداقل بر ذیل قانون اصلاح مقررات طلاق (بند ب تبصره 6) هنوز ایراد وارد است و ما نتوانستیم برای آن مبنا یا توجیه شرعی بیابیم و ظاهرا با احکام اولیه شرع مغایرت دارد. اگر هم قانونگذار با توجه به عناوین ثانوی این بخشش را الزامی کرده باید اشاره ای به آن عنوان می کردند نه این که تحت عنوان نحله و بخشش بیاورد که تخییر بر انجام و ترک را همراه خود دارد و با الزام و اجبار، ناسازگار است. از مجموع مباحث گذشته به این برداشت رسیدیم که اگر بتوانیم قسمتهای مورد تأمل این قانون را به نحوی توجیه کنیم که ما چنین کردیم - باز هم بند «ب» تبصره 6 قابل توجیه شرعی نیست، پس متولیان امر تقنین و قضا باید به فکر بازنگری و اصلاح آن برای تأمین رضا و نظر شارع مقدس باشند.

«و آخر دعوانا ان اللهم علمنا ما لانعلم و وقفنا للعمل بما علمتنا به»

1. ابن منظور، محمد بن مکرم: لسان العرب، ج 7، بینو، دار صادر، بیروت، 1388 ه. ق.
2. انصاری، شیخ مرتضی: کتاب النکاح، ج 1، چاپ اول، کنگره بزرگداشت شیخ، ایران، قم، 1415 ه. ق.
3. حر العاملی، محمد بن حسن: وسائل الشیعه، تصحیح محمد رازی و تعلیق شیخ ابوالحسن شعرانی، ج 15، چاپ پنجم، دار احیاء التراث العربی، لبنان، بیروت، 1403.
4. سبزواری، عبدالاعلی: مهذب الاحکام، ج 17، چاپ چهارم، دفتر آیه الله سید عبدالاعلی سبزواری و مؤسسه المنار، قم، 1416 ه.
5. طباطبایی، محمد حسین: المیزان فی تفسیر القرآن، ترجمه موسوی همدانی، ج 2 و 4 و 19، انتشارات جامعه مدرسین، ایران، قم، 1364 ه. ش و چاپ پنجم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، 1374 ه. ش.
6. طبرسی، فضل بن حسن: مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ چهارم، انتشارات ناصر خسرو، تهران، 1416 ه. ق.
7. طوسی، محمد بن حسن: التبیان فی تفسیر القرآن، ج 3، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی، ایران، قم، 1409 ه. ق.
8. طوسی، محمد بن حسن: المبسوط فی فقه الامامیه، ج 2 و 4، چاپ دوم، مکتبه المرتضویه، تهران، 1388 ه. ق.
9. عاملی، بهاء الدین محمد: جامع عباسی، ج 1، بینو، انتشارات فراهانی، بیتا.
10. قرشی، علی اکبر: قاموس قرآن، ج 7، چاپ یازدهم، دار الکتب الاسلامیه، تهران، 1372 ه. ش.
11. کاتوزیان، ناصر: حقوق مدنی خانواده، ج 1، چاپ چهارم، شرکت انتشار، تهران، 1375 ه. ش.
12. کلینی، محمد بن یعقوب: فروع کافی، ج 6، چاپ سوم، دار صعب و دار التعارف، بیروت، 1401 ه. ق.
13. مکارم شیرازی، ناصر: تفسیر نمونه، ج 2 و 3، چاپ سوم، دار الکتب الاسلامیه، تهران، 1374 ه. ش.
14. موسوی الخویی، محمد تقی: الشروط، ج 2، چاپ سوم، عائلة الفقیه، قم، 1415 ه. ش.
15. نجفی، محمد حسن: جواهر الکلام، ج 23 و 31، چاپ هفتم، دار احیاء التراث، بیروت، 1981 م.

طلاق به وسیله حاکم شرع، از مسائل مورد توجه جوامع اسلامی - بخصوص جامعه تشیع - درباره زندگی مشترک زوجین است که از صدر اسلام تا کنون، رهبران دینی و فقهای اسلام، به صراحت و یا تلویح از آن سخن به میان آورده اند.

اسلام، طلاق را مباح دانسته و اختیار آن را به شوهر واگذار نموده است و برای این که مردان از طلاق نابجا سود نبرند و زنان، بی جهت به ستم گرفته نشوند، با منطقی حکیمانه، راه حل شایسته ای فرایش نهاده است؛ زیرا اسلام هدف از پیوند مقدس زناشویی را دریافت آرامش روحی در سایه مودت و رحمت می داند و برای زنی که از سرپرستی شوهر و برخورداری از امکانات زندگی محروم گردیده و در عسر و حرج قرار گرفته، حق شکوه و کسب تکلیف قائل شده است.

طلاق، امری مهم است و باید هر نوع اظهار نظر قطعی درباره آن، به وسیله فقیهان صورت پذیرد تا اقدامی ناروا انجام نگیرد و از آن جا که فقهای متأخر، بیش از متقدمان در این باب سخن گفته اند، شایسته است که این مسأله را از منظر این عالمان دین، مورد بررسی قرار دهیم. بنابراین، مقصود را با طرح و کاوش سه محور ذیل پی می گیریم:

1. بررسی راه حل مشکلات زنانی که به خاطر محرومیت از نفقه، در تنگنا قرار

می گیرند و به حاکم شرع مراجعه می کنند.

2. کاوشی فقهی و قانونی برای چاره جویی و رفع تنگناهایی که بعضی از زنان به

خاطر حبس یا فقدان شوهرانشان با آن مواجه می شوند.

3. پژوهشی فقهی درباره مطلق مواردی که ادامه زندگی مشترک برای زن، مشقت آور است و زن را به تقاضای طلاق وامی دارد و شوهر به

هیچ وجه، حتی به طلاق خلع هم راضی نمی شود.

شایان ذکر است که تکرار برخی نکات در هر موردی، با رویکردی ویژه و حکمی

خاص بوده است.

کلیات

تعریف طلاق

طلاق در لغت به معنای رها کردن و ترک آمده است و از نظر شرع، گسستن پیمان ازدواج و جدا شدن زن و شوهر از یکدیگر است. (1) و از نظر ریشه، ممکن است به ماده «طلق» که به معنای درد طاقت فرسای زایمان می باشد، (2) برگردد و شاید وجه این که جدایی زن از شوهر را طلاق نامیده اند، بی مناسبت نباشد؛ یعنی چه بسا که تحمل درد این جدایی به اندازه درد هنگام زایمان، سخت باشد، و به معنای گسستن پیمان ازدواج نیز گرفته شده است. (3) به معانی دیگری نیز نزدیک به همین مضامین آمده است، ولی در واقع، برگشت همه به حقیقت واحدی است که رها شدن زن از قید زوجیت و سلطه شوهرش باشد.

در اصطلاح اهل شرع و مسلمانان، به خصوص مفسران و فقها، به معنای طلاق

دادن (برکنار کردن زوجه از همسری) آمده است. بعضی از مفسران گفته اند: طلاق به

ص: 63

1- ابن منظور (محمد بن مکرم)، لسان العرب، ج 10، ص 226.

2- همان

3- همان

معنای تطلیق است؛ مثل کلام و سلام به معنای تکلیم و تسلیم و در آیه «وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ...» (1) و «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ...» (2) به همین معنی است. (3) و در جای دیگر گفته اند: طلاق، باز کردن عقد نکاح است از جانب زوج به علتی (4)، و در قرآن کریم هم از این مسأله به تعبیر مختلفی یاد شده است؛ زیرا گاهی پروردگار عالم فرموده است: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ...» (5) و در جای دیگر فرموده است: «وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً...» (6) و یا می فرماید: «أَوْفَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (7). البته این الفاظ مختلف به کار برده شده، ممکن است که در عین تقارن و عدم تفاوت، خالی از فایده و تنبه به آثار طلاق هم نباشد.

انقطاع شرعی رابطه زوجیت و انحلال نکاح، از راه اسبابی همچون فسخ، طلاق،

بذل مدت و... انجام می گیرد. البته هر یک از اینها دارای ماهیت حقوقی متفاوت با

دیگری می باشد و هر کدام آثار و شرایط خاصی دارد. لذا در این جا ذکر چند مورد از مختصات طلاق را لازم می دانیم

1. طلاق در حالتی درست است که زن در طهر غیر مواقعه (پاکی از حیض و نفاسی که بعد از آن، شوهر با او نزدیکی نکرده است) باشد؛ زیرا طلاق زن در مدت عادت ماهانه یا پاک نشدن از نفاس، صحیح نیست، ولی فسخ نکاح در این دوران ممکن است. (8)

2. طلاق منوط به رعایت تشریفات خاصی است؛ مثل این که باید به صیغه مخصوص (زوجتی یا أنت طالق) و حضور دو مرد عادل واقع شود، ولی فسخ و بذل مدت (در ازدواج موقت) تشریفات خاصی ندارد و تنها به اراده صاحب حق، صورت می گیرد. (9)

3. در طلاق رجعی، شوهر در زمان عده حق رجوع دارد، اما درباره دیگر اسباب

ص: 64

1- بقره / 227

2- بقره / 229

3- طبرسی، فضل بن حسن، جوامع الجامع، ج 1، ص 125.

4- طبرسی، مجمع البیان، انتشارات ناصر خسرو، ج 1 و 2، ص 570.

5- بقره / 229

6- احزاب / 48

7- طلاق / 2

8- امام خمینی، تحریر الوسیله، ج 2، ص 293 (کتاب طلاق، مسأله 11)؛ سید ابوالقاسم خویی، منهاج الصالحین، ج 2، ص 402؛ ماده 1132 قانون مدنی ایران نیز اشاره ای کوتاه به این مسأله کرده است.

9- امام خمینی، تحریر الوسیله، ج 2، ص 294 (القول فی الصیغه، مسأله 1).

انحلال نکاح، چنین نیست. (1)

4. طلاق، محدود است؛ زیرا بعد از سه بار، دیگر نمی‌توانند بدون محلل، با هم

ازدواج کنند، ولی در فسخ و... چنین نیست. (2)

5. طلاق، مخصوص ازدواج دائم است و شامل عقد ازدواج منقطع نمی‌شود؛ زیرا

جدایی در آن به وسیله بذل مدت با اتمام آن انجام می‌شود. (3)

ضرورت طلاق، به رغم ناخوشایندی آن

عقد ازدواج از جمله عقود است که باید قابل انحلال باشد؛ چرا که گاه عللی پیش

می‌آید که ادامه زندگی مشترک زوجین را غیر ممکن یا طاقت فرسا و مملو از مفسد می‌کند و اگر اصرار داشته باشیم که این قرارداد تا ابد بماند، سرچشمه مشکلات زیادی می‌گردد. لذا اسلام با اصل طلاق موافقت کرده است.

هم اکنون نتیجه ممنوع بودن کامل طلاق را در جوامع مسیحی ملاحظه می‌کنیم که

چگونه زنان و مردان زیادی هستند که به حکم قانون تحریف یافته مذهب مسیح علیه السلام طلاق را ممنوع می‌شمرند (4) و قانونا همسر یکدیگرند، ولی در عمل، جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند و حتی هر کدام برای خود، همسری غیررسمی انتخاب کرده اند! (5) علت این است که گفته اند:

هرگاه زوجین توافق اخلاقی نداشته باشند یا علل دیگری در میان باشد و یکی از دیگری تنفر داشته باشد، تحریم طلاق و عدم اجازه جدایی، موجب از بین رفتن آزادی و رفاه زن و مرد است. هیچ عقل و وجدانی به بقا و استمرار چنین جهنم سوزانی حکم نمی‌کند.

هر قانون و دینی که طلاق را تحریم کند، بر خلاف فطرت بشر قدم برداشته است. لذا اسلام با آنکه طلاق را مکروه می‌داند، آن را امضا کرده است، با آن که سبب جدایی دو

ص: 65

1- همان، ص 311 (القول في الرجعة، مسأله 7).

2- همان، ص 297 (القول في أقسام الطلاق، مسأله 1).

3- همان، ص 293، مسأله 10؛ سیدابوالقاسم خویی، منهاج الصالحین، ج 2، ص 401، مسأله 1422؛ ماده 1152 قانون مدنی.

4- انجیل متی، فصل 59 باب نوزدهم

5- ر.ک: ناصر مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ج 24، ص 225.

رکن و پایه مهم خانواده می شود و به موجب روایات، «ابغض الحلال عند الله» (1) است، ولی چاره ای از تجویز آن نیست و وجودش از ضروریات زندگی است.

کلیسا با طلاق مخالف است و آن را تحریم می کند، اما چون این تحریم با فطرت بشر سازگاری ندارد، در دنیای مسیحیت می بینیم که سالانه حکم هزاران طلاق صادر می شود و این نیست مگر به آن جهت که طلاق، ضروری فطرت بشر است. (2)

اما ضرورتی که باید به حداقل ممکن تقلیل یابد و تا آنجا که راهی برای ادامه زوجیت است، کسی سراغ آن نرود.

در روایتی از پیامبر اسلام صلی الله علیه واله نقل گردیده است: «... و ما من شیء أبغض إلى الله عز و جل من بیت یخرب فی الإسلام بالفرقة، یعنی الطلاق»؛ در پیشگاه خداوند، چیزی منفورتر از این نیست که خانه ای با طلاق ویران گردد. (3)

امر طلاق به دست مرد است

به اتفاق فقهای مذاهب اسلامی - به حکم اولی - امر طلاق به دست شوهر است؛ زیرا اولاً خطابه‌های قرآنی در این ظهور دارد که طلاق زنان به دست شوهران آنهاست و آیات ذیل گواه بر آن است:

« إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ . . . فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا » (4)

« وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ . . . أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ . . . » (5)

« يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ . . . أَوْ فَارَقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ . . . » (6)

« وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ » (7)

و ثانیاً حدیث مشهوری از پیامبر اسلام صلی الله علیه واله رسیده است که فرمودند: «الطلاق بيد

ص: 66

1- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 15، ص 266 - 267، حدیث 1 و 5.

2- سیدعلی اکبر قرشی، قاموس قرآن، ج 4، ص 232 (با اندکی دخل و تصرف).

3- وسائل الشیعه، ج 15، ص 266 (کتاب الطلاق، باب اول، مقدمات طلاق، حدیث 1).

4- احزاب / 49

5- بقره / 231

6- طلاق / 1 و 2

7- بقره / 227

من أخذ بالساق» (1) بنا بر نقل مرحوم حاجی نوری در مستدرک الوسائل، این حدیث از ابن اُبی جمهور (محمد بن علی بن ابراهیم بن اُبی جمهور) از درر اللالی نقل شده است. قبل از ایشان، مرحوم شیخ طوسی هم در الخلاف (2) آن را با اندک تفاوتی آورده است و همچنین شهید ثانی در شرح لمعه دمشقیه آن مضمون را ذکر کرده اند و معمولاً سایر فقها هم در مباحث طلاق به آن مضمون اشاره می کنند و بلکه به آن استناد می جویند. (3)

در جوامع حدیثی اهل سنت نیز از ابن عباس روایت شده است که :

أتی النبي صلى الله عليه واله رجل فقال: يا رسول الله سیدی زوجني أمته و هو يريد أن يفرق بيني و بينها، قال: فصعد رسول الله صلى الله عليه واله المنبر فقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق. (4)

از احادیث دیگری هم که در بعضی از کتب روایی و تفسیری شیعه ذکر شده است،

می توان به عنوان مؤید این مطلب استفاده کرد. از آن جمله، خبری است که علامه

مجلسی به نقل از خصال صدوق بیان کرده است و در بخشی از آن به این موضوع تصریح شده است:

محمد بن حماد حارثی از امام صادق علیه السلام روایت می کند که پیامبر اسلام صلی الله علیه واله فرمود: پنج کس [گروه] هستند که دعایشان مستجاب نمی شود، یکی مردی است که خداوند طلاق زنش را به دست او گذارده است و در حالی که همسرش او را اذیت میکند و او هم قادر بر پرداخت مخارج می باشد، او را رها نمیکنند... (5)

ص: 67

1- مستدرک الوسائل، ج 15، ص 306 (باب 25، مقدمات و شرایط طلاق).

2- الخلاف، ج 4، ص 516.

3- ر.ک: شرح لمعه دمشقیه، ج 6، ص 24؛ جواهر الکلام، ج 32، ص 5. صاحب جواهر از این روایت تعبیر به مقبول می کند: «للنبوی المقبول: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» الدال بمقتضى الحصر على اختصاص الطلاق بمالك البضع على وجه ينفي الطلاق بالولاية دون الوكالة...»

4- نیل الأوطار، ج 6، ص 268؛ سنن دار قطنی، ج 4، ص 37 و 38.

5- «... عن محمد بن الحسين (صدوق) عن محمد بن حماد الحارثي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه واله : خمسة لا يستجاب لهم: رجل جعل الله بيده طلاق امرأته فهي تؤذيه وعنده ما يعطيها ولم يخل سيئها..» (بحار الانوار، ج 104، ص 151؛ خصال، ج 1، ص 209).

و دیگر حدیثی است که محدث نوری از تفسیر امام حسن عسکری علیه السلام نقل کرده است:

امیر مؤمنان، علی علیه السلام فرمود: از رسول خدا صلی الله علیه واله شنیدم که فرمود: سه دسته دعایشان مورد پذیرش خداوند قرار نمی گیرد، بلکه پروردگار عالم بر آنها سخت می گیرد و مورد سرزنششان قرار می دهد، از آن جمله است مردی که دارای همسر بد رفتاری است و آن زن او را اذیت میکند و به او خسارت مادی یا معنوی می رساند و دنیا را بر او ناپسند کرده و بر شوهر خشم می کند و از او خرسند نیست و آخرت مرد را خراب می کند [با همه این گرفتاریهایی که می آفریند،] آن مرد [دست به دعا بر می دارد و فقط میگوید خدایا مرا از دست این زن رهایی ده! خداوند به این مرد می فرماید: ای نادان! من تو را از او رهایی دادم؛ طلاقش را به دست تو قرار دادم و نجات از دست او، طلاقش می باشد، و دور کن او را از خودت، همچنان که جوهراب کهنه و پاره را به دور می افکنی. (1)

انواع طلاق

جداییهایی که در قالب طلاق بین زن و شوهر ممکن است اتفاق بیفتد، دارای چند صورت است: .

1. شوهر به میل و تصمیم خود، همسرش را با تأدیه تمام حقوق او (به طلاق رجعی) طلاق می دهد.

2. گاهی زن به خاطر خصوصیات ظاهری یا بد اخلاقی شوهر یا فقر او یا ازدواج با زن دیگر و یا به جای نیابردن حقوق واجب و یا حتی مستحب او و... از شوهرش ناخوشنود گردیده، از او تقاضای طلاق می کند، ولی چون زوج علاقه مند به همسرش می باشد، ابتدا با درخواست او موافقت نمی کند، تا این که زن مقداری مال (خواه مهریه اش باشد یا مال دیگری کمتر یا بیشتر از آن) به شوهر بذل می کند، آن وقت، مرد

ص: 68

1- ثلاثة لا يستجيب الله لهم، بل يعذبهم ويوبخهم، أحدهم فرجل ابتلي بامرأة سوء فهي تؤذيه و تضاره و تعيب عليه دنياه... فهو يقول: اللهم يا رب خلصني منها، يقول الله: يا أيها الجاهل، خلصتك منها، و جعلت طلاقها بيدك، و التفصي منها طلاقها، و انبذها عنك نبذ الجورب الخلق المزق. (حاجی میرزا حسین نوری، مستدرک الوسائل، ج 15، ص 282)

راضی شده، او را طلاق می دهد. این نوع طلاق را در فقه، «بائن خلعی» می نامند.

3. زن و شوهر، به خاطر اموری از قبیل آنچه گذشت، از همدیگر تنفر دارند، ولی

شوهر باز هم از طلاق خودداری می کند و زن برای نیل به مفارقت از زوج، مالی (که از مهریه اش بیشتر نباشد) به او می بخشد تا او را کاملاً راضی بر طلاق کند و مرد هم بعد از اخذ آن مال، زن را طلاق می دهد. به این نوع طلاق «مبارات» گویند و از جمله طلاقهای «بائن» می باشد.

4. بعضی از طلاقها هم به تقاضای زن، ولی با استفاده او از وکالت مطلق و یا مشروط که در ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم دیگری که از شوهر گرفته است. تحقق می یابد که این هم به نظر مشهور، طلاق رجعی است. قابل یادآوری است که تمام این چهار صورت، از موضوع مباحث این نوشتار خارج است.

5. گروه پنجم، زنانی هستند که مشمول هیچ یک از موارد فوق نمی باشند، ولی در

طول زندگی، به علل گوناگونی دچار مشکل شده اند؛ از آن جمله است: اذیت و آزار شوهر یا رفتارها و کردارهای ناشایست او از قبیل فحاشی با رعایت نکردن حقوق واجب زن در امر خوراک، پوشاک، مسکن، حضور در منزل، تهیه نکردن حداقل امکانات اولیه و لازم برای زندگی و امرار معاش زن و یا دوری و غیبت طولانی غیرموجه شوهر یا به حبس طولانی گرفتار شدن او و یا مفقودالاثر شدنش. زنانی که بدین گونه در عسر و حرج قرار گرفته اند، - در صورت تمایل و اصرار به طلاق - باید به حاکم شرع (مجتهد جامع الشرایط) مراجعه نموده و از او الزام شوهر به انجام تکالیف همسررداری را طلب کنند و در صورت سرپیچی زوج از دستور حاکم، وی به عنوان ولی ممتنع، می تواند آن زن را طلاق دهد؛ همچنان که درباره زوج مفقودالاثر هم بعد از طی مراحل شرعی و قانونی و سپری شدن مدت لازم و جستجوی به قدر کافی، چنین عمل می کند.

مشهور فقها این نوع طلاق را رجعی می دانند، ولی آیه الله خویی رحمة الله درباره طلاق حاکم، قائل به تفصیل شده است؛ زیرا در جایی می فرماید:

طلاق ولی یا حاکم، رجعی است و زن در دوران عده، واجب النفقة شوهر است و اگر زوج در بین عده حاضر شد، حق رجوع دارد و نیز اگر یکی از زن و شوهر در زمان عده

بمیرد، دیگری از او ارث می برد. (1)

و در جای دیگر درباره زوج ممتنع از انفاق می گوید:

حاکم می تواند زوج مستنکف از پرداخت نفقه را امر به انفاق و یا طلاق کند و اگر از دستورش سرپیچی کرد، زوجه او را طلاق دهد و ظاهر این است که این طلاق بائن می باشد و شوهر حق رجوع به آن زن را در بین عده ندارد. (2)

در هر حال، این نوع طلاق است که در این نوشتار مورد بررسی قرار می گیرد.

پیش از پرداختن به اصل موضوع، این گروه از زنان را چنین دسته بندی می کنیم:

1. زنانی که شوهرانشان حاضرند و دستیابی به آنها ممکن است.

2. زنانی که شوهرانشان غایبند.

دسته اول، خود به دو گروه تقسیم می شود:

1. زنهایی که به خاطر نرسیدن نفقه، در عسر و حرج به سر می برند.

2. زنانی که صرف نظر از نفقه، به علل دیگری همچون بدرفتاری و سوء معاشرت شوهر در تنگنا قرار گرفته اند.

گروه اول، از دو حال بیرون نیست:

1. شوهر بر پرداخت نفقه همسرش قادر است، ولی استنکاف می کند.

2. زوج، ناتوان و فقیر است.

اینک به بحث اصلی «بررسی موارد طلاق به وسیله حاکم، به نظر جمعی از فقهای

متأخر» و پاسخ آنها به درخواست طلاق این گونه زنان می پردازیم.

امتناع یا عجز شوهر از تهیه نفقه

اشاره

در اسلام، نفقه (خوراک، پوشاک و مسکن) زن بر عهده شوهر است و اگر تهیه نکند،

ص: 70

همسرش می تواند از قاضی شرع، الزام او را بخواهد. این فرض تهیه نکردن نفقه (که شوهر، زنده و حاضر باشد) از دو حال خارج نیست: یا مرد توانایی دارد و استتکاف می کند یا این که فقیر و ناتوان است. بنابراین، مطالب این فصل را در دو بخش زیر ارائه می کنیم:

1. وظیفه حاکم شرع در مقابل زوج ممتنع.

2. وظیفه حاکم شرع در مسأله زوج عاجز از نفقه.

وظیفه حاکم شرع در مقابل زوج ممتنع

مناسب است در آغاز، این نوشتار را به سخنی از گفتار امام باقر علیه السلام در این باره زینت بخشیم:

ابوبصیر از امام باقر علیه السلام روایت کرده است که حضرت فرمود: کسی که دارای همسری است که همراه اوست و به اندازه کافی برای او لباس [که پوشش تن و حافظ عفاف او باشد] و غذا که رمق ایستادن روی پای خود داشته باشد، تهیه نکند، بر امام است که بین چنین زن و شوهری جدایی افکند. (1)

به ظاهر یکی از مؤیدات، بلکه مستندات فقهایی که در این مسأله اظهار نظر کرده اند، این قبیل روایات است که با توجه به آنها و تمسک به بعضی از قواعد عقلی و فقهی (لا- حرج ولا- ضرر) به ارائه راه حل برای نجات این دسته از زنان اقدام کرده اند و ذیلا به خلاصه گفتار شماری از آنان اشاره می کنیم:

1. میرزای قمی رحمه الله در پاسخ پرسشی در این موضوع، چنین نوشته است:

شکی نیست در این که چنانکه زوج را حقوقی چند بر زوجه است که در تخلف از آنها زوجه ناشزه است، همچنین زوجه را بر زوج حقوقی چند هست که در تخلف آن، زوج ناشز می شود و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوه را موافق شریعت مقدسه بدهد... پس هرگاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبه او نفعی نکرد، به حاکم شرع

ص: 71

رجوع می کند و بعد از ثبوت در نزد حاکم، او را الزام و اجبار میکند بر وفای حقوق و اگر تخلف کرد، تعزیر میکند و هرگاه زوجه راضی نمی شود بر بقای بر تحمل نشوز زوج، حاکم زوج را الزام می کند بر رعایت حقوق، یا بر طلاق دادن زوجه و هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به این که زوج سلوک به معروف نمیکند و وفای به حقوق زوجه نمی کند، او را اجبار میکند بر طلاق و این اجبار منافی صحت طلاق نیست. (1)

2. آیه الله سید محمدکاظم طباطبایی یزدی رضوان الله تعالی علیه نیز در این باره

فرموده است:

بعید نیست که حاکم شرع بتواند در مورد... شوهری که حاضر است، ولی معسر است و زن هم نمی تواند بر این حال صبر کند. در صورت درخواست زن، او را طلاق دهد. هرچند ظاهر کلمات فقها، عدم جواز این امر است؛ زیرا طلاق به دست مرد است «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (2) ولی ممکن است گفته شود به استناد قاعده نفی ضرر و حرج؛ بویژه اگر زن، جوان باشد و صبر کردنش مستلزم مشقت شدید برای او باشد، حاکم شرع می تواند او را طلاق دهد... و بعد از بیان چند روایت... از اینها استفاده می شود که در صورت ندادن نفقه، شوهر مجبور به طلاق می گردد. (3)

3. علامه شیخ محمد حسین کاشف الغطاء گفته است:

علما یادآور شده اند و از دلیلهای عام و خاص فراوانی نیز به دست می آید که اگر استمرار زندگی مشترک [به خاطر نرسیدن نفقه لازم به زن؛ خواه به علت عسر شوهر باشد یا امتناع او] زن را در مشقت شدید و مواجهه با ضرر قرار دهد، برای حاکم شرع است که اگر شوهری زن خود را به آمرحاکم طلاق نداد، حاکم از باب اعمال ولایت، او را طلاق دهد. (4)

4. آیه الله خوبی رحمة الله می فرماید:

ص: 72

1- جامع الشتات، قطع رحلی، ص 523

2- مستدرک الوسائل، ج 15، ص 306 (باب 25، مقدمات و شرایط طلاق).

3- سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، عروة الوثقی، ج 2، (ملحقات عروه) ص 75 و 76.

4- محمد حسین کاشف الغطاء، تحریرالمجله، ج 5، ص 46.

در صورتی که شوهر از نفقه همسرش خودداری نماید، با این که زن استحقاق دریافت نفقه را داشته باشد، حاکم شرع، شوهر را وامی دارد که نفقه زوجه اش را پردازد و در غیر آن صورت، طلاقش دهد. اگر زوج از انجام این حکم سرباز زد، خود حاکم شرع آن زن را طلاق می دهد. (1)

5. دیدگاه آیه الله شیخ حسین حلی قدس سره (از فقهای معاصر) درباره صلاحیت حاکم شرع برای اجبار مرد بر طلاق دادن همسرش - اصالت و یا در صورت خودداری زوج، اقدام خود حاکم بر طلاق همسر آن مرد - ولایت (از باب ولایت بر ممتنع) - در کتاب بحوث الفقهیة چنین منعکس شده است:

آنچه آیات شریفه [229، 230 و 231 سوره بقره و آیه دوم سوره طلاق] در آن ظهور دارد، این است که این آیات در صدد بیان حکم کبرای کلی است که هر شخصی در زندگی مشترک خود باید یکی از دو راه را بپیماید، یا همه حقوق همسرش را از نفقه گرفته تا سایر حقوق دیگری که بر عهده اوست - به نحو کامل ادا کند و امساک به معروف نماید یا به خوبی رهاش کند و پیوند زناشویی را از هم بگسلد تا زن، خود مستقلاً زندگی بهتری را در پیش گیرد... [و جمله « وَ لَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا »؛ [و آنان را برای زیان رساندن نگاه مدارید تا به حقوقشان تعی کنید را هم مؤید برای این که بیش از این دو راه راه دیگری به روی مرد باز نمی باشد، قرار داده است و این احتمال می رود که این جمله از آیه شریفه برای تأکید همان حکم سابق - که امساک به معروف یا تسریع به احسان بود . آورده شده باشد... بعد از توجه و دقت کافی در آیات شریفه وارده در این موضوع، خصوصاً فقرات « إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ »، « فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ »، « مَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ »، « إِنْ ظَنَّنَا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ »،... و « تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ بَيْنَهَا » این مطلب روشن می گردد که در صورت اصرار و عسر و حرج بر زوجه، باید راه طلاق به روی او باز باشد؛ زیرا مراد از حدود در موارد فوق، احکام تکلیفی و مقررات نظم بخشنده به زندگی زناشویی و گرمابخش به کانون خانواده می باشد و همه اینها حکایت از اهتمام شارع بر اجرا و رعایت شدن این حدود، و برقرار شدن یک زندگی سعادت‌مند برای زن و شوهر

ص: 73

میکنند... ولی این مقدار به تنهایی برای باز گذاشتن دست حاکم شرع بر اجبار زوج بر طلاق همسرش یا اقدام مستقیم خود او بر طلاق دادن زن مردی، کفایت نمی کند، مگر از این باب که حاکم شرع را ولی ممتنع بدانیم. (1)

علاوه بر این، روایت ابی بصیر از امام باقر علیه السلام نیز که در ابتدای مقاله ترجمه آن را ذکر کردیم همین مطلب را بیان می کند. (2)

6. آیه الله گلپایگانی رحمة الله هم در پاسخ سؤالی چنین نوشته اند:

چنانچه زوج، متمکن از انفاق بر زوجه باشد و انفاق نکند و زن به مجتهد جامع الشرايط مراجعه نماید، مجتهد زوج را ملزم به انفاق یا طلاق می نماید. پس اگر از هر دو امتناع نمود و انفاق از مال زوج به زوجه یا اجبار زوج بر طلاق ممکن نشد، چنانچه زن میل به طلاق داشته باشد، مجتهد می تواند او را طلاق بدهد. (3)

7. آیه الله اراکی رحمة الله نیز در مقام پاسخ به استفتایی فرموده اند:

اختیار طلاق با زوج است و مفروض سؤال که زوج نفقه نمی دهد، اگر زوجه به وظایف زوجیت عمل کرد و ناشزه نبود و زوج هم قادر به انفاق بود، در صورت امکان، او را اجبار می کند به طلاق یا انفاق و در صورت عدم امکان، زوجه مراجعه می کند به حاکم شرع یا مجاز از طرف او، و حاکم شرع در صورت امتناع زوج از انفاق یا طلاق، زن را طلاق می دهد و البته در صورت تقاضای زن. (4)

8. امام خمینی رحمة الله هم در پاسخ سؤال فقهای شورای نگهبان درباره این موضوع نوشت: طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت والا با الزام، وادار به طلاق نمایند. در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع، طلاق داده شود. (5)

ص: 74

1- شیخ حسین حلی، بحوث الفقہیہ، ص 186، 187، 191.

2- همان، ص 191.

3- سید محمد رضا گلپایگانی، مجمع المسائل، ج 2، ص 239.

4- محمد علی اراکی، استفتانات، چاپ اول، ص 202.

5- حسین مهرپور، دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، ص 244.

بنابراین فتواها، طبیعی است که در ماده 1129 قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران که برگرفته شده از فقه امامیه است، این مسأله چنین منعکس بشود:

در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می نماید.....

اگر مرد امتثال امر حاکم نکرد، ممکن است موضوع حرجی بشود. آن وقت به استناد ماده 1130 قانون مدنی، خود حاکم، طلاق می دهد.

وظیفه حاکم شرع در مقابل زوج عاجز از نفقه

در موردی که شوهر از دادن نفقه همسرش ناتوان باشد و زن دچار عسر و حرج گردد، آیا در فرض تقاضای طلاق از ناحیه زن، حاکم شرع می تواند مرد را مجبور به طلاق همسرش کند؟ و یا در صورت استتکاف مرد، آیا مجاز است که خود حاکم به عنوان ولی ممتنع، زن متقاضی را مطلقه سازد؟

در خلال سخن مرحوم سید محمدکاظم طباطبایی یزدی درباره زوج غایب مفقود الاثر به حکم این دسته از زنان هم اشاره ای شده است؛ زیرا در ادامه کلامش می فرماید:

... بعید نیست حاکم شرع بتواند در مورد شوهر مفقودی که زنده بودن او معلوم است، ولی همسرش نمی تواند صبر کند و انتظار بکشد، در صورت درخواست زن، او را طلاق دهد. همچنین ... و یا شوهری که حاضر است، ولی معسر است و توانایی دادن نفقه را ندارد و زن هم نمی تواند بر این حال صبر کند. هرچند که ظاهر کلمات فقها این است که حاکم نمی تواند زن را مطلقه و رهای از قید زوجیت کند؛ زیرا طلاق به دست زوج است «الطلاق بید من أخذ بالساق»، ولی ممکن است به استناد قاعدة نفی ضرر و حرج - به خصوص اگر زن، جوان باشد و صبر کردنش مستلزم مشقت شدید برای او گردد - حاکم شرع بتواند او را طلاق دهد ... (1)

ص: 75

1- سید محمدکاظم طباطبایی یزدی، ملحقات عروة الوثقی، ج 2 (عروه)، ص 75 و 76.

آیه الله شیخ حسین حلی قدس سره برای این مطلب که در صورت عجز شوهر و عدم تقصیر او، حاکم می تواند در صورت تقاضای زن، شوهر را مجبور به طلاق همسرش کند نیز به صحیح فضیل بن یسار و ربیع از امام صادق علیه السلام استدلال می کند که در تبیین فرمایش حق تعالی: « مَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ... » (1)؛ فرمود: « إِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا مَا يَقِيمُ ظَهْرَهَا مَعَ كِسْوَةٍ وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا. » (2)؛ یعنی اگر غذا و پوشاک کافی از شوهر به زن رسید، باید زندگی کند، در غیر این صورت، از هم جدا می شوند.

همچنین به روایت ابن ابی عمیر استناد کرده است که گوید:

از جمیل بن دراج درباره نفقه زن پرسیدم، او در جواب گفت: عنبسه از امام صادق علیه السلام روایت کرد که امام فرموده: وقتی که شوهر پوشاک کافی برای زنش فراهم کند و به اندازه لازم غذا برایش تهیه کند، زن با آن زوج زندگی می کند؛ در غیر این صورت، مرد آن زوجه را رها سازد. (3)

مرحوم شیخ حسین حلی قدس سره بعد از نقل این دو روایت صحیح فرموده است:

از این دو روایت برای ما روشن می شود که تأخیر شوهر از پرداخت نفقه به همسرش موجب گشوده شدن باب طلاق اجباری به روی حاکم شرع می شود؛ زیرا او در مقابل به خطراتادن حقوق زن، مسؤول است و شرعا موظف به پیشگیری از تضييع حق او می باشد. کسی اشکال می کند: از محتوای بعضی از روایات دیگر فهمیده می شود که فرد (زوج) معسور (ناتوان) مستثنا شده است و این مسأله حق اجبار برای حاکم، مربوط به شوهر متمکنی است که از پرداخت نفقه همسرش استتکاف می ورزد؛ چون در خبری آمده است (4)؛ «زنی از شوهرش، خدمت حضرت امیر علیه السلام شکایت نمود که نفقه به او نمی دهد و شوهرش هم ناتوان از تهیه آن بود، حضرت علی علیه السلام از محبوس کردن آن مرد خودداری کرد و فرمود: بی گمان با هر سختی و مشقتی، آسانی هم در پی خواهد بود.» (5)

ص: 76

1- طلاق / 7

2- وسائل الشیعه، ج 15، ص 223 (باب اول نفقات، حدیث 1).

3- همان، ص 224 (باب اول نفقات، حدیث 4).

4- بحوث الفقهیة، ص 191 - 192.

5- شیخ طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ج 6، ص 299.

بنابراین، نباید به تقاضای زن، مردی را که از فراهم کردن نفقه همسرش ناتوان است، مجبور به طلاق کرد.

اگرچه این اشکال، توجیه اخلاقی دارد، ولی از آنجا که دامنه حقوق، محدود است و حوزه کار آن به وسعت دامنه اخلاق نیست، جای تأمل و ایراد بر آن هست و لذا مرحوم شیخ حسین حلی بدین صورت به آن پاسخ داده است:

روایت مذکور در این مقام (که زنی از امام درخواست کرده باشد که شوهرش را مجبور به طلاق او کند) نبوده است تا کسی به امتناع حضرت امیر علیه السلام از حبس کردن آن زوج استدلال کند و بگوید پس نمی شود شوهری را به خاطر عجز از تهیه نفقه همسرش مجبور به طلاق دادن کرد؛ زیرا زنی آمده محضر امیر مؤمنان علیه السلام و از شوهرش که فقیر بود و نفقه او را فراهم نمی کرد شکایت کرد، به یک معنا زن طلبکار بوده و از حضرت علی علیه السلام خواست که از راه حبس و زندانی کردن زوج مدیونش او را تحت فشار قرار دهد تا دنبال کار و کسب و تهیه روزی برود، پس تقاضای طلاق را نداشته، بلکه او به عنوان یک طلبکار از حاکم اسلامی خواسته است که شوهر مدیونش را از راه زندان کردن، وادارد که دنبال کار و تلاش و تهیه نمودن نفقه برای عیالات واجب النفقه اش برود... و ممکن هم هست که امام با استفسار و توجه به اوضاع و احوال موجود، کشف کرده بود که زن، متقاضی طلاق نیست و راضی به ادامه زوجیت است، ولی از امام، واداشتن شوهرش به کار و تلاش برای تحصیل نفقه خانواده اش را تقاضا کرد. بنابراین، تنها عدم انفاق و اصرار بر استمرار به آن، موجب فتح باب برای اعمال طلاق اجباری از ناحیه حاکم شرع [اگر زن درخواست طلاق بکند] می تواند باشد؛ بدون این که از نظر عسر و حرج، به موقعیت زوج توجه شود. (1)

بنابراین، چه بسا مسأله عسر و حرج شوهر با عسر و حرج زن، متعارض شود و در جلوگیری از اجرای حکم طلاق اجباری، بی تأثیر نباشد و بعد به اطلاق روایت «وَالْأَفْرَقَ بَيْنَهُمَا» تمسک می شود.

همچنین به قاعده لاضرر که مستخرج از حدیث شریف نبوی: «لا ضرر ولا ضرار

ص: 77

في الاسلام» (1) که در منابع مختلفی (2) با تفاوت‌هایی آمده است، استناد می‌شود که عنایت به این و توجه به ضابطه فوق، مبنای آرای جمعی از فقها در این باره بوده است. از آن جمله، نظر شیخ انصاری رحمة الله است که درباره زنی که شوهرش مریضی جذام دارد و ادامه زندگی با چنان شوهری برای زن موجب ضرر (سرایت) است، فرمود:

زن می‌تواند برای نجات خود، به حاکم شرع مراجعه کند و او در صورت تشخیص ضرر و حرج بر زن، شوهر را مجبور بر طلاق می‌کند. (3)

سید محمد کاظم یزدی قدس سره نیز در ادامه کلامشان - با دیدی وسیعتر - می‌فرماید:

... شوهری که حاضر است، ولی معسر است و قدرت فراهم آوردن نفقه همسرش را ندارد و زن او هم نمی‌تواند بر این حال صبر کند ... به استناد قاعده نفی ضرر و حرج - به خصوص اگر زن، جوان باشد و صبر کردنش مستلزم مشقت شدید بر او شود. ممکن است گفته شود حاکم شرع می‌تواند او را طلاق دهد. (4)

همچنین علامه شیخ محمد حسین کاشف الغطاء هم در این باره قریب به همین

مضمون را بیان کرده اند:

... ادله عامه و خاصه بسیاری داریم مبنی بر این که حاکم شرع در صور عدیده ای ولایت بر طلاق دارد که قدر جامع آنها مواردی است که از بقا و ادامه زوجیت، ضرر و مشقت شدید بر زن لازم بیاید.... (5)

آیه الله شیخ حسین حلی رحمة الله برای این مسأله به آیه شریفه «ولاتمسکوهن ضرارا» هم استناد جسته است که این خود می‌تواند دلیل بر این مطلب باشد که ادامه زندگی زناشویی که موجب ضرر بر زن باشد، ناپسند و ممنوع است. (6) ایشان در نهایت می‌فرمایند:

ص: 78

1- وسائل الشیعه، ج 17، ص 376؛ من لا یحضره الفقیه، ج 4، ص 243.

2- فروع کافی، ج 5، ص 38 و 294؛ وسائل الشیعه، ج 17، ص 319 و 341؛ تهذیب، ج 7، ص 167.

3- کتاب النکاح، ص 434

4- ملحقات عروه، ج 2، ص 75 و 76.

5- تحریر المجله، ج 5، ص 46 و 47.

6- بحوث الفقهیه، ص 187 و 193.

بنابراین، به صرف عدم انفاق و اصرار بر ترک (نفقه از ناحیه شوهر) راه و باب طلاق اجباری به روی حاکم شرع باز خواهد شد، بدون این که او بخواهد به وضعیت و موقعیت شوهر نگاه کند که او تمکن بر پرداخت نفقه همسرش دارد و نمی دهد یا معسر و ناتوان است. (1)

البته در پایان، تذکر این نکته خالی از لطف نیست که این حق (اجبار بر طلاق و یا

اجرای طلاق به عنوان ولی ممتنع) از شوون آن قاضی و حاکمی است که دارای شرایط شرعی حاکم شرع (علما، عملا، عداله و...) باشد، والا- چه بسا که موجب افساد در زندگیها و اختلاط انساب و تحریم حلال و تحلیل حرام بشود. شاید برای توجه به همین مسأله است که حتی الامکان در محاکم جمهوری اسلامی سعی می شود که دعاوی خانوادگی و مسائل مربوط به ازدواج و طلاق و اثبات نسبت، به دادگاههای ویژه (مدنی خاص) ارجاع شود.

فقها و مواجه شدن زن با عسر و حرج

از دیدگاهها و فتاوایی که در سابق مطرح شد، می توان تا حدی برای این مبحث هم بهره جست، ولی از آنجا که روایاتی درباره وظیفه حاکم در مقابل زوج ناتوان از نفقه وجود دارد و ظن قوی می رود که فتاوی علمای علاوه بر قواعد نفی عسر و حرج و لاضرر، مستند به همان روایات نیز باشد. هرچند که در بعضی از آن نظرها، اشاره ای کوتاه به آن قواعد - مخصوصا مسأله مشقت - گردیده است، لکن از انصراف و ظهور آنها چیزی زاید بر موضوع (ترک نفقه) که بحث شد، استفاده نمی شود؛ مگر از راه تنقیح مناط (تعیین و تعمیم علت حکم). ولی می توان از قاعده نفی عسر و حرج و لاضرر، علاوه بر ترک انفاق، در سایر مواردی که زن در دام مشکلاتی از قبیل بد اخلاقی و سوء معاشرت زوج و یا ابتلای او به بیماریهای صعب العلاج و یا مسری؛ همچون هاری، جنون، جذام و... که

ص: 79

از مصادیق بارز ضرر است، اسیر می شود، کمک گرفت و برای زن حق مراجعه به حاکم شرع را قائل شد تا از آن طریق، شوهر مجبور به طلاق زن بشود. در غیر آن صورت - بر فرض اثبات حرجی بودن موضوع و تشخیص این که استمرار زوجیت، چه بسا موجب ضرر مادی و یا معنوی گردد. قاضی شرع به عنوان ولی ممتنع و یا متولی امور حسبی (1) می تواند آن زن را طلاق دهد؛ هر چند که شوهر او راضی نباشد؛ زیرا خداوند راضی نیست بنده ای از بندگانش که در دام طوفان مهلکی گرفتار آمده است، همچنان در آن گرفتاری باقی بماند. باید ناجی و چاره ای باشد.

هر چند که از مباحث فصل قبل، پاسخ این مسأله هم روشن می شود، ولی برای تبیین و تأکید بیشتر آن، در این جا هم به بخشهای دیگری از آرای ذکر شده جمعی از فقهای متأخر اشاره می شود.

1. مرحوم میرزای قمی در پاسخ سوالی درباره بدرفتاری و اذیت و آزار شدید شوهر و این که، حاکم شرع می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید یا خیر، می نویسد:

شکی نیست در این که چنانکه زوج را حقوقی چند بر زوجه است که در تخلف از آنها زوجه ناشزه می شود، همچنین زوجه را بر زوج حقوقی چند است که در تخلف از آن، زوج ناشز می شود و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوه را موافق شریعت مقدسه بدهد و با او بدون وجه شرعی، کج خلقی نکند و او را اذیت نکند. پس هرگاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبه زوجه نفعی نکرد، به حاکم شرع رجوع میکند و بعد از ثبوت در نزد حاکم، او را الزام و اجبار میکند بر وفای حقوق و اگر تخلف کرد،

ص: 80

1- امور حسبی، به کارهایی اطلاق می شود که مورد نیاز عموم است و جامعه هرگز نمی تواند از آن بی نیاز باشد و مطالعه مبحث آن در کتب فقهی، نشانگر این است که فقها تصدی حسبه را نوعی ولایت تلقی نموده اند و آن را جزء ضروری ترین وظایف و اختیارات فقیه دانسته اند. تصور این که امور حسبیه از موارد امر به معروف و نهی از منکر است و اجرای آن اختصاص به فقیه نخواهد داشت، مردود می باشد؛ زیرا مواردی مانند قضاوت که از مصادیق بارز حسبد شمرده می شود، بدون داشتن شرایط فقاها و عدالت، مشروعیت نخواهد داشت؛ چرا که گرفتن حقوق افراد، در بسیاری از موارد با تصرفات در اموال و انفس همراه می باشد که احتیاج به مشروعیت ولایت در این گونه تصرفات دارد. به همین جهت، برخی این امور را از موارد ولایت فقیه دانسته اند (ابوالقاسم خویی، التتقیح، الاجتهاد و التقليد، ص 422-425) و در صورت امتناع شخصی، فقیه به عنوان صاحب حق تصرف در امور اشخاص ممتنع، تصمیم می گیرد.

تعزیر میکند و هرگاه زوجه راضی نمی شود بر بقای بر تحمل نشوز زوج، حاکم الزام می کند زوج را بر رعایت حقوق یا طلاق دادن زوجه، و هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به این که زوج سلوک به معروف نمیکنند و وفای به حقوق زوجه نمی کند، او را اجبار میکند بر طلاق و این اجبار، منافی صحت طلاق نیست. (1)

البته آن طور که از سخن ایشان در باب قضا فهمیده می شود، تمایلی به این که حاکم خودش مباشرتاً حق طلاق دادن زن کسی را داشته باشد، به دست نمی آید و حتی وقتی سخن از مسأله عسر و حرج به میان می آید به عنوان مثال می فرماید:

در مسأله زوج مفقود، اگر فحوص ممکن نشد، زوجه اش حق ندارد با دیگری ازدواج کند؛ هرچند گرفتار عسر و مشقت شدید باشد... و استدلال به قاعده نفی حرج و لاضرر در این مورد، غفلت از تحقیق و اثبات حق است. (2)

2. شیخ مرتضی انصاری رضوان الله تعالی علیه هم در مبحث خیار (عیب و تدلیس) از کتاب نکاح، در ضمن به میان آوردن بحث از این که فرض اگر زوج مبتلا به مرض جذام شد، آیا زوجه او می تواند با تمسک به آن عیب، نکاح را فسخ کند؛ همچنان که اگر زن گرفتار جذام باشد، شوهر می تواند عقد نکاح را فسخ کند، یا خیر؟ ابتدا اشاره می کند که در مسأله، دو نظر وجود دارد:

1. مشهور علما قائلند که وجود این عیب در مرد، موجب خیار فسخ برای زن نمی شود.

2. و از قاضی و اسکافی و شهید ثانی حکایت شده است که موجب خیار فسخ برای زن می شود. (3)

مرحوم شیخ انصاری در ضمن بیان وجه رد قول دوم، می فرماید:

در صورتی که زن از معاشرت با او ضرر ببیند، می تواند اجبار او را بر طلاق، از حاکم بخواهد و رهایی آن زن و نجات او از این مشکل - با وجود ضرری بودن - با مجبور شدن

ص: 81

1- جامع الشتات، چاپ سنگی، قطع رحلی، ص 523

2- همان، باب قضا

3- کتاب النکاح، ص 433 و 434

زوج به وسیله حاکم بر طلاق، ممکن می شود. (1)

البته همچنان که از ظاهر فرمایش شیخ هویدا است، ایشان فقط مسأله طلاق از طریق مجبور شدن مرد توسط حاکم را مطرح کرد و ممکن دانست، ولی این مطلب به دست نمی آید که طلاق خود حاکم را هم در صورت استتکاف و امتناع مرد از دستور حاکم، جایز بدانند.

3. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی قدس سره چنین بیان می کند:

هر چند ظاهر کلمات فقها عدم تجویز این امر است، زیرا طلاق به دست مرد است «الطلاق یتد من اخذ بالساق»، ولی ممکن است گفته شود به استناد قاعده نفی ضرر و حرج، مخصوصاً اگر زن، جوان باشد و صبر کردنش مستلزم مشقت شدید برای او باشد، حاکم شرع می تواند او را طلاق دهد... و در صورتی که بقا و استمرار زوجیت موجب گردد که زن به گناه افتد، به طریق اولی، بلکه لازم است که حاکم، آن زن را طلاق دهد تا از ارتکاب معصیت محفوظ بماند. (2)

4. علامه شیخ محمد حسین کاشف الغطاء می گوید:

دلایل عام و خاص فراوانی دلالت دارد بر این که حاکم شرع در موارد مختلفی، بر طلاق زوجه فرد دیگر ولایت دارد که جامع آنها این است که باقی ماندن زن بر زوجیت شوهرش موجب مشقت شدید و ضرر رسیدن بر وی گردد... پس وقتی برای حاکم شرع ثابت شود که باقی ماندن زنی بر زوجیت مردی، موجب ضرر شدید و در تنگنا قرار گرفتن او خواهد شد و خود زن هم حاضر به تحمل آن مشکل نباشد، بلکه تقاضای طلاق بکند، حاکم شرع شوهر او را مجبور به طلاقش می کند، اگر از امتثال امر حاکم شرع سر برتافت، آن وقت برای خود حاکم رواست که آن زن را طلاق دهد. (3)

5. آیه الله شیخ حسین حلی هم درباره این مسأله و نظایر آن، بحث مفصلی را ارائه کرده است و در پایان، به آیه شریفه «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» (4) به عنوان مؤیدی برای

ص: 82

1- همان

2- عروة الوثقی، ج 2 (ملحقات)، ص 75 و 76.

3- تحریر المجله، ج 5، ص 46.

4- بقره / 231

شاید این جمله از آیه شریفه، تأکید همان حکم سابق [امساک به معروف یا تسریح به احسان] باشد مطلوب ما هم همین است و بعد از نظر به آیات شریفه 229 تا 231 از سوره بقره و آیه دوم سوره طلاق، این مطلب واضح می شود که در صورت اضرار و توجه عسر و حرج بر زوجه، باید راه طلاق به روی او باز باشد؛ زیرا مراد از حدود در این موارد، قوانین آمره برگشت کننده به افراد به تنهایی نمی باشد، بلکه مراد، قوانین و مقررات تنظیم کننده و الفت بخشنده به زندگی زناشویی می باشد؛ هرچند به عنوان مصداقی از حدودالله باشد و همه اینها دلالت بر اهتمام شارع دارد بر محافظت و رعایت این حدود برای استواری و پایداری یک زندگی سعادت‌مندانه برای زن و شوهر. البته این مقدار به تنهایی مجوز برای گشوده شدن راه طلاق زن به روی حاکم شرع نمی شود تا او بتواند حتی با اکراه و الزام، مرد را مجبور به طلاق دادن زوجه اش کند؛ مگر از این روی که او را ولی ممتنع بدانیم و مجاز به انجام طلاق باشد. مضاف بر این که روایت ابوبصیر: «علی الأمام أن یفرق بینهما» همین معنی را می رساند. (1)

6. از استفتا و پرسش فقهای محترم شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از محضر رهبر کبیر انقلاب اسلامی - امام خمینی رحمة الله - که ظاهراً در زمان اصلاح قانون مدنی و مورد بحث قرار گرفتن ماده 1130 از ایشان به عمل آوردند، و پاسخ ابراز شده به آن، چنین به دست می آید که مرحوم امام خمینی رحمة الله بر این عقیده بوده اند که اگر ادامه زندگی زناشویی برای زن، موجب عسر و حرج باشد، وی می تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید و دادگاه (حاکم شرع) در فرض احراز عسر و حرجی بودن ادامه زوجیت بر آن زن، می تواند به آن زن اجازه طلاق دهد که ما به خاطر بهره جویی بیشتر، سؤال و جواب فوق را ذیلاً نقل می کنیم:

محضر مبارک رهبر عالیقدر انقلاب اسلامی ایران حضرت آیه الله العظمی امام خمینی دامت برکاته. پس از سلام و اهداء تحیت، پاره ای از مسائل در شورای نگهبان مورد اختلاف قرار میگیرد، و بالنهایه نظر شریف متبع است، من جمله از این مسائل، موادی

است از قانون مدنی که اخیراً مورد بررسی و اصلاح قرار گرفته است که یکی از مواد مربوط به طلاق، این است: در صورتی که ادامه زندگی زناشویی برای زن، موجب عسر و حرج باشد، می تواند با مراجعه به حاکم شرع تقاضای طلاق کند و حاکم پس از بررسی و ثبوت موضوع، شوهر را اجبار به طلاق کند و چنانچه مرد از طلاق ابا کند، حاکم شخصاً اقدام به طلاق نماید. در این جا بعضی از فقهای شورا نظر منفی دارند و میگویند آنچه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و بر فرض که ادله حرج در این جا حاکم باشد، می تواند لزوم عقد را بردارد و برای زن حق فسخ ایجاد کند و با توجه به اینکه موارد فسخ، اجماعاً محدود است و این مورد جزء آن موارد نیست، پس حق فسخ قهراً منتفی می شود، عده ای از فقها می گویند که علت حرج در این جا تنها لزوم عقد نیست، بلکه انحصار طلاق به دست مرد، منشأ حرج است و ما به ادله حرج، این انحصار را بر می داریم و با مراجعه به حاکم احتیاط و ثبوت موضوع در نزد حاکم، مرد مجبور به طلاق می شود و یا حاکم طلاق می دهد. با توجه به این نظرات، نظر مبارک را مرقوم فرمایید....

امام خمینی رحمة الله در پاسخ چنین فرمودند:

طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت والا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع طلاق داده شود. (1)

7. آیه الله خوبی رضوان الله علیه نیز چنین بیان داشته اند:

اگر زن و شوهر از همدیگر کراهت داشتند، حاکم شرع، آنها را به داوری و دو نفر از خویشاوندان هریک ارجاع می دهد و در صورت عدم موفقیت آنها و استمرار

ناسازگاری، اگر زن عامل اختلاف بود و یا تقصیر به هر دو نفر از زن و شوهر متوجه باشد، زن باید صبر کند و اما اگر شوهر، عامل و فراهم آورنده شقاق و ناخرسندی باشد، زن می تواند به حاکم شرع، مرافعه و شکایت ببرد و او مرد را به ادای حقوق و به نیک انجام دادن وظایفش و یا طلاق دادن زن الزام میکند و اگر زوج هیچ یک از این دو راه را

ص: 84

نپذیرفت، حاکم (مجتهد جامع الشرایط) آن زن را طلاق می‌دهد. (1)

و بعید نیست که توجه به همین فتاوا، بخصوص عنایت به پاسخ مرحوم امام خمینی

در جواب به پرسش و استفتای شورای محترم نگهبان از ایشان، قوه مقننه جمهوری

اسلامی را بر آن داشت که در بازنگری سال 1370، ماده 1130 قانون مدنی را به این صورت اصلاح و تصویب کند:

در مورد زیر، زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید. در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است، می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.

فقدان یا حبس شوهر

اشاره

زنانی که شوهرانشان مفقودالثر یا محبوس به زندان ابد گردیده اند، از دو حال بیرون نخواهند بود:

1. به رغم فقدان یا زندانی بودن شوهر، از نظر نفقه، با مشکلی مواجه نیستند؛ چون فرضاً شوهرانشان متمکنند و اندوخته مالی (نقدی یا غیر نقدی دارند و تحصیل نفقه خانواده اش از آن طریق میسر و مقدور است یا اگر از خود شوهر مالی در دست نیست، کس دیگری حاضر است مخارج خانواده او را بدهد، در چنین صورتی، دیگر مستمسکی برای زن بر تقاضای طلاق وجود نخواهد داشت، به خصوص در نظام اسلامی که با امکان ملاقات خصوصی بین زندانی و همسرش، مشقت فراهم آمده از غریزه جنسی هم کاسته خواهد شد و حق واجب ادا خواهد گردید.

2. ممکن است شوهر غایب (مفقود و یا محبوس) مالی نداشته باشد و کسی هم

ص: 85

نباشد که به هر عنوانی، نفقه عیال واجب النفقه او را بدهد و خود زن هم از خویش مالی نداشته باشد و امکان اشتغال او برای تحصیل درآمد مورد نیاز زندگی اش نیز فراهم نگردد.

در چنین صورتی - آن طور که از گفتار جمعی از فقها استفاده می شود - زن می تواند با مراجعه به حاکم شرع، از او کمک بگیرد و در نهایت، با اجازه حاکم شرع و بلکه توسط او به ولایت از شوهر زن مطلقه شود.

در این جا به نظر شماری از فقها اشاره می شود:

.. آیه الله سید محمدکاظم یزدی قدس سره می فرماید:

بعید نیست حاکم شرع بتواند در مورد شوهر مفقودی که زنده بودن او معلوم است، ولی همسرش نمی تواند صبر کند، در صورت درخواست زن، او را طلاق دهد. همچنین شوهری که در حبس ابد به سر می برد... ولی معسر است و توانایی دادن نفقه را ندارد و زن هم نمی تواند بر این حال صبر کند... هر چند ظاهر کلمات فقها بر عدم جواز این امر است؛ زیرا طلاق به دست مرد است «الطلاق بيد من أخذ بالساق» ولی ممکن است گفته شود. به استناد قاعده نفی حرج و لاضرر - به خصوص اگر زن جوان باشد و صبر کردنش موجب مشقت شدید بر او شود. حاکم شرع می تواند او را طلاق دهد و به خاطر آنچه از بعضی روایات؛ مثل صحیح ربیع و فضیل بن یسار، و صحیح ابن ابی عمیر از جمیل بن دراج از عنبسه و صحیح ابن بصیر از امام باقر علیه السلام و آنچه از امام صادق علیه السلام به نقل از پیامبر اسلام صلی الله علیه واله روایت شده است که فرمود: «من به هر مؤمنی از خودش سزاوارترم و بعد از من هم علی علیه السلام اولای از آنها به امورشان خواهد بود، و از معنای این کلام سؤال شد، حضرت فرمود: هر کس دین و عیالی به جای گذارد، پس بر من است (رتق و فتق امرش و تعیین تکلیف زوجه اش و اگر مالی از خود به جای گذاشت، برای ورثه اش خواهد بود. از این قبیل اخبار استفاده می شود که اگر زوج نفقه نداد، حاکم او را اجبار بر طلاق همسرش میکند و اگر مرد حضور نداشت و تا اجبارش کنند امام علیه السلام و یا حاکم شرع به نیابت از او متولی امر خواهد شد و اگر باقی گذاردن زن بر زوجیت چنین شوهری، موجب گردد که او قهرا و یا به اختیار خود مرتکب حرام شود، به طریق اولی، بلکه از جهت محافظت او و پیشگیری از افتادنش به دامن گناه، طلاق دادن او لازم

2 نظر آیه الله شیخ محمد حسین کاشف الغطاء (متأخر از صاحب عروه) هم درباره موارد طلاق حاکم، نزدیک به رأی و استدلال مرحوم سید محمد کاظم یزدی می باشد. او در تحریر المجله - در ضمن اینکه فقه شیعه را در مقابل قوانین حاکم بر قلمرو عثمانی بیان می کند که حدی بیانگر آراء و استنباطهای شخصی و مبانی فقهی ایشان هم می باشد، - می نویسد:

فقهها بیان داشته اند که وقتی از زوج غایب مفقود الاثر اطلاعی حاصل نشد و کسی هم حاضر نشد نفقه زوجه اش را بدهد، زن می تواند به حاکم شرع مراجعه کند و ایشان هم فحوص لازم را درباره سرنوشت شوهرش انجام میدهد و بعد از سپری شدن مدت مقرر شرعی (چهار سال) و نا امید شدن از او، همسرش را طلاق میدهد... و طلاق به وسیله حاکم شرع را فقها فقط به همین مورد منحصر کرده اند و آن هم بدین کیفیت مخصوص. با این که دلیلهای عام و خاص فراوانی دلالت دارد بر اینکه حاکم شرع در موارد مختلفی ولایت بر طلاق دادن زن دیگران دارد که جامع آن موارد این است که «باقی ماندن زن بر زوجیت شوهر موجب مشقت شدید و متضرر شدن او بشود» مثل شوهر غایبی که جا و مکان او معلوم است، ولی از پرداخت نفقه زوجه اش امتناع می کند؛ خواه که خودداری او از روی ظلم و تعدی باشد و یا عدم توانایی. بلکه این حکم حتی درباره زوج حاضری که از ادای نفقه همسرش استنکاف می کند، جاری خواهد بود. و نیز درباره مرد زندانی که به حبس ابد یا 15 سال و بلکه کمتر از آن محکوم شده است، در صورتی که مالی ندارد که حاکم شرع بتواند از آن، مخارج لازم همسر او را بدهد و کس دیگری هم نباشد که از راه قرض به مرد (زندانی) یا تبرعا نفقه عیال او را فراهم کند و خود زن هم قدرت بر تحصیل معاشش از راه انجام کارهای مناسب با شؤون خود را نداشته باشد نیز این حکم جاری است و حاکم شرع می تواند آن زن را با طلاق، از عسر و حرج و ضرر خارج کند. (2)

3. آیه الله خوبی رحمة الله نظرشان تا حدودی با نظر مرحوم سید محمد کاظم یزدی و سخن

ص: 87

1- عروة الوثقی، ج 2 (ملحقات)، ص 75، مسأله 33.

2- تحریر المجله، ج 5، ص 46.

علامه کاشف الغطاء در تحریر المجله متفاوت است؛ زیرا ایشان در منهاج الصالحین نسبت به مرد غایبی که زنده و محل زندگی او معلوم است، می فرماید:

همسر چنین مردی باید صبر کند و اگر اطلاعی از او در دست نباشد و ولی زوج از مال او یا از مال خودش نفقه زن را بدهد، باز هم باید صبر کند و اگر برای شخص غایب مالی نبود و ولی او هم از مال خودش نفقه زن او را نداد، در این فرض اگر زن صبر کرد، مشکلی نیست، و اگر حاضر نشد با این وضعیت بسازد، نظر مشهور فقها این است که زن می تواند به حاکم شرع مراجعه کند و او چهار سال به این زن مهلت می دهد (به عبارتی از او فرصت می خواهد) و در طول این مدت، نسبت به شوهر او تحقیق و تفحص می کند. اگر معلوم شد که زنده است، باز زن باید صبر کند و اگر اطلاع حاصل شد که مرده است، عده وفات نگه می دارد، و اگر قضیه در پرده ابهام باقی ماند و مدت سپری شد، حاکم به ولی آن مرد دستور می دهد که آن زن را طلاق دهد و اگر او از امثال این امر سرپیچی کرد، حاکم شرع او را مجبور می کند، و اگر برای آن زوج مفقودالاثرا، ولی نبود یا بود، اما اجبار او بر طلاق همسر مولی علیهش ممکن نشد، حاکم شرع، خودش آن زن را طلاق می دهد و زن عده وفات نگه می دارد. (1)

از مسأله 1469 همین کتاب، مغایرت مبنا و رأی ایشان با دیدگاه آن دو بزرگوار - به خصوص با سخن مرحوم صاحب عروه - بیشتر آشکار می شود؛ زیرا می گوید :

بعضی از بزرگان (ظاهراً مراد ایشان، مرحوم سید محمدکاظم یزدی باشد) ذکر کرده اند: « مفقودی که زنده بودن او معلوم است، در صورتی که زنش نتواند صبر کند، حاکم شرع می تواند او را طلاق دهد، و همچنین زندانی ابدی که آزادی او به هیچ وجه ممکن نیست، اگر زنش راضی به تحمل و صبر بر این حالت نباشد، (حاکم می تواند زن او را طلاق دهد، ولی این فرمایش، بعید به نظر می آید و بعید تر از آن، این کلام است که فرمود: «اگر چهار سال صبر کردن و تحقیق و تفحص موجب شود که زن در آن مدت مرتکب گناه بشود، حاکم شرع می تواند بدون رعایت تشریفات و قبل از به سر آمدن چهار سال، مبادرت به طلاق زوجه آن فرد مفقودالاثرا بکند.» لازم است این سخن، این است

ص: 88

که هر وقت بر حال زنی خوف آن رفت که اگر مطلقه نشود، گرفتار معصیت گردد، بتوان او را بدون اجازه شوهرش طلاق داد، و عدم صحت این مطلب، چنان است که می بینید. (1)

البته اگر مشکل همسر مرد مفقودالایر، نرسیدن نفقه باشد، بعید نیست که از فحوای

پاسخ ایشان به استفتایی که درباره زوج غایب معلوم الاثر و المکان شده است که از

پرداخت نفقه به همسرش خودداری می کرده و طلاقش هم نمی داده، محل اختلاف نظر وی معلوم شود. ایشان برای حاکم شرع و وکیل مأذون از طرف او، حق طلاق دادن چنین زنی و حل مشکل آن را قائل شده اند. و به عنوان دلیل اولویت می توان استفاده کرد که درباره زوج مفقودالایر هم اگر مشکل زوجه اش از جهت نفقه و دریافت نکردن خوراک و پوشاک لازم باشد و کسی هم متکفل پرداخت آن نشود، زن می تواند با مراجعه به حاکم شرع یا وکیل مجاز به دخالت در امور حسبیه او، به دست وی مطلقه شود؛ مضاف بر این که درباره نفقه، نص خاص هم وجود دارد که قبلاً ذکرش به میان آمد.

بنابراین، اختلاف ایشان با مرحوم صاحب عروه، منحصر به این فرض می شود که صاحب عروه، صرف نظر از مشکل مالی و امر نفقه، مسأله خوف از افتادن زن به حرام را نیز موجب باز شدن باب طلاق به دست حاکم می دانست، ولی مرحوم آیه الله خویی این را نپذیرفت و به فرمایش سید معترض بود. برای اطلاع بیشتر، عین آن استفتا و پاسخ به آن را متذکر می شویم

سؤال:

زنی که شوهرش او را بدون مجوز شرعی ترک کرده و سالیانی چند است که غایب

می باشد [و در حالی که زنده و معلوم المکان است] ملتزم به پرداخت نفقه همسرش

نمی باشد و با تقاضای او مبنی بر مطلقه ساختنش هم موافقت نمی کند و زن هم به

دلایلی مثل عدم دسترسی نمی تواند از حاکم شرع کمک بطلبد، چه بکند؟

جواب:

این زن اگر می خواهد خودش را از این تنگنا رهایی ببخشد، حکمش این است که از آن

ص: 89

مرد نفقه اش را مطالبه کند. اگر به خوبی جواب داد که چه بهتر، در غیر این صورت، زن از حاکم شرع می خواهد که او را به طلاقش وابدارد، و اگر آن مرد هر دو امر را رد کرد، حاکم شرع آن زن را طلاق می دهد، و اما اگر مراجعه به حاکم میسر نبود، زن باید بر آن حالی که دچار آن گردیده، پایداری کند. البته در صورت دسترسی نداشتن به خود حاکم شرع، رجوع به وکیل (مأذون در امور حسبی) او هم برای رفع مشکلش کافی خواهد بود. (1)

نظر امام خمینی قدس سره و مشهور فقها درباره شوهران مفقود شده

از آنجا که اطلاع از نظر مشهور فقها لازم است، در پایان این مبحث با ذکر دیدگاه امام خمینی قدس سره که موافق با قول مشهور فقهاست، به این مقصود نیز خواهیم رسید.

امام خمینی قدس سره درباره زوج غایب مفقودالاثری که اطلاعی از او در دست نیست، می فرماید:

در صورتی که مالی از زوج باقی مانده باشد، باید مخارج همسرش از همان مال تهیه گردد، و یا اگر ولی ای برای اداره امور آن مرد وجود دارد و عهده دار پرداخت نفقه زوجه او می گردد، یا شخص متبرعی پیدا شد و هزینه زندگی آن زن را تأمین کرد، بر او واجب است که صبر کند و منتظر بماند و به هیچ وجه مجاز به ازدواج نمی باشد تا این که یقین به مرگ شوهرش یا مطلقه شدن خود از ناحیه زوجش پیدا کند و اگر چنین نبود و صبر کرد، پس بر او باکی نیست و اگر صبر نکرد و خواست ازدواج کند، باید به حاکم شرع مراجعه کند و از زمان مراجعه، حاکم چهار سال منظور می کند و در آن مدت به جستجوی آن مرد مفقودالاثری می پردازد. بعد از آن مهلت، اگر اطلاعی از او به دست نیامد، و فرد غایب دارای ولی بود، حاکم شرع به او دستور می دهد زن مولی علیه یا موکلش را طلاق دهد و اگر او اقدام نکرد، حاکم او را بر انجام طلاق مجبور می کند، و اگر برای آن مرد، ولی نبود یا بود اما اجبارش بر طلاق آن زن ممکن نشد، حاکم شرع او را طلاق می دهد.

(2)

ص: 90

1- المسائل الشرعیة، ج 2، ص 163.

2- امام خمینی، تحریر الوسیله، ج 2، ص 304، مسأله 11.

در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران (ماده 1029) هم به پیروی از قول مشهور

فقها اشاره ای کوتاه به این مسأله شده است:

هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثرا باشد، زن او می تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت، با رعایت ماده 1023، حاکم او را طلاق می دهد.

چکیده مطالب

می توان مواردی را که حاکم شرع می تواند زنی را به رغم نظر شوهرش - از باب انجام امر حسبی و یا به وظیفه و حق ولایی فقیه - طلاق دهد، به صورت ذیل خلاصه کرد:

1. زنی که شوهر او با وجود تمکن مالی و غیر ناشزه بودن زن، نفقه او را نمی دهد. در این باره اتفاق نظر است که حاکم شرع می تواند زوج را الزام به پرداخت نفقه همسرش بنماید و اگر فرمان قاضی مؤثر واقع نشد، آن زن به اذن حاکم، مطلقه می شود.

2. شوهر عاجز و ناتوان و فقیری که نمی تواند نفقه همسرش را فراهم کند، اگر

زوجه او تقاضای طلاق بکند، در نظر مطرح است:

الف) بعضی می گویند: چاره ای نیست؛ زن باید صبر کند و حاکم شرع نمی تواند آن زن را مطلقه کند.

ب) بعضی دیگر می گویند: خیر، در این صورت هم اگر زن متقاضی طلاق باشد و

راه دیگری برای تحصیل نفقه آن زن پیدا نشود، حاکم شرع می تواند شوهر او را الزام به طلاق دادن زوجه اش کند و اگر مرد بر این امر قاضی گردن نهاد، حاکم فقیه آن زن را مطلقه می کند.

3. درباره زنی که شوهرش مفقود یا زندانی شده است، اگر تنها مشکلی که موجب مشقت بار شدن زندگی اش گردیده است، محرومیت از نفقه باشد و کسی به اعم از ولی مفقود، متبرع یا مرجع دیگری هم کمکی به او نکند نیز در نظر فوق جاری است، ولی در این جا بعضی این نکته را هم اضافه کرده اند که حاکم شرع - صرف نظر از این که حق طلاق ندارد - نفقه آن زن را هم از بیت المال باید پرداخت کند. اما اگر مشکلات زن از جهات دیگری باشد؛ مثلاً زن به خاطر دوری شوهر، در معرض تهمت، گناه و... قرار

گرفته باشد، در این فرض نسبت به زنانی که شوهران آنها مفقودند، فقها متفقند که بعد از رعایت تشریفات (مهلت و تفحص چهار سال) حاکم، ولی زوج را الزام به طلاق زوجه مولی علیه او می کند و اگر ولی قهری نداشت، خود حاکم، آن زن را به ولایت از زوج، طلاق می دهد.

4. درباره آن دسته زنانی که از جهات مختلف دیگری - صرف نظر از این دو مورد ذکر شده - با شوهرانشان مشکل دارند و در عسر و حرج و مشقت افتاده اند؛ مثل این که شوهر مبتلا به امراض مسری یا مرتکب رفتار و اعمال ناشایست شده باشد که موجب هتک زن و یا افساد او شود، در این فرض نیز جمعی از فقها بر این باورند که اگر حرجی بودن موضوع و مشقت آور بودنش برای حاکم محرز باشد، حاکم می تواند زوج را الزام به طلاق و در فرض اجرا نشدن آن فرمان، خود قاضی، آن زن را طلاق دهد. البته در نفس مصداق عسر و حرج و کمیت و کیفیت آن نیز دیدگاههای متفاوتی هست که زمینه را برای اختلاف نظر جزئی در این مسأله فراهم آورده است.

نتیجه گیری

پس از بررسی، دقت و مطالعه کتاب، سنت و نظریات فقهی جمعی از فقهای متأخر و معاصر، به این نتیجه می رسیم که اسلام، اختیار طلاق را به دست مرد نهاده است، اما از طرف دیگر، برای جلوگیری و رفع مشکلات مختلفی که پیش می آید، احکام و مقررات کلی دیگری وضع نموده است؛ مثلاً ممکن است بعضی از مردها از این حق به صورت ظالمانه ای استفاده کنند و حتی در جایی که شرعا و عرفاً مصلحت طلاق، به حال زوجین نافعتر است، ولی مرد به رغم اصرار زن بر جدایی از شوهر، او را طلاق نمی دهد و پافشاری مرد بر استمرار زندگی مشترک ممکن است گاهی به حدی بر زن مشقت آور شود که بعضی از افراد کم ظرفیت و ضعیف الایمان، به اقدامات مهلک نفس و نسل و حیثیت خانوادگی خود و شوهر دست زنند.

اسلام برای پیشگیری از بروز چنین فجایعی، احکام و مقررات کلی دیگری نیز دارد که عنایت به آنها برای نجات از این قبیل مسائل، مفید خواهد بود. قاعده لاضرر از

آن جمله است که فقهای اسلام آن را از مجموع آیات و روایات وارد در این باب انتزاع کرده اند که قاعده ای سودمند و دارای کاربرد وسیعی گردیده است.

و نیز از آن جا که اسلام، دین رحمت است و خداوند عالم، پیامبرش را «رحمه للعالمین» (1) خوانده است، نمی تواند نظاره گر این باشد که کسی دستوری از

مقررات آن را مستمسک خود قرار دهد و از آن سوء استفاده نماید، بلکه در اسلام،

مقررات دیگری نیز وضع شده است تا در صورت پیدا شدن مشکلی و در تنگنا قرار

گرفتن جمعی، عسرت و دشواری آنها مرتفع گردد. فقها از این قانون به قاعده نفی عسر و حرج تعبیر نموده اند؛ اما با توجه به این که تشخیص مصادیق ضرر و عسر و حرج، اگر مشکلتر از صدور و تعیین حکم شرعی نباشد، آسانتر نخواهد بود، شارع مقدس چنین مقرر کرده است که برای تشخیص حکمی و موضوعی این گونه موارد به خصوص در مسأله طلاق - حتما باید به امام معصوم یا نایب خاص و یا عام (مجتهد جامع الشرایط) او مراجعه گردد؛ زیرا گاهی عدم شناخت صحیح از نفس موضوعات، موجب توقف در اعلام نظر و یا تمسک به احتیاط می شود، و یا بر عکس، باعث صدور فتاوا و نظریات سطحی و سهل المؤمنه و... از بعضی می شود، اما بعد از شناخت صحیح از موضوع در کنار علم، عدالت، تقوا، کیاست و مردم شناسی که معمولا انتظار می رود در مجتهد متصدی امر قضا باشد - ضریب اطمینان به صحت عمل و اقدامات قضایی او بسیار بالا می رود؛ لذا فقهایی که دیدگاههایشان بیان شد - با اندک اختلافی در تعبیر - در این امر که حاکم می تواند از راه قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج و یا از باب اعمال ولایت (ولی ممتنع) از زن مستأصل متقاضی طلاق، رفع مشکل و جلوگیری از ضرر کند، اتفاق نظر دارند؛ بدین وسیله که شوهر آن زن را مجبور به طلاق دادن زوجه اش نماید و اگر نپذیرفت، خود، او را طلاق دهد.

جمعی از فقهای معاصر، نظر خود را همراه با ذکر مبانی آن بیان کرده اند و دسته ای دیگر هم به روشنی فتوا داده اند که خود آن هم بیانگر دست یابی مجتهد به مدرکی معتبر و اتمام حجت بر او می باشد.

ص: 93

1. ابن منظور، محمد بن مکرم: لسان العرب، ج 10، دار صادر و دار بیروت، 1388 هـ 1968 م.
2. اراکی، محمدعلی: استفتائات، ج 1، چاپ اول، نشر معروف، قم، 1373 ش.
3. انصاری، مرتضی: کتاب النکاح، لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، چاپ اول، قم، 1415 هـ. ق.
4. حر عاملی، محمد بن حسن: وسائل الشیعه، ج 15، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
5. حلی، حسین: بحوث الفقہیة، السید عزالدین بحر العلوم، چاپ چهارم، المنار، بیروت، 1415 هـ.
6. خمینی، روح الله: تحریر الوسیله، ج 2، چاپ چهارم، مکتبة الاعتماد، تهران، 1403 هـ. ق.
7. خویی، ابوالقاسم: التتقیح فی شرح العروة الوثقی، میرزا علی الغروی التبریزی، ج 1، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت، ایران، قم، بی تا
8. خویی، ابوالقاسم: المسائل الشرعیة، ج 2، چاپ سوم، مؤسسه الامام الخویی و مؤسسه المنار، بیروت، 1416 هـ.
9. خویی، ابوالقاسم: منهاج الصالحین، ج 2، چاپ پنجم، مطبعة العلمیة و چاپ بیست و هشتم، مدینة العلم، قم، 1395 و 1410 هـ.
10. شوکانی: نیل الأوطار، ج 6، دار احیاء التراث العربی و مؤسسه التاریخ العربی، لبنان، بیروت، بی تا.
11. صدوق، محمد بن علی: من لا یحضره الفقیه، مصحح: السید حسن الموسوی الخراسانی، دار صعب و...، بیروت، 1401 هـ.
12. طباطبایی، سید محمد کاظم: ملحقات عروة الوثقی، چاپخانه حیدری، تهران، 1378 هـ. ق.
13. طبرسی، فضل بن حسن: جوامع الجامع، ابوالقاسم گرگی، چاپ دوم، دانشگاه تهران و مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، تهران، 1409 هـ.
14. طبرسی، فضل بن حسن: مجمع البیان، ج 2، چاپ چهارم، انتشارات ناصر خسرو، تهران، 1416 و 1374 ش.
15. طوسی، محمد بن حسن: تهذیب الاحکام، مصحح: السید حسن الموسوی الخراسانی، دار صعب - دار التعارف، بیروت، 1401 هـ.
16. قمی، میرزا ابوالقاسم: جامع الشتات، چاپ تهران، 1324.
17. کاشف الغطاء، محمد حسین: تحریر المجله، ج 5، مکتبة النجاش، طهران، و مکتبة الفیروزآبادی، قم.
18. کلینی، محمد بن یعقوب: فروع کافی، ج 5، چاپ سوم، دار صعب و دارالتعارف، بیروت، 1401 هـ. ق.
19. گلپایگانی، محمدرضا: مجمع المسائل، ج 2، چاپ اول، دار القرآن الکریم، ایران، قم، 1364 هـ. ق.

20. مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج 104، چاپ سوم، دار احیاء التراث العربی، بیروت، 1403 ه. ق.
21. مکارم شیرازی، ناصر: تفسیر نمونه، ج 24، چاپ دوازدهم، دار الکتب الاسلامیه، تهران، 1373 ه. ش.
22. مهرپور، حسین: دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، چاپ اول، مؤسسه اطلاعات، تهران، 1372 ه. ش.
23. نجفی، محمدحسن: جواهرالکلام، ج 32، چاپ ششم، دار الکتب الاسلامیه، تهران.
24. نوری، میرزا حسین: مستدرک الوسائل، ج 15، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، بیروت، 1408 ه.

بخش دوم: حقوق جزا

اشاره

1. محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین کیفری

2. ارتداد

سید احمد سجادی نژاد

ص: 95

أَمَّا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّوْا أَوْ يُصَلِّبُوا أَوْ تَقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ (1).

لغت محاربه

محاربه از باب مفاعله به معنای مقاتله است. «حرب» مقابل «سلم» است. «دارالحرب» به بلاد کفار و مشرکان گویند که بین آنها و مسلمانان، صلح برقرار نیست. «رجل حرب» به معنای سخت کوش در جنگ است. «انا حرب لمن حاربني»؛ یعنی با کسی که با من در جنگ و دشمن است، دشمنم. «حربه» آلت جنگ است. «حرب» سلب مال است. «حریبه» مالی است که از دست رفته است. «محراب» صدر مجلس و یا خانه است و به معنای قبله و مکان امام جماعت نیز آمده است. (2)

ص: 97

1- مائده / 33

2- ابن منظور، لسان العرب، ذیل «حرب».

مفسران درباره شأن نزول آیه شریفه محاربه اختلاف شدید دارند و بسیاری به این

اختلاف اشاره نموده اند. (1)

مرحوم شیخ طوسی نیز می گوید: آیه مورد اختلاف است که درباره اهل کتاب است

(که عهد ذمه را شکسته اند) و یا عربیه (که مرتد شده اند) و یا قطاع الطريق (که فقهای اهل سنت به آن قائلند). (2)

ماوردی در الحاوی، کفار محارب و اخبار به حکم خدا را هم اضافه نموده است و

می گوید:

صحیح در بین فقها این است که آیه درباره قطاع الطريق است؛ زیرا حکم اهل کتاب، مرتدین و قواعد جنگ با کار در غیر این آیه آمده است، پس باید آیه بیان کننده حکم جدیدی باشد و مراد از محاربه با خدا و رسول، محاربه با اولیای خدا و رسول است؛ (زیرا محاربه با رسول کفر است (3)) چنانکه مراد از فساد در زمین شامل هر معصیتی نیست؛ زیرا خداوند احکام آنها را در جاهای خاص خود بیان کرده است، بلکه مراد، قطع طریق و ترساندن راهروان است و فقها نیز بر همین قولند. (4)

مرحوم شیخ بعد از اشاره به اختلاف، می گوید: جمیع فقها (اهل سنت) گفته اند که

مراد از آیه، قطاع الطريق است، اما عموم اخبار ما می گوید: هر کسی اسلحه بکشد و مردم را بترساند. پس آنچه فقها گفته اند، اعتباری ندارد و معنای «یحاربون الله ورسوله»، محاربه با اولیای خدا و رسول است و فساد، همان اشهار سیف و ترساندن مردم است. (5)

علامه طباطبایی در المیزان می گوید: گرچه بعد از محال بودن معنای حقیقی،

ص: 98

1- ابن کثیر، تفسیر القرآن العظیم، ج 2، ص 48؛ طبرسی، مجمع البیان، ج 3، ص 291.

2- شیخ طوسی، مبسوط، ج 7، ص 47؛ تفسیر تبیان، ج 3، ص 505.

3- احمد بن علی الجصاص، احکام القرآن، ج 4، ص 51.

4- علی بن محمد بن حبیب ماوردی، الحاوی الکبیر، ج 17، ص 234 - 236.

5- شیخ طوسی، مبسوط، ج 8، ص 47.

محاربه با خدا شامل هر نوع مخالفت با حکم خدا و شرع می شود، اما ضمیمه شدن

محاربه با خدا به محاربه با رسول، نشانگر این است که مراد از آیه شریفه محاربه، اخلال در امنیت عمومی جامعه اسلامی است که بانی و متولی آن جامعه، رسول خدا صلی الله علیه و اله بوده است و سپس به امام و حاکم اسلامی محول شده است و مراد از افساد در زمین، قطع طریق است، نه هر نوع معصیت. (1)

مرحوم کلینی در کافی به نقل از امام صادق علیه السلام در شأن نزول آیه آورده است: عده ای از قوم بنی ضبه که مریض بودند، خدمت پیامبر صلی الله علیه و اله آمدند و حضرت فرمود در مدینه بمانند تا براثت حاصل کنند و آنها را به جنگ بفرستد. آنها گفتند ما را به خارج مدینه بفرست. حضرت آنها را نزد شتران زکات فرستاد تا از شیر و بول آنها استفاده کنند و سلامت خود را باز یابند، اما وقتی خوب شدند و قدرت گرفتند، سه نفر از افرادی را که با شتران بودند، به قتل رساندند. خبر به پیامبر صلی الله علیه و اله رسید و علی علیه السلام را در پی آنها فرستاد که در مرز یمن متحیر مانده بودند. آنها را اسیر کرد و نزد پیامبران آورد و آنگاه آیه نازل شد. (2)

روشن است که شأن نزول آیه، هر کس یا هر چه باشد، منحصص ظاهر آیه واقع

نشده و به اطلاعات خود باقی است. از این رو، استدلال به ذیل آیه محاربه: «و لهم في الآخرة عذاب عظیم» که: «اجرای حد بر مسلمان، کفار گناه است و از طرف دیگر، آیه محاربه می گوید برای آنها در آخرت عذاب بزرگی است، پس آیه باید راجع به مشرکان باشد که در دنیا و آخرت عذاب می شوند، نه مسلمانان که با اجرای حد، عذاب آخرت از آنها برداشته خواهد شد.» (3) صحیح نیست؛ زیرا اجرای حد بر مسلمان نیز بدون توبه نمی تواند کفار گناه باشد و روایت حمران از امام صادق یا باقر علیهما السلام مبنی بر این که خداوند، کریم است و کسی را که بر او حد جاری شده است، در آخرت عقاب نمی کند (4)، حمل بر توبه می شود و نیز استدلال به جمله «الا من تاب...» بر این که آیه

ص: 99

1- محمد حسین طباطبایی، المیزان، ج 5، ص 326.

2- محمد بن یعقوب کلینی، فروع کافی، ج 7، ص 245.

3- عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 5، ص 408.

4- «قال سألت ابا عبد الله او ابا جعفر عليهما السلام عن رجل اقيم عليه الحد في الدنيا ايعاقب في الآخرة، فقال: الله اكرم من ذلك»، فروع کافی، ج 7، ص 265

محاربه مختص به محارب مسلمان است و شامل مشرک نمی شود، (1) درست نیست؛ زیرا توبه از مختصات مسلمان گناهکار نیست، بلکه مشرک یا کافر هم که امنیت مردم را بر هم زده است، می تواند قبل از گرفتار شدن، از کفر و افساد و محاربه توبه نماید و دلیل بر این مدعی، آیه شریفه « فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ . . . فَاَنْ تَابُوا وَ اَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ اِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ » (2) است.

نتیجه مطالب فوق این است که آیه شریفه، مطلق است و شامل هر کسی که اسلحه

بکشد و به این وسیله موجب فساد در زمین شود: «کل من جرد السلاح لآخافه الناس» خواهد بود.

اجماع فقهای شیعه، اکثر اهل سنت (3) و مفسران فریقین نیز با اندک تفاوتی، محارب را کسی می دانند که برای ترساندن دیگری اسلحه کشیده باشد.

تعریف محاربه از دیدگاه فقهای شیعه

1. شیخ طوسی:

آنچه اصحاب ما روایت کرده اند، این است که هر کس سلاح کشیده، مردم را بترساند، اعم از این که در خشکی یا دریا، در آبادی و یا صحرا باشد، محارب است. (4)

و در نهایت آورده است:

محارب کسی است که سلاح میکشد و مورد تهمت (فساد) است؛ در شهر باشد یا غیر شهر، در بلاد شرک باشد یا بلاد اسلام، شب باشد یا روز. (5)

2. ابن ادریس:

هر کس اسلحه بکشد برای ترساندن مردم، در خشکی باشد یا دریا، در آبادی باشد یا

ص: 100

1- سید محمود هاشمی، مقالات فقهیه، ص 105.

2- توبه / 5

3- عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 5، ص 409

4- شیخ طوسی، مبسوط، ج 8، ص 47.

5- شیخ طوسی، نهایت، ص 720

صحرا، نزد ما محارب است. (1)

3. محقق در مختصر:

هرکس برای ترساندن راهروان اسلحه بکشد؛ در خشکی باشد یا دریا و در شب باشد یا روز، محارب است. (2)

و در نکت النهایه و شرایع الاسلام آورده است:

هر کس اسلحه بکشد؛ زن باشد یا مرد و در هر وقت یا مکان که باشد، محارب است. (3)

4. علامه حلی:

هر کس برای ترساندن مردم اسلحه بکشد، در خشکی باشد و یا دریا، در شب یا روز، در شهر یا غیرشهر، محارب است و مرد بودن شرط نیست، بلکه شوکت و غلبه شرط است. (4)

5. شهید اول:

محارب کسی است که برای ترساندن اسلحه بکشد، در شهر باشد یا غیر شهر، روز باشد یا شب؛ ولو زن باشد. مشروط بر این که مورد تهمت باشد. (5)

6. شهید ثانی:

محاربه کشیدن اسلحه است در خشکی یا دریا، برای ترساندن مردم در شهر باشد و یا غیر شهر، مرد باشد یا زن، قوی باشد یا ضعیف، از اهل شک باشد یا نباشد، قصد ترساندن مردم را داشته باشد یا نداشته باشد، بنا بر اصح اقوال به دلیل عموم آیه که شامل تمام موارد فوق می شود. (6)

ص: 101

1- ابن ادریس حلی، سرائر، ج 3، ص 506.

2- سیداحمد خوانساری، جامع المدارك، ج 7، ص 164.

3- محقق حلی، نکت النهایه (در مجموعه الجوامع الفقهیه، ص 733)؛ شرایع، ج 3، ص 180.

4- فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج 4، ص 542.

5- شهید اول، الدروس الشرعیة، ص 167.

6- شهید ثانی، شرح لمعه، ج 2، ص 384.

و در مسالک می گوید:

محارب هر کسی است که اسلحه بکشد و مراد از اسلحه، شامل عصا و سنگ نیز می شود و فرقی بین یک یا چند نفر نیست و نیز فرقی نمیکنند مردم ترسیده باشند یا خیر و فرقی نمی کند که محارب، مالی هم برده باشد یا خیر، بلکه همین که به قصد این عمل خارج شده باشد، محارب است. چه در خشکی باشد و یا دریا، در شهر باشد یا غیر شهر، حتی اگر اسلحه کشیده و از داخل خانه چیزی گرفته باشد، در شب و یا روز، محارب است و ممکن است در عین حال، سارق هم باشد و فرقی بین زن و مرد نیست، به دلیل عموم آیه و در محارب زن فقط ابن جنید مخالف است. (1)

7. فاضل هندی:

نزد ما محارب کسی است که برای ترساندن مردم مسلمان اسلحه نمایان کند و یا غیر اسلحه؛ مثل سنگ و امثال آن؛ در خشکی یا دریا، در شب یا روز، در شهر یا غیر شهر، در بلاد اسلام و یا غیره، به دلیل اطلاق نصوص و اجماع. مرد بودن شرط نیست، بلکه برای تحقق محاربه، شوکت و افساد شرط است. (2)

8. صاحب جواهر:

هر کس که برای ترساندن اسلحه بکشد یا حمل کند، محارب است؛ ولو یک نفر علیه نفر دیگر، بر وجهی که اراده فساد بر آن عمل صادق باشد؛ در خشکی یا دریا، در شب یا روز، در شهر یا غیر شهر. (3)

روایات محاربه

1. صحیح محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام:

من شهر السلاح في مصر من الأمصار فعقر اقتص منه ونفى من تلك البلد و من شهر

ص: 102

1- شهید ثانی، مسالک الأفهام فی شرح شرایع الاسلام، ج 2، ص 448

2- فاضل هندی، کشف اللثام، ج 2، ص 250.

3- محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج 41، ص 564.

السلاح في مصر من الأمصار و ضرب و عقر و اخذ المال و لم يقتل فهو محارب فجزائه جزء المحارب و امره الى الامام عليه السلام
(1)....

محمد بن مسلم از امام باقر عليه السلام نقل نموده است که آن حضرت فرموده اند: هر کس در شهری اسلحه بکشد و دیگری را مجروح کند، قصاص و نفی بلد می شود و اگر مجروح کند و مالی بگیرد و کسی را نکشته باشد، محارب است و مجازات محارب را خواهد داشت و انتخاب آن با امام عليه السلام است که او را بکشد یا یک دست و یک پای او را قطع کند.

2. خبر ضریس از امام باقر عليه السلام :

من حمل السلاح بالليل فهو محارب الا أن يكون رجلا ليس من اهل الرية. (2)

هرکس در شب اسلحه حمل کند، محارب است، مگر این که مورد تهمت نباشد.

3. سورة بن کلیب از امام صادق عليه السلام سؤال می کند:

رجل يخرج من منزله يريد المسجد او يريد الحاجة فيلقاه رجل ويستعقبه فيضربه و

يأخذ ثوبه..؟ فقال عليه السلام : «هؤلاء من اهل هذه الآية»: «انما جزاء الذين...». (3)

سورة بن کلیب از امام صادق سؤال می کند: شخصی برای رفتن به مسجد و یا رفع

حاجت خود از منزل خارج می شود و کسی او را تعقیب و مضروب نموده و لباسش را می گیرد؟ امام عليه السلام فرمودند: این افراد مشمول آیه محاربه اند.

4. علی بن جعفر از برادرش موسی بن جعفر عليه السلام :

قال سألته عن رجل شهر الى صاحبه بالرمح و السكين فقال أن كان يلعب فلا بأس. (4)

سؤال کردم اگر کسی علیه همراه و دوست خود نیزه و یا چاقو بکشد، حکمش

چیست؟ امام عليه السلام فرمودند: اگر بازی یا شوخی باشد، اشکال ندارد.

ص: 103

1- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 18، ص 533.

2- وسائل الشیعه، ج 18، ص 537.

3- همان، ص 538.

4- همان

5. سکونی از امام باقر علیه السلام از پدرش علی علیه السلام:

في رجل اقبل بنار فاشعلها في دار قوم فاحترقت و احترق متاعهم انه يغرم قيمة الدار و ما فيها ثم يقتل. (1)

امام زین العابدین علیه السلام درباره کسی که منزل دیگری را آتش زده و خانه و متاع داخل آن را سوزانده است، فرموده اند: باید غرامت متاع و خانه را بدهد و آنگاه کشته شود.

علاوه بر روایات فوق، روایات دیگری در کیفیت مجازات محارب آمده است که

بیان خواهیم کرد.

نتیجه:

1. عنصر اصلی محاربه:

با توجه به آیه شریفه، روایات و تعاریف فقها از محاربه، روشن می شود که عنصر اصلی - مادی محاربه، کشیدن یا حمل سلاح برای ترساندن مردم و سلب امنیت آنهاست.

2. زمان و مکان در محاربه:

از حیث زمان (شب یا روز بودن و مکان (در زمین یا هوا، در خشکی یا دریا، آبادی یا صحرا، داخل خانه یا خیابان) تفاوتی نخواهد داشت.

3. انگیزه محارب:

کشیدن اسلحه علیه هر کس به قصد سرقت از منزل، محل کار و یا هر جای دیگر و با هر قصد نامشروع دیگر، محاربه است و دلیل آن، اطلاق آیه و روایات، تعاریف فقها و صراحت شهید در مسالک و صریح خبر سکونی است که قبلاً به تمام آنها اشاره شده است. مخصوصاً خسارت وارده در این موارد بیشتر و زشتی عمل نمایانتر است؛ زیرا مأمّن هر کس، مسکن اوست. علاوه بر این، در روایات متعددی آمده است: «اللص

ص: 104

محارب» که به تعدادی از آنها اشاره خواهد شد.

4. تحقق اهداف محارب:

اطلاقات مزبور، هر نوع انگیزه نامشروع، اعم از سلب مال، ناموس، جان و آسایش مردم را شامل می شود، ولو محارب به هدف خود نرسیده باشد.

5. قصد ترساندن مردم، لازم نیست:

قصد عمل مجرمانه کفایت می کند، ولو قصد ترساندن مردم را نداشته باشد. علاوه بر آن، کشیدن اسلحه نمی تواند بدون قصد ترساندن مردم باشد و انگیزه ای جز ترساندن مردم در کشیدن اسلحه نیست و نظیر این است که کسی با توجه به این که آلت قتاله است، به کسی حمله نماید که طبعاً قصد قتل هم خواهد داشت و در صورت ارتکاب، قتل عمدی است.

6. تعدد محاربان:

محارب ممکن است یک یا چند نفر باشند و یک نفر یا عده ای را ترسانند و دلیل آن،

نص بعضی روایات، (1) اطلاق بعضی دیگر، آیه شریفه محاربه، گفته های فقهای شیعه و صراحت شهید در مسالک، صاحب جواهر در جواهر الکلام و مذاهب اربعه اهل سنت است که گفته اند: «ولو واحد، لو احد.» (2)

7. جنسیت محارب:

محارب ممکن است مرد یا زن باشد. بسیاری بر این امر تصریح نموده اند و ابن ادریس که در صفحه ای از سرائر، مرد بودن را شرط دانسته، (3) در صفحه بعد از نظر خودش برگشته

ص: 105

1- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 18، ص 537 (باب 2، حدیث 1 و 2 و 3 و باب 3، حدیث 1).

2- محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج 41، ص 564؛ شهید ثانی، مسالک، ج 2، ص 448؛ شرایع، ج 3، ص 181؛ الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 5، ص 409.

3- ابن ادریس حلی، سرائر، ج 3، ص 508

و تنها مخالف، ابن جنید اسکافی است و نظر مشهور، عدم فرق بین زن و مرد است. (1)

اهل سنت نیز مرد بودن محارب را شرط ندانسته اند و تنها مالکیه است که در

مجازات زن محارب می گوید: «صلب و نفی نمی شود». (2)

8. دین محارب:

محارب ممکن است مسلمان یا کافر باشد و مسلمان را بترساند یا غیر مسلمان از آنها که ذمی یا مستأمن می باشند. دلیل آن، اطلاعات

روایات، آیه شریفه محاربه، گفته های فقهای شیعه و «اتفاق ائمه اهل سنت است». (3)

علاوه بر این، جرم محاربه در هر حال، در کشور اسلامی صورت گرفته است و بر تمام ساکنان آن، کلمه «من»؛ یعنی کسی که مرتکب عمل محاربه شده و «ناس»؛ یعنی مردم به عنوان مجنی علیه، صادق است. لذا مرحوم مفید و سلار، قید «بدار الاسلام» (4) را اضافه نموده اند.

9. مکان محاربه از دیدگاه اهل سنت:

از نظر شیعه، جای شک نیست که فرقی بین شهر و صحرا نیست. شافعیه، مالکیه و

حنبلیه نیز همین را گفته اند (5) و ابن کثیر نیز در تفسیر خود می گوید:

جمهور اهل سنت، پیروان مذهب مالک، اوزاعی، لیث بن سعد، شافعی و احمد بن

حنبل به عموم آیه استدلال کرده اند که حکم محارب در شهر و بیابان مساوی است و ابوحنیفه و اصحابش می گویند: محارب تنها در

راهها است و شامل شهر نمی شود. (6)

10. سارق، ممکن است محارب باشد:

سارق ممکن است محارب باشد. بسیاری از فقها به دنبال تعریف محارب میگویند:

ص: 106

1- شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج 2، ص 448.

2- الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 5، ص 410

3- همان

- 4- شيخ مفيد، مقنعه، ص 804.
- 5- الفقه على المذاهب الأربعة، ج 5، ص 412.
- 6- تفسير ابن كثير، ج 2، ص 50.

«اللص محارب». اگر تعریف محارب بر سارق صادق باشد، به این معنی که در جهت بردن مال غیر، اسلحه کشیده است، بدون شک محارب است و مجازات محارب را خواهد داشت و ابن ادریس به نقل جواهر بر این امر ادعای اجماع نموده (1) است و اگر اسلحه حمل یا نکشیده باشد، حقیقتاً محارب نیست، بلکه از این جهت که در مقام دفاع، خوش هدر است، در حکم محارب خواهد بود (2) که به نمونه ای از روایات اشاره می شود:

1. امام صادق علیه السلام فرمود:

سارق محارب با خدا و رسول است، پس هرگاه داخل بر شما شد، او را بکشید. (3)

2. امام باقر علیه السلام از امام سجاد علیه السلام نقل فرمود:

هرگاه سارقی وارد بر شما شد که قصد ناموس و یا مال شما را داشت، اگر می توانید او را دفع نموده و بزنید، این کار را بکنید و سارق، محارب با خدا و رسول است، پس او را بکشید. (4)

3. ابی ایوب میگوید:

از امام صادق علیه السلام شنیدم که می گفت: هر کس بر مؤمنی وارد شود و با او محاربه نماید، خوش در این حال، هدر است. (5)

بنابراین، ظاهر روایات فوق این است که سارق همچون محارب در مقام دفع

خوش هدر است، اما در صورتی که دستگیر شود، مجازاتش مجازات محارب نخواهد بود؛ زیرا حکم سارق غیر محارب، قطع دست است که غیر از مجازات محارب است، مستلب و مختلس نیز در مقام دفع، خوش هدر است و اگر دستگیر شود، تعزیر خواهد شد.

ص: 107

1- جواهر الکلام، ج 41، ص 582.

2- همان و شرح لمعه، ج 2، ص 386

3- وسائل الشیعه، ج 18، ص 543، حدیث 1.

4- همان، حدیث 2.

5- همان، حدیث 3.

11. محارب، لازم نیست مورد تهمت باشد:

هر کس برای ایجاد وحشت و تجاوز به مال، جان و ناموس دیگران اسلحه حمل کند یا بکشد - چه مورد تهمت باشد یا نباشد. محارب است و این که بعضی از بزرگان؛ مثل شیخ در نهاییه و شهید در الدروس الشرعیه «اهل ریه» بودن محارب را شرط دانسته اند، صحیح نیست؛ زیرا تجاوز، خود دلیل عینی بر فاسق بودن شخص است که بالاتر از «اهل ریه» و تهمت است.

علاوه بر این، هیچ دلیلی بر این مدعی که محاربه و کشیدن اسلحه مشروط به «اهل

ریه» بودن باشد، وجود ندارد و روایت ضریس - که قبلاً آوردیم - مربوط به حمل سلاح در شب است که حامل آن اگر از «اهل ریه» باشد، محارب شناخته می شود و ربطی به کشیدن اسلحه و تجاوز به جان و مال مردم ندارد، بلکه روایت، از این جهت که حامل اسلحه در شب را مشروط بر این که از «اهل ریه» و تهمت باشد، محارب شناخته است، از باب قاعده حکومت، دایره محاربه را توسعه داده و این شخص را نیز که فقط اسلحه حمل کرده است، اما به دلیل این که در شب و از «اهل ریه» نیز بوده، محارب شناخته است.

12. سلاح محارب:

هرگاه سخن از اسلحه به میان آید، سلاح سرد و گرم متعارف به ذهن تبادر می کند و امثال چوب، سنگ، آمپول هوا، قطع اکسیژن بیماری استفاده از قدرت بازو، انداختن دیگری به داخل پرتگاه یا دریا و چاه و آتش زدن خانه به ذهن نمی آید و از سوی دیگر، امکان تهدید و ترساندن مردم که عنصر اصلی محاربه است، با وسایل فوق نسبت به موقعیتهای خاص و به ضمیمه قدرت و شوکت محارب که در بعضی تعاریف فقها بدان اشاره شده است، وجود دارد و آلت قتاله است. پس باید گفت که سلاح در محاربه، عام است.

علاوه بر این، عموم آیه محاربه، روایات و صریح خبر سکونی دلالت بر این مطلب دارد و بسیاری از فقها نیز بر آن تصریح کرده اند و در تعریف سلاح محارب میگویند:

انه کل ما یقاتل به» (1) بویژه بعضی از موارد فوق، از سلاح سرد متعارف؛ مثل چاقو خطرناکتر است و شافعیه و حنابله نیز گفته اند:

قطع طریق، حاضر شدن برای اخذ مال، قتل، ارباب و زورگویی است که محارب بر قدرت و شوکت خود متکی است؛ چه سلاح داشته باشد یا نداشته باشد، به شرط این که قدرت غلبه بر جماعت را ولو با زور و لگد، داشته باشد. (2)

مجازات محارب از دیدگاه فقهای شیعه و سنی

چنان که قبلاً اشاره شد، مجازات محارب «قتل و صلب، قطع یک دست و یک پا و نفی است». اما این که انتخاب هر یک از مجازاتها باید متناسب با جرم باشد (به این معنی که اگر محارب تنها اسلحه کشیده است، به مجازات نفی بلد محکوم شود و اگر مالی برده است، یک دست و یک پای او قطع شود و اگر قتل کرده است، بعد از گرفتن مال، کشته و صلب شود) و یا این که با صدق محاربه بر عمل مجرمانه، امام علی و یا حاکم مخیر است هر یک از مجازاتهای فوق را اعمال نماید، مورد اختلاف شدید شیعه و سنی است، به طوری که بعضی از بزرگان شیعه همچون محقق و علامه حلی در نظر دارند. شیخ طوسی و اتباع ایشان، ابوصلاح حلبی و علامه - بنا بر یک قول - قائل به ترتیب بر حسب جنایت شده اند (3) و در کشف اللثام، این قول را به اکثر کتب نسبت داده است و بعضی ادعای اجماع نموده اند. (4)

مرحوم آیه الله خویی در ترتیب مجازاتها بین دو صحیحه محمد بن مسلم و علی بن

حسان جمع نموده و چنین فرموده است:

1. اگر محارب کسی را ترسانده است، از شهر تبعید می شود (در روایت علی بن

حسان).

2. اگر اسلحه کشیده و دیگری را زخمی نموده است، قصاص و آنگاه تبعید می شود

ص: 109

1- محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج 41، ص 566.

2- عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 5، ص 511.

3- شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج 2، ص 449.

4- جواهر الکلام، ج 41، ص 574.

(در روایت محمد مسلم).

3. اگر اسلحه کشیده و اخذ مال نموده است، دست و پای او قطع خواهد شد در روایت علی بن حسان).

4. اگر اسلحه کشیده و مال هم گرفته است و کسی را هم مضروب و مجروح نموده و نکشته باشد، امام مخیر است او را بکشد و آنگاه به صلیب کشید و یا دست و پای او را قطع نماید (در روایت محمد بن مسلم).

5. اگر محاربه کرده است و بدون این که مالی بگیرد کسی را به قتل رسانده باشد،

کشته می شود (در روایت علی بن حسان).

6. اگر محاربه کرده، مال گرفته و کسی را هم به قتل رسانده است، امام دست او را به جرم سرقت قطع می کند و آنگاه به اولیای مقتول تحویل می دهد تا مالشان را بگیرند و سپس او را می کشند و اگر عفو نمایند، امام او را خواهد کشت و اولیا نمی توانند از محارب دیه بگیرند و آزادش نمایند (صحیح محمد بن مسلم). (1)

از طرف دیگر، مرحوم مفید، دیلمی و حلی قائل به تغییر می باشند؛ به دلیل این که

«او» در اصل به معنای تغییر است و نیز در صحیح حریز از امام صادق علیه السلام است که «او» در قرآن برای تغییر است و در این زمینه به روایت حسنه جمیل و خبر سماعه نیز استدلال شده است. (2)

در عین حال، این گروه از فقها می گویند: اگر محارب کسی را کشته باشد، باید او را کشت و شهیدین نیز با استدلال به ادله فوق، قول به تغییر را پذیرفته اند. (3)

دلیل نظریه شیخ طوسی و اتباعشان، روایات است که صحیح برید بن معاویه (4) از جمله آن روایات است. مضافاً بر این که بعید است مجازات محاربه که قتل کرده و یا مال مردم را برده است، با کسی که فقط اسلحه کشیده، مساوی باشد. (5)

در بین اهل سنت، سعید بن مسیب، مجاهد، عطا، حسن بصری، ابراهیم نخعی،

ص: 110

1- سیدابوالقاسم خوئی، تکملة المنهاج، ج 1، ص 318

2- محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج 41، ص 573.

3- شهید ثانی، شرح لمعه، ج 2، ص 385.

4- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 18، ص 533.

5- جواهر الکلام، ص 574.

ضحاک و مالک بن انس می گویند: به دلیل «او» که برای تغییر است، حاکم مخیر است و شاهد بر آن، کفاره صید و صوم و یمین است که در قرآن با «او» آمده و برای تغییر است، ولی جمهور اهل سنت می گویند: باید به نحو ترتیب باشد (1)؛ چنان که حنفیه، شافعیه و حنبلیه گفته اند: حد قطع الطریق به ترتیب مذکور در آیه است. پس اگر قبل از گرفتن مال یا قتل نفس، دستگیر شود، امام او را حبس می کند تا توبه نماید و این معنای نفی است و اگر مالی از مسلمان یا ذمی گرفته باشد که سهم هر یک از محاربین ده درهم یا بیشتر باشد، دست و پای آنها قطع خواهد شد و اگر قتل نفس کرده و مالی نگرفته باشند، امام آنها را از باب حد، اعدام می کند و اگر قتل کرده و مال نیز برده اند، امام مخیر است بین قطع دست و پای آنها و یا اعدام و صلب؛ چون تمام اینها یک عقوبت است و شدت آنها به تناسب سبب است. (2)

روایاتی درباره مجازات محارب

1. صحیححه محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام (3) :

هر کس در شهری اسلحه بکشد و دیگری را زخمی کند، قصاص و تبعید می شود و اگر مالی برده و کسی را زخمی کرده باشد، مجازات او مجازات محارب است و اختیار با امام علیه السلام است؛ اگر بخواهد او را میکشد یا یک دست و یک پای او را قطع می کند و اگر مال گرفته و قتل هم کرده است، بر امام است که دست او را به جرم سرقت ببرد و آنگاه به اولیای مقتول برای گرفتن مالشان تحویل دهد و سپس باید او را بکشند.

2. صحیححه علی بن حسان از امام باقر علیه السلام (4) :

هر کس محاربه کرده، مال گرفته و قتل هم نموده است، کشته و صلب می شود و اگر تنها

ص: 111

1- تفسیر ابن کثیر، ج 2، ص 51.

2- عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 5، ص 49

3- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 18، ص 533.

4- همان، ص 536.

مال گرفته است، یک دست و یک پای او به طور عکس قطع می شود و اگر تنها محاربه کرده است، بدون اخذ مال و قتل، نفی بلد می شود.

3. عبیدالله المدائنی از حضرت رضا علیه السلام نقل کرده است (1):

اگر محارب قتل کرده است، کشته می شود و اگر مال گرفته، اما قتل نکرده است، یک دست و یک پای او به طور عکس قطع می شود و اگر تنها اسلحه کشیده است، بدون این که قتل کند، و اخذ مال نماید، نفی بلد می شود.

4. امام صادق علیه السلام (2) فرمود:

اگر قتل کرده، اما محاربه و اخذ مال نکرده است، کشته می شود و اگر محاربه کرده و قتل و صلب نیز نموده است، کشته و صلب می شود و اگر محاربه کرده و مال گرفته است، ولی قتل نکرده است، دست و پای او قطع می شود و اگر محاربه کرده، ولی قتل نکرده و مال نیز نگرفته است، نفی می شود و سزاوار است نفی شبیه به قتل و صلب باشد؛ مثل این که بر پایش چیز سنگینی بسته و به داخل دریا انداخته شود.

5. امام جواد علیه السلام فرمود (3):

اگر مردم را ترسانده است، حبس می شود و این است معنای نفی و اگر کسی را کشته است، کشته می شود و اگر کسی را کشته و مال هم گرفته است، یک پا و یک دست او قطع می گردد و سپس به صلیب کشیده می شود.

نقد و بررسی نظریه ترتیب و تخییر

از گذشته، مسأله مجازات محارب طبق مجازاتهای چهارگانه بین تخییر یا ترتیب در گردش و مورد گفتگو بوده است و به روایات هم تنها از همین دوزاویه نگاه شده و نتیجه گرفته اند که بین ترتیب و تخییر در تعارض است.

ص: 112

1- همان، ص 534.

2- همان، ص 536.

3- همان، ص 536.

البته طرفداران هر دو نظریه به اختلاف روایات در کیفیت تخییر و مخصوصاً کیفیت ترتیب نیز اذعان نموده اند (1) و اگر تلاشی برای جمع آنها صورت گرفته است، باز هم در چهارچوب ترتیب و تخییر بوده است. لذا مرحوم مجلسی در جمع بین روایات می گوید:

تخییر امام منافات با ترتیب ندارد؛ زیرا اختیار امام به معنای میل نفسی او نیست، بلکه به تناسب جرم است. (2)

بنابراین، همه تلاشها در دایره ترتیب و تخییر بوده و کسی به این موضوع نیندیشیده است که شاید این همه ناهمگونی روایات با دو نظریه ترتیب و تخییر به دلیل غلط بودن صورت مسأله و حصر احتمالات، بین این دو است؛ زیرا ممکن است معیار سومی برای اعمال مجازاتهای چهارگانه وجود داشته باشد.

نگارنده به حول و قوه الهی قصد دارد از قالب تئوری ترتیب یا تخییر که به دلیل

قدمت و مهر صحتهای مستقیم و غیر مستقیمی که بالاتفاق بر آن زده شده است و چه بسا خروج از آن به ذهن خطور نمی کند، خارج شود و به جستجوی راههای دیگری پردازد.

شکی نیست که چهار نوع مجازات برای محارب در نظر گرفته شده است و هر یک

با کلمه «او» و جدای از هم آمده است، لیکن کیفیت اجرای آنها نزد فقهای شیعه و سنی مورد اختلاف شدید است.

معروفترین اختلاف، تخییر یا ترتیب در اعمال یکی از چهار مجازات است، اما

شدت اختلاف روایات در کیفیت اجرای مجازاتها به قدری است که اساس هر دو تئوری تخییر و ترتیب مورد تردید شدید قرار می گیرد.

آنها که نظریه تخییر را برگرفته اند، به جملاتی همچون «ذلك الى الامام يفعل ما

شاء» و کلمه «او» که گفته می شود در قرآن به معنای تخییر است (3)، استدلال نموده اند. لیکن امام صادق علیه السلام به دنبال جمله «ذلك الى الامام يفعل ما شاء» در صحیحه برید بن معاویه می فرماید: «لا و لكن نحو الجنایة» (4) و در خبر خثعمی می گوید: «لا و لكن علی

ص: 113

1- جواهر الکلام، ج 41، ص 574.

2- محمدباقر مجلسی، مرآة العقول، ج 23، ص 383.

3- محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج 41، ص 573.

4- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 18، ص 533، حدیث 2.

وجود دو جمله «و لکن نحو الجنایة» و «علی قدر الجنایة» در همان روایاتی که

تصریح به اختیار امام می کند، مخصوصاً روایت برید که صحیحه است، قطعاً جایی برای نظریه تغییر به معنای معروف؛ یعنی «اختیار امام در اعمال تنها یکی از مجازاتها؛ ولو محارب کسی را هم کشته باشد»، نمی گذارد.

صاحبان نظریه ترتیب مجازاتها بر حسب جنایت؛ یعنی «اگر تنها مردم را ترسانده

است، نفی شود و اگر مال برده است، دست و پایش به طور عکس قطع شود و اگر قتل کرده است، کشته شود» نیز به روایاتی استدلال نموده اند که مجازاتها به تناسب جرم، یکی بعد از دیگری ذکر شده است که یکی از آن روایات، صحیحه محمد بن مسلم است. اما هیچ روایتی نداریم که ترتیب مجازاتها را چهارگانه به طور کامل و به معنای معروف رعایت شده باشد، بلکه در هر دو دسته از روایاتی که صاحبان نظریه تخییر و ترتیب به آنها استدلال نموده اند، جمع بین بعضی از مجازاتها را آن هم به گونه های متفاوت مشاهده می کنیم. به عنوان مثال در مجازات محاربی که مال برده و قتل نفس نیز نموده، حداقل سه جور روایت وارد شده است: قتل و صلب می شود (2)، قطع و قتل می شود (3)، قطع و صلب می شود (4) و مورد چهارم بنا بر نقل وسائل و بعضی دیگر که گویی از وسائل گرفته اند (5)، قتل یا صلب است. اما در تفسیر علی بن ابراهیم قمی که وسائل از آن نقل نموده است، قتل و صلب است. (6)

این روایات که در بین آنها صحیح السند نیز وجود دارد، از دو جهت با هر دو تئوری ترتیب و تخییر مخالف است: یکی این که در این روایات بین بعضی از مجازاتها جمع شده است و دوم این که مجازات یک جرم به سه یا چهار صورت مختلف بیان شده است.

شدت اختلاف در روایاتی که تنها به یک مورد از آنها اشاره شد و موارد دیگری

ص: 114

1- همان، ص 534، حدیث 5.

2- همان، ص 534، حدیث 4 و ص 535، حدیث 6.

3- همان، ص 532، حدیث 1.

4- همان، ص 534، حدیث 4.

5- همان، ص 536، حدیث 11.

6- علی بن ابراهیم، تفسیر قمی، ج 1، ص 195.

مثل اختلاف در مفهوم نفی، بین حبس (1)، نفی بلد (2)، نفی از زمین (3) و اعدام (4) و همچنین اشکالهای جدی ای که مخصوصا بر نظریه تغییر وارد است، ما را بر آن می دارد که بار د هر دو تئوری تخییر و ترتیب و عوض نمودن صورت مسأله، شیوه های دیگری را برای اجرای مجازاتها جستجو نماییم که با روایات توافق داشته باشد.

ارائه دو شیوه اعمال مجازات محارب و جمع بین روایات

الف) مجازات به مقدار جنایت:

این نظریه از دو جمله در صحیححه برید بن معاویه: «لکن نحو الجنایة» و خبر خثعمی «علی قدر الجنایة» استفاده می شود. برای روشن شدن این نظریه، چند مطلب به عنوان مقدمه لازم است:

1. محارب ممکن است یکی از سه جرم «کشیدن اسلحه و ترساندن مردم»، «اخذ

مال غیر» و «قتل» یا هر سه جرم و بیش از آنها را مرتکب شود که جمعا چهار حالت برای جرم محاربه قابل تصور است و خداوند نیز در قرآن برای محارب چهار مجازات در نظر گرفته است: «ان هذه الاشياء محدودة في كتاب الله» (5) و اختلاف در این است که آیا اجرای این مجازاتها به تخییر امام، بدون رعایت میزان جرم است و یا به ترتیب و تناسب جرم می باشد؟

2. هدف مشترک از مجازاتهای چهارگانه، قطع رابطه محارب با مردم و زدودن او از جامعه است تا ضمن پاک نمودن جامعه، محارب مفسد نیز به کیفر عمل یا اعمال خود رسیده باشد. مراد ما از زدودن محارب مفسد از جامعه، جدی و واقعی است. لذا طبیعی است که دو مورد: قطع دست و پا و نفی بلد، به عنوان ناقض مدعای فوق مطرح شود که در آنها محارب محو و زدوده نشده است، اما نگارنده به این اشکال توجه دارد و در

ص: 115

1- وسائل الشیعه، ص 535، حدیث 8.

2- همان، ص 539، حدیث 2 و ص 540، حدیث 6.

3- همان، ص 534، حدیث 4 و 5 و ص 536، حدیث 9.

4- همان، ص 536، حدیث 10 و ص 540، حدیث 5.

5- وسائل الشیعه، ج 18، ص 535، حدیث 6.

پاسخ می گوید: سه گونه نفی داریم: نفی از بلد اسلامی به دیگر بلاد اسلامی، نفی از تمام بلاد اسلامی و نفی به معنای اعدام.

اگر نفی بلد به دیگر بلاد اسلامی باشد، با ویژگیهایی که دارد (نباید به او چیزی فروخت یا از او چیزی خرید، نباید به او آب، غذا و صدقه داد (1)، نباید با او نکاح کرده و در خوردن و آشامیدن، با او همسفره شد (2)، نباید اراده داخل شدن به کشور شرک نماید والا کشته می شود (3)) مساوی با زدودن محارب از جامعه، بلکه مرگ مدنی اوست و اگر کسی نفی بلد به شهرهای دیگر را با ویژگیهای یاد شده محو و زدودن نداند، می گوئیم حداقل از جامعه و محیطی که مرتکب جرم شده زدوده شده است و اگر نفی به بلاد شرک و کفر (4) و یا به معنای اعدام باشد (5)، محو و زدودن محارب روشنتر است.

اگر بگوئید چرا به بلاد اسلامی و غیر اسلامی و چرا اعدام؟ می گوئیم به دلیل نص «علی قدر جنایتهم» و «نحو الجنایة»، کیفیت نفی متفاوت می شود.

با قطع دست و پا نیز محارب از جامعه زدوده می شود؛ یا به این معنی که بعد از قطع باید نفی بلد هم بشود (6) و یا به خاطر این که قطع به معنای مجازات و مداوا نیست، بلکه همچون صلب، یکی از شیوه های اعدام است؛ زیرا دلیلی بر جلوگیری از خون نداریم و در شرایع هم می گوید: «لو لم تحسم فی الموضعین جائز» (7)؛ یعنی در صورت قطع دست و پا، اگر از خون جلوگیری نشود، جایز است و طبیعی است که در این صورت، خواهد مرد و در موثقه ابی صالح که در شأن نزول آیه محارب وارد شده است که سه نفر را کشته و شتران را برده اند، پیامبران صلی الله علیه واله قطع دست و پای محاربان را اختیار کرده و با این شیوه، آنها را به قتل رسانده است. (8) و این مجازات، دقیقاً متناسب با میزان جرم قتل و بردن مال

است.

ص: 116

-
- 1- همان، ص 539، حدیث 1 و 2.
 - 2- همان، حدیث 3.
 - 3- همان، حدیث 4.
 - 4- همان، ص 540، حدیث 7.
 - 5- همان، ص 536، حدیث 10 و ص 540، حدیث 5.
 - 6- همان، ص 515، باب 21، حدیث 1 و 2 و 3.
 - 7- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج 4، ص 182.
 - 8- وسائل الشیعه، ج 18، ص 535، حدیث 7؛ صحیح مسلم، ج 3، ص 1296، حدیث 9 و 10 و 11؛ صحیح بخاری، ج 7، ص 332، حدیث 6802 - 6805.

بنابراین، هدف از مجازاتهای چهارگانه و یا عنصر مشترک همه آنها، زدودن محارب از جامعه است که با شیوه های مختلف صورت می گیرد.

ساده ترین شیوه زدودن محارب از جامعه، نفی بلد با ویژگیهایی که یاد شد و شدید ترین شیوه، جمع بین بعضی از مجازاتهاست. همانگونه که قتل با شیوه های: قطع

دست و پا، صلب و شیوه معمول صورت می گیرد، «نفی» نیز با شیوه های: نفی بلد، حبس، اخراج از تمام بلاد اسلام و اعدام می تواند باشد که در دو روایت صدوق (1) و عبدالله بن طلحه (2) وارد شده است و علت شدت و ضعفها در شیوه های محو محارب، شدت و ضعف جرم آنهاست؛ به دلیل «علی نحو الجنایة» و «علی قدر الجنایة» که موافق با اصل است؛ یعنی هر کس هر مقدار جرم مرتکب شده باشد، باید کیفر آن را تحمل کند.

3. در مجازاتهای چهارگانه برای محارب، قاعده تناسب بین جرم و مجازات رعایت شده است: سلب و زدودن محارب از جامعه به وسیله نفی بلد، مناسب با سلب امنیت جامعه است که با کشیدن اسلحه مرتکب آن شده است. قطع دست و پای محارب، مناسب با سرقت و بردن مال غیر است و قتل و صلب نیز مناسب با قتل است.

از نظر شدت و ضعف بین جرم و مجازات نیز رعایت تناسب شده است. لذا

کمترین مرتبه شدت را نفی بلد دارد و شدیدترین مرتبه، قطع و صلب و یا قطع و قتل است که برای بیشترین جرم در نظر گرفته شده است. خلاصه قاعده فوق در این جمله می گنجد: میزان و نوع مجازاتها با میزان و نوع جرم تناسب کامل دارد.

با توجه به مطالب فوق، تئوری «مجازات به مقدار جنایت» که مدرک آن، دو روایت

برید بن معاویه «علی نحو الجنایة» و خبر خثعمی «علی قدر الجنایة» است، تأیید

می شود؛ زیرا محاربه یک عمل مجرمانه با چهارچوب خاصی نیست، بلکه جنایات

متعددی در قالب محاربه قابل تصور است. ممکن است تنها مردم را ترسانده باشد یا مال هم برده و علاوه بر آنها، قتل نفس هم کرده باشد و هر یک از اینها نیز خود درجات مختلفی دارد. به عنوان مثال، ترساندن مردم از یک نفر شروع می شود و ممکن است به

ص: 117

1- وسائل الشیعه، ج 18، ص 536، حدیث 10.

2- همان، ص 540، حدیث 5.

هزاران نفر برسد. لذا نفی هم به همین صورت متفاوت است؛ حتی ممکن است به درجه اعدام برسد.

بردن مال غیر و قتل نیز می تواند دامنه وسیعی داشته باشد و حتی ممکن است

جرایم دیگری مثل زنا به عنف و غیره مرتکب شده باشد و قاعده اولیه نیز این است که مکافات تمام جرایم ارتكابی را بکشد. البته چند مجازات قتل به شیوه معمول یا مشابه با هم تداخل می کنند، والا باید به صورتی اعمال شود که عنوان موضوع دیگری را بر ندارد. به عنوان مثال، اگر محارب مردم را ترسانده، مال برده، قتل کرده و زنا غیر محصن هم مرتکب شده است، اول باید جلد شود، سپس پا و دست او قطع و آنگاه صلب شود و یا با بریدن پا و دست رها شود تا هلاک گردد و اگر اشکال شود که شما به روایاتی اشاره کردید که مجازات بردن مال و قتل به سه یا چهار صورت: قتل و صلب، قطع و صلب و قتل و قتل یا صلب وارد شده است و چگونه بین آنها جمع می کنید؟ می گوئیم: قطع دست و پا شیوه قتلی است که پیامبر صلی الله علیه و آله نیز در قتل محاربین بنی ضبه از همین شیوه استفاده نموده است؛ چنانکه بدون شک، صلب شیوه قتل است و اگر چنین است، چه اشکالی دارد بر قطع و صلب به لحاظ نتیجه، اطلاق قتل شود؛ زیرا این اطلاق، معقول و معمول است و این جاست که یکی دیگر از اختلافات بین روایات حل می شود.

بنابراین، مجازات به مقدار جنایت است و امام و حاکم در مقام حکم، میزان آن را

تشخیص خواهد داد؛ دلیل آن نیز دو روایت مزبور، اصل عدالت و قاعده تناسب بین جرم و مجازات است.

(ب) اعدام محارب:

ممکن است بین روایات، این گونه جمع کنیم که اصولا مجازات محارب، مطلقا اعدام است، اما شیوه آن به یکی از طرق چهارگانه (قطع دست و پا، صلب، قتل و نفی از زمین) است.

توضیح: اجمالا روشن است که صلب یکی از شیوه های قتل محارب است، قطع

دست و پا نیز باید بدون «حسم» و جلوگیری از خون باشد تا بر اثر خونریزی، محارب به هلاکت برسد که پیامبر صلی الله علیه و اله همین شیوه را انتخاب نموده است و آخرین شیوه قتل، نفی از زمین است: «او ینفوا من الأرض» و در روایاتی نیز جمله «ینفی من الأرض» آمده است که مطابق با قرآن است.

روشنتر از همه، روایت صدوق و عبدالله بن طلحه است که در روایت اخیر تصریح میکنند نفی محارب مثل سایر نفیها نیست، بلکه باید در دریا انداخته شود. علاوه بر این، اصل معنای نفی، اعدام است. (1)

بنابراین، روایاتی که به نفی بلد محارب تصریح نموده است (2)، با معنای لغوی نفی و روایت صدوق و عبدالله بن طلحه معارضه می کند و روایات دسته دوم موافق با کتاب است که یکی از مرجحات مسلم است و در سایر روایات، یا تصریح بر نفی بلد نشده است و یا صراحت در نفی محارب ندارد، بلکه ممکن است مربوط به سارق بعد از اجرای حد (3) و یا زانی (4) باشد.

علت شیوه های مختلف قتل محارب، رعایت تناسب بین جرم و مجازات از حیث

نوع و شدت است که تشخیص آن با امام است و دلیل تناسب نیز روایت برید «لکن علی نحو الجنایة» و خبر خثعمی «علی قدر الجنایة» است. گرچه در تهذیب «بحق الجنایة» آمده است، و لکن به قرینه خبر خثعمی و به علت این که نقل کافی از اتقان بیشتری برخوردار است، می گوئیم «نحو الجنایة» که همان معنای «قدر الجنایة» است، صحیح است. هر چند که «حق الجنایة» هم منافاتی با معنایی که ما کردیم، ندارد.

گرچه دو شیوه فوق برای اعمال مجازات محارب و جمع بین روایات، محتمل

است، اما شیوه اول که مجازات به مقدار جنایت است، هم با روایات سازگار است و بین روایات جمع خواهد شد و هم با اصل و روایات و آیات دیگر موافق است که هر کس مرتکب جرمی شود، باید مجازات آن را تحمل کند؛ مگر دلیل خاصی باشد که بین بعضی از مجازاتها تداخل بشود. لذا شیوه اول، مورد قبول نگارنده است.

ص: 119

1- مجمع البیان، ج 3، ص 260.

2- وسائل الشیعه، ج 18، ص 539، حدیث 2.

3- همان، ص 515، حدیث 1 - 3.

4- همان، ص 393، حدیث 1 - 5.

فساد در لغت

فساد در لغت، مقابل صلاح است و معنای فساد هر عمل یا چیزی، متناسب با آن عمل یا شیء است؛ مثلاً فساد گوشت یا شیر به معنای تعفن است و فساد امور به معنای خلل و اضطراب است و شاید به همین معنی است آیه شریفه «لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا» و مفسده به معنای ضرر است. (1) راغب می گوید: فساد در نفس، بدن و اشیا نیز به کار می رود و به معنای خروج از اعتدال است؛ چه کم باشد یا زیاد. (2)

فساد و صلاح در آیات

در آیات شریفه، فساد و صلاح نیز در مقابل هم به کار رفته است که به چند نمونه اشاره می شود:

1. « وَكَانَ فِي الْمَدِينَةِ تِسْعَةُ رَهْطٍ يُفْسِدُونَ وَلَا يُصْلِحُونَ » (3)؛ و در شهر قوم صالح نه (نفر از رؤسای) قبیله بودند که دائم در زمین به فساد می پرداختند و هرگز قدمی به صلاح خلق بر نمی داشتند.

2. « وَلَا تُطِيعُوا أَمْرَ الْمُسْرِفِينَ الَّذِينَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ » (4)؛ و از رفتار رؤسای مسرف و ستمگر پیروی نکنید که همه نوع فساد کرده اند و به اصلاح نمی پردازند.

3. « وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا » (5)؛ هرگز در روی زمین پس از آن که کار آن به امر حق و شرع رسول حق، نظم و صلاح یافت، به فساد و تباهکاری برنخیزید.

4. « إِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ أَلَا أَنَّهُمْ هُمُ الْمُفْسِدُونَ وَ

ص: 120

1- خلیل، کتاب العین؛ المعجم الوسیط، ذیل «فسد».

2- راغب اصفهانی، مفردات، ذیل «فسد».

3- نمل / 48

4- شعراء / 151

5- اعراف / 56

لکن لا یشعرون» (1)؛ و چون آنان را گویند که در زمین فساد مکنید، پاسخ دهند که تنها ما کار به صلاح کنیم، آگاه باشید که ایشان سخت مفسدند و مخرب، ولی خود نمی دانند.

در این آیات، صلاح و فساد در مقابل هم ذکر شده است. در آیات دیگری بر معصیتهایی همچون قتل (2)، تخریب شهرها توسط پادشاهان (3)، سرقت (4) و عدم تولی، قطع رحم، نقض عهد با خدا و سد راه خدا (5) اطلاق فساد شده است.

فساد در روایات

در روایات متعددی از معصیتهای مختلف، تعبیر به فساد شده است که به نمونه ای از آنها اشاره می شود:

هر کس مال دارد، بر حذر باشد از «فساد» که اعطای بدون حق، تپذیر و اسراف (6) و ضایع کردن زاد و توشه، «فساد» است. (7)

زنا حرام است، چون در آن «فساد» قتل، از بین رفتن نسب، ترک تربیت طفل، «فساد» ارث و امثال آنهاست. (8)

هر امری یا شیئی که نوعی «فساد» در آن باشد، حرام است. (9)

غصب اموال، حرام است؛ به دلیل وجود انواع «فساد» در آن. (10)

سرقت چون فساد است، حرام می باشد. (11)

نقد و بررسی نظریه افساد فی الارض

با توجه به لغت، آیات شریفه و روایات، می گوئیم: مفهوم فساد و صلاح، عام است و هر

ص: 121

1- بقره / 11

2- اسراء / 4

3- نمل / 34

4- یوسف / 73

5- محمد / 22؛ بقره / 205؛ فجر / 12؛ بقره / 27.

6- محمد بن یعقوب کلینی، فروع کافی، ج 4، ص 31.

7- همان، ج 8، ص 24.

8- وسائل الشیعه، ج 14، ص 232.

9- همان، ج 12، ص 55.

10- همان، ج 18، ص 482.

کس عمل صالح انجام دهد، صالح و اگر نفع آن به دیگران برسد، مصلح است و به

عکس، هر کس فساد انجام دهد، فاسد و اگر ضررش به دیگران برسد، مفسد است و

شناخت نوع صلاح و فساد و نیز میزان پاداش و مجازات مرتکب آن دو، مبتنی بر نوع عمل است.

پس ممکن نیست برای «مفسد فی الأرض» به عنوان عام، بدون این که اشاره به جرم خاصی باشد، مجازات خاصی در نظر گرفت؛ زیرا «فساد» عام است و در واقع، حکمت و فلسفه حرمتهاست. (1)

بنابراین، جمله «و یسعون فی الأرض فسادا» در آیه شریفه محاربه که در واقع عام بعد از خاص است، موضوع دیگری را برای مجازاتهای چهارگانه و یا مجازات خاصی بیان نمی کند، بلکه جمله مزبور بیانگر این است که مجازاتهای یاد شده در آیه محاربه (با اولیای خدا و رسول) برای این است که به ناحق و حرام است. از همین روست که می گویند کلمه «فسادا» در آیه، منصوب به حال، مصدریه یا علت است: «لان سعیکم کان فسادا» (2) و فقها نیز در تعریف محاربه، قیودی از قبیل: «علی وجه یتحقق به صدق ارادة الفساد فی الأرض» (3)، «لاخافة الناس المسلمین» (4) و یا «ما یحرم اخافته» (5) را اضافه کرده اند که تمام آنها بیان دیگر فساد یا حرمت عمل است و مرحوم صاحب جواهر به دنبال قید «علی وجه یتحقق صدق ارادة الفساد» می گوید: محاربه با خدا و رسول، صادق است بر ترساندن هر کس که خداوند ترساندن او را حرام کرده است. و این که در سرقت کفن، انسان و... بعضی می گویند قطع دست از باب فساد است، اجتهاد در مقابل نص است.

فساد در زمین به عنوان یک جرم خاص که مجازات آن، قطع دست یا اعدام باشد،

در شرع مقدس شناخته نشده و از اصل، منتفی است، بلکه تمام اعمال حرام طبق آیات، روایات و قاعده «تابعیت احکام از مصالح و مفاسد»، مضر و فساد در زمین است.

علاوه بر این، در موارد یاد شده که بعضی گفته اند مجازات از باب فساد است، نص

ص: 122

1- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: علل الشرایع.

2- فاضل جواد کاظمی، مسالك الافهام الی آیات القرآن، ج 4، ص 210

3- محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج 41، ص 564.

4- فاضل هندی، کشف اللثام، ج 2، ص 250.

5- جواهر الکلام، ج 41، ص 564.

خاص بر آن مجازات وجود دارد و این که بگوییم این مجازات که در روایات آمده است، به دلیل این که با قواعد سازگار نیست، از باب فساد است، چیزی را عوض نمی کند. لذا مرحوم خوانساری در شرح کلام محقق در مختصر: «ولو كان حرا فباعه قطع لفساده» می گوید: این که قطع دست سارق حر (که در روایت آمده است) از باب حد نباشد، بلکه از باب فساد باشد، اثر عملی ندارد. علاوه بر این که کبرای حکم (فساد موجب قطع است) دلیل ندارد. پس قطع در مانحن فیه برای این است که بیع حر مثل سرقت است. (1)

با توجه به آنچه درباره مفهوم فساد آوردیم، نادرست بودن این اعتقاد که حکم مفسد فی الارض اعدام است و نیز گفته بعضی که «هر رفتاری در زمین ایجاد فساد نماید، جرم مستلزم حد قتل است» (2) روشن می شود؛ زیرا فساد عام است و هر فسادی موجب قتل نیست و گزینش بعضی از جرایم به عنوان فسادی که موجب قتل است، بدون میزان و دلیل و سلیقه ای است.

مشارالیه به دنبال اظهار نظر فوق، به مفهوم آیه « مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ » (3) استدلال نموده، می گوید:

از مفهوم آیه استنباط می شود که فساد فی الارض موجب قتل است و نوع مجازات قتل مانند قصاص صورت می گیرد و لزومی ندارد که مقررات محاربان در این جا اعمال شود. حتی اگر فساد فی الارض را از جرایم مستلزم حد ندانیم و جرم تعزیری باشد، ... بعید نیست که کیفر مفسد از باب تعزیر، همان قتل باشد... و جرایم بزرگی مثل قاچاق مواد مخدر، اشاعه فرهنگ ابتذال، هرزگی و تشکیل باندهای فساد و فحشا و امثالهم که در ردیف هیچ یک از جرایم منصوص قرار نمی گیرد، از باب فساد در زمین، قتل است. (4)

صرف نظر از صحت و سقم قتل تعزیری و مبهم بودن عناوین اشاعه فرهنگ ابتذال، هرزگی و... باید از نویسنده فوق پرسید: با توجه به این که مفهوم فساد، عام است، با چه میزانی چند مورد را انتخاب نمودید و معیار شما برای انتخاب «امثالهم» چیست؟

ص: 123

1- سیداحمد خوانساری، جامع المدارك، ج 7، ص 147.

2- محمدجعفر حبیب زاده، بررسی محاربه و افساد فی الارض، ص 49.

3- مائده/32

4- بررسی محاربه و افساد فی الارض، ص 54.

ما معتقدیم که پاسخ صحیحی وجود نخواهد داشت. از این رو می‌گوییم آیه مورد

استدلال، مجمل است و باید حمل بر یکی از مفاسدی شود که با ادله خاصه مهدورالدم بودن مرتکب آن ثابت شده است و از آن جا که شیوه قتل مهدورالدم در جرایم گوناگون، مختلف است، نوع جرم نیز باید روشن شود. لذا صاحب مسالك الأفهام بعد از تصریح به این که «او فساد فی الأرض» مجمل است؛ زیرا هر فسادی موجب قتل نیست (1)، آن را حمل بر شرک و محاربه نموده است.

مفسران شیعه و سنی نیز آیه را بر مهدورالدم حمل نموده اند؛ با این تفاوت که مفسران شیعه بر محاربه (2) و اهل سنت بر ارتداد، قطع طریق و خروج علیه امام (3) حمل نموده اند و احدی برداشت نویسنده فوق را تأیید نکرده است و جهت چنین حملی این است که جمله «او فساد فی الأرض» در آیه 32 مائده به آیه 33 همان سوره؛ یعنی: «انما جزاء الذین یحاربون الله ورسوله و یسعون فی الارض فسادا» اشاره دارد و مفسران شیعه بر این امر تصریح کرده اند که مراد از فساد در آیه 32، محاربه است که در آیه 33 می‌آید، از تفاسیر اهل سنت نیز اشاره داشتن آیه 32 به آیه 33 به خوبی استفاده می‌شود و اگر مفسران اهل سنت در تفسیر «او فساد فی الأرض»، علاوه بر قطع طریق و محاربه، شرک و رده را هم گفته اند، از این جهت است که آیه «انما جزاء الذین...» در بین آنها مورد اختلاف است که مراد از آن، اهل شرک است یا رده و یا قطع طریق؟ بنابراین، در اصل اشاره آیه 32 به آیه 33 جای شک نیست و مورد اتفاق شیعه و سنی است، اما معنای آن، بسته به تفسیر آیه 33، محاربه است و معنای این آیه که از نظر فقها و مفسران شیعه حمل بر محاربه شده است و فقهای اهل سنت که حمل بر قطع طریق نموده اند، روشن است. در هر حال، شیعه و سنی - اعم از فقها و مفسران فریقین - در این نکته اتفاق نظر دارند که آیه «او فساد فی الارض» درباره مهدورالدم است که در جای خود، مهدورالدم بودن او ثابت شده است.

ص: 124

1- جواد کاظمی، مسالك الأفهام الی آیات القرآن، ج 4، ص 214.

2- شیخ طوسی، تبیان، ج 3، ص 502؛ مجمع البیان، ج 3، ص 289؛ المیزان، ج 5، ص 316.

3- صابونی، صفوة التفسیر، ج 1، ص 339؛ فخر رازی، مفاتیح الغیب، ج 11، ص 212؛ رشید رضا، المنار، ج 6، ص 348؛ نیشابوری، غرائب القرآن، ج 2، ص 582.

ادعای عدم تعرض فقها به عنوان مفسد فی الأرض، مطابق با واقع نیست؛ زیرا فقها در موارد متعددی رفتار افراد را به خاطر ایجاد فساد، قابل مجازات دانسته اند. از جمله آنها می توان موارد زیر را اشاره کرد: آدم ربایی، اعتیاد به قتل اهل ذمه، قطع دست در تکرار جرم کفن دزدی، در مواردی که منزل دیگری را به آتش میکشند و سایر موارد. (1)

نسبتی که نویسنده به فقها داده است، همچون نسبتهای دیگری که به شهید (2) و شیخ (3) داده، خلاف واقع است؛ زیرا فقها در عادت به قتل عبید (4)، اهل ذمه و معاهد (5)، سرقت انسان حر و فروش آن (6)، نباش (7) و رسول کاذب (8)، مطابق با نص موجود (9)، حکم به قتل یا قطع داده اند و تنها چیزی که شیخ طوسی و اتباع ایشان اضافه کرده اند، این است که این نوع مجازاتهای منصوص، از باب فساد است که البته این توجیه علاوه بر این که اجتهاد در مقابل نص است، هیچگونه ثمره عملی ندارد. علاوه بر این، مراد از فساد در کلمات فقها، محاربه است. لذا مرحوم شهید ثانی بر شیخ ایراد می کند که اگر قطع دست آدم ربا که در روایت آمده، از باب فساد باشد، نه حد سرقت، باید امام مخیر باشد بین قطع و قتل، حال آن که روایت تنها به قطع اشاره می کند (10) و صاحب جواهر در رد شیخ و اتباع ایشان که قطع دست آدم ربا را در روایت، حمل بر فساد نموده اند، می گوید: این فرمایشات، اجتهاد در مقابل نص است (11) و حق با صاحب جواهر است؛ زیرا نص

میگوید آدم ربا سارق است و دستش قطع می شود و اگر شیخ بگوید از باب فساد است، نه سرقت، اجتهاد در مقابل نص است.

ص: 125

1- محمدجعفر حبیب زاده، بررسی محاربه و افساد فی الأرض.

2- در ص 51، متن روایت اسماعیل بن فضل را به شهید نسبت داده است.

3- در ص 63، آنچه را شیخ به عنوان نظر فقهای اهل سنت نقل کرده، به شیخ نسبت داده است.

4- شهید ثانی، شرح لمعه، ج 2، ص 401.

5- همان، ص 405.

6- همان، ص 380.

7- همان، ص 381.

8- همان، ص 387.

9- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 18، باب 20، ص 514، حدیث 1-3 و ص 507 و ج 19، ص 69 و 79.

10- شرح لمعه، ج 2، ص 380.

11- محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج 41، ص 511.

با تمام اینها، هیچ فقیهی بدون نص خاص حکم به مجازات قطع یا قتل نکرده است.

علاوه بر این، اگر حکم مفسد فی الأرض، قتل بود و فقها بدون نص این را پذیرفته بودند، معنی نداشت در بعضی جرایم مالی مثل رسول کاذب و آدم ربایی، مجازات مفسد، قطع دست باشد و در عادت به قتل عبید، اهل ذمه و معاهد، مجازات، قتل باشد؛ زیرا مدعای نویسنده این است که مفسد فی الارض محکوم به اعدام است و بعضی از مصادیق آن را با سلیقه خود معرفی نموده است و چه بسا بعضی از قضات که ترازوی عدالت را در دست دارند نیز با سلیقه خود، مفسد فی الارض را سنجش نموده و مجازات او را اعدام بدانند؛ در حالی که خون مسلمان یکی از امور مهم است که بیش از هر چیزی باید نسبت به آن محتاط بود.

مبارزه و افساد در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران

کلیات

از آن جا که نظام کشور ما اسلامی است و از سویی بین فقها نسبت به حکم واقعی در بعضی مسائل کیفری همچون سایر احکام، اختلاف نظر وجود دارد و لحاظ تمام نظرات در قوانین موضوعی که در تمام کشور و نسبت به همه مردم، ساری و جاری است، ممکن نیست، وضع و تصویب قوانین باید طبق نظر مشهور و یا اکثر فقهای شیعه باشد. در غیر این صورت، غیر شرعی، ترجیح بلا مرجح و یا مرجوع است که معقول نیست.

قانون مجازات اسلامی مشتمل بر پنج کتاب است (کلیات، حدود، قصاص، دیات و

تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده). چهار کتاب اول این مجموعه مشتمل بر 497 ماده و 103 تبصره است که طبق اصل 85 قانون اساسی در جلسه هشت مردادماه 1370، کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده است و قبلاً در جلسه علنی هجدهم دیماه 1369 با پنج سال مدت اجرای آزمایشی آن موافقت گردیده و ماده پنج آن مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان قرار گرفته است و در

اجرای اصل 112 قانون اساسی در جلسه هفتم آذرماه 1370 مجمع تشخیص مصلحت نظام بررسی و ماده پنج لایحه فوق الذکر عیناً به تصویب مجمع رسید، و طبق قانون تمدید اجرای آزمایشی قانون مجازات اسلامی مصوب 1375/12/12، اجرای این قانون به مدت ده سال تمدید شده است.

کتاب پنجم این مجموعه که مشتمل بر 232 ماده و 44 تبصره است، در جلسه علنی دوم خرداد 1375 مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ 1375/3/6 به تأیید شورای نگهبان رسیده است که مواد آن از شماره 498 تا 729 تدوین گردیده است.

باب هفتم از کتاب دوم قانون مزبور راجع به محاربه و افساد فی الارض است که در سه فصل (تعاریف، راههای ثبوت محاربه و افساد فی الارض و حد محاربه و افساد فی الارض) بحث شده است و جمعا مشتمل بر 14 ماده و 6 تبصره است و در کتاب پنجم و قوانین دیگر، اشاراتی به محاربه شده است.

به طور کلی در قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین، دو مصداق برای محاربه شناخته شده است:

1. کشیدن اسلحه برای ترساندن مردم که محاربه علیه مردم است.

2. محاربه علیه حکومت اسلامی.

محاربه علیه مردم

ماده 183 قانون مجازات اسلامی :

هر کس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد، محارب و مفسد فی الارض می باشد.

تعریف فوق فی الجمله برگرفته از نظر فقهاست و کلمه «هر کس» شامل زن، مرد،

مسلمان و غیر مسلمان می شود و ماده شامل عمل در شب، روز، خانه، خیابان، خشکی، دریا، هوا، شهر و غیر شهر می شود؛ ولو مالی نگرفته باشد.

نکته ای که در این ماده ممکن است مورد بحث واقع شود، کلمه «مردم» است که

مراد چیست و آیا یک نفر را هم شامل می شود یا خیر؟

به نظر ما، این کلمه، عام بدلی است، نه مجموعی. همچنین می دانیم که مواد قانونی

در این رابطه برگرفته شده از فقه است و ما در جای خود روشن نمودیم که نص روایت سکونی، اطلاق سایر روایات، آیه شریفه و گفته های فقها شامل ترساندن یک نفر نیز می شود؛ چنان که محارب ممکن است یک نفر یا بیشتر باشد. علاوه بر آن، عده ای را نام بردیم که تصریح کرده اند «ولو واحد لواحد».

این که گفتیم تعریف محارب در ماده 183 فی الجمله موافق با نظر فقهاست، نه

کاملا از این روست که در هیچ یک از تعاریف فقها جمله «و مفسد فی الارض» عطف بر محارب گرفته نشده است، بلکه «فساد در زمین» عطف بر کشیدن اسلحه و ترساندن مردم شده و آیه شریفه نیز این گونه است و از آن جا که فساد، عمل خاص خارجی نیست، بلکه علت حکم است، باید قید برای عمل کشیدن اسلحه و ترساندن مردم باشد که نشانگر نابخق بودن و حرمت عمل است.

به عنوان مثال در تحریرالوسیله آمده است: محارب کسی است که برای ترساندن

مردم و «افساد در زمین» سلاح کشیده یا آن را مجهز نماید که کشیدن اسلحه با وصف ترساندن مردم و نیز وصف فساد و نابخق بودن، شرایط تحقق محاربه را به وجود می آورد. علاوه بر این، در بحث فقهی این مطلب روشن شد که فساد، علت و قید برای محاربه است و نظر فقها و مفسران را نیز بیان نمودیم.

بنابراین اگر ماده به این صورت تنظیم می شد: «هر کس که برای ایجاد رعب و

هراس و سلب آزادی و امنیت مردم و «افساد در زمینه دست به اسلحه برد، محارب می باشد، بهتر بود و با این قید، دیگر نیازی به ماده 184 که می گوید: «کشیدن اسلحه برای از بین بردن فساد، محاربه نیست»، نبود.

ماده 185:

سارق مسلح و قطاع الطريق هرگاه با اسلحه امنیت مردم یا جاده را بر هم بزند و رعب و وحشت ایجاد کند، محارب است.

ص: 128

این ماده در واقع تأکید بر بعضی از مصادیق محارب است، وگرنه از ماده 183 این حکم به خوبی به دست می آید.

در تبصره 3 ماده 183 فرقی بین سلاح سرد و گرم نمی گذارد و در تبصره 1 و 2

همان ماده، در مورد را از حکم محاربه استثنا می کند: یک مورد، جایی است که کشیدن اسلحه از روی عداوت شخصی باشد و دوم، آن جا که شخصی آنقدر ضعیف باشد که مردم از عمل او؛ یعنی کشیدن اسلحه نمی ترسند.

ماده 617:

هر کس به وسیله چاقو و یا هر نوع اسلحه دیگر، تظاهر یا قدرت نمایی کند یا آن را وسیله مزاحمت اشخاص یا اخاذی یا تهدید قرار دهد یا با کسی گلاویز شود، در صورتی که از مصادیق محارب نباشد، به حبس از 6 ماه تا دو سال و تا 74 ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

اصولاً- قواعد عمومی محاربه علیه مردم در ماده 183 و تبصره های آن و ماده 185 که از فقه گرفته شده، بیان شده است و جمله «در صورتی که از مصادیق محارب نباشد» در ماده 617 نیز نشانگر این است که قانونگذار هم همین برداشت را داشته است، لذا تعریف و مصداق محاربه و محارب را به قواعد عمومی در مواد 183 و 185 ارجاع می دهد. بنابراین، عمل مجرمانه در ماده 617 اصولاً محاربه است؛ گرچه ممکن است احیاناً بعضی از شرایط را نداشته باشد که در این صورت، به 6 ماه تا دو سال حبس و تا 74 ضربه شلاق تعزیر می شود.

ماده 651:

هرگاه سرقت، جامع شرایط حد نباشد، ولی مقرون به تمام پنج شرط ذیل باشد، مرتکب از پنج تا بیست سال حبس و تا 74 ضربه شلاق محکوم می گردد:

1. سرقت در شب واقع شده باشد.

2. سارقین دو نفر یا بیشتر باشند.

3. یک یا چند نفر از آنها حامل سلاح ظاهر و یا مخفی بوده باشند.

4. از دیوار بالا رفته و یا حرز را شکسته یا کلید ساختگی به کار برده یا این که عنوان یا

ص: 129

لباس مستخدم دولت را اختیار کرده....

5. در ضمن سرقت، کسی را آزار یا تهدید کرده باشند.

برای مجازات فوق باید تمام شرایط، از جمله داشتن اسلحه و تهدید و آزار مردم

وجود داشته باشد که در این صورت، طبق تعریفی که از محارب در مواد 183 و 185 شد، جرم فوق از مصادیق بارز محاربه است و به ندرت می توان برای آن استثنایی یافت. با این وجود، قانونگذار حتی احتمال محاربه را هم نداده است، در حالی که ماده 617 با این که امکان موارد استثنا در آن بیشتر است، به محاربه بودن عمل اشاره نموده است و نیز در ماده 654، جرم ماده فوق را بدون شرط 4 و 5 بیان کرده، می گوید:

هرگاه سرقت در شب واقع شده باشد و سارقین دو نفر یا بیشتر باشند و لااقل یک نفر آنها حامل سلاح ظاهر یا مخفی باشد، در صورتی که بر حامل اسلحه عنوان محارب صدق نکند، جزای مرتکبان، حبس از پنج تا پانزده سال و شلاق تا 74 ضربه می باشد.

چنان که روشن است، این جرم، بسیار سبکتر و مجازات آن هم به همین جهت

خفیفتر است. در عین حال، امکان محارب بودن حامل سلاح داده شده است و نظریه

شماره 7/667 - 684/11 اداره حقوقی دادگستری نیز سرقت مسلحانه را از انواع

محاربه محسوب داشته است. بنابراین، سرقت مسلحانه ای که همراه با تهدید یا نشان دادن اسلحه باشد، اصولاً محاربه است.

ماده 653:

هر کس در راهها و شوارع به نحوی از انحاء مرتکب راهزنی شود، در صورتی که عنوان محارب بر او صادق نباشد، به سه تا پانزده سال حبس و شلاق تا 74 ضربه محکوم میشود.

ماده 683 راجع به نهب و غارت و اتلاف اموال و اجناس است و ماده 694 در وارد شدن به منزل دیگران با عنف و تهدید است که در مورد ماده 683، احتمال محارب بودن داده شده است و در ماده 694 با این که بعضی از افراد حامل سلاحند، احتمال محارب بودن داده نشده است.

ص: 130

تا این جا به موادی اشاره کردیم که مجازات جرم محاربه علیه اشخاص و مردم را

بیان می کرد؛ گرچه در تطبیق سرقتهای مسلحانه با مقررات شرعی و مواد عمومی

محاربه، مسامحاتی شده است؛ مثلاً در مواد 183 و 185 قانون مجازات اسلامی به محارب بودن مرتکب اشاره نشده است. علاوه بر این، مواد موجود در تعزیرات راجع به سرقتهای مسلحانه که در واقع عین محاربه است و تعیین مجازات دیگری غیر از مجازات محاربه، نوعی تعارض و تضاد با مواد 183 و 185 خواهد بود که برگرفته شده از فقه است و اضافه کردن این جمله «اگر محارب شناخته نشود»، کافی نیست و مثل این است که بگوییم: «اگر عمل محاربه، محاربه نباشد!» بنابراین، تمام سرقتهای مسلحانه طبق مواد 183 و 185 و فقه، محاربه است و به دلیل این که این مواد گرفته شده از فقه می باشد، قابل تخصیص با مواد تعزیرات نخواهد بود؛ زیرا مواد یاد شده به منزله اصل و قاعده است که تخلف از آنها شایسته نیست.

محاربه علیه نظام

در قوانین جزایی، اعمال و حرکات مختلفی افساد فی الارض، محاربه و یا در حکم آن شناخته شده است که اشاره به آنها خالی از فایده نیست:

در ماده 186 قانون مجازات اسلامی، قیام گروه و یا جمعیت متشکل علیه نظام،

محاربه شناخته شده است.

در ماده 187، هر فرد یا گروهی که طرح براندازی حکومت اسلامی را بکشد و برای این منظور اسلحه تهیه نماید و کسانی که به او کمک نمایند، مفسد فی الارض

شناخته شده اند.

در ماده 188، نامزدی یکی از پستهای حساس حکومت کودتا، محاربه شناخته

شده است.

در ماده 4 قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و... مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، تشکیل یا رهبری شبکه چند نفری به امر ارتشا و... در صورتی که

مصدق مفسد فی الارض باشد، مجازات مفسد فی الارض را خواهد داشت.

در ماده واحده قانون تشدید مجازات جاعلین اسکناس، واردکنندگان، توزیع کنندگان و مصرف کنندگان مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام به قصد مبارزه با نظام، مرتکب مفسد بوده و به اعدام محکوم می شوند.

در ماده 20 قانون اخلاص لگران در نظام اقتصادی مصوب مجلس، اخلال در نظام پولی و ارزی و تولید و توزیع مایحتاج عمومی و هرگونه اقدام جهت اخراج میراث فرهنگی یا ثروتهای عمومی... و اقدامات باندی جهت اخلال در نظام صادراتی، چنانچه به قصد ضربه زدن به نظام جمهوری اسلامی باشد، در حد افساد فی الارض است.

در ماده 6 قانون تشدید مجازات محتکران و گران فروشان، فروش مصنوعات گرانتر از نرخ مقرر و... به قصد مقابله با حکومت، مرتکب مصداق محارب است.

در ماده 11 قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مصوب 1371 کمیسیون امور

قضایی مجلس، تسلیم افراد تحت فرماندهی، وسائل، امکانات، نقشه ها و اسرار نظامی به دشمن و یا آتش زدن و تخریب نمودن آنها و یا اجبار افراد و یا تحریک آنها به فرار یا عصیان، اقدام مسلحانه، جمع آوری نیرو و یا کمک به گروههای مفسد و دولت در حال جنگ با ایران، در حکم محاربه شناخته شده است.

در ماده 70 قانون مزبور، سرقت اسلحه، مهمات، وجوه و اشیای در اختیار نیروهای مسلح به قصد اخلال مؤثر در نیروهای مسلح یا عملیات نظامی و یا لطمه غیر قابل جبران، در حکم محاربه است و اگر قصد براندازی نداشته باشد، ولی موجب شکست جبهه اسلام شود، محارب محسوب می شود.

در ماده 12 قانون فوق، هر نظامی که اسناد یا اطلاعات دارای ارزش اطلاعاتی را تحصیل کند و در اختیار دشمن قرار دهد و یا اسرار نظامی، سیاسی، اقتصادی، صنعتی و یا کلیدهای رمز را به دشمن داخلی و یا خارجی تسلیم نماید و یا آنان را از مفاد آن آگاه سازد و یا هر بیگانه ای که برای کسب اطلاعات به نفع دشمن به پایگاهها، کارخانجات و انبارهای تسلیحاتی و... داخل شود، جاسوس بوده و به اعدام محکوم می شود.

در ماده 15 همان قانون، مرتکب سرپیچی از تکالیف نظامی که موجب تسلط دشمن بر مواضع خودی شود، در حکم محارب است.

در ماده 16، عدم استفاده فرمانده مسؤول از امکانات در اختیار در جهت دفاع و

تسلیم آنها به دشمن، در حکم محاربه است.

در ماده 19، عملیات نظامی توسط فرمانده یا مسؤول نظامی به کشوری که با ما در حال جنگ نیست و موجب اخلال در امنیت داخلی یا خارجی کشور می شود، در حکم محاربه است.

در ماده 20، ادامه عملیات پس از دستور توقف آن، اگر موجب افساد و اخلال در

نظام یا شکست جبهه اسلام گردد، مرتکب به مجازات محارب محکوم می شود.

در ماده 25، ترک مأموریت یا تأخیر آن به منطقه جنگی که موجب اخلال با شکست

جبهه اسلام گردد، در حکم محاربه شناخته شده است.

در ماده 26، ترک محل نگهداری یا تبانی با دشمن، چنانچه موجب شکست شود، در حکم محاربه است.

در ماده 43، فرار از جبهه که موجب شکست یا تلفات جانی به نیروهای خودی شود، در حکم محاربه است.

در ماده 50، 51 و 52، فرار با وسایل مورد استفاده نیروهای نظامی یا فرار به طرف دشمن، محاربه شناخته شده است.

در ماده 53، ترغیب یا تسهیل فرار افراد که موجب شکست جبهه اسلام شود، در

حکم محاربه است.

طبق ماده 60 و 63 قانون فوق، فروش وسایل نظامی و سایر وسایل نقلیه نظامی یا

تلف و مفقود نمودن آنها که موجب شکست جبهه اسلام شود، در حکم محاربه است.

اگر بخواهیم تمام مواد فوق را در یک جمله خلاصه کنیم، می گوئیم: هر عملی که به

قصد ضربه زدن به نظام اسلامی باشد و یا از آن عمل، ضربه ای مهم به نظام وارد آید؛ ولو قصد ضربه زدن را نداشته باشد، در حکم محاربه و یا افساد فی الارض است.

نقد و بررسی

از آن جا که محاربه یکی از حدود و برگرفته شده از کتاب و سنت است، استعمال آن در

جرایم غیر منطبق با محاربه، بلکه تعزیری که مجازات آن بر مبنای میزان خسارات وارده و به دست حاکم است، بی معنی است و اکثر جرایمی که تحت عنوان محاربه یا افساد فی الارض در قوانین پیشگفته از آنها یاد شده است، با محاربه که تعریف آن را دانستیم، سازگاری ندارد. از طرف دیگر، اعمال مزبور بدون شک، خلاف مصالح نظام، کشور و دین است و باید موضوع و ماهیت هریک از آنها که بر مبنای انگیزه و قصد مجرم، مختلف خواهد بود، روشن شود.

به نظر نگارنده، جرایم علیه حکومت، داخل در موضوع بغی است و بررسی و

تعریف بغی و مراحل برخورد با بغات می تواند پاسخی کلی و در عین حال، جامع برای شناخت ماهیت جرایم فوق و چگونگی مجازات آنها باشد که به حول و قوه الهی در ادامه این مقال، بدان خواهیم پرداخت.

بغی

بغی در لغت

«بغی» به معنای طلب تجاوز از اعتدال در اندازه و یا وصف است. آن جا که تجاوز از حق به باطل باشد، مذموم است. و آن جا که تجاوز از عدل به احسان باشد، پسندیده است. (1)

مفسران نیز بغی را به معنای «ظلم و فساد» (2) و «طلب یا طلب سلطه بر مردم بدون حق و از سر زور» (3) دانسته اند. در المنار آمده است:

بغی در اصل لغت، طلب به ناحق و یا تجاوز از حد است و به همین معنی است بغی در زمین در آیات عدیده: «وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ» (4) ... و هرگاه با «علی» متعدی شود، به

ص: 134

1- راغب اصفهانی، مفردات، ص 55.

2- طبرسی (فضل بن الحسن)، مجمع البیان، ج 4، ص 640

3- شیخ طوسی (محمد بن الحسن)، تبيان، ج 4، ص 390

4- قصص / 77

معنای تجاوز به جان، مال و ناموس مردم است. پس دانسته می شود که بغی حرام همان گناهی است که تجاوز از حد و حق و یا تجاوز به حقوق افراد، اجتماعات و گروههاست و اگر گاهی مقید به «غیر حق» می شود، برای این است که به معنای لغوی (طلب تعدی) استعمال شده است. (1)

این معنی از بغی در لغت، کلام مفسران و آیات و روایات در حالی است که هر جا در کتب فقهی از بغی بحث شده است، تنها در باب جهاد و تحت عنوان «کل من خرج علی امام عادل و جب قتاله» (2) آمده است.

مرحوم محقق در شرایع، حدود و تعزیرات را دسته بندی نموده است که بغی، ارتداد، اتیان بهیمه و ارتکاب سایر محرمات، گروه تعزیرات را تشکیل می دهد (3) و وعده داده است که هر یک از حدود و تعزیرات را به تفصیل بحث کند و این کار را جز در بغی، انجام داده است و دلیل ترک بحث تفصیلی بغی که از تعزیرات شمرده شده است، چیزی نیست جز این که در باب جهاد بحث شده و حکم دیگری برای آن قابل تصور نبوده است. لذا مرحوم شهید در مسالك الأفهام فی شرح شرائع الاسلام بر محقق خرده گرفته است که تعزیری دانستن بغی، موافق با آنچه نزد فقها معروف است، نمی باشد؛ زیرا فقها بغی را موجب حد دانسته اند که قتل است؛ گرچه شیوه آن متفاوت است (4) (مراد شهید از حد بغی یا قتل، همان جنگ علیه اوست) و نیز ارتکاب محارم را قسم سه مورد دیگر (بغی، رده و اتیان بهیمه) دانستن (در حالی که آنها هم تحت عنوان حرام داخلند) برای این است که موارد سه گانه، منصوص است، اما عنوان چهارم عام است. ولی بهتر است سبب تعزیر، امر واحد باشد که همان ارتکاب حرام است. (5)

این که شهید می گوید بغی تعزیری نیست، بلکه از حدود است و نص خاص دارد،

برداشت وی را از بغی نشان می دهد که همان خروج علیه امام است و اعمالی که به آن

ص: 135

1- محمد رشید رضا، المنار، ج 8، ص 396.

2- علامه حلی، ارشاد الاذهان، ج 1، ص 351؛ محقق حلی، شرایع، ج 1، ص 336؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج 1، ص 222.

3- شرایع، ج 4، ص 147.

4- شرح لمعه، ج 1، ص 222.

5- محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج 41، ص 256 (به نقل از مسالك شهید).

خروج گفته نشود، بغی نخواهد بود، در حالی که لغت، آیات و روایات، خلاف آن را می‌رساند.

اهل سنت نیز تنها خروج علیه امام عادل و یا خروج از طاعت امام را بغی دانسته‌اند که توسط طائفه دارای شوکت و قدرت انجام گرفته باشد (1) و در هر حال، نحوه مقابله با بغات را بعد از ارشاد و راهنمایی، جنگ دانسته‌اند و قبل و بعد از جنگ، جان و مال آنها محترم و قتل و غارت اموالشان موجب قصاص یا ضمان است. (2)

اگر بغی، تنها خروج علیه امام یا حکومت عدل باشد و چنان که گذشت، برخورد با

بغات را تنها جنگ بدانیم تا تسلیم شوند و قبل و بعد از جنگ، مال و جانشان محترم

باشد، اجرای حد یا تعزیر بر باغی مفهومی نخواهد داشت و جنگ با باغی - چنان که شهید گمان کرده است - مساوی با قتل نیست؛ زیرا قبل یا بعد از جنگ، ممکن است تسلیم شود که در این صورت، جان و مالش مصون است.

از طرف دیگر، مخالفان حکومت، هر روز طرح تازه‌ای می‌ریزند که خطر آنها برای امنیت کشور، نظام و دین روشن است و هیچ دولت دیگری نیز نمی‌تواند نسبت به آن اعمال، بی تفاوت باشد. حال اگر این اعمال که مقابله با آنها ضروری و غیر قابل اجتناب است، بغی نباشد و از سویی دیگر، چنان که اشاره کردیم، منطبق با محاربه - که در شرع و فقه به وضوح تعریف شده است - نیز نمی‌باشد، تحت چه عنوانی جرایم فوق باید مجازات داشته باشد و آن مجازات چیست؟

چاره‌ای نیست، جز این که این تلقی از بغی را که آن را مختص خروج مسلحانه علیه حاکم عادل یا امام می‌دانند، نادرست بدانیم و به مفهوم عام بغی برگردیم و بگوییم: آنچه باعث شده است متبادر از بغی در اذهان، قیام علیه حاکم باشد، تنها چند حرکت مهم علیه حکومت اسلامی در عصر امام علی علیه السلام بوده است که مصداق بارز بغی است و نه مفهوم منحصر آن.

برداشت معروف از بغی از یک سو و ضرورت مقابله با اعمال ضد حکومت و نظام،

ص: 136

1- عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الأربعة، ج 5، ص 217

2- شیخ طوسی (محمد بن حسن)، مبسوط، ج 7، ص 267.

از سوی دیگر موجب شده است که قانونگذار برای امکان برخورد با آنها از عنوان

محرابه کمک بگیرد که این یک اشتباه است و صحیح آن است که بگوییم: انواع حرکات علیه حقوق خصوصی مردم با حقوق عمومی و حکومت و حقوق الله محض، تحت عنوان بغی داخلند و شاید بتوان گفت که مفهوم بغی از یک بعد که تجاوز از حق است، با ارتکاب حرام مساوی است؛ جز این که مرتکب حرام، عمل را انجام داده و به پایان رسیده است، اما باغی، اهدافی غیر از آنچه به عنوان مقدمه انجام داده است نیز در سر دارد که طالب آنهاست و به همین لحاظ، عنوان باغی؛ یعنی «کسی که به دنبال تجاوز است» بر او گذاشته شده است.

بنابراین، بغی همان ارتکاب حرام است و هر حرامی متناسب با نوع عمل، قصد

مرتکب، میزان خسارات وارد شده و خطیر بودن آن، مجازات دارد.

ممکن است بغی به سه قسم کلی قابل تقسیم باشد:

1. بغی علیه حقوق اشخاص.

2. بغی نسبت به حقوق الله محض

3. بغی علیه حکومت عدل که مورد تلاقی حقوق عمومی و حقوق الله است و این

تلاقی ممکن است بین حقوق خصوصی مردم و حقوق الله نیز باشد.

قسم سوم؛ یعنی بغی علیه حکومت، همان است که در همه کشورها به عنوان جرایم سیاسی مشهور است.

واکنش علیه باغی

الف) مقابله با باغی یا دفاع مشروع:

بر خلاف آنچه معروف و مشهور است که بغی منحصر به قیام و یا خروج علیه امام معصوم یا عادل است و تنها واکنش علیه آن، جنگ است، مفهوم بغی، عام می باشد و هر نوع تعدی و ظلم را علیه مردم یا حکومت شامل می شود و در مرحله برای مقابله با باغی به مفهوم وسیع آن وجود دارد: مرحله دفاع و مرحله مجازات باغی و شرایط هریک از این دو مرحله با دیگری متفاوت است؛ زیرا چنان که در مفهوم بغی روشن شد، باغی در

واقع به دنبال تجاوز و در حال انجام مقدمات است که امکان دفع و منع او میسر است و اولین واکنش علیه وی نیز دفاع است و ممکن است دفاع مشروع در تجاوزات علیه مال، جان و ناموس مردم و یا حکومت، بدون این که مسئولیتی متوجه دفاع کننده باشد، منجر به مرگ متعددی نیز بشود.

از آن جا که در مرحله اول واکنش علیه باغی، هدف دفاع کننده، دفع متعددی است،

شخصیت، جنس، عقل، بلوغ و... و انگیزه و قصد باغی در وجود حق دفاع برای

دفاع کننده تأثیری نخواهد داشت؛ زیرا آنچه طرف مظلوم - اعم از اشخاص یا حاکم - در این مرحله انجام می دهد، مجازات نیست، بلکه دفاع مشروع است و دلیل آن، علاوه بر ادله نقلی متواتر در خصوص دفاع از مال، جان و ناموس (1)، حکم عقل مسلم و سیره عقلاست.

آیه شریفه: «وَأَنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ...» (2) درباره دفاع کسی که مورد ستم و ظلم قرار گرفته است، نیست، بلکه در ایجاد تکلیف برای شخص ثالث است که باید از مظلوم حمایت نماید. مقابله امام علی علیه السلام با بغات صفین، نهروان و جمل، بر خلاف ظاهر گفته های فقها که بغی را جدا از جهاد دفاعی ذکر کرده اند نیز بر اساس دفاع بوده است و شواهد زیادی در این باره وجود دارد که به تعدادی از آنها اشاره می شود:

به امام علی علیه السلام خبر دادند که ابن ملجم به قصد قتل شما وارد کوفه شده است. حضرت فرمود: «لا اقتله قبل أن يقتلني.» (3)

خوارج ابن خباب را که الاغ خود را سوار شده بود و قرآن به گردن داشت، بر لب

آب بردند، سرش را بردند و شکم زن حامله اش را پاره کردند. علی علیه السلام به آنها گفت: قاتل را معرفی کنند تا قصاص شود، آنها گفتند ما همه قاتلیم و تو را نیز خواهیم کشت. حضرت فرمود: به خدا قسم اگر تمام دنیا این گونه به قتل ابن خباب اقرار کنند و من قادر بر قتل و قصاص از آنها باشم، هر آینه این کار را خواهم کرد. آنگاه رو به اصحابش نمود و فرمود: بر آنها سخت بگیرید و من اولین شما در این امرم. (4)

ص: 138

1- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 11، ص 91 (باب 46، حدیث 1 تا 17).

2- حجرات/ 9

3- شیخ طوسی، مبسوط، ج 7، ص 269

4- محمدباقر مجلسی، بحار الانوار، ج 33، ص 355.

در جنگ صفین کرب بن الوضاح از یاران معاویه سه نفر از اصحاب امام علی علیه السلام را به شهادت رساند و اجسادشان را روی هم انداخت و همچنان «هل من مبارزه می گفت، حضرت شخصا به جنگ او شتافت و کرب و دو نفر دیگر را به قصاص سه نفر اصحابش به قتل رساند و این آیه را تلاوت کرد:

الشهر الحرام بالشهر الحرام و الحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين (1)

قبل از شروع جنگ صفین، حضرت این گونه مناجات می کند:

اللهم... ان اظهرتنا على عدونا فجنبنا البغي و سد لنا للحق و ان اظهرتهم علينا فارزقنا الشهادة (2)

ای پروردگار آسمان و زمین! اگر ما را بر دشمن پیروزی عطا کردی، از تعدی و

زیاده روی باز دار و بر حق پایدارمان مدار و اگر «به ظاهر» دشمن را پیروزی دادی، به ما شربت شهادت بچشان.

در تمام جنگها، نه تنها حضرت شروع کننده نبود، بلکه همواره سعی در باز داشتن

دشمن از جنگ داشت که با بهانه هایی جنگ را شروع نموده بودند.

معاویه بعد از دریافت خبر بیعت تمام مردم با علی علیه السلام، علیه حکومت اسلامی طغیان نمود و از بیعت سر بتافت و مردم را تحریک نمود که به خونخواهی عثمان علیه علی علیه السلام قیام کنند (3) و از این رو قاسطین نام گرفتند.

اهل نهران و جمل نیز به بهانه هایی علیه حکومت دست به شورش زدند و علی علیه السلام در مقام حاکم اسلامی باید از حکومت دینی دفاع می نمود. پس آنچه علی علیه السلام انجام داده، یا دفاع و یا قصاص بوده است.

عدم تعقیب بغاتی که مرکزیت ندارند و نکشتن مجروحانشان و بعکس، تعقیب و کشتن مجروحان آنها که مرکزیت دارند، تنها با اصل دفاع قابل توجیه است؛ زیرا اگر

ص: 139

1- همان، ج 32، ص 488

2- همان، ص 462

3- همان، ص 369.

دشمن از هم پاشیده است و توان بازگشت ندارد، بیش از آن زیاده روی است که حضرت در مناجات خود از خدا خواسته است چنین نشود و آنها که مرکزیت دارند، به دلیل این که فرارشان برای تجدید قوا و بازگشت دوباره است، در راستای دفاع باید تعقیب و مجروحانشان کشته شوند. به زنها، بچه ها و اموالشان به غیر از وسایل جنگی - که در گردونه جنگ نقشی ندارند، تعرض نمی شود. خسارات وارد بر باغی توسط دفاع کننده جبران نمی شود، اما خسارات وارد بر دفاع کننده باید توسط باغی جبران شود (1) که از آن جمله، تلفات جانی است و ما تمام این مقررات را در دفاع مشروع و استیفای حق مشاهده می کنیم.

بسیاری از فقها دفاع از حکومت اسلامی، جان، مال و ناموس را یکی از اقسام جهاد

شمرده اند. (2) در عین حال، خروج علیه امام را که مفهوم آن قیام مسلحانه است و واکنش طبیعی آن، دفاع است، در قسم جداگانه ای مطرح نموده اند که به نظر نگارنده بهتر است جهاد و جنگ بر مبنای ماهیت آن، به دو قسم ابتدایی و دفاعی تقسیم شود که جهاد دفاعی اقسامی دارد: جهاد دفاعی از حکومت اسلامی در مقابل دشمن خارجی و یا داخلی؛ یعنی بغات و دفاع از جان و مال و ناموس خود و یا دیگری که هریک از آنها شرایط خاصی دارد و باید رعایت شود. به عنوان مثال، شرایط دفاع از جان با شرایط دفاع از مال و یا جان و مال دیگری نسبت به خود متفاوت است؛ چنان که جهاد دفاعی در مقابل دشمن خارجی مشرک و کافر با جهاد دفاعی در مقابل مسلمان - اعم از خارجی یا داخلی - متفاوت است.

در عرض حق دفاع برای مظلوم - اعم از حاکم یا اشخاص - یک تأسیس شرعی و

تکلیفی دیگری نیز وجود دارد که بر دوش افراد ثالث و بیطرف است و دلیل آن، صریح آیه شریفه 9 سوره حجرات، ادله امر به معروف و نهی از منکر، عمومات اعانه و کمک به دیگران، روایت سکونی: «من سمع رجلا ینادی یا للمسلمین فلم یجبه فلیس بمسلم» (3) و

ص: 140

1- شیخ طوسی، مبسوط، ج 7، ص 269

2- علامه حلی، تحریر الاحکام، ج 1، ص 133؛ شرح لمعه، ج 1، ص 219.

3- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 11، ص 108 (باب 59، حدیث 1).

«عونك الضعيف من افضل الصدقة» (1) و صحیحه محمد بن علی بن الحسین: «من رد عن قوم من المسلمین عادیة ماء او نار وجبت له الجنة» (2) و فرمایش علی علیه السلام: «ان خرجوا علی امام عادل او جماعة فقاتلوهم» (3) و نیز «القتال قتالان قتال الفئنة الباغية حتى یفیؤا و قتال الفئنة الکافرة حتی تسلموا» (4) است که در صورت کمک خواستن مظلوم، باید علیه فرد یا گروه بغات به مدد مظلوم شتافت و از او دفاع نمود. در این مورد نیز انگیزه و قصد باغی هرچه باشد، تأثیری در وظیفه شخص ثالث در دفاع ندارد. بنابراین، کسی که مورد تعدی قرار گرفته است، به حکم عقل و روایات متواتره، از خود و یا حکومت دفاع می کند و شخص ثالث به حکم آیه شریفه «طائفه» و روایاتی که یاد کردیم، وظیفه دارد از مظلوم دفاع نماید.

(ب) مجازات باغی:

برخورد و واکنش علیه باغی با دفاع مشروع خاتمه پیدا نمی کند، بلکه بعد از مرحله دفاع، هنگام حسابرسی و مجازات اوست که شرایط عمومی تکلیف و قصد و انگیزه باغی در این مرحله بر خلاف مرحله دفاع، مورد توجه است، بلکه تأثیری اساسی بر میزان و نوع مجازات خواهد داشت که ممکن است مصداق حد یا تعزیر باشد و نیز اگر بغی علیه حکومت بوده است، در صورتی که باغی دست یافتنی باشد، باید مجازات او متناسب با قصد و عمل ارتكابی باشد. بنابراین، کسی که نسبت به حکومت باغی است و اصول دینی و احکام مسلم آن را قبول دارد و احياناً حرکت او از روی خیرخواهی بوده و به خطا رفته است، با کسی که موارد فوق یا یکی از آنها را قبول ندارد و در پی سرنگونی حکومت دینی و ایجاد حکومت لائیک و الحادی است و یا اگر اصول و مسلمات را قبول دارد، سودجویی، دنیاطلبی و هواپرستی باعث حرکت او شده است، تفاوت خواهد داشت؛ زیرا عمل انجام شده با توجه به قصد و نیت مرتکب، عناوین متفاوتی پیدا خواهد کرد.

ص: 141

1- همان، حدیث 2.

2- همان، حدیث 3.

3- همان، ص 60، حدیث 3.

4- همان، ص 62، حدیث 11.

در مثال اول، باغی مسلمان است و باید نسبت به حق فروتن باشد، خسارات وارد شده را جبران نماید و مجازات آنچه را مرتکب شده است، تحمل کند. در مثال دوم، باغی مرتد و حکمش در اسلام، معلوم است. در مثال سوم، باغی مسلمان و محارب است که مجازاتش در قرآن تصریح شده است.

همین حالات در ارتکاب گناهان دیگر؛ از جمله تعدی به جان، مال و ناموس مردم

نیز متصور است. اگر متعدی، این امور را حلال بداند، مرتد است والا با وجود شرایط محاربه، محارب خواهد بود و تجاوز به جان دیگری به اعتقاد مهدورالدم بودن، تنها موجب خسارت است و تجاوز به مال و ناموس دیگری به توهیم مال یا همسر خود بودن، موجب حد نمی شود. بنابراین، چنان که در جرایم علیه اشخاص، تنها به عمل مرتکب توجه نمی شود، بلکه قصد و انگیزه نیز اهمیت دارد، حتی ملاک تمیز بین عناوین مختلف است، در جرایم علیه حکومت نیز این گونه است و هر اقدامی که علیه حکومت باشد، بدون کشف قصد و انگیزه مرتکب نمی تواند محارب باشد.

مرحوم شیخ طوسی برای جرم بغی و احکام مترتب بر آن، سه شرط قائل شده است:

1. تعدادبغات به قدری باشد که متفرق کردن آنها بدون تجهیز سپاه و جنگ ممکن نباشد.

2. از قبضه و سیطره امام خارج شده و به شهر یا بادیه دیگری رفته باشند.

3. بر عمل خود توجیه و تأویل داشته باشند. (1)

آنگاه نتیجه می گیرد که اگر تأویل نداشته باشند، محاربند و حد محارب بر آنها

جاری خواهد شد. (2) چنان که اگر تعداد افراد آنها کم باشد (به قول علامه، یازده نفر باشند) مثل آنهایی خواهند بود که تأویل نداشته اند و حد محارب بر آنها جاری می شود (3) و در جای دیگر می گوید: «بغی اسم ذم و کفر است.» (4)

مرحوم علامه نیز سه شرط فوق را آورده است و از شیخ و ابن ادریس نیز نقل کرده است که کم بودن تعداد، موجب می شود که افراد، محارب باشند، اما آن را ضعیف شمرده است. (5)

ص: 142

1- شیخ طوسی، مبسوط، ج 7، ص 264 - 265.

2- همان، ص 265.

3- همان، ص 268.

4- همان، ص 264.

5- علامه حلی، تجرید الاحکام، ج 1، ص 154.

مرحوم شهید ثانی می گوید: «باغی کسی است که علیه امام معصوم خروج کند؛ یک

نفر باشد، مثل ابن ملجم یا بیشتر، مثل اهل جمل و صفین.» (1)

صرف نظر از این که باغی اختصاص به قیام علیه امام معصوم علیه السلام ندارد، شرایطی که مرحوم علامه و شیخ برای تحقق جرم باغی شمرده اند نیز بدون دلیل و قابل مناقشه است.

اولا واکنش و مقابله علیه باغی و متجاوز - چه توسط طرف مورد تجاوز انجام بگیرد که به حکم عقل و روایات، این حق را دارد و یا توسط شخص ثالث که به حکم آیه شریفه طائفه و روایات، این وظیفه را دارد. نام آن دفاع است و خروج علیه امام نیز واکنش طبیعی دفاع را به دنبال دارد و تنها رعایت اصول دفاع لازم است و قصد و انگیزه باغی و متجاوز؛ ولو عابد و زاهد باشد، هیچ نقشی در داشتن حق یا وظیفه دفاع ندارد و جای شک نیست.

ثانیا کم بودن تعداد افراد نمی تواند ماهیت عمل و قصد مرتکب را تغییر دهد. بدین

وسیله نمی توان کسی را که شرایط محارب بودن را ندارد، محارب دانست.

ثالثا کسانی که توجیه دارند و احیانا به دلیل خیرخواهی یا تعصب دینی دست به

عمل زده اند، اما به خطا رفته اند، با محارب که تنها انگیزه فساد، هواپرستی و دنیاطلبی دارد، قابل مقایسه نیست، بلکه تساوی در مجازات آنها منطبق با عدالت نمی باشد و بالاخره در این که باغی، اسم ذم است، جای شک نیست و هیچ منصفی نیز باغی و تجاوز را - ولو از روی اجتهاد غلط و خطا باشد. تحسین نمی کند، اما لازمه مذموم بودن باغی، کفر نیست؛ زیرا عمل مرتکب بدون توجه به قصد و انگیزه نسبت به اعتقاد وی خنثی است. علاوه بر این، کفر بودن باغی به عنوان یک گناه، با مذهب شیعه، بلکه همه مذاهب اسلامی، غیر از خوارج که مرتکب کبیره را کافر می دانند، سازگاری ندارد و اگر مراد شیخ از کفر بودن باغی، باغی علیه امام معصوم است، تمام آنها که علیه امام معصوم قیام و یا با او مخالفت نموده اند، باید مرتد باشند و احکام ارتداد بر آنها جاری شود و اگر مراد، کفر به معنای عام است که هر گناهی در عین حال که انسان را از مسلمانی خارج نمی کند، نوعی کفر است، فرمایش شیخ مورد قبول و متین است.

ص: 143

1. ابن ابی جمهور احسائی: دعائم الاسلام في ذكر الحلال و الحرام، آل البيت، بی تا.
2. ابن ادريس حلی، ابوجعفر محمد بن منصور: كتاب السرائر، ج3، نشر اسلامي، قم، بی تا.
3. ابن كثير: تفسير الكتاب العظيم، ج 1، دار المعرفة، بيروت، 1388 هـ.
4. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1388 هـ.
5. امام خميني: تحرير الوسيلة، ج 2، چاپ سوم، دار الكتب، اسماعيليان، قم.
6. بخاری، محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة: صحيح، چاپ اول، دارالقلم، بيروت، 1407 هـ.
7. الجزيري، عبدالرحمن: الفقه على المذاهب الأربعة، ج5، چاپ اول، دارالفكر، بيروت، بی تا
8. الجصاص، ابوبكر احمد بن علي الرازي: احكام القرآن، ج 4، دار احياء التراث، بيروت، 1412 هـ.
9. حر عاملی، محمد بن حسن: وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، احياء التراث، بيروت، بی تا.
10. حلی، جمال الدين حسن بن مطهر: تحرير الاحكام، ج 2، آل البيت، بيتا.
11. حلی، جمال الدين حسن بن مطهر: مختلف الشيعة، ج 4 و 9، چاپ اول، نشر اسلامي
12. خوانساری، سيداحمد: جامع المدارك، ج 7، چاپ دوم، اسماعيليان قم، 1340 هـ.
13. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسين بن محمد: مفردات الفاظ القرآن، چاپ سوم، مرتضوی، تهران، 1371 ش.
14. رشيد رضا، سيد محمد: تفسير المنار، چاپ سوم آفست، دار المعرفة، بيروت، بيتا.
15. زحيلي: الفقه الاسلامي، ج6، چاپ سوم، دارالفكر، دمشق، 1409 هـ.
16. سرخسی، شمس الدين: المبسوط، ج 9، دار الفكر، بيروت، 1409 هـ.
17. شافعي، محمد بن ادريس: الأم، ج8، چاپ دوم، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ.
18. شهيد ثانی، زين الدين بن علی: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج 2، دفتر تبليغات اسلامي، قم، 1365 ش.
19. شهيد ثانی، زين الدين بن علی: مسالك الافهام، دو جلدی، معارف اسلامي، قم، 1419 هـ.
20. صدوق، محمد بن علی بن حسين بابويه قمی: خصال، ج 2 با ترجمه، چاپ هفتم، اسلاميه، تهران، بی تا.

21. طباطبایی، محمدحسین: تفسیر المیزان، ج 5، جامعه مدرسین، قم.
22. طبرسی، فضل بن حسن: تفسیر مجمع البیان، ج 3، چاپ اول، دار المعرفه، بیروت، 1406 هـ.
23. طبری، محمد بن جریر: تفسیر طبری (مختصر تفسیر طبری، ج 1، چاپ سوم، عالم الکتب، بیروت، 1413 هـ.
24. طریحی، فخرالدین: مجمع البحرین، چاپ سوم، نشر اسلامی، تهران، 1408 هـ.
25. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن: تفسیر تبیان، ج 3، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، 1409 هـ.
26. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن: تهذیب الاحکام، ج 10، دارصعب، بیروت، 1401 هـ.
27. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن: خلاف، ج 5، چاپ سوم، نشر اسلامی، قم، 1420 هـ.
28. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن: المبسوط، ج 8، مرتضویه، تهران، بیتا.

29. فاضل هندی (بهاء الدین محمد اصفهانی): كشف اللثام، ج 2، بیتا
30. فخر المحققین: ایضاح الفوائد، چاپ اول، قم، 1389 هـ.
31. الفراء ابویعلی، محمد بن الحسین: الأحكام السلطانية، نشر اسلامی، قم، بیتا.
32. کاظمی، جواد: مسالك الافهام الى آیات الاحكام، ج 4، مرتضویه، بی تا.
33. کریمی، علی الدر المنصور (تقریرات درس آیه الله گلپایگانی)، ج 3، چاپ اول، دارالقرآن، قم، 1417 هـ.
34. کلینی رازی، محمد بن یعقوب: فروع کافی، ج 7، چاپ دوم، دار صععب، بیروت، 1401 هـ.
35. گلپایگانی، سید محمد رضا: مجمع المسائل، ج 3، دار القرآن، قم، 1364 ش.
36. ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب البصری البغدادی: الحاوی الكبير في فقه الشافعی، ج 17، دار الفکر، بیروت.
37. مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج 33، چاپ دوم، اسلامیة، تهران، 1406 هـ.
38. مجلسی، محمدباقر: مرآة العقول، ج 12، چاپ سوم، دار الکتب، 1363 ش.
39. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن: شرایع الاسلام، ج 4، چاپ سوم، اسماعیلیان، قم، 1373 ش.
40. مقدس اردبیلی، مولی احمد: مجمع الفائدة و البرهان، ج 13، چاپ اول، نشر اسلامی، قم، 1416 هـ.
41. مقدسی، احمد بن محمد بن قدامة: المغنی، ج 8، مؤسسة التاریخ العربی، بیروت.
42. مکی العاملی، ملقب به شهید اول، محمد بن جمال الدین: اللمعة دمشقیة، چاپ پنجم، دار الفکر، قم، 1374 ش.
43. موسوی خویی، سید ابوالقاسم: تکملة المنهاج، ج 1 و 2، دارالزهري، بیروت.
44. نجفی، محمد حسن: جواهر الکلام في شرایع، ج 41 و 42، اسلامیة، تهران، 1373 ش.
45. نورى طبرسى، میرزا حسین: مستدرک الوسائل، ج 18، چاپ سوم، آل البيت، 1409 هـ.
46. هاشمی، سید محمود: مقالات فقهیه، چاپ اول، الغدیر، بیروت، 1417 هـ.

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَنْ يَرْتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَسَوْفَ يَأْتِي اللَّهَ بِقَوْمٍ يُحِبُّهُمْ وَيُحِبُّونَهُ أَذِلَّةٌ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ أَعِزَّةٌ عَلَى الْكَافِرِينَ يُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَخَافُونَ لَوْمَةَ لَائِمٍ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (1).

مقدمه

اسلام، به عنوان بزرگترین نعمت الهی، ریسمان اتحاد و برادری در بین مسلمانان و وسیله نجات از هلاکت حتمی است و باید همچون صدر اسلام در جهت استحکام اخوت که به معنای همسویی (2) است، تلاش نمود و از اهانت به دیگران که ثمره تلخ آن، به فرموده حضرت ختمی مرتبت صلی الله علیه واله : «عداوت و دشمنی در بین مسلمانان» (3) است، پرهیز نمود. تهمتهای ناروای «ارتداد و کفر» که شدیداً مورد نهی قرار گرفته است و به فرموده فرزندان پاک آن حضرت، امام باقر و امام صادق علیهما السلام : «موجب خواهد شد تهمت زنده در چاه کفر و لعنتی که ساخته دست خود اوست، گرفتار شود»، مشکلات عدیده ای را

ص: 146

1- مائده / 54

2- برادری در غیر ولادت به معنای مشارکت است. (طریحی، مجمع البحرین، ج 1، ص 22-23).

3- کلینی، اصول کافی، ج 2، ص 359، حدیث 3. 4. همان، ص 360، احادیث 5-7

بر سر راه اتحاد مسلمانان قرار داده است، به طوری که کسی از ضربات دردناک شلاق «تهمت کفر»، به دور نمانده است، در حالی که همگی بر یگانگی ذات حق و پیامبری رسول مکرم اسلام صلی الله علیه و اله اقرار داشته و به قیامت اعتقاد دارند و برای به دست آوردن نعمتهای اخروی تلاش می نمایند. پس برای بازگشت به عزت اسلامی، راهی جز تمسک به این آیه شریفه نیست که می فرماید:

وَ اعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا وَ كُنْتُمْ عَلَى شَفَا حُفْرَةٍ مِنَ النَّارِ فَأَنْقَذَكُمْ مِنْهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ (1).

ارتداد از موضوعات حساس و مهم فقهی در بین شیعه و سنی است و فی الجمله در

احکام سه گانه (قتل مرتد، جدا شدن زن از شوهر مرتد و منتقل شدن اموالش به فرزندان مسلمان) اختلافی نیست، اما این که مرتد کیست، انواع و عوامل آن کدام است و آیا توبه مرتد پذیرفته می شود یا خیر، مورد اختلاف است.

از آن جا که احکام ارتداد و فروع آن به طور مفصل مورد بحث فقها قرار گرفته

است، در این نوشتار عمدتاً به تحقیق درباره عوامل آن خواهیم پرداخت که اساس بحث ارتداد است و برای روشن شدن ارتداد به معنای مصطلح آن، ابتدا فصلی تحت عنوان کلیات می آوریم، آنگاه به عوامل ارتداد می پردازیم و در پایان، درباره توبه مرتد، مطالبی عنوان خواهیم کرد.

کلیات

اسلام چیست، مسلمان کیست؟

اسلام در لغت به معنای انقیاد و خضوع در مقابل ذات اقدس الهی است (2) و در آیه شریفه

ص: 147

1- آل عمران / 103

2- طریحی، مجمع البحرین، ج 6، ص 86

می خوانیم: « انَّ الدین عندالله الاسلام » (1) طاعت خدا جز تسلیم در برابر اوامر و نواهی او نیست. (2) و اصطلاحاً به معنای مجموعه اعتقادات و دستورات الهی است که در قالب قرآن و سنت بر مردم عرضه شده است و مسلمان کسی است که این مجموعه را (هر چند در ظاهر) پذیرفته باشد؛ در حالی که ایمان، پذیرش قلبی اسلام است. (3) از این رو گفته اند: «محل ایمان، قلب است و محل اسلام، زبان» (4)

فرد از دایره ایمان خارج نمی شود مگر به ترک آنچه صفت ایمان است و صفت

ایمان، انجام فرایض بزرگ به طور پیوسته و ترک گناهان کبیره است. (5)

در روایات متعددی ضمن تعریف اسلام و ایمان، آثار ظاهری اسلام نیز بیان شده

است که در این جا به نقل چند نمونه اکتفا می شود

سماعه از امام صادق علیه السلام نقل کرده است:

اسلام شهادت بر یگانگی خدا و تصدیق فرستاده اوست که به این وسیله خونها حفظ

می شود و نکاح و انتقال ارث صورت میگیرد. (6)

نیز صیرفی از آن حضرت آورده است:

اسلام چیزی است که موجب حرمت خون، و جوب رد امانت و حلال شدن فروج می شود، اما ثواب و اجر اخروی متعلق به ایمان است.

(7)

همچنین امام باقر علیه السلام در پاسخ اسماعیل جعفی که از دایره دین سؤال می کند، می فرماید: «دین وسیع است و خوارج به دلیل

نادانی آن را بر خود تنگ کردند». (8)

امام صادق علیه السلام در جواب مردی که معنای اسلام و ایمان را سؤال کرد، فرمودند:

اسلام همان ظاهری است که مردم برآند. یعنی به وحدانیت خدا و رسالت پیامبر اسلام صلی الله علیه واله این شهادت می دهند، نماز

اقامه میکنند، زکات می پردازند و حج به جا

ص: 148

1- آل عمران/ 19

2- شیخ طوسی، التبیان، ج 2، ص 418

3- حرانی، تحف العقول، ص 343.

4- مجلسی، مرآة العقول، ج 7، ص 124.

- 5- حرانی، تحف العقول، ص 343.
- 6- کلینی، اصول کافی، ج 2، ص 25، حدیث 5.
- 7- همان، ص 24، حدیث 1.
- 8- همان، ص 405.

می آورند و روزه می گیرند. اما ایمان شناخت قلبی ولایت است. اگر کسی شهادت را به زبان آورد، اما اقرار به ولایت نداشته باشد، مسلمان گمراه است. (1)

در باب اول از جلد اول وسائل آمده است که اسلام بر پنج چیز بنا شده است: نماز،

زکات، روزه، حج و ولایت. این امور، مظاهر و امهات اسلام است که هر مسلمانی باید آنها را بداند (2) و به آنها عمل کند.

کفر چیست، کافر کیست؟

کفر در لغت به معنای پوشش است و وجه تسمیه کفار به این نام آن است که گناه را می پوشانند. (3) به کشاورز نیز کافر می گویند چون بذر را در زمین پنهان می کند و کافر به پوسته میوه گفته می شود. (4) و کفر در آیه شریفه « وَ مَنْ كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ » (5) نیز به معنای ساطر حق است. چون کفر به معنای مطلق، اعظم از فسق (6) و فسق، به معنای خروج از ایمان است. در تحف العقول از امام صادق علیه السلام نقل شده است:

وقد يخرج من الايمان بخمس جهات من الفعل كلها متشابهات معروفات، الكفر و

الشرك والضلال والفسق وركوب الكبائر. (7)

در روایات نیز آمده است: «شارب الخمر کافر» (8) و «تارك الفريضة کافر». (9) همچنین روایت شده است: کفر در قرآن کریم پنج قسم است: 1. کفر جحود و انکار؛ 2. کفر ترک دستورات الهی؛ 3. کفر برائت؛ 4. کفر نعمت. جحود و انکار، دو قسم است: یا با قلب است و در زبان مقرر است و یا به عکس. (10) جحود لفظی این است که اگر معصیت می کند، اقرار به معصیت خود نداشته باشد.

ص: 149

1- همان، ص 24، حدیث 4.

2- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 1، ص 11، حدیث 12.

3- ابن منظور، لسان العرب، ذیل کفر.

4- مجلسی، مرآة العقول، ج 11، ص 135.

5- نور / 55

6- مجلسی، مرآة العقول، ج 11، ص 136.

7- حرانی، تحف العقول، ص 343.

8- کلینی، اصول کافی، ج 2، ص 405.

9- شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 2، ص 7.

10- کلینی، اصول کافی، ج 2، ص 389

با توجه به مطالب و روایات فوق، آشکار می شود که کفر، حقیقت شرعیه ندارد،

بلکه اعم است از معصیت خدا در عین پذیرش او و یا انکار هر یک از اصول سه گانه اسلام (توحید، نبوت و معاد) و مظاهر و احکام ضروری اسلام.

شرک و توحید

از آن جا که ممکن است ارتداد و بازگشت از دین به شرک باشد، مختصراً بحث ذیل

عنوان می شود شرک مراتبی دارد که یکی از مراتب آن، شرک در عبادت است که مشرکان عرب این گونه بوده اند. مرتبه دیگر شرک، شرک در طاعت است که در مقابل توحید در عبادت و طاعت قرار دارد. امام صادق علیه السلام در معنای آیه شریفه « وَ مَا يُؤْمِنُ أَكْثَرُهُمْ بِاللَّهِ الْآ وَ هُمْ مُشْرِكُونَ » (1)، فرموده اند: مراد از شرک در آیه، شرک طاعت است، نه عبادت. (2) در روایات دیگری، ایجاد بدعت و طاعت از شیطان و غیر خدا، شرک شمرده شده است. (3)

آنچه موجب خروج از اسلام می شود و یا کفر به معنای مطلق است، شرک در ذات و یا عبادت است و شرک در طاعت، تعبیر دیگری از معصیت خدا در جهت طاعت غیر است.

در روایتی عباس بن یزید از امام صادق علیه السلام می پرسد: مردم عوام گمان می کنند شرک پنهانتر است از مورچه در شب تاریک و روی سنگ سیاه. امام صادق علیه السلام در جواب فرمودند: بنده مشرک نمی شود، مگر این که برای غیر خدا نماز بخواند یا برای غیر خدا ذبح کند و یا غیر خدا را بخواند. (4) این روایت نیز به روشنی بیانگر این است که شرک به معنای مطلق، عبادت غیر خداست.

لغت و مفهوم ارتداد

«رد» به کسر راء و تشدید دال، اسم است به معنای بازگشت به چیزی که قبلاً

ص: 150

1- یوسف / 106

2- مجلسی، مرآة العقول، ج 11، ص 176.

3- کلینی، اصول کافی، ج 2، ص 397، احادیث 2-7.

4- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 18، ص 558.

بوده. (1) در آیات شریفه نیز کلمه «ارتد» به معنای بازگشت آمده است:

« فَلَمَّا جَاءَ الْبَشِيرُ أَلْفَاهُ عَلَىٰ وَجْهِهِ فَازْتَدَّ بِصَدْرِهِ » (2)؛ پس از آن که بشیر مژده یافت شدن یوسف علیه السلام را آورد و پیراهن او را بر رخسار یعقوب علیه السلام افکند، دیده انتظار او به وصل روشن شد.

« فَازْتَدَّا عَلَىٰ آثَارِهِمَا قَصَصًا » (3)؛ موسی و یوشع از همان جا که آمده بودند، بازگشتند.

« لَا تَزِدُّوا عَلَىٰ آدْبَارِكُمْ فَتَنقَلِبُوا خَاسِرِينَ » (4)؛ پشت به حکم خدا مکنید که زیانکار شوید.

در روایات نیز ارتداد به معانی مختلفی آمده است که پس از این به آنها اشاره خواهیم کرد.

صاحب دعائم الاسلام می گوید: معنای ارتداد، رجوع است و مرتد به کسی گفته

می شود که از چیزی خارج شود و دوباره به آن رجوع کند مثل کسی که مشرک بوده است مسلمان شده و دوباره به شرک بازگشت کند.

(5)

با توجه به آیات فوق، ارتداد نیز حقیقت شرعیه ندارد و در معانی مختلف به کار

رفته است و همچون کفر و شرک، مراتبی دارد که یکی از مراتب آن، رجوع از ایمان و ولایت است و مرتبه دیگر، رجوع از اصل دین است که این نوع ارتداد مصطلح فقهی است.

تعریف ارتداد در فقه

فقها خروج از دین را با تعابیر مختلفی تعریف کرده اند:

مرتد کسی است که بعد از اسلام کافر شود و کلمه اسلام این است که بگوید: «اشهد

ان لا اله الا الله و اشهد ان محمدا رسول الله» (6) و نیز گفته شده است: ارتداد، قطع اسلام به قول و یا فعل است (7) و یا ارتداد، رجوع از اسلام به کفر است (8).

ص: 151

1- طریحی، مجمع البحرین، ذیل رد

2- یوسف / 96

3- کهف / 64

4- مائده / 28

5- نعمان بن محمد، دعائم الاسلام، ج 2، ص 479.

- 6- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج 4، ص 183.
- 7- شهید ثانی، مسالک الافهام، ج 2، ص 125.
- 8- علامه حلی، ارشاد الاذهان، ج 2، ص 189.

در قرآن کریم آیاتی راجع به ارتداد و بازگشت از دین داریم که از جمله آیات شریفه، این است:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَنْ يَرْتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَسَوْفَ يَأْتِي اللَّهَ بِقَوْمٍ يُحِبُّهُمْ وَيُحِبُّونَهُ أَذِلَّةٌ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ أَعِزَّةٌ عَلَى الْكَافِرِينَ يُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَخَافُونَ لَوْمَةَ لَائِمٍ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (1)

ای گروهی که ایمان آورده اید! هر که از شما از دین خود برگردد بزودی خدا قومی را که بسیار دوست می دارد و آنها نیز خدا را دوست دارند و نسبت به مؤمنین سرافکننده و فروتن و به کافران، سرافراز و مقتدرند (مانند علی و شیعیانش) به نصرت اسلام برمی انگیزد که در راه خدا جهاد کنند و در راه دین از نکوهش و ملامت احدی باک ندارند. این است فضل خدا که به هر کس خواهد عطا کند و خدا را رحمت وسیع و نامنتها است و به احوال هر که استحقاق آن را دارد دانا است.

اقسام ارتداد در فقه

مرحوم شهید در مسالک می گوید: بنابر مشهور بین اصحاب، ارتداد دو قسم است: فطری و ملی. مرتد فطری آن است که نطفه اش در حالی بسته شده باشد که پدر و مادر یا یکی از آن دو مسلمان باشند. توبه این شخص قبول نمی شود و باید کشته شود. اما این جنید ارتداد را یک قسم می داند و می گوید مرتد باید توبه داده شود و اگر توبه نکرد کشته می شود که عامه نیز همین عقیده را دارند. و اطلاقات معتبر نیز بر همین رأی دلالت دارد و تقیید این مطلقات به روایت عمار خالی از اشکال نیست و روایت علی بن جعفر نیز صراحت ندارد جز این که نظر مشهور، خلاف ابن جنید است. و در مذهب شیعه بین مرتد فطری و ملی تفصیل قائل شده اند. (2) و مرتد ملی آن است که کافر بوده مسلمان شده و دوباره به کفر بازگشت نماید.

کسانی که ارتداد را دو قسم ملی و فطری می دانند، درباره مرتد فطری اختلاف نظر دارند. بعضی مرتد فطری را کسی می دانند که هنگام بسته شدن نطفه او پدر و مادر یا

ص: 152

1- مائده / 54

2- شهید ثانی، مسالک الافهام، ج 2، ص 451

یکی از آن دو مسلمان باشند که از عبارت شهید همین معنا برمی آید. و عده ای دیگر می گویند: حین تولد، پدر و مادر یا یکی از آن دو باید مسلمان باشند و قدر متیقن از مرتد فطری این است که علاوه بر موارد فوق، بعد از بلوغ نیز اسلام را اختیار کرده و موصوف به وصف اسلام باشد (1) و طفل مسلمان قبل از این که شخصا اسلام را پذیرفته باشد اگر مرتد شود کماکان در حکم اسلام است و بعد از بلوغ و قبل از این که اسلام را پذیرفته باشد اگر مرتد شود فطری نخواهد بود و باید توبه داده شود و در صورت توبه نکردن کشته خواهد شد. (2)

شرایط ارتداد و ارتداد غیربالغ

ارتداد در فقه همچون سایر تکالیف، مشروط به شرایط عامه تکلیف است که عبارتند از: بلوغ، عقل، اختیار و قصد. (3) بنابراین، ارتداد مجنون، مکره و هر کسی که با فعل یا گفتار خود قصد بازگشت از دین را ندارد هیچ گونه اثری نخواهد داشت و غیر بالغ کماکان در حکم مسلمان است (4) و فقط تعزیر می شود. (5) در مقابل این نظر، شیخ طوسی می گوید: «طفل ظاهر و باطنا مسلمان است.» (6)

مرحوم محقق اردبیلی نیز در مجمع الفائدة و البرهان، شرح ارشاد علامه، می گوید: «ظاهر این است که طفل مسلمان تنها تأدیب می شود» (7) و علامه در ارشاد می گوید: «ارتداد جدا شدن مکلف از اسلام است.» (8)

صاحب جواهر می گوید: ارتداد طفل، حکمی ندارد هر چند ممیز باشد. دلیل این قول، اجماع فقها و حدیث «رفع» است. اما شیخ با استناد به حدیث «الصبي اذا بلغ عشر

ص: 153

-
- 1- محمدحسن نجفی، جواهر، ج 41، ص 602.
 - 2- علامه، ارشاد، ج 2، ص 190؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج 2، ص 257؛ جواهر الکلام، ج 41، ص 602 امام خمینی، تحریر الوسیله، ج 2، ص 446.
 - 3- شهید ثانی، شرح لمعه، ج 2، ص 391
 - 4- محمدحسن نجفی، جواهر، ج 41، ص 602.
 - 5- شهید ثانی، شرح لمعه، ج 2، ص 392
 - 6- شیخ طوسی، مبسوط، ج 3، ص 343.
 - 7- محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج 3، ص 199.
 - 8- علامه حلی، ارشاد الاذهان، ج 2، ص 189

سنین اُقیمت علیه الحدود التامه» ارتداد طفل ممیز را پذیرفته است. (1) از علمای اهل سنت شمس الدین سرخسی در کتاب مبسوط خود می گوید: در اسلام و ارتداد طفل اختلاف است (2) و دکتر زحیلی در فقه الاسلام می گوید: «جمهور اهل سنت اسلام و ارتداد طفل را پذیرفته اند.» (3)

حکم ارتداد حین بلوغ

با توجه به این که مرتد فطری کسی است که بعد از بلوغ، اسلام را پذیرفته و وصف اسلام داشته باشد و طفل مسلمان، تنها در حکم مسلمان است و نیز با عنایت به این که ارتداد به معنای بازگشت از دین است، اگر کسی همزمان با بلوغ و قبل از پذیرش اسلام، از دین پدر و مادر خود که اسلام است، بازگشت کند، چه حکمی خواهد داشت؟ آیا این فرد، مرتد است و اگر مرتد است، فطری است یا ملی؟ این موضوع مورد اختلاف است. عده ای همچون علامه، فاضل هندی، صاحب جواهر و امام خمینی که وصف اسلام را در فطری لازم می دانند، معتقدند که وی باید توبه داده شود و اگر توبه نکرد، کشته خواهد شد و این ارتداد در حکم ارتداد ملی است. در مقابل، عده ای که ملاک فطری بودن را انعقاد نطفه دانسته اند و موصوف بودن به وصف اسلام را بعد از بلوغ، لازم ندانسته اند؛ مثلاً شهید در مسالک، می گویند: این ارتداد، فطری است و مرتد، بدون توبه دادن، کشته می شود. (4) گروه دیگری که شیخ در مبسوط به سخن آنان اشاره می کند، می گویند: در این مورد، هیچ نوع ارتدادی صادق نیست و فرد، کشته نمی شود. (5)

با توجه به ضابطه ای که برای مرتد فطری بیان کردیم و با در نظر گرفتن این که طفل مسلمان، تنها در حکم مسلمان بوده است، به نظر می رسد نظریه سوم صحیح باشد؛ چرا که این شخص سابقه اسلام یا کفر نداشته است و فرض این است که اسلام را بعد از بلوغ پذیرفته و همزمان با بلوغ از دین پدر و مادر مسلمان خود بازگشت کرده است و این

ص: 154

- 1- محمدحسن نجفی، جواهر، ج 41، ص 609.
- 2- سرخسی، مبسوط، ج 5، ص 123.
- 3- زحیلی، الفقه الاسلامی، ج 6، ص 185.
- 4- شهید ثانی، مسالک الافهام، ج 2، ص 451.
- 5- شیخ طوسی، مبسوط، ج 3، ص 343.

بازگشت فطری نیست؛ زیرا تا پیش از بلوغ، تنها در حکم اسلام بوده است، در حالی که شرط فطری بودن این است که وی پس از بلوغ موصوف به وصف اسلام باشد و این شرط تحقق پیدا نکرده است. مرتد ملی هم نیست؛ چرا که مسلمان نشده است که دوباره کافر شود. پس یا باید طفل مسلمان را همچون شیخ ظاهر و باطنا مسلمان دانست که در این صورت ارتداد همزمان با بلوغ فطری است و نظر شیخ مبنی بر این که باید او را توبه داد خلاف مبنای وی است و اگر طفل مسلمان تنها در حکم اسلام باشد، به دلایل ذیل هیچگونه ارتدادی بر عمل او صادق نیست:

1. طفل مسلمان قبل از بلوغ تنها در حکم مسلمان بوده است و چون سابقه اسلام یا کفر نداشته است ارتداد، اعم از فطری و ملی، بر او صادق نیست.

2. روایات ارتداد همچون روایت محمد بن مسلم (من رغب عن الاسلام..)، روایت

عمار (کل مسلم بین المسلمین...) (1) و روایت علی بن جعفر (سألته عن مسلم تنصر...) (2) و غیره که در باب «حد ارتداد» و سائل آمده است شامل چنین فردی نمی شود، بلکه اختصاص به کسی دارد که شخصا اسلام را بعد از بلوغ پذیرفته و آنگاه مرتد شده باشد.

3. قاعده «تدرء الحدود بالشبهات» درباره چنین فردی جاری است.

4. روایت عبید بن زراره و ابان بن عثمان (3) که در همین زمینه است «لا یرک و لکن یضرب علی الاسلام» از قتل سخنی به میان نیاورده است. بنابراین، استدلال به این دو روایت بر لزوم توبه دادن و قتل در صورت توبه نکردن، خالی از اشکال نیست.

تا این جا مطالب گفته شده علی القاعده است، اما یک روایت از امیرالمؤمنین علیه السلام به طور مرسل در فقیه نقل شده است که: «هر گاه پدر مسلمان شود، فرزندان به اسلام در می آیند و هر گاه فرزندان بالغ شوند، به اسلام دعوت و در صورت عدم قبول، کشته می شوند.» (4)

روایت فوق اگر مطلق باشد و مرتد فطری و ملی را شامل شود (یعنی هم فرزندی که نطفه اش بر اسلام منعقد شده و هم فرزندی که بر اسلام منعقد نشده است) سخن

ص: 155

1- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 8، ص 544.

2- همان، ص 545.

3- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 18، ص 546، حدیث 1 و 2.

4- همان، ص 549؛ صدوق، فقیه، ج 3، ص 92.

صاحب جواهر مبنی بر این که ارتداد حین بلوغ در حکم ملی است صحیح است. و اگر تنها شامل مرتد فطری باشد، اصل، عدم جواز قتل ملی است. اگر روایت بر مرتد ملی حمل شود، جواز قتل فطری با اولویت ثابت خواهد شد و ظاهر روایت نیز همین است. در این صورت، این روایت تکلیف روایت عبید و ابان را نیز روشن خواهد کرد و اصولی که اشاره شد، با این نص جاری نخواهد بود. اما به نظر می رسد روایت خالی از اشکال نباشد.

اگر فرض کنیم مرسلات صدوق مسند است؛ خصوصاً در روایت عبارت «قال

علی علیه السلام» آمده و مستقیماً به امام علیه السلام نسبت داده شده است که این امر، اعتماد صدوق را به روایت می رساند، باز هم این اشکال هست که ظاهر روایت به مسلمان شدن یا مسلمان بودن پدر اختصاص دارد در حالی که از نظر فقها بین این که پدر مسلمان باشد یا مادر تفاوتی نیست. اگر این ایراد و نیز مرسل بودن روایت به گونه ای حل شود، نظر گروهی از فقها که می گویند مرتد همزمان با بلوغ و پیش از در آمدن به وصف اسلام توبه داده می شود و در حکم مرتد ملی است و در صورت توبه نکردن، کشته می شود، صحیح خواهد بود.

عوامل ارتداد

1. انکار هر یک از اصول سه گانه

دین مبین اسلام، مبتنی بر اصول سه گانه (توحید، نبوت و معاد) است و هر کس یکی از این اصول را انکار کند، کافر یا مرتد است.

این نظر، مورد اتفاق همه مسلمانان است. همچنین هر گفته و یا عملی که به انکار هر یک از این اصول بازگردد و ابراز کننده آگاهی و شرایط تکلیف را داشته باشد موجب کفر به معنای مطلق و ارتداد است و نیز اعتقاد به جبر و تشبیه از نظر عدلیه کفر است، اما به دلیل این که این اشخاص خود را مسلمان می خوانند و شهادتین می گویند ارتداد آنها را

اگر مراد عدلیه از کفر اهل تشبیه و جبر و غیره، کفر به معنای مطلق و خروج از دین اسلام باشد مرتکب تناقض شده اند؛ چرا که اطلاق کفر بر آنان از یک سو و حکم به عدم ارتداد به دلیل اظهار شهادتین، از سوی دیگر ممکن نیست؛ زیرا این اشخاص، مسلمان زاده اند و اگر کافر باشند، قطعاً باید مرتد باشند، و کافر شدن مسلمان، جز به ارتداد نیست. بنابراین، چنین افرادی، به همان دلیل که نمی توانند مرتد باشند، کافر نیز نمی توانند باشند. حق این است که این گونه اعتقادات که به نظر دیگران و حتی در واقع با معاد یا توحید منافات دارد، گر چه به استناد بعضی روایات نوعی کفر است اما نمی توان آن را به معنای مطلق و خروج از دین دانست چرا که این افراد اصول اسلام و اجما آنچه را جزو اسلام است، پذیرفته اند که اظهار شهادتین یا نام مسلمان بر خود نهادن بیانگر این امر است. حال اگر کسی ناخواسته یا ندانسته منکر امری از اعتقادات (غیر از اصول سه گانه که اجمالا پذیرفته است). شود و یا حکمی را که در واقع از اسلام است از اسلام نداند، به معنای انکار اسلام نیست. ادعای این شخص این است که این امر از اسلام نیست و یا فلان امر از اسلام هست در حالی که این اعتقاد، خلاف واقع است و این غیر از قبول نداشتن اسلام است. بعلاوه، اگر هر کس که به دلیل جهل، منکر انتساب یا عدم انتساب امری به اسلام شود، کافر مطلق محسوب گردد، شاید به استثنای معصومین علیهم السلام مسلمانانی یافت نشود؛ چرا که هیچ کس احاطه بر تمام اسلام؛ اعم از اصول اعتقادات و فروع آن ندارد و ممکن است چیزی را زیاد یا کم کند که ربطی به اسلام ندارد.

قبلاً در معنای اسلام، روایاتی را بیان کردیم که بر اساس آنها اعتقاد به ظاهر اسلام

در مسلمانانی کافی است، و لو این که فرد از دل اعتقاد نداشته باشد؛ حال چگونه ممکن است شخصی یا فرقه ای که عمیقاً اسلام را به طور اجمال پذیرفته است، به دلیل یک اشتباه، کافر و یا مرتد باشد، با این که قصد خروج از دین را که یکی از شرایط عامه است، نداشته باشد و حتی بر عقیده خود مبنی بر جبر یا تشبیه به ظواهر قرآن استدلال می کند؟

ص: 157

1- شیخ طوسی، التبیان، ج3، ص 558. تفصیل این بحث را حاج آقا رضا همدانی در مصباح الفقاهة، ج 1، ص 569 آورده است.

2. انکار خاتمیت حضرت محمد صلی الله علیه واله

اصولاً- هر مسلمانی به پیروی از آیه شریفه « ما كان مُحَمَّدٌ ، أباً أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَ لَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَ خَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَ كَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَليماً » (1) پیامبر اسلام را خاتم پیامبران جامعه بشری تا روز قیامت می داند.

آیه شریفه بر این امر صراحت دارد و تمامی مفسران خاتم را «پایان دهنده» معنا

کرده اند.

علاوه بر این در روایات متعددی همچون «حلالی حلال الی یوم القیامه» (2) و «أنت منی بِمَنْزِلَةِ هَارُونَ مِنْ مُوسَى إِلَّا أَنَّهُ لَانَبِي بَعْدِي» (3) و «انا خاتم النبیین جنت فتختمت الانبیاء» (4) و احادیث دیگر بر این امر تصریح شده است که وضوح مطلب ما را از بحث بیشتر درباره آن بی نیاز می کند.

با توجه به مسلم بودن خاتمیت حضرت محمد صلی الله علیه واله اگر کسی منکر آن شده و معتقد باشد که پیامبر دیگری ظهور کرده و اسلام را منسوخ بداند قطعاً مرتد است چرا که منکر دین است و یکی از اصول سه گانه را قبول ندارد. اما اگر اعتقاد به خاتمیت آن حضرت نداشته باشد در عین حال معتقد باشد که تاکنون پیامبر دیگری ظهور نکرده است ممکن است دو نظر وجود داشته باشد:

1. اگر چه این شخص کماکان اسلام را قبول دارد و مسلمان است اما منکر ضروری دین شده است و انکار ضروری دین - هر چند موجب انکار دین نشود - از عوامل مستقل ارتداد است.

2. نظریه دوم این است که اگر انکار خاتمیت بازگشت به انکار یکی از اصول دین

کند، منکر کافر یا مرتد است و در غیر این صورت مرتد نیست چرا که همچنان اصول سه گانه را قبول دارد و شهادتین می گوید. در این باره در مبحث منکر ضروری دین بیشتر سخن خواهیم گفت.

ص: 158

1- احزاب / 40

2- مجلسی، بحار الانوار، ج 2، ص 360.

3- ابن حجر، صواعق المحرقة، ص 177.

4- صحیح مسلم، ج 4، ص 179

اگر کسی مدعی نبوت شود، طبعاً حضرت محمد صلی الله علیه واله را قبول ندارد و با ادعای شریعت جدید، اسلام را منسوخ می داند، پس مدعی پیامبری، منکر اسلام است و آنها که از او پیروی نمایند نیز مرتد می باشند. در سال دهم هجرت که مسیلمه کذاب از یمامه ادعای پیامبری کرده بود دو نفر را نزد پیامبر اسلام صلی الله علیه واله فرستاد. حضرت به آن دو نفر گفت:

اگر شما به عنوان فرستاده نیامده بودید هر آینه کشته می شدید، چون قبلاً مسلمان

بوده اند و اکنون مرتد شده اید. (1)

در کتاب شریف بحار به نقل از علل الشرایع از حضرت رضا علیه السلام روایت شده است:

... شریعت محمد صلی الله علیه واله تا روز قیامت نسخ نمی شود و پیامبری بعد از او نخواهد آمد پس هر کس ادعای پیامبری کند و مدعی کتابی غیر از قرآن شود خونش مباح است. (2)

شیخ طوسی در تهذیب الاحکام از ابن ابی یعفور از امام صادق علیه السلام نقل می کند که: «مدعی پیامبری کشته می شود.» (3) ابن ادریس در سرائر می گوید: «هر کس ادعای پیامبری کند، خونش مباح است.» (4) مرحوم مفید در مقنعه می گوید:

هر کس بعد از پیامبر اسلام ادعای نبوت کند، بر خدا! دروغ بسته است و هر کس شریعت خدا را تغییر دهد، گمراه و کافر است و اهل آتش می باشد، مگر این که توبه کرده و به حق باز گردد. (5)

مرحوم ابن فهد حلی در مهذب البارع میگوید:

مدعی نبوت کشته می شود. همچنین کسی که بگوید نمی دانم محمد صادق است یا خیر

ص: 159

1- جعفر سبحانی، فروغ ابدیت، ج 2، ص 482.

2- مجلسی، بحار الانوار، ج 11، ص 304.

3- شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 10، ص 141.

4- ابن ادریس، سرائر، ج 3، ص 533.

5- شیخ مفید، مقنعه، ص 30.

کشته می شود. (1)

مرحوم جواد مغنیه به نقل از جواهر گفته است که مدعی نبوت قتلش بالا جماع واجب است. (2)

ابن قدامه از اهل سنت در مغنی می گوید: پیامبر فرموده است:

روز قیامت نمی شود مگر این که سی نفر دروغگو ظاهر شوند و هر یک ادعای پیامبری کنند... هر کس ادعای پیامبری کند یا مدعی را تصدیق کند، مرتد است. (3)

بنابراین، جای تردید نیست که مدعی پیامبری، مرتد است و همه مسلمانان در این

امر اتفاق نظر دارند.

4. اهانت به پیامبر صلی الله علیه و آله

اشاره

هر کس به پیامبر اسلام اهانت کند، چه مسلمان باشد یا کافر، کشته می شود؛ اگر مسلمان بوده مرتد است چرا که لازمه اهانت قبول نداشتن و رد آن حضرت است و بازگشت این عمل زشت به کفر و ارتداد از نظر عقل روشن و مورد اتفاق فقها نیز هست. اما اگر اهانت کننده مسلمان نباشد به دلیل روایات و اتفاق مسلمانان او هم باید کشته شود. قابل ذکر است که هر کس به یکی از ائمه طاهرين اهانت کند باید کشته شود. این حکم مورد اجماع فقهاست (4) ولو ظاهرا مسلمان بوده و به اصول سه گانه اقرار داشته باشد.

انکار امامت ائمه دوازده گانه

همان گونه که در لغت ارتداد آوردیم، مرتد کسی است که به آنچه قبلا بوده است،

ص: 160

-
- 1- ابن فهد حلی، مهذب البارع، ج 5، ص 75
 - 2- محمد جواد مغنیه، فقه امام صادق علیه السلام، ج 6، ص 290، بیروت.
 - 3- ابن قدامه، مغنی، ج 8، ص 150.
 - 4- محقق حلی، مختصر النافع، ج 5، ص 75؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج 7، ص 109؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد 18، باب 25 - 27، ص 458 - 464.

بازگشت کند. این معنایی است عام. ارتداد همچون ایمان و کفر مراتبی دارد که یکی از مراتب آن، بازگشت از اصل دین است، که بحث آن گذشت، و مرتبه دیگر آن، ارتداد از ایمان و ولایت اهل بیت عصمت علیهم السلام است. از امام صادق علیه السلام نقل شده است که فرموده اند:

بعد از شهادت امام حسین علیه السلام تمام مردم به جز سه نفر: ابوخالد کابلی، یحیی بن ام طویل و جبیر بن مطعم مرتد شدند، سپس دوباره به ائمه روی آوردند و تعداد شیعیان زیاد شد. (1)

همچنین از امام باقر علیه السلام نقل شده است که:

مهاجران و انصار بعد از فوت پیامبر صلی الله علیه واله مرتد شدند مگر سه نفر: سلمان، ابوذر و مقداد. (2)

مراد از ارتداد در این روایات، به قرینه روایات دیگر، بازگشت از ولایت و امامت

است. (3) تاریخ هم نشان می دهد که مردم از دین روی گردان نشدند بلکه بر ظاهر اسلام باقی بودند گرچه از امامت و اهل بیت علیهم السلام رویگردان شدند که اینان به فرموده امام صادق علیه السلام مسلمان گمراهند. (4)

بازگشت و روی گردانی از ولایت و امامت در هر یک از موارد دلائلی داشته است که دنیاطلبی و حسادت (5) از آن جمله است. این افراد در عین این که مسلمان بودند عصیان کردند و دست از ولایت برداشتند و یا به عکس نسبت به ائمه علیهم السلام گرفتار غلو شدند. چنین حوادثی در عصر بسیاری از ائمه علیهم السلام اتفاق افتاده است که منجر به انشعاب مذهب امامیه نیز شده است. (6) در هر حال، این نوع ارتداد به معنای خروج از دین نیست. البته بعضی می گویند: امامت ضروری دین است و منکر ضروری دین مرتد است که این

ص: 161

1- مجلسی، بحار الانوار، ج 46، ص 144، و ج 74، ص 220.

2- کلینی، اصول کافی، ج 2، ص 244.

3- مجلسی. مرآت العقول، ج 9، ص 290.

4- کلینی، اصول کافی، ج 2، ص 24، حدیث 4.

5- سید حسن صدر، تأسیس الشیعه، ص 150.

6- مجلسی، بحار الانوار، ج 37، ص 1-24، به نقل از مفید.

نظریه با دلایلی چند که در ذیل به آنها اشاره می شود، صحیح نیست:

1. انکار ضروری دین آنگاه کفر یا ارتداد است که انکار کننده بداند انکار آن به منزله انکار شریعت است. اما معلوم نیست که منکر امامت بر این امر آگاهی داشته باشد. (1) و در روایاتی که منکر امامت کافر شمرده شده، کفر به معنای معصیت و رجوع از امامت است.

2. وجود نصوص متواتری حاکی از این که اسلام عبارت است از پذیرش اصول سه گانه و پذیرش اسلام به طور اجمالی ولو در ظاهر.

3. ضرورت مذهب و سیره ائمه علیهم السلام که با کیسانیه، واقفیه، فطحیه و بنوفضال و ... معاشرت داشته اند و حتی تعدادی از آنها از راویان ثقه می باشند، در حالی که ائمه می توانستند آنان را از خود برانند و با آنان همچون مرتد رفتار کنند. بنابراین، باید گفت «اینها مسلمان منحرفند». (2)

محارب امام معصوم

به رغم روایات متعددی که دلالت بر کفر این گروه می کند، سیره امام علی علیه السلام با اهل جمل، نهروان و صفین به گونه دیگری است که به چند قطعه از تاریخ و سیره آن حضرت اشاره می کنیم

در مسجد کوفه گروهی به علی علیه السلام اهانت کردند. حضرت فرمود: «آنها را قبل از این که دست به جنگ بزنند، نباید کشت.» همچنین زمانی که حضرت خطبه می خواند، خوارج گفتند: «لا حکم الا لله» حضرت فرمود:

این سخن حقی است که از آن باطل اراده شده است. شما را از مسجد منع نمیکنم و تا زمانی که دست شما در دست ماست و جنگ نکنید، دادن فیء را به شما ادامه میدهم.

نیز در روز جمل فرمود:

پشت کننده را تعقیب نکنید، اسیر را نکشید، به مجروح ضربت نزنید، کشف ستر نکنید و

ص: 162

1- ملا احمد نراقی، مستند الشیعه، ج 2، ص 35.

2- سید محمد شیرازی، الفقه، ج 88، ص 268؛ شیخ طوسی، مبسوط، ج 7، ص 269.

همچنین اموال اهل نهروان را رها کرد، و چون در جمل به او گفتند: «آیا به ما غنیمت نمی دهی؟» آن حضرت فرمود: «چه کسی عایشه را می گیرد؟!» (1) در جنگ نهروان گفت: «شما جنگ را آغاز نکنید.» از او پرسیدند: «اهل نهروان کافرند؟» حضرت در جواب فرمود: «آنها از کفر ریمده اند.» دوباره پرسیدند: «آیا منافقند؟» حضرت فرمود: «منافقین بندرت یاد خدا می کنند.» تا این که سرانجام فرمود: «اینها مردمانی هستند که گرفتار فتنه شده اند.» همچنین در وصیت خود به امام حسن علیه السلام گفت:

با اسیر خود خوش رفتار باش! اگر زنده ماندم، خودم می دانم و اگر شهید شدم، فقط با یک ضربت، او را قصاص کنید. (2)

و نیز آمده است که پیامبر صلی الله علیه و اله به علی علیه السلام فرمود: «من بر نزول قرآن جنگیدم و تو بر تأویل آن خواهی جنگیدی.» (3)

پیامبر صلی الله علیه و اله این مردم را مصداق آیه شریفه «و مایؤمن اکثرهم بالله الا و هم مشرکون» (4) می داند و از سوی دیگر، امام صادق علیه السلام فرموده اند: «مراد از شرک در این آیه، شرک در طاعت است، نه عبادت» (5) علی علیه السلام از پیامبر صلی الله علیه و اله سؤال می کند: «یا رسول الله اینها که با من جنگ خواهند کرد اهل فتنه اند یا اهل رد؟» حضرت می فرماید: «اهل فتنه اند.» (6)

و از طرف دیگر، روایاتی نقل شده است که صراحت در کفر این مردم دارد. امام باقر علیه السلام از جابر و او از پیامبر صلی الله علیه و اله نقل نموده است که:

آیا خبر دهم به شما که بعد از من این مردم به کفر بازگشت میکنند و بعضی گردن بعضی دیگر را می زنند؟ (7)

ص: 163

-
- 1- مجلسی، بحار الانوار، ج 32، ص 223؛ سرخسی، مبسوط، ج 5، ص 126؛ شیخ طوسی، مبسوط، ج 7، ص 264.
 - 2- مجلسی، بحار الانوار، ج 42، ص 206؛ ابن قدامه، مغنی، ج 8، ص 106
 - 3- مجلسی، بحار الانوار، ج 32، ص 295 و 308.
 - 4- همان، ص 297
 - 5- مجلسی، مرآة العقول، ج 11، ص 175.
 - 6- مجلسی، بحار الانوار، ج 32، ص 298.
 - 7- همان، ص 291.

و نیز آمده است که علی علیه السلام به اصحاب معاویه و اهل شام نظر کرد و گفت:

به خدایی که دانه را شکافت و خلق را آفرید، اینها بظاهر ادعای اسلام نمودند و کفر را در دلهایشان پنهان داشتند و آنگاه که یارانشان زیاد شدند، به عداوت و کفرشان بازگشتند، جز این که نماز را ترک نکردند. (1)

از اصبح بن نباته نقل شده است که مردی به نزد علی علیه السلام آمد و گفت:

اینها که با ما در جنگند، همانند ما دعوتشان اسلام است، یک پیامبر را قبول داریم و

همچون ما نماز اقامه میکنند. پس نام اینها چه باید باشد؟

امام فرمودند:

نام کفر که در قرآن بر آنها نهاده شده است: «و لکن اختلفوا فمنهم من آمن و منهم من كفر». (2)

با توجه به بحث اسلام و کفر در فصل اول و سیره امام علی علیه السلام و دسته اول روایات شاید بتوان به این نتیجه رسید که بسیاری از این مردم، خصوصاً سردمدارانشان، دلهایی لبریز از کفر و عناد داشته اند و در ظاهر ادعای مسلمانی می کرده اند و رفتار علی علیه السلام بر مبنای ظاهر آنان بوده است. به همین دلیل که آنان ظاهر مسلمان بوده اند، فقها باب خاصی تحت عنوان بغات باز کرده اند و به عنوان اهل رد از آنها بحث نشده است. به عنوان مثال مرحوم شهید اول در لمعه (که به گفته خود او در آخرین سطور کتاب، احکام ذکر شده در این کتاب موافق با نظر مشهور فقهاست) می گوید: فصل چهارم راجع به بغات است و هرکس بر امام معصوم خروج کند باغی است و با او همانند کفار جنگ خواهد شد و آنها که دارای گروه و مرکزیت هستند مجروحشان کشته می شود... و اگر مرکزیت نداشته باشند (مثل خوارج) فقط متفرق می شوند. وی در ادامه می گوید: «قول اصح این است که اموالشان مطابق تقسیم نمی شود». (3) مرحوم شیخ طوسی می گوید: «محارب علی کافر و مخالف او فاسق است». (4) که به قرینه گفته دیگر او درباره کفر مجبره

ص: 164

1- همان، ص 325.

2- همان، ادامه حدیث 290.

3- شهید ثانی، شرح لمعه، ج 2، ص 223.

4- مجلسی، بحار، ج 32، ص 325، به نقل از شیخ.

که نسبت به آن ادعای اجماع کرده، اما به دلیل این که ظاهراً مسلمانند در حکم ارتداد آنها تردید کرده است (1) می توان گفت مراد از کفر محارب علی علیه السلام نیز همان کفر باطنی است که با ظاهر اسلامی منافاتی ندارد و در مبسوط به این مطلب تصریح کرده است. (2) گذشته از این، در صدر اسلام منافقان کاملاً برای مردم شناخته شده بودند، در عین حال رفتار با آنها همانند یک مسلمان بود و بر جنازه شان نماز گذاشته می شد، اما بعد از تکبیر آخر لعنت می شدند. (3) ابن ادریس نظر شیخ را در مبسوط نقل می کند که: «بعد از تمام شدن جنگ هر کس احق به مال خود است و اگر مالش را نزد دیگری یافت می تواند بگیرد، به دلیل روایت ابن عباس: «المسلم اخ المسلم و لایحل له دمه و ماله الا بطیبة من نفسه» و حضرت علی علیه السلام فرموده اند: «آنها به حرمت اسلام محترمند پس اموالشان

حلال نیست». سید مرتضی می گوید: «اموال اهل بغی مانند اموال اهل حرب به غنیمت برده نمی شود و در این موضوع خلافتی نمی شناسم». (4) با توجه به مطالب فوق، نظر بسیاری از فقها بر نجاست ظاهری این اشخاص قابل تردید است ولو ضرر و زیانی که این عده از مسلمان نمایان به اسلام دارند از کنار اصلی هم بیشتر باشد چرا که اطلاق کفر بر اینها به معنای مطلق نیست و روایاتی که ظاهر در نجاست آنهاست از نظر دلالت قابل مناقشه است. (5)

5. انکار ضروریات دین

اشاره

ضروری دین یعنی چیزی که وجود آن در دین، مسلم و قطعی است، اما این که این امر از دید چه کسی یا کسانی باید قطعی و مسلم باشد تا منکر آن مرتد باشد، مورد اختلاف است. عده ای می گویند باید مورد اتفاق اهل حل و عقد از تمام مسلمانان باشد و اگر در آن اختلاف باشد کافی نیست. نظریه دوم این است که اگر مورد اجماع شیعه هم باشد

ص: 165

1- شیخ طوسی، التبیان، ج 3، ص 558. و.ر.ک: حاج آقا رضا همدانی، مصباح الفقاهه، ج 2، ص 568.

2- شیخ طوسی، مبسوط، ج 7، ص 264.

3- شهید اول، لمعه، ص 43، نماز میت.

4- ابن ادریس، سرائر، ج 2، ص 16-18؛ شیخ طوسی، مبسوط، ج 7، ص 266.

5- آقا رضا همدانی، مصباح الفقاهه، ج 2، ص 568.

کافی است. (1) و نظریه سوم این است که اگر برای خود منکر - ولو به برهان عقلی - ثابت شود که امری از دین است و آن را انکار کند، مرتد است. (2)

از بین نظرات فوق ما نظر سوم را انتخاب می کنیم، گرچه در صورت اتفاق جمیع

مسلمانان بر امری لاجرم (در صورت اطلاع از این اتفاق برای شخص نیز علم حاصل می شود. بنابراین، نظریه اول نیز صحیح است، اما جامع نیست.

در توضیح باید گفت آنچه در روایات آمده این است که منکر حکم خدا کافر است. اما از آن جا که بعضی از منقولات ممکن است حکم دین نباشد فقها قید ضروری دین بودن یا «ما علم کونه من الدین ضرورة» را اضافه کرده اند تا معلوم باشد آنچه مورد انکار قرار گرفته است در واقع هم حکم دین است. ابزار رسیدن به این که حکمی در واقع جزو دین است، اجماع و یا اتفاق مسلمین است و نیز ممکن است تنها برای منکر علم حاصل شود که حکمی از اسلام است و آن را انکار کند، ولو مورد اجماع نباشد و حتی روایتی هم درباره آن نرسیده و تنها با برهان عقلی برای او ثابت شده باشد. در موردی که اجماع وجود دارد و برای منکر هم علم حاصل شده است و نیز موردی که تنها برای منکر علم حاصل است، انکار حکم نمی تواند جدا از انکار اصل دین باشد و در این دو مورد منکر در واقع اصل دین را قبول ندارد. لذا در صورت دوم تفاوتی نمی کند که آنچه به نظر منکر از دین بوده است و انکار کرده در واقع هم از دین باشد یا نباشد، چرا که نظر واقعی در این فرض انکار اصل دین است. تفاوتی که بین دو مورد وجود دارد عبارت است از تفاوت علم یک شخص با علم تمام اهل حل و عقد در مطابقت آن حکم با واقع و عدم آن. اما از این جهت که هر دو بازگشت به انکار اصل دین دارند، تفاوتی نیست. حال باید دید آن جا که منکر جاهل است و امری از دین را انکار می کند، چه باید گفت؟ عده ای من جمله صاحب جواهر می گویند: انکار ضروری دین (که ما از آن تعبیر به حکم مسلم دینی کردیم) مطلقاً موجب ارتداد است چه به انکار اصل دین برگشت کند و چه برگش نکند و چه منکر علم داشته باشد و چه نداشته باشد. (3) در مقابل، گروه دیگری می گویند:

ص: 166

1- شهید ثانی، شرح لمعه، ج 2، ص 391.

2- محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج 3، ص 198.

3- محمد حسن نجفی، جواهر، ج 41، ص 601

منکر باید عالم باشد والا مرتد نیست. برای اثبات نظریه اول به اطلاقات روایات و فتوای اصحاب استدلال شده است که منکر حکم خدا کافر است. از جمله روایات، روایت «فمن ترك فريضة من الموجبات فلم يعمل بها و جحدها كان كافرا» (1) و روایات باب دوم احکام ماه رمضان (2) است. روایت اول از باب دوم، روایت برید عجلی از امام باقر علیه السلام است که: «امام می تواند کسی را که سه روز روزه را افطار کرده است و آن را حلال دانسته بکشد». در روایت دوم سماعه از آن حضرت نقل می کند: «کسی که سه روز روزه را افطار کرده است، روز سوم کشته می شود. در روایت سوم آمده است: «کسی که پیامبر صلی الله علیه واله را قبول نداشته و افطار کرده...» و در روایتهای چهارم و پنجم می گوید: «هرکس یک روز از ماه رمضان را افطار کند از ایمان خارج است». مجموع این روایات و روایاتی که می گوید منکر حکم خدا کافر است، برای اثبات این که منکر - هر چند جاهل باشد - مرتد است، مورد استدلال قرار گرفته است. اما این نظریه جدا مورد اشکال است و روایاتی را که در آنها منکر حکم خدا، کافر شمرده شده است، باید حمل بر عالم کرد و در دو روایت دیگر که می گوید: «من افطر يوما من شهر رمضان خرج من الايمان» باید خروج از ایمان را به معنای معصیت دانست، که در روایت تحف العقول به آن اشاره کردیم. همچنین روایاتی که در آنها حکم به قتل داده شده است یا به قرینه روایت سوم، حمل بر انکار دین می شود و یا حمل بر تکرار گناه، مثل تکرار زنا یا غیر محصن، سرقت، قذف و غیره که با تکرار آنها، مجرم به قتل می رسد و قتل، دلیل بر خروج از اسلام نیست.

با توجه به اشکالاتی که بر دلالت روایات وارد است، نمی توان کسی را که مدعی

مسلمان بودن است و از روی جهل، حکمی را رد کرده است، به اتهام خروج از دین، محکوم به قتل و ارتداد کرد. علاوه بر این، اگر منکر حکم خدا - هر چند جاهل باشد - مرتد شمرده شود، غیر از معصوم، کسی از این حکم در امان نیست؛ زیرا ضروری بودن یا نبودن، نسبت به ماست و عموم احکام در واقع با یکدیگر برابرند. شاید فلسفه این که به رغم روایاتی که تنها می گوید «من لم يعمل و جحدها كان كافرا» فقها قید ضروری بودن یا «ما علم كونه من الدين ضرورة» را اضافه کرده اند، همین باشد که علم و جهل در

ص: 167

1- شیخ حر عاملی، وسائل، ج 1، ص 20-23.

2- همان، ج 7، ص 178، باب 2، احکام ماه رمضان.

این حکم نقش دارد. و بسیاری از احکام به دلیل ناکافی بودن دلیل رد می شود و چه بسا فتاوا در طول زمان تغییر می کند و در واقع، آنچه منکر جاهل رد می کند، حکم خدا نیست، بلکه نسبت داشتن آن را به خدا و پیامبر رد می کند، به طوری که اگر بداند حکم خدا یا پیامبر است، آن را خواهد پذیرفت، و همین است حال مسلمانی و معنای آن.

خلاصه این که انکار ضروری دین از عوامل مستقل ارتداد نیست و عده ای بر این امر تصریح کرده اند که اگر این انکار به انکار اصل دین بازگردد، منکر مرتد است و بازگشت به انکار دین در صورتی است که منکر علم داشته باشد. (1) روایات مربوط به تعریف اسلام و ایمان و روایات مربوط به مستضعفان دینی و برداشتن حکم از آنها (2) نیز دلیل بر این امر است. و در روایتی که مرحوم مجلسی آن را معتبر می داند، امام باقر علیه السلام فرموده اند:

مستضعف، زنهار و کودکان شمایند، آیا دیده اید ام ایمن را؟ من شهادت می دهم که او اهل بهشت است، اما آنچه را شما از امر امامت می دانید، او نمی دانست. (3)

از همین جاست که می گویند جاهل مکلف است، اما در عمل معذور است و عادات کسی که جاهل است، منکر هم هست.

تا این جا عواملی را برای ارتداد برشمردیم که تمام آنها در واقع بازگشت به انکار

دین دارند. حال باید دید مرتد فطری مطلقاً محکوم به مرگ است یا باید بین کسی که با نیت و انگیزه دنیایی و از سر هواپرستی مرتد می شود با کسی که به دلیل وجود شبهه ای مرتد شده است که از دید خود او همراه با برهان عقلی است، فرق گذاشت.

ارتداد به دلیل شبهه واقعی

قبلاً اشاره کردیم که ابن جنید ارتداد را یک قسم می داند و معتقد است در همه موارد

مرتد باید توبه داده شود که همان دعوت به اسلام است و شهید ثانی نیز این نظریه را تقویت کرد، گرچه نظر مشهور را پذیرفته است. حال بر فرض قبول نظریه مشهور و

ص: 168

1- فاضل هندی، کشف اللثام، ج 1، ص 42؛ نراقی، مستند الشیعه، ج 2، ص 35؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج 2، ص 102؛ سید محمد شیرازی، الفقه، ج 88، ص 403.

2- کلینی، اصول کافی، ج 2، ص 403.

3- همان، ص 405

صحت استدلال به روایت علی بن جعفر علیه السلام و عمار ساباطی - که سابقاً به آنها اشاره کردیم - باید گفت این دو روایت اشاره ای ندارد که آیا ارتداد به دلیل شبهه واقعیه است یا به دلیل هواپرستی و از این لحاظ مطلق است. و عمل به این اطلاق با حکم عقل منافات دارد. آیه شریفه: «لا اکراه فی الدین» نیز مؤید حکم عقل است که مختصراً به این دو موضوع (آیه و حکم عقل) اشاره می شود:

1. بدون تردید، حکم ارتداد با اهداف هواپرستانه (که غالباً این گونه است) قتل

است و منافاتی با حکم عقل ندارد. آیه شریفه: «انَّ الَّذِینَ اِزْتَدَوْا عَلٰی اَدْبَارِهِمْ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُمُ الْهُدٰی الشَّیْطٰنُ سَوَّلَ لَهُمْ وَاْمَلٰی لَهُمْ» (1) نیز ارتداد پس از روشن بودن حق را نکوهش می کند و آن را نتیجه فریب شیطان، یعنی ترغیب او به هوای نفس، می داند. اما اگر ارتداد به دلیل شبهه واقعیه باشد، لزوم قتل مرتد بدون ارشاد و استتابه، یا حکم عقل و اصل مسلم «لزوم اعتقاد به اصول با برهان عقلی» - که این لزوم نیز عقلی است - (2) منافات دارد و تکلیف شاک به یقین ممکن نیست. (3) علاوه بر این، چنان که یادآور شدیم، یکی از شرایط عامه تکلیف، عاقل بودن مرتد است و اگر بنا باشد مرتد - هر چند به دلیل شبهه واقعیه - بدون ارشاد کشته شود، عاقل بودن یا نبودن او چه نقشی می تواند داشته باشد؟! بنابراین، قتل مرتد قبل از ارشاد و رفع شبهات، معقول نیست و حکمت شرطیت عقل و سایر شرایط عامه در احکام، این است که حجت بر او تمام و جرم به او تفهیم شده باشد. به طوری که خود وجداناً معترف به جرم باشد. تفهیم و اعتراف به جرم در مورد بحث ما، که از اصول اعتقادی است، به حکم عقل است و اگر عقل این شخص به این مرحله از اعتقاد نرسیده باشد به منزله عدم بیان است و عقاب بلایان در هر حال قبیح است.

2. آیه شریفه: «لا اکراه فی الدینِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ...» (4)

گفته اند که شأن نزول این آیه، ماجرای مردی از انصار است که غلام خود جبیع را به اسلام مجبور می کرد یا مردی به نام ابا الحصین که فرزندان او توسط تجار، نصرانی شده و به شام رفته بودند. (5) همچنین گفته اند این آیه درباره زنی است که فرزندان انصار را شیر

ص: 169

1- محمد/25

2- مجلسی، مرآة العقول، ج 7، ص 134.

3- سید محمد شیرازی، الفقه، ج 88، ص 272.

4- بقره / 256

5- طبرسی، مجمع البیان، ج 1 و 2، ص 630

می داده و آنها را یهودی کرده است. (1) به هر حال، شأن نزول آیه هرچه باشد نمی تواند تأثیری در عموم و کلیت آن داشته باشد چرا که مورد، مخصوص واقع نمی شود. بنابراین، آیه اختصاص به اهل کتاب یا قوم خاصی از انصار نداشته و نسخ نیز نشده است. (2) قول مشهور نیز همین است و بیان کننده این امر است که بندگان در انتخاب دین آزادند و عموم مفسران نیز بر این عقیده اند. استدلال عقلی که در این زمینه بیان شده این است که دین در حقیقت امری قلبی است و اظهار شهادتین که با اکراه صورت بگیرد دین نیست چنانکه کفر ناشی از اکراه، کفر نیست.

علامه طباطبایی در المیزان می گوید:

دین یک سلسله معارف علمی است که نتیجه آن عمل است و مجموع آنها اعتقادات

است و اعتقاد و ایمان از امور قلبیه است که اکراه و اجبارپذیر نیست و اجبار و اکراه در عمل ظاهری اثر می گذارد اما اعتقاد قلبی اسباب و علل قلبی دارد که از نسخ اعتقاد و ادراک است و محال است که نتیجه جهل، علم باشد و از مقدمات جهلیه تصدیق علمی نتیجه گرفته شود پس قول خدا که می فرماید: «لا اکراه فی الدین» یا اخبار و حکایت از تکوین است که نتیجه آن حکم دینی است که در دین و اعتقاد اکراه نیست و یا حکم انشائی و نهی است که خداوند نهی می کند از اکراه بر اعتقاد و ایمان. (3)

آلوسی بغدادی می گوید:

اکراه در دین قابل تصور نیست چرا که اکراه الزام غیر است به چیزی که در آن خیری مشاهده نمی کند و حال آن که تمام دین خیر است پس در دین اکراه نیست و اگر غیر از این باشد ابتلاء و امتحان بندگان در دنیا منتفی خواهد بود و آیه فوق نظیر این آیه است: «فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ» (4)

زمخشری در کشاف می گوید:

«خداوند نخواسته ایمان بر اجبار و اکراه باشد، لذا می فرماید: «وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَنْ فِي

ص: 170

1- رشیدرضا، المنار، ج 3، ص 36.

2- طبرسی، مجمع البیان، ج 1 و 2، ص 631.

3- علامه طباطبایی، المیزان، ج 2، ص 342.

4- آلوسی، روح المعانی، ج 3 و 4، ص 12.

الأرض كلهم جميعا افانت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين» (1)

و این است حکم دین که بسیاری از دشمنان آشکار و نهان گمان کرده اند اسلام با

شمشیر و زور برپا شده است.» (2)

با توجه به نظریه اخیر و استدلال عقلی که پشتوانه این نظریه است، سایر اقوال از

جمله نسخ آیه، مردود خواهد بود و ادعای نسخ نمی تواند در استدلال عقلی و کلیت آن، خدشه وارد کند. این استدلال در پذیرش و خروج از دین جاری است و ابقاء بر دین را با اکراه نیز نفی می کند، مگر این که حق روشن باشد و ارتداد به دلیل هواپرستی و دنیاطلبی باشد که در این صورت، اجرای حکم ارتداد، مورد قبول عقل نیز می باشد. لذا مرحوم علی بن ابراهیم در تفسیر آیه: «لا اکره فی الدین» می گوید: «لایکره احد علی دینه الا بعد ان قد تبین له الرشد من الغی» (3) در فرض روشن بودن حق، اکراه از نظر عقل پذیرفته شده است، اما از آن جا که دنیا دار ابتلا و امتحان است، بعضی می گویند اگر اکراه و اجبار را بپذیریم، نقض غرض لازم خواهد آمد. (4) بنابراین، به هیچ وجه نباید دین با اکراه باشد، ولو حق روشن باشد. این نظریه افراطی است و جواب از استدلال این نظریه این است که اگر به دلیل این که دنیا دار ابتلا و امتحان است، جایز نباشد کفری را که حق برای او روشن است، اکراه کرد، در هیچ یک از احکام هم نباید اکراه و مجازات باشد، در حالی که خلاف آن ثابت است و مجازاتهای دنیایی برای بسیاری از گناهان وجود دارد. با توجه به استدلال عقلی و آیه شریفه شاید لازم باشد دو روایت عمار سباباطی و علی بن جعفر علیه السلام در قتل مرتد فطری را حمل بر موردی کنیم که ارتداد به دلیل هواپرستی صورت گرفته است، گرچه بسیاری از فقها، از آن جمله شهید که به نظر وی اشاره کردیم، این دو روایت را برای تقسیم ارتداد به ملی و فطری کافی نمی دانند و ابن جنید اسکافی هم به همین امر فتوا داده است و با توجه به حکم عقل و آیات شریفه قرآن این قول پذیرفتنی است. بویژه اگر در نظر داشته باشیم که یکی از موارد شأن نزول که برای آیه «لا

ص: 171

1- زمخشری، کشف، ج 1، ص 303؛ فخر رازی، تفسیر کبیر، ج 7 و 8، ص 10.

2- رشیدرضا، المنار، ج 3، ص 36.

3- تفسیر قمی، ج 1، ص 84.

4- صدرالدین شیرازی، تفسیر القرآن، ج 4، ص 195.

اکراه...» برشمرده اند ماجرای فرزندان ابا الحصین می باشد که درباره ارتداد است.

در پایان این مبحث یاد آور می شود که مفسران از آیه «لا اکراه...» به صورت کلی

بحث کرده اند و آن را به ارتداد ارتباط نداده اند، اما استدلال عقلی نمی تواند شامل ارتداد نشود. از این رو، ما این آیه را به مسأله ارتداد نیز کشانیدیم «و الله اعلم بخفیات الامور».

توبه مرتد

اشاره

قبول توبه مرتد فطری مورد اختلاف و مشهور، عدم قبول است، اما شیخ طوسی در نهایة الاحکام و ابن جنید، توبه مرتد، اعم از ملی و فطری را پذیرفته اند و در خلاف بر عدم قبول توبه مرتد فطری ادعای اجماع شده است. (1)

آیه الله سید محمد شیرازی در الفقه می گوید:

مرتد فطری نیز توبه اش پذیرفته است و ابن جنید و شهید در مسالک همین نظر را دارند. صاحب جواهر نیز گرچه نظر مشهور را پذیرفته است، اما در عدم قبول تردید کرده است. دلیل بر قبول توبه اطلاق است و تخصیص آنها با روایت عمار خالی از اشکال نیست و اجماعی که ادعا شده است مسلم نیست. همچنین روایاتی که می گوید توبه مرتد قبول نمی شود حمل بر تشدید می شود و از این تشدیدات در شریعت زیاد است. (2)

شهید اول در لمعه می گوید:

توبه مرتد فطری نسبت به احکام ظاهری (قتل، جدا شدن زن و تقسیم اموال) مورد قبول نیست

و شهید ثانی در شرح لمعه می گوید:

قول قوی این است که بینة و بین الله توبه اش قبول باشد و اگر به نحوی کشته نشود به

ص: 172

1- سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج 3، ص 281.

2- سید محمد شیرازی، الفقه، ج 88، ص 282-278.

استثنای اموال و زنش که به او بازگشت نمی کند در بقیه احکام همانند مسلمانان است. (1)

تا این جا به تعدادی از نظرات درباره مرتد فطری اشاره شد، اینک بهتر است روایات را بررسی کنیم تا مقدار دلالت آنها را بر مدعای مشهور دریابیم.

روایات توبه مرتد

1. روایت کلینی و شیخ از محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام:

هرکس به اسلام پشت کند و بر آنچه خدا بر محمد صلی الله علیه واله نازل کرده است بعد از مسلمانی کافر شود، قتلش واجب است و برای او توبه نیست. (2)

2. روایت عمار ساباطی از امام صادق علیه السلام:

هرکس از مسلمانان مرتد شود خوش مباح و بر امام است که بدون طلب توبه او را به قتل برساند. (3)

3. روایت علی بن جعفر:

از حضرت کاظم علیه السلام سؤال کردم از مسلمانی که نصرانی شده است، فرمود: توبه داده نمی شود و باید کشته شود. (4)

4. روایت حسین بن سعید:

حضرت رضا علیه السلام در پاسخ به نوشته ای که سؤال می کند: اگر کسی بر اسلام متولد شود آنگاه کافر و یا مشرک شود توبه داده می شود یا باید او را کشت؟ نوشتند که باید کشته شود. (5)

5. روایت صدوق از محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام:

ص: 173

1- شهید ثانی، شرح لمعه، ج 2، ص 391، نشر اعلام اسلامی.

2- شیخ حر عاملی، وسائل، ج 18، ص 544، حدیث 2.

3- همان، ص 545، حدیث 3.

4- همان، حدیث 5.

5- همان، حدیث 6.

هرکس پیامبر مرسلی را انکار کند خونش مباح است و اگر امامی را انکار کند و از دینش براثت جوید در آن حال کافر است و خونش مباح است مگر این که توبه کند و از آنچه گفته به سوی خدا بازگشت کند. (1)

در بین روایات فوق، تنها روایت محمد بن مسلم به طریق کلینی و شیخ (شماره 1)

جمله «فلا توبه له» دارد که این روایت از نظر سند و نیز دلالت، قابل مناقشه است: به لحاظ سند، در هر دو طریق کلینی و شیخ، سهل بن زیاد واقع شده است که اگر ضعیف نباشد، حداقل مورد اختلاف شدید است. اما از نظر دلالت، از جمله «بعد اسلام» استفاده می شود که مصداق روایت مرتد ملی است، نه فطری، که در این صورت، روایت با اتفاق مسلمانان مخالف است؛ چرا که توبه مرتد ملی را پذیرفته اند، در حالی که در این روایت می گوید برای او توبه نیست. و ممکن است مراد از جمله «فلا توبه له» استتابه باشد که وظیفه ولی امر و حاکم است و با توبه متفاوت است.

در روایت عمار ساباطی و علی بن جعفر و حسین بن سعید، سخن از استتابه است و می گوید: توبه داده نمی شود و همان گونه که اشاره شد، این کار وظیفه ولی امر یا حاکم است، اما اگر مرتد خود توبه کند و مسلمان شود، قتلش مجوز شرعی ندارد و روایت اخیر که آن را از محمد بن مسلم نقل کردیم، بر این مطلب تصریح می کند: اگرچه زن چنین فردی بدون عقد جدید، قابل برگشت نیست، اما بعد از ثبوت توبه، قتل او دلیل ندارد، بلکه روایت اخیر محمد بن مسلم، قاعده «تدرء الحدود» و اطلاعات آیات و روایات در قبول توبه، دلالت بر عدم جواز قتل دارد. نکته ای که باید بر آن تأکید کرد، این است که اثر توبه، رفع آثار گناه در دنیا و آخرت است؛ چنان که اگر زانی، محارب، سارق و کسانی که گناهان دیگری انجام داده اند؛ قبل از اقامه آن نزد حاکم، توبه کنند، کیفر دنیایی آنان نیز برداشته می شود و اصولاً مراد از قبولی توبه در موارد حدود، رفع حد است و نمی توان گناه ارتداد را استثنا نمود و قبولی توبه از آن را به آخرت حواله کرد. «والله اعلم»

والسلام علی من اتبع الهدی

ص: 174

1. آلوسی، البغدادی: تفسیر روح المعانی، 30 جلد، احیاء التراث بیروت، 1405 هـ . ق.
2. ابن منظور، محمد بن مکرم: لسان العرب، 14 جلد.
3. اردبیلی، مولا احمد المقدس: مجمع الفائدة و البرهان، 12 جلد، قم: نشر اسلامی، 1409 هـ. ق.
4. حر عاملی، محمد بن حسن: وسائل الشیعه، 20 جلد بیروت، 1388 هـ . ق.
5. الحرانی، حسین بن شعبه: تحف العقول، کتابچی، 1373 ش.
6. حلّی، حسن بن یوسف: ارشاد الاذهان، نشر اسلامی، قم، 1410 هـ . ق.
7. حلّی، محمد بن فهد: مهذب البارع فی شرح مختصر النافع، نشر اسلامی، 1413 هـ. ق.
8. حتی، محمد بن منصور بن ادريس: کتاب السرائر، 3 جلد، بیروت: 1401 هـ . ق.
9. خمینی، روح الله: تحریر الوسیله، مكتبة الاعتماد، 1403 هـ. ق.
10. خوانساری، سیداحمد: جامع المدارک، 7 جلد، اسماعیلیان قم، 1405 هـ. ق.
11. رشیدرضا، محمد: تفسیر المنار، 12 جلد، دارالمعرفة، بیروت، 1414 هـ. ق.
12. زحیلی، وهبة: الفقه الاسلامی، 8 جلد، دارالفکر، بیروت، 1409 هـ. ق.
13. زمخشری: تفسیر کشاف، 4 جلد، منشورات بلاغه.
14. سبحانی، جعفر: فروغ ابدیت، 2 جلد، دفتر تبلیغات اسلامی
15. سرخسی، شمس الدین: المبسوط، 30 جلد، دارالفکر، بیروت، 1409 هـ . ق.
16. شهید اول: اللمعة دمشقیه، تهران، 1406 هـ . ق.
17. شیرازی، سیدمحمد: الفقه، 110 جلد، دارالعلوم، بیروت، 1408 هـ. ق.
18. شیرازی، صدرالدین: تفسیر القرآن الکریم، 5 جلد، قم، بیدار.
19. صدوق، محمد بن علی: من لا یحضره الفقیه، 4 جلد، دار مبحث، بیروت، 1401 هـ . ق.
20. طباطبائی، محمد حسین: تفسیر المیزان، 20 جلد، قم: نشر اسلامی

21. طبرسى، فضل بن حسن: تفسير مجمع البيان، 10 جلد، 1416 هـ .ق.
22. طريحي، فخرالدين: مجمع البحرين، 6 جلد، انتشارات مرتضوى، 1390 هـ .ق.
23. طوسى، محمد بن حسن: المبسوط في فقه الاماميه، 8 جلد، مرتضوى.
24. طوسى، محمد بن حسن: تفسير تبيان، 10 جلد، اعلام اسلامى، 1409 هـ.ق.
25. طوسى، محمد بن حسن: تهذيب الاحكام، 10 جلد، بيروت، 1401 هـ.ق.ا.
26. عاملى (شهيد ثانى): شرح لمعه، 2 جلد، نشر اسلامى، 1365 ش.
27. عاملى (شهيد ثانى): مسالك الافهام في شرح شرايع الاسلام، 2 جلد.ا.
28. قشيرى، ابي الحسن مسلم بن الحجاج: صحيح مسلم، 5 جلد، دار العلميه، بيروت.
29. قمى، على بن ابراهيم: تفسير قمى، 2 جلد، دارالسرور، بيروت، 1411 هـ.ق.
30. كلينى، محمد بن يعقوب: كافي، 8 جلد، دارالفكر بيروت، 1414 هـ .ق.
31. مجلسى، محمداقرا، بحارالانوار، 110 جلد، وزارت ارشاد، 1365 ش.
32. مجلسى، محمداقرا: مرآة العقول، 26 جلد، دار الكتب تهران، 1412 هـ.ق.

33. محقق حلى، نجم الدين جعفر بن حسن: شرايع الاسلام، نجف، 1389 هـ.ق.
34. مصطفوى، محمد كاظم: القواعد، 1 جلد، نشر اسلامى، قم، 1417 هـ.ق.
35. مغنيه، محمد جواد: فقه الإمام الصادق، 6 جلد، دارالجواد، بيروت.
36. مفيد، محمد بن نعمان: مقنعه، 1 جلد، نشر اسلامى، قم، 1410 هـ.ق.
37. نجفى، محمد حسن: جواهر الكلام، 43 جلد، اسلاميه، 1403 هـ.ق.
38. نراقى، محمد مهدي: مستند الشيعة، 2 جلد، كتابخانه آية الله مرعشى، قم، 1405 هـ.ق.

اشاره

1. آزادی بیان در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر

صادق باقری

2. حقوق اقلیتها در اسلام و اعلامیه های حقوق بشر

غلامحیدر علامه

3. حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه (ترجمه)

جمعی از مترجمان

ص: 177

آزادی بیان یکی از بحث انگیزترین موضوعات جوامع بشری در دنیای معاصر است. این موضوع با وجود آن که مدام مورد بحث و مناظره بوده و صاحب نظران چیره دستی نیز به طور مکرر به تحقیق، تفسیر و تبیین آن پرداخته اند، ولی به دلیل ماهیت خاصی که دارد از طرفی جزء مهمترین حقوق اساسی افراد در جامعه بوده و از طرف دیگر همواره با منافع ارباب قدرت و دیدگاههای اقتدارگرایانه مکتبهای تربیتی، به نحوی در تعارض بوده است. در حالی که از ابهام باقی مانده و توفیق حصول وفاق بر سر تفسیر آن به دست نیامده است. همواره، اغلب تحلیلها و تفسیرها در این زمینه غرض آلود، سطحی، شعارگونه و دیدگاه گرایانه بوده است.

در این مقاله سعی شده است تا حدودی فارغ از پیش داوریهای جانبدارانه، به

موضوع نگریسته شود. مطالب اصلی مقاله شامل سه بخش است. در بخش اول، آزادی بیان در بستر جوامع غربی مورد ارزیابی قرار گرفته و دیدگاههای اندیشمندان تمدن غرب در این باره بر اساس شواهد تاریخی بازگو شده است. در بخش دوم، به دیدگاه اسلام پرداخته شده و برای شناخت موضع اسلام، بنیادی ترین منابع اسلامی مورد جستجو قرار گرفته است. بخش پایانی، هم سنجی دو دیدگاه است و بر اساس شواهد

عینی، تفاوت‌های دو دیدگاه در برابر اصل حق آزادی بیان تبیین شده است.

تعریف آزادی بیان

شاید هیچ نویسنده‌ای در مورد آزادی بیان تعریف خاصی ارائه نداده باشد. این بدان جهت است که می‌توان به ارائه تعریف از مطلق آزادی بسنده کرد و فهم آزادی بیان را، به عنوان یک فرع، بدان حواله داد. تا جایی که در این تحقیق نه چندان گسترده خواهیم دید، صاحب نظرانی که در باب آزادی قلم فرسایی کرده‌اند، عموماً از همین شیوه پیروی کرده‌اند؛ یعنی در آغاز بحث، آزادی را تعریف کرده، مفهوم آن را شرح داده و آنگاه، بدون پرداختن به جنس و فصل آزادی بیان به طور جداگانه، بررسی و تحقیق خود را ادامه داده‌اند. البته، با تکیه بر عناصر اصلی همان تعریف کلی می‌توان تعریفی هم برای آزادی بیان ارائه داد.

از آنجا که عنوان اصلی مقاله موجود «آزادی بیان» است، سعی خواهیم کرد با در

نظر داشت عناصر اصلی آزادی و ویژگی‌های مقوله «بیان»، تعریفی ارائه کنیم. بنابراین، نخست باید به سراغ تبیین مفهوم آزادی به طور مطلق و تعریف آن رفت. در مورد آزادی، مثل اکثر مقولات انسانی دیگر، تعریف دقیق و مورد اتفاقی وجود ندارد. کسانی که از آزادی تعریفی ارائه داده‌اند، هر کدام تحت تأثیر گرایش علمی و زمینه تخصصی خود به توضیح مفهوم آن پرداخته‌اند؛ عالمان دینی آن را به جدال با خویشتن و آزاد کردن روح و روان از قید عبودیت و بندگی هرچه غیر خداست، تعبیر نموده (1) و بعد بندگی خالصانه انسان در برابر خدا را، که خود می‌تواند نوعی از آزادی باشد، در تعریف خود برجسته کرده‌اند. فیلسوفان نیز اغلب با دید فلسفی، آزادی را به معنی قدرت، اختیار و یا توانایی انسان در انجام هر کنشی که مایل باشد، در برابر جبر، گرفته‌اند. «اسپینوزا» و «جان لویی»، فیلسوف آمریکایی، تعبیر «حکومت عقل» را به کار

ص: 180

1- سید جلال الدین مدنی، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، ص 54.

برده (1) و آزادی را مساوی با سنجش عاقلانه توان، موقعیت و امکانات شخص، با در نظر گرفتن موانع انجام عمل، دانسته اند.

شادروان علامه محمدتقی جعفری، که یکی از فیلسوفان برجسته و صاحب نظر در

حقوق بشر است، با مشرب فلسفی غلیظ خود آزادی را به دو سطح - درجه یک و درجه دو - درجه بندی می کند. او آزادی درجه یکم، یا به قول خودش «آزادی طبیعی محض» را این گونه تعریف می کند:

توانایی انتخاب یک هدف از میان اشیایی که ممکن است به عنوان هدف منظور شود و یا انتخاب یک وسیله از میان اشیایی که ممکن است وسیله تلقی شود. (2)

و آزادی درجه دوم - آزادی تصعید شده را به «نظارت و سلطه شخصیت بر دو قطب مثبت و منفی کار» تفسیر می کند. (3)

در تعریفی که در اعلامیه جهانی حقوق بشر و قوانین اساسی بعضی از کشورهای

غربی، از جمله فرانسه، از آزادی ارائه شده است نیز بر بعد فلسفی مفهوم آزادی تکیه شده و غالباً از کلماتی چون: قدرت، توانستن و اختیار استفاده کرده اند. ماده 4 اعلامیه حقوق بشر و شهروندان، مصوب 26 اوت 1789 که در دیباچه قانون اساسی فرانسه نیز درج شده است، آزادی را این طور تعریف می کند:

آزادی عبارت است از قدرت انجام هرگونه عملی که به دیگری لطمه ای وارد نیاورد. (4)

در ماده 6 قانون اساسی فرانسه، مصوب 1793، آمده است:

آزادی قدرتی است متعلق به انسان تا بتواند آنچه را که به دیگران زیان نمی رساند، انجام دهد. (5)

ص: 181

1- علی شریعتمداری، «چه کسی آزاد است؟»، کیهان فرهنگی، سال نهم، شماره دوم

2- محمدتقی جعفری، تحقیق در دو نظام جهانی حقوق بشر، ص 403

3- همان

4- هوشنگ ناصرزاده، اعلامیه های حقوق بشر، ص 91.

5- ق.ا. فرانسه، مصوب 1973 م، ماده 6. به نقل از: ابوالفضل قاضی، گفتارهایی در حقوق عمومی ص 232.

اغلب نویسندگان همین تعریف اعلامیه جهانی حقوق بشر را با اندک تغییراتی تکرار کرده اند. دکتر جلال الدین مدنی می نویسد:

در یک تعریف ساده و قابل فهم همه گفته شده است که آزادی عبارت است از اینکه شخص اختیار انجام دادن هر کاری را داشته باشد مشروط بر اینکه ضرر به دیگری نرسد. (1)

نویسنده دیگری اظهار می دارد:

تعریف متداول از آزادی این است که هر کسی هر کاری دارد بتواند انجام دهد، در صورتی که ناراحتی برای دیگران فراهم نکند. (2)

یکی از استادان و صاحب نظران برجسته جامعه شناسی جملات ذیل را در تعریف

آزادی به کار می برد آزادی یعنی امکان سرپیچی از جبر حاکم و گریز از زنجیر علیت که جهان را و جان را می آفریند و به حرکت می آورد و به نظم میکشد و اداره می کند. (3)

هیچ یک از تعریفهای فوق تعریف دقیقی از پدیده ای به نام آزادی نیست. تعریف

باید، حداقل، برجسته ترین شاخصه های ماهوی پدیده مورد تعریف را بازگو کند. رهایی روان از قید بندگی غیر خدا، حکومت عقل بر انجام عمل، قدرت و توانایی فرد بر انجام کار، نظارت و سلطه شخصیت بر دو قطب مثبت و منفی کار، امکان سرپیچی از جبر نظام علیت حاکم بر جهان و ... ممکن است، هر کدام به نوبه خود، نوعی از آزادی یا لازمه آن و احیاناً مصداقی از مفهوم آن باشد، ولی تعریف جامع آن نیست.

برای رسیدن به تعریف دقیقتر باید دید شاخصه های ماهوی و عناصر اصلی آزادی

چیست. به نظر می رسد نخستین شاخصه این باشد که آزادی در قدم اول نوعی حق

ص: 182

1- سید جلال الدین مدنی، حقوق اساسی و نهادهای اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص 76.

2- علی شریعتمداری، «چه کسی آزاد است؟»، کیهان فرهنگی، سال نهم، شماره دوم

3- علی شریعتی، مجموعه آثار 24 (انسان)، ص 19.

است، نه قدرت، توانایی، نظارت، حکومت و به همین دلیل جایگاه بحث آن حقوق و روابط بین الملل، حقوق اساسی و علوم سیاسی است. در قدم بعدی، آزادی از نوع حقوق طبیعی است، نه موضوعه. تمام مکاتب حقوقی، اعم از غربی و اسلامی، اتفاق نظر دارند که آزادی از نوع حقوق قراردادی نیست، بلکه بر طبق ناموس طبیعت، همزاد خود انسان است. در جای خود بحث شده است که واضح حقوق طبیعی، طبیعت یا خداوند، بنا به نظر مسلمانان و مسیحیان قرون وسطی، است و به همین دلیل این نوع حقوق، بر خلاف حقوق موضوعه و قراردادی، ابدی، تغییرناپذیر، غیرقابل انتقال و غیرقابل تجزیه است، مشمول مرور زمان نمی شود، اختصاص به افراد دارد و شخصیت‌های حقوقی از آن برخوردار نیستند و قابل سلب هم نمی باشد. (1)

عنصر دیگری که نباید در تعریف آزادی از نظر دور داشت این است که حق آزادی منحصر به انجام عمل نیست؛ یعنی اگر کسی حق ترک عملی را نداشته باشد هم از نعمت آزادی محروم شده است. منتسکیو در تعریفی که از آزادی در روح القوانین ارائه داده، تا حدودی به بعضی از این عناصر اشاره کرده است:

آزادی یعنی اینکه انسان حق داشته باشد هر کاری که قانون اجازه داده و می دهد، بکند و آنچه قانون منع کرده و صلاح او در آن نیست، مجبور به انجام آن نگردد. (2)

پیداست که تعریف او از جهات دیگری کاستی دارد؛ از جمله این که او آزادی را از

نوع حقوق موضوعه انگاشته است و به همین دلیل ذره ذره آن را به وضع قوانین پیوند می دهد.

با توجه به تفصیل فوق، به نظر می رسد تعریف ذیل از جامعیت بیشتری برخوردار باشد:

آزادی عبارت است از حق طبیعی ای که همه افراد آدمی به مقتضی انسان بودن خود، به طور یکسانی از آن برخوردارند و به موجب آن در انجام و ترک هر عملی، تا جایی که باعث نقض حقوق طبیعی دیگران و اصول ارزشی مورد احترام جامعه نشود، مجازند.

ص: 183

1- سید جلال الدین مدنی، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، ص 1.

2- منتسکیو، روح القوانین، ص 294

چون آزادی بیان خود بخشی از مطلق آزادی است، می توان همین تعریف را با اندک تغییراتی در مورد آن نیز به کار برد:

آزادی بیان حق طبیعی ای است که همه افراد آدمی به مقتضی انسان بودن خود، به طور یکسانی از آن برخوردارند و به موجب آن در بیان اندیشه و فکر خود، تا جایی که باعث نقض حقوق طبیعی دیگران و اصول ارزشی مورد احترام جامعه نشود، مجازند.

تاریخچه آزادی بیان

آزادی به طور عام و آزادی بیان به طور خاص، از آنجا که همزاد زندگی اجتماعی انسان است و پیوند تفکیک ناپذیر با عالم سیاست دارد، سرگذشت پریچ و خم و تاریخ پرفراز و نشیبی دارد. هر چند گفته شده است آزادی بیان از مفاهیمی است که در همین قرون اخیر رواج یافته است (1) و همزمان با تحولات عظیم اجتماعی و انقلابهای استقلال طلبانه و رهایی بخش حرفی از آن به میان آمده است. اما واقعیت همان است که گفته شد؛ پدیده آزادی، از آن جمله آزادی بیان، که یکی از نیازهای بنیادین بشر است، همزاد زندگی اجتماعی انسان می باشد. جوامع بشری در فرازها و فرودهای گوناگون و رویکردهای صعودی و نزولی دوره های مختلف زندگی خود، گاه آزادی را تا اوج عزت رسانده و همچون خدا به ستایش و تقدیسش پرداخته اند و گاه تا حضيض پایمال کردن و سلاخی کردن تذلیلش کرده اند. تاریخ نویسان و عالمانی که سرگذشت تحول جوامع بشری را پژوهیده اند رد پای آزادی بیان را تا پانصد سال قبل از میلاد مسیح، در زندگی اجتماعی یونانیان قدیم و تمدن آتن، بوضوح، ردیابی کرده اند.

دکتر مهدی ابوسعیدی در کتاب حقوق بشر و سیر تکامل آن در غرب می نویسد:

یکی دیگر از مظاهر دموکراسی آتن آزادی بیان است که صاحبان حقوق و مردان آزاد آتن

ص: 184

1- اسدالله بیات، «آزادی و اهمیت آن از دیدگاه اسلام و امام رحمة الله»، مجله پاسدار اسلام، شماره 138.

تقریباً بدون هیچگونه حد و حصری از آن استفاده می کردند. در قوانین آتن برای تهمت و افترا مجازاتی پیش بینی نشده بود، صحنه های مباحثات سیاسی بی شباهت به مشاجرات خصوصی نبود و مخالفین سیاسی با صراحت و بدون هیچگونه تکلف و ملاحظه ای به هم می تاختند و برای در هم کوبیدن و شکست مخالف خود از هر تهمت و افترا و آشکار ساختن نقاط ضعف خانوادگی و اخلاقی طرف مخالف استفاده می کردند و از به کار بردن کلمات زشت و ناهنجار علیه یکدیگر ابا نداشتند. از باب مثال، «اندوسیدوس» درباره «هایپرپلوس»، رقیب سیاسی خود، می گوید: «و من شرم دارم از این که نام «هایپرپلوس» را بر زبان آرم. پدر او داغ بردگی بر تن دارد و هنوز در ضرابخانه عمومی به کارگری مشغول است. خود او یک نفر اجنبی و وحشی است...» «فکاهی نویسان و گویندگان هزلیات نیز در تمسخر شخصیت های سیاسی، فلسفی و هنری خود را مقید به هیچ قید و حدی نمی دانستند. «آرستوفانس» فلاسفه ای مانند سقراط، فرماندهانی مثل «لداماکوس» یا سیاستمدارانی مانند «کلئون» و شعرایی مانند «یوری بید» را مورد تمسخر شدید قرار میداد؛ «سقراط» را هوجبی مودی، «لداماکوس» را شعبده باز مهمل، «کلئون» را پست فطرت کینه جو و قسی القلب و «یوری» را متظاهر فریبکار می نامید. (1)

دکتر ابوسعیدی ادعا می کند: «در هیچ یک از اجتماعات دمکرات امروزی آزادی

بیان تا این حد وجود ندارد.» (2)

کاملاً روشن نیست که ستاره درخشان منزلت آزادی بیان دقیقاً در چه تاریخی رو به افول نهاد و یونانیان قدیم از نعمت وجود آن محروم شدند و یا با بی مهری از آن احساس بی نیازی کردند. اما اینقدر می دانیم که آزادی بیان به تدریج در جامعه متمدن آن روز جلال و منزلتش را از دست داد و کم کم به عنصر نامبارک و نامیمونی بدل شد و سرانجام در سرزمین بهشت آسا و ماوای ابدی مسیحیان، «شهر خدا»ی «سن آگوستین» (3)، به

ص: 185

1- مهدی ابوسعیدی، حقوق بشر و سیر تکامل آن در غرب، ص 71.

2- همان

3- سن آگوستین در قرن پنجم، 13 سال صرف تألیف کتاب شهر خدا کرد و شهر آرمانی موضوع کتاب خود را سرزمین بهشت آسا و ماوای ابدی مسیحیان می پنداشت.

عنوان کریه‌ترین و ضدآرزویی‌ترین عنصر اجتماعی، به پای میز محاکمه کشیده و گردنش، با حربه مذهب و قداست، به گیوتین شریعت سپرده شد.

حسین نجومیان، به نقل از کتاب علم و دین «مارسل کاشن»، می‌نویسد:

در این دوره - قرون وسطی - پنج میلیون نفر از نفوس بشری را به جرم فکر کردن و تخطی از فرمان پاپ به دار آویختند و تا حد مرگ در سیاه چالهای تاریک و مرطوب نگه داشتند. تنها از سال 1481 تا 1499؛ یعنی طی 18 سال، بنا به دستور محکمه تفتیش، 10220 نفر را زنده سوزاندند 6860 نفر را شقه کردند و 97023 نفر را به قدری شکنجه دادند که نابود شدند. (1)

بارزترین شاخصه دوران هزارساله قرون وسطی در دنیای غرب، دوران حاکمیت

مطلقه پدران روحانی در پوشش حاکمیت خدا و مذهب، ممنوعیت آزادی بیان بود. بیان آزادانه تفکر و اندیشه، در صورت عدم انطباق با اصول تفکر رایج و مورد تأیید پدران روحانی، هرچند که مبتنی بر واقعیات عینی و انکارناپذیر هم می‌بود، بدترین جرم به حساب می‌آمد و شدیدترین مجازات‌ها برای آن در نظر گرفته می‌شد.

اما سرانجام دوره قرون وسطی و حاکمیت مطلقه استبدادی پدران روحانی که شاخص‌ترین ویژگی‌اش منع جابرازه آزادی بیان بود، سپری شد و نسیم ملایم آزادی دوباره در جوامع غربی وزیدن گرفت. نطفه اولیه جریان آزاداندیشی و حرکت‌های دفاع از حقوق و آزادیهای فردی، از جمله آزادی بیان، در اواخر قرن 13 و اوایل قرن 14 میلادی، با بروز چهره‌های آزادیخواهی چون «مارسل دو پادو»، «ویلیام آواوکام»، «هس»، «لوتر»، «کالون» و ... در اروپا بسته شد. آزادیخواهان نامبرده با تقیح دخالت‌های نامحدود روحانیون در امور دنیوی مردم و مطرح کردن حقوق افراد، بنای رفیع آزادیهای فردی را پایه‌گذاری نمودند. (2)

جنبش آزادیخواهی‌ای که افراد فوق‌الذکر پایه‌ریزی کردند همچنان سیر صعودی خود را حفظ کرد و فلاسفه انساندوستی چون «ولتر»، «منتسکیو»، «جان لاک»، «ژان ژاک

ص: 186

1- حسین نجومیان، زمینه حقوق تطبیقی در نظامهای حقوقی اسلام، فرانسه، انگلیس، روسیه، ص 39

2- همان

روسو» و ... آنچنان با قدرت و جدیت آن را دنبال نمودند که به جنبشهای قرن 17 و 18 انجامید و زمینه ساز انقلاب کبیر فرانسه و نهضت‌های مهم دیگر در زمینه آزادی و دموکراسی شد. (1)

بسیاری از نظامهای قرن 20، حداقل در ادعا، مبتنی بر دموکراسی است و دموکراسی در عرف سیاسی معادل آزادی تلقی می‌شود. امروزه آزادی بیان به صورت یکی از حقوق اساسی و انکارناپذیر افراد در جوامع بشری مطرح است، تا آنجا که نه تنها از طرف مجامع بین‌المللی مدافع حقوق بشر مورد حمایت قرار می‌گیرد، بلکه مستبدترین نظامهای سیاسی نیز خود را ناگزیر می‌بینند شعار حمایت از آن را سردهند و اعمال خود را در زمینه سلب حق آزادی بیان به نحوی توجیه کنند.

اسلام نیز در نیمه دوم قرن ششم میلادی، زمانی که دنیای غرب در آتش استبداد قرون وسطی می‌سوخت، با شعار رهایی انسان از هرگونه قید و بند وارد صحنه شد و با تکیه بر آزادی اندیشه و بیان مبارزات اصولی خود را آغاز کرد.

آزادی بیان از دیدگاه غرب

اشاره

در بحث قبلی روشن شد که نهضت‌های آزادیخواه، با خاتمه دادن به عمر هزارساله

حاکمیت استبداد و ممنوعیت آزادی بیان در قرون وسطی، بتدریج سراسر دنیای غرب را فراگرفت. این روند طی ششصد سال گذشته، در کل، سیر صعودی داشته و عنصر آزادی بیان یکی از عناصر اساسی جنبشهای رهایی بخش و نهضت‌های انقلابی این دوره طولانی در غرب بوده است.

بررسی‌های به عمل آمده نشان می‌دهد که در این دوره طولانی علی‌رغم رو به رشد بودن روند کلی آزادیخواهی و آزاداندیشی، اندیشه ویران‌گر نام آور و نظریه پردازان پیشگام این وادی دایم بین خودشان در ستیزه جویی، منازعه و مقابله بوده و جریانهای فکری

ص: 187

مختلفی را ایجاد کرده اند که به طور کلی می توان آنها را به شرح زیر دسته بندی کرد:

1. مخالفان آزادی بیان

2. موافقان افراط گرای آزادی بیان

3. دارندگان نظریات تعدیل شده

مخالفان آزادی بیان

در میان چهره های برجسته و نظریه پردازان حقوق و آزادیهای فردی که هر کدام

سلسله جنبان یک جریان فکری در نهضت‌های انقلابی عصر جدید و دوران معاصر غرب بوده اند، کسانی نیز بروز کرده اند که در مورد آزادی بیان حسن نظر نداشته و آن را پدیده‌های منفی به حساب آورده اند.

شاید بتوان ادعا کرد که معروفترین این چهره ها «ماکیاول» است. او با رد نظریه

مدنی الطبع بودن بشر و استدلال به اینکه بشر ذات وحشی و مدنیت گریز است، منع

آزادی انسان، از جمله آزادی بیان، را ضروری می داند. ماکیاول در باب این که بشر فطرتاً وحشی و تمدن‌گریز است، اظهار می دارد:

مردم وحوش و درندگانی بیش نیستند که تمدن آنها را به بند کشیده و تفاوت آنها با سایر وحوش این است که همین تمدن امکان این را که بتوانند در صورت آزاد شدن مانند وحوش غذا و مسکن خود را تأمین نمایند از آنان سلب نموده است. به همین جهت در صورتی که آزاد شوند، دوباره بسادگی شکار اولین شکارچی خواهند شد. (1)

وی بر اساس این نظریه بدبینانه خود به دولتمردان حق می دهد، برای این که بتوانند بر مردم حکمروایی کنند، هر نوع آزادی خطر آفرین را از آنان سلب نموده و مانع بیان افکار، اندیشه ها و نیات شرارت جویانه و طغیانگرانه آنان شوند.

«توماس هابز» (Thomas Hobbes)، عالم و فیلسوف برجسته قرن 17 انگلیس، یکی دیگر از چهره هایی است که خواهان محدودیت سختگیرانه آزادی بیان می باشند.

ص: 188

1- اسماعیل منصوری لاریجانی، سیر تحول حقوق بشر...، ص 327.

کتاب معروف لویاتان حاوی اصول نظریات جنجال برانگیز اوست که چندین قرن توجه اهل نظر را به خود جلب کرده و افراد زنده ای وقت خود را صرف شرح یا رد نظریات او نموده اند. تمام دغدغه و اضطراب درونی «هابز» در این کتاب از اخلال در صلح و صیانت جامعه و بروز جنگ داخلی است. او، به بهانه جلوگیری از بروز نافرمانی و شورش و پیشگیری از رخنه هر نوع ناامنی و بی ثباتی در قلمرو حکومت، به شهپار حق می دهد هرگونه ندای مخالف را در گلو خفه کند و جلو آزادی بیان را در جامعه بگیرد. یکی از شارحان لویاتان در توضیح یکی از نظریات وی می نویسد:

... به خاطر صلح باید شهپار حق کنترل بیان و نشر عقاید را داشته باشد. اعمال مردمان از عقاید آنان پیروی می کند؛ مردمانی که کشتن ستمگران را مشروع بدانند، فرمانروایان خود را به قتل می رسانند، مردمانی که شورش را توجیه پذیر بدانند، سر به شورش بر خواهند داشت ... شهپار نمی تواند مردمان را مجبور کند امری را باور کنند، لیکن او می تواند به آنان دستور اطاعت و فرمانبرداری بدهد. او همچنین می تواند تدریس و انتشار بعضی آرا و عقاید را مجاز شمارد و برخی دیگر را ممنوع. (1)

شارح دیگری در توضیح همین بخش نظریه هابز می نویسد:

... به هر حال، با وجود این، هابز این احتیاط را با دقت مورد امعان نظر قرار می دهد که شهپار وظیفه مند است انجام و اعمال آن مذاهب و انتشار آرا و نظریاتی را که اقتدار وی را مورد سؤال قرار می دهد، یا آن را تنزل می بخشد و بدین سان با حفظ و نگهداری صلح سازگار نمی باشد، ممنوع سازد. (2)

«هابز» شهپار را، به دلیل قدرت سلطنتش بر جامعه، معیار تشخیص عقاید و

نظریات خوب و بد، مفید و مضر و ممنوع و غیر ممنوع می داند. جمله ذیل از او نقل شده است:

ص: 189

1- سیدعلی محمودی، «تحلیل عوامل آزادی فرد در فلسفه سیاسی هابز»، کیهان فرهنگی، شماره 73، به نقل از: M.M.G old .79
Smith,Hobbes's Science of Politics,p

2- همان، شماره 73، به نقل از: Ramon M.Lemos,Hobbes and Locke Porrer and Consent, p.61

بنابراین، داوری یا نظم بخشیدن به داوری در باب عقاید و نظریات به او، که قدرت سلطنت دارد، وانهاده شده است؛ به مثابه امری که برای صلح ضروری است و به موجب آن جلوگیری از اختلاف و جنگ داخلی لازم می آید. (1)

آقای محمودی نیز می نویسد:

... بنابراین، هابز داوری در مورد اینکه کدام عقاید مخالف صلح و کدام موافق صلح هستند را به شهریار می سپارد، در نتیجه ارزیابی نظریات مندرج در تمامی کتابها قبل از آنکه به چاپ برسند با شهریار است. (2)

طرفداران تئوری «دتر مینیسم تاریخی» را نیز، به طور کلی، چون به حرکت جبری تاریخ و دیکتاتوری «پرولتاریا» (در مقطع خاصی از حرکت تاریخی جامعه) معتقد بودند، می توان جزء مخالفان آزادی به حساب آورد. مارکسیستها می پنداشتند که نظام سرمایه داری در ذات خود دچار یک اختناق اجتناب ناپذیر است که باید با قوه قهریه دیکتاتوری پرولتاریا از بین برود و زندگی مسالمت آمیز و آزادانه افراد فقط در جامعه بی طبقه سوسیالیزم یا کمونیزم میسر است. (3) بنابراین، ضرورتی نمی دیدند تا در نظامهای سرمایه داری از آزادی بیان، که اعتقاد به امکان تحقق آن نداشتند، دفاع کنند.

موافقان افراط گرای آزادی بیان

موج مخالف حاکمیت استبدادی در قرون وسطی، درست مثل هر موج مخالف قدرتمند اجتماعی دیگر، به افراط گرایید و طلایه داران آزادیخواهی و آزادی طلبی، به منظور واژگون کردن کاخ اساطیری استبداد مذهبی که قرنهای هرگونه فریادی را در گلو خفه کرده بود، تفکرات مطلق گرایانه و شعارهای افراط آمیزی را مطرح کردند. این تفکرات و شعارهای استبدادستیز و رهایی خواهانه مطلق حمایتهای وسیع توده ها و جوامع زجرکشیده مدنی را در غرب به دنبال داشت. استبداد مطلق در هم شکست و قدرت

ص: 190

1- همان

2- همان

3- اسماعیل منصوری لاریجانی، سیر تحول حقوق بشر، ص 327.

استحمارکننده مذهبی آن نیز به تحلیل رفت، اما سیر صعودی موج افراط‌گرایی

آزادخواهی همچنان ادامه یافت، تا سرانجام در قرن 19 به پیدایش نظام سیاسی

لیبرالیسم انجامید. (1)

زیاده‌روی و افراط‌گرایی در این زمینه محدود به شعارهای سیاسی و جو عمومی

نبود. بسیاری از فیلسوفان، دانشمندان و جامعه‌شناسان عالی‌مقام و طراز اول جوامع غربی با کاوشها، پژوهشها و نظریه‌پردازیهای علمی در جهت توسعه و تثبیت مفهوم مطلق آزادی به عنوان یک حق فطری برای افراد بشر تلاش کرده و افکار عمومی جامعه را بر مبنای آن شکل داده‌اند. «روسو» با تکیه بر اصل طبیعی بودن حق آزادی، بر همه قید و بندها و ضوابط اجتماعی می‌تازد و می‌گوید:

طبیعت انسان را آزاد آفریده ولی جامعه او را بنده گردانیده است. طبیعت انسان را

خوشبخت ایجاد کرده ولی جامعه او را بدبخت و بیچاره نموده است. (2)

و در جای دیگری می‌گوید:

همه افراد بشر آزاد و مساوی آفریده شده‌اند و کسی که از آزادی صرف نظر کند از مقام آدمیت، از حقوق و حتی از وظایف بشری صرف نظر نموده و هیچ چیزی نمی‌تواند این خسارت را جبران کند. (3)

«جان استوارت میل» یکی دیگر از استوانه‌های علمی عصر خود نیز در این زمینه

نظر مشابهی دارد:

اگر جامعه‌ای آزادی فرد را محدود کند، افراد جامعه را کم‌عقل، کم‌جرئت و به طور خلاصه کم‌استعداد بار می‌آورد و افراط را به جایی می‌رساند که حتی اگر یک صدای مخالف در بین همه افراد باشد، کسی نمی‌تواند او را خاموش کند. (4)

ص: 191

1- همان، ص 324.

2- ژان ژاک روسو، قرارداد اجتماعی، ص 20.

3- اسماعیل منصور لاریجانی، سیر تحول حقوق بشر، ص 323 (به نقل از قرارداد اجتماعی، ص 13).

4- جان استوارت میل، رساله درباره آزادی، ص 59.

روند افراط‌گرایی در دفاع از آزادی فردی به جایی می‌رسد که «بنتام»، فیلسوف

لذت‌گرای جهان غرب، قید هرگونه محدودیت و مصلحت اجتماعی را در برابر اصل آزادی فرد می‌زند و محدودیت قانونی را نیز بند ظالمانه‌ای بر دست و پای انسان می‌داند: «آزادی یعنی رهایی از شر قانون» (1)

به این ترتیب، روند آزادیخواهی جهان غرب که با شعارهای اصیل انسانی و طرح

حقوق و آزادیهای اساسی بشر آغاز شده و با قربانی شدن هزاران انسان مراحل مختلف رشد و بالندگی اش را، علی‌رغم مقاومت بی‌رحمانه و خشن استبداد مذهبی حاکم، پشت سر گذاشته بود، در نهایت به انحراف گرایید؛ شعارهای آزادی‌اندیشه، آزادی بیان و آزادی تفکرات متعالی انسان به آزادی میل و آزادی مطلق خواسته‌های نفسانی بدل شد. بسیاری از اندیشمندان و فیلسوفان بنام، فتوای آزادی عمل افراد را، بر مبنای تمایلات نفسانی، تا جایی که به آزادی دیگران مزاحمتی نشود، صادر کردند. تعبیر «هرچه می‌خواهی بکن، فقط مزاحم حق آزادی دیگران مباش» را بسیاری از صاحب‌نظران غرب، با اندک تغییری، در قرون اخیر برای بیان مفهوم آزادی تکرار کرده‌اند. (2) این برداشت از آزادی به حدی جا افتاده است که در قوانین اساسی بسیاری از کشورهای غربی و بعضی اسناد مهم سازمانهای بین‌المللی تعریفی که از آزادی ارائه شده، دربردارنده همین مفهوم است. ماده 6 قانون اساسی فرانسه آزادی را این‌طور تعریف می‌کند:

آزادی قدرتی است متعلق به انسان تا بتواند هر آنچه را به دیگران زیان نمی‌رساند، انجام دهد. (3)

با توجه به این اصل می‌توان نتیجه گرفت که اگر کسی حق داشته باشد هر کاری

دلش بخواهد انجام دهد، حق خواهد داشت بدون ملاحظه هیچ حد و معیاری جز

ص: 192

1- علی شریعتمداری، «چه کسی آزاد است؟»، کیهان فرهنگی، سال نهم، شماره 2.

2- محمدتقی جعفری، «فلسفه اصل آزادی»، کیهان فرهنگی، سال هشتم، شماره 9.

3- ق.ا. فرانسه، مصوب 1793 م، ماده 6. (به نقل از ابوالفضل قاضی، گفتارهایی در حقوق عمومی، ص 232).

مزاحمت آزادی دیگران، هرچه دلش خواست بگوید، بنویسد و منتشر کند.

این نوع برداشت مطلق گرایانه از آزادیها به دنیای غرب محدود نمی ماند؛ بسیاری از شخصیت‌های کشورهای اسلامی و جهان سوم نیز تحت تأثیر نوع تلقی غربیان از آزادی قرار گرفته اند. اظهارات ذیل می تواند مؤید مدعی باشد:

قطب زاده:

هرکسی می تواند آزادانه بنویسد، بیندیشد و برای نشر عقاید خود فعالیت کند، این گونه آزادیها به اندازه بی نهایت وجود خواهد داشت. روزنامه ها آزادند که هرچه می خواهند بنویسند. مارکسیستها، لنینیستها و مائوئیستها آزادند که نظرشان را بدهند، دور هم جمع شوند و نظریاتشان را تبلیغ کنند. (1)

امیرانتظام، سخنگوی دولت موقت:

دولت هیچ گونه محدودیتی برای بیان و قلم قایل نیست، هر کسی یا هر ایدئولوژی ای حق دارد در این مملکت آنچه را فکر میکند به صلاح ملت خودش است، هم بیان کند و هم بنویسد. (2)

ناصر میناچی، وزیر ارشاد دولت موقت:

... در خصوص مطبوعات داخلی، ما پیرو اصل مطلق آزادی بیان هستیم و این اصالت انقلاب است و همه شهادتها برای این بود که آزادی مطلوب را به دست آوریم و هر کس بتواند هر عقیده ای را که دارد ابراز کند. (3)

آزادی یکی از افتخارات عظیم و دستاوردهای شگرف جهان غرب و مایه اعتلای

این جوامع بوده است. اما این نوع تعبیر و بهره گیری از آن طبعاً نمی توانست از پیامدها و عواقب منفی در امان بماند. تبلیغ و تشویق افراد به آزادی مطلق و رها کردن زمام امیال و خواسته ها، مفاسد اخلاقی، اجتماعی، اقتصادی و ... وحشتناکی را در پی آورد و چهره

ص: 193

1- «آزادی یا هرج و مرج»، پاسدار اسلام، سال دوم، شماره 17.

2- همان

3- همان

جوامع غربی را از این جهت مخدوش و آشفته ساخت.

هرچند اندیشمندان طرفدار آزادی مطلق شاید در طرح نظریات خود، نیت خیری

داشتند و می خواستند افراد جامعه حداکثر برخورداری را از حق آزادی داشته باشند، اما بستر طرح این نظریات که جوامع به پاخاسته و مبارزه جوی غرب علیه مذهب و آموزه های مذهبی بود، از یک سو، و سوء استفاده حاکمیت های سیاسی جدید، از طرف دیگر که با استفاده از شرایط پیش آمده زمینه اغفال مردم را، از طریق سوق دادن آنها به سمت لذت جوییها و پیروی از تمایلات غیراساسی، فراهم کردند تا خود روزگار به کام باشند. عوارضی را به وجود آورد که می توان گفت دستاوردهای اولیه را تا حدودی خنثی کرد.

نظریات تعدیل شده

همزمان با جدال بر سر طرح و تبلیغ حق آزادی بیان به طور مطلق در عصر جدید و دوره معاصر دنیای غرب، کسانی هم بوده اند که گاه گاهی، در برابر این جریان فراگیر، ندای مخالف سر داده اند، اما این مخالفت هیچگاه به حدی نرسیده است که تأثیر تعیین کننده ای از خود بر جای نهد و نظریه مطلق گرایانه را در باب آزادی که در اسناد ملی و بین المللی هم رسماً انعکاس یافته، تعدیل کند.

یکی از صاحب نظران مشهور که بر اساس ژرف اندیشی اش آزادی مطلق مبتنی بر امیال نفسانی را نمی پذیرد، «اسپینوزا» است. او آزادی ای را قبول دارد که مبتنی بر معیارهای مورد تأیید عقل باشد و نه خواسته های غیرعقلانی. وی می گوید: «آزادی حکومت عقل است».

(1)

«جان لویی»، فیلسوف آمریکایی، نیز در باب حسن محدودیت آزادی تعبیری

نزدیک به تعبیر «اسپینوزا» دارد و می گوید: «آزادی به معنی آزادی عقل است». (2) او با استناد به سخن افلاطون که می گوید: «آنکه از میل پیروی می کند، از برده پایین تر است؛

ص: 194

1- علی شریعتمداری، «چه کسی آزاد است؟»، کیهان فرهنگی، سال نهم، شماره 2 (به نقل از کتاب تعلیم و تربیت «اسپینوزا»).

2- همان

برای اینکه برده در شرایط خاصی از صاحبش پیروی می کند ولی کسی که خود را تسلیم تمایلات می کند، وضعیتش از برده بدتر است. چون خودش را در چنگال تمایلات قرار داده و به این صورت می خواهد به حیاتش ادامه دهد» (1)، آزادی مطلق را برای انسان مفید نمی داند و تلاش می کند تا آزادیهای فردی را در جامعه، با تکیه بر داده های عقلی تحلیلگر، به سمت عاقلانه شدن هدایت کند.

یکی دیگر از اندیشمندان برجسته معاصر غربی که از اعتدال در برخورد با پدیده

آزادی سخن می گوید «کارل پوپر» است. تحلیل وی در این زمینه چنین است:

... زیاده روی در اعمال قدرت دولت منجر به فقدان آزادی می شود، اما در عین حال، چیزی به نام زیادی روی در برخورداری از آزادی وجود دارد. متأسفانه، همان طور که قدرت می تواند مورد سوء استفاده واقع شود، با آزادی نیز می توان چنین کرد. به عنوان مثال، می توان آزادی بیان یا مطبوعات را با نشر اکاذیب و تحریک به طغیان مورد سوء استفاده قرار داد. درست به همین صورت، قدرت حکومت می تواند هر نوع محدودیت آزادی را مورد سوء استفاده قرار دهد... ما به آزادی نیاز داریم تا بتوانیم از سوء استفاده حکومت از قدرت جلوگیری کنیم و به حکومت نیاز داریم تا از سوء استفاده از آزادی جلوگیری به عمل آوریم... ما نباید بگذاریم عشق ما به آزادی، ما را از مسأله سوء استفاده از آزادی غافل سازد. (2)

کسان دیگری نیز بوده اند که پیروی امیال و شهوات را نوعی بندگی می دانسته و

تحلیل رایج از آزادی را به نحوی ضد آزادی تلقی می کرده اند. اما ظهور و حضور اینها در برابر جریان غالب آنقدر کم رنگ بوده است که مشکل می توان نقش خاصی در جریانهای اجتماعی - سیاسی جوامع غرب برایشان در نظر گرفت.

تجلی اندیشه آزادی بیان در اعلامیه جهانی حقوق بشر

اعلامیه جهانی حقوق بشر، جامع ترین سند رسمی بین المللی است، که تاکنون در دنیای

ص: 195

1- همان

2- کارل پوپر، درس این قرن، ص 122.

غرب، در زمینه حقوق و آزادیهای اساسی انسان به ثبت رسیده است. در هر یک از اسناد که قبل از تصویب این اعلامیه تهیه، تصویب و تنفیذ شده است (دادخواست حقوق 1628 و اعلامیه حقوق 1688 انگلستان، اعلامیه استقلال آمریکا در ژوئیه

1776، اعلامیه حقوق بشر فرانسه در اوت 1789، اعلامیه آزادیهای چهارگانه روزولت، میثاق آتلانتیک، منشور ملل متحد و...) نیز به نحوی از آزادی بیان سخنی به میان آمده است، اما در اعلامیه جهانی حقوق بشر، که در دهم دسامبر 1948 بعد از 85 جلسه بحث و بررسی کارشناسان و حقوق دانان کشورهای مختلف غربی به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسید، صریحتر و روشنتر از هر کدام آنها بر آزادی بیان تکیه شده است.

آزادی بیان در ماده 14 و بند دوم ماده 19 اعلامیه جهانی حقوق بشر به طور صریح و مشروح آمده است و نیز در ماده 18 به طور ضمنی بیان شده است. در ماده 14 آمده است:

هر انسانی در سخن گفتن، نوشتن، چاپ کردن و انتشار دادن آزاد است و می تواند خواه از راه مطبوعات، خواه از طریق دیگر، هرگونه افکاری را تا آنجا که از این حق سوءاستفاده نکند، مثلاً به آزادیهای تضمین شده توسط این اعلامیه یا به حسن شهرت دیگری لطمه وارد نیاورد، بیان کند، نشر دهد و مورد مدافعه قرار دهد. (1)

در بند دوم ماده 19 نیز این طور می خوانیم:

هر کس حق آزادی بیان دارد. این حق شامل آزادی تفحص و تحصیل و اشاعه اطلاعات و افکار از هر قبیل، بدون توجه به سرحدات، خواه شفاهی یا به صورت نوشته یا چاپ یا به صورت هنری یا به هر وسیله دیگر به انتخاب خود می باشد. (2)

آزادی بیان به صورت ضمنی در ماده 18 اعلامیه جهانی حقوق بشر، که آزادی فکر و مذهب را بیان می کند، نیز آمده است:

هرکس حق دارد که از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهره مند شود. این حق متضمن آزادی

ص: 196

1- هوشنگ ناصرزاده، اعلامیه های حقوق بشر، ص 15.

2- همان

تغییر مذهب یا عقیده و هم چنین متضمن آزادی اظهار عقیده و ایمان می باشد و

همچنین شامل تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی است. هر کس می تواند از این

حقوق منفرد یا مجتمعا به طور خصوصی یا به طور عمومی برخوردار باشد. (1)

همان طور که قبلا نیز اشاره شد، اعلامیه جهانی حقوق بشر در باب آزادی بیان

بیشتر دیدگاه دسته دوم صاحب نظران و اندیشمندان دنیای غرب، موافقان افراط گرای آزادی بیان را منعکس کرده است. تنها محدودیتی که در ماده 19 برای آزادی بیان ذکر شده است، تجاوز به آزادیهای دیگران، که در این اعلامیه تضمین شده، و یا لطمه زدن به حسن شهرت دیگری است. در دو ماده دیگر نه تنها حرفی از محدودیت آزادی بیان به میان نیامده، بلکه نامحدود بودن آن مورد تأکید قرار گرفته است (بدون توجه به سرحدات).

البته مفاد ماده 29، که به صورت کلی همه آزادیهای بشر را مقید می کند، شامل

آزادی بیان نیز می شود. این ماده آزادیهای فردی را فقط تابع محدودیتهایی قرار می دهد که به وسیله قانون، منحصر به منظور تأمین شناسایی و مراعات حقوق و آزادیهای دیگران، بیان شده باشد. (2) ناگفته نماند که مفاد مواد فوق الذکر در مورد آزادی بیان در قوانین اساسی بسیاری از کشورهای غربی، بدون کمترین تفاوت گنجانده شده است.

آزادی بیان از دیدگاه اسلام

اشاره

اگر بگوئیم آزادی عقیده و آزادی بیان، که به قول «جان استوارت میل» همزاد هم و از یکدیگر تفکیک ناپذیرند، (3) شاخصترین ویژگی آیین آسمانی اسلام است، سخن گزافی نگفته ایم. شالوده زیر بنایی تفکر اسلام بر مخالفت با پذیرش کورکورانه و بی چند و چون آرا و نظریات مورد تأیید اکثریت جامعه بنا شده است. پیامبر اسلام در همان آغازین

ص: 197

1- همان

2- همان

3- جان استوارت میل، رساله درباره آزادی، ص 54.

روزهای ابلاغ رسالتش پیروی از آبا و اجداد را، در پذیرش یا رد یک عقیده یا اصل دینی، سخت نکوهش کرد. قرآن استدلال مشرکان در برابر دعوت پیامبر را که سلوک پدرانشان را دلیل بر حقانیت عقیده خود می پنداشتند، استدلال جاهلانه و ناشایسته ای می داند (1) و آنها را به دلیل بهره نگرفتن از تفکر و تعقل آزادانه هدف تیر ملامت قرار می دهد. بخش عظیمی از جنگها و مبارزات اسلام علیه کفار و مشرکان برای کسب حق آزادی در تبلیغ یا به عبارت دیگر حق آزادی بیان بوده است. (2)

اصولا انسان در دیدگاه اسلام، موجودی با کرامت و برخوردار از حق انتخاب و

آزادی است. این، یکی از نظریات مبنایی اسلام است. سیره حضرت رسول صلی الله علیه واله و امامان معصوم نیز، که آزادی بیان را عملا برای فرقه های مختلف به رسمیت شناخته اند (3)، مؤید قاطع این ادعاست.

آزادی بیان در قرآن و حدیث

اشاره

اولین و مهمترین منبع در اسلام، سند مکتوب و موثق وحی، قرآن کریم، است. دومین منبع مهم در اسلام احادیثی است که از حضرت پیغمبر صلی الله علیه واله و امامان معصوم علیهم السلام نقل شده است.

در قرآن آیات زیادی وجود دارد که به صورت صریح یا ضمنی آزادی بیان را به

عنوان یکی از حقوق اساسی انسان گوشزد می کند. همچنین احادیث معتبر فراوانی نیز وجود دارد.

در زیر، مفاهیم آیات یا روایاتی را که بازگو کننده حق آزادی بیان است و یا به نحوی با آن ملازمه دارد، دسته بندی و از هر دسته، نمونه یا نمونه هایی ذکر می کنیم

1. ضرورت بیان حق:

حضرت علی علیه السلام در خطاب به کمیل می فرماید: «در همه حال حق را بگو.» (4) و در جای

ص: 198

1- بقره / 170، مائده / 104، اعراف / 28 و ...

2- ناصر مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ص 206.

3- «آزادی بیان»، نشریه حوزه، سال پنجم، شماره 4.

4- «قل الحق علی کل حال» (محمدباقر مجلسی، بحار، ج 77، ص 268، باب 11، روایت 1).

دیگری می فرماید: «حق را بگو هر چند باعث هلاکت شود.» (1) در روایت دیگری نیز آمده است: «حق را بگو چه ایمن باشی، چه در خطر» (2)

2. اهمیت بیان حق:

یادآوری و بیان حق از نظر اسلام آنقدر اهمیت دارد که خود اساسی ترین وظیفه پیامبر است و در عین حال هیچ کس مجبور به پذیرش آن نیست: «تذکر بده و یادآوری کن؛ زیرا وظیفه تو تنها تذکر دادن است، نه الزام و اجبار.» (3)

3. جرم بودن کتمان حق:

قرآن نه تنها بیان حق را مجاز می داند، بلکه کتمان آن را جرم تلقی می کند و کتمان کننده را مستحق لعن می داند: «ای اهل کتاب! چرا حق را باطل می پوشانید و حق را کتمان می کنید مخفی می دارید در حالی که شما می دانید.» (4)

4. نقل آرا و نظرات مخالفان:

قرآن بکرات آرا، نظرات و استدلالهای مخالفان را با تعبیری همچون: «قال الذین کفروا، قال الذین اشركوا، قال الیهود و...» نقل و سپس با شیوه منطقی آن را نقد میکند.

5. فرمان به مناظره علمی و جدال احسن:

خداوند در اساسی ترین موضوعات اعتقادی و مذهبی به پیامبر و مسلمانان دستور

می دهد تا سخن مخالفان را بشنوند و با آنها از طریق اقامه برهان، استدلال و مناظره علمی برخورد کنند:

«ای رسول خدا! خلق را به حکمت و برهان و موعظه نیکو به راه خدا دعوت کن و با بهترین طریق با اهل جدل مناظره کن» (5)، «شما مسلمانان با یهود، نصارا و مجوس، که اهل

ص: 199

1- «قل الحق وان كان فيه هلاكك» (همان، ج 2، ص 79، باب 13، روایت 71).

2- «قل الحق في الخوف والامن» (همان، ج 36، ص 210، باب 4، روایت 10).

3- غاشیه/ 22

4- آل عمران/ 71

5- نحل/ 125: «ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن»

6. دستور به برهان طلبی:

خداوند در چندین مورد به پیامبرش دستور می دهد از کفار و مشرکان بخواهند تا برای اثبات ادعای خود دلیل ارائه کند: «مشرکان را بگو اگر راست می گویند که غیر خدا هم کسی در آفرینش شما مؤثر است، بر دعوای خود برهان بیاورید.» (2)، «و یهود گفتند هرگز کسی به بهشت نرود، جز طایفه یهودی و نصارا. بگو ای پیامبر که این گفتار شما بس آرزویی است، بگو بر این دعوا برهان بیاورید اگر راستگو هستید.» (3)

7. تشویق به گزینش بهترین

خداوند کسانی را که بعد از شنیدن سخن و نظرات مختلف، بر اساس منطق حق خواهی و به دور از هرگونه لجاجت، بهترین را برمی گزینند، به لطف خاص خود بشارت می دهد و آنها را صاحبان خرد و اندیشه می نامد:

به رحمت بشارت ده آن بندگان را که چون سخنها بشنوند نیکوترین آن را عمل کنند. آنان هستند که خدا آنها را به لطف خاص خود هدایت فرموده است و هم آنان به حقیقت خردمندان عالمند. (4)

8. آزادی تفکر و اندیشه:

آزادی تفکر و اندیشه مبنای دعوت اسلامی است. دهها آیه و روایت در قرآن و منابع معتبر روایی وجود دارد که انسانها را موظف به تفکر کرده، هرگونه اکراه و اجبار را در پذیرش عقیده مردود شمرده و پیامبر را فقط به عنوان یک یاد آورنده، «مذکر»، معرفی کرده است.

مکتبی که برای آزادی تفکر و اندیشه این همه اهمیت قایل است، طبیعی است که

ص: 200

1- عنکبوت / 46: « وَ لَا تُجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ »

2- نحل / 64: « ءَا لِهٖ مَعَ اللّٰهِ ، قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ اِنَّ كُنْتُمْ صَادِقِينَ »

3- بقره / 111: « قَالُوا لَنْ يَدْخُلَ الْجَنَّةَ اِلَّا مَنْ كَانَ هُودًا اَوْ نَصَارًا تِلْكَ اَمَانِيَّتُهُمْ قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ اِنَّ كُنْتُمْ صَادِقِينَ »

4- زمر / 18

به آزادی بیان ارج نهد؛ زیرا آزادی اندیشه بدون آزادی بیان معنی ندارد.

نمونه هایی از آیات و روایات:

خداوند آیات خود را برای شما روشن بیان کند، باشد که در حقیقت کارها اندیشه

کنید.» (1)

«برای مردم با فکرت آیات قدرت خدا کاملا پدیدار است.» (2)

حضرت پیامبر صلی الله علیه واله می فرماید: «یک ساعت تفکر بهتر از یک شب تمام عبادت است.» (3)

حضرت صادق علیه السلام یک ساعت تفکر را بهتر از یکسال عبادت می داند (4) و در حدیث دیگر برابر با شصت سال عبادت دانسته شده است. (5)

امام صادق علیه السلام در حدیث دیگری درباره شخصیت ابوذر می فرماید: «تفکر و اندیشه بیشترین مقدار عبادت او را تشکیل می داد.» (6)

«کار دین به اجبار نیست، راه هدایت و ضلالت بر همه روشن گردید.» (7)

«ای رسول! اگر خدای تو در مشیت ازلی می خواست اهل زمین یکسره ایمان می آوردند، چون نخواستیم، تو کی توانی تا به جبر و اکراه همه را مومن و خداپرست گردانی» (8)

«برای رسولان جز تبلیغ رسالت و اتمام حجت، تکلیفی نیست.» (9)

موارد فوق نمونه هایی است از صدها آیه و روایت که در قرآن و کتب روایی معتبر آمده است.

دقت در مفاهیم و لوازم این آیات و روایات، موضع قرآن و سنت را در برابر آزادی بیان روشن می کند.

ص: 201

1- بقره / 219 و 266.

2- رعد/ 3، روم / 21، جاثیه / 13، زمر/ 42.

3- محمدباقر مجلسی، بحار، ج 71، ص 328، باب 80، روایت 27.

4- همان، ص 129، باب 1.

5- همان، ج 69، باب 37، روایت 23.

6- همان، ج 1، ص 323.

7- بقره / 256

8- يونس / 99

9- نحل / 35

فقها و اندیشمندان اسلامی نیز با تبعیت از مضمون آیات و روایات، به اتفاق نظر، اصل آزادی بیان را در بینش اسلامی مورد تأیید قرار داده اند؛ هر چند ممکن است در باب حدود و شروطی که برای آن لحاظ کرده اند، کاملاً متفق نباشند.

در زیر سخنان بعضی از این بزرگان را نقل می‌کنیم، تا هم اصل نظریات و هم

تفاوت‌هایی که در حدود آن قائلند، روشن شود.

استاد مطهری:

... در آینده هم اسلام، فقط و فقط با مواجهه صریح و شجاعانه با عقاید و افکار مختلف است که می‌تواند به حیات خود ادامه دهد، من به جوانان و طرفداران اسلام هشدار میدهم که خیال نکنند راه حفظ معتقدات اسلامی جلوگیری از ابراز عقیده دیگران است. از اسلام فقط با یک نیرو می‌شود پاسداری کرد و آن علم است و آزادی دادن به افکار مخالف و مواجهه صریح و روشن با آنها. (1)

ایشان در جای دیگری اظهار می‌دارد:

... نه تنها آزادی بیان در اسلام هست، بلکه می‌بایست برای شناخت و مقابله با افکار دیگران در دانشگاه الهیات، عقاید مارکسیستی، توسط استادی که معتقد به آن است، تدریس گردد؛ اما به شرطی که التقاط و دروغ و حقه بازی در آن راه نیابد و در زیر پوشش افکار اسلامی، افکار و اندیشه‌های مخالف، با آن ممزوج نگردد. (2)

شهید بهشتی:

... اما آزادی در بیان آرا، عقاید و افکار: 1. انتقاد سازنده و دلسوزانه ایرادی ندارد. 2. دروغ‌زنی، شایعه‌سازی، تضعیف نهادهای مستقل، مسموم کردن جو اجتماعی،

ص: 202

1- پیرامون انقلاب اسلامی، ص 13؛ «آزادی بیان»، نشریه حوزه، سال هفتم، شماره 4.

2- همان

تفرقه افکنی و به خطر انداختن یکپارچگی جامعه و ... از هر طریق که باشد ممنوع است. 3. آزادی بیان اندیشه ها و افکار و عقاید، نشر کتابها و مقاله ها و روزنامه ها و مجله های ضد خدا و پیغمبر و اسلام و اصول عقاید اسلامی و ... به یک شرط آزاد است و آن اینکه این شبهات همراه با پاسخ روشنگر و توضیحات کافی به این شبهات باشد. (1)

امام خمینی:

اسلام بیش از هر دینی و بیش از هر مسلکی، به اقلیتهای مذهبی آزادی داده است. آنان نیز باید از حقوق طبیعی خودشان، که خداوند برای همه انسانها قرار داده است، بهره مند شوند. ما به بهترین وجه از آنان نگهداری می کنیم. در جمهوری اسلامی ایران کمونیستها نیز در بیان عقاید خود آزادند. (2)

استاد محمد تقی جعفری نیز در ضمن نفی آزادی بیان به شکل مطلق، آن را به صورت مشروط مورد تأیید قرار می دهد:

آزادی مطلق بیان را بی هیچ قید و شرطی نمی توان پذیرفت؛ زیرا تمام افراد بشر به آن حد اعتلای فکری نرسیده اند که هم بیان کننده غیر از حق و واقعیت را ابراز نکنند و هم شنونده و تحقیق کننده از اطلاعات کافی و فکری نافذ برخوردار باشد. پس باید آزادی معقول باشد، نه مطلق. (3) وی در مورد شرایط آزادی بیان بعد از توضیح مفصلی می گوید: «... لذا باید حق آزادی قلم و بیان را مشروط به عدم مزاحمت حقوق حیات و کرامت انسانها نمود. (4)

دکتر داود الهامی:

تفکر، استدلال، استنباط و اجتهاد که این همه در اسلام روی آن تکیه شده است، در

صورتی معنی و مفهوم واقعی پیدا می کند که آزادی بیان را در دنبال داشته باشد... اسلام

ص: 203

1- محمد بهشتی، «استقلال و آزادی در جمهوری اسلامی» (سخنرانی)، مجله پاسدار اسلام، سال دوم شماره 15.

2- امام خمینی، صحیفه نور، ج 3، ص 48.

3- محمد تقی جعفری، تحقیق در دو نظام حقوق جهانی بشر و...، ص 329.

4- همان، ص 454.

جوامع بشری را در انتخاب عقاید و گزینش مکاتب آزاد گذاشته است. در اسلام هر کسی در بیان رأی و اظهار عقیده خود کاملاً آزاد است و کسی حق ندارد با هیچ دستاویزی از تفکر کسی و نحوه اندیشه او جلوگیری نماید. (1)

از صراحت این عبارات پیداست که فقها و اندیشمندان فوق الذکر معتقدند اصل

آزادی بیان جزء مسلمات اندیشه اسلامی است.

آزادی بیان در قانون اساسی ج.ا.ا و اعلامیه اسلامی حقوق بشر

آزادی بیان در اعلامیه اسلامی حقوق بشر و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به شروط مشابهی مقید شده است؛ در اعلامیه اسلامی حقوق بشر، آزادی بیان به عدم مغایرت با «اصول شرعی» و در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عدم مغایرت با «مبانی اسلام» مشروط شده است.

ماده 22 «اعلامیه اسلامی حقوق بشر» طی سه بند، آزادی بیان و شرایط آن را

توضیح داده است:

الف) هر انسانی حق دارد که نظر خود را به هر شکلی که مغایر با اصول شرعی نباشد، آزادانه بیان دارد.

ب) هر انسانی حق دارد برای خیر و نهی از منکر بر طبق ضوابط شریعت اسلامی

دعوت کند.

ج) تبلیغات یک ضرورت حیاتی برای جامعه است و سوء استفاده و سوء استعمال

آن و حمله به مقدسات و کرامت انبیا، یا به کارگیری هر چیزی که منجر به ایجاد اختلال در ارزشها یا متشتت شدن جامعه یا زیان یا متلاشی شدن اعتقاد شود، ممنوع است. (2)

حق دعوت به خیر و نهی از منکر و نیز حق تبلیغات، هر کدام به نحوی، جزو

مصادیق همان حق آزادی بیان است که در بند الف به طور کلی آمده است. چنان که

ص: 204

1- داود الهامی، اسلام و حقوق طبیعی، ص 18.

2- هوشنگ ناصرزاده، اعلامیه های حقوق بشر، (اعلامیه اسلامی حقوق بشر) ص 10.

روشن است، هر کدام از این بندها شرط یا شرطهایی را برای آزادی بیان، که حق مسلم هر فردی از افراد جامعه انسانی دانسته شده است، وضع می کنند. این شرطها عبارتند از: عدم مغایرت با اصول و ضوابط شرعی، عدم سوء استفاده و سوء اعمال این حق، عدم حمله به مقدسات و کرامت انبیا، عدم اخلال در ارزشها و تشتت در جامعه و زیان نرساندن به اعتقاد مردم.

در قانون اساسی ج.ا، گر چه اصل خاصی به طور صریح، به آزادی بیان اختصاص نیافته است و لکن به طور ضمنی در سه اصل 24، 26 و 27 شرایط کلی و ویژگیهای آن توضیح داده شده است؛ در اصل 24 درباره مطبوعات آمده است:

نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند، مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق

عمومی باشد، تفصیل آن را قانون معین می کند. (1)

اصل 26 که مربوط به آزادی احزاب، جمعیتها و انجمنهای سیاسی و صنفی و

انجمنهای اسلامی یا اقلیتهای دینی است، و نیز اصل 27 که مبین آزادی تشکیل

اجتماعات و راهپیمایی ها می باشد، در واقع بیانگر آزادی بیان هم هست؛ زیرا لازمه تشکیل احزاب و تشکیل اجتماعات راهپیمایی، اظهار اهداف، خواسته ها، اندیشه ها و آرمانهای جمعی و تشکیلاتی قشر یا قشرهایی از مردم است، این خود مصداق بارز بیان می باشد. طبیعی است که آزادی بیان جمعی فرع بر آزادی بیان برای افراد می باشد. (2) آزادی بیان در این سه اصل مشروط شده است به عدم اخلال به مبانی اسلام و حقوق عمومی، عدم نقض استقلال، آزادی و وحدت ملی، عدم نقض موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی.

در اصل 86، در خصوص حق آزادی بیان برای نمایندگان مجلس آمده است:

نمایندگان مجلس در مقام ایفای وظایف نمایندگی در اظهار نظر و رأی خود کاملاً آزادند و نمی توان آنها را به سبب نظراتی که در مجلس اظهار کرده اند، یا آرای که در مقام ایفای وظایف نمایندگی خود داده اند، تعقیب یا توقیف کرد. (3)

ص: 205

1- ق.ا.ج.ا.ی اصل 24.

2- ق.ا.ج.ا.، اصل 26 و 27.

3- قانون اساسی، اصل 86.

این اصل گر چه آزادی بیان را، به طور مطلق و عاری از هر گونه قید، فقط برای

نمایندگان مجلس شورای اسلامی بیان کرده است. اما دکتر جلال الدین مدنی از این

اصل آزادی بیان را برای تمام افراد جامعه استنباط میکند و می گوید:

قابل قبول نیست که وکیل شخصی از حقوقی برخوردار باشد که موکل، آن حقوق و

اختیارات را نداشته باشد. (1)

هم سنجی دو دیدگاه

در باب هم سنجی دیدگاه اسلام و دنیای غرب، در خصوص حقوق و آزادیها و از آن جمله آزادی بیان، نظریات متفاوتی ابراز می شود. عده ای از نظریه پردازان، بخصوص مستشرقین تلاش داشته اند تا اسلام را، به دلیل این که بر اصول و معیارهای ثابت الهی استوار و به الزامات و قیودات ارزشی و اخلاقی وفادار می باشد، با مسیحیت حاکم دوران قرون وسطی از یک تیره به حساب آورده و آن را مخالف هو نوع آزادی و ناقض حقوق بشر به معنی امروزی آن قلمداد کنند. در مقابل، کسان دیگری نیز در دنیای اسلام وجود دارند که تحت تأثیر شکوه علمی و هیمنه اقتصادی دنیای غرب، در یک خودباختگی مطلق، مایوسانه تلاش کرده اند تا اثبات کنند که هر آنچه دنیای مدرن و مترقی غرب شعارش را می دهد، اسلام هزار و چهارصد سال پیش مثل آن، بلکه بالاتر از آن را برای جامعه به ارمغان آورده است. چند جمله ای از زبان این گونه افراد، در صفحات قبل نقل شد.

برای فهم موضع اسلام درباره آزادی بیان، آیات قرآنی و روایاتی از کتب روایی

معتبر، در بخش دیدگاه اسلام، نقل شد و نیز نظریات فقها و اندیشمندان برجسته

اسلامی و موادی از اعلامیه اسلامی حقوق بشر و قانون اساسی جمهوری اسلامی بازگو گردید. دیدیم که اسلام اصل آزادی بیان را برای تک تک افراد جامعه به رسمیت

ص: 206

می شناسد و در این مورد هیچ استثنایی هم وجود ندارد. بنابراین در متن اسلام هیچ

مستمسکی برای ممنوعیت آزادی بیان وجود ندارد.

در تاریخ خلفاء، امرا و سلاطین دولتهای اسلامی نیز، علی رغم اینکه اکثریت قریب

به اتفاق آنها جزء «ظلمه» و «سلاطین جور» بوده اند و تعهد خاصی به اصول شریعت اسلامی نداشته اند، ولی باز هم، به دلیل روشن بودن دیدگاه اسلام در مورد حق آزادی بیان، هیچ برخوردی شبیه آنچه در قرون وسطی از طریق ارباب کلیسا انجام می شد، با این پدیده صورت نگرفته است.

بنابراین، می توان چنین نتیجه گرفت که اسلام با دنیای غرب در اصل ضرورت

برخورداری افراد از حق آزادی بیان، قطع نظر از اهداف، انگیزه ها، نحوه بهره گیری و حدود آن، نظر همسانی دارد؛ آزادی بیان همچنان که در اعلامیه جهانی حقوق بشر و قوانین اساسی کشورهای غربی، جزو حقوق اساسی افراد جامعه بشری دانسته شده است، در اسلام نیز از آن به عنوان یک حق فطری، طبیعی و خدادادی، در جای جای منابع اسلامی، نام برده شده است و جزء نیازهای اساسی و لوازم شخصیت انسانی بشر به حساب آمده و سرانجام در اعلامیه حقوق بشر اسلامی نیز انعکاس یافته است.

عصر تجلی اسلام بی شباهت به دوران بروز عصر تجددخواهی و نوزایی در غرب نبود؛ اندیشه انسان ساز و نجات بخش اسلام در محیطی خفقانی و تحجرگرایی دوران جاهلیت به بشر اسیر و در بند سنتهای موهوم جاهلی عرضه شد. به همین دلیل تلاش در جهت آزادی اندیشه و بیان و رهایی از قید و سنتهای تثبیت شده جاهلی یکی از محورهای مبارزاتی اسلام بود.

اما در خصوص حدود و دامنه آزادی بیان و نحوه بهره برداری افراد جامعه از این

حق اساسی، باید گفت دیدگاه اسلام با نظر رایج در دنیای غرب تطابق کامل ندارد؛ از این جهت، نگرش اسلام با آنچه در دنیای غرب تثبیت شده است، دارای تفاوت اساسی است. در منابع مدون غرب معمولا اطلاق آزادی بیان را، چنانچه گذشت، جز یک شرط مقید نمی کند ولی در منابع اسلامی مربوط قیود بیشتری می توان یافت. انسان در نگرش اسلام، در عین اینکه باید آزاد باشد، مسؤول نیز هست؛ یعنی آزادی او توأم با مسؤولیت

است؛ مسؤولیت در برابر حق آزادی دیگران، مسؤولیت در برابر کرامت ذاتی خود و جامعه خویش، مسؤولیت در برابر اصول و معیارهایی که مکتب وحی برای رشد، تعالی و تکامل فرد و جامعه پیش پای او قرار داده است و ...

در بخش تجلی آزادی بیان در اعلامیه جهانی حقوق بشر توضیح داده شد که تنها

قید عمده ای که برای آزادی بیان در اسناد اساسی سازمانهای بین المللی و نیز قوانین اساسی کشورهای غربی در نظر گرفته شده است، محدودیتهایی است که به وسیله قانون موضوعه به منظور تأمین شناسایی و مراعات حقوق و آزادیهای دیگران، بیان شده باشد. (1) اما در اسلام، حق آزادی بیان نه تنها مشروط به عدم نقض حقوق دیگران است، بلکه مقید به عدم تجاوز از معیارهای شرعی نیز می باشد. در اعلامیه اسلامی حقوق بشر حق آزادی بیان و تبلیغات، بصراحت، مشروط شده است به عدم مغایرت با اصول شرعی، عدم سوءاستفاده و سوء اعمال این حق، عدم حمله به مقدسات و کرامت انبیا، عدم ایجاد اخلال در ارزشها و تشتت در جامعه و زیان رساندن به اعتقاد مردم. (2) در قانون اساسی نیز، همان طور که اشاره شد، استفاده افراد از حق آزادی بیان به عدم اخلال در مبانی اسلام، حقوق عمومی، موازین جمهوری اسلامی و ... مشروط شده است. (3)

اصول و مقرراتی اخلاقی - تکلیفی در اسلام وجود دارد که هر کدام می تواند به نوبه خود شرطی و محدودیتی برای آزادی بیان به حساب آید. از آن جمله: ممنوعیت گمراه کردن افراد (اضلال)، حرمت نشر، جمع آوری، حفظ و پخش کتب ضاله، ممنوعیت توهین به مقدسات دینی و مذهبی، ممنوعیت افشای اسرار، ممنوعیت توطئه، ممنوعیت اظهار کفر بر فرد مسلمان و ... هر یک از موارد فوق که جزء مسلمات شریعت اسلامی است، محدود کننده دامنه استفاده از حق آزادی بیان می باشد که مقام بحث تفصیلی آن اینجا نیست.

برخی از بزرگان که وجود این مقررات قطعی در اسلام را اشکالاتی بر اصل آزادی

ص: 208

1- هوشنگ ناصرزاده، اعلامیه های حقوق بشر (اعلامید حقوق بشر و شهروندان) ص 91.

2- ناصرزاده، همان، ص 10

3- قانون اساسی ج.ا.، اصل 24، 26، 27

بیان و از موانع آن پنداشته اند، تلاش کرده اند برای رفع خدشه ای که از این طریق بر آزادی بیان در اسلام وارد می شود، به نحوی آنها را توجیه کنند. ولی واقعیت این است که اسلام آزادی بیان را با همین قیود زیننده حیات متعالی و معقول افراد جامعه انسانی می داند، نه آزادی مطلق و رها از هر گونه قید را. از نظر اسلام صرف مراعات آزادی دیگران کافی نیست، باید مبانی شرعی و مقررات اخلاقی نیز برای استفاده از این حق در نظر گرفته شود.

به نظر می رسد تفاوت دیدگاه اسلام و غرب در مورد حدود آزادی بیان کاملاً

طبیعی باشد؛ زیرا اساساً نگاه این دو مکتب به انسان، تاریخ، جامعه و هستی متفاوت است. اهداف و انگیزه هایی که هر کدام برای انسان و زندگی فردی و اجتماعی او ترسیم می کند، در تضاد با یکدیگر است. پس نباید انتظار داشت هر دو به آزادی انسان و نحوه بهره برداری از آن کاملاً یکسان بیندیشند.

ص: 209

1. ابوسعیدی، مهدی: حقوق بشر و سیر تکامل آن در غرب، چاپ اول، مؤسسه انتشارات آسیا، تهران، 1343.
2. الهامی، داود: اسلام و حقوق طبیعی، دارالتبلیغ الاسلامی، چاپ قم.
3. بهشتی، سیدمحمد: «استقلال و آزادی در جمهوری اسلامی» (سخنرانی)، پاسدار اسلام، سال دوم، شماره 15.
4. بیات، اسدالله: «آزادی و اهمیت آن از دیدگاه اسلام و امام»، مجله پاسدار اسلام، شماره 138.
5. پوپر، کارل: درس این قرن، ترجمه علی پایا، چاپ اول، انتشارات طرح نو، تهران، 1376.
6. جعفری تبریزی، محمدتقی: تحقیق در دو نظام حقوق جهانی بشر و ...، دفتر خدمات حقوقی بین المللی ...، تهران، 1370.
7. جعفری تبریزی، محمدتقی: «فلسفه اصل آزادی بیان»، کیهان فرهنگی، سال هشتم، شماره 9.
8. خمینی، روح الله: صحیفه نور، ج 3، ص 48.
9. روسو، ژان ژاک: قرارداد اجتماعی، ترجمه: زیرک زاده، انتشارات تابان، چاپ تهران، 1374، 262 ص.
10. شریعتمداری: «چه کسی آزاد است؟»، کیهان فرهنگی، سال نهم، شماره 2.
11. شریعتی، علی: انسان (مجموعه آثار 24)، انتشارات بیتا، چاپ تهران.
12. قاضی، ابوالفضل: گفتارهایی در حقوق عمومی، ج 1، نشر دادگستر، تهران، 1375.
13. محمودی، سیدعلی: «تحلیل عوامل آزادی در فلسفه هابز»، کیهان اندیشه، شماره 73.
14. مدنی، جلال الدین: حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، سروش، تهران، 1362.
15. مدنی، جلال الدین: حقوق اساسی و نهادهای اساسی، علامه طباطبایی، تهران، 1370.
16. مکارم، ناصر: تفسیر نمونه، ج 32، دارالکتب الاسلامیه، تهران، 1374.
17. منصوری لاریجانی، اسماعیل: سیر تحول حقوق بشر و ...، انتشارات تابان، تهران، 1374.
18. نجومیان، حسین: زمینه حقوق تطبیقی در نظامهای حقوقی ...، جعفری، مشهد، 1348.
19. «آزادی بیان»، مجله حوزه، سال پنجم، شماره 2 و 4.
20. «آزادی یا هرج و مرج»، مجله پاسدار اسلام، سال دوم، شماره 17.

پیشگفتار

افراد حاضر در یک کشور، در یکی از سه دسته زیر قرار می گیرند:

الف) اکثریت:

این دسته جمعیت بیشتری از افراد یک کشور را تشکیل می دهند و از نظر زبان،

مذهب یا نژاد با همدیگر وجه مشترک دارند. (1)

ب) اقلیت:

جمعیت کمتری از افراد یک سرزمین را شامل است و از لحاظ دین و مذهب یا نژاد

از اکثریت ممتاز هستند.

ج) بیگانگان:

افرادی که دارای تابعیت خارجی هستند و به نحو دائم یا موقت در سرزمین دیگری

زندگی می کنند.

تحقیق حاضر در مورد حقوق افراد دسته دوم (اقلیتها) است. موضوع «حقوق

اقلیتها» همواره یکی از موارد اختلاف میان نهادهای بین المللی حقوق بشر و دولتها بوده

ص: 211

است. پس از صدور اعلامیه جهانی حقوق بشر و مصوبات سایر پیمانهای بین المللی در این زمینه، افکار عمومی جهانیان بیشتر به سوی این موضوع جلب گردیده است.

از سوی دیگر دین اسلام که برنامه اداره کردن اجتماع و تأمین یک زندگی سعادت‌مند برای انسانها در قالب نهادهای اجتماعی رایج در عصر حاضر را با خود دارد، نیز در طول تاریخ خویش، در میان جوامع مسلمان، همواره اقلیتهایی را سرپرستی و اداره می کرده است و برای آنها حقوق و مسئولیتهایی را در نظر داشته است.

در مقاله حاضر، سعی شده است که مقایسه ای بین این دو نظام یعنی «حقوق بین الملل» و «دین اسلام در مورد «حقوق اقلیتها» صورت گیرد.

هر چند در مراحل این تحقیق مشکلاتی مانند فقدان منابع اسلامی در بعضی از عناوین بحث، وجود داشته، ولی تلاش شده است که در نهایت با توجه به مبانی اسلام و یا حتی استفتا از مراجع تقلید فعلی، حکم آن مبحث معین و راه حلی برای آن ذکر شود.

بدیهی است که دقت خوانندگان عزیز و تذکرات اصلاحگرانه آنها در پربارتر شدن

این مقاله و رفع نواقص آن کمک شایانی خواهد کرد و راهگشای ما در کارهای بعدی خواهد بود. امید که این نوشتار گامی در جهت برطرف شدن ابهامات موجود در این زمینه باشد.

کلیات

تعریف لغوی و اصطلاحی اقلیت

اقلیت در لغت به معنی قسمت کمتر، بخش کمتر و مقابل اکثریت آمده است و در

اصطلاح عبارت است از: گروهی از افراد یک کشور یا یک شهر که از لحاظ دین و مذهب یا نژاد از اکثریت ممتاز باشند. (1)

ص: 212

تلاش سازمان ملل متحد جهت ارائه تعریفی جامع و کامل برای واژه «اقلیت» تاکنون به جایی نرسیده است. یکی از تعاریف مصطلح، توسط فرانسیسکو کاپور تورتی «گزارشگر ویژه کمیسیون فرعی منع تبعیض و حمایت از اقلیتها» ارائه شده است. وی می گوید:

بر اساس ماده 27 میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، اقلیت گروهی است که از نظر تعداد از بقیه جمعیت یک کشور کمترند، در وضعیتی غیر حاکم قرار دارند، اعضای آنها تبعه دولت محسوب می شوند، دارای ویژگیهای نژادی، مذهبی یا زبانی متفاوت با بقیه جمعیت می باشند و دارای نوعی از انسجام هستند که به سمت حفظ فرهنگ، سنتها، مذهب یا زبان خود پیش می روند. (1)

معیارهای تشخیص اقلیت

به طور کلی، تحقیقاتی که درباره مفهوم اقلیت انجام گرفته، گرچه تاکنون نتیجه

رضایت بخشی نداده، لیکن می توان از نتایج آن، لاقابل معیارهایی را کشف کرد که در تشخیص اقلیت از اکثریت مؤثر واقع شوند. مهمترین معیارهای تعیین کننده اقلیت، که با مطالعه وجه مشترک گروههای اقلیتی مختلف به دست آمده، عبارتند از:

الف) معیار کمیت: یعنی از حیث تعداد، نسبت به سایر جمعیت، در اقلیت به سر می برند.

ب) عدم حاکمیت: طبیعتاً تنها گروههایی مورد حمایت بین المللی قرار می گیرند که

تحت حکومت اکثریت - یا گروه اقلیتی دیگری به سر می برند و به عبارت دیگر، طبقه حاکمه کشوری که در آن مستقر هستند را تشکیل نمی دهند. به طور مسلم اقلیتهایی که زمام قدرت را به طور دسته جمعی در دست دارند، نیازی به حمایت بین المللی ندارند

ص: 213

1- اخبار و رویدادها، شماره 2، ص 79، کمیسیون حقوق بشر اسلامی، گزارش نماینده ویژه کمیسیون حقوق بشر ...، اجلاس 54 کمیسیون حقوق بشر، ژانویه 1998.

(مثال: سفیدپوستان آفریقای جنوبی در زمان آپارتاید).

ج) صفات مشخصه اقلیت: اقلیتها دارای ویژگیهایی می باشند که رفتار شخصی یا

دسته جمعی آنها را از سایر مردم متمایز می سازد. این ویژگیها دارای ریشه نسبتاً عمیقی است، مانند نژاد، رنگ پوست، دین، ملیت، زبان یا به طور کلی فرهنگ خاص. از این جهت اقلیتهای سیاسی یا اجتماعی در این دسته قرار نمی گیرند، زیرا وابستگی این اشخاص به این گروهها بر اساس اراده آنهاست یا جنبه اجتناب ناپذیری برای آنان نداشته است.

د) عنصر روانی: که شامل آگاهی به متعلق بودن به گروه اقلیتی از یک سو و وجود

حس همبستگی از سوی دیگر، می باشد. این دو عنصر دارای اهمیت خاصی هستند.

اقلیتها در صورتی قادر به حفظ هویت و فرهنگ خویش هستند که به آن هویت و فرهنگ نخست پای بند و دلبسته باشند. این امر مستلزم آن است که افراد متعلق به این گروهها به واقعیت وضعیت خود پی برده باشند. این آگاهی باعث می شود بین آنان، برای نیل به هدف مورد نظر، همبستگی ایجاد گردد.

این علایم مشخص کننده وضعیت اقلیتها، اگر چه تعیین کننده نیستند اما مبنایی برای تحقیقات بعدی هستند. (1)

سابقه تاریخی وضعیت اقلیتها

اشاره

صفحات تاریخ مملو از ظلمها و تعدیهایی است که در حق اقلیتها روا داشته شده است؛ چه اقلیتهای قومی، نژادی، زبانی و چه اقلیتهای مذهبی. اگر به تاریخ مراجعه کنیم کمتر موردی را می توان یافت که حکومت اکثریت با اقلیت با مهربانی برخورد و حقوق آنها را مراعات کرده باشد.

اینک به ترتیب تاریخی به گوشه هایی از نحوه رفتار با اقلیتها در ادوار تاریخ و جوامع مختلف اشاره می کنیم.

ص: 214

1- نادر ذوالعین، «حمایت بین المللی از حقوق اقلیتها»، مجله تحقیقات حقوقی، ص 447

اشاره

نظر به این که در این قرون، دو امپراتوری ایران و روم دارای حکومت متشکل و از نهادهای مختلف اجتماعی برخوردار بودند و در آن روزگار جامعه ای متمدن محسوب می شدند، بررسی وضعیت اقلیتها در قرون اولیه را به این دو جامعه اختصاص می دهیم.

1. اقلیتها در جامعه ساسانی

اگر چه کوروش، مشهورترین پادشاه ایران باستان، به عقاید اتباع سرزمینش احترام می گذاشت، به آزادی عقیده و عبادت اعتقاد داشت، از غارت شهرها و تخریب معابد خودداری می کرد، نسبت به مقدسات ملل مغلوب به چشم احترام می نگریست و برای نگهداری پرستشگاهها و معابد از خود کمک مالی می کرد (1) ولی در جامعه ساسانی در کنار مذهب رسمی، یعنی دین زردشت، سایر مذاهب جایگاه چندانی نداشتند. موبدان زردشتی، ارتداد از دین ملی را گناهی بزرگ می شمردند. وقتی که مانی (حدود 216 - 276 م.) ادعا کرد که چهارمین پیامبر خدا در ردیف بودا، زردشت و مسیح است و دینی مبتنی بر تجرد، صلح طلبی و تورع را اعلام کرد؛ مغان مجاهد و دارای تعصب ملی او را مصلوب کردند و مانویت مجبور شد موفقیت خود را در خارج از مرزهای ایران جستجو کند. مع هذا، موبدان و پادشاهان ساسانی عموماً نسبت به یهودیت و مسیحیت تسامح به خرج می دادند. عده زیادی از یهودیان به ایالات باختری امپراتوری ایران پناهنده شدند. وقتی ساسانیان به قدرت رسیدند، مسیحیت در ایران مستقر شده بود این دین تا هنگامی که دین رسمی دشمنان ایران، یعنی یونان و روم نشده بود، تحمل می شد؛ اما پس از آنکه روحانیان مسیحی نقش فعالی در دفاع از سرزمین بیزانس در برابر شاپور دوم به عهده گرفتند که نمونه آن فعالیت آنان در سال 338 م. در نصیبین بود- و مسیحیان ایران امید طبیعی خود به پیروزی بیزانس را آشکار ساختند، دین مسیح مورد تعقیب قرار گرفت. در سال 341، شاپور فرمان به قتل عام تمام مسیحیان امپراتوری خود داد و تا هنگامی که این

ص: 215

فرمان را به کشیشان، راهبان و راهبه‌ها محدود کرد، ساکنان بسیاری از دهات مسیحی کشته شده بودند. در طی این تعقیب و آزار، که تا زمان مرگ شاپور ادامه یافت (379 م.) شانزده هزار تن مسیحی کشته شدند. یزدگرد اول (399 - 420) آزادی مذهبی را به مسیحیان باز گرداند و آنان را یاری داد تا کلیساهای خود را از نوسازند. در 422 شورایی از اسقفان ایرانی، کلیسای مسیحیان ایران را از مسیحیت یونان و روم مستقل ساخت. [\(1\)](#)

2. اقلیتها در امپراتوری روم

مسیحیان تا زمانی که آیین مسیحیت از طرف دولت روم به رسمیت شناخته نشده بود همواره در زیر شکنجه و آزار یهودیان به سر می بردند. تنها در طلیعه قرن چهارم میلادی بود که به موجب فرمانی که در سال 311 میلادی از طرف امپراتوری روم صادر شد مسیحیان آزادی مختصری یافته، از شکنجه و تعصب ورزی علنی یهودیان نجات پیدا کردند. در یکی از جنگها که میان دولت ایران و روم در گرفته بود یهودیان هشتاد هزار اسیر مسیحی را از ایرانیان خریدند و از روی کینه و انتقام همه را از دم تیغ گذراندند.

در عصر امپراتوری «نون» (37 - 68 م.) به دنبال شورش یهودیان در شهر قدس، این شهر به فرمان امپراتور محاصره شد و یهودیان قدس قتل عام شدند؛ معابد یهود ویران و کاهنان و رؤسای مذهبی شان به وضع فجیعی کشته شدند. [\(2\)](#)

ب) وضعیت اقلیتها در قرون وسطی

قرون وسطی دوران اوج «نابرداری مذهبی» است. در این قرون اقلیتهای مذهبی روزگار خوشی نداشتند و از آزار و اذیت و حتی قتل و کشتار در امان نبودند. جنگهای پر دامنه و ویرانگر صلیبی در این قرون اتفاق می افتد. ویژگی مهم جنگهای مزبور این است که رنگ دینی و مذهبی دارند و دو طرف این جنگ مسیحیان اروپایی و مسلمانان هستند و این نیروهای فاتح اند که پس از تصرف شهرها و روستاها سرنوشت مردم مغلوب معتقد به

ص: 216

1- همان، ج 4، ص 172.

2- عباسعلی عمید زنجانی، اسلام و همزیستی مسالمت آمیز، ص 25.

دین و آیین دیگر را تعیین می کنند.

تعداد جنگهای صلیبی به هشت فقره می رسید و از اواخر قرن یازدهم تا اواخر قرن

سیزدهم ادامه داشت. (1)

اولین سپاه صلیبی در پانزدهم ژوئیه 1099 وارد شهر بیت المقدس شد و آنجا را

تصرف کرد. سپاهیان صلیبی پس از تصرف شهرهای مسلمان نشین از هیچ جنایتی در حق آنان فروگذار نکردند. تاریخ خود گواه این جنایات است.

آلبر ماله در تاریخ خود می نویسد:

گود فرو آدو بویون، فرمانده این سپاه خون آشام، در گزارش خود به پاپ چنین نوشت: اگر می خواهید بدانید با دشمنانی که از بیت المقدس به دست ما افتاد (مسلمانان) چه معامله شد، همین قدر بدانید که کسان ما در رواق سلیمان و معبد در لجه ای از خون مسلمانان می تاختند و خون تا زانوی مرکب می رسید. (2)

جرجی زیدان نویسنده مسیحی تاریخ تمدن اسلام می نویسد:

در گذرها و میدانهای بیت المقدس از سرها و پاها تلهایی تشکیل یافته و از روی آنها عبور می کردند و مجروحین را پس از مدتی در آتش می سوزانیدند!! و ده هزار جمعیتی که به مسجد عمر پناه برده بودند همه را طعمه شمشیر قرار دادند و در هیکل (معبد قدیم) سلیمان خون به قدری جاری بود که لاشه های مقتولین در آن غوطه ور بودند! (3)

کشتار حامیان کلیسا به همین جا پایان نیافت بلکه طی مجلسی تصمیم گرفتند که

یکمرتبه تمام سکنه بیت المقدس را، اعم از مسلمان و یهودی و عیسوی، از دم شمشیر بگذرانند و این قتل عام تا هشت روز ادامه داشت و خونخواران مسیحی پس از قتل عام شهر وارد مسجد اقصی شده، زاهدان و معتکفان را سر بریدند. آنگاه به سراغ مسجد عمر رفته، سپس به سوی معبد یهودیان سرازیر شدند و آنجا را آتش زدند به طوری که

ص: 217

1- زین العابدین قربانی، اسلام و حقوق بشر، نشر کتابخانه صدر، ص 371.

2- عباسعلی عمید زنجانی، اسلام و همزیستی مسالمت آمیز، ص 69.

3- همان

یهودیان در حالی که از این سو به آن سو می‌دویدند و شیون می‌کشیدند در میان لهیب آتش می‌گداختند. (1)

گوستاو لوبون مستشرق معروف فرانسوی می‌نویسد:

قبایح اعمال و کردار مجاهدین صلیب در تمام لشکرکشیها حقیقتا آنها را در ردیف

درنده ترین و بی شعورترین وحشی های روی زمین قرار داده بود.

مسیحیان نیز پس از فتح اسپانیا و اندلس با مسلمانان رفتار مشابهی داشتند (2) اما مسلمانان بر عکس دشمنانشان (مسیحیان صلیبی) بعد از فتح سرزمینها با اهالی، با ملایمت و مهربانی برخورد می‌کردند. آلبر ماله مورخ شهیر فرانسوی در جلد سوم کتاب معروف خود می‌نویسد: .

بعد از جنگ طبریه سلطان صلاح الدین ایوبی با اسرای صلیبی خوشرفتاری کرد تا آنجا که گوی دو لوزنیان (یکی از سران صلیبی) را در کنار خود نشانید و نسبت به او از احترام مضایقه نمود. (3)

مورخ مسیحی دیگر به نام «میشو» در تاریخ جنگهای صلیبی می‌نویسد:

هنگامی که خلیفه دوم مسلمانان بر بیت المقدس تسلط یافت، نصارا کوچکترین ضرری ندیدند و در صورتی که وقتی مسیحیان آن سرزمین را از دست مسلمین بازگرفتند مسلمانان را قتل عام و یهود را در آتش سوزانیدند. (4)

ج) وضعیت اقلیتها در قرون اخیر:

اشاره

در اروپا، در قرون شانزده و هفده، عموماً بر این عقیده بودند که کلیه رعایای یک مملکت باید در تمام مسائل اساسی با یکدیگر همفکر باشند و خصوصاً در مسائل مذهبی باید از

ص: 218

1- همان؛ احمد رشید، اسلام و حقوق بین الملل عمومی، ص 76؛ ویل دورانت، تاریخ تمدن، ج 7، ص 612؛ جرجی زیدان، تمدن اسلام و عرب، ص 65؛ پرتو اسلام، ص 346.

2- همان

3- همان

4- همان

مذهب پادشاه خود پیروی کنند. بنابراین، در هر مملکت فقط یک مذهب وجود داشت که آنهم رسمی و اجباری بود و مردم حق نداشتند از قواعد آن تخلف ورزند. این روش را عدم اغماض با نظارت مذهبی می گویند. مثلاً انگلیس پروتستان مذهب کاتولیکها را از حمایت قانون خارج می ساخت و فرانسه واتیکان مذهب پروتستانها را بعد از نسخ فرمان نانت تعقیب میکرد. تفتیش مذهبی در اسپانیا و در ایتالیا نیز وجود داشت. در همه این سرزمینها وحدت مذهبی شرط لازم وحدت سیاسی فرض می شد. به قول یک نفر پروتستان قرن هفدهم، در آن عصر خیال می کردند که: «اختلاف مذهب موجب تفرقه مملکت است». در نتیجه، بین دولت و مذهب اتحاد کاملی وجود داشت.

به خاطر رواج همین طرز تفکر، در قرن شانزده میلادی هزاران نفر یهودی از اسپانیا و پرتغال رانده و آواره شدند و حکومت مسلمان عثمانی آنها را پناه داد و از چنگال بی رحم مسیحیان نجات بخشید. همچنین در اسپانیا آیین یهود غیرقانونی اعلام شد و حکومت مسیحی یهودیان را از انجام مراسم مذهبی خود منع و آنان را به پذیرفتن آیین نصرانیت مجبور کرد. (1)

در قرن هفده، دادگاههای تفتیش عقاید (انگیزسیون) در اروپا رواج یافت. این

دادگاهها از سوی کلیسا و برای اذیت و آزار، شکنجه و نابودی هر فکر مخالف کلیسا تأسیس شده بود.

آزادی مذهب:

فلاسفه قرن هجدهم مخصوصاً ولتر به این وضعیت سخت حمله ور شدند و بویژه ولتر پیشقدم. و علمدار مسلک اغماض در مورد مسائل مذهبی بود. از ابتدای قرن هجدهم تحت تأثیر فلاسفه مزبور، کلیه پادشاهان که حکومت «استبداد منور» داشتند، مانند فردریک دوم و ژوزف دوم، شیوه اغماض مذهبی را در سرزمینهای خود در پیش گرفتند. در انگلستان، که پس از انقلاب 1688 تمام شاخه های مذهب پروتستان آزاد شده بود، نسبت به کاتولیکها هم سیاست تسامح آغاز شد.

ص: 219

در فرانسه، ماده دهم اعلامیه حقوق بشر اشعار می داشت که

به هیچ کس از بابت عقاید حتی عقاید مذهبی نباید تعرض کرد، به شرط اینکه اجرای آداب مذهبی او منحل به انتظامات عمومی نباشد.

با این حال، قانونگذاران فرانسه تا سال 1791 جرأت نکردند آزادی مذهبی را برقرار سازند. از آن تاریخ به بعد جنبش ضد سیاست مذهبی روز به روز بر توسعه خود افزود و آزادی عقیده، آزادی مذهب و همچنین عدم انجام رسوم مذهبی تقریباً ترتیب عمومی کشورهای متمدن شد. فقط در روسیه شیوه مذهبی و اجتماعی پیشین مدت زمانی دوام داشت تا آن که قسمتی از آن در سال 1909 ملغی شد. اما این کشور و همچنین در رومانی یهودیها باز هم وضعیتی استثنایی داشتند، و باید توجه کرد که هر چند تساهل مذهبی فعلاً در قوانین مندرج است اما هنوز کاملاً وارد عمق اخلاق و عادات مردم نشده است. کینه های مذهبی به شدت خود باقی مانده و هنوز جامعه معاصر را مضطرب نگاه داشته است.

رابطه دولتهای اروپایی و مذهب در دوره معاصر:

مسأله روابط بین کلیسا و دولت که در تمام اعصار اهمیت فراوانی داشت در دوره معاصر به شکلهای مختلف حل شد که از این لحاظ سه روش اساسی را می توان تشخیص داد: روش مذهب دولتی، روش مذاهب رسمی و روش بی طرفی مذهبی یا تفکیک کلیسا از دولت. در روش اول مانند دوره قدیم مذهب ممتازی وجود دارد که همان مذهب رئیس کشور است. این مذهب در انگلستان، انگلیکن، در اسپانیا کاتولیک در ممالک اسکاندیناوی لوترانیسم، در روسیه و کشورهای بالکان ارتدوکس است). اما مذهب دولتی اجباری نیست و سایر مذاهب آزادند تنها روسیه تا سال 1914 آزادی کامل مذاهب را مستقر نساخته بود.

در روش دوم، مذهب رسمی ممتازی وجود ندارد بلکه چندین مذهب از طرف دولت به رسمیت شناخته شده اند که در نتیجه از بعضی از تشریفات رسمی بهره مند و دارای پاره ای امتیازات هستند. این روشی است که پس از قرارداد ناپلئون با پاپ در

فرانسه برقرار شد و تا 1905 دوام یافت.

در بعضی کشورهای کاتولیک کلیسای پروتستان، کنیسه های یهودیان مانند مستخدمان رسمی از دولت حقوق دریافت می داشتند و در بعضی قسمتها تحت نظارت دولت بودند. این روش در اتریش، بلژیک و بیشتر کشورهای آلمانی زبان رایج است.

و سرانجام، در روش دیگر دولت هیچ مذهبی را به رسمیت نمی شناسد. کلیه مذاهب آزاد هستند، مذهب دیگر جنبه رسمی ندارد و جزء موسسات خصوصی به شمار می رود که کاملاً از دولت جداست. این روش، تفکیک مذهب از دولت است که ابتدا در ایالات متحده و سپس در اکثر جمهوریهای آمریکای لاتین و در فرانسه، پس از نسخ عهدنامه با پاپ در 1905، استقرار یافت. (1)

حقوق اقلیتها در اسناد بین المللی

اشاره

از آنجا که اقلیتهای جامعه همواره در مقابل اکثریت، آسیب پذیر بوده و در معرض

ظلمها و تعدیات و تضییع حقوق قرار داشته اند یکی از رسالتهای بزرگ مجامع بین المللی توجه لازم به این مسأله بوده و مجامع مذکور از جامعه ملل گرفته تا سازمان ملل، تلاشها و اقداماتی را در جهت حمایت از اقلیتها به عمل آورده اند؛ اینکه تا چه مقدار توانسته اند به اهدافشان برسند در مباحث آینده روشن خواهد شد.

در این بخش تلاشها و اقدامات بین المللی در این زمینه به ترتیب تاریخی بررسی خواهد شد.

از اولین تلاشها تا اعلامیه دسامبر 1992

اشاره

اولین تلاشهای بین المللی برای حمایت از اقلیتها و منع تبعیض نژادی و مذهبی با عقد

ص: 221

معاهدات ذیل صورت گرفت: عهدنامه وستفالی 1648، عهدنامه وین در سال 1815 که صراحتاً به آزادی مذهبی اشاره دارد و پس از آن معاهده سال 1856 پاریس که تبعیض نژادی و مذهبی را منع می کند و سپس معاهده برلن در سال 1878 که تمامی حقوق و آزادیهای فردی را بدون تبعیض نژادی، مذهبی و زبانی تضمین میکند.

جامعه ملل و اقلیتها

پس از جنگ جهانی اول و دگرگونی چهره سیاسی اروپا بر اثر فروپاشی امپراتوریهای روسیه، اتریش - مجارستان و عثمانی، مسأله اقلیتها ابعاد جدید و در عین حال وسیعتری به خود گرفت: چون خواسته های اقلیتهایی که فراسوی مرزهای سیاسی پراکنده بودند، صلح و ثبات جامعه بین المللی را در معرض تهدید قرار می داد، اهمیت بین المللی آن نمایان شد. از آن پس، حقوق بین الملل دیگر نمی توانست نسبت به این مسأله بی تفاوت باقی بماند. (1) لذا به دنبال تشکیل جامعه ملل، این جامعه در کنار اقدامات دیگر به حمایت از اقلیتها نیز پرداخت. نتیجه این حمایت، اعطای حق مراجعه به اقلیت تبعه یک کشور به گونه ای است که آنها می توانند به یک سازمان بین المللی علیه کشور متبوع خویش شکایت کنند.

جامعه ملل برای اقلیتها حقوق و امتیازاتی قائل بود اما در مقابل وظایفی هم به عهده

آنها می گذاشت. به طور مثال، اقلیتها را موظف می دانست که وفاداری خود را به کشور متبوع خویش ابراز کرده، همکاری صمیمانه ای با آن داشته باشند.

روش حمایت از اقلیتها در جامعه ملل، مانند کارگران، شامل آیین نامه نظارت بین المللی بود که در آن اقلیتها می توانستند در مورد وضعیت خود از کشور متبوع خویش، مستقیماً به شورای جامعه ملل که مأمور نظارت بود شکایت کنند. این موضوع در شورا مطرح می شد و چنانچه اختلاف نظر بین شورا و کشور ذینفع به وجود می آمد مسأله به دیوان دائمی دادگستری بین المللی ارجاع می شد. رأی دیوان در این مورد قطعی و لازم الاجرا بود.

ص: 222

1- نادر ذوالعین، «حمایت بین المللی از حقوق اقلیتها»، مجله تحقیقات حقوقی، ص 440.

سازمان ملل حمایت از اقلیتها را بیش از جامعه ملل مورد توجه قرار داده و چه در منشور و چه در معاهدات و مقررات دیگر مربوط به حقوق بشر از آن یاد کرده است. (1) تصویب ماده 18 اعلامیه جهانی حقوق بشر از اولین گامها در این زمینه است.

کمیسیون حقوق بشر در سال 1946 «کمیسیون فرعی جلوگیری از تبعیض علیه

اقلیتها و دفاع از آنها را به وجود آورد تا مطالعات و توصیه هایی در این باره به عمل آورد. کمیسیون فرعی از هجده عضو که توسط کمیسیون حقوق بشر و با رضایت دولتهای متبوعشان انتخاب شده اند تشکیل شده است. اعضای کمیسیون فرعی در مقام فردی خود انجام وظیفه می کنند و نمایندگان دولتهایشان نیستند. کمیسیون فرعی از سال 1952 به مطالعه جنبه های اساسی تبعیض در شئون مختلف زندگی پرداخته، مانند تبعیض در آموزش و پرورش، تبعیض در استخدام و اشتغال، تبعیض در مورد حقوق و رویه های مذهبی و در مورد حقوق اساسی، تبعیض علیه اشخاصی که از روابط جنسی غیر از ازدواج به دنیا آمده اند، برابری در اجرای عدالت و تبعیضات نژادی در زمینه های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.

کمیسیون فرعی در سال 1952 به مطالعه تبعیض در امر آموزش و پرورش پرداخت. پس از این مطالعه که در سال 1956 به پایان رسید، کنفرانس عمومی یونسکو در تاریخ 14 دسامبر 1960 یک میثاق و یک توصیه علیه تبعیض در امر آموزش و پرورش به تصویب رساند. به ابتکار کمیسیون فرعی، سازمان ملل متحد در سال 1953 از سازمان بین المللی کار (آیلو) درخواست کرد مطالعه درباره تبعیض در استخدام و اشتغال را به عهده گیرد. در نتیجه این مطالعه «آیلو» در تاریخ 25 ژوئن 1958 یک میثاق و یک توصیه در مورد تبعیض در استخدام و اشتغال تصویب کرد که از تاریخ 15 ژوئن 1960 به مورد اجرا گذاشته شدند.

برای ترویج برابری امکانات و رفتار در مورد اشتغال و استخدام از طریق شیوه های

ص: 223

مناسب دولتها باید شرایط و رسوم ملی خود را اتخاذ کنند و هدف این سیاست رفع هر گونه تبعیض در این مورد باشد.

کمیته فرعی همچنین مطالعات خود را درباره تبعیض در مورد حقوق و رویه های

مذهبی و در مورد حقوق سیاسی، تبعیض در مورد حق افراد برای ترک کشور، از جمله کشور خود، و بازگشت به آن، تبعیض علیه اشخاصی که والدینشان با یکدیگر ازدواج نکرده اند، و برابری در اجرای عدالت تکمیل کرده است. کمیسیون فرعی در سال 1965 تصمیم گرفت در پرتو «اعلامیه ملل متحد» درباره رفع کلیه انواع تبعیضات نژادی مطالعه ویژه ای را درباره تبعیضات نژادی و مظاهر آن در زمینه های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به عهده بگیرد.

مجمع عمومی در هفدهمین اجلاس خود در سال 1962 بار دیگر کلیه مظاهر تبعیضات نژادی و اجحافهای ملی و مذهبی را تقبیح کرد و از دولتهای تمام کشورها

خواست کلیه اقدامات لازم را برای الغای قوانین تبعیضی به عمل آورند و در صورت لزوم قوانینی برای مبارزه با این گونه تبعیضات و اجحافات وضع کنند. مجمع عمومی همچنین از شورای اقتصادی و اجتماعی خواست که از کمیسیون حقوق بشر تقاضا کند پیش نویس یک اعلامیه و میثاق درباره رفع کلیه انواع تبعیضات مذهبی را برای مطالعه مجمع تهیه کند.

میثاق رفع تبعیضات نژادی

«اعلامیه ملل متحد در مورد رفع کلیه انواع تبعیضات نژادی» به اتفاق آرا در سال 1963 به تصویب مجمع عمومی رسید. دو سال بعد (1965) میثاق بین المللی رفع کلیه انواع تبعیضات نژادی به تصویب مجمع عمومی رسید و در تاریخ 7 دسامبر 1966 برای امضا مفتوح شد و در تاریخ 4 ژانویه 1969 میثاق مزبور قوت قانونی یافت. کلیه اعضای سازمان ملل متحد و کارگزاریهای تخصصی آن می توانند به این میثاق ملحق شوند. تا پایان سال 1970، این میثاق مورد تصویب و یا پذیرش چهل و شش کشور قرار گرفته بود.

کشورهای امضا کننده میثاق مذکور تعهد میکنند که بدون معطلی سیاست رفع

تبعیضات نژادی را، به هر نوع که باشد، پیش بگیرند و تقاهم میان نژادها را توسعه دهند. این کشورها بویژه تعهد می کنند که برابری افراد را در مقابل قانون از حیث برخورداری از حقوق بشر، بویژه حق هر فرد به رفتار مساوی در کلیه دستگاههای قضایی، حق امنیت افراد و حمایت دولت از افراد در مقابل خشونت و یا صدمه جسمانی و حقوق اساسی، مدنی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی هر فرد را تضمین کنند.

تبعیض نژادی، بدان سان که در میثاق مزبور تعریف شده، شامل «هر امتیاز،

محرومیت و استثنا، محدودیت و یا ترجیح بر اساس نژاد، رنگ، اصل و نسب خانوادگی، ملی و یا قومی که به منظور یا موجد لغو و یا لطمه به شناسایی، برخورداری و یا اعمال حقوق بشر و آزادیهای اساسی بر پایه برابر در زندگی سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سایر زمینه ها» ست.

به موجب مفاد این میثاق «کمیته رفع تبعیضات نژادی» متشکل از هجده کارشناس

به وجود آمد تا بر اجرای تعهدات کشورهای امضا کننده میثاق نظارت کند.

وظیفه اصلی کمیته مزبور رسیدگی به گزارشهایی است که منظم توسط کشورهای

امضا کننده میثاق درباره اقدامات تقنینی، قضایی و سایر اقداماتی که برای اجرای مفاد این میثاق به عمل می آورند تسلیم می شود. کشورها موظفند که اولین گزارش خود را ظرف یک سال پس از الحاق به میثاق مزبور و گزارشهای بعدی خود را به فواصل دو ساله تسلیم کنند.

این کمیته همچنین مجاز است به موضوعاتی که هر کشور در مورد عدم اجرای مفاد میثاق مزبور توسط سایر کشورها به نظر کمیته می رساند، رسیدگی کند. کمیته در صورتی می تواند به این گونه موضوعات رسیدگی کند که یقین داشته باشد شاکی به کلیه مراجع محلی متوسل شده، مگر این که رسیدگی این مراجع «بیش از حد لازم طول بکشد». در این گونه موارد، کمیته می تواند یک کمیسیون آشتی پنج نفره را مأمور کار کند. به علاوه، کمیته مزبور می تواند از افراد و گروههایی که مدعی هستند قربانی نقض حقوق مندرج در میثاق مزبور توسط یکی از کشورهای امضا کننده شده اند، شکایت دریافت و به آن رسیدگی کند. اما در این گونه موارد، کشور مربوطه می بایستی قبلاً اعلام کرده باشد که

صلاحیت کمیته را برای بررسی این گونه شکایات به رسمیت شناخته است. این شرط هنگامی قابل اجراست که ده کشور امضا کننده پذیرش آن را اعلام کنند.

اقدام بعدی مجمع عمومی سازمان ملل متحد، در راستای مبارزه با تبعیض نژادی،

صدور قطعنامه ای در بیست و پنجمین اجلاس خود در سال 1970 بود. (1)

در ماه مارس 1967 کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد طرح مقاوله نامه بین المللی مربوط به از بین بردن کلیه اشکال ناپردباری مذهبی را تصویب کرد. هدف این طرح که مبتنی بر تعریف مندرج در ماده 18 اعلامیه حقوق بشر است تأمین اجرای این ماده می باشد. با این که آزادی اختیار کردن مذهب به عنوان یک حق مطلق در مقاوله نامه های بین المللی پیش بینی شده آزادی تظاهر به مذهب تابع محدودیتهایی است؛ لکن فقط محدودیتهایی که در قوانین پیش بینی شده و برای حمایت از امنیت و نظم و سلامت عمومی و اخلاق حسنه و آزادیها و حقوق اساسی دیگران ضرورت داشته باشد (ماده 10 جمله سوم). این محدودیتهای منحصر به آزادی وجدان و مذهب نیست، بلکه طبق ماده 29 اعلامیه جهانی حقوق بشر به طور کلی شامل اجرای کلیه حقوق و آزادیهاست و فلسفه آن این است که عموماً هر یک از آزادیها با شرایط و مقتضیات محلی هر جامعه ای تطبیق داده شود، اما البته این ترتیب یک ضرورت قهری است و ممکن است در عین حال، به قانونگذار محلی مجال دهد که ضرورتها و مقتضیات نظم عمومی و سایر مقتضیات مذکور در جمله دوم ماده 28 اعلامیه جهانی را به شکلی دلخواه با نظر تحدیدی تفسیر کند که آزادیهای شناخته شده در عمل بکلی بی ارزش شود. (2)

اقدام دیگر مجمع عمومی تصویب «اعلامیه امحای تمامی اشکال ناپردباری و تبعیض مذهبی» در تاریخ 25 نوامبر 1981 با صدور قطعنامه 36/55 بود.

حقوق اقلیتها در اعلامیه های حقوق بشر

مهمترین اسناد بین المللی که در مورد حقوق اقلیتها می تواند مورد استناد قرار گیرد،

ص: 226

1- منصور فراسیون، راهنمای سازمان ملل متحد، ص 605 - 616

2- احمد متین دفتری، حقوق بشر و حمایت بین المللی آن، ص 128

اسناد ذیل است :

1. پیمان پیشگیری و سرکوبی جنایت کشتار عام، مصوب 9 دسامبر 1948، که هر عملی را که در جهت از بین بردن تمامی یا بخشی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا دینی ارتکاب یابد، با قاطعیت محکوم کرده، تدابیری جهت جلوگیری از وقوع آن به عمل آورده است. (1)

2. اعلامیه جهانی حقوق بشر، مصوب 10 دسامبر 1948

3. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین المللی مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، هر دو مصوب 1966.

4. اعلامیه حقوق افراد متعلق به اقلیتهای ملی، قومی، مذهبی و زبانی مصوب 1992 (که ذکر آن گذشت).

اکنون موادی از اعلامیه جهانی حقوق بشر و دو میثاق مذکور را که در مورد حقوق

اقلیتهاست ذکر می کنیم

اعلامیه جهانی حقوق بشر

ماده 2، بند 1:

هر کس می تواند بدون هیچ گونه تمایز مخصوصا از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر عقیده دیگر و همچنین ملیت، وضع اجتماعی، ثروت، ولادت، یا هر موقعیت دیگر از اتمام حقوق و کلیه آزادیهایی که در اعلامیه حاضر ذکر شده است بهره مند گردد. (2)

ماده 18:

هر کس حق دارد از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهره مند شود. این حق متضمن آزادی اظهار عقیده و ایمان می باشد و نیز شامل تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی است. هر کس می تواند از این حقوق منفردا یا مجتمعا به طور خصوصی یا به طور عمومی

ص: 227

1- همان، ص 442

2- محمدتقی جعفری، حقوق جهانی بشر، ص 224

میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

ماده 18:

1. هر کس حق دارد از آزادی فکر، وجدان و مذهب برخوردار شود و از جمله حق دارد مذهب و معتقدات دلخواه خود را داشته باشد یا بپذیرد و انفراد یا مشترکاً به طور علنی ایا در خلوت مذهب یا ایمان خود را با عبادات و اجرای فرائض و رسوم و تعلیمات مذهبی ابراز کند.
2. هیچ کس نباید مورد اکراهی واقع شود که به آزادی او در داشتن یا قبول مذهب یا معتقدات دلخواهش لطمه وارد آورد.
3. آزادی ابراز مذهب یا معتقدات را نمی توان تابع محدودیتها کرد مگر آنچه منحصر به موجب قانون پیش بینی شده و برای حمایت از امنیت، نظم، سلامت یا عفت عمومی یا حقوق و آزادیهای اساسی دیگران ضرورت داشته باشد.
4. کشورهای طرف این میثاق متعهد می شوند که آزادی والدین و بر حسب مورد سرپرستان قانونی کودکان را در تأمین آموزش مذهبی و اخلاقی کودکان مطابق معتقدات خودشان محترم بشمارند.

ماده 26:

کلیه اشخاص در مقابل قانون متساوی هستند و بدون هیچ گونه تبعیض استحقاق

حمایت بالسویه قانون را دارند. از این لحاظ قانون باید هر گونه تبعیضی را منع و برای کلیه اشخاص حمایت مؤثر و متساوی علیه هر نوع تبعیض خصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و عقاید دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، مکتب، نسب یا هر وضعیت دیگر تضمین بکند. (2)

ص: 228

1- هوشنگ ناصرزاده، اعلامیه های حقوق بشر، ص 15.

2- همان

در کشورهایی که اقلیتهای نژادی، مذهبی یا زبانی وجود دارند اشخاص متعلق به

اقلیتهای مزبور را نمی توان از این حق محروم کرد که مجتمعا با سایر افراد گروه خود از فرهنگ خاص خود برخوردار شوند و به دین خود متدین باشند و بر طبق آن عمل کنند یا زبان خود را به کار ببرند. (1)

میثاق بین المللی حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی

ماده 2، بند دوم:

کشورهای طرف این میثاق متعهد می شوند که اعمال حقوق مذکور در این میثاق را بدون هیچ نوع تبعیض از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر گونه عقیده دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا هر وضعیت دیگر تضمین نماید. (2)

حقوق اقلیتها در اعلامیه دسامبر 1992

مجمع عمومی سازمان ملل متحد در 18 دسامبر 1992 مطابق با 27 آذرماه 1371 با تصویب «اعلامیه درباره حقوق اشخاص متعلق به اقلیتهای ملی یا قومی، دینی یا زبانی» گامی عظیم در جهت حمایت بین المللی از حقوق اقلیتها برداشت.

اعلامیه مذکور حاوی نکات تازه ای در حمایت از حقوق اقلیتهاست. در این اعلامیه

نه تنها بر تساوی و برابری اقلیتها با اکثریت و عدم تبعیض میان آنها در مقابل قانون تاکید شده بلکه دولتها مکلف به حمایتهای ویژه از اقلیتها نیز شده اند.

در زمینه تساوی و برابری اقلیتها با اکثریت، در مقدمه اعلامیه، مجمع عمومی

سازمان ملل بر ایمان خود به «برابری حقوق مردان و زنان و ملتها، اعم از بزرگ و کوچک» تاکید کرده است. تضمین برابری همه اعضای یک جامعه و عدم تبعیض میان

ص: 229

1- راهنمای سازمان ملل متحد، ص 605.

2- همان، ص 49.

آنها در مقابل قانون، در متن اعلامیه، به صورت تکلیفی اخلاقی برای دولت‌ها در نظر گرفته شده است.

به موجب بند نخست ماده 4 این اعلامیه دولت‌ها موظف هستند تدابیر لازم را اتخاذ

کنند تا «اشخاص متعلق به اقلیتها تماما و واقعاً، تمامی حقوق بشر و همه آزادیهای

اساسی را به اجرا گذارند»، و در خاتمه بر این امر تأکید شده است که اجرای این حقوق و آزادیها باید بدون هیچ تبعیض و در شرایطی کاملاً مساوی در برابر قانون» انجام پذیرد. از مسایل مهم در مورد حمایت از حقوق اقلیتها، آزادی ارتباط میان آنها یا بین آنها و سایر اعضا و گروههای مقیم در آن کشور، و حتی مقیم در خارج از کشور، می باشد. در واقع، این موضوع مستقیماً به درجه آزادی کلی گروههای اقلیتی در یک کشور مرتبط می شود. بنا به بند 5 ماده 2 اعلامیه، اشخاص متعلق به اقلیتها «حق دارند ارتباطات آزادانه و مسالمت آمیز با سایر اعضای گروه خود و با اشخاص متعلق به اقلیتهای دیگر، و همچنین ارتباطاتی فراسوی مرزها با اتباع دولتهای دیگر که با آنان از لحاظ ریشه و نسب ملی و قومی با وابستگیهای دینی یا زبانی متصل هستند، بدون هیچ تبعیضی، برقرار ساخته و حفظ نمایند».

ماده مذکور ضمن اعلام آزادی ارتباطات برای اقلیتها، موانع جغرافیایی موجود یا

ممکن در این زمینه را نیز برداشته است و وضعیت متفاوت گروههای مختلف اقلیتی را در این زمینه، مد نظر قرار داده است.

اشخاص متعلق به گروههای اقلیتی که به طور پراکنده در کشوری به سر می برند،

همانند گروههایی که به طور دسته جمعی در منطقه جغرافیایی مشخصی ساکن هستند مشمول این ماده می باشند. ضمناً این ماده شامل گروههای اقلیتی که بین مرزهای سیاسی چندین دولت پراکنده هستند و یا آنکه در نزدیکی مرز با دولت دیگر ساکن هستند و با جمعیت آن سوی مرز دارای وابستگیهای ملی، قومی، دینی یا فرهنگی می باشند، نیز می شود.

حقی که در ماده فوق الذکر به گروههای اقلیتی اعطا شده یک نوآوری اعلامیه بود؛

تا آن موقع چنین حقی در زمینه حمایت از اقلیتها به رسمیت شناخته نشده بود. گروه کار

کمیسیون حقوق بشر خصوصاً بر گنجاندن اصطلاح «فراسوی مرزها» در متن ماده مورد بحث تأکید ورزیده بود، زیرا منظور واقعی که در این ماده منعکس شده این است که اقلیتها حق داشته باشند هم در داخل و هم در خارج از کشوری که در آن مقیم هستند ارتباط برقرار ساخته و آن را حفظ کنند.

برای اقلیتهایی که در نزدیکی مرزها ساکن هستند چنین حقی حائز اهمیت خاصی

است زیرا به آنها اجازه می دهد از طریق ارتباط با جمعیتهای واقع در آن سوی مرز، هویت مشترک خود را تحکیم، و توسعه و ترویج دهند.

بخشی از اعلامیه که در زمینه حمایتهای ویژه از هویت اقلیتهاست از ماده 27 میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (این ماده بعداً خواهد آمد) الهام گرفته است و حتی از حقوق شناخته شده در این ماده به مراتب فراتر رفته است.

بند اول ماده 3 اعلامیه، در این راستا حقوق ذیل را برای اقلیتها به رسمیت شناخته

است:

اشخاص متعلق به اقلیتها (..) حق دارند از فرهنگ خاص خود بهره مند باشند، دین

مخصوص خود را به جا آورده و آموزش دهند و زبان مخصوص خود را استفاده

نمایند...

اعلامیه 1992 مضافاً بر این، حقوق نوینی را نیز برای حمایت از هویت اقلیتها

پیش بینی کرده است، که به ترتیب در بند اول ماده 1، بند 3 ماده 2 و بند 4 ماده 2 درج شده اند.

نخست، حق بهره مند بودن از حمایت دولت متبوع خود جهت حفظ موجودیت و

هویت است (بند 1 ماده 1) بخش اول این حق، یعنی حمایت از موجودیت اقلیتها، هر گونه اقدامی را از سوی دولتها به منظور از بین بردن اقلیتها، به هر طریقی که باشد، منع می کند. بنابراین، نابودی فیزیکی اقلیتها جابجایی آنها از منطقه ای به منطقه دیگر در قلمروی از سرزمین دولت و یا اخراج آنها از کشوری به کشور دیگر، شامل این ممنوعیت می شود. این حق جدیدی است که به اقلیتها صراحتاً اعطا شده است، گر چه سابق بر این آنها به طور غیر مستقیم از یک سری تضمیناتی در این باره توسط متون متفاوتی نظیر

کنوانسیون یا اعلامیه های بین المللی در رابطه به حقوق افراد، به طور کلی، بهره مند بودند.

بخش دوم حق مذکور در این بند، حمایت از هویت اقلیتها را در برابر تخریب مبانی فرهنگی آنها که می تواند فرضاً از طریق تدابیری جهت ادغام اجباری آنها با اکثریت، یا پراکنده ساختن آنها صورت گیرد، تضمین می کند. حفظ هویت اقلیتی بدین معنی است که گروه مورد نظر باید بتواند از تمامی امکانات لازم برای رشد و توسعه خود و تطبیق با جامعه در حال تحول، برخوردار باشد.

با گسترش دامنه حمایت به زمینه مسایل فرهنگی، اعلامیه 1992 خلاً موجود در

کنوانسیون 1948 برای پیشگیری و محکومیت جنایت نسل کشی را که تنها به تخریب «فیزیکی و بیولوژیکی» توجه داشته، پر کرده است.

دومین حق نوینی که در اعلامیه دسامبر 1992 اعمال شده است حق سهیم بودن

واقعی اقلیتها، در تصمیم گیریهای است که به آنان یا به مناطقی که در آن زندگی می کنند مربوط می شود. این امر چه در سطح ملی و چه در سطح منطقه ای باید محقق شود (بند 3، ماده 2). هدف این ماده تحکیم حس همبستگی اقلیتها در سطح منطقه ای یا ملی است، به طوری که از خطر انزوا کاسته شده و ثبات داخلی کشور بهتر حفظ شود.

حق نوین دیگری که توسط اعلامیه 1992 به اقلیتها اعطا شده است و تا حدودی به

حقوق فوق الذکر مربوط می شود و در واقع دنباله آنهاست، حق تشکیل و اداره انجمنهای خاص خود می باشد (بند 4 ماده 2). به کمک این ماده گروههای اقلیتی می توانند سازمانهایی خاص به جهت نمایندگی تشکیل دهند که این اقدام خصوصاً گاهی در جهت شناسایی شخصیت حقوقی آنها به عنوان یک گروه حائز اهمیت خواهد بود. فعالیتهای این انجمنها عمدتاً پیرامون استیفای حقوق آنها بر طبق اعلامیه 1992 خواهد بود، یعنی حفظ هویت اقلیتها و فراهم ساختن شرکت مستقیم آنها در زندگی جامعه و در تصمیم گیری هایی که به آنان مربوط می شود.

در کنار حقوق، اعلامیه 1992 توجه خاصی به حمایت از منافع مشروع اشخاص

متعلق به اقلیتها کرده است. بنا بر ماده 5 (بند 1 و 2) این منافع باید به طور کامل در

برنامه ریزی و اجرای سیاستها و طرحهای ملی و همچنین طرحهای همکاری و امداد میان دولتها، مد نظر قرار گیرد.

البته اعلامیه مذکور در کنار به رسمیت شناختن حقوق بالا برای اقلیتها و حمایتهای

ویژه، محدودیتهایی را هم برای برخورداری اقلیتها از حقوق و حمایتهای مذکور ذکر کرده است.

اولین محدودیت «حق اساسی» دولتهاست که توسط حقوق بین الملل عمومی حمایت می شود. بنا به بند 4 ماده 8 اعلامیه:

هیچ یک از مفاد اعلامیه حاضر نباید طوری تفسیر شود که هر گونه فعالیت مغایر با

اهداف و اصول (سازمان ملل متحد از جمله حاکمیت برابر، تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولتها، مجاز باشد.

محدودیت دیگر، رعایت قوانین داخلی است. بند 2 ماده 4 تاکید می کند اعمال

بخصوص که از نظر قوانین ملی خلاف محسوب شود یا مغایر ضوابط بین المللی باشد، از حمایت این ماده مستثناست. چنین موضعی

منطقی به نظر می رسد زیرا طبیعتاً هیچ دولتی سعی نمیکند شرایطی را برای اجرای اعمالی مغایر با قوانین خود فراهم آورد.

علیرغم این محدودیتهای نمی توان منکر شد که اعلامیه مورد بحث، پیشرفت قابل

توجهی در زمینه دفاع از حقوق اقلیتها، و در چارچوبی وسیعتر، از حقوق افراد به طور کلی، در سطح جامعه بین المللی محسوب می

شود. (1)

اسلام و حقوق اقلیتها

اشاره

از همان آغاز اولین حکومت اسلامی در جهان، یعنی تشکیل حکومت اسلامی در مدینه النبی توسط حضرت پیامبر صلی الله علیه واله

اقلیتهایی در جامعه اسلامی زندگی می کردند. پیامبر

ص: 233

1- نادر ذوالعین، «حمایت بین المللی از حقوق اقلیتها»، مجله تحقیقات حقوقی، ص 440.

اکرم صلی الله علیه واله وجود این اقلیتها را در جامعه مسلمان با آغوش باز پذیرفت با هر یک معاهدات و قراردادهایی را امضا کرد و حقوق آنها را در این معاهدات محترم شمرد. شخص پیامبر صلی الله علیه واله و نیز زمامداران مسلمان بعدی بر پیمان خویش وفادار ماندند و رعایت مفاد این عهدنامه ها را بر خود واجب و لازم الاجرا دانستند.

در این بخش برآنیم که حقوق اقلیتها را از دیدگاه اسلام بررسی کنیم. ابتدا از دیدگاه

اسلام در مورد اقلیتهای نژادی - قومی، قبیله ای و زبانی آگاه می شویم و سپس به حقوق اقلیتهای مذهبی از نظر اسلام می پردازیم.

اسلام و اقلیتهای نژادی - قومی، قبیله ای و زبانی

اسلام و منع تبعیض نژادی

از آنجا که دین اسلام، آیینی جهان شمول است و برای تمام انسانیت (ناس) نازل شده است، بیشتر از ادیان دیگر بر برابری انسانها و عدم برتری نژادی و منع تبعیض بر اساس نژاد، رنگ پوست و زبان تأکید کرده است.

اگر به تاریخ و محیطی که اسلام در آن طلوع کرد (مکه) بنگریم، می بینیم که یکی از بزرگترین اهداف اسلام مبارزه با تبعیض نژادی و تأکید بر برابری تمام انسانها و نجات افراد مظلوم از جمله بردگان سیاهپوست از زیر یوغ ظلم و ستم اربابان ظالمشان است و اولین کسانی که به اسلام میگریوند از همین قشر محرومند. افرادی مانند بلال حبشی، یاسر، سمیه، عمار، صهیب رومی و امثال آنان، از همین طبقه اند و دلیل گرویدن آنها به اسلام این است که آزادی، نجات و کسب حقوق پایمال شده خود را در اسلام می بینند.

منع تبعیض نژادی بزرگترین ارغمانی است که اسلام، در آن دوران حاکمیت جهل و نادانی و تفاخر نژادی، به بشریت اهدا می کند. عدم برتری نژادی و برابری انسانها آنقدر مهم است که خداوند در آیات متعدد قرآنی بر آن تأکید ورزیده و حضرت پیامبر صلی الله علیه واله و امامان معصوم علیهم السلام در روایات زیادی به آن اشاره کرده. چند آیه و روایت به عنوان نمونه در این جا ذکر می شود

« يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَنَا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ

ای مردم! همانا ما شما را از یک زن و مرد آفریدیم و شما را به صورت تیره و

قبیله ها قرار دادیم تا یکدیگر را بشناسید (اینها ملاک امتیاز نیست گرامی ترین شما نزد خداوند با تقواترین شماست.

« انْ هذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ » (2)

این (پیامبران بزرگ و پیروان شان) همه امت واحدی بودند (و پیرویک هدف)؛ و من پروردگار شما هستم پس مرا پرستش کنید.

پیامبر صلی الله علیه واله فرمود:

یا ایها الناس ان ربکم واحد و ان اباکم واحد کلکم لآدم و آدم من تراب، ان اکر مکم عندالله اتقیکم. لیس لعربی علی عجمی ولا لعجمی علی عربی فضل الا بالتقوی ... (3)

ای مردم همانا پروردگارتان یکی است و از یک پدر آفریده شده اید. همه فرزندان

آدم ابوالبشر هستید و آدم از خاک آفریده شده. گرامی ترین تان با تقواترین تان است. هیچ فردی از عرب بر عجم و عجم بر عرب برتری ندارد، مگر به تقوا

با توجه به این گونه آیات و روایات جای هیچ گونه شک و تردیدی نمی ماند که

اسلام نه تنها مانند اعلامیه های جهانی حقوق بشر بلکه بیشتر و بهتر از آن بر نفی تبعیض نژادی تاکید ورزیده است.

خطابات قرآن در دادن حق به انسانها و خواستن تکلیفی از آنها عموماً «یا ایها الناس» است نه خطاب به فلان قبیله و نژاد خاص. اصولاً از آنجا که دین مبین اسلام برای هدایت تمام انسانها آمده است، لذا در دیدگاه اسلام حتی تصور فرق گذاشتن میان نژادهای مختلف انسانی یا تبعیض بر اساس زبان مورد تکلم آنها نمی رود، چه رسد به این که در جامعه، نژادی با جمعیت کمتر به عنوان اقلیت مصطلح امروز کشورها و مجامع بین المللی، شناخته و بعد درباره حقوق آن بحث شود.

ص: 235

1- حجرات/13

2- انبیاء / 92 و نیز ر.ک: تفسیر نمونه، ج 13، ص 496.

3- بحار الانوار، ج 76، ص 350.

اشاره

در حقوق اسلامی آنچه به عنوان اقلیت شناخته شده، اقلیت‌های مذهبی (دینی) است و

تمام مباحث «حقوق اقلیتها» هم درباره همین دسته است.

قبل از پرداختن به حقوق اقلیت‌های مذهبی در اسلام سزاوار است که از دیدگاه این

دین مبین درباره اصل «آزادی عقیده» اطلاع یابیم.

اسلام و آزادی عقیده

آزادی اندیشه و تفکر در اسلام، اصلی شناخته شده و پذیرفته شده است. اسلام اجبار و اکراه در دین را قبول ندارد. قرآن خود صراحتاً می‌فرماید: « لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ » (1)؛ در پذیرش دین اجباری نیست. (زیرا) راه درست از راه انحرافی روشن شده است.

علاوه بر این، آیات و روایات زیاد دیگری وجود دارد که بر آزادی عقیده و احترام به ادیان دیگر دلالت دارد. (2) بزرگان اسلام، پیامبر صلی الله علیه و اله و امامان معصوم و سایر زمامداران نیز در عمل، این اصل را مراعات می‌کردند و به عقاید اقلیت‌های مذهبی احترام می‌گذاشتند. روایات زیادی از حضرت پیامبر صلی الله علیه و اله وجود دارد که در آن به برخورد نیک با اقلیت‌های غیر مسلمان سفارش شده است. (3) حضرت علی علیه السلام نیز در فرازهایی از نهج البلاغه و روایات دیگری که از ایشان رسیده است کارگزاران حکومت اسلامی را به رعایت حال اقلیت‌های مذهبی توصیه می‌کند. (4) در سیره امامان معصوم دیگر هم نمونه‌هایی از توجه و عنایت به اقلیت‌ها مشاهده می‌شود.

ص: 236

1- بقره / 256

2- یونس / 99؛ کهف / 29؛ ق / 45؛ غاشیه / 22؛ کافرون / 6؛ زمر / 14 و 15 و 18؛ انعام / 104؛ یونس / 41؛ آل عمران / 20؛ عنکبوت / 46؛ نحل / 125؛ بقره / 62 و 213.

3- زین العابدین قربانی، اسلام و حقوق بشر، ص 397 (به نقل از روح الدین الاسلامی، ص 260؛ عدالت و قضا در اسلام، ص 57؛ سنن ابی داود، ج 2، ص 45).

4- محمد عبده، نهج البلاغه، ترجمه علی اصغر فقیهی، ص 576؛ همان، خطبه 40؛ وسائل الشیعه، ج 11، باب 19 از ابواب جهاد.

در طول تاریخ، اقلیتهای مذهبی در جوامع اسلامی از آزادی کامل در عقایدشان

برخوردار بوده اند، که این امر تحسین برخی از نویسندگان غربی را نیز برانگیخته است. (1)

اکنون نوبت آن رسیده است که به حقوق اقلیتهای مذهبی در اسلام بپردازیم.

فقههای شیعه، کفار را به دو دسته تقسیم کرده اند:

الف) کفار اهل کتاب؛ ب) کفار غیر اهل کتاب.

اقلیتهای مذهبی اهل کتاب

اشاره

حکومت اسلامی، موظف است با این دسته از اقلیتهای قرارداد ذمه منعقد و حقوق آنها را در پرتو این قرارداد رعایت کند و تعهدات خود را در قبال آنها، در چارچوب این قرارداد به نحو احسن انجام دهد.

چه کسانی اهل کتاب شمرده می شوند؟

قرآن، یهودیها، پیروان شریعت حضرت موسی، و مسیحیها (نصاری)، پیروان

حضرت عیسی، را اهل کتاب نامیده است. (2) فقها نیز در مباحث فقهیشان از آنها با این نام یاد کرده اند. (3)

زردشتیها نیز به دلیل روایاتی از پیامبر مبنی بر اینکه «مجوس پیامبری داشته اند و او را به قتل رسانیده اند و نیز کتاب آسمانی بر آنان نازل شده بوده و آن را آتش زده اند» (4) در حکم اهل کتاب محسوب می شوند.

و اما در مورد صابئان، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. یکی از علما در مورد آنان چنین فرموده است:

بر فرض اینکه اهل کتاب بودن صابئان احراز نگردد آنها در زمره «من له شبهة کتاب» شمرده می شوند مانند مجوس از زردشتیها و دلیل «من له شبهة کتاب» اختصاص به مجوس ندارد، بلکه در مورد هر آئینی که در این ملاک با آنان مشترک باشد، جاری خواهد

ص: 237

1- ویل دورانت، تاریخ تمدن، ج 7، ص 612؛ جرجی زیدان، تاریخ تمدن اسلام، ص 65؛ احمد رشید، اسلام و حقوق بین المللی عمومی، ص 76.

2- آل عمران / 20؛ عنکبوت / 46؛ توبه / 29.

3- علامه حلی، تذکرة الفقهاء، چاپ سنگی، ج 1، ص 408

4- وسائل الشیعه، کتاب جهاد، باب 49.

شد... (خود صابئان نیز خود را معتقد به توحید، دارای پیامبر، کتاب آسمانی می دانند.) و تمسک به ادعای آنها در مورد بیان عقایدشان و آنچه در معارف و احکام به خود منتسب می دانند، روش عقلایی و هماهنگ با بنای عقلا در دیگر موارد مشابه است. از این رو، اگر ایشان دعوی ایمان به خدا و آخرت و پیروی پیامبری از پیامبران معروف و شناخته شده را داشتند و هم چنین ادعای عمل به کتابی از کتابهای آسمانی را کردند که احتمال آن می رود که از سوی خداوند نازل شده باشد در چنین موردی مقتضای قاعده عقلایی آن است که بایستی سخن ایشان را اخذ کرد و به دعوی آنان تمسک جست و تردیدی در این مورد به خود راه نداد و شارع هم از این قاعده عقلایی، ردع و منعی ننموده است. (1)

قرارداد ذمه:

قرارداد ذمه قراردادی است که حکومت اسلامی با کفار اهل کتاب منعقد می کند. بر

اساس این قرارداد اقلیتهای مذهبی اهل کتاب متعهد می شوند که سالانه مالیاتی به نام «جزیه» یا «خراج» به حکومت اسلامی بپردازند. (2) و در مقابل دولت اسلامی خود را موظف می داند که آنها را تحت پوشش حمایتی خویش در آورد و امنیت، آسایش و برخورداری از حقوق لازم را برایشان فراهم کند.

مفهوم جزیه و خراج:

معنای لغوی جزیه: از نظر بیشتر اهل لغت کلمه جزیه، لفظی است عربی و گرفته شده از ماده «جزا». در صحاح اللغة آمده: «جزیه چیزی است که از اهل ذمه دریافت می شود و جمع آن جزی است مانند لحيه، لح» (3) گروهی دیگر بر آنند که این لفظ، معرب کلمه فارسی «گزیت» یا «گزیه» یا «گزید» است. (4)

ص: 238

- 1- آية الله خامنه ای، «کاوشی در حکم فقهی صابئان»، مجله فقه، ترجمه درس خارج فقه، شماره 9، ص 3-30؛ نیز ر.ک: ابوالحسن ماوردی، الحاوی الکبیر، ج 18، ص 172؛ علامه حلی، قواعد الاحکام در الینابیع الفقهیه، ج 9، ص 260.
- 2- به نقل از علامه حلی، تذکره الفقهاء، کتاب جهاد؛ علی اکبر کلانتری، «چشم اندازی به نظام جزیه...»، مجله فقه اهل بیت، شماره 5-6، ص 293-316.
- 3- جوهری (اسماعیل بن حماد)، صحاح اللغة، ذیل حرف جیم.
- 4- علی اکبر کلانتری، «چشم اندازی به نظام جزیه...»، مجله فقه اهل بیت، شماره 5-6، ص 293 - 316.

معنای لغوی خراج: کلمه خراج در اصل بنا بر نظر مرجح، از راه زبان آرامی، از

فارسی از عبری و آکادی، و بنا بر نظری دیگر از راه زبان فارسی از آرامی، و بنا بر نظر سوم از راه زبان سریانی از یونانی به عربی آمده و به هر حال فرهنگ نویسان و زبان شناسان عرب نیز معتقد بوده اند که این کلمه عربی نیست.

این کلمه پس از آمدن به عربی، در این زبان در معانی قریب المأخذی از قبیل درآمد و سود، محصول زمین و عوارض به مفهوم اعم به کار رفته است... در احادیث نبوی نیز به همان معنای لغوی استعمال شده است. پس از این به مرور در معنی مالیات تخصیص یافته که در عرف عام معمولاً معنایی وسیع داشته و شامل انواع مالیاتها بوده، و در عرف خاص حقوقی در معنی دقیقتر آن یعنی مالیات ارضی به کار می رفته است.» (1)

تفاوت جزیه و خراج:

اگرچه بعضی معتقدند که میان جزیه و خراج فرقی نیست ولی مسلماً میان آن دو

تفاوتهایی وجود دارد و مهمترین تفاوت آن است که جزیه بر مالیات سرانه اطلاق

می شده است و خراج بر مالیات ارضی و علاوه بر این، از آنجا که خراج بر مطلق مالیات ارضی گفته می شده، اختصاص به کفار اهل ذمه ندارد بلکه مسلمانان هم اگر «زمینهای دولتی» در اختیار داشته باشند باید خراج آن را پردازند، به همین دلیل با اسلام آوردن شخص ذمی، جزیه او ساقط می شود ولی خراج ساقط نمی گردد. (2)

حتی بعضی گفته اند واژه خراج از زمان خلیفه دوم به بعد، در میان مسلمانان معمول گشت و در دوره پیامبر به هیچ وجه وجود نداشته است. (3)

آقای عمید زنجانی در تفاوت جزیه و خراج چنین می گوید:

در بعضی از موارد به جای جزیه، خراج در عهدنامه های ذمه قید می گردید و ذمیان متعهد

ص: 239

1- مدرسی طباطبایی، زمین در فقه اسلامی، ج 2، ص 13.

2- همان، ص 149؛ ماوردی، الاحکام السلطانیة، ص 181؛ ابراهیم حسن، تاریخ سیاسی اسلام، ترجمه ابوالقاسم پاینده، ج 1، ص 468-472؛ محمد خدوری، جنگ و صلح در قانون اسلام، ترجمه غلامرضا سعیدی (به نقل از ابو یوسف، الخراج، ص 59-60)؛ یحیی بن آدم، الخراج، ص 18؛ دانیل دنت، مالیات سرانه و تأثیر آن در گرایش به اسلام، ترجمه محمدعلی موحد، ص 16-20؛ تفسیر نمونه، ج 7، ص 355.

3- مدرسی طباطبایی، زمین در فقه اسلامی، ج 2، ص 149.

می شدند به جای مالیات سرانه، سالیانه قسمتی از محصولات کشاورزی خود را به

دولت مسؤول بپردازند و شاید همین موضوع موجب آن شد که در پاره ای موارد، دو اصطلاح مزبور به جای یکدیگر استعمال گردند و همین امر موجب اشتباه جمعی از مستشرقین مبنی بر یکی دانستن آن دو شده است. (1)

سابقه جزیه و خراج:

جزیه و خراج از تأسیسات دین اسلام نیست بلکه مدتها قبل از ظهور اسلام وجود داشته است. به گواهی تاریخ، جزیه و خراج، در امپراتوری ساسانی ایران و امپراتوری بیزانس (روم) رواج داشته است. حتی مسلمانان روش طبقه بندی اراضی خراجی و نحوه خراج بستن بر آنها را با توجه به نوع زمین، به تقلید از شیوه حکومت ساسانی ایران، انجام می دادند. (2)

مقدار جزیه و خراج:

در این مورد روایاتی وجود دارد از جمله دو روایت ذیل:

عن امیرالمؤمنین علیه السلام: انه جعل علی أغنیائهم ثمانیة و اربعین درهما، و علی أوساطهم أربعة و عشرين درهما، و جعل علی فقرائهم اثنی عشر درهما و كذلك صنع عمر بن الخطاب قبله و انما صنعه بمشورته علیه السلام. (3)

از حضرت امیر روایت شده که ایشان بر توانگران چهل و هشت درهم و بر افراد

متوسط الحال بیست و چهار درهم و بر افراد کم بضاعت دوازده درهم مقرر فرمود. قبل از ایشان، عمر بن خطاب نیز به همین ترتیب عمل می کرد و این کار را با مشورت حضرت علی علیه السلام انجام می داد.

ص: 240

1- عمید زنجانی، حقوق اقلیتها بر اساس قرارداد ذمه، ص 114-116.

2- مدرس طباطبایی، همان، ص 48؛ دانیل دنت، همان؛ تفسیر نمونه، ج 7، ص 355-358؛ ابراهیم حسن، همان؛ کلانتری، همان (به نقل از تاریخ ابن اثیر، ج 1، ص 455؛ تاریخ طبری، ج 1، ص 451؛ جرجی زیدان، تاریخ تمدن اسلام و عرب، ترجمه علی جواهر کلام، ج 1، ص 173؛ بلاذری، فتوح البلدان، ص 79.

3- وسائل الشیعه، ج 11، باب 68، حدیث 8 و 5.

عَنْ زُرَّارَةَ قَالَتْ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: مَا حَدُّ الْجَزِيَّةِ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَهَلْ عَلَيْهِمْ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ مُوَظَّفٌ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ إِلَيْهِ غَيْرُهُ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ذَلِكَ إِلَى الْأَمَامِ، يَأْخُذُ مِنْ كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ مَا شَاءَ عَلَى قَدْرِ مَالِهِ وَ مَا يُطِيقُ، أَنَّمَا هُمْ قَوْمٌ قَدَدُوا أَنْفُسَهُمْ مِنْ أَنْ يُسْتَعْبَدُوا أَوْ يُقْتَلُوا فَالْجَزِيَّةُ تُؤْخَذُ مِنْهُمْ عَلَى قَدْرِ مَا يُطِيقُونَ لَهُ... (1)

بر اساس این روایت صحیح زراره می گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم حد و میزان جزیه چیست؟ آیا در این زمینه مقدار معینی مقرر شده که از آن نباید تجاوز شود؟ حضرت فرمود: این مطلب موکول به نظر پیشوای مسلمین است، به هر فردی از آنان (ذمیان) به تناسب میزان مالش و به اندازه ای که قادر به پرداخت آن باشد، مقرر می دارد؛ آنان گروهی هستند که به خاطر نجات یافتن از اسارت و نابودی، جزیه می پردازند. بنابراین از آنان جزیه تنها به اندازه ای که قدرت و تمکن دارند دریافت می شود.

فقها نیز بر این که تعیین مقدار جزیه به اختیار امام است، تأکید کرده اند.

علامه حلی می فرماید:

جزیه از نظر حداقل و حداکثر تعیین نشده، بلکه مقدار آن منوط به نظر امام است و این قول به نظر من قوی است و مرحوم شیخ طوسی و شیخ صدوق نیز همین قول را اختیار کرده اند (2).

شهید اول نیز می گوید: «تقدير الجزية الى الامام» (3)

از مجموع روایات مذکور و کلمات فقها به این نتیجه می رسیم که تعیین مقدار جزیه

و خراج به اختیار امام است، و امام با در نظر گرفتن توانایی و تمکن مالی اقلیتها این مالیات را در حق آنان مقرر می دارد. این امر هم جنبه دیگری از توجه دین اسلام به رعایت حال اقلیتها را نشان می دهد.

ص: 241

1- همان، حدیث 1.

2- علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج 1، ص 440، چاپ سنگی؛ تحریر الکلام، ج 1، ص 149، مؤسسه طوس؛ ماوردی، الاحکام السلطانية، ص 181.

3- شهید اول، لمعه دمشقیة، ج 9، ص 273 (از الینایع الفقہیہ).

آیا خراج و جزیه هر دو بر ذمی واجب است؟

طبق روایات صحیحی که در این باره از پیشوایان دین رسیده است، اهل ذمه منحصر به پرداخت مالیات سرانه (جزیه) موظف می باشند، (1) نهایت آنکه طرفین معاهده می توانند به جای مالیات سرانه، مالیات ارضی را در قرارداد ذمه قید کنند. بنابراین، تعهدات مالی ذمیان به یکی از دو صورت فوق تعیین و مقرر می شود و هرگاه مالیات سرانه (جزیه) پذیرفته شد، خراجی (مالیات ارضی) به عهده آنان نخواهد بود و اگر نظر طرفین بر پرداخت مالیات ارضی (خراج) تعلق گرفت، اهل ذمه از پرداخت مالیات سرانه (جزیه) معاف می شوند. (2)

بنابراین، ادعای کسانی که معتقد به لزوم پرداخت هر دو از سوی ذمی هستند بی دلیل است. (3)

فلسفه تشریح جزیه:

فقها و مفسران شیعه و سنی در مورد علت تشریح جزیه، سخنان پراکنده ای دارند که برای پاره ای از آنها هیچ گونه شاهد و دلیلی در کتاب و سنت یافت نمی شود و تأسف آور است که بعضی از همین سخنان دستاویز گروهی از شرق شناسان کینه ورز واقع شده و آنان را در حمله به اسلام و حاکمیت مسلمانان تشویق کرده است.

واقعیت این است که اخذ جزیه نه به عنوان کیفر و مجازات یا اهانت و خوار ساختن کار است بلکه به خاطر حمایت از حقوق اهل ذمه و حسن اداره و تأمین امنیت و آسایش آنهاست و نیز این مالیات در عوض شرکت نکردن آنان در امور نظامی و وارد نشدن در

ص: 242

1- «عن أبي جعفر عليه السلام في أهل الجزية يؤخذ من أموالهم و مواشيهم شيء سوى الجزية؟ قال عليه السلام: لا.» و «عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا أخذت الجزية من أهل الكتاب فليس على أموالهم و مواشيهم شيء بعدها.» (وسائل الشيعة، ج 4).

2- در این باره به احادیث ذیل توجه کنید: «قال أبو عبدالله عليه السلام.. ليس للإمام أكثر من الجزية إن شاء الامام وضع ذلك على رؤوسهم، و ليس على أموالهم شيء و إن شاء فعلى أموالهم و ليس على رؤوسهم شيء.» (همان) «قال عليه السلام: الخراج، و إن أخذ من رؤوسهم الجزية فلا سبيل على أرضهم و إن أخذ من أرضهم فلا سبيل على رؤوسهم.» (همان، ج 3)

3- عمید زنجانی، حقوق اقلیتها بر اساس قرارداد ذمه، ص 116

ارتش اسلامی است و به عبارت دیگر اسلام با اخذ جزیه از آنها بار شرکت در جنگ و تحمل سختیهای جنگ را از دوش آنها برداشته است.

به دلایل ذیل، جزیه مجازات و کیفر نیست:

1. به گفته علما عقد جزیه تنها با رضایت طرفین عقد تمام می شود.

2. همان گونه که قبلاً ذکر شد، مقدار جزیه با توجه به توانایی مالی اهل ذمه در نظر گرفته می شود. روشن است که این امر با کیفر بودن جزیه سازگاری ندارد.

3. هم چنان که در بحث «مقدار جزیه» گذشت، جزیه نسبت به زکات و دیگر حقوق

شرعی که بر مسلمانان واجب است (خمس و کفارات و غیره) بسیار ناچیز است. افزون بر این که اهل ذمه، مکلف به شرکت در امر دفاع و همکاری در امور نظامی نیستند و حال آنکه همه اینها بر مسلمانان واجب است.

4. جزیه بر همه افراد اهل ذمه واجب نیست و پرداخت آن فقط بر مردان سالم و

تندرست لازم است و دیگران - چنانکه بعداً خواهد آمد. از پرداخت جزیه معاف هستند.

5. چنانچه گذشت روایات زیادی داریم که در آنها پیامبر و امامان اذیت و آزار ذمیان را شدیداً نهی کرده اند و اینها با مجازات بودن جزیه سازگاری ندارد. به عنوان نمونه، برابر نقل ثقة الاسلام کلینی در کافی، علی علیه السلام مردی از قبیله ثقیف را برای جمع آوری خراج به بانقیاء (یکی از نواحی کوفه) فرستاد و به او، در هنگام رفتن به محل مأموریت، فرمود:

... إِيَّاكَ أَنْ تَضْرِبَ مُسْلِمًا أَوْ يَهُودِيًّا أَوْ نَصْرَانِيًّا فِي دِرْهَمٍ خَرَجٍ أَوْ تَبِيعَ دَابَّةَ عَمَلٍ فِي دِرْهَمٍ فَإِنَّا أَمْرْنَا أَنْ نَأْخُذَ مِنْهُمْ الْعَفْوَ .

مبادا جهت گرفتن یک درهم خراج، شخص مسلمان یا یهودی یا مسیحی را مورد

ضرب و شتم قرار دهی یا برای این منظور، حیوانی از آنان را بفروشی. همانا ما مأموریم فزون بر نیازهای آنان را دریافت داریم.

روایتی از حضرت علی علیه السلام که از طریق اهل سنت از آن حضرت نقل شده، نیز تأییدی است بر گفتار ما و آن چنین است:

وَإِنَّمَا بَدَلُوا الْجَزِيَّةَ لِيَتَكُونَ أَمْوَالِهِمْ كَأَمْوَالِنَا وَدِمَاؤُهُمْ كَدِمَائِنَا .

اهل ذمه به پرداخت جزیه تن در دادند تا مال و خونشان مانند مال و خون ما، نگهداری شده و در امان باشد.

6. فقها در مورد هزینه و مصرف جزیه گفته اند: جزیه اختصاص به رزمندگان دارد و در راه جهاد و دفاع از اسلام هزینه می شود.

سخنان علما بیانگر این نکته است که در برابر وظیفه نداشتن اهل ذمه برای شرکت

در خدمت نظامی و حضور در میدانهای نبرد، از آنان جزیه دریافت می شود و در راه جهاد و برای مجاهدان مصرف می شود.

7. در قرارداد ذمه شرط است که هرگاه حکومت اسلامی از حمایت و پشتیبانی اهل

ذمه عاجز شد و نتوانست تعهدات خود را در مقابل آنها انجام دهد و یا اهل ذمه در

خدمت سربازی حاضر شوند و یا در جهاد با مسلمانان شرکت جویند، جزیه ساقط

خواهد شد و اگر هم، حکومت اسلامی جزیه گرفته باشد باید مسترد سازد.

سیره عملی کارگزاران اسلام و خلفا در صدر اسلام گویای همین نکته است. این

سیره گر چه از نظر شیعه همیشه و در همه موارد از مدارک احکام شرعی به شمار

نمی آید، ولی می تواند تأیید و تأکیدی بر درستی سخن ما باشد.

در تاریخ اسلام نمونه های زیادی از سیره یاد شده به چشم می خورد که در زیر به

چند مورد آن اشاره می شود:

1. هنگامی که ابوعبیده فرمانده ارتش اسلام، در زمان خلیفه دوم، احساس کرد نمی تواند امنیت مردم شامات را در برابر لشکر روم حفظ

کند تمام مالیاتهایی را که از آنها گرفته بود به آنها باز گرداند و خطاب به اهالی این مناطق چنین نوشت:

ما به این سبب اموال شما را پس دادیم که از بسیجی که علیه ما شده خبر یافتیم شما با ما شرط کرده بودید که در برابر دشمن از شما

حفاظت کنیم و اکنون به این کار قادر نیستیم، آنچه را گرفته بودیم پس دادیم و هرگاه خدا ما را بر دشمن پیروز گردانید بر شرط خود و آنچه

میان من و شما نوشته شده باقی هستیم.

اهالی نیز درباره پیروزی آنها دعا کردند و گفتند:

خداوند شما را به ما بازگرداند و بر رومیان پیروز کند. اگر آنها بودند هیچ چیز به ما باز نمی گردانند و هر چه داشتیم از ما می گرفتند.

2. قبیله مسیحی «جراجمه» که در نزدیکی انطاکیه سکونت داشتند و همچنین

مسیحیانی که در شمال فارس زندگی می کردند چون با مسلمانان پیمان همکاری نظامی بسته بودند و مانند آنان، در خدمت نظامی شرکت کرده بودند، از جزیه دادن معاف شده، حتی از غنایم جنگی نیز بهره مند شدند.

3. خالد بن ولید هنگامی که به منطقه فرات وارد شد، نامه ای به بزرگ آن جا، صلوبا بن نسطونا، نوشت که در آن چنین آمده است:

این نامه ای است از خالد پسر ولید به صلوبا پسر نسطونا و قومش، من با شما به جزیه و امر دفاع عهد بستم. اگر از شما دفاع و حمایت کردیم، سزاوار جزیه خواهیم بود؛ در غیر این صورت، استحقاق آن را نخواهیم داشت. این نامه در سال دوازدهم، ماه صفر نگاشته شد.

مطالب فوق نشان می دهد که جزیه باجگیری یا کیفر و جریمه نیست، بلکه مالیاتی

است که حکومت اسلامی جهت هزینه کردن در مصالح کشور اسلامی از جمله دفاع از اهل ذمه در هنگام خطر، از آنها دریافت می کند و در برابر، آنان وظیفه ندارند که در جهاد شرکت جویند؛ این در حالی است که آنان با مسلمانان در سودها و امتیازهای جهاد شریکند.

(1)

بررسی آیه جزیه

قرآن در آیه 29 سوره توبه در مورد جزیه چنین می فرماید:

قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ

ص: 245

1- علی اکبر کلانتری، «چشم اندازی به نظام جزیه...»، مجله فقه اهل بیت، شماره 6-5، ص 293-316؛ زین العابدین قربانی، اسلام و حقوق بشر، ص 477 (به نقل از الدعوة الی الاسلام، ص 80-119).

الْحَقُّ مِنَ الدِّينِ أَوْ تَوَّأ الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ

یعنی: با کسانی که به خدا و روز بازپسین ایمان نیاورده اند و چیزهایی را که خدا و رسولش حرام شمرده اند، حرام نمی دانند و به دین حق نگرویده اند از کسانی که کتاب آسمانی بر آنان نازل گشته بجنگید تا آن هنگام که به دست خویش با توانایی جزیه پردازند در حالتی که در برابر اسلام خاضعند.

در تفسیر آیه عده ای چنین پنداشته اند که آیه مزبور متضمن اعلان جنگ به جمیع

گروههای اهل کتاب (یهودیان، مسیحیان و مجوسیان) بوده و این جنگ باید تا حصول نتیجه ای که در ذیل آیه بیان شده ادامه پیدا کند و غایت جنگ آن است که اهل کتاب در حالت خواری و خفت و ذلت به دست خویش جزیه پردازند. در حالی که چنین برداشتی از مفهوم آیه کاملاً نادرست بوده و با ماهیت قرارداد ذمه، دستورهای اسلام و سفارشهای پیامبر و امامان در مورد اقلیتهای دینی، و محترم بودن ادیان الهی از نظر اسلام، منافات دارد.

برای توضیح این مطلب، باید نکات ذیل را در تفسیر آیه جزیه مورد مطالعه و بررسی قرارداد:

1. صدر آیه که متذکر پیکار با اهل کتاب می باشد جنبه تشریحی نداشته و در زمینه

آیات جهاد و با توجه به چگونگی و شرایط قانون جهاد که پیش از نزول این آیه تشریح و بیان شده - نازل گردیده و مستقیماً در صدد تشریح قانون جهاد با اهل کتاب نمی باشد.

نکته ای که در آغاز آیه از یاد آوری پیکار با اهل کتاب منظور گردیده توضیح و بیان قانون دیگری است که اختصاص به اهل کتاب پیدا میکند و در حقیقت مفهوم آیه چنین می شود که هر گاه طبق مقررات قانون جهاد، در مواردی که پیکار با اهل کتاب مجاز است، با آنان جنگی انجام گیرد قبول پیشنهاد قرارداد جزیه (ذمه) از طرف آنان باید به عنوان پایان مخاصمه تلقی شود.

بنابراین باید گفت کسانی که قسمت اول آیه جزیه را به عنوان اعلان جنگ با اهل

کتاب محسوب کرده اند مرتکب اشتباه بزرگ و کاملاً واضحی شده اند زیرا بررسی آیات مربوط به قانون جهاد بخوبی می رساند که اسلام در هیچ مورد حتی درباره گروههای

مشرك و ضد دين - به طور ابتدایی - مبادرت به اعلان جنگ نكرده است و جهاد در

موارد خاص و شرایط معین به منظور از میان بردن موانع دعوت جهانی اسلام و نجات بخشیدن به ملت‌های ستم‌دیده و گسستن زنجیرهای اسارت فکری و سیاسی فرض شده است.... (1)

2. در قسمت ذیل آیه آمده است: «حتى يعطوا الجزية عن يد»

مفسرین در مورد عبارت «عن يد» چندین معنی را احتمال داده اند:

بعضی آن را تا این که (اهل کتاب به دست خویش جزیه دهند) معنی کرده اند (2) و بعضی «عن يد» را اقتدار و قدرت و سلطه مسلمانان معنی کرده اند (به خاطر اقتدار و قدر مسلمانان، اهل کتاب جزیه دهند). (3)

ولی دسته سوم، جمله بالا را «پرداختن جزیه توسط اهل کتاب با توجه به توانایی

مالی شان» معنی کرده اند. (4)

با توجه به فلسفه تشریح جزیه، و روایات جزیه قول اخیر قویتر به نظر می رسد.

بنابراین، مقدار جزیه و پرداخت آن مستقیماً به مقدار توانایی و عدم توانایی مالی

اهل ذمه بستگی دارد. مؤید این ادعا این است که کلمه «يد» در بسیاری موارد به معنای توانایی به کار رفته است و شاید آیه زیر از جمله این موارد باشد: «وَ اذکر عبادنا ابراهیم وَ اسحاق وَ یعقوب اُولی الایّتی...» (5)؛ یعنی: به خاطر بیاور بندگان ما ابراهیم و اسحاق و یعقوب، صاحبان دست‌های نیرومند را.

تأییدکننده دیگر در آیه مورد بحث، تعبیر «حتى يعطوا» است. مراد از اعطا در

ص: 247

1- عمید زنجانی، حقوق اقلیتها بر اساس قرارداد ذمه، ص 97.

2- سیوری (مقداد بن عبدالله)، تفسیر کنزالعرفان، ج 1، ص 363؛ طبرسی، مجمع البیان، ج 5؛ زمخشری، کشف، ج 2، ص 262؛ شیخ طوسی، تبیان، ج 5، ص 203، مکتب الاعلام الاسلامی؛ تفسیر جلالین، ص 252، بیروت.

3- طبرسی، مجمع البیان، ج 5؛ محمد حسین طباطبایی، المیزان، ج 9، ص 242.

4- فاضل جواد کاظمی، مسالک الافهام، ج 2، ص 342، انتشارات مرتضوی؛ تفسیر نمونه، ج 7، ص 358، دار الکتب الاسلامیه؛ قمی مشهدی، کنز الدقائق، ج 5، ص 431، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی؛ محمد رشید رضا، تفسیر المنار، ج 10، ص 289، چاپ بیروت؛ ابی الحسن ماوردی، الحاوی الکبیر، ج 18، ص 327، چاپ بیروت.

5- ص/ 45

این جا، پذیرش پرداخت جزیه و پایبندی به آن است؛ چرا که جنگ، با این پایبندی پایان می پذیرد، نه با پرداخت کنونی جزیه که بر حسب فتاوی و روایات، زمان آن، آخر هر سال است.

شاهد دیگر در تأیید سخن ما این است که اگر مقصود از «حتی يعطوا الجزية عن يد» پرداخت کنونی جزیه با دست بود.

مناسب این بود که تعبیر چنین باشد: «حتی يعطوا الجزية بأيديهم» در حالی که چنین

تعبیر نشده است. (1)

مؤید دیگر اینکه: در جای خود خواهد آمد که جزیه فقط از توانمندان اهل ذمه اخذ می شود و فقرا معاف اند.

3. در قسمت اخیر آیه کلمه «و هم صاغرون» آمده است.

بعضی از مفسرین آن را به معنای «اعطای جزیه (توسط اهل کتاب) با خواری و

خفت» ذکر کرده اند. (2)

ولی اکثر مفسران و همچنین علمایی که در این باره بحث کرده اند آن را به معنی

«گردن نهادن به احکام اسلام» دانسته اند. یعنی: اعطای جزیه در حالی که با این کار در برابر احکام اسلام گردن نهاده و خاضع اند. (3)

به گمان ما همین قول دوم صحیح است، زیرا «صقر» در این آیه مقابل «کبر» است، به معنی اظهار خضوع (در برابر احکام اسلام) نه به معنای ذلت و خواری، اگر چه ممکن است اظهار خضوع در بسیاری از موارد توأم با خواری و ذلت باشد ولی خواری و ذلت

ص: 248

1- کلانتری، همان؛ عمید زنجانی، همان.

2- سیوری، کنز العرفان، ص 363؛ طبرسی، مجمع البیان، ج 5، ص 34؛ زمخشری، کشف، ج 2، ص 262؛ قمی مشهدی، کنز الدقائق، ج 5، ص 431.

3- شیخ طوسی، مبسوط، ج 2، ص 38، المكتبة المرتضوية: الينابيع الفقهية، ج 31، الخلاف، ص 20؛ سیوری، همان؛ تفسیر نمونه، ج 7، ص 354؛ علامه طباطبائی، المیزان، ج 9، ص 242؛ ابن حزم اندلسی، المحلی، ج 7، ص 345 - 346، چاپ بیروت: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج 21، ص 247، چاپ بیروت؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج 1، ص 150، مؤسسه طوس (به نقل کلانتری، همان)، جلال الدین سیوطی و محلی، تفسیر جلالین، ص 252؛ محمدرشید رضا، المنار، ج 10، ص 289؛ ماوردی، همان، ص 342.

از مفهوم اصلی صاغر بیرون است. (1) علاوه بر این، مسلماً برداشت اول از این کلمه با آن همه توصیه های بزرگان اسلام در مورد اهل ذمه و مبنای و اهداف عالی این دین مبین و رسالت آن برای تمام انسانها، ناسازگار است.

اگر معنای این قسمت از آیه چنین باشد، دیگر جای هیچ گونه اشکال و ایرادی به

اسلام در مورد درخواست انقیاد از اهل ذمه در برابر احکام اسلام نیست، زیرا هر

حاکمیتی ذیحق است که از تبعه اش انتظار داشته باشد به قانون آن حکومت احترام

بگذارد و دین اسلام خضوع و خشوع نسبت به احکام اسلام را نه تنها از ذمیان، بلکه از پیروان خود و حتی از زمامداران جامعه اسلامی نیز درخواست کرده است. به همین دلیل زمانی که قاضی دادگاه به دعوی بین حضرت علی علیه السلام و یک نفر ذمی رسیدگی می کند، چون با امام علیه السلام محترمانه برخورد می کند و با ذمی چنین نمی کند، امام علیه السلام به قاضی اعتراض می کند و از او می خواهد که با هر دو به طور مساوی برخورد کند.

دلیل این امر، جز این نیست که مطابق مقررات اسلامی، همه در برابر قانون برابرند. و مقررات حقوق بین الملل امروز نیز هر تبعه ای را موظف می داند که از قانون حکومتی که در تحت حاکمیت آن قرار دارد، تبعیت کند.

معافیت از پرداخت جزیه:

همچنان که قبلاً نیز اشاره شد، جزیه فقط از مردان جوان توانمند عضو اقلیتهای مذهبی اخذ می شود. بنابراین گروههای زیر از پرداخت جزیه معاف اند:

گروه اول: اطفال و افراد نابالغ

گروه دوم: زنان (2)

گروه سوم: مستمندان و فقرا؛ بنا به نظر عده ای از فقها از جمله شیخ مفید و ابن جنید به خلاف جمع دیگری از فقها از جمله شیخ طوسی نظر اول به دو دلیل تأیید می شود:

1. با توجه به بیانی که در تفسیر آیه 29 سوره توبه گذشت می توان در ذیل آیه «حتی

ص: 249

1- تفسیر نمونه، همان؛ عمید زنجانی، حقوق اقلیتها (به نقل از راغب اصفهانی، مفردات، ماده «صغره»).

2- علامه حلی، تذکره الفقها؛ شیخ طوسی، مبسوط، ج 2، ص 40.

يعطوا الجزية عن يد» چنین برداشت کرد که مسؤولیت تعهد مالی (جزیه) در صورت وجود تمکن پرداخت می باشد، زیرا چنان که گفتیم مراد از «بد» قدرت و استطاعت است که اعطا (تعهد پرداخت) بر اساس آن امکان پذیر می شود.

2. در برخی روایات (1) تصریح شده است که جزیه بر اساس میزان ثروت افراد و طاقت و تمکن آنان مقرر می گردد.

بنابراین، اشخاصی که فاقد هرگونه تمکن مالی هستند، موظف به پرداخت جزیه

نخواهند بود؛ زیرا الزام آنان به پرداخت مقدار ناچیزی نیز وظیفه ای فوق قدرت و

استطاعت مالی آنان تلقی می گردد.

گروه چهارم: سالخوردگان و افراد ناتوان. البته در این مورد، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد.

به نظر می رسد چنانچه این گونه افراد وضع مالی مساعدی داشته باشند، اشکالی

در دریافت جزیه از آنان نیست.

گروه پنجم: کشیشان و سایر روحانیان و دیر نشینان و افرادی که به کار عبادت

پرداخته اند می توانند بدون هیچ گونه تعهد مالی در قرارداد ذمه شرکت کنند. گر چه جمعی از فقها در این مورد ابراز تردید کرده اند و در صورت تمکن و قدرت مالی اشخاص نامبرده، آنان را به پرداخت جزیه موظف دانسته اند. ولی با توجه به مصونیت این گروه - حتی در صورتی که در قرارداد ذمه نیز شرکت نکنند. و تصریح غیرقابل تردیدی که در این مورد در عهدنامه رسول اکرم با مسیحیان سرزمین سینا وارد شده می توان اطمینان یافت که گروه مزبور از تعهد مالی معاف می باشند. جمله ای که در پیمان مردم سینا در این باره آمده چنین تصریح می کند:

قضات و رهبانان از خراج معاف اند و همچنین آنان که به عبادت اشتغال ورزیده اند.

گروه ششم: دیوانگان و کسانی که مشاعر خود را از دست داده باشند یا بر اثر

ضعف ادراک و تشخیص جزء ابلهان محسوب شوند: طبق روایتی از امام صادق علیه السلام:

ص: 250

روش اسلام بر این است که جزیه از دیوانگان و کسانی که عقل و قدرت درک خود را از دست داده اند، گرفته نمی شود. (1)

به جز گروههای مذکور در چند مورد دیگر نیز تعهدات مالی قرارداد ذمه منتفی و

اقلیتهای مذهبی از پرداخت جزیه معاف می شوند. از آن جمله موارد زیر است:

1. در شرایطی که مصالح اسلام و جامعه مسلمانان روابط حسنه و نزدیکی بیشتری

را با گروههای یهودی، مسیحی یا زردشتی ایجاد کند و الزام آنان به ادای جزیه باعث گرایش آنان به سوی دشمنان اسلام و جامعه مسلمین گردد و یا معاف کردن آنان از جزیه موجب ازدیاد علاقه آنان به اسلام شود؛ حکومت اسلامی در مواردی که ضرورت شرایط فوق را احساس کند، می تواند گروههای مزبور را از پرداخت جزیه معاف کند.

نمونه هایی از این موارد را در تاریخ اسلام مشاهده می کنیم. به عنوان نمونه بر

اساس حدیثی از امام رضا علیه السلام خلیفه دوم قبیله بنی تغلب را برای این که به امپراتوری روم نپیوندند از پرداخت جزیه معاف دانست.

(2)

2. چنان که قبلاً گذشت، هرگاه مسلمانان قادر به انجام مسؤلیتهای قرارداد ذمه

نشوند، در مقابل، اهل ذمه نیز در قبال پرداخت جزیه مسؤل نخواهند بود. (3)

3. در مواقعی که مسلمانان به کمک نظامی ذمیان نیازمند باشند، ممکن است آنان

طی یک پیمان مشترک دفاعی از پرداخت جزیه معاف شوند (4) و در همین راستا بود که عمر به عاملان مرزها نوشت که کسانی از چابک سواران پارسی را که به کارشان حاجت است به کمک بگیرند و جزیه را از آنها بردارند و چنان کردند. (5)

با توجه به مطالب فوق، چنین نتیجه می گیریم که دریافت جزیه و الزام «ذمی» به

پرداخت آن، از دیدگاه اسلام یک دستور مطلق و همیشگی نیست بلکه در خیلی موارد و در مورد افراد زیادی - چنانکه ملاحظه شد - جزیه گرفته نمی شود.

ص: 251

1- وسائل الشیعة، ج 11، باب 51، ص 100، چاپ بیروت.

2- أبویوسف، الخراج، ص 139؛ بلاذری، فتوح البلدان، ص 143.

3- فتوح البلدان، ص 166 - 168.

4- عمید زنجانی، همان.

5- محمدرضا ضیائی بیگدلی، اسلام و حقوق بین الملل، ص 104، به نقل از احمدرشید، اسلام و حقوق بین الملل عمومی، ص 201.

در تاریخ اسلام، در نحوه برخورد با اقلیتهای مذهبی، ما به مسائلی فراتر از این هم

برخورد می کنیم. در این مورد استاد محمد حمیدالله چنین می گوید:

از اوایل خلافت ابوبکر از سوی دولت برای اتباع غیر مسلمان و به خرج بیت المال

تأمین اجتماعی» برقرار شد. طی یک گزارش رسمی (به نقل از کتاب خراج، صص 84 - 85، تألیف ابویوسف) فرمانده خالد بن ولید خلیفه را از فتح شهر حیره مطلع می سازد و می گوید: افراد ذکور شهر را برشمردم آنها هفت هزار نفر هستند. در بررسی بیشتر، دریافتم که یک هزار نفر از آنها به بیماری مزمن مبتلا بوده و ناتوان می باشند. بنابراین آنها را از پرداخت جزیه معاف نمودم، و لذا افراد مشمول مالیات شش هزار نفر هستند. و من مقرر داشتم که هر پیرمردی که به علت ضعف قادر به تأمین معاش خود نباشد، یا به علت مصیبتی رنجور شده باشد و یا کسی که قبلاً ثروتمند بوده اما حالا آن چنان مفلس شده که به صدقه همکیشان خود محتاج است نیز از پرداخت جزیه معاف بوده، او و خانواده اش مادامی که در سرزمین اسلامی زندگی میکنند از خزانه مسلمین تأمین شوند. (1)

حقایق تاریخی فوق نشان می دهد که تا چه اندازه اسلام به اقلیتهای دینی توجه داشته است و به رعایت حال آنان می اندیشیده است.

در پایان این مبحث این نتیجه به دست می آید که با توجه به این که جزیه نوعی

مالیات است، در نظام فعلی جهانی هم اگر فرضاً حکومت اسلامی از اتباع غیر مسلمان خود جزیه اخذ کند امری معقول و منطقی است (البته به شرطی که شهروندان غیر مسلمان، خدمت سربازی انجام ندهند و در دفاع کشور سهم نگیرند).

دلایل اختصاص قرارداد ذمه به اهل کتاب:

در اثبات نظریه اختصاص اهلیت قرارداد ذمه به اهل کتاب می توان به دلایل زیر تمسک نمود:

ص: 252

1- محمد حمیدالله، حقوق و روابط بین الملل در اسلام، ترجمه مصطفی محقق داماد، ج 1، ص 215، مرکز نشر علوم اسلامی، آذر ماه 1373.

1. اجماع فقهای شیعه که متفق h نظریه فوق را تأیید نموده اند.

2. آیه 29 از سوره توبه که پایان پذیری حالت جنگ را با قرارداد ذمه، مخصوص اهل کتاب شمرده است. بنابراین تشریح قرارداد ذمه در مورد اهل کتاب خود مستلزم آن خواهد بود که در غیر مورد مزبور قرارداد ذمه ارزش حقوقی و قانونی پیدا نکند و با این بیان برای اثبات مدعی با آیه مزبور نیازی به تمسک به جهت دلالت مفهومی آیه نخواهیم داشت تا در مفهوم آیه مناقشه گردد.

3. الحاق آتش پرستان (مجوس) به اهل کتاب در اهلیت قرارداد ذمه چنان که در پاره ای از روایات عامه (1) و خاصه (2) وارد شده خود دلیل آن است که ارزش حقوقی عقد ذمه تنها در مورد اهل کتاب مشروع می باشد و الا نیازی به الحاق مجوس به اهل کتاب در میان نمی بود. (3)

حقوق اقلیتهای مذهبی (اهل کتاب) در چارچوب قرارداد ذمه :

* حقوق اقلیتهای مذهبی (اهل کتاب) در چارچوب قرارداد ذمه : (4)

بعد از این که با قرارداد ذمه آشنا شدیم، وقت آن رسیده است که به حقوق اقلیتهای

مذهبی ناشی از قرارداد مذکور اشاره کنیم.

حکومت اسلامی موظف است، حقوق ذیل را به اهل ذمه اعطا کند و خود را در

رعایت آن ملزم بداند:

1. مصونیت همه جانبه: این مصونیت مطلق و همه جانبه است و شامل جان، مال و

ناموس می باشد. مصونیت از ناحیه داخلی و خارجی است به این معنی که نباید از سوی نیروهای داخلی به آنها حمله شود و همچنین اگر از خارج به آنها حمله شود، حکومت اسلامی مکلف است در مقابل حمله خارجی از ذمیان دفاع کند، چون حمله خارجی به مثابه تجاوز به قلمرو جامعه اسلامی است.

روایاتی که در قسمت «رفتار و گفتار بزرگان اسلام در مورد اقلیتها» گذشت، بهترین دلیل بر مصونیت همه جانبه این گروه از اقلیتهاست و نیازی به ذکر مجدد آنها نیست.

ص: 253

1- سنن بیهقی، ج 9، ص 189.

2- وسائل الشیعة، ج 11، کتاب جهاد، باب 49.

3- عمید زنجانی، همان، ص 68.

4- این مبحث برگرفته از کتاب «حقوق اقلیتها بر اساس قرارداد ذمه» تألیف عمید زنجانی، از صفحه 136 به بعد است (با اندکی تغییر).

2. آزادی مذهبی: همچنان که در گذشته نیز اشاره شد، اسلام ادیان الهی را به

رسمیت شناخته است و عمل پیروان آنها را بر طبق آیین و مذهبشان حق مسلم آنها

دانسته است. در قرآن، آیات زیر ایمان به انبیای سابق را ملازم و همردیف ایمان به پیامبر اسلام اعلام کرده است:

« قُولُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَ مَا أُنزِلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِمْ وَ اسْمَاعِيلَ وَ اسْحَاقَ وَ يَعْقُوبَ وَ الْإِسْبَاطَ وَ مَا أُوتِيَ مُوسَى وَ عِيسَى وَ مَا أُوتِيَ النَّبِيُّونَ مِنْ رَبِّهِمْ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْهُمْ وَ نَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ » (1)

« آمَنَ الرَّسُولُ بِمَا أُنزِلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ وَ الْمُؤْمِنُونَ كُلُّ آمَنَ بِاللَّهِ وَ مَلَائِكَتِهِ وَ كُتُبِهِ وَ رُسُلِهِ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ » (2)

« وَ كَلَانَقَصَ عَلَيْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا تُنَبِّئُ بِهِ فُؤَادَكَ » (3)

« فَاصْبِرْ كَمَا صَبَرَ أُولُو الْعَزْمِ مِنَ الرُّسُلِ » (4)

« وَ إِنْ يَكْتُوبُكَ فَقَدْ كُذِّبَ رُسُلٌ مِنْ قَبْلِكَ » (5)

« نَزَّلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ وَ أَنْزَلَ التَّوْرَةَ وَ الْإِنْجِيلَ مِنْ قَبْلِ هَدَى لِلنَّاسِ وَ أَنْزَلَ الْفُرْقَانَ » (6)

« وَ الَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ مِنَ الْكِتَابِ هُوَ الْحَقُّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ » (7)

در پایان باید گفت که آزادی مذهبی شامل موارد زیر است:

احترام به عقیده اقلیتهای اهل کتاب، حق اعمال عقاید مذهبی خویش و آزادی در

برگزاری مراسم و شعایر مذهبی و امنیت معابد و اماکن مقدسه آنها.

3. حق انتخاب مسکن و اقامتگاه: اقلیتهای دینی می توانند آزادانه، در هر نقطه از

نقاط کشور اسلامی که میل داشته باشند اقامت و همچنین به هر نقطه ای که می خواهند رفت و آمد کنند. انتخاب محل اقامت و نوع آن

طبق اراده و اختیار خود آنهاست. منتها این اصل در مواردی تحدید می شود

الف) آپارتمانهای بلند: ذمیان در صورتی که بخش جداگانه ای را برای سکونت

ص: 254

1- بقره / 136

2- بقره / 285

3- هود / 120

4- أحقاف / 35

5- فاطر / 4

6- آل عمران / 3

7- فاطر / 31

خویش انتخاب کنند می توانند در ساختن بنای منازل و خانه های مسکونی خود از هر نوع نقشه و طرحی استفاده کنند ولی هرگاه بخواهند در محلات و بخشهای مسکونی مسلمانان اقامت گزینند باید از ساخت آپارتمانهای بلند که از نظر بلندی اشراف و امتیاز چشمگیری بر خانه های مسلمانان دارد خودداری کنند.

دلیل مطلب آن است که در عین حال که اسلام به رعایت حقوق دیگران احترام می گذارد ولی مخالف هرگونه تفوق طلبی و تظاهر به برتری است. بنابر این اصل فقها در محکوم کردن این گونه برتریجویی و تظاهر، به اصل «الاسلام یعلو ولا یعلی علیه» (1) استدلال کرده اند.

اما هرگاه شخص ذمی به خرید چنین آپارتمان بلندی که از طرف مسلمانی ساخته

شده، اقدام نماید می تواند برای اقامت خویش از آن استفاده کند زیرا در این صورت

ساختمان مزبور به همان وضع، ملک وی شده و استفاده از ثروت مشروع، مجاز است.

در صورت ویران شدن منزل، اگر ذمی درصدد تجدید ساختمان آن برآید مانند

فرض اول باید از بالا بردن ساختمان مزبور به طوری که بر خانه های مسلمانان همسایه وی برتری و اشراف بارزی داشته باشد خودداری کند.

اصولا باید به این نکته توجه داشت که اسلام با این نوع تظاهرات و اشرافیت و

تفوق طلبی ها که مظهر اختلاف طبقاتی است، در جامعه اسلامی مخالف است و از این رو به مسلمانان نیز توصیه می کند که از بالا بردن سطح ساختمانها از مقدار متعارف اجتناب ورزند؛ (2) زیرا اصولا- اشراف بر خانه های دیگران، نوعی مزاحمت به نوامیس مردم و باعث سلب آسایش دیگران است و کار پسندیده ای نیست و شاید یک جنبه از ممنوعیت ذمیان از داشتن ساختمانهای مرتفع تر از مسلمانان، همین مطلب باشد.

قابل ذکر است که: محدودیت مذکور در مورد ارتفاع مسکن ذمی فقط نسبت به

منازل همسایگانشان است ولی در صورتی که ساختمان مسکونی آنان با همسایگان برابر باشد بلندی آن نسبت به سایر خانه های محلات دیگر اشکالی نخواهد داشت. (3)

ص: 255

1- کنز العمال، ج 1، ص 17.

2- وسائل الشیعه، ج 3، ص 565.

3- شیخ طوسی، مبسوط، ج 2؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج 1، ص 445.

ب) سرزمین حجاز: فقها معتقدند، با توجه به حدیثی از حضرت پیامبر صلی الله علیه واله، کفار در این منطقه حق سکونت ندارند. (1)

در این باره باید گفت که او باید روایت مزبور از نظر صحت سند و دلالت دقیقاً

مورد ارزیابی قرار گیرد که در این نوشتار، مجال آن نیست.

ثانیاً: بر فرض این که روایت از نظر صحت سند و دلالت تمام باشد، جایی این

احتمال هست که بگوییم این فرموده پیامبر صلی الله علیه واله با توجه به شرایط زمان صدر اسلام و وضعیت استراتژیک حجاز در آن زمان به عنوان مرکز قدرت و پایگاه اصلی مسلمانان، بوده است و جنبه امنیتی و حفاظتی داشته است؛ یعنی پیامبر صلی الله علیه واله می خواسته است با این کار مرکزیت اسلام از هر خطر احتمالی ایمن باشد، لذا مختص شرایط صدر اسلام است و وضعیت فعلی را شامل نمی شود.

ج) مسجدالحرام: به حکم آیه قرآنی « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا .. » (2)

یعنی: ای کسانی که ایمان آورده اید همانا مشرکان نجس (پلید) اند پس نباید، بعد از

امسال، نزدیک مسجدالحرام شوند. فقهای مسلمان در این مطلب اتفاق نظر دارند که

ورود کفار به مسجدالحرام یا محدوده حرم الهی، ممنوع است.

اما در مورد مساجد دیگر، اگر چه بعضی قائلند کفار حق ورود به آنها را نیز ندارند

ولی در مقابل بعضی دیگر، دخول کفار به مساجد را جایز می دانند. این دسته در مورد ادعای خویش چنین استدلال می کنند:

به دو دلیل ورود کفار به مساجد جایز است:

دلیل اول، مقتضای اصل: به نص آیه شریفه قرآنی ورود مشرکان به مسجدالحرام، بلکه محدوده حرم نارواست؛ چه ما مشرک را نجس جسمی بدانیم و چه نجس فکری. در مورد بقیه کفار مانند اهل کتاب و غیره نیز از باب احتیاط باید گفت که ورود آنها نیز به مسجدالحرام جایز نیست.

ص: 256

1- علامه حلی، تحریر الکلام، ج 1، ص 151، چاپ سنگی.

2- توبه / 28

اما درباره ورود کفار به سایر مساجد، آیه مذکور و اجماع دو دلیلی هستند که ممکن

است به آنها استناد شود و دلالت هر دو برای اثبات این موضوع ناکافی است. به این ترتیب که وقتی می توان از آیه برای تأیید استفاده کرد که معنی دو کلمه «مشرکون» و «نجس» را تعمیم دهیم: از مشرکون، مطلق کفار را اراده کنیم و «نجس» را نیز اعم از نجس جسمی و نجس (پلید) فکری بدانیم، در حالی که این تعمیمها، هر دو نارواست زیرا شکی نیست که با توجه به شأن نزول آیه منظور از «مشرکون» بت پرستان مکه اند و مراد از نجس، پلید فکری است نه نجس بدنی. و اما اجماع مذکور هم حجیت ندارد زیرا این اجماع ممکن است مدرکی باشد.

لذا فقدان دلیل بر حرمت ورود کفار به مساجد، دلیل بر جواز خواهد بود، زیرا مقتضای اصل اولیه جواز ورود به مساجد است برای همگان، همانند دیگر جاها، بویژه آنکه هدف ورود عقلایی و شرع پسند باشد مانند جستجوی حق و آشنایی با معارف اسلامی یا تحقیق و بررسی در آثار و بناهای اسلامی

دلیل دوم، سیره: واقعیت‌های تاریخی صدر اسلام، نشان دهنده نمونه های زیادی از ورود کفار به داخل مسجد می باشد... (1)

بنابراین، بر طبق نظر دوم، ممنوعیت ورود کفار فقط منحصر می ماند به مسجد الحرام و محدوده حرم الهی، و به نظر می رسد که این ممنوعیت منافات با حقوق

بین الملل امروزه هم نداشته باشد زیرا باید به بیش از یک میلیارد مسلمان جهان که فقط یک مکان مقدس منحصر به فرد به نام «مسجدالحرام» دارند، این حق را داد که با چنان نظام ارزشی به آن بنگرند و فرضاً هم اگر اقلیت‌های مذهبی در محدوده این مکان زندگی کنند از عدم ورود به آن هیچ گونه ضرری متوجه آنان نخواهد شد.

4. استقلال قضایی: طبق آیه قرآنی «فَإِنْ جَاءَوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ» (2) یعنی: پس اگر نزد تو آمدند، در میان آنان داوری کن یا (اگر صلاح دانستی) آنها را به حال خود واگذار!

اقلیتها در دعاوی شان از نظر انتخاب محاکم آزادند؛ می توانند به محکمه دولت

ص: 257

1- نجفی، «ورود کافران به مسجدها و مکانهای مقدس»، مجله فقه، شماره 10، ص 132 - 172.

اسلامی مراجعه کرده، دعوای خویش را حل و فصل کنند و یا خودشان از میانشان قاضی و حکم انتخاب و به آنها مراجعه کنند. (1)

[اگر به قدر کافی توجه شود، در شرایط امروز که حاکمیت سرزمینی دولت‌ها یکی از

اصول معروف پذیرفته شده از سوی حقوق بین‌الملل است، دادن چنین آزادی و

استقلالی به اقلیتها از سوی اسلام چیزی فراتر از حق است و نوعی امتیاز محسوب

می‌شود.]

5. آزادی فعالیتهای اقتصادی و روابط بازرگانی.

6. برخورداری از حقوق مدنی بر طبق مذهب خویش: اسلام به اقلیتهای دینی این حق را داده است که در حقوق مدنی، بویژه در احوال شخصی، طبق مذهب خود عمل کنند. بنابراین در مسائلی مانند ازدواج، طلاق، ارث، وصیت و نظایر آن حق دارند بر اساس اعتقادات خود عمل کنند، و در صورتی که در این موارد از سوی آنها دعوی به دادگاههای حکومت اسلامی ارجاع شود، دادگاهها مکلفند طبق احکام مذهب آنها حکم دهند.

اقلیتهای مذهبی غیر اهل کتاب

اشاره

بدیهی است که به جز اهل کتاب، پیروان ادیان دیگری هم در جهان، به تعداد زیادی وجود دارند مانند بودائیسیم، برهمنائیسیم و غیره و امروزه در تعدادی از کشورهای اسلامی پیروان ادیان مذکور به صورت یک اقلیت زندگی می‌کنند.

لذا جای این پرسش است که دیدگاه اسلام و موضع حکومت اسلامی در قبال ادیان

فوق و پیروان آنها چیست؟

در پاسخ باید گفت: از سیره عملی حضرت پیامبر صلی الله علیه و اله، ائمه معصومین و سایر زمامداران مسلمان و روایاتی که در این زمینه رسیده است، بر می‌آید که کفار از دیدگاه آن بزرگواران بر سه دسته بوده اند:

الف) اهالی دارالحراب: کفاری هستند که سرزمین یا کشورشان در حال جنگ و

ص: 258

درگیری با مسلمانان است، به این گونه کفار «کفار حربی» اطلاق می شود و چون با مسلمانان در حال جنگ هستند، اگر به سرزمین اسلامی بیایند از هیچ حقی برخوردار نخواهند بود.

(ب) اهالی دارالذمه: کفار اهل کتاب (مسیحی، یهودی و زردشتی) هستند که با

مسلمانان قرارداد ذمه منعقد می کنند و بر اساس آن از حقوقشان برخوردار می شوند، که بحث آن مفصلاً گذشت.

(ج) اهالی دارالصلح: کفاری هستند که نه مانند اهل کتاب قرارداد ذمه با مسلمانان

بسته اند و نه مانند کفار حربی جنگ و دشمنی با مسلمانان دارند، بلکه یا با مسلمانان

قرارداد صلح منعقد کرده اند. خواه قرارداد مذکور به نحو دائم باشد (عقد صلح) و یا به نحو موقت باشد (عقد هدنه) - و یا در جنگ میان دارالاسلام و دارالحرب خود را بی طرف دانسته اند (دارالحیاء یا دارالاعتزال). (1)

با توجه به مطالب فوق، در مورد اقلیتهای مذهبی غیر اهل کتاب، طبق نظریه آن

دسته از مذاهب اسلامی (2) که قرارداد ذمه را شامل همه ادیان دیگر می دانند، با کفار غیر اهل کتاب نیز مانند کفار اهل کتاب باید عمل شود و با آنها قرارداد ذمه منعقد گردد.

اما از دیدگاه آن دسته از مذاهب اسلامی (3) که قرارداد ذمه را مخصوص اهل کتاب می دانند مانند مذهب شیعه، می توان گفت که اختصاص قرارداد ذمه به اهل کتاب به معنای جنگ و جدال و عدم سازش با ادیان دیگر نیست، بلکه در اسلام قراردادهای صلح مختلفی وجود دارد. و همان طور که ذکر شد، قرارداد ذمه یکی از قراردادهای صلح است که با اهل کتاب منعقد می شود.

پس خارج بودن کفار غیر اهل کتاب از دایره قرارداد ذمه به این معنی نیست که با

آنها لزوماً جنگ و درگیری و خصومت باشد بلکه چه بسا ممکن است آنها در چارچوب اهالی دارالهدنه، دارالحیاء و غیره قرار گیرند و قراردادهای صلح متناسب با وضعیت هر کدام منعقد شود؛ بعلاوه:

ص: 259

1- عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، ج 3، ص 215 - 227.

2- مذاهب مالکی، اوزاعی و زیدی به این مبنا قائلند. (ر.ک: همان)

3- مذاهب حنبلی، شافعی، ظاهری و شیعی به این دیدگاه معتقدند. (ر.ک: همان)

1. با توجه به آیات قرآنی ذیل:

« لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ

قَسَطُوا إِلَيْهِمُ اللَّهُ اللَّهُ يُحِبُّ الْمُقْسَطِينَ » (1)؛ خدا شما را از نیکی کردن و رعایت عدالت نسبت به کسانی که در امر دین با شما پیکار نکردند و از خانه و دیارتان بیرون نراندند نهی نمی کند، چرا که خداوند عدالت پیشگان را دوست دارد .

« وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَ تَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ » (2)؛ و اگر (کفار) تمایل به صلح نشان دهند، تو نیز از در صلح درآی، و بر خدا توکل کن، که او شنوا و داناست.

« وَ بَشِّرِ الَّذِينَ كَفَرُوا بِعَذَابِ الْيَمِّ إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئاً وَ

لم يظاهروا عليكم أحداً فاتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم و الله يحب المتقين » (3)؛ و کافران را به مجازات دردناک بشارت ده! مگر کسانی از مشرکان که با آنها عهد بستید، و چیزی از آن را در حق شما فروگذار نکردند، و آحدی را بر ضد شما تقویت نکردند، پیمان آنها را تا پایان مدتشان محترم بشمرید، زیرا خداوند پرهیزگاران را دوست دارد.

2. سفارش حضرت علی علیه السلام به مالک اشتر:

و اشعر قلبك الرحمة للرعية و المحبة لهم و اللطف بهم و لا تكون عليهم سبعا ضاريا تغتتم اكلهم فانهم صنفان: إما الخ لك في الدين أو نظير لك في الخلق (4)

با مردم لطف و محبت و مهربانی و رحمت داشته باش، بر آنها چون حیوان درنده

مضری که دریدن آنها را غنیمت می شمارد نباش، مردم دو دسته هستند یا برادر دینی تواند و یا در انسانیت با تو برابرند؛

3. فتوای بعضی از مراجع تقلید (5) مبنی بر برخورد احترام آمیز با اقلیت‌های دینی غیر اهل کتاب و مقیم در سرزمینهای اسلامی؛ می توان گفت که این دسته از اقلیتها نیز می توانند با امنیت و آسایش در جامعه اسلامی زندگی کنند و حقوق آنها از سوی

ص: 260

1- ممتحنه/ 8

2- انفال / 61

3- توبه / 3 و 4

4- صبحی صالح، نهج البلاغه، ص 427، نامه 53.

5- ناصر مکارم شیرازی، استفتا، نامه شماره 17670.

طهارت کفار:

ممکن است کسی اشکال کند که از دیدگاه اسلام شخص کافر نجس است و نجس

دانستن کفار تبعیض آشکاری نسبت به آنهاست. در پاسخ باید گفت: نجس شمردن کفار نظر تمامی علمای مسلمان نیست بلکه فقط اعتقاد عده ای از آنهاست، آن هم به دلیل تعمیم دادن حیثه شمول آیه «إنما المشركون نجس ..» و اجماع چنان که قبلاً گذشت. ولی عده دیگری از علما، خصوصاً جمعی از فقهای معاصر، معتقد به طهارت کفار هستند. (2) از جمله آقای عابدینی در این باره چنین می گوید:

نهایت، این آیه و روایات فقط نجاست عرضی و پلیدی ناشی از اعتقاد به کفریت کافر را اثبات می کند نه نجاست ذاتی و یا به عبارت دیگر نجاست فقهی کافر را ... هیچ یک از ائمه به آیه قرآن «انما المشركون نجس» برای اثبات نجاست کفار استشهاد نکرده اند، پس معلوم می شود این آیه دلالت بر مدعا ندارد و اجماع هم قابل استدلال نیست چون مدرکی است. (3)

سپس می گوید:

علاوه بر این شواهدی هم بر پاکی ذاتی انسان وجود دارد:

ص: 261

- 1- ر.ک: عمید زنجانی، همان، ص 72؛ احمد حسینی، مقاله «نگاهی به اصول و روابط بین المللی»، مجله فقه، شماره 10، ص 27، دفتر تبلیغات اسلامی (به نقل از مرتضی مطهری، وحی و نبوت، ص 162-163)؛ تفسیر نمونه، ج 24، ص 33.
- 2- گوگانی، «طهارت اهل کتاب»، مجله مقالات و بررسیها، شماره 55 - 56، دانشکده الهیات تهران؛ سیدابوالقاسم خویی، التتقیح، ص 46؛ شیخ طوسی، فقه المعالم، ص 249؛ شیخ مفید، مستمسک العروة الوثقی، ج 1، ص 355؛ ابراهیم جناتی، مقاله «طهارت ذاتی مطلق انسان»، مجله کیهان فرهنگی، شماره 9 و 10، ص 20؛ عمید زنجانی، همان، ص 242؛ فاضل لنکرانی، جامع المسائل استفتانات، ص 39. ایشان معتقد است که کفار اهل کتاب پاک هستند.
- 3- احمد عابدینی، «پاک بودن ذاتی انسان»، مجله فقه، شماره 7 و 8 سال 1375، ص 11-90، دفتر تبلیغات قم؛ «ناپاکی کافران و مشرکان در نگاه روایات»، همان، ص 91-130، «ناپاکی کافران و مشرکان از نگاه دلیل اجماع»، همان، ص 131، 166.

الف) گفتار فقیهان و روایات معصومان در باب غسل میت؛

ب) گفتار فقیهان و روایات معصومان در باب هم غذا شدن با کفار؛

ج) گفتار فقیهان و روایات معصومان در باب ازدواج با اهل کتاب؛

د) گفتار فقیهان و روایات معصومان در باب رضاع؛

ه) گفتار فقیهان و روایات معصومان در باب هم غذا شدن با اهل کتاب. (1)

در جای دیگر، همین نویسنده چنین نتیجه می‌گیرد

ازدواج مرد مسلمان با زن غیر مسلمان مطلقاً جایز است چه کتابی باشد و چه غیر اهل کتاب و دلایل مانع بر موردی حمل می‌شود که

زن معتقد به دین خود باشد و در آن تعصب و نسبت به اسلام عناد داشته باشد. (2)

و سپس دلایلی هم بر مدعای خویش اقامه می‌کند.

دیه کفار:

یکی از بحث‌های مهم در بررسی حقوق اقلیت‌های مذهبی از دیدگاه اسلام، بحث «دیه» این نوع اقلیت‌هاست.

در میان علمای عامه، در این باره سه نظریه وجود دارد:

نظریه اول: دیه اهل کتاب ثلث دیه مسلمانان است.

نظریه دوم: دیه اهل کتاب نصف دیه مسلمانان است.

نظریه سوم: دیه اهل کتاب برابر با دیه مسلمانان است. (3)

نظر مشهور علمای شیعه این است که دیه اهل کتاب هشتصد درهم است. (4) در مقابل، عده‌ای نظر دیگری دارند. به عنوان نمونه، آیه

الله معرفت چنین می‌گوید:

ص: 262

1- «شواهدی بر پاکی ذاتی انسان»، همان، ص 167-216

2- «فقه و ازدواج با کافران»، همان، ص 217-294.

3- محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج 43، ص 38-40، چاپ بیروت؛ ابوالقاسم خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج 2، ص 208.

4- آیه الله معرفت، مقاله «دیه اهل کتاب»، مجله دادرسی، شماره 11، سال دوم، آذر و دیماه 77، ص 5.

از قدمای فقهای امامیه، ابوعلی محمد ابن احمد معروف به ابن جنید متوفای سال 381 گوید: اهل کتاب که تحت ذمه (حمایت اسلام قرار دارند، و از شرایط ذمه تخلف نورزیده اند، دیه هر مرد چهارصد دینار یا چهار هزار درهم است. ولی اگر اسلام با قهر و غلبه بر آنان مستولی گشته هشتصد درهم است.

در این باره به روایت ابوبصیر از امام صادق علیه السلام استناد جسته که فرموده:

«دیه الیهودی و النصرانی اربعة آلاف درهم، و دية المجوسی ثمانمأة درهم» (1) که قسمت اول روایت را بر اهل ذمه حمل کرده است و قسمت اخیر را بر کسانی که سلطه اسلام قهرا بر آنان چیره گشته است. (2)

روایات در این باره مختلف است:

1. در بسیاری از روایات آمده: «دیه الیهودی و النصرانی و المجوس سواء: ثمانمأة

درهم».

2. و در موثقه ابی بصیر آمده: «دیه الیهودی و النصرانی اربعة آلاف و دية المجوسی ثمانمأة درهم».

3. و در مرسله صدوق: «أن دية الیهودی و النصرانی و المجوسی، اربعة آلاف درهم لانهم (ان المجوس) اهل الكتاب».

4. در صحیحة أبان بن تغلب از امام صادق علیه السلام: «قال: دية الیهودی و النصرانی و المجوسی دية المسلم» (3)

صدوق رحمة الله اختلاف روایات را بر اختلاف حالات اهل کتاب به در رابطه با تعهد آنان نسبت به دولت اسلامی - حمل نموده است و بدین سان میان روایات جمع کرده، گوید: در صورتی که میان آنان و دولت اسلامی معاهد های بسته شده و شرایطی با آنان مقرر گشته، تا بر عهد خود استوارند و به شرایط عمل میکنند، دیه آنان چهار هزار درهم است. و در صورتی که زیر پوشش اسلام و در حمایت اسلام قرار گرفته اند، دیه آنان همانند دیه یک مسلمان است.

شاهد بر این جمع، صحیحه زراره از امام صادق علیه السلام است که فرمود:

ص: 263

1- وسائل الشیعه، ج 29، ص 222، شماره 4، باب 12، دیات النفس.

2- شیخ علی پناه، فتاوی ابن الجنید، ص 367؛ مختلف الشیعه، ج 9، ص 445.

3- من لا یحضره الفقیه، ج 4، ص 91؛ وسائل، ج 29، ص 217، باب 13 و ص 221، باب 14.

من اعطاه رسول الله صلى الله عليه واله ذمة فدية كاملة، قال زرارة هؤلاء ما؟ قال الصادق عليه السلام: «وهم من اعطاهم ذمة» (1)؛ (هر که را که پیامبر اکرم «ذمه» داده است. تحت الحمایه دولت اسلامی قرار داده - دیه او دیه کامله است. سپس زراره می پرسد: اهل کتاب امروز - که در پناه اسلام زندگی میکنند - چه؟ فرمود: اینان نیز مانند اسلام خود، تحت الحمایه اسلام قرار دارند، و حکم آنان بر اینان نیز جاری است.)

راه جمعی را که مرحوم صدوق پیموده، از نظر فن درست تر می نماید، زیرا شاهد جمع را از خود روایات به دست آورده است که صحیحه زراره می باشد.

شاهد جمع دیگری نیز وجود دارد و آن، موثقه سماعة بن مهران از امام صادق علیه السلام است که فرمود: «پیامبر اکرم صلی الله علیه واله خالد بن ولید را به بحرین گسیل داشت و بر دست او خونهایی ریخته شد که می بایست دیه آنان را بپردازد، آنگاه به پیامبر نوشت که خونبهای یهود و نصاری را هریک هشتصد درهم پرداختم. ولی خونبهای مجوسی را ندانستم چه اندازه بپردازم، زیرا از شما دستوری نداشتم! پیامبر در جواب نوشت: دیه مجوسی مانند دیگر اهل کتاب است». (2)

بحرین در آن عهد، طرف مصالحه قرار گرفته بود، و همچنان تحت سیطره دست نشانده دولت فارس «منذر بن ساوی» بود. خود او و قبایل عربی و برخی ایرانیها اسلام آوردند ولی یهود و نصاری و بقیه مجوس، قبول «جزیه» نمودند.

این مصالحه به دست علاء بن خضر می نماینده پیامبر در سال هشتم هجری انجام

گرفت. (3)

از این رو، اهل کتاب که در موثقه سماعة مطرح شده اند، هنوز همگون با دیگر شهروندان مسلمان، در یک کشور تحت سیطره کامل اسلامی قرار نگرفته بودند. لذا می توان به دست آورد روایاتی که دیه دمی را هشتصد درهم دانسته، ناظر به اهل جزیه که طرف مصالحه قرار گرفته اند می باشد ...

خلاصه: راهی را که مرحوم صدوق رفته است (برابری دیه شهروندان اهل کتاب با مسلمین علاوه بر صحت استناد. روایتی صحیحه زراره و موثقه سماعة) شاهد تاریخی

ص: 264

1- من لا یحضره الفقیه، ج 4، ص 91-92.

2- همان، ص 90؛ تهذیب الاحکام، ج 10، ص 186؛ وسائل، ج 29، ص 218-219.

3- یاقوت حموی، معجم البلدان، ج 1، ص 347-348؛ ابن اثیر، تاریخ کامل، ج 2، ص 230

معتبر نیز آن را تأیید میکند.

از دیدگاه فن (قواعد اصولی)، روایات هشتصد درهم اطلاق دارد و قابل تقیید است و دو روایت فوق، صلاحیت تقیید آن را دارند؛ زیرا تفصیل در این دو روایت می تواند اجمال دیگر روایات را بردارد، و این خود از قبیل جمع دلالی است که بر هرگونه توجیه دیگری (از قبیل حمل بر تقیه) مقدم است.

به علاوه، در جای خود روشن ساخته ایم که امامان معصوم علیهم السلام به ویژه دو امام بزرگوار (امام باقر و امام صادق علیهما السلام) از کسی، مخصوصاً فقهای عصر خویش بیمی نداشتند، زیرا همگی نسبت به این بزرگواران خاضع بودند. بویژه در چنین احکامی که صرفاً جنبه فقهاتی دارد و به سیاست حاکم ربطی نداشته باشد و مخصوصاً ابوحنیفه در آن دوران، موقعیت چندان با اهمیتی نداشت که مانند امام صادق علیه السلام از او تقیه کند.

یکی از جهاتی که موجب وهن روایات هشتصد درهم - به طور مطلق - می شود، ردیف ساختن «ولد الزنا» با اهل کتاب (1) است که جملگی فقهای امامیه آن را نپذیرفته اند (2) و دیه او را - در صورت محسن اسلام وی - با دیگر مسلمانان مساوی دانسته اند، و شدید تفرقه در این باره را مورد انکار قرار داده اند. (3)

لذا روایات هشتصد درهم باید ناظر به مواردی باشد که مقتول از زمره مسلمین بیرون بوده و نیز زیر پوشش حکومت عدل اسلامی قرار نگرفته و در حریم اسلام پذیرفته نشده بوده است... (4)

نتیجه گیری

در پایان این مقاله به این نتیجه می رسیم که دین اسلام و اعلامیه های حقوق بشر در اصل آزادی تفکر و اندیشه یا مذهب، با هم اشتراک نظر دارند و هر دو «آزادی مذهب» را به رسمیت شناخته و به انسان حق «آزادی عقیده» را اعطا کرده اند.

ص: 265

1- وسائل، ج 29، ص 222، باب 15، دیات النفس.

2- مگر کسانی که ولد الزنا را مسلمان ندانند گرچه به ظاهر ایمان آورد. و این خود بر خلاف مبانی حکمت. است (ر.ک: سیدمرتضی، الانتصار، ص 273).

3- جواهر الکلام، ج 43، ص 33.

4- محمدهادی معرفت، «دیه اهل کتاب»، مجله دادرسی، شماره 11، ص 5.

نهایت، تفاوت در این است که در اعلامیه های حقوق بشر از مذهب یا عقیده به

طور عام یاد شده است، ولی اسلام با عمق و دقت بیشتری به مذهب پرداخته است. از دیدگاه این دین، عقایدی که جنبه آسمانی و الهی دارند مذهب شمرده می شوند و دارای احترامند اما عقاید سیاسی که در پوشش مذهب، از سوی کشورهای استعمارگر ساخته و پرداخته شده اند مردودند.

محدودیتهایی که احیانا در زمینه اعمال حق مذهبی اقلیتهای دینی، در فقه اسلامی

وجود دارد و دولت اسلامی ناچار می شود آنها را در قوانین خویش بگنجانند، هیچ

منافاتی با مفاد اعلامیه های حقوق بشر ندارد بلکه از سوی خود این اعلامیه ها نیز چنین حقی داده شده است. (1)

به عنوان نمونه در بند 3 ماده 18 میثاق بین المللی حقوق سیاسی و مدنی بشر چنین

آمده است:

آزادی ابراز دین یا عقیده را نمی توان تابع محدودیتهایی قرار داد، مگر آنچه به موجب قانون پیش بینی شده است و برای حفظ امنیت، نظم و سلامت عمومی یا اخلاق حسنه یا حقوق و آزادیهای اساسی دیگران ضرورت داشته باشد.

همچنین «اعلامیه مربوط به حقوق اشخاص متعلق به اقلیتهای ملی یا قومی؛ دینی یا

زبانی» - چنانکه گذشت - به دولتها این حق را داده است که در راستای «منافع و مصالح سیاسی» و «رعایت قوانین داخلی» محدودیتهایی را وضع کند.

بند 4 ماده 8 اعلامیه مزبور چنین اعلام می دارد:

هیچ یک از مفاد اعلامیه حاضر نباید طوری تفسیر شود که هرگونه فعالیت مغایر با

اهداف و اصول (سازمان ملل متحد از جمله حاکمیت برابر، تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولتها مجاز باشد.

و بند 2 ماده 4 چنین است:

ص: 266

1- جهت اطلاع بیشتر ر.ک: محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج 1، ص 163-164.

اعمال بخصوصی که از نظر قوانین ملی خلاف محسوب می شود، یا مغایر ضوابط

بین المللی بوده از حمایت این ماده مستثنی می باشد.

اضافه بر این، قواعد و مقررات اسلامی مربوط به حقوق اقلیتها دو مزیت نسبت به

مفاد اعلامیه های حقوق بشر در این زمینه دارد

1. اسلام نه تنها بر رعایت انصاف و عدالت در مورد اقلیتها و برخورداری آنها از

حقوقشان تأکید کرده است، بلکه حتی به آنها امتیازاتی بیشتر از مسلمانان نیز اعطا نموده است.

یکی از نویسندگان مسلمان در این باره چنین می گوید:

اگرچه حقوق اسلامی در رفتار با اتباع مسلمان و غیر مسلمان تفاوتی قائل شده، در بسیاری از موارد وضع غیر مسلمانان بهتر است. آنها از پرداخت مالیات مازاد اموال زکات که همه مسلمانان باید پرداخت کنند، معافند.

آنها همچنین از خدمت لشکری معافند، حال آنکه همه اتباع مسلمان مشمول خدمت

نظام اجباری می باشند. آنها همچنین از نوعی خودمختاری برخوردارند. دعاوی شان توسط همکیشانان و بر طبق احوال شخصیه خود آنها حل و فصل می گردد. (1)

2. مهمترین نقض اعلامیه های حقوق بشر، عدم ضمانت اجرایی آنهاست، بر خلاف قوانین اسلامی که زمامداران و مردم مسلمان ملزم به رعایت آن هستند و متخلفین از این مقررات مستحق مجازاتند. اعلامیه های مزبور بیشتر جنبه توصیه ای دارند و در آنها کمتر اشاره ای به برخورد عملی با ناقضان حقوق اقلیتها شده است، و در مواردی هم که برخوردهای قهرآمیز برای مقابله با عاملان جنایات علیه اقلیتها در نظر گرفته شده است اجرای آنها همواره دستخوش سیاستها و منافع قدرتهای بزرگ بوده است.

به خاطر همین نقض بزرگ است که از تاریخ صدور این اعلامیه ها تا کنون، در

گوشه گوشه جهان، بارها شاهد ظلم و جنایت در حق اقلیتها بوده ایم ولی کمتر اقدام مؤثر بین المللی در جهت رفع آن و یا مجازات عاملان آن صورت گرفته است؛ به عنوان نمونه

ص: 267

آشکاری از این موارد، می توان از حادثه اخیر یعنی کشتار هزاره ها توسط گروه طالبان در افغانستان یاد کرد. در این حادثه، هزاران نفر از این اقلیت اعم از زنان و پیرمردان و کودکان در جریان اشغال مزارشریف به دست طالبان به طرز فجیعی کشته شدند.

جالب این جاست که این قوم خصوصیات هر دو نوع اقلیت را با خود دارند، از یکسو به جهت هزاره بودن اقلیتی نژادی هستند و از سوی دیگر به خاطر شیعه بودن اقلیت مذهبی می باشند.

از نهادهای بین المللی فقط «سازمان عفو بین المللی» در این زمینه کارنامه خوبی از

خود نشان داد و با ارائه گزارشی گوشه هایی از این فاجعه را منعکس کرد. اما شورای امنیت به عنوان مؤثرترین نهاد بین المللی که وظیفه اصلی حفظ صلح و امنیت بین المللی بر دوش آن است با صدور اعلامیه ای دال بر محکومیت، پسادگی از کنار قضیه گذشت، در حالی که می توانست اقدام مؤثرتری در این زمینه انجام دهد.

سازمان ملل متحد، طبق ماده 2 قرارداد بین المللی منع کشتار جمعی (ژنوسید) مبنی بر منع قتل و کشتار اعضای گروه نژادی یا مذهبی و مفاد ماده 6 این قرارداد که به

مجازات عاملان چنین جنایاتی تصریح دارد، در چنین مواردی موظف به تشکیل دادگاه کیفری بین المللی برای مجازات عاملان این کشتارهاست. اما سازمان مذکور به این وظیفه قانونی خویش عمل نکرد.

کشور آمریکا یکی از مهمترین اعضای شورای امنیت که دارای حق وتوست، نیز با

صدور اعلامیه ای اظهار داشت که «گزارشات قتل عام هزاره ها در مزارشریف افغانستان تا کنون از طرف منبع مستقل و بی طرفی تأیید نشده است».

معلوم نیست که علی رغم گزارش «سازمان عفو بین الملل» از این کشتار جمعی،

مقامات کاخ سفید با چه توجیهی آن را گزارش تأیید نشده میخوانند!؟

اینها همه نشانگر «فقدان ضمانت اجرا» در مفاد اعلامیه های حقوق بشر است که آن

را بازیچه سیاستها و منافع «وتو» داران شورای امنیت ساخته است؛ هر جا که خود

بخواهند عمل می کنند و آنجا که در راستای منافعشان نباشد به تماشای نابودی و قتل

عام انسانها می نشینند.

استفتاء از حضرت آية الله العظمى مكارم شيرازى دامت افاضاته

ضمن عرض سلام و تحيات فراوان خدمت حضرتعالى، لطف نموده حكم فقهى مسائل

ذيل را بيان نماييد:

1. نسبت به اقليتهای غير مسلمان و اهل كتاب موجود در سرزمين اسلامى ايران آيا

اخذ جزيه از آنها لازم است يا نه؟ در صورت منفي بودن پاسخ دليل چيست؟

2. اقليتهای غير مسلمانى كه اهل كتاب نيستند و در داخل ايران زندگى مى كنند،

تكليف دولت اسلامى در نحوه برخورد با آنها چيست؟ و همچنين نسبت به كشورهاي

خارجى كه مردمشان غير مسلمان و غير اهل كتاب مى باشند؟

با تشكر - والسلام

باسمه تعالى

ج 1: گرفتن جزيه، يکى از شرايط عقد ذمه است، ولى حاکم شرع مى تواند بنا بر مصالحى، از گرفتن جزيه صرف نظر کند.

ج 2: در صورتى كه با حكومت اسلامى ضديت و تبليغات منفي نداشته باشند، محترم خواهند بود.

77/2/19

ناصر مكارم شيرازى

ص: 269

1. آلبر ماله: تاریخ قرن نوزدهم، نشر کمیسیون معارف، شهریور 1393
2. ابراهیم حسن، حسن: تاریخ سیاسی اسلام، ترجمه ابوالقاسم پاینده، انتشارات جاویدان، بیتا.
3. احمد رشید: اسلام و حقوق بین الملل عمومی، ترجمه حسین سیدی، نشر دانشگاه تهران.
4. اداره اطلاعات سازمان ملل متحد: راهنمای سازمان ملل متحد، ترجمه منصور فراسیون، نشر وزارت علوم و آموزش عالی.
5. امام خمینی: صحیفه نور، نشر وزارت ارشاد اسلامی، بهمن 61.
6. جرجی زیدان: تاریخ تمدن اسلام، ترجمه ابراهیم قمی، بیتا.
7. جعفری، محمد تقی: حقوق جهانی بشر، دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، پاییز 70.
8. حمیدالله، محمد: حقوق روابط بین الملل در اسلام، ترجمه مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، آذر 73.
9. خدوری، محمد: جنگ و صلح در اسلام، ترجمه غلامرضا سعیدی، نشر اقبال، بی تا.
10. دنت، دانیل: مالیات سرانه و تأثیر آن در گرایش به اسلام، ترجمه محمدعلی موحد، انتشارات خوارزمی، چاپ سوم، 1358.
11. ضیائی بیگدلی، محمدرضا: اسلام و حقوق بین الملل شرکت سهامی انتشار، بهار 65.
12. ضیائی بیگدلی، محمدرضا: حقوق بین الملل عمومی، نشر گنج دانش.
13. عبده، محمد: نهج البلاغه، ترجمه فقیهی، علی اصغر، انتشارات صبا، چاپ اول.
14. عمید زنجانی، عباسعلی: اسلام و همزیستی مسالمت آمیز، دار الکتب الاسلامیه.
15. عمید زنجانی، عباسعلی: حقوق اقلیتها بر اساس قرارداد ذمه، انتشارات کتابخانه صدر، تهران.
16. عمید زنجانی، عباسعلی: فقه سیاسی، انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، 1367.
17. قربانی، زین العابدین: اسلام و حقوق بشر، نشر کتابخانه صدر، بی تا.
18. متین دفتری، احمد: حقوق بشر و حمایت بین المللی آن، چاپخانه بهمن، بی تا.

19. مدرسی طباطبایی، حسین: زمین در فقه اسلامی، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، بی تا.
20. مکارم شیرازی، ناصر: تفسیر نمونه، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ هفدهم، سال 74.
21. ناصرزاده، هوشنگ: اعلامیه های حقوق بشر، نشر ماجد، تهران، چاپ اول، 74.
22. ویل دورانت: تاریخ تمدن، نشر اقبال، چاپ دوم.
23. هاشمی، محمد: حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشر یلدا، تهران، چاپ اول، پاییز 74.

1. اخبار و رویدادها، شماره 2، کمیسیون حقوق بشر اسلامی، تهران.
2. تحقیقات حقوقی، شماره 15، دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
3. فقه، شماره های 5 - 10، دفتر تبلیغات اسلامی، قم.
4. کیهان فرهنگی، شماره 9 و 10، سال یازدهم، آذر و دی ماه 73.
5. مقالات و بررسیها، شماره 55 - 56، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، تهران.

منابع عربی

1. ابویوسف: موسوعة الخراج، چاپ بیروت.
2. اندلسی، ابن حزم: المحلی، چاپ بیروت.
3. حر عاملی، محمد: وسائل الشیعه، ج 11، چاپ بیروت.
4. حلی، حسن بن یوسف: تحریر الاحکام، چاپ سنگی، مؤسسه طوس، مشهد.
5. حلی، حسن بن یوسف: تذکرة الفقهاء، چاپ سنگی.
6. رشید رضا، محمد: تفسیر المنار، چاپ بیروت، 1414 هـ.
7. زمخشری: الکشاف، انتشارات البلاغه، محرم 1415 هـ.
8. سیوری، مقداد: کنزالعرفان، مکتبة المرتضویة، تهران، 1343 ش.
9. شهید اول: اللمعة الدمشقیة، چاپ بیروت.
10. طباطبایی، محمدحسین: المیزان، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
11. طبرسی، مجمع البیان، بیروت، چاپ اول، 1986 م.
12. طوسی، ابی جعفر: التبیان فی تفسیر القرآن، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، 1408 هـ.ق.
13. طوسی، ابی جعفر: المبسوط، مکتبة المرتضویة.
14. قمی مشهدی، محمدرضا: کنزالدقائق. وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، 1411 هـ.

15. كاظمى، فاضل جواد: مسالك الافهام الى آيات الاحكام، انتشارات مرتضى، چاپ دوم، تهران، 1365.
16. ماوردى، ابوالحسن: الاحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت.
17. ماوردى، ابوالحسن: الحاوي الكبير، انتشارات دار الفكر، بيروت.
18. مجلسى، محمداقبر، بحار الانوار، ج 76، چاپ بيروت.
19. محلى و سيوطى، جلال الدين: تفسير جلالين، بيروت.
20. مرواريد، على اصغر: الينايع الفقيهيه، ج 9 و 31، چاپ بيروت.
21. نجفى، محمدحسن: جواهر الكلام، ج 43، چاپ بيروت

آثار و مکانهای منحصر به فرد فرهنگی که جزء میراث مشترک بشریت به شمار می رود، هنگام جنگ مسلحانه، در معرض نابودی قرار دارد. تجربه تلخ جنگهای ویرانگر، جامعه جهانی را واداشت که به فکر محافظت از این اموال در خلال جنگها بیفتد و در این راستا به وضع قوانینی پردازد. بدین منظور، در سال 1954 میلادی، کنوانسیون «حمایت از اموال فرهنگی - هنگام نزاع مسلحانه» در شهر لاهه منعقد گردید.

نوشتار حاضر، ترجمه مقاله:

«PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY IN TIME OF ARMED CONFLICT»

اثر ماهاسرشیچ، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه زاگرب است که در سالنامه

NETHERLANDS YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW، شماره 27، سال 1996 منتشر شد و در آن به بررسی این کنوانسیون پرداخته شده است.

این ترجمه در دفتر پژوهش دانشگاه علوم اسلامی رضوی و با همت مترجمان زیر

به ترتیب بخشهای ترجمه شده) انجام شده است:

- یعقوب خاوری

- مهدی صادقی

ص: 272

- هییت الله نژندی منش

- صادق باقری

- حسین بادامچی

- غلامحیدر علامه

مقدمه

گسترده‌گی تخریب و سرقت اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه اخیر، بویژه آنچه در کرواسی و بوسنی و هرزگوین اتفاق افتاد، کفایت قواعد بین‌المللی را که هدف آنها حفظ اموال فرهنگی در زمان جنگ است، زیر سؤال می‌برد. این مقاله در صدد است این مشکل را با تجزیه و تحلیل مقررات اساسی بین‌المللی که مختص به حفظ اموال فرهنگی در زمان جنگ است، بررسی کند.

پس از نگاهی گذرا به سیر تاریخی قواعد حقوقی بین‌المللی که هدف آنها حفظ اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه است. (بخش دوم)، مقررات معاهده اصلی در این زمینه یعنی کنوانسیون 1954 لاهه در مورد حفظ اموال فرهنگی در زمان جنگ و پروتکل مربوط به آن مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت (بخش سوم).

به بحث شرط ضرورت نظامی و مناسبت درج آن در معاهده حفظ اموال فرهنگی

توجه ویژه ای خواهد شد، گرچه کارشناسان سالها درباره تأثیر کنوانسیون 1954 کار کرده و نظر داده اند و کارشناسان طراز اول در این زمینه به شرط ضرورت نظامی و نارساییهای دیگر قرار داد اشاره کرده اند، اما همه اینها تا سال 1991 بیشتر طول نکشید؛ یعنی زمانی که یک بازنگری واقعی و موثر در کنوانسیون و پروتکل آن انجام گرفت.

روند بازنگری کنوانسیون در بخش 6 مقاله به طور خلاصه مرور خواهد شد. این

روند بازنگری عمدتاً در نتیجه برانگیخته شدن علاقه رسانه ها و افکار عمومی به وسیله درگیریهای مسلحانه اخیر بوده است بویژه آنچه در کویت، کرواسی و بوسنی و هرزگوین اتفاق افتاد.

تجزیه و تحلیل مقررات پروتکل اول 1977 که متعلق به کنوانسیونهای 1949 ژنو

درباره حمایت از قربانیان جنگ می باشد (در قسمت اول بخش 4 صورت گرفته است) و عمدتاً بر قلمرو حمایت متمرکز شده است، حمایتی که منطبق بر حمایت از اشیای فرهنگی و عبادتگاهها می باشد، ...

در این مقاله همچنین به اهداف نظامی و طرقي که این اهداف سبب پیشرفت حفاظت از اموال فرهنگی در زمان درگیری مسلحانه، بر اساس کنوانسیون 1954 لاهه، می شود عنایت خاصی مبذول شده است.

قسمت دوم از بخش 4 به بررسی مقررات پروتکل دوم 1977 که به حفاظت اموال

فرهنگی در جنگهای غیر بین المللی اختصاص یافته است، می پردازد.

بخش 5 درباره معاهداتی بحث می کند که هرچند اختصاص به حفاظت از اموال

فرهنگی در زمان جنگ ندارند اما مقرراتی متناسب با این موضوع دارند.

بخش 7 این مقاله به بحثی پرداخته است که با موضوع مورد بحث ما مرتبط است و

آن صلاحیت دادگاه کیفری بین المللی یوگسلاوی سابق در تحت تعقیب قراردادن افرادی است که مسؤول تخریب و سرقت اشیای فرهنگی بوده اند.

و در بخش 8 نتیجه بحثها به طور خلاصه بیان شده است.

سیر تکامل تاریخی قواعد قانونی

قواعد بین المللی در زمینه حفظ اموال فرهنگی در زمان جنگ در خلال قرن اخیر

گسترش یافته است هرچند رد پای تقاضای محافظت اموال فرهنگی از ورود خسارت به آنها یا دستبرد شورشگران، به یونان باستان باز می گردد. نخستین تلاش در زمینه تدوین قواعد حاکم بر رفتار نیروهایی که به سرزمین دشمن پا می گذارند که شامل حفظ اموال فرهنگی می شود به زمان جنگهای داخلی آمریکا در قرن نوزدهم باز می گردد؛ یعنی زمانی که فرماندهی عالی نیروهای متحد (1) دستورالعمل ارتش ایالات متحده در میدان

ص: 274

جنگ را در سال 1863 صادر کرد. این دستور به قانون لایبر (1) معروف است.

هرچند دستورالعمل 1863 فقط برای نیروهای ایالات متحده الزام آور بود، اما

تلاشهایی را که به هدف تدوین حقوق جنگ در سطح بین المللی روی داده بود، تحت

تأثیر خود قرار داد.

طرح اعلامیه بین المللی 1874 بروکسل مربوط به حقوق و آداب جنگ بیان می کند

که اموال متعلق به مؤسسات خاص هنری و علمی، تربیتی و مذهبی حتی اگر دولتی هم باشند، باید همانند اموال خصوصی با آنها رفتار کرد و مصادره و تخریب و خسارت عمدی آنها را مورد تعقیب قرار داد. نظیر این مورد، مقرره ای در کتاب «حقوق و آداب جنگ» گنجانده شد و به وسیله مؤسسه حقوق بین الملل آکسفورد در سال 1880 منتشر شد.

اعلامیه 1874 بروکسل و کتاب 1880 آکسفورد، هر دو، اساس کنوانسیون لاهه

درباره قوانین و آداب جنگ و پروتکل آن را که در سالهای 1899 و 1907 تصویب

شده اند، شکل داده اند. قراردادهای 1899 و 1907 لاهه اعضای خود را متعهد می کند اقداماتی به عمل آورند تا از ساختمانهای خاص هنری، علمی و مذهبی به شرط آن که این مکانها همزمان برای اهداف نظامی به کار نروند، محافظت شود.

تخریب و مصادره اموال دشمن که شامل اموال فرهنگی نیز می شود در صورت اقتضای ضرورت جنگ استثنائاً مجاز شمرده شده است.

در زمان اشغال نظامی، آثار منقول هنری و علمی و اموال شهرداریها و مؤسسات

مذهبی، آموزشی هنری و علمی، حتی اموال دولتی، باید اموال خصوصی تلقی شوند.

مصادره و تخریب یا خسارت عمدی به اشیای منقول هنری و علمی و مؤسسات دارای ویژگیهای فوق و بناهای تاریخی ممنوع است و باید مورد تعقیب قانونی قرار گیرند.

کنوانسیون دیگری که در 1907 در لاهه تصویب شد، یعنی کنوانسیون مربوط به بمباران نیروی دریایی در زمان جنگ نیز مقرراتی را درباره حفظ اموال فرهنگی در بردارد. این کنوانسیون مقرر می دارد برای محافظت از بناهای تاریخی و عمارت‌های

ص: 275

مذهبی، هنری و علمی باید حتی الامکان تمام اقدامات لازم به عمل آید، به شرط آنکه

این مکانها برای اهداف نظامی به کار نروند.

حفاظت از اموال فرهنگی به موجب کنوانسیونهای 1899 و 1907 لاهه محدود به

میدان و زمان جنگ می شد. پیشرفت و استفاده درازمدت از استراتژی بمباران

توپخانه ای در طول جنگ جهانی اول ثابت کرد که به وضع قواعد حفاظتی با دامنه

گسترده تر نیاز است.

به جهت همین توسعه نیازها بود که اعضای اتحادیه پانامریکن (بعدها سازمان

کشورهای آمریکایی نام گرفت) در سال 1935 در واشنگتن پیمانی (Roerich Pact) را به منظور حفاظت از بناهای تاریخی، موزه ها و مؤسسات هنری در زمان جنگ و صلح منعقد کردند؛ اولین پیمانی که تمام به حفاظت از اموال فرهنگی اختصاص داشت. این معاهده که در تمام سرزمین طرفین قابل اعمال است مقرر می دارد که کشورهای متخاصم باید اموال فرهنگی را اموال بی طرف در نظر گیرند (ماده 1) به شرط آنکه این اموال در اهداف نظامی به کار برده نشوند (ماده 5).

این پیمان عمدتاً نسبت به اموال فرهنگی غیر منقول، یعنی بناهای تاریخی، موزه ها و مؤسسات هنری، علمی و فرهنگی قابل اعمال است. اموال فرهنگی منقول فقط در

صورتی [طبق این پیمان قابل حفاظت هستند که در داخل ساختمانهای تحت حفاظت

قرار گرفته باشند..

تلاشهایی که در فاصله دو جنگ جهانی به منظور انعقاد یک کنوانسیون جهانی ویژه حفاظت از اموال فرهنگی در زمان جنگ صورت گرفته بود، تحت الشعاع حوادث جنگ جهانی دوم و تغییرات به وجود آمده در فن آوری، روشها و راهکارهای جنگ و

بالاخره مفهوم جدید «جنگ تمام عیار» قرار گرفت. این تلاشها پس از جنگ جهانی دوم و با ابتکار هلند توسط سازمان یونسکو (سازمان تربیتی، علمی و فرهنگی ملل متحد) با برگزاری یک کنفرانس دیپلماتیک ادامه یافت. در این کنفرانس که در سال 1954 در لاهه برگزار شد، کنوانسیون حمایت از اموال فرهنگی در زمان جنگ و پروتکل مربوط به آن تصویب شد.

پیش از تجزیه و تحلیل مقررات اساسی کنوانسیون 1954 لاهه و پروتکل الحاقی آن

باید گفت:

مقررات کنوانسیونهای 1907 و 1899 لاهه و آیین نامه های الحاقی به آن که می بایست به حقوق بین الملل عرفی تبدیل گردند، کماکان نسبت به طرفهای کنوانسیون

1954 لاهه و پروتکل آن، در مورد آن دسته از اموال فرهنگی که تحت مقررات

کنوانسیونهای فوق قرار نمی گیرند، قابل اعمال خواهد بود. (به عنوان مثال اموالی که از قبیل میراث فرهنگی ملتها و دارای اهمیت ویژه ای هستند، مشمول مقررات کنوانسیون 1907 لاهه خواهند بود).

روش کنوانسیون 1954 و پروتکل آن

کنوانسیون 1954 لاهه درباره حفظ اموال فرهنگی در زمان جنگ

تعریف «اموال فرهنگی»

تعریف مفصل «اموال فرهنگی» که در ماده 1 کنوانسیون لاهه آمده، سه دسته اموال را شامل می شود:

دسته نخست اشاره دارد به اموال منقول و غیر منقولی که برای هر ملتی به لحاظ

میراث فرهنگی دارای اهمیت بالایی می باشد و آثار معماری، هنری یا تاریخی، مذهبی یا غیر مذهبی، مناظر باستانی، مجموعه ساختمانهایی که به طور کلی ارزش تاریخی یا هنری داشته باشند، آثار هنری از قبیل نسخه های خطی، کتابها، اشیای دیگری که ارزش هنری، تاریخی یا باستانی داشته باشند، همچنین مجموعه های علمی و مجموعه های مهم کتابها و اسناد یا نمونه های تقلیدی (1) این اموال را شامل می گردند.

در این قرارداد، به طور صریح بیان شده است که این اموال بدون در نظر گرفتن منشأ

ص: 277

یا مالکیت آنها فرهنگی محسوب می شوند.

دسته دوم به بناهایی که هدف اصلی و واقعی آنها نگهداری یا نمایش اموال منقول

فرهنگی مذکور در فوق (مثل موزه های کتابخانه ها، بایگانیها و ...) و به مؤسسه هایی که در صدد نگهداری چنین اموالی در زمان جنگ هستند، اشاره دارد.

دسته سوم به مراکزی اشاره دارد که تعداد زیادی از این اموال فرهنگی را در خود

جای داده و به آنها مراکز دارای آثار تاریخی اطلاق می شود.

سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که چه اشیا یی دارای ارزش فرهنگی

بالایی هستند که تحت عنوان «دارای اهمیت زیاد برای میراث فرهنگی یک ملت» [این عبارت در دسته نخست اموال فرهنگی آمده است] قرار گیرند.

متن اصلی کنوانسیون که در ماده 1 اموال فرهنگی را می شمارد هیچ معیاری برای

این توصیف به دست نداده است؛ نه در مقدمه که بیان می دارد خسارت به اموال

فرهنگی یک ملت هر قدر که باشد خسارت به آثار فرهنگی تمام بشر است، زیرا هر

فردی برای فرهنگ جهان به اندازه خود سهیم است (پاراگراف دوم، مقدمه کنوانسیون) و نه در ادامه مقدمه که می گوید: دولتهای متعاقد می توانند اشیا یی را که به اندازه کافی اهمیت دارند تا مورد حفاظت قرار گیرند و علامت مخصوص اموال فرهنگی بخورند، معرفی کنند.

به نظر می رسد که تنها شرط الزام آور تعهدی است که در پاراگراف یک ماده 4

پیش بینی شده است و آن خودداری از استفاده اموال مزبور و احاطه فوری آنها به منظور جلوگیری از تخریب و خسارت دیدن آنها در زمان جنگ می باشد.

دو نوع حمایت

این کنوانسیون بین دو نوع حمایت تمایز قائل می شود:

1. حمایت عام که شامل تمام اشیا یی می شود که در تعریف ماده یک می گنجد.

2. حمایت خاص که فقط برای تعداد محدودی از اشیا یی که دارای ارزش بالایی هستند در نظر گرفته شده است.

حمایت عام دارای دو جنبه است:

الف) حفاظت و مراقبت (جنبه اثباتی).

ب) خودداری از بعضی اعمال مضر در قبال اشیا و اموالی که مشمول ماده یک قرار

می گیرند (جنبه سلبی).

در مورد حمایت از اموال، کنوانسیون طرفهای متعاقد را ملزم می کند تا در زمان

صلح آمادگیهای لازم و مکفی را برای حفاظت از اموال فرهنگی که در سرزمین آنها واقع شده در مقابل هرگونه آثار قابل پیش بینی درگیری مسلحانه اتخاذ کنند. این آمادگی می تواند با هر اقدامی که آنها صلاح بدانند صورت پذیرد (ماده 3). در مورد اشغال، کشور اشغال کننده موظف است تا حتی الامکان مقامات ذی صلاحیت ملی کشور اشغال شده را در جهت حفاظت و نگهداری اموال فرهنگی کمک کند. چنانچه لازم باشد اقداماتی برای حفاظت اموال فرهنگی در سرزمین اشغال شده انجام گیرد و مقامات ملی آن کشور قادر به این کار نباشند، دولت متصرف در صورت امکان و در جهت همکاری نزدیک با آن مقامات باید اقدامات حفاظتی لازم را مبذول دارد.

حمایت مجموعه ای از اقدامات مثبت است که باید برای نگهداری این اشیا انجام گیرد، اما «رعایت کردن» شامل یک سری تعهدات سلبی از ناحیه طرفین درگیر می شود؛ به عنوان مثال: خودداری از رفتارهای معینی در هنگام درگیری. استفاده از اموال فرهنگی و محیطهای مجاور آنها نه تنها برای اغراض نظامی بلکه برای هر هدف دیگری که آن اموال را در معرض آسیب و تخریب قرار دهد نیز ممنوع است (ماده 4، بند اول).

کنوانسیون مقرر می دارد که طرفین متعاقد باید از هرگونه عمل خصمانه نسبت به

این اموال خودداری کنند (ماده 4، بند اول) هر عمل ناشی از مخاصمه که توسط یک

طرف دیگر انجام گیرد و دارای اثر زیان آور بر روی کالای فرهنگی باشد و یا بتواند چنین اثری داشته باشد، باید رفتار خصمانه تلقی شود. به این ترتیب، نه تنها اعمالی که سبب خسارت عمده کالای فرهنگی می شوند بلکه تمام اعمالی که به زیان کالای فرهنگی انجام می گیرد ممنوع است. بنابراین برای نقض تعهد لزومی ندارد حتما خسارت واقعی و خارجی متحقق گردد.

تکالیف کشور اشغال کننده مفصلاً بیان شده است. کشور اشغال کننده باید هر نوع

سرقت، غارت، اختلاس و هر عمل ویران کننده آثار فرهنگی را ممنوع، جلوگیری و در صورت لزوم متوقف کند (ماده 4، بند 3).

ضبط و استرداد یک اثر فرهنگی از سرزمین تحت اشغال و یا سرزمین دیگر و

همچنین رفتارهای تلافی جویانه نسبت به اموال فرهنگی ممنوع است (ماده 4، بند 3).

کشور طرف معاهده ای که دولتش توسط یک گروه جنبش مقاومت مشروع شناخته می شود، حتی الامکان باید توجه اعضای این جنبش را به این حقیقت جلب کند که

مقررات کنوانسیون درباره احترام به اموال فرهنگی را رعایت کنند. (ماده 5، بند 3).

حمایت خاص فقط برای تعداد محدودی از اماکن که به منظور جادادن اموال فرهنگی منقول پیش بینی شده اند و همچنین مراکز حاوی بناهای یادبود و اموال فرهنگی غیر منقول که دارای اهمیت بسیار زیادی هستند در نظر گرفته شده است. شرط برخورداری از حفاظت مخصوص این است که اموال فرهنگی در فاصله مناسبی از مراکز صنعتی بزرگ یا هدفهای مهم نظامی یعنی مکانهایی که بسیار آسیب پذیر می باشند (مانند فرودگاه، ایستگاه فرستنده، تأسیسات دفاع ملی، بندرها، ایستگاههای راه آهن تقریباً مهم یا خطوط اصلی ارتباط) قرار داشته باشند و همچنین این اموال فرهنگی نباید برای اهداف نظامی مورد استفاده قرار گیرند (ماده 8، بند 1).

حمایت خاص به آن دسته از اموال فرهنگی که جزء فهرست «اموال فرهنگی دارای

ثبت بین المللی و تحت حفاظت ویژه» قرار داشته باشند تعلق می گیرد. این فهرست

توسط دبیر کل یونسکو حفظ می شود. این اموال از زمانی که ثبت بین المللی می شوند باید از هر رفتار خصمانه ای که به منظور اقدام نظامی متوجه آنها می شود مصون باشند و این مصونیت ناشی از حمایت خاص باید تأمین شود. به محض آنکه اموال فرهنگی ثبت بین المللی پیدا کنند، نباید برای اهداف نظامی مورد استفاده قرار گیرند حتی در زمان صلح. چنین قیدی که استفاده نظامی از اموال فرهنگی را حتی در زمان صلح ممنوع می کند نسبت به اموالی که تحت حمایت عام هستند وجود ندارد.

حمایت خاص همچنین می تواند در زمان انتقال اشیای فرهنگی به مکانهای مطمئن

نیز شامل اموال فرهنگی شود، این انتقال باید تحت نظارت بین المللی صورت پذیرد.

لغو یا فقدان حمایت

تعهد مبنی بر خودداری از انجام اعمال مضر نسبت به اموال فرهنگی به موجب حمایت عام ممکن است در مواردی که ضرورت نظامیگری اجبار آن را ایجاب می کند، لغو شود (ماده 4، بند 2). به این ترتیب این اضطرار نظامی می تواند، ورود خسارت و یا تخریب اموال فرهنگی را توجیه کند؛ اموالی که اگر این ضرورت نظامی وجود نداشت به موجب کنوانسیون باید حفاظت می شدند.

اموال فرهنگی تحت حمایت خاص، مصونیت خود را در دو مورد از دست می دهند:

1. در مورد سوءاستفاده از موقعیت حفاظت شده.

2. در مورد ضرورت نظامی گری.

چنانچه یک دولت، بر خلاف تکلیف مقرر شده برای او در ماده 9 از اموال تحت

حمایت خاص یا محیط مجاور آن برای اهداف نظامی استفاده کند، طرف مقابل تا زمانی که این تخلف ادامه دارد، از تعهدی که نسبت به مصونیت اموال مزبور دارد، معاف خواهد بود. با این وجود، در صورت امکان، قبل از ارتکاب هر عمل خصمانه نسبت به اموال حفاظت شده لازم است درخواست توقف نقض تعهد در مدت زمان معقول انجام پذیرد (ماده 11، بند 1).

نسبت به آن دسته از اموال فرهنگی که تحت حمایت عام قرار دارند، «سوء استفاده از وضعیت مورد حمایت نمی تواند دلیلی بر فقدان مصونیت تلقی شود. زیرا این غیر

ممکن است که استفاده از تمام اموالی که در ماده یک احصا شده و یا محیط اطراف آنها در جهت اهدافی که ممکن است ویژگی نظامی داشته باشند و سبب استناد خصم به فقدان مصونیت شوند، ممنوع گردد. در حالی که اموالی که در زمره «اموال فرهنگی تحت حمایت خاص» قرار دارند، به لحاظ تعداد آنقدر زیاد نیستند و از همه مهمتر تعهد کشورهای متعاهد مبنی بر عدم استفاده آنها برای اغراض نظامی، با عبارات کاملاً دقیق و

محدود بیان شده است. به عنوان مثال همانطور که قبلاً ذکر شد وقتی کشوری تقاضای ثبت این اموال را می دهد در واقع متعهد می شود که از آن زمان به بعد حتی در زمان صلح از این اموال استفاده نظامی نکند. بنابراین، استفاده از این اموال در جهت اهداف نظامی، نوعی پیمان شکنی و نقض عهد تلقی می شود. اما سوء استفاده از وضعیت اموالی که تحت حمایت عام قرار دارند، فقط زمینه توجیه حمله به این اموال را فراهم می آورد، البته اگر همزمان شرایط ضروری برای اعمال اصل استثناء ضرورت نظامی وجود داشته باشد.

در صورتی که دولت کنترل کننده اموال فرهنگی، از موقعیت حمایت شده سوء استفاده کند، اگرچه صراحتاً در کنوانسیون نیامده است، اما کشور حمله کننده باید این اصل حقوق عرفی را در ذهن داشته باشد که بین خسارت و استفاده های نظامی قابل

پیش بینی تناسب وجود داشته باشد. هر نوع تخریب یا خسارتی که فراتر از حداقل لازم برای تضمین یک عملیات معین در یک مورد خاص باشد، غیر قانونی است.

صرف نظر از مورد سوء استفاده از وضعیت حمایت شده، طبق بند 2 و 3 ماده 11

اموال فرهنگی که تحت حمایت خاص قرار دارند، در موارد کاملاً استثنائی که ضرورت نظامی ایجاب می کند، این حمایت و مصونیت از بین می رود، اما این فقدان مصونیت تا زمانی است که ضرورت نظامی اقتضا کند. چنین ضرورتی تنها توسط فرماندهی که حداقل حدود یک لشکر تحت فرماندهی او باشند می تواند تعیین و تأیید شود. در جایی که اوضاع و احوال اقتضا کند تصمیم لغو مصونیت باید در یک ظرف زمانی معقول به طرف مقابل اطلاع داده شود. طرفی که مصونیت را لغو می کند باید در اسرع وقت، دلایل این تصمیم را به صورت کتبی به نماینده کل اموال فرهنگی اطلاع دهد.

حمایت عام از اموال فرهنگی در صورت وجود ضرورت نظامی می تواند تعلیق

شود در حالی که شرایط استناد به این استثنای ضرورت نظامی نسبت به اموالی که تحت حمایت خاص و ویژه قرار دارند به مراتب بیشتر است. بنابراین، به موجب شرایط فوق ضرورت نظامی حمله به اموال فرهنگی را که تحت حمایت عام یا خاص هستند توجیه می کند.

اگرچه تجزیه و تحلیل مفصل ضرورت نظامی، که یکی از مهمترین مفاهیم در حقوق است، خارج از قلمرو این مقاله است، اما ذکر برخی نظرات کلی درباره این موضوع بسیار جنجالی ضروری می نماید.

برخی از حقوقدانان بین المللی که به مفهوم ضرورت نظامی اعتقاد دارند، معتقدند که معنای این مفهوم در مقام عمل این است که اگر طرف متخاصم ضروری بداند که برای موفقیت عملیات نظامی اش یک قاعده حقوق بین الملل را نقض کند، نقض این قاعده مجاز است.

بر خلاف این نظریات که مطابق آنها بین دکترین کرای گرای سون و مفهوم جدیدتر از ضرورت نظامی گری تفاوت عملی اندکی وجود دارد، سایر حقوقدانان بین المللی به ما یادآور می شوند که قواعد جنگ یک توازن ضروری است بین ضرورت نظامی گری از یک سو و حقوق بشر و انسانیت از سوی دیگر. زمانی که قواعد جنگ تصویب می شدند، مسأله ضرورت نظامی گری نیز مورد بررسی قرار گرفت. به هنگام اعمال قواعد جنگ، در مواردی که امکان توسل به ضرورت نظامی گری توسط این قواعد پیش بینی شده باشد، استثنائاً استناد به این ضرورت امکان پذیر است. طرف متخاصم البته این اعتقاد را دارد اما فقط در حدود پارامترهای معینی می تواند به این ضرورت استناد کند. مثلاً اگر اقدامات انجام گرفته به موجب قواعد جنگ مجاز باشند، طرف متخاصم می تواند به ضرورت نظامی گری توسل جوید، بنابراین ضرورت نظامی گری نمی تواند فراتر از حقوق جنگ قرار گیرد بلکه خود باید تابع این قواعد باشد.

اگرچه تخریب اموال دشمن، به خودی خود و به عنوان یک هدف، ممنوع است ولی ضرورت نظامی گری این تخریب را موجه می سازد. این تخریب هم در صورتی مجاز است که ارتباطی منطقی بین آن و ضرورت جنگ وجود داشته باشد. اوضاع و احوالی که در آن به ضرورت نظامی گری استناد می شود باید بوضوح نشان دهد که نیازی فوری که هیچ تأخیری را برنمی تابد وجود دارد و خطر یا نزدیک و یا در حال وقوع است. ضرورت نظامی گری به معنای ضرورت انجام اقداماتی است که برای به دست آوردن اهداف جنگ لازم است و فی نفسه این اقدامات بر اساس حقوق و عرف جنگ قانونی

هستند. اصل قانونی و عرفی تناسب بین خسارت و منفعت قابل پیش بینی نظامی باید

رعایت شود. هر نوع تخریبی که به منظور موفقیت در یک عملیات نظامی ویژه صورت گیرد و از حد ضرورت فراتر رود قابل توجیه نخواهد بود. مضافاً این را هم باید به یاد داشت که حق استناد به ضرورت نظامی گری در یک مورد معین ممکن است بعدها توسط مراجع ذیصلاح مورد مذاقه قرار گیرد، همچنان که در محاکمات نورنبرگ که ضرورت نظامی گری یکی از دفاعیات متهمین به جنایات جنگی بود، مورد بررسی قرار گرفت.

شاید بپذیریم که ضرورت نظامی گری آنگونه که در بالا توضیح داده شد نمی تواند

براحتی مورد سوء استفاده قرار گیرد و در لباس مبدل برای اغراض و منافع نظامی به کار رود. اما با این وجود و علی رغم همه این محدودیتها، اگر هدف نظامی در هنگام درگیری یک شیء فرهنگی که دارای ارزش بالایی است و تخریب آن غیر قابل جبران است باشد، مشکل می توان پذیرفت که ملاحظات نظامی در این حالت غالب می آیند.

در بسیاری از موارد باعنایت به اوضاع و احوالی که بر صحنه نبرد حکم فرماست،

تمایز قابل شدن بین ضرورت نظامی گری و بین منافع استراتژیک و راحت طلبی های نظامی کار آسانی نیست، حتی برای فرماندهی که دارای حسن نیت هم باشد. نیاز به تجربه زیاد در جنگ نیست و براحتی می توان نتیجه گرفت که واقع بینانه نیست در شرایط پراکندگی صحنه نبرد از یک فرمانده نظامی انتظار داشته باشیم تا با یک تجزیه و تحلیل ظریف از مفهوم حقوقی ضرورت نظامی گری، سعی کند از یک بنای تاریخی یا هنری که سر راهش قرار گرفته چشم پپوشد. تخریبهای گسترده اموال فرهنگی در جنگ جهانی دوم و نیز در درگیریهای مسلحانه اخیر آن هم به استناد ضرورت نظامی گری، این نتیجه گیری بدبینانه را تأیید می کند. حق استناد به ضرورت نظامی گری تا حد زیادی به ارزیابیهای شخصی فرمانده صحنه نبرد و اوضاع و احوال غیر ثابتی که این قاعده در آن قرار است اعمال شود، بستگی دارد. یک فرمانده نظامی حتی اگر دارای حسن نیت هم باشد براحتی می تواند راحت طلبی نظامی را به ضرورت نظامی تفسیر کند. در نتیجه، امتیاز ضرورت نظامی گری که در کنوانسیون 1954 تدارک دیده شده است منجر به

وضعیت‌هایی خواهد شد که به گفته یکی از مفسران:

«میراث فرهنگی تمام بشریت به دست رحم و شفقت تعدادی از متخصصین سپرده شده است که دارای منافع محدودی می باشند».

از سوی دیگر، یکی از چهره‌های برجسته نیز درباره همین موضوع می گوید:

حتی اگر تمام شرایط لازم برای استناد به اصل ضرورت نظامی گری فراهم شود و توسل به این اصل هم مشروع باشد، باز این مضحک و نامعقول است که ارزشمندترین آثار هنری می توانند بر اثر اعمال کنوانسیون که به حمایت از آثار فرهنگی اختصاص یافته و با همان اصطلاحات این کنوانسیون، نابود شده و از بین بروند!

باید پذیرفت که استثنای ضرورت نظامی گری با روح و اصول اساسی این کنوانسیون که با هدف حفظ میراث فرهنگی بشریت تدوین یافته، موافق و سازگار نیست. بدین ترتیب، بدون تردید استناد به استثنای ضرورت نظامی گری مهمترین نقیصه کنوانسیون 1954 به شمار می رود. اگر شرایطی را که کنوانسیون برای توسل به ضرورت نظامی گری در نظر گرفته به یاد آوریم این نقیصه ظهور و بروز بیشتری پیدا می کند، چرا که بررسیهای دقیقتر آشکار می کند که این شرایط کمترین ارزش عملی را دارند. در صورتی که ضرورت نظامی گری ایجاب کند، حمایت عام بدون وجود هیچ شرط دیگری به حال تعلیق در خواهد آمد. هیچ ملاک عینی برای به تعلیق درآمدن حمایت خاص ارائه نشده است. در صورتی که اوضاع و احوال اجازه دهد، باید به طرف مقابل اطلاع داده شود که ضرورت نظامی گری اتفاق افتاده است؛ به نماینده کل اموال فرهنگی هم باید اطلاع داده شود اما تأیید او ضرورتی ندارد! فقدان مصونیت در مواردی که ضرورت نظامی غیر قابل اجتناب است تا زمانی که این ضرورت ادامه دارد رخ می دهد. از این رو، باید در نظر داشت که در جنگهای دوران کنونی در حقیقت هیچ تضمینی وجود ندارد زیرا یک لحظه کافی است تا ارزشمندترین اموال فرهنگی نابود شوند. تنها شرطی که یک ملاک واقعی به دست داده است این است که وقوع ضرورت نظامی غیر قابل اجتناب باید توسط فرماندهی که در حد یک سرلشکر باشد تعیین و تأیید گردد. این شرط دارای ارزش عملی است، هرچند که باز هم با هدف کنوانسیون 1954 سازگار

قلمرو اعمال و اجرای کنوانسیون

این کنوانسیون، نسبت به تمام انواع مناقشات مسلحانه بین المللی و غیر بین المللی و به علاوه در مورد انواع اشغال کلی یا جزئی (یک سرزمین) اعمال می شود. هنگام درگیری مسلحانه غیر بین المللی در داخل سرزمین یکی از کشورهای طرف قرارداد، هر یک از متعاهدین ملزم هستند که حداقل، مقررات این کنوانسیون را در زمینه حفظ اموال فرهنگی اعمال کنند. طرفین مناقشه باید سعی کنند تا از طریق توافقات خاص تمام یا بخشی از دیگر مقررات این کنوانسیون را اجرا کنند.

تا آنجا که به اقدامات مرتبط با اجرای کنوانسیون مربوط می شود، این اقدامات به دو دسته تقسیم می شوند:

1. اقدامات با ویژگی داخلی.

2. اقدامات با ویژگی بین المللی.

در سطح داخلی، هر یک از متعاهدین باید تمام اقدامات لازم را برای تأمین اجرای

مؤثر کنوانسیون انجام دهند. اصول و مقررات کنوانسیون باید به تمام مردم، بویژه

نیروهای مسلح و افراد دست اندر کار (مسئول حمایت از اموال فرهنگی شناسانده

شوند. مقررات کنوانسیون باید در کتابچه ها و دستورالعملهای نظامی درج شوند و به

منظور تأمین حفاظت از اموال فرهنگی و هماهنگی با مقامات غیرنظامی مسئول،

خدماتی توسط افراد متخصص در نیروهای مسلح انجام شود.

همچنین به منظور نظارت بین المللی، نقش اصلی به نماینده کل (Commisioner - General) برای اموال فرهنگی داده شده است.

نماینده کل از میان چهره های

شناخته شده جهانی و از طریق توافق مشترک میان طرفین درگیر انتخاب می شود و مأمور ویژه طرفین خواهد بود.

در صورت عدم دسترسی به توافق، موضوع به اطلاع رییس دیوان بین المللی دادگستری رسانده می شود و سپس دیوان نماینده کل را

منصوب خواهد کرد. نماینده کل

که می تواند با همکاری بازرسان و کارشناسان کار خود را انجام دهد، همه موارد مربوط به اعمال کنوانسیون را بررسی می کند و نتیجه آن را به طرفین مربوطه و سازمان یونسکو (UNESCO) گزارش می دهد.

از آنجا که نماینده کل به عنوان یک واسطه بین طرفین درگیر عمل می کند، طرفی که

نماینده کلی را به رسمیت می شناسد باید نماینده ای» تعیین کند و طرف متخاصم نیز

باید «نماینده ای» داشته باشد.

جلوگیری از نقض کنوانسیون

گر چه در پیش نویس اصلی این کنوانسیون یک فصل کامل به ضمانت اجراهای کیفری ناشی از نقض مقررات این کنوانسیون اختصاص داده شده بود، اما کنوانسیون 1954 تنها یک ماده را به آنها در یک چارچوب عام - به این موضوع اختصاص داده است. این کنوانسیون در ماده 28 به طور مختصر مقرر می دارد که طرفین ملزم هستند در چارچوب صلاحیت کیفری معمولی خود اقدامات لازم را برای تعقیب مجرم انجام دهند و مجازات مالی یا انضباطی را در حق آنهايي که مرتکب نقض این کنوانسیون شده یا به ارتکاب نقض آن امر کرده اند . از هر ملیتی که باشند . اعمال کنند. بنابراین، کنوانسیون 1954 تعقیب و مجازات مرتکبان را به صلاحیت های کیفری داخلی طرفین واگذار می کند.

این مقرر مختصر سوالات زیادی را که در مقام عمل به وجود می آیند، بدون پاسخ

باقی می گذارد. در این زمینه باید به ناتوانی این کنوانسیون در تعیین حداقل چند معیار برای حل تعارض صلاحیت قضایی اشاره کرد.

پروتکل 1954 جهت حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه

پروتکل 1954 لاهه در حمایت از اموال فرهنگی به هنگام نزاع مسلحانه حاوی مقرراتی است در زمینه استرداد اموال فرهنگی که به صورت غیرقانونی از سرزمین اشغالی خارج شده اند به دلیل مخالفت چندین هیأت نمایندگی با گنجاندن مقررات مربوط به استرداد اموال فرهنگی در کنوانسیون 1954، این مقررات به شکل پروتکل مستقلی به تصویب

ص: 287

این پروتکل تعهد کشورهای اشغالگر را جهت ممانعت از خروج اموال فرهنگی از

سرزمین اشغالی در طول مناقشات مسلحانه تأیید و تأکید می کند هر یک از طرفین ملزم هستند که از تمام اموال فرهنگی که از یک کشور اشغال شده به صورت غیر قانونی مستقیم یا غیر مستقیم به کشورشان وارد شده، محافظت کنند. طرفین تعهد می کنند که در پایان مخاصمات، اموال فرهنگی را که به صورت غیر قانونی از کشور اشغال شده پیشین وارد کشورشان شده به مقامات صالح آن کشور برگردانند. این گونه اموال نباید به عنوان غرامت جنگی نگهداری شوند. اگر کشوری از خروج اموال فرهنگی از سرزمینی که آن را اشغال کرده ممانعت نکند، ملزم است به صاحبان این اموال در ازای تمام اموال فرهنگی که باید برگردانده شوند، خسارت پرداخت کند.

پروتکل الحاقی به کنوانسیونهای ژنو

قلمرو اعمال این پروتکل

بند 3 ماده یک پروتکل الحاقی به کنوانسیونهای ژنو در 12 آگوست 1945 در باره

حمایت از قربانیان مناقشات مسلحانه بین المللی مقرر می دارد که این پروتکل - که مکمل کنوانسیونهای 1949 ژنو است - «در تمام مواردی که در ماده 2، که با کنوانسیونها مشترک است، به آن اشاره شده» اعمال می گردد، یعنی نسبت به تمام مخاصمات مسلحانه بین المللی بین دو یا چند کشور که طرف این کنوانسیون هستند، اعمال می شود حتی اگر حالت جنگ از سوی یکی از کشورها به رسمیت شناخته نشده باشد. همچنین این کنوانسیونها که مکمل آنها همین پروتکل است. در تمام موارد مربوط به اشغال کامل یا جزئی سرزمین طرفین اعمال می شود اگر چه این اشغال با هیچگونه مقاومت مسلحانه ای مواجه نشود. بند 4 ماده یک این پروتکل می افزاید که این کنوانسیونها که توسط این پروتکل تکمیل شده اند. در مورد جنبشهای آزادیخواه ملی هم اجرا می شوند.

از آنجا که موضوع حمایت از اموال فرهنگی در مناقشات مسلحانه قبلا توسط

کنوانسیون 1954 لاهه مورد بررسی قرار گرفته بود لذا پیش نویس اولیه این پروتکل حاوی هیچ مقرراتی در این باره نبود. معذک در کنفرانس دیپلماتیک (Diplomatic conference) دیدگاههایی ارائه شد که این پروتکل باید در بردارنده ماده ای در زمینه حمایت از اموال فرهنگی باشد چرا که تعدادی از دولتها عضو کنوانسیون 1954 نبودند. در نتیجه، در دومین جلسه، پیشنهادی در این باره تسلیم شد که بعدا مبنای تشکیل ماده 53 گردید.

ماده 53 این پروتکل، که حاوی مقرراتی درباره حمایت از اموال فرهنگی می باشد،

صریح بیان می کند که حمایت مقرر در این ماده «بدون هیچ کم و کاستی» با مقررات کنوانسیون 1954 و سایر اسناد بین المللی مربوط به حمایت از اموال فرهنگی هماهنگ است. در نتیجه، مقررات پروتکل شماره یک 1977 که به حفاظت از اموال فرهنگی اختصاص داده شده است، اسناد موجود در این زمینه را تغییر نمی دهد. بنابراین، در خصوص نحوه رابطه طرفهای این پروتکل با طرفهای کنوانسیون 1954، باید گفت که کنوانسیون 1954 حاکم است.

حمایت از اموال فرهنگی و اماکن مذهبی

حمایت ویژه ای که در ماده 53 پروتکل از اموال فرهنگی و اماکن مذهبی به عمل آمده است علاوه بر آن مصونیتی است که در ماده 52 به تمام اموال غیرنظامی بخشیده شده است. بنابراین، میزان و مفهوم این حمایت خاص که ماده 53 به اموال و اماکن مقدس (مذهبی) اختصاص داده، باید در مفهومی وسیعتر از مقررات بخش چهارم این پروتکل که حمایت از افراد و اموال غیرنظامی را بررسی می کند مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. قاعده اساسی - مندرج در ماده 48 - مقرر می دارد که عملیات نظامی تنها علیه

اهداف نظامی می تواند صورت گیرد. ماده 52 - که به حمایت عام از اشیای غیرنظامی اختصاص داده شده - حمله یا اقدامات تلافی جویانه علیه اموال غیرنظامی را ممنوع اعلام و آن را اموالی تعریف می کند که دارای هدف نظامی نیستند (بند 1). اهداف نظامی آن گونه که در بند دوم ماده 52 تعریف شده اند. اهدافی هستند که به لحاظ ماهیت، محل استقرار، هدف و نحوه استفاده سهم مؤثری در عملیات نظامی دارند و انهدام همه یا بخشی از آنها و یا تسخیر و خنثی سازی آنها با توجه به شرایط حاکم بر آن زمان یک امتیاز نظامی قطعی برای طرف مهاجم محسوب می شود. همچنین ماده 52 مقرر می دارد که اگر در جایی تردید به وجود آید که آیا مالی که معمولاً به اهداف غیر نظامی اختصاص دارد (از قبیل خانه یا مدرسه) به عنوان یک عنصر مؤثر برای اقدام نظامی به کار گرفته می شود یا خیر باید فرض را بر این گذاشت که این مورد، هدف نظامی نخواهد بود. همین فرض در مورد اموال فرهنگی و اماکن مذهبی هم وجود دارد.

مقررات بخش چهارم این پروتکل در زمینه ممنوعیت حملات کورکورانه و نامشخص، لزوم وجود تناسب بین خسارت وارده و استفاده نظامی و نیز مرتبط با

حفاظت از اموال فرهنگی می باشند. هدف مقررات این پروتکل در زمینه حملات

کورکورانه، تحریم حملات علیه آن دسته از اهداف نظامی است که به طور واضح از اهداف غیرنظامی منفک نیستند. بنابراین، اهداف نظامی باید به اندازه کافی از اهداف غیر نظامی متمایز باشند به طوری که بتوان با استفاده از سلاحهای موجود آنها را منفرداً مورد حمله قرار داد.

به موجب قاعده عرفی تناسب - که توسط این پروتکل مورد تأکید مجدد قرار گرفته

است - اموال غیرنظامی در مقابل خسارتهای جانبی که پیش بینی می شود در مقایسه با خسارتهای ناشی از حمله مستقیم به یک هدف نظامی بسیار بیشتر باشد، مورد حمایت قرار می گیرند.

علاوه بر حمایت عام از اموال غیرنظامی - مقرر در ماده 52 - ماده 53 حمایت خاص فوق العاده ای را در مورد دسته خاصی از اموال غیرنظامی یعنی گروه مشخصی از اموال فرهنگی پیش بینی می کند. این حمایت خاص - که ماده 53 آن را اعطا کرده - در مورد سه

گروه از اموال فرهنگی اعمال می شود: بناهای تاریخی، آثار هنری و اماکن مذهبی؛

مشروط بر این که اموال میراث معنوی و فرهنگی یک جامعه تلقی شوند. در نتیجه، این حمایت خاص که به موجب ماده 53 اعطا شده برای گروه محدودی از اموال فرهنگی است که دارای اهمیت فوق العاده ای هستند. نسبت به آن دسته از اموال فرهنگی و اماکن مذهبی که ملاکهای تعلق به میراث معنوی و فرهنگی یک ملت را واجد نیستند، حمایت لازم در ماده 52 پیش بینی شده است.

نکته اساسی در حمایت اعطا شده به اموال فرهنگی که در ماده 53 نهفته این است که: هر گونه اقدام خصمانه علیه اموال فرهنگی و مذهبی حمایت شده و همچنین به کار بردن آنها در حمایت از عملیات نظامی ممنوع است.

کنوانسیون 1954 لاهه نیز دارای ماده ای مشابه ماده 53 می باشد، اما تعهدی که

پروتکل 1977 در بر دارد دقیقتر است زیرا این پروتکل هیچ استثنایی را پیش بینی

نمی کند. بنابراین، تا آنجا که به طرفین این پروتکل مربوط می شود، استناد کردن به

استثنای ضرورت نظامی گری مجاز نیست. اگر چه توسل جستن به ضرورت نظامی گری در مورد متعاهدین پروتکل 1977 که متعاهدین کنوانسیون 1954 نیز هستند امکان پذیر است اما مفهوم اهداف نظامی چنین حقی را محدود می کند و این بدین معناست که متعاهدین کنوانسیون 1954 و پروتکل 1977 تنها در مورد اموالی که دارای هدف نظامی هستند، می توانند به استثنای ضرورت نظامی استناد کنند. در نتیجه، استناد کردن به ضرورت نظامی نمی تواند حمله به اموال غیرنظامی را توجیه کند.

بر اساس قسمت دوم ماده 53 به کار بردن اموال فرهنگی در حمایت از عملیات

نظامی ممنوع است. اگر چه به کار بردن اموال فرهنگی حمایت شده در دفاع از عملیات نظامی، تخلف از مقررات این پروتکل است، اما چنین تخلفی خود به خود حق حمله را به دشمن نمی دهد. طرف متخاصم در صورتی حق انجام چنین کاری را دارد که اموال فرهنگی حمایت شده به اهداف نظامی تبدیل شده باشند. با وجود این به کار بردن اموال فرهنگی حمایت شده در جهت حمایت از عملیات نظامی می تواند تنها نمودار یکی از دو شرط لازم برای اهداف نظامی باشد و آن این است که چنین کاربردی سهم مؤثری در

عملیات نظامی داشته باشد. اگر چه سوء استفاده از وضعیتهای مورد حمایت سبب از

دست دادن حمایت خاص مقرر در ماده 53 می شود، اما این حمایت به موجب ماده 52 باقی می ماند و حمله تنها در صورتی می تواند موجه باشد که شرط دوم مربوط به اهداف نظامی مورد نظر بند 2 ماده 52 تأمین شده باشد یعنی استفاده نظامی مشخص حاصل شده باشد. با وجود این باید تأکید کرد که مقررات پروتکل 1977 در زمینه جلوگیری از تخلفات، به حد کافی از این تدابیر حمایت نمی کنند (ر.ک: بخش 4-1-4).

مقررات قسمت دوم از ماده 53 و ماده 52 پروتکل 1977 در مقایسه با کنوانسیون

1954 لاهه نوعی پیشرفت را نشان می دهند. بنابراین مقررات، آن قسمت از اموال

فرهنگی که مصونیت خود را بر اثر سوء استفاده از وضعیت مورد حمایت از دست

داده اند می توانند با مفهوم هدف نظامی محدود شوند. بنابراین، برای متعاهدین پروتکل 1977 و کنوانسیون 1954، به کار بردن اموال فرهنگی برای مقاصد نظامی بر خلاف مقررات کنوانسیون 1954 نمی تواند عامل موجهی برای حمله علیه اموال فرهنگی طرف دیگر باشد مگر اینکه اموال مفروض به اهداف نظامی تبدیل شوند. همان گونه که بیان شد مقررات پروتکل 1977 در زمینه جلوگیری از تخلفات، این نتیجه را به طور کامل و مقرر تأیید نمی کند.

در پایان، باید ذکر کرد که حمایت از اموال فرهنگی در مناقشات مسلحانه به وسیله

پروتکل 1977 در مقایسه با کنوانسیون 1954 گسترده تر و شدیدتر شده و امکان فقدان مصونیت یا محدود و یا با شاخصهای دقیقتر و قطعی تری مشخص شده است. استثنای ضرورت نظامی گری را نمی توان بسادگی مورد استناد قرار داد.

استناد به سوء استفاده از وضعیت حمایت شده به عنوان دلیلی برای فقدان مصونیت، اکنون به وسیله مفهوم هدف نظامی محدود شده است. خود مفهوم هدف نظامی، اگر چه در برگیرنده عناصری از استثنای ضرورت نظامی گری و سوء استفاده از وضعیت مورد حمایت می باشد، اما همچون مفهوم ضرورت نظامی گری توجیه کننده و فریب دهنده نیست و یا لاقبل کمتر چنین است.

به سبب کاستیهای موجود در مفهوم هدف نظامی که از فقدان تعاریف دقیقی از

«سهم مؤثر در عملیات نظامی» و «استفاده دقیق نظامی» ناشی می شود. ارزیابی انتزاعی فرمانده صحنه نبرد هنوز هم نقش مهمی دارد با وجود این مفهوم ضرورت نظامی گری مجال اندکی برای اقدامات خودسرانه فراهم می آورد و این ارزیابیها بر ملاکهای عینی و نسبتاً دقیقی استوارند. از جمله این ملاکها اقدامات احتیاطی در طول حمله است که در ماده 57 مقرر شده و دارای اهمیت فوق العاده ای است. بر این اساس، حملات باید منحصر به اهداف نظامی محدود شوند و فرماندهان نظامی باید هر اقدامی را که می توانند انجام دهند تا احراز کنند که اهداف مورد حمله غیرنظامی و مشمول حمایت خاص نیستند و فقط اهداف نظامی هستند. بنابراین، قبل از حمله علیه یک دارایی فرهنگی باید یقین کرد که می توان آن را نظامی شمرد و این تشخیص باید با دقت زیاد و با به کارگیری تمام وسایل موجود انجام شود. اگر اطلاعات گردآوری شده موجب تردید شود که آیا شیء مورد بحث سهم مؤثری در عملیات نظامی دارد یا نه، به موجب بند 3 ماده 52 فرض بر این است که از این شیء چنین استفاده ای نمی شود و بنابراین، نباید به آن حمله کرد.

منع تخلفات

قسمت پنجم از بخش دوم پروتکل الحاقی به کنوانسیونهای 1949 ژنو در خصوص

حمایت از قربانیان جنگ، به جلوگیری از تخلفات اختصاص یافته است. شیوه منعی که در کنوانسیون 1949 ژنو مقرر شده است، در مورد جلوگیری از تخلفات مقرر در پروتکل الحاقی به کنوانسیون نیز قابل اعمال است.

کنوانسیونهای 1949 ژنو بین تخلفات شدید و غیر شدید فرق گذاشته است. موارد

تخلفات مهم در هریک از کنوانسیونهای ژنو شمارش شده است. هر عملی که با مقررات کنوانسیونهای 1949 ژنو ناسازگار باشد و از موارد تخلف مهم نباشد، خود یک نقض به شمار می رود. اعضای کنوانسیونهای ژنو متعهد می شوند تا برای جلوگیری از تخلفات شدید قوانین مورد نیاز را به تصویب برسانند.

هر عضو باید افرادی را که ادعا شده مرتکب تخلفات شدیدی شده و یا دستور

ارتکاب آن را داده اند، تحت تعقیب قرار دهد و بدون توجه به تابعیتشان، آنها را در دادگاه خود محاکمه کند و یا در صورت صلاحدید دادگاه، آنها را به شرط اینکه پرونده مستندی علیه شان ترتیب داده باشند، برای محاکمه به عضو دیگر کنوانسیون که در تعقیب آنها ذینفع می باشد، تحویل دهد. کنوانسیونهای ژنو امکان تحویل یک چنین متهمی را به دادگاه کیفری بین المللی که صلاحیتش از طرف اعضای کنوانسیون به رسمیت شناخته شده است، نفی نمی کند. بنابراین رسیدگی به تخلفات شدیدی که جنایات جنگی تلقی می شوند، در صلاحیت مراجع قضایی جهانی است.

کنوانسیونهای 1949 ژنو برای جلوگیری از تخلفات غیر شدید، اعضای خود را

ملزم می دارند تا برای جلوگیری از هر نوع رفتار مغایر با مقررات کنوانسیون، اقدامات لازم را مبذول دارند. تخلفات غیر شدید مشمول صلاحیت جهانی نیستند، گرچه جلوگیری از این تخلفات متضمن تمام اقدامات ضروری، از قبیل اقدامات اداری، انتظامی یا ضمانت اجرایی کیفری می باشد. با این حال، طرفهای متعهد هیچ الزام حقوقی ندارند که این تخلفات را در قانون کیفری خود درج کنند. اگر کشوری که متعهد به کنوانسیون است، به هنگام وضع قوانین داخلی، موانع کیفری برای جلوگیری از تخلفات پیش بینی کند، متخلفان فقط در صورتی قابل مجازات خواهند بود که به نیروهای مسلح خود آن کشور تعلق داشته باشند.

درباره بررسی موضوعاتی که ادعا شده موجب نقض مهم و جدی یا نقض عادی

کنوانسیونهای ژنو و پروتکل الحاقی می شوند، اعضای کنوانسیون در هر زمانی می توانند به کمیسیون دائمی حقیقت یاب بین المللی، که در سال 1991 بر اساس ماده 90 همین پروتکل تشکیل شده است، مراجعه کنند.

کنوانسیون ژنو تخریب و تصرف اموال فرهنگی را به طور صریح نقض شدید به حساب نیاورده است. ازین رو، پاراگراف 4 (قسمت د) ماده 85 پروتکل، در تکمیل مقررات کنوانسیون 1949 ژنو مقرر می دارد:

علاوه بر تخلفات شدیدی که در پاراگرافهای قبل و در کنوانسیونها توضیح داده شده

است، موارد ذیل نیز، در صورتی که عمدا و در جهت نقض کنوانسیونها و یا پروتکل

انجام گیرد، از موارد نقض جدی این پروتکل به حساب می آید: ... حمله به بناهایی که بدون تردید آثار تاریخی به حساب می آیند، آثار هنری یا اماکن مذهبی که میراث

فرهنگی و معنوی ملتها را تشکیل می دهند و با ترتیبات خاصی، به عنوان مثال در قالب یک سازمان صلاحیتدار بین المللی، مورد حمایت خاص قرار داشته باشند. در صورتی که باعث تخریب شدید آنها شود، در حالی که دلیلی هم وجود ندارد که رقیب ماده 53 پاراگراف (د) را نقض نموده است و یا چنین بناهای تاریخی، آثار هنری و اماکن مذهبی در مجاورت بی واسطه اهداف نظامی قرار گرفته اند

بنابراین، با عنایت به مقررهای که نقل شد، این حمله در صورتی نقض شدید به

شمار می رود که از روی عمد صورت گرفته باشد؛ یعنی مستقیم آن شیء فرهنگی را هدف گرفته و نتایج خاصی همچون تخریب شدید هم به بار آورده باشد. از آنجا که شیء فرهنگی باید با ترتیبات ویژه ای مورد حمایت خاص قرار داشته باشد، نباید در جهت حمایت از اقدام نظامی به کار گرفته شود یا در مجاورت بی واسطه اهداف نظامی واقع شده باشد. به عبارت دیگر، اگر شیء مورد بحث در جهت تقویت فعالیتهای نظامی مورد استفاده قرار گیرد یا در نزدیک اهداف نظامی واقع شده باشد، حمله به آن قابل توجیه است، یعنی به موجب پاراگراف 4 (قسمت د) ماده 85 نقض شدید تلقی نمی شود. به این ترتیب، این پاراگراف به منظور حل مشکل خسارتهای جانبی تدارک دیده شده است.

پاراگراف 4 (قسمت د) ماده 85 که خیلی طولانی و دارای جزئیات بیش از اندازه

است، یک پیش نویس منحصر به فرد نیست. باید توجه داشت که در این زمینه ماده 22 پیش نویس مقررات جنایات علیه صلح و امنیت نوع بشر، تحت عنوان «جنایات جنگی کاملاً جدی» در پاراگراف 2 (قسمت ف) حملات عمدی به اموال دارای ارزش

فوق العاده مذهبی، تاریخی یا فرهنگی را برشمرده و به این ترتیب، فقط دو عنصر را در تعریف این نوع جنایات برجسته کرده است: عمدی بودن حمله و استثنایی بودن ارزش اموال.

بررسی دقیق پاراگراف 4 (قسمت د) ماده 85 پروتکل وجود نوعی تعارض بین مفاد

این پاراگراف و مفاد مواد 52 و 53 را نمایان می‌سازد. بدین معنی که بر خلاف ماده 53 که می‌گوید «سوء استفاده از وضعیت مورد حمایت یک شیء فرهنگی حق حمله را به طور خودکار برقرار نمی‌کند»، به موجب این پاراگراف، به کارگیری مال فرهنگی در جهت حمایت از اقدام نظامی حمله به آن مال را توجیه می‌کند و سبب نقض شدید نمی‌شود. بنابراین، به نظر ما در بین مقررات منع تخلفات یک پیش‌بینی نامعقول گنجانده شده است: ایده هدف نظامی، اموالی را که مورد حمایت ماده 53 قرار دارند، در شرایط بدتر از دیگر اموال غیر نظامی قرار می‌دهد. اموال غیر نظامی فقط در صورتی می‌توانند مورد حمله قرار گیرند که تبدیل به هدف نظامی شده باشند، در حالی که پاراگراف 4، حمله به اموال فرهنگی مورد حمایت را در صورتی که مورد سوء استفاده قرار گیرند، یعنی وقتی که فقط یک عنصر از هدف نظامی تحقق یابد، توجیه می‌کند.

درست است که یک چنین حمله‌ای نیز نشانگر نقض معمولی مقررات پروتکل است، اما باید به خاطر سپرد که با توجه به وجود تفاوت‌های قابل ملاحظه بین دو مجموعه از تخلفات شدید و غیر شدید و با لحاظ ضمانت اجرا و تفاوت‌هایی که در ایجاد صلاحیت دارند، پیداست که پاراگراف 4 ماده 85 از مفاد ماده 53 و ماده 52 راجع به حفاظت از اموال فرهنگی، حمایت شایسته‌ای از این اموال به عمل نیاورده است. در عمل، حمله نظامی به اماکن مورد حمایت، غالباً با این ادعا که مکان مورد نظر مورد سوء استفاده قرار گرفته است، توجیه می‌شود و برای اثبات این ادعا دلیل می‌آورند که طرف مخاصمه روی آن پست دیده بانی ایجاد کرده است، چون می‌دانند که ادعایی جز این را نمی‌توانند اثبات کنند. مقررات پاراگراف 4، جز این نوع رفتار را پیش پای متخصصان قرار نمی‌دهد. طبق این مقررات، حمله به مکان مورد حمایت، با استناد به تأسیس پست دیده بانی بر روی آن به عنوان یک توجیه سبب نقضی مشهود در پروتکل به وجود آورده و مشمول صلاحیت اجباری مراجع قضایی بین‌المللی نمی‌شود. این امر نمی‌تواند طرفی را که تصمیم حمله دارد به رفتار احتیاط آمیز وادار نماید بلکه تصمیم حمله را برای او تسهیل می‌کند.

پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های 12 آگوست 1949، در حمایت از قربانیان

مناقشات مسلحانه غير بين المللى (پروتكل دوم) است. بيش از نيمى از مناقشات

مسلحانه اى كه بين سالهاى 1820 تا 1945 رخ داد، عمدتاً مناقشات داخلى يا مناقشات مختلط بود. بنا بر اين، مى توان درك كرد كه چرا تمام چهار كنوانسيون 1949، اصول اساسى حقوق بشردوستانه بين المللى را به مناقشات مسلحانه غير بين المللى اختصاص داده است. ماده 3 كه در هر چهار كنوانسيون 1949 ژنو آمده است اصول عامى را به تصويب رسانده است كه نسبت به مخاصمات مسلحانه اى كه حيثيت بين المللى ندارند قابل اعمال مى باشند.

پروتكل دوم 1977 كه در مناقشات مسلحانه غير بين المللى قابل اعمال است، ماده

3 مشترك در كنوانسيونهاى 1949 ژنورا، بدون اينكه شرايط اعمال آن را بيان كند، توسعه داده تكميل مى كند. اين پروتكل نسبت به تمام مناقشات مسلحانه اى كه ماده يك پروتكل يك سال 1977 شامل آن نمى شود، قابل اجراست. ماده يك پروتكل اول در مورد آن دسته از مناقشات مسلحانه اى اعمال مى شود كه بين نيروهاى مسلح يك دولت و نيروهاى مسلح مخالف و تحت فرماندهى شخص مسئول رخ دهد به گونه اى كه اين نيروها ضمن اعمال كنترل بر بخشى از سرزمين كشور مربوط بتوانند عمليات نظامى مداوم و متمرکزى را دنبال و اين پروتكل را رعايت كنند (ماده 1، پاراگراف 1). پروتكل دوم در مورد دستهاى محدود از مناقشات مسلحانه داخلى قابل اعمال است و بوضوح وضعيتهاى خاصى از نا آراميهاى داخلى، از قبيل شورش، خشونتهاى پراكنده و نامنظم و رفتارهاى مشابه به وضعيتهاى كه مخاصمات مسلحانه به شمار نمى روند - را از قلمرو خود خارج مى كند (ماده 1، پاراگراف 2). از اين رو، اين پروتكل فقط در مورد مناقشاتي كه از ميزان شدت خاصى برخوردارند، قابل اعمال است و دقيقاً از قلمرو ماده 3 مشترك در كنوانسيونهاى 1949 ژنو كه در همه وضعيتهاى درگيرى مسلحانه غير بين المللى قابل اعمال است، برخوردار نمى باشد. بنا بر اين، در وضعيتهاى كه صريحاً از قلمرو اين پروتكل حذف شده است، فقط ماده 3 مشترك قابل اعمال خواهد بود.

ماده 16 اين پروتكل كه به حمايت از اموال فرهنگى اختصاص داده شده، در حقيقت همان ماده 53 پروتكل يك است. اين ماده اظهار مى دارد كه مقررات آن با

کنوانسیونهای 1954 لاهه «راجع به حمایت از اموال فرهنگی در مخاصمات مسلحانه»، مغایرت ندارد و هر نوع رفتار خصومت آمیز علیه اموال فرهنگی و اماکن مذهبی که میراث فرهنگی یا معنوی یک ملت را تشکیل می دهد و نیز هر نوع به کارگیری این اموال در جهت تقویت فعالیت‌های نظامی را منع می کند.

از آنجا که ماده مربوط به حمایت از اموال فرهنگی، قبلاً در کنوانسیون لاهه طرح

شده بود، در پیش نویس این پروتکل که اساس کنفرانس دیپلماتیک 77-1974 را تشکیل می داد، گنجانده نشد. درج این ماده، که در جریان کنفرانس پیشنهاد گردید، مفید تشخیص داده شد؛ زیرا تعدادی از کشورها به کنوانسیون 1954 لاهه متعهد نبودند.

در کنفرانس دیپلماتیک 77-1974 مسأله محتوای ماده 16 از مسایل جنجال برانگیز

بود. بعضی از هیأت‌های نمایندگی کشورها بر این باور بودند که مقررات راجع به حمایت از اشیای فرهنگی نباید در پروتکلی گنجانده شود که همزمان بسیاری از مقررات مربوط به حمایت از قربانیان انسانی مناقشات مسلحانه غیر بین المللی از آن حذف شده است. با توجه به مجموع محتویات پروتکل، چنین اظهار نظر می شد که درج این مقررات به برقراری یک تعادل مناسب کمک نخواهد کرد. هدف از ارجاع صریح این پروتکل به کنوانسیون 1954 لاهه، که نظریات کاملاً متفاوتی را سبب می شد، بویژه جلب توجه به ماده 19 آن بود که مربوط به اجرای کنوانسیون در مورد مناقشات مسلحانه غیر بین المللی می گشت.

تعبیر «بدون آنکه تأثیر بگذارد» به این معنی است که این پروتکل، شرایط اجرای

کنوانسیون 1954 لاهه را درباره طرف‌های این کنوانسیون و پروتکل دوم تغییر نداده است. بنابراین، وضعیت‌هایی که صریحاً از قلمرو این پروتکل خارج شده است، تحت پوشش و شمول کنوانسیون 1954 لاهه قرار می گیرد که در مورد تمام مناقشات مسلحانه غیر بین المللی در داخل سرزمین یکی از کشورهای عضو قابل اجراست. ثمره دیگر عبارت بدون آنکه تأثیر بگذارد» این است که در صورت بروز تعارض بین مقررات ماده 16 و مفاد کنوانسیون، مفاد کنوانسیون راجح خواهد بود. این بدان معنی است که برای کشورهای متعهد به پروتکل که در عین حال به کنوانسیون 1954 هم متعهدند، توسل

جستن و استناد کردن به ضرورت نظامی گری همچنان مجاز است، گرچه ماده 16

پروتکل هرگونه رفتار خصمانه را مطلقاً منع می کند.

ماده 16 پروتکل، علاوه بر منع ارتکاب هر نوع رفتار خصمانه علیه موضوعات

فرهنگی و اماکن مذهبی، استفاده از اشیای تحت حمایت، در جهت تقویت فعالیت‌های

نظامی را نیز منع می کند. اگر چنین اشیایی در جهت تقویت فعالیت‌های نظامی مورد

استفاده قرار گیرد، آنگاه این سؤال مطرح می شود که آیا حق حمله به آنها وجود دارد یا نه. پروتکل چنین موردی را پیش بینی نکرده است، اما با توجه به اینکه این اشیا دارای ارزش استثنایی و جهانی است، نباید چنین حقی را پذیرفت. با وجود این سلب مصونیت در موردی که از وضعیت مورد حمایت سوء استفاده شود، نسبت به کشورهای متعهد به پروتکل که در عین حال به کنوانسیون 1954 نیز متعهدند، همچنان قابل اجراست و این حقیقت از عبارت «این پروتکل به مفاد کنوانسیون لطمه ای وارد نمی کند» به دست می آید.

پروتکل 2 سال 1977 همچون ماده 3 مشترک، حقوق مراجع ذی صلاحیت را نسبت به تعقیب و مجازات جرایم کیفری ناشی از درگیریهای مسلحانه از بین نمی برد.

ماده 6 پروتکل، در جهت تکمیل و توسعه پاراگراف یک (قسمت د) ماده 3 مشترک، اصولی را که باید در طول جریان تعقیب و محاکمه مراعات شود، وضع کرده است.

نقض مقررات ماده 3 مشترک کنوانسیونهای 1949 ژنو و پروتکل دوم 1977 از قبیل تخلفات شدیدی که مشمول صلاحیت قضایی مراجع جهانی است، به شمار نیامده

است؛ زیرا عموماً اعتقاد بر این است که در وضع کنونی توسعه حقوقی، مقررات نقض جدی فقط در مورد جرایمی اجرا می شود که در هنگام مخاصمات مسلحانه بین المللی به وقوع پیوسته باشد. امکان این که جرایم خاصی که در مناقشات مسلحانه داخلی ارتکاب یافته است، نقض شدید تلقی شود، را ماده 22 پیش نویس جنایات علیه صلح و امنیت نوع بشر، که باید در هر دو مورد مناقشات مسلحانه بین المللی و غیر بین المللی اجرا شود، پیش بینی کرده است. ماده 22 حمله عمدی به اموالی را که دارای ارزش

استثنایی مذهبی، تاریخی یا فرهنگی است، در ردیف جنایات فوق العاده شدید جنگی قرار داده است.

دیگر توافقی نامه های بین المللی مربوط به بحث

علاوه بر توافق نامه های بین المللی که مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت، دو کنوانسیون جهانی دیگر - اگر چه مختص به حمایت از اموال فرهنگی در خلال درگیری مسلحانه نیستند. حاوی مقرراتی درباره موضوع مورد بحث می باشند. این دو عبارتند از:

1. کنوانسیون 1970 یونسکو، درباره شیوه های جلوگیری از ورود و خروج غیر قانونی و نیز انتقال مالکیت اموال فرهنگی؛

2. کنوانسیون 1972 یونسکو، برای حمایت و حفاظت از میراث فرهنگی و طبیعی

جهانی.

کنوانسیون 1970 یونسکو که از حیث حمایت از اموال فرهنگی در زمان صلح

اهمیت عمده ای دارد، سند بسیار مهمی درباره سرنوشت اموال فرهنگی منقول که از

سرزمینهای اشغالی به غارت رفته اند نیز هست. هدف اصلی این کنوانسیون ممنوع کردن داد و ستد بین المللی غیرقانونی اموال فرهنگی است. به منظور دستیابی به این هدف، طرفهای این کنوانسیون متعهد می شوند از ورود اموال فرهنگی که به طور غیر مجاز خارج شده، به کشور خود جلوگیری و زمینه استرداد آن را به دولت صاحب مال فراهم کنند. علاوه بر حالات احتمالی جا به جایی غیر قانونی اشیای فرهنگی در زمان صلح، مقررات این کنوانسیون در مورد «صدور و منتقل کردن مالکیت اموال فرهنگی که تحت تأثیر الزامات ناشی از اشغال یک کشور توسط نیروی بیگانه انجام گرفته» هم قابل اعمال است.

هدف کنوانسیون 1972 یونسکو، حمایت و مراقبت از اشیای فرهنگی و طبیعی و

مکانهایی است که ارزش چشمگیر دارند. علاوه بر مسؤولیت دولتهای طرف معاهده،

جهت حمایت و نگهداری میراث فرهنگی و طبیعی که در سرزمینشان قرار گرفته، این کنوانسیون یک نظام بین المللی تشریک مساعی و کمک را با همان هدف پیش بینی

می کند. کنوانسیون توجه خود را بر حمایت از اشیایی که در فهرست میراث جهانی آمده است (ماده 11) متمرکز کرده، و تأسیس یک کمیته میراث جهانی (ماده 8 و بودجه میراث جهانی را پیش بینی نموده است. صرف نظر از فهرست میراث جهانی، مسؤولیت تعیین فهرست آن دسته از میراث جهانی که در معرض خطر هستند نیز بر عهده این کمیته گذاشته شده است. این فهرست می تواند شامل اشیایی که در فهرست میراث جهانی هستند نیز بشود.

اشیایی که در معرض خطری جدی و خاص قرار گرفته، و دولتهایی که این اشیا در

سرزمین آنها واقع شده، درخواست کمک کرده اند. از جمله دلایلی که گنجاندن در این

فهرست را موجه می سازد، ماده 11، پاراگراف 4، بر «بروز یا خطر وقوع یک برخورد مسلحانه» تصریح می کند.

بدین ترتیب، اگر چه این کنوانسیون در درجه اول، مختص حمایت از باارزشترین

اشیای فرهنگی در زمان صلح است، اما حمایت از این اشیا در زمان برخورد مسلحانه هم در نظر گرفته شده است.

یکی از توافق نامه های مربوط به حفظ اشیای فرهنگی، توافق نامه کمیسیون حفظ و

نگهداری آثار ملی، ضمیمه توافق نامه ساختار کلی صلح در بوسنی و هرزگوین، 14 دسامبر 1995 پاریس است. این توافق نامه میان سه طرف منعقد شده است: جمهوری بوسنی و هرزگوین، فدراسیون بوسنی و هرزگوین و جمهوری صربستان بر این اساس، کمیسیونی برای حفظ و نگهداری آثار ملی تأسیس شد که وظیفه آن دریافت تقاضاهای رسیده برای تعیین اموال دارای اهمیت فرهنگی، تاریخی، دینی یا نژادی به عنوان آثار ملی و تصمیم گیری درباره آنهاست.

در هر موردی که کمیسیون تصمیمی صادر کند و اموالی را به عنوان آثار ملی

برگزیند، طرفی که آن اموال در قلمرو وی واقع شده، باید با تمام توان اقدامات مناسب قانونی، علمی، فنی، اداری و مالی لازم را برای حمایت، حفظ و مرمت آن اموال انجام

دهد و از ارتکاب هر اقدام عمدی که به اموال زیان رساند، خودداری ورزد. بدین ترتیب، هدف این توافق نامه، حمایت از آثار تاریخی منقول یا غیر منقول است که کلا یا جزئا در طی برخورد مسلحانه محفوظ مانده اند.

اصلاح کنوانسیون 1954 لاهه

به دنبال تجارب حاصل از برخوردهای مسلحانه اخیر، بویژه در کویت، کرواسی و

بوسنی و هرزگوین، یونسکو در سال 1991 تصمیم گرفت مطالعه ای درباره تحقق و کارایی کنوانسیون 1954 لاهه به عمل آورد. دولت هلند بر آن شد تا بررسی و نقد کنوانسیون 1954 لاهه را به عنوان بخشی از کمک خود به دهه بین المللی حقوق بین الملل بر عهده گیرد. در سال 1993 هلند و یونسکو یک اجلاس کارشناسان را در لاهه برگزار کردند که وظیفه آن راهنمایی و هدایت فعالیتهای آتی یونسکو بود. بر اساس نتایج اجلاس 1993 لاهه، یونسکو ضرورت اجباری کردن اعمال کنوانسیون 1954 لاهه را تصدیق کرد. اجلاس لاهه، با نشستهای تخصصی در Lauswolt (هلند) در فوریه 1994 و در پاریس در اواخر 1994، دنبال شد. این نشستهای تخصصی معایب عمده کنوانسیون و نقایصی را که در اجرای این کنوانسیون به هنگام برخوردهای مسلحانه اخیر بروز کرده بود، مورد بررسی قرار دادند. اجلاسهای فوق توجه ویژه ای به موارد ذیل مبذول داشتند:

شرایط به دست آوردن حمایت ویژه، آیین نامه چگونگی نظارت بر نحوه اجرای

کنوانسیون، معافیت ضرورتهای نظامی گری و بالاخره جلوگیری از نقض کنوانسیون.

درباره حمایت ویژه از اموال فرهنگی، توافق مشترکی وجود داشت مبنی بر اینکه

سیستم پیش بینی شده در کنوانسیون 1954، باید بهبود یافته، واقع بینانه و ساده تر گردد. کارشناسان به توافق رسیدند که شرایط به دست آوردن حمایت ویژه باید با سعه صدر بیشتری تعیین و آیین نامه ثبت نام آن نیز ساده تر شود. در مورد کنترل کردن نحوه اجرای

کمیسیون، خاطرنشان شد که رویه اعزام نمایندگان شخص مدیرکل، کم کم جایگزین نظام ناکارآمد نماینده کل یا کشورهای حمایت کننده گردد، اگر چه هیچ مقرره‌های آنان را جهت کنترل نحوه اجرای کنوانسیون به رسمیت نمی شناسد. پیشنهاد شد تا مبنای اقدامات مدیرکل در موقعیتهای اضطراری تقویت شود و سیستم کنونی کنترل که در آیین نامه «مقررات اجرای کنوانسیون» پیش بینی شده است، حذف نگردد. امکان ایجاد یک کمیته، دفتر یا هیأت بین المللی دیگر که مدیرکل را در انجام وظایفش حمایت کند، نیز مورد بحث و گفتگو قرار گرفت، اما توافق شفافی درین مسأله به دست نیامد.

معافیت ضرورت نظامی باعث به وجود آمدن آرای متعارض کارشناسان شد. در

حالی که اکثریت موافق حذف آن بودند، به نظر می رسید برخی کارشناسان حاضر به دست کشیدن از آن نیستند، اگر چه آنان نیز تأکید کردند که معافیت ضرورت نظامی باید به حالات خاصی که می توان در کنوانسیون تعریف کرد، محدود شود. با این حال، درک و هضم مخالفت با حذف کامل آن معافیت دشوار است، زیرا قبلاً در سال 1977 درباره درج نکردن آن در مقررات پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو، که به حمایت از اموال فرهنگی مربوط می شد، توافق عامی وجود داشت. کارشناسان تا حدودی درباره مسأله جلوگیری از نقض کنوانسیون بحث و گفتگو کردند. پیش نویس Lauswolt اعمالی را که در جهت نقض مقررات کنوانسیون انجام می گیرد طبقه بندی می کند. مفهوم نقضهای جدی، به نابودی، حیف و میل یا آسیب رساندن عمدی و مغرضانه به آن دسته از اموال فرهنگی که مشمول حمایت خاص هستند، منحصر شده است (ماده 9 پیش نویس). حمله به آن دسته از اموال فرهنگی که تحت حمایت ویژه نیستند، نوع دیگری از نقض کنوانسیون تلقی شده و مشمول ماده 10 پیش نویس است.

راجع به صلاحیت، ماده 6 پیش نویس Lauswolt مقرر می دارد که کشورهای عضو

کنوانسیون متعهد می شوند اشخاصی را که در سرزمین آنها مسؤول یا متهم به ارتکاب اعمال ناقض مقررات کنوانسیون هستند، تحت تعقیب، محاکمه و مجازات قرار داده یا آنها را مستردکنند. امکان تأسیس و صلاحیت اجباری یک داوری بین المللی نشده است. با این حال، باید مشخص کرد که آیا صلاحیت پیشنهاد شده تنها محدود به نقضهای

شدید است یا به دیگر تخلفات جدی مقررات کنوانسیون هم مربوط خواهد بود.

پیش نویس نهایی کنوانسیون بازنگری شده، باید توسط شمار محدودی از کارشناسان بین المللی، بر اساس گزارشهای اجلاس کارشناسان که در سالهای 94 - 1993 برگزار شد، شرح و تفسیر شود.

دادگاه کیفری بین المللی درباره یوگسلاوی سابق

ظلمهای شدیدی که در قلمرو یوگسلاوی سابق رخ داد، در سال 1993 به تأسیس دادگاه کیفری بین المللی برای تعقیب افرادی که حقوق بین المللی بشردوستانه را، در سرزمین یوگسلاوی سابق از سال 1991 به بعد تا تشکیل دادگاه مذکور به طور جدی نقض کرده بودند، منجر شد. این دادگاه توسط شورای امنیت تأسیس شد. شورای مذکور پس از احراز این که نقض حقوق بین المللی بشر دوستانه در قلمرو یوگسلاوی سابق سبب تهدید صلح و امنیت بین المللی شده است بر اساس فصل 5 منشور و اختیارات تفویض شده وارد عمل شد.

به موجب قطعنامه 808 مورخ 22 فوریه 1993، دبیرکل سازمان ملل متحد گزارش خود را در سوم ماه مه 1993 ارائه کرد. گزارش یاد شده پیش نویس قانون دادگاه مزبور را در بر داشت. شورای امنیت با قطعنامه 827 مورخ 25 مه 1993 دادگاه را تأسیس و قانون آن را همان طور که دبیرکل ارائه داشته بود بدون هیچ گونه تغییری تصویب نمود.

به موجب مواد یک تا پنج این قانون، دادگاه در مورد رسیدگی به جرایم جنگی و

جرایم علیه انسانیت، از جمله کشتار جمعی که از اول ژانویه 1991 به بعد اتفاق افتاده باشد، صلاحیت دارد.

ماده 3 (این قانون صلاحیت رسیدگی به تخلفات از حقوق و عرف جنگ را برای

دادگاه ایجاد می کند و لیست مشروحی از این تخلفات را ارائه می دهد که در آن عناوین

ذیل صریحا ذکر شده است: تصرف، تخریب یا ایراد خسارت عمدی به مؤسساتی که

خاص مسائل مذهبی، آموزشی، علمی و هنری هستند، آثار تاریخی، هنری و علمی

ماده 3 بند د). در حالی که بند (د) ماده 3 به طور صریح از اشیای فرهنگی یاد می کند، ماده 2 همین قانون شامل تخریب و ضبط اموال فرهنگی نیز می شود. این ماده در حالی که فهرستی از نقضهای شدیدی را، که در کنوانسیونهای 1949 ژنو آمده است، بر می شمارد، تعقیب عاملان تخریب وسیع و ضبط اموال را، به طوری که با ضرورت نظامی قابل توجیه نباشد و به طور غیر قانونی و با سوء نیت صورت گرفته باشد، مقرر می دارد (ماده 2 بند د).

بنابراین، قانون مذکور به کنوانسیون 1945 یا پروتکلهای 1977 اشاره ندارد و

اعمال قواعدی را مقرر می دارد که بدون تردید جزئی از عرف حقوق بین الملل محسوب می شوند. بدین ترتیب، سعی شده است که از بروز مشکلات ناشی از پیوستن دولتهای جانشین یوگسلاوی سابق به معاهدات معینی جلوگیری شود.

علی رغم اینکه شورای امنیت، گزارش دبیرکل را بدون ایجاد تغییری در آن تصویب

کرد، محدود کردن قانون مذکور به حقوق بین الملل عرفی سبب صدور بیانیه های

تفسیری از طرف فرانسه، انگلستان و آمریکا در زمان رأی دادن به قطعنامه 827 و نیز انتقادهایی به نظریه مزبور شد. در بیانیه های تفسیری، نمایندگان سه کشور مذکور پذیرفتند که ماده 3 قانون دادگاه که لیست مشخصی از حقوق و عرف جنگ را بیان می دارد، تمام پیکره حقوق بشر دوستانه را، که در زمان وقوع جرایم مورد ادعا در سرزمین یوگسلاوی سابق در جریان بوده است، پوشش می دهد. از جمله این حقوق آن دسته از تعهداتی است که به موجب توافقات حقوق بشر دوستانه ایجاد شده است. اظهارنظرهای مکتوب هم در همین راستا بودند.

دادگاه در رأی 2 اکتبر 1995 در دعوی Tadic از بیانیه های تفسیری مربوط به ماده 3 این قانون که در شورای امنیت هنگام تصویب شدن قانون مذکور مطرح شده بود، حمایت کرد. دادگاه مکررا اظهار داشته است که تنها دلیل محدودیت این قانون به حقوق بین الملل عرفی در موردی که یکی از طرفهای درگیر به معاهده خاصی نپیوسته باشد،

خودداری از نقض اصل قانونی بودن مجازاتهاست. از این رو، دادگاه اعلام کرده است: علاوه بر حقوق بین الملل عرفی، هر معاهده ای که اولاً، در زمان وقوع جرم مورد ادعا نسبت به طرفهای درگیر، مسلماً الزام آور بوده باشد و ثانیاً، از معیارهای قطعی حقوق بین الملل عدول نشده باشد و یا با آنها در تعارض نباشد، از رایجترین و متداولترین قواعد حقوق بین الملل بشردوستانه به شمار می رود.

بدون تردید، این تفسیر از ماده 3 در رأی 2 اکتبر 1995 ممکن است در مؤثر واقع

شدن اقدام دادگاه نسبت به تعقیب اشخاص مرتکب جرم، کمک کند و شمول ضمنی

کنوانسیون 1954 لاهه و پروتکل شماره یک 1997 را در میان توافق نامه های بین المللی قابل اجرا، ممکن سازد.

نتیجه گیری

وسعت تخریب و ضبط اشیای فرهنگی در جنگهای کرواسی و بوسنی و هرزگوین، منجر به این شد که بعضی از نویسندگان به این نتیجه برسند که مقررات بین المللی موجود مربوط به محافظت از اموال فرهنگی در درگیریهای مسلحانه، مؤثر و کافی نیست.

مقررات بین المللی حمایت از اموال فرهنگی در هنگام وقوع درگیریهای مسلحانه، همان طور که در تحلیلهای قبلی نشان داده شد، نه تنها کافی نیست، بلکه نقصهای فراوانی دارد. نقص بسیار جدی معاهده اصلی در این زمینه، یعنی کنوانسیون 1954 لاهه، پذیرفتن ضرورت نظامی است، که این مطلب با موضوع و هدف خود معاهده ناسازگار است. درگیریهای مسلحانه اخیر نارسایی جدی دیگری در کنوانسیون را به اثبات رساند؛ همان نقصی که سالهاست نظریه پردازان زیادی به آن اشاره کرده اند و عبارت است از: ناکافی بودن مکانیسمهای کنترل برای اجرای کنوانسیون.

امید است که کمبودهای مذکور و نقایص دیگر موجود در کنوانسیون از طریق فرایند اصلاح برطرف شود.

1977 در مقایسه با کنوانسیون 1954 بهبود یافته است و امکان سلب مصونیت (اموال فرهنگی در زمان جنگ به تحقق پارامترهای مشخصتری محدود شده است. استثنای ضرورت نظامی نمی تواند در این جا مورد استناد قرار گیرد. استناد به سوءاستفاده از وضعیت مورد حمایت به عنوان توجیهی برای عدم مصونیت، توسط مفهوم «تبدیل شدن به هدف نظامی» محدود شده است. این مفهوم نسبت به مفهوم ضرورت نظامی کمتر اغفال کننده است.

پروتکل شماره 2 سال 1977 که به درگیریهای مسلحانه داخلی مربوط است اصول اساسی نهفته در حمایت از اموال فرهنگی را به درگیریهای مسلحانه داخلی تسری می دهد.

واضح است که مقررات بین المللی مربوط به حفاظت از اموال فرهنگی در درگیریهای مسلحانه، اگر چه بتدریج در مثال بهبود یافتن است، اما کامل نیست. هر چند کافی بودن مقررات مزبور نمی تواند به طور مجزا از مجموعه قواعد مربوط به درگیریهای مسلحانه، که مقررات مذکور خود جزئی از آنهاست، مورد ارزیابی قرار گیرد. آن مقررات مولود مصالحه ای است که خود پیامدی اجتناب ناپذیر از نیاز شورا به کسب حمایت دولتهاست. اگر (مقررات مذکور) به طور وسیع از سوی دولتها پذیرفته نشوند، معاهدات مربوط به حقوق جنگ خاصیت خود را از دست خواهند داد. این را هم باید در نظر داشته باشیم که امکان یک نتیجه گیری واقعی تر از آنچه در ابتدای این «نتیجه گیری» ذکر شد وجود دارد و آن اینکه مقررات بین المللی که در حفاظت از اموال فرهنگی در درگیریهای مسلحانه اعمال می شود، به اندازه دیگر مقررات حقوقی قابل اعمال در مورد درگیریهای مسلحانه، دارای طبیعت مصالحته ای است. با وجود این، هیچ یک از نقصهای بررسی شده موجود در معاهدات کنونی مربوط به حمایت از اموال فرهنگی در نزاعهای مسلحانه نمی تواند به عنوان توجیهی برای تخریب وسیع اشیای فرهنگی در درگیریهای مسلحانه اخیر مدنظر قرار گیرد. مقررات مربوط به حمایت از اموال فرهنگی در نزاعهای مسلحانه عمدتاً برای محافظت اموال فرهنگی از تأثیرات

جنبی جنگ تنظیم شده است. وسعت تخریب عمدی اشیای فرهنگی که به هیچ وجه نمی توانند به عنوان (اماکن) واقعاً نظامی طبقه بندی شوند یا با ضرورت نظامی قابل توجیه باشد، بوضوح نشان می دهد که در این گونه موارد میراث فرهنگی نشانه مستقیم (حملات) بوده است. کافی است که در این مورد، از شهر تاریخی «دوبرونیک» نام برده شود. هدف اساسی جنگ در کرواسی و بوسنی و هرزگوین، تسلط بر سرزمین و محو هر گونه مدرکی دال بر استمرار و اتصال فرهنگی و هویتی بوده است. بدیهی است که با داشتن چنین هدفی در ذهن، مقررات بین المللی مربوط به حفاظت از اموال در درگیریهای مسلحانه - حتی اگر کاملتر از مقررات موجود هم باشد. نمی تواند نقش برجسته ای ایفا کند.

علاوه بر وجود سؤالاتی درباره کفایت و اجرای مقررات بین المللی در مورد محافظت از اموال فرهنگی در درگیریهای مسلحانه، وسعت تخریب و ضبط اشیای

فرهنگی در درگیریهای مسلحانه اخیر، مایه بروز سؤالاتی در مورد تعقیب عاملان آن نیز می شود.

تا جایی که به کرواسی و بوسنی و هرزگوین مربوط است، تأسیس دادگاه کیفری بین المللی، تعقیب و مجازات عاملان نقضهای شدید حقوق بشردوستانه در قلمرو دو کشور مزبور؛ از جمله، عاملان تخریب و ضبط اموال فرهنگی را ممکن می سازد.

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می دانند و کسانی که نمی دانند یکسانند؟

سوره زمر / 9

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک 129/34 - طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: 03134490125

دفتر تهران: 021 - 88318722

بازرگانی و فروش: 09132000109

امور کاربران: 09132000109



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

