



The University of Tehran Press

A Comparative Study of the Position of Reason in Islam and the Martens Condition in International Humanitarian Law

Meisam Norouzi¹ | Fatemeh Karami²

1. Corresponding Author; Assistant Prof in public of international law, Department of law, Faculty of humanities, Bu-Ali Sina University, Hamadan, Iran. Email: m.norouzi@basu.ac.ir
2. PhD student in Public International Law, Faculty of Humanities, Hamedan Branch of Islamic Azad University, Hamedan, Iran. Email: karami.lawyer1449@gmail.com

Article Info	Abstract
Article Type: Research Article	Reason, as one of the most obvious features that separates mankind from animals, has always had a special place in humankind's existence and has been placed as a source in Islamic international law. Martens clause is also accepted as a customary rule in international humanitarian law in the preamble of the Hague Peace Conventions of 1899 and 1907. The present study aims to investigate the place of reason in Islamic international law and the Martens clause in humanitarian international law with a descriptive-analytical method. Even though reason has been introduced as one of the sources of deriving Shari'a rulings, the type of its application is disputed (and remains a controversial topic between the school of natural law and the school of positivism). Martens' quote has also taken a step towards identifying principles of humanity that are based on the voice of the general conscience of mankind. The results of this research indicates that the two concepts of reason and Martens' clause are in the same position in terms of being referenced in international law and are considered as customary rules that are cited both in Islam and in international humanitarian law.
Pages: 391-420	
Received: 2024/03/13	
Received in Revised form: 2024/10/15	
Accepted: 2025/02/03	
Published online: 2026/03/21	
Keywords: <i>Humanitarian international law, Islamic international law, Martens clause, reason, The call of public conscience.</i>	
How To Cite	Mousazadeh, Ebrahim (2026). A Comparative Study of the Position of Reason in Islam and the Martens Condition in International Humanitarian Law. <i>Public Law Studies Quarterly</i> , 56 (1), 391-420. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsqt.2025.372414.3482
DOI	10.22059/jplsqt.2025.372414.3482
Publisher	The University of Tehran Press.



مطالعه تطبیقی جایگاه عقل در حقوق بین الملل اسلام و قید مارتنس

در حقوق بین الملل بشردوستانه

میثم نوروزی^۱ | فاطمه کرمی^۲

۱. نویسنده مسئول؛ استادیار حقوق بین الملل عمومی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.

رایانامه: m.norouzi@basu.ac.ir

۲. دانشجوی مقطع دکتری حقوق بین الملل عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد همدان، همدان، ایران.

رایانامه: karami.lawyer1449@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: پژوهشی	عقل به عنوان یکی از بارزترین ویژگی های منفصل کننده انسان از حیوان، همواره در حیات او از جایگاه ویژه ای برخوردار بوده و به عنوان منبعی در حقوق بین الملل اسلام جای گرفته است. قید مارتنز نیز به عنوان یک قاعده عرفی در حقوق بین الملل بشردوستانه در مقدمه کنوانسیون های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ م صلح لاهه پذیرفته شده است. پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و به شیوه تطبیقی سعی دارد جایگاه عقل در حقوق بین الملل اسلام و قید مارتنز در حقوق بین الملل بشردوستانه را بررسی کند. با اینکه که عقل به عنوان یکی از منابع استنباط احکام شرعی معرفی شده است، ولی نوع کاربرد آن مورد اختلاف است (مباحث اختلافی مکتب حقوق طبیعی و مکتب پوزیتیویسم). قید مارتنز نیز گامی در جهت شناسایی اصول انسانی که مبتنی بر ندای وجدان عمومی نوع بشر هستند، برداشته است. نتایج پژوهش حاکی از آن است که دو مفهوم عقل و قید مارتنز در حقوق بین الملل از حیث استناد در یک جایگاه قرار دارند و به عنوان قواعدی عرفی محسوب می شوند که هم در اسلام و هم در حقوق بین الملل بشردوستانه به آنها استناد می شود.
صفحات: ۴۲۰-۳۹۱	
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۲۳	
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۲۴	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۱۵	
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۵/۰۱/۰۱	
کلیدواژه ها: حقوق بین الملل اسلام، حقوق بین الملل بشردوستانه، عقل، قید مارتنز، ندای وجدان عمومی.	
استناد	نوروزی، میثم؛ کرمی، فاطمه (۱۴۰۵). مطالعه تطبیقی جایگاه عقل در حقوق بین الملل اسلام و قید مارتنس در حقوق بین الملل بشردوستانه. <i>مطالعات حقوق عمومی</i> ، ۵۶ (۱)، ۳۹۱-۴۲۰. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsqt.2025.372414.3482
DOI	10.22059/jplsqt.2025.372414.3482
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



۱. مقدمه

آنچنان که از مطالعه منابع معتبر فقهی و حقوقی در اسلام برمی آید، عقل به عنوان یکی از اساسی ترین گزینه های مورد استفاده در تمام فرق دینی شناخته شده است و مسلمانان توجه بسیار داشته اند که به این مقوله به عنوان منبعی فرعی در استنباط احکام و اصول دینی توجه کنند. امام محمد غزالی، شیخ مفید و بسیاری از دانشمندان اسلامی از عقل به عنوان منبعی مهم در اسلام سخن گفته اند و مطالب گسترده ای در این زمینه به نگارش آورده اند. از سوی دیگر این قید در حقوق بین الملل در قالب شرط مارتنز ظهور و بروز پیدا کرده که در قوانین و مقررات منعقد فی مابین دولت ها از آن نام برده شده است، به نحوی که در حقوق عرفی شکل منسجمی از اخلاق و اصول بشریت در قالب این قید نمود پیدا کرده است. حقوق بین الملل متکفل بحث در همه مواردی است که رابطه حقوقی و قاعده حاکم بر آن حداقل به دو دولت ارتباط می یابد (صفایی، ۱۳۹۳: ۱۳). با توجه به نقشی که قید مارتنز در جایگزینی خلأ و فقدان اصول اخلاقی در روابط بین دولت ها به خصوص در زمان جنگ ایفا می کند، تغییر در رویکرد جامعه بین المللی با استفاده از مفاهیمی چون قید مارتنز موجب توسعه و تحول گسترده ای در حوزه حقوق بشردوستانه و بالأخص تنظیم قواعد مربوط به جنگ بین دولت ها خواهد بود. حقوق بشردوستانه، جزئی از حقوق روابط بین الملل عمومی و مجموعه قواعد و مقرراتی است که در خلال جنگ های مسلحانه بین المللی و غیربین المللی با هدف مهار خشونت و کاهش آلام بشری، حقوق قربانیان و افراد غیرمتخاصم و محدودیت های نظامی در شیوه ها و ابزارهای جنگی را معین می کند. حقوق بشردوستانه حقوق در جنگ است و بدون توجه به علت و انگیزه های وقوع جنگ، مشروعیت یا عدم مشروعیت جنگ، قواعد حمایت از افراد انسانی و رفتار قوای متخاصم را تدوین می کند. وجه تشابه دو مفهوم گسترده عقل و قید مارتنز، در تلاش برای ایجاد چارچوبی معنادار از مفاهیم انسانی و امنیت فردی در حوزه دین از یک سو و در حوزه حقوق بین الملل از سوی دیگر است. همان طور که عقل در زمان ابهام در استفاده از منابع دین، با رفع محدودیت های موجود در مفاهیم دینی، مورد استفاده مسلمانان و علمای اسلام قرار می گیرد، قید مارتنز با استفاده از اصول اخلاقی جایگزین خلأهای قانونی موجود در حقوق بین الملل می شود و با محدود کردن آزادی دولت ها در جهت انسانی کردن مخاصمات، جان تازه ای به حقوق بشردوستانه می بخشد. موازین حقوق بشردوستانه در حال جهانی شدن هستند. دایره ای از مفاهیم جدید در حال شکل گرفتن که بعضاً با مفاهیمی چون حاکمیت دولت ها، منافع ملی و امنیت ملی در تضاد و تعارض قرار می گیرند. حال آنکه که جهان و مردمانی که تحت تأثیر اندیشه ها و تصمیمات دولت هایشان هستند، بستری از واقعیتهایی را طلب می کنند که با اصول انسانی و بشری سازگاری داشته باشد. مفاهیمی که در حقوق بین الملل موجبات ایجاد و تنظیم قوانینی را فراهم کند که اجرای آنها اثر مستقیم بر عقلانیت و

اخلاق جامعه بشری داشته باشد و زمانی که دولت‌ها برای حفظ منافعشان دست به هر اقدام متخاصمانه‌ای می‌زنند، این قوانین نقش پیشگیرانه‌ای در جهت کاهش حداکثری آسیب‌های وارده به انسان ایفا کند. آیا اینکه مفاهیمی چون «ضرورت نظامی» در حقوق بشردوستانه به درستی مورد تحدید و تفسیر دولت‌ها قرار نگرفته است، دست دولت‌ها را برای هر اقدامی برخلاف رعایت موازین حقوق بشردوستانه باز می‌گذارد؟ در یک مطالعه تطبیقی نقشی که عقل به عنوان مؤلفه شناخته شده و مورد پذیرش در شرع اسلام در زمان ابهام در تفسیر مفاهیم و استنباط اصول اسلامی ایفا می‌کند با نقشی که قید مارتنز در زمان عدم تدوین مقررات کافی و قوانین مناسب به خصوص در زمان جنگ بر عهده دارد، چه تشابهاتی دارند، موضوعی است که در پژوهش حاضر به دنبال یافتن پاسخ آن هستیم.

۲. مفاهیم

۱.۲. عقل

لغت‌شناسان در کتب لغت برای ماده «ع.ق.ل» و مشتقات آن، معانی زیادی ذکر کرده‌اند. برخی عقل را نقیض جهل (فراهِیدی، ۱۴۰۹ق: ۵۶۵) دانسته‌اند و جهل را نیز نقیض علم (فراهِیدی، ۱۴۰۹ق: ۱۵۸) به طور کلی به نظر می‌رسد تمام این معانی در معنای جامع «جلوگیری و نهی کردن» ریشه دارد. علاوه بر این، واژه عقل دارای دو جنبه است که جنبه اول آن به درک، معرفت، استدلال و به طور کلی به شناخت تأکید دارد و جنبه دیگر آن مربوط به نهی و بازدارندگی است که عقل به تبع تشخیص صلاح و فساد امور به آن حکم می‌کند. در اصطلاح نیز عقل یکی از قوای انسانی است که به واسطه آن خیر و شر و حق و باطل از یکدیگر تشخیص داده می‌شود و مقابل آن جنون و سفه و حمق و جهل است که هر کدام به اعتباری استعمال می‌شود (قریب، ۱۳۹۴: ۱۷۹). البته این واژه در اصطلاح فقهی، افزون بر آنکه منبعی مستقل از کتاب و سنت به شمار می‌آید، گاه چون ابزاری در خدمت سایر منابع قرار می‌گیرد. در این موقعیت، هیچ‌یک از فقها تعریفی خاص از واژه عقل ارائه نداده‌اند. تنها سخن موجود در این باره گفتار شهید صدر در خصوص کاربرد استقلالی عقل است که «مراد از حکم عقلی، حکم قوه عاقله به معنای فلسفی‌اش نیست. مراد حکمی است که عقل به طور جزم و یقین، بدون استناد به قرآن و سنت، صادر می‌کند» (هاشمی، ۱۴۰۵ق، ج ۴: ۱۱۹). نتیجه اینکه تتبع گسترده در گفتار دانشمندان اصول و فقه نشان می‌دهد که هرچند مراد از عقل، در کاربرد استقلالی آن، عقل مستقل از قرآن و سنت و مراد از حکم عقل، حکم قاطع این قوه است.

۲.۲. قید مارتنز

شکل‌گیری و شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی اگرچه فرایندی از پیش تعریف شده و مبتنی بر نظام دو عنصری مادی و معنوی است، هیچ‌گاه در پرتو قالبی منسجم و دقیق صورت نگرفته و این امر همواره از دشواری‌های اساسی نظام حقوق عرفی بوده است. با وجود این رویه قضایی بین‌المللی از رهگذر توجه به شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر روابط بین‌الملل و نیز سیاستی قضایی که متأثر از متغیرهایی چون نظم، عدالت و خیر مشترک است، روند شناسایی قواعد عرفی را منطبق با تحولات جامعه بین‌المللی دنبال کرده‌اند. یکی از این تحولات مهم تدوین و تصویب اعلامیه «شرط مارتنز»^۱ در جامعه بین‌المللی است که مبنای آن در قلمرو حقوق بشر و حقوق بشردوستانه - قواعد عرفی می‌توانند تحت تأثیر غالب اصول و اندیشه‌های آرمانی و ارزشی حقوق طبیعی نیز شکل بگیرند. امری که همسو با رشد و تکامل مفاهیم انسانی و همگام با ضرورت‌های جامعه بین‌المللی امروز، در چارچوب رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و دیگر مراجع معتبر نیز تأیید شده است (زر نشان، ۱۳۹۷: ۳). قید مارتنز مفهومی است که در حقوق بین‌الملل جایگاه ویژه و کارکردهای مؤثری دارد. به نحوی که مبتنی بر اصول حقوق بشری است و مفاهیم بااهمیت بشری را مطرح می‌کند. مفاهیمی که در روابط بین دولت‌ها دارای خاصیتی عمل‌گرایانه است و می‌تواند ندای وجدان عمومی در جامعه بین‌المللی باشد. وجدان عمومی یعنی ارزش‌های مشترک در میان همه انسان‌ها و از ارزش‌های عرفی همه تمدن‌های بشری است (Veuthey, 2003: 198). وجدان عمومی همچنین می‌تواند همچون اصولی در نظر گرفته شود که به‌طور گسترده‌ای به‌عنوان ترقی در منافع مشترک جهانی که محدود به حقوق فردی نیست، شناخته شده است. وجدان عمومی در کنار هم قرار دادن داوریهایی است که انسان‌ها بر اساس وجدان فردی خود انجام می‌دهند و ملاک و معیار رفتارهای بین‌المللی، انطباق و یا تعارض با آن است (دهقانی، ۱۴۰۰: ۵). قید مارتنز در مرکز حقوق قرار دارد و موجودیت ما بستگی به آن دارد. به عبارتی «قید مارتنز اقتداری را فراهم کرده تا اصل انسانیت و احکام وجدان عمومی به‌عنوان اصل حقوق بین‌الملل تلقی شوند و در پرتو شرایط و اوضاع و احوال در حال تغییر و تحول احراز گردند». قید مارتنز اصالتاً به‌منظور تأمین قواعد بشردوستانه برای حفاظت از جمعیت و اراضی تحت اشغال، به‌ویژه گروه‌های مقاومت مسلح در این سرزمین‌ها طراحی شده بود. اما پس از آن، جامعه بین‌المللی به درک روشن‌تری از آن رسید و در نتیجه به تمامی بخش‌های حقوق بین‌الملل بشردوستانه سرایت کرد. به‌طوری‌که یکی از اصول مسلم عرف بین‌المللی که در امتداد اصل ضرورت نظامی و در جهت عینیت بخشیدن به آن شکل گرفته، اصل ممنوعیت تحمیل رنج و درد غیر لازم بر رزمندگان است. طبق این اصل، نمی‌توان از سلاح‌هایی استفاده کرد که موجب صدمه یا رنج و

1. Martens Clause

درد بیش از حد می‌شوند. از این رو، آزادی دولت‌ها در انتخاب وسایل و شیوه‌های جنگی نامحدود نیست. دیوان ضمن اشاره به اصول حقوق بین‌الملل مشتق از عرف‌های تثبیت‌شده یا اصول انسانیت و یا ندای وجدان عمومی، مندرج در قید مارتنز، تأکید می‌کند که حقوق بشردوستانه در همان مراحل اولیه شکل‌گیری، بعضی انواع سلاح‌ها را، یا به‌خاطر آثار آنها و یا به‌سبب تحمیل رنج و درد غیرضروری بر رزمندگان ممنوع ساخته است (زمانی و پیری، ۱۳۹۱: ۵۱). بنابراین، قید مارتنز مفهومی است که اشاره به اصولی دارد که برای انسان‌ها در جایگاه انسان بودن ارزش‌آفرین است و در موقعیتی که قدرت حرف اول فی‌مابین روابط دولت‌ها و شکل‌دهنده رفتارهای متقابل آنها با یکدیگر را تشکیل می‌دهد به کار می‌آید.

۳. جایگاه عقل در حقوق بین‌الملل اسلام

اسلام تنها دینی است که پیروان خود را موظف می‌کند تا اصول دینی و اعتقادی و ایمانی خود را با اتکا به عقل و استدلال عقلی بپذیرند؛ امری که در هیچ‌یک از ادیان دیگر سابقه ندارد (جهان مهین، ۱۳۸۹: ۵۴). «در هیچ دینی از ادیان دنیا به اندازه اسلام از عقل یعنی از حجیت عقل و از سندیت و اعتبار عقل حمایت نشده است» (مطهری، ۱۳۷۷: ۱۵۲). علاوه بر این اسلام از پیروان خود می‌خواهد تا همه شئون زندگی انسانی و اسلامی خویش را به هدایت عقل سروسامان بخشند؛ چه در غیر این صورت ایمانشان سست و نتایج اعمال نیک آنها کم‌ارزش و چه‌بسا بی‌ارزش تلقی می‌شود. در واقع، اساس دین بر عقل نهاده شده و واجبات بر پایه عقل نهاده گشته و به‌وسیله عقل، خداوند شناخته می‌شود و به او توسل پیدا می‌کنند و انسان عاقل از هر تلاشگری که کارش متکی به عقل نیست به خدا نزدیک‌تر است و یک ذره کار نیک که از فرد عاقل سرزند برتر است از هزار سال جهاد جاهل (مجلسی، ۱۴۰۳: ۹۴). باری، زیر بنایی بودن عقل نسبت به ایمان تا حدی است که خداوند در قرآن حتی در یک آیه هم بندگان را امر نفرموده که نفهمیده به قرآن و یا به هر چیزی که از جانب اوست ایمان آورند یا راهی را کورکورانه بپیمایند و حتی قوانین و احکامی که برای بندگان خود وضع کرده و عقل بشری به تفصیل، ملاک‌های آنها را درک نمی‌کند نیز به چیزهایی که در مجرای احتیاجات قرار دارد علت آورده است، مانند ان الصَّلَاةُ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَلَذِكْرُ اللَّهِ كَبِيرٌ (عنکبوت/۴۵) همانا نماز از بدکاری و منکرات جلوگیری می‌کند و یاد خدا بزرگ‌تر است (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۲۱۸). یکی از مباحث مهمی که در حوزه اسلامی مطرح می‌شود این است که منبع دین چیست و یا دین را باید از چه منبعی اخذ کرد. چهار منبع برای اخذ دین مطرح شده که عبارت‌اند از: کتاب، سنت، اجماع و عقل. منظور از منبع بودن عقل یعنی مجموعه معلوماتی که از طریق عقل بدون دخالت وحی و نقل حاصل آمده است. در نگرش ابزاری نیز، مراد از عقل یعنی ابزار، وسیله یا روشی که توسط آن می‌توان برای شناخت گزاره‌های وحیانی بهره جست. علاوه بر آنکه می‌توان

با آن راه حل و رفع مسائل و مشکلات را از متون مقدس دینی استکشاف و استخراج کرد (کاشفی، ۱۳۸۶: ۲۹۳). البته در احکام و حقوق اسلام علاوه بر اینکه «عقل» یکی از مدارک چهارگانه ذکر شده، مدرک منحصر به فرد اصول اعتقادی نیز عقل است و تمام فقها و کارشناسان اسلامی در این اصل اتفاق نظر دارند که کلیات اصول عقاید بایستی به استدلال عقلی مستند بوده باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۱۱۶). بنابراین در اسلام عقل منبعی است که به یاری آن می توان حکم خدا را کشف کرد. با درگذشت پیامبر اکرم، جامعه اسلامی وارث نظام حقوقی شد که از آن می توان با عنوان حقوقی طبیعی اسلامی (فطری و الهی) یاد کرد. اسلام مدعی است که ترسیم چنین نظام گسترده حقوقی، در توان هیچ مقام و مرجع دیگری جز منبع وحی الهی نیست. پس مقررات حقوقی اسلام به راهنمایی و ارشاد خداوند بر ما ابلاغ شده است (عزیزی، ۱۳۹۷: ۴۶۰). بنابراین، در عقلانیت اسلامی، برخلاف برخی ادیان که دغدغه شریعت را ندارند و توجه اصلی آنها صرفاً بر مقوله «ایمان» است، مسئله شریعت همواره دغدغه جدی است. از این رو اجتهاد و مسائل مربوط به احکام اولیه، ثانویه و حکومتی، عرف و بنای عقلا و مصلحت، در مبحث عقل جایگاه برجسته ای می یابند. بر همین اساس بعضی از متفکران شیعی از نقش عقل در سه سطح مختلف سخن گفته اند و عقل را گاه معیار و میزان، زمانی مصباح و چراغ راه و در پاره ای مواقع مفتاح یا کلید شناخت و ارزیابی احکام و مقررات دانسته اند. معرفی عقل، به خصوص به عنوان معیار و میزان احکام، روشن ترین نشان عقلانیت اسلامی است. به علاوه اعلام عقل به مثابه یکی از ادله چهارگانه و نیز به مثابه نیروی بالنده ای که می تواند حسن و قبح را دریابد، از سابقه دیرپا و عمیقی برخوردار است. عقلانیت اسلامی، نه تنها معاوضه و تقابلی حتی با عقل ابزاری ندارد و توصیه های مؤکدی در عقل معاش و عقلانیت فنی دارد و نه تنها در عقل معاش متوقف نمی گردد، که افق دید را توسعه می دهد و در عرصه های اخلاقی و معرفتی نیز، به پرسش های اصلی و ریشه ای انسان پاسخ می گوید. این شیوه نگرش به عقلانیت نه نقص که عین عقل گرایی و کمال آن است. این دیدگاه در فقه، اصول، کلام و فلسفه اسلامی نیز تأثیر شایانی داشته است (محمدزاده، ۱۳۹۷: ۷). با این حال، از آنجا که مسلمانان به دو مذهب تشیع و تسنن تقسیم شده اند، در مواردی میان آنها در خصوص مسائل پیش گفته اختلافاتی وجود دارد، به طوری که برای مثال از نظر اهل سنت احکام موجود در کتاب و سنت محدودند و با توجه به عدم محدودیت وقایع و موضوعات می بایست از منبع دیگری تحت عنوان اجتهاد بهره گرفت. بهره گیری از این نوع اجتهاد در میان اهل سنت گاه تا جایی پیش رفته که آنان در برابر نص اجتهاد کرده و به این ترتیب با استفاده از نظر مجتهد در قالب هایی مانند قیاس، استسحان، استصلاح و... احکام خود را اخذ کرده اند؛ اما در مقابل شیعیان معتقدند که کلیات بیان شده در قرآن و سنت پیامبر و ائمه اطهار قابل حمل به مسائل جزئی، نامتناهی و متغیر است و بنابراین می توان احکام موضوعات مختلف را از این کلیات موجود استنباط کرد (بشیره و محمدزاده، ۱۴۰۰: ۵). علمای شیعه در خصوص حجیت عقل به سه گروه مختلف تقسیم شده اند: ۱. گروهی که

حجیت عقل را به گونه‌ای نامنظم، غیر مستقیم و به صورت مسئله فرعی در حقوق شیعه مورد توجه قرار داده‌اند و تقریباً آن را به طور مستقل نادیده گرفته‌اند. هرچند آن را طرد نکرده‌اند، ولی در مورد عقل نه به عنوان دلیل مستقل و نه دلیل موید، بحث منظم علمی انجام نداده‌اند. این گروه بیشتر حجیت عقل را با بیان بعضی تکالیف شرعی که یا مستقل‌اند بوسیله عقل و یا به کمک آن وضع و جعل شده‌اند مورد توجه قرار داده‌اند. بنابراین این گروه به رشد عقل‌گرایی حقوق شیعه، علم اصول و حجیت عقل کمک فراوان کرده‌اند؛ ۲. گروه دوم دانشمندانی هستند که عقل را به عنوان کمک دلیل و دلیل مؤید می‌شناسند که می‌تواند به ادله نقلیه کمک کند. در ادوار بعد، آن طبقه از فقهای شیعه که می‌کوشیدند بین نظرهای سنتی منطقی اخباریون و نظرهای عقلانی اصولیون جمع کنند در این گروه قرار گرفتند؛ ۳. گروه سوم علمای اصولی هستند که عقل را صریحاً و دقیقاً تعریف کرده‌اند، اصل حجیت عقل را تفسیر و تشریح کامل نموده و آن را هم به عنوان دلیل مستقل در ردیف ادله سه گانه دیگر پذیرفته و هم در درک و فهم ادله نقلیه به کار گرفته‌اند. بیشتر اعضای این گروه رسماً طرفدار دلیل و حجت بودن عقل هستند و مسئله حجیت عقل به وسیله این گروه به رشد کامل خود رسید. با اینکه از نظر ترتیب، عقل معمولاً در مقام چهارم در بین ادله چهارگانه فقه قرار داده شده است، این گروه عقل را سومین دلیل و مقدم بر اجماع می‌دانند. البته مخالفت فقهای شیعه با سنی با این طریقه به معنای تعطیلی عقل نیست و فی‌المثل در مورد همین موضوع استنباط احکام و جزئیات از کلیات، می‌بایست از عقل و بلکه قیاس استفاده شود. لکن به زعم شیعه عقل از خطا مصون نیست (مطهری، ۱۳۷۷: ۵) و تنها آن دسته از یافته‌های عقل قابل اعتناست که قطعی باشد، چراکه حجیت قطع، ذاتی و نیاز به اثبات و دلیل ندارد، اما ظنیات بشری این گونه نیست و نمی‌توان آنها را به خداوند نسبت داد و به عنوان احکام الهی تلقی کرد. مگر دلیل شرعی پیدا شود که اعتبار این ظنون را موجه سازد. بنابراین شیعه نیز معتقد است در مواردی که حکمی از قرآن و سنت یافت نشد، باید از عقل مدد گرفت (بشیره و محمدزاده، ۱۴۰۰: ۵). البته برای بررسی جایگاه عقل در گرایش حقوق بین‌الملل اسلام باید به فلسفه حقوق و مکاتب آن در غرب رجوع کرد. همین‌طور می‌بایست به منابع حقوق بین‌الملل نیز توجه داشت و منزلت عقل را در میان آنها جست‌وجو کرد تا در مجموع توانست به جمع‌بندی کلی نسبت به جایگاه و کارکرد عقل در حقوق بین‌الملل دست یافت. البته این مسائل جدای از یکدیگر نیستند؛ چراکه تا حد زیادی فلسفه حقوق بین‌الملل در تعیین منابع آن دست دارد و بر آنها اثرگذار است و از طرف دیگر منابع حقوق بین‌الملل نیز می‌تواند بر فلسفه آن اثر بگذارد. چنانکه برای مثال دکترین علمای حقوق به عنوان یکی از منابع فرعی حقوق بین‌الملل در صورت‌بندی فلسفه این علم و مسائل مربوط به آن تأثیر دارند و همواره به کار می‌روند. به این ترتیب این مسائل در مجموع با یکدیگر ارتباطی تنگاتنگ داشته و بر هم اثرگذارند (بشیره و محمدزاده، ۱۴۰۰: ۱۲). همان‌طور که اشاره شد، در بررسی منابع حقوق اسلام، عقل یکی از ابزارهایی است که مجتهد و فقیه در جهت استنباط احکام از ادله لفظی آن بهره می‌برد. در کاربرد

ابزاری عقل تردیدی نیست و حتی اگر استدلالی علیه این موضع بیان شود، خود آن استدلال به کمک عقل ساخته و پرداخته گشته است. اساساً در عالم حقوق هر تحرک حقوقی‌ای نیازمند فعالیت عقلانی است. پیش فرض اول فلسفه مستقل حقوق بین الملل نیز همین است که سیستمی عقلانی دارد. به طوری که حقوق بین الملل جلوه‌ای از خرد جمعی است که در مسیر دموکراسی طی طریق می‌کند. بنابراین عقل در حقوق و به ویژه حقوق بین الملل حائز اهمیتی فراوان است و از این حیث با اهمیتی که تعلیم اسلامی برای عقل قائل می‌باشد، برابر است. تکوین قواعد حقوق بین الملل از قبیل معاهدات بین المللی، رویه قضایی و دکتترین توسط حقوقدانانی صورت می‌گیرد که در بهره‌مندی از قواعد عقلی برای رفع نیاز (و جوامع) جامعه امروزی بین المللی با اندیشمندان اسلامی متفق القول‌اند.

اصول کلی حقوقی به اصول اطلاق می‌شود که در زمان دسترسی نداشتن به دو منبع اصیل حقوق بین الملل یعنی معاهدات بین المللی و عرف بین الملل، قاضی در رسیدگی قضایی به پرونده بین المللی استناد می‌کند؛ مانند اصل حسن نیت، اصل دفاع مشروع، اصل لزوم جبران خسارت. کاربرد این اصول در شاخه‌های مختلف حقوقی متفاوت است. برخی از این اصول به صورت فراگیر و کلی در همه شاخه‌های حقوقی اعم از داخلی و بین المللی و نیز جزایی، خصوصی، عمومی و بین المللی به کار می‌روند. مانند اصل لزوم جبران خسارت. اما برخی دیگر از این اصول فقط در حوزه حقوق بین الملل کاربرد دارند. مانند اصل استقلال و برابری دولت‌ها و اصل احترام متقابل دولت‌ها. عقل در پیدایش و تکوین این اصول ایفای نقش می‌کند. قضایای مستقلات عقلیه زیربنای پیدایش این اصول است؛ برای مثال وقتی از لزوم جبران خسارت وارده به اشخاص سخن می‌گوییم، این حکم در اصل حکم عقلی لزوم جبران خسارت است یا اصل وفای به عهد که در شرع نیز به آن تأکید شده است. قبل از آن، عقل و سیره عقلا در میان ملل و جوامع مختلف بر آن تأکید دارد. پس مستقلات عقلیه، شالوده و زیربنای مبنای حقوقی و فلسفه پیدایش اصول کلی حقوقی است (ابراهیمی، ۱۴۰۰).

مهم اینکه، عقل در حقوق بین الملل نیز همانند آنچه در مورد جایگاه و کاربرد عقل در فقه اسلامی گفته شد، محل نزاع نظریه پردازان است و مباحثی مشابه آنچه رفت را پیرامون خود به خصوص در دنیای غرب شکل داده است (بشیره و محمدزاده، ۱۴۰۰: ۱۲). در تطبیق این نگاه اسلامی با حقوق بین الملل، همان طور که اشاره شد از مطالعه و مذاقه در روند تاریخی رشد و ترقی نظام‌های حقوقی و شعبه‌های آنها یک مسئله را می‌توان به روشنی دید و آن نفوذ و نهادینه شدن عمیق هنجارهای دینی، اخلاقی و عرفی در قوانین مدون یا نوشته است. هنجارها و ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی و نیز ضرورت‌های فنی حقوقی در عملکرد الگوهای فردی و جمعی برای حیات و ترقی یک جامعه، به تدریج از استحکام حقوقی برخوردار شده و شکل قانون به خود گرفته‌اند. پس از طی این مرحله، حقوقدانان همواره در تلاش بوده‌اند که بین حوزه‌های هنجاری یا حقوق نرم با حوزه‌هایی که فرآیند قانونی شدن را طی کرده و از ضمانت اجرای

حقوقی برخوردار بوده‌اند، تفکیک قائل شوند. ولیکن در صورت نبود منابع معتبری از قوانین و توافقات پیش‌بینی‌شده در روابط بین دولت‌ها، واضعان حقوق بین‌الملل با استناد به قید مارتنز و بیان آن در قوانین پیش‌گفته، تصمیم گرفته‌اند که موارد مسکوت را لاینحل باقی نگذارند و به مانند استفاده‌ای که مسلمانان در حقوق اسلام از عقل می‌کنند، از قید مارتنز برای ایجاد رهیافتی به‌مثابه چراغ راه برای رسیدن به راه‌حل صحیح مبتنی بر اصول و ارزش‌های انسانی بهره جویند. از این‌رو پیش‌بینی می‌شود قید مارتنز در مسیر توسعه حقوق بین‌الملل و در چشم‌اندازی نه‌چندان دور وارد منابع اصلی حقوق بین‌الملل شود.

۴. «قید مارتنز» در حقوق بشردوستانه

در اصطلاح حقوق بشردوستانه واژه «بشر» جلوه می‌کند. بشریت واژه‌ای است که تلقی‌های گوناگونی از آن برمی‌آید؛ از یک سو به موجودیت بشر در کلیت آن اشاره دارد و از سوی دیگر، دربردارنده احساس بشردوستی و نوع‌دوستی است. از مفهوم بشریت معنای کلیت وجود انسان، حیات جمعی انسان‌ها در کل، واجد کیفیت انسان بودن و نسل بشر نیز برداشت می‌شود (بیگزاده و تاور، ۱۳۹۸: ۷۱). ایگن شوولب^۱ معتقد است مفهوم بشریت حداقل دارای دو معنی متفاوت است: یکی معنی نژاد بشر یا انسان به‌عنوان یک کل و دیگر انسانیت یعنی کیفیت و مفهوم نوع بشر یا یک کیفیت خاص از رفتار. در منشور نورنبرگ و توکیو اصطلاح بشریت به معنای دوم استفاده شده است. ژان پیکت^۲، معمار اصول بنیادین مدرن جنبش صلیب سرخ و هلال احمر، از بشریت به‌عنوان اصل اساسی یاد می‌کند که از آن کلیه اصول دیگر مشتق شده است (Pictet, 1979: 255). در چارچوب نظری هم می‌توان بشریت را سرآمد مفاهیمی دانست که مدافعان حقوق طبیعی جدید از آن تحت عناوین و قالب‌های حقوقی مختلف بهره می‌گیرند تا بتوانند با عبور از اراده‌گرایی و پوزیتیویسم حقوقی، از چارچوب مضیق جزم‌گرایی حقوقی خارج شوند و به ورای اراده صرف دولت‌ها عزیمت کنند (بیگزاده و تاور، ۱۳۹۶: ۹). با این توصیفات باید گفت که اساس شکل‌گیری حقوق بشردوستانه، محدود کردن آزادی عمل دولت‌ها در جهت انسانی کردن مخاصمات است. حقوق بشردوستانه برای آنکه دولت‌ها را به جنگ انسانی ملزم کند، از آغاز بر محدودیت کاربرد سلاح به‌عنوان وسیله جنگی تکیه کرده است. کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در خصوص قابلیت اعمال حقوق بشردوستانه بین‌المللی، بیان کرده است که اعمال کنوانسیون‌های ژنو با حاکمیت طرف‌های یک درگیری ارتباطی نمی‌یابد. صرف‌نظر از وضعیت یک سرزمین، کنوانسیون ژنو نسبت به تمامی مواردی اعمال خواهد شد که سرزمین در جریان یک درگیری مسلحانه به اشغال درآمده باشد (Kretzmer).

1. Egon Schwelb

2. Jean Pictet

(80: 2003 حقوق بشردوستانه تلاش دارد محدودیت‌هایی را بر نحوه جنگیدن اعمال کند. با هدف کاهش آثار جنگ، در تلاش برای رسیدن به این هدف، حقوق بشردوستانه باید میان الزامات کشورها برای انجام عملیات نظامی مؤثر و نیز مصالح انسانی که اقتضا دارد در رسیدن به اهداف نظامی از تحمیل رنج غیرضروری اجتناب شود، توازن ایجاد کند (زمانی و پیری، ۱۳۹۱: ۴۲). در حقوق بشردوستانه، بشردوستان، درست برعکس، در درجه نخست نگران افرادند و معتقدند که دولت‌ها باید در چارچوب رفتار انسانی بدون در نظر گرفتن شهروند بودن افراد، رفتار یکسان و بدون تبعیض داشته باشند (Fennimore, 1996: 71). در واقع، حقوق بشردوستانه در تلاش برای ایجاد محدودیت در قواعد جنگی است. محدودیت استفاده از ابزارهای جنگی، حمایت از حقوق غیرنظامیان، ایجاد قواعدی برای افراد زخمی و بدون سلاح در جنگ و مواردی از این قبیل، تلاش در جهت جلوگیری از آسیب‌های شدیدی است که در جنگ به انسان‌ها وارد می‌شود و دولت‌ها با بهانه حفظ حاکمیت و منافع ملی از کوچک‌ترین تلاشی در ایجاد خشونت در جنگ فروگذار نمی‌کنند. فرماندهان و مقامات بالادست در زمان جنگ باید قواعدی را به زیردستان و نیروهای تحت امر خود تفهیم کنند که مطابق با معیارهایی انسانی باشد. دولت‌ها موظف‌اند در زمان جنگ با محدودیت استفاده از ابزار جنگی آلام و رنج‌های ایجادشده در اثر انفجارها و تخریب‌ها را کاهش دهند. رعایت مواردی از این دست تا حد زیادی موجب حفظ اصول حقوق بشردوستانه خواهد بود. قید مارتنز در حقوق بشردوستانه برای اولین بار از سوی پروفیسور فردریش ون مارتنز اهل لبونیا روسیه و نماینده تزار نیکولاس دوم در کنفرانس‌های صلح لاهه اراده و در مقدمه کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ درج شد؛ «تا زمانی که مجموعه‌ای کامل‌تر از قوانین جنگی تدوین و تصویب شود، طرفین معظم موافقت می‌کنند در مواردی که تحت شمول مقررات مصوب قرار نمی‌گیرد، غیرنظامیان و نظامیان تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل منبعث از رویه تثبیت‌شده میان ملل متمدن، اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی باقی خواهند ماند»^۱. به‌زعم پروفیسور مارتنز محتوای این شرط از سابقه یا تاریخی برخوردار است و در آرا و اندیشه‌های حقوق طبیعی ریشه دارد (Meron, 2000: 79). در واقع، پروفیسور مارتنز برای حل اختلاف میان قدرت‌های اشغالگر و دولت‌های کوچک‌تر، بیانیه‌ای را در کنفرانس مزبور قرائت کرد. این بیانیه در مقدمه کنوانسیون دوم لاهه درباره حقوق و عرف جنگ زمینی که مورد مذاکره بود، درج شد. از آن زمان به بعد، این ماده به‌عنوان شرط مارتنز معروف شد. ماده‌ای که برای حمایت از غیرنظامیان و رزمندگانی ارائه شد که در موقعیت‌های خاص، قانونی برای

1. Until a more complete code of the law is issued, High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience.

حمایت از آنها وجود نداشت. بنابراین، پیشینه کهن قید مارتنز ریشه در حقوق طبیعی و جوانمردی دارد. علت وجودی قید مارتنز این است که به جامعه بین‌المللی عدم تکامل حقوق بین‌الملل را یادآوری کند و تأکید نماید که هیچ‌کس خلاً قانونی‌ای نمی‌تواند به‌عنوان عذری برای انجام اقداماتی مخالف با اصول حقوق بین‌الملل، که از عرف، اصول بشریت و الزامات وجدان عامه سرچشمه گرفته، استفاده شود (زرنشان، ۱۳۹۷: ۹). قید مارتنز ابتدا به‌عنوان یک راه‌حل دیپلماتیک برای بن‌بست کنفرانس صلح لاهه ۱۸۹۹ در نظر گرفته شده بود، و در مقدمه کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ تکرار شد و در کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو، پروتکل الحاقی اول و در مقدمه پروتکل الحاقی دوم مجدداً تأیید شد. این کنوانسیون موسوم به انقلاب بشردوستانه بود که حاوی رجوعی به حقوق انسانیت است مبنی بر اینکه، الزامات موجود که طرفین یک تخصم به آن متعهدند با خروج از کنوانسیون به هیچ‌عنوان از بین نرفته و آنها ملزم به اجرای اصول حقوق ملل می‌باشند، زیرا این حقوق برگرفته از عرف مستقر میان ملل متمدن، ناشی از حقوق انسانیت و وجدان عمومی‌اند. شناسایی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه، نقطه عطفی در فرآیند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بود. به موجب این ماده که اساساً در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی مصداق دارد، «چنانچه منازعه مسلحانه جنبه بین‌المللی نداشته باشد و در خاک یکی از دول معظم متعاهد روی دهد، هریک از متخاصمان مکلف اند که لااقل مقررات ذیل را رعایت کنند:

(۱) با کسانی که به‌طور مستقیم در جنگ شرکت ندارند، به‌همراه افراد نیروهای مسلحی که اسلحه به زمین گذاشته باشند یا کسانی که به‌علت بیماری یا زخم یا اسارت یا هر علت دیگری قادر به جنگ نباشند، باید در همه احوال بدون هیچ‌گونه تبعیضی که ناشی از نژاد، رنگ، عقیده، جنس، نسب یا هر علت مشابه آن باشد، با اصول انسانیت رفتار شود. اعمال ذیل در مورد اشخاص مذکور در هر زمان و هر مکان ممنوع است و خواهد بود: الف) لطمه به حیات یا تمامیت جسمانی از جمله قتل به تمام اشکال آن، زخم زدن، رفتار بی‌رحمانه، شکنجه و آزار، ب) اخذ گروگان، ج) لطمه به حیثیت اشخاص از جمله تحقیر و تخفیف و د) محکومیت و اعدام بدون حکم دادگاهی که صحیحاً تشکیل شده و جامع تضمینات قضایی که ملل متمدن ضروری می‌دانند، باشد.

(۲) زخم‌داران و بیماران باید جمع‌آوری و پرستاری شوند.

تصویب ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ را در حقیقت باید «تحولی بنیادی» در حمایت از انسان به‌هنگام این نوع مخاصمات دانست (R.J.Wilhelm, 1972: 332). ترتیبات این ماده هر اندازه که محدود و کم‌شمار باشد، رخنه‌ای بی‌سابقه در سد نفوذناپذیر صلاحیت انحصاری دولت‌ها در این زمینه ایجاد کرد. پس بیراه نیست که ماده ۳ مشترک را «تحولی انقلابی» یا بهتر از آن «انقلاب حقوقی واقعی» توصیف کنند، زیرا دولت‌ها پذیرفتند که از آن پس اگر گروهی از مردم از فرمان حکومت

سریچیدند یا بر ضد آن شوریدند، حقوق بین‌الملل بر این رابطه و نزاع مسلحانه حاکم باشد. در واقع از طریق ماده ۳ بود که ورود حقوق بشردوستانه به نظام حقوقی داخلی دولت‌ها ممکن شد و به این ترتیب شکافی عمیق بر دیوار سخت و سنگین حاکمیت دولت وارد کرد (Abi-Saab, 1986: 256). دولت‌ها می‌کوشند با توجیه اخلاقی وجود دلیل امنیتی، اقدامات حاکمیتی خود را موجه جلوه دهند و به نام امنیت و منفعت ملی، آزادی‌های اساسی مردم را قربانی کنند. حال آنکه حقوق بشردوستانه از مفهوم کرامت انسانی و اصول بشری سخن به میان آورده و به همین دلیل همواره میان موازین حقوق بشردوستانه و حاکمیت دولت‌ها تنش اساسی وجود دارد و قید مارتنز در صدد کاهش این اصطکاک در جهت تکوین و تکامل حقوق بشردوستانه گام برداشته است. اثر حاکم شرط مارتنز از آن حیث شایان است که حقیقتاً در چند کلمه، همه اصول روح‌بخش حقوق جنگ و به‌راستی همه حقوق‌ها را بیان می‌کند، زیرا هدف همه قوانین اطمینان از حاکمیت قانون، عدالت و انسانیت در روابط دوجانبه نوع بشر است. بنابراین، قید مارتنز ابتدا به منظور حل اختلاف میان اعضای کنفرانس‌های صلح لاهه در خصوص جایگاه جنبش‌های مقاومت در سرزمین‌های اشغالی مطرح شد. دولت‌هایی که گمان می‌کردند ساکنان سرزمین‌های اشغالی که علیه نیروهای اشغالگر سلاح به دست گرفته‌اند، باید رزمنده قانونی تلقی شوند، نمی‌توانستند برای پیشنهاد خود اکثریت آرا را به‌دست آورند، به همین دلیل مقررات مربوط به وضعیت رزمندگان در مواد ۱ و ۲ مقررات لاهه، مبارزان نیروهای مقاومت را در فهرست آنهایی که از امتیاز رزمنده بودن برخوردار بودند، قرار نداد. بسیاری از دولت‌ها شرط مارتنز را نوعی تذکر تلقی می‌کردند مبنی بر اینکه مواد ۱ و ۲ را نباید آخرین کلام در خصوص موقعیت قانونی رزمندگان دانست و این موضوع که آیا مبارزان نیروی مقاومت از همین موقعیت برخوردارند یا خیر، نباید صرفاً از طریق اشاره به حذف آنها در مواد ۱ و ۲ تعیین شود، بلکه باید از رهگذر مراجعه به این اصل که «در مواردی که مشمول این معاهده یا دیگر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی نیستند، غیرنظامیان و نظامیان تحت حمایت و اقتدار اصول حقوق بین‌الملل ناشی از رویه‌های مسلم، اصول انسانیت و اصول وجدان عمومی باقی می‌مانند»، حل شود. اما امروز قید مارتنز نسبت به کل قلمرو حقوق بشردوستانه قابل اعمال است و این امر به اشکال مختلف در قالب اسناد مربوط تأیید و تصدیق شده است (دیتز فلک، ۱۳۸۷: ۵۶-۶۵). البته در اسناد بین‌المللی پس از قید مارتنز «وجدان بشریت» آمده است و دلیل این درج مفهومی را از یک نظر باید روند تکاملی استفاده از منبع اصلی «وجدان بشر» به‌جای عناصر و ملاک‌های آن (وجدان عمومی، ملاحظات اولیه انسانی، اصول انسانی) دانست و از سوی دیگر، تحول به‌کار گرفتن «اصول» به‌جای قواعد همراه‌ستا شمرد. کاربرد «وجدان انسانی» در اسناد بین‌المللی به تعبیر موسع، استفاده از منبع مادی حقوقی در متن قانون، استفاده از عوامل ضمانت اجرای ناشی از اعتقاد و عام شمولی، درج آمال و اهداف به‌جای قواعد ابزاری و کاربرد اصل به‌جای قاعده است. اینها همان ویژگی‌هایی است که به‌نوعی می‌توان گفت «وجدان بشر» نقش

یک قاعده اساسی برای حقوق بین‌المللی را بازی کرده است که با روشن شدن بیشتر ویژگی‌های قواعد آمره این ادعا مورد تأیید بیشتر نیز قرار خواهد گرفت (حسینی و راعی دهقی، ۱۳۹۵: ۱۶).

قید مارتنز و عناصر مقوم آن در همه اسناد حقوق کیفری بین‌المللی، منشور دادگاه‌های نظامی نورنبرگ و توکیو، قطعنامه ۱۱ دسامبر ۱۹۴۶ میلادی مجمع عمومی سازمان ملل متحد در خصوص نسل‌کشی، کنوانسیون سازمان ملل در مورد غیرقابل اجرا بودن محدودیت‌های قانونی در مورد جرایم جنگی و جنایات علیه بشریت، بیانیه افتتاحیه دادستانی دادگاه نظامی آمریکا در نورنبرگ ۲۹ سپتامبر ۱۹۴۷ میلادی و پیش‌نویس مجموعه جرایم علیه صلح و امنیت نوع بشر ۱۹۵۴ میلادی آمده است (دهقانی، ۱۴۰۰: ۸). البته علاوه بر اسناد حقوق بین‌المللی، در آرای دادگاه‌های بین‌المللی مانند دیوان بین‌المللی دادگستری نیز مورد استناد قرار گرفته است. این دادگاه در قضیه نیکاراگوئه (۱۹۸۶)، با اشاره صریح به شرط مارتنز، بر ارزش و اعتبار خاص قواعد حداقلی به‌عنوان اصول کلی حقوق که برگرفته از ملاحظات اساسی انسانی است، تأکید دارد.

هدف حقوق بشردوستانه بین‌المللی، محدود کردن درد و رنج ایجادشده توسط جنگ از طریق حمایت و کمک‌رسانی تا حد ممکن به قربانیان آن است. از این‌رو این حقوق بدون توجه به دلایل یا مشروعیت توسل به زور ناظر بر واقعیت یک مخاصمه است و مخاصمات را تنها از بعد دغدغه‌های واقعیت بشردوستانه تنظیم می‌کند. مفاد این حقوق بر طرفین در حال جنگ اعمال می‌شود؛ حقوق جنگ را می‌توان عرف و ضوابط قراردادی مربوط به جنگ نامید (ضیایی، ۱۳۸۹) که شامل مجموعه قواعد حقوق بین‌الملل حاکم بر مناسبات متقابل کشورهای درگیر در یک مخاصمه مسلحانه بین‌المللی یا جنگ‌های داخلی است. طرفین درگیر در چنین جنگی، به رعایت آن قواعد در طول عملیات خصمانه خود ملزم‌اند (ضیایی، ۱۳۸۹).

اصطلاح حقوق بشردوستانه سابقه چندانی در تاریخ جنگ ندارد و به اولین دهه ۱۹۵۰ برمی‌گردد که توسط متخصصان حقوق بین‌الملل عمومی استفاده شد. جین پیکتت که برای نخستین بار این واژه را متداول کرد، حقوق بشردوستانه بین‌المللی را در مفهوم وسیع آن شامل دو شاخه می‌داند، یکی حقوق جنگ و دیگری حقوق بشر. حقوق جنگ در دو معنا به کار می‌رود که اولی وسیع و دومی آن محدود است. مفهوم وسیع شامل دو شعبه حقوق لاهه و حقوق ژنو می‌شود، درحالی‌که حقوق لاهه حقوق وظایف متخاصمان را در رفتار عملیاتی تعیین می‌کند و انتخاب راه‌های صدمه رسانیدن به دشمن را محدود می‌کند، در حقیقت حقوق ژنو یا حقوق بشردوستانه در مفهوم دقیق کلمه بر آن است تا از افراد غیر نظامی (که به هر دلیل دیگری قادر به جنگ نیستند) و نیز کسانی حمایت کند که در جنگ شرکت ندارند (ورکی البرزی، ۱۳۸۶).

در عصر حاضر مفهوم حقوق بین‌الملل بشردوستانه جایگزین مفهوم حقوق جنگ یا به‌طور جامع‌تر حقوق منازعات مسلحانه شده است (قربانیان، ۱۳۷۸: ۴۰). در حقیقت حقوق بشردوستانه بین‌المللی، شکل توسعه‌افته و تقویت‌شده حق وق بین‌الملل سنتی جنگ (حقوق زمان جنگ) به‌شمار می‌آید. در این زمینه

بیشتر قواعد جنگ، امروز حتی شامل آن دسته از مخاصمات مسلحانه بین‌المللی هم می‌شود که طرف‌های درگیر، آن را جنگ تلقی نمی‌کنند (قائدان و طراز کوهی، ۱۳۹۳).

فارغ از علل درگیری و درستی یا نادرستی دلایل عنوان‌شده توسط هریک از طرفین. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه معروف نیکاراگوئه به درستی اشاره می‌کند که در هر شرایطی و در هر نوع مخاصمه‌ای، این حقوق باید رعایت شود، چراکه «حداقل ملاحظات انسانی» را به دست می‌دهد که تخطی از آنها توجیه‌نشدنی است. به‌واقع می‌توان ادعا کرد که شناسایی ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده نیکاراگوئه، نقطه عطف فرایند شناسایی قواعد عرفی، به‌ویژه در حوزه حقوق بشردوستانه بین‌المللی بود (زر نشان، ۱۳۹۷).

۱.۴. قضیه مارتیچ

مارتیچ^۱ در سال ۱۹۹۵ میلادی دستور گلوله‌باران زاگرب را داده بود که در آن تعداد زیادی از غیرنظامیان کشته شدند. ماده ۲ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی این اتهام را به‌طور کامل پوشش نمی‌داد. در پاسخ، دادگاه اظهار کرد: ممنوعیت حمله به جمعیت و افراد غیرنظامی و اصول کلی ای که ابزارها و روش‌های جنگی را محدود می‌کنند از قید مارتنز منتج می‌شوند، که در اسناد اساسی بشردوستانه گنجانده شده‌اند. علاوه بر این، این هنجارها از ملاحظات ابتدایی بشریت ناشی می‌شوند که پایه و مبنای کل بدنه حقوق بین‌الملل بشردوستانه را تشکیل می‌دهند و در همه انواع مخاصمات مسلحانه قابل اعمال هستند. روش‌ها و ابزارهای جنگی در هنگام مخاصمه مسلحانه داخلی به‌وسیله کنوانسیون‌های لاهه به نظم کشیده نشده‌اند. این قضیه حاکی از این است که به‌عنوان یک راه حل باقی‌مانده قید مارتنز به‌طور مستقیم بر جنایاتی که تحت پوشش مفاد معاهدات خاص قرار نمی‌گیرند، قابل اعمال است. این یک اصل کلی را بنیان می‌نهد که به‌عنوان منبع مستقل حقوق جنگ، حقوق بشردوستانه و حقوق بین‌الملل بشر عمل می‌کند (Salter, 2012: 429). به باور دادگاه کافی است در این لحظه ملاحظات ابتدایی بشریت را یادآور شویم که در ماده ۲ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو منعکس شده‌اند. این مقرر به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی عینیت می‌بخشد که باید به‌عنوان حداقل معیارها به‌وسیله همه طرف‌ها، در هر زمان و مکانی صرف‌نظر از نوع مخاصمه رعایت شوند. ممنوعیت حمله به جمعیت غیرنظامی از قید مارتنز و ماد ۲ مشترک منتج می‌شود. حمله علیه جمعیت غیرنظامی به معنای دقیق کلمه یا اشخاص غیرنظامی ضرورتاً به نقض حداقل معیارها و حقوق لازم‌الاجرا در همه مخاصمات مسلحانه منجر می‌شود (Salter, 2012: 15). دادگاه یوگسلاوی سابق با اشاره به نسل‌کشی بوسنی تصدیق کرد که اصول

بشریت مندرج ممنوعیتی است که برای حقوق بین‌الملل عرفی در جهت جدا کردن گروه‌های غیر نظامی برای استفاده از حملات فیزیکی قرار داده شده است. علاوه بر این، اشاراتی به ارزش‌های بشردوستانه و اخلاقی گسترده موجود در قید مارتنز و مفاهیمی که از آن تأثیر پذیرفته اند بخشی از راهبردهای غالباً موفق قرن بیستم را تشکیل داده است، که به دنبال گسترش حقوق کیفری بین‌المللی به‌عنوان مثال در رابطه با نسل‌کشی جنسی است (Askin, 1997: 39,162). استدلال موفق در اینجا این است که قید مارتنز به‌طور ضمنی بر اصول تدوین‌نشده حقوق بین‌الملل جهت حفاظت از غیرنظامیان، با این بیان که گلوله‌باران آنها یک جرم بین‌المللی است، دلالت دارد. تجاوز یکی از این اصول بود و به همین ترتیب تحت پوشش کنوانسیون لاهه قرار می‌گیرد (Lippman, 2000: 38). در این قضیه که در واقع به ابزارها و روش‌های جنگ مربوط است، به اصول انسانیت، قید مارتنز و همین‌طور ممنوعیت حمله به غیرنظامیان، ممنوعیت اقدامات تلافی‌جویانه علیه غیرنظامیان و اصول کلی که ابزارها و روش‌های جنگ را محدود به اصل تناسب می‌کنند استناد شد. آنچه بیش از همه اهمیت داشت این است که به اعتقاد دادگاه، تمامی این هنجارها از ملاحظات بنیادین انسانیت و قید مارتنز سرچشمه می‌گیرند.

۲.۴. قضیه فروندزجا

دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق بار دیگر مفهوم قید مارتنز را در قضیه فروندزجا^۱ بیان کرد. قید مارتنز در این پرونده در دو وضعیت مورد استناد قرار گرفت؛ نخست، قید مارتنز به‌عنوان مبنای استدلال در خصوص ممنوعیت تجاوز و خشونت جنسی به‌عنوان بخشی از حقوق عرفی استفاده شد. بنا بر نظر دادگاه، ممنوعیت تجاوز و خشونت جنسی در مخاصمات مسلحانه در حقوق بین‌الملل عرفی تحول یافته است. ممنوعیت صریح تجاوز جنسی در ماده ۴۴ کد لیبر^۲ و مفاد کلی مندرج در ماده ۴۶ مقررات منضم به کنوانسیون چهارم لاهه همراه با قید مارتنز در مقدمه این کنوانسیون به تدریج شکل گرفته است. این تصمیم به موازات بلوغ ممنوعیت بنیادین خشونت علیه کرامت انسانی که در ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو به حقوق بین‌الملل عرفی بدل شده در تکامل هنجارهای پذیرفته‌شده جهانی ممنوعیت تجاوز و خشونت‌های جنسی نقش داشته است. این هنجارها در همه انواع مخاصمات مسلحانه قابل اعمال هستند. دادگاه همچنین در این قضیه به قید مارتنز اشاره کرد تا از این پیشنهاد که منع شکنجه بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی است حمایت کند. شعبه بدوی اظهار کرد ضرورتی ندارد که

1. Furundžija

۲. فرانسس لیبر، حقوقدان، فیلسوف و دانشمند آمریکایی آلمانی‌الاصل، در جریان جنگ داخلی آمریکا از سوی آبراهام لینکلن مأمور به تدوین دستورالعملی برای ارتش آمریکا راجع به قواعد جنگ، رفتار با نظامیان دشمن، اسیران جنگی و... شد. این دستورالعمل که بعداً به نام کد لیبر معروف شد در ۲۴ آوریل ۱۸۶۳ میلادی توسط لینکلن امضا شد و به ارتش ابلاغ شد.

تعیین کند که آیا کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی در کلیت خود به قاعده عرفی بین‌المللی تبدیل شده‌اند یا اینکه فقط مهم‌ترین مقررات این معاهدات وضعیت حقوق بین‌الملل عام را به‌دست آورده‌اند. در هر قضیه این گزاره ضروری است که ممنوعیت کلی شکنجه در حقوق بین‌الملل عرفی تحول پیدا کرده است. این ممنوعیت به‌تدریج از کد لیبِر و مواد ۴ و ۶ مقررات منضم به کنوانسیون چهارم ۱۹۰۷ لاهه به‌همراه شرط مارتنز مندرج در مقدمه متبلور شده است.

۳.۴. قضیه کوپراسکیچ

در قضیه کوپراسکیچ^۱، دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق این موضوع را مدنظر قرار داد که آیا اقدامات تلافی‌جویانه رزمندگان در مخاصمات مسلحانه که غیرنظامیان را مورد هدف قرار داد، عرفاً ممنوع هستند. شعبه بدوی اظهار کرد که قید مارتنز مستلزم مقرراتی است که به رزمندگان اجازه تصمیم‌گیری طبق تفسیر خود را اعطا می‌کند اما، این اختیار تا حد ممکن باید محدود تفسیر شود و به‌طور متقابل حمایت گسترده‌تری از غیرنظامیان به‌عمل آید. آنچه در این قضیه شایان توجه است اینکه قید مارتنز تأثیر مهمی بر تعیین و شناسایی قاعد^۲ عرفی در دادگاه‌ها داشته است. به‌دلیل تأثیر قید مارتنز، اعتقاد حقوقی ناشی از ضرورت‌ها، در حقوق بشردوستانه نقشی متفاوت نسبت به حقوق بین‌الملل ایفا می‌کند. دادگاه، قید مارتنز، قوانین بشریت و الزامات ناشی از وجدان عمومی را همپایه و همسنگ با رویه دولت به‌عنوان قاعد^۳ عرفی قرار می‌دهد. این نتیجه‌گیری از جمله‌بندی قید مارتنز مشتق می‌شود که به نظر می‌رسد هیچ تفکیکی را در مورد اقتدار نسبی اجزای سازند^۴ اصول حقوق ملت‌ها، یعنی عرف رایج میان ملل متمدن، اصول بشریت و الزامات ناشی از وجدان عمومی نپذیرفته است. در واقع، بر مبنای این استدلال، برای اینکه قاعد^۵ عرفی از اصول بشریت و یا الزامات ناشی از وجدان عمومی منتج شود، چنین قاعده‌ای ممکن است نیازی به رویه دولت‌ها یا شواهدی از رویه دولت‌ها نداشته باشد. در واقع، جایگاه رویه دولت سست می‌شود و در عین حال اعتقاد حقوقی به مرتبه و جایگاهی بالاتر از حد معمول ارتقا می‌یابد. در این مثال، رأی راسخ دولت‌ها ممکن است اگرچه نقشی بیشتر اما به همان اندازه در شکل‌گیری قاعده ایفا کند. در واقع، به باور دادگاه، اعتقاد حقوقی ناشی از ضرورت‌ها به‌سبب قید مارتنز، نقش بسیار بزرگ‌تری از رویه بازی می‌کند. در پرتو روشی که دولت‌ها و محاکم اعمال کرده‌اند، شرط مارتنز به وضوح نشان می‌دهد که اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه ممکن است از طریق فرایند عرفی در چارچوب فشار مقتضیات ناشی از اصل بشریت یا الزامات ناشی از وجدان عمومی، حتی جایی که رویه دولت‌ها کم یا متناقض باشند، ظهور کنند. عنصر دیگر در قالب رأی راسخ دولت‌ها که در نتیجه ضروریات بشریت یا

1. Kupreškić

وجدان عمومی متبلور شده است منادی یک عامل تعیین کننده در ظهور یک اصل یا قاعدۀ کلی حقوق بشردوستانه است. در نهایت، دادگاه اظهار می دارد که مطالبات بشریت و الزامات ناشی از وجدان عمومی، همان گونه که در رأی راسخ دولت ها روشن است، از این ایده حمایت می کند که در حال حاضر تشکیل یک قاعدۀ عرفی را موجب شده که حتی برای آن اندک کشورهایی که پروتکل الحاقی اول را تصویب نکرده اند الزام آور است. پس از شناسایی این عناصر، که یک فرایند ضروری برای تصمیم گیری در پرونده بوده، قضات نقش شبه قانون گذاری داشته اند تا آنجا که جرایم اساسی به روشی مشابه قانون گذاری داخلی تعریف شده اند یا ایجاد می شوند. قضات نه تنها خلأ در جرایم اساسی را رفع می کنند، بلکه همچنین خلأ در آیین دادرسی و ادله اثبات دعوا را نیز پر می کنند (Mundis, 2001: 191).

با تحلیل آرا و نظریات مذکور می توان گفت که قید مارتنز و عناصر مقوم آن در رویه محاکم بین المللی کیفری به طور خاص و در حقوق کیفری بین المللی به طور کلی دارای ماهیت پیچیده و کارکردهای حقوقی متفاوتی است. آرای مذکور بیانگر یک روند ثابت در توسعه حقوق کیفری بین المللی از طریق محاکم کیفری هستند، روندی که عنصر شایان توجهی از نوآوری را در پی دارد. از این رو، یکی از مهم ترین جنبه های قید مارتنز به استفاده از آن در فرایند توسعه تدریجی قلمرو هنجاری حقوق کیفری بین المللی مربوط است (مثال بارز آن قضیه کراپ). محاکم کیفری بین المللی با استخراج نتایج جدید از تصورات کلی و اصول و قواعد منطقی در آنها، پیوسته در حال گسترش بدنه حقوق کیفری بین المللی هستند. قید مارتنز همچنین می تواند در سطح تفسیری عمل کند؛ در صورت شک، قواعد حقوق کیفری بین المللی باید به شکلی مطابق با معیارهای بشریت و الزامات ناشی از وجدان عمومی تفسیر شوند. در نتیجه، این مفاهیم و به ویژه بشریت در قالب اصلی راهنما و به عنوان ابزاری مفید برای تفسیر و اعمال مقررات معاهده ای مبهم، آن گونه که در قضیه کوپر اسکیچ بیان شده، فراهم شده اند. بنابراین، بکارگیری قید مارتنز در تفسیر، در حقوق کیفری بین المللی حکایت از کارایی این شرط در کارآمد کردن این نظام حقوقی دارد. همچنین، قید مارتنز نمی تواند تنها به عنوان یک تعهد اخلاقی نگریسته شود، بلکه فراتر از آن به عنوان یک عنصر حقوقی که تصدیق کننده استقلال و ماهیت الزام آور اصول بشریت و الزامات ناشی از وجدان عمومی به عنوان منبع در نظام موجود حقوق بین الملل است عمل می کند (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۰: ۲۶).

۵. جایگاه عقل در قید مارتنز

اعلامیه جهانی حقوق بشر تأکید می کند که همه انسان ها از موهبت عقل و وجدان برخوردارند. ایده اولیه این موضوع را پروفیسور کسن نماینده فرانسه از چارلز مالک فیلسوف لبنانی گرفت و ارائه داد. وی در

متنی که برای ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر پیشنهاد کرد، عنصر «عقل» را به عنوان مهم ترین مشخصه «انسان» مطرح کرد. البته عقل به کارگرفته شده در اعلامیه جهانی حقوق بشر نه عقل ابزاری، بلکه یک خرد در خدمت خیر مشترک انسان هاست. اما دکتر چانگ نماینده چین معتقد بود که عنصر عقل برای معرفی انسان کافی نیست و در کنار آن مفهوم دیگری نیز باید اضافه شود؛ بر همین اساس، مفهوم «وجدان» برای این منظور انتخاب و در متن گنجانده شد (بحرینی و سیدفاطمی، ۱۴۰۰: ۵۲۴).

عبارت وجدان و مفاهیم معادل آن قبلاً نیز در چند نوبت در اسناد بین المللی استفاده شده بود. از جمله عبارت «وجدان عمومی» در سال ۱۸۹۹ میلادی در اولین کنفرانس لاهه در قید مارتنز به کار رفت و به موجب کنوانسیون دوم لاهه دولت ها توافق کردند تا زمانی که قواعد کامل تری در خصوص حقوق جنگ وضع نشود، جمعیت ها و متخاصمان تحت اصول حقوق بین المللی برگرفته از رویه ملل متمدن، و بر اساس «قوانین انسانی» و ضرورت های «وجدان عمومی» خواهند بود. در این قبیل اسناد «وجدان بشر» نقش قاعده اساسی را برای حقوق بین الملل ایفا کرده است (حسینی و راعی دهقی، ۱۳۹۵: ۴۵۶). اما ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر وجدان را از منظر دیگری منعکس می کند و آن را به عنوان یک ویژگی انسان در کنار عقل معرفی می کند. البته نمی توان گفت تعریفی که تا اینجا اعلامیه جهانی حقوق بشر از انسان ارائه می دهد، منطبق بر مکتب فلسفی خاصی است، اما روشن است که اعلامیه، انسان را ذوابعاد می داند و صرفاً نگاهی مادی به انسان ندارد. در میان اندیشمندان اسلامی نیز تلازمی میان عقل و فطرت مشاهده و گفته می شود که انسان دارای دو بعد طبیعی و فطری است که طبیعت او در سطح حیات نباتی و حیوانی است، اما فطرت او هویتی عقلانی دارد (جوادی آملی، ۱۳۷۵: ۱۳۶). البته همین اندیشه بر این باور است که عقل دارای مراتب مختلفی است که نازل ترین آن عقل تجربی و بالاترین رتبه آن عقل شهودی است که فراتر از شناخت استدلالی و مفهومی است و به شناخت وحیانی ختم می شود (پارسانیا، ۱۳۹۰: ۱۳۵). اما عنصر وجدان آن گونه که پیشنهاددهنده اصلی آن یعنی دکتر چانگ پیشنهاد داده است، ناشی از نوعی الزام اخلاقی در روابط انسان ها با یکدیگر است. وجدان بخشی از وجود انسان است که به او قدرت قضاوت در خصوص رفتارهای خوب و بد می دهد و او را در برابر رفتارهای بد ناخرسند یا مسئول می سازد. وجدان معادل غربی مفهوم ren در فرهنگ کنفوسیوسی است و دکتر چانگ معتقد بود که با این کلمه کنفوسیوسیم را به اعلامیه جهانی حقوق بشر وارد کرده است (Ramcharan & Ramcharan, 2019: 43). برخی این اصطلاح را برای گویاتر شدن معادل «انسانی بودن نسبت به یکدیگر» تعبیر کرده اند (Lindholm, 1999: 43). بنابراین اگرچه واژه Conscience برگرفته از ادبیات موجود در غرب است، معنای آن را تا آنجا که به اعلامیه جهانی حقوق بشر مربوط می شود، باید از مطالبی استخراج کرد که دکتر چانگ چینی در خصوص آن بیان کرده است. دکتر چانگ میگوید متفکران قرن هجدهم که کارشان به اعلام اصول آزادی، برابری و برادری در فرانسه و ایالت متحده

منجر شد، بر این باور بوده‌اند که اگرچه انسان تا حد زیادی حیوان است، قسمتی در آن وجود دارد که آن را از حیوان متمایز می‌سازد؛ آن قسمت انسان حقیقی است و متضمن خوبی است و باید به آن قسمت اهمیت بیشتری داد. شایان ذکر است که اشاره ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر به همه انسان‌هاست و از این رو مقصود اعلامیه این نیست که ممکن است فردی از افراد انسان فاقد عقل یا وجدان باشد و به این علت از زمره مفهوم انسان خارج شود و استحقاق بهره‌مندی از حقوق را از دست بدهد. دیدگاه‌های اغلب تدوین‌کنندگان اعلامیه و رویه بعدی دولت‌ها و نهادهای حقوق بشری مؤید این برداشت است.

۶. تطبیق مفهوم عقلانیت در حقوق بین‌الملل اسلام و قید مارتنز در حقوق بشر دوستانه

همچنان که بزرگان حقوق اسلام در این خصوص سخن گفته و نظریات گوناگونی دارند، از منظر علامه طباطبائی، عقل است که احکام شریعت را بر ما مشخص می‌سازد و حجیت عقل محدود به امور خارج از شریعت نیست، بلکه در درون شریعت نیز حضور دارد و بسیاری از احکام شریعت با عقل به‌دست می‌آید به همین سبب عده‌ای فقهای امامیه عقل را به‌عنوان یکی از ادله اربعه و منابع استنباط احکام شرعی شمرده‌اند و از آن به‌عنوان چهارمین منبع فقهی در کنار کتاب و سنت و اجماع یاد کرده‌اند. نقش عقل در این مورد یا به‌صورت استدلال‌ها و براهین عقلی برای فهم و کشف حکم شرعی است و یا مانند کتاب و سنت، ابزارها و منابعی را برای دریافت احکام شرعی ارائه می‌دهد. غزالی معتقد است که اگر دین با عقل تفسیر و توضیح داده شود، تعارضی در میان نخواهد بود. او در جایی دیگر در این زمینه می‌گوید: «آنها که در پرتو نور یقین و ایمان هدایت شده‌اند دریافته‌اند که تعارضی بین عقل و شرع نیست». برای نمونه وی در کتاب *معارج القُدس* می‌نویسد: «عقل ماند چراغ و شرع مانند روغنی است که آن را روشن نگه می‌دارد. و مادامی که روغن در آن نباشد روشنی چراغ به‌دست نمی‌آید و اگر چراغ نباشد روغن نیز، روشنایی به چیزی نمی‌بخشد». در تطبیق این نگاه با حقوق بین‌الملل، در رویکرد جدید احراز قاعده بر مبنای اثبات اولیه و محوری اعتقاد حقوقی دولت‌ها صورت می‌پذیرد اعتقادی که نه ناشی از ملاحظه رویه بلکه منبعث از اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی است (اصولی منبعث از اقتداری و رای اراده دولت‌ها). اگرچه تحول در نگرش دیوان تحت تأثیر تحولات مرتبط با رشد و توسعه مفاهیم انسانی صورت گرفته است، ریشه و اساس چنین تحولی را به واقع باید متأثر از تدوین تصویب شرط مارتنز در جامعه بین‌المللی دانست. اعلامیه‌ای که در آن جامعه جهانی پذیرفت در حوزه ملاحظات بشری و انسان دوستانه شکل‌گیری قاعده می‌تواند تحت تأثیر و نفوذ غالب اصول و اندیشه‌های حقوق طبیعی نیز صورت پذیرد. اعلامیه‌ای که تصویب و انتشار آن خود تحت تأثیر تحولات ناشی از رشد و گسترش اصول و مبانی حقوق بشر به‌ویژه در اوایل قرن بیستم بوده است و ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو به‌نوعی تجلی خاص همین شرط است که دیوان در شناسایی آن ملاحظات انسانی و تمنیات وجدان

جمعی را در بادی امر مورد توجه قرار داده است و این یعنی اثرگذاری و نقش آفرینی مستقیم مبانی حقوق بین الملل و بشر در فرایند شکل گیری و تحول مهم ترین منابع آن یعنی عرف (زرنشان، ۱۳۹۷: ۱۵). این ملاحظات همچنین در حقوق اسلام نیز مورد توجه بوده است. همان طور که نظام حقوقی اسلام یک نظام حقوقی مکتبی مبتنی بر آیین اسلام است و دین اسلام مکتبی است که جامع تمام اعتقادات و دستورالعمل های فردی و اجتماعی است و قوانین دقیق مبتنی بر تعقل و اخلاق را در تمام ابعاد زندگی انسان پایه گذاری کرده است.

در حقوق بین الملل، پوزیتیویسم حقوقی تعیین کننده خط مشی عملکرد دولت هاست و بر این اساس که حقوق بین الملل تشکیل شده از اراده دولت هاست، این دولت ها هستند که در جامعه بین الملل نقش اصلی تعیین قواعد و مقررات بین المللی را بازی می کنند به همین دلیل جایگاه عقل در حقوق بین الملل که با قید مارتنز خود را جلوه داده است آنچنان که شایسته است، تعیین کننده نیست و به همین سبب است که عملکرد دولت ها گاهی به نتایجی منجر می شود که نه تنها با تعقل و اخلاق سازگاری ندارد، بلکه بعضاً کاملاً مخالف با این مقولات است. گفته می شود که در توسعه اندیشه مجرمیت جنگی عبارت مارتنز، «که توسط جامعه بین المللی به عنوان بیانگر اصولی پذیرفته شده است که اساس حقوق بشردوستانه را تشکیل می دهند، مبنای حقوقی برای مفهوم موسعی از مجرمیت جنگی فراهم آورده است». این قید در معاهدات مربوط به حقوق بشردوستانه از اهمیت زیادی برخوردار است. دادگاه نظامی ایالات متحده در نورمبرگ، در پرونده کروپ، این شرط را به عنوان معیاری معرفی می کنند که، چنانچه مقررات صریح قراردادی مورد خاصی را پوشش ندهد، باید اجرا شود. دیوان بین المللی دادگستری در پرونده کانال کورفو «ملاحظات بنیادین انسانیت» را مبنای رأی خویش قرار داده است. اهمیت شرط مارتنز، در رأی مشورتی دیوان راجع به تهدید یا توسل به سلاح های هسته ای، نیز اینگونه مورد تأیید دیوان قرار گرفته است: «وجود مستمر و قابلیت اجرایی آن نباید مورد تردید واقع شود». به عقیده دیوان، این شرط «ثابت کرده است که وسیله مؤثری برای مورد توجه قرار دادن تحول سریع فناوری نظامی می باشد».

عقل، منبعی است که در حقوق اسلام، برای گذر از موانعی که نمی توانیم با قرآن و سنت به فهم آن برسیم استفاده می شود. آنچنان که بشر امروزی به تعقل در تمام زمینه های زیستن بیش از هر مفهوم دیگری اهمیت می دهد. از سوی دیگر در حقوق بین الملل همین نگاه در خصوص استفاده از قید مارتنز وجود دارد. این شرط اگر همچنان که در کنفرانس صلح لاهه مطرح شده است جایگاه خود را در حقوق بین الملل عرفی نیز بیابد قطعاً بسیاری از رفتارهایی که از دولت ها سر می زند نظم گرفته و مبنایی اصولی می یابد. اصولی که مشتق از وجدان انسانی، اخلاق عمومی و انصاف است. آنچه امروز در جامعه بین المللی بیش از بیش مورد نیاز است و مانعی در جهت پیشروی های غیراخلاقی و غیرانسانی کشورهایی است که هر از چند گاهی با به صدا در آوردن کوس جنگ موجب ایجاد تنش در سطح جامعه

بین‌المللی می‌شوند و با عدم رعایت اصول حقوق بشردوستانه، خسارات فراوان اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی زیادی به‌بار می‌آورند.

در تطابق دو مفهوم جایگاه عقل و قید مارتنز، هر دو ابزارهایی هستند که اگر درست و به‌موقع شناسایی و استفاده شوند در جهت ایجاد صلح و امنیت بین‌المللی کمک شایان توجهی خواهند کرد و توسعه و بسط این دو مفهوم موجب شکوفایی حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام در معنای صحیح آنها می‌شود. آنچه قانونگذاران و تابعان همواره به‌دنبال مقصود دقیق از این جوامع هستند. هر دو مؤلفه به کرامت و شأن انسانی به‌عنوان مقصود برتر حقوق در حوزه‌های خود می‌نگرند. خداوند با ودیعه نهادن عقل در وجود انسان به او کرامت و برتری عطا کرد. همان‌گونه که حقوق بشردوستانه درصدد است با گسترده ساختن مفهوم قید مارتنز در تمام زمینه‌های حقوق بین‌الملل، وجدان بشری را که از ملاحظات اساسی انسانیت سرچشمه می‌گیرد مورد شناسایی عرفی قرار دهد، به‌نحوی که همه جامعه بین‌الملل از منافع آن بهره‌مند شوند. بنابراین، همراستا با نگاهی به قید مارتنز و جایگاه آن در حقوق بین‌الملل بشردوستانه، باید اذعان کرد که تعقل نیز در حقوق بین‌الملل اسلام دارای میناست. بر این اساس نظریات دکنترین حقوق بین‌الملل اگرچه به‌صورت رسمی جز منابع حقوق بین‌الملل نام برده نشده، اما همگی بر مبنای تعقلی که ناشی از اندیشه‌های آکادمیک و تجربه پرونده‌های مختلف تشکیل شده در مراجع رسیدگی است در ایجاد رویه‌ای غالب در جامعه بین‌المللی و همچنین در روند حل‌وفصل اختلافات بین دولت‌ها نقش مؤثر و مهمی ایفا کرده است.

۷. نگاهی به چالش‌های دو مفهوم عقل و قید مارتنز

۷.۱. چالش‌های قید مارتنز نسبت به عقل

اما قید مارتنز در فرایند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی همواره با انتقادهایی نیز مواجه بوده است. برای نمونه برخی بر این نظرند که قید مارتنز بیشتر منعکس‌کننده ایده‌آل‌هاست تا واقعیات و استانداردهای رفتاری (Bodansky, 1995: 141). گفته شده است که مبانی ملتزم‌سازی^۱ قید مارتنز متزلزل است، چراکه به‌نظر می‌رسد قواعد عرفی در این زمینه صرفاً دربردارنده مجموعه‌ای از اهداف آرمانی‌اند تا الزامات واقع‌گرایانه در مورد اعمال و رفتار دولت‌ها؛ بزای مثال اغلب دول غیر غربی در چارچوب اعلامیه تونس (مصوب ۴۲ دولت آفریقایی در سال ۱۹۹۲) و اعلامیه بانکوک (مورد پذیرش ۳۴ دولت آسیایی در سال ۱۹۹۳) اعلام کردند که عرف‌های مدرن حقوق بشری واجد تعهدات الزام‌آور نبوده و تنها انعکاسی از یک سلسله توصیه‌های آرمانی‌اند (Roberts, 2001: 770) ضمن اینکه برخی نیز

1. Regulatory

عرف مدرن ناشی از قید مارتنز را «حقوق نرم» عنوان کرده اند که حقوق به مفهوم واقعی تلقی نمی‌شود (Weil, 1983: 415). علاوه بر این، از دیگر انتقاداتی که معمولاً در این عرصه مطرح می‌شوند امکان به وجود آمدن موقعیت‌هایی به منظور سوء استفاده‌های سیاسی و حقوقی و فقدان مشروعیت به لحاظ نادیده گرفتن رضایت دولتهاست (Fidler David, 1996: 216). همچنین به زعم پروفیسور داماتو رویکرد مدرن، بنیان نظری عرف را از طریق وارونه کردن برتری سنتی رویه بر اعتقاد حقوقی از بین می‌برد (D'Amato, 1987: 100). در این عرصه برونا سیما و فیلیپ آلستون بر این نظرند که رویکرد مدرن برای عرف، یک «بحران هویت» ایجاد می‌کند و از این‌رو بهتر است قواعد حاصل از آن از منظر اصول کلی حقوق بین‌الملل مورد توجه قرار گیرند تا عرف (Simma & Aleston, 1989: 82). از منظر سر رابرت جنینگز نیز بیشتر آنچه ما سرسختانه در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی مدرن بر آن تأکید می‌کنیم نه تنها عرف نیست حتی شبیه آن هم نیست؛ عباراتی چون «عرف مدرن»، «جدید»، «معاصر» و «آنی» ذاتاً متناقض‌اند و مبانی واقعی ساخت حقوق را به چالش می‌کشند. به‌طور کلی، عمده انتقادهای مطروحه در چارچوب این بحث دال بر نادیده گرفتن نقش قالب و برجسته رویه دولتهاست که چنین روندی ولو منطبق با عدالت، سبب نابودی نظام حقوق بین‌الملل از طریق بی‌ثبات کردن آن می‌شود (Hoffmann, 2006: 20)، اما این همه ماجرا نیست. عرف مدرن با تمام انتقادات موجود، حقیقتاً از مبانی مستحکمی برخوردار است و به همین سبب در عرصه رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان شیوه‌ای نوین در روند قاعده‌سازی حقوقی پذیرفته شده است. پذیرش چنین شیوه‌ای به واقع واکنشی به این مسئله بوده است که نظام سنتی موجود نمی‌توانسته در تمام موارد پاسخگوی اقتضائات و ضرورت‌های جامعه بین‌المللی باشد (Fidler David, 1996: 216). در رویکرد جدید اگرچه اراده دولتها تا حد زیادی تعدیل می‌شود، نقش‌آفرینی آن هیچ‌گاه حذف نمی‌شود. در عرف مدرن اصول و مبانی ارزشی و انسان‌گرایانه حقوق طبیعی جایگزین رویه دولتها در وهله اول می‌شود و از این رهگذر نقشی برجسته می‌یابد. امری که متأثر از رشد و توسعه مفاهیم انسانی و ملاحظات بشردوستانه در چارچوب نظام بین‌الملل کنونی مورد پذیرش قرار گرفته است و از نظر ما تحولی مؤثر در فرایند عرف‌سازی و به‌طور کلی قاعده‌سازی بین‌المللی در حوزه حقوق بشر به حساب می‌آید؛ تحولی اجتناب‌ناپذیر در عصر حاضر و به‌منظور تحقق آرمان بشریت و احترام به کرامت انسانی (زرنشان، ۱۳۹۷: ۳۳۳). اما ریشه و اساس این تحول کجاست؟ به تعبیری پذیرش نگرش جدید در روند شناسایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در عملکرد دیوان بین‌المللی دادگستری مبتنی بر چیست؟ در پاسخ باید گفت که در رویکرد جدید احراز قاعده بر مبنای اثبات اولیه و محوری اعتقاد حقوقی دولتها صورت می‌پذیرد اعتقادی که نه ناشی از ملاحظه رویه، بلکه منبعث از اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی است (اصولی منبعث از اقتداری و رأی و اراده دولتها) در این زمینه به‌نظر می‌رسد، اگرچه تحولات در نگرش دیوان تحت تأثیر تحولات

مرتبط با رشد و توسعه مفاهیم انسانی صورت گرفته است، منشأ چنین تحولی را در واقع، باید متأثر از تدوین و تصویب «قید مارتنز» در جامعه بین‌المللی دانست. اعلامیه‌ای که در آن جامعه جهانی پذیرفت در حوزه ملاحظات بشری و انسان‌دوستانه شکل‌گیری قاعده می‌تواند تحت تأثیر و نفوذ غالب اصول و اندیشه‌های حقوق طبیعی نیز صورت پذیرد. اعلامیه‌ای که تصویب و انتشار آن خود تحت تأثیر تحولات ناشی از رشد و گسترش اصول و مبانی حقوق بشر به‌ویژه در اوایل قرن بیستم بوده است و ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو به‌نوعی تجلی خاص همین قید است که دیوان در شناسایی آن ملاحظات انسانی و تمنیات وجدان جمعی را در وادی امر مورد توجه قرار داده است و این یعنی اثرگذاری و نقش‌آفرینی مستقیم مبانی حقوق بین‌الملل و بشر در فرایند شکل‌گیری و تحول مهم‌ترین منابع آن یعنی عرف (زر نشان، ۱۳۹۷: ۳۳۳).

۲.۷. چالش‌های حقوق بین‌الملل اسلام نسبت به عقل

حقوق بین‌الملل در اسلام دربرگیرنده کلیه قواعد حاکم بر روابط بین‌المللی و تأمین‌کننده تمامی حقوق انسان‌ها در روابط بین‌المللی است. ایجاد چنین قواعدی جامع و کامل، صرفاً بر اراده‌های بشر استوار نیست، بلکه باید خاستگاه اصلی آن را در اراده فرابشری و خداوندی جست‌وجو کرد. به قول پرفسور مارسل بوازار، اسلام‌شناس مشهور سوئیسی، «اگر فلسفه تأسیس دانش حقوق بین‌الملل را در دگرگونی در روابط ملت‌ها و جلوگیری از تجاوز زورمندان و توانگران و برابری و برادری انسان‌ها بدانیم، باید اذعان کنیم که پیغمبر اسلام (ص) بنیانگذار حقوق بین‌الملل بوده است». از آنجایی که اسلام همواره در پی کرامت و آزادی انسانی بوده است و در تلاش برای دستیابی به این مهم راه‌های مختلفی را تبیین کرده تا به‌وسیله آن انسان‌ها را به‌سوی کرامت انسانی سوق دهد، که این امر خود دال بر این مطلب است که اسلام توجه ویژه‌ای به حقوق بشر دارد. از این‌رو مسلمانان برای دستیابی به حقوق انسانی خویش به بسیاری از کنوانسیون‌ها بین‌المللی حقوق بشری اعتقاد داشته و بدان پیوسته‌اند، تا به‌وسیله این کنوانسیون‌ها بتوانند در سطح بین‌الملل حقوق بشر را دایر کنند. اما باید این نکته را فراموش نکرد که اسلام از ادیان آسمانی است و همواره پیروان آن می‌بایست در چارچوب اسلام و شریعت آسمانی خویش گام بردارند، لذا در برخی موارد پیش می‌آید که این کنوانسیون‌های بین‌المللی مطابق با موازین اسلام و شرع نیستند و سبب می‌شود تا چالش‌هایی در این خصوص ایجاد شود؛ از جمله این موارد «ملازمة عقل و شرع» در حقوق بین‌الملل اسلام است؛ عقل انسان با تمام توانمندی‌هایی که در فهم و تحلیل معارف دینی دارد، در مواردی با محدودیت‌هایی روبه‌روست. موید این مطلب فرمایش گهربار امام جعفر صادق (ع) است که راوی در این باره از امام سوال می‌کند: «آیا عقل انسانی به‌تنهایی برای مردم کفایت

می‌کند؟ امام (ع) فرمودند: «خود عقلی که در انسان وجود دارد، درمی‌یابد که قادر به درک همه چیز نیست. عقل نقش بارزی در تقویت دین داشته و دین هم در ترویج تعقل گام‌های مؤثری برداشته است، طبیعی است که بین این دو رابطه تنگاتنگی برقرار باشد. ولی چون دین گاهی موضوعاتی را مطرح می‌سازد که یا به‌طور کلی در دسترس و اختیار عقل نیستند و یا هرکسی توان هضم و ظرفیت آنها را ندارد، از این رو طبیعی است که در ظاهر نوعی ناسازگاری بین عقل و دین احساس شود. اگرچه در تعلیم اسلام هم به مسئله عقل و هم به موضوع دین پرداخته شده و عقل به‌عنوان حجت باطنی همان خدایی معرفی گردیده که شریعت (دین) را به‌وسیله حجت ظاهری خویش به‌سوی مردم گسیل داشته است، ولی در عین حال این مسئله همواره میدان تاخت‌وتاز افراط و تفریط در حوزه‌های فکری فرهنگی بوده است. گروهی اعتبار عقل را اساساً زیر سوال برده و یا آن را انکار کرده‌اند و بر همین اساس کاربرد عقل را در حوزه معارف و آموزه‌های دینی سخت‌مورد نکوهش قرار داده‌اند. در مقابل این دسته گروهی نیز قائل به حاکمیت مطلق عقل بوده و با طرح مباحث آزاد عقلی در معارف و اعتقادات دینی به اظهارنظر پرداخته‌اند. در استفاده از عقل به‌عنوان ابزاری برای فهم و اجتهاد در مورد مسائلی که قابلیت فهم و دستیابی به معنای آنها از طریق منابع اصلی اسلام امکان‌پذیر نیست، در تاریخ اسلام فراز و فرودهای زیادی گذشته است. گاهی اجتهاد بر پایه قرآن و سنت پیشی می‌گرفته و استفاده از عقل کنار گذاشته شده است به این معنا که عقل را نه به‌عنوان یکی از منابع اصلی دین‌شناسی، صرفاً برای رهیافت اصول نامشخص به‌کار می‌گرفته‌اند و گاه دیگر عقل به‌عنوان یکی از منابع فهم اصول دینی در کنار سایر منابع، در مواردی که امکان فهم عبارات و معنای دقیق احکام مشخص نبوده و به‌دلیل تغییر در مقتضیات زمان نیاز به استفاده از عقل احساس می‌شده، به‌کار می‌رفته است. کما اینکه خداوند انسان را موجودی عاقل آفریده است. نگاه اول را کارایی غیراستقلالی عقل می‌دانند و منظر دوم را کارایی استقلالی عقل؛ بدین معنا که در مفهوم اول، عقل ممکن است در کنار سایر منابع استنباط احکام، مورد استفاده علما قرار گیرد و نوعی ابزار شناخته می‌شود یا ممکن است به‌عنوان منبعی مستقل که خود نیاز به بررسی و تحلیل دارد در استنباط احکام مورد استفاده باشد.

می‌دانیم که در حقوق بین‌الملل اسلام، بین عقل و شرع ملازمه وجود دارد. همان‌گونه که شارع مقدس حکمی صادر نمی‌کند که خلاف قواعد و اصول عقلی انسان متعارف باشد، قانونگذار نیز در مقام قانونگذاری در جامعه اسلامی موارد منطبق با شرع را بر اساس اصول عقلی قانونگذاری کرده و از این‌رو در هر مرحله از شرع و قانون، ارتباط این دو از بین نمی‌رود. روشن است که عقل ابزار فهم انسان است و شرع روشن‌کننده راه او و تناقض و ناهماهنگی بین این دو مقوله صرفاً سبب گمراهی انسان از مسیر صحیح تعقل و ایمان خواهد بود. غزالی از جمله متفکرانی است که بین عقل و دین هماهنگی کامل برقرار کرده و تعارضی بینشان قائل نیست. از تتبع در آثار غزالی می‌توان چنین برداشت کرد که عقل و

دین در تعارض نیستند. چنانکه در کتاب *المعارج المقدس* می‌گوید: «فاشرع عقل من خارج و العقل شرع من داخل و هما متعاضدان بل متحدان». در کتاب *المستصفی* نیز عقل را قاضی و شرع را شاهد معرفی می‌کند. از دیدگاه غزالی بین عقل و نقل تعاطی و همگرایی وجود دارد. همچنین کسی که صرفاً دیگران را به تقلید محض همراه با عزل و کنار گذاشتن عقل فرا می‌خواند، کاملاً جاهل است و کسی که صرفاً به عقل اکتفا کند و توجهی به نور قرآن و سنت نداشته باشد، او نیز جاهل است. تأکید غزالی بر شناخت شرع به وسیله عقل است. وی در کتاب *قانون التأویل* خطاب به کسانی که سعی در سازگار کردن عقل و شرع دارند بیان می‌کند که «به وسیله عقل است که شرع را می‌شناسیم هرگز عقل را تکذیب نکنید» و در آخر به این نتیجه رسیده است که شرع، عقل بیرونی و عقل، شرع درونی است که هر کدام با هم دیگر معاضد و معاون اند. وی در خصوص رابطه عقل و دین، هر دو را حجت‌های الهی دانسته که نقش هدایت‌گری بر عهده آنهاست بر همین اساس می‌توان گفت که در تفکر غزالی نوعی هم‌زیستی بین عقل و نقل وجود دارد. بنابراین، حقیقت دین در دو معنای «وحی» و «عقل» قابل درک است. این دو مفهوم همچنان که مکمل یکدیگرند یاری‌رسان هم نیز هستند. با کمک عقل آنچه از وحی نازل گردیده را کندوکاو می‌کنیم و با مدد از وحی، به شکوفایی و گسترش مفهوم عقل کمک می‌کنیم. با تغییرات گسترده اموری که در زمان جاری است بدون مدد از عقل نمی‌توانیم به فهم درست از اصول دینی برسیم و نیاز است که ذهن خود را با تعقل مبتنی بر شرع در جهت فهم کمالات دین هماهنگ کنیم.

۷. نتیجه

در تطابق استفاده از عقل به عنوان ابزار شناسایی اصول اساسی در حوزه حقوق بین‌الملل اسلام و جایگاه قاعده‌مارتنز به عنوان نقطه عطف ورود اصول انسانیت و حقوق بشر در حوزه عملکرد دولت‌ها، آنچه شایان توجه است تشابه این دو مفهوم و در کنار یکدیگر قرار گرفتن این دو در اعلامیه حقوق بشری است. چراکه تدوین‌کنندگان اعلامیه در روزهای اول کار خود علاقه زیادی به انجام مباحث فلسفی و آوردن عقل در کنار قید مارتنز بودند و اغلب معتقد بودند که ابتدا باید مقدمه‌ای فلسفی برای اعلامیه جهانی حقوق بشر تدوین و سپس بر شالوده آن حقوق بشر را احصا کرد، در عمل، غامض بودن مباحث فلسفی درباره ماهیت انسان سبب شد تا تدوین مقدمه اعلامیه به مراحل پایانی کار موکول شود و این امر موجب شد این مقدمه نه به عنوان بنیان، بلکه به عنوان تکمله یا جزئی خارج از متن اصلی اعلامیه نوشته شود و از جنبه نظری فاصله بگیرد. مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر، در خصوص چرایی اهمیت حقوق بشر توضیح می‌دهد، اما در توضیح چرایی انسان ضعیف است. اما در عین حال این گونه نیست که اعلامیه جهانی حقوق بشر هیچ ایده‌ای در خصوص انسان و دلیل برخورداری او از حقوق نداشته باشد.

اعلامیه مزبور تا آنجا که به ماهیت انسان مربوط است، تصویری تلفیقی ارائه می‌دهد و با معرفی انسان به عنوان موجودی دارای عقل و وجدان از تعریف بیولوژیک از انسان فاصله گرفته است و مفاهیم دوره روشنگری را با تزریق عنصر وجدان که از آیین کنفوسیوسی به اعلامیه وارد شد، تکامل بخشیده است. بنابراین هرچند نگاه اعلامیه به انسان از زوایای اسلامی نیست، اما ضرورتاً نمی‌توان تفسیر سکولار از این متن داشت؛ چراکه انسان‌ها به دلیل کرامت ذاتی خود از حقوق بشر برخوردارند. انسان‌ها کیفیات و ارزش خاصی دارند که برای همه افراد بدون استثنا باید محترم شمرده شود. استفاده از ابزار عقل در حقوق بین‌الملل امری رایج است که مکرر اتفاق می‌افتد، لیکن پس از انجام پژوهش مشخص شد حقوق بین‌الملل به دلیل احاطه و سلطه عملکرد دولت‌ها و اراده آنها در تعیین تمامی امور مربوط به جامعه بین‌المللی در بسیاری از موارد دستخوش تغییرات و اتفاقاتی است که از اراده دولت‌ها نشأت می‌گیرد که بعضاً اثری از تعقل نیز در آنها نمود نداشته و بیشترین عنصر به‌کاررفته در آن عنصر قدرت توأم با سیاست است حال آنکه حقوق بین‌الملل اسلام همواره استفاده از عقل را به عنوان یکی از منابع اصلی مندرج در متون خود مدنظر قرار داده و از آن بهره برده است. شرط مارتنز در حال تبدیل شدن به قاعده‌ای مهم و ضروری در حقوق بین‌الملل است، زیرا حاوی عناصر حقوق بشری است که مفهوم انسانیت، وجدان جمعی، اصول انسانی و اصول دیگری از حقوق را در بردارد که حتی به نحو تفسیری به جرم‌انگاری جرایم علیه بشریت منجر شده و این دو مفهوم با یکدیگر پیوندی اساسی خورده‌اند؛ علاوه بر این، در بخشی از قید مارتنز به صراحت بر امکان شکل‌گیری حقوق بین‌الملل بر مبنای اصول انسانیت و تمنیات وجدان جمعی تأکید شده و این همان نفوذ و تأثیرگذاری بلاواسطه‌ای است که اصول و مبانی حقوق طبیعی که عقل از جمله آنهاست، در عرصه قواعد کیفری بین‌المللی از آن برخوردار شده‌اند. از این رو قید مارتنز، مانند عقل، مانعی بزرگ برای ارتکاب جرایم علیه بشریت توسط دولت‌هاست که به استناد آن بازیگران جامعه بین‌المللی از انجام اموری که وجدان بشریت را دچار آسیب و هجمه‌های سنگین می‌کنند را برحذر می‌دارد و این همان چیزی است که عقل نیز بدان حکم می‌کند؛ بنابراین، این قاعده مانند عقل ظرفیت تبدیل شدن به یکی از اصول اساسی حقوق بین‌الملل و منبعی کارآمد و بسیار بااهمیت در این رشته از حقوق را داراست. با این حال، نتیجه پایانی اینکه از دیدگاه اعلامیه جهانی حقوق بشر از یک سو مبنای حقوق بشر می‌تواند آن گونه که مقدمه اعلامیه می‌گوید، اراده دولت‌ها و ملت‌ها باشد که به آن متعهد شده و آن را عالی‌ترین آمال مشترک مردم تلقی کرده‌اند و از سوی دیگر مبنای آن می‌تواند چیزی خارج از اراده انسان و مبتنی بر کرامت ذاتی باشد. ممکن است که بخش اول این گزاره معرف نگاهی پوزیتیویستی باشد، اما بی‌شک بخش دوم، اعلامیه را از چارچوب اراده‌گرایی محض خارج می‌کند.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۵). *فلسفه حقوق بشر*. قم: اسراء.
۲. صفایی، حسین (۱۳۹۳). *مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی*. چ سوم، تهران: میزان.
۳. ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۸۹). *اسلام و حقوق بین‌الملل*، کتابخانه گنج دانش.
۴. فلک، دیتر (۱۳۹۲). *حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه*. چ سوم، ترجمه قاسم زمانی، تهران: شهر دانش.
۵. قریب، محمد (۱۳۹۴). *نثر طوبی: دائره‌المعارف لغات قرآن مجید*. چ ششم، تهران: اسلامیه.
۶. کاشفی، محمدرضا (۱۳۸۶). *کلام شیعه*. چ اول، تهران: پژوهشگاه تهران و فرهنگ اسلامی.
۷. مطهری، مرتضی (۱۳۷۷). *عدل الهی*. تهران: صدرا.
۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲). *جلوه حق (بحثی پیرامون صوفیگری در گذشته و حال)*. چ چهارم. قم: انتشارات علی بن ابیطالب (ع).

ب) مقالات

۹. ابراهیمی، علیرضا (۱۴۰۰). فقدان دلیل عقل در فرایند هنجارسازی قواعد بین‌المللی، *پژوهش‌های فقهی*، ۱۷ (۲).
۱۰. بحرینی، علی؛ قاری سید فاطمی، سیدمحمد (۱۴۰۰). ویژگی‌های انسان از منظر نویسندگان اعلامیه جهانی حقوق بشر. *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، ۵۱ (۲)، ۵۱۹-۵۳۵.
۱۱. بشیره، صادق؛ محمدرضا، ساوالان (۱۴۰۰). جایگاه و کارکرد عقل در فقه اسلام و حقوق بین‌الملل. *کنگره علمی پژوهشی فقه، حقوق، روانشناسی، علوم تربیتی*.
۱۲. بیگزاده، ابراهیم؛ تاور، اسماعیل (۱۳۹۶). سهم دیوان بین‌المللی دادگستری در تجلی مفهوم بشریت. *مجله حقوقی بین‌المللی*، ۳۴ (۵۷)، ۷-۲۸.
۱۳. بیگزاده، ابراهیم؛ تاور، اسماعیل (۱۳۹۸). مفهوم بشریت در آیین مکاتب حقوق بین‌الملل؛ جدال رویکرد مدیریت‌گرا در برابر طرح انسانی شدن. *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۱۰ (۱)، ۶۹-۹۲.
۱۴. پارسانیا، حمید (۱۳۹۰). *فلسفه حقوق بشر از دیدگاه آیت الله جوادی آملی*. فصلنامه اسراء، ۳ (۳)، ۱۲۹-۱۴۶.
۱۵. جهان مهین، شکرالله (۱۳۸۹). منزلت عقل در روایات. *مجله عقل و دین*، ۲ (۲)، ۵۳-۶۶.
۱۶. حسینی، محمد؛ راعی دهقی، مسعود (۱۳۹۵). معناشناسی «وجدان انسانی» در اسناد بین‌المللی. *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، ۴۶ (۲)، ۴۴۱-۴۶۳.
۱۷. دهقانی، پریسا؛ رضائی قوام‌آبادی، محمدحسین؛ علی‌پور، محمدرضا (۱۴۰۰). مداخل‌های ورود و کارکردهای شرط مارتنز در حقوق کیفری بین‌المللی. *پژوهش حقوق کیفری*، ۹ (۳۵)، ۲۰۳-۲۳۷.

۱۸. زر نشان، شهرام (۱۳۹۷). نسبت میان شرط مارتنز و حقوق بشر در نظم حقوقی بین‌المللی جدید. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۴۸(۲)، ۳۳۸-۳۱۹.
۱۹. زمانی، سید قاسم؛ پیری، حیدر (۱۳۹۱). کارکرد منافع ملی حیاتی در حوزه‌های انسانی حقوق بین‌الملل: حقوق بشردوستانه. مجله حقوقی دادگستری، ۷۶(۷۹)، ۷۱-۳۹.
۲۰. عزیزی، آریا (۱۳۹۷). شناسایی از دیدگاه حقوق بین‌الملل اسلام و حقوق بین‌الملل معاصر. نشریه قانون یار، ۲(۶)، ۴۸۳-۴۵۷.
۲۱. قائدان، اصغر؛ شریفی طرازکوهی، حسین؛ باقری، سمیه (۱۳۹۳). قواعد حقوق جنگ در اندیشه فقه‌های شیعه و مقایسه آن با قوانین حقوق بشردوستانه در عصر حاضر. فقه و مباحث حقوق اسلامی، ۲(۲).
۲۲. محمدزاده، علی‌اکبر؛ عندلیب، حسین؛ سیاحت اسفندیاری، عابدین (۱۳۹۴). جایگاه و کاربرد عقل و عقلانیت در فقه و حقوق اسلامی و حقوق غربی. دومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین در مدیریت، اقتصاد و علوم انسانی.
۲۳. ورکی البرزی، مسعود (۱۳۸۶)، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه. فصلنامه حقوق اساسی، ۸(۸).

۲. عربی

– کتاب‌ها

۱. طباطبایی، محمدحسین (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن. چ پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق). العین. تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرای. چ اول، قم: دارالهجره.
۳. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق). بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار ائمه الاطهار. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴. هاشمی، محمود (۱۴۰۵ق). بحوث فی علم الاصول (تقریرات درس آیت‌الله سیدمحمدباقر صدر). چ دوم، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

۳. انگلیسی

A) Books

1. Askin, K. (1997). *War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*. Martinus Nijhoff Publishers.
2. Fennimore, M. (1996). *National Interests in International Society*. Ithaca, New York: Cornell University Press.
3. Abi-Saab, G. (1986). *Conflicts armes non internationaux*. in: Les dismensions internationals du droit humanitaire, UNESCO, Pedone, Paris.
4. Hoffmann, T. (2006). *Dr. Opinio Juris and Mr. State Practice: The Strange Case of Customary International Humanitarian Law*. Budapest.
5. Kretzmer, D. (2003). *The Occupation of Justice presents the first comprehensive discussion of the Supreme*, Quoted in: Pengon: Stop the Wall in Palestine, Palestine.
6. Lindholm, T. (1999). Article ono of the UDHR, part of the Book Absjorn Eide and Gudmundur Alfredson, *The Universal Declaration of Human Rights: a Common*

- Standard of Achievement*, Martinus Nijhoff Publishers.
7. Ramcharan, R. & Ramcharan, B. (2019). *Asia and the Drafting of the Universal Declaration of Human Rights*. Palgrave Macmillian.
8. Wilhelm, R.J. (1972). *Problems relatifs a la protection de la personne humaine par le droit international dans les conflits armes ne presentant pas un caractere international*. RCDI, tome 137.
9. Simma, B. & Aleston, P. (1988-89). *The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*. Astralian Yearbook of International Law.
10. Flek, D. (2012). *Humanitarian Rights in Armed Conflicts*. translator: Ghasem Zamani, Tehran, Shahr Danesh, third edition.

B) Articles

11. Bodansky, D. (1995). Customary (and Not So Customary) International Environmental Law. *Indian Journal of Global Legal Stud.* 3, 105.
12. D'Amato, A.A. (1987). Trashing Customary International Law. *American Journal of International Law.* 81(1), 101-105. <https://doi.org/10.2307/2202136>
13. Roberts, E. (2001). Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation. *American Journal of International Law.* 95(4), 757-791. <https://doi.org/10.2307/2674625>
14. Fidler, D.P. (1996). Challenging the Classical Concept of Custom. *German Yearbook of International Law.* 46, 198-248. https://doi.org/10.1057/9780230629301_4
15. Lippman, M. (2000). Humanitarian Law: War on Women. *Michigan State University DCL Journal of International Law.* 9(1), 33-120.
16. Meron, T. (2000). The Martens Clause Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience. *American Journal of International Law.* 94(1), 78-89. <https://doi.org/10.2307/2555232>
17. Mundis, D. (2001). The Legal Character and Status of the Rules of Procedure and Evidence of the ad hoc International Criminal Tribunals. *International Criminal Law Review.* 1(3-4), 191-239. <https://doi.org/10.1163/15718120121002621>
18. Pictet, J. (1979). The Fundamental Principles of the Red Cross: Commentary. *International Review of the Red Cross.* 20(218), 250-255. <https://doi.org/10.1017/S0020860400089476>
19. Salter, M. (2012). Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause. *Journal of Conflict & Security Law.* 17(3), 403-437. <https://doi.org/10.1093/jcsl/krs013>
20. Veuthey, M. (2003). Public Conscience in International Humanitarian Action, *Refugee Survey Quarterly.* 22(4), 197-224.
21. Weil, P. (1983). Towards Relative Normativity in International law?. *American Journal of International Law.* 77(3), 413-442. <https://doi.org/10.2307/2201073>