

حقوق شناسی عمومی
دوره مقدماتی

مقدمه علم حقوق

با

رویکرد به حقوق ایران و اسلام

مصطفی دانش پژوه

استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

پاییز ۱۳۹۰

دانش پژوه، مصطفی، ۱۳۳۵-

مقدمه علم حقوق (با رویکرد به حقوق ایران و اسلام) / مصطفی دانش پژوه. - قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۸۹.

دوازده، ۲۷۶ ص:.. نمودار - (پژوهشگاه حوزه و دانشگاه: ۱۶۸. حقوق؛ ۱۷) (سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)؛ ۱۳۳۱. حقوق؛ ۸۴)

ISBN: 978-600-5486-19-3

بها: ۳۰۰۰ ریال

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیبا.

کتابنامه: ص. [۲۵۵] - ۲۶۳؛ همچنین به صورت زیر نویس.

نمایه.

چ. ۲: زمستان ۱۳۸۹. چ. ۳: پاییز ۱۳۹۰. چ. ۴: زمستان ۱۳۹۰. چ. ۵: زمستان ۱۳۹۰. بها: ۳۹۰۰۰ ریال.

۱. حقوق ۲. حقوق - ایران. الف. پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. ب. سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت). ج. عنوان.

۳۴۰

۱۳۸۹ م ۷ د ۲ / ۲۳۰ K

۱۸۸۳۲۴۸



مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام

مؤلف: مصطفی دانش پژوه

ناشر: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه (شماره انتشار: ۱۶۸، حقوق: ۱۷)

ناشر همکار: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی (شماره انتشار: ۱۳۳۱، حقوق: ۸۴)

ویراستار: محمود سوری

حروفچینی و صفحه‌آرایی: اداره چاپ و انتشارات پژوهشگاه

چاپ پنجم: زمستان ۱۳۹۰ (چاپ چهارم: زمستان ۱۳۹۰)

تعداد: ۸۰۰۰ نسخه (تا چاپ چهارم: ۴۲۰۰۰ نسخه)

لیتوگرافی: سعیدی

چاپ: قم - سبحان

قیمت: ۳۹۰۰۰ ریال

کلیه حقوق برای ناشران محفوظ و نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

قم: ابتدای شهرک پردیسان، بلوار دانشگاه، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۰۲۵۱-۲۱۱۱۱ (انتشارات ۲۱۱۱۳۰۰)، نمابر: ۲۸۰۳۰۹۰
تهران: خیابان انقلاب، بین وصال و قدس، نبش کوی اسکو، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن ۶۶۴۰۲۶۰۰ و ۶۶۹۷۸۹۲۰

Website: www.rihu.ac.ir

Email: info@rihu.ac.ir

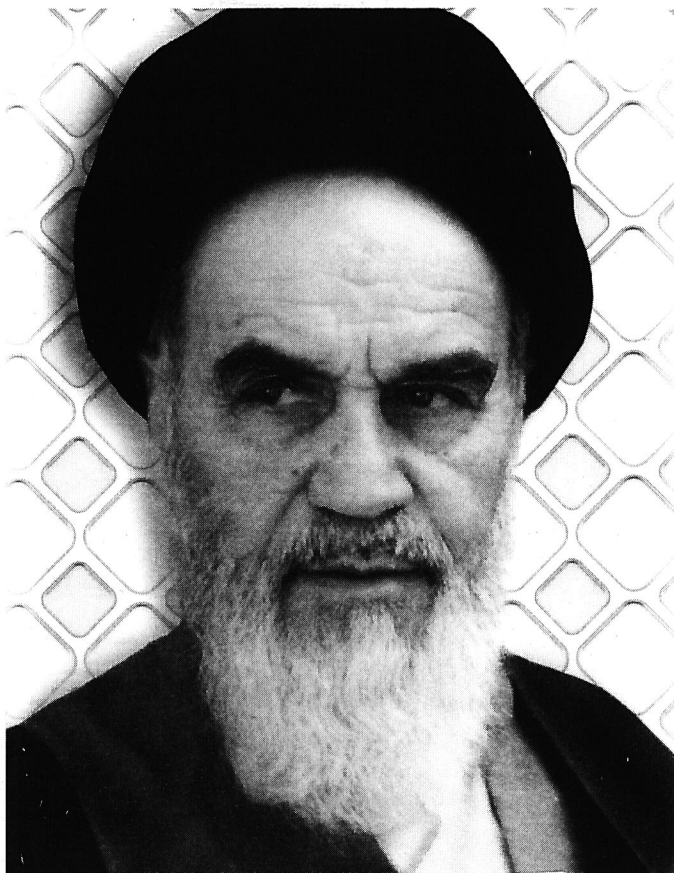
تهران: بزرگراه جلال آل احمد، تقاطع پل یادگار امام، روبه‌روی پمپ گاز، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)،

تلفن: ۴۴۲۳۴۸۴۲۳، نمابر: ۴۴۲۴۸۷۷۷ □ تهران: خ انقلاب، خ ابوریحان، ش ۱۰۷ و ۱۰۹. تلفن: ۰۶۶۴۰۸۱۲۰، نمابر: ۶۶۴۰۵۶۷۸

Website: www.samt.ac.ir

Email: info@samt.ac.ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



باید کوشش در راه علم و به دست آوردن تخصص در رشته‌های
مختلف، اساس فعالیت دانشجویان عزیز باشد.

صحیفه امام، ج ۱۰، ص ۸۰

پیام پژوهش

نیاز گسترده دانشگاه‌ها به منابع و متون درسی با نگرش اسلامی در رشته‌های علوم انسانی و محدود بودن امکانات مراکز علمی و پژوهشی که خود را موظف به پاسخگویی به این نیازها می‌دانند، ایجاب می‌کند، امکانات موجود با همکاری دانشگاه‌ها و مراکز پژوهشی در مسیر اهداف مشترک به خدمت گرفته شود و افزون بر ارتقای کیفی و کمی منابع درسی از دوباره‌کاری جلوگیری به عمل آید.

به همین منظور پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، سی و یکمین کار مشترک خود را با انتشار کتاب مقدمه علم حقوق (با رویکرد حقوق ایران و اسلام) به جامعه علمی کشور عرضه می‌کنند.

این کتاب برای دانشجویان رشته حقوق به عنوان کتاب مبنایی درس «مقدمه علم حقوق» تدوین شده است. امید است علاوه بر جامعه دانشگاهی، سایر علاقه‌مندان نیز از آن بهره‌مند شوند.

فهرست مطالب

پیشگفتار	۱
مقدمه	۵
مفهوم و تعریف «مقدمه علم حقوق»	۵
فصل نخست: دانش حقوق	۹
گفتار نخست: کلیات	۹
مبحث اول: تعریف علم حقوق	۹
مبحث دوم: موضوع علم حقوق	۱۰
مبحث سوم: روش مطالعه و تحقیق در علم حقوق	۱۱
مبحث چهارم: اهداف آموزش علم حقوق	۱۱
گفتار دوم: رابطه علم حقوق با دیگر علوم نزدیک و مرتبط	۱۲
مبحث اول: حقوق و جامعه‌شناسی	۱۳
مبحث دوم: حقوق و روان‌شناسی	۱۴
مبحث سوم: حقوق و علوم سیاسی	۱۵
مبحث چهارم: حقوق و علم اقتصاد	۱۵
مبحث پنجم: حقوق و تاریخ	۱۶
مبحث ششم: حقوق و فقه	۱۷
گفتار سوم: تقسیم‌ها و شاخه‌های علم حقوق	۱۸
مقدمه: موضوع و مبانی تقسیم	۱۸

مبحث اول: حقوق عمومی و حقوق خصوصی	۲۰
بند یک - زمینه و معیارهای تقسیم	۲۰
بند دو - تعریف حقوق عمومی و حقوق خصوصی	۲۱
بند سه - شاخه‌های فرعی حقوق عمومی و حقوق خصوصی	۲۲
مبحث دوم: حقوق ملی و حقوق بین‌المللی	۳۶
بند یک - معیار تقسیم	۳۶
بند دو - شاخه‌های حقوق بین‌الملل	۳۷
مبحث سوم: حقوق تطبیقی	۴۲
مبحث چهارم: دانش‌های وابسته و تلفیقی حقوق	۴۳
بند یک - فلسفه حقوق	۴۴
بند دو - تاریخ حقوق	۴۵
بند سه - جامعه‌شناسی حقوق	۴۵
● پرسش و خودآزمایی	۴۶
● چکیده نموداری مباحث	۴۸
 فصل دوم: قاعده حقوقی	۴۹
گفتار نخست: تعریف و ضرورت حقوق	۵۰
مبحث اول: تعریف	۵۰
مبحث دوم: ضرورت	۵۰
گفتار دوم: اوصاف و ویژگی‌های قاعده حقوقی	۵۱
مبحث اول: عمومیت و شمول	۵۱
مبحث دوم: انسانی، رفتاری، اجتماعی و دستوری بودن	۵۲
مبحث سوم: الزامی بودن و قابلیت اجبار داشتن	۵۳
مبحث چهارم: برخورداری از ضمانت اجرای دولتی	۵۴
گفتار سوم: انواع قواعد حقوقی	۵۷
مبحث اول: قواعد آمره و تکمیلی	۵۷
بند یک - مبنا و ریشه تقسیم	۵۷
بند دو - تعریف و قلمرو	۵۸
بند سه - فایده قواعد تکمیلی و تمیز آن از قواعد آمره	۵۹
مبحث دوم: قواعد ماهوی و قواعد شکلی	۶۰

مبحث سوم: قواعد الزامی و قواعد اذنی	۶۰
گفتار چهارم: موضوع قواعد حقوقی؛ حق	۶۱
مبحث اول: تعریف و تحلیل حق	۶۱
مبحث دوم: ارکان حق و رابطه آن با تکلیف	۶۲
مبحث سوم: انواع حق	۶۳
بند یک - به اعتبار دارنده حق	۶۴
بند دو - به اعتبار موضوع	۶۴
مبحث چهارم: مراحل حق و شرایط اجرای آن	۶۶
بند یک - مراحل حق	۶۶
بند دو - شرایط اجرای حق	۶۶
گفتار پنجم: رابطه قواعد حقوقی با دیگر قواعد اجتماعی - رفتاری	۶۷
مبحث اول: قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی	۶۷
بند یک - مفهوم اخلاق	۶۷
بند دو - وجوه اشتراک و افتراق قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی	۶۸
بند سه - رابطه و تأثیر متقابل حقوق و اخلاق	۷۲
مبحث دوم: قواعد حقوقی و قواعد دینی و مذهبی	۷۳
مقدمه: طرح بحث و تعریف دین	۷۳
بند یک - رابطه حقوق و دین به طور کلی	۷۴
بند دو - رابطه حقوق و دین اسلام به طور خاص	۷۸
بند سه - تبیین رابطه قواعد حقوقی و قواعد مذهبی (شریعت و فقه)	۸۵
بند چهار - حقوق کنونی ایران و دین و مذهب	۸۸
● پرسش و خودآزمایی	۹۱
● چکیده نموداری مباحث	۹۳
 فصل سوم: مبانی و اهداف حقوق	 ۹۵
مقدمه	۹۵
گفتار نخست: مبانی حقوق	۹۸
مبحث اول: مکاتب حقوق طبیعی	۹۹
بند یک - تبیین	۹۹
بند دو - نقد	۱۰۲

۱۰۵	مبحث دوم: مکاتب حقوق پوزیتیویستی
۱۰۵	بند یک - تبیین
۱۰۷	بند دو - نقد
۱۰۸	مبحث سوم: ارزیابی و مقایسه مکاتب حقوق طبیعی و پوزیتیویستی
۱۰۹	مبحث چهارم: مکتب حقوقی اسلام
۱۰۹	بند یک - تبیین
۱۱۲	بند دو - مقایسه مکتب حقوقی اسلام با دیگر مکاتب حقوقی
۱۱۴	گفتار دوم: اهداف حقوق
۱۱۴	مقدمه
۱۱۵	مبحث اول: دیدگاه مکاتب حقوق طبیعی
۱۱۵	بند یک - تبیین
۱۱۷	بند دو - نقد
۱۱۸	مبحث دوم: دیدگاه مکاتب حقوق پوزیتیویستی
۱۱۸	بند یک - تبیین
۱۱۹	بند دو - نقد
۱۲۱	مبحث سوم: دیدگاه مکتب حقوقی اسلام
۱۲۱	بند یک - تبیین
۱۲۴	بند دو - مقایسه مکتب حقوقی اسلام با دیگر مکاتب حقوقی
۱۲۶	نتیجه نهایی؛ تعریف دقیق حقوق
۱۲۷	● پرسش و خودآزمایی
۱۲۹	● چکیده نموداری مباحث
۱۳۱	فصل چهارم: نظام‌های مهم حقوقی
۱۳۱	مقدمه
۱۳۳	گفتار نخست: نظام‌های حقوق «سکولار-بشری»
۱۳۳	مبحث اول: نظام حقوق «رومی-ژرمنی»
۱۳۴	مبحث دوم: نظام حقوق «کامن‌لا»
۱۳۵	مبحث سوم: نظام حقوق «سوسیالیستی»
۱۳۶	گفتار دوم: نظام‌های حقوق «دینی-الهی»
۱۳۶	مبحث اول: نظام حقوق «یهود»

۱۳۷	مبحث دوم: نظام حقوق «مسیحی-کلیسایی»
۱۳۸	مبحث سوم: نظام حقوق «اسلام»
۱۳۸	بند یک - الهی، دینی و وحیانی بودن
۱۳۹	بند دو - واقع‌نگر، چند بعدی و کامل بودن
۱۳۹	بند سه - انسجام و هماهنگی
۱۴۰	بند چهار - استمرار و ثبات در عین انعطاف و تغییرپذیری
۱۴۲	بند پنج - سهولت و سماحت (راحت و کریمانه بودن)
۱۴۲	بند شش - ضمانت اجرای ایمانی
۱۴۳	بند هفت - اصالت و استقلال
۱۴۴	گفتار سوم: نظام حقوق ایران و تحولات تاریخی آن
۱۴۶	● پرسش و خودآزمایی
۱۴۸	● چکیده نموداری مباحث
۱۴۹	فصل پنجم: منابع حقوق
۱۴۹	مقدمه (مفهوم منابع و رابطه آن با مبانی)
۱۵۰	گفتار نخست: در نظام‌های حقوقی «سکولار-بشری»
۱۵۱	مبحث اول: قانون
۱۵۱	بند یک - مفهوم قانون و ویژگی‌های آن
۱۵۲	بند دو - مزایا و معایب قانون
۱۵۲	بند سه - اهمیت قانون
۱۵۳	مبحث دوم: عرف
۱۵۳	بند یک - مفهوم و تعریف عرف
۱۵۴	بند دو - ارکان و عناصر عرف
۱۵۴	بند سه - انواع عرف
۱۵۵	بند چهار - اهمیت، جایگاه و نقش عرف
۱۵۶	بند پنج - شرایط اعتبار عرف
۱۵۶	مبحث سوم: رویه قضایی
۱۵۶	بند یک - مفهوم و تعریف
۱۵۶	بند دو - اهمیت، جایگاه و نقش
۱۵۷	بند سه - تفاوت‌های مهم قانون و رویه قضایی
۱۵۸	مبحث چهارم: دکترین و اصول کلی حقوقی (اندیشه‌های حقوقی)

بند یک - مفاهیم و تعاریف	۱۵۸
بند دو - اهمیت، جایگاه و نقش	۱۵۸
گفتار دوم: منابع حقوق اسلام	۱۶۰
مقدمه	۱۶۰
مبحث اول: منابع اصلی	۱۶۱
بند یک - قرآن کریم	۱۶۱
بند دو - سنت	۱۶۱
بند سه - عقل	۱۶۳
مبحث دوم: منابع فرعی	۱۶۴
بند یک - اجماع	۱۶۴
بند دو - شهرت	۱۶۵
بند سه - سیره (عرف و عادت)	۱۶۵
بند چهار - قیاس	۱۶۶
مبحث سوم: منابع تکمیلی	۱۶۷
بند یک - احکام حکومتی	۱۶۷
بند دو - معاهدات	۱۶۸
گفتار سوم: منابع حقوق ایران	۱۶۸
مبحث اول: قانون	۱۶۹
مقدمه	۱۶۹
بند یک - قانون به مفهوم عام	۱۷۱
الف) قانون اساسی	۱۷۱
ب) قوانین عادی یا پارلمانی (قانون به معنای خاص)	۱۷۳
ج) مقررات کلی مصوب قوای مجریه، قضائیه و نهادهای خاص	۱۷۸
بند دو - قانون به مفهوم خاص (قوانین پارلمانی)	۱۸۰
الف) وضع قانون	۱۸۱
ب) اقتدار، نفوذ و اجرای قانون (لزوم اجرای قانون)	۱۸۴
ج) پایان اجرای قانون	۱۹۰
مبحث دوم: شریعت اسلامی	۱۹۰
بند یک - شریعت اسلامی، منبع رسمی و تکمیلی	۱۹۱
بند دو - مفهوم شریعت و چگونگی استناد به آن	۱۹۱
بند سه - قلمرو استناد به شریعت	۱۹۲

بند چهار - تعمیم نقش شریعت	۱۹۳
مبحث سوم: عرف	۱۹۳
بند یک - عرف، به عنوان منبع رسمی	۱۹۳
بند دو - عرف به عنوان منبع مادی و تفسیری	۱۹۴
بند سه - شرط اعتبار عرف و رابطه آن با شریعت و قانون	۱۹۵
مبحث چهارم: رویه قضایی	۱۹۶
بند یک - آرای همانند قضات	۱۹۶
بند دو - آرا و نظرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور	۱۹۷
بند سه - آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور	۱۹۷
مبحث پنجم: دکترین و اصول کلی حقوقی	۱۹۹
بند یک - دکترین	۱۹۹
بند دو - اصول کلی حقوقی	۲۰۰
● پرسش و خودآزمایی	۲۰۰
● چکیده نموداری مباحث	۲۰۲
 فصل ششم: قلمرو اجرای قواعد حقوقی	۲۰۷
مقدمه	۲۰۷
گفتار نخست: قلمرو اجرای قاعده حقوقی در مکان	۲۰۸
مبحث اول: حقوق عمومی	۲۰۸
مبحث دوم: حقوق خصوصی	۲۰۹
مبحث سوم: حقوق بین الملل	۲۱۱
گفتار دوم: قلمرو اجرای قاعده حقوقی در زمان	۲۱۱
مبحث اول: محدوده زمانی اجرای قاعده حقوقی	۲۱۲
بند یک - آغاز اجرای قاعده حقوقی	۲۱۲
بند دو - پایان اجرای قاعده حقوقی	۲۱۶
مبحث دوم: تعارض قوانین در زمان	۲۲۵
بند یک - تبیین مطلب	۲۲۵
بند دو - موارد پیدایش تعارض قوانین در زمان	۲۲۶
بند سه - راه حل تعارض	۲۲۷
● پرسش و خودآزمایی	۲۳۱
● چکیده نموداری مباحث	۲۳۳

۲۳۵	فصل هفتم: تفسیر قواعد حقوقی و فنون استنباط
۲۳۵	گفتار نخست: مفهوم تفسیر و موضوع آن
۲۳۶	گفتار دوم: ضرورت تفسیر
۲۳۷	گفتار سوم: انواع تفسیر
۲۳۷	مبحث اول: انواع تفسیر بر اساس مرجع و مقام تفسیرکننده
۲۳۷	بند یک - تفسیر شخصی یا نظری
۲۳۸	بند دو - تفسیر اداری
۲۳۸	بند سه - تفسیر قانونی
۲۳۹	بند چهار - تفسیر قضایی
۲۴۰	مبحث دوم: انواع تفسیر به لحاظ قلمرو (تفسیر مضیق و تفسیر موسع)
۲۴۱	گفتار چهارم: مکاتب تفسیری
۲۴۲	گفتار پنجم: موارد تفسیر
۲۴۴	گفتار ششم: اصول حاکم بر تفسیر در حقوق ایران
۲۴۵	گفتار هفتم: شیوه‌های تفسیر و جایگاه استفاده از آنها
۲۴۶	مبحث اول: شیوه‌های تفسیر
۲۴۸	مبحث دوم: جایگاه استفاده از هر یک از شیوه‌های تفسیری
۲۴۸	بند یک - قوانین روشن و ظاهر
۲۵۱	بند دو - قوانین غیر روشن (مبهم و مجمل)
۲۵۱	بند سه - قوانین متعدد و متفاوت
۲۵۳	بند چهار - فقدان قانون
۲۵۳	● پرسش و خودآزمایی
۲۵۴	● چکیده نموداری مباحث
۲۵۵	منابع و مآخذ
۲۵۵	الف) فارسی
۲۶۱	ب) عربی
۲۶۴	ج) فرانسه و انگلیسی
۲۶۵	نمایه‌ها
۲۶۵	نمایه آیات و روایات
۲۶۷	نمایه قوانین
۲۷۱	نمایه موضوعات

به نام خداوند جان و خرد کزین برتر، اندیشه برنگذرد...
 تر را دانش دین رهاند درست در رستگاری ببايَدْتُ جُست...
 به گفتار پیغمبرت راه جوی دل از تیرگی‌ها بدین آب شوی...
 که «من شارسانم، علیم در است» درست، این سخن گفت پیغمبر است...
 اگر چشم داری به دیگر سرای به نزد نبی و وصی گیر جای^۱

پیشگفتار

دانشجویانی که رشته «حقوق» را برمی‌گزینند و وارد دانشکده‌های حقوق می‌شوند، چه‌بسا ممکن است همانند بیشتر دانشجویان دیگر رشته‌ها، آگاهی کافی از موضوع و محمول و هدف رشته تحصیلی خود نداشته باشند. بدین دلیل لازم است در آغازین روزهای تحصیل، هر چند به صورت اجمالی و کلی با علم حقوق آشنا شوند تا ادامه راه را با روشنی و استواری پیمایند. برای این منظور، دو واحد درسی مستقل با عنوان «مقدمه علم حقوق» پیش‌بینی شده است و کتاب‌های متعددی با همین عنوان یا عناوین مشابه و نزدیک، مانند: کلیات علم حقوق، مبادی علم حقوق، مقدمه عمومی علم حقوق، کلیات مقدماتی حقوق، مبانی و کلیات علم حقوق و سرانجام دیپاچه‌ای بر دانش حقوق به رشته تحریر درآمده و برای تدریس به بازار دانش و دانشگاه بار یافته و هر کدام - با وجود اختلاف در درجه اقبال و قبول - سهمی از این مهم را به خود اختصاص داده است؛ همچنان که هر یک را امتیازهایی ویژه است. اما با این همه، هیچ‌کدام از کاستی‌های شکلی، روشی یا احیاناً محتوایی خالی نیست، چنان که همین کتاب نیز چنین است، و کدامین کتاب جز قرآن کریم است که از هرگونه کاستی و کژری پیراسته باشد؟

به هر حال فزونی حجم، پرداختن مفصل به مباحثی که اصولاً از مقدمات کلی و عمومی علم حقوق به شمار نمی‌آید، رعایت نکردن کامل نظم منطقی بحث‌ها و سرفصل‌ها، عدم سیر مطالب از مباحث آسان به مباحث سخت، به‌ویژه با توجه به ناآشنایی دانشجوی تازه‌وارد در این رشته، توجه نکردن و پرداختن به نظام حقوقی اسلام - آن‌گونه که باید - در عین اعتراف به اهمیت و جایگاه آن در حقوق ایران، از جمله کاستی‌ها و ایرادهایی است که بعضاً در کتاب‌های یاد شده به چشم می‌خورد و تلاش شده است این اثر از آن کاستی‌ها و ایرادها پیراسته باشد.

۱. حکیم ابوالقاسم فردوسی، شاهنامه، «آغاز سخن».

تجربه عدم امکان تدریس تمام متن مقبول‌ترین و رایج‌ترین کتاب‌های درسی موجود در طول یک ترم، افزون بر وجود برخی از کاستی‌های پیش‌گفته، نگارنده و دوست دانشمند، جناب حجة الاسلام والمسلمین آقای دکتر قدرت الله خسروشاهی را بر آن داشت که با ذهنیتی ابداعی و نگاهی انتقادی-اقتباسی به بیش از پنجاه اثر مربوط، با طرحی متفاوت و نسبتاً جدید دست به کار نگارش این اثر شوند و متهورانه در عرصه‌ای قلم زنند که پیش از آن بزرگان و صاحب‌نظرانی ژرف‌اندیش قلم زده‌اند. بدین منظور، یعنی تهیه متنی ساده و روان در حد و اندازه دو واحد درسی، نویسندگان این اثر کار خود را آغاز کردند، ولی لزوم پرهیز از سطحی‌نگاری و عدم خلط آن با ساده‌نویسی، به زودی آنان را متوجه این نکته مهم ساخت که تهیه چنان متنی - اگر بناست از استواری لازم برخوردار باشد - بدون تحقیقی نسبتاً گسترده و عمیق، ناممکن یا دست‌کم ناسودمند است. پس به ناگزیر این مهم را وجهه همت خویش قرار دادند و حاصل آن را با حجمی حدود هزار صفحه، تحت عنوان حقوق‌شناسی عمومی به ارباب دانش تقدیم کردند^۱ تا در گام بعدی به تهیه متن درسی مورد نظر بپردازند. اما از آنجا که نگارنده از میانه راه به دلیل کثرت اشتغالات دوست همکارش، از سعادت همراهی او بی‌نصیب شده بود، کار تلخیص آن اثر و تهیه کتاب حاضر بر عهده او افتاد.

متن تهیه شده در معرض دید ناقدانی بصیر قرار گرفت و اصلاحاتی در آن به عمل آمد و به صورت جزوه درسی در تیراژی محدود منتشر شد و چندین بار از سوی نگارنده و تنی چند از اساتید محترم مورد تدریس قرار گرفت و از نظر کمیت و کیفیت مباحث در تجربه عملی اصلاحات دیگری انجام شد و با وجود آنکه برخی دانشجویان در نگاه نخست، حجم آن را زیاد و محتوای آن را سنگین می‌پنداشتند، ولی در عمل، هم تمامی مطالب آن در چهارده یا پانزده جلسه تدریس شد و هم نتیجه آزمون و میانگین کلاس‌ها، مطلوب و مناسب ارزیابی گردید. در عین حال در چاپ رسمی آن، بخشی از مطالب، مجموعاً با حجمی در حدود دو جلسه تدریس، با علامت [] برای «مطالعه بیشتر» مشخص شده است تا از یک سو در صورت عدم فرصت تدریس، اساتید محترم، مطالعه این بخش را به دانشجویان واگذارند و دانشجویان دانش دوست، خود به مطالعه آن همت گمارند و از سوی دیگر، با عدم حذف این مطالب، از ناقص شدن کتاب خودداری شود.

۱. مطالعه این کتاب افزون بر آنکه به آن دسته از دانش‌آموختگان حقوق که در مقام واکاوی و جمع‌بندی آموخته‌های خویش اند کمک می‌کند، به آن دسته از اساتید محترم حقوق که دست‌انکار تدریس «مقدمه علم حقوق» اند، در استحضار ذهنی و استذکار مباحث و مطالب بنیانی و پیرامونی لازم یا سودمند برای تدریس مدد می‌رساند، به‌ویژه اگر از سر لطف و تواضع، کتاب حاضر را به عنوان متن درسی خود، انتخاب و معرفی کنند.

جداشدن این بخش از مطالب به یکی از این سه دلیل است: نخست، سادگی مطلب و بی‌نیازی از تدریس. دوم، سنگینی و دقت بیش از سطح مقدمه علم حقوق و سوم، برخوردار نبودن از اولویت برای تدریس در صورت تنگی وقت، بدان دلیل که دانشجویان دیگر دروس با آنها آشنا خواهد شد. برای مثال، برخی از مطالب مربوط به بعضی از شاخه‌های گوناگون حقوق، مانند حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق تجارت و... در این بخش قرار گرفته‌اند؛ چون علی‌القاعده دانشجویان در درس‌هایی با همین عناوین به طور مفصل و مبسوط با آن آشنا خواهند شد. اما مطالب مربوط به مبانی و اهداف حقوق، با وجود سنگینی نسبی آنها، در این بخش قرار نگرفته‌اند؛ زیرا جز در این درس، در جای دیگری از آن بحث و گفتگو نمی‌شود.

در پایان مطالب هر فصل، نخست پرسش‌هایی آمده است که دانشجویان گرامی را در خودآزمایی و اساتید محترم را در طرح پرسش‌های آزمون کمک کند و پس از آن، چکیده نموداری مباحث قرار گرفته است تا دانشجویان به مدد آن بتوانند مطالب آموخته را بهتر در ذهن و حافظه خود سامان منطقی بخشند.



اگرچه آهنگ اصلی نویسندگان در نگارش آن مفصل و تهیه این مختصر، ارائه شناختی کلی و عمومی از «علم حقوق» است، در عین حال به این واقعیت نیز توجه داشته‌اند که قواعد حقوقی، عمدتاً صبغه اجتماعی و اعتباری دارد و بنابراین، ممکن است قواعد حقوقی هر جامعه، به اندک یا بسیار، با قواعد حقوقی دیگر جوامع متفاوت باشد و همین تفاوت - به طور منطقی - اثر خود را در «علم حقوق»، «مقدمه علم حقوق» و «حقوق‌شناسی عمومی» آن جامعه منعکس سازد. در نتیجه، از آنجا که این دو اثر، در غیر از بخش‌های کاملاً عام و مشترک فراملی و فرامذهبی، معطوف به نظام حقوقی ایران اسلامی است، به همین دلیل به دنبال عنوان اصلی، عنوان تکمیلی «با رویکرد به حقوق ایران و اسلام» اضافه شد، تا نشان دهد خواننده با مطالعه این آثار، افزون بر آشنایی کلی و عمومی با «علم حقوق»، با «نظام حقوقی ایران» و بنیاد اساسی آن، یعنی «نظام حقوقی اسلام» نیز آشنا خواهد شد.

در نامگذاری این مختصر، هر چند در آغاز به دلیل رعایت هر چه بیشتر اصل گویایی عنوان و تناسب و انطباق آن با معنوی، عنوان «حقوق‌شناسی عمومی مقدماتی» و به طور

خلاصه «حقوق‌شناسی مقدماتی» مناسب‌تر به نظر می‌آمد، ولی در نهایت عنوان «مقدمه علم حقوق» به دلیل رواج و انس ذهنی مخاطب با آن، ترجیح یافت و انتخاب شد. به هر حال، متاعی است قلیل، که با بضاعتی مزجاة تقدیم دانشوران گشته است، «تا چه قبول افتد و چه در نظر آید».



در پایان، بار دیگر خالصانه‌ترین مراتب سپاس خود را به همه اساتید، همکاران و دوستانی که در پدید آمدن ماده اولیه این اثر نقش داشته‌اند - و در پیشگفتار کتاب حقوق‌شناسی عمومی نامشان را آورده‌ام^۱ - تقدیم می‌کنم و ضمن ابراز تشکر و وامداری به همه اساتید و نویسندگانی که پیش‌تر در این زمینه، آثار ارزشمندی آفریده‌اند، به‌ویژه آقایان دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی و دکتر ناصر کاتوزیان، و همچنین ناقدان بصیر و تیزبین کتاب حاضر، آقایان حجة الاسلام والمسلمین دکتر عزیزالله فهیمی، دکتر ناصر قربان‌نیا و دکتر محمود حکمت‌نیا و فاضل ارجمند استاد حسین قافی که رنج مطالعه و نقد آن را بر خویش تحمیل کردند، اعلام می‌دارم کمال و اتقان این دوائر، حاصل تلاش دوست و همکار گرامی جناب حجة الاسلام والمسلمین آقای دکتر قدرت‌الله خسروشاهی و ناظران و ناقدان محترم است و آنچه کژی و کاستی است، به این جانب مربوط است که توان علمی لازم را برای استفاده از هدایت‌ها و نقدهای آن بزرگواران نداشته‌ام و به هر حال مصرانه و متواضعانه از همه صاحب‌نظران بصیر و دقیق انتظار دارم از ارائه نظرات انتقادی، اصلاحی و تکمیلی خویش دریغ نورزند.

هر چه را دارم و داریم از اوست، پس با حمد او سخن به پایان می‌برم.

ای غایت عقل و عشق، درگفت و شنفت
در ختم سخن، حمد تو می‌باید گفت^۲
الحمد لله رب العالمین
مصطفی دانش‌پژوه - پاییز ۱۳۸۸

۱. همکار گرامی، جناب آقای دکتر قدرت‌الله خسروشاهی، ناظران محترم، جناب آقای دکتر عباس کریمی و حجة الاسلام والمسلمین آقای دکتر سید مهدی دادمرزی و ناقدان معظم، حضرات حجج الاسلام والمسلمین آقایان دکتر محمدجواد ارسطا، دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی، دکتر سید حسن وحدتی شبیری، دکتر حسین سیمایی صراف، دکتر ابراهیم عبدی‌پور، دکتر علی محمد حکیمیان، احمد دیلمی و محمد سروش محلاتی.

۲. برگرفته از مقدمه جناب استاد دکتر حسن حبیبی - که خداوند شفای عاجل و سلامت کامل به ایشان کرامت فرماید - بر ترجمه جلد دوم کتاب حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۲۲ (تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۳).

مقدمه

۱ مفهوم و تعریف «مقدمه علم حقوق»

همان‌طور که لازم است پیش از ورود تفصیلی در هر علم، شناختی کلی و اجمالی از آن به دست آید، همین‌طور ضروری است پیش از ورود در هر درس و بحث، شناختی عمومی و اجمالی از هدف، موضوع، سیر منطقی مباحث و... آن درس ارائه شود.

پس مناسب است در آغاز با هدف، موضوع و سیر منطقی مباحث درس «مقدمه علم حقوق» یا «حقوق‌شناسی مقدماتی» آشنا شویم. بدین منظور لازم است پیش‌تر، مفاهیم و کاربردهای اصطلاح «حقوق» را یادآور گردیم.

واژه «حقوق» در اصل واژه‌ای عربی، و جمع کلمه «حق» است. اما در ادبیات حقوقی فارسی با همین قالب و وزن، در معانی گوناگونی به کار می‌رود^۱ که هر چند بی‌ارتباط با یکدیگر نیستند، ولی وجوه تمایز آنها، موجب می‌شود این کلمه در خصوص آن معانی، مشترک لفظی به شمار آید:

الف) حقوق به معنای جمع حق: نخستین مفهومی که از دیدن و شنیدن این واژه به ذهن بیشتر افراد متبادر می‌شود، همان معنای اصیل و عربی آن، یعنی جمع حق است (معنا و مفهوم جمعی). وقتی گفته می‌شود «دولت باید از حقوق افراد حمایت کند» یا «هیچ‌کس نباید به حقوق دیگران تجاوز کند»، کلمه حقوق، به همین معنا به کار رفته است. حق به این معنا، عبارت است از «امتياز، سلطه و قدرتی که به موجب قانون یا دیگر قواعد حقوقی جانشین (عرف، رویه قضایی و...) به شخص حقیقی یا حقوقی داده شده است و دیگران ملزم به

۱. برخی تا هشت معنا برای واژه حقوق شمارش کرده‌اند (محمدحسین ساکت، حقوق‌شناسی، دیباچه‌ای بر دانش حقوق، ص ۱۴۱)، ولی حقیقت این است که این معانی هشت‌گانه قابل اندراج در یکدیگرند. به هر حال در متن به چند معنای اصلی مرتبط با بحث بسنده شده است.

رعایت آن هستند»، مثل حق مالکیت، حق ابوت، حق انتخاب کردن و مشارکت سیاسی، حق نظارت و انتقاد و... معادل مفرد این کلمه در انگلیسی Right و در فرانسه Droit است که همچون فارسی و عربی آن قابل جمع بستن می‌باشد. حقوق بدین معنا، اصطلاحاً حقوق فردی یا شخصی (Droit subjectifs) نیز نامیده شده است.^۱

ب) حقوق به معنای مجموعه مقررات حاکم بر روابط اجتماعی: انسان، موجودی است اجتماعی، و زندگی اجتماعی نیازمند ضوابط، قواعد و مقررات لازم‌الاجرای است که روابط اشخاص حقیقی و حقوقی را تبیین و تنظیم کند. مجموع این مقررات الزام‌آور اجتماعی را که امروزه دولت‌ها ضمانت اجرای آن را متعهد می‌شوند، «حقوق» می‌نامند که برخی با عنوان حقوق نوعی، حقوق کلی، حقوق عینی و حقوق موضوعی (Droit objectif) از آن یاد می‌کنند.^۲ وقتی گفته می‌شود حقوق ایران، حقوق پاکستان، حقوق آلمان و...، واژه حقوق در این معنا به کار رفته است. بدیهی است بخش عظمی از این مقررات، به‌طور مستقیم یا نامستقیم به بیان حقوق افراد به معنای نخست می‌پردازد.

واژه حقوق در این معنا، اگرچه مفهومی جمعی دارد، از نظر لفظی مفرد است، همچون واژگان گروه، قبیله، ملت و... (معنای اسم جمعی) و به همین دلیل، خود، با استفاده از ادات جمع قابل جمع بستن است. معادل واژه حقوق در این معنا، در ادبیات انگلیسی Law، در ادبیات فرانسه Droit objectif، در ادبیات عربی معاصر «القانون» و در ادبیات اسلامی «شرع» یا «شریعت» است.

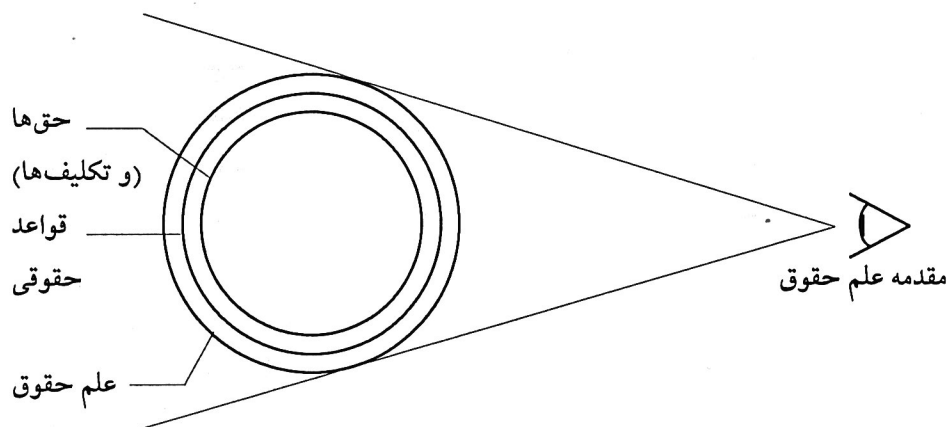
ج) حقوق، به معنای دانش حقوق: حقوق در این معنا، رشته‌ای از دانش اجتماعی است که به تجزیه و تحلیل مقررات الزام‌آور اجتماعی (دومین معنای حقوق)، چگونگی پیدایش، وضع، تفسیر و استنباط و سیر تحول آنها می‌پردازد. معمولاً در گفته‌ها و نوشته‌ها، به دلیل کوتاه‌گویی و با اعتماد بر قراین، کلمه علم و دانش، حذف و به واژه «حقوق» بسنده می‌شود. مراد از حقوق در عبارت‌هایی مثل حقوق‌دانان، دانشجویان حقوق و دانشکده حقوق، همین معنا، یعنی دانش حقوق است؛ همان‌طور که وقتی گفته می‌شود دانشجویان فیزیک یا اقتصاد، مراد دانشجویان رشته علم فیزیک و علم اقتصاد است. واژه حقوق در این معنا، اگرچه در ظاهر ساختار «جمع» دارد، در حقیقت، هم به لحاظ لفظی و هم به لحاظ معنایی مفرد است. معادل انگلیسی این مفهوم از حقوق Law، معادل فرانسوی آن Droit، معادل عربی آن «القانون» و معادل آن در ادبیات اسلامی «فقه» (و البته بخشی از فقه) است.

۱. جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۸۸. ۲. همان، ص ۸۲.

موضوع این درس و این کتاب همین مفهوم اخیر است؛ چرا که حقوق به معنای دوم، یعنی «مجموعه قواعد الزام‌آور اجتماعی با ضمانت اجرای دولتی» موضوع «دانش حقوق» یا «حقوق‌شناسی تفصیلی» است؛ همان‌طور که حقوق به معنای نخستین، یعنی «حق‌ها و امتیازهای قانونی»، خود، موضوع «قواعد حقوقی» است و در متن دانش حقوق - و نه مقدمه علم حقوق - به تفصیل موضوع بحث قرار می‌گیرد.

پس آنچه در این مقدمه، در ضمن هفت فصل موضوع بحث و شناسایی کلی و عمومی قرار می‌گیرد، «دانش حقوق» است که البته منطقاً دربردارنده شناختی کلی و عمومی از «قواعد حقوقی» و «حق‌ها» نیز خواهد بود.

بر این اساس، «حقوق‌شناسی مقدماتی» یا «مقدمه علم حقوق» را می‌توان چنین تعریف کرد: «مجموعه مباحثی است که دانش حقوق را به‌طور کلی و عمومی می‌شناساند» و این‌گونه ترسیم نمود:



و مباحث آن را بدین ترتیب منطقی، مرتب ساخت:

فصل نخست: دانش حقوق

فصل دوم: قواعد حقوقی

فصل سوم: مبانی و اهداف حقوق

فصل چهارم: نظام‌های حقوقی

فصل پنجم: منابع حقوق

فصل ششم: قلمرو اجرای قواعد حقوقی

فصل هفتم: تفسیر قواعد حقوقی و فنون استنباط

فصل نخست

دانش حقوق

هدف از گشودن این فصل آن است که دانشجو:

۱. علم حقوق را تعریف کند؛
۲. با موضوع علم حقوق آشنا شود؛
۳. روش مطالعه و تحقیق در این علم را بشناسد؛
۴. اهداف آموزش علم حقوق را تبیین کند؛
۵. رابطه علم حقوق را با دیگر علوم نزدیک و مرتبط، مثل جامعه‌شناسی، روان‌شناسی، علوم سیاسی، اقتصاد، تاریخ و فقه دریابد؛
۶. از تقسیمات اصلی و فرعی علم حقوق و مبنای این تقسیم‌ها آگاهی یابد؛
۷. دانش‌های میان‌رشته‌ای و مختلط حقوق را بشناسد.

گفتار نخست: کلیات

۲ مبث‌اول: تعریف علم حقوق

علم حقوق، «شاخه‌ای از دانش اجتماعی است که به بررسی استدلالی و روشمند مقررات حاکم بر جامعه و دولت (قواعد الزام‌آور اجتماعی) می‌پردازد و چگونگی پیدایش و سیر تحول، وضع و تصویب، تفسیر و استنباط و بالاخره اجرای آنها را مورد بحث قرار می‌دهد». از سوی دیگر، علم حقوق، صرفاً به بررسی نظام حقوقی و دریافت نظر قانون‌گذار خلاصه نمی‌شود.

این نوع از علم، که بیشتر به کار قضات و دادرسان و سپس اساتید حقوق – هنگام شرح قوانین – می‌آید، بی‌شک بخش مهمی از علم حقوق است، ولی برای رسیدن به همین بخش، نیازمند آگاهی، آموختن، دانستن و سپس به کار بستن آموزه‌هایی است که بی‌مدد آنها، کار

استنباط حقوقی و دریافت نظر قانون‌گذار ناممکن است. این آموزه‌ها، بی‌شک، جزئی از علم حقوق است، اگرچه (مستقیماً) جزئی از مقررات حاکم بر جامعه نیست. آموختن و به‌کار بستن آیین صحیح استنباط، نمونه روشن این بخش از علم حقوق است.

به‌طور خلاصه می‌توان گفت اصطلاح علم حقوق، ممکن است در دو مفهوم خاص و عام به‌کار رود. علم حقوق، به معنای خاص آن، به بررسی مقررات الزام‌آور اجتماعی، چگونگی دادرسی و حداکثر، چگونگی وضع این قوانین محدود می‌شود. اما علم حقوق به معنای عام، افزون بر آن، بررسی عرصه‌های دیگری که با مقررات اجتماعی مرتبط است، نظیر تاریخ حقوق، فلسفه حقوق، آیین استنباط حقوق، جامعه‌شناسی حقوقی و... را در بر می‌گیرد.

مقصود ما از علم حقوق، به عنوان یکی از شاخه‌های مهم علوم انسانی و اجتماعی، در برابر دیگر شاخه‌ها، از قبیل سیاست، اقتصاد، اخلاق، مدیریت، جامعه‌شناسی و... همین مفهوم عام است، و همین مفهوم، موضوع رشته حقوق را در دانشکده‌های حقوق می‌سازد.

۳۲ مبحث دوم: موضوع علم حقوق

موضوع علم حقوق، بسته به تعریف ما از این علم، متفاوت می‌شود. از آنچه گذشت روشن می‌شود هر چند موضوع اصلی حقوق، مقررات و قواعد الزام‌آور اجتماعی است، ولی منحصر به آن نیست.^۱ توضیح آنکه، مهم‌ترین، اصلی‌ترین و گسترده‌ترین موضوع علم حقوق، مقررات حاکم بر جامعه است؛ مقرراتی که به صورت نوشته و نانوشته، در عرصه‌های گوناگون، هم حقوق و تکالیف اشخاص حقیقی و حقوقی را در برابر یکدیگر معین می‌کند و هم راه چگونگی استیفای این حقوق را می‌نمایاند و هم به جامعه نظم و سامان می‌بخشد. اما افزون بر این، از موضوعات دیگری، همچون انطباق و عدم انطباق قواعد حقوقی بر عدالت و ارزش‌های اخلاقی، لزوم ثبات یا تحول این مقررات، ریشه وقوع جرایم و راه‌های پیشگیری از آن و... نیز سخن به میان می‌آید. به همین دلیل، جرم‌شناسی و امثال آن، با اینکه از مقررات جزایی سخن نمی‌گویند و بیشتر به روان‌شناسی و جامعه‌شناسی و... نزدیک‌اند، در عین حال از موضوعات علم حقوق به معنای عام به شمار می‌آیند یا دست‌کم در شمار علوم میان‌رشته‌ای بین حقوق و دیگر علوم قرار می‌گیرند.

۱. هانری لوی برونل، جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه سید ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، ص ۱۲۶.

۴ مبحث سوم: روش مطالعه و تحقیق در علم حقوق

با توجه به تعریف عام و گسترده علم حقوق، موضوع این رشته از دانش اجتماعی، به قواعد حقوقی اختصاص ندارد و موضوعات متعدد و مرتبط دیگری را نیز دربر می‌گیرد. تنوع این موضوعات، منطقاً سبب تنوع روش مطالعه آنها خواهد شد؛ چراکه هر موضوعی را باید با روش یا روش‌های متناسب با آن موضوع مطالعه کرد. برای مثال، در تاریخ حقوق از روش نقلی و تاریخی و در فلسفه حقوق از روش تعقلی و فلسفی استفاده می‌شود. بنابراین، روش واحدی برای مطالعه و تحقیقات حقوقی نمی‌توان ارائه داد. این سخن، حتی در فرض توجه به تعریف خاص حقوق و انحصار موضوع آن به قواعد حقوقی نیز صادق است؛ چراکه از یک سو، پیوند حقوق با دیگر علوم - که شرح آن خواهد آمد - استفاده از روش‌های آمیخته و امتزاجی مناسب با آن علوم را توصیه می‌کند و از سوی دیگر، دانش حقوق به مفهوم وسیع آن، سه چهره یا سه مرحله دارد که هر چهره یا مرحله شیوه‌های خاص خود را می‌طلبد که توضیح آن در این مجال نمی‌گنجد. آن سه چهره یا سه مرحله از این قرار است: ۱. وضع قوانین و مقررات (حقوق‌گذاری)؛ ۲. فهم قوانین و مقررات (حقوق‌دانی)؛ ۳. اعمال و اجرای قوانین و مقررات (حقوق‌ورزی).^۱

۵ مبحث چهارم: اهداف آموزش علم حقوق

تعیین اهداف آموزش علم حقوق، بستگی دقیق به تعریف علم حقوق و تعیین قلمرو آن دارد. بر اساس تعریف عام و گسترده علم حقوق، اهدافی چند برای آموزش آن می‌توان برشمرد:

۱. نخستین هدف، که می‌تواند مهم‌ترین و عام‌ترین هدف باشد، آشنایی طالبان این دانش با حقوق و تکالیف خود و بیشتر از آن، آشنایی با نظام حقوقی کشور خویش است تا از این رهگذر بهتر بتواند به استیفای حقوق خود اقدام کند و مانع تجاوز دیگران به این حقوق شود.

۱. برای اطلاع بیشتر، رک: دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر حقوق اسلامی، ج ۱، ص ۷۰-۹۱؛ ساکت، حقوق‌شناسی، دیپاچه‌ای بر دانش حقوق، ص ۱۸۳-۱۸۶؛ سید جلال‌الدین مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۲۳ و ۲۴؛ ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۷۲-۷۶.

۲. در مرحله دوم، تعلیم فن استنباط حقوق و شناخت شیوه‌های تطبیق قانون بر موارد خاص است تا در پرتو آن، افرادی بتوانند به عنوان وکیل یا دادرس به احقاق حقوق و حل و فصل دعاوی بپردازند.
۳. در مرحله سوم، بررسی نقادانه قواعد حقوقی است تا از این راه بتوان با پیشنهادهای جدید، به تصحیح و تکمیل نظام حقوقی پرداخت.

گفتار دوم: رابطه علم حقوق با دیگر علوم نزدیک و مرتبط

علم حقوق،^۱ به‌ویژه در معنای عام و گسترده آن، به عنوان شاخه‌ای از علوم اجتماعی، نه تنها با بسیاری از دیگر شاخه‌های علوم اجتماعی و انسانی، نظیر جامعه‌شناسی، روان‌شناسی، اقتصاد، سیاست، فقه و مانند آن، بلکه حتی کم یا بیش با بعضی از شاخه‌های دیگر طبقات علوم، مانند علوم طبیعی و ریاضی نیز، ارتباط دارد.

البته این ارتباط، بسته به دو عامل، شدت و ضعف می‌یابد:

۱. نزدیکی و دوری موضوع علم حقوق با موضوع دیگر علوم؛

۲. نوع مکتب حقوقی و نظام حقوقی مبتنی بر آن مکتب.

علم حقوق در همه مکاتب و نظام‌ها، در مرحله حقوق‌ورزی (دادرسی و اجرا) کم و بیش از دیگر علوم می‌تواند یا باید کمک بگیرد، ولی در مرحله حقوق‌گذاری (وضع قوانین و مقررات) بسته به مکاتب حقوقی، متفاوت می‌شود. مثلاً در نظام‌های حقوقی مبتنی بر مکتب حقوق طبیعی، که قواعد حقوقی را ناشی از طبیعت، فطرت و عقل آدمی می‌دانند، بهره‌گیری از علم تاریخ و جامعه‌شناسی کمتر مورد نیاز است و به جای آن، استفاده از علوم عقلی به شدت مورد احتیاج است. بر عکس در نظام‌های حقوقی مبتنی بر مکاتب حقوق پوزیتیویستی و تاریخی، که قواعد حقوق را بیشتر ناشی از تحولات اجتماعی و ضرورت‌های تاریخی می‌دانند، علوم عقلی کمتر مورد نیاز است و تاریخ و جامعه‌شناسی به شدت مورد احتیاج است. در نظام‌های حقوق الهی به‌طور عام و نظام حقوقی اسلام به‌طور خاص، در مقام وضع قواعد حقوقی — که بیشتر به صورت کشف، تنظیم و تدوین قواعد حقوقی تحقق

۱. آنچه در اینجا موضوع بحث است، رابطه علم حقوق با دیگر علوم است، ولی رابطه قواعد حقوقی با دیگر قواعد در بخش دوم مورد بحث قرار خواهد گرفت. اگرچه به دلیل شدت ارتباط هر علم با موضوع خود، ناگزیر و عملاً به رابطه قواعد حقوقی و دیگر قواعد نیز اشاره خواهیم کرد.

می‌یابد - به دلیل وحیانی بودن آنها، نیاز چندانی به دیگر علوم نیست و بیشتر در عرصه مقررات موقت ثانوی یا احکام حکومتی می‌توان از دیگر علوم بهره برد، چنان‌که در دادرسی و اجرا نیز جای استفاده از دیگر علوم مناسب، باقی است.

اینک رابطه دانش حقوق را با بعضی از علوم نزدیک و مرتبط، با توجه به نسبی بودن این رابطه در پرتو دو عامل یاد شده بررسی می‌کنیم.

۷ مبث اول: حقوق و جامعه‌شناسی^۱

پیوند دانش حقوق با جامعه‌شناسی از برخی نگاه‌ها، آن قدر وسیع و وثیق است که بعضی، حقوق را شاخه‌ای تخصصی از جامعه‌شناسی پنداشته‌اند.^۲ این سخن هر چند مبالغه‌آمیز و ناصحیح به نظر می‌رسد، زیرا جامعه‌شناسی، ماهیتی توصیفی و حقوق ماهیتی دستوری دارد و از این نظر هر کدام در طبقه‌بندی خاص و مستقل از طبقه‌بندی علوم قرار می‌گیرند، ولی از شدت ارتباط حقوق و جامعه‌شناسی، به‌ویژه از زاویه دید برخی مکاتب و نظام‌های حقوقی حکایت می‌کند. از نگاه مکاتب حقوق پوزیتیویستی و تاریخی، علم حقوق نه تنها در مرحله حقوق‌دانی و حقوق‌ورزی، که حتی در مرحله حقوق‌گذاری و وضع قوانین نیز به شدت تحت تأثیر جامعه‌شناسی است؛ زیرا وضع بهترین و کارآمدترین قواعد حقوقی، به شدت به شناخت صحیح اجتماع و به عبارت دیگر جامعه‌شناسی وابسته است. تا جامعه و نیازها و خواسته‌های آن شناخته نشود، وضع قواعد مناسب ممکن نیست. روشن است که استفاده از جامعه‌شناسی در مکاتب حقوق طبیعی و فطری، و نیز مکاتب حقوق الهی و اسلام به این گستردگی نیست و بیشتر در عرصه وضع قوانین غیرثابت می‌توان از جامعه‌شناسی مدد جست.^۳ اما در اجرا و دادرسی، در تمام مکاتب و نظام‌های حقوقی، جامعه‌شناسی به کمک حقوق می‌شتابد؛ چرا که اجرا و دادرسی بهینه، در گرو جامعه‌شناسی بهینه است. تحولات حقوق کار، در نتیجه شناخت تحولات اجتماعی، نمونه روشنی از پیوند حقوق و جامعه‌شناسی است؛ چرا که در پرتو شناخت وضعیت جدید کار و روابط کارگر و

1. Sociology

۲. ر.ک: ساکت، حقوق‌شناسی، دیپاچه‌ای بر دانش حقوق، ص ۲۷۰.

۳. برای تبیین قوانین ثابت و غیر ثابت در حقوق اسلام ر.ک: همین کتاب، ش ۱۱۸.

کارفرما، حقوق جدید کار وضع شده است. از ارتباط، پیوند و تعامل حقوق و جامعه‌شناسی، شاخه‌ای جدید و میان‌رشته‌ای به نام «جامعه‌شناسی حقوقی» متولد گشته است.^۱

۸ مبحث دوم: حقوق و روان‌شناسی^۲

علم حقوق، ارتباطی ضروری و سودمند با روان‌شناسی به‌طور عام و روان‌شناسی اجتماعی به‌طور خاص دارد؛ زیرا قواعد حقوقی آنگاه به راحتی اجرا می‌شود که مورد قبول مردم قرار گیرد و وقتی از این مقبولیت برخوردار می‌گردد که با روحیات، عواطف و احساسات مردم سازگار شد. کشف این روحیات، عواطف و احساسات بر عهده روان‌شناسی است. پس بر قانون‌گذار است که با بهره‌گیری از این دستاوردها، متناسب‌ترین قاعده حقوقی را وضع کند. در مرحله اجرا و دادرسی، به‌ویژه اجرای مجازات نیز می‌توان از روان‌شناسی مدد جست؛ چرا که در بسیاری از مواقع، تعیین و اجرای مجازات، بیش و پیش از آنکه به نوع رفتار مجرمانه مربوط باشد، به انگیزه مجرمانه مرتبط می‌گردد و تخفیف یا احتمالاً تشدید مجازات را موجب می‌شود. روان‌شناسی در اینجا به یاری دادرس می‌آید و او را در کشف این حقیقت کمک می‌کند. چنان که در تعریف سفاهت و جنون، که دارای آثار حقوقی هستند، می‌توان از آن کمک گرفت.

در نظام‌های حقوق دینی به‌طور عام و نظام حقوقی اسلام به‌طور خاص نیز روان‌شناسی در مرحله اجرا و دادرسی می‌تواند مؤثر و سودمند باشد؛ زیرا اگرچه در مقام وضع قواعد ثابت حقوقی در جامعه به‌دلیل وحیانی بودن آنها، تقریباً به استفاده از روان‌شناسی نیازی نیست، ولی با توجه به اصل فطری بودن دین اسلام، روان‌شناسی می‌تواند انطباق قواعد حقوقی اسلام را با واقعیت‌های روان‌شناختی انسان، روشن کند و استفاده از این علم را در مرحله اجرا و دادرسی ضروری سازد.

۱. برای نمونه، ر.ک: ژرژ گورویچ، مبانی جامعه‌شناسی حقوقی، ترجمه حسین حبیبی؛ لوی برول، جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه سید ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی.

۹ مبحث سوم: حقوق و علوم سیاسی^۱

رابطه حقوق با جامعه‌شناسی و روان‌شناسی، بیشتر مانند رابطه مصرف‌کننده و تولیدکننده است؛ یعنی علم حقوق داده‌های روان‌شناختی و جامعه‌شناختی را در قانون‌گذاری یا اجرا استفاده و مصرف می‌کند، ولی ارتباط حقوق با علم سیاست، بیشتر نوعی رابطه به لحاظ اشتراک در موضوع است. موضوع علم سیاست در مفهوم کلی آن، مطالعه قدرت، چگونگی اعمال حاکمیت، سازمان حکومت و نهادهای سیاسی است و این چیزی است که در شاخه‌ای از علم حقوق، به نام حقوق حقوق اساسی نیز مورد بحث قرار می‌گیرد.^۲

بنابراین، در قلمرو این موضوع مشترک، تفاوت علم حقوق و علم سیاست در این است که در علم سیاست با نگاهی فلسفی و آرمانی و فارغ از چارچوب‌های حقوقی و قانونی، بهترین شیوه حکومت معرفی می‌شود و در علم حقوق، این شیوه برتر، در قالب قواعد حقوقی ارائه و ضوابط حاکم بر آن معین می‌گردد. با این بیان، روشن می‌شود تا با علم و فلسفه سیاست آشنایی حاصل نشود، شناخت و اجرای حقوق اساسی چندان ممکن نخواهد بود.^۳

۱۰ مبحث چهارم: حقوق و علم اقتصاد^۴

دانش اقتصاد، یکی از دانش‌های اجتماعی است که در کلیت خود، فعالیت‌های انسان را در عرصه تولید، توزیع و مصرف موضوع مطالعه قرار می‌دهد.^۵ اما رابطه علم اقتصاد با حقوق، چیزی شبیه به رابطه جامعه‌شناسی با حقوق است، که بسته به مکاتب و نظام‌های حقوق «دینی-الهی» و «غیردینی-بشری» متفاوت می‌شود و با نظام‌های حقوق بشری پیوند بیشتری می‌یابد. قواعد حقوقی، به‌ویژه در عرصه مسائل و موضوعات اقتصادی، آنگاه می‌تواند کارآمد و سودمند باشد که با واقعیت‌های اقتصادی منطبق باشد و این مهم زمانی تحقق می‌یابد که عالم حقوق در

1. Political Science

۲. ر.ک: سیدابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ص ۷۴.

۳. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: محمد نور فرحات، مبادی نظریه القانون، ص ۱۳۶-۱۴۲.

4. Economics

۵. ر.ک: غلام‌رضا مصباحی مقدم، و سیدهادی عربی، مبانی اقتصاد اسلامی، ص ۶.

مرحله حقوق‌ورزی و قانون‌گذاری، از داده‌های علم اقتصاد بهره جوید. البته متقابلاً حقوق نیز بر اقتصاد اثر می‌گذارد. از یک طرف فعالان عرصه اقتصادی باید فعالیت‌های اقتصادی خود را در چارچوب قواعد حقوقی حاکم بر آن فعالیت‌ها به انجام رسانند تا به حصول ثمره فعالیت خویش اطمینان و وثوق یابند و از سوی دیگر، دانشمندان اقتصادی نیز برای نشان دادن راه دستیابی به تولید ثروت بیشتر و توزیع عادلانه و...، باید قواعد حقوقی حاکم بر رفتارهای اقتصادی را مد نظر قرار دهند.

در نظام حقوقی اسلام، تأثیرگذاری علم اقتصاد در عرصه احکام حکومتی و ثانویه به‌خوبی قابل مشاهده است و رابطه حقوق و اقتصاد در مرحله حقوق‌ورزی و دادرسی نیز کاملاً روشن است. رسیدگی به جرایم اقتصادی، به‌ویژه در شرایط پیچیده امروز، بدون آگاهی قاضی از علم اقتصاد و اقتصاد سیاسی ممکن نیست. چه‌بسا توجه دادرس به یک امر مهم اقتصادی یا غفلت از آن موجب راهنمایی یا گمراهی او در تلقی یا عدم تلقی عنوان مجرمانه از یک رفتار اقتصادی گردد. بی‌دلیل نیست که به تازگی برای رسیدگی به جرایم اقتصادی، تشکیل دادگاه‌های ویژه پیشنهاد شده است.^۱

۱۱ مبحث پنجم: حقوق و تاریخ^۲

بدون شک درک و فهم هر نظام حقوقی، بستگی فراوانی به درک و فهم تاریخ جامعه‌ای دارد که آن نظام حقوقی در بستر آن به اجرا درمی‌آید. این بدان دلیل است که حقوق، پدیده‌ای اجتماعی است و طبعاً همچون دیگر پدیده‌های اجتماعی، تاریخمند است. حتی نظام‌های حقوق و حیانی، مثل نظام حقوقی اسلام نیز با وجود برخورداری بسیاری از گزاره‌های حقوقی آن از اصالت، استمرار و دوام فراتاریخی، باز هم در ظرف تاریخی ارائه شده‌اند. این مقدار از بستگی میان حقوق و تاریخ، که پدیدآورنده شاخه‌ای از علم حقوق به نام تاریخ حقوق است، موضوع بحث این گفتار نیست، بلکه مقصود در اینجا، پیوند و رابطه‌ای عمیق‌تر میان حقوق و تاریخ به معنای عام آن - و نه فقط تاریخ حقوق - است. از این نگاه رابطه حقوق و تاریخ بسته به مکاتب و نظام‌های گوناگون حقوقی، تفاوت پیدا می‌کند. در نظام‌های مبتنی بر مکتب حقوقی فطری و

۱. برای مطالعه بیشتر، رک: کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۷۷ و ۷۸؛ فرحات، مبادی نظریه القانون، ص ۱۳۶-۱۴۲.

عقلی، تاریخ، کمترین نقش را در ساخت یا کشف قواعد حقوقی ایفا می‌کند و برعکس در نظام‌های مبتنی بر مکاتب تحقیقی و تاریخی، نقش برجسته‌ای می‌یابد؛ چرا که از این دیدگاه، اصولاً قواعد و نظام حقوقی محصول تحولات تاریخی است. در نظام حقوقی اسلام، نقش تاریخ، بسته به نوع قانون و حکم شرعی متفاوت است. در مورد احکام اولیه تأسیسی، به دلیل آنکه قواعد آن نه محصول تحولات تاریخی و نه ساخته یا مکشوف عقل بشری، بلکه معلول ارادهٔ جاوید و فراتاریخی خداوند متعال است، اصولاً تاریخ نقشی در ساخت قاعده و نظام حقوقی ندارد. هرچند کشف همین قواعد، با تاریخ پیوندی عمیق دارند؛ زیرا اگرچه این دستورات، احکامی زنده، بالنده و مستمند، به هر حال در ظرف تاریخی خاص ظهور یافته و مطرح گشته‌اند. دانستن زمینه‌ها و شرایط نزول آیات و صدور روایات معصومان علیهم‌السلام، در فهم بسیاری از احکام سیاسی-اجتماعی و حتی عبادی اسلام به شدت تأثیر دارد و این جز در پرتو شناخت تاریخ اسلام، ممکن نمی‌شود. در مورد کشف و استنباط احکام امضایی و حکومتی نیز بی‌تردید شناخت تاریخ اسلام مؤثر است.

۱۲ مبحث ششم: حقوق و فقه

اسلام به عنوان یک دین، مجموعه‌ای از آموزه‌های اعتقادی و دستورات کاربردی (احکام) است. علم فقه، دانشی است که به کشف و استنباط احکام و دستورات اسلام می‌پردازد^۱ و از این نظر با علم حقوق - که آن نیز به تبیین قوانین دستوری می‌پردازد - نزدیک می‌گردد. با این همه، به نظر می‌رسد فقه از چند نظر اعم از حقوق است:

۱. ماهیت موضوع و قلمرو: قواعد حقوقی - که موضوع علم حقوق است - صرفاً تنظیم‌کننده روابط اجتماعی است و به روابط فردی نمی‌پردازد؛ در حالی که احکام اسلام - که موضوع علم فقه است - افزون بر روابط اجتماعی، روابط فردی را نیز دربر می‌گیرد.

۱. این تعریف مختصر از فقه تقریباً مورد اتفاق همه فقیهان شیعه است: «العلم بالاحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية» (ابن‌الشهد الثاني، معالم الاصول، ص ۶۶)؛ یعنی فقه «دانستن احکام شرعی فرعی از روی ادله تفصیلی آن حکم است» (ابوالقاسم گرّجی، تاریخ فقه و فقه، ص ۷) و فقیهان اهل سنت نیز تقریباً همین تعریف را پذیرفته‌اند (ر.ک: عبدالفتاح کبار، الفقه المقارن، ص ۳۳). و برخی هم تعریفی از فقه ارائه کرده‌اند که به موضوع بحث و تعریف آمده در متن نزدیک‌تر است: «فقه، مجموعه‌ای از قوانین، دستورات و امر و نهی‌هایی است که فقیه از منابع و ادله تفصیلی آن استنباط می‌کند» (ناصر مکارم شیرازی، دائرةالمعارف فقه مقارن، ص ۳۸).

توضیح آنکه، فقه در تقسیم رایج و کلاسیک آن سه قلمرو دارد: عبادات به مفهوم وسیع آن (رابطه انسان با خدا و با خود) که از قلمرو حقوق خارج است؛ معاملات (رابطه افراد با یکدیگر) که تقریباً مترادف حقوق خصوصی است و سیاسات (رابطه افراد با جامعه و دولت) که تقریباً مترادف حقوق عمومی است.^۱

۲. ماهیت حکم: همه قواعد حقوقی از ویژگی «الزامی» بودن برخوردارند؛ در حالی که احکام شرعی آمده در فقه، از این نظر در سه گروه قرار می‌گیرند: الزامی (واجب و حرام)، ترجیحی (مستحب و مکروه) و تخییری (مباح). پس احکام اسلامی غیر از احکام الزامی، شامل احکام غیر الزامی نیز می‌شود و از این نظر نیز فقه اعم از حقوق است.^۲

۳. ضمانت اجرا: همه قواعد حقوقی، منطقاً باید از پشتوانه ضمانت اجرای دولتی برخوردار باشند؛ در حالی که در فقه نه تنها احکام غیر الزامی، بلکه بسیاری از احکام الزامی آن نیز بر حسب قواعد اولیه، خارج از قلمرو ضمانت اجرای دولتی قرار دارند و فقط از ضمانت اجرای ایمانی برخوردارند (واجبات و محرمات فردی و عبادی همچون خواندن نماز، گرفتن روزه، انجام حج یا خوردن غذای حرام و امثال آن)، هر چند بخش دیگری از آنها در عین برخورداری از ضمانت اجرای ایمانی، از ضمانت اجرای دولتی نیز بهره‌مندند (واجبات و محرمات اجتماعی همچون لزوم رعایت امانت و پرداخت دین یا پرهیز از سرقت و اعمال منافی عفت).

در مبحث مربوط به «رابطه قواعد حقوقی و قواعد مذهبی» توضیحات بیشتری خواهد آمد.

گفتار سوم: تقسیم‌ها و شاخه‌های علم حقوق

۱۳ مقدمه: موضوع و مبانی تقسیم

همان‌طور که از عنوان بحث پیداست، موضوع بحث در اینجا شاخه‌های دانش حقوق است، نه انواع قواعد حقوقی. اما بحث از شاخه‌های دانش حقوق در حد بسیار بالایی، آنچنان با

۱. البته در قلمرو رابط اجتماعی، اگر مقصود از فقه، فقه بالفعل و موجود و احکام الهیه باشد، رابطه حقوق و فقه، عموم و خصوص من وجه است؛ چرا که در هر کدام مسائلی مطرح است که در دیگری مطرح نیست. اما اگر مقصود از فقه، فقه بالقوه و مطلوب باشد که مشتمل بر احکام حکومتی نیز هست، فقه همچنان اعم از حقوق خواهد بود.

۲. البته در حقوق کنونی ایران تحت تأثیر فقه به‌ندرت احکام ترجیحی مشاهده می‌شود که ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی نمونه‌ای از آن است: «مناسب است که حاکم شرع مردم را از زمان اجرای حد آگاه سازد و لازم است عده‌ای از مؤمنین که از سه نفر کمتر نباشند، در حال اجرای حد حضور یابند».

بحث از انواع قاعده حقوقی گره خورده و بر آن استوار است که بدون بحث از انواع قاعده حقوقی، از شاخه‌های دانش حقوق نمی‌توان سخن گفت. شاید همین شدت ارتباط و پیوند موجب شده که بسیاری از نویسندگان مقدمه علم حقوق، به جای گشودن فصلی تحت عنوان «تقسیمات علم حقوق»، مبحث «انواع قواعد حقوقی» را مطرح کرده و به مناسبت از شاخه‌های دانش حقوق نیز سخن گفته‌اند.^۱

نخستین و مهم‌ترین تقسیم علم حقوق، بر مبنای تنوع موضوعات قواعد حقوقی و دسته‌بندی آنها استوار است. این تقسیم‌بندی، بر اساس نظریه مشهوری است که تمایز علوم را از یکدیگر بر مبنای تمایز موضوعات آنها می‌داند. بر این اساس، حقوق، در کلان‌ترین بنیادی‌ترین تقسیم خود، بر مبنای موضوع به دو شاخه بزرگ حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم شده است.

دومین مبنای تقسیم، قلمرو قاعده حقوقی و ارتباط آن تنها با یک یا چند «دولت-کشور» است که بر اساس آن، حقوق به دو شاخه حقوق ملی یا داخلی و حقوق خارجی یا بین‌المللی منقسم گشته است.

از حاصل ضرب این تقسیمات، چهار شاخه اصلی علم حقوق بدین شرح شکل می‌گیرد: حقوق عمومی ملی، حقوق خصوصی ملی، حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی. از سه شاخه نخست به دلیل اختصار بیشتر با عنوان حقوق عمومی، حقوق خصوصی و حقوق بین‌المللی یاد می‌شود. البته از یک سو، با توجه به لزوم هر چه بیشتر تخصصی شدن مطالعات حقوقی، پاره‌ای از زیرمجموعه‌های هریک از چهار شاخه اصلی حقوق، به عنوان شاخه‌ای مستقل مطرح شده‌اند، نظیر: حقوق بشر، حقوق مالکیت معنوی، حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق بین‌الملل جزایی، حقوق بین‌الملل اقتصادی و غیره و از سوی دیگر، علم حقوق به معنای عام آن، شاخه‌های دیگری نیز دارد که با نوع قواعد حقوقی کاری ندارد که مهم‌ترین آنها، یکی حقوق تطبیقی و دیگر دانش‌های وابسته و تلفیقی حقوق، مانند فلسفه حقوق، تاریخ حقوق و جامعه‌شناسی است.

در ادامه، نخست از شاخه‌های اصلی و فرعی حقوق عمومی و خصوصی در عرصه داخلی بحث می‌کنیم (مبحث اول). پس از آن، از حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل

۱. برای نمونه، ر.ک: عبدالمنعم فرج الصده، اصول القانون، ص ۴۱-۷۰؛ نبیل ابراهیم سعد و محمدحسین منصور، مبادئ القانون، ص ۶۲-۷۰؛ توفیق حسن فرج و محمد یحیی مطر، الاصول العامة للقانون، ص ۳۱-۷۱.

خصوصی سخن خواهیم گفت (مبحث دوم). در (مبحث سوم) حقوق تطبیقی را مورد بحث قرار خواهیم داد و در (مبحث چهارم) به مهم‌ترین شاخه دانش‌های وابسته و تلفیقی حقوق بسنده خواهیم کرد.

۱۴ مبحث اول: حقوق عمومی^۱ و حقوق خصوصی^۲

تقسیم علم حقوق به حقوق عمومی و حقوق خصوصی، بر اساس تقسیم قواعد حقوقی به عمومی و خصوصی استوار است. پس ناگزیر برای شناخت این دو شاخه از علم حقوق، نخست باید این دو دسته از قواعد را شناخت. اما فعلاً و تا پیش از دستیابی به تعریفی صحیح و دقیق، به تعریفی ابتدایی که برآیند منطقی دو اصطلاح عمومی و خصوصی است، بسنده می‌کنیم.

حقوق عمومی، آن دسته از قواعد حقوقی است که به عموم مردم - و نه آحاد مردم - یعنی جامعه مربوط می‌شود و به همین دلیل، معمولاً دولت که جامعه را نمایندگی می‌کند، در آن حضور دارد و حقوق خصوصی، آن دسته از قواعد حقوقی است که به روابط افراد جامعه با یکدیگر اختصاص دارد.

۱۵ بند یک - زمینه و معیارهای تقسیم

برای طبقه‌بندی و تقسیم حقوق به عمومی و خصوصی، مبانی و معیارهایی چند مطرح شده است. بعضی از حقوق‌دانان، تا هفده معیار را برشمرده‌اند^۳ که از دشواری تعیین معیار و تشخیص حقوق عمومی و خصوصی از یکدیگر حکایت می‌کند. هرچند ممکن است هر یک از این معیارها به‌طور نسبی درست بوده و به‌طور کلی عاری از حقیقت نباشند، ولی به دلیل جامع و مانع نبودن، نمی‌توانند معیار نهایی این طبقه‌بندی قرار گیرند. در اینجا تنها به طرح معیاری که صحیح‌تر به نظر می‌رسد (معیار سیاسی و اعمال حاکمیت) بسنده می‌کنیم:

حقوق عمومی، همان‌طور که از نامش پیداست، به جامعه مربوط می‌شود. بنابراین، حضور دولت به عنوان نماینده جامعه، دست‌کم در یک طرف رابطه حقوقی ضرورت دارد.

1. Public Law

2. Private Law

۳. سمیر عبدالسید تناغی، النظرية العامة للقانون، ص ۵۵۸.

اما صرف حضور دولت، موجب عمومی شدن رابطه حقوقی نمی‌شود؛ چرا که ممکن است دولت از یک موقعیت مساوی با طرف دیگر برخوردار باشد. حضور دولت زمانی موجب عمومی شدن رابطه حقوقی می‌شود که دولت از موقعیت ممتاز و برتر بهره‌مند باشد و آن در صورتی است که در مقام اعمال «حاکمیت» باشد. به همین دلیل، برخی حقوق عمومی را چنین تعریف و توصیف کرده‌اند: «رابطه‌ای حقوقی است که دولت به اعتبار اینکه دارای حاکمیت است، در یک طرف آن قرار گیرد».^۱

ولی حاکمیت همیشه و مستقیماً به وسیله دولت اعمال نمی‌شود، بلکه گاه مراکز غیر دولتی، همچون دفاتر ثبت اسناد و املاک، اتاق بازرگانی و امثال آن نیز عملاً به نمایندگی از طرف دولت عهده‌دار این مسئولیت می‌شوند. پس ضرورتی ندارد حقوق عمومی را بر اساس حضور دولت در یک طرف رابطه حقوقی تبیین کنیم، بلکه می‌توان گفت حقوق عمومی، آن بخش از قواعد حقوقی است که بر روابط حقوقی مربوط به حاکمیت و اعمال آن نظارت دارد و حقوق خصوصی، آن بخش از حقوق است که عنصر حاکمیت در آن نقشی ندارد.^۲

۱۶ بند دو - تعریف حقوق عمومی و حقوق خصوصی

پیش از ارائه تعریف، بیان این نکته سودمند است که مقصود از تعریف در اینجا و نیز در همه علوم اعتباری، تعریف جامع و مانع منطقی نیست، بلکه منظور، آوردن عبارتی است که تا حدود زیادی مفهوم اصطلاح مورد نظر را نشان دهد. بنابراین، حقوق عمومی و حقوق خصوصی را می‌توان این‌گونه تعریف کرد:

حقوق عمومی، آن بخش از قواعد حقوقی است که روابط دولت، سازمان‌های دولتی و سازمان‌های جانشین (مثل دفاتر ثبت اسناد و املاک، اتاق بازرگانی و...) را با یکدیگر، با آحاد مردم، با اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و با دیگر دولت‌ها از مقام اعمال حاکمیت تنظیم می‌کند و حقوق خصوصی، آن بخش از قواعد حقوقی است که روابط اشخاص حقیقی یا حقوقی را با یکدیگر یا با دولت، سازمان‌های دولتی و سازمان‌های جانشین از مقامی مساوی با آحاد مردم تنظیم می‌کند.

۱. فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۳۳؛ ابراهیم ابواللیل، و محمد الالفی، المدخل الى نظرية القانون و نظرية الحق، ص ۲۵؛ الصده، اصول القانون، ص ۴۳.

۲. ر.ک: انور سلطان، المبادئ القانونية، ص ۳۷؛ ابواللیل، المدخل الى نظرية القانون و نظرية الحق، ص ۲۸.

۱۷ بند سه - شاخه‌های فرعی حقوق عمومی و حقوق خصوصی

صرف نظر از برخی اختلاف نظرها،^۱ مهم‌ترین شاخه‌های فرعی حقوق عمومی و حقوق خصوصی را در دو عرصه حقوق ملی و حقوق بین‌المللی می‌توان چنین ترسیم و شمارش کرد:



۱. درباره عمومی یا خصوصی و احیاناً مختلط بودن همه شاخه‌های حقوق، وحدت نظر وجود ندارد. تقریباً همه اتفاق نظر دارند که حقوق اساسی، اداری، مالی، کیفری و آیین دادرسی کیفری و نیز حقوق بین‌الملل عمومی، از شاخه‌های حقوق عمومی هستند و حقوق مدنی، تنها شاخه‌ای است که همه آن را حقوق خصوصی به شمار می‌آورند، اما درباره دیگر شاخه‌ها اختلاف نظر وجود دارد. آیین دادرسی مدنی را برخی عمومی و برخی خصوصی می‌دانند و حقوق کار و حقوق تأمین اجتماعی را برخی عمومی، برخی خصوصی و برخی مختلط برشمرده‌اند. اما حقوق تجارت، دریایی، هوایی، کشاورزی و بین‌الملل خصوصی را برخی خصوصی می‌دانند و برخی مختلط.

الف) شاخه‌های فرعی حقوق عمومی

۱. حقوق اساسی^۱

یک) تعریف: حقوق اساسی را به عنوان شاخه‌ای از علم حقوق، می‌توان چنین تعریف کرد: شاخه‌ای از دانش حقوق است که از پیدایش دولت-کشور و ارکان و انواع آن، شکل حکومت، سازمان‌ها و نهادهای سیاسی، وظایف و اختیارات قوای عالیّه و نیز از روابط آنها با یکدیگر و همچنین مصونیت‌ها، آزادی‌ها و حقوق عمومیّ آحاد مردم که دولت نگاهبان آن است، بحث می‌کند.

حقوق اساسی بدین مفهوم، گاه بدون نگاهی ویژه به نظام حقوقی کشوری خاص، موضوعات فوق را از منظری کلی و منطقی به بحث می‌نشیند و گاه همین موضوعات را از نگاه قوانین مربوط، در نظام حقوقی کشوری خاص مورد توجه قرار می‌دهد. از همین‌رو است که در دانشکده‌های حقوق، معمولاً حقوق اساسی در دو مرحله تدریس می‌شود. یکی «حقوق اساسی یک» که بیشتر از منظر کلی و منطقی به بحث می‌پردازد و جز برای مثال و ارائه نمونه، به نظام حقوقی کشوری خاص نظر ندارد و دیگر، «حقوق اساسی دو» است که قواعد حقوق اساسی کشوری خاص را موضوع بحث قرار می‌دهد. از همین جا، ضرورت تعریف و تبیین آن دسته از قواعد حقوق که به عنوان حقوق اساسی نامیده می‌شود، آشکار می‌گردد. حقوق اساسی، نه تنها به عنوان بخشی از حقوق عمومی، بلکه به عنوان عالی‌ترین نوع قاعده حقوقی، عبارت از آن بخش از قواعد حقوقی یک جامعه و کشور است که نوع دولت-کشور و بنیادهای اساسی آن، شکل حکومت، قوای حاکم، سازمان‌ها و نهادهای سیاسی، وظایف و اختیارات قوای عالیّه و نوع رابطه آنها را با یکدیگر، معین و مصونیت‌ها، آزادی‌ها و حقوق آحاد مردم و نیز حقوق متقابل ملت و دولت را مشخص می‌کند.^۲

دو) موضوع حقوق اساسی: بر اساس تعریف فوق، مهم‌ترین موضوع‌های حقوق اساسی عبارت است از:

۱. شکل دولت-کشور، بنیادها و نمودهای آن؛ مثل بحث از بسیط، یکپارچه و تک‌ساخت بودن دولت یا مرکب، چندپارچه و فدرال بودن آن، و نیز بحث از زبان، خط، پرچم، دین و مذهب رسمی کشور و....

1. Constitutional Law

۲. برای اطلاع بیشتر از تعریف‌های حقوق اساسی و نقد آنها، رک: محمدحسین اسکندری، و اسماعیل دارابکلایی، درآمدی بر حقوق اساسی، ص ۲۹-۴۱.

۲. رژیم سیاسی و شکل حکومت؛ مثل بحث از اینکه نظام حکومتی سلطنتی است یا جمهوری یا آرسنیوکراسی یا...، و نیز بحث از تفکیک یا ادغام قوای حکومتی و روابط آنها با یکدیگر و با دیگر نهادهای سیاسی و قانونی.

۳. مصونیت‌ها، آزادی‌های اساسی و حقوق ملت و آحاد مردم، که دولت نگاهبان آن است؛ مثل مصونیت جان، مال و آبروی مردم، حق برگزاری اجتماعات و راهپیمایی‌های قانونی، آزادی بیان و همچنین حقوق و اختیارات دولت در برابر مردم.^۱

سه) منابع حقوق اساسی: مهم‌ترین منبع حقوق اساسی ایران، قانون اساسی است و در کنار آن، برخی قوانین عادی و عرفی و آرای دستگاه‌های کنترل و رویه قضایی یا بعضی از اعمال قوه مقننه و مجریه نیز منابع دست دوم به شمار می‌آیند.^۲

در جمهوری اسلامی ایران، منبع اصلی حقوق اساسی، قانون اساسی است که پیش از بازنگری مشتمل بر یک مقدمه و یکصد و هفتاد و پنج اصل ضمن دوازده فصل بود و در تاریخ ۲۴ آبان ماه ۱۳۵۸ با اکثریت دو سوم مجموع نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (خبرگان قانون اساسی) به تصویب نمایندگان ملت رسید و با تأیید رهبر کبیر انقلاب اسلامی و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، حضرت امام خمینی رحمته الله علیه و رأی مثبت اکثریت قاطع مردم ایران در همه پرسی یازدهم و دوازدهم آذر همان سال، به تصویب نهایی و مستقیم ملت ایران رسید و رسمیت یافت. آشکار شدن بعضی کاستی‌ها و اشکال‌های این قانون پس از گذشت ده سال، بازنگری در آن را ضروری ساخت و به همین منظور شورای بازنگری قانون اساسی به موجب فرمان چهارم اردیبهشت ۱۳۶۸ حضرت امام خمینی رحمته الله علیه تشکیل شد و به اصلاح، تغییر یا افزودن اصولی جدید پرداخت. مصوبات این شورا پس از تأیید مقام معظم رهبری در همه‌پرسی ششم مرداد همان سال به تأیید ملت ایران نیز رسید.^۳

۱. ر.ک: قاضی، حقوق اساسی و نهادهای اساسی، عناوین دفترهای دوم تا پنجم.

۲. همان، ص ۸۹ و ۹۰-۱۱۶.

۳. قانون اساسی کنونی جمهوری اسلامی ایران، پس از بازنگری، مشتمل بر یک مقدمه و یکصد و هفتاد و هفت اصل ضمن چهارده فصل به شرح ذیل است:
مقدمه: تاریخچه انقلاب اسلامی و شکل‌گیری جمهوری اسلامی ایران، شکل حکومت، دیدگاه‌های کلی و نهادهای بنیادین.

فصل اول: اصول کلی، مبانی اعتقادی نظام جمهوری اسلامی ایران، دین و مذهب رسمی کشور (اصول ۱-۱۴).

فصل دوم: زبان، خط، تاریخ و پرچم کشور (اصول ۱۵-۱۸).

فصل سوم: حقوق ملت، که به تفصیل از مصونیت‌ها، آزادی‌ها و حقوق اساسی مردم سخن گفته است (اصول ۱۹-۴۲).

تفسیرهای رسمی شورای نگهبان و نیز برخی قوانین عادی مثل آیین‌نامه‌های داخلی مجلس نیز منبع فرعی و دست دوم حقوق اساسی به شمار می‌آیند.

۱۹۲. حقوق اداری^۱

یک تعریف: حقوق اداری، نزدیک‌ترین شاخه حقوق عمومی داخلی به حقوق اساسی و در واقع دنباله و مکمل آن است؛ زیرا پس از آنکه در حقوق اساسی از شکل دولت و حکومت و روابط قوای حکومتی بحث می‌شود، در حقوق اداری از سازمان‌های اداری و اجرایی و حدود و چگونگی فعالیت‌های آنها، و روابط متقابل آنان با مردم و مراجع رسیدگی به دعاوی اداری بحث می‌کند. توضیح آنکه، در هر جامعه تعدادی سازمان عمومی وجود دارد که بخشی از آن، دستگاه‌های اداری جامعه به معنای اخص کلمه را تشکیل می‌دهد. مطالعه سازمان، صلاحیت، وظایف و فعالیت‌های دستگاه اداری، یعنی مجموع سازمان‌ها، ادارات، مقامات و مأمورانی که زیر نظر هیئت حاکمه و مقامات سیاسی به حفظ نظم عمومی در جامعه و تأمین نیازمندی‌های همگانی می‌پردازند، موضوع حقوق اداری به عنوان یکی از شاخه‌های حقوق

⇒ فصل چهارم: اقتصاد و امور مالی، که نظام اقتصادی و مالیاتی کشور و انواع فعالیت‌های اقتصادی را توضیح داده است (اصول ۴۳-۵۵).

فصل پنجم: حق حاکمیت ملت و قوای ناشی از آن، که اصل حاکمیت خداوند و سپس حاکمیت مردم و ولایت مطلقه فقیه و تفکیک قوا را مطرح کرده است (اصول ۵۶-۶۱).

فصل ششم: قوه مقننه که وظایف و اختیارات دستگاه قانون‌گذاری را معین ساخته است (اصول ۶۲-۹۹).

فصل هفتم: شوراها، که از شوراها در سطوح گوناگون سخن گفته است (اصول ۱۰۰-۱۰۶).

فصل هشتم: رهبر یا شورای رهبری که از چگونگی انتخاب رهبری و وظایف و اختیارات او بحث کرده است (اصول ۱۰۷-۱۱۲).

فصل نهم: قوه مجریه، که چگونگی و شرایط انتخاب رئیس جمهور و وزرا یا عزل و برکناری آنان، وظایف و اختیارات رئیس جمهور و هیئت وزیران را توضیح می‌دهد و به بیان نقش ارتش و سپاه می‌پردازد (اصول ۱۱۳-۱۵۱).

فصل دهم: سیاست خارجی، که به تبیین اصول سیاست خارجی پرداخته است (اصول ۱۵۲-۱۵۵).

فصل یازدهم: قوه قضائیه، که تشکیلات دستگاه قضایی، وظایف و اختیارات آن را تبیین کرده است (اصول ۱۵۶-۱۷۴).

فصل دوازدهم: صدا و سیما، که هدف و چگونگی اداره این سازمان را بیان کرده است (اصل ۱۷۵).

فصل سیزدهم: شورای عالی امنیت ملی، که به هدف، ترکیب و ساختار و وظایف این شورا پرداخته است (اصل ۱۷۶).

فصل چهاردهم: بازنگری در قانون اساسی، که چگونگی و ترتیب بازنگری را توضیح داده است (اصل ۱۷۷).

عمومی و داخلی است.^۱ توضیح بیشتر آنکه، دستگاه اجرایی دو نوع وظیفه دارد: یکی اعمال حاکمیت، مثل اعلان جنگ و صلح و انعقاد معاهدات و امثال آن که جزو رفتارهای سیاسی دولت و در قلمرو حقوق اساسی است؛ و دیگر، اعمال عادی و مسائل روزمره زندگی اجتماعی، همچون انواع خدمات اجتماعی، فرهنگی، تعاونی و شهری از قبیل آب و برق و تلفن و تهیه ارزاق عمومی، تأمین بهداشت همگانی و امثال آن، که در واقع اجرای سیاست‌های اعلام شده از سوی مقامات و دستگاه‌های عالیه سیاسی است. این بخش از وظایف و اعمال قوه مجریه، موضوع حقوق اداری است.

دو اوصاف و ویژگی‌ها: از آنچه گذشت، می‌توان مهم‌ترین اوصاف و ویژگی حقوق اداری را چنین برشمرد:

۱. هدف حقوق اداری، حفظ نظم عمومی و تأمین نیازمندی‌ها و خدمات همگانی زیرنظر هیئت حاکمه و مقامات سیاسی است.
 ۲. برای تحقق و اعمال حقوق اداری، سازمان مستقلی وجود ندارد و سازمان واحد قوه مجریه، هم به امور سیاسی و حکومتی مربوط به قوه مجریه می‌پردازد و هم به اداره امور و ارائه خدمات و حفظ نظم عمومی اقدام می‌کند.
 ۳. برای حقوق اداری، قانون واحد و جامعی که در آن، تمام اصول، احکام و مسائل اداری یک جا تدوین و گردآوری شده باشد - مانند قانون اساسی، قانون مدنی، قانون تجارت و امثال آن - وجود ندارد.^۲
- سه موضوع‌های اصلی و مهم: اصلی‌ترین و مهم‌ترین موضوع‌هایی که در حقوق اداری از آن بحث می‌شود، از این قرار است:
۱. تقسیمات سیاسی کشوری که در اعمال اداری تأثیر دارد، مثل تقسیم کشور به استان‌داری‌ها، فرمانداری‌ها، بخش‌داری‌ها و....
 ۲. تشکیلات و سازمان‌های اداری مناسب با وظایف دولت، مثل وزارتخانه‌ها، ادارات دولتی، شهرداری‌ها، پلیس و نیروی انتظامی و....
 ۳. تبیین و تشریح و تعیین چگونگی تشکیل سازمان‌های فوق و صلاحیت آنها و روابط آنها با یکدیگر و با مردم.

۱. ر.ک: منوچهر طباطبایی مؤتمنی، حقوق اداری، ص ۳؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۹۴.

۲. ر.ک: طباطبایی، حقوق اداری، ص ۳، ۶، ۱۰ و ۱۱؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۹۵.

۴. تبیین و تعیین رابطه دولت با مستخدمان و کارمندان خویش و چگونگی استخدام، اشتغال و بازنشستگی آنان، نصب و عزل مدیران و بالاخره حقوق و وظایف متقابل آنان.
۵. نظارت بر اعمال اداری و حسن جریان امور اداری.

۲۰. ۳. حقوق مالیه^۱

موضوع این رشته از حقوق، درآمدها و هزینه‌های دولت است. بنابراین، حقوق مالیه عبارت است از مجموع قواعد و مقرراتی که راه‌های درآمد دولت، یعنی دریافت مالیات، عوارض و گمرکات، قرضه داخلی، استقراض خارجی و چگونگی و موارد هزینه آنها و کیفیت نظارت و محاسبه آنها را به وسیله سازمان‌های مربوط، مثل دیوان محاسبات بیان و تعیین می‌کند. حقوق مالیه، حقوق اقتصادی نیست، ولی در مرز اقتصاد و سیاست قرار دارد.^۲

حقوق مالیه، خود به دو بخش مالیه عمومی و مالیه اختصاصی تقسیم می‌شود.^۳ در مالیه عمومی، قواعد عمومی مربوط به درآمدها و هزینه‌های دولت، به‌ویژه دریافت مالیات، موضوع بحث قرار می‌گیرد و در مالیه اختصاصی، راه‌های گوناگون درآمدهای دولت و دریافت مالیات‌های مستقیم و نامستقیم، گمرکات و عوارض و امثال آن معین می‌شود.

۲۱. ۴. حقوق کیفری (جزایی یا جنایی)^۴

از حقوق کیفری، تعریف‌های متعدد و متفاوتی ارائه شده است^۵ که شاید بتوان این تعریف را، جمع‌بندی آنها به شمار آورد: «حقوق جزا، رشته‌ای از حقوق عمومی است که به تعریف جرم و تعیین جرایم و مجازات‌های آن می‌پردازد و چگونگی تعقیب مجرمان و رسیدگی به جرایم آنها و تعیین میزان مسئولیت جزایی و اجرای مجازات‌های مربوط را بیان می‌کند و سرانجام

1. Finance Law

۲. مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۱۱۷؛ ابوطالب، مهندس و مهدی تقوی، مالیه عمومی، ص ۲۰؛ حسن رنگریز، و غلامحسین خورشیدی، مالیه عمومی و تنظیم خط مشی مالی دولت، ص ۵.

۳. تناغور، النظرية العامة للقانون، ص ۵۶۸.

4. Criminal Law

۵. مرتضی محسنی، کلیات حقوق جزا، ص ۱۱ و ۱۲؛ جلال‌الدین قیاسی و دیگران، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، ص ۵-۷.

وسایل و راه‌های اصلاح و تربیت مجرمان را مشخص می‌نماید.^۱ بر اساس این تعریف، حقوق جزا به معنای عام آن، در درون خود، تقسیمات متفاوتی را پذیرا می‌شود که مهم‌ترین آنها، یکی حقوق جزای ماهوی یا حقوق جزا به معنای اخص و دیگر، حقوق جزای شکلی یا آیین دادرسی کیفری است.

یک) حقوق جزای ماهوی

این بخش از حقوق جزا، صرفاً شامل مجموع قواعد ماهوی است که به تعریف جرایم و تعیین مجازات و مسئولیت جزایی مجرمان می‌پردازد. حقوق جزا به معنای اخص، خود به دو شعبه حقوق جزای عمومی و حقوق جزای اختصاصی تقسیم می‌شود.

اول، حقوق جزای عمومی:^۲ حقوق جزای عمومی «شاخه‌ای از حقوق جزاست که به بحث از قواعدی می‌پردازد که به جرم خاصی اختصاص ندارد» و به عبارت دیگر، می‌توان آن را چنین توضیح داد: «مجموع قواعد و مقرراتی که بر مسائل عام و کلی مربوط به جرم و حدود مسئولیت کیفری و مجازات حاکم است و به منظور حفظ نظم و امنیت و آسایش عمومی و تحقق بخشیدن به عدالت و فراهم کردن وسایل تهذیب و اصلاح مجرمان به مورد اجرا گذاشته می‌شود».^۳

دوم، حقوق جزای اختصاصی:^۴ حقوق جزای اختصاصی عبارت است از «مجموع قواعد و مقرراتی که تک‌تک افعال یا ترک افعالی را که از نظر قانونی ممنوع بوده و جرم محسوب می‌شود، تعریف و توصیف می‌کند و مجازات هر یک را معین می‌نماید»؛ چرا که منطقاً قوانین و مقررات مربوط به هر جرم، ویژه همان جرم است و قابل تسری به دیگر جرایم نیست.

جرایم را به گونه‌های مختلفی می‌توان دسته‌بندی کرد، از جمله: جرایم علیه اشخاص به‌طور عام، مانند قتل و ایراد ضرب و جرح یا در قلمرو خانواده، مثل ترک انفاق.

جرایم علیه اموال، از جمله سرقت، خیانت در امانت و کلاهبرداری.

۱. ر.ک: رمضان ابوالسعود، المدخل الی القانون، ص ۹۴؛ عبدالرحمان البزاز، مبادئ القانون، ص ۲۶۲؛ سمیر عالی، علم القانون والفقه الاسلامی، ص ۱۸۷.

2. Public Criminal Law

۳. محمد صالح ولیدی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، ص ۸؛ نیز ر.ک: هوشنگ شامبانی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، ص ۵۶؛ ایرج گل‌دوزیان، حقوق جزای اختصاصی، ص ۱.

4. Private Criminal Law

جرایم بر ضد عفت و امنیت عمومی، مثل رابطه نامشروع، زنا، لواط، جاسوسی و توطئه علیه تمامیت ارضی.

منبع حقوق جزا: با توجه به اصل مهم «قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» (اصل سی و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) منبع اصلی حقوق کیفری، قانون است و برخلاف حقوق مدنی، عرف و قیاس در آن راهی ندارد. حتی در نظام حقوقی انگلیس، که نظامی عرفی است، قانون‌گذاری در زمینه جرایم و مجازات‌ها آغاز و مجموعه‌هایی از قوانین در این زمینه منتشر شده است.^۱ در نظام حقوق کیفری ایران، به جز اصولی از قانون اساسی، مثل اصول ۲۲، ۲۳، ۲۵، ۳۲، ۳۳، ۳۸، ۴۶، ۴۷، ۴۹ و ۱۶۸ و غیر از قوانین متفرقه، مهم‌ترین منبع قانونی و مدوّن حقوق کیفری، قانون مجازات اسلامی است که مشتمل بر ۷۲۹ ماده است. منابع دیگری که در صورت عدم امکان استناد به قانون، بسته به مورد، بدان استناد می‌شود، عبارت است از: منابع و فتاوی معتبر اسلامی (اصل یکصد و شصت و هفتم) و آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور.

ویژگی بارز حقوق کیفری این است که در حقوقی بودن قواعد آن جای هیچ‌گونه شک و تردید نیست؛ زیرا ضمانت اجرای آن به صورت صریح و اجباری پیش‌بینی شده است. برخلاف برخی از قواعد مربوط به حقوق بین‌الملل، که حقوقی بودن آنها، به دلیل نداشتن ضمانت اجرای روشن و قاطع، از سوی برخی مورد تردید قرار گرفته است.

محوری‌ترین موضوع حقوق کیفری، تعریف و تبیین جرایم و تعیین مجازات آنهاست.

دو) حقوق جزای شکلی (آیین دادرسی کیفری)^۲

آیین دادرسی کیفری، که پیش‌تر «اصول محاکمات» خوانده می‌شد، دو مفهوم عام و خاص دارد. مفهوم عام آن، عبارت است از: مجموع قواعد و مقررات صوری و شکلی که «برای کشف

۱. ر.ک: حسن گیره، المدخل الى القانون، ص ۲۳۵.

جرم، تعقیب متهمان و تحقیق از آنان، تعیین مراجع صلاحیتدار، راه‌های شکایت از احکام و نیز بیان تکالیف مسئولان قضایی و انتظامی در طول رسیدگی به دعوای کیفری و اجرای احکام از یک‌سو، و حقوق متهمان از سوی دیگر وضع و تدوین شده است.^۱ اما در مفهوم خاص آن، «فقط شامل قواعد و تشریفات است که در دادرسی‌های جزایی از زمان صدور کیفرخواست تا تاریخ صدور حکم قطعی دادگاه باید رعایت شود».^۲

سه) دیگر موضوعات حقوق جزا

هنگامی که از حقوق کیفری، به عنوان شاخه‌ای از قواعد حقوقی سخن به میان می‌آید، فقط شامل حقوق جزای ماهوی یا حقوق جزا به معنای اخص (حقوق جزای عمومی، حقوق جزای اختصاصی و حقوق جزای نظامی) و حقوق جزای شکلی یا آیین دادرسی کیفری می‌شود. اما اگر مقصود از حقوق کیفری، یکی از شعب علم حقوق باشد، افزون بر آن دو، موضوعات دیگری را نیز دربر می‌گیرد که در این شاخه از علم حقوق مطالعه و بحث می‌شود. مهم‌ترین این موضوعات عبارت است از: پلیس علمی، علم اداره زندان‌ها، پزشکی قانونی، جرم‌شناسی، روان‌شناسی کیفری، روان‌پزشکی کیفری، جامعه‌شناسی کیفری، انسان‌شناسی کیفری و زیست‌شناسی کیفری.^۳

۴۲. ۵. آیین دادرسی مدنی^۴

«آیین دادرسی عبارت است از مجموع مقررات مربوط به تشکیلات مراجع قضایی، صلاحیت‌ها، اختیارات و وظایف آنها و تشریفات که باید از طرف دادگاه و اصحاب دعوا، از شروع به رسیدگی تا ختم دعوا و صدور حکم رعایت گردد».^۵

بنابراین، قواعد آیین دادرسی مدنی به دو بخش تقسیم می‌شود: یکی قواعد مربوط به تشکیلات قضایی، صلاحیت‌ها، اختیارات و وظایف آنها، و دیگر قواعد مربوط به چگونگی طرح دعوا، اثبات حق، اعتراض به حکم، اعاده دادرسی و امثال آن، که اصطلاحاً آن را آیین دادرسی به معنای اخص می‌نامند.

۱. محمد آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۷. ۲. محمود آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، ص ۲۴.

۳. ر.ک: ساکت، حقوق‌شناسی، دیپاچه‌ای بر دانش حقوق، ص ۲۸۵-۲۹۱.

4. Civil Procedure

۵. ر.ک: تناغور، النظرية العامة للقانون، ص ۵۸۶؛ عالیه، علم القانون والفقه الاسلامی، ص ۲۰۸.

آیین دادرسی مدنی، در گذشته بخشی از حقوق مدنی به شمار می‌رفت و بنابراین، ضمن حقوق خصوصی مورد مطالعه و بحث و گفتگو قرار می‌گرفت، ولی امروزه برخلاف آیین دادرسی کیفری، که زیرمجموعه‌ای از حقوق کیفری است، آیین دادرسی مدنی، رشته‌ای مستقل از حقوق مدنی شمرده می‌شود. همین استقلال، موجب شده است که از نگاه بسیاری از حقوقدانان، آیین دادرسی مدنی در شمار شاخه‌ها و شعب حقوق عمومی قرار گیرد؛ هر چند برخی آن را نوعی حقوق مختلط^۱ و برخی نیز آن را همچنان از شاخه‌های حقوق خصوصی به شمار می‌آورند.^۲

۷۳. ۶. حقوق کار^۳

حقوق کار در تعریفی ساده و ابتدایی، عبارت است از: «مجموعه قوانین و مقررات حاکم بر روابط کارگر و کارفرما»^۴، ولی در تعریفی دقیق‌تر می‌توان گفت: «حقوق کار بر همه روابط حقوقی که از انجام کار برای دیگری ناشی می‌شود، در هر مورد که اجرای کار با تبعیت از کارفرما همراه باشد، حاکم است. به‌طور کلی می‌توان گفت این حقوق حاکم است بر کار تابع»^۵. بر اساس این تعریف، حقوق کار فقط کار موظف را دربر نمی‌گیرد، بلکه تمام کارهایی را شامل می‌گردد که با نوعی تبعیت و اطاعت همراه است و به حساب دیگری انجام می‌شود، و حتی شامل آن دسته از کارهای مجانی و بدون مزد و یا بدون قراردادی نیز می‌شود که این ویژگی را داشته باشد.

در نگاهی بنیادی، محتوای قواعد و مقررات مربوط به حقوق کار، شامل این موارد است: حقوق اساسی کار (اصول مذکور در قانون اساسی درباره کار)، حقوق جزای کار (تخلفات و جرایم و مجازات‌های مربوط به کار)، حقوق مدنی کار (قواعد مربوط به

۱. تناغو، النظرية العامة للقانون، ص ۵۸۶؛ ابرالسعود، المدخل الى القانون، ص ۹۵.

۲. رضا علومى، کلیات حقوق، ص ۳۵.

3. Labour Law

۴. ر.ک: مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۱۲۷؛ فرهنگ مهر، حقوق کار، ص ۱.

۵. عزت‌الله عراقی، حقوق کار، ج ۱، ص ۵۹؛ نیز ر.ک: یوسف الیاس، قانون العمل العراقي، ص ۸؛ گیره، المدخل الى القانون، ص ۹۶؛ محمدحسین منصور، المدخل الى القانون، ص ۸۳؛ محسن آشتی، حقوق کار، ج ۱، ص ۱۳؛ مهر، حقوق کار، ص ۱ و ۲.

قرارداد کار، پیمان‌های دسته‌جمعی، داوری و غیره)، حقوق اداری کار (مقررات مربوط به رفع اختلاف، قواعد مربوط به بهداشت و ایمنی کارگاه و ضوابط مربوط به بازرسی کارگاه) و حقوق بین‌المللی کار (مصوبات و توصیه‌های سازمان بین‌المللی کار).^۱

مهم‌ترین ویژگی‌های حقوق کار عبارت است از: تحول و توسعه دائمی، تنوع، مفهوم اقتصادی و اجتماعی و جنبه جهانی و بین‌المللی داشتن بسیاری از مقررات آن.^۲

مورد اخیر به دلیل ایجاد امکان رقابت سالم اقتصادی و تأمین و حفظ صلح و آرامش بین‌المللی، تدوین یافته است که در اصطلاح حقوق کار بین‌المللی نامیده می‌شود.^۳

منبع اصلی حقوق کار ایران، قانون کار مصوب آبان ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام است و پس از آن، آیین‌نامه و مصوبات مربوط هیئت وزیران و نیز مصوبات شورای عالی کار و پس از آن، برخی مقاوله‌نامه‌ها و مقررات بین‌المللی است.

نکته پایانی آنکه آمره بودن بیشتر قوانین کار موجب می‌شود قراردادهایی که امتیازها و حقوقی کمتر از حداقل پیش‌بینی شده در قانون کار، برای کارگر در نظر بگیرد، حتی اگر با رضایت کارگر همراه باشد، ملغی و کأن لم یکن تلقی شود؛ چنان‌که سبب می‌شود قوانین جدید درباره قراردادهای موجود در زمان تصویب، اثری فوری داشته باشد؛ همان‌طور که باعث می‌گردد برای برخی مقررات، ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی شود.^۴

۷۴.۷. حقوق تأمین اجتماعی

این رشته از حقوق، در آغاز در کنار حقوق کار و برای حمایت از کارگران در برابر خطرات ناشی از کار و نیز از کارافتادگی، پیری، ناتوانی و بازنشستگی پدید آمد، ولی سپس گسترش یافت و به عنوان یکی از مصادیق حقوق اولیه انسان، دیگر اصناف جامعه را نیز در بر گرفت.^۵

قواعد و مقررات حقوق تأمین اجتماعی و بازنشستگی به گونه‌ای است که باید آن را در شمار

۱. مهر، حقوق کار، ص ۲۴-۲۶. برای دیدن برخی از این مقررات، ر.ک: محمدرضا سپهری، حقوق بنیادین کار.

۲. عراقی، حقوق کار، ص ۶۳-۸۲.

۳. مهر، حقوق کار، ص ۴ و ۵.

۴. الیاس، قانون العمل العراقي، ص ۳۲-۴۲.

5. Insurance Law

۶. منصور، المدخل الى القانون، ص ۸۴؛ ابرالسعود، المدخل الى القانون، ص ۹۳؛ تناغر، النظرية العام القانون، ص ۵۶۹.

حقوق عمومی به حساب آورد؛^۱ هر چند برخی به دلیل ماهیت خاص قوانین آن، آن را نوع سومی از حقوق و ناقض تقسیم دوگانه حقوق به حقوق عمومی و حقوق خصوصی دانسته‌اند.^۲ به هر حال، «حقوق تأمین اجتماعی، مجموعه قواعد و مقررات حاکم بر اقداماتی است که جامعه به نحو سازمان یافته برای حمایت از اعضای خود به هنگام پریشانی‌ها و تنگناهای اقتصادی و اجتماعی انجام می‌دهد».^۳

ب) شاخه‌های حقوق خصوصی (داخلی)

۲۵. ۱. حقوق مدنی^۴

حقوق مدنی اگرچه به مدینه و شهر انتساب دارد، مقصود از آن حقوق شهری در برابر حقوق روستایی نیست، بلکه مراد حقوق شهروندان یک کشور در برابر حقوق بیگانگان و خارجی‌ان است؛ چنان که از سوی دیگر، حقوق مدنی متکفل بیان همه حقوق شهروندان نیست، بلکه بیانگر آن بخش از حقوق شهروندان است که در دیگر رشته‌های حقوق مورد بحث قرار نگرفته است. بنابراین، در تعریفی موضوعی و شکلی می‌توان گفت: «حقوق مدنی، رشته‌ای از حقوق است که تمام روابط خصوصی افراد را که در دیگر شعب حقوق موضوع بحث قرار نگرفته‌اند، شامل می‌شود».^۵ اما به لحاظ توصیفی و ماهوی می‌توان چنین تعریف کرد: «حقوق مدنی، روابط افراد را با یکدیگر، قطع نظر از موقعیت‌ها و خصوصیات شخصی مثل شغل و حرفه، مقام اجتماعی، فقر و غنا و... مورد بحث قرار می‌دهد».^۶ موضوع چنین حقوقی، اگرچه در نگاهی کلی، فقط مشتمل بر حقوق خانواده و اموال است، ولی باید دانست این شعبه از حقوق، هم از نظر کثرت و تنوع مطالب و هم از لحاظ اهمیت در درجه نخست است؛^۷ چرا که حقوق مدنی، به لحاظ تاریخی، نه یکی از رشته‌های حقوق خصوصی، که مادر دیگر

۱. منصور، المدخل الى القانون، ص ۸۲؛ ابواللیل، المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق، ص ۴۵؛ لطفی، المدخل لدراسة القانون، ص ۴۵؛ جعفر الفضلی و منذر عبدالحسین، المدخل لعلوم القانونية، ص ۱۱۵.

۲. ر.ک: ابوالسعود، المدخل الى القانون، ص ۹۰. ۳. کوروش استوار سنگری، حقوق تأمین اجتماعی، ص ۱۳.

4. Civil Law

۵. ر.ک: مصطفی عدل، حقوق مدنی، ص ۲؛ علی شایگان، حقوق مدنی، ص ۱۰-۱۲؛ عالی، علم القانون والفقہ الاسلامی، ص ۵۷۷.

۶. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۸۹؛ شایگان، حقوق مدنی، ص ۱۰-۱۲؛ عالی، علم القانون والفقہ الاسلامی، ص ۱۹۴. البته باید توجه داشت «روابط مالی و خانوادگی مردم، تماماً در حقوق مدنی مورد مطالعه نیست» (شایگان، حقوق مدنی).

۷. شایگان، حقوق مدنی، ص ۱۰-۱۲.

شعب حقوق است^۱ و به همین دلیل، حقوق مدنی، حقوق عام است و دیگر شعب حقوق خصوصی، حقوق خاص؛ به این معنا که هرگاه در شعب مختلف حقوق خصوصی، قانون امر خاصی را پیش‌بینی نکرده باشد، باید به قانون مدنی مراجعه شود. این امر، به حقوق خصوصی اختصاص ندارد، بلکه حتی در حقوق عمومی نیز، اغلب مجبور می‌شوند برای حل مشکلات، به قواعد حقوق مدنی رجوع کنند. به این دلیل است که باید حقوق مدنی را فرد اکمل حقوق بر شمرد.^۲

مهم‌ترین منبع حقوق مدنی ایران، قانون مدنی است. اما باید توجه داشت ممکن است برخی از موضوعات حقوق مدنی، در قانون مدنی مطرح نشده و به قوانین خاصی سپرده شده باشد. مهم‌ترین موضوعاتی را که در حقوق مدنی مطرح می‌شوند، می‌توان به این ترتیب دسته‌بندی کرد:

۱. اشخاص و خانواده؛
۲. اموال و مالکیت؛
۳. قراردادهای و مسئولیت مدنی؛
۴. ارث و وصیت.^۳

۲. حقوق تجارت^۴

برای حقوق تجارت، تعریف‌های متعدد، ولی مشابهی ارائه شده است که شاید بتوان آنها را چنین خلاصه کرد: حقوق تجارت، قواعدی است که بر روابط تاجران و اعمال تجاری حکومت می‌کند. بنابراین، اگرچه موضوع حقوق تجارت عبارت است از روابط تاجران با یکدیگر از آن نظر که تاجران (چه اشخاص حقیقی و چه اشخاص حقوقی و شرکت‌های تجاری)، ولی به این مورد اختصاص ندارد و اعمال تجاری غیر تاجران را نیز در بر می‌گیرد.^۵

در عرف جاری حقوق ایران، حقوق تجارت به عنوان یکی از شاخه‌های حقوق خصوصی مورد مطالعه، تحقیق و تدریس قرار می‌گیرد و چهار موضوع اصلی با عناوین تاجر و معاملات تجاری، شرکت‌های تجاری، اسناد تجاری و ورشکستگی را مورد بحث قرار می‌دهد.

۱. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۸۹.

۲. شایگان، حقوق مدنی، ص ۱۰-۱۲؛ تناغوی، النظرية العام للقانون، ص ۵۷۸.

۳. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۹۰.

۵. الباز، مبادئ اصول القانون، ص ۲۷۱؛ کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۹۱.

مهم‌ترین منبع حقوق تجارت ایران، عبارت است از قانون تجارت مصوب ۱۳ اردیبهشت ۱۳۱۰ (مشمول بر ۶۰۰ ماده در ۱۶ باب) و لایحه اصلاحی اسفند ۱۳۴۷ (مشمول بر ۳۰۰ ماده).

حقوق تجارت در آغاز، بخشی از حقوق مدنی به شمار می‌آمد، ولی عواملی چند موجب شد به عنوان رشته‌ای مستقل از حقوق خصوصی، از دل حقوق مدنی سر برآورد و با دخالت روزافزون دولت و وضع قواعد آمره فراوان در عرصه تجارت، تاجر ورشکسته به تقلب و تقصیر، تجارت خارجی، ثبت شرکت‌ها و بیمه آنها، صرافی و غیره، از نگاه برخی صاحب‌نظران، اندک‌اندک در شمار حقوق عمومی یا دست‌کم حقوق مختلط قرار گیرد.^۱ مهم‌ترین این عوامل عبارت است از:

۱. سرعت اعمال تجاری و لزوم ساده کردن تشریفات مربوط به امور تجاری؛
 ۲. ایجاد حسن اعتماد و اطمینان میان بازرگانان و ایمن‌سازی روابط بازرگانی؛
 ۳. تفاوت انگیزه در اعمال و روابط مالی مدنی (حفظ خود و خانواده) و اعمال و روابط مالی تجاری (سوداگری و سودجویی)؛
 ۴. ثبات نسبی در حقوق مدنی و تحول سریع در حقوق تجارت؛
 ۵. حمایت از بدهکار در قانون مدنی و حمایت از بستانکار در حقوق تجارت؛
 ۶. رابطه عموم و خصوص من وجه میان روابط مالی مدنی و روابط تجاری و عواملی دیگر.
- استقلال حقوق تجارت از حقوق مدنی، نمودهای فراوانی دارد که از جمله می‌توان به امکان امهال به مدیون عادی در حقوق مدنی و عدم امکان آن در خصوص تاجر در حقوق تجارت، یا آیین دادرسی ویژه و تأسیس دادگاه‌هایی خاص تجاری در برخی کشورها، مثل فرانسه نام برد.

۲۷۳. حقوق دریایی^۲

موضوع حقوق دریایی، کشتی، تجارت و حمل و نقل دریایی است و در آن موضوعات گوناگونی از قبیل تابعیت کشتی، مالکیت کشتی، اجاره یا رهن کشتی، حمل و نقل دریایی، حقوق

۱. تناعو، النظرية العام للقانون، ص ۵۸۰؛ گیره، المدخل الى القانون، ص ۷۲؛ ابرالسعود، رمضان، المدخل الى القانون، ص ۵۸۴.

ممتاز، خسارات مشترک، تصادفات دریایی، نجات در دریا، مسئولیت فرمانده، کارکنان و مالکان کشتی، محاکم دریایی و... مورد بحث قرار می‌گیرد. حقوق دریایی را می‌توان چنین تعریف کرد: «حقوق دریایی را باید شاخه‌ای از حقوق تجارت شمرده که در آن از قواعد حاکم بر کشتی‌های بازرگانی و حمل و نقل با آن گفتگو می‌شود. پس حقوق دریایی را نباید با حقوق دریاها اشتباه کرد؛ زیرا حقوق دریاها، شعبه‌ای از حقوق بین‌الملل عمومی است و از حق حاکمیت دولت‌ها بر آب‌های ساحلی و منابع کف این بخش از دریا و وضع حقوقی دریاها را آزاد گفتگو می‌کند و ارتباطی به مقررات تجارت دریایی ندارد».^۱

منع حقوق دریایی ایران، قانونی است که در دوم آبان ۱۳۴۳ در ۱۹۴ ماده به تصویب رسیده است.

۲۸. ۴. حقوق هوایی^۲

حقوق هوایی به شدت همانند حقوق دریایی است، جز آنکه موضوع آن، هواپیما و حمل و نقل هوایی است و به همین دلیل قواعد آن، برخلاف قواعد حقوق دریایی، کاملاً جدید است. بنابراین، حقوق هوایی را که از قواعد مربوط به حمل و نقل بار و مسافر در دو سطح ملی و بین‌المللی بحث می‌کند،^۳ نباید با حقوق فضا یا حقوق فضایی اشتباه کرد که از حاکمیت دولت‌ها بر فضای سرزمین خود، قواعد ورود، عبور و خروج از این فضا و نیز از فضای ماورای جو بحث می‌کند^۴ و شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل عمومی است.

مبحث دوم: حقوق ملی^۵ و حقوق بین‌المللی^۶

۲۹ بند یک - معیار تقسیم

تقسیم حقوق به ملی و بین‌المللی را می‌توان بر اساس وجود یا عدم وجود یک یا چند عامل

۱. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۹۲. هر چند بیشتر حقوقدانان، حقوق دریایی را از شاخه‌های حقوق تجارت و در نتیجه حقوق خصوصی دانسته‌اند و برخی نیز آن را «حقوق تجارت دریایی» نام نهاده‌اند (فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۵۶) اما برخی دیگر با توجه به عمومی بودن پاره‌ای از مقررات حقوق دریایی، آن را در گروه حقوق مختلط قرار داده‌اند (گیره، المدخل الى القانون، ص ۷۴؛ ابوالسعود، المدخل الى القانون، ص ۸۷).

2. Space Law

۳. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۱۳۵.

۴. محمدرضا ضیائی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۲۲۰؛ مایکل بارتون آکهرست، حقوق بین‌الملل نوین، ترجمه مهراب سیدی، ص ۲۵۶.

5. National Law

6. International Law

خارجی و بین‌المللی در روابط حقوقی و قواعد حاکم بر آن و به عبارت بهتر، ارتباط آن با یک یا چند دولت استوار کرد و آنها را چنین تعریف نمود: حقوق ملی یا داخلی، آن دسته قواعد حقوقی است که از روابط صرفاً ملی افراد و دولت و تنها در قلمرو همان دولت سخن می‌گوید؛ روابطی که به هیچ وجه در آن یک عنصر خارجی و عامل غیرملی دخیل نباشد. بنابراین، مقصود از حقوق بین‌المللی یا خارجی، آن رشته از حقوق است که به آن دسته از روابط افراد، سازمان‌ها یا دولت‌ها می‌پردازد که دست‌کم در آن یک عنصر خارجی و بین‌المللی وجود داشته باشد.^۱ برای روشنی بیشتر، تعریف توصیفی گذشته را می‌توان با این تعریف موضوعی تکمیل کرد: حقوق ملی یا داخلی، مجموع قواعدی است که بر روابط حقوقی اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی در یک دولت معین حکومت می‌کند (مثل روابط اتباع با یکدیگر و با حکومت و روابط حکومت با مردم و روابط سازمان‌ها و نهادهای سیاسی و حکومتی با یکدیگر) و حقوق بین‌الملل، مجموع قواعدی است که روابط دولت‌ها، اتباع دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی را تنظیم می‌نماید.

هر یک از دو شاخه حقوق ملی و بین‌المللی بر حسب موضوع آن، به دو شعبه جزئی‌تر، یعنی عمومی و خصوصی تقسیم می‌شوند. در گفتار پیشین، حقوق عمومی و خصوصی در قلمرو حقوق ملی و داخلی مورد بحث قرار گرفت؛ اینک و در این گفتار، دو شعبه عمومی و خصوصی حقوق بین‌الملل، تحت عنوان حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی موضوع بحث قرار می‌گیرد.

بند دو - شاخه‌های حقوق بین‌الملل

۳۰ الف) حقوق بین‌الملل عمومی^۲

در تعریفی خلاصه، حقوق بین‌الملل عمومی را چنین توصیف کرده‌اند: «مجموعه قواعد حقوقی حاکم بر روابط اعضای جامعه بین‌المللی است». این تعریف اگرچه نسبتاً کامل است، چندان روشن و گویا نیست؛ چرا که اعضای جامعه بین‌المللی را مشخص نکرده است. پس بهتر آن است که آن را چنین تعریف کرد: «آن رشته از علم حقوق و آن دسته از قواعد حقوقی است که از روابط بین‌المللی دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی، شرکت‌ها و افراد - از آن نظر که به

۱. ر.ک: کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۰۰؛ محسنی، کلیات حقوق جزا، ص ۷.

حاکمیت مربوط می‌شوند - بحث می‌کند.^۱ بدیهی است همان‌طور که پیش‌تر نیز اشاره شد، آن قسمت از روابط بین‌المللی دولت‌ها، سازمان‌ها، شرکت‌ها و افراد به این رشته از حقوق مربوط می‌شود که از وصف عمومی بودن، به معنایی که در حقوق عمومی گذشت، برخوردار باشد.

برای مثال، مصونیت‌ها و معافیت‌های رؤسای کشورها و مأموران سیاسی، جزو حقوق بین‌الملل عمومی است، ولی بیع بین‌المللی آنها، موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی است، نه عمومی.

موضوع‌های اساسی این رشته عبارت است از: کلیات، منابع حقوق بین‌الملل، اشخاص حقوق بین‌الملل، حقوق سازمان‌های بین‌المللی، حل مسالمت‌آمیز اختلاف‌های بین‌المللی، حقوق دریاها و حقوق هوا و فضا. بعضی از مباحث حقوق بین‌الملل عمومی به حدی از توسعه و رشد رسیده‌اند که هر یک مستقلاً شعبه‌ای از حقوق بین‌الملل عمومی را تشکیل داده‌اند؛ مثل: حقوق دریاها، حقوق هوا و فضا، حقوق کار بین‌المللی، حقوق جزای بین‌المللی و اخیراً حقوق بین‌الملل اقتصادی.

مهم‌ترین منبع حقوق بین‌الملل، معاهدات بین‌المللی و پس از آن عرف بین‌المللی، اصول کلی حقوقی، رویه قضایی بین‌المللی، دکترین و بالاخره اصل عدالت و انصاف است.^۲

۳۱۰ ب) حقوق بین‌الملل خصوصی^۳

حقوق بین‌الملل خصوصی - که همیشه با پسوند خصوصی همراه است و بدین شکل از حقوق بین‌الملل عمومی تمیز داده می‌شود - همان‌طور که از نامش پیداست منطقاً شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل است که موضوعش، حقوق خصوصی، یعنی آن دسته از روابط حقوقی است که عنصر حاکمیت در آن حضور ندارد. هر چند برخی از موضوعاتی که ذیل این عنوان مورد بحث قرار می‌گیرد، کاملاً رنگ و ماهیت خصوصی ندارد و به همین دلیل به کارگیری عنوان حقوق بین‌الملل خصوصی درباره آنها مورد انتقاد قرار گرفته است،^۴ ولی فارغ از این

۱. با وجود وحدت مقصود، از حقوق بین‌الملل تعریف‌های بسیار متفاوتی ارائه شده است که جمع‌بندی آنها بسیار دشوار می‌نماید. برای دیدن این تعریف‌ها، ر.ک: پرویز ذوالعین، مبانی از حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۲۰-۱.

۲. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۷۷-۱۱۴.

3. Private International Law

۴. ر.ک: نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۱۴؛ کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۱۰۳.

نزاع‌های علمی و لفظی، در وجود شاخه‌ای از علم حقوق تحت این عنوان، تردیدی وجود ندارد؛ زیرا:

امروزه پیشرفت فناوری و سرعت گردش اطلاعات و مبادلات و سهولت رفت و آمد، موجب شده است که روابط خصوصی افراد به قلمرو یک کشور و بین اتباع یک کشور، انحصار نیابد و به گونه‌های مختلف، یک یا چند عنصر خارجی در این رابطه حضور پیدا کند و رابطه حقوق خصوصی را از عرصه داخلی بالا کشد و به سطح حقوق بین‌الملل ارتقا بخشد. در این هنگام این پرسش مطرح می‌شود که قانون کدام یک از کشورهایی که این رابطه حقوقی به آنها مربوط می‌شود، بر این رابطه حکومت می‌کند. برای مثال، نکاح دو ایرانی در داخل کشور، در قلمرو حقوق خصوصی داخلی و ملی ایران است و قوانین ایران بی‌هیچ پرسش و ابهامی بر آن حکومت می‌کند. اما نکاح دو ایرانی در خارج از کشور یا نکاح دو خارجی در ایران یا نکاح یک ایرانی با یک خارجی در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی قرار دارد و این پرسش مطرح می‌شود که: کدام یک از دو قانون ایرانی یا خارجی بر آنها حکومت می‌کند؟ در مقام تعریف، برخی از نویسندگان با توجه به ویژگی وجود عنصر خارجی و روشن بودن مفهوم حقوق خصوصی، حقوق بین‌الملل خصوصی را به صورت ماهوی و توصیفی چنین تعریف کرده‌اند: «حقوق بین‌الملل خصوصی حاکم بر آن دسته از روابط خصوصی است که یک عامل خارجی در آن دخالت داشته باشد»^۱ و برخی دیگر با توجه به برآیند حضور عنصر خارجی در رابطه حقوقی - که موجب بین‌المللی شدن آن می‌شود - آن را چنین تعریف کرده‌اند: «رشته‌ای از علم حقوق است که روابط خصوصی افراد را در سطح زندگی بین‌المللی تنظیم می‌کند».^۲

در ادبیات حقوقی ایران و در کتاب‌هایی که درباره حقوق بین‌الملل خصوصی نوشته شده است، معمولاً عناوین تابعیت، اقامتگاه، وضعیت بیگانگان، تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها موضوع بحث قرار می‌گیرد که به آنها اشاره می‌کنیم:

۱. سید حسین صفایی، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۱۲؛ نیز ر.ک: عزالدین عبدالله، القانون الدولي الخاص، ص ۴؛ حبیب ابراهیم الخلیلی، المدخل للعلوم القانونية، ص ۱۴؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۵۸؛ احمد مسلم، القانون الدولي الخاص، ص ۷؛ منصور، المدخل الى القانون، ص ۸۵.
 ۲. بهشید ارفع‌نیا، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، ص ۱. نیز ر.ک: نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۱۳؛ صفایی، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۱۲؛ عبدالله، القانون الدولي الخاص، ص ۴.

۱. تابعیت: ^۱تابعیت، رابطه‌ای حقوقی، سیاسی و معنوی است که فرد را به دولتی معین منتسب و مربوط می‌کند. ^۲در مبحث تابعیت، به عنوان نخستین موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی، از تعریف تابعیت، ارکان تابعیت، مبانی و اصول حاکم بر تابعیت، راه‌های کسب، تغییر و از دست دادن تابعیت و سرانجام تعارض مثبت و منفی تابعیت (چند تابعیتی و بی‌تابعیتی) بحث و گفتگو می‌شود.

۲. اقامتگاه: ^۳انتساب و تعلق هر فرد به دولتی معین، فقط از رهگذر تابعیت و عضویت فرد در جمعیت تشکیل دهنده آن دولت، خلاصه و محدود نمی‌شود، بلکه افزون بر آن، از راه سکونت شخص در سرزمین این یا آن دولت، ممکن است بین او و دولت محل اقامت، پیوندی مادی و حقوقی برقرار شود. این نوع ارتباط و پیوند را اقامتگاه نامیده‌اند و آن را پس از تابعیت، به عنوان دومین عامل تقسیم جغرافیایی اشخاص مطرح می‌کنند. ^۴

۳. وضعیت بیگانگان: ^۵بیگانگان کسانی هستند که فاقد تابعیت دولت محل اقامت خود هستند؛ خواه تابع دولت دیگری باشند یا آنکه به‌طور کلی فاقد تابعیت باشند. موضوع سوم حقوق بین‌الملل خصوصی به وضعیت بیگانگان اختصاص دارد و از حقوق و امتیازها، تکالیف و تعهدات، محدودیت‌ها و محرومیت‌ها و سرانجام از معافیت‌های آنان در عرصه‌های گوناگون حقوق عمومی و خصوصی سخن می‌گوید.

۴. تعارض قوانین: ^۶هنگامی که یک رابطه حقوقی، به دلیل وجود یک یا چند عنصر خارجی به دو یا چند کشور مربوط می‌شود، این پرسش مطرح می‌گردد که قانون چه کشوری بر این رابطه حقوقی حاکم است. مثلاً اگر یک ایرانی و یک پاکستانی در کشور

1. Nationality

۲. تعریف آمده در متن، هر چند تعریفی کلاسیک و مورد قبول بسیاری از حقوقدانان است (ر.ک: نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۲۶؛ ارفع‌نیا، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، ص ۴۹)، ولی در تعریفی دقیق‌تر می‌توان گفت: «تابعیت، عبارت از آن نوع تعلق و ارتباط حقوقی، سیاسی و معنوی فرد به دولتی معین است که عضویت فرد را در جمعیت تشکیل دهنده دولت به اثبات رساند» (مصطفی دانش‌پژوه، اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۳۰؛ نیز ر.ک: محمود سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، ص ۱۴۸؛ شمس‌الدین الوکیل، الجنسية و مرکز الأجانب، ص ۳۵).

3. Domicile

۴. نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۲۶؛ مسلم، القانون الدولي الخاص، ص ۷۴ و ۲۸۲.

5. Status of Foreigners

6. Conflict of Laws

ثالثی مثلاً هند اقدام به عقد نکاح کنند، این نکاح و آثار آن، تابع قانون کدام دولت خواهد بود؛ دولت ایران یا دولت پاکستان و یا دولت هند؟

پاسخ به این پرسش‌ها و تعیین قانون صلاحیت دار حاکم، همیشه به آسانی ممکن نیست، بلکه بیشتر مواقع به دلیل اختلاف قوانین کشورها، با پاسخ‌های متعدد و متفاوت روبه‌رو می‌شود و مسئله‌ای به نام تعارض قوانین خودنمایی می‌کند. حل این تعارض و تعیین قانون صالح از میان قوانین گوناگون، مهم‌ترین موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی است.

البته در همه مواردی که تعارض قوانین مصداق پیدا کند، در صورت اختلاف طرفین رابطه حقوقی، پرسش دیگری مطرح می‌شود و آن اینکه: اصولاً دادگاه کدام یک از کشورهای مربوط صلاحیت رسیدگی دارد؟ این موضوع، که در اصطلاح تعارض دادگاه‌ها یا تعارض صلاحیت‌ها خوانده می‌شود، اگرچه با بحث تعارض قوانین به شدت ارتباط دارد، ولی از آنجا که به آیین دادرسی مربوط می‌شود، از قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی خارج است؛ هرچند برخی به دلیل همین شدت ارتباط، در ضمن مباحث حقوق بین‌الملل خصوصی از آن نیز سخن به میان می‌آورند.

بدین ترتیب، می‌بینیم حقوق بین‌الملل خصوصی، موضوع‌های متفاوتی را دربر می‌گیرد که هرچند با یکدیگر ارتباط دارند، به لحاظ ماهوی برخی بیشتر صبغه عمومی دارند تا خصوصی (مثل تابعیت)؛ چنان که برخی نیز بیشتر صبغه داخلی دارند تا بین‌المللی (مثل قوانین مربوط به تعارض قوانین). همین مسئله، موجب شده است که بعضی با تشکیک در هر دو وصف خصوصی بودن و بین‌المللی بودن آن، ترجیح دهند حقوق بین‌الملل خصوصی را، به گونه موضوعی و شکلی - نه ماهوی و توصیفی - چنین تعریف کنند: «حقوق بین‌الملل خصوصی، مجموعه قواعدی است که دادگاه صالح و قانون صلاحیت‌دار را در روابط خصوصی بین‌المللی معین کرده و مسائل مربوط به تابعیت، اقامتگاه و وضعیت بیگانگان را تنظیم می‌کند».^۱

۱. ر.ک: جابر عبدالله، القانون الدولي الخاص، ص ۱۱؛ غالب علی الداودی، القانون الدولي الخاص، ص ۱۳؛ علی حسین نجیده، المدخل لدراسة القانون، ص ۱۱. یادآوری این نکته سودمند است که با توجه به توسعه علم حقوق، برخی از زیرشاخه‌های آمده در متن یا موضوعات نوپیدای حقوقی، اندک‌اندک به صورت شاخه‌های مستقلی از علم حقوق درآمد یا در حال تبدیل شدن به شاخه‌ای مستقل هستند. حقوق بشر، حقوق مالکیت معنوی، حقوق بین‌الملل اقتصادی و مانند آن، نمونه‌هایی از این شاخه‌های جدیدند.

۳۲ مبحث سوم: حقوق تطبیقی^۱

حقوق تطبیقی، شاخه‌ای مستقل از دانش حقوق است که با روش مخصوص «مقایسه‌ای-سنجشی-گزینشی» به مطالعه حقوق می‌پردازد و اهداف چندگانه ذیل را تعقیب ذیل می‌کند:^۲

۱. اصلاح قانون ملی: بی‌شک هنگامی می‌توان به اصلاح قانون موجود همت گماشت و قانون بهتری را جایگزین آن کرد که اولاً: کاستی و اشکال قانون موجود روشن شود و ثانیاً: پیشنهاد بهتری ارائه گردد. یکی از بهترین راه‌ها برای این منظور، مطالعه قوانین و قواعد حقوق خارجی است. اما در اینجا باید بر نکته‌ای که بعضی از نویسندگان نیز به درستی بدان اشاره کرده‌اند، تأکید داشت که صرف سودمند بودن قاعده خارجی در کشور محل اجرای آن، دلیل بر لزوم یا سودمند بودن اقتباس آن نمی‌شود؛ زیرا بسیار اتفاق افتاده است که قاعده سودمند کشوری در کشور دیگر، زیان‌های فراوان به بار آورده و گاه نیز غیرقابل اجرا مانده است. پس برای پذیرفتن قاعده حقوقی بیگانه، باید محیطی را که قاعده در آن سودمند بوده، شناخت و شرایط سیاسی، جغرافیایی، تاریخی، اقتصادی، اخلاقی و مذهبی آن را با محیط داخلی مقایسه نمود و آن‌گاه اگر نتیجه قیاس برای اجرای قاعده مناسب بود، در این باره اقدام کرد.

اگر حقوق تطبیقی در موردی، موجب اصلاح قانون ملی نشود، حداقل اثر و نتیجه آن این است که حقوق ملی و داخلی بهتر درک و فهم می‌شود و در صورت کامل‌تر بودن در مقایسه با قانون خارجی، قدر آن بهتر شناخته می‌گردد.^۳

۲. کمک به دادگاه‌های داخلی در اجرای قانون خارجی: بر اساس قوانین داخلی، گاه قاضی مکلف به اجرای قانون خارجی است. انجام این کار به وسیله دادگاه - که بیشتر در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی قابل اعمال است - بدون شناخت حقوق خارجی و نوعی مطالعه تطبیقی، چندان امکان‌پذیر نیست.^۴

۳. کمک به دادگاه‌ها و مراجع رسیدگی بین‌المللی: بر اساس بند ۳ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی لاهه، یکی از منابع مهم حقوقی که می‌تواند مبنای رسیدگی و حکم

1. Comprative Law

۲. ر.ک: حسن افشار، مقدمه حقوق تطبیقی، ص ۷؛ علومی، کلیات حقوق، ص ۱۶؛ محمود عرفانی، حقوق تطبیقی، ص ۱۲؛ کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۰۵.

۳. ر.ک: علومی، کلیات حقوق، ص ۵۴؛ افشار، مقدمه حقوق تطبیقی، ص ۳۱ و ۱۹۰؛ عبدالحسین شیروی، حقوق تطبیقی، ص ۴۰؛ رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۵.

۴. ر.ک: علومی، کلیات حقوق، ص ۵۹؛ افشار، مقدمه حقوق تطبیقی، ص ۱۲۸؛ کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۰۷.

قرار گیرد، اصول کلی حقوقی است که مورد قبول ملت‌های متمدن قرار گرفته است. بدیهی است شناخت این اصول کلی و مشترک، بدون مطالعه تطبیقی حقوق ممکن به نظر نمی‌رسد.^۱

۴. کمک به انجام توسعه تجارت بین‌المللی: تاجری که در عرصه بین‌المللی تجارت می‌کند و چه بسا در خارج از کشور متبوع خویش قراردادی می‌بندد و...، باید به‌خوبی از آثار و تعهدات ناشی از این قرارداد و نیز امکان اجرای آن در داخل و خارج آگاه باشد تا بتواند با آسایش و امنیت خاطر، به فعالیت تجاری بپردازد و آن را توسعه بخشد. تحقق این مهم با حقوق تطبیقی و شناخت مقارن حقوق داخلی و خارجی امکان‌پذیر است.^۲

۵. کمک به ثبات و گسترش روابط بین دولت‌ها: یکی از بهترین راه‌های ارتباط بین‌المللی دولت‌ها، انعقاد عهدنامه‌های بین‌المللی است. روابط بین‌المللی دولت‌ها از راه انعقاد عهدنامه، آن‌گاه گسترش می‌یابد که از ثبات و اطمینان برخوردار باشند و احساس ثبات و امنیت زمانی به دست می‌آید که هریک از طرفین، در خصوص اصول حقوقی پذیرفته شده طرف دیگر و چگونگی تفسیر و اجرای قرارداد و اعتبار آن، نزد مراجع داخلی آن دولت آگاهی و اطمینان پیدا کند. این امر نیز با حقوق تطبیقی امکان‌پذیر است.^۳

۶. مبنا قرار گرفتن برای طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی: هر کشور برای خود یک نظام حقوقی مستقل از دیگر کشورها دارد. برخی از این نظام‌های حقوقی، دارای بیشترین نقاط اشتراک و قرابت و برخی دارای کمترین نقاط اشتراک‌اند و تقریباً در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند، طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی بر مبنای همین نقاط اشتراک و افتراق انجام می‌شود و دریافت این نقاط اشتراک و افتراق، جز در پرتو حقوق تطبیقی قابل کشف نیست.^۴

۳۳ مبحث چهارم: دانش‌های وابسته و تلفیقی حقوق

هرچند اصطلاح علم حقوق به معنای خاص آن، بیشتر به دانشی اطلاق می‌شود که به‌طور مستقیم به بررسی قواعد حقوقی بپردازد، ولی در مفهوم عام آن و براساس تعریفی که از دانش حقوق به دست دادیم، گستره وسیع‌تری می‌یابد و شاخه‌های فراوان‌تری پیدا می‌کند که بعضاً حتی به عنوان گرایش‌های مستقل در علم حقوق مطرح

۱. افشار، کلیات حقوق تطبیقی، ص ۱۶۷.

۲. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۰۷.

۳. داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۱۰.

۴. رنه ردیر، مقدمه‌ای بر حقوق تطبیقی، ترجمه سیدمحمد علوی، ص ۴۲-۵۰.

می شوند. پیش از توضیح مختصری درباره این شاخه‌ها، تذکر دوباره این نکته سودمند به نظر می‌رسد که علم حقوق به عنوان یکی از دانش‌های اجتماعی، با بسیاری از علوم دیگر ارتباط و داد و ستد دارد، ولی در این میان، شدت ارتباط بخشی از علم حقوق با برخی از علوم دیگر، به حدی است که به پیدایش علوم میان‌رشته‌ای و مختلط و به عبارت بهتر، دانش‌های وابسته و تلفیقی^۱ انجامیده است که از یک سو به دلیل ارتباطشان با علم حقوق، از زیرمجموعه‌های این دانش به شمار می‌آیند و از سوی دیگر، به دلیل ارتباط عمیقشان با علوم دیگر، از زیرمجموعه‌های آن علوم شمرده می‌شوند. مهم‌ترین این شاخه‌ها عبارت‌اند: فلسفه حقوق، تاریخ حقوق، جامعه‌شناسی حقوق، پزشکی قانونی، روان‌پزشکی کیفری، روان‌شناسی کیفری، جامعه‌شناسی کیفری، زیست‌شناسی کیفری، انسان‌شناسی کیفری و جرم‌شناسی. در اینجا به تبیین مختصر فلسفه حقوق، تاریخ حقوق و جامعه‌شناسی حقوق بسنده می‌کنیم.^۲

۳۳۹ بند یک - فلسفه حقوق^۳

علم حقوق به متن قواعد حقوقی می‌پردازد و به دلیل ویژگی جزئی‌نگری علمی، بر حسب دسته‌بندی‌های گوناگون این قواعد حقوقی، به شاخه‌هایی چند تقسیم می‌شود. اما فلسفه حقوق با برخورداری از ویژگی کلی‌نگری فلسفی، نگاهی کلی به حقوق می‌اندازد و به پرسش‌ها و چرایی‌های مهم، بنیادین و کلی می‌پردازد که همه حوزه‌های حقوق را در بر می‌گیرد و به همین دلیل، با مقدمه علم حقوق نیز نزدیکی پیدا می‌کند. تحقیق در ماهیت حقوق و قانون، مبنا و خاستگاه حقوق، ریشه مشروعیت و الزام‌آور بودن قواعد حقوقی، هدف حقوق و امثال آن، موضوع فلسفه حقوق است.^۴ یکی از مباحث زیرمجموعه فلسفه حقوق، «فلسفه حق» است که منشأ، چگونگی و چرایی پیدایش

۱. برای مطالعه مفهوم علوم وابسته، پیوسته، همگام، تلفیقی، التقاطی، میان‌رشته‌ای، بین‌رشته‌ای، چندرشته‌ای، فرارشته‌ای، پسارشته‌ای و مانند آن، ر.ک: جومرون، میان‌رشتگی، ترجمه داوود حاتمی، ص ۱۹-۲۴؛ احد فرامرز قراملکی، روش‌شناسی فلسفه ملاصدرا، ص ۱۸۱-۱۹۷؛ سید محسن علوی پور و همکاران، مبانی نظری و روش‌شناسی مطالعات میان‌رشته‌ای و چالش‌ها و چشم‌اندازهای مطالعات میان‌رشته‌ای؛ ساکت، حقوق‌شناسی، ص ۲۶۸.
۲. برای مطالعه دیگر موارد، ر.ک: ساکت، حقوق‌شناسی، ص ۲۸۵-۲۹۱.

3. Philosophy of Law

۴. ر.ک: موسی جوان، مبانی حقوق؛ کلود دوپاکید، مقدمه تئوری کلی و فلسفه حقوق، ترجمه علی محمد طباطبایی؛ ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق؛ مصطفی دانش‌پژوه و قدرت الله خسروشاهی، فلسفه حقوق.

«حق» را توضیح می‌دهد. برخی از آثاری که با عنوان فلسفه حقوق منتشر شده‌اند، همچون فلسفه حقوق از کانت، ناظر به فلسفه حق هستند، نه فلسفه علم حقوق. گاهی هم موضوع خاصی از موضوعات حقوقی، مثل حقوق خانواده، ریاست مرد، نفقه زن، دیه، قصاص و مانند آنها با نگاهی فلسفی و غایت‌شناسانه مورد بحث قرار می‌گیرد که در ادبیات اسلامی به آن فلسفه احکام - و نه فلسفه فقه - گفته می‌شود؛^۱ در حالی که کتاب‌هایی که با عنوان مقاصد الشریعه نوشته شده‌اند، به فلسفه فقه یا فلسفه حقوق اسلامی مربوط می‌شوند.^۲

۳۵ بند دو - تاریخ حقوق^۳

بدون تردید نظام حقوقی موجود در هر کشور، امری صددرصد مستحدث و جدید نیست، بلکه در گذشته و تاریخ ریشه دارد. این نظام حقوقی در طول تاریخ آن کشور، تحولات فراوانی را شاهد بوده تا به نقطه حاضر رسیده است. بسیار طبیعی است که فهم و درک کامل حقوق حاضر، بی‌مطالعه گذشته آن و دریافت اسباب و عللی که آن را به اینجا رسانده، مقدور و میسر نیست. افزون بر آن، نگاه به گذشته حقوق، قانون‌گذار را در قانون‌گذاری برای آینده حقوق آن کشور نیز کمک شایان می‌کند. از این رو، مطالعه تاریخ حقوق به طور عام و تاریخ حقوق هر کشور به طور خاص، ضرورت دارد و به عنوان یک موضوع درسی در بسیاری از دانشکده‌های حقوق رسمیت یافته است.^۴

۳۶ بند سه - جامعه‌شناسی حقوق^۵

جامعه‌شناسی حقوق، حقوق را به مثابه پدیده‌ای اجتماعی مورد مطالعه قرار می‌دهد. از یک سو به آن دسته از عوامل و رویدادهای اجتماعی می‌پردازد که موجب پیدایش

۱. کتاب علل الشرایع از شیخ صدوق و کتاب‌های حکمة الشریع و فلسفته از شیخ علی احمد جرحاوی و فلسفه قصاص از قدرت الله خسروشاهی، نمونه‌ای از این کتاب‌ها هستند.

۲. کتاب‌های المقاصد العامة للشریعة الاسلامیه از یوسف حامد العالم، مقاصد الشریعة الاسلامیه و مکارمها از علال الفاسی و مقاصد شریعت از دیدگاه ابن‌عاشور نوشته اسماعیل الحسنی از این دسته هستند.

3. History of Law

۴. ر.ک: علی پاشا صالح، مباحثی از تاریخ حقوق؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، تاریخ حقوق ایران.

5. Sociology of Law

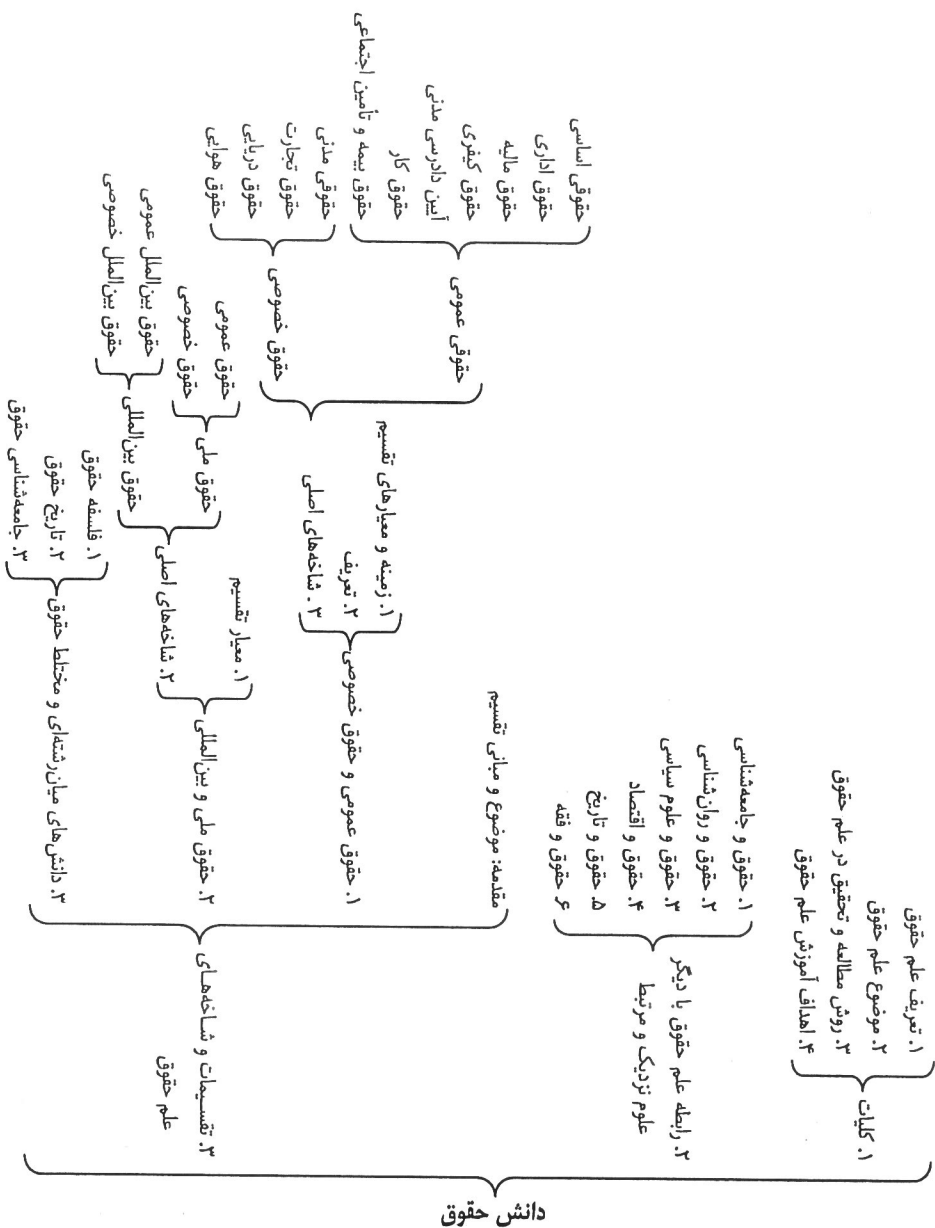
نظام حقوق در کشور و جامعه‌ای خاص و تأسیس نهادها و سازمان‌های حقوقی در آن جامعه می‌شوند و از سوی دیگر، به تأثیر متقابل حقوق بر دیگر عرصه‌های اجتماعی توجه می‌کند و بدین‌گونه، تأثیر متقابل حقوق و اجتماع را بر یکدیگر بررسی می‌نماید.^۱

● پرسش و خودآزمایی

۱. معانی مختلف حقوق، در ادبیات حقوق فارسی را نوشته و معنای موضوع بحث در درس مقدمه علم حقوق را تعیین کنید.
۲. موضوع اصلی مقدمه علم حقوق و موضوع‌های فرعی و جانبی آن را توضیح دهید.
۳. علم حقوق را تعریف کرده و مفهوم عام و خاص آن را تبیین کنید.
۴. موضوع اصلی و موضوع‌های فرعی و جانبی علم حقوق را توضیح دهید.
۵. سه چهره یا سه مرحله دانش حقوق، به مفهوم وسیع آن را بیان کنید.
۶. اهداف آموزش علم حقوق را بنویسید.
۷. علم حقوق بیشتر با کدام شاخه از علوم ارتباط پیدا می‌کند، ضمن نام بردن از برخی از این علوم، عوامل شدت و ضعف رابطه حقوق با این علوم را تبیین کنید.
۸. رابطه علم حقوق با علوم سیاسی چگونه است؟ توضیح داده و نقاط اشتراک و افتراق آنها را بیان کنید؟
۹. آیا رابطه حقوق و تاریخ، بحث از تاریخ حقوق است؟ توضیح دهید.
۱۰. رابطه حقوق و فقه را توضیح دهید.
۱۱. چهار شاخه اصلی حقوق را نام برده و مبنای تقسیم‌بندی آنها را تبیین کنید.
۱۲. حقوق عمومی و حقوق خصوصی را تعریف کرده و مبنای این تقسیم را توضیح دهید.
۱۳. حقوق اساسی و اداری را تعریف و مهم‌ترین موضوعات آنها را بیان کنید.
۱۴. منابع حقوق اساسی را بنویسید.
۱۵. حقوق اداری را تعریف کرده و موضوعات آن را بنویسید.
۱۶. اوصاف و ویژگی‌های حقوق اداری را تبیین کنید.
۱۷. حقوق کیفری را تعریف کرده و شاخه‌های اصلی و فرعی زیرمجموعه آن را نام برده و توضیح دهید.

۱. ر.ک: لوی برول، جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه سید ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی؛ عبدالرضا علیزاده، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق (تعریف جامعه‌شناسی حقوق، ص ۴۰-۴۲).

۱۸. آیین دادرسی مدنی را تعریف کرده و مقصود از آیین دادرسی به معنای اخص را توضیح دهید.
۱۹. حقوق کار را تعریف کرده و مهم‌ترین ویژگی آن را تبیین کنید.
۲۰. تعریف موضوعی و شکلی و نیز تعریف توصیفی و ماهوی حقوق مدنی را بنویسید.
۲۱. حقوق تجارت را تعریف کرده و موضوعات آن را نام ببرید.
۲۲. مبنای تقسیم حقوق به حقوق ملی و حقوق بین‌المللی را تبیین کرده و تعریف توصیفی و تعریف موضوعی آن دو را بنویسید.
۲۳. تعریف کامل حقوق بین‌الملل عمومی را نوشته و موضوعات آن را نام ببرید.
۲۴. حقوق بین‌الملل خصوصی را تعریف کرده و موضوعات آن را بنویسید.
۲۵. مقصود از دانش‌های میان‌رشته‌ای و مختلط حقوق چیست؟ سه مصداق آن را نام ببرید.



فصل دوم

قاعده حقوقی

هدف از گشودن این فصل آن است که دانشجو:

۱. حقوق را تعریف کند و ضرورت آن را تبیین کند؛
۲. اوصاف و ویژگی‌های قواعد حقوقی را شمرده و آن را از دیگر قواعد نزدیک و مرتبط تمیز دهد؛
۳. انواع گوناگون قواعد حقوقی را بشناسد؛
۴. با حق و انواع آن، به عنوان مهم‌ترین موضوع قاعده حقوقی آشنا شود، آن را تعریف و تحلیل کند و رابطه آن را با تکلیف و نیز چگونگی و محدودیت‌های استفاده از حق را توضیح دهد؛
۵. رابطه حقوق و اخلاق را تشریح کند؛
۶. رابطه حقوق را با دین به طور کلی و با دین اسلام به طور خاص بشناسد و با تبیین‌های مختلف برای اثبات ضرورت دینی و اسلامی بودن حقوق آشنا شود؛
۷. نقش اسلام و سایر ادیان و مذاهب را در حقوق کنونی جمهوری اسلامی ایران تبیین کند.

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، موضوع اصلی، گسترده و مهم علم حقوق، «قواعد حقوقی» است؛ پس برای آشنایی بهتر و بیشتر با علم حقوق، باید قواعد حقوقی را شناخت. بدین منظور نخست حقوق، به معنای «مجموعه قواعد حقوقی» تعریف و ضرورت آن تبیین می‌شود. سپس اوصاف و ویژگی‌های آن موضوع بحث قرار می‌گیرد تا بهتر بتوان قواعد حقوقی را از قواعد مشابه تمیز داد. پس از آن، به انواع قواعد حقوقی اشاره می‌شود.

آنگاه تحت عنوان «موضوع قواعد حقوقی»، حق مورد بحث واقع می‌گردد و سرانجام با تبیین رابطه قواعد حقوقی با قواعد اخلاقی و قواعد و دستورات مذهبی و دینی، این فصل به پایان می‌رسد.

گفتار نخست: تعریف و ضرورت حقوق

۳۷ مبحث اول: تعریف

ارائه تعریف دقیق و مورد قبول از حقوق، آنگاه امکان‌پذیر است که پیش از آن، ماهیت، اوصاف و ویژگی‌ها، مبانی و اهداف حقوق روشن شده باشد. بنابراین، تا رسیدن به آن «تعریف دقیق» به این تعریف مقدماتی بسنده می‌کنیم: «حقوق عبارت است از مجموع قواعد الزام‌آوری که بر رفتار اجتماعی انسان حکومت می‌کند و قدرت حاکم بر جامعه - و در زمان ما، دولت - اجرای آن را تضمین می‌نماید».^۱

۳۸ مبحث دوم: ضرورت

درباره ضرورت وجود حقوق، اختلاف نظر وجود دارد، ولی به نظر می‌رسد توجه به واقعیت‌های ذیل، ضرورت آن را آشکار می‌کند:

۱. زندگی انسان زندگی اجتماعی است و آدمی نمی‌تواند یا نمی‌خواهد به صورت فردی زندگی کند.^۲
۲. برای اداره این زندگی اجتماعی، قواعد و قوانین طبیعی، غریزی و فطری فراوان و کافی وجود ندارد.
۳. از سوی دیگر، نیازمندی‌های گوناگون انسان و کمبود منابع بالفعل و در دسترس و مهم‌تر از آن، آزمندی آدمی و طبع سیری‌ناپذیرش، موجب پیدایش اختلاف‌ها و درگیری‌ها در زندگی اجتماعی او می‌شود.

۱. برای دیدن مجموعه‌ای از تعریف‌های گوناگون حقوق، ر.ک: مصطفی دانش‌پژوه، و قدرت الله خسروشاهی،

حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۱۰۵ و ۱۰۶.

۲. برای مطالعه بیشتر درباره تحلیل زندگی اجتماعی انسان، ر.ک: مرتضی مطهری، مجموعه آثار، ج ۱۵، ص ۱۲۹-۱۳۳، ۵۴۷-۵۴۳ و ۷۶۳-۷۶۶ و ج ۲، ص ۳۴۳-۳۳۱ و نیز [مجموعه] مقدمه‌ای بر جهان‌بینی توحیدی بخش جامعه و تاریخ، ص ۳۱۳-۳۱۷؛ محمود محمدی عراقی، و همکاران، مبانی جامعه‌شناسی، فصل پنجم، منشأ زندگی اجتماعی، ص ۳۰۵-۲۴۹؛ دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر جامعه‌شناسی اسلامی، ص ۲۰۷-۲۴۲؛ سیف الله سیف‌اللهی، جامعه‌شناسی، ص ۱۰۵-۹۷ و ۱۵۸؛ ساموئل کینگ، جامعه‌شناسی، ترجمه مشفق همدانی، ص ۲۹-۳۷.

۴. تجربه تاریخی گذشته و وضعیت کنونی بشر نیز نشان داده است که عقل و وجدان اخلاقی برای پیشگیری یا حل این اختلاف‌ها کافی نیست. نتیجه آنکه: نظامی حقوقی لازم است که روابط انسان‌ها را در زندگی اجتماعی به گونه‌ای تنظیم کند که: اولاً: اختلافی پدید نیاید و ثانیاً: در صورت بروز اختلاف، به بهترین شکل به حل آن پردازد.^۱

۳۹ گفتار دوم: اوصاف و ویژگی‌های قاعده حقوقی

برای قاعده حقوقی، اوصافی چند برشمرده‌اند.^۲ البته در اینکه کدام‌یک از این اوصاف، ویژگی قاعده حقوقی و وجه تمایز آن از دیگر قواعد مشابه باشد، اختلاف نظر وجود دارد. مهم‌ترین این اوصاف و ویژگی‌ها از این قرار است:

۱. عمومیت و شمول داشتن؛
۲. انسانی، اجتماعی، رفتاری و دستوری بودن؛
۳. الزامی بودن و قابلیت اجبار داشتن؛
۴. برخورداری از ضمانت اجرای مادی، بیرونی و دولتی.

۴۰ مبحث اول: عمومیت و شمول

قاعده حقوقی، هر چند برای افراد و مصداق‌های خارجی که موضوع آن قاعده هستند، وضع می‌شود، ولی نگاه قانون‌گذار به آنها، نگاهی شخصی نیست، بلکه آن افراد و مصداق را، مجرد از ویژگی‌های شخصی، موضوع قاعده حقوقی قرار می‌دهد،^۳ تا قاعده حقوقی به یک فرد خاص، اختصاص نیابد^۴ و همه افراد و مصداق آن را در طول زمان و تا وقتی قانون نسخ نشده است، دربرگیرد.^۵ درباره این وصف توجه به چند نکته سودمند است:

۱. مقصود از «عمومیت»، لزوماً فراوانی موضوع قاعده حقوقی نیست، بلکه مقصود تجرید قاعده از مصداق‌هاست. بنابراین، قوانینی که اختیارات و وظایف رئیس‌جمهور

۱. ر.ک: محمدتقی مصباح یزدی، حقوق و سیاست، ص ۵۳-۵۰؛ عبدالرزاق السنهوری پاشا، و احمد حشمت ابوسیف، اصول القانون، ص ۱۷ و ۱۸.

۲. برای دیدن مجموعه‌ای از دیدگاه‌ها، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۱۰۷-۱۰۹.

۳. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۳۰.

۴. الصده، اصول القانون، ص ۱۸؛ سعد، مبادئ القانون، ص ۱۹ و ۲۰.

۵. الصده، اصول القانون، ص ۱۸؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۳۱.

را تبیین می‌کند، مصداق قاعده حقوقی است، اگرچه در هر زمان یک رئیس‌جمهور بیشتر وجود ندارد.^۱

۲. عمومیت و شمول، از ویژگی‌های قاعده حقوقی نیست، بلکه وصف مشترک همه گزاره‌های علمی است و قواعد اخلاق، قواعد فیزیکی و قوانین ریاضیات نیز از این وصف برخوردارند. تنها تفاوت در این است که عمومیت در وضع و اجرای قاعده حقوقی (تا حدود زیادی) ارادی است و به عمل قانون‌گذار مربوط می‌شود.^۲

۳. در عین حال، تأکید بر این وصف از آن نظر است که نشان‌دهنده اصل تساوی انسان‌ها در برابر قانون است؛^۳ اصلی که یکی از پایه‌های بنیادین حقوق اسلامی است و پیامبر گرامی اسلام ﷺ و دیگر پیشوایان دین ﷺ آن را بارها در عمل نشان دادند که ماجرای قصاص خواهی شهروندی عادی از رسول خدا ﷺ در آخرین حضور آن حضرت در مسجد،^۴ نمونه‌ای از آن است. این عبارت در ذیل اصل یکصد و هفتم قانون اساسی که می‌گوید: «رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است»، تجلی همین حقیقت است.

۴. عمومیت و شمول ازمانی قاعده حقوقی (دوام)، به معنای جاودانه و پایان‌ناپذیر بودن آن نیست، بلکه به معنای مقطعی نبودن آن است.

۹۱) مبحث دوم: انسانی، رفتاری، اجتماعی و دستوری بودن

قواعد حقوقی، قواعدی هستند در مورد رفتار اجتماعی انسان. از تحلیل این مطلب، چهار وصف فرعی استنباط می‌شود:

۱. انسانی بودن: موضوع قاعده حقوقی، رفتارهایی است که به انسانیت انسان مربوط می‌شود، نه به حیوان بودن یا جسم بودن او. پس قواعد حقوقی، قواعدی انسانی است و از این نظر از قوانین فیزیکی و پزشکی، که به طبیعت بی‌جان یا جسم انسان مربوط می‌شود، متمایز می‌گردد.

۱. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۳۱؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۳۰؛ سعد، مبادی القانون، ص ۲۰؛ ابواللیل، المدخل الی نظریة القانون و نظریة الحق، ص ۱۲؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۱۹.

۲. واحدی، مقدمه علم حقوق، ص ۳۱.

۳. مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۳۰؛ ساکت، حقوق‌شناسی، دیپاچه‌ای بر دانش حقوق، ص ۴۰۴؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۳۲؛ الصده، اصول القانون، ص ۱۸؛ سعد، مبادی القانون، ص ۱۹.

۴. ر.ک: جعفر سبحانی، فروغ ابدیت، ج ۲، ص ۸۶۵.

۲. رفتاری بودن: موضوع قاعده حقوقی، انسان اجتماعی است از حیث رفتارها و نه عواطف و احساسات، انگیزه‌ها و گرایش‌ها، افکار و اندیشه‌ها و امثال آن؛ پس قاعده حقوقی، قاعده‌ای رفتاری است.^۱ البته آن بخش از رفتارهای اجتماعی آدمی موضوع قاعده حقوقی قرار می‌گیرد که به‌طور مستقیم یا نامستقیم از دو ویژگی اختیاری و ارادی^۲ و نیز خارجی بودن برخوردار باشد.^۳ بنابراین، اعمال باطنی همچون مهر و کین، موضوع قاعده حقوقی نیست، مگر آنکه در عمل ظاهری تجلی یابد؛^۴ مثل قصد قتل که آنگاه موضوع قاعده حقوقی قرار می‌گیرد که موجب عملی خارجی شود.

۳. اجتماعی بودن: موضوع حقوق، رفتارهای اجتماعی انسان است، زیرا اصولاً حقوق در اجتماع مفهوم پیدا می‌کند و مصداق می‌یابد. پس آنچه مربوط به رفتارهای صرفاً فردی انسان است، از حوزه حقوق خارج است و در حوزه روان‌شناسی، اخلاق و امثال آن قرار می‌گیرد.^۵

۴. دستوری بودن: قاعده حقوقی، قاعده‌ای دستوری است که بر مبنای ارزش‌های جامعه، روابط افراد در اجتماع را تبیین و تنظیم می‌نماید و همچون قواعد اخلاقی، باید‌ها و نبایدها را - اگرچه در قالب گزاره‌های خبری - تعیین می‌کند.^۶ با این وصف، قواعد حقوقی از قواعد روان‌شناسی و جامعه‌شناسی که وصف توصیفی دارند، تمایز می‌یابد.^۷

۹۲ بحث سوم: الزامی بودن و قابلیت اجبار داشتن

قاعده حقوقی، قاعده‌ای لازم الاجراست؛ به‌گونه‌ای که اگر فرد به صورت خودخواسته و داوطلبانه آن را انجام نداد، بتوان او را به‌گونه‌ای موجه بر انجام آن اجبار کرد. اجبار بر رعایت مقررات راهنمایی و رانندگی یا پرداخت مالیات، نمونه روشنی برای این وصف قاعده حقوقی است. بی‌تردید الزامی بودن، به معنای قابلیت اجبار موجه بر رعایت قانون^۸ - و نه

۱. الصده، اصول القانون، ص ۱۴.

۲. در بحث از لزوم جبران خسارت، حتی در آنجا که نتیجه اتلاف ناخواسته و غیر ارادی باشد، آنچه موضوع قاعده حقوقی است، «لزوم جبران خسارت» است که امری اختیاری است، نه «اتلاف» که امری غیر اختیاری بوده است.

۳. فرج الاصول العامه للقانون، ص ۲۱ و ۲۲؛ ابواللیل، المدخل الی نظریة القانون و نظریة الحق، ص ۱۳؛ الصده، اصول

القانون، ص ۱۵ و ۱۶. ۴. فرج، الاصول العامه للقانون، ص ۲۱ و ۲۲.

۵. کانتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۴۰-۵۴۳؛ الصده، اصول القانون، ص ۱۵ و ۱۶.

۶. قواعد مربوط به احکام وضعی نیز در نهایت به احکام تکلیفی و باید‌ها و نبایدها می‌انجامد.

۷. الصده، اصول القانون، ص ۱۵ و ۱۶.

۸. برای دیدن تحلیل «الزامی بودن» به «قابلیت اجبار موجه» ر.ک: دانش پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۱۲۱-۱۲۹.

صرفاً وجوب رعایت قانون - یکی از ویژگی‌های قاعده حقوقی و معیار تمیز آن از قواعد مشابه، همچون قواعد اخلاقی و برخی از قواعد مذهبی است؛^۱ زیرا درست است که بسیاری از قواعد اخلاقی و برخی^۲ از قواعد و مذهبی، همچون قواعد حقوقی لازم‌الاجراست، ولی لزوم و وجوب اجرای آنها، صرفاً به صورت خودخواسته و داوطلبانه و بر اساس انگیزه درونی و التزام و تعهد باطنی است؛ چرا که اصولاً ارزش فعل اخلاقی و مذهبی به انجام داوطلبانه آنهاست. بنابراین، اگر برخی از دستورات اخلاقی و مذهبی، همچون لزوم امانتداری و رد امانت یا ممنوعیت غضب و لزوم پایان دادن به آن قابلیت اجبار نیز داشته باشند، بدین معناست که این دستورات با حفظ هویت اخلاقی و مذهبی خود، هویت حقوقی نیز یافته‌اند. انسان اخلاقی و مذهبی، به سائقه وجدان اخلاقی و مذهبی خود، این دستورات را مراعات می‌کند، ولی اگر کسی که فاقد این سائقه و انگیزه است، از مراعات این دستورات امتناع ورزید، به دلیل حقوقی بودن این دستورات، او را بر مراعات آنها اجبار می‌کنند. البته الزامی بودن قواعد حقوقی از نظر درجه شدت الزام یا مطلق و مشروط بودن آن، متفاوت است که در مبحث انواع قواعد حقوقی تحت عنوان «قواعد آمره و تکمیلی» به آن اشاره خواهیم کرد.

۹۳۳ مبحث چهارم: برخورداری از ضمانت اجرای دولتی

قواعد و دستورات حقوقی، اگرچه الزامی و حتی اجباری است، جبری نیست، بلکه ارادی و اختیاری است. به همین دلیل، ممکن است برخی با سوء استفاده از اختیار و آزادی خویش، از اجرای آن خودداری کنند. پس لازم است قدرت و نهادی برتر پیش‌بینی شود که اجرای آن

۱. برخی از صاحب‌نظران با تحلیل «الزامی بودن» قاعده حقوقی به «لزوم ضمانت اجرای دولتی»، این وصف را یکی از ویژگی‌های قاعده حقوقی دانسته‌اند (الصدّه، اصول القانون، ص ۱۹-۲۲) که البته این سخن دیگری است. در برابر برخی دیگر، با تحلیل «الزامی بودن» به «الزام آور بودن» قاعده حقوقی و نوعی ایجاد التزام درونی یا اجبار اجتماعی به اجرای قاعده، آن را نه ویژگی قاعده حقوقی، که وصف مشترک قاعده حقوقی و اخلاقی برشمرده‌اند (کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۱۸ و ۵۱۹). در ضمن، تأکید بر «برخی» از قواعد مذهبی و نه همه آنها، از آن نظر است که برخی دیگر از قواعد مذهبی در مذاهبی همچون اسلام از وصف الزامی بودن برخوردار هستند؛ مثل قواعد مربوط به پرداخت نفقه همسر و فرزندان.

۲. تأکید بر عنوان «برخی» از آن‌رو است که در دین و مذهبی همچون اسلام، اگرچه همه قواعد و دستورات الزامی آن (واجبات شرعی) از صفت «وجوب» برخوردارند که یک مسلمان علی‌القاعده به صورت خودانگیخته آن را اجرا می‌کند، ولی پاره‌ای از آنها، افزون بر آن، از وصف «قابلیت اجبار موجه» نیز برخوردارند؛ به گونه‌ای که اگر کسی آن دستور را داوطلبانه انجام ندهد، او را به انجام آن مجبور یا به لوازم عدم انجام آن، ملتزم می‌کنند.

را تضمین کند. این نهاد در مرحله نخست، باید از نقض قانون پیشگیری کند و قانون‌گریزان را به اجرای قانون وادارد و در صورت نقض قانون، خسارت‌های ناشی از نقض قانون را از آنان بازستاند و در صورت لزوم، آنان را به جرم قانون‌شکنی کیفر دهد.

در روزگار ما، دولت با استفاده از راهکارهای مادی، محسوس، بیرونی و دنیوی، ضمانت اجرای قواعد حقوقی را بر عهده دارد. بدون تردید ضمانت اجرا با این مفهوم، یکی از ویژگی‌های بارز قاعده حقوقی و وسیله تمایز آن از قواعد اخلاقی و برخی از قواعد مذهبی^۱ است؛ زیرا درست است که قواعد اخلاقی و به‌ویژه قواعد مذهبی یادشده نیز از عنصر ضمانت اجرا برخوردارند، ولی ضمانت اجرای آنها، ماهیت وجدانی، درونی، معنوی، باطنی و نیز اخروی دارد؛ در حالی که ضمانت اجرای قواعد حقوقی، ماهیت دولتی، بیرونی، مادی، ظاهری و نیز دنیوی دارد. البته بدیهی است آن بخش از قواعد اخلاقی و مذهبی که صبغه حقوقی داشته باشد، افزون بر ضمانت اجرای وجدانی، معنوی و اخروی، از ضمانت اجرای دولتی، مادی و دنیوی نیز برخوردار خواهد بود. نکته قابل توجه آنکه مقصود از این ویژگی، لزوماً ضمانت بالفعل از سوی دولت موجود نیست، بلکه ضمانت بالقوه به وسیله دولت شأنی را نیز در بر می‌گیرد. پس اگر دولت موجود، در عمل نخواهد یا نتواند عهده‌دار ضمانت اجرای برخی از قوانین شود، وصف حقوقی بودن از آن قانون سلب نخواهد شد؛ همان‌طور که اگر حتی دولتی در خارج وجود نداشته باشد، موجب سلب عنوان حقوقی از قاعده‌ای که برای اجرای آن وجود دولت پیش‌بینی شده است، نمی‌شود. تفاوت دو قاعده الزامی ذیل، حتی در زمانی که دولتی اسلامی وجود ندارد، مؤید این حقیقت است: قاعده «مسلمانان! نماز بخوانید» و قاعده «مسلمانان! سرقت نکنید»؛ چرا که از منظر بحث ما، اصولاً دولت در اجرای قاعده نخست، نقشی ندارد،^۲ ولی ضمانت اجرای گزاره دوم با پیش‌بینی مجازات قطع دست سارق، اساساً به دست دولت است. به هر حال، این ضمانت اجرا در عرصه حقوق ملی، بسته به مورد به گونه‌های مختلف مدنی، کیفری، اداری و سیاسی قابل تحقق است.^۳

۱. تأکید بر «برخی» از قواعد مذهبی و نه همه آنها، از آنرو است که بسیاری از قواعد مذهبی از ضمانت اجرای دولتی برخوردارند؛ مثل قواعد مربوط به ممنوعیت شرابخواری، اعمال منافی عفت، قذف، سرقت و مانند آن.

۲. اگرچه وظیفه دولت اسلامی در فراهم آوردن زمینه‌های اقامه نماز «الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّ لَهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ...» (حج، ۴۱). مطلب مسلمی است، به بحث ما ارتباطی ندارد.

۳. الصده، اصول القانون، ص ۲۱ و ۲۲؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۲۳؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۳۹؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۲۹ و ۵۳۰.

ضمانت اجرای مدنی، که بیشتر به روابط خصوصی مردم با یکدیگر مربوط است، جلوه‌های متعدد و متفاوتی دارد:

۱. اجرای مستقیم قاعده: گاه متخلف را به اجرای قانون مجبور می‌کنند و در صورت سرپیچی، دولت به طور مستقیم عهده‌دار اجرای آن می‌گردد؛ مثلاً غاصب را به خروج از منزل غصبی مجبور می‌سازند، وگرنه او را اخراج می‌کنند.

۲. مسئولیت مدنی: برخی اوقات، متخلف را به جبران خسارت الزام می‌کنند و مثلاً او را به پرداخت مثل یا عین مال تلف شده وامی‌دارند.

۳. ابطال عمل حقوقی: در پاره‌ای از موارد، عمل او را ابطال می‌کنند؛ مثلاً قرارداد فاقد شرایط لازم را، باطل و بی اعتبار می‌شمرند.

ضمانت اجرای کیفری، بیشتر به مواردی مربوط می‌شود که تضمین قانون به شکل مدنی میسر یا کافی نیست؛ مثل اختلال در نظم عمومی یا داشتن روابط نامشروع و امثال آن. در این موارد، با پیش‌بینی مجازات‌هایی همچون حبس، شلاق و اعدام، قوانین مربوط به نظم عمومی یا روابط مشروع، تضمین می‌شود.

ضمانت اجرای اداری، به تخلفات اداری کارکنان دولت مربوط می‌شود؛ مثل توییح، تعلیق از خدمت، انفصال از خدمت و مانند آن.

ضمانت اجرای سیاسی به مقامات عالی سیاسی مربوط می‌شود؛ مثل سؤال استیضاح، رأی عدم اعتماد و مانند آن درباره وزیران و رئیس‌جمهور. البته ممکن است در مورد پاره‌ای از قواعد حقوقی، مثل ممنوعیت سرقت، گاه چند نوع ضمانت اجرا وجود داشته باشد. یکی ضمانت اجرای مدنی و لزوم بازپس دادن اموال مسروقه یا پرداخت خسارت و دیگر تحمل مجازات سرقت.

در عرصه بین‌المللی، منطقاً ضمانت اجرای اداری جایی ندارد و مواردی نظیر تحریم اقتصادی، قطع روابط سیاسی، تعلیق عضویت یا اخراج دولت از یک نهاد بین‌المللی و امثال آن، بیشتر نشان‌دهنده ضمانت اجرای سیاسی، اقتصادی و بعضاً کیفری است.

۹۹ خلاصه و جمع‌بندی: از آنچه گذشت می‌توان نتیجه گرفت که قاعده حقوقی، از آن نظر که «قاعده» است، همچون دیگر قواعد، گزاره‌ای عام، کلی و دائمی است و از آن نظر که حقوقی است، از یک سو، همچون گزاره‌های اخلاقی، دستوری است و از سوی دیگر،

همچون گزاره‌های جامعه‌شناختی، اجتماعی است. بنابراین، هیچ‌یک از اوصاف یاد شده (عمومیت، کلیت، دوام، دستوری و اجتماعی بودن) ویژه قاعده حقوقی نیست. ویژگی قاعده حقوقی را باید در دو عنصر الزام (قابلیت اجبارِ موجه^۱) و ضمانت اجرای دولتی (مادی، بیرونی و دنیوی) جستجو کرد.^۲ بر این اساس، اکنون می‌توان قاعده حقوقی را تعریف کرد و در نتیجه، تعریف دقیق‌تری از حقوق ارائه داد: «قاعده حقوقی، گزاره‌ای عام، کلی، دائمی، دستوری، لازم‌الاجرا با ضمانت اجرای دولتی (مادی، بیرونی و دنیوی) درباره یک رفتار اجتماعی است» و «حقوق، مجموعه قواعد (گزاره‌های عام، کلی و دائمی) دستوری و لازم‌الاجراء با ضمانت اجرای دولتی (مادی، بیرونی و دنیوی) است که بر رفتارها و روابط اجتماعی انسان حکومت می‌کند». البته به دنبال بحث‌های آینده درباره مبانی و اهداف حقوق، تعریف دقیق‌تری ارائه خواهد شد.

۴۵ گفتار سوم: انواع قواعد حقوقی

قاعده حقوقی به تعریفی که گذشت، از دیدگاه‌های مختلف و با معیارهای گوناگون انواعی دارد؛ به لحاظ ماهیت قاعده حقوقی به حقوق عمومی و حقوق خصوصی، و به لحاظ قلمرو به حقوق ملی و حقوق بین‌المللی تقسیم می‌شود. این دو نوع تقسیم که خود مبنای تقسیم علم حقوق نیز هست، پیش‌تر مورد مطالعه قرار گرفت و اکنون نوبت آن است که دیگر انواع قاعده حقوقی، یعنی قواعد آمره و قواعد تکمیلی، قواعد ماهوی و قواعد شکلی و نیز قواعد الزامی و قواعد اذنی مورد بحث قرار گیرد.

مبحث اول: قواعد آمره و تکمیلی

۴۶ بند یک - مبنا و ریشه تقسیم

اگرچه همه قواعد حقوقی از ویژگی «الزامی» بودن برخوردارند، واقعیت این است که درجه شدت الزام آور بودن آنها یکسان نیست. برخی آن قدر الزامی‌اند که به طور مطلق

۱. الزام به معنای قابلیت اجبار موجه از ویژگی‌های قاعده حقوقی است، ولی الزام به معنای «لازم‌الاجرا» بودن، از اوصاف مشترک قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی است.

۲. البته همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، برخی از صاحب‌نظران با تحلیلی که از مفهوم «الزامی بودن» ارائه می‌کنند، آن را نه ویژگی قاعده حقوقی، که وصف مشترک قاعده حقوقی و قاعده اخلاقی دانسته‌اند.

و نامشروط، لازم‌الاجرايند (قواعد آمره)، ولی برخی ديگر به اين درجه الزام آور نبوده و در صورتی لازم‌الاجرا می‌شوند که برخلاف آنها توافقی صورت نگرفته باشد (قواعد تکمیلی).^۱ تفاوت قواعد حقوقی در شدت درجه الزام آور بودن آنها و در نتیجه، مطلق یا مشروط بودن اجرای آنها، در ارتباط و عدم ارتباط آنها با «نظم عمومی و اخلاق حسنه» جامعه ریشه دارد. آن دسته از قواعد که به نظم عمومی، اخلاق حسنه و مصالح اجتماع مربوط می‌شود، قواعد آمره را پديد می‌آورد و آن دسته که صرفاً تأمین‌کننده مصالح افراد و تابع اراده آنهاست، قواعد تکمیلی را تشکیل می‌دهد. بنابراین، برای شناخت بهتر و تعريف دقیق‌تر قواعد آمره و قواعد تکمیلی، نخست باید مفهوم نظم عمومی و قلمرو آن را تبیین کرد: «نظم عمومی، مجموعه ارکان و مصالح بنیادین اعتقادی، سیاسی، اداری، اجتماعی، خانوادگی و اخلاقی است که کيان و قوام جامعه و دولت بر آن استوار است». بنابراین، نظم عمومی سه قلمرو اساسی دارد: ۱. اصول اعتقادات و ارزش‌های دینی؛ ۲. قواعد حقوقی بنیادین؛ ۳. ارزش‌های اخلاقی جامعه.^۲

۹۷ بند دو - تعريف و قلمرو

بر اساس آنچه گذشت، قواعد آمره و قواعد تکمیلی را می‌توان این‌گونه تعريف کرد: «قواعد آمره، قواعدی است که به آن بخش از روابط بنیادین جامعه می‌پردازد که به مصالح عمومی جامعه مربوط می‌شود و از آنچنان اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است که نه تنها نقض یک‌جانبه آن ممنوع است، بلکه به‌طور کلی توافق برخلاف آن جایز نیست و اعتباری نخواهد داشت». مقررات راهنمایی و رانندگی، مثال روشنی برای قواعد آمره است. اما «قواعد تکمیلی، قواعدی است که با مصالح افراد ارتباط دارد و به همین دلیل، تراضی و توافق برخلاف آنها جایز است و در نتیجه، تنها در صورتی الزام‌آور می‌باشد که توافقی برخلاف آنها حاصل نشده باشد». ^۳ صدر ماده ۴۸۶ قانون مدنی که مقدر می‌دارد «تعمیرات و کلیه مخارجی که در عین مستأجره برای

۱. برای دیدن دیدگاه‌های دیگر درباره مبنای تقسیم ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۱۴۴-۱۴۷؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۱۸۷؛ الصده، اصول القانون، ص ۷۰؛ سعد، مبادئ القانون، ص ۶۸.

۲. ر.ک: ابراللیل، المدخل الى القانون و نظرية الحق، ص ۶۳ و ۶۴.

۳. برای دیدن تعريف ديگران، ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۱۸۷؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۳۳؛ سعد مبادئ القانون، ص ۶۸؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۶۱.

امکان انتفاع از آن لازم است، به عهده مالک است»، نمونه روشنی از قوانین تکمیلی است؛ زیرا بلافاصله مقرر می‌دارد: «مگر آنکه شرط خلاف شده یا عرف بلد برخلاف آن جاری باشد» و بدین صورت، این امکان را فراهم می‌آورد که به استناد شرط خلاف یا عرف بلد، تعمیرات و مخارج یاد شده بر عهده مستأجر قرار گیرد.

با این تعریف، قلمرو قواعد آمره و تکمیلی نیز روشن می‌شود. اصولاً قواعد مربوط به حوزه حقوق عمومی، همچون قواعد مربوط به حقوق اساسی (مثل وظایف قوای سه‌گانه)، قواعد مربوط به حقوق اداری (مثل مسئولیت مدیران)، قواعد مربوط به حقوق مالیه (مثل پرداخت عوارض و مالیات‌ها) و قواعد مربوط به حقوق کیفری (مثل مجازات‌ها)، در شمار قواعد آمره قرار می‌گیرد؛ همان‌طور که بخش بزرگی از قواعد مربوط به حوزه حقوق خصوصی، همچون قوانین مربوط به احوال شخصیه، حقوق خانواده، ولایت، حضانت و امثال آن نیز مصداق قواعد آمره است و در برابر، آن بخش از حوزه حقوق خصوصی که به مصالح عمومی جامعه مربوط نمی‌شود، همچون قراردادهای و معاملات مالی میان افراد، مصداق بارز قواعد تکمیلی است.

البته باید به این نکته توجه داشت که آمره و تکمیلی بودن، مفهومی نسبی است و بسته به نگرش‌ها، جامعه‌ها و زمان‌ها متفاوت است. مثلاً در نگرش‌های جامعه‌گرا، قواعد حقوقی، بیشتر صبغه «آمره» دارند؛ در حالی که در نگرش‌های فردگرا، بیشتر دارای صبغه «تکمیلی» هستند.

۴۸ بند سه - فایده قواعد تکمیلی و تمیز آن از قواعد آمره

فایده پیش‌بینی قواعد تکمیلی این است که از یک سو در قلمرو اجرای اصل حاکمیت اراده، یعنی در قلمرو قراردادهای، اراده و خواست افراد را بیهوده محدود نمی‌کند و از سوی دیگر، هنگامی که طرفین قرارداد از سر حکمت یا غفلت اراده خویش را ابراز نکرده‌اند، به عنوان یک الزام حقوقی تخلف‌ناپذیر، جایگزین اراده اعلام‌نشده آنان می‌گردد و در واقع قرارداد را تکمیل می‌کند.^۱

برای تمیز قواعده آمره از قواعد تکمیلی، سه راه لفظی یا شکلی، مفهومی و مصداقی وجود دارد:

۱. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۱۸۸؛ الصده، اصول القانون، ص ۷۲؛ فرج، الاصول العامه للقانون، ص ۶۳.

۱. مقصود از راه لفظی، توجه به استفاده یا عدم استفاده قانون‌گذار از واژگانی است که حکایت از آمره یا تکمیلی بودن قانون کنند، همچون واژگان «باید»، «نباید»، «نمی‌توان» و «جایز نیست» که از آمره بودن یا «می‌تواند»، «اختیار دارد» و امثال آن، که از تکمیلی بودن قانون حکایت می‌کنند.
۲. مقصود از راه مفهومی، توجه به مفهوم نظم عمومی و شاخه‌های سه‌گانه آن است.
۳. مقصود از راه مصداقی، توجه به مصادیق مفهوم نظم عمومی، همچون حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق کیفری و... است.^۱

۶۹ مبحث دوم: قواعد ماهوی و قواعد شکلی

قواعد حقوقی به لحاظ طبیعت و کارکرد به دو دسته تقسیم می‌شود:

۱. قواعد ماهوی یا قواعد موجد حق: به آن دسته از قواعد حقوقی اطلاق می‌شود که به اصل وجود حق یا استیفا و اجرای آن مربوط گردد؛ مثل قوانین مربوط به مالکیت، نکاح، طلاق، ارث، وصیت و مانند آن.
۲. قواعد شکلی: به آن دسته از قواعد حقوقی اطلاق می‌شود که به صورت خارجی عمل حقوقی و آداب و تشریفات دادرسی، تنظیم اسناد و امثال آن مربوط می‌گردد. معمولاً ضمانت اجرای قواعد ماهوی شدیدتر از قواعد شکلی است؛ زیرا تجاوز به قواعد ماهوی، تجاوز به حقوق افراد و غیر قابل گذشت است؛ بر خلاف تجاوز به قواعد شکلی، که معمولاً به حقوق افراد لطمه‌ای وارد نمی‌سازد.^۲

۵۵ مبحث سوم: قواعد الزامی و قواعد اذنی

- همه قواعد حقوقی به گونه‌ای از عنصر الزام برخوردارند، ولی به لحاظ ظهور و عدم ظهور الزام، به دو دسته قواعد الزامی و قواعد اذنی تقسیم می‌شوند:
۱. قواعد الزامی، آن دسته از قواعد حقوقی است که به طور آشکار و به صورت آمره یا تکمیلی دربردارنده الزام است.

۱. ر.ک: الصده، اصول القانون، ص ۷۶-۸۲.

۲. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۱۸۴؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۱۹۰؛ ساکت، حقوق‌شناسی،

دیباچه‌ای بر دانش حقوق، ص ۳۴۵.

۲. قواعد اذنی (یا اختیاری) آن دسته از قواعد است که اگرچه ظاهراً دربردارنده الزام نیست، در باطن آن، هر چند به طور غیر مستقیم، الزام نهفته است؛ مثل مواد قانونی مربوط به تعریف‌ها یا قوانین تفسیری یا قوانین ناسخ و امثال آن.^۱

۵ گفتار چهارم: موضوع قواعد حقوقی؛ حق^۲

هدف اصلی هر نظام حقوقی، تعیین حقوق انسان‌ها و حمایت از آن و فراهم کردن زمینه استیفای آن حقوق است. بنابراین، «حق» اگر یگانه موضوع قاعده حقوقی نباشد، بی‌تردید مهم‌ترین و بزرگ‌ترین موضوع آن است و به همین دلیل مفهوم «حق»، یکی از مفاهیم اساسی است که علم حقوق و فلسفه حقوق عهده‌دار تبیین آن است.^۳ در این مقدمه، تنها به بیان تعریف و تحلیل حق، ارکان حق و رابطه آن با تکلیف، مراحل حق و شرایط اجرای آن می‌پردازیم.

۵۲ مبحث اول: تعریف و تحلیل حق

به رغم روشنی آغازین مفهوم حق، در مقام تحلیل و تعریف آن، اختلاف‌های فراوانی وجود دارد.^۴ فارغ از آن اختلاف‌ها، در مقام تعلیم می‌توان آن را چنین تعریف کرد: «حق، توانایی و سلطه (امتیاز، آزادی و مصونیتی) است نسبت به خود، یا دیگری و یا یک شیء (خود شیء، منفعت شیء، انتفاع از شیء) که نظام حقوقی برای کسی به رسمیت می‌شناسد یا به او اعطا می‌کند و دیگران را به احترام آن و دولت را به حمایت از آن ملزم می‌سازد». تحلیل تعریف، بر روشنایی مفهوم آن می‌افزاید. بر اساس این تعریف،

اولاً: حق، نوعی توانایی، سلطه، اقتدار و اختیار است.

ثانیاً: این توانایی، حسب مورد چهره‌های متفاوتی دارد، از جمله:

۱. امتیاز (توانایی ویژه) همانند سلطه مالک بر ملک خویش، که مخصوص خود اوست؛
۲. آزادی، همچون آزادی بیان و آزادی انجام مراسم مذهبی؛
۳. مصونیت، همچون مصونیت جان، مال و آبرو.

۱. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۱۹۱؛ ساکت، حقوق‌شناسی، دیپاچه‌ای بر دانش حقوق، ص ۳۴۶.

2. Right

۳. علم حقوق به تبیین و توصیف و آثار حق‌ها می‌پردازد و فلسفه حقوق، در یکی از زیرمجموعه‌های خود، یعنی «فلسفه حق» به چرایی‌ها، بنیادها، غایت‌ها و مباحث کلی و نظری مربوط به حق‌ها اشاره می‌کند.

۴. برای دیدن تعریف‌های گوناگون رک: دانش پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۱۵۳-۱۶۰.

ثالثاً: موضوع این توانایی یا متعلق این حق، متفاوت است:

۱. خودِ شخص صاحب حق و متعلقات او، همچون حق حیات، حق تحصیل، حق کار و اشتغال؛

۲. شخص دیگر، مثل حق کارفرما بر کارگر یا حق کارگر بر کارفرما، حق والدین بر فرزندان یا حق فرزند بر والدین.

۳. شیء، که خود جلوه‌ها و مصداق‌های متفاوتی دارد:

یک) خود شیء، مثل حق مالک بر زمین، منزل و اتومبیل خود؛

دو) منفعت شیء، مثل حق مستأجر درباره منافع عین مستأجره؛

سه) انتفاع از شیء، مثل حق بهره‌مندی از مباحات عامه، همچون استفاده از رودخانه‌ها.

رابعاً: رسمیت یافتن توانایی یا ایجاد آن به وسیله نظام حقوقی، همچون شناسایی برخی حقوق بدیهی و طبیعی متقابل والدین و فرزندان و ایجاد حق خیار برای متعاملین.

خامساً: احترام و رعایت دیگران و حمایت دولت. هر نوع توانایی و سلطه‌ای حق شمرده نمی‌شود. توانایی و سلطه‌ای حق به شمار می‌آید که نظام حقوقی از یک سو دیگران را به احترام و رعایت آن و از سوی دیگر، دولت را به حمایت از آن مکلف کرده باشد.^۱

۵۳ مبحث دوم: ارکان حق و رابطه آن با تکلیف

از تعریف و تحلیل حق، روشن می‌شود که از منظر علم حقوق، هر حقی سه رکن دارد: یکی موضوع یا متعلق حق، که پیش‌تر گذشت.

دوم، من له الحق یا صاحب حق، یعنی همان کسی که دارای سلطه و اختیار است.

سوم، من علیه الحق، یعنی کسی که احترام و رعایت حق بر او واجب است.

من له الحق و من علیه الحق، گاه یک فرد است و گاه مجموعه‌ای از افراد و گاه شخص

حقوقی حقوق خصوصی و گاه شخص حقوقی عمومی است.

با تحلیل ارکان حق، روشن می‌شود حق و تکلیف، دوروی یک سکه و دوچهره از یک حقیقت‌اند. آنچه «حق» من له الحق است، «تکلیف» من علیه الحق است و آنچه «تکلیف» من علیه الحق است، «حق» من له الحق به شمار می‌آید؛ مانند نفقه که حق زن و تکلیف شوهر یا

۱. برای دیدن تحلیل‌های دیگری از حق، رک: محمد راسخ، حق و مصلحت، بخش دوم: «فلسفه حق»، ص ۱۴۹-۲۵۹،

برعکس تکلیف شوهر و حق زن است. البته تکلیف من علیه الحق، گاه چهره مثبت دارد که باید کاری انجام دهد، مثل پرداخت نفقه، و گاه چهره منفی دارد که باید با پرهیز از تجاوز به حقوق دیگران، آن حق را محترم شمارد، مثل احترام به مالکیت دیگران. این نوع رابطه حق و تکلیف را می‌توان «تقابل حق و تکلیف» نام نهاد. از سوی دیگر، هر صاحب حقی، متناسب با حقوقی که دارد، تکالیفی نیز بر عهده خواهد داشت؛ همان‌طور که هر صاحب تکلیفی، متناسب با تکالیف خود، از حقوق و امتیازهایی برخوردار خواهد بود. مثلاً والدین همان‌طور که بر فرزندان دارای حق‌اند، متعهد به انجام تکالیف نیز هستند یا فرزندان همان‌طور که در برابر والدین موظف‌اند، دارای حق نیز می‌باشند. این نوع رابطه حق و تکلیف را می‌توان «تلازم حق و تکلیف» نامید.^۱

۱۶ مبث سوم: انواع حق

حق به اعتبار دارنده آن و به اعتبار موضوع آن، انواعی دارد که به اختصار به آنها اشاره می‌کنیم:^۲

۱. جالب‌ترین بیان در این زمینه سخن امام علی علیه السلام است که در عبارتی کوتاه، هم تقابل حق و تکلیف را و هم تلازم آنها را تبیین فرموده است: «أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ لِي عَلَيْكُمْ حَقًّا بِوِلَايَةِ أَمْرِكُمْ وَ لَكُمْ عَلَيَّ مِنَ الْحَقِّ مِثْلُ الَّذِي لِي عَلَيْكُمْ فَالْحَقُّ أَوْسَعُ الْأَشْيَاءِ فِي التَّوَاصُفِ وَ أَضْيَقُهَا فِي الشَّائِصِ. لَا يَجْرِي لِأَحَدٍ إِلَّا جَرَى عَلَيْهِ وَ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ إِلَّا جَرَى لَهُ. وَ لَوْ كَانَ لِأَحَدٍ أَنْ يَجْرِيَ لَهُ وَ لَا يَجْرِيَ عَلَيْهِ لَكَانَ ذَلِكَ خَالِصًا لِلَّهِ سُبْحَانَهُ... ثُمَّ جَعَلَ سُبْحَانَهُ مِنْ حُقُوقِهِ حُقُوقًا أَفْتَرَضَهَا لِبَعْضِ النَّاسِ عَلَى بَعْضٍ فَجَعَلَهَا تَنَافُؤًا فِي وُجُوهِهَا وَ يُوجِبُ بَعْضُهَا بَعْضًا وَ لَا يَسْتَوْجِبُ بَعْضُهَا إِلَّا بِبَعْضٍ وَ أَعْظَمُ مَا أَفْتَرَضَ سُبْحَانَهُ مِنْ تِلْكَ الْحُقُوقِ حَقُّ الْوَالِي عَلَى الْوَعِيَّةِ وَ حَقُّ الْوَالِي قَرِيبَةٌ قَرَضَهَا اللَّهُ سُبْحَانَهُ لِكُلِّ عَلَى كُلِّ. فَجَعَلَهَا نِظَامًا لَا لَفْتِيهِمْ...؛ خداوند سبحةا برای من به خاطر آنکه زمامدار شما شده‌ام، حقی بر شما قرار داده و همان‌گونه که مرا بر شما حقی است، شما را نیز بر من حقی است. پس حق هنگام توصیف و بیان فراخترین چیزهاست (و بیشترین طرفدار را دارد)، ولی افراد هنگام عمل، کمتر به آن پایبندند. هیچ حقی برای کسی منظور نمی‌شود، مگر آنکه وظیفه‌ای بر عهده او گذاشته شود و هیچ تکلیفی برای کسی در نظر گرفته نمی‌شود، جز آنکه متقابلاً حقی برای او مطرح خواهد بود. اگر برای کسی حقی باشد بدون هیچ‌گونه تکلیفی، او تنها خداوند متعال است. ... سپس خداوند سبحةا از حقوق خود حقوقی برای بعضی از بندگان و تکلیفی برای بعضی دیگر قرار داده و این حق و تکلیف را متقابل و متوازن قرار داد؛ به گونه‌ای که هر حقی با تکلیفی همراه است و هر تکلیفی حقی را در پی دارد. از مهم‌ترین حقوقی که خداوند بر بندگان مطرح ساخته، حق والی بر مردم و حق مردم بر والی است و این وظیفه‌ای است که خداوند بر عهده هر طرف نسبت به دیگری نهاده و این تقابل حق و تکلیف را وسیله‌ای برای الفت بیشتر آنها قرار داده است...» (نهج البلاغه صبحی صالح، خطبه ۲۱۶).
برای اطلاع بیشتر و بهتر از ماهیت حق و تکلیف و رابطه آنها رک: عبدالله جوادی آملی، حق و تکلیف در اسلام؛ احمد بهشتی، «حق و تکلیف» کتاب فقه، ش ۱.

۲. برای مطالعه تفصیلی رک: کتاب‌های مربوط به مقدمه علم حقوق و فلسفه حقوق، از جمله کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۲۵۵-۲۷۸؛ الصده، اصول القانون، ص ۳۱۷-۳۸۵.

بند یک - به اعتبار دارنده حق

از این نظر، حق، به حق فردی، حق اجتماعی و حق مشترک تقسیم می شود:

الف) حق فردی: ^۱ حقی است که در راستای مصالح مادی یا معنوی افراد جامعه به وجود آمده است؛ مثل حقوق فروشنده و خریدار در برابر یکدیگر.

ب) حق اجتماعی: ^۲ حقی است که در راستای مصالح عمومی جامعه وضع شده است؛ مثل حق دولت برای دریافت مالیات.

ج) حق مشترک: ^۳ حقی است که همزمان مصالح فردی و اجتماعی را در نظر دارد؛ مثل حق دولت برای مجازات سارق که هم به نفع مال باخته است و هم برای امنیت اجتماعی سودمند می باشد.

در ادبیات حقوق اسلامی، از حق الناس و حق الله سخن گفته شده که تا حدود زیادی - و نه کاملاً - مترادف حق فردی و اجتماعی است.

بند دو - به اعتبار موضوع

از این نظر حق، به حقوق سیاسی و غیر سیاسی (مدنی) تقسیم می شود:

الف) حقوق سیاسی: ^۴ حقوقی است که برای انسان به لحاظ وابستگی به یک جامعه سیاسی خاص مقرر می شود؛ مثل حق مشارکت سیاسی، حق انتخاب شدن و حق انتخاب کردن.

ب) حقوق مدنی (غیر سیاسی): ^۵ حقوقی است که برای انسان، به لحاظ انسان بودن او مقرر می گردد، و خود شاخه هایی دارد:

۱. حقوق مربوط به شخصیت؛ ^۶ مثل حق حیات، حق آبرو و حیثیت، حق مصونیت منزل و مسکن.

۲. حقوق خانوادگی؛ ^۷ یعنی حقوق ناشی از روابط خانوادگی، مثل حقوق متقابل زوجین یا حقوق متقابل والدین و فرزندان. این حقوق نوعاً غیر مادی هستند، ولی بعضاً همچون مهریه، نفقه و ارث، جنبه مادی نیز می یابند.

1. Individual Right

2. Social Right

3. Joint Right

4. Political Rights

5. Civil Rights

6. Personal Rights

7. Family Law

۳. حقوق مالی، حقوقی است که در راستای منافع مادی افراد و جامعه مقرر شده است و خود شعبه‌هایی دارد:

یک) حقوق عینی:^۱ حقی است که انسان از یک شیء یا منافع آن شیء و یا انتفاع از آن شیء دارد؛ مثل حق مالک بر عین منزل، حق مستأجر در خصوص سکنا در منزل و حق عابر در عبور از خیابان‌ها، جاده‌ها و پل‌ها.

دو) حقوق دینی:^۲ حقی است که انسان بر دیگری دارد و به موجب آن می‌تواند او را به انجام یا خودداری از کاری الزام کند؛ مثل حق بستانکار بر بدهکار و حق کارفرما بر پیمانکار.

سه) حقوق معنوی:^۳ حقی است که بر آثار معنوی و غیر مادی مترتب می‌شود. این حقوق اگرچه اصالتاً جنبه معنوی دارد، دارای آثار مادی نیز می‌تواند باشد؛ مثل حق التألیف و حق اختراع و اکتشاف. بعد معنوی این حقوق، قائم به شخص است و قابل واگذاری به غیر نیست، ولی بعد مادی آن قابل اسقاط و قابل واگذاری است.^۴

1. Right in Rem

2. Right in Personam

3. Intellectual Property

۴. حق از جهات دیگری نیز تقسیم می‌شود و انواعی پیدا می‌کند:
- الف) به لحاظ منشأ حق: از این نظر، حق‌ها به دو گروه تقسیم می‌شوند:
۱. حقوق طبیعی، و آن حق‌هایی است که به حکم طبیعت، فطرت و عقل برای آدمی وجود دارد و نیاز به وضع و جعل ندارد؛ مثل حق جان، حق تشکیل خانواده، حق داشتن مسکن و مانند آن.
 ۲. حقوق موضوعه و آن حق‌هایی است که واضعان قوانین و مقررات در جامعه برای افراد آن جامعه وضع می‌کنند؛ مثل حق شفعه، حق الخيار، حق ارفاق و مانند آن.
- ب) به لحاظ موضوع حق: از این نظر حق‌ها به چند گروه تقسیم می‌شوند:
۱. حقوق بشر، و آن حق‌هایی است که موضوع آن انسان است فارغ از همه ویژگی‌های شخصی، قومی، نژادی، زبانی، دینی، ملی، سیاسی و غیره. بنابراین، حقوق بشر، حقوق مشترک همه انسان‌هاست؛ مثل حق حیات.
 ۲. حقوق شهروندی، و آن حقوق افراد انسانی است از آن نظر که عضو یک جامعه سیاسی‌اند و دولت - کشوری را تشکیل می‌دهند؛ مثل حق مشارکت سیاسی، حق انتخاب‌کردن و انتخاب‌شدن.
 ۳. حقوق اقلیت‌ها؛ شهروندان یک دولت - به مفهوم عام آن - در بسیاری از کشورها، به دو گروه اکثریت و اقلیت تقسیم می‌شوند. بحث حقوق اقلیت‌ها به عنوان یکی از شاخه‌های فرعی حقوق بشر، به تبیین حقوق این گروه می‌پردازد.
 ۴. حقوق بیگانگان؛ همه افرادی که در سرزمین یک دولت زندگی می‌کنند، لزوماً شهروند آن دولت نیستند، بلکه ممکن است بیگانگانی باشند که به دلایل گوناگون در آن کشور مسکن گزیده‌اند. حقوق بیگانگان نیز به عنوان یکی دیگر از شاخه‌های حقوق بشر، به تبیین حقوق این گروه اختصاص دارد.

۵۵ مبحث چهارم: مراحل حق و شرایط اجرای آن

بند یک - مراحل حق

هر حقی دو مرحله دارد: یکی بهره‌مندی از حق (اهلیت تمتع) و دیگری اجرای حق و استفاده از آن (اهلیت استیفا).

الف) اهلیت تمتع: مرحله اعتبار حق برای افراد و صاحبان حق در چارچوب یک نظام حقوقی را، مرحله تمتع از حق گویند و کسانی که از این حقوق برخوردارند، به اصطلاح اهلیت تمتع دارند؛ مثل برخورداری از حق مالکیت حتی برای نوزادان.

ب) اهلیت استیفا: برای اجرا و استفاده از حق قانونی، شرایط و محدودیت‌هایی وجود دارد. تنها کسانی می‌توانند مستقیماً حق خود را اجرا کنند که واجد شرایط لازم باشند و به اصطلاح اهلیت استیفا داشته باشند. مهم‌ترین شرایط عمومی استیفاء حق عبارت است از: بلوغ، عقل و احیاناً رشد. البته ممکن است برای استیفاء برخی از حقوق، شرایط دیگری نیز مقرر شده باشد؛ مثلاً سن ویژه‌ای در نظر گرفته شده باشد.

بند دو - شرایط اجرای حق

باید دانست شخص واجد اهلیت استیفاء، در اجرای حق خود و استفاده از آن آزادی مطلق ندارد، بلکه با دو محدودیت روبه‌روست:

الف) استفاده متعارف: دارنده حق باید از حق خود به گونه‌ای متعارف استفاده کند که موجب ضرر نامتعارفی بر دیگری نشود؛ مثلاً دیوار خانه‌اش را بیش از حد متعارف بلند نسازد.

ب) استفاده مشروع: دارنده حق باید حتی با فرض عدم ضرر، در استفاده از حق خود هدفی نامشروع را تعقیب نکند؛ مثلاً خانه‌اش را به قصد دایرکردن مرکز فساد به دیگری اجاره ندهد.

اصل چهارم قانون اساسی و مواد ۱۳۲، ۱۹۰ و ۲۱۷ قانون مدنی به این دو محدودیت اشاره دارند.

⇒ البته در تعریف، ماهیت و مبنای حقوق بشر، حقوق شهروندی، حقوق اقلیت‌ها و حقوق بیگانگان، بحث و گفتگوی فراوان و دیدگاه‌های متفاوتی دیده می‌شود که حتی مجال اشاره به آنها نیز وجود ندارد. برای اطلاع بیشتر ر.ک: دانش‌پژوه، اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی و فلسفه حقوق.

۵۶ گفتار پنجم: رابطه قواعد حقوقی با دیگر قواعد اجتماعی - رفتاری

در پرتو مباحث گذشته، مفهوم قاعده حقوقی تا اندازه‌ای روشن شد. اینک و برای روشنی بیشتر و بهتر، لازم است رابطه و نسبت میان قواعد حقوقی از یک طرف، و دیگر قواعد مربوط به رفتارهای اختیاری انسان، یعنی قواعد اخلاقی و قواعد دینی و مذهبی مورد مطالعه قرار گیرد.

مبحث اول: قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی

۵۷ بند یک - مفهوم اخلاق^۱

عواملی چند، از جمله تفاوت جهان‌بینی‌ها و انسان‌شناسی‌ها موجب شده دیدگاه واحدی درباره ماهیت و تعریف اخلاق وجود نداشته باشد. اما فارغ از آن اختلاف نظرها و در مقام تعلیم و تبیین، با اندک مسامحه‌ای می‌توان آن را چنین تقسیم و تعریف کرد:

الف) اخلاق نظری یا علم اخلاق: علمی است که صفات نفسانی خوب و بد و اعمال اختیاری متناسب با آنها را معرفی می‌کند و شیوه تحصیل صفات خوب و پسندیده و دوری از صفات بد و ناپسند را نشان می‌دهد.^۲

ب) اخلاق عملی یا نظام اخلاقی: مجموعه قواعد و دستورالعمل‌هایی است که مراعات آن برای رسیدن انسان به کمال مطلوب اخلاقی ضرورت دارد.^۳

براساس این تعریف‌ها، هر رفتار اختیاری که در جهت کسب فضیلت یا رذیلت باشد، «فعل اخلاقی» - به مفهوم عام - است؛ هر چند در مفهوم خاص، تنها به کارهای پسندیده فعل اخلاقی گفته می‌شود. بدیهی است موضوع مطالعه و مقایسه، قواعد اخلاق عملی است که همچون قواعد حقوقی، از نوع گزاره‌های دستوری - و نه توصیفی - به شمار می‌آید.

1. Ethics, Morals

۲. ر.ک: احمد دیلمی و مسعود آذربایجانی، اخلاق اسلامی، ص ۲۳.

۳. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۴۶؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۵۵؛ الصده، اصول القانون، ص ۲۴؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۲۶. آنچه در متن درباره تعریف اخلاق نظری و عملی گفته شد، ویژه دیدگاه‌ها و مکاتب اخلاقی «فضیلت‌گرا» است و این تعاریف مورد پذیرش دیدگاه‌ها و مکاتب سودگرا، لذت‌گرا و قراردادگرا نیست.

۵۸ بند دو - وجوه اشتراک و افتراق قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی

الف) وجوه اشتراک: قدر مسلم وجه مشترک قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی این است که موضوع هر دو، رفتارهای اختیاری انسان است و به همین دلیل هر دو نوع قواعد، ماهیتی دستوری دارند.

ب) وجوه افتراق و تمایز: برای تمیز قواعد حقوقی و اخلاقی از یکدیگر، وجوه افتراقی برشمرده‌اند که بیشتر آنها بیش از آنکه ویژگی قاعده حقوقی یا قاعده اخلاقی باشد، تنها وصف غالب آنهاست و بنابراین، نمی‌تواند وجه روشن و قاطعی برای تمیز قواعد حقوقی و اخلاقی قرار گیرد. به هر حال مهم‌ترین آن موارد، از این قرار است:

۱. اساس و خاستگاه قواعد: گفته شده که قواعد حقوقی، بر اراده دولت یا عرف‌های مسلم اجتماعی تکیه می‌زند؛ در حالی که قواعد اخلاقی، بر وجدان اخلاقی، ارشادهای مذهبی، دستورات عقل عملی یا اشراق‌های درونی استوار است.^۱ بی‌تردید هر چند این تفاوت ممکن است در مورد نظام‌های حقوقی سکولار و پوزیتیویستی تا اندازه‌ای درست باشد، در مورد نظام‌های حقوقی مبتنی بر مکتب حقوق طبیعی و فطری و به‌ویژه در مورد نظام‌های حقوقی و اخلاقی دینی چنین افتراق و تمایزی وجود ندارد. برای مثال، نظام حقوقی اسلام و نظام اخلاقی اسلام، هر دو بر وحی الهی استوارند.

۲. موضوع و قلمرو قواعد: گفته شده که اگرچه موضوع قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی، رفتار اختیاری انسان است، ولی قلمرو هر یک از آنها جداست. موضوع قواعد حقوقی، رفتارهای ظاهری و اجتماعی و موضوع قواعد اخلاقی، رفتارهای باطنی و فردی است.^۲ این وجه تمایز نیز چندان صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا:

اولاً: از یک سو، هر چند رفتارهای باطنی، همچون علم و جهل، عمد و خطا، انگیزه مشروع و نامشروع و حتی حسن نیت و سوء نیت به دلیل ارتباطشان با یک رفتار ظاهری و اجتماعی، موضوع قواعد حقوقی قرار می‌گیرند، که تفاوت حکم در قتل عمد و قتل خطا نمونه روشن آن است، ولی از سوی دیگر، گاه رفتار ظاهری نیز موضوع قواعد و دستورات اخلاقی قرار می‌گیرد، مثل توصیه اخلاقی به ترجیح کمک پنهانی و نصیحت در خلوت.

۱. ابراللیل، المدخل الی نظریة القانون و نظریة الحق، ص ۱۷؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۶۹-۵۷۳.

۲. رک: الصده، اصول القانون، ص ۲۴؛ سعد، مبادئ القانون، ص ۲۵؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۲۷؛ کاتوزیان،

فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۷۳-۵۸۲.

ثانیاً: درست است که موضوع همه قواعد حقوقی، رفتار اجتماعی است، ولی رفتار اجتماعی، قلمرو انحصاری قواعد حقوقی نیست، بلکه قواعد اخلاقی نیز افزون بر حوزه رفتار فردی، در حوزه رفتار اجتماعی احکامی دارد. پس قواعد اخلاقی لزوماً فردی نیستند، چنانکه اجتماعی بودن نیز ویژه قاعده حقوقی نیست. به همین دلیل، رابطه قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی از این نظر اگرچه به طور کلی عموم و خصوص مطلق است، یعنی قواعد حقوقی مخصوص روابط اجتماعی است، در حالی که اخلاق هم روابط اجتماعی و هم روابط فردی را در بر می‌گیرد، ولی در حوزه مشترک، یعنی روابط اجتماعی، رابطه آنها از نوع رابطه عموم و خصوص من وجه است که در عین آنکه نشان‌دهنده اختلاف آنهاست، نشانه اشتراک آنها نیز هست. مثلاً گرچه قوانینی همچون مقررات راهنمایی و رانندگی، تشریفات آیین دادرسی و امثال آن صرفاً حقوقی و توصیه‌های مربوط به کمک به نیازمندان، ارشاد جاهلان و نصیحت خاطیان، صرفاً اخلاقی است، ولی بسیاری از دستورات، همزمان هم حقوقی و هم اخلاقی‌اند؛ همچون لزوم رعایت امانت و پرهیز از خیانت در امانت، احترام به جان انسان‌ها و پرهیز از قتل نفس، احترام مالکیت و ممنوعیت غصب و.... خلاصه کلام آنکه اگرچه از فردی بودن موضوع قاعده، می‌توان اخلاقی بودن آن را نتیجه گرفت، ولی از اجتماعی بودن آن، لزوماً حقوقی بودن، اثبات و اخلاقی بودن، نفی نمی‌شود؛ چراکه ممکن است آن قاعده صرفاً یک قاعده اخلاقی محض یا یک قاعده حقوقی محض و یا یک قاعده مشترک و مختلط «حقوقی-اخلاقی» باشد.

۳. هدف: کافی نبودن تفاوت‌های پیش‌گفته برای تمایز حقوق و اخلاق، موجب شده است که برخی تفاوت در هدف را برای تمایز آنها مطرح سازند و اظهار کنند که: هدف قواعد حقوقی، تنظیم روابط اجتماعی و تأمین عدالت و مصالح جامعه است؛ در حالی که هدف قواعد اخلاقی، تزکیه روحانی، کمال نفسانی فرد و سعادت شخصی اوست.^۱ این سخن نیز قابل انتقاد است؛ زیرا اگر بتوان هدف حقوق را در تنظیم روابط اجتماعی و تأمین عدالت و مصالح جامعه منحصر کرد، ولی بدون تردید هدف اخلاق، صرفاً به کمال نفسانی فرد و سعادت او محدود نمی‌شود و مثلاً دستورات مربوط به حسن معاشرت با

۱. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۸۲-۵۸۵؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۵۷؛ الصده، اصول القانون، ص ۲۶؛ سعد، مبادئ القانون، ص ۲۴؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۲۷؛ ابواللیل، المدخل الى نظرية القانون و نظرية الحق، ص ۱۸.

مردم، احسان و نیکوکاری، کمک به نیازمندان و دادن قرض الحسنه، حتماً اهداف اجتماعی را نیز پی می گیرند؛ در حالی که بدون شک این دستورات، صبغه حقوقی ندارند. پس حداقل می توان گفت قاعده ای که هدفش صرفاً کمال نفسانی فرد است، لزوماً قاعده ای اخلاقی است و قاعده ای حقوقی نیست، ولی قاعده ای که هدفش مصالح اجتماعی باشد، لزوماً حقوقی نیست، بلکه می تواند اخلاقی محض (همچون کمک به نیازمندان) یا حقوقی محض (همچون پرداخت مالیات) و یا قاعده ای مشترک و مختلط باشد (همچون لزوم امانتداری و عدم خیانت در امانت). پس برای تمیز قاعده حقوقی از قاعده اخلاقی باید در جستجوی معیار دیگری بود.^۱

۴. نقش انگیزه: گفته شده که اگرچه هم قواعد حقوقی و هم قواعد اخلاقی از مقوله قواعد رفتاری و بیان کننده باید‌ها و نبایدهایی هستند که منطقاً بر حسن‌ها و قبح‌ها و مصلحت‌ها و مفسدت‌ها استوارند، ولی تفاوتی عمده در تحقق فعل حقوقی و فعل اخلاقی وجود دارد و آن اینکه در تحقق فعل حقوقی، جز در موارد استثنایی، انگیزه فرد نقشی ندارد، در حالی که در تحقق فعل اخلاقی و اتصاف آن به کاری ارزشی یا ضد ارزش، انگیزه فرد، نقش اصلی را ایفا می کند. برای مثال، مدیون با هر انگیزه که دین خویش را پرداخت کند، وظیفه حقوقی اش را انجام داده و دیگر بدهکار نیست؛ در حالی که فردی که به دیگری کمک می کند، اگر انگیزه اش مردم دوستی و جلب رضای خداوند باشد، کار او ارزشمند تلقی می شود، ولی اگر همین کار را به انگیزه تحقیر کمک گیرنده یا ریا و اشتها بین مردم انجام دهد، کاری ناپسند به شمار می آید.

به نظر می رسد اگرچه توجه به نقش انگیزه برای تمیز قاعده و فعل حقوقی از قاعده و فعل اخلاقی در بسیاری از موارد درست و کارآمد است، ولی کلیت ندارد؛ زیرا انگیزه های

۱. صرف نظر از انتقاد آمده در متن و با فرض پذیرش تفاوت قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی از نظر هدف، دست کم می توان گفت این تفاوت، کلیت ندارد؛ زیرا از یک سو آن دسته از مکاتب حقوقی که هدف اصلی حقوق را تأمین و استقرار عدالت می دانند، با مکاتب اخلاقی فضیلت گرا که عمدتاً عدالت را محور همه فضایل می دانند و هدف اخلاق را فضیلت مند شدن انسان معرفی می کنند، به گونه ای در هدف اجرای قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی وحدت می یابند و از سوی دیگر، برخی مکاتب حقوقی، همچون پاره ای از مکاتب حقوق پوزیتیستی و قراردادگرایی با برخی از مکاتب اخلاقی، همچون مکاتب لذت گرایی، سودانگاری و قراردادگرایی در نفي هدف بودن عدالت و ارزش های متعالی و احیاناً رسیدن به یک زندگی منظم، لذت بخش و سودآور وحدت نظر پیدا می کنند (برای دیدن مکاتب حقوقی و اخلاقی یاد شده، ر.ک: دانش پژوه، حقوق شناسی عمومی؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱؛ محمدتقی مصباح یزدی، نقد و بررسی مکاتب اخلاقی؛ ویلیام کی فرانکنا، فلسفه اخلاق، ترجمه انشاء الله رحمتی؛ ادموند پینکافس، از مسئله محوری تا فضیلت گرایی، ترجمه سیدحمیدرضا حسنی و مهدی علی پور).

ارزشی و حتی غیرارزشی در پیامدها و آثار حقوقی برخی از افعال به شدت تأثیرگذارند. مثلاً نقش انگیزه فرار از پرداخت دین در عدم نفوذ یا بطلان معاملات و یا حسن نیت مجرم در برخورداری او از تخفیف مجازات، به‌ویژه در جرایم مطبوعاتی و سیاسی و انگیزه اخذ اجرت یا قصد تبرع در انجام کار برای ایجاد رابطه دین و امثال آن، نمونه‌هایی از موارد تأثیر نقش انگیزه در فعل و قاعده حقوقی است.^۱

۵. لزوم اجرا و ضمانت آن: گفته شده قواعد حقوقی، قواعدی الزامی است و به همین دلیل دولت ضمانت اجرای آن را عهده‌دار است، ولی قواعد اخلاقی، قواعدی غیرالزامی است و در نتیجه، از ضمانت اجرای دولتی بی‌بهره است و تنها ضمانت اجرای درونی، وجدانی و ایمانی دارد.^۲

به نظر می‌رسد تفاوت در الزامی بودن قواعد حقوقی و الزامی نبودن قواعد اخلاقی در کلیت خود درست نیست؛ زیرا حقیقت این است که قواعد اخلاقی حسب مورد، به دو دسته قواعد الزامی و قواعد ترجیحی تقسیم می‌شوند و مثلاً رعایت امانت، الزامی، و کمک به نیازمندان، ترجیحی است. پس الزامی بودن، همیشه نمی‌تواند معیار تمایز حقوق و اخلاق باشد، مگر آنکه الزامی بودن را - چنان که گفته شد^۳ - به معنای «قابلیت اجبار موجه» تأویل کنیم. در این صورت، الزامی بودن، همچون ضمانت اجرای دولتی، ویژه قاعده حقوقی است و هیچ قاعده اخلاقی از آن نظر که قاعده اخلاقی است، نمی‌تواند از وصف «قابلیت اجبار موجه» و «ضمانت اجرای دولتی» برخوردار شد؛ یعنی قاعده‌ای که صرفاً از ضمانت اجرای درونی و ایمانی برخوردار باشد و دولت نقشی در تضمین آن نداشته باشد، قاعده اخلاقی محض است و نمی‌تواند قاعده‌ای حقوقی به شمار آید؛ چنان که متقابلاً قاعده‌ای که صرفاً ضمانت اجرای دولتی دارد، قاعده حقوقی محض است و نمی‌تواند قاعده اخلاقی به شمار آید. اما در عین حال باید توجه داشت اگرچه قاعده حقوقی حتماً از ضمانت اجرای دولتی برخوردار است، ولی از وجود ضمانت اجرای دولتی و حقوقی بودن قاعده، لزوماً نمی‌توان اخلاقی بودن آن را نفی کرد. مثلاً احترام به مالکیت دیگران و ممنوعیت غصب، اگرچه از

۱. رک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۷۳-۵۷۵.

۲. ابواللیل، المدخل الى نظرية القانون و نظرية الحق، ص ۲۲؛ عالی، علم القانون والفقه الاسلامی، ص ۱۰۴؛ الصده، اصول القانون، ص ۲۷؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۵۷؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۸۵-۵۸۷.

۳. رک: همین کتاب، مبحث «اوصاف و ویژگی‌های قاعده حقوقی»، ش ۴۲.

ضمانت اجرای دولتی برخوردار و در نتیجه قاعده‌ای حقوقی است. اما در عین قاعده‌ای اخلاقی نیز هست.

خلاصه و نتیجه: معیارهای پیش‌گفته در عین آنکه به لحاظ آموزشی برای نشان دادن تفاوت حقوق و اخلاق سودمند هستند، ولی واقعیت آن است که در عین حال از نوعی اشتراک (رابطه عموم و خصوص مطلق یا عموم و خصوص من وجه) بین آنها نیز حکایت می‌کنند و در نتیجه، جز در مورد لزوم اجرا (به معنای قابلیت اجبار موجه) و ضمانت اجرای دولتی نمی‌توانند همیشه به عنوان وجه تمایز قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی مورد استفاده قرار گیرند.

۵۹ بند سه - رابطه و تأثیر متقابل حقوق و اخلاق

هر چند دیدگاه‌های افراطی پوزیتیویستی تصریح می‌کنند «هیچ ارتباط ضروری‌ای میان اخلاق و قانون نیست»^۱ ولی به نظر می‌رسد تفاوت‌هایی که بین قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی وجود دارد، نمی‌تواند نفی‌کننده ارتباط وثیق و تأثیر متقابل آنها بر یکدیگر باشد؛ از جمله:

الف) بسیاری از قواعد اخلاق اجتماعی، منبع قواعد حقوقی هستند؛ زیرا آن‌قدر ضرورت اجرا دارند که با تعیین ضمانت اجرای دولتی، هم‌زمان چهره قاعده حقوقی نیز پیدا می‌کنند؛ مثل لزوم رعایت امانت و پرهیز از خیانت در امانت و ممنوعیت سرقت و امثال آن. متقابلاً نیز ممکن است رعایت برخی از قواعد حقوقی به تدریج به فرهنگ تبدیل شود و رعایت آنها به لحاظ اخلاقی نیز ضروری به شمار آید؛ مثل رعایت مقررات راهنمایی و رانندگی یا پرداخت مالیات در برخی از جوامع.^۲

ب) اخلاق در اجرای قواعد حقوقی به شدت تأثیرگذار است. از یک طرف آن بخش از قواعد حقوقی که بر ارزش‌های اخلاقی جامعه منطبق باشد - مثل قوانین مربوط به خانواده - به دلیل وجود انگیزه و ضمانت اجرای درونی بهتر و راحت‌تر اجرا می‌شود و از

۱. مارک تیت، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، ص ۲۲ و ۲۳. نیز برای دیدن دیدگاه‌های دیگر ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۵۶۸-۵۶۱.

۲. ر.ک: ابوللیل، المدخل الی نظریة القانون و نظریة الحق، ص ۲۰؛ الصده، اصول القانون، ص ۲۸؛ روبرت الکسی، فلسفه القانون، تعریب: کامل فرید السالک، ص ۴۵-۴۷؛ محمود الوتری، القانون، ص ۱۳-۱۶.

سوی دیگر، اجرای آن بخش از قواعد حقوقی که مخالف ارزش‌های جامعه باشد، با مقاومت منفی روبه‌رو می‌گردد؛ به گونه‌ای که عملاً گاه وصف لازم‌الاجرا بودن را از آن می‌گیرد^۱ و مانع شکل‌گیری قاعده حقوقی می‌شود.

ج) به نظر می‌رسد همان‌طور که بسیاری از قواعد اخلاق اجتماعی، به دلیل ضرورت اجرا، با حفظ صبغه اخلاقی به قاعده‌ای حقوقی تبدیل می‌شود، متقابلاً باید به همه قواعد حقوقی نیز با حفظ صبغه حقوقی بودن آنها، صبغه اخلاقی نیز بخشید تا در نتیجه آنجا که از ضمانت اجرای دولتی کاری ساخته نیست، انگیزه‌های درونی، اجرای آن را ضمانت کند. البته بدیهی است اخلاقی ساختن قواعد حقوقی در عرصه‌های گوناگون حقوق به یک اندازه نیست؛ بیشترین امکان و تأثیر را در قلمرو حقوق خانواده و کمترین آن را در قلمرو قواعد شکلی و تشریفاتی حقوق می‌توان دید و قواعد حقوقی مربوط به معاملات در میانه قرار دارند.

ارتباط وثیق و تأثیر متقابل حقوق و اخلاق را در نظام حقوقی و اخلاقی اسلام به بهترین وجه می‌توان مشاهده کرد؛ چراکه از یک سو هر دو بر یک مبنا استوارند و از یک آبخور سیراب می‌شوند (منبع وحی) و از سوی دیگر، هر دو در نهایت هدف واحدی را دنبال می‌کنند (قرب به خداوند) و از سوی سوم، از آنجا که مقررات زمانمند و شکلی و نیز احکام حکومتی به نوعی به اراده خداوند قابلیت انتساب دارند، از ضمانت اجرای درونی و اخلاقی برخوردارند.

مبحث دوم: قواعد حقوقی و قواعد دینی و مذهبی

۹۰ مقدمه: طرح بحث و تعریف دین^۲

در بحث از رابطه حقوق و دین، گاه در عین پذیرش سهم دین در حقوق، قواعد حقوقی و قواعد مذهبی دو مقوله متمایز معرفی می‌شوند و در تبیین این تمایز، دین به اخلاق مانند می‌گردد و تفاوت‌های پیش‌گفته درباره قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی، یعنی تفاوت در هدف (نظم اجتماعی و کمال نفسانی)، تفاوت در قلمرو (رفتار اجتماعی و رفتار فردی) و تفاوت در ضمانت اجرا (دولتی-بیرونی و وجدانی-درونی) در اینجا نیز تکرار می‌شود و این

۱. مواد ۲۱۷، ۲۱۸ و ۹۷۵ قانون مدنی ایران و مواد ۱۹۵ و ۱۹۸ قانون «الموجبات والعقود» لبنان و مواد ۱۳۵ و ۱۳۶ قانون «الموجبات والعقود» مصر، نمونه‌های روشنی برای این حقیقت به شمار می‌آید.

تفاوت ویژه نیز به آن اضافه می‌گردد که منشأ قواعد دینی، احکام الهی است و از اراده خداوند سرچشمه می‌گیرد؛ در حالی که منشأ قواعد حقوقی، قانون و آبخشور آن، عقل ناقص بشری است. به همین دلیل، قواعد دینی از ثبات و ایستایی و قواعد حقوقی از تحول و پویایی برخوردارند.^۱

به نظر می‌رسد افزون بر نقدی که پیش‌تر در مورد تفاوت‌های حقوق و اخلاق مطرح شد — که در اینجا نیز صادق است — تفاوت‌های ویژه قواعد حقوقی و قواعد دینی نیز قابل انتقاد است و به طور مطلق قابل پذیرش نیست و بسته به نوع نظام حقوقی و نوع دین، دیدگاه‌های دیگری نیز می‌تواند وجود داشته باشد. بدین دلیل و نیز به علت اهمیت نقش دین اسلام در حقوق ایران — و نیز دیگر کشورهای مسلمان — ضروری است در گام نخست و طی چند مرحله به رابطه حقوق و دین به طور کلی، و رابطه حقوق با دین اسلام اشاره شود و بر اساس آن در گام بعدی رابطه قواعد حقوقی و قواعد دینی تبیین گردد و در پایان، رابطه حقوق ایران با شریعت اسلامی و دیگر شرایع آسمانی روشن شود.

اما پیش از تبیین رابطه حقوق و دین، ضروری است تعریفی از دین ارائه کنیم. البته حقیقت آن است که ادیان آنچنان متفاوت و گاه متعارض‌اند که ارائه تعریفی جامع از دین را به شدت مشکل می‌سازند.^۲ به هر حال، شاید بتوان با اندکی تسامح، دین را در مفهومی حداقلی و مشترک این‌گونه تعریف کرد: «دین، مجموعه آموزه‌هایی است که به وجودی متعالی و برتر از انسان اعتقاد دارد و انسان را به نوعی احترام، کرنش و پرستش در برابر او فرا می‌خواند». این مفهوم و تعریف دین، در برابر مفهوم دهری‌گری و ماتریالیسم قرار می‌گیرد که هر نوع وجود متعالی غیر مادی و غیر طبیعی را که قابلیت احترام و پرستش داشته باشد، نفی می‌کند. دین‌ها، به این معنا، از منظر بحث حاضر، خود به دو گروه تقسیم می‌شوند: دین‌های فاقد شریعت اجتماعی و دین‌های واجد شریعت اجتماعی.

بند یک - رابطه حقوق و دین به طور کلی

اکنون و پس از تعریف دین، رابطه حقوق و دین از سه منظر امکان منطقی، عینی و تاریخی و بالاخره لزوم و بایستگی مورد بحث قرار می‌گیرد:

۱. ر.ک: کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۶۳ و ۶۴.

۲. برای دیدن تعریف‌های گوناگون دین، ر.ک: عبدالحسین خسروپناه، انتظارات بشر از دین، ص ۴۳-۶۲.

۹۱ الف) رابطه حقوق و دین به لحاظ امکان منطقی: بسته به نوع دولت و نوع دین، دو فرض اصلی می‌تواند وجود داشته باشد:

۱. عدم ارتباط: اگر دولت، دولتی غیردینی باشد، حقوق در آن جامعه با دین ارتباطی نخواهد داشت، حتی اگر دین مورد نظر شریعت اجتماعی داشته باشد؛ چراکه در این‌گونه دولت‌ها، یا اصلاً از دستورات اجتماعی شریعت استفاده نمی‌شود و یا در صورت استفاده، رنگ دینی آن حذف می‌شود و به عنوان عرف پذیرفته مردم مورد استفاده قرار می‌گیرد. متقابلاً اگر دین مورد نظر فاقد شریعت اجتماعی باشد، باز هم رابطه‌ای میان حقوق و دین وجود نخواهد داشت، حتی اگر دولت، دولتی دینی باشد؛ چراکه در این صورت، حداکثر تعهد دولت، حمایت از دین و مناسک دینی است و دین مورد نظر سخنی درباره رفتار اجتماعی ندارد تا به عنوان حقوق مورد استفاده قرار گیرد. اگر دولت، غیردینی و دین نیز فاقد شریعت اجتماعی باشد، به طریق اولی هیچ‌گونه رابطه مثبتی میان حقوق و دین وجود نخواهد داشت. نظام‌های حقوقی در این موارد سه‌گانه را می‌توان نظام‌های حقوقی «سکولار-بشری» نامید.

۲. وجود ارتباط: اگر از یک طرف دولت، دولت دینی باشد و از سوی دیگر، دین مورد نظر نیز کم و بیش شریعت اجتماعی داشته باشد، منطقاً رابطه‌ای مثبت میان حقوق آن جامعه و دین یاد شده وجود خواهد داشت؛ به گونه‌ای که می‌توان این نوع نظام‌های حقوقی را نظام حقوقی «دینی-الهی» نامید. نظام‌های حقوق دینی، خود بسته به درجه فراوانی و فربهی شریعت اجتماعی آن، به دو دسته تقسیم می‌شوند: نظام‌های حقوقی مبتنی بر دین، آنگاه که قواعد شریعت اجتماعی چندان فراوان نباشد و در نتیجه، نظام حقوقی بیش از آنکه قواعد خود را از شریعت به عاریت گیرد، کلیات و مبانی خود را براساس رهنمودهای شریعت استوار سازد، که نظام حقوق مسیحی-کلیسایی، نمونه روشن این دسته از نظام‌های حقوق دینی است.

مورد دوم، نظام‌های حقوقی برآمده از دین که قواعد حقوقی آن، متن شریعت است، آنگاه که قواعد شریعت اجتماعی فراوان و گسترده باشد، همچون نظام حقوقی یهود و اسلام. ۹۲ ب) رابطه حقوق و دین به لحاظ عینی و تاریخی: اگرچه به لحاظ منطقی این امکان وجود دارد که در جامعه‌ای هیچ‌گونه رابطه‌ای میان حقوق و دین وجود نداشته باشد، ولی در عمل و در عینیت اجتماعی و تاریخی چنین چیزی کمتر دیده می‌شود؛ چراکه از یک سو،

دینی که به طور کامل - حتی به صورت رهنمودهای کلی - فاقد شریعت اجتماعی باشد، وجود خارجی ندارد و از سوی دیگر، جز دولت‌های سکولار افراطی ضد دین، همچون دولت‌های کمونیستی، دیگر دولت‌های سکولار واقع‌گرا، تحت تأثیر آموزه‌های ادیان قرار دارند و بخشی از دستورات اجتماعی ادیان را که مناسب می‌دیده‌اند - اگرچه با پاک کردن رنگ مذهبی آن - در نظام حقوقی خود مورد استفاده قرار داده و می‌دهند. بدیهی است درجه تأثیرگذاری دین در حقوق، بسته به درجه تعهد دینی دولت‌ها و نیز درجه برخورداری ادیان مورد نظر از شریعت اجتماعی، در طول تاریخ و جوامع گوناگون، متفاوت است. مثلاً پس از رسمیت یافتن آیین مسیحیت در اروپا، سال‌ها حقوق مسیحی-کلیسایی در آنجا حاکمیت داشت و تنها پس از رنسانس و رواج اندیشه سکولاریسم، دین در مغرب‌زمین به حوزه اعتقادات، عبادات و حداکثر اخلاق فردی محدود گشت و عملاً دین از سیاست و حقوق از مذهب جدا شد. البته در همین زمان و تاکنون نیز ارزش‌ها و هنجارهای مسیحی به عنوان عرف رایج و لازم‌الاحترام، تأثیر خود را تا اندازه‌ای در حقوق کشورهای غربی حفظ کرده است.^۱

در ایران پیش از اسلام، به‌ویژه پس از گسترش و رسمیت آیین زرتشت، دولت و حقوق به شدت رنگ دینی به خود گرفت؛ به گونه‌ای که اردشیر بابکان دین را اساس مُلک و مُلک را نگهبان دین معرفی کرد.^۲ در ایران پس از اسلام نیز با توجه به گستردگی و فراوانی گزاره‌های شریعت اجتماعی اسلام و برخورداری اسلام از یک نظام حقوقی فراگیر، حقوق کاملاً رنگ و صبغه دینی و اسلامی یافت. البته باید به این نکته توجه داشت که با وجود رسمیت حقوق اسلامی در ایران و دیگر کشورهای اسلامی، حقوق اسلامی در عرصه عمل، بیشتر در قلمرو حقوق خصوصی، همچون نکاح، طلاق، ارث، وصایا، معاملات و امثال آن حاکمیت داشت، ولی در قلمرو حقوق عمومی دولت‌ها، خلفا و پادشاهان - هر چند زیر نام اسلام - بیشتر به میل خویش عمل می‌کردند تا بر اساس آموزه‌های اسلام.

در قرون اخیر و تحت تأثیر چیره شدن فرهنگی و سیاسی غرب، رابطه حقوق و دین (اسلام) در ایران و دیگر کشورهای اسلامی کم‌رنگ‌تر شد و تا اندازه زیادی حقوق سکولار

۱. برای نمونه، اصل چهارم قانون اساسی دانمارک مقرر می‌دارد: «دین رسمی کشور، مسیحیت و مذهب انجیلی لوتری است. مذهب مذکور مورد حمایت دولت می‌باشد» و در اصل ششم مقرر می‌دارد: «پادشاه دارای مذهب انجیلی لوتری خواهد بود».

۲. ابوالحسن علی بن حسین مسعودی، مروج الذهب، ترجمه ابوالقاسم پاینده، ج ۱، ص ۲۴۳.

حاکمیت پیدا کرد. اما با بیداری اسلامی و پیدایش نهضت‌های بازگشت به اسلام و به‌ویژه با پیروزی انقلاب اسلامی در ایران، حرکتی در راه حاکمیت حقوق دینی آغاز شد که نمونه عالی و پیشرفته آن را در نظام حقوقی کنونی ایران - که بعداً به آن اشاره خواهد شد - می‌توان دید؛ به گونه‌ای که نه تنها شریعت اسلامی، بلکه شرایع دیگر ادیان توحیدی (مسیحی، یهودی و زرتشتی) نیز در آن نقش دارند.

۹۳ ج) رابطه حقوق و دین به لحاظ لزوم و بایستگی:^۱ نه وحدت یا اتحاد دیروزین حقوق و دین، دلیل لزوم و بایستگی رابطه حقوق و دین است، و نه سکولاریسم و جدایی امروزین حقوق و دین (در برخی جوامع)، دلیل نفی لزوم و بایستگی رابطه حقوق و دین می‌باشد. برای یافتن پاسخ منطقی، باید از دو منظر به بحث پرداخت: یکی از منظر تحلیلی و برون‌دینی و دیگر از منظر مطالعه درون‌دینی.

۱. از منظر تحلیلی و برون‌دینی: از این منظر، پاسخی یگانه و مورد قبول همگان وجود ندارد، بلکه بسته به نوع جهان‌بینی و انسان‌شناسی پاسخ‌دهنده از یک طرف و دین مورد نظر از سوی دیگر، پاسخ‌های متفاوتی دیده می‌شود که مجموعاً در دو گروه قابل تقسیم‌بندی است:

یک) نفی لزوم و بایستگی و پذیرش حقوق سکولار: رسیدن به این پاسخ، منطقاً نتیجه یکی از این دو امر است: یکی آنکه پاسخ‌دهنده اصولاً به خدا و دین و آخرت معتقد نباشد. بدیهی است چنین شخصی حتی اگر در منصفانه‌ترین قضاوت به نقش مثبت دین در نظام حقوقی اعتراف کند و آموزه‌های حقوقی دین را به عنوان عرف جاری جامعه - و نه آموزه‌ای مقدس و آسمانی - بپذیرد، ولی هرگز به لزوم دینی بودن حقوق و تأثیرپذیری آن از دین فتوا نمی‌دهد (سکولاریسم برون‌دینی).^۲ دیگر آنکه هر چند پاسخ‌دهنده به خدا، دین و آخرت باور دارد، ولی دین مورد اعتقاد او فاقد شریعت اجتماعی و آموزه‌های حقوقی باشد. بدیهی است این شخص نیز نمی‌تواند به لزوم رابطه حقوق و دین باور داشته باشد (سکولاریسم درون‌دینی).

۱. نکته ظریف این است که: چه کسی باید به پرسش از «لزوم و بایستگی رابطه حقوق و دین» باید پاسخ دهد؛ انسان و حقوق یا خدا و دین؟ اگر انسان نامعتقد به خدا، خود را پاسخ‌دهنده بداند، حداقل انسان معتقد به خدا و دین، منطقاً باید پاسخ این پرسش را از خدا و دین طلب کند.

۲. باید توجه داشت که طرفداران معتدل سکولاریسم حقوقی، گرچه لزوم رابطه حقوق و دین را نفی می‌کنند، ولی با نگاهی پراگماتیستی استفاده از آموزه‌های حقوقی دین را نه تنها نفی نمی‌کنند، بلکه توصیه نیز می‌کنند، اما طرفداران افراطی آن، جدایی حقوق و دین و نفی رابطه را لازم می‌دانند.

دو) لزوم و بایستگی و التزام به حقوق دینی: اگر پاسخ‌دهنده از یک سو به خدا، دین و آخرت معتقد باشد و از سوی دیگر، دین مورد نظر او به امور فردی و اخروی بسنده نکند و درباره امور اجتماعی و دنیوی نیز به طور محدود یا گسترده آموزه‌هایی داشته باشد و به اصطلاح واجد شریعت اجتماعی و قواعد حقوقی باشد، چنین شخصی به طور بدیهی به لزوم رابطه حقوق و دین و احیاناً به مبتنی بودن نظام حقوقی بر رهاوردهای دین و وحی فتوا خواهد داد. در عین حال که لازم است به برخی پرسش‌های منطقی که فراروی التزام به نظام حقوق دینی وجود دارد، پاسخ گوید.^۱

۲. از منظر مطالعه درون‌دینی: مقصود از این منظر آن است که پاسخ پرسش یاد شده از متن دین گرفته شود. بدیهی است از این منظر نیز پاسخ یگانه‌ای وجود ندارد؛ زیرا همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، منطقاً ادیان از این نظر دو دسته‌اند: فاقد شریعت اجتماعی و واجد شریعت اجتماعی، و بدیهی است از نگاه ادیان دسته نخست، رابطه‌ای میان حقوق و دین وجود ندارد و برعکس از نگاه ادیان دسته دوم، این رابطه لازم و ضروری است.

آنچه تا اینجا گفته شد، گزارشی کاملاً بی‌طرفانه از «بایدشناسی» رابطه حقوق و دین بود، ولی پرسش اصلی همچنان بی‌پاسخ مانده است. برای رسیدن به پاسخ نهایی با پیش‌فرض پذیرش منطقی و استدلالی آیین اسلام، باید به مطالعه این آیین پرداخت و پاسخ خود را از آموزه‌های آن دریافت. مبحث آینده عهده‌دار این مسئولیت است.

۹۹ بند دو - رابطه حقوق و دین اسلام به‌طور خاص

برای دریافت دیدگاه اسلام درباره لزوم رابطه حقوق و دین (اسلام)، باید نخست به تعریف اسلام پرداخت و به آموزه‌های آن اشاره کرد و سپس لزوم این رابطه را تبیین نمود. اما پیش از آن، یادآوری این نکته ضروری است که با فرض اعتقاد به خداوند علیم و حکیم و رحیم، منطقی آن است که انسان پاسخ پرسش خود را از خداوند بخواهد، نه آنکه خود به پاسخ پردازد؛ زیرا این خداوند است که تکلیف انسان را معین می‌کند و قلمرو دین و رابطه آن را با حقوق مشخص می‌سازد و انسان نمی‌تواند برای خداوند تعیین تکلیف کند و قلمرو دین او را محدود سازد یا توسعه بخشد. با این نگاه باید دید که اولاً: آیا دین اسلام، واجد شریعت

۱. مهم‌ترین این پرسش‌ها درباره چگونگی سازگاری ثبات دین با تحولات حقوقی است که در مباحث آینده (ویژگی‌های نظام حقوقی اسلام) به آن اشاره خواهیم کرد.

اجتماعی و مشتمل بر آموزه‌های حقوقی هست یا نه؟ و ثانیاً: آیا دینی بودن حقوق را (و البته تا چه اندازه‌ای) لازم می‌داند؟

۹۵ الف) تعریف اسلام

اسلام را می‌توان این‌گونه تعریف کرد: «دین اسلام، آیینی آسمانی است که از طرف خداوند بر پیامبر گرامی اسلام، حضرت محمد بن عبدالله ﷺ برای هدایت و سعادت جاوید انسان نازل شده و مشتمل بر آموزه‌های اعتقادی و نیز دستورات کاربردی در همه عرصه‌های مرتبط با هدایت و سعادت انسان است».

ب) آموزه‌های اسلام

آموزه‌های اسلام را به دو گروه نظری و عملی می‌توان تقسیم کرد و چکیده آن را چنین گزارش داد:

۹۶ ۱. آموزه‌های نظری

یک) هستی‌شناسی و جهان‌بینی: اندیشه اسلامی بر اساس توحید و معاد یا خدامحوری و فرجام‌باوری استوار است: خداوند متعال، محور هستی و آفریننده آن است. جهان و انسان را تنها او آفریده^۱ و آنها را در مسیر حرکت تکاملی به سوی خویش قرار داده است.^۲ از همین رو، آفرینش او به این دنیای فانی خلاصه نمی‌شود و در ورای آن، آخرتِ باقی را نیز برپا سازد.^۳

دو) انسان‌شناسی و پیامبری: از دیدگاه اسلام، انسان، یک حیوان تکامل‌یافته راست‌قامت پخته‌خوار در جهانی تصادفی و بی‌هدف نیست، بلکه آفریده خداوند علیم است در بهترین حالت^۴ و بهره‌مند از روح الهی^۵ و در نتیجه، برخوردار از کرامت خداداد^۶ و شایسته

۱. «اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا...» (سجده، ۴)؛ «خَلَقَ الْإِنْسَانَ» (رحمن، ۳).

۲. «وَالِلَّهِ الْمَصِيرُ» (آل عمران، ۲۸)؛ «إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ» (بقره، ۱۵۶).

۳. «وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ...» (انفال، ۶۷)؛ «وَلِئَلَّا نَذَارَ الْآخِرَةَ لِهِيَ الْحَيَوَانُ...» (عنکبوت، ۶۴).

۴. «لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ» (تین، ۴).

۵. «ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِي...» (سجده، ۹)؛ «فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ» (حجر، ۲۹).

۶. «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ» (اسراء، ۷۰).

خلافت او.^۱ تا آنجا که مسجود فرشتگان است^۲ و محور آفرینش - و نه هستی - که همه آسمان‌ها و زمین‌ها و آنچه در آنهاست، برای او آفریده شده است^۳ و او خود برای تکامل معنوی از راه عبادت انحصاری خداوند.^۴

با این همه، سرمایه علمی او اندک است^۵ و نه تنها در عرصه مسائل معنوی و اخروی، که حتی در عرصه مسائل مادی و دنیوی نیز نیازمند تعلیم الهی است. از همین رو، خداوند متعال از سر لطف و رحمت و با علم و حکمت بی پایان خود، پیامبرانی را برانگیخته تا انسان را در همه عرصه‌ها، به‌ویژه راه نرفته و ناشناخته آخرت و سعادت جاوید آن هدایت کنند.^۶

سه) رابطه دنیا و آخرت: هستی به این دنیا خلاصه نمی‌شود و آخرتی نیز در پیش است. دنیا و آخرت، دو جهان مستقل از یکدیگر نیستند، بلکه دو جهان مرتبط‌اند؛ دنیا، مقدمه آخرت و آخرت، نتیجه دنیا است. رفتار این جهانی انسان، موقعیت و جایگاه آن جهانی او را تعیین می‌کند^۷ و از این منظر حقوق و رفتار حقوقی انسان در عین دنیوی بودن، صبغه اخروی پیدا می‌کند و به دلیل تأثیری که حتماً - یا دست‌کم احتمالاً - در سرنوشت حیات جاوید انسان دارد، منطقاً باید از دین گرفته شود؛ چراکه علم اندک انسان به دنیا و جهل مطلق او به آخرت، او را - جز از رهگذر وحی - از تبیین چگونگی این رابطه ناتوان می‌سازد.

۹۷. ۲. آموزه‌های عملی

اسلام، صرفاً به ارائه آموزه‌های نظری فوق بسنده نمی‌کند، بلکه براساس آنها، مجموعه گسترده و فراوانی از دستورات و آموزه‌های عملی را درباره همه عرصه‌های گوناگون زندگی فردی و اجتماعی، ظاهری و باطنی، مادی و معنوی و بالاخره دنیوی و اخروی ارائه می‌نماید

۱. «إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً...» (بقره، ۳۰)؛ «يَذْكُرُوا أَنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ...» (ص، ۲۶).

۲. «وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ...» (بقره، ۳۴)؛ «فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ * إِلَّا إِبْلِيسَ...» (حجر، ۳۰؛ ص، ۷۳).

۳. «أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ...» (لنمآن، ۲۰). «وَسَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا...» (جاثیه، ۱۳).

۴. «وَمَا أَوْتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا» (اسراء، ۸۵).

۵. «كَمَا أَرْسَلْنَا فِيكُمْ رَسُولًا مِنْكُمْ يَتْلُو عَلَيْكُمْ ءَايَاتِنَا وَيُزَكِّيكُمْ وَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُعَلِّمُكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ» (بقره، ۱۵۱).

۷. «فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ * وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ» (زلزال، ۷ و ۸).

و شریعتی بزرگ و فراگیر را پدید می آورد که در دل خود نظام های مختلف سیاسی، اخلاقی، عبادی، حقوقی و غیره را تدارک دیده است. به عبارت دیگر، در شریعت اسلام به تبیین رابطه انسان با خود و با خدا (عبادت و اخلاق به معنای محدود آن) بسنده نشده، بلکه رابطه انسان با طبیعت و با جامعه (حقوق به معنای وسیع آن) نیز تبیین شده است.

نگاهی هر چند گذرا به عناوین کتاب های فقهی که عهده دار تبیین شریعت اند، نشان می دهد بیش از هفتاد درصد موضوعاتی که در فقه مورد بحث قرار می گیرد، موضوعاتی است که در عرصه های گوناگون حقوق عمومی و خصوصی و حقوق ملی و بین المللی موضوع بحث واقع می شود؛ موضوعاتی مانند بیع، تجارت، اجاره، مزارعه، شرکت، نکاح، طلاق، ارث، وصیت، وقف، غصب، حدود، قصاص، دیات، جنگ، صلح و.... بدین ترتیب، گزاره ها و آموزه های حقوقی اسلام، بخشی بزرگ و انکار ناشدنی از آموزه های عملی اسلام است؛ چراکه با انکار آن، چیز قابل توجهی از شریعت و فقه اسلامی باقی نمی ماند و این حقیقتی است که حقوق دانان و اسلام شناسان غربی نیز بدان معترف اند.^۱

ج) تبیین لزوم دینی (اسلامی) بودن حقوق

از دیدگاه اسلام، منطقاً لازم است حقوق، دینی (اسلامی) باشد. این لزوم با دو منطق قابل تبیین است:

۱. منطق خداشناسی و توحید: تفکر توحیدی اسلام، به توحید نظری محدود نمی شود، بلکه توحید عملی را نیز ارائه می کند. براساس توحید نظری، خداوند، یگانه آفریدگار جهان و انسان^۲ و در نتیجه، تنها مالک حقیقی^۳ و صاحب اختیار مطلق^۴ است که براساس علم و حکمت خود به تدبیر جهان و انسان می پردازد^۵ (توحید در خالقیت و ربوبیت تکوینی). همان طور که در حوزه رفتارهای اختیاری انسان نیز براساس مالکیت، اختیار، حکمت و عدالت خویش فرامینی صادر می کند و از انسان می خواهد تنها از فرامین

۱. برای نمونه، به این سخن رنه داوید می توان اشاره کرد: «حقوق اسلامی، حتی در جزئیات، بخشی جدانشدنی از

دین اسلام است». (نظام های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۴۵۳)

۲. «لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ خَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ فَاعْبُدُوهُ...» (انعام، ۱۰۲)؛ «خَلَقَ الْإِنْسَانَ» (رحمن، ۳).

۳. «لِلَّهِ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ...» (بقره، ۲۸۴). ۴. «وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ...» (آل عمران، ۱۸۹).

۵. «إِنَّ رَبَّكُمُ اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَى عَلَى الْعَرْشِ يَدْبِرُ الْأَمْرَ مَا مِنْ شَيْءٍ إِلَّا مِنْ عِنْدِ إِلَهِهِ، ذِكْرُكُمْ اللَّهُ رَبَّكُمْ فَاعْبُدُوهُ أَفَلَا تَذَكَّرُونَ» (یونس، ۳).

او اطاعت کند و از اطاعت هر کس دیگر - جز با اجازه یا دستور او - پرهیزد^۱ (توحید در ربوبیت تشریعی، اطاعت و عبادت). همان گونه که پیش تر اشاره شد، بخش اعظم فرامین الهی به حوزه روابط حقوقی مربوط می شود؛ پس لازمه پذیرش توحید و پرهیز از هر گونه شرک عملی این است که انسان فقط در برابر قوانین الهی فروتن باشد^۲ و از پذیرش و اطاعت هر قانون دیگری - جز با اجازه و دستور او - پرهیز کند؛ هر چند عنوان های زیبا و فریبای مردم سالاری، دموکراسی، قرارداد اجتماعی و امثال آن را داشته باشد.

۹۹. ۲. منطق انسان شناسی و قانون گذاری: برای دستیابی به یک نظام حقوقی سودمند و کارآمد، قانون گذار باید از اوصاف، شرایط، صلاحیت ها و مصونیت های چهارگانه ای برخوردار باشد که انسان نه تنها به صورت فردی، بلکه به صورت جمعی نیز به طور کامل واجد آنها نیست و در برابر، تنها خداوند متعال به طور کامل واجد آنهاست.

یک) صلاحیت علمی: حقوق، از علوم انسانی، متوقف بر انسان شناسی کامل است، در حالی که انسان، حتی از ابعاد مادی و این جهانی، خود بزرگ ترین مجهول انسان و معروف به «موجود ناشناخته»^۳ است، تا چه رسد به ابعاد معنوی و آن جهانی او. اما خداوند به همه زوایای وجودی انسان احاطه علمی کامل دارد. پس تنها او می تواند و صلاحیت دارد با وضع قواعد و تعیین باید ها و نبایدها در همه عرصه ها، از جمله عرصه حقوق، برنامه عملی مناسبی در جهت هدف آفرینش انسان برای او فراهم کند.

دو) صلاحیت اخلاقی: انسان قانون گذار همواره در معرض این لغزش - یا دست کم اتهام - است که در وضع قوانین، نه بر مبنای عدالت و مصلحت، که بر اساس خودخواهی و منفعت طلبی شخصی یا گرایش های خانوادگی، قبیله ای، قومی، جنسی و نژادی و امثال آن عمل می کند. در برابر، خداوند متعال که از همه این اوصاف منزّه است، منطقاً قانون او، دربردارنده مصالح و منافع واقعی همه انسان هاست.

سه) مصونیت از آفات: قانون گذار باید افزون بر بهره مندی از صلاحیت های علمی و اخلاقی، از آفت هایی همچون غفلت، خطا و نسیان - که علی القاعده اموری

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (نساء، ۵۹)؛ «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاللَّهُ وَاطِيعُونَ * وَلَا تَطِيعُوا أَفْرَ الْمُشْرِكِينَ» (شعرا، ۱۵۰ و ۱۵۱).

۲. راه های دستیابی به قوانین الهی، در مبحث منابع حقوق اسلام مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

۳. عنوان کتابی است از فیزیولوژیست، جراح و زیست شناس معروف فرانسوی، دکتر الکسیس کارل که دکتر پرویز دبیر آن را به فارسی ترجمه کرده است.

غیر اختیاری اند - مصون باشد. بدیهی است تنها خداوند از این وصف برخوردار است، ولی انسان - هر چند عالم و اخلاقی - همواره در معرض این آفت‌ها قرار دارد.

چهار) برتری واقعی: قاعده حقوقی و قانون، یک دستور اجتماعی الزام‌آور است که اجرای آن حتی بر کسانی که آن را مخالف منافع خویش می‌بینند، لازم است. این حقیقت آنگاه اتفاق می‌افتد که قانون‌گذار به طور واقعی و ذاتی بر قانون‌پذیران برتری داشته باشد. بدیهی است تنها خداوند که خالق عالم و آدم است از چنین برتری ای برخوردار است و برتری‌های انسان‌ها بر یکدیگر، صرفاً جنبه اعتباری و عرضی دارد. برای مثال، چه بسا کسانی که در دوره‌ای خاص به عنوان نماینده در مجلس قانون‌گذاری می‌کنند، پیش و پس از آن دوره از هیچ منزلت و برتری ای برخوردار نباشند.

از آنچه در تبیین لزوم دینی (اسلامی) بودن حقوق گذشت، می‌توان چنین نتیجه گرفت که تنها خداوند است که هم حق و هم توان قانون‌گذاری خوب و مناسب را دارد و هیچ‌کس جز او، نه می‌تواند و نه حق دارد به وضع قانون بپردازد، مگر به اجازه او و در چارچوبی که او معین می‌کند. این حقیقتی است که در آیات فراوانی از قرآن کریم به آن اشاره یا تصریح شده است: در گروهی از آیات، خداوند، حکم و فرمان را - که در بر دارنده وضع قانون نیز می‌شود - به خود اختصاص داده است.^۱ در گروهی دیگر، کتاب‌های آسمانی را به عنوان قانون حاکم بر اختلاف‌ها و دعاوی مردم معرفی می‌کند^۲ و در گروه سومی، کسانی را که حکم الهی را اجرا نکنند، کافر،^۳ ظالم^۴ و فاسق^۵ برمی‌شمارد.

بدین ترتیب، روشن می‌شود سکولاریسم، از جمله در عرصه حقوق، از نگاه اسلام پذیرفتنی نیست، زیرا از یک‌سو، دین اسلام، صرفاً دین اخروی نیست و از سوی دیگر، حقوق نیز صرفاً دنیوی نیست. به همین دلیل، شریعت اسلامی، در کنار دستورات فردی و اخروی، مجموعه بزرگ و نظام‌مندی از دستورات دنیوی، اجتماعی و حقوقی نیز دارد که اجرای آنها را شرط توحید عملی می‌داند و از همین جا روشن می‌شود

۱. «إِنِ الْخُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ» (انعام، ۵۷؛ یوسف، ۴۰).

۲. «كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّنَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيُخْطَبَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ» (بقره، ۲۱۳).

۳. «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (مائده، ۴۴).

۴. «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده، ۴۵).

۵. «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائده، ۴۷).

سکولاریزاسیون و اندیشه عرفی کردن قواعد حقوقی دین نیز با اسلام و توحید عملی ناسازگار است.^۱

در عین حال باید توجه داشت مقصود از نفی سکولاریسم و پذیرش نظریه لزوم دینی بودن حقوق، این نیست که لزوماً همه قواعد حقوقی به طور مستقیم به وسیله خداوند یا پیامبر و یا دیگر معصومان وضع و جعل شده باشد، بلکه مقصود این است که باید قواعد حقوقی به طور مستقیم یا نامستقیم قابلیت انتساب به خداوند را داشته و با اراده جزئی یا کلی الهی منطبق باشد. توضیح آنکه از این منظر، احکام و قوانین اسلامی به دو دسته بزرگ تقسیم می شود:

۱. احکام الهیه که معمولاً از ثبات و جاودانگی برخوردار است؛ چراکه بیشتر با ابعاد ثابت و جاوید وجودی انسان سروکار دارد که به حیات آن جهانی او نیز مربوط می شود. از آنجا که وضع این دسته از قوانین از حیطة علم بشری خارج است، وضع آنها در صلاحیت انحصاری خداوند است و با اجازه او، پیامبر و دیگر معصومان - که از علم خداداد برخوردارند - نیز در موارد محدودی صلاحیت وضع قانون دارند.

۲. احکام حکومتی که معمولاً از ویژگی ثبات و جاودانگی برخوردار نیست؛ چراکه موضوع این دسته از احکام، پدیده های متحول و متغیر اجتماعی است که وضع قوانین ثابت برای آنها با حکمت سازگار نیست و از این نظر، اختیار وضع آنها بر عهده دولت مشروع و صلاحیت دار اسلامی سپرده شده که متناسب با موضوع و در راستای فلسفه اصلی احکام الهی به وضع قانون پردازد، هر چند آن دولت، دولت معصوم هم نباشد. اما در هر حال از آنجا که قانون گذاری انسان، چه معصوم و چه نامعصوم، اصالت ندارد و جنبه خلافتی دارد، تنها در چارچوب اجازه خداوند و در جهت کلی قوانین الهیه صلاحیت وضع قانون خواهد داشت.

۱. برای اطلاع بیشتر از سکولاریسم و رابطه آن با اسلام، ر.ک: احمد ادریس الطعان، العلمانیون والقرآن الکریم؛ کتاب نقد، شماره «سکولاریسم»؛ محمدحسن قدردان قراملکی، قرآن و سکولاریسم و علی اکبر کمالی اردکانی، بررسی و نقد مبانی سکولاریسم. به اختصار می توان اشاره کرد: مهم ترین مبانی سکولاریسم، یعنی اومانیسم و اصالت انسان، جدایی دنیا و آخرت و علم گرایی تجربی و بسنده کردن به عقل خودبنیاد، در اسلام جایی ندارد؛ چراکه توحید و خداگرایی و ارتباط دنیا و آخرت و اصالت وحی (در عین توجه به علوم تجربی و عقلی) به جای آنها قرار دارد. بنابراین، یک مسلمان معتقد منطقاً نمی تواند به حقوق سکولار یا سکولاریزه کردن حقوق اسلامی بپنشد.

۷۰ بند سه - تبیین رابطه قواعد حقوقی و قواعد مذهبی (شریعت و فقه)

ناگفته پیداست موضوع سنجش و مقایسه، تبیین رابطه قواعد حقوقی با آموزه‌های عملی و نظام دستوری ادیان در قلمرو رفتارهای اختیاری انسان - و نه آموزه‌های نظری و اعتقادی آن - است؛ چیزی که در اصطلاح «شریعت» نامیده می‌شود و علمی که متکفل بررسی آن است، «فقه» نام می‌گیرد و به همین دلیل، در ادامه بیشتر از این دو اصطلاح استفاده می‌کنیم. از آنچه گذشت، به خوبی روشن شد که نمی‌توان به سرعت و سادگی حقوق و شریعت را دو مقوله متمایز دانست و با معیار برخورداری حقوق از منشأ قانون و عقل ناقص بشری، و برخورداری شریعت از احکام الهی و اراده خداوندی به تمیز آنها پرداخت و حداکثر آنکه با نگاهی صرفاً اخلاقی به دین، تأثیر دین را در حقوق از دریچه اخلاق و به عنوان عرف جاری در جامعه پذیرفت و حتی افزون بر آن، همچون سکولارهای واقع‌گرا برای تسهیل پذیرش و اجرای قانون، به استفاده نظام حقوقی از شریعت موجود توصیه کرد؛ زیرا بسته به سکولار بودن نظام حقوقی و فاقد شریعت اجتماعی بودن دین مورد نظر یا دینی بودن نظام حقوقی و واجد شریعت اجتماعی فراگیر بودن دین مورد نظر، دورترین و نزدیک‌ترین رابطه میان آنها پدید می‌آید که به آن پردازیم.

۷۱ الف) رابطه قواعد حقوقی سکولار با قواعد مذهبی ادیان فاقد شریعت اجتماعی

این دو دسته از قواعد، جز از آن نظر که هر دو به حوزه رفتار اختیاری انسان مربوط می‌شوند و به دلیل «قاعده» بودن، از وصف کلیت و دوام برخوردارند، وجه اشتراک دیگری ندارند و از جهات ذیل متفاوت‌اند و بیشترین دوری را از یکدیگر دارند:

۱. موضوع: موضوع قواعد حقوقی، اجتماعی، مادی، ظاهری و این‌جهانی است؛ در حالی که موضوع قواعد مذهبی، فردی، معنوی، باطنی و آن‌جهانی است.
۲. ماهیت احکام: همه قواعد حقوقی ماهیتی الزامی دارند؛ در حالی که قواعد مذهبی، برخی ماهیتی الزامی و برخی ماهیتی غیر الزامی دارند.
۳. ضمانت اجرا: ضمانت اجرای قواعد حقوقی، دولتی (فیزیکی، مادی و دنیوی) است؛ در حالی که ضمانت اجرای قواعد مذهبی، ایمانی (متافیزیک، معنوی و اخروی) است.
۴. هدف: هدف قواعد حقوقی، تنظیم روابط اجتماعی و حداکثر تأمین عدالت این‌جهانی است؛ در حالی که هدف قواعد مذهبی، تهذیب نفس، پالایش روح و سعادت جاوید آن‌جهانی است.

۵. منابع: منبع قواعد حقوقی قانون، عقل، عرف، تجربه و قرارداد اجتماعی بشری است؛ در حالی که منبع قواعد دینی، اشراق، الهام، وحی و ارتباط آسمانی است.
۶. مبانی: حقوق سکولار بر مبنای اراده انسان و حداکثر طبیعت و فطرت او استوار است؛ در حالی که شریعت بر اراده الهی و علم و حکمت او مبتنی است.

۷۷ ب) رابطه قواعد حقوقی سکولار با قواعد مذهبی ادیان واجد شریعت اجتماعی^۱

این دو دسته از قواعد، افزون بر اشتراک‌های پیش‌گفته (حوزه رفتار اختیاری و کلیت و دوام) در بیشتر محورهای یادشده، از نوعی رابطه عموم و خصوص برخوردارند که در عین آنکه نشان‌دهنده اختلاف آنهاست، نشان‌دهنده اشتراک جزئی آنها نیز هست؛ بدین توضیح:

۱. موضوع قواعد حقوق سکولار، فقط اجتماعی، مادی، ظاهری و این جهانی است، ولی موضوع قواعد شریعت، افزون بر آن، موضوعات فردی، معنوی، باطنی و آن جهانی را نیز در بر می‌گیرد؛ زیرا شریعت و فقه در تقسیم‌بندی کلاسیک و رایج، افزون بر معاملات (حقوق خصوصی) و سیاسات (حقوق عمومی)، عبادات را نیز شامل است.
۲. قواعد حقوق سکولار، احکامی صرفاً الزامی دارد، ولی قواعد شریعت، افزون بر احکام الزامی (واجب و حرام)، مشتمل بر احکام ترجیحی (مستحب و مکروه) و احکام تخییری (مباح) نیز هست.^۲
۳. ضمانت اجرای قواعد حقوق سکولار، صرفاً دولتی (فیزیکی، مادی و دنیوی) است، ولی ضمانت اجرای قواعد شریعت، افزون بر آن، ضمانت اجرای الهی (متافیزیکی، معنوی و اخروی) را نیز شامل می‌شود.

۱. برای دقت بیشتر در سنجش و مقایسه، مقصود ما از شریعت در متن، شریعت اسلامی به معنای وسیع آن است که شامل احکام نقلی و احکام عقلی، احکام منصوص و احکام استنباطی، احکام تأسیسی و احکام امضایی، احکام الهی و احکام حکومتی، احکام اولیه و احکام ثانویه و... می‌شود.

۲. آنچه در این سه شماره گفته شد، بیان‌کننده رابطه فقه با مطلق حقوق نیز هست؛ زیرا فقه، علمی است که قواعد شریعت اسلام را مورد بحث قرار می‌دهد. بنابراین، فقه، هم از نظر موضوع و قلمرو و هم از نظر ضمانت اجرا و هم از نظر ماهیت احکام، اعم از حقوق است؛ چون افزون بر روابط اجتماعی، ضمانت اجرای دولتی و احکام الزامی، روابط فردی، ضمانت اجرای ایمانی و درونی و احکام ترجیحی و تخییری را نیز در بر می‌گیرد.

۴. هدف قواعد حقوق سکولار، فقط تنظیم روابط اجتماعی و تأمین عدالت این جهانی است، ولی هدف قواعد شریعت، افزون بر آن، تهذیب نفس، پالایش روح و سعادت جاوید آن جهانی نیز هست.

بدین ترتیب، در محورهای چهارگانه فوق، نوعی رابطه عموم و خصوص مطلق، میان حقوق سکولار و شریعت اسلام وجود دارد، ولی در محور پنجم (منابع) و به ویژه محور ششم (مبانی)، رابطه آنها دورتر می شود:

۵. منابع حقوق سکولار، قانون، عقل، عرف، تجربه و قرارداد اجتماعی است، ولی در شریعت اگرچه از منبع عقل و تا اندازه ای عرف، تجربه و قرارداد بشری نیز استفاده می شود، منبع عمده آن کتاب و سنت است و بدین ترتیب، رابطه آنها تقریباً عموم و خصوص من وجه می شود.

۶. مبانی حقوق سکولار، یا اراده انسان و یا دریافت او از طبیعت و فطرت است، ولی مبنای شریعت، اراده خداوند و علم و حکمت اوست و از این نظر رابطه آنها تا اندازه ای از نوع تباین است.

۷۳ ج) رابطه قواعد حقوق دینی با قواعد شریعت (رابطه حقوق اسلامی و فقه اسلامی)

حقوق اسلامی، بخش بزرگی از شریعت و فقه اسلامی است؛ زیرا دو بخش معاملات و سیاست از فقه اسلامی، با اندک تسامح، همان حقوق خصوصی و عمومی است و تنها بخش عبادات - آن هم نه به طور کامل - از قلمرو حقوق خارج است. پس رابطه حقوق اسلامی با شریعت و فقه به لحاظ قلمرو موضوعی، نوعی رابطه جزء و کل است و به همین دلیل، گونه ای وحدت و یگانگی بر آنها حکومت می کند. بنابراین، این بخش از شریعت و فقه اسلامی، به دلیل حقوقی بودن، از ویژگی های مشترک قواعد حقوقی برخوردار است. در عین حال، به دلیل آنکه جزئی از شریعت و فقه است، از همه اوصافی که برای شریعت و فقه اسلامی بیان شد، برخوردار است و همین نکته سبب تمایز حقوق اسلامی از حقوق سکولار می شود و برتری آن را به ویژه از نظر ضمانت اجرا و هدف و مبنا نشان می دهد. به عبارت دیگر، نوع رابطه و اشتراک و افتراقی که میان قواعد حقوقی سکولار و قواعد شریعت اسلامی بیان کردیم، عیناً در اینجا (مقایسه حقوق اسلامی و حقوق سکولار) نیز وجود دارد و به همین دلیل از تکرار آن پرهیز می کنیم.

جدول مقایسه رابطه حقوق و دین در فرض‌های گوناگون

طرفین مقایسه محور مقایسه	حقوق سکولار	دین فاقد شریعت اجتماعی	دین واجد شریعت اجتماعی (اسلام)	حقوق دینی (حقوق اسلامی)
موضوع	رفتار اجتماعی	رفتار فردی	رفتار اجتماعی + رفتار فردی	رفتار اجتماعی + بعضاً رفتار فردی
ماهیت قواعد	الزامی	الزامی + غیر الزامی	الزامی + غیر الزامی	الزامی + غیر الزامی
ضمانت اجرا	دولتی	ایمانی	ایمانی + دولتی	ایمانی + دولتی
منابع	قانون، عرف، عقل و تجربه بشری	وحی	وحی (کتاب و سنت) + عقل و تجربه بشری	وحی (کتاب و سنت) + عقل و تجربه بشری
اهداف	نظم اجتماعی و عدالت	کمال معنوی و قرب به خداوند	نظم اجتماعی و عدالت + کمال معنوی و قرب به خداوند	نظم اجتماعی و عدالت + کمال معنوی و قرب به خداوند
مبانی	اراده قانون‌گذار + طبیعت، فطرت و عقل	اراده الهی	اراده حکیمانه الهی با توجه به طبیعت و فطرت و عقل	اراده حکیمانه الهی با توجه به طبیعت و فطرت و عقل

۷۴ بند چهار - حقوق کنونی ایران و دین و مذهب

نظام حقوقی ایران در دولت جمهوری اسلامی ایران که رسماً دولتی دینی است، بیشترین ارتباط را با دین و مذهب دارد. این ارتباط در مهم‌ترین سند سیاسی و حقوقی جمهوری اسلامی ایران، یعنی قانون اساسی در خصوص ادیان و مذاهب مختلف بدین شرح منعکس شده است:

۷۵ الف) دین اسلام و مذهب جعفری اثناعشری

نه تنها «دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثناعشری است»^۱ و در نتیجه، همچون نظام گذشته و نیز بیشتر نظام‌های سیاسی، رؤسای کشور باید معتقد به دین و مذهب رسمی^۲ و متعهد به پاسداری و ترویج^۳ آن باشند، بلکه از آنجا که این دین و مذهب رسمی دارای شریعت و فقهی غنی، گسترده و مشتمل بر نظام حقوقی پویاست، جهت‌گیری کلی این نظام، اجراکردن این شریعت است و به همین دلیل، نخستین و مهم‌ترین شرط رهبری نظام، برخورداری او از عنصر اجتهاد، فقاقت و صلاحیت علمی لازم برای فتوادهی در ابواب مختلف فقه^۴ است تا بتواند نظام را در ایفای این مسئولیت رهبری کند. در این نظام، همه

۲. همان، اصل یکصد و پانزدهم.

۱. قانون اساسی، اصل دوازدهم.

۴. همان، اصول پنجم، یکصد و هفتم تا یکصد و نهم.

۳. همان، اصل یکصد و بیست و یکم.

قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد^۱ و قوه مقننه باید بر مدار قرآن و سنت قانون‌گذاری کند^۲ و قوانینی وضع نماید که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور مغایرت نداشته باشد^۳ چنان که قوه مجریه نیز موظف به اجرای قوانین اسلامی^۴ است و وظیفه قوه قضائیه، اجرای حدود و مقررات مدوّن جزایی اسلام^۵ و رسیدگی به دعاوی بر اساس قوانین منطبق بر موازین اسلامی است؛ به گونه‌ای که نه تنها وظیفه دارد از صدور حکم بر مبنای قوانین خلاف اسلام خودداری کند، که می‌تواند ابطال آنها را از دیوان عدالت اداری درخواست نماید.^۶

برای شریعت اسلامی بر اساس فقه جعفری اثنا عشری در نظام حقوق کنونی ایران، چهار نقش در نظر گرفته شده است:

۱. شریعت، مبنا و منبع مادی^۷ قوانین موضوعه: قوه مقننه وظیفه دارد در درجه نخست قواعد شریعت را متناسب با شرایط و ادبیات زمان – و نه صرفاً به عنوان عرف جاری جامعه، بلکه به عنوان احکام الهی لازم‌الاجرا، هر چند متروک – به صورت قوانین مدوّن درآورد، آن‌سان که قانون مجازات اسلامی بر اساس فقه اسلامی تدوین و تصویب شد. بدین ترتیب، شریعت، نخستین و مهم‌ترین مبنا و منبع مادی قوانین موضوعه در جمهوری اسلامی است.^۸

۲. شریعت، معیار مشروعیت قوانین موضوعه: قوانینی هم که در متن شریعت منصوص نیست یا سابقه‌ای ندارد، باید مخالف موازین اسلامی نباشد؛ چراکه در غیر این صورت، از اعتبار و مشروعیت برخوردار نخواهد بود. شورای نگهبان، وظیفه تشخیص انطباق قوانین بر اساس شریعت اسلامی یا عدم مخالفت آن با موازین شرعی عهده‌دار است.^۹

۳. شریعت، ملاک تفسیر قوانین موضوعه: از ذیل اصل چهارم قانون اساسی چنین به دست می‌آید که تفسیر قوانین نیز – چه قانون اساسی و چه دیگر قوانین – باید بر اساس موازین

۱. همان، اصل چهارم.
 ۲. همان، اصل هفتاد و دوم.
 ۳. همان، اصل یکصد و پنجاه و ششم.
 ۴. همان، اصل یکصد و هفتادم.
 ۵. منابع مادی، عواملی است که در تکوین قاعده حقوقی نقش دارد و منابع رسمی، یافتگاه قاعده حقوقی است (ر.ک: همین کتاب، ش ۱۲۳).
 ۶. قانون اساسی، مقدمه و اصول دوم، چهارم و یکصد و پنجاه و ششم.
 ۷. همان، اصل هفتاد و دوم.
 ۸. همان، اصل یکصد و پنجاه و ششم.
 ۹. همان، اصل هفتاد و دوم.

اسلامی باشد. در نتیجه، اگر قانونی تاب دو تفسیر موافق و مخالف اسلام را داشته باشد، تنها تفسیر موافق موازین اسلامی معتبر خواهد بود.

۴. شریعت، منبع رسمی و تکمیلی: در فقدان واقعی یا حکمی قوانین موضوعه - به شرحی که خواهد آمد - قاضی باید با مراجعه به «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید»^۱ بدین ترتیب، در این موارد، شریعت و فقه، منبع تکمیلی نظام حقوقی و دومین منبع رسمی حقوق ایران به شمار می آید.

۷۶ ب) سایر مذاهب اسلامی

شریعت و فقه دیگر مذاهب اسلامی، اعم از شیعی (زیدی) یا سنی (حنفی، شافعی، مالکی و حنبلی) نه تنها برای پیروان آنها و در قلمرو احوال شخصیه به عنوان منبع جایگزین در دادگاه‌ها رسمیت دارد، بلکه حتی مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها - با حفظ حقوق پیروان دیگر مذاهب - براساس مذهبی خواهد بود که بیشتر اهالی منطقه پیرو آن مذهب‌اند.^۲

۷۷ ج) دیگر ادیان توحیدی

شریعت زرتشتی، کلیمی و مسیحی نیز به عنوان منبع جایگزین، برای پیروان آنها در قلمرو احوال شخصیه معتبر است.^۳

۷۸ د) ادیان غیر توحیدی

شریعت ادیان غیر توحیدی، در قلمرو احوال شخصیه، برای بیگانگانی که پیرو آن ادیان هستند، تنها در صورتی که قانون دولت متبوع آنها، قواعد آن شریعت را به طور مستقیم یا نامستقیم پذیرفته باشد، از رسمیت و اعتبار برخوردار است،^۴ ولی در خصوص ایرانیان پیرو آن ادیان، نص قانونی وجود ندارد و تنها براساس اصل کلی و پذیرفته شده «لکل قوم نکاح»، در قلمرو نکاح می توان برای آن شریعت رسمیت و اعتبار قائل شد.

۱. همان، اصل یکصد و شصت و هفتم.

۲. همان، اصل دوازدهم.

۳. همان، اصل سیزدهم.

۴. مستفاد از ماده ۷ قانون مدنی.

● پرسش و خودآزمایی

۱. حقوق را تعریف و ضرورت آن را تبیین کنید.
۲. اوصاف قاعده حقوقی را نام برده و معین کنید که کدام یک از آنها ویژه قاعده حقوقی است و چرا؟
۳. چه نوع رفتارهایی موضوع قاعده حقوقی قرار می‌گیرند؟ آن را تبیین کنید.
۴. مقصود از ضمانت اجرای قاعده حقوقی، چه نوع ضمانتی است؟ انواع آن را نام ببرید.
۵. مقصود از وصف «الزامی بودن» قاعده حقوقی چیست؟ و سبب تمیز از چه نوع قاعده‌ای می‌شود؟
۶. قواعد آمره و قواعد تکمیلی را تعریف کنید و راه‌های تمیز آنها را توضیح دهید.
۷. قواعد ماهوی و قواعد شکلی را تعریف و بیان کنید که ضمانت اجرای کدام یک شدیدتر است و چرا؟
۸. حق را تعریف و تحلیل کنید.
۹. ارکان حق را نام برده و رابطه حق را با تکلیف تبیین کنید.
۱۰. مراحل بهره‌مندی از حق را نام برده، شرایط و محدودیت‌های اجرا و استیفای حق را بیان کنید.
۱۱. سه وجه افتراق قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی را تبیین و نقد کنید.
۱۲. آیا الزامی بودن می‌تواند معیار تمایز قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی باشد؟ چرا، توضیح دهید.
۱۳. سبب اصلی تمایز قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی را تبیین کنید.
۱۴. ارتباط وثیق حقوق و اخلاق در نظام حقوقی و اخلاقی اسلام و علت آن را بیان کنید.
۱۵. مفهوم عام و کلی دین و نیز دین اسلام به‌طور خاص را تعریف کنید.
۱۶. رابطه حقوق با دین (به‌طور کلی) از چند منظر قابل بحث است، به اختصار توضیح دهید.
۱۷. رابطه حقوق با دین، به لحاظ لزوم و بایستگی، از چند منظر مورد بحث قرار می‌گیرد، به اختصار بیان کنید.
۱۸. رابطه حقوق و دین، به لحاظ لزوم و بایستگی را از منظر تحلیل درون‌دینی تشریح کنید.
۱۹. لزوم دینی بودن حقوق از دیدگاه اسلام با دو منطق قابل تبیین است، نام برده و توضیح دهید.
۲۰. از دیدگاه اسلام «تنها خداوند است که هم حق قانون‌گذاری دارد و هم توانایی آن را»، مبنا و چگونگی انحصار این حق و توانایی به خداوند را تبیین کنید.
۲۱. اوصاف و صلاحیت‌های لازم برای قانون‌گذار در جهت دستیابی به یک نظام حقوقی کارآمد و مفید را تبیین کنید.
۲۲. دیدگاه اسلام درباره سکولاریسم و سکولاریزاسیون در عرصه حقوق را تبیین کنید.

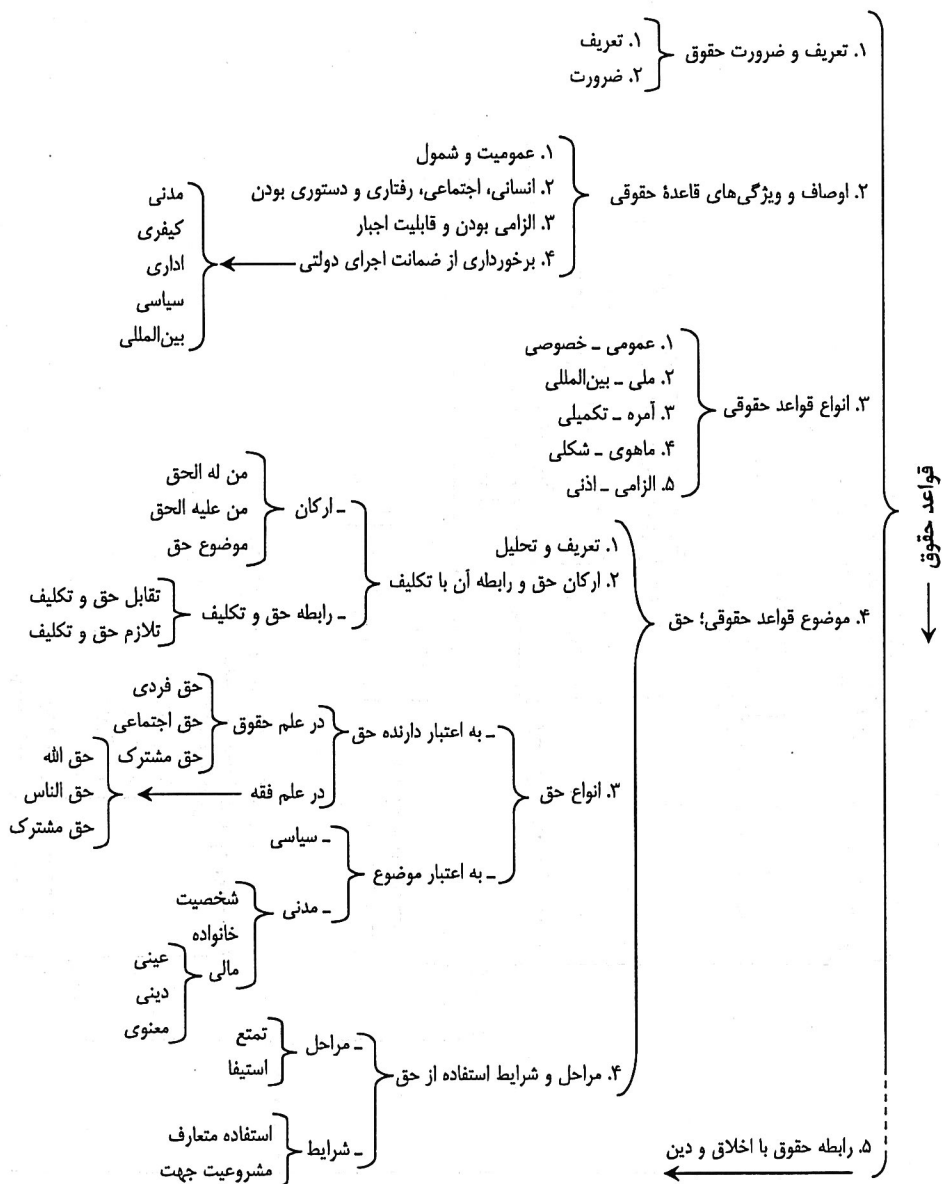
۲۳. وجوه اختلاف قواعد حقوقی سکولار با قواعد مذهبی ادیان فاقد شریعت اجتماعی را بنویسید.

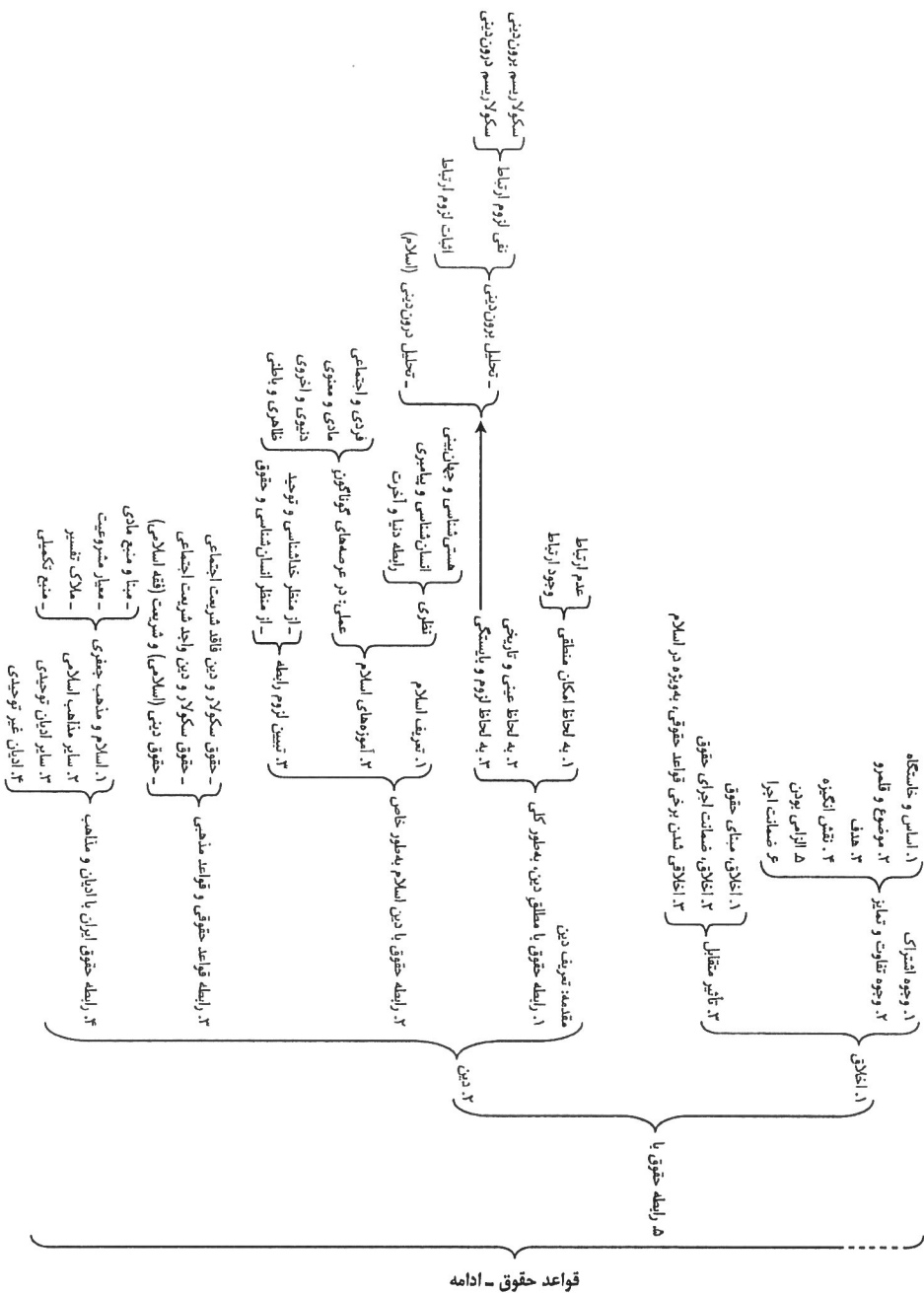
۲۴. وجوه اختلاف قواعد حقوقی سکولار با قواعد مذهبی ادیان واجد شریعت اجتماعی را بنویسید.

۲۵. نقش‌های چهارگانه شریعت اسلامی در حقوق کنونی ایران را به اختصار تبیین کنید.

۲۶. نقش سایر مذاهب اسلامی و ادیان توحیدی در نظام حقوقی ایران چیست؟ توضیح دهید.

● چکیده نموداری مباحث





مبانی و اهداف حقوق

هدف از گشودن این فصل آن است که دانشجو:

۱. با معیارهای مشروعیت و دلایل الزام آوری قواعد حقوقی آشنا شود؛
۲. دیدگاه مکاتب حقوق طبیعی و حقوق پوزیتیویستی درباره مبانی حقوق را تبیین و نقد کند؛
۳. دیدگاه مکتب حقوق اسلام درباره مبانی حقوق را شناخته و آن را با دو مکتب دیگر مقایسه کند؛
۴. اهداف حقوق را تعریف و رابطه آن با مبانی حقوق را تحلیل کند؛
۵. دیدگاه مکاتب حقوق طبیعی و حقوق پوزیتیویستی درباره چیستی و کیستی هدف را تبیین و نقد کند؛
۶. دیدگاه مکتب حقوق اسلام درباره اهداف حقوق را توضیح داده و آن را با دو مکتب دیگر مقایسه کند؛
۷. و سرانجام به باز تعریف دقیق حقوق دست یابد.

۷۹ مقدمه

مجموعه مباحث نظری را که در پاسخ به دو پرسش بسیار مهم درباره «مبانی حقوق» و «اهداف حقوق» مطرح می شود و می توان تحت عنوان «مکاتب حقوقی»^۱ مورد مطالعه قرار داد.^۲

1. Legal Schools

۲. هر چند اصطلاح «مکتب» در مفاهیم متفاوتی به کار گرفته می شود، ولی معمولاً به اندیشه های بنیادین درباره موضوعی خاص «مکتب» اطلاق می گردد و در برابر، به مجموعه قواعد کاربردی مربوط به آن موضوع، «نظام» گفته می شود.

توضیح آنکه از گذشته‌های دور، و دست‌کم در روزگار ما، بخش اعظم قواعد حقوقی که در چهره قوانین الزام‌آور ظاهر می‌شوند، ساخته و پرداخته دولت‌ها هستند. حال پرسش این است که: آیا دولت‌ها در وضع و تصویب قوانین آزادند و می‌توانند هر چه را خواستند در لباس قانون بر مردم تحمیل کنند و آنان را به اجرای آن ملزم و مجبور سازند یا آنکه باید ضوابط و معیارهایی را مراعات نمایند تا مصوبات آنها مشروعیت داشته باشد و در نتیجه، احساس احترام و التزام درونی را در افراد ایجاد کنند؟ این ضابطه‌ها و معیارها چیست؟

به عبارت دیگر، مهم‌ترین ویژگی قاعده حقوقی، «الزامی» بودن آن است. پرسش بنیادین این است که: منشأ این الزام چیست؟ آیا همین که قانونی را دولت وضع و تصویب کرد، خودبه‌خود و حتماً الزامی نیز خواهد بود یا آنکه قوانین موضوعه دولت، از این نظر به دو گروه قوانین حقانی و مشروع و غیر حقانی و نامشروع قابل تقسیم‌اند که منطقاً قوانین دسته نخست الزامی و دسته دوم غیرالزامی‌اند، حتی اگر دولت آن را الزامی بداند و مردم را بر انجام آن مجبور کند. در صورت اخیر، معیار حقانیت و مشروعیت، که خود منشأ الزامی بودن قواعد حقوقی است، چیست؟^۱

→ می‌شود (ر.ک: سید محمدباقر صدر، اقتصاد ما، ترجمه ع. اسپهبدی، ج ۲، ص ۱۵-۲۲؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۳۶-۴۱ و ۴۴۳). بنابراین، مقصود از «مکاتب حقوقی» در اینجا، دیدگاه‌های نظری و بنیادینی است که در بحث از مبانی و اهداف حقوق مطرح می‌شود و شالوده و زیربنای فکری نظام حقوقی را می‌سازد. هر چند برخی از نوشته‌های حقوقی، تنها بحث از مبانی حقوق را تحت عنوان «مکاتب حقوقی» مطرح می‌کنند و بحث از اهداف حقوق را تحت همین عنوان مستقلاً مورد بررسی قرار می‌دهند، و مقصود از «نظام حقوقی» در فصل آینده، مجموع نهادهای، سازمان‌ها و قواعدی است که بر اساس آن مبانی، و برای تحقق آن اهداف به صورت منظومه‌ای هماهنگ و منسجم به وجود می‌آید.

۱. به مثال‌های ذیل توجه کنید. آیا دولت و قانون‌گذار در انتخاب یا وضع هر یک از گزینه‌ها به عنوان قانون لازم‌الاجرا آزاد است؟ یا فرض آزادی دولت و قانون‌گذار، آیا مردم هم خود را ملزم به اجرای گزینه انتخابی دولت می‌دانند؟

اول: الف) تغذیه مستقیم طفل بر عهده مادر است، ب) تغذیه مستقیم طفل بر عهده پدر است.
دوم: الف) در شیب تند و پیچ خطرناک آهسته برانید، ب) در شیب تند و پیچ خطرناک، با سرعت برانید.
سوم: الف) اگر کسی مرد، اموال یتیمان او را حفظ کنید، ب) اگر کسی مرد، اموال یتیمان او را بخورید.
چهارم: الف) از سمت راست حرکت کنید، ب) از سمت چپ حرکت کنید، ج) از هر طرف می‌خواهید حرکت کنید.
گزینه‌های الف) در موارد اول تا سوم و گزینه‌های الف) و ب) در مورد چهارم، درست، حقانی، مشروع و الزامی به نظر می‌رسند و متقابلاً گزینه‌های ب) در سه مورد اول و گزینه ج) در مورد چهارم، نادرست، غیر حقانی، نامشروع و در نتیجه، غیرالزامی به نظر می‌آیند. چرا؟ به نظر می‌رسد دلیل این درستی یا نادرستی در هر یک از موارد چهارگانه متفاوت است؛ بدین شرح:

۱. در مورد اول، گزینه الف) درست است؛ چون با واقعیت منطبق است و گزینه ب) نادرست است؛ چون آن‌قدر مخالف واقعیت و عینیت بیرونی است که اصلاً قابل اجرا نیست.

در پاسخ به این پرسش، هستند کسانی که صریح یا ناصریح و مستقیم یا نامستقیم، منشأ الزام‌آوری قانون را در وضع آن به وسیله دولت خلاصه می‌کنند و آنها را قواعدی «خودمعیار» می‌دانند که با هیچ معیار دیگری قابل تقسیم به دو گروه قوانین مشروع و نامشروع نیستند.

اما گروه دیگری از اندیشمندان، اراده و وضع دولت را برای توجیه منشأ الزام‌آوری قانون کافی نمی‌دانند و ریشه الزام‌آوری و مشروعیت قوانین یا عدم آن را در انطباق آنها با «معیارها» جستجو می‌کنند و آن معیارها را ضمن دو عنوان کلی «مبانی حقوق» و «اهداف حقوق» مورد بحث قرار می‌دهند. اگر قانون، بر «مبانی» مورد نظر منطبق و تأمین‌کننده «اهداف» مطلوب باشد، قانونی حقانی و الزام‌آور خواهد بود؛ در غیر این صورت، از این

⇒ ۲. در مورد دوم هم درستی‌گزینه (الف) و نادرستی‌گزینه (ب)، شبیه مورد اول است؛ با این تفاوت که در مورد اول گزینه‌های (الف) و (ب) با متن واقعیت و عینیت، منطبق یا غیر منطبق‌اند، ولی در مورد دوم، بحث انطباق و عدم انطباق گزینه‌ها با واقعیت مطرح نیست؛ چرا که هر دو گزینه قابل اجرا هستند، بلکه مفروض این است که گزینه (الف) استنتاج یا جعلی است که با واقعیت هماهنگی دارد و در نتیجه آن، انسان به سلامت به مقصد می‌رسد، گزینه (ب) استنتاج یا جعلی است که با واقعیت هماهنگ نیست و در نتیجه آن، انسان به سلامت به مقصد نمی‌رسد. ۳. در مورد سوم، درستی و نادرستی‌گزینه‌های (الف) و (ب)، بیش از آنکه به نوع ارتباطشان با واقعیت عینی و بیرونی مربوط باشد، به تحقق آرمانی به نام «عدالت» مربوط می‌شود. گزینه (الف) درست است؛ چون عادلانه است و گزینه (ب) نادرست است؛ چون ناعادلانه است.

۴. در مورد چهارم هم، درستی و نادرستی‌گزینه‌ها، شبیه مورد سوم است؛ با این تفاوت که به جای آرمان عدالت، آرمان «نظم» معیار است. گزینه‌های (الف) و (ب) هر دو درست‌اند؛ چون با اجرای هر یک از آنها، هدف مطلوب یعنی «نظم» و روانی ترافیک محقق می‌شود، ولی گزینه (ج) نادرست است؛ چون برخلاف هدف است و موجب «بی‌نظمی» و کندی ترافیک می‌شود. البته به نظر می‌رسد امکان تحقق آرمان «نظم» با هر یک از دو گزینه (الف) و (ب) برای الزامی شدن آن کافی نیست، بلکه الزامی شدن هر یک از این دو گزینه، تابع وضع قانون و قرارداد اجتماعی جامعه است. در کشورهایی که قانون بر حرکت از سمت راست تأکید می‌کند، فقط گزینه (الف) مشروع و الزام‌آور است و در کشورهایی که قانون بر حرکت از سمت چپ تأکید می‌کند، فقط گزینه (ب) مشروع و الزام‌آور است. از آنچه گذشت، روشن می‌شود دولت‌ها در وضع قانون آزادی مطلق ندارند و هر چه آنان وضع کنند، منطقاً الزام‌آور نیست. قوانینی مشروع و الزامی است که در وضع آنها معیارهای چندگانه ذیل مراعات شده باشد:

۱. با واقعیت و عینیت منطبق و برخلاف آن نباشند، مثل مورد اول؛
۲. قوانین استنتاجی یا جعلی، با واقعیت هماهنگ باشند، مثل مورد دوم؛
۳. قوانین موضوعه، تأمین‌کننده اهداف و آرمان‌های «عدالت» و «نظم» یا دیگر اهداف منطقی مورد نظر باشد؛
۴. در عین حال، در آنجا که گزینه‌های هماهنگ با واقعیات و اهداف وجود دارد، گزینه‌ای الزام‌آور است که به گونه‌ای مورد توافق اجتماعی قرار گرفته باشد.

پس برای درستی قانون و الزام‌آور بودن آن، سه معیار اصلی وجود دارد (انطباق و هماهنگی با واقعیات، انطباق و هماهنگی با اهداف، انطباق و هماهنگی با قرارداد اجتماعی) که هر کدام برای توجیه الزامی بودن دسته‌ای از قوانین مناسب به نظر می‌رسند و از توجیه الزامی بودن و مشروعیت همه قوانین ناتوان‌اند.

ویژگی برخوردار نخواهد بود. مقصود از «مبنا»، پایه، اساس و خاستگاهی است که ساختمان قاعده حقوقی بر آن استوار می‌شود و از آن نشأت می‌گیرد و مقصود از «هدف»، فایده و نتیجه مطلوبی است که از این ساختمان انتظار می‌رود.

بر این اساس، در مباحث آینده و در جستجوی یافتن ریشه الزام‌آوری، حقانیت و مشروعیت قوانین، به دو بحث مبانی حقوق و اهداف حقوق، به تفکیک و اختصار اشاره خواهیم کرد. البته با وجود روشنی مفهومی مبنا و هدف، تشخیص مصادیق آن، همیشه آسان نیست و در مبنا یا هدف بودن برخی از عناوین اختلاف نظر وجود دارد.

❖ گفتار نخست: مبانی حقوق^۱

درباره مبناي حقوق، از دیرباز تاکنون، دیدگاه‌های متفاوتی ابراز شده است که به گونه‌های مختلف قابل دسته‌بندی است و در اینجا، به دسته‌بندی رایج و کلاسیک اشاره می‌کنیم. از منظر یک بحث تعلیمی می‌توان - و باید - بر اساس تحلیلی که هریک از این دیدگاه‌ها درباره ماهیت قانون و قاعده حقوقی دارند، بحث را آغاز کرد.

درباره ماهیت قانون، سه تحلیل عمده و اساسی وجود دارد:

۱. برخی قواعد حقوقی را، از نوع گزاره‌های «اخباری» می‌دانند که به‌طور مستقیم یا نامستقیم از واقعیتی حکایت می‌کند و بر آن استوار است. بنابراین، فقط قانونی که منطبق با این واقعیت باشد، حقانی و مشروع خواهد بود. طرفداران این تحلیل - که می‌توان آنها را «واقع‌گرایان» نامید - خود در اینکه چه «واقعیتی» باید مبناي حقوق باشد، اختلاف نظر دارند. در مباحث آینده، به طرح مهم‌ترین شاخه اندیشه واقع‌گرایی، تحت عنوان «مکتب حقوق طبیعی» بسنده می‌کنیم؛ هر چند برخی شاخه‌های مکاتب حقوق پوزیتیویستی، مانند مکتب تاریخی را نیز می‌توان در این دسته قرار داد و مطالعه کرد.

۲. برخی دیگر، قواعد حقوقی را، از نوع گزاره‌های «انشایی» می‌دانند که لزوماً از واقعیتی حکایت نمی‌کند و بر آن استوار نیست. بنابراین، مبناي حقوق و ملاک اعتبار و مشروعیت قوانین، صرفاً به انطباق آن با اراده قانون‌گذار منحصر می‌شود و هیچ معیار دیگری برای ارزیابی قوانین وجود ندارد. طرفداران این تحلیل - که می‌توان آنها را «اعتبارگرایان» نامید - خود در اینکه اراده چه کسی مبناي اعتبار قانون باید باشد،

اختلاف نظر دارند. در مباحث آینده و تحت عنوان «مکاتب حقوق پوزیتیویستی»، تنها به طرح مهم‌ترین این اندیشه‌ها بسنده می‌کنیم.^۱

۳. گروه سومی هم گزاره‌های حقوقی را از نوع گزاره‌های ترکیبی و آمیخته «اخباری-انشایی» و مبنای قانون و حقوق را آمیزه‌ای از «واقعیت-اعتبار» می‌دانند. از این دیدگاه، مشروعیت و الزام‌آوری قانون، نه صرفاً به دلیل مطابقت آن با واقعیت است و نه خواست و اراده قانون‌گذار، بلکه ترکیب این دو، قانون را به صورت قاعده‌ای مشروع و الزام‌آور درمی‌آورد. دیدگاه مشهور دانشمندان مسلمان و نیز برخی دیگر از پیروان ادیان الهی بر این نظر است.^۲

مبحث اول: مکاتب حقوق طبیعی^۳ و^۴

بند یک - تبیین

مکتب حقوق طبیعی که با اسامی مکتب حقوق فطری و عقلی نیز خوانده می‌شود، کهن‌ترین

۱. در تقسیم‌بندی رایج و کلاسیک، مکاتب حقوقی به دو گروه مکاتب حقوق طبیعی و مکاتب حقوق پوزیتیویستی تقسیم می‌شود. از آنجا که مکتب حقوقی اسلام، به‌طور دقیق در هیچ‌یک از دو دسته فوق قرار نمی‌گیرد، به‌طور مستقل از آن بحث می‌شود. اما در تقسیم‌بندی دقیق‌تر و منطقی‌تر - که پرداختن به آن از حوصله این مقدمه خارج است - می‌توان مکاتب حقوقی را این چنین دسته‌بندی کرد:

۱. واقعیات درون‌ذاتی و ثابت (مکتب حقوق طبیعی)	} ۱. «معیارگرا = واقع‌گرا»	} مکاتب حقوقی
۲. واقعیات برون‌ذاتی و متغیر (برخی از مکاتب پوزیتیویستی)		
۳. آمیخته واقعیات درون‌ذاتی - برون‌ذاتی		
۲. «خودمعیار = اعتبارگرا» ← برخی از مکاتب حقوق پوزیتیویستی	} ۲. «معیارگرا = اعتبارگرا»	}
۳. ترکیبی و آمیخته «واقع‌گرا - اعتبارگرا» ← مکتب حقوقی اسلام		

۲. برای اطلاع بیشتر از دیدگاه‌های گوناگون درباره مبانی حقوق و مکاتب حقوقی، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۲۸۵-۳۴۲.

3. Natural Law Schools

۴. اصطلاح «حقوق طبیعی» گاه در برابر «حقوق پوزیتیویستی» به کار گرفته می‌شود و مقصود از آن، نوعی دیدگاه خاص نظری و فلسفی درباره مبنای حقوق است. به همین دلیل، با عنوان «مکتب حقوق طبیعی» خوانده می‌شود، که در متن مورد بحث قرار می‌گیرد. اما گاه عنوان «طبیعی» وصف قاعده حقوقی است و عنوان «حقوق طبیعی» در برابر «حقوق موضوعه» قرار می‌گیرد. حقوق موضوعه، قواعدی است که مخلوق قرارداد اجتماعی یا آفریده اراده قانون‌گذار است، ولی حقوق طبیعی، قواعدی است که پیش از قانون‌گذاری نیز به نوعی وجود دارد و بسته به اینکه از طبیعت وجودی انسان یا فطرت و یا عقل او سرچشمه گیرد، به اسامی حقوق طبیعی، حقوق فطری و حقوق عقلی نامیده می‌شود. حق حیات، نمونه عالی حقوق طبیعی، حق کسب دانش، نمونه عالی حقوق فطری و حق الزام متعهد به اجرای تعهد، نمونه عالی حقوق عقلی است.

مکتب حقوقی واقع‌گراست که در بستر تحولات اندیشه بشری، مفاهیم متفاوت و بلکه متهافتی را در درون خود جمع کرده است؛^۱ به گونه‌ای که نمی‌توان تعریفی یگانه و جامع و مانع برای آن ارائه کرد. شاید بتوان مجموعه این دیدگاه‌ها را در دو‌گرایش عمده «واقعیت-بنیاد» یا عینیت‌گرا و «عدالت-بنیاد» یا آرمان‌گرا خلاصه کرد که البته نه تنها لزوماً متعارض نیستند، بلکه احیاناً قابل جمع نیز هستند.^۲

۲ الف) گرایش «واقعیت - بنیاد»: این گرایش خود به دو شاخه «عینیت‌گرایی ناب» و «عینیت‌گرایی استنتاجی» قابل تقسیم است:

۱. عینیت‌گرایی ناب: در افراطی‌ترین نوع واقع‌گرایی، برخی از پیروان این مکتب، قوانین حقوقی را، دقیقاً همچون قوانین طبیعی، گزاره‌های صرفاً «اخباری» دانسته‌اند که اعتبار و عدم اعتبار آنها را در انطباق یا عدم انطباق آنها با واقعیت باید جستجو کرد. از این دیدگاه، قوانین حقوقی، همچون قوانین فیزیکی، واقعیت‌های موجودی هستند که انسان باید به کشف آنها پردازد؛ پس همچون قوانین فیزیکی از نوع «قوانین اکتشافی» هستند. برخی از فیلسوفان یونان باستان، مانند افلاطون و ارسطو بر این عقیده بودند که حقوق طبیعی و عدالت، چیزی جز نظم طبیعی ثابت و جاودانه‌ای نیست که بر تمام پدیده‌ها و روابط بین آنها حاکم است، ولی هرگز موفق به ارائه یک نمونه هم نشدند.^۳ با انتقال اندیشه یونانی به روم، سیسرون، دانشمند و خطیب معروف رومی نیز چنین اظهار داشت: «در دنیا قانونی حقیقی، معقول و موافق طبیعت، منطبق با عقل سلیم وجود دارد که در سرشت هر یک از ما موجود است و دائمی، تغییرناپذیر و سرمدی است».^۴

۲. عینیت‌گرایی استنتاجی: در یک واقعیت‌گرایی معتدلانه، برخی دیگر از پیروان مکتب حقوق طبیعی، قواعد حقوقی را از نوع گزاره‌های «هست-باید» می‌دانند و قوانین حقوقی را «باید»‌هایی برمی‌شمارند که انسان باید آنها را از دل «هست‌ها» بیرون کشد و استنتاج

۱. برای دیدن مفاهیم گوناگون حقوق طبیعی، ر.ک: جان کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ؛ تیبِت، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری؛ محمدحسین ساکت، نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق؛ منیر محمود الرترتی، القانون؛ محمد شریف احمد، فکرة القانون الطبیعی عند المسلمین.

۲. این گزارش از حقوق طبیعی، نشان‌دهنده جمع میان واقع‌گرایی و عدالت‌گرایی است: «بنابراین هر چه در راستای این نظم طبیعی باشد، درست و عادلانه است... به بیان دیگر... در جستجوی عدالت نیز واقع‌گرایی دیده می‌شود» (کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۶۱۱).

۳. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۴۵؛ کلی؛ تئوری مختصر تئوری حقوقی در غرب، ص ۶۰.

۴. مهدی کی‌نیا، «کلیات مقدماتی حقوق»، ص ۱۵۰؛ کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ص ۱۱۰ و ۱۱۱.

کند.^۱ پس قوانین حقوقی، از نوع «قوانین استنتاجی» اند، نه «قوانین اکتشافی». این استنتاج اگر درست صورت پذیرد، قانون، حقانی و مشروع و الزام آور خواهد بود.

۸۳ ب) گرایش «عدالت - بنیاد»: گاه برخی از پیروان مکتب حقوق طبیعی، واقعیت آرمانی «عدالت» ثابت و جاودانه را مبنای قواعد حقوقی می دانند. پیروان افراطی این دیدگاه، عدالت را معیار حقوقی بودن و نبودن قاعده برمی شمارند و اصولاً قاعده ناعادلانه را، قانون محسوب نمی کنند.^۲ اما پیروان معتدل این دیدگاه، عدالت را معیار حقانیت و مشروعیت قوانین می دانند و بر این اساس به ارزیابی قوانین می پردازند؛ قوانین عادلانه را، قوانین حقوقی مشروع و الزامی، و قوانین ناعادلانه را، قوانین حقوقی نامشروع و غیر الزامی به شمار می آورند.^۳

در مقام جمع بندی و تلخیص دیدگاه های گوناگون می توان چنین گفت که از نظر پیروان مکتب حقوق طبیعی، انسان به عنوان «کاشف» قانون یا «استنتاج کننده» آن، باید یا به کشف قانون طبیعی، فطری، عقلی و عادلانه بپردازد، و یا به کشف طبیعت، فطرت و عقل و عدالت پرداخته، از دل آنها قوانین حقوقی متناسب و سازگار با آنها را استنتاج کند. بنابراین، مشروعیت و الزامی بودن قانون یا عدم آن، ذاتی - و نه اعتباری - است که در انطباق و پیوند قانون با واقعیت یا عدالت ریشه دارد. قانون منطبق با واقعیت یا عدالت، مشروع و الزام آور است، حتی اگر دولت آن را به رسمیت نشناسد و قانون مخالف با واقعیت یا عدالت، نامشروع است، حتی اگر دولت رسماً آن را تصویب کند. در نتیجه، می توان گفت دولت ها در وضع قانون آزاد نیستند و تنها باید به وضع قوانینی بپردازند که با واقعیت و عدالت هماهنگ باشد.^۴

۱. رک: میشل تروپر، «فلسفه حقوق»، ترجمه مجتبی واعظی، مجله حقوق اساسی، شماره ۵، ص ۳۶۰ و ۳۶۲ و شماره ۶ و ۷، ص ۴۱۰.

۲. رک: راسخ، حق و مصلحت، ص ۷۴؛ تبیت، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، ص ۲۸ و ۳۴؛ کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، ص ۶۰۴ و ۶۰۵.

۳. کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، ص ۶۱۲؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۶۳۵.

۴. هر چند در قرون میانه، فیلسوفان مسیحی، حقوق طبیعی را پذیرفتند، ولی رنگ دینی و الهی به آن زدند و معیار اعتبار را انطباق با اراده الهی دانستند. پس بهتر است این دیدگاه تحت عنوان مکاتب حقوق دینی مورد مطالعه قرار گیرد، نه حقوق طبیعی؛ هر چند با حقوق طبیعی نیز خویشاوند است. در قرون جدید هم اندیشه هایی زیر عنوان حقوق طبیعی سر برآوردند که جز نام، هیچ نسبتی با حقوق طبیعی نداشتند و به حقوق پوزیتیویستی نزدیک تر بودند تا حقوق طبیعی. به همین دلیل، از پرداختن به آنها خودداری می کنیم.

۸۴ بند دو - نقد

لازمه نقد منصفانه آن است که هم به جهات مثبت و هم به جهات منفی مکاتب حقوق طبیعی اشاره شود. نقد تفصیلی از عهده این مقدمه خارج است؛ پس به ذکر مهم‌ترین جهات مثبت و منفی - و نه همه آنها - بسنده می‌کنیم.

۸۵ الف) جهات مثبت

۱. معیارپذیر بودن قواعد حقوقی و امکان ارزیابی آنها: در برابر دیدگاه‌های اعتبارگرا و پوزیتیویستی که قوانین و قواعد حقوقی را، گزاره‌های انشایی و خودمعیار و در نتیجه نقدناپذیر می‌دانند، مجموعه نگاه‌های پیروان مکتب حقوق طبیعی از این امتیاز برخوردار است که برای درستی، حقانیت، مشروعیت و در نتیجه الزامی بودن قوانین، معیاری واقعی ارائه می‌کند و بر اساس نوعی انطباق یا ارتباط با طبیعت، فطرت، عقل و عدالت، ارزیابی نیک و بد قوانین را امکان‌پذیر می‌سازد.

۲. تسهیل اجرای قوانین: اعتقاد به نوعی رابطه «این‌همانی» یا «استنتاجی» میان قانون و واقعیت‌های یادشده، به اجرای ساده و روان قوانین کمک شایان و فراوانی می‌کند؛ زیرا بدیهی است قانونی که عین طبیعت و فطرت و گرایش‌های انسان باشد یا از آنها سرچشمه گرفته باشد، به راحتی و بدون کمترین مقاومتی در حیات اجتماعی ساری و جاری می‌گردد.

۸۶ ب) جهات منفی

پیش از تبیین جهات منفی، یادآوری این نکته ضروری است که با توجه به دیدگاه‌های گوناگون در درون مکتب حقوق طبیعی، جهاتی که ذکر خواهد شد، لزوماً متوجه همه آن دیدگاه‌ها نیست؛ همان‌طور که برخی از این جهات، متوجه درستی و نادرستی مکتب حقوق طبیعی است و برخی دیگر به کارآمدی آن توجه دارد. به هر حال مهم‌ترین آن جهات عبارت است از:

۱. ناسازگاری با واقعیت: دیدگاه عینیت‌گرایی ناب بر این عقیده بود که قوانین حقوقی، همچون قوانین فیزیکی، قوانینی موجود هستند که انسان باید آنها را کشف کند؛ در حالی که نه تنها در عرصه حقوق تجارت، اداری و بین‌الملل، بلکه حتی در عرصه حقوق خانواده نیز که بیش از دیگر عرصه‌ها با طبیعت و فطرت ارتباط دارد، قانونی حقوقی یافت نمی‌شود که

همچون قوانین فیزیکی در طبیعت وجود عینی داشته باشد. برای مثال، آنچه در طبیعت وجود دارد این است که برای تولید نسل به آمیزش دو غیرهمجنس نیاز است، ولی قوانین نهاد ازدواج و کانون خانواده و نوع رابطه زوجین با یکدیگر و با فرزندان در متن طبیعت مشاهده نمی‌شود، بلکه حداکثر آن است که این قوانین از آن واقعیت قابل استنتاج‌اند، که البته این نیز خود خالی از انتقاد نیست.

۲. نادرستی تأکید افراطی بر رابطه استنتاجی حقوق و واقعیت: گرچه اصل رابطه حقوق با واقعیت قابل انکار نیست، ولی رابطه «استنتاجی» میان آنها نیز، به طور مطلق پذیرفته نمی‌شود و تنها بر اساس این معیار نمی‌توان به ارزیابی مشروعیت قوانین پرداخت. تبیین رابطه حقوق و واقعیت و درستی و نادرستی استنتاج حقوق از واقعیت، بحث مفصلی می‌طلبد که از حوصله این مقدمه خارج است، ولی برای نشان دادن نادرستی تأکید افراطی بر این پیوند استنتاجی، می‌توان از یک سو به استنتاج نظام برده‌داری به وسیله ارسطو از واقعیت تفاوت‌های وجودی سیاهان و سپیدان اشاره کرد که بالبداهه استنتاجی نادرست است و از سوی دیگر به قوانین راهنمایی حاکی از لزوم حرکت از سمت راست در پاره‌ای از کشورها و از سمت چپ در پاره‌ای دیگر از کشورها توجه کرد که در وجه غالب آن از هیچ واقعی استنتاج نشده‌اند و الزام‌آوری آنها به هیچ واقعی – جز اراده قانون‌گذار یا قرارداد اجتماعی – مستند نیست.

۳. ناتوانی انسان در شناخت طبیعت، فطرت و عدالت و کشف یا استنتاج قواعد حقوقی از آن: در قرائت‌های غیرالهی از حقوق طبیعی، این انسان است که باید به شناخت طبیعت، فطرت و عدالت پردازد و قواعد حقوق طبیعی را از دل آن کشف یا استنتاج کند، و ناتوانی انسان در این شناخت، کشف یا استنتاج، امری عیان و انکار ناشدنی است. اختلاف نظر فراوان پیروان حقوق طبیعی درباره چستی عدالت و تعریف آن و در نتیجه، اختلاف نظر آنان درباره قانون عادلانه، نمونه روشنی از این ناتوانی انسان است.^۱ تفاوت دیدگاه‌ها درباره اشتراک‌ها و افتراق‌های زن و مرد و نقش آنها در حقوق متفاوت یا همانند آنان، نمونه دیگری از این حقیقت به شمار می‌آید.

۱. برای دیدن نگاه‌های گوناگون به مفهوم عدالت، ر.ک: تبیت، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری،

۴. کاستی در شمول و ناکارآمدی در امکان ارزیابی: با فرض درستی اصل استنتاج حقوق از واقعیت، فراگیری این اصل در خصوص همه قوانین و در نتیجه، امکان ارزیابی و قضاوت درباره مشروعیت و نامشروعیت آنها به شدت قابل مناقشه است؛ زیرا بسیاری از قوانین، برآیند مستقیم و استنتاج از هیچ گونه واقعیت خارجی نیستند، پس با این معیار نیز قابل سنجش نخواهند بود. بسیاری از قوانین در حوزه حقوق تجارت، اداری، بین الملل و امثال آن از این دسته اند. برای نمونه، می توان از برخی از مقررات راهنمایی و رانندگی، مثل لزوم حرکت یا توقف با رنگ هایی خاص یاد کرد که پیوندی با واقعیت ندارد و مشروعیت و الزام آوری آنها با این معیار قابل توجیه نیست.

۵. محدود و نامعین بودن قواعد حقوق طبیعی: با فرض درستی استنتاج «باید» ها از «هست» ها و دستیابی به قواعد حقوق طبیعی و فطری، واقعیت این است که این قواعد، اولاً: به شدت محدود و اندک اند، به گونه ای که برای مثال، لوفور آنها را به سه قاعده «احترام به تعهداتی که آزادانه پذیرفته شده، جبران خسارتی که برخلاف حق به دیگری وارد آمده و لزوم احترام به قوای عمومی» فروکاسته است.^۱ ثانیاً: همین قوانین محدود و اندک نیز اجماعی نبوده، نامعین و مورد اختلاف است و به همین دلیل، ارزیابی همه قوانین موضوعه بر اساس این چند قاعده محدود امکان پذیر نخواهد بود.

۶. ابهام و اجمال قواعد حقوق طبیعی و امکان سوءاستفاده از آنها: اختلاف در شمارش قواعد حقوق طبیعی و ابهام و اجمال در تبیین مفاهیم و تعیین مصادیق آنها، زمینه را برای سوءاستفاده از حقوق طبیعی و تفسیرهای ناروا از آن هموار می کند. توجیه نظام برده داری در یونان باستان و نژادپرستی نوین در آلمان نازی در پرتو حقوق طبیعی، نمونه های روشنی از این سوءاستفاده است.

۷. گسست و جدایی حقوق و ارزش ها و اثبات ناپذیری ارزش های بنیادین: در نگاه های «واقعیت-بنیاد» حقوق طبیعی، ارزش ها جایی ندارند و بنابراین، اگرچه طرفداران این مکتب از ارزش هایی همچون آزادی، برابری، عدالت، حق حیات، کرامت انسان و مانند آن سخن می گویند، ولی از اثبات آنها ناتوان اند؛ زیرا این ارزش ها نه واقعیتی عینی دارند و نه از واقعیت های عینی قابل استنتاج قطعی هستند. البته در نگاه «عدالت-بنیاد» حقوقی طبیعی، می توان پیوند حقوق و ارزش ها را مشاهده و توجیه کرد.

۱. کانتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۸۷.

مبحث دوم: مکاتب حقوق پوزیتیویستی^۱

۸۷ بند یک - تبیین

از نیمه دوم قرن نوزدهم با پدید آمدن فلسفه تحقیقی اگوست کنت که ادراکات عقلی و وجدانی را به شدت زیر سؤال برد و دوران آن را تمام شده پنداشت و حس و تجربه را تنها منبع شناخت و معرفت برشمرد، در مغرب زمین، علم حقوق نیز تحت تأثیر آن قرار گرفت و دیدگاه‌های تازه‌ای در خصوص مبنا و اساس حقوق با عنوان عام «مکاتب حقوق پوزیتیویستی» مطرح شد که طرفداران آن مدعی بودند با روش علمی و تجربی به تحلیل ماهیت حقوق و کشف مبنای آن دست یازیده‌اند و به این نتیجه رسیده‌اند که: «آنچه هست، همان است که باید باشد». وجه مشترک این دیدگاه‌ها، نفی مکتب حقوق طبیعی و انکار اصول و قواعد مشترک، فراگیر و ثابت حقوقی است.

در درون مکاتب حقوق پوزیتیویستی نیز دو گرایش عمده، یکی نسبتاً معتدل و واقع‌گرا و دیگری افراطی و اعتبارگرا دیده می‌شود که گرایش دوم به عنوان مصداق بارز دیدگاه‌های «اعتبارگرا» موضوع بحث است.

۸۸ الف) گرایش‌های معتدل و واقع‌گرا: پوزیتیویست‌های معتدل، که اندیشه آنان تحت عناوین «مکتب تاریخی حقوق» و «مکتب تحقیقی اجتماعی» شهرت یافته است، اگرچه در نفی و انکار واقعیت‌های ثابت به عنوان مبنا و پشتوانه حقوق با پوزیتیویست‌های افراطی مشترک‌اند و قوانین مطلق، جاودانه و فراگیر «واقعیت - بنیاد» یا «عدالت - بنیاد» را نمی‌پذیرند، ولی به جای آن، واقعیت‌های ملموس و متغیر اجتماعی را مطرح می‌کنند و حقوق را برآیند قهری تحولات تاریخی ملت‌ها یا وجدان عمومی اجتماع می‌دانند.^۲

۸۹ ب) گرایش‌های افراطی و اعتبارگرا: پوزیتیویست‌های افراطی، قواعد حقوقی را به - گزاره‌های «انشایی» محض تحلیل می‌کنند که صرفاً در اراده و خواست سازنده قانون و مشخصاً دولت ریشه دارد و از هیچ واقعیت یا آرمانی حکایت نمی‌کند و به همین دلیل، این دیدگاه به «مکتب تحقیقی دولتی یا حقوقی محض» اشتباه یافته است. کلسن، بنیانگذار این مکتب، برای اثبات دیدگاه خود و انکار حقوق طبیعی «واقعیت - بنیاد»، بر تفکیک حوزه «باید» ها از «هست» ها و عدم امکان استنتاج حقوق از واقعیت‌ها تأکید می‌ورزد و آن را به

1. Positive Law Schools

۲. رک: همان، ج ۱، ص ۱۳۹-۱۵۳ و ۲۴۱-۳۸۰.

لحاظ علمی ناممکن می‌پندارد. بنتمام، از دیگر پوزیتیویست‌های اعتبارگرا به صراحت می‌گوید: «حق‌های طبیعی، کلامی کاملاً بی‌معناست. حقوق طبیعی و غیر قابل نقض، یک ادعای بی‌معنای جدلی است؛ چیزی بی‌معنا که برپایی چوبین ایستاده است».^۱

این مکتب همچنین بر جدایی حقوق از عدالت و اخلاق تأکید می‌ورزد و «پافشاری می‌کند که قانون، یک چیز است و اخلاق و ارزیابی قانون، چیز دیگر. ... هیچ ارتباط ضروری‌ای میان اخلاق و قانون نیست. ضرورتی ندارد که یک قانون برای داشتن اعتبار قانونی، بر معیارهای اخلاقی منطبق باشد».^۲ بدین ترتیب، عدالت را نه تنها به عنوان مبنای حقوق، بلکه حتی به عنوان شرط اعتبار و مشروعیت آن نیز نمی‌پذیرد و اعتبار و مشروعیت قانون را یکسره در صدور فرمان از سوی دولت خلاصه و تصریح می‌کند که «همین که قاعده‌ای از طرف دولت وضع شود، به عنوان حقوق معتبر است؛ هر چند عادلانه نیز نباشد».^۳

این مکتب برای اثبات دیدگاه خود، به شیوه‌های گوناگون عمل می‌کند: یا همچون هیوم، با نقد و نفی آموزه‌های عقلانی و قدرت عقل بشری، عدالت را از قلمرو و دستیابی عقل انسان خارج می‌داند و عقل را در خصوص گزاره‌های حقوقی، بی‌طرف می‌بیند و با صراحت و بی‌پروا اظهار می‌دارد که «برتری داشتن نابودی جهان، بر زخمی شدن یک انگشت کوچک، خلاف عقل نیست»^۴ و یا همچون کلسن، با منحصر ساختن گزاره‌های علمی به گزاره‌های تجربی، بر این باور است که «آرمان‌های اخلاقی، به‌ویژه آرمان‌های مربوط به عدالت، اساساً غیر عقلانی است؛ بنابراین، برای هیچ تحلیل علمی مناسب نیست. ... از این‌رو، جایگاهی برای عدالت و حقوق برتر باقی نمی‌ماند»^۵ و یا آنکه همچون هگل، تفاوت بین آنچه «هست» و آنچه «باید باشد» را از بین می‌برد و آنچه را «هست»، همان می‌داند که «باید باشد» و بدین ترتیب، عدالت «دولتی» را جانشین عدالت طبیعی یا عقلانی می‌کند و اراده دولت را عین عدالت می‌پندارد و بدین‌گونه، تعارض احتمالی میان حقوق و عدالت را نفی می‌کند.^۶

۱. کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، ص ۴۰۹.

۲. تبیت، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، ص ۲۲ و ۲۳.

۳. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ص ۱، ص ۳۸۰.

۴. تبیت، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، ص ۴۱.

۵. همان، ص ۷۲.

۶. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۲۰۴ و ۲۰۵.

در مقام جمع‌بندی و تلخیص می‌توان چنین گفت که از دیدگاه مکاتب پوزیتیویستی اعتبارگرا، قواعد حقوقی، واقعیت‌هایی نیستند که انسان آنها را کشف یا استنتاج کند، بلکه گزاره‌های انشایی محض‌اند که محصول اراده انسان - و مشخصاً دولت - اند. همه مشروعیت آنها اعتباری و وابسته به اراده دولت - و نه هیچ چیز دیگر - است. پس قانون مشروع و قانون نامشروع معنا ندارد. تا وقتی دولت از قانون حمایت می‌کند، قانون وجود دارد و مشروع و الزامی نیز هست، حتی اگر ناعادلانه باشد و با رفع حمایت دولت، اصلاً قانونی وجود ندارد تا سخن از مشروعیت و نامشروعیت آن رود.

۹۰ بند دو - نقد

گرچه مکاتب حقوق پوزیتیویستی، به‌ویژه گرایش‌های معتدل و واقع‌گرای آن منطقاً می‌تواند از امتیاز پویایی و همراهی با تحولات زمان برخوردار باشد، ولی در عمل، تحلیل این مکاتب از ماهیت حقوق و منشأ آن، به‌گونه‌ای است که جایی برای بهره‌مندی از این امتیاز باقی نگذاشته و به لحاظ نظری، انتقادهای مهمی را متوجه آن ساخته است که اکنون به آنها می‌پردازیم:

۱. نادرستی بنیاد: نگاه‌های پوزیتیویستی به حقوق، معمولاً نتیجه و برآیند مکاتب اصالت تجربه و پوزیتیویسم منطقی و فلسفی است و در جای خود، نادرستی این بنیاد، یعنی انحصار شناخت به آگاهی‌های حسی و تجربی و نیز انحصار واقعیات به واقعیات عینی و مادی اثبات شده است.^۱

۲. افراط در گسستن رابطه حقوق و واقعیت‌ها: بی‌تردید افراط در گسستن رابطه حقوق و واقعیت‌ها، امری نادرست است؛ زیرا بدیهی است که در اوج اعتبارگرایی نیز نمی‌توان قانونی را که کاملاً مخالف با واقعیت ثابت و تغییرناپذیر است، مشروع و الزامی دانست و مثلاً حرکت اتومبیل را با چراغ روشن در روز و با چراغ خاموش در شب تاریک، الزامی پنداشت.

۱. ر.ک: سید محمد باقر صدر، فلسفه ما، ترجمه سید محسن مرعشی، ص ۴۷ به بعد، به‌ویژه ص ۱۰۵-۱۲۶. پوزیتیویسم منطقی، شناخت حسی و تجربی را تنها شناخت علمی و معتبر می‌شناسد و بر پایه آن، پوزیتیویسم فلسفی نیز هر نوع وجود غیر مادی و غیر قابل تجربه حسی را نفی و انکار می‌کند (ر.ک: شمس الدین فرهیخته، فرهنگ فرهیخته، ص ۲۴۴، ذیل عنوان پوزیتیویسم؛ ع. پاشایی، فرهنگ اندیشه نو، ص ۲۴۹ و ۲۵۰، ذیل عنوان تحقق‌گرایی).

۳. افراط در گسستن رابطه حقوق و ارزش‌ها: درست است که برخی از گزاره‌های حقوقی ممکن است ارتباط مستقیمی با عدالت و ارزش‌ها نداشته باشد، ولی بی‌تردید گسستن کلی و افراطی این رابطه نیز نادرست است؛ زیرا بدیهی است هیچ‌کس بالوجدان قانونی را که مسلماً ناعادلانه و غیر حکیمانه باشد - مثلاً محرومیت بی‌دلیل یتیمان از ارث یا سلب مالکیت از آنان را - به صرف اراده و دستور دولت، مشروع و الزامی به شمار نمی‌آورد.

۴. نسبییت، عدم امکان ارزیابی و قابلیت سوءاستفاده: انشایی و در نتیجه اعتباری دانستن ماهیت قواعد حقوقی و گسستن هرگونه رابطه‌ای میان حقوق و واقعیت‌ها و ارزش‌ها، به حقوق، مفهومی «نسبی» می‌بخشد؛ به گونه‌ای که از یک سو امکان هرگونه ارزیابی را از قانون می‌گیرد و از سوی دیگر، زمینه را برای سوءاستفاده حکومت‌ها و دولت‌ها فراهم می‌کند؛ چراکه مفروض آن است که همه تصمیم‌گیری‌های دولت، حقانی و درست است و معیاری برای ارزیابی آن وجود ندارد.

به جز انتقاد دوم، دیگر انتقادهای فوق بر دیدگاه‌های پوزیتیویستی معتدل و واقع‌گرا نیز وارد است.

۹۹ مبحث سوم: ارزیابی و مقایسه مکاتب حقوق طبیعی و پوزیتیویستی

اگرچه هریک از مکاتب حقوق طبیعی و پوزیتیویستی از امتیازهای ویژه‌ای برخوردارند، مثلاً حقوق طبیعی از امتیاز معیارپذیری و قابلیت نقد، و حقوق پوزیتیویستی از امتیاز همگامی با تحولات اجتماعی بهره‌مندند، ولی هر دو در سه انتقاد مشترک‌اند:

۱. افراط در داشتن نگاهی نیمه و یک‌سویه به حقیقت قانون و خاستگاه آن: یکی، قواعد حقوقی را یکسره گزاره‌های خبری می‌داند و همه هویت و اعتبار قانون را در انطباقش با واقعیت‌ها یا ارزش‌ها جستجو می‌کند و آن دیگری، قواعد حقوقی را یکسره گزاره‌های انشایی برمی‌شمارد و همه هویت و اعتبار آن را در اراده دولت می‌جوید؛ در حالی که حقیقت این نیست. از این انتقاد، انتقاد دوم نتیجه می‌شود:

۲. عدم کفایت هریک از دو نظریه برای ارزیابی و توجیه همه قوانین: واقعیت این است که در تحلیلی عمیق، تک‌تک قواعد حقوقی، آمیخته‌ای از واقعیت و اعتبار و انشاء هستند و حداقل آنکه در نگاهی سطحی و ساده، قواعد حقوقی به دو گروه تقسیم می‌شوند: گروهی که ارتباطی تنگاتنگ با واقعیت‌ها و ارزش‌ها دارند، همچون بسیاری از قوانین ماهوی مربوط

به حقوق خانواده، و گروه دیگر که زاده اعتبار و ساخته اراده دولت‌ها هستند، مانند بسیاری از قوانین شکلی مربوط به حقوق اداری. با توجه به این واقعیت، هیچ‌یک از دو مکتب برای تبیین و توجیه تک‌تک قواعد حقوقی یا دست‌کم برای توجیه و تبیین همه آنها کافی به نظر نمی‌رسد. مکاتب حقوق بوزیتیویستی اعتبارگرا از توجیه قواعد حقوقی مرتبط با واقعیت، و مکاتب حقوق طبیعی از توجیه قوانین شکلی نامرتبط با واقعیت ناتوان‌اند.

۳. عدم صلاحیت کامل قانون‌گذار: در هر دو مکتب، انسان زمینی قانون‌گذار است؛ انسانی که نه صلاحیت علمی لازم را برای کشف واقعیت یا استنتاج حقوق از واقعیت دارد و نه صلاحیت اخلاقی لازم را برای جعل و وضع قانون.

نتیجه آنکه، باید مکتب سومی را سراغ گرفت که خالی و پیراسته از اشکال‌ها و کاستی‌های مخصوص یا مشترک هر دو مکتب و جامع امتیازهای آنها باشد.

مبحث چهارم: مکتب حقوقی اسلام

بند یک - تبیین

۹۲ الف) ماهیت قواعد حقوقی: در برابر دو دیدگاه پیشین، دیدگاه سومی وجود دارد که قانون را دارای ماهیتی دوگانه و مزدوج می‌داند. براساس این دیدگاه، قانون، نه گزاره انشایی محض و نه گزاره اخباری محض، بلکه آمیزه‌ای از آن دو است. از یک طرف، تا انشا، جعل و وضعی نباشد، قانونی حقوقی وجود ندارد؛ برخلاف قوانین فیزیکی که نه تنها فارغ از انشا، بلکه حتی فارغ از علم و جهل انسان در طبیعت وجود عینی و خارجی دارد. از سوی دیگر، این قوانین انشایی و وضعی در صورتی مشروعیت دارد که از نوعی ارتباط منطقی با واقعیت (اعم از واقعیت‌های عینی، همچون طبیعت و فطرت و واقعیت‌های آرمانی، همچون نظم و عدالت) برخوردار باشد؛ پس هر نوع جعل و وضعی معتبر نیست. برای مثال، بسیاری از قوانین و علائم راهنمایی و رانندگی تا جعل و وضع نشود، وجود خارجی ندارد، بلکه مولود جعل و وضع قانون‌گذار است، ولی در عین حال قانون‌گذار در جعل و وضع آنها آزاد نیست و مثلاً نمی‌تواند در جاده‌های پرپیچ و خم، باریک و با شیب زیاد، سرعت و سبقت را آزاد بگذارد و در جاده‌های مستقیم، پهن و هموار آن را ممنوع سازد. البته بدیهی است درجه ارتباط قوانین با واقعیت و نوع آن، در همه قوانین یکسان و همانند نیست. آنچه در اینجا بسیار اهمیت دارد، شناخت دقیق و درست این واقعیت‌های عینی و آرمانی و جعل و وضع

قوانینی واقعاً متناسب با آنهاست و این چیزی است که - همان طور که پیش تر در بحث رابطه حقوق و دین به آن اشاره شد - اصولاً از قلمرو و توان علمی و صلاحیت اخلاقی انسان خارج است. به همین دلیل در ادیان الهی و توحیدی و به طور مشخص دین اسلام، این تنها خداوند متعال است که هم حق و هم توان وضع قوانین را دارد و تنها قوانین الهی است که از وصف اعتبار، مشروعیت و الزام آوری برخوردار است و انسان باید آنها را رعایت کند و دیگر قوانین، تنها در صورت اذن الهی و در صورت انطباق با اراده الهی مشروعیت خواهد داشت.^۱

۹۳ ب) مبنای اصلی و کلی: پیش تر و در مبحث «حقوق و اسلام» با دو تبیین و استدلال، لزوم دینی بودن قواعد حقوقی ثابت شد و روشن گشت که از دیدگاه اسلام، «اراده حکیمانه الهی»^۲ مبنای قاعده حقوقی و معیار مشروعیت و الزام آوری آن است.^۳ این تعبیر، یعنی «اراده حکیمانه الهی»، هم نشان دهنده بعد «انشایی» و جعلی بودن قاعده حقوقی و قانون اسلامی است و هم نشانه بعد «اخباری» و واقعی بودن آن. پس تأکید بر «اراده» الهی نباید موجب این پندار شود که مکتب حقوقی اسلام، در شمار مکاتب «اعتبارگرا» و پوزیتیویستی قرار می گیرد؛ همان طور که تأکید اسلام بر «فطرت و عقل و عدالت»، نباید سبب این توهم شود که مکتب حقوق اسلام، در گروه مکاتب حقوق طبیعی قرار دارد.

توضیح آنکه از دیدگاه اسلام، صدور فرمان و وضع قانون در انحصار خداوند است و هیچ کس جز به اجازه او حق وضع قانون ندارد و همه پیامبران و نیز پیامبر اسلام ﷺ و همچنین پیروان آنان، باید بر اساس قوانینی زندگی و قضاوت کنند که خداوند آن را در کتاب های آسمانی بیان فرموده است و هر کس چنین نکند، کافر، ظالم و فاسق است.^۴ پس تنها حکم و فرمان الهی است که قانون مشروع و الزام آور تلقی می شود. اما بی درنگ باید یادآور شد که این حکم و فرمان خداوندی، فقط برآیند «اراده تشریعی» او نیست تا از این

۱. این سخن حتی مورد تأیید برخی از طرفداران حقوق پوزیتیویستی و بشری نیز هست. منتهی از آنجا که این گروه راه روشنی برای دستیابی به اراده الهی - در آیین مسیحیت - نیافته اند، ناگزیر به حقوق موضوعه و بشر ساخته قانع شده اند. اما در فقه و حقوق اسلامی که این راه به خوبی تبیین شده است، نه تنها دلیلی برای دست برداشتن از حقوق الهی وجود ندارد، بلکه منطقاً باید آن را پذیرفت.

۲. بدیهی است منظور از اراده الهی در اینجا، اراده تشریعی خداوند است، نه اراده تکوینی او.

۳. مرور آن بحث، برای روشن تر شدن بحث حاضر، سودمند و شاید هم ضروری است.

۴. «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ * هُمُ الظَّالِمُونَ * هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائده، ۴۴، ۴۵ و ۴۷).

نظر به مکاتب پوزیتیویستی اعتبارگرا نزدیک شود، بلکه در عین حال، نتیجه «حکمت» او نیز هست؛ حکمتی که «اراده تشریعی» خداوند را با «اراده تکوینی» او و واقعیت‌های جهان هستی و فطرت انسانی و سعادت جاودان او هماهنگ می‌سازد و به همین دلیل، «اراده حکیمانه الهی» با تأکید بر «حکیمانه» بودن آن، به عنوان مبنای حقوق و معیار مشروعیت قواعد حقوقی اسلام معرفی شد.

قرآن کریم اگرچه انسان را به اطاعت مطلق و بی‌چون و چرا در برابر قوانین الهی فرامی‌خواند،^۱ ولی به دلیل منطقی این الزام نیز اشاره می‌کند که فرمان‌ها و قوانین خداوندی گزاف نیست، بلکه بر اساس عدل و احسان و دوری از زشتی‌ها، پلشتی‌ها، سرکشی‌ها و رساندن انسان به سرمنزل مقصود و سعادت و جاوید استوار است.^۲ در روایات فراوانی نیز به این مطلب تصریح شده که آنچه خداوند واجب یا حلال کرده است، به دلیل مصلحت و منفعتی بوده که در آن وجود داشته است و آنچه حرام و ممنوع ساخته، به دلیل مفسدت و ضرری بوده که در آن نهفته است؛ اگرچه ممکن است این مصالح و منافع یا مفاسد و ضررها، از قلمرو علم بشری خارج باشد. بنابراین، قوانین الهی، «انشا»هایی است که در واقعیت‌های عینی (طبیعت و فطرت انسان) و آرمانی (عدالت و سعادت انسان) ریشه دارد.

۹۴ ج) مبانی فرعی و جزئی: مهم‌ترین مصادیق این واقعیت‌های عینی و آرمانی - که در واقع علت اراده تشریعی خداوند و جعل وضع قوانین الهی است و در متون فقهی و اصولی کلاسیک، گاه به عنوان قاعده فقهی و گاه قاعده اصولی، مورد اشاره قرار گرفته‌اند و می‌توان آنها را مبانی فرعی و جزئی حقوق اسلام نام نهاد - عبارت است از: اصل حفظ نظام و پرهیز از اختلال در نظام زندگی مردم و حاکمیت دولت و تأمین مصلحت آنها، اصل نفی عُسر و حرج، اصل سادگی و روانی احکام دین، اصل آزادی افراد در چارچوب بندگی خداوند، اصل آزادی و روایی رفتار (اصالة الاباحه)، اصل بقا و استمرار احکام و قوانین (استصحاب)، اصل تساوی افراد، اصل عفاف و پاکدامنی فرد و جامعه، اصل نفی ضرر، اصل عدالت، اصل صحت، اصل ممنوعیت کمک به گناه، اصل درستی بازار مسلمانان، اصل

۱. «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ» (احزاب، ۳۶).
 ۲. «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ» (نحل، ۹۰).

پاکی اشیاء، اصل احترام به دین، اصل احترام جان، مال و آبروی افراد، اصل تولی و تبری، اصل نفی سبیل کافران، اصل علو اسلام، اصل توجه به شرایط و مقتضیات زمان و مکان و... احکام اولیه اسلامی که واضع آن یا خداوند است و یا پیامبر و دیگر معصومان که از علم و حکمت الهی برخوردارند، علی القاعده بر پایه یک یا چند مورد از موارد فوق استوار است و احکام حکومتی نیز که اختیار وضع آن به دولت و حاکم صلاحیت دار اسلامی - یعنی انسان غیر معصوم - داده شده، برای مشروعیت خود باید با موازین و موارد یاد شده منطبق باشد.

در حقوق اسلامی، از آنجا که انسان در جستجوی قانون مشروع و الزام آور، در درجه نخست در پی کشف اراده حکیمانه الهی است، می توان این اراده حکیمانه را مبنای اصلی و نخستین نامید، و از آنجا که در سکوت شریعت و در قلمرو احکام حکومتی، خود با توجه به معیارهای پیش گفته باید به وضع قانون پردازد، می توان آنها را مبنای فرعی و ثانوی نام نهاد.

۹۵ بند دو - مقایسه مکتب حقوقی اسلام با دیگر مکاتب حقوقی

در مطالعه ای مقایسه ای، مجموعه آنچه را درباره مکتب حقوقی اسلام و دیگر مکاتب حقوقی گفته شد، می توان چنین جمع بندی کرد:

۱. در مکتب حقوقی اسلام، به اصیل ترین واقعیت، یعنی خداوند هستی آفرین و اراده تکوینی و تشریعی او در تدبیر جهان و انسان توجه کافی شده است؛ در حالی که در مکاتب حقوق طبیعی و پوزیتیویستی از این واقعیت غفلت یا تغافل شده و به نقش خداوند در حقوق توجه نشده است؛^۱ هر چند ممکن است پیروان این مکاتب به خداوند و نقش او در زندگی فردی خویش باور داشته باشند و این خود منشأ تفاوت هایی میان آنها می شود.

۲. واضع اصلی قوانین، خداوندی است که خالق و مالک حقیقی جهان و انسان است و انسان جز در قلمروی که او اجازه داده، حق وضع قانون ندارد. پس مبنای اصلی قوانین و معیار مشروعیت آنها، «اراده حکیمانه الهی» است و انسان باید به طور مستقیم یا نامستقیم و از راه مبانی فرعی به کشف این اراده اقدام کند؛ در حالی که دیگر مکاتب حقوقی، با اراده

۱. البته پیش تر اشاره شد که در قرائت الهی از حقوق طبیعی، به خداوند و نقش اراده او در حقوق توجه شده است، ولی واقعیت این است که این قرائت از حقوق طبیعی، در واقع در شمار مکاتب حقوق الهی و دینی قرار می گیرد، نه شاخه های مکتب حقوق طبیعی.

خداوند کاری ندارد و مبنای اصلی و معیار مشروعیت قوانین، یا واقعیت‌های عینی و آرمانی (طبیعت، فطرت، نظم و عدالت) است که انسان باید به کشف آن پردازد و یا اراده دولت است که در این صورت، انسان خود مستقیماً به وضع قانون می‌پردازد.

۳. تأکید بر نقش «اراده» الهی، اگرچه در قضاوتی سریع و عجولانه ممکن است مکتب حقوقی اسلام را در گروه مکاتب حقوقی اعتبارگرا قرار دهد که بر «اراده» دولت تأکید می‌کردند، ولی تأکید بر قید «حکیمانه» بودن اراده الهی، آن را از این دسته مکاتب دور می‌کند؛ چراکه از دیدگاه مکاتب حقوق پوزیتیویستی اعتبارگرا، قوانین، گزاره‌هایی صرفاً «انشایی»‌اند که یکسره مخلوق اراده مطلق و بدون قید و شرط دولت‌اند؛ در حالی که از دیدگاه مکتب حقوقی اسلام، قوانین، گزاره‌های آمیخته «انشایی-اخباری» و مزدوجی هستند که اگرچه با «اراده» الهی به وجود می‌آیند، ولی در حکمت «واقع‌نگرانه، عدالت‌گرایانه و سعادت‌آفرینانه» او ریشه دارند و به همین دلیل به گونه‌ای از این واقعیت‌های عینی یا آرمانی حکایت می‌کنند.

۴. از سوی دیگر، تأکید بر عنصر «حکمت واقع‌نگرانه، عدالت‌گرایانه و سعادت‌آفرینانه» و نیز فطری بودن دین اسلام، نباید موجب شود مکتب حقوقی اسلامی، در شمار مکاتب حقوق طبیعی «واقعیت-بنیاد» یا «عدالت-بنیاد» قرار گیرد یا با عنوان حقوق فطری از آن یاد شود؛ زیرا در مکاتب حقوق طبیعی، که قوانین حقوقی یا عین طبیعت و یا استنتاج شده از آن هستند، فقط بر بعد «اخباری» گزاره‌های حقوقی تأکید شده است؛ در حالی که در مکتب حقوقی اسلام، هر چند قوانین حقوقی پیوندی تنگاتنگ با واقعیت دارند، عین واقعیت یا استنتاج صرف از آنها نبوده، بلکه مخلوق اراده حکیمانه خداوند است. پس افزون بر بعد «اخباری»، بر بعد «انشایی» آنها نیز تأکید می‌شود و از این نظر مکتب حقوقی اسلام، از مکاتب حقوق طبیعی دور می‌شود و به دلیل تأکید اسلام بر «حکم الهی» بودن قوانین حقوقی و نیز پرهیز از اختلاط و اشتباه نابجا با مکاتب حقوق طبیعی و فطری، بهتر است با عنوان مکتب حقوقی «الهی» از آن یاد شود.

۵. آنچه در شماره‌های ۳ و ۴ گفته شد، نگاه جامع و آمیخته مکتب حقوقی اسلام را در مقایسه با نگاه‌های نیمه و یک‌سویه مکاتب حقوق طبیعی و پوزیتیویستی نشان می‌داد، ولی صرف نظر از این تفاوت و امتیاز، مهم‌ترین تفاوت و امتیاز را باید در چگونگی نقش انسان در حقوق جستجو کرد. در مکاتب حقوق طبیعی و پوزیتیویستی، این انسان است که

اصالتاً به کشف قانون طبیعی، یا استنتاج قانون از طبیعت و یا وضع قانون می‌پردازد؛ در حالی که انسان، نه صلاحیت علمی لازم و کافی را برای کشف و استنتاج قوانین دارد و نه صلاحیت اخلاقی لازم را برای وضع قوانین. اما از دیدگاه مکتب حقوقی اسلام، خداوند متعال اصالتاً واضع قانون است. خداوندی که هم به همه واقعیت‌های هستی و رموز آفرینش انسان و سرانجام او آگاهی کامل دارد، و هم در وضع این قوانین، خود هیچ سود و زیانی نمی‌برد و تنها از سر خیرخواهی قوانین لازم و سودمند را برای انسان جعل می‌کند، و هم افزون بر آرمان‌های نظم و عدالت، سعادت جاویدان انسان را که در قرب او به خداوند امکان‌پذیر است، مورد توجه قرار می‌دهد. نقش انسان در درجه نخست و اصالتاً این است که از راه نقل و عقل به کشف اراده حکیمانه الهی بپردازد و به قوانین مجعوله او دست یابد و در صورت عدم امکان دستیابی، در چارچوب اجازه خداوندی و در قلمرو احکام حکومتی، براساس مبانی فرعی ثانوی — و نه به‌طور مطلق، خودخواسته و پوزیتیویستی — به وضع قانون بپردازد.^۱

گفتار دوم: اهداف حقوق^۲

۹۹ مقدمه

درباره اهداف حقوق، از دو نظر گفتگو شده است؛ یکی هدف ماهوی یا چیستی هدف و دیگر، هدف موضوعی یا کیستی هدف. به عبارت دیگر، گاه پرسش این است: که هدف حقوق چیست؟ عدالت، نظم یا...؟^۳ و گاه دیگر پرسش این است که: تحقق این هدف برای کیست؟ فرد، جامعه یا...؟ به این پرسش‌ها، پاسخ‌های گوناگونی داده شده است که ریشه تفاوت‌ها را باید در تفاوت نگاه انسان‌شناختی، جامعه‌شناختی و هستی‌شناختی

۱. برای مطالعه بهتر و بیشتر مکتب حقوقی اسلام و دیگر مکاتب حقوقی و نیز تفاوت‌های آنها با یکدیگر، ر.ک: دانش پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۲۸۱-۳۴۲.

2. Aims of Law

۳. در پاسخ از چیستی هدف حقوق، برخی یک هدف و برخی دو یا چند هدف را مطرح ساخته‌اند و از عدالت، نظم اجتماعی، منافع عمومی، نفع مشترک، تأمین امنیت، صلح اجتماعی و امثال آن سخن گفته‌اند (ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۴۴۲، ۴۶۱، ۴۸۴، ۴۷۶، ۵۰۵؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۵۷-۶۰) که البته می‌توان با تأویل برخی از آنها در برخی دیگر، آنها را در دو هدف اصلی و بنیادین عدالت و نظم خلاصه کرد و این دو را موضوع بحث قرار داد. گرچه حتی همین دو عنوان نیز به گونه‌ای قابل تأویل‌اند، ولی به هر حال در متن و براساس روش معمول از عدالت و نظم بحث خواهد شد.

این عبارت در متن اصلی است
تفاوت است

پاسخ‌دهندگان جستجو کرد. دسته‌بندی دقیق و کامل این پاسخ‌ها گرچه مشکل است، با اندکی تسامح می‌توان آنها را در سه گروه عدل‌گرایان و طرفداران اصالت فرد از یک سو، و نظم‌گرایان و طرفداران اصالت جامعه از سوی دیگر، و جامع‌گرایان از سوی سوم دسته‌بندی کرد و مکاتب حقوق طبیعی را در گروه نخست، مکاتب حقوق پوزیتیویستی را در گروه دوم و مکتب حقوقی اسلام را در گروه سوم قرار داد و به تبیین مختصر دیدگاه آنها پرداخت. البته پیش از آن، به سه نکته باید اشاره کرد:

نکته نخست: اختلاف دیدگاه‌ها بیشتر به مرحله بحث علمی و نظری مربوط می‌شود؛ وگرنه در مقام عمل، عدالت‌گرایی محض و فردگرایی محض یا نظم‌گرایی محض و جامعه‌گرایی محض وجود خارجی ندارد؛ یعنی از یک سو طرفداران عدالت و اصالت فرد به نظم و حقوق جامعه توجه می‌کنند، همچنان که پیروان نظم و اصالت جامعه نیز از عدالت و حقوق فرد غافل نیستند.

نکته دوم: در بحث از هدف ماهوی حقوق دو پرسش وجود دارد: یکی اینکه هدف حقوق چیست؛ عدالت، نظم یا...؟ و دیگر آنکه در فرض تزامن و تعارض آنها، کدام یک مقدم است؟

نکته سوم: در بحث از هدف موضوعی حقوق نیز دو پرسش وجود دارد نخست آنکه هدف حقوق چیست؛ فرد، جامعه یا...؟ و دوم آنکه در فرض تزامن و تعارض حقوق فرد و حقوق جامعه، کدام یک مقدم است؟^۱

مبحث اول: دیدگاه مکاتب حقوق طبیعی
بند یک - تبیین
الف) چستی هدف

در بحث از چستی هدف، از دیدگاه مکاتب حقوق طبیعی به‌طور عام، به‌ویژه قرائت «عدالت-بنیاد» آن، عدالت، هدف یگانه یا دست‌کم هدف اصلی حقوق است. عدالت از نگاه بیشتر پیروان حقوق طبیعی، حقیقتی است مطلق، جاودانه، فراگیر و آزاد از قید زمان و مکان؛ آن‌سان که سیسرون، حقوق‌دان معروف رومی، حقوق طبیعی را فرمان‌های جاودانه،

۱. برای اطلاع بیشتر از دیدگاه‌های گوناگون درباره اهداف حقوق و مکاتب حقوقی، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۳۴۳-۳۸۵.

عادلانه و موافق با طبیعت خرد آدمی می‌داند که به صورت واقعی وجود دارد، حتی اگر نوشته نشده باشد.^۱ درباره نقش عدالت در حقوق، پیروان مکتب حقوق طبیعی دوگونه سخن گفته‌اند. برخی از آنان، عدالت را رکن وجودی قانون و جزء جدایی‌ناپذیر آن می‌دانند و همچون سنت آگوستین تصریح می‌کنند اصولاً قانون ناعادلانه، قانون نیست^۲ و برخی دیگر با تعدیل این دیدگاه، عدالت را شرط اعتبار و مشروعیت قانون برمی‌شمارند و فرمان‌های کلی ناعادلانه را، همچون فرمان‌های کلی عادلانه، قانون می‌دانند و می‌نامند؛ تنها با این تفاوت که آنها را، معتبر، مشروع و الزام‌آور تلقی نمی‌کنند.^۳ پس صرف نظر از این‌گونه مباحث جزئی، می‌توان گفت از دیدگاه مکتب حقوق طبیعی، بر پایه تأمین هدف «عدالت» و عدم آن، قوانین به دو گروه مشروع و نامشروع تقسیم می‌شوند.

بدیهی است که براساس این نگاه در فرض تزامن و تعارض «عدالت» و «نظم»، تقدم از آن عدالت است و نمی‌توان به بهانه حفظ یا ایجاد نظم، از عدالت دست کشید و اگر به‌طور کاملاً استثنایی در مواردی چاره‌ای جز اجرای قانون ناعادلانه وجود نداشته باشد، ولی این ضرورت - به گفته آکوئیناس - سبب مشروعیت و اعتبار قانون ناعادلانه نمی‌شود.^۴

۹۸ (ب) کیستی هدف

در بحث از کیستی هدف، معمولاً پیروان مکتب حقوق طبیعی فردگرا هستند؛ اگرچه منطقاً رابطه‌ای الزامی میان این دیدگاه و فردگرایی وجود ندارد و فیلسوفانی همچون افلاطون، طرفدار اصالت جامعه بوده‌اند.^۵ از دید حقوق طبیعی، به‌ویژه قرائت «واقعیت-بنیاد» آن، آنچه حقیقت و واقعیت دارد، وجود «فرد» است و جامعه، یا اصلاً وجود ندارد یا صرفاً وجود اعتباری و قراردادی محض است. منطقی آن است که اهداف ماهوی حقوق - هر چه

۱. ر.ک: کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، ص ۱۰۹-۱۱۷. البته برخی نگاه‌های نو در حقوق طبیعی، عدالت نسبی و تغییرپذیر را مطرح کرده‌اند که مورد قبول برخی از پوزیتیویست‌ها نیز هست (ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۲۹۱ و ۱۰۰ و ۱۰۱).

۲. تبیت، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، ص ۳۴.

۳. کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، ص ۶۱۲ و کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۶۳۵.

۴. آلتن، اندرو، درآمدی بر فلسفه حقوق، ترجمه بهروز جندقی، ص ۱۱۹. برای مطالعه بیشتر ر.ک: مصطفی دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، مبحث «حقوق و عدالت»، ص ۱۸۰-۲۰۱.

۵. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر جامعه‌شناسی، ج ۱، ص ۳۱۹؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۴۵۷.

هست - برای موجود واقعی، یعنی «فرد» باشد و نه برای موجودی وهمی یا اعتباری به نام جامعه و در نتیجه، از راه تحقق آن اهداف برای افراد، جامعه نیز - در صورتی که بتوان برای جامعه وجودی فرض کرد - به آن اهداف رسیده است. نتیجه فردگرایی حقوق طبیعی در مبحث «کیستی هدف»، به این نتیجه می‌انجامد که در مبحث «چیستی هدف»، عدالت به صورت «عدالت معاوضی» مطرح شود؛ زیرا نتیجه اصالت فرد، اصل حاکمیت اراده است و نتیجه اصل حاکمیت اراده این است که هر فرد در روابط اجتماعی اش می‌کوشد به بهترین شکل ممکن ستانده‌ای مناسب و برابر با داده‌اش نصیب خویش سازد و بدین ترتیب، حتی بدون دخالت دولت، عدالت به بهترین صورت در این معاوضه، برای فرد (طرفین رابطه) تحقق یافته است.

نتایج دیگر آنست که هر فرد در روابط اجتماعی اش می‌کوشد به بهترین شکل ممکن ستانده‌ای مناسب و برابر با داده‌اش نصیب خویش سازد و بدین ترتیب، حتی بدون دخالت دولت، عدالت به بهترین صورت در این معاوضه، برای فرد (طرفین رابطه) تحقق یافته است.

نتایج دیگر آنست که هر فرد در روابط اجتماعی اش می‌کوشد به بهترین شکل ممکن ستانده‌ای مناسب و برابر با داده‌اش نصیب خویش سازد و بدین ترتیب، حتی بدون دخالت دولت، عدالت به بهترین صورت در این معاوضه، برای فرد (طرفین رابطه) تحقق یافته است.

بند دو - نقد

اگرچه اندیشه عدالت‌گرایی از آن نظر که قانون و قاعده حقوقی را قابل ارزیابی می‌کند و قدرت دولت را در وضع قوانین کنترل می‌نماید، و اندیشه فردگرایی از آن نظر که برای فرد و شخصیت او احترام قائل است و آزادی آحاد افراد جامعه را حفظ و تأمین می‌کند، مثبت ارزیابی می‌شود، ولی از چند نظر نیز قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ از جمله:

۱. صرف نظر از نادرستی دیدگاهی که عدالت را رکن وجودی قانون می‌داند، دیدگاهی نیز که عدالت را شرط مشروعیت آن می‌پنداشت، اگرچه درست است، ولی با این کاستی مواجه است که مشروعیت و نامشروعیت قوانین، همیشه با عنصر «عدالت» قابل ارزیابی نیست؛ چرا که گاه دو گزینه و دو قانون متقابل، نسبت یکسان و همانندی با عدالت دارند. برای مثال، مشروعیت و الزامی بودن قانون حرکت از سمت راست در پاره‌ای از کشورها و حرکت از سمت چپ در پاره‌ای دیگر از کشورها، به هیچ وجه با عنصر عدالت قابل تبیین نیست.

۲. تحقق عدالت معاوضی از راه اعمال اصل حاکمیت اراده - بر مبنای اندیشه فردگرایی - آرزویی بیش نیست و حقیقت ندارد. حداکثر آن است که در صورتی که طرفین قرارداد در شرایطی مساوی قرار داشته باشند، این عدالت محقق می‌شود، ولی در بیشتر

۱. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۴۴۳-۴۵۷؛ به ویژه ص ۴۵۰؛ دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر جامعه‌شناسی، ج ۱، ص ۴۲؛ نجیده، المدخل لدراسة القانون، ص ۲۵۵-۲۶۷؛ گیره، المدخل الی القانون، ص ۱۶۴-۱۸۰.

قراردادها که طرفین آن در شرایط مساوی قرار ندارند، مثل قرارداد افراد با شرکت‌ها، تحقق عدالت معاوضی تنها یک آرزو است.^۱

۳. با فرض درستی اصالت فرد و اعتباری بودن وجود جامعه، باید توجه داشت که اعتباری بودن وجود جامعه، لزوماً نمی‌تواند سبب آن شود که جامعه هدف حقوق نباشد؛ زیرا اگرچه منافع و مصالحی همچون تأمین خوراک و پوشاک می‌تواند صرفاً شخصی و فارغ از جامعه باشد، ولی مصالح و منافع دیگری مانند امنیت و مالکیت، جز در جامعه مفهوم و مصداق نمی‌یابد. بنابراین، به‌طور طبیعی قانون‌گذار صادق و مصلحت‌اندیش هنگام وضع این‌گونه از قوانین، نگاهش انحصاراً یا بیشتر به جامعه است و از راه امنیت جامعه، امنیت افراد را نیز تأمین می‌کند.

مبحث دوم: دیدگاه مکاتب حقوق پوزیتیویستی
بند یک - تبیین

۱۰۰ الف) چستی هدف

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، یکی از ویژگی‌های مکاتب حقوق پوزیتیویستی، به‌ویژه نوع «اعتبارگرای» آن، تفکیک حقوق از ارزش‌ها و از جمله عدالت است. پس در بحث از چستی هدف، پیروان این دیدگاه، یا همچون هیوم و کلسن، مفهوم عدالت را به دلیل غیر عقلانی و یا غیر علمی بودن، نفی^۲ و هدف حقوق را در «نظم اجتماعی» خلاصه می‌کنند و یا حداکثر آنکه همچون هگل، عدالت را - بدون آنکه هیچ‌گونه حقیقت و واقعیت داشته و معیاری برای شناخت و تمیز آن وجود داشته باشد - در اراده دولت می‌بینند و نظم اجتماعی را مظهر آن می‌دانند^۳ و در صورتی که بتوان از تعارض و تراحم نظم و عدالت سخن گفت، به تقدم و ترجیح نظم بر عدالت فتوا می‌دهند.

۱۰۱ ب) کیستی هدف

در بحث از کیستی هدف، پیروان مکاتب پوزیتیویستی حقوق، بیشتر به نظریه «جامعه‌گرا» تمایل دارند؛ هر چند ملازمه‌ای ضروری میان اندیشه پوزیتیویستی و جامعه‌گرایی وجود

۱. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۴۵۵-۴۵۷.

۲. ر.ک: تبیت، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، ص ۴۱ و ۷۲.

۳. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۲۰۴ و ۲۰۵.

ندارد، همان‌طور که نظریه جامعه‌گرایی نیز به پوزیتیویست‌ها منحصر نمی‌شود، بلکه همان‌گونه که پیش‌تر هم اشاره شد، فیلسوفان بزرگی از طرفداران مکتب حقوق طبیعی، به اصالت جامعه اعتقاد داشته‌اند. اما اندیشه جامعه‌گرایی در قرون جدید بیشتر در واکنش به بی‌عدالتی‌های ناشی از اندیشه فردگرایی ظهور و بروز یافت و رواج و گسترش پیدا کرد. پیروان این دیدگاه در توجیه دیدگاه «اصالت جامعه» معتقد بودند جامعه، صرفاً مجموعه افراد نیست تا اصالت از آن «فرد» باشد، بلکه خود واقعی‌تری عینی و اصیل است که از افراد تشکیل‌دهنده آن متمایز است و به همین دلیل آثار و خواص ویژه‌ای دارد که در افراد انسانی مشاهده نمی‌شود. این، افراد نیستند که جامعه را می‌سازند، بلکه برعکس، این جامعه است که انسان را می‌سازد.^۱ بنابراین، اولاً: اهداف حقوق هر چه باشد، اصالتاً برای جامعه است و از راه تحقق آن اهداف برای جامعه، برای فرد نیز محقق می‌شود. ثانیاً: در فرض تزاخم و تعارض منافع فرد و جامعه، منافع فرد باید فدای منافع جامعه گردد. نتیجه اینکه گرایش به اصالت جامعه در مبحث کیستی هدف، موجب می‌شود در مبحث چیستی هدف، اگر بتوان از عدالت سخن گفت، تنها از «عدالت توزیعی» سخن به میان آید؛ یعنی دولت در راه تأمین مصالح جامعه، امکانات و فرصت‌ها را به صورت عادلانه میان افراد توزیع کند.^۲

۱۰۶ بند دو - نقد

مکاتب پوزیتیویستی، به‌ویژه از بُعد جامعه‌گرایی آن، هر چند از آن نظر که موجب تعدیل نگاه‌های فردگرا شدند و سبب گردیدند منافع جامعه - و به تعبیری منافع اکثریت محروم - نیز دست‌کم در قالب قانون مورد توجه قرار گیرد، مثبت ارزیابی می‌شود، ولی هم به لحاظ نظری و هم عملی با انتقادهایی روبه‌روست؛ از جمله:

۱. نفی مفهوم عدالت با توجیه هیومی و کلسنی یا تبیین عدالت به اراده دولت با توجیه هگلی، به‌شدت قابل انتقاد و نادرست است؛ زیرا این اندیشه‌ها در پوزیتیویسم فلسفی و منطقی ریشه دارد که در جای خود نادرستی آن ثابت شده است. افزون بر آن، ترجیح و تقدیم مطلق «نظم» بر «عدالت» و نفی نقش عدالت در حقوق نیز غیر منطقی به نظر می‌رسد؛ زیرا بر فرض آنکه بتوان در تعارض و تزاخم «قانون عادلانه نظم‌شکن» و «قانون ناعادلانه

۱. ر.ک: محمدتقی مصباح یزدی، جامعه و تاریخ از دیدگاه قرآن، ص ۴۸ و ۷۱.

۲. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۴۶۴.

نظم آفرین»، قانون اخیر را مقدم دانست و ترجیح داد، ولی بدون تردید در تعارض و تزامم «قانون عادلانه نظم آفرین» و «قانون ناعادلانه نظم آفرین»، تقدم و ترجیح از آن قانون عادلانه است و این حداقل نقش عدالت در حقوق است که فارغ از بحث و جدل‌های آکادمیک، بالوجدان مورد قبول همگان است.

۲. اگرچه گاهی انگیزه و منشأ پیدایش این دیدگاه‌ها، مبارزه با بی‌عدالتی‌های حاصل از دیدگاه‌های اصالت فرد بود، ولی در عمل خود به بی‌عدالتی‌های بیشتر انجامید و نه تنها نتوانست «عدالت توزیعی» را - که مطلوب نهایی در جامعه «دولت‌محور» پیشنهادی خویش است - محقق سازد، بلکه برعکس به بهانه حفظ یا تأمین حقوق عمومی، حقوق فردی به شدت مورد انکار یا تضییع قرار گرفت و برای مثال، به جای آنکه ثروت عمومی، عادلانه و یکسان میان همه آحاد ملت تقسیم شود، به نام آنان در اختیار حزب حاکم قرار گرفت.^۱

۳. در مبحث کیستی هدف، جامعه‌گرایی پوزیتیویستی به شدت مخدوش است؛ زیرا بر اساس «اصالت جامعه» فلسفی و جامعه‌شناختی استوار است؛ در حالی که نفی اصالت فرد و سلب هویت از او و اختصاص دادن اصالت به جامعه، بالوجدان - و به دلایلی که اینجا مجال پرداختن به آن نیست - مردود است و نظریه صحیح را در یکی از دو دیدگاه «اصالت فرد» یا «اصالت آمیخته فرد و جامعه» باید جست.^۲ افزون بر آن، گاه از سوی طرفداران اصالت جامعه، تفسیرهای آنچنان متفاوت، بلکه متناقضی ارائه شده است که مفهوم روشنی برای این دیدگاه باقی نمی‌ماند.

از آنچه در تبیین و نقد دیدگاه‌های عدالت‌گرا و نظم‌گرا از یک‌سو، و فردگرا و جامعه‌گرا از سوی دیگر گفته شد، می‌توان به این نتیجه رسید که هیچ‌یک از دیدگاه‌های یاد شده، به تنهایی و به طور خالص، نه به لحاظ نظری صحیح و نه به لحاظ عملی کارآمد و سودمندند. پس باید دیدگاه سومی را سراغ گرفت که با پرکردن کاستی‌های آن دیدگاه‌ها و برطرف کردن اشکال‌های آنها، هم صحیح باشد و هم کارآمد و سودمند؛ نظریه‌ای معتدل، جامع و آمیخته که نظم و عدالت و فرد و جامعه را همزمان در نظر داشته باشد.

۱. ر.ک: جلال‌الدین فارسی، جامعه هشت طبقه تولیدی (گزارش سفر از شوروی سابق)، تهران: حزب جمهوری اسلامی، ۱۳۶۰.

۲. ر.ک: مصباح یزدی، جامعه و تاریخ از دیدگاه قرآن؛ مطهری، مرتضی، جامعه و تاریخ.

مبحث سوم: دیدگاه مکتب حقوقی اسلام

۱۰۳ بند یک - تبیین

در آغاز بحث اشاره شد که منشأ اصلی اختلاف دیدگاه‌ها درباره مبانی و اهداف حقوق، به اختلاف دیدگاه‌های هستی‌شناختی، انسان‌شناختی و جامعه‌شناختی باز می‌گردد. بدیهی است در مکتب حقوقی اسلام نیز، اهداف حقوق با توجه به نگاه خاص اسلام به هستی، انسان و جامعه، قابل تعیین و تبیین خواهد بود. با تعریفی که اسلام از جهان و مخلوق بودن آن و انسان و هدف آفرینش او دارد، و به‌ویژه با توجه به عدم انحصار تمام واقعیت جهان به دنیا و عدم تمام هویت انسان به تن و فردیت او و تأکید بر سرای آخرت، روح انسان و سرنوشت اجتماعی او،^۱ این نتیجه حاصل شد که صلاحیت، حق و قدرت قانون‌گذاری در انحصار خداوندی است که دانای غیب و شهود است و به همین دلیل، اولاً: دستورات و قوانین او، محدود به حوزه دنیا، تن و فرد انسان نمی‌شود، بلکه آخرت، روح و جامعه را نیز دربر می‌گیرد. ثانیاً: قوانین هر حوزه، ناظر بر حوزه دیگر بوده و با جهت‌یابی همه قوانین و دستورات در راستای تحقق هدف عالی و نهایی و مشترک، یعنی «تکامل انسان و تقرب او به خداوند»، با وجود تکرار و تفاوت در اهداف جزئی، به نوعی وحدت می‌رسند و تعارض‌های دنیا و آخرت، تن و روح و فرد و جامعه، جای خود را به آشتی می‌سپارند.

۱۰۴ الف) چستی هدف

بنابراین، در بحث از چستی هدف یا اهداف حقوق، در عین تأکید بر هدف مشترک و عالی، یعنی تکامل انسان و قرب او به خداوند،^۲ در خصوص اهداف ویژه حقوق و به‌طور مشخص، عدالت و نظم باید گفت بی‌شک در نظام معتدل و حکیمانه حقوق اسلامی، که ساخته خداوند عادل و حکیم است، هم عدالت و هم نظم، آن هم به صورت آمیخته «نظم عادلانه» یا «عدالت نظم‌آفرین» هدف حقوق خواهد بود. منطقی آن است که خداوند عادل و حکیمی که جهان‌تکوین را بر اساس اعتدال و نظم آفریده و این نظم و اعتدال را، نشانه وجود خویش

۱. ر.ک: همین کتاب، مبحث «رابطه حقوق و دین»، آموزه‌های اسلام، ش ۶۶ و ۶۷.

۲. البته مقصود این نیست که تک‌تک قواعد حقوقی اسلام از چنین وصفی برخوردارند، بلکه مقصود این است که مجموعه نظام حقوقی اسلام، به‌گونه‌ای فراهم شده است که انسان را در رسیدن به این هدف عالی کمک می‌کند. پس هیچ قاعده‌ای منطقی نمی‌تواند به‌گونه‌ای باشد که با این هدف ناسازگار باشد.

قرار داده، دستورات تشریعی خود را نیز برای تحقق عدالت و نظم صادر فرماید. قواعد حقوقی اسلام، تا آنجا که وضع مستقیم آن به خداوند متعال و پیامبر اعظم ﷺ و دیگر معصومان علیهم السلام مربوط می شود (احکام الهیه)، حتماً چنین است؛ حتی اگر انسان حکمت و عدالت نهفته در آن را دریابد، و احکام حکومتی نیز که ساخته انسان نامعصوم است، باید چنین باشد. آیات فراوانی از قرآن کریم بر عادلانه بودن احکام الهیه دلالت دارند^۱ و آیات دیگری نیز که به عدالت ورزی دستور می دهند، بر لزوم عادلانه بودن احکام حکومتی تأکید می کنند.^۲ سفارش مؤکد امیر مؤمنان علی علیه السلام بر پاسداشت همزمان تقوا (عدالت) و نظم،^۳ شاهد دیگری بر این مدعی می تواند باشد. البته این تأکید توأمان، لزوماً به معنای تساوی ارزشی و اهمیت آن دو نیست، بلکه بیشتر از ملازمت آن دو با یکدیگر حکایت می کند؛ وگرنه روشن است اگر حتی مطلوبیت عدالت و نظم از نظر کمی به یک اندازه باشد، از نظر کیفی متفاوت است. مطلوبیت نظم، بیشتر مطلوبیت ابزاری است، ولی مطلوبیت عدالت، مطلوبیت ذاتی است. بر این اساس، در تزامم و تعارض عدالت و نظم، علی القاعده تقدم از آن عدالت است و نمی توان به بهانه نظم، دست از عدالت برداشت، جز در مواردی که اصرار بر عدالت مورد نظر، به نوعی بی نظمی بینجامد که در نتیجه آن حقی مهم تر و عدالتی گسترده تر قربانی شود. بدیهی است در این صورت، تقدم از آن نظم است و برای تحقق آن باید از عدالت مزاحم چشم پوشی کرد؛ هر چند در تحلیلی دقیق، در واقع تزامم میان عدالت کوچک و عدالت بزرگ است و پرروشن است که در تزامم اهم و مهم، جانب اهم را باید گرفت و مهم را فدای آن کرد.

۱۰۵ (ب) کیستی هدف

در بحث از کیستی هدف نیز، مکتب حقوقی اسلام بر «اصالت آمیخته فرد و جامعه» نظر دارد و «نظم عادلانه» را به گونه ای در قوانین خود تعبیه کرده است که همزمان مصالح فرد و مصالح جامعه را تأمین می کند. توضیح آنکه، هر چند اسلام به لحاظ فلسفی بر فردیت انسان و نظریه «اصالت فرد» تأکید دارد،^۴ ولی این هرگز به معنای نفی هویت اجتماعی افراد و

۱. «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ» (نحل، ۹۰ نیز نساء، ۱۰۵ و...).

۲. «اغْلِبُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى» (مائده، ۸ و نیز نساء، ۵۸ و...).

۳. «أَوْصِيكُمْ... بِتَقْوَى اللَّهِ وَ تَطَمُّ أَمْرُكُمْ» (نهج البلاغه فیض الاسلام، نامه ۴۷).

۴. «وَلَقَدْ جِئْتُمُونَا فَرَدًى كَمَا خَلَقْنَاكُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍ» (انعام، ۹۴) و «وَكُلُّهُمْ عَاتِيهِ يَوْمَ الْقِيَمَةِ فَرْدًا» (مریم، ۹۵).

بی‌اهمیت بودن جامعه - اگرچه به مفهوم اعتباری آن - نیست، بلکه برعکس، به لحاظ حقوقی و ارزشی، اسلام به نظریه «اصالت جامعه» نیز نگاه مثبت دارد.

در آموزه‌های اسلام، همان‌طور که عقل و وحی، علم و دین، دنیا و آخرت، مادیت و معنویت و تن و روح به هم آمیخته‌اند، فرد و جامعه نیز از نظر مصالح و منافع چنان با یکدیگر عجین گشته‌اند که تقریباً تأمین مصالح و منافع هر کدام، بدون تأمین مصالح و منافع دیگری ممکن نیست و بدین‌گونه، تعارض مصالح و منافع، جای خود را به آشتی و پیوند مصالح و منافع داده است. دلیل این توفیق را نیز در هدف عالی و نهایی حقوق (کمال انسان و قرب او به خداوند) می‌توان یافت که حل‌کننده همه تعارض‌هاست. این حقیقت را در پاره‌ای از متون دینی که به تبیین فلسفه برخی از احکام پرداخته است، به خوبی می‌توان دید. برای مثال، در فلسفه روزه با اینکه هدف روزه، کمال روزه‌دار و ایجاد خلوص در اوست، در عین حال آگاهی حسی از رنج گرسنگان و کمک به تهیدستان نیز به عنوان هدف روزه معرفی شده است. یا هدف از امر به معروف و نهی از منکر، هم اصلاح فرد و هم اصلاح جامعه است و روشن‌تر از همه، پیامبر گرامی اسلام، اهتمام به امور دیگران (جامعه و افراد آن) را شرط مسلمانی واقعی دانسته است.^۱

با این همه، اگر در مواردی استثنایی میان مصالح فرد و مصالح جامعه تزاخم و تعارضی پدید آید، نه همچون طرفداران اصالت فرد، به‌طور مطلق، جانب فرد گرفته می‌شود و نه همچون طرفداران اصالت جامعه، جانب جامعه ترجیح داده می‌شود، بلکه بسته به مورد و بر حسب قاعده تقدیم اهم بر مهم، گاه منافع و مصالح فرد، و زمانی منافع و مصالح جامعه ترجیح داده می‌شود، بدین توضیح:

اگر تعارض، همراه با تفاوت کیفی باشد، منفعت و مصلحت اهم تقدم می‌یابد، اگرچه برای فرد باشد، ولی اگر تعارض همراه با تساوی کیفی باشد، منفعت و مصلحت جامعه تقدم خواهد یافت.^۲ مثل آنجا که حفظ جان یک فرد، متوقف بر تصرف بر اموال یک جمع باشد؛ چراکه بدیهی است رعایت قاعده «حفظ جان»، مقدم بر رعایت قاعده «عدم تصرف در اموال دیگری» است. البته در «اصالت جامعه» حقوقی در تفکر اسلامی، نظام جبران نیز پیش‌بینی و تعبیه شده است که ویژه دیدگاه اسلام است و در دیگر دیدگاه‌های جامعه‌گرا

۱. «مَنْ أَصْبَحَ وَلَمْ يَهْتَمْ بِأَمْرِ الْمُسْلِمِينَ، فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ»، شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۱۹ و ۴۵.

۲. ر.ک: مصباح یزدی، جامعه و تاریخ از دیدگاه قرآن، ص ۴۳؛ نظریه حقوقی اسلام، ج ۱، ص ۲۶۸-۲۷۴.

یافت نمی‌شود؛ زیرا اگرچه فرد یا اقلیت، منافع و مصالح خود را در دنیای فانی و قلمرو حقوق - که جایگاه تضادها و تراحم‌هاست - از دست‌رفته می‌بیند، ولی با پیوندی که میان آن و جهان آخرت - که جایگاه تلائم‌ها و سازگاری‌هاست - برقرار می‌کند، نه تنها آن را از دست‌رفته نمی‌بیند، بلکه بهتر و بیشتر از آن را جبران یافته در دست خویش می‌یابد. برای مثال، اتفاق‌کننده و ایثارگر اگرچه مال خود را از دست می‌دهد، ولی ثروت باقی را به دست می‌آورد^۱ یا سرباز مجاهد، اگرچه سر می‌بازد و جان می‌دهد، اما حیات جاوید را نصیب خویش می‌سازد و بدین‌گونه، فرد و اقلیت با میل و رغبت منافع دنیوی خویش را فدای جامعه و اکثریت می‌کند.^۲

۱۰۶ بند دو - مقایسه مکتب حقوقی اسلام با دیگر مکاتب حقوقی

در یک مطالعه مقایسه‌ای، مجموعه آنچه را درباره اهداف حقوق از دیدگاه مکتب حقوقی اسلام و دیگر مکاتب حقوقی گفته شد، می‌توان چنین جمع‌بندی کرد:

۱. در مکتب حقوقی اسلام، هدف حقوق «نظم عادلانه» و «عدالت نظم‌آفرین» است؛ در حالی که در مکاتب حقوق طبیعی، در مقام تئوری بر «عدالت محض» و در مکاتب حقوق پوزیتیویستی، بر «نظم محض» تأکید می‌شود؛ هر چند در عمل، پیروان مکتب حقوق طبیعی به «نظم»، و پیروان مکاتب پوزیتیویستی به «عدالت» نمی‌توانند به‌طور کلی بی‌اعتنا باشند.

۲. عدالت از نگاه عدالت‌گرایان، هدف عالی و نهایی حقوق است؛ در حالی که در مکتب حقوقی اسلام، هدف میانه‌ای است که در بستر هدف عالی، یعنی کمال انسان و قرب او به حضرت حق، مفهوم و مصداق واقعی می‌یابد.

۳. در نگاه‌های عدالت‌گرا، عدالت در قالب عدالت معاوضی و عدالت توزیعی، معیار تام و تمام ارزیابی قوانین و مشروعیت آنهاست؛ در حالی که در مکتب حقوقی اسلام، اولاً: عدالت، مفهومی گسترده‌تر از عدالت معاوضی و توزیعی دارد و ثانیاً: عدالت، تنها یکی از معیارهای حقانیت و مشروعیت احکام اسلامی و از جمله قوانین حقوقی آن است. علم و حکمت خداوندی مقتضی آن است که خداوند متعال در وضع و جعل احکام و قوانین خود، افزون بر عدالت، تأمین مصلحت و سعادت جاویدان انسان را - که چه‌بسا در علم اندک و

۱. «مَا عِنْدَكُمْ يَنْفَدُ وَمَا عِنْدَ اللَّهِ بَاقٍ» (نحل، ۹۶)

۲. «وَلَا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْوَاتًا بَلْ أَحْيَاءُ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرْزُقُونَ» (آل عمران، ۱۶۹).

خطاپذیر او نگنجد - نیز ملاحظه کند. اجرای حد و تعزیر بر برخی جرایم و گناهان پنهانی که گاه حتی کمترین ضرر قابل توجهی برای جامعه ندارد، تنها با این معیار قابل توجیه است و به همین دلیل، منطقاً نظام‌های حقوق بشری و سکولار، اعم از عدالت‌گرا یا نظم‌گرا، از داشتن این‌گونه قوانین محروم‌اند؛ چراکه وجود و مشروعیت قوانینی از این دست، با معیار عدالت معاوضی، عدالت توزیعی و نظم، قابل توجیه نیست.

۴. در نگاه‌های عدالت‌گرا، اتفاق نظری در مورد مفهوم و تعریف عدالت وجود ندارد و مصادیق آن تبیین نشده است و از همین نظر، عدالت‌گرایان در جستجوی عدالت، تا صد و هشتاد درجه اختلاف کرده‌اند و گروهی کاپیتالیسم و گروه دیگری سوسیالیسم را مصداق عدالت دانسته‌اند، ولی در مکتب حقوقی اسلام، عدالت، عدالتی تبیین شده است که در قالب احکام الهی تجلی یافته است؛ چراکه محال است خداوند عادل، جز به عدالت فرمان دهد. از همین روی، حقوق‌دان عدالت‌جوی مسلمان در تکاپوی خویش برای دستیابی به قانون عادلانه، فارغ از مباحث نظری مربوط به عدالت، می‌کوشد از راه دستیابی به احکام واقعی خداوند عادل، به قانون عادلانه برسد، حتی اگر وجه عادلانه بودن آن را هم چندان دریابد.

۵. از نگاه عدالت‌گرایان، ارزیابی قوانین و حقانیت و مشروعیت آنها، فقط از راه انطباق آنها با معیار عدالت امکان‌پذیر است، ولی از نگاه معتقدان به مکتب حقوقی اسلام، معیار ارزیابی قوانین در درجه نخست از راه انطباق آنها با احکام الهی انجام می‌شود؛ احکامی که عین عدالت‌اند. بنابراین، ارزیابی آن دسته از قوانین که ترجمان فقه و صورت تدوین یافته احکام خداوند عادل‌اند، با معیار عدالت بشری منطقی به نظر نمی‌رسد. اما در درجه دوم و در مورد احکام حکومتی که ساخته حکومت‌هاست، عدالت، معیار ارزیابی قوانین است و مشروعیت آنها از راه انطباقشان با معیار عدالت اثبات می‌شود.

۶. از نگاه نظم‌گرایان، نظم، ارزش اصیل و هدف غایی حقوق است؛ پس در تعارض عدالت و نظم، تقدم از آن نظم است، ولی بر اساس مکتب حقوقی اسلام، نظم و عدالت، اگرچه متلازم‌اند، ولی ارزش اصیل از آن عدالت است و نظم مطلوبیت ابزاری دارد. از همین نظر در تعارض نظم و عدالت، جز در مواردی که بیان شد، تقدم از آن عدالت است.

۷. فردگرایان، فرد را هدف حقوق می‌دانند و یا دست‌کم در تعارض مصالح و منافع فرد و جامعه، مصالح و منافع فرد را مقدم می‌دانند. جامعه‌گرایان، جامعه را هدف حقوق دانسته‌اند و یا دست‌کم در تعارض منافع و مصالح فرد و جامعه، مصالح و منافع جامعه را ترجیح

می‌دهند، ولی در مکتب حقوقی اسلام، اولاً: مصالح و منافع فرد و جامعه آنچنان به هم درآمیخته است که تفکیک آنها تقریباً ممکن نیست. پس تأمین مصالح و منافع فرد و جامعه همزمان و توأمان، هدف حقوق است.

ثانیاً: در فرض تعارض و تراحم نیز به‌طور مطلق جانب فرد یا جامعه ترجیح داده نمی‌شود، بلکه در مرحله نخست با نگاه کیفی به مورد تراحم، جانب اهم ترجیح داده می‌شود؛ چه مصلحت و منفعت فرد باشد یا جامعه. در مرحله دوم و با فرض تساوی کیفی، همچون دیدگاه جامعه‌گرایان، جانب مصالح و منافع جامعه ترجیح داده خواهد شد؛ با این تفاوت که نظام جبران در نگاه اسلامی تعبیه شده است؛ زیرا فردی که منافع خود را در پای منافع جامعه قربانی می‌کند، چندین برابر آن را در عالم آخرت از خداوند دریافت خواهد کرد. آیات مربوط به انفاق و ایثار مال و جان به خوبی از این حقیقت حکایت می‌کنند.

در پایان این قسمت، یادآوری این نکته سودمند لازم است که به دلیل تأثیرپذیری نظام حقوقی ایران از اسلام، به‌ویژه پس از پیروزی انقلاب اسلامی و استقرار جمهوری اسلامی، اهداف یادشده در مکتب حقوقی اسلام مورد تأکید نظام حقوقی ایران قرار گرفته است. برای نمونه، در اصل چهل و چهارم قانون اساسی، با تقسیم نظام اقتصادی به سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی، نگاه معتدلانه و آمیخته اصالت فرد و اصالت جامعه را مورد توجه قرار داده است یا در مقدمه قانون اساسی تصریح می‌کند که «اقتصاد، وسیله است، نه هدف» و در جایی دیگر، هدف را «رشد و تکامل» انسان برمی‌شمارد و رفاه، نظم و عدالت را مقدمه‌ای برای رسیدن به این هدف عالی می‌داند. به همین دلیل، در بند سیزده از اصل چهل و سوم تأکید می‌کند که در نظام برنامه‌ریزی کشور «ساعات کار چنان باشد که هر فرد، علاوه بر تلاش شغلی، فرصت و توان کافی برای خودسازی معنوی و... داشته باشد».

۱۵۷ نتیجه‌نهایی؛ تعریف دقیق حقوق

در آغاز این فصل اشاره شد که بدون روشن شدن ماهیت، مبانی و اهداف قواعد حقوقی، تعریف دقیق حقوق ممکن نخواهد بود. اکنون و پس از ارائه دیدگاه‌های گوناگون درباره ماهیت، مبانی و اهداف حقوق به خوبی روشن شده است که ارائه تعریف دقیق و در عین حال مورد اتفاق و قبول همگان تا چه حد مشکل، بلکه تقریباً ناممکن است. ناگزیر باید در سه مرحله به تعریف حقوق پرداخت. در مرحله نخست، تعریفی جامع و مورد قبول همگان از حقوق ارائه کرد؛ به گونه‌ای که در پرتو آن بتوان

گزاره‌های حقوقی را از گزاره‌های غیر حقوقی تفکیک کرد. در مرحله دوم و میانه، تعریفی از حقوق ارائه خواهد شد که وجه الزام‌آوری قوانین را به‌طور کلی توجیه کند و در مرحله سوم و نهایی، با تأکید بر معیار مشروعیت قوانین، حقوق از دیدگاه یک مکتب خاص تعریف می‌شود. بدین ترتیب:

۱. تعریف عام و آغازین: «حقوق، عبارت است از مجموع قواعد (گزاره‌های کلی و عام) دستوری، لازم‌الاجرا و با ضمانت اجرای دولتی (مادی و بیرونی) درباره رفتارها و روابط اجتماعی انسان».

۲. تعریف خاص و مبانی: «مجموع قواعد دستوری، لازم‌الاجرا و با ضمانت اجرای دولتی (مادی و بیرونی) درباره رفتارها و روابط اجتماعی انسان که براساس مبانی مورد نظر و در راستای اهداف مورد انتظار وضع شده‌اند». پس، آن قواعدی که فاقد این ارتباط با مبانی و اهداف یادشده باشند، اگرچه در برابر گزاره اخلاقی، گزاره حقوقی نام می‌گیرند، ولی قاعده‌ای حقانی و مشروع و در نتیجه الزام‌آور نیستند، حتی اگر دولت به انجام آنها اجبار کند.

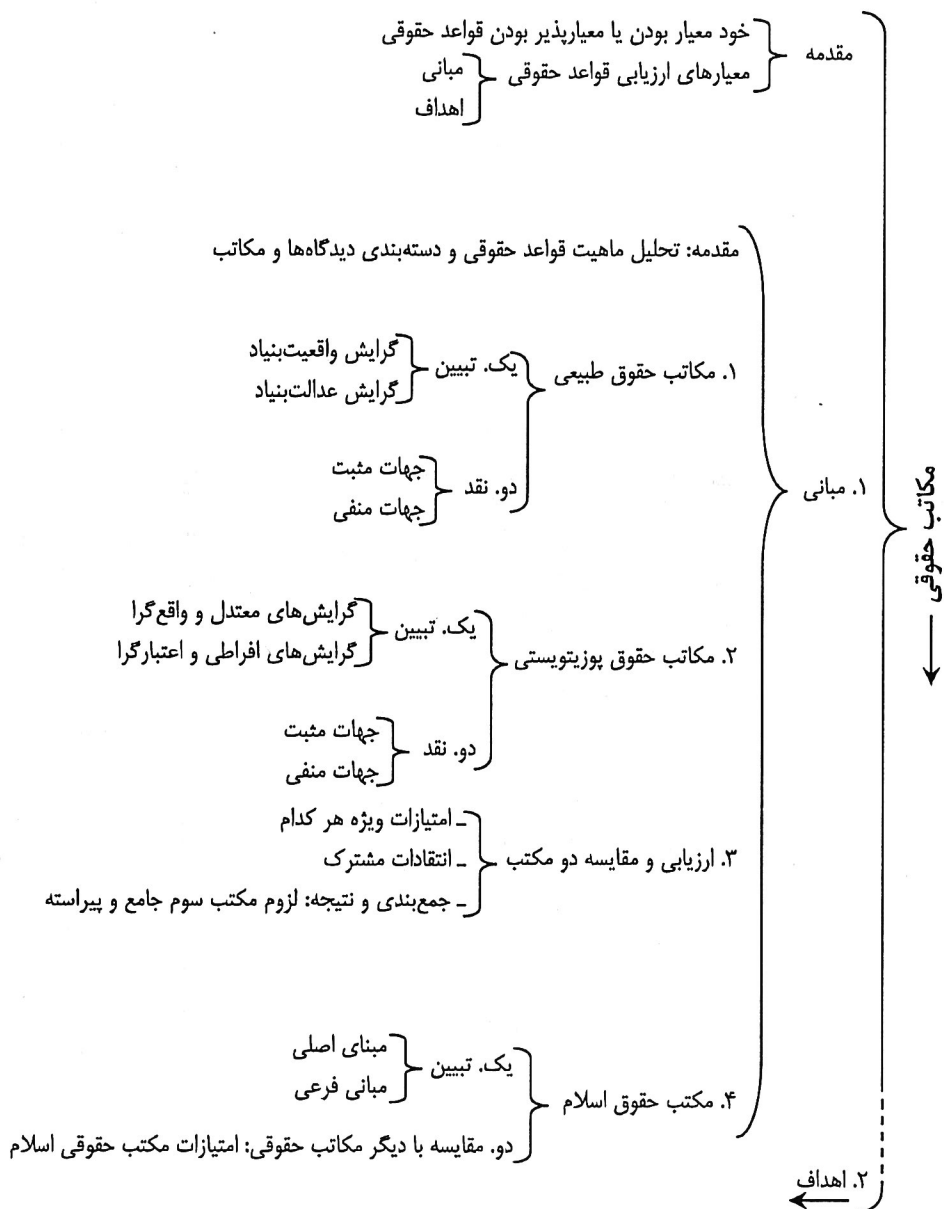
۳. تعریف اخص و نهایی: اینجاست که تعریف‌ها متفاوت می‌شود و هر مکتبی براساس دیدگاه خود درباره ماهیت، مبانی و اهداف قواعد حقوقی، تعریفی متفاوت از دیگر تعریف‌ها ارائه می‌کند. در اینجا به تعریف حقوق از دیدگاه اسلام یا تعریف حقوق اسلامی بسنده می‌کنم: «مجموع قواعد دستوری و لازم‌الاجرا درباره رفتارها و روابط اجتماعی انسان که منطبق بر اراده الهی بوده یا دست‌کم مخالف با آن نباشد و در بستر تکامل نهایی انسان و قرب او به خداوند متعال، تأمین‌کننده نظم جامعه و عدالت فردی و اجتماعی بوده و افزون بر ضمانت اجرای معنوی و درونی، از ضمانت اجرای دولتی (مادی و بیرونی) نیز برخوردار باشد». پس قوانینی که ناسازگار با اراده الهی یا دورکننده انسان از خداوند و یا مخالف با عدالت فردی و اجتماعی باشد، فاقد وصف مشروعیت و در نتیجه، از قلمرو و حقوق اسلامی خارج است.

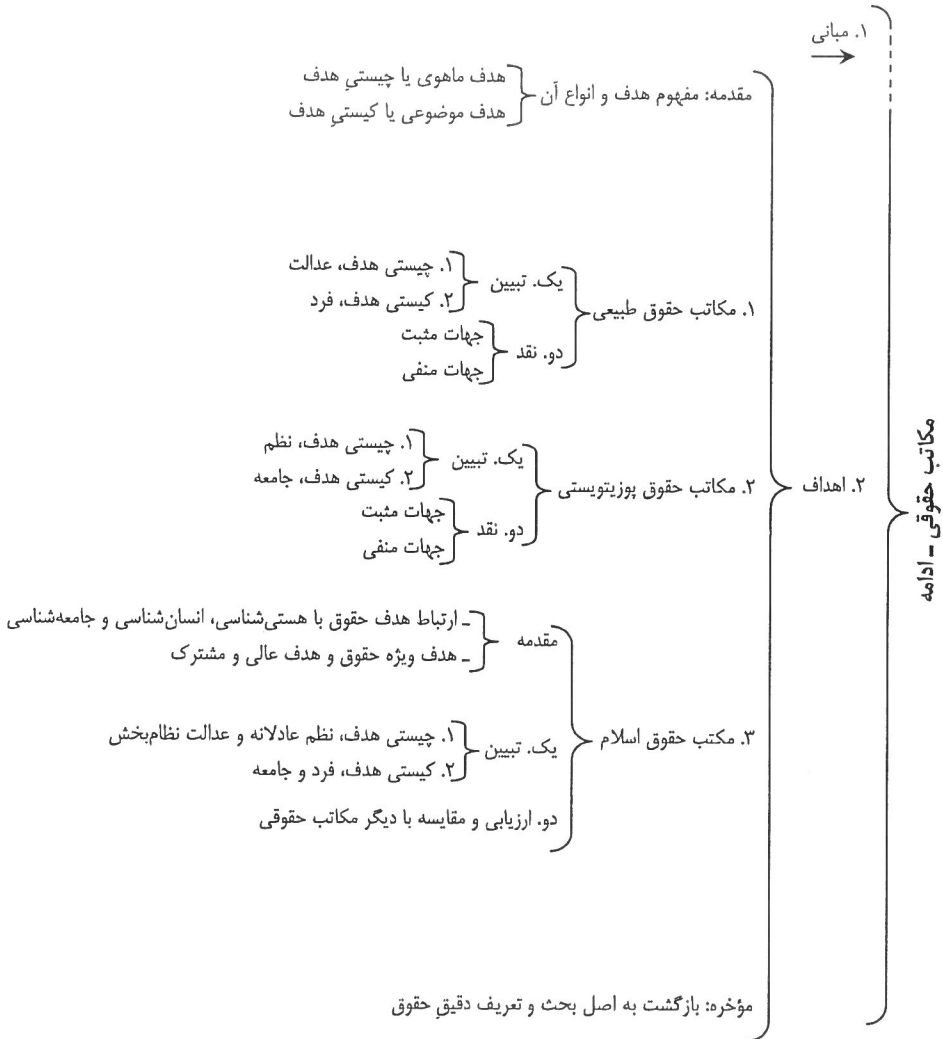
● پرسش و خودآزمایی

۱. مقصود از مکتب حقوقی چیست و چه پرسش‌هایی را مورد بحث قرار می‌دهد.
۲. درباره منشأ الزامی بودن قواعد حقوقی، دو دیدگاه اصلی وجود دارد، توضیح دهید.

۳. دیدگاه‌های مختلف درباره تحلیل ماهیت قانون را تبیین کنید و مکاتب حقوقی مبتنی بر هر دیدگاه را نام ببرید.
۴. دیدگاه مکتب حقوق طبیعی درباره مبنای حقوق را به‌طور کلی توضیح داده و شاخه‌های اصلی و فرعی آن را نام ببرید.
۵. دیدگاه پیروان واقعیت‌گرایی معتدلانه را درباره مبنای حقوق تبیین کنید.
۶. دیدگاه آرمان‌گرایانه یا عدالت - بنیاد را توضیح دهید و بنویسید که این دیدگاه از شاخه‌های کدام مکتب حقوقی است.
۷. جهات مثبت و سه جهت منفی در نقد مکتب حقوق طبیعی را توضیح دهید.
۸. دیدگاه کلی مکاتب حقوق پوزیتیویستی را توضیح داده و شاخه‌های اصلی و فرعی آن را نام ببرید.
۹. دیدگاه افراطی و اعتبارگرا درباره مبنای حقوق را توضیح دهید.
۱۰. سه نقد از جهات منفی مکاتب حقوق پوزیتیویستی را تبیین کنید.
۱۱. سه انتقاد مشترک مربوط به مکاتب حقوق طبیعی و پوزیتیویستی را بنویسید.
۱۲. دیدگاه اسلام درباره ماهیت قواعد حقوقی را تبیین کنید.
۱۳. دیدگاه مکتب حقوقی اسلام درباره مبنای حقوق را توضیح دهید و پنج مبنای فرعی را نام ببرید.
۱۴. سه تفاوت مکتب حقوقی اسلام را با دیگر مکاتب حقوقی، درباره مبنای حقوق تبیین کنید.
۱۵. جهات گفتگو درباره اهداف حقوق را تبیین و دیدگاه‌های متفاوت و مکتب طرفدار هر دیدگاه را بنویسید.
۱۶. دیدگاه حقوق طبیعی درباره اهداف حقوق را به اختصار توضیح داده و آن را نقد کنید.
۱۷. دیدگاه مکاتب حقوق پوزیتیویستی درباره اهداف حقوق را به اختصار توضیح داده و آن را نقد کنید.
۱۸. دیدگاه مکتب حقوقی اسلام درباره چیستی هدف حقوق را بنویسید.
۱۹. دیدگاه مکتب حقوق اسلام درباره کیستی هدف حقوق را بنویسید.
۲۰. راه‌حل تراحم نظم و عدالت را از دیدگاه مکتب حقوق اسلام تبیین کنید.
۲۱. راه‌حل تراحم مصالح فرد و مصالح جامعه را از دیدگاه مکتب حقوق اسلام تبیین کنید.
۲۲. دیدگاه مکتب حقوق اسلام و دیگر مکاتب حقوقی را درباره اهداف مقایسه و پنج تفاوت آنها را بنویسید.
۲۳. تعاریف آغازین (عام)، میانی (خاص)، و نهایی (اخص) حقوق را بنویسید.

● چکیده نموداری مباحث





نظام‌های مهم حقوقی

هدف از گشودن این فصل آن است که دانشجو:

۱. با مفهوم نظام حقوقی و ارتباط آن با مکاتب حقوقی (مبانی و اهداف حقوق) آشنا شود؛
۲. نظام‌های گوناگون حقوقی را بر اساس رابطه آنها با دین دسته‌بندی کند؛
۳. ویژگی‌های مهم‌ترین نظام‌های حقوق «سکولار-بشری» را بشناسد؛
۴. نظام‌های حقوق یهود و مسیحی-کلیسایی را توصیف کند؛
۵. ویژگی‌ها و امتیازات نظام حقوق اسلام را تبیین کند؛
۶. اوصاف و چارچوب‌های کلی نظام حقوق ایران و تحولات آن را توضیح دهد.

۱۰۸ مقدمه

از آنجا که در این مختصر، مجال پرداختن به نظام‌های حقوقی نیست، ناگزیر - پس از یادآوری چند نکته مقدماتی - به گزارشی فشرده و کوتاه بسنده می‌کنیم.

نکته نخست: پیش‌تر اشاره شد مقصود از «مکاتب حقوقی»، دیدگاه‌های نظری و تئوریکی است که در بحث از مبانی و اهداف حقوق مطرح می‌شود و شالوده و زیربنای فکری نظام حقوقی را می‌سازد و مقصود از «نظام‌های حقوقی» در اینجا، مجموع نهادها، سازمان‌ها و قواعدی است که بر اساس آن مبانی و برای تحقق آن اهداف به صورت منظومه‌ای هماهنگ و منسجم به وجود می‌آید.

نکته دوم: موضوع مورد مطالعه، به نظام‌های حقوقی کشورهای گوناگون که به صورت بالفعل و به وسیله دولت‌ها حمایت و اجرا می‌شوند، منحصر نمی‌شود، بلکه آن دسته از

نظام‌های حقوقی را - که برآیند و نتیجه منطقی مکتب حقوقی خاصی است - نیز در بر می‌گیرد؛ هر چند ممکن است در عمل و به صورت بالفعل به وسیله دولتی حمایت و اجرا نشود.

نکته سوم: شناخت نظام‌های حقوقی از آن نظر لازم و سودمند است که افزون بر آنکه امکان مقایسه و تطبیق آنها را با یکدیگر فراهم می‌آورد، موجب تکامل و پیشرفت آنها می‌شود و به تنظیم هر چه بهتر روابط بین‌الملل نیز کمک می‌کند.

نکته چهارم: نظام‌های حقوقی آن قدر متعدد و متفاوت‌اند که مطالعه همه آنها امکان‌پذیر نیست. پس ناگزیر باید با دسته‌بندی آنها در چند گروه بزرگ، به مطالعه نقاط اشتراک و افتراقشان بسنده نمود. اما در همین مورد نیز، دیدگاه یگانه و مشترکی وجود ندارد و براساس معیارهای متفاوت، دسته‌بندی‌های گوناگونی ارائه شده است؛ به گونه‌ای که به اعتقاد برخی از صاحب‌نظران، به تعداد متخصصان حقوق تطبیقی، طبقه‌بندی وجود دارد.^۱

نکته پنجم: معیار مورد نظر ما برای طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی، نوع ارتباط آنها با ادیان الهی - و نه ادیان بشر ساخته - است. از این نگاه، نظام‌های حقوقی در دو دسته نظام‌های حقوقی «سکولار-بشری» و «دینی-الهی» جای می‌گیرند. نظام‌های حقوقی «رومی-ژرمنی»، «کامن‌لا» و «سوسیالیست» در دسته نخست، و نظام‌های حقوقی «یهود»، «مسیحی-کلیسایی» و «اسلام» در دسته دوم جای گرفته، مطالعه می‌شوند. نظام فعلی حقوق ایران نیز اگرچه به لحاظ ماهوی در گروه حقوق اسلامی قرار دارد، ولی به لحاظ شکلی به نظام حقوق رومی-ژرمنی نزدیک‌تر می‌نماید. وجه اشتراک نظام‌های «سکولار-بشری» در این است که قواعد حقوقی را ساخته انسان و محصول وجدان اجتماعی یا عرف یا عقل یا تجربه بشری می‌دانند؛ هر چند ممکن است از آموزه‌های مذهبی نیز - به عنوان عرف جاری در جامعه - تأثیر پذیرفته باشند. اما وجه اشتراک نظام‌های «دینی-الهی» این است که قواعد حقوقی، اصالتاً ساخته خداوند و محصول اراده اوست؛ هر چند ممکن است در چارچوب اذن الهی، عقل، عرف و تجربه بشری نیز در پدید آمدن قواعد حقوقی مؤثر باشد. بنابراین، وجه تمایز این دو دسته در این است که نظام‌های حقوق «سکولار-بشری»، یا همچون نظام

۱. ردبر، مقدمه‌ای بر حقوق تطبیقی، ترجمه سید محمد علوی، ص ۴۵. برای دیدن دیگر طبقه‌بندی‌ها، رک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۳۹۳-۳۹۶.

حقوق «سوسیالیستی-مارکسیستی»، مخالف آموزه‌های دینی هستند و یا همچون نظام حقوقی «رومی-ژرمنی» و «کامن‌لا» به آموزه‌های حقوقی ادیان بی‌اعتنا نیستند و یا آنکه حداکثر آن را به عنوان عرف جاری می‌پذیرند. اما در نظام‌های حقوق «دینی-الهی»، آموزه‌های حقوقی ادیان، اساس و پایه حقوق را تشکیل می‌دهد و عرف، عقل و تجربه بشری در چارچوب این آموزه‌ها تأثیرگذار است.

گفتار نخست: نظام‌های حقوق «سکولار-بشری»^۱

۱۰۹ مبحث اول: نظام حقوق «رومی-ژرمنی»^۲

این نظام حقوقی اگرچه در حقوق روم باستان ریشه دارد، زادگاه آن به لحاظ تاریخی و جغرافیایی به قرن سیزدهم میلادی مربوط می شود که دانشگاه های کشورهای ژرمنی، همچون آلمان، هلند، سوئیس، اتریش و... تحت تأثیر رنسانس، تحولی در حقوق روم پدید آوردند و از جمله آن را از اخلاق و مذهب جدا ساختند. پدیده استعمار از یک سو و غرب گرایی برخی از کشورها از سوی دیگر، موجب تحمیل یا اقتباس این نظام حقوقی در دیگر کشورها و توسعه قلمرو و حکومت آن به امریکای لاتین و بعضی از کشورهای غیروپایی شد. امروزه، نظام حقوقی فرانسه، روشن ترین مصداق این نظام حقوقی است. ویژگی های مهم این نظام حقوقی را می توان این چنین شمارش کرد:

۱. قواعد حقوقی به روشنی به دو دسته حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم شده و مفهوم نسبتاً روشنی از حقوق عمومی و حقوق خصوصی ارائه گردیده است.
۲. از آنجا که قانون، منبع اصلی قواعد حقوقی است و قانون‌گذار علی‌القاعده با تدبیر و اندیشه و مشورت به قانون‌گذاری می‌پردازد، در نتیجه قاعده حقوقی از کلیت، عمومیت و شمول فراوانی برخوردار است.
۳. منابع حقوق در این نظام حقوقی، بر اساس نقش و کارکرد خود، بدین ترتیب قرار می‌گیرند: قانون، عرف و عادت، رویه قضایی، دکترین و اصول کلی حقوقی. قانون، منبع اصلی حقوق است و بقیه منابع، هنگام فقدان قانون یا اجمال آن به کار می‌آیند.

1. Secular Schools of Law

2. Romano-Germanic Law (Civil Law)

۳. در مبحث «منابع حقوق ایران» توضیح بیشتری درباره مفاهیم و نقش و کارکرد هر یک از این منابع ارائه خواهد شد.

۴. تأکید بر منبع قانون، موجب وضع و تدوین قوانین مکتوب می‌شود. به همین دلیل، این نظام حقوقی به «حقوق نوشته»^۱ نیز شهرت یافته است، هر چند این به معنای «تمام نوشته» بودن قواعد حقوقی در این نظام نیست؛ زیرا عرفِ نانوشته نیز پس از قانونِ نوشته، نقش فراوان و پراهمیتی دارد.^۲

۱۱۰ مبحث دوم: نظام حقوق «کامن‌لا»^۳

مهد این نظام حقوقی، کشور انگلستان است و تاریخ آن به تاریخ حقوق این کشور پیوند خورده است. ریشه‌های این نظام حقوقی را باید در غلبه نورمن‌ها بر انگلستان در سال ۱۰۶۶ میلادی جستجو کرد، ولی برآمدن آن، به قرن سیزدهم میلادی و دومین دوره از چهار دوره اصلی تحول حقوق انگلیس مربوط می‌شود که طی آن، یک نظام حقوقی جدید و مشترک برای سراسر قلمرو پادشاهی انگلیس به وجود آمد و جایگزین عرف‌های محلی شد. امروزه حقوق انگلستان و آمریکا، مصادیق بارز این نظام حقوقی هستند و دولت‌هایی که تحت استعمار یا تأثیر انگلیستان بوده‌اند نیز با این نظام حقوقی اداره می‌شوند.

ویژگی‌های مهم این نظام حقوقی را که به حقوق انگلوساکسن نیز شهرت دارد، می‌توان چنین برشمرد:

۱. هر چند شاخه‌های فرعی حقوق عمومی و حقوق خصوصی در این نظام حقوقی نیز وجود دارد، ولی تقسیم قواعد حقوقی به حقوق عمومی و حقوق خصوصی در کامن‌لا به روشنی شناخته شده نیست و رسمیت ندارد.

۲. از آنجا که آرای دادگاه‌ها منبع اصلی قواعد حقوقی هستند، قواعد حقوقی از کلیت، عمومیت و شمول فراوانی، همچون نظام حقوق رومی-ژرمنی برخوردار نیستند.

منابع حقوق بر اساس اهمیت، نقش و کارکرد مؤثر خود، بدین ترتیب قرار می‌گیرند:

۴. تأکید بر منبع آرای قضات یا عرف محاکم، موجب شده است که این نظام حقوقی به نظام حقوق عرفی یا نانوشته^۴ شهرت یابد. اما باید توجه داشت که اولاً: همان‌طور که بیان شد، مقصود از عرف، عرف قضات و دادگاه‌هاست، نه عرف مردم و جامعه؛

1. Written Law

۲. برای مطالعه بیشتر، رک: دانش پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱؛ افشار، کلیات حقوق تطبیقی؛ داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر.

3. Common Law

4. Unwritten Law

زیرا عرف بدین معنا در کامن‌لا، در مرحله سوم اهمیت قرار دارد و از این نظر نمی‌توان آن را حقوق عرفی نامید؛ در حالی که در حقوق رومی-ژرمنی، عرف در مرحله دوم قرار دارد. ثانیاً: امروزه، قانون در کامن‌لا نقش بیشتر و مهم‌تری یافته است؛ به‌گونه‌ای که به‌کارگیری عنوان حقوق نانوشته برای این نظام حقوقی، چندان مطابق واقع به نظر نمی‌رسد.^۱

۱۱۱ مبحث سوم: نظام حقوق «سوسیالیستی»^۲ ^{عقاید} همکاران سراسر - انکس

نظام حقوقی «سوسیالیستی» تحت تأثیر اندیشه‌های مارکس و پس از وقوع انقلاب‌های کمونیستی، نخست در اتحاد جماهیر شوروی سابق (۱۹۱۷) و سپس چین و پس از آن در دیگر کشورهای وابسته به بلوک شرق، همچون کره شمالی، یوگسلاوی، لهستان، رومانی، کوبا و... پا گرفت و از آن تاریخ تاکنون، به‌ویژه پس از فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی، تحولاتی را شاهد بوده است.^{۱۷} اگرچه مبنای اصلی این نظام حقوقی اندیشه‌های مارکس است، ولی برداشت‌های متفاوت لنین و استالین در شوروی و مائو در چین، چهره‌های گوناگونی از این نظام را نمایان ساخته است. فارغ از این اختلاف‌ها، مهم‌ترین ویژگی‌های حقوق سوسیالیستی از این قرار است:

۱. نه تنها تقسیم قواعد حقوقی به حقوق عمومی و خصوصی شناخته شده نیست، بلکه حقوق خصوصی صراحتاً انکار می‌شود. نلین در یکی از نامه‌هایش تصریح می‌کند: «دیگر حقوق خصوصی وجود ندارد». منشأ این انکار، اندیشه و دیدگاه «اصالت جامعه» است که مارکسیسم شدیداً بر آن اصرار می‌ورزد.

۲. به همین دلیل، اصل بر مالکیت اشتراکی و عمومی است و مالکیت فردی و خصوصی جز به قدر ضرورت پذیرفته نمی‌شود. همچنین اصل بر حاکمیت توده‌های کارگری است که حزب کمونیست حاکم آن را نمایندگی می‌کند. پس اصل

۱. برای مطالعه بیشتر، رک: منابع پیشین. یادآوری این نکته خالی از فایده نیست که در دو نظام حقوق رومی-ژرمنی و حقوق کامن‌لا، که در برابر حقوق سوسیالیستی قرار دارند و به همین دلیل می‌توان آنها را نظام حقوقی سرمایه‌داری نامید، تحت تأثیر مکتب حقوق طبیعی، اصالت فرد و اصل حاکمیت اراده، اصل آزادی قراردادی، اصل احترام به مالکیت خصوصی، اصل بازار آزاد و لزوم حداقل دخالت دولت در اقتصاد و امور خصوصی مردم مورد تأکید قرار می‌گیرد.

آزادی فردی و حاکمیت اراده، چندان جایی ندارد و این تفاوت اساسی و بنیادین نظام حقوقی سوسیالیستی با دو نظام حقوقی رومی-ژرمنی و کامن‌لاست.

۳. هر چند در این نظام حقوقی، همچون نظام حقوق رومی-ژرمنی، قانون مهم‌ترین و اصلی‌ترین منبع حقوق است، ولی در پشت این توافق ظاهری، این تفاوت پنهان وجود دارد که در دیگر نظام‌ها، مبنای قانون، اراده قانون‌گذار است که خود بر اساس وجدان جمعی، عرف اجتماعی، علم و تجربه بشری، مشورت و خرد جمعی شکل می‌گیرد، ولی مبنای قانون در این نظام، وضعیت اقتصادی جامعه است؛ چرا که از دیدگاه مارکسیسم، اقتصاد زیربناست و فرهنگ، هنر، اخلاق، سیاست، حقوق و... همه روبناهایی است که متناسب با شرایط اقتصادی جامعه به‌طور جبری شکل می‌گیرد.

۴. اصل تفکیک قوا در این نظام حقوقی پذیرفته نیست و حکومت حزبی به جای آن نشسته است.^۱

در پایان این گفتار، یادآوری این نکته سودمند است که حقوق «سکولار-بشری» به سه نظام مذکور خلاصه نمی‌شود، بلکه در روزگار ما، نظام حقوقی بسیاری از کشورها - که فرصت طرح آن نیست - از جمله نظام حقوقی هند، ژاپن و خاور دور، ماهیتی سکولار دارد، هر چند ممکن است از مذهب یا مذاهب رایج در آن کشورها نیز تأثیر پذیرفته باشد.

گفتار دوم: نظام‌های حقوق «دینی-الهی»

۱۱۲ مبحث اول: نظام حقوق «یهود»^۲

به گمان یهودیان و نیز به تصریح قرآن، تورات، کتابی آسمانی است که بر حضرت موسی علیه السلام نازل شده و منبع اصلی شناخت دین و آیین یهود است. تورات موجود،^۳

۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: منابع پیشین.

2. Jewish Law

۳. البته افزون بر شواهد قرآنی، شواهد دیگری دال بر تحریف تورات وجود دارد که نشان می‌دهد تورات موجود، عیناً همان تورات نازل شده بر حضرت موسی (ع) نیست و تحریف‌هایی در آن راه یافته است. البته باید توجه داشت که هر چند آیین یهود از آغاز و در متن تورات، افزون بر مسائل اعتقادی و تاریخی، مشتمل بر شریعت فردی و اجتماعی و در نتیجه قوانین حقوقی بود، ولی آنچه امروزه به عنوان حقوق یهود شهرت دارد، همان است

افزون بر مسائل اعتقادی، تاریخی و مانند آن، مشتمل بر شریعت فردی و اجتماعی و در نتیجه، قوانین حقوقی است و از این نظر می‌توان گفت حقوق یهود، حقوقی کاملاً دینی است؛ چراکه گزاره‌های حقوقی آن - دست‌کم به زعم پیروان آن - متن دین است و نه برآیند آن یا ساخته عالمان یهود.^۱ محورهای اصلی شریعت یهود را به گونه‌های مختلف دسته‌بندی کرده‌اند. بر اساس برخی از این دسته‌بندی‌ها، مجموعه آموزه‌های عملی تورات را می‌توان در این چند گروه جای داد:

۱. زندگی خانوادگی (ازدواج، طلاق، حقوق زوجین، فرزندان، تعلیم و تربیت و...)
۲. زندگی اجتماعی (قوانین کار، رابطه کارگر و کارفرما، صلح، عدالت و...)
۳. حقوق قضایی (جرایم و مجازات‌ها، آیین دادرسی و...)
۴. تن و زندگی جسمانی (بهداشت، تغذیه، معالجات، پیشگیری‌ها و...)
۵. عبادات و روابط فردی (پاکی‌ها و طهارت، اعیاد و مراسم، مقررات و معرفی کارهای خوب و بد و...).

۱۱۳ مبحث دوم: نظام حقوق «مسیحی-کلیسایی»^۳

به استناد شواهدی از انجیل و قرآن کریم و نیز بلور برخی از مسیحیان، حضرت عیسی مسیح علیه السلام جز در مواردی اندک، شریعتی جدید نیاورده و تصدیق‌کننده شریعت حضرت موسی علیه السلام و حقوق اصیل و تحریف نایافته یهود بوده است.^۴

البته در عمل مسیحیان به دلایل متعدد، از جمله خصومت با یهودیان - بدین اعتقاد که آنان عیسی را به صلیب کشیده‌اند - شریعت موسی را رها کردند و دست خود را تهی ساختند، آنگاه برای جبران این تهیدستی از حقوق طبیعی، حقوق روم و فلسفه رواقیان کمک گرفتند و بر اساس آموزه‌ها و هدایت‌های کلی حضرت مسیح علیه السلام، نظامی

⇒ که تحت عنوان حقوق تلمود و بر اساس برداشت‌های دانشمندان یهودی از کتاب تورات - که تلمود نامیده می‌شود - تدوین گردیده است.

۱. برای شناخت ماهیت این قوانین و آسمانی یا زمینی بودن آن، ر.ک: جلال‌الدین آشتیانی، تحقیقی در دین یهود، ص ۳۵۴ به بعد.

۲. برای دیدن تقسیمات دیگر، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی؛ نیز: زیلبرت کلاهرمن، تاریخ قوم یهود، ترجمه مسعود همتی، ص ۱۲۷ و ۱۲۸؛ گهن، گنجینه‌ای از تلمود، ترجمه امیرفریدون گرگانی، ص ۱۴ و ۱۵.

3. Canon (Church) Law

۴. ر.ک: دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر حقوق اسلامی، ج ۲، ص ۵۷؛ محمدرضا زیبایی‌نژاد، درآمدی بر تاریخ و کلام مسیحیت، ص ۱۵۲ به بعد.

حقوقی را ساختند و پرداختند؛ نظامی که به درستی به نام نظام حقوق «مسیحی-کلیسایی» اشتهار یافته است؛ چرا که بیش از آنکه متن دین باشد، برآیند دین و ساخته کلیساست. رنه داوید تصریح می‌کند: «حقوق کلیسا، به هیچ وجه، حقوق ناشی از وحی نیست. مسلماً این حقوق، بر اصول و اخلاق مسیحی که خود مبتنی بر وحی هستند، استوار است، اما نتیجه کار انسان است، نه گفته خدا».^۱ این نظام حقوقی در آغاز فقط در قلمرو واتیکان و کلیسا حکومت می‌کرد، ولی پس از اقتدار کلیسا، به ویژه پس از جنگ‌های صلیبی تا حدودی در جامعه مسیحی نیز حکومت یافت، اما پس از رنسانس و پشت کردن غرب به دین و رواج سکولاریسم، از صحنه جامعه رخت بربست و نظام‌های حقوقی سکولار جانشین آن شد.^۲

۱۱۴ مبحث سوم: نظام حقوق «اسلام»^۳

نگاهی هر چند سریع و اجمالی به متون اصلی و اولیه اسلام، یعنی قرآن و روایات، روشن می‌سازد که اسلام دارای شریعتی گسترده و کامل است که بخش اعظم آن به حقوق اسلامی اختصاص دارد. به همین دلیل می‌توان گفت حقوق اسلام – دست‌کم در قلمرو احکام اولیه – عین دین و متن دین است، نه برآیند آن و ساخته عالمان و فقیهان. رنه داوید می‌نویسد: «هیچ اسلام‌شناسی نمی‌تواند به خود اجازه دهد از حقوق اسلام، بی‌خبر باشد. اسلام در جوهر خود، دین قانون است».^۴

در مباحث گذشته درباره مبنا و هدف حقوق اسلام سخن گفته شد و در مبحث آینده نیز منابع حقوق اسلام (قرآن، سنت، عقل، اجماع، شهرت، سیره، قیاس و...) مورد بحث قرار می‌گیرد. در اینجا تنها به بیان مهم‌ترین ویژگی‌های حقوق اسلام بسنده می‌کنیم.

۱۱۵ بند یک - الهی، دینی و وحیانی بودن

حقوق اسلام از یک طرف، حقوق الهی – و نه بشری – است؛ چون در اراده تشریعی و حکیمانه الهی ریشه دارد، و از سوی دیگر، حقوقی دینی – و نه سکولار – است؛ زیرا از راه

۱. داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۴۵۳ و ۴۵۴.

۲. برای مطالعه بیشتر، رک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۴۱۱-۴۱۴.

۴. داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۴۵۳ و ۴۵۴.

دین و نبوت به ما رسیده و در نتیجه، به آخرت و سعادت جاوید انسان نیز نظر دارد، و از طرف سوم، وحیانی است؛ چون متن دین است، نه برآیند آن؛ حقوق «اسلام» است، نه حقوق «اسلامی-مسجدی» که ساخته عالمان مسلمان باشد. رنه داوید می‌نویسد: «حقوق اسلامی، حتی در جزئیات، بخشی جدانشدنی از دین اسلام است که همان جنبه الهی و آسمانی آن را داراست».^۱

❧ بند دو - واقع‌نگر، چندبعدی و کامل بودن

از آنجا که در نظام حقوقی اسلام، قانون‌گذار واقعی خداوند متعال است که به همه ابعاد وجودی انسان و سیر کمالی او و رابطه انسان با جهان احاطه علمی کامل دارد، طبعاً به گونه‌ای واقع‌نگرانه به تنظیم روابط حقوقی انسان‌ها پرداخته است. یکی از نتایج این واقع‌نگری، چندبعدی و جامع بودن حقوق اسلامی است؛ بدین معنا که در تنظیم روابط حقوقی و اجتماعی، از دیگر ابعاد فردی و روحانی و اخروی انسان غفلت نشده و قوانین حقوقی با نظری جامع به تمام ابعاد وجودی انسان وضع گردیده است. نتیجه دیگر واقع‌نگری، کامل و تمام بودن نظام حقوقی اسلام است؛ یعنی هیچ زمینه‌ای از رفتارهای اختیاری فردی و اجتماعی وجود ندارد که اسلام درباره آن ساکت بوده و حکم آن را به طور خاص و جزئی یا به صورت قاعده عام و کلی بیان نکرده باشد.

❧ بند سه - انسجام و هماهنگی

یکی دیگر از نتایج واقع‌نگری حقوق اسلامی، انسجام و هماهنگی درون‌سیستمی و برون‌سیستمی حقوق اسلامی است که خود جلوه‌های متعددی دارد: از یک طرف، قواعد گوناگون نظام حقوقی اسلام در درون نظام حقوقی با یکدیگر سازگار هستند و از سوی دیگر، مجموعه نظام حقوقی اسلام با دیگر نظام‌های اجتماعی و فردی اسلام همچون نظام سیاسی، نظام اقتصادی، نظام اخلاقی و نظام عبادی و... هماهنگ است و از طرف سوم، نظام حقوقی اسلام در کنار دیگر نظام‌های اسلامی، با حقیقت انسان و سرشت و فطرت او و با واقعیت طبیعت و جهان خارج از انسان نیز کاملاً هماهنگ است. ناهماهنگی‌های احتمالی که ممکن است گاهی به نظر آید، ناشی از یکی از این دو امر است: یکی علم ناقص انسان، که چون به همه امور احاطه ندارد، متوجه هماهنگی واقعی نیست و

دیگر، خطای انسان در کشف حکم الهی است. بدیهی است چنین حکمی، دیگر قانون واقعی خداوند نیست تا از ویژگی انسجام و هماهنگی برخوردار باشد (هرچند به لحاظ عملی معتبر باشد).

بند چهار - استمرار و ثبات در عین انعطاف و تغییرپذیری

یکی از دلایل ضرورت حقوق، ایجاد اطمینان خاطر در مردم از راه ثبات بخشیدن به روابط آنهاست و این جز با ثبات قانون امکان‌پذیر نیست. در عین حال، نمی‌توان به بهانه ثبات قانون، به تحجر گرایید و تحولات اجتماعی را نادیده گرفت و موضوعات جدید را محکوم قوانین کهن دانست، بلکه باید با وضع قوانین نو، به تنظیم موضوعات و روابط جدید پرداخت. البته توجه به این نکته ضروری است که منطقاً قانون، هم در خصوص موضوعات کهن و هم موضوعات نوین، ثابت است و آنچه تغییر می‌کند، موضوع است. بنابراین، ثبات و تغییر قوانین، تابع ثبات و تغییر موضوع قوانین است و در نتیجه، تا وقتی موضوعی تغییر نکرده باشد، تغییر قانون منطقی نخواهد بود، مگر آنکه اثبات شود قانون مورد نظر درست و کارآمد نیست. در قانون‌گذاری‌های بشری، به دلایل متعدد و مهم‌تر از همه، به دلیل احاطه نداشتن علمی انسان و خطاپذیری دانش او، نه تنها در عرصه موضوعات کهن، بلکه حتی موضوعات نوین چه‌بسا ممکن است قوانینی وضع گردد که دیر یا زود، خطا بودن آن کشف شود و تغییر آن - در عین تغییر نیافتن موضوع - ضرورت یابد؛ در حالی که در نظام حقوقی اسلام، به‌ویژه در قلمرو احکام اولیه، چنین نیست و قوانین به سه دلیل از ثبات و استمرار برخوردارند:

۱. قانون‌گذار در نظام حقوقی اسلام، خداوند علیم و حکیم است که با علم محیط و خطاناپذیرش و با توجه به مصالح و مفاسد واقعی و فراتاریخی، مقررات حقوقی را وضع کرده است. پس خطایی وجود ندارد تا تغییر لازم شود.
۲. حقوق اسلامی مطابق و هماهنگ با فطرت و ساختار وجودی انسان و غرایز و نیازهای ثابت و جاویدان او وضع شده است و چون این امور ثابت و تغییرناپذیرند، تغییر قانون معنا نخواهد داشت.
۳. حقوق اسلامی بر مبانی، اهداف و منابع ثابت مبتنی است و در نتیجه، قوانین برآمده از آن نیز ثابت است. بدیهی است اگر موضوعی ماهیتاً تغییر یابد - حتی اگر شکل ظاهری آن تغییر نکند - حکم آن تغییر خواهد کرد.

تغییر حکم حرمت شطرنج به جواز آن با پیش‌فرض تغییر ماهوی شطرنج از لهُو و لعب و قمار به ورزش رسمی - بدون تغییر ظاهری آن - نمونه‌ای از انعطاف و تغییرپذیری احکام اسلامی است.

در خصوص موضوعات نوپیدا، دولت اسلامی بسته به مورد، به یکی از سه صورت زیر عمل و قانون وضع می‌کند:

۱. اگر موضوع نوپیدا مشمول یکی از عناوین کلی باشد که حکمی ثابت دارد، با وضع قانونی ثابت، همان حکم را برای آن تثبیت می‌کند. مثلاً وفای به عقد بیمه را به عنوان مصداقی از عنوان و قاعده کلی «اوفوا بالعقود» الزامی می‌داند.

۲. اگر موضوع نوپیدا، از موضوعاتی باشد که به دلیل نداشتن مصالح ثابت، شارع درباره آن سکوت کرده و جعل قانون درباره آن را به دولت اسلامی وانهاده باشد، دولت درباره آنها قانونی وضع می‌کند که اگرچه لازم‌التغییر نیست، ولی تغییر آن امکان‌پذیر است؛ چرا که ممکن است پس از گذشت زمان مصالح اجتماعی، قانون دیگری را اقتضا کند. قوانین مربوط به اداره انفال و محیط زیست، نمونه‌ای از این قوانین متغیر است که در اصطلاح «احکام حکومتی» نامیده می‌شود.

۳. گاه ممکن است شرایط استثنایی و ویژه‌ای پدید آید که مصالح مهم‌تر جامعه اسلامی اقتضا کند برخی از قوانین ثابت و اولیه اجرا نشود. در این صورت، ممکن است با وضع قوانین محدود، زمانمند و لازم‌التغییر، که در اصطلاح «احکام ثانویه» نامیده می‌شود، جلو اجرای آن قوانین را بگیرد و احیاناً قوانین دیگری را جایگزین آن سازد. اما به هر حال با تغییر اوضاع استثنایی، این قوانین جای خود را به قوانین اصلی خواهند داد.

بدین‌شکل، حقوق اسلامی دو ویژگی ثبات و استمرار از یک سو، و انعطاف و تغییرپذیری را از سوی دیگر جمع کرده است. رنه داوید درباره این امتیاز حقوق اسلامی می‌نویسد:

حقیقت این است که حقوق اسلام اگرچه غیر قابل تغییر است، اما در عین حال از منابع زیادی برخوردار است. لذا جا دارد همانند تغییرناپذیری آن، به قابلیت انعطافش هم ارجح نهاده شود. بین این دو مشخصه هیچ ناسازگاری وجود ندارد.^۱

۱. همان، ص ۴۵۴. برای مطالعه بیشتر درباره این ویژگی، ر.ک: سید محمدحسین طباطبائی، تفسیر المیزان، ج ۱۶، ص ۱۸۸ و اسلام و مقتضیات واقعی هر عصر، ص ۲۳ و ۲۴؛ مرتضی مطهری، ختم نبوت، ص ۵۵، ۵۶ و ۷۴؛ مدرسی،

۱۱۹ بند پنج - سهولت و سماحت (راحت و کریمانه بودن)

بهترین نظام حقوقی، نظامی است که همراه با تنظیم روابط اجتماعی و تأمین مصالح و دفع مفسد، از سهولت و سماحت برخوردار باشد؛ یعنی از یک طرف، قوانین به راحتی قابل اجرا باشد و مشقتی برای مردم ایجاد نکند و از سوی دیگر، کرامت و بزرگواری آنان را پاس دارد. از آنجا که شریعت و حقوق اسلامی براساس فطرت و هماهنگی با سرشت انسان است^۱ و نیز با اعتقاد به کرامت انسان^۲ وضع شده است، به نیکوترین صورت از این دو ویژگی برخوردار است. پیامبر گرامی اسلام ﷺ می‌فرماید: «خداوند مرا به رهبانیت (مشقت آفرین) نفرستاده است، بلکه بر دینی حنیف، سهله و سمحه برانگیخته است».^۳ در قرآن کریم آمده است: «خداوند راحتی و آسانی را برای شما خواسته است، نه سختی و مشقت را».^۴ حتی اگر جایی همین احکام ساده و روان، واقعاً موجب عسر و حرج گردد، آن تکالیف به حکم ثانوی برداشته می‌شود؛ و چرا که خداوند می‌فرماید: «خداوند هرگز نخواسته بر شما سختی و مشقت قرار دهد».^۵ اصولاً خداوند متعال تکالیف و قوانین را به اندازه توان انسان - و نه بیش از آن - وضع کرده است^۶ و در همه آنها، احترام و کرامت انسانی را پاس داشته، حریم خصوصی افراد را محترم دانسته و از تجسس و غیبت منع فرموده است.^۷ در متن فقه، کریمانه‌ترین قوانین را، نه تنها برای متهمان، بلکه برای مجرمان می‌توان مشاهده کرد؛ همان‌طور که بشردوستانه‌ترین مقررات را در میدان جنگ و نه تنها در خصوص مردم کشورهای متخاصم، بلکه حتی درباره سپاهیان، جنگاوران و اسیران آنان می‌توان دید.

۱۲۰ بند شش - ضمانت اجرای ایمانی

عام‌ترین ضمانت اجرا در نظام‌های حقوقی، ضمانت اجرای بیرونی و دولتی، یعنی ترس انسان از کیفر قانون‌شکنی است، ولی روشن است که این ضمانت اجرا، همیشه کارآمد

⇒ محمد تقی، قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه سید محمد علوی مقدم، ص ۴۳۲-۳۲۵، ۵۸۳-۶۱۳ و ۶۴۷-۶۸۰ و جمال

عطیه و وهبة الزحیلی، تجدید الفقه الاسلامی، ص ۱۶۳-۲۳۳.

۱. «فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا» (روم، ۳۰).

۲. «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ» (اسراء، ۷۰).

۳. «أَمْ يُرْسِلُنِي اللَّهُ بِالْزُهْبَانِيَّةِ وَلَكِنْ بَعَثَنِي بِالْحَنَفِيَّةِ السَّهْلَةِ السَّمْحَةِ» (کلینی، فروع کافی، ج ۵، ص ۴۹۴).

۴. «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ» (بقره، ۱۸۵).

۵. «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (مائده، ۶). ۶. «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» (بقره، ۲۸۶).

۷. «وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا» (حجرات، ۱۲).

نیست؛ زیرا ممکن است قانون‌شکنی را از چشم دولت پنهان کرد یا حتی در صورت آشکار شدن، با سوءاستفاده از قدرت، مقام و نفوذ اجتماعی از مجازات آن گریخت. ضمانت درونی، وجدانی و اخلاقی نیز کافی نیست؛ زیرا با تکرار گناه و قانون‌شکنی، احساس شرمندگی و محکومیت وجدانی نیز دیگر پدید نخواهد آمد. پس مهم‌ترین و کارآمدترین ضمانت اجرا - که در نظام حقوقی اسلام، در کنار دو ضمانت اجرای پیش‌گفته و مقدم بر آنها مطرح شده است - ضمانت اجرای درونی و ایمانی است. از منظر یک انسان مسلمان، جهان محضر خداست. و همه افعال در منظر او انجام می‌پذیرد؛ نه کاری را می‌توان از او پنهان داشت و نه می‌توان از قلمرو حکومت و مجازات او گریخت. هر چند در جامعه اسلامی، هستند کسانی که قانون‌شکنی می‌کنند و با ضمانت اجرای دولتی و این جهانی مواجه می‌شوند، ولی واقعیت این است که بیشتر کسانی که از قانون‌شکنی می‌پرهیزند، به دلیل ضمانت اجرای ایمانی است، بیش از آنکه معلول ضمانت اجرای وجدانی یا دولتی باشد.

۱۶۷۰ بند هفت - اصالت و استقلال

یکی از ویژگی‌های مهم نظام حقوقی اسلام، اصالت، استقلال و غیر اقتباسی بودن آن است؛ زیرا حقوق اسلامی، برآیند اراده و علم محیط خداوندی است که از راه وحی به انسان رسیده و اصولاً نیازی به اقتباس از دیگر نظام‌ها نداشته است. اگر هم مشابهت یا قانون مشترکی بین نظام حقوقی اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی - به‌ویژه نظام حقوقی روم - مشاهده می‌شود، یا به دلیل طبیعی، فطری و عقلی بودن آن قوانین و یا به دلیل تأثیرپذیری نظام‌های حقوقی پیشین از ادیان گذشته است و نه به دلیل اقتباس حقوق اسلامی از دیگر نظام‌ها. افزون بر آن، منطقاً اقتباس و تأثیرپذیری حقوق اسلامی از دیگر نظام‌های حقوقی - به‌ویژه نظام حقوقی روم، آن‌گونه که برخی ادعا کرده‌اند - ممکن به نظر نمی‌رسد؛ زیرا همان‌طور که بارها گفته شد، نظام حقوقی اسلام، متن دین است، نه برآیند دین و ساخته عالمان دینی، و در زمان پیامبر گرامی اسلام، هنوز ارتباطی میان دولت اسلامی و دیگر دولت‌ها برقرار نشده بود تا نظام حقوقی اسلام تحت تأثیر آنها قرار گیرد.^۱

۱. ر.ک: محمضانی، صبحی، فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، ص ۲۳۸-۲۴۹. برای مطالعه بیشتر ویژگی‌های نظام حقوقی اسلام، ر.ک: دانش‌پژوه، فلسفه حقوق و حقوق‌شناسی عمومی.

۱۲۲ گفتار سوم: نظام حقوق ایران و تحولات تاریخی آن

حقوق ایران، پیشینه‌ای به درازای تاریخ این کشور دارد و طبعاً دوره‌های متعددی را پشت سر گذاشته و تحولات فراوانی را شاهد بوده است. در طبقه‌بندی این دوره‌ها اتفاق نظر وجود ندارد، ولی شاید بتوان آن را در چهار دوره اصلی پیش از اسلام، پس از اسلام تا مشروطه (سال ۱۲۸۵ ش)، از مشروطه تا انقلاب اسلامی و پس از انقلاب اسلامی تقسیم کرد. مطالعه تاریخی این دوره‌ها مجالی دیگر می‌طلبد، ولی اشاره به این نکته ضروری است که تحولات تاریخی حقوق ایران، گاه بیشتر جنبه صوری و شکلی و زمانی بیشتر صبغه ماهوی و محتوایی داشته است. از سوی دیگر، گاه عامل اصلی این تحولات در درون مملکت بوده است، همچون تأسیس سلسله‌های هخامنشی، ساسانی یا قیام کاوه آهنگر و جنبش مزدک پیش از اسلام و تأسیس سلسله صفوی یا انقلاب مشروطه و انقلاب اسلامی پس از اسلام، و گاه ریشه و عامل اصلی را در خارج از مملکت باید جستجو کرد، همچون حمله اسکندر و انقراض هخامنشیان، حمله مسلمانان و سقوط ساسانیان، حمله مغولان و برفاقتادن خوارزمشاهیان یا فشار بیگانگان همچون تحمیل کاپیتولاسیون در پی اشغال ایران از سوی متفقین و امثال آن. در دوران معاصر، حقوق ایران تحت تأثیر نهضت مشروطه و انقلاب اسلامی، تحولاتی را شاهد بوده است. نهضت مشروطه، دو تأثیر آشکار شکلی و ماهوی در نظام حقوقی ایران گذاشت. از نظر شکلی، حقوق ایران از صورت نانوشته و نامدوّن، به صورت نوشته و مدوّن درآمد و قانون (دست‌کم در ادعا) مبنای تنظیم روابط اجتماعی و دادرسی قرار گرفت و از نظر ماهوی، اندک‌اندک حقوقی که آب و رنگ مذهبی داشت، از دین و مذهب فاصله گرفت و به صورت حقوق عرفی ظاهر شد. با وجود تأکید اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت مبنی بر لزوم عدم مخالفت قوانین با احکام اسلام، حرکت به سوی عرفی شدن حقوق و قوانین، با تقویت جناح روشنفکران غرب‌گرا بر جناح مشروطه‌خواهان مشروعه‌گرا، قوّت و شتاب بیشتری گرفت تا آنجا که به بهانه‌های واهی، حتی پسوند «اسلامی» را برای مجلس قانون‌گذاری نپسندیدند و واژه «ملی» را به جای آن نشانیدند و با نام مجلس شورای ملی از آن یاد کردند. چنین مجلسی، اگرچه به دین‌داری تظاهر می‌کرد، ولی قوانینی را تصویب کرد که به کلی با اصول اسلامی مغایرت داشت. برای مثال می‌توان از قانون مجازات عمومی یاد کرد که مبنای حقوق کیفری را به صورتی که در محاکم شرع اجرا می‌شد، دگرگون ساخت. سیر عرفی شدن قوانین و فاصله گرفتن آن از

شرع و حتی تقابل با آن، تا سال ۱۳۵۷ ادامه یافت؛ به گونه‌ای که حتی تاریخ شاهنشاهی در ادارات و مراکز رسمی و دولتی، جانشین تاریخ هجری شد.^۱

با وقوع انقلاب اسلامی و پیروزی آن در بهمن سال، طومار نظام شاهنشاهی در هم پیچیده شد و نظام جمهوری اسلامی ایران با رأی اکثریت قریب به اتفاق ملت ایران در همه‌پرسی فروردین ۱۳۵۸ رسمیت و استقرار یافت و به دنبال این تحول سیاسی، بزرگ‌ترین و مهم‌ترین تحول بنیادین حقوقی نیز پدید آمد. در نظام جدید حقوقی، اگرچه به لحاظ شکلی بر مدون و نوشته بودن حقوق تأکید شد و حرکتی که از آستانه مشروطه آغاز شده بود، ادامه یافت و به همین دلیل در کمترین فرصت ممکن، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در ۲۴ آبان ۱۳۵۸ به وسیله مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (خبرگان قانون اساسی) تهیه و تصویب و پس از تأیید رهبر کبیر انقلاب اسلامی، حضرت امام خمینی (ره) در همه‌پرسی یازدهم و دوازدهم آذر همین سال به تأیید ملت رسید و براساس آن، نهادهای مختلف و از جمله نهاد قانون‌گذار، یعنی مجلس شورای اسلامی شکل گرفت، ولی به لحاظ ماهوی و محتوایی، حرکتی در جهت عکس آنچه از مشروطه آغاز شده بود، شروع گردید و به توضیحی که پیش‌تر گذشت،^۲ با رجعت به مذهب، تقابل و حتی فاصله شرع و عرف، موضوعاً منتفی شد و فقه و قواعد شریعت به عنوان مبنای قانون (منبع مادی) یا دست‌کم معیار مشروعیت آن هنگام وضع قوانین و نیز به عنوان مرجع تفسیر و تشریح قوانین هنگام اجرا و همچنین به عنوان منبع تکمیلی هنگام خلأ قانون، نقش برجسته و ممتازی یافت.

با این توصیف، ناگفته پیداست که مبانی، اهداف و ویژگی‌های نظام حقوق کنونی ایران - تا آنجا که برآیند شریعت و یا سازگار با آن است - همان مبانی، اهداف و ویژگی‌هایی است که در مورد نظام حقوقی اسلام از آن سخن گفته شد و آنجا که به هر دلیل از شریعت فاصله بگیرد، به همان میزان از آن مبانی، اهداف و ویژگی‌ها دور می‌شود. این همانندی در قلمرو آن بخش از قوانین که ترجمان شریعت و تدوین فقه به شمار می‌آید، روشن است ولی آن

۱. برای مطالعه بیشتر تاریخچه حقوق ایران، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۴۳۱-۴۳۵؛ نیز: امین، سید حسن، تاریخ حقوق ایران؛ جعفری لنگرودی، تاریخ حقوق ایران؛ صالح، مباحثی از تاریخ حقوق ایران؛ مرتضی، راوندی، سیر قانون و دادگستری در ایران؛ دامغانی، محمدتقی، قوانین ایران قبل از مشروطیت؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۶۰۳ و ۶۰۴.

۲. ر.ک: همین کتاب، ش ۶۲؛ دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۱، ص ۴۳۱-۴۳۵.

بخش از قوانین نیز که به وسیله مقامات صلاحیت دار وضع می گردند، گرچه از خرد جمعی و تجارب بشری بهره دارند یا اصولاً از قوانین دیگر جوامع اقتباس می شوند، ولی در عین حال و علی القاعده باید بر اساس مبانی فرعی حقوق اسلام - که پیش تر به آنها اشاره شد - استوار باشند و اهداف حقوق اسلامی را دنبال کنند. در بندی از مقدمه قانون اساسی تحت عنوان «شیوه حکومت در اسلام» به این حقیقت اشاره شده است و از جمله تأکید می کند که هدف نهایی حکومت، حرکت به سوی الله است؛ پس باید قانون گذاری بر مدار قرآن و سنت جریان یابد و به همین دلیل، نظارت دقیق و جدی از طرف اسلام شناسان عادل و پرهیزکار و متعهد (فقهای عادل) امری محتوم و ضروری است. در مبحث منابع حقوق ایران، تفصیل و شرح بیشتری در این باره ارائه خواهیم کرد.

● پرسش و خودآزمایی

۱. نظام حقوقی را تعریف کرده و با اشاره به معیار مورد نظر در طبقه بندی نظام های حقوقی، شاخه های اصلی و فرعی نظام های مهم حقوقی را نام ببرید.
۲. وجوه اشتراک نظام های حقوق «سکولار-بشری» را توضیح دهید.
۳. وجوه اشتراک نظام های حقوق «دینی-الهی» را تبیین کنید.
۴. وجوه تفاوت نظام های حقوق «سکولار-بشری» با نظام های حقوق «دینی-الهی» را بنویسید.
۵. مهم ترین ویژگی های نظام حقوق «رومی-ژرمنی» را بنویسید.
۶. مهم ترین ویژگی های نظام حقوق «کامن لا» را بنویسید.
۷. مهم ترین ویژگی های نظام حقوق «سوسیالیستی» را تبیین کنید.
۸. نظام های دینی حقوق «یهود» و «مسیحی-کلیسایی» را به اختصار توضیح داده و تفاوت اصلی و مهم آنها را تبیین کنید.
۹. پنج ویژگی نظام حقوق اسلام را نام برده و سه مورد را توضیح دهید.
۱۰. ویژگی «الهی، دینی و وحیانی» بودن حقوق اسلام را توضیح دهید.
۱۱. ویژگی «واقع نگر، چندبعدی و کامل» بودن حقوق اسلام را دقیقاً تبیین کنید.
۱۲. جلوه های مختلف انسجام و هماهنگی در نظام حقوق اسلام را تبیین کرده و ناهماهنگی های احتمالی را پاسخ دهید.
۱۳. دلایل ثابت بودن نظام حقوق اسلام و انعطاف پذیری آن را تبیین کنید.

۱۴. انعطاف حقوق اسلام در برابر پدیده‌های حقوقی نوپیدا با ثبات این نظام حقوقی، چگونه قابل جمع است؟ تبیین کنید.

۱۵. مقصود از ویژگی «سهولت و سماحت» در حقوق اسلام چیست؟ سه نمونه آن را نام ببرید.

۱۶. ویژگی نظام حقوق اسلام از جهت «ضمانت اجرا» در چیست؟ توضیح دهید.

۱۷. دلایل استقلال نظام حقوقی اسلام را تبیین کنید و ادعای تأثیرپذیری حقوق اسلام از حقوق روم را پاسخ دهید.

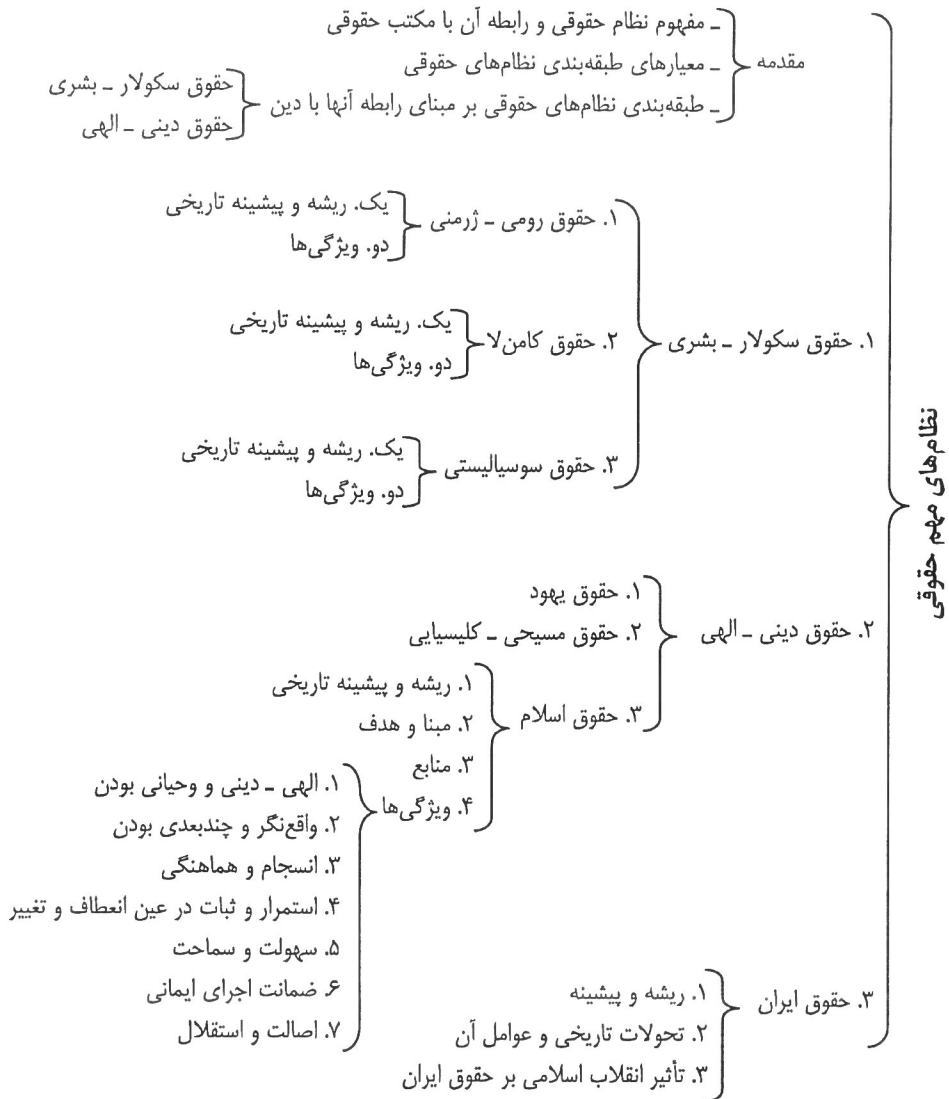
۱۸. دوره‌های چهارگانه تاریخ تحولات حقوق ایران را به ترتیب نام ببرید.

۱۹. تأثیر نهضت مشروطه بر حقوق ایران را به تفصیل بنویسید.

۲۰. تأثیر انقلاب اسلامی ایران بر حقوق ایران را توضیح دهید.

۲۱. نسبت حقوق ایران با حقوق اسلام را از جهت مبانی، اهداف و ویژگی‌ها تبیین کنید.

● چکیده نموداری مباحث



منابع حقوق^۱

هدف از گشودن این فصل آن است که دانشجو:

۱. با مفهوم منبع و رابطه آن با مبانی و اهداف آشنا شود؛
۲. منابع حقوق در نظام‌های حقوقی «سکولار-بشری» را اجمالاً بشناسد؛
۳. اطلاعاتی کلی از منابع حقوق اسلام پیدا کند؛
۴. منابع حقوق ایران را با تفصیل بیشتری مطالعه کند و سلسله‌مراتب، چگونگی شکل‌گیری و جایگاه استناد به هر کدام را توضیح دهد؛

۱۲۳ مقدمه (مفهوم منابع و رابطه آن با مبانی)

بحث از مکاتب حقوقی (مبانی و اهداف حقوق) بحثی نظری و فلسفی است، ولی بحث از منابع حقوق، بحثی عملی و کاربردی به شمار می‌آید؛ چراکه هم مردم (برای تنظیم روابط حقوقی خود) و هم قضات (برای حل و فصل دعاوی) نیازمند شناخت قواعد حقوقی هستند که باید آن را در منابع حقوق جستجو کنند. بر این اساس، مفهوم واژه «منبع» - فارغ از اختلاف دیدگاه‌ها در تبیین و تعریف آن^۲ و نیز با اندکی مسامحه - به خوبی روشن شده، از مفهوم «مبانی» تمیز داده می‌شود. منبع حقوق، یعنی «یافتگاه» قاعده حقوقی؛ جایی است که می‌توان قاعده حقوقی را در آن جستجو کرد و آن را یافت؛ در حالی که مبنای حقوق، بنیادی است که قاعده حقوقی بر آن استوار است و با تکیه بر آن، معتبر، حقانی و الزام‌آور می‌شود.

1. Sources of Law

۲. برای دیدن تعریف‌های گوناگون، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۴-۸؛ نیز دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر حقوق اسلامی، ج ۱، ص ۲۵۴؛ قدرت‌الله واحدی، مقدمه علم حقوق، ص ۱۷۳ و ۱۷۴؛ محمود حیدریان، مبادی علم حقوق، ص ۲۲؛ کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۱۹.

با این همه، این به معنای جدایی منابع از مبانی نیست، بلکه برعکس، تعیین منابع حقوق، دقیقاً به مبانی حقوق وابسته است و هر مکتب حقوقی متناسب با مبانی مورد قبول خود، منابع حقوق را تعیین و سلسله‌مراتب آنها را تبیین و آنها را به اصلی و فرعی تقسیم می‌کند. برای، مثال مکاتب پوزیتیویستی دولت‌گرا، «قانون» ساخته دولت، و مکاتب پوزیتیویستی جامعه‌گرا، «عرف»، و مکاتب دینی، «متون و حیانی» را منبع حقوق یا دست‌کم اصلی‌ترین منبع حقوق می‌دانند.

برخی از نویسندگان با در نظر گرفتن مفهومی گسترده برای اصطلاح «منابع»، آن را به دو دسته منابع مادی (یا موضوعی و واقعی) و منابع رسمی (یا شکلی و ظاهری) تقسیم کرده‌اند.^۱ مقصود از منابع مادی، عواملی است که در تکوین قاعده حقوقی نقش دارد و تا اندازه‌ای مفهوم «مبانی حقوق» را تداعی می‌کند. اما مقصود از منابع رسمی، همان یافتگاه قاعده حقوقی است و همین مفهوم، موضوع بحث حاضر است؛ چراکه پیش‌تر در بحث مبانی حقوق، عملاً از منابع مادی حقوق بحث شده است.

در ادامه، منابع رسمی حقوق، نخست در نظام‌های حقوقی «سکولار-بشری»، سپس در نظام حقوقی اسلام و پس از آن در نظام حقوقی ایران مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۱۲۴ گفتار نخست: در نظام‌های حقوقی «سکولار-بشری»

دو خانواده بزرگ و مهم نظام حقوقی «سکولار-بشری»، یعنی حقوق «رومی-ژرمنی» و حقوق «کامن‌لا»، در عین اشتراک در برخی از منابع حقوق، از یک سو در تعریف هر یک از منابع و از سوی دیگر در شمارش و سلسله‌مراتب آنها اتفاق نظر ندارند^۲ و از سوی سوم، هر کدام منابع ویژه‌ای را نیز معرفی می‌کنند. در نظام حقوق رومی-ژرمنی، منابع حقوق بدین ترتیب شمارش می‌شود: قانون، عرف، رویه قضایی، دکترین (عقاید علمای حقوق) و اصول کلی حقوق. اما در نظام حقوق کامن‌لا، منابع حقوق با این سلسله‌مراتب تعیین می‌گردد: آرای قضایی، قانون، عرف و عادت، دکترین و عقل.^۳ به دلیل همانندی شکلی

۱. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲ و ۳؛ الصده، اصول القانون، ص ۸۳؛ ابواللیل، المدخل الى نظرية القانون و نظرية الحق، ص ۶۷-۶۹؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۷۱؛ وسعد، مبادئ القانون، ص ۲۹ و ۳۰.

۲. برای دیدن دیدگاه‌های گوناگون درباره منابع حقوق ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۹-۱۵؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۱۲-۱۸.

۳. داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص سید حسین صفایی، ص ۱۰۳ و ۲۰۶. در نظام حقوق سوسیالیستی منابع حقوق بدین ترتیب قرار می‌گیرند:

بیشتر نظام حقوقی ایران با حقوق رومی-ژرمنی، بر اساس ترتیب این نظام حقوقی به معرفی کلی منابع حقوق می‌پردازیم و بحث بیشتر از آنها را، به منابع حقوق ایران واگذار می‌کنیم تا در آنجا نگاه خاص ایرانی به هریک از منابع را مطالعه کنیم.

مبحث اول: قانون^۱

۱۲۵ بند یک - مفهوم قانون و ویژگی‌های آن

به گمان نزدیک به یقین، واژه «قانون»، معرب واژهٔ "Kanon" یونانی است که از عربی به فارسی راه یافته است. قانون در لغت به معنای خط‌کش و معیار اندازه‌گیری است که بعداً در مفهوم قاعده و ضابطه به کار رفته است.^۲ اما در اصطلاح حقوق، دو مفهوم خاص و عام دارد. در مفهوم خاص، قانون به آن بخش از قواعد حقوقی اطلاق می‌شود که از سوی قوه مقننه و با تشریفات خاص وضع می‌شود.^۳ در مفهوم عام، قانون هر نوع قاعده حقوقی است که به صورت گزاره‌ای مکتوب به وسیله یک مقام صلاحیت‌دار، اعم از قوه مقننه یا غیر آن، همچون مجلس مؤسسان، هیئت دولت یا هریک از وزیران وضع گردد و ممکن است با عناوین دیگری همچون آیین‌نامه و بخشنامه از آن یاد شود. قانون بدین معنا - که در برابر دیگر انواع قواعد حقوقی قرار می‌گیرد و موضوع بحث حاضر است - از دو وصف یا ویژگی برخوردار است:^۴

الف) وصف ماهوی: قانون همچون دیگر قواعد حقوقی و بیش از آنها، وصف کلیت و شمول دارد. بنابراین، مصوبات خاص نهادهای قانون‌گذار، مثل تعیین نماینده پارلمان برای حضور در مجمع یا کنفرانسی خاص، در واقع قانون نیست، هر چند به این نام خوانده شود.

ب) ویژگی شکلی و صوری: قانون، قاعده‌ای است که به صورت لفظی، مکتوب و رسمی و با تشریفات خاص به وسیله مقام‌هایی معین وضع می‌گردد.

→ قانون، رویه قضایی، عرف و عادت و قواعد مشترک سوسیالیستی و دکترین (داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۲۱۷).

1. Law, Act

۲. ساکت، حقوق‌شناسی، دیپاچه‌ای بر دانش حقوق، ص ۳۲۹؛ واحدی، مقدمه علم حقوق، ص ۱۱۴.

۳. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۲۰؛ جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۹۴.

۴. الصده، اصول القانون، ص ۸۹ و ۹۰؛ سعد، مبادئ القانون، ص ۳۳ و ۳۴.

۱۲۶ بند دو - مزایا و معایب قانون

برای قانون، در مقایسه با دیگر انواع قواعد حقوقی، مزایا و معایبی برشمرده‌اند. مهم‌ترین آن مزایا عبارت است از: ۱. ساخت محکم و دقیق و مفهوم روشن و صریح؛ ۲. سرعت و سهولت امکان آگاهی افراد از آن؛ ۳. سرعت و سهولت در امکان انطباق با وضعیت جدید جامعه و تحولات آن؛ ۴. فراهم ساختن بستر تحول و پیشرفت با اختصاص دستگاهی برای قانون‌گذاری؛ ۵. سازگاری بیشتر با اصول دموکراسی و اراده اجتماعی؛ ۶. وحدت بخشی به نظام حقوقی جامعه و همسان‌سازی آن.

در برابر این امتیازها، دو انتقاد اساسی متوجه قانون شده است: ۱. عدم انطباق همیشگی با تحولات تدریجی جامعه و ایجاد نوعی تحجر، جمود و ایستایی؛ ۲. عدم کفایت قانون برای تنظیم روابط اجتماعی و دادرسی، به‌ویژه در عرصه حقوق خانواده و نیاز به منابع دیگر، همچون عدالت و انصاف و غیره.^۱ اما ناگفته پیداست که این دو نقد، به‌ویژه نقد نخست، کلیت ندارد و بسیاری از اوقات قانون‌گذاران به سرعت و متناسب با تحولات جامعه، قوانین جدیدی را تصویب می‌کنند.

۱۲۷ بند سه - اهمیت قانون

قانون در طول تاریخ خود، از اهمیت و جایگاه یکسانی برخوردار نبوده است؛ چنان که در یک مقطع تاریخی معین نیز - مثلاً در این روزگار - بر حسب نظام‌های گوناگون حقوقی، اهمیت و جایگاه متفاوتی دارد: در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، قانون، نخستین و مهم‌ترین منبع حقوق است و به همین دلیل دادرسان برای یافتن حکم قضیه، باید در درجه نخست به متون قانونی مراجعه کنند و با وجود قانون، حق مراجعه به دیگر منابع حقوق را ندارند و حتی در فرض ابهام و پیچیدگی مفهوم قانون نیز نمی‌توانند به راحتی از قانون صرف نظر کنند و با استناد به دیگر منابع حقوق، حکم صادر نمایند، بلکه باید با تمسک به شیوه‌های تحلیل قوانین و فن استنباط، مراد قانون‌گذار را کشف کند و مبنای حکم قرار دهد. او تنها در صورت سکوت قانون یا ابهام روشن‌ناشدنی آن می‌تواند به ترتیبی که خود قانون مقرر کرده است، به

۱. ر.ک: الصده، اصول القانون، ص ۹۰-۹۳؛ ابواللیل، المدخل الی نظریة القانون و نظریة الحق، ص ۷۲ و ۷۳؛ داوید، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص سید حسین صفایی، ص ۱۰۴؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲۲ و ۳۹-۴۱.

دیگر منابع مراجعه کند. قانون اگرچه در نظام حقوق نوشته، والاترین مقام را دارد، در عین حال بسته به شاخه‌های گوناگون حقوق، اهمیت آن متفاوت است. در حقوق کیفری، بیشترین و مهم‌ترین و تقریباً نقش یگانه را دارد و در حقوق قراردادهای کمترین نقش را ایفا می‌کند؛ چراکه بسیاری از قوانین مربوط به قراردادهای، از نوع قواعد تکمیلی‌اند که می‌توان بر خلاف آنها توافق کرد.

اما در حقوق کامن‌لا، اگرچه همچون گذشته، قانون نقش درجه دوم را دارد، ولی بر خلاف گذشته، هم‌اکنون نقش بیشتر و مهم‌تری یافته است؛ به گونه‌ای که نقش آن کمتر از رویه قضایی نیست. در عین حال، به دلیل ساختار این نظام حقوقی، قانون، هنگامی به طور قطعی پذیرفته می‌شود و جزئی از حقوق به شمار می‌آید که دادگاه‌ها آن را اجرا و تفسیر کنند و البته از سوی دیگر، به تدریج استناد به این تفسیرها، جای استناد به اصل قانون را می‌گیرد و در عمل به آرا صادره از دادگاه‌ها، بیش از قانون استناد می‌شود. در نظام‌های حقوق دینی و به‌ویژه حقوق اسلام، اگر بتوان در یک نگاه شباهت‌یاب متون مکتوب را قانون نامید، بی‌تردید قانون، بیشترین و اصلی‌ترین اهمیت را خواهد داشت. توضیحات بیشتر درباره قانون که چندان جنبه عام ندارد، در مبحث منابع حقوق ایران مورد بحث قرار خواهد گرفت.^۱

مبحث دوم: عرف^۲

۱۲۸ بند یک - مفهوم و تعریف عرف

عرف در لغت به معنای شناخته شده و رفتار یا خصلت نیکو و پسندیده است،^۳ ولی در اصطلاح در چند معنا به کار می‌رود که آخرین آن، مفهوم مورد نظر است: یکی عرف لفظی است و مقصود از آن، معانی متفاهمی است که عموم مردم از واژگان دارند.^۴ دیگری، عرف عملی است که به عنوان منبع حقوق مورد بحث قرار می‌گیرد و خود در دو مفهوم عام و

۱. برای مطالعه بیشتر درباره اهمیت قانون، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۲۲-۲۷؛ نیز: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۱۹، ۳۳-۴۴ و ۴۷۲؛ الصده، اصول القانون، ص ۸۴ و ۹۰؛ دارید، درآمدی بر حقوق تطبیقی و در نظام بزرگ حقوقی معاصر، ص ۱۰۱ و ۲۰۵-۲۲۶.

2. Custom

۳. برای دیدن تعریف‌های لغوی در یک‌جا، ر.ک: سید علی جبار گلباغی، درآمدی بر عرف، ص ۲۱-۲۳.

۴. همان، ص ۱۵۹؛ سید مصطفی محقق داماد، اصول فقه، دفتر اول، ص ۵۰.

خاص به کار گرفته می‌شود. در مفهوم عام، به هر نوع قاعده حقوقی که از منبعی جز قانون ناشی شود، عرف گفته می‌شود. بنابراین، عرف، هر منبعی جز قانون را دربر می‌گیرد و به همین دلیل برخی، آن دسته از نظام‌های حقوقی را که قانون، منبع نخستین آنها نیست، نظام حقوق عرفی می‌نامند؛ گرچه بهتر و صحیح‌تر آن است که آنها را نظام حقوق نانوشته بنامند.^۱ اما مفهوم خاص عرف عملی عبارت است از: «انجام یا ترک مکرر و مستمر کاری در جامعه، به گونه‌ای که مردم بدون هیچ‌گونه الزام قانونی یا قراردادی خود را به انجام یا ترک آن ملزم می‌دانند».^۲

۱۲۹ بند دو - ارکان و عناصر عرف

بر اساس این تعریف، عرف منبع حقوق، از دو عنصر مادی و معنوی ترکیب یافته است: عنصر مادی عرف، فعل یا ترک فعلی است که دارای این ویژگی‌ها باشد: معین بودن، ارادی بودن، تکرار و استمرار، پسندیده بودن، عمومیت و شمول تکرار آن از سوی همه یا اکثریت مردم. عنصر معنوی عرف، اعتقاد به الزامی بودن انجام یا ترک فعل مورد نظر است، به گونه‌ای که متخلف مستحق مجازات باشد. بدین‌گونه، عرف از عادات نیکوی اجتماعی جدا می‌شود؛ چراکه در مورد عادات نیکو، اعتقادی به الزامی بودن آنها و مجازات متخلف وجود ندارد، هر چند ممکن است در عمل مردم به شدت به آن پایبند باشند.^۳

۱۳۰ بند سه - انواع عرف

عرفی که منبع حقوق است، از ابعاد گوناگون تقسیماتی دارد که مهم‌ترین آنها عبارت است از:

الف) عرف آمره و عرف تکمیلی: عرف همچون قانون، به لحاظ قدرت الزام و نفوذ قاعده حقوقی ناشی از آن، به دو دسته تقسیم می‌شود: عرف آمره، عرفی است که بر همگان الزامی است و سرپیچی از آن و توافق بر خلاف آن ممکن نیست؛ مثل عرف

۱. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۴۷۲ و ۴۷۳؛ واحدی، مقدمه علم حقوق، ص ۱۹۱.

۲. برای دیدن تعریف‌های دیگر، رک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۳۰ و ۳۱.

۳. برای مطالعه بیشتر، رک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۴۶-۴۸؛ نیز: جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی

علم حقوق، ص ۵۰ و ۵۱؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۴۷۶-۴۸۰؛ الصده، اصول القانون، ص ۱۴۵ و ۱۴۶؛ فرج،

الاصول العامة للقانون، ص ۱۰۵ و ۱۰۶.

جاری در ایران در مورد استفاده فرزندان از نام خانوادگی پدر. اما عرف تکمیلی آن است که توافق برخلاف آن ممکن است و تنها در صورتی الزام آور است که چنین توافقی وجود نداشته باشد؛ مثل لزوم انتقال توابع عرفی مبیع به مشتری، در صورتی که برخلاف آن توافق نکرده باشند.

ب) عرف عام و عرف خاص: عرف به لحاظ قلمرو شمول، به عرف عام و خاص تقسیم می‌شود. با توجه به نسبی بودن مفهوم واژگان عام و خاص، به‌طور دقیق نمی‌توان عرف عام و عرف خاص را تعریف کرد. عرف عام، عرفی است که دایره شمول آن از عرف خاص بزرگ‌تر و وسیع‌تر است. مهم‌ترین مصداق عرف عام، عرف جهانی، عرف کشوری و عرف دینی (فارغ از مرزهای جغرافیایی کشورها) است و مهم‌ترین مصداق عرف خاص، عرف‌های منطقه‌ای (محله‌ای، روستایی، شهری و استانی)، عرف‌های قومی و قبیله‌ای و عرف‌های دینی و مذهبی در درون یک کشور است.

۱۳۱۰ بند چهار - اهمیت، جایگاه و نقش عرف

عرف به عنوان منبع حقوق، بسته به نظام حقوقی، از اهمیت و جایگاهی متفاوت برخوردار است. اگرچه اطلاق حقوق «عرفی» به نظام حقوقی «کامن‌لا»،^۱ چه‌بسا در نگاه نخست ممکن است موجب پیدایش این توهم شود که عرف در این نظام حقوقی در مقایسه با نظام حقوقی رومی-ژرمنی از اهمیت بیشتر و جایگاهی والاتر بهره‌مند است، ولی همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، چنین نیست؛ زیرا در سلسله‌مراتب منابع حقوق، عرف در نظام حقوقی رومی-ژرمنی در مرتبه دوم قرار دارد؛ در حالی که در نظام حقوق کامن‌لا در مرتبه سوم قرار می‌گیرد.^۲ در حقوق اسلام، عرف، تحت عنوان سیره، به عنوان یکی از منابع فرعی سنت مورد بحث قرار می‌گیرد و با شرایطی خاص، ممکن است منبع فقه و حقوق اسلام به شمار آید. از سوی دیگر، نقش عرف بسته به موضوع و ماهیت حقوق نیز متفاوت است. در حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق خصوصی، به‌ویژه حقوق قراردادهای ناشی فراوان‌تر و مؤثرتر دارد تا حقوق داخلی و حقوق عمومی و به‌ویژه حقوق کیفری.^۳

۱. رک: ساکت، حقوق‌شناسی، دیپاچه‌ای بر دانش حقوق، ص ۳۵۱؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۴۷۳.

۲. داوید، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص سید حسین صفایی، ص ۲۲۶ و ۲۲۷.

۳. رک: ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۱۰۳؛ سلجوقی، حقوق بین‌المللی خصوصی، ج ۱، ص ۱۰۶؛ نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۲۴؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۵۰۶؛ الصده، اصول القانون، ص ۱۶۶.

۱۳۲ بند پنج - شرایط اعتبار عرف

برای اعتبار عرف، شرایطی ذکر شده است که مهم‌ترین آنها را که مورد قبول همگان است، برمی‌شماریم:

الف) عدم مخالفت عرف با قانون بالاتر یا قانون آمره هم‌تراز، به شرحی که در مبحث عرف در حقوق ایران خواهد آمد.

ب) عدم مخالفت عرف با نظم عمومی و اخلاق حسنه، که منطقاً این شرط بیشتر در مورد عرف‌های خاص مطرح است؛ چراکه مخالفت عرف عام با اخلاق حسنه جامعه، مصداق خارجی ندارد.^۱

مبحث سوم: رویه قضایی^۲

۱۳۳ بند یک - مفهوم و تعریف

واقعیت این است که رویه قضایی در نظام‌های گوناگون حقوقی از ماهیتی کاملاً یکسان و همانند برخوردار نیست و به همین دلیل، با عناوین دیگری همچون آرای وحدت رویه، آرای محاکم، قاعده سابقه و اجتهاد قاضی نیز از آن یاد می‌شود. بنابراین، ارائه تعریف جامعی از آن بسیار دشوار است. با اندکی مسامحه و فارغ از اختلاف دیدگاه‌ها و در مفهومی وسیع، شاید بتوان آن را چنین تعریف کرد:

رویه قضایی، عبارت است از مجموع احکام و آرای همانند در دعاوی متعدد و مشابه که از یک روح و مبدأ مشترک بین آنها - بسان یک قاعده حقوقی - حکایت می‌کند و نیز آرای نوعی دیوان عالی کشور که به منظور ایجاد وحدت رویه صادر می‌گردد.^۳

۱۳۴ بند دو - اهمیت، جایگاه و نقش

رویه قضایی، در نظام‌های حقوقی کامن‌لا، در مقایسه با نظام‌های حقوق رومی-ژرمنی از اهمیت و جایگاهی بسیار بالاتر برخوردار است؛ به گونه‌ای که برخی از حقوق‌دانان، نظام

۱. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۴۸۹-۴۹۱؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۲۰۰ و ۲۰۱؛ نیز برای مطالعه بیشتر مباحث مربوط به عرف، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۶۸-۶۸.

2. Jurisprudence

۳. برای دیدن دیگر تعریف‌ها، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۶۸-۷۰.

حقوقی کامن‌لا را «حقوق مبتنی بر آرای قضایی» یا «حقوق ساخته آرای قضایی» نیز نامیده‌اند.^۱ این مسئله، از آن‌روست که در نظام حقوقی کامن‌لا، رویه قضایی، نخستین و مهم‌ترین منبع رسمی حقوق و سازنده قواعد حقوقی است، ولی در نظام حقوق رومی-ژرمنی، رویه قضایی، بیشتر منبع تفسیر قانون و عرف است و آنجا هم که منبع رسمی حقوق به شمار می‌آید، به عنوان منبع تکمیلی شمرده می‌شود و در سلسله‌مراتب منابع، در رتبه سوم، پس از قانون و عرف قرار می‌گیرد. پیدایش و گسترش مجموعه‌ها و فهرست‌های رویه قضایی در کشورهایی که دارای نظام حقوق رومی-ژرمنی‌اند، نشانه آن است که رویه قضایی در این کشورها نیز منبع رسمی به شمار می‌آید و از اهمیت روزافزونی برخوردار است.^۲

در نظام حقوقی ایران نیز که از نظر شکلی به حقوق رومی-ژرمنی بیشتر شباهت دارد، رویه قضایی مصادیق گوناگونی دارد که بسته به مورد، گاه به عنوان منبع تفسیری و زمانی به عنوان منبع رسمی – به شرحی که خواهد آمد – نقش ایفا می‌کند. اما در حقوق اسلام رویه قضایی منبع فقه و حقوق به شمار نمی‌آید، مگر آنکه به گونه‌ای به سیره یا اجماع بازگردد.

۱۳۵ بند سه - تفاوت‌های مهم قانون و رویه قضایی

در پایان این مطلب، اشاره به تفاوت‌های قاعده‌های حقوقی ناشی از قانون، با قواعد حقوقی ناشی از رویه قضایی، در نظام‌های حقوق رومی-ژرمنی سودمند به نظر می‌رسد:

۱. قانون، تعیین‌کننده چارچوب حرکت حقوقی است، ولی رویه قضایی، صرفاً حرکت در این چارچوب است.
۲. قلمرو قانون معمولاً گسترده و قلمرو رویه قضایی، معمولاً محدود است.
۳. قانون از اعتبار و استواری بیشتری برخوردار است؛ در حالی که رویه قضایی به نسبت ضعیف و شکننده است. بحث از چرایی و چگونگی پیدایش رویه قضایی و دلیل اعتبار آن، از جمله مباحث مهمی است که در این مختصر مجال پرداختن به آن نیست.^۳

۱. داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۳۶۱، ۳۷۲ و ۳۷۳.

۲. رک: همو، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص سید حسین صفایی،

ص ۱۱۵، ۱۲۶، ۱۲۷ و ۱۳۴-۱۳۶. ۳. همان، ص ۱۲۸ و ۱۲۹.

۱۳۶ مبحث چهارم: دکترین^۱ و اصول کلی حقوقی^۲ (اندیشه‌های حقوقی)

اندیشه‌ها و نظریه‌های «علمی-حقوقی» بسته به اینکه درباره یک رابطه اجتماعی خاص و قاعده حقوقی مربوط به آن باشد یا روابط و قواعد متعددی را دربرگیرد، به ترتیب دکترین یا اصول کلی حقوقی نامیده می‌شود که اکنون به تفکیک و اختصار به آن می‌پردازیم.

۱۳۷ بند یک - مفاهیم و تعاریف

مقصود از دکترین، نظریه «علمی-حقوقی» تعداد قابل توجهی از عالمان حقوق است که دربردارنده قاعده‌ای حقوقی - هر چند پیشنهادی - درباره موضوعی مشخص باشد.^۳ قاعده‌ای که به جای آنکه در متون قانونی انعکاس یافته یا از عرف یا رویه قضایی قابل استنتاج باشد، به صورت دیدگاهی واحد و مشترک در درس‌ها، سخنرانی‌ها، اظهار نظرها و نوشته‌های علمی اساتید حقوق، قضات، وکلا، سردفتران، مشاوران حقوقی و دیگر صاحب نظران حقوق، به گونه اجتهادی و بدون هیچ گونه تبانی یا اقتباس تقلیدی منعکس شده است؛ اعم از آنکه این نظریه‌ها درباره تبیین و تفسیر قواعد حقوقی موجود یا دربردارنده پیشنهاد قاعده حقوقی جدیدی باشد.

اگر این نظریه‌های «علمی-حقوقی» به جای آنکه درباره موضوعی معین و مشخص باشد، موضوعات متعدد و متجانسی را دربرگیرد، به گونه‌ای که چندین قاعده حقوقی را شامل شود، اصول کلی حقوقی نام می‌گیرد. مثل اصل لا ضرر، اصل صحت، اصل عدم تأثیر قوانین در گذشته، اصل حاکمیت اراده و اصل لزوم قراردادها.^۴ بر این اساس، دکترین و اصول کلی حقوقی - از منظر بحث حاضر - هر دو از آن نظر که جنبه نظری و علمی دارند، مشترک‌اند و تفاوت آنها در محدودیت یا گسترده‌گی موضوع نظریه‌هاست.

۱۳۸ بند دو - اهمیت، جایگاه و نقش

دکترین به مفهوم عام آن، شامل رویه قضایی، یعنی اندیشه‌های حقوقی مقامات رسمی (قضات) نیز می‌شود، ولی به مفهوم خاص آن، به نظریه‌های علمی دیگر اندیشمندان

1. Doctrine

2. General Principles of Law

۳. تعریف متن، استنتاجی است از چند تعریف درباره دکترین. برای دیدن تعریف‌ها، ر.ک: سعد، مبادی القانون، ص ۶۰؛ الصده، اصول القانون، ص ۱۷۸؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۶۰۳ و ۶۰۴.

۴. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۶۲۸.

حقوقی محدود بوده، همین مفهوم خاص و محدود موضوع بحث است. بدون تردید، دکترین در ایجاد قاعده حقوقی، سهم فراوانی دارد. از یک طرف، نظریه‌های عالمان حقوق، اندیشه قانون‌گذاران را تحت تأثیر قرار می‌دهد و افزون بر آن، بسیاری از لوایح و طرح‌های قانونی به وسیله عالمان حقوق، تهیه و تدوین می‌شود و از سوی دیگر، اندیشه قضات و تحلیل‌های «علمی-قضایی» آنان از دکترین تأثیر می‌پذیرد و عملاً بسیاری از رویه‌های قضایی، براساس دکترین شکل می‌گیرد و بدین ترتیب، دکترین یکی از منابع غیرمستقیم و مادی حقوق است. اما در اینجا همه بحث در این است که: آیا قاعده حقوقی برآمده از نظریه عالمان حقوق، مستقیماً نیز قابلیت استناد دارد و از منابع رسمی حقوق - هر چند فرعی و تکمیلی - به شمار می‌آید؟ مکاتب حقوقی با توجه به دیدگاه‌های متفاوتی که درباره مبنای حقوق دارند، منطقی پاسخ‌های گوناگونی برای این پرسش دارند که مجال پرداختن به آنها نیست. به نظر می‌رسد فارغ از مباحث نظری و تنها از لحاظ عملی، حق با کسانی است که دکترین را به عنوان منبع رسمی حقوق نمی‌پذیرند؛ زیرا نظر عالمان حقوق را تنها در صورتی می‌توان از منابع حقوق برشمرد که قواعد ناشی از آن، برای اشخاص و دادگاه‌ها ایجاد الزام کند و مانند قانون بر آنها تحمیل شود، در حالی که معمولاً چنین نیست. پس دکترین را به عنوان منبع مادی و نیز منبع تفسیری می‌توان پذیرفت، نه به عنوان منبع رسمی.^۱

اصول کلی حقوقی نیز بی‌تردید منبع مادی بسیاری از قواعد حقوقی هستند، ولی همچون دکترین منبع رسمی حقوق به شمار نمی‌آیند، جز آنکه باید توجه داشت در حقوق داخلی، گاه اصول کلی حقوقی در قانون، عرف یا رویه قضایی انعکاس یافته است. بدیهی است در این صورت، به عنوان قانون، عرف یا رویه قضایی مورد استناد قرار می‌گیرند و منبع رسمی حقوق شمرده می‌شوند، نه به عنوان اصول کلی حقوقی.^۲

اما در حقوق بین‌الملل، در پاره‌ای از موارد به منبع رسمی بودن آن تصریح شده است. برای نمونه، در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌الملل، منابع رأی بدین ترتیب شمارش شده است: ۱. عهدنامه؛ ۲. عرف؛ ۳. اصول کلی حقوقی پذیرفته شده در ملت‌های متمدن. پس در مجموع، دکترین به معنای خاص و اصول کلی

۱. رک: همان، ج ۲، ص ۶۰۳ و ۶۰۴؛ جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۷۴-۶۲؛ واحدی، مقدمه علم حقوق، ص ۲۰۹؛ سعد، مبادی القانون، ص ۶۱؛ الصده، اصول القانون، ص ۱۷۸.

۲. رک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۶۳۶-۶۵۰.

حقوقی را می‌توان از منابع تفسیری و منابع مادی حقوق برشمرده، ولی نمی‌توان آنها را جز در حقوق بین‌الملل در شمار منابع رسمی حقوق قرار داد. اگر بتوان در نگاهی شباهت‌یاب، دکترین را با «اجماع» و اصول کلی حقوقی را با «قواعد فقهیه»، مقایسه کرد، علی‌القاعده در حقوق اسلامی - به شرحی که خواهد آمد - منبع رسمی حقوق خواهند بود؛ همان‌طور که در حقوق کنونی ایران، به موجب اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، دست‌کم بخشی از اندیشه‌های حقوقی تحت عنوان «فتاوی معتبر»، از نقشی بنیادی‌تر تا حد منبع رسمی تکمیلی برخوردارند که در بحث حقوق ایران به آن خواهیم پرداخت. افزون بر آنکه هنگام وضع قوانین نیز هادی قانون‌گذار بوده، منبع مادی حقوق نیز به شمار می‌آیند.

گفتار دوم: منابع حقوق اسلام

۱۳۹ مقدمه

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، منابع حقوق، ارتباط وثیقی با مبانی حقوق دارد و از آنجا که مبنای اصیل حقوق اسلامی در احکام اولیه و ثابت آن، «اراده حکیمانه الهی» است، ناگزیر منابع حقوق اسلام نیز عبارت خواهد بود از جایگاه‌هایی که بتوان اراده الهی را در آن جستجو کرد و بدان دست یافت. این منابع به لحاظ نوع کاشفیت از اراده الهی، به دو دسته منابع اصلی و فرعی قابل تقسیم‌اند. منابع اصلی، منابعی هستند که با مراجعه به آنها، اراده الهی به‌طور مستقیم کشف می‌شود، ولی منابع فرعی، منابعی هستند که به‌طور غیرمستقیم و با رجوع به یکی از منابع اصلی، کاشف از اراده الهی می‌باشند. در مورد احکام حکومتی و متغیر که انسان در چارچوب اذن الهی واضع قانون است، منابع دیگری وجود دارد که می‌توان آنها را «منابع تتمیمی» نامید. درباره چیستی، اعتبار و تعداد این منابع، اتفاق نظر کاملی وجود ندارد،^۱ ولی براساس دیدگاه معروف شیعی می‌توان آنها را این‌چنین طبقه‌بندی و مطالعه کرد: منابع اصلی (قرآن، سنت و عقل)، منابع فرعی (اجماع، شهرت، سیره و قیاس) و منابع تتمیمی (احکام حکومتی و معاهدات). در این میان، در منبع بودن قرآن و سنت، اختلافی نیست، ولی در مورد منبع بودن دیگر منابع، اختلاف نظر وجود دارد.

۱. برای دیدن دیدگاه‌ها و دسته‌بندی‌های گوناگونی، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۹۷-۹۹.

مبحث اول: منابع اصلی

۱۴۰ بند یک - قرآن کریم

قرآن که نخستین، مهم‌ترین و اصلی‌ترین منبع حقوق اسلامی به شمار می‌آید، متن سخنان اعجاز‌آمیز الهی است که پیامبر گرامی اسلام ﷺ آن را از راه وحی دریافت و به مردم ابلاغ کرده و به همین دلیل، «کلام الله» نیز نامیده شده است. معجزه بودن کلام الله، سبب گردیده که این کتاب آسمانی - برخلاف کتاب‌های پیشین - به اعتراف همه قرآن‌پژوهان مسلمان و غیر مسلمان، از تحریف و دگرگونی مصون باشد و بدون هیچ‌گونه تردید، اطمینان داشت قرآنی که هم‌اکنون موجود است، دقیقاً همان متن وحیانی است که بر رسول خدا ﷺ نازل شده و در صدر اسلام به عنوان قرآن جمع‌آوری و ثبت گردیده است. مطالب آمده در قرآن، مشتمل بر عقاید، اخلاق، تاریخ، شرایع و قوانین و غیره است. موضوع شرایع و قوانین متنوع است و شامل عبادات (همچون نماز، روزه، حج و...)، امور حقوقی (همچون بیع، نکاح، طلاق، ارشاد و...) و امور سیاسی و اجتماعی (همچون حکومت و ولایت، جهاد، جنگ و صلح، قضا و دادرسی، شهادت و...) می‌شود. بدیهی است آن بخش از آیات قرآن کریم که به مسائل حقوقی پرداخته و به‌طور مستقیم بیانگر اراده تشریعی و حکیمانه الهی است، بی‌نیاز از هرگونه دلیل و استدلالی، منبع اصیل حقوق اسلام به شمار می‌آید. از همین روی، فقیهان، از دیرباز با استخراج و دسته‌بندی آیات فقهی و حقوقی، کتاب‌هایی را با عنوان آیات الاحکام پدید آورده و به شرح و تفسیر آیات مورد نظر پرداخته‌اند که از مهم‌ترین آنها می‌توان از کثر العرفان فاضل مقداد، فقه القرآن قطب راوندی، زبدة البیان محقق اردبیلی، الجامع الاحکام القرآن قرطبی و احکام القرآن جصاص یاد کرد.

البته باید توجه داشت هر چند مراجعه به قرآن، از آن نظر که در دسترس همگان است، کار آسانی است، ولی استناد به قرآن و استنباط از آن کار آسانی نیست، بلکه تنها از کسانی ساخته است که با قرآن مأنوس و با تفسیر آن آشنا باشند و عام و خاص، مطلق و مقید، ناسخ و منسوخ و دیگر ظرافت‌های قرآنی را به خوبی بشناسند.^۱

۱۴۱ بند دو - سنت

پس از قرآن کریم و به استناد آن، سنت، دومین منبع اصلی فقه و حقوق اسلامی است. مقصود از سنت «آن بخش از قول، فعل و تقریر معصوم است که دربردارنده حکم شرعی باشد»؛ یعنی

۱. برای مطالعه بیشتر درباره نخستین منبع حقوق اسلامی، ر.ک: همان، ص ۹۹-۱۰۹.

درباره احکام شرعی، هر آنچه معصوم بیان کند یا انجام دهد یا دیگری در حضور او سخنی بگوید و یا کاری کند و او به گونه‌ای آن سخن یا کار را تأیید نماید، همچون قرآن، منبع فقه و حقوق اسلام و کاشف از اراده الهی است. در مورد قلمرو سنت بر اساس اختلاف نظری که درباره کیستی معصوم وجود دارد، دو دیدگاه وسیع و محدود وجود دارد. از دیدگاه شیعه، نه تنها سنت پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله، که سنت امامان علیهم السلام نیز منبع فقه و حقوق اسلام است؛ چون آنها هم، همچون پیامبر صلی الله علیه و آله معصوم‌اند، ولی دیگر مسلمانان فقط سنت پیامبر صلی الله علیه و آله را منبع می‌دانند؛ زیرا تنها عصمت او را باور دارند. منبع بودن سنت - برخلاف قرآن کریم - بدیهی نیست و نیازمند دلیل است. آیات فراوانی از قرآن کریم که مسلمانان را به اطاعت از پیامبر صلی الله علیه و آله موظف می‌کند^۱ یا دستور می‌دهد که آن حضرت را الگوی عملی خود قرار دهند،^۲ بهترین دلیل اعتبار سنت نبوی است پس آنگاه - صرف نظر از برخی آیات قرآن^۳ - سخنان و دستورهای مؤکد و مکرر پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله مبنی بر لزوم اطاعت و دین‌آموزی از اهل بیت - که حدیث معروف ثقلین^۴ نمونه‌ای از آنهاست - بهترین گواه اعتبار سنت امامان علیهم السلام و منبع بودن آن است.

به هر حال در اصل منبع بودن سنت، بحثی نیست؛ همه بحث در اثبات سنت و راه‌های دستیابی به آن است. برای دستیابی به سنت، چند راه اصلی (خبر) و فرعی (اجماع، شهرت و سیره) وجود دارد که در روزگار ما، بهترین راه دستیابی به سنت از راه خبر، مراجعه به کتاب‌های روایی و مجموعه‌های حدیثی است که اقوال، افعال و تقریرات معصومان علیهم السلام را گردآوری و گزارش کرده‌اند. اما هر آنچه در این کتاب‌ها نقل شده باشد، لزوماً بیان‌کننده سنت نیست، بلکه با معیارهایی که در علوم گوناگون، از جمله علم رجال و درایه آمده است، باید به درستی و صدق گزارش و صحت متن و مقصود معصوم علیه السلام اطمینان حاصل کرد تا در پرتو آن بتوان از راه خبر به اثبات سنت پرداخت. مهم‌ترین مجموعه‌های حدیثی اهل سنت

۱. «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (نساء، ۵۹) و «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (حشر، ۷).

۲. «لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ» (احزاب، ۲۱).

۳. همچون: نساء، ۵۹.

۴. «انی تارک فیکم الثقلین کتاب الله و عترتی - اهل بیتی - ما ان تمسکتکم بهما، لن تضلّوا، و لن یفترقا حتی یردا علی الحوض». این حدیث متواتر با اندک تفاوتی در تعبیر - اما با مضمونی واحد - در منابع روایی اهل سنت نیز آمده است. رک: کتاب الله و اهل البیت فی حدیث الثقلین من الصحاح و المسانید من مصادر اهل السنة فراهم شده به وسیله: لجنة التحقيق فی مسئله الامامة، مدرسة الامام باقر العلوم علیه السلام.

که نزد آنان اعتبار فراوانی دارد و به همین دلیل به «صحاح سته» شهرت یافته، عبارت است از: صحیح بخاری، صحیح مسلم، سنن ابن ماجه، سنن ابن داوود، سنن (جامع کبیر) ترمذی و سنن نسائی. اما مهم ترین مجموعه های نخستین شیعی که به کتب اربعه معروف اند، عبارت است از: الکافی از محمد بن یعقوب کلینی، من لا یحضره الفقیه از شیخ صدوق، تهذیب الاحکام و الاستبصار از شیخ طوسی. البته مهم ترین مجموعه های کنونی، که صرفاً به گردآوری احادیث فقهی و حقوقی بسنده کرده اند، یکی وسائل الشیعه نوشته شیخ حر عاملی است و دیگری جامع الاحادیث که به امر آیت الله بروجردی و تحت اشراف ایشان تألیف یافته است.^۱

۱۳۲ بند سه - عقل

عقل در قلمرو فقه و حقوق، دو نوع دستور دارد. گاه مستقلاً و فارغ از شریعت فرمان می دهد؛ مثلاً با فرمان دادن به امانتداری و وفای به عهد، آنها را واجب می شمرد. به این دستورات، در اصطلاح «مستقلات عقلیه» می گویند. گاهی هم به کمک حکم شرع دستوری صادر می کند؛ مثلاً انجام مقدمات کاری را که شرعاً واجب است، واجب می داند، مثل اینکه برای رفتن به حج، گرفتن گذرنامه لازم است. به این دسته از دستورات عقلی، «ملازمات عقلیه» یا «غیر مستقلات عقلیه» می گویند.

بحث در این است که: آیا در جایی که قرآن و سنت ساکت باشند، ولی عقل به طور مستقل یا غیر مستقل دستور و فرمانی داشته باشد، می توان دستور عقل را دستور شرع دانست؟ در پاسخ به این پرسش، برخی به افراط، هرگونه حکم عقلی - حتی قیاس ظنی - را که بعداً در شمار منابع فرعی عقل بدان اشاره خواهیم کرد، منبع فقه و حقوق اسلام می دانند و برخی دیگر، به تفریط، هیچ گونه ارزش شرعی و کاشفیتی برای احکام عقلی قائل نیستند. گروه سومی (اصولیان شیعی) نیز احکام عقلی را با شرایطی که در کتاب های اصولی آمده و به تبیینی که بدان اشاره می کنیم، حجت و منبع فقه و حقوق اسلام می دانند و معتقدند «کل ما حکم به العقل، حکم به الشرع». خلاصه تبیین و استدلال این گروه برای حجیت عقل و منبع بودن آن چنین است: همان طور که در مبحث «مکتب حقوقی اسلام» گذشت، احکام الهی گزاف و بی حکمت نبوده، تابع مصالح و مفاسد است. خداوند متعال به انجام آنچه دارای

۱. برای مطالعه بیشتر درباره دومین منبع حقوق اسلام، ر.ک: دانش پژوه، حقوق شناسی عمومی، ج ۲، ص ۱۰۹-۱۱۷.

مصلحت است، فرمان دهد و از انجام آنچه دارای مفسده است، نهی کند. حال در موردی که کتاب و سنت ساکت است، اگر عقل به گونه‌ای قطعی به وجود مصلحت یا مفسده کاری پی برد و به فعل یا ترک آن فرمان دهد، کشف می‌شود که خداوند علیم و حکیم نیز با این دستور موافق است و بنابراین، حکم عقلی، کاشف از حکم شرعی خواهد بود. در اینجا به جای آنکه قرآن و سنت کاشف از اراده تشریعی الهی باشد، عقل چنین نقشی را به عهده گرفته است. به عبارت دیگر، حقیقت حکم شرعی عبارت است از اراده تشریعی و حکیمانه الهی که گاه منبع نقل (قرآن و سنت) از آن حکایت می‌کند و گاه منبع عقل.^۱

۱۶۳ مبحث دوم: منابع فرعی

از آنجا که قرآن کریم در دسترس همه مسلمانان است و همه واجدان شرایط اجتهاد و استنباط می‌توانند با مراجعه مستقیم به آن حکم الهی را دریافت کنند، منطقاً جایی برای وجود منبعی فرعی که مجتهد را به قرآن برساند باقی نمی‌ماند. بنابراین، منابع فرعی، یا منابعی هستند که به سنت باز می‌گردند (اجماع، شهرت و سیره)؛ چراکه ممکن است سنت از راه خبر و مجموعه‌های حدیثی اثبات نشده باشد، و یا منابعی هستند که به گونه‌ای به عقل بازگشت می‌کنند (قیاس، استحسان، مصالح مرسله و سدّ زرایع) که به ذکر مهم‌ترین آنها بسنده می‌کنیم.

۱۶۴ بند یک - اجماع

اجماع در لغت به معنای وحدت نظر ارادی و آگاهانه است، ولی درباره مفهوم اصطلاحی آن به عنوان منبع فقه و حقوق اسلام و همچنین درباره کیستی اجماع‌کنندگان و تعداد آنها و نیز اصل و چگونگی اعتبار و حجیت آن و سرانجام اصلی یا فرعی بودن منبع اجماع و در نتیجه تعریف آن، دیدگاه واحدی وجود ندارد. بیشتر فقیهان اهل سنت پس از قرآن و سنت، اجماع را سومین منبع اصلی فقه می‌دانند که خود مستقیماً بیانگر اراده الهی است، ولی در کمّ و کیف اجماع‌کنندگان اختلاف نظر دارند. از نگاه فقیهان شیعی، اجماع به خودی خود اعتبار و حجیت ندارد و تنها در صورتی معتبر است که کاشف از رأی و نظر معصوم علیه السلام باشد؛ یعنی

۱. برای مطالعه بیشتر درباره منبع عقل، ر.ک: همان، ص ۱۱۸-۱۲۸.

به منبع سنت متصل شود. بدین ترتیب، تأکید بر عنصر کاشفیت، فارق جوهری اجماع شیعی و سنی قرار گرفته و براساس آن، اجماع به عنوان نخستین و مهم‌ترین منبع فرعی فقه و حقوق اسلام این‌گونه تعریف می‌شود:

اتفاق نظر همه یا تعداد قابل توجهی از فقیهان بر حکمی شرعی، در جایی که دلیلی از کتاب، سنت و عقل وجود نداشته باشد؛ به گونه‌ای که این اتفاق نظر کاشف از رأی و نظر معصوم علیه السلام باشد.

بنابراین، برای تحقق اجماع، دو شرط اساسی وجود دارد: اول) فقدان حکم در منابع اصلی، یعنی قرآن، سنت و عقل. پس وحدت نظرهای متکی و مستند به قرآن، سنت و عقل، اگرچه اجماع لغوی است، اجماع اصطلاحی و منبع فرعی فقه و حقوق اسلامی شمرده نمی‌شود. دوم) کاشفیت از رأی و نظر معصوم. پس اتفاق نظر غیرکاشف، حتی اگر از بیشترین تعداد فقیهان نام‌آور هم باشد، منبع فقه و حقوق اسلام نخواهد بود.^۱

۱۶۵ بند دو - شهرت

شهرت انواع گوناگونی دارد و درباره حجیت و منبع بودن آن اختلاف نظر دیده می‌شود. اما به هر حال آنان که شهرت را منبع فقه می‌دانند، مقصودشان «شهرت فتوایی» است و آن عبارت از این است که: «بیشتر فقیهان در مورد مسئله‌ای خاص، بدون استناد به دلیلی معین، به گونه‌ای همانند و یکسان فتوا دهند؛ خواه موافق با آن فتوا، دلیلی وجود داشته باشد یا نداشته باشد». بنابراین، شهرت، دلیلی همچون اجماع و البته در درجه‌ای پایین‌تر از آن است و در نتیجه همچون اجماع، تنها در صورتی حجیت دارد و منبع فقه به شمار می‌آید که به گونه‌ای اطمینان‌بخش کاشف از رأی و نظر معصوم علیه السلام باشد.^۲

۱۶۶ بند سه - سیره (عرف و عادت)

مقصود از سیره، تقریباً همان عرف در ادبیات حقوقی است؛ یعنی «استمرار بنای عملی مردم بر انجام یا ترک یک رفتار یا سلوک خاص». سیره بدین معنا خود دو گونه است: یکی سیره خاص یا سیره متشرعه و مقصود از آن، سیره‌ای است که صرفاً در جامعه اسلامی و در میان افراد متشرع و دین‌مدار رایج است؛ مثل جشن گرفتن عید قربان و غدیر، و دیگر سیره عام یا

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: همان، ص ۱۲۹-۱۳۸. ۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک: همان، ص ۱۳۸-۱۴۰.

سیره خردمندان و مقصود از آن، سیره‌ای است که در میان خردمندان، صرف نظر از ویژگی‌های زمانی، مکانی، نژادی، قومی و مذهبی رایج است؛ مثل اعتماد بر اخبار راستگویان. درباره حجت و منبع بودن هریک از دو نوع سیره، بحث و اختلاف نظر وجود دارد. اما به هر حال طرفداران حجیت سیره متشرعه، در صورتی آن را منبع فقه می‌دانند که آن سیره، در سیر تاریخی خود به زمان معصوم بازگردد و با امکان منع و رد، معصوم به آن اعتراض نکرده باشد؛ یعنی در حقیقت سیره به سنت تقریری متصل می‌شود و بدین گونه به عنوان منبع فرعی سنت به شمار می‌آید. اما در مورد سیره خردمندان، بحث بیشتری وجود دارد و اگر به گونه‌ای قابل بازگشت به سنت یا عقل باشد، به عنوان منبع فرعی سنت یا عقل، معتبر خواهد بود.^۱

۱۳۷ بند چهار - قیاس

قیاس در لغت به معنای مقایسه کردن است و در مفهوم اصطلاحی عام آن، عبارت از آن است: «که در مقایسه دو موضوع با یکدیگر و دریافت مشابهت و اشتراک بین آنها، حکم آمده در یک موضوع، به موضوع دیگر که حکم آن مسکوت است، سرایت و تعمیم داده شود». موضوعی را که حکم آن وجود دارد «اصل»، موضوعی را که حکم آن مسکوت است «فرع»، و وجه مشابهت و اشتراک را «علت» یا «جامع» می‌نامند. مثلاً در مقایسه مشروبات الکلی جدیدی که به حکم آن تصریح نشده است با «خمر» که به حرمت نوشیدن آن تصریح شده است و دریافت مشابهت و اشتراک آنها در «مستی آور» بودن، حکم حرمت خمر، به این مشروبات جدید نیز سرایت داده شده و آنها نیز حرام دانسته می‌شود. بدین ترتیب، می‌توان قیاس را از آن نظر که نتیجه نوعی فعالیت ذهنی و عقلی است، از منابع فرعی عقل برشمرد؛ هر چند از آن نظر که حکم مذکور در قرآن و سنت را تعمیم می‌دهد، می‌توان آن را منبع فرعی کتاب و سنت نیز به شمار آورد. قیاس به مفهوم وسیعی که گذشت، انواع گوناگونی دارد: قیاس اولویت (مفهوم موافق)، قیاس منصوص العله، قیاس مستنبط العله قطعی و قیاس مستنبط العله ظنی، که در واقع همان «تمثیل» منطقی است. در حجیت و اعتبار سه نوع نخستین قیاس جای هیچ گونه بحث نیست، ولی درباره حجیت و اعتبار و در نتیجه منبع بودن نوع اخیر، یعنی قیاس مستنبط العله ظنی، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقیهان سنی آن را معتبر

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: همان، ص ۱۴۰-۱۴۶.

می‌شمارند و برخی دیگر از آنان و نیز فقهای شیعه، آن را معتبر و منبع فقه نمی‌دانند. فقیهان شیعی برای اثبات دیدگاه خود، سه دلیل عمده دارند:

اول) ناکافی بودن دلایل طرفداران حجیت قیاس؛

دوم) اصل عدم حجیت «تمثیل» در علم منطق و عدم حجیت «گمان» در آیات قرآن؛

سوم) وجود دلایلی خاص در سنت پیامبر و دیگر معصومان بر عدم حجیت قیاس.^۱

۱۴۸ مبث سوم: منابع تسمیمی

پیش‌تر اشاره کردیم که قوانین و مقررات اسلامی، از یک نظر به دو دسته احکام ثابت و احکام متغیر تقسیم می‌شوند. احکام اولیه به عنوان قاعده، ولی و احکام ثانویه به عنوان استثنایی بر قاعده، مصداق احکام اولیه‌اند و از منابع اصلی و فرعی استنباط می‌شوند، ولی احکام متغیر به توضیحی که ذکر می‌شود، از دو منبع احکام حکومتی و معاهدات دولت اسلامی قابل استنتاج است.

۱۴۹ بند یک - احکام حکومتی

برخی از امور هستند که اصولاً حکم آنها تابع اوضاع و احوال و شرایط زمانی، مکانی و غیره است. خداوند متعال اختیار تعیین حکم این موارد را به پیامبر گرامی اسلام ﷺ و پس از او به جانشینان معصوم آن حضرت واگذار کرده است. طبعاً در روزگار غیبت کبرای امام زمان عجله الله تعالی فرجه له، این وظیفه و اختیار - به استناد دلایل ولایت فقیه - بر عهده فقیه جامع الشرایط و رهبر دولت اسلامی قرار می‌گیرد. پیامبر، امام و ولی فقیه و به عبارتی دیگر، حاکم صلاحیت‌دار اسلامی، در چارچوب این اختیار به صدور فرمان و وضع قوانین و مقررات می‌پردازد. روشن است که احکام حکومتی، لزوماً به طور مستقیم از سوی رهبر جامعه اسلامی صادر نمی‌شود، بلکه ممکن است او این اختیار و صلاحیت خود را، حسب مورد به دستگاه‌های گوناگون قانون‌گذاری، قضایی و اجرایی واگذار کند. در این صورت، قوانین، آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های این مراجع نیز مشروعیت دارد. این قوانین و مقررات، اگرچه از نوع احکام اولیه و ثانویه نیستند که بی‌واسطه از متن منابع اصلی و فرعی فقه به دست آیند، ولی به یک واسطه - که همان دلیل اثبات مشروعیت احکام حکومتی است که خود از احکام

اولیه و بلکه یکی از مهم‌ترین احکام اولیه است - به شریعت اسلامی انتساب می‌یابند و لازم‌الاجرا می‌شوند. بر این اساس، این‌گونه از دستورات و مقررات را اگر نتوان به عنوان فقه یا منبع فقه در اصطلاح خاص آن مطرح کرد، به یقین به عنوان منبع حقوق اسلامی، به معنای مقررات اجتماعی لازم‌الاجرای دولت اسلامی می‌توان برشمرد.

۱۵۰ بند دو - معاهدات

هر چند شریعت اسلامی در متن قرآن و سنت، اصول سیاست و روابط خارجی و بین‌المللی دولت اسلامی را معین کرده است، ولی چگونگی تنظیم آن را در قالب عهدهای معین یا نامعین، بر عهده حاکم اسلامی نهاده است و بر وفای به این پیمان‌ها تأکید ورزیده و آنها را واجب‌الوفاء دانسته است. عهد و پیمان را نباید با احکام حکومتی - بدان دلیل که هر دو از اختیارات حاکم اسلامی است - درآمیخت؛ چراکه در احکام حکومتی، حاکم اسلامی در چارچوب مصالح مردم و نظام، به‌طور یک‌جانبه و بیشتر در روابط داخلی، به وضع قانون و صدور فرمان می‌پردازد، ولی در روابط خارجی و در رابطه با دولت‌های دیگر، صدور فرمان معنا ندارد. بنابراین، در قالب معاهدات دو یا چندجانبه، روابط دولت اسلامی را با آنها تنظیم می‌کند. به هر حال، متن این معاهدات نیز می‌تواند به عنوان منبع حقوق اسلامی به شمار آید. تفاوت منابع تتمیمی با منابع اصلی و فرعی در این است که احکام مستفاد از آن منابع، بر اصل دوام، بقا و استمرار استوار است، ولی احکام مستفاد از منابع تتمیمی، لزوماً چنین نیست؛ هر چند بعضاً می‌تواند مستمر و دائمی نیز باشد.^۱

۱۵۱ گفتار سوم: منابع حقوق ایران

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، در حقوق کنونی ایران، اگرچه به لحاظ ماهوی، شریعت اسلامی مبنا و منبع مادی حقوق است، ولی به لحاظ صوری، در منابع رسمی حقوق - که موضوع بحث حاضر است - قانون، نخستین منبع اصلی است که علی‌القاعده، یا ترجمان رسمی و تدوین‌یافته قواعد شریعت است و یا قوانین موضوعه‌ای است که با احکام شرع

۱. برای مطالعه بیشتر درباره معاهدات: ر.ک: عظیمی شوشتری، حقوق قراردادهای بین‌المللی در اسلام؛ عباسعلی عمید زنجانی، فقه سیاسی، ج ۳ (حقوق بین‌المللی اسلام)؛ محمد، ابوالوفاء احمد، المعاهدات الدوئیة فی الشریعة الاسلامیة.

و موازین اسلامی مغایرتی ندارد. پس از قانون، قواعد نامدوّن شریعت، دومین منبع اصلی و رسمی است که چون آنها را باید در منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر جستجو کرد، در متون قانونی با همین عنوان از آن یاد شده است. عرف، رویه قضایی و دکترین، بیشتر به عنوان منبع تفسیر و گاه به عنوان منبع رسمی فرعی و تکمیلی پس از قانون و شریعت قرار دارند.

مبحث اول: قانون

۱۵۲ مقدمه

قانون، به مفهوم عام آن، یعنی «قواعد حقوقی مکتوب و مصوّب مقام صلاحیت دار»، به عنوان نخستین منبع رسمی حقوق ایران، از جایگاه و اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و اگر صورت رسمیت یافته قواعد شریعت باشد، بر اهمیت آن افزوده می‌شود. از یک طرف به استناد اصول بیست و دوم، بیست و پنجم و سی و دوم قانون اساسی، تنها قانون است که می‌تواند حقوق و آزادی‌های انسان را محدود کند.^۱ از سوی دیگر، قانون، مبنای تأسیس و تشکیل همه نهادهای تقنینی، اجرایی و قضایی است^۲ و از طرف سوم، همه احکام صادره از دادگاه‌ها باید مستند به قانون باشد.^۳

قانون به مفهوم عام آن، انواع گوناگونی دارد که از نظر درجه اهمیت، شرایط اعتبار، قدرت نفوذ و لزوم اجرا، همانند و یکسان نیستند و معمولاً بدین گونه طبقه‌بندی می‌شوند: یک قانون عالی یا قانون اساسی، که مصوّب قوه مؤسس، یعنی مجلس بررسی نهایی قانون اساسی یا شورای بازنگری قانون اساسی است و پس از تأیید رهبری در همه‌پرسی به تأیید ملت نیز می‌رسد.

۱. اصل بیست و دوم: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز کند». اصل بیست و پنجم «بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آنها، استراق سمع و هر گونه تجسس ممنوع است، مگر به حکم قانون». اصل سی و دوم: «هیچ‌کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه‌اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت، مگر در مواردی که قانون مقدر می‌دارد».

۲. اصل یکصد و پنجاه و نهم «...تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است».

۳. اصل یکصد و شصت و ششم «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است». اصل یکصد و شصت و هفتم: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدوّنه بیابد و...».

دو) قانون عادی یا قانون به معنای خاص، که مصوب مجلس شورای اسلامی است و می‌توان با عنوان «قانون پارلمانی» از آن یاد کرد.

سه) مقررات کلی مصوب قوای مجریه، قضائیه و نهادهای خاص، یعنی تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌هایی که به وسیله قوه مجریه (هیئت دولت، رئیس‌جمهور و وزیران) یا قوه قضائیه صادر می‌شود و همچنین مقررات مصوب نهادهای خاص، همچون شورای عالی انقلاب فرهنگی، که می‌توان آنها را قوانین عادی غیر پارلمانی نام نهاد.^۱

۱. البته در این میان، نوع چهارمی از مقررات نیز وجود دارد که درباره قانون نامیدن و قانون دانستن آنها، اختلاف نظر است. این مقررات هم به لحاظ چگونگی وضع و مقام واضح، و هم به لحاظ درجه اهمیت در هیچ یک از سه دسته فوق جای نمی‌گیرد و با توجه به ماهیت و وضعیت ویژه و مختلطی که دارد، در میانه قانون عالی (اساسی) و قانون عادی (پارلمانی) قرار می‌گیرد. این قوانین از آن جهت که ساخته قانون‌گذار مؤسس نیستند از قانون اساسی فاصله گرفته و به قانون عادی نزدیک می‌شوند و از آن جهت که به نوعی از ارزش و اعتباری بیش از قانون عادی برخوردارند و بر آنها حکومت دارند، از قانون عادی دور شده و به قانون اساسی نزدیک می‌شوند و بر حسب مقام واضح، انواعی دارند. فرمان‌های کلی رهبری، قواعد حقوقی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام و قوانین ناشی از همه‌پرسی که می‌توان آنها را قوانین «غیر پارلمانی- غیردولتی» نامید، روشن‌ترین مصادیق این دسته از قوانین‌اند. درباره قوانین ناشی از همه‌پرسی در ذیل قانون عادی بحث خواهیم کرد. اما در اینجا اشاره به فرامین رهبری و مقررات مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام خالی از فایده نیست.

الف) فرامین رهبری: مقام رهبری ممکن است با توجه به وظیفه بزرگی که در هدایت امور کشور بر عهده دارد، در شرایط خاص و استثنایی فرمان‌های لازم‌الاجرائی صادر کند. موضوع این فرمان‌ها اگر قواعدی عام و فراگیر باشد، مصداقی از قوانین میانه و مختلط خواهد بود که اگرچه پایین‌تر از قانون اساسی است در موقعیتی بالاتر از قوانین عادی قرار دارد. البته باید توجه داشت آنچه گفته شد درباره فرامین قانونی رهبری است؛ وگرنه احکام حکومتی رهبری که جنبه ثانوی داشته باشند، پایین‌تر از قانون اساسی نیست. فرمان رهبر فقید انقلاب اسلامی، امام خمینی علیه السلام در مورد غائله کردستان، نمونه‌ای از فرمان‌های اجرایی رهبری است و فرمان هشت ماده‌ای مورخ ۱۳۶۱/۹/۲۴ ایشان در مورد حفظ حریم خصوصی افراد و نیز فرمان هشت ماده‌ای مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۰ آیت الله خامنه‌ای در مورد مبارزه با مفاسد اقتصادی، نمونه‌هایی از فرامینی است که - هر چند به صورت غیر مستقیم - نقش تقنینی دارد. از آنجا که پس از بازنگری قانون اساسی، رهبری بیشتر از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام اقدام می‌کند، لازم است مصوبات این مجمع نیز مورد ملاحظه قرار گیرد.

ب) مقررات مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام: این مجمع اگرچه نهادهای قانون‌گذار نیست، در عمل - و فارغ از اختلاف‌های نظری - مصوباتی دارد که همچون قانون از عمومیت و شمول برخوردار است و در عین حال، به دلیل موقعیت ویژه و برتر مجمع، از دیگر قوانین عادی ممتاز و والا تر است و به وسیله قوانین عادی - جز در مواردی خاص - قابل نسخ نیست (ر.ک: جهانگیر منصور، نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان درباره قانون اساسی، ص ۱۸، نظریه تفسیری، شماره ۵۳۱۸ مورخ ۷۲/۷/۲۴ شورای نگهبان). مصوبات قانونی مجمع سه دسته است: مصوبات مربوط به تعیین سیاست‌های کلی نظام (مستفاد از اصل یکصد و دهم قانون اساسی، بند ۱). مصوبات مربوط به حل معضلات نظام (مستفاد از اصل یکصد و دهم قانون اساسی، بند ۸) و مصوبات مربوط به حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان (مستفاد از اصل یکصد و دوازدهم). اعتبار مصوبات دسته نخست، مشروط به مغایرت نداشتن با اسلام و قانون اساسی است و تشخیص آن نیز در عمل بر عهده مقام رهبری است؛ چراکه

بنابراین، انواع قانون را براساس درجه اهمیت می‌توان در سه گروه، بدین ترتیب طبقه‌بندی کرد: ۱. قانون اساسی؛ ۲. قوانین عادی یا پارلمانی؛ ۳. مقررات کلی مصوب قوای مجریه، قضائیه و نهادهای خاص.

فلسفه این طبقه‌بندی، ایجاد انسجام در درون نظام حقوقی است؛ زیرا شرط اعتبار قوانین هر طبقه، سازگاری و هماهنگی با قوانین طبقه بالاتر است.

بحث تفصیلی از قانون بر عهده حقوق اساسی است، ولی این مقدمه نیز نباید از این بحث خالی باشد. بنابراین، در ادامه، در گفتار نخست، قانون به مفهوم عام آن مورد بحث قرار می‌گیرد و انواع قانون و شرایط اعتبار آنها و مقام تشخیص‌دهنده آن تبیین می‌شود. سپس نظر به جایگاه و اهمیت قانون به مفهوم خاص، گفتار دوم به آن اختصاص یافته و از چگونگی و مراحل وضع و تصویب قانون و نفوذ و لزوم اجرای آن بحث خواهد شد.

بند یک - قانون به مفهوم عام

۱۵۳ الف) قانون اساسی

۱. تعریف: قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به عنوان منبع اصلی حقوق اساسی عبارت است از: مجموع مصوبات قوه مؤسس (مجلس بررسی نهایی پیش‌نویس قانون اساسی که به مجلس خبرگان تدوین قانون اساسی اشتهار یافته است) که به بیان نوع «دولت - کشور» ایران و بنیادهای اساسی آن، نوع رژیم سیاسی و شکل حکومت، قوای حاکم و سازمان‌ها و نهادهای سیاسی، وظایف و اختیارات قوای عالی و رابطه آنها با یکدیگر، مصونیت‌ها، آزادی‌ها و حقوق آحاد مردم و نیز حقوق متقابل ملت و دولت می‌پردازد.

۲. تصویب قانون اساسی و محتوای آن: در کمتر از یک سال پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ۲۲ بهمن ۱۳۵۷، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مشتمل بر یک مقدمه و یکصد و

⇒ این مصوبات باید به امضای رهبر برسد. اما مصوبات مربوط به حل معضلات نظام، اگر براساس شرایط عادی و احکام اولیه باشد، اعتبار آنها مشروط به عدم مغایرت با اسلام و قانون اساسی است و اگر براساس شرایط استثنایی و احکام ثانویه باشد، مشروط به رعایت مصلحت نظام است که تشخیص آن در نهایت بر عهده مقام رهبری است.

مصوبات مربوط به حل اختلاف شورای نگهبان و مجلس نیز همین‌گونه است، جز آنکه مقام تشخیص‌دهنده، خود مجمع است (برای دیدن فهرستی از این مقررات، ر.ک: هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلام ایران، ج ۲، ص ۱۷۴۷؛ و برای مطالعه بیشتر ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۱۶۶-۱۷۰).

هفتاد و پنج اصل و ضمن دوازده فصل در ۲۴ آبان ۱۳۵۸ به تصویب نمایندگان ملت در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی رسید و با تأیید رهبر کبیر انقلاب اسلامی، حضرت امام خمینی رحمه الله، در همه پرسی ۱۱ و ۱۲ آذر همان سال، مورد قبول اکثریت قاطع ملت قرار گرفت. پس از گذشت ده سال، در مواردی از آن بازنگری و اصلاح شد و دو اصل جدید نیز به آن اضافه گردید که این بازنگری و متمیم در مرداد ۱۳۶۸ به تأیید ملت ایران رسید.

۳. اوصاف و ویژگی‌ها: قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ویژگی‌هایی دارد که برخی از آنها ویژه آن است؛ از جمله:

یک) نگاه خاص به مفهوم حاکمیت الهی و مردمی (اصل پنجاه و ششم) و براساس آن، پیش‌بینی حکومت نیابتی و اصل ولایت فقیه (اصل پنجم).

دو) اسلامی بودن نظام سیاسی و لزوم انطباق همه قوانین و مقررات با موازین اسلامی و پیش‌بینی نهاد شورای نگهبان برای پاسداری از اسلامی بودن قوانین (اصول پنجم، نود و یکم، نود و چهارم و نود و ششم).

۴. تفسیر رسمی قانون اساسی: به استناد اصل نود و هشتم، تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود. این تفسیرها، در حکم قانون اساسی است و از منابع حقوق اساسی به شمار می‌آید.

۵. ماهیت دوگانه و مختلط: قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، از جهت ارزش و اعتبار اصول گوناگون آن، در گروه قوانین اساسی «مختلط» قرار می‌گیرد، زیرا اصول آن از ارزش مساوی نیست؛ پاره‌ای از اصول آن از یک سو، بر دیگر اصول تقدم و حاکمیت دارند (همچون اصل چهارم) و از سوی دیگر به هیچ وجه قابل بازنگری و تغییر نیست. اما از جهت شیوه بازنگری در گروه قوانین اساسی «سخت» قرار می‌گیرد، چون برخلاف قوانین اساسی «نرم» که به وسیله پارلمان بازنگری و تغییر آن امکان‌پذیر است، تنها به وسیله نهادی خاص بازنگری و تغییر آن ممکن خواهد بود. به استناد اصل یکصد و هفتاد و هفتم در موارد ضروری، اصلاح یا متمیم قانون اساسی به وسیله شورای بازنگری قانون اساسی ممکن می‌گردد. در عین حال، باید توجه داشت که از یک طرف محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتنای همه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی

و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکا به آرای عمومی و دین و مذهب رسمی ایران، تغییر ناپذیر است و از سوی دیگر، مصوبات شورا، پس از تأیید و امضای مقام رهبری، باید از راه مراجعه به آرای عمومی به تصویب اکثریت مطلق شرکت کنندگان در همه پرسی برسد. ۶. شرط اعتبار و مقام تشخیص دهنده: اصول مذکور در قانون اساسی، به دو دسته اصول تأسیسی یا اصلی و اصول اصلاحی و تکمیلی تقسیم می شوند. هر چند اعتبار اصول تأسیسی یا اصلی، که بیشترین تعداد اصول قانون اساسی را تشکیل می دهند، به لحاظ حقوقی و قانونی نمی تواند مشروط به چیز دیگری باشد، ولی به لحاظ اجتماعی و فرهنگی، به دو عنصر دین (اسلام) و خواست مستقیم مردم متکی و مشروط است. اما اعتبار اصول اصلاحی و تکمیلی به لحاظ قانونی و حقوقی می تواند مشروط به دو عنصر فوق باشد و هست. تشخیص دهنده شرط نخست، مقام رهبری است که تأیید و امضای او، از اسلامی بودن مصوبه جدید حکایت می کند و تشخیص دهنده شرط دوم، خود مردم اند که با رأی مستقیم و مثبت خود در همه پرسی، آن را به منصف ظهور می رسانند.^۱

ب) قوانین عادی یا پارلمانی (قانون به مفهوم خاص)

۱۵۴۹. ۱. تعریف: مقصود از قوانین عادی «قوانینی است که وضع آنها به استناد اصل هفتاد و یکم قانون اساسی، اصولاً در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است و به طور مستقیم یا غیر مستقیم توسط این قوه وضع می گردد». این صلاحیت اگرچه علی القاعده به استناد اصل هشتاد و پنجم، صلاحیتی انحصاری و غیر قابل واگذاری به غیر است، ولی در عین حال، همین اصل برای مراعات پاره ای ضرورت ها و مصلحت ها، در دو مورد استثنایی اجازه تفویض و واگذاری را به مجلس داده است.

۲. انواع: قوانین عادی، بر اساس فرآیند شکل گیری و تصویب و مرجع تصویب کننده و ماهیت آن انواع مختلفی دارد:

۱۵۵۰. یک) قوانین معمولی: قوانینی است که مجلس شورای اسلامی به عنوان نهاد و نماد قانون گذاری نظام، در چارچوب مأموریت ها و صلاحیت های خود، با اراده مستقل خویش و

۱. برای مطالعه بیشتر به ویژه در مورد شرط اعتبار، رک: دانش پژوه، حقوق شناسی عمومی، ج ۲، ص ۱۸۶-۱۸۹.

بدون مشارکت اراده دولت‌های خارجی آن را ایجاد می‌کند. این قوانین که بر اساس آیین‌نامه داخلی مجلس، با طی مراحل و تشریفات خاص در جلسه عمومی مجلس تصویب می‌شود علی‌القاعده قوانینی عمومی و دائمی است.

۱۵۶ (دو) قوانین تفویضی: قوانینی است که مجلس شورای اسلامی به استناد ذیل اصل هشتاد و پنجم و اصل پنجاه و نهم، اختیار وضع آن را حسب مورد به کمیسیون‌های داخلی خود یا دولت تفویض می‌کند و یا تصمیم‌گیری نهایی درباره آن را به مردم واگذار می‌کند. بنابراین، قوانین تفویضی خود به سه شاخه تقسیم می‌شود:

شاخه نخست، قوانین موقت و آزمایشی: قوانین مصوب کمیسیون‌های مجلس، اصولاً در مدتی که مجلس تعیین می‌کند به صورت آزمایشی اجرا می‌شود؛ هر چند در صورت موفق بودن آزمایش، قابلیت تبدیل شدن به قانون ثابت و دائمی را دارد. برای این منظور، مجلس باید آنها را عیناً یا با اصلاحاتی تصویب کند. از این زمان به بعد، این قوانین در شمار قوانین تأسیسی مستقیم قرار خواهند گرفت.

شاخه دوم، تصویب‌نامه‌های قانونی: به استناد ذیل اصل هشتاد و پنجم «مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های ذیربط واگذار کند و یا اجازه تصویب آنها را به دولت بدهد». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، اگرچه تصویب‌نامه‌های قانونی با قوانین آزمایشی، در وصف «تفویضی» بودن مشترک‌اند، ولی از دو نظر با یکدیگر تفاوت دارند: یکی آنکه در قوانین آزمایشی، تفویض درونی است و اختیار وضع قانون صرفاً به کمیسیون‌های داخلی مجلس واگذار می‌گردد، در حالی که در تصویب‌نامه‌های قانونی، تفویض بیرونی است و اختیار وضع قانون به دولت سپرده می‌شود. دیگر آنکه قوانین آزمایشی، قوانینی موقت‌اند؛ برخلاف تصویب‌نامه‌های قانونی که همچون قوانین تأسیسی مستقیم، دائمی بوده، نیازمند تصویب نهایی مجلس نیستند.

شاخه سوم، همه‌پرسی تقنینی: به موجب اصل پنجاه و نهم قانون اساسی، «در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه‌پرسی و مراجعه مستقیم به آرای عمومی صورت گیرد. درخواست مراجعه به

آرای عمومی باید به تصویب دوسوم مجامع نمایندگان مجلس برسد.^۱ اگر موضوع همه‌پرسی قانون باشد، به آن «همه‌پرسی تقنینی»^۲ گفته می‌شود؛ چراکه در واقع صاحبان اصلی حاکمیت، یعنی خود مردم، به جای نمایندگان خویش با رأی خود به وضع قانون می‌پردازند. قانون ناشی از همه‌پرسی، از یک طرف برتر از قانون عادی است، و به قانون اساسی شباهت دارد؛ چون حاصل رأی مستقیم مردم است و از طرف دیگر، همچون قانون عادی است؛ زیرا مردم در واقع به جای قوه مقننه اعمال حاکمیت کرده‌اند. نتیجه «غیر عادی» بودن آن، این است که به راحتی و به وسیله قانون عادی قابل نسخ نباشد، مگر با قانونی همانند یا برتر.^۳ نتیجه «عادی» بودن آنها نیز این است که همچون دیگر قوانین عادی، اعتبارشان مشروط به دو شرط است؛ عدم مغایرت با موازین اسلامی و عدم مغایرت با قانون اساسی. تشخیص این امر هم بر عهده شورای نگهبان است که بر همه مصوبات مجلس نظارت می‌کند (اصول ۴، ۵۹، ۷۲ و ۹۱) و مصوبه مجلس را پیش از همه‌پرسی مورد ارزیابی قرار می‌دهد.

۱۵۷ سه) قوانین تفسیری: مقصود قوانینی است که مجلس شورای اسلامی به استناد صلاحیت انحصاری خود در شرح و تفسیر قوانین عادی (اصل هفتاد و سوم)، در مقام تفسیر نوعی قوانین گذشته تصویب می‌کند. این دسته از قوانین از چند نظر با قوانین معمولی تفاوت دارند: یکی آنکه قوانین تفسیری، برخلاف قوانین معمولی، دربردارنده حکم جدید نیستند و صرفاً مفهوم قانون گذشته را روشن می‌سازند. دیگر آنکه به همین دلیل، قوانین تفسیری، عطف به ماسبق می‌شوند و در گذشته تأثیر می‌گذارند؛ برخلاف سایر قوانین معمولی که علی‌القاعده اثر آنها منحصر به آینده است و علی‌الاصول - جز در موارد استثنایی - عطف به ماسبق نمی‌شوند.

۱۵۸ چهار) عهدنامه‌های بین‌المللی مصوب: به استناد اصل هفتاد و هفتم قانون اساسی، عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی - که بخشی از آنها، معاهدات تقنینی است - باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد و تا مجلس آن را تصویب نکند، دست‌کم در عرصه داخلی و دادگاه‌های ملی اعتبار ندارد و تنها پس از

۱. در برابر همه‌پرسی تقنینی، همه‌پرسی سیاسی و همه‌پرسی اساسی قرار دارد. ر.ک: سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، ص ۹۱ و ۹۲. ۲. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۹۱.

تصویب در مجلس است که مفاد آنها به استناد ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون خواهد بود. این گروه از مصوبات قانونی مجلس شورای اسلامی را، از آن جهت که به تعبیر ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون‌اند می‌توان قانون حکمی نامید و از آن جهت که ساخته مجلس نیستند، بلکه با تصویب مجلس اعتبار پیدا می‌کنند می‌توان قانون تنفیذی و امضایی خواند.

۱۵۹. ۳. شرط اعتبار و مقام تشخیص‌دهنده: به استناد اصل هفتاد و دوم قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی است که در اصل نود و ششم آمده و بر عهده شورای نگهبان است»، به راحتی دو شرط برای اعتبار همه قوانین عادی استنباط می‌شود: یکی عدم مغایرت با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و دیگر عدم مغایرت با قانون اساسی. چنان‌که شورای نگهبان نیز به صراحت به عنوان مقام رسمی تشخیص‌دهنده تعیین شده است و در اصل نود و ششم با توضیح بیشتری مقرر داشته است:

تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام، با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی، بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است.

آنچه گفته شد، صریح قانون اساسی است و در آن بحث و اختلافی نیست، ولی در چند مورد بحث و گفتگو وجود دارد که ذیلاً بدون پرداختن به نقل و نقد دیدگاه‌های گوناگون، به اصل مطلب اشاره می‌کنیم:

یک) اعتبار شرایط در مورد قوانین مصوب پیش از انقلاب و مقام تشخیص‌دهنده آن: بدیهی است با وقوع انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی جدید، قانون اساسی گذشته کاملاً منسوخ شده است. اما در مورد آن بخش از قوانین عادی و پارلمانی - و نیز قوانین دولتی - گذشته که صریحاً یا ضمناً با وضع قانون جدید منسوخ نشده‌اند، باید گفت اگرچه این قوانین به صراحت مشمول اصل هفتاد و دوم نیستند، ولی منطقی حاکم بر آن اصل، شامل این دسته از قوانین نیز می‌شود و علی‌القاعده، این قوانین در صورتی معتبرند که با احکام اسلام و قانون اساسی مغایرت نداشته باشند. افزون بر آن، در مورد شرط عدم مغایرت با احکام اسلام، مشمول عموم و اطلاق اصل چهارم

قانون اساسی هستند. با فرض اعتبار این دو شرط، علی‌القاعده، شورای نگهبان، مرجع و مقام رسمی تشخیص‌دهنده است؛ زیرا قانون‌گذار اساسی، مرجع دیگری را معین نکرده است و نمی‌توان به دلیل صلاحیت انحصاری مجلس برای نسخ قوانین، صلاحیت یاد شده را از شورای نگهبان گرفت و صلاحیت آن را به قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی محدود کرد؛ چراکه

اولاً: با فرض عدم صلاحیت شورای نگهبان برای نسخ قوانین، قدر مسلم این عدم صلاحیت در مورد قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی است که به تأیید خود شورای نگهبان نیز رسیده است، ولی عدم صلاحیت در مورد قوانین پیش از انقلاب منتفی یا دست‌کم مشکوک است.

ثانیاً: اظهار شورای نگهبان همیشه منفی نیست تا نسخ به شمار آید، بلکه برعکس ممکن است قوانین گذشته را تأیید کند.

ثالثاً: با فرض منفی بودن، این اظهار نظر به معنای اعلام بطلان قانون پیش از انقلاب اسلامی، است و نه نسخ آن. شورای نگهبان نیز در نظریه تفسیری خود بر آنچه گفته شد تأکید کرده است.^۱

دو) دیگر مقامات تشخیص‌دهنده: تشخیص احراز و عدم احراز شرایط، دوگونه است: علمی و رسمی. تشخیص و احراز علمی که کار حقوق‌دانان و فقیهان است و جنبه نظری محض دارد، از موضوع بحث خارج است. تشخیص رسمی هم که کار مقامات رسمی است، خود دو شاخه دارد: یکی تشخیص نوعی که بدون تردید در صلاحیت انحصاری شورای نگهبان است، و دیگر تشخیص شخصی که فی‌الجمله بر عهده قضات و دادرسان است.

ذیل ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۲۱ فروردین ۱۳۷۹ که مقرر می‌دارد: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری ارجاع خواهد شد»، صلاحیت قاضی مجتهد در تشخیص مغایرت و عدم مغایرت قوانین - اعم از قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی و

۱. منصور، نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان درباره قانون اساسی، ص ۱۲۵ و ۱۲۶. افزون بر آن، «شورای نگهبان در عمل نیز در مورد بعضی از قوانین و مقررات رژیم گذشته اظهار نظر نموده است که از باب نمونه می‌توان از «مرور زمان»، «حق کسب و پیشه»، برخی از مواد قانون «مجازات عمومی» و غیره نام برد». هدایت‌نیا، فرج‌الله و محمد‌هادی کاویانی، بررسی فقهی - حقوقی شورای نگهبان، ص ۱۴۰.

قوانین گذشته - را با موازین اسلامی به صراحت پذیرفته و صلاحیت قاضی غیر مجتهد را به مفهوم مخالف، پذیرفته است، ولی درباره احراز و تشخیص شرط عدم مغایرت با قانون اساسی ساکت است. به نظر می‌رسد در این باره باید به تفصیل گرایید: در مورد قوانین مصوّب مجلس شورای اسلامی، که تأیید شورای نگهبان را به همراه دارد، به عدم صلاحیت دادرس - اعم از مجتهد و غیر مجتهد - فتوا داد، ولی در مورد قوانین پیش از انقلاب، که شورای نگهبان درباره آن ساکت است، صلاحیت او را ثابت دانست.^۱

ج) مقررات کلی مصوب قوای مجریه، قضائیه و نهادهای خاص

۱۶۰. ۱. توضیح مطلب

هیئت وزیران و وزرا (به استناد اصل یکصد و سی و هشتم) و نیز دیگر مقامات فرودست اجرایی در راستای انجام وظایف اداری خود می‌توانند به وضع مقررات کلی و نوعی اقدام کنند که حسب مورد نام‌های مختلفی دارند:

از مقررات موضوعه هیئت وزیران، بیشتر با عنوان تصویب‌نامه و آیین‌نامه دولتی یاد می‌شود و مقررات موضوعه هر یک از وزیران و وزارتخانه‌ها حسب مورد، آیین‌نامه و بخش‌نامه وزارتی نامیده می‌شود و مقررات موضوعه مدیران میانی و فرودست بخش‌نامه اداری خوانده می‌شود.

به نظر می‌رسد قوه قضائیه نیز - همچون قوه مجریه - برای اداره امور داخلی خود، نیازمند مقررات کلی و نوعی است که قانون عادی به آن نپرداخته است. این مقررات که به صورت بخش‌نامه‌های صادره از رئیس قوه قضائیه و مقام‌های فرودست ظهور می‌یابد، در درون دستگاه قضایی، از اعتباری همچون مقررات دولتی در درون دستگاه اجرایی برخوردار است. شوراهای روستایی، شهری و استانی نیز در حدود اختیارات خود می‌توانند افزون بر تصمیم‌های موردی، مصوبات کلی و نوعی نیز داشته باشند. تصمیمات شوراها نیز از اعتبار قانون برخوردار است؛ به گونه‌ای که اصل یکصد و سوم قانون اساسی، مقامات اجرایی را به رعایت این تصمیمات موظف می‌کند و می‌گوید:

۱. برای مطالعه بیشتر درباره انواع قوانین پارلمانی و به‌ویژه شرط اعتبار آنها، رک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۱۷۱-۱۷۹ و ۱۹۳-۲۰۸.

استانداران، فرمانداران، بخشداران و سایر مقامات کشوری که از طرف دولت تعیین می‌شوند، در حدود اختیارات شوراها، ملزم به رعایت تصمیمات آنها هستند.

همچنین مقررات کلی و نوعی مصوب نهادهای خاص، همچون شورای عالی انقلاب فرهنگی، در حدود صلاحیت آنها، از اعتباری همچون قانون برخوردار است؛ همان‌طور که مقررات مربوط به مجلس خبرگان رهبری که مصوب نخستین شورای نگهبان است و تغییرات بعدی آن، که به وسیله خود آن مجلس صورت می‌گیرد، در حکم قانون است و در اصل یکصد و هشتم به صراحت با عنوان «قانون» از آن یاد شده است.

۱۹۱. ۲. شرط اعتبار و مقام تشخیص‌دهنده

بر اساس حکمت سلسله‌مراتب قوانین، اعتبار قوانین غیر پارلمانی، منطقاً باید افزون بر عدم مغایرت با موازین اسلامی و قانون اساسی، با قوانین عادی نیز مغایرتی نداشته باشد؛ چرا که قوانین عادی پارلمانی - جز در پاره‌ای موارد خاص - در مرتبه‌ای بالاتر از قوانین غیر پارلمانی قرار دارند. قانون اساسی و قوانین عادی درباره اعتبار شرط‌های سه‌گانه و مقام و مرجع تشخیص‌دهنده اگرچه ساکت نیستند، به صراحت و روشنی درباره همه انواع قوانین غیر پارلمانی سخن نگفته‌اند. مستفاد از نصوص و ظواهر قوانین، روح قانون و منطق قانون‌گذاری را می‌توان چنین خلاصه کرد:

به استناد اصل یکصد و سی هشتم که می‌گوید: «... مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد...»، شرط عدم مغایرت تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت با قوانین عادی پارلمانی به صراحت اعتبار و در ادامه همین اصل، رئیس مجلس شورای اسلامی نیز به عنوان مقام تشخیص‌دهنده معرفی شده است. در عین حال، پیش از اظهار نظر منفی رئیس مجلس، اگر قاضی با قانون دولتی مواجه شود، حق صلاحیت تشخیص و اظهار نظر شخصی دارد و باید از اجرای قضایی مقررات دولتی مخالف قوانین خودداری کند، ولی تشخیص کلی و نوعی، بر عهده دیوان عدالت اداری است. اما اعتبار شرط عدم مغایرت با موازین اسلامی، از اصل یکصد و هفتم استفاده می‌شود و اعتبار شرط عدم مغایرت با قانون اساسی از منطق حقوقی قابل استفاده است. در مورد این دو شرط نیز قاضی تنها حق تشخیص شخصی دارد، ولی

علی‌القاعده مقام تشخیص‌دهنده نوعی و کلی، شورای نگهبان است؛ اگرچه مرجع ابطال، دیوان عدالت اداری است. در بند آغازین ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب بهمن ۱۳۷۰ مقرر می‌دارد: «در اجرای اصل ۱۷۰ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری موظف است چنانچه شکایتی مبنی بر مخالفت بعضی از تصویب‌نامه‌ها یا آیین‌نامه‌های دولتی با مقررات اسلامی مطرح گردید، شکایت را به شورای نگهبان ارجاع نماید. چنانچه شورای نگهبان طبق اصل چهارم خلاف شرع بودن را تشخیص داد، دیوان حکم ابطال آن را صادر نماید...». متن این ماده اگرچه صراحتاً به شرط عدم مغایرت با موازین اسلامی مربوط است، منطقاً شرط عدم مغایرت با قانون اساسی را نیز در بر می‌گیرد.

قانون اساسی درباره مصوبات درونی قوه قضائیه ساکت است، ولی منطقاً آنچه درباره مصوبات قوه مجریه گفته شد، در اینجا نیز صادق است. اعتبار قوانین شوراها نیز منطقاً مشروط به شرایط سه‌گانه یاد شده است. اصل یکصد و پنجم تصریح می‌کند «تصمیمات شوراها نباید مخالف موازین اسلام و قوانین کشور باشد». اعتبار مصوبات نهادهای خاص نیز اگر در حد و اندازه آیین‌نامه‌های دولتی باشد، منطقاً مشروط به شرایط سه‌گانه است، ولی اگر در حکم قانون باشد، اعتبار آنها فقط به عدم مغایرت با موازین اسلام و قانون اساسی مشروط است و چون از موقعیتی همانند قوانین عادی پارلمانی برخوردار است، منطقاً نمی‌توان اعتبار آنها را به عدم مغایرت با قوانین پارلمانی مشروط کرد.^۱

۱۶۲ بند دو - قانون به مفهوم خاص (قوانین پارلمانی)

مهم‌ترین بخش از قوانین کشور، قوانین عادی پارلمانی یا قانون به مفهوم خاص آن است؛ به گونه‌ای که هرگاه واژه قانون بدون قرینه و به گونه مطلق ذکر شود، مقصود از آن همین نوع قانون است. به همین دلیل، این گفتار به این نوع قانون اختصاص یافته است و در آن به دو مطلب اشاره می‌کنیم: یکی چگونگی و مراحل وضع قانون و دیگر اقتدار و نفوذ قانون.

۱. برای مطالعه بیشتر، به ویژه درباره شرط اعتبار، رک: همان، ص ۲۰۸-۲۱۲.

۱۶۳ الف) وضع قانون

در نظام حقوقی ایران، برای وضع قانون به معنای وسیع کلمه، از پیشنهاد قانون تا الزامی شدن آن، مراحل چند بدین ترتیب وجود دارد: پیشنهاد قانون، تصویب قانون، تأیید قانون، امضای قانون، انتشار قانون و فعلیت یافتن و لازم‌الاجرا شدن قانون، که به آنها اشاره می‌کنیم:

۱. پیشنهاد قانون: قانون اساسی منحصرأ سه راه برای پیشنهاد قانون ارائه کرده است که یکی به درون مجلس مربوط است و آن دو دیگر به بیرون مجلس:

یک) طرح قانونی: متن پیشنهادی نمایندگان مجلس است که باید دست‌کم پانزده نماینده آن را امضا کرده باشند. قسمت پایانی اصل هفتاد و چهارم مقرر می‌دارد: «... طرح‌های قانونی به پیشنهاد حداقل پانزده نفر از نمایندگان، در مجلس شورای اسلامی قابل طرح است».

دو) لایحه قانونی: متن پیشنهادی وزیر، مجموعه‌ای از وزیران، هیئت دولت، رئیس‌جمهور یا قوه قضائیه است که پس از تصویب در هیئت دولت به مجلس تقدیم می‌شود (اصل هفتاد و چهارم).

سه) طرح شورای عالی استان‌ها: متن پیشنهادی شورای عالی استان‌هاست که مستقیماً یا از راه دولت به مجلس شورای اسلامی تقدیم می‌شود (اصل یکصد و دوم).

۲. تصویب قانون: مهم‌ترین کار مجلس، تصویب قانون است که مستلزم نقد و بررسی همه‌جانبه متن پیشنهادی است، طرح‌ها و لوایحی که به مجلس تقدیم شده است، بر اساس آیین‌نامه داخلی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت اگر مورد پذیرش بیشتر نمایندگان باشد، به تصویب آنان می‌رسد و مراحل بعدی آغاز می‌شود؛ وگرنه پیشنهاد یاد شده در همین مرحله متوقف می‌گردد و هویت قانونی نخواهد یافت. چگونگی بررسی و تصویب پیشنهادها به دو شیوه عادی و فوق‌العاده (یک فوریتی، دو فوریتی و سه فوریتی) انجام می‌شود که مجال پرداختن به آن نیست.

۳. تأیید شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام: نهاد قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران دو رکنی است؛ مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان. اصل نود و سوم قانون اساسی به صراحت اعلام می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی، بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد...». پس ناگزیر متن مصوّب مجلس باید از نظر عدم مغایرت با

موازن اسلامی و قانون اسلامی به تأیید شورای نگهبان برسد (اصول نود و یکم و نود و ششم)، تا پس از طی مراحل بعدی، هویت قانونی پیدا کند. برای این منظور، «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول، از نظر انطباق بر موازن اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند، برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است» (اصل نود و چهارم). بر اساس بند پایانی این اصل، برای تأیید قانون، عدم اعلام مغایرت در ظرف مقرر کافی است و لازم نیست شورای نگهبان عدم مغایرت را اعلام کند. البته «در مواردی که شورای نگهبان مدت ده روز را برای رسیدگی و اظهار نظر کافی نداند، می‌تواند از مجلس شورای اسلامی، حداکثر برای ده روز دیگر با ذکر دلیل، خواستار تمدید وقت شود» (اصل نود و پنجم).

در صورت مغایرت مصوبه مجلس با موازن اسلام یا قانون اساسی، مصوبه یاد شده برای تجدید نظر به مجلس شورای اسلامی بازگردانده می‌شود. در صورت تأمین نظر اصلاحی شورای نگهبان به وسیله مجلس، مصوبه این بار مورد تأیید شورای نگهبان قرار خواهد گرفت. در غیر این صورت، با دومین ردّ شورای نگهبان و اصرار مجلس بر نظر خویش، آن مصوبه برای اظهار نظر به مجمع تشخیص نظام فرستاده می‌شود و تنها با تأیید این مرجع است که مصوبه مجلس با طی مراحل بعدی هویت قانونی می‌یابد (اصل یکصد و دوازدهم).

۴. امضا و ابلاغ قانون و دستور انتشار آن: اگرچه با تأیید شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام کار نگارش متن قانون پایان می‌یابد، ولی تحقق هویت قانونی متن مصوب، نیازمند طی چند مرحله دیگر است که یکی از آنها امضا و ابلاغ قانون و دستور انتشار آن است که در درجه نخست بر عهده رئیس‌جمهور و پس از او بر عهده رئیس مجلس است. اصل یکصد و بیست و سوم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «رئیس‌جمهور موظف است مصوبات مجلس یا نتیجه همه‌پرسی را پس از طی مراحل قانونی و ابلاغ به وی، امضا کند و برای اجرا در اختیار مسئولان بگذارد». ماده یک قانون مدنی (اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴) در تبیین اصل یاد شده می‌گوید: «... رئیس‌جمهور باید ظرف مدت پنج روز آن را امضا و به مجریان ابلاغ نماید و دستور انتشار آن را صادر کند...» و در تبصره همین ماده می‌افزاید: «در صورت استنکاف رئیس‌جمهور از امضا یا ابلاغ در مدت مذکور در این ماده،

به دستور رئیس مجلس شورای اسلامی روزنامه رسمی موظف است ظرف مدت ۷۲ ساعت مصوبه را چاپ و منتشر نماید».

۵. انتشار قانون: وضع قانون، برای اجرای آن و اجرای قانون در گرو آگاهی از آن است. به همین دلیل، قانون پیش از انتشار آن، لازم‌الاجرا به شمار نمی‌آید. از همین روی، قانون اساسی و مدنی دستور انتشار قانون را بر عهده رئیس‌جمهور یا رئیس مجلس نهاده است و ماده ۳ قانون مدنی به چگونگی و محل انتشار تصریح کرده و مقرر داشته است: «انتشار قوانین باید در روزنامه رسمی به عمل آید».

۶. لازم‌الاجرا شدن قانون: واقعیت این است که بلافاصله پس از انتشار قانون، نمی‌توان فرض حقوقی آگاهی همگانی را محقق دانست و از فردای انتشار، همه مردم را به اجرای قانون موظف پنداشت. از همین روی - پس از تحولاتی چند - ماده ۲ قانون مدنی مقرر کرد: «قوانین، پانزده روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم‌الاجراست، مگر آنکه در خود قانون، ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد». از این زمان است که گزاره حقوقی مکتوبی که به عنوان قانون به تصویب مجلس رسیده و مورد تأیید شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گرفته و به وسیله رئیس‌جمهور امضا شده و در روزنامه رسمی انتشار یافته، به صورت یک قاعده حقوقی تمام و لازم‌الاجرا درمی‌آید.^۱ البته این قاعده دو استثنا دارد: یکی آنکه در متن قانون مصوب، زمان دیگری برای آغاز اجرای آن پیش‌بینی شده باشد یا اجرای آن را منوط به امر دیگری، همچون تدوین و تصویب آیین‌نامه اجرایی یا تأسیس سازمانی خاص کرده باشد یا حتی قانون را به گذشته سرایت دهد (ماده ۴ قانون مدنی). استثنای دوم، مربوط به آیین‌نامه‌های داخلی مجلس است؛ زیرا مفروض این است که مجریان قانون، همان واضعان قانون‌اند که بدون انتشار و گذشت زمان نیز از قانون مصوب خود آگاهی دارند. به همین دلیل، مجلس شورای اسلامی در ضمن ماده واحده‌ای صریحاً اعلام کرده است: «کلیه مصوبات راجع به آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، بلافاصله پس از تصویب نهایی، لازم‌الاجراست...».^۲

۱. بنابراین، قانون مصوب مجلس شورای اسلامی - در صورت تأیید شورای نگهبان - حداکثر پس از ۳۳ روز از تاریخ تصویب، لازم‌الاجرا می‌شود: ۱۰ روز برای تأیید شورای نگهبان + ۵ روز برای امضای رئیس‌جمهور + ۳ روز برای انتشار + ۱۵ روز پس از انتشار.

۲. برای مطالعه بیشتر درباره قانون پارلمانی و وضع آن، رک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۲۱۲-۲۲۳؛ هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۷۳-۲۱۱؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۱۰۲-۱۰۱.

۱۶۶ ب) اقتدار، نفوذ و اجرای قانون (لزوم اجرای قانون)

اگرچه هر نوع قانونی، اعم از قانون اساسی، میانی، پارلمانی و غیر پارلمانی، همین که با تمام شرایط لازم به تصویب رسید، از اقتدار و نفوذ برخوردار و لازم‌الاجرا می‌گردد، ولی در اینجا بحث بیشتر به اقتدار قانون به مفهوم خاص آن، یعنی قوانین پارلمانی مربوط می‌شود و از اقتدار آن در درون قوه مقننه و سپس در برابر دو قوه دیگر و نیز در برابر اشخاص بحث خواهد شد. اقتدار قانون، به معنای لزوم اجرای آن است و این اجرا گاه مستقیم و گاه غیر مستقیم است و ضمانت اجرای آن این است که مستنکف از اجرای قانون، حسب مورد، به اجرای آن مجبور یا به مجازات تخلف از قانون محکوم شود و گاه به انجام نیابتی آن اقدام گردد؛ مثل اینکه بدهی مدیون را از اموال او می‌پردازند.

۱۶۵ ۱. اقتدار و اجرای قانون در درون قوه مقننه

مجلس شورای اسلامی نه تنها وظیفه دارد آن بخش از اصول قانون اساسی را که به قوه مقننه مربوط می‌شود اجرا کند، بلکه قوانین مصوب مجلس، همچون آیین‌نامه داخلی نیز برای مجلس لازم‌الاجراست و نمی‌تواند بدین بهانه که خود قانون‌گذار و آفریننده قانون است، از اجرای آن خودداری کند. قانون‌گذار می‌تواند در چارچوب ضوابط، قانون پیشین را نسخ کند تا از اجرای آن رهایی یابد، ولی تا پیش از نسخ رسمی و قانونی آن، حق نقض و اجرا نکردن آن را ندارد.

۱۶۶ ۲. اقتدار و اجرای قانون در قوه مجریه

قوه مجریه، همان‌طور که از نامش پیداست، اصلی‌ترین وظیفه‌اش، اجرای قانون است و به همین دلیل، بیشترین سهم اقتدار و لزوم اجرا، قانون به این قوه مربوط می‌شود. این اقتدار و لزوم اجرا، عام و گسترده و دارای ضمانت اجراست و از عالی‌ترین مقامات قوه مجریه، مثل رئیس‌جمهور و هیئت وزیران گرفته، تا دون‌پایه‌ترین کارمندان عادی را در بر می‌گیرد. مقامات عالی در صورت سرپیچی از اجرای قانون یا تخلف از آن، در برابر مجلس، مسئولیت سیاسی دارند و بسته به مورد با تذکر، سؤال، استیضاح، رأی عدم اعتماد و عزل مواجه می‌شوند (اصول هشتاد و هشتم و هشتاد و نهم) و کارمندان عادی به انفصال از خدمات

دولتی از یک تا پنج سال محکوم خواهند شد (ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی).^۱ قوانین در قوه مجریه نیز به یکی از دو صورت مستقیم یا غیر مستقیم اجرا می شود.

یک) اجرای مستقیم: مقصود آن است که قوه مجریه در چارچوب اختیارات قانونی اش اقدام کند و وظایف محوله را به انجام رساند. البته گاه برای انجام این وظیفه، باید به تهیه مقررات و آیین نامه های دولتی بپردازد تا زمینه اجرای قانون را فراهم کند. اجرای این مقررات نیز همچون قوانین پارلمانی، الزامی است؛ با این تفاوت که اختیار نسخ آنها در دست دولت است، نه هر حال تا پیش از نسخ قانونی آنها، تخلف از آنها جایز نیست.

دو) اجرای غیر مستقیم: لزوم اجرای احکام دادگاه ها به وسیله قوه مجریه، چهره آشکار اجرای غیر مستقیم قانون و اقتدار آن در قوه مجریه است؛ به گونه ای که حق ندارد به بهانه ناصحیح بودن تفسیر قضایی دادگاه، از اجرای احکام قطعی یا دیگر دستورات موقت دادگاه خودداری می کند.

البته به این نکته نیز باید توجه داشت که اعتبار و اقتدار قانون، اگرچه به لحاظ حقوقی از قوه مقننه سرچشمه می گیرد و قوه مجریه فقط عهده دار اجرای آن است، ولی در عمل قوه مجریه با تفسیرهای اجرایی خود، به ویژه در مورد قوانین تنفیذی (عهدنامه)، در افزایش یا کاهش این اقتدار تأثیرگذار است؛ زیرا اصولاً تفسیر اجرایی، تعلیق، نسخ یا تشخیص انجام، شرط رفتار متقابل بر عهده دولت ها (قوای مجریه) است. سخت گیری در دریافت مالیات، عوارض، گمرکات و جرایم یا چشم پوشی جزئی یا کلی از دریافت آنها، نمونه ای روشن از تأثیرگذاری قوه مجریه بر اقتدار قوانین و اجرای آنهاست.

۱۶۷ ۳. اقتدار و اجرای قانون در قوه قضائیه

قوه قضائیه نیز همچون قوه مجریه وظیفه دارد قانون را اجرا کند. اجرای قانون اساسی، قانون میانی و قانون پارلمانی به طور مطلق الزامی است و قوانین غیر پارلمانی درونی (بخش نامه های قوه قضائیه) تا وقتی الزامی است که خود آن را نسخ نکنند، ولی اجرای قوانین

۱. «چنانچه هر یک از صاحب منصبان و مأمورین دولتی و شهرداری ها در هر مرتبه و مقامی که باشند، از مقام خود سوء استفاده نموده و از اجرای اوامر کتبی دولتی یا اجرای قوانین مملکتی و یا اجرایی و احکام یا اوامر مقامات قضایی یا هرگونه امری که از طرف مقامات قانونی صادر شده باشد جلوگیری نماید، به انفصال از خدمات دولتی از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد».

غیر پارلمانی بیرونی (دولتی) اصولاً مشروط به عدم مغایرت آنها با اسلام و قانون اساسی است و قاضی خود صلاحیت ارزیابی و تمیز شخصی اعتبار این گونه قوانین را دارد. اما در مورد قوانین پارلمانی که موضوع اصلی بحث است، باید به ویژگی های اجرای قانون در قوه قضائیه توجه داشت، زیرا این قوه گاه بیش از اجرای قانون، به حمایت از قانون و حتی نوعی قانون سازی اقدام می کند. اجرای قانون بیشتر به وسیله دادگاه ها و حمایت از قانون و قانون سازی از سوی دیوان عالی کشور انجام می شود.

۱۶۸ یک) اجرای قانون در محاکم

قانون در محاکم بسته به نوع قانون، همزمان به دو صورت مستقیم و غیر مستقیم به اجرا درمی آید. اجرای مستقیم بیشتر به قوانین شکلی و تشریفاتی و آیین دادرسی مربوط می شود؛ قوانینی که اگر قاضی آنها را رعایت نکند، ممکن است حکم او مورد ایراد، اعتراض و حتی نقض قرار گیرد. اما اجرای غیر مستقیم اصولاً به قوانین ماهوی - که در اصطلاح قوانین «موجد حق» نامیده می شود - مربوط می گردد؛ بدین گونه که قانون معطلی که باید اصالتاً به وسیله اصحاب دعوا اجرا شود، این بار با صدور حکم خاص و به دستور دادگاه از سوی اصحاب دعوا یا مأمور اجرا به اجرا درمی آید.

در مورد هر یک از دو نوع اجرای مستقیم و اجرای غیر مستقیم باید به چند نکته توجه داشت:

۱۶۹ اول: اجرای مستقیم

اولاً: قاضی ملزم به دادرسی، حق گزاری و فصل خصومت است و «نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» (اصل یکصد و شصت و هفتم) و در صورت امتناع، به تعبیر ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی، «مستنکف از احقاق حق» شناخته می شود و به موجب ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی، به انفصال موقت یا دائم از شغل قضایی و جبران خسارات وارده به اشخاص محکوم می گردد.

ثانیاً: «احکام دادگاه ها باید مستدل و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است» (اصل یکصد و شصت و ششم). در صورت عدم

رعایت این اصل، ممکن است حکم صادره در دیوان عالی نقض و قاضی به مجازات انتظامی محکوم گردد (ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب).

ثالثاً: حکم صادره باید جزئی و موردی و نه کلی و عام باشد؛ یعنی «دادگاه هر دعوا را با قانون تطبیق کرده و حکم آن را تعیین می‌نماید و نباید به‌طور عموم و قاعده کلی حکم دهد». نتیجه جزئی بودن حکم صادره این است که نه تنها دیگر محاکم، بلکه خود دادگاه و قاضی صادرکننده حکم نیز، در موارد مشابه، ملزم به پیروی از این حکم نیستند و باید مستقلاً به آن مورد رسیدگی کنند.

رابعاً: به نظر می‌رسد اجرای قوانین ماهوی در دعاوی کیفری نیز در دسته اجرای مستقیم قانون قرار گیرد؛ زیرا اصولاً اجرای مجازات در صلاحیت حکومت - و نه اشخاص - است؛ چرا که آحاد مردم مستقیماً حق اجرای قصاص، حدود، تعزیرات و دیگر مقررات جزایی را ندارند و فقط می‌توانند اجرای آن را از دادگاه بخواهند. شاید به همین دلیل است که دادگاه به صرف نیافتن دلیل اطمینان‌بخش از انتساب جرم به متهم، با صدور حکم برائت به دعوا پایان می‌بخشد.

۱۷۰ دوم: اجرای غیر مستقیم

اولاً: قاضی به شرحی که پیش‌تر گذشت، در پاره‌ای از موارد حق ارزیابی قوانین و اجرا نکردن قوانین فاقد شرایط اعتبار را دارد. آنچه در اینجا مورد تأکید است، آن است که در جایی که قانونی تاب دو تفسیر متفاوت - موافق و مخالف با قانون اساسی - را دارد، قاضی باید الزاماً تفسیر موافق را ترجیح دهد؛ همان‌طور که اگر قاضی با دو قانون متعارض غیر قابل جمع مواجه شود که یکی موافق و دیگری مخالف قانون اساسی باشد، باید قانون موافق را برگزیند البته در همه این موارد، تشخیص قاضی، شخصی - و نه نوعی - است.

ثانیاً: در مورد ارزیابی شکلی و تشریفاتی قانون‌گذاری، به نظر می‌رسد مصلحت ثبات و یکسانی وضع حقوقی ایجاب می‌کند دادرس نتواند به بهانه رعایت نکردن تشریفات، از اجرای قانونی که به تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام و امضای رئیس‌جمهور رسیده، خودداری کند و در نتیجه، صلاحیت ارزیابی شکلی قوانین را ندارد.

ثالثاً: در مورد قوانین مؤخر و معارض با عهدنامه نیز، هر چند این قوانین ممکن است از بعد بین‌المللی فاقد اعتبار باشند، ولی به نظر می‌رسد از بعد داخلی، از آنجا که عهدنامه‌های مصوّب مجلس نیز در حکم قانون است، قاعده ناسخ بودن قانون مؤخر صلاحیت و حکومت دارد و در نتیجه، قاضی باید به اجرای قانون مؤخر حکم دهد.

۱۱۱ دو) حمایت از قانون در دیوان‌عالی کشور

به استناد اصل یکصد و شصت و یکم قانون اساسی «دیوان‌عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی... تشکیل می‌گردد». بنابراین، وظیفه این دیوان، حمایت از قوانین - و نه رسیدگی مستقیم و ماهوی به دعاوی - است. این حمایت که با ارزیابی آرای صادره از دادگاه‌های تالی انجام می‌شود، به یکی از دو صورت اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی تحقق می‌پذیرد:

اول: نظارت بر اجرای صحیح قوانین: هرگاه رأی صادره از دادگاه به نظر اصحاب دعوا یا دادستان کل کشور ایراد داشته باشد، می‌توانند درخواست رسیدگی فرجامی نمایند. دیوان‌عالی کشور نیز - به ترتیبی که در قانون مقرر است - پس از ارزیابی رأی صادره، آن را ابرام یا نقض می‌کند و در صورت نقض، پرونده را برای رسیدگی ماهوی به یکی از شعب دیوان‌عالی کشور می‌سپارد و بدین‌گونه، از اجرای صحیح قانون حمایت می‌کند. نظر دیوان‌عالی اگرچه به لحاظ قانونی برای همین قاضی و دیگر قضات در دیگر دعاوی مشابه الزام و اجباری ایجاد نمی‌کند، ولی در عمل پیروی می‌شود و زمینه‌ساز رویه واحد قضایی می‌گردد.

دوم: ایجاد وحدت رویه: تفسیرها و برداشت‌های گوناگون قضات از قوانین، گاه به صدور آرای آنچنان متفاوت و بلکه متعاضد در موضوع‌های مشابه می‌انجامد که چهره دستگاه قضایی را مخدوش و مردم را راجع به حقوق و تکالیف خود به تردید می‌افکند. در چنین مواردی، هیئت عمومی دیوان‌عالی کشور تشکیل می‌شود و درباره موضوع اتخاذ تصمیم می‌کند. آرای این هیئت، که به آرای وحدت رویه شهرت دارد، در دیگر موارد مشابه برای شعب دیوان و دیگر دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است. بدین‌گونه، دیوان‌عالی با وحدت بخشی به آرای آینده دادگاه‌ها، به اجرای بهتر قوانین کمک می‌کند.

۱۷۲ ۴. اقتدار و اجرای قانون درباره اشخاص

قانون، پس از انتشار و فرارسیدن زمان اجرای آن، لازم‌الاجرا می‌شود و رعایت آن بر همگان - اعم از عالم و جاهل - الزامی است و کسی نمی‌تواند به بهانه «جهل به قانون»، از پیامدهای عدم اجرای قانون - جز در موارد استثنایی - بگریزد:

یک) الزامی بودن رعایت قانون: رعایت و انجام قانون، اگرچه پس از فرارسیدن موعد اجرای آن الزامی است، ولی با توجه به تقسیم قوانین به دو دسته قوانین آمره و قوانین تکمیلی، روشن می‌شود الزام و اجبار قوانین آمره شدید، مطلق و نامشروط است، ولی اجبار قوانین تکمیلی، نرم و مشروط به آن است که بر خلاف آن توافقی حاصل نشده باشد. بدیهی است در صورت توافق بر خلاف قانون تکمیلی، رعایت آن الزامی نیست. البته ممکن است برخی از قانون‌گريزان با تراضی غیر قانونی بر خلاف قوانین امری در قراردادهایی که به‌طور طبیعی از قلمرو نظارت دستگاه قضایی خارج است یا اجرای صوری یا فریبکارانه قانون، از اجرای قوانین امری فرار کنند که البته در صورت اثبات صوری یا فریبکارانه بودن معامله و اجرای قانون - که به سختی امکان‌پذیر است - حکم بطلان قراردادهای یاد شده صادر خواهد شد.

دو) عدم تأثیر منفی جهل در الزامی بودن قانون: پس از انتشار قانون، فرض حقوقی، «اطلاع همگان» از قانون است. از این فرض دو نتیجه به دست می‌آید:

اول، وظیفه همگانی در اجرای قانون: همگان، اعم از عالم و جاهل وظیفه دارند قانون را مراعات کنند و در صورت رعایت نکردن، مسئولیت‌های ناشی از آن را عهده‌دار شوند. به همین دلیل، این سخن معروف شده است که «جهل به قانون، رافع مسئولیت نیست». بنابراین، کسی که به دلیل بی‌اطلاعی از قوانین مالیاتی، خود را مدیون ندانسته و مالیاتش را نپرداخته است، همچون عالم به قانون، به پرداخت مالیات مجبور می‌شود یا آن کس که بر خلاف جهت در خیابان یک‌طرفه رانندگی می‌کند، به پرداخت جریمه مخصوص محکوم می‌گردد؛ هر چند به دلیل ندیدن تابلو، از یک‌طرفه بودن خیابان ناآگاه باشد.

دوم، اثبات جهل در موارد استثنایی: جهل به قانون، خلاف اصل است؛ پس در مواردی که به‌طور استثنایی جهل به قانون به عنوان عذری مقبول شناخته شده تا جاهل از مسئولیت‌ها و پیامدهای فعل یا ترک فعل جاهلانه خویش آزاد باشد،^۱ صرف ادعای جهل کافی نیست،

۱. تأثیر جهل، بسته به موارد متفاوت است که در جای خود باید مورد بحث قرار گیرد. اجمالاً می‌توان گفت از یک‌سو تأثیر جهل بیشتر به مسئولیت‌های کیفری و آثار حکمی مربوط می‌شود تا مسئولیت‌های مدنی و آثار

بلکه مدعی باید جهل خود را اثبات کند؛ مگر در مواردی که فرض «جهل همگانی»، جایگزین فرض «اطلاع همگانی» شود؛ مثل جهل مردم مناطق بحران زده ناشی از جنگ، سیل و زلزله و امثال آن از قوانینی که در همین ایام بحرانی لازم الاجرا شده اند.

بنابراین، مردی که با زنی ازدواج کرده که موانع نکاح در او وجود دارد و از او صاحب فرزند شده، باید جهل خود را به حکم (ممنوعیت نکاح) یا موضوع (وجود مانع) اثبات کند تا بتواند از مجازات زنا رهایی یابد و نسبی مشروع با فرزند خود برقرار کند. یا وارثی که به استناد وصیت، مازاد بر ثلث را به موصی له پرداخت کرده، باید جهل خود را به عدم نفوذ وصیت در خصوص مازاد اثبات کند تا بتواند آن را باز پس بگیرد. یا کسی که می خواهد پس از گذشت زمان، خیار فسخ خود را که فوری است اعمال کند، باید جهل خود را به فوری بودن خیار فسخ اثبات نماید.^۱

ج) پایان اجرای قانون

اجرای قانون در نتیجه ابطال، نسخ و چند عامل دیگر پایان می پذیرد که در فصل ششم مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۱۷۳ مبحث دوم: شریعت اسلامی

پیش تر و در مباحث «حقوق کنونی ایران و دین و مذهب» و «نظام حقوقی ایران»، سه نقش از نقش های چهارگانه شریعت اسلامی در حقوق کنونی ایران را، به عنوان مبنا و منبع مادی قوانین موضوعه، معیار مشروعیت قوانین موضوعه و ملاک تفسیر قوانین موضوعه بررسی کردیم. اینک و به مناسبت موضوع بحث، یعنی منابع رسمی حقوق ایران، از نقش چهارم شریعت، به عنوان منبع رسمی تکمیلی - هر چند به اختصار - سخن می گوئیم.

➔ وضعی، و از سوی دیگر تأثیر جهل در قلمرو امور کیفری به جهل در موضوع منحصر می شود. مثلاً آن کس که اشتباهاً به جای شربت، شراب نوشیده است، باید جهل خود را به شراب بودن نوشیدنی یاد شده اثبات کند تا از مجازات رهایی یابد؛ در حالی که ادعای او در مورد جهل به حکم (ممنوعیت شرب خمر) معمولاً مسموع نیست؛ حال آنکه در قلمرو امور حقوقی، افزون بر آن، جهل در حکم را نیز در برمی گیرد.

۱. برای مطالعه بیشتر درباره اقتدار و اجرای قانون، ر.ک: دانش پژوه، حقوق شناسی عمومی، ج ۲، ص ۲۲۳-۲۳۹؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۱۵۱-۲۰۷.

۱۷۴ بند یک - شریعت اسلامی، منبع رسمی و تکمیلی

در جمهوری اسلامی ایران، فقه و شریعت اسلامی به عنوان نخستین منبع رسمی تکمیلی، پس از قانون، که تنها منبع رسمی اصلی است، قرار می‌گیرد. اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ که با عدم بازنگری در سال ۱۳۶۸، بار دیگر مورد تأیید قرار گرفت، مقرر می‌دارد:

قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

مفاد این اصل در سال‌های بعد در قوانین عادی که بیشتر مورد استناد قضات قرار می‌گیرد، از جمله ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱، ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸ و ماده ۳ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹، انعکاس یافته و این تبصره مشکل‌گشا بدان افزوده شده است که: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد». صریح اصل و مواد یاد شده، از تقدم قانون مدون - که علی‌القاعده مغایر با موازین اسلامی نیست - بر شریعت (فتوای قاضی مجتهد و دیگر فقها) حکایت می‌کند؛ به گونه‌ای که حتی قاضی مجتهد حق مخالفت با آن را ندارد و باید پرونده را به شعبه دیگری ارجاع دهد و تنها در صورت فقدان واقعی قانون (سکوت) یا فقدان حکمی قانون (نقص، اجمال یا تعارض قوانین) است که شریعت به عنوان منبع رسمی تکمیلی مورد استناد قرار می‌گیرد.

۱۷۵ بند دو - مفهوم شریعت و چگونگی استناد به آن

بدون تردید مقصود از شریعت و فقه، به استناد اصل دوازدهم قانون اساسی، شریعت و فقه دین و مذهب رسمی کشور، یعنی شریعت و فقه «اسلامی - جعفری اثنی عشری» است که در اصل هفتاد و دوم به لزوم عدم مغایرت قوانین با آن، با این عبارت تصریح شده است: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...».

در چگونگی استناد به شریعت با توجه به تعبیر قانون‌گذار و این واقعیت که پاره‌ای از قضات، مجتهد و پاره‌ای غیر مجتهد هستند، به نظر می‌رسد قاضی مجتهد باید اجتهاد ورزد و فتوای خود را به کار گیرد و برای این منظور باید به «منابع معتبر اسلامی»، یعنی قرآن، سنت، عقل، اجماع، شهرت، سیره و مانند آن، که در مبحث منابع اصلی و فرعی حقوق اسلامی مورد اشاره قرار گرفت، مراجعه کند.^۱ قاضی غیر مجتهد نیز باید به «فتاوی معتبر» موجود استناد نماید و در صورت جدید بودن موضوع و فقدان فتوا، از فقیهان استفتا کند و بر اساس فتوای آنان رسیدگی و حکم صادر نماید.^۲

۱۷۹ بند سه - قلمرو استناد به شریعت

در اینکه در دعاوی حقوقی، قاضی می‌تواند و باید در فقدان واقعی یا فقدان حکمی قانون به شریعت استناد کند، تردید و اختلاف نظر وجود ندارد، ولی در مورد دعاوی کیفری، به لحاظ نظری، گفتگو و اختلاف نظر جدی دیده می‌شود. برخی با استناد به عموم و اطلاق عبارت «هر دعا» در اصل یکصد و شصت و هفتم، آن را شامل دعاوی کیفری نیز می‌دانند و برخی دیگر به دلایلی چند، از جمله مخالفت با «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» مذکور در اصول سی و ششم و یکصد و شصت و نهم، دعاوی کیفری را از قلمرو شمول آن خارج می‌دانند و برخی نیز دیدگاه‌های میانه‌ای را برگزیده‌اند که نقل و نقد آنها از حوصله این مقال خارج است.

اما به لحاظ عملی و قانونی به نظر می‌رسد با تکرار مضمون اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی در ماده ۲۸۹ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸ و پاسخ شورای نگهبان به پرسش مورخه ۱۳۶۱/۹/۲۵ یکی از قضات دیوان عالی کشور و همچنین رأی وحدت رویه ۴۵ - ۱۳۶۵/۱/۲۵ دیوان عالی کشور، تردیدی در شمول اصل یکصد و شصت و هفتم بر دعاوی کیفری وجود نداشته باشد؛ به‌ویژه آنکه مفاد آن بار دیگر با همین عموم و اطلاق در ماده ۳ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ تکرار و

۱. البته برخی از نویسندگان با طرح پرسشی، این احتمال را مطرح کرده‌اند که شاید کتاب‌های اجتهادی معتبری همچون مکاسب، جواهر یا شرح لمعه را بتوان در شمار منابع معتبر اسلامی قرار داد. ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق،

ج ۲، ص ۴۱۳.

۲. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: دانش پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۲۴۳؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۳۹۴-۴۱۷.

تأکید می‌شود. بنابراین، دست‌کم در مورد آن بخش از جرایمی که در شریعت به صراحت از آنها یاد شده و مجازات آنها تعیین گردیده است، در صورت فقدان واقعی یا حکمی قانون، می‌توان و باید بر اساس شریعت رسیدگی و حکم صادر کرد، ولی در مورد جرایم جدیدی که در شریعت پیشینه ندارد، به استناد قاعده درء و نیز اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها باید حکم به برائت داد. چنان‌که به نظر می‌رسد اگر ثابت شود قانون‌گذار در خصوص پاره‌ای از جرایم مذکور در شریعت، از سر حکمت سکوت کرده و به عنوان حکم حکومتی ثانوی، نخواست است جرم بودن عملی را رسماً اعلام کند، جایی برای استناد به شریعت برای قاضی نیست تا بدین وسیله عملی را جرم پندارد و مرتکب را مجازات کند.^۱

۱۷۷ بند چهار - تعمیم نقش شریعت

هر چند همان‌طور که گفته شد، مقصود از شریعت، شریعت «اسلامی- جعفری اثنی عشری» است، ولی با توجه به اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی، دیگر شرایع اسلامی و توحیدی نیز در قلمرو احوال شخصیه از همین نقش برخوردارند؛ زیرا وقتی این شرایع حتی با فرض وجود قانون، به عنوان منبع جایگزین پذیرفته شده‌اند، به طریق اولی در فقدان قانون، به عنوان منبع تکمیلی رسمیت خواهند داشت.^۲

مبحث سوم: عرف

۱۷۸ بند یک - عرف، به عنوان منبع رسمی

در نظام حقوقی ایران، پیش از انقلاب اسلامی، عرف دومین منبع رسمی حقوق و نخستین مکمل قانون به شمار می‌آمد و قاضی وظیفه داشت بر اساس ماده ۳ آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۷، در صورت فقدان قانون، بر اساس عرف و عادت مسلم به دعوا رسیدگی کند. تحت تأثیر آن قانون، هنوز هم برخی از نویسندگان در مقام شمارش منابع حقوق ایران، از عرف با عنوان دومین منبع رسمی حقوق یاد می‌کنند؛^۳ در حالی که پس از پیروزی انقلاب اسلامی، با توجه به لزوم انطباق همه قوانین بر اساس موازین اسلامی و با توجه به عدم

۱. برای مطالعه تفصیلی و آگاهی از دیگر دیدگاه‌ها، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۲۴۳-۲۵۵.

۲. ر.ک: همین کتاب، «حقوق کنونی ایران و دین و مذهب»، ش ۷۶-۷۸.

۳. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۷۷. البته نامبرده در فلسفه حقوق، عرف را پس از «حقوق اسلامی» یا همان شریعت، سومین منبع حقوق ایران قرار می‌دهد (فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۳۸۱).

شناسایی عرف به عنوان منبع رسمی و اصیل در نظام حقوقی اسلام، که پیش‌تر بدان اشاره شد، عملاً این بخش از ماده ۳ آیین دادرسی مدنی، به وسیله اصل چهارم قانون اساسی نسخ ضمنی شد و سپس به استناد اصل یکصد و شصت و هفتم، شریعت و فقه جایگزین عرف گردید و پس از آن با تصویب قانون جدید آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۲۱ فروردین ۱۳۷۹ و ماده ۵۲۹ آن، آیین دادرسی گذشته و از جمله ماده ۳ صریحاً منسوخ گشت.

با این همه، نباید پنداشت که استناد به عرف به عنوان منبع رسمی، به‌طور کلی فاقد وجاهت حقوقی است؛ زیرا همان‌طور که در مبحث سیره گفته شد، اگرچه عرف محض و خالص، اصالتاً و مستقلاً نمی‌تواند منبع رسمی به شمار آید، ولی به ضمیمه امضای شارع یا انطباق با یکی از عناوین کلی شرعی، به‌طور ترکیبی می‌تواند منبع رسمی شمرده شود. البته پذیرش چنین نقشی برای عرف، بیشتر به عرصه حقوق خصوصی و قراردادهای اختصاص دارد و عرصه حقوق عمومی را کمتر در برمی‌گیرد؛ چنان‌که در عرصه حقوق کیفری به‌طور کلی فاقد نقش است.

۱۷۹ بند دو - عرف به عنوان منبع مادی و تفسیری

عرف، اگرچه به عنوان منبع رسمی حقوق، کمتر مورد استناد قرار می‌گیرد، ولی می‌تواند به عنوان مبنای قانون و منبع مادی آن، مورد توجه قانون‌گذار واقع شود و بیش از آن به عنوان منبع تفسیر قانون مورد استناد قضات و شارحان قانون قرار گیرد. البته مراجعه و استناد به عرف به عنوان منبع تفسیر، بیشتر در حوزه حقوق خصوصی و قراردادهای انجام می‌شود. با مروری بر قانون مدنی، روشن می‌شود که قانون‌گذار این‌گونه از عرف‌ها را، به عنوان «شرط ضمنی عرفی» پذیرفته و به استناد قاعده قانونی «لزوم وفای به شرط»، آنها را الزامی می‌پندارد. اما باید دانست که این الزام، همچون الزام ناشی از قوانین تکمیلی، در صورتی لازم‌الرعایه است که برخلاف آن تراضی نشده باشد. مستند مراجعه به عرف، ارجاع ضمنی یا ارجاع صریح قانون‌گذار است. ارجاع ضمنی، بیشتر به تبیین مفاهیم و تعیین مصادیق مربوط می‌شود که به حوزه حقوق خصوصی اختصاص ندارد و حوزه حقوق عمومی و از جمله حقوق کیفری را نیز در برمی‌گیرد. مثلاً برای روشن ساختن مفهوم و سپس تعیین مصداق عناوین «قیمت عادلانه» مذکور در ماده ۱۶۷ قانون مدنی یا «مهلت عادلانه» مذکور در

ماده ۲۷۷ یا «اخلاق حسنه» مذکور در ماده ۹۷۵ همان قانون یا عناوین «گفتار تحریک آمیز»، «انگیزه شرافتمندانه» و «وضع خاص متهم» در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی و یا عنوان «بی احتیاطی» مذکور در ماده ۱۴۹ قانون تعزیرات در مورد جرایم ناشی از تخلفات رانندگی، چاره‌ای جز مراجعه به عرف نیست. البته باید توجه داشت که مراجعه به عرف برای تبیین مفاهیم، در صورتی است که قانون‌گذار آنها را تعریف نکرده باشد. اما ارجاع صریح به عرف، بیشتر به «شروط ضمنی عرفی» در قلمرو حقوق خصوصی و قراردادهای مربوط می‌شود که نمونه‌ای از آن را می‌توان در ماده ۵۴ قانون مدنی مشاهده کرد که در مورد حق انتفاع از مال غیر مقرر می‌دارد: «سایر کیفیات انتفاع از مال دیگری به نحوی خواهد بود که مالک قرار داده یا عرف و عادت اقتضا کند». مواد ۶۸، ۱۰۷، ۱۳۲، ۱۴۲، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۴، ۲۲۵، ۲۸۰، ۳۴۴، ۳۵۶، ۳۵۷، ۳۶۹، ۳۷۵، ۳۸۲، ۳۸۶، ۴۱۷، ۴۲۶، ۴۸۶، ۹۵۰، ۹۵۱ و ۱۰۳۷ قانون مدنی، نمونه‌های دیگری از ارجاع مستقیم به عرف هستند.^۱

۱۸۵ بند سه - شرط اعتبار عرف و رابطه آن با شریعت و قانون

هنگامی که به استناد اصول متعددی از قانون اساسی، الزامات ناشی از قانون، آن‌گاه مشروع و نافذ است که با موازین اسلامی مغایرت نداشته باشد، به طریق اولی «شروط ضمنی عرفی» آن‌گاه الزام‌آور خواهد بود که مغایر شریعت نباشد. شرط عدم مغایرت عرف با «قانون اساسی» نیز به همین‌گونه قابل اثبات است. اما در مورد رابطه عرف با قانون عادی، علی‌الاصول قانون بر عرف مقدم است، مگر در مورد قوانین تکمیلی یا قوانین متروکی که در عرف زمان وضع ریشه داشته‌اند.

توضیح آنکه، در اشتراط یا عدم اشتراط الزام‌آوری و اعتبار عرف به عدم مغایرت با قانون عادی، فرض‌های گوناگونی وجود دارد که اکنون - فارغ از طرح دیدگاه‌های مختلف - به آنها اشاره می‌کنیم.

۱. اگر عرف، موافق قانون باشد، عرف معتبر است. البته اگر مضمون عرف در قانون مذکور باشد، با وجود قانون، نوبت استناد به عرف نمی‌رسد.

۱. برای مطالعه بیشتر در این باره، رک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۶۴-۶۸؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۴۹۲-۵۱۲؛ محمود سلجوقی، نقش عرف در حقوق مدنی ایران و مطالعه آن در اسلوب‌های بزرگ حقوق.

۲. اگر عرف، مخالف قانون و قانون مؤخر از عرف باشد، بی تردید عرف معتبر نیست؛ چون قانون مؤخر، ناسخ آن است.
۳. اگر عرف، مخالف قانون و قانون مقدم بر عرف باشد، اعتبار عرف، بسته به مورد متفاوت است:
- الف) اگر قانون، آمره و ترجمان شریعت باشد، عرف به دلیل مخالفت با شریعت بی اعتبار است.
- ب) اگر قانون آمره، ولی موضوعه بشری و قانون جاری و در حال اجرا باشد، باز هم عرف بی اعتبار است.
- ج) اما اگر قانون فوق، متروک باشد، به نظر می رسد در صورتی که مبنای قانون، مبنایی ارادی و عقلی باشد، باز هم عرف بی اعتبار است، ولی اگر مبنای قانون متروک عرف باشد، در این صورت عرف جاری معتبر است و قانون عرفی سابق، به عرف جدید نسخ گشته است.
- د) اگر قانون، تکمیلی باشد، بی تردید عرف معتبر خواهد بود.^۱

۱۸۱ مبحث چهارم: رویه قضایی

رویه قضایی به مفهوم عام آن (آرای همانند قضاات، آرا و نظرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور و آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور)، بی تردید می تواند به عنوان منبع مادی و منبع تفسیری قوانین مورد توجه و استناد قرار گیرد، اما آیا به عنوان منبع رسمی حقوق - هر چند تکمیلی - می توان بدان استناد کرد؟ به عبارت دیگر، آیا رویه قضایی همچون قانون و شریعت و البته پس از آنها، می تواند سازنده یا بیانگر قاعده حقوقی باشد؟ پاسخ بسته به مصادیق گوناگون رویه قضایی در حقوق ایران، به شرح ذیل متفاوت است:

۱۸۲ بند یک - آرای همانند قضاات

آرای همانند قضاات، حتی اگر روح واحدی داشته باشد و از قاعده حقوقی مستتری نزد صاحبان آن آرا نیز حکایت کند، فقط می تواند به عنوان یک منبع تفسیری تخییری و ترجیحی مورد استناد دیگر قضاات قرار گیرد، ولی هیچ مستند قانونی و رسمی ای وجود ندارد که

۱. برای مطالعه بیشتر، رک: دانش پژوه، حقوق شناسی عمومی، ج ۲، ص ۲۶۶-۲۶۸؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۵۱۲-۵۲۴.

به عنوان منبع تفسیری الزامی - تا چه رسد به منبع رسمی حقوق - صلاحیت و قابلیت استناد داشته باشد. افزون بر آنکه در شرایط حاضر، دستیابی به آرای همانند قضات - به دلیل عدم انتشار آنها - تقریباً ناممکن است.

۱۸۸۳ بند دو - آرا و نظرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور

آرا و نظرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رسیدگی های فرجامی مربوط به آرای اصراری، تنها برای آن شعبه دیوان عالی کشور که مأمور رسیدگی نهایی به پرونده می شود، لازم الاتباع است و منبع حقوق به شمار می آید، ولی در مورد دیگر شعب دیوان و دیگر دادگاه ها هر چند این آرا، به دلیل برتری و والایی مقام صادرکننده رأی، به عنوان منبع تفسیری مورد توجه دیگر قضات قرار می گیرد، ولی هیچ مستند قانونی وجود ندارد که به عنوان منبع تفسیری الزامی یا منبع رسمی حقوق، صلاحیت و قابلیت استناد داشته باشد.^۱

۱۸۸۴ بند سه - آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور

بر خلاف آرای همانند قضات و نیز آرا و نظرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رسیدگی های فرجامی، که از وصف خاص و جزئی بودن برخوردارند، آرای وحدت رویه دیوان عالی، از صفت نوعی و عمومی بودن بهره مند است و به همین علت، منبع رسمی حقوق به شمار می آید و شاید به همین علت، به تصریح ماده ۲۷۰ آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، پیروی از آنها «برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها، لازم می باشد». بدیهی است اعتبار و الزام آور بودن این آرا، مشروط به آن است که آرای یاد شده «موافق موازین شرعی باشد» (همان ماده).

اما باید توجه داشت که صرف اشتراک آرای وحدت رویه با قانون در نوعی و کلی بودن و در نتیجه، لازم الرعایه به شمار آمدن، لزوماً و همیشه به معنای قاعده ساز بودن و کمتر از آن، بیانگر قاعده حقوقی بودن آرای وحدت رویه و در نتیجه، منبع رسمی شمرده شدن آن نیست. زیرا از این نظر آرای وحدت رویه به دو نوع آرای تفسیری و تعیینی و آرای قاعده ساز قابل تقسیم اند:

الف) آرای تفسیری و تعیینی: آرای وحدت رویه، همان گونه که از نامش پیداست، بیش و پیش از آنکه در مقام قاعده سازی باشد، در صدد ایجاد وحدت رویه قضایی و پیشگیری از تشتت آرای قضایی است و برای این منظور بسته به مورد، به یکی از این دو صورت عمل می کند: رسمیت بخشیدن به تفسیری خاص از قانون، آنجا که تفسیرهای گوناگونی از قانون وجود دارد و دیگر، ترجیح و تعیین فتوایی خاص در صورت فقدان واقعی یا حکمی قانون و وجود فتاوی متعدد و متفاوت. بی تردید این آرا، به استناد ماده ۲۷۰ پیش گفته، لازم الرعایه و در نتیجه، منبع تفسیری و تعیینی الزامی است و قضات حق تخلف از آن را ندارند، ولی به هر حال قاعده ساز نیست و منبع رسمی حقوق به شمار نمی آید.

ب) آرای قاعده ساز: گاه ممکن است در مورد موضوعی خاص، قانون، شریعت و عرف ساکت باشند و حتی مراجعه به اصول عملیه هم چندان کارگشا نباشد. رأی وحدت رویه دیوان عالی در چنین مواردی قاعده ساز است و قانونی حکمی - و نه پارلمانی - را پدید می آورد که پیروی از آن بر همه قضات الزامی است. برای مثال، در مورد مهلت اجرای قانون در خارج از کشور، با فرض سکوت قانون و نیز شریعت و عرف، اگر دیوان موعدی را تعیین کند، رعایت آن بر همه، حتی خود دیوان نیز الزامی است؛ زیرا ماده ۲۷۱ قانون پیش گفته به صراحت اعلام می دارد: «آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور قابل تجدید نظر نبوده و فقط به موجب قانون بی اثر می شود». بدین ترتیب، فقط قانون گذار می تواند آن را نسخ کند. آنچه گفته شد را می توان چنین جمع بندی کرد:

۱. رویه قضایی، به مفهوم عام آن و در مصادیق سه گانه اش، می تواند منبع مادی قانون قرار گیرد و به وسیله قانون گذار به قانون تبدیل شود.
۲. آرای همانند قضات و آرا و نظرات هیئت عمومی دیوان در رسیدگی فرجامی، منبع تفسیری تخییری و ترجیحی - و نه الزامی - قانون به شمار می آید.
۳. آرای وحدت رویه دیوان، اگر از نوع آرای تفسیری و تعیینی باشد، منبع تفسیری الزامی است و اگر از نوع آرای قاعده ساز باشد، منبع رسمی حقوق - که موضوع بحث حاضر است - به شمار می آید. در هر حال، باید توجه داشت که آرای وحدت رویه، منبع درجه سوم به شمار می آید. بنابراین، در مرحله نخست باید به قانون

مراجعه کرد و در صورت سکوت، نقص، اجمال یا تناقض قوانین، به شریعت مراجعه نمود و در صورت سکوت شریعت و در مرحله سوم به رویه قضایی مراجعه کرد، البته در صورتی که آرای وحدت رویه از نوع آرای تفسیری و تعیینی باشد که در حکم قانون یا در حکم شریعت به شمار آید، منطقاً مراجعه به آن در مرحله دوم قرار می‌گیرد و با فرض سکوت قانون پارلمانی و قانون حکمی (آرای وحدت رویه) نوبت مراجعه به شریعت (منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر) می‌رسد.^۱

مبحث پنجم: دکترین و اصول کلی حقوقی

دکترین و اصول کلی حقوقی در نظام حقوقی کنونی ایران، مصادیق متعددی دارند که تنها برخی از آنها منبع رسمی حقوق به شمار می‌آیند.

۱۸۵ بند یک - دکترین

با توجه به ماهیت آمیخته و مختلط نظام حقوقی ایران، که از یک سو، ترجمان فقه اسلامی و از سوی دیگر، دربردارنده تجارب بشری و حقوق عرفی و موضوعه است، به نظر می‌رسد باید اعتبار دکترین را به عنوان منبع رسمی حقوق، به تفکیک بررسی کرد و دکترین در قلمرو فقه را، از دکترین در قلمرو حقوق تجربی، عرفی و موضوعه باز شناخت.

بدیهی است دکترین در مصداق نخست آن، یعنی نظر عالمان فقه و شریعت، به استناد اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی - پس از قانون، به شرحی که گذشت - مهم‌ترین منبع حقوق در جمهوری اسلامی ایران است. اما قانون اساسی و دیگر قوانین در مورد دکترین در مصداق دیگر آن، یعنی نظر دانشمندان حقوق در عرصه حقوق تجربی، عرفی و موضوعه، ساکت است و به‌طور رسمی نمی‌توان نگاهی مثبت یا منفی را به آنها نسبت داد. در عین حال، شاید این تفصیل خالی از حقیقت و فایده نباشد که میان آن دسته از نظریه‌هایی که به‌طور روشن مبنا و منبع مادی قانون اساسی یا قوانین دیگر واقع شده‌اند، با نظریه‌هایی که مورد استفاده قانون‌گذار قرار نگرفته‌اند، تمیز و تفکیک قائل شد؛

۱. برای مطالعه بیشتر درباره رویه قضایی، ر.ک: دانش پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۲۶۹-۲۷۶؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۵۴۴-۵۸۴.

بدین صورت که: دسته نخست با تنقیح مناط، منبع رسمی حقوق به شمار آیند؛ چرا که در عمل مورد توجه و تأیید قانون‌گذار قرار گرفته‌اند، ولی دسته دوم، به دلیل سکوت کامل رسمی و عملی قانون‌گذار و در نتیجه، نبود دلیلی اطمینان‌بخش برای اعتبار آن، قابلیت صلاحیت استناد حقوقی و قضایی - و نه علمی و نظری - را نداشته‌اند و منبع رسمی حقوق ایران، شمرده نمی‌شود؛ اگرچه می‌توانند به عنوان منبع مادی و تفسیری مورد استفاده قانون‌گذار یا دادرس قرار گیرند.

۱۸۹ بند دو - اصول کلی حقوقی

به نظر می‌رسد تفصیل پیش‌گفته در مورد دکترین، در مورد اصول کلی حقوقی نیز صادق است؛ یعنی اصول کلی حقوقی مذکور در شریعت و فقه که بیشتر با عنوان «قواعد فقهیه» از آن یاد می‌شود، به استناد اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، منبع حقوق است، ولی اصول کلی حقوقی در قلمرو حقوق تجربی، عرفی و موضوعه، بسته به اینکه مورد استفاده و استناد قانون‌گذار قرار گرفته یا نگرفته باشد، منبع به شمار آید یا منبع محسوب نشود، اما به هر حال شرط اعتبار آنها، به استناد ماده ۳ آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، مغایرت نداشتن با موازین شرع است.^۱

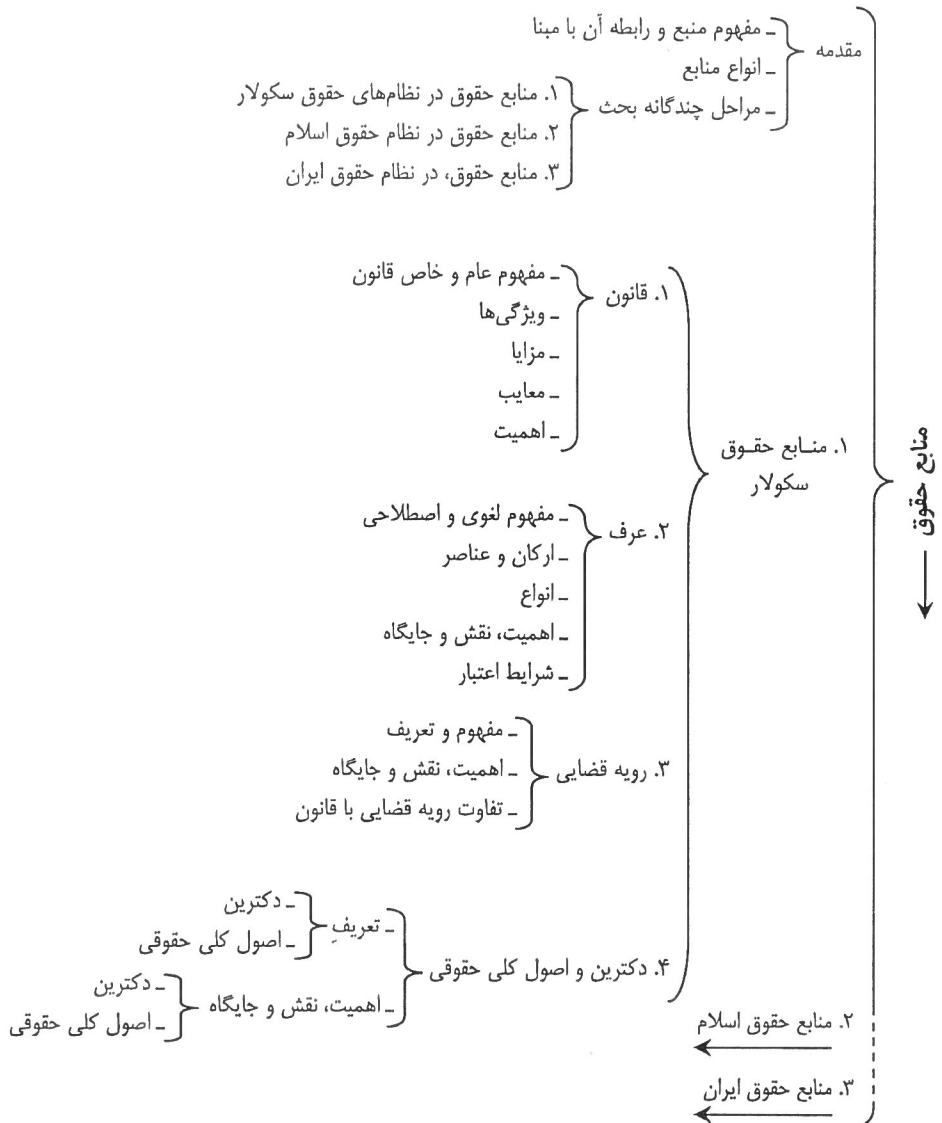
● پرسش و خودآزمایی

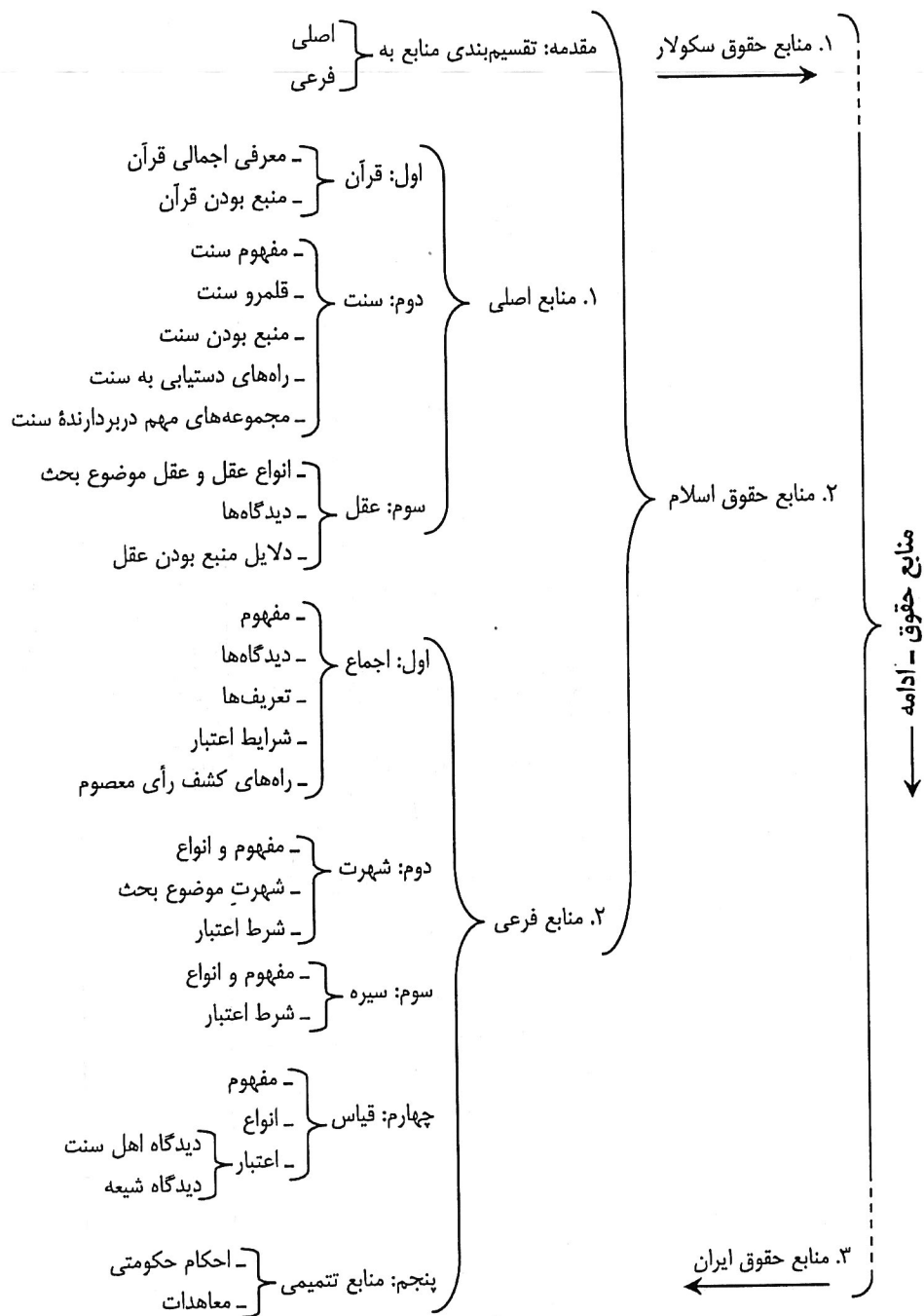
۱. مفهوم مورد نظر از اصطلاح «منبع حقوق» را توضیح داده و رابطه منابع حقوق با مبانی حقوق را تبیین کنید.
۲. اصطلاح «منبع حقوق» در مفهوم عام و وسیع آن به چند دسته اصلی تقسیم می‌شود؟ توضیح داده و دسته مورد بحث را معین کنید.
۳. قانون به مفهوم عام را تعریف و اهمیت و جایگاه آن را در نظام‌های مختلف حقوقی تبیین کنید.
۴. عرف را تعریف کرده و عناصر آن را توضیح دهید.
۵. رویه قضایی را تعریف و اهمیت و جایگاه آن را توضیح دهید.
۶. دکترین و اصول کلی حقوقی را تبیین کرده و تفاوت آنها را توضیح دهید.

۱. برای مطالعه بیشتر درباره دکترین و اصول کلی حقوقی، ر.ک: دانش پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۲۷۶ و ۲۷۷؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۶۰۸-۶۱۰.

۷. مقصود از منابع حقوق در نظام حقوق اسلام چیست؟ دسته‌بندی اصلی آن را توضیح داده و شاخه‌ای فرعی هر دسته را نام ببرید.
۸. سنت را تعریف کرده و دلایل منع بودن آن را توضیح دهید.
۹. عقل با چه دلیل و تبیینی منبع حقوق اسلام به شمار می‌آید؟ توضیح دهید.
۱۰. اجماع را تعریف کرده و شرایط اساسی اعتبار آن را تبیین کنید.
۱۱. قیاس مورد بحث و گفتگو را توضیح داده و بنویسید که به چه دلایلی شیعه آن را معتبر نمی‌داند.
۱۲. منابع تتمیمی در حقوق اسلام را نام برده و تفاوت اصلی آنها را با یکدیگر تبیین کنید.
۱۳. منابع حقوق در نظام حقوقی ایران را به ترتیب اهمیت نام ببرید.
۱۴. انواع قانون در حقوق ایران را به ترتیب اهمیت نام برده و تعریف کنید.
۱۵. مقصود از قوانین میانه و مختلط چیست؟ انواع آن را نام برده و توضیح دهید.
۱۶. انواع اصلی قانون پارلمانی (قانون به معنای خاص) را نام برده و توضیح دهید و شاخه‌های فرعی هر نوع را نام ببرید.
۱۷. شرایط اعتبار قانون پارلمانی چیست؟ و تشخیص‌دهنده اصلی آن کیست؟ توضیح دهید.
۱۸. مقصود از قوانین عادی غیر پارلمانی چیست؟ انواع اصلی آن را نام برده و توضیح دهید.
۱۹. مراحل وضع قوانین پارلمانی در جمهوری اسلامی ایران را به ترتیب نام برده و اندکی توضیح دهید.
۲۰. قلمرو استناد به شریعت و فقه در حقوق ایران را توضیح دهید.
۲۱. مفهوم عام رویه قضایی در حقوق ایران را تعریف کنید، مصادیق مهم آن را نام ببرید و مصداقی را که می‌تواند تحت عنوان رویه قضایی به مفهوم خاص، منبع رسمی حقوق ایران به شمار آید، تعیین کنید.

● چکیده نموداری مباحث





۱. منابع حقوق سکولار

۲. منابع حقوق اسلام

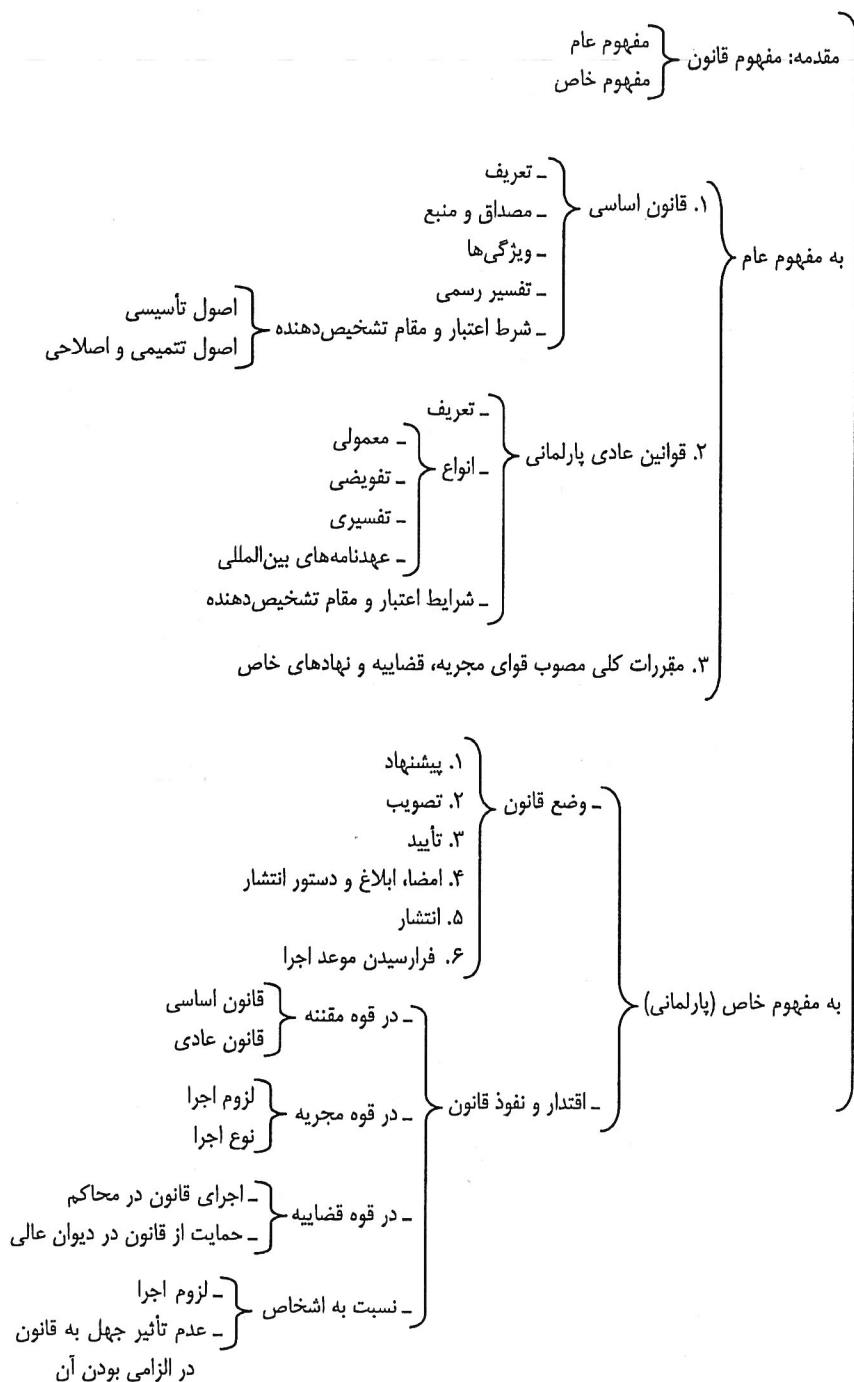
- مقدمه: طبقه‌بندی و سلسله‌مراتب منابع
- ۱. قانون
 - ۲. شریعت و فقه (منابع معتبر و فتاوی معتبر فقهی)
 - ۳. عرف
 - ۴. رویه قضایی
 - ۵. دکترین و اصول کلی حقوقی

۱. قانون

۲. شریعت
- مقدمه: نقش‌های چهارگانه شریعت
 - ۱. شریعت؛ منبع رسمی و تکمیلی
 - ۲. مفهوم و مصداق شریعت
 - مفهوم
 - مصداق
 - ۳. قلمرو استناد
 - دیدگاه‌های نظری
 - تصریحات قانونی
 - ۴. تعمیم نقش شریعت

۳. منابع حقوق ایران

۳. عرف
- ۱. عرف به عنوان منبع رسمی
 - پیشنهاد
 - قلمرو استناد
 - ۲. عرف به عنوان منبع مادی و تفسیری
 - ۳. شرایط اعتبار عرف
 - عدم مخالفت با اسلام
 - عدم مخالفت با قانون اساسی
 - عدم مخالفت با قوانین عادی آمره
۴. رویه قضایی
- مقدمه
 - ۱. آرای همانند قضاات
 - ۲. آرا و نظرات هیئت عمومی عالی دیوان کشور
 - ۳. آرا وحدت رویه دیوان عالی کشور
۵. دکترین و اصول کلی حقوقی
- دکترین
 - در قلمرو فقه
 - در قلمرو قوانین موضوعه
 - اصول کلی حقوقی
 - در قلمرو فقه
 - در قلمرو قوانین موضوعه



قلمرو اجرای قواعد حقوقی

هدف از گشودن این فصل آن است که دانشجو:

۱. قلمرو مکانی اجرای قواعد حقوقی را - در شاخه‌های مختلف آن - بشناسد و به امکان اجرای قانون داخلی در خارج از کشور یا امکان اجرای قانون خارجی در داخل کشور آگاه شود؛
۲. زمان شروع اجرای قاعده حقوقی، به‌ویژه قانون را تبیین کند؛
۳. با اصل مهم «عطف به ماسبق نشدن قوانین» و موارد استثنای آن آشنا شود؛
۴. زمان پایان اجرای قاعده حقوقی و عوامل پایان‌بخش به‌ویژه «نسخ» را توضیح دهد؛
۵. مسئله پیچیده «تعارض قوانین در زمان» را فهمیده و راه حل آن را تشریح کند.

۱۸۷ مقدمه

در مبحث اقتدار و لزوم اجرای قوانین، به مناسبت از اجراکنندگان قانون و چگونگی اجرای قوانین نیز سخن گفته شد. آنچه در اینجا موضوع بحث قرار می‌گیرد، قلمرو اجرای قواعد حقوقی در مکان و زمان است. قواعد حقوقی، معمولاً در جامعه و مکان خاصی متولد می‌شوند، مدتی کوتاه یا بلند، زندگی و حکومت می‌کنند و زمانی می‌میرند و از بین می‌روند و قواعد دیگری جانشین آنها می‌شود. این واقعیت دو پرسش اساسی را مطرح می‌کند:

۱. آیا اجرای قاعده حقوقی به جغرافیای خاص و سرزمین دولتی معین، منحصر و محدود می‌شود یا آنکه ممکن است مرز کشورها را درنوردد و در سرزمین دیگر دولتها نیز به اجرا درآید و متقابلاً، قوانین دیگر دولتها در سرزمین این دولت معین اجرا شود؟

۲. آیا اجرای قاعده حقوقی نامحدود و دائمی است یا آنکه عمر محدود و مشخصی دارد؟ در صورت اخیر، تولد و مرگ قاعده حقوقی چگونه پدید می‌آید و با موضوعات حقوقی همزمان خویش و موضوعات پیش از تولد یا پس از مرگ خود چه نسبتی دارد و بر کدام یک از آنها حکومت می‌کند؟

پرداختن به پاسخ این پرسش‌ها، طرح دو گفتار مستقل را تحت عنوان «قلمرو اجرای قواعد حقوقی در مکان» و «قلمرو اجرای قواعد حقوقی در زمان» را ضروری می‌سازد:

۱۱۸ گفتار نخست: قلمرو اجرای قاعده حقوقی در مکان

تحلیل پرسش از قلمرو قاعده حقوقی در مکان، به دو پرسش مرتبط بازمی‌گردد:

اولاً: آیا قواعد و مقررات هر دولت، فقط در محدوده جغرافیایی حاکمیت آن دولت، قابلیت اجرایی دارد؟ یا آنکه ممکن است در خارج از کشور نیز اجرا شود؟

ثانیاً: آیا همه اعمال، وقایع و روابط حقوقی واقع در قلمرو سرزمینی حاکمیت دولتی معین، فقط تابع قوانین و مقررات همان دولت است، یا اینکه ممکن است برخی از آنها از دایره شمول این قوانین خارج شود و تحت حکومت قوانین دیگری قرار گیرد؟

در پاسخ به پرسش‌های دوگانه فوق، دولت‌ها بسته به مورد، گاه با استفاده از معیار «محلی» یا «درون‌مرزی» بودن قوانین،^۱ صرفاً قانون خود را، آن هم فقط در خصوص موضوعاتی که در سرزمین آن دولت تحقق یابد، حاکم می‌دانند و گاه با استناد به معیار «ملی» یا «برون‌مرزی» بودن قوانین،^۲ از یک سو، قوانین خود را در خارج از کشور نیز لازم‌الاجرا می‌دانند و از سوی دیگر، اجرای برخی از قوانین خارجی را نیز مجاز می‌شمرند.^۳

در حقوق ایران نیز بسته به عمومی یا خصوصی بودن قاعده و اینکه جزء کدامین شاخه از شاخه‌های فرعی آنهاست، پاسخ‌های متفاوتی وجود دارد.

۱۱۹ مبحث اول: حقوق عمومی

از آنجاکه حقوق عمومی در شاخه‌های گوناگون آن، پیوند بیشتری با حاکمیت دولت و امنیت و نظم عمومی جامعه دارد، معیار محلی یا درون‌مرزی بودن با تأکید بیشتری مورد استفاده

1. Territorial Law

2. Extraterritorial Law

۳. برای مطالعه مفهوم «درون‌مرزی» و «برون‌مرزی» و معیارهای آن، رک: الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، ص ۲۱-۹؛ الصده، اصول القانون، ص ۲۰۰؛ ابواللیل، المدخل الی نظریة القانون و نظریة الحق، ص ۱۰۵؛ سعد، مبادی القانون، ص ۷۴؛ فرج الاصول العامة للقانون، ص ۱۳۲.

قرار گرفته است؛ یعنی قواعد حقوقی مربوط به حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالیه، حقوق کیفری و آیین‌های دادرسی و امثال آن، از یک سو همه موضوعات مربوط به آنها را که در ایران تحقق یافته باشد - چه درباره ایرانیان و چه درباره بیگانگان - در بر می‌گیرد و اجازه اجرای قانون خارجی را درباره آنها نمی‌دهد و اگر تفاوتی هم میان ایرانیان و بیگانگان مشاهده شود، آن هم به استناد قوانین درون‌مرزی ایران - و نه قوانین خارجی - است. از سوی دیگر، این قواعد، صرفاً در سرزمین دولت ایران قابلیت و صلاحیت اجرا دارند. بنابراین، حقوق و تکالیف و نیز محرومیت‌ها و معافیت‌های بیگانگان، همچون ایرانیان در حوزه حقوق اساسی، اداری، مالی، کیفری و قضایی - به جز برخی موارد استثنایی - اصولاً تابع قانون ایران خواهد بود؛ همان‌طور که متقابلاً ایرانیان نیز در کشورهای خارجی از این جهات، تابع قوانین دولت میزبان هستند. برای مثال، ماده ۹۷۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه به اصول محاکمات، تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می‌شود. مطرح بودن همان دعوا در محکمه اجنبی، رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود. و یا ماده ۵ قانون مجازات اسلامی تصریح می‌کند: «قوانین جزایی درباره کلیه کسانی که در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم شوند، اعمال می‌گردد، مگر آنکه به موجب قانون، ترتیب دیگری مقرر شده باشد». البته مواد ۵ تا ۸ همین قانون، برخی از جرایمی را نیز که تماماً یا بعضاً در خارج از کشور اتفاق افتاده است، مشمول قوانین ایران می‌داند.

۱۹۵ مبحث دوم: حقوق خصوصی

در حوزه حقوق خصوصی، جز در مورد احوال شخصیه، در بقیه موارد، معیار «درون‌مرزی» بودن قوانین پذیرفته شده است. در مورد حقوق اموال و مالکیت، ماده ۸ قانون مدنی که می‌گوید: «اموال غیر منقول که اتباع خارجه در ایران مطابق عهود تملک کرده یا می‌کنند، از هر جهت تابع قوانین ایران است»، بازتاب ناقصی از این معیار است؛ چراکه فقط به حکومت قانون ایران بر اموال غیر منقول اتباع خارجی که در ایران قرار دارد، تصریح کرده است، ولی این کاستی با تصویب ماده ۹۶۶ که مقرر می‌دارد: «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیای منقول یا غیر منقول تابع مملکتی خواهد بود که آن اشیا در آنجا واقع می‌باشند...» و به‌طور کلی اشیا (اموال) را تابع قانون دولت محل وقوع مال اعلام می‌کند، جبران شده است. در

مورد حقوق قراردادها ماده ۹۶۸ قانون مدنی نیز با نرمی و انعطاف بیشتری مقرر داشته است: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين، اتباع خارجه بوده و آن را صرفاً يا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». در مورد اسناد نیز به استناد ماده ۹۶۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اسناد از حیث طرز تنظیم سند، تابع قانون محل تنظیم خود می‌باشند»، همه اسناد تنظیم شده در ایران را صرفاً تابع قانون ایران می‌داند. البته همان‌طور که در تنظیم اسناد مربوط به احوال شخصیه، به ایرانیان مقیم خارجه اجازه داده است با مراجعه به کنسولگری‌های ایران، براساس قانون ایران اقدام کنند (ماده ۱۰۰۱ قانون مدنی)، متقابلاً همین اجازه را به خارجیان مقیم ایران نیز داده که با مراجعه به کنسولگری‌های دولت متبوعشان، براساس قوانین خودشان تنظیم سند کنند (ماده ۹۷۰ قانون مدنی).^۱

اما در مورد احوال شخصیه،^۲ معیار «ملّی و برون‌مرزی» بودن قوانین را، هم درباره ایرانیان مقیم خارجه و هم درباره خارجیان مقیم ایران به‌صراحت پذیرفته است. ماده ۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قوانین مربوط به احوال شخصیه، از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت و ارث در مورد کلیه اتباع ایران، ولو اینکه مقیم در خارجه باشند، مجری خواهد بود» و در ماده ۷ مقرر می‌دارد: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود، و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود». البته در برخی موارد که اجرای قانون خارجی درباره بیگانگان، ناممکن یا غیر منطقی است، علی‌القاعده قانون ایران به جای آن اجرا می‌شود. مهم‌ترین آن موارد بدین ترتیب است: بی‌تابعیت بودن شخص بیگانه، سکوت نظام حقوقی خارجی، دعوای نَسَب فردی که تابعیت او مورد تردید است، مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی جامعه ایرانی (ماده ۹۷۵ قانون مدنی)، احاله قانون خارجی به قانون ایران (ماده ۹۷۳ قانون مدنی)، اهلیت خاص برای کسب تابعیت ایران (ماده ۹۷۹ قانون مدنی) و سرانجام اهلیت خاص برای معامله کردن (ماده ۹۶۲ قانون مدنی).^۳

۱. ر.ک: الماسی، تعارض قوانین، ص ۱۸۲-۲۱۴.

۱۹۱ مبحث سوم: حقوق بین الملل

بدیهی است در حوزه حقوق بین الملل عمومی، با وجود مقررات بین المللی، نوبت به اجرای قوانین داخلی کشورها نمی رسد. مثلاً به موجب معاهده ۱۹۶۱ وین، رؤسای دولت ها، هیئت های دیپلماتیک و مأموران سیاسی و کنسولی، در پاره ای از موارد از شمول قوانین دولت میزبان خارج و از مصونیت ها، امتیازها و آزادی های ویژه ای برخوردارند که دیگر اتباع خارجی، به استناد قوانین دولت میزبان از آنها برخوردار نیستند.

اما در حوزه حقوق بین الملل خصوصی، در رسیدگی ماهوی به دعوا، بسته به مورد، گاه قانون ایران و زمانی قانون خارجی اجرا می شود. مثلاً در دعوای احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارجه، قانون ایران و در احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران، قانون خارجه اجرا می شود. یا در موارد اموال واقع در ایران، قانون ایران به اجرا درمی آید، اگرچه مالک آن خارجی باشد، و در مورد اموال واقع در خارجه، قانون خارجی اجرا می شود، اگرچه مالک آن ایرانی باشد. اما در رسیدگی شکلی و قواعد مربوط به «حل تعارض قوانین»، فقط قانون ایران به اجرا درمی آید.^۱

۱۹۲ گفتار دوم: قلمرو اجرای قاعده حقوقی در زمان

با توجه به عمر محدود بسیاری از قواعد حقوقی که زمانی متولد می شوند و زمانی می میرند، پرسش از قلمرو زمانی اجرای قاعده حقوقی، پرسشی کاملاً طبیعی و منطقی است که خود به دو پرسش جزئی تر تحلیل می شود. پاسخ به هریک از این دو پرسش، بحث مستقلی را طلب می کند.

۱. اجرای قاعده حقوقی، از چه زمانی آغاز می شود و در چه زمانی پایان می پذیرد و به عبارت دیگر، به لحاظ زمانی بر چه موضوعاتی حکومت می کند؟ (محدوده زمانی اجرای قاعده حقوقی یا قلمرو اجرای قانون در زمان به مفهوم خاص)
۲. آن بخش از موضوعات حقوقی که عمری دراز دارد و به گونه ای با دو قاعده حقوقی قدیم و جدید همزمان است، تابع کدام قانون خواهد بود؛ قانون قدیم یا قانون جدید؟ (تعارض قوانین در زمان)

۱. برای مطالعه بیشتر درباره قلمرو اجرای قاعده حقوقی در مکان، رک: دانش پژوه، حقوق شناسی عمومی، ج ۲، ص ۲۸۴-۲۹۸؛ کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۲۲۲-۲۲۶.

۱۹۳۳ مبحث اول: محدوده زمانی اجرای قاعده حقوقی

در پاسخ به پرسش نخست، قاعده منطقی آن است که جز در موارد خاص و استثنایی، قلمرو زمانی اجرای قاعده حقوقی، تقریباً با تولد قاعده حقوقی آغاز شود و با زوال قاعده حقوقی، پایان پذیرد. این قاعده منطقی به سه قاعده قابل تحلیل است: یک قاعده اصلی با چهره ایجابی، و دو قاعده فرعی که چهره سلبی دارد و یکی به آغاز اجرا و دیگری به پایان اجرای قانون مربوط می شود؛ بدین ترتیب: ۱. هر قاعده حقوقی؛ فقط بر موضوعات زمان اعتبار خود و بر همه آنها حکومت می کند (اثر فوری قانون)؛ ۲. هیچ قاعده حقوقی بر موضوعات پیش از زمان تولد و اعتبار خود حکومت نمی کند (عدم تأثیر قانون در گذشته یا اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین)؛ ۳. هیچ قاعده حقوقی بر موضوعات پس از مرگ و زوال اعتبار خود حکومت نمی کند (اصل عدم حکومت قانون منسوخ در آینده). البته هریک از این سه چهره، ممکن است استثناهایی داشته باشد؛ یعنی ممکن است قاعده حقوقی، بر بعضی از موضوعات زمان خود حکومت نکند یا برعکس، بر بعضی از موضوعات پیش از تولد یا پس از مرگ خود حکومت کند.

قواعد سه گانه و استثناهای آنها را در دو بند (آغاز و پایان اجرای قاعده حقوقی) تبیین می کنیم.

۱۹۳۴ بند یک - آغاز اجرای قاعده حقوقی

گفته شد که قاعده منطقی آن است که اجرای قاعده حقوقی با تولد آن آغاز گردد (چهره ایجابی: اثر فوری یا مستقیم قاعده حقوقی) و درباره موضوعات پیش از تولد آن اجرا نشود (چهره سلبی یا اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین). ماده چهار قانون مدنی به هر دو چهره تصریح کرده و مقرر داشته است: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد، مگر اینکه در خود قانون، مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد».

۱۹۵ الف) قاعده اصلی و ایجابی (اثر فوری قاعده حقوقی): قاعده حقوقی در مصداق های گوناگون آن، همین که به صورت الزامی تولد یافت، اجرایش آغاز می شود. زمان شروع اجرای قواعدی که در قالب «قانون» ظاهر می شوند، کاملاً روشن است؛ چراکه ماده ۲ قانون مدنی قانون مدنی مقرر داشته است: «قوانین، پانزده روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم الاجراست، مگر آنکه در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد».

زمان آغاز قواعد حقوقی ناشی از آرای وحدت رویه نیز با توجه به روشن بودن تاریخ صدور این آرا، کاملاً روشن است. در مورد اجرای قواعد حقوقی برآمده از شریعت نیز، ابهامی وجود ندارد؛ چون مفروض این است که قواعد حقوقی شرایع، اعم از شریعت و فقه جعفری یا دیگر شاخه‌های شرایع اسلامی و نیز شرایع یهودی، مسیحی و زرتشتی، قرن‌هاست تولد یافته و به وسیله پیروان مؤمن آنها به اجرا درآمده‌اند. در این میان، قواعد حقوقی مبتنی بر عرف، وضعیت متفاوتی دارند؛ چراکه اگرچه در مورد اجرای عرف‌های پرسابقه و روشن، در زمان حاضر ابهامی وجود ندارد، ولی در مورد زمان آغاز اجرای عرف‌های جدید و مستحدث، به دلیل روشن نبودن تاریخ دقیق تولد قاعده حقوقی عرفی، ابهام دیده می‌شود. به هر حال، بر اساس چهره ایجابی قاعده، قانون و دیگر قواعد حقوقی بر همه موضوعات و موقعیت‌های حقوقی حال و آینده، تا زمان زوال و مرگ آن قاعده حکومت می‌کنند. تنها سه مورد استثنایی وجود دارد که از دایره حکومت قانون جدید خارج و محکوم قوانین منسوخ گذشته‌اند که در پایان مبحث «پایان اجرای قاعده حقوقی» به آن اشاره خواهیم کرد.

۱۹۶ ب) قاعده فرعی و سلبی (اصل عطف به ماسبق نشدن قواعد حقوقی) و استثنای آن: لازمه منطقی چهره اثباتی قاعده و اثر فوری قانون، اجرا نشدن قانون و قاعده حقوقی در خصوص رویدادهای حقوقی پیش از تولد آن قاعده است؛ هر چند در موارد استثنایی ممکن است قانون و قاعده حقوقی جدید بر این رویدادها حکومت کند.

۱۹۷ ۱. تبیین چهره سلبی: منظور از چهره سلبی که با عناوین «اصل عدم تأثیر قانون در گذشته» یا «اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین»^۱ اشتهاار یافته، این است که قانون و قاعده حقوقی زمان حال، بر رویدادهای حقوقی پیش از تولد آن حکومت نکند و موقعیت‌های حقوقی پدیدآمده در پرتو قانون سابق را متزلزل نسازد و حق‌های پدیدآمده را محترم شمارد (اصل احترام حقوق مکسبه) و فردی را به دلیل ارتکاب عملی که بعداً جرم شناخته شده، مجازات نکند (اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها). هر چند در تبیین مفهوم چهره سلبی و اصل «عطف به ماسبق نشدن قوانین» و فلسفه پذیرش آن و مهم‌تر از آن، در تعیین قلمرو اجرای این اصل و موارد استثنای آن، اتفاق نظر وجود ندارد، ولی کلیت آن، چنان بر اساس

منطق، عدالت و مصلحت عمومی^۱ استوار است که هم فردگرایان و هم جامعه‌گرایان — هر چند با توجیهاتی متفاوت — آن را ضروری دانسته و پذیرفته‌اند،^۲ و هم در قوانین موضوعه بسیاری از دولت‌ها بازتاب یافته است.^۳

اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین، اگرچه در حقوق غربی، به‌ویژه در قلمرو حقوق کیفری، اصلی دیرپا و قدیمی نیست، ولی در حقوق اسلام و به تبع آن حقوق ایران، اصلی شناخته شده و قدیمی است. در قرآن کریم، چندین بار و در موارد مختلف حقوق مالی، حقوق قراردادی، حقوق خانوادگی، حقوق عمومی و حقوق کیفری به این اصل تصریح شده و برای نمونه فرموده است که خداوند متعال، اعمال خلافی را که افراد پیش از نزول برخی از آیات انجام داده‌اند (همچون ربا،^۴ نکاح با نامادری^۵ و نکاح همزمان با دو خواهر^۶) عفو فرموده و مشمول مجازات دنیوی یا اخروی ندانسته است. این اصل به عنوان یک اصل مهم فقهی، از حقوق اسلام به حقوق ایران راه یافته و در پاره‌ای از اصول قانون اساسی و مواد قوانین عادی بازتاب داده شده است.

البته باید به این نکته توجه داشت که رعایت این اصل در همه موارد یکسان نیست و اهمیت همانندی ندارد. برای مثال، رعایت این اصل در قلمرو حقوق کیفری، بسی بیشتر از حقوق مدنی است؛ به گونه‌ای که نه تنها قاضی نمی‌تواند قانون جدید را عطف به ماسبق کند، بلکه حتی قانون‌گذار نیز صلاحیت انجام چنین کاری را ندارد. اصل یکصد و شصت و نهم قانون اساسی تصریح می‌کند: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است، جرم محسوب نمی‌شود»؛ یعنی حتی قانون‌گذار نیز نمی‌تواند فعل یا ترک فعل ارتكابی قبل از وضع قانون را، جرم بشمارد و برای آن مجازات تعیین کند. مواد ۲ و ۱۱ قانون مجازات اسلامی نیز در واقع این اصل را توضیح داده و جرایم و مجازات‌های شرعیه را عملاً از شمول اصل یاد شده خارج دانسته‌اند؛ چراکه مفروض این است که مسلمانان قرن‌هاست از جرم بودن این‌گونه از افعال یا ترک افعال آگاهی دارند.

۱. الصده، اصول القانون، ص ۲۲۰؛ واحدی، مقدمه علم حقوق، ص ۱۳۵-۱۲۷.

۲. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲۷۶-۲۸۲ و مقدمه علم حقوق، ص ۲۲۹.

۳. برای دیدن قوانین برخی از دولت‌ها، مثل: مصر و لبنان، ر.ک: الصده، اصول القانون، ص ۲۲۱.

۴. مائده، ۹۵ و نیز: بقره، ۲۷۵؛ نساء، ۲۲ و ۲۳؛ انفال، ۳۸.

۵. نساء، ۲۳.

۶. نساء، ۲۲.

اما رعایت این اصل در مورد حقوق خصوصی و مدنی با نرمی و انعطاف بیشتری لازم دانسته شده است؛ یعنی اگرچه قاضی نمی‌تواند قوانین جدید را عطف به ماسبق کند، ولی قانون‌گذار در صورت مصلحت می‌تواند قانون جدیدالتصویب را بر رویدادهای حقوقی گذشته نیز حکومت بخشد. ماده ۴ قانون مدنی، اگرچه در صدر ماده می‌گوید: «قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد»، ولی بلافاصله تصریح می‌کند: «مگر آنکه در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد». پس لازم است مواردی را نیز که قانون به‌طور استثنایی عطف به ماسبق می‌شود، شناخت.

۱۹۸. ۲. موارد استثنای چهره سلبی (= تأثیر قانون در گذشته): برای چهره سلبی قاعده، موارد استثنایی ذکر شده است که در آن موارد، قانون جدید و حال، عطف به ماسبق می‌شود و بر موقعیت‌های حقوقی گذشته نیز حکومت می‌کند؛ هر چند با نظر دقیق، برخی از این موارد، مصداق چهره ایجابی (اثر فوری قانون) و نه استثنایی از چهره سلبی هستند. به هر حال مهم‌ترین این موارد از این قرار است:

یک) تصریح قانون‌گذار: همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، در غیر از قلمرو حقوق کیفری، قانون‌گذار می‌تواند موقعیت‌های حقوقی گذشته را نیز مشمول قانون جدید قرار دهد. مثلاً نه تنها درآمدهای حال و آینده، بلکه حتی درآمدهای یک سال قبل از تصویب قانون را نیز مشمول قوانین جدید مالیاتی قرار دهد.

دو) قوانین تفسیری: این دسته از قوانین، چون در واقع تبیین‌کننده مفهوم قانون قدیم هستند، منطقاً نه تنها بر موضوعات پس از تصویب، بلکه حتی بر موضوعاتی نیز که پیش از آن و پس از تاریخ تصویب قانون اصلی تحقق یافته‌اند، حکومت می‌کنند.

سه) قوانین ترفیعی و ارفاقی: گاه قوانین جدید در مقایسه با قانون قدیم، موقعیتی حقوقی را ترفیع می‌بخشند. مثلاً قانون جدید، احیای موات را - افزون بر حق اولویت - سبب مالکیت معرفی می‌کند یا آنکه قانون جدید با تخفیف یا حذف مجازات درباره مرتکبان، ارفاقی را روا می‌دارد. معمولاً این‌گونه از قوانین عطف به ماسبق می‌شود و بر موقعیت‌های حقوقی گذشته نیز حکومت می‌کند؛ یعنی نه تنها احیاکنندگان جدید، بلکه احیاکنندگان سابق نیز مالک شناخته می‌شوند یا مجرمان سابق نیز از تخفیف یا حذف مجازات برخوردار می‌گردند. ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی، به‌صراحت بر عطف به ماسبق شدن قوانین کیفری خفیف‌تر تأکید می‌کند.

چهار) قوانین مربوط به نظم عمومی: برخی از قوانین آمره، آنچنان با اصول و ارزش‌های بنیادین یک جامعه پیوند خورده است که نه تنها اجازه پدید آمدن موقعیتی جدید برخلاف آن را نمی‌دهد، بلکه استمرار موقعیت‌های گذشته را که با این اصول و ارزش‌ها و به عبارت دیگر، با این نظم عمومی مخالف است نیز تحمل نمی‌کند. برای مثال، در حقوق اسلام، با ممنوع شدن نکاح با محارم، حتی کسانی که پیش از این ممنوعیت با محارم خویش ازدواج کرده بودند نیز می‌بایست از همسر خویش جدا شوند.

پنج) قوانین ابطالی: مفهوم ابطال قانون پیشین، معدوم انگاشتن آن است؛ پس لازمه منطقی ابطال آن قانون، معدوم انگاشتن همه آثار حقوقی مترتب بر آن می‌باشد. از این رو، قانون ابطال‌کننده جدید، بر همه موقعیت‌های حقوقی قبلی که با استناد به قانون ابطال شده پیشین پدید آمده است، حکومت می‌کند.^۱

۱۹۹ بند دو - پایان اجرای قاعده حقوقی

بدیهی است با مرگ قاعده حقوقی (حذف) یا سلب اعتبار از آن (ابطال و نسخ کلی)، اجرای آن نیز به‌طور کلی پایان می‌پذیرد. افزون بر آن، ممکن است در برخی موارد اجرای قاعده‌ای حقوقی به‌طور موقت (تعلیق) یا به‌طور جزئی (تخصیص، تقیید و نسخ جزئی) پایان یابد. البته در شرایطی استثنایی ممکن است قانونی حتی پس از نسخ بر برخی از موقعیت‌های حقوقی آینده حکومت کند که در پایان بحث به آن اشاره خواهیم کرد.^۲

الف) قاعده اصلی و عوامل پایان بخش اجرای قاعده حقوقی

۷۵۵. ۱. پایان یافتن موعد یا منتفی شدن قید و شرط اجرای قانون: اگرچه طبیعت اولیه قاعده حقوقی، دائمی بودن آن است، ولی گاه ممکن است برای اجرای آن زمان مشخصی در نظر

۱. برای مطالعه بیشتر درباره آغاز اجرای قاعده حقوقی، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۳۰۱-۳۲۱.
 ۲. در ادبیات حقوق فارسی، معمولاً در بحث از پایان زمان اجرای قاعده حقوقی، تنها از نسخ گفتگو می‌شود (ر.ک: کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۶۷ و فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲۶۵؛ واحدی، مقدمه علم حقوق، ص ۱۳۶؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۱۸۷) و از دیگر عوامل مستقلاً یاد نمی‌گردد. اما به نظر می‌رسد طرح مستقل دیگر عوامل پایان‌بخش اجرای قاعده حقوقی، به‌رغم نزدیکی و شباهت پاره‌ای از آنها به نسخ، مناسب‌تر باشد. برای مطالعه بیشتر این عوامل و دیگر عواملی که در اینجا از آن یاد نشده است، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۳۶۲-۳۲۲.

گرفته شود. بدیهی است با پایان یافتن موعد، اجرای آن قاعده حقوقی نیز پایان می‌پذیرد. قوانین آزمایشی مصوب کمیسیون‌های داخلی مجلس، نمونه روشن این‌گونه از قوانین هستند؛ زیرا این قوانین، تنها در مدتی که مجلس تعیین می‌کند، به صورت آزمایشی اجرا می‌شود. گاه دیگر ممکن است اجرای قانون، ویژه شرایط معینی باشد که با از بین رفتن آن شرایط، اجرای این قوانین نیز پایان می‌پذیرد. قوانین مخصوص دوران جنگ از این نمونه است که پس از پایان جنگ دیگر اجرا نخواهد شد.

۲. تعلیق اجرای قانون: گاه ممکن است اجرای قانونی دائمی، به طور موقت تعطیل شود و سپس اجرای آن ادامه یابد. این تعطیلی موقت که «تعلیق» نامیده می‌شود، بیشتر در مورد قوانین عادی غیر پارلمانی مصداق می‌یابد.

۳. حذف: حذف قانون از مجموعه‌های قوانین، صریح‌ترین راه پایان دادن به اجرای قانون است؛ چراکه با حذف، وجود قانون پایان یافته است و اصولاً چیزی برای اجرا وجود ندارد. حذف مواد ۶۵۳، ۷۰۶، ۹۸۱، ۱۰۳۶ تا ۱۳۱۱ قانون مدنی از این نمونه است. حذف اگرچه با نسخ خیلی نزدیک است، ولی غیر از آن است. حذف، اعدام وجود قانون از زمان اعلام حذف است، ولی نسخ، سلب اعتبار از قانون از زمان اعلام نسخ می‌باشد، گرچه وجود قانون - هر چند به صورت موجودی بی‌جان - در مجموعه‌های قوانین باقی می‌ماند. به همین دلیل در نسخ، بحث رابطه ناسخ و منسوخ مطرح می‌شود، ولی در حذف، چنین بحثی موضوعیت ندارد.^۱

۴. ابطال: برخلاف حذف و نسخ که صبغه‌انشایی دارد و از زمان حذف و نسخ به اجرای قانون پایان می‌دهد، ابطال، صبغه اخباری داشته، از بطلان قانون از زمان تصویب آن حکایت می‌کند و در نتیجه، همه موقعیت‌های حقوقی گذشته را که بر پایه آن شکل گرفته است، باطل و کأن لم یکن می‌شمارد. تفاوت دیگر آنکه، ابطال لزوماً باید به وسیله مقام عالی اعلام شود؛ در حالی که حذف و نسخ به وسیله مقام مساوی نیز امکان‌پذیر است. برای ابطال، دو مصداق می‌توان یافت: یکی انقلابی و سیاسی و دیگری عادی و حقوقی. ابطال قوانین رژیم‌های گذشته در انقلاب‌های اجتماعی، نمونه مصداق نخست است، ولی برای مصداق دوم در حقوق ایران، به طور رسمی یک مورد بیشتر وجود ندارد و آن عبارت است از

۱. شاید بتوان حذف را با یک تأویل، از مصادیق نسخ صریح یا نسخ ضمنی به شمار آورد، ولی هم به دلیل تفاوت یاد شده در متن و هم به دلیل تفاوت شکلی آن با نسخ، مستقلاً مورد اشاره قرار گرفت.

ابطال آیین نامه‌های دولتی مخالف موازین اسلامی به وسیله دیوان عدالت اداری، که در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی بدان تصریح شده است.^۱

۲۰۴. ۵. تخصیص و تقیید: مقصود از تخصیص و تقیید آن است که با وضع قانون خاص و مقید، از قلمرو عموم و شمول قانون عام و مطلق کاسته شود و اجرای قانون عام و مطلق، به پاره‌ای از موضوعات و مصادیق آن اختصاص یابد و درباره پاره‌ای دیگر اجرا نشود. بنابراین، تخصیص و تقیید - در بخشی از مصادیق خود - موجب می‌شود اجرای قانون عام و مطلق به طور جزئی - و نه کلی - پایان پذیرد. این در جایی است که:

اولاً: قانون خاص و مقید، پس از گذشت مدتی از عمل به قانون عام و مطلق وضع شود. بنابراین و برای مثال، اگرچه ماده ۷ قانون مدنی، عموم ماده ۵ همان قانون را تخصیص می‌زند و قلمرو اجرای آن را محدود می‌کند، ولی به دلیل وضع و تصویب همزمان آنها، این تخصیص، مصداقی برای عوامل پایان‌بخش اجرای قاعده حقوقی نخواهد بود.

ثانیاً: پایان اجرای قانون عام و مطلق، از مصادیق نسخ جزئی - که بعداً به آن اشاره خواهد شد - نباشد. برای مثال، اصل سی و سوم قانون اساسی می‌گوید: «هیچ‌کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد...، مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد». حال هرگاه پس از مدتی، قانون عادی موارد جواز تبعید را معین کند، از این زمان به بعد به استناد تخصیص، اجرای اصل سی و سوم به طور جزئی - و نه کلی - پایان می‌یابد؛ یعنی در آن موارد خاص، دیگر نمی‌توان به استناد آن اصل، تبعید افراد را ممنوع دانست، گرچه در غیر آن موارد، قاعده ممنوعیت تبعید به استناد اصل یاد شده به قوت خود باقی است.

۶. نسخ:^۲ نسخ، رایج‌ترین شیوه پایان بخشیدن به زندگی قاعده حقوقی و اجرای آن است. پس لازم است با توضیح بیشتری به آن پرداخت و از آنجا که نسخ بیشتر در خصوص قانون مصداق پیدا می‌کند، با تأکید بر نسخ قانون به تبیین آن می‌پردازیم.

۲۰۵. یک مفهوم نسخ و فلسفه آن: مقصود از نسخ آن است که با وضع قانون جدید، اعتبار قانون قدیم به طور کلی یا جزئی سلب شود و اجرای آن پایان یابد. با گذشت مدتی از اجرای یک قانون، چه بسا روشن شود که مصلحت اجرای آن پایان یافته یا راهکارهای بهتری

۱. مورد دیگر ابطال - که البته رسماً و صریحاً مطرح نشده است - ابطال قوانین خلاف اسلام قبل از انقلاب اسلامی به وسیله شورای نگهبان است که پیش‌تر از آن سخن به میان آمد.

برای رسیدن به مصلحت منظور وجود دارد. در این صورت، قانونگذار با وضع قانون جدید، به طور صریح یا ضمنی اعتبار قانون قدیم را سلب می‌کند و به اجرای آن پایان می‌دهد؛ اعم از اینکه قانون جدید، خود بیانگر حکم جدیدی باشد یا آنکه فقط به سلب اعتبار از قانون قدیم بسنده کند.

﴿۲۰﴾ دو انواع و اقسام نسخ: نسخ از جهات و ابعاد گوناگون، انواع و اقسامی دارد که مهم‌ترین آن، تقسیم نسخ به لحاظ چگونگی تحقق آن، به نسخ صریح و نسخ ضمنی است. اول: نسخ صریح،^۱ و آن نسخی است که در متن قانون ناسخ بدان تصریح شده باشد. ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۱۳۷۹/۱/۲۸ به تأیید شورای نگهبان رسیده است، نمونه روشنی از نسخ صریح است: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ و الحاقات و اصلاحات آن و مواد ۱۸، ۱۹، ۲۱، ۲۳ و ۳۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ و سایر قوانین و مقررات در موارد مغایر، ملغی می‌گردد».

نسخ صریح خود دو گونه است: یکی نسخ تأسیسی و دیگر نسخ تأکیدی. اگر نسخ قانون قدیم، صرفاً محصول تصریح قانونگذار بر منسوخ بودن آن باشد، نسخ صریح تأسیسی تحقق یافته است؛ مثل ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های سیار، مصوب ۱۳۶۶/۶/۱ که مقرر می‌دارد: «از تاریخ تصویب این قانون، قانون تشکیل دادگاه‌های سیار مورخ ۱۳۳۷/۱۱/۲۳ لغو می‌شود». اما اگر نسخ قانون قدیم، محصول تحقق شرایط نسخ ضمنی باشد و به تصریح قانونگذار نیاز نباشد، نسخ صریح تأکیدی تحقق یافته است؛ چراکه مفروض این است که حتی بدون تصریح به نسخ نیز قوانین گذشته، منسوخ هستند. ماده ۴۳ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور، مصوب ۱۳۶۸/۳/۳۱ که مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون، از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون لغو می‌گردد»، نمونه روشنی از این نوع نسخ است. فایده نسخ صریح تأکیدی این است که زمینه تردید در ناسخ بودن قانون جدید را از بین می‌برد.

دوم: نسخ ضمنی،^۱ و آن نسخی است که در متن قانون بدان تصریح نشده، ولی از لوازم وضع قانون جدید است و به دلالت التزامی به دست می‌آید. مهم‌ترین موارد نسخ ضمنی، یکی تجدید قانون‌گذاری کلی و دیگر تعارض دو قانون قدیم و جدید است. در مورد نخست، یعنی تجدید قانون‌گذاری، بدیهی است وقتی قانون‌گذار در مورد موضوعی که درباره آن قانون وجود دارد، دوباره اقدام به قانون‌گذاری می‌کند و مجموعه‌ای از قوانین را تحت همان عنوان یا عنوانی همانند و نزدیک وضع می‌نماید، مفهومی این است که قانون قدیم را قبول ندارد و همه مواد قانون گذشته، اعم از موافق و مخالف را، یکجا و به‌طور کلی نسخ می‌کند.^۲ برای مثال، با وضع قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قانون اساسی مشروطیت منسوخ شده است. بنابراین، برای تعیین دین و مذهب رسمی کشور، دیگر نمی‌توان به آن قانون استناد کرد، اگرچه در این مورد با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هم موافق باشد. در مورد دوم، یعنی تعارض دو قانون قدیم و جدید، باید یادآور شد در صورتی قانون جدید به‌طور مسلم ناسخ قانون قدیم خواهد بود که تعارض آنها، تعارضی کلی و آشتی‌ناپذیر باشد. به همین دلیل، دیوان عالی کشور در رأی شماره ۲۹۹۹-۹۱۶ مورخ ۲۲ مهر ۱۳۰۸ خود تصریح می‌کند: «اگر دو قانون با همدیگر تنافی داشته باشند که نتوان بین آنها جمع نمود، قانون لاحق، طبعاً ناسخ قانون سابق خواهد بود، ولو اینکه در آن تصریح به نسخ نشده باشد».

اما اگر تعارض قانون قدیم و جدید، تعارض جزئی باشد، - چنان‌که خواهد آمد - بسته به مورد، گاه جای اجرای تخصیص و گاه جای اجرای نسخ است. ناگفته پیداست اگر دو قانونی که همزمان وضع و تصویب شده‌اند با یکدیگر تعارض داشته باشند، به هیچ‌وجه جای نسخ نیست و بسته به مورد، جای تخصیص، تقیید، تساقط و تخییر است که از موضوع بحث حاضر خارج است.

۲۰۷ (سه) شرایط نسخ ضمنی: برای تحقق نسخ ضمنی، شرایط فراوانی شمارش شده است^۳ که به ذکر مهم‌ترین آنها بسنده می‌کنیم:

1. Indirect (Tacit) Abrogation

۲. شاید به همین دلیل است که در قوانین برخی کشورها، مثل ماده ۲ قانون مدنی مصر، به ناسخ بودن تجدید قانون‌گذاری کلی تصریح شده است. ر.ک: الصده، اصول القانون، ص ۲۱۱.

۳. ر.ک: عبداللطیف عبدالله عبدالعزيز البرزنجی، التعارض والترجيح بين الادلة الشرعية، ج ۱، ص ۳۱۲-۳۱۴؛ کانوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۳۴۰-۳۵۰.

۱. وجود تعارض واقعی و غیر قابل جمع مدلول دو قانون: بنابراین، در مورد تعارض بدوی و ظاهری دو قانون عام و خاص یا مطلق و مقید و نیز تزامم^۱ دو قانون غیر متعارض هنگام اجرا، جای نسخ نیست؛ زیرا تعارض ظاهری عام و خاص و مطلق و مقید، با تخصیص و تقیید قابل حل است و در مورد تزامم نیز با اجرای قانون اهم مشکل حل می شود.

۲. وجود فاصله زمانی میان تصویب دو قانون و مؤخر بودن قانون ناسخ: بنابراین، اگر دو قانونی که در یک زمان تصویب شده اند با یکدیگر تعارض داشته باشند، جای نسخ نیست و بسته به مورد، با استفاده از قواعد باب تعارض، تخصیص و امثال آن باید مشکل تعارض را حل کرد.

۳. برتر بودن ناسخ یا دست کم هم رتبه بودن آن با منسوخ: بنابراین، نه تنها عرف نمی تواند ناسخ قانون باشد، بلکه در سلسله مراتب قوانین نیز، قوانین فروتر نمی توانند ناسخ قوانین بالاتر باشند. مثلاً آیین نامه های دولتی نمی توانند ناسخ قوانین عادی باشند؛ همان طور که قوانین عادی نیز نمی توانند قوانین اساسی را نسخ کنند؛ بلکه نسخ قانون اساسی، صرفاً با قانون اساسی و نسخ قانون عادی، با قانون اساسی یا قانون عادی دیگری ممکن است.

۷۰۸ چهار) رابطه نسخ با دیگر عوامل پایان بخش اجرای قانون: نسخ، اگرچه از نظر پایان بخشیدن به اعتبار قانون و اجرای آن، با دیگر عوامل پایان بخش شباهت و اشتراک دارد، ولی از نظر ماهیت، چگونگی و درجه تأثیر در پایان بخشی، با آنها تفاوت هایی دارد که در اینجا به ذکر یکی از مهم ترین و کاربردی ترین تفاوت های آن با تخصیص - که گاه با نسخ اشتباه می شود - بسنده می کنیم.^۲

هرگاه قانون ناسخ، خود به وسیله قانون سومی نسخ شود، بی آنکه حکم جدیدی جانشین آن گردد، در این صورت هیچ حکمی وجود نخواهد داشت؛ چراکه قانون نخست به وسیله قانون دوم، و قانون دوم به وسیله قانون سوم نسخ شده است؛ در حالی که اگر قانون

۱. تعارض واقعی قوانین آنجاست که مضمون و مدلول دو قانون، آنچنان ناسازگار باشد که هر یک دیگری را نفی کند، به گونه ای که به هیچ وجه قابل جمع نباشند. اما تزامم در موردی است که اجرای همزمان دو قانون ممکن نباشد و اجرای هر کدام مزاحم اجرای دیگری باشد، هر چند مدلول و مضمون دو قانون با یکدیگر سازگار باشند. مثلاً هر چند مضمون دو گزاره «خواندن نماز واجب است» و «نجات غریق واجب است» ناسازگار نیستند، ولی اجرای همزمان آن دو، یعنی خواندن نماز و نجات غریق در زمان واحد، ممکن نیست.

۲. تفاوت های نسخ و تخصیص فراوان است و کسانی همچون شوکانی تا بیست تفاوت شمارش کرده اند. ر.ک:

البرزنجی، التعارض والترجیح بین الأدلة الشرعية، ج ۱، ص ۳۸۰.

مخصص به وسیله قانون سومی نسخ گردد، بی آنکه حکم جدید جانشین آن شود، عموم و شمول عام نخستین باز می‌گردد و در نتیجه، خلأ حکمی پدید نخواهد آمد. با توجه به این تفاوت، باید جایگاه هریک از نسخ و تخصیص را در موارد تردید باز شناخت که مطلب بعد عهده‌دار آن است.

۲۰۹ پنج) دوران بین نسخ و تخصیص: در تعارض دو قانون، فرض‌های گوناگونی وجود دارد که در پاره‌ای از آنها بدون تردید نسخ جاری است و در پاره‌ای دیگر، بدون تردید نسخ جاری نیست و در فرض سومی در جریان نسخ با تخصیص تردید وجود دارد. برای مثال، اگر دو قانون به‌طور کلی و کامل متعارض بوده، در دو زمان متفاوت وضع و تصویب شده باشند، بدون تردید، قانون مؤخر ناسخ قانون مقدم خواهد بود، ولی اگر دو قانون همزمان وضع و تصویب شده باشند، در صورت تعارض کلی، جای اجرای قاعده تساقط و تخیر، و در صورت تعارض جزئی، جای اجرای قاعده تخصیص و تقیید است و بدون تردید جای نسخ نیست. اما اگر دو قانون در دو زمان متفاوت وضع و تصویب شده و تعارض آنها جزئی (و از نوع تعارض عام و خاص) باشد، در جریان نسخ یا تخصیص تردید و اختلاف نظر وجود دارد. بیشتر دانشمندان علم اصول از شیعه و سنی در قلمرو فقه و احکام شریعت، در جایی که هم تخصیص و هم نسخ امکان‌پذیر باشد، با توجه به علم محیط و خطاناپذیر خداوند و با ارائه دلایلی چند، جانب تخصیص را گرفته‌اند؛ هر چند گروه اندکی نیز نسخ را ترجیح داده‌اند.^۱ به نظر می‌رسد آن دلایل در قلمرو حقوق با توجه به علم محدود و خطاپذیر قانون‌گذار مصداق نداشته باشد. بنابراین، بسته به مورد - به شرح ذیل - باید جانب تخصیص یا نسخ را ترجیح داد:

مورد نخست) تقدم زمانی عام بر خاص: در این مورد اگر قانون خاص، پس از فرارسیدن زمان عمل به قانون عام وضع و تصویب شود، باید آن را ناسخ جزئی عام دانست؛ هر چند صورت آن، به تخصیص بیشتر شباهت داشته باشد. بنابراین، عموم ماده ۷ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ که بیگانگان را به‌طور کلی تابع قوانین دولت متبوع خود می‌داند، به وسیله مواد ۹۷۳ تا ۹۷۵ همان قانون مصوب ۱۳۱۳ نسخ شده

۱. ر.ک: همان، ص ۹۹-۱۰۲؛ حسین قافی و سعید شریعتی، اصول فقه کاربردی، ص ۲۳۷ و ۲۳۸.

و در نتیجه؛ از این تاریخ به بعد، قوانین دولت متبوع بیگانگان، در صورت احاله به قانون ایران یا مخالفت با عهود بین‌المللی یا اخلاق حسنه و نظم عمومی جامعه ایرانی، قابل اجرا نخواهد بود. اما اگر قانون خاص، پیش از فرارسیدن زمان عمل به عام وضع و تصویب شود، جانب تخصیص ترجیح داده شده است؛ هر چند در همین مورد نیز به نظر می‌رسد اگر فاصله زمانی تصویب قانون عام و خاص آن قدر زیاد باشد که نتوان قانون خاص را بیانگر مراد واقعی قانون عام دانست، ترجیح نسخ منطقی تر است.

مورد دوم) تقدم زمانی خاص بر عام: گاه ممکن است قانون خاصی وضع شود و پس از مدتی قانون عامی وضع گردد که با آن معارض باشد. در این مورد، اگر قانون عام، پیش از فرارسیدن زمان عمل به قانون خاص وضع شود، بدون تردید جای تخصیص است و خاص مقدم را باید مخصص عام مؤخر دانست؛ و در صورتی که پس از فرارسیدن زمان عمل به خاص، قانون عام وضع و تصویب شود، جانب تخصیص ترجیح داده شده است؛ هر چند برخی به نسخ گرایش دارند. به نظر می‌رسد در این مورد و در هر دو فرض آن، پیش از حکم به تخصیص، باید به قراین خارجی توجه کرد و اگر قرینه‌ای دال بر نسخ خاص مقدم به وسیله عام مؤخر وجود نداشت، خاص مقدم را مخصص عام مؤخر دانست. مثلاً اگر به موجب قانون خاص مقدم، گروهی بدون دلیل یا با دلیلی که هم‌اکنون موضوعیت خود را از دست داده، از پرداخت مالیات معاف شده باشند، ولی قانون عام مؤخر، همه را مشمول پرداخت مالیات کرده باشد، منطقاً باید قانون عام مؤخر را ناسخ خاص مقدم دانست و آن گروه را نیز به پرداخت مالیات مکلف کرد.

۲۱۰ شش) مقام صالح برای نسخ: پیش‌تر گفته شد که ناسخ باید برتر از منسوخ یا دست‌کم مساوی با او باشد؛ پس مقام وضع‌کننده قانون ناسخ، باید برتر یا دست‌کم مساوی با مقام وضع‌کننده قانون منسوخ باشد. در نتیجه، نسخ قوانین عادی پارلمانی، هم به وسیله قانون‌گذار اساسی (شورای بازنگری قانون اساسی) و هم قانون‌گذار عادی (مجلس شورای اسلامی + شورای نگهبان) امکان‌پذیر است. بنابراین، هیچ‌یک از مجلس شورای اسلامی یا شورای نگهبان، به تنهایی صلاحیت نسخ قوانین را نخواهند داشت؛ هر چند منطقاً

صلاحیت شورای نگهبان برای ابطال - و نه نسخ - قوانین خلاف اسلام، به ویژه در مورد قوانین پیش از انقلاب اسلامی ثابت است. دلیل این مطلب آن است که ابطال، چهره اعلامی دارد و شورای نگهبان چیزی انشا نمی کند؛ در حالی که نسخ چهره انشایی دارد و شورای نگهبان بدون مجلس، صلاحیت انشای قانون را ندارد.

۲۱۱ ب) قاعده فرعی و سلبی (عدم حکومت قانون قدیم و منسوخ در آینده) و استثناهای آن از آنچه گفته شد، روشن گشت که چهره ایجابی قاعده (اثر فوری قانون) تا زمان مرگ قانون همچنان استمرار دارد و همین که با تحقق یکی از عوامل پیش گفته، وجود قانون، معدوم شد یا اعتبار آن پایان یافت، استمرار چهره ایجابی و اجرای قاعده نیز پایان می یابد و چهره سلبی قاعده (عدم حکومت قانون منسوخ) آشکار می گردد؛ یعنی قانون منسوخ نباید بر روابط و موقعیت های حقوقی پس از نسخ حکومت کند. البته برای چهره سلبی قاعده سه استثنا وجود دارد که در آن موارد، قانون منسوخ همچنان حکومت می کند و به اجرا درمی آید: ۱. تصریح قانون گذار؛ ۲. قوانین کیفری اخف؛ ۳. آثار ارادی قراردادها.

۲۱۲ ۱. تصریح قانون گذار در حوزه حقوق عمومی (استثناهای قانونی): در پاره ای از قوانین، از نظر احترام به حقوق مکتسبه و پرهیز از ناملایماتی که بر هم خوردن انتظارهای مشروع افراد به وجود می آورد، قید می شود که مقررات آن قانون، صرفاً ناظر به موقعیت های تازه ای است که در آینده ایجاد خواهد شد و آنچه پیش از این آغاز شده است، همچنان تابع قانون قدیم است. برای مثال، ممکن است قانون، نظام آموزشی دوره کارشناسی را تغییر دهد. در اینجا هر چند نه تنها دانشجویان تازه وارد، بلکه دانشجویانی که پیش تر وارد دانشگاه شده و همچنان مشغول تحصیل هستند نیز باید مشمول قانون جدید باشد، ولی قانون گذار ترجیح می دهد این دسته از دانشجویان، همان نظام گذشته را ادامه دهند و فقط دانشجویان جدید تابع قانون جدید باشند.

۲۱۳ ۲. قانون منسوخ اخف در قلمرو حقوق کیفری: پیش تر گفته شد که اصل بر این است که قوانین کیفری جدید و اشد عطف به ماسبق نمی شود. روی دیگر این اصل آن است که قوانین کیفری منسوخ و اخف بر جرایمی که در زمان اعتبار آن اتفاق افتاده، ولی رسیدگی به آنها در زمان قانون جدید انجام می شود، همچنان حکومت می کند و حکومت قانون جدید،

مخصوص جرایمی است که پس از وضع آن واقع شده باشند. مجموع صدر و ذیل ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی به این نکته اشاره دارد.

۲۱۴ ۳. قانون تکمیلی منسوخ زمان وقوع عقد در حوزه حقوق خصوصی: پاره‌ای از آثار قراردادهای ممکن است در زمان قانون جدید - و نه قانون قدیم زمان انعقاد قرارداد - ظاهر شود. این آثار بسته به مورد، ممکن است تابع قانون جدید یا قدیم باشد. اگر قانون جدید، از قوانین آمره، و اثر قرارداد نیز از آثار حتمی و قانونی قرارداد باشد، منطقاً و براساس اصل و قاعده، قانون جدید بر این آثار حکومت خواهد کرد، ولی اگر قانون جدید، از قوانین تکمیلی یا اثر قرارداد از آثار ارادی باشد، قانون تکمیلی قدیم یا اراده اعلام شده زمان عقد بر این آثار حاکم خواهد بود. برای مثال، اگر در قانون تکمیلی قدیم، تعمیر عین مستأجره بر عهده موجر و در قانون جدید بر عهده مستأجر باشد و طرفین نیز بر خلاف آن تراضی نکرده باشند، در اجاره‌هایی که در زمان قانون قدیم منعقد شده، تعمیر عین مستأجره، حتی پس از وضع قانون جدید، همچنان بر عهده موجر است، و اگر خود به گونه دیگری تراضی کرده باشند، تابع همان تراضی است. مثلاً اگر با تراضی موجر و مستأجر و شخص ثالث، تعمیر بر عهده ثالث قرار گرفته باشد، باز هم ثالث متعهد به تعمیر عین مستأجره خواهد بود.

مبحث دوم: تعارض قوانین در زمان

۲۱۵ بند یک - تبیین مطلب

در مبحث نخست روشن شد که قلمرو زمانی اجرای قاعده حقوقی، با تولد قاعده آغاز می‌شود و با مرگ آن پایان می‌یابد و هر قاعده حقوقی - جز در موارد استثنایی - صرفاً بر پدیده‌ها، روابط و موقعیت‌های حقوقی زمان حیات خود حکومت می‌کند و بر آنچه پیش‌تر به وجود آمده یا بعداً به وجود آید، حکومت ندارد. اکنون سخن در این است که ممکن است آغاز و پایان شکل‌گیری برخی از پدیده‌ها، روابط و موقعیت‌های حقوقی یا تحقق آثار آنها، به زمان حیات و حکومت یک قاعده حقوقی محدود نشود، بلکه با زمان اعتبار و حکومت دو قاعده سابق و لاحق و - مشخصاً قانون منسوخ و قانون ناسخ - همزمان گردد. پرسش این است که: در این موارد چه قانونی حکومت خواهد کرد؟ قانون منسوخ و قدیم یا قانون ناسخ و جدید؟ مبحث حاضر، عهده‌دار ارائه پاسخ به این پرسش و تردید است که در

اصطلاح «تعارض قوانین در زمان»^۱ نام گرفته، ولی پیش از آن لازم است به موارد پیدایش آن اشاره کنیم:^۲

۲۱۶ بند دو - موارد پیدایش تعارض قوانین در زمان

اگر شکل‌گیری همه پدیده‌ها، روابط و موقعیت‌های حقوقی و تحقق آثار آنها در زمان حکومت یک قانون - چه قانون جدید و چه قانون قدیم - آغاز می‌شد و پایان می‌یافت، هرگز مسئله تعارض قوانین در زمان مطرح نمی‌شد، ولی واقعیت این است که در پاره‌ای از موارد - که ذیلاً به مهم‌ترین آنها اشاره می‌کنیم - چنین نیست:

الف) موقعیت‌های حقوقی تدریجی‌الحصول: تحقق برخی از موقعیت‌های حقوقی، تدریجی و در نتیجه نیازمند گذشت زمانی نسبتاً طولانی است. حال اگر برخی از ارکان و

۱. مبحث تعارض قوانین در زمان را نباید با مبحث کلی تعارض قوانین خلط کرد؛ چرا که در مبحث کلی تعارض قوانین پرسش این است که: چگونه باید دو قانون متعارض را جمع کرد و در صورت عدم امکان جمع، کدام یک صالح و معتبر و کدام یک ناصالح و نامعتبر است؟ اما در مبحث تعارض قوانین در زمان، با فرض روشن بودن اعتبار قانون جدید و ناسخ و بی‌اعتباری قانون قدیم و منسوخ، پرسش این است که: کدام یک از این دو قانون بر رابطه حقوقی مورد بحث، حکومت می‌کنند؟ نمودار ذیل می‌تواند موضوع تعارض قوانین در زمان را به خوبی نشان دهد، چرا که روشن است وصیت (الف) مشمول قانون قبل از سال ۸۰ است، چون همه اجزاء و عناصر آن، قبل از این سال تحقق یافته و برعکس وصیت (ب) مشمول قانون بعد از سال ۸۰ است، چون همه اجزاء و عناصر آن بعد از سال ۸۰ تحقق یافته است، اما در مورد وصیت (ج) که انشای وصیت قبل از سال ۸۰ و قبول موصی له و مرگ موصی بعد از سال ۸۰ واقع شده است، این پرسش وجود دارد که کدام یک از دو قانون (قانون منسوخ قبل از سال ۸۰ یا قانون ناسخ بعد از سال ۸۰) بر آن حکومت می‌کند؟

قبل از سال ۸۰	بعد از سال ۸۰
وصیت (الف)	وصیت (ب)
انشاء، قبول، مرگ موصی	انشاء، قبول، مرگ موصی
وصیت (ج)	
انشاء	قبول، مرگ موصی

۲. برای مطالعه بیشتر تعارض قوانین در زمان، رک: الصده، اصول القانون، ص ۲۱۷-۲۷۰؛ دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۳۶۲-۳۹۴؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲۶۲-۳۲۴ و حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان.

عناصر این گونه موقعیت‌ها در زمان قانون قدیم و برخی در زمان قانون جدید ایجاد شود، چه قانونی بر این موقعیت حکومت خواهد کرد؟

وصیت، مثال روشنی برای این گونه موارد است؛ چرا که در تحقق آن، سه عنصر انشای وصیت، مرگ وصیت‌کننده و قبول موصی له تأثیرگذار است. حال اگر انشای وصیت در زمان قانون قدیم و مرگ وصیت‌کننده و قبول موصی له در زمان قانون جدید روی دهد، چه قانونی بر این وصیت حاکم خواهد بود؟

ب) فاصله زمانی میان موقعیت حقوقی و آثار مترتب بر آن: اگر موقعیت حقوقی در زمان قانون قدیم و آثار آن در زمان قانون جدید ایجاد شود، چه قانونی حکومت خواهد کرد؟ برای مثال، اگر کسی در زمان قانون قدیم مرتکب جرمی شود، ولی رسیدگی به آن جرم و صدور حکم در زمان قانون جدید باشد، کدام قانون حاکم خواهد بود؟

ج) آثار مستمر: ممکن است آثار مترتب بر یک موقعیت حقوقی، در طول زمان و ایام حکومت دو قانون قدیم و جدید استمرار داشته باشد. این گونه آثار محکوم کدام قانون خواهد بود؟ برای مثال، پس از عقد نکاح و ایجاد علقه زوجیت، ریاست خانواده بر عهده مرد قرار می‌گیرد و این ریاست از آثار مستمر عقد نکاح است. حال اگر قانون جدید، تغییری در اصل یا چگونگی ریاست مرد ایجاد کند، کدام قانون بر ریاست این خانواده حکومت خواهد کرد؟

د) آثار تدریجی الحصول: پاره دیگری از آثار موقعیت‌های حقوقی، تدریجی الحصول هستند؛ مثل استحقاق نفقه در نتیجه عقد ازدواج، که نفقه هر روز، هفته، ماه و سال، مستقل از نفقه روزها، هفته‌ها، ماه‌ها و سال‌های دیگر است. حال اگر قانون جدید، تغییری در اصل یا چگونگی نفقه ایجاد کند، کدام قانون بر نفقه ازدواجی که در زمان قانون قدیم تحقق یافته و همچنان ادامه دارد، حکومت خواهد کرد؟ در حالی که روشن است ازدواج‌هایی که پس از قانون جدید روی دهد، تابع همین قانون جدید خواهد بود و ازدواج‌هایی که پیش از قانون جدید پایان یافته، تابع قانون قدیم است.

بند سه - راه حل تعارض

۲۱۷ الف) تبیین قاعده

در گذشته تلاش می‌شد با استفاده از یکی از چهره‌های سلبی قاعده، یعنی «عدم تأثیر قانون در گذشته» به حل تعارض بپردازند و به همین دلیل، این راه حل کلاسیک و قدیمی به «احترام

حقوق مکتسبه» اشتها ر یافته است. ابهام در مفهوم حقوق مکتسبه و چند انتقاد دیگر، موجب شد راه حل مقبول جدیدی که به «تمیز نوعی وقایع گذشته و آینده» یا «تمیز اصل عدم تأثیر قانون در گذشته و اصل اثر فوری قوانین» مشهور شده است، جانشین آن شود.^۱ طرفداران این راه حل می‌کوشند با استناد به هر سه چهره (یک چهره ایجابی و دو چهره سلبی) قاعده مربوط به تبیین محدوده زمانی اجرای قواعد حقوقی و تحلیل دقیق آنها و تعیین قلمرو هر یک از آنها، به گونه‌ای به حل تعارض و تعیین قانون حاکم پردازند که جز در موارد استثنایی، نه تأثیر قانون در گذشته لازم آید و نه حکومت قانون منسوخ در آینده؛ بلکه هر قانونی صرفاً بر پدیده‌ها، روابط و موقعیت‌های حقوقی زمان اعتبار خود حاکم باشد و در نتیجه، هر موضوعی نیز در هر مقطع زمانی، صرفاً محکوم قوانین معتبر در همان زمان باشد. توضیح آنکه بر اساس قاعده یاد شده، اصل بر این است که هر قانونی صرفاً بر همه رویدادهای حقوقی و آثار آنها که تماماً در زمان اعتبار آن آغاز شده و پایان یافته‌اند، حکومت می‌کند (چهره ایجابی یا اثر فوری و مستقیم قانون) و در نتیجه، بر آن دسته از رویدادهای حقوقی که بیش از زمان اعتبار آن آغاز شده و پایان یافته‌اند، حکومت نمی‌کند (نخستین چهره سلبی یا اصل عدم تأثیر قانون در گذشته)؛ همچنان که بر آن دسته از رویدادهایی که پس از نسخ آن آغاز می‌شوند نیز حکومت ندارد (دومین چهره سلبی یا اصل عدم حکومت قانون منسوخ در آینده).

از نگاه نظریه «تمیز نوعی وقایع گذشته و آینده»، اجرای قاعده یاد شده با چهره‌های سه‌گانه آن، به آن دسته از رویدادهایی که تماماً در یکی از سه مقطع زمانی (پیش از وضع قانون، زمان اعتبار قانون و پس از نسخ قانون) تحقق و پایان می‌یابند، اختصاص ندارد، بلکه شامل رویدادهایی نیز می‌شود که در زمان قانون سابق آغاز شده و در زمان قانون لاحق استمرار دارند. بنابراین، هم رویدادهایی که پیش از وضع قانون جدید و در زمان اعتبار قانون قدیم آغاز شده و پس از وضع قانون جدید و نسخ قانون قدیم استمرار دارند، و هم رویدادهایی که در زمان اعتبار قانون کنونی آغاز شده و پس از نسخ آن و در زمان اعتبار قانون آینده ادامه خواهند داشت، مشمول چهره‌های سه‌گانه قاعده یاد شده خواهند بود. بر این اساس، در موارد چهارگانه تحقق تعارض قوانین در زمان – جز در موارد استثنایی – هر مقدار از رویداد حقوقی و آثار آن، که به‌طور کامل در زمان قانون قدیم تحقق یافته، تابع همان قانون

۱. ر.ک: کانون‌زبان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۳۰۲-۲۸۲؛ الصده، اصول القانون، ص ۲۲۴-۲۴۵.

است و قانون جدید درباره آن بی تأثیر است (عدم تأثیر قانون در گذشته)، و هر مقدار از آن، که در زمان قانون جدید در حال تحقق است، تابع همین قانون است و قانون قدیم در خصوص آن تأثیر ندارد (عدم حکوم قانون منسوخ در آینده).

برای مثال، اگر در وصیتی، انشای وصیت به طور کامل در زمان قانون قدیم و مرگ وصیت کننده و قبول موصی له در زمان قانون جدید باشد، این وصیت از نظر انشاء، تابع قانون قدیم و از نظر قبول موصی له، تابع قانون جدید است. پس اگر قانون جدید شرط جدیدی برای انشای وصیت لحاظ کند، در وصیت یاد شده تأثیر نخواهد داشت (اصل عدم تأثیر قانون در گذشته)؛ همچنان که اگر قانون قدیم شرطی را برای قبول موصی له مقرر کرده باشد که قانون جدید و موصی له فاقد آن باشند، در قبول موصی له بی تأثیر خواهد بود (عدم حکومت قانون منسوخ در آینده).

در مورد آثار تدریجی الحصول مثل نفقه - و نیز دیگر موارد تعارض قوانین در زمان نیز - همین حکم جاری است. بنابراین، نفقه های زمان اعتبار قانون قدیم، تابع همان قانون و نفقه های زمان اعتبار قانون جدید، تابع همین قانون خواهد بود. پس اگر در قانون جدید، چیزی به مصادیق نفقه افزوده شود، زوجه فقط از زمان اعتبار قانون جدید، مستحق این مصداق خواهد بود و نمی تواند آن را درباره زمان های گذشته طلب کند (عدم تأثیر قانون جدید در گذشته)، چنان که شوهر نیز نمی تواند به استناد قانون قدیم، از پرداخت این مصداق در آینده خودداری نماید (عدم حکومت قانون منسوخ در آینده).

۲۱۸ ب) استثنای قاعده

همان طور که گفته شد، هر دو چهره سلبی قاعده، یعنی هم «عدم تأثیر قانون جدید در گذشته» و هم «عدم حکومت قانون منسوخ بر آینده»، با چند استثنا مواجه هستند که در آن موارد، یا قانون جدید در موقعیت حقوقی گذشته تأثیرگذار است و یا قانون منسوخ قدیم در موقعیت های آینده تأثیر می گذارد. پیش تر و در مبحث «محدوده زمانی اجرای قاعده حقوقی»، موارد استثنای نخستین چهره سلبی قاعده، یعنی «عدم تأثیر قانون جدید در گذشته» شمارش و تبیین شد و به تکرار آن نیاز نیست. بنابراین، هرگاه قوانین جدید، قوانین تفسیری، ترفیعی، ارفاقی، ابطالی یا قوانین مربوط به نظم عمومی باشند، آن بخش از موقعیت حقوقی را که در زمان قانون قدیم تحقق یافته، تحت تأثیر خود قرار می دهد؛

همچنین است اگر قانون‌گذار به تأثیر قانون در گذشته تصریح کند. هر چند با نظر دقیق - که مجال تبیین آن نیست - تنها دو مورد تصریح قانون‌گذار و قوانین ابطالی، استثنای واقعی به شمار می‌آیند.

دومین چهره سلبی قاعده، یعنی «عدم حکومت قانون منسوخ در آینده» نیز با سه استثنا مواجه است که در آن موارد، قانون منسوخ قدیم، حتی پس از وضع قانون جدید به حکومت خود ادامه می‌دهد: یکی تصریح قانون‌گذار و دیگر، قوانین سابق کیفری اخف و سوم، قوانین تکمیلی منسوخ زمان وقوع عقد در حوزه حقوق خصوصی، به شرحی که به تازگی تبیین شد.

۲۱۹ * خلاصه و نتیجه بحث: مجموع آنچه را در دو مبحث محدوده زمانی اجرای قاعده حقوقی و تعارض قوانین در زمان گذشت، می‌توان چنین جمع‌بندی و خلاصه کرد.

۱. جز در موارد استثنایی، اجرای قاعده حقوقی با تولد آن آغاز می‌شود و با مرگ آن پایان می‌پذیرد.

۲. جز در موارد استثنایی، هر قاعده حقوقی، صرفاً بر تمام رویدادهای حقوقی زمان حیات خود حکومت می‌کند و تنها در آن موارد استثنایی است که بر رویدادهای حقوقی گذشته یا آینده حاکم است.

۳. مهم‌ترین موارد استثنایی حکومت قانون برگزیده عبارت است از: تصریح قانون‌گذار، قوانین تفسیری، قوانین ترفیعی و ارفاقی، قوانین مربوط به نظم عمومی و قوانین ابطالی.

۴. مهم‌ترین موارد استثنایی حکومت قانون بر آینده عبارت است از: تصریح قانون‌گذار، قوانین کیفری اخف و قوانین تکمیلی زمان انعقاد قرارداد.

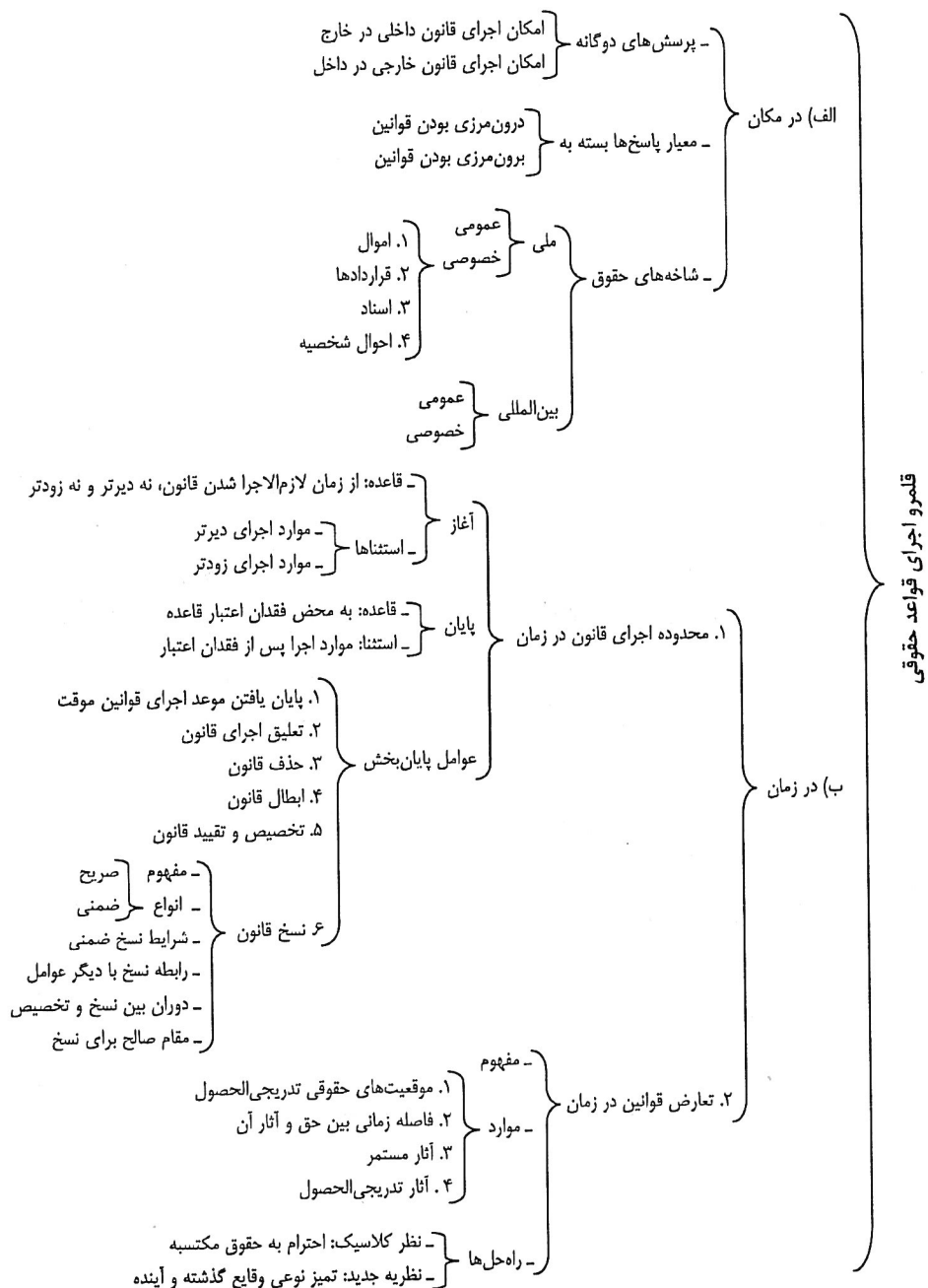
در پایان این قسمت، یادآوری این نکته لازم و سودمند است که آنچه گذشت، در حقوق اسلامی و در قلمرو احکام حکومتی و به‌ویژه احکام ثانویه، که اعتبار و در نتیجه اجرای آن اصولاً محدود و موقت است، به‌طور کامل پذیرفته شده است، ولی در قلمرو احکام اولیه، که فرض بر جاودانه بودن آنهاست، منطقاً - جز یک مورد - جایی برای بحث از پایان اجرای قواعد حقوقی باقی نمی‌ماند، و آن مورد هم جایی است که به حکم ثانوی، اجرای حکم اولی به طور موقت تعطیل شده باشد و به حالت تعلیق درآید. اما در مورد آغاز اجرای آن، هر دو چهره ایجابی و سلبی قاعده، یعنی «اثر فوری و مستقیم قانون» و «عدم تأثیر قانون در گذشته» و استثنای آنها، سال‌ها پیش از اعلام نظریه جدید «تمیز نوعی وقایع گذشته و آینده»، به بهترین شکل پذیرفته شده و اجرا گردیده است. برای مثال، قوانین جدید مربوط

به نکاح، فقط بر نکاح‌هایی حکومت می‌کند که پس از اعلام این قوانین روی دهد (اثر فوری قوانین) و بر نکاح‌هایی که پیش از آن واقع شده، حکومت نمی‌کند (عدم تأثیر قوانین جدید در گذشته)، مگر آنکه قانون جدید به نظم عمومی مربوط باشد که در این صورت، فقط در حد لزوم بر نکاح گذشته حکومت خواهد کرد. مثلاً پس از اعلام ممنوع شدن نکاح همزمان با دو خواهر، مسلمانان از چنین کاری منع شدند و در نتیجه، اگر مسلمانی با اطلاع از این ممنوعیت و با حفظ علقه زوجیت با همسر خویش، پس از مدتی با خواهر او ازدواج می‌کرد، بی‌تردید ازدواج دوم او صحیح به شمار نمی‌آمد و آثار نکاح صحیح، همچون لزوم تمکین، پرداخت نفقه و مشروعیت نسب فرزندان بر آن مترتب نمی‌شد، ولی کسانی که پیش‌تر با دو خواهر ازدواج کرده بودند، ازدواجشان صحیح و فرزندانشان، فرزندان مشروع به شمار می‌آمد (عدم تأثیر قانون در گذشته)؛ هر چند ادامه ازدواج با دو خواهر به دلیل مخالفتش با نظم عمومی پذیرفته نبود و ناگزیر باید نکاح مرد با یکی از دو خواهر به گونه‌ای منحل می‌شد. این حکم هم‌اکنون نیز در مورد مرد غیر مسلمانی که با دو خواهر ازدواج کرده و سپس همه به آیین اسلام درآیند، صادق و جاری است؛ یعنی علقه زوجیت او با یکی از دو خواهر منحل می‌شود، گرچه دیگر آثار ازدواجشان، همچون آثار مالی و نفقه و مشروعیت نسب فرزندان، همه صحیح به شمار می‌آید.

● پرسش و خودآزمایی

۱. قلمرو مکانی اجرای قواعد حقوقی، در حوزه حقوق عمومی را بنویسید.
۲. قلمرو مکانی اجرای قواعد حقوقی، در حوزه حقوق خصوصی را تبیین کنید.
۳. درباره محدوده زمانی اجرای قاعده حقوقی یک قاعده اصلی و ایجابی و دو قاعده فرعی و سلبی وجود دارد، این قواعد سه‌گانه را تبیین کنید.
۴. اجرای قاعده حقوقی از چه زمانی شروع می‌شود؟ قاعده اصلی و ایجابی و قاعده فرعی و سلبی در این مورد را توضیح دهید.
۵. نام مشهور قاعده فرعی و سلبی در مورد آغاز اجرای قانون چیست؟ سه مورد از موارد استثنای آن را نام برده و تبیین کنید که چرا این موارد استثنا است.
۶. اصل عطف به‌ماسبق نشدن قوانین را تبیین و نقش متفاوت آن را در شاخه‌های مختلف حقوق توضیح دهید.
۷. اجرای قاعده حقوقی چه زمانی و در پرتو چه عواملی پایان می‌پذیرد؟ پنج عامل را نام ببرید.

۸. پایان اجرای قانون در نتیجه تعلیق با پایان اجرای آن در نتیجه دیگر عوامل پایان بخش، چه تفاوتی دارد؟ توضیح دهید.
۹. مقصود از حذف و نسخ چیست؟ و چه تفاوتی دارند؟ توضیح دهید.
۱۰. مقصود از ابطال قانون چیست و تفاوت های آن را با حذف و نسخ بنویسد.
۱۱. پایان یافتن اجرای قانون در نتیجه تخصیص و تقیید با پایان یافتن اجرای آن در نتیجه حذف و ابطال چه تفاوتی دارد؟ و با چه شرایطی تخصیص و تقیید اعمال می شود؟
۱۲. انواع اصلی و فرعی نسخ را نام برده و توضیح دهید.
۱۳. شرایط نسخ ضمنی را تبیین کنید.
۱۴. مهم ترین تفاوت نسخ و تخصیص را در رابطه با قانون منسوخ توضیح دهید.
۱۵. در دوران بین نسخ و تخصیص، موارد ترجیح نسخ یا تخصیص را تبیین کنید.
۱۶. مقام های صالح برای نسخ در حقوق ایران را با ذکر چرایی آن، بنویسد.
۱۷. قاعده فرعی و سلبی مربوط به پایان اجرای قاعده حقوقی و موارد استثنای آن را به اختصار بنویسد.
۱۸. مفهوم تعارض قوانین در زمان را تبیین کنید و موارد پیدایش آن را بنویسد.
۱۹. راه حل کلی تعارض قوانین در زمان چیست؟ به اختصار توضیح دهید.



تفسیر قواعد حقوقی و فنون استنباط

هدف از گشودن این فصل آن است که دانشجو:

۱. مفهوم عام و خاص تفسیر را بشناسد؛
۲. ضرورت تفسیر را تبیین کند؛
۳. انواع مختلف تفسیر را توضیح دهد؛
۴. مکاتب مختلف تفسیری را تحلیل کند؛
۵. موارد تفسیر را تشریح کند؛
۶. با اصول حاکم بر تفسیر در نظام حقوقی ایران آشنا شود؛
۷. شیوه‌های گوناگون تفسیر را شناخته و جایگاه استفاده از هر کدام را توجیه کند.

۲۲۰ گفتار نخست: مفهوم تفسیر^۱ و موضوع آن

فلسفه وجودی قواعد حقوقی به طور عام و قانون به طور خاص، اجرای آنهاست. تحقق این هدف، به لحاظ نظری، آنگاه که حکم قاعده و موضوع آن کاملاً روشن باشد، به سادگی امکان‌پذیر است، ولی در بسیاری از موارد اجرای قاعده، به دلیل عدم صراحت یا وجود نوعی ابهام و تردید در حکم یا موضوع آن - و یا هر دو - با مشکل مواجه می‌شود و مجری قانون چاره‌ای ندارد جز آنکه با تلاشی جدید و مضاعف، به رفع ابهام و تردید از چهره قانون بپردازد تا بتواند آن را اجرا کند. در ادبیات حقوقی، از مجموعه این تلاش‌ها که به منظور روشن ساختن حکم یا موضوع قاعده حقوقی انجام می‌گیرد و فنون استنباط را نیز شامل می‌شود، تحت عنوان «تفسیر» قاعده حقوقی یاد می‌شود.^۲

1. Interpretation

۲. آنچه گفته شد، مفهوم عام تفسیر است که موضوع بحث است (ر.ک: دیلمی، احمد، بایسته‌های تفسیر قوانین، ص ۹؛ جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۱۱۰-۱۱۹؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲۰۹ و ۲۱۰؛ قیاسی،

البته هر چند همه انواع قواعد حقوقی (قانون، شریعت، عرف و رویه قضایی) می‌توانند موضوع تفسیر قرار گیرند، اما از آنجا که قانون بیش از دیگر قواعد حقوقی نیازمند تفسیر است، تفسیر قواعد حقوقی، عملاً به تفسیر قانون محدود و منحصر می‌شود.^۱

۲۲۱ گفتار دوم: ضرورت تفسیر

ایده آل و کمال مطلوب آن است که قواعد حقوقی به گونه‌ای سامان یابند و تبیین شوند که به هیچ‌گونه تفسیری نیاز نداشته باشند، ولی دلایلی چند، تفسیر را، به‌ویژه در خصوص قانون ضروری می‌سازد:

۱. گستردگی، تنوع و پیچیدگی روابط اجتماعی و عدم امکان پیش‌بینی همه این روابط از سوی قانون‌گذار: این امر سبب می‌شود قانون‌گذار هر قدر هم دقیق و جامع‌نگر باشد، نتواند برای همه موضوعات و در تمام حالات و شرایط، حکمی را صریحاً در قانون بیان کند. بنابراین، ناگزیر به عناوین عام و کلی که بر حالت‌های گوناگون قابل انطباق است، بسنده می‌کند. بهره‌گیری قانون‌گذار از این عناوین عام و کلی، مجری قانون را در مقام اجرا، به تفسیر آن عناوین وامی‌دارد.

۲. ایستایی قوانین و پویایی روابط اجتماعی: زندگی اجتماعی، در چارچوب روابط اجتماعی زمان قانون‌گذاری محبوس نمی‌گردد، بلکه با پیشرفت تمدن و دیگر تحولات اجتماعی، روابط نوینی شکل می‌گیرد که حکم حقوقی آن به روشنی در قوانین گذشته وجود ندارد. وضع قوانین جدید برای این روابط نوین، همیشه ممکن و مطلوب نیست. ممکن نیست؛ چرا که باید در بسیاری از مواقع، حکم این روابط پیش از وضع قانون جدید روشن شود و مطلوب نیست؛ چرا که به آنچنان تراکمی از قوانین می‌انجامد که مجری قانون را در گرداب خویش، غرق می‌کند. پس به ناچار مجری قانون به‌طور عام و دادرس به‌طور خاص، باید با هنر حقوق‌ورزی و ندای حق‌جویی و فطرت عدالت‌خواهی خود، قانون‌کهن را با نیازها و روابط نوین تطبیق دهد و حکم آن را دریافت کند، و این چیزی جز تفسیر نیست.

⇒ جلال‌الدین، روش تفسیر قوانین کیفری، ص ۱۵ و ۲۰. در برابر، مفهوم خاص تفسیر عبارت است از: «تعیین مدلول حقیقی قوانین» (جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۱۰۸؛ نیز ر.ک: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲۰۸؛ حسین قشقای، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی، ص ۸۴؛ الصده، اصول القانون، ص ۲۷۳؛ ابواللیل، المدخل الی نظریة القانون و نظریة الحق، ص ۱۴۳).

۱. برای مطالعه بیشتر درباره مفاهیم عام و خاص تفسیر، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۳۹۸-۴۰۱.

۳. ابهام ادبی و لفظی: گاه قانون‌گذار از سر حکمت یا از روی غفلت، از واژگانی پیچیده و تاریک یا چندمعنا و متشابه استفاده می‌کند و گاه گذشت زمان، غبار تاریکی و خاک پیچیدگی بر الفاظ آشکار قانون می‌نشانند. بدیهی است استناد به این دسته از قوانین، جز به خاک‌روبی و غبارزدایی که در حقیقت همان تفسیر قانون است، شدنی نخواهد بود.

۴. اجمال ماهوی و محتوایی: گاه قانون‌گذار درباره یک رابطه اجتماعی معین، در گذر زمان و به مناسبت‌های گوناگون، قوانین متعدد و متفاوتی وضع می‌کند که اگرچه هر یک از آنها ممکن است به‌خودی‌خود خالی از ابهام باشند، ولی توجه به همه آنها در مقام اجرا و دادرسی، سرگردانی مجری و دادرس را موجب می‌شود؛ چنان‌که گاه سکوت قانون‌گذار یا اهمال او در وضع قانون، پدیدآورنده این سرگردانی است. در چنین مواردی، تنها در پرتو تفسیر است که مجری قانون و دادرس از سرگردانی‌ها می‌شود و حکم قضیه را درمی‌یابد و به اجرای آن همت می‌گمارد.^۱

۲۲۲ گفتار سوم: انواع تفسیر

تفسیر به لحاظ‌های گوناگون، تقسیم‌ها و انواعی دارد: براساس مرجع و مقام تفسیرکننده، به تفسیر شخصی یا نظری، تفسیر اداری، تفسیر قانونی و تفسیر قضایی؛ براساس قلمرو، به تفسیر مضیق و تفسیر موسع تقسیم می‌شود که موضوع بحث این گفتار است؛ براساس شیوه، به تفسیر ادبی یا دستوری، تفسیر تحلیلی، تفسیر تاریخی، تفسیر مادی، تفسیر بنیادی یا مبنانگر و تفسیر گفتارشناختی یا اصولی تقسیم می‌شود که در گفتار هفتم مورد بحث قرار می‌گیرد.

مبحث اول: انواع تفسیر براساس مرجع و مقام تفسیرکننده

۲۲۳ بند یک - تفسیر شخصی یا نظری^۲

تفسیری را که صاحب‌نظران و دانایان حقوق، اعم از وکیلان، پژوهشگران، نویسندگان و به‌ویژه اساتید حقوق در قالب دفاعیه‌ها، پژوهش‌ها، مقاله‌ها، کتاب‌ها، پایان‌نامه‌ها، درس‌ها و

۱. برای مطالعه بیشتر درباره ضرورت تفسیر، ر.ک: همان، ص ۴۰۲ و ۴۰۳؛ نیز: دیلمی، بایسته‌های تفسیر قوانین، ص ۱۵-۱۲؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۲۱۴-۲۱۲؛ مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۱۹۰ و ۱۹۱؛ قیاسی، روش تفسیر قوانین کیفری، ص ۱۵.

سخنرانی‌های علمی درباره نظام حقوقی و به‌ویژه قوانین کشوری ارائه می‌کنند، از آن نظر که جنبه رسمی و اعتبار قانونی و قضایی ندارد، تفسیر شخصی می‌نامند و از آن نظر که بیشتر صبغه تحلیلی و آکادمیک دارد و در مقام داوری و فصل خصومت نیست، تفسیر نظری و علمی نام می‌گیرد.^۱

۲۲۴ بند دو - تفسیر اداری^۲

مقامات اداری و مأموران ادارات عهده‌دار وظیفه اجرای قوانین‌اند، ولی مفاد قوانین همیشه روشن نبوده، اجرای آنها جز با تفسیر شدنشان ممکن نیست. تفسیری که به وسیله مقامات اداری در جهت اجرای قوانین انجام می‌شود، تفسیر اداری نامیده می‌شود. بدیهی است تفسیر اداری، برخلاف تفسیر شخصی، تفسیری رسمی است و از اعتبار حقوقی برخوردار است، مشروط به آنکه تفسیر قانونی یا قضایی مخالفی در آن مورد وجود نداشته باشد.^۳

۲۲۵ بند سه - تفسیر قانونی^۴

تفسیر قانونی، رسمی‌ترین و نوعی‌ترین تفسیر قانون است که به موجب قانون و به وسیله قانون‌گذار یا مقام جانشین او انجام می‌شود و خود بر حسب انواع قوانین، شاخه‌های متعددی به شرح ذیل دارد:

۲۲۶ الف) تفسیر قانونی اساسی

از آنجا که مجالس قانون‌گذاری اساسی اصلی (خبرگان قانون اساسی) و اصلاحی و تکمیلی (شورای بازنگری قانون اساسی) عمر کوتاهی دارد و پس از انجام مأموریت خود، منحل می‌شود، تفسیر قانون اساسی به وسیله قانون‌گذار آن امکان‌پذیر نیست. به همین دلیل در اصل نود و هشتم قانون اساسی، مرجع جانشین برای تفسیر قانون اساسی و چگونگی تفسیر

۱. برای مطالعه بیشتر درباره تفسیر شخصی، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۴۳۹؛ نیز: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۲۲۵ و ۲۲۶؛ دیلمی، بایسته‌های تفسیر قوانین، ص ۴۵-۴۳؛ قیاسی، روش تفسیر قوانین کیفری، ص ۲۳؛ الصده، اصول القانون، ص ۲۷۶ و ۲۷۷.

2. Administrative Interpretation

۳. برای مطالعه بیشتر درباره تفسیر اداری، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۴۴۰؛ نیز: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲۲۶-۲۲۸؛ قیاسی، روش تفسیر قوانین کیفری، ص ۴۵-۴۳.

4. Legal Interpretation

را این چنین تبیین کرده است: «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می شود».

۲۲۷ ب) تفسیر قانونی قوانین عادی (پارلمانی)

شخصیت حقوقی نهاد قانونگذار در قوانین عادی و پارلمانی، شخصیتی باقی و پایاست؛ هر چند ممکن است در زمان تفسیر، هیچ یک از اشخاص حقیقی قانونگذار، موجود نباشند. بنابراین، کاملاً منطقی به نظر می رسد که تفسیر این دسته از قوانین - با همه شاخه های گوناگون آن - بر عهده همین نهاد، یعنی مجلس شورای اسلامی باشد. به همین دلیل، اصل هفتاد و سوم قانون اساسی به صراحت اعلام می دارد: «شرح و تفسیر قوانین، در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است».

۲۲۸ ج) تفسیر قانونی قوانین عادی غیر پارلمانی

تفسیر قانونی قوانین غیر پارلمانی، یعنی مصوبات کلی و نوعی قوه مجریه، قوه قضائیه، و نهادهای خاص، مثل شورای عالی انقلاب فرهنگی که با عناوین تصویب نامه، آیین نامه، بخش نامه و امثال آن از آنها یاد می شود، منطقیاً بر عهده تصویب کنندگان همان قوانین است که باید رسماً و به وسیله انشای آیین نامه و بخش نامه ای جدید تحقق یابد، تا بدین وسیله، از تفسیر اداری مراجع یاد شده، که تفسیری جزئی و موردی - و نه نوعی و کلی - است، تمیز داده شود.^۱

۲۲۹ بند چهار - تفسیر قضایی^۲

شایع ترین تفسیر رسمی از قانون، تفسیر قضایی است؛ به گونه ای که هرگاه واژه تفسیر، بدون پسوند و به صورت مطلق به کار رود، معمولاً این شاخه از تفسیر مقصود است و منظور از آن، تفسیری است که دادرسان هنگام رسیدگی به دعاوی و حل و فصل آن، ناگزیر از ارائه آن هستند. اصل هفتاد و سوم قانون اساسی، پس از آنکه بر صلاحیت انحصاری مجلس شورای

۱. برای مطالعه بیشتر درباره تفسیر قانونی و شاخه های آن، رک: دانش پژوه، حقوق شناسی عمومی؛ ج ۲، ص ۴۳۱-۴۴۸، نیز: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۲۱۶-۲۲۲؛ قیاسی، روش تفسیر قوانین کیفری، ص ۲۹-۳۱؛ دیلمی، بایسته های تفسیر قوانین؛ ص ۲۷-۴۳ و الصده، اصول القانون، ص ۲۷۴-۲۷۶.

اسلامی برای تفسیر قانونی تأکید می‌ورزد، صلاحیت دادرسان را برای تفسیر قضایی نیز این‌گونه مورد توجه قرار می‌دهد: «مفاد این اصل، مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق از قوانین می‌کنند، نیست». مهم‌ترین وجه امتیاز تفسیر قضایی از تفسیر قانونی، در این نکته نهفته است که تفسیری خاص و جزئی و مخصوص دعوای مطروحه است و صرفاً برای اصحاب همان دعوا الزام‌آور است؛ در حالی که تفسیر قانونی، تفسیری عام و کلی است که برای همه الزام‌آور می‌باشد. در این میان، موضوع اصلی بحث، تفسیر قضایی است و آنچه درباره مکاتب تفسیری، شیوه‌های تفسیر، موارد تفسیر و ضوابط تفسیر - و امثال آن - خواهد آمد، اصالتاً به تفسیر قضایی مربوط می‌شود؛ هر چند منطقاً انواع دیگر تفسیرها نیز مشمول آن خواهند بود.^۱

۷۳۵ مبحث دوم: انواع تفسیر به لحاظ قلمرو (تفسیر مضیق^۲ و تفسیر موسع^۳)
مقصود از تفسیر مضیق و محدود آن است که به قدر متقین از مدلول قانون، یعنی منطوق آن و حداکثر مفهوم موافق به مفهوم خاص آن (قیاس اولویت) بسنده شود، و مقصود از تفسیر موسع و گسترده آن است که افزون بر آن، به قیاس مساوات و مفاهیم مخالف و مانند آن نیز استناد گردد. هر چند مشهور شده که در قلمرو قوانین کیفری باید از تفسیر مضیق، و در قلمرو قوانین مدنی از تفسیر موسع استفاده کرد و این شهرت تا حدود زیادی هم صحیح است، ولی در عین حال کلیت ندارد؛ زیرا از یک طرف، فلسفه پذیرش تفسیر مضیق در قوانین کیفری، رعایت اصل «تفسیر به نفع متهم» است. بنابراین، در قوانین کیفری ارفاقی، دیگر جای استناد به تفسیر مضیق نیست، بلکه برعکس با استناد به تفسیر موسع می‌توان اصل «تفسیر به نفع متهم» را رعایت کرد. از سوی دیگر، در قوانین مدنی همیشه تفسیر موسع پذیرفتنی نیست. برای مثال، در آن بخش از قوانین مدنی که ترجمان شریعت و صورت تدوین یافته احکام الهیه است، نمی‌توان با استفاده از قیاس به تفسیر موسع پرداخت؛ همان‌طور که منطقاً در قوانین استثنایی نیز نمی‌توان از تفسیر موسع بهره گرفت و قلمرو قانون استثنایی را گسترش داد.

۱. برای مطالعه بیشتر درباره تفسیر قضایی، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۴۴۸-۴۵۰؛ نیز: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۳۲۲-۳۲۵؛ قیاسی، روش تفسیر قوانین کیفری، ص ۳۱ و ۳۲؛ دیلمی، بایسته‌های تفسیر قوانین، ص ۵۳-۲۶؛ الصده، اصول القانون، ص ۲۷۶ و ۲۷۷.

۲۳۹ گفتار چهارم: مکاتب تفسیری^۱

بر اساس اختلاف دیدگاه‌ها درباره جایگاه قانون و هدف تفسیر - که آن نیز از نوع نگاه به مبنا و هدف حقوق و نوع نظام حقوقی متأثر است - در بستر تاریخی تحولات حقوق، دو مکتب عمده تفسیری پدید آمده است: نخست آنان که به طور کامل یا نزدیک به آن، حقوق را مساوی با قانون می‌پندارند و قانون را کاملاً یا تقریباً منع منحصراً به فرد حقوق برمی‌شمارند و برای تفسیر قاعده حقوقی - که طبعاً به قانون محدود می‌شود - هدفی جز دریافت نظر قانون‌گذار نمی‌شناسند، مکتبی را پدید آورده‌اند که به نام‌های مکتب تفسیری سنتی و کلاسیک یا مکتب تقدیس متن و مانند آن اشتها یافته است. از آنجا که پیروان این مکتب برای رسیدن به مقصود، بیشتر از شیوه بررسی و تحلیل الفاظ قانون استفاده و حداکثر به شرح آن بسنده می‌کنند، عناوین مکتب تفسیر لفظی یا تحلیلی نیز بر این مکتب اطلاق شده است.

تجربه تاریخی، نارسایی این مکتب را ثابت کرد و انتقادهایی جدی را متوجه آن نمود؛ به گونه‌ای که مکاتب تفسیری جدیدی ظهور یافت که مهم‌ترین آنها با عنوان مکتب تحقیق علمی آزاد مشهور شده است. بر اساس این مکتب، دادرس در مقام اجرای قانون، به اراده قانون‌گذار پایبند نیست، بلکه می‌تواند و باید همچون دانشمندان، به گونه‌ای آزاد و از راه تطبیق قانون با واقعیت‌های زمانه و تحولات خواسته‌های اجتماعی، به تفسیر قانون بپردازد و در صورت پاسخگو نبودن قانون، از دیگر منابع حقوق، همچون عرف و عادت و امثال آن استفاده کند.

البته این مکاتب نیز از انتقاد مصون نماندند و نتیجه آن شد که اندیشه‌های اعتدال‌گرا، متناسب با هر مقام و موقعیت، استفاده از هر یک از دو مکتب تفسیری فوق را توجیه کند و بدین‌گونه، به جای نفی کلی هر یک از این دو مکتب، با جمع میان آنها، کاستی‌های هر یک را جبران نماید.^۲

1. Schools of Interpretation

۲. برای مطالعه بیشتر درباره مکاتب تفسیری، رک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۴۱۸-۴۰۵؛ نیز: کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۲۳۴-۲۵۲؛ قیاسی، روش تفسیر قوانین کیفری، ص ۶۸-۳۴؛ دیلمی، بایسته‌های تفسیر قوانین، ص ۱۲۴-۵۵؛ الصده، اصول القانون، ص ۲۷۷-۲۸۳.

گفتار پنجم: موارد تفسیر

دادرس در استناد به قانون هنگام رسیدگی به دعوا، با یکی از چند حالت ذیل مواجه می‌شود که جز در مورد نخست، نیازمند به تفسیر قضایی - به معنای عام آن - است که حسب مورد باید با استفاده از شیوه مناسب، به تفسیر قانون پردازد:

۱. وجود قانون روشن و صریح: هرگاه قاضی با قانونی مواجه باشد که مفهومی آن قدر روشن و آشکار باشد که هیچ‌گونه اختلاف یا احتمال معنای دیگری (تأویل) درباره آن وجود نداشته باشد، تفسیر قانون، موردی نخواهد داشت. مثلاً وقتی بند یک ماده ۹۷۹ قانون مدنی ایران در مورد شرط سنی برای کسب تابعیت ایران به صراحت مقرر می‌دارد: «به سن هیجده سال تمام رسیده باشند»، نیازی به تفسیر وجود ندارد؛ چون قانون به اندازه کافی روشن و گویاست.

۲. وجود قانون روشن و ظاهر: گاه قاضی به قانونی برخورد می‌کند که هر چند معنای آن روشن و آشکار است، ولی احتمال معنای دیگری درباره آن منتفی نیست. در این مورد، قاضی وارد نخستین و سبک‌ترین مرحله تفسیر می‌شود و در نتیجه آن، یا به کمک قراین و شواهد، آن معنای مؤول را اثبات و یا به با استناد به قواعد و ضوابط مربوط به استظهار، معنای مؤول را نفی و همان معنای ظاهر و آشکار را اثبات می‌کند. برای مثال، ماده ۹۷۹ قانون مدنی درباره یکی دیگر از شرایط کسب تابعیت ایران مقرر می‌دارد: «۲. پنج سال، اعم از متوالی یا متناسب در ایران ساکن بوده باشند... مدت اقامت در خارجه برای خدمت دولت ایران، در حکم اقامت در خاک ایران است». در این ماده، اگرچه مفهوم عبارت «در ایران ساکن بوده باشند»، در اقامت در کشور ایران ظهور دارد، ولی به کمک عبارت بعدی، مفهوم و معنایی گسترده‌تر برای آن اثبات می‌شود و اقامت در خارجه برای خدمت دولت ایران را نیز در بر می‌گیرد (مؤول). اما در خصوص عبارت «پنج سال»، هر چند از آنجا که قانون‌گذار به «پنج سال تمام» تصریح نکرده، این احتمال نیز وجود دارد که شامل کسانی که وارد سال پنجم سکونت در ایران شده‌اند نیز بشود، ولی چون قرینه‌ای که این احتمال (تأویل) را تأیید کند وجود ندارد، همان معنای ظاهر (پنج سال تمام) برای این عبارت اثبات می‌شود.

۳. وجود قانون غیر روشن (مبهم و مجمل): گاه قاضی با قانونی مواجه است که مفهوم و معنای آن در ذات خود، چندان روشن نیست (مبهم و مجمل). در این مورد، قاضی وارد دومین مرحله تفسیر می‌شود و با استفاده از شیوه‌های مناسب - به شرحی که خواهد آمد -

به رفع ابهام و اجمال قانون و روشن سازی مفهوم آن می پردازد و در صورت عدم موفقیت، باید وظیفه خود را با استفاده از ضوابط و شیوه های موارد بعدی انجام دهد. برای مثال، شرط چهارم مذکور در ماده ۹۷۹ قانون مدنی برای کسب تابعیت ایران که مقرر می دارد: «۴. در هیچ مملکتی به جنحه مهم یا جنایت غیر سیاسی محکوم نشده باشد»، تا حدود زیادی مبهم و مجمل است؛ چرا که معیار روشنی برای تمیز «مهم» از غیر مهم ارائه نشده است.

۷۳۵ ۴. وجود قوانین متعدد و متفاوت: گاه قاضی با قوانین متعددی در خصوص با موضوع دعوا، مواجه است. این قوانین اگر یکدیگر را تأیید و تثبیت کنند، قاضی با مشکلی روبه رو نمی شود، ولی در بیشتر موارد، نوعی تفاوت، تهافت و تعارض بدوی و ظاهری (عام و خاص یا مطلق و مقید و مانند آن) و یا تعارض مستقر و واقعی بین آنها وجود دارد که قاضی باید با استناد به قواعد مربوط به حل این گونه تعارض ها، به تفسیر بپردازد و حکم قضیه را مشخص سازد و در صورت عدم موفقیت، با استفاده از شیوه های مورد بعدی، انجام وظیفه کند. برای مثال، درباره تعریف اقامتگاه اشخاص حقوقی، دو قانون متفاوت وجود دارد: ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی مقرر می دارد: «اقامتگاه اشخاص حقوقی، مرکز عملیات آنهاست»؛ در حالی که ماده ۵۹۰ قانون تجارت مقرر می دارد: «اقامتگاه شخص حقوقی، محلی است که اداره شخص حقوقی در آنجاست» و همین مسئله، خود موجب بحث و اختلاف نظر حقوق دانان شده است که کدام یک از دو مفهوم «مرکز عملیات» یا «محل اداره»، معیار اقامتگاه اشخاص حقوقی است.

۷۳۶ ۵. فقدان قانون: گاه قاضی در مورد مسئله موضوع رسیدگی، با فقدان واقعی یا حکمی قانون مواجه می شود. مقصود از فقدان واقعی، عدم وجود قانون است؛ چنان که پیش از الحاق ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی، این قانون در مورد «کفر» به عنوان یکی از موانع ارث ساکت بود. اما مقصود از فقدان حکمی آن است که قوانین موجود، آنچنان غیر قابل استناد باشند (مثل تعارض تام و مستقر دو قانون) که گویا قانونی وجود ندارد. در این مورد، قاضی باید با استناد به دیگر منابع حقوق، قاعده حقوقی حاکم بر مسئله را بیابد و بدین گونه وارد آخرین مرحله تفسیر شود.

اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، به موارد مختلف لزوم تفسیر اشاره و به شیوه تفسیر در آخرین مورد (فقدان قانون) تصریح می کند و مقرر می دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدوّنه بیابد [از راه استظهار، رفع ابهام و حل تعارض] و اگر نیابد [فقدان واقعی یا حکمی قانون] با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی

معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص [فقدان قانون] یا اجمال [قانون غیر روشن] یا تعارض قوانین مدوّن [قوانین متعدد و متفاوت]، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز با اندکی توضیح، بر همین مطلب تأکید می‌کند و مقرر می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند، یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند؛ و الاً مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».^۱

۲۳۷ گفتار ششم: اصول حاکم بر تفسیر در حقوق ایران

پیش‌تر گفته شد که نظام حقوقی ایران بر دو مبنای ماهوی و شکلی استوار است. هر یک از این دو مبنا، نشان‌دهنده یکی از اصول حاکم بر تفسیر در این نظام حقوقی است. مبنای ماهوی، بر لزوم اسلامی بودن همه انواع قوانین و قواعد حقوقی - یا دست‌کم عدم مغایرت آنها با موازین اسلامی - تأکید دارد (اصول چهارم، نود و یکم تا نود و هشتم و یکصد هفتادم قانون اساسی)، و مبنای شکلی، بر انسجام و هماهنگی قوانین و قواعد حقوقی از راه رعایت سلسله‌مراتب تأکید می‌ورزد و مقرر می‌دارد قوانین عادی پارلمانی نباید مغایر با قانون اساسی باشد (اصول نود و یکم تا نود و ششم)؛ چنان که قوانین دولتی نیز نباید مخالف قوانین عادی پارلمانی یا خارج از حدود اختیارات قانونی قوه مجریه باشد (اصل یکصد و هفتادم)؛ همان‌طور که با وجود قانون، نوبت استناد به دیگر منابع - حتی شریعت و فقه - نمی‌رسد. توجه به دو مبنای یاد شده، هدف‌گذاری واحد، ولی دو مرحله‌ای تفسیر و به عبارت دیگر، اصول حاکم بر تفسیر را در نظام حقوقی ایران نشان می‌دهد:

۲۳۸ ۱. اصل پایبندی به قانون و کشف مراد قانون‌گذار: با وجود قانون، حتی اگر مجمل و مبهم و متعارض، قاضی حق عبور از آن و استناد به دیگر منابع قواعد حقوقی را ندارد و تا

۱. برای مطالعه بیشتر درباره موارد تفسیر، رک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۴۵۴-۴۶۱؛ نیز: دیلمی، بایسته‌های تفسیر قوانین، ص ۲۲-۱۵؛ قیاسی، روش تفسیر قوانین کیفری، ص ۲۵-۲۰.

آنجا که می‌تواند، باید با استفاده از شیوه‌های مناسب تفسیر، به رفع ابهام و اجمال و حل تعارض قوانین بپردازد و تنها در صورت عدم موفقیت در این مطلوب، می‌تواند به منابع دیگر (شریعت و اصول کلی حقوقی) استناد کند (اصل یکصد و شصت و هفتم). بر پابندی به قانون آن قدر تأکید شده که قاضی نه تنها نمی‌تواند به بهانه اجرای عدالت و رعایت ضرورت‌های نو، قانون را نادیده انگارد، بلکه حتی به بهانه مخالفت با شرع نیز نمی‌تواند آن را فرو نهد؛ چرا که مفروض آن است که قوانینی که از صافی شورای نگهبان گذشته، با موازین شرعی مغایرت ندارد و حداکثر آن است که «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد» (ذیل ماده ۳ آیین دادرسی مدنی).

۲۳۹ ۲. اصل اسلامی بودن تفسیر و مغایرت نداشتن آن با موازین شرع: شریعت و فقه اسلامی، غیر از آنکه به عنوان منبع مادی و نیز منبع رسمی تکمیلی حقوق ایران مطرح است، به عنوان منبع تفسیری نیز نقش مثبت دارد (اصل چهارم قانون اساسی). بنابراین، نه تنها قانون‌گذار نمی‌تواند قوانینی مغایر موازین شرع وضع کند، بلکه قاضی هم نمی‌تواند تفسیری از قانون و نیز دیگر انواع قواعد حقوقی ارائه کند که با موازین شرع ناسازگار باشد. پس قاضی در عین آنکه از همه شیوه‌ها و ابزارهای تفسیر برای کشف مراد قانون‌گذار بهره می‌برد، گوشه چشمی نیز به احکام شریعت دارد و از میان دو یا چند احتمالی که متن قانون تاب تحمل آن را دارد، تنها احتمالی را می‌تواند برگزیند که دست‌کم با احکام شریعت ناسازگار نباشد؛ چرا که مفروض این است که قانون‌گذار در این چارچوب به وضع قانون پرداخته است.^۱

۲۴۰ گفتار هفتم: شیوه‌های تفسیر^۲ و جایگاه استفاده از آنها

برای تفسیر، شیوه‌ها و روش‌های گوناگونی وجود دارد.^۳ این روش‌ها، لزوماً در مقابل

۱. برای مطالعه بیشتر درباره اصول حاکم بر تفسیر، رک: دانش پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۴۵۰-۴۵۴؛ دیلمی، بایسته‌های تفسیر قوانین، ص ۲۱۹-۲۴۰.

2. Methods of Interpretation

۳. هر چند در اصل وجود این شیوه‌ها تقریباً اختلاف نظر وجود ندارد، ولی در تبیین و نیز نامگذاری آنها اختلاف نظر دیده می‌شود. برای مثال، برخی از تفسیر ادبی، تفسیر منطقی، تفسیر تاریخی و تفسیر اصولی یا علمی-ترکیبی نام برده‌اند (کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲۳۵-۲۵۲). بعضی از تفسیر ادبی (گرامری) و تفسیر تحلیل عقلی

یکدیگر قرار نمی‌گیرند تا مفسر چاره‌ای جز انتخاب یکی از آنها نداشته باشد، بلکه هر کدام برای موقعیت خاصی پدید آمده‌اند تا در موقع مقتضی مورد استفاده قرار گیرند. نخست به شیوه‌های گوناگون اشاره می‌کنیم و سپس به مورد و چگونگی استفاده از آنها می‌پردازیم:

مبحث اول: شیوه‌های تفسیر

۷۴۱ ۱. تفسیر ادبی یا دستوری:^۱ اگر منطوق قانون چندان روشن نباشد، برای روشن ساختن آن باید از فرهنگ‌های عمومی و تخصصی و نیز قواعد دستوری و گرامری سود جست؛ یعنی باید معنای صحیح تک‌تک واژگان را یافت و متن قانون را تجزیه و ترکیب کرد تا منطوق متن قانون روشن شود.

۷۴۲ ۲. تفسیر تحلیلی:^۲ مراد قانون‌گذار را همیشه نمی‌توان در منطوق قانون یافت، بلکه باید آن را در ماورای واژه‌ها – اگرچه به استناد آنها – جستجو کرد؛ یعنی با توجه به نظم منطقی مواد قانون، عناوین و سرفصل‌ها، ملاحظه سیاق عبارت و مفاهیم موافق و مخالف، می‌توان مراد قانون‌گذار را که در قالب الفاظ تجسّد یافته است، آشکار ساخت. از آنجاکه در این شیوه با تحلیل متن قانون، منظور اصلی یا منظور دوم قانون‌گذار کشف می‌شود، می‌توان آن را «تفسیر تحلیلی» نام نهاد.

۷۴۳ ۳. تفسیر تاریخی:^۳ گاه دادرس یا مفسر برای دریافت مفهوم قانون یا مراد قانون‌گذار، چاره‌ای ندارد جز آنکه به سوابق مربوط به تصویب قانون، یعنی مذاکرات مجلس قانون‌گذاری و حتی اظهار نظری‌های علمی خارج از مجلس که در قالب سخنرانی‌ها و مقالات ارائه شده است، مراجعه کند و در صورت لزوم، به مطالعه حوادثی بپردازد که به تصویب قانون انجامیده است. از آنجاکه در این شیوه، مراد قانون‌گذار از راه مراجعه به تاریخ تصویب قانون مکشوف می‌گردد، عنوان «تفسیر تاریخی» بر آن نهاده شده است.

⇒ (طریق منطقی و طریق اصولی) سخن گفته‌اند (قشقای، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی، ص ۴۸-۵۰). کسانی از تفسیر لفظی (ادبی)، تفسیر منطقی، تفسیر تاریخی و تفسیر اصولی یا سیستماتیک بحث کرده‌اند (دیلمی، بایسته‌های تفسیر قوانین، ص ۱۳۲-۱۴۲). نویسندگانی نیز از تفسیر ادبی، تفسیر اصولی، تفسیر تاریخی، تفسیر منطقی یا توضیحی و تفسیر لفظی نام برده‌اند (قیاسی، روش تفسیر قوانین کیفری، ص ۶۹-۸۲) و سرانجام برخی هم از تفسیر خارجی و تفسیر داخلی نام برده‌اند (الصدّه، اصول القانون، ص ۲۸۴). در این میان، گاه دو نویسنده برای یک نوع تفسیر خاص، دو نام متفاوت را برگزیده‌اند و گاه برعکس تحت عنوان یک نام، دو نوع تفسیر متفاوت را شرح کرده‌اند.

1. Literary Interpretation

2. Analytical Interpretation

3. Historical Interpretation

۲۳۴ ۴. تفسیر مادی: ^۱گاه مفسر و دادرس مجبور می‌شود برای رفع ابهام و اجمال از قانون، در جستجوی ریشه و مبنای آن - که در اصطلاح منبع مادی نامیده می‌شود - برآید، تا بتواند در پرتو آن به درک صحیح قانون برسد؛ چرا که بسیاری از قوانین، صورت لفظی یک عرف یا رویه قضایی، و یا صورت رسمیت یافته یک قاعده اخلاقی، دستور مذهبی یا ترجمان یک قانون خارجی هستند. بدیهی است توجه به این منابع مادی، دادرس را در فهم قانون یاری می‌رساند.

۲۳۵ ۵. تفسیر بنیادی: ^۲یا مبنانگر: تفسیر بنیادی به تفسیر مادی نزدیک، ولی غیر از آن است؛ چرا که در تفسیر مادی، مفسر با توجه به منبع مادی یک قانون خاص به تفسیر می‌پردازد، اما در تفسیر بنیادی، از مبنای مشترک تعداد فراوانی از قوانین برای تفسیر قانونی خاص کمک می‌گیرد؛ زیرا چه بسا ممکن است برای تک تک مواد قانونی، منبع مادی خاصی وجود نداشته باشد، ولی معمولاً مجموعه‌ای از قوانین متجانس، بر پایه‌ای واحد و مشترک استوارند. کشف این بنیاد و مبنای مشترک می‌تواند دادرس را در یافتن مفهوم قانون و مراد قانون‌گذار کمک کند. برای این منظور باید مواد قانونی متجانس را به صورت علمی مورد مطالعه قرار داد و از ترکیب آنها، رابطه نظام‌مند میانشان را شناخت و سپس منشأ این ارتباط نظام‌مند را که همان بنیاد و مبنای مشترک است، کشف کرد و از آن در تفسیر قانون مورد نظر بهره گرفت. قاعده لا ضرر، قاعده تسلیط، قاعده ید و امثال آن، نمونه‌هایی از این مبانی و بنیادهای مشترک‌اند که پایه بسیاری از قوانین به شمار می‌آیند.

۲۳۶ ۶. تفسیر گفتارشناختی یا اصولی: گاه ابهام و اجمال قانون، نه از ذات قانون، که امری عارضی و بیرونی و ناشی از تعدد و تفاوت قوانین است و در نتیجه، رفع ابهام و اجمال با شیوه‌های پیش‌گفته امکان‌پذیر نیست و از شیوه‌های دیگر باید استفاده کرد. شیوه‌ای که از منطق مفاهیم و گفتگو قابل استنتاج است و در علم اصول فقه مورد بحث قرار گرفته و مباحثی همچون: عام و خاص، مطلق و مقید، مجمل و مبین، ناسخ و منسوخ و مانند آن را پدید آورده است. به همین دلیل، می‌توان از آن با عنوان شیوه گفتارشناختی یا اصولی (اصول الفقهی) یاد کرد.^۳

1. Material Interpretation

2. Fundamental Interpretation

۳. برای مطالعه بیشتر شیوه‌های تفسیر، رک: دانش پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۴۲۱-۴۲۶؛ نیز منابع پیشین.

مبحث دوم: جایگاه استفاده از هر یک از شیوه‌های تفسیری

گفته شد که در مورد قانون روشن و صریح به تفسیر نیاز نیست، ولی در هر یک از مواردی که تفسیر قانون ضرورت یابد، بسته به مورد می‌توان از یک یا چند شیوه مناسب استفاده کرد که خلاصه آن بدین قرار است:

۲۳۷ بند یک - قوانین روشن و ظاهر

اگر متن قانون به گونه‌ای روشن و ظاهر باشد که احتمال مفهومی دیگر نیز در آن راه داشته باشد (تأویل)، به تفسیری هر چند اندک و سبک نیاز است که حسب مورد و با توجه به شاخه‌های مختلف ظهور، از شیوه‌های گوناگونی باید بهره برد. توضیح آنکه، ظهور سه شاخه دارد: منطوق، سیاق و مفهوم. پس دادرس نباید به منطوق جمله و متن قانون بسنده کند بلکه باید به سیاق و مفهوم نیز توجه داشته باشد؛ بدین شرح:

۲۳۸ ۱. منطوق: مدلولی است که در الفاظ و واژگان قانون تجسد می‌یابد و به‌طور مستقیم از آن به دست می‌آید. در صورتی می‌توان منطوق را به قانون‌گذار نسبت داد که خلاف آن ثابت نشده باشد و برای این امر، تفحص و جستجو لازم است. برای مثال، اگر قاضی با قانونی عام یا مطلق مواجه بود، نمی‌تواند فوراً عموم و اطلاق را از آنها استفاده کند؛ زیرا چه‌بسا ممکن است قانون‌گذار آن عموم و اطلاق را با قانون دیگری تخصیص زده یا تقیید کرده باشد. بنابراین، تنها پس از جستجوی از مخصص و مقیّد و عدم دستیابی به آن می‌توان به استناد اصالة العموم و اصالة الاطلاق، تفسیری عام و مطلق از قانون مورد نظر ارائه کرد.

۲۳۹ ۲. سیاق: مدلولی است که اگرچه در واژگان متن تجسد نیافته، ولی با اندک تحلیل و تأمل از ساخت و شکل جمله استفاده می‌شود. مثلاً در ماده ۳۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است»، روشن است که مقصود قانون‌گذار، تصرف در «مال مردد» است. پس نمی‌توان به استناد این ماده، تصرف غاصب در مال مغضوب را، اگرچه مالکانه نیز تحقق یابد، دلیل مالکیت دانست.

۲۵۰ ۳. مفهوم: مدلولی است که اگرچه در واژگان متن تجسد نیافته، ولی لازمه منطوق است و چه‌بسا حتی بیش از منطوق، مقصود قانون‌گذار باشد. بنابراین، دادرس باید آن را بشناسد و در استظهار و تفسیر خویش از آن استفاده کند. مفهوم در یک تقسیم اصلی، به دو

نوع مفهوم موافق و مخالف منقسم می‌شود و هر یک دارای شاخه‌های فرعی است که به اختصار به آنها اشاره می‌کنیم.

الف) مفهوم موافق (به معنای اعم): مدلولی است که از نظر نفی و اثبات، همانند منطوق است و خود دو شاخه دارد:

۲۵۱) یک) قیاس اولویت (مفهوم موافق به معنای اخص): مدلولی است که ملاک حکم در آن در مقایسه با منطوق، به گونه قوی‌تری وجود داشته باشد. مثلاً وقتی منطوق ماده ۹۵۴ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «کلیه عقود جایزه به فوت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است»، سفه را سبب انفساخ عقود جایزه می‌داند، پس پیدایش جنون به طریق اولی موجب انفساخ خواهد بود.

۲۵۲) دو) قیاس مساوات: مدلولی است که قوت ملاک حکم در آن همانند منطوق است. در مورد قیاس مساوات باید دانست در صورتی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد که یا در منطوق به ملاک حکم تصریح شده باشد (منصوص‌العله) و یا دادرس به گونه‌ای قطعی آن ملاک را کشف کند و آن را در مفهوم موجود ببیند (مستنبط‌العله قطعی). بنابراین، قیاس مستنبط‌العله ظنی، معتبر و قابل استناد نخواهد بود. در نظام حقوق کنونی ایران، تنها در قلمرو قوانین موضوعه و احکام حکومتی که ساخته انسان است می‌توان از قیاس مساوات مستنبط‌العله بهره برد؛ چرا که کشف ملاک حکم منطوق به گونه قطعی درباره آن امکان‌پذیر است، ولی قوانینی که ترجمان فقه و صورت تدوین یافته احکام الهی است، جای استناد به قیاس نیست؛ زیرا کشف قطعی ملاک حکم در آنها تقریباً ناممکن است.

ب) مفهوم مخالف: مدلولی است که از نظر نفی و اثبات، مخالف منطوق است که خود شاخه‌های متعددی دارد و مهم‌ترین آنها از این قرار است:

۲۵۳) یک) مفهوم شرط: اگر منطوق مشتمل بر شرط باشد، در صورتی مفهوم مخالف خواهد داشت که شرط، علت تامه و منحصره حکم باشد. بنابراین، وقتی ماده ۳۹۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر مبیع حیوان باشد، مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد»، مفهوم مخالفش این است که اگر مبیع حیوان نباشد، مشتری از این حق فسخ برخوردار نیست.

۲۵۴) دو) مفهوم حصر: هرگاه منطوق مشتمل بر ادات حصر باشد، مفهوم مخالف خواهد داشت. بنابراین، وقتی اصل سی و ششم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و

اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه و به موجب قانون باشد»، مفهوم مخالفش این است که حکم به مجازات و اجرای آن از غیر طریق دادگاه و بدون استناد به قانون، جایز نیست.

۲۵۵) سه) مفهوم استثنا: هرگاه منطوق مشتمل بر استثنا باشد و حکم را برای مستثنی منه ثابت کند، مفهوم مخالف دارد و حکم را از مستثنی سلب می‌کند. مثلاً وقتی اصل بیست و چهارم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند، مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشند»، مفهوم مخالفش این است که مطبوعات در بیان مطالبی که مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی است، آزاد نیستند.

۲۵۶) چهارم) مفهوم وصف: مقصود از وصف، فقط صفت ادبی نیست، بلکه هر نوع توصیف و تفسیر را در بر می‌گیرد. اگر منطوق مشتمل بر عبارت وصفی باشد، در صورتی مفهوم مخالف خواهد داشت که وصف، علت تامه و منحصراً حکم باشد. مثلاً وقتی ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لا اقل دو مرد عادل که طلاق را بشنوند، واقع گردد»، مفهوم مخالفش این است که طلاق در حضور دو مرد فاسق یا ناشنوا معتبر نیست.

۲۵۷) پنج) مفهوم غایت: غایت به معنای پایان و انتهاست. اگر منطوق قانون مشتمل بر غایت باشد، مفهوم مخالفش این است که آنچه از محدوده غایت خارج است، مشمول حکم قانون نیست. مثلاً وقتی ماده ۳۹۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر مبیع حیوان باشد، مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد»، مفهوم مخالفش این است که از روز چهارم به بعد، اختیار فسخ معامله را ندارد.

۲۵۸) شش) مفهوم عدد: هرگاه منطوق قانون مشتمل بر عددی خاص باشد، مفهوم مخالفش این است که بسته به مورد، آنچه کمتر یا بیشتر از عدد یاد شده باشد، مشمول حکم قانون نیست. مثلاً وقتی تبصره ماده ۱۲۶ قانون کار مقرر می‌دارد: «مدت اعتبار پروانه کار موقت، حداکثر سه ماه است»، مفهوم مخالفش این است که پس از گذشت سه ماه، پروانه یاد شده فاقد اعتبار است. یا وقتی اصل هفتاد و چهارم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «طرح‌های قانونی به پیشنهاد حداقل پانزده نفر از نمایندگان در مجلس قابل طرح است»، مفهوم مخالفش این است که طرح پیشنهادی چهارده نفر، قابل طرح در مجلس نیست.^۱

۱. برای مطالعه بیشتر منطوق، سیاق و مفهوم، ر.ک: دانش‌پژوه، حقوق‌شناسی عمومی، ج ۲، ص ۴۶۱-۴۷۴؛ نیز کتب اصول فقه، از جمله قافی، اصول فقه کاربردی، ص ۱۸۲-۱۴۶. یادآوری این نکته لازم و سودمند است که حجیت مفاهیم در عرصه فقه که به تفسیر متون دینی می‌پردازد، با عرصه حقوق که به تفسیر متون قانونی می‌پردازد، اندکی متفاوت است.

۲۵۹ بند دو - قوانین غیر روشن (مبهم و مجمل)

ابهام و اجمال قانون، گاه از روشن نبودن مفهوم برخی واژگان قانون ناشی می‌شود؛ مثلاً مفهوم واژه «ایرانی‌الاصیل» مذکور در اصل یکصد و پانزدهم قانون اساسی چندان روشن نیست، و گاه دیگر، از ترکیب عبارات قانون ناشی می‌گردد. مثلاً ماده ۹۷۳ قانون مدنی در مورد احاله مقرر می‌دارد: «اگر قانون خارجه‌ای که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد، به قانون دیگری احاله داده باشد، محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست، مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد». در این ماده، حکم احاله به قانون ایران کاملاً روشن و محکمه مکلف به رعایت این احاله است، ولی در مورد احاله به قانون کشورهای دیگر، مفهوم عبارت «محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست»، چندان روشن نیست و به دلیل همین اجمال، حقوق‌دانان درباره آن اختلاف نظر پیدا کرده‌اند.

اگر روشن نبودن قانون، از ابهام و اجمال مفهوم واژگان سرچشمه گرفته باشد، در درجه نخست باید سراغ قانون تفسیری رفت و اگر چنین قانونی وجود نداشت، با استناد به فرهنگ‌های تخصصی و حقوقی و سپس فرهنگ‌های عمومی، از واژگان قانون ابهام‌زدایی کرد و در صورت بقای ابهام، با استفاده از شیوه تاریخی و مراجعه به مذاکرات مجلس به رفع ابهام پرداخت و در نهایت با روشن‌سازی (مراجعه به منبع مادی قانون) مفهوم آن را روشن ساخت. اما اگر روشن نبودن قانون از ابهام در ترکیب عبارات قانون باشد، نخست باید با استفاده از روش تفسیر ادبی به روشن ساختن قانون همت گماشت. در صورت بقای ابهام، نوبت استفاده از شیوه تحلیلی فرامی‌رسد و پس از آن، روش تاریخی و مادی سودبخش خواهد بود و در نهایت، شاید استفاده از روش بنیادی بتواند به رفع ابهام کمک کند.

در هر یک از دو فرض فوق، اگر اجمال همچنان باقی ماند، قاضی با فقدان حکمی قانون مواجه خواهد بود و با ضوابط مربوط به آن مرحله باید اقدام کند.

۲۶۰ بند سه - قوانین متعدد و متفاوت

گاه درباره یک رابطه حقوقی ممکن است قوانین متعددی وجود داشته باشد. این قوانین متعدد اگر یکدیگر را تثبیت و تأیید کنند، قاضی با مشکلی مواجه نمی‌شود؛ مثل بسیاری از اصول قانون اساسی و قوانین عادی مربوط به آنها، همچون اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب. اما اگر نوعی تفاوت،

تفاوت و تعارض بر آنها حاکم باشد، قاضی با مشکل اجمال عارضی قوانین مواجه می‌شود که برای رفع آن ناگزیر از تفسیر است.

اجمال عارضی ناشی از قوانین متعدد و متفاوت، خود شکل‌های گوناگونی (عام و خاص، مطلق و مقید، ناسخ و منسوخ، متعارضین) دارد که قاضی باید در گام نخست به تشخیص آنها پردازد و سپس براساس ضوابط و شیوه‌های مناسب تفسیر کند. برای تشخیص نوع اجمال، توجه به سه مطلب ضروری است: یکی نوع تفاوت (جزئی یا کلی بودن آن)، دوم رتبه هر یک از قوانین در سلسله مراتب قوانین و سوم زمان وضع قوانین.

۱. اگر دو قانون تفاوت جزئی و نیز اختلاف رتبه داشته باشند، قاضی باید به استناد به قانون عالی به تفسیر پردازد؛^۱ اعم از اینکه دو قانون همزمان وضع شده باشند یا آنکه قانون عالی در زمان سابق یا لاحق وضع شده باشد.

۲. اگر دو قانون، تفاوت جزئی داشته و با وحدت رتبه، همزمان وضع شده باشند، قاضی باید با استناد به قواعد مربوط به تخصیص و تقیید به تفسیر پردازد.

۳. اگر دو قانون تفاوت جزئی داشته و با وحدت رتبه در دو زمان سابق و لاحق وضع شده باشند، قاضی باید حسب مورد (براساس تقدم زمانی وضع قانون عام یا خاص و نیز وضع قانون مؤخر پیش از فرارسیدن وقت عمل به قانون مقدم یا پس از آن) به استناد قواعد مربوط به نسخ یا تخصیص به تفسیر پردازد.

۴. اگر دو قانون تفاوت کلی و اختلاف رتبه داشته باشند، قانون دانی اعتبار ندارد و قاضی باید صرفاً براساس قانون عالی به تفسیر پردازد؛ اعم از آنکه هر دو قانون همزمان وضع شده باشند یا آنکه قانون عالی در زمان سابق یا لاحق وضع شده باشد.

۵. اگر دو قانون تفاوت کلی داشته و با وحدت رتبه، در دو زمان سابق و لاحق وضع شده باشند، قاضی باید با استناد به قواعد مربوط به نسخ به تفسیر پردازد.

۶. اگر دو قانون تفاوت کلی و وحدت رتبه داشته و همزمان وضع شده باشند، هر دو از اعتبار ساقط می‌شوند و در حکم مورد آینده (فقدان قانون) قرار خواهند گرفت و قاضی باید با استناد به قواعد مربوط به فقدان قانون به تفسیر پردازد.

۱. یادآوری این نکته لازم است که موضوع بحث، تفسیر به مفهوم خاص آن نیست، بلکه تفسیر به مفهوم عام آن موضوع بحث است که نه تنها رفع تعارض از دو قانون و استناد به قانون عالی، بلکه یافتن حکم هر مسئله یا موضوع حقوقی را، حتی هنگام سکوت و فقدان واقعی یا حکمی قانون نیز در برمی گیرد (ر.ک: جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۱۱۰؛ قیاسی، روش تفسیر قوانین کیفری، ص ۱۵ و ۲۰).

پس به طور خلاصه می‌توان گفت برای تفسیر قوانین در صورت‌های نخست و چهارم، باید به قانون عالی استناد شود و در صورت دوم از قواعد مربوط به تخصیص و تقيید، و در مورد پنجم از قواعد مربوط به نسخ استفاده کرد و در صورت سوم، بسته به مورد با استفاده از قواعد مربوط به تخصیص یا نسخ و سرانجام در مورد ششم، با استناد به قواعد مربوط به فقدان قانون به تفسیر قانون (به مفهوم عام) پرداخت.

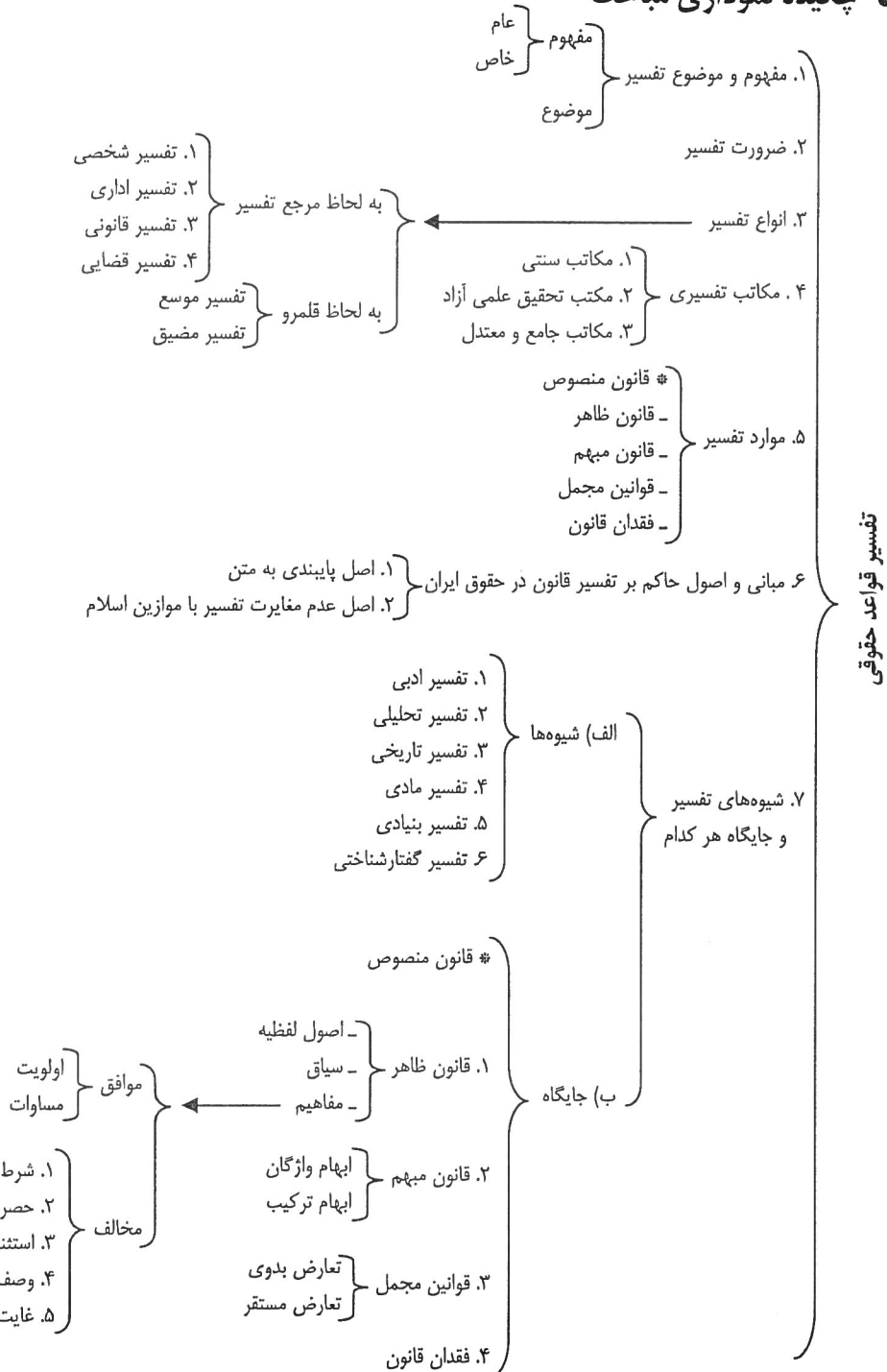
۲۶۱ بند چهار - فقدان قانون

گاه ممکن است در مورد یک رابطه حقوقی، اصلاً قانونی وجود نداشته باشد (سکوت و فقدان واقعی قانون) یا همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، قوانین موجود متعارض آنچنان مجمل باشند که استناد به آنها ممکن نباشد (فقدان حکمی قانون). اصل یکصد و شصت و هفتم و نیز ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، تکلیف قاضی را برای چنین موردی معین کرده است: قاضی باید حکم مسئله را با مراجعه به شریعت و فقه دریابد. اگر خود مجتهد است، با مراجعه به منابع معتبر فقهی حکم را معین سازد و اگر مقلد است، با مراجعه به فتاوی معتبر یا استفتا از صاحبان فتاوی معتبر آن را روشن کند.

● پرسش و خودآزمایی

۱. مفهوم عام تفسیر را تعریف و ضرورت تفسیر قانون را تبیین کنید.
۲. انواع اصلی و فرعی تفسیر بر اساس مرجع و مقام تفسیرکننده را نام برده و تفسیر موضوع اصلی بحث را معین کنید.
۳. موارد تفسیر قانون را نام برده و دو مورد را توضیح دهید.
۴. اصول حاکم بر تفسیر در حقوق ایران را تبیین کنید.
۵. شیوه‌های مختلف تفسیر را نام برده و دو شیوه را توضیح دهید.
۶. در تفسیر قانون ظاهر (محتمل التأویل) قاضی افزون بر منطوق، به چه چیزهایی توجه کند؟ توضیح دهید.
۷. مفهوم را تعریف و دو نوع اصلی آن را تبیین کنید و شاخه‌های فرعی هر نوع را نام ببرید.
۸. در تفسیر قوانین غیرروشن (مبهم و مجمل) قاضی باید از چه شیوه‌هایی بهره‌برد؟ به ترتیب نوشته و توضیح دهید.
۹. در تفسیر قوانین متعدد و متفاوت، قاضی از چه راه‌حل‌هایی استفاده می‌کند؟ توضیح دهید.
۱۰. مقصود از فقدان واقعی و فقدان حکمی قانون چیست؟ تکلیف قاضی در این موارد را تبیین کنید.

● چکیده نموداری مباحث



منابع و مأخذ^۱

* قرآن کریم.

* نهج البلاغه.

الف) فارسی

۱. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، تهران: میزان، ۱۳۸۲.
۲. آشتیانی، جلال‌الدین، تحقیقی در دین یهود، تهران: مولف، ۱۳۶۳.
۳. آشتی، محسن، حقوق کار، تهران: مدرسه عالی بیمه تهران: ۱۳۵۵.
۴. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، تهران: سمت، ۱۳۸۲.
۵. آکهرست، مایکل بارتون، حقوق بین‌الملل نوین، ترجمه مه‌راب سیدی، تهران: دفتر خدمات حقوق بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۳.
۶. آل‌تمن، اندرو، درآمدی بر فلسفه حقوق، ترجمه بهروز جندقی، قم: مرکز انتشارات آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، ۱۳۸۶.
۷. ارفع‌نیا، بهشید، حقوق بین‌المللی خصوصی، ج ۱، [تهران]: آگاه، ۱۳۶۹.
۸. اسکندری، محمدحسین و اسماعیل دارابکلایی، درآمدی بر حقوق اساسی، تهران: سمت، ۱۳۷۷.
۹. افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، [بی‌جا]: [بی‌نا]، ۱۳۴۶.
۱۰. ———، مقدمه حقوق تطبیقی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۲۸.
۱۱. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، تهران: ستاد انقلاب فرهنگی، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸.
۱۲. امین، سید حسن، تاریخ حقوق ایران، تهران: دایرة‌المعارف ایران‌شناسی، ۱۳۸۳.

۱. هر چند مطالب کتاب حاضر، متکی و مستند به همه منابعی است که در آخر کتاب حقوق‌شناسی عمومی آمده است، اما در این فهرست فقط به ذکر منابعی که در این کتاب مستقیماً بدانها استناد یا ارجاع یا اشاره گردیده، بسنده شده است.

۱۳. بهشتی، احمد، «حق و تکلیف»، فصلنامه کتاب نقد، ش ۱.
۱۴. پاشایی، ع، فرهنگ اندیشه نو، تهران: مازیار، ۱۳۶۹.
۱۵. پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، فصلنامه کتاب نقد، شماره «سکولاریسم».
۱۶. پینکافس، ادموند، از مسئله محوری تا فضیلت گرایی، ترجمه سیدحمیدرضا حسنی و مهدی علی پور، قم: معارف، ۱۳۸۲.
۱۷. تبیت، مارک، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، مشهد: دانشگاه علوم رضوی، ۱۳۸۴.
۱۸. تروپر، میشل، «فلسفه حقوق»، ترجمه مجتبی واعظی، نشریه حقوق اساسی، ش ۵-۷.
۱۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تاریخ حقوق ایران از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه، تهران: معرفت، [بی تا].
۲۰. ———، دانشنامه حقوق، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۲.
۲۱. ———، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۲.
۲۲. جوادی آملی، عبدالله، حق و تکلیف در اسلام، قم: اسراء، ۱۳۸۴.
۲۳. جوان، موسی، مبانی حقوق، تهران: مؤلف، ۱۳۲۶-۱۳۴۴.
۲۴. جومورن، میان رشتگی، ترجمه داوود حاتمی، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۷.
۲۵. الحسنی، اسماعیل، مقاصد شریعت از دیدگاه ابن عاشور، ترجمه مهدی مهریزی، [قم]: صحیفه خرد: تهران: مؤسسه جهانی اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۲۶. حیدریان، محمود، مبادی علم حقوق، [بی جا]: مدرسه عالی ادبیات و زبان های خارجی، ۱۳۴۹.
۲۷. خسروپناه، عبدالحسین، انتظارات بشر از دین، تهران: اندیشه معاصر، ۱۳۸۱.
۲۸. خسروشاهی، قدرت الله، فلسفه قصاص، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۰.
۲۹. دامغانی، محمدتقی، اولین قوانین قبل از مشروطیت، [بی جا]: بهزاد، [بی تا].
۳۰. دانش پژوه، مصطفی، اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، با همکاری محسن قدیر، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه؛ تهران: وزارت امور خارجه، مرکز چاپ و انتشارات، ۱۳۸۱.
۳۱. ———، و قدرت الله خسروشاهی، فلسفه حقوق، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام، چاپ هشتم، ۱۳۸۳.
۳۲. ———، حقوق شناسی عمومی، ج ۱ و ۲، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹.
۳۳. داوید، رنه، نظام های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین صفایی و دیگران، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴.
۳۴. ——— و کامی ژوفره اسپیندزی، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص سید حسین صفایی، تهران: میزان، ۱۳۸۱.

۳۵. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر اقتصاد اسلامی، تهران: سمت، [بی تا].
۳۶. ———، درآمدی بر جامعه‌شناسی اسلامی، قم: [بی نا]، ۱۳۶۷.
۳۷. ———، درآمدی بر حقوق اسلامی، ج ۲، سمت، تهران: ۱۳۶۸.
۳۸. ———، درآمدی بر حقوق اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، تهران: سمت، ۱۳۶۴ - ۱۳۶۸.
۳۹. ———، مبانی اقتصاد اسلامی، سمت، تهران: ۱۳۷۱.
۴۰. دل وکیو، جورجو، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، تهران: میزان، ۱۳۸۰.
۴۱. دوپاکید، کلود، مقدمه تئوری کلی و فلسفه حقوق، ترجمه علی محمد طباطبایی، [بی جا: بی نا]، ۱۳۳۲.
۴۲. دیلمی، احمد، بایسته‌های تفسیر قوانین، قم: دانشگاه قم، ۱۳۸۲.
۴۳. ——— و مسعود آذربایجانی، اخلاق اسلامی، قم: معارف، ۱۳۷۹.
۴۴. ذوالعین، پرویز، مبانی حقوق بین الملل عمومی، تهران: وزارت امور خارجه، ۱۳۷۷.
۴۵. راسخ، محمد، حق و مصلحت، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱.
۴۶. راوندی، مرتضی، سیر قانون و دادگستری در ایران، تهران: چشمه؛ بابل: کتابسرای بابل، ۱۳۶۸.
۴۷. ردیر، رنه، مقدمه‌ای بر حقوق تطبیقی، ترجمه سید محمد علوی، تهران: دفتر خدمات بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۱.
۴۸. رنگریز، حسن و غلامحسین خورشیدی، مالیه عمومی و تنظیم خط مشی مالی دولت، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۷۷.
۴۹. زیبایی نژاد، محمدرضا، درآمدی بر تاریخ و کلام مسیحیت، قم: اشراق، ۱۳۷۵.
۵۰. ———، مسیحیت‌شناسی مقایسه‌ای، تهران: سروش، ۱۳۸۲.
۵۱. ساکت، محمدحسین، حقوق‌شناسی، دیپاچه‌ای بر دانش حقوق، مشهد: نخست، ۱۳۷۱.
۵۲. ———، نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق، تهران: جهان معاصر، ۱۳۷۰.
۵۳. سبحانی، جعفر، فروغ ابدیت، ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۶.
۵۴. سپهری، محمدرضا، حقوق بنیادین کار، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۸۱.
۵۵. سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰.
۵۶. ———، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، تهران: دادگستر، ۱۳۷۷.
۵۷. ———، نقش عرف در حقوق مدنی ایران و مطالعه آن در اسلوب‌های بزرگ حقوقی تهران: چاپخانه بانک ملی ایران، ۱۳۴۷.
۵۸. سیف‌اللهی، سیف‌الله، جامعه‌شناسی، مشهد: موندیز، ۱۳۷۳.

۵۹. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، تهران: ژوین، ۱۳۷۷ - ۱۳۷۸.
۶۰. شایگان، علی، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، قزوین: طه، ۱۳۷۵.
۶۱. شیروی، عبدالحسین، حقوق تطبیقی، تهران: سمت، ۱۳۸۴.
۶۲. صابری، حسین، فقه و مصالح عرفی، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۴.
۶۳. صالح، علی پاشا، مباحثی از تاریخ حقوق: دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۸.
۶۴. صدر، سید محمدباقر، اقتصاد ما یا بررسی‌هایی درباره مکتب اقتصاد اسلام، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۵۷.
۶۵. _____، اقتصاد ما، ترجمه عبدالعلی اسپهبدی، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۴۸ ش.
۶۶. _____، فلسفه ما، ترجمه سیدمحسن مرعشی، تهران: کتابخانه صدر، [بی تا].
۶۷. صفایی، حسین، مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی، تهران: میزان، ۱۳۷۴.
۶۸. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.
۶۹. طباطبایی، سید محمدحسین، اسلام و مقتضیات واقعی هر عصر، تهران: محمدی، ۱۳۴۸.
۷۰. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۷۳.
۷۱. عدل (منصور السلطنه)، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین: طه، ۱۳۷۸.
۷۲. عراقی، عزت‌الله، دوره حقوق کار، تهران: دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۶.
۷۳. عرفانی، محمود، حقوق تطبیقی، ج ۱، تهران: مؤلف (چاپ صنوبر)، ۱۳۶۵.
۷۴. عظیمی شوشتری، حقوق قراردادهای بین المللی در اسلام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸.
۷۵. علومی، رضا، کلیات حقوق، تهران: مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۴۸.
۷۶. علوی پور، سید محسن و همکاران، مبانی نظری و روش‌شناسی مطالعات میان‌رشته‌ای، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۷.
۷۷. _____، چالش‌ها و چشم‌اندازهای مطالعات میان‌رشته‌ای، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۷.
۷۸. علی دوست، ابوالقاسم، فقه و عقل، تهران: مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، ۱۳۸۱.
۷۹. علیزاده، عبدالرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، تهران: سمت؛ قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷.
۸۰. امید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، (حقوق بین المللی اسلامی)، ج ۳، تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۷.
۸۱. فارسی، جلال‌الدین، جامعه هشت طبقه تولیدی، تهران: حزب جمهوری اسلامی، ۱۳۶۰.

۸۲. فرامرز قراملمکی، احد، روش‌شناسی فلسفه ملاصدرا، تهران: بنیاد حکمت اسلامی صدرا، ۱۳۸۸.
۸۳. فرانکنا، ویلیام، فلسفه اخلاق، ترجمه انشاءالله رحمتی، تهران: حکمت، ۱۳۸۰.
۸۴. فرهیخته، شمس‌الدین، فرهنگ فرهیخته، تهران: زرین، ۱۳۷۷.
۸۵. فصلنامه انتقادی، فکری، فرهنگی کتاب نقد، ش ۱، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۸۶. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۸۷. قافی، حسین و سعید شریعتی، اصول فقه کاربردی، تهران: سمت، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۵.
۸۸. قدردان قراملمکی، محمدحسن، قرآن و سکولاریسم، [بی‌جا]: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴.
۸۹. قشقایی، حسین، شیوه تفسیری قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸.
۹۰. قیاسی، جلال‌الدین و دیگران، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی اسلام و حقوق موضوعه، با نظارت مصطفی محقق‌داماد، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۰.
۹۱. قیاسی، جلال‌الدین، روش تفسیر قوانین کیفری، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۹.
۹۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق انتقالی، تهران: دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۷۵.
۹۳. _____، فلسفه حقوق (ج ۱-۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
۹۴. _____، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: انتشار، ۱۳۷۸.
۹۵. کارل، الکسیس، انسان موجود ناشناخته، ترجمه پرویز دبیری، اصفهان: کتابفروشی تأیید، چاپ پنجم، ۱۳۴۸.
۹۶. کلانتری، علی‌اکبر، حکم ثانوی در تشریع اسلامی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸.
۹۷. کلاهرمن، زیلبرت، تاریخ قوم یهود، ترجمه مسعود همتی، تهران: انجمن فرهنگی او تضره‌تورا گنج دانش (دوره سه‌جلدی)، ۱۳۴۷-۱۳۵۴.
۹۸. کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو، ۱۳۸۲.
۹۹. کمالی اردکانی، علی‌اکبر، بررسی و نقد مبانی سکولاریزم، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۶ ش.
۱۰۰. گُهن، گنجینه‌ای از یهود، ترجمه امیرفریدون گرگانی، تهران: اساطیر، ۱۳۸۲.
۱۰۱. کینگ، ساموئل، جامعه‌شناسی، ترجمه مشفق همدانی، تهران: کتاب‌های سیم‌رخ وابسته به امیرکبیر، چاپ ششم، ۱۳۵۳.

۱۰۲. کی‌نیا، مهدی، کلیات مقدماتی حقوق، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۸.
۱۰۳. گرجی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقها، تهران: سمت، ۱۳۷۵.
۱۰۴. گلباغی ماسوله، سید علی جبار، درآمدی بر عرف، مشهد: دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
۱۰۵. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی؛ جرائم علیه تمامیت جسمانی، اموال و مالکیت، امنیت و آسایش عمومی، [تهران]: جهاد دانشگاهی، دفتر مرکزی، بخش فرهنگی، ۱۳۶۹.
۱۰۶. _____، حقوق جزای عمومی ایران، ج ۱، تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ، ۱۳۶۹.
۱۰۷. _____، کلیات و مقدمه علم حقوق، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۶.
۱۰۸. گوروپچ ژرژ، درآمدی بر جامعه‌شناسی حقوقی، ترجمه حسن حبیبی، تهران: دانشگاه تهران، دانشکده علوم اجتماعی و تعاون، مؤسسه مطالعات و تحقیقات اجتماعی، ۱۳۵۲.
۱۰۹. لوی برول، هانری، جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه سید ابوالفضل قاضی، [ویرایش ۲]، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
۱۱۰. محسنی، مرتضی، کلیات حقوق جزا، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۵.
۱۱۱. محقق داماد، مصطفی، اصول فقه، [بی‌جا]: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۷۷.
۱۱۲. محمدی عراقی، محمود و دیگران، مبانی جامعه‌شناسی، تهران: سمت، ۱۳۷۳.
۱۱۳. محمضانی، صبحی، فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، تهران: امیرکبیر، چاپ دوم، ۱۳۵۸.
۱۱۴. مدرسی، محمدتقی، قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه سید محمد علوی‌مقدم، تهران: کتابخانه طهوری، ۱۳۷۶.
۱۱۵. مدنی، سید جلال‌الدین، مبانی و کلیات علم حقوق، [تهران]: همراه، ۱۳۷۰.
۱۱۶. مسعودی، علی بن حسین، مروج الذهب، ترجمه ابوالقاسم پاینده، [تهران]: وزارت فرهنگ و آموزش عالی، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۰.
۱۱۷. مصباح یزدی، محمدتقی، جامعه و تاریخ از دیدگاه قرآن، [تهران]: مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸.
۱۱۸. _____، حقوق و سیاست در قرآن، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته‌الله، ۱۳۸۴.
۱۱۹. _____، نظریه حقوقی اسلام، ج ۱ و ۲، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته‌الله، ۱۳۸۲.
۱۲۰. _____، نقد و بررسی مکاتب اخلاقی، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته‌الله، ۱۳۸۴.

۱۲۱. مصباحی مقدم، غلامرضا و سیدهادی عربی، مبانی اقتصاد اسلامی، تهران: سمت، ۱۳۷۱.
۱۲۲. مطهری، مرتضی، ختم نبوت، مشهد: وحی، ۱۳۵۴.
۱۲۳. ———، مجموعه آثار، ج ۲.
۱۲۴. ———، مجموعه آثار، ج ۲۱، قم: صدرا، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۱۲۵. ———، مجموعه آثار، ج ۱۵، قم: صدرا، چاپ دوم، ۱۳۷۹.
۱۲۶. ———، مجموعه مقدمه‌ای به جهان‌بینی توحیدی، بخش «تاریخ و جامعه»، قم: صدرا، [بی‌تا].
۱۲۷. ———، نظام حقوق زن در اسلام، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۵۳.
۱۲۸. مکارم شیرازی، ناصر و دیگران، دائرة المعارف فقه مقارن، ج ۱، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۳۸۵.
۱۲۹. منصور، جهانگیر، نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان درباره قانون اساسی، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۰.
۱۳۰. مهر، فرهنگ، حقوق کار و بیمه‌های اجتماعی، تهران: مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۴۴-۱۳۴۵.
۱۳۱. مهندس، ابوطالب و مهدی تقوی، مالیه عمومی، تهران: کتابخانه فروردین، ۱۳۷۲.
۱۳۲. میراحمدی‌زاده، مصطفی، رابطه فقه و حقوق، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۰.
۱۳۳. نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، بازنگری، تنظیم و ویرایش مرتضی کاخی و مرتضی نصیری [ویرایش ۲]، تهران: آگاه، ۱۳۷۲.
۱۳۴. واحدی، قدرت‌الله، مقدمه علم حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
۱۳۵. ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای عمومی، تهران: سمت، ۱۳۷۴.
۱۳۶. هاشمی، محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، تهران: دادگستر؛ میزان، ۱۳۷۸.
۱۳۷. هدایت‌نیا، فرج‌الله و محمدهادی کاویانی، بررسی فقهی و حقوق شورای نگهبان، [بی‌جا]: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۰.

(ب) عربی

۱۳۸. ابن‌الشهید الثانی، حسین بن زین‌الدین، معالم الاصول، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ق.
۱۳۹. ابوالسعود، رمضان، المدخل الى القانون، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۰۳م.
۱۴۰. ابواللیل، ابراهیم و محمد اللفی، المدخل الى نظرية القانون و نظرية الحق؛ دروس فی مبادئ القانون كلية الشريعة و الدراسات الاسلاميه، کویت: جامعة الكويت، ۱۴۰۶ق.
۱۴۱. احمد، محمد شریف، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، بغداد: دار الرشید للنشر، ۱۹۸۰م.

١٤٢. الكسى، روبرت، فلسفة القانون، تعريب كامل فريد السالك، [بى جا]: منشورات مؤسسة الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦م.

١٤٣. الياس، يوسف، قانون العمل العراقي، بغداد: منشورات مكتبة التحرير، چاپ دوم، ١٩٨٠م.
١٤٤. البرزنجى، عبداللطيف عبدالله عبدالعزيز، التعارض و الترجيح بين الأدلة الشرعية، بيروت: دار الكتاب العلمية، [بى تا].

١٤٥. سلطان، انور، المبادئ القانونية العامة، كلية التجارة، بيروت: دار النهضة العربية، چاپ چهارم، ١٩٨٣م.

١٤٦. البزاز، عبدالرحمان، مبادئ اصول القانون، بغداد: مطبعة المعاني، ١٣٧٤ق-١٩٥٤م.
١٤٧. تناغو، سمير عبدالسيد، النظرية العامة للقانون، اسكندريه: منشأة المعارف، [بى تا].
١٤٨. جرحاوى، على احمد، حكمة التشريع و فلسفته، القاهرة: مؤسسة الحلبي و شركاء للنشر والتوزيع، [بى تا].

١٤٩. حر العاملى، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، تحقيق مؤسسه آل البيت عليه السلام، لاحياء التراث، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، لاحياء التراث، ١٤١٦ق.
١٥٠. الخليلى، حبيب ابراهيم، المدخل للعلوم القانونية، [الجزائر]: ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩م.

١٥١. الداودى، غالب على، القانون الدولى الخاص، بغداد: وزارة التعليم العالى و البحث العلى، ١٩٨١م.

١٥٢. سعد، نبيل ابراهيم و محمد حسين منصور، مبادئ القانون المدخل الى القانون نظرية الالتزامات، بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.

١٥٣. السنهورى پاشا، عبدالرزاق و احمد حشمت ابوسيت، اصول القانون، القاهرة: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٥٠م.

١٥٤. صدوق، محمد بن على، علل الشرايع، بيروت: مؤسسة الاعلمى للمطبوعات، ١٤٠٨ق.
١٥٥. الصده، عبدالمنعم فرج، اصول القانون، بيروت: دار النهضة العربية، [بى تا].

١٥٦. الطباطبايى، محمد حسين، الميزان فى تفسير القرآن، قم المقدسة: منشورات جامعة المدرسين فى الحوزة العلمية، [بى تا].

١٥٧. الطعان، احمد ادريس، العلمانيون والقرآن الكريم، رياض: مكتبة و دار ابن حزم للنشر والتوزيع، ١٤٢٨ق-٢٠٠٧م.

١٥٨. عبدالله، جابر، القانون الدولى الخاص، وزارة المعارف العراقية، بغداد: ١٩٤٩م.
١٥٩. عبدالله، عز الدين، القانون الدولى الخاص، الطبعة الحادية عشرة، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦م.

١٦٠. العالم، يوسف حامد، المقاصد العامة للشريعة الاسلامية، القاهرة: دار الحديث؛ خرطوم: دارالسودانية للمكتب، چاپ سوم، ١٤١٧ق-١٩٩٧م.
١٦١. عاليه، سمير، علم القانون و الفقه الاسلامى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات، ١٤١٢ق.
١٦٢. عزالدين، عبدالله، القانون الدولى الخاص، [بى جا]: مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، چاپ يازدهم، ١٩٨٦م.
١٦٣. عطية، جمال و وهبة الزحيلي، تجديد الفقه الاسلامى، دمشق: دارالفكر، ١٤٢٠ق-٢٠٠٠م.
١٦٤. الفاسى، علال، مقاصد الشريعة الاسلامية و مكارمها، [بى جا]: مؤسسة علال الفاسى، چاپ چهارم، ١٤١١ق/١٩٩١م.
١٦٥. فايز، محمد حسين، نشأة فلسفة القانون، [بى جا]: المنشورات الحقوقية صادر، [بى تا].
١٦٦. فرج، توفيق حسن و محمد يحيى مطر، الاصول العامة للقانون، بيروت: دارالجامعية، ١٩٨٩م.
١٦٧. فرحات، محمد نور، مبادئ نظرية القانون، قاهره: دارالثقافة، ١٩٧٩م.
١٦٨. الفضلى، جعفر و منذر عبدالحسين الفضل، المدخل للعلوم القانونية، جامعة الموصل، كلية القانون و السياسة، الطبعة الاولى، ١٩٨٧م.
١٦٩. كبار، عبدالفتاح، الفقه المقارن، بيروت: دارالنفايس، ١٤١٨ق.
١٧٠. كلينى، محمد بن يعقوب، فروع الكافى، ج ٥، بيروت: دار الاضواء، ١٤١٣ق.
١٧١. غيره، حسن، المدخل الى القانون، اسكندرية: منشأة المعارف، چاپ ششم، ١٩٩٣م.
١٧٢. لطفى، محمد حسام محمود، المدخل لدراسة القانون، القاهرة: دار الثقافة للطباعة و النشر، ١٩٩٠-١٩٩١م.
١٧٣. محمد، احمد ابوالوفاء، المعاهدات الدولية فى الشريعة الاسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٤١٠ق-١٩٩٠م.
١٧٤. مدرسة الامام الباقر عليه السلام، لجنة التحقيق فى مسألة الامامة، كتاب الله و اهل البيت فى حديث الثقلين من الصحاح و المسانيد من مصادر اهل السنة، [تهران]: دليل ما، ١٤٢٢ق.
١٧٥. مسلم، احمد، القانون الدولى الخاص، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، چاپ اول، ١٩٥٤م.
١٧٦. منصور، محمد حسين، المدخل الى القانون، ج ١، بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.
١٧٧. نجيده، على حسين، المدخل لدراسة القانون، القاهرة: دار الفكر العربى، ١٩٨٥م.
١٧٨. الوترى، منير المحمود، القانون، بغداد: مطبعة الجامعة، [بى تا].
١٧٩. الوكيل، شمس الدين، الجنسية و مركز الأجانب، اسكندرية: منشأة المعارف، چاپ دوم، ١٩٦٠-١٩٦١م.

(ج) فرانسه و انگلیسی

180. Batiffol (Henri), LaphiLosophie du droit 1910.
181. CaPitan (Henri), Introduction a Letude de droit civil, 1928.
182. Dias. Jurisprudence, Fiff Edition, Batter Worths, London, 1985.
183. Duguit (Leon), Traite de droit, contitutional, Paris, 1972.
184. Fuller (Lo Leon), The Morality of Law, rivised ed Yale Law school, 1963.
185. Patterson (Edwin. w) Jurisprudence, Men and Ideas of the Law, Brook Lyn, the Foundation Press. I N C, 1953.
186. Ripert (Georges), Les Forces creatrices da droit, 1955.
187. Weinreb (Lloyd L.). Natural Law and Jastice, Harvard University Press, 1987.

نمايه آيات و روايات

* آيات

إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ (بقره، ۱۵۶)، ۷۹
 إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ (انعام، ۵۷)، ۸۳
 إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ... (نحل، ۹۰)، ۱۱۱، ۱۲۲
 إِنَّ رَبَّكُمْ اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ... (يونس، ۳)، ۸۱
 أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ (نساء، ۵۹)، ۱۶۲
 أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ... (لقمان، ۲۰)، ۸۰
 الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ... (حج، ۴۱)، ۵۵
 وَلَا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْوَاتًا بَلْ أَحْيَاءٌ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرْزَقُونَ (آل عمران، ۱۶۹)، ۱۲۴
 فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا * وَلَا تُطِيعُوا أَمْرَ الْمُسْرِفِينَ (شعرا، ۱۵۰ و ۱۵۱)، ۸۲
 فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ * إِلَّا إِبْلِيسَ... (حجر، ۳۰)، ۸۰
 فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ * وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ (زلزال، ۷ و ۸)، ۸۰
 كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ... (بقره، ۲۱۳)، ۸۳
 كَمَا أَرْسَلْنَا فِيكُمْ رَسُولًا مِنْكُمْ يَتْلُوا عَلَيْكُمْ ءَايَاتِنَا... (بقره، ۱۵۱)، ۸۰
 لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا (بقره، ۲۸۶)، ۱۴۲
 مَا عِنْدَكُمْ يَنْفَدُ وَمَا عِنْدَ اللَّهِ بَاقٍ (نحل، ۹۶)، ۱۲۴
 مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ (مائده، ۶)، ۱۴۲
 وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ... (بقره، ۳۴)، ۸۰
 وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ (آل عمران، ۲۸)، ۷۹
 وَإِنَّ الدَّارَ الْآخِرَةَ لَهِيَ الْحَيَوَانُ... (عنكبوت، ۶۴)، ۷۹

وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ... (انفال، ٦٧)، ٧٩
 وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا... (جاثية، ١٣)، ٨٠
 وَكُلُّهُمْ عِندَهُ يَوْمَ الْقِيَمَةِ فَرْدًا (مريم، ٩٥)، ١٢٢
 وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا (حجرات، ١٢)، ١٤٢
 وَلَقَدْ جِئْتُمُونَا فُرْدَىٰ كَمَا خَلَقْنَاكُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍ (انعام، ٩٤)، ١٢٢
 وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي عَادَ (اسراء، ١٧)، ٧٩، ١٤٢
 وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ... (آل عمران، ١٨٩)، ٨١
 وَمَا أَوْتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا (اسراء، ٨٥)، ٨٠
 وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا (حشر، ٧)، ١٦٢
 وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ (ذاريات، ٥٦)، ٨٠
 وَمَا كَانَ لِلْمُؤْمِنِينَ وَلَا الْمُؤْمِنَاتِ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ (احزاب، ٣٦)، ١١١
 وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (مائده، ٤٥)، ١١٠
 وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (مائده، ٤٧)، ٨٣، ١١٠
 وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ (مائده، ٤٤)، ١١٠
 يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ... (نساء، ٥٩)، ٨٢
 يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ (بقره، ١٨٥)، ١٤٢

* روايات

أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ لِي عَلَيْكُمْ حَقًّا بِوَلَايَةِ أَمْرِكُمْ... (امام على عليه السلام)، ٦٣
 إِنِّي تَارِكٌ فِيكُمْ الثَّقَلَيْنِ كِتَابَ اللَّهِ وَعِزَّتِي مَا إِنْ تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا، لَنْ تَضِلُّوا، وَلَنْ يَفْتَرِقَا حَتَّىٰ يَرِدَا عَلَيَّ
 الْحَوْضِ (پيامبر ﷺ)، ١٦٢
 أَوْصِيكُمَا... بِتَقْوَى اللَّهِ وَنَظْمِ أَمْرِكُمْ (امام على عليه السلام)، ١٢٢
 لَمْ يُرْسِلْنِي اللَّهُ بِالرَّهْبَانِيَّةِ وَلَكِنْ بَعَثَنِي بِالْحَنْفِيَّةِ السَّهْلَةِ السَّمْحَةِ (پيامبر ﷺ)، ١٤٢
 مَنْ أَصْبَحَ وَلَمْ يَهْتَمْ بِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ، فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ، ١٢٣

نمایه قوانین

		قانون اساسی	
		صفحه	اصل
۱۷۳	۷۱	۸۹	۲
۱۷۶	۷۲		
۲۳۹	۷۳	۱۴۴	۲ (متمم)
۲۵۰	۷۴		
۱۷۵	۷۷	۲۴۵، ۲۴۴، ۱۹۴، ۸۹	۴
۲۴۴	۹۶-۹۱	۱۹۳، ۱۹۱، ۸۸	۱۲
۲۴۴	۹۸-۹۱	۱۹۳	۱۳
۲۳۸، ۱۷۲	۹۸	۱۶۹، ۲۹	۲۲
۱۷۸	۱۰۳	۲۹	۲۳
۵۲	۱۰۷	۲۵۰	۲۴
۱۷۰	۱۱۰	۱۶۹، ۲۹	۲۵
۲۵۱	۱۱۵	۱۶۹، ۲۹	۳۲
۱۸۲	۱۲۳	۲۱۸، ۲۹	۳۳
۸۹	۱۵۶	۲۴۹، ۲۹	۳۶
۱۸۸	۱۶۱	۲۹	۳۸
۱۹۴، ۱۹۲، ۱۹۱، ۱۶۰	۱۶۷	۶۶	۴۰
۲۵۱، ۲۴۳، ۲۰۰، ۱۹۹		۱۲۶	۴۴
۲۹	۱۶۸	۲۹	۴۶
۲۱۴	۱۶۹	۲۹	۴۷
۲۴۴، ۱۸۰	۱۷۰	۲۹	۴۹
۲۱۸	۱۷۳	۱۷۴	۵۹

۲۱۹	۱۸	اساسنامه دیوان دادگستری بین الملل	
۲۱۹	۱۹	ماده	صفحه
۲۱۹	۲۱	۳۸	۱۵۹، ۴۲
۲۱۹	۲۳	قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب	
۲۱۹	۳۱	۳	۱۷۷، ۱۹۱، ۱۹۲
قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲		۲۵۱، ۱۹۴	
و شعب دیوان عالی کشور		۲۷۰	۱۹۷
۱۹۲، ۱۹۱	۲۹	۵۲۹	۲۱۹، ۱۹۴
۲۱۹	۴۳	قانون آیین دادرسی کیفری	
قانون تعزیرات		۲۸۹	۱۹۲
۱۹۵	۱۴۹	قانون آیین دادرسی مدنی	
قانون کار		۳	۲۰۰، ۱۹۴، ۱۹۳
۲۵۰	۱۲۶ (تبصره)	۲۵۳، ۲۴۵، ۲۴۴	
قانون مجازات اسلامی		۴	۱۸۶
۲۱۴	۲	قانون اصلاح موادی از آیین دادرسی کیفری	
۲۰۹	۵	۲۸۹	۱۹۱
۲۲۵، ۲۱۵، ۲۱۴	۱۱	قانون تجارت	
۱۹۵	۲۲	۵۹۰	۲۴۳
۱۸	۱۰۱	قانون تشکیل دادگاههای سیار	
۱۸۵	۵۷۶	۱۸	۲۱۹
۱۸۶	۵۹۷	قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب	
قانون مدنی		۹	۱۸۷
۱۸۲	۱	قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب	
۲۱۲، ۱۸۳	۲		

۱۹۵	۳۸۲	۱۸۳	۳
۱۹۵	۳۸۶	۲۱۵، ۲۱۲، ۱۸۳	۴
۲۵۰، ۲۴۹	۳۹۸	۲۱۰	۶
۱۹۵	۴۱۷	۲۲۲، ۲۱۸، ۲۱۰، ۹۰	۷
۱۹۵	۴۲۶	۲۰۹	۸
۱۹۵، ۵۸	۴۸۶	۱۷۶	۹
۲۴۳	۸۸۱	۲۴۸	۳۵
۱۹۵	۹۵۰	۱۹۵	۵۴
۱۹۵	۹۵۱	۱۹۵	۶۸
۲۴۹	۹۵۴	۱۹۵	۱۰۷
۲۱۰	۹۶۲	۱۹۵، ۶۶	۱۳۲
۲۰۹	۹۶۶	۱۹۵	۱۴۲
۲۱۰	۹۶۸	۱۹۴	۱۶۷
۲۱۰	۹۷۰	۶۶	۱۹۰
۲۰۹	۹۷۱	۷۳، ۶۶	۲۱۷
۲۵۱، ۲۱۰	۹۷۳	۷۳	۲۱۸
۲۱۰، ۷۳	۹۷۵	۱۹۵	۲۲۰
۲۴۳، ۲۴۲، ۲۱۰	۹۷۹	۱۹۵	۲۲۱
۲۱۰	۱۰۰۱	۱۹۵	۲۲۴
۲۴۳	۱۰۰۲	۱۹۵	۲۲۵
۱۹۵	۱۰۳۷	۱۹۵	۲۸۰
۲۵۰	۱۱۳۴	۱۹۵	۳۴۴
		۱۹۵	۳۵۶
		۱۹۵	۳۵۷
		۱۹۵	۳۶۹
		۱۹۵	۳۷۵
معاهده ۱۹۶۱ وین			
۲۱۱	—		

نمایه موضوعات

- آثار حقوقی تدریجی الحصول، ۲۲۷، ۲۲۹
- آثار حقوقی مستمر، ۲۲۷
- آرای قضایی (رویه قضایی)
- ~ آرای تفسیری و تعیینی، ۱۹۸، ۱۹۹
- ~ آرای قاعده‌ساز، ۱۹۸
- ~ آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۹۷
- ~ آرای همانند قضات، ۱۹۶
- آیین دادرسی کیفری، ۲۹
- آیین دادرسی مدنی، ۳۰
- اجماع، ۱۶۴
- احکام اولیه، ۱۷، ۸۶، ۱۱۲، ۱۳۸، ۱۴۰، ۱۶۰
- ۱۶۷، ۱۷۰، ۱۷۱، ۲۳۰
- احکام ثانویه، ۱۳، ۱۶، ۸۶، ۱۴۱، ۱۶۷، ۱۷۰
- ۱۷۱، ۲۳۰
- احکام حکومتی، ۱۳، ۱۶، ۱۸، ۷۳، ۸۴، ۸۶
- ۱۱۲، ۱۱۴، ۱۲۲، ۱۲۵، ۱۴۱، ۱۶۰، ۱۶۷
- ۱۶۸، ۱۷۰، ۲۳۰، ۲۴۹
- اخلاق، ۱۰، ۴۹، ۵۲، ۵۳، ۵۸، ۶۷، ۶۹-۷۴
- ۷۶، ۸۱، ۸۵، ۹۱، ۱۰۶، ۱۳۳، ۱۳۶، ۱۳۸
- ۱۵۶، ۱۶۱، ۱۹۵، ۲۲۳
- اخلاق حسنه، ۶۷
- اخلاق عملی (نظام اخلاقی)، ۶۷
- اخلاق نظری (علم الاخلاق)، ۶۷
- ادیان
- ~ ادیان توحیدی، ۹۰
- ~ ادیان غیر توحیدی، ۹۰
- ~ ادیان فاقد شریعت، ۸۵
- ~ ادیان واجد شریعت، ۸۶
- ارادة حکیمانه الهی، ۱۱۰، ۱۱۲، ۱۶۰
- اسلام، ۱، ۳، ۱۲-۱۴، ۱۶، ۱۷، ۴۹، ۵۴، ۶۸
- ۷۳-۸۴، ۸۶-۹۱، ۹۵، ۹۹، ۱۱۰-۱۱۵
- ۱۲۱-۱۲۸، ۱۳۱، ۱۳۲، ۱۳۸-۱۴۱
- ۱۴۳-۱۴۶، ۱۴۹، ۱۵۰، ۱۵۳، ۱۵۵، ۱۵۷
- ۱۶۰-۱۶۴، ۱۶۸، ۱۷۰، ۱۷۳، ۱۷۶، ۱۸۰
- ۱۸۲، ۱۸۶، ۱۹۴، ۲۰۱، ۲۱۴، ۲۱۶، ۲۱۸
- ۲۲۴، ۲۳۱، ۲۵۰
- اصالت آمیخته فرد و جامعه، ۱۲۲
- اصالت انسان، ۸۴
- اصالت جامعه، ۱۱۵، ۱۱۶، ۱۱۹، ۱۲۰، ۱۲۳
- ۱۲۶، ۱۳۵
- اصالت فرد، ۱۱۵، ۱۱۷، ۱۱۸، ۱۲۰، ۱۲۲
- ۱۲۳، ۱۲۶، ۱۳۵

- اصالت وحی، ۸۴
 اصول کلی حقوقی، ۴۳، ۱۵۸، ۱۹۹، ۲۰۰
 اقامتگاه، ۴۰، ۲۴۴
 اقتصاد، ۶، ۱۵، ۱۶
 انسان‌شناسی، ۳۰، ۴۴، ۶۷، ۷۷، ۷۹، ۸۲
 انقلاب اسلامی، ۷۷، ۱۲۶، ۱۴۵، ۱۵۰، ۱۷۶
 ۱۹۳
 اهلیت استیفاء، ۶۶
 اهلیت تمتع، ۶۶
 بنای عقلا، ۱۰۶
 تابعیت، ۴۰
 تاریخ حقوق، ۱۰، ۱۱، ۱۶، ۱۹، ۴۴-۴۶، ۱۳۴
 تفسیر
 ~ تفسیر اداری، ۲۳۸
 ~ تفسیر ادبی (دستوری)، ۲۴۶
 ~ تفسیر بنیادی، ۲۴۷
 ~ تفسیر تاریخی، ۲۴۶
 ~ تفسیر تحلیلی، ۲۴۶
 ~ تفسیر شخصی (نظری)، ۲۳۷
 ~ تفسیر قانونی، ۲۳۸
 ~ تفسیر قضایی، ۲۳۹
 ~ تفسیر گفتارشناختی، ۲۴۷
 ~ تفسیر مادی، ۲۴۷
 ~ تفسیر مضیق، ۲۴۰
 ~ تفسیر موسع، ۲۴۰
 ~ اصول حاکم بر تفسیر، ۲۴۴
 ~ شیوه (های) تفسیر قانون، ۲۴۰، ۲۴۳
 ۲۴۵-۲۴۸
- ~ مکاتب تفسیری، ۲۴۱
 جامعه‌شناسی، ۹، ۱۰، ۱۲-۱۵، ۱۹، ۳۰، ۴۴
 ۵۳، ۴۵
 جرم‌شناسی، ۱۰، ۳۰، ۴۴
 حدیث ثقلین، ۱۶۲
 حق
 ~ حق اجتماعی، ۶۴
 ~ حق الله، ۶۴
 ~ حق الناس، ۶۴
 ~ حق فردی، ۶۴
 ~ حق مشترک، ۶۴
 حقوق
 ~ حقوق اداری، ۳، ۲۲، ۲۵، ۲۶، ۳۲، ۴۶
 ۵۹، ۶۰، ۱۰۲، ۱۰۹، ۲۰۹
 ~ حقوق اداری کار، ۳۲
 ~ حقوق اساسی، ۲۳، ۱۷۱
 ~ حقوق اساسی کار، ۳۱
 ~ حقوق بشر، ۱۵، ۱۹، ۴۱، ۶۵، ۱۲۵
 ~ حقوق بین‌الملل اقتصادی، ۳۸
 ~ حقوق بین‌المللی خصوصی، ۳۸
 ~ حقوق بین‌المللی عمومی، ۳۷
 ~ حقوق بین‌المللی کار، ۳۲
 ~ حقوق تأمین اجتماعی، ۳۲
 ~ حقوق تجارت، ۳، ۱۹، ۲۲، ۳۴-۳۶، ۴۷
 ۱۰۴، ۱۰۲
 ~ حقوق تجارت بین‌المللی، ۱۹
 ~ حقوق تطبیقی، ۴۲
 ~ حقوق جزا، ۲۷-۳۱، ۳۸

- ~ حقوق جزای اختصاصی، ۲۸
- ~ حقوق جزای بین‌المللی، ۳۸
- ~ حقوق جزای شکلی، ۲۹
- ~ حقوق جزای عمومی، ۲۸
- ~ حقوق جزای کار، ۳۱
- ~ حقوق جزای ماهوی، ۲۸
- ~ حقوق جنگ، ۲۱۷
- ~ حقوق خانواده، ۳۳، ۴۵، ۵۹، ۶۴، ۷۳، ۱۰۲، ۱۰۹، ۱۵۲، ۲۱۴
- ~ حقوق خصوصی، ۱۸-۲۱، ۳۱، ۳۳-۳۶، ۳۸، ۴۶، ۵۷، ۵۹، ۶۲، ۷۶، ۸۶، ۸۷، ۱۳۳-۱۳۵، ۱۵۵، ۱۹۴، ۱۹۵، ۲۰۹، ۲۱۵، ۲۲۵، ۲۳۰، ۲۳۱
- ~ حقوق دریایی، ۳۵
- ~ حقوق سیاسی، ۶۴
- ~ حقوق عمومی، ۱۸-۲۱، ۲۳، ۲۵، ۲۷، ۳۱، ۳۳-۳۵، ۳۷، ۴۰، ۴۶، ۵۷، ۵۹، ۶۲، ۷۶، ۸۱، ۸۶، ۱۲۰، ۱۳۳-۱۳۵، ۱۵۵، ۱۹۴، ۲۰۸، ۲۱۴، ۲۲۴، ۲۳۱، ۲۵۰
- ~ حقوق فضایی، ۳۶
- ~ حقوق کار، ۱۳، ۲۲، ۳۱، ۳۲، ۳۸، ۴۷
- ~ حقوق کار بین‌المللی، ۳۲
- ~ حقوق مالی، ۱۹، ۲۲، ۲۷، ۴۱، ۵۹، ۶۵، ۲۰۹، ۲۱۴
- ~ حقوق مالیه، ۲۷
- ~ حقوق مدنی، ۳۳، ۶۴
- ~ حقوق مدنی کار، ۳۱
- ~ حقوق هوایی، ۳۶
- ~ اهداف حقوق، ۱۱۴
- ~ مبانی حقوق، ۹۸
- ~ حقوق و دانش‌های پیوسته و تلفیقی ←
- دانش‌های پیوسته و تلفیقی حقوق
- دانش‌های پیوسته و تلفیقی حقوق
- ~ انسان‌شناسی کیفری، ۳۰، ۴۴
- ~ پزشکی قانونی، ۳۰، ۴۴
- ~ تاریخ حقوق، ۴۵
- ~ جامعه‌شناسی حقوقی، ۱۴
- ~ جامعه‌شناسی کیفری، ۳۰، ۴۴
- ~ روان‌پزشکی کیفری، ۳۰، ۴۴
- ~ روان‌شناسی کیفری، ۳۰، ۴۴
- ~ زیست‌شناسی کیفری، ۳۰، ۴۴
- ~ فلسفه حقوق، ۱۰، ۱۱، ۱۹، ۴۴، ۴۵، ۶۱، ۶۳
- دیوان عدالت اداری، ۱۷۹، ۲۱۸
- روان‌شناسی، ۹، ۱۰، ۱۲، ۱۴، ۳۰، ۴۴، ۵۳
- سنت، ۱۶۱
- سیاست، ۱۰، ۱۲، ۱۵، ۲۷، ۷۶، ۱۳۶، ۱۶۸
- سیاق، ۲۴۸
- سیره عقلا (خردمندان)، ۱۶۶
- سیره متشرعه، ۱۶۵
- شریعت اسلامی، ۱۹۰
- شورای عالی انقلاب فرهنگی، ۱۷۰، ۱۷۹
- شورای نگهبان، ۸۹، ۱۷۲، ۱۷۶، ۱۸۱، ۲۲۳، ۲۳۹
- شهرت فتوایی، ۱۶۵
- عدالت توزیعی، ۱۱۹

- عدالت معاوضی، ۱۱۷
عرف
~ عرف آمره، ۱۵۴
~ عرف تکمیلی، ۱۵۴
~ عرف خاص، ۱۵۵
~ عرف عام، ۱۵۵
عقل، ۱۶۳
علم حقوق، ۱، ۳، ۵، ۷، ۹-۱۳، ۱۵-۱۹، ۲۳، ۳۰، ۳۷، ۳۹، ۴۱-۴۶، ۴۹، ۵۷، ۶۱، ۶۲، ۱۰۵
قانون (قوانین، قواعد، قاعده)
~ قانون آمره، ۵۷، ۵۹
~ قانون اذنی، ۶۰
~ قانون ارفاقی، ۲۱۵، ۲۲۹
~ قانون الزامی، ۶۰
~ قانون امضایی، ۱۷۶
~ قانون تخفیفی، ۲۱۵
~ قانون ترفیعی، ۲۱۵، ۲۲۹
~ قانون تشدید، ۲۱۵
~ قانون تفسیری، ۲۵۱
~ قانون تفویضی، ۱۷۴
~ قانون تکمیلی، ۵۷، ۵۹
~ قانون حکمی، ۱۷۶
~ قانون روشن و ظاهر، ۲۴۲، ۲۴۸
~ قانون شکلی، ۶۰
~ قانون عادی، ۱۷۰، ۱۷۳
~ قانون عالی، ۱۶۹
~ قانون ماهوی، ۶۰
~ قانون مبهم، ۲۴۲، ۲۵۱
~ قانون مجمل، ۲۴۲، ۲۵۱
~ قانون معمولی، ۱۷۳
~ قانون موجد حق، ۶۰، ۱۸۶
~ قانون موقت و آزمایشی، ۱۷۴
~ ابطال قانون، ۲۱۶
~ اثر فوری قانون، ۲۱۲، ۲۲۴، ۲۲۸
~ اجرای غیرمستقیم قانون، ۱۸۵
~ اجرای قانون در محاکم، ۱۸۶
~ اجرای مستقیم قانون، ۵۶، ۱۸۶
~ اصل عدم تأثیر قانون در گذشته، ۱۵۸
~ اصل عدم حکومت قانون منسوخ در آینده، ۲۱۲
~ اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین، ۲۱۳
~ اعتبار قانون، ۹۸، ۱۰۶، ۱۰۸، ۱۱۶، ۱۷۸
~ ۱۸۱، ۱۸۵، ۲۰۱، ۲۱۸، ۲۱۹، ۲۲۱، ۲۲۶
~ ۲۳۸، ۲۲۸
~ اقتدار قانون، ۱۸۴، ۱۸۵
~ امضاء و ابلاغ قانون، ۱۸۲
~ انتشار قانون، ۱۸۲
~ پیشنهاد قانون، ۱۵۸، ۱۸۱
~ تأیید قانون، ۱۸۱
~ تخصیص قانون، ۲۱۶، ۲۱۸، ۲۲۰-۲۲۳
~ ۲۳۲، ۲۴۸، ۲۵۲، ۲۵۳
~ تصویب قانون، ۱۸۱
~ تعارض قوانین، ۳۹-۴۱، ۱۸۶، ۱۹۱، ۲۰۷
~ ۲۱۱، ۲۲۰، ۲۲۵، ۲۲۶، ۲۲۸-۲۳۰، ۲۳۲
~ ۲۴۴، ۲۴۵

- ~ تعلیق اجرای قانون، ۱۸۵، ۲۱۶، ۲۱۷، ۲۳۰، ۲۳۲
- ~ تفسیر قانون ← تفسیر
- ~ تقیید قانون، ۲۱۶، ۲۱۸، ۲۲۰، ۲۲۲، ۲۳۲، ۲۴۸، ۲۵۰، ۲۵۲
- ~ حمایت از قانون، ۱۸۸
- ~ طرح قانونی، ۱۸۱
- ~ فقدان قانون، ۹۰، ۱۳۳، ۱۶۵، ۱۹۱-۱۹۳، ۱۹۸، ۲۴۳، ۲۵۱، ۲۵۲، ۲۵۳
- ~ لازم الاجراء شدن قانون، ۱۸۳
- ~ لایحه قانونی، ۱۸۱
- ~ نسخ قانون ← نسخ
- ~ نظارت بر اجرای صحیح قانون، ۱۸۸
- ~ نفوذ قانون، ۱۵۴، ۱۶۹، ۱۷۱، ۱۸۰، ۱۸۴
- ~ وضع قانون، ۱۸۱
- قرآن، ۱۶۱
- قضات غیر مجتهد، ۱۹۲
- قضات مجتهد، ۱۹۲
- قواعد فقهیه، ۱۶۰، ۲۰۰
- قیاس
- ~ قیاس اولویت، ۲۴۹
- ~ قیاس مساوات، ۲۴۹
- ~ قیاس مستنبط العله، ۱۶۶، ۲۴۹
- ~ قیاس منصوص العله، ۱۶۶، ۲۴۹
- مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۴۹، ۱۶۹
- مجلس خبرگان قانون اساسی، ۱۷۱
- مجلس شورای اسلامی، ۱۴۵، ۱۷۴، ۱۸۱، ۱۹۱، ۲۳۹
- مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۷۰، ۱۸۱، ۱۸۷
- مدیریت، ۱۰
- معاهدات، ۲۶، ۳۸، ۱۶۰، ۱۶۷، ۱۶۸، ۱۷۵، ۲۱۰
- مفهوم
- ~ مفهوم استثناء، ۲۵۰
- ~ مفهوم حصر، ۲۴۹
- ~ مفهوم شرط، ۲۴۹
- ~ مفهوم عدد، ۲۵۰
- ~ مفهوم غایت، ۲۵۰
- ~ مفهوم مخالف، ۲۴۹
- ~ مفهوم موافق، ۲۵۰
- ~ مفهوم وصف، ۲۵۰
- مکاتب حقوق
- ~ مکاتب حقوق اعتبارگرا، ۱۱۳
- ~ مکاتب حقوق واقع گرا، ۱۰۰
- ~ مکتب حقوق اسلام، ۱۱۲، ۱۲۱، ۱۲۴
- ~ مکتب حقوق پوزیتیویستی، ۱۰۵
- ~ مکتب حقوق طبیعی، ۹۹
- منابع حقوق
- ~ منابع اصلی، ۱۶۱
- ~ منابع تفسیری، ۱۹۴، ۲۰۰، ۲۴۵
- ~ منابع رسمی، ۹۰، ۱۹۱، ۱۹۹
- ~ منابع شکلی، ۱۵۰
- ~ منابع ظاهری، ۱۵۰
- ~ منابع فرعی، ۲۵، ۱۵۹، ۱۶۰، ۱۶۴، ۱۶۵، ۱۶۷-۱۶۹، ۱۹۲
- ~ منابع مادی، ۱۹۴، ۱۶۱

- منطوق، ۲۴۰، ۲۴۸
- موقعیت‌های حقوقی تدریجی‌الحصول، ۲۲۶
- نسخ
- ~ نسخ تأسیسی، ۲۱۹
- ~ نسخ تأکیدی، ۲۱۹
- ~ نسخ صریح، ۲۱۹
- ~ نسخ ضمنی، ۲۲۰
- ~ دوران بین نسخ و تخصیص، ۲۲۲
- ~ مقام صالح برای نسخ، ۲۲۳
- نظام‌های حقوقی
- ~ نظام حقوق اسلام، ۱۳۹، ۱۴۳، ۱۴۷
- ~ نظام حقوق دینی - الهی، ۱۳۶
- ~ نظام حقوق رومی - ژرمنی، ۱۳۳
- ~ نظام حقوق سکولار - بشری، ۱۳۳
- ~ نظام حقوق سوسیالیستی، ۱۳۵
- ~ نظام حقوق کامن‌لا، ۱۳۴، ۱۵۳، ۱۵۶
- ~ نظام حقوق مسیحی - کلیسایی، ۱۳۷
- ~ نظام حقوق یهود، ۱۳۶
- نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان، ۱۷۰، ۱۷۷
- نظم عمومی، ۵۸، ۲۱۶، ۲۲۹
- وضعیت بیگانگان، ۴۰
- همه‌پرسی، ۲۴، ۱۴۵، ۱۶۹، ۱۷۰، ۱۷۲-۱۷۵، ۱۸۲