

بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری

نویسنده:

دکتر محمد راسخ

دفتر مطالعات حقوقی

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

فهرست مطالب

درآمد	۱
۱. چیستی قانون	
۱-۱. فرمان متکي به مجازات	۱۱
۲-۱. قاعده اجتماعي / تاريخي	۱۳
۳-۱. قاعده اخلاقي	۱۸
۴-۱. قاعده اجتماعي / اخلاقي	۱۹
۵-۱. فرمان الهي	۲۰
۶-۱. قاعده عقلي	۲۱
۲. ويژگيهاي قانون	
۱-۲. ويژگيهاي ذاتي	۲۷
۱-۱-۲. الزام آور	۲۸
۲-۱-۲. عام	۳۰
۳-۱-۲. امري	۳۲
۴-۱-۲. علي	۳۳
۵-۱-۲. واضح	۳۳
۶-۱-۲. معطوف به آينده	۳۴
۷-۱-۲. مفيد قطعيت	۳۵
۸-۱-۲. مصوب مرجع ذيصلاح	۳۵
۲-۲. ويژگيهاي عرضي	۳۵
۱-۲-۲. پاسخگوي نيازهاي جامعه	۳۶
۲-۲-۲. منعكسکننده نظر اکثريت	۳۷
۳-۲-۲. تأمينکننده منفعت عموم	۳۸
۴-۲-۲. منطبق با اخلاق	۳۹
۵-۲-۲. معطوف به عدالت	۴۰
۶-۲-۲. مستمر	۴۱
۷-۲-۲. کارآمد	۴۲
۸-۲-۲. انجام شدني	۴۳
۹-۲-۲. پيشرو	۴۴
۳. انواع قانون	
۱-۳. ابدی، طبيعي، الهي و بشري	۴۷
۲-۳. ديني، اخلاقي، سياسي / مدني	۴۸
۳-۳. واقعي، تمثيلي و مجازي	۴۹
۴-۳. اولي و ثانوي	۵۰
۵-۳. تکويني، عقلي و اعتباري	۵۱
۶-۳. ثابت و متغير	۵۲
۷-۳. اساسي و عادي	۵۴
۸-۳. تقنيني و قضايي / وضعي و عرفي	۵۵

۴. هدف و فلسفه قانون

- ۱-۴. اخلاق و خیر عمومی ۶۱
- ۲-۴. نظم برای بقا ۶۶
- ۳-۴. عدالت ۶۸
- ۴-۴. حد حق ۷۳
- ۵-۴. حفظ حقوق عامه ۸۲
- ۶-۴. تمشیت امور دولت ۸۳
- ۷-۴. همگرایی اجتماعی ۸۴

۵. قلمرو قانون و قانونگذاری

- ۱-۵. محتوای قوانین ۸۹
- ۲-۵. موضوع قانونگذاری ۹۴
- ۳-۵. قلمرو مکانی قانون ۹۶

۶. منابع قانون

- ۱-۶. دین ۹۹
- ۲-۶. جامعه ۱۰۲
- ۳-۶. طبیعت ۱۰۴
- ۴-۶. عقل ۱۰۵

۷. مبانی قانون

- ۱-۷. قانون و اخلاق ۱۰۹
- ۲-۷. قانون و سیاست ۱۱۱
- ۳-۷. قانون و عدالت ۱۱۲
- ۴-۷. قانون و دین ۱۱۳
- ۵-۷. قانون و واقعیت / علم ۱۱۶
- ۶-۷. قانون و مصلحت ۱۱۹
- ۷-۷. قانون و جامعه ۱۲۱
- ۸-۷. قانون و عقل ۱۲۲

۸. مرجع قانونگذاری

- ۱-۸. قانونگذار واحد ۱۲۹
- ۲-۸. قانونگذار انسانی ۱۳۰
- ۳-۸. قانونگذار صالح ۱۳۴
- ۱-۳-۸. جامعه یا نمایندگان آن ۱۳۴
- ۲-۳-۸. نمایندگان جامعه و نخبگان ۱۴۰
- ۳-۳-۸. حاکم ۱۴۲

۹. اصول قانونگذاری

- ۱-۹. عدم تجاوز از اختیارات ۱۴۹
- ۲-۹. قانونگذاری مستقیم ۱۵۰
- ۳-۹. حفظ و تأمین منفعت عمومی ۱۵۱

۱۵۲ رعایت اصول عقلانی	۴-۹
۱۵۳ سازگاری با کلیت نظام حقوقی	۵-۹
۱۵۴ تقویت همگرایی اجتماعی	۶-۹
۱۵۴ قانونگذاری علنی	۷-۹
۱۵۵ تقنین واقع‌گرا	۸-۹
۱۵۸ وضع قانون متناسب با منابع	۹-۹
۱۵۹ رعایت مرز میان امر عمومی و امر خصوصی	۱۰-۹

۱۰. تفسیر قانون

۱۶۳ تفسیر لفظی	۱-۱۰
۱۶۴ کشف قصد قانونگذار	۲-۱۰
۱۶۵ تفسیر نتیجه‌گرا	۳-۱۰
۱۶۵ تفسیر همگرا	۴-۱۰
۱۶۹ شروط تفسیر	۵-۱۰
۱۶۹ ناجانبداری ارزشی	۱-۵-۱۰
۱۶۹ بی‌طرفی	۲-۵-۱۰
۱۷۰ اخلاق	۳-۵-۱۰
۱۷۰ توازن منافع	۴-۵-۱۰
۱۷۱ سخن آخر	
۱۷۳ منابع و مآخذ	

ديباچه

مجلس قانونگذاري ما حاصل زحمات و تلاشهاي بي‌سابقه مردم و روحانيون و پيروزي نهضت مشروطيت در ايران است. يكصد سال سابقه قانونگذاري در ايران در ميان كشورهاي منطقه كه هنوز بر سر حق رأي زنان دعوا دارند نقطه عطفي بود كه بدون ترديد غيرقابل انكار است. صد سال انتخابات مجلس و قانونگذاري در كشوري كه مهد تمدن، علم و اندیشه بوده است توجه ويژه‌اي را مي‌طلبد. هم‌اينك زمان ارزيابي اين يكصد سال و استفاده از تجربيات آن در كارآمدي بيشتر نظام قانونگذاري است.

تجربه جديد انتخابات، مردم‌سالاري و قانونگذاري پس از پيروزي انقلاب اسلامي در ايران وارد مرحله جديدي شد كه بدون ترديد تأثيرات گسترده‌اي در جهان و منطقه برجاي‌گذارده است. اينك در آستانه يك قرن فعاليت مجلس قانونگذاري در ايران زمان آن فرارسيده كه به كارآمدي بيشتر و سازوكارهاي جديد بياندشيم اين كار را مركز پژوهشهاي مجلس شوراي اسلامي آغاز کرده است و كميته‌اي علمي براي بررسي سازوكارهاي اصلاح نظام قانونگذاري در ايران با اهداف زير تشكيل شده است:

الف: ارج نهادن به سابقه طولاني و تلاشهاي ارزشمند انجام شده،

ب: علل ناکارآمدی قوانین در رفع معضلات کشور،

ج: علل قانون‌گریزی مردم و عدم اعتماد آن‌ها به قانون كه شايد ریشه در تاريخ استبداد در

کشور ما داشته است،
د: بررسی تجربیات یک قرن قانونگذاری و لزوم
بازنگری در آن،

ه: توجه جدی به حقوق مجلس در حوزه
قانونگذاری و نظارت،
در این باره مطالعاتی در محورهای سه‌گانه تعریف
شده است که عبارتند از: «بررسی مبانی نظری
قانونگذاری در ایران»، «مطالعات تطبیقی مجالس
قانونگذاری» و «بررسی چالش‌های جدی در حوزه‌های
سیاسی، اجتماعی و فرهنگی جامعه ایران در مواجهه
با قانونگذاری». اینک مطالعات انجام شده در
مرحله‌ای قرار دارد که قابلیت انتشار یافته است.
البته قطعاً آغاز هرکاری با چالش‌هایی روبه‌رو
خواهد بود، دغدغه این مطالعات فقط کمک به نظام
قانونگذاری در ایفای وظایف قانونگذاری و نظارت
است و به هیچ‌وجه داعیه آن را ندارد که به
سازوکارهایی منجر می‌شود که قطعاً بهتر از وضع
موجود است، بلکه هدف، مطالعات نظری و تطبیقی در
حوزه بسیار مهمی از عرصه‌های حکومتی است. این
مطالعه فقط با هدف سرآغازی برای مطالعات جدید
در حوزه نظام قانونگذاری در کشور و با هدف
بررسی چالش‌ها و موانع کارآمدی این نظام انجام
گرفته است تا انشاء... به سازوکارهای جدیدی
بیانجامد.

امید آن داریم که ارائه ماحصل این مطالعات با
نقد و بحث‌های جدیدی در حوزه قانونگذاری کشور
دنبال شود تا انشاء... با تعامل بیشتر
صاحب‌نظران و متفکران به راهکار مناسبی برای
کارآمدی بیشتر قوانین در کشور بیانجامد. از این‌رو
مرکز پژوهش‌ها سپاسگذار زحمات متفکرانی خواهد بود
که با علم و تجربه خود به غنای این مطالعات
بیفزایند.

جاي آن دارد که از زحمات ارزنده مديران اين مطالعه جناب آقاي دکتر محمد راسخ و آقاي دکتر محمد حسين زارعي و همکاران و پژوهشگراني که در اين راه بدانان ياري رسانيده اند تقدير و تشکر نمايم. محتويات اين مطالعات اگرچه حاصل زحمات طولاني مجموعه اين پژوهشگران و محققان بوده است، ولي قطعاً دور از عيب و خطا و نقصان نيست. اميدوارم راهي که آغاز و با يكصدمين سال قانونگذاري در ايران همراه شده است به مبارکي به بحثها و نقدهايي در محافل علمي، دانشگاهها و مؤسسات علمي و پژوهشي بيانجامد، اميد است که نتايج آن آغازي براي ايجاد تحول و تأثيرگذاري بيشتري باشد.

**معاونت پژوهشي مرکز پژوهشهاي
مجلس شوراي اسلامي**

درآمد

در گذشته نظام‌های حقوقی وجود داشته‌اند که منبع اصلی و اولی قانون در آنها، عرف بوده و قانون در آن نظام‌ها، بنابر اصل، عبارت از «قانون عرفی» بوده است.^۱ با این حال، اکنون می‌توان ادعا کرد که تقریباً در تمامی نظام‌های حقوقی جهان منبع نخستین و اصلی قانون، مصوبات مرجع قانونگذاری سرزمین یا «قانون موضوعه» است.^۲ قانون موضوعه در انتهای یک فرایند پیچیده قانونگذاری یا به عرصه وجود می‌گذارد. در قلب این فرایند، «هیأت مقنن» قرار دارد که در حال حاضر در قالب پارلمان‌ها یا مجالس ملی قانونگذاری جلوه‌گر می‌شود. به علاوه، گفتنی است که می‌توان فرایند یادشده را عبارت دیگری برای «نظام قانونگذاری» دانست. پیداست که مفهوم فرایند یا نظام قانونگذاری عام‌تر از مفهوم هیأت مقنن یا مرجع قانونگذار است، بدین‌معنا که مفهوم دوم جزئی از مفهوم اول است. با این وصف، نظام قانونگذاری نه تنها منحصر به قوه مقننه نیست و در ارتباط وثیق با قوای مجریه و قضائیه قرار می‌گیرد^۳، بلکه عمل

1. برای نمونه، می‌توان به نظام حقوق انگلستان اشاره کرد، رک: James; *An Introduction to English Law*, chs 1-2.

2. برای مثال، بنگرید به:

Barendt; *An Introduction to Constitutional Law*.

3. لازم به توضیح نیست که بخش عمده قوانینی که قوه قانونگذار وضع می‌کند، توسط قوه مجریه و به صورت «لایحه»، به مجلس راه یافته

قانونگذاری و آن چه به نام قانون از قوه مزبور بیرون می‌آید متأثر و ناشی از باورها، طرز تلقی‌ها (ایستارها) و نهادهای سیاسی و اجتماعی است که در بستر تاریخ حیات فردی و اجتماعی یک ملت شکل گرفته‌اند.^۱ بنابراین، می‌توان گفت برای بررسی و تحلیل موضوع قانون و قانونگذاری یک کشور، می‌توان بررسی و تحلیل را در دو سطح یا به دوگونه انجام داد. یکم، سطح عام که دربرگیرنده کل فرایند یا نظام قانونگذاری است. دوم سطح خاص که فقط شامل هیأت مقنن یا مرجع قانونگذاری می‌شود. در این تحقیق بیشتر به سطح عام توجه گردیده و مطالب مطروح ناظر به کل فرایند یا به تعبیر دقیق، ناظر به نظام قانونگذاری است. به علاوه، علی‌رغم این که نظام قانونگذار کارکردهای غیر قانونگذارانه مانند نظارت و کنترل دارد، توجه اصلی این پژوهش به کارکرد قانونگذاری آن معطوف است.

برای این که نظام قانونگذاری از یک حیات ارگانیکی و پویا برخوردار باشد، باید وظایف و کارکردهای معینی را انجام دهد. بحث از این وظایف و کارکردها به کنار، که در جای خود مطرح خواهد شد،^۲ چنانچه نظام مذکور در انجام آن‌ها قصور یا تقصیر ورزد، در حقیقت دچار نقص و مشکل گردیده و آشکارا به تبع کل حیات اجتماعی یک کشور را در معرض خطر قرار می‌دهد. نمونه‌هایی از این مشکلات عبارتند از: قانونگذاری دیر هنگام یا عقبماندگی تقنینی، زمان پریشی تقنینی یا وضع قوانین غیرمنطبق

است. افزون بر این، بنا به یک تفسیر، در ارتباط با لوایح قضایی قوه مجریه صرفاً نقش شکلی دارد و این لوایح را که توسط قوه قضائیه آماده شده است به مجلس قانونگذار انتقال می‌دهد.

1. نکته بالا در بررسی و تصویب «لایحه» و «طرح» هر دو، صدق می‌کند و در قانونگذاری بر اساس «طرح» پیشنهادی نمایندگان عضو مجلس قانونگذار، ظهور و وضوح بیشتری دارد.

2. رک: قسمت‌های «هدف و فلسفه قانون» و «اصول قانونگذاری» در این تحقیق.

با زمان (پیش یا پس از زمان ضرورت)، تورم در قانونگذاری، وجود تناقض در قوانین مربوط به یک حوزه و افراط و تفریط تقنینی (به این معنا که در حوزه‌هایی که لازم نیست، قانون گذارنده می‌شود و در جاهایی که نیاز به تنظیم و کنترل هست، توجه قانونگذارانه نمی‌شود). به منظور جلوگیری از صدمات بیشتر اخلاقی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی در نتیجه نقایص و مشکلات یاد شده، توجه و اقدام فوری برای رفع آن‌ها یک ضرورت ملی است. سؤال اما این است که «اصلاح» نظام قانونگذاری چگونه و بر چه اساسی ممکن است و باید انجام گیرد؟

در این ارتباط، شرایط و اصول مختلفی را می‌توان مطرح ساخت که بدون وجود و رعایت آن‌ها، امر اصلاح به سامان نخواهد رسید و یا اساساً به کژراهه خواهد رفت. با این حال، یکی از مهم‌ترین بخش‌های مجموعه شرایط و اصول یاد شده، بخش نظری یا بنیاد تئوریک اصلاح است. توضیح این که، پدیده و نهاد تقنین از یک ماهیت «هنجاری» یا باید - انگار برخوردار است. وضع قانون توسط یک مرجع انتخابی ملی، امری است که به خودی خود وجود نمی‌یابد و همانند پدیده‌های طبیعی از یک چیستی هست - انگار برخوردار نیست. به هر دلیلی از دلایل، انسان‌ها در زندگی جمعی خود به این ضرورت رسیده‌اند که «باید» برای هدایت امور اجتماعی زندگی خود قانون وضع کنند و آن امور را در جهت خاص سوق دهند.¹ با این حساب، باید قانونگذاری را یک مفهوم و نهاد هدفدار دانست. بنابراین نخستین پرسش قابل طرح به هدف قانونگذاری مربوط می‌شود. دومین پرسش به محصول قانونگذاری برمی‌گردد با این مضمون که نظام یا فرایند قانونگذاری چه چیزی را تولید

1. برای بیان نظری ضرورت فوق‌الذکر از دو دیدگاه کم و بیش متفاوت، رک: صانعی، حقوق و اجتماع، بخش دوم، و Hart; *The Concept of Law*, ch. 5-6 & 9.

می‌کند یا باید تولید کند. سؤالات متعدد دیگری از این دست قابل طرح هستند و تا به آن‌ها پاسخی درخور داده نشود، اساساً نمی‌توان هیچ‌گونه گام سنجیده و مقرون به موفقیت برای اصلاح نظام قانونگذاری برداشت. فرض بنیادین در اینجا این است که ایجاد تغییر و اصلاح در هر نظام بدون وجود یک شناخت عمیق از عناصر مؤلفه، اهداف و مبانی آن نظام، ممکن نیست. در حقیقت این شناخت چشم‌اندازی است از «وضع مطلوب» که برای نقد و اصلاح «وضع موجود» به عنوان یک اصل راهنما عمل می‌کند.

اما پیش از هر چیز تذکر این نکته ضروری است که این تحقیق با فرض پذیرش حاکمیت قانون شروع می‌شود. همان طور که در بالا آمد، فرض بر این است که یک جامعه معین به ضرورت داشتن قانون و تنظیم زندگی جمعی خود بر اساس قواعد کلی رسیده است. حاکمیت قانون زمانی تحقق می‌پذیرد که روابط انسان‌ها نه بر اساس تصمیمات و هوس‌های شخصی یک یا چند نفر، بلکه بر اساس قواعد الزام‌آور کلی، عمومی، واضح و معطوف به آینده تنظیم شود. در یک کلمه آمدن حاکمیت قانون ضرورتاً با رفتن استبداد و قدرت مطلقه همراه است.¹ در این صورت است که بحث و بررسی‌هایی از نوع آن چه در این تحقیق می‌آید، معنا خواهد یافت. به عبارت دیگر تا زمانی که حاکمیت قانون در یک کشور برقرار نشده است، مردمان آن در دوره ماقبل حقوقی به سر می‌برند و در یک چنین جامعه‌ای نیازی به مباحث

1. برای گونه، نگ: همایون کاتوزیان؛ دولت و جامعه در ایران، ص ۷۰؛ همایون کاتوزیان، اقتصاد سیاسی ایران: از مشروطیت تا پایان سلسله پهلوی، ص ۱۰۱؛ و همایون کاتوزیان؛ تضاد دولت و ملت: نظریه تاریخ و سیاست در ایران، ص ۱۷۵؛ نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، به ویژه جامعه؛ آدمیت، اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده، ص ۳؛ و قادری، اندیشه‌های سیاسی در اسلام و ایران، صص ۲۴۱-۲۳۵.

حاضر در این مجموعه حس نشده، طرح نمی‌شود و ضرورت عملی نیز نیافته است. روی هم رفته، اصل وجود حاکمیت قانون و مباحث نظری مربوط به آن را که در حقیقت باب و مقدمه بحث حاضر است، به جای خود وا می‌گذاریم^۱ و به ذکر ابیاتی از محمد اقبال لاهوری در نفي استبداد و سلطنت بسنده می‌کنیم، ابیاتی که گوهر دلیل موجهه حاکمیت قانون (کرامت ذاتی و ارزش برابر انسان) در آن نهفته است:

آدم از بی‌بصری بندگی آدم کرد
 گوهری داشت ولی نذر
 قباد و جم کرد
 یعنی از خوی غلامی ز سگان خوارتر است
 من ندیدم که سگی پیش
 سگی سر خم کرد

یا در جایی دیگر:
 هنوز اندر جهان آدم غلام است
 نظامش خام و کارش نا
 تمام است
 غلام قصر آن گیتی پناهم

که در دینش ملوکیت
 حرام است^۲
 بر این پایه، نخست لازم است پرسش‌های عمده نظری در ارتباط با نظام قانونگذار تعیین شوند تا با تلاش برای پاسخ گویی به آن‌ها زمینه یک دیدگاه کلی نظری در ارتباط با امر تقنین فراهم آید. با فراهم آمدن این زمینه و در پرتو آن است که می‌توان به مطالعه روشنگرانه تاریخی، اجتماعی و

1. See, for instance, Habermas; "On the Internal Relation Between the Rule of Law and Democracy"; Neumann; *The Rule of Law*; Raz, "The Politics of the Rule of Law"; Raz; "The Rule of Law and Its Virtue"; Reynolds, "Grounding the Rule of Law"; Ten; "Constitutionalism and the Rule of Law", Walker; *The Rule of Law*; and Widner, *Building the Rule of Law*.

2. نگ: اقبال لاهوری؛ *نوای شعر فردا*، صص ۶۸-۶۷.

تطبیقی نظام قانونگذاری پرداخت و امید به دستیابی به نتایج دقیق کاربردی در راستای هدف اصلاح، بست. آن پرسش‌ها کدامند؟ گفتنی است که تلاش برای تعیین پرسش‌های نظری در حقیقت به معنای تعریف «مخوره‌ای» پژوهش نظری درباره اصلاح نظری نظام تقنین خواهد بود.

پرسش‌ها و به تبع مخوره‌ای تحقیق حاضر عبارتند از:

۱. قانون چیست؟
۲. انواع قانون کدامند؟
۳. هدف و فلسفه قانون چیست؟
۴. منابع قانون کدامند؟
۵. مبانی قانون و قانونگذاری کدامند؟
۶. مرجع قانونگذاری کیست؟
۷. اصول قانونگذاری چیست؟
۸. چگونه می‌توان یا باید قانون را تفسیر کرد؟

هر یک از این سوالات و مخوره‌ها، پرسش‌ها و مسایل دیگری را نیز به دنبال خود می‌آورند. برای نمونه، نظریه‌هایی که به چستی قانون می‌پردازند به تبع و در ضمن «ویژگی»های قانون را نیز بیان می‌کنند. افزون بر این، بحث از هدف و فلسفه قانون و قانونگذاری به بررسی «قلمرو» قانون خواهد انجامید. یا مبانی قانون و قانونگذاری یک محور و پرسش کلی است که عناوین گوناگون و وسیعی را در خود جای می‌دهد. در این ارتباط می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد: رابطه قانون و «دین»، قانون و «اخلاق»، قانون و «مصلحت، سود»، قانون و «عدالت، سیاست»، قانون و «علم» (واقعیت). بالاخره، «اصول» قانونگذاری در ادامه بحث از مرجع قانونگذاری قابل طرح است.

همان‌طور که از پرسش‌های بالا پیداست، مباحث این تحقیق از نوع مباحث «هنجاری»، ارزشی است. بدین معنا که در این پژوهش به دنبال توصیف فرایندهای قانونگذاری در عالم واقع و ارائه یک طبقه بندی از آن‌ها، نیستیم. برای مثال، وقتی از چستی یا

هدف قانون بحث می‌شود، منظور این نیست که قانون در نظام حقوقی ایران، ترکیه یا فرانسه چه تعریفی دارد و برای چه هدفی وضع می‌شود. ممکن است پاسخ‌هایی که به سؤالات بالا داده می‌شوند متأثر از واقعیت حقوق در جهان خارج باشند، که حتماً هم همین‌طور است، ولی پاسخ‌ها در قالب گزاره‌های ارزشی و به عنوان بایدها و نبایدها و از یک دیدگاه ارزشی صادر می‌شوند. اساساً بدون یک تئوری هنجاری امکان ارزیابی و نقد یک نظام قانونگذاری و به دنبال آن ارائه راه کارهای اصلاح غیرممکن است. ویژگی هنجاری تحقیق در طول بحث‌های آتی نمایان خواهد شد.

به پرسش‌ها و محورهای فوق از دید سه گروه از نظریه پردازان نگریسته خواهد شد. این سه گروه عبارتند از: دانشمندان غربی، علمای اسلامی و متفکرین ایرانی. بنابراین، روند مطالب این تحقیق حول محورهای پیش گفته و از دید سه گروه یاد شده شکل خواهد گرفت. در این ارتباط تذکر چند نکته لازم است. از یک طرف، دسته بندی سه‌گانه مزبور به معنای پرداختن به نظرات تمامی نظریه پردازانی نیست که در آن سه گروه قابل جای گرفتن هستند. چنین کاری در محدوده زمانی و حجم این تحقیق نشدنی است؛ از این رو، ناگزیر از گزینش بوده و در نتیجه فقط به تعدادی از متفکران هر گروه خواهیم پرداخت. در این گزینش سعی شده است نمایندگان گرایش‌های نظری عمده از هر سه گروه، حضور داشته باشند. از طرف دیگر، پیداست که میان نظریات محققان و عالمان سه دسته مذکور هم‌پوشانی‌هایی وجود دارد. با این حال، دسته‌بندی یاد شده فرصت مقارنه و تطبیق باورها و نظریه‌های مطروح از دید سه گروه از متفکرین را فراهم خواهد آورد که دست آخر توانایی طبقه‌بندی نظریه‌ها تحت هر یک از محورهای تحقیق را به ما می‌دهد. گفتنی است که این طبقه‌بندی یک طبقه‌بندی پسینی است. به این معنا که پس از مطالعه ادعاها، تحلیل‌ها و نشریه‌ها، طبقه‌بندی

موجود در این نوشتار به دست آمده است و بر اساس احصاء فروض ممکن طراحی نشده‌اند. در آخر، ممکن است از معیار تفکیک میان متفکرین اسلامی و ایرانی سوال شود. بر چه اساس و با چه تعریفی می‌توان برخی از اندیشمندان را به دو گروه اسلامی و ایرانی تقسیم کرد؟ در این ارتباط، به روش و معیاری بسیار ساده و البته کاربردی توسل جسته‌ایم. آن دسته از متفکرانی که ادعاهای خود را از جانب دین مطرح ساخته، یا به عبارتی سعی در طرح ارزش‌ها و باورهای دینی در حوزه مفاهیم و نهادهای حقوقی داشته‌اند، در گروه متفکران دینی و آن دسته که لابشرط از آن مقولات وارد این حوزه شده‌اند در گروه متفکران ایرانی، طبقه بندی گردیده‌اند. گروه اول به جز شماری محدود ایرانی و گروه دوم تقریباً همگی مسلمان‌اند.

با توجه و بر پایه توضیحات بالا، موضوع تحقیق حاضر را در ده قسمت با عناوین: (۱) چستی قانون، (۲) ویژگی‌های قانون، (۳) انواع قانون، (۴) هدف و فلسفه قانون، (۵) قلمرو قانون و قانونگذاری (۶) منابع قانون، (۷) مبانی قانون، (۸) مرجع قانونگذاری، (۹) اصول قانونگذاری و (۱۰) تفسیر قانون مورد بررسی و تحلیل قرار خواهیم داد. اما پیش از آن لازم به ذکر است که نوشته حاضر بدون تلاش با ارزش و همکاری صمیمانه محققان به منصفه ظهور نمی‌رسید: آقایان حسن و کیلیان، احمد مرکز مالیری، سید ناصر سلطانی، حسین بادامچی، نوید رهبر و علی تهامی و خانم‌ها آزاده عبدالله‌زاده و معصومه قره‌گوزلی. زحمت اصلی و عمده تحقیق و برگه‌نویسی بر عهده این بزرگواران بوده است. از تك تك آنان صمیمانه سپاسگزارم. کار جمعی بسیار لذتبخش و مثمرتر است و این نوع کار در حوزه معرفت لذت بخش‌تر و مثمرترتر. امید به آن بسته‌ام که روزی «پژوهش» در این مرز و بوم به یک «حرفه» تبدیل شود و ذهن‌های توانای جوانان کشور به این حوزه

روانه شود. نتیجه چیزی جز ترقی و تعالی فردی و جمعی نخواهد بود.

۱

چيستى قانون

ریشه کلمه «قانون»، نوموس^۱ یونانی است که از راه زبان سریانی وارد زبان عرب شده است. این واژه در اصل به معنای خط کش به کار رفته و بعد به معنای قاعده برگشته و آنگاه در اروپا به معنای شریعت کلیسایی به کار رفته است.^۲ امروزه این واژه به قواعد موجود در یک نظام حقوقی اطلاق می‌شود. در این حد اجمالی شاید میان اندیشمندان اختلافی وجود نداشته باشد اما مساله از آنجا آغاز می‌شود که از ماهیت یا چیستی این قواعد بپرسیم. قانون چگونه چیزی است؟ پاسخ‌ها قطعاً متفاوتند و به موازاتی که مباحث مربوط به محورهای گوناگون طرح گردیده و شرح و بسط می‌یابند، «اختلافی» و «نظری» بودن مفهوم قانون و قانونگذاری بیشتر هویدا می‌شود. به عبارت دیگر، مفهوم قانون و قانونگذاری، یک مفهوم تفسیربردار است و هر کس که بخواهد در مورد آن‌ها سخن بگوید در حقیقت تفسیر و معنایی خاص از قانون و قانونگذاری را پیش می‌نهد. تفسیر و معنای یاد شده برآمده از نظریه‌های مبنایی در باب «هستی»، «معرفت» و «ارزش» است که در ذهن مفسر و معنا کننده شکل و جای گرفته‌اند. به علاوه، پیدا است که نظریه‌های مبنایی مذکور یک‌دست نبوده و دربرگیرنده انواع و صنوف متنوع و رقیب است. با این وصف، مفهوم قانون یک مفهوم

1. Nomos.

2. رک: محمسانی؛ *فلسفه قانونگذاری در اسلام*، ص ۱۲. همچنین، نگ: Kelly; *A Short History of Western Legal Theory*, ch. 1.

«نظری» و به همین دلیل «اختلافی» است.

۱-۱. فرمان متکی به مجازات

نظریه توماس هابز، جزو نخستین نظریه‌هایی است که یک تصویر فرمان محور از قانون ارائه می‌دهد. براساس این نظریه انسان‌ها به خودی خود و برخاسته از میل طبیعی، قوانین طبیعی مربوط به عدالت و انصاف را رعایت نمی‌کنند. کاملاً برعکس، از نظر هابز، انسان‌ها بنا بر میل طبیعی غرض‌ورز، مغرور، کینه‌جو و مثل آن هستند. آنان فقط به دلیل ترس از قدرتی که اجرای مقررات عدالت را لازم می‌داند، از این مقررات پیروی می‌کنند. به دیگر سخن، قانون حکم کلی حاکم به رعایت مقررات یاد شده است. با این حساب، پیداست که قانون در این تحلیل مساوی با فرمان متکی به مجازات است.^۱

حاکم در نظریه سیاسی ژان بدن، به عنوان مظهر حاکمیت از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. از آنجا که حاکمیت مطلق و دائمی است، بنابراین حاکم نیز در اعمال حکومت، قدرت مطلق و دائم دارد. با این وصف، قانون برابر است با ابراز اراده مطلق حاکم که خود تابع آن قانون نیست. گفتنی است که حاکم یا شه‌ریار به نوبه خود از قوانین طبیعی پیروی می‌کند.^۲ بر این اساس، می‌توان گفت ریشه‌های نظریه قانون به عنوان فرمان متکی به مجازات در نظریات ژان بدن یافت می‌شود، به ویژه آن که بدن تصریح می‌کند که عادات و رسوم نمی‌توانند مخل قانون باشد ولی قانون می‌تواند عادات را نقض کند.^۳

۱. نگ: هابز؛ *لویاتان*، صص ۱۸۹ و ۲۶۴.

۲. رک: جونز؛ *خداوندان اندیشه سیاسی*، جلد دوم، صص ۷۷.

۳. نگ: عنایت؛ *بنیاد فلسفه سیاسی در غرب*، صص ۱۸۶-۱۸۲؛ و *وینسنت، نظریه‌های دولتی*، صص ۸۶-۷۷ و ۱۸۸-۱۸۹.

به نظر جان آستین، قانون عبارت است از قاعده‌ای که یک موجود هوشیار دارای سلطه برای موجود هوشیار دیگر صادر می‌کند. وی متأثر از اندیشه‌های بنتام، قانون را به معنای فرمان حاکم می‌گرفت که خطاب به کسانی که از او تبعیت می‌کنند، صادر شده و در صورت سرپیچی از آن فرمان به مجازات خواهند رسید.^۱ با این وصف، مبدع اصلی این مفهوم از قانون، یعنی جرمی بنتام، معتقد است قانون در حقیقت یک نوع قید و بند است که بر پای آزادی انسان زده می‌شود. وی می‌پذیرد که قانون آزادی را محدود می‌سازد ولی از دید سودانگاران به این نتیجه می‌رسد که محدودیت مزبور ممکن است در مجموع به نفع کل آزادی تمام شود.^۲

به نظر می‌رسد تئوری هانس کلسن، نیز یک تصویر «فرمان متکی به مجازات» از قانون ترسیم می‌کند. به تعبیر او با اتکا به مجازات، قانون به دنبال ایجاد یک نوع خاص از رفتار انسانی است. وی در ادامه توضیح می‌دهد که اخلاق هم به دستورات خود مجازات ضمیمه می‌کند، ولی مجازات اخلاقی نوعاً و ماهیتاً با مجازات قانونی فرق می‌کند. در اخلاق صرفاً مجازات وجدانی و سرزنش وجود دارد.^۳

تعریف گرجی از قانون را می‌توان در این دسته از نظرات جای داد. وی قانون را دستورالعملی می‌داند که از طرف افراد یا گروه‌های صاحب صلاحیت برای انتظام امور جامعه وضع می‌شود. اگرچه قید مبهم «صاحب صلاحیت» برای مرجع قانونگذاری آورده شده است ولی با توضیح بعدی مبني بر وجوب عمل جامعه به قانون، مشخص است که منظور از صاحب صلاحیت، هیأت مقنن در مجموعه

1. Austin; *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 9-15 & 198-201.

2. نگ: برلین؛ چهار مقاله درباره آزادی، ص ۲۲۲.

3. See Kelsen; "The Function of a Constitution", pp. 111-19.

قدرت سیاسی است.^۱ تحلیل فوق از قانون صرفاً با توجه به منشا تکوین، یعنی با توجه به تصمیم حاکم سیاسی و فارغ از محتوای آن، صورت گرفته است. به عبارت دیگر، از دیدگاه بالا که یک دیدگاه صوری است، قانون چیزی جز اراده حاکم نیست. از این رو، تعاریفی از این دست را می‌توان تحت «نظریه تصمیمی» یا «اراده - انگار» از قانون دسته‌بندی کرد.^۲

۲-۱. قاعده اجتماعی/تاریخی

بیان شارل دو مونتسکیو، از قانون و نظام حقوقی نشان‌دهنده این است که وی یک تلقی اجتماعی و تاریخی از قانون داشته است. از نظر او قوانین سیاسی و مدنی جوامع بشری با هم متفاوتند. همان‌گونه که درخت‌های بلوط که در نقاط مختلف جهان می‌رویند، با هم اختلاف دارند، طبیعتاً قوانین موضوعه بشری هم در میان مردمانی که در نواحی گوناگون زندگی می‌کنند، از هم متفاوتند. بنا بر تحلیل مونتسکیو، به دلیل اختلاف بین طبایع و استعدادهاست که تفاوت مذکور به وجود آمده است.^۳ پیداست در این تحلیل قانون یک قاعده اجتماعی، تاریخی است که از یک زمان و مکان به زمان و مکانی دیگر دگرگون می‌شود.

نظریه‌هایی مانند نظریه ژان ژاک روسو، قانون را یک قاعده اجتماعی می‌دانند. به این معنا که از این دیدگاه قانون محصول تصمیم تمام ملت درباره تمام ملت است. مردم با وارد شدن در

1. نگ: گرجی؛ مقالات حقوقی، ج. ۲، ص ۲۷۳.

2. رك: نویمان؛ آزادی، قدرت و قانون، صص ۱۳۱-۱۳۰. همچنین بنگرید:

Hayek; *The Constitution of Liberty*, pp. 155-56.

3. مونتسکیو؛ روح القوانين، کتاب اول؛ و جونز، خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، صص ۲۹۹-۲۹۷.

قرارداد اجتماعی موجب بوجود آمدن «اراده عمومی»^۱ می‌شوند که تصمیم این اراده خالق قانون است. این قانون برآمده از تصمیم و اتفاق جامعه است که همه را متعهد و در عین حال منتفع می‌سازد. به عبارت دیگر، قوانین اعمال رسمی اراده عمومی‌اند.^۲

بکاریا یک تصویر اجتماعی از قانون ارائه می‌دهد. به نظر وی قوانین شرایطی هستند که انسان‌ها برای خلاصی از جنگ و آزادی‌های ناپایدار و زندگی جمعی، پذیرفته‌اند. بنابراین نظر قانون یک قاعده اجتماعی است که نتیجه یک قرارداد برای حصول صلح و منفعت اجتماعی است.^۳

ساوینی قانون را مانند زبان و عادات، محصول وجدان عمومی و تحول تاریخی اجتماع می‌داند. به نظر وی اراده فرد و تغییر دولت‌ها در ایجاد این قانون تأثیری ندارد و در حقیقت نظام حقوقی بخشی از فرهنگ یک ملت است.^۴ این نظر که به خوبی ادعاهای مکتب تاریخی را بیان می‌کند، قانون را همان قاعده برآمده از اجتماع می‌داند ولی اجتماع را در یک سیر تاریخی و طبیعی می‌بیند. از این رو قانون صرفاً قاعده ای انتزاعی نیست که بر جامعه تحمیل شود بلکه جزء جداناپذیری از اجتماع است که ریشه در عادات و عقاید اجتماعی و اقتصادی جامعه دارد.^۵

فردریش فون هایک، مبتنی بر یک دیدگاه معرفت شناختی تاریخی،^۶ قانون به معنای دقیق کلمه را محصول نظم خودجوش و برآمده از یک روند تکاملی

1. General Will.

2. روسو؛ *قرارداد اجتماعی*، صص ۱۶۹-۱۶۸، ۱۹۲-۱۹۱ و ۳۶۸-۳۶۳.

3. نگ: بکاریا؛ *رساله جرایم و مجازات‌ها*، ص ۳۹؛ و *پرادل؛ تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ص ۴۳.

4. رک: کاتوزیان؛ *فلسفه حقوق*، ج ۱، ص ۱۲۹.

5. Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, pp. 785-88.

6. برای اطلاع بیشتر از «معرفت شناسی تاریخی» وی، نگ: هایک؛ *قانون، قانونگذاری و آزادی*، فصل یک؛ و هایک؛ «آزادی و عقل و سنت»، به ویژه ص ۱۲۶.

تاریخی در اجتماع می‌داند که نتیجه تجربه دراز و مکرر است. این قانون، به عنوان مشخصه جوامع آزاد، در حقیقت از رفتار انسان‌ها انتزاع می‌شود و مدتها پیش از قانون موضوعه وجود داشته است. به نظر وی آنچه در گذشته به نام قانونگذاری انجام می‌شده در حقیقت عبارت بوده از کوشش برای ثبت و شناساندن، یا به عبارت دیگر کشف قانونی که تصور می‌شد به طور تغییر ناپذیری از قبل موجود بوده است. از آنجا که این نوع قواعد رفتار از رفتار آزاد در یک نظم خودجوش ناشی شده‌اند، بنابراین قواعدی عادلانه‌اند. این یک تعریف محتوایی از قانون است که با توجه به ماده اصلی تشکیل دهنده قانون، آن را معنا می‌کند. با این وصف، هایک نظریه قانون به مثابه فرمان متکی به مجازات را نقد می‌کند و چرا که به نظر او این تعریف، جامعه را به یک سازمان تبدیل و منجر به ایجاد یک نظام توتالیتر می‌گردد.^۱

در همین راستا مایکل اوکشات، در تبیین باورهای محافظه‌کاری، ادعاهایی نسبتاً مشابه را درباره قانون و نظام حقوقی پیش‌نهاده است. از دید او نظم قانون مدار پایه اجتماع مدنی است که در آن قوانین مورد قبول جامعه الزام و اعمال می‌گردد. این قوانین در متن زندگی اجتماعی و تحولات تاریخی آن شکل گرفته و بر روابط حاکم گشته‌اند نه این که فرمان‌های حکومتی باشند که به عنوان ابزار تحولات غایت مدارانه به کار می‌روند.^۲

تئوری واقع‌گرای حقوقی آمریکایی درباره قانون (اوایل قرن بیستم) قرائت دیگری از دیدگاه «قانون به منزله قاعده اجتماعی» است.

1. نگ: هایک؛ «آزادی و عقل و سنت»، ص ۱۲۸؛ هایک؛ قانون، قانونگذاری و آزادی، صص ۱۱۹-۱۲۰ و ۱۳۴-۱۳۱؛ و لسناف؛ فیلسوفان سیاسی قرن بیستم، صص ۲۵۶-۲۵۵.

2. برای نمونه، نگ: بشیریه؛ تاریخ اندیشه سیاسی در قرن بیستم: لیبرالیسم و محافظه‌کاری، صص ۲۸۰-۲۷۹.

الیور وندل هولمز، قاضی فیلسوف آمریکایی و یکی از تئوری‌پردازان اصلی این مکتب، قانون را چیزی جز پیش‌بینی استفاده از قدرت عمومی از طریق دادگاه‌ها نمی‌داند. بر این اساس قضات، وکلاء و نهادهای حقوقی در مرکز مطالعات نظری حقوق قرار می‌گیرند و توجه اصلی بر واقعیات تجربی اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی مرتبط با آنها، خواهد بود. بسیار منطقی است که با این حساب، هولمز مدعی است حیات حقوقی همانقدر که منطقی است تجربی نیز هست و حقوق را مانند دیگر واقعیات این عالم یک موضوع علم تجربی می‌داند.^۱

پاره‌ای از نظریه‌پردازان حقوقی مانند هارت، برای حقوق یک چستی اجتماعی قائلند و قواعد حقوقی را ماهیتاً اجتماعی می‌دانند. این سخن به دو معنا ادعا می‌شود. یکم، حقوق یک نظام اجتماعی است به این معنا که رفتار اعضای یک جامعه را تمثیل می‌کند. دوم، حقوق اجتماعی است، از این حیث که قواعد آن از رفتار و رویه‌های اجتماعی نشأت می‌گیرند.^۲ جوزف رز، به عنوان یک نوابات‌گرا، بر جنبه اخیر تأکید می‌ورزد و درصدد بیان دقیق‌تر وجه اجتماعی و نهادی قانون است. به اعتقاد وی قانون یک هنجار اجتماعی است که به دست یک نهاد حقوقی و با اتکا بر اقتدار سیاسی وضع و اجرا می‌شود.^۳

بسیاری از نظریه‌های اثبات‌گرا را می‌توان تئوری قانون به منزله یک قاعده اجتماعی به حساب آورد. قانون از نظر آنها قاعده‌ای است که به تصویب مرجع قانونگذاری رسیده باشد. برای نمونه، میرزا ملکم خان که قانون را «هر حکمی که موافق قرار معین از دستگاه قانون صادر شود» می‌داند و تصریح می‌کند که «... قانون باید

1. See Holmes; "The Path of Law"; and Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, pp. 656-58.

2. See Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 345.

3. Raz; *The Concept of a Legal System*, Intr.

لامحاله از دستگاه قانون صادر شود»^۱، در حقیقت از یک منظر اثبات‌گرایانه به چستی قانون می‌نگرد و آن را یک قاعده اجتماعی می‌داند. آدمیت نیز قانون را «حاصل قرار و مدار اجتماعی»^۲ می‌داند و نظر وی در این گروه می‌گنجد.

سروش، در یک جا بر عصری و زمانی بودن عدالت تأکید می‌کند و بر این ادعاست که پیامبران سعی داشتند امت خود را از جور زمانه به عدل زمانه ببرند. فلذا عدل و ظلم کاملاً عصری‌اند.^۳ در این ادعاها می‌توان نوعی تلقی «قانون به عنوان یک قاعده اجتماعی» را ملاحظه کرد، اگر چه در جاهایی دیگر سروش به جهان‌بینی دینی و نقش آن در شکل‌گیری قانون اشاره کرده است^۴ و خود را به نظریه قانون به مثابه یک قاعده اخلاقی یا به منزله یک فرمان الهی نزدیک ساخته است. همین طور، برخی از نظریه‌های قرآن شناختی اعتزالی‌گرایان نشان دهنده این است که از دید این نظریه‌ها قواعد و مقررات حاکم بر روابط اجتماعی که از متون دینی برمی‌خیزند از همان جنس متن دینی‌اند. متون دینی خود محصولات فرهنگی‌اند، البته محل تجلی متعالی‌ترین و برجسته‌ترین جنبه‌های فرهنگ. با این وصف، در این گونه تحلیل‌ها قانون یک قاعده اجتماعی دانسته می‌شود هر چند در مقابل، قابلیت تولید داشته و به اجتماع شکل خاصی خواهد بخشید.^۵

پاره‌ای از مورخین حقوق باستان نیز نظری کم و بیش مشابه درباره قانون پیش نهاده‌اند. بر این اساس، سر هنری مین معتقد است مفاهیم حقوقی درست

۱. نقل شده در نورائی؛ تحقیق در افکار میرزا ملکم خان، ص ۶۵.

۲. آدمیت؛ اندیشه ترقی، صص ۱۷۱-۱۷۲.

۳. نگ: سروش؛ «اسلام، وحی و نبوت»، صص ۷۸-۷۹.

۴. برای نمونه، رک: همان، ص ۷۳.

۵. نگ: ابوزید؛ معنای متن: پژوهشی در علوم قرآن، صص ۵۰۶-۵۰۴؛ و ابوزید؛ «تاریخ‌مندی؛ مفهومی پوشیده و مبهم»، صص ۳۵۲-۳۵۱.

مانند ارگانیزم‌های طبیعی محصول تحول و توسعه تاریخی‌اند.^۱ تحلیل‌های مارکسیستی از اخلاق و قانون را می‌توان در این دسته از نظریات، البته از دیدگاهی خاص، جای داد. از این دیدگاه نیز قانون، و به طور کلی قواعد اخلاقی و هنجاری، محصول جامعه و روابط اجتماعی‌اند. لکن به این معنا که اخلاق و قانون در حقیقت روبنای روابط ناشی از مالکیت ابزار تولیداند و مناسبات حقوقی در تحلیل نهایی از مناسبات تولید ناشی می‌شوند. زیربنا همان روابط اقتصادی و سلطه بر وسایل تولید اقتصادی است که بر روابط و مناسبات سیاسی و حقوقی حاکم است.^۲ اخلاق، حقوق، سیاست و ایدئولوژی، آگاهی کاذبی است که حاکمان برای ادامه سلطه خود بر روابط کار و بهره‌کشی از دیگران، در ذهن کارگران و نیروهای مستضعف به وجود آورده‌اند. بر اساس این، قواعد هنجاری، از جمله قانون، هیچ اعتبار مستقل عقلانی ندارند و با تغییر روابط کار و مالکیت بر ابزار تولید، دگرگون می‌شوند.^۳ با این که جنبش مطالعات انتقادی حقوقی^۴ اساساً یک جنبش چپ‌گرا در آمریکا بوده است، ولی روبرتو آنگر مهم‌ترین نظریه پرداز این جنبش در تئوری خود قانون و نظام حقوقی را نه تنها محصول مناسبات تولید و روبنای روابط زیربنایی اقتصادی نمی‌داند، بلکه برای قانون و حقوق نقش اساسی در زندگی اجتماعی انسان قائل است. از دید او قوانین و نهادهای حقوقی در شکل‌گیری

1. Maine; *Ancient Law*, p. v.

2. نگ: لیدمان؛ *از افلاطون تا هابرماس*، ص ۲۵۳؛ ارانی، *پسیکولوژی روح*، صص ۲۶۹ و ۲۸۹-۲۹۵؛ ارانی، «حقوق و اصول مادی»، صص ۱۶۱-۱۵۹؛ طبری، *فرپاشی نظام سنتی و زایش سرمایه داری در ایران*، صص ۳۷-۳۵؛ و طبری، *چند مسأله اجتماعی*، صص ۲۴-۱۱.

3. See, for instance Norman; "Marx", p. 622.

4. Critical Legal Studies (CLS) Movement.

شرایط، زمینه‌ها و چهارچوب‌ها^۱ نقش بازی می‌کنند و از عناصر بنیادی این شرایط هستند.^۲ بر این پایه، در عین حال که قانون و نظام حقوقی از مجموعه کنش‌ها و شرایط اجتماعی و تاریخی نشأت می‌گیرند، به نوبه خود در تغییر و تحول این کنش‌ها و شرایط تأثیر دارند.^۳

۱-۳. قاعده اخلاقی

با توجه به این که ارسطو سیاست را ادامه اخلاق می‌داند، در نتیجه بر این اعتقاد است که قانون، به عنوان ابزار سیاست، در حقیقت تجلی اخلاق است.^۴ از این رو، قانون در این نظریه از یک چیستی اخلاقی برخوردار می‌گردد و جزئی از آن به شمار می‌آید.^۵

به طور کلی، دغدغه اصلی نظریه حقوق طبیعی داشتن قوانین مطابق با اخلاق بوده است. این دلمشغولی به بیان‌های گوناگون اظهار شده است. در یک بیان مدرن، فینیس مدعی است که قانون می‌تواند و باید در انطباق با قواعد و اصول اخلاقی وضع شود.^۶ البته به دلیل این که حقوق طبیعی‌گرایان مدرن به موضع اثبات‌گرایان حقوقی نزدیک شده‌اند، تعریف آن‌ها از قانون عناصری از تعریف قانون به منزله قاعده اجتماعی را نیز در برمی‌گیرد. از این‌رو، فینیس در ارائه یک تعریف مرکزی از قانون به نقش مرجع قانونگذار و ضمانت اجرا اشاره می‌کند و قانون را قاعده‌ای

1. Formative Contexts.

2. See Collins; "Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement", pp. 402-404.

3. مقایسه کنید با رویکرد میشل فوکو به رابطه قدرت، نظم و معرفت در: فوکو، «قدرت»؛ فوکو، «مراقبت و تنبیه: تولد زندان»؛ پایا، «جایگاه مفهوم صدق در آراء فوکو»؛ و فولادوند، «میشل فوکو: رازبینی و راستگویی».

4. See, "Aristotle", sec. Politics, p. 9.

5. نگ: ارسطو؛ سیاست، صص ۱۳۲-۱۳۱.

6. *Natural Law and Natural Rights*, pp. 281-90.

می‌داند که قانونگذار صالح بر اساس یک سری اصول از پیش تعیین شده برای کل جامعه و با پشتیبانی مجازات، وضع می‌کند و هدف آن تسهیل رسیدن به خیر عمومی است.^۱

با توجه به تحلیلی که فریدون آدمیت از رابطه میان قانون و حق ارائه داده است، به نظر می‌رسد که وی قانون را تجلی عینی اخلاق می‌داند. از دید وی در منطق قانون، حق به خودی خود مفهوم انتزاعی است و «قانون تحقق عینی حق است». به دیگر سخن، از نظر او، حقوق اجتماعی و اقتصادی و سیاسی، نظام انتزاعی قانون را می‌سازند و قانون نظام عینی آن حقوق است.^۲

۱-۴. قاعده اجتماعی / اخلاقی

دقت در تئوری عدالت جان رولز، که در بخش هدف قانون بیشتر توضیح داده خواهد شد، این نکته را آشکار می‌سازد که به نظر او قانون، از یک طرف، به قرارداد و توافق افراد اجتماع بستگی دارد و از طرف دیگر، با توجه به طبیعت عقلانی انسان و توانایی او بر شناخت و انتخاب گزینه اخلاقی صورت می‌گیرد.^۳ بنابراین، قانون در این نظریه نتیجه قرارداد اجتماعی و اصول اخلاقی هر دو است.

از دید رونالد دورکین، قانون آن قاعده‌ای است که به تصویب دستگاه قانونگذار می‌رسد و به علاوه با اصول اخلاق و عدالت منطبق است.^۴ دورکین نمی‌پذیرد که قانون صرفاً محصول وضع و تصویب نهادهای اجتماعی است و از طرفی قانون را عیناً یک قاعده اخلاقی نمی‌داند. از نظر وی که متأثر

1. See, for instance, *Natural Law and Natural Rights*, pp. 276-80; and Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 124.

2. آدمیت؛ اندیشه ترقی، ص ۱۷۱.

3. See Rawls; *A Theory of Justice*, esp. Preface To Revised Edition.

4. دورکین؛ «نافرمانی مدنی»، صص ۱۴۷-۱۲۷.

از علم هرمنوتیک است، ما همیشه قانون را تفسیر می‌کنیم و به همین دلیل وقتی می‌خواهیم قانون را بیان کنیم، لاجرم باید میان تصمیم مراجع ذیصلاح تقنینی و بهترین یا جذاب ترین تفسیر اخلاقی از آن تصمیم، جمع کنیم. این رویکرد در حقیقت اصول استنباط یا منطق حقوق وی را یک منطق تفسیری ملفوف به استدلال‌های اخلاقی نموده است.^۱

شاید بتوان گفت تعبیر کاتوزیان از قانون نیز در این دسته می‌گنجد. از نظر وی هم دولت در قانونگذاری نقش دارد و آرمان‌های خود را به جامعه تزریق می‌کند و هم جامعه در تکوین قواعد رفتار سهم اساسی دارد. از این رو، قانونگذاری از این دید دو مرحله دارد، یکی مرحله علمی و دیگری مرحله هنری. مرحله علمی مرحله کشف واقعیات و خواسته‌ها و نیازهاست و مرحله هنری مرحله تشخیص میان ارزش‌ها و ترجیح یکی بر دیگری است.^۲ لذا از این منظر قانون در حقیقت تلفیقی است از داده اجتماعی و قضاوت اخلاقی.

۱-۵. فرمان الهی

پاره‌ای از نویسندگان دینی قانون را معادل قانون الهی می‌گیرند. برخی از آنان، مانند شیخ فضل‌الله نوری، معتقدند تنها به دستورات الهی می‌توان عنوان قانون داد و حق قانونگذاری برای انسان وجود ندارد. آنچه بنام قانونگذاری در این دنیا و بدست بشر انجام می‌گیرد در حقیقت استنباط منطقی احکام از شریعت است.^۳ در این زمینه نائینی نیز قانون را همان قانون الهی و دستورات دینی می‌داند. از نظر او تمامی قوانین و مقررات لازم

1. ترجمه این متن در: راسخ، حق و مصلحت، (See Dworkin; "Law and Morals". (آمده است).

2. رک: کاتوزیان؛ گامی به سوی عدالت، صص ۱۷۵-۱۷۴.

3. برای نمونه، رک: ترکمان؛ رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل‌الله نوری، صص ۵۹-۵۷.

برای اداره مملکت از طریق رد فروع به اصول شرعی قابل استنباط است.^۱ علامه طباطبائی وسیله لازم برای نیکبختی و کمال عمومی را قانونی می‌داند که تنظیم یافته شعوری بالاتر از عقل و خرد باشد و آن همانا «وحي» است. وحي قانونی است که از سوی یک دستگاه درک کننده دیگر صادر و وظایف واقعی زندگی را به او می‌فهماند.^۲ همان‌طور که در بخش‌های زیر (انواع قانون، منابع قانون و مبانی قانون) خواهد آمد، سیدمحمد باقر صدر قانون را در حقیقت همان فرمان الهی می‌داند و تمامی صورت‌های ممکن قانونگذاری را به فرامین الهی بر می‌گرداند.

پاره‌ای دیگر، مانند جوادی آملی، بر این باورند اگر قانون در محدوده ضوابط الهی باشد در حقیقت مبتنی بر عقل است. از این منظر، خداوند آفریننده انسان است و قوانین او تامین کننده تمام نیازهای مادی و معنوی انسان است. حتی پیامبر و امامان نیز حق قانونگذاری ندارند مگر و فقط برای تسهیل اجرای قوانین الهی.^۳ از نظر مصباح یزدی «قانون یا متن قرآن است که کلام خداست و یا در کلام پیامبر تبیین می‌شود که از طرف خدا اعتبار یافته، یا از سوی امام معصوم تبیین شده که از طرف پیغمبر اعتبار یافته است و یا از سوی کسی وضع می‌شود که حق قانونگذاری به او داده شده است.»^۴ سیدحسین نصر قانون را تجلی اراده الهی می‌داند که بشر باید زندگی خصوصی و عمومی‌اش را مطابق با آن تنظیم کند.^۵

۱-۶. قاعده عقلی

1. رک: نائینی؛ تنبیه الامه و تنزیه الله، صص ۸۸-۸۶.
2. طباطبائی؛ شیعه در اسلام، صص ۱۸۴-۱۷۹.
3. جوادی آملی؛ ولایت فقیه، به ویژه صص ۱۴-۷؛ و جوادی آملی، فلسفه حقوق بشر، ص ۱۰۵.
4. مصباح یزدی؛ نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه هشتم.
5. Nasr; *Ideals and Realities of Islam*, pp. 93-94.

افلاطون فقط قانونی را دارای نفوذ و قدرت اجرایی می‌داند که از برهان و دلیل معقول ناشی شده باشد. از نظر او قانون مانند نسخه پزشکی است و باید بر اساس دلایل معقول نوشته شده باشد و الا یک دستور خطاست و نمی‌توان از آن اطاعت کرد.^۱

از نظر آکویناس، قانون قاعده‌ای عقلانی است که رفتار انسانی را به سوی غایت آن هدایت می‌کند. به دیگر سخن، قانون فرمان عقل است که برای تأمین خیر عمومی توسط شخص یا نهادی که مسئول حفاظت از جامعه است، صادر می‌شود.^۲ از دید مکتب سود - انگار، قاعده‌ای عقلی است که برای انسان‌ها لذت و نفع می‌آورد و درد و رنج را از آن‌ها دور می‌سازد. در این مکتب، وصول به نتیجه، حصول بیشترین کمیت و وجود نفع و لذت، معیارهای اصلی تصمیم‌گیری برای عقلی یا غیر عقلی بودن یک قانون است.^۳ جان استوارت میل در این ارتباط به اصل لاضرر متوسل شده و قانون را برای جلوگیری از مواردی لازم می‌داند که فرد یا جامعه در معرض زیانی آشکار یا خطر احتمالی آن زیان قرار دارند.^۴

فرض اصلی هگل این است که تاریخ در حقیقت بستر ترقی عقل یا همان روح است. به دیگر سخن، در نظریه وی تاریخ یعنی پیشرفت «آگاهی نسبت به آزادی». هر چه تاریخ به پیش می‌رود این آگاهی بیشتر می‌گردد. دولت در هر دوره مظهر این پیشرفت است و قانون عینیت آن آگاهی و روح. با این وصف، قانون یک قاعده عقلی است که فی‌ذاته

1. نگ: فاستر؛ *خداوندان اندیشه سیاسی*، جلد اول، صص ۱۸۸-۱۸۹.
2. Aquinas; *Summa Theologica*, Art. 1; and Finnis, *Aquinas*, p. 255.
3. See, for instance, Morrow; *History of Political Thought: A Thematic Introduction*, p. 112; and Harrison; "Bentham, Mill and Sidgwick", p. 628.
4. میل؛ *رساله درباره آزادی*، صص ۴۷-۴۶ و ۲۰۸-۲۰۵.

حق است.^۱ قاعده عقلی در نظریه‌های معاصر معنای خاصی پیدا کرده است. همان طور که در بحث قانون و عقل خواهد آمد طبق نظر هابرماس قانون یک قاعده عقلانی است که در انتهای یک فرایند «ارتباط انتقادی» میان کنشگران آزاد و بر اساس «موجه‌سازی عمومی»^۲ شکل گرفته است. موجه‌سازی عمومی به این معناست که آن چه در پایان بدست آمده نتیجه یک رابطه بین‌الذهانی است و بر اساس تمامی استدلال‌های عقلی، انتقادی مطرح در رابطه مزبور موجه گردیده است. این رابطه در حوزه عمومی^۳ صورت می‌گیرد که، از نظر هابرماس، میان فرد و دولت قرار دارد و محل شکل‌گیری افکار عمومی بر اساس عقلانیت انتقادی است.^۴ در اینجا عقلانیت ابزاری و رابطه ذهن و عین مطرح نیست، بلکه عقلانیت ارتباطی در میان است که قواعد و ارزش‌ها را بر تعامل میان اذهان و اقناع عقلانی ناشی از آن تعامل قرار می‌دهد.^۵ شرط تعامل و مشارکت آزادانه کنشگران نباید ما را به اشتباه اندازد که این نظریه یک نظریه اجتماعی درباره چستی قانون است. اصل در این تئوری عقل و عقلانیت لکن به معنایی خاص است. در این رویکرد، عقلانیت از شکل فردی خود خارج شده و در یک بستر جمعی متجلی می‌گردد. بستر مزبور در حقیقت صبغه هرمنوتیستی (تاویلی) نظریه حاضر را نشان می‌دهد. برخلاف دیگر نظریه‌های تاویل، نظریه هابرماس دربرگیرنده متدلوژی و تئوری صدق است که بر اساس آن می‌توان

1. نگ: هگل؛ عقل در تاریخ؛ هگل، عناصر فلسفه حق، ص ۲۵۶، بند ۲۱۱ و ص ۲۶۵؛ سینگر، هگل، ص ۱۱؛ و لنکستر، خداوندان اندیشه سیاسی، ج. ۳، ص ۱۱۴۷.

2. Public Justification.

3. Public Sphere.

4. نگ: آیت الهی تبار؛ «حلقه مفقوده»: بحثی پیرامون حوزه عمومی از منظر هابرماس»، صص ۵۳-۵۲.

5. نگ: همان، صص ۴۰-۳۱.

درباره درستی یا نادرستی (صدق و کذب) گزاره حاصل از روابط بین الازدهانی تصمیم گرفت.^۱ با این همه، باید تأکید نمود که ملاک پذیرش یک قاعده حقوقی، تأمین معیارهای عقل جمعی است نه صرف توافق یا اجماع افراد بر یک رأی.

این گونه تحلیل از قانون، متکی بر تحلیل محتوای قانون و نه صرفاً منشا تکوین و شکل‌گیری آن است. بر این پایه، نویمان تحلیل‌هایی از این دست را «نظریه عقلی» درباره قانون می‌نامد که به قاعده قانونی به مثابه یک قاعده معقول می‌نگرد که متضمن یکی از اصول اخلاق، مانند مساوات، است. در نتیجه، هر قاعده‌ای که حاکم سیاسی وضع می‌کند ضرورتاً یک قاعده معقول نیست و قانون فرض نمی‌شود. به علاوه اگر قانون صرفاً بیانگر اراده حاکم باشد دیگر جایی برای حفظ و حراست از حقوق فردی باقی نمی‌ماند.^۲

گفتنی است که در مواجهه با قانون و نظام حقوق مدرن، برخی از قرائت‌های معتزلی و عقلی از دین در نهایت قانون را به منزله یک قاعده عقلی تصویر می‌کنند. از دیدگاه این نوع نظریه‌ها، قانون و اساساً هر نوع نظام مربوط به تمشیت امور اجتماعی، در حوزه عقل انسانی می‌گنجد. برای نمونه، مهدی بازرگان استدلال می‌کند که تعلیمات الهی منحصر به اموری است که دانش انسانی ذاتاً و فطرتاً از درک آن‌ها عاجز و قاصر است. در غیر این صورت، گفتن و آموختن چیزهایی که بشر دارای امکان کافی یا استعداد لازم برای رسیدن و دریافت آن است، دور از شان خدای خالق انسان و جهان‌هاست.^۳ یا به تعبیر مجتهد شبستری، زندگی اجتماعی جدید را

۱. نگ: همان، به ویژه صص ۹۸-۹۷. همچنین بنگرید به نظرات کانت در بخش «منبع» و «مبانی» قانون که در حقیقت به نظرات مندرج در این قسمت نزدیک است.

۲. رک: نویمان؛ آزادی، قدرت و قانون، صص ۷۷-۷۲، ۱۳۱-۱۳۰ و ۱۸۲.

۳. بازرگان؛ «خدا و آخرت هدف بعثت انبیاء»، صص ۴۹-۴۸.

تنها با مدیریت علمی و برنامه‌ریزی‌های دراز مدت می‌توان اداره کرد.^۱ محمود صدري نیز با پذیرش و تکیه بر تفکیک میان ساحت معنوی و ارزشی (میتوس)^۲ و ساحت عقلانی و منطقی (لوگوس)^۳ زندگی انسانی، آموزه‌های دینی را متعلق به ساحت اول می‌داند و دیگر نظام‌های اجتماعی را در ساحت عقلی جای می‌دهد.^۴ از این رو، قرائت‌های پیش گفته قانون را یک قاعده عقلی می‌دانند.

از جمله نظریه‌پردازان ایرانی که قانون را یک قاعده عقلی می‌دانند، می‌توان به میرزا فتحعلی آخوندزاده اشاره کرد. وی ضمن اصالت دادن به عقل و تجربه و بنا نهادن پایه اخلاق بر عقل، معتقد بود عدالت را اساساً باید در قانون موضوعه عقلی جستجو کرد.^۵

نتیجه بررسی چستی قانون در واقع بیان ویژگی‌های آن است. پس در قسمت بعدی به بیان ویژگی‌های مزبور می‌پردازیم.

1. مجتهد شبستری؛ نقدی بر قرائت رسمی از دین، صص ۱۹-۱۸.

2. Mythos.

3. Logos.

4. نگ: صدري؛ «مولوي در برابر ملاعمر».

5. رک: آخوندزاده؛ مقالات فلسفی، صص ۴۰-۳۴؛ و آدمیت؛ اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده، صص ۱۵۶-۱۵۴.

۲

ویژگی‌های قانون

با استفاده از مباحث و نظرات بالا می‌توان ویژگی‌های چندی را برای قانون برشمرد. تذکر این نکته ضروری می‌شود که ویژگی‌های زیر «باید - انگارانه» هستند. به این معنا که اوصاف ذیل بیان واقعیت قوانین نیستند و ممکن است قوانینی یافت شوند که یک یا چند از این ویژگی‌ها را دارا نباشند. با این حال، برای این که یک قاعده در درجه اول به قانون تبدیل شود باید از یک شرایط حداقلی برخوردار گردد، یعنی دست کم باید برخی از ویژگی‌ها را دارا باشند و الا اساساً قانون خوانده نمی‌شود و به تعبیر دقیق‌تر، اساساً به منزله قانون «اعتبار» نمی‌شود. این دسته از ویژگی‌ها را ویژگی‌های «ذاتی» قانون می‌نامیم و بر پایه آن، سیاهه حاضر را به دو گروه ذاتی و «عرضی» تقسیم می‌کنیم. گفتنی است که «ویژگی قانون» یک مفهوم نظری و همان طور که گفته شد، باید - انگار است. به همین دلیل بسته به نوع تئوری‌ای که در باب چیستی، هدف و فلسفه، و مبنای قانون پیش‌نهاد می‌شود، فهرست ویژگی‌های قانون کوتاه یا بلند می‌گردد. در نتیجه فهرست ویژگی‌ها قانون یک فهرست باز و انعطاف‌پذیر است.

۱-۲. ویژگی‌های ذاتی

منظور از ویژگی‌های ذاتی قانون آن دسته از وجوه ممیز و عناصر مقوم است که بدون وجود آن‌ها اساساً قانون تشکیل نمی‌شود. اگر قاعده‌ای

ویژگی‌های زیر را دارا نباشد از موقعیت یک قانون برخوردار نخواهد شد و کارکردهای ضروری یک قانون - کارکردهای حداقلی - را انجام نخواهد داد. از این رو شاید بتوان فهرست زیر را «حداقلی» و «کارکردگرا» نیز نامید.

۲-۱-۱. الزام‌آور

قانون قاعده‌ای است برای عمل که به نحو قاهرانه و با پشتیبانی اقتدار سیاسی به اجرا در می‌آید.^۱ به عبارت دیگر، فرق قانون با دیگر هنجارهای رفتاری در این است که عدم پیروی از آن عکسالعمل دستگاه حکومتی را به دنبال می‌آورد و حکومت اجرای قاعده حقوقی را تضمین می‌کند.^۲ در حقیقت، پیروی از قانون اجبار می‌شود و در اعمال هنجارهای یک نظام حقوقی به اقناع و التزام وجدان اتکاء نمی‌شود.^۳ به تعبیر ژان بدن نمی‌توان قانون را به این دلیل که مناسب حال چند نفر نیست، اجرا نکرد، در این صورت دیگر قانونی باقی نخواهد ماند.^۴ همچنین، به گفته مونتسکیو قدرت قوانین کشوری در ترس و وحشتی است که مردم از نیروی سیاسی موجود در پشت آن قوانین دارند.^۵ یا به تعبیر روسو در صورتی که ضمانت اجرایی وجود نداشته باشد قوانین در میان افراد بشر بی اثر خواهد بود و این به ضرر افراد عادل و به سود اشخاص شریر خواهد شد.^۶ به تعبیری متفاوت، قواعد حقوق متکی به

1. See, for instance, Austin; *The Province of Jurisprudence Determined*, pp 9-15 Kelsen, "The Function of a Constitution", pp. 111-19; and Raz, *The Concept of a Legal System*, p. 3.

2. رك: كاتوزیان؛ فلسفه حقوق، ج. ۱، صص ۴۲۱-۴۲۰؛ و کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، (برای نمونه) ص ۴۲.

3. همچنین بنگرید: مصباح یزدی؛ نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه پنجم و دهم.

4. شش رساله در باب جمهوری، نقل شده در جونز؛ خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، ص ۶۴.

5. مونتسکیو؛ روح القوانين، صص ۸۱۵-۸۱۴.

6. روسو؛ قرارداد اجتماعی، صص ۱۸۸-۱۸۷.

فشارهای بیرونی اجتماعی هستند، اگر چه افراد می‌توانند نسبت به آن قواعد یک نوع التزام درونی داشته و نسبت به آن یک دیدگاه درونی اتخاذ کنند. طبق این نظر، لازم نیست که همه اتباع یک نظام حقوقی از یک دیدگاه درونی به آن بنگرند، فقط کافی است که مقام‌های آن نظام چنین دیدگاهی داشته باشند.^۱

نظریه پردازان حقوق طبیعی نیز قانون را الزام‌آور می‌دانند، هرچند با توضیح و تبیینی متفاوت. به نظر آکویناس از آنجا که قانون، رفتار انسان را به یک غایت طبیعی خاص مرتبط می‌سازد، از این رو الزام‌آور است.^۲ از نگاه جان فینیس الزام‌آور بودن قوانین به انطباق آن‌ها با اقتضائات عقل عملی برمی‌گردد. قانون، با این تفسیر، باید با الزامات اولیه عقل عملی سازگار باشد. با این وصف، تهدید به مجازات و ضمانت اجرا، یک مصلحت است که بر اساس برداشت قانونگذار از مشکلات و معضلات جامعه و متناسب با آن‌ها به قانون الصاق می‌شود.^۳ در مقایسه، لاک با این که به قوانین طبیعی قائل است صریحاً اعلام می‌کند که قانون بدون کیفر و مجازات هیچ قدرتی ندارد و البته این کیفر و مجازات را منحصر حق فرمانروای مدنی یا همان هیأت مقنن منتخب مردم، می‌داند.^۴

ایمانوئل کانت قانون را به قانون حقوقی و قانون اخلاقی تقسیم می‌کند. معیار تفکیک میان این دو قانون، از نظر او، محرک و مشوق اطاعت از قانون است. اگر محرک و انگیزه اطاعت از یک امر یا دستور خود عمل امر شده، باشد قانون را اخلاقی می‌نامیم، ولی اگر انگیزه اطاعت از فعل

1. Hart; *The Concept of Law*, esp as at ch. 5; and Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 348.

2. Aquinas; *Summa Theologica*, Art. 1. See also, Finnis, *Aquinas*, p. 256.

3. See Finnis; *Natural Law and Natural Rights*, pp. 281-290.

4. لاک؛ نامه‌ای در باب تساهل، ص ۵۹.

امر شده، محرک دیگری غیر از خود فعل مزبور باشد قانون را حقوقی یا قضائی می‌دانیم.^۱ در نوع اول تکلیف به صرف تکلیف بودن پیروی می‌شود، حال آن که در نوع دوم به دلیل فشار و قدرت بیرونی دولت است که از یک تکلیف تبعیت می‌شود. مفهوم اخیر بیان‌کننده وجه الزام‌آور قانون است. الزام‌آور بودن قانون همچنین مستلزم این معناست که مجریان قانون، در درجه نخست، از اجرای آن سرباز نزنند و هوسبازانه به اجرای آن نپردازند،^۲ و در درجه دوم، بر اساس قاعده آن را الزام و اعمال کنند.^۳ معنای اخیر - یعنی حاکمیت قانون بر اساس قاعده و قانون - «حاکمیت قانون به معنی الاخص» نامیده می‌شود. ویژگی الزام‌آور بودن قانون از ویژگی‌های ذاتی است، به این معنا که شاید نقطه فارق قانون و دیگر قواعد اجتماعی تنظیم رفتار و به یک معنا جزء مقوم قانون، الزامی بودن آن باشد. به ادعای پاره‌ای از متفکرین حقوقی، مانند کلسن، این ویژگی جزء مقوم و اساسی قانون است.^۴

۲-۱-۲. عام

قانون یک قاعده عام است و امری شخصی نیست.^۵ عام بودن قانون شامل عناصری چند می‌شود؛ از یک طرف، عام بودن به این معناست که قانون بر یک نوع عام رفتاری دلالت کند و از طرفی دیگر، به این معناست که بر یک طبقه عام از مردم حاکم است. به تعبیر روسو، قانون افراد را به صورت یک مجموعه و اعمال را به صورت یک کل انتزاعی در نظر می‌گیرد و هرگز انسان را به صورت فرد و

1. نگ: اسکروتین؛ کانت، صص ۱۷۲-۱۷۱.

2. نگ: آدمیت؛ اندیشه ترقی، صص ۱۷۲-۱۷۱.

3. See Dworkin; *Taking Rights Seriously*.

4. Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 278.

5. برای نمونه، نگ: هایک؛ قانون، قانونگذاری و آزادی، فصل پنج؛ و گری، فلسفه سیاسی فون هایک، ص ۹۴.

عمل را به صورت خاص در نظر نمی‌گیرد.^۱ در یک کلام، قانون باید به صورت استاندارد واحد در قلمرو سرزمینی بر کلیه شهروندان به طور یکسان اعمال شود.^۲ شروع قانونگذاری در تاریخ، تا آنجا که تاکنون برای ما شناخته شده است، با شکل‌گیری قواعد و ارزش‌های کلی و ایجاد قاعده معیار به ویژه در حوزه خرید و فروش و مالیات بوده است. محتوای قانون نامه‌های اورنمو، اشنونا و همورابی^۳ بر این امر گواهی می‌دهند.^۴

افزون بر این، قاعده عام باید بدون پیشداوری، منفعت‌طلبی و هوی و هوس بر طبقه تحت شمول خود اعمال شود. با این حساب، در یک نگاه کلی، هیچ شخص حقیقی یا حقوقی از قلمرو قانون بیرون نمی‌ماند و حتی حکومت و شخص حاکم نیز تحت قانون و نه فوق آن، قرار دارد.^۵ به همین دلیل است که یکی از اصول فلسفه اخلاق یا فلسفه ارزش کانت، اصل جهانشمولی^۶ است. اصل مزبور این چنین مقرر می‌دارد: آن چنان قانون بگذار که در همان حال برای همه قانون باشد.^۷

ویژگی عام بودن قواعد حقوقی بر همه قوانین تسری دارد. از این رو قانونگذار ملزم است در هر دو زمینه ماهوی و رویه‌ای، قواعدی عام وضع کند. قواعد مزبور سپس در اجرا بر موارد انضمامی (عینی) اعمال می‌گردند.^۸ اساساً قانون زمانی پا به عرصه وجود می‌نهد که

-
1. نگ: روسو؛ *قرارداد اجتماعی*، صص ۱۹۱-۱۹۲.
 2. See Fuller; *The Morality of Law*, and Mcleod; *Legal Theory*, pp 8489
 3. به ترتیب متعلق به قرن‌های ۲۱، ۱۸ و ۱۸ قبل از میلاد، قدیمی‌ترین قانون نامه‌هایی است که بدست ما رسیده‌اند. در ضمن فاصله زمانی دو قانون نامه اخیر حدود بیست سال است.
 4. For instance, Hamurabi; xlvi 3-19. See Roth, *Law Collections*, pp 6-7 & 134.
 5. Hart; *The Concept of Law*, pp 21 & 202; and Finnis, *Aquinas*, pp 255-58
 6. Principle of Universality.
 7. نگ: کانت؛ *بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق و کانت، فلسفه حقوق*، صص ۱۷۳-۱۷۴.
 8. See Kelsen; "The Function of a Constitution", pp. 111-19.

بخواهیم بر رفتارهای نوعی، قواعد عام نوعی حاکم نماییم و مجموعه روابط جمعی انسان‌ها را از تصمیم‌های شخصی و خاص برهانیم. به این معنا قوانین اموری عینی‌اند و تابع شخص و شخصیت خاصی نیستند.^۱ همچنین، لازمه حاکم ساختن قواعد کلی بر رفتارها و روابط بین الانسانی این است که قانون به طور مساوی بر همه حاکم باشد و به تعبیری دیگر همه در برابر قانون مساوی باشند.^۲ برای مثال، با این که ژان بدن حاکم را به دلیل مظهر حاکمیت مطلق بودن، بالای قانون و معاف از آن معرفی می‌کند، اما یکی از ویژگی‌های قدرت مطلق حاکم را اعمال قانون به طور عام بدون کسب رضایت هیچ مقامی، می‌داند.^۳ جان استوارت میل تأکید می‌کند که قانون نباید میان افراد تبعیض قائل شود و باید به همه به یک چشم بنگرد.^۴ همین طور، مودودی متفکر دینی پاکستانی قرن بیستم که به حاکمیت الهی قائل است در تأکید بر این ویژگی از قانون، تذکر می‌دهد که «خلفای راشدین خود را برتر از قانون نمی‌دانستند...».^۵ با این توضیحات، ویژگی عام بودن قانون را در عداد ویژگی‌های ذاتی آورده‌ایم.

افزون بر این، ارسطو قیدی را، در قالب یک قاعده یا اصل، بر قواعد عام و انتزاعی عدالت

1. نگ: سروش؛ بسط تجربه نبوی، ص ۱۳۴؛ آدمیت، اندیشه ترقی، صص ۱۷۱-۱۷۲؛ و کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، صص ۶۸-۶۹.

2. برای تأکید سپهسالار؛ میرزا حسین خان مشیرالدوله وزیر و صدراعظم ناصرالدین شاه قاجار، و آدمیت بر این ویژگی از قانون، نگ: آدمیت؛ اندیشه ترقی، صص ۱۷۱-۱۷۲ و ۱۸۵. همچنین نگ: موسوی خمینی، صحیفه نور، ج ۱۴، ص ۲۶۹؛ جعفری تریزی؛ تحقیق در دو نظام حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب، ص ۱۷۷؛ کاتوزیان، گامی به سوی عدالت، ص ۱۴۸؛ و نویمان، آزادی، قدرت و قانون، صص ۷۷-۷۹.

3. عنایت؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، صص ۱۸۶-۱۸۲.

4. نگ: میل؛ انقیاد زنان، ص ۳.

5. مودودی؛ «تفکر سیاسی در صدر اسلام».

می‌زند که لازم است در پایان بحث از ویژگی عام بودن قوانین، به آن قید اشاره شود. از نظر وی عدالت و قوانین بالطبع انتزاعی و کلی‌اند و لذا برای اعمال آن‌ها بر موارد عینی در دنیای واقعی، ضروری است با اصل «انصاف» تکمیل گردند.^۱ در حقیقت، قاعده انصاف در مواردی که عدم توجه به موارد جزئی و خاص موجب بی‌عدالتی می‌گردد به گونه‌ای در قواعد عام و کلی عدالت جرح و تعدیل به عمل می‌آورد تا هدف اصلی از آن قواعد برآورده گردد.

برابری در مقابل قانون در اصولی چند از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته شده است. در اصل ۱۰۷ که مقرر می‌دارد رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است و در اصل ۲۰ که بیان می‌دارد همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند.

۲-۱-۳. امری

قواعد حقوقی باید حاوی یک ماده امری باشند. به این معنا که قواعد حقوقی اعلام‌کننده وقایع یا اخبار از حقایق یا محمل بیان آرزوها یا اعلان صرف اعتقادات نیست.^۲ ممکن است در ضمن باید و نباید، آن آرزوها یا اعتقادات بروز یابند، ولی قصد اولی از قوانین و ماهیت آن‌ها بیان مطالب مذکور نیست. به دیگر سخن، قواعد حقوقی گزاره‌های «باید - انگار»ند که گوهر آن‌ها از بایدها یا نبایدهایی برای راهنمایی عمل و رفتار انسان، تشکیل می‌شود. مونتسکیو در توضیح این ویژگی استدلال می‌کند که قوانین بشری چون برای افراد مردم وضع شده است، باید دارای

1. See "Aristotle", sec. Ethics, pp 4-5.

2. کاتوزیان از این ویژگی تحت عنوان «الزام آور» بودن نام برده است. نگ: کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، ج ۱، صص ۵۴۲-۵۱۶.

مقررات باشد و احتیاجی به پند و اندرز ندارد.^۱ به تعبیر هابز قانون نظر مشورتی نیست بلکه حکم و فرمان است.^۲ بدون ماده امری، چگونه قانون می‌تواند راهنمای عمل واقع شود؟^۳ افزون بر این، کلسن شرط تبدیل شدن به هنجار و امری بودن قوانین را این می‌داند که به طور «عینی» و نه شخصی، «هنجار» و «باید» دانسته شوند. به این مضمون که یک باید حقوقی بایستی از دید صادر کننده، دریافت کننده و همچنین از دید شخص ثالث، یک «باید» دانسته شود.^۴ به تعبیر حائری یزدی، «فرد یا مقام قانونگذار خواسته خود را شخصاً با اراده منتهی به تکاپوی جسمانی خویش انجام نمی‌دهد، بلکه مطلوب خود را در فرم جملات قانونی که به آن طلب انشائی گویند، به خواسته و اراده دیگران تحمیل کرده و از آنان می‌خواهد که عمل مطلوب او را از روی اراده و اختیار خود اجراء کنند». با این وصف، پیدا است که قانون اصولاً باید بیانگر یک امر (یا نهی) باشد.

۲-۱-۴. علنی

قانون باید برای همه شناخته شده و آشکار باشد تا بدان عمل نمایند. قاعده‌ای که در خفاء وضع و نگهداری می‌شود الزامی برای تابعان نظام حقوقی نمی‌آورد.^۱ از این روست که قوانین پس از وضع «منتشر» می‌شوند و مدتی بعد از انتشار، علم به آن فرض گرفته می‌شود و عذر جهل به قانون

1. مونتسکیو؛ روح القوانين، ص ۷۶۳.

2. هابز؛ لویاتان، ص ۲۵۴.

3. Raz; "The Rule of Law and Its Virtue", pp. 198-202; *The Concept of a Legal System*, p. 3; and Stockhammer, *Plato Dictionary*, p. 150.

4. Kelsen; *The Pure Theory of Law*, pp 4-8.

5. حائری یزدی؛ حکمت و حکومت، صص ۱۲۹-۱۳۰.

6 هگل به این نکته تصریح می‌کند و الزام آور بودن قانون را منوط به آگاه شدن همگان از آن می‌داند. رک: هگل؛ عناصر فلسفه حق، صص ۲۶۳-۲۶۲.

پذیرفته نمی‌شود.^۱ به همین دلیل در دوران باستان قوانین را بر الواح حک و در بازار یا معابر عمومی نصب می‌کردند.^۲

۲-۱-۵. واضح

وضع قانون برای هدف کاربردی معینی انجام می‌شود، لذا این قانون باید آنقدر روشن و واضح باشد که تابعان و مجریان منظور از آن را به خوبی دریافته، آن را بکار بندند، کارهای جامعه سیاسی مطابق نظام و قاعده معینی اداره گردد و نیروها هدر نروند. یک قانون متناقض، مبهم، ایهام دار یا مخلق، موجب سردرگمی یا گمراهی شخصی است که می‌خواهد (و باید) از قانون پیروی کند.^۳ این امر ضرورتاً به معنای لزوم ساده یا فنی‌نویسی قانون نیست هرچند، برای مثال، مونتسکیو طرفدار قانون ساده است و پیشنهاد می‌کند قانون «از طمطراق و عناوین بزرگ و کوچک احتراز نماید».^۴ قانون ساده یا فنی هر دو می‌توانند مبهم، غامض یا متناقض باشند. بنابراین، صرفنظر از این که کدام یک از مکاتب ساده یا فنی‌نویسی را در تدوین قانون برگزینیم، قانون باید قابل فهم باشد تا قابل اجرا گردد.^۵ در این ارتباط هگل از معین بودن قانون سخن می‌گوید. از نظر وی هر چه قانون معین‌تر باشد محتوای آن به آن صورتی که هست اجرا شدنی‌تر خواهد بود.^۶ فینیس نیز از این ویژگی تحت عنوان «تعین» نام می‌برد و منظور وی این است که باید

1. See, for instance, Hart; *The Concept of Law*, pp 22& 202; Fuller, *The Morality of Law*; and Mcleod, *Legal Theory*, pp 84-89; and

همچنین رك: جعفری لنگرودی؛ مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۹۸.

2. See Roth; *Law Collections*, pp 6-7.

3. Raz; "Rule of Law and Its Virtue", pp. 198-202; Fuller, *The Morality of Law*, and Mcleod, *Legal Theory*, pp 84-89

4. مونتسکیو؛ روح القوانين، صص ۹۴۹-۹۴۴.

5. See, for example, Hart; *The Concept of Law*, p. 202.

6. هگل؛ عناصر فلسفه حق، ص ۳۵۹.

معلوم باشد که قانون به طور مشخص راجع به چیست و چه چیزی را می‌خواهد تمشیت کند.^۱ یکی از لوازم ویژگی وضوح این است که قانون باید خالی از تناقض منطقی باشد و همچنین با دیگر اجزای نظام قانونی مربوط، در یک کل معنادار جای گیرد. توضیح بیشتر درباره این ویژگی در بخش اصول قانونگذاری خواهد آمد.

۲-۱-۶. معطوف به آینده

قانون به عنوان قاعده رفتار باید به آینده نظر داشته باشد. علی‌الاصول نمی‌توان قوانین را به رفتار گذشته اشخاص تسری داد، مگر به طور استثنائی که برای اشخاص نفع معین و قطعی به بار آورد.^۲ قانون برای راهنمایی عمل و رفتار فاعلان انسانی است، لذا رفتار گذشته نمی‌توانسته با قانون بعدی، قانونی که در زمان عمل هنوز وجود نداشته، راهنمایی و انطباق یابد.^۳ این ویژگی در اصل ۱۶۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته شده است.

۲-۱-۷. مفید قطعیت

قانون باید مفید قطعیت باشد به این معنا که تا آنجا که ممکن است قواعد و مقررات حاکم بر افعال شهروندان را مشخص سازد و آنان را از ناامنی کار و زندگی و غیر منتظره بودن حوادث بیرون آورد. به این منظور قانون باید صریح، مستقیم و دقیق باشد و مراد قانونگذار را برای ما روشن سازد.^۴ نمی‌توان به گونه‌ای قانون نوشت که دست مقامات اجرایی و قضایی را در تصمیم‌گیری درباره افعال شهروندان باز می‌گذارد. در این

1. Finnis; *Natural Law and Natural Rights*, pp. 276-80.

2. See Hayek; *The Constitution of Liberty*, p. 208; and Hart, *The Concept of Law*, p. 202.

3. Fuller, *The Morality of Law*; Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", pp. 198-202; and Mcleod, *Legal Theory*, pp 84-89

4. نگ: هابز؛ لویاتان، ص ۳۱۰.

صورت تابعان قانون در تصمیم‌گیری‌های خود با عدم قطعیت روبه‌رو خواهند شد و نمی‌دانند کدام عمل آن‌ها از نظر قانون درست و کدام غلط است.^۱ کدام عمل مباح، کدام قابل مجازات و کدام مستوجب پاداش است. از طرفی، قطعیت نسبی قانون، رفتار حکومت و شهروندان را پیش‌بینی پذیر می‌سازد.^۲ به جرأت می‌توان گفت این ویژگی که در ارتباط بسیار نزدیک با ویژگی «عطف به آینده شدن قانون» و «واضح بودن» قرار دارد، از ویژگی‌های ذاتی قوانین است.

۲-۱-۸. مصوب مرجع ذیصلاح

قاعده‌ای به قانون تبدیل می‌شود که علاوه بر دارا بودن شرایط دیگر، توسط مرجع ذیصلاح قانونگذاری وضع شده باشد.^۳ اگرچه قانون‌دربگیرنده یک ماده امری است ولی نه امر و فرمان هر شخص یا مرجع، بلکه قانون باید از جانب مرجع ذیصلاح (حاکمیت سیاسی) صادر شده باشد.^۴ بحث از ملاک صلاحیت و وحدت این مرجع را به قسمت مربوط به «مرجع قانونگذاری» در زیر وامی‌گذاریم.

۲-۲. ویژگی‌های عرضی

منظور از ویژگی‌های عرضی قانون آن دسته از ویژگی‌هایی است که اگر قاعده‌ای فاقد آن‌ها باشد، با این حال شاید هنوز بتوان آن را یک قانون نامید. از آنجا که این نوع صفات برآمده از یک تئوری خاص حقوقی هستند و در حوزه‌های انعطاف پذیر فهرست ویژگی‌ها قرار دارند، آن‌ها

1. See Hart; *Law, Liberty and Morality*, p. 12

2. برای نمونه، نگ: همایون کاتوزیان؛ *استبداد، دموکراسی و نهضت ملی*، ص ۸؛ و همایون کاتوزیان، *اقتصاد سیاسی ایران*: از مشروطیت تا پایان سلسله پهلوی، ص ۱۰۱.

3. See, for instance, Hart; *The Concept of Law*, p. 69

4. نگ: هابز؛ *لویاتان*، ص ۲۵۴.

را عرضی نامیده ایم. به علاوه، ویژگی‌های مندرج در این بخش متأثر از اهداف ارزشی تئوری یا تئوری‌های یاد شده هستند. با این وصف، شاید بتوان سیاهه زیر را «حداکثری» و «ایدئولوژیک» نیز نامید. تذکر یک نکته در اینجا ضروری است. یکی از ویژگی‌های ذاتی قانون را الزام آور بودن آن بیان کردیم، احتمالاً مهم‌ترین ویژگی ذاتی. اما در کنار الزام آوری، لازم است قانون، به تعبیر افلاطون، توان ترغیب و اقناع نمودن شهروندان را داشته باشد و الا در عمل کسی از آن پیروی نخواهد کرد. مهم‌ترین ویژگی‌هایی را که یک قانون را ترغیب‌کننده می‌سازند، می‌توان در فهرست زیر یافت. اگرچه افلاطون به برخی از آن‌ها تحت عناوینی چون معقول، عادلانه و مفید بودن اشاره می‌کند ولی به نظر می‌رسد تمام عناصر زیر در امر مزبور ذی‌مدخل باشند.^۱

۲-۱. پاسخ‌گوی نیازهای جامعه

آن دسته از متفکرینی که بر اجتماعی، تاریخی یا تجربی بودن قانون تأکید می‌کنند، مهم‌ترین وصف هر قاعده حقوقی را پاسخ‌گویی به نیازهای فعلی و عصری جامعه می‌دانند.^۲ به دیگر سخن، با این وصف قانون چیزی جز قواعد رفع نیازهای اجتماعی انسان نیست. به نظر روسو، اگر قوانین با نیازها منطبق واقع نشوند می‌توانند زیان‌بار باشند و مکانیزم‌های مواجهه با بحران در جامعه را نابود سازند. از دیگر سو، قوانین بهترین نظام قانونی نظامی است که با توجه به ویژگی‌های جغرافیایی و انسانی یک کشور تنظیم شده باشد. از این روست

1. برای نظر افلاطون، ر. ک: افلاطون، «قوانین»، به ویژه کتاب چهارم؛ و

Stockhammer; *Plato Dictionary*, pp. 149-52.

همچنین، نگ: کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، ج ۱، صص ۶۲۴-۶۲۸؛ و کاتوزیان، گامی به سوی عدالت، صص ۱۵۱-۱۵۰.

2. See, for instance, Holmes, "The Path of Law".

که باید گفت بهترین قانون مناسبترین قانون برای کشور است.^۱

مطالعات انتقادی حقوقی در دهه‌های اخیر در پی کشف ساز و کارهایی بوده‌اند که بدان وسیله انسان‌ها در جامعه بیشتر و بهتر بالفعل شوند و از آزادی واقعی برخوردار گردند. از این دید قانون و نظام حقوقی وسیله‌ای برای رهایی از قیود ناموجه و رسیدن به شرایط بهتر زندگی انسانی، هستند.^۲

به تعبیر حسن امامی، مقننین هر کشوری همیشه سعی دارند قوانین کشور را با رعایت احتیاجات زمان وضع نمایند. این امر موجب بهبود بخشیدن به وضع موجود خواهد شد.^۳

از دیگر سو، همان طور که در پایین خواهد آمد، قانون در صورتی می‌تواند منعکس‌کننده نظر اکثریت، تأمین‌کننده منفعت عموم، کارآمد، انجام‌شده و پیشرو باشد که در ارتباط مستقیم با نیازهای جامعه قرار داشته و در صدد رفع آن‌ها برآید؛ در غیر این صورت، هیچ یک از ویژگی‌های اخیرالذکر را دارا نخواهد شد.

۲-۲-۲. منعکس‌کننده نظر اکثریت

بخش عمده قوانین که سیاست اجتماعی و اقتصادی را تعریف می‌کنند بایستی دیدگاه اکثریت درباره خیر عمومی را بیان کنند. به تعبیر کاتوزیان قانون باید موافق طبع مردم باشد و قانونگذار عاقل از اخلاق عمومی و خواسته‌های مردم پیروی می‌کند و بر علیه آن‌ها قدم بر نمی‌دارد.^۴ اما در کنار آن باید به اقلیت تضمین داده شود که برابری آن‌ها حفظ خواهد شد.^۵ بدین وسیله قوانین از یک احترام

۱. روسو؛ *قرارداد اجتماعی*، صص ۲۴۲-۲۴۰ و ۴۶۸-۴۶۷.

2. See Collins; "Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement", p. 389.

3. امامی؛ *حقوق مدنی*، ج. ۶، مقدمه، صص الف - ب.

4. کاتوزیان؛ *گامی به سوی عدالت*، صص ۱۵۶-۱۵۲.

5. دورکین؛ «جدي گرفتن حق‌ها»، ص ۲۵۲.

درونی برخوردار می‌شوند که به نوبه خود شهروندان از آن‌ها پیروی می‌کنند.^۱ برخی از این ویژگی‌ها تحت عنوان نیاز یا وجدان عمومی سخن گفته‌اند. برای نمونه، ساوینی قانون را نمایانگر وجدان عمومی و منعکس کننده نیازهای عمومی می‌داند.^۲

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۶ اعلام می‌دارد: «امور کشور باید به اتکاء آراء عمومی اداره شود، از راه انتخابات ... یا از طریق همه‌پرسی ...» و بدین وسیله بر تجلی نظر اکثریت در قوانین کشور تأکید دارد.

به سختی می‌توان درباره جایگاه این ویژگی، ذاتی یا عرضی بودن آن، تصمیم گرفت. شاید بتوان ادعا کرد که تأمین نظر اکثریت یکی از ویژگی‌های ذاتی قانون است.

۲-۳. تأمین کننده منفعت عموم

به یک تعبیر قوانین یک کشور باید منطبق با عقل وضع شده باشند و قانونی عقلانی است که نفع اکثریت و اقلیت هر دو را در نظر بگیرد.^۳ در این ارتباط، افلاطون معتقد است «شایسته‌ترین قوانین را در جامعه‌ای می‌توان یافت که آن مثل مشهور در مورد آن صادق باشد که می‌گوید: "دوستان به راستی در هر چه دارند، شریک‌اند"». معنای این سخن در نهایت، به تصریح خود افلاطون، محو ادعاها و مالکیت شخصی است. به عبارتی، قانون باید تمام جامعه را به صورت واحدی کامل در آورد و با این وصف جامعه به بلندترین پایه کمال

۱. همان؛ ص ۲۵۳. مقایسه کنید: مصباح یزدی؛ نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه بیست و دوم.

۲. نگ: کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۱۴۰-۱۳۹.

۳. دورکین؛ «نافرمانی مدنی»، صص ۱۳۹-۱۳۳. همچنین برای قول نسبتاً مشابه افلاطون، نگ: فاستر؛ خداوندان اندیشه سیاسی، جلد اول، صص ۱۸۴-۱۸۳.

رسیده است.^۱ وی در جایی دیگر تصریح می‌کند که «کار قانونگذاری این نیست که حداکثر سعادت را برای طبقه مخصوصی از اهالی شهر فراهم کند. بلکه این است که زندگانی شایسته‌ای برای همه شهر تأمین کند» و تربیت افراد به وسیله قانون برای این است که همه متفقاً برای حصول سعادت شهر بکوشند.^۲

هابز قانون خوب را قانونی می‌داند که برای خیر و صلاح همه مردم ضروری باشد و آنان بر چنین چیزی توافق داشته باشند.^۳ همچنین، بر اساس تحلیل هگل از قدرت عقلانی انسان، مرز میان نفع شخصی و عمومی از بین می‌رود. اگرچه وی جریان تاریخ را رشد عقل و روح می‌داندست^۴ به نحوی که تعیین کننده همه چیز از جمله زندگی انسان‌هاست، اما از آنجا که انسان را موجودی صاحب عقل معرفی می‌کرد، معتقد بود که اگر جامعه‌ای بر اساس عقل به وجود آید در نتیجه، منافع شخصی و تکالیف اجتماعی در واقع یکی می‌شوند. توضیح این که اگر جامعه بر اساس عقل شکل گیرد همه انسان‌ها آن را می‌پذیرند؛ زیرا که چنین جامعه‌ای در حقیقت تجلی گوهر وجودی شان (وجود عقلانی‌شان) است. با این حساب، هم منافع شخصی، که عبارت است از فعلیت بخشیدن به وجود عقلانی، حفظ شده و هم آنچه به عنوان تکلیف و وظیفه اجتماعی انجام می‌شود مبتنی بر عقل است و این هر دو یک ریشه دارند. بنابراین، از نظر هگل همیشه میان اراده «عقلانی» فرد و اراده کلی قوانین اجتماع ارتباط نزدیک وجود دارد و در واقع یکی می‌شوند. به دیگر سخن اراده عقلانی فرد و فعالیت‌های عقلانی اجتماعی

1. رک: افلاطون؛ «قوانین»، کتاب پنجم، صص ۲۱۷۶-۲۱۷۵؛ و گاتری، تاریخ فلسفه یونان، افلاطون، صص ۴۶-۴۵.
 2. افلاطون؛ جمهوری، کتاب هفتم، ص ۴۰۵.
 3. رک: هابز؛ لویاتان، صص ۳۱۱-۳۱۰.
 4. نگ: هگل؛ عقل در تاریخ.

هر دو، تجلی عقل یا روح کلی است.^۱ با این حال، منفعت عموم همیشه به منفعت همه اعضای جامعه معنا نمی‌شود. از دیدگاه سود - انگاری، منفعت عموم به منفعت اکثریت فروکاسته می‌شود و برای مثال بنام تأکید می‌کند که قانون خوب قانونی است که میل آن به افزایش خوشی جامعه بیشتر از میل به کاهش آن باشد.^۲ جوزف رز منفعت عمومی و فردی را در هم تنیده و یکی می‌داند. به نظر وی خیر عمومی به معنای خیر همگان است که شامل خیر صاحبان فردی حقوق نیز می‌شود. از این رو با حمایت از خیر و منفعت فرد در حقیقت به حفظ و حمایت از منفعت عمومی پرداخته‌ایم و در مقابل با تضمین منفعت عمومی در واقع خیر فرد را نیز تضمین کرده‌ایم.^۳

۲-۲-۴. منطبق با اخلاق

اگرچه اخلاقی بودن را جزو ویژگی‌های ذاتی قانون نمی‌دانیم ولی قوانین باید اخلاقی باشند تا وجدان انسان‌ها را قانع و از این رو ملتزم سازند.^۴ البته از آنجا که قانون به اقتدار سیاسی اتکا دارد، لذا فقدان التزام وجدانی خلی در قانون بودن آن ایجاد نمی‌کند. اما خالی بودن قانون از محتوای اخلاقی بی‌گمان آن را به یک دستور یا «باید» ناکارآمد مبدل خواهد ساخت. دستکم، قانون باید با اخلاق عمومی یا اخلاق مورد پذیرش اکثریت جامعه مطابقت داشته باشد تا شهروندان در پیروی از دستورات آن قانع و راغب گردند. با این همه، همان طور که در قسمت‌های مختلف این نوشتار - مانند بخش‌های «چیستی»، «هدف» و

1. See Honderich; *The Oxford Companion to Philosophy*, pp 340-43 and

2. رک: کاپلستون؛ *تاریخ فلسفه*، ج ۸، صص ۱۹ و ۲۸.

3. See Raz; "Rights and Politics", p. 11

4. دورکین؛ «نافرمانی مدنی»، ص ۱۳۹. همچنین، رک: مونتسکیو؛ *روح القوانين*، صص ۹۴۹-۹۴۴.

«مبانی» قانون - آمده است، پاره‌ای از نظریه پردازان و از دیدگاه برخی مکاتب، قانون اساساً ادامه اخلاق و از آن جنس است و از این رو نمی‌تواند با اخلاق منطبق نباشد. با این وصف، قانون «باید» با اخلاق سازگاری و انطباق داشته باشد.^۱

۲-۲-۵. معطوف به عدالت

همان طور که تحت عنوان «انعکاس نظر اکثریت» ذکر شد، قانون بایستی نظر اکثریت را تأمین کند، ولی این انعکاس نباید ناعادلانه باشد بلکه کاملاً به عکس، قانون باید در پی تأمین عدالت باشد. یکی از راه‌های تشخیص تأمین عدالت تأمین حقوق اقلیت است.^۲ به عبارت دیگر، انعکاس نظر اکثریت به یک معنا قانون را «دموکراتیک» می‌سازد. اما هر قانون دموکراتیک ضرورتاً عادلانه هم نیست. قید «رعایت حقوق اقلیت» درحقیقت قانون دموکراتیک را «قانون دموکراتیک عادلانه» می‌گرداند. با این وصف و با توجه به آنچه تاکنون آمده، در یک مرحله با به وجود آمدن قانون، از وضعیت استبدادی به حاکمیت قانون منتقل می‌شویم. اما حاکمیت قانون ضرورتاً معادل حاکمیت نظر اکثریت نیست و می‌تواند به دست یک یا چند نفر وضع شده باشد.^۳ در مرحله بعد با افزودن قید انعکاس نظر اکثریت، حاکمیت قانون در وضعیت دموکراتیک قرار می‌گیرد. و در مرحله آخر اگر قانون به گونه‌ای شکل گیرد که حقوق و آزادی‌های اقلیت‌های جامعه را (هر نوع اقلیتی) در کنار حقوق و

1. بنگرید به منابع مذکور در ذیل بخش‌های فوق الذکر.

2. دورکین؛ «نافرمانی مدنی»، صص ۱۴۷-۱۲۷.

3. مقایسه کنید با: طباطبایی؛ دیباچه‌ای بر نظریه انحطاط ایران، ص ۴۷۰. در اینجا طباطبایی وجود قانون و خودکامگی با هم را ممکن دانسته است. اگر خودکامگی را مترادف با حکومت بر اساس رای شخصی بدانیم، سخن وی خالی از خطا نیست.

آزادی‌های اکثریت تضمین کند، در این صورت به وضعیت عادلانه که غایت قصوای انسان در اجتماع است، نزدیک شده ایم.^۱ هر شخص انسانی، به عنوان یک موجود خود - آیین، خواهان مشارکت در امور خود است و این به تعبیر آیزیا برلین، یکی از مقتضیات ذاتی انسان و نماد عدالت است. همچنین از نظر هایک قانون تنها مجاز به تجویز آن چیزی است که عادلانه است.^۲ در آخر، با توجه به نظریه‌های عدالت، به ویژه نظریه رولز، قانون هنگامی به عدالت و انصاف نزدیک است که بیشترین مقدار آزادی از مجموعه آزادی‌های اولیه را که با آزادی مشابه دیگران سازگار باشد برای شهروندان فراهم آورد و همچنین به نفع ضعیف‌ترین طبقات و به شرط فرصت برابر برای همه، نابرابری‌های اقتصادی و اجتماعی ایجاد کند.^۳

برخی از نویسندگان عدالت را تحت عنوان مشروعیت مطرح ساخته‌اند و معتقدند قانون باید از مشروعیت برخوردار باشد، فارغ از این که مشروعیت را چگونه تعریف کنیم. شاید بخشی از کارامدی قانون - ویژگی دیگری که در زیر به آن اشاره خواهد شد - به مشروع بودن آن برگردد. زیرا زمانی یک قانون می‌تواند کارکردهای لازم را انجام دهد که مشروع باشد یا به عبارتی مشروع دانسته شود. اگر مجریان و افراد موضوع قانون، آن را مشروع بدانند با انگیزه و اقناع درونی قانون مزبور را به کار می‌بندند.^۴ البته مشروع بودن قانون به تئوری کلی حقوقی و حتی فراتر از آن به تئوری کلان ارزشی که در پشت

1. رونالد دورکین نظام سیاسی را که منشا ایجاد و وضع قوانین دموکراتیک عادلانه می‌گردد، نظام «دموکراسی مشروطه» (Constitutional Democracy) می‌نامد؛ نگ: Dworkin; *Taking Rights Seriously*

2. نگ: برلین؛ چهار مقاله درباره آزادی، صص ۷۴-۷۲؛ و هایک، *قانون، قانونگذاری و آزادی*، ص ۱۴۷.

3. Rawls; *A Theory of Justice*, chs 2 & 4; and Campbell, *Justice*, ch. 5.

4. See Schuck; *The Limits of Law*, p. 424.

ادعاهای موجود در یک نظریه حقوقی قرار دارد، بر می‌گردد و از این رو مشروعیت یک تئوریک است و بسته به دیدگاه کلی و منظر نظریه‌پرداز، از یک تئوری به تئوری دیگر فرق می‌کند.

۲-۲-۶. مستمر

اعمال و اجرای قانون باید به نحو مستمر صورت گیرد. به این معنا که تا نسخ و ابطال قانون توسط قانونی دیگر، اجرای قانون نباید معطل بماند. البته این به معنای دائمی بودن قانون و بقای ابدی آن نیست، زیرا همان طور که افلاطون نیز بیان می‌کند، هیچ هنر قانونگذاری وجود ندارد که بتوان با آن قانونی برای همیشه وضع کرد.^۱ بلکه به این معناست که قانون نباید خیلی زود به زود تغییر و تبدل یافته و از یک ثبات برخوردار باشد به طوری که شهروندان حقوق و وظایف خود را به روشی دریافته و زندگی‌شان را در چارچوب قوانین تنظیم کنند. در غیر این صورت همیشه خوف آن دارند که مبادا قانون تغییر یافته و عملی که آن‌ها انجام خواهند داد نادرست یا جرم باشد. این امر همچنین آنان را از برنامه‌ریزی‌های بلند مدت، در هر زمینه‌ای، بازمی‌دارد.^۲ مهم‌تر این که ارسطو به شکل‌گیری عادت در پیروی از قانون اشاره می‌کند. از نظر وی نیروی قانون فقط از عادت برمی‌خیزد و زمان بسیاری لازم است تا شهروندان عادت به پیروی از یک قانون کنند. بر این پایه، نباید با وضع قوانین جدید از نیروی قانون کاست.^۳ با این همه، با توجه به دیگر ویژگی‌های قانون از قبیل انعکاس نظر اکثریت، کارامدی یا پیشرو

1. See Stockhammer, *Palto Dictionary*, p. 151.

2. Hart; *The Concept of Law*, chs 1-2; Hayek; *The Constitution of Liberty*, p. 208; Fuller, *The Morality of Law*; Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", pp. 198-202; and Mcleod, *Legal Theory*, pp. 8489

3. رک: ارسطو؛ سیاست، صص ۷۸-۷۷.

بودن، قانون نمی‌تواند و نباید همیشگی باشد. قانون در عین استمرار، ابدی نیست و به این معنا موقت و قابل اصلاح و تغییر است.^۱ نکته آخر شامل هر دو قانون اساسی و عادی می‌شود. لکن رویه اصلاح و تغییر قانون اساسی نباید به آسانی چنین رویه‌ای در مورد قانون عادی باشد. قانون اساسی مهم‌ترین شالوده و اساس حاکمیت ملی، استقلال کشور و حقوق شهروندان است و از این رو راه تجدید نظر در آن باید دقیق و مشکل باشد.^۲

۲-۲-۷. کارآمد

قانون یک هویت هدفدار است. قانونی کارآمد است که بتواند به هدف نائل آید. هدف از قانون هر چه باشد، که در زیر بدان خواهیم پرداخت، قانون ناکارآمد به پدیده‌ای تبدیل می‌شود که شاید بتوان آن را «لاقانون» و در برخی موارد «ضد قانون» نامید. به عبارت دیگر، اگر قانون نتواند کارکرد و هدف منظور از آن را انجام دهد حداقل یک قانون بد و حداکثر مشکلی افزون بر مشکلات یک جامعه بی‌قانون خواهد بود. لذا پاره‌ای از نظریه‌پردازان حقوقی و سیاسی یکی از ویژگی‌های قانون را کارآمدی ذکر نموده‌اند.^۳ عوامل و عناصر گوناگونی باید موجود باشند تا یک قانون کارآمد گردد. مهم این است که قانون به هدف خود برسد. برای نمونه، با این که بنام به دلیل بدی ذاتی مجازات و رنج، قانونگذار را از تعیین مجازاتی بیش از حد لازم برای جلوگیری از شکستن قانون، منع می‌کرد، ولی به طور کلی و

1. نگ: سروش؛ «اسلام، وحی و نبوت»، ص ۷۲. سروش در این جا اصل را بر موقت بودن احکام فقهی می‌داند مگر خلاف آن ثابت شود. همچنین رک: آدمیت؛ اندیشه ترقی، صص ۱۷۲-۱۷۱.
2. نگ: تقی‌زاده؛ مقالات تقی‌زاده، صص ۹۱-۹۲.

3. See Schuck; *The Limits of Law*, ch. 13 esp. as at p. 424; and همچنین نگ: طباطبایی، «تجدیدی دیگر».

صرفنظر از فلسفه مجازات می‌توان گفت وضع مجازات‌های قانونی نامتناسب با جرائم علاوه بر این که امری ظالمانه است، قانون مزبور را ناکارآمد خواهد ساخت. نمونه دیگر این که، از دید بن‌تام و میل، وضع قانون بدون توجه به افکار عمومی و حرکت بر خلاف این افکار، موجب شکست عملی قانون و ناکارآمد شدن آن می‌گردد.^۱

۲-۲-۸. انجام شدنی

قانون باید با توانایی اشخاصی که برای آن‌ها وضع می‌شود متناسب باشد.^۲ اگر قانونی گذارده شود که به فوق توانایی و طاقت انسان فرمان دهد یا انسان را در انجام دادن آن دچار مشکلات زیاد کند، قانونی ناموفق یا اساساً در بعضی موارد یک قانون مرده و غیرقابل اعمال خواهد بود. ممکن است قاعده‌ای را که فوق طاقت انسان است، قانون بنامیم ولی اجرای آن به احتمال قریب به یقین نیازمند یک ساختار سرکوبگر خواهد بود. به علاوه، نظام حقوقی و سیاسی که دربرگیرنده چنین قوانینی است قطعاً دچار بحران مشروعیت خواهد شد، چه اساساً مردم، حتی اگر بخواهند، توان پیروی از قوانین آن را ندارند.^۳ بنابراین، به گفته ژان ژاک روسو، قانونگذار فرزانه قبل از تدوین قانون بررسی می‌کند آیا ملت تاب تحمل آن را دارد.

با این همه، لزوم وجود این ویژگی ضرورتاً به معنای منع وجود «مسئولیت مطلق» در نظام حقوقی نیست. درست است که با وجود چنین مسئولیتی شهروندان باید دقت بیشتری در اعمال و رفتار خود

1. برای توضیح بیشتر، نگ: میل؛ رساله درباره آزادی، ص ۳۵؛ و کاپلستون، تاریخ فلسفه، ج ۸.

2. See Fuller; *The Morality of Law*.

3. نگ: حجاریان؛ «حاکمیت قانون و ساختار سیاسی»، ص ۱۱۸.

4. روسو؛ قرارداد اجتماعی، صص ۲۱۴-۲۱۳.

به خرج دهند ولی این به معنای تکلیف ما لایطاق نیست.^۱

۲-۲-۹. پیشرو

به همان اندازه که قانون باید با واقعیات منطبق باشد، لازم است پیشاپیش حوادث حرکت کند. قضاوت عمومی در بعضی موارد دچار سردرگمی یا بی‌تصمیمی است، حتی ممکن است بی‌دلیل با پیشنهاد اصلاح درافتد. در این گونه موارد قانون باید تا آنجا که ممکن است از سردرگمی یا بی‌تصمیمی بکاهد یا آن را رفع کند و قضاوت عمومی را هدایتگر باشد.^۲

افزون بر این، یک نظام حقوقی پیشرو از آموزه‌های حقوقی مستقر استفاده می‌کند تا اصول و قواعدی را که برای شرایط جدید مناسب باشند، بیافریند. در این ارتباط، جنبش مطالعات حقوقی انتقادی نکته قابل توجهی را پیش نهاده است. بر اساس تحلیل‌های متفکرین اصلی این جنبش، مانند روبرتو آنگر، همیشه در جامعه مجموعه‌ای از اصول و آموزه‌های متضاد یا متناقض وجود دارد. به این معنا که به ادعای آنان برای هر اصل و آموزه‌ای می‌توان یک ضد اصل یا ضد آموزه در مجموعه یادشده پیدا کرد.^۳ در برهه‌های مختلف زندگی اجتماعی، پاره‌ای از این اصول و آموزه‌ها جدی گرفته شده و پاره‌ای مغفول افتاده‌اند. از این رو، یکی از راه‌های ایجاد برون شو در بن‌بست‌های موجود حقوقی و سیاسی و پیشرو ساختن قوانین و نظام حقوقی این است که سراغ اصل و آموزه‌های دیگر (در حقیقت، سراغ ضد اصل یا ضد آموزه‌ها) برویم و تلاش کنیم نظام حقوقی و مقررات مربوط را بر اساس آن‌ها بازسازی نماییم.^۴

1. See Mcleod; *Legal Theory*, pp 84-89.

2. See Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, pp 788-89

3. رک: سیموندز؛ «فلسفه حقوق».

4. See Collins; "Roberto Unger and Critical Legal Studies Movement", esp as at pp. 391-98, 407.

پاره‌ای از نظریه‌پردازان در کنار بیان دیدگاه‌های خود درباره چستی قانون، دسته‌بندی یا طبقه‌بندی‌هایی از قوانین ارائه نموده‌اند که در قسمت بعدی بدان می‌پردازیم.

٣

انواع قانون

ادغام دسته‌بندی و طبقه‌بندی‌های متفکرین از قوانین شدنی است، چه با کنار هم نهادن این دسته‌بندی‌ها همپوشانی‌هایی میان آن‌ها رخ می‌دهد. ولی این کار، متن و زمینه و در بسیاری موارد نظام مفهومی را که طبقه‌بندی‌های مزبور در آن صورت گرفته، مبهم و ناروشن می‌سازد. لذا بهتر است هر کدام از آن‌ها را جداگانه توضیح دهیم.

۳-۱. ابدی، طبیعی، الهی و بشری

توماس آکویناس قوانین را به چهار دسته تقسیم می‌کند. یکم، قانون ابدی یا سرمدی است. این قانون در حقیقت نقشه خداوند برای کل هستی است و فقط او از آن آگاه است. به علاوه، هیچ شیئی از دایره آن خارج نیست. دوم، قانون طبیعی است. این قانون بخشی از قانون ابدی است که خداوند آن را برای عقل قابل کشف ساخته است. به عبارتی، قانون طبیعی را می‌توان قانون عقلی نیز نامید که با تمایلات طبیعی انسان همراه است و از طریق مشارکت عقلانی او در نظام خلقت بدست می‌آید. قانون طبیعی در دو سطح مطرح است: یکی سطح عام که در این سطح غیرقابل تغییر است و دیگری سطح خاص که اگرچه در اکثر موارد یکسان است، ولی در برخی موارد تغییر می‌یابد. سوم، قانون الهی یا وحیانی است. این نوع قانون آن بخش از قانون سرمدی است که عقل نمی‌تواند بدان دست یابد، قابل کشف توسط عقل نیست، لذا خداوند آن را از راه وحی و انزال بر انسان

آشکار ساخته است. چهارم، قانون بشری است که ساخته دست انسان است. قانون نوع چهارم به دو دلیل ضرورت می‌یابد: یکی ترجمه و جزئی نمودن قوانین کلی طبیعی و دیگری الزام متمردين به پیروی از قوانین طبیعی.^۱

در مقایسه، ژان بدن قانون را به الهی، طبیعی و موضوعه تقسیم می‌کند. از این میان وی قانون طبیعی را از همه مهم‌تر می‌داند، ولی معنای آن را دقیقاً مشخص نمی‌کند و آن را همانند پرتو آفتاب واضح و روشن می‌داند.^۲ مونتسکیو نیز در یک تقسیم‌بندی میان قوانین موجود در طبیعت و قوانین موجود میان انسان‌ها فرق می‌گذارد و در حقیقت به طبقه‌بندی میان قوانین طبیعی و بشری اشاره می‌کند.^۳

برخی دیگر از نظریه‌پردازان، مانند حائری یزدی، صرفاً میان قانون طبیعی و قانون وضعی یا بشری مدنی تفکیک قائل شده‌اند. از دید آنان یک سری قوانین از طبیعت برتر انسان که هوشمند و آینده‌نگر است انتزاع و قانون طبیعی نامیده می‌شود و در مقابل آن قانون وضعی وجود دارد که به دست بشر به وجود آمده است.^۴ یا به تعبیر هابز قوانین طبیعی عبارتند از: انصاف و عدالت و قدرشناسی و دیگر فضایل اخلاقی مبتنی بر آن‌ها که در وضع طبیعی رایج‌اند و از ازل وجود داشته‌اند. آن‌ها به معنای درست کلمه قانون نیستند بلکه وقتی دولت تشکیل می‌شود می‌توانند به قانون تبدیل شوند. در مقایسه، هابز از قوانین مدنی سخن به میان می‌آورد که از اول و ازل وجود نداشته‌اند، بلکه در وضع مدنی بدست دولت تدوین و تصویب گردیده‌اند. البته، از این

1. See Aquinas; *Summa Theologica*, Art.s 2-5; and Bix, *Jurisprudence*, ch. 5.

2. عنایت؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، ص ۱۸۲.

3. رک: جونز؛ خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، صص ۲۹۷-۲۹۵.

4. برای مثال، نگ: حائری یزدی؛ حکمت و حکومت، صص ۱۰۰-۹۶.

دیدگاه، اطاعت از قانون مدنی در حقیقت اطاعت از قانون طبیعی است و وضع قانون مدنی برای محدودیت آزادی به منظور تأمین صلح و امنیت است.^۱

۲-۳. دینی، اخلاقی، سیاسی/مدنی

متفکرین مختلف بسته به نوع نگرش و مبانی فکری خود تقسیم بندی‌هایی را از انواع قوانین انجام داده‌اند که به موارد عمده‌ای از آن‌ها در این بخش اشاره شده است. در این قسمت به بیان طبقه‌بندی معینی از قوانین می‌پردازیم که توسط مونتسکیو مطرح شده است و به دلیل دقت و بداعت آن، تحت عنوانی جداگانه آورده شده است.

بنا بر تحلیل مونتسکیو، علاوه بر این که انسان تابع قوانین طبیعت است به دلیل ذی‌شعور بودن تابع دسته دیگری از قوانین است که مخصوص بشر است. اما درست به دلیل شعور و اراده، انسان پیوسته از قوانین مختلف حاکم بر خود سرپیچی می‌کند. آن قوانین کدامند؟ قوانین مزبور بر سه دسته‌اند. یک دسته از آن‌ها در حقیقت دستورات خداوند است برای تنظیم روابط میان انسان با خدا. به بیانی دقیق‌تر، قوانین الهی برای این آمده‌اند تا وظیفه انسان در برابر خداوند را به او یادآور شوند؛ چه انسان به عنوان یک موجود آزاد ممکن است هر لحظه آفریدگار خود را فراموش کند. دسته دیگر به رابطه انسان با خود مربوط می‌شود. از دید مونتسکیو انسان ممکن است هر لحظه خودش را هم فراموش کند. ولی فلسفه به وسیله قوانین اخلاقی او را متوجه خود می‌سازد. دسته آخر قوانین به روابط انسان با جامعه برمی‌گردد. در این تحلیل، انسان برای زندگی در جامعه آفریده شده است و ممکن است هم نوعان خود را از یاد برد. از این رو،

۱. نگ: هابز؛ *لویاتان*، صص ۲۶۸-۲۵۵.

قانونگذاران به وسیله قوانین سیاسی و مدنی او را از وظیفه‌اش در این زمینه آگاه می‌کنند.^۱ طبقه‌بندی حاضر میان قوانین دینی، اخلاقی و سیاسی - مدنی بر اساس روابط انسان با دیگر موجودات صورت گرفته است. همچنین می‌توان در فحوای کلام مونتسکیو به منبع و خالق هر یک از سه دسته از قوانین - به ترتیب خداوند، عقل و جامعه - پی برد. به علاوه، مونتسکیو نتیجه می‌گیرد که هر کدام از روابط مذکور باید با قوانین مربوط به خود حل و فصل گردند و در امور یکدیگر مداخله نکنند. دلیل این نهي آشکار است چرا که هر دسته از این قوانین بسته به ماهیت رابطه و مطابق با آن خلق شده و بر این اساس از حیث مبدا، ماهیت و مقصد با هم متفاوتند. لذا در صورت بکار رفتن در روابط دیگر می‌تواند به نتایج خطرناکی منجر گردد.^۲

۳-۳. واقعی، تمثیلی و مجازی

به نظر جان آستین قوانین در یک دسته‌بندی کلی به قانون به معنای صحیح کلمه و قانون به معنای ناصحیح، تقسیم می‌شوند. قانون در معنای صحیح قاعده‌ای است که حاکم (شخص صاحب سلطه) وضع می‌کند. این خود بر دو نوع است: یکی قانون خداوند برای انسان و دیگری قانون انسان برای انسان. قانون انسان خود دو گونه است: یکی قانون موضوعه انسان بدون سلطه و دیگری قانون موضوعه انسان صاحب سلطه. آستین نوع آخر را قانون به معنای دقیق کلمه و موضوع مطالعات فلسفی حقوقی می‌داند. قانون در معنای ناصحیح دربرگیرنده دو نوع است: یکی قانون تمثیلی مثل قانون مدنی یا شرف، دیگری قانون مجازی

1. رک: مونتسکیو؛ روح القوانين، کتاب اول، فصل اول؛ و جونز؛ خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، صص ۲۹۷-۲۹۵.
2. رک: مونتسکیو؛ روح القوانين، صص ۸۱۵-۸۱۴.

مانند قانون فیزیکی و شیمی. از دید وی قانون تمثیلی و قانون انسان بدون سلطه، در حقیقت اخلاق موضوعه‌اند و نه قانون.^۱ از طرف دیگر، همان طور که اشاره شد، قانون به معنای دقیق کلمه یا به دست حاکم وضع می‌شود یا به دست قضات. قضات با تصمیم‌گیری درباره پرونده‌ها منشأ پیدایش رویه می‌شوند که در واقع با آگاهی و پشتیبانی حاکم انجام و مورد تأیید اوست.^۲

۴-۳. اولی و ثانوی

مطابق نظریات هربرت هارت، قواعد حقوقی را حول سه محور می‌توان طبقه‌بندی کرد. یکم، طبقه‌بندی بر اساس محتواست. از این جهت قوانین یا تکلیف آورند، مثل قوانین کیفری که فعل یا ترک فعل معینی را واجب می‌سازند یا قدرت‌آور مانند قوانین مربوط به وصیت، ازدواج یا قرارداد که تسهیلات انجام خواسته‌های تابعان نظام حقوقی را فراهم می‌سازند. دوم، تقسیم بندی با توجه به منشأ صدور قواعد است. از این حیث، قوانین یا موضوعه‌اند که به دست مرجع قانونگذاری نوشته می‌شوند یا عرفی که در قالب رویه قضایی رخ می‌نمایند. سوم، دسته بندی از نظر دایره شمول و اجرای قوانین است که انواع قوانین مطلق و مقید و مثل آن را شامل می‌شود. از نظر هارت، طبقه‌بندی اول دربرگیرنده قواعد اولی است، لکن قواعد دیگری در نظام حقوقی وجود دارند که مربوط به قواعد اولی‌اند که هارت آن‌ها را قواعد ثانوی نام می‌گذارد. قواعد ثانوی خود بر سه نوع‌اند. نوع نخست، قاعده اصلاح و تغییر است که با حکم و اصلاح مستمر قواعد اولی مانع از انجماد و تصلب آن‌ها می‌گردد. نوع دوم، قاعده رفع اختلاف و تعقیب و مجازات جرم است که اساساً قواعد اولی را اجرا و

1. Austin; *The Province of Jurisprudence Determined*, pp 9-15

2. Austin; *Lectures on Jurisprudence*, pp 644-47

اختلافات ناشی از اعمال آنها را رفع می‌کند. نوع سوم، قاعده شناسایی است که در حقیقت قاعده مادر است. این قاعده ما را به منبع و روش تولید تمامی انواع قواعد رهنمون می‌کند. قاعده شناسایی از دید هارت یک داده و واقعیت تاریخی است و از یک نظام حقوقی به نظام حقوقی دیگر فرق می‌کند.^۱

اصطلاح اولی و ثانوی در معنایی دیگر نیز بکار رفته است. در ادبیات حقوق اسلامی از احکام اولی و ثانوی نام برده می‌شود. میان تقسیم‌بندی هارت و این تقسیم‌بندی صرفاً یک اشتراک لفظی وجود دارد و فقط به دلیل شباهت لفظی به تقسیم‌بندی دوم نیز اشاره می‌کنیم. حکم (قانون) ثانوی یک حکم شرعی است که بالعرض در مواردی خاص عارض اموری می‌شود که محکوم به حکمی سابق می‌باشند و حکم اولی یک حکم شرعی است که فارغ از موارد خاص و بدور از اقتضائات ویژه به طور کلی از منابع اسلامی استنباط می‌شود.^۲

۳-۵. تکوینی، عقلی و اعتباری

در تقسیم‌بندی دیگر، قوانین به تکوینی، عقلی و اعتباری دسته‌بندی می‌شوند. نوع اول قابل وضع نیستند مثل قوانین فیزیک، نوع دوم قوانین منطق، فلسفه و ریاضی‌اند و نوع سوم قابل وضع‌اند. نوع آخر خود در یک طبقه‌بندی سلسله مراتبی به قانون اساسی، قانون عادی مصوب مجلس و مصوبات هیات وزیران تقسیم می‌شود.^۳

برخی دیگر قانون را صرفاً به تکوینی و تشریحی تقسیم نموده‌اند که منطبق با نوع اول و سوم از تقسیم‌بندی پیش گفته است. قانون تکوینی قانون

1. See Hart; *The Concept of Law*, chs. 1-6; and Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 345

2. نگ: جوادی آملی؛ ولایت فقیه، صص ۸۸-۸۷.

3. نگ: مصباح یزدی؛ نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه هشتم.

خلقت و آفرینش و قانون تشریعی قانونی است که در دین آمده است. هر دو قانون موضوع اراده خداوند است و از این رو با هم هماهنگی دارند و به این دلیل قانون شرعی را فطری، یعنی هماهنگ با قوانین تکوینی، می‌خوانند.^۱

۳-۶. ثابت و متغیر

طبقه‌بندی دیگری از ناحیه برخی از نویسندگان دینی مطرح شده است که بر اساس آن قوانین ثابت را از قوانین متغیر جدا می‌سازند. در این که احکام ثابت و متغیر کدامند اتفاق نظر وجود ندارد و در حقیقت تعیین آن‌ها عمدتاً بر تئوری دینی آن نویسندگان و این که گوهر دین را چه می‌دانند، برمی‌گردد. به عنوان نمونه می‌توان به تعریف میرزا محمدحسین نائینی از این طبقه‌بندی اشاره کرد. از نظر او قوانین لازم برای اداره مملکت «یا منصوصاتی است که وظیفه عملیه آن بالخصوص معین و حکمش در شریعت مطهره مضبوط است. یا غیر منصوصی است که وظیفه عملیه آن به واسطه عدم اندراج در تحت ضابط خاص و میزان مخصوص، غیرمعین و به نظر و ترجیح ولی نوعی موکول است». نوع اول به اختلاف زمان و مکان تغییر نمی‌کند، ولی نوع دوم به اختلاف زمان و مکان و به اقتضای مصالح قابل تغییر کردن است. نکته این که، به اعتقاد نائینی مساله تطبیق قوانین و مقررات با شرع «فقط به قسم اول مقصور و در قسم دوم اصلاً این مطلب بدون موضوع و بلاحمل است».^۲

بنا به نظر جوادی آملی قوانینی که به مقتضای روح آدمی و شئون ثابت آن وضع می‌شود، قوانینی تغییر ناپذیرند. این قوانین که مربوط به پرورش فطرت آدمی است، همان قوانین تشریعی است که قابل تغییر و تبدیل در هیچ شرایطی نیست. اما آن قوانین که عهده‌دار اداره کیفیت ارتباط انسان

۱. رک: مطهری؛ بیست گفتار، صص ۵۶-۵۵.

۲. رک: نائینی؛ تنبیه الامه و تنزیه المله، صص ۱۳۴-۱۲۹.

با طبیعت است به چگونگی اجرای احکام ثابت برمی‌گردد و این احکام تغییر پذیرند.^۱ علامه طباطبائی نیز از قوانین ثابت و متغیر سخن به میان آورده‌اند. از دید وی احکام و مقرراتی که به نظر اسلام در میان جامعه باید اجرا شود دو نوع است. یکی، احکام و مقرراتی که ریشه تکوینی ثابتی دارند، مانند حوائج انسانی طبیعی که با ساختمان تکوینی ثابت خود، نیازمندیهای غیرقابل تغییری دارد و به تبع آن نیازمندی‌های ثابت، باید احکام ثابت‌ای داشته باشد. این سلسله احکام و مقررات همان شریعت اسلامی است و به نص قرآن و تصریح سنت، ابطال را در این گونه احکام راهی نیست. دیگری، مقرراتی است که با زندگی روزانه مردم ارتباط دارد و در اثر تغییر و اختلافاتی که در خلال زمان در شیوه زندگی مردم پیدا می‌شود، تغییر می‌کنند. در مورد این گونه امور به پیامبر به عنوان زمامدار امور مسلمین و جانشینان ایشان، اختیارات داده شده تا طبق آنچه صلاح می‌بینند تصمیم بگیرند و اجرا کنند. این مقررات تا هنگامی که مفیدند، معتبرند و همیشه باید در چارچوب شرع و احکام تغییرناپذیر قرار داشته باشند.^۲

سید محمد باقر صدر تقسیم‌بندی حاضر را با اشاره به دو جنبه مکتب اسلام یعنی «جنبه منجز» و «منطقه الفراغ»، بیان کرده است. توضیح این که، جنبه منجز مکتب به وسیله شارع تعیین گردیده و تغییر و تبدیل در آن راه ندارد. حال آن که جنبه دیگر منطقه مباح و آزاد است که باید به وسیله ولی امر (همان دولت) بر حسب نیازها و مقتضیات زمان و مکان تکمیل شود. به عبارت دیگر، وی بر این ادعا است که

۱. نگ: ولایت فقیه، صص ۹۵-۹۱.

۲. طباطبائی؛ ظهور شیعه، صص ۷۴-۷۰.

قالب حقوقی که اسلام با آن روابط افراد را طبق عدالت مورد نظر خود تنظیم می‌کند، از آنجا که بر محور مسائل ثابتی بنا شده است از لحاظ نظری می‌تواند ثابت و دائمی باشد. برای مثال، وی به استوار شدن حق خاص در منابع طبیعی بر کار، به عنوان یک اصل کلی و عام که در تمام دوره‌ها صادق و لذا ثابت است اشاره می‌کند. با این حال، صدر به جنبه تحول‌یابنده رابطه انسان و طبیعت نیز اشاره نموده و با تحلیل پیش گفته شده، به نوعی احکام متغیر قائل می‌شود.^۱

به تعبیر مطهری قانون ثابت برای احتیاج ثابت و قانون متغیر برای احتیاج متغیر است. در این ارتباط، نظام غرایز بشر و اجتماع انسانی از نظر اصول و کلیات در همه زمان‌ها یکسان و قسمتی دیگر از نیازها متغیرند. بر این پایه، مطهری معتقد است اسلام درباره احتیاجات متغیر وضع متغیری در نظر گرفته است و آن‌ها را با اصول ثابتی مربوط کرده است که در هر وضع متغیری قانون فرعی خاصی را به وجود می‌آورد.^۲

مجتهد شبستری صرفاً اصول ارزشی را جزو قواعد ثابت به حساب می‌آورد از نظر او باقی قوانین و مقررات با توجه به واقعیات زمان و مکان تغییرپذیرند.^۳ از دیگر سو، محسن کدیور، تقسیم ثابت و متغیر را به بیانی دیگر آورده است. وی ابتدا احکام و قوانین را به عبادات و معاملات تقسیم و سپس نوع اول را دائمی و فرامکانی - فرازمانی و نوع دوم را وابسته به مقتضیات زمان و مکان می‌داند. به نظر وی نوع اول قلمرو انحصاری تشریح خداوند و رسول است.^۴

۱. نگ: صدر؛ اقتصاد ما، ج. ۲، صص ۳۰ و ۳۱-۳۳۰.

۲. مطهری؛ نظام حقوق زن در اسلام، ص ۱۲۹.

۳. برای نمونه، نگ: مجتهد شبستری؛ ایمان و آزادی، صص ۸۸-۸۶.

۴. کدیور؛ «از اسلام تاریخی به اسلام معنوی».

گفتنی است، از دیدگاهی که قوانین را نتیجه کنش‌های اجتماعی و تحولات تاریخی می‌داند، هیچ یک از قوانین حاکم بر روابط انسان در اجتماع ثابت نیست و پا به پای تحولات اجتماعی در بستر زمان، تغییر می‌کند. به عبارتی ممکن است پاره‌ای از قوانین مدت بیشتری در مقایسه با دیگر قوانین، پابرجا بمانند ولی در نهایت روزی تغییر خواهند یافت. زیرا وقایع و روابطی که این قوانین را به وجود آورده‌اند تغییر خواهند نمود.^۱

به علاوه، شاید بتوان تقسیم‌بندی کانت از «امر» و باید را در این طبقه‌بندی جای داد. از نظر وی، «امر» یا مطلق است یا مشروط.^۲ امر مشروط آن امری است که به انجام کاری ممکن و شدنی، برای هدفی خاص دستور می‌دهد. امر مطلق به فعلی دستور می‌دهد که بدون توجه به هیچ هدفی، یک فعل ضروری است و باید انجام شود. امر مشروط عمل معینی را به دلیل هدفی خاص واجب می‌داند ولی امر مطلق یک فعل را به خودی خود و به طور عینی بدون هیچ مقصود یا غایتی خاص واجب می‌داند.^۳ این تقسیم‌بندی می‌تواند تعبیر دیگری از تقسیم میان دو باید باشد: یکی باید ثابت و دیگری باید متغیر. امر مطلق می‌تواند همان قانون ثابت باشد که صرف‌نظر از شرایط و غایات همچنان الزامی و واجب است ولی امر مشروط وابسته به شرایط و اهداف است و از این رو تغییر می‌یابد و می‌توان آن را قانون متغیر نامید.

۳-۷. اساسی و عادی

قوانین موجود در یک نظام حقوقی را می‌توان در یک نظام سلسله مراتبی طبقه‌بندی کرد. از این

1. بنگرید به منابع مذکور در بخش «چیستی قانون» (قاعده اجتماعی/تاریخی).

2. Categorical or Hypothetical Imperative.

3. نگ: کانت؛ بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق، به ویژه صص ۴۰-۴۹ و ۵۰-۴۹.

دیدگاه، قانون مادر و اولی، قانون اساسی است که منشا تمامی مقررات و نهادهای حقوقی است. پس از آن قوانین عادی مصوب مجلس قانونگذار قرار می‌گیرند.^۱ پایین‌تر از آن‌ها مقررات مصوب هیات دولت است. تفکیک میان قانون اساسی و دیگر قوانین و مقررات را توماس هابز با عنوان «بنیادی و غیر بنیادی» بیان کرده است.^۲ به علاوه، به تعبیر کلسن هر یک از هنجارهای موجود در یک نظام حقوقی را می‌توان به هنجاری در رده بالاتر نظام هرمی هنجارهای حقوقی برگرداند، مهم این است که زمانی یک هنجار جزء هنجارهای حقوقی دانسته می‌شود که در هرم هنجارهای حقوقی جای گیرد. در رأس این نظام «هنجار بنیادین» قرار دارد که در حقیقت قانون اساسی آن است.^۳ پس از هنجار بنیادین، هنجارهای عادی وجود دارند که توسط مجلس قانونگذار تصویب می‌شوند. از نظر کلسن، قدرت قضایی و آرای صادره از این ناحیه در مرحله بعدی می‌آیند. لکن دادگاه‌ها زمانی مجاز به اجرای قواعد عرفی هستند که قانون اساسی همان اجازه‌ای را که به وضع و اجرای قوانین مصوب مجلس داده، به آن‌ها نیز بدهد. به علاوه، در این رده‌بندی می‌توان گفت که قوه مجریه به قوانین مصوب مجلس، عینیت بخشیده و اهداف دولت را دنبال می‌کنند.^۴

۸-۳. تقنینی و قضایی / وضعی و عرفی

در نظام‌های حقوقی که از سابقه حقوق عرفی قوی برخوردارند، رویه قضایی مولد قانون شمرده

1. برای نمونه، رک: ملکم خان؛ روزنامه قانون، شماره‌های ۴ و ۳۵. همچنین، نگ: کاتوزیان؛ گامی به سوی عدالت، صص ۲۹۳-۲۹۱.
- همچنین، نگ: روسو؛ قرارداد اجتماعی، صص ۲۴۶-۲۴۳.
2. نگ: هابز؛ لویاتان، ص ۲۷۰.
3. Kelsen; *General Theory of Law and State*, pp 369-70; and Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 290.
4. Kelsen; *The Pure Theory of Law*, pp 221-23& 517-22.

می‌شود. به همین دلیل از نظر پاره‌ای از متفکرین حقوقی قانون هم می‌تواند از مرجع قانونگذاری صادر شود و هم می‌تواند از مراجع ذیصلاح قضایی ریشه بگیرد. نوع اول را قانون تقنینی و نوع دوم را قانون قضایی می‌نامند.^۱ در صورتی که دادگاه‌ها مرجع شکل‌گیری قانون می‌شوند، منبع اصلی تصمیم‌گیری و صدور رای آن‌ها در حقیقت عرف و عادات جامعه است. به این معنا دادگاه‌ها عرف را بیان و تدوین می‌کنند و به درستی نظام‌های حقوقی را که متکی به قواعد ساخته دادگاه‌ها بوده اند، نظام‌های حقوق عرفی نامیده‌اند. با این وصف، تقسیم‌بندی قانون به تقنینی و قضایی روی دیگر سکه تقسیم‌بندی قانون به وضعی (یا موضوعه) و عرفی است. به دیگر سخن، حکومت (قوه مقننه) یا مستقیماً قانون وضع می‌کند یا قواعدی را که در جامعه شکل گرفته به رسمیت می‌شناسد.^۲

گفتنی است که طرفداران مکتب تاریخی - اجتماعی درباره چستی قانون، عرف را منبع نخستین و اصلی قانون می‌دانند که بعدها در سیر تاریخ قانون موضوعه نیز به آن اضافه شده است. این نظر توسط مورخین حقوق و تئوری حقوقی نیز تأیید شده است.^۳ به عبارت دیگر، همان‌طور که در بالا اشاره شد، از دید متفکرینی چون هایک قانون به عنوان قاعده منتزع از رفتار انسان در جوامع آزاد، بسیار پیش از قانون به معنای قاعده وضع شده به دست یک هیات مقنن، وجود داشته است. هایک نوع اول را که در واقع همان قانون عرفی است، نوموس یا قانون آزادی یا قاعده عادلانه و نوع دوم، یعنی همان قانون موضوعه، را تز یا قانون هیات مقنن می‌نامد. تز بر خلاف نوموس از رفتار افراد در یک نظم خودجوش انتزاع و کشف نشده، بلکه دستور و

1. See, for instance, Finnis; *Natural Law and Natural Rights*, pp 281-90.

2. کاتوزیان؛ *فلسفه حقوق*، ج ۲، ۲۱-۲۰.

3. See Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 786; and Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, ch. 1.

حکمی است که از سوی یک مرجع مقتدر به تابعان خود برای رفتار به شکلی خاص، صادر گردیده است. از این رو، نوموس را قاعده رفتار و تز را دستور حاکم می‌نامند. افزون بر این، چون نوموس از یک نظم خود جوش منتزع شده، از هر هدفی مستقل است و افراد تحت پوشش آن به دانستن هیچ هدفی مشترکی نیاز ندارند. در مقابل، تز معطوف به هدفی خاص، یعنی حفظ نظم کلی جامعه، در راستای ایجاد یک سازمان و در بردارنده احکام و دستورات برای انجام وظایف از جانب عاملان و کارگزاران حکومت است. با این بیان، هائیک تمایز میان نوموس و تز را معادل تمایز میان قوانین حقوق خصوصی و قوانین حقوق عمومی می‌گیرد.^۱

در نظریه هگل نیز تقسیم حاضر یافت می‌شود. وی قانون به معنای دقیق کلمه را قانون موضوعه می‌داند که یک قاعده کلی و معین است. این قانون بیانگر حق است همان‌گونه که هست و از این رو عینیت عقل یا روح کلی است. در مقایسه، قانون عرفی عنصر تفکر بودن و دانسته بودن را در برمی‌گیرد. این قانون ذهنی و احتمال‌پذیر است به این معنا که نامعین‌تر، کلیت آن مبهم‌تر و نابسنده است. مضاف بر این که علم به آن محدود به جمع کوچکی از مردم است.^۲

با توجه به این که در اصل ۱۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران منظور از تشکیل دیوان عالی کشور، ایجاد رویه قضایی ذکر می‌شود و بنا بر ماده (۲۷۰) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، آرای وحدت رویه در حکم قانون است، می‌توان پذیرفت که در نظام حقوقی ایران هر دو نوع قانون تقنینی و قضایی

۱. نگ: هائیک؛ قانون، قانونگذاری و آزادی، فصل‌های پنج و شش و صص ۸۳-۸۷، ۱۱۹-۱۲۰، ۱۳۶، ۱۵۲، ۱۹۸-۱۹۲ و ۲۰۶-۲۰۵؛ ولسن، فیلسوفان سیاسی قرن بیستم، ص ۲۵۶.

۲. نگ: هگل؛ عناصر حق، صص ۲۵۷-۲۵۶؛ ولنکستر، خداوندان اندیشه سیاسی، ج ۳، ۱۱۴۷.

به رسمیت شناخته شده است. در ضمن بیان چستی و ویژگی‌های قانون در حقیقت ادعاهای گوناگونی درباره هدف و فلسفه قانون و قانونگذاری طرح شده‌اند. از این رو لازم است آن ادعاها را به طور مستقل بررسی نماییم.

۴

هدف و فلسفه قانون

مکاتب و دیدگاه‌های مختلف نظری هر کدام هدف و فلسفه‌ای خاص را برای قانون و نظام حقوقی به تصویر کشیده‌اند. برخی از مهم‌ترین آن‌ها را در زیر می‌آوریم.

۴-۱. اخلاق و خیر عمومی

از گذشته دور، برای مثال در نظریه‌های یونان باستان، مهم‌ترین و شاید تنها هدف قانون را تربیت اخلاقی و تامین خیر عمومی ذکر نموده‌اند. افلاطون میان فضیلت شخصی و سیاست تفکیک قائل نمی‌شد و بلکه دومی را ادامه اولی می‌دانست. از این رو هدف از قانون را اخلاق بیان می‌کرد و در ادامه می‌افزود که مردم از قانونگذار می‌خواهند قوانینی وضع کند که برای همه افراد ملت، یا لاقلاً برای بیشتر مردمان مطبوع باشد.^۱ به عبارتی دیگر، وی صراحتاً قانون را تجلی قضاوت اخلاقی توسط دولت می‌دانست.^۲ به علاوه، از آنجا که در این نظریه عدالت به عنوان یک فضیلت اخلاقی مطرح است، از این رو هدف قانون و قانونگذاری، عدالت نیز عنوان شده است. عدالت به نوبه خود به این معناست که میان افراد نابرابر هر کس سهمی را که بر حسب طبیعتش حق اوست، ببرد تا برابری حقیقی حکمفرما گردد.^۳

1. نگ: افلاطون؛ «قوانین»، کتاب نخست، ص ۲۰۳۸، کتاب سوم، ص ۲۱۰۷ و کتاب چهارم، به ویژه صص ۲۱۳۴ و ۲۱۴۷؛ و عنایت، بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، صص ۴۹-۴۴.

2. Stockhammer; *Plato Dictionary*, p. 152.

3. افلاطون؛ «قوانین»، کتاب ششم، ص ۲۱۹۴.

بر اساس نظر ارسطو هر موجودی از یک ذات یا طبیعت برخوردار است که آن موجود را به سوی کمالش سوق می‌دهد. در این میان، ذات انسانی او را به سوی کمال عقلانیت و اخلاق می‌برد. به علاوه، این ذات در جمع و اجتماع بالفعل می‌گردد یا به بیان دیگر انسان از یک طبیعت اجتماعی برخوردار است (مدنی بالطبع است).^۱ نتیجه این که، خوشبختی انسان در بالفعل کردن طبیعت خود در اجتماع است. به دیگر سخن، نهایت انسان زندگی در مدینه است.^۲ بر این اساس، وظیفه دولت و قانون فراهم ساختن شرایط کمال انسان یا به عبارتی به وجود آوردن امکان یک زندگی اخلاقی و عقلانی برای مجموع افراد و همین طور برای تک تک شهروندان در جامعه است. قوانین باید به سود همه کشور و خیر مشترک همه شهروندان باشد.^۳ در اینجا تذکر چند نکته ضروری است. یکم، در نظریه ارسطو، زنان، بردگان، خارجیان و برخی دیگر جزو شهروندان به حساب نمی‌آمدند.^۴ دوم، بنا بر نظر ارسطو توزیع منابع موجود در جامعه و تنظیم روابط میان افراد بایستی بر اساس قاعده عدالت به عنوان یکی از قواعد اخلاق صورت گیرد. قاعده مزبور این گونه بیان شده است: «با برابرها، برابر و با نابرابرها، نابرابر رفتار کن». این رفتار نابرابر نیز باید به تناسب نابرابری موجود در هر مورد باشد.^۵ سوم، در این نظریه اگرچه خوشبختی در زندگی با اجتماع دانسته می‌شود ولی، برخلاف نظریه افلاطون، خیرعمومی در خوشبختی تک تک

1. See Miller; "Political Naturalism", p. 1.

2. ارسطو؛ سیاست، به ویژه کتاب‌های اول تا سوم؛ و ردهد، اندیشه سیاسی از افلاطون تا ناتو، صص ۵۸-۵۹.

3. نگ: ارسطو، سیاست، صص ۱۱۶-۱۱۷ و ۱۳۷-۱۳۸.

4. See, for instance Miller; "Aristotle's Political Theory", p. 6.

5. نگ: ارسطو؛ سیاست، صص ۴۲ و ۲۶۲-۲۰۴. در یک تقسیم‌بندی کلی، عدالت در این تئوری به عدالت توزیعی (توزیع کلی منابع) و عدالت اصلاحی (اصلاح روابط اشخاص خصوصی) طبقه‌بندی می‌شود.

شهروندان و نه خوشبختی مجموعه به طور کلی، دیده می‌شود و به همین دلیل به مالکیت خصوصی اموال، تصدی مناصب عمومی و مثل آن حکم می‌شود.^۱ حقوق طبیعی‌گرایایی چون توماس آکویناس قدیس هدف قانون را رفتار خوب و همچنین خیر عمومی می‌دانند. توضیح این که، در درجه نخست، قانون وسیله‌ای برای رسیدن به غایت انسانی است که همان رفتار خوب در جهت ایجاد یک زندگی خوب، صلح‌آمیز و با فضیلت است. در درجه دوم، از آنجا که نسبت هر فرد با جامعه مثل نسبت جزء به کل است، بنابراین هدف واقعی قانون بایستی خوشبختی و خیر کل جامعه باشد. این خیر با نظم عقلانی دادن به امور بدست می‌آید.^۲

روسو نیز هدف از نظام قانونی منبعث از قرارداد اجتماعی را خوشبختی و خیر و صلاح عموم می‌داند. از نظر او هدف هر نظام قانونگذاری خیر عمومی است که به دو موضوع محدود می‌شود: آزادی و برابری. از این منظر، آزادی اگر نباشد بخشی از نیروی جامعه، به دلیل وابستگی اختصاصی، از آن محروم می‌شوند و برابری نیز فقط با بودن آزادی ممکن است. منظور از برابری این است که قدرت عاری از هر گونه خشونت و تنها به موجب قانون به کار رود و در زمینه ثروت کسی آن قدر ثروتمند نباشد که بتواند دیگری را خریداری کند و کسی هم آن قدر فقیر نباشد که ناچار شود خودش را بفروشد.^۳

همان طور که در بالا (بخش ویژگی قانون) در ارتباط با مفهوم منفعت عمومی نزد هگل، توضیح داده شد، از نظر وی دولت به عنوان مظهر روح یا عقل کلی، شهروندان را از منافع شخصی خود بیرون می‌آورد و در یک کل گرد هم می‌آورد. در

1. See Miller; "Aristotle's Political Theory", pp. 1-11; and "Aristotle", sec. Politics, p. 7.

2. Aquinas; *Summa Theologica*, Art.s 1-4; and Finnis, *Aquinas*, p. 255.

3. رک: روسو؛ قرارداد اجتماعی، صص ۱۳۹، ۲۴۰-۱۶۸ و ۵۱۲-۵۱۰.

حقیقت، در اندیشه وی روح اخلاقی، اجتماع مدنی، تشکیلات دولت و آزادی هم بسته می‌شوند. انسان‌ها در خانواده زندانی غرایز طبیعی و ذهنیت نامتعیین خویشند. به اجتماع که می‌آیند به دلیل مشارکت در شکل‌گیری عقلانی قواعد و اصول زندگی اجتماعی از آزادی بیشتری برخوردار می‌گردند ولی در یک کارزار رقابت قرار دارند. در آخر، این دولت است که امیال آنان را منظم و معقول می‌نماید و آنان را آگاه می‌سازد که امیال آنان در حقیقت همان است که دولت می‌خواهد. پس آزادی واقعی او در اطاعت از دولت است چرا که با این اطاعت از خویش‌نهادن حمایت می‌کند.^۱ به هر حال، دولتی که موفق به چنین کاری نشود محکوم به فساد و نابودی است.^۲ از این دیدگاه منفعت‌همگانی هدف اصلی فعالیت دولت و همچنین قانون است و فرد باید منافع خود را در هماهنگی با ثبات و منافع اجتماعی و خواست دولت پی‌جوید.

لون فولر، به عنوان یک حقوق طبیعی‌گرا قرائتی خاص از خیر عمومی به مثابه هدف قانون و نظام حقوقی، ارائه کرده است. به نظر وی تمامی نظریه‌های حقوق طبیعی در پی کشف اصول مبنایی نظم اجتماعی بوده‌اند. این نظم به گونه‌ای باید باشد که همه انسان‌ها بتوانند در آن به یک زندگی رضایت‌مندانه دست یابند. بنابراین نظریه، انتخاب هدف و نوع زندگی مطلوب بر عهده فرد شهروندان نهاده شده و مهم ایجاد یک نظم اخلاقی و معقول است که به واسطه آن رفتار اجتماعی شهروندان «تابع قاعده» گردد.^۳ با این وصف، خیر عمومی همانا کشف اصول مزبور و ایجاد نظم یادشده است.

از نظر جان فینیس، مجموعه قواعد و نهادهای قانونی برای حل عاقلانه ناهماهنگی‌های موجود در

۱. نگ: لنکستر؛ خداوندان اندیشه سیاسی، ج. ۳، ص ۱۱۱۶.

۲. See Wood; "Hegel", p. 612.

۳. See Fuller; *The Morality of Law*; and Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, pp. 114-15.

جامعه، شکل گرفته‌اند. این کار باید با هدف نهایی خدمت به خیر عمومی جامعه و نه در جهت منافع گروهی و جناحی، صورت گیرد. خیر عمومی در حقیقت موضوع عدالت است. یکی از راه‌های تحقق این خیر، ایجاد روابط قانونی متقابل برابر میان شهروندان و همچنین میان شهروندان و حکومت است. به طور کلی، قانون نباید به امور غیر اخلاقی فرمان دهد.^۱

گفتنی است که تاکید بر اخلاق به عنوان هدف قانون و نظام حقوقی، دربرگیرنده اخلاق دینی و اخلاق غیردینی هر دو است. مکتب سود - انگاری به عنوان یکی از دیدگاه‌های غیردینی در اخلاق و ارزش به طور کلی، هدف از قانون را همانند هدف اخلاق، ازدیاد لذت و کاهش رنج می‌داند. این البته ایده اولیه مکتب سود - انگار بوده است که جرمی بنام آن را مطرح ساخت. وی تلاش نمود تا یک دستگاه محاسبات اخلاقی طراحی کند و بدان وسیله راهنمایی برای وضع قوانین پیش‌نهد. بر اساس این دستگاه، اخلاق و خیر عمومی با در نظر گرفتن نتایج رنج و شادمانی قوانین مشخص می‌شود.^۲ قانونی خوب است که لذت و شادی انسان‌ها را زیاد کند و قانونی بد است که به رنج و درد آن‌ها می‌افزاید.^۳ بر این پایه، قانونگذاری تقریباً شعبه‌ای از علم حساب است که بدان طریق باید جدول سود / لذت و زیان / رنج قواعدی که قصد وضع آن‌ها را دارد، بدست آورده و بر آن اساس برای خوشبختی انسان‌ها قانون بگذارند. بنام برای ارزیابی این لذت چهار معیار ارائه می‌دهد: شدت، مدت، قطعیت و نزدیکی. ارزش درد نیز بر همین اساس اندازه‌گیری می‌شود. به علاوه خوشبختی را با چهار هدف فرعی مشخص‌تر می‌سازد: معاش، فراوانی،

1. *Natural Law and Natural Rights*, pp. 276-80 & 351-62.

2. نگ: عالم؛ تاریخ فلسفه سیاسی غرب، ص ۴۳۰.

3. See Bentham; *An Introduction to Principles of Morals and Legislation*.

برابری و امنیت.^۱ پاره‌ای از اثبات‌گراها، مانند جوزف رز، هدف از قانون را تأمین خیر عمومی ذکر می‌کنند. همان طور که در بالا آمد (بخش ویژگی‌های قانون)، برداشت وی از منفعت و خیر عمومی همان خیر همگان است که به طور همزمان خیر فرد را نیز حفظ می‌کند. افزون بر این، وی حتی حق‌ها را به این دلیل موجه می‌داند که در جهت مصلحت و منفعت عمومی قرار گرفته باشند. البته گفتنی است که منفعت فرد نیز به نحو مشخص در ضمن این منفعت قرار دارد و در حقیقت جزء متشکله آن است.^۲ برخی از نویسندگان دینی، با فرض گرفتن این که اخلاق در حقیقت باورها و احکام دینی را متجلی می‌سازد، از اخلاق به عنوان هدف قانون نام برده اند. شاید بتوان گفت در بسیاری از موارد منظور آنان از اخلاق معنویت دینی است و در واقع هدف قانون را اعمال و اجرای احکام و ارزش‌های دینی می‌دانند. به نظر مصباح یزدی قانون علاوه بر برقراری نظم و برقراری نسبی خواسته‌های مردم، وسیله‌ای است برای تحقق هدف نهایی، سیستم کامل ارزشی و اخلاق. بنابراین از این دیدگاه قانون و حقوق یک ابزار است برای نیل افراد جامعه به کمال نهایی و سعادت ابدی.^۳ بنابراین از این منظر قانون باید به محدود کردن آزادی‌ها بپردازد و مانع اقداماتی گردد که به معنویات و معاد ضربه می‌زنند.^۴

۱. جونز؛ خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، صص ۱۰۸۴-۱۰۸۱ و ۱۰۸۸-۱۰۹۱.

۲. See, for instance, Raz; "Rights and Interests", pp. 2 & 7; *Ethics in the Public Domain*, ch. 1; and "On the Nature of Rights".

۳. مصباح یزدی؛ «خاستگاه حقوق»، ص ۵؛ مودودی، اسلام و تمدن غرب، ص ۷۴؛ و

Nasr; *Ideals and Realities of Islam*, pp. 93 & 117-18.

۴. مصباح یزدی؛ نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه شانزدهم؛ و ترکمان، رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل الله نوری، صص ۵۶-۵۷.

به تعبیری دیگر، اساس زندگی انسان‌ها را عقیده می‌سازد و بدنبال آن اخلاق و رفتار ظهور می‌کند و اگر در اثر سهو یا عمد گناه پیدا شود، نیاز به قانون و محکمه است. در یک کلمه هدف قانون حراست از قوانین الهی است و پیگیری حقوق افراد رسیدن انسان به مقام شامخ لقای خداست.^۱ علامه طباطبائی با نگاهی تقریباً متفاوت، هدف از قانون را ضمن تعیین وظایف و مجازات‌ها، رساندن انسان به سعادت واقعی خود و نیکبختی او که معادل ارزش اجتماعی‌اش است، می‌داند و البته این نیکبختی را نتیجه عمل به احکام الهی می‌گیرد.^۲

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول ۲۹ (تامین اجتماعی)، ۳۰ (آموزش و پرورش رایگان)، ۳۱ (مسکن متناسب با نیاز) و ۳۴ (حق دادخواهی و دسترسی به دادگاه‌های صالح) به یک معنا در جهت فراهم کردن خیر عمومی حرکت کرده است.

۲-۴. نظم برای بقا

نظام سیاسی و قانون در نظریه توماس هابز به منظور ایجاد نظم و رهایی از جنگ همه علیه همه به وجود آمده است. این جنگ قطعاً به نابودی همه کشیده خواهد شد. از این‌رو، می‌توان گفت هدف از قانون و قانونگذاری در این نظریه ایجاد نظم برای بقا است. لکن بقا به تعبیر هابز با ایجاد نظمی به دست می‌آید که به فراهم آمدن امنیت و صلح برای اعضای جامعه منجر خواهد شد. به عبارت دیگر، دولت هیچ کاری جز تأمین صلح و امنیت عمومی انجام نمی‌دهد و منابع موجود در جامعه را نیز براساس همین هدف توزیع می‌کند. افزون بر این، بنا بر تئوری هابز حفظ امنیت

۱. جوادی آملی؛ ولایت فقیه، صص ۵، ۲۷ و ۸۹-۸۸. همچنین نگ: بهشتی، مبانی نظری قانون اساسی، ص ۵۴.

۲. نگ: طباطبائی؛ شیعه در اسلام، صص ۲۲-۲۰ و ۱۷۶-۱۷۵.

صرفاً به معنای حفظ جان شهروندان نیست، بلکه حکومت موظف به حفظ و حمایت از تمامی متعلقات و دارایی‌های شهروندان است. تنها شرط در این ارتباط این است که دارایی‌های مزبور از طریق کار و کوشش قانونی و بدون ایجاد خطر یا ضرر برای دولت به دست آمده باشند.^۱

با توجه به توضیحات بکاربرد در باره قانون که در پی به تنگ آمدن انسان از جنگ و آزادی‌های ناپایدار به وجود می‌آید تا تجمع به دور یکدیگر را ممکن سازد، می‌توان گفت از نظر وی هدف قانون ایجاد نظم برای بقا است.^۲

همان‌طور که در بالا آمد، هایدک قانون را به قانون منتزع از رفتار در نظم اجتماعی خودجوش (نوموس) و قانون ساخته دست هیأت مقنن (تز)، تقسیم‌بندی می‌کند. به علاوه، وی نوموس را قانون آزادی می‌داند و حکومت را در وضع انواع تز موظف به حمایت از آزادی‌های برآمده از نظم کلی جامعه و به طور کلی حفظ آن نظم با تسهیل ارتباط و هماهنگی میان افراد می‌داند. رعایت این قواعد بر همگان لازم است چه موفقیت آنان در گرو پیروی از آن قوانین است، ولی اهداف خاص آنان در استفاده از آزادی‌هایشان ممکن است متفاوت باشد.^۳ با این وصف، می‌توان گفت هایدک با تصریح به این که نظم خودجوش موجود در جامعه یک ارزش است و هدف از قواعد، حفظ برخی از خصیلت‌های مشترک انتزاعی در نظم کلی جامعه است، وی نیز هدف از قانون را حفظ نظم می‌داند. البته باید پذیرفت که طبقه‌بندی نظر هایدک درباره هدف قانون تحت عنوان نظم برای بقا خالی از شبهه نیست. وی بر آزادی‌های افراد و عادلانه بودن قواعد نوموس

1. رك: هابز؛ لویاتان، صص ۳۰۲-۳۰۱؛ و تارك، هابز، صص ۸۸-۸۷ و ۱۰۸-۱۰۹.

2. رك: بکاریا؛ رساله جرایم و مجازات‌ها، ص ۳۹.

3. نگ: هایدک؛ قانون، قانونگذاری و آزادی، به ویژه فصل‌های پنج و شش.

تاکید می‌کند و با تفکیک ضمنی بالا میان حوزه‌های عمومی و خصوصی تا حد زیادی به نظریه قانون به عنوان حد حق نزدیک می‌شود ولی با این همه نقطه تأکید وی «نظم خودجوش» است. نظم مزبور است که یک ارزش است و آزادی‌ها به دلیل نشأت گرفتن از این نظم ارزش پیدا می‌کنند. وی با یک دید تطوری به کنش متقابل انسان‌ها می‌نگرد که مبنای بروز تمامی جنبه‌های معرفتی، ارزشی و نهادی زندگی کنونی انسان گردیده است. از این رو اصل این کنش متقابل که در قالب نظم کلی جامعه صورت می‌پذیرد، خواستنی است و قوانین با تسهیل این روابط و کنش‌ها آن را حفظ می‌کنند. بر این پایه، به نظر می‌رسد طبقه‌بندی حاضر مقبول‌تر باشد.

از دید هارت به عنوان یک متفکر اثبات‌گرا،^۱ قانون و نظام حقوقی هدفی جز «بقا» ندارند. انسان برای بقای خود به وسایل گوناگونی متوسل می‌شود که یکی از مهم‌ترین آن‌ها قانون است. با این حال، هارت برای توضیح بیشتر به مفهوم «محتوای حداقلی حقوق طبیعی» اشاره می‌کند. به نظر او، نظام حقوقی، و از این حیث نظام اخلاقی، نمی‌تواند هدف بقای حیات انسانی را تأمین کند و اساساً خود بقا یابد مگر این که به پاره‌ای از «قوانین طبیعت» توجه کرده و آن قوانین را در خود به گونه‌ای جای دهد. شناسایی این قوانین در قلمرو روانشناسی و جامعه‌شناسی می‌گنجد و در این ارتباط حقوقدانان نیازمند توضیح و تبیین علی این گروه از دانشمندانند. قوانین طبیعی یادشده به این شرح‌اند: نخست، انسان یک موجود آسیب‌پذیر است. دوم، انسان‌ها تقریباً با هم برابرند به این معنا که هیچ انسانی به نحو مطلق از دیگران بالاتر نیست. هر کس اگر به جهتی از قوت برخوردار است از جهتی دیگر دارای ضعف است. سوم، منابع محدود است و این‌طور نیست که هر کس

1. Positivist.

هر چه بخواهد بتواند از منابع برداشت کند. به عبارتی منابع موجود در دنیا برای تامین خواسته‌های همگان کافی نیست. چهارم، خیرخواهی انسان‌ها محدود است. نه تنها همه خیرخواه نیستند بلکه خیرخواهان نیز نمی‌توانند به نحو نامحدود خیرخواهی کنند. پنجم، انسان‌ها در معرفت و رفتار ناقص‌اند، یعنی هم در فکر و هم در رفتار خطا پذیرند و ذهن و اراده آن‌ها کامل نیست. این قوانین حدی از حمایت قانونی از اشخاص، اموال و تعهدات را ضروری می‌سازند. با این وصف، قانون نمی‌تواند هدف بقا را تأمین کند الا و مگر این که در چارچوب محدودیت‌های پیش گفته قدم بردارد و مستمرا از داده‌های دانشمندان علوم تجربی انسانی در جهت تصحیح دید خود نسبت به این محدودیت‌ها استفاده کند.^۱

نظریه قانون برای حفظ نظام و بقای زندگی انسانی را می‌توان در برخی از قواعد فقهی نیز یافت. برای نمونه، در برخی از متون قواعد فقه آمده چنین آمده است که «کل ما یوجب اختلال النظام فهو فاسد» (هر آن چه که موجب به هم ریختن نظم می‌شود، نادرست است).^۲

هدف بقا در قالب مفاهیم دیگری چون امنیت نیز بیان گشته است. از دید برخی از نویسندگان زندگی بدون امنیت غیر ممکن دانسته شده و امنیت، به معنای بقا، با قانون فراهم می‌شود.^۳

۳-۴. عدالت

متفکرین مختلف از عدالت به عنوان هدف و فلسفه قانون و قانونگذاری نام برده‌اند. پیدا است که آنان از دیدگاه‌های گوناگون به عدالت نگریسته و تفسیر و تعبیری متفاوت از آن ارائه داده‌اند.

1. See Hart; *The Concept of Law*, esp as at pp. 119-22, 189-95 & 202.

2. نگ: مصطفوی؛ القواعد، ص ۲۰۳ و اطراف.

3. ملکم خان؛ روزنامه قانون، شماره‌های ۲ و ۱۱.

تحت این عنوان هر دو گروه نظریات دینی و غیردینی صاحب ادعا هستند. با این حال، در این قسمت به آن دسته از نظریات اشاره می‌شود که هدف قانون را به طور کلی عدالت ذکر کرده اند. حال اگر منظور از عدالت در یک نظریه به نحو مشخص تری بیان شده باشد، طوری که بتوان آن را دقیقاً در زیر یکی از عناوین این بخش، مانند حد حق یا خیرعمومی، طبقه‌بندی نمود، نظریه مزبور را در قسمت مشخص و مربوط خواهیم آورد.

با توجه به وظایفی که کارل پوپر برای دولت قائل است می‌توان گفت هدف قانون و قانونگذاری از نظر وی تأمین عدالت است. وی برای دولت یک نقش حمایتگری در نظر می‌گیرد و در تعریف آن بر این باور است که آزادی‌های افراد باید حفظ شود و از ایشان در برابر ظلم و تعدی به ویژه بهره‌کشی اقتصادی حمایت شود. در حقیقت، به نظر وی حفظ آزادی بدون بهبود عدالت توزیعی و افزایش برابری اقتصادی ممکن نیست.^۱

یکی از مهم‌ترین نظریه‌های عدالت در قرن بیستم نظریه متعلق به جان رولز است که با فرض هدف و غایت بودن عدالت برای قانون و نظام حقوقی - سیاسی در پی ارائه یک طرح برای ساختارهای اولیه و بنیادین جامعه سیاسی است. با معطوف ساختن توجه به این نکته، وی آنگاه به سراغ پایه‌ریزی اصول تئوری عدالت پیشنهادی‌اش می‌رود.^۲ به علاوه روش به دست دادن اصول مزبور خود از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است که به احیای تئوری قرارداد اجتماعی یا به تعبیر دقیق‌تر به ارائه قرائت جدیدی از این تئوری منجر می‌گردد. با این وصف، لازم است در دو محور به شرح و بسط نظریه عدالت رولز بپردازیم: یکی شرح اصول

1. رك: شي يرمير؛ اندیشه سیاسی کارل پوپر، صص ۴۷، ۷۱-۷۰ و ۱۴۱؛ و بوزتی، درس این قرن، صص ۱۳۰-۱۲۵.

2. See Rawls; *A Theory of Justice*, ch. 1.

تئوری عدالت وی و دیگری توضیح مکانیزم وصول به آن اصول.

رولز دو اصل بنیادین را برای عدالت پیش نهاد می‌کند: اصل آزادی برابر و اصل نابرابری مشروط اقتصادی - اجتماعی. بر اساس اصل نخست، که مقدم بر اصل دوم و حاکم بر آن است، هر کس دارای حق برابر به بیشترین مقدار از مجموع آزادی‌های اولیه است که با آزادی مشابه دیگران سازگاری داشته باشد.^۱ مطابق اصل دوم می‌توان نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی داشت به شرطی که: (الف) این نابرابری‌ها به نفع هر چه بیشتر ضعیفترین طبقه اقتصادی باشد، و (ب) مربوط به مناصب و موقعیت‌هایی باشد که در شرایط برابری منصفانه فرصت‌ها، برای همه قابل دسترس است. توضیح این نکته ضروری است که اصل فرعی (ب)، یعنی فرصت برابر برای همه، بر اصل فرعی (الف)، یعنی تفاوت و نابرابری، مقدم است.^۲

رولز مکانیزم دستیابی به اصول مذکور را شرایط «پرده جهل» می‌نامد. بر اساس توضیحات وی، می‌توان یک موقعیت و وضعیت فرضی، «موقعیت نخستین» به تعبیر رولز، را در نظر گرفت که تمامی اعضای بالغ جامعه پشت پرده‌ای از جهل نسبت به دارایی‌ها، توانایی‌ها و جایگاه اجتماعی خود قرار دارند. در چنین شرایطی همه افراد جامعه حتماً، به ادعای رولز، دو اصل فوق‌الذکر را خواهند پذیرفت. زیرا از دید او، انسان‌ها همگی موجودات عاقل و خود آئینی هستند که تک تک آنان هم امر خوب را می‌فهمند، برداشتی از آن دارند و هم دارای حس عدالت خواهی هستند. حال، به شرط عدم آگاهی از موارد یادشده، همه انسان‌ها اصول پیش گفته عدالت را موجه و معقول دانسته و

1. See Rawls; *A Theory of Justice*, esp. as at p. 250; Stein and Shand, *Legal Values in Western Society*, p. 72; and Campbell, *Justice*, ch. 5.
2. See Rawls; *A Theory of Justice*, esp. as at p. 830; Stein and Shand, *Legal Values in Western Society*, pp. 72-73; and Campbell, *Justice*, ch. 5.

می‌پذیرند. این نکته همان قرائت جدیدی است که رولز از تئوری قرارداد اجتماعی پیش می‌نهد و عنوان «عدالت به منزله انصاف» را به تئوری خود می‌دهد.^۱

جوزف رز، پیروی از قانون را در صورتی ضروری می‌داند که قانون مزبور رعایت کرامت و شرافت انسانی را بنماید. رعایت کرامت انسانی به این معناست که قانون، انسان را قادر به طراحی و اجرای برنامه برای زندگی خود بداند. بنا بر این، رعایت کرامت انسان همان احترام به خود - آئینی و استقلال وی و به رسمیت شناختن حق او در کنترل آینده زندگی اش می‌باشد.^۲ این تحلیل در حقیقت بیان‌کننده تئوری عدالت رز و مبتنی بر اصل محتوایی فلسفه ارزش ایمانوئل کانت است که انسان را غایت بالذات می‌داند. به همین دلیل می‌توان گفت رز هدف از قانون را برقراری عدالت می‌داند.

از نظر ملا احمد نراقی قانونی که در جامعه اجرا می‌شود باید یک قانون عادلانه باشد و در جهت اجرای عدالت حرکت کند. این قانون البته قانونی است که فقیه عادل از منابع دینی به دست آورده است. با این وصف، هدف اصلی قانون اجرای عدالت است اگرچه تفسیری که از عدالت ارائه شده آن را با محتوای دستورات الهی یکی می‌گیرد و تجلی عدالت را در عدالت پادشاه تصویر می‌کند.^۳ شاید بتوان گفت محور عمده تئوری حقوقی/سیاسی میرزا محمد حسین نائینی در دوره مشروطه، عدالت بوده است. تلاش اصلی وی در تئوری مزبور این است که شرایط انتقال از سلطنت استبدادی به سلطنت مشروطه را بیان کند. از نظر او، سلطنت در هر دو صورت اغتصابی است چراکه مقام امام معصوم

1. Rawls; *A Theory of Justice*, chs 2 & 4.

2. Raz; "The Rule of Law and Its Virtue".

3. نگ: نراقی؛ *عوائد الایام و نجفی*، «اندیشه سیاسی ملا احمد نراقی»، قسمت اول، ص ۳.

را غضب کرده است، ولی سلطنت مشروطه بر مبانی عدالت استوار و به آن نزدیک می‌گردد. در این ارتباط، نائینی از اصول آزادی و برابری در مقابل قانون به عنوان مبنای مشروطیت حکومت و فراهم‌کننده عدالت در قانون اساسی کشور، دفاع می‌کند.^۱

به نظر محمضانی دادگری حقیقی و انصاف، اساس قانونگذاری اسلامی است. وی معتقد است وقتی در چارچوبه منابع دینی حکم یک موضوع یافت نشود، توجه اجتهاد به روح شریعت و انگیزه‌های بزرگ آن یعنی عدالت حقیقی معطوف می‌گردد.^۲

مرتضی مطهری بر این ادعاست که از نظر مذهب و طریقه شیعه دوازده امامی، اصل عدل بسیار مهم است و در ردیف مسائل اخلاقی نیست. وی عدالت را بنیانگذار و اداره‌کننده عموم دانسته و باید پایه و مبنای زندگی عمومی و اساس مقررات قرار گیرد. لذا، هدف قانون از دید وی عدالت است.^۳ همین طور، عبدالله احمد النعیم، متأثر از محمود محمد طه متفکر سودانی و در تشریح نظرات او، هدف اصلی دین اسلام را عدالت می‌داند. از این دیدگاه، حقوق اسلامی در یک بستر تاریخی و اجتماعی و بر پایه منابع دینی بر ساخته شده است. از این رو، لازم است تفسیر جدیدی منطبق با مقتضیات عصر ارائه شود تا حقوق اسلامی دربرگیرنده حقوق و آزادی‌های عادلانه و انسانی گردد.^۴

محمد مجتهد شبستری صریحاً تأکید می‌کند که در قرآن به عنوان متن اصلی دین اسلام بر روی شیوه‌ها و نظام‌های حکومت تأکید نشده است، بلکه روی عادلانه حکومت کردن تأکید شده است. زیرا وظیفه حکومت تأمین امنیت و نیازهای مادی و مانند اینهاست نه

1. نگ: نائینی؛ تنبیه الامه و تنزیه المله، صص ۷۵-۷۳ و ۱۰۲-۹۴.

2. محمضانی؛ فلسفه قانونگذاری در اسلام، صص ۱۰ و ۱۵۵.

3. مطهری؛ بیست گفتار، صص ۶-۳؛ و مطهری، پیرامون انقلاب اسلامی، صص ۴۴ و ۶۰-۵۹.

4. See Taha; *The Second Message of Islam*; and An-Na'im, *Toward and Islamic Reformation*.

تعیین نوع باورها و اعتقادات مردم. همین طور، مجموع نصوص یک جهت‌گیری کلی را در اعمال پیامبر اسلام نشان می‌دهد و آن عبارت است از دعوت آن حضرت به «عدالت و رحمت». پیامبر این پیام را رسانده که روابط سیاسی و حکومتی باید بر مبنای عدالت استوار شود. با این حساب، در هر عصری ممکن مردم نوع خاصی از حکومت و نظام حقوقی را به وجود آورند که از نظر شکل و ساختار خیلی به هم شبیه نیست، ولی نقطه مشترک آنان تامین عدالت است. در این صورت، همه آن اشکال و ساختارها مورد تایید دین است. با این وصف، در این نظریه هدف از قانون و قانگذاری عدالت است. از نظر شبستری، عدالت امروزه در قالب حقوق بشر و آزادی‌ها تجلی می‌یابد.^۱

از دید حسن امامی هدف اصلی از وضع قوانین، عدالت اجتماعی است. برای رسیدن به چنین هدفی قانون باید احتیاجات جامعه و زمان را در نظر بگیرد. به علاوه، برای جلوگیری از تشتت آرا و عدم ثبات لازم است روح قوانین و اصول زیرین قوانین در نظر گرفته شوند.^۲ همچنین، کاتوزیان بر این باور است که هدف حقوق نباید محدود به استقرار نظم باشد، زیرا نظمی که صرفاً متکی به قدرت و زور باشد، پایدار نمی‌ماند. به اعتقاد وی قانون باید در جستجوی عدالت باشد و نظم مزبور را بر پایه عدل و انصاف بنا نهد و اساساً نظم و امنیت اگر مقدمه اجرای عدالت قرار گیرند، ارزش محسوب می‌شوند و الا نه. کاتوزیان در توضیح عدالت می‌گوید «باید پذیرفت که هر چند از لحاظ نظری مفهوم عدالت در ماهیت حقوق وجود دارد، مصداق خارجی این ارزش والا را باید اخلاق معین کند. زیرا آنچه معیار نیک و بد قرار

۱. رک: مجتهد شبستری؛ هرمنوتیک، کتاب و سنت، صص ۶۰-۵۸؛ و مجتهد شبستری، نقدی بر قرائت رسمی از دین، صص ۱۵۴، ۱۸۳-۱۷۴ و ۵۳۲.

۲. نگ: امامی؛ حقوق مدنی، ج. ۶، مقدمه، صص ب- د.

می‌گیرد، تألیفی از همه ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی و سنت‌ها و اعتقادات است. معجونی که در درون اجتماع پخته می‌شود و در دامن آن ریشه می‌کند و تحول می‌یابد.^۱

در جای جای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، عدالت به عنوان هدف قانون عنوان شده است. برای مثال در بندهای ۹، ۱۲ و ۱۴ از اصل ۳ دولت موظف به «رفع تبعیض ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه»، «پیریزی اقتصاد صحیح و عادلانه» و «تأمین حقوق همه‌جانبه افراد» شده است. یا وظایف اقتصادی که در اصل ۴۳ بر عهده دولت گذاشته شده و همچنین نفی تبعیض در استفاده از منابع مذکور در اصل ۴۸ یا وظیفه بازپس‌گیری درآمدهای نامشروع که در اصل ۴۹ آمده، همگی حاکی از این است که قانونگذار قانون مذکور کارکرد و توسعه اقتصاد را مقید به شرایط عادلانه و در یک زمینه و متن عادلانه می‌داند است.

۴-۴. حد حق

پاره‌ای از نظریه پردازان مانند جان لاک ابتدا به وجود برخی حق‌های طبیعی قائل شدند و آنگاه در تحلیل هدف قانون به این نتیجه رسیدند که قانون به دنبال شخصی کردن صدق و درستی نیست و نمی‌توان حقیقت را به وسیله قانون به مردم آموخت یا آن را به قهر در اذهان آدمیان فرو کرد، بلکه وظیفه قانون تأمین امنیت و سلامت جامعه و حفظ جان و مال همه افراد است.^۲ در این دیدگاه می‌توان بذره‌های اصلی نظریه قانون به عنوان حد حق را یافت. در حقیقت، لاک هدف از حکومت مدنی و قانون را حمایت از حق مالکیت

۱. کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، ج ۱، صص ۱۳-۵۰۹. همچنین، رک: کاتوزیان، گامی به سوی عدالت، صص ۱۵۰-۱۴۹.

۲. لاک؛ نامه‌ای در باب تساهل، صص ۹۲-۹۳ و ۱۰۴؛ و عالم، تاریخ فلسفه سیاسی غرب، ص ۲۷۴.

می‌دانست و منظور وی از حق مالکیت بسیار وسیع تر از آن چیزی بود که اکنون از این حق دریافت می‌شود. در یک تحلیل لاکي، مالکیت دربرگیرنده جان، مال و آزادی هر سه می‌شود. به این معنا که انسان، در درجه نخست، بر بدن خود سلطه و مالکیت دارد؛ در درجه دوم، با استفاده از این بدن و ترکیب کار و انرژی آن مالک اموال و دارایی‌های بیرونی می‌گردد. به علاوه انسان برای بکارگیری بدن و اموال خود باید آزاد باشد.^۱ در حقیقت، انسان‌ها در دیده خداوند برابر و آزاد خلق شده‌اند و هیچ کس را بر دیگری حاکمیت و قدرتی نیست.^۲ با این وصف، اصولاً حق‌های پایه به حق مالکیت بر می‌گردند و هدف از قانون حفظ و حمایت از آن حق‌هاست.

نشانه‌های نظریه قانون به عنوان حد حق را می‌توان در اندیشه متفکرین قرن هیجدهم نیز یافت. بکاریا برخی از مجازات‌هایی را که در آن دوره پذیرفته شده بود، رد می‌کرد. این مجازات‌ها به «جنايات عليه حاکمیت الهی» معروف بودند. به نظر وی با زور نمی‌توان اعتقادات را به دیگران تحمیل کرد.^۳ از این برمی‌آید که افراد دارای حقوق و در حقیقت دایره‌های خصوصی حمایت شده‌اند که هدف قانون شناسایی و تضمین آن‌هاست.

همین طور، ایمانوئل کانت میان امر قضایی و امر اخلاقی تمییز قائل شده است و بر اساس این تفکیک می‌توان نظریه وی درباره هدف قانون را در زمره نظریه‌های «حد حق» به حساب آورد. ابتدا باید متذکر شد که می‌توان گفت مهم‌ترین دستاورد فکری کانت در حوزه حقوق و سیاست، در این تفکیک و همچنین در برداشت وی از عدالت به عنوان قانون

1. See Locke; *Two Treatises of Government*; Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*; Steiner, "The Natural Right to Equal Freedom"; Steiner, "The Concept of Justice"; and Woolhouse, "Locke".

2. See, for instance Woolhouse; "Locke", p. 550.

3. پرادل؛ تاریخ اندیشه‌های کیفری، صص ۴۴-۴۳.

همزیست کننده آزادی‌های اشخاص، نهفته است.^۱ امر قضایی آن جا مطرح است که بدون توجه به ماهیت فعل فاعل اخلاقی، که خوب یا بد است، نفس آزادی عمل او تضمین می‌گردد. در این جا آزادی بیرونی شهروندان مطرح است و هدف جمع بین آزادی‌های فاعلان اخلاقی است که در حقیقت اصل عدالت این هدف را برآورده می‌سازد. امر اخلاقی، در مقایسه، جایی معنا پیدا می‌کند که از آزادی فرد با توجه به چستی فعل فاعل اخلاقی، که يك فعل اخلاقاً خوب باشد، حمایت شود. در این جا آزادی درونی فرد مطرح است.^۲ با این وصف، قانون و قضا به دنبال همزیست ساختن آزادی‌ها و حفظ حدود حق‌های شهروندان است. حال اگر قانون موفق به انجام چنین کاری گردد، عدالت محقق شده است. بنابراین، همان‌گونه که پیشتر نیز اشاره شد، عدالت از دید کانت مجموعه آن شرایطی است که تحت آن اراده يك فرد می‌تواند مطابق قانون عام آزادی با اراده آزاد دیگر افراد متحد و همساز شود. این آزادی شرط تکامل اخلاقی انسان و حرکت انسان به سمت غایت نهایی طبیعت است.^۳ به علاوه، تفکیک بالا همان تمییز میان امر درست و امر خوب است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

روسکو پاند، طرفدار معرفت جامعه شناختی حقوقی، در نیمه نخست قرن بیستم بر این ادعا بود که مسأله حقوق و قانون این است که موجودات خودآگاه و صاحب اراده را کنار هم و بدون مداخله در امور یکدیگر، نگاهدارد. در تئوری وی، هدف از چنین نظامی این است که یکایک افراد بتوانند آزادانه امور خود را به نحو

1. See Steiner; *An Essay on Rights*, esp. as at ch. 6.

2. See Kant; "An Answer to the Question: What is Enlightenment?"; Steiner, "The Concept of Justice"; and Ross, *The Right and the Good*.

3. رك: اسکروتین، کانت؛ صص ۱۸۲-۱۷۷؛ و سالیوان، اخلاق در فلسفه کانت، صص ۳۶-۳۷، ۵۴-۵۶ و ۱۳۲-۱۳۳.

همزیست با دیگران سامان دهند.^۱ در حقیقت وی، متأثر از فلسفه اخلاق و ارزش ایمانوئل کانت، به قانون به مثابه تنظیم کننده حد آزادی و حقوق انسان‌ها - موجودات ذاتا ارزشمند - می‌نگریست. مایکل اوکشات دولتها را به دو دسته متعهد و مدنی طبقه‌بندی می‌کند. دولت به مثابه اجتماع متعهد به دنبال هدف مشخصی مانند افزایش ثروت ملی، ایجاد برابری یا تأمین رفاه عمومی است؛ ولی دولت به منزله اجتماع مدنی هدف مشخصی از نوع اهداف مذکور ندارد. دولت مدنی در پی تضمین آزادی افراد و ایجاد شرایط لازم برای پیگیری و انجام طرح‌های خصوصی آنان است. از این دید، دولت مدنی در درجه اول یک دولت کوچک و محدود است و در درجه دوم یک نظم قانون مدار به وجود می‌آورد که در حقیقت حد آزادی‌های افراد را تعیین و آنان را در پیگیری آمال شخصی خود در چارچوب این آزادی‌ها، آزاد می‌گذارد.^۲ پیداست که در این نظریه هدف و فلسفه قانون و قانونگذاری، تعیین حد حقوق و آزادی‌های شهروندان است.^۳

رابرت نوزیک، به تاسی از جان لاک نظریه‌ای استحقاقی درباره عدالت ارائه کرده و بر آن اساس تصویری حداقلی از دولت و قانون ترسیم نموده است.^۴ از نظر وی، دولت و قانون در حقیقت بایستی برای حفظ و تأمین حق‌های اولیه و پایه‌ای شکل گیرند. تئوری عدالت نوزیک، که تعیین‌کننده هدف و فلسفه قانون و قانونگذاری است، نه انگاره‌ای است و نه غایت - انگار. بلکه در مقابل می‌توان آن را یک نظریه ناانگاره‌ای و

1. Pound; *Law and Morals*, p. 97.

2. رک: بشپریه؛ تاریخ اندیشه سیاسی در قرن بیستم: لیبرالیسم و محافظه کاری، صص ۲۸۰-۲۷۹.

3. For more information, See Loughlin, *Public Law and Political Theory*, ch. 5.

4. See Campdell, *Justic*, ch. 3.

تاریخی نامید.^۱ به این معنا که نوزیک بر خلاف دیگران به دنبال ایجاد یک انگاره عادلانه بر اساس معیار نیاز یا صلاحیت یا مثل آن نیست و طرح و انگاره‌ای از این دست را در نظریه خود جای نمی‌دهد، چرا که معتقد است با این کار آزادی و حق‌های اولیه انسان‌ها را زیر پا خواهیم گذاشت. از دیگر سو، نوزیک بر این باور است که عدالت و به تبع آن قانون نمی‌تواند پیشینه امور را نادیده بگیرد. نظریه‌هایی، مانند سود - انگاری، که فرض می‌گیرند همه چیز از زمان حال شروع می‌شود و بر آن اساس نظام عادلانه‌ای پیشنهاد می‌کنند که در پی به وجود آوردن یک غایت و حالت خاص است، در حقیقت دارایی‌های تاریخی انسان را نادیده می‌گیرند و برخی را متضرر می‌سازند^۲ و لذا غیر عادلانه‌اند.^۳

با این وصف، نوزیک با استدلال برای حق‌های اولیه و عادلانه انسان‌ها، وظیفه دولت و به تبع قانون را حفظ و حمایت از آن حق‌ها می‌داند. این حق‌ها به نوبه خود بر اساس سه روش و اصل به وجود می‌آیند: در درجه اول از طریق کار و حیازت؛ چه وی نیز هم آوا با لاک انسان را مالک و مسلط بر بدن خود و به این دلیل مالک نتیجه فعالیت آن می‌داند، البته به شرطی که فرصت حیازت و ترکیب کار انسان‌های دیگر با مواد موجود در دنیا را نگیرد؛ در درجه دوم، از طریق انتقال آن چه به طریق قبلی تحت مالکیت در آمده؛ و در درجه سوم، با ایجاد اصلاح در دارایی‌های انسان‌ها که دو روش و اصل پیش گفته را تأمین نکرده‌اند.^۴ حق‌های عادلانه بالا در واقع بر رفتار انسان‌ها یک «قید جانی» می‌نهند و قانون با حمایت از این حق‌ها در واقع مراقب

1. See Honderich & Burnyeat, *Philosophy As It Is*, pp. 91-95.

2. همپتن؛ فلسفه سیاسی، صص ۲۵۴-۲۵۱.

3. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, ch. 7.

4. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, ch. 7; and Campbell, *Justice*, ch. 3.

رعایت حدود آنهاست.

به نظر دورکین یکی از اهداف قانون تعیین حد حق‌های اخلاقی است.^۱ این کار در ضمن ایجاد «هماهنگی» میان تلاش‌های فردی و جمعی، «رفع اختلافات» فردی و اجتماعی، و «برقراری عدالت» میان شهروندان و یا میان آنها و حکومت، صورت می‌گیرد. اینها عناصر تشکیل دهنده «هدف» قانون‌اند.^۲

با آن که هابرماس هدف قانون را ایجاد شرایط همگرایی اجتماعی می‌داند ولی از آنجا که قانونگذار را از دخالت در امور خصوصی و حل و جذب شدن جامعه در درون دولت بر حذر می‌دارد تا مبادا حوزه عمومی متلاشی گردد،^۳ می‌توان گفت در حقیقت وی نیز با این اندیشه همدلی دارد که هدف قانون به یک معنا تعیین حد حق‌های شهروندان است. این حق‌ها در حقیقت حوزه‌های شخصی را مشخص می‌کنند که حکومت نمی‌تواند در آنها دخالت کند و فرد در آنجا از آزادی تضمین شده برخوردار است. این حقوق به نوبه خود زمینه ایجاد حوزه عمومی برای تبادل نظر عقلانی و آزاد را فراهم می‌کنند.

در بین متفکران ایرانی، میرزا حسین خان مشیرالدوله، سپهسالار، در فلسفه سیاسی خود به شناسایی حقوق اجتماعی افراد ملت و تعیین حدود آن در رابطه با قدرت دولت تاکید می‌کند.^۴ شاید بتوان نظر جعفری لنگرودی را نیز در این دسته از نظریات طبقه‌بندی نمود. به نظر وی هدف نهایی نظم اجتماعی خدمت به افراد تشکیل دهنده آن اجتماع است. از طرفی، برای احترام به شخصیت انسانی فرد باید به اراده او احترام گذاشت. بنابراین، هدف قانون جلوگیری از تصادم اراده‌های افراد و تنظیم روابط

1. «جدي گرفتن حق‌ها»، ص ۲۴۰. همچنين، نگ: محمدصاني، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ص ۹.

2. Dworkin; "Law as Interpretation", pp. 540-49.

3. نگ: هولاب؛ یورگن هابرماس، به ویژه ص ۲۹۰.

4. رک: آدمیت؛ اندیشه ترقی، به ویژه صص ۱۹۲ و ۴۷۳.

افراد بر اساس آزادی اراده است.^۱ اگر بپذیریم که بهترین روش احترام الزام آور به اراده آزاد فرد، تمسک به نهاد «حق» است و اساساً معنای مستفاد از این نظریه همان «حق آزادی اراده» است، بنابراین، هدف و فلسفه قانون و قانونگذاری، از این منظر، تعیین حد حق آزادی متعلق به افراد است.

مهدی حائری یزدی، متأثر از نظریه فلسفه سیاسی جان لاک، هدف کل حکومت و به تبع آن هدف قانون و قانونگذاری را اعمال حق مالکیت و حاکمیت بر اموال شخصی مشاع خود می‌داند. به این تعبیر قانون در واقع حد حق‌های شخصی افراد را تعیین می‌کند و ضامن هویت فردی و استقلالی هر یک از شهروندان در تمام شئون و پدیده‌های زیست طبیعی و زیست عقلانی انسانی است.^۲

سروش هدف قانون را کنترل بیرونی انسان‌ها می‌داند. در توضیح، وی معتقد است از آنجا که انسان‌ها فرشته خصال نیستند و ممکن است به حق خود قانع نباشند، لذا لازم است با قانون آنان را کنترل نماییم. بنابراین ادعای قانون در حقیقت حد حق‌ها را تعیین می‌کند. یا به عبارت دیگر قانون از جنس منع و نهی است و حریم و چارچوب را مشخص می‌کند. از دیگر سو، چون ایمان و اعتقاد از جنس دوست داشتن و عشق ورزیدن است و این کار با زور و الزام شدنی نیست، لذا قانون تنها به ایجاد شرایط و زمینه ایمان داشتن می‌پردازد و بیش از این به چیزی فرمان نمی‌دهد.^۳

نظریه حد حق به عنوان هدف قانون و قانونگذاری در حقیقت متضمن یک فرض مهم درباره امور سیاسی و حقوقی است. فرض مزبور به تفکیک میان عدالت و اخلاق و در نتیجه تمییز میان امر

۱. رک: جعفری لنگرودی؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، ص ۲۰.

۲. حائری یزدی؛ حکمت و حکومت، صص ۸۴-۸۳، ۱۱۱-۱۰۸ و ۱۶۵-۱۶۱.

۳. نگ: سروش؛ مدارا و مدیریت مومنان، صص ۲۴۷ و ۲۷۳-۲۲۲؛ و سروش، اخلاق خدایان، صص ۱۶۷ و ۱۷۵-۱۷۴.

درست و امر خوب بر می‌گردد.^۱ ادعا بر این است که در سطح عدالت با اراده آزاد افراد سر و کار داریم و هدف تأمین و تضمین آن اراده هاست. به بیانی دیگر، عدالت باید به توزیع منابع پردازد و از این رو نمی‌تواند به چیزی بیش از اراده افراد توجه کند. زیرا باورها و نیات اخلاقی افراد متفاوت است و اگر قرار باشد توزیع مزبور با جانبداری از یک موضع خاص اخلاقی صورت گیرد، میان طرفداران مواضع مختلف اخلاقی اختلاف پیش می‌آید و جامعه دچار مشکلات لاینحل می‌گردد.^۲ در مقایسه، در سطح اخلاق علاوه بر آزادی اراده لازم است نیت خیر وجود داشته باشد تا عمل اخلاقی شکل بگیرد. بنابراین، در این سطح است که می‌توان و باید به نیات و مواضع اخلاقی افراد توجه کرد و بر آن پایه به قضاوت درباره اعمالشان پرداخت.

تفکیک بالا ما را به یک تفکیک و تمییز دیگر رهنمون می‌سازد. به این معنا که عدالت و اخلاق در نسبت با دو امر متمایز قرار می‌گیرند. از آنجا که در عدالت با اراده ولی در اخلاق با اراده و نیت هر دو سر و کار داریم، بنا بر این پاره ای از فیلسوفان میان دو امر «درست» و «خوب» تمییز قائل شده اند.^۳ بر این اساس امر درست امری است که برآمده از اراده آزاد و اختیار باشد، حال آن که امر خوب امری است که بر اراده آزاد و نیت اخلاقی استوار است. فعل درست به این دلیل درست نامیده می‌شود که در برگزیده عنصر اختیار است و با گوهر انسانی که همانا ویژگی خود آئینی اوست، هماهنگی دارد. اما این هماهنگی ضرورتاً به معنای خوب بودن آن فعل نیست. فعل برخاسته از اراده آزاد در صورتی یک

1. برای مطالعه بیشتر و همچنین نقش آزادی در این ارتباط، رک: راسخ، «آزادی چون ارزش»، به ویژه صص ۲۹۴-۲۹۰.

2. See Steiner; "Individual Liberty".

3. See, for instance, Ross; *The Right and the Good*.

فعل خوب به حساب می‌آید که همراه با نیت خیر باشد. اختیار تنها صحت فعل را تأمین می‌کند، یعنی مبنای وجود فعل انسانی یا ارادی قرار می‌گیرد، ولی برای خوب بودن آن فعل به نیت اخلاقی و خیر نیازمندیم. بر این پایه درست به دلیلی که در توضیح سطح عدالت آمد، وظیفه حکومت این است که شرایط صحت افعال انسان‌ها را با رفع موانع موجود بر سر راه اختیار فراهم آورد. «امر درست» می‌تواند در حوزه عمومی یا در قلمرو «حکومت» و اقتدار سیاسی قرار بگیرد، به این معنا که با اقتدار سیاسی تنها باید به تأمین اراده آزاد و اختیار افراد دست زد. ولی در حوزه خصوصی و در جوامع مدنی است که می‌توان از نیت و فعل اخلاقی سخن به میان آورد. دلیل این است که در حوزه عمومی و حکومتی بایدها و نبایدها به نحو الزامی و قهری ارائه می‌شوند، حال آن که در حوزه خصوصی آن‌ها را در قالب «دعوت و توصیه» عرضه می‌کنند تا فرد بتواند مبتنی بر باورهای اخلاقی خود دست به انتخاب بزند.

تحلیل کانت، به شرحی که در بالا آمد، کاملاً با تفکیک میان امر درست و امر خوب منطبق است و آن را تأیید می‌کند. بر این پایه کانت معتقد است قانون به دنبال امر درست است و فقط با آزادی بیرونی سر و کار دارد و کاری با دلایل یا مقاصد شهروندان در استفاده از آزادی‌هایشان ندارد. در مقایسه، اخلاق به دنبال امر خوب است و با انگیزه‌ها و دلایل افراد در استفاده از آزادی‌ها یعنی با آزادی درونی سر و کار دارد.^۱ در این ارتباط، کانت ابتدا تکالیف انسان را به دو دسته تکلیف در قبال خود و تکلیف در قبال دیگران تقسیم می‌کند. این تقسیم بندی بی نیاز از توضیح است. وی سپس این تکالیف را در

1. نگ: سالیوان؛ اخلاق در فلسفه کانت، صص ۵۶-۵۴.

دو دسته تکالیف کامل و تکالیف غیر کامل طبقه بندی می‌نماید. تکلیف کامل در قبال خود مانند منع خودکشی و در قبال دیگران مانند منع قول دروغ است. تکلیف غیر کامل در قبال خود مانند لزوم شکوفایی استعداد خود و در قبال دیگران مانند لزوم نیکوکاری نسبت به آنهاست. تکالیف کامل آنهایی هستند که از یک سری اصول ضروری ناشی می‌شوند و باید اجرا گردند. لذا می‌توان با استفاده از اجبار و فشار بیرونی آنها را اجرا و اعمال کرد. در مقایسه، تکالیف غیر کامل مستلزم آن است که انسان‌ها یک سری اصول مثل لزوم نیکوکاری را اتخاذ کنند. از دید کانت، روشن است که تکالیف غیرکامل یا ناقص در قبال دیگران را نمی‌توان اجبار و الزام کرد؛ چرا که نمی‌توان انسان‌ها را بر خلاف اراده و اختیارشان به اتخاذ اصول و یا عمل به آن اصول اجبار کرد. به علاوه، از میان تکالیف کامل، تکلیف در قبال خود را نیز نمی‌توان الزام و اجبار نمود؛ زیرا استفاده از الزام بیرونی در حوزه امر قضایی و عدالت است و در این حوزه فقط با روابط با دیگران سر و کار داریم. مضاف بر این که الزام شخص به انجام تکلیف کامل در قبال خود، تکامل و رشد شخصیت اخلاقی او را خدشه‌دار می‌سازد، حال آن که این شخصیت پایه انجام وظایف اخلاقی و مایه کمال اخلاقی انسان است که به نوبه خود غایت نهایی طبیعت است.^۱ در نتیجه تنها تکالیف کامل در قبال دیگران در حوزه امر درست و حقوق قرار می‌گیرد و مابقی تکالیف در حوزه امر خوب و اخلاق است.

در این زمینه لاک استدلال می‌کند که وظیفه حاکم مجازات همه گناهان - از قبیل کفر، حرص، دروغگویی و بی‌رحمی - نیست. دلیل این است که گناهی از این دست نه به حقوق کسی لطمه

1. رک: اسکروتن؛ کانت، صص ۱۷۷-۱۷۲.

می‌زند و نه صلح عمومی جامعه را خدشه دار می‌سازد. به نظر وی اگر هم در سرزمین‌هایی برخی از این گناهان مجازات می‌شود نه به دلیل تعرض به خداوند بلکه به دلیل صدمه ای است که به واسطه آن‌ها به همسایگان فرد گناهکار یا جامعه رسیده است.^۱ این بیان به تحلیل میل از دید سود-انگاری نزدیک است. وی علاوه بر این که تنها دلیل دخالت قدرت سیاسی از طریق قانون را جلوگیری از ورود ضرر به غیر می‌داند، آشکارا تأکید می‌کند که قانون صرفاً در منطقه روابط بیرونی انسان مجاز به دخالت است و منطقه درونی انسان که جامعه ممکن است به نحو غیر مستقیم در آن نفع داشته باشد باید از قلمرو قانون بیرون بماند. وی این منطقه درونی را شامل قلمرو هوشیار ضمیر او دانسته و معتقد است در این منطقه است که وجدان انسانی به جامع‌ترین معنای آن باید آزاد باشد.^۲ هابرماس به طور مشخص قانونگذار را از دخالت در حوزه خصوصی منع می‌کند.^۳ همچنین آیزیا برلین بر لزوم وجود یک مرز میان میدان عمل دولت و میدان عمل فرد، پای می‌فشرد و سؤال را روی نقطه دقیق این مرز می‌برد. به نظر وی تعیین مرز یادشده سخت است، چه مورد اختلاف ابنای بشر است و همچنین به این دلیل که زندگی آنان به هم وابسته است. اما در اصل لزوم این مرز شکی نیست. باید مرزهای طبیعی‌ای وجود داشته باشد که افراد در درون آن از تعرض مصون بمانند، در غیر این صورت بر انسانیت خود اهانت روا داشته و منکر آن شده ایم.^۴

-
1. لاک؛ نامه‌ای در باب تساهل، صص ۵۶-۵۷ و ۹۷-۹۸. همچنین، نگ: روسو، قرارداد اجتماعی، صص ۵۱۰-۵۱۲.
 2. میل؛ رساله درباره آزادی، صص ۴۲ و ۴۸-۴۹.
 3. نگ: هولاب؛ یورگن‌هابرماس، ص ۲۹۰.
 4. برلین؛ چهار مقاله درباره آزادی، صص ۷۲-۷۴، ۴۴-۴۰ و ۲۹۶-۲۹۵.

همین طور، آخوندزاده قانون و نظام حقوقی را از مداخله در روابط شخصی افراد که بر رضایت آنان مبتنی گشته، برحذر می‌دارد. به نظر او نباید در اعمالی که به امنیت و عدالت لطمه نمی‌زنند، مداخله کرد.^۱ به علاوه، اگرچه کاتوزیان تصریح می‌کند که هدف حقوق، عدالت است، اما ذیل ویژگی اجتماعی بودن حقوق، توضیحاتی آورده است که مؤید تفکیک میان امر درست و امر خوب است. از نظر وی هدف قواعد حقوقی تنظیم روابط اجتماعی است و با وجه فردی زندگی انسان کاری ندارد. وجوه فردی زندگی انسان که به طور کلی به سلامت روح و جسم مربوط می‌شود با اخلاق است و لی اداره زندگی اجتماعی با حقوق است. قواعد حقوقی به حسن نیت و انگیزه‌های افراد کاری ندارد و از آن جهت که اعمال آنان با دیگران ربط پیدا می‌کنند، با آنها سر و کار دارد. در آخر تصریح شده است که قواعد حقوقی دو طرفی، حال آن که قواعد اخلاقی یک طرفی هستند.^۲

تمام نظرات بالا در حقیقت بر لزوم به رسمیت شناختن «حریم خصوصی» و مصون ماندن آن از اعمال اقتدار سیاسی تأکید و اصرار می‌کنند. به عبارت دیگر، حریم خصوصی روی دیگر آزادی‌های مدنی و سیاسی است. برای وجود یافتن چنین آزادی‌هایی صرفاً لازم است که حکومت و جامعه در حوزه‌هایی از زندگی فردی دخالت نکنند و مانع اقدامات انسان در این حوزه نگردند. این همان تعبیر «آزادی منفی» به معنای عدم المانع است.^۳

نظریه‌پردازان دینی تلاش نموده‌اند چه به صورت برون دینی بر اساس تحلیل‌های فلسفی و جامعه‌شناختی و چه به صورت درون دینی با تمسک به متون دینی از

1. برای نمونه، نگ: آخوندزاده؛ مقالات فلسفی، صص ۴۰-۳۴.

2. نگ: کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، ج ۱، صص ۵۴۲-۵۱۶ و ۵۷۹-۵۷۷. مقایسه کنید با همان منبع، صص ۵۸۵-۵۸۲. همچنین بنگرید: کاتوزیان؛ گامی به سوی عدالت، صص ۱۷۳-۱۷۱.

3. نگ: برلین؛ چهار مقاله درباره آزادی، به ویژه صص ۲۴۴-۲۴۳.

حریم خصوصی دفاع کنند. برای مثال، مجتهد شبستری بر این باور است که در عصر حاضر جامعه و دولت دو واقعیت متفاوت‌اند و رشد معنوی افراد جامعه به فرهنگ جامعه مربوط می‌شود و نه حکومت و دولت. دولت در حقیقت از فرهنگ عمومی جامعه تبعیت می‌کند و متناسب با آن وظایفی را به عهده می‌گیرد ولی نمی‌تواند و نباید فرهنگ بسازد. به علاوه، در این ارتباط باید گفت که از مسلم بودن حرمت شرعی یک عمل و مسلم بودن مجازات اخروی آن نمی‌توان مستقیماً این نتیجه را گرفت که آن عمل در قانون نیز باید جرم شناخته شود و مرتکب آن باید مجازات گردد.^۱ کدیور، از یک منظر درون دینی، بر این ادعاست که قرآن کریم آن چه را که لازمه‌های ضابطه زندگی خصوصی می‌نامد، صراحتاً تأیید می‌کند. از نظر وی ضابطه زندگی خصوصی این است که در صورت تمایل شخص بتواند آن را مخفی نگهدارد. لازمه آن این است که تجسس و تفتیش، از یک سو و اشاعه و انتشار احوال شخص، از دیگر سو، ممنوع شود. در این ارتباط، قرآن در آیه ۱۲ سوره حجرات و آیه ۱۹ سوره نور، تجسس و اشاعه فحشا را منع می‌کند. کدیور نتیجه می‌گیرد که معنای واضح این دو نهی موکد شرعی ضمانت دینی رعایت حریم زندگی خصوصی است و استدلال می‌کند که به دلیل اطلاق موجود در آیه ۱۲ سوره حجرات و با توجه به اصل در مسئله و ملاک حکم، همه ساکنان جامعه اسلامی اعم از مسلمان و غیر مسلمانان را مشمول حکم رعایت حریم مذکور می‌داند.^۲

در پاره‌ای از مواد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قانونگذار در حقیقت به تعیین حد حقوق پرداخته است. برای مثال می‌توان به اصل ۲۳ (ممنوعیت تفتیش عقاید)، اصل ۲۴ (آزادی بیان

۱. مجتهد شبستری؛ نقدی بر قرائت رسمی از دین، صص ۳۴-۳۳، ۸۹ و ۱۱۰-۱۱۲.

۲. نگ: کدیور؛ «اسلام؛ فضای عمومی و خصوصی».

نشریات)، اصل ۲۵ (منع بازرسی و تفتیش نامه‌ها و ...)، اصل ۳۲ (منع دستگیری غیر قانونی)، اصل ۳۳ (منع تبعید)، اصل ۳۶ (اصل قانونی بودن مجازات‌ها)، اصل ۳۷ (اصل برائت)، و اصول ۴۶ و ۴۷ (مالکیت خصوصی نسبت به حاصل کسب و کار و مالکیت خصوصی به طور کلی) اشاره کرد.

۴-۵. حفظ حقوق عامه

میرزا ملک خان قانون را «اجتماع قوای آحاد یک جماعت برای حفظ حقوق عامه» می‌داند. این قانون باید برای حفظ امنیت جان و مال و ناموس مردم باشد و امور مالی کل جامعه را سامان دهد.^۱ عبدالرحیم طالبوف این حقوق را به حقوق اکثریت تأویل می‌کند و برای حقوق اقلیت در صورت تعارض، هیچ جایگاهی قائل نیست.^۲ آدمیت تلاش می‌کند برای ارزیابی ادای مسئولیت دولت، معیاری عینی ارائه کند. در این راستا خوشبختی افراد که هیأت اجتماع را می‌سازند، به عنوان معیار معرفی می‌شود. این خوشبختی به نوبه خود در تأمین نیازمندی‌های اجتماعی و اقتصادی و سیاسی نهفته است و نیازمندی‌های مذکور یعنی حقوق افراد جامعه. با این وصف، حفظ حقوق عامه افراد هدف قانون و حکومت است که آدمیت آن را به تعبیر دیگر عدالت عرفی می‌داند.^۳ همچنین، آخوندزاده معتقد است قانون اساسی باید برای تمامی مردم به‌ویژه زن و مرد حقوق و آزادی‌های برابر به رسمیت بشناسد.^۴

اصل ۱۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای

1. ملک خان؛ *روزنامه قانون*، شماره‌های ۲، ۱۱ و ۳۵. همچنین، نگ: مونتسکیو، *روح القوانين*، صص ۸۸۱-۸۸۲.
2. طالبوف؛ «مسائل الحیات»، ص ۸۴، نقل شده در آدمیت، *اندیشه‌های طالبوف تبریزی*، ص ۴۶.
3. رک: آدمیت؛ *اندیشه ترقی*، صص ۱۷۱-۱۷۲ و ۱۹۲.
4. نگ: آخوندزاده؛ *مقالات فلسفی*؛ و آدمیت، *اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده*.

مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند، حقوق مساوی در نظر می‌گیرد و رنگ و نژاد و زبان و مانند اینها را سبب امتیاز نمی‌داند. در اصل ۲۰ مقرر شده است که همه افراد ملت از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند. اصل ۲۲ حیثیت، جان، حقوق، مسکن و شغل اشخاص را به جز به حکم قانون، از تعرض مصون می‌دارد و اصل ۴۵ مقرر می‌دارد که انفال و ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید.

۴-۶. تمشیت امور دولت

دولت یا همان جامعه سیاسی که از عناصری چون سرزمین، جمعیت و اقتدار سیاسی تشکیل می‌شود، دربرگیرنده یک سری نهاد و مجموعه‌ای از افراد با موقعیتی خاص است. مهم‌ترین این نهادها حکومت است و اصلی‌ترین افراد با موقعیتی خاص، شهروندانند.^۱ کلسن در بخشی از نظریات خود ادعا کرده است که هدف قانون و نظام حقوقی تنظیم و کنترل یا تمشیت دولت (با اجزای مذکور) است.^۲ این تمشیت می‌تواند و باید تمامی قواعد و نهادهای لازم برای انجام آن را در بر بگیرد. با این وصف، قانون مجموعه احکام اداره دولت خوانده شده و قانون اساسی حاوی حقوق پادشاه (حکومت) و رعیت (ملت) دانسته شده است.^۳ می‌توان تفاسیر گوناگونی از این دیدگاه ارائه داد. طالبوف در عین حال که قانون را مجموعه

1. برای بحث مفصل از مفاهیم دولت، حکومت و شهروندان، نگ: قاضی؛ حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، به ویژه دفترهای دوم، سوم و پنجم؛ کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، صص ۴۲-۵۱ و

Barendt; *An Introduction to Constitutional Law*.

2. See Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 384.

3. طالبوف؛ «ایضاحات در باب آزادی»، ص ۱۲۰؛ آدمیت، *اندیشه‌های طالبوف تبریزی*، صص ۴۴-۴۵؛ و حجاریان، «مشروطه مشروعه و جمهوری اسلامی».

احکام برای اداره دولت می‌داند، هدف این قانون را عدالت می‌داند. اما تمشیت مذکور خود با هدف استقرار عدالت انجام می‌شود، هرچند نقطه شروع در پیدایش قانون، ایجاد نظم و ایجاد شرایط بقا بوده است.^۱ ابوالقاسم گرجی نیز هدف از قانون را «انتظام امور جامعه» ذکر می‌کند.^۲

توجهاتی که منتظری، از مؤسسان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، برای وضع قوانین و مقررات می‌آورد حاکی از آن است که وی هدف از قانون را تمشیت امور دولت می‌داند. در حقیقت با فرض وجود تشکیل حکومت در عصر غیبت دوازدهمین امام شیعیان، منتظری (هم منتظری جوان و هم منتظری متأخر) به دنبال ارائه چارچوبها و قواعد لازم برای اداره حکومت دینی و تنظیم و کنترل تمامی جنبه‌های زندگی در یک دولت اسلامی بوده است. از این روست که «اداره امور جامعه و حفظ نظام و برقراری امنیت راه‌ها و اقامه عدل و قسط در کشور» را جزو دلایل وضع قوانین و مقررات می‌آورد و نتیجه عدم انجام این کار و رها نمودن متخلفان و مجرمان را از هم گسیختگی و آشفتگی همه‌گیر می‌داند. به عبارت دیگر، از آنجا که جامعه تشکیل شده است از افرادی با تمایلات مختلف که قطعاً به تزاخم می‌انجامد پس لازم است برای تمشیت امور جامعه و حراست از مرزهای آن از هر حیث، قانون و مقررات وضع گردد.^۳ اگرچه نظریات متأخر وی قیدهایی گوناگونی را، عمدتاً از جنس آزادی‌های مدنی سیاسی و پاسخ‌گویی حکومت، بر روش حکومت دینی می‌افزایند، ولی با این همه نظریه وی هنوز در پی ارائه یک دستگاه دینی برای تمشیت امور دولت (در تمام زمینه‌ها) است.

1. طالبوف؛ «ایضاحات در باب آزادی»، ص ۱۲۲؛ و آدمیت، اندیشه‌های طالبوف تبریزی، صص ۲۵-۲۴. همچنین رک: آدمیت؛ اندیشه ترقی، ص ۱۷۰ و ۱۹۱-۱۹۰.
2. گرجی؛ مقالات حقوقی، ص ۲۷۳.
3. برای نمونه، نگ: منتظری؛ مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج. ۱، ص ۲۸۶ و ج. ۳، صص ۴۷۷-۴۷۶.

۷-۴. همگرایی اجتماعی

انتظار تئوری پردازان اجتماعی از قانون متفاوت از برداشت و انتظار دیگران است. هدفی که آنها برای قانون تعیین می‌کنند از درک آنها از جامعه و روابط حاکم بر انسان‌ها در محیط اجتماعی ناشی می‌شود. هابرماس بر این باور است که هدف قانون و نظام حقوقی صرفاً انجام کارکردهای عادی مورد نیاز یک جامعه پیچیده نیست، بلکه باید شرایط یک همگرایی اجتماعی را فراهم آورد. در حقیقت، حقوق باید به مثابه وسیله همبستگی آگاهانه اجتماعی عمل کند. این همگرایی از طریق تفاهم متقابل اعضای جامعه قابل دستیابی است، اعضای که با هم ارتباط می‌گیرند و ادعاهای معتبر یکدیگر را می‌پذیرند.^۱

بحث از هدف قانون در حقیقت بیان کننده حد و قلمرو قانون نیز هست. از این رو به ذکر نظرات در این ارتباط می‌پردازیم.

1. Habermas; *Between Facts and Norms*, p. 83.

۵

قلمرو قانون و قانونگذاری

بحث از قلمرو قانون و قانونگذاری را تحت سه عنوان «محتوا»، «موضوع» و «قلمرو مکانی» پی خواهیم گرفت. پیداست که قانون در قلمروهای گوناگون قابل اجراست. از یک حیث، قانون در زمان و مکان خاصی لازم الاجرا می‌گردد، ولی از آنجا که درباره قلمرو زمانی قانون به طور ضمنی در بخش ویژگی‌ها سخن رفته است، پس در این بخش تنها به قلمرو مکانی اشاره خواهد شد. به علاوه، محتوا و موضوع قانون نیز قلمرو آن را معین می‌کنند. محتوا به محدوده کلی قانون و ارتباط آن با حوزه‌های مجاور مانند اخلاق مربوط می‌شود و موضوع به انواع و سطوح قوانین مختلف که پس از تعیین یافتن محتوای خاص بروز می‌یابند، برمی‌گردد.

۵-۱. محتوای قوانین

بسیاری از متفکرین قدیمی مرزی میان سیاست و اخلاق قائل نمی‌شدند. به این معنا که سیاست را ادامه اخلاق می‌دانستند و در نتیجه هیچ بخش از اعمال و رفتارهای انسان خارج از حوزه قانونگذاری قرار نمی‌گرفت. بر این پایه محتوای قانون همان محتوای اخلاق دانسته می‌شد.^۱ متفکرانی چون ژان بدن برای قانونگذاری عادلانه و عاقلانه حاکم شروطی را مطرح ساخته‌اند. از نظر او مهم‌ترین قانون طبیعی، قانون احترام به آزادی فطری افراد و اموالشان است. بر این

۱. برای نمونه، نگ: افلاطون؛ «قوانین»، کتاب ششم، ص ۲۲۰.

اساس معتقد بود پادشاه نباید بدون رضایت نمایندگان طبقات مالیات وضع کند یا بدون دلیل حقانی، فردی را از مال خود محروم کند.^۱

پارهای از متفکرین حقوقی و اخلاقی، مانند بکاریا، بر این باور بوده اند که تابعان یک نظام حقوقی می‌توانند، یعنی حق دارند، هر کاری را که قانون منع نکرده است انجام دهند.^۲ با این وصف، قانون ایجاب نمی‌گوید انسان‌ها به چه چیزی حق دارند بلکه فقط به نحو سلبی موارد ممنوعه را تعیین می‌کند. در نتیجه اصل بر حق داشتن اشخاص است مگر خلاف آن با قانون مصرح و معین مشخص شده باشد.

اصل محتوایی که ایمانوئل کانت نظام ارزشی مورد پیشنهادش را بر آن بنا می‌نهد، در حقیقت به عنوان یک حد برای هر نوع نظام بایددار و ارزشی از جمله اخلاق و حقوق، عمل می‌کند و قوانین اخلاقی یا حقوقی را از نقض آن اصل بر حذر می‌دارد. اصل مزبور مبین این نظر است که انسان و به طور کلی هر ذات خردمند به منزله یک غایت ذاتی وجود دارد و نمی‌توان آن را به عنوان ابزار و وسیله برای غایتی دیگر به کار گرفت. این اصل در قالب یک دستور به تمامی موجودات خردمند امر می‌کند که «چنان رفتار کن تا بشریت را چه در شخص خود و چه در شخص دیگری همیشه به عنوان یک غایت به شمار آوری، و نه هرگز تنها همچون وسیله‌ای». با این وصف، حکومت و قانون ملزم به رعایت کرامت و ارزش ذاتی انسان است و حق ندارد به نحوی در زندگی انسان‌ها مداخله کند که چون وسیله و ابزار به شمار آیند و بر زندگی خود به عنوان یک غایت در خویش و امری ذاتاً مطلوب تسلط نداشته باشند.^۳

1. نگ: عنایت؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، ص ۱۱۰.
 2. پرادل؛ تاریخ اندیشه‌های کیفری، صص ۴۲-۴۰. مونتسکیو نیز نظری مشابه دارد، نگ: روح القوانين.
 3. کانت؛ بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق، صص ۷۴-۷۲؛ و سالیوان، اخلاق در فلسفه کانت، ص ۳۶.

با توجه به نظریه هگل درباره ارتباط میان فرد، جامعه، دولت و آزادی (مذکور در بخش هدف قانون)، می‌توان دریافت که وی دولت را در وضع قوانین تام الاختیار می‌داند. این البته برخاسته از فرض بنیادین اوست که دولت مظهر عقل و تنظیم کننده روابط افراد در اجتماع مدنی به صورتی کاملاً معقول، است. بر این پایه خواست و میل حقیقی فرد همان خواست دولت است. در نتیجه حداکثر می‌توان گفت که هگل عقل را، با توضیحات پیش گفته، حد قانون می‌داند.

از دیدگاهی که هدف قانون تعیین حد حق‌های اخلاقی است، قانون تا آنجا می‌تواند پیش‌رود که به آن حق‌ها لطمه نزند. به این معنا که حتی با توجیه منفعت عمومی نمی‌توان قانونی وضع کرد که ناقض حق‌های اخلاقی شهروندان باشد.^۱ در حقیقت، از دید برخی از قرائت‌های این نظریه، دولت و قانون کاری جز حفظ و حراست از حق‌های اولیه شهروندان ندارند^۲ و دولت با ابزار قانون نقش یک شبگرد را در جلوگیری از ورود لطمه به آن حقوق ایفا می‌کند.^۳ از دید تئوری اوکشات نیز حد محتوایی قانون، آزادی‌های افراد است و قانون تا سرحد این آزادی‌ها جلو می‌آید.^۴ این نظر تقریباً در تضاد با نظر برخی از متفکرین، مانند طالبوف (همان طور که در بالا آمد)، است که برداشت آن‌ها از حق، حق اکثریت بوده و در حقیقت همان تصمیمات نمایندگان اکثریت است که در قالب قانون جلوه‌گر می‌شوند.

۱. دورکین؛ «جدي گرفتن حق‌ها»، صص ۲۵۳-۲۱۷. همچنین بنگرید به منابع نقل شده در ذیل نظریه «حد حق» در قسمت «هدف و فلسفه قانون».

۲. See Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, pp 26-27

۳. نگ: مگی؛ مردان اندیشه، ص ۳۹۵؛ برلین؛ چهار مقاله درباره آزادی، صص ۲۴۴-۲۴۳؛ و هایک؛ قانون، قانونگذاری و آزادی، صص ۸۴-۸۳.

۴. نگ: بشیریه؛ تاریخ اندیشه سیاسی در قرن بیستم: لیبرالیسم و محافظه کاری، ص ۲۷۹.

در مقابل، از دید متفکرانی چون آستین از آنجا که قانون همان فرمان شخص حاکم^۱ است، بنابراین نمی‌توان برای آن حدی، به لحاظ محتوایی، تصور کرد. حد قانون در حقیقت حد قدرت حاکم است، که از این دید نامحدود است.^۲

معیار پیشنهادی جان استوارت میل اصل لاضرر می‌باشد. به موجب این اصل قانون در جایی وارد می‌شود که فرد یا جامعه در معرض خطر زیان آشکار یا خطر احتمالی آن قرار دارد. لذا قانون برای جلوگیری از این موارد وضع و تصویب می‌گردد.

از منظر متفاوت، برخی حد محتوایی قانون را به شکل سلبی تعیین نموده اند. به این معنا که از پیش موادی تعیین می‌گردد که قانونگذار حق ندارد در قوانینی که وضع می‌کند آن مواد و محتوا را بگنجاند. در این ارتباط، پوپر دولت را از دخالت در آزادی‌های شهروندان بیش از حدی که می‌توان از آن اجتناب کرد، برحذر می‌دارد.^۳ همچنین، برای مثال می‌توان به ممنوعیت تحدید آزادی بیان یا منع آزادی مذهب در برخی از نظام‌های حقوق اساسی اشاره کرد. با این وصف، قوانین آتی نبایستی ناقض این گونه موارد باشند.^۴ برای مثال، می‌توان به اصل ۱۵۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اشاره کرد که قانونگذار را از وضع قوانینی که موجب سلطه بیگانه می‌گردد، منع کرده است.

هابرماس به طور مشخص قانونگذار را از دخالت در حوزه خصوصی منع می‌کند و هانا آرنست، یکی از خطرات حکومت را ناپدید شدن مرز میان امر عمومی و خصوصی می‌داند. با این وصف، قلمرو قانون باید به مرزهای امر یا حوزه

1. Sovereign.

2. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 253-59

3. رک: بوزتی؛ درس این قرن، ص ۱۳۱.

4. See Kelsen; "The Function of a Constitution", pp. 111-19.

عمومی محدود شود.^۱

در این ارتباط، تحلیل مطهری از آزادی نشان می‌دهد که وی در حقیقت به نوعی آزادی مثبت یا آزادی در انجام امری خاص (یعنی آزادی در بالفعل کردن استعدادهاي انساني و نه حیوانی) قائل است. از این رو، می‌توان گفت از دید وی نه تنها قانون نمی‌تواند انجام پاره‌ای از امور را در قالب آزادی و حق تضمین کند، بلکه باید از تحقق آن‌ها جلوگیری نماید. به گفته وی «آزادی انسان در آزادی شهوات خلاصه نمی‌شود» و «اسلام می‌خواهد آزادی واقعی - در بند کردن حیوانیت و رها ساختن انسانیت - به انسان بدهد». وی دو نوع آزادی را در تاریخ با هم مقایسه می‌کند: یکی آزادی کورش و دیگری آزادی ابراهیم. وقتی کورش وارد بابل شد، مردم را در اعتقاداتشان آزاد گذاشت و محدودیتی برای آن‌ها قائل نشد. ولی ابراهیم بر عکس کورش معتقد بود که عقاید جاهلانه مردم، عقیده نیست، زنجیرهایی است که عادات سخیف بشر به دست و پای او بسته است. پس در اولین فرصت معبودهای دروغین مردم را درهم شکست. مطهری نتیجه می‌گیرد که «از دیدگاه اسلام، آزادی و دموکراسی بر اساس آن چیزی است که تکامل انسانی انسان ایجاد می‌کند». وی آزادی در اسلام را معادل «انسانیت رها شده» می‌گیرد حال آن که معتقد است در غرب آن را معادل «حیوانیت رها شده» می‌دانند. در نتیجه مطهری اعلام می‌دارد که «باید همان کاری را بکنیم که ابراهیم خلیل‌الله کرد».^۲

بنابراین، پیداست که قانون باید درون مرزهای «رهایی انسان» بماند و از آن تجاوز نکند. با این حال، به نظر می‌رسد مقایسه بالا از مغالطه عدم رعایت سطح تحلیل رنج می‌برد. با توجه به تفکیک میان امر درست و خوب، که در بالا توضیح داده شد، می‌توان اقدام کورش را متعلق به حوزه یا امر

۱. نگ: هولاب؛ یورگن هابرماس، ص ۲۹۰؛ و آرنست، انقلاب، ص ۳۵۹.

۲. رک: مطهری؛ پیرامون انقلاب اسلامی، صص ۷-۸ و ۱۰۴-۹۹.

درست (عدالت و نظام سیاسی) و در مقایسه، اقدام ابراهیم را متعلق به حوزه یا امر خوب (اخلاق و معنویت) دانست. در این صورت قیاس آن دو اقدام با یکدیگر مع الفارق بوده و از این رو نمی‌توان نتیجه یاد شده را از آن گرفت.

به‌طور کلی، از دید آن قرائت دینی که منشأ و مرجع قانون را خداوند می‌داند، حد قانون محدود به چارچوب‌های قوانین الهی است و هر چند شورای قانونگذار اتفاق آرا داشته باشد، نمی‌تواند قانونی برخلاف کتاب خدا و گفتار پیامبر وضع کند.^۱ در این ارتباط، با این که محسن کدیور حقوق وضعی را می‌پذیرد، ولی این قید و شرط را اضافه می‌کند که «حلالی حرام نشود و حرامی حلال نگردد».^۲ پیداست که حد قانون و حقوق از دید او قوانین الهی است و صریحاً اعلام می‌کند که بی‌شک در یک جامعه اسلامی قوانین آن نباید مخالف با «موازین اسلامی» باشند.^۳

بنا بر اصول ۲ و ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حد محتوایی، کلیه قوانین اسلام است. در اصل ۷۲ اعلام شده است که قانون باید منطبق با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی شناخته شده باشد. حد مزبور در جای جای قانون اساسی - مانند اصول ۲۰، ۲۴، ۴۴ و ۱۰۵ - تکرار شده است. افزون بر این، در اصل ۹۱ قانون مزبور نهادی به نام شورای نگهبان به منظور تضمین آن انطباق پیش‌بینی شده که وفق اصل ۹۳، مجلس شورا بدون این شورا فاقد اعتبار دانسته شده است. همچنین تفسیر قانون اساسی نیز مطابق اصل ۹۸ از اختیارات شورای نگهبان به حساب آمده است. از طرف دیگر در اصل ۵۶ حق حاکمیت انسان بر سرنوشت

۱. نگ: مودودی؛ *قانون اساسی در اسلام*، صص ۶۵-۶۴، ۶۸ و ۷۱-۷۰؛ منتظری، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، به ویژه جلد‌های ۱ و ۳؛ صدر، *اقتصاد ما*، به ویژه ج. ۲؛ و صدر، *جمهوری اسلامی*.
 ۲. کدیور؛ *دغدغه‌های حکومت دینی*، صص ۳۱۳-۳۱۱.
 ۳. کدیور؛ «پله پله تا ادعای الوهیت».

خویش به عنوان يك حق خداداد به رسمیت شناخته شده و تصریح گردیده است که هیچ کس حق سلب این حق را ندارد.

۲-۵. موضوع قانونگذاری

از آنجا که افلاطون هدف قانون را اخلاق و خیر عمومی ذکر می‌کند، بنابراین موضوعات قانونگذاری از نظر وی بسیار گسترده‌اند. آن‌ها موضوعاتی چون زناشویی و زادن فرزندان و تربیت آنان و همچنین تربیت و طرز رفتاری که هر کس از آغاز جوانی تا سال‌های پیری باید پیش بگیرد را در بر می‌گیرند.^۱

جان لاک با توجه به ویژگی الزام‌آور بودن قانون که متکی بر کیفر و مجازات است، استدلال می‌کند که قانون نباید وارد موضوع حقیقت و دین گردد. به این معنا که حقیقت و باورهای دینی را نمی‌توان با قهر وارد ذهن افراد کرد و وسایل قانونی، یعنی کیفر و مجازات، ابزار خوبی برای متقاعد کردن ذهن انسان‌ها نیست و لذا قانون نباید در آن دو موضوع مداخله کند و از این رو حاکم نه می‌تواند مراسم و عباداتی را اجبار کند و نه مناسک از قبل پذیرفته شده‌ای را منع نماید. در حقیقت، قانون به مفهوم صحیح متضمن قید و محدودیت نیست، بلکه راهنمای انسان آزاد و هوشمند به سوی منافع برحق اوست.^۲

با توجه به توضیح روسو درباره خیر عمومی، موضوع قانونگذاری از نظر او در دو محور خلاصه می‌شود: آزادی و برابری. ماندن در این محدوده و تلاش برای وصول به این دو هدف در حقیقت از نابودی جامعه جلوگیری خواهد کرد. به ادعای او، افراد ملت در مورد عقایدشان تا زمانی که با

۱. نگ: افلاطون؛ «قوانین»، کتاب نخست، ص ۲۰۳۸.

۲. رك: لاک؛ نامه‌ای در باب تساهل، صص ۵۹، ۹۳-۹۲ و ۱۰۴؛ و جـونز، خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، ص ۸۰۲.

جامعه ارتباطی ندارد، نباید به هیأت حاکمه حساب پس بدهند.^۱ با توجه به تز کلی هگل مبنی بر فرایند عقلانی ترقی تاریخ و از آنجا که هگل دولت را مظهر و تجلی ایده آل یک ملت می‌داند، بنا بر این از نظر او دولت و قانون حق نظارت و دخالت در کلیه مظاهر حیات ملی را مانند فرهنگ و اقتصاد و تعلیم و تربیت و همچنین کلیه منافع شخصی اتباع کشور، دارد. با این وصف، موضوعی خارج از حیطه قانون و اقدام حکومتی باقی نمی‌ماند.^۲ بر اساس نظریه عدالت جان رولز موضوع قانونگذاری در دو حوزه توزیع آزادی‌ها و منابع اقتصادی / اجتماعی جای می‌گیرد. افزون بر این، در توزیع آزادی‌ها رعایت اصل برابری ضروری است و در توزیع منابع، همان‌گونه که پیشتر آمد، به شرط انتفاع پایین‌ترین طبقه اقتصادی و مبتنی بر وجود فرصت برابر برای همه، می‌توان توزیع نابرابر داشت.^۳

برخی از نویسندگان بر این باورند که مرجع قانونگذاری در تمامی زمینه‌هایی که به مصالح عامه مربوط می‌شود حق قانونگذاری دارد.^۴ از دیدی دیگر، قانون در برگرفته مجموع قواعد و ضوابط حاکم بر نظام اجتماع است یعنی حاکم بر روابط افراد با یکدیگر، حاکم بر روابط افراد با دولت و حاکم بر خود دستگاه دولت.^۵ آن دسته از متفکرین دینی که تفسیر حداکثری از دین ارائه می‌دهند، بر پایه اعتقاد به جامعیت دین و این که تمام عرصه‌های فردی و اجتماعی حیات انسان تحت شمول قوانین دینی قرار می‌گیرد، بر این

-
1. نگ: روسو؛ قرارداد اجتماعی، صص ۲۴۰-۲۲۷.
 2. نگ: هگل؛ عقل در تاریخ؛ هگل، عناصر فلسفه حق، ص ۲۹۳، بند ۲۵۷؛ و بازارگاد، تاریخ فلسفه سیاسی، ج ۳، ص ۹۳۶.
 3. See Rawls; *A Theory of Justice*, ch. 4 et seq.
 4. رك: ملكم خان؛ روزنامه قانون، شماره‌های ۶ و ۲۲.
 5. نگ: آدمیت؛ اندیشه ترقی، ص ۱۷۰.

باورند که قوانین می‌توانند و باید تمامی آن عرصه را پوشش داده و تمشیت کنند.^۱ از يك منظر، اسلام دین گسترده‌ای است که مقررات و قوانین آن بر اساس دولت و حکومت پیریزی شده است. اسلام هم دین است و هم دولت، هم عقیده است و هم نظام هم عبادت و اخلاق و تشریح است و هم اقتصاد و سیاست و حکومت.^۲ به عبارت دیگر، چون قوانین دینی بر اساس توحید بنا شده و در مرحله بعد بر اخلاق فاضله استوار گشته اند، بنابراین بر تمامی اعمال بشر، فردی یا اجتماعی، حاکم است. هر چیزی که با انسان ارتباط پیدا می‌کند، مقررات دینی در آن جای پا دارند. در نتیجه، بنا بر این ادعا «در اسلام جایی و مجالی برای حریت به معنی امروزیش نیست» و انسان‌ها در اجرا یا عدم اجرای قوانین مزبور اختیاری ندارند.^۳

قانونگذار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۷۱، حق قانونگذاری در عموم مسائل را به مرجع قانونگذاری داده است. با این حال، برای مثال در اصل ۹ اعلام داشته است که آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک ناپذیرند. بنابراین اصل نه به بهانه آزادی می‌توان استقلال و تمامیت ارضی را به خطر انداخت و نه می‌توان بالعکس با نام تمامیت ارضی و استقلال، آزادی‌ها را سلب نمود.

۳-۵. قلمرو مکانی قانون

۱. برای مثال، نگ: مصباح یزدی؛ نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه اول؛ و

Nasr, *Ideals and Realities of Islam*, p. 106; and Nasr, *Islam and the Plight of Modern Man*, p. 111.

۲. منتظری؛ مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج. ۱، صص ۱۱۲-۱۱۳ و ۱۹۱-۱۹۲. همچنین، نگ: ترکمان، رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل الله نوری، صص ۵۶-۵۹؛ صدر، جمهوری اسلامی، به ویژه صص ۱۶-۱۸؛ و صدر، اقتصاد ما، ج. ۲.

۳. طباطبائی؛ تفسیر المیزان، ج. ۴، صص ۱۸۵-۱۸۳.

قلمرو قانون از نقطه نظر جغرافیایی محدود به مرزهای یک کشور است. به عبارت دیگر، قوانین ملی‌اند و فقط در درون یک کشور قابل اعمال هستند. برخی از نویسندگان حقوقی، این را «اصل حکومت محلی قانون» نامیده‌اند که به موجب آن قانون فقط بر سکنه کشور متبوع یا بر وقایع درون مرزهای کشور، حاکم است.^۱ از دیگر سو، عام بودن قانون به این معناست که باید بتوان آن را در سراسر قلمرو سرزمینی اجرا کرد و کسی از آن تخلف نکند. این به نوبه خود مستلزم وجود دولت ملی است که پیش شرط ایجاد حاکمیت قانون است. ویژگی اعمال و الزام قانون در مکان و سرزمینی خاص، از گذشته دور با مفهوم و معنای قانون درآمیخته بوده است. ادعا این است که اگر چه واژه نوموس یا قانون از زمان یونان باستان تا کنون معانی گوناگونی به خود گرفته ولی هرگز دلالت مکانی از آن حذف نشده است. به این معنا که مفهوم گستره یا اقلیمی که قدرتی مشروع با حد و رسم معین در آن به اجرا در می‌آید همیشه جزء مؤلف معنایی آن بوده است.^۲

با روشن شدن ماهیت و هدف قانون باید پرسید سرچشمه این قانون کجاست؟ آیا منبع یا منابعی برای قوانین وجود دارند؟ اگر آری، آنها کدامند؟

1. Austin; "The Uses of the Study of Jurisprudence", pp 365-67 Hart, *The Concept of Law*, p. 21 and Raz, *The Concept of a Legal System*, p. 2.

همچنین نگ: جعفری لنگرودی؛ مقدمه عمومی علم حقوق، صص ۱۰۷-۱۰۵.
 2. رک: آرنست؛ انقلاب، صص ۲۶۹-۲۶۷. همچنین، نگ: حجابیان، «حاکمیت قانون و ساختار سیاسی»، ۱۲۱-۱۲۰.

٦

منابع قانون

متفکرین مختلف منابع گوناگونی را برای قانون تعیین کرده‌اند. هر یک از آنان از منظری خاص به قانون می‌نگرند و در نتیجه به منشا و منبعی متناسب با آن منظر اشاره نموده‌اند. این گوناگونی البته به تفاوت در مبانی موجهه مورد پیشنهاد متفکرین و نظریه‌پردازان انجامیده است که در بخش بعدی بدان خواهیم پرداخت.

۶-۱. دین

از نگاه دینی، منبع قوانین به طور اصلی و اولیه وحی و متون دینی است. این قوانین باید در یک نظم سلسله مراتبی به اراده خداوند منتهی شوند.^۱ بنابراین تأکید اصلی نویسندگان دینی بر منابع وحیانی و دینی است و اگر هم از عقل به عنوان یک منبع قانون نام برده می‌شود در کنار و عرض منابع دینی بدان اشارت می‌رود و به همین دلیل است که وقتی منابع بیان می‌شوند بلافاصله قید «کاشف اراده خداوند» بدان ضمیمه می‌گردد.^۲ ملا احمد نراقی در ضمن مباحثی که در اثبات ولایت فقیه آورده بر فقه و احکام اسلامی به عنوان منبع اصلی و عمده قوانین تأکید نموده است. این احکام و دستورات فقهی‌اند که می‌توانند منبع

1. برای نمونه، رک: مصباح یزدی؛ نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه هشتم؛ نصر، «اثنی عشریه»، ص ۱۱۷۶؛ مودودی، قانون اساسی در اسلام، ص ۶۸؛ و

Nasr; *Ideals and Realities of Islam*, pp 9394

2. نگ: جوادی آملی، ولایت فقیه؛ جوادی آملی، فلسفه حقوق بشر، ص ۱۰۵؛ و العشماوی، اصول الشریعه، ص ۳۸.

قوانین لازم‌الرعایه واقع شوند.^۱ به عبارت دیگر، آن چه از نظر وی مهم است حاکمیت احکام فقهی است و حتی اگر حاکمان از نظرات فقها پیروی کنند، از این دید قابل پذیرش خواهد بود.^۲ نظریه‌پردازانی چون نوری صراحتاً بیان می‌دارند که قانون پیامبر اسلام ختم قوانین است و آنچه وی آورده بیان صلاح حال عباد تا روز قیامت است و اگر کسی گمان کند که مقتضیات عصر تغییر دهنده بعضی از مواد آن قانون الهی است یا مکمل آن است، چنین کسی از عقاید اسلامی خارج است. به تعبیر وی بهترین و کامل‌ترین قوانین در دست امامیه است که جامع تمام احتیاجات مردم است. کوچک‌ترین چیزی از حوزه این قوانین خارج نیست پس ابداً به قانون جدید نیازی نمی‌افتد و اساساً جعل قانون، کلی یا جزئی، منافات با اسلام دارد. وی تا آنجا پیش می‌رود که می‌گوید «قانون اساسی و اعتبار به اکثریت آرای اگر چه در امور مباحه بالاصل هم باشد چون بر وجه قانون التزام شده و می‌شود حرام تشریحی و بدعت در دین است و کل بدعه ضلاله، مباح را هم اگر التزام به آن نمایند و لازم بدانند و بر مخالفت آن جزاء مترتب نمایند حرام است».^۳ در مقایسه، نائینی ضمن قبول انحصار قانونگذاری الهی و پذیرش دین به عنوان منبع هر گونه دستور و مقررات، زمانی قانونگذاری را بدعت و در مقابل تشریح الهی می‌داند که یک حکم و دستور غیر شرعی و غیر الهی، شرعی و الهی خوانده شود. به گفته وی «... در مقابل شارع مقدس دکان باز کردن که در لسان اخبار بدعت و در اصطلاح فقها تشریحش هم گویند در صورتی متحقق و صورت‌پذیر گردد که غیرمجموع شرعی خواه حکم جزئی شخصی باشد یا عنوان عام یا کتابچه دستور کلی هر

1. نگ: نراقی؛ عوائد الایام؛ و نراقی، حدود ولایت حاکم اسلامی.
 2. رک: فیرحی؛ «اندیشه سیاسی ملا احمد نراقی»، صص ۱۹-۱۲.
 3. ترکمان؛ رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل الله نوری، صص ۵۷-۵۶، نقل قول از ص ۱۰۶.

چه باشد به عنوان آنکه حکم مجعول شرعی و حکم الهی عز اسمہ است ارائه و اظهار و الزام و التزام شود و الا بدون اقتران به عنوان مذکور هیچ نوع الزام و التزامی بدعت و تشریح نخواهد بود...»^۱.

به تعبیری دیگر، قوانین ثابت مستقیماً توسط وحی در دسترس جامعه قرار می‌گیرد و قوانین متغیر که توسط انسان - پیامبر و جانشینان وی - تدوین می‌گردند، باید در چارچوب قانون الهی باشند. لذا منبع اصلی قانون، مستقیم یا غیر مستقیم، دین است، هرچند ادعا می‌شود که خداوند به‌عنوان یکی از عقلای قانونگذاری می‌کند و مصالح و مفاسد انسان را در نظر می‌گیرد.^۲

طالبوف اساس و منبع قوانین را قرآن می‌داند و قانون نویسی را چیزی جز فصل‌بندی معانی قرآن که به اقتضای عصر و لزوم حفظ حوزه اسلام فهم شده اند، نمی‌داند.^۳

اقبال لاهوری بهترین نظام حکومت برای مسلمانان را نظام اسلامی و قانون اساسی آن را قرآن و آیین‌نامه‌هایش را اخبار و سنت پیامبر و امامان و خلفای راشدین می‌داند.^۴ محمد تقی جعفری نیز خداوند را خالق حقوق و تکالیف بندگان می‌داند.^۵

امام خمینی اساس تمامی قوانین کشور اعم از قانون اساسی و قوانین عادی را اسلام، یا به تعبیر وی در جایی دیگر «فقط قانون الهی»، می‌داند و منتظری بر این باور است که دین مبین اسلام به تمام احتیاجات انسان در مسائل مربوط به زندگی و یا عالم پس از مرگ توجه و عنایت دارد و برای همه

-
1. نائینی؛ تنبیه الامه و تنزیه المله، صص ۱۰۵-۱۰۳.
 2. طباطبائی؛ ظهور شیعه، صص ۷۴-۷۰؛ تفسیر المیزان؛ و محمدصانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، صص ۱۹، ۱۵۴-۱۴۲.
 3. نگ: طالبوف؛ «ایضاحات در باب آزادی»، ص ۱۲۲.
 4. مشایخ فریدنی؛ «مقدمه»، ص ۶۷.
 5. نگ: جعفری تبریزی؛ تحقیق در دو نظام حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب، ص ۱۷۵.

آن مسائل قوانین و مقررات دارد.^۱ پیداست که با این وصف دین باید منبع قانون باشد. همین طور، از نظر بهشتی همه قوانین باید از قله اصول عقیدتی و عملی اسلام سرزیر شوند و مطهری اسلام را یک قانون اصلی و اساسی می‌داند که قوانین مملکت باید با رعایت موازین آن تدوین و تنظیم گردند.^۲ سید محمد باقر صدر نیز اساس قانونگذاری را احکام اسلام می‌داند و معتقد است همه برنامه‌ها باید در پرتو شریعت اسلامی وضع گردند.^۳

منبع قانون در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دین است. برای مثال، قانونگذاران در مذاکرات نهایی تصویب پیش نویس قانون مزبور تصریح نموده‌اند که منظور از قانون همان قانون شرع است.^۴

۲-۶. جامعه

بر اساس نظریه هابز، قدرت سیاسی و حکومت با توافق و قرارداد اعضای جامعه شکل می‌گیرد و این قدرت مکلف است از جسم و جان و ثروت آن اعضای حمایت و حفاظت کند. از این دیدگاه، هر آنچه حکومت انجام می‌دهد مورد قبول همگان است و نمی‌تواند عادلانه نباشد، چراکه عدالت یعنی امر مورد توافق همه و امر عادلانه یعنی امر مورد قبول همگان. بنابراین، منبع قانون در حکومت‌هابزی جامعه است که وضع و تولید آن را

1. موسوی خمینی؛ صحیفه نور، ج. ۵، ص ۳۱۰ و ج ۱۸، ص ۲۷۳؛ موسوی خمینی، شنون و اختیارات ولی فقیه، ص ۲۹؛ و منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج. ۱، صص ۱۱۲-۱۱۳.

2. بهشتی؛ مبانی نظری قانون اساسی، ص ۱۵؛ و صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ص ۲۱۴ (اظهارات بهشتی)؛ و مطهری، پیرامون انقلاب اسلامی، صص ۸۳-۸۲.

3. صدر؛ جمهوری اسلامی، ص ۱۶.

4. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلسه ۲۴، ص ۶۳۱: مذاکرات مربوط به اصل ۲۲.

به حاکم منتخب و قراردادی واگذار کرده است.^۱ نه تنها مونتسکیو در تحلیل انواع قوانین منشا الهی و عقلی را در مورد قوانین سیاسی و مدنی به میان نمی‌آورد بلکه در بحث از این قوانین همه جا به قدرت قانونگذار، قبول مردم و انطباق با روحیات، شرایط و نیازها اشاره می‌کند. افزون بر این، اگرچه وی در کنار قسمت انتخابی قوه مقنن که از نمایندگان مردم تشکیل می‌یابد به یک قسمت موروثی متشکل از اشراف معتقد است، ولی چنین می‌نماید که با توجه به این نکات منبع قانون در تئوری مونتسکیو، به طور اصولی و عمده جامعه است.^۲

طبق نظریه قرارداد اجتماعی روسو «قانون از اراده عمومی ناشی می‌شود» و «قوانین چیزی جز بیان اراده ما نیست».^۳ اراده عمومی نیز با قرارداد و توافق اعضای جامعه صورت می‌پذیرد. از این رو، می‌توان گفت منبع قانون از دید این تئوری همان جامعه است. جامعه با توافق خود و مجتمع ساختن اراده‌هایش، در حقیقت منشأ و مکانیزم خلق قوانین را معین می‌سازد. در همین راستا، بکاریا از پیروان قرارداد اجتماعی است و به این دلیل قانون را محصول یک توافق اجتماعی به منظور به دست آوردن صلح و آزادی پایدار می‌داند.^۴ طرفداران مکتب تاریخی - اجتماعی، مانند ساوینی، منبع قانون را رفتار اجتماعی می‌دانند، به این معنا که قانون در حقیقت الگوهای رفتاری است که مورد قبول کلی جامعه قرار می‌گیرد. بنابراین قانون نیز مانند رفتارهای اجتماعی رشد و تحول می‌یابد، دچار ضعف و قوت می‌شود و با از بین رفتن جامعه مربوط از بین می‌رود.^۵ هایکه نیز

1. رک: هایز؛ لویاتان، صص ۳۱۰-۳۰۱.

2. نگ: مونتسکیو؛ روح القوانين، کتاب اول.

3. روسو؛ قرارداد اجتماعی، ص ۱۹۱.

4. نگ: اردبیلی؛ حقوق جزای عمومی، ج ۱، ص ۸۶.

5. Freeman; Lloyd's Introduction to Jurisprudence, pp.786-88

قانون به معنای دقیق کلمه را قواعد منتزعه از رفتار آدمیان در جوامع آزاد می‌داند و به این معنا منبع قانون نزد وی جامعه است.

نظریه پردازان اثبات‌گرا، از جمله هارت، بر این باورند که اساساً قانون و نظام حقوقی از رفتار و عرف اجتماعی ریشه می‌گیرد و محصول نهادهای اجتماعی است. از این رو می‌توان گفت که منبع قانون از دید آن‌ها در نهایت جامعه است.^۱ هانس کلسن، یکی دیگر از اثبات‌گراها، تمامی هنجارهای حقوقی را به قانون اساسی یا هنجار بنیادین برمی‌گرداند و این هنجار را به نوبه خود محصول عرف یا اقدام یک یا چند فرد می‌داند. پیداست که قواعد حقوقی از نظر او در نهایت مخلوق جامعه، هر چند به روش‌های گوناگون، است.^۲ از دید هر دو متفکر، هر چند با اندکی تفاوت در تعبیر، منبع نهایی قانون در یک فرایند قانونگذاری و به دست یک ارگان قانونی خلق نمی‌شود. به تعبیر هارت این منبع خود یک داده تاریخی است و به زبان کلسن منبع مزبور یک پیش‌فرض است.^۳ همین‌طور، با توجه به قرائت رولز از قرارداد اجتماعی می‌توان تئوری وی در باب منبع قانون را، جامعه ذکر کرد.

در میان قواعد فقهی که در حقیقت بخشی از ماده و محتوای حقوق دینی را تشکیل می‌دهند، موارد بسیاری به چشم می‌خورد که منبع قانون را عرف و جامعه معرفی می‌کند. این موارد به ویژه در خصوص معاملات به معنای خاص فراوان آمده، اگرچه محدود به آن نیست. برای نمونه، می‌توان به قواعد «استعمال الناس حجه» (عرف جامعه حجت است)، «انما تعتبر العاده اذا اطردت او غلبت» (عادت همین

1. See Hart; *The Concept of Law*, esp. as at ch. 5; and Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 345.

2. See Kelsen; *The Pure Theory of Law*, pp. 221-23 "The Function of a Constitution", pp. 111-19 and *General Theory of Law and State*, pp. 369-70

3. رک: آثار کلسن و هارت و توضیحات فرین در دو پانوشته پیشین.

که گسترش یافت یا غلبه پیدا کرد، معتبر است)، «تغیر الاحکام بتغیر العادات» (احکام با تغییر عاداتها، متغیر میشوند) و «الاصل في المعاملات انّها تابعة للعرف» (اصل در معاملات، حاکمیت قواعد عرفی است) اشاره کرد.^۱

آدمیت بر این اعتقاد است که نیازمندی‌های آدمی در هیأت مجموعش مرکب از عناصر اجتماعی و اقتصادی و سیاسی است و همان عناصر، حقوق اجتماعی و اقتصادی و سیاسی آدمی را می‌سازند. همچنین وی قانون را حاصل قرارداد اجتماعی می‌داند.^۲ با این وصف، منبع قانون از دید او جامعه و روابط و وضعیت اجتماعی است.

۳-۶. طبیعت

همان‌گونه که در بالا آمد، ارسطو بر طبیعت و ذات اشیا تأکید داشته و منبع هرگونه حرکت به سوی کمال را طبیعت مزبور می‌داند. این اعتقاد درباره قانون نیز صادق است و می‌توان گفت از این منظر، منبع قانون طبیعت است. البته در اینجا بحث از طبیعت انسان است. به این معنا که انسان از یک ذات عقلانی برخوردار است یا به تعبیر ارسطو یک حیوان ناطق است. با به کار انداختن این طبیعت است که انسان به تجربه و سپس انتزاع قوانین می‌پردازد.^۳ انتزاع مزبور را شاید بتوان یک امر عقلانی دانست ولی در بن این امر، نظریه ذات یا طبیعت قرار دارد و به همین جهت به نظر می‌رسد منبع قانون از این دیدگاه را باید طبیعت دانست.^۴

بنا بر یک قرائت از حقوق طبیعی، نظام حقوقی

1. رك: مصطفىوي؛ القواعد. همچنین بنگرید: کرکی، جامع المقاصد في شرح القواعد.

2. اندیشه ترقی، صص ۱۷۲-۱۷۰.

3. See, "Aristotle", sec. Ethics, p. 5.

4. See, for example, Miller; "Political Naturalism", p. 2.

ساخته دست انسان‌ها در حقیقت ترجمه قانون طبیعی است که توسط عقل کشف شده است.^۱ به عبارت دیگر، منبع قانون ساخته دست بشر، باید قانون طبیعی باشد و قوانینی که حکومت می‌گذارند فقط تا زمانی معتبرند که با آن قانون برتر طبیعی مغایر نباشند. قانون طبیعی به نوبه خود آن قانونی است که پیش از تشکیل جامعه مدنی بر مردم حاکم بوده و مردم بر اساس آن روابط خود را تنظیم می‌کرده‌اند. این قانون، قانون حراست نوع بشر است.^۲

ژان بدن میان حاکمیت و مجرد نظم فرق می‌گذارد و در توضیح ادعا می‌کند که فقط نظمی عادلانه است که بر قوانین طبیعی متکی باشد. این قوانین به نظر وی از اراده الهی بر می‌خیزند و وسیله شناخت آن‌ها عقل است. بنا بر این از نظر بدن نیز منبع قانون در نهایت طبیعت است.^۳

۴-۶. عقل

پاره‌ای از متفکرین منشأ قانون را عقل می‌دانند. این باور به روش‌های گوناگون بیان شده است. برای مثال، همان‌طور که در بالا (چیستی قانون) آمد، مبنای موجهه قانون دلایل عقلی است و الا نمی‌توان از آن پیروی کرد. برخی از طرفداران حقوق طبیعی، قانون را اقتضا عقل عملی می‌دانند.^۴ اقتضات عقل عملی خود در نتیجه ترکیب یکی از ارزش‌های پایه - حیات، معرفت، تداخل اجتماعی، تجربه زیبایی‌شناختی، بازی و سرگرمی، عقل عملی و پرستش - با لوازم روش شناختی این عقل به دست

1. See, for instance, Aquinas; *Summa Theologica*, Art.s 1-4.

2. نگ: عالم؛ تاریخ فلسفه سیاسی غرب، صص ۲۷۷-۲۷۶ و ۲۸۵؛ و جونز، خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، صص ۸۴۷-۸۴۶.

3. نگ: عنایت؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، ص ۱۹۰.

4. See, for example, Finnis; *Aquinas*, pp 255-56

می‌آید.^۱

نظریه معتزله در باب اخلاق، در مقابل نظریه اشاعره، مبین این ادعاست که قواعد و اصول اخلاق و عدالت، عقلی‌اند. بنابراین نظر، اساساً هنجارها از یک چستی عقلانی برخوردارند و لذا قوانین نیز از منبع عقل سرچشمه می‌گیرند.^۲ یکی از قرائت‌های معاصر این نظریه را می‌توان در آرا و اندیشه‌های محمود محمد طه و شاگرد او عبدالله احمد النعیم یافت. از نظر آنان آنچه از احکام و قوانین در دست مسلمین قرار دارد در حقیقت برساخته مسلمانان قرون اولیه اسلام است که با تلاش عقلی خود به وجود آورده‌اند. قوانین مزبور از منابع اصیل دینی مانند قرآن و سنت استخراج شده‌اند اما این امر، از یک سو، در یک بستر تاریخی و اجتماعی و متأثر از عوامل اقتصادی و فرهنگی انجام شده و از دیگر سو، یک تلاش عقلی و متأثر از تئوری‌های پذیرفته شده نزد فقها و دیگر متفکرین مسلمان بوده است. لذا از این منظر، مبنای موجهه قوانین همانا عقل انسانی است که البته با توجه به مقتضیات عصری و مبتنی بر نظریه‌های معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی قابل دفاع زمان، صورت می‌گیرد. به دیگر سخن، قانون و حقوق در واقع یک برساخته عقل انسانی است در بستر تاریخ و جامعه.^۳ اشاره مجمل به پیشنهاد مشخص آنان را به بخش تفسیر و امی‌گذاریم.

همین طور، نظریه کانت درباره ارزش‌ها، اعم از اخلاقی و حقوقی، را می‌توان در دسته نظریات عقل‌گرا جای داد. از نظر او اصولاً از قانونی می‌توان و باید پیروی کرد که از انسان نشأت گرفته باشد. به عبارتی، انسان باید خود بنیانگذار قوانین لازم برای زندگی اخلاقی و حقوقی خود باشد. این ایده مبنای اصل استقلال یا خود

1. Finnis; *Natural Law and Natural Rights*, pp 281-90

2. See, for instance, Fakhry; *Ethical Theories in Islam*.

3. See An-Na'im; *Toward an Islamic Reformation*, esp. as at pp. xiv, 10-11 & 186.

آئینی^۱ در فلسفه ارزش کانت، است. از این رو، منبع و مبنای موجهه قانون در این مکتب عقل ناب انسانی است.^۲

کسروی، قانون را برخاسته از قوه «روان» در انسان می‌داند که در برگزیده خرد و عقل است. به طور کلی وی خرد را معیار شناخت و سنجش همه امور جهان می‌داند.^۳ سپهسالار (میرزا حسین خان مشیرالدوله) در ارتباط با پایه‌های نظام قانونی جدید بر عقل و علم تأکید می‌کرد.^۴ محقانی، از متفکرین و فعالین حقوقی عصر مشروطه و پس از آن، معتقد است حکم منطق و عقل این است که حکومت و قانون از جمع میان احکام الهی و نظر مساعد ملت به وجود آید. با این وصف، قوانین و نظام‌هایی که بر پایه‌ای غیر آن دو قرار دارند مورد حمله عقل و منطق و معروض مواخذه تاریخ گردیده‌اند.^۵ آدمیت نیز تصریح می‌کند که حکومت بر اصول قوانین موضوعه عقلی بنا نهاده می‌شود.^۶ همین‌طور، آخوندزاده عقل را منبع وضع تمامی قوانین می‌داند.^۷

این که منبع یا منابع قانون کدامند در حقیقت پرده از مبنای قانون برمی‌دارد و نسبت قانون را با مبانی گوناگون مانند اخلاق، عدالت، سیاست و مثل آن روشن می‌سازد. از این رو بر پایه نظرات و دیدگاه‌های مطرح در این قسمت به بررسی مبانی قانون می‌پردازیم.

1. Principle of Autonomy.

2. See Paton; *The Moral Law*; Korsgaard, *The Sources of Normativity*; and O'Neill, "Autonomy: the Emperor's New Clothes".

3. نگ: کسروی؛ «دولت به ما پاسخ دهد»، صص ۹-۸؛ جزایری، «کسروی و برخورد فرهنگی شرق با غرب»، ص ۴؛ و یزدانی، کسروی و مشروطیت ایران، صص ۲۴-۲۵.

4. آدمیت؛ اندیشه ترقی، صص ۱۷۲-۱۷۳.

5. محقانی؛ دین و شئون، صص ۳۲-۲۹.

6. اندیشه ترقی، ص ۱۴۶.

7. برای نمونه، رک: آخوندزاده؛ مقالات فلسفی، صص ۴۰-۳۴؛ و آدمیت، اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده، صص ۱۴۵-۱۴۶.

۷

مبانی قانون

همان‌گونه که در بالا آمد، نگاه به قانون و حقوق از دیدگاه‌های مختلف منجر به ادعاهای مختلف درباره مبنای موجهه قانون می‌گردد. در زیر این ادعاها را بررسی خواهیم کرد.

۷-۱. قانون و اخلاق

همان‌طور که در بالا (بخش هدف قانون) آمد، قانون به مثابه ابزار هدایت امور سیاسی، از نظر افلاطون و ارسطو ادامه اخلاق و از همان جنس است. هر دو متفکر به دنبال برقراری نیروی اخلاقی قوانین سیاسی‌اند.^۱ به این دلیل، اگرچه در تحلیل نهایی می‌توان گفت که از نظر این دو متفکر قانون باید بر پایه یک توجیه عقلانی استوار گردد، ولی مبنای موجهه مستقیم قانون نزد آنان همان اخلاق است. در اهمیت این نکته همین بس که اساساً خوبی و بدی یک حکومت از این دیدگاه به خوبی و بدی اخلاقی قوانین آن برمی‌گردد.

طرفداران حقوق طبیعی قانون را درآمیخته با اخلاق می‌دانند. به تعبیر توماس آکویناس قانون در جهت اخلاقی شدن انسان وضع و اجرا می‌شود.^۲ از نظر فینیس، وضع قانون، چه به دست مجلس قانونگذار چه به دست نهادهای قضایی، می‌تواند و باید مطابق با قواعد و اصول اخلاقی صورت گیرد.^۳

1. برای نمونه، نگ: افلاطون؛ «قوانین»، ارسطو، سیاست؛ و فاستر، *خدایان اندیشه سیاسی*، جلد اول، صص ۲۱۴-۲۱۲.

2. Aquinas; *Summa Theologica*, Art. 1.

3. *Natural Law and Natural Rights*, pp. 281-90.

براساس نظر دورکین مردم می‌توانند از تبعیت از قانونی که مخالف وجدان آن‌هاست، خودداری کنند البته در مقابل ممکن است مجازات شوند.^۱ از این دیدگاه مخالفت با اخلاق، وصف قانون را از قانون بودن سلب نمی‌کند، هر چند مجوز نافرمانی داده می‌شود.

از دیدگاه جامعه‌گراها اخلاق یک جامعه باید وارد قوانین شود. این اخلاق جزء متشکله شخصیت انسان‌هاست و نمی‌توان آن را در قانونگذاری کنار نهاد.^۲

از دیدگاهی دیگر، جان آستین بر این باور است که میان قانون و اخلاق جدایی کامل برقرار است. به این معنا که بود و نبود حقوق یک چیز است و خوبی و بدی آن چیزی دیگر؛ این دو با هم یکی نیستند.^۳ هارت نیز از این نظر دفاع می‌کند و معتقد است که یک معنای جدایی حقوق و اخلاق این است که اعتبار قوانین بسته به اخلاقی بودن آن‌ها نیست.^۴ به عبارت دیگر، هرچند در بسیاری موارد قواعد حقوقی با ارزش‌های اخلاقی منطبق‌اند ولی یک رابطه ضروری میان حقوق و اخلاق وجود ندارد. بر این پایه، نمی‌توان گفت چون برخی از قوانین مخالف اخلاق‌اند پس اصلاً قانون نیستند. این قوانین از اعتبار قانونی برخوردارند، هرچند می‌توان آن‌ها را اخلاقاً به نقد کشید.^۵ از این رو باید میان «اعتبار» و «درستی» قوانین تفکیک قائل شد و تاکید کرد که هر قانون معتبری ضرورتاً یک قانون اخلاقاً درستی نیست.

هانس کلسن نیز هدف از تئوری‌پردازی خود را جدا سازی يك اتحاد سنتي می‌داند. آن اتحاد میان

1. «نافرمانی مدنی»، صص ۱۶۷-۱۲۷.

2. See Peach; *Legislating Morality*, chs 1-2.

3. See Austin; *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture V, p. 184; and Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, pp. 213-14 & 657 (on Holmes' similar view).

4. See Hart; *The Concept of Law*, pp. 180-200; and Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, pp. 347-48.

5. See Hart; "Positivism and the Separation of Law and Morals", pp. 615-21.

حقوق و اخلاق بوده است. به دیگر سخن، ادعا این است که قاعده حقوقی همان قاعده اخلاقی نیست و اولی هیچ چیز در ارتباط با ارزش - اخلاقی یا سیاسی - روابط تحت کنترل خود نمی‌گوید. مهم اعتبار هنجارها و قواعد حقوقی است که با برگرداندن آن‌ها به هنجار بنیادین یا قانون اساسی تأمین می‌شود.^۱

در مقایسه، بنا بر یک دیدگاه دینی قانون چیزی جز یک ابزار برای نیل به اهداف اخلاقی نیست.^۲

۲-۷. قانون و سیاست

از نظر رونالد دورکین قانونی که به ضرر اکثریت و اقلیت هر دو است در حقیقت مجوز نافرمانی را برای شهروندان صادر می‌کند. به این معنا که اقتضای سیاست ملی این است که قوانین به گونه‌ای نباشند که نفع کل یک ملت را به خطر اندازند.^۳ بر این اساس، سیاست به معنای نفع همه اعضای جامعه تعریف و بدین سبب قانون تأمین‌کننده آن نفع فرض گرفته می‌شود.

با توجه به نکته بالا، برخی از صاحب نظران دینی معتقدند از آنجا که بسیاری از اوقات اتفاق می‌افتد که حکومت نیاز شدیدی به جعل قانونی را پیدا می‌کند که منابع آن به هیچ وجه در کتاب و سنت نیست، بنابراین نیازهای حکومتی که همانا به دنبال تأمین منافع تمام افراد است (یعنی سیاست به معنای یاد شده) و نه منبعی دیگر، منشا قانونگذاری و قانون قرار می‌گیرد.^۴

1. See Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 293; and Kelsen, *The Pure Theory of Law*, pp. 517-22.

2. مصباح یزدی؛ «خاستگاه حقوق»، ص ۵.

3. دورکین؛ «نافرمانی مدنی»، صص ۱۳۹-۱۳۳.

4. رك: حائري يزدی؛ نقدي بر مقاله «سیري در مباني ولايت فقيه». مؤلف نکته فوق را دليل جدایي دين و سياست می‌داند.

گفتنی است که از يك منظر توصیفی، به هر حال، آرایش و توان نیروهای سیاسی و حساسیت عموم مردم نسبت به اموری که به سرنوشت آنها مربوط می‌شود، تعیین‌کننده تصمیم نهایی در سطح حکومت، به ویژه در حوزه قانونگذاری، است.^۱ به این معنا، برخی از جمله واقع‌گرایان حقوقی اوایل قرن بیستم و طرفداران مطالعات انتقادی حقوقی در نیمه دوم قرن پیشین، معتقدند قانون اساسی منعکس‌کننده دیدگاه‌ها و گرایش‌های سیاسی است. به عبارت دیگر، تصمیمات در نظام حقوقی همیشه از يك چستی سیاسی برخوردارند و بسته به اهداف و نیازهای افراد، قواعد و نهادهای متناسب با آنها برگزیده می‌شود.^۲

در جمهوری اسلامی ایران نمایندگان مردم در مجلس قانونگذار بنا بر اصل ۶۷ قانون اساسی قسم می‌خورند که آزادی مردم و مصالح آنان را در گفته‌ها و نوشته‌ها و اظهار نظرها در نظر داشته باشند و به همه آنها خدمت کنند. و به این معنا نمایندگان مزبور باید به نفع همه اعم از اکثریت و اقلیت بیندیشند.

۳-۷. قانون و عدالت

از دیر باز عدالت به عنوان گم‌شده قانون و مبنای مستحکم آن ادعا شده است. به رغم این که تفسیر متفکرین و نظریه پردازان از عدالت یکی نبوده و نیست، بسیاری از آنان مبنای قانون را عدالت می‌دانند و بر این باورند که قانون باید از عدالت برخیزد. حتی شواهدی در قدیمی‌ترین

همچنین نگ: حائری یزدی، «گفت و گوهای خردمندانه درباره حکومت اسلامی».

۱. نگ: حجاریان؛ جمهوری، صص ۴۵ و ۷۴-۷۳.

۲. See, Kelly; *A Short History of Western Legal Theory*, chs 9-10; and Collins, "Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement", pp. 397-98, 407.

اسناد حقوقی^۱، مانند اوروکگینا^۲ متعلق به ۲۴ قرن قبل از میلاد مسیح، وجود دارد که نشان می‌دهد حاکم با سوگند یاد کردن به نام خدا، خود را مقید به فعل یا ترک فعل عادلانه می‌کند.^۳ همین طور اورنمو و حمورابی در قانون نامه‌ها، خود را پایبند عدالت و رفاه عمومی می‌سازند.^۴ از میان متفکرین اروپایی، ژان بدن مبناي موجهه قانون را عدالت می‌داند. وی در تفسیر این ادعا توضیح می‌دهد که منظور از عدالت انطباق با قانون طبیعت است که با ابزار عقل آن را می‌شناسیم. بر این پایه، حاکم حقیقی که منشا وضع قوانین است بایستی مبتنی بر عدل و عقل حکم براند.^۵

از دید رونالد دورکین قانون وقتی بر عدالت استوار می‌گردد که برابری و آزادی شهروندان را تأمین کند.^۶ این تأمین با اجبار مقام‌های حکومت و شهروندان به قبول برابری ارزشی شهروندان و اعمال آن صورت می‌گیرد.

جعفری لنگرودی در ارزیابی نظرات مختلف درباره مبناي حقوق و قانون، ابتدا از عدالت به عنوان مبناي صحیح قانون طرفداری می‌کند و آنگاه دو مبناي دیگر را بدان می‌افزاید. آن دو مبنا عبارتند از عقل و مصالح اجتماعی. در عین حال از نظر وی قانونگذار ممکن است در تشخیص راه

1. گفتنی است که اسناد حقوق باستان بر سه دسته‌اند: الواح حاوی فرمان، الواح حاوی قانون و الواح حاوی پرونده‌های حقوقی. اوروکگینا یک فرمان نامه است. اورنمو، اشنونا و حمورابی، همان طور که در بالا آمد قدیمی‌ترین قانون نامه‌ها هستند.

2. Uru-kagina.

3. Cited in Gadd; "Society and Social Problems", p. 140.

4. For example: Hamurabi, i27-49, xlvi 9-58 & xlvi 59-78. See Roth, *Law Collections*, pp. 16, 76-77 & 133-34.

5. رك: عنایت؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، ص ۱۹۰؛ و جونز، *خداوندان اندیشه سیاسی*، جلد دوم، صص ۷۷-۷۸.

6. See Habermas; *Between Facts and Norms*, p. 215.

عدالت اشتباه کند.^۱
 بنا بر تفسیری دیگر، قانون باید بر اصول
 عدالت مبتنی گردد و این اصول را خدا و حکما و
 عقلا بنی آدم روشن نموده اند.^۲

۴-۷. قانون و دین

برخی از نظریه پردازان معاصر، مانند لئو
 اشتراوس، معتقدند عقل نمی تواند شرط و زمینه لازم
 برای زندگی اخلاقی و سیاسی را فراهم آورد و فقط
 اعتقاد به وجود ماورایی خداوندی که پاداش
 می دهد و به عذاب می رساند، چنین شرط و زمینه ای
 را به دست می دهد. از این دیدگاه، عقل موجب
 نابودی ایمان گردیده و راه را برای یک زندگی
 بربری باز نموده است. لذا مبنای اصلی قانون در
 این مکتب ایمان دینی است و در این ارتباط بود که
 کنار گذاشته شدن اندیشه حقوق طبیعی سنتی را
 منتهی به نیهیلیسم می دید.^۳ حقیقت نزد اشتراوس
 یک کالای لوکس است که برای معدودی از افراد نخبه
 خوب است و چنانچه به ایمان مذهبی ضربه بزند
 نباید در اختیار عموم قرار گیرد. ایمان نیز
 وسیله ای است برای سامان دادن به زندگی و حفظ
 انسانیت هرچند خالی از حقیقت باشد.^۴

بر اساس یک تفسیر دینی، قانون را فقط می توان
 به قوانین الهی اطلاق نمود. از این رو، چیزی به نام
 قانونگذاری اصیل و واقعی در میان انسانها
 نمی تواند و نباید وجود داشته باشد. ملا احمد
 نراقی قانون را تنها قانون الهی می داند و معتقد
 است آن دسته از قواعد که توسط فقیه عادل از

1. نگ: جعفری لنگرودی؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی؛ و جعفری
 لنگرودی، حقوق اسلام، صص ۱۸-۱۷.

2. ملکم خان؛ روزنامه قانون، شماره ۲. آدمیت نیز جوهر
 قانونگذاری را در عدالت می داند؛ نگ: اندیشه ترقی،
 ص ۱۷۰.

3. رک: اشتراوس؛ حقوق طبیعی و تاریخ، صص ۲۰-۱۸.

4. See Drury; "Strauss, Leo (1899-1973)".

منابع دینی به دست می‌آید، قواعد اجرایی قانون الهی است. با این وصف، مشروعیت هر قاعده الزام آور به قوانین الهی برمی‌گردد.^۱ به تعبیری دیگر، از دید شیخ فضل الله نوری، آنچه تحت این نام انجام می‌گیرد تدوین دستورالعمل و تعیین صغریات اعمال مامورین دولت و تعیین ضابطه برای امور شخصی است.^۲ چنین می‌نماید که قانونگذار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در هنگام بررسی و تصویب متن قانون اساسی از این دیدگاه به قانون می‌نگریسته است. بر همین اساس در مذاکرات مزبور یک پیشنهاد این بوده است که در توضیح وظایف قوه مقننه عبارت «تصویب و تنظیم مقررات» اضافه شود تا در مقابل «تقنین و تشریح» که فقط حق خداوند است و پیشتر در اصل ۲ آن قانون بدان تصریح شده، قرار نگیرد.^۳ نائینی نیز مبنای موجهه هر گونه قانون و مقررات را دین و دستورات الهی می‌داند. با این فرق - در مقایسه با برخی از نظرات بالا - که از نظر وی اگر قانونگذاری در هر سطح منطبق با دستورات دینی باشد و در حقیقت با رد فروع به اصول، قانون به دست آمده معمول الهی دانسته شود، بدعت نیست و تشریح در مقابل تشریح الهی محسوب نمی‌شود.^۴

تفسیرهای دینی دیگری وجود دارند که اصل وجود قانون انسانی را نفی نمی‌کنند اما تاکید می‌کنند که مشروعیت قانون به دین بر می‌گردد، یعنی نظام حقوقی در حقیقت تبلور و تجلی دستورات دینی است و از طریق یک حاکم الهی به خداوند وصل می‌شود

-
1. نگ: عوائد الایام؛ و نراقی، حدود ولایت حاکم اسلامی.
 2. ترکمان؛ رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل الله نوری، صص ۵۹-۵۷.
 3. نگ: صورت مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، صص ۴۴۶-۴۴۳.
 4. رک: نائینی؛ تنبیه الامه و تنزیه المله، صص ۱۰۵-۱۰۳.

تا بدان وسیله مشروع گردد.^۱ همان طور که در بالا آمد اقبال لاهوری قانون يك جامعه اسلامي را قرآن و روایات می‌داند و بر این باور است که هر قومی باید مصداق اصول کلی خود را بیابد. در عین حال وحدت شکلی امت اسلامی را علی‌الاصول امر مطلوبی می‌داند و معتقد است تا ضرورت ایجاب نکرده نباید به هیچ يك از احکام دست زد.^۲

همچنین همان طور که در بالا (بخش منبع قانون) اشاره شد، سید محمد باقر صدر منبع قانون را دین می‌داند. مبنای موجهه قانون نیز از دید وی شریعت و احکام الهی است تا آنجا که سه حالت برای قانونگذاری تصویر می‌کند. در يك حالت تمامی فقها درباره حکم یا احکامی اتفاق نظر دارند که حکم یا احکام مزبور به عنوان قانون تصویب می‌گردند. در حالت دوم آرای مجتهدان مختلف است که در این صورت قوه مقنن یکی از این آرا را بر اساس مصلحت جامعه به عنوان قانون بر می‌گزیند. در حالت آخر حکم قاطع وجوب یا حرمت درباره موضوع قانونگذاری وجود ندارد. صدر معتقد است در این حالت در منطقه الفراغ قانونگذاری قرار گرفته‌ایم که بر اساس مصلحت مردم و به شرط عدم معارضه با اساس قوانین اسلام، آزاد به قانونگذاری هستیم.^۳ به هر حال، پیداست که اصل موجهه اولی و مبنای اصلی در قانونگذاری، از این دیدگاه، دین و احکام دینی است و در هر حالت دین بنیاد قانون قرار می‌گیرد. اگرچه از مصلحت مردم سخن به میان آمده است ولی نه به عنوان يك معیار اولی و اصلی، بلکه هر جا که به يك مرجع و یا يك معیار ثانوی

1. مصباح یزدی؛ نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه هشتم و جلد دو، جلسه سی‌ام.

2. نگ: سروش؛ بسط تجربه نبوی، ص ۱۲۳.

3. نگ: صدر؛ جمهوری اسلامی، صص ۱۶ و ۲۲. همچنین بنگرید به صدر، اقتصاد مصلحت‌گرا، ج. ۲، صص ۳۱-۳۰ و ۳۲۹-۳۳۱.

و کمکی احتیاج افتاده، صدر از مصلحت مردم سخن به میان آورده است. شاهد این ادعا این است که حتی هنگامی که وی مردم را مستند قوای مقننه و مجریه اعلام می‌نماید بلافاصله تصریح می‌کند که امت «در چارچوب قانون اساسی اسلام» عهده دار این دو امر مهم است. «حتی امت اساس حاکمیت و سلطه نیست» زیرا با سمت جانشینی خدا و به عنوان امانت‌دار الهی در زمین تصرف می‌کند و تنها در برابر خداوند مسئول حمل امانت او می‌باشد.^۱ با این حساب، انسان حق ندارد از آن سمت در جهت هوسها و منافع شخصی استفاده کند. انسان برای ادای مسئولیت الهی آزاد آفریده شده است.^۲

تحلیل حسینعلی منتظری از دین و ارتباط آن با زندگی انسان از طریق احکام و قوانین، مبین دیدگاه او در زمینه مبانی قانون است. از این دیدگاه، خداوند آفریننده انسان و همه موجودات است و چه از نظر ماده و صورت و چه از نظر جوهر و عرض، ایجاد و رشد و تربیت و هدایت همه موجودات به دست اوست و وی می‌تواند در تمام شئون مخلوقات خویش تصرف کند. خداوند، بر اساس این نظر، به مصالح دین و دنیا و حال و آینده مردم واقف و در خلقت و تشریح، حکیم و آگاه است. لذا تنها مرجع واقعی قانونگذاری خداوند است و هر گونه قانون در بین انسان‌ها باید از قوانین الهی ریشه بگیرد.^۳

به نظر می‌رسد نظام کنونی حقوقی ایران مبنای اصلی و عمده قانون را دین می‌داند. بنا بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چنانچه قاضی با سکوت یا نقص قانون مواجه شد باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم دعوا را صادر نماید.

۱. صدر؛ جمهوری اسلامی، صص ۱۸-۱۷.

۲. نگ: کدیور؛ نظریه‌های دولت در فقه شیعه، صص ۱۳۱-۱۳۰.

۳. رك: منتظری؛ مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج. ۱، صص ۱۱۳-۱۱۲ و ۱۹۱-۱۹۲.

۷-۵. قانون و واقعیت / علم

در بخش چپستی قانون توضیح داده شد که از دید مارکس و اندیشه مارکسیستی، قانون و دیگر هنجارهای اخلاقی و سیاسی همگی از مناسبات تولیدی و اقتصادی ناشی می‌شوند. بر این اساس از نظرگاه مذکور، قانون همیشه به دست مالکان ابزار تولید و حاکمان بر اساس واقعیت روابط اقتصادی و تولیدی موجه می‌گردد. به عبارت دیگر، از این نظرگاه در حقیقت مبناي موجهه قانون واقعیات اجتماعی و اقتصادی است و برای تغییر قانون و تبدیل آن به يك قانون مورد قبول، باید شرایط و واقعیات اجتماعی و اقتصادی مطلوب به وجود آیند تا قانون مزبور را به دنبال آورند.^۱

همان‌گونه که در بالا آمد، در ابتدای قرن بیستم هولز قانون را به واقعیات اجتماعی برگردانده و آن را یک موضوع علمی تلقی می‌کرد. بر این اساس، به نظر وی توسعه و تحول قانون و حقوق بایستی یک توجیه علمی داشته باشد. این توسعه با شناسایی و اندازه‌گیری دقیق تمایلات و خواسته‌های اجتماعی به دست می‌آید و نه بر اساس سنت‌ها. به علاوه، مطالعه عقلانی حقوق نیازمند بررسی تاریخ آن است، زیرا موجب شناخت دقیق‌تر قواعد حقوقی و درک ارزش آن‌ها می‌گردد. از نظر هولز مطالعه تاریخی در آینده به طور عمده با علم اقتصاد جایگزین خواهد شد؛ چه مطالعات نوع اخیر منجر به کشف اهداف قانون و ریشه‌های روانی آن خواهد شد که همان مطالعه علمی حقوق است.^۲

با توجه به نظر هارت در ارتباط با محتوای

1. برای نمونه، رک: بلوم؛ نظریه‌های نظام سیاسی، ج. ۲، صص ۸۴۳-۸۴۲؛ ارانی، پسیکولوژی روح، صص ۲۹۵-۲۸۵؛ ارانی، «حقوق و اصول مادی»؛ و طبری، چند مسأله اجتماعی، صص ۲۴-۱۱. همچنین، نگ: مونتسکیو، روح القوانین، کتاب اول.

2. See Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 657; and Holmes, "The Path of Law".

حداقلی حقوق طبیعی^۱ پیداست که قانون، و از این حیث اخلاق، محدود به مرزهای واقعی طبیعت و انسانی‌اند. به عبارت دیگر، نمی‌توان انکار کرد که هر نظام حقوقی یا اخلاقی برای یک جهان ممکن وجود می‌یابند و با تغییر این جهان لاجرم قوانین حاکم بر آن نیز باید تغییر یابد. نمی‌توان برای انسان به عنوان یک موجود خطاپذیر قوانینی آورد که هیچ خطایی را بر نمی‌تابد. همچنین بنا بر تحلیل جوزف رز، یک نظام حقوقی همیشه نظام حقوقی مربوط به اشکال‌گوناگون زندگی اجتماعی (دین، دولت، حکومت، قبیله و ...) است. نظام حقوقی فقط یکی از وجوه زندگی اجتماعی مزبور است و لذا معیارهای تعیین‌چیستی و ویژگی‌های آن نظام باید علاوه بر مباحث حقوقی، با توجه به داده‌های تجربی و علمی مربوط به واقعیات حیات اجتماعی مربوط، صورت گیرد.^۲

از طرف دیگر، به دلیل تغییر و تحول و نوآوری در اسباب زندگی، که مثال بسیار مهم اخیر آن کامپیوتر و نظام‌های تبادل اطلاعات است، هر روز قوانین و قواعد جدید واجب می‌شود.^۳ برای نمونه می‌توان به پیدایش قانون تجارت الکترونیکی در پی تحولات مذکور، اشاره کرد.

حتی آن دسته از نظریه‌پردازانی که معتقدند قوانین تجلی بخش ارزش‌های دینی‌اند، تمام یا بخشی از آن‌ها را موضوع تغییر و تحول می‌دانند. برای مثال، با این که از نظر طه و النعیم قانون اساسی یک برساخته عقلانی است، ولی این برساخته در ارتباط تنگاتنگ با واقعیات تاریخی و اجتماعی قرار دارد. در حقیقت، عقل مورد نظر آنان یک عقل واقع‌گرا و تنیده در بافت عناصر زندگی اجتماعی انسان است. به تعبیر النعیم فقه یا حقوق اسلامی که به دست

1. رک: قسمت «هدف و فلسفه قانون».

2. Raz; *The Concept of a Legal System*, pp. 188-89.

3. نگ: نورائی؛ تحقیق در افکار ملکم خان، ص ۳۹.

ما رسیده در واقع در نتیجه یک فرایند مستمر تفسیر و اجرای مفاد قرآن و سنت در سده‌های اول تاریخ اسلام شکل گرفته است. لذا قرار گرفتن در زمان و مکان و عرف دیگر، فرایند مزبور را تغییر داده و بی‌گمان محصولات حقوقی متفاوتی را نتیجه خواهد داد.^۱ با این وصف، قانون و حقوق بر مبنای واقعیات و در یک فرایند عقلانی موجه می‌گردند. برخی از مدافعان نظریه معتزله، بر تأثیر تاریخ و فرهنگ بر هر متنی من جمله متون دینی تأکید و اصرار می‌ورزند.^۲

به علاوه، گفتنی است مصباح یزدی قوانین موضوعه و آیین نامه‌های اجرایی را به دلیل تغییر شرایط قابل تغییر و تجدید نظر می‌پندارد.^۳ همچنین، حمصانی با این که منبع قانون را قانون الهی می‌داند ولی اقرار می‌کند که با مطالعه تاریخ متوجه می‌شویم قانون در طول زمان با عادات اجتماعی اختلاط پیدا کرده و این را یک حقیقت تاریخی مورد تأیید همه می‌داند.^۴ اسدالله ممقانی نیز با این استدلال که عادات به تفاوت محیطها متفاوت بوده، هیچ دینی از ادیان را در تمام محیطها یک رنگ و یک آهنگ نمی‌داند و معتقد است رنگ و آهنگ دینها به دلیل اختلاف محیطها، مختلف و از همدیگر متفاوت و متمایز بوده و در حقیقت عادات همیشه بر دین غالب بوده است.^۵

با این که امام خمینی منبع و مبنای موجهه قانون را فقط قانون الهی می‌داند، ولی عنصر «زمان و مکان» را در استنباط و اجتهاد قوانین وارد ساخته و شرط لازم می‌شمارد. پیداست که عنصر

1. See An-Na'im; *Toward an Islamic Reformation*, p. 186.

2. برای نمونه، رک: ابوزید؛ معنای متن: پژوهشی در علوم قرآن، صص ۵۰۴-۵۲۱.

3. برای نمونه، رک: مصباح یزدی؛ نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه هشتم؛ و «خاستگاه حقوق»، ص ۵.

4. حمصانی؛ فلسفه قانونگذاری در اسلام، ص ۱۱.

5. دین و شئون، صص ۳۶-۳۹.

یادشده در حقیقت نمایانگر واقعیات عصر است و سرنوشت قانون را با سرنوشت آن‌ها گره می‌زند. ایشان اهمیت این عنصر تا بدان حد می‌داند که در پاسخ تاریخی به نامه یکی از روحانیان (قدیری) برداشت و اجتهاد قدیمی از اخبار و روایات را موجب از بین رفتن تمدن جدید و کوخ‌نشین شدن و صحرانشینی دائمی مردم دانست.^۱ لذا می‌توان گفت در این دیدگاه نیز واقعیت به عنوان يك عامل جدي در شکل‌گیری و توجیه قانون نقش بازی می‌کند. از نظر عبدالکریم سروش عرف جامعه پیامبر بهترین عرف ممکن در تاریخ نیست و بر این باور است که هر پیغمبری در محیطی که ظهور می‌کرد همان طور که با شمشیر جنگ می‌کرد و نه با توپ و تانک - چون توپ و تانکی در کار نبود - با همان مفاهیم جاری در آن زمان و مکان کار خود را پیش می‌برد. پس در هر دوره مفاهیم و ابزار خاص آن زمان به وجود می‌آید و چاره‌ای جز استفاده از مفاهیم همان عصر وجود ندارد.^۲ کدیور نیز با تقسیم احکام به عبادی و معاملات، مولفه مقتضیات زمان و مکان را در نوع دوم بسیار جدي می‌داند. این احکام شامل کلیه احکام کیفری، مدنی، امور بین‌الملل و حقوق اساسی می‌شوند.^۳

۶-۷. قانون و مصلحت

رابطه قانون و مصلحت به دلیل برداشت‌های گوناگون از مصلحت و دیدگاه‌های مختلف انسان‌شناسانه به صورتهای متفاوت ترسیم شده است. در تئوری سیاسی‌هابز، خوب و عادلانه به ترتیب با خوشایند و مقبول همه، برابر دانسته

-
1. برای توضیحات و ارجاعات، نگ: صالح‌پور؛ «امام خمینی، فقیه دوران گذار»، صص ۳۴ و ۳۶. همچنین
 - رك: گرجی، دیات، ص ۲.
 2. «اسلام، وحی و نبوت»، ص ۷۲. همچنین بنگرید به سروش، مدارا و مدیریت مومنان، صص ۳۲۵-۳۲۳.
 3. کدیور؛ «از اسلام تاریخی به اسلام معنوی».

شده است. از دید او، از آنجا که حاکم یا لویاتان منتخب و مورد قبول همه مردم است، زیرا بر اساس منافع آنان شکل گرفته و در آن راستا حرکت می‌کند، بنابراین هر آنچه او وضع کند خوب و عادلانه است. افراد وقتی چیزی را تأیید کنند به این معناست که آن چیز به مصلحت و نفع آنان است. مصلحت و نفع مزبور به نوبه خود به این معناست که امنیت و صلح را برای افراد فراهم می‌کند و در نتیجه موجب بقای آنان می‌گردد. لذا در این تئوری مبنای موجهه قانون، مصلحت افراد است که در وجود لویاتان یا حاکم مطلق العنان متجلی گردیده است. این حاکم البته مجموع حاکمیت تک تک شهروندان است و به این دلیل قدرت آن مطلق و غیر قابل مقاومت است.^۱

در مکتب سود - انگاری مصلحت مساوی با نفع و لذت اکثریت عددی اعضای جامعه است. البته نفع مزبور نیز به معانی گوناگون گرفته شده است. جرمی بنتام این نفع را به لذت ترجمه می‌کند ولی جان استوارت میل آن را به آزادی و نبود ضرر برمی‌گرداند و خوشبختی انسان را در وجود کثرت انگیزه‌ها و امیال، یا فردیت، می‌بیند که فقط با آزادی دست یافتنی‌اند. گفتنی است که این آزادی، حقیقت بیش‌تری را نصیب انسان‌ها می‌کند؛ چه تکثر و فردیت آزاد موجب می‌شود هر فرد انسانی مقداری هر چند کم از حقیقت را به دست آورده و در مجموع میزان حقیقت قابل دسترس برای انسان‌ها بیش از حالتی خواهد بود که فقط یک نفر یا یک گروه خاص برای خود آزادی قائل بوده و نظرات خود را بیان کننده حقیقت بدانند.^۲

از نظر سید محمد حسین بهشتی مصلحت جامعه یعنی مصلحت مجموع افراد جامعه بر مصلحت فرد مقدم

1. رک: هابز؛ لویاتان، به ویژه صص ۱۹۲، ۲۵۵-۲۵۴ و ۳۱۱-۲۹۳؛ تاک، هابز، صص ۸۶-۸۷.

2. See Bentham; *An Introduction to Principles of Morals and Legislation*; Mill, *On Liberty and Other Essays*; and Harrison, "Bentham, Mill and Sidgwick".

است.^۱ امام خمینی، بنیانگذار و رهبر جمهوری اسلامی ایران، نیز هدف از قانون را تامین «مصلح همه» می‌داند.^۲

عشماوی، متفکر دینی و حقوقی معاصر مصری، فهم و تفسیر قانون و لذا قانونگذاری جدید را موکول به شناخت تاریخ و شأن نزول و مصلح اجتماعی که قانون برای آن وضع می‌شود، می‌داند. از نظر وی میان قانون و دلیل ظهور یا شأن نزول آن یک رابطه سببی وجود دارد و در حقیقت از متن جامعه تحت کنترل خود برگرفته شده است.^۳

مرتضی مطهری برای تمام دستورات دینی یک سلسله مصلح عالیله قائل است و از طرف دیگر معتقد است میان آن مصلح یک نظام درجه‌بندی وجود دارد که به وسیله قاعده «اهم و مهم» کارشناسان اسلامی درجه اهمیت را می‌سنجند و مصلحت‌های مهم‌تر را انتخاب می‌کنند.^۴ همین طور، منتظری بر این ادعا است که قوانین مقدسه دین حنیف بر اساس مصلح و مفسد تشریح شده و محدود به زمان یا مکان ویژه‌ای نیست، بلکه برای همه مردم در همه بلاد تا روز قیامت تشریح شده است.^۵ در مقایسه، از دید سروش این طور نیست که احکام و قوانین مربوط به معاملات، مصلح خفیه غیر قابل دسترس داشته باشند بلکه برای آن‌ها مصلح ظاهری وجود دارد که بر اساس عدالت عصری قابل بیان و تحلیل است.^۶ عشماوی با قائل شدن به رابطه علی، معلولی میان قانون و اسباب نزول آن، در این ارتباط نظری

۱. مبانی نظری قانون اساسی، صص ۶۲-۶۱.

۲. نگ: صحیفه نور، ج ۱۴، ص ۲۶۹.

۳. العشماوی، اصول الشریعه، صص ۶۱-۶۰.

۴. مطهری؛ نظام حقوق زن در اسلام، ص ۱۳۵.

۵. منتظری؛ احتکار و قیمتگذاری، ص ۷۶.

۶. سروش؛ «اسلام، وحی و نبوت»، ص ۷۹؛ و سروش، مدارا و مدیریت مومنانه، ص ۳۲۶. همچونین، نگ:

مجتهد شبستری، نقدی بر قرائت رسمی از دین، صص ۱۶۸-۱۶۳.

تقریباً مشابه با نظر اخیر دارد.^۱ با این که گرجی در بحث کلی از احکام، از مصالح و مفاسد واقعیه سخن به میان می‌آورد،^۲ ولی در جایی دیگر تصریح می‌کند که در فقه عمومی برای استنباط احکام علاوه بر ادله چهارگانه چیز دیگری را هم باید در نظر گرفت و آن مصالح جامعه است، یعنی آنچه که برای جامعه خوب است و حاکمان و قانونگذاران باید آن‌ها را در نظر بگیرند و با توجه به آن‌ها وضع مقررات کنند.^۳

از دیدگاهی دیگر در صورت تزامن منافع فردی با مصالح اجتماعی، باید منافع مذکور را کنار نهاد و بدین وسیله هم لذت معنوی حاصل شود و هم سعادت ابدی فراهم گردد.^۴

مطابق اصل ۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نمایندگان مجلس قانونگذار قسم می‌خورند که مصالح مردم را در گفته‌ها و نوشته‌ها و اظهار نظرها در نظر داشته باشند. همچنین بر اساس اصل ۱۱۲ این قانون، نهادی تحت عنوان مجمع تشخیص مصلحت نظام پیش بینی شده است تا در مواردی که مصوبه مجلس قانونگذار را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند، مصلحت نظام را تشخیص دهد. با توجه به مذاکرات مجلس بازرنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ که اختلاف مذکور محدود به هیچ قیدی نشده،^۵ می‌توان نتیجه گرفت که «مصلحت»، فارغ از مرجع تشخیص دهنده و تعریف مصلحت، در نظام حقوقی ایران از مبانی

۱. نگ: العشماوی، اصول الشریعه، ص ۶۹.

۲. گرجی؛ مقالات حقوقی، ج ۲، صص ۲۷۴ و ۲۷۷.

۳. گرجی؛ «اجتهاد خرد و کلان، نگاهی به جایگاه مصلحت در فقه».

۴. مصباح یزدی؛ «خاستگاه حقوق»، ص ۸.

۵. نگ: صورت مشروح مذاکرات شورای بازرنگری قانون اساسی، جلد ۳، صص ۱۵۲۳-۱۵۲۴: قید «احکام حکومتی» از متن پیش‌نویس حذف می‌گردد.

قانون است.^۱

۷-۷. قانون و جامعه

آشکارترین دفاع از جامعه به عنوان مبناي موجهه قانون در نظریه قرارداد اجتماعی وجود دارد، چه از حیث نظری صرف توافق و گردهم آمدن اراده‌های افراد است که موجد قانون می‌گردد. بر این پایه می‌توان ادعا کرد که نظریه قرارداد اجتماعی روسو متضمن چنین موضعی است. به نظر او در یک نظام قانونی درست، اراده فردی نباید وجود داشته باشد و اراده صنفی اعضای هیأت حاکمه نیز باید محدود به حکومت بماند. در مقایسه، فقط اراده عمومی است که باید همیشه حاکم باشد و قاعده اساسی و اولین برای سایر اراده‌ها قرار گیرد. بر این پایه، اراده عمومی که از توافق جامعه سر بر می‌آورد و در حقیقت تجلی خواست و رای جامعه است، مبناي توجیه کننده و اعتبار بخش قانون است.^۲

همین طور، به لحاظ نظری برخی بر این ادعا هستند که مبناي قوانین باید جامعه و عرف و سنت‌های آن باشد.^۳ بکاریا میان قانون و دین و اخلاق ارتباطی نمی‌بینند و عدالت جاری در نظام حقوقی را یک عدالت سیاسی می‌دانند که فقط با

1. برای یک بحث تاریخی درباره عدم وجود عنصر مصلحت در شیعه و مفهوم «مقدمه واجب» به عنوان ابزار قانونگذاری در عرصه‌هایی که جواز قانونگذاری در آنها وجود ندارد، بنگرید: عنایت، اندیشه سیاسی در اسلام معاصر، به ویژه صص ۲۹۲-۲۹۱. همچنین، نگ: طباطبایی، «ایران امروز، سنت، مدرنیته و پست مدرن».

2. رک: روسو؛ قرارداد اجتماعی، (برای نمونه) صص ۲۵۰ و ۲۶۹-۲۶۸. همچنین، نگ: مونتسکیو، روح القوانين، کتاب اول. گفتنی است از آنجا که مونتسکیو در توجیه قوانین سیاسی و مدنی به تمامی عوامل، از عوامل جغرافیایی گرفته تا عناصر فرهنگی و دینی، ارجاع می‌دهد، از این رو به سختی می‌توان نظریه وی درباره مبناي موجهه قانون را به طور قطعی در یکی از قسمت‌های بالا جای داد. نظریه وی در این باب ترکیبی از واقعیت، جامعه و عقل است.

3. See Freeman; *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, pp. 345-56.

فهم روابط پیچیده و متغیر گروه‌بندی‌های سیاسی قابل فهم است و به دلیل چنین ماهیتی ثابت نیست.^۱ در تحلیل‌های موجود در نگرش تاریخی - اجتماعی به قانون، مبنای قانون همان رفتار اجتماعی در یک نظم خودجوش است. بر این اساس، حکومت در امر قانونگذاری علی‌الاصول برخی قواعد عام از قبل به رسمیت شناخته شده را کشف و اعلام می‌کند. این قوانین همان طور که مبنای حکومت قرار گرفته‌اند محدود کننده قدرت آن نیز هستند.^۲ می‌توان گفت از منظر اثبات‌گرایی حقوقی، جامعه به شکلی از اشکال تعیین کننده قواعد حاکم بر روابط جمعی است. به عبارت دیگر، قانون نتیجه یک فرایند اجتماعی است که از یک جامعه به جامعه دیگر فرق می‌کند.

۸-۷. قانون و عقل

تحلیل ایمانوئل کانت از وضع قانون و حکم مقبولیت آن نشان می‌دهد که وی مبنای موجهه قانون را عقل می‌داند. از نظر او معیار پذیرش قوانین مصوب، اصل عام عدالت یا اصل قبول عقلانی مردم است. تعبیر «موجه‌پذیری عمومی»^۳ نیز در مورد این معیار به کار رفته است.^۴ قوانین در صورتی چنین ویژگی را می‌یابند که با اراده عقلانی شهروندان منطبق باشند. به عبارت دیگر، قانونی موجه است که اگر به شهروندان ارائه شود بر اساس اصول عقلانی، که کانت آن‌ها را قوانین ناظر بر عدالت طبیعی می‌نامد، آن را خواهند پذیرفت. در نتیجه، این قانون از یک روح جمهوری برخوردار می‌گردد و با تکتک شهروندان به عنوان افراد آزاد، برابر و خود آئین برخوردار می‌کند. از این اصل عدالت یا

1. نگ: اردبیلی؛ حقوق جزای عمومی، ج. ۱، ص ۸۶ .

2. نگ: هایک؛ قانون، قانونگذاری و آزادی، ص ۱۵۲.

3. Public Justifiability.

4. See, for instance, Gaus; *Justificatory Liberalism* .

قبول عقلانی یا موجه‌پذیری عمومی، در پاره‌ای موارد کانت به قرارداد اولیه نیز تعبیر کرده است. منظور وی از این قرارداد در واقع یک اصل عقلی است که به موجب آن شهروندان قبول می‌کنند به حاکمیت قانون به معنای پیش‌گفته گردن نهند و قانونگذار مکلف است قوانین را چنان تنظیم کند که گویی با اراده متحد یا کلی یک ملت تنظیم شده‌اند. این اراده همان آشکار شدن عقلانیتی است که در ذهن تکتک شهروندان موجود است. برآورده شدن این شرط قانون را مشروع می‌سازد.^۱ ذکر این نکته ضروری است که مفهوم قرارداد در این تئوری با مفهوم قرارداد اجتماعی در تئوری متفکرینی چون ژان ژاک روسو تفاوت دارد. قرارداد کانت در حقیقت «توجیه بین‌الذهانی» قوانین است و به تعبیر متفکرینی چون جان رولز یک قرارداد فرضی یا یک قرارداد مجازی است؛ ولی قرارداد روسو یک قرارداد واقعی اجتماعی به معنای حقیقی کلمه است.^۲ از این رو، به نظر می‌رسد نمی‌توان تئوری کانت را در عداد تئوری‌های قرارداد اجتماعی به معنای دقیق کلمه قرار داد.

همان‌طور که پیش‌تر آمد هگل قانون را عینیت عقل یا روح کلی می‌دانست که امری کلی و معین است. از این رو می‌توان گفت از نظر او مبنای موجهه قانون همان عقل است. به طور کلی، در این تئوری همه چیز به وسیله فرمانروای عالم یعنی عقل تعیین می‌شود، چه تاریخ اساساً برابر است با ترقی عقل و روح. به عبارت دیگر قانون تنها هنگامی ممکن است از رضایت و قبول همگان برخوردار شود که منطبق با معیارهای عقلی باشد.^۳

بنا بر ادعای برخی از نظریه‌پردازان قانون زمانی از مشروعیت برخوردار است که نتیجه یک

1. رک: سالیوان؛ اخلاق در فلسفه کانت، صص ۴۹-۴۲ و ۲۱۱-۲۱۰.
 2. See Rawls; *A Theory of Justice*; and Gaus, *Justificatory Liberalism*.
 3. نگ: لنکستر؛ خداوندان اندیشه سیاسی، ج. ۳، ص ۱۱۳۵؛ و سینگر، هگل، صص ۵۶-۵۵.

گفتمان عقلانی در حوزه عمومی باشد که به دستگاه قانونگذاری راه یافته است. این قانون یک قانون دموکراتیک است. اگر قاعده‌ای در انتهای یک فرایند گفتگوی عقلانی انتقادی، تحت شرایط آزاد و مورد قبول شرکت‌کنندگان در آن گفتگو قرار گیرد، یک قانون مشروع و پذیرفتنی است. قبول و پذیرش مزبور به معنای شکلی، ریختن رای مثبت برای یک ادعا صرفنظر از درستی یا نادرستی آن ادعا، نیست. بلکه به این معناست که در دادوستد بین‌الذهانی میان کنشگران برخوردار از قوه عاقله، آن مقدار دلایل موجهه و عقلاً قانع‌کننده برای آن ادعا ارائه شده که در نهایت ادعای مزبور به عنوان یک قاعده عقلانی تمثیت‌کننده امور جمعی شرکت‌کنندگان در گفتمان، پذیرفته شده است. این همان «موجه‌سازی عمومی»^۱ در سنت فکری ایمانوئل کانت است که در بن نظریه عقلانیت انتقادی یا عقلانیت ارتباطی یورگن هابرماس نیز قرار دارد.^۲ موجه‌سازی عمومی در حقیقت یک ابزار معرفت‌شناختی است که در صورت به کارگیری صحیح، قوانین و قواعد را بر اصول عقلانی، اصول انتقادی، استوار می‌کند.

با این‌که، رولز تئوری عدالتش را یک قرائت جدید از نظریه قرارداد اجتماعی می‌داند، ولی مذاقه در قرائت وی از نظریه مزبور نشان می‌دهد که وی نیز در نهایت به اصل موجه‌پذیری یا موجه‌سازی عمومی کانت متوسل شده است. عناصر تشکیل‌دهنده شرایط پرده‌جهل و توصیف وی از انسان به عنوان یک فاعل عاقل و اخلاقی، حاکی از آن است که محور اصلی در قبول اصول نظریه عدالت او صرف توافق و قرارداد نیست. بلکه چون اصول یاد شده با ویژگی عقلانی و اخلاقی انسان همسازند و از نظر و دید انسان‌های حاضر در شرایط نخستین، موجه

1. In This Regard, See Gaus, *Justificatory Liberalism*.

2. See Habermas; *Between Facts and Norms*, Passim, esp as at p. 104.

به نظر می‌رسند، بنابراین پذیرفته می‌شوند. اجمالا این که، آن شرایط در حقیقت بیان دیگری از شرایط قضاوت بر اساس اصول عقلانی است. به این دلیل، به نظر می‌رسد مبنای موجهه قانون در تئوری رولز نیز در نهایت عقل است. به علاوه، حتی اگر قرائت رولز را جدی بگیریم باز هم در بن نظریه وی یک حق برابر به انعقاد قرارداد برای همه افراد حاضر در وضعیت نخستین، فرض انگاشته شده است. از این رو، نظریه مزبور یک نظریه ارزشی است که بر صرف قرارداد و توافق اتکا ندارد.^۱

پاره‌ای از متفکرین دینی نیز بر نیاز قوانین به تأیید عقل صحه گذارده‌اند. برای مثال، حائری یزدی بر این باور است که معاملات به معنی اعم، که شامل تمامی احکام دینی غیر از عبادات و مناسک می‌گردد، همه امضایی می‌باشند و شریعت در آن‌ها نقش تأسیسی ندارد. از این رو، اگر این احکام بخواهند شرعی باشند، باید اول از سوی عقلا محرز گردند، سپس به امضای شرع موشح گردند.^۲ بازرگان بر این باور است که امور اجتماعی و این دنیایی انسان‌ها به عقلشان واگذار گردیده و از آنجا که خود می‌توانند با توانایی‌های خدادادی به قواعد و مقررات لازم برای تنظیم آن امور برسند، از این رو خداوند حکیم دیگر به ارسال رسل و انزال وحی برای اداره آن امور اقدام نخواهد کرد که کاری لغو است. رسالت و هدف دین ارائه دستورات معنوی و هموار نمودن راه آخرت است. وی با استناد به منابع دینی توضیح می‌دهد که قرآن «نه تنها سفارش و دستوری برای دنیایی ما نمی‌دهد، بلکه ما را ملامت می‌کند که چرا این اندازه به دنیا می‌پردازید و آخرت را

1. See Dworkin; *Taking Rights Seriously*, "Rights and Justice".

2. حائری یزدی؛ «حکمت احکام فقهی»، ص ۳. همچنین بنگرید به حائری یزدی، «گفت‌وگوهای خردمندانه درباره حکومت اسلامی».

که بهتر است و ماندگارتر، فراموش و رها می‌کنید». با این حساب، در جستجو یک مبنای معتبر برای قوانین باید به عقل به معنای عام رجوع کرد.^۱ مجتهد شبستری نیز با نقد قرائت‌های رسمی و سنتی برایین باور است که قوانین باید محتوای عقلایی داشته باشند و به این وسیله مبنای موجهه قانون را عقل می‌پندارد. از نظر او انسان با علم و فلسفه و با موضع‌گیری‌ها و ایجاد ارزش‌ها به تأمین عدالت و اداره زندگی اجتماعی می‌پردازد. این‌ها همه کار انسان است نه خدا.^۲

میرزا فتحعلی آخوندزاده برای عقل و تجربه اصالت قائل بود و از این رو مبنای موجهه قانون را عقل می‌دانست. از نظر او امور کشور بایستی بر اساس قانون موضوعه‌ای اداره شود که به دست نمایندگان مردم و بر اساس مقتضیات و اوضاع و احوال روز تدوین و تصویب شده است. آخوندزاده، به روایت آدمیت، به اصالت عقل و تجربه باور داشت و علم را از حکمت جدا نمی‌دانست، اخلاق را منبعث از عقل می‌دانست، همه جا روش انتقاد علمی را به کار می‌برد و هر چه را که با معیار عقل و علم ناسازگار می‌افتاد هیچ می‌شمرد. همچنین، وی عدالت را در قوانین متکی بر عقل می‌جست که برای تمام شهروندان حقوق و آزادی‌های برابر در نظر می‌گرفت.^۳

اکنون، با این فرض که ماهیت و مبنای قانون از دیدگاه‌های گوناگون مشخص گردیده، در این جا به پرسش بعدی که در نتیجه مباحث قبلی رخ

1. نگ: بازرگان؛ «خدا و آخرت هدف بعث انبیا»، صص ۵۷-۵۱. همچنین، نگ: صدیقی، «مولوی در برابر ملاعمر»
2. رک: مجتهد شبستری؛ نقدی بر قرائت رسمی از دین، صص ۲۸-۲۷ و ۱۰۶-۱۰۲.
3. آخوندزاده؛ مقالات فلسفی، صص ۴۰-۳۴؛ آدمیت، اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده، صص ۳، ۱۴۵-۱۵۶؛ و کمالی‌طه، اندیشه قانونخواهی در ایران قرن نوزدهم، صص ۲۰۸-۲۰۵.

مي‌نمايد، مي‌پردازيم. سؤال اين است كه کدام مرجع
براي وضع و تصويب يك قانون صلاحيت دارد؟ مرجع
صالح قانونگذاري كيست؟

۸

مرجع قانونگذاری

مباحث این بخش حول سه محور شکل گرفته‌اند. این محورها در حقیقت خود در پاسخ به سه سؤال صورت یافته‌اند. نخست، در میان يك جامعه چند مرجع می‌تواند دست به قانونگذاری بزند؟ به عبارتی، آیا می‌توان مراجع متعدد قانونگذاری برای جامعه واحد داشت؟ دوم، مرجع نهایی قانونگذاری کیست؟ این پرسش ناظر به منبع و مبنای موجهه قانون یا تئوری مرجع صالح تقنین نیست، بلکه روی سخن با مرجع و مقامی است که می‌تواند و باید برای تمثیت روابط بین‌انسانی، قانون وضع کند. این مرجع کیست و در کجاست؟ طبیعت حیات انسانی و روابط جمعی او در این ارتباط چه اقتضایی دارد؟ سوم، چه شخص و اشخاصی به نحو موجه و مشروع می‌توانند به امر قانونگذاری بپردازند؟ در جواب این سؤال است که تئوری‌های رقیب در ارتباط با مرجع صالح قانونگذاری رخ می‌نمایند. اجازه دهید پاسخ سؤال‌ها را به ترتیب بررسی کنیم.

۸-۱. قانونگذار واحد

پاسخ به سؤال از امکان یا امتناع تعدد مراجع قانونگذاری در حقیقت به طور کامل وابسته به فهم و نظر ما از چیستی و پویای «اقتدار سیاسی» است. به چه دلیل؟ همان طور که در بالا آمد، از ویژگی‌های قانون می‌توان دریافت که عمده‌ترین و اصلی‌ترین وجه فارق قانون با دیگر انواع قواعد اجتماعی، تکیه آن بر اقتدار سیاسی به عنوان

ضامن اجرا و اعمال قانون است. از این ویژگی تحت عنوان «الزام آور بودن» قانون بحث نموده ایم. نکته این است که ویژگی‌ها و وجوه ممیزه اقتدار سیاسی یا قدرت حاکمیت به مرجع قانونگذار نیز سرایت یافته و در حقیقت این ویژگی‌ها، تعیین‌کننده ساختار مرجع قانونگذاری است.

در یک جامعه سیاسی، قدرت سیاسی از ویژگی تمرکز و وحدت برخوردار است. به عبارت دیگر، در میان اجتماع باید یک «قدرت عالی» یا «قدرت برتر» واحد و بلارقیب شکل گیرد تا اساساً جامعه سیاسی تشکیل شود. قدرت مزبور بایستی دارای تمامی اقتدارات لازم برای تمثیت امور آن جامعه باشد که با فرض برتر و واحد بودن واجد آن‌ها می‌گردد.^۱ وسیله تمثیت امور در این جامعه قانون است. از این رو اقتدار واحد سیاسی یا قدرت برتر یگانه در یک جامعه سیاسی برای تنظیم و کنترل هر امر یا هر مجموعه از روابط، یک قانون وضع خواهد کرد. این مهم رخ نخواهد داد مگر این که یک مرجع قانونگذاری وجود داشته باشد. در غیر این صورت، یعنی اگر مراجع متعدد قانونگذاری وجود داشته باشند، ممکن است برای امر واحد قوانین گوناگون و حتی متضاد وضع شود. نتیجه چنین قوانین متعدد و یا متضاد چیزی جز بهم ریختگی و آشوب نخواهد بود، حال آن که کم‌ترین هدف شکل‌گیری جامعه سیاسی مدرن، ایجاد نظم در زندگی جمعی و انتظام مقبول امور است. بنابراین، در گام نخست ادعای موجه این است: «یک جامعه سیاسی، یک قدرت عالی، یک مرجع قانونگذاری».^۲

این امر در فصول پنجم و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به ویژه در اصول ۵۸ و ۷۱، به رسمیت شناخته شده است.

1. نگ: عنایت؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، صص ۱۸۶-۱۸۲.
2. برای بحث از تناظر میان قدرت سیاسی و حاکمیت قانون، نگ: حجاریان؛ «حاکمیت قانون و ساختار سیاسی».

۲-۸. قانونگذار انسانی

پس از آن که مرجع واحد قانونگذاری را پذیرفتیم و پیش از آن که از مرجع صالح قانونگذار (یعنی مقام یا نهادی که برای وضع قانون، از مشروعیت برخوردار است) بپرسیم، مناسب است نکته‌ای را در باب واقعیت قانونگذاری مطرح سازیم که به نظر می‌رسد نقش مهمی در درک و برداشت ما از امر قانونگذاری و تولید قوانین موضوعه بازی می‌کند.

زندگی انسان همانند دیگر جلوه‌های حیات طبیعی دائماً در حال تغییر و تحول است. با افزودن بعد اجتماعی و جمعی به این زندگی و همچنین با در نظر گرفتن عنصر شعور و اراده در انسان، تغییر و تحول مزبور چهره‌ای بس پیچیده و غامض به خود می‌گیرد. سؤال اکنون این است: چگونه می‌توان این زندگی را تمشیت کرد؟^۱ در اینجا توجه بحث معطوف به هدف، منبع و مبنای موجهه قانون نیست. به عبارتی، به جای این که بحث را از قانون شروع کنیم از موضوع تحت کنترل قانون آغاز می‌نماییم. ممکن است در باب هدف، منبع و مبنای قانون منظرهای گوناگون و در نتیجه نظرهای مختلف داشته باشیم، ولی در نهایت ناچاریم در حدود مرزهای موضوع قانون که با شناخت ماهیت و چیستی آن روشن‌تر و مشخص‌تر می‌شوند، باقی بمانیم. تمامی نظام‌های ارزشی لاجرم محدود به چنین مرزهایی هستند و نقطه تلاقی متافیزیک با هنجار و احکام ارزشی در همین جا نمایان می‌شود. به همین دلیل بوده است که در سنت هیومی به دنبال شناسایی قوانین حاکم بر روان انسان و یا به تعبیر هارت محتوای حداقلی حقوق طبیعی قانون، بوده‌اند. از این دید نمی‌توان بدون آگاهی از روانشناسی، جامعه‌شناسی و امثال آن به تقنین و صدور احکام برای رفتار انسانی، اعم از احکام حقوقی یا اخلاقی، دست زد.^۲ بر این اساس است که یکی از ویژگی‌های قانون را انجام شدنی

1. در اینجا نادرستی ادعاهای آنارشیستی را فرض گرفته‌ایم.

2. See Williams; *Ethics and the Limits of Philosophy*; and Hart, *The Concept of Law*, ch. 9.

که یکی از ویژگی‌های قانون را انجام شدنی بودن آن و یکی از اصول حقوقی را محال بودن تکلیف ما لایطاق، می‌دانیم. خداوند نیز در متون دینی خود را مقید به تکلیف انسان‌ها به قدر وسع آن‌ها می‌کند. نتیجه این که، وضع قانون برای تمشیت امور روزمره انسان‌ها محتاج ارتباط دائم با حقایق و واقعیات زندگی فردی و جمعی آن‌هاست. این امر البته باید توسط موجود هوشیاری صورت گیرد که در یک ارتباط دو سویه با آن حقایق و واقعیات قرار دارد و کم‌ترین وظیفه آن ماندن در مرزهای کشف شده مذکور است. این موجود هوشیار نمی‌تواند کسی جز انسان باشد. فارغ از دیدگاه و تصمیمی که فرد در ارتباط با هدف، منبع و مبناي قانون می‌گیرد دست آخر، یک شخص انسانی است که باید بر اساس دانش خود از آن حقایق و واقعیات و با طی فرایند ذکر شده، برای تنظیم و کنترل زندگی انسان، قانون وضع کند. این شخص می‌تواند یک فرد باشد یا یک شورا، همه انسان‌های بالغ و عاقل عضو یک جامعه باشند یا نمایندگان آن‌ها. منبع وضع قانون می‌تواند عقل، طبیعت، وحی، یا هر چیزی باشد. هدف بسته به باوری که در میان جامعه غلبه می‌یابد می‌تواند متفاوت باشد. اما در تمامی حالات این انسان است که باید تمامی آن اهداف، منابع و مبانی را کنار واقعیات به دست آمده قرار دهد و در چارچوب مرزهای گریز ناپذیر طبیعی، قانون بگذراند. ایمانوئل کانت، یک قدم جلوتر گذاشته و اساساً مرجع ارزش را انسان می‌داند. بر اساس نظر او، از قانونی باید پیروی کرد (قانون در اینجا اعم از قانون اخلاقی و حقوقی است و معادل ارزش یا هنجار یا باید است) که از انسان ناشی شده باشد. به این دلیل وی به اصل استقلال یا خودآیینی قائل بود و مبتنی بر آن انسان را به وجود آورنده ارزش می‌دانست. البته گفتنی است که چون دستور اخلاقی از نظر او یک دستور یا امر

مطلق است که به هیچ هدف و شرایطی وابسته نیست، لذا منشا قانون باید يك منشا غير مادي و متافیزیکی باشد. این منشا از دید کانت «من استعلایی» انسان است که از يك چستی فرامادی برخوردار است و محدود و مقید به شرایط مادي این دنیایی نیست.^۲ دو نکته در این ارتباط قابل ذکر است. یکم، این قول بسیار نزدیک به نظریه معتزله در باب اخلاق است که قوانین اخلاقی را قوانینی منبعت از عقل می‌دانند. چنانچه مبانی و لوازم منطقی این ادعای معتزله را جدی بگیریم، ماحصل ادعا به اصل استقلال یا خودآئینی کانت نزدیک می‌شود. دوم، بر اساس نظریه کانت، قانونگذار همیشه انسان است، چه روایت کانت از منبع قانونگذاری یعنی من استعلایی را بپذیریم چه روایتی دیگر از آن ارائه دهیم.^۳

نکته حاضر را حائری یزدی در بحث از اجرا و اعمال دستورات الهی به تعبیری متفاوت آورده است. از دید وی، امثال و اجرای وظایف و احکام تشریحی الهی امری عقلی است و تنها عقل عملی مردم است که آن‌ها را از روی رضا و رغبت به امثال و اطاعت اوامر و نواهی شرع وادار می‌کند و به هیچ وجه جبر و قوه قهریه‌ای نباید در اجرای وظایف مداخله نماید و «حتی شرع نیز نمی‌تواند در اجرائیات تکالیف خود نقشی ایفا کند یا احکام و تکالیفی را وضع و تشریح نماید؛ زیرا اگر قرار باشد که شرع برای اجرا و امثال احکام و تکالیف شرعیه خود يك نظام تشریحی دیگری داشته باشد، داستان قانونگذاری و نظام تشریح الهی به درازای نامتناهی کشیده خواهد شد».^۴

1. Transcendental I.

2. رک: کانت؛ بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق، به ویژه صص ۵-۴.

3. See Korsgaard; *The Sources of Normativity*; and O'Neill, "Autonomy: the Emperor's New Clothes".

4. نگ: حائری یزدی؛ حکمت و حکومت، صص ۱۴۹-۱۴۸ و ۱۶۷-۱۶۶؛ و حائری یزدی، «گفت و گوهای خردمندانه درباره حکومت اسلامی».

حال بر این پایه، آیا می‌توان در ابتدای تاریخ زندگی انسان، مجموعه‌ای از قوانین را به دست او داد و تا آخر عمر وی را از زحمت پی‌جویی قانون خلاص کرد؟ آیا چستی و ماهیت حیات انسانی چنین چیزی را بر می‌تابد؟ زندگی انسان پیوسته در حال حدوث و شدن است، آن هم به نحو بسیار پویا و پیچیده؛ آیا می‌توان یک چنین امر «حادث» و توبرتویی را با وسیله‌ای «قدیم» و ازلی و ابدی تمشیت کرد؟ یکی از نزاع‌های کهن در بین متفکرین دینی - فلسفی پیرامون همین سوال‌ها شکل گرفته است. به دلایلی مشابه، معتزله و اشاعره در ابتدای تاریخ اسلام از حادث یا قدیم بودن کلام خدا بحث می‌کرده‌اند و این سؤال را مطرح ساختند که آیا ممکن است با زبانی غیر از زبان بافتمند و متحول یک جامعه با او سخن گفت.^۱ معتزله البته طرف حادث و بافتمند بودن زبان و قوانین را گرفتند و عدالت را به عنوان مبنای این قوانین، امری عقلانی معرفی نمودند.^۲ نصر حامد ابوزید، قرآن‌شناس معاصر مصری، نظریه معتزله را این گونه توضیح می‌دهد که «قرآن محدث و مخلوق است، زیرا قرآن از صفات ذاتی و ازلی خداوند نیست. قرآن کلام خداوند است و کلام، فعل است نه صفت.» از این دیدگاه، «صفات فعلی» قلمرو مشترک میان خداوند و عالم است و صفت کلام جزو صفات فعلی است. کلام مستلزم وجود مخاطب است، حال اگر خداوند را از ازل متکلم بدانیم (کلام خداوند قدیم باشد) به این معناست که او متکلم باشد بدون این که مخاطبی وجود داشته باشد و این امر با حکمت الهی منافات دارد. با این وصف، به

1. برای بحثی مفصل از متن دینی و آرای مختلف در فهم آن، رک: ابوزید؛ معنای متن: پژوهشی در علوم قرآن.

2. In This Regard, See Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, ch. 3; Fakhry, *Ethical Theories in Islam*, ch. 2; An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation*; and همچنین بنگرید: مطهری؛ «اصل عدل در اسلام»؛ و حائری یزدی، حکمت و حکومت.

ادعای ابوزید، قرآن پدیده‌ای تاریخی است که نمی‌تواند وجودی خارج از تاریخ داشته باشد. این کتاب نخست در فرهنگ شکل گرفته و سپس به فرهنگ شکل داده است.^۱ به هر حال، تفاسیر گوناگونی از «عقلانی» می‌توان ارائه داد ولی یک چیز را نمی‌توان انکار کرد و آن این که قانونگذار آخرالامر یک شخص انسانی است و به این دلیل قانونگذاری لاحاله و برای همیشه انسانی باقی می‌ماند.

شاهد مثال این که در اصل ۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تشریح حق خداوند دانسته شده، ولی در عین حال در اصول بعدی قوه مقنن، مردم (از راه همه‌پرسی) یا نمایندگان آنان (مجلس شورا) اعلام گردیده است.

پس از توضیح بالا، حال که به هر حال قانونگذار انسان است (به معنای گفته شده)، اکنون می‌توان پرسید: کدام انسان باید قانونگذاری کند؟ به عبارت دیگر، از قانونگذاری کدام مرجع انسانی می‌توان حمایت کرد؟ همه انسان‌ها، بعضی از آنها یا یک انسان خاص؟ در این مرحله است که بحث از مرجع صالح و مشروع قانونگذار پیش می‌آید و در حقیقت تئوری مشروعیت قانونگذار به عنوان بخشی از حکومت در جامعه سیاسی، در پس مباحث قسمت بعدی پنهان است.

۳-۸. قانونگذار صالح

اکنون با این فرض که قانونگذار باید یکی باشد و این قانونگذار لاجرم یک پدیده و هویت انسانی است و باید باشد، در زیر به نظرات رقیب درباره مرجع ذیصلاح قانونگذاری یا قانونگذار صالح می‌پردازیم.

۱. رک: ابوزید؛ معنای متن: پژوهشی در علوم قرآن، صص ۵۰۷-۵۰۴؛ و ابوزید، «تاریخ‌مندی؛ مفهومی پوشیده و مبهم»، صص ۳۳۳-۳۳۲.

۸-۳-۱. جامعه یا نمایندگان آن

توماس آکویناس کل جامعه، در صورت امکان و نمایندگان آن را موظف به نشر قانون و تنظیم امور اجتماع برای تأمین خیر عمومی می‌داند. به طور کلی، وی مرجعی را که مسئول حفظ و حمایت از جامعه است، متولی قانونگذاری نیز می‌داند.^۱ البته گفتنی است که با توجه به طبقه‌بندی آکویناس از قانون،^۲ مرجع مورد بحث وی در اینجا مرجع وضع قوانین بشری است والا مرجع اصلی قانون از نظر وی خداوند است.

توماس هابز قانونگذاری را حق مطلق شخص حاکم می‌داند. هیچ کس جز او حق وضع قانون ندارد و از این رو هیچ کس جز خود او حق نسخ قانون را نیز ندارد. ولی حاکم در نظریه وی منتخب مردم است و بر اساس توافق و قرارداد جامعه به این مقام رسیده تا از مصالح آنان حمایت کند. وی تصریح نموده است که همه کارهای قانونی هیات حاکمه مورد تأیید و پذیرش مردم است و قوانین اساساً به این دلیل عادلانه خوانده می‌شوند. بنابراین، مرجع صالح قانونگذاری در این نظریه در حقیقت مردم‌اند که حق قانونگذاری خود را به حاکم (لویاتان) سپرده‌اند.^۳

جان لاک صلاحیت مرجع قانونگذاری را در نهایت به مردم باز می‌گرداند و معتقد است هیچ قانون موضوعه‌ای نمی‌تواند افراد را مکلف به انجام کاری کند، مگر آن که خود افراد آن قانون را پذیرفته باشند. از این دید اجتماع پیوسته قدرت فائق را در دست خود دارد و هرگاه دریابد که قوه قانونگذار بر خلاف اعتمادی که بدان شده در جهت غایت مورد نظر حرکت نمی‌کند، می‌تواند

1. Aquinas; *Summa Theologica*, Art.s 3-4.

2. رک: قسمت «انواع قانون»، تقسیم «ابدی، طبیعی، الهی و بشری».

3. برای نمونه، نگ: هابز؛ *لویاتان*، صص ۱۹۲، ۲۵۵-۲۵۴ و ۳۱۰.

آن قوه را معزول سازند.^۱ در تئوری قرارداد اجتماعی روسو، مرجع صالح قانونگذار تمامی مردم اند و برای همه مردم تصمیم می‌گیرند. توضیح این که، مردم با انعقاد قرارداد اجتماعی اراده‌های خود را در هم می‌آمیزند و بدین وسیله یک اراده عمومی خلق می‌کنند. هر چه این اراده تصمیم بگیرد در حقیقت تصمیم همه شرکت‌کنندگان در اراده عمومی برای خودشان است. البته در این تئوری هیأت حاکمه به عنوان مرجع اعمال آن اراده معین‌گشته و با آن یکی شمرده شده است. بر این اساس، روسو بر این ادعاست که قدرت هیأت حاکمه «هر اندازه مطلق، هر اندازه مقدس و هر اندازه تخطی‌ناپذیر باشد، باز هم از محدوده قرارداد اجتماعی فراتر نمی‌رود». بر پایه آن ادعای وی این است که قوانین بیان اراده ماست.^۲

همه مشکل اما از همین نکته آغاز می‌شود. درست است که در نظر و تئوری مردم با قرارداد اجتماعی، مرجع وضع قانون هستند، ولی این قانونگذاری به طور مستقیم و به دست همه صورت نمی‌گیرد. تقنین در حقیقت به دست صاحبان قدرت انجام می‌شود که در بهترین حالت نماینده اکثریت مردم اند. احتمال این که آنان نماینده تمامی مردم باشند تقریباً صفر است. افزون بر این، آنچه صاحب منصبان می‌گویند و تصمیم می‌گیرند ضرورتاً منعکس‌کننده نظرات کسانی نیست که آنان را برگزیده‌اند. بنا بر این، بر خلاف نظر روسو نمی‌توان گفت اراده عمومی همیشه و بالضروره «در پی برابری است» یا «فقط نفع مشترک عمومی را در نظر می‌گیرد».^۳ شاید مبتنی بر توضیحات روسو

1. لاک؛ نامه‌ای در باب تساهل، صص ۹۹-۹۸؛ جونز، خدائوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، ص ۸۵۶؛ و آرنهت، انقلاب، ص ۲۲۳.
2. روسو، قرارداد اجتماعی، صص ۱۶۹-۱۶۸ و ۱۹۱-۱۹۲.
3. نقل قول به ترتیب، از همان، صص ۱۴۲ و ۱۵۳.

درباره «قرارداد اولیه» ادعا شود که همه مردم برای يك بار در آغاز بر سر قرارداد اجتماعی توافق کرده اند و از این رو هر تصمیمی که قانونگذاران بعدی می‌گیرند در حقیقت مورد تأیید همه مردم است و تصمیم اکثریت به این دلیل برای همه لازم الاجراست.^۱ در پاسخ، می‌توان به سادگی این سؤال را به میان آورد که به فرض قبول این توضیح و با در نظر گرفتن این واقعیت که توافق‌کنندگان اولیه با فوت اولین عضو و یا با حائز شرایط شدن یکی از اعضای صغیر جامعه، به زودی از بین می‌روند چگونه می‌توان اساساً بر استمرار وجود توافق اولیه ادعا و اصرار کرد؟ چگونه توافق پیشینیان برای پسینیان، بدون اعلام رای موافق، الزام‌آور می‌گردد؟ پس توافق اولیه خود باید به طور مستمر نوبه نو شود تا مشکلات مزبور رخ ننمایند. اما اگر چنین شود، اشکالات فوق‌الذکر پیش خواهند آمد. در آخر، مهم‌ترین پرسش این است که آیا اساساً در عالم واقع چیزی به نام قرارداد اولیه روسو منعقد گردیده و وجود یافته است؟

بر این پایه، با صرف اتکا به قرارداد اجتماعی، آن هم قرائت و تفسیری که هیأت حاکمه را با اراده عمومی یکی می‌گیرد، نمی‌توان ادعا کرد که مردم مرجع قانونگذاری‌اند. به چیزی بیش از صرف توافق نیاز است تا ارتباط میان مردم و قانونگذاری را به نحو مستمر حفظ و تضمین کند. این تضمین شاید با نظریه موجه‌پذیری عمومی کانت یا مکانیزم توجیه بین‌الذهانی فراهم آید. در غیر این صورت، نظریه حاضر در عداد تئوری حاکم به عنوان مرجع صالح قانونگذاری قرار خواهد گرفت. ایمانوئل کانت با استدلال برای حکومت جمهوری که بر رضایت و قبول عقلانی مردم بنا شده، مدعی است در این حکومت مردم از قوانینی پیروی می‌کنند که

۱. نگ: همان، صص ۴۱۹-۴۱۵.

از طریق نمایندگانشان گذرانیده شده اند. از این دیدگاه، حق قانونگذاری در اصل متعلق به مردم است؛ چرا که آنان نماینده «اراده کلی» اند و این اراده کلی چیزی جز اصل عدالت نیست. به این معنا که در اراده کلی عقلانی، تکتک شهروندان در نظر گرفته می‌شوند نه شهروند یا شهروندانی خاص که در اراده جزئی مبتنی بر منافع خاص، مد نظر قرار دارند. بنابراین، حق قانونگذاری مزبور به دست نمایندگان مردم اعمال می‌شود و آنان با حکم عقلانیت و موجه‌پذیری عمومی، قوانین را در حقیقت قبول یا رد می‌کنند. هر قانونی که در آزمون عقلانی رد شود یک قانون ناعادلانه است و مردم آن را نمی‌پذیرند.^۱

نمایندگان اندیشه محافظه‌کاری در قرن بیستم، مانند مایکل اوکشات، منشا قانون را در زندگی اجتماعی و تاریخی انسان جستجو کرده‌اند و تصریح نموده‌اند که دولت تنها قوانینی را اجرا می‌کند که مورد قبول اعضای اجتماع قرار گرفته باشد. بر این پایه، از این منظر مرجع صالح قانونگذاری در حقیقت مردم هستند.^۲

هابرماس با طرح حوزه عمومی و شکل‌گیری دموکراتیک افکار عمومی از طریق مفاهیم آزاد و عقلانی بین‌الادّهانی میان شهروندان که در نهایت در قالب قوانین متجلی می‌شوند، در حقیقت مرجع قانونگذاری را کل جامعه می‌داند. این قانون به نوبه خود باید شرایط یک همگرایی اجتماعی که خود را بازتولید می‌کند، فراهم کند.^۳ تحلیل رولز از قرار داد اجتماعی نیز نشان می‌دهد که مرجع قانونگذاری از نظر او در اصل به اعضای یک

1. برای نمونه، نگ: کانت؛ فلسفه حقوق، ص ۱۷۲؛ و سالیوان، *اخلاق در فلسفه کانت*، صص ۴۹-۴۷ و ۱۶۹-۱۷۰.

2. رک: بشپریه؛ *تاریخ اندیشه سیاسی در قرن بیستم: لیبرالیسم و محافظه‌کاری*.

3. See his *Between Facts and Norms*; and "The Public Sphere".

جامعه تعلق دارد.^۱

تحلیل کارل پوپر از دموکراسی در حقیقت نشان‌دهنده دیدگاه وی در باب مرجع صالح قانونگذاری نیز هست. از نظر وی حکومت حق مردم است و دیکتاتوری غیر اخلاقی است؛ زیرا شهروندان را وادار می‌سازد علی‌رغم خواست و اراده‌شان با شر و بدی همکاری کنند. در واقع وی اصل نشأت گرفتن قدرت سیاسی از مردم را مفروض می‌گیرد و در توضیح معنای آن جمله‌ای از کتاب توسعه‌یاد را به این مضمون نقل می‌کند که «هر چند تنها شمار اندکی قادر به سیاستگذاری هستند، یقیناً همگان می‌توانند درباره آن قضاوت کنند». این بدین معناست که مردم از همان روز نخست انتخابات بر عمل منصوبان به قدرت نظارت داشته و درباره آن به قضاوت بنشینند. حال، همان‌گونه که مردم با صلح و آرامش کسانی را از طریق انتخابات بر سر کار می‌آورند باید بتوانند، در صورت عدم رضایت از آنان، به همان روش افراد مزبور را از قدرت به زیر آورند. دموکراسی از دید پوپر باید همانند یک تیغ دو دم عمل کند به این معنا که هم در نصب به کار آید و هم در عزل. در هر صورت این اصل مفروض انگاشته شده است که صاحبان اصلی قدرت و در نتیجه قانونگذاران اصلی مردم‌اند. با این تفاوت که قرائت وی از دموکراسی به جای تأکید بر حکومت عامه بر قضاوت آنان اصرار می‌ورزد.^۲

با این که نائینی حکومت سلطنتی را رد نمی‌کند ولی در تلاش برای عادلانه کردن و مشروطه ساختن آن، حق قانونگذاری را به مبعوثان و منتخبان ملت می‌دهد مشروط به این که به اذن مجتهد (به طریقی از طرق مانند اشمال هیأت مبعوثان بر عده‌ای از مجتهدین عدول عالم به سیاست) و بر

1. See Rawls; *A Theory of Justice*, esp chs 1-2.

2. رک: بوزتی؛ *درس این قرن*، صص ۱۲۰-۱۱۹ و ۱۴۲-۱۳۸.

اساس و منطبق با شرعیات قانون بگذارانند.^۱ طالبوف بر این باور است که به موجب حکم عقل، رای اکثریت عموم مردم مبنای قانون شدن یک قاعده است و در صورت تعارض میان حقوق این اکثریت با حقوق اقلیت، حقوق نوع دوم محو می‌شود.^۲ اسدالله محمقانی معتقد است در زمان غیبت اختیار قانون و زمامداری به دست مردم است که باید به طور شورایی اداره شود. دقیق تر این که، بعد از نبی و غیبت امام (ع) حق حاکمیت را با هیأت جامعه ملت می‌داند و تنها ملت می‌تواند این حق را به عهده دیگری واگذار کند. سلطنت سلطان تنها تحت چنین شرایط عادلانه و مشروع است.^۳ آدمیت در بحث از منشا قواعد و ضوابط قانونی به اراده مردم اشاره می‌کند.^۴ به نظر کسروی مردم آزادند که نظام حکومتی خود را تعیین کنند. آنان حق دارند حکومت از جمله قوه مقننه را برگزینند. وی انتخاب «مردان نیکخواه و کاردان» را برای امر قانونگذاری لازم می‌داند.^۵ همچنین، تقی‌زاده مجلس ملی قانونگذار (متشکل از نمایندگان مردم) را به عنوان یکی از سه اساس اصلاحات در کشور مطرح می‌سازد، هرچند معتقد بود فقط افراد باسواد باید رای بدهند؛ چراکه بنا به ادعای وی، با وضع آن روز رای افراد بی‌سواد در دست اربابان و صاحب کاران آنان بوده است.^۶ بالاخره، بنا بر نظر آخوندزاده «اجرای عدالت و رفع ظلم در صورتی امکان پذیر است که ... ملت

1. نگ: نائینی؛ تنبیه الامه و تنزیه المله، صص ۸۶-۸۱، ۱۱۱-۱۰۹، ۱۲۱-۱۱۹ و ۱۳۴-۱۲۹.
2. طالبوف؛ «مسائل الحیات»، ص ۸۴، نقل شده در آدمیت، اندیشه‌های طالبوف تبریزی، ص ۴۶.
3. محمقانی؛ دین و شئون، صص ۷۲-۹۴ و ۱۱۳-۱۰۶.
4. نگ: اندیشه ترقی، ص ۱۷۰.
5. نگ: کسروی؛ «دولت به ما پاسخ دهد»، ص ۹؛ و یزدانی، کسروی و مشروطیت ایران، صص ۲۸-۲۵.
6. تقی‌زاده؛ مقالات تقی‌زاده، صص ۶۳-۶۲، ۶۹ و ۹۲.

خودش صاحب بصیرت و صاحب علم شود و وسایل اتفاق و یکدلی کسب کند... بعد از آن خودش مطابق اوضاع زمانه قانون وضع نماید و کونسنتسیون بنویسد و بر آن عمل کند»^۱. به نظر وی منشأ قدرت دولت، اراده ملت است. به علاوه، درباره هیأت مقنن وی به دو مجمع قائل است یکی متشکل از وکلای رعایا و دیگری متشکل از وکلای نجبا.^۲ مرتضی مطهری ضمن بیان این که وضع قانون کلی، الهی است تصریح می‌کند که تعیین حاکم برای وضع قوانین جزئی بر عهده مردم و حق مردم است. منتظری نیز ضمن بیان مفاد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تأیید می‌کند که زیر بنای حکومت در همه سطوح، که دربرگیرنده قوه قانونگذار نیز می‌شود، آرای مردم است.^۳ بنا بر تئوری دینی بازرگان، آن جا که پای اداره امت و امور دنیایی مردم پیش می‌آید، اصل شورا حاکم است.^۴ حائری یزدی حکومت را بیش از یک مأموریت وکالت از سوی شهروندان نمی‌داند؛ از این رو مرجع اصلی و اولیه قانونگذاری از دید وی مردم هستند که این امر را وکالتاً به نمایندگان خود واگذار نموده‌اند. البته این نمایندگان باید به عنوان نماینده مشاع همه افراد و آحادی که در سرزمین آنان سکنی گزیده‌اند، عمل نمایند.^۵ عبدالکریم سروش نیز در بحث از مجوز قانون سازی و با توجه به درک خود از قانون به عنوان حد آزادی و هویت منع و نهي کننده، اشاره می‌کند که در اینجا فقط رضایت

1. آخوندزاده؛ مقالات فلسفی، صص ۴۰-۳۴.

2. آدمیت؛ اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده، صص ۱۴۶-۱۴۵ و ۱۵۱-۱۵۲؛ و کمالی‌طه، اندیشه قانونخواهی در ایران سده نوزدهم، صص ۸۱-۸۲ و ۲۰۸-۲۰۵.

3. مطهری؛ پیرامون جمهوری اسلامی، صص ۱۵۴-۱۵۲؛ و منتظری، «حقوق اجتماعی مردم تابع درجه ایمان آنان نیست».

4. بازرگان؛ «خدا و آخرت، هدف بعثت انبیاء»، صص ۵۷-۵۶.

5. برای نمونه، رک: حائری یزدی؛ حکمت و حکومت، صص ۱۰۹-۱۰۸، ۱۳۱-۱۳۲ و ۱۷۲.

عامه و توافق عامه می‌تواند مبنا و جواز لازم را فراهم آورد.^۱ مبتنی بر قرائت دینی مجتهد شبستری، زندگی اجتماعی مسلمانان مانند هر جامعه دیگری باید بر اساس قوانین عقلانی و عادلانه اداره شود. واضع این قوانین از نظر او اراده مردم است که از طریق آرای اکثریت قانونگذاران که نماینده اکثریت مردم اند پا به عرصه وجود می‌گذارند.^۲ کدیور بر این باور است که افراد تنها از قوانینی که خود وضع کرده‌اند و به آن رضایت داده‌اند تبعیت می‌کنند و بدین وسیله بر مرجعیت مردم در وضع قانون صحنه می‌گذارند.^۳

نظریه بالا در اصل ۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و فصل‌های پنجم و ششم آن قانون - به ویژه طی اصل‌های ۵۸، ۵۹ و ۶۲ - پذیرفته شده است. البته گفتنی است که با توجه به اصل ۲ - همان طور که خواهد آمد - قانونگذار واقعی در این قانون خداوند است، ولی تصویب مقررات در محدوده قانون او، بر عهده اعضای جامعه یا نمایندگانشان قرار داده شده است.

۲-۳-۸. نمایندگان جامعه و نخبگان

یکی از نظام‌های قانونگذاری که در تاریخ قانون و قانونگذاری در برخی جوامع به وجود آمده و کارکرد به نسبت موفقی داشته است، نظام قانونگذاری دو مجلسی است که غالباً به مجلس پایین و مجلس بالا، اگرچه با عناوین گوناگون، دسته‌بندی می‌شود. از این رو، برخی از نظریه‌پردازان از این نوع نظام دفاع کرده و در ارتباط با مرجع قانونگذاری از مجلس نمایندگان مردم یا مجلس ملی و

۱. اخلاق خدایان، صص ۱۹۳-۱۹۰. همچنین، نگ: سروش، مدارا و مدیریت مومنان، ص ۳۳۰.

۲. نگ: شبستری؛ نقدی بر قرائت رسمی از دین، صص ۱۱۲-۱۱۰.

۳. نگ: کدیور؛ «مردم‌سالاری دینی».

مجلس اقطاب یا اعیان سخن به میان آورده اند.^۱ بر پایه این نظر، مجلس ملی باید اختیار کامل داشته باشد که بر جمیع مصالح بزرگ دولت با آزادی مذاکره و بر هر یک از مواد لازمه با اکثریت آرا قانون وضع کند. نمایندگان مردم باید بدون هیچ واهمه و با آزادی کامل مشغول مذاکرات و اعمال وظایف خود گردند. هیچ نماینده‌ای را نمی‌توان به دلیل اظهار نظر و انجام وظایف نمایندگی خود تحت تعقیب قرار داد یا معزول ساخت.^۲ برای این که هر یک از باورها و ارزش‌های دینی، اجتماعی و سیاسی به قانون کشوری تبدیل شوند، باید از تصویب این مجلس بگذرند و نمی‌توان احکام دینی یا اداری را به صرف صدور از جانب علمای دینی یا مقامات سنتی سیاسی، مثل پادشاه، قانون دانست. همه آن‌ها باید به دست مجلس یکدست شده و به عنوان قانون تصویب گردد.^۳

از این دیدگاه لازم است پس از تصویب قانون به دست مجلس نمایندگان، تا آنجا که ممکن است با استفاده از دانش و تجربه موجود در جامعه مصوبه مزبور را بررسی، ارزیابی و نقد نمود تا مبادا قانونی وضع شود که ناکارآمد یا ناقص باشد. مونتسکیو یکی از قوای حکومت را قوه مقنن می‌دانست. این قوه از نظر او از دو قسمت تشکیل می‌شود. قسمت نخست از نمایندگان مردم تشکیل می‌شود و همه مردم، بجز اشخاصی که مشهور به فساد اخلاق و یا متجاصر به فسق بوده و یا سفیه و مجور باشند، حق رای دادن برای انتخاب نماینده خود را

۱. ملکم خان؛ *روزنامه قانون*، شماره‌های ۶ و ۲۲. هگل نیز از نظام تقنینی دو مجلسی سخن گفته است: یکی مجلس علیا متشکل از طبقه زمیندار و دیگری مجلس سفلی متشکل از بازرگانان. با این حال وی برای شهروندان، به عنوان شهروند، حقی در انتخاب اعضای مجلس سفلی قائل نبود، بلکه این مجلس باید از نمایندگان صاحبان منافع کلان مانند اشخاص حقوقی و اصناف، تشکیل می‌گردید؛ رک: سینگر، هگل، صص ۸۴-۸۳.

۲. نگ: ملکم خان؛ *روزنامه قانون*، شماره ۲.

۳. همچنین نگ: آدمیت؛ *اندیشه ترقی*، ص ۳۲.

دارند. قسمت دوم از اشراف تشکیل می‌شود و باید موروثی باشد. مونتسکیو اضافه می‌کند که اشراف فقط قدرت منع دارند و نمی‌توانند ابتدائاً به وضع قانون دست بزنند. تصویب آن‌ها همان عدم مخالفت با تصویب نمایندگان مردم است.^۱

جان استوارت میل معتقد بود یک مجلس کثیر العضو همانقدر برای کار مستقیم وضع قوانین نامناسب است که برای امور اجرایی. به این دلیل به یک مجمع قانونگذاری انتصابی کوچک، تحت عنوان کمیسیون تدوین قوانین، باور داشت که از مجربترین و کارآزموده‌ترین افراد که با پژوهش‌های میدی و پر رنج، فرهیختگی بایسته را یافته‌اند تشکیل می‌شود. آنان با باریکترین و دورنگرترین ادراک از آثار یک قانون، وظیفه سخت بررسی و تدوین قوانین را به عهده می‌گیرند.^۲ نظر میل را صرفاً برای تاکید بر اهمیت و حساسیت امر قانونگذاری آوردیم و بدون این که مجمع انتخابی متشکل از نمایندگان مردم را نفی نماییم، از ادعاهایی چون ادعای میل این استفاده را می‌کنیم که حضور دانشمندان و مجربین جامعه در فرایند قانونگذاری امری ضروری است. این مهم با تشکیل مجمع دومی متشکل از افراد یاد شده انجام شدنی است. با این حال، مجمع متشکل از نخبگان، که عموماً مجلس سنا نامیده می‌شود، می‌تواند انتخابی، انتصابی یا ترکیبی (انتخابی/ انتصابی) باشد. به نظر می‌رسد نوع ترکیبی موجه‌شدنی‌تر باشد. توضیح این که از یک سو می‌توان با تدوین قوانین و مقررات انتخاباتی شرایط خاصی را برای نامزد شدن در انتخابات مجلس سنا، شرایطی سخت‌تر از نامزدی مجلس ملی، معین نمود، و از دیگر سو، برای برخی از اشخاص و مقامات - مانند رؤسای پیشین جمهور، مجلس اول و دادگستری - حق عضویت در مجلس

1. مونتسکیو؛ روح القوانين، ۴۰۳-۴۰۱.

2. رک: میل؛ رساله درباره آزادی، به ویژه صص ۱۰۴-۱۰۱.

سنا قائل شد و یا به برخی از مقام‌ها - مانند رئیس‌جمهور - حق انتصاب افرادی با شرایط خاص در مجلس سنا را اعطا نمود. بدین طریق هم مردم در انتخاب نخبگان نقش داشته و هم برخی از صاحبان دانش و تجربه مستقیماً به مجلس سنا راه می‌یابند و جامعه از بهره‌گیری از علم و سابقه آن‌ها محروم نمی‌ماند.

با این که نظام قانونگذاری ایران از یک مجلس تشکیل می‌شود ولی مجلس مزبور بر اساس فصل ششم قانون اساسی کشور، دربرگیرنده دو جزء است: مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان. حال با عنایت به این که شورای نگهبان تقریباً یک نهاد انتصابی است و مستقیماً توسط مردم انتخاب نمی‌شود، شاید بتوان گفت که مرجع قانونگذاری در ایران از مصادیق مدل «نمایندگان مردم و نخبگان» است.

۸-۳-۳. حاکم

حاکم به عنوان مرجع قانونگذار یک عنوان کلی و مبهم است که می‌تواند دربرگیرنده مقام‌ها و اشخاص گوناگون باشد. این «حاکم» می‌تواند خداوند، امپراطور، پادشاه، اشراف، زمینداران، صاحبان سرمایه و صنعت، فیلسوف، شورای نخبگان، نمایندگان مردم یا هر شخص و مقام دیگری که به نحوی از انحاء به عنوان قانونگذار پذیرفته شده است، باشد.

افلاطون پیدایی بهترین قوانین را درگرو جمع شدن قدرت کامل و مطلق با دانایی و خویشنداری راستین در یک تن می‌داند. به این معنا که بهترین قانون به دست بهترین قانونگذار ساخته می‌شود و او کسی جز فیلسوف- مدرک و تشخیص دهنده معقولات- نیست.^۱ بر این پایه، مرجع صالح قانونگذار از نظر افلاطون، همان حاکم است چه وی مشخصات مذکور را به طور مشترک برای قانونگذار و حاکم بیان می‌کند. این حاکم ملزم به رعایت یک سری قواعد

۱. افلاطون؛ «قوانین»، کتاب چهارم، به ویژه ص ۲۱۴۲.

است که خود بر اساس آن قواعد انتخاب شده و لذا از مشروعیت برخوردار است.^۱ اگرچه ارسطو شکل ایده آل حکومت را سلطنت می‌داند، ولی معتقد بود بهترین شکل قابل حصول حکومت یک نوع جمهوری مشروطه است که در آن طبقه متوسط برای دیگران قانون وضع کرده و به اداره امور می‌پردازند. در این حالت طبقه مزبور میان اقلیت غنی و اکثریت فقیر قرار می‌گیرند و از نزاع بنیان برافکن میان دو گروه اخیرالذکر جلوگیری به عمل می‌آورد.^۲ نتیجه این که، حکومت طبقه متوسط مانع از تسلط نظام‌های حکومتی افراطی (آریستوکراسی توسط اقلیت غنی و دموکراسی توسط اکثریت فقیر) می‌گردد.^۳ با این وصف، به نظر می‌رسد از نظر او مرجع ذی‌صلاح قانون «حاکم» است. این حاکم در حالت ایده آل، سلطان و در حالت جمهوری مشروطه، طبقه متوسط است.

از نظر ژان بدن شهریار حق وضع قوانین را داراست. او مظهر حاکمیت است که از حاکمیت مطلق برخوردار است و خود تابع قانون موضوعه اش نیست. زیرا نمی‌تواند دست‌های خود را ببندد. از این دیدگاه، اساساً نخستین نشانه شهریار حاکم و تنها نشانه حاکمیت، قدرت وضع قوانین عمومی و خصوصی برای مردم است.^۴

هگل قوه مقنن را متشکل از دو مجلس علیا و سفلی می‌داند که هیچ کدام نماینده شهروندان نبودند. اولی باید از طبقه زمیندار و دومی از طبقه بازرگان، تشکیل می‌گردد.^۵ با این وصف،

1. در این ارتباط، برای مطالعه قواعد هفت‌گانه پیشنهادی افلاطون، نگ: افلاطون، «قوانین»، کتاب سوم، ص ۲۱۱۹.
2. See "Aristotle", sec. Politics, pp 8-9; and Miller, "Aristotle's Political Theory", p. 9.
3. نگ: ارسطو؛ سیاست، صص ۱۱۵-۱۱۹ و ۱۸۰-۱۸۱.
4. عنایت؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، صص ۱۸۶-۱۸۲؛ و جونز، خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، صص ۶۶-۶۷.
5. سینگر؛ هگل، صص ۸۴-۸۳؛ و پلامناتز، شرح و نقدی بر فلسفه اجتماعی و سیاسی هگل، ص ۲۲۹.

مرجع صالح قانونگذار از دیدگاه وی جامعه و یا نمایندگان آن نبودند و نوع طبقاتی که برای عضویت دو مجلس معین می‌کند و تأکیدی که بر نقش و نفوذ پادشاه به عنوان قوه تصمیم نهایی دارد، نظریه وی را در حقیقت نزدیک به نظریه حاکم می‌سازد. از دید او جامعه بدون پادشاه مانند توده بی‌شکل است.^۱

از یک دیدگاه، با توجه به این که آستین وجود سلطه را شرط قانون شدن یک قاعده می‌داند، بنابراین از دید او مرجع صالح قانونگذار همان حاکم یا شخص صاحب سلطه است.^۲ این مرجع می‌تواند مستقیماً یا غیر مستقیم قانون وضع کند.^۳

مستنبت از نظریه هارت در باب چیستی قانون، می‌توان گفت که از دید او مرجع قانونگذاری جامعه است. البته این که اجتماع انسانی چگونه این کار را انجام می‌دهد از یک جامعه به جامعه‌ای دیگر فرق می‌کند. به هر حال، از دید حقوقی، مرجع قانونگذاری یک واقعیت و داده تاریخی است.^۴ همچنین، می‌توان نظریه‌هایی را که خداوند را مرجع قانونگذاری می‌دانند تحت این عنوان دسته‌بندی کرد. از این منظر مرجع نهایی قانونگذاری خداوند است. گفتنی است که در بند «۱» اصل ۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصریح شده است که حاکمیت و «تشریح» از آن خداوند است و قانونگذار این قانون از همین منظر به مساله می‌نگریسته است. دلیل این مدعا را این دانسته‌اند که جز خداوند هیچ کس از حیثه هستی انسان آگاه نیست. به علاوه، تنها کسی که می‌تواند حقی را خلق یا تکلیفی را تحمیل کند اوست. بر این پایه، حتی فرستادگان او نیز بالاصاله حق قانونگذاری ندارند و هر گونه تقنین

۱. رک: هگل؛ عناصر فلسفه حق، صص ۳۴۰-۳۳۹ و ۳۶۱-۳۵۷، بند ۲۹۸.

۲. See Austin; *The Province of Jurisprudence Determined*, pp 9-15 253-54.

۳. Austin, "The Uses of the Study of Jurisprudence", pp. 365-67.

۴. See Hart; *The Concept of Law*, esp chs 5-6.

باید به کشف از اراده الهی منتهی گردد.^۱ مرجع قوانین خداوند است و این تشریح قابل تفویض نیست.^۲ به همین دلیل است که مودودی شرایط زیر را برای اهلیت به دست گرفتن حکومت به نیابت از خداوند به عنوان شرایط اهلیت نخستین برمی‌شمرد: ۱. اسلام، ۲. رجولیت (مرد بودن)، ۳. عقل و بلوغ و ۴. سکونت در مملکت اسلام و تابعیت آن. در صورت دارا بودن این صفات، فرد می‌تواند در حکومت یا مجلس شورا وارد شود. البته مجلس شورا برای تاویل آن دسته از احکام خداست که روشن و قاطع نیستند.^۳

در همین راستا، ملا احمد نراقی اولین وظیفه فقها را (که بر مردم ولایت دارند) افتاء می‌داند.^۴ با این که در این نظریه فقیه مرجع صدور احکام معرفی گردیده، ولی در واقع قانونگذار و شارع حقیقی خداوند دانسته شده که فقهای مزبور دستورات او را با استفاده از منابع معتبر کشف و به عنوان قوانین و مقررات اسلامی به جامعه اسلامی عرضه می‌کنند. جامعه مذکور نیز مکلف است از این قوانین پیروی کند.

حال همه سؤال این است که مرجع صالح قانونگذاری بایستی بر اساس چه اصولی قانون بگذارند؟

1. رك: طباطبائي؛ شيعه در اسلام، صص ۱۸۴-۱۷۹؛ جوادي آملی، ولایت فقیه؛ جوادي آملی، فلسفه حقوق بشر؛ مصباح یزدی، فلسفه سیاسی اسلام؛ و مودودی، قانون اساسی در اسلام، صص ۶۰-۵۵.
2. طباطبائي؛ تفسیر المیزان، جلد ۴، ص ۱۴۹؛ ترکمان، رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل‌الله نوری، صص ۱۰۴-۵۶. و
3. مودودی؛ قانون اساسی در اسلام، صص ۷۲-۷۱ و ۱۲۵-۱۲۲.
4. نراقی؛ حدود ولایت حاکم اسلامی، صص ۱۰۳-۱۰۳.

مباحث این بخش حول سه محور شکل گرفته‌اند. این محورها در حقیقت خود در پاسخ به سه سؤال صورت یافته‌اند. نخست، در میان يك جامعه چند مرجع می‌تواند دست به قانونگذاری بزند؟ به عبارتی، آیا می‌توان مراجع متعدد قانونگذاری برای جامعه واحد داشت؟ دوم، مرجع نهایی قانونگذاری کیست؟ این پرسش ناظر به منبع و مبنای موجهه قانون یا تئوری مرجع صالح تقنین نیست، بلکه روی سخن با مرجع و مقامی است که می‌تواند و باید برای تمثیت روابط بین‌انسانی، قانون وضع کند. این مرجع کیست و در کجاست؟ طبیعت حیات انسانی و روابط جمعی او در این ارتباط چه اقتضایی دارد؟ سوم، چه شخص و اشخاصی به نحو موجه و مشروع می‌توانند به امر قانونگذاری بپردازند؟ در جواب این سؤال است که تئوری‌های رقیب در ارتباط با مرجع صالح قانونگذاری رخ می‌نمایند. اجازه دهید پاسخ سؤال‌ها را به ترتیب بررسی کنیم.

۸-۱. قانونگذار واحد

پاسخ به سؤال از امکان یا امتناع تعدد مراجع قانونگذاری در حقیقت به طور کامل وابسته به فهم و نظر ما از چیستی و پویای «اقتدار سیاسی» است. به چه دلیل؟ همان طور که در بالا آمد، از ویژگی‌های قانون می‌توان دریافت که عمده‌ترین و اصلی‌ترین وجه فارق قانون با دیگر انواع قواعد اجتماعی، تکیه آن بر اقتدار سیاسی به عنوان

ضامن اجرا و اعمال قانون است. از این ویژگی تحت عنوان «الزام آور بودن» قانون بحث نموده ایم. نکته این است که ویژگی‌ها و وجوه ممیزه اقتدار سیاسی یا قدرت حاکمیت به مرجع قانونگذار نیز سرایت یافته و در حقیقت این ویژگی‌ها، تعیین‌کننده ساختار مرجع قانونگذاری است.

در یک جامعه سیاسی، قدرت سیاسی از ویژگی تمرکز و وحدت برخوردار است. به عبارت دیگر، در میان اجتماع باید یک «قدرت عالی» یا «قدرت برتر» واحد و بلارقیب شکل گیرد تا اساساً جامعه سیاسی تشکیل شود. قدرت مزبور بایستی دارای تمامی اقتدارات لازم برای تمثیت امور آن جامعه باشد که با فرض برتر و واحد بودن واجد آن‌ها می‌گردد.^۱ وسیله تمثیت امور در این جامعه قانون است. از این رو اقتدار واحد سیاسی یا قدرت برتر یگانه در یک جامعه سیاسی برای تنظیم و کنترل هر امر یا هر مجموعه از روابط، یک قانون وضع خواهد کرد. این مهم رخ نخواهد داد مگر این که یک مرجع قانونگذاری وجود داشته باشد. در غیر این صورت، یعنی اگر مراجع متعدد قانونگذاری وجود داشته باشند، ممکن است برای امر واحد قوانین گوناگون و حتی متضاد وضع شود. نتیجه چنین قوانین متعدد و یا متضاد چیزی جز بهم ریختگی و آشوب نخواهد بود، حال آن که کم‌ترین هدف شکل‌گیری جامعه سیاسی مدرن، ایجاد نظم در زندگی جمعی و انتظام مقبول امور است. بنابراین، در گام نخست ادعای موجه این است: «یک جامعه سیاسی، یک قدرت عالی، یک مرجع قانونگذاری».^۲

این امر در فصول پنجم و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به ویژه در اصول ۵۸ و ۷۱، به رسمیت شناخته شده است.

1. نگ: عنایت؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، صص ۱۸۶-۱۸۲.
2. برای بحث از تناظر میان قدرت سیاسی و حاکمیت قانون، نگ: حجاریان؛ «حاکمیت قانون و ساختار سیاسی».

۲-۸. قانونگذار انسانی

پس از آن که مرجع واحد قانونگذاری را پذیرفتیم و پیش از آن که از مرجع صالح قانونگذار (یعنی مقام یا نهادی که برای وضع قانون، از مشروعیت برخوردار است) بپرسیم، مناسب است نکته‌ای را در باب واقعیت قانونگذاری مطرح سازیم که به نظر می‌رسد نقش مهمی در درک و برداشت ما از امر قانونگذاری و تولید قوانین موضوعه بازی می‌کند.

زندگی انسان همانند دیگر جلوه‌های حیات طبیعی دائماً در حال تغییر و تحول است. با افزودن بعد اجتماعی و جمعی به این زندگی و همچنین با در نظر گرفتن عنصر شعور و اراده در انسان، تغییر و تحول مزبور چهره‌ای بس پیچیده و غامض به خود می‌گیرد. سؤال اکنون این است: چگونه می‌توان این زندگی را تمشیت کرد؟^۱ در اینجا توجه بحث معطوف به هدف، منبع و مبنای موجهه قانون نیست. به عبارتی، به جای این که بحث را از قانون شروع کنیم از موضوع تحت کنترل قانون آغاز می‌نماییم. ممکن است در باب هدف، منبع و مبنای قانون منظرهای گوناگون و در نتیجه نظرهای مختلف داشته باشیم، ولی در نهایت ناچاریم در حدود مرزهای موضوع قانون که با شناخت ماهیت و چیستی آن روشن‌تر و مشخص‌تر می‌شوند، باقی بمانیم. تمامی نظام‌های ارزشی لاجرم محدود به چنین مرزهایی هستند و نقطه تلاقی متافیزیک با هنجار و احکام ارزشی در همین جا نمایان می‌شود. به همین دلیل بوده است که در سنت هیومی به دنبال شناسایی قوانین حاکم بر روان انسان و یا به تعبیر هارت محتوای حداقلی حقوق طبیعی قانون، بوده‌اند. از این دید نمی‌توان بدون آگاهی از روانشناسی، جامعه‌شناسی و امثال آن به تقنین و صدور احکام برای رفتار انسانی، اعم از احکام حقوقی یا اخلاقی، دست زد.^۲ بر این اساس است که یکی از ویژگی‌های قانون را انجام شدنی

1. در اینجا نادرستی ادعاهای آنارشیستی را فرض گرفته‌ایم.

2. See Williams; *Ethics and the Limits of Philosophy*; and Hart, *The Concept of Law*, ch. 9.

که یکی از ویژگی‌های قانون را انجام شدنی بودن آن و یکی از اصول حقوقی را محال بودن تکلیف ما لایطاق، می‌دانیم. خداوند نیز در متون دینی خود را مقید به تکلیف انسان‌ها به قدر وسع آن‌ها می‌کند. نتیجه این که، وضع قانون برای تمشیت امور روزمره انسان‌ها محتاج ارتباط دائم با حقایق و واقعیات زندگی فردی و جمعی آن‌هاست. این امر البته باید توسط موجود هوشیاری صورت گیرد که در یک ارتباط دو سویه با آن حقایق و واقعیات‌ها قرار دارد و کم‌ترین وظیفه آن ماندن در مرزهای کشف شده مذکور است. این موجود هوشیار نمی‌تواند کسی جز انسان باشد. فارغ از دیدگاه و تصمیمی که فرد در ارتباط با هدف، منبع و مبناي قانون می‌گیرد دست آخر، یک شخص انسانی است که باید بر اساس دانش خود از آن حقایق و واقعیات و با طی فرایند ذکر شده، برای تنظیم و کنترل زندگی انسان، قانون وضع کند. این شخص می‌تواند یک فرد باشد یا یک شورا، همه انسان‌های بالغ و عاقل عضو یک جامعه باشند یا نمایندگان آن‌ها. منبع وضع قانون می‌تواند عقل، طبیعت، وحی، یا هر چیزی باشد. هدف بسته به باوری که در میان جامعه غلبه می‌یابد می‌تواند متفاوت باشد. اما در تمامی حالات این انسان است که باید تمامی آن اهداف، منابع و مبانی را کنار واقعیات به دست آمده قرار دهد و در چارچوب مرزهای گریز ناپذیر طبیعی، قانون بگذراند. ایمانوئل کانت، یک قدم جلوتر گذاشته و اساساً مرجع ارزش را انسان می‌داند. بر اساس نظر او، از قانونی باید پیروی کرد (قانون در اینجا اعم از قانون اخلاقی و حقوقی است و معادل ارزش یا هنجار یا باید است) که از انسان ناشی شده باشد. به این دلیل وی به اصل استقلال یا خودآئینی قائل بود و مبتنی بر آن انسان را به وجود آورنده ارزش می‌دانست. البته گفتنی است که چون دستور اخلاقی از نظر او یک دستور یا امر

مطلق است که به هیچ هدف و شرایطی وابسته نیست، لذا منشا قانون باید يك منشا غير مادي و متافیزیکی باشد. این منشا از دید کانت «من استعلایی» انسان است که از يك چستی فرامادی برخوردار است و محدود و مقید به شرایط مادي این دنیایی نیست.^۲ دو نکته در این ارتباط قابل ذکر است. یکم، این قول بسیار نزدیک به نظریه معتزله در باب اخلاق است که قوانین اخلاقی را قوانینی منبعت از عقل می‌دانند. چنانچه مبانی و لوازم منطقی این ادعای معتزله را جدی بگیریم، ماحصل ادعا به اصل استقلال یا خودآئینی کانت نزدیک می‌شود. دوم، بر اساس نظریه کانت، قانونگذار همیشه انسان است، چه روایت کانت از منبع قانونگذاری یعنی من استعلایی را بپذیریم چه روایتی دیگر از آن ارائه دهیم.^۳

نکته حاضر را حائری یزدی در بحث از اجرا و اعمال دستورات الهی به تعبیری متفاوت آورده است. از دید وی، امثال و اجرای وظایف و احکام تشریحی الهی امری عقلی است و تنها عقل عملی مردم است که آن‌ها را از روی رضا و رغبت به امثال و اطاعت اوامر و نواهی شرع وادار می‌کند و به هیچ وجه جبر و قوه قهریه‌ای نباید در اجرای وظایف مداخله نماید و «حتی شرع نیز نمی‌تواند در اجرائیات تکالیف خود نقشی ایفا کند یا احکام و تکالیفی را وضع و تشریح نماید؛ زیرا اگر قرار باشد که شرع برای اجرا و امثال احکام و تکالیف شرعیه خود يك نظام تشریحی دیگری داشته باشد، داستان قانونگذاری و نظام تشریح الهی به درازای نامتناهی کشیده خواهد شد».^۴

1. Transcendental I.

2. رک: کانت؛ بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق، به ویژه صص ۵-۴.

3. See Korsgaard; *The Sources of Normativity*; and O'Neill, "Autonomy: the Emperor's New Clothes".

4. نگ: حائری یزدی؛ حکمت و حکومت، صص ۱۴۹-۱۴۸ و ۱۶۷-۱۶۶؛ و حائری یزدی، «گفت و گوهای خردمندانه درباره حکومت اسلامی».

حال بر این پایه، آیا می‌توان در ابتدای تاریخ زندگی انسان، مجموعه‌ای از قوانین را به دست او داد و تا آخر عمر وی را از زحمت پی‌جویی قانون خلاص کرد؟ آیا چستی و ماهیت حیات انسانی چنین چیزی را بر می‌تابد؟ زندگی انسان پیوسته در حال حدوث و شدن است، آن هم به نحو بسیار پویا و پیچیده؛ آیا می‌توان یک چنین امر «حادث» و توبرتویی را با وسیله‌ای «قدیم» و ازلی و ابدی تمشیت کرد؟ یکی از نزاع‌های کهن در بین متفکرین دینی - فلسفی پیرامون همین سوال‌ها شکل گرفته است. به دلایلی مشابه، معتزله و اشاعره در ابتدای تاریخ اسلام از حادث یا قدیم بودن کلام خدا بحث می‌کرده‌اند و این سؤال را مطرح ساختند که آیا ممکن است با زبانی غیر از زبان بافتمند و متحول یک جامعه با او سخن گفت.^۱ معتزله البته طرف حادث و بافتمند بودن زبان و قوانین را گرفتند و عدالت را به عنوان مبنای این قوانین، امری عقلانی معرفی نمودند.^۲ نصر حامد ابوزید، قرآن‌شناس معاصر مصری، نظریه معتزله را این گونه توضیح می‌دهد که «قرآن محدث و مخلوق است، زیرا قرآن از صفات ذاتی و ازلی خداوند نیست. قرآن کلام خداوند است و کلام، فعل است نه صفت.» از این دیدگاه، «صفات فعلی» قلمرو مشترک میان خداوند و عالم است و صفت کلام جزو صفات فعلی است. کلام مستلزم وجود مخاطب است، حال اگر خداوند را از ازل متکلم بدانیم (کلام خداوند قدیم باشد) به این معناست که او متکلم باشد بدون این که مخاطبی وجود داشته باشد و این امر با حکمت الهی منافات دارد. با این وصف، به

1. برای بحثی مفصل از متن دینی و آرای مختلف در فهم آن، رک: ابوزید؛ معنای متن: پژوهشی در علوم قرآن.

2. In This Regard, See Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, ch. 3; Fakhry, *Ethical Theories in Islam*, ch. 2; An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation*; and همچنین بنگرید: مطهری؛ «اصل عدل در اسلام»؛ و حائری یزدی، حکمت و حکومت.

ادعای ابوزید، قرآن پدیده‌ای تاریخی است که نمی‌تواند وجودی خارج از تاریخ داشته باشد. این کتاب نخست در فرهنگ شکل گرفته و سپس به فرهنگ شکل داده است.^۱ به هر حال، تفاسیر گوناگونی از «عقلانی» می‌توان ارائه داد ولی یک چیز را نمی‌توان انکار کرد و آن این که قانونگذار آخرالامر یک شخص انسانی است و به این دلیل قانونگذاری لاحاله و برای همیشه انسانی باقی می‌ماند.

شاهد مثال این که در اصل ۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تشریح حق خداوند دانسته شده، ولی در عین حال در اصول بعدی قوه مقنن، مردم (از راه همه‌پرسی) یا نمایندگان آنان (مجلس شورا) اعلام گردیده است.

پس از توضیح بالا، حال که به هر حال قانونگذار انسان است (به معنای گفته شده)، اکنون می‌توان پرسید: کدام انسان باید قانونگذاری کند؟ به عبارت دیگر، از قانونگذاری کدام مرجع انسانی می‌توان حمایت کرد؟ همه انسان‌ها، بعضی از آنها یا یک انسان خاص؟ در این مرحله است که بحث از مرجع صالح و مشروع قانونگذار پیش می‌آید و در حقیقت تئوری مشروعیت قانونگذار به عنوان بخشی از حکومت در جامعه سیاسی، در پس مباحث قسمت بعدی پنهان است.

۳-۸. قانونگذار صالح

اکنون با این فرض که قانونگذار باید یکی باشد و این قانونگذار لاجرم یک پدیده و هویت انسانی است و باید باشد، در زیر به نظرات رقیب درباره مرجع ذیصلاح قانونگذاری یا قانونگذار صالح می‌پردازیم.

۱. رک: ابوزید؛ معنای متن: پژوهشی در علوم قرآن، صص ۵۰۷-۵۰۴؛ و ابوزید، «تاریخ‌مندی؛ مفهومی پوشیده و مبهم»، صص ۳۳۳-۳۳۲.

۸-۳-۱. جامعه یا نمایندگان آن

توماس آکویناس کل جامعه، در صورت امکان و نمایندگان آن را موظف به نشر قانون و تنظیم امور اجتماع برای تأمین خیر عمومی می‌داند. به طور کلی، وی مرجعی را که مسئول حفظ و حمایت از جامعه است، متولی قانونگذاری نیز می‌داند.^۱ البته گفتنی است که با توجه به طبقه‌بندی آکویناس از قانون،^۲ مرجع مورد بحث وی در اینجا مرجع وضع قوانین بشری است والا مرجع اصلی قانون از نظر وی خداوند است.

توماس هابز قانونگذاری را حق مطلق شخص حاکم می‌داند. هیچ کس جز او حق وضع قانون ندارد و از این رو هیچ کس جز خود او حق نسخ قانون را نیز ندارد. ولی حاکم در نظریه وی منتخب مردم است و بر اساس توافق و قرارداد جامعه به این مقام رسیده تا از مصالح آنان حمایت کند. وی تصریح نموده است که همه کارهای قانونی هیات حاکمه مورد تأیید و پذیرش مردم است و قوانین اساساً به این دلیل عادلانه خوانده می‌شوند. بنابراین، مرجع صالح قانونگذاری در این نظریه در حقیقت مردم‌اند که حق قانونگذاری خود را به حاکم (لویاتان) سپرده‌اند.^۳

جان لاک صلاحیت مرجع قانونگذاری را در نهایت به مردم باز می‌گرداند و معتقد است هیچ قانون موضوعه‌ای نمی‌تواند افراد را مکلف به انجام کاری کند، مگر آن که خود افراد آن قانون را پذیرفته باشند. از این دید اجتماع پیوسته قدرت فائق را در دست خود دارد و هرگاه دریابد که قوه قانونگذار بر خلاف اعتمادی که بدان شده در جهت غایت مورد نظر حرکت نمی‌کند، می‌تواند

1. Aquinas; *Summa Theologica*, Art.s 3-4.

2. رک: قسمت «انواع قانون»، تقسیم «ابدی، طبیعی، الهی و بشری».

3. برای نمونه، نگ: هابز؛ *لویاتان*، صص ۱۹۲، ۲۵۵-۲۵۴ و ۳۱۰.

آن قوه را معزول سازند.^۱ در تئوری قرارداد اجتماعی روسو، مرجع صالح قانونگذار تمامی مردم اند و برای همه مردم تصمیم می‌گیرند. توضیح این که، مردم با انعقاد قرارداد اجتماعی اراده‌های خود را در هم می‌آمیزند و بدین وسیله یک اراده عمومی خلق می‌کنند. هر چه این اراده تصمیم بگیرد در حقیقت تصمیم همه شرکت‌کنندگان در اراده عمومی برای خودشان است. البته در این تئوری هیأت حاکمه به عنوان مرجع اعمال آن اراده معین‌گشته و با آن یکی شمرده شده است. بر این اساس، روسو بر این ادعاست که قدرت هیأت حاکمه «هر اندازه مطلق، هر اندازه مقدس و هر اندازه تخطی‌ناپذیر باشد، باز هم از محدوده قرارداد اجتماعی فراتر نمی‌رود». بر پایه آن ادعای وی این است که قوانین بیان اراده ماست.^۲

همه مشکل اما از همین نکته آغاز می‌شود. درست است که در نظر و تئوری مردم با قرارداد اجتماعی، مرجع وضع قانون هستند، ولی این قانونگذاری به طور مستقیم و به دست همه صورت نمی‌گیرد. تقنین در حقیقت به دست صاحبان قدرت انجام می‌شود که در بهترین حالت نماینده اکثریت مردم اند. احتمال این که آنان نماینده تمامی مردم باشند تقریباً صفر است. افزون بر این، آنچه صاحب منصبان می‌گویند و تصمیم می‌گیرند ضرورتاً منعکس‌کننده نظرات کسانی نیست که آنان را برگزیده‌اند. بنا بر این، بر خلاف نظر روسو نمی‌توان گفت اراده عمومی همیشه و بالضروره «در پی برابری است» یا «فقط نفع مشترک عمومی را در نظر می‌گیرد».^۳ شاید مبتنی بر توضیحات روسو

1. لاک؛ نامه‌ای در باب تساهل، صص ۹۹-۹۸؛ جونز، خدایوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، ص ۸۵۶؛ و آرنهت، انقلاب، ص ۲۲۳.
2. روسو، قرارداد اجتماعی، صص ۱۶۹-۱۶۸ و ۱۹۱-۱۹۲.
3. نقل قول به ترتیب، از همان، صص ۱۴۲ و ۱۵۳.

درباره «قرارداد اولیه» ادعا شود که همه مردم برای يك بار در آغاز بر سر قرارداد اجتماعی توافق کرده اند و از این رو هر تصمیمی که قانونگذاران بعدی می‌گیرند در حقیقت مورد تأیید همه مردم است و تصمیم اکثریت به این دلیل برای همه لازم الاجراست.^۱ در پاسخ، می‌توان به سادگی این سؤال را به میان آورد که به فرض قبول این توضیح و با در نظر گرفتن این واقعیت که توافق‌کنندگان اولیه با فوت اولین عضو و یا با حائز شرایط شدن یکی از اعضای صغیر جامعه، به زودی از بین می‌روند چگونه می‌توان اساساً بر استمرار وجود توافق اولیه ادعا و اصرار کرد؟ چگونه توافق پیشینیان برای پسینیان، بدون اعلام رای موافق، الزام‌آور می‌گردد؟ پس توافق اولیه خود باید به طور مستمر نوبه نو شود تا مشکلات مزبور رخ ننمایند. اما اگر چنین شود، اشکالات فوق‌الذکر پیش خواهند آمد. در آخر، مهم‌ترین پرسش این است که آیا اساساً در عالم واقع چیزی به نام قرارداد اولیه روسو منعقد گردیده و وجود یافته است؟

بر این پایه، با صرف اتکا به قرارداد اجتماعی، آن هم قرائت و تفسیری که هیأت حاکمه را با اراده عمومی یکی می‌گیرد، نمی‌توان ادعا کرد که مردم مرجع قانونگذاری‌اند. به چیزی بیش از صرف توافق نیاز است تا ارتباط میان مردم و قانونگذاری را به نحو مستمر حفظ و تضمین کند. این تضمین شاید با نظریه موجه‌پذیری عمومی کانت یا مکانیزم توجیه بین‌الذهانی فراهم آید. در غیر این صورت، نظریه حاضر در عداد تئوری حاکم به عنوان مرجع صالح قانونگذاری قرار خواهد گرفت. ایمانوئل کانت با استدلال برای حکومت جمهوری که بر رضایت و قبول عقلانی مردم بنا شده، مدعی است در این حکومت مردم از قوانینی پیروی می‌کنند که

۱. نگ: همان، صص ۴۱۹-۴۱۵.

از طریق نمایندگانشان گذرانیده شده اند. از این دیدگاه، حق قانونگذاری در اصل متعلق به مردم است؛ چرا که آنان نماینده «اراده کلی» اند و این اراده کلی چیزی جز اصل عدالت نیست. به این معنا که در اراده کلی عقلانی، تکتک شهروندان در نظر گرفته می‌شوند نه شهروند یا شهروندانی خاص که در اراده جزئی مبتنی بر منافع خاص، مد نظر قرار دارند. بنابراین، حق قانونگذاری مزبور به دست نمایندگان مردم اعمال می‌شود و آنان با حکم عقلانیت و موجه‌پذیری عمومی، قوانین را در حقیقت قبول یا رد می‌کنند. هر قانونی که در آزمون عقلانی رد شود یک قانون ناعادلانه است و مردم آن را نمی‌پذیرند.^۱

نمایندگان اندیشه محافظه‌کاری در قرن بیستم، مانند مایکل اوکشات، منشا قانون را در زندگی اجتماعی و تاریخی انسان جستجو کرده‌اند و تصریح نموده‌اند که دولت تنها قوانینی را اجرا می‌کند که مورد قبول اعضای اجتماع قرار گرفته باشد. بر این پایه، از این منظر مرجع صالح قانونگذاری در حقیقت مردم هستند.^۲

هابرماس با طرح حوزه عمومی و شکل‌گیری دموکراتیک افکار عمومی از طریق مفاهیم آزاد و عقلانی بین‌الادّهانی میان شهروندان که در نهایت در قالب قوانین متجلی می‌شوند، در حقیقت مرجع قانونگذاری را کل جامعه می‌داند. این قانون به نوبه خود باید شرایط یک همگرایی اجتماعی که خود را بازتولید می‌کند، فراهم کند.^۳ تحلیل رولز از قرار داد اجتماعی نیز نشان می‌دهد که مرجع قانونگذاری از نظر او در اصل به اعضای یک

1. برای نمونه، نگ: کانت؛ فلسفه حقوق، ص ۱۷۲؛ و سالیوان، *اخلاق در فلسفه کانت*، صص ۴۹-۴۷ و ۱۶۹-۱۷۰.

2. رک: بشپریه؛ *تاریخ اندیشه سیاسی در قرن بیستم: لیبرالیسم و محافظه‌کاری*.

3. See his *Between Facts and Norms*; and "The Public Sphere".

جامعه تعلق دارد.^۱

تحلیل کارل پوپر از دموکراسی در حقیقت نشان‌دهنده دیدگاه وی در باب مرجع صالح قانونگذاری نیز هست. از نظر وی حکومت حق مردم است و دیکتاتوری غیر اخلاقی است؛ زیرا شهروندان را وادار می‌سازد علی‌رغم خواست و اراده‌شان با شر و بدی همکاری کنند. در واقع وی اصل نشأت گرفتن قدرت سیاسی از مردم را مفروض می‌گیرد و در توضیح معنای آن جمله‌ای از کتاب توسعه‌یاد را به این مضمون نقل می‌کند که «هر چند تنها شمار اندکی قادر به سیاستگذاری هستند، یقیناً همگان می‌توانند درباره آن قضاوت کنند». این بدین معناست که مردم از همان روز نخست انتخابات بر عمل منصوبان به قدرت نظارت داشته و درباره آن به قضاوت بنشینند. حال، همان‌گونه که مردم با صلح و آرامش کسانی را از طریق انتخابات بر سر کار می‌آورند باید بتوانند، در صورت عدم رضایت از آنان، به همان روش افراد مزبور را از قدرت به زیر آورند. دموکراسی از دید پوپر باید همانند یک تیغ دو دم عمل کند به این معنا که هم در نصب به کار آید و هم در عزل. در هر صورت این اصل مفروض انگاشته شده است که صاحبان اصلی قدرت و در نتیجه قانونگذاران اصلی مردم‌اند. با این تفاوت که قرائت وی از دموکراسی به جای تأکید بر حکومت عامه بر قضاوت آنان اصرار می‌ورزد.^۲

با این که نائینی حکومت سلطنتی را رد نمی‌کند ولی در تلاش برای عادلانه کردن و مشروطه ساختن آن، حق قانونگذاری را به مبعوثان و منتخبان ملت می‌دهد مشروط به این که به اذن مجتهد (به طریقی از طرق مانند اشمال هیأت مبعوثان بر عده‌ای از مجتهدین عدول عالم به سیاست) و بر

1. See Rawls; *A Theory of Justice*, esp chs 1-2.

2. رک: بوزتی؛ *درس این قرن*، صص ۱۲۰-۱۱۹ و ۱۴۲-۱۳۸.

اساس و منطبق با شرعیات قانون بگذارانند.^۱ طالبوف بر این باور است که به موجب حکم عقل، رای اکثریت عموم مردم مبنای قانون شدن یک قاعده است و در صورت تعارض میان حقوق این اکثریت با حقوق اقلیت، حقوق نوع دوم محو می‌شود.^۲ اسدالله محمقانی معتقد است در زمان غیبت اختیار قانون و زمامداری به دست مردم است که باید به طور شورایی اداره شود. دقیق تر این که، بعد از نبی و غیبت امام (ع) حق حاکمیت را با هیأت جامعه ملت می‌داند و تنها ملت می‌تواند این حق را به عهده دیگری واگذار کند. سلطنت سلطان تنها تحت چنین شرایط عادلانه و مشروع است.^۳ آدمیت در بحث از منشا قواعد و ضوابط قانونی به اراده مردم اشاره می‌کند.^۴ به نظر کسروی مردم آزادند که نظام حکومتی خود را تعیین کنند. آنان حق دارند حکومت از جمله قوه مقننه را برگزینند. وی انتخاب «مردان نیکخواه و کاردان» را برای امر قانونگذاری لازم می‌داند.^۵ همچنین، تقی‌زاده مجلس ملی قانونگذار (متشکل از نمایندگان مردم) را به عنوان یکی از سه اساس اصلاحات در کشور مطرح می‌سازد، هرچند معتقد بود فقط افراد باسواد باید رای بدهند؛ چراکه بنا به ادعای وی، با وضع آن روز رای افراد بی‌سواد در دست اربابان و صاحب کاران آنان بوده است.^۶ بالاخره، بنا بر نظر آخوندزاده «اجرای عدالت و رفع ظلم در صورتی امکان پذیر است که ... ملت

1. نگ: نائینی؛ تنبیه الامه و تنزیه المله، صص ۸۶-۸۱، ۱۱۱-۱۰۹، ۱۲۱-۱۱۹ و ۱۳۴-۱۲۹.
2. طالبوف؛ «مسائل الحیات»، ص ۸۴، نقل شده در آدمیت، اندیشه‌های طالبوف تبریزی، ص ۴۶.
3. محمقانی؛ دین و شئون، صص ۷۲-۹۴ و ۱۱۳-۱۰۶.
4. نگ: اندیشه ترقی، ص ۱۷۰.
5. نگ: کسروی؛ «دولت به ما پاسخ دهد»، ص ۹؛ و یزدانی، کسروی و مشروطیت ایران، صص ۲۸-۲۵.
6. تقی‌زاده؛ مقالات تقی‌زاده، صص ۶۳-۶۲، ۶۹ و ۹۲.

خودش صاحب بصیرت و صاحب علم شود و وسایل اتفاق و یکدلی کسب کند... بعد از آن خودش مطابق اوضاع زمانه قانون وضع نماید و کونسنتسیون بنویسد و بر آن عمل کند»^۱. به نظر وی منشأ قدرت دولت، اراده ملت است. به علاوه، درباره هیأت مقنن وی به دو مجمع قائل است یکی متشکل از وکلای رعایا و دیگری متشکل از وکلای نجبا.^۲ مرتضی مطهری ضمن بیان این که وضع قانون کلی، الهی است تصریح می‌کند که تعیین حاکم برای وضع قوانین جزئی بر عهده مردم و حق مردم است. منتظری نیز ضمن بیان مفاد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تأیید می‌کند که زیر بنای حکومت در همه سطوح، که دربرگیرنده قوه قانونگذار نیز می‌شود، آرای مردم است.^۳ بنا بر تئوری دینی بازرگان، آن جا که پای اداره امت و امور دنیایی مردم پیش می‌آید، اصل شورا حاکم است.^۴ حائری یزدی حکومت را بیش از یک مأموریت وکالت از سوی شهروندان نمی‌داند؛ از این رو مرجع اصلی و اولیه قانونگذاری از دید وی مردم هستند که این امر را وکالتاً به نمایندگان خود واگذار نموده‌اند. البته این نمایندگان باید به عنوان نماینده مشاع همه افراد و آحادی که در سرزمین آنان سکنی گزیده‌اند، عمل نمایند.^۵ عبدالکریم سروش نیز در بحث از مجوز قانون سازی و با توجه به درک خود از قانون به عنوان حد آزادی و هویت منع و نهي کننده، اشاره می‌کند که در اینجا فقط رضایت

1. آخوندزاده؛ مقالات فلسفی، صص ۴۰-۳۴.

2. آدمیت؛ اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده، صص ۱۴۶-۱۴۵ و ۱۵۱-۱۵۲؛ و کمالی‌طه، اندیشه قانونخواهی در ایران سده نوزدهم، صص ۸۱-۸۲ و ۲۰۸-۲۰۵.

3. مطهری؛ پیرامون جمهوری اسلامی، صص ۱۵۴-۱۵۲؛ و منتظری، «حقوق اجتماعی مردم تابع درجه ایمان آنان نیست».

4. بازرگان؛ «خدا و آخرت، هدف بعثت انبیاء»، صص ۵۷-۵۶.

5. برای نمونه، رک: حائری یزدی؛ حکمت و حکومت، صص ۱۰۹-۱۰۸، ۱۳۱-۱۳۲ و ۱۷۲.

عامه و توافق عامه می‌تواند مبنا و جواز لازم را فراهم آورد.^۱ مبتنی بر قرائت دینی مجتهد شبستری، زندگی اجتماعی مسلمانان مانند هر جامعه دیگری باید بر اساس قوانین عقلانی و عادلانه اداره شود. واضع این قوانین از نظر او اراده مردم است که از طریق آرای اکثریت قانونگذاران که نماینده اکثریت مردم اند پا به عرصه وجود می‌گذارند.^۲ کدیور بر این باور است که افراد تنها از قوانینی که خود وضع کرده‌اند و به آن رضایت داده‌اند تبعیت می‌کنند و بدین وسیله بر مرجعیت مردم در وضع قانون صحنه می‌گذارند.^۳

نظریه بالا در اصل ۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و فصل‌های پنجم و ششم آن قانون - به ویژه طی اصل‌های ۵۸، ۵۹ و ۶۲ - پذیرفته شده است. البته گفتنی است که با توجه به اصل ۲ - همان طور که خواهد آمد - قانونگذار واقعی در این قانون خداوند است، ولی تصویب مقررات در محدوده قانون او، بر عهده اعضای جامعه یا نمایندگانشان قرار داده شده است.

۲-۳-۸. نمایندگان جامعه و نخبگان

یکی از نظام‌های قانونگذاری که در تاریخ قانون و قانونگذاری در برخی جوامع به وجود آمده و کارکرد به نسبت موفقی داشته است، نظام قانونگذاری دو مجلسی است که غالباً به مجلس پایین و مجلس بالا، اگرچه با عناوین گوناگون، دسته‌بندی می‌شود. از این رو، برخی از نظریه‌پردازان از این نوع نظام دفاع کرده و در ارتباط با مرجع قانونگذاری از مجلس نمایندگان مردم یا مجلس ملی و

۱. اخلاق خدایان، صص ۱۹۳-۱۹۰. همچنین، نگ: سروش، مدارا و مدیریت مومنان، ص ۳۳۰.

۲. نگ: شبستری؛ نقدی بر قرائت رسمی از دین، صص ۱۱۲-۱۱۰.

۳. نگ: کدیور؛ «مردم‌سالاری دینی».

مجلس اقطاب یا اعیان سخن به میان آورده اند.^۱ بر پایه این نظر، مجلس ملی باید اختیار کامل داشته باشد که بر جمیع مصالح بزرگ دولت با آزادی مذاکره و بر هر یک از مواد لازمه با اکثریت آرا قانون وضع کند. نمایندگان مردم باید بدون هیچ واهمه و با آزادی کامل مشغول مذاکرات و اعمال وظایف خود گردند. هیچ نماینده‌ای را نمی‌توان به دلیل اظهار نظر و انجام وظایف نمایندگی خود تحت تعقیب قرار داد یا معزول ساخت.^۲ برای این که هر یک از باورها و ارزش‌های دینی، اجتماعی و سیاسی به قانون کشوری تبدیل شوند، باید از تصویب این مجلس بگذرند و نمی‌توان احکام دینی یا اداری را به صرف صدور از جانب علمای دینی یا مقامات سنتی سیاسی، مثل پادشاه، قانون دانست. همه آن‌ها باید به دست مجلس یکدست شده و به عنوان قانون تصویب گردد.^۳

از این دیدگاه لازم است پس از تصویب قانون به دست مجلس نمایندگان، تا آنجا که ممکن است با استفاده از دانش و تجربه موجود در جامعه مصوبه مزبور را بررسی، ارزیابی و نقد نمود تا مبادا قانونی وضع شود که ناکارآمد یا ناقص باشد. مونتسکیو یکی از قوای حکومت را قوه مقنن می‌دانست. این قوه از نظر او از دو قسمت تشکیل می‌شود. قسمت نخست از نمایندگان مردم تشکیل می‌شود و همه مردم، بجز اشخاصی که مشهور به فساد اخلاق و یا متجاصر به فسق بوده و یا سفیه و مجور باشند، حق رای دادن برای انتخاب نماینده خود را

۱. ملکم خان؛ *روزنامه قانون*، شماره‌های ۶ و ۲۲. هگل نیز از نظام تقنینی دو مجلسی سخن گفته است: یکی مجلس علیا متشکل از طبقه زمیندار و دیگری مجلس سفلی متشکل از بازرگانان. با این حال وی برای شهروندان، به عنوان شهروند، حقی در انتخاب اعضای مجلس سفلی قائل نبود، بلکه این مجلس باید از نمایندگان صاحبان منافع کلان مانند اشخاص حقوقی و اصناف، تشکیل می‌گردد؛ رک: سینگر، هگل، صص ۸۴-۸۳.

۲. نگ: ملکم خان؛ *روزنامه قانون*، شماره ۲.

۳. همچنین نگ: آدمیت؛ *اندیشه ترقی*، ص ۳۲.

دارند. قسمت دوم از اشراف تشکیل می‌شود و باید موروثی باشد. مونتسکیو اضافه می‌کند که اشراف فقط قدرت منع دارند و نمی‌توانند ابتدائاً به وضع قانون دست بزنند. تصویب آن‌ها همان عدم مخالفت با تصویب نمایندگان مردم است.^۱

جان استوارت میل معتقد بود یک مجلس کثیر العضو همانقدر برای کار مستقیم وضع قوانین نامناسب است که برای امور اجرایی. به این دلیل به یک مجمع قانونگذاری انتصابی کوچک، تحت عنوان کمیسیون تدوین قوانین، باور داشت که از مجربترین و کارآزموده‌ترین افراد که با پژوهش‌های میدی و پر رنج، فرهیختگی بایسته را یافته‌اند تشکیل می‌شود. آنان با باریکترین و دورنگرترین ادراک از آثار یک قانون، وظیفه سخت بررسی و تدوین قوانین را به عهده می‌گیرند.^۲ نظر میل را صرفاً برای تاکید بر اهمیت و حساسیت امر قانونگذاری آوردیم و بدون این که مجمع انتخابی متشکل از نمایندگان مردم را نفی نماییم، از ادعاهایی چون ادعای میل این استفاده را می‌کنیم که حضور دانشمندان و مجربین جامعه در فرایند قانونگذاری امری ضروری است. این مهم با تشکیل مجمع دومی متشکل از افراد یاد شده انجام شدنی است. با این حال، مجمع متشکل از نخبگان، که عموماً مجلس سنا نامیده می‌شود، می‌تواند انتخابی، انتصابی یا ترکیبی (انتخابی/ انتصابی) باشد. به نظر می‌رسد نوع ترکیبی موجه‌شدنی‌تر باشد. توضیح این که از یک سو می‌توان با تدوین قوانین و مقررات انتخاباتی شرایط خاصی را برای نامزد شدن در انتخابات مجلس سنا، شرایطی سخت‌تر از نامزدی مجلس ملی، معین نمود، و از دیگر سو، برای برخی از اشخاص و مقامات - مانند رؤسای پیشین جمهور، مجلس اول و دادگستری - حق عضویت در مجلس

1. مونتسکیو؛ روح القوانین، ۴۰۳-۴۰۱.

2. رک: میل؛ رساله درباره آزادی، به ویژه صص ۱۰۴-۱۰۱.

سنا قائل شد و یا به برخی از مقام‌ها - مانند رئیس‌جمهور - حق انتصاب افرادی با شرایط خاص در مجلس سنا را اعطا نمود. بدین طریق هم مردم در انتخاب نخبگان نقش داشته و هم برخی از صاحبان دانش و تجربه مستقیماً به مجلس سنا راه می‌یابند و جامعه از بهره‌گیری از علم و سابقه آن‌ها محروم نمی‌ماند.

با این که نظام قانونگذاری ایران از یک مجلس تشکیل می‌شود ولی مجلس مزبور بر اساس فصل ششم قانون اساسی کشور، دربرگیرنده دو جزء است: مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان. حال با عنایت به این که شورای نگهبان تقریباً یک نهاد انتصابی است و مستقیماً توسط مردم انتخاب نمی‌شود، شاید بتوان گفت که مرجع قانونگذاری در ایران از مصادیق مدل «نمایندگان مردم و نخبگان» است.

۸-۳-۳. حاکم

حاکم به عنوان مرجع قانونگذار یک عنوان کلی و مبهم است که می‌تواند دربرگیرنده مقام‌ها و اشخاص گوناگون باشد. این «حاکم» می‌تواند خداوند، امپراطور، پادشاه، اشراف، زمینداران، صاحبان سرمایه و صنعت، فیلسوف، شورای نخبگان، نمایندگان مردم یا هر شخص و مقام دیگری که به نحوی از انحاء به عنوان قانونگذار پذیرفته شده است، باشد.

افلاطون پیدایی بهترین قوانین را درگرو جمع شدن قدرت کامل و مطلق با دانایی و خویشنداری راستین در یک تن می‌داند. به این معنا که بهترین قانون به دست بهترین قانونگذار ساخته می‌شود و او کسی جز فیلسوف- مدرک و تشخیص دهنده معقولات- نیست.^۱ بر این پایه، مرجع صالح قانونگذار از نظر افلاطون، همان حاکم است چه وی مشخصات مذکور را به طور مشترک برای قانونگذار و حاکم بیان می‌کند. این حاکم ملزم به رعایت یک سری قواعد

۱. افلاطون؛ «قوانین»، کتاب چهارم، به ویژه ص ۲۱۴۲.

است که خود بر اساس آن قواعد انتخاب شده و لذا از مشروعیت برخوردار است.^۱ اگرچه ارسطو شکل ایده آل حکومت را سلطنت می‌داند، ولی معتقد بود بهترین شکل قابل حصول حکومت یک نوع جمهوری مشروطه است که در آن طبقه متوسط برای دیگران قانون وضع کرده و به اداره امور می‌پردازند. در این حالت طبقه مزبور میان اقلیت غنی و اکثریت فقیر قرار می‌گیرند و از نزاع بنیان برافکن میان دو گروه اخیرالذکر جلوگیری به عمل می‌آورد.^۲ نتیجه این که، حکومت طبقه متوسط مانع از تسلط نظام‌های حکومتی افراطی (آریستوکراسی توسط اقلیت غنی و دموکراسی توسط اکثریت فقیر) می‌گردد.^۳ با این وصف، به نظر می‌رسد از نظر او مرجع ذی‌صلاح قانون «حاکم» است. این حاکم در حالت ایده آل، سلطان و در حالت جمهوری مشروطه، طبقه متوسط است.

از نظر ژان بدن شهریار حق وضع قوانین را داراست. او مظهر حاکمیت است که از حاکمیت مطلق برخوردار است و خود تابع قانون موضوعه اش نیست. زیرا نمی‌تواند دست‌های خود را ببندد. از این دیدگاه، اساساً نخستین نشانه شهریار حاکم و تنها نشانه حاکمیت، قدرت وضع قوانین عمومی و خصوصی برای مردم است.^۴

هگل قوه مقنن را متشکل از دو مجلس علیا و سفلی می‌داند که هیچ کدام نماینده شهروندان نبودند. اولی باید از طبقه زمیندار و دومی از طبقه بازرگان، تشکیل می‌گردد.^۵ با این وصف،

1. در این ارتباط، برای مطالعه قواعد هفتگانه پیشنهادی افلاطون، نگ: افلاطون، «قوانین»، کتاب سوم، ص ۲۱۱۹.
2. See "Aristotle", sec. Politics, pp 8-9; and Miller, "Aristotle's Political Theory", p. 9.
3. نگ: ارسطو؛ سیاست، صص ۱۱۵-۱۱۹ و ۱۸۰-۱۸۱.
4. عنایت؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، صص ۱۸۶-۱۸۲؛ و جونز، خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، صص ۶۶-۶۷.
5. سینگر؛ هگل، صص ۸۳-۸۴؛ و پلامناتز، شرح و نقدی بر فلسفه اجتماعی و سیاسی هگل، ص ۲۲۹.

مرجع صالح قانونگذار از دیدگاه وی جامعه و یا نمایندگان آن نبودند و نوع طبقاتی که برای عضویت دو مجلس معین می‌کند و تأکیدی که بر نقش و نفوذ پادشاه به عنوان قوه تصمیم نهایی دارد، نظریه وی را در حقیقت نزدیک به نظریه حاکم می‌سازد. از دید او جامعه بدون پادشاه مانند توده بی‌شکل است.^۱

از یک دیدگاه، با توجه به این که آستین وجود سلطه را شرط قانون شدن یک قاعده می‌داند، بنابراین از دید او مرجع صالح قانونگذار همان حاکم یا شخص صاحب سلطه است.^۲ این مرجع می‌تواند مستقیماً یا غیر مستقیم قانون وضع کند.^۳

مستنبت از نظریه هارت در باب چیستی قانون، می‌توان گفت که از دید او مرجع قانونگذاری جامعه است. البته این که اجتماع انسانی چگونه این کار را انجام می‌دهد از یک جامعه به جامعه‌ای دیگر فرق می‌کند. به هر حال، از دید حقوقی، مرجع قانونگذاری یک واقعیت و داده تاریخی است.^۴ همچنین، می‌توان نظریه‌هایی را که خداوند را مرجع قانونگذاری می‌دانند تحت این عنوان دسته‌بندی کرد. از این منظر مرجع نهایی قانونگذاری خداوند است. گفتنی است که در بند «۱» اصل ۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصریح شده است که حاکمیت و «تشریح» از آن خداوند است و قانونگذار این قانون از همین منظر به مساله می‌نگریسته است. دلیل این مدعا را این دانسته‌اند که جز خداوند هیچ کس از حیثه هستی انسان آگاه نیست. به علاوه، تنها کسی که می‌تواند حقی را خلق یا تکلیفی را تحمیل کند اوست. بر این پایه، حتی فرستادگان او نیز بالاصاله حق قانونگذاری ندارند و هر گونه تقنین

۱. رک: هگل؛ عناصر فلسفه حق، صص ۳۴۰-۳۳۹ و ۳۶۱-۳۵۷، بند ۲۹۸.

۲. See Austin; *The Province of Jurisprudence Determined*, pp 9-15 253-54.

۳. Austin, "The Uses of the Study of Jurisprudence", pp. 365-67.

۴. See Hart; *The Concept of Law*, esp chs 5-6.

باید به کشف از اراده الهی منتهی گردد.^۱ مرجع قوانین خداوند است و این تشریح قابل تفویض نیست.^۲ به همین دلیل است که مودودی شرایط زیر را برای اهلیت به دست گرفتن حکومت به نیابت از خداوند به عنوان شرایط اهلیت نخستین برمی‌شمرد: ۱. اسلام، ۲. رجولیت (مرد بودن)، ۳. عقل و بلوغ و ۴. سکونت در مملکت اسلام و تابعیت آن. در صورت دارا بودن این صفات، فرد می‌تواند در حکومت یا مجلس شورا وارد شود. البته مجلس شورا برای تاویل آن دسته از احکام خداست که روشن و قاطع نیستند.^۳

در همین راستا، ملا احمد نراقی اولین وظیفه فقها را (که بر مردم ولایت دارند) افتاء می‌داند.^۴ با این که در این نظریه فقیه مرجع صدور احکام معرفی گردیده، ولی در واقع قانونگذار و شارع حقیقی خداوند دانسته شده که فقهای مزبور دستورات او را با استفاده از منابع معتبر کشف و به عنوان قوانین و مقررات اسلامی به جامعه اسلامی عرضه می‌کنند. جامعه مذکور نیز مکلف است از این قوانین پیروی کند.

حال همه سؤال این است که مرجع صالح قانونگذاری بایستی بر اساس چه اصولی قانون بگذارند؟

1. رك: طباطبائي؛ شيعه در اسلام، صص ۱۸۴-۱۷۹؛ جوادي آملی، ولایت فقیه؛ جوادي آملی، فلسفه حقوق بشر؛ مصباح یزدی، فلسفه سیاسی اسلام؛ و مودودی، قانون اساسی در اسلام، صص ۶۰-۵۵.
2. طباطبائي؛ تفسیر المیزان، جلد ۴، ص ۱۴۹؛ ترکمان، رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل‌الله نوری، صص ۱۰۴-۵۶. و
3. مودودی؛ قانون اساسی در اسلام، صص ۷۲-۷۱ و ۱۲۵-۱۲۲.
4. نراقی؛ حدود ولایت حاکم اسلامی، صص ۱۰۳-۱۰۳.

۹

اصول قانونگذاری

برای این که مرجع صالح قانونگذار بتواند قواعد حقوقی را وضع کند که تمام ویژگی‌های ضروری را دارا بوده و هدف مورد نظر از قانونگذاری را تأمین کند، باید بر اساس اصولی خاص به این عمل اقدام نماید. در حقیقت، چیستی، ویژگی‌ها، هدف و فلسفه قانون باید در یک رابطه سازگار و همگرا با اصول قانونگذاری قرار گیرند تا قواعد حقوقی بر اساس مبنایی قابل قبول و از منابع معتبر تولد یافته و کارکردهای مورد نظر خود را انجام دهند. در زیر پاره‌ای از اصول مهم قانونگذاری را شرح و بسط خواهیم داد.

۹-۱. عدم تجاوز از اختیارات

وضع قانون باید در چارچوب اختیارات انجام شود. این را اصل قانونیت یا صلاحیت می‌نامند.^۱ این اصل شاید بنیادی ترین اصل قانونگذاری باشد. همیشه قانونگذار در معرض سوء استفاده از اختیارات خود قرار دارد. این سوء استفاده می‌تواند به طور خودآگاه یا ناخودآگاه صورت گیرد. از این رو لازم است عمل وی در حدود تعیین شده قانونی محدود بماند. با این کار میزان اقدامات دلخواهی قانونگذار به حداقل سوق پیدا خواهد کرد.^۲ اهمیت این اصل تا بدان حد است که برخی از نظریه‌پردازان حقوقی، قانونگذاری را نه یک استنتاج منطقی، که مصداقی از اعمال

1. See Hart; *The Concept of Law*, p. 202.

2. See Finnis; *Natural Law and Natural Rights*, pp 276-80& 351-62.

اراده دانسته و ملاک درستی چنین اعمالی را انطباق با دستورات مندرج در قانون اساسی و پایه می‌دانند.^۱

بر این پایه، در بسیاری از نظام‌های حقوقی به نسبت پیشرفته نهاد «کنترل قضایی»^۲ شکل گرفته است. گذشته از گستره کنترل قضایی و شیوه اعمال آن در کشورهای گوناگون، اصل و مفهوم مشترک در این نهاد، کنترل اقدامات تقنینی با معیار «قانون اساسی» است. در برخی از نظام‌های حقوقی، مانند نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا از حدود دویست سال پیش به این سو، دادگاه‌های عالی از این اقتدار برخوردار گشته‌اند که در صورت تشخیص مغایرت مصوبات مرجع قانونگذار با قانون اساسی، آن مصوبه را ابطال نمایند.^۳

در توضیح و توجیه این اصل کاتوزیان استدلال نموده است که چون قانون اساسی سازمان‌ها و تشکیلات اساسی دولتی را تعیین می‌کند، برای حفظ نظم و تنظیم روابط میان قوای حکومتی، هیچ یک از سازمان‌ها و قوا نباید به قانون مؤسس خود تجاوز کند. درستی این منع به نظر وی بدیهی است؛ به این دلیل که فرع نمی‌تواند به اصل تجاوز کند به ویژه آن که قانون اساسی امروزه ضامن آزادی و حقوق افراد نیز هست.^۴

۹-۲. قانونگذاری مستقیم

فارغ از این که مرجع صالح قانونگذار چه شخصی «باید» باشد، اصل بر این است که مرجع قانونگذاری خود مستقیماً به وضع قانون بپردازد و این اختیار را به شخصی دیگر تفویض نکند. بسیاری

1. Kelsen; *The Pure Theory of Law*, pp 517-22

2. Judicial Review.

3. In This Regard and for instance, See Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, ch. 7; Cane, *An Introduction to Administrative Law*, passim; Richardson & Genn, *Administrative Law & Government Action*, Part I; and McEldowney, *Public Law*, ch. 15

4. کاتوزیان؛ گامی به سوی عدالت، ص ۲۹۴.

از نویسندگان، صرفنظر از نظریه آنان درباره مرجع صالح قانونگذاری، تصریح نموده‌اند که قدرت وضع قانون انتقال ناپذیر است. برای نمونه، ژان بدن حاکم مطلق را دارای قدرت قانونگذاری می‌داند، قدرتی که قابل تجزیه یا انتقال نیست.^۱ در مقایسه، جان لاک در تأکید بر قانونگذاری مستقیم ادعا می‌کند که فقط مردم حق واگذار کردن اقتدار قانونگذاری را دارند و لذا هیأت مقنن نمی‌تواند این امر را به دیگری واگذارد.^۲

البته گفتنی است که در حال حاضر مرجع عمده تصویب قانون تقریباً در همه جا، از نمایندگان مردم تشکیل می‌شود و صاحبان اصلی قدرت قانونگذاری - مردم - حق قانونگذاری را به طور موقت به آن‌ها اعطا کرده‌اند. به هر حال، این مرجع بنا بر اصل خود باید به امر بسیار مهم و پیچیده قانونگذاری بپردازد و در صورت لزوم به طور استثنائی و موقت این حق را به شخصی دیگر تفویض کند.^۳ در درجه نخست، برای چنین کاری دلایل موجهه قوی لازم است. برای نمونه می‌توان به تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین اشاره کرد. از یک طرف، دوره‌های قانونگذاری محدود، ولی موارد ضروری و فوری که باید مورد مذاکره قانونگذار قرار گیرد بسیار است. از این‌رو قانونگذار وقت کافی برای بررسی و تصویب این آیین‌ها را در اختیار ندارد. از طرف دیگر، قوه مجریه از تجارب دست اول در اجرای قوانین و آشنایی بیشتر با مشکلات و نیازهای مربوط، برخوردار است. لذا بهتر است تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی به قوه مجریه تفویض گردد. در درجه دوم، ضروری است قانونگذاری تفویضی زیر نظارت مرجع اصلی قانونگذاری صورت پذیرد تا در صورت مغایرت

۱. رک: جونز؛ خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، صص ۶۶-۶۷.

۲. رک: عالم؛ تاریخ فلسفه سیاسی غرب، ص ۲۸۲.

۳. نگ: جعفری لنگرودی؛ مقدمه عمومی علم حقوق، صص ۲۳ و ۲۸-۲۷.

مصوبات با قانون اساسی یا قوانین عادی، مورد اصلاح واقع شوند. این شرط در اصل ۸۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است.

۳-۹. حفظ و تأمین منفعت عمومی

از گذشته دور، یکی از عناصر ثابت در نظریه پردازی درباره قانون این بوده است که قانون باید در جهت حفظ و تأمین منفعت عمومی وضع گردد.^۱ به تعبیر لاک قدرت قانونگذاری یک قدرت مطلق نیست و باید محدود به نفع اکثریت و عموم گردد.^۲ این مهم بایستی به دست همه به ویژه توسط نمایندگان عموم، انجام گیرد.^۳ در حقیقت بخشی از قوانین باید به منظور حفظ و تأمین مصالح تغییر یابنده عمومی وضع شوند.^۴

همه سخن اما در این است که این منفعت عمومی چگونه شناسایی می‌گردد. یکی از عملی‌ترین روش‌ها شناسایی آن از طریق نظر عموم مردم است. نظر مزبور شکل نمی‌گیرد، مگر این که یک حوزه عمومی برای مفاهیم آزادانه و مستدلانه میان شهروندان شکل گیرد. اگر حوزه عمومی به این نحو شکل گیرد که فرصت ارتباط عقلانی را میان شهروندان فراهم می‌سازد، دموکراسی واقعی به دست خواهد آمد. از این طریق است که خواسته‌های عمومی به طریق آزادی و دموکراتیک وارد نظام قانونگذاری شده و این نظام در واقع منفعت عمومی را به طور مستمر و نوبه نوبه نو شونده، تأمین و حفظ می‌کند.^۵

1. برای نمونه، رک: افلاطون؛ «قوانین»، کتاب‌های نخست، سوم و چهارم؛ لاک، نامه‌ای در باب تساهل، ص ۸۸؛ و عالم، تاریخ فلسفه سیاسی غرب، ص ۲۸۲.

2. See Woolhouse; "Locke", esp as at p. 551.

3. See Aquinas, *Summa Theologica*, Art. s 2-3.

4. رک: جعفری لنگرودی؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، صص ۲۳-۲۵.

5. See Habermas; "The Public Sphere", esp as at p. 105-108.

۹-۴. رعایت اصول عقلانی

اراده‌ای که از اقتدار قانونگذاری برخوردار است باید بر اساس اصول عقلانی به این کار دست بزند، والا نتیجه چیزی جز شر و فساد نیست.^۱ در این ارتباط لاک محدودیت‌هایی را بر اعمال اقتدار قانونگذاری لازم می‌داند که نخستین آن‌ها عدم به کارگیری این اقتدار به روش دلخواهی است که می‌تواند تعبیر دیگری از قانونگذاری مبتنی بر اصول عقلانی باشد.^۲ ژان بدن نیز حاکم را ملزم به قانونگذاری بر اساس عقل و عدل می‌کند. منظور وی از قانونگذاری عاقلانه توسط حاکم این است که نامبرده بایستی قانون را به وسیله عقل بر قوانین طبیعی متکی سازد.^۳ با توجه به تحلیل کانت از منبع و سرچشمه قانون و هنجار، نمی‌توان گفت یک امر و دستور قانون است، مگر این که از عقل ناب انسانی سرچشمه گرفته باشد. این قانون لاجرم تابع همه اصول و قواعد حاکم بر عقل انسانی است. تئوری رولز نیز قابل طبقه‌بندی در این دسته است. همچنین، اگر بپذیریم که اصول حقوقی عمدتاً برخاسته از عقل انسانی هستند،^۴ می‌توانیم این ادعای کاتوزیان را که قانون باید با رعایت اصول حقوقی وضع گردد، به معنای رعایت اصول عقلانی بگیریم.^۵ یکی از نمونه‌های قانونگذاری عقلانی این است که قانونگذار بر خلاف مقتضای امور، قانون وضع نکند. به دیگر سخن، قانون اساسا نباید در اموری که بنا بر خصایص ذاتی خود نمی‌تواند وارد شود، دخالت کند. ویژگی مهم و شاید اصلی قانون که آن را از دیگر انواع هنجارهای اجتماعی

1. Aquinas; *Summa Theologica*, Art. 1.

2. نگ: عالم؛ تاریخ فلسفه سیاسی غرب، ص ۲۸۲.

3. عنایت؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، ص ۱۹۰.

4. این ادعا البته قابل مناقشه است که در جایی دیگر بدان خواهیم پرداخت.

5. رک: کاتوزیان؛ گامی به سوی عدالت، صص ۱۶۷-۱۶۶.

متمایز می‌سازد، متکی به مجازات بودن آن است و به این دلیل آن را الزام‌آور یا قهری می‌نامند. بر این پایه، اگر نوعی از افعال وجود داشته باشد که متکی بر قضاوت آزادانه شخصی و باور معرفتی فرد باشد - قضاوت و باوری که قهر و الزام منافی و مغایر آن است - لذا قانون نباید در این گونه افعال دخالت کرده و برای انجام آن‌ها دستور صادر کند. جان لاک به این دلیل قانون را از دخالت در امور دینی و تعیین صدق و حقیقت باز می‌دارد.^۱

از دیگر اصول عقلانی این است که قانونگذار نباید مدت بسیار طولانی را، با توجه به ماهیت موضوع مورد بررسی، به بحث و مذاکره بگذراند. معنای این سخن البته این نیست که قانونگذاری با عجله و بدون مذاقه در زوایای موضوع صورت گیرد. مذاقه «کافی» باید صورت گیرد، اما تطویل بررسی و مذاکره چه بسا در مواردی موجب ضررهای بیشتر گردد. همچنین می‌توان به «رعایت زبان علم حقوق» و استفاده از اصطلاحات رایج و شناخته شده در این رشته، اشاره کرد. افزون بر این، برخی بر این باورند که در قانون بایستی از اطاله کلام و تفصیل بی‌دلیل پرهیز نمود.^۲

۵-۹. سازگاری با کلیت نظام حقوقی

یک نظام حقوقی از هنجارهای گوناگونی تشکیل یافته است و این نظام نمی‌تواند به نحو کارآمد به هدف خود برسد مگر این‌که همیشه از یک سازگاری و هماهنگی برخوردار باشد. از دیگر سو، هر قانونی لاجرم متعلق به یک نظام حقوقی است و نمی‌تواند خارج از آن وجود داشته باشد.^۳

1. برای نمونه، رک: لاک؛ نامه‌ای در باب تساهل.

2. برای نمونه، رک: کاتوزیان؛ گامی به سوی عدالت، صص ۱۶۹-۱۶۸.

3. See Raz; *The Concept of a Legal System*, p. 1.

حقوقی که اجزای آن یکدیگر را نفی و نقض می‌کنند یا موجب ابهام و پیچیدگی‌های لاینحل می‌گردند، به هیچ وجه نمی‌تواند کارکردهای مورد نظر را، هر چه باشد، انجام دهد و منابع را به نحو کارآمد به کار گیرد. به تعبیر کاتوزیان «هر قانون جدید که وارد نظام حقوقی می‌شود مثل پیوندی است که به بدن زنده زده می‌شود. اگر این پیوند نامناسب باشد، نه تنها آن پیوند گیرا نیست، بدن را هم فاسد می‌کند.»^۱ به یک معنای دیگر، هر قانون و اساسا هر جز از یک نظام حقوقی باید به وجود آمدن یک «کل معنادار» کمک کند.^۲ لذا لازم است فرایند قانونگذاری که طی آن قوانین جدیدی وضع می‌گردند و برخی قوانین نسخ شده یا پاره‌ای از آنها اصلاح می‌گردند، در هماهنگی و سازگاری با دیگر هنجارها و اجزای نظام حقوقی صورت گیرد.^۳ به همین دلیل تقریبا در تمام نظام‌های تقنینی، اداره یا بخشی متکفل امر تنقیح و یکپارچه سازی قوانین می‌گردد.^۴

۹-۶. تقویت همگرایی اجتماعی

اگر هدف قانون و نظام حقوقی را ایجاد شرایط همگرایی اجتماعی بدانیم، در نتیجه یکی از اصول قانونگذاری این است که در وضع قوانین، عنصر همگرایی را در معادلات تصمیم‌گیری خود وارد سازد. این امر البته بدون توجه به شرایط اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی کشور ممکن نیست. به علاوه، آگاهی از این شرایط نیازمند داده‌های تجربی دقیقی است که از طریق مطالعات میدانی به دست آمده‌اند. به هر حال، معطوف ساختن قانون به همگرایی اجتماعی مانع از قانونگذاری‌های جناحی

1. کاتوزیان؛ گامی به سوی عدالت، ص ۱۶۲.

2. See Fuller; *The Morality of Law*; Collins, "Ruberto Unger and the Critical Legal Studies Movement", pp. 392-93 and Mcleod, *Legal Theory*, pp 84-89.

3. See, for example, Kelsen, *The Pure Theory of Law*, pp 517-22

4. همچین رک: طالبوف؛ «ایضاحات در باب آزادی»، ص ۱۲۴.

و ایدئولوژیک افراطی است که به کلیت یک جامعه و تکثیرهای موجود در آن نظر ندارند.

۷-۹. قانونگذاری علنی

علاوه بر این که علنی بودن را از ویژگی‌های پایه‌ای قانون برشمردیم، باید اضافه کنیم که لازم است فرایند وضع قانون نیز علنی باشد. در حال حاضر مذاکرات مجالس قانونگذاری از طریق وسایل ارتباط جمعی به طور مستقیم پخش می‌شود و نتیجه امر نیز در روزنامه رسمی کشور منتشر می‌شود. علنی بودن تقنین اصل است و در صورت نیاز و ضرورت به طور استثنایی غیر علنی برگزار می‌گردد. دلیل موجهه امر این است که در صورت علنی بودن امر قانونگذاری در درجه نخست یک نوع نظارت عمومی بر آن به وجود می‌آید و در درجه دوم قانونگذاری و قانونگذاران را وادار به رعایت اصول قانونگذاری می‌کند. به همین دلیل اصل ۶۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مذاکرات مجلس را علنی و انتشار آن را از طریق رادیو و روزنامه رسمی واجب اعلام کرده است.

۸-۹. تقنین واقع‌گرا

در بحث از ویژگی‌های قانون به کارامدی اشاره کردیم و لازم دانستیم که قانون کارکرد خود را به انجام برساند. برای این که قانون در انجام کارکردهای مورد نظر خود - که دستکم موفقیت در تنظیم و کنترل روابط موضوع خود است - از کارامدی برخوردار باشد، لازم است هر چه بیشتر بر اساس واقعیات مربوط به آن روابط وضع گردد. افلاطون ضمن آن که هدف قانون را اخلاق و خیر عمومی می‌داند برای رسیدن به این هدف شرایطی را بر می‌شمرد. به گفته وی، قانونگذار باید خوشی‌ها و دردها و آرزوها و میل‌های مردمان را به دقت بررسی کند و

بشناسد تا بتواند به یاری قانون، ستودنی را بستاید و نکوهیدنی را بنکوهد.^۱ مونتسکیو تصریح نموده است که تعیین نوع دقیق قانون اساسی باید منطبق با روحیات و عرف و عادات مردم یک اجتماع باشد. از نظر او هیچ قانونی نمی‌تواند برای همه جهان مناسب باشد. افزون بر این نفوذ و نیروی قوانین کشوری در تازه بودن آنهاست. این تازگی از انطباق با مقتضیات کنونی و رعایت واقعیات موجود برمی‌خیزد.^۲ همچنین، به نظر روسو «مهم این نیست که بهترین قانون وضع شود، مهم این است قانونی وضع شود که به بهترین وضعی با وضعیت ملی منطبق باشد و ملت به آسانی بتواند آن را تحمل کند».^۳

برای مثال، اگر قانونگذار در حال مذاکره و تصویب قانون درباره نظام آموزشی کشور است، ولی آمار و ارقام کافی در مورد ترکیب سنی جمعیت کشور و لزوم تمرکز منابع در یک یا دو مقطع خاص، آن هم در مدتی معین، نداشته و همچنین بدون توجه به وضعیت فرهنگی و اقتصادی کشور و مجموعه امکانات و مقتضیات بین‌المللی (در حوزه‌های فرهنگ، اقتصاد و تکنولوژی) به نهایه کردن مذاکرات خود پردازد، یقیناً نباید به کارآمدی و موفقیت قانون خود در تمشیت امر آموزش امیدی داشته باشد. قانون مزبور به احتمال قریب به یقین مرده به دنیا خواهد آمد و نه تنها گره‌ای از کار فروبسته باز نخواهد کرد که مشکلی به مشکلات موجود خواهد افزود.^۴ معنای دیگر قانونگذاری واقع‌گرا این است که قوه مقنن نه تنها در صدد نفی واقعیات، نیازها و انتظارات غالب در جامعه برنیاید، بلکه تلاش نماید نیازها و انتظارات

-
1. نگ: افلاطون؛ «قوانین»، کتاب نخست، به ویژه ص ۲۰۴۴.
 2. نگ: مونتسکیو؛ روح القوانين، صص ۸۱۵-۸۱۴؛ و جونز، خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، صص ۳۰۵-۳۰۴.
 3. روسو؛ قرارداد اجتماعی، ص ۳۱۳.
 4. نگ: طباطبایی؛ «تجددی دیگر».

مزبور را، که برخی از آنها برآمده از صرف وجود قانون و نظام قانونی است - مانند حقوق مالکیت - برآورده سازد. قانونگذار با این کار در واقع به خوشبختی جامعه کمک خواهد کرد. برای نمونه، به دلیل وجود قانون و نظام قانونی اعضای جامعه انتظار دارند که حقوق و استحقاق‌های آنان، دست کم در حوزه مالکیت و آزادی‌های بنیادین، به رسمیت شناخته شده و فضای امنی برای اعمال آنها ایجاد گردد.^۱ بدون وجود چنین فضای امن و ساز و کارهای حمایتی، هیچ فردی از افراد جامعه فرصت و توان طراحی یک زندگی خوشبخت، از دید خود و اجرای آن را پیدا نخواهد کرد.

به تعبیر میرزا حسین خان مشیرالدوله سپهسالار، «هر عصری مقتضی یک نوع اداره‌ای است؛ و اگر از او غفلت شود موجب ندامت خواهد گردید. وکلا و اولیای هر دولتی مثل طبیعی می‌مانند که به اقتضای احوال یومیه مریض، باید دوا بدهند.»^۲ امامی قانونگذاری واقع‌گرا را به شرح زیر توضیح می‌دهد. از نظر او قانونگذار در هنگام وضع قانون به دو امر توجه دارد: یکی حفظ نظم اجتماعی و دیگری بهبود بخشیدن به وضع موجود. مرجع مزبور برای امر یا منظور نخست، عادات و رسومی را که در اجتماع مورد عمل قرار گرفته، در نظر می‌گیرد. برای تأمین منظور دوم، قانونگذار تمامی عوامل طبیعی و اجتماعی محیط را در نظر می‌گیرد تا بتواند راه بهبود بخشیدن به وضعیت موجود را پیش‌بینی کند یا، به عبارت دیگر، روش موفقیت را کشف نماید. این دو نکته را می‌توان تحت عنوان «عادات و رسوم» و «احتیاجات» خلاصه کرد. رعایت آن دو، البته بسته به نوع قوانین فرق

۱. نگ: جونز؛ خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، به ویژه ص ۱۰۹۱، در توضیح اندیشه‌های جرمی بنتام؛ و میل، رساله درباره آزادی، ص ۱۰۷.

۲. نقل شده در آدمیت، اندیشه ترقی، ص ۱۳۹. همچنین برای نظر مشابه آدمیت بنگرید به ص ۱۷۰ از همین کتاب.

می‌کند. برای مثال، به ادعای امامی، رعایت عادات و رسوم بیشتر در حوزه حقوق مدنی صورت می‌گیرد که به دنبال تنظیم روابط میان افراد است. در این حوزه قانونگذار باید قوانینی وضع کند که افراد با میل خود از آنها پیروی کنند. ولی رعایت احتیاجات بیشتر در حوزه حقوق عمومی اتفاق می‌افتد که ناظر بر روابط میان افراد و هیأت حاکمه است. در اینجا احتیاجات و ترقی و تعالی یا به بیانی دیگر مبارزه با عادات و رسوم مدنظر است؛ زیرا مجری قوانین مربوط هیأت حاکمه است و در اجرای آن امیال افراد چندان تأثیری ندارد.^۱

به نظر جعفری لنگرودی، در بحث از مقررات مربوط به نظم عمومی، قوانین قالب مصالح‌اند و مصالح از امور متغیر است.^۲ نتیجه به خوبی روشن است: با تغییر مصالح قانون ناگزیر از تغییر است و تنها قانونگذاری واقع گراست که می‌تواند نمایانگر این مصالح باشد. کاتوزیان به درستی تذیر می‌دهد که اگر قانونگذار بر سر راه نیازهای معنوی و مادی مردم بایستد کار بسیار خطرناکی انجام داده است. از نظر او قانونگذار عاقل و دلسوز هدف خود را با خواست مردم تطبیق می‌دهد، رو به واقعیات و مبتنی بر آنها قانون می‌گذراند.^۳ یا به تعبیر سروش، هر کس در دوران خودش بایستی دقت کند که به چه صورت باید کلیات دستورات دینی را روی جامعه‌اش، پیاده کند.^۴ منتظری در استدلال‌های اخیر خود مسأله تأثیر واقعیت را به طور جدی مطرح ساخته است. بر اساس توضیحاتی که در بالا آمد به نظر می‌رسد وی همچنان بر سر مواضع اصولی خود درباره منبع و

۱. رک: امامی؛ حقوق مدنی، ج. ۶، مقدمه، صص الف - ب.

۲. جعفری لنگرودی؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، ص ۲۴۰.

۳. کاتوزیان؛ گامی به سوی عدالت، صص ۱۵۶-۱۵۲ و ۱۷۵-۱۷۴.

۴. «اسلام، وحی و نبوت»، صص ۷۴-۷۳.

مبنای قانون باشد. ولی بر این نکته تأکید نموده است که سیاست دائماً در حال تحول است و نمی‌توان آرای سیاسی گذشته را محور زندگی آیندگان قرار داد. همچنین بر مدیریت عاقلانه و به کارگیری تدبیر و عقلانیت و علم در اداره جامعه تأکید می‌ورزد.^۱ از این رو، تقنین منطبق با واقعیات لازم می‌گردد.

افزون بر این، مذكرات مراجع قانونگذاری پیرامون مواد و مطالب یا به تعبیر دقیق‌تر حول محور پیشنویس‌هایی صورت می‌گیرد که از منابع متعددی نشأت گرفته‌اند. در این ارتباط، می‌توان از لوایح پیشنهادی دولت و طرح‌های پیشنهادی نمایندگان مجلس، به عنوان دو منبع اصلی نام برد.^۲ بر اساس نوع منابع پیشنهاد کننده پیشنویس قوانین، قانونگذاری به دو نوع «پایین به بالا» و «بالا به پایین» طبقه‌بندی می‌شود. نوع اول تا حد زیادی با قانون مبتنی بر لایحه و نوع دوم با قانون مبتنی بر طرح منطبق است. در یک نظام حکومتی نسبتاً کارآمد و دموکراتیک، قانونگذاری پایین به بالا ترجیح دارد زیرا برآمده از واقعیات و متکی بر تجارب عملی دستگاه‌های اجرایی است و از این رو به احتمال زیاد وجه واقع‌گرایانه قانون و قانونگذاری را بیشتر تأمین می‌کند. در مقایسه، قانونگذاری بالا به پایین کمتر بر واقعیات و تجربه مذکور بنا شده و از ماهیت انتزاعی‌تری برخوردار است.

نتیجه بحث را می‌توان در قالب استدلال زیر ارائه کرد: (۱) هر چه قانون به واقعیات تحت کنترل خود نزدیکتر باشد، احتمال کارآمدی آن بالاتر است؛ (۲) قانونگذاری مبتنی بر لایحه در مقایسه با انواع دیگر قانونگذاری با واقعیات

1. برای نمونه، نگ: منتظری؛ «حقوق اجتماعی مردم تابع درجه ایمان آنان نیست»؛ و منتظری، «پیام آیت الله منتظری در مورد تهاجم آمریکا و انگلستان به عراق».

2. هر دو منبع در اصل ۷۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته شده است.

رابطه نزدیکی دارد؛ (۳) نتیجه: به دلیل ضرورت واقع‌گرایی در قانونگذاری، تقنین مبتنی بر لایحه ترجیح دارد.^۱

۹-۹. وضع قانون متناسب با منابع

قانونگذار بایستی در وضع قانون به منابعی که در اختیار جامعه است توجه نماید. به عبارت دیگر، اگر قانونگذار بدون در نظر گرفتن منابع قابل دسترس جامعه، قانون بگذراند در حقیقت دستوری صادر کرده که یا امکان به وقوع پیوستن آن وجود ندارد، یا این که تلاش برای اجرای آن، قطعاً موجب بروز مشکلات و پیچیدگی‌های فراوانی در زندگی افراد و جامعه خواهد گردید.^۲ به همین دلیل در قوانین اساسی کشورها قانونگذار از وضع قوانینی که موجب بالا رفتن هزینه‌های عمومی است منع گردیده یا ملزم به پیش‌بینی منابع درآمدی لازم برای اجرای آن قوانین است. در یک کلام، مقنن نمی‌تواند بی‌توجه به وضع اقتصادی و توانایی‌های جامعه قانون وضع کند و اجرای آن را از قوه مجریه بخواهد. این امر از اهمیت آن چنانی برخوردار است که به ادعای میشل فوکو، نخستین وظیفه حکومت اساساً و به طور کلی اطلاع از منابع طبیعی و انسانی بوده است تا بر آن اساس به امر تمشیت امور پردازد.^۳

اصل ۷۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مقرر می‌دارد «طرح‌های قانونی و پیشنهادهای و اصلاحاتی که نمایندگان درباره لوایح قانونی عنوان می‌کنند و به تقلیل درآمد عمومی یا افزایش هزینه‌های

1. Schuck; *The Limits of Law*, p. 422.

2. کاتوزیان از این اصل تحت عنوان «لزوم تعیین محل قانون» نام برده است. نگ: کاتوزیان، *گامی به سوی عدالت*، صص ۱۷۳-۱۷۱.

3. برای نمونه، نگ: فولادوند؛ «میشل فوکو، رازبینی و راستگویی»، صص ۴۹-۵۰. به ادعای فوکو واژه فرانسوی «statique» به معنای آمار از مفهوم «etat» به معنای دولت گرفته شده است که معنای اصلی آن «علم دولت» یا «علم کشورداری» بوده است.

عمومی می‌انجامد، در صورتی قابل طرح در مجلس است که در آن طریق جبران کاهش درآمد یا تامین هزینه جدید نیز معلوم شده باشد»، در حقیقت بیانگر اصل تقنین متناسب با منابع است.

۹-۱۰. رعایت مرز میان امر عمومی و امر خصوصی

همان طور که از توضیحات مربوط به چیستی قانون، هدف و فلسفه قانون و قانونگذاری، قلمرو قانون و همچنین منبع و مبنای قانون به دست می‌آید^۱، قانون علی‌الاصول باید به امر یا حوزه عمومی بپردازد و از دخالت در امر یا حوزه خصوصی بپرهیزد. نظریه‌هایی مانند نظریه کانت با تفکیک میان امر درست و امر خوب، قانون را ذاتاً خارج از حوزه خصوصی و ممنوع از دخالت در امر خوب یا اخلاق می‌دانند. همیشه این خطر وجود دارد که قانونگذار با ابزار قانون در خلوت و حوزه خصوصی انسان‌ها دخالت کرده و بدین وسیله آزادی و فاعلیت اخلاقی او را که مبنای اصلی انجام وظایف قانونی و استیفای حقوق اوست، از بین ببرد.^۲ از این رو، یکی از اصول مهم قانونگذاری محدود ماندن در مرزهای حوزه عمومی است. این موضوع به ویژه در قرون مدرن مورد توجه متفکرین بسیاری بوده است. برای نمونه، مونتسکیو با تفکیک میان دین، اخلاق و سیاست و قوانین مربوط به هر کدام، قانونگذاران را از دخالت در حوزه‌ای که مربوط به آن‌ها نیست منع می‌کند. از دید او قوانین سیاسی و مدنی مربوط به تنظیم روابط میان انسان‌هاست و به رابطه انسان و خدا یا رابطه انسان و خود نباید بپردازد.^۳ در همین راستا، به تعبیر هایکه، قوانین چارچوبی را که افراد باید در آن حرکت کنند معین می‌کنند، اما

۱. بنگرید به منابع مذکور ذیل بخش‌های یادشده.

۲. رک: آرنست؛ انقلاب، ص ۳۵۹.

۳. نگ: مونتسکیو؛ روح القوانين، صص ۸۸۲-۸۸۱.

در درون چارچوب تصمیم با خود افراد است.^۱ همچنین، از آنجا که اوکشات تنها هدف قانون را تسهیل روابط افراد می‌داند و دولت و نظام حقوقی را مجاز به تعیین هدف برای اجتماع و افراد نمی‌داند، بنابراین از دید این نظریه نیز قانون نباید متعرض حوزه خصوصی گردد.^۲ با توجه به نظریات آخوندزاده مادامی که رفتار و اعمال فرد منافی امنیت و عدالت نیست، قانون نباید با آن کاری داشته باشد و مهم این است که افراد بر اساس رضایت روابط خود را تنظیم کرده باشند.^۳ یا به تعبیرکاتوزیان قانون نباید در حوزه اعتقاد وارد شود چرا که اعتقاد موضوع امر و نهي واقع نمی‌شود.^۴

فرض کنید قانون به نحو صحیح و با رعایت اصول قانونگذاری پا به عرصه وجود نهاد. اکنون می‌توان پرسید آیا قانون یک امر متعین و بی‌نیاز از تفسیر و تأویل است؟ پاسخ بی‌تردید منفی است. اعمال قانون، به دست قوه مجریه یا قوه قضائیه، لاجرم درآمیخته با تفسیر است. سخن اما این است که چه تفسیری و مبتنی بر کدام معیار؟

1. See Hayek; *The Constitution of Liberty*, p. 152.

2. See Loughlin; *Public Law and Political Theory*, ch. 5.

3. نگ: آخوندزاده؛ *مقالات فلسفی*، صص ۴۰-۳۴.

4. کاتوزیان؛ *گامی به سوی عدالت*، صص ۱۷۳-۱۷۱.

١٠

تفسير قانون

ناگزیری از تفسیر قانون و متون قانونی را تقریباً همه پذیرفته،^۱ اما همه یک نوع نظریه تفسیر پیشنهاد نکرده‌اند. لذا لازم است به پاره‌ای از این نظریه‌های گوناگون اشاره کنیم. نظریه تفسیر مکمل نظریه قانون است و در حقیقت دومی به نوعی از اولی قابل استنباط است. منظور از نظریه تفسیر در اینجا هر نوع تفسیر در دنیای حقوق را در برمی‌گیرد.^۲ گفتنی است که تفسیر قانون و مقررات در هر سطح و توسط هر يك از مقام‌های حکومتی اعم از مقام‌های تقنینی، قضایی یا اداری، ممکن است. حتی اگر دانشمندان حقوقی و غیرحقوقی بخواهند قوانین و مقررات را تفسیر کنند، لاجرم نیازمند نوعی تئوری تفسیر هستند. از این رو، مباحث زیر بیان‌کننده جنبه‌های نظری یا کلی و عام تفسیرند.

۱۰-۱. تفسیر لفظی

شاید نخستین فرض ممکن در مورد تفسیر، تلاش برای یافتن معانی الفاظ قانون باشد. در این روش سعی بر این است که موارد مبهم و مجهول از طریق غور در واژگان موجود در قوانین و مقررات موجود و با کمک فنون مربوط به قواعد زبان و صنایع ادبی به دست آید.^۳

۱. این امر حتی در مورد متون دینی که نزد معتقدین مقدس است، صادق می‌باشد. در این ارتباط بنگرید: سروش، قبض و بسط تئوریک شریعت؛ و العشماوی، اصول الشریعه، به ویژه صص ۳۸-۳۹.

۲. برای شرح انواع تفسیر، نگ: کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، ج ۲، صص ۲۵۲-۲۱۶.

۳. کاتوزیان این نوع تفسیر را تفسیر ادبی می‌نامد. نگ: کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، ج ۲، صص ۲۵۲-۲۱۶.

بکار یا معتقد بود تفسیر باید لفظی و کلمه به کلمه باشد. وی به قاضی حق نمی‌داد اقدام به تفسیر واقعی یا موسع کند چرا که آن را ناقض قانون که تجلی اراده عمومی و حافظ آزادی‌هاست، می‌دانست.^۱

می‌توان پرسید معنا کردن لفظ اساساً چگونه ممکن است؟ معنای لفظ خود از کجا سرچشمه می‌گیرد؟ در این ارتباط، یکی از نظریات رایج، ارجاع به عرف و معنای عرفی است. به این معنا که عرف مبنای تفسیر الفاظ متون قانونی قرار می‌گیرد و تفسیر صحیح و قابل اتکا را به ما می‌دهد.^۲ اما گفتنی است که بر اساس علم تفسیر جدید و تحلیل‌های هرمنوتیستی، نباید گمان برد تنها یک تفسیر از یک متن وجود دارد. از متن واحد تفسیرهای گوناگون می‌توان ارائه داد و در حقیقت در تاریخ تفسیر متون چنین اتفاقی افتاده است.^۳ تفاسیر گوناگون پیش‌نهاده شده‌اند که یکی از آن‌ها تفسیر بر اساس معنای عرفی است. تفاسیر دیگر می‌توانند مبنای متفاوتی برگزینند. از این رو، همه بحث بر سر تئوری‌ها و مبناهای ادعایی برای تفسیر است و باید میان آنان به قضاوت نشست. در نتیجه تفسیر لفظی در واقع از معنا تهی می‌شود و محور بحث مبنای تفسیر لفظ می‌گردد؛ کدام مبنا؟

۱۰-۲. کشف قصد قانونگذار

یکی از روش‌های پیشنهادی تفسیر، کشف قصد قانونگذار است. در تفسیر باید ببینیم قانونگذار چه قصد و هدفی داشته و آن را اعمال کنیم. در حقیقت معنای قانون نه در الفاظ آن که در آنچه منطبق با نیت قانونگذار است، دریافته می‌شود. روش کار در اینجا بیشتر یک روش تاریخی است که طی آن مفسر سعی می‌کند با بررسی ملاحظات تاریخی قصد

۱. پرادل؛ تاریخ اندیشه‌های کیفری، صص ۴۲-۴۰.

۲. رك: جعفری لنگرودی؛ حقوق اسلام، صص ۲۹-۲۴.

۳. برای نمونه، به ویژه در ارتباط با متون دینی، بنگرید: مجتهد شبستری، نقدی بر قرائت رسمی از دین، صص ۳۸-۳۷.

قانونگذار را به دست آورد. به همین دلیل برخی این نوع تفسیر را تفسیر تاریخی نامیده اند.^۱ اشکال این نوع تفسیر این است که کشف قصد مزبور به غایت مشکل و پیچیده است. آن چه معمولاً به دست می‌آید، انبوهی از اطلاعات روانشناختی است که خود محل تردید و یا تعبیر و تفسیرهای گوناگون است. از این رو، شاید بتوان گفت کشف قصد قانونگذار به طور خالص و عاری از هرگونه تأویل و تفسیر از جانب فاعل تفسیر، عملاً غیرممکن است.^۲

برخی از ادعاهای دینی در باب تفسیر احکام در واقع قرائتی خاص از این تئوری است. ادعا این است که خداوند واضح همه احکام و قوانین است و تنها نقشی که انسان در این میان بازی می‌کند بکار انداختن عقل خود برای فهم معنا و منظور شارع الهی و تطبیق آن‌ها بر امور زندگی خود است.^۳

۱۰-۳. تفسیر نتیجه‌گرا

از این دیدگاه آن چه باید در تفسیر مطمحنظر باشد، نتیجه‌ای است که اعمال و اجرای یک تفسیر به بار می‌آورد. در نتیجه مطلوبترین تفسیر آن است که مطلوبترین نتیجه را به دست می‌دهد.^۴ البته تعیین مطلوبترین نتیجه خود محل بحث و اختلاف است. لکن این نوع تفسیر عموماً با تحلیلهای سود - انگار گره خورده و مطلوبترین نتیجه از منظر قرائتهای مختلف سود - انگاری متفاوت است. برای نمونه، از دید بن‌تام مطلوبترین نتیجه آن است که لذت را بیشتر و درد را کمتر کند، حال آن که از نظر میل مطلوبترین پیامد آن است که بیشترین سود را برای بیشترین تعداد شهروندان فراهم آورد و این سود چیزی جز آزادی شهروندان نیست.

1. رک: کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، ج ۲، صص ۲۵۲-۲۱۶.

2. See, for instance, "Law as Interpretation", pp. 540-49; and Patterson, *Law and Truth*, chs. 1-2.

3. رک: مودودی؛ اسلام و تمدن غرب، صص ۲۰۶-۲۰۵.

4. See Patterson, *Law and Truth*, chs 1-2.

۱۰-۴. تفسیر همگرا

بر اساس یکی از نظریات، در تفسیر قانون باید بین دو معیار جمع کرد: یکی «قطعیت» و دیگری «مشروعیت». قطعیت به این معناست که تفسیر ارائه شده با داده‌های حقوقی یک نظام سازگار باشد. از این معیار با عنوان «انطباق» نیز یاد شده است. مشروع بدین معناست که این تفسیر با اصول اخلاقی سازگار باشد و این را «جذابیت اخلاقی» نیز نامیده‌اند.^۱ معیار دوم در حقیقت پرده از هدف قانون برمی‌دارد، یعنی قانون و نظام حقوقی یک هویت هدفدار است که تلاش برای ارائه سازگار نشان دادن آن با اخلاق، آشکار ساختن هدفی است که باید بدان سمت حرکت کند. در این صورت یک همگرایی در برداشت از نظام حقوقی و اجرای آن حاصل می‌گردد^۲ و چنین تفسیری یک تفسیر «سازنده» است که سعی می‌کند بهترین بیان اخلاقی را از قانون و نظام حقوقی ارائه دهد.^۳ تفسیر همگرا بر متد «توازن انعکاسی»^۴ استوار است که عمدتاً توسط جان رولز شرح و بسط یافته است و این روش در نظریه عدالت خود او، به شرح مذکور در بخش‌های پیشین، آشکار است. روش مزبور در اصل برای ارزیابی نظریه‌های اخلاقی پیش‌نهاده شد که طبق آن تنها به تئوری اخلاقی‌ای می‌توان اعتماد کرد که بتواند میان داده‌های موجود و اصول و مبانی، توازن و تعادل برقرار کند. این توازن متکی به یک رابطه انطباقی میان عناصر یاد شده نیست. بلکه داده‌های ارزشی (اخلاقی یا حقوقی) و اصول و مبانی (عقلانی) مورد قبول مفسر با یکدیگر رابطه‌ای دو سویه داشته و هر کدام دیگری را

1. See, Bentham; *An Introduction to Principles of Morals and Legislation*; and Mill, *On Liberty and other Essays*.

2. See Habermas; *Between Facts and Norms*, p. 211.

3. Dworkin; *Law's Empire*, p. 225; and Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 1273.

4. "Reflective equilibrium". In this regard, See Rawls, *A Theory of Justice*, passim, esp. as at pp. 42-45.

به چالش گرفته و صیقل می‌دهد تا آن جا که در یک حالت توازن با هم قرار بگیرند. از این رو، توازن مزبور انعکاسی خوانده می‌شود.

تفسیر همگرا می‌تواند به نحو خرد و در درون یک دستگاه فکری خاص نیز رخ نماید. به این معنا که دو طرف توازن را عناصر دیگری تشکیل دهند، ولی روش تفسیر، ایجاد یک توازن دو سویه میان آن عناصر است.

برای مثال، هایک روش دکارتی یا روش هندسی بررسی و تفسیر حقوقی را رد می‌کند. به نظر وی حقوق به مثابه یک علم هنجاری ناب نیست که در آن همه قواعد حقوقی از مقدمات صریحی استنتاج می‌شوند. از این رو قضاوت و تفسیر درباره هنجارها بر اساس سازگاری‌شان با هنجارهای دیگر و بدون توجه به واقعیات نمی‌تواند انجام گیرد. بلکه از این دیدگاه اساساً سازگاری هنجارها خود به واقعیات بستگی دارد. به این معنا هایک با هولمز می‌کند که روح و جان حقوق نه منطق که تجربه است. پیداست که هایک تفسیر را صرفاً مبتنی بر سازگاری درونی هنجارها نمی‌داند، بلکه تفسیر علاوه بر این سازگاری، لازم است با واقعیات بیرونی نیز انطباق داشته باشد. بر این پایه، دو سویه نظریه تفسیر هایک عبارتند از سازگاری با هنجارهای حقوقی، در یک سو و انطباق با واقعیات زندگی، در دیگر سو. به عبارت دیگر، نه تنها یک هنجار باید با دیگر هنجارها هم‌نشین شود، بلکه باید به نظامی از اعمال سازگار با هم نیز منجر گردد.^۱

همین طور، نظریه حقوقی طه و شاگرد وی النعمیم می‌تواند از مصادیق تئوری تفسیر همگرا به حساب آید. در این نظریه با توجه به تفکیک میان آیات مکی و مدنی قرآن، ادعا شده است که پیام اصلی و گوهر تعلیمات دین اسلام برای انسان‌ها، در مکه از

1. برای نمونه، نگ: هایک؛ قانون، قانونگذاری و آزادی، صص ۱۶۷-۱۶۸.

طریق آیات مکی نازل شده است. آنگاه این پیام با توجه به ضرورت برآمده از شرایط مدینه آن روز، در قالب دستورات حقوقی مذکور در آیات مدنی بیان گردیده اند. سپس متفکرین حقوقی قرون اولیه اسلام با فرض تئوری نسخ، بر این باور بودند که آیات مکی توسط آیات مدنی نسخ شده و فرامین و دستورات حقوقی همان است که در قالب آیات اخیر بیان گردیده اند. تئوری نسخ از منظر این نظریه خود یک تئوری وحیانی و الهی نیست، بلکه یک تئوری عقلانی است که در ترکیب با شرایط آن روز جامعه اسلامی منجر به تولید احکام فقهی معین گردیده است. ادعای طه و النعیم این است که برای تطبیق احکام اسلامی با شرایط و مقتضیات روز، به ویژه حق‌های بنیادی بشر، لازم است به آیات مکی توجه کنیم و آن‌ها را در پرتو اوضاع زمانه خود تفسیر و اعمال نماییم. به عبارت دیگر، ادعا این است که متفکرین یاد شده از میان دو گروه آیات پیش گفته، آیات مدنی را مبنای استنباط احکام قرار دادند، حال آن که می‌توان و باید آیات مکی را به عنوان مبنا انتخاب کرد. پیداست که در این نظریه، قانونگذاران، مفسران یا متفکران حقوق در حقیقت میان واقعیات و عرف زمان خود و تئوری‌های ارزشی برآمده از دستورات بنیادین اسلام یک همگرایی برقرار می‌سازند و در نتیجه احکام و مقررات منطبق با زمان تولید می‌کنند.^۱

نصر از فیلسوفان مسلمان در عین قبول تقسیم‌بندی میان قوانین عبادی و معاملات در اسلام، معتقد است نمی‌توان این دو دسته قانون را جدا از هم تفسیر کرد. به نظر وی نمی‌توان قانون عبادی را که به رابطه انسان و خدا بر می‌گردد از قانون معاملات که به رابطه انسان و انسان مربوط می‌شود، کاملاً جدا ساخت. بلکه روح شریعت حفظ وحدت

1. See Taha; *The Second Message of Islam*; and An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation*.

و یکپارچگی میان آن دو رابطه است.^۱ با این وصف، تفسیر قوانین همیشه به دنبال همگرایی، اگرچه به معنایی خاص، است.

تئوری تفسیر عبدالکریم سروش را نیز می‌توان از نوع بالا دانست چه در نهایت توازن میان پیش‌فرض‌های ذهنی و داده‌های متنی را لازم می‌داند. لکن از دید این تئوری در یک طرف تمام دانش‌های فرد و در طرف دیگر متن و داده‌ها، قرار دارند. ادعا این است که مفسر باید بتواند تفسیری از داده‌ها، از جمله داده‌های متون قانونی، ارائه دهد که با تمامی معارف فرد متلائم^۲ واقع گردد. پیش‌فرض این ادعا این است که شاخه‌های معارف همگی در یک ارتباط «کل‌گرا» با هم قرار دارند. سروش می‌پذیرد که معارف از یک نوع و در یک سطح نیستند و از این رو ربط میان آن‌ها را از طریق منطق و معرفت‌شناسی برقرار می‌کند. به این معنا که با توجه به مبانی منطقی و معرفت‌شناختی هر یک از معارف، تغییر و تحول در یک شاخه، تغییر و تحول در شاخه‌های دیگر را لازم می‌آورد.^۳

نظریه تفسیر حسن امامی از مصادیق تئوری تفسیر همگرا به نظر می‌رسد. از نظر او تفسیر مطلوب تفسیری است که میان دو قطب بایستد. به این معنا که، در یک سو، احتیاجات کنونی را در نظر بگیرد و، در دیگر سو، رعایت روح قوانین را بنماید که مبنای اصول و قواعد حقوقی اند. از نظر وی، نه می‌توان بدون در نظر گرفتن نیازها به تفسیر خشک قانون دست زد و نه می‌توان آن را بدون در نظر گرفتن روح قوانین تاویل کرد.^۴ بر این پایه، تفسیر میان داده‌های بیرونی و بنیادهای نظری حقوق همگرایی ایجاد می‌کند.

1. Nasr; *Ideals and Realities of Islam*, p. 106.

2. Coherent.

3. برای تئوری قبض و بسط تئوریک شریعت بنگرید: سروش؛ قبض و بسط تئوریک شریعت.

4. نگ: امامی؛ حقوق مدنی، ج. ۶، مقدمه، صص ب-د.

جعفری لنگرودی با تقسیم تفسیر به مضیق و موسع در حقیقت ملتزم به نوعی تئوری تفسیر همگرا شده است. در موارد سکوت قانون، وی ملاک «قاعده» را برای تفسیر پیشنهاد می‌کند. توضیح این که اگر قانون موجود موافق قاعده بود، می‌توان با تفسیر موسع آن را به موارد سکوت توسعه داد. اما اگر مخالف قاعده بود نباید آن را به موارد مزبور سرایت داد. منظور از مخالفت قاعده این است که با قاعده عدل و انصاف یا قاعده بدیهی عقل یا با مصالح جامعه مخالف باشد. در این صورت وی به تفسیر مضیق قائل است و مفسر را از سرایت دادن قانون مخالف قاعده به موارد دیگر منع می‌کند.^۱

همین طور، کاتوزیان معتقد است اخلاق و مذهب و عادات و رسوم دادرسان در تفسیر قوانین و طرز اجرای آنها مؤثر است. وی اضافه می‌کند که دادرسان باید راه‌های تازه و تفسیرهای مبتنی بر منابع یادشده را بر مفاد یکی از قوانین یا عرف و عادات مسلم متکی سازند.^۲ وی در جایی دیگر از این نوع تفسیر تحت عنوان تفسیر اصولی یا علمی - ترکیبی یاد کرده است. در این نوع تفسیر به رابطه منطقی میان مواد و اصول کلی که راهنمای قانونگذار در تدوین و وضع قوانین بوده است، توجه می‌شود. این تفسیر نظم حقوقی را به سوی یک نظم معقول هدایت می‌کند و از این رو باعث تکامل آن می‌گردد. کاتوزیان اصول کلی مزبور را به عدالت نیز تعبیر کرده است و دادرس را به تفسیر قانون با الهام از عدالت مکلف کرده است.^۳ می‌توان گفت این نیز یکی از مصادیق ایجاد توازن میان نظریه و داده‌های حقوقی است.

۱۰-۵. شروط تفسیر

-
۱. نگ: جعفری لنگرودی؛ تاثیر اراده در حقوق مدنی، ص ج.
 ۲. کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، ج ۱، صص ۴۲۱-۴۲۰.
 ۳. نگ: همان، صص ۵۱۳-۵۰۹ و ج ۲، صص ۲۵۲-۲۱۶؛ و کاتوزیان، گامی به سوی عدالت، صص ۱۵۷-۱۵۶.

شرایط مختلفی از سوی پاره‌ای از متفکرین برای یک تفسیر قابل قبول پیشنهاد شده است که برخی از آن‌ها را در زیر می‌آوریم.

۱۰-۵-۱. ناجانبداری ارزشی

برخی ادعا کرده‌اند که مفسر، در هر مقامی که هست، باید در تفسیر به لحاظ ارزشی ناجانبدار باشد.^۱ این معنا به تعبیر گوناگون بیان شده است. از نظر توماس هابز، قاضی یا مفسر قانون باید از سلامت عقل طبیعی و تفکر برخوردار و در بررسی‌های خود صبور، با توجه و دقیق باشد.^۲ در حقیقت، ناجانبداری ارزشی مجال عقلی بیشتری برای مفسر باقی می‌گذارد تا به حقیقت نزدیک‌تر گردد.

۱۰-۵-۲. بی‌طرفی

لازم است مفسر قانون و مقررات در تفسیر خود از طرفداری از یکی از طرفین فرضی یا واقعی ذی‌نفع خودداری کند.^۳ هابز قاضی خوب یا مفسر خوب قوانین را کسی می‌داند که «توانایی تخلیه خود از هر گونه ترس، خشم، کینه، دلبستگی و شور و شهوت به هنگام قضاوت» را داراست.^۴ وجود صفات مزبور زمینه دور ماندن قاضی و مفسر از اتحاد با یکی از طرف‌های ذی‌نفع را فراهم می‌آورد.

۱۰-۵-۳. اخلاق

پاره‌ای از متفکرین صفات و ویژگی‌های معینی را برای مفسر لازم می‌دانند که همگی به اخلاقی بودن مفسر اشاره دارند. برای نمونه، هابز معتقد است مفسر و یا قاضی باید ثروت زائد را تحقیر کند، از زیاده طلبی دوری کند و خود را از ترس، کینه و شهوت دور

1. See Hart; *The Concept of Law*, pp. 200-201.

2. هابز؛ *لویاتان*، ص ۲۶۶.

3. See Hart; *The Concept of Law*, pp. 200-201.

4. هابز؛ *لویاتان*، ص ۲۶۶.

نگاه دارد.^۱

در بین تئوری‌های دینی تفسیر، اخلاق یکی از شروط اصلی تفسیر صحیح و قابل قبول دانسته شده است. از این منظر، تنها کسانی به معنای واقعی قوانین که همانا دستورات الهی است، دست پیدا می‌کنند که خود را از گناهان پاک کرده باشند. با استناد به قرآن ادعا بر این است که پیامبر، اهل بیت ایشان و پاکان به معنای دستورات خداوند و کلام راه پیدا می‌کنند.^۲

با توجه به دو شرط دیگر، ناجانب‌داری ارزشی و بی‌طرفی، شاید بتوان ادعا کرد که فرایند تفسیر، در هر سطح و از هر نوع، نتیجه توانایی‌های ذهنی و شخصیتی مفسر است و نمی‌توان دخالت عناصر روانی و اخلاقی در امر تفسیر را نادیده گرفت.

۱۰-۵-۴. توازن منافع

منافع تمام طرف‌های درگیر باید در نظر گرفته شود. در حقیقت تفسیر یک فرایند سنجش و توازن منافع است که نمی‌توان هیچ یک از طرف‌های ذی‌نفع را از این فرایند حذف کرد.^۳ توضیح این که، قانون اساساً به تمشیت روابط جمعی می‌پردازد و از این رو نمی‌توان در قانونگذاری و تفسیر قانون، از هر نوع، منافع برخی از طرف‌های ذی‌نفع را نادیده گرفت. به علاوه، در عین در نظر گرفتن منافع تمامی افراد ذی‌نفع لازم است این منافع در یک حالت توازن و تعادل قرار گیرد. شرط توازن مزبور البته رعایت اصول عدالت و انصاف است که در جای خود باید بدان پرداخت.

۱. همان، ص ۲۶۶.

۲. نگ: طباطبائی؛ شیعه در اسلام، صص ۱۱۹-۱۱۰. همچنین رک: منتظری؛ مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج ۳، ص ۱۲۶.

۳. See Hart; *The Concept of Law*, pp. 200-201.

سخن آخر

تحقیق حاضر بر اساس ضرورت و با هدف یافتن یک بنیاد نظری برای اصلاح نظام قانونگذاری آغاز گشت. ضرورت و هدف مزبور در قالب یک سری سؤالات محوری تدوین گردید. سؤالات یادشده به نوبه خود و به طور خلاصه به چهار پرسش اصلی فروکاسته شد که به صورت زیر قابل بیان است: نخست، قانون چیست؟ دوم، هدف از قانون و قانونگذاری کدام است؟ سوم، منبع و مبناي قانون چیست؟ چهارم، مرجع صالح قانونگذاری چیست؟^۱

در پاسخ به این پرسش‌ها بر آن نبوده‌ایم که از «یک» نظریه در مقابل نظریه‌های دیگر دفاع کنیم. بلکه تمامی تلاش در این تحقیق بر این بوده است که به سؤال‌های طرح شده، از دید متفکران گوناگون و از منظر مکتب‌های مختلف نگریسته شود. سپس پاسخ‌های به دست آمده از دید متفکران و مکاتب مذکور، تحت عناوین معین دسته‌بندی گردیده‌اند. اجمالا گفتنی است، همان گونه که در ابتدا توضیح داده شد، به نظرات سه گروه از متفکران غربی، اسلامی و ایرانی مراجعه گردیده است. نظرات یادشده در بسیاری موارد شبیه و دارای هم پوشانی‌هایی است که برای پرهیز از تکرار و پراکنده‌گویی، آن‌ها را تحت عناوین مجزا طبقه‌بندی نموده‌ایم. این عناوین بیانگر نظریه‌های رقیب در ارتباط با محورهای بحث هستند. طبقه‌بندی ادعاهای گوناگون و ارائه آن‌ها در قالب نظریه‌های رقیب در حقیقت طیف وسیعی از دستگاه‌های فکری متفاوت و افقی روشن از تابش نورهای مختلف را به نمایش می‌گذارد. افزون بر این،

۱. محورهای دیگر تحقیق متفرع بر سؤالات اصلی بالا هستند.

هر يك از این نظریه یا دستگاه‌های فکری می‌تواند به منزله يك بنیاد نظری برای يك نظام قانونی و ساختار قانونگذاری در يك کشور، عمل کند. با این حال، در مرحله کنونی تحقیق و بحث، این مهم نیست که هر چه سریع‌تر یکی از آن نظریه‌ها یا دستگاه‌های فکری را به بهای بقیه‌گزینه‌ش نماییم. بلکه مهم این است که دریابیم چگونه انتخاب یکی از پاسخ‌های رقیب برای یکی از سوال‌های تحقیق، لاجرم ما را به انتخاب پاسخ‌هایی سازگار و متناسب با آن پاسخ، برای مابقی سوال‌ها سوق خواهد داد. برای نمونه نمی‌توان در پاسخ به سوال «قانون چیست؟» پاسخ «قانون فرمان متکی به مجازات است» را برگزید و آنگاه برای پرسش «هدف قانون چیست» پاسخ «هدف اجرای عدالت است» را انتخاب کرد. پیداست که نظریه «قانون همان فرمان متکی به مجازات است» ضرورتاً به اجرای عدالت منتهی نمی‌شود. لازم به توضیح نیست که هر فرمان متکی به کیفر يك فرمان مبتنی بر عدالت نیست و هدف یادشده را به دست نمی‌دهد. همین‌طور، پیداست که «هدف از قانون اجرای عدالت است» نمی‌تواند با فرامین ظالمانه اما متکی به مجازات، سازگار افتد. زیرا در دستگاه فکری که قانون را فرمان متکی به کیفر می‌داند، هر فرمانی - عادلانه یا ظالمانه - که با قدرت دولتی پشتیبانی می‌شود، قانون است. ولی در دستگاه فکری عدالت‌گرا، چون يك فرمان ظالمانه درست در جهت عکس این دستگاه حرکت می‌کند و نقیض آن است، نمی‌تواند و نباید عنوان قانون به خود گیرد. از این رو، از دیدگاهی که قانون وسیله اجرای عدالت دانسته می‌شود، هر فرمان متکی به مجازات نمی‌تواند قانون باشد و بالعکس از منظری که قانون يك فرمان متکی به مجازات است، هر فرمان این‌چنینی نمی‌تواند بالضروره استیفا کننده عدالت باشد.

با این وصف، در این مرحله لازم است آگاهی دقیق از دیدگاه‌های رقیب، با قید «سازگاری» که شرح داده شد، به دست آید تا در نتیجه گری نهایی طرح مطالعاتی اصلاح نظام قانونگذاری، که بر نتایج تحقیقات انجام شده در سه حوزه نظری، تطبیقی و

ایران صورت خواهد گرفت، یکی از دیدگاه‌های معرفی شده یا ترکیبی از چند دیدگاه به عنوان موضع نظری لازم برای اصلاح پیشنهادی نظام یادشده، برگزیده شود.

با این همه، در پاره‌ای موارد برخی نکات در نقد نظرات و دیدگاه‌ها بیان گردیده است. اما ضیق وقت مانع از نقد یک به یک و کلی نظریه‌ها گردیده است. انتخاب مدلل و موجه یکی از نظریه‌ها و نقد مابقی را باید به فرصت و جایی دیگر واگذار کرد.

منابع و مأخذ

فارسی

۱. ابوزید، نصر حامد؛ «تاریخ‌مندی؛ مفهومی پوشیده و مبهم»، ترجمه و تحقیق محمد تقی کرمی، نقد و نظر، سال سوم، شماره چهارم، ۱۳۷۶، صص ۳۷۵-۳۷۸.
۲. ابوزید، نصر حامد؛ *معنای متن: پژوهشی در علوم قرآن*، ترجمه مرتضی کریمی‌نیا، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
۳. آخوندزاده، میرزا فتحعلی؛ *مقالات فلسفی*، تبریز: کتاب ساوالان، (۲۵۳۷ [۱۳۵۷]).
۴. آدمیت، فریدون؛ *اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده*، تهران: خوارزمی، ۱۳۴۹.
۵. آدمیت، فریدون؛ *اندیشه ترقی و حکومت قانون: عصر سپهسالار*، تهران: خوارزمی، ۱۳۵۱.
۶. آدمیت، فریدون؛ *اندیشه‌های طالبوف تبریزی*، چاپ دوم، تهران: دماوند، ۱۳۶۳.
۷. ارانی، تقی؛ *پسیکولوژی روح*، تهران: آبان، ۱۳۵۷.
۸. ارانی، تقی (بی‌تا)، «حقوق و اصول مادی»، در: *زندگی نامه و محاکمه و متن دفاعیه دکتر ارانی، تقی ارانی*، احسان طبری و بزرگ علوی، بی‌جا: بی‌نا.
۹. اردبیلی، محمد علی؛ *حقوق جزای عمومی*، ج. ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۹.
۱۰. ارسطو؛ *سیاست*، ترجمه حمید عنایت، چاپ سوم، تهران: انتشارات آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۷۱.
۱۱. آرنست، هانا؛ *انقلاب*، ترجمه عزت الله فولادوند، تهران: خوارزمی، ۱۳۶۱.
۱۲. اسکروتن، راجر؛ *کانت*، ترجمه علی پایا، تهران: طرح نو، ۱۳۷۵.
۱۳. اشتراوس، لئو؛ *حقوق طبیعی و تاریخ*، ترجمه باقر پرهام، تهران: انتشارات آگاه، ۱۳۷۳.
۱۴. افلاطون؛ «قوانین»، در *دوره آثار افلاطون*، ترجمه محمد حسن لطفی و رضا کاویانی، تهران: ۱۵. خوارزمی، ۱۳۳۵.
۱۵. افلاطون؛ *جمهوری*، ترجمه فواد روحانی، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۳۵.
۱۶. اقبال لاهوری، محمد؛ *نوای شعر فردا*، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۷۳.
۱۸. امامی، حسن؛ *حقوق مدنی*، ج. ۶، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۲.
۱۹. آیت‌اللهی تبار، محمد باقر؛ «حلقه مفقوده: بحثی پیرامون حوزه عمومی از منظر هابرماس»، *مجله آفتاب*، شماره ۲۵، صص ۵۲-۵۳، ۱۳۸۲.

۲۰. بازرگان، مهدی؛ «خدا و آخرت، هدف بعثت انبیاء»، کیان، شماره ۲۸، صص ۶۱-۴۶، ۱۳۷۴.
۲۱. برلین، آیزایا؛ چهار مقاله درباره آزادی، ترجمه محمد علی موحد، تهران: خوارزمی، ۱۳۶۷.
۲۲. بشیریه، حسین؛ تاریخ اندیشه سیاسی در قرن بیستم: لیبرالیسم و محافظه کاری، تهران: نشر نی، ۱۳۷۸.
۲۳. بکاریا، سزار؛ رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمد علی اردبیلی، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
۲۴. بلوم، ویلیام تی.، نظریه‌های نظام سیاسی: کلاسیک‌های اندیشه سیاسی و تحلیل سیاسی نوین، ترجمه احمد تدین، ۲ جلد، تهران: نشر آران، ۱۳۷۳.
۲۵. بوزتی، جیانکارلو؛ درس این قرن، ترجمه علی پایا، تهران: طرح نو، ۱۳۷۶.
۲۶. بهشتی، سید محمد حسین؛ مبانی نظری قانون اساسی، تهران: بقعه، ۱۳۷۷.
۲۷. بازارگاد، بهاء الدین؛ تاریخ فلسفه سیاسی، جلد ۳، تهران: زوار، ۱۳۴۸.
۲۸. پایا، علی؛ «جایگاه مفهوم صدق در آرای فوکو»، در نامه فرهنگ، سال ششم، شماره ۲۲، ۱۳۷۶.
۲۹. پرادل، ژان؛ تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی نجفی ابرند آبادی، تهران: سمت، ۱۳۸۱.
۳۰. پلامناتز، جان؛ شرح و نقدهای بر فلسفه اجتماعی و سیاسی هگل، ترجمه حسین بشیریه، چاپ دوم، تهران: نشر نی، ۱۳۷۱.
۳۱. تاک، ریچارد؛ هابز، ترجمه حسین بشیریه، تهران: طرح نو، ۱۳۷۶.
۳۲. ترکمان، محمد؛ رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل الله نوری، تهران: موسسه خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۶۲.
۳۳. تقی زاده، سید حسن؛ مقالات تقی زاده، زیر نظر ایرج افشار، تهران: انتشارات شکوفان، ۱۳۴۹.
۳۴. جزایری، محمد علی؛ «کسروی و برخورد فرهنگی شرق با غرب»، در: ایران نامه، سال ۸، شماره ۳، (۱۹۹۰ م).
۳۵. جعفری تبریزی، محمد تقی؛ تحقیق در دو نظام حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب و تطبیق آن دو بر یکدیگر، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ۱۳۷۰.
۳۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: ۱۳۴۰.
۳۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ حقوق اسلام، تهران: گنج دانش، ۱۳۵۸.
۳۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۲.
۳۹. جوادی آملی، عبدالله؛ ولایت فقیه رهبری در اسلام، چاپ

- چهارم، تهران: مرکز نشر فرهنگی رجا، ۱۳۷۵.
۴۰. جوادی آملی، عبدالله؛ *فلسفه حقوق بشر*، قم: مرکز نشر اسراء، ۱۳۷۵.
۴۱. جونز، و. ت؛ *خداوندان اندیشه سیاسی*، ترجمه علی رامین، جلد دوم، چاپ اول از ویراسته دوم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۶.
۴۲. حائری یزدی، مهدی؛ *حکمت و حکومت*، لندن: شاری، (۱۹۹۵ م).
۴۳. حائری یزدی، مهدی؛ «نقدي بر مقالة سيري در مباني ولايت فقيه»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، شماره ۲۰، ۱۳۷۵.
۴۴. حائری یزدی، مهدی؛ «گفت و گوهاي خردمندانہ درباره حکومت اسلامی»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، شماره ۳۰، ۱۳۷۶.
۴۵. حائری یزدی، مهدی؛ «حکمت احکام فقهی»، *کیان*، شماره ۴۶، ۱۳۷۸.
۴۶. حجاریان، سعید؛ *جمهوریت: افسون زدایی از قدرت*، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹.
۴۷. حجاریان، سعید؛ «حاکمیت قانون و ساختار سیاسی»، در: *معماي حاکمیت قانون در ایران*، زیر نظر عباس عبدی، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱.
۴۸. حجاریان، سعید؛ «مشروطه مشروعه و جمهوری اسلامی»، *مجله آفتاب*، شماره ۲۵، ۱۳۸۲، صص ۶-۷.
۴۹. دورکین، رونالد؛ «جدي گرفتن حق‌ها»، در *حق و مصلحت*، محمد راسخ، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، صص ۲۵۴-۲۱۷.
۵۰. دورکین، رونالد؛ «نافرمانی مدنی»، در: *حق و مصلحت*، محمد راسخ، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، صص ۱۴۹-۱۲۳.
۵۱. راسخ، محمد؛ *حق و مصلحت: مقالاتي در: فلسفه حقوق*، *فلسفه حق و فلسفه ارزش*، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱.
۵۲. راسخ، محمد؛ «آزادي چون ارزش»، در: *حق و مصلحت*، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، صص ۲۹۹-۲۷۶.
۵۳. ردهد، برایان؛ *اندیشه سیاسی از افلاطون تا ناتو*، ترجمه کاخی و افسری، چاپ دوم، تهران: آگه، ۱۳۷۵.
۵۴. روسو، ژان ژاک؛ *قرارداد اجتماعی*، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: آگه، ۱۳۸۰.
۵۵. سالیوان، راجر؛ *اخلاق در فلسفه کانت*، ترجمه عزت الله فولادوند، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
۵۶. سروش، عبدالکریم؛ *مدارا و مدیریت مومنان*، تهران: صراط، ۱۳۷۶.
۵۷. سروش، عبدالکریم؛ *قبض و بسط تئوریک شریعت*، تهران: صراط، ۱۳۷۸.
۵۸. سروش، عبدالکریم؛ *بسط تجربه نبوی*، تهران: صراط، ۱۳۷۸.

۵۹. سروش، عبدالکریم؛ *اخلاق خدایان*، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
۶۰. سروش، عبدالکریم؛ «اسلام، وحی و نبوت»، *مجله آفتاب*، شماره ۱۵، ۱۳۸۱، صص ۷۹-۶۸.
۶۱. سیموندز، نیل؛ «فلسفه حقوق»، در: *حق و مصلحت*، محمد راسخ، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، صص ۷۲-۲۵.
۶۲. سینگر، پیتر؛ *هگل*، ترجمه عزت الله فولادوند، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹.
۶۳. شی یرمر، جرمی؛ *اندیشه سیاسی کارل پوپر*، ترجمه عزت الله فولادوند، تهران: طرح نو، ۱۳۷۷.
۶۴. صالح پور، جهانگیر؛ «امام خمینی، فقیه دوران گذار»، *کیان*، شماره ۴۶، ۱۳۷۸، صص ۳۷-۲۶.
۶۵. صانعی، پرویز؛ *حقوق و اجتماع*، تهران: طرح نو، ۱۳۸۲.
۶۶. صدر، سید محمد باقر (بی تا)؛ *اقتصاد ما*، ترجمه ع. اسپهبدی، ۲ جلد، تهران: هدایت.
۶۷. صدر، سید محمد باقر (بی تا)؛ *جمهوری اسلامی*، ترجمه سید جعفر حجت، تهران: کتابخانه بزرگ اسلامی.
۶۸. صدیقی، محمود؛ «مولوی در برابر ملاعمر»، (۲۰۰۲ م)، در: <http://www.emrooz.org>
۶۹. *صورت مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*؛ جلد ۱ تا ۴، ۶۹، ۱۳۶۴، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۷۰. *صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*؛ جلد ۱ تا ۴، ۱۳۶۹، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۷۱. طالبوف تبریزی، عبدالرحیم؛ «ایضاحات در باب آزادی»، در: *آزادی و سیاست*، ایرج افشار، تهران: سحر، ۱۳۵۷.
۷۲. طباطبائی، سید محمد حسین؛ *شیعه در اسلام*، چاپ ششم، تهران: کتابخانه بزرگ اسلامی، ۱۳۵۴.
۷۳. طباطبائی، سید محمد حسین؛ *اسلام و انسان معاصر*، قم: رسالت، (۱۳۹۷ ق.).
۷۴. طباطبائی، سید محمد حسین؛ *ظهور شیعه*، تهران: نشر فقیه و الست، ۱۳۶۰.
۷۵. طباطبائی، سید محمد حسین؛ *تفسیر المیزان*، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۱، تهران: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۶. طباطبائی، سید جواد؛ «ایران امروز، سنت، مدرنیته و پست مدرن»، *کیان*، شماره ۱۵، ۱۳۷۲.
۷۷. طباطبائی، سید جواد؛ *دیباچه ای بر نظریه انحطاط ایران*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۱.

۷۸. طباطبایی، سید جواد؛ «تجدیدی دیگر»، همشهری، پنجشنبه ۵ تیر، ۱۳۸۲.
۷۹. طبری، احسان (بی تا)؛ چند مسأله اجتماعی، بی جا: بی نا.
۸۰. طبری، احسان (بی تا)؛ فروپاشی نظام سنتی و زایش سرمایه داری در ایران، استکهلم.
۸۱. عالم، عبدالرحمن؛ تاریخ فلسفه سیاسی غرب: عصر جدید و سده نوزدهم، تهران: وزارت امور خارجه، ۱۳۷۹.
۸۲. عنایت، حمید؛ اندیشه سیاسی در اسلام معاصر، ترجمه بهاء الدین خرمشاهی، تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۶۲.
۸۳. عنایت، حمید؛ بنیاد فلسفه سیاسی در غرب: از هراکلیت تا هابز، تهران: زیبا، ۱۳۷۷.
۸۴. فاستر، مایکل؛ خداوندان اندیشه سیاسی، جلد اول، ترجمه حمید عنایت، تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۱.
۸۵. فوکو، میشل؛ «قدرت»، در: خرد و سیاست، ترجمه عزت الله فولادوند، تهران: طرح نو، ۱۳۷۷، صص ۷۰-۵۵.
۸۶. فوکو، میشل؛ مراقبت و تنبیه: تولد زندان، ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهاننیده، چاپ دوم، تهران: نشر نی، ۱۳۷۸.
۸۷. فولادوند، عزت الله؛ «میشل فوکو: رازیبی و راستگویی»، در: خرد و سیاست، تهران: طرح نو، ۱۳۷۷، صص ۵۵-۴۴.
۸۸. فیروزی، داوود؛ «اندیشه سیاسی ملا احمد نراقی»، در: مجله علوم سیاسی، شماره ۱۷، ۱۳۸۱.
۸۹. قادری، حاتم؛ اندیشه های سیاسی در اسلام و ایران، چاپ سوم، تهران: سمت، ۱۳۸۰.
۹۰. قاضی، ابوالفضل؛ حقوق اساسی و نهادهای اساسی، چاپ هفتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
۹۱. کاپلستون، فردریک چارلز؛ تاریخ فلسفه: از بنیاد تا راسل، جلد ۸، ترجمه بهاء الدین خرمشاهی، تهران: انتشارات علمی فرهنگی و سروش، ۱۳۷۰.
۹۲. کاتوزیان، ناصر؛ مبانی حقوق عمومی، تهران: دادگستر، ۱۳۷۷.
۹۳. کاتوزیان، ناصر؛ گامی به سوی عدالت، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۸.
۹۴. کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، جلد ۲-۱، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
۹۵. کانت، ایمانوئل؛ بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق [گفتاری در حکمت کردار]، ترجمه حمید عنایت و علی قیصری، تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۶۹.
۹۶. کانت، ایمانوئل؛ فلسفه حقوق، ترجمه منوچهر صانعی دره بیدی، تهران: نقش و نگار، ۱۳۸۰.
۹۷. کدیور، محسن؛ نظریه های دولت در فقه شیعه، تهران:

- نشر نی، ۱۳۷۸.
۹۸. کدیور، محسن؛ دغدغه‌های حکومت دینی، تهران: نشر نی، ۱۳۷۹.
۹۹. کدیور، محسن؛ «مردمسالاری دینی»، ۱۳۸۱، در: <http://www.kadivar.com>
۱۰۰. کدیور، محسن؛ «پله پله تا ادعای الوهیت»، ۱۳۸۱، در: <http://www.kadivar.com>
۱۰۱. کدیور، محسن؛ «از اسلام تاریخی به اسلام معنوی»، ۱۳۸۱، در: <http://www.kadivar.com>
۱۰۲. کدیور، محسن؛ «اسلام؛ فضای عمومی و خصوصی»، ۱۳۸۱، در: <http://www.kadivar.com>
۱۰۳. کسروی، احمد؛ «دولت به ما پاسخ دهد»، ۱۳۲۳، در: <http://www.kasravi.info>
۱۰۴. کمالی طه، منوچهر؛ اندیشه قانونخواهی در ایران سده نوزدهم، پایان نامه دوره دکتری علوم سیاسی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۲.
۱۰۵. گاتری، ویلیام کیت؛ تاریخ فلسفه یونان، افلاطون، ج. ۱۸، ترجمه حسن فتحي، تهران: فکر روز، ۱۳۷۷.
۱۰۶. گرجی، ابوالقاسم؛ مقالات حقوقی، جلد ۲، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۱۰۷. گرجی، ابوالقاسم؛ «اجتهاد خرد و کلان، نگاهی به جایگاه مصلحت در فقه»، صبح امروز، یکم و ششم آذر ماه، ۱۳۷۸.
۱۰۸. گرجی، ابوالقاسم؛ دیات، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
۱۰۹. گری، جان؛ فلسفه سیاسی فون هایک، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹.
۱۱۰. لاک، جان؛ نامه ای در باب تساهل، ترجمه شیرزاد گلشاهی کریم، تهران: نشر نی، ۱۳۷۹.
۱۱۱. لنکستر، لین و؛ خداوندان اندیشه سیاسی، ج. ۳، ترجمه علی رامین، تهران: انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۷۶.
۱۱۲. لسناف، مایکل هری؛ فیلسوفان سیاسی قرن بیستم، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران: کوچک، ۱۳۷۸.
۱۱۳. لیدمان، سون اریک؛ از افلاطون تا هابرماس، ترجمه سعید مقدم، تهران: دانش ایران، ۱۳۷۹.
۱۱۴. مجتهد شبستری، محمد؛ هرمنوتیک، کتاب و سنت، چاپ چهارم، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹.
۱۱۵. مجتهد شبستری، محمد؛ ایمان و آزادی، چاپ سوم، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹.
۱۱۶. مجتهد شبستری، محمد؛ نقدی بر قرائت رسمی از دین، تهران: طرح نو.

۱۱۷. محمضانی، صبحی؛ *فلسفه قانون گذاری در اسلام*، تهران: امیر کبیر [چاپ اول متن عربی ۱۹۴۶ و چاپ دوم آن ۱۹۵۱]، ۱۳۵۸.
۱۱۸. مشایخ فریدنی، محمد حسین؛ «مقدمه»، در *نوای شاعر فردا*، محمد اقبال لاهوری، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۷۳.
۱۱۹. مصباح یزدی، محمد تقی؛ «خاستگاه حقوق»، ۱۳۶۵، در: <http://www.mesbahyazdi.org/farsi/>
۱۲۰. مصباح یزدی، محمد تقی؛ *نظریه سیاسی اسلام*، تهران: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۱، در: <http://www.mesbahyazdi.org/farsi/>
۱۲۱. مطهری، مرتضی؛ «اصل عدل در اسلام»، در: *بیست گفتار*، تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۵۸، صص ۴۸-۲۴.
۱۲۲. مطهری، مرتضی؛ *بیست گفتار*، چاپ پنجم، تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۵۸.
۱۲۳. مطهری، مرتضی؛ *نظام حقوق زن در اسلام*، تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۷۳.
۱۲۴. مطهری، مرتضی؛ *پیرامون جمهوری اسلامی*، تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۷۴.
۱۲۵. مطهری، مرتضی؛ *پیرامون انقلاب اسلامی*، تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۷۵.
۱۲۶. مگی، برایان؛ *مردان اندیشه*، ترجمه عزت الله فولادوند، تهران: طرح نو، ۱۳۷۸.
۱۲۷. ملکم خان؛ *روزنامه قانون*، تهران: کویر، ۱۳۶۹.
۱۲۸. ممقانی، اسدالله؛ *دین و شئون*، استامبول: مطبعه شمس (۱۳۳۴ ق).
۱۲۹. منتظری، حسینعلی؛ *احتکار و قیمت گذاری*، ترجمه حمدی گیلانی، تهران: کیهان، ۱۳۶۷.
۱۳۰. منتظری، حسینعلی؛ *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، ه مجلد، تهران و قم: کیهان و تفکر، ۱۳۶۷.
۱۳۱. منتظری، حسینعلی؛ «حقوق اجتماعی مردم تابع درجه ایمان آنان نیست»، *آزاد*، ۲۵ فروردین، ۱۳۷۸.
۱۳۲. منتظری، حسینعلی؛ «مهم ترین مسائل کشور از دیدگاه آیت الله منتظری»، *پیام هاجر*، شماره ۳۰۱، ۱۳۷۸.
۱۳۳. منتظری، حسینعلی؛ «پیام آیت الله منتظری در مورد تهاجم آمریکا و انگلستان به عراق»، ۱۳۸۲، در: <http://www.gooya.com/news>
۱۳۴. مودودی، ابوالاعلی؛ *قانون اساسی در اسلام*، ترجمه حمدعلی گرامی، چاپ سوم، قم: دارالفکر، ۱۳۵۱.
۱۳۵. مودودی، ابوالاعلی؛ *اسلام و تمدن غرب*، ترجمه ابراهیم

- امینی، تهران: کانون انتشارات تهران، ۱۳۵۲.
۱۳۶. مودودی، ابوالاعلی؛ «تفکر سیاسی در صدر اسلام»، ترجمه نصرالله پورجوادی، در: تاریخ فلسفه در اسلام، ویراسته م. م. شریف، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۵.
۱۳۷. موسوی خمینی، روح الله؛ *شئون و اختیارات ولی فقیه*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۵.
۱۳۸. موسوی خمینی، روح الله؛ *صحیفه نور*، ۲۲ جلد، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۱.
۱۳۹. مونتسکیو، شارل دو؛ *روح القوانین*، ترجمه علی اکبر مهتدی، تهران: امیر کبیر، ۱۳۷۰.
۱۴۰. میل، جان استوارت؛ *رساله درباره آزادی*، ترجمه علی رامین، تهران: نشر نی، ۱۳۶۹.
۱۴۱. میل، جان استوارت؛ *انقیاد زنان*، ترجمه علاء الدین طباطبائی، تهران: هرمس، ۱۳۷۹.
۱۴۲. نائینی، میرزا محمد حسین؛ *تنبیه الامه و تنزیه المله*، مقدمه و ضمیمه محمود طالقانی، تهران: نشر انتشارات، ۱۳۷۸.
۱۴۳. نجفی، موسی؛ «اندیشه سیاسی ملا احمد نراقی»، قسمت اول و دوم، ۱۳۸۱، در:
- http://www.naraq.com/per/n/index_.htm
۱۴۴. نراقی، احمد؛ *حدود ولایت حاکم اسلامی*، ترجمه مبحث ولایت فقیه از کتاب *عوائد الایام*، تهران: اداره کل انتشارات و تبلیغات، ۱۳۶۵.
۱۴۵. نصر، سید حسین؛ «اثنی عشریه»، در *دانشنامه ایران و اسلام*، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۵۶.
۱۴۶. نورانی، فرشته؛ *تحقیق در افکار میرزا ملکم خان*، تهران: شرکت سهامی کتابهای جیبی، ۱۳۵۲.
۱۴۷. نویان، فرانتس؛ *آزادی، قدرت و قانون*، ترجمه عزت الله فولادوند، تهران: خوارزمی، ۱۳۷۳.
۱۴۸. وینسنت، اندرو؛ *نظریه های دولت*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۷۱.
۱۴۹. هابز، توماس؛ *لویاتان*، ویرایش و مقدمه از سی. بی. مکفرسون، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۱.
۱۵۰. هایک، فردریش فون؛ «آزادی و عقل و سنت»، ترجمه عزت الله فولادوند، در: *خرد در سیاست*، تهران: طرح نو، ۱۳۷۷، صص ۴۲-۱۲۱.
۱۵۱. هایک، فردریش فون؛ *قانون، قانونگذاری و آزادی*، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی نژاد، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
۱۵۲. هگل، گئورگ ویلهلم؛ *عناصر فلسفه حق*، ترجمه مهید ایرانی، تهران: پروین، ۱۳۷۸.
۱۵۳. هگل، گئورگ ویلهلم؛ *عقل در تاریخ*، ترجمه حمید عنایت، تهران: شفیعی، ۱۳۷۹.

۱۵۴. همایون کاتوزیان، محمد علی؛ *استبداد، دموکراسی و نهضت ملی*، تهران: نشر مرکز، ۱۳۷۲.
۱۵۵. همایون کاتوزیان، محمد علی؛ *اقتصاد سیاسی ایران: از مشروطیت تا پایان سلسله پهلوی*، تهران: نشر مرکز، ۱۳۷۷.
۱۵۶. همایون کاتوزیان، محمد علی؛ *دولت و جامعه در ایران: انقراض قاجار و استقرار پهلوی*، تهران: نشر مرکز، ۱۳۷۹.
۱۵۷. همایون کاتوزیان، محمد علی؛ *تضاد دولت و ملت: نظریه تاریخ و سیاست در ایران*، ترجمه علیرضا طیب، تهران: نشر نی، ۱۳۸۰.
۱۵۸. همپتن، جین؛ *فلسفه سیاسی*، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
۱۵۹. هولاب، رابرت؛ *یورگن هابرماس*، ترجمه حسین بشیریه، چاپ دوم، تهران: نشر نی، ۱۳۷۸.
۱۶۰. یزدانی، سهراب؛ *کسروی و مشروطیت ایران*، تهران: نشر نی، ۱۳۷۶.

عربی

۱۶۱. انصاری، مرتضی؛ *المکاسب*، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۲.
۱۶۲. حسینی مراغی، میر فتاح؛ *عناوین*، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، (۱۴۱۸ ق).
۱۶۳. کرکی، علی بن حسین؛ *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: موسسه آل البيت (۱۴۱۴ ق).
۱۶۴. العشماوی، محمد سعید؛ *اصول الشریعه*، قاهره: مکتبه مبولی الصغیر (۱۴۱۶ ق/۱۹۹۶ م).
۱۶۵. مصطفوی، سید محمد؛ *القواعد*، چاپ سوم، قم: انتشارات حوزه علمیه قم (۱۴۱۲ ق).
۱۶۶. نراقی، احمد؛ *عوائد الایام*، قم: مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، (۱۲۴۵ ق).

لاتین

167. An-Na'im, A.A., *Toward an Islamic Reformation*, Forwarded by J. Voll, Syracuse: SUP, 1990.
168. Aquinas, T., *Summa Theologica*, Trans. J.G. Dawson, ed. J'Entreves, Oxford: Basil Blackwell, 1948.
169. -----; "Aristotle", in *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2002, on <http://www.utm.edu/research/iep/a/aristotl.htm>
170. Austin, J., *Lectures on Jurisprudence*, ed. by R. Campbell, London, 1920.
171. Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by H.L.A. Hart, George Weidenfeld & Nixolson Ltd, 1954.
172. Austin, J., "The Uses of the Study of Jurisprudence", in *The Province of*

- Jurisprudence Determined, 1954.
173. Barendt, E., *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford: OUP, 1998.
174. Bentham, J., *An Introduction to Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Clarendon Press, 1996.
175. Bix, B., *Jurisprudence: Theory and Context*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 1999.
176. Bunnin, N. & Tsui-James, E.P., *The Blackwell Companion to Philosophy*, Oxford: Blackwell, 1998.
177. Campbell, T., *Justice*, 2nd ed., London: Macmillan Press Ltd, 2001.
178. Cane, P., *An Introduction to Administrative Law*, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1992.
179. Collins, H., "Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement", *Journal of Law and Society*, 1(4) , 387-410, 1987.
180. Drury, S.B., "Strauss, Leo (1899-1973)", in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, General ed. E. Craig, London: Routledge, 1998.
181. Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Revised ed., London Duckworth, 1978.
182. Dworkin, R., "Law as Interpretation", *Texas L. Rev.* (1982) (60) , 527.
183. Dworkin, R., *Law's Empire*, London: Fontana Press, 1986.
184. Dworkin, R., "Law and Morals", in *The Oxford Companion to Philosophy*, 1995.
185. Fakhry, M., *Ethical Theories in Islam*, Leiden: E.J. Brill, 1991.
186. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: OUP, 1980.
187. Finnis, J., *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, New York: OUP, 1998.
188. Freeman, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 6th ed., London: Sweet & Maxwell, 1994.
189. Fuller, L.L., *The Morality of Law*, New Haven, 1978.
190. Gadd, C.J., "Society and Social Problems", in *The Cambridge Ancient History*, ed. by I.E.S. Edwards *et al.*, Vol. I, part 2, 3rd ed. Cambridge: CUP, 1971.
191. Gaus, G.F., *Justificatory Liberalism*, Oxford: OUP, 1996.
192. Habermas, J., *Between Facts and Norms*, Trans. W. Rehg, Polity Press in Association with Blackwell Publishers, Ltd.
193. Habermas, J., "The Public Sphere", in *Contemporary Political Philosophy: An Anthology*, ed. by R.E. Goodin & P. Pettit, Oxford: Blackwell, 1997.
194. Habermas, J., "On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy", in *Philosophical Perspective on Law and Politics*, ed. by P. Hagden, NY: Peterlang, 1999.
195. Harrison, R., "Bentham, Mill and Sidgwick", in *The Blackwell Companion to Philosophy*, ed. by N. Bunnin & E.P. Tsui-James, Oxford: Blackwell, 1998, pp. 627-42.

196. Hart, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard L. Rev.* (71), 1958, pp. 593-629.
197. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961.
198. Hart, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford: OUP, 1963.
199. Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, London: Rutledge, 1993.
200. Holmes, O.W., "The Path of Law", *Harvard Law Review* (10), 1897, pp. 457-78.
201. Honderich, T. (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford: OUP, 1995.
202. Honderich, T. & Burnyeat, M. (eds.), *Philosophy As It Is*, NY: Penguin Books, 1979.
203. Inwood, M., "Hegel", in *The Blackwell Companion to Philosophy*, ed. by N. Bunnin & E.P. Tsui-James, Oxford: Blackwell, 1998, pp. 607-16.
204. James, P.S., *An Introduction to English Law*, 12th ed., London: Butterworths, 1989.
205. Kant, I., "An Answer to the Question: What is Enlightenment?", in *Kant: Political Writings*, ed. by H. Reiss, Cambridge, 1970.
206. Kelly, J., *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1992.
207. Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1946.
208. Kelsen, H., *The Pure Theory of Law*, Trans. from the 2nd Revised and Enlarged German ed. by M. Knight, Berkeley: UCP, 1970.
209. Kelsen, H., "The Function of a Constitution", Trans. By I. Stewart, in *Essays on Kelsen*, ed. By R. Tur and W. Twining, Oxford: Clarendon Press, 1986.
210. Khadduri, M., *The Islamic Conception of Justice*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1984.
211. Korsgaard, C.M., *The Sources of Normativity*, Cambridge: CUP, 1996.
212. Locke, J., *Two Treatises of Government*, ed. by M. Goldie, London: Everyman, 1994.
213. Loughlin, M., *Public Law and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1992.
214. Maine, H.J.S., *Ancient Law*, intr. by J.H. Morgan, London: Everyman's Library, 1861.
215. McEldowney, J.F., *Public Law*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 1998.
216. Mcleod, I., *Legal Theory*, London: MacMillan, 1999.
217. Mill, J.S., *On Liberty and other Essays*, ed. by J. Gray, Oxford: OUP, 1998.
218. Miller, F., "Aristotle's Political Theory", in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002, on <http://plato.stanford.edu/entries/aristotle-politics>
219. Miller, F., "Political Naturalism", in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Supplement to Aristotle's Politics, 2002, on

- <http://plato.stanford.edu/entries/aristotle-politics/supplement3.html>
220. Morrow, J., *History of Political Thought: A Thematic Introduction*, London: Macmillan, 1998.
221. Nasr, S.H., *Ideals and Realities of Islam*, London, 1966.
222. Nasr, S.H., *Islam and the Plight of Modern Man*, Longman, 1975.
223. Neumann, F., *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg: Berg Publishers Ltd, 1986.
224. Norman, R., "Marx", in *The Blackwell Companion to Philosophy*, ed. by N. Bunnin & E.P. Tsui-James, pp. 617-26, Oxford: Blackwell, 1998.
225. Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell, 1974.
226. O'Neill, O., "Autonomy: the Emperor's New Clothes", in *The Aristotelian Society*, Supplementary Volume LXXVII, 2003, pp. 1-21.
227. Paton, H.J., *The Moral Law: Kant's Grundwork of Metaphysic of Morals*, London: Hutchinson, 1976.
228. Patterson, D., *Law and Truth*, Oxford: OUP, 1996.
229. Peach, L., *Legislating Morality*, Oxford: OUP, 2002.
230. Pound, R., *Law and Morals*, Chapel Hill, N.C. 1926.
231. Rawls, J., *A Theory of Justice*, Revised ed., Oxford: OUP, 1999.
232. Raz, J., "The Rule of Law and Its Virtue", *Law Quarterly Review*, 1977, (93), 195-211.
233. Raz, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford: OUP, 1978.
234. Raz, J., "On the Nature of Rights", *Mind* XCIII, 1984, 194-214.
235. Raz, J., "The Politics of the Rule of Law", *Ratio Juris* 3(3), 1990 331-39.
236. Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1994.
237. Raz, J., "Rights and Politics", 1995, on <http://www.law.indiana.edu/ilj/v71/n0/raz.html>
238. Reynolds, N.B., "Grounding the Rule of Law", *Ratio Juris* 2(1), 1989, 1-16.
239. Richardson, G. & Genn, H., *Administrative Law & Government Action: The Courts and Alternative Mechanisms of Review*, Oxford: Clarendon Press, 1994.
240. Ross, W.D., *The Right and the Good*, Oxford: Clarendon Press, 1930.
241. Roth, M.T., *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta: Scholars Press, 1997.
242. Schuck, P.H., *The Limits of Law: Essays on Democratic Governance*, Colorado: Westview, 2000.
243. Stein, P. & Shand, J., *Legal Values in Western Society*, Edinburgh: EUP, 1974.
244. Steiner, H., "The Concept of Justice", *Ratio* (10), 1974, 206-25.
245. Steiner, H., "The Natural Right to Equal Freedom", *Mind* (lxxxiii), 1974, 194-210.

246. Steiner, H., "Individual Liberty", in *Liberty*, ed. by D. Miller, Oxford: OUP, 1991.
247. Steiner, H., *An Essay on Rights*, Oxford: Blackwell, 1994.
248. Stockhammer, M. (ed.), *Plato Dictionary*, New York: Philosophical Library, 1963.
249. Taha, M.M., *The Second Message of Islam*, Trans. and Intro. by A.A. An-Na'im, Syracuse: SUP, 1987.
250. Ten, C.L., "Constitutionalism and the Rule of Law", in *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, ed. by R.E. Goodin & P. Pettit, Oxford: Blackwell Publishers, 1996.
251. Walker, G. de Q., *The Rule of Law: Foundations of Constitutional Democracy*, Carlton: Melburn University Press, 1988.
252. Widner, A.J., *Building the Rule of Law*, Michigan: University of Michigan, 2001.
253. Williams, B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, London: Fontana Press, 1987.
254. Woolhouse, R.S., "Locke", in *The Blackwell Companion to Philosophy*, ed. by N. Bunnin & E.P. Tsui-James, Oxford: Blackwell, 1998, pp. 541-54.

راسخ، محمد
بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری/
نویسنده محمد راسخ. -- تهران:
مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌ها، ۱۳۸۴.
دو، د، ۱۸۳ ص. -- (مرکز پژوهش‌های مجلس
شورای اسلامی؛ ۲۴)
ISBN: 9648427127
فهرست نویسی براساس اطلاعات فیپا.
کتابنامه: ص. : [۱۷۳]-۱۸۳؛ همچنین به صورت
پانویس.

۱. قانونگذاری. ۲. حقوق- منابع. ۳.
حقوق- فلسفه. الف. مجلس شورای اسلامی،
مرکز پژوهش‌ها، دفتر مطالعات حقوقی. ب.
عنوان. ج. فروست.
K۲۸۰/ر۲۹
۱۳۸۴

عنوان: بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری
نویسنده: دکتر محمد راسخ
طراح جلد: علیرضا عاشورزاده
ناشر: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی
نوبت چاپ: چاپ اول زمستان ۱۳۸۴
تعداد: ۱۰۰۰ نسخه
لیتوگرافی، چاپ و صحافی: نگاران شهر
قیمت: ۲۲۰۰ تومان

مسئولیت صحت مطالب کتاب با مؤلف است.
کلیه حقوق برای مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی
محفوظ است.