

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## مبانی حقوق مدرن و سنتی

حامد کرمی<sup>۱</sup>، اسماعیل محمدپور<sup>۲</sup>

۱- حامد کرمی (استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران) (نویسنده مسوول)

Hamed.Karami@shahed.ac.ir

۲- اسماعیل محمدپور (کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق، تهران، ایران)

### چکیده

حقوق مدرن و حقوق سنتی به‌عنوان دو پارادایم، ویژگی، ماهیت، آثار و منابع متفاوتی از هم دارند. این تفاوت و اختلافات را باید بیش از هر چیز ناشی از دگرگونی بینش آدمیان در دوره تجدد، نسبت به دوره سنتی دانست و دامنه این دگرگونی به اندازه‌ای بوده است که مفاهیم کاربردی و بنیادین و همچنین پیش فرض های حقوق سنتی و حقوق مدرن را، ناآشنا و نامأنوس قرار داده است و گویی هیچ محمل مشترکی بین آن دو ارائه نمی دهند. اما این اختلاف نه تنها در مفاهیم بنیادین و اصول حقوقی خود را نشان می دهد بلکه در حوزه ادله و حجیت منابع حقوق نیز کشیده شده است و به این ترتیب شکافی عمیق بین آن ها ایجاد نموده است. بررسی عناصر و مؤلفه های حقوق مدرن و حقوق سنتی موضوع این مقاله می باشد.

**کلید واژه‌ها:** حقوق سنتی، حقوق مدرن، حجیت، حاکمیت قانون.

### ۱- بررسی مبانی حقوق مدرن

در این نوشتار قصد نگارنده بر آن است که به شکل مدونی به ابعاد حقوق مدرن بپردازد تا از این ره‌آورد، ابتدا چستی آن بیان شده و در ادامه نیز بتوان حقوق را با موارد دیگر همچون اخلاق مقایسه ساخت. حقوق مدرن مبتنی بر تئوری شهروند-دولت است. از طرفی دولت به‌عنوان هیأت حاکمه و شارع و از طرفی دیگر شهروندان به‌عنوان افراد، دارای حقوق و تکالیف هستند. نکته مهم در این تئوری تقسیم‌بندی شهروند-ملت بر مبنای مکان سیاسی است. فرد (الف) زمانی دارای حقوق و تکالیف است که رابطه خود را به‌عنوان شهروند یک دولت اثبات کند. شهروند فردی است که در ارتباط با دولتی که از سویی برخوردار از حقوق سیاسی و مدنی است و از سوی دیگر، در برابر دولت تکالیفی به عهده دارد. این رابطه را شهروندی گویند. چگونگی رابطه شهروندی را قانون اساسی و قوانین مدنی کشور تعیین می‌کند. (عیوضی، ۱۳۹۱، ص ۱۸۹) تعیین تکلیف و حقوق فرد می‌تواند مبتنی بر هویت‌های مختلف نظیر نژاد، دین یا مکان باشد. از میان همه عناصر موجود، حقوق مدرن بر اساس عنصر مکان به سازمان رسید و تئوری مقبول آن هم تئوری شهروند-دولت شد. لکن در مقابل، فقه اسلامی بر اساس هویت دین اسلام شکل گرفته و تکالیف و حقوق را بر اساس عنصر دین تبیین می‌کند.

نظریه‌پردازان حقوق پوزیتیویستی لاقول دو نقد بسیار مهم بر فلسفه حقوق طبیعی وارد ساخته‌اند. نقد اول مربوط به حوزه معرفت‌شناسی حقوق است. بر این اساس، مفاهیم و گزاره‌های حقوقی نه از سنخ مفاهیم واقعی و گزاره‌های حقیقی، بلکه از سنخ گزاره‌های تکلیف‌اندیشانه و مرتبط با فعل است. و همچنین قوانین حقوقی نه از سنخ قوانین طبیعی و نه حتی در جهت تکمیل قوانین طبیعی بلکه از سنخ قوانین موضوعه و برخاسته از قرارداد محسوب می‌شوند. اما نقد دوم در ماهیت قوانین است. بر این اساس، اخلاق داخل در ماهیت حقوق نیست. اخلاق و حقوق دو علم جدا هستند که هرکدام روش و هدف و غایت مخصوص به خود را دارند و هیچ‌گاه در تعریف حقوق اخلاق استفاده نمی‌شود. به تعبیر بهتر اگرچه ممکن یک گزاره هم حقوقی و هم غیراخلاقی باشد ولی این دو به‌طور مستقل هستند. حقوق می‌تواند اخلاقی یا حتی غیراخلاقی باشد. اندیشمندان پوزیتیویست، این نوع تقریر فلاسفه حقوق طبیعی را مغالطه « آنچه باید باشد» به جای « آنچه هست» می‌گیرند.

### ۱-۱- نظریات قانون

در این بخش نظریات راجع به ماهیت و تعریف قانون ارائه خواهد شد. این نظریات دلالت بر شناخت قانون دارند و در همین راستا برخی بر عنصر فرمان به مثابه قانون، تأکید و برخی دیگر نیز به قاعده برای شناخت قانون دلالت دارند.

#### ۱-۱-۱- نظریه قانون به مثابه فرمان

«حکومت یعنی داشتن قدرت وضع قوانین و همراهی ایده قانون‌گزاری با ضمانت اجرا. اگر در برابر نافرمانی مجازاتی وجود نداشته‌باشد، تصمیمات یا فرامینی که مدعی‌اند قانون هستند در عمل چیزی بیش از مشورت یا توصیه نیست.» (کلی، جان، ۱۳۸۸، ص ۴۲۷)

بسیاری از اندیشمندان در مقام تعریف قانون، به تعریف آن به عنوان فرمان اقدام می‌نمایند. ماهیت قانون نوعی فرمان است که نوعی امر همراه با ضمانت اجرا است. این فرمان البته از جانب حاکم صادر می‌شود. حاکم شخص یا جمعی از اشخاص است که کل جامعه سیاسی ملزم به پیروی از آن‌ها هستند. (کلی، جان، ۱۳۸۸، ص ۴۲۸)

نظریه قانون به مثابه فرمان را تا حد زیادی می‌توان در تاریخ اندیشه اسلامی، با نظریه اشاعره در حیطه اخلاق مقایسه کرد. اشاعره معتقدند که یک حکم اخلاقی فی حد ذاته نه خوب است و نه بد. اما همین که اراده باری تعالی به حکمی تعلق گرفت، آن حکم، خوب می‌شود و اگر نهی او به یک حکم تعلق یافت، آن حکم بد می‌شود.

این نظریه از این حیث با نظریه فرمان شباهت دارد که بنا بر نظریه قانون به مثابه فرمان، یک دستور پیش از امر حاکم هیچ ماهیت قانونی (الزام یا ممانعت) ندارد ولی همین که حاکم به آن امر کند، آن دستور تبدیل قانون می‌شود.

می‌توان این نظریه را به جان آستین که به‌طور رسمی بر این مسأله تأکید کرده است، نسبت داد. آستین دو شرط را برای حاکم ذکر می‌کند؛ اول اینکه حاکم از پیروی اکثریت جامعه برخوردار است و ثانیاً او از کسی پیروی نمی‌کند.

«اگر یک فرد مشخص عالی مقام که موظف به پیروی از مقام بالاتری نیست از پیروی همیشگی اکثریت یک جامعه برخوردار باشد، آن فرد در آن جامعه حاکم است»

و آن جامعه‌ای سیاسی و مستقل است.» (کلی، ۱۳۸۸، ص ۴۶۱)

«آستین نکته ای را مطرح نموده که پس از او نیز در فلسفه حقوق نقش مهمی ایفا کرده است و برخی از فیلسوفان حقوق مثل رونالد دورکیم معتقدند مهم‌ترین خدمتی که آستین در فلسفه حقوق به درک ما از قانون کرد، در واقع معرفی همین معنا بود که اگر کسی بخواهد درباره قانونی بودن یا نبودن حکمی داوری کند، باید برود شجره و تبار این حکم را پیدا کند.» (نراقی، ۲۰۱۵، ص ۵۷)

آستین با ارائه نظریه‌اش، ارتباط حقوق و اخلاق را منتفی می‌داند. او به هیچ‌وجه قائل به ابتناء حقوق بر اخلاق نیست و البته این بدان معنا نیست که هیچ حکم حقوقی نمی‌تواند اخلاقی باشد، بلکه به این معنی است که این دو هرکدام مستقل از یکدیگر هستند.

#### ۱-۱-۲- نظریه هربرت هارت

برخلاف جان آستین که قانون را به مثابه فرمان تلقی می‌کرد، هربرت هارت قانون را به مثابه قاعده می‌داند. او قانون را نوع خاصی از قاعده می‌داند که افراد برای قانونی تلقی کردن افعال خود، اعمال خود را به قاعده نسبت می‌دهند.

«هارت در نظریه خود ابتدا میان قواعد تفکیک قائل شده است. قواعد اولیه که این قواعد ناظر به اعمال و رفتارهای انسان‌ها است که تکلیف و مسئولیت می‌آفرینند؛ و قواعد ثانویه که نه ناظر بر رفتارهای ما، بلکه ناظر بر قواعد مرتبه اول هستند. این قواعد، نه تکلیف و مسئولیت، بلکه قدرت و اقتدار می‌آفرینند.» (نراقی، ۲۰۱۵، ص ۷۷)

«ایده قاعده - که هارت خود می‌پذیرد دارای وجوه روان‌شناختی و اجتماعی است و از این‌رو آن را در قلمرویی کاملاً متفاوت از نظریه خاص و شکل‌گرای کلسن درباره هنجارها قرار می‌دهد- در نظام او از نقش مرکزی برخوردار است؛ مفهوم قانون نزد هارت اتحادی است از قواعد اولی و ثانوی. کلید معرفت حقوقی را در این اتحاد یافت.» (کلی، ۱۳۸۸، ص ۵۸۵-۵۸۶)

هارت در تبیین مفهوم قانون از سه نوع قاعده ثانوی نام می‌برد: اول، قواعد رسمیت بخش: قواعدی برای قانونی دانستن قواعد. دوم، قواعد حل خصومات: قواعدی برای حل تعارض و اختلاف میان قوانین و سوم قواعد تغییر قانون: قواعدی برای تغییر قوانین.

## ۱-۳- نظریه هانس کلسن

اهمیت نظریه هانس کلسن را می‌توان به‌طور عمده در چند محور بسیار مهم دانست. محور نخستین، آن است که او به استقلال علم حقوق از دیگر شاخه‌ها از جمله اخلاق و سیاست و جامعه‌شناسی و... معتقد و نظام استدلال او در تئوری حقوق محض نیز بر همین منوال است. باید حقوقی کلسن و نظام حقوقی برآمده از انباشت هنجارها، ویژگی کاملاً صوری دارد و هیچ‌گونه ارزیابی منتج از علوم یا نظام‌هایی ارزشی خارج از خود را نمی‌پذیرند. (کلی، ۱۳۸۸، ص ۵۵۹)

«اما از سوی دیگر در همین زمینه، دیدگاه هابز این بود که ارزش‌های اخلاقی و ارزش‌های حقوقی اساساً از یک نوع هستند و داوری‌های اخلاقی و حقوقی، وقتی که آن‌ها توسط «هیأت حاکمه» اعلام می‌شوند، به‌طور یکسان به صورت بین‌الذنهانی اعتبار می‌شوند. از نظر هابز جهات اندکی برای متمایز ساختن اعتبار حقوقی و اخلاقی وجود دارد.» (پوتنام، ۲۰۰۲، ص ۹۶)

دومین محور مهم نظریات کلسن، تبیین او از استدلال حقوقی است. بر این اساس، حجیت هر امر قانونی را باید از قانون جست.

به‌طور مثال مأموری که به دیگری دستور می‌دهد، دستور او می‌تواند بر اساس آیین نامه‌ای باشد که حجیت آن از قانون عادی بالادستی است. حال حجیت آن قانون عادی نیز به واسطه قانون دیگری است و این سلسله تا بدانجا امتداد می‌یابد تا در خاتمه به قانون اساسی برسد.

آخرین محور مهم در نظریه کلسن، تأکید بر مسأله تفکیک میان هست‌ها و باید‌ها است. بسیاری از اندیشمندان تا قبل از هیوم و هابز به این مسأله توجهی نداشته‌اند و این نگرش و تلقی بعد از هابز و هیوم به چالش کشیده شده است. در همین راستا، مسأله‌ای که به دست دیوید هیوم آفریده شد، بحث از عدم استنتاج «هست»‌ها از «باید»‌ها است. از نظر هیوم به حکم قاعده‌ای منطقی نمی‌توان از دو مقدمه دارای «هست» یک نتیجه دارای «باید» ساخت. از این منظر، از نظر او آدمیان نمی‌توانند استدلال‌ات هنجاری را از استدلال‌ات اثباتی بیرون بکشند. مور نیز سخنی شبیه به هیوم دارد. با این تفاوت که مور در حیطه مفاهیم بحث نموده و سخن هیوم در حیطه گزاره‌هاست.

نظریه حقوقی هانس کلسن نیز در کتاب تئوری حقوقی محض، بر همین امر استوار

است. او بیان می‌دارد که یک هنجار صرفاً از یک هنجار بیرون کشیده می‌شود و نه از یک قانون توصیفی. به همین دلیل است که نمی‌توان قواعد حقوقی را از دل قواعد اجتماعی و قوانین طبیعی بیرون کشید. البته نظر کلسن در باب گزاره‌های حقوقی، که آن‌ها را صرفاً باید/نبایدی می‌داند، محل اشکال است. بخش عمده‌ای از قوانین به «شبه هست» ها اختصاص دارد. گزاره‌هایی اعتباری که به توصیف واقعیت نمی‌پردازند و تنها علت وجود آن‌ها پذیرش آنها توسط قانون است. چون تقسیم عقد به جایز و لازم.

### ۱-۲-۲- حاکمیت قانون

حاکمیت را می‌توان برتری و صلاحیت کسی در انجام رفتار بر دیگری دانست. اکنون به دو بحث در این مورد پرداخته می‌شود.

#### ۱-۲-۱- ایده حاکمیت قانون

افراد، با گرایش‌های مختلف و گاهاً متضاد در جامعه زیست می‌کنند. اگر قرار باشد هر کس آنچه که می‌خواهد و یا آنچه را که عقلانی می‌انگارد انجام دهد، نظم اجتماعی در هم خواهد ریخت. لذا این که افراد مجازند چه افعالی را انجام داده و یا چه افعالی را باید ترک گویند، توسط قانون مشخص می‌شود. اجتماعی حداقلی، که شرط شناسایی مفهوم حاکمیت قانون است، در دو گزاره صورت‌بندی می‌شود: اول: حکومت باید به شیوه عقلانی و بر مبنای دلایل تصمیم گرفته و عمل کند. و دوم: دلایل به یک معنا باید قانونی باشد. (مرکز مالگیری، ۱۳۸۵، ص ۲۲)

#### ۱-۲-۲- حاکمیت قانون در زمان و مکان

وقتی یک نظام حقوقی در جامعه‌ای پذیرفته شد، درواقع این امر مورد پذیرش قرار گرفته که عامل رفع مخاصمات و حفظ نظم اجتماع، قانون است، در این حالت حاکمیت قانون پذیرفته شده است. اما نفس پذیرش حاکمیت قانون، خود دارای حدود و ثغوری است که باید به آن توجه شود. از جمله این امور، «حاکمیت قانون در زمان و مکان» است.

### ۱-۲-۲-۱- حاکمیت قانون در زمان

هر قانون جدید که وضع می‌شود دارای زمان حیات است و می‌توان برای آن زمان ممت نیز فرض کرد. از تاریخ تصویب، قانون متولد می‌شود. البته مابین لازم‌الاجرا شدن و ایجاد قانون فرق است.

مرگ قانون نیز به واسطه نسخ یا متروک شدن یا برپایی انقلاب و ایجاد نظام حقوقی جدید ممکن است. از جمله مصادیق نسخ قانون، تعیین سررسیدی زمانی برای قانون است که پس از آن، قانون خود به خود منسوخ است. این امر در قوانین پنج ساله توسعه قابل مشاهده است. گاهی نیز قانون برای موضوعی خاص وضع می‌شود که با انجام یا از بین رفتن موضوع، قانون نسخ می‌شود.

### ۱-۲-۲-۲- حاکمیت قانون در مکان

در برخی نظام‌های حقوقی، قانون بر افراد، صرف‌نظر از محل اقامت و یا حتی تابعیت، لازم‌الاتباع است، نظیر صلاحیت‌های موجود در برخی جرایم در قوانین جزایی. در برخی نظام‌های دیگر، قوانین صرفاً مطابق با محل اقامت افراد لازم‌الرعایه‌اند. شق سوم نیز نظام‌هایی هستند که صرفاً با نگاه به تابعیت افراد، التزام وی به قانونی خاص را مطالبه می‌نمایند.

عمده نظریات و منشأ تقسیم بندی‌ها، تقسیم‌بر اساس عامل لزوم اتباع از قانون، با توجه به سیستم اقامت یا تابعیت است.

برخی قائل به نظریه حکومت محلی قانون هستند. حکومت محلی قانون بیشتر ناظر بر یک مرز سیاسی است. یعنی قانون فقط در چارچوب یک مرز سیاسی حاکم است و نمی‌تواند خارج از مرز سیاسی حاکم باشد... قانون در کشوری که برای آن وضع شده است حکومت می‌نماید، زیرا حکومت قانون تابع قدرت حکومتی می‌باشد که آن را وضع کرده است و آن به سرحدات سیاسی کشور خاتمه می‌پذیرد. (امامی، ۱۳۴۰، ج ۱، ص ۹۶)

برخی دیگر نظریه حکومت شخصی قانون را مطرح ساخته‌اند. یعنی اینکه تابعیت فرد نسبت به هر کشوری باشد، قانون آن کشور شامل او می‌شود. «حکومت شخصی قانون مبتنی بر تابعیت و انتساب فرد به جمعیت می‌باشد. بنا بر قاعده مزبور هر فرد تابع قوانین ملی خود است، اگرچه در خارج از کشور اقامت داشته‌باشد.» (امامی، ۱۳۴۰، ج ۱، ص ۹۶)



در طول زمان، در اجرای این دو نظریه اشکالاتی پیش آمده و نظریات دیگری نیز مطرح شده است. از جمله نظریه مختلط که بین دو نوع قوانین فرق قائل می‌شود. بین قوانین ناظر بر مکان، همچون قوانین مربوط به اموال و قوانین ناظر بر تابعیت شخص، همچون احوال شخصیه. در موارد بسیاری حکومت‌ها نسبت به تبعه خود قصد دخالت بیش‌تر و اعمال قوانین حاکمیتی خود را دارند. این امر در قوانین جزائی مشهود است که تحت عنوان صلاحیت‌ها از آن بحث می‌شود. از این نظر می‌توان از صلاحیت سرزمینی، واقعی، تابعیت فعال، تابعیت منفعل و صلاحیت جهانی قوانین سخن گفت.

### ۳-۱- بررسی دو عنصر اصلی تابعیت، اقامتگاه و در تعریف شخص و تعیین جایگاه آن در تعیین تکلیف و حقوق افراد

به منظور «شهروند» محسوب شدن یک شخص و برای آنکه وی بتواند طرف حق و تکلیف واقع شود، اثبات وجود ارکانی ضروری است. انسان دارای هویت‌های مختلفی است که می‌توان میان بر اساس مکان زیست، قومیت، دین، نژاد و یا اخلاق و یا جمعی از این امور، و به منظور تمایز افراد از یکدیگر، ایشان را مورد تقسیم بندی قرار داد.

در تبیین مفهوم شهروند و هویت شهروندی اثبات دو عنصر اقامتگاه و تابعیت الزامی است. چرا که بر اساس این است که قوانین مربوطه تعیین و شخص می‌تواند طرف حق و تکلیف قرار گیرد.

#### ۱-۳-۱- اقامتگاه

اقامتگاه رابطه‌ای است حقوقی دارای بعضی از خصائص سیاسی که بین اشخاص و حوزه معینی از قلمرو دولت برقرار می‌شود و بدین‌وسیله اشخاص بدون آن که واجد صفت تبعه باشند، از گروه ساکنین و متعلقین به آن حوزه محسوب می‌شود. اقامتگاه از جهات بسیاری می‌تواند موجب حق و تکلیف شود. در برخی قوانین اقامتگاه منبع حقوق و تکالیف محسوب می‌شود.

تعیین اقامتگاه دارای فوایدی است؛ از جمله در تعیین صلاحیت دادگاه، در برخی کشورها مثل فرانسه مواردی مثل طلاق و نسب که طرفین تابعیت واحد ندارند، قانون اقامتگاه مشترک اعمال می‌شود.

## ۱-۳-۲- تابعیت

تابعیت رابطه‌ای است ذاتاً سیاسی بین دولت و فرد که دولت از طریق آن، اشخاص را جزء عناصر تشکیل دهنده خود تلقی می‌کند.

برخلاف اقامتگاه که حقوق و تکالیفی را برای فرد با توجه مکان خاص مشخص می‌کند، تابعیت رابطه فرد با یک دولت و حاکمیت در یک کشور را مشخص می‌کند. این رابطه تحمیلی است و نمی‌توان خلاف آن تراضی کرد. همچنین این رابطه با فرد همراه است ولو در کشور دارای این رابطه نباشد. شخص بدون تابعیت، حقوق و تکالیف نامشخصی دارد. البته برخی قوانین بنیادی بشری همچون حق حیات شامل او می‌شود ولی عمده حقوق را ندارد.

به همین دلیل اصولی برای رفع این مشکل پذیرفته شده است. اصل اول این است که هر فرد به محض تولد باید تبعه دولت معینی باشد. اصل دوم پیوسته بودن تابعیت است؛ به این معنی که هیچ فردی نمی‌تواند ترک تابعیت کند بدون آن که تابع دولت دیگری را بپذیرد. اصل سوم هم این است که تابعیت امری همیشگی نیست و قابل تغییر است.

علاوه بر تابعیت و اقامتگاه به عنوان دو عنصر اصلی در تعیین حقوق و تکالیف، در حقوق مدرن با عناصر دیگری نیز مواجه هستیم که چنین وظیفه‌ای را بر عهده دارند، پس نمی‌توان اقامتگاه یا تابعیت را تنها عناصر اصلی دانست. به همین دلیل علاوه بر اقامتگاه و تابعیت، نهادهایی چون مکان وقوع مال، مکان ثبت مال و حق، صلاحیت جهانی، تابعیت منفعل، صلاحیت واقعی و ..... در تعیین صلاحیت قوانین برای اعمال موثر می‌باشند.

## ۱-۴- بررسی سه اصل کلی در حقوق

بسیاری از قواعد و اصول هستند که اگرچه در خود قانون صراحتاً ذکر نمی‌شوند ولی قانون مبتنی بر آن است. برخی اصول دیگر نیز ضمناً پذیرفته شده هستند به گونه‌ای که در موارد نبود نص قانون، می‌توان با مراجعه به اصول نانوشته مسائل را حل کرد. «اصل عبارت است از ایده اصلی که مجموعه مواد قانونی حول آن ارائه می‌شود. به عبارت دیگر روح قانون یا برآیند نظریات حقوق‌دانان یا نظم خاصی است که بر اساس آن، قواعد، حقوق را تشکیل می‌دهد. در زبان فلاسفه اصول حقوقی مجموعه ارزش‌های حاکم بر نظام حقوقی است.» (بولانژه، ۱۳۷۶، ص ۱)

### ۱-۴-۱- وجود تمام افعال در ذیل قانون

از جمله اصول این است که تمام افعال در ذیل قانون قرار دارند. یعنی هر فعلی که از فرد مختار سر می‌زند یا مرتبط با یک فرد مختار است در چارچوب قانون قرار دارند. به این ترتیب نظام‌های حقوقی سه مفهوم کلان را در این مورد بیان داشته‌اند؛ الزامات قانونی، ممنوعات قانونی و مباحات قانونی.

### ۱-۴-۲- تعیین قانون‌گذار توسط قانون

در نظام حقوقی مدرن، قانون‌گذاری توسط قانون‌گذار انجام می‌شود. پرسش آن است که اگر قانون‌گذار توسط قانون تعیین می‌شود، در این حالت آن قانونی که قانون‌گذار را تعیین کرده است چگونه تعیین می‌شود؟ این امر نوعی دور یا نوعی تسلسل را ایجاد می‌کند.

این اشکال البته به نوعی به تمام سیستم‌های قانون‌گذاری وارد است. عده‌ای سر کار می‌آیند و قوانینی ارائه می‌دهند که خود قوانین را تأیید و قوانین نیز آن‌ها را تأیید می‌نمایند.

«به هر حال این اشکالی است که بر تمامی نظام‌های مبتنی بر دموکراسی وارد می‌شود و هیچ پاسخ منطقی و قانع‌کننده‌ای هم ندارد و به همین دلیل هم تقریباً تمامی نظریه‌پردازان فلسفه سیاست و اندیشمندان علوم سیاسی، به خصوص در دوران معاصر، این اشکال را پذیرفته‌اند ولی می‌گویند چاره‌ای و راهی غیر از این نیست و برای تأسیس یک نظام دموکراتیک و مبتنی بر آرای مردم، گریزی از این مسئله نیست و هیچ راه حل عملی برای این مشکل وجود ندارد.» (مصباح یزدی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۷)

### ۱-۴-۳- تعیین مجری قانون توسط قانون

یکی از اصول مهم هر نظام حقوقی مدرن، تعیین مجری قانون توسط قانون است. این اصل ضامن حفظ نظم اجتماعی است و ذیل عنوان ضابط قضایی در نظامات حقوقی مطرح می‌شود.

در جامعه‌ای که قانون حاکم است، مردم رفع تخاصم خود را به قانون تفویض کرده‌اند. چرا که در این غیر این صورت جامعه آشفته شده و زندگی در آن ممکن نیست.

هم چنین امروزه شیوه اجرای قانون به ویژه در خصوص قوانین جزائی و محکومیت‌های مالی، از یک طرف امری تخصصی و از طرف دیگر، پرخطر شده است. لذا اجرای قانون توسط مجری منتخب قانون‌گذار، ضروری است.

## ۲- بررسی مبانی حقوق سنتی

حقوق سنتی بر مبنای هویت دینی شکل گرفته است. هویت دینی به‌عنوان عنصر اساسی شناخته می‌شود و دیگر عناصر هویت‌ساز ذیل آن تعریف می‌شوند. در حقوق سنتی پیوند بین حقوق و اخلاق امری اجتناب‌ناپذیر است و در مورد ماهیت مفاهیم حقوقی تلقی خاصی وجود دارد که متعارض با حقوق مدرن است. به طور کلی احکام، قواعد و اصول کلی حقوق دارای ویژگی‌های دیگری است که در دو بند آتی ذکر خواهد شد. در بند اول به ماهیت قوانین پرداخته و در بند دوم نیز به اصول کلی این حقوق اشاره خواهد شد.

### ۲-۱- ماهیت حقوق

در تبیین ماهیت حقوق به دو مبحث اشاره می‌شود. در مبحث اول، محور نوشتار حول پرداختن به موضوع فرضیات اساسی حقوق سنتی بوده و در مبحث دوم حق، به‌عنوان مبنای حقوق است که مورد پذیرش نگارنده است و بدان پرداخته می‌شود.

#### ۲-۱-۱- فرضیات اساسی حقوق سنتی

دو پیش‌فرض بسیار مهم در حقوق سنتی در مورد قوانین وجود دارد. پیش‌فرض اول به‌نوعی پیش‌فرض جهان‌شناختی است که به تلقی طرفداران این نظریه در مورد قوانین اشاره خواهد شد. در پیش‌فرض دوم رابطه بین حقوق و اخلاق بررسی خواهد شد و نشان داده خواهد شد که به‌طورکلی در مورد حقوق سنتی تمایز خاصی بین حقوق و اخلاق وجود ندارد.

#### ۲-۱-۱-۲- پیش‌فرض جهان‌شناختی

از مهم‌ترین پیش‌فرض‌های حقوق سنتی، واقعی دانستن این قوانین در حقوق است. به این معنی که قوانین حقوقی در سطحی از واقعیت قرار دارند. یعنی همان‌طور که در جهان قوانینی وجود دارید که می‌توان آن را کشف کرد، حقوق نیز بخشی از

این قوانین است.

اندیشمندان حقوق سنتی را، بر مبنای اعتقاد به خداوند، می‌توان در دو گروه معتقد و نامعتمد به خداوند قرار داد. وجه مشترک هر دو اعتقاد به امری فوق طبیعی است. در مورد ماهیت قوانین، ارائه برخی نظریات اندیشمندان در این زمینه قابل بررسی است.

#### ۲-۱-۱-۱-۱-۲- توماس آکویناس

این اندیشمند نامی معتقد است قوانینی داریم که ازلی و جاودانه هستند. این قوانین توسط موجود فراطبیعی ایجاد شده و در تمام در جهان جاری و ساری است. این قوانین در واقع حکومت موجود فراطبیعی بر عالم است. قانون ازلی شامل آن دسته از اصول مربوط به فعل و حرکت است که خداوند در اشیاء قرار داده تا هر یک در راستای نظم کلی جهان بتواند نقش مناسب خود را ایفا کند. (آلتمن، ۱۳۸۵، ص ۱۱۸) بخشی از این قوانین توسط وحی الهام می‌شود که قانون الهی نامیده شده و بخشی دیگر نیز توسط عقل بشر قابل درک است که قانون طبیعی نام دارد. از نظر او قانون دیگری نیز وجود دارد که مخصوص موجودات با اراده است و آن قانون اخلاقی است. وی کلیه قوانین را برخاسته از قانون طبیعی، قانون اخلاقی و قانون الهی می‌داند و اعتقاد دارد که مقرره‌های قانونی نباید با این قوانین مخالف باشند.

#### ۲-۱-۱-۱-۲- اشاعره

دخالت امر شارع در اخلاقی یا حقوقی دانستن یک گزاره می‌تواند از طرق مختلفی باشد. بر مبنای این اندیشه، وقتی در حیطه اخلاق می‌گوییم راست‌گویی خوب یا دروغ‌گویی بد است، بدان معنی است که شارع به راست‌گویی امر و از دروغ‌گویی نهی کرده است. در حوزه حقوق نیز وقتی می‌گوییم دزدی جرم است، به این معنی است که شارع از دزدی نهی کرده است. این نوعی دخالت در ماهیت قضایای حقوقی یا اخلاقی با تصرف در آن محمولات است.

اما گاهی برخی مدعی می‌شوند که اگرچه جرم بودن، خوبی، بدی و... معنای مخصوص به خود را دارد ولی هیچ تلازمی بین این مفاهیم و موضوعات حقوقی یا اخلاقی وجود ندارد. یعنی سرقت به خودی خود جرم نیست یا راست‌گویی به خودی خود خوب نیست، ولی همین که شارع مقدس حکم به آن کرد، این حکم شارع همچون علتی است که آن موضوع را به وصف بدی، خوبی یا جرم بودن متصف

می‌کند. مدعای اشاعره در این حوزه است. اشاعره معتقدند حسن و قبح ناشی از شرع هستند، پس هر آنچه شرع به آن امر کند حسن است و هر آنچه شرع از آن نهی کند، قبیح است و اگر شرع نبود، آن شیء حسن یا قبیح نبود. (حلی، ۱۳۹۹، ص ۳۲۷)

اشاعره از این جهت که نسبت یک موضوع (راست‌گویی) را به یک محمول (خوبی)، ضروری نمی‌دانستند با پوزیتویست حقوقی مشابهت دارند ولی خلاف مدعای پوزیتویست حقوقی اولاً مدعای آن‌ها در حوزه اخلاق بود و نه حقوق و ثانیاً آن‌ها معتقدند که به محض امر یا نهی شارع، واقعیتی در عالم شکل می‌گیرد.

### ۲-۱-۱-۱-۲- معترله و شیعه

در مقابل اشاعره دو مکتب قرار داشتند که قائل به حسن و قبح ذاتی بودند؛ معترله و شیعه. آنچه که به عنوان نظریه «حسن و قبح ذاتی» مطرح نظر این دو گروه است بدان معناست که فارغ از حکم شارع و اراده و نهی او، خوبی به مفاهیم نسبت داده می‌شود و این‌گونه نیست که امر خداوند علت قرار گیرد.

مدعای این نظریه آن است که اولاً در حوزه حقوق و اخلاق با واقعیاتی سروکار داریم و ثانیاً این واقعیات پیش از امر شارع نیز وجود داشته و شارع جهت اعمال سعادت آن را به انسان آموخته است. بر همین پایه در حکومت اسلامی علاوه بر حقوق رسمی حقوق فطری نیز از منابع حقوق محسوب می‌شود.

### ۲-۱-۱-۲- ارتباط وثیق حقوق و اخلاق

از جمله دیگر امور اساسی در حوزه حقوق سنتی ارتباط بلافصل حقوق و اخلاق است. پیش‌فرض این اندیشمندان آن است که هیچ تعارضی بین قانون و اخلاق نیست و اگر تعارضی باشد، در واقع یا آن قانون، اصلاً قانون نیست و یا اینکه فهم ما از اخلاق اشتباه است.

«آن دسته از قواعد قوانین موضوعه که با اصول حقوق طبیعی در تعارض‌اند اعتباری ندارند. چنین قواعدی از لحاظ قانونی بی اعتبار تلقی می‌شوند و هیچ گونه مرجعیت قانونی ندارند.» (آلمن، ۱۳۸۵، ص ۱۱۴)

ذکر این نکته مهم است که حتی اگر قائل به مطابقت این دو نباشیم، حقوق نباید در تخالف با اخلاق باشد.

«اخلاق جزئی از دین به حساب آید؛ یعنی ما رابطه دین و اخلاق را رابطه‌ای ارگانیکی، همچون رابطه تنه درخت با کل درخت می‌دانیم. دین به مثابه درختی می‌ماند که ریشه آن، همان عقاید است، تنه‌اش اخلاق و شاخ و برگش، احکام هستند.» (مصباح یزدی، ۱۳۹۱، ص ۲۳۳)

### ۲-۲-۲- حق در تلقی سنتی

در حقوق سنتی، حق به معنای «خوب» به کار می‌رود. من حق دارم که این کار را انجام دهم یعنی این عمل من، کار صحیح و دارای مطابقت با اخلاق یا شرع است. زدبگر ویژگی‌های این اندیشه در باب تلقی از حق آن است که در تعارض امر بین حقوق فرد و جمع، مصلحت حقوق جمع، برتری دارد. قانون‌گذاری نیز بر «اتوریته» استوار می‌شود. اتوریته مقامی صلاحیت دار است مافوق بشر، که دستوراتی با صبغه خدایی یا از جانب خدا دارد و فرمان او بر همه لازم‌الاتباع است. در حقوق سنتی وجود امری به‌عنوان اتوریته، موجب شده است که بیشتر به تفسیر حقوق پرداخته شود تا ایجاد حقوق.

### ۲-۲-۳- فردگرایی و جمع‌گرایی

فردگرایی در حوزه حقوق به این معناست که در قانون‌گذاری باید بیش از گروه و اجتماع منافع فرد تأمین شود. در این وضعیت ارزش‌ها و هنجارهای حقوقی همگی مبنای فردی دارند و به فرد به‌عنوان عنصر آخر در تعیین حقوق و تکالیف نظر دارد. فردگرایان به شدت به دنبال برپایی ارزش آزادی و جمع‌گرایان به دنبال برپایی ارزش عدالت هستند. جمع‌گرایی محل تقسیم حق در جامعه را، جمع می‌داند. حقوق سنتی گرایش بیش‌تری به سمت جمع‌گرایی و حقوق مدرن به سمت فردگرایی دارد.

«فردگرایی یعنی واحد صاحب حق، جامعه انسانی نیست. واحد صاحب حق، فرد انسانی است... در این نگاه حقی از جامعه اولاً و بالذات وجود ندارد. مهم‌ترین حقوق فرد هم آزادی است. حال چه بگوییم آزاد آفریده شده است که تعبیری دینی است و چه بگوییم آزاد به دنیا آمده است.» (ملکیان، ۱۳۷۸، ص ۷)

فرد، نقطه آغاز یا سر نخ حقوق مدرن محسوب می‌شود. مفهوم فرد یا فردگرایی ریشه در همان اقبال به عقل تجربی دارد؛ چرا که منشأ آن انسان‌گرایی است. به

عبارت دیگر هم باید انسان ابزار شناخت باشد و هم هدف شناخت؛ و نظام سیاسی- اجتماعی بایستی در جهت منافع همین فرد انسانی حرکت کند. (شهبازی، ۱۳۸۸، ص ۷۴)

### ۲-۲-۴- نسبت بین حق بودن عمل و حق داشتن فرد

در تفکیک حقوق سنتی از مدرن، می‌توان به تلقی متفاوت این دو نظام از مفهوم حق، اشاره کرد. در تلقی سنتی از حق، می‌توان به این معنا اشاره کرد که وقتی می‌گوییم شخص دارای حق است... یعنی عمل او مطابقت با اخلاق، شرع یا عرف دارد، یا حداقل هیچ منعی از طرف آن‌ها {وجود} ندارد. اینکه گفته می‌شود؛ فلان عمل حق است یا نه؟ به این معناست که آیا آن عمل درست و نیکو است یا خیر. (جاوید و انواری، ۱۳۸۹، ص ۷۵)

ولی در تلقی مدرن، حق به معنی حق داشتن است. ای بسا عمل شخص صحیح نباشد، ولی وی بتواند این عمل را انجام دهد، هرچند انجام آن عمل، اخلاقاً، عرفاً یا شرعاً ممنوع یا الزامی باشد. حق در معنای سنتی به محتوای عمل و در معنای مدرن به صورت عمل نظر دارد.

بنابراین در مفهوم جدید، وقتی شما ابراز می‌کنید که فرد حق آزادی بیان دارد، به معنای دقیق‌تر به این معناست که او تکلیف به عدم بیان ندارد؛ یعنی او در این مفهوم می‌تواند آنچه در ذهنش می‌گذرد بیان کند و درعین حال، حق دارد، آن را بیان نکند. پس این یک امتیاز، یک آزادی و قدرتی است که او دارد. (راسخ، ۱۳۸۱، ص ۱۵)

### ۲-۳- اصول حاکم بر قوانین

در یک نظام حقوقی، چه سنتی و چه مدرن، دو نوع قانون، قابل تصور است. برخی قوانین به عمل افراد پرداخته و برخی دیگر نیز به خود قانون می‌پردازند. هرکدام از این قوانین دسته دوم، در هر دو نظام، دارای آثار ویژه‌ای هستند. در ادامه برخی این از این موارد ذکر می‌شود.

### ۲-۳-۱- عدم وجود تعارض قوانین

در حقوق بین‌الملل بحثی تحت عنوان تعارض قوانین وجود دارد. وقتی به سبب



وجود یک یا چند عنصر خارجی، بین قوانین دو یا چند کشور که دارای قوانین و احکام متعارض باشند، ارتباطی رخ می‌دهد، بحث تعارض قوانین رخ می‌دهد. در این هنگام هر نظام حقوقی مدرن قواعدی را برای حل این تعارض پیشنهاد می‌دهد. قاضی در تعیین قانون حاکم بر موضوع دعوا، بر اساس خواست و میل شخصی یا نوع علاقه‌اش به یکی از این کشورها عمل نمی‌کند؛ بلکه بر اساس قواعدی عمل می‌کند که او را به قانون صالح رهنمون می‌شوند. این دسته از قواعد حقوقی را که صرفاً به راهنمایی و تعیین قانون صالح حاکم بر دعوا بسنده و تعارض ذهنی قاضی را حل می‌کند (قواعد حل تعارض) نامیده‌اند. (الماسی، ۱۳۶۸، ص ۱۶ و ۱۷)

در نظام حقوقی سنتی، هر نظام مستقل حقوقی، معمولاً نظام دیگر را به رسمیت نمی‌شناسد.

لذا بحث تعارض قوانین نه اینکه اصلاً موجود نباشد ولی به شکل امروزی مطرح نمی‌شود. چرا که معمولاً قواعد و قوانین نظام حقوقی سنتی برتر و مطابق با حق تفسیر می‌شود.

### ۲-۳-۲- هویت دینی به‌عنوان هویت مبنایی

هویت حقوق مدرن بر پایه نظریه شهروند-دولت تعیین، که این امر نیز به نوبه خود بر اساس به رسمیت شناختن هویت مکانی فرد، تحت عنوان «کشور» بیان شده است. در حقوق سنتی از میان هویت‌های مختلف، هویت دینی عنصر مبنایی است. در واقع تئوری شارع-متشرع در حقوق سنتی مبنای تقسیم حقوق و تکالیف است.

«کسانی که بر عنصر دین انگشت نهاده‌اند، یا آن را یکی از شاخصه‌های مهم سنت شمرده‌اند، به خطا نرفته‌اند، چرا که هر کجا از تاریخ گذشته که بخواهیم سر بکشیم و هر گونه داورى که بخواهیم درباره این تاریخ انجام دهیم، ناچار باید این عنصر را مد نظر قرار دهیم و در مورد آن مثبت یا منفی سخن بگوییم.» (سروش، ۱۳۸۵، ص ۱۹)

از این جهت هویت دینی را مبنایی برمی‌شماریم که تمام حقوق و تکالیف فرد توسط این هویت تعیین می‌شود. هم چنین این هویت صرفاً تکالیف فرد را بیان نمی‌کند، بلکه حقوق فرد را نیز تبیین می‌نماید.

### ۲-۳-۳- حکومت لامکانی و لازمانی قوانین بر فرد

در حقوق سنتی وقتی کسی به آیین و مسلکی ایمان می‌آورد، تکالیف و حقوق به صورت قهری بر او وارد می‌شود. حکومت قوانین بر فرد در حقوق سنتی به‌طور دائم است و هیچ حد و مرزی نمی‌شناسد. البته منظور تا زمانی است که شرایط عادی باشد. تکالیف و حقوق در حقوق سنتی همیشه بر ذمه فرد وارد است و او در هر شرایطی ملزم به رعایت آن است. تغییر زمان و مکان هیچ تاثیری در شمول یا عدم شمول قانون ندارد.

این در حالی است که در حقوق مدرن، قانون زمان‌مند و مکان‌مند است و حکومت تکالیف و حقوق بر فرد چارچوب خاصی قرار دارد.

### ۲-۳-۴- عدم امکان تغییر تکالیف و حقوق حاکم بر شخص

عنصر اصلی در تعیین حقوق و تکالیف فرد در حقوق مدرن، تابعیت است و عنصر اصلی در تعیین حقوق و تکالیف در حقوق سنتی، دین. عوض کردن تابعیت فرد را تغییر تابعیت گویند. اکنون در عمده نظامات حقوقی این امر پذیرفتنی است.

اما عوض کردن دین و مذهب در لسان دینی ارتداد خوانده می‌شود. به این ترتیب معادل تغییر تابعیت در حقوق مدرن، «ارتداد» در حقوق سنتی است. مجازاتی که علیه اقدام علیه امنیت ملی در نظر گرفته می‌شود، قابل قیاس با مجازات ارتداد بوده و می‌توان آن را اقدام علیه امنیت دینی نام گذارد. به همین دلیل نظامات حقوقی سنتی با ارتداد مخالف، و مجازات سختی برای آن در نظر گرفته‌اند.

«احکام مرتد بخشی از مباحث حقوق جزا در اسلام است. این مبحث در باب حدود، بین فقهای شیعه و سنی معروف و مشهور است. در آن باب، مجازات شدیدی همچون قتل، حبس ابد و مصادره اموال برای مرتد، با شرایط و خصوصیات گوناگون، مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.» (صرامی، ۱۳۷۶، ص ۲۳)

حقوق مدرن مفهوم آزادی را آن‌قدر گسترش می‌دهد که نه تنها شامل عنصر فرعی هویت حقوقی یعنی دین، عقیده و باورها می‌شود، بلکه آن را مشمول عنصر اصلی تعیین حقوق و تکالیف یعنی تابعیت نیز می‌داند. ولی حقوق سنتی این امر را هرگز شامل عنصر اصلی خود یعنی دین و مذهب نمی‌داند و این امر را نوعی شورش علیه امنیت دینی جامعه تلقی می‌کند برای آن مجازات تعیین می‌نماید.

### ۳- منابع حجیت در حقوق مدرن و سنتی

در هر علم برای استدلال و حجیت سخن، روش‌ها و منابع مختلفی وجود دارد. می‌توان علوم را بر اساس متدهای مختلفی همچون روش، موضوع یا غایت آن دسته‌بندی کرد. بند اول از این گفتار از مقدمات سخن به میان می‌آید. در بند دوم در باب منابع حجیت در حقوق مدرن و نهایتاً در بند سوم در خصوص منابع حجیت در حقوق سنتی بحث خواهد شد.

#### ۳-۱- مقدماتی در خصوص منابع حجیت

علت آن که مقدمات ذیل در این بخش بیان می‌شود آن است که روش استدلال و نوع استدلال و حجیت آن در هر علم متفاوت است. به همین خاطر در این بند به تفکیک علوم پرداخته‌شده و سپس علم حقوق را ذیل یکی از آن‌ها قرار داده تا از این طریق، طرح بحث روشن شود.

تقسیم‌بندی علوم بر اساس موضوع عبارت‌اند از علومى که از واقعیات سخن می‌گویند؛ همچون فلسفه، فیزیک و شیمی؛ علوم اعتباری همچون حقوق و همچنین علومى که موضوع آن‌ها جدای از این دو و از سنخ دیگری است مثل ریاضیات و منطق. دسته اخیر هیچ کدام از ویژگی‌های علوم حقیقی و اعتباری را به‌طور کامل ندارد.

برخی نیز بر اساس غرض، علوم را تقسیم‌بندی کرده‌اند؛ همچون غزالی. «تقسیم‌بندی امام غزالی از علوم توأم است با ارزیابی آن‌ها و مبنی است بر اغراض تربیتی برای تزکیه نفوس و سلوک طریق الی الله. و بر این معیار علم‌هایی، حتی از علوم شرعی، را هم که راهبر به مقصود نباشد علم نکوهیده («مذموم») شمرده است و حتی اگر علمی را مخالف شرع و دین حق یافته است آن را جهل شمرده نه علم.» (طاهری عراقی، ۱۳۶۳، ص ۸۲)

در ادامه بر مبنای کارکرد زبان، علوم، تقسیم‌بندی و ارائه می‌شود.

«کانت گزاره‌ها را به گزاره‌های توصیفی و گزاره‌های ارزشی تقسیم می‌کرد. از نظر او گزاره‌های توصیفی در مورد عالم واقع سخن می‌گویند لذا قابل صدق و کذب هستند و خود به دو بخش قضایای ترکیبی و قضایای تحلیلی تقسیم می‌شدند. اما در خصوص گزاره‌های ارزشی وضع به گونه‌ای دیگر بود. او گزاره‌های ارزشی را قابل صدق و کذب نمی‌دانست. یعنی هیچ گونه داوری واقعی در آن باب نمی‌توان کرد. بنابراین دیدگاه که یک گزاره باید قابل تصدیق باشد، به این نظریه می‌انجامد که

خیلی گزاره‌ها صرفاً ساختگی‌اند و کاذب‌اند.» (آستین، ۱۹۶۲، ص ۲)

جان آستین ابتداء به این تقسیم‌بندی اشکال وارد ساخت و ضمن تقسیم اظهارات به اظهارات انشائی و اظهارات اخباری بیان داشت برخلاف نظر فلاسفه پیشین که معتقد بودند وظیفه اصلی گزاره‌ها این است که صرفاً برخی از امور یا واقعیات را که می‌تواند صادق باشد یا کاذب توصیف کند، کارکرد اصلی گزاره‌ها صرفاً توصیف نیست بلکه می‌توان کارهای بسیار دیگری نیز انجام دهد. (آستین، ۱۹۶۲، ص ۱)

آستین برای این دو سنخ اظهارات، ویژگی‌هایی را بیان داشت ولی مدتی بعد، او تقسیم اولیه خود را انکار کرد و تمام اظهارات را از مقوله کنش دانست که بعدها به واسطه شاگرد او جان سرل این عمل تکمیل شد. بر این اساس آستین کارکردهایی فراوانی برای زبان قائل است که همه آن‌ها قبل برگشت به سه نقش عمده است. «رابطه بین واژگان و جهانی که آستین ابتداء کشف کرد، (که از نظر او) این نوع از اظهارات به توصیف چیزی منجر نمی‌شوند بلکه یک عمل را درحالی که آن اظهار شده است، ایجاد می‌کنند.» (ماریانو، ۲۰۱۲، ص ۱۸۱)

«نقش اولی که آستین برای زبان قائل است، نقش اخباری است، به این معنی که فرد به دنبال توصیف واقعیتی آفاقی است. نقش دوم زبان را نقش عاطفی می‌داند که در این حالت با واقعیات انفسی سروکار داریم به این صورت که یا به دنبال بیان تلقی خود از عالم هستیم یا به دنبال ایجاد تأثیر در مخاطب. در پایان به نقش کنشی یا فعال زبان اشاره می‌کند. این نقش بیش‌ترین ارتباط را با حوزه حقوق دارد. اظهارات کنشی از مقوله فعل به شمار می‌روند و گوینده با نفس اظهار فعلی را انجام می‌دهد.» (زرقانی و اخلاقی، ۱۳۹۱، ص ۶۶)

به این ترتیب می‌توان برای زبان سه کارکرد عمده تعیین کرد:

نخست: نقش معرفت‌بخشی؛ که به توصیف یک واقعیت خارج از انسان می‌پردازد.

دوم: نقش احساسی؛ که از واقعیت درونی سخن گفته و خود به دو بخش منقسم است. نقش بیانگرانه؛ اینکه گوینده یا نویسنده عاطفه و احساسات خود را به مخاطب منتقل می‌کند. (ملکیان، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۰۸) و «نقش ایجادگرانه؛ آنکه نویسنده یا گوینده از طریق گفته یا نوشته صرفاً یک عاطفه و احساس را در مخاطب ایجاد می‌کند نه اینکه عاطفه خود را منتقل کند.» (ملکیان، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۰۸)

و نقش سوم «حالت فعال» است. در این حالت زبان به ایجاد یک واقعیت منجر می‌شود. در دو کارکرد قبلی زبان نقشی واسطه‌ای داشت، ولی در این جا این سنخ از

واقعیت زاییده زبان است و خود به دو صورتِ نقشِ بدیل‌مندزبان (گزاره‌های تکلیفی) و نقش بی‌بدیل زبان (گزاره‌های وضعی) و امور دیگر همچون نفرین و... تقسیم می‌شود.

اولاً حقوق ذیل نقش سوم زبان بیان می‌شود. تمام گزاره‌های حقوق قابل بیان به دو شکل می‌باشند. برخی گزاره‌های حقوقی، تکلیفی هستند و برخی دیگر وضعی. ثانیاً گزاره‌های تکلیفی ذیل نقش بدیل‌مند زبان و گزاره‌های وضعی ذیل نقش بی‌بدیل زبان قرار می‌گیرند.

با پذیرش این استدلال دیگر در حیطه حقوق از واقعیت طبیعی سخن نمی‌گوییم. بنابراین نباید احکام حاکم بر استدلالات دیگر علوم را که در حیطه واقعیت طبیعی قرار دارند به دامنه حقوق کشاند.

### ۳-۲- منابع حجیت در حقوق مدرن

از جمله منابع حجیت، عقل جمعی است. ویژگی این منابع آن است که نقش بشر در تعیین آن منحصر است و هیچ امر غیر بشری دخیل در آن‌ها نیست. ویژگی دوم این است که این منابع قابل شناسایی توسط افراد با نگرش‌های مختلف است، بدون آن‌که نیاز به امر غیبی (همچون کتاب مقدس) باشد.

#### ۳-۲-۱- عقل جمعی

می‌توان عقل جمعی را فهم متعارف در خصوص یک موضوع، در نظر گرفت. به عبارت دیگر در تمدن مدرن، علوم از روش‌هایی خاص برای علمی شدن پیروی می‌کنند. پیروی از این روش را عقل جمعی می‌نامیم.

«عقل جمعی» در واقع عبارت است از حکم اجتماعی که در نتیجه توافق عملی در هر یک از جوامع به دست می‌آید و لازم نیست که این توافق جمعی عملی جامعه، از مدرکات عقل عملی باشد، بلکه در بسیاری از موارد عادت، تقلید، سلطه و سیاست از عوامل مؤثر در تحقق این توافق می‌باشد.» (معین، ۱۳۹۰، ص ۹)

در تلقی سنتی، عقل به عنوان یکی از منابع شناخت و منبعی که امکان به خطا افتادنش بسیار است نگریده شده. هم‌چنین از بعد دیگر نگاه به جایگاه عقل به دو گونه است؛ اینکه عقل در کنار سایر منابع هم‌ردیف قرار داده شود و یا صرفاً ابزار شناخت باشد و نه بیش‌تر.

## ۳-۲-۲- قوانین

قانون یکی از منابع حجیت در دوره مدرن است. اما هر قانونی منبع حجیت نیست. قانون کلمه‌ای است اصلاً یونانی و به معنی قاعده می‌باشد و از یونانی در زبان عربی داخل شده و معرب گردیده و سپس در زبان فارسی از زبان عربی داخل شده است. (امامی، ۱۳۴۰، ج ۴، ص ۶۶)

## ۳-۲-۲-۱- منظور از قانون

قوانین دسته‌بندی‌های مختلفی دارد و از جنبه‌های مختلفی تقسیم شده‌اند:

تقسیم اول: قانون دولتی، قانون طبیعی و قانون منطقی و ریاضی؛

تقسیم دوم: قانون اخلاقی، قانون حقوقی و قانون شرعی؛

تقسیم سوم: قانون جاودان، قانون الهی، قانون طبیعی و قانون بشری (موضوعه)؛ (آلتمن، ۱۳۸۵، ص ۱۱۸)

تقسیم چهارم: قانون تکوینی، قانون عقلی و قانون اعتباری. (راسخ، ۱۳۸۵، ص ۵۲)  
از میان این قوانین آنچه به‌عنوان منبع برای بشر مدرن حجیت دارد و منظور ماست همان قانون بشری است که به صورت قانون موضوعه در می‌آید و دارای ضمانت اجراست.

## ۳-۲-۲-۲- ویژگی‌های قوانین

«ویژگی‌های قوانین نیز بر دو قسم است. قسم اول آن دسته از ویژگی‌هایی است که اصطلاحاً ماهیتی یا ذاتی نام دارند. به این معنی که اگر یک یا چند از این ویژگی‌ها نباشد دیگر با قانون سروکار نداریم... یعنی برای اینکه یک قاعده در درجه اول به قانون تبدیل شود باید از یک شرایط حداقلی برخوردار گردند، یعنی دست کم باید برخی از ویژگی‌ها را دارا باشند والا اساساً قانون خوانده نمی‌شوند.» (راسخ، ۱۳۸۴، ص ۳۶)

دسته دوم، ویژگی‌هایی است غیر ذاتی و در واقع نبود آن‌ها به قانونیت آن خدشه‌ای وارد نمی‌کند ولی موجب ارجحیت آن می‌شود.

ویژگی‌های ذاتی قانون عبارت‌اند از: الزام‌آور، عام، امری، آشکار، واضح و دارای مفهوم نسبتاً روشن، مفید قطعیت، مصوب مرجع ذیصلاح، قابل اجرا.

### ۳-۲-۳- توافق نامه‌ها

در حقوق مدرن انجام عمل مستند به قانون می‌شود. همه باید به قانون تمسک کنند تا عمل آن‌ها موجه باشد. اما گاهی شرایطی به وجود می‌آید که قانون رافع خصومات و مستند عمل قرار نمی‌گیرد. از جمله در روابط بین ملل و شرایطی که بخشی از جامعه نسبت به قانون نافرمان است. در این حالت طرفین متوسل به تنظیم موافقت‌نامه و معاهده می‌شوند.

### ۳-۳- منابع حجیت در حقوق سنتی

عامل تفکیک بین حقوق مدرن و سنتی، نحوه نگرش به عقل است. در دیدگاه سنتی فقط از عقل تجربی سخن رانده نمی‌شود. بلکه عقل تجربی یکی از اصناف عقل است.

«(مقصود) خصوص عقل تجریدی محض که در فلسفه و کلام براهین نظری خود را نشان می‌دهد، نیست، بلکه گستره آن «عقل تجربی» را که در علوم تجربی و انسانی ظهور می‌یابد «عقل نیمه تجریدی» را که عهده‌دار ریاضیات است و «عقل ناب» را که از عهده عرفان نظری برمی‌آید نیز دربر می‌گیرد.» (جوادی‌آملی، ۱۳۸۶، ص ۲۵) چون در حوزه حقوق، اعمال مدنظر است، منظور از عقل، عقل عملی است. لذا این حجیت که از آن بحث می‌شود، در حوزه عقل عملی است.

### ۳-۳-۱- عقل ابزاری

در حقوق سنتی محل وفاق آن است که حجیت عقل به معنای خودبنیاد آن، محل تردید است و به‌نوعی این حجیت تحدید شده است. اما تحدید این عقل عملی به چند صورت در حقوق سنتی مشهود است:

- \* عدم حجیت عقل به‌طور کامل؛
- \* عدم حجیت عقل مستقل؛
- \* عدم حجیت عقل در حوزه تشخیص همه مصادیق؛
- \* عدم حجیت عقل در تشخیص برخی مصادیق؛ و
- \* حجیت عقل در همه امور و تقدم بر متن مقدس.

از میان این تقسیم‌بندی، حوزه آخر به‌ندرت در میان سنت‌گرایان قائل داشته است.

ولی عدم حجیت عقل به‌طور کامل و عدم حجیت عقل مستقل، بیش‌ترین قائلین را داشته‌است. در میان متکلمین شیعه نیز نظر بر عدم حجیت عقل در حوزه تشخیص برخی مصادیق است.

عمده نظریات سنتی در حوزه حقوق، تأکید بر عقل ابزاری است. بعد از آن دیگر عقل به خودی خود حجیتی ندارد، بلکه در اختیار شرع قرار می‌گیرد. یعنی قیاس منطقی را به‌عنوان امری عقلانی گرفته و مواد خام خود را از امر متعالی (همچون متن مقدس) دریافت و به استدلال می‌پردازد.

### ۳-۳-۲- وجود امر متعالی (هاتف)

قصد از امر متعالی هر منبعی است که ارجاع مستقیم به پذیرش استدلال ندارد و نه اینکه استدلال‌مند نیست و در واقع حجیت آن منوط پذیرش مقدماتی پیشینی است. به تعبیری صحت آن نه با استدلال بلکه به مقام اخلاقی گوینده منوط است. این امر می‌تواند وحی، الهام یا غیب باشد.

امر متعالی معمولاً خود را در قالب متن مقدس نشان می‌دهد. متن مقدس هم شامل امور جهان‌شناختی و هم امور اخلاقی و هم علم رفتارها (فقه) می‌شود. بخش آخر است که در حیطه حقوق سنتی خود را نشان می‌دهد.

«به تعبیر بهتر قانون جاودانه از دو طریق دریافت می‌شود؛ بخشی از طریق وحی یا الهام ماورایی (قانون الهی) به دست می‌آید که وقتی به دست کلیسا فرمول‌بندی می‌شود به قانون موضوعه تبدیل می‌گردد؛ و بخشی از طریق قانون طبیعی دریافت می‌شود که توسط طبع عقلانی بشر تشخیص داده می‌شود و موقعیت هنجار عمومی رفتار را به خود می‌گیرد.» (کلی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۴)

«بر این اساس آنچه از اسرار و رموز جهان عینی پرده بر می‌دارد و انسان را به لوازم هستی خود و اشیای بیرون از او آگاه می‌کند، دو چیز است: یکی نقل معصوم و دیگری عقل مُبْرَهَن.» (جوادی آملی، ۱۳۹۳، ص ۳۹)

این مطلب فقط در خصوص ادیان الهی وجود ندارد، بلکه بیشتر دین‌ها دارای بخش فقه و دستورات مخصوص به خود هستند که به‌عنوان بخشی جدایی‌ناپذیر از آن دین تلقی شده‌است.



### ۳-۳-۳- وجود قدرت برتر (حاکم، خلافت)

در حقوق سنتی وجود حاکم یا خلیفه جزء جدایی‌ناپذیر آن به شمار به می‌رود تا جایی که گفته شده وجود حاکم ظالم برای جامعه بهتر از عدم وجود حاکم است. «برخی مصلحت وجود حاکم را در دو جنبه می‌دانند؛ جنبه اول به مربوط به شهر و کشور است همچون رفع خصومات و کمک مظلوم از شر ظالم و جنبه دوم مربوط به دین است؛ یعنی جایی که مثلاً انجام اموری که دین اسلام را بر دیگر ادیان تسلط دهد و موجب اجرای شریعت شود.» (دهلوی، ۱۴۲۶، ص ۲۲۹)

«نظام اندیشه اسلامی، وظیفه محترم داشتن حقوق افراد، یعنی آنچه را که در برابر حقوق الهی و مربوط به مجموعه امت قرار می‌گیرد به امام سپرده است. حقوق الهی یعنی همان حقوقی است که به هر یک از اعضای این جامعه متعلق است. پس به موجب این وظیفه، امام عهده‌دار نظارت بر حسن اجرای مقررات قانونی مربوط به نحوه جبران هرگونه فعلی علیه جهات شخصی و حیثیت دیگران می‌باشد.» (لائوست، ۱۳۹۰، ص ۱۶۱)

«این اصل (جدائی قانون‌گذاری از حکومت) قدرت و سلطه حکومت را محدود می‌سازد که خلیفه یا حاکم مطلق باشد. و این از ویژگی‌های نظام حکومت اسلامی است، چرا که حکومت حاکم منحصر در مسائل اجرائی و قضاتی است؛ و گرچه صلاحیت‌های حاکم در این دو بخش زیاد است اما شامل حق قانون‌گذاری نمی‌شود و حاکم نمی‌تواند در محدوده قانون‌گذار وارد شود.» (زنگنه، ۱۳۸۵، ص ۷۵)

### نتیجه‌گیری

در حالی که ماهیت حقوق سنتی ناظر بر بعد دینی انسان و به تعبیری دیگر هویت دینی افراد است، حقوق مدرن ناظر بر بعد مکانی انسان، و به تعبیری هویت مکانی است؛ به گونه‌ای که هویت انسان بر اساس مکان به طور مستقیم (اقامتگاه) یا مکان به کان به طور غیر مستقیم (تابعیت) محل تقسیم حقوق و تکالیف قرار می‌گیرد. اگرچه حق در اندیشه مدرن به معنای حق داشتن به کار می‌رود و تأکید بیش‌تر بر روی اختیارات فرد می‌باشد ولی در حقوق سنتی حق به معنای حق بودن به کار رفته است و بیش‌تر بر حسن فعلی، مطابق با اخلاق، آداب و رسوم یا شرع می‌باشد. در حالی که در حقوق مدرن قواعد شکلی (قواعد تغییر قانون، رسمت بخش و فصل خصومات) بخش عمده‌ای از قوانین را تشکیل داده و حتی در صورت عدم رعایت

این قواعد، امکان عدم صدق عنوان قانون وجود دارد، در نظام سنتی بیش تر توجه ناظر بر ماهیت قوانین یا محتوای آن می باشد که در طی آن قانون باید در چارچوب اخلاق و شرع و سنن باشد.

همچین در خصوص رابطه قانون و طبیعت، تحلیل های حقوقی مدرن عمدتاً ناظر بر اعتباری بودن قوانین بوده و هیچ منعی برای قانونی تلقی شدن قانون ناعادلانه یا غیراخلاقی باقی نمی گذارد، در حالی که از نظر حقوق سنتی، قانون در مرتبه ای نازل از واقعیت قرار دارد که باید با نظم طبیعی هستی همگام بوده و در چارچوب عدالت، اخلاق و قانون الهی باشد. قانون بشری تا جایی وصف قانون دارد که با قانون الهی در تعارض نباشد.

## منابع:

### منابع فارسی

- \* امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات اسلامیة تهران، ۱۳۴۰.
- \* آلمن، اندرو، درآمدی بر فلسفه حقوق، ترجمه بهروز جندقی، موسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۵.
- \* بولانژه، ژان، «اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه»، ترجمه دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشکده تهران، شماره سی و ششم، ۱۳۷۶.
- \* جاوید، محمد جواد، انواری، محمدعلی، «مفهوم شناسی حق و تکلیف انسانی در عصر قدیم و جدید غربی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره چهلیم، ۱۳۸۶.
- \* جوادی آملی، عبدالله، فلسفه حقوق بشر، بنیاد علوم وحیانی اسراء، ۱۳۹۳.
- \* جوادی آملی، عبدالله، منزلت عقل در هندسه معرفت دینی، بنیاد علوم وحیانی اسراء، ۱۳۸۶.
- \* حلی، جمال الدین، کشف المراد فی شرح تجرید اعتقاد، موسسه الاعامی للمطبوعات، بیروت، ۱۳۹۹ ه.ق.
- \* دقیق، معین، «عقل اجتماعی و عقل جمعی، مجله کوثر معارف»، شماره هجدهم، ۱۳۹۰.
- \* دهلوی، شاه ولی الله، حجت الله البالغه، جلد اول، دارالجیل، ۱۴۲۶ ه.ق.
- \* راسخ، محمد، «حق و تکلیف در عصر قدیم و جدید، مجله بازتاب اندیشه»، شماره سی و سوم، ۱۳۸۱.
- \* راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون گذاری، تهران، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴.
- \* زرقانی، سید مهدی، اخلاقی، الهام، «تحلیل ژانر شطح بر اساس نظریه کنش گفتاری»، دو فصلنامه علمی-پژوهشی ادبیات عرفانی دانشگاه الزهراء، شماره ششم، ۱۳۹۱.
- \* زنگنه، صباح، «معرفی کتاب: فقه خلافت و تحولات آن نوشته استاد عبدالرزاق سنهوری»، مجله وکالت، شماره بیست و نهم، ۱۳۸۵.
- \* شهایی، مهدی، «از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی»، نامه مفید، شماره هفتاد و ششم، ۱۳۸۸.
- \* صرامی، سیفالله، احکام مرتد از دیدگاه اسلام و حقوق بشر، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست جمهوری، ۱۳۷۶.
- \* طاهری عراقی، احمد، «تقسیم بندی علوم از نظر غزالی»، مجله معارف، شماره سوم، ۱۳۶۳.
- \* عیوضی، محمدرحیم، باب گوره، حسام الدین، «جامعه شناسی سیاسی: تحول مفهوم شهروندی و ظهور شهروند جهانی سیاست»، شماره چهل و سوم، ۱۳۹۱.
- \* کلی، جان، تاریخ مختصر حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، طرح نو، ۱۳۸۸.

- \* لائوست، هانری، «خلافت و دولت»، مترجم ابوالفضل قاضی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره سوم، ۱۳۹۰.
- \* الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸.
- \* مرکز مالگیری، احمد، حاکمیت قانون، مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵.
- \* مصباح یزدی، محمدتقی، فلسفه اخلاق، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۱.
- \* نراقی، آرش، درس گفتارهای فلسفه حقوق در مؤسسه توانا، لندن، مؤسسه آموزش‌های مدنی، ۲۰۱۵.

#### منابع انگلیسی

- Austin J, How to Do Things with Words, Oxford University Press, ۱۹۶۲.  
 Mariano C, Law and Philosophy Library, Oxford University Press, ۲۰۱۲.  
 Putnam H, The Collapse of the Fact/Value Dichotomy, Harvard College, ۲۰۰۲.

#### منابع اینترنتی

- ملکیان، مصطفی، سلسله سخنرانی‌ها تحت عنوان بررسی سنت‌گرایی، تجددگرایی و پساتجددگرایی، به همت انجمن اسلامی دانشجویان دانشگاه شریف طی سال‌های ۷۸-۸۱. آخرین مراجعه: ۱۳۹۸/۲/۱۲

<http://neelofar.ir/mostafamalekian/lessonhandouts.html>

## **The Bases of Traditional and Modern Law**

### **Abstract**

Modern law and Traditional law have different property, nature, effects and sources from other such as two paradigms. This differences are due to human Insight transformation in modernity period in Compare with Traditional period and the domain of this transformation is very big so that the practical concepts and pre assumptions of modern law and traditional law has been unfamiliar for all of ours and it has no subscription between them. This differences not only are visible in fundamental concepts and legal principles but also is practical in reasons and law sources authority. So that creat the deep gap between them. The subject of this research is investigation of the modern and traditional law elements and components.

**Key Words:** Traditional Law, Modern Law, law authority, Rule of Law.



studies of economic  
jurisprudence