

## عناصر سازنده قانون و رویکرد به آن در نظام حقوقی اسلام

سید محمدحسین کاظمینی\*

### چکیده

متناسب با مبانی معرفتی مختلف عناصر سازنده و هویت‌بخش قانون متفاوت است و در نظام‌های حقوقی به گزاره‌ای واحد اطلاق قانون نمی‌شود. همین مسئله در تفاوت رویکردها و برداشت‌های از قانون نیز تأثیرگذار است. نوشتار حاضر در پی پاسخ به این پرسش است که عناصر سازنده و هویت‌بخش قانون کدام‌اند؟ و نظام‌های حقوقی با چه رویکردی قانون را فهم و تحلیل می‌کنند؟ اگر در نظامی حقوقی بر عنصر محتوایی و مفادی قانون تأکید شود، رویکرد غیراستقلالی و اگر عنصر شکلی و ساختاری مورد توجه باشد، رویکرد استقلالی به قانون اولویت می‌یابد. هسته سخت نظام حقوقی اسلام اراده حکیمانه شارع است. از این رو قانون و تمامی مؤلفه‌ها و مفاهیم درونی این نظام خود را با این هسته سخت تبیین و در افق آن تعریف می‌کنند. در نظام حقوقی اسلام قانون از دو اتم محتوایی- مفادی و شکلی-ساختاری تشکیل شده و با رویکردی غیر استقلالی به آن نگریسته می‌شود.

### کلیدواژگان

قانون، عناصر سازنده، مبانی معرفتی، نظام حقوقی اسلام.

---

\* دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.  
Email: smhkazemeini@ut.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۱۶، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۷/۱۰

## مقدمه

هر نظام حقوقی دارای اصطلاحات و مفاهیم کلیدی و محوری است که شاکله و مفصل‌بندی درونی آن نظام را شکل می‌دهد. باید توجه داشت مجموعه این مفاهیم و اصطلاحات از یک سو و عناصر سازنده و هویت‌بخش هر یک از آنها از سوی دیگر، کاملاً منطبق و برخاسته از بنیان‌های نظری و مبانی معرفتی حاکم بر نظام حقوقی است. اهمیت این مسئله به‌حدی است که علاوه بر شکل‌دهی محتوای درونی، به‌صورت وضعی در تعیین لفظ متناسب نیز تأثیرگذار است. «قانون» که از جمله مهم‌ترین و کلیدی‌ترین مفاهیم و اصطلاحات نظام‌های حقوقی است، از این قاعده مستثنا نخواهد بود. از این رو برای جلوگیری از یکسان‌نگاری مفهومی قانون در نظام‌های حقوقی مختلف لازم است مبتنی بر مبانی معرفتی عناصر سازنده و هویت‌بخش و نیز رویکردهای ناظر به آن تبیین و تحلیل شود. این مبانی را ذیل مکاتب حقوقی سه‌گانه طبیعی، پوزیتیو و الهی می‌توان بررسی کرد. «قانون» در هر یک از این مکاتب معنا، مفهوم و عناصر سازنده‌ای متفاوت دارد. در نظام حقوقی شکل‌گرفته ذیل مکتب حقوق طبیعی به گزاره‌ای قانون اطلاق می‌شود که الزاما در نظام حقوقی شکل‌گرفته ذیل مکاتب حقوقی مدرن (پوزیتیویسم) یا الهی (اسلامی) قانون اطلاق نخواهد شد. اگر طبیعت<sup>۱</sup>، اراده الهی<sup>۲</sup> یا عقل انسانی<sup>۳</sup> به‌عنوان عنصر سازنده قانون در مکاتب حقوق طبیعی (با خوانش‌های متفاوت ارسطویی، تومیسمی و هابزی) مورد تأکید است، اساسا در مکاتب حقوقی مدرن با ورود چنین گزاره‌ای اعتبار و صلاحیت قانون شدن محل ابهام و سؤال خواهد بود.

نکته پایانی که توجه به آن ضروری است، مزیت نسبی نوشتار پیش رو با سایر مکتوبات و نوشتارهای مرتبط موجود است. اگرچه در زمینه حاکمیت قانون، قانون، نسبت آن با فقه و موازین اسلامی و... به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم (به‌ویژه ذیل مباحث فلسفه حقوقی) کتاب‌ها و مقالاتی تدوین شده<sup>۴</sup>، اما آنچه کمتر مورد توجه قرار گرفته است، نخست، بومی‌سازی و

۱. رک: افلاطون، ۱۳۸۰: ۲۵۴؛ همو، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۶.

۲. رک: ژیلسون، ۱۳۸۴: ۶۶.

۳. هابز، ۱۳۸۱: ۱۶۱.

۴. برای نمونه به برخی از نوشتارهای فارسی یا ترجمه‌شده‌ای که مستقیماً موضوعشان «قانون یا حاکمیت قانون» است، اشاره می‌شود:

«هربرت هارت، مفهوم قانون؛ ترجمه محمد راسخ؛ تهران: نشر نی، ۱۳۹۲؛ حاکمیت قانون مفاهیم مبانی و برداشت‌ها»، احمد مرکز مالگیری، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵؛ محمدحسین طالبی، قانون طبیعی، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، چ اول، ۱۳۹۰؛ «حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی»، محمد حسین زارعی، نامه مفید، ش ۲۶، تابستان ۱۳۸۰؛ نگاهی دوباره به برداشت‌های شکلی و ماهوی از حاکمیت قانون، سید محمد هاشمی و هدی غفاری، ویژه‌نامه ش ۵، مجله تحقیقات حقوقی؛ علی‌اکبر

تحلیل درونی (و نه درباره) مسئله از منظر مبانی اسلامی و ذیل نظام حقوقی اسلام دوم، تفکیک و مرزبندی معرفتی و پارادایمیک قانون به لحاظ لغوی، اصطلاحی، مفهومی و تحلیل فلسفی آن و سوم، دسته‌بندی و اصطلاح‌سازی در تناظر موضوع با مباحث موجود جهت تولید ادبیاتی که می‌تواند منشأ بحث و گفت‌وگوهای بعدی قرار گیرد، است.

در این نوشتار سعی شده مبتنی بر مبانی معرفتی و مکاتب پیش‌گفته با تأکید بر نظام حقوقی اسلام پس از تحلیل مفهومی قانون، عناصر سازنده و هویت‌بخش آن که به «اتم‌های سازنده قانون» تعبیر کرده‌ایم، بررسی و تحلیل شده و برداشتها و رویکردهای ناظر بر آن نیز تبیین شود.

## درآمدی معناشناسانه بر قانون با توجه به مبانی معرفتی

### ۱. تحلیل لغوی قانون

در خصوص اصل واژه «قانون» اتفاق نظر وجود ندارد. گروهی آن را عربی‌الاصول ندانسته و قائل‌اند این کلمه در اثر تعامل فرهنگی اسلام و غرب، تشابه آوایی بین لفظ «قانون» و «kanon» و نزدیک بودن معنای این دو، معرب کلمه یونانی «kanon» است که از راه زبان سریانی وارد زبان عربی شده و در اصل به معنای «خط‌کش» به کار رفته و بعد معنی قاعده به خود گرفته است و به مقررات موضوعه کلیسای مسیحیت و کنیسه یهودیت اطلاق شده است (الزبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۴؛ برهان، ۱۳۶۱، ج ۳؛ معین، ۱۳۷۶، ج ۴؛ بستانی، ۱۹۹۳؛ صبحی محمسانی، بی‌تا: ۱۲۱۴). گروهی نیز لفظ قانون را عربی از ریشه «قن» دانسته‌اند. طبق عقیده این گروه، قانون به لحاظ شکلی بر وزن «فاعول» است که بر کمال و بذل و جهد دلالت دارد. برخی از اهل لغت از جمله ابن منصور موهوب بن احمد جوالیقی در کتاب المعرب نیز بر همین عقیده‌اند و بیان داشته‌اند در زبان عربی «قانون» به معنای «مقیاس کل شیء» یعنی مقیاس هر چیز است (ابن منظور، ۱۴۱۰ق؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۷ق). کتاب‌های لغت فارسی نیز قانون را در معانی «اصل و مقیاس چیزی»، «رسم و قاعده، روش آیین اصل و رسم و شکل و قاعده و طریقه و ترتیب و نظم و دستور و منوال و طرز و کانون روش، آیین و آداب و شریعت» (معین، ۱۳۷۶، ج ۲؛ نفیسی، ۱۳۵۵، ج ۴) معنا کرده‌اند.

---

گرچی، «حاکمیت قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، امکان‌سنجی یک نظریه»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۸؛ مبنای وضعی بودن قانون (۱)، مرکز پژوهش‌های مجلس، گروه مطالعات بنیادین حکومتی (گروه بنیادین حکومتی) ۱۳۹۳، مبنای وضعی بودن قانون (۲) (نقد نظریه ناب حقوق)، مرکز پژوهش‌های مجلس، گروه مطالعات بنیادین حکومتی (گروه بنیادین حکومتی) ۱۳۹۳؛ ماهیت قانون (۱)، مرکز پژوهش‌های مجلس، گروه مطالعات بنیادین، ۱۳۹۲؛ ماهیت قانون (۲)، مرکز پژوهش‌های مجلس، گروه مطالعات بنیادین، ۱۳۹۳ و.....

در تحلیل لفظی از قانون باید توجه کرد بیشتر زبان‌های اروپایی به جز انگلیسی در برابر واژه قانون<sup>۱</sup> دو واژه دارند: در لاتین «lex» و «ius» در زبان آلمانی «recht» و «gesetz» و در زبان فرانسوی «droit» و «loi». در تمامی این دوگانه‌ها واژه نخست مفهومی کاملاً نهادی و سازمانی دارد و واژه دوم گرچه از مفهوم نهادی بهره می‌برد، اما برخلاف واژه نخست باری اخلاقی نیز دارد (پترسن، ۱۳۹۵: ۳۳۴). دو واژه «لکس» و «ایوس» در زبان لاتین برای بیان مفاهیم قانون و حق به کار می‌روند. این دو واژه مترادف نیستند؛ لکس به معنای قانون<sup>۲</sup> قانونگذاری<sup>۳</sup> و قانون مدون<sup>۴</sup> به کار می‌رود. لکس قانونی است که توسط یک مرجع سیاسی نظیر پارلمان یا دولت وضع شده باشد. در جوامع مدرن لکس اغلب صورت مکتوب و مدون دارد. در حالی که واژه ایوس به معنای حق و دارای ریط‌های معنایی با مفاهیمی نظیر صحیح و حق<sup>۵</sup>، عادل<sup>۶</sup> و راست<sup>۷</sup> است (پترسن، ۱۳۹۵: ۳۳۴). این در حالی است که در زبان انگلیسی قانون دارای یک معادل یعنی Law است. همان‌گونه که بیان شد، متناسب با مبانی معرفتی و بنیان‌های نظری واژه مورد نظر استفاده می‌شود. برای مثال اثبات‌گراها قانون را به مثابه «لکس» فهم می‌کنند.<sup>۸</sup> در مقابل ضد اثبات‌گرایان مدرن مانند رونالد دورکین در تلاش‌اند نشان دهند که ارزش در قانون اهمیت دارد. از این رو واژه نخست در تمامی این دوگانه‌ها مستلزم دومی نیز است. بنابراین بیان می‌کنند تشخیص اینکه در هر موقعیت مشخص قانون چه چیزی را ایجاد می‌کند، خود نیازمند استدلال اخلاقی است (Dworkin, 1986: 87) یا قانون چیزی بیش از اخلاق موضوعه نبوده (Austin, 1832: 259)، و گزاره‌ای که از حداقل‌های مفاد اخلاقی برخوردار نباشد، قانونی نخواهد بود<sup>۹</sup> (Marmor, 2011: 4; Murphy, 2006: 163). بنابراین روشن می‌شود مبانی معرفتی و پارادایم‌های حاکم بر قانون در ساخت لفظ و اصطلاح قانون و نوع معنادگی به آن تأثیری انکارناپذیر دارند. البته این مسئله در تحلیل مفهومی و اصطلاحی قانون بیشتر خود را نشان می‌دهد.

## ۲. تحلیل مفهومی قانون

قبل از تحلیل مفهومی قانون این نکته را باید مدنظر داشت که «قانون» در معنا و مفهوم

1. Law
2. Statute
3. Legislation
4. Law statutory
5. Right
6. Just
7. Stright
8. See: Raz, 1970: 87 and Hart, 1962: 124

۹. همان‌گونه که سنت آگوستین قائل است: «قانون ناعادلانه، قانون نیست»:

lex iniusta non est lex (unjust law is not law)

امروزی بر ساخته دوران روشنگری<sup>۱</sup> و جزء نظام اصطلاحات و شبکه مفهومی نظام حقوقی مدرن است.<sup>۲</sup> بدون توجه به سیر تحولات و تطورات تاریخی آن دوران تاکنون نمی‌توان به درستی و به‌طور دقیق قانون را تحلیل کرد. از این‌رو، اگرچه قانون را از مناظر مختلف و با تأکید بر مؤلفه‌های به‌ظاهر متفاوت تعریف کرده‌اند، اما جوهره و عنصر هویت‌بخش تمامی آنها یکی است. در ادامه به برخی از تعاریف اشاره می‌شود:

«در اصطلاح قانون مجموعه قواعد و مقرراتی است که از طرف مقامات و مراجع دارای صلاحیت وضع و اعلام می‌گردد. قانون مشخص می‌کند چه کاری باید انجام یا چه عملی باید ترک گردد. قانون در اصطلاح حقوق در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. در مفهوم عام قانون هر نوع قاعده حقوقی است که به‌صورت گزاره‌ای مکتوب به‌وسیله یک مقام صلاحیت‌دار اعم از قوه مقننه یا غیر آن همچون مجلس مؤسسان، هیأت دولت یا... وضع می‌گردد. در این معنا قانون شامل یک سلسله مراتب مشخص و مترتب بر یکدیگر است که از قانون اساسی آغاز و به آیین‌نامه‌ها، تصویب‌نامه‌ها و... ختم می‌گردد (موسوی، ۱۳۸۵: ۲۲) قانون در مفهوم خاص به آن بخش از قواعد حقوقی اطلاق می‌گردد که صرفاً از سوی قوه مقننه و با تشریفات و فرایندی معین وضع و تصویب می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۲۰). وقتی سخن از قانون در یک کشور به میان می‌آید، آن را در معنای خاص و مضیق در نظر می‌گیریم. از این منظر قانون یک قاعده رفتاری است که توسط مقام دارای صلاحیت وضع بر افراد یک کشور تحمیل می‌شود و دارای ضمانت اجراست. برخی نیز قانون را به رأی و نظر مقام‌های رسمی در حل و فصل اختلافات (Llewellyn, 1951: 9) یا پیش‌بینی آن چیزی که دادگاه انجام خواهد داد (Holmes, 1920: 173) تعریف کرده‌اند. به عبارت دیگر، از تصمیم قاضی به قانون واقعی یاد می‌شود (Patterson, 2010: 250).

حال این سؤال را مطرح می‌کنیم که جوهره و عنصر هویت‌بخش قانون چیست؟ پاسخ به این پرسش را مبتنی بر دو دستگاه معرفتی و براساس دو نظام حقوقی می‌توان ارائه کرد. نخست نظام حقوقی مدرن (با تأکید بر رویکردهای پوزیتیو) و دوم نظام حقوقی اسلام.

#### 1. Enlightenment

۲. مواردی از قبیل سوپژکتیویته، عقل‌گرایی، دنیاگرایی و انسان‌گرایی را می‌توان مبانی مدرنیته دانست. نخستین خصلت بنیادین اندیشه روشنگری عبارت است از برتر شماری هر آنچه آدمی برمی‌گزیند و خود درباره‌اش تصمیم می‌گیرد بر هر آنچه قدرتی بیرونی بر او تحمیل می‌کند. این ترجیح دو وجه دارد: یکی انتقادی است و دیگری سازنده. وجه انتقادی‌اش آن است که انسان باید از همهٔ قیومیت‌هایی که از بیرون بر آدمیان تحمیل شده‌اند، رهایی جوید. وجه سازنده‌اش آن است که آدمی باید خود را به راهنمایی مجموعه قوانین، هنجارها و ضابطه‌هایی بسپارد که همانا خواست کسانی است که این مجموعه به آنها مربوط می‌شود. لذا «رهایی» و «خودآیینی» دو مؤلفه مهم مدرنیته محسوب می‌شوند (شجاعی، ۱۳۹۱: ۴۰). کانت در تبیین روشنگری تصریح می‌کند: «من وجه بنیادی روشنگری، یعنی بیرون آمدن انسان‌ها از کودکی خودکرده‌شان را بیش از همه در امور دینی می‌دانم» (کانت، ۱۳۷۰: ۴۸).

از منظر نظام حقوقی مدرن، قانون زاییده اراده عمومی و فقط اعلام اراده افراد است (روسو، ۱۳۴۱: ۷۹). از این رو چون در قانون عمومیت اراده و عمومیت موضوع وجود دارد و افراد جامعه فقط ملزم به اطاعت از اراده عمومی اند (روسو، ۱۳۴۱: ۷۹)، پس اراده ملت خود ملت است بدین سبب قوانینی که حق رأی دادن را برقرار می‌کنند، بر این اساس کار و در واقع قوانین اساسی خواهند بود (رک: منتسکیو، ۱۳۴۹: ۹۴). مردم نیز در صورتی می‌توانند از قانونگذار تبعیت کنند و او را مطابق اراده عمومی بدانند که ملت او را آزادانه تعیین و تصویب کرده باشد. از منظر پوزیتیویست‌ها واقعیت‌های اجتماعی مبنای تعیین‌کننده چیستی قانون محسوب می‌شوند (Murphy, 2006: 36) و بررسی و تفسیر قانون یا انتقاد از آن باید مبتنی بر «واقعیت‌های اجتماعی» باشد (Hart, 1983: 162). قانون مفهومی است که رفتار را توضیح می‌دهد و عمل ما را توجیه می‌کند (Murphy, 2006: 14). به عبارت دیگر، قانون مجموعه‌ای از واقعیت‌های مربوط به اعمال، باورها و نگرش‌های مردم است (Marmor, 2011: 4). لذا آن را باید به مثابه اهداف و شیوه‌های اجتماعی تحلیل کرد (Riley, 2013: 6). نکته دیگر که باید بدان توجه کرد، ساخت یا کشف قانون است (Tebbit, 2005: 11).<sup>۲</sup> قانون از منظر پوزیتیویست‌ها مبتنی بر ساخت<sup>۳</sup>، مکانیزم قدرت (فرایند ایجاد)، توصیفی و بیان یک عمل و تصمیم است (Tebbit, 2005: 11). شاید مهم‌ترین تفاوت بین نظریه‌های حقوقی طبیعی (با تسامح و از منظر اسلام) و پوزیتیویست‌ها در این نکته بتوان خلاصه کرد که نظریات مبتنی بر حقوق طبیعی هنجاری و نظریات پوزیتیویست‌ها تحلیلی اند (Murphy, 2005: 6; McLeod, 2003: 19). به عبارت دیگر نظریات طبیعی در پی فهم و بررسی قانون آن گونه که باید باشد<sup>۴</sup>، هستند، اما نظریات پوزیتیویست‌ها در فهم و تحلیل قانون آن گونه که هست<sup>۵</sup>، می‌باشند.

این مفهوم از قانون دارای دو جنبه ایجابی و سلبی است؛ جنبه ایجابی آن به محوریت «اراده افراد» در قانون و مدیریت اجتماعی مبتنی بر آن بازمی‌گردد و جنبه سلبی آن به کنار گذاشتن هر آنچه غیر، مخالف و مغایر این اراده باشد. مهم‌ترین وجه تقابل در جنبه سلبی نیز تقابل «اراده افراد» جامعه با «اراده شارع حکیم» است. پیروز این تقابل نیز با توجه به مطالب بیان شده روشن است: «اراده انسان».

اساساً از این منظر دین (اعم از دین فردی یا اجتماعی)<sup>۶</sup> معیوب بوده، نمی‌تواند مدیریت اجتماعی و حکومت کند. علاوه بر آن قوانین هم نمی‌توانند در آن ریشه داشته باشند، زیرا دین

۱. یا به تعبیر روسو «قانون‌نویس».

۲. "This is a foundationalist conception of law, according to which laws are discovered rather than made".

۳. man-made

۴. what law ought to be

۵. what law is

۶. Theocracy

فردی با حکومت و مدیریت اجتماعی بیگانه است و او را یاری نمی‌دهد. دین اجتماعی نیز برای حکومت مضر است، افراد را فریب می‌دهد و آنها را موهوم پرست بار می‌آورد ( روسو، ۱۳۴۱: ۱۹۹).<sup>۱</sup> از این رو با ورود دین و متولیان دینی قانون فلج می‌شود ( روسو، ۱۳۴۱: ۲۰۶). از این رو باید ساحت‌ها و حوزه‌های ورود این دو دسته قانون را (قانون برخاسته از اراده الهی و قانون برخاسته از اراده افراد) جدا و مبنای قوانین مدنی را از اراده الهی منفک کرد (رک: منتسکیو، ۱۳۴۹: ۷۳۵). به عبارت دیگر می‌توان گفت قانون در ادبیات حقوقی مدرن با موضعی ضددینی و ایدئولوژیک<sup>۲</sup> متولد شده و رشد کرده است.<sup>۳</sup>

این مفهوم از قانون در نظام حقوقی مدرن با مفهوم قانون در نظام حقوقی اسلام کاملاً متفاوت بلکه متعارض است. قانونی که در نظام حقوقی اسلام از آن یاد می‌شود و مسئولیت نظم‌بخشی، مدیریت اجتماعی و برپایی عدالت در جامعه را داراست، ساخته شده اراده انسان نیست (اگرچه قطعاً بی‌توجه بدان نیز نخواهد بود)، بلکه با محوریت «اراده شارع حکیم» شکل می‌گیرد. در این نظام منشأ اعتبار و مبنای مشروعیت قواعد و قوانین حقوقی «اراده حکیمانۀ خداوند خالق شارع» است. نظام حقوقی اسلام ذیل مکتب توحید محور مبتنی بر چند پیش‌فرض محوری \_ که البته وظیفۀ اثبات آنها بر عهده علوم دیگری غیر از علم حقوق مانند کلام یا فلسفه است \_ شکل می‌گیرد: نخست، خداوند به‌عنوان شارع حکیم قواعد و مقررات مناسب حیات اجتماعی بشر را وضع و جعل کرده است؛ دوم، این قواعد و مقررات به‌گونه‌ای عادلانه و حکیمانه توسط شارع وضع شده و ابعاد مختلف زندگی فردی و اجتماعی انسان را در برمی‌گیرد؛ سوم، قواعد مذکور در قالب کتب مقدس و آسمانی (مانند قرآن کریم در دین مبین اسلام که البته تنها کتاب آسمانی تحریف‌نشده نیز است) و توسط پیامبران ابلاغ می‌شوند؛ چهارم، انسان توانایی فهم و کشف این قواعد را داراست؛ و پنجم، با اجرای آنها به سعادت دنیوی و اخروی دست می‌یابد. به‌طور اجمال قانون را از منظر نظام حقوقی اسلام این‌گونه می‌توان تعریف کرد:

«گزاره‌ای است منطبق یا غیرمخالف با احکام و آموزه‌های اسلامی در راستای مدیریت اجتماعی و مصالح عموم که توسط مقام دارای صلاحیت وضع می‌شود».

۱. روسو در قرارداد اجتماعی می‌نویسد: «بما می‌گویند اگر ملتی از عیسویان واقعی تشکیل گردد بهترین و کامل‌ترین جامعه‌ها خواهد بود. من فقط با این فرضیه یک ایراد دارم و آن این است که ملتی که از عیسویان واقعی تشکیل شده باشد یک جامعه بشری نیست...» (روسو، ۱۳۴۱: ۲۰۰).

## 2. Anti-ideological

۳. «نظریه حقوقی ناب، در تقابل کامل با علم حقوق سنتی قرار می‌گیرد که دانسته یا ندانسته، گاه بیشتر و گاه کمتر، ماهیتی ایدئولوژیک دارد. نظریه حقوقی ناب دقیقاً به کمک موضع ضد ایدئولوژیک خود اثبات می‌کند که یک علم حقوق واقعی است... این نظریه با جداساختن کامل مفهوم هنجار حقوقی از منبع آن، یعنی هنجار اخلاقی، و نیز با تضمین استقلال حقوق حتی در برابر حقوق مبتنی بر اخلاق، می‌کوشد تا توصیف مفهومی حقوق را از این عنصر ایدئولوژیک رها سازد» (کلسن، ۱۳۸۷: ۶۱ و ۶۵).

با توجه به تحلیل بیان شده عناصر سازنده قانون در نظام‌های حقوقی که براساس مبانی معرفتی مختلف شکل گرفته‌اند، یکسان نیستند و به تبع آن رویکرد و برداشت‌های از قانون نیز متفاوت خواهد بود.

### عناصر سازنده قانون (اتم‌های تشکیل دهنده)

«نقطه اتکای» گزاره قانونی در نظام حقوقی اسلام بر چیست؟ در نظام حقوقی اسلام چه عنصر یا عناصری هویت گزاره قانونی را تشکیل می‌دهند؟ از این عناصر هویتی یا نقطه اتکا به «اتم‌های قانون» تعبیر می‌کنیم. بدین معنا که با وجود آن اتم یا در کنار هم قرار گرفتن اتم‌ها گزاره قانونی شکل می‌گیرد. روشن است این اتم‌های سازنده گزاره‌های قانونی مبتنی بر مکاتب و مبانی پیش‌گفته در نظام‌های حقوقی متفاوت خواهند بود. در نظام حقوقی اسلام قانون دارای دو اتم سازنده است؛ نخست اتم محتوایی - مفادی و دوم اتم شکلی - قالبی. در ادامه به تبیین و تحلیل این اتم‌ها خواهیم پرداخت.

#### ۱. اتم محتوایی - مفادی

از اتم مفادی - محتوایی گزاره قانونی به اتم «استناد» یاد می‌کنیم؛ بدین معنا که اولین و مهم‌ترین اتم سازنده گزاره قانونی در نظام حقوقی اسلام مستند بودن آن به اراده حکیمانه شارع اولاً یا عدم مخالفت آن با اراده مذکور است. در غیر این صورت اساساً گزاره قانونی شکل نخواهد گرفت. در نظام حقوقی اسلام لازم است قانون نسبت خود را با حکم شرعی روشن سازد. فارغ از اینکه قانون چه نسبتی با حکم شرعی خواهد داشت، مطابقت یا عدم مخالفت آن با حکم شرعی تعیین‌کننده است. دلیل آن هم تأکید و اولویت جنبه محتوایی - مفادی برای قانونگذار است. حکم شرعی را مبتنی بر هر کدام از نظریات خطاب<sup>۱</sup>، جعل<sup>۲</sup> و اعتبار<sup>۳</sup> تبیین و تحلیل کنیم. عنصر محوری و کلیدی در تمامی این نظریات «اراده شارع» است. حکم شرعی بر اساس هر نظریه‌ای بیانگر اراده شارع بر انجام یا ترک عملی است. برای فهم و کشف این اراده حکیمانه باید به منابعی مشخص با روشی متناسب رجوع کرد. مصدر و منشأ حکم اولاً خداوند متعال است (انعام: ۵۷؛ یوسف: ۴۰ و ۶۷) و ثانیاً با تفویض این اختیار پیامبر اکرم ص، ائمه معصومین (ع) (آل عمران: ۳۲ و ۱۳۲؛ نساء: ۱۳ و ۱۴؛ احزاب: ۶؛ مائده: ۵۵؛ کلینی، ۱۴۱۱ق: ۲۶۸ - ۲۶۵؛ مجلسی، ۱۴۰۳ق، باب ۱۳: ۱) و در شرایط و قالبی خاص فقیه جامع‌الشرایط

۱. ر.ک: بهایی، ۱۳۸۳: ۶۳؛ نراقی، ۱۳۸۸: ۹۵

۲. ر.ک: حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ۵۳؛ آشتیانی، ۱۴۲۹ق: ۲۲۰؛ خویی، ۱۳۵۳ق: ۳۸۱

۳. ر.ک: خویی، ۱۴۱۷ق: ۷۸؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق: ۶۵؛ حکیم، ۱۴۱۸ق: ۵۵

(صدر، ۱۴۱۷ق: ۳۸۰ و ۶۸۶) خواهد بود. این مطلب از پارادایم و مکتب اسلام فهمیده شده و به عنوان نظریه‌ای پایه بر تمامی نظام‌های اجتماعی از جمله حقوقی حاکم است. در مقام عمل اجتماعی و شکل‌گیری نظام حقوقی «ابتناء (انتساب) گزاره‌هایی که در راستای تنظیم و مدیریت فردی و اجتماعی انسان جعل می‌شوند بر (به) اراده حکیمانانه شارع» امری اجتناب‌ناپذیر است.

در نظام‌های حقوقی غیرتوحیدی به‌ویژه نظام‌هایی که ذیل مکتب اومانیستی پوزیتیویستی شکل می‌گیرند، اولاً توجه و تأکید بر اتم محتوایی- مفادی و ثانیاً سنخ و ماهیت آن متفاوت خواهد بود. لذا اراده الهی جای خود را به اراده انسانی داده فهم و خواست انسان محوریت می‌یابد. راه دستیابی به این فهم نیز از طریق «عقل خودبنیاد» صورت می‌پذیرد. البته عقل در اینجا نازل‌ترین مرحله عقلانیت یعنی «عقل عرفی، تجربی و ابزاری» مورد نظر است.<sup>۱</sup> از این رو گزاره‌ای که عقلانی (با تعریفی که ارائه شد) نباشد، به لحاظ محتوایی نیز اعتبار نخواهد داشت. به همین علت هم حکومت باید به شیوه‌ای عقلانی تصمیم گیرد و عمل کند، یعنی تصمیمات و اعمال تصمیمات او باید بر مبنای «دلایل»<sup>۲</sup> باشد.<sup>۳</sup>

نکته مهم در توجه ویژه و تأکید بر عقلانیت در عنصر محتوایی- مفادی قانون در نظام‌های حقوقی مدرن، علاوه بر تعریف عقلانیت، «آزادی عقل» است و بیش از هر چیز این آزادی در آزادی از امور دینی و اراده الهی معنا می‌یابد. لذا هنگامی عقل آزادانه می‌تواند تصمیم بگیرد که از قیدوبند دین و آموزه‌های دینی رهایی یابد.<sup>۴</sup> کانت صریحاً در کتاب دین در محدوده عقل تنها<sup>۵</sup> می‌نویسد: «انسان برای سامان دادن به کار خویش (چه به لحاظ برون‌ذهنی یعنی آنچه به اراده‌اش مربوط است و چه به لحاظ درون‌ذهنی یعنی آنچه به توانایی او مربوط است) به هیچ‌وجه نیازمند دین نیست، بلکه قوه عقل عملی ناب برایش کافی است» (کانت، ۱۳۹۲: ۴۰).

۱. عقل عرفی بخشی از عقلانیت یا آگاهی است که در ادراک جمعی جامعه فعلیت یافته است. فهم عرفی زیست جهان مشترک آدمیان را تشکیل می‌دهد. عقل تجربی بخشی از عقل نظری است که به امور طبیعی می‌نگرد و از محسوسات استفاده کرده قیاسات تجربی را تشکیل می‌دهد. عقلانیت ابزاری نیز ریشه در عقل تجربی دارد. عقلانیت ابزاری با غلبه آمپریسم و حس‌گرایی مبادی غیرحسی دانش تجربی را انکار و روش‌های استقرایی را جایگزین روش‌های قیاسی کرد. جهت‌گیری اصلی عقلانیت ابزاری تسلط آدمی بر طبیعت است. ماکس وبر رفتارهای انسان غربی را که متأثر از عقلانیت ابزاری است کنش‌های عقلانی معطوف به هدف می‌داند. یعنی رفتارهایی که متوجه هدف‌های دنیوی قابل دسترس است. تکنولوژی، صنعت و بوروکراسی از آثار و نتایج غلبه این معنای عقلانیت شمرده شده است (رک: پارسانیا، ۱۳۹۰: ۵۵).

2. Reasons

3. See: Tremblay, 1997

۴. رک: کانت، ۱۳۷۰: ۶۰

5. Religion Within the Limits of Reason

## ۲. اتم شکلی \_ قالبی

علاوه بر اتم مفادی\_ محتوایی که از آن به «استناد» تعبیر شد، برای شکل‌گیری گزاره قانونی به یک اتم دیگر نیز نیاز است. پیچیدگی زندگی اجتماعی از یک سو و تنوع نیازهای انسان از سوی دیگر، وجود نظم اجتماعی و حقوقی را ضروری می‌نماید. از این رو وحدت در وضع قوانین و برخورداری از ساختار و مسیر مشخص با در نظر گرفتن تکثر ویژگی‌های انسانی برای جلوگیری از تشتت و بی‌نظمی اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. از این اتم شکلی\_ قالبی به «فرایند» یاد می‌کنیم. اتم فرایند ناظر بر چگونگی شکل‌گیری از یک سو و صلاحیت وضع گزاره قانونی از سوی دیگر است. آنچه در بیشتر تعاریف ارائه‌شده از قانون\_ که مسلماً هر یک دارای یک پشت‌صحنه و نظریه پشتیبان است\_ مورد توجه است، جنبه شکلی و منشأ صدور و وضع قوانین است. دلیل تأکید بر اراده وضع‌کننده قانون و نه مفاد آن، تأثیرپذیری آنها از رویکردهای اثبات‌گرا و پوزیتیویستی حقوقی است. در نظام حقوقی شکل‌گرفته ذیل مکاتب اومانیستی پوزیتیویستی برخلاف نظام‌های حقوقی شکل‌گرفته ذیل مکاتب اسلامی و خردگرایی (حقوق طبیعی) در مبنای حقوق بیش از آنکه مفاد مورد نظر باشد، اراده وضع‌مورد تأکید است.<sup>۱</sup> از این رو جنبه‌های شکلی در برابر جنبه‌های محتوایی و ماهوی اولویت می‌یابد.

بیشتر نظریات ارائه‌شده درباره مفهوم قانون، به نحوی از تفسیر یا موازنه بین سه عنصر شکل گرفته است: تصویب قانونی<sup>۲</sup>، اثربخشی اجتماعی<sup>۳</sup>، و صحت قابل ملاحظه.<sup>۴</sup> نکته مهم در فهم و بیان دقیق مفهوم قانون چگونگی تفسیر و موازنه بین این سه عنصر است. پوزیتیویست‌های حقوقی مانند کلسن<sup>۵</sup> بر عنصر تصویب قانونی و اثربخشی اجتماعی تأکید دارند، لذا محتوا و صحت آن (در مقایسه با دو عنصر قبلی) چندان مورد توجه و اولویت نخواهد بود. در حالی که در نظام حقوقی اسلام و حقوق طبیعی بر عنصر سوم یعنی صحت قابل ملاحظه (محتوا) تأکید دارند (WINTGENS, 1999: 23).

جنبه شکلی را در دو محور «اراده» و «فرایند» می‌توان مورد توجه قرار داد؛ بدین معنا که قانون اولاً باید برخاسته از اراده اکثر (مستقیم یا غیرمستقیم) باشد و ثانیاً در یک فرایند و پروسه که مورد پذیرش قرار گرفته و دارای صلاحیت است، به تصویب برسد (Murphy, 2006: 1). این در حالی است که خردگراها بایستگی پیروی از قانون را در درون آن جست‌وجو می‌کنند که از منبع طبیعت، اراده الهی یا عقل انسانی قابل فهم است. از این رو جنبه‌های محتوایی برای آنها

۱. ر.ک: حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۱۶۹.

2. due enactment

3. social efficacy

4. substantial correctness

“Therefore, any content whatever can be law”

۵. جمله معروف هانس کلسن در این باره این‌گونه است:

اولویت می‌یابد. نکته دیگر اوصاف و ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون است.<sup>۱</sup> همان‌گونه که مکاتب حاکم بر قانون و مبانی معرفتی آن در تعریف، فهم و حتی وضع لفظ و اصطلاح قانون تأثیر مستقیم دارند، در تعیین ویژگی‌ها و ذاتی یا عرضی قلمداد کردن آنها نیز مؤثرند. برای مثال ذاتی یا عرضی بودن «فرایند تصویب» به‌عنوان یک ویژگی شکلی یا «انطباق با اخلاق» به‌عنوان یک ویژگی محتوایی برخاسته از مبنای اتخاذشده در قانون و بلکه نظام حقوقی است.

اگر در رویکردهای اومانیستی پوزیتیویستی به لحاظ محتوایی صحبت از عقلایی بودن و دلایل می‌شود، به لحاظ شکلی بر «قانونی بودن» تأکید کرده و بیان می‌دارند دلایل باید «قانونی»<sup>۲</sup> بوده، از طریق مقام صلاحیت‌دار به قانون مبدل شده باشد.<sup>۳</sup> برخی نویسندگان نیز با بیان اینکه قواعد یا قوانین وضع می‌شوند تا افراد جامعه در نظم و آسایش زندگی کنند و برای حفظ این نظم نیز ناگزیر باید در صورت نقض قانون از اجبار برای الزام به تبعیت از قانون وضع شده استفاده کرد، دو عنصر نخست «نظم» و دوم «اجبار» را در مفهوم قانون نهفته دانسته‌اند. در برخی موارد نیز از عنصر دوم به «محدودیت» نام برده شده است (Barker, 1992: 17). البته عنصر اجبار در نظرگاه پوزیتیویست‌های حقوقی قرن بیستم مانند هارت مورد انتقاد قرار گرفته است. او بر این عقیده است که مفهوم قانون بر اجبار یا تهدید که مرتبط با نقض قانون است، مقدم خواهد بود. بنابراین مفهوم قانون نباید به مفهوم فرمانی که با تنبیه ضمانت می‌شود همان‌گونه که بنتام و آستین بیان داشته‌اند\_ تقلیل داده شود (Hart, 1961: 29).

## برداشت (از) و رویکرد (به) قانون<sup>۴</sup>

آیا قانون اصالت دارد یا ماهیت ابزاری دارد و در پی تحقق یک غایت و منفعت دیگر است. در نتیجه مشروعیت آن به ابزاری و آلی بودن آن است. به‌عبارت دیگر، قانون دارای یک ارزش ذاتی و پایه است یا ارزشی تبعی دارد و وسیله و ابزار تحقق ارزش والاتر و فراتر است. پذیرش هر یک از این برداشت‌ها در قانونگذاری، چگونگی برقراری نظم، تصمیمات دولتی و اداری و حتی اعمال

۱. از دیدگاه کلی می‌توان ویژگی‌های قانون را به دو دسته ویژگی ذاتی و عرضی تقسیم کرد. ویژگی‌های ذاتی قانون اوصافی‌اند که برای تبدیل یک قاعده به قانون جزء شرایط حداقلی محسوب می‌شوند و به بیان دقیق‌تر قاعده فاقد هر یک از این ویژگی‌ها اساساً قانون خوانده نمی‌شود. مانند الزام‌آور بودن، عام بودن، امری بودن، علنی بودن، واضح بودن، معطوف به آینده بودن و... ویژگی عرضی قانون ویژگی‌هایی هستند که حتی اگر قاعده‌ای فاقد آنها باشد، شاید بتوان آن را هنوز یک قانون نامید. این نوع ویژگی‌ها نشأت‌گرفته از تئوری‌های خاص حقوقی‌اند، مانند پاسخگویی نیازهای جامعه، منعکس‌کننده نظر اکثریت، تأمین‌کننده منفعت عمومی و... (ر.ک: راسخ، ۱۳۸۴: ۲۷).

2. Legal

3. see: Tremblay, 1997.

۴. برای اطلاع بیشتر از این برداشت‌ها ر.ک: اصلانی و کاظمینی، ۱۳۹۰.

برخی محدودیت‌ها و به عبارت دیگر نوع رابطه حاکمیت و مردم و چارچوب تئوریک حاکم بر قوانین اساسی هر جامعه را شکل می‌دهد. البته در صورت پذیرش تبعی بودن ارزش قانون در اینکه ارزش والاتری که قانون ابزار و وسیله دستیابی به آن است چیست، محل بحث و گفت‌وگوست. نکته دیگر که باید بدان توجه کرد ارتباط برداشت‌های از قانون با عناصر سازنده آن است؛ بدین معنا که در تحلیل درونی قانون محوریت هر کدام از اتم‌های شکل‌دهنده در نوع برداشت از قانون تأثیری مستقیم خواهد داشت. برای مثال اگر در نظام حقوقی اسلام بر اتم استناد تأکید می‌شود، در برداشت از قانون، برداشت آلی و ماهوی مورد توجه است و اگر در برخی رویکردها عنصر قانونیت محوریت می‌یابد، لازمه‌اش اولویت یافتن برداشت استقلالی یا شکلی از قانون است.

### ۱. برداشت استقلالی (غایت‌انگار)

در این برداشت قانون و تبعیت از آن موضوعیت داشته، بیش از آنکه به چیستی قانون، همخوانی آن با غایات و حتی تطابقش با مبانی و اصول توجه شود، به اجرا و لزوم تبعیت از آن اهتمام ورزیده می‌شود. در رویکرد غایت‌انگار اهداف بلندمدت و آرمانی قانون و حاکمیت آن جای خود را به اهداف ابتدایی و بلکه میان‌مدت قانون می‌دهند. به تعبیر دیگر، ارزش و اهمیت اجرای قانون، تبعیت از آن و برقراری نظم و حفظ آن در جامعه بیش از ارزش‌های بنیادینی همچون عدالت اولویت می‌یابد.

از جمله مهم‌ترین دلایل این نوع برداشت نگرانی از ایجاد آشوب، هرج‌ومرج و فتنه در جامعه است، زیرا در صورتی که عدالت یا دیگر آموزه‌های بنیادین اسلامی معیار تشخیص قانون خوب و بد باشد، دیگر نخبگان و عامه مردم قانون مغایر با این معیارها را نپذیرفته، اطاعت نمی‌کنند. این برداشت از قانون بیش از آنکه در فقه سیاسی شیعه مرسوم باشد، بین فقهای اهل سنت رواج دارد.

با بررسی روایات و فتاوی علمای اهل سنت در می‌یابیم که اطاعت و تسلیم در برابر قانون و حاکم واجب است، اگرچه قانون ناعادلانه و حاکم نیز فاجر و ستمگر باشد. طبق این روایات و فتاوا عدم تبعیت و خروج علیه چنین حاکمی جایز نیست و باید نظم اجتماعی حفظ شود. برای مثال حنابله خروج بر حاکم جائز را به صراحت تخطئه کرده و آن را منع می‌کنند.<sup>۱</sup> همین نظر و رأی نیز در میان اهل سنت از اقبال و نفوذ بیشتری برخوردار است. برای مثال نمونه‌ای از روایات و نمونه‌ای از فتاوا را ذکر می‌کنیم:

۱. برای اطلاع از آراء و نظرهای اهل سنت در این زمینه ر.ک: ابی یعلی، ۱۴۱۴ق، ابواب ۱۲، ۱۳ و ۱۷؛ ابی‌داود، ۱۴۱۲ق، ج ۲، باب الغزوه مع ائمه الجور؛ نووی، بی‌تا، ج ۸؛ ابن‌قدامة، بی‌تا، ج ۱۰.

از عوف بن مالک از پیامبر خدا (ص) در صحیح مسلم نقل شده است که فرمود: «بهترین پیشوایان شما کسانی هستند که شما آنان را دوست می‌دارید و آنان شما را دوست می‌دارند. بر آنان درود می‌فرستید و آنان به شما درود می‌فرستند. و بدترین پیشوایان شما کسانی هستند که آنان را دشمن می‌دارید و آنان شما را دشمن می‌دارند. آنان را لعنت می‌کنید و آنان شما را لعنت می‌کنند. گفته شد ای رسول خدا (ص) آیا آنان را با شمشیر نرانیم؟ حضرت فرمود: تا مادامی که در بین شما نماز به پا می‌دارند خیر، ولی آنگاه که در حکمرانی وی چیزی را مشاهده کردید که برای شما ناخوشایند است کار او را ناپسند شمارید، اما دست از اطاعت او نکشید» (مسلم، ۱۴۱۹ق: ۱۴۸۱) در مغنی ابن قدامه حنبلی نیز به نقل از احمد حنبل آمده است:

«اگر رهبر به نوشیدن شراب و خیانت معروف باشد همراه وی باید جنگید این گناهی است مربوط به نفس او، و از پیامبر (ص) روایت شده که خداوند این دین را ولو به وسیله فردی فاسد یاری خواهد کرد» (ابن قدامه، بی تا، ج ۱۰: ۳۱۷).

در نظام حقوقی غرب به خصوص رویکردهای اثبات‌گرا و پوزیتیویستی نیز برداشت استقلالی بر آلی از قانون غلبه دارد. در ادبیات آنها از این برداشتها به برداشتهای شکلی<sup>۱</sup> و ماهوی<sup>۲</sup> تعبیر شده است.<sup>۳</sup> در برداشت شکلی، تبعیت از قانون موضوعه یا تضمین و اعمال اصل قانونیت<sup>۴</sup> مهم‌ترین اصل محسوب می‌شود. اگرچه هدف قانون و حاکمیت آن از نظر طرفداران هر دو برداشت، محدودیت مقامات حکومتی در اعمال اختیاراتشان است، اما در برداشت شکلی شیوه‌ای رویه‌ای برای جلوگیری از عمل خودسرانه حکومت و دفاع از آزادی‌های فردی پیشنهاد می‌شود. جنبه شکلی را در دو محور «اراده» و «فرایند»<sup>۵</sup> می‌توان مورد توجه قرار داد. بدین معنا که قانون اولاً باید برخاسته از اراده اکثر (مستقیم یا غیرمستقیم) باشد و ثانیاً در فرایند و پروسه‌ای که مورد پذیرش قرار گرفته و دارای صلاحیت است، به تصویب برسد. لذا از این رویکرد به «اراده\_ فرایند» می‌توان تعبیر کرد. این برداشت را که بیشتر رویکردی ساختارگرایانه به حاکمیت قانون دارد، ذیل نظریه و رویکرد فرمالیسم حقوقی<sup>۶</sup> می‌توان تحلیل کرد.

اصطلاح «فرمالیسم» از وجه افتراق میان شکل و ماهیت سخن می‌گوید. این وجه افتراق در مرکز روش‌شناسی فرمالیست واقع می‌شود. یک فرمالیست، نخست با تمیز شرایط لازم، اصول درونی تنظیم آن شرایط و پیش شرط‌های آنها به روابط حقوقی می‌نگرد. آنگاه این ابعاد شکلی

1. Formal conception  
2. Substantive conception  
3. See: Lovett, 2002: 41-78  
4. Legality

۵. برخی از این دیدگاه به دیدگاه فرایند - محور (Process - oriented) تعبیر کرده‌اند.

6. Legal Formalism

راهنمای تصمیمات ماهوی واقع می‌شوند (Patterson, 2010: 330). فرمالیسم تصریح می‌کند که عوامل شکلی بر ملاحظات ماهوی مقدم‌اند. بر این اساس، دغدغه اولیه فرمالیسم ارزش ماهوی توجیه‌پذیری نیست، بلکه دغدغه او شرط حداقلی برای کارکرد آن به‌عنوان یک توجیه‌قائل برای درک حقوق به‌مثابه یک مجموعه توجیه‌کننده، فرمالیست‌ها سه مشخصه برای توجیه‌قائل می‌شوند: ماهیت، ساختار و سوم مبنای آن. منظور از ماهیت توجیه، شرایط حداقلی است که تمامی عوامل برای آنکه عاملی موجه به‌شمار آیند، باید آنها را رعایت کنند. منظور از ساختار توجیه، انتزاعی‌ترین و جامع‌ترین الگوی انسجام موجه است و سرانجام مبنای توجیه، عبارت از پیش‌شرط‌های مربوط به عاملی است که در نهایت به‌عنوان علت خصوصیت هنجاری هر توجیهی ارائه می‌شود (Patterson, 2010: 330).

طرفداران برداشت شکلی قانون از یک سو به ویژگی‌های خاص و ذاتی یک قانون تأکید دارند و از سوی دیگر فضیلت‌های اخلاقی و معیارهایی مانند عدالت را جزئی از تئوری قانون و ویژگی‌های ذاتی آن نمی‌دانند. از این منظر میان قانون و حاکمیت برخاسته از آن و دموکراسی ارتباطی مستقیم وجود ندارد. به‌عبارت دیگر، در برداشت شکلی لزوماً دموکراتیک بودن یک نظام سیاسی به معنی تحقق حاکمیت قانون در آن نظام نیست به همین دلیل چه‌بسا حاکمیت قانون در نظامی غیر دموکراتیک به‌مراتب بیش از حاکمیت قانون در نظامی دموکراتیک رعایت شود (Raz, 1977: 198; Coyle, 2002: 275). این بدان دلیل است که در این برداشت بیش از آنکه به محتوا، آرمان و اهداف قانونمندی توجه شود، بر اجرا و تبعیت از آن تأکید می‌شود. اطاعت از قوانین موضوعه و رعایت آنها از جمله پیش‌فرض‌های مهم طرفداران برداشت شکلی است.

## ۲. برداشت آلی (ابزارانگار)

در برابر برداشت استقلال‌ی و غایت‌انگار از قانون، برداشت آلی و ابزارانگار قرار دارد. در این برداشت، قانون موضوعیت نداشته، بلکه طریقت دارد؛ بدین معنا که قانون وسیله و ابزاری در جهت تحقق اهداف و آرمان‌هایی اساسی و بنیادین تلقی می‌شود که در صورت مخالف با آن آرمان‌ها لازم است تغییر کند یا کنار گذاشته شود. رویکرد به قانون در این برداشت رویکردی آلی و براساس هنجارهای پذیرفته‌شده در جامعه است؛ یعنی قانون وسیله‌ای برای تحقق عدالت و دیگر اهداف اسلام است.<sup>۱</sup>

«اساساً اسلام و به‌ویژه خوانش شیعی از آن به قانون نظر آلی دارد. یعنی آن را وسیله تحقق عدالت در جامعه و اصلاح اعتقادی و اخلاقی و تهذیب انسان می‌داند. قانون برای اجرا و برقرار

۱. «لقد أرسلنا رسلنا بالبینات و أنزلنا معهم الكتاب والمیزان ليقوم الناس بالقسط و أنزلنا الحديد فيه بأس شديد و منافع للناس و ليعلم الله من ينصره و رسله بالغیب إن الله قوی عزیز» (حدید: ۲۵).

شدن نظم اجتماعی عادلانه به منظور پرورش انسان مهذب است» (ر.ک: خمینی، ۱۳۷۳: ۶۲). بنابراین در برداشت ابزارانگار از سویی قوانین ریشه در آموزه‌های اخلاقی و احکام الهی دارند، و از سوی دیگر در راستای تحقق اهداف بلندمدت و آرمان‌هایی همچون عدالت و کرامت والای انسانی به کار می‌روند.

در ادبیات نظام حقوقی غرب نیز برداشت ماهوی از قانون از دیدگاهی فراتر از اثبات‌گرایی حقوقی و با ملاحظه دیگر ارزش‌های بنیادین، قانون را تفسیر و تحلیل می‌کنند. در واقع این برداشت از دیدگاه شکلی و ساختاری فراتر رفته، قانون را به رعایت برخی ویژگی‌های ماهوی ملزم می‌سازد. از نظر طرفداران برداشت ماهوی، قانون اهدافی فراتر از صرف برقراری نظم در جامعه ایفا می‌کند. تأکید بر آموزه‌های اخلاقی در این برداشت بسیار شایان توجه است.

در این دیدگاه، نظام حقوقی به مثابه هر می فرض می‌شود که متشکل از هنجارها، ارزش‌ها، اصول، قواعد و قوانین سلسله‌مراتبی است. در این هرم هنجارها و اصول و ارزش‌های رأس هرم، اصول و هنجارهای زیرین را موجه می‌سازند. در واقع هنجارهای اخلاقی نظیر عدالت، آزادی و برابری، ارزش‌های بنیادینی شمرده می‌شوند که سایر اصول و قواعد و قوانین حقوقی در پرتو آنها توجیه می‌شوند. به تعبیر دیگر، تمامی هنجارها و قوانین به هنجار پایه<sup>۱</sup> ختم می‌شود و همان هم مشروعیت هنجارها و قوانین زیرین را تضمین می‌کند. بدین ترتیب در این نظام‌های حقوقی پیوندخورده با اخلاق، اصل حاکمیت قانون منعکس‌کننده ارزش‌های غایی نظام حقوقی است و به همین دلیل باید بر مبنای چنان ارزش‌هایی نیز تفسیر و فهمیده شود.

ویژگی دیگر برداشت ماهوی این است که برخلاف برداشت شکلی که رعایت قانون مصوب مرجع ذیصلاح را برای تحقق حاکمیت قانون کافی می‌دانست، صرف رعایت اصل «قانونیت» و اعمال قانون موضوعه، حتی به نحو برابر و همگانی برای تأمین حاکمیت قانون را کافی نمی‌داند. از این رو دولت علاوه بر اجرای قوانین موضوعه لازم است به اصول، معیارها و شاخص‌های اخلاقی و ارزشی دیگری که اصطلاحاً فراقانونی اند نیز پایبند باشد.

بر همین اساس برخی نویسندگان، دو مفهوم «حاکمیت قانون» و «حاکمیت قانون موضوعه» را از یکدیگر تفکیک کرده‌اند. بدین ترتیب که حاکمیت قانون مستلزم چیزی بیش از حاکمیت قانون موضوعه و دربردارنده اصول و هنجارهای فراقانونی است. دورکین در این زمینه می‌نویسد:

#### 1. Basic Norm

۲. البته باید توجه داشت این نظام سلسله‌مراتبی با نظام سلسله‌مراتبی نظریه حقوقی ناب (The pure theory of law) هانس کلسن و هنجار پایه‌ای او متفاوت است. مهم‌ترین وجه این اختلاف هم ارتباط تنگاتنگ برداشت ماهوی با ارزش‌ها و هنجارهای اخلاقی است. درحالی‌که در نظریه حقوقی ناب حقوق همان‌گونه که اشاره شد کاملاً از اخلاق و هنجارهای اخلاقی و ایدئولوژیک دوری جسسته اساساً موضعی ضد ایدئولوژیک دارد (ر.ک: کلسن، ۱۳۸۷: ۶۱).

«دومین برداشت از حاکمیت قانون را برداشت «حق - محور»<sup>۱</sup> می‌نامم... در این برداشت فرض بر این است که شهروندان از حقوق و تکالیفی با احترام حقوق یکدیگر و از حقوق سیاسی در تقابل دولت، به‌عنوان یک کل، برخوردارند. این برداشت تأکید می‌کند که حقوق اخلاقی و سیاسی مزبور در قانون موضوعه به رسمیت شناخته شده است... حاکمیت قانون در این برداشت، ایده حکومت به‌وسیله برداشت عمومی درست از حقوق فردی است. در این برداشت، برخلاف برداشت کتاب - قانون<sup>۲</sup> نمی‌توان میان حاکمیت قانون و عدالت ماهوی تمایز قائل شد. بلکه برعکس، در این برداشت عدالت ماهوی جزئی از ایده آل قانون است، بدین معنی که قوانین مندرج در کتاب قانون، حق‌های اخلاقی را مورد توجه قرار داده و آن را اعمال می‌کنند» (Dworkin, 1985: 11).

## نتیجه‌گیری

هر نظام حقوقی مبتنی بر مکتب و دستگاه معرفتی حاکم بر خود اولاً دارای مفاهیم کلیدی مشخصی است که مفصل‌بندی درونی نظام را نشان می‌دهند و ثانیاً هر یک از این کلیدواژه‌ها نیز از عناصر سازنده معینی شکل می‌گیرند. در نظام حقوقی اسلام اگرچه با تحلیلی بنیادین کار ویژه قانون - که بر ساخته مکتب و ادبیات مدرن است - را مفهوم و کلیدواژه‌ای به نام «حکم شرعی» بر عهده دارد، اما با فرض قبول ورود این اصطلاح از نظام حقوقی رقیب به نظام حقوقی اسلام نیازمند بازتعریف و بازسازی محتوایی و شکلی است. در تحلیل قانون از این عناصر سازنده به «اتم‌های قانون» تعبیر کردیم. در نظام حقوقی اسلام براساس مبانی معرفتی و بنیان‌های نظری قانون دارای دو اتم سازنده است؛ اتم مفادی - محتوایی به نام «استناد» و اتم شکلی - قالبی به نام «فرایند». قانون در نظام حقوقی اسلام از یک سو باید خود را با احکام اسلام تنظیم و در افق آنها تبیین کند و از سوی دیگر در فرایندی مشخص و از طریق ساختاری معین وضع و جعل شود. متناسب با اتم‌های سازنده قانون، برداشت و رویکرد به قانون شکل می‌گیرد. در نظام حقوقی که اتم محتوایی - مفادی اولویت یابد، رویکرد به قانون معمولاً آلی و ابزارانگار است، اما در نظام حقوقی که به اتم شکلی - ساختاری توجه بیشتری شود، رویکرد استقلال‌ی و غایت‌انگار غلبه می‌یابد. به‌عبارت دیگر، در شکل‌گیری قانون در دوگانه «اراده - مفاد» ترجیح با هر یک از آنها باشد برداشت‌های از قانون نیز متفاوت می‌شود. در نظام حقوقی اسلام مفاد و استناد آن به احکام اسلام هسته سخت قانون است. از این رو قانون اعتبار خود را بیش از آنکه از اراده واضع (مانند پارلمان یا...) به‌دست بیاورد، از مفادی که براساس آن

1. "Rights" conception

۲. دورکین برداشت شکلی از حاکمیت قانون را برداشت کتاب - قانون (Book - rule) می‌نامد.

شکل گرفته به دست می‌آورد. البته این به معنای کم‌اهمیتی اتم شکلی نخواهد بود، زیرا با وجود و ترکیب هر دو اتم گزاره قانونی تشکیل می‌شود.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. قرآن کریم
۲. افلاطون (۱۳۸۰). *دوره آثار افلاطون*، ترجمه محمدحسن لطفی، تهران: خوارزمیبرهان، محمدحسین بن خلف (۱۳۶۱). *برهان قاطع*، تهران: چاپ محمد معین
۳. بستانی، پطرس (۱۹۹۳م). *محیط المحيط، بیروت: مکتبه لبنان ناشرون*.
۴. پارسانیا، حمید (۱۳۹۰). *روش‌شناسی انتقادی حکمت صدرایی*، قم: کتاب فردا
۵. پترسن، دنیس (۱۳۹۵). *مکاتب معاصر فلسفه حقوق*، تهران، ترجمان علوم انسانی
۶. جعفری لنگرودی محمدجعفر (۱۳۷۲). *ترمینولوژی حقوق*، چ ششم، تهران: گنج دانش.
۷. حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۰). *فلسفه حقوق*، در *فلسفه‌های مضاف*، عبدالحسین خسروپناه، ج ۲، چ دوم، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۸. راسخ، محمد (۱۳۸۴). *بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری*، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۹. روسو، ژان ژاک (۱۳۴۱). *قرارداد اجتماعی*، ترجمه غلامحسین زیرک‌زاده، تهران: شرکت سهامی چهر
۱۰. ژیلسون، آتین (۱۳۸۴). *تومیسم، درآمدی بر فلسفه قدیس توماس آکوئینی*، ترجمه سید ضیاءالدین دهشیری، تهران: نشر حکمت
۱۱. سادات اخوی، علی؛ خداشناس، عباس (۱۳۹۴). «شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد و وضعیت حقوق بشر در عربستان»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران*، ش ۴.
۱۲. شجاعی، مالک (۱۳۹۱). *درآمدی فلسفی تاریخی به روشنگری (از کانت تا فوکو)*، چ اول، تهران: نشر علم،
۱۳. صبحی محمسانی (بی‌تا). *فلسفه قانونگذاری در اسلام*، ترجمه اسماعیل گلستانی، تهران: آثار اندیشه
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، چ هفتادوهشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۵. کانت، ایمانوئل (۱۳۹۲)، *دین در محدوده عقل تنها*، ترجمه منوچهر صانعی دره بیدی، چ

- چهارم، تهران: نشر نقش و نگار.
۱۶. کلسن، هانس (۱۳۸۷). نظریه حقوقی ناب، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت.
۱۷. مرکز المیری، احمد (۱۳۸۵). حاکمیت قانون (مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها)، چ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۸. معین، محمد (۱۳۷۶). فرهنگ فارسی، تهران: امیرکبیر.
۱۹. منتسکیو (۱۳۴۹). روح القوانين، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر.
۲۰. موسوی، سید فضل‌الله (۱۳۸۵). چرایی تصویب یک قانون و زمان مناسب آن، مجموعه مقالات همایش یکصدمین سال قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۲۱. نفیسی، علی‌اکبر (۱۳۵۵). فرهنگ نفیسی، تهران: خیام.
۲۲. هابز، توماس (۱۳۸۱). لویاتان، ترجمه حسین بشیریه، چ دوم، تهران: نشر نی.

## ب) مقالات

۲۳. اصلانی، فیروز؛ کاظمینی سید محمدحسین (۱۳۹۰). «مفهوم حاکمیت قانون و برداشت از آن با تأکید بر قانون اساسی ج.ا.ا»، مطالعات انقلاب اسلامی، دوره ۸، ش ۲۶.
۲۴. کانت، ایمانوئل (۱۳۷۰). «روشنگری چیست؟»، ترجمه همایون فولادپور، مجله کلک، ش ۲۲.

## ۲. عربی

۲۵. ابن منظور (۱۴۱۰ق). لسان العرب، بیروت: انتشارات دارالفکر، الطبعة الاولى.
۲۶. ابن قدامه، ابی محمد عبدالله بن احمد بن محمد (۱۴۱۴ق). المغنی، دارالکتب العربی، بیروت.
۲۷. ابی داوود، سلیمان ابن الاشعث السجستانی الازدی (۱۴۱۲ق). سنن ابی داود، بیروت: دارالجلیل.
۲۸. ابی یعلی، الفراء الحنبلی، محمد بن الحسین (بی‌تا). الاحکام السلطانیة، بیروت: دارالفکر.
۲۹. آشتیانی، محمدحسن بن جعفر (۱۴۲۹ق). بحر الفوائد فی شرح الفرائد (طبع جدید)، بیروت: مؤسسه تاریخ العربی.
۳۰. حائری اصفهانی، محمد حسین بن عبد الرحیم (۱۴۰۴ق). الفصول الغرویة فی الاصول الفقهیة، چ اول، تهران: دار احیاء العلوم الاسلامیه.

۳۱. حکیم، سید محمدتقی (۱۴۱۸ق). الاصول العامة للفقہ المقارن، بیروت، المجمع العالمی لأهل البيت
۳۲. خمینی، روح الله (۱۳۷۳). ولایت فقیه، چ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۳. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۵۳). اجود التقريرات، قم، مطبه العرفان، چاپ اول، ج ۲
۳۴. ----- (۱۴۱۷ق). مصباح الاصول، چ پنجم، مقرر: محمد سرور بهسودی، قم: مکتبه الداوری.
۳۵. الزبیدی الحنقی، محمد مرتضی (۱۴۱۴ق)، تاج العروس، تحقیق علی شیری، بیروت، دارالفکر
۳۶. سیستانی، سید علی (۱۴۱۴ق). الرافد علی علم الاصول، چ اول، مقرر: منیر قطیفی، قم: بی تا.
۳۷. شیخ بهایی، محمد بن حسین (۱۳۸۳). زبده الاصول، چ اول، قم: شریعت،
۳۸. صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۷ق). اقتصادنا، تحقیق مکتب الاعلام الاسلامی، الطبعة الاولى، مرکز النشر الاعلام الاسلامی.
۳۹. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). القاموس المحيط، بیروت، مؤسسه الرساله،
۴۰. قشیری النیشابوری، ابی الحسین مسلم بن الحجاج (۱۴۱۹ق). صحیح مسلم، طبعه الاولى، بیروت: دارالفکر.
۴۱. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۱ق). اصول کافی، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۴۲. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق). بحار الانوار، بیروت: مؤسسه الوفاء
۴۳. نراقی، محمد مهدی بن ابی ذر (۱۳۸۸). انیس المجتهدین فی علم الاصول، چ اول، قم: بوستان کتاب.
۴۴. نووی (بی تا). صحیح مسلم بشرح النووی، الطبعة الثالثة، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

### ۳. انگلیسی

#### A) Books

45. Andrew, A. sh worth (1995). *principles of criminal law*, 2ed edn, claredon press, oxford England.
46. Austin, (1832). *the province of jurisprudence determined*, Cambridge University Press
47. Barker, D, Padfield, Colin, (1992). *Law Made Simple, Made Simple*.
48. Coyle, Sean, (2002), Hart, Raz and the Concept of a Legal System, *Law and Philosophy*, Vol. 21.
49. Dennis Michael Patterson ( 2010). *A companion to philosophy of law and legal theory*, Ed. Wiley-Blackwell. Part II: Contemporary Schools and Perspectives

50. Dworkin, r. (1985). A Matter of principle, Harrard university Pressy,
51. Dworkin, r. (1986). Laws Empire. Seriously, Cambridge, MA: Harvaed University press
52. Hart, H.L.A, ,( 1961). The Concept of Law, (Clarendon Press, 2nd end.
53. Kelsen, Hans ,On the Basic Norm in Philosophy Of Law , Brian Bix(ed), Vol.
54. Llewellyn, Karl N. (1951). The Bramble Bush: On Our Law and Its Study, New York
55. Mark Tebbit,( 2005). Philosophy of Law An Introduction, Routledge
56. Marmor, Andrei, (2011). PHILOSOPHY OF LAW, Princeton University Press
57. McLeod, Ian, (2003). Legal Theory, London Metropolitan University, PALGRAVE MACMILLAN, Second Edition
58. Murphy, James Bernard, (2005). The Philosophy of Positive Law( Foundations of Jurisprudence), Yale University Press, New Haven and London
59. Murphy, M. (2006). Natural Law in Jurisprudence and political philosophy, Cambridge, UK: Cambridge, University press
60. Murphy,Mark C, (2006). Philosophy of Law, The Fundamentals, Wiley-Blackwell,
61. Patterson , Dennis Michael, (2010). A companion to philosophy of law and legal theory, Ed.. Wiley-Blackwell,
62. Raz, J. (1979). THE AUTHORITY OF LAW (Essays on Law and Morality).Oxford: Clarendon Press,
63. Raz, j. (1970). The Concept of Legal System. Oxford, Clarendon press,
64. Riley,Stephen,(2013). Legal philosophy, Pearson Education Limited
65. Tremblay, L.B. (1997). The Rule of Law, Justice and Interpretation, London: McGill-Queen's University Press
66. WINTGENS,LUC J,(1999). THE LAW IN PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES, SPRINGER-SCIENCE+BUSINESS MEDIA, B.V

#### **B) Articles**

67. Donnelly, Jack, (1980), "Natural Law and Right in Aquinas' Political Thought", The Western Political Quarterly, vol. 33
68. Holmes, O. W, Jr.( 1897). The path of Law. Harvard Law Review
69. Lovett ,Frank,( 2002). A Positivist Account of the Rule of Law ,Law & Social Inquiry, Vol. 27
70. Lyons, D. (1977). Principles, Positivism and Legal Theory, Yale Law Journal.
71. P. A. Bulloch and Coleman, J.L. (1983). Negative and Positive Positivism., Journal of legalStudies.
72. Raz, J. (1977). The Rule of law and Its virtue, "The law Quarterly Review, April.