**نهاد نو و قالب کهنه/ معمای سنت در نظام حقوقی ایران**

**ویژه، محمد رضا**

هنگامی که از یک نظام حقوقی و مآلانظم حقوقی مترتب‏ بر آن سخن می‏پرود،بی‏درنگ این پرسش پیش می‏آید که‏ آیا نظام حقوقی از ایستایی و ثبات برخوردار است یا آن‏که‏ همراه با اقتضائات عصر دگرگون می‏شود.به بیان دیگر آیا می‏توان بین نظام حقوقی و نظم حقوقی مدرن با نظام حقوقی‏ ونظم حقوقی پیشامدرن و سنتی قائل به تفکیک شد؟آیا نظام حقوق مدرن خود را یکسره از نظام حقوقی سنتی‏ متمایز کرده است؟مطلب حاضر عهده‏دار تبیین این پرسش‏ است و در نهایت به جدال سنت و مدرنیته در نظام حقوقی‏ معاصر ایران می‏پردازد.

«سنت»به خودی خود مفهوم ندارد مگر آن‏که چیستی آن در مقابل امر«مدرن»آشکار شود.به دیگر سخن،مفاهیم سنتی در مقابل مفاهیم مدرن نمود می‏یابند و تعریف آن‏ها وابسته به مدرنیته‏ است.عرصه حقوق نیز جدای از این مقوله نیست و نظام‏های حقوقی‏ نیز همواره در معرض ورود مفاهیم مدرن هستند و مفاهیم موجود نیز نسبت به آن‏ها سنتی قلمداد خواهند شد.در غالب موارد چنین‏ انگاشته می‏شود که سنت ایستا است و مدرنیته پویاست یا به تعبیری‏ دیگر،این مفاهیم مدرن هستند که با ورود خویش به هر نظام(از جمله نظام حقوقی)بدان تحریک و پویایی می‏بخشند و مفاهیم سنتی‏ موجود در آن نظام،ایستایی آن را به دنبال دارند.در صورتی که با اندکی تعمق به نظر مرسد که این قاعده چندان هم که می‏نماید، مطلق نیست.بسیاری از مفاهیم مدرن نه تنها پویایی نظام مقصد را به دنبال ندارند بلکه گاه به سبب ناهماهنگی با آن،اخلال در کارکردهای نظام را موجب می‏شوند و بسیاری از مفاهیم سنتی‏ نیز شاید کارکردهای پویای نظام را به دنبال داشته باشند.گاه نیز مفاهیم سنتی و مدرن با یکدیگر خلط می‏شوند و به خطا آنچه سنت‏ محض است،مدرن تلقی می‏شود.نمونه‏های آن را در موضوع مورد بحث فراوان می‏توان یافت.به‏نظر می‏رسد صفاتی مانند«سنتی»و «مدرن»بسیار نسبی‏اند و اتصاف مفاهیم به آن‏ها به بستر حقوقی که‏ در آن مستقر هستند،بستگی کامل می‏یابد.بنابراین در گام نخست‏ باید بدانیم مراد از نظام حقوقی چیست؟

نظام حقوقی بسان محور تمامی هنجارهای حقوقی

نظام حقوقی‏1چیست؟نظام حقوقی مجموعه‏ای از عناصر گوناگون است که با نظم و تعامل درونی برای نظم حقوقی‏2موضوعه‏ به مثابه ابزارهایی برای انسجام و کارکرد آن عمل می‏نمایند.3باید توجه داشت که تمایز بین نظام حقوقی و نظم حقوقی بسیار مهم‏ است و نباید این دو مقوله را باهم خلط کرد.نظم حقوقی که وجه بارز آن در هر جامعه نظم عمومی است،علت غایی نظام حقوقی به‏شمار می‏رود که کارکرد اساسی نظام حقوق نیز برای تحقق هرچه فزونتر آن تعریف شده است.درواقع نظام حقوقی از هنجارهایی تشکیل‏ یافته است که این هنجارها قواعد رفتاری‏4نظام و نتیجه قهری آن‏ یعنی نظم حقوقی را تعریف می‏کنند.بنابراین هنجارهای حقوقی، بسان هنجارهای اجتماعی،بدنه این نظام را تشکیل می‏دهند که‏ آشنایی با کارکرد آن‏ها بسیاری از مشکلات تبیین نظام حقوقی را برطرف می‏سازد.منشاء این هنجارها ارزش‏های اجتماعی هستند که‏ به فراخور نیازها و شرایط زمانی و مکانی هر جامعه شکل می‏گیرند.

انسجام این هنجارها از دو منظر نیازمند تامل است:انسجام مکانی، بدین معنا که هنجارها در نظامی که در آن واقع هستند باید کاملا وابسته به یکدیگر باشند و خلایی بین آن‏ها وجود نداشته باشد. انسجام زمانی دومین جنبه در این مقوله است بدین معنا که بین‏ هنجار پیشین و هنجار جدید نباید از نظر زمانی خلایی وجود داشته باشد.درواقع،این جنبه است که در بحث‏ ما اهمیت می‏یابد؛بدین معنا که وجود خلاء زمانی بین هنجارهای‏ پیشین(یا سنتی)و جدید(یا مدرن)امری بدیهی است،پس انسجام‏ مکانی در نظام حقوقی می‏تواند این خلاء را ازمیان بردارد.

کارکرد سنت در نظام حقوقی

پرسش بنیادین در این مقوله آن است که سنت حقوقی چیست؟ این سنت در چه هنگام در برابر مدرنیته معنا می‏یابد؟به دیگر سخن،کدام سنت در برابر مدرنیته قرار می‏گیرد و بسان مانعی برای‏ آن محسوب می‏شود؟همانگونه که ذکر آن رفت،در تحلیل سنت، نخست باید به مدرنیته پرداخت،چه در برخورد با مدرنیته است‏ که سنت مفهوم می‏یابد.مدرنیته در پیدایش و تکامل خویش،دو گفتمان اساسی را به دنبال داشت؛گفتمان آزادی و گفتمان نظم. برترین جلوه این نظم،نظم حقوقی است که نظام حقوقی آفریننده‏ و مقوم آن است.البته این نظم به صورت غایت قواعد سنتی نیز به‏ چشم می‏خورد اما تفاوت این است که نظم به صورت گفتمان وجود ندارد و افزون بر آن نظم موردنظر هنجارهای سنتی نظم معطوف به‏ قدرت است.گفتمان آزادی اما در قواعد سنتی حقوقی یا به چشم‏ نمی‏خورد یا بسیار کمرنگ است.نتیجه کلی که می‏توان از فقدان این‏ دو گفتمان در هنجارهای سنتی گرفت فقدان گفتمان منسجم در این هنجارها است.

در قلمروی حقوق،گسست از سنتها،معنایی مشخص دارد:جدایی‏ از قوانینی که براساس زندگی هر روزه تعیین و تدقیق نشده باشند و سرچشمه آن‏ها غیر از اینگونه امور است.اصل توجیه‏کننده تدوین‏ قوانین مدرن،باور به کارکرد خرد انسانی است.این اصل احتمال‏ خطا در فعالیت اجتماعی انسانی را نفی نمی‏کند،اما براساس این‏ باور بنا شده است که سرانجام افراد با تکیه بر نیروی عقل جمعی خود خواهند توانست راه درست را بیابند.قبول مرکزیت عقل انسانی در بحث از مدرنیته بسیار مهم است.5می‏دانیم که در مدرنیته این‏ عقل ابزاری است که موجب گسست از سنت می‏شود.

عقل ابزاری با شناخت نیازهای اجتماعی و ملموس هر جامعه‏ (به فراخور ضرورت‏های زندگی اجتمای)مفاهیم مدرن را به نظام‏ حقوقی وارد می‏کند.به عبارت دیگر،گسست از سنت در نظام حقوقی براساس نظریه نوینی از شناخت بنا می‏شود که عقل ابزاری‏ عامل آن است‏6.

روابط بین سنت و مدرنیته حقوقی روابط دیالکتیکی است و نمی‏توان این بحث را به صورت دو قطبی مرح کرد.باید در برابر ستن دید دیگری داشت و بخشی از سنت‏ها را به عنوان ریشه‏های‏ یک نظام شناخت و نگاه داشت،ولی این بدان معنی نیست که هر سنتی باید حفظ شود.اگر جنبه انتقالی هنجارهای سنتی مدنظر قرار گیرد می‏توان بدین نتیجه دست یافت که سنت حضور گذشته‏ در حال است و این استمرار زندگی اجتماعی است که به هنجارهای‏ سنتی معنی می‏دهد.درواقع هنجارهای سنتی قالب‏هایی هستند که در اثر تحولات اجتماعی به گذشته تعلق دارند و باید با نهادهای‏ نوین تعامل یابند.مشکل زمانی پدید می‏یابد که ما هر نهاد جدیدی‏ را در همان وضعیت پیشین قرار می‏دهیم و بر این اعتقاد هستیم که‏ بهترین قالب برای نهاد همان قالب پیشین است.7این قالب پیشین‏ نیز برمبنای عقل مدرن نیست که نهاد جدید را تعریف می‏کند و همین امر عدم هماهنگی نهاد با قالب خویش را به دنبال می‏آورد.به‏ نظر می‏رسد که راه مناسب،تعریف روابط دیالکتیکی بین نهاد نوین و قالب پیشین باشد.

آیا سنت عامل تصلب نظام حقوقی است؟

بحث مهم دیگر در مورد تصلب سنت است.باید دریافت که آیا تصلب ویژگی ذاتی سنت است یا خیر؟در عین‏حال میزان این‏ تصلب در سنت حقوقی تا چه میزان است؟پرسش دیگر آن است‏ که نسبت سنت با نسبیت چیست؟ایا مفاهیم مدرن فقط نسبی‏ هستند یا نسبیت در سنت نیز راه می‏یابد؟8به نظر می‏رسد که‏ تصلی در ذات سنت نباشد،زیرا بسیاری از مفاهیم سنتی هستند که فقط قالب را ارائه می‏کنند و این قالب باتوجه به شرایط زمانی‏ و مکانی دگرگون می‏شود.بنابراین در مفاهیم سنتی نیز می‏توان‏ سنت شکلی را از سنت ماهوی تفکیک کرد.بی‏گمان مفهوم شکلی‏ سنت ازانعطاف‏پذیری فزونتری برخوردار است و نمی‏توان آن را متصف به«تصلب»کرد.همین انعطاف‏پذیری نسبیت را نیز به‏ دنبال خواهد داشت.

در موضوع مورد بحث ما پرسش اساسی این است که رابطه سنت‏ با مدرنیزاسیون در گستره حقوقی چیست؟آیامدرنیزاسیون به‏ تضعیف سنت حقوقی می‏انجامد؟از آن‏جا که مدرنیزاسیون ماهیت‏ فرآیند را دارا است،نمی‏توان تضعیف سنت ماهوی در حقوق را از آن نتیجه گرفت،چراکه دو مقوله جداگانه را شامل می‏شوند.به‏نظر می‏رسد که مدرنیزاسیون درون‏زا بهتر می‏تواند به روند تلفیق سنت‏ و مدرنیته در نظام حقوقی یاری رساند،زیرا با توجه به ماهیت خود، شرایط استقرار مفاهیم مدرن را در نظام حقوقی نیز در نظر می‏گیرد و همین امر امکان ایجاد فضای مناسب برای تلفیق سنتی و مدرن در این عرصه را فراهم می‏آورد.اما پرسشی که مطرح می‏شود این است‏ که آیا امکان همگامی مدرنیته و مدرنیزاسیون همگام با یکدیگر در جوامع دیگر به غرب وجود دارد؟

نکته بسیار مهمی که در مدرنیزاسیون حقوقی در غرب باید بدان‏ توجه داشت این است که برخلاف معنای مرسوم مبنی بر متروک‏ ماندن میراث گذشته در غرب،این میراث به کنار نهاده نشد،بلکه از بسیاری مفاهیم دارای ریشه الهی استفاده شد و در ابتدا این مفاهیم‏ عرفی شدند.9در واقع بسیاری از مفاهیم موجود در نظریه مدرن‏ حکومت از مفاهیم الهی وام گرفته شدند و پس از عرفی کردن آن‏ها مورد استفاده قرار گرفتند.برای مثال مفهوم حاکمیت کاملا برگرفته‏ از نظریه حاکمیت الهی در قرون وسطی است،ولی این مفهوم از طریق عرفی شدن به ععنوان مبنای مردم قرار گرفت و در نظریه مدرن‏ حکومت نزی از آن استفاده شد.درواقع،مدرنیته حقوقی از دل سنت‏ حقوقی قرون وسطا بیرون آمد و از این‏روی امروز بسیاری از نهادهای‏ حقوقی غرب ریشه لاتین دارند.

رویارویی سنت و مدرنیته در نظام حقوقی ایران

پیش از مشروطیت،اندیشمندان ما بدین فکر افتاده بودند که نیاز به مشروطیت و قانون وجود دارد و زمینه فکری آن نیز تا حدی فراهم‏ شده بود.قانون نهادی بدیع در عرصه حقوقی ما بود که پیش از این با آن آشنا نبودیم.فارغ از هنجارهای حقوقی،آموزه‏های اسلامی در قاموس آموزه‏های سنتی و فقهی ما با پیشینه طولانی وجود داشتند. در سال 1285 مشروطه خواهان لیبرال و دموکرات درون مجلس که‏ در تدوین قانون انتخابات و قانون اساسی به غرب نظر داشتند امیدوار بودند که منشور حقوقی مشابهی را نیز به تصویب برسانند.به عبارت‏ دیگر بر آن بودند تا مفاهیم مدرن را به نظام حقوقی تازه تاسیس‏ تزریق کنند.اما جای تاسف دارد که به جای تلفیق آموزه‏های مدرن‏ و سنتی،آموزه‏های سنتی را یکسره به کنار نهادند.حتی مخالفان‏ مشروطه و اصول متمم قانون اساسی در باب حقوق و آزادی‏ها نیز به جای تلاش در تلفیق یکسره به انکار آموزه‏های مدرن پرداختند. چیزی که در نظام حقوقی ایران نمود بیشتری یافته است تجدد یا مدرنیزاسیون است،بدین معنا که بیشتر موارد شکلی بودند که‏ مشمول دگرگونی شدند و سنتی هم در برابر آن‏ها وجود نداشت. البته به این نکته نیز باید توجه کرد که تجدد یا مدرنیزاسیون حقوقی‏ ما نیز برون‏زا است،بدین معنا که پس از جنبش مشروطیت کوشش‏ شده است تا مدرنیته حقوقی از غرب به کشور ما انتقال یابد و ما شاهد تجدد یا مدرنیزاسیون درون‏زا در کشورمانم نبوده‏ایم.

اقتباس نادرست مفاهیم مدرن و تزریق آن‏ها به نظام حقوقی نوپای‏ ایران و تعامل ناهنجار این مفاهیم با آموزه‏های سنتی در چارچوب‏ این نظام،مشکلات بسیاری را به دنبال آورد که تاکنون نیز گریبانگیر ما بوده است.این مشکلات را می‏توان کاوید و از یکدیگر تفکیک کرد که تحلیل آن‏ها نیز فرصتی دیگر می‏طلبد؛اما به اجمال باید گفت که‏ نظام حقوقی نوپای کشورمان از بدو پیدایش از مشکلی ساختار رنج‏ می‏برد و آن فقدان فلسفه حاکم بر نظام حقوقی بود که عدم انسجام‏ هنجارهای شکلی و ماهوی درون آن را در پی داشت.

برای ترسیم این عدم انسجام ابتدا باید دریافت که گسست نظام‏ حقوقی ما از سنت در چه زمانی پدید آمد؟به دیگر سخن،در چه‏ زمانی مفاهیم دیگر حقوقی به منابع سنتی آن وارد نظام حقوقی‏ ما شدند؟

پاسخ می‏تواند این باشد که پیش از ورود مفاهیم مدرن حقوقی و قرار گرفتن آن‏ها در درون نظام نوین حقوقی،به واقع در ایران نظام‏ حقوقی وجود نداشت.به دیگر سخن،در اوان جنبش مشروطیت‏ حتی نشانه‏های نخستین نظام حقوقی نیز دیده نمی‏شد.بنابراین‏ می‏توان نتیجه گرفت که ما فاقد سنت حقوقی به مفهوم واقعی کلمه‏ بودیم.در واقع چون نظام حقوقی وجود نداشت کشور ما فاقد نظم‏ حقوقی سنتی نیز بود.در این‏جا باید بر نکته مهمی تاکید شود و آن‏ این‏که سنت در نظام حقوقی با آموزه‏های حقوقی سنتی دو مقوله‏ دیرینه‏ای،به‏ویژه در گستره حقوق خصوصی و کیفری،برخوردار است ولی باید یادآوری کرد که آموزه‏های حقوقی تا آن زمان که‏ وارد نظام حقوقی نشده‏اند صورت هنجار به خود نمی‏گیرند و از این‏ روی هنجار سنتی نیز به‏شمار نمی‏روند.با آنچه گفته شد می‏توان‏ به سهولت دریافت که در نظام حقوقی،ما شاهد گسست نیستیم‏ ولی در مقوله آموزه‏ها،یا به عبارت بهتر،آموزه‏های ماهوی سنتی‏ دچار گسست شدیم و این گسست با متروک شدن نسبی آموزه‏های‏ سنتی عمق فزونتری یافت.

از آن‏جا که نظام حقوق سنتی در ایران در بدو ورود مفاهیم‏ مدرن وجودنداشته است،باید از رویارویی آموزه‏های سنتی با مفاهیم مدرن سخن گفت و راهکارهای تلفیق این دو را کاوید. فقدان نظام حقوقی در ایران چالش را کمرنگ کرد؛زیرا هنجارهای سنتی که در درون نظام حقوقی جای گرفته باشند اساسا از ضریب مقاومت فزون‏تری در برابر مفاهیم مدرن برخوردار هستند تا آموزه‏هایی که خود نیز در آستانه ورود به نظام حقوقی‏ هستند.تجربه ثابت کرده است که تلفیق سنت و مدرنیته در مواردی که مدرنیزاسیون درون‏زا مدنظر بوده،بهتر جواب داده‏ است.اما پرسش این است که آیا تحقق مدرنیزاسیون درون‏زا یا مدرنیزاسیون مداوم امکان‏پذیر است؟به‏نظر می‏رسد که در شکل‏ کلی تحقق مدرنیزاسیون درون‏زا در تمامی ابعاد آن امری بسیار دشوار باشد ولی به یقین می‏تون در کنار مدرنیزاسیون برون‏زا یا شکلی،نوعی مدرنیزاسیون درون‏زا را به بهره‏گیری از آموزه‏های‏ سنتی نیز به موازات آن پیش برد.برای مثال،کلیات قانون مجازات‏ اسلامی در سال 1370 و بخش پایانی این قانون(تعزیرات)در سال 1375 نمونه‏هایی از این مدرنیته درون‏زا هستند.در کنار این نوع از مدرنیزاسیون،برون‏زا یا گسست نیز مطرح می‏شود که‏ کاملا با سنت تفکیک و از آن جدا می‏شود.قوانین مالی،مالیاتی‏ و تجاری از این دست مصادیق مدرنیته برون‏زا یا گسست هستند. شاید یک نمونه موفق مدرنیزاسیون برون‏زا در تاریخ حقوق ایران‏ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال 1290 باشد.در تصویب‏ این قانون می‏بینیم که مرحوم سید حسن مدرس با هوشمندی‏ تعارضی را در آن با قواعد شرعی نمی‏یابد و وجود آن مقررات‏ را برای بقای جامعه ایران و استقرار اصل قانون مداری ضروری‏ می‏یابد.آیین دادرسی مدنی نیز نمونه‏ای دیگر از مدرنیزاسیون‏ برون‏زا در حوزه هنجارهای شکلی است.

اما باید خاطرنشان شود در مدرنیزاسیون درورن‏زا که باید به موازات‏ نوع دیگر پیش رود،نظام حقوقی ما از شتاب کافی برخوردار نبوده‏ است و در برهه‏ای که طولانی نیز می‏نماید(از نیمه دهه 20 تا انقلاب‏ اسلامی)به کلی کنار نهاده شد.نمونه نادر این نوع مدرنیزاسیون که‏ تلفیق مفاهیم مدرن با آموزه‏های سنتی و فقهی را در نظام حقوقی‏ به دنبال داشت،در قانون مدنی دیده می‏شود که به نظر می‏رسد کامل‏ترین نمونه در این زمینه باشد.در این قانون،آموزه‏های سنتی‏ و فقهی با روش‏های گوناگون با آموزه‏های مدرن پیوند خوردند که‏ بیشتر منبعث از نظام حقوقی فرانسه بودند.اما حتی در این نمونه‏ کامل حوزه حکمفرمایی آموزه‏های فقهی مانند هنجارهای مربوط به حقوق خانواده،عقود یا ارث کاملا از حوزه آموزه‏های مدرن مانند تعهدات،قابل تشخیص است.هرچند که در بخش تعهدات،تلفیق‏ نسبی آموزه‏های فقهی و مدرن در خور تقدیر است،در گستره کیفری‏ آموزه‏های فقهی یکسره به کنار نهاده شد و در دیگر حوزه‏ها،مانند حقوق بازرگانی و بیمه نیز سنت حقوقی وجود نداشت تا در برابر مفاهیم مدرن قرار گیرد.

پس از انقلاب اسلامی و غلبه گفتمان بازگشت به سنت،آموزه‏های‏ فقهی پس از سال‏ها غربت،دوبار قد برافراشتند و البته این‏بار نظام‏ حقوقی هم وجود داشت و هنجارهای سنتی نیز عامل بازدارنده بودند. هنجارهای شکلی موجود در قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری و نیز هنجارهای ماهوی موجود در قوانین مدنی و جزای عمومی به‏ صورت سنت در حقوق ما جلوه یافته بودند.

نظام حقوقی نوین پس از انقلاب برمبنای قانون اساسی بنا شد که‏ آموزه‏های فقهی در آن بیش از تلفیق یا تعامل با آموزه‏های مدرن،به‏ صورت محدودیت برای آن‏ها درآمده بودند.گرچه پس از گذشت‏ چند سال با راهیابی آموزه‏های سنتی مترقی چون«مصلحت»در قانون اساسی این چارچوب کلی تا حد زیادی کمرنگ شد؛اما بدنه‏ نظم حقوقی پیش از انقلاب،فارغ از موارد جزیی،دست نخورده باقی‏ اماند و البته هنجارهای کیفری به‏گونه‏ای کامل تغییر یافتند و این‏ مفاهیم کیفری اسلامی بودند که به صورت هنجارهای نوین در نظام‏ حقوقی جای گرفتند.

باید به نکته‏ای در کل نظام اندیشه در ایران توجه کرد که به نظام‏ حقوقی نیز تسری می‏یابد:در گستره اندیشه در اروپا تفوق مدرنیته بر سنت از تعامل چند صد ساله سنت‏گرایان و طرفداران مدرنیته ناشی‏ گردید.در عرصه حقوق ایران کمتر فرصتی برای تعامل مستقیم‏ و سازنده بین سنت و مدرنیته حقوقی پدید آمد؛زیرا در این نظام‏ حقوقی همواره به دلایل گوناگون گروهی از هنجارها بر گروهی‏ دیگر ترجیح داده شده‏اند و معدود فرصت‏ها برای پیوند بین سنت‏ و مدرنیته نیز مبتنی بر شناختی فلسفی نبوده است.در بهترین‏ حالت یعنی قانون مدنی و بخش‏های کلیت و تعزیرات قانون مجازات‏ اسلامی ما درواقع به نوعی تلفیق میان دو گروه از آموزه‏ها دست‏ یازیده‏ایم و نه ایجاد فضای لازم برای تعامل بین آن‏ها10.

به‏نظر می‏رسد که«مصلحت»عامل محرک کلیدی در نظام‏ حقوقی ما به‏شمار می‏رود .عاملی که می‏تواند بسیاری از هنجارهای‏ سنتی را از تصلب احتمالی دور نگاه دارد و به آن‏ها پویایی ببخشد. «مصلحت»البته در فقه شیعه سابقه‏ای بس طولانی دارد.«مصالح‏ مرسله»در فقه اهل سنت به همین سیاق پیشینه‏ای تاریخی دارد و به معنای تشریح حکم بر حوادث واقعه و نو پدید برمبنای تشخیص‏ و مصلحت‏اندیشی در مواردی است که تحت عنوان کلی یا جزیی‏ درباره آن واقعه نصی وارد نشده باشد11رویکردهای شافعی و حنفی کوشیده‏اند که میان مصلحت و قیاس مبنای مشترکی برقرار کنند که علتی شناسایی‏پذیر دارد12.ولی کاربرد«مصلحت»در نظام حقوقی و در راستای جهت‏دهی و پویایی هنجارهای موجود در این نظام عاملی است که فاقد پیشینه‏ای تاریخی بوده و در دگرگونی قالب سنتی هنجارها سنتی نمی‏گنجد؛چراکه این قلمرو را درنوردیده وعنصر زمان و مکان در آن نقش بنیادین دارد.افزون‏ بر آن باید دید که آیا مفهوم امروزین«مصلحت»با تلقی سنتی آن‏ یکسان است یا خیر؟از سوی دیگر گنجاندن این نهاد در مدرنیته‏ حقوقی نیز خطاست،چه باوجود اتکای بر تحولات زمان و مکان از سایر ویژگی‏های مدرنیته حقوقی عاری است.بنابراین به نظر می‏رسد که این نهاد را بتوان در گروه چارچوب دوران گذار از سنت به مدرنیته‏ حقوقی طبقه‏بندی کرد

پانوشت

(1)- Systeme juridique-Legal system

(2)- Ordre pubic-Oublic order

(3)- ORIANNE(O.),Introduction au systeme juridique, Bruxelles,Bruylant,1982,pp,31,128.

(4)- Regle de conduite

(5)-احمدی(بابک)،همان،ص 14.

(6)- COUTU(M),Max Weber et les rationalites du droit, Oaris/Que?bec,L.G.D.J./Les Oresses de I'Ubiversite? Laval, 1995,p.27.

(7)- LUBAN(D),Legal Modermism,The University of Michigan Oress,1994,p.94.

(8)- OOOETIT(B),Droit et modermite?,Oaris,O.U.F.,1998> 1998,p.57.

(9)-باربیه(موریس)،مدرنیته سیاسی،ترجمه‏ی عبد الوهاب احمدی،تهران، آگه،1383،ص.159.

(10)-بهنام(جمشید)و جهانبگلو(رامین)،منبع پیشین،ص.16.

(11)-حاجی‏پور(نصرت اللّه)،تطبیق قوانین با شرع در نظام قانونگذاری ایران، تهران،مرکز اسناد انقلاب اسلامی،1383،صص.204-203.

(12)-وطی(محمد سعید رمضان)،مصلحت و شریعت،ترجمه‏ی اصغر افتخاری، تهران،گام نو،1384،ص.149.