

اندیشه «قانون» در بنیاد نظری دموکراسی و جمهوری اسلامی

نوربخش ریاحی^۱

چکیده

قانون، از مهمترین ارزشهای بنیادین درهرکشوری محسوب است. ارزش قانون به دیدگاه حاکمان و فرهنگ، تمدن، اخلاق و آداب و رسوم حاکم بر مردم آن کشور وابسته است. قانون دارای معنا، مبنا، اوصاف، منابع و به دنبال اهداف خاص و از قبل پیش بینی شده است و همین خصوصیات و ویژگی ها قانون را از سایر قواعد اجتماعی و عناوین مشابه خود، ممتاز و متمایز می سازد. در نوشتار حاضر، این ماهیت، مبانی، خصوصیات و عناوین در دو نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران و دموکراسی به بحث و تطبیق گذارده می شود و این نتیجه به دست می آید که مساله قانون و اهداف آن در دو نظام مذکور بر بنیاد نظری متفاوتی استوار است. اگرچه بنیاد و هدف قانون در اندیشه دموکراسی خالی از تقیصه نیست ولی در جمهوری اسلامی ضرورت باز اندیشی در رابطه با بسیاری از پارامترهای قانون امری آشکار به نظر می رسد.

واژگان کلیدی

قانون، دموکراسی، جمهوری اسلامی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

^۱ دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد شیراز

مقدمه

ارزشها، نمودارپایه های تمدن یک قوم است و جامعه را از گزند حادثه ها مصون می دارد. ارزشها ثابت نیستند ولی پاره ای با سرشت آدمی ملایم است مانند آزادی و عدالت. هدف تمام ارزشها، سعادت انسان است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۳۷ و ۳۶۸-۳۶۹).

بی شک، قانون (موضوعه) از مهمترین ارزشهای بنیادین یک جامعه بوده و «در هر حکومت مدعی سعادت انسان باید به قانون بعنوان یکی از مسایل بنیادین پرداخته شود زیرا چارچوب حرکت جامعه را به سوی اهداف خود تعیین می کند (جعفرقلی خانی، ۱۳۹۱: ۲۲۳).

از طرفی قانون تنها هنجار بنیادین نیست (ادیب، ۱۳۹۱: ۴۲، ۱۵) بلکه اخلاق، عرف، مذهب و سایر قواعد اجتماعی بعنوان دیگر اندامهای درختواره حقوق مطرح می باشند ولی همچنان این قانون است که پیکره اصلی این درخت را تشکیل می دهد. بطوریکه «اکنون می توان ادعا کرد تقریباً در تمامی نظامهای حقوقی جهان منبع اصلی حقوق، قانون موضوعه است» (راسخ، ۱۳۸۴: ۲).

تقدم قانون بر سایر منابع حقوق ارمان دموکراسی عصر ما و لازمه حکومت اراده ملی بر زندگی اجتماعی است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵۴) اما بنابر تحلیل منتسکیو، یک دسته از قوانین دستورات خداوند است برای تنظیم روابط انسان با خدا. چه انسان بعنوان یک موجود آزاد ممکن است هر لحظه آفریدگار خود را فراموش کند. دسته دیگر به رابطه انسان با خود مربوط می شود. انسان ممکن است هر لحظه خودش را هم فراموش کند. دسته آخر قوانین به روابط انسان با جامعه بر می گردد و ممکن است هموعان خود را از یاد ببرد. منتسکیو نتیجه می گیرد که هر کدام از روابط مذکور باید با قوانین مربوط به خود حل و فصل گردند و در امریکه دیگر

مداخله نکنند (راسخ، ۱۳۸۴: ۴۹-۵۰). علیهذا درک قانون از هنجارهای مشابه خود ضرورتی آشکارمی نماید.

در این راستا مقاله حاضرکاوشی پیرامون چیستی و چرایی قانون، دربنیاد نظری اسلام (جمهوری اسلامی) و دموکراسی دارد و این پرسش را مطرح می سازدکه اصولا فهم، کاربرد و هدف دو نظام سیاسی مزبور از قانون بعنوان یک هنجار بنیادین چیست؟.

از منظر دموکراسی، مهم ترین فلسفه قانون، کنترل قدرت فرمانروایان از مجرای نظام قانونگذاری است، درحالیکه اندیشه جمهوری اسلامی، اساسا معطوف به انطباق رفتار مکلفان با ارزش هایی نظیر عدالت، اخلاق و مذهب است.

فرضیه این است که با وجود برخی تشابهات، از حیث ماهیت و معانی، مبانی، منابع و مقاصد قانون، دموکراسی و جمهوری اسلامی، از بنیاد نظری متفاوتی برخوردارند. در نتیجه آن، جایگاه قانون، نظم قانونی و حتی نظام قانونگذاری علیحده ای می طلبد.

در جمهوری اسلامی درجستارهای حقوقی، به ماهیت قانون و کاستی آن کمتر توجه شده است که پژوهش حاضر با نگرشی تحلیلی- اسنادی و مقایسه ای، زمینه ساز این بحث نیز خواهد بود و مطلب را در چهارگفتار شامل؛ معانی، اوصاف، مبانی و منابع و مفاهیم شبه قانون به اختصار شرح می دهد.

گفتار ۱: معانی قانون

در نظام دموکراتیک، قانون ابزاری برای انعکاس اراده مردم (دبیرنیا، ۱۳۹۵: ۱۱۳) در شکل و محتوایی مشخص است. «پیریزی کیفیت قانون را به محتوایی و شکلی تقسیم می کند. منظور از کیفیت محتوایی، تشخیص درست مسئله و تحقیق در خصوص واکنش درست در مقابل آن است، به طوری که نتیجه دلخواه به دست آید. منظور از کیفیت شکلی، انتخاب قالب مناسب تقنینی و به کاربردن زبان قابل فهم و روشن برای مجریان و به طور کلی، مخاطبان قانون است (وکیلان، مرکز مالگیری، ۱۳۹۵: ۴۸). در واقع نتیجه بررسی چیستی قانون بیان ویژگیهای آن (راسخ، ۱۳۸۴: ۲۷) نیز هست که ذیلا بررسی می شوند.

۱. معنای شکلی

گرچه در وهله اول، قواعد شکلی فاقد اهمیت بنیادین جلوه می‌کنند اما چنانکه والدرون توضیح می‌دهد، تشریفات تقنینی که به‌ظاهر شکلی است می‌تواند تأمین‌کننده ارزش‌های بنیادین دموکراسی باشد (وکیلان، مرکز مالگیری، ۱۳۹۵: ۴۵). قانون مستثنی از این قاعده نیست. بطور مثال می‌نویسند: «فقط مصوبات مجلس و نتایج همه‌پرسی قانون است» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۲۴). قانون دستورکلی و گاهی جزئی است که بوسیله مرجع صالح انشاء شده و بوسیله مجالس قانونگذاری تصویب و به توشیح مرجع صلاحیتدار می‌رسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۵۱۷). این تعاریف، بر قواعد و معنای شکلی قانون استواراند و راجع به ماهیت آن چیزی نمی‌گویند. بسندگی به تعریف صرفاً شکلی از قانون، این دو برداشت مغایر را بدنبال دارد: « مجریه درموردی که قانونی وجود ندارد می‌تواند راساً به وضع قانون پردازد» (طباطبایی موتمنی، ۱۳۸۴: ۲۸۷-۲۹۱). مقننه می‌تواند آیین‌نامه وضع کند (ابوالحمد، ۱۳۶۰: ۲۳). هر دو برداشت، مغایر با یکی دیگر از ارزشهای بنیادین دموکراسی یعنی اصل تفکیک قواست. نتیجه اینکه؛ در دموکراسی تنها، آن شکلی از مرجع صالحه و واضع قانون مدنظر است که اولاً محل ظهور اراده عموم باشد ثانیاً ارتباط وثیقی میان این اراده عام و آن مرجع صالح برقرار سازد. به بیانی بهتر، تعریف صرفاً شکلی از قانون بدون پرداختن به ماهیت آن، ناکارآمد است.

در جمهوری اسلامی، برابر اصل ۵۸ قانون اساسی، اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است. طبق اصل ۷۲ تشخیص عدم مغایرت قوانین با قانون (اساسی) و شرع در صلاحیت شورای نگهبان منتخب مجلس شورای اسلامی و رهبری است. مطابق اصول ۱۷۶ و ۱۱۲ به منظور تأمین منافع و حاکمیت ملی شورای عالی امنیت ملی و مجمع تشخیص مصلحت نظام تشکیل و مصوبات آنها پس از تصویب به تأیید مقام رهبری خواهد رسید. بموجب اصل ۵۷ و بند ۳ اصل ۱۱۰ ولایت مطلقه و فرامین حکومتی مختص رهبری است. همه این اصول به مفهوم شکلی قانون نظر دارند. بنابراین می‌توان از حیث شکلی قانون را به اقسام زیر تجزیه نمود:

قوانین شکلی متغیر (عرفی): مقرراتی است که بوسیله یک مرجع قانونگذار عرفی انشاء و تصویب می‌شود.

قوانین شکلی ثابت (شرعی): دستورات کلی یا جزئی است که عمدتاً از دو منبع وحیانی یعنی قرآن کریم و سنت اقتباس می شود ولی مرجعی رسمی، مسئولیت تشخیص و تصویب آن را برعهده ندارد بلکه فقهای شورای نگهبان به شکل موردی و نظارت پسینی در مقام عدم مغایرت و گاهی در مقام تطبیق عمل می کنند.

قوانین شکلی فرعی (حکمی): مرکب از شرع و عرف است. ولی فقیه مستقیماً و بدون تشریفات رسمی از طریق حکم حکومتی (مثل فرمان بازنگری قانون اساسی) یا مع الواسطه از مرجعی رسمی (نظیر مجمع تشخیص مصلحت نظام) وضع می نماید.

یکی از مشکلاتی که نظم مبتنی بر قانون را در کشور ما به چالش می کشاند، تعدد نهادهای واضع قانون است؛ شورای عالی امنیت ملی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، فرامین رهبری در قالب احکام حکومتی و... به کثرت نهادهای قانونگذاری دامن زده است (نوذری، شیخ الاسلامی، ۱۳۹۵: ۱). اما به نظر می رسد این مشکلات بیشتر به عدم مرز بندی صحیح در زمینه وضع قانون مربوط می شود چرا که اساساً قوانین در جمهوری اسلامی از سرشت و سرمنشاء واحدی برخوردار نیستند که بحث آن خواهد آمد.

۲. معنای ماهوی

معنائاً تعریف بی نقصی از قانون نشده است بلکه «بمعنی اعم کلمه شامل کلیه مقررات موضوعه ای است که بر جامعه معین در زمان معین حکومت می کند و به این لحاظ کلیه مصوبات لازم الاجرای صادره از مراجع تقنینی و اجرائی را در بر می گیرد» (ابوالحمد، ۱۳۴۹: ۴۵). این مفهوم عام شامل دو جزء است. اول، قواعد لازم الاجرائی که مستقیماً از قوه مقننه (اعم از موسس و عادی) ناشی می شوند و دوم، مقرراتی که بتصویب قوه مجریه می رسند و بصورت تصویبنامه، آئین نامه یا بخشنامه ظاهر می گردند و در حدود قانون (بمعنی اخص) لازم الاجرا می باشند (آزمایش، ۱۳۵۱: ۱).

البته آشکار است «گفتن اینکه قوه مقننه آن است که وضع قانون می کند هیچ گرهی از کار نمی گشاید مگر آنکه پرسش بعدی این باشد که قانون چیست؟ اگر پاسخ این باشد که قانون آن است که بوسیله قوه مقننه وضع می گردد تحصیل حاصل و ردالعجز الی الصدر است پس

باید به دنبال تعریف قانون رفت تا باسنجش مفهوم آن بتوان به کم و کیف قوه مقننه دست یافت» (قاضی، ۱۳۸۳: ۳۷۳).

تعریف قانون به صرف تعیین مرجع صالح بدون پاسخ به چیستی قانون، گمراه کننده است. مثل آیین نامه داخلی مجلس که شکلا قانون است ولی شمول آن منحصر به خود پارلمان است. بنابراین از دیدگاه دموکراسی، هرآنچه را که مقننه وضع نمود نمی توان قانون نامید مگر آنکه متضمن خصیصه و جوهره اساسی قانون باشد. این ویژگیها بررسی خواهد شد.

در جمهوری اسلامی قانون ماهیتا تعریف نشده است ولی می توان آن را بر سه معنا دانست: ۱- قانون به معنای عرفی (قانون متغیر): «قانون یکی از امور است که پس از این که نبوده به هستی رسیده است» (شهبازی، ۱۳۶۵-۱۲۸۲: ج ۱، ۱-۳) برخی از قوانین را باید مولود خود اجتماع یا لازم عقل اجتماعی دانست (امام خمینی، ۱۳۷۸: ۴۸).

طبع قوانین عرفی، تقید و وابستگی به خرد جمعی است؛ البته در اینجا، خرد جمعی در چارچوب قواعد شرعی ثابت یعنی؛ در چارچوب اراده مقید حاکم اسلامی و اراده محدود مردم. مثل حدود اختیارات مقنن عادی در چارچوب مقررات اساسی و نیز حدود مصوبات دولت در چارچوب اراده قانونگذار عادی. این تقیید مبنای اختلاف قوانین عرفی دموکراسی از قوانین عرفی اسلامی است.

۲- قانون به معنای شرعی (قانون ثابت): «عبارت است از احکام الهی که به وسیله رسول اکرم (ص) در ضمن آیات قرآن و سنت آن حضرت و احادیث اهل البیت (ع) در اختیار مسلمانان قرار گرفته است» (امام خمینی، ۱۳۷۸: ۵۲۷-۵۲۸). یعنی ... قانونی که ... نمی شود بشری باشد (شهبازی، ۱۳۶۵-۱۲۸۲: ج ۱، ۲۲-۱۷). توماس آکویناس نیز قانون الهی یا وحیانی را بخشی از قانون سرمدی می داند که قابل کشف توسط عقل نیست لذا خداوند آن را از راه وحی و انزال بر انسان آشکار ساخته است (راسخ، ۱۳۸۴: ۴۷).

دو فرق فارق قوانین شرعی از عرفی، تشخیص و دوام است. «تشخیص احکام شرعی از کتاب و سنت منحصر در صلاحیت فقهای عظام است» (امام خمینی، ۱۳۶۸-۱۲۷۹: ج ۹، ۳۰۹). قوانین اسلام هرگز قابل تغییر نیست و با تمام تمدن‌ها و پیشرفتهای انسانی قابل انطباق هست (امام خمینی، ۱۳۷۸: ۵۴۸-۵۴۹). در اینکه احکام ثابت و متغیر کدامند اتفاق نظر وجود

ندارد و در حقیقت تعیین آنها عمدتاً بر تئوری دینی نویسندگان دینی و اینکه گوهر دین را چه می دانند بر می گردد (راسخ، ۱۳۸۴: ۵۳). این عقل جمعی توفیق برابری، توفیق و برتری در برابر قانون الهی نمی یابد و مردم و حاکم اسلامی در آفرینش قانون شرعی دخالتی ندارند.

۳. قوانین فرعی (حکمی): این عنوان (مختار)، نیازمند بررسی ماهیت، قلمرو و رابطه احکام شرعی و حکومتی از قبیل احکام اولیه، ثانویه، شرعیه، حکومتی و مصلحت، ضرورت، حفظ نظام، مبانی نظری تاثیر زمان و مکان بر این احکام و بسیاری مفاهیم دیگر است که از مجال این نوشته بیرون است اما بطور خلاصه، در مفهوم و قلمرو این احکام و بویژه رابطه حکم حکومتی با احکام اولیه و ثانویه، اتفاق نظری وجود ندارد.

در خصوص گستره حکم حکومتی دو دیدگاه عمده بین قائلان به ولایت مطلقه فقیه به چشم می خورد: بر اساس یک دیدگاه قلمرو حکم حکومتی در چارچوب احکام شرعی خلاصه می شود و ولی فقیه تنها مجری احکام الهی به شمار آمده و خارج از چارچوب احکام شرعی نمی تواند حکمی جعل کند. سخنان رهبر معظم انقلاب در دوره ریاست جمهوری در یکی از خطبه های نماز جمعه تهران در مقام تبیین سخنان امام خمینی حاکی از دیدگاه یاد شده است. طبق دیدگاه دیگر قلمرو حکم ولایی محدود به چارچوب احکام شرعی نیست بلکه در صورتی که ولی فقیه صلاح بداند در خارج از چارچوب احکام شرعی نیز می تواند حکم صادر نماید. دیدگاه اخیر از سخنان امام راحل در پاسخ به سخنان مقام معظم رهبری آشکار می گردد (عارفی شیرداغی، ۱۳۹۰: ۱۶۷-۱۶۹).

نویسندگان دینی آورده اند: « دستورات ولایتی و حکومتی چون حکم و دستور قاضی است، بر همه لازم الاجراست. قانون یک حکم حکومتی است و در ماهیت مانند قضاست » (یزدی، ۱۳۶۴: ۲۸-۲۷). بطور مثال بر اساس نظر حکومتی مقام رهبری، دیه اقلیت های دینی شناخته شده در قانون اساسی به اندازه دیه مسلمان می باشد و این حکم در قانون مجازات اسلامی قید گردیده است.

طبق نظریه تراحم امتثالی، حاکم اسلامی می تواند حکم الزامی برخلاف احکام ثابت اسلام وضع کند. طبق نظریه تراحم حفظی، در محدوده احکام وضعی نیز اختیار قانون گذاری برخلاف احکام وضعی را دارد (علی اکبریان، ۱۳۹۲: ۲۰۰).

در قیاس با دموکراسی، نمی توان مقررات فرعی را قانون نامید زیرا اعمالی است که گاه با ماهیت حکم (قضاوت) و گاه با ماهیت شبه تقنینی (خارج از حوزه نفوذ مقنن عرفی و مردم)، تحت اختیارات فوق العاده حکومت ولایی اعمال و استمرار پیدا می کند. نظیر فرمان بازنگری قانون اساسی یا تحریم تنباکو (عرفی) و نیز فرمان تعطیل مراسم حج (شرعی) و یا مصوبات مجمع تشخیص مصلحت.

قوانین حکمی را نیز نمی توان معادل وضع مقررات اضطراری در دموکراسی نامید زیرا این مقررات باید به تصویب قانونگذار عرفی برسد بطور مثال برابر با اصول ۳ و ۲۲ قانون اساسی اندونزی، مجلس شورای خلق، خطوط اصلی سیاست کشور را تعیین و مقرر می نماید و اگر مصلحت ایجاب نماید، رییس جمهور اختیار وضع مقررات حکومتی را به جای قوانین دارد ولی اگر مقررات مذکور به تصویب مجلس نمایندگان نرسد، منسوخ خواهند شد.

۳. کدام معنا ؟

قانون از قاعده کلی ؛ تبعیت شکل از محتوی پیروی دارد؛ نظیر شکل عقد از ماهیت آن. یعنی هر مظروفی به ظرفی مخصوص وابسته است. آب در قالب لیوان ماهیت آب دارد ولی تغییر از شکل مربوط (لیوان) به شکل نامربوط (فرش)، محتوا (آب) را استحاله و تقریباً بی معنا می گرداند.

در نظام دموکراسی اگر مجلس دوم انتصابی بوده و راسا قانون لحاظ کند، در حقیقت قانون نیست چون شکل مناسب ندارد (منتخب مردم نیست). اگر هیات وزیران مقرر ای لحاظ کند، قانون نیست چون ماهیت مناسب ندارد یعنی واجد خواست عموم نیست. پس هر مرجعی را نمی توان مقننه نامید مگر اینکه منتخب و مظهر خواست عموم باشد. در واقع «مصوبات هیچ نهادی غیر از قوه مقننه عنوان قانون بخود نخواهد گرفت» (نوذری، شیخ الاسلامی، ۱۳۹۵: ۲). حاصل اینکه بایستی قانون دارای مبنای روشن، معنای واضح و شکل مناسب باشد. در مفروضات دموکراسی مبنای قانون، اراده عام، معنای قانون از عناوین مشابه متمایز و مرجع قانونگذاری تجلیگاه این اراده (شکل مناسب) است. به عبارتی، تنها همین شکل و همین معنا متناسب با این میناست.

در جمهوری اسلامی، از یکطرف، سه نوع قانون با ماهیت متفاوت به چشم می خورد: ۱. قوانین عرفی با چارچوب اراده محدود حاکم اسلامی و اراده محدود مردم، مع الوجود یک مجلس قانونگذار عرفی ۲. قوانین شرعی مستقل از اراده حاکم اسلامی و مردم در فقدان مجلس قانونگذار شرعی ۳. قوانین فرعی با اراده موسع حاکم اسلامی و فقدان مجلس قانونگذار عرفی. از طرفی دیگر، در آفرینش این قوانین، سه اراده؛ الهی، حاکم اسلامی و مردم دخالت دارند که این سه مبنای سه شکل مخصوص و سه مفهوم خاص می طلبد ولی بنظر می رسد میان این اشکال و ماهیتها همسویی لازم برقرار نیست.

«ریشه این پدیده را باید به لحاظ نظری در عدم تبیین مفهوم صحیح قانون و نیز عدم تبیین صلاحیت تقنینی مجلس» (نوذری، شیخ الاسلامی، ۱۳۹۵: ۲) قانونگذار عرفی و نیز مجلس قانونگذار شرعی جستجو نمود.

گفتار ۲: اوصاف قانون

۱. اوصاف شکلی

برخی اوصاف قانون، غالباً شکلی هستند. ذیلاً به سه صفت ممتاز آن اشاره می شود.

۱-۱. ریشه شناسی

بررسی و مطالعه تاریخی و تحول شکل واژه قانون به ارتباط میان شکل و معنا مدد شایانی می رساند. «قانون (loi) از واژه لاتین lex اقتباس شده است. قدیمی ترین استفاده از کلمه lex به مصوبه حقوقی اطلاق می شود که به موجب آن مجلس مردمی حق اعمال قدرت علیه افراد را به قضات اعطا می کند. با تاسیس امپراتوری رم تصویب قانون تنها به اراده حاکم تعلق گرفت. در واقع مجالس مردمی تشکیل نشدند و همین امر تحلیل تدریجی lex را بدنبال داشت. پس از آن نه تنها به مصوبات مجلس مردمی بلکه به هر نوع هنجار نوشته مصوب امپراتور یا کارگزارانش تسری یافت» (ویژه، ۱۳۸۶: ۱۸۹-۱۹۲). در دوران ایران پس از اسلام علاوه بر استعمال داد بجای قانون از واژه دست نیز بجای قانون استفاده می کردند چنانچه قاضی را

دستور می خواندند. امروز از واژه پارسی دات ، دادیار و دادگر و دادور و دادگستری را در زبان و ادبیات پارسی مشاهده می کنیم» (موسوی ، ۱۳۵۴ : ۴۷).

درمتون کنونی ، تاحدود زیادی قانون را با واژگانی چون (code, Act,statute, legislation) ازحق و حقوق (droit.Right) بازمی شناسند هرچند درمواردی (legal, law, jus)مشترک اند. لذا ریشه شناسی قانون، باب فتحی برای درک ماهیت قانون خواهد بود.

درایران یکی از ایرادات زبان شناسی قانون ،به تعدد مفهوم قانون برمی گردد. علی رغم گذر سالهای متمادی از عمرنظام شریعت اسلامی تاکنون اصطلاح علمی،تخصصی وآکادمیکی برای تمایز مفهوم شرعی ازعرفی قانون مصطلح نگردیده است.

۲-۱. علنی

علنی بودن قانون، به مفهوم آگاه سازی عموم از محتوا، هدف، فایده وپروسه قانونگذاری ازقبیل مشورت، بحث و مذاکره ،کتابت، انتشار واعلان، دسترسی ونقد و ارزیابی قانون بوده و بدین وسایل، قانون در معرض فهم و قضاوت عموم قرار می گیرد.

قانون باید مراد قانونگذار را برای مردم روشن سازد. «این مذاکرات مجلس مقنن است که عنصر اصلی شرح قانون بحساب می آید» (واعظی ، ۱۳۸۳ : ۱۸۳).قاعده ای که درخفا وضع و نگهداری می شود برای تابعان نظام حقوقی الزامی نمی آورد . به دیگر سخن ، قوانین باید برای عموم مردم قابل دسترس و شناسایی باشد تا آنان بتوانند اعمال و رفتار خود را بر اساس آن تنظیم کنند. به همین دلیل در دوران باستان قوانین را بر الواح حک و در بازار یا معابر عمومی نصب می کردند(راسخ،۱۳۸۵ : ۲۱). مطابق قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (مصوب ۱۳۸۷/۱۲/۶)، اطلاعاتی که متضمن حق و تکلیف برای مردم است باید علاوه بر موارد قانونی موجود از طریق انتشار و اعلان عمومی به آگاهی مردم برسد. «در کشورهای پیشرفته ، هنجارهای حقوقی خودسرانه نادر هستند چراکه روند بحث و گفتگوی انتقادی که در فرایند قانونگذاری اتخاذ کرده اند مانع بروز خودسری می شود»(قاسمی ، ۱۳۸۳ : ۱۶۳). ضرورت آگاهی قبلی مردم از تکالیف خود و رفع ابهام از قواعد رفتاری ایجاب می کند که قانون نوشته

جایگزین حقوق عرفی شود چنانچه تجربه های تاریخی سبب شده کشورهای کامن لا نیز به قانون نوشته روی آورند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵۴).

از جمله ممیزات قانون با مقررات عرفی، مذهب، سنت، رسومات و غیره، همین خصیصه علنی بودن است.

در ایران، وصف علنی قانون، بویژه در مورد قوانین حکمی و شرعی چندان حکومت ندارد. به بیان عضو مجلس خبرگان بررسی نهایی قانون اساسی: «آنها می گویند چون از قوانین اسلامی و کتب فقهی شما خبر نداریم، نمی توانیم قرارداد ببندیم. ممکن است فردا یقه ما را بگیرد و بگوئید قوانین اسلامی دیگری هم در فقه داریم که آنها هم ملاک عمل است... شما هر چه قانون اسلامی دارید بیاورید مدون بکنید و بگوئید غیر از اینها هیچ چیز جرم نیست. حالا عرض بنده این است که باید تمام مسلمات اسلام را بیاوریم در قوانین مدون کنیم تا بتوانند روی قانون ما تکیه کنند تا بشود قرارداد با کشورهای دنیا ببندیم» (صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی به نقل از مکارم شیرازی، ۱۳۶۴: ۷۵۸-۷۵۹).

۳-۱. وضوح

از جمله موازین دیگری که در نظم مبتنی بر حاکمیت قانون از اهمیت به سزایی برخوردار می باشد وضوح قوانین است (رستمی، حسینی پور اردکانی، ۱۳۹۲: ۳۲). دولت می تواند ضوابطی کلی را وضع نموده لیکن آنها را مخفی و محرمانه نگه دارد (پزشک مرندی، ۱۳۸۹: ۲۶). ولی اگر هدف از قانون هدایت رفتار شهروندان باشد، در این صورت بایستی از روشنی کافی برخوردار باشد (راسخ، ۱۳۸۵: ۲۳)، وصفی که در مقررات شبه قانون ضروری بنظر نمی رسد. ابهام، ابهام، اجمال، تعارض، تراحم، نقص، سکوت، نگارش، از جمله مواردی است که می تواند لطمه رسان وضوح قانون باشد. قانونی ابهام دارد که واژگانی در آن بکار رفته باشد که دارای معانی مختلف باشد. مثل کلمه اجنبی به معنای بیگانه (ماده ۹۷۱ قانون مدنی) و گاه به مفهوم ایرانی است (ماده ۶۳۰ قانون سابق مجازات اسلامی). قانونی ابهام دارد که مرز آن روشن نیست هر چند واجد یک معناست. مثل حجاب اسلامی که در قانون، نحوه پوشش مشخص نگردیده است و می تواند برداشتهای متفاوتی بدنبال داشته باشد.

قانون ضامن صحت زبان حقوقی است «تا نه تنها از آزادی عمل شهروندان نگاهد، بلکه بدین وسیله این آزادی را گسترش دهد. ابهام و عدم تعیین قانون نهایتاً منجر به سوء استفاده مقامات عمومی از اختیارات و صلاحیتهای خود می گردد» (رستمی، حسینی پور اردکانی، ۱۳۹۲: ۳۲). بنابراین انسجام ادبی و سلاست و روشنی جزء تفکیک ناپذیرقانون به شمار می رود و یکارگیری عبارت نارسا و جملات نامفهوم موجب سرگردانی و عصبانیت مجریان قانون و بروز اختلاف در استنباط از قانون می شود. در این حالت ممکن است حقوق تابعان قانون نیز پایمال گردد (هاشمی، ۱۳۷۲: ۲۵۵).

۲. اوصاف ماهوی قانون

اوصاف ماهوی زیر اغلب مختص به قانون است و در باره سایر مقررات اجتماعی بندرت صدق می کند.

۲-۱. محدودیت

قانونگذاری مطلق نقض غرض اراده عموم است. بنابراین «مقنن، دارای صلاحیت مطلق در وضع قانون به شمار نمی آید و دامنه عمل آن بواسطه اصول و روشهای ناظر به قانونگذاری محدود شده است و این واقعیت در قوانین اساسی معاصر و آرای دادگاههای قانون اساسی کشورهای مترقی به وضوح مشاهده می شود (قاسمی، ۱۳۸۳: ۱۶۷). براساس این معیار، نهادهای اعمال قدرت عمومی می بایست تنها به اعمال صلاحیتهای معین و از پیش تعیین شده بپردازند (رستمی، حسینی پور اردکانی، ۱۳۹۲: ۳۲).

اصول اخلاقی، ایدئولوژی، اقتصاد، عدالت، آزادی، امنیت، برابری، حقوق اساسی مردم و... دلیل این محدودیتهاست.

در اینجا به یکی از موارد پرشمار این محدودیت یعنی حق برخلوت و حریم خصوصی (جسمانی، مکانی، اطلاعات و ارتباطات) اشاره می شود:

حریم خصوصی امری نسبی و مفهوم آن از کشوری به کشور دیگر ممکن است متفاوت باشد (رحمدل، ۱۳۸۴: ۱۲۹) ولی هدف این تعریف آن است که اطلاعاتی از قبیل ویژگیهای

شخصیتی، ازدواج و طلاق، میزان دارایی، محل سکونت، گردش مالی کارت اعتباری، مسافرتها، سوابق استخدامی، شماره تلفن، دین و مذهب و... از مصادیق حق خلوت و حریم خصوصی بوده و بایستی تا زمانی که شخص با رضایت خود آنها را اعلام ننموده، محرمانه باقی بماند (موسی زاده، مصطفی زاده، ۱۳۹۱: ۵۲).

امروزه مصادیق دیگری از این حق، نظیر اطلاعات مربوط به شبکه های ارتباطی از قبیل فیس بوک، تویتر، واتساپ، تلگرام، پست الکترونیکی و... را می توان نام برد. لذا حریم خصوصی را شاید بتوان مقداری از فضای فیزیکی و معنوی پیرامون حق دانست که برای کمال انتفاع از حق ضرورت دارد و دخالت قانونگذار در آن نارواست.

رایج ترین اصطلاحاتی که در آیات و روایات اسلامی درباره حریم خصوصی بکاررفته اند به شرح زیر می باشند: ممنوعیت؛ تجسس و تحسس و تفتیش، سوء ظن، سب و هجو و قذف، نیمه و غیبت، تنافس، خیانت در امانت، استراق سمع، استراق بصر، ورود به منازل بدون استیذان، اشاعه فحشاء (انصاری، ۱۳۸۳: ۱۳).

برخلاف قوانین اساسی کشورهایی که از حریم خصوصی به صورت مشخص و در قالب اصل یا اصول خاصی حمایت کرده اند در قانون اساسی ایران، متن خاصی که از حریم خصوصی تحت این عنوان حمایت کرده باشد وجود ندارد (انصاری، ۱۳۸۳: ۳۷-۳۸).

حریم خصوصی البته در دو نظام اسلامی (جمهوری اسلامی) و دموکراسی تفاوتی دارد. بطورمثال «در حقوق برخی کشورها از جمله انگلستان، قانونگذار برای رعایت احترام حریم خصوصی جنس زن در رابطه با شوهر خود مداخله کرده و مقرر داشته است که نه تنها رابطه جنسی با زن می بایستی با رضایت وی باشد بلکه در هر مرحله ای از زندگی که زن رضایت اولیه خود را پس بگیرد مرد مکلف به احترام به حریم خصوصی زن می باشد در غیر این صورت ادامه رابطه جرم خواهد بود (رحمدل، ۱۳۸۴: ۱۲۷) ولی به موجب قانون مدنی ما، مرد هروقت بخواهد می تواند با زن خود نزدیکی کند. همچنین «قانونگذار هم در دوره قبل و هم در دوره پس از انقلاب در تعیین لباس فرد مداخله نموده است. لذا قانونگذار ایران اولاً تمامی مصادیق حریم خصوصی را به نحوی که در حقوق کشورهای غربی مورد توجه می باشد مد نظر قرار نداده است ثانیاً حتی در آن قسمت که مد نظر قرار داده، حمایتهای لازم، چه

کیفری و چه مدنی، از آن بعمل نیاورده است (رحمدل، ۱۳۸۴: ۱۳۹ و ۱۴۳). مثل مجازات نمیمه و غیبت.

بنا به فرمان ۸ ماده ای امام خمینی؛ هیچ کس حق ندارد کسی را بدون حکم قاضی توقیف یا احضار نماید، هرچند مدت توقیف کم باشد اما عملاً برای مدت ۲۴ ساعت بازداشت افراد مجاز شده است که نیز خلاف اصل برائت در قانون اساسی (اصل ۳۷) بنظر می رسد.

۲-۲. حکومت قانون

هدف اصلی حکومت قانون آن است که هم قدرت سیاسی را محدود نماید و هم قدرتهای خصوصی را. معمولاً قدرت سیاسی به وسیله دولت اعمال می گردد ولی اگر مردم نیز قدرت سیاسی را اعمال نمایند این قدرت باید تنظیم و تحدید شود زیرا اراده مردم نیز به همان اندازه اراده حکومت می تواند مستبدانه باشد. بعلاوه در جوامع دموکراتیک خط و مشی مشخصی بین اراده مردم و اراده حکومت وجود ندارد. معمولاً دولت به طور کلی به اراده مردم واکنش نشان می دهد و مردم نیز وسیله ای غیر از حکومت برای ابراز و اعمال اراده خود ندارند. اگر بگوییم مردم مافوق قانون هستند مثل آن است که بگوییم حکومت دموکراتیک مافوق قانون است و این با اصول پایه ای حکومت مشروطه در تضاد است. بدین ترتیب مردم با داشتن حق حاکمیت مکلفند در محدوده قانونیت و قانونمداری گام بردارند (پزشک مرندی، ۱۳۸۹: ۲۶). حکومت و حاکمیت قانون، صرفاً نحوه مدیریت قوانین مصوب نیست بلکه به چرایی، مبانی و چگونگی وضع قانون نظر داشته و مشتمل بر سه وجه؛ لازم اجرا، قابل اجرا و ضامن الاجراست.

۲-۲-۱. ضرورت اجرا

لازم الاجرا پاسخ به این پرسش است که الزام (ضرورت) اجرای قانون چیست. قبل از آن باید روشن ساخت الزام و انواع آن چیست.

الزام عبارت است از هر آنچه مطابق معیارها یا قواعد حقوقی، اجتماعی و اخلاقی درست و متابعت از آن لازم فرض شود. می توان سه گونه الزام را از یکدیگر متمایز ساخت: الزام قانونی، اجتماعی و اخلاقی. الزام قانونی، همان است که در عرف عامه به آن اجبار می گویند.

الزام اجتماعی لزوم پیروی از هنجارهای اجتماعی غیررسمی است (مانند آداب ازدواج). آنچه پیروی از این هنجارها را نهایتاً تضمین می کند فشار افکار عمومی است که در صورت سرپیچی، اعضای متخلف را با شیوه هایی مانند تمسخر، تقبیح و راندن از جمع خود مجازات می کند اما معیار درستی یا نادرستی امور اخلاقی رفتار اکثریت نیست بلکه اصل آزادی و اختیار شخصی امر اخلاقی را از سایر مقررات اجتماعی متمایز می کند (جعفری، ۱۳۸۵: ۱۸۷-۱۸۸).

قانون نیز مانند هر پدیده دیگر، خوب و بد دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۵). بنابراین خود قانون اقتدار اخلاقی ندارد و الزام سیاسی مشروط به دو شرط پیشینی و پسینی است. شرط پیشینی این فرض بدیهی است که تعهد اخلاقی برای اطاعت از حکومتی نامشروع نداریم. شرط پسینی بیانگر این واقعیت است که حتی حکومتی که از مشروعیتی پیشینی برخوردار بوده، اگر نتواند به تعهدات خود در قبال شهروندان عمل نماید، مشروعیت خود را از دست می دهد و در این صورت ما تعهدی اخلاقی برای اطاعت از آن نداریم، گرچه ممکن است بنا به دلایل دیگری از جمله ترس، از آن متابعت نمائیم (جعفری، ۱۳۸۵: ۱۸۵-۱۹۶). هارت معتقد است اگر نظام حقوقی نتواند به این نیازمندیها پاسخگو باشد دوام نمی آورد و به نظر بتام جهت گیری نظام حقوقی در صورتی موجه خواهد بود که بیشترین نفع را متوجه بیشترین افراد جامعه نماید (توسلی نائینی، شهابی، نیکویی، ۱۳۹۰: ۷۴-۷۹). بنابراین مبنای الزام هم درونی است و هم بیرونی ولی البته «درجه الزام قانون یکسان نمی باشد بدین جهت قوانین به امری و تکمیلی تقسیم شده است» (نقیبی، ۱۳۸۸: ۸). بطور کلی قانونی معتبر و لازم الاجرا است که صرفاً توسط مردم مورد پذیرش قرار گیرد (دبیرنیا، ۱۳۹۵: ۱۲۱).

۲-۲-۲. قابلیت اجرا

دولت می تواند ضوابطی وضع کند که بشر قادر به اطاعت از آن نباشد (پزشک مرندي، ۱۳۸۹: ۲۶) در کشورهایی که برای عقیده عمومی در قانونگذاری بهایی قائل هستند معمولاً برای اطلاع و دسترسی به آن از روشهای مختلف سنجش افکار عمومی نظیر آمارگیری استفاده می کنند تا بواسطه اقبال عمومی قابل اجرا باشد (رستمی، ۱۳۸۷: ۱۸۶-۱۸۷). سولون می گوید بهترین قانون، قانونی است که مردم بتوانند عملاً آن را اجرا کنند (صبحی، ۱۳۸۸: ۶۹).

۲-۲-۳. ضمانت اجرا

قانون درمعنایی که مورد نظر حقوقدانان است باید و نیاید هایی هستند که یک نیروی سازمان یافته مصوب و مجری آنهاست (ح. ح. ۱۳۶۵ : ۱۴۲ و ۱۴۸). ضمانت اجرا جوهر قانون است و بدون آن، قانون به حد پند و اندرز تنزل می یابد (کوهی اصفهانی، ۱۳۹۱ : ۱۱۲). ضمانت اجرای قانون همواره به نفع دولت و یکطرفه نیست بلکه «همچون نوعی حائل و مانع بین قدرت دولت و آزادی شهروندان عمل می کنند» (امیرارجمند، ۱۳۸۷ : ۱۹۳).

۲-۳. برتری

برتری قانون، ناشی از برخی ویژگی اساسی است از جمله؛ وضع و نسخ، استقلال و غلبه، ضمانت اجرا و اقبال عمومی. «برابری قانون فقط در صورتی نماد اراده جمعی است که در چارچوب قانون اساسی باشد» (ادیب، ۱۳۹۱ : ۴۳) و برتری قانون اساسی نیز بازتابی از اصل حاکمیت مردم است (دبیرنیا، ۱۳۹۵ : ۱۲۱). قانون البته متکی بر معانی عرفی و یک سری اصول حقوق است و این معانی عرفی و اصول حقوقی قانون را راهبری می کند اما «در حقوق امروز، منابع دیگر از جمله عرف و رویه قضایی، در درجه ای فروتر از قانون قرار دارند» (میرزایی، ۱۳۹۰ : ۷۲). ضمانت اجرای قوانین البته یکسان نیست.

۲-۴. برابری

بطور کلی، برابری شامل دو چیز است: برابری در کرامت انسانی از حیث انسان بودن (طباطبایی مومنی، ۱۳۸۵ : ۲۰۱) که بحثی است فلسفی و «چنین نظری ناهمسانیهایی جسمی و ذهنی میان مردم را معلول محیط اجتماعی و نابرابری فرصتها می داند» (آشوری، ۱۳۸۳ : ۶۰). در قرنهای ۱۸ و ۱۹ نظر لاک موجب شد که انگاره های مربوط به اصالت، نجابت و وراثت درهم فروریزند. وی مدعی بود که انسان بطور سرشتی همانند "لوح سفید" زاده می شود و تنها از راه یادگیری، تجربه و درک است که هستی اجتماعی-فرهنگی او تکوین می یابد (شیخاوندی، ۱۳۸۳ : ۸).

دیگری، برابری در حقوق است. یعنی در تمتع از حقوق مدنی و سیاسی و اجتماعی به عنوان یک شهروند (طباطبایی موتمنی، ۱۳۸۵: ۲۰۱). یعنی «شایستگی های افراد را نمی توان با هم برابر کرد اما می توان فرصت مساوی در اختیار همگان نهاد تا در احراز مشاغل و مقامات در شرایط متساوی رقابت کنند» (بوشهری ۱۳۸۵: ۴۳).

در حقیقت، برابری شامل ذاتی و اکتسابی (محیطی) است و این عبارت که همه انسانها با هم برابرند، مبهم و بعضاً بی معناست زیرا شهروندان در استعداد و فضایل ذاتی نابرابرند و به این مطلب در اعلامیه حقوق بشرو شهروند فرانسه (مصوب ۱۷۸۹) اشاره شده است لذا برابری در قانون یک فرض و چاره یا قرداد حقوقی است یعنی با علم به اینکه انسانها در فضائل ذاتی نابرابرند، «همه مردم از نظر حقوق طبیعی برابر» (آشوری، ۱۳۸: ۶۰) و در شرایط مشابه از حقوق و تکالیف یکسانی برخوردار می شوند (ویژه، ۱۳۸۳: ۲۱۷). بعنوان مثال اگر گفته شود هر کس درآمد ماهیانه او بیش از یک میلیون است باید مالیات بپردازد این حکم شامل تمام کسانی که چنین درآمندی دارند می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۱).

بدین ترتیب با ایجاد فرصت و حمایت یکسان در شرایط مشابه، آنکه قابلیت ذاتی افزونی دارد امتیازی بعلاوه خواهد داشت و بدین وسیله کرامت ذاتی و هم نظم اجتماعی به سامان می رسد اما در فرضی که وضع قانون مبتنی بر نابرابری ذاتی باشد، این نظم در هم می ریزد. به این جهت است که قواعد بشری داعیه برابری در وضع قانون و حمایت یکسان در اجرای آن دارد.

در اسلام، برابری در مقابل قانون، از مبانی نظری و عملی واحدی تبعیت ندارد. «شیخ فضل الله نوری می گفت تامل کن در احکام اسلامی که چقدر تفاوت گذاشت بین موضوعات مکلفین از زن و شوهر و عالم و جاهل و شاک و متیقن و مقلد و مجتهد و مسلم و کافر. آنچه که مخالف اسلام است قانونیت پیدا نمی کند و تو خودت می گویی من باید با مجوس و ارمنی و یهودی برادرو برابر باشم!» (سلطانی، ۱۳۹۱: ۶۵). حدیث مشهوری از پیامبر گرامی نقل گردیده که انسانها مانند معدن طلا و نقره هستند. علامه مجلسی عنوان می کند حدیث به این نکته اشاره دارد که انسانها به حسب علم و حکمت و مانند آن دارای برتری هایی هستند ولیکن این دلیل نمی شود که از لحاظ انسانی از دیگران برتری داشته باشند (حسینی، ۱۳۸۶: ۴۹).

به هر حال قانون اساسی در اصول ۱۹ و ۲۰ به بیان شکلی و ماهوی برابری در مقابل قانون نظر داشته است. «در برابری شکلی، مشخصه هایی مانند سن، جنس، نژاد و مذهب و قومیت تاثیری در عدم دسترسی برابر به فرصتها و امتیازها ندارد ولی قانون شکلا برابر می تواند به لحاظ ماهوی نابرابر باشد (حبیب زاده، هوشیار، ۱۳۹۳: ۶۵-۶۶). بر این اساس، قید «مذهب» از موارد رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها مستثنی و برابری ماهوی منوط به رعایت موازین اسلامی شده است. علیهذا عبارت تساوی عموم در برابر قانون موضوع اصل سوم را بایستی محمول بر معنی عرفی و معمول قانون دانست و نه قانون به مفهوم شرعی زیرا قرآن کریم می فرماید: برای مومنان نزد پروردگارشان درجات خواهد بود و ارجمندترین شما نزد خدا پرهیزگارترین شماست (انفال/۴، حجرات/۱۳).

۲-۵. آگاهی

هگل معتقد است شرط الزام آوردن قانون، آگاه کردن تابعان قانون است (کدخدایی، جواهری طهرانی، ۱۳۹۲: ۲۰). آگاهی نسبت به قانون یک فرض است. قانون فی الواقع محصول اراده شهروندان است لذا اصل، دانایی انسان بر قانون است و نمی توان مبنا را بر نادانی قرارداد چه در این صورت، همگان در لوای جهل به قانون، مرتکب نقض آنها می شوند. بنابراین «آن کس که به دنبال تعلم قانون نمی رود و به مخالفت قانون برمی خیزد نمی تواند نزد قاضی عذر بیاورد که قانون را ندیده است چون حکم عقل است که وقتی شخصی فهمید که مجلس به تصویب قوانین می پردازد و دولت آنها را ابلاغ می نماید بروی لازم می شود که در صدد دانستن این امر برآید که قوانین مزبور چه هستند» (بجنوردی، ۱۳۶۴: ۸۰-۸۱).

با این وجود «در زمینه قاعده یا اصل جهل به قانون، یکی از حقوقدانان انگلیسی با جمله طنزآلودی این فرض قانونی را مورد ایراد قرار داده است و می گوید: همه آگاه به قانون فرض می شوند مگر قضات که یک دادگاه تجدید نظر برای تصحیح اشتباهات آنان تشکیل شده است» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۹: ۲۳۷). در واقع «این فرض که همه از قانون آگاهند، دیگر برای هیچ کسی قانع کننده نیست. هیچ شهروندی نمی تواند ادعا کند که همه مقررات مربوط به خود را می شناسد و حتی هیچ حقوقدانی هم نمی تواند ادعا کند که همه حقوق را می داند

در دادگاه، هیچ کس نمی تواند در دفاع از خود بگوید که از قانون آگاه نبوده است اما همین موضوع هم دیگر قابل قبول نیست (ادیب، ۱۳۹۱: ۱۰۰). پس با همه این تفاسیر جهل به قانون رافع مسئولیت نیست مگر اینکه مدعی خلاف آن را به اثبات برساند.

در موارد جهل به قانون در مذهب امامیه عذر جاهل قاصر پذیرفته می شود ولی عذر جاهل مقصر پذیرفته نیست. جاهل قاصر کسی است که نتوانسته است به احکام دست یابد و آن را بداند ولی جاهل مقصر کسی است که می توانسته ولی خود نخواسته است که احکام را بیابد و اجرا کند (اختری، ۱۳۷۸: ۶۹). در توضیح المسائل امام خمینی آمده است، مسائلی را که انسان غالباً بدان نیاز دارد واجب است یاد بگیرد. حاصل اینکه جهل به قوانین عرفی و شرعی از احکام واحدی پیروی نمی کند.

۲-۶. تغییر در عین تداوم

هیچ قانونگذاری بامنشأ انسانی نمی تواند ادعا داشته باشد متن مصوب وی خدشه بردار نیست بلکه فشار نیازهای نوین واضعان قانون (اساسی) را وادار به چاره اندیشی خواهد کرد (قاضی، ۱۳۷۱: ۴۸-۴۷). مثلاً در آلمان قانونگذار موظف است با توسل به کنترل منظم کارکرد قانونی آثار عینی آن بر روابط اجتماعی را بررسی و در صورت لزوم اصلاح نماید (قاسمی، ۱۳۸۳: ۱۶۰). به عبارتی جامعه هر روز با مسئله تازه ای روبرو می شود که راه حل آن در هیچ قانونی دیده نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵۵). زیرا شعور انسان مولود احتیاجات خویش است و هر چه تمدن رو به جلو رود احتیاجات و شعور انسانی توسعه و قوانین تغییر می یابد مثلاً سالها پیش که خبری از اتومبیل نبود بحث قانون قتل غیر عمد بوسیله اتومبیل بی پایه بود (ارباب زاده، ۱۳۲۷: ۴۶).

از طرفی قانون در صورتی ثبات خواهد داشت که کلی باشد (ادیب، ۱۳۹۱: ۹۹). دوام قوانین موضوعه و احترام و عمل به آنها منوط به آن است که با انتظارات مردم یعنی با سنتها، عقاید مذهبی، ضوابط فرهنگی، آداب و رسوم و سایر عوامل اجتماعی هماهنگی و سازش داشته باشد (رستمی، ۱۳۸۷: ۱۸۶-۱۸۷).

در دموکراسی با تغییر قانونگذاران، قانون همچنان باقی است ولی با تغییر مردم ممکن است تغییر یابد و این فرقی است میان مفهوم حقوقی اراده نماینده و اصل. چنین خصوصیتی در فقه بندرت سابقه دارد.

۷-۲. عطف نشدن به ماسبق

الزامی که موضوع حکم آن، انجام فعل یا افعالی در گذشته باشد، همچون الزام به انجام اموری است که اراده تابعان به آن تعلق نمی گیرد (کدخدایی، جواهری طهرانی، ۱۳۹۲: ۲۶). مبنای دیگر این قاعده، حفظ و حمایت از حقوق مکتسب افراد است. خصیصه عطف به ماسبق نشدن قوانین نیز مورد تایید حقوق اسلام می باشد (مائده/۹۵، نساء/۲۲ و ۲۳، بقره/۲۷۵، اسراء/۱۵).

۸-۲. کلی و ملی بودن

قانون به حکم ذات خود نوعی و کلی است و همه کسانی را که در مفاد آن می گنجد قطع نظر از ویژگیهای شخصی در بر می گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۱) و گاهی بربیک طبقه عام از مردم حاکم است (کدخدایی، جواهری طهرانی، ۱۳۹۲: ۲۰-۲۱). از طرفی با توجه به اینکه ملل عالم در اغلب شئون اجتماعی، تاریخی، اقلیمی، فرهنگی، مذهبی، نژادی و سایر عوامل موثره در وضع قانون با هم اختلاف دارند داشتن یک قانون کلی و عام و مفید که سعادت تمام ابناء انسانی را ضمانت نماید حالیه میسر نیست (مهدوی، ۱۳۴۲: ۴۳) و بعبارتی ملی است لیکن قوانین شرعی بر این مدعاست.

گفتار ۳: مبانی و منابع قانون

مبانی، عناصر ذهنی و مولد یک پدیده، ولی منابع، مراجع عینی و محل ذخیره آن پدیده است. مثل عناصر تولید آب و محل ذخیره آن. صرف نظر از این تفاوتها، «در هر نظام حقوقی، جهت تصویب قوانین، از اصول و قواعد خاصی بهره گرفته می شود و به همین جهت، ویژگیهای کلی

نظامهای حقوقی را می توان از مبانی قانونگذاری در آن نظام استنتاج کرد» (صفری، ۱۳۸۷: ۱۹۲). این مبانی و منابع، فراگیر و اختصاصی می باشد.

۱. مبانی و منابع فراگیر

منظور از مبانی و منابع فراگیر، مفاهیمی است که تمامی نظامات حقوقی منجمله دموکراسی و جمهوری اسلامی از آنها استفاده می جوید. البته ذکر بقیه مبانی و منابع نظیر مقررات بین المللی، فرامین حکومتی، دکترین علمای حقوق، رویه قضایی، آرای وحدت رویه بحث را به درازا می کشاند و ظرفیت مجازمقاله اجازه نمی دهد، لهذا به برخی موارد بسنده می شود.

۱-۱. اصول حقوقی و قواعد عرفی

واژگان قانونی ازمعانی عرفی پیروی می کند. مثل اصطلاح هیات منصفه که «یک اصطلاح متعارف وشناخته شده بین المللی و جهانی است و ما حق نداریم آن را ازمفهوم اصلی آن خارج کنیم ومعنی دیگر به آن بدهیم» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۳).

قاعده حقوقی برای وضعیت حقوقی خاص ولی یک اصل، کلی است و تعدادی موارد استعمال نامعین را در بر می گیرد (محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۶: ۸۰). اینکه اگرکسی خانه دیگری را خراب کند باید آن را مثل صورت اول بنا نماید قاعده حقوقی است اما اینکه هرکس به دیگری ضرر زد باید آن را جبران کند (لاضرر) یک اصل حقوقی است (جعفری تبار، ۱۳۸۲: ۸۸).

اصول میراث نسلهای گذشته است که وجدان عمومی آن را پذیرفته و امروز بعنوان بدیهیات نیازی به اثبات آنها احساس نمی شود. اصل وجود آنهاست مگر در صورت احرازخلاف. اصول بعضی متکی بر یک امر طبیعی، برخی انعکاسی از اخلاق، برخی بیانگر رسوم و عادات جمعی، تعدادی حافظ نفع جمعی یا فردی یا نظم عمومی، عده ای منطقی، پاره ای مطلق و گروهی بسیط، بخشی ثابت و بخشی ناشی از تغییر و تحولات اجتماعی است (محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۶: ۷۴). مثلاً بردگی اصل کلی حقوق سنتی بود اما حریت اصل کلی حقوق جدید است (جعفری تبار، ۱۳۸۲: ۸۸). بنابراین بدون وجود اصول، صحبت از یک نظام حقوقی بی مورد است. وجود

اصول، موجب شکل گیری نظام حقوقی است و برخورداری نظام حقوقی از اصول منسجم و مترقی موجب پویایی جامعه است (محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۶: ۷۴).
در اسلام اصول عملیه و برخی اصول دیگر پذیرفته شده و راهنما و مبنای قانون نیز هست اما همه مفاهیم و اصول عرفی را در بر نمی گیرد.

۱-۲. خرد جمعی و اراده عمومی حداکثری

قانون فقط ناشی از قدرت نیست بلکه ناشی از دانایی و خرد است (ادیب، ۱۳۹۱: ۹۰) که در زیر توصیف می شود.

۱-۲-۱. خرد جمعی

در دموکراسی «هیچ مرجعی بجز عقل بشر، برای داوری در باب ادعاهای حقوقی وجود ندارد» (موسی زاده، ۱۳۹۰: ۳۷). منتسکیو عقیده دارد قانون طبیعی انسان همان عقل است که حاکم بر تمام امور و قضایاست و عقل کلیات را تعیین می کند و قانون امور خاص را (مهدوی، ۱۳۴۲: ۴۷). طبق نظر هابرماس، قانون یک قاعده عقلانی است. در این رویکرد عقلانیت از شکل فردی خود خارج شده و در یک بستر جمعی متجلی می گردد (راسخ، ۱۳۸۴: ۲۵). به هر حال قانون آخرین نتیجه ای است که از عقل بشر به اعتبار تجاربتش به سود عموم افراد بشر گرفته می شود (فتحعلی زاده، ۱۳۸۱: ۱۷۰-۱۷۱).

اسلام در اساس قانونگذاری روی عقل تکیه کرده یعنی عقل را به عنوان یک اصل و مبدا برای قانون به رسمیت شناخته است (شاهدی، ۱۳۹۱: ۳۷). کم نیست مواردی که فقیهان فتوای قاطع روشن به حکمی داده اند در حالیکه هیچ مدرک نقلی از آیات، روایات و یا اجماع بدست نیامده است (حسینی، ۱۳۷۸: ۷۱). در مقابل، این مدعا وجود دارد که «جایگاه دلیل عقل در میان فقهای شیعه نامعلوم است» (مطلبی، جمشیدی، ۱۳۹۱: ۱۰۷).

اقسام دلیل عقلی عبارتند از: مستقلات عقلیه و غیرمستقلات عقلیه (محسنی، نجفی اسفاد، ۱۳۷۹: ۱۱۲). منظور از مستقلات عقلیه ادراک مستقلی است بدون توجه به خطاب شرع (احمری، ۱۳۸۷: ۱۶). عقل در استنباط احکام شرع نه به عنوان اصالت عقل در برابر وحی، بلکه به معنای

کشف در موارد فقدان کتاب و سنت کاربرد استقلالی دارد (فیض، حسینی سمنانی، ۱۳۸۷: ۱۱۷). یعنی بزرگان محققان، عقل را در عرض کتاب و سنت و اجماع قرار نداده اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۶۴: ۲۰-۲۱).

برخی معتقدند: «کاربرد عقل در استنباط احکام شرعی از جمله در حوزه حقوق عمومی، به دلیل عدم امکان دسترسی به حکم عقلی بدون دلالت قرآن و سنت محل تردید است (عمید زنجانی، محمدی، ۱۳۸۵: ۸) و از سخنان امام خمینی در کتاب الرسائل چنین استفاده می شود که به عقل تنها نمی شود در استنباط احکام اکتفا کرد زیرا می فرماید: مآخذ فقه شیعه از کتاب و سنت و اجماع بیرون نیست (احمری، ۱۳۸۷: ۱۹) به عبارتی منظور از عقل یا مستقلات عقلیه، عقل دینی است و درباره صلاحیت عملکرد و استقلال عقل یا خرد جمعی بعنوان منبع قانون حکم روشنی در دست نیست.

۲-۱-۲. اراده عمومی حداکثری

اراده عمومی حداکثری مبتنی بر مفروضاتی چند است: یک فرض این است که «اراده عمومی همیشه و پیوسته درست است و به نفع عموم و منافع ملی عمل می کند» (عالم، ۱۳۷۹: ۳۴۸ - ۳۵۹). در مقابل این گویند: «قاعدۀ اکثریت به این معنا نیست که اکثریت درست می گوید بلکه یک وسیله تصمیم گرفتن است در میان طرق دیگر اخذ تصمیم» (نادرزاد، ۱۳۷۲: ۵۹). فرض سوم بر این مدعاست که «قانون، کمترین اراده جمعی بلکه بیشتر ترجمان اراده دولت و حزب اکثریت است» (جلالی، ۱۳۸۳: ۹۶). در چنین فرضی، مردم از قواعدی اطاعت می کنند که آنرا نپذیرفته اند یعنی قدرت رای دادن دارند نه توان قانونگذاری. «هرگاه قوه مقننه به تصویب قوانین می پردازد به غلط وجود رضایت را مسلم می انگارد و به طور مخاطره آمیزی حقوق و آزادیهای شهروندان را از بین می برد» (محمدی، کدخدایی، ۱۳۸۴: ۳۱۴-۳۴۰). فرضیه چهارم بر این مبناست که «در دولت مدرن پارلمان خودسامان و منشأ قانون است. یعنی حکمی بالاتر از حکم او نیست ولی چون منتخب مردم است نمی تواند خلاف خواست مردم حکم وضع کند لذا پارلمان مطلقه نیست» (بشیریه، ۱۳۸۲: ۲۸).

درفرضیه پنجم، «هیچ مرجعی نمی تواند درباره صحت و سقم مصوبات پارلمان قضاوت محدودی را برای آن قائل شود» (تقی زاده، نجابت خواه، قلی زاده، ۱۳۹۴: ۱۲۷). اینان درتفوق دولت برقواعد ومقررات تردیدی ندارند(سامنی، ۱۳۵۴: ۶۷).

مفروض ششم می گوید «اینکه یک قانون با منافع اکثریت تطبیق کند ولی مخالف منافع اقلیت باشد معقول به نظر نمی رسد زیرا مصالح افراد از مصالح اجتماع جدا نیست. محال است قانونی مصلحت خانواده را تامین ولی مخالف مصلحت چند نفر از اعضای آن باشد» (مهدوی، ۱۳۴۲: ۶).

در این راستا، دموکراسی لیبرال متضمن این معناست که اگر اکثریت مردم نسبت به حقوق اقلیت (فرضاهمجنس خواه) مخالف باشند، پارلمان فارغ از رای اکثریت (به تعبیری دیکتاتوری اکثریت) ودرلوی قانون، حقوق اقلیت را تامین می کند، چه نمایندگی امری کلی و ملی بوده و نمایندگان حافظ حقوق اکثریت وهم اقلیت می باشند. این نظر ازجهتی درجمهوری اسلامی موردتایید بوده، گفته می شود «اقلیت و اکثریت درنظام اسلامی از لحاظ حقوقی برابرند» (مومن، ۱۳۸۵: ۳۱ - ۳۲).

اسلام (جمهوری اسلامی) معتقد است: اولاً «حق حکومت برای حاکم ربطی به مقبولیت حکومت نزد مردم ندارد چه بسا حکومتی مقبول مردم نباشد ولی دارای مشروعیت باشد و منظور از مشروعیت دقیقاً الزام شهروندان به اطاعت است (لاریجانی ۱۳۸۱: ۱۳-۱۵). دوماً «دو نوع رای اکثریت معتبر است. یکی درمقام تشخیص دیگری درمقام اجرا. کسانی توانایی تشخیص قانون دینی را ندارند، قانون شناسان را با رای اکثریت تعیین و اینها با رای اکثریت قانون الهی را می شناسند» (بیات و همکاران، ۱۳۸۹: ۱۸۶). سوماً بر مبنای نظریه کارآمدی «لزومی به تامین نظر اکثریت مردم نیست؛ بلکه میزانی از آراء مردم مورد نیاز است که تشکیل حکومت اسلامی ممکن شود» (ارسطا، ۱۳۹۵: ۷). چهارم آنکه «اسلام برای اکثریت از آن جهت که اکثریت است و دیگر هیچ، ارزشی قائل نیست بلکه قرآن کریم اکثریت های نادان، بی تقوی وغیرمسئول را مذمت کرده، در مرحله نظر خواهی و خیراندیشی برای ملت نمی توان بر آرای اکثریت از آن جهت که اکثریت است منهای استدلال صحیح اعتماد کرد» (بثربی، ۱۳۹۰: ۳۲۳-۳۳۱). پنجم آنکه «حکومت الهی نه در تشکیل و نه در استمرار تحمیلی نیست و تنها با خواست

و اراده مردم شکل می گیرد و تداوم می یابد» (بیات و همکاران، ۱۳۸۹: ۱۸۶-۱۸۷) و ششم اینکه به گمان برخی «مجلس شورا شانی جز مشورت با رهبر ندارد و باید جایگاه امروزی آن تغییر کند» (راجی، ۱۳۸۹: ۳۰۰) و بالاخره، رای اکثریت در تغییر قوانین دینی بی اثر است. بنابراین در جمهوری اسلامی نیز، اراده عمومی حداکثری در نزد قوانین از مبنا و موضع واحد برخوردار نیست، شاید به این سبب که قانون ریشه در مبنای دوگانه دارد. یک مبنا قوانین عرفی است و مبنای دیگر بطور خلاصه در بیان امام خمینی (ره) است که می فرمایند «مقصود از اینکه بشر قانون وضع کند این است که یک نفر یا چند نفر از پیش خود یک قانونی وضع کنند و آنگاه بر افراد یک کشور واجب شود که به آن عمل کنند و اگر عمل نکنند عقل آنها را نکوهش کند و برای آن جزایی قائل شود چنانچه قوانین کشورهای جهان از این قرار است. اگر مقصود این است، این برخلاف حکم روشن خرد است. چه بسا حکمی کنند که به ضرر مردم تمام بشود. بشر چنین حقی ندارد و به حکم خرد احکام هیچکس بر هیچ کس نافذ نیست مگر حکم خدای جهان. قانونگذار باید کسی باشد که از هواهای نفسانی برکنار باشد و اصولاً رسول خدا (ص) یک قانونی نداشته است در مقابل قانون خدا و احکام الهی تا روز قیامت باقی هستند...» (بیات و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۴-۴۹).

۳-۱. دانش و تجربه

علم، عظمت و استعداد بالقوه انسانی است. انسان توان علمی حیرت آوری دارد و علوم عقلی و تجربی او را به شناخت حوائج انسانی سوق میدهد. از منظر دموکراسی، تمنیات و تمایلات انسانی را نمی توان بر پایه باورهای غیر علمی و ماورای طبیعی بنا نهاد و از آنجا که افراد بشر از نعمت عقل بهر مند و جهل بشری پدیده ای اکتسابی و غیر فطری است، خرد جمعی در قیاس با عقل فردی توان چندان دارد. بنابراین پدیده دولت و قانون بایستی در محک تجربه و آزمون علم بشری قرار گیرد. به عبارتی «ما در عصر حکومت علم و تجربه زندگی می کنیم. عصری که در آن سلطه منطق صوری بر عقل از رونق افتاده است و بجای آن مشاهده و تجربه و استقراء نشسته است. حقوق از مظاهر این عصر است و باید نشانه هایی از زندگی بر مبنای علم را داشته باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۸۸).

برابراصل دوم، کرامت اسلامی انسان از راه استفاده از علوم و فنون و تجارب پیشرفته بشری تأمین می‌شود.

۱-۴. حاجات و تمایلات انسانی

فلسفه وجودی قانون رفع نیازمندیهای حیاتی خانواده های بشری است (مهدوی، ۱۳۴۲: ۵). بهترین نظام اجتماعی آن است که با احتیاجات مداوم بشرهماهنگ باشد (افتخاری، ۱۳۵۰: ۱۳۸) و بهترین قانون، مناسبترین قانون برای نیازهای کشور است (راسخ، ۱۳۸۵: ۲۷). دردموکراسی قوانین و انعطاف پذیری نتیجه تلاش و زاییده احتیاجات بشری است (بهزادی، ۱۳۶۱: ۱۶۵) و کار حقوقدان، کشف واستخراج قواعد از بطن جامعه و عمل قانونگذار تدوین و اعلان این قواعد از پیش موجود می باشد (میرزایی، ۱۳۹۰: ۷۱). اما بخشی از قوانین دموکراسی محصول تفکر اومانیسم و انسان محوری است. در این تفکر آنچه اصالت دارد، انسان و امیال و خواسته ها و لذا یذ صرفا مادی اوست ولی قانون اساسی ما مبین توجه دولت به رفع نیازهای مادی توام با معنوی است.

۱-۵. فرهنگ و تمدن، اخلاق و رسوم

فرهنگ و تمدن بیانگر میراث جوامع مختلف است که دربرگیرنده قانون، دانش، دین، اخلاق، آداب و رسوم و هرگونه توانایی است که ملتی در طول تاریخ به آن دست یافته و با تغییراتی به نسلهای بعدی منتقل شده است (منشی طوسی، ۱۳۸۷: ۱۲۹). در جوامع متمدن، نظم حاکم محصول وجود قانون است و نه مثلا قدرت شخصی فرمانروا (احمدی، ۱۳۹۲: ۲). به هر مقدار که بشر در شئون مختلفه زندگی به پیشرفت نائل می شود قوانین هم دوره ابتدایی خود را از دست داده و خود را با سایر رشته های اجتماعی مطابقت می دهند (دیبا، ۱۳۴۴: ۲۸-۲۹). هرچه دانش بشری ترقی و تمدنها شکوفا و نیازها متنوع تر و آداب و رسوم و فرهنگ عمومی وجهه تازه بگیرد به موازات آنها قانون نیز در راه تکامل خود پیش می رود (موسوی اردبیلی، ۱۳۶۴: ۱۳).

به طور خلاصه می توان گفت قانون به نظاماتی اطلاق می شود که بر پایه عقل و منطق و تجربه عملی بشر استوار است و ریشه سماوی و ماوراء الطبیعه (متافیزیک) ندارد و منظور از آن جلب منافع و رفع و دفع مفاسد از مردم در این دنیا می باشد (فتحعلی زاده، ۱۳۸۱: ۱۷۰-۱۷۱).

۲. مبانی و منابع اختصاصی

این مبانی و منابع به اندیشه سیاسی اسلام اختصاص دارد. بنا به مقدمه قانون اساسی، قانون (گذاری) بر مدار قرآن، سنت و اجتهاد فقهای جامع الشرایط بر اساس کتاب و سنت صورت می گیرد.

وحی تنها سرچشمه اصلی استنباط حقوق اسلام است و سه ماخذ دیگر (سنت، عقل و اجماع) تابعی از آن هستند لذا عموم فقها از بکاربردن عنوان منابع در این مورد اجتناب کرده، تعبیر ادله را بکاربرده اند. بعلاوه ادله اربعه حکم شرعی را اثبات نمی کنند بلکه درحقیقت طرق اثبات هستند و ارتباط هر حکم را با وحی تایید یا رد می کنند (عمید زنجانی، محمدی، ۱۳۸۵: ۷) اما مصطلح می باشد که «منابع قانون در اسلام به ترتیب ادله زیر است: کتاب، سنت، اجماع، بنای عقلا، عقل (اسدی، ۱۳۸۴: ۱۲۲). وقتی منابع قانون بیان می شوند بلافاصله قید "کاشف اراده خداوند" بدان ضمیمه می گردد لذا منبع اصلی قانون مستقیم یا غیر مستقیم، دین است (راسخ، ۱۳۸۴: ۹۹-۱۰۱).

۱-۲. کتاب

قرآن کریم به منزله قانون اساسی اسلام است. «قرآن برخلاف سنت که بخش مهمی از آن ناظر به شرایط محیطی و دوران شکل گیری است، پای در دوران ویژه ندارد ولی درباره نقش قرآن در فقه دیدگاه تحلیلی مشخصی ارائه نشده است» (مبلغی، ۱۳۸۹: ۶-۳) لذا بر فقیهان لازم است در بیان قواعد فقهی و حقوقی به درخواست مستقیم انجام دادن وظایف شرعی و قانونی از مکلفان بسنده نکنند بلکه با الگو گرفتن از قرآن کریم و روشهای مختلف بیان احکام، آن را به نسلهای جدید منتقل کنند (صادقی فدکی، ۱۳۹۱: ۵۳).

۲-۲. سنت

به نظر امامیه، سنت پیامبر و ائمه اطهار شامل قول و فعل و تقریر (سکوت) آنها حجت است (موسوی اردبیلی ۱۳۶۴: ۱۳-۱۵). سنت پیامبراقسامی دارد. دو قسم آن عبارتند از: ۱. سنن ثابت: اموری که پیامبر برای مصلحت امت، حرام یا واجب کرده و در قرآن نیامده است. برای نمونه در روایت آمده که به میمنت تولد امام حسن، پیامبر به استثناء نماز صبح، دو یا یک رکعت اضافه کردند و از آن زمان به بعد همه نمازها چهار یا سه رکعتی شد. عمل به این سنت هم تا روز قیامت ثابت و واجب است. ۲. سنن موقت: که موقتاً حکمی جعل می شود. در روایات آمده که مسلمانان الاغ های اهلی را می کشتند و می خوردند لذا وسیله ای نبود تا غنائم را به مدینه بیاورند، از این رو پیامبر فرمودند تا وقتی که این غنائم را به مدینه ببریم، الاغ ها را نکشید (مددی، ۱۳۸۹: ۱۸۵).

فایده بحث اینکه؛ « برای نمونه، مقصود از ربا در آن زمان ربای قرضی بود که الان در بانک های دنیا رایج است؛ پولی را قرض می دادند و سرمدت زیادتر می گرفتند. این ربا به دلیل سنت حرام است» (مددی، ۱۳۸۹: ۱۸۷) یا مستند مبانی تاسیسی نهاد خبرگان رهبری روایت یعقوب ابن شعیب از امام صادق می باشد. حال در نظم قانونی ما، مصادیق و حکم واقعی سنن ثابت و موقت و همچنین مرجع تشخیص و تقنین این موارد کدام است؟!.

۲-۳. اجماع

در مورد اجماع در مکتب شیعه نظریه های مختلفی ابراز شده است: اتفاق همه صاحب نظران ° اتفاق نظر اکثریت صاحب نظران ° اتفاق نظر گروهی صاحب نظر ولو در اقلیت- اتفاق نظر صاحب نظران در یک عصر - اتفاق نظر صاحب نظران در یک شهر یا کشور (اختری، ۱۳۷۸: ۷۴).

میرزای قمی معتقد است: عناصر اجماع عبارتند از اتفاق- اتفاق امت محمد و مذهب اسلام ° اتفاق جماعتی که... و منظور اتفاق مجتهدین است ° اتفاقی که کاشف از رای و رضایت معصوم یعنی امامان معصوم و پیامبران باشد- اتفاق بر مسائل دینی اعم از اصول دین یا فروع دین و احکام آن و نه مسائل عقلی یا لفظی و امور عادی. اجماع سکوتی حجت نیست چون اجماع

عبارت است از اتفاق و سکوت دلالت بر موافقت ندارد. اجماع خود قول معصوم نیست بلکه می‌توانیم بگوییم امام یا پیامبر با مفاد اجماع موافق است (محمدی، ۱۳۵۱: ۱۵۰-۱۵۴). از طرفی در مورد معنای اجماع و اینکه اجماع تا چه حد می‌تواند دلیل شرعی باشد گفته شده است «مانند کتاب و سنت نیست که به تنهایی دلالت داشته باشد... نه در عرض کتاب و سنت و نه در طول کتاب و سنت دلیل محسوب نمی‌شود (موسوی اردبیلی ۱۳۶۴: ۲۸). از طرفی «اجماع شباهت زیادی به اصطلاح عقاید علمای حقوق دارد ولی اثر و ارزش اجماع بیشتر از عقاید علمای حقوق (دکترین) است زیرا عقاید علمای حقوق صرفاً جنبه مشورتی دارد و قدرت قانونی ندارد در صورتی که اجماع در اسلام قدرت قانونی داشته مستقیماً منشاء حق و تکلیف است» (محمدی، ۱۳۵۱: ۱۵۷).

بنابراین مفهوم، قلمرو و اعتبار و استقلال اجماع نیز بعنوان منبع قانون مورد اختلاف است و بطور کلی در خصوص مبانی و منابع دینی، مفهومی معادل رویه قضایی یا آرای وحدت رویه ایجاد نشده است.

گفتار ۵: مفاهیم شبه قانون

نظم قانونی نمی‌تواند کلیه ارگان نظم اجتماع را دربرداشته باشد چه عوامل دیگری از قبیل اخلاق و مذهب و رسوم و عادات وجود دارند که رویه افراد را تحت تاثیر قرار داده و در بعضی موارد حتی اثر متبوعیت قانون را مختل می‌سازند. مقصود قانون، اخلاق و مذهب یکی بوده ولی طریقه و رسیدن به هدف در هر یک روش خاصی دارد پس باید دید امتیاز و اختلاف آنها از چه قرار می‌باشد (تقوایی، ۱۳۳۵: ۱۲).

فرق فارق قانون با سایر عناوین مشابه، توافق عام بر سر اوصافی است که برای قانون برشمرده شد در حالی که این توافق در مورد دیگر عناوین وجود ندارد. هدف عمده وضع قانون تنظیم روابط اعتقادی و سنتی نیست بلکه تنظیم روابط اجتماعی است. اگر قانون شکنی بشود با قدرت دولت مواجه می‌شود اما برای مقولات مشابه اینگونه نیست.

اصلی ترین دسته بندیهای مطالعه اخلاق عبارت اند از اخلاق توصیفی، فلسفه اخلاق (نظریه اخلاقی)، اخلاق کاربردی. در اخلاق توصیفی درمی یابند که مردم جوامع مختلف متعلق به چه اخلاقیاتی هستند. خوراک و پوشاکشان چگونه است و به چه نحو رفتار می کنند. فلسفه اخلاق می کوشد تا مفاهیم اصلی اخلاقی مثل درست و نادرست را تعریف و مبادی احتمالی اخلاق مثل خدا، عقل، میل یا انگیزه برای شادبودن را مورد تحلیل قرار دهد تا دستورالعملهایی برای اشخاص تهیه نماید. اخلاق کاربردی به مباحث موجود در منازعات خاص درباره سقط جنین، عدم فرمانبری مدنی و.. می پردازد (نظری، ۱۳۹۲: ۵۶).

برای اخلاق مبنای علمی و دائمی متصور نیست زیرا قضاوتهای اخلاقی عبارت است از سلیقه و مشرب افراد که عمومیت ندارد. ریشه این قضاوتها عبارت است از عوامل مختلف که مهمترین آنها محیط تربیت، وضع اقتصادی و چگونگی طرز تفکر افراد است (ساسان فر، ۱۳۳۲: ۶۷-۶۹).

برخی ویژگیهای کلی اخلاق از این قرار است: « اخلاق بر اصول دیگر از جمله اصل قانونی بودن برتری دارد، برخی وجوه اخلاق در دایره قانون نمی گنجد مثلا دروغگویی غیر اخلاقی است ولی نمی توان قانون عامی در منع دروغگویی وضع کرد، اصل اخلاقی باید کارایی داشته باشد، عموماً اصول اخلاقی در قالب توصیه ها ارائه می شوند، این اصول را نباید مخفی داشت و ضرورتی ندارد اصول اخلاقی مبتنی بر وحی الهی باشد» (نظری، ۱۳۹۲: ۵۶). ضمانت اجرای نرم قانونی، قراردادی است حال آنکه اثر متبوعیت نرم مذهبی مستلزم اعتقاد قبلی به قدرت مافوق بشری باشد (تقوایی، ۱۳۳۵: ۱۲). عده ای اخلاق را عام الشمول و متغیر می پندارند ولی « برخی فلاسفه معتقدند، شخصی، موروثی و طبیعی هستند (اعتصامی، ۱۳۴۶: ۱۰۴).

در اصول ۱۰ و ۱۴ و ۱۲۱ قانون اساسی ما، بر اخلاق بعنوان منبع قانونگذاری تاکید شده است، مثلاً آمده است رئیس جمهور بایستی مروج دین و اخلاق باشد و دولت بر اساس اخلاق حسنه با غیرمسلمانان رفتار کند ولی این پرسیدنی است که کدام بخش اخلاق اسلامی صرفاً توصیه ای و کدام بخش آن کاربردی و تقنینی است؟! اخلاق حسنه و غیرحسنه کدام است؟! چرا که «اخلاق حسنه گاهی می تواند ریشه عرفی و گاهی ریشه مذهبی داشته باشد» (نویسن، ۱۳۸۸:

۴۳). بطورمثال، عدم رعایت حجاب، خلاف اخلاق (اسلامی) است در حالی که مصرف مشروبات الکلی موافق برخی اخلاقیهای عرفی است.

۲. مذهب

اتحاد ودوگانگی مذهب وقانون از موارد پرتنش و پریپرسش حقوق است. برخی می نویسند « درحقوق اسلام مرزی بین حقوق و مذهب وجود ندارد واین دو امرآمیخته بهم هستند (بندرچی ، ۱۳۸۵ : ۲۰). لذا در اصل ۱۶۷، انحصارجرم نگاری در قانون برداشته شده ودرنظام کیفری ایران، مفهوم جرم(قانون) وگناه(مذهب) یکی است اما در قرآن مجید هیچ کلامی برتساوی مفهوم گناه با مفهوم اصطلاحی جرم دلالت ندارد وکتب حدیثی شیعه نشان می دهد دلیلی که بر ثبوت کیفر دنیوی (تعزیر) بر هر فعل حرام یا ترک واجب دلالت کند وجود ندارد و نظریه تساوی جرم و گناه با شیوه های قانون گذاری امروسازگار نیست. با توجه به اصل های ۱۶۶، ۳۳، ۳۶، ۳۲، ۲۲ و ۱۶۹ قانون اساسی که به صراحت برحصر جرم انگاری و تعیین مجازات در قانون مدون دلالت دارد، تنها از طریق جرم انگاری تقنینی می توان عملی را قابل مجازات دانست (آیتی، اسفندیاری بیات ، ۱۳۸۷ : ۹ - ۳۲) چراکه قلمرو فقه گسترده تر از مسائل حقوق است(نقیبی، ۱۳۸۸ : ۹-۱۰).

در قلمرو فقه ، به تکلیف بیش از حق و پیش از حق اهمیت داده شده است و تکالیف عمومی نیز مقدم برحقوق عمومی مطرح می گردد (عمید زنجانی ، محمدی ، ۱۳۸۵ : ۱۲). بنابراین، مذهب لزوما قانون نیست اما برخی بر این نظرند که « با توجه به اصل چهارم نسبت بین شرع و قانون ، نسبت عموم و خصوص مطلق خواهد بود» (موسوی اردبیلی، ۱۳۶۴ : ۱۴ - ۱۸). فتوی مجتهد را نیز می توان دخیل در این نسبت دانست که « عبارت است از بیان احکام کلی برای عموم، مثل حرمت سیگار کشیدن برای همه مردم. البته فتوی مجتهد فقط برای مقلدین وی لازم الاجراست. فتوای قلمرو وسیع دارد که شامل احکام الزامیه و غیرالزامیه، مستحبات و مکروهات می شود(مصطفوی، ۱۳۸۸ : ۲۹۱).

فناوای مجتهدین را می توان با توجه به اصول ۲ و ۱۶۷ در ردیف منابع اصلی قانونگذاری و مشارکت مستقیم مردم در قانونگذاری قرارداد ولی نظریات علمای حقوق با توجه به ماهیت مذهبی نظام جمهوری اسلامی کمتر مورد توجه است (رستمی، ۱۳۸۷: ۱۹۷-۱۹۶). در رویه عملی نیز در پاره ای موارد برخی از دستگاههای اجرایی بدون پی گیری برای تهیه لایحه و یا طی نمودن مراحل قانونی با کسب نظر یا استفتاء از مقام رهبری عمل نموده اند (محسنی، نجفی اسفاد، ۱۳۷۹: ۱۲۷).

۳. عرف

عرف قاعده ای است که بتدریج و خودبخود میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده ای الزام آور مرسوم شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۷۸).

در مورد استقلال عرف، می گویند: « دادگاه می تواند عرف مخالف اخلاق حسنه و عقل را کنار بگذارد درحالیکه چنین اختیاری در مورد قانون ندارد اما مطابق اندیشه های نو، عرف منبع حقوق است و وابسته کردن اعتبار عرف به منابع حقوقی دیگر، به منزله رد نظریه بودن عرف است (میرزایی، ۱۳۹۰: ۸۱).

در حالیکه در برخی کشورها عرف حقوق اساسی جایگاه چندانی ندارد در گروهی دیگر بویژه کشورهای آنگلو ساکسون در عمل همسطح منابع قانون اساسی است (پروین، ۱۳۹۲: ۹۷).

در خصوص اعتبار عرف نزد فقهای شیعه سه نظریه وجود دارد: ۱. عرف ذاتی و بی نیاز از امضای شارع است و ناسازگاری با عرف به منزله ناسازگاری با نیازهای عمومی است و موجب ازهم گسیختگی نظام اجتماعی می گردد. ۲. اعتبار عرف وابسته به موافقت شارع است. ۳. عرف را گونه ای عقل می دانند و اختلافی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد (احمد زاده، ۱۳۸۲: ۲۳).

نظرات زیر نیز در مورد عرف ابراز شده است: ۱. عرف به عنوان یکی از منابع حقوق موضوعه جایگاهی خارج از ادله اربعه در فقه اسلامی دارد (عمید زنجانی، محمدی، ۱۳۸۵: ۷). ۲.

مقصود از رجوع به عرف در محدوده تشخیص موضوعات است نه تشخیص حکم (فیض، حسینی سمنانی، ۱۳۸۷: ۱۰۰-۱۲۳). ۳. شهید صدر می نویسد: سیره و بنای عقلا عبارت است از تمایل عمومی در نزد عقلا چه دیندار و چه غیر آنها به رفتاری بدون اینکه شرع هیچگونه

نقشی در ایجاد آن داشته باشد (مومنی ، رجایی ، ۱۳۸۷ : ۱۶۲). ۴. بناء عقلا در صورتی دلیل خواهد بود که ما از آن بطور یقین موافقت شارع و امضایش را با طریقه عقلا کشف کنیم در غیر این صورت مجرد افاده ظن کفایت نمی کند (اسدی ، ۱۳۸۴ : ۱۲۰). قانون اساسی ما، نیز نسبت به قاعده عرف ساکت.

۴. سنت و رسوم

سنت ها از طریق گفتار و کردار خارج از موسسه های رسمی شایع و منتقل وبه همین منوال استقرار می یابد، یعنی از طرق شفاهی و تقریری تعلیم داده می شوند (ح. ج. ۱۳۶۵ : ۱۴۱). به نظر منتسکیو رسوم از طرف ملت وضع می شود ولی قانون از طرف قانونگذار. اگر قانونگذار بخواهد رسوم و اخلاق را با قانون اصلاح کند تحمل آن دشوار است (مدرس، ۱۳۳۷ : ۱۰ - ۲۳). سنت ها ممکن است به قانون تبدیل شوند مثل قانون ازدواج و طلاق رسمی. «آداب و رسوم بجای آنکه به بطن هستی اجتماعی بنگرد به ظاهر و سبک زندگی اجتماعی می نگرد. در سایه آداب و رسوم است که نوع پوشش ، خوراک و پوشاک و مواردی از این دست سمت و سو می یابد. در عین حال روی گرداندن از آداب و رسوم یک نوع بی اخلاقی تلقی می شود. هرگاه آداب و رسومی پذیرفته شود اهمیتی به مثابه قانون پیدا خواهد کرد (نظری، ۱۳۹۲ : ۵۶). رسوم پایین تراز عرف اند.

در اسلام سنت ها بر دو گونه شرعی (منع قانون) و عرفی است. سنت عرفی مغایر با شرع پذیرفتنی نیست.

نتیجه گیری

در پاسخ به این سؤال که قانون چیست، درحقیقت باید گفت ؛ مردمان و حاکمان چه کسانی هستند، قانون در نزد اینها و اینها در نزد قانون چه ارزشی دارد؟. آنچه مشخص است در تمامی جوامع اگرچه قانون تنها هنجار بنیادین نیست ولی در برابر موارد مشابه خود، هنجاری برتر است.

قانون انواع و اهدافی دارد. از جمله اهداف آن « اخلاق و خیر عمومی، نظم برای بقاء، عدالت، حدحق، حفظ حقوق عامه، تمثیت امور دولت و همگرایی اجتماعی است (راسخ، ۱۳۸۴: ۶۱-۹۲) که بطور کلی از چهارمینا: ماوراء طبیعت، طبیعت انسان، جامعه و دولت برمی خیزد و ویژگیهای اختصاصی و بعضاً منحصر به فرد دارد. مع الوجود در دنیای دموکراسی ماهیت، هدف و نحوه تعامل قانون با عناوین مشابه بحدکفایت شفاف نیست؛ مثلاً اگر اراده مردم فوق حاکمان تصور شود حکومت غیرقانونی است و اگر قانون مافوق مردم است، اراده مردم حاکم نیست هر چند بتوان این پارادوکس را اینگونه توجیه نمود: در زمان حیات قانون، قانون فوق اراده مردم است اما در دراز مدت، عکس این قضیه حاکم است زیرا مردم، قانون را به زیر می آورند و قانونی جدید اراده می کنند. لذا در یک برابری اراده مردم، دولت و قانون با این مفروض که هر سه عنصر شرور یا هر سه درستکار باشند محدود و مقید خواهند بود.

جمهوری اسلامی اگرچه به پارادوکس اخیر مبتلا نیست و در هر صورت اراده مردم محدود و مادون قوانین (شرعی ثابت و عرفی محدود به شرع) است ولی همواره این پرسش مطرح می باشد که « واقعا مبنای قانونی ایران چیست؟ قانون ایران نه فتوی است و نه قانون و به معنای مصطلح غربی آن ضمانتی شرعی^۵ عرفی است و میان این دو گرفتار آمده و عملاً نه این و نه آن شده است» (وکیلان، ۱۳۹۰: ۸).

کارپن معتقد است قانون موضوعه باید سه ویژگی مهم داشته باشد. در صورت اجرا، مقصود قانون گذار حاصل شود (نتیجه بخشی)، به وسیله مخاطبان اجرا شود یا بتوان قانون را برایشان تحمیل کرد (اثرگذاری)، هزینه های اجرای آن از فوایدش بیشتر نباشد (کارآمدی). (وکیلان، مرکز مالگیری، ۱۳۹۵: ۴۸) که بنظر می رسد بازاندیشی پیرامون ماهیت، منابع، سلسله مراتب، پراکندگی، پیچیدگی، همسوسازی، تعیین مراجع اختصاصی قانونگذاری و بطور کلی هندسه و مهندسی قانون در کشورمان امری ضروری خواهد بود.

منابع

قرآن کریم

کتب

- آشوری، داریوش (۱۳۸۳)، دانشنامه سیاسی، چاپ دهم، نشر مروارید
- ادیب، مجید (۱۳۹۱)، قانون، نوشته برتران متیو، نشر میزان، چاپ اول
- امام خمینی، روح الله (۱۳۷۸)، ولایت فقیه: حکومت اسلامی، چاپ دوم، مؤسسه نشر آثار امام خمینی
- امام خمینی، روح الله (۱۳۶۸-۱۲۷۹)، مجموعه ۲۲ جلدی صحیفه امام، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- بشیریه، حسین (۱۳۸۲)، آموزش دانش سیاسی، چاپ نهم، نشر نگاه معاصر
- بوشهری، جعفر (۱۳۸۵)، حقوق اساسی، جلد پنجم، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار
- بیات، هادی و همکاران (۱۳۸۹)، قانون و قانونگذاری در آراء اندیشمندان شیعه، چاپ اول، نشر دانشگاه امام صادق
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۵)، ترمینولوژی حقوق، چاپ شانزدهم، نشر کتابخانه گنج دانش
- راسخ، محمد (۱۳۸۴)، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، چاپ اول، نشر مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی
- شهابی، محمود (۱۳۶۵-۱۲۸۲)، ادوار فقه، جلد ۱، چاپ پنجم، نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
- صورت مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، (۱۳۶۴)، جلد ۱، چاپ اول، نشر عمومی مجلس شورای اسلامی
- عالم، عبدالرحمان (۱۳۷۹)، تاریخ فلسفه سیاسی غرب، عصر جدید و سده نوزدهم، چاپ دوم، نشر وزارت امور خارجه
- قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۳)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ دهم، نشر میزان
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ ۷۹، نشر شرکت سهامی انتشار
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، نشر میزان
- طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، حقوق اداری، چاپ دهم، نشر سمت

- طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۸۵)، حقوق اساسی، چاپ هفتم، نشر میزان
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۸۹)، حقوق کیفری اختصاصی (۲) جرائم علیه اموال و مالکیت، چاپ ۲۸، نشر میزان
- وکیلان، حسن (۱۳۹۰)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات)، چاپ اول، نشر مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی
- مقالات
- آیتی، سید محمدرضا و اسفندیاری بیات، حمزه (۱۳۸۷)، نسبت جرم و گناه در حقوق ایران، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، تابستان، شماره ۱
- آزمایش، علی (۱۳۵۱)، مساله مغایرت قانون با قانون برتر در حقوق ایران، قوق و علوم سیاسی، تابستان و پاییز، شماره ۱۰ و ۱۱
- ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۴۹)، سیاست و عرصه آن، حقوق و علوم سیاسی، پاییز، شماره ۳
- ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۶۰)، مساله سلسله مراتب قوانین در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چرا قانونی بر قانون دیگر برتر است؟، حقوق و علوم سیاسی، تیر، شماره ۲۲
- اختری، محمد علی (۱۳۷۸)، منابع حقوق اسلامی، مهر و آبان، شماره ۱۵
- احمدزاده، سید حشمت اله (۱۳۸۲)، عرف در نظر فقیهان و حقوقدانان، فقه و مبانی حقوق، زمستان، شماره ۲
- احمدی، امید (۱۳۹۲)، مشروعیت قانون از دیدگاه اسلام و مارکس وبر، پژوهشنامه حقوق تطبیقی، بهار، شماره ۱
- احمری، حسین (۱۳۸۷)، رابطه عقل و دین، فقه و تاریخ تمدن، زمستان، شماره ۱۸
- ارباب زاده، سعید (۱۳۲۷)، فلسفه قانون، کانون و کلا، تیر، شماره ۲
- ارسطا، محمد جواد (۱۳۹۵)، نقش مردم در حکومت اسلامی (مشروعیت بخشی یا کارآمدی؟)، فقه حکومتی، بهار و تابستان، شماره ۱
- اسدی، حسن (۱۳۸۴)، بنای عقلاء و جایگاه آن در ادله احکام، فقه و مبانی حقوق، زمستان، شماره ۲
- اعتصامی، یوسف (۱۳۴۶)، اصلاح اخلاق، کانون و کلا، مهر و آبان، شماره ۲

- افتخاری، قاسم (۱۳۵۰)، مفهوم ایدئولوژی، حقوق و علوم سیاسی، زمستان، شماره ۸
- انصاری، باقر (۱۳۸۳)، حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلام، تطبیقی و ایران، حقوق و علوم سیاسی، زمستان، شماره ۶۶
- امیرارجمند، اردشیر (۱۳۷۸)، آموزش حقوق بشر، تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان، شماره ۲۵ و ۲۶
- بجنوردی، (۱۳۶۴)، وجوب تعلم احکام شرعیه و قوانین (جهل به قانون رافع مسئولیت نیست)، مطالعات حقوقی و قضایی، تابستان، شماره ۲
- بندرچی، محمدرضا (۱۳۸۵)، حقوق اسلام و حقوق رم، دادرسی، خرداد و تیر، شماره ۵۶
- بهزادی، حمید (۱۳۶۱)، نظریه حکومت قانونی در دموکراسی و نظام سیاسی اسلام، حقوق و علوم سیاسی، زمستان، شماره ۱۲
- پروین، خیر الله (۱۳۹۲)، از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی، حقوق و علوم سیاسی، تابستان، شماره ۲
- پزشک مرنیدی، سعید (۱۳۸۹)، حکومت قانون چیست؟ نوشته آندرو آلمن، دادنامه، مهر، شماره ۵
- تقوایی، ابراهیم (۱۳۳۵)، قانون و اجتماع، کانون وکلا، خرداد و تیر، شماره ۴۸
- توسلی نائینی، منوچهر، شهابی، نکویی، مرضیه (۱۳۹۰)، نقش واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی، فقه و حقوق اسلامی، پاییز و زمستان، شماره ۳
- تقی زاده، جواد، نجابت خواه، مرتضی، قلی زاده، عادل (۱۳۹۴)، مسئله نظارت اساسی قضات محاکم بر قوانین عادی، راهبرد، پاییز، شماره ۷۶
- جلالی، محمد (۱۳۸۳)، صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده آمریکا، نوشته فرانسیس هامون و سلین واینر، حقوق اساسی، تابستان، شماره ۲
- جعفری، سیاوش (۱۳۸۵)، الزام سیاسی: درآمدی بر مبانی اخلاقی روابط متقابل فرد و دولت، حقوق و سیاست، پاییز و زمستان، شماره ۲۱
- جعفرقلی خانی، ابوالفضل (۱۳۹۱)، عوامل هنجاری و ساختاری قانون گذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران، تحقیقات حقوقی آزاد، تابستان، شماره ۱۶

جعفری تبار، حسن (۱۳۸۲)، درآمدی بر تاریخ نگاری علم حقوق، حقوق و علوم سیاسی، تابستان، شماره ۶۰

حبیب زاده، محمد جعفر، هوشیار، مهدی (۱۳۹۳)، موقعیت اقلیت های دینی در حقوق کیفری ایران در پرتو اصل برابری در مقابل قانون، پژوهشنامه حقوق کیفری، پاییز و زمستان، شماره ۱۰

ح. ح (۱۳۶۵) فلکلور حقوقی، مطالعات حقوقی و قضایی، پاییز، شماره ۷
 حسینی، سید احمد (۱۳۷۸)، ولایت مطلقه فقیه، فقه و اصول، پاییز و زمستان، شماره ۲۱ و ۲۲
 حسینی، سید محمد (۱۳۸۶)، نظریه تساوی انسانها در حقوق بشر اسلام، فقه و مبانی حقوق، پاییز، شماره ۹

دبیرنیا، علیرضا (۱۳۹۵)، حاکمیت مردم در مفهوم مدرن؛ فراساختاری بودن حق حاکمیت، پژوهش حقوق تطبیقی، پاییز، شماره ۳

دبیا، حسن (۱۳۴۴)، قانون- عدالت ° حقیقت، کانون وکلا، مهر و آبان، شماره ۹۸
 راجی، سید محمد هادی (۱۳۸۸)، قلمرو اختیارات و وظایف ولی فقیه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، گواه، بهار و تابستان، شماره ۱۴
 راسخ، محمد (۱۳۸۵)، ویژگیهای ذاتی و عرضی قانون، مجلس و راهبرد، تابستان، شماره ۵۱
 رحمدل، منصور (۱۳۸۴)، حق انسان بر حریم خصوصی، حقوق و علوم سیاسی، زمستان، شماره ۷۰

رستمی، ولی (۱۳۸۷)، مشارکت مردم در قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران، حقوق و علوم سیاسی، بهار، شماره ۱
 رستمی، ولی، حسینی پور اردکانی، سید مجتبی (۱۳۹۲)، نظارت قضایی بر موسسات و نهادهای عمومی غیردولتی، بررسی های حقوق عمومی، بهار، شماره ۱

ساسان فر، عباس (۱۳۳۲)، ارتباط اخلاق و قانون، کانون وکلا، آذر و دی، شماره ۳
 سامنی، سهراب (۱۳۵۴)، حقوق دموکراسی: زیربنای حقوقی حاکمیت و دموکراسی، کانون وکلا، زمستان، شماره ۱۳۳

- سلطانی، سید ناصر (۱۳۹۱)، مفهوم برابری در مقابل قانون در متمم قانون اساسی مشروطیت، مطالعات حقوقی، پاییز و زمستان، شماره ۷
- شاهدی، رحیم (۱۳۹۱)، پویایی فقه شیعه، حکومت اسلامی، بهار، شماره ۶۳
- شیخاوندی، داور (۱۳۸۳)، مفاهیم برابری و نابرابری در فلسفه های غربی، رشد آموزش علوم اجتماعی، پاییز، شماره ۲۴
- صادقی فدکی، سیدجعفر (۱۳۹۱)، بررسی و تحلیل شیوه قرآن کریم در بیان آموزه های فقهی، پژوهشهای فقهی، بهار و تابستان، شماره ۱
- صبحی، محمد رضا (۱۳۸۸)، دیدگاههای اندیشمندان و حقوقدانان بزرگ جهان در رابطه با قانون و قانونمداری، کانون وکلای دادگستری، زمستان، شماره ۱۶ صفری، محسن (۱۳۸۷)، شریعت اسلامی و استدلال عقلی از منظر فقه امامیه، حقوق و علوم سیاسی، تابستان، شماره ۲
- عارفی شیرداغی، محمد اسحاق (۱۳۹۰)، حقیقت و گستره حکم حکومتی و نقش آن در حل مسائل نوپیدای جامعه، آموزه های فقه مدنی، پاییز و زمستان، شماره ۴
- علی اکبریان، حسنعلی (۱۳۹۲)، رابطه حکم شرعی و قانون، دین و دانش، بهار، شماره ۱
- عمید زنجانی، عباسعلی، محمدی، محمدعلی (۱۳۸۵)، منابع و مبانی حقوق عمومی در اسلام، حقوق خصوصی، پاییز و زمستان، شماره ۱۱
- فتحعلی زاده، علی (۱۳۸۱)، واژه قانون و ورود آن به ایران، کانون وکلا، تابستان، شماره ۱۷۷
- فیض، علیرضا، حسینی سمنانی، بتول (۱۳۸۷)، بررسی عوامل پویایی فقه، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، تابستان، شماره ۱
- قاسمی، محسن (۱۳۸۳)، علم قانونگذاری در سایه حقوق اساسی، حقوق اساسی، زمستان، شماره ۳
- قاضی، ابوالفضل (۱۳۷۱)، قانون اساسی، سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی، حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۸
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی، حقوقی دادگستری، پاییز، شماره ۲۱

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، عصر تجربه و حقوق تجربی / اصول جبران خسارت در نظام حقوقی آمریکا، حقوق و علوم سیاسی، پاییز، شماره ۴۱
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی، حقوق و علوم سیاسی، زمستان، شماره ۶۶
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، حکومت قانون و جامعه مدنی، کانون، آذر، شماره ۷۵
- کدخدایی، عباسعلی، جواهری طهرانی، محمد (۱۳۹۲)، کاوشی در مفهوم و اوصاف قانون، مطالعات حقوقی دولت اسلامی، بهار، شماره ۳
- کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۱)، صلاحیت مجلس شورای اسلامی در امر تقنین؛ مطلق است یا مقید؟، بررسی های حقوق عمومی، زمستان، شماره ۲
- لاریجانی، محمد صادق (۱۳۸۱)، مبانی مشروعیت حکومتها، الهیات و حقوق، بهار، شماره ۳
- مبلغی، احمد (۱۳۸۹)، منابع فقه سیاسی؛ قرآن، کاوشی نو در فقه، بهار، شماره ۶۳
- مددی، سید احمد (۱۳۸۹)، جایگاه سنت، اجماع و عقل در معاملات، کاوشی نو در فقه، بهار، شماره ۶۳
- مدرس، علی اصغر (۱۳۳۷)، حق و قانون، کانون وکلای دادگستری، اسفند، شماره ۱
- محسنی، فرید، نجفی اسفاد، مرتضی (۱۳۷۹)، منابع حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ دیدگاههای حقوق قضایی، بهار و تابستان، شماره ۱۷ و ۱۸
- محمدزاده وادقانی، علی رضا (۱۳۷۶)، اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه، نوشته ژان بولانژه، حقوق و علوم سیاسی، بهار، شماره ۳۶
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۵۱)، اجماع، حقوق و علوم سیاسی، تابستان، شماره ۱
- محمدی، عبدالعلی، کدخدایی، عباسعلی (۱۳۸۴)، مشروعیت قانون اساسی، نوشته رندی ا. بارنت، حقوق و علوم سیاسی، زمستان، شماره ۷۰
- مصطفوی، سید کاظم (۱۳۸۸)، ماهیت حکم، حقوق و علوم سیاسی، بهار، شماره ۱
- مطلبی، موسی، حسن، جمشیدی (۱۳۹۱)، منزلت دلیل عقل در سیره استنباطی فقهای شیعه، پژوهشهای فقهی، بهار و تابستان، شماره ۱

- منشی طوسی، محمدتقی (۱۳۸۷)، فقه و تاریخ تمدن، حلقه پیوند فرهنگها و تمدنها، تابستان، شماره ۱۶
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۳۶۴)، سنت و اجماع، مطالعات حقوقی و قضایی، پاییز، شماره ۴
- موسوی بجنوردی (۱۳۶۴)، عقل یکی از ادله اربعه، مطالعات حقوقی و قضایی، بهار، شماره ۱
- موسوی، سیدحسین (۱۳۵۴)، بحث تاریخی در باره لغت قانون، وکلای کانون دادگستری، مرداد، شماره ۹
- موسی زاده، ابراهیم (۱۳۹۰)، بررسی حقوقی انسان از دو دیدگاه غرب و اسلام (رابطه حق و تکلیف در اندیشه حقوقی اسلام)، حکومت اسلامی، زمستان، شماره ۶۲
- موسی زاده، ابراهیم، مصطفی زاده، فهیم (۱۳۹۱)، نگاهی به مفهوم و مبانی حق بحریم خصوصی در نظام حقوقی عرفی، بررسی های حقوق عمومی، زمستان، شماره ۲
- مومن، محمد (۱۳۸۵)، حقوق و اختیارات مردم در چارچوب دین، حکومت اسلامی، بهار، شماره ۳۹
- مومنی، مصطفی، رجایی، فاطمه (۱۳۸۷)، جایگاه عقل در اصول فقه، فقه و تاریخ تمدن، پاییز، شماره ۱۷
- مهودی، ابراهیم (۱۳۴۲)، اطاعت از قوانین و اوامر حکومتها چرا لازم است؟ (۲)، کانون وکلا، مهر و آبان، شماره ۸۶
- میرزایی، اقبالعلی (۱۳۹۰)، قانون متروک: مبانی، مفهوم و مصادیق، حقوقی دادگستری، تابستان، شماره ۷۴
- نادرزاد، بزرگ (۱۳۷۲)، اصول دهگانه دموکراسی مبتنی بر مشارکت، نوشته آلن دوبنوا، اطلاعات سیاسی و اقتصادی، بهمن و اسفند، شماره ۷۷ و ۷۸
- نقیبی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۸)، نسبت و رابطه دانش فقه و علم حقوق در نظام حقوقی ایران، آموزه های فقه مدنی، بهار و تابستان، شماره ۲
- نظری، معصومه (۱۳۹۲)، اخلاق چیست، نوشته لیندا ازگیسکی، کتاب ماه دین، بهمن، شماره

- نوذری، محمد، شیخ الاسلامی، سیدمحسن (۱۳۹۵)، بررسی تطبیقی تعدد نهادهای قانونگذاری در حقوق اساسی ایران و فرانسه، حقوق و فقه، بهار، شماره ۱
- نوبین، پرویز (۱۳۸۸)، نظم عمومی در حقوق، قضاوت، مرداد و شهریور، شماره ۵۸
- واعظی، مجتبی (۱۳۸۳)، ارزش حقوقی مذاکرات مجلس شورای اسلامی، حقوق اساسی، زمستان، شماره ۳
- وکیلان، حسن، مرکز مالگیری، احمد (۱۳۹۵)، مقدمه‌ای بر فلسفه قانون‌گذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون، پژوهش حقوق عمومی، تابستان، شماره ۵۱
- ویژه، محمدرضا (۱۳۸۳)، مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین، حقوق اساسی، تابستان، شماره ۲
- ویژه، محمدرضا (۱۳۸۶)، سیر دگرگونی مفهوم قانون در حقوق غرب، نوشته لویز ماریا دیز پیکازو، الهیات و حقوق، بهار، شماره ۲۳
- هاشمی، سید محمد (۱۳۷۲)، تهذیب قوانین و راههایی که باید پیمود، مجلس و راهبرد، مرداد و شهریور، شماره ۳
- یثربی، سید علی محمد (۱۳۹۰)، اقلیت، اکثریت و فلسفه مشروعیت، حقوق و علوم سیاسی، تابستان، شماره ۲
- یزدی، محمد (۱۳۶۴)، ماهیت قانونگذاری در نظام اسلامی، مطالعات حقوقی و قضایی، پاییز، شماره ۳