

جایگاه قانون در تحقق عدالت حقوقی و تأثیر آن بر تفسیر قضایی تأملی بر نسبت قانون و قاعده ی حقوقی در نظام فقهی-حقوقی ایران

مهدی شهابی*

تاریخ دریافت: 1393/02/09

تاریخ پذیرش: 1393/06/29

چکیده:

یکی دانستن قانون و قاعده ی حقوقی، نشان از رویکرد تحقق دولتی در مبنای التزام آوری قاعده ی حقوقی داشته، به یکی انگاشتن حقوق و قانون منجر شده، می تواند نوعی عدالت دولتی و به دنبال آن، تفسیر لفظی از قانون را نتیجه دهد. با این وجود، آیا می توان با تأکید بر تفکیک قانون از قاعده ی حقوقی، زمینه ی عبور از عدالت دولتی به عدالت عرفی یا عدالت شرعی را ایجاد و بدین ترتیب، تفسیر قضایی را از چارچوب تفسیر لفظی رهانیده، به سمت تفسیر مبتنی بر اصول حقوقی سوق داد؟ به نظر می رسد چگونگی تفسیر قضایی در هر نظام حقوقی، به چستی عدالت حقوقی در آن نظام حقوقی ارتباط دارد و نوع عدالت حقوقی نیز به چستی مبنای اعتبار قواعد حقوقی بستگی دارد. صاحب این قلم سعی کرده با اتخاذ روش تحلیلی و تحقیقی و البته نه از نوع دولتی یا کلسنی آن، بر تفکیک قانون از قاعده ی حقوقی و یکی ندانستن آن دو تأکید، با انحصار مبنای اعتبار قاعده ی حقوقی در اراده ی دولت، به ویژه در مدل فقهی-حقوقی ایران، مخالفت و زمینه ی عبور از عدالت دولتی و در نتیجه عبور از تفسیر قضایی لفظی را فراهم آورد.

کلید واژه ها: قانون، عدالت شرعی، عدالت عرفی، عدالت فطری، مبنای اعتبار قاعده ی

حقوقی، تفسیر قضایی، نظام حقوقی

* استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان Shahabi880@yahoo.fr

مقدمه :

یکی از مهمترین مسائلی که هر نظام حقوقی با آن مواجه است، مسأله ی عدالت و نقش قاضی در تحقق آن است. البته، برخی از اندیشه های حقوقی دولت محور از نوع هگلی و کلسنی، و همینطور رویکردهای جامعه شناختی از نوع دورکیمی و کنتی، اساساً به عدالت اعتقاد نداشته و آنرا به عنوان هدف نظام حقوقی یا قواعد حقوقی مطرح نمی کنند؛ چرا که گزاره های برآمده از عدالت را یا متافیزیکی دانسته یا ایدئولوژیکی تلقی می کنند و تأکید دارند که حقوق بایستی مبراً از گزاره های ایدئولوژیکی و متافیزیکی باشد.

با اینحال، اگر قائل به «عدالت» به عنوان هدف نظام حقوقی و عنصر ذاتی و یا حتی عرضی قاعده ی حقوقی باشیم، با این ابهام مواجه ایم که عدالت حقوقی چیست و چه مفهومی دارد؟ چه عواملی در شکل گیری ماهیت یا محتوای آن دخالت دارند؟ قانون چه جایگاهی در نظام حقوقی برای تحقق عدالت دارد؟ آیا معنای وجود قانون در نظام حقوقی این است که اراده ی دولت منشأ التزام آوری قاعده ی حقوقی بوده و قانون ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی است؟ و بدین ترتیب تنها می توان از «عدالت دولتی» سخن به میان آورد؟ در این صورت، آیا می توان از قانون انتظار داشت که وسیله ی تحقق «عدالت عرفی»، «عدالت فطری» و یا «عدالت شرعی» باشد؟ می توان گفت تبیین جایگاه قانون در تحقق عدالت به چستی و ماهیت عدالت حقوقی بستگی دارد؛ با اینحال، به نظر می رسد این ارتباط دو سویه است و جایگاه قانون و نقش و کارکرد آن در نظام حقوقی، اینکه ابزار بیان، انتخاب و یا ایجاد قاعده ی حقوقی باشد، در چستی و ماهیت عدالت حقوقی و به دنبال آن نوع تفسیر قضایی تأثیر گذار است.

واقعیت آن است که نقش قاضی که عهده دار تفسیر رسمی از قانون است، تا حد زیادی به نسبت بین قانون و قاعده ی حقوقی و به نقشی که قانون در رابطه ی با قاعده ی حقوقی عهده دار است، ارتباط دارد. آیا قاضی تنها محدود به اجرای قانون و بنابراین مأخوذ به تحقق «عدالت دولتی» است؟ به عبارت دیگر، آیا تفسیر قضایی را بایستی محصور در عدالت دولتی یا عدالت برآمده از اراده ی قانونگذار دانست؟ آیا می توان قانون را نه ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی که ابزار انتخاب و

یا بیان قاعده‌ی حقوقی دانست و بدین ترتیب نقش قاضی را در نظام حقوقی، برای تحقق عدالتی متفاوت از عدالت دولتی افزایش داد؟

برای پاسخ به پرسشهای فوق، در ابتدا بایستی روشن ساخت که آیا قانون و قاعده‌ی حقوقی با یکدیگر تفاوت مفهومی دارند یا تفاوتی بین آن دو نیست؟ (1). پاسخ به این پرسش، جایگاه و نقش قانون را در نظام حقوقی، به خوبی روشن می‌سازد و در نتیجه بهتر می‌توان چگونگی تأثیر پذیری عدالت حقوقی از نوع رابطه‌ی قانون و قاعده‌ی حقوقی را تحلیل کرد (2) و سپس به تبیین تأثیر پذیری تفسیر قضایی از عدالت حقوقی پرداخت (3).

1. تفاوت مفهومی قانون و قاعده‌ی حقوقی :

1.1. تفاوت ماهیتی قانون و قاعده‌ی حقوقی :

در ادبیات حقوقی حاکم بر نظامهای حقوقی نوشته، و از جمله نظام حقوقی ایران و فرانسه، دو واژه‌ی «قانون» و «قاعده‌ی حقوقی» به جای یکدیگر به کار رفته، از همدیگر تفکیک نمی‌شوند. این عبارت که «**قانون، یک قاعده‌ی حقوقی است**» (جعفری لنگرودی، 1387، ص 25؛ Mazeaud (H, L, F), Chabas(F), 2000, p. 17) یا «**قانون به قواعدی گفته می‌شود...**» (کاتوزیان، 1386، ص 120؛ Terré, 2003, p. 202) را شاید بتوان ادبیات حقوقی غالب در نظام حقوقی ایران و فرانسه دانست.

در حقوق ایران، در بسیاری از موارد، آنگاه که صحبت از ارتباط حقوق و عدالت است، به جای سخن گفتن از «**قواعد**» حقوقی عادلانه یا ناعادلانه، سخن از «**قوانین**» عادلانه یا ناعادلانه به میان می‌رود و از این بحث می‌شود که عدالت «**شرط اعتبار قانون**» است یا «**رکن وجودی قانون**»؟ (دانش پژوه، شناسه‌ی حقوق، 1391: 189، ص 190). یا به جای طرح این پرسش که عدالت عنصر ذاتی «**قاعده‌ی حقوقی**» است یا عنصر عرضی آن؟ این پرسش مطرح می‌شود که عدالت ویژگی ذاتی «**قانون**» است یا عنصر عرضی آن؟ (راسخ، 1385، صص 30، 31)؛ قانون، **قاعده‌ی** دانسته می‌شود که تفاوتش «**با دیگر هنجارهای رفتاری در این است که**

عدم پیروی از آن، عکس العمل دستگاه حکومتی را به دنبال می آورد» (راسخ، 1385، ص 15، 16).

مازوها، اساتید حقوق مدنی فرانسه، متأثر از استاد خود ژرژ ریپر، قاعده ی حقوقی را در صورتی که دارای سه شاخصه ی التزام آوری، برآمده از اراده ی دولتی بودن و عمومی و کلی بودن باشد، قانون می دانند (Mazeaud (H, L, F), Chabas (F), 2000, pp. 17, 18; (Ripert, 1998, p.346). چنین تحلیلی را در نوشته های فرانسوا تره، استاد فرانسوی، نیز باز می یابیم (Terré, 2003, p. 202). خلط ماهوی بین قانون و قاعده ی حقوقی در این برداشت از قانون واضح است.

شاید، در چارچوب حقوق سنتی، قانون دانستن قاعده ی حقوقی، چندان اهمیتی نداشته باشد؛ چرا که قانون یادآور نقش اراده دولت در روند شکل گیری یا اعلام قاعده ی حقوقی نیست. در نوشته های بسیاری از فقیهان شیعه از جمله صاحب العناوین الفقهیه (الحسینی المراغی، 1412، ج 2، ص 269) و صاحب مصباح الفقاهه (خویی، 1417، ج 6، ص 231)، کلمه قانون به جای قاعده ی حقوقی مصطلح نزد حقوقدانان به کار رفته است. ولی، در چارچوب حقوق مدرن، از آنجا که در آن، دولت در ساز و کار ایجاد یا بیان قاعده ی حقوقی نقش دارد، خلط قانون و قاعده ی حقوقی می تواند محقق را از دستیابی به نتیجه ی علمی دقیق، به ویژه در مسأله ی نسبت عدالت و قانون و نقشی که قاضی در این میان می تواند داشته باشد، باز دارد.

از نظر نگارنده، تفاوت مهمی بین قاعده ی حقوقی و قانون وجود دارد. قانون، قاعده ی حقوقی نیست. بلکه در بردارنده ی قاعده ی حقوقی است و بایستی اذعان کرد که از آنجا که روشن و منطقی بوده، دارای ضمانت اجرای مشخص و قابلیت پیش بینی است (داماتو، 1382، صص 336، 337، 21؛ Frydman, 1998, p. 202; Malaurie et Marvan, 2009, p. 202)، بهتر می تواند اهداف قاعده ی حقوقی که همان تنظیم رفتار فردی و اجتماعی است را تأمین نماید قانون یک ابزار دولتی است و به همین دلیل معنای یکی دانستن قانون و قاعده ی حقوقی، چیزی جز مبنا و منشأ اعتبار قاعده ی حقوقی دانستن اراده ی دولت نیست و اگر اراده ی دولت مبنای تام و تمام اعتبار قاعده ی حقوقی باشد، نمی توان سخن از اینکه قاعده ی حقوقی عادلانه است یا خیر و قانون نقشی در تحقق عدالت دارد یا خیر به میان آورد؛ زیرا همانطور که هگل بدان تصریح دارد

(Cf. Chevallier, 1986, p. 6)، آنچه را دولت اراده کرده است، سوای از حسن و قبح واقعی، عادلانه است. اگر قائل به لزوم عادلانه بودن اراده ی دولتی باشیم، بی تردید بایستی قبل از آن، مفهومی از عدالت که متفاوت از « عدالت دولتی» باشد را پذیرفته باشیم. این عدالت می تواند، همانطور که خواهیم دید، عدالت فطری، عرفی یا شرعی باشد.

قائل بودن به مبنایی غیر از اراده ی دولت برای قاعده ی حقوقی، برای مثال وجدان اجتماعی (Duguit, 1999, p. 33; Hayek, 1985/1, pp. 41-43) ، عقلانیت فطری (Dworkin, 1995, p. 80) یا اراده ی الهی (مؤمن، 1374، ص 53)، منبع (قانون) و مبنا را در یک نیرو متمرکز نمی کند و از همین جا است که مسأله ی نقش قانون در تحقق عدالت در نظام حقوقی متفاوت می شود. به نظر می رسد اگر اراده ی شارع، مبنا و منشأ التزام آوری قاعده ی حقوقی باشد، قانون که در اینصورت قاعده ی حقوقی یا ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی نبوده و تنها ابزار بیان قاعده ی حقوقی خواهد بود، جایگاه ماهوی خود را از دست داده و نقشی شکلی پیدا می کند و اعتبار آن و چگونگی و نوع تفسیر آن را نیز همان عدالت شرعی مشخص می کند؛ چرا که آنچه مهم است، نسبت محتوای قانون یا همان قاعده ی حقوقی با عدالت است و نه خود قانون یا متن آن.

البته، در رابطه ی با قانون و قاعده ی حقوقی، بایستی به دو نکته توجه داشت. اول اینکه، قانون گاه مبین قاعده ی حقوقی هم نیست. از این منظر، ماده ی 140 قانون مدنی ایران را که اقسام سبب تملک را بیان می کند، نمی توان مبین قاعده ی حقوقی، یعنی باید و نباید هنجاری دانست. بی تردید، چنین قانونی نمی تواند حتی، نسبتی با عدالت دولتی داشته باشد؛ چرا که محتوای آن، قاعده ی حقوقی نیست. دوم اینکه هر تفکری که در مسأله ی مبنا و منشأ التزام آوری قاعده ی حقوقی داشته باشیم، تضادی با نقش ابزار بیان قاعده ی حقوقی بودن قانون نخواهد داشت. در آن اندیشه ی حقوقی که وجدان اجتماعی منشأ التزام آوری است، قانون می تواند ابزار بیان قواعد حقوقی برآمده از وجدان اجتماعی باشد و در اندیشه ای که اراده ی دولت مبنا و منشأ التزام آوری قاعده ی حقوقی است، قانون ابزاری بی بدیل برای بیان قاعده ی حقوقی است. ولی، بدون شک، در فرض اخیر، قانون ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی هم است و به همین دلیل خلط قانون و قاعده ی حقوقی ابهامی ایجاد نمی کند.

1.2. تفاوت وصفی قانون و قاعده ی حقوقی :

قانون الزام آور یا اجباری است و قاعده ی حقوقی التزام آور یا تعهد آور است. ولی، خلط قانون و قاعده ی حقوقی در ادبیات حقوقی، به خلط ویژگی الزام آوری قانون و التزام آوری قاعده ی حقوقی و اصالت یافتن الزام نسبت به التزام در اندیشه ی حقوقی می انجامد. قاعده ی حقوقی **التزام آور** است و در صورت عدم رعایت آن، مسؤولیت حقوقی (مدنی یا کیفری) به وجود می آید. غالب حقوقدانان ایرانی، از این ویژگی قاعده ی حقوقی، تحت عنوان **الزام آوری** قاعده ی حقوقی یاد کرده اند (رک. کاتوزیان، 1386: 54) و البته کم و کیف آن را نیز در قواعد آمره و تکمیلی یکسان ندانسته اند. واقعیت آن است که الزام آوری یا به عبارت دیگر دارای ضمانت اجرای دولتی بودن، ویژگی قانون است و نه قاعده ی حقوقی؛ چرا که قانون، ابزار **دولتی** بیان قاعده ی حقوقی است. قاعده ی حقوقی التزام آور است و نه الزام آور. درست است که ویژگی التزام آوری قاعده ی حقوقی، بدون ضمانت اجرای دولتی اثر تامی ندارد (Malaurie et al, 2009, p. 41)، اما، نباید این نکته به اصالت یافتن ویژگی الزام آوری و تقدم ماهوی آن بر ویژگی التزام آوری قاعده ی حقوقی بیانجامد. آنچه اصالت دارد، التزام آوری قاعده ی حقوقی است که به دنبال خود اجبار دولتی را نیز نتیجه می دهد.

اینکه چرا تفاوت بین ویژگی الزام آوری و ویژگی التزام آوری، به نفع ویژگی الزام آوری نادیده انگاشته می شود را، بایستی در افزایش نقش اراده ی دولت در روند اعتبار حقوق و قاعده ی حقوقی جستجو کرد. افزایشی که منجر به یکی دانستن حقوق و قانون در برهه ای از تاریخ حقوق مدرن شده و آثار آن را، به ویژه در نظامهای حقوق نوشته هنوز می توان دنبال کرد. به سخن دیگر، اگر قائل باشیم به اینکه مبنا یا منشأ التزام آوری قاعده ی حقوقی در اراده ی دولت نهفته است، بدین ترتیب، منشأ التزام آوری (مبنا) و منشأ الزام آوری (دارای ضمانت اجرای دولتی بودن) قاعده ی حقوقی، یک نیرو که همان اراده ی دولت است، خواهد بود. در این حالت، قانون ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی است و بالطبع ابزار بیان قاعده ی حقوقی نیز خواهد بود

(Chevallier, 1998, p. 25; Kelsen, 1997, p. 281) و همین نکته، الزام آوری قانون را، پر رنگتر از التزام آوری قاعده ی حقوقی نشان می دهد.

یکی دانستن حقوق و قانون، همانطور که اشاره شد، بی تردید، نوعی عدالت دولتی یا محصور در اراده ی دولتی را نتیجه می دهد. این نتیجه، نظام حقوقی را، هم از برداشتی متافیزیکی از عدالت محروم می سازد و هم از برداشتی عرفی، اجتماعی یا انعطاف پذیر از عدالت. این دو برداشت از عدالت، اگر بتوانند میانه ای با وجه التزام آوری قاعده ی حقوقی داشته باشند و توجیه کننده و مقوم این وجه هم باشند که همینگونه هم است، بدون شک نمی توانند اجباری بودن یا الزامی بودن دولتی را مانع تحقق یافتن خود نینند؛ چرا که اصالت دادن به ویژگی الزام و اجبار قانون، نوعی عدالت دولتی را تداعی می کند. این مانع وقتی بیشتر احساس می شود که قاضی، قانون و قاعده ی حقوقی را یکی دانسته و خود را، محصور در چارچوب نظری مکتب تفسیر لفظی اسیر ببیند. مکتبی که خود، رهاورد یکی انگاشتن قانون و حقوق است. خلط الزام آوری و التزام آوری، نتیجه ای جز تثبیت آموزه های مکتب لفظی تفسیر ندارد (Gény, 1919/1, p. XI).

اگر چه اجبار، عنصر اساسی تأثیر بخشی قانون است که بدون آن قانون تنها به توصیه ماند، ولی این اجبار نمی تواند ویژگی التزام آوری قاعده ی حقوقی را توجیه کند. توجیه ویژگی التزام آوری می تواند در عقلانیت فطری جستجو شود؛ عقلانیتی که « عدالت فطری » را نتیجه می دهد؛ عدالتی که در تقابل با مکتب لفظی تفسیر، همانطور که ابری و رو، حقوقدانان فرانسوی، بدان قائل بودند (رک. کاتوزیان، 1383، ج 3، ص 105)، افول آن مکتب را نتیجه می دهد. ویژگی التزام آوری می تواند توجیه خود را در اراده الهی باز یابد؛ اراده ای که « عدالت شرعی » را نتیجه می دهد و این عدالت در برابر مکتب لفظی تفسیر، تسلیم نیست. خواهیم دید که اصل 167 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به مکتب آزاد علمی تفسیر نزدیکتر است تا مکتب لفظی تفسیر (همان، صص 134، 135)؛ و در نهایت، التزام آوری قاعده ی حقوقی می تواند توجیه خود را در اراده ی اجتماعی باز یابد؛ اراده ای که می تواند عدالت عرفی را نتیجه دهد؛ عدالتی که زمینه ی عبور از مکتب لفظی تفسیر به مکاتب اجتماعی تفسیر و از جمله مکتب آزاد علمی را فراهم می آورد.

بنابراین، ویژگی الزام آوری و تأکید بر آن، ما را محصور در عدالت پیش ساخته ی دولتی می کند، در حالی که ویژگی التزام آوری با توجه به مبنای خود، می تواند ما را با « عدالت فطری»، « عدالت عرفی » یا « عدالت شرعی » پیوند دهد.

2. تأثیر پذیری عدالت حقوقی از نوع رابطه ی قانون و قاعده ی حقوقی

تبیین نسبت قانون و قاعده ی حقوقی، بی تردید، همانطور که اشاره شد، در نوع عدالت حقوقی تأثیر گذار است و نوع عدالت حقوقی نیز، همانطور که ملاحظه خواهیم کرد، چگونگی تفسیر قضایی را تحت شعاع قرار می دهد. قبل از مطالعه ی چگونگی تأثیر پذیری عدالت حقوقی از نوع رابطه ی قانون و قاعده ی حقوقی، نگاهی گذرا به اندیشه و استدلال حقوقدانانی که چندان به لزوم عادلانه بودن قواعد حقوقی قائل نیستند، ضرورت دارد. اندیشه هایی که بعضاً تحت پوشش مخالفت با عدالت حقوقی، در سر سودای تحسین عدالت دولتی را دارند؛ عدالتی که به تفسیر لفظی می انجامد.

2.1. نفی عدالت و نفی ارتباط نظام حقوقی و قاعده ی حقوقی با آن :

لئون دوگی، استاد فرانسوی، به تبعیت از کنت و دورکیم، کارکرد اجتماعی حقوق که همان همبستگی اجتماعی است را هدف والای قاعده ی حقوقی دانسته و سخنی از عدالت به میان نمی آورد (Duguit, 1999, pp. 70, 71). از نظر او، عدالت اگر مفهومی ارزشی باشد، جایگاهی در عالم حقوق نخواهد داشت؛ چرا که مفاهیم متافیزیکی با مبنای التزام آوری قواعد حقوقی که همان وجدان اجتماعی است، سازگاری ندارند. روش تحقیق یا دستیابی به گزاره های حقوقی که همان عقلانیت تجربی است نیز، با عدالت به عنوان مفهومی ارزشی و متافیزیکی سازگاری نداشته و نمی تواند بدان دست یابد. دوگی اگر چه در اواخر عمر تغییر عقیده داد (Duguit. 1927/ 1, p.15)، ولی سالهای بسیاری از عمر خود را بر این عقیده بود که برای امکان توصیف قاعده ای به حقوقی بودن، عادلانه بودن آن قاعده شرط نیست.

حقوقدانان پیرو اراده‌ی دولت در مبنای قاعده‌ی حقوقی، از جمله هگل، بنتام و کلسن نیز عقیده‌ی متفاوتی ندارند. بنتام اراده‌ی دولت را محدود به هیچ مفهوم اخلاقی یا ارزشی نمی‌داند؛ چرا که از منظر او دولت خود ارزش ساز و اخلاق ساز است. پس، سخن گفتن از ضرورت عادلانه بودن قاعده‌ی ای که دولت ایجاد کننده‌ی آن است، وجهی نخواهد داشت. علاوه بر اینکه از منظر بنتام، عدالت به عنوان مفهومی ارزشی، چندان با عقلانیت تجربی سود انگار سازگاری ندارد (Bentham, 1988, p. 75). بدین ترتیب، عنصر ذاتی قاعده‌ی حقوقی را بایستی الزام آوری آن بر اساس اراده‌ی دولت دانست و نه عادلانه بودن.

دولت حقوقی کلسن هم به دو دلیل میانه‌ای با عدالت ندارد؛ اول اینکه صحبت از عدالت، نوعی قضاوت ارزشی و متافیزیکی است و از نظر کلسن، نظام حقوقی با هر آنچه رنگ و بوی اخلاقی یا متافیزیکی داشته باشد، بیگانه است و بیگانه بایستی باقی بماند. دوم اینکه، عدالت مفهومی ایدئولوژیک است؛ چرا که از نظر وی، در پشت ایده‌ی عدالت، لیبرالیسم و فردگرایی برآمده از آن نهفته است و سخن گفتن از عدالت، نتیجه‌ی جز تحمیل لیبرالیسم و فردگرایی بر نظام حقوقی نخواهد داشت. کلسن تلاش دارد نظام حقوقی را از مفاهیم ایدئولوژیک دور سازد. از منظر کلسن، الزامی بودن یا اجباری بودن قانون، عنصر ذاتی آن به شمار می‌آید. پس، نه تنها نمی‌توان قضاوتی اخلاقی از قانون ارائه داد، بلکه به طریق اولی نمی‌توان عدالت را علت وجودی قانون یا رکن جدایی ناپذیر آن دانست (Kelsen, 1997, pp. 133, 134, 439). ناگفته نماند که در اندیشه‌ی کلسن، تفاوتی بین قانون و قاعده‌ی حقوقی نیست.

2.2. انواع عدالت حقوقی و تأثیر پذیری آن از نوع رابطه‌ی قانون و قاعده‌ی حقوقی:

به نظر می‌رسد منشأ مخالفتها با عدالت حقوقی را در نوع برداشت از آن بایستی جستجو کرد. بی‌تردید، مؤلفه‌های بسیاری در این زمینه تأثیر گذارند. رویکردهای انسان‌گرایانه، هیچ نقشی را به گزاره‌های دینی در شکل‌گیری مفهوم عدالت نمی‌دهند (بشیریه، 1382، ص 13). با اینحال، هیچ وحدتی نیز بین آن دسته از انسان‌گرایان که به عدالت حقوقی قائلند، در چستی مفهوم

عدالت نیست. رویکردهای حقوق طبیعی سعی می کنند فهمی متافیزیکی از عدالت داشته باشند، در حالیکه تحقق گرایان، اگر با آن موافق باشند، فهمی عرفی از آن دارند.

با توجه به تاریخ تحولات اندیشه های حقوقی و نظامهای حقوقی، به نظر می رسد می توان عدالت حقوقی را به سه نوع تقسیم کرد: 1. عدالت فطری؛ 2. عدالت عرفی؛ 3. عدالت شرعی.

نگارنده تلاش می کند با تبیین مفهومی انواع سه گانه عدالت، به تحلیل چگونگی تأثیر پذیری عدالت از نوع رابطه ی قانون و قاعده ی حقوقی بپردازد:

2.2.1. عدالت فطری یا مبتنی بر عقلانیت فطری: عدالتی که گویای لیبرالیسم و فردگرایی است، همان عدالت مبتنی بر عقلانیت فطری است که به عدالت کانتی نیز شهرت داشته و می توان آنرا در آزادی فردی و برابری در حقوق برآمده از آزادی فردی خلاصه کرد و اعلامیه ی حقوق بشر و شهروند فرانسه نیز یادگاری از آن است. عدالت معاوضی قالبی عینی و ملموس این نوع عدالت است؛ چرا که مبتنی بر قرارداد یا به عبارت بهتر اصل آزادی قراردادی است و این اصل نیز ریشه در حق آزادی فردی و برابری اشخاص در برخورداری از این حق دارد. با انقلاب کبیر فرانسه، آزادی فردی به عنوان ستون فقرات نظام حقوقی تعریف شد و از قانون نیز استفاده شد تا با شاخصه ی الزام آوری خود، تضمین دولتی آزادی فردی را بر عهده داشته باشد (Malaurie et Marvan, 2009, p. 202). علاوه بر آن، قانون شاپلیه (Chapelier) در سال 1792 به تصویب رسید تا فردگرایی مبتنی بر آزادی فردی را با محدود کردن قدرت قاضی به اجرای قانون تضمین بخشد. حتی، قانون پیش گفته، پا را فراتر نهاد و رویه قضایی را منفورترین نهادهای سیاسی حقوقی فرانسه اعلام و بدین ترتیب با حرکت به سمت قانونگرایی افراطی، این ایده که قاضی بتواند به خود اجازه ی تفسیر قانون را بدهد، غیر قابل تحمل اعلام کرد. منتسکیو، صاحب کتاب تأثیر گذار روح القوانين نیز اعلام کرد که **قاضی دهان قانونگذار** است، تا بدین ترتیب، قاضی قدرتی بی تأثیر در دنیای حقوق و در مسیر تحقق عدالت داشته باشد (Frydman et Haarscher, 2002, p. 81).

قانون خود عهده دار اجرا و تحقق عدالت شد و از قاضی خواسته شد تا فرمانبر قانون باشد. گمان می رفت اگر تحقق عدالت حقوقی یا بازشناسی عدالت بر عهده ی قاضی گذارده شود، تالی

فاسدهایی را به دنبال خواهد داشت؛ اول اینکه قاضی دارای قدرت بود و می توانست از بین برنده یا محدود کننده ی حقوق و آزادیهای فردی باشد؛ دوم اینکه دخالت قاضی قابلیت پیش بینی رفتار و نتایج حقوقی رفتار تابعان نظام حقوقی را با ابهام مواجه می ساخت. بدین ترتیب، عدالت حقوقی به عنوان مبنای تصمیم گیریهای قضایی جای خود را به قانون داد (Durkheim, 2007, p. 32).

بایستی توجه داشت که اگر چه، همانطور که اشاره خواهد شد، در عمل قانون و قاعده ی حقوقی یکی انگاشته شد و تفسیر لفظی قضایی را نتیجه داد، ولی بنا نبود قانون نقشی در ایجاد قاعده ی حقوقی و تعریف عدالت حقوقی و هویت بخشی به آن داشته باشد؛ حتی نقشی در مشروعیت بخشی به آن نیز نداشت. چرا که اراده ی دولت، مبنا و منشأ ایجاد ارزشها و گزاره های حقوقی نبود. درست است که نظام حقوقی فرانسه ی پس از انقلاب، نظام حقوقی دولتی است، ولی این دولت، به هیچ وجه دولت بنامی یا هگلی نیست. این عقلانیت فطری رشد یافته در اندیشه ی حقوق طبیعی مدرن بود که عدالت حقوقی را تعریف می کرد و به آن هویت می داد. اگر ماده 2 قانون مدنی فرانسه اعلام می دارد که قانون عطف به ما سبق نمی شود، اقتضای همین عدالتی است که قانون عهده دار اجرای آن است؛ چرا که عطف به ما سبق شدن قانون، حقوق و آزادیهای فردی را با چالش مواجه می سازد. وانگهی، اگر محتوای قانون، که همان قاعده ی حقوقی است، عادلانه نباشد، یعنی با عقلانیت فطری و اقتضانات آن انطباق نداشته باشد، معتبر نخواهد بود. بدین ترتیب، ویژگی الزام آوری یا اجباری بودن قانون اصالت نخواهد داشت. در حالی که در اندیشه ی بنامی، هابزی و کلسنی، عادلانه بودن، عنصر عرضی قانون هم نیست (رک. راسخ، 1385، صص 30، 31).

ماده ی 5 قانون مدنی فرانسه اعلام کرد که قاضی نمی تواند احکام کلی صادر کند؛ چرا که چنین احکامی، قاعده ی حقوقی بوده و می توانند تنظیم کننده ی رفتار باشند و احیاناً در تضاد با ارزشهای برآمده از عقلانیت سکولار و در رأس آنها آزادی فردی باشند. تأسیس دیوان تمیز در فرانسه نیز فلسفه ای جز محدود کردن قاضی برای حفظ حقوق و آزادیهای فردی ندارد. از قاضی مراقبت می شود تا فراتر از قوانینی که در برگیرنده ی همین قواعد تضمین کننده ی ارزشهایند،

نرود (Bix, 2005, p. 30). اصل قانونی بودن نه تنها جرایم و مجازاتها، بلکه همه ی قواعد حقوقی هم در همین راستا ارزیابی می شود.

با این وجود، در نظام حقوقی فرانسه، اعتماد کامل به قانون در اجراء و تحقق عدالت فطری، کم کم موجب فراموشی عقلانیت فطری و عدالت فطری برآمده از آن به عنوان مبنای قاعده گذاری و تبدیل این مبنا به اراده ی قانونگذار یا به تعبیر دیگر اراده ی دولت، در نظام حقوقی فرانسه شد (Gény, 1919/1, p. 21). اگر بعدها، در برخی از نوشته های حقوقی فرانسوی اعلام شد که حقوق از سیاست بر می آید (Julie Allard, Van Waeyenberge, 2006, p. 112)، به همین دلیل است؛ بدین ترتیب، قانون و قاعده ی حقوقی یکی شد. البته، در این وضعیت نیز محدودیت نقش قاضی ادامه می یابد؛ ولی، این بار، نه با توجیه لزوم مراقبت و احتیاط در حفظ حقوق و آزادیهای برآمده از عقلانیت فطری؛ بلکه با این توجیه که قاضی در سیاست حقوقی جایگاهی ندارد و نباید در کار قوه ی مقننه مداخله کند؛ نقش او محدود به تفسیری مضیق از قانون است و از آنجا که اراده دولت، نیروی برتر اجتماعی است و این نیرو نیز در قانون تبلور می یابد، قاضی نمی تواند به بهانه ی عدالت یا انصاف، قلمرو حکمی یا موضوعی قانون را تغییر دهد (Bix, 2005, p. 30 ; Frydman et Haarscher, 2002, p. 81).

شایان ذکر است که مواد پیش گفته ی حقوق فرانسه، در نظام حقوقی ایران (ماده ی 4 قانون آئین دادرسی مدن و ماده 4 قانون مدنی) نیز وارد شده است. با این حال، همانطور که مطالعه خواهد شد، نایستی گمان کرد عدالت مبتنی بر عقلانیت فطری سکولار در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است. وانگهی، نظام حقوقی فرانسه، امروزه، همانطور که اشاره خواهد شد، به سمت عدالت عرفی گرایش زیادی پیدا کرده است؛ عدالتی که نقش قاضی را در نظام حقوقی و در مقایسه با گذشته و نسبت به قانون افزایش داده است.

مسئولیت قاضی در صورت تقصیر یا اشتباه در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص در نظام حقوقی امروز فرانسه اصلی مسلم است. این بدین معنی است که قاضی دیگر دهان قانونگذار نیست. نقشی غیر قابل انکار در فهم قلمرو موضوعی و حکمی قانون دارد که در صورت اشتباه، دارای مسئولیت خواهد بود. (Frison-Roche, Marie-Anne, 1999, p. 1869 et)

(S)؛ انگار که قانون و قاعده ی حقوقی، یکی انگاشته نشده است. اصل 171 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز همین مسئولیت قاضی را مقرر داشته است.

2.2.2. عدالت عرفی :

اگر منظور از عدالت عرفی، عدالت مبتنی بر ساختار و بنیادهای جامعه باشد، بی تردید، در جامعه ی سرمایه داری، عدالت بدون مالکیت خصوصی معنا نداشته و همین مالکیت خصوصی، نمی تواند بخشی از عدالت بنیادین جامعه ی کمونیستی محسوب شود.

نمی توان منکر این نکته بود که در برداشت عرفی از عدالت، عدالت پیوندی عمیق با تحولات اجتماعی داشته و با عنایت به همین تحولات، توسعه ی مفهومی نیز پیدا می کند. با اینحال، وقتی سخن از عدالت عرفی به میان می آوریم، مفهومی از عدالت مد نظر است که در خود کارکرد نگری و ارزش نگری را با هم داشته باشد (Dworkin, 1995, p. 80).

عدالت عرفی بر این پیش فرض بنیادی مبتنی است که میان عدالت و نیازمندیهای انسان که مرکب از نیازمندیهای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی است، تناسب مستقیم وجود دارد؛ عدالت عرفی این نیازمندیها را در قالب نسلهای اول و دوم حقوق بشر جستجو می کند تا ارزش نگری و کارکرد نگری را با هم داشته باشد. اگر چه نسل اول حقوق بشر، بیشتر، دارای جنبه ی متافیزیکی بوده و نماد آزادی است، ولی نسل دوم را می توان حاصل ورود رویکردهای واقع گرا در نظام حقوقی دانست و بدین ترتیب، آنها را نماد برابری تلقی کرد. نتیجه اینکه، نظام حقوقی عادلانه، آن نظام حقوقی است که توانسته باشد در راستای تحقق کامل ترین دو نسل یا به عبارت بهتر تحقق کامل آزادی و برابری عمل کرده باشد. البته، همان پیوند مستمر میان عدالت عرفی و تحولات اجتماعی، زمینه ی توسعه ی مفهومی عدالت را فراهم آورده و امروزه بایستی از نسل سوم حقوق بشر (حقوق جمعی و گروهی مانند حق بر محیط زیست سالم و ...) و نسل چهارم آن (مانند موضوع اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر)، در کنار نسل اول و دوم سخن به میان آورد.

شایان ذکر است که اگر چه پس از جنگ جهانی دوم، نوعی توازن بین برابری و آزادی ایجاد و در نتیجه عدالت عرفی مفهومی متوازن یافت، ولی می دانیم که قبل از جنگ جهانی دوم، برابری یا به عبارت دیگر، عدالت توزیعی، تقدم ماهوی در چارچوب مفهومی عدالت عرفی دارد. تقدمی

که در نیمه ی دوم قرن بیستم، مورد انتقاد نئوکانتهاپی چون رالز است؛ می دانیم که رالز در تئوری عدالت به مثابه ی انصاف خود، آزادی را بر برابری مقدم می دارد، حتی اگر این تقدم به معنای تقدم جنبه ی متافیزیکی یا ارزش نگر عدالت عرفی بر جنبه واقع نگری آن باشد (Rawls, 1987, p. 91).

این چهار نسل از حقوق بشر، مبتنی بر رویکرد انسان گرایانه و البته سکولار به مفهوم حق و عدالت بوده و پذیرش همه ی مصادیق این حقوق و برابری در آنها، نمی تواند لزوماً مورد تأیید نظامهای حقوقی دینی باشد. به همین دلیل است که فریدون آدمیت در کتاب *اندیشه ی ترقی و حکومت قانون، عصر سه سالار*، قانونی که بتواند عدالت عرفی را محقق سازد را قانونی می داند که تعبدی نبوده، حاصل قرار و مدار اجتماعی و موضوعه و عقلی باشد؛ خرد آدمی ضرورت و سودمندی آن را بنا بر نیازمندی زندگی اجتماعی تمیز داده؛ احکامش منزل نباشد؛ اصلاح پذیر بوده و بدین ترتیب قواعد آن، به اقتضای روزگار متغیر، قابل تغییر باشد (آدمیت، 1385، صص 171 و 172).

برداشت عرفی از مفهوم عدالت بر این پیش فرض مبتنی است که قانون و قاعده ی حقوقی یکی نیست. همانگونه که در تحلیل فریدون آدمیت ملاحظه می کنیم و بی تردید به همین دلیل است که این نوع عدالت می تواند نقش قاضی را در نظام حقوقی افزایش دهد (Carbonnier, 1994, p. 131)؛ قاضی به دلیل ارتباط بیشتر و بهتر با ضرورتهای اجتماعی می تواند عهده دار تفسیر قانون شود و قانون را آنگونه تفسیر کند که اقتضای عدالت عرفی یعنی همان چهار نسل حقوق بشر باشد. تفسیر ماده ی (1041) قانون مدنی و انکار ارزش استقلاللی اذن پدر در ازدواج دختر و محدود کردن اذن پدر به پس از انتخاب و قصد دختر (که تنها دختر ممیز می تواند قصد حقوقی کند) (کاتوزیان، 1385، ص 379)، در همین جهت می تواند تحلیل شود. بی تردید، این تفسیر، تفسیر پذیرفته شده در چارچوب مکتب لفظی تفسیر نیست. بدین ترتیب، همانطور که ملاحظه می شود، جایگاه قانون در نظام حقوقی، در برداشت عرفی از عدالت، نسبت به جایگاه قانون در برداشت فطری از عدالت، تنزل یافته است (Gény, 1919/1, p. 29)؛ ملاحظه شد که در برداشت فطری، در نهایت، قانون و قاعده ی حقوقی یکی می شود. عدالت عرفی گاه اقتضاء دارد که قاضی قلمرو موضوعی و حتی حکمی قانون را نیز کم یا زیاد کند. به ویژه که قانون، همه

چیز را پیش بینی نمی کند. بنا شد قانون با عنایت به هدف اجتماعی آن مد نظر قرار گیرد و با حقوق نیز یکسان نباشد؛ به عبارت دیگر، تحقق عدالت عرفی، بدون تفکیک قانون از قاعده ی حقوقی ممکن نیست.

تحلیل عرفی از عدالت حقوقی را بایستی متأثر از نزدیک شدن حقوق به اجتماع یا تحولات اجتماعی دانست (شهابی، 1390، ص 260)؛ همانطور که برداشت فطری از عدالت، ناشی از نگاهی انتزاعی، متافیزیکی و غیر تجربی یا غیر اجتماعی به حقوق بود. ویژگی این رویکرد، گسترش نقش حقوق در حوزه های مختلف زندگی اجتماعی و در عین حال، واقع گرا بودن نظام حقوقی است؛ به گونه ای که می توان گفت اگر در برداشت فطری از عدالت و حقوق، نوعی سازگاری یا هم نشینی حقوق با اخلاق و یا حتی مذهب وجود دارد، در برداشت عرفی از عدالت، حقوق جایگزین اخلاق و مذهب در تنظیم روابط اجتماعی می شود.

تحت تأثیر این پدیده، قضایی کردن یا قضاوتی کردن روابط اجتماعی نیز بروز می کند. معنی این پدیده، توسعه و گسترش نقش قاضی در تنظیم روابط اجتماعی است؛ چرا که، قانون همه چیز را نمی تواند پیش بینی کند و این ناشی از این امر است که تحولات اجتماعی و پیچیدگی روابط اجتماعی قابل پیش بینی نیست.

افزایش نقش قاضی تا بدان جا است که او حتی می تواند تفسیر سودانگار از حقوق بشر نیز داشته باشد. بر اساس فهم سود انگار، منافع ناشی از اجرای حقوق در تعیین نسبت بین حقها و نوع رابطه ی سلسله مراتبی بین آنها، مورد توجه قرار می گیرد و بدین ترتیب ممکن است حق آزادی مذهبی به خاطر منافی که دارد (برای مثال از آن جهت که اکثریت جامعه دیندار است)، بر حق آزادی بیان ترجیح داده شود. رویه ی دادگاه اروپایی حقوق بشر بر همین منوال است و رأی هندیساید¹ که در 7 دسامبر سال 1976 صادر شده است، گواهی بر آن است (Frydman, Benoit, 1998, p. 42).

با این حال، امروزه، تحولات دیگری نیز در افزایش نقش و جایگاه قاضی، در نظام حقوقی و در تحقق عدالت عرفی تأثیر گذار بوده است. از یک طرف، پدیده اساسی سازی حقوق که در کشورهای اروپایی و به ویژه فرانسه شاهد آنیم (Favoreu, 1996, pp. 25, 26)، بیش از

پیش نقش قانون را، به عنوان عنصری پوزیتیویستی، در تحقق عدالت کاهش و نقش قضات را افزایش داده است. بر اساس این پدیده، اصول اساسی که ممکن است در جایی غیر از قانون اساسی نیز یافت شوند، فراتر از قانون و اراده ی قانونگذار عادی بوده و قاضی نیز می تواند بدانها استناد کند. واقعیت هم این است که در قانونگذاری، این قاضی یا دادرس اساسی است که سخن آخر را می گوید. به نظر می رسد، اساسی سازی به تفکیک مفهوم الزام که قانون تأمین کننده ی آن است و التزام که هر اصل اساسی و هر قاعده ی حقوقی مفید آن است، کمک کرده است؛ چرا که اساسی سازی، الزام دولتی و در قالب قانون را شرط اعتبار اصل اساسی یا اساسی بودن آن نمی داند. قبل از پدیده ی اساسی سازی، گمان می رفت برای اینکه یک قاعده یا اصلی، اساسی تلقی شود، ضرورت دارد قانون اساسی آن اصل یا قاعده را بیان کرده باشد؛ بدین ترتیب، قالب یعنی همان قانون، نقش هویت بخشی به قاعده ی حقوقی را ایفاء می کرد و در نتیجه قانون و اصل اساسی یکی انگاشته می شد.

از طرف دیگر، رقابت نظام حقوق فراملی (کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و دیگر اسناد بین المللی) با قانون ملی، علاوه بر اینکه دولتها را در قانونگذاری ملی با محدودیت مواجه ساخته و حتی آنها را مجبور کرده قوانین داخلی مغایر با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادیهای بنیادین را تغییر دهند (رک. رأی *Mackx v. Belgium* مورخ 13 ژوئن 1979 دادگاه اروپایی حقوق بشر)^۱، نقش قاضی را نیز در حقوق داخلی افزایش داده است (Canivet, 1992: p. 144). قاضی داخلی دارای صلاحیتهای جدیدی شده و می تواند با استناد به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، رفتار دولت خود را نیز کنترل نماید. تقدّم حقوق اروپایی بر حقوق داخلی به عنوان یکی از اصول اساسی در اتحادیه اروپا پذیرفته شده است. بایستی قبول کرد که بر خلاف آمال و آرزوهای مکتب تحقیقی دولتی حقوق، امروزه، حقوق کمتر تابع سیاست یا به عبارت دیگر اراده ی دولت است و به همین دلیل قانون ملی نقش خود را در هویت بخشی به قاعده ی حقوقی کمتر می بیند. بی تردید، پدیده ی جهانی شدن حقوق و در نتیجه بحران حاکمیت دولت-ملت در این زمینه تأثیر گذار بوده است. هابز البته بحران دولت ملت را پیش بینی کرده بود و تفکیک قوا را منشأ آن می دانست (Allard, Van Waeyenberge, 2006, p. 113).

2.2.3. عدالت شرعی :

ماهیت و محتوای عدالت شرعی را اراده‌ی الهی تعریف می‌کند. پس، مفهوم عدالت را بایستی در اصول و گزاره‌های شرعی جستجو کرد. بدین ترتیب، عدم برابری جنسیتی که بر اساس رویکرد فطری و عرفی به عدالت، ناعادلانه است، ضرورتاً از نگاه شرعی، ناعادلانه نیست. بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظام حقوقی، عهده دار عدالت عرفی یا عدالت فطری نیست. در مقدمه‌ی قانون اساسی، تحقق « **عدل اسلامی** » به عنوان فلسفه‌ی وجودی دستگاه قضا ذکر گردیده است؛ اصل 2 قانون اساسی نیز، جمهوری اسلامی ایران را نظامی بر پایه‌ی « **ایمان به عدل خدا در خلقت و تشریح** » اعلام می‌کند. بدین ترتیب، عدل الهی در تشریح به عنوان یک اصل مسلم در نظام حقوقی پذیرفته شده و ظاهراً فرصتی برای طرح عدالت فطری و عدالت عرفی باقی نمی‌گذارد. بند هفتم اصل سوم قانون اساسی، تأمین آزادیهای سیاسی و اجتماعی را در جهت همان اهداف و اعتقادات مقرر در اصل دوم مطرح می‌کند و بدیهی است که در همان جهت بایستی تفسیر و معنا شود. اصل چهارم قانون اساسی هم که اعلام می‌دارد کلیه‌ی قوانین و مقررات موجود در نظام حقوقی بایستی بر اساس موازین اسلامی باشد، در جهت همان اصل دوم قانون اساسی تدوین یافته، نتیجه‌ی آن است.

شایان ذکر است که، وقتی سخن از تشریح الهی به میان می‌آید، منابع تشریح یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل به ذهن متبادر می‌شود. آیا عقل به عنوان منبع قاعده‌ی حقوقی، تداعی‌کننده‌ی عدالت فطری یا عدالت مبتنی بر عقلانیت فطری نیست؟ بی‌تردید، منظور از عقل، در اینجا، قوه‌ی استدلال و استنباط نیست؛ چرا که عقل به این معنا، تنها روشی برای دستیابی یا استخراج یا استنباط قاعده‌ی حقوقی از منابع است و خود منطقی نمی‌تواند منبع مستقلی باشد. عقل به معنای عقلانیت تجربی نیز نمی‌تواند مورد نظر باشد؛ معنای عقلانیت تجربی همان حواس پنجگانه است (شهبازی، 1388، ص 18) که اعتبار خود را از پذیرش انسان به عنوان مبنای تشریح اخذ می‌کند. بدین ترتیب، عقل در منابع اسلامی نمی‌تواند معنایی جز عقلانیت فطری داشته باشد (عزتی، 1375، ص 142). با این وجود، این عقل فطری اگر مبنا باشد، مخلوق اراده‌ی تکوینی الهی

است و به همین دلیل در تعارض با اراده تشریحی او قرار نمی گیرد (طالبی، 1390: 282، 301) و اگر منبع انگاشته شود، اعتبار خود را از مبنا که همان اراده ی تشریحی خداوند است، اخذ می کند. پس، نبایستی آن را با عقلانیت فطری در رویکرد سکولار مقایسه کرد. چرا که در این رویکرد، عقل فطری مبنای استقلالی تشریح است و نه منبع آن.

بی تردید، با یکی انگاشتن قانون و قاعده ی حقوقی، و به عبارت بهتر با ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی دانستن قانون، نمی توان سخن از تحقق عدالت شرعی در نظام حقوقی به میان آورد. پیام یکی انگاشتن قانون و قاعده ی حقوقی، پذیرش رویکرد تحقیقی دولتی در ایجاد قاعده ی حقوقی است و معنای آن این خواهد بود که اراده الهی جایگاهی به عنوان مبنا نداشته تا بتوان به دنبال آن سخن از عدالت شرعی به میان آورد. تأکید بر تفکیک قانون از قاعده ی حقوقی، مجال دور شدن از رویکرد تحقیقی دولتی را فراهم و زمینه ی طرح عدالت شرعی را ایجاد می کند. بایستی توجه داشت که قانون در نظام حقوقی دینی، توجیه کننده ی مبنای التزام آوری قاعده ی حقوقی نیست.

3. تأثیر پذیری تفسیر قضایی از چیستی عدالت حقوقی :

قبل از تحلیل چگونگی تأثیر پذیری تفسیر قضایی از عدالت حقوقی، ضرورت دارد مدل فقهی-حقوقی ایران و جایگاه قانون و عدالت حقوقی را در آن تبیین کنیم:

3.1. مدل فقهی-حقوقی ایران، قانون و عدالت حقوقی :

همانطور که تصریح شد، اگر قانون فقط منبع نباشد، یعنی تنها ابزار بیان قاعده ی حقوقی نبوده، بلکه ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی نیز باشد، بی تردید نمی توان سخن از عدالت شرعی به میان آورد و این قانون را وسیله ی تحقق آن دانست؛ از آنجا که قانون، ابزاری دولتی است، معنای ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی بودن قانون این است که اراده دولت، مبنای اعتبار و منشأ التزام آوری قاعده ی حقوقی بوده و اگر این اراده اختیار تام و تمام داشته باشد (دولت هگلی)، هم اوست که عدالت را معنا کرده و به دنبال تحقق آن خواهد بود. البته، اگر این دولت، دولت ریبری یا دابنی باشد (Dabin, 1969, p. 11; Ripert, 1998, p.84)، خود را متأثر از نیرهای مختلف اجتماعی،

اخلاقی، مذهبی و اقتصادی می‌داند و بدون شک این نیروها در ترسیم مفهوم عدالت حقوقی به دولت کمک می‌کنند؛ نتیجه می‌تواند عبور از «عدالت دولتی» به «عدالت عرفی» باشد. ولی این عدالت، در هر حال، عدالت شرعی نخواهد بود.

اصل دوم قانون اساسی عقلانیت سنتی یا به تعبیر دیگر اراده‌ی شارع را به عنوان مبنا و منشأ التزام آوری قواعد در نظام حقوقی معرفی می‌کند. با اینحال، می‌دانیم که دولت (قوه‌ی مقننه)، دست به تدوین قوانین می‌زند و شورای نگهبان نیز بررسی می‌کند که آیا این تدوین مخالف شرع بوده است یا خیر. بدین ترتیب، آیا می‌توان نقش دولت را تنها به بیان قواعد حقوقی در قالب قانون تقلیل داد تا دغدغه‌ی جلوگیری از تعارض دولت و عدالت شرعی وجود نداشته باشد؟

واقعیت این است که دولت بخشی از مدل نظام حقوقی ایران است. مدل حقوقی که از اراده‌ی شارع آغاز می‌شود، با منابع درجه اول و پس از آن اجتهاد که روش استنباط عقلی یا استدلالی قاعده‌ی حقوقی از همین منابع درجه اول است، ادامه می‌یابد و به دولت می‌رسد. اما، نمی‌توان نقش دولت را تنها به بیان قواعد حقوقی تقلیل داد. به نظر می‌رسد دولت نقش «انتخاب» قواعد به دست آمده از فرایند اجتهاد را دارد؛ اجتهاد فقهی شیعی متکثر بوده و سابقه‌ای بس طولانی (از قرن چهارم هجری تا کنون) دارد.^۳ البته، دولت در این نقش انتخابی قواعد، تحت فشار نیروهای مختلف اجتماعی، اقتصادی و غیره قرار دارد.

با توجه به ذات کثرت‌گرای اجتهاد شیعی، نقش انتخابی دولت، وحدت بخشی در نظام حقوقی را عهده دار است؛ تبصره‌ی ماده‌ی ۳ قانون آئین دادرسی مدنی ایران که قاضی مجتهد را از صدور رأی بر اساس اجتهاد خود و بر خلاف قانون باز می‌دارد، بر این مبنا می‌تواند توجیه شود. در مجموع، می‌توان گفت **نظام حقوقی ایران نوعی وحدت‌گرایی را در عین کثرت‌گرایی به نمایش می‌گذارد.** نظام حقوقی ایران وحدت‌گراست؛ چرا که اولاً این نظام حقوقی در حوزه‌ی مبنا و منشأ التزام آوری قاعده‌ی حقوقی، مبتنی بر اراده‌ی شارع مقدس است و بدین ترتیب بر یک مبنا و واحد مبتنی است؛ دوماً، نقش انتخابی دولت مانع از اجتهاد مستقل، به ویژه توسط قضات مجتهد است. کثرت‌گرایی نظام حقوقی ایران نیز مبتنی بر این استدلال است که اولاً انتخاب دولت از میان انبوه قواعد حقوقی برآمده از فرایند اجتهاد معتبر و

البته مدت دار شیعی است و دوما خود دولت، در این انتخاب، تحت فشار نیروهای مختلف است. در هر حال، دولت قواعد انتخاب شده را در قالب قانون بیان داشته و البته این انتخاب (اینکه از میان فتاوی معتبر باشد) از جانب شورای نگهبان به عنوان مرجع عالی نظارت شرعی کنترل می شود.

بدین ترتیب، مدل نظام حقوقی ایران را می توان مدلی هرمی شکل دانست و به صورت زیر آنرا ترسیم کرد:



البته، بایستی توجه داشت که در دو حالت، نقش دولت در نظام حقوقی ایران، فراتر از «**انتخاب**» قواعد حقوقی است:

الف. دولت در حوزه ی منطقه الفراغ، یعنی حوزه ای که شارع مقدس در آن به قاعده گذاری نپرداخته است، خود به صورت مستقیم، دست به ایجاد قاعده ی حقوقی می زند. شاید گمان رود

که دولت، در این حوزه، قالب عینیت یافته‌ی عقلانیت تجربی به عنوان مبنای قاعده‌ی حقوقی باشد. با اینحال، این دولت نه وحدت‌گرایی نظام حقوقی ایران را به چالش می‌کشد و نه کثرت‌گرایی آنرا. چرا که اولاً دولت نمی‌تواند در تضاد با اراده‌ی الهی، دست به قاعده‌سازی بزند. دوماً، اگر چه تا زمانی که دولت قاعده‌ای را ایجاد نکند، آن قاعده، قاعده‌ی حقوقی نخواهد بود؛ با این وجود، دولت نمی‌تواند خود را متأثر از نیروهای مختلف اجتماعی، اقتصادی و ... نداند.

ب. دولت^۴ در چارچوب اصل شرعی ولایت فقیه^۵ و اصولی چون اصل لاضرر، اصل نفی عسر و حرج، اصل مصلحت^۶ (علیدوست، 1390، ص 5؛ قدیر و ساریخانی، 1390، ص 73) و بر مبنای آنها، دست به ایجاد قاعده‌ی حقوقی می‌زند. در این حالت نیز به مانند حالت اول، نه وحدت‌گرایی نظام حقوقی ایران به چالش کشیده می‌شود و نه کثرت‌گرایی آن؛ چرا که از یک طرف این اصول، خود برآمده از اراده‌ی شارع اند و از طرف دیگر این اصول می‌توانند مسیر شرعی ورود نیروهای مختلف اجتماعی و اقتصادی به درون نظام حقوقی باشند.

بدین ترتیب، در دو حالت، مدل نظام حقوقی ایران تغییر کرده و مدلی عمودی و هرمی شکل، به صورت زیر خواهد بود؛ آنچه که نگارنده را موجب ساخته تا نظام حقوقی ایران را، نظامی شناور توصیف کند:



قضاوت یا اجرای قواعد برای حل و فصل دعاوی

اگر مدل اول را در نظر داشته باشیم، نقش انتخابی دولت، در چارچوب همان عقلانیت سنتی قرار می‌گیرد و بدین ترتیب در جهت همان عدالت شرعی خواهد بود. ولی، آیا این عدالت شرعی کاملاً متافیزیکی یا فطری است؟ به عبارت دیگر، آیا این عدالت شرعی با عدالت فطری قرابت بیشتری دارد یا با عدالت عرفی؟ فرایند اجتهاد، خود، متأثر از مقتضیات زمان و مکان است. نقش انتخابی دولت نیز، از میان انبوه قواعد برآمده از اجتهاد متأثر از مقتضیات زمان و مکان، تحت فشار نیروهای مختلف اجتماعی، اقتصادی و ... صورت می‌گیرد. همین عوامل، عدالت شرعی را در عین استقلال، نزدیک به عدالت عرفی می‌کند. بایستی قبول کرد که اسلام شیعی، فردگرایی و اجتماعی بودن را در ذات خود با هم دارد (طباطبایی، 1382، ص 63؛ ایزدپور، 1390، ص 93).

اگر مدل دوم را در نظر آوریم، دولت را، در بخشی (حالت اول که همان حوزه ی منطقه الفراغ است)، عهده دار عدالت عرفی و در بخشی دیگر (حالت دوم) عهده دار عدالت شرعی می‌یابیم. در حالت اول، فشار نیروهای مختلف به دولت، این استنباط که دولت عهده دار عدالت عرفی است را هم تأیید و هم تقویت می‌کند. با این وجود، عدالت عرفی نمی‌تواند، در تضاد با عدالت شرعی باشد؛ چرا که در رأس این مدل، اراده الهی قرار دارد. شایان ذکر است که عدالت عرفی، اگر چه در محور نسلهای دوم و سوم و چهارم حقوق بشر تضاد کمی با عدالت شرعی دارد، ولی در محور نسل اول، این تضاد بسیار پررنگ می‌شود (موسوی بجنوردی و کبیر تکمیلی نژاد، 1390، ص 1).

در حالت دوم نیز اگر چه عدالتی که دولت عهده دار آن است، عدالت شرعی است، ولی ماهیت و محتوای اصول شرعی که بر مبنای آنها دولت به قاعده گذاری می‌پردازند، عدالت شرعی را به عدالت عرفی، در مقایسه با عدالت فطری، نزدیکتر نشان می‌دهد.

3.2 جایگاه تفسیر قضایی در مدل فقهی-حقوقی ایران و تأثیر پذیری آن

از چستی عدالت حقوقی :

می دانیم که قضاوت در نظام حقوقی شیعه، محدود به اجرای قواعد یا گزاره های حقوقی نیست؛ به عبارت دیگر، به قاضی در احراز قواعد منطبق با ارزشها اعتماد می شود. با اینحال، آیا می توان نظام فقهی-حقوقی ایران را، در مسأله قضاوت، مبتنی بر عقلانیت سنتی دانست؟ ماده ی 3 قانون آیین دادرسی مدنی و اصل 167 قانون اساسی، قاعده ای را بنیان می گذارند که بر اساس آن، قضاوت باید در چارچوب قانون (به عنوان یک ابزار دولتی) باشد. می دانیم که روش اجتهاد شیعی با این اصل انطباق ندارد.^۷ درست است که در صورت سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قانون، روش اجتهاد شیعی مبنا قرار گرفته و به همین دلیل به قاضی مجتهد اجازه داده می شود که به منابع معتبر مراجعه کند، ولی مهم این است که در صورت وجود قانون، اجتهاد شیعی، برای حل و فصل دعوا یا قضاوت، متوقف می شود؛ امری که در تبصره ی ماده ی 3 قانون آیین دادرسی مدنی مورد تأکید قرار گرفته است.

از آنجا که مسأله ی تفسیر حقوقی، بر دو رکن مبنای قاعده ی حقوقی و منبع قاعده ی حقوقی مبتنی است (کاتوزیان، 1385، ص 366)، برای تبیین چگونگی تفسیر قضایی در نظام حقوقی ایران، به نظر می رسد با توجه به نکاتی که مطرح شد، بایستی بین دو مدل فوق الذکر قائل به تفکیک شد. در مدل اول و قواعدی که در چارچوب آن می توانند تحلیل شوند، تفسیر قانون، از آنجا که قانون، همان قاعده ی حقوقی نیست، بایستی تابعی از گزاره های شرعی بوده، در جهت تحقق عدالت شرعی باشد. بنابراین، قیاس مستنبط العله ظنی از مفاد ماده ی قانونی، در استنباط و تفسیر به شدت محل تردید خواهد بود و نوع شکی آن هم، به هیچ وجه، قابل پذیرش نیست. زیرا، به هر حال، قانون ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی نیست که اگر اینگونه بود، هیچ منعی نداشت. نمی توان همانند برخی از حقوقدانان پذیرفت که « لزوم ابتدای حقوق بر شرع تنها مستلزم ارتزاق حقوق از منابع شرع است و پیروی از متد و منطق فقه ضروری نیست » (رک. سیمایی صراف، 1390، ص 145، 146). چه آنکه، در حقوق ایران، قانون همیشه ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی نیست و در بسیاری از موارد تنها ابزار انتخاب قاعده ی حقوقی است.

با این وجود، نبایستی گمان کرد که عدالت شرعی، ما را محصور در تفسیر ادبی و لفظی متن ماده ی قانونی می کند. این نکته که قانون یا به عبارت بهتر محتوای قانون، برآمده از فرایند اجتهاد

متکثر است، بهترین گواه است بر اینکه عدالت شرعی محدود به تفسیر ادبی و لفظی نیست و می تواند نیم نگاهی به اصول علمی شرعی داشته باشد؛ نکته ای که اصل 166 قانون اساسی نیز بر آن صحه می گذارد.

اگر قاعده ی حقوقی در چارچوب مدل دوم و حالت اول آن (حوزه منطقه الفراغ) قابل تحلیل باشد، به نظر می رسد، نوع و روش تفسیر می تواند حتی محدود به آموزه های اصول فقه شیعی هم نباشد؛ به عبارت دیگر، بتوان در تفسیر و در مسیر دستیابی به نظر قانونگذار، برای مثال از قیاس مستنبط العله ظنی نیز استفاده کرد. چه آنکه عدالت در حالت اول، عدالت عرفی است و قانون نیز به ابزار بیان قاعده ی حقوقی در جهت همان عدالت عرفی تبدیل شده است؛ اگر چه نمی تواند در تضاد با عدالت شرعی باشد.

اگر قاعده ی حقوقی، در چارچوب مدل دوم و حالت دوم (ایجاد قاعده ی حقوقی بر اساس و بر مبنای اصول شرعی) قابل تحلیل باشد، باز نمی توان عدالت شرعی را منحصر در مکتب لفظی تفسیر کرد. دلیل آن روشن است؛ قاعده ی حقوقی در جهت همان اصول و بر مبنای همان اصول بایستی تفسیر شود. محتوای این اصول عرفی است؛ علاوه بر آنکه نمی توان اصول را در الفاظ قانون محصور کرد. وانگهی، اگر قانون هم ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی باشد، در جهت همان اصول است.

به همین دلیل است که می توان اصل عسر و حرج مندرج در ماده ی 1130 قانون مدنی را به عنوان یک اصل بنیادین در نظریه ی عمومی قرارداد در حقوق ایران مطرح کرد و در صورت تغییر اوضاع و احوال اقتصادی حاکم بر قرارداد بدانها استناد کرد. بدون تردید، تفسیر لفظی، اصل عسر و حرج را محدود به حوزه ی قرارداد نکاح و شرایط خاص مقرر در ماده ی 1130 و تبصره ی آن می کند. تأکید می کنیم نمی توان اصول را محصور و اسیر الفاظ قانون کرد. به نظر می رسد قانونگذار برای رعایت همین نکته، در انتهای تبصره ی فوق الذکر اضافه می کند که مصادیق عسر و حرج مطرح در تبصره، حصری نیست و از باب تمثیل است.

وانگهی، در صورت سکوت یا اجمال و ابهام قانون، آموزه های مکتب لفظی در حقوق ایران دنبال نمی شود. اصل 167 قانون اساسی مراجعه به منابع معتبر و به ویژه فتاوی معتبر را مجاز اعلام می کند تا عدالت قضایی نه در عدالت فطری و نه در عدالت دولتی خلاصه نشود.

4. نتیجه گیری :

از آنجا که عدالت حقوقی در هر نظام حقوقی، متأثر از مبنای اعتبار قاعده ی حقوقی در آن نظام است، پذیرش رویکرد تحقق دولتی و از نوع کلسنی در حوزه ی مبنا، نوعی عدالت دولتی را نتیجه داده، مانع تحقق عدالت شرعی و عرفی خواهد بود. یگانگی قانون و قاعده ی حقوقی، نماد یا نشانه ای از اتحاد حقوق و دولت است. به همین دلیل است که نوع رابطه ی بین قانون و قاعده ی حقوقی و نسبت بین آن دو، در چگونگی و چیستی عدالت حقوقی، مهم تلقی می شود. عدالت دولتی، تفسیر لفظی از قانون را نتیجه می دهد. پس ماهیت تفسیر قضایی نیز متأثر از چیستی عدالت و در واقع نسبت قانون و قاعده ی حقوقی است.

در نظام حقوقی دینی ایران، نایستی بر اندیشه ی وحدت قانون و قاعده ی حقوقی تأکید کرد. قانون در اکثر موارد، نه ابزار ایجاد قاعده ی حقوقی که ابزار انتخاب قاعده ی حقوقی بوده و بدین ترتیب اراده ی دولت نقش **انتخاب** قاعده ی برآمده از اجتهاد معتبر فقهی را دارد. البته، عدالت شرعی، با عدالت فطری نسبت کمتری داشته و به عدالت عرفی نزدیکتر است. نقش انتخابی دولت در بیان قواعد برآمده از فرایند اجتهاد، مؤید این مطلب است؛ خود اجتهاد نیز بی تأثیر از مقتضیات زمان و مکان نیست. همین نقش ابزار انتخاب قاعده ی حقوقی بودن قانون، تفسیر قانون بر اساس گزاره های برآمده از اجتهاد فقهی توسط قاضی را تسهیل کرده، عدالت شرعی را به عدالت عرفی نزدیک می سازد؛ حتی اگر قاضی مجتهد در صدور رأی بر اساس اجتهاد خود و بر خلاف قانون ممنوع باشد.

با این وجود، نایستی فراموش کرد که در نظام حقوقی ایران، در مواردی، دولت در مقام ایجاد قاعده ی حقوقی با ابزار قانون ظاهر می شود. این قواعد دو دسته اند؛ دسته اول قواعدی است که در چارچوب منطقه الفراغ تحلیل می شوند، این قواعد عهده دار عدالت عرفی اند؛

بنابراین بایستی در چارچوب عدالت عرفی تفسیر شوند. ولی، در هر حال، عدالت عرفی نمی تواند در تضاد با عدالت شرعی باشد؛ چرا که در رأس نظام حقوقی، اراده ی الهی، به عنوان مبنا و منشأ اعتبار و التزام، قرار دارد. دسته دوم قواعد، قواعدی است که بر اساس اصول شرعی ایجاد می شوند. بی تردید، این قواعد در راستای عدالت شرعی اند. اما بایستی توجه داشت که نمی توان عدالت شرعی را منحصر در مکتب لفظی تفسیر کرد. دلیل آن روشن است؛ قاعده ی حقوقی در جهت همان اصول و بر مبنای همان اصول بایستی تفسیر شود و نمی توان اصول را در الفاظ قانون محصور کرد.

یادداشتها

1. Handyside
2. 6833/74, (1979) 2 EHRR 330, 1979 ECHR 2.
3. بایستی اشاره کرد که نقش انتخابی دولت، در تقابل با عقیده ی تخطئه در اجتهاد شیعی نیست. وانگهی، دولت به استنباط قاعده ی حقوقی از منابع معتبر دست نمی زند.
4. بایستی خاطر نشان کرد که در این مدل، و بر خلاف مدل اول، دولت در نظام فقهی-حقوقی ایران، محصور در قوه مقننه نیست و می تواند، به ویژه برای حالت دوم، مجمع تشخیص مصلحت نظام (اصل 112 قانون اساسی) یا ولی فقیه (اصل 57 قانون اساسی) باشد؛ اگر چه قوه مقننه نیز منعی ندارد. با اینحال، اگر نقش ایجاد قاعده ی حقوقی توسط قوه ی مقننه ایفاء شده باشد؛ نقش کنترلی شورای نگهبان، نسبت به مدل اول، افزایش می یابد. چرا که اولاً مجلس دست به ایجاد قاعده ی حقوقی زده است؛ دوماً، بر اساس اصول شرعی، قاعده ی حقوقی را ایجاد کرده است.
5. حکم حکومتی
6. احکام ثانویه
7. البته، اجتهاد شیعی در چارچوب قانون به معنای سنتی آن قرار دارد. بر اساس تعریف سنتی «القانون الاسلامی هو قانون واحد یستمد مشروعیته و قوته و قدسیته من الشارح الواحد الذی اتفق علیه جمیع علماء المسلمین و هو الله جلّت قدرته و هذا القانون الواحد یتمثّل فی القرآن الکریم و السنّه المطهره». (رک. مقدمه شهرستانی بر: المحقق الثانی، 5:1/1429)
8. نبایستی محتوا را با مبنا خلط کرد. بی تردید، در اصول مورد بحث، مبنا اراده الهی است.

منابع و مأخذ :

1. آدمیت، فریدون (1385)، اندیشه‌ی ترقی و حاکمیت قانون، عصر سپهسالار، تهران، انتشارات خوارزمی، چاپ سوم
2. ایزد پور، محمد رضا (1390)، درآمدی بر بنیانهای کلامی مصلحت در نظام تشریح، در فصلنامه علمی-پژوهشی اندیشه نوین دینی، سال هفتم، ش 26، صص 93-118
3. بشیریه، حسین (1382)، «**دیباچه‌ای بر فلسفه‌ی عدالت**»، مجله‌ی ناقد، شماره 1، صص 11-55
4. الحسینی المراغی، السید میر عبد الفتاح (1417)، العناوین الفقهیه، قم، موسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرّسین، الجزء الثاني
5. داماتو، آنتونی، کاهه، علیرضا، لاهوتی، حمید (1382)، «**پیرامون پیوند قانون و عدالت**»، نشریه‌ی ژرفا، شماره سی ام، صص 335-351
6. دانش پژوه، مصطفی (1391)، حقوق شناسی عمومی، دوره‌ی میانی (1)، شناسه‌ی حقوق، تهران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، انتشارات جنگل، چاپ اول.
7. راسخ، دکتر محمد (1385)، «**ویژگیهای ذاتی و عرضی قانون**»، نشریه‌ی مجلس و پژوهش، شماره‌ی 51، صص 13-40
8. سیمایی صراف، دکتر حسین (1390)، «**منطق حقوق مدرن و اصول فقه؛ خاستگاه و کاربردهای متفاوت با مطالعه‌ی موردی در نظام حقوقی ایران**»، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، شماره‌ی 55، صص 139-164
9. شهابی، مهدی، (1388) «**از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی**»، نامه‌ی مفید، شماره‌ی 76، صص 69-90
10. شهرستانی، جواد، مقلّمه بر: الشیخ علی بن الحسین الکرکی (1429)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع)، تحقیق موسسه آل البیت لإحياء التراث، الجزء الاول.
11. طالبی، محمد حسین (1390)، قانون طبیعی، تهران، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، چاپ اول، 1390

12. طباطبایی، محمد صادق (1382)، مبانی تطبیق پذیری قوانین اسلامی با تحولات اجتماعی، در: مجله ی نامه مفید، ش 40، صص 63-84
13. عزتی، ابوالفضل (1375)، «**بررسی تطبیقی نقش عقل در نظام حقوقی غرب و اسلام**»، نامه ی مفید، شماره 6، صص 123-144
14. علیدوست، ابوالقاسم (1390)، «**دین، شریعت و مصلحت**»، در: فصل نامه ی دین پژوهی قسبات، سال شانزدهم، ش 61، صص 5-40
15. کاتوزیان، دکتر ناصر (1380)، «**ستایش قرارداد یا اداره قرارداد**»، مجله ی دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ی 52، صص 111-136
16. کاتوزیان، دکتر ناصر (1381)، فلسفه حقوق، جلد سوم، منطق حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم
17. کاتوزیان، دکتر ناصر (1386)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ شصتم.
18. کاتوزیان، ناصر (1385)، «**سهام عدالت در تفسیر قانون**»، مجله ی دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی، شماره ی 72، صص 361-383
19. لنگرودی، دکتر محمد جعفر (1387)، مقدمه ی عمومی علم حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ پنجم.
20. مؤمن، آیت ا...، (1374)، «**ثابت و متغیر در دین**»، مجله ی حوزه و دانشگاه، شماره ی 5، صص 53 به بعد
21. الموسوی الخویی، ابوالقاسم (1417)، مصباح الفقاهه، المقرر المیرزا محمد علی التوحیدی التبریزی، قم، انتشارات انصاریان، الجزء السادس.
22. موسوی بجنوردی، سید محمد و کبیر تکمیلی نژاد، عاطفه (1390)، جایگاه عدالت و اخلاق در فقه و حقوق اسلامی با رویکردی بر آرای امام خمینی (س)، در: پژوهشنامه ی متین، شماره ی 51، صص 1-18

1. Bentham, Jeremy, (1888), *Principes de législation et d'économie politique*, Paris, Guillaumin, 1888

2. Bix, Brian. H. (2005), « *Legal positivism* ». In. The Blackwell Guide to the philosophy of Law and Legal Theory, edited by Martin P. Golding and William A. Edmondson; Malden (USA), Blackwell press, 2005, pp. 29-50
3. Canivet, Guy, (1992), "*Le droit communautaire et l'office du juge national*", In. Droit et Société, pp. 143-154
4. Carbonnier, Jean, (1994), *Sociologie juridique*, Paris, 2^e édition, Puf
5. Chevallier, Jacques. « Vers un droit postmoderne ». In. *Les transformations de la régulation juridique*. Droit et Société, Recherches et Travaux, N° 5. Paris. L.G.D.J. 1998. pp. 21-46
6. Dabin. Jean, (1969). *Théorie générale du droit*. Paris. 2^e édition. Dalloz.
7. Duguit, Léon, (1927), *Traité de droit constitutionnel. La règle de droit et le problème de l'Etat* (T. I.). Paris. 3^e édition en cinq volumes. Ancienne librairie Fontemoing.
8. Duguit. Léon (1999). *Les transformations du droit public*. Paris. 1^e édition, Édition la Mémoire Du Duguit,
9. Durkheim, Emile, (2007), *De la division du travail social*. Paris. 7^e édition, avec préface de Paugam, Serge, PUF
10. Dworkin. Ronald (1995). *Prendre les droits au sérieux*. Paris. 1^e édition, PUF
11. Favoreu. Louis.(1996), « *La constitutionnalisation du droit* ». In. *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris. 1^e édition, Economica. pp. 25-42
12. Frison-Roche, Marie-Anne, La responsabilité des magistrats. L'évolution d'une idée. In. La semaine juridique, 20 octobre 1999, n° 42, p. 1869 et s
13. Frydman. Benoit et Guy Haarscher, (2002), *Philosophie du droit*, Paris, 2^e édition, Dalloz
14. Frydman. Benoit.(1998), *Les transformations du droit moderne*.
Cf.http://www.philodroit.be/spip.php?page=auteur_public&id_auteur=12&lang=fr
15. Génésy. François (1919). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. I. Paris, 2^e édition, L. G. D. J.

16. Hayek. Friedrich Von. (1985), *Droit, législation et liberté, Règles et ordre* (T. I). Traduit en français par Raoul Audouin. 2^e édition, PUF.
17. Allard (J), Van Waeyenberge (A), "*De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger*", pp. 109-129; In. http://www.philodroit.be/IMG/pdf/De_la_bouche_a_l_oreille.pdf
18. Kelsen, Hans, (1997), *Théorie générale du droit et de l'Etat* ; traduit en français par Béatrice Laroche et Valérie Faure. Paris ; 3^e édition, L . G. D. J.
19. Mazeaud (H. L. J.), Chabas (F), (2000), *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 12^e édition, Paris, Montchrestien
20. Putman, E. (1996) « *Kant et la théorie du contrat* », RRJ. Droit prospectif, n° 3, pp. 685-696
21. Ripert, Georges, (1998), *Les forces créatrices du droit*. Paris. Réimpression de 2^e édition (1955). L.G.D.J.
22. Malaurie (Ph), Morvan (P), (2009), *Introduction générale*, Paris, Défrénois, 3^e édition
23. Terré, François, (2003), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 6^e édition.
24. Rawls, John (1987), *Théorie de la justice*, Traduit de l'américain par Catherine Audard, Paris, 1^e édition, Edition du Seuil.

Archive of SID