

تحلیل بنیان‌های معرفتی و مناشی فلسفی الزام‌آور بودن قواعد حقوقی

سید محمدحسین کاظمینی

پژوهشگر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، دانش‌پژوه سطح چهار حوزه علمیہ گرایش فقه سیاسی و دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران

چکیده

قواعد حقوقی دارای سه متغیر کلیدی است: نخست، متغیر بنیادین مانند کلان، کلی و الزامی بودن؛ دوم، متغیر کارکردی که تشخیص موضوعات و مصادیق و تطبیق قاعده بر آنها است و سوم، متغیر غایی که برقراری نظم و برپایی عدالت است؛ ازسوی دیگر الزام‌آور بودن قواعد حقوقی به‌عنوان یک متغیر بنیادین از مهم‌ترین اوصاف و ویژگی‌های این قواعد است. قاعده حقوقی را با دو رویکرد درون‌پارادایمی و تطبیق با پارادایم رقیب می‌توان تحلیل و ارزیابی کرد. نوشتار حاضر از یک‌سو با تبیین چیستی قاعده حقوقی، ترسیم منظومه ارتباطی آن با سایر قواعد و طبقه‌بندی آن و ازسوی دیگر با تحلیل مناشی نظری و مبانی معرفتی الزام‌آور بودن این قواعد، سعی در پاسخ‌گویی به چرایی این الزام و اجبار از منظر مبانی مختلف حقوقی و مقایسه آنها با یکدیگر دارد.

کلیدواژه‌ها: قواعد حقوقی، الزام آور، مبانی معرفتی، اراده حکیمانه.

مقدمه

اطاعت از قواعد حقوقی از جمله روشن‌ترین امور زندگی اجتماعی است. رعایت و عدم مخالفت با این قواعد از سویی به اهداف میانی و غایی حقوق یعنی برقراری نظم، برپایی عدالت و دستیابی به کمال انسانی و از سوی دیگر به مبانی و بنیان‌های نظری آنها بازمی‌گردد. بر همین اساس، برای پیروی از این قواعد ضمانت‌اجراهایی در حکومت‌ها پیش‌بینی می‌شود و رعایت‌نکردن و تخلف از این قواعد مجازات و تنبیه خواهد داشت که لازمه این مجازات و تنبیه نیز تصرف در مال، جان یا آبروی افراد خواهد بود. حال این سؤال به ذهن می‌رسد که منشأ این الزام چیست؟ براساس چه مبانی مستحکمی مخالفت با قاعده حقوق مجازات داشته به حکومت اجازه تصرف در مال، جان یا آبروی افراد می‌دهد؟ برای پاسخ به این سؤالات لازم است مبانی و مناشی اعتبار و الزام قواعد حقوقی تحلیل شود. آنچه مسلم است الزام‌آور بودن قواعد حقوقی و آثار مترتب بر آن مبتنی بر هر مبنایی توجیه‌پذیر و دارای مشروعیت نخواهد بود؛ از این رو، موجه‌سازی مبانی موردنظر نیز امری ضروری به نظر می‌رسد.

در نوشتار حاضر با تبیین قاعده حقوقی و تحلیل مبانی و بنیان‌های نظری الزام‌آور بودن آن خواهیم گفت فقط بر پایه یک مبنا قواعد حقوقی، مولوی بوده و از ویژگی الزام‌آور بودن برخوردار خواهند بود.

اول. قاعده حقوقی

۱. چیستی‌شناسی قاعده حقوقی

قاعده در لغت به معنای اساس و ریشه است و با این تناسب ستون‌های خانه را «قواعد» می‌گویند.^۱

۱. خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ

طریحی در مجمع‌البحرین قواعد را جمع قاعده به معنای بنیان و پایه برای چیزی دانسته است که در بالای آن قرار دارد^۱ (طریحی، ۱۳۸۷: ص ۱۲۹).

قاعده علاوه بر آنکه در امور مادی مانند بنیان‌های ساختمان به کار گرفته شده، در برخی امور معنوی نیز که جنبه اساسی و زیربنایی دارد استعمال شده است. مانند قواعد فقهی قواعد اخلاقی و...؛ به طور کلی، به مسائل بنیادی هر علم که حکم بسیاری از مسائل دیگر به آنها متوقف است قواعد آن علم گویند.

معنای اصطلاحی قاعده نیز رابطه تنگاتنگی با معنای لغوی آن دارد. تهانوی در تعریف اصطلاحی قاعده می‌نویسد:

۱. «قاعده امری است کلی که در هنگام شناسایی احکام جزئیات از آن، بر تمامی جزئیات خود منطبق باشد» (تهانوی، ۱۳۸۲ق: ص ۱۱۷۶).^۲

برخی از حقوق‌دانان نیز بر این باورند که قاعده حقوقی «قاعده‌ای الزام‌آور است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ص ۵۹؛ ۱۳۷۹: ص ۱۷؛ ۱۳۷۷ ب: ص ۳۶).^۳

با توجه به این تعریف، قاعده حقوقی می‌تواند اعم از حکمی خرد و جزئی باشد که به طور مستقیم ناظر به کار و رفتار معین است، مانند لزوم پرداخت نفقه از سوی شوهر یا کیفر و جزای سارق و اصول و امری کلی باشد که بر مصادیق و موارد جزئی صدق کرده و منطبق است، مانند قاعده لاضرر یا قاعده مصلحت (ر.ک.: کاتوزیان، ۱۳۷۷ الف: ص ۳۶).

البته ممکن است قاعده حقوقی خرد یا کلان باشد اما در هر صورت فرایند تشخیص موضوع و مصداق معین و تطبیق قاعده بر آن در هر دو حالت صورت می‌پذیرد؛ از این رو،

العَلیم» (بقره: ۱۲۷): «و آن هنگامی که ابراهیم و اسماعیل بنیان‌های خانه (خدا) را برمی‌افراشتند (گفتند) پروردگارا این کار را از ما بپذیر همانا تو شنوا و دانا هستی».

۱. «القواعد جمع القاعده و هی الأساس لما فوقه» (طریحی، ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۱۲۹).

۲. «... آنها امر کلی منطبق علی جمیع جزئیاته عنه تصرف احکامها عنه» (تهانوی، ۱۳۸۲: ج ۵، ص ۱۱۷۶).

۳. برخی با توجه به همین ویژگی‌ها قواعد حقوق عمومی را از قواعد حقوق خصوصی جدا کرده‌اند (ر.ک.: ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۷ ب: ص ۱۴).

تعاریف فقها و اصولیان از این قاعده دقیق‌تر به نظر می‌رسد (خمینی، ۱۳۸۲ هـ.ق: ص ۶؛ حکیم، ۱۴۱۸ هـ.ق: ص ۴۳؛ خویی، ۱۴۱۷ هـ.ق: ص ۸؛ زرقاء، بی‌تا: ص ۹۴۱).
بنابر آنچه گفته شد، در تعریف و تحلیل قاعده حقوقی سه متغیر باید مورد توجه قرار گیرد:

نخست، متغیر بنیادین که کلان و کلی بودن، الزامی بودن و مستندبودن آن است؛ دوم، متغیر کارکردی که تشخیص موضوعات و مصادیق و تطبیق قاعده بر آنها است و سوم، متغیر غایی که برقراری نظم و برپایی عدالت است.^۱

۲. اوصاف قاعده حقوقی

برخی از حقوق‌دانان برای قواعد حقوقی اوصاف و ویژگی‌هایی مانند الزام‌آوربودن، ضمانت اجرا داشتن، کلی و عمومی بودن و تنظیم‌کننده روابط اجتماعی ذکر کرده‌اند (ر.ک.: کاتوزیان، ۱۳۹۰: ص ۵۴ و همو ۱۳۷۷: ص ۵۱۵). بعضی دیگر نیز از خصوصیات طرفینی بودن، کلیت داشتن، آمره‌بودن و قابلیت اجبار به‌عنوان ویژگی‌های سه‌گانه قواعد حقوقی نام برده‌اند (ر.ک.: دل و کیو، ۱۳۸۰: ص ۵۳).

اما با توجه به تعریف قاعده حقوقی و متغیرهای محوری آن، اوصاف و خصوصیات قواعد حقوقی را این‌گونه می‌توان برشمرد: الزام‌آوربودن، کلی بودن، تطبیقی بودن،^۱ مستندبودن^۲ و تنظیم‌کننده روابط اجتماعی.

نکته مهم و موردنظر در این نوشتار تبیین و تحلیل یکی از متغیرهای بنیادین قاعده حقوقی یعنی «الزامی بودن» است. اگرچه برخی حقوق‌دانان در این ویژگی تشکیک کرده و بر این باورند که «الزامی بودن را نباید از خصوصیات قاعده حقوقی شمرد، زیرا هر قاعده‌ای در حدود موضوع خود اجباری است، مانند قواعد اخلاقی؛ به عبارت دیگر، اگرچه الزام‌آوربودن از اوصاف مسلم حقوق است، نشانه و ویژگی خاص آن نیست» (ر.ک.:

۱. تطبیقی بودن بدین معنا که بدون واسطه بر مصادیق خود و موضوعات از طریق مکلف یا مجتهد تطبیق داده می‌شود.

۲. مستندبودن بدین معنا که قاعده حقوقی باید مبتنی بر ادله شرعی کشف یا تأسیس شده، به‌نحوی مستند به آن ادله باشد. تبیین بیشتر این مسئله را در مبانی نظری دنبال خواهیم کرد.

کاتوزیان، ۱۳۷۹: ص ۱۴۷ و همو، ۱۳۹۰: ص ۵۷). اما آنچه مفهوم و سنخ الزام را در قاعده حقوقی از قاعده اخلاقی متمایز می‌کند وجود دو نوع الزام درونی و بیرونی در قاعده حقوقی است. قاعده اخلاقی و به عبارتی، هنجارهای اخلاقی فقط الزامی درونی داشته و خودکنترلی عامل اجرا و تضمین آن است اما قاعده حقوقی علاوه بر الزام درونی دارای الزام بیرونی نیز است که در ضمانت اجراهای مشخص (به عنوان یکی دیگر از خصوصیات)، نمود می‌یابد؛ بنابراین، با توجه به دیگر اوصاف قاعده حقوقی لازم است ویژگی‌های این قاعده تحلیل شوند.

از این رو، می‌توان بیان داشت الزام‌آور بودن و آمریت از جمله اوصاف خاص و یکی از خصوصیات بسیار مهم و حتی اساسی قاعده حقوقی است. نمی‌توان قاعده‌ای حقوقی یافت که این خصیصه را نداشته باشد و به طور کلی هیچ‌یک از صورت‌های تخفیف‌یافته دستورها مانند توصیه‌ها و ترغیب‌ها طبیعت حقوقی ندارند (ر.ک.: دل و کیو، ۱۳۸۰: ص ۵۳). اساساً هر جا قابلیت اجبار مفقود است، حقوق هم مفقود است و مفاهیم دوگانه قابلیت اجبار و حقوق حقیقتاً و منطقاً غیر قابل تفکیک هستند (ر.ک.: همان: ص ۷۸).

۴. سنخ‌شناسی دلالی قاعده حقوقی بر الزام

از جمله مباحث پایه‌ای که تبیین آن ما را در تحلیل بهتر و دقیق‌تر قاعده حقوقی یاری خواهد داد، سنخ‌شناسی دلالی قاعده حقوقی بر الزام است. بدین معنا که اگر قاعده حقوقی بر الزام و آمریت دلالت دارد، این دلالت از چه سنخ و نوعی است. آیا دلالتی عقلی است یا وضعی؟ و اگر وضعی لفظی است، تطابقی است یا تضمینی و التزامی؟^۳ شناخت سنخ این دلالت و تبیین نوع نسبت و رابطه قاعده حقوقی با الزام و اجبار در تحلیل دقیق‌تر مبانی و بنیان‌های نظری الزام‌آور بودن این قواعد حائز اهمیت است.

از دلالات سه‌گانه منطقی (عقلی، وضعی و طبعی) آنچه مسلم و بدیهی است دلالت قاعده حقوقی بر الزام و اجبار از سنخ دلالت طبعی و وضعی غیر لفظی نیست. اما اینکه این دلالت عقلی است یا وضعی محل بحث و نظر است. در دلالت عقلی بین دال و مدلول ملازمه‌ای ذاتی و علی برقرار است (ر.ک.: ابن سینا، ۱۳۷۵: ص ۲۸؛ مظفر، ۱۳۸۸:

ص ۴۶) اما منشأ دلالت در وضعی، قرارداد و اعتبار است (همان)؛ بنابراین، از آن به دلالت اعتباری نیز یاد می‌شود (ر.ک.: طوسی، ۱۳۷۶: ص ۷). با بررسی رابطه قاعده به‌عنوان دالّ الزام و اجبار به‌عنوان مدلول درمی‌یابیم نسبت ایجادشده بین آن دو عقلی (ذاتی و علی) نبوده، بلکه اعتباری و قراردادی است. نکته دیگر تبیین نوع دلالت وضعی لفظی قاعده حقوقی بر الزام و اجبار است. قواعد حقوقی و مفهوم و محتوای آن با مفهوم و محتوای الزام و اجبار نسبتی تطابقی و تضمینی ندارند. زیرا الفاظ این قواعد برای الزام و اجبار چه به‌صورت تطابق و چه به‌صورت تضمین وضع نشده‌اند، اما به‌دلیل همراهی و ملازمه شدید این قواعد با الزام‌آوردن، می‌توان گفت دلالت آنها بر الزام از سنخ دلالت التزامی است؛ به‌عبارت‌دیگر، لازمه بین قواعد حقوقی الزام و اجبار خواهد بود.

۵. طبقه‌بندی قاعده حقوقی

قواعد حقوقی را از دو منظر می‌توان سطح‌بندی کرد: نخست، از منظر عمودی و دوم، از منظر افقی. رابطه و نسبت قواعد حقوقی با یکدیگر گاهی عمودی و سلسله‌مراتبی است. به‌نحوی که قواعد زیرین اعتبار و مشروعیت خود را از قواعد رویین و بالادستی گرفته، مبتنی بر آنها تدوین می‌شوند. درمقابل، گاهی قواعد حقوقی را به‌صورت افقی و عرضی مورد تحلیل و تقسیم قرار می‌دهیم، در ادامه به‌طور اجمالی به این سطوح پرداخته می‌شود.

۵-۱. طبقه‌بندی عمودی

همان‌گونه که بیان شد، نسبت‌سنجی و ترابط برخی قواعد حقوقی با یکدیگر سلسله‌مراتبی، طولی یا عمودی است. بدین معنا که برخی قواعد اعتبار و مشروعیت خود را از قواعد دیگری به‌عنوان قواعد پایه و مبنا گرفته، مبتنی بر آنها تدوین می‌شوند. اگرچه ممکن است در منشأ اعتبار و مشروعیت قواعد مبنا و پایه اختلاف نظر وجود داشته باشد، در تفکیک و تقسیم قواعد حقوقی به‌لحاظ عمودی و طولی تردیدی نیست.

هارت در تبیین قواعد حقوقی آنها را به دو دسته اولیه^۱ و ثانویه^۲ تقسیم می‌کند. وی قواعد اولیه را قواعدی می‌داند که ایجاد تکلیف می‌کنند و قواعد ثانویه را قواعدی می‌داند که ذیل قواعد اولیه ایجاد می‌شوند و موجودیت می‌یابند (ر. ک.: آلمن، ۱۳۸۵: ص ۱۵۱). با به‌کارگیری قواعد ثانویه جامعه ابتدایی به یک جامعه منظم و سامان‌یافته تبدیل می‌شود. فرق قواعد اولیه و ثانویه در دادن تعهد و اختیار است، یعنی اگر قواعد اولیه با هدف وضع تکالیف و تعهدات به‌وجود می‌آیند، قواعد ثانویه با هدف دادن اختیارات وضع می‌شوند (تبیت، ۱۳۸۴: ص ۷۹؛ وکس، ۱۳۸۹: ص ۳۸).

اهم قواعد ثانویه سه مورد است: قواعد ناظر بر شناسایی^۳ قواعد ناظر بر تغییرات^۴ و سوم، قواعد ناظر بر تحاکم و دادرسی.^۵ بدین‌سان مردم اولاً، در شناخت قانون دچار مشکل نمی‌شوند؛ ثانیاً، اختیاراتی دارند که از طریق عقود و ابقاعات مورد استفاده قرار می‌دهند و حقوق و تعهدات جدیدی در میان می‌آید که جواب ده تحول و پویایی جامعه است و ثالثاً، مرجعی برای فیصله منازعات پیدا می‌شود. این سه مشخصه است که جامعه مدرن امروزی را از جوامع ابتدایی جدا می‌کند (See: Hart 1961 and Raz 1994). هارت معتقد است نظام حقوقی نظامی است که تلفیقی از قواعد اولیه و ثانویه باشد. دوگی نیز قواعد حقوقی را به دو دسته مهم تقسیم می‌کند:

نخست، بنیادها و هنجارهای حقوقی: اصولی که به‌طور مستقیم از زندگی اجتماعی ناشی شده و مبنای تمامی قواعد دیگر است و از دو ویژگی اجتماعی بودن و عدالت سرچشمه می‌گیرند.

دوم، قواعد سازمانی و فنی که به‌منظور رعایت و اجرای بنیادهای حقوقی به‌وجود آمده‌اند. طرف خطاب آنها دادرسان و مأموران اداری است و به افراد توجهی ندارند. این

-
1. Primaryrules
 2. Secondary rules
 3. rules of recognition
 4. rules of change
 5. rules of adjudication

قواعد اقتدار خود را از اصول دیگری می‌گیرند که مبنای آنها هستند (ر.ک.: کاتوزیان، ۱۳۷۷: ص ۴۹۳).

در نظام حقوقی اسلام، همان‌گونه که در نسبت و ترابط قواعد فقه و قواعد حقوقی بیان شد، این نسبت و رابطه، طولی و عمودی است؛ بنابراین، قواعد حقوقی ذیل قواعد فقهی تبیین و تعریف می‌شوند. صرف‌نظر از این مطلب، در بین خود قواعد حقوقی نیز برخی قواعد در مقایسه با قواعد دیگر به صورت سلسله‌مراتبی و طولی تبیین شده، به نحوی حاکم بر سایر قواعد هستند. به‌عنوان مثال در قواعد حقوق خصوصی قاعده التزام به مفاد قرارداد و اصالة اللزوم بر سایر قواعد حاکم است.^۴ یا در قواعد حقوق عمومی، قاعده مصلحت^۵ و حفظ نظام^۶ را می‌توان بر دیگر قواعد حاکم دانست.

۲-۵. طبقه‌بندی افقی

برخی قواعد حقوقی برخلاف قواعد حقوقی عمودی، دارای ارزش و اعتبار متفاوت نیستند بلکه در یک سطح قرار دارند اما به لحاظ کارکرد، گستره موضوعی، دامنه کاربرد و... دارای اختلاف و تفاوت هستند. این سنخ قواعد در مقایسه با طبقه‌بندی عمودی تنوع بیشتری دارند. مانند قواعد ایضاحی (تفسیری) که هدف آنها تعریف کلمات یا مفاهیم است در برابر قواعد تجویزی که اجازه قانونگذار را در موضوعاتی خاص نشان می‌دهد (ر.ک.: دل و کیو، ۱۳۸۰: ص ۶۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ص ۵۱۷) یا تقسیم قواعد به آمره و مخیره^۷. قواعد آمره قواعدی هستند که مستقل از اراده طرفین اجرا شده و تخلف از آنها جایز نیست اما قواعد مخیره قواعدی هستند که اعتبارشان فقط موقوف به عدم اراده مغایر طرفین و در حدود آن است.^۸

در نظام حقوقی اسلام نیز می‌توان قواعد حقوقی را به لحاظ افقی و خطی بررسی و تقسیم کرد. به‌عنوان مثال به لحاظ حکم شرعی قواعد حقوقی را می‌توان به سه دسته اولی، ثانوی و ظاهری تقسیم کرد.^۹ یا به لحاظ دامنه کاربرد به قواعد فراگیر و قواعد غیر فراگیر قابل دسته‌بندی هستند.^{۱۰} قواعد فراگیر قواعدی هستند که در تمامی حوزه‌ها اعم از عمومی، خصوصی و جزایی قابل استفاده و استناد هستند مانند قاعده حجیت بینه، اما

قاعده غیرفراگیر قاعده‌ای است که فقط در حوزه‌ای خاص استفاده و کاربرد دارد، مانند قواعد عبادی، قواعد معاملی، قواعد سیاسی و حکومتی یا قواعد جزایی.

دوم. تحلیل مبانی نظری

طبق آنچه تاکنون گفته شد، سعی بر آن بود قاعده حقوقی از زوایای مختلف بررسی و تحلیل شود. آنچه در ادامه خواهد آمد بررسی و تحلیل مبانی نظری و معرفتی الزام‌آور بودن این قواعد است. البته از آنجاکه برخی از اندیشمندان و حقوق‌دانان، حقوق را نظامی از قواعد یا مجموعه قواعد الزام‌آور و کلی می‌دانند؛ بنابراین، مبانی نظری آمریت قواعد حقوقی به مبانی نظری حقوق پیوند می‌خورد (ر.ک.: کاتوزیان، ۱۳۷۷: ص ۶۶۶؛ برول، بی‌تا: ص ۷۷؛ وکس، ۱۳۸۹: ص ۳۸).

برای تبیین بهتر و تقسیم‌بندی منظم‌تر این مبانی ابتدا لازم است متغیرهای کلیدی الزام قواعد حقوقی مشخص شوند. متغیرهای کلیدی الزام‌آور بودن قواعد حقوقی را در چهار مورد می‌توان بررسی کرد: «مفاد قاعده، الزام، الزام‌کننده و مخاطب الزام یا الزام‌شونده». حال مکاتب و رویکردهای حقوقی در تحلیل و تبیین مبانی نظری و معرفتی الزام‌آور بودن قواعد حقوقی با توجه به نقش و جایگاهی که به این متغیرهای چهارگانه داده‌اند، به دو دسته مهم تقسیم شده‌اند. برخی منشأ اولیة الزام را مفاد قواعد و ذات آنها دانسته و بعضی دیگر مقام الزام‌کننده را مبنای این الزام قلمداد کرده‌اند. بر این اساس، دیدگاه‌های متفاوتی مانند خردگرایی، اراده‌گرایی و... در این باره ارائه شده که در ادامه به تحلیل و بررسی آنها می‌پردازیم.

۱. خردگرایی

دیدگاه خردگرایی منشأ الزام قواعد حقوقی را در ذات قواعد می‌داند و صرف‌نظر از مقام اعلان‌کننده قواعد، افراد خود را ملزم به اجرای آنها می‌دانند (ر.ک.: حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ص ۱۶۹)؛ به عبارت دیگر، در این دیدگاه بیش از آنکه به مقام اعلان‌کننده و وضع‌کننده قاعده توجه شود، مفاد و محتوای قاعده و وجود الزام در آن مورد بحث خواهد بود. باید

تلور دیدگاه خردگرایانه را در مکتب حقوق طبیعی و رویکردهای زاینده‌شده در حاشیه آن جست‌وجو کرد.

حقوق طبیعی بایستگی پیروی را در درون مفهوم قانون و قواعد حقوقی جای می‌دهند. در این صورت مفاد و محتوای قواعد دو صورت عادلانه و ناعادلانه خواهد داشت. در صورت نخست، عادلانه بودن مفاد قاعده دلیل بر الزام و پیروی از آن خواهد بود اما در حالت ناعادلانه بودن مفاد قاعده برخی از اندیشمندان حقوق طبیعی مانند توماس آکوئیناس با اذعان به نادرست بودن آنها به الزام و پیروی از این قواعد حکم می‌کنند. دلیل این امر نیز تمسک به مبانی پیامدگرایانه است. بدین معنا که سرپیچی از قواعد و قوانین حقوقی باعث به وجود آمدن شرّ و مفسده‌ای بزرگ‌تر مانند شورش و بی‌نظمی اجتماعی خواهد شد (ر.ک.: آلمن، ۱۳۸۵: ص ۱۱۹؛ تبیت، ۱۳۸۴: ص ۱۲۸).

۲. قراردادگرایی

جدای از استدلال مفهومی و پیامدگرایانه برای الزام‌آور بودن قواعد حقوقی، دیدگاه دیگر بر پایه نظریه قرارداد میان حاکمان و مردم استوار است. بر پایه این دیدگاه الزام به پیروی، نه به دلیل مفاد و ذات قواعد و نه به سبب پیامدهای منفی و نادرست قانون‌شکنی است، بلکه به این جهت است که ما از پیش با زندگی در جامعه به چنین الزامی تن داده‌ایم. دیدگاه قراردادگرایانه را می‌توان در دو خوانش متفاوت سنتی و مدرن بررسی کرد.

۱-۲. دیدگاه سنتی

خوانش سنتی قرارداد اجتماعی به طراحان اولیه آن یعنی هابز (۱۶۷۹-۱۵۸۸ م) و لاک (۱۷۰۴-۱۶۳۲ م) بازمی‌گردد. در این دیدگاه مبنای اولیه حرکت به سمت یک قرارداد و توافق اجتماعی از یک‌سو، بر «وضع طبیعی»^۱ و اولیه و از سوی دیگر، بر طبیعت انسان استوار است. نقطه افتراق این دو اندیشمند در تبیین قرارداد اجتماعی نیز به تفاوت تحلیل و فهم آنها از این دو حالت است. در این نظریه حالتی فرض می‌شود که پیش از وضع

1. Natural State

هرگونه قانونی است.

به باور هابز این وضع، جنگ همه علیه همه است. در این حالت هیچ‌گونه هنر، قانون و جامعه‌ای وجود ندارد و بدتر از همه، ترس پیوسته و خطر مرگ بر اثر خشونت حاکم است (ر. ک.: هابز، ۱۳۸۱: ص ۹۱). لاک در این باره نظری ملایم‌تر دارد، او حالت زندگی و حیات مردم را این‌گونه توصیف می‌کند که مردم در حالت طبیعی حقوق یکسان دارند و حق دارند از جان و مال خود بدان‌سان که می‌خواهند بهره‌مند شوند. در حالت طبیعی همه چیز برای آدمیزاد است و مواهب طبیعی دارایی مشترک انسان‌ها هستند. حال چگونه باید از این مواهب طبیعی و اموال شخصی استفاده کند. عقل به او می‌گوید اگر می‌خواهی مال خود را پاس بداری، باید مال دیگران هم محفوظ بماند و اگر می‌خواهی از گزند آنان در امان باشی باید به آنان آسیب نرسانی؛ از این رو، حق خود را محدود کرده، تن به یک قرارداد اجتماعی می‌دهد (ر. ک.: لاک، بی تا: ص ۱۵۴).

اگر وضع طبیعی در نگرش هابز، وضع رقابت و خصومت است و در آن افراد ددمنشانه با هم مواجه می‌شوند، لاک این وضعیت را دوره ماقبل پدید آمدن سامان اجتماعی می‌داند و برای آن صفات مساوات و آزادی را به کار می‌برد. اگر هابز خوف جان داشت و به صیانت نفس می‌اندیشید، لاک نگرانی مال دارد و دغدغه مالکیت و صیانت از آن و همین دغدغه حفظ مالکیت و بهره‌مندی از دارایی باعث خروج آدمی از حالت طبیعی و ورودش به قرارداد اجتماعی می‌شود.

بنابراین، به باور این دیدگاه منشأ و سرچشمه الزام و پیروی از قانون و قواعد حقوقی ریشه در توافقی دارد که در گذشته و نخستین بار ایجاد شده است. با این تفاوت که هابز این توافق و قرارداد را مطلق دانسته و لاک آن را معامله‌ای مشروط بین حاکمان و مردم می‌پندارد (ر. ک.: تبیت، ۱۳۸۴: ص ۱۳۳)؛ از این رو، در صورتی که حاکم یا حاکمان وظایف خود را به درستی انجام ندادند، قرارداد فسخ و شورش و نافرمانی پذیرفتنی خواهد بود.

۲-۲. دیدگاه مدرن

برخلاف رویکرد سنتی، بیش از آنکه دیدگاه مدرن ریشه الزام و پیروی را در توافق

گذشته جست‌وجو کند، در توجه به آینده تفسیر می‌کند؛ به عبارت دیگر، سرچشمه الزام اساساً آینده‌نگرانه یا پیامدگرایانه است (همان: ص ۱۳۵). در دوره اخیر مهم‌ترین اندیشمندی که سعی در زنده‌کردن نظریه قرارداد اجتماعی و ارائه قرائتی نو و جداگانه از دیدگاه‌های سنتی آن را داشت، جان رالز (۲۰۰۲م - ۱۹۲۱) در اثر اصلی‌اش با نام نظریه عدالت است. در این تفسیر نو، مفهوم قرارداد واقعی تاریخی به‌طور کلی کنار گذاشته شده و نقطه آغازین، «وضع نخستین یا اصیل»^۱ فرض می‌شود که در آن طرف‌های قرارداد در منصفانه‌ترین وضع داوری و تصمیم‌گیری درباره اصول عدالت به‌سر می‌برند. اصولی که قرار است در جامعه‌ای که باید در آینده در آن زندگی کنند تطبیق یافته، اجرا شوند. آنچه افراد در این وضعیت به‌منزله اصول عدالت قرارداد می‌کنند و مورد توافق آنها قرار می‌گیرد، معتبر و حق خواهد بود (ر.ک.: واعظی، ۱۳۸۸: ص ۷۰)؛ بنابراین، وضع نخستین، سرچشمه قراردادی الزام است. رالز استدلال می‌کند اگر نهادهای موجود در جامعه با اصول عدالت سازگار باشند، طرفین قرارداد به پذیرش «وظیفه پیروی» تن خواهند داد.

باید توجه کرد وضع اصلی در بیان رالز با وضع طبیعی در قرائت‌های سنتی از قراردادگرایی کاملاً متفاوت است. وضع طبیعی در تقریرات سنتی از قرارداد اجتماعی، همان‌گونه که بیان شد، به وضعیت تاریخی پیش از تکوین جامعه مدنی و سیاسی نظر دارد. حال آنکه وضعیت موردنظر رالز به‌هیچ‌وجه یک موقعیت زمانی و تاریخی خاص نیست بلکه وضعیتی فرضی است که به گمان او منصفانه‌ترین شرایط را برای گزینش اصول عدالت در اختیار می‌نهد؛ از این رو، نظریه عدالت رالز قراردادگرایانه و وظیفه‌گرا است.^{۱۱}

۳. اراده‌گرایی

دیدگاه اراده‌گرایی مبنای اعتبار قواعد حقوقی را در ذات آنها ندانسته، در اراده‌ای می‌داند که آن را وضع کرده است؛ از این رو، به جای بحث درباره ذات قواعد، اصول و مفاد به مشروعیت اراده‌ای می‌پردازد که این قواعد را وضع کرده است (ر.ک.: م حکمت

1. Original Position

نیا، ۱۳۹۰: ص ۱۷۳). حال این اراده ممکن است اراده تشریحی خداوند، اراده حاکم، اراده مردم یا اراده پارلمان باشد. نکته دیگری که توجه به آن ضروری است، نقاط افتراق و اشتراک دیدگاه‌های پوزیتیویستی و الهی با رویکرد اراده‌گرایی است. رویکردهای تجربی و پوزیتیویستی از این جهت که نگاه آرمانی به حقوق ندارند و حوزه حقوق و اخلاق را از هم منفک می‌پندارند با اراده‌گراها همخوان، و از آن‌رو که حقوق را به واقعیت بیرونی و عینی جامعه ارتباط می‌دهند با اراده‌گراها سر ناسازگاری دارند. زیرا اراده‌گراها چنین ارتباطی را مردود دانسته و تنها میان قواعد حقوقی و اراده حاکم رابطه برقرار می‌کنند (ر.ک.: کلسن، ۱۳۸۷: ص ۱۴)؛ از سوی دیگر، دیدگاه‌های الهی نیز از این جهت که اراده حکیمانۀ شارع را در حقوق محوریت می‌بخشند، اراده‌گرا بوده اما از جهات دیگر با آنها اختلاف بنیادین دارند. با این تبیین اجمالی و از منظر آنکه بیان شد، می‌توان دیدگاه‌های الهی، هنجاری و دستوری با تمامی اختلافات مبنایی و بنیادینی که با یکدیگر دارند را جزء رویکردهای اراده‌گرا دانست. در ادامه به بررسی این دیدگاه‌ها می‌پردازیم.

۱-۳. دیدگاه هنجاری

این دیدگاه را هانس کلسن ذیل «نظریه حقوقی ناب»^۱ بیان می‌کند. نظریه‌ای که سعی دارد علم حقوق را از همه عناصر خارجی برهاند. کلسن حقوق را به عنوان مجموعه‌ای از هنجارها توصیف کرده و موضوع شناخت حقوقی را نیز هنجار می‌داند؛ به عبارت دیگر، علم حقوق از منظر کلسن «علم شناخت هنجارها»^۲ است. او حقوقی خواندن اعمالی که در طبیعت رخ می‌دهند را به معنای ادعای اعتبار هنجارهایی می‌داند که مفادشان به شیوه‌ای خاص با مفاد رویدادهای واقعی مطابق است (ر.ک.: همان: ص ۵۳).

در این نظریه با توجه به اینکه رویدادها و وقایع زمانی و مکانی مفاد هنجارها را تشکیل می‌دهند، اعتبار این هنجارها نیز با توجه به زمان و مکان اعتبار رویدادها سنجیده می‌شوند؛ از این‌رو، دو دسته هنجار موقت یا محدود و نامحدود خواهیم داشت. هنجارهایی که در

1. Pure Theory Of Law

2. Cognitive Science Of Norms

زمان و مکان خاصی معتبرند، «هنجار محدود» و هنجارهایی که در همهٔ زمان‌ها و مکان‌ها دارای اعتبارند، «هنجار نامحدود» نام می‌گیرند (ر.ک.: همان: ص ۵۴). نکته قابل توجه دیگر در این نظریه، موضع ضد ایدئولوژیک^۱ آن است:

«نظریهٔ ناب قصد دارد که حقوق را آن‌گونه که هست وصف کند بدون آنکه آن را به‌منزلهٔ امری عادلانه توجیه کند یا در حکم امری ناعادلانه رد نماید. نظریهٔ حقوقی ناب دربارهٔ حقوق بالفعل و ممکن تحقیق می‌کند نه دربارهٔ حقوق درست. از این منظر این نظریه یک نظریهٔ کاملاً واقع‌گرایانه است. نظریهٔ ناب، در تقابل کامل با علم حقوق سنتی قرار می‌گیرد که دانسته یا ندانسته، گاه بیشتر و گاه کمتر، ماهیتی ایدئولوژیک دارد. نظریهٔ حقوقی ناب دقیقاً به کمک موضوع ضدایدئولوژیک خود اثبات می‌کند که یک علم حقوق واقعی است» (همان: ص ۶۰ و ۶۱).

کلسن در ادامه بر عدم ارتباط حقوق و اخلاق نیز تأکید کرده، می‌نویسد:

«نظریهٔ حقوقی ناب، با جداساختن کامل مفهوم هنجار حقوقی از منبع آن، یعنی هنجار اخلاقی، و با تضمین استقلال حقوق حتی در برابر حقوق مبتنی بر اخلاق، می‌کوشد تا توصیف مفهومی حقوق را از این عنصر ایدئولوژیک رها سازد» (همان: ص ۶۵).

از منظر دیدگاه هنجارگرایانه، هنجار دارای دو عنصر محوری است: نخست، عنصر شخصی یا ذهنی که فاعل و کسی است که کاری را انجام می‌دهد یا ترک می‌کند؛ دوم، عنصر مادی یا عینی که فعل و آن عملی است که انجام یا ترک می‌شود. حال ممکن است این عناصر در یک هنجار یا در دو هنجار جداگانه مورد توجه قرار گیرند.

دیدگاه هنجارگرایانه با اثبات این سخن که در حقوق علاوه بر «حق شخصی»، «تکلیف حقوقی» هم وجود دارد، کارکرد اصلی یک نظام اجبارگر را مانند نظام حقوقی، صرفاً وضع الزامات هنجاری بر افراد تابع آن نظام می‌داند و این «الزام هنجاری»^۲ را با واژه «تکلیف» توصیف می‌کند. نظریهٔ ناب، تکلیف حقوقی را صرفاً «هنجار حقوقی جزئی‌یافته»^۳ تلقی

1. Anti-ideological

2. Normative Bond

3. Individualized Legal Norm

می‌کند، یعنی یک هنجار حقوقی (که رفتار خاصی را الزامی می‌کند) از لحاظ رابطه‌اش با رفتار عینی یک فرد خاص. نظریه حقوقی ناب تکلیف حقوقی را این‌گونه تفسیر می‌کند: «انسان قانوناً ملزم است به شیوه‌ای خاص رفتار کند تا آنجا که رفتار مغایر با آن هنجار حقوقی به‌عنوان شرط یک عمل اجباری که به‌منزله نتیجه یک عمل نامشروع محسوب می‌شود، تعیین شده است» (همان: ص ۸۵).

کلسن هنجارها را براساس نوع هنجار اصلی و مبتنی بر ماهیت عالی‌ترین اصل اعتبار در نظام هنجارها به دو نوع تفکیک می‌کند: نخست، هنجارهایی که به‌دلیل محتوا معتبرند. یعنی هنجارهایی که مفادشان دارای خصیصه‌ای کاملاً روشن است که می‌تواند به آن هنجار اعتبار بخشیده مبنای سازنده سایر هنجارهای زیرین شود. این نوع هنجارها هنجارهای اخلاقی هستند. هنجار اصلی اخلاق خصیصه‌ای محتوایی و ثابت دارد^۱ (همان: ص ۹۷)؛ نوع دوم، هنجارهای حقوقی هستند. اعتبار این نوع هنجارها از مفادشان ناشی نمی‌شود و هرگونه مفادی می‌تواند حقوق باشد. اعتبار یک هنجار حقوقی را نمی‌توان به این دلیل که مفادش با نوعی ارزش ذاتی از پیش مفروض (مثلاً یک ارزش اخلاقی) مطابق نیست، زیر سؤال برد. یک هنجار حقوقی در این دیدگاه صرفاً به این دلیل معتبر است که به شیوه خاصی به‌دست آمده است. یعنی مطابق قاعده معینی ایجاد شده یا به یک شیوه خاص صادر یا وضع شده است (ر.ک.: همان: ص ۹۸). هنجار مبنای اصلی نظام حقوقی صرفاً یک قاعده اصلی^۱ است که سایر هنجارهای آن نظام حقوقی براساس آن ایجاد می‌شوند. این هنجار اصلی^۲ عبارت است از: «تنظیم واقعیت مادی و اساسی ایجاد حقوق». این هنجار اصلی نقطه آغاز یک فرایند بوده و ماهیتی کاملاً شکلی و پویا دارد. باید توجه کرد روش تولید و ایجاد هنجارهای جزئی در نظام هنجاری حقوقی با نظام

1. Basic rule

2. Basic norm

۳. کلسن سلسله‌مراتب هنجارها را در یک نظام حقوقی از قانون اساسی آغاز و به فواین عادی، حکم قضات و دستورات و آیین‌نامه‌های اداری ختم می‌کند (ر.ک.: هانس کلسن، نظریه حقوقی ناب، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت، قم، ۱۳۸۷، ص ۱۴. ص ۱۰۵).

هنجار اخلاقی متفاوت است. برخلاف نظام اخلاقی، هنجارهای جزئی نظام حقوقی را نمی‌توان به‌روش منطقی از هنجار اصلی استنتاج کرد، بلکه آنها را از طریق عمل خاص وضع یا صدور که عملی ارادی است نه فکری ایجاد کرد.^۱

۲-۳. دیدگاه دستوری

دیدگاه دستوری یا همان «نظریه فرمان» با نام اندیشمندانی همچون بنتام و جان آستین (۱۷۹۰-۱۸۵۹م) شناخته می‌شود اما این نظریه را در آثار افرادی مانند جین بودین (۱۵۳۰-۱۵۹۶م) و سپس هابز (۱۵۸۸-۱۶۷۹م) نیز می‌توان جست‌وجو کرد. آستین قانون را قاعده‌ای می‌داند که از سوی رؤسا برای کنترل اعمال زیردستان وضع می‌شود. این قواعد نوعی دستورهای کلی هستند (ر.ک.: آلمن، ۱۳۸۵: ص ۱۴۱). از این منظر، هسته اصلی قانون و قاعده حقوقی نیرویی است که برخی افراد بر دیگران اعمال می‌کنند. سرچشمه چنین نیرویی نیز سلطه فرد یا نهادی است که از دیگر منابع دستور نمی‌گیرد (همان).

بر پایه نظریه آستین، قوانینی که به‌درستی و روشنی قانون به‌شمار می‌رود، فرمان‌هایی است که از سوی یک نیروی سیاسی برتر و بر پایه عادت فرمانبری برای بیشتر افراد جامعه صادر می‌شود. در کوتاه سخن، آستین قانون را دستوری می‌داند که پشتوانه اجرایی اعم از اجبار و زور یا... داشته باشد. مبنای پیروی و الزام موجود در قواعد حقوقی از منظر آستین دو محور اصلی دارد: نخست، وجود فرد یا نهاد برتر که مافوق آن قدرت دیگری موجود نیست و دوم، پشتوانه اجرایی. این دو محور منجر به «پیروی عادت‌وار»^۲ مردم از قانون و قواعد حقوقی خواهد شد. رویکرد شکلی و نه محتوایی و ماهوی آستین درباره قواعد حقوقی و تأکید بیش‌ازحد او بر مقام وضع‌کننده در برابر مفاد تشکیل‌دهنده قواعد باعث شده قانون و قاعده حقوقی ناعادلانه و خلاف اصول اخلاقی را نیز قانون و لازم‌الاجر بدانند.

۱. البته باید توجه کرد نظریه حقوقی ناب منشأ اعتبار هنجار اصلی و مبنا را در نهایت اراده وضع‌کنندگان آن می‌داند (ر.ک.: همان: ص ۹۹).

۳-۳. دیدگاه‌های الهی

در رویکرد دینی از یک سو، تأکید بر اراده شاعر در مبنای مشروعیت و منشأ الزام قواعد حقوقی است و از سوی دیگر، مفاد و محتوای قواعد مورد توجه است؛ بر همین اساس و با توجه به تأکیدی که بر مفاد یا اراده می‌شود، دیدگاه‌های الهی نیز به دو دسته کلی قابل تقسیم هستند: اراده‌گرایی محض یا بسیط و اراده‌گرایی حکیمانه. دل و کیو صورت دوم را خداشناسی عقلی یا نیمه‌عقلی در برابر خداشناسی ساده نام می‌نهد (ر.ک.: دل و کیو، ۱۳۸۰: ص ۲۲۶). در ادامه به بررسی این دو دیدگاه خواهیم پرداخت.

۳-۳-۱. بسیط

در اراده‌گرایی بسیط یا محض تأکید بر اراده الهی و اوامر و نواهی اوست. برطبق این نظریه صرفاً اراده الهی یعنی اوامر و نواهی صادره از سوی او استوار است. اولین مسئله چالش‌برانگیز در این رویکرد «مسئله عدالت» است. زیرا منشأ مشروعیت قواعد در این نظریه صرفاً اراده الهی و اوامر و نواهی صادر از او دانسته شده است؛ از این رو، «عادلان» به امری اطلاق می‌شود که اراده خداوند به آن تعلق گیرد». در میان رویکردها، فقهی و کلامی، نیز اشاعره که منکر حسن و قبح ذاتی افعال هستند، بر اراده‌گرایی محض و بسیط اصرار می‌ورزند.

۳-۳-۲. حکیمانه

در مقابل اراده‌گرایی محض، نظریه اراده‌گرایی حکیمانه بر محوریت مفاد و محتوای قواعد حقوقی تأکید دارد. براساس این نظریه عادلانه آن نیست که خداوند به آن دستور داده بلکه عدالت آن چیزی است که خداوند به جهت حقیقت و عادلانه‌بودنش بدان فرمان داده است؛ بنابراین، مسئله را به ذات پدیده بازمی‌گردانند. در تفکر کلامی مسلمانان، دو رویکرد معتزله و عدلیه به ذاتی بودن حسن و قبح افعال قائل بوده و به مصالح و مفاسد واقعی افعال نظر دارند.

قواعد حقوقی در این دیدگاه از یک سو برخاسته از اراده الهی به‌عنوان خداوند خالق، عالم، قادر و حکیم است و از سوی دیگر، خصیصه حکیمانه بودن را دارد. بدین معنا که:

«فعل حکیمانه فعلی است که حتی به‌طور نسبی نیز فاقد غایت و غرض نباشد و به‌عبارت‌دیگر، غرض معقول داشته باشد و علاوه‌براین، توأم با انتخاب اصلح و ارجح باشد». لذا پاسخ به سه چرایی را متقن می‌دهد چرا چنین کردی؟ (هدف) چرا این هدف را ترجیح دادی؟ (مزیت و اصلحیت) چرا با این وسیله؟ (ارجحیت) (ر.ک.: مطهری، ۱۳۵۷: ص ۱۹).

این امر همان نقطه اختلاف اشاعره با عدلیه و معتزله است. برخلاف اشاعره از منظر عدلیه و معتزله افعال، احکام و صنع خداوند دارای غایت، غرض و حکیمانه است. از منظر اراده‌گرایی حکیمانه، اراده تشریحی و حکیمانه الهی مبنای قاعده حقوقی و معیار مشروعیت و الزام‌آوری آن است. اساساً در مکتب حقوقی اسلام قواعد حقوقی از یک سو قواعدی دستوری، ساخته‌اراده تشریحی و محصول جعل و اعتبارند و از سوی دیگر، ریشه در مصالح و مفاسد واقعی دارند. در دیدگاه بیشتر اندیشمندان اسلامی اوامر و نواهی شرعی در عین حال که از مقام الوهیت صادر شده، به اقتضای حکیم بودن خداوند، مبتنی بر واقعیت‌هایی است که به انسان و اعمال او مربوط می‌شود. براساس این دیدگاه، قانون نه اعتبار محض و نه واقعیت محض، بلکه آمیزه‌ای از هر دو است. نظر بیشتر اندیشمندان اسلامی، به‌ویژه اصولیان عقل‌گرا، این است که احکام الهی برخاسته از ملاک‌های واقعی و مصالح و مفاسد نفس‌لامری است و قانون گرچه ظاهراً اعتباری است، اما برآمده از واقعیت‌ها است (ر.ک.: دانش‌پژوه، ۱۳۹۱ و شهرابی، ۱۳۷۷).

نتیجه‌گیری

قاعده حقوقی را می‌توان با دو رویکرد تحلیل و بررسی کرد: نخست، رویکرد درون‌پارادایمی و دیگر رویکرد برون‌پارادایمی. قاعده حقوقی را ابتدا باید از منظر نظام حقوقی اسلام و مسائل و لوازم متناسب و مرتبط با آن تحلیل و بررسی کرد؛ از این رو، همان‌گونه که گذشت از یک سو، در تبیین مفاهیم سازه و روبنا مانند تعریف، اوصاف و ویژگی‌ها، گستره موضوعی، طبقه‌بندی و مسائلی که قاعده حقوقی در نظام حقوقی اسلام با آن مواجه می‌شود مانند منظومه ارتباطی آن با سایر قواعد مانند قواعد فقهی و اصولی

به خروجی‌هایی نو دست یافتیم که در نظام‌های حقوقی رقیب به آنها توجه نشده بود و از سوی دیگر، در تحلیل مبانی و بنیان‌های معرفتی الزام‌آور بودن این قواعد، توانستیم مرزهای معرفتی جدید و مشخصی را ارائه دهیم.

پس از تحلیل قاعده حقوقی در نظام حقوقی اسلام در دو سطح مبنا و بنا، لازم است به تحلیل و تبیین این قاعده از منظر و رویکرد برون‌پارادایمی و مقایسه تطبیقی با نظام‌های حقوقی رقیب پردازیم. در این نوشتار سعی شد با ارائه دسته‌بندی جدید از مبانی نظری و مناشی الزام‌آور بودن قواعد حقوقی و تفکیک دقیق معرفتی آنها از یکدیگر، توان ارزیابی بهتر و تطبیق مناسب‌تر مبانی الزام فراهم شود. در یک دسته‌بندی کلی می‌توان مبانی نظری و مناشی الزام‌آور بودن قواعد حقوقی را به دو خاستگاه عقل و اراده تأویل کرد (با این توضیح که رویکرد قراردادگرایی نیز در واقع به اراده‌گرایی باز خواهد گشت). آنچه در جمع‌بندی نهایی حائز اهمیت است، پاسخ به این پرسش است که آیا حکم عقل و حکم برآمده از اراده، مولوی و الزام‌آور است یا ارشادی و مُجاز گونه؟

اگرچه تحلیل این مسئله را باید در مجال دیگری پی گرفت،^{۱۳} آنچه به نظر می‌رسد، حکم عقل در نهایت در مقام ارشاد و هدایت آدمی برآمده، توان الزام و اجبار او را ندارد (ر.ک.: جوادی آملی، ۱۳۸۷: ص ۳۹ و ۴۰)؛ از این رو، برخی بر این عقیده‌اند که عقل شأنی جز درک ندارد (ر.ک.: خویی، ۱۹۳۳: ص ۱۱۶؛ حکیم، ۱۴۱۳: ص ۲۶؛ حکیم، بی‌تا: ص ۱۲۰)، اما حکمی که به اراده تشریحی خداوند (نه اراده انسان) بازگردد، حکمی الزامی خواهد بود. نکته دیگر توجه به اعتباری بودن حقوق و قواعد حقوقی است. علم حقوق را باید از سنخ علوم اعتباری در مقابل علوم حقیقی مانند الهیات، فلسفه و... دانست. آنچه در علوم اعتباری اهمیت دارد، کشف نظر معتبر است؛ پس دانستن مراد اعتبارکننده و علم به آن دلیل بر الزام‌آوری حکم و قاعده به دست آمده خواهد شد؛ بنابراین، آنچه موضوعیت دارد کشف اراده شارع حکیم است. با توجه به این مطالب، در تمامی صور و حالاتی که برای مبانی و مناشی الزام‌آور بودن قواعد حقوقی بیان شد فقط در یک صورت قاعده حقوقی الزام‌آور خواهد بود. آن هم در صورتی است که به اراده تشریحی و حکیمانانه خداوند بازگردد.

کتاب‌نامه

قرآن کریم.

۱. آشتیانی، مهدی. ۱۳۷۶. تعلیقه علی شرح المنظومه السبزواری (قسم المنطق). قم. دفتر تبلیغات اسلامی. چاپ سوم.
۲. آلمن، اندرو. ۱۳۸۵. درآمدی بر فلسفه حقوق. ترجمه بهروز جندقی. قم. مرکز انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۳. ابن سینا، حسین بن عبدالله. ۱۳۷۵. الاشارات و التنبیها. ج ۱. قم. نشر البلاغه. چاپ اول.
۴. اردبیلی مولی، احمد. بی‌تا. مجمع الفائدة و البرهان. قم. مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ دوم.
۵. انصاری، مرتضی. ۱۴۱۵ ه.ق. الحاشیه علی استصحاب القوانین. قم. انتشارات باقری.
۶. _____ ۱۴۲۸ ه.ق. کتاب مکاسب. قم. مجمع فکر الاسلامی. الطبعة الثامنة.
۷. برول، لوی. بی‌تا. جامعه‌شناسی حقوق. ترجمه ابوالفضل قاضی. تهران. نشر دادگستر. چاپ سوم.
۸. تیبیت، مارک. ۱۳۸۴. فلسفه حقوق. ترجمه حسن رضایی خاوری. مشهد. انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۹. تهانوی، محمد علی بن علی. ۱۳۸۲ ق. کشف اصطلاحات الفنون. مصر. هیئته المصریه العامه للتألیف و النشر دارالکتاب العربی.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ۱۳۷۲. ترمینولوژی حقوق. تهران. گنج دانش. چاپ ششم.
۱۱. جوادی آملی، عبدالله. ۱۳۷۲. ولایت فقیه. تهران. مرکز نشر فرهنگی رجا. چاپ سوم.
۱۲. _____ ۱۳۸۷. منزلت عقل در هندسه معرفت دینی. قم. نشر اسراء.
۱۳. حسینی روحانی، سید محمدصادق. ۱۴۱۳ ه.ق. فقه الصادق. قم. مؤسسه دارالکتاب. چاپ سوم.
۱۴. حکمت‌نیا، محمود. ۱۳۹۰. فلسفه حقوق. در فلسفه‌های مضاف. عبدالحسین خسروپناه. ج دوم. تهران. سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. چاپ دوم.
۱۵. حکیم، سید عبدالصاحب. ۱۴۱۳ ق. منتفی الاصول. ج ۴. بی‌جا. چاپ اول.
۱۶. حکیم، سید محمدتقی. ۱۴۱۸. الصول العامه للفقہ المقارن. قم. مؤسسه آل‌البتیت.
۱۷. حلّی، حسن بن یوسف. ۱۳۷۷. الجوهر النضید فی شرح منطق التجرید. تصحیح محسن بیدارفر. قم. بیدار. چاپ پنجم.
۱۸. خمینی، روح‌الله. بی‌تا. کتاب‌البیع. ج ۲. قم. مطبعة مهر.

۱۹. _____ ۱۳۶۸. صحیفه نور. ج ۲۱. تهران. سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی.
۲۰. _____ ۱۳۸۲ ه. ق. تهذیب الاصول. ج ۱. قم. نشر اسماعیلیان.
۲۱. خوبی، سید ابوالقاسم. ۱۹۳۳. اجود التقريرات. ج ۱. صیدا. مطبعه العرفان.
۲۲. _____ ۱۴۱۷ ه. ق. محاضرات فی اصول الفقه. ج ۱. قم. انتشارات انصاریان.
۲۳. دانش پژوه، مصطفی. ۱۳۹۱. حقوق شناسی عمومی دوره میانی ۱- «شناسه حقوق». تهران. پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات جنگل. چاپ اول.
۲۴. دل، وکیو. بهار. ۱۳۸۰. فلسفه حقوق. ترجمه جواد واحدی. تهران. نشر میزان. چاپ اول.
۲۵. زرقاء، مصطفی. بی تا. المدخل الفقہی العام. بیروت. دار الفکر.
۲۶. شهرابی، محمد. ۱۳۷۷ ش. حقوق و سیاست در قرآن. تقریرات درس آیت الله مصباح یزدی. ج ۱. قم.
۲۷. شهید الاول، ابی عبدالله محمد بن مکی العاملی. بی تا. القواعد والفوائد (فی الفقه والاصول العربیة). تحقیق سید عبدالهادی الحکیم. بی جا.
۲۸. شهید الثانی، زین الدین بن علی العاملی. ۱۴۱۶ ق. تمهید القواعد. قم. مکتب الاعلام الاسلامی. الطبعة الاولى.
۲۹. صدر، سید محمد باقر. ۱۴۱۲. دروس فی علم الاصول. حلقه ۲. قم. مجمع الفکر الاسلامی. چاپ اول.
۳۰. صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم. بی تا. شرح حکمه الاشراق (تعلیقات). قم. بیدار.
۳۱. طباطبایی، حکیم سید محمدسعید. بی تا. الحکم فی اصول الفقه. بی جا.
۳۲. طریحی، فخرالدین بن محمد. ۱۳۸۷. مجمع البحرین. قم. دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۳۳. طوسی، نصیرالدین، ۱۳۷۶. اساس الاقتباس. مصحح مدرس رضوی. تهران. انتشارات دانشگاه تهران. چاپ پنجم.
۳۴. علیدوست، ابوالقاسم. ۱۳۸۳. فقه و عقل. تهران. پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. چاپ دوم.
۳۵. عمید زنجانی، عباسعلی. ۱۳۸۶. قواعد فقه (بخش حقوق عمومی). تهران. سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت). چاپ اول.
۳۶. فیروزآبادی، سید مرتضی. ۱۴۰۰ ق. عنایة الاصول. قم. انتشارات فیروزآبادی.
۳۷. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۷. الف (فلسفه حقوق). ج اول. تهران. شرکت سهامی انتشار. چاپ اول.
۳۸. _____ ۱۳۷۷. (ب) مبانی حقوق عمومی. تهران. نشر دادگستر. چاپ اول.
۳۹. _____ ۱۳۷۹. کلیات حقوق (نظریه عمومی). تهران. شرکت سهامی انتشار. چاپ اول.

۴۰. _____ . ۱۳۸۷. قواعد عمومی قراردادها. ج ۳. تهران. شرکت سهامی انتشار.
۴۱. _____ . ۱۳۹۰. مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران. شرکت سهامی انتشار. چاپ هفتاد و هشتم.
۴۲. کلسن، هانس. ۱۳۸۷. نظریه حقوقی ناب. ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی. قم. پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت.
۴۳. لاک، جان. بی تا. رساله‌ای در باب حکومت. ترجمه حمید عضدانلو. تهران. نشرنی.
۴۴. موسوی العاملی، سید محمد بن علی. ۱۴۱۰ق. مدارک الاحکام فی شرح شرایع الاسلام. قم مؤسسه آل‌البيت(ع). لاحیاء التراث. الطبعة الاولى.
۴۵. مطهری، مرتضی. ۱۳۵۷. عدل الهی. قم. انتشارات صدرا. چاپ دهم.
۴۶. مظفر، محمد رضا. ۱۳۸۸. المنطق. قم. اسماعیلیان. چاپ سوم.
۴۷. مقدس‌الاردبیلی، مولی احمد. ۱۴۱۲ق. مجمع الفائده والبرهان(فی شرح ارشاد الاذهان). قم. مؤسسه النشر الاسلامی. الطبعة الاولى.
۴۸. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۴۱۰ ه.ق. القواعد الفقهیه. قم. مدرسه الامام امیرالمؤمنین. چاپ دوم.
۴۹. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. ۱۴۲۳ ه.ق. فقه القضا. قم. جامعه المفید. چاپ دوم.
۵۰. نائینی، محمد حسین. ۱۴۱۷ ه.ق. فواید الاصول. ج ۴. قم. دفتر انتشارات اسلامی.
۵۱. _____ . ۱۳۶۱. تنبیه الامة و تنزیه الملة. تهران. شرکت سهامی انتشار. چاپ هشتم.
۵۲. _____ . ۱۳۶۸ ش. اجودالتقریرات. ج ۲. قم. انتشارات مصطفوی.
۵۳. نجفی، محمدحسن. ۱۹۸۱ م. جواهر الکلام فی شرح الشرایع الاسلام. بیروت. دارالحیاء التراث العربی.
۵۴. نوحی، حمید رضا. ۱۳۸۶. قواعد فقهی در آثار امام خمینی. تهران. چاپ و نشر عروج. چاپ دوم.
۵۵. واعظی، احمد. ۱۳۸۸. نقد و بررسی نظریه‌های عدالت. قم. انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی. چاپ اول.
۵۶. وکس، ریموند. ۱۳۸۹ فلسفه حقوق. ترجمه باقر انصاری و مسلم آقایی طوق. تهران. انتشارات جاودانه. جنگل. چاپ اول.
۵۷. هابز، توماس. ۱۳۸۱. لویاتان. ترجمه حسین بشیریه. تهران. انتشارات نشرنی.
۵۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود. ۱۴۰۵ق. بحوث فی علم الاصول. ج ۴. قم. مکتب الاعلام الاسلامی. چاپ دوم.

۵۹. یزدی، مولی عبدالله. ۱۴۱۲. الحاشیه علی تهذیب المنطق. قم. مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ دوم.
60. Hart, H.L.A., The Concept of Law. Clarendon Press, 1961. 2nd end. By P. A. Bulloch and J. Raz (Clarendon Press, 1994).

پی‌نوشت‌ها

۱. این متغیرها در تعاریف فقها و اصولیان از این قاعده و در تبیین مستندات هر قاعده مشهود است (ر.ک.:. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقہیہ، مدرسۀ الامام امیرالمؤمنین. قم. چاپ دوم. ۱۴۱۰ ه.ق. ج ۱: ص ۲۸۸؛ سید محمدسعید طباطبایی حکیم، الحکم فی اصول الفقہ. بی‌تا: ص ۳۸۱؛ محمدحسین نائینی، اجود التقريرات، ۱۳۶۸: ج ۲، ص ۴۵۵؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ۱۹۸۱م: ج ۴۰، ص ۶۸؛ سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، فقہ القضا، جامعۀ المفید، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ه.ق: ج ۱، ص ۳۳۱؛ نائینی محمدحسین، فوائد الاصول، ۱۴۱۷: ج ۴، ص ۳۳۱؛ سید محمدصادق حسینی روحانی، فقہ الصادق، مؤسسۀ دارالکتاب، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۳ ه.ق: ج ۱۳، ص ۲۹۶؛ شیخ انصاری، الحاشیۀ علی استصحاب القوانین، انتشارات باقری، قم، ۱۴۱۵ ه.ق: ص ۱۰۵؛ مولی احمد اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، مؤسسۀ النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، بی‌تا: ج ۱۲، ص ۱۸).
۲. دلالت این‌گونه تعریف شده است: «انتقال ذهن از علم به وجود چیزی، به وجود چیز دیگر» (ر.ک: محمد رضا مظفر، المنطق، قم، اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۳۸۸ه: ص ۳۶ و به عبارت دقیق‌تر «دلالت بودن شیء است به حیثیتی که از علم به آن علم به شیء دیگر لازم می‌آید» (ر.ک.: محمد بن ابراهیم صدرالدین شیرازی، شرح حکمه الاشراف (تعلیقات)، قم، بیدار، بی‌تا: ص ۳۵) میرزا مهدی آشتیانی نیز در تعریف دلالت می‌نویسد: «دلالت بودن شیء است به گونه‌ای که از علم بدان علم به چیز دیگر برای شخصی که عالم به رابطه بین دال و مدلول باشد لازم آید» (ر.ک.: مهدی آشتیانی، تعلیقه علی شرح المنظومه السبزواری (قسم المنطق)، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۷۶، ص ۱۴۲).
۳. جهت اطلاع از انواع دلالات، تعریف و وجوه تمایز آنها (به عنوان نمونه ر.ک. به یزدی، مولی عبدالله، الحاشیه علی تهذیب المنطق، قم، مؤسسۀ النشر الاسلامی، دوم، ۱۴۱۲: ص ۱۹۴؛ حلی، حسن بن یوسف، الجوهر النضید فی شرح منطق التجرید، تصحیح محسن بیدارفر، قم، بیدار، پنجم، ۱۳۷۷: ص ۱۰؛ محمدرضا مظفر، المنطق، ۱۳۸۸: ص ۳۰).
۴. اصالة اللزوم در عقود و قراردادها یعنی هر عقدی لازم است مگر اینکه جواز عقد به طور کلی یا امکان فسخ آن در موارد خاص احراز شود. در مقابل، التزام به مفاد عقد قاعده‌ای است عام که بر عقود لازم، جایز یا خیاری حاکم است و تازمانی که عقد فسخ نشده است دو طرف ملتزم به مفاد آن هستند (ر.

- ک.: ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، شرکت سهامی انتشار تهران، ۱۳۸۷: ص ۲۱۸).
۵. بنابر نظر برخی اندیشمندان، مصلحت بر احکام اولیه و ثانویه در عرصه‌های مختلف نیز مقدم است. در این مورد باید گفت که مصلحت (منظور مصالح عامه اسلام و مسلمین است) که معمولاً با انگیزه‌های عالی مانند حفظ نظام، عدالت اجتماعی، وحدت امت اسلامی، حفظ کیان کشور اسلامی و حفظ نظم عمومی و ... همراه است غالباً بر احکام اولیه و ثانویه مقدم است (ر.ک.: روح‌الله خمینی صحیفه نور، ج ۲۱، سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی تهران، ۱۳۶۸. ص ۹۸ و ۱۷۰ و همو، کتاب البیع، بی‌تا: ج ۲، ۴۹۷؛ محمدحسین نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، تهران، ۱۳۶۱: ص ۷؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، بی‌تا: ج ۲، ص ۳۴۶؛ موسوی العاملی، مدارک الاحکام: ج ۲، ص ۷۰).
۶. جهت اطلاع بیشتر ر. ک.: محمدحسین نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، ۱۳۶۱: ص ۷؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام: ۱۹۸۱، ج ۲۱، ص ۴۷؛ شیخ مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دوم، قم ۱۴۲۸ ه.ق: ص ۶۳؛ روح‌الله خمینی، کتاب البیع، بی‌تا: ج ۲، مطبوعه مهر، قم، ص ۴۶۱؛ عبدالله جوادی آملی، ولایت فقیه، مرکز نشر فرهنگی رجاء، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۲: ص ۴۶۹).
۷. تفکیک قواعد امره از قواعد مخیره (تخییری) نباید به‌طور کلی موجب اشتباه در ماهیت امری حقوق شود. ماهیت مزبور حتی در مورد قواعد معروف به تخییری نیز جنبه امری خود را حفظ می‌کند؛ به عبارت دیگر، امر قانونی ممکن است بدون اینکه جنبه امریت خود را از دست بدهد، مشروط باشد. یعنی همین که شرایط مقرر تحقق یابند، خصوصیت امره با تمامی قدرت اجباری و تعارض‌ناپذیرش بروز می‌کند. از این منظر، قواعد حقوقی را به قواعد مطلق و مشروط نیز می‌توان تقسیم کرد (ر.ک.: کاتوزیان، ۱۳۷۷ الف: ص ۶۵).
۸. قواعد مخیره گاهی به صورت توضیح یا تفسیر اراده‌ای که طرفین به‌طور مبهم و ناقص ابراز داشته‌اند ظاهر می‌شوند که در این صورت قواعد تفسیری نامیده می‌شوند و گاهی در فرض خود داری طرفین از اعلام هرگونه اراده‌ای، حاکمیت دارند که در این حالت قواعد تکمیلی نامیده می‌شوند (ر.ک.: کاتوزیان، ۱۳۷۷ الف: ص ۶۴).
۹. قاعده اولی مانند قاعده ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده و بالعکس، قاعده ثانوی مانند قاعده لاضرر و قاعده ظاهری مانند قاعده فراغ. مبنای این تقسیم احکام سه‌گانه شرعی است (ر. ک.: ک.

- محمدحسین نائینی، اجود التقريرات. ج ۲. انتشارات مصطفوی. قم. ۱۳۶۸ش: ص ۳۴۵؛ نیز همو، فوایدالاصول، ج ۴، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق: ص ۳۱۰).
۱۰. البته از این دسته‌بندی با عنوان قواعد عام و قواعد خاص نیز یاد شده است. قواعدی مانند قاعده لاضرر، قاعده تقیه و قاعده نفی عسر و حرج را از قواعد عام و قواعدی مانند قاعده تجاوز، قاعده فراغ(در عبادات) و قاعده ید، قاعده غرور، قاعده سلطنت(در معاملات) و قاعده درأ، قاعده ارش(در جزئیات) از قواعد خاص می‌توان نام برد(ر.ک.: ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب(ع)، الطبعة الرابعة، قم، ۱۴۱۶ق. و شهید الاول، ابی عبدالله محمد بن مکی العاملی، القواعد والفوائد(فی الفقه و الاصول العربیه)، تحقیق سید عبدالهادی الحکیم، بی‌تا، شهید الثانی، زین‌الدین بن علی العاملی، تمهیدالقواعد، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ ق.؛ عباسعلی عمید زنجانی، قواعد فقه(بخش حقوق عمومی)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها(سمت)، چاپ اول، پائیز ۸۶ و نیز حمید رضا نوحی، قواعد فقهی در آثار امام خمینی، چاپ و نشر عروج، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۶).
۱۱. رویکرد وظیفه‌گرا در برابر نگرش غایت‌انگار قرار دارد. وظیفه‌گرایی (deontologist) تصویر یا تعریفی خاص از عدالت ارائه نمی‌دهد یا اصراری بر آن ندارد. رالز درستی اخلاقی اصول عدالت پیشنهادی خود را وامدار هیچ تصویر و تصویری از خیر اخلاقی و اجتماعی عدالت نمی‌داند زیرا قائل است این تحلیل از عدالت و اصول آن در وضع اصیل (original position) و اولیه توسط افرادی که فارغ از هرگونه تصور خاصی بوده‌اند مورد توافق قرار گرفته است. درمقابل غایت‌گرایان (teleological) هستند که به غایات زندگی افراد و جامعه اهمیت ویژه‌ای داده، معتقدند آنچه خیر و سعادت حقیقی انسان را تشکیل می‌دهد باید مبنای باید و نباید و خوب و بد قرار گیرد؛ از این رو، بدون توجه به این خیر و سعادت و غایت نمی‌توان درست، عادلانه و وظیفه را مشخص کرد. منشأ این بحث نیز به تقدم و تأخر خیر و حق بازمی‌گردد(ر.ک.: احمد واعظی، نقد و بررسی نظریه‌های عدالت، ۱۳۸۸: ص ۲۶۸).
۱۲. در این نوع از هنجارها، هنجارهای متعدد یک نظام اخلاقی در هنجار اصلی آن نظام منطقی‌اند، همان‌گونه که جزئی در کلی مندرج است؛ از این رو، به کمک یک عمل فکری یعنی به کمک استنتاج جزئی از کلی می‌توان همه هنجارهای اخلاقی جزئی را از یک هنجار اصلی کلی استخراج کرد(ر.ک.: کلسن، ۱۳۸۷: ص ۹۸).

۱۳. جهت اطلاع بیشتر ر. ک.: سید ابوالقاسم خویی، اجود التقریرات، ج ۱، مطبعه العرفان؛ صیدا، ۱۹۳۳؛ سید مرتضی فیروزآبادی، عنایة الاصول، ج ۴، انتشارات فیروزآبادی، قم، ۱۴۰۰ق: ص ۸۴ و ۸۵؛ سید عبدالصاحب حکیم، منتفی الاصول، ج ۴، چاپ اول، ۱۴۱۳ق، بی‌جا؛ محمد تقی حکیم، الصول العامه للفقہ المقارن، المؤسسة آل البيت، قم، بی‌تا؛ سید محمود هاشمی شاهرودی، بحوث فی علم الاصول، ج ۴، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۵ق، و نیز ابوالقاسم علیدوست، فقه و عقل، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۳.