

فلسفه حقوق

از دیدگاه حکمت در عرفان و تصوّف اسلامی

بیژن بیدآباد^۱

چکیده

فلسفه حقوق علت العلل حق و قانون و قانونگذاری را بررسی می‌نماید. در این مقاله با تأکید بر این موضوع که شناختن مبانی حقوق مستلزم تشخیص هدف آن است به مفهوم اصالت عدل بعنوان یک مکتب اساسی و منطبق با دستورات اسلامی می‌نگریم. این مکتب براساس تعریفی از عدالت مبنای تمام قواعد حقوقی را تعریف می‌نماید که کمتر به عمق آن نگریسته شده است. در این دیدگاه عدالت در حالت کلی به مفهوم قرارداد شئی در موضع خود است که بالاترین رُشد را داشته باشد. این مکتب با توجه خود به اخلاقیات و استکمال بشریت حوزه عمل خود را متعالی‌تر از اهداف مطرح در مکتب‌های حقوق متعارف قرار داده است. بطوریکه نه تنها اعطای حقوق حیاتی و مدنی مساوی را برای همه در نظر می‌گیرد بلکه سعی می‌کند منابع حق افزونی را متوجه افرادی نماید که قابلیت و توان رشد بیشتر دارند. به عبارت دیگر در این مکتب عدل به معنای تساوی عددی یا حسابی نیست. بلکه عدل بر مبنای پتانسیل رُشد قرار دارد. یعنی «به هر کس به اندازه رشدش و به هر کس به اندازه استعدادش حق تعلق می‌گیرد» زیرا که اصولاً تمام انسانها یکسان نیستند و این عدم تساوی نه از بابت غلبه یا استثمار دیگری مطرح می‌شود بلکه در این است که استعداد و قابلیت‌های رشد در هر انسانی با دیگر انسان‌ها و در شرایط متفاوت یکسان نیست. لذا تساوی حق برای همه بی‌توجهی به نیاز آنها و شرایط بالفعل و استعدادهای بالقوه ایشان می‌باشد.

انطباق تکلیف با تکوین یکی از مسائل مهم در تقنین است. هرچه قوانین انطباق بیشتری با خصوصیات فطری و طبیعی انسانها داشته باشد کارائی آنها افزایش خواهد یافت. لذا با توجه به این موضوع کشیدن مرز قانون که تخلف و غیرتخلف را متمایز کند بسیار مهم می‌باشد. حیطة تقنین نیز از موضوعات مطرح در این مقاله می‌باشد زیرا که قانونگذاری و قانونپذیری دو پدیده مقابل یکدیگرند و هرچه قانونگذاری زیادت‌تر باشد قوانین دست و پای زندگی افراد را می‌بندد و قانونپذیری و آزادی افراد بشر را دچار اشکال می‌نماید. تعیین حیطة تقنین این سؤال عمده را پیش می‌آورد که مرز تقنین باید در کجا باشد و چگونه باید خطی با ثبات کشید که مرز حیطة تقنین را ترسیم نمود که ضمن اینکه تکامل قواعد حقوقی را بپذیرد ثبات احکام عقلی را نیز در آن ایجاد نماید. در پایان نیز اشاره‌ای به نهادهای نظارتی-مشورتی خواهیم داشت.

واژه‌های کلیدی: فلسفه حقوق، حکمت، عرفان، تصوّف، اسلام

حقوق به منزله وسیله‌ای برای تنظیم روابط افراد بین هم و دولت‌ها در هر جامعه‌ای بر مبنای نگرش انسانها به چگونگی این تنظیمات قرار دارد و لذا مبنای اساسی شکل‌گیری قواعد حقوقی به درک و فهم انسانی از این چگونگی برمی‌گردد. اینجاست که فلسفه حقوق نقش بنیانی در تدوین نظامات اجتماعی و حقوقی را برعهده می‌گیرد و عملاً بنیان‌های قواعد زندگی در اجتماع را ترسیم می‌کند. فلسفه حقوق در اصل وظیفه تدوین اصول قضاوت‌های اجتماعی به جای قضاوت‌های فردی را به عهده دارد. فلسفه حقوق باید علت الزام‌آور بودن حقوق، مبانی ارزشی قواعد حقوقی، قلمرو حقوق در جامعه، هدف تقنین، مرز و قلمرو حقوق و اخلاق و دین، معیارهای تمیز قانون خوب و بد، منطق و روح قانون و قانونگذاری، تحولات اجتماعی و تغییر قوانین و بسیاری از موارد مشابه را قبل از قانون و همراه با آن روشن نماید.^۲ در غیر این صورت قوانین نه تنها موجب تنظیم روابط افراد و دولت‌ها در جامعه نمی‌شود بلکه به بی‌نظمی جامعه نیز منجر خواهد شد. در این مقاله هدف ما اشاره گذرا به برخی مفاهیمی است که از لحاظ کلی برخی خطوط کلی در رابطه با سؤالات بالا را ترسیم می‌نماید و بیش از این به جزئیات موضوع نمی‌پردازیم.^۳

حق و عدالت در مکاتب حقوقی

در تعریف حق و منشاء آن از لحاظ متون حقوقی و دیدگاه‌های فلسفی، اجتماعی و سیاسی، مباحث زیادی وجود دارد که هر کدام به سلیقه‌ای حق را تعریف می‌کنند. از لحاظ نتیجه حق عبارت از امتیاز خاصی است که قانون به شخص می‌دهد و مجموعه این امتیازات قانونی حقوق را تشکیل می‌دهند. سن توماس^۴ حق را از لحاظ منشاء آن به دسته‌های حقوق فطری که مشتمل بر حقوقی است که در طبیعت انسان می‌باشد و حقوق الهی که شامل حقوقی است که منشاء آن دستورات الهی است و حقوق بشری که خود بشر آن را وضع می‌کند تقسیم می‌نماید. بسیاری منشاء بوجود آمدن حقوق را ستم حکومت‌هایی می‌دانند که ملت‌ها را تحت ظلم و ستم قرار می‌دهند. و با طرح فکری که قاعده‌ای برتر از اراده حاکم نیز وجود دارد حقوق را پایه‌گذاری کردند. براین اساس مکاتب حقوق فطری و طبیعی مبنای اصلی حقوق را

^۲ - نگاه کنید به: کاتوزیان، ناصر فلسفه حقوق، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۵.

^۳ - برای جزئیات بیشتر رجوع شود به:

- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی اقتصاد اسلامی، پول، بانک، بیمه و مالیه از دیدگاه حکمت. ۱۳۸۳.
<http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-eqtasade-islami.pdf>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی روابط بین‌الملل در اسلام، حقوق بین‌الملل عمومی، سیاست خارجی، دیپلماسی از دیدگاه حکمت. ۱۳۸۴.
<http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-ravabet-beynolmelal.pdf>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی علوم سیاسی در اسلام، سیاست، حکومت، ولایت از دیدگاه حکمت، ۱۳۸۸.
<http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-oloome-siasi.pdf>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی حقوق در اسلام، حقوق تطبیقی، نظام‌های حقوقی، حقوق جزا از دیدگاه حکمت، ۱۳۸۸.
<http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-hoqooq.pdf>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی حقوق اساسی در اسلام، فلسفه حقوق، حقوق فردی، حقوق عمومی از دیدگاه حکمت، ۱۳۸۸.
<http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-hoquqe-asasi.pdf>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی تجارت بین‌الملل در اسلام، بررسی موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی از دیدگاه حکمت، ۱۳۹۰.
<http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-trade.pdf>

^۴ - Saint Thomas Aquinas, (1225-1274).

عدالت می‌دانند یعنی هم قانونگذار باید از قواعد عدالت پیروی کند و هم پیروان و تابعین قانونگذار.

تعریف دیگری حقوق را کوششی معرفی می‌نماید که برای محقق ساختن عدالت در یک جامعه معین انجام می‌شود. مکتب‌های تحققی مبنای حقوق را قدرت حکومت می‌دانند و نه عدالت و منشاء حقوق را اراده مقامات دولت و مبنای قواعد حقوق را در اداره عمومی وقایع اجتماعی می‌شناسند. بر این اساس آگوست کنت^۵ اخلاق و مذهب را در ایجاد حقوق مؤثر نمی‌داند و وجدان عمومی را مبنای اصلی تشکیل قواعد حقوقی می‌شناسد. ریپر^۶ فرانسوی بر این عقیده است که حقوق ناشی از قدرت دولت است ولی قانونگذار در وضع این قواعد آزاد و خودمختار نیست. او اصول اخلاقی و عدالت را مبنای اصلی همه تعهدات منجمله تعهد به اجرای قانون تلقی می‌نماید. ساوینی^۷ آلمانی حقوق را نیز مانند زبان و عادات محصول وجدان عمومی و تحول تاریخی اجتماع دانسته و ابراز می‌دارد که سازنده قواعد حقوقی ملت است و ملت مفهوم واحدی از مردمان گذشته و حال می‌باشد. به عبارت دیگر احساسات ملی هر قومی از ابتدا مبنای آداب و رسومی شده است که، سرانجام، به صورت عرف درآمده و در ایجاد قواعد و مقررات حاکم بر روابط اجتماعی تاثیر گذاشته و حقوق یک ملت را به وجود آورده است. قبل از وی بورک^۸ انگلیسی و ویکو^۹ ایتالیایی و منتسکیو^{۱۰} در فرانسه نیز حقوق هر ملت را وابسته به عادات و رسوم و شرایط خاص زندگی دانسته‌اند.

شناختن مبنای حقوق مستلزم تشخیص هدف آن است. در مکتب اصالت فرد قواعد حقوق بر مبنای تأمین آزادی فرد و احترام به شخصیت و حقوق طبیعی اوست. در این ارتباط لاک^{۱۱} بر این باور است که افراد فقط به اندازه‌ای از آزادی و حقوق خود می‌گذرند که برای تشکیل دولت ضرورت دارد. در چنین جامعه‌ای از نظر سیاسی تمام قوای مملکت ناشی از ملت است و از نظر اقتصادی مبارزه‌ای که اشخاص برای حفظ منافع شخصی خود می‌کنند منتج به منافع عمومی می‌شود و از لحاظ حقوقی اراده فرد روح قواعد حقوقی را تشکیل می‌دهد و قرارداد مبنای اصلی تمام نهادها و راه‌حل‌های حقوقی بشمار می‌رود.

در مکتب اصالت جمع هدف قواعد حقوقی تأمین سعادت اجتماع و ایجاد نظم در روابط مشترک افراد است. بر این اساس فرد دارای حق مطلق در برابر منافع عمومی نیست و برای تعیین وضع حقوقی فرد باید از مفهوم نهاد حقوقی استفاده کرد. این مفهوم مجموعه‌ای از قواعد حقوقی است که به منظور رسیدن به هدف خاص رابطه معین و ثابتی را در زندگی اجتماعی مد نظر قرار می‌دهد. در این مکتب دولت در تقسیم ثروت آمرانه دخالت می‌کند در صورتی که در مکتب اصالت فرد دولت همانند یک شخص خارجی حقوق افراد را تضمین می‌کند. مسلماً دیدگاه‌های هر دو مکتب دچار افراط و تفریط است. در مکتب اصالت فرد باید گفت که اجتماع از گروهی اشخاص آزاد و مستقل تشکیل نشده و همه ضرورت‌های اجتماع را نمی‌توان براساس قرارداد اجتماعی حل کرد و در مکتب اصالت جمع حکومتها بدون تمسک به معیارهای مسلم می‌توانند آزادی‌های فردی را از بین ببرند و تضییع حقوق اشخاص بسیار محتمل است. مسلم

^۵ - Isidore Marie Auguste François Xavier Comte; (1798 –1857). See: Mary Pickering, Auguste Comte: An Intellectual Biography, Cambridge University Press (1993), Paperback, 2006.

^۶ - George Ripert, (1880-1958).

نگاه کنید به: کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، نشر یلدا، ۱۳۷۴، تهران. و همچنین کاتوزیان، ناصر فلسفه حقوق، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۵.

^۷ - Friedrich Savigny (1779-1861).

^۸ - Edmund Burke (1729 –1797).

^۹ - Giovanni Battista (Giambattista) Vico or Vigo (1668 –1744).

^{۱۰} - Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu (1689-1755).

^{۱۱} - John Locke (1632–1704).

است که همه این مکاتب تعاریف خاصی را برای عدالت مدنظر قرار داده‌اند و قواعد حقوقی را برای تحقق عدالت تعریفی خود تدوین نموده‌اند. به نظر ارسطو^{۱۲} عدالت به معنی عام کلمه جمله فضائل انسانی تلقی می‌شود. سیسرو^{۱۳} بر این باور است که باید به هر کس هر چه که حق اوست را داد به شرط اینکه به منافع عمومی ضرر نرسد. به عبارت دیگر اندیویدوالیستها براین باورند که حق افراد تا آن جا باید گسترش یابد که به منافع دیگران ضرر وارد ننماید. گروهی دیگر عدالت را نظامی می‌دانند که برتری منافع واجب الرعايه را تأمین کند و عقیده دارند که چنانچه این مفهوم نفی شود نظم اجتماعی بر مبنای زور قرار می‌گیرد و تنها منافع قوی واجب الرعايه و قابل احترام می‌شود.

حق و عدالت در مکتب اصالت عدل

برای طرح دیدگاه حقوق اسلام در اینجا به مفهوم اصالت عدل بعنوان یک مکتب اساسی و منطبق با دستورات اسلامی می‌نگریم که این مکتب براساس تعریفی از عدالت مبنای تمام قواعد حقوقی را تعریف می‌نماید که کمتر به عمق آن نگریسته شده است. عدالت به مفهوم قراردادان شیء در موضع خود است. این تعریف از لحاظ مفهوم ریاضی به معنای بهینه محلی^{۱۴} می‌باشد. معنی این واژه در مسائل برنامه‌ریزی ریاضی به این مفهوم است که در حوزه تعریف دامنه^{۱۵} متغیرهای مستقل^{۱۶} نقطه‌ای را می‌یابیم که بیشترین (یا کمترین) مقدار تابع هدف^{۱۷} ما را برآورده می‌نماید. تعریف فوق از عدالت به معنی یافتن بهترین حالت برای یک فرد در ارتباط با دامنه امکانات خودش می‌باشد لذا پسوند محلی به واژه بهینه اضافه شد. حال اگر دامنه حالات ممکن مشمول کلیه افراد جامعه باشد معنای بهینه محلی به بهینه کلی^{۱۸} تغییر می‌یابد. ممکن است نقطه‌ای یا حالتی بهینه محلی باشد ولی بهینه کلی نباشد ولی عکس آن صادق نیست. پس در ارتباط با تعریف عدالت باید عدالت را در حالت کلی به مفهوم قراردادان شیء در موضع خود که بالاترین رشد را داشته باشد تعریف کنیم. به عبارت دیگر نه تنها دامنه افراد و تعامل آنها با یکدیگر بعنوان دامنه متغیرهای مستقل این مسئله بهینه‌سازی^{۱۹} شناخته شده است بلکه مسئله از لحاظ ریاضی شامل زمان آینده نیز می‌شود که پویایی بهینه‌سازی^{۲۰} را نیز مدنظر قرار می‌دهد. اگر این تعریف از عدالت را در نظر بگیریم، مکاتب اصالت فرد یا اصالت جمع در مقابل مکتب اصالت عدل عقب‌تر و نارسا می‌باشند چون در هیچکدام از این دو مکتب تعالی بشری هدف قرار نگرفته و بلکه تمایلات بشری هدف قرار داده شده است. مکتب اصالت عدالت براساس تعریف فوق دیدگاه اساسی حقوق الهی و بطور خاص حقوق اسلام را تشکیل می‌دهد. پیامبر اکرم (ص) و بطور کلی انبیاء (ع) همگی در اکثر مواقع براساس ظاهر وقایع قضاوت و حکم می‌نمایند و ائمه هدی و بطور کلی اولیاء (ع) قضاوت بر مبنای باطن وقایع را در اکثر حالات مدنظر قرار داده‌اند. لذا باید گفت مبنای اساسی حقوق الهی که منتج از استنباط از کتاب‌های آسمانی و یا سنت این بزرگواران است همه به نحوی از همان تعریف عدالت نشئت می‌گیرد که فوقاً به آن اشاره شد.

در مکاتب اصالت فرد یا اصالت جمع تفاضل انسانی اغماض می‌شود هرچند از لحاظ نظری به صورتی متعالی نیز

¹² - Aristotle (Greek: 384 BC –322 BC).

¹³ - Marcus Tullius Cicero (106 BC–43 BC).

¹⁴ - Local Optimum

¹⁵ - Domain

¹⁶ - Independent variables. Policy variables.

¹⁷ - Objective function

¹⁸ - Global Optimum

¹⁹ - Optimization problem

²⁰ - Dynamic optimization. Optimization over time.

مطرح گردد. برای مثال سرمشق‌هایی چون عبارات «هرکس به اندازه نیازش و هرکس به اندازه کارش» بسیار قابل توجه است و در جهت شعائر مکتب اصالت عدل هم می‌باشد ولی مکاتبی که این سرمشق‌ها را مطرح می‌سازند در حصول جوامع انسانی به این آرمان‌ها توانایی ابزاری ندارند. این مکتب هدف حقوق را که تنظیم روابط اجتماعی می‌داند کافی نمی‌شمارد. مکتب اصالت عدل تنها به تنظیم روابط اجتماعی افراد نمی‌اندیشد بلکه به این می‌اندیشد که چگونه بتوان حداکثر رشد و تعالی را در ارتباط با تک تک افراد جامعه احصاء نمود. گرچه اخلاق بعنوان قواعدی که رعایت آنها برای نیکوکاری و رسیدن به کمال لازم است در مکاتب حقوقی مدنظر قرار گرفته می‌شود ولی نگرش مکتب اصالت عدل با مکاتب دیگر بسیار متفاوت است. در دو مکتب سابق‌الذکر اخلاق به عنوان یک هدف جانبی و حاشیه‌ای در اجرای عدالت فردی در مکتب اصالت فرد و در اجرای عدالت اجتماعی در مکتب اصالت جمع تلقی می‌شود، ولی در مکتب اصالت عدل هدف اصلی در اجرای عدالت فردی و اجتماعی است یعنی باید به گونه‌ای قواعد حقوقی تنظیم کردند که انسان را به استکمال رساند.

باید اضافه کرد که از لحاظ ویژگی‌های متنوع، حقوق با اخلاق تفاوت بسیار دارد. برای مثال هدف از اخلاق اصلاح معایب شخص و ایجاد جامعه فاضله است و اخلاق بر وجدان و افکار باطنی افراد نیز حکومت می‌کند ولی حقوق به حفظ نظم در اجتماع بیش از پاکی روح و وجدان و انسانیت توجه دارد. نتیجتاً هدف حقوق گرچه در راستای هدف اخلاق است ولی به آن اندازه دورنگر نیست که اخلاق دور را می‌نگرد. از طرف دیگر ضمانت اجرای قواعد حقوقی با دولت و قوای ضابطه آن است ولی ضمانت اجرای قواعد اخلاقی با فرد و مکانیزم‌های درونی وی تحقق می‌یابد.

مکتب اصالت عدل با توجه به نگرش و توجه خود به اخلاقیات و استکمال بشریت حوزه عمل خود را بیش از اهداف تحقق حقوق یعنی تحقق اخلاق در جامعه قرار داده است و لذا متعالی‌تر از سیستم‌های دیگر حقوقی است که تمام هم و غم خود را مصروف نظم‌دادن به روابط مادی نموده‌اند و اخلاقیات و تعالی بشر را کمتر از آنچه که باید انگاشته‌اند. مکتب اصالت عدل معتقد بر تساوی حقوق به گونه‌ای متکامل‌تر از مکتب اصالت فرد یا اصالت جمع است به طوری که نه تنها اعطای حقوق حیاتی و مدنی مساوی را برای همه در نظر می‌گیرد بلکه سعی می‌کند منابع حق افزونی را متوجه گروه‌هایی کند که قابلیت و توان رشد بیشتر دارند. به عبارت دیگر در این مکتب عدل به معنای تساوی عددی یا حسابی نیست. بلکه عدل بر مبنای پتانسیل رشد قرار دارد. شعاری مشابه ولی به گونه‌ای متفاوت در ادبیات مکتب اصالت جمع مشاهده می‌شود که بی‌ارتباط با مکتب اصالت عدل نیست. در مدینه فاضله یا یوتوپای کمونیسیم توزیع حقوق براساس این شعار است که: «به هرکس به اندازه نیازش و به هرکس به اندازه ارزشش» حق تخصیص یابد. این شعار گرچه آرمان مادی خوبی برای جامعه تلقی می‌شود ولی چنانچه محتوای معنوی آن و هدف‌گذاری پتانسیل رشد را در آن لحاظ کنیم به شعار مکتب اصالت عدل نزدیک می‌شویم. به عبارت دیگر در مکتب اصالت عدل این شعار موضوعیت مهمتری دارد: «به هرکس به اندازه رشدش و به هرکس به اندازه استعدادش حق تعلق گیرد» یعنی حقوق توزیعی بین افراد بر مبنای قاعده‌ای است که اگر مراحل رشد و استکمال معنوی در فردی بیشتر بود یا استعداد آن را داشت علاوه بر حقوق مشابه با دیگران شرایط لازم برای شکفتن استعداد او نیز برایش مهیا گردد.^{۲۱}

^{۲۱} - در این ارتباط حضرت آقای حاج سلطانه‌حسین تائبه در نظریه مذهبی به اعلامیه حقوق بشر می‌فرمایند به مباحث مشابهی از تساوی حقوق افراد و عدم تساوی طبیعی افراد در ارتباط با روابط زن و مرد مربوط به ماده شانزدهم اعلامیه جهانی حقوق بشر اشارات ظریفی دارند. حضرت آقای حاج سلطانه‌حسین تائبه، نظر مذهبی به اعلامیه حقوق بشر. انتشارات صالح، ۱۳۴۵، تهران.

علت اصلی این نوع نگرش این است که اصولاً تمام انسانها یکسان نیستند و این عدم تساوی نه از بابت غلبه یا استثمار یکی بر دیگری مطرح می‌شود بلکه در این است که استعداد و قابلیت‌های رشد در هر انسانی و در شرایط متفاوت یکسان نیست. برای مثال حق طفل برخوردار از مراقبت مادر است و داشتن مادر از حقوق اساسی کودک است ولی آیا برای یک جوان رشید و بالغ این حق به همان شدت کودک است؟ مسلماً اینطور نیست. آب دادن کشت گندم متفاوت از آبیاری شالیزار برنج است. آیا تساوی در این است که به کشت‌های گندم و برنج یکسان آب دهیم؟ مرد و زن با خصوصیات خشن و لطیف در ارتباط با یک زندگی زناشویی و خانوادگی قرار دارند. آیا زن نیز باید پا به پای مرد در سختی‌های کار با وی شراکت داشته باشد و یا زن هم متحمل سختی‌های حمل و زایمان و رضاع و مراقبت کودک باشد و هم در سختی کار بیرون همراهی کند؟ مسلماً تخصیص وظایف و تقسیم کار بر مبنای استعداد انسانها بلکه موجودات به طور کلی همگی حقوق متفاوتی را اقتضاء می‌کند. به عبارت دیگر هر عضوی در جامعه از حقی برخوردار است و آن حق باید به او اعطاء شود. مثلاً حق بدن انسانها دریافت غذا است ولی آیا این حق برای نوزاد مشابه بالغین است؟ آیا لذتی که چشم از مناظر زیبا می‌برد همان است که بینی از رؤیت مناظر زیبا می‌بیند؟ و آیا سختی که گوش از صدای ناهنجار متحمل می‌شود مساوی سختی و دردی است که چشم از صدای ناهنجار نصیبش می‌شود؟ مسلماً حق هر عضو یا موجودی درخور استعداد همان عضو یا موجود است. این امر نه تنها در مسائل طبیعی قابل شهود است بلکه اختلافات طبیعی منجر به اختلافات اجتماعی نیز شده و این پدیده را در اجتماع نیز بارز می‌نماید. لذا تساوی حق برای همه بی‌توجهی به نیاز آنها و شرایط بالفعل و استعدادهای بالقوه ایشان می‌باشد که اگر همه این ملاحظات مدنظر قرار گیرد سبب احقاق حق می‌شود و عدل واقعی جاری می‌گردد.

این نگرش در قرآن کریم به صورت گزاره‌های مختلفی مطرح شده و این گزاره‌ها بیش از آنکه اخباری باشند استفهامی هستند و شاید دلیل آن در این نهفته باشد که اولاً مستمعین تحمل قبول تفاضل در بین انسانها را نداشته باشند و دوم طرح موضوع به عنوان سؤال، برانگیزاننده فکر خواهد بود. این تفاضل از تفاضل در خوبی و بدی ناشی می‌شود که می‌فرماید: «خوبی و بدی برابر نیستند»^{۲۲}. در نکته تفسیری این آیه می‌فرمایند^{۲۳}: «اعتقاد به مساوی نبودن حسنه و سیئه از فطریات است. هر کسی بر حسنه و سیئه اطلاع پیدا می‌کند و معنای آن دو را می‌فهمد»، و در یک کبرای کلی می‌فرماید: «بگو: ناپاک و پاک برابر نیستند، هر چند فراوانی ناپاک تو را به اعجاب افکند، پس ای خردمندان از خدای بترسید شاید رستگار شوید»^{۲۴}. و می‌فرماید: «آیا آب دادن به حاجیان و عمارت مسجدالحرام را با کرده کسی که به خدا و روز قیامت ایمان آورده و در راه خدا جهاد کرده برابر می‌دانید؟ نه نزد خدا برابر نیستند»^{۲۵}. و می‌فرماید: «خدا بنده مملوکی را مثال می‌زند که قدرتی بر چیزی ندارد و کسی که رزق نیکویش داده‌ایم و او در نهان و آشکار انفاق می‌کند آیا این دو برابرند؟»^{۲۶}. در نکته تفسیری این آیه می‌فرمایند^{۲۷}: «مراد از روزی نیکو علم حکمت، اعیان و تصرف در ملک و ملکوت

^{۲۲} - سوره فصلت، آیه ۳۴، «و لَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَ بَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ»

^{۲۳} - تفسیر بیان السعاده، ج ۱۲ ترجمه، صفحه ۵۰۴.

^{۲۴} - سوره مائده، آیه ۱۰۰، «قُلْ لَا يَسْتَوِي الْخَبِيثُ وَالطَّيِّبُ وَلَوْ أَعْجَبَكَ كَثْرَةُ الْخَبِيثِ فَاتَّقُوا اللَّهَ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ».

^{۲۵} - سوره توبه، آیه ۱۹، «أَجْعَلْنَاهُمْ سِقَايَةَ الْحَاجِّ وَ عِمَارَةَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ كَمَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ وَ جَاهَدَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَوُونَ عِنْدَ اللَّهِ وَ اللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ».

^{۲۶} - سوره نحل، آیه ۷۵، «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَ مَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَ جَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ

است و انفاق سرّ آن است که به برکت آن و از طریق سرّ و خفا به ملک می‌رسد و انفاق جهر و علنی آن است که بر حسب ظاهر دیگری او را تلقین و تعلیم داده باشند». و می‌فرماید: «آیا آن که ایمان آورده همانند کسی است که فاسق است، نه برابر نیستند»^{۲۸}. و می‌فرماید: «آیا آنکس (اشاره به خود رسول خداست) که در شب به عبادت یا در سجود است یا در قیام و از آخرت بیمناک است و به رحمت پروردگارش امیدوار است با آنکه چنین نیست یکسان است؟ بگو آیا آنهایی که می‌دانند با آنهایی که نمی‌دانند برابرنند؟ تنها خردمندان پند می‌پذیرند»^{۲۹}. و می‌فرماید: «خدا مثلی می‌زند: شخصی را که چند تن در او شریکند و بر سر او اختلاف دارند و شخصی که تنها از آن یکی باشد، آیا این دو با هم برابرنند؟ سپاس خدای را، نه بیشترشان نمی‌دانند»^{۳۰}. و می‌فرماید: «از میان شما آنان که پیش از فتح انفاق کرده و به جنگ رفته با آنان که بعد از فتح انفاق کرده‌اند و به جنگ نرفته‌اند برابر نیستند. درجات آنان فراتر است»^{۳۱}. و می‌فرماید: «مؤمنانی که بی هیچ رنج و آسیبی از جنگ سر می‌تابند با کسانی که به مال و جان خویش در راه خدا جهاد می‌کنند برابر نیستند. خدا کسانی را که به مال و جان خویش جهاد می‌کنند بر آنان که از جنگ سر می‌تابند به درجاتی برتری داده است. و خدا همه را وعده‌های نیکو داده است و جهادکنندگان را بر آنها که از جهاد سر می‌تابند به مزدی بزرگ برتری نهاده است، درجاتی از خدا و آمرزش و رحمتی»^{۳۲}. و می‌فرماید: «آیا نابینا و بصیر یکسانند؟ چرا نمی‌اندیشید؟»^{۳۳}. و می‌فرماید: «نابینا و بصیر برابر نیستند. نیز آنهایی که ایمان آورده‌اند و کارهای شایسته کرده‌اند با زشتکاران یکسان نباشند. چه اندک پند می‌پذیرند»^{۳۴}. و می‌فرماید: «نابینا و بصیر برابر نیستند و نه تاریکی و روشنی و نه سایه و حرارت آفتاب و زندگان و مردگان برابر نیستند»^{۳۵}.

لذا وجود تفاوت در اعطای حق قابل اغماض نیست و انسانها در درجات مختلف قرار دارند بلکه درجه هر موجودی متفاوت از موجود دیگر است و دو موجود در عالم یکسان نیستند گرچه شباهت دارند ولی متمایزند. این تمایز نه به معنی برتری در استحصال حقوق طبیعی بیشتر است بلکه به معنی استعداد، مسؤولیت و کمالات بیشتر است. در قرآن کریم می‌فرماید: «بعضی را به مرتبت بالاتر از دیگری قرار داده‌ایم تا بعضی، بعضی دیگر را به خدمت

بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ».

^{۲۷}- تفسیر بیان السعاده، جلد ۸ ترجمه، صفحه ۱۵۸.

^{۲۸}- سوره سجده، آیه ۱۸، «أَمْ مَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ».

^{۲۹}- سوره زمر، آیه ۹، «أَمْ مَنْ هُوَ قَانِتٌ آتَاءَ اللَّيْلِ سَاجِدًا وَقَائِمًا يَحْذَرُ الْآخِرَةَ وَيَرْجُوا رَحْمَةَ رَبِّهِ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ».

^{۳۰}- سوره زمر، آیه ۲۹، «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ مُتَشَاكِسُونَ وَ رَجُلًا سَلَمًا لِرَجُلٍ هَلْ يَسْتَوِيَانِ مَثَلًا الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ».

^{۳۱}- سوره حدید، آیه ۱۰، «لَا يَسْتَوِي مِنْكُمْ مَنْ أَنْفَقَ مِنْ قَبْلِ الْفَتْحِ وَقَاتِلٌ أُولَئِكَ أَكْبَرُ دَرَجَةً مِنَ الَّذِينَ أَنْفَقُوا مِنْ بَعْدِ وَقَاتَلُوا».

^{۳۲}- سوره نساء، آیات ۹۵-۹۶، «لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرِ أُولِي الضَّرِّ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا دَرَجَاتٍ مِنْهُ وَ مَغْفِرَةً وَ رَحْمَةً وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا».

^{۳۳}- سوره انعام، آیه ۵۰، «قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الْأَعْمَى وَ الْبَصِيرُ أَمْ فَلَا تَتَفَكَّرُونَ».

^{۳۴}- سوره مؤمن، آیه ۵۸، «وَ مَا يَسْتَوِي الْأَعْمَى وَ الْبَصِيرُ وَ الَّذِينَ آمَنُوا وَ عَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَ لَا الْمُسِيءُ قَلِيلًا مَا تَتَذَكَّرُونَ».

^{۳۵}- سوره فاطر، آیات ۲۲-۱۹، «وَ مَا يَسْتَوِي الْأَعْمَى وَ الْبَصِيرُ وَ لَا الظُّلُمَاتُ وَ لَا النُّورُ وَ لَا الظُّلُّ وَ لَا الْحَرُورُ وَ مَا يَسْتَوِي الْأَحْيَاءُ وَ لَا الْأَمْوَاتُ».

گیرند و رحمت پروردگارت از آنچه آنها گرد می آورند بهتر است»^{۳۶}. در آیه دیگری می فرماید^{۳۷}: «بنگر که چگونه بعضی از آنها را بر بعضی دیگر برتری دادیم و در آخرت درجات و برتری‌ها برتر و بالاتر است». و باز می فرماید^{۳۸}: «آنها را نزد خدا در جاتی است گوناگون». باید توجه داشت که این تفصیل و درجات ناشی از حصول مراتب علم و معرفت است که با طی مدارج انسانیت حاصل می شود. و می فرماید: «و آنان که با ایمان نزد او آیند و کارهای شایسته کنند صاحب درجاتی بلند باشند»^{۳۹}. این تفاضل با اعمال شخص شکل می گیرد که می فرماید: «و هر یک را نسبت به کاری که کرده است درجه ای است»^{۴۰}. و «مقصود از درجات اعم از درجات (مراتب برتر) و درکات (مراتب پست تر) است»^{۴۱}. و این تفاضل در کلیه سطوح انسانی حتی پیامبران نیز وجود دارد. می فرماید: «بعضی از پیامبران را بر بعضی دیگر برتری دادیم»^{۴۲}. لازم به ذکر است که این تفاضل نه برای سلطه جویی یا برتری جویی نسبت به دیگران است. می فرماید: «اوست خدائی که شما را خلیفگان زمین کرد و بعضی را بر بعض دیگر به درجاتی برتری داد تا شما را در چیزی که عطایان کرده است بیازماید»^{۴۳}.

توجه به این نکات است که بسیاری از قواعد حقوقی در فقه اسلام برای افراد مختلف متفاوت در نظر گرفته شده است. برای مثال عده زیادی تفاوت زن و مرد را دال بر عدم عدالت در اسلام نسبت به این موضوع دانسته و این موضوع را تبعیض آمیز تلقی نموده اند. البته ورود به این مبحث خود کتابی مجزا نیاز دارد ولی در این ارتباط فقط باید گفت که یکی از علل تخریب بنیان‌های خانواده در جهان امروز بخصوص غرب تلاش برای استقرار حقوق فیزیکی مساوی برای دو فیزیک نامساوی مرد و زن است. در صورتی که این دو هیچوقت تساوی فیزیکی نداشته اند که حقوق آنها براساس این تساوی توزیع گردد. امید است در مقاله ای مجزا به این مبحث در ارتباط با روانشناسی حقوقی مرد و زن و زوجیت پردازیم.

متشابه با مباحث مکتب اصالت عدل در مباحث توزیع درآمد و عدالت اقتصادی اخیراً در مجامع بین‌المللی بالاخص بانک جهانی به این موضوع پرداخته اند که تساوی^{۴۴} باید همراه با برابری^{۴۵} هر دو به عنوان اهداف توسعه کشورهای مدنظر قرار گیرند. در مبحث برابری توزیع عادلانه امکانات و ثروت مدنظر است ولی در مبحث برابری توزیع عادلانه فرصت‌ها دیده می شود^{۴۶}. به عبارت دیگر این نوع نگرش در این جهت بوده است که اجازه دهد استعدادها به میزان قابلیت افراد رشد یابد. در این حالت نیز از لحاظ اقتصادی استفاده بهتر و پربازده تری از منابع به عمل خواهد آمد.

۳۶- سوره زخرف، آیه ۳۲، «و رَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سَخِرِيًّا وَ رَحِمْتُ رِئِكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ».

۳۷- سوره الاسراء، آیه ۲۱، «انظُرْ كَيْفَ فَضَّلْنَا بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَ لِلْآخِرَةِ أَكْبَرُ دَرَجَاتٍ وَ أَكْبَرُ تَفْضِيلًا».

۳۸- سوره آل عمران، آیه ۱۶۳، «هُم دَرَجَاتٌ عِنْدَ اللَّهِ وَ اللَّهُ بَصِيرٌ بِمَا يَعْمَلُونَ».

۳۹- سوره طه، آیه ۷۵، «وَ مَنْ يَأْتِهِ مُؤْمِنًا قَدْ عَمِلَ الصَّالِحَاتِ فَأُولَئِكَ لَهُمُ الدَّرَجَاتُ الْعُلَى».

۴۰- سوره احقاف، آیه ۱۹، «وَ لِكُلِّ دَرَجَاتٍ مِمَّا عَمِلُوا».

۴۱- تفسیر بیان السعاده، جلد ۱۳ ترجمه، صفحه ۲۳۰.

۴۲- سوره بقره، آیه ۲۵۳، «تِلْكَ الرُّسُلُ فَضَّلْنَا بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ».

۴۳- سوره انعام، آیه ۱۶۵، «وَ هُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ وَ رَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيُبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ».

44 - Equity

45 - Equality

46 - François Bourguignon, "New Perspectives on the Study of Inequality, Poverty and Redistribution: Equity and Development", First meeting of the Society for the Study of Economic Inequality (ECINEQ), Palma de Mallorca, July 20-22, 2005. Spain.

انطباق تکلیف با تکوین

یکی از مسائل مهم در تقنین تطابق قوانین با خصوصیات فطری بشر است. هرچه قوانین انطباق بیشتری با خصوصیات فطری و طبیعی انسانها داشته باشد کارایی آنها افزایش خواهد یافت. افزایش کارایی به معنی افزایش تأثیرگذاری مثبت و کاهش تأثیرگذاری منفی اعمال قانون است. قوانین هم دارای تأثیر مثبت بر جامعه و هم دارای تأثیر منفی می‌باشند. اگر قانون حاد و شدید و سخت گیر باشد مسلماً سبب آسیب به مادیات و روحيات افراد جامعه می‌شود و هرچند مادیات و روحيات برخی از افراد جامعه را ارتقاء می‌بخشد. وقتی تنبیهات قانونی شدید باشد، مسلماً سطوحی از انسانهای جامعه که نسبت به قانون بی‌بند و بارتر هستند در این بین آسیب بیشتر از جرم خود می‌بینند و این موضوع به معنی ضایع کردن حق آنهاست. یکی از وظایف تقنین جلوگیری از جرم است ولی قانون وظایف دیگری نیز چون تربیت افراد و ارتقاء و حمایت از همه اقشار و سطوح افراد جامعه را نیز به عهده دارد. قانونگذار همچون پدری باید عمل کند که صلاح متخلف‌ترین فرزندان خود که خاطی‌ترین افراد جامعه تلقی می‌شوند را نیز در نظر بگیرد.

در تناسب احکام با محیط می‌فرمایند^{۴۷}: «بقا و دوام احکام و قوانین هر دیانتی بر حسب اختلاف اوضاع محیط و زمان و مکان و اشخاص، مختلف می‌شود و تا موقعی که مقتضیات موجود باشد آن دین برقرار است و نسخ نمی‌شود و چه نسخ موقعی است که بین حکم و محیط تناسب موجود نباشد و با وجود تناسب نسخ صحیح نیست. و چون قوانین دیانت اسلام بالتمام موافق با طبیعت و فطرت و عقل است و هیچیک از آنها مخالف وجهه فطری انسانی نیست و آنچه که بالتمام موافق فطرت است (مانند اصول و اخلاق) تغییر ناپذیر است، لذا غیر قابل نسخ و انقراض می‌باشد. چه همانطور که گفتیم انقراض موقعی است که بین احکام و مقتضیات زمان و اهل آن تناسبی نباشد، ولی دیانت اسلام با مقتضیات زمان و مکان مخالفت ندارد و حکم عقل را که غیر قابل تغییر است تأیید می‌کند و برای اصناف مختلفه مانند مسافر و حاضر و صحیح و مریض و غیر آنها بر حسب مقتضیات احوال آنها دستورات داده است. و حتی مدح و ذم که در قرآن است نسبت به اشخاص نشده بلکه نسبت به حالات است، چه اشخاص فانیند و ذکر آنها خصوصیت را می‌رساند، ولی حالات تعمیم دارد و هر که را دارای آن احوال باشد شامل می‌شود و این قبیل احکام و امور قابل نسخ نیستند. منتها دولت صوری اسلام قابل ضعف و فتور می‌باشد و آن نیز راجع به خود اسلام نیست بلکه راجع به مسلمین است.»

لذا با توجه به مطالب فوق کشیدن مرز قانون که تخلف و غیرتخلف را متمایز کند بسیار مهم می‌باشد. در بسیاری از کشورها مشاهده شده که قوانین وارد حیطه اخلاقیات شده و خیلی مسائل اخلاقی را جرم دانسته و در خیلی کشورها مشاهده شده که قوانین اخلاقیات را رها کرده و تحقق جرم را برای اعمالی تعریف نموده که ملاحظات اخلاقی در آنها اغماض شده است. در هر دو این حالات افراط و تفریط در تعریف جرم از حد اعتدال قانونگذاری عدول کرده است. علت این موضوع مشابه عدم توجه به لزوم تطابق تکلیف با فطریات بشری بوده است. برای مثال وضع قوانین سخت‌گیرانه در مورد روابط مرد و زن عملاً قانون‌گریزی را نضج می‌دهد چون این قانون در تقابل شدید با فطرت تمایل جنسی انسانها قرار می‌گیرد. وضع قوانین آزادسازی روابط مرد و زن نیز سبب پاشیدن خانواده که بنیان جامعه است می‌گردد. کشیدن خط مرز جرم در رابطه بین زن و مرد نیازمند علم و هنر خاصی است که در بشر معمولی که خود در افراط یا تفریط غریزه شهوت قرار دارد در اعتدال وجود ندارد. با بررسی قوانین تشریحی ادیان در این زمینه می‌بینیم ادیانی مثل

^{۴۷} - حضرت آقای حاج سلطانحسین تابنده، تجلی حقیقت در اسرار فاجعه کربلا، انتشارات حقیقت، چاپ چهارم، ۱۳۷۲، صفحات ۷-۶.

اسلام با نهایت سخت‌گیری شدید در این موضوع نهایتاً تحقق جرم را غیرقابل اثبات نموده‌اند و شرایطی را در اثبات جرم لازم دانسته‌اند که اثبات جرم را تعلیق به محال می‌گرداند. یعنی موضوع را از لحاظ روانی در نزد افراد مهم و با عقاب شدید نشان می‌دهد ولی اگر کسی مرتکب شد مجازاتش نمی‌کند. زیرا قانونگذار می‌داند که در روابط جنسی غلبه میل سبب انقضای اختیار می‌گردد. این مبحث از موضوعات خاص حقوقی نیست و تقریباً در تمامی شئون قانونگذاری در اسلام قابل مشاهده است.^{۴۸}

همینطور در مورد طلاق و چگونگی تقابل حقوق زن و شوهر در خانواده این موضوع را به راحتی می‌توان دریافت. در برخی از کشورها حقوق زنان به کلی پایمال شده و حتی زن اجازه داشتن شناسنامه رسمی هم ندارد و هویت اجتماعی وی به کلی تعریف نشده می‌باشد و در عرض در برخی کشورها آنقدر به زن حقوق برتر از مرد اعطا شده که ادامه زندگی زناشویی برای هر دوی آنان را مشکل کرده است. در برخی قوانین قدیم کشورهای نظیر ایتالیا که طلاق براساس رویه عیسی منع اعلام شده بود شوهر و زن ناموافق در مشقت و سختی بسر می‌بردند و برخلاف رضای خود تن به تحمل ادامه زندگی مشترک داده بودند و یا در متارکه غیرقانونی جدا بسر می‌بردند. در برخی از کشورها طلاق آنقدر سهل گرفته شده که با یک ناراحتی کوچک با درخواست زن مرد حق ارتباط با زن خویش را ندارد و حتی اجازه فرستادن هدیه به درب منزل همسر خویش را نیز ندارد و یا حق ندارد تلفنی از وی دلجوئی کند مگر اینکه زن خودش تماس بگیرد و مرد را دعوت به مکالمه یا ملاقات نماید. نمونه اخیر در کشور کانادا عملاً سبب شده که مرد و زن در زندگی زناشویی به اندک ناملایمی موجب و دچار تلاطم خانواده شوند.

در نظام‌های حقوقی امروز دنیا برای توجیه و تعریف طلاق سه نظام وجود دارد. از نظر بعضی از کشورها طلاق عبارت است از قطع رابطه زناشویی به تقاضای یکی از زوجین و هم اینکه هدف ازدواج غیرقابل وصول تلقی شد، (نصّ قانون مدنی سوئیس و به‌طور ضمنی حقوق آلمان). در گروهی دیگر همانند روسیه و فرانسه طلاق به منزله مجازات خطای یکی از زوجین نسبت به دیگری و قصور در انجام وظیفه است. سوم در نظام‌های حقوقی همانند ایران که طلاق عبارت از «ازاله قید نکاح» با رعایت ابعض الاشياء عندي الطلاق^{۴۹} است که اخلاق و حقوق را به تساوی دخالت می‌دهد و از لحاظ حقوقی مخلوطی از دو نظام سابق‌الذکر است.^{۵۰}

قانون طلاق در اسلام با درج نکات سختی عملاً سبب شده که تا حد امکان از این اقدام جلوگیری کند و خانواده‌ها را برقرار داشته باشد. ولی در صورتی که زوجین به هیچ وجه نتوانستند یکدیگر را تحمل نمایند اجازه طلاق را هم صادر فرموده. در اسلام اختیار طلاق به مرد داده شده چون مرد کمتر از زن دچار احساسات منجر به طلاق می‌شود. طبیعت زنان به گونه‌ای است که احساسات آنها لطیف‌تر و نتیجتاً سریع‌الاقدام‌تر از مردان در امر طلاق می‌باشند و سرعت اقدام آنها در این امر از مردان بیشتر است. دیگر اینکه در شریعت مطهر اسلام عده قرار داده شده و چنانچه زوجین تصمیم به متارکه گرفتند باید هر دو در مدت عده از نزدیکی خودداری نمایند^{۵۱}. از سوی دیگر زنا را سخت ممنوع نموده تا میل

^{۴۸} - نگاه کنید به: حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، مجموعه مقالات فقهی و اجتماعی، انتشارات حقیقت، چاپ اول، ۱۳۷۸، صفحه ۴۰.

^{۴۹} - الکافی ج: ۶ صص: ۵۴-۵۵. کتاب الطلاق، باب كراهية طلاق الزوجة الموافقة.

^{۵۰} - استفاده شده از مقاله مباحثی در مورد حقوق خانواده، حضرت آقای دکتر نورعلی تابنده، مجموعه مقالات فقهی - اجتماعی، صص ۲۷-۴۰.

^{۵۱} - سوره بقره، آیات ۲۲۸-۲۲۷. "واگر عزم طلاق کردند خداوند شنوا و داناست. باید که زنان مطلقه تا سه بار پاک شدن از شوهر کردن بازایستند. «وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ

خود را در این مدت اطفاء نمایند. از سوی دیگر مرد را مکلف کرده که حتی اگر زن مرتکب فحشا شده بود او را تا هنگام فوت در منزل خودش نگهدارد و بیرون نکند.^{۵۲} لذا به هر حال احتمال نزدیک شدن زوجین به یکدیگر و برقراری مجدد رابطه زناشویی و زندگی مشترک در این مدت بسیار زیاد است و همه این تمهیدات تقنینی منطبق با فطرت بشر است که خواسته حقوق افراد را در همه زمینه‌ها با طبیعت، امیال و روحیات آنها در جهت نفع مصالح ایشان و جامعه اعطاء نماید. اضافه بر این آنقدر شرایط سهل برای رجوع مقرر کرده که انگار اصلاً طلاق در بین نبوده است.

نمونه دیگر این موضوع در برخورد با قوه غضبیه در انسان می‌باشد. در این ارتباط تقنینی قصاص قابل ذکر است. حقوق بسیاری از کشورها و حتی کنوانسیون‌های بین‌المللی قصاص قتل را منتفی دانسته‌اند. و این موضوع عملاً سبب جلوگیری از قتل نشده بلکه خیال جانی را در ارتکاب قتل تا حدی راحت نیز کرده است. برخورد اسلام با جزاء قتل بسیار حکیمانه‌تر از شیوه‌ای است که برخی از کشورها بالاخص غربی در نفی قصاص قاتل به قتل اتخاذ کرده‌اند. قرآن کریم می‌فرماید: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، درباره کشتگان بر شما قصاص مقرر شد، آزاد در برابر آزاد و بنده در برابر بنده و زن در برابر زن پس هر کس که از جانب برادر خود عفو گردد باید که با خشنودی از پی ادای خونبها رود و آن را به وجهی نیکو بدو پردازد. این حکم تخفیف و رحمتی است از جانب پروردگارتان و هر که از آن سر باز زند بهره او عذابی دردآور است. ای خردمندان شما را در قصاص کردن زندگی است باشد که پرهیزید.»^{۵۳} در این آیه قرآن کریم از قاتل با عنوان برادر ستمدیده نام می‌برد تا قلب ستمدیدگان را نرم سازد که از قصاص صرف نظر کرده و به دیه راضی شوند. و همچنین می‌فرماید: «و بر آنان مقرر داشتیم که نفس در برابر نفس و چشم در برابر چشم و بینی در برابر بینی و گوش در برابر گوش و دندان در برابر دندان و هر زخمی را قصاصی است پس هر کس در گذرد کفاره‌ای برایش است هر که به آنچه خدا نازل کرده است حکم نکند از ستمکاران است.»^{۵۴}

حیطه تقنین

این موضوع یکی از مباحث اصلی دخالت حکومت در زندگی اتباع خویش می‌باشد. به عبارت دیگر تشکیلات حکومت تا چه حد مجاز است دخالت خود در امور افراد را گسترش دهد. برای مثال آیا حکومت‌ها مجازند رنگ لباس مردم را نیز مشخص کنند آیا حق دارند در نوع خوراکی‌های مصرفی و یا منوی غذای اتباع خود دخالت کنند؟ لزومی ندارد این دخالت‌ها مستقیم باشد بلکه به صورت غیرمستقیم نیز قابل طرح و بررسی است. برای مثال اگر دولتی بر چغندر

يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ وَ بَعُولَتْهُنَّ أَحَقُّ بِرُدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ.»

^{۵۲} -سوره نساء، آیه ۱۵، و از زنان شما آنان که مرتکب فحشا می‌شوند، از چهارتن از خودتان برضد آنها شهادت بخواهید اگر شهادت دادند زنان را در خانه محبوس دارید تا مرگشان فرا رسد یا خدا راهی پیش پایشان نهد. «وَ اللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا.»

^{۵۳} -سوره بقره، آیات ۱۷۹ - ۱۷۸، یا ایها الدین آمنوا کتب علیکم القصاص فی القتل الخ بالخر و العبد بالعبد و الأنتی بالأنسی فمن غفی له من أخیه شیء فاتباع بالمعروف و أداء إلیه یاخسان ذلك تخفیف من ربکم و رحمة فمن اعتدی بعد ذلك فله عذاب ألیم. و لکم فی القصاص حیاة یا اولی الألباب لعلکم تتقون.

^{۵۴} -سوره مائده، آیه ۴۵، وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَ الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَ الْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَ الْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَ السِّنَّ بِالسِّنِّ وَ الْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ.

قند مالیات ببندد به معنی این است که به تولیدکنندگان نیشکر سوبسید داده و این موضوع دلالت بر این دارد که بر تولیدکنندگان چای مالیات بسته و یا به عبارتی به واردکنندگان قهوه یارانه‌ای پنهان داده و اگر دنبال این رشته را بگیریم باید سؤال کنیم آیا دولت مجاز بوده است تا با الگوی مصرف چای مردم از این طریق مخالفت کند و آن را با ابزار قیمت‌های نسبی و تغییر الگوی مصرف محدود نماید؟ هرچند که قانونی برای منع نوشیدن چای وضع نگردیده است. این مباحث همه موضوعات ظریف و قابل بررسی است که عدم توجه به آنان غالباً تحولات حکومتی را در سطوح مختلف فراهم آورده است. در نظام‌های حقوقی کنستیتوسیونالیست^{۵۵} یعنی نظام‌های حقوقی که قانون اساسی اساس حیطه تقنین کلیات روابط قوا و افراد جامعه را مشخص می‌کند مرزهای اصلی و راهنما برای تقنین تعریف می‌شوند. ولی همواره دیده می‌شود که این مرزها به راحتی توسط قوه مقننه یا مصوبات قوه مجریه و یا رویه قضائی قضات و یا قوه قضائیه خواسته یا ناخواسته مورد تعدی مقنن قرار می‌گیرد یعنی هرکدام از مراجع فوق با تفسیری حتی خلاف روح قانون اساسی قانون مورد نظر خود را به تصویب می‌رسانند.

در نظام‌های مونوکراسی^{۵۶}، موناشری^{۵۷}، اتوریتارین^{۵۸}، دیکتاتوری^{۵۹} یا استبدادی، آریستوکراسی^{۶۰}، و توتالیتترین^{۶۱} حاکم، پادشاه، هیئت حاکمه، اشراف یا هر فرد یا گروهی که اقتدار حکومت را به خود اختصاص می‌دهد عملاً مرز اصلی قانونگذاری را تعیین می‌کنند. میزان اهمیت تابوها برای مردم و اعتقاد آنها به عقاید مختلف، عرف، دین، اشیاء مظاهر، خرافه‌ها، رهبران مذهبی و... نیز دیواره‌های کوچک و بزرگ مرز دخالت دولت در امور اتباع خود را مشخص می‌نماید. برای مثال در سرزمین هند گاو محترم است لذا حیطه تقنین این ملاحظه را مدنظر قرار می‌دهد اگر این احترام افکار عمومی نسبت به گاو کم شد مسلماً نحوه برخورد حکومتی با گاو نیز تغییر خواهد یافت. به عبارت دیگر مرزهایی وجود دارد که به نحوی از دخالت بی‌حد و حصر حکومت در امور افراد جلوگیری می‌نماید. این مرزها چه قوانینی چون قانون اساسی باشند و چه سایر تابوها همواره محدودیت دخالت اقتدار در حیطه انسانها تلقی می‌گردند. زیرا ورود به آنها موجب برانگیختن مقاومت‌ها و مقابله‌ها خواهد شد.

این مرزبندی‌ها معمولاً در اثر روند تغییر پندارهای اتباع یک سرزمین تغییر می‌یابد و اصولاً نگاه به این تحول یک نگرش تکاملی است که خواسته‌های انسان‌ها در طی تاریخ به تغییر قوانین منجر شده است. برای مثال پوشیدن لباس مردانه توسط زن در اروپا آنقدر زشت و قبیح و نامشروع بود که ژاندارک^{۶۲} را در انگلستان براساس قوانین کلیسیا به جرم پوشیدن لباس پسرانه در آتش سوزاندند ولی در حال حاضر در همان کشور آنقدر اختلاط در این امر وجود دارد که گاهی مرد بودن یا زن بودن افراد با مشاهده البسه آنان قابل تشخیص نیست. از طرف دیگر باید توجه نمود که علت تبعیت از قانون مجموعه متنوعی از موارد است که هرکس با توجه به یک یا چند تا از این عوامل حرمت قانون را حفظ می‌کند.

به نظر برخی، به‌طور کلی به دو علت مردم خود را ملزم به اطاعت از قانون می‌دانند و این دو علت منشاء قانون و

⁵⁵ - Constitutionalist

⁵⁶ - Monocracy

⁵⁷ - Monarchy

⁵⁸ - Authoritarian

⁵⁹ - Dictatorship

⁶⁰ - Aristocracy

⁶¹ - Totalitarian

⁶² - Joan of Arc (1412-1431)

عقلایی بودن آن است. در مورد اینکه منشأ قانون علت احترام به قانون است نظرات بسیار متضاد است. افلاطون^{۶۳} و هابز^{۶۴} و هگل^{۶۵} منشأ دولت را به عنوان منشأ افضل قانونگذاری نسبت به سایرین دانسته‌اند و برعکس آن پروتاگوراس^{۶۶} و نیچه^{۶۷} هیچگونه حقانیت ذاتی برای حکومت بعنوان منشأ قانونگذاری قائل نشده‌اند. هارولد لاسکی^{۶۸} می‌گوید اتباع دولت فقط در صورتی مکلف به اطاعت از قانون هستند که آن را موافق عدالت بدانند. ارسطو^{۶۹} علت تبعیت از قانون را عادت می‌داند.

به هر حال در مجموع عواملی نظیر احترام، عادت، قدرت دولت، حس وظیفه، ترس از کیفر قانونی، علاقه به حُسن نظر دیگران، حفظ آبرو و میل به پرهیز از بدنامی ناشی از قانون‌شکنی، ذی‌علاقه و ذینفع بودن از اجرای قانون خاص، آسایش خاطر و موارد و عوامل مشابه دیگر می‌تواند همگی بعنوان علل تبعیت از قانون شناخته شوند. از طرف دیگر اشخاصی که خود را تحت حکومت بیگانه حس می‌کنند یا گروههایی که به هر علت مورد تبعیض قرار گرفته‌اند یا استثمار شده‌اند به فرار از قانون رغبت دارند. به هر حال به طور کلی همه نیازمندیها و توقعاتی که برآوردن آنها به جامعه بستگی دارد انسان‌ها را به اطاعت از قوانین وامی‌دارد. از طرف دیگر وقتی فرد تشخیص دهد که عدم اطاعت از قانون سبب منفعت بیشتری برای او می‌شود از اجرای قانون طفره می‌رود. این موضوع اصل مهمی برای برآورد میزان کیفر لازم برای هر جرم است یعنی مجازات یک جرم آنقدر در نظر گرفته شود که امید ریاضی وقوع جرم منفی باشد. یعنی احتمال موفقیت ضرب در منفعت ناشی از جرم کمی کمتر از قدر مطلق حاصل ضرب احتمال عدم موفقیت در زیان کیفر ناشی از جرم باشد. عبارت اخیر تصریح می‌کند که منفعت احتمالی کمتر از کیفر احتمالی باشد و آن به دلیل این است که بیش از بار تنبیهی لازم برای از بین بردن انگیزه جرم فشار بر انسانها وارد نشود و هزینه اجرای حدود و کیفر و مجازات نیز پائین تر نگهداشته شود.

توجه به این موضوع بسیار مهم است که قانونگذاری و قانونپذیری دو پدیدهٔ مقابل یکدیگر قرار دارند. هرچه قانونگذاری زیادتر باشد قوانین دست و پای زندگی افراد را می‌بندد و قانونپذیری را دچار اشکال می‌نماید. این پدیده در بسیاری از کشورهای در حال توسعه نیز مشاهده می‌شود که به دلیل عدم توجه به مسائل قانونگذاری همواره انبوهی از قوانین مشاهده می‌شود که برخی آن را به جنگل قوانین تعبیر می‌نمایند که به سختی اتباع یک کشور می‌توانند راه حل عملی و بی‌دردسر خود را از لابلای قوانین متعدد دریابند. لذا باید به این موضوع توجه کرد که قانونگذاری را هرچه بیشتر نمایم قانونپذیری را کم کرده‌ایم و از سوی دیگر آزادی افراد را محدود نموده‌ایم. لذا مرز حیطة تقنین از مسائل بسیار مهم قانونگذاری در نظام‌های حقوقی می‌باشد.

در باب قانونگذاری نظریات متنوع وجود دارد که حتی برخی از آنها به اصل و ریشه قانونگذار و دولت رجوع می‌کنند که اصلاً آیا حکومت واجب شرعی است یا صرفاً واجب عقلی است. و براین اساس آیا تبعیت از حکومت الزام شرعی است و یا موضوعی تخییری. قانونگذاری در حیطة واجبات و محرمات و مستحبات و مکروهات و مباحات هر کدام ظرافتهای خاصی را می‌طلبد که وضع قانون در مورد فعل یا ترک عمل که منجر به جرم می‌شود را از چارچوب

⁶³ - Plato (428/427 BC – 348/347 BC)

⁶⁴ - Thomas Hobbes (1588–1679)

⁶⁵ - Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831)

⁶⁶ - Protagoras (490 BC – 420 BC)

⁶⁷ - Friedrich Nietzsche (1844–1900)

⁶⁸ - Harold Joseph Laski (1893–1950)

⁶⁹ - Aristotle (384 BC – 322 BC)

آنچه خداوند برای بشر در شریعت وضع فرموده بیرون نکشد. از دیرباز به این مسئله پرداخته شده که مباح موردی است که فعل و ترک عمل از دیدگاه شارع علی‌السویه باشد و حاکم اسلامی می‌تواند به قانونگذاری در حیطه امور مباح پردازد و برخی قلمرو مباحات را تنظیم زندگی شخصی دانسته‌اند و آن را نه بدعت و نه تشریح دانسته‌اند.^{۷۰} مسئله ظریف در اینجا در این است که آیا با وضع قانون میتوان مباحات را محدود یا ممنوع نمود؟ اگر چنین باشد حیطه قانونگذاری تشریح شارع را تحدید کرده است و اگر اینگونه نباشد خیار وضع قانون منع شده است. لذا از این موضوع به مبحث اصول مبرهن در قوانین مستتجه از شرع باید پرداخت و فلسفه اصلی وضع و تشریح شریعت را باید دریافت و سپس در راستای تکمیل آن، شاخ و برگ لازم را ابداع نمود. پس در ابتدا باید به حکمت تشریح پرداخت تا مبانی فلسفه حقوق تعریف و تدوین گردد.

بررسی این پدیده این سؤال را پیش می‌آورد که به راستی تقنین باید در کجا باشد؟ آیا دولت‌ها می‌توانند در همه مسائل، قانونگذاری نمایند؟ و چگونه باید خطی با ثبات کشید که مرز حیطه تقنین را ترسیم نماید که ضمن اینکه تکامل قواعد حقوقی را بپذیرد ثبات احکام عقلی را در آن ایجاد نماید؟ در این ارتباط حقوق اسلامی مرزبندی مشخصی دارد که نه تنها ثبات قانونگذاری را مهیا می‌نماید بلکه حیطه دخالت دولت در امور اتباع را نیز مشخص و محدود می‌نماید. مسئله اصلی در قانونگذاری اسلامی رتبه‌بندی احکام است به‌طور کلی وجوب یا حرمت رعایت قوانین همانند یکدیگر نیست و شدت اهمیت و میزان برخورد با هر کدام از آنها متفاوت است. در این ارتباط احکام خمسسه قابل توجه می‌باشند. افعال از لحاظ این طبقه‌بندی واجب یا مستحب یا مباح یا مکروه یا حرام می‌باشند و اگر آنها را به ترتیبی که ذکر شد در دنباله هم بگذاریم می‌بینیم که دامنه کاملی از وجوب عمل تا حرمت آن را پوشش می‌دهد یعنی شدت برخورد قانون با افعال مختلف در بطن احکام آن مندرج است. در این ارتباط گرچه مستحب به واجب نزدیک است یا از سوی دیگر به مباح نزدیک می‌شود و مستحبات انواع مؤکد و غیر مؤکد دارند ولی همه از لحاظ سلسله مراتب ترجیحی هر چند با منطق فازی تعریف و مفاهیم آنان جا افتاده است. همینطور این ترتیبات ترجیحی را در مکروهات و محرمات می‌توان مشاهده کرد. به هر حال قواعد فقهی در اسلام بالخصوص فقه امامیه که منابع فقهی آنان به گونه‌ای است که میزان تقنین یعنی اولی الامر و کتاب را بر سنت و اجماع ارجح می‌دانند احکام خمسسه جایگاه حقوقی خاصی را پیدا می‌کند که حیطه تقنین را مشخص می‌نماید در این ارتباط اصول زیر قابل توجه‌اند:

۱- تقنین به شورا واگذار شده است. در قرآن کریم در سوره شوری می‌فرماید: «امرشان بر شور بین آنهاست».^{۷۱} دستور کلی عقلی نیز بر این است و حدود عرفی نیز مبین آن است. کلیه قوانین و مقررات لازم برای اجتماع در این مقوله قابل بررسی است و طیف آنها بسیار وسیع است و معیارهایی که منطبق با معیار عقل است می‌تواند در اتخاذ تصمیم درباره مشروعیت این قوانین رهنمون باشد. زیرا در اصل حکمت تشریح بسیاری از قوانین و رها نمودن و مباح گذاشتن بسیاری دیگر از موضوعات به دلیل همین موضوع بوده که حرمت یا وجوب احکام جزئی در ازمنه و امکانه مختلف متفاوت است. لذا در همه موضوعات تشریح نفرمود و اتخاذ تصمیم درباره آنها را به عقل سلیم منوط فرمود که با رعایت حال مردم و شرایط مختلف بهترین مصلحت مد نظر خدا مرعی شود.

^{۷۰} - نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، صفحه ۷۴.

^{۷۱} - سوره شوری، آیه ۳۸، وَ أَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ.

۲- حلال قابل تبدیل به حرام نیست و بالعکس. در حقیقت این اصل بطور کلی و فارغ از استثنائات احتمالی که بر هر قاعده کلی سرایت دارد ابراز می‌دارد که آنچه را که محمد ص حلال اعلام نموده همواره حلال است و آنچه را که او حرام کرده همواره حرام است.^{۷۲} این حلیت و حرمت براساس قرآن قابل اثبات و استناد است و نه سنت و اجماع. لذا قانونگذار اسلامی نباید علی‌الاصول چیزی را که رسول گرامی ص حلال دانسته است را با وضع قوانین جدید حرام اعلام کند و عکس آن نیز همینطور است.

۳- حدود و تعزیرات تنها شامل موارد اجتماعی حرمت می‌گردد. براساس این اصل فقط می‌توان کیفر را در مورد اعمال و افعالی تعریف نمود که حرمت اجتماعی آنها در شرع به صراحت آمده است و نمی‌توان برای سایر موارد و افعال فردی که آثار اجتماعی ندارند با وضع و تفسیر موسّع از قانون شرع حد و تعزیر وضع و یا جاری کرد. در امور اجتماعی مستحب مباح و مکروه نیز با شرایط معمول نمی‌توان مستند فقهی برای وضع قوانین تعزیری تعریف نمود که به نوعی حد یا تعزیر در آن باشد.

۴- قانونگذاری در حیطة واجبات اجتماعی ضروری است. وجوب بسیاری از احکام خود منشاء حق برای دیگران است و تنظیم این حقوق برای افراد اجتماع حیطة‌ای از تقنین مشروع و مجاز را تعریف می‌نماید. یعنی براساس این اصل دولت اسلامی ملزم به وضع قانون در اموری است که فعل یا ترک آن در ارتباط با حقوق دیگران - و نه خود فرد - شرعاً واجب شناخته شده است.

۵- قانونگذاری در امور مباح، مستحب و مکروه براساس قرارداد اجتماعی قابل حصول است. براساس این اصل انجام بسیاری از ترتیبات که حرمت یا وجوبی برای آنان تصریح نشده است را می‌توان براساس شیوه‌هایی از قراردادهای ضمنی در بین ملت یا صریح از طریق عقود با تلقی قرارداد اجتماعی به تقنین کشاند ولی این امور الزاماً نباید سبب ایجاد کیفرهای شدید برای افراد خاطی گردد. مثلاً ثبت نام در مدارس را می‌توان براساس یک قرارداد اجتماعی یک الزام تلقی کرد ولی اجازه برای به کیفر رسانیدن دانش‌آموز یا والدین وی که اقدام به ثبت نام دانش‌آموز در مدارس ننموده‌اند جای سؤال دارد. چون تحصیل سواد در زمره واجبات شرعی - اجتماعی قرار نمی‌گیرد هرچند از اوجب واجبات عرفی - مدنی است.

این مباحث به گونه‌های متنوعی در حقوق جزا و به‌طور کلی فلسفه جزا در حقوق مدنظر قرار گرفته است. به‌طور کلی در مکتب کلاسیک حقوق جزا که ترکیبی از عقیده سودمندی مجازات و عقیده عدالت مطلقه است اساس بر این است که: نه بیش از آنچه که مفید است و نه بیش از آن چه که مقتضی عدالت است مجازات برای جرم تعریف نشود. بنابراین براساس این عقیده مقنن نباید اعمالی را که مخل نظم عمومی نیست جرم بشناسد اگرچه برخلاف اخلاق باشد. از سوی دیگر در این مکتب مجازات با شخصیت مجرم تناسب پیدا می‌کند.

این مباحث را حتی می‌توان به انطباق قانون با سنت‌ها و عرف اجتماع نیز تعمیم داد. بر این اساس قوانین نباید تاریخ جوامع را از گذشته خود منقطع نمایند. زیرا در این حالت فرهنگ و تجربه اندوخته اجتماع دستخوش انقطاع و گسستگی می‌گردد. نمونه‌هایی از این نوع قانونگذاری را می‌توان در هنگام تسلط گروه‌های ایدئولوژیست افراطی بر حکومت‌ها و یا حکومت‌های مستبد مشاهده نمود. معمولاً قانونگذاری در این نوع حکومت‌ها به سمت قطع فرهنگ مردم از گذشته و

^{۷۲} - الکافی، ۱، ۵۸، باب البدع و الرأی و المقایس ... ۱۹.

تاریخ خود می‌باشد که مسلماً زبان فرهنگی فراوانی به جامعه می‌رساند.^{۷۳}

نهادهای نظارتی - مشورتی

روند تقنین در طی زمان سبب انبوه شدن قوانین و تخصصی شدن درک آن می‌گردد، لذا فعالیت تخصصی افراد و گروهها و نهادهای ویژه در این ارتباط اجتناب ناپذیر می‌شود. در فعالیتهای حقوقی بخش‌های خصوصی و عمومی، نیاز به وکیل پدیده‌ای لازم شده و مشورت‌های حقوقی تا وکالت تام‌الاختیار از درجات استفاده از خدمات وکلا بوده که با توجه به پیچیده‌تر شدن فعالیت‌های مختلف انسانی در زمینه‌های مختلف اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، فنی و نظامی و تراکم قوانین مرتبط با آنها امری ضروری می‌باشد. وکلا به تنهایی و یا به صورت متشکل در کانونهای وکلا تشکیل مراجعی را می‌دهند که هم در احیاء حقوق و هم در ارائه نظرات نظارتی- مشورتی می‌توانند در سطوح جزء و یا کلان نقش مهمی ایفا نمایند.

مسئله‌ای که در وکالت مطرح است و این موضوع همواره در تاریخ حقوق و وکالت پراهمیت بوده و جهان امروز کمتر به عواقب و زیان‌های آن توجه داشته مسئله وکالت باطل بر علیه حق است. این مسئله از این لحاظ پراهمیت است که بعضی از وکلاء علیرغم علم به اینکه موکل خود مُحق نیست اقدام به تلاش در احقاق حق به نفع موکل خود می‌نمایند. این امر از لحاظ عقل شرعی قابل قبول نیست.

قرآن کریم این نوع وکالت را نفی می‌فرماید. قرآن کریم دستور معاونت و یاری در نیکی و تقوا می‌فرماید و از یاری در گناه و تجاوز منع می‌نماید. می‌فرماید: «در نیکوکاری و پرهیزگاری همکاری کنید و در گناه و تجاوز همکاری نکنید و از خدا بترسید که او عقوبت سخت کننده است».^{۷۴} وکالت باطل یعنی تلاش برای تفوق باطل بر حق، معاونت در جرم است و لذا برای اینکه روند جریان محاکم رو به صلاح و فلاح باشد باید معاون در جرم در عقوبت مجرم سهیم و شریک گردد. یعنی وکیل باید فقط در صدد احقاق حق محق باشد نه احقاق حق موکل خود. البته موارد استثناء بر این موضوع نیز وجود دارد که بسیاری از اختلافات، ناشی از تفسیر متفاوت قانون توسط طرفین دعوی و وکلای آنها می‌باشد. قرآن کریم در آیه دیگری می‌فرماید: «هر کس در کار نیکی میانجی شود او را از آن نصیبی است و هر کس در کار بدی میانجی شود او را از آن بهره‌ای است و خدا نگهدارنده بر هر چیزی است».^{۷۵} وکالت که نوعی شفاعت و میانجیگری است نیز مشمول این آیه قرار می‌گیرد و بر این اساس باید چنانچه در احقاق حق کوشید، از موکل خود حق‌الزحمه دریافت دارد ولی اگر در محق کردن باطل کوشید باید به جرم معاونت در جرم، بخشی از مجازات را به عهده گیرد. مسلم است اعمال این روش، وکالت را به سمت قضاوت عادلانه و یاری صادقانه وکیل خواهد کشانید و فساد این شغل را تقلیل خواهد داد.^{۷۶}

^{۷۳}- ایران فرهنگی - ایران سیاسی، حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، مجموعه مقالات فقهی-اجتماعی، انتشارات حقیقت، صفحات ۷۱-۷۱

^{۶۵} حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، مجموعه مقالات اجتماعی - حفظ یادگارهای باستانی، صفحات ۱۵۵-۱۴۹.

^{۷۴}- سوره مائده آیه ۲. «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ».

^{۷۵}- سوره نساء آیه ۸۵. «مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَ مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا وَ كَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ مُّقِيبًا».

^{۷۶}- در این باب نامه زیر حاوی نکات مقابل توجهی می‌باشد. حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، مجموعه مقالات حقوقی و اجتماعی،

نامه به ریاست محترم قوه قضائیه در مورد وکلا و وکالت دادگستری، صص ۲۱۲-۲۰۹، انتشارات حقیقت، ۱۳۷۸.

بیش از این بنای قوه قضائیه باید بر قضاء و اقامه عدل استوار گردد و بار این قوه که بر مقام قاضی نهاده شده اگر با صحت عمل قاضی و علم کافی وی همراه و حمایت لازم از جایگاه او به عمل آید شروط لازم برای تحقق امنیت قضایی و اقامه عدل در جامعه پدیدار می‌گردد.^{۷۷} در این راستا از دید کلان، وکلا در قالب کانون‌های وکلا می‌توانند به عنوان نهادی ناظر بر حکومت قانون نقش بسیار مهمی را در تحقق عدالت قاضی ایفا نمایند.^{۷۸}

منابع

- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، مجموعه مقالات فقهی و اجتماعی، امنیت قضایی - اقامه عدل، صفحات ۴۸-۵۲، انتشارات حقیقت ۱۳۷۸. در روزنامه اطلاعات، ۱۸ خرداد ۱۳۵۹ درج گردید. <http://www.sufism.ir/>
- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، مجموعه مقالات فقهی و اجتماعی، انتشارات حقیقت، چاپ اول، ۱۳۷۸. <http://www.sufism.ir/>
- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، ایران فرهنگی - ایران سیاسی، مجموعه مقالات فقهی - اجتماعی، انتشارات حقیقت، صفحات ۶۵-۷۱. <http://www.sufism.ir/>
- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، حفظ یادگارهای باستانی، مجموعه مقالات اجتماعی، صفحات ۱۵۵-۱۴۹. ۱۳۷۸، انتشارات حقیقت. تهران. <http://www.sufism.ir/>
- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، کانون وکلا: نهادی ناظر بر حکومت قانون، مجموعه مقالات حقوقی و اجتماعی، صفحات ۲۳۲-۲۲۹، انتشارات حقیقت، ۱۳۷۸. <http://www.sufism.ir/>
- حضرت حاج سلطانحسین تابنده گنابادی، رضاعلیشاه ثانی، تجلی حقیقت در اسرار فاجعه کربلا، انتشارات حقیقت، چاپ چهارم ۱۳۷۲. <http://www.sufism.ir/>
- حضرت حاج سلطانحسین تابنده، نظر مذهبی به اعلامیه حقوق بشر. انتشارات صالح، ۱۳۴۵، تهران. <http://www.sufism.ir/>
- حضرت حاج ملا سلطانمحمد بیدختی گنابادی، بیان السعادة فی مقامات العبادة. ترجمه حشمت‌الله ریاضی و محمد آقا رضاخانی، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۷، تهران. <http://www.sufism.ir/>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی اقتصاد اسلامی، پول، بانک، بیمه و مالیه از دیدگاه حکمت. ۱۳۸۳. <http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-eqtasade-islami.pdf>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی روابط بین‌الملل در اسلام، حقوق بین‌الملل عمومی، سیاست خارجی، دیپلماسی از دیدگاه حکمت. ۱۳۸۴. <http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-ravabet-beynolmelal.pdf>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی علوم سیاسی در اسلام، سیاست، حکومت، ولایت از دیدگاه حکمت، ۱۳۸۸. <http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-oloome-siasi.pdf>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی حقوق در اسلام، حقوق تطبیقی، نظام‌های حقوقی، حقوق جزا از دیدگاه حکمت،

^{۷۷} حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، مجموعه مقالات فقهی و اجتماعی، امنیت قضایی - اقامه عدل، صفحات ۴۸-۵۲، انتشارات حقیقت ۱۳۷۸.

^{۷۸} در این ارتباط مقاله زیر جالب است. حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، مجموعه مقالات حقوقی و اجتماعی، کانون وکلا: نهادی ناظر بر حکومت قانون، صفحات ۲۳۲-۲۲۹، انتشارات حقیقت، ۱۳۷۸.

<http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-hoqooq.pdf> .۱۳۸۸

- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی حقوق اساسی در اسلام، فلسفه حقوق، حقوق فردی، حقوق عمومی از دیدگاه حکمت، <http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-hoquqe-asasi.pdf> .۱۳۸۸
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی تجارت بین الملل در اسلام، بررسی موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی از دیدگاه حکمت، <http://www.bidabad.com/doc/mabani-erfani-trade.pdf> .۱۳۹۰
- کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، نشر یلدا، ۱۳۷۴، تهران.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۵.
- کلینی، الکافی، جامع الاحادیث، نور، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.
- François Bourguignon, "New Perspectives on the Study of Inequality, Poverty and Redistribution: Equity and Development", First meeting of the Society for the Study of Economic Inequality (ECINEQ), Palma de Mallorca, July 20-22, 2005. Spain.
- Isidore Marie Auguste François Xavier Comte; (1798 –1857). See: Mary Pickering, Auguste Comte: An Intellectual Biography, Cambridge University Press (1993), Paperback, 2006