

وضعیت عناصر مؤلف مدرنیته و نسبت میان آن عناصر و نظام حقوقی در ایران و انگلستان

مختار محمدی*

محمد راسخ**

محمد جلالی***

چکیده

مدرنیته که دربرگیرنده عناصر عینی (دولت ملی و جامعه متکثر) و ذهنی/ارزشی (عقل خودبنیاد و حق) است، بر بستر خاص تحولات سیاسی و فکری اواخر قرون وسطی و عصر رنسانس و پس از آن شکل گرفت و تکامل یافت. سپس بر تمامی مظاهر زندگی فردی و جمعی آدمی اثر گذاشت و به ظهور حقوق مدرن انجامید که اصول دادرسی عادلانه از جمله محصول‌های آن است. پرسش اصلی این مقاله، تعیین نسبت میان برخورداری از عناصر مؤلف مدرنیته و جهات نظام حقوقی است. برای این منظور، ناگزیر، بدو عنصر عینی و معرفتی/ارزشی بروز پدیده مدرنیته و نیز جهات چهارگانه حقوقی یعنی «هدف» و «منبع» قانون، «روش» حقوقی و «مرجع صالح قانون‌گذاری» شناسایی می‌شود. سپس وضعیت عناصر مؤلف مدرنیته در ایران و انگلستان و نسبت این عناصر با نظام حقوقی آن‌ها، با استفاده از روش مقایسه‌ای، تحلیل کیفی خواهد شد. یافته‌های پژوهش، گویای این واقعیت است که کشور انگلستان به دلیل وجود حداکثری عناصر حیات نو (مدرنیته)، نظام حقوقی مدرنی دارد. در نتیجه، در قلمرو اصول و تضمینات حق‌های رویه‌ای، توسعه‌یافته‌تر است و اعمال این حق‌ها، مستند به اسناد حقوق بشر رویه‌ای صورت می‌گیرد. در مقابل، در ایران به دلیل نبود حداکثری عناصر حیات مدرن، همه اجزای مؤلف حقوق مدرن در میان آن عناصر وجود ندارند. به همین دلیل، در حال حاضر، اصول و تضمینات رویه‌ای کامل و توسعه‌یافته منطبق بر اسناد حقوق بشر رویه‌ای وجود ندارد. البته ایران از کشورهایی است که در مسیر مدرنیته قرار دارد. پس با بهره‌برداری نظری و عملی از تجربه جوامع مدرن و بومی‌سازی آن‌ها می‌تواند در راه کسب عناصر مدرنیته پیشرفت و وجود حداکثری این عناصر قدم بردارد و امور عمومی را با نظام حقوقی مدرن و با همه اقتضائات آن از جمله اصول و تضمینات دادرسی عادلانه اداره کند.

کلیدواژه‌ها: مدرنیته، نظام حقوقی، حقوق مدرن، دادرسی عادلانه، ایران، انگلستان.

* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد

m_yas2006@yahoo.com

اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

** استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Rasekh.m@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. mdjalali@gmail.com

مقدمه

نظام نوین دادرسی، یکی از مظاهر حیات مدرن به شمار می‌رود که به میزان برخوردارگی هر کشوری از عناصر تشکیل‌دهنده مدرنیته، اجزای مؤلف حقوق مدرن را در میان خود جای می‌دهد و هر چه به سمت دارا بودن حداکثری عناصر مدرنیته پیش می‌رود، عادلانه بودن رسیدگی و رعایت اصول دادرسی عادلانه در آن اهمیت و ظهور بیش‌تری می‌یابد. به عبارتی، دادرسی عادلانه و اصول ناظر بر آن که از آن‌ها به عنوان «حق‌های رویه‌ای» یاد می‌شود، در معنای حق-ادعایی آن در مقابل تکلیف دولت‌ها به تأمین این حقوق، امر جدیدی است و در دنیای قدیم شناخته‌شده نبودند. بر همین اساس، اصول دادرسی عادلانه که به دلیل ورود به حقوق کیفری و مدنی و اخیراً حقوق اداری اهمیت یافته است، پدیده‌ای مدرن به شمار می‌رود. به این معنا، هر چند نظام دادرسی در هر کشوری، فارغ از نوع نظام حقوقی آن مستلزم پیمودن فرآیندی از ابتدا تا ختم رسیدگی و تصمیم‌گیری و صدور رأی است، ولی پیمودن آن فرآیند الزاماً متضمن اقدام بر اساس اصول دادرسی عادلانه رسیدگی نیست.

با شرحی که گذشت، اصول دادرسی عادلانه به عنوان جلوه‌های حیات مدرن در حقوق مدرن جای می‌گیرند. با این حال، چون مظاهر حیات مدرن در دل زندگی سنتی در این مرزبوم پرورش نیافته است و میوه تعاملات درازآهنگ تاریخی ایران در عرصه نظر و عمل نیستند، در مواجهه با این اصول به عنوان حق‌های رویه‌ای دچار سوء تفاهم شده و آن‌چنان که بایسته است، تجزیه و تحلیل نشده است. اکنون درصدد گره‌گشایی نظری مسئله و تعیین نسبت بین برخوردارگی حداکثری از عناصر حیات مدرن و وجود اجزای مؤلف حقوق مدرن در میان آن عناصر هستیم.

در این راستا، با انجام مطالعه تطبیقی میان دو کشور ایران و انگلستان، مقاله حاضر در باب نسبت میان برخوردارگی از عناصر مدرنیته و حقوق مدرن به نگارش درمی‌آید. در صورت اثبات این امر، لازمه رعایت این اصول، گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن خواهد بود که برای برخوردارگی از حقوق مدرن، جامعه باید به صورت غالبی، عناصر عینی و معرفتی مدرنیته را دارا باشد. در چنین وضعیتی، از تجربه کشور انگلستان به عنوان یک جامعه مدرن می‌توان بهره‌برداری کرد؛ چون با وجود تفاوت‌های نهادی و ماهوی میان دو نظام حقوقی ایران و انگلستان، در موارد بسیاری مانند اصول و تضمینات حق‌های رویه‌ای کارمندان که به وضعیت خاص بومی وابسته نیستند، امکان بهره‌برداری از نظام حقوقی انگلستان وجود دارد.

گفتار اول. وضعیت عناصر مدرنیته در کشورهای منتخب

با توجه به تقسیم‌بندی که از عناصر مؤلف مدرنیته ارائه شد، این عناصر در دو دسته عناصر عینی (دولت ملی و جامعه متکثر) و عناصر معرفتی/ارزشی (عقل خودبنیاد و حق) مؤلف مدرنیته جای گرفتند. در این جا، وضعیت این عناصر را در کشورهای منتخب بررسی می‌کنیم تا در قسمت بعد، امکان تعیین نسبت این عناصر با جهات چهارگانه نظام حقوقی مدرن (هدف و منبع قانون، روش حقوقی و مرجع صالح قانون‌گذاری) فراهم آید.

بند اول. دولت ملی

منظور از دولت ملی، واحدی سیاسی است که دارای نظم داخلی و خودمختاری خارجی (استقلال) بوده و برای به دست آوردن هدف‌های ملی، با واحدهای جغرافیایی هم‌نظیر خود (که دو شرط نظم داخلی و استقلال خارجی را داشته باشند)، روابط متقابل برقرار کند.^۱ با توجه به این تعریف، دولت ملی، پدیده‌ای است که در قرن هفدهم پس از قرارداد معروف وستفالی در اروپا به وجود آمد که بر اثر جنگ‌های سی‌ساله مذهبی در سال ۱۶۴۸ منعقد شد و با انقلاب کبیر فرانسه در سال ۱۷۸۹ تکمیل و تأیید گردید. این دولت‌ها دارای زبان، پرچم، سرود، ارتش، پلیس، نظام آموزشی، قانون‌گذاری، دادگستری و نظام اجرایی واحد و ملی شدند. شهروندان احساس «هویت ملی» پیدا کردند و دیگر هویت‌هایشان اعم از هویت دینی و غیر دینی، در مرتبه‌ای پایین‌تر از این هویت قرار گرفت.^۲ این همه تحول یک‌باره رخ نداد. پس از قرارداد وستفالی، نظام جدید کشوری یعنی دولت‌های ملی به عنوان یک پدیده جدید در اروپا رواج و توسعه پیدا کرد. این نوع کشورها به وسیله سلاطین شناخته و معرفی می‌شدند و سلاطین، خود را حاکم واقعی و نماینده تام و صاحب کشور می‌دانستند، چنان‌که لویی چهاردهم می‌گفت: «حاکمیت در انحصار شخص من است. قوه قانون‌گذاری بدون شریک و فقط متعلق به من است و منشأ نظم عمومی، من هستم».^۳ انقلاب کبیر فرانسه در سال ۱۷۸۹، اوضاع سیاسی اروپا را دگرگون ساخت و نظام جدید و ارزش‌های سیاسی ویژه‌ای، معیار حکومت قانونی قرار گرفت. در این مرحله تاریخی از تثبیت کشور، مردم، حاکم واقعی شناخته شدند. مردم برای اداره نظم عمومی کشور، حاکمیت و قدرت خود را به نماینده یا نمایندگانشان تفویض می‌کنند و در صورت لزوم از آن باز پس می‌گیرند.

1-Puchala, D. J., International politics today. Dodd, Mead, 1971, p. 28..

۲. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، تهران: نی، ۱۳۹۳.

ص ۴۶.

۳. متین دفتری، احمد، سیر روابط و حقوق بین‌الملل تا عصر حاضر، تهران: مروارید، ۱۳۴۴، ص ۷۲.

به این ترتیب، قدرت و امتیاز سلاطین و دولت‌ها در این مرحله از تاریخ کشوری، بر خلاف سابق، محدود و مقید شده است و دولت‌ها کارهای خود را به خلاف سابق به نام ملت انجام می‌دهند و در مقابل ملت، خود را مسئول می‌دانند.

امروزه دولت‌های ملی با بافت و ترکیبی که در بالا به آن اشاره شد، در همه جای جهان یافت می‌شود، تا آن‌جا که به سختی می‌توان سرزمینی را در جهان یافت که مورد ادعای یک دولت ملی نباشد. بنابراین، ایران و انگلیس به عنوان کشورهای منتخب پژوهش حاضر دارای دولت ملی با خصوصیت و شرط نظم داخلی و استقلال در اعمال سیاست خارجی (به شرح یادشده) هستند.

بند دوم. جامعه متکثر

بسیاری از متفکران و صاحب‌نظران بر این عقیده هستند که مهم‌ترین خصیصه‌ای که جهان ما را از جهان قبل از آن جدا می‌کند، تکثر است که در همه وجوه سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی قابل ردیابی است. در یک جامعه متکثر، بخش‌های مختلف جامعه در کنار هم در یک واحد سیاسی زندگی می‌کنند.

عصر رنسانس موجب شکل‌گیری و بروز گونه‌هایی مختلف از دیدگاه‌ها، افکار، عقاید، فرقه‌ها، گروه‌ها و نهادها شد. این تنوع بعدها در قرون مدرن و به ویژه عصر روشنگری، هر چه بیش‌تر شدت یافت. جامعه‌ای که دربرگیرنده همه این تنوع و تکثرها بود، درون مرزهای یک کشور به ویژه در شهرها تجلی یافت.^۱

از نظر تکثر، ایران، کشوری است که علاوه بر کردها، بلوچ‌ها، بختیاری‌ها، لرها و دیگر اقلیت‌های کوچک‌تر (ارمنی‌ها، آشوری‌ها، یهودیان و دیگران) دارای اقوام مهمی مانند آذری‌ها و عرب‌های ایران است که هر یک دارای فرهنگ قومی خاص خود هستند. به لحاظ ادیان و مذاهب و عقاید نیز جامعه ایران بسیار متکثر است. ۹۰ درصد جمعیت را شیعیان و ۸ درصد آن را سنی‌ها تشکیل می‌دهند و باقی درصدها به ادیان دیگر اختصاص دارد.^۲ مطابق اصل دوازدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی‌عشری است و این اصل هرگز تغییرپذیر نیست. دیگر مذاهب اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل هستند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب، اکثریت داشته باشند، مقررات محلی با حفظ حقوق پیروان دیگر

۱. راسخ، پیشین، ص ۵۵.

مذاهب، در حدود اختیارات شوراهای طبق آن مذهب خواهد بود. همچنین طبق اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی، تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام دادن مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصی و تعلیمات دینی طبق آیین خود عمل می‌کنند.

برای فهم تکثر در کشور انگلیس کافی است به ترکیب قومی و مذهبی این کشور توجه کنیم. بر اساس سرشماری صورت گرفته، جمع ساکنان قومی اروپایی (سفیدپوستان)، بیش از ۸۷/۵۰ درصد است. از دهه ۱۹۵۰، افراد دیگری از مستعمرات سابق انگلیس در این کشور گرد آمده‌اند، به ویژه ۶ درصد از مردم ساکن انگلستان منشأ خانوادگی در شبه‌قاره هند، عمدتاً هند، پاکستان و بنگلادش دارند. ۲/۹۰ درصد از مردم سیاه‌پوست و از آفریقا و کارائیب به خصوص مستعمرات سابق انگلیس هستند. تعداد قابل توجهی از چینی‌ها نیز در این کشور حضور دارند. بر اساس نتایج سرشماری سال ۲۰۱۱، از نظر مذهبی، ۵۹/۳ درصد از جمعیت انگلیس، دین خود را مسیحی معرفی کردند. ۲۴/۷ درصد پاسخ دادند که دین ندارند و ۴/۸ درصد اعلام کردند که مسلمان هستند که دومین گروه بزرگ مذهبی را تشکیل می‌دهند. در حالی که ۳/۷ درصد از جمعیت متعلق به دیگر مذاهب هستند، ۷/۲ درصد جواب ندادند.^۱ این تکثر تماماً و به صورت رسمی در کشور انگلیس پذیرفته شده و در ماده ۱۴ قانون حقوق بشر ۱۹۸۸ انگلستان مقرر گردیده است که بهره‌مندی از حقوق و آزادی‌های مقرر در این قانون باید بدون هیچ گونه تبعیضی بر پایه موردهایی مانند جنس، نژاد، رنگ، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و عقاید دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، مکتب، نسب یا هر وضعیت دیگر تضمین شود.

بند سوم. عقل خودبنیاد

همان گونه که در دوران رنسانس و مدرن، در زندگی و امور اجتماعی اروپاییان (واقعیت‌ها و عناصر عینی)، دگرگونی‌های جدی ایجاد شد، ذهن و روان آنان نیز در سه حوزه دینی، علمی و فلسفی دچار تحولات جدی گردید. در حوزه دینی، تلاش‌های معترضان و در رأس آنان، فرقه پروتستان، اتوریته (مرجعیت) فکری کلیسا را زیر سؤال برد؛ زیرا از نظر آنان، انسان برای ارتباط با خدا به پاپ و کلیسا به عنوان واسطه نیاز ندارد. او می‌تواند کتاب خدا را مطالعه کند و به کار ببندد. نفی اتوریته فلسفی (اسکولاستیک) و تفسیر رسمی از دین، در حقیقت، معنایی جز غیر مقدس بودن فکر دینی (و نه غیر مقدس بودن دین) نداشت.^۲

1-Table KS209EW 2011 Census: Religion, local authorities in England and Wales», Office for National Statistics. 11 December 2012. Retrieved 22 May 2017

۲. راسخ، پیشین، ص ۴۸.

رنسانس و دوران مدرن، شناخت علمی را نیز دگرگون کرد. معرفت علمی مدرن نمایانگر مقابله با مرجعیت فکری در زمینه شناخت تجربی بود. از دید کاوشگران تجربی، این امر پذیرفته نبود که یک دستگاه دینی یا غیر دینی یا یک عالم صرفاً به این دلیل که شخصیتی معروف و مورد حمایت دستگاه‌های رسمی است، تعیین‌کننده شناخت صحیح از طبیعت باشد.

سیر تحول در حوزه تفکر فلسفی نیز روندی مشابه به خود گرفت. از عصر رنسانس به این سو، دیگر ارسطو به منزله فیلسوف رسمی و تنها مرجع اندیشه پذیرفته نبود. فلسفه مدرسی تنها فلسفه معتبر به شمار نمی‌آمد و مرجعیت فکری کلیسا در همه وجوه فلسفی به چالش گرفته شد. افکار و دیدگاه‌های رقیب، دینی یا الحادی (به ویژه افکار اصحاب دایره‌المعارف در فرانسه)، در عرصه فکر و نظر قد علم کردند. بار درستی و صدق یک نظر تنها بر دوش مبانی و دلایل عقلی آن گذاشته شد. هیچ نظری به صرف این که گفته فلان شخص یا مقام خاص است، صحیح و صادق انگاشته نمی‌شد. شعار روشنگری در عصر خرد از زبان ایمانوئل کانت، فیلسوف آلمانی و مانند وی این بود: «جرئت اندیشیدن داشته باش».

نتیجه این تلاش‌های گسترده و گوناگون، بروز «عقل خودبنیاد و نقاد» و در نتیجه، شکست کامل اتوریته یا مرجعیت در فکر فلسفی بود. در حقیقت، دستاوردهای فلسفی، نتیجه احساس استقلال فکری و جرئت و جسارت اندیشیدن به وسیله عقل خودبنیاد و نقادی بود که جز مبانی و روش عقلی (به معنای عام) یا استدلالی، چیزی دیگر را مبنای اثبات، توجیه یا اقناع معرفتی نمی‌دانست.^۱ در تصویر کانت از انسان، «همه به صورت برابر دارای شأن و منزلت انسانی هستند که این شأن و منزلت در عقل خودبنیاد تجلی می‌یابد».^۲

نفی اتوریته فلسفی (اسکولاستیک) و تفسیر رسمی از دین، مقابله با مرجعیت فکری در زمینه شناخت تجربی و به چالش گرفته شدن مرجعیت فکری در زمینه شناخت تجربی در دوران رنسانس و دوران مدرن که از آن به «عقلانیت مدرن» تعبیر می‌شود، از نظر مصطفی ملکیان، بزرگ‌ترین ویژگی اجتناب‌ناپذیر مدرنیته است.^۳ البته به نظر وی، قدمای نیز قائل به عقل بودند، اما تلقی ایشان از عقل، متفاوت از آن چیزی بود که به عقل به معنای امروزی‌اش ارجاع می‌شود. در دیدگاه سنتی، هر چیزی هر چه از حلقه عقل بشری فراتر رفت، نه تنها واقعیتش را از دست نمی‌دهد، بلکه واقعیت‌دارتر می‌شود. چیزی که در تور عقل بشری است، اگر هم واقعیت داشته باشد، واقعیت سایه‌وار دارد. به این اعتبار، در دیدگاه سنتی، در سلسله مراتب واقعیت‌ها معتقد بودند که عالم مجردات به دلیل آن که از عقل دورتر است، واقعیت

۱. همان، ص ۴۹.

۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر دوم)، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵، ص ۳۷.

۳. سروش، عبدالکریم و همکاران، سنت و سکولاریسم (مجموعه گفتارها)، تهران: صراط، ۱۳۸۴، ص ۱۲۶.

بالاتری دارد. بعد از آن، عالم مثال است و در مرتبه سوم، عالم مادی و عالم طبیعت است که به حکم آن که کاملاً در طور فهم و تشخیص عقل بشری است، واقعیت کم‌تری دارد. پیداست که برای جهان‌نگری مدرن، این عقیده عجیب و گزنده است که هر چه در دسترس عقل است، واقعیت کم‌ارزش‌تری دارد و هر چه از دسترس عقل دورتر است، واقعیت بیش‌تر و شریف‌تری دارد. انسان مدرن نیز به چنین حساست و شرافتی برای واقعیت‌ها قائل است، اما کاملاً در خلاف جهت گذشته؛ زیرا در جهان‌نگری مدرن اتفاقاً هر چه در دسترس عقل باشد، واقعیت بیش‌تری دارد. بنابراین، در مدرنیته، «عقلانیت»، صادق و فایق است، ولی در جامعه ایران، عقلانیتی از جنس عقل مدرن نمی‌بینیم؛^۱ زیرا عقلانیت مدرن مرادف «استدلالی بودن» است و لبّ این استدلالی بودن به تعبیر تبلیغی، به خودفرمان‌فرمایی و نه دیگرفرمان‌فرمایی برمی‌گردد. در ایران امروز، این ویژگی یافت نمی‌شود، در حالی که عقل‌گرایی، در حقوق عمومی به سبک غالب تبدیل شده است و جامعه، امروز بسیار پیچیده و ناهمگن‌تر از آن است که بتواند یک تفاهم با تأکید بر سنت (دینی یا غیر دینی) را تحمل کند.

در انگلیس، حتی زمانی که دموکراسی برقرار نبود، جهان‌بینی عقلانی - علمی کاملاً تأسیس شده بود. تئودور تارسوس،^۲ نخستین اسقف اعظم کانتربری که پاپ به انگلیس اعزام کرده بود، دانش خود را از یونان به همراه آورد و به تأسیس نخستین مدارس آموزش یونانی و لاتین کمک کرد.^۳ او همچنین برداشت یونانی از قانون عقلانی را به انگلیس آورد و قانون روم - کد جوستینین - را معرفی کرد. برپایه آن برداشت، پس از وی، آنگلوساکسون‌ها تدوین قانون هزینه‌های خود را آغاز کردند.

تاریخچه عقل‌گرایی در انگلیس نشان می‌دهد که چگونه در دوران مدرن علاوه بر واقعیت‌های زندگی مردم، ذهن و روان آنان در حوزه‌های فلسفی، علمی و دینی تحولات جدی پیدا کرد و اتوریته فلسفی و تفسیر رسمی از دین و شناخت تجربی نفی و با آن مقابله گردید. عقل‌گرایی انگلیسی از سه بخش عقل‌گرایی فلسفی، ادبی و انتقادی تشکیل می‌شود.^۴

بند چهارم. حق

در این جا باید میان دو معنای حق یعنی حق به معنای «برحق بودن» و حق به معنای «حق داشتن» تفکیک قائل شد. آنچه از حق به عنوان یکی از عناصر معرفتی/ارزشی مدرنیته

۱. ملکیان، مصطفی، «مدرنیته و ایران»، آیین، ۱۳۸۵، شماره ۴، صص ۴۹-۵۰.

2-Theodore of Tarsus .

3-Glassman, R. M., The origins of democracy in tribes, city-states and nation-states, Springer, 2017, p. 166.

4-See: Hurst, J. F., History of Rationalism: Embracing a Survey of the Present State of Protestant Theology, Carlton & Porter, 1867

مورد نظر است، همانا حق به مفهوم «حق داشتن» است. همین مفهوم حق (حق داشتن)، تاریخ سیاسی و حقوقی غرب را دگرگون ساخت.

تقریباً از سده سیزدهم به این سو بود که مفهوم «حق داشتن» در برابر «حق بودن» رایج شد.^۱ از رهگذر حوادث گوناگونی که در چندین سده در غرب اتفاق افتاد و در بیش‌تر موارد، متدینان دست‌کم یکی از طرف‌های مهم منازعات و کشمکش‌ها بودند، تفکیک بسیار مهمی میان «حق داشتن» و «حق بودن» (به‌طور ناخودآگاه) شکل گرفت. این تفکیک، مبنای شکل‌گیری مفهوم مدرن حق شد که در اوایل دوران مدرن با عنوان «حق طبیعی» مشهور و رایج شد و بعدها در اعلامیه استقلال آمریکا (۱۷۷۶) و اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه (۱۷۸۹) به صورتی آشکار رسمیت یافت.^۲

امروزه، مفهوم «حق» به معنای حق داشتن، از برجسته‌ترین مفاهیم حقوقی به شمار می‌رود، به شکلی که بسیاری از مسائل برای پیشبرد با گفتمان حق مطرح می‌شوند. این مفهوم در طول تکامل دچار تطوری در مبنا و مفهوم گردید، به صورتی که از مفهومی برخاسته از شریعت به مفهومی عقلی بدل گردید و به تبع آن، رابطه خود را با الهیات از دست داد. بنابراین، یکی از تفاوت‌های مهم دنیای قدیم و جدید، تبدیل گفتمان یا پارادایم «تکلیف‌محور» به گفتمان یا پارادایم «حق‌محور» است.^۳ «حق»، یکی از بنیادی‌ترین و مهم‌ترین مفاهیم در قلمرو حقوق و اخلاق زیستی است.^۴ همین معنا از حق (حق داشتن) است که موضوع گزاره‌های حقوق بشری قرار می‌گیرد^۵ و اصول دادرسی عادلانه (حق‌های رویه‌ای) که موضوع نسل اول حق (حقوق مدنی و سیاسی) هستند، در همین معنا از حق جای می‌گیرند.

در ایران با ورود نهضت دستورگرایی، مفهوم حق هم‌چون دیگر مفاهیم مدرن با مکتوبات روشن‌فکران به ایران وارد شد. منبع اصلی و مرجع تفکر اولین اشخاصی که اندیشه‌های حقوقی مدرن را وارد ایران کردند، اندیشه و فلسفه غرب بود، هر چند گاهی مؤیداتی از قرآن و سنت نیز برای اندیشه خود فراهم می‌کردند. در میان روشن‌فکرانی که تحت تأثیر آثار غربی واردکننده این اندیشه‌ها در ایران بوده‌اند، مستشارالدوله و ملک‌خان به شکل مستقیم به شریعت اسلامی اشاره و مؤیداتی از آن برای حق‌ها بیان می‌کنند.

۱. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۱)، تهران:

نی، ۱۳۸۱، ص ۲۲۹.

۲. راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، ص ۵۳.

۳. سروش، عبدالکریم، دین و دنیای جدید (۲): سنت و سکولاریسم، تهران: صراط، ۱۳۸۱، صص ۵۳-۶۶.

۴. راسخ، محمد، «نظریه حق». باروری و ناباروری، ۱۳۸۸، دوره دهم، شماره ۴، ص ۲۹۹.

۵. قاری سید فاطمی، پیشین، ص ۴۱.

مستشارالدوله برای بیان مقصود خود در «رساله یک کلمه»، ابتدا کدهای دایمی قانون اساسی فرانسه را از منظر خود (که اکثراً حق‌ها هستند) بیان می‌کند. بعد با ریشه‌یابی این کدها در شریعت اسلام می‌کوشد بیان کند که این کدها در شریعت اسلام، مسبوق به سابقه هستند. ملکم خان، نظرهای خود را در زمینه حقوق در «کتابچه غیبی»، «دفتر قانون» و «رساله صراط‌المستقیم» بیان کرده است. قسمت‌های موجود این طرح مشتمل بر بیست و هفت قانون است که از قانون اول تا ششم همان اصول اساسی حکومت است.^۱ حق‌های متفاوتی در آثار مستشارالدوله و ملکم خان قابل مشاهده هستند. حق برابری افراد در مقابل قانون (مساوات)، حق بر مصون بودن جان، مال و حیثیت افراد (حق بر امنیت) از آن جمله‌اند. در مقابل مستشارالدوله و ملکم خان که در آثار خود، مینا و منبع حق را علی‌الظاهر شریعت قرار می‌داند، دیگر روشن‌فکرانی هم‌چون میرزا فتح‌علی آخوندزاده و طالبوف نظرهای دیگری داشتند. آخوندزاده در پاسخ مکتوب به «رساله یک کلمه» مستشارالدوله همراه با بیان این که تلاش وی قابل ستایش است، مشکل «عدم حریت» و به عبارتی، نبود حقوق سیاسی لازم را در ناسازگاری شریعت اسلام و عدالت می‌داند و برای بیان تعارض میان شریعت اسلام و عدالت، از بیع عبد و امه برای نبود حریت شخصیه مثال می‌زند. از منظر او، «عدم حریت» و نقض حق فقط معطوف به استبداد شاه نیست، بلکه شریعت نیز مانند سدی به نقض حریت و حقوق اقدام کرده است. در کلام وی، نقض حق به اولیای اسلام استناد می‌یابد.^۲

در بین اندیشمندان مشروطه، میرزا عبدالرحیم طالبوف تبریزی بیش‌ترین توجه را به مفهوم حق داشته است. او در کتاب «مسائل الحیات»، مبنای حق را کرامت انسانی می‌داند که قاعدتاً نشان‌دهنده تأثیر حقوق طبیعی بر افکار اوست. وی در ادامه، این مفهوم را گسترش می‌دهد و حق را بعد از افراد برای ملت ترسیم می‌کند که البته این مسئله نشان‌دهنده افکار سوسیالیستی طالبوف است. از منظر طالبوف، منشأ تمام حقوق، بقای نفس است، ولی همه حقوق در وجود انسان به یک حق واحد حفظ وجود یعنی بقای نوع انسانی منتهی می‌شود.^۳ وی برای بقای حقوق و رفع تراحم‌های کثیر، دموکراسی را به عنوان روش حکومت پیشنهاد می‌دهد.^۴ در عرصه مشروطه، بر اساس این اندیشه که هیچ عملی مباح نیست، مگر این که با فحس در قرآن و سنت، ردعی بر آن وارد نشده باشد، فقیهان مشروطه به فحس در مفاهیم اقدام کردند تا ثابت شود که با شریعت زاویه نداشته باشند. فقه‌های مؤثر بر گفتمان مشروطه را می‌توان بر مدار سه طیف از اندیشه در نظر گرفت. اندیشه «ابن همانی» که آقا نورالله اصفهانی بیان کرده

۱. دامغانی، محمدتقی، اولین قوانین ایران قبل از مشروطیت، تهران: بهزاد، ۱۳۵۷، ص ۷۱.

۲. آدمیت، فریدون، اندیشه‌های میرزا فتح‌علی آخوندزاده، تهران: خوارزمی، ۱۳۴۹، صص ۱۵۶-۱۵۸.

۳. طالبوف، عبدالرحیم، مسائل الحیات، تهران: شبگیر، ۱۳۵۶، ص ۱۷۶.

۴. همان، ص ۱۷۹.

است. اندیشه متضاد با مشروطه که آن را با تفکر شیخ فضل‌الله نوری و گفتمان مشروعه‌وی می‌شناسیم و تفکر علامه نایینی که برای پذیرش مشروطه، شروطی قائل است. وجه ممیزه اقوال فقیهان با روشن‌فکران، اعتبار حق‌هاست. روشن‌فکران با توجه به کلیدواژه «کرامت بشر»، حق‌ها را اموری ذاتی فرض می‌کردند، برخلاف فقیهان که حق‌ها را اموری مقدمی برای تحقق امری بزرگ‌تر می‌دانستند. نایینی، حق آزادی بیان، قلم و نظیر آن را که از آزادی‌های خدادادی است، «هرمی برای حفظ دین» می‌دانست. با انقلاب مشروطه، بسیاری از حقوق و تکالیف در قانون اساسی ذکر نشد. بنابراین، از عمده‌ترین تکالیف مجلس اول شورای ملی، تدوین متمم قانون اساسی شد و در متمم قانون اساسی مشروطه مانند دیگر قوانین اساسی هم‌عصرش به حق‌ها توجه خاصی گردید. متمم قانون اساسی مشروطیت در فصل دوم خود به نام «حقوق ملت»، هفده اصل را به عنوان حقوق مردم ایران به رسمیت شناخت. این اقدام، سنگ بنایی برای شناسایی اصول حقوق بشری در ایران بود. در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، از نهضت ضد استبداد مشروطه به عنوان تجربه گران‌بهای ملت مسلمان ایران یاد شده است. با این حال، مکتبی و اسلامی بودن به عنوان ویژگی بنیادی انقلاب اسلامی نسبت به نهضت مشروطه شمرده شده است. بر همین اساس، پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، مهم‌ترین تحول بنیادین در نظام حقوقی ایران به لحاظ ماهوی و محتوایی، بازگشت به فقه و قواعد شریعت بود. در این تحول، فقه و قواعد شریعت، مبنای قانون یا دست‌کم، معیار مشروعیت آن هنگام وضع قوانین، مرجع تفسیر و تشریح قوانین هنگام اجرا و نیز منبع تکمیلی در موارد خلأ قانونی قرار گرفت. به این ترتیب، اگر چه در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به ویژه اصول مربوط به فصل سوم آن، زمینه لازم برای رعایت بیش از پیش دادرسی عادلانه فراهم گردید، ولی این اصول آن‌چنان‌که بایسته است، به گونه‌ای مؤثر در قوانین موضوعه ایران به ویژه قوانین و مقررات انضباطی بازتاب نیافتند.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به عنوان سند الزام‌آور بین‌المللی در ۱۳۴۷/۱/۱۵ امضا شد و در اردی‌بهشت ۱۳۵۴ به تصویب مجلس وقت رسید. با آن‌که حسب تفسیر کمیته حقوق بشر از ماده ۱۴ میثاق، مفاد این میثاق در دادرسی اداری و انضباطی در ایران هم‌چنان لازم‌الاجراست، قدرت سیاسی از آن پشتیبانی نکرد. از این رو، حق که مفهومی برخاسته از شریعت است، رابطه خود با الهیات را به دست آورد و گفتمان یا پارادایم «تکلیف‌محور» حاکم شد. در این پارادایم، تکالیف از جایی می‌آیند و صادر می‌شوند و همان مصدر است که حقوق را هم می‌دهد.

راجع به وضعیت عنصر حق در انگلستان باید گفت که حق به معنای حق داشتن ابتدا در اروپا ظهور کرد و در آن جا استقرار یافت. از این رو، این ایده که انسان باید مجموعه‌ای

از حقوق و آزادی‌های اساسی را داشته باشد، ریشه‌های عمیقی در انگلیس دارد و برخی نقاط عطف ملی و بین‌المللی به شرح آتی در طول ۸۰۰ سال گذشته، مفهوم و وضعیت حقوق بشر اعم از حق‌های ماهوی و رویه‌ای در انگلیس را شکل داده است.

برای اولین بار، منشور انگلیسی مگناکارتا^۱ (۱۲۱۵) اذعان داشت که مردان آزاد (بارون‌ها و فئودال‌ها) تحت حکومت پادشاهی انگلستان، از حقوق قانونی برخوردار هستند و قدرت پادشاه با قانون محدود خواهد شد. مگنا کارتا، اولین قدم برای اعطای حق محاکمه توسط هیئت منصفه هم‌شان ما بود. قدم مهم دیگر در راستای به رسمیت شناختن حق دادرسی عادلانه، تصویب قانون امنیت قضایی (۱۶۷۹)^۲ بود. این قانون، حق شخص بازداشت‌شده را برای مراجعه به قاضی برای تعیین این‌که آیا این بازداشت قانونی بوده یا خیر، تضمین کرد و گسترش داد. در ادامه، اعلامیه حقوق (۱۶۸۹)^۳، نقطه عطفی در تاریخ سیاسی انگلیس بود؛ زیرا قدرت سلطنت را محدود و حقوق پارلمان را تنظیم می‌کرد.

اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)^۴، پایه و اساس حقوق بشر مدرن است؛ چون پس از جنگ جهانی دوم، جامعه جهانی، لزوم بیان جمعی از حقوق بشر را تشخیص داد. با تصویب این بیانیه در مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۸، طیف وسیعی از حقوق و آزادی‌هایی که همگان در همه جای جهان از آن برخوردار هستند، مشخص شد. اعضای شورای اروپا از اعلامیه جهانی حقوق بشر برای تهیه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۱۹۵۰)^۵ برای تأمین حقوق اساسی هم برای شهروندان خود و هم برای ملیت‌های دیگر در مرزهای خود استفاده کردند. این کنوانسیون در سال ۱۹۵۰ در رم به امضا رسید و انگلستان هم آن را در سال ۱۹۵۱ تصویب کرد و در سال ۱۹۵۳ لازم‌الاجرا شد. شش سال پس از تشکیل دادگاه حقوق بشر اروپا^۶، انگلستان در سال ۱۹۶۶ به آن پیوست و آن‌چه را «دادخواست فردی» (حق مردم برای طرح پرونده‌های خود به طور مستقیم در دادگاه در استراسبورگ) شناخته می‌شود، اعطا کرد.

با فراگیری مباحث حقوق بشری در میان کشورها، سازمان ملل متحد، کنوانسیون بین‌المللی برای رفع همه اشکال تبعیض نژادی (۱۹۶۵)^۷ را به تصویب رساند. انگلیس این کنوانسیون را در سال ۱۹۶۹ تصویب کرد. هم‌چنین با تصویب قانون تبعیض جنسیتی (۱۹۷۵)^۸، تبعیض جنسیتی

1-The Magna Carta.

2-Habeas Corpus Act.

3-Bill of Rights.

4-Universal Declaration of Human Rights.

5-The European Convention on Human.

7-European Court of Human Rights.

8-International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

8-Sex Discrimination Act .

در زمینه‌های اشتغال، آموزش و تهیه کالاها، امکانات و خدمات را غیر قانونی کرد و برای جلوگیری از تبعیض نژادی، قانون روابط نژادی (۱۹۷۶) وضع شد. این قانون، تبعیض نژادی در اشتغال، تحصیل، مسکن، آموزش و تهیه کالاها، امکانات و خدمات را غیر قانونی اعلام کرد. با تصویب کنوانسیون رفع هر گونه تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹)^۱ که «لایحه حقوق زنان» خوانده می‌شود، تبعیض علیه زنان تعریف و اصول اصلی برای حمایت از حقوق آن‌ها تعیین شد.

با قدرت گرفتن مباحث حقوق بشری در انگلیس، قانون حقوق استخدامی در سال ۱۹۹۶ به تصویب رسید. قانون حقوق بشر (۱۹۹۸)^۲ نیز که از اکتبر ۲۰۰۰ به اجرا در آمد، حقوق و آزادی‌های مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را در قوانین داخلی گنجانید. به منظور ارتقا و حمایت از حقوق بشر در انگلستان، قانون برابری^۳ در سال ۲۰۱۰ به تصویب رسید که بیش از ۱۱۶ بخش جداگانه قانونی را در قالب قانون واحد جدید جمع‌آوری و آن‌ها را تثبیت، به‌روزرسانی و تکمیل کرد. این قانون برای حمایت از حقوق افراد و پیشبرد برابری فرصت‌ها، چارچوب حقوقی را برای همه فراهم آورد. در همین سال، قانون اصلاحات اساسی و حکمرانی^۴ در انگلستان به تصویب رسید که مبنای قانونی لازم را برای مدیریت خدمات کشوری عرضه کرد. در مقوله عادلانه بودن رسیدگی در دادرسی‌های انضباطی در انگلستان، از نقاط عطف یاد شده، بخش‌هایی از قانون حقوق استخدامی ۱۹۹۶ به حقوق رویه‌های مستخدمین اختصاص دارد. هم‌چنین قانون حقوق بشر (۱۹۹۸) با حقوق رویه‌های اشخاص مرتبط است. قسمت اول قانون اصلاحات اساسی و حکمرانی (۲۰۱۰) انگلستان نیز مبنای قانونی عرضه خدمات کشوری را مقرر می‌دارد و مبتنی بر آن، آیین‌نامه خدمات کشوری در سال ۲۰۱۳ به تصویب کابینه رسید که ضوابطی برای رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان دارد.

نقاط عطف بین‌المللی و ملی پیش‌گفته در باب حق‌های ماهوی و رویه‌ای، مؤید آن است که قرن‌هاست مقوله «حق» در انگلستان، مرحله تضمین نظری را پشت سر گذاشته و وارد نظام حقوقی شده است. چون قدرت مدنی و تهذیب شده است، نه تنها حق را تضمین می‌کند، بلکه قوانین آن کشور نیز تابع حق به معنای یاد شده است.

گفتار دوم. نسبت میان عناصر مؤلف مدرنیته و نظام حقوقی

برای بررسی نسبت میان مدرنیته و نظام حقوقی، ابتدا مدرنیته و عناصر مؤلف آن اعم از عوامل عینی و ذهنی بررسی شد. اکنون نوبت آن است تا تحلیل شود که این عناصر موجب پیدایش چه دیدگاه‌ها و اقداماتی در نظام حقوقی می‌شود و در حالتی که جامعه‌ای، عناصر

1-Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).

2-Human Rights Act .

3-Equality Act .

4-Constitutional Reform and Governance Act 2010 .

مؤلف مدرنیته را به صورت حداکثری در خود جای می‌دهد، امور عمومی در آن جامعه با کدام نوع نظام حقوقی اداره می‌شود.

برای بررسی اثرات مدرنیته بر نظام حقوقی، این نکته را باید در نظر گرفت که نظام‌های حقوقی فارغ از تفاوت میان آن‌ها دارای جهات چهارگانه «هدف» و «منبع» قانون، «روش» حقوقی و «مرجع صالح قانون‌گذاری» هستند و دگرگونی در هر یک از جهات چهارگانه در نظام حقوقی مدرن در مقایسه با نظام‌های حقوقی سنتی (دینی یا غیر دینی مانند حقوق فئودالی)، در واقع، تجلی عنصری از عناصر مؤلف مدرنیته، عینی یا ذهنی بوده است.^۱ وقتی از جهات چهارگانه نظام حقوقی بحث و سؤال می‌شود، منظور، پاسخ‌هایی نیست که در قالب گزاره‌های ارزشی و به عنوان بایدها و نبایدها و از یک دیدگاه ارزشی سؤال می‌شوند، بلکه منظور این است که این جهات در نظام حقوقی ایران و انگلیس قانون چه وضعیتی دارند. به این ترتیب، از دید نظریه‌پردازان غربی و اسلامی و ایرانی به موضوع پرداخته نخواهد شد. بر این مبنا، متأثر از واقعیت‌های حقوق در جهان خارج، وضعیت جهات چهارگانه نظام حقوقی در ایران و انگلستان را بررسی می‌کنیم.

بند اول. در بُعد هدف

در نظام حقوقی دینی غیر مدرن، هدف از قانون، انجام تکالیف الهی یا اساساً عملی ساختن یک ایدئولوژی خاص بیان می‌شود.^۲ به همین دلیل، مطابق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است. همچنین حسب اصل ۷۲ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد و برای تضمین جلوگیری از تصویب قوانین مغایر شرع در اصل ۹۳ قانون اساسی آمده است که مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد، مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوق‌دان اعضای شورای نگهبان. بر همین پایه، در مواردی هم که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول ۲۹ (تأمین اجتماعی)، ۳۰ (آموزش و پرورش رایگان)، ۳۱ (مسکن متناسب با نیاز) و ۳۴ (حق بر دادخواهی و دسترسی به دادگاه‌های صالح) به یک معنا در جهت فراهم کردن خیر عمومی حرکت کرده است^۳ یا

۱. راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، ص ۶۹.

۲. همان، ص ۶۳.

۳. راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۶۷.

دولت جمهوری اسلامی ایران به شرح صدر اصل ۳ قانون اساسی، موظف به به‌کارگیری همه امکانات خود برای امور یادشده در این اصل گردیده، رسیدن به اهداف اصل ۲ قانون اساسی و شکل‌گیری نظامی بر پایه ایمان را هدف نهایی خود قرار داده است.

در مقابل، در دوران مدرن، هدف از وضع و اجرای قانون، تنظیم رابطه انسان با انسان در واحد سیاسی دولت ملی ضمن حفظ آزادی و برابری ایشان بود. البته این هدف قابل تجزیه به اهداف و اجزای کوچک‌تر است. به همین دلیل، گفته می‌شود که قانون، چهار هدف اصلی دارد: حفظ نظم؛ ایجاد استانداردها؛ حل و فصل اختلافات؛ محافظت از حقوق و آزادی‌های فردی. این اهداف جدا از هم نیستند، بلکه به هم پیوسته‌اند.

این‌که گفته شد، در یک جامعه مدنی، هدف از اجرای قانون، تنظیم روابط انسان‌ها ضمن حفظ آزادی و برابری ایشان است، برای این است که قانون تا حدودی متناقض نیز شرط آزادی است. لرد نوبرگر، رئیس دادگاه عالی انگلستان، در ۱۵ اکتبر سال ۲۰۱۳ سخنرانی مهمی ایراد کرد که به ویژه اظهار نظرهایش در مورد حاکمیت و اهداف قانون، در انگلیس هم‌چنان بسیار مورد توجه است. وی اظهار داشت که در ابتدایی‌ترین حالت، عبارت [«حاکمیت قانون»]، متضمن سیستمی است که بر اساس آن، روابط بین دولت و شهروندان، و بین شهروند و شهروند توسط قوانین به روشی عادلانه تنظیم شود.^۱

این دگرگونی در نظام حقوقی مدرن، در هدف وضع قانون از «تعیین تکلیف متدینان یا انجام تکالیف الهی یا اساساً عملی ساختن یک ایدئولوژی خاص» به «تنظیم رابطه انسان با انسان در واحد سیاسی دولت ملی ضمن حفظ آزادی و برابری ایشان»، تجلی عنصر حق به شمار می‌رود که این حقوق و آزادی‌ها با پشتیبانی قدرت سیاسی الزام می‌شود.

بند دوم. از نظر منابع حقوق

مهم‌ترین ویژگی حقوق مدرن، مینا قرار دادن عقلانیت تجربی در تدوین نظام قواعد حقوقی است. بنابراین، تأیید این‌که انسان، موجودی عقلانی است و عقل وی با وجود محدودیت‌هایی که دارد، قادر به شناخت انسان و جهان است و خرد انسانی می‌تواند در سازمان‌دهی زندگی، مناظ و ملاک قرار گیرد و زندگی بر پایه آن سامان یابد، از ویژگی عقلانیت در حقوق مدرن است. کانت در تعبیر روشنگری، این فراگرد را رهایی انسان از قید تعبد و بلوغ وی در به‌کارگیری خرد دانست. به این ترتیب، در حقوق مدرن، «عقل خودبنیاد»، مبنای قواعد حقوقی قرار می‌گیرد و دستورالعمل سازمان‌دهی جامعه از بیرون دریافت نمی‌شود. عقل خودبنیاد یعنی این حکم و تفسیر عقل است که منبع قانون را جامعه، تاریخ، طبیعت، عقل ابزاری انسان یا حتی دین معرفی کرد.^۲

1-www.supremecourt.uk/docs/speech-131015.pdf

۲. راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، ص ۶۶.

با توجه به این‌که در تجددگرایی که حقوق مدرن، شعبه و انعکاسی از آن است، همین عقلانیت یعنی عقلانیت مشاهده‌گروانه و تجربه‌گروانه از لحاظ معرفت‌شناختی، یگانه راه وصول به معرفت حقیقی است، در حقوق مدرن نیز همین عقلانیت که عقلانیت مدرن یا عقلانیت دکارتی یا کانتی خوانده شده و بریده از متافیزیک است، مبنای تدوین قواعد حقوقی نظام حقوقی است و دیگر منابع معرفت چون وحی و کشف انکار یا بی‌اعتبار تلقی می‌گردد.

در مقابل، در حقوق دینی سنتی، هر چند عقل استدلالی حس‌مدار به عنوان منبع معرفت، نقشی فرعی در استخراج قواعد حقوقی دارد، ولی مهم‌تر از آن، وحی است که منبع درجه اول معرفت تلقی می‌گردد. به عبارت دیگر، در عقلانیت سنت‌گرایانه، توانایی عقل استدلالی یا جزئی برای کسب معرفت پذیرفته می‌شود، اما این عقل همواره از سویی به وحی و از سویی به کشف وابسته است.^۱ از نگاه دینی، منبع قوانین به طور اصلی و اولیه، وحی و متون دینی است. این قوانین باید در یک نظم سلسله‌مراتبی به اراده خداوند منتهی شوند.^۲ بنابراین، تأکید اصلی بر منابع وحیانی و دینی است و اگر هم از عقل به عنوان یک منبع قانون نام برده می‌شود، در کنار و عرض منابع دینی بدان اشارت می‌شود. به همین دلیل، وقتی منابع بیان می‌شوند، بلافاصله قید «کاشف اراده خداوند» بدان ضمیمه می‌گردد.^۳ به این ترتیب، حقوق سنتی با انکار خوداتکایی انسان بر پایه مرجعیت فکری دین پایه‌ریزی شده است و متون مقدس منشأ قواعد حقوقی قرار می‌گیرد.

با شکل‌گیری دولت ملی، تمامی اجزای دولت و رفتار عمومی شهروندان باید بر اساس قواعدی عام، علنی، شفاف و معطوف به آینده ترسیم می‌شدند. این قواعد به دلایل عدیده از جمله وجود تکثر و تنوع فراوان در سرزمین دولت‌ها که در بسیاری موارد در شکل تعارض جلوه می‌نمودند، نمی‌توانستند از یک دین یا ایدئولوژی خاص ریشه بگیرند و از این رو (درمقایسه با احکام دینی)، سکولار یا غیر ایدئولوژیک بودند.^۴

نظام حقوقی ایران در دوره مشروطه در حرکت به سمت مدرنیته برای پذیرش تمام واقعیت‌های تکثر فرقه‌ها، نژادها، گروه‌ها، سبک‌ها، ایدئولوژی‌ها و آرای درون قلمرو ملی خود تلاش داشت. به همین دلیل، از نظر منبع قانون، با وجود تأکید اصل دوم متمم قانون اساسی بر لزوم مخالفت نداشتن قوانین با احکام اسلام، حرکت به سوی عرفی (سکولار) شدن حقوق

۱. نصر، سید حسین، اسلام سنتی در دنیای متجدد، ترجمه: محمد صالحی، تهران: سپهرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۷۵.

۲. نک: مصباح یزدی، نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه هشتم؛ نصر، اثنی‌عشریه، ص ۱۱۷۶؛ مودودی، قانون اساسی در اسلام، ص ۶۸؛ جوادی آملی، ولایت فقیه؛ جوادی آملی، فلسفه حقوق بشر، ص ۱۰۵؛ العشاوی، اصول الشریعه، ص ۳۸.

۳. راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، ص ۹۹.

۴. راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، ص ۵۵.

و فاصله گرفتن از دین شتاب یافت.^۱ مثلاً قانون مجازات عمومی، مبنای حقوق کیفری را به صورتی که در محاکم شرع اجرا می‌شد، دگرگون ساخت. قوانین «اصول محاکمات حقوقی» و قوانین «اصول و محاکمات کیفری» هم بر مبنای حقوق برخی کشورهای اروپایی تدوین شد. در حقوق خانواده از سنت‌های مذهبی به شدت حمایت می‌شد، اما با تصویب قانون حمایت خانواده، در برخی احکام آن تجدید نظر شد. مقررات امور مالی و قراردادهای نیز با برخی اصول حقوق اروپایی سازگاری یافت.^۲ سیر عرفی شدن قوانین، فاصله گرفتن آن از شرع و حتی تقابل با آن تا ۱۳۵۷ ادامه یافت.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، مهم‌ترین تحول بنیادین در نظام حقوقی ایران به لحاظ ماهوی و محتوایی، بازگشت به فقه و قواعد شریعت بود. دین به عنوان منبع قانون در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قرار گرفت. برای مثال، قانون‌گذاران در مذاکرات نهایی تصویب پیش‌نویس این قانون تصریح کرده‌اند که منظور از قانون همان قانون شرع است.^۳ در این تحول، فقه و قواعد شریعت، مبنای قانون یا دست کم، معیار مشروعیت آن هنگام وضع قوانین، مرجع تفسیر و تشریح قوانین هنگام اجرا و نیز منبع تکمیلی در موارد خلأ قانونی است. چنان‌که در بند (۱) سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری (ابلاغی ۶ مهر ۱۳۹۸ رهبری جمهوری اسلامی ایران)، «توجه به موازین شرع به عنوان اصلی‌ترین منشأ قانون‌گذاری در تنظیم و تصویب طرح‌ها و لوایح قانونی» به عنوان یکی از سیاست‌های قانون‌گذاری تعیین گردید. در بند (۲) سیاست‌های یادشده نیز بر کنترل رعایت موازین شرع نسبت به قوانین سابق با عبارت «ارزیابی و پالایش قوانین و مقررات موجود کشور از حیث مغایرت با موازین شرعی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ایجاد سازوکار لازم برای تضمین اصل چهارم قانون اساسی» تأکید شد.

دگرگونی منبع قانون از «یک منبع خاص جاودان و جهان‌شمول دینی یا غیر دینی مانند متون مقدس» به «جامعه، تاریخ، طبیعت، عقل ابزاری انسان یا حتی دین»، مبتنی بر حکم و تفسیر عقل، تجلی عنصر جامعه متکثر به عنوان یکی از عوامل عینی مؤلف مدرنیته است. در انگلستان با پذیرش تمام واقعیت تکثر درون قلمرو ملی به شرحی که در توضیح این عنصر عینی مؤلف مدرنیته گذشت، بنا به حکم و تفسیر عقل، به جامعه، تاریخ، طبیعت، عقل ابزاری و حتی دین به عنوان منبع قانون مراجعه می‌شود.

۱. صالح، علی پاشا، سرگذشت قانون: مباحثی از تاریخ حقوق، دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ص ۲۲۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق: تعریف و ماهیت حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۶۰۳.

۳. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۶۳۱.

بند سوم. در بُعد روش استدلال و استنباط حقوقی

روش‌ها برای این به کار گرفته می‌شوند تا از منابع مورد نظر یعنی احکام، اصول یا رویه‌هایی برای رسیدن به اهداف مورد نظر استخراج کنند. از این رو، در حقوق مدرن که در پی تنظیم روابط شهروندان و تأمین آزادی‌های ایشان در ظرف و زمینه جامعه متکثر بود، روش استدلال حقوقی نیز نمی‌توانست تحول نیابد و با آن هدف و مبنا سازگار نشود. پس روش نیز به طور جدی عقلانی شد^۱ و تعبد جای خود را به عقلانیت مدرن داد که مرادف «استدلالی بودن» است. ناگریری از استخراج احکام، اصول یا رویه‌ها از منابع برای رسیدن به اهداف مورد نظر و تفسیر و استنباط از قانون و متون قانونی را تقریباً همه پذیرفته‌اند. برای این کار، همه یک نوع قاعده ارائه نکرده‌اند. در جامعه ایران، روش استنباط احکام، روش‌های متن‌محور است و داده‌های عقلانی تا آن جا به کار گرفته می‌شوند که به حاکمیت متون آسیب نزنند.^۲ از این رو، عقلانیتی از جنس عقل مدرن نمی‌بینیم.^۳

تحول در روش استنباط حقوقی از «روش متن‌محور یا روش تفسیر و تأویل متون مقدس و روش‌های مستفاد از فلسفه دینی» به «روش استدلالی»، تجلی عنصر عقلانیت به عنوان یکی از عوامل معرفتی مؤلف مدرنیته است. تاریخچه عقل‌گرایی در انگلیس نشان داد که چگونه در دوران مدرن علاوه بر واقعیت‌های زندگی مردم، چگونه ذهن و روان جامعه انگلیس در حوزه‌های فلسفی، علمی و دینی تحولات جدی پیدا کرد. اتوریته فلسفی و تفسیر رسمی از دین و شناخت تجربی نفی و با آن مقابله گردید و عقلانیت مدرن مبنای قواعد حقوقی قرار گرفت. سپس روش استدلالی به عنوان قاعده استخراج احکام، اصول یا رویه‌ها از منابع و استنباط و تفسیر قانون پذیرفته شد.

بند چهارم. از نظر مرجع قانون‌گذاری

چنان‌که در تبیین شکل‌گیری دولت ملی گذشت، در قرون وسطی، در اروپا، کشورهای از نظر جغرافیایی وجود داشت که از خصوصیات و شرایط کشورهای عصر جدید یعنی نظم داخلی و استقلال خارجی بی‌بهره بودند. به همین دلیل، در داخل کشورهای قرون وسطی، شهرهای محصوره، فئودال‌ها، گروه‌های مذهبی، اشراف و گروه‌های خودمختار دیگری بودند که اگر منافع مادی و معنوی آن‌ها ایجاب می‌کرد، از پادشاه یا شاه‌زاده اطاعت ظاهری می‌کردند و گرنه خود به وضع قوانین می‌پرداختند و اجرای آن را لازم می‌دانستند.

۱. راسخ، پیشین، ص ۶۷.

۲. همان، ص ۶۳.

۳. ملکیان، پیشین، ص ۵۰.

فئودال‌ها معمولاً با دولت مرکزی (به اصطلاح امروز) در ستیز و جنگ بودند. قرارداد سال ۱۶۴۸ وستفاليا، اوضاع و شرایط موجود در واحدهای جغرافیایی اروپا را تغییر داد و پس از جنگ‌های مذهبی سی ساله اروپا در قرن هفدهم، فئودال‌ها یا دیگر گروه‌های خودمختار در داخل کشورهای اروپایی از بین رفتند و فقط یک مرجع قانون‌گذاری و اجرایی در کشورها رواج پیدا کرد. هم‌چنین دیگر دگرگونی‌های پیش‌گفته دوران مدرن موجب تحول در دیدگاه مربوط به مرجع صالح قانون‌گذاری شد.

در دوره مدرن، قانون را (به طور کلی) برای تنظیم روابط شهروندان وضع یا اصلاح می‌کردند. این شهروندان در باورها و آرزوها با هم اتفاق نظر نداشتند، ولی خود را آزاد و برابر می‌دیدند. بر این پایه، پذیرفته نبود که یک فرد یا گروه خاص (بر اساس نظام ارزشی خود)، برای دیگری، قانون وضع یا اصلاح کند. قانون‌گذاری به درستی، مهم‌ترین کارویژه حکومت پنداشته می‌شد که در حقیقت، مرزهای زندگی شهروندان و منابع در دسترس ایشان را معین می‌کرد. افزون بر این، پیچیدگی‌های زندگی جدید، وجود مقرراتی دقیق و منطبق با ضرورت‌های زمان و مکان را ضروری‌تر می‌ساخت.

بنابراین، از یک سو، تنها راه تضمین پرهیز از قانون‌گذاری خودسرانه و تحمیل ارزش‌ها با تشکیل یک مرجع قانون‌گذار از رهگذر انتخاب نمایندگان ملت میسر می‌نمود. پیداست به این وسیله، قانون‌گذاری، امری شورایی و دموکراتیک گردید. از دیگر سو، قوانین و مقرراتی که این مرجع وضع یا اصلاح می‌کرد، نباید در گرایش‌های ارزشی افراد و گروه‌ها دخالت می‌کرد، بلکه باید برای تأمین آزادی و توزیع عادلانه منابع میان شهروندان می‌کوشید. در آخر، قانون‌گذاری، ناگزیر از واقع‌گرایی بود. بدون جدی گرفتن واقعیت‌ها و نیازها و مشکلات اساساً آمیدی به کارآمدی قانون و کام‌یابی در اداره امور عمومی نبود. با این وصف، نقش تکثر، آزادی‌خواهی و علم جدید در نهاد قانون‌گذاری به خوبی آشکار می‌شود. هر یک از این سه، حضور دیگر عنصرها را ضروری می‌ساخت و بقای آن‌ها را تضمین می‌کرد.^۱

این نظریه که نمایندگان، مرجع صلاحیت‌دار قانون‌گذاری هستند، تجلی عنصر دولت ملی است که در اصل ۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و فصل‌های پنجم و ششم آن قانون - به ویژه اصل‌های ۵۸، ۵۹ و ۶۲ - پذیرفته شده است. گفتنی است طبق اصل ۲، قانون‌گذار واقعی در این قانون، خداوند است، ولی تصویب مقررات در محدوده قانون او، بر عهده اعضای جامعه یا نمایندگانشان قرار داده شده است.^۲ به عبارت دیگر، با وجود مرجع صالح قانون‌گذاری در ایران، به لحاظ محتوایی، دیدگاه مربوط به الزامات مرجع قانون‌گذاری در دوران مدرن به شرحی که بیان شد، در این جا جایگاهی ندارد. این در حالی است که در

۱. راسخ، پیشین، ص ۶۸.

۲. راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، ص ۱۴۳.

جامعه مدرن انگلیس، مرجع صالح قانون‌گذاری از «نمایندگان خداوند بر روی زمین و متولیان دستگاه رسمی دین» به «مجالس ملی قانون‌گذاری» دگرگون شده است و مجالس انگلیس به عنوان مرجع صالح قانون‌گذاری در چارچوب الزامات منطبق بر دوران مدرن به وضع و اصلاح قانون می‌پردازند.

نتیجه گیری

چون انگلیس، واجد همه عناصر مؤلف مدرنیته اعم از عناصر عینی و ارزشی است، نظام حقوقی مدرن دارد. چنین نظامی برای تأمین و تضمین وجود کل مجموعه اقدام می‌کند و اصول دادرسی عادلانه برای تضمین حقوق ماهوی انسان، یکی از این تدبیرها به شمار می‌رود. به این ترتیب، نظام حقوقی انگلستان به دلیل وجود عناصر حیات مدرن (مدرنیته)، در قلمرو اصول و تضمینات حق‌های رویه‌ای کارمند متهم، از ایران توسعه‌یافته‌تر است و اعمال این حق‌ها، مستند به اسناد حقوق بشر رویه‌ای صورت می‌گیرد.

در مقابل، وضعیت کشور ایران از نظر دارا بودن عناصر مدرنیته متفاوت است. ایران واجد عنصر عینی دولت ملی با خصوصیت و شرط نظم داخلی و استقلال در اعمال سیاست خارجی است که در مرجع صالح قانون‌گذاری تجلی می‌یابد. با این حال، کارآمدی قانون و کام‌یابی آن در اداره امور عمومی به پای‌بندی به الزامات قانون‌گذاری در دوران مدرن وابسته است که این پذیرش و پای‌بندی ملاحظه نمی‌شود. در مورد دیگر عنصر عینی مدرنیته یعنی تکثر نیز باید گفت با این‌که جامعه ایران بسیار متکثر است، ولی تمام واقعیت تکثر فرقه‌ها، نژادها، گروه‌ها، سبک‌ها، ایدئولوژی‌ها و آرای درون قلمرو ملی به صورت برابر پذیرفته نشده است. به علاوه عقل خودبنیاد و حق به مفهوم مدرن در نظام حقوقی ایران جایگاه متفاوتی دارند. بنابراین، در کشور ایران، به دلیل نداشتن حداکثری عناصر حیات مدرن، همه اجزای مؤلف حقوق مدرن در میان آن عناصر وجود ندارد. در نتیجه، در نظام حقوقی آن، اصول و تضمینات رویه‌ای کامل و توسعه‌یافته نیستند. البته می‌دانیم که مدرنیته، پدیده‌ای مدرج و مشکک است و همه جوامع مدرن به طور یکسان دارای عناصر مؤلف مدرنیته نیستند. پس در جوامعی که در مسیر مدرنیته قرار دارند، امکان بهره‌برداری نظری و عملی از تجربه‌های جوامع مدرن وجود دارد. در این میان، چون حقوق عمومی در هر کشوری، طنین صدای تحولات تاریخی آن کشور است، به تناسب پیشرفت در راه واجد شدن عناصر مدرنیته، باید آن تجربه‌ها را بومی‌سازی کرد تا به حل و رفع مشکلات در این عرصه کمک کند.

فهرست منابع

۱. منابع فارسی الف) کتاب

۱. آدمیت، فریدون، اندیشه‌های میرزا فتح‌علی آخوندزاده، تهران: خوارزمی، ۱۳۴۹.
۲. دامغانی، محمدتقی، اولین قوانین ایران قبل از مشروطیت، تهران: بهزاد، ۱۳۵۷.
۳. راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴.
۴. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، تهران: نی، ۱۳۹۳.
۵. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۱)، تهران: نی، ۱۳۸۱.
۶. سروش، عبدالکریم و همکاران، سنت و سکولاریسم (مجموعه گفتارها)، تهران: صراط، ۱۳۸۴.
۷. سروش، عبدالکریم، دین و دنیای جدید (۲): سنت و سکولاریسم، تهران: صراط، ۱۳۸۱.
۸. صالح، علی‌پاشا، سرگذشت قانون: مباحثی از تاریخ حقوق، دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
۹. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
۱۰. طالبوف، عبدالرحیم، مسائل الحیات، تهران: شبگیر، ۱۳۵۶.
۱۱. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر دوم)، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق: تعریف و ماهیت حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.
۱۳. متین‌دفتری، احمد، سیر روابط و حقوق بین‌الملل تا عصر حاضر، تهران: مروارید، ۱۳۴۴.
۱۴. نصر، سید حسین، اسلام سنتی در دنیای متجدد، ترجمه: محمد صالحی، تهران: سپهروردی، ۱۳۸۶.

ب) مقاله

۱. راسخ، محمد، «نظریه حق». باروری و ناباروری، ۱۳۸۸، دوره دهم، شماره ۴، صص ۲۹۹-۳۱۶.
۲. ملکیان، مصطفی، «مدرنیته و ایران»، آیین، ۱۳۸۵، شماره ۴، صص ۴۸-۵۳.

2-Latin Source

A)Book

- 1-Glassman, R. M., The origins of democracy in tribes, city-states and nation-states, Springer, 2017
- 2-Hurst, J. F., History of Rationalism: Embracing a Survey of the Present State of Protestant Theology, Carlton & Porter, 1867
- 3-Puchala, D. J., International politics today. Dodd, Mead, 1971.

B)Website

- 1-www.loc.gov/rr/frd/cs/profiles/Iran-new.pdf.
- 2-www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/culturalidentity/religion/articles/religioninenglandandwales2011/2012-12-11
- 3-www.supremecourt.uk/docs/speech-131015.pdf.

The status of the constituent elements of modernity and the relationship between the elements and the legal system in Iran and England

Mokhtar Mohammadi*

Mohammad Rasekh**

Mojammad jalali***

Abstract:

Modernity was formed and evolved on the specific context of political and intellectual developments of the late Middle Ages and the Renaissance and beyond, and all manifestations. It affected the individual and collective life of man and led to the emergence of modern law, of which the principles of fair trial are a product. Hence, the main question of this article is about the relationship between having the author elements of modernity and aspects of the legal system. For this purpose, it is necessary to first identify the objective and epistemological / value elements of the phenomenon of modernity as well as the four legal aspects, namely the “purpose” and “source” of law, the legal “method” and the “reference” of legislation. Iran and the United Kingdom and the relationship between these elements and their legal systems were studied using a comparative method and qualitative analysis.

The findings of the study indicate the fact that the United Kingdom, due to the presence of most elements of new life (modernity), has a modern legal system and as a result; In the realm of principles and guarantees, the procedural rights of the accused

*. PhD in Public Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch of Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) rasekh.m@gmail.com

** . Prof. Shahid Beheshti University. m_yas2006@yahoo.com

***. Beheshti University. mdjalali@gmail.com

employee are more developed, and the exercise of these rights is documented in human rights documents. In contrast, Iran lacks all the elements of modern law due to its maximum elements of modern life, and therefore, at present, it does not have the principles and guarantees of a complete and developed procedure in accordance with human rights documents.

Keywords: modernity legal system modern law fair trial.