



حقوق شناسی عمومی

دوره میانی - ۲

منابع حقوق

(یافتگاه حقوق)

مصطفی دانش پژوه

استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه



پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

بهار ۱۳۹۱



منابع حقوق (یافتگاه حقوق)

مؤلف: مصطفی دانش پژوه

ناشر: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

حروفچینی و صفحه‌آرایی: اداره چاپ و انتشارات پژوهشگاه

چاپ اول: بهار ۱۳۹۱

تعداد: نسخه

لیتوگرافی: سعیدی

چاپ: قم - مؤسسه چاپ زیتون

قیمت: تومان

کلیه حقوق برای ناشران محفوظ و نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

قم: ابتدای شهرک پردیسان، بلوار دانشگاه، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۰۲۵۱۲۱۱۱۱ (انتشارات ۲۱۱۱۳۰۰)، نمابر: ۲۸۰۳۰۹۰،
ص.پ. ۳۷۱۸۵.۳۱۵۱ • تهران: خ انقلاب، بین وصال و قدس، نیش کوی اُسکو، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۰۶۶۴۰۲۶۰۰ و ۰۶۶۹۷۸۹۲

Website: www.rihu.ac.ir

Email: info@rihu.ac.ir

سخن پژوهشگاه

پژوهش در علوم انسانی [به منظور شناخت، برنامه‌ریزی و ضبط و مهار پدیده‌های انسانی] در راستای سعادت واقعی بشر ضرورتی انکارناپذیر و استفاده از عقل و آموزه‌های وحیانی در کنار داده‌های تجربی و در نظر گرفتن واقعیت‌های عینی و فرهنگ و ارزش‌های اصیل جوامع، شرط اساسی پویایی، واقع‌نمایی و کارایی این‌گونه پژوهش‌ها در هر جامعه است. پژوهش کارآمد در جامعه ایران اسلامی در گرو شناخت واقعیت‌های جامعه از یک سو و اسلام به عنوان متقن‌ترین آموزه‌های وحیانی و اساسی‌ترین مؤلفه فرهنگ ایرانی از سوی دیگر است؛ از این رو، آگاهی دقیق و عمیق از معارف اسلامی و بهره‌گیری از آن در پژوهش، بازنگری و بومی‌سازی مبانی و مسائل علوم انسانی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. توجه به این حقیقت راهبردی از سوی امام خمینی (ره) بنیانگذار جمهوری اسلامی، زمینه شکل‌گیری دفتر همکاری حوزه و دانشگاه را در سال ۱۳۶۱ فراهم ساخت و با راهنمایی و عنایت ایشان و همت اساتید حوزه و دانشگاه، این نهاد علمی شکل گرفت. تجربه موفق این نهاد، زمینه را برای گسترش فعالیت‌های آن فراهم آورد و با تصویب شورای گسترش آموزش عالی در سال ۱۳۷۷ «پژوهشکده حوزه و دانشگاه» تأسیس شد و در سال ۱۳۸۲ به «مؤسسه پژوهشی حوزه و دانشگاه» و سال ۱۳۸۳ به «پژوهشگاه حوزه و دانشگاه» ارتقا یافت.

پژوهشگاه تاکنون در ایفای رسالت سنگین خود خدمات فراوانی به جوامع علمی ارائه نموده است که از آن جمله می‌توان به تهیه، تألیف، ترجمه و انتشار ده‌ها کتاب و نشریه علمی اشاره کرد.

کتاب حاضر هر چند به عنوان «منبع مطالعات کلی حقوقی» برای پژوهشگران عرصه علوم انسانی - اجتماعی، به ویژه فاضلان فقه آشنای حوزوی و «درآمدی بر فلسفه حقوق» برای دانش‌آموختگان رشته حقوق و دانشجویان مقطع کارشناسی ارشد فراهم آمده است، در عین حال می‌تواند به عنوان «تذکرة المدرسين»، اساتید گرانقدر درس «مقدمه علم حقوق» را در یادآوری و تجمیع دانسته‌های پیشین و لازم برای تدریس کمک کند. لازم به یادآوری است که این اثر به صورت مشترک، بین پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات جنگل که از ناشران فعال در زمینه نشر و توزیع کتاب‌های حقوقی می‌باشد، چاپ شده است.

در پایان پژوهشگاه لازم می‌داند از مؤلف محترم حجت‌الاسلام والمسلمین آقای مصطفی دانش‌پژوه که با تلاش پیگیر و درازمدت خود این اثر را آفریدند و جناب مستطاب حجت‌الاسلام والمسلمین آقای دکتر قدرت‌الله خسروشاهی که از آغاز در تهیه طرح مشارکت داشته و تمامی متن را به دقت مطالعه و مباحثه نموده‌اند، و نیز ناظران و ناقدان محترم حضرات حجج‌الاسلام والمسلمین آقایان: دکتر سید مهدی دادمرزی، محمدرشید محلاتی، دکتر عباس کریمی و دکتر حسین سیمایی صراف که با نظارت و نقدشان بر انتقان این اثر افزودند سپاسگزاری کند.

فهرست مطالب

پیشگفتار	۱
درآمد	۵
مقدمه: طرح بحث	۵
گفتار نخست: مفهوم منابع	۵
گفتار دوم: رابطه مبانی حقوق با منابع حقوق	۱۰
گفتار سوم: تعدد، سلسله مراتب و انواع منابع	۱۱
مبحث اول: تعدد منابع	۱۱
مبحث دوم: درجه اهمیت و سلسله مراتب منابع	۱۳
مبحث سوم: تقسیم بندی منابع و انواع آن	۱۴

بخش اول: منابع حقوق عرفی

فصل اول: قانون	۱۹
گفتار نخست: مفهوم قانون و ریشه آن	۱۹
مبحث اول: مفهوم لغوی و عام	۱۹
مبحث دوم: مفهوم اصطلاحی و خاص	۲۰
گفتار دوم: اوصاف و ویژگی های قانون	۲۱
مبحث اول: وصف ماهوی	۲۱
مبحث دوم: ویژگی شکلی و صوری	۲۲
مبحث سوم: ویژگی واضح	۲۲
گفتار سوم: مزایا و معایب قانون	۲۳
گفتار چهارم: اهمیت قانون و جایگاه آن	۲۵
مبحث اول: در حقوق رومی-ژرمنی	۲۶
مبحث دوم: در حقوق کامن لا	۲۹

۳۱	فصل دوم: عرف
۳۱	گفتار نخست: مفهوم شناسی
۳۱	مبحث اول: مفهوم لغوی
۳۲	مبحث دوم: مفهوم اصطلاحی
۳۲	بند یک) عرف لفظی
۳۳	بند دو) عرف عملی
۳۳	الف) مفهوم وسیع و عام
۳۴	ب) مفهوم محدود و خاص
۳۵	گفتار دوم: ارکان و عناصر عرف
۳۶	مبحث اول: عنصر مادی و شرایط آن
۳۹	مبحث دوم: عنصر معنوی
۴۱	گفتار سوم: ویژگی‌های عرف: الزامی و عقلانی بودن
۴۴	گفتار چهارم: رابطه عرف و عادت
۴۴	مبحث اول: تعریف عادت
۴۵	مبحث دوم: معیارهای تمیز عرف و عادت
۴۷	مبحث سوم: عرف و عادت قراردادی
۴۹	مبحث چهارم: تفاوت عرف تکمیلی و عادت قراردادی و نتایج آن
۵۰	گفتار پنجم: انواع عرف
۵۰	مبحث اول: عرف آمره و عرف تکمیلی
۵۱	مبحث دوم: عرف مسلّم و عرف قراردادی
۵۱	مبحث سوم: عرف موضوعی و عرف حکمی
۵۱	مبحث چهارم: عرف عام و عرف خاص
۵۲	مبحث پنجم: عرف مطّرد و عرف غالب
۵۳	مبحث ششم: عرف سابق، عرف مقارن و عرف متأخر
۵۳	گفتار ششم: مقایسه عرف و قانون
۵۶	گفتار هفتم: عرف، دیدگاه‌ها، نقش‌ها و کارکردها
۵۶	مبحث اول: دیدگاه‌ها
۵۷	مبحث دوم: نقش‌ها
۵۷	بند یک) نقش عرف به عنوان منبع مادی
۵۸	بند دو) نقش عرف به عنوان منبع رسمی
۵۹	الف) تفاوت دیدگاه‌ها

۶۰ (ب) تفاوت نظام‌های حقوقی
۶۱ (ج) تفاوت شاخه‌های حقوق
۶۳ مبحث سوم: کارکردها
۶۴ بند یک) عرف معاون یا عرف مبین و مفسر
۶۴ بند دو) عرف مکمل و متمم
۶۵ بند سه) عرف برتر و مقدم
۶۷ گفتار هشتم: شرایط اعتبار عرف
۶۸ گفتار نهم: منشأ و دلیل اقتدار و الزام آور بودن عرف
۶۹ مبحث اول: اراده و ارجاع مستقیم یا ضمنی قانون‌گذار
۷۰ مبحث دوم: وجدان عمومی یا اجتماعی و اراده عمومی
۷۰ مبحث سوم: آرای محاکم و رویه قضایی
۷۰ مبحث چهارم: ضرورت اجتماعی و خواست طبیعی انسان
۷۳ فصل سوم: رویه قضایی
۷۳ گفتار نخست: تعریف و ماهیت
۷۵ گفتار دوم: نقش و کارکرد رویه قضایی
۷۶ مبحث اول: اصلی‌ترین منبع رسمی در حقوق کامن‌لا
۷۷ مبحث دوم: منبع تفسیری و تکمیلی در حقوق رومی-ژرمنی
۸۰ گفتار سوم: چرایی و چگونگی پیدایش و دلیل اعتبار
۸۰ مبحث اول: چرایی پیدایش
۸۱ مبحث دوم: چگونگی پیدایش
۸۲ مبحث سوم: دلیل اعتبار
۸۳ بند یک) دیدگاه مثبت و دلایل آن
۸۳ الف) اراده ضمنی قانون‌گذار
۸۳ ب) اعتقاد عمومی
۸۴ ج) منبع مستقل
۸۴ بند دو) دیدگاه منفی و دلایل آن
۸۵ مبحث چهارم: تفاوت‌های مهم قانون و رویه قضایی
۸۶ فصل چهارم: دکترین و اصول کلی حقوقی
۸۶ گفتار نخست: دکترین

۸۶	مبحث اول: مفهوم شناسی
۸۹	مبحث دوم: دکترین و رویه قضایی
۹۱	مبحث سوم: چگونگی و قلمرو تأثیر دکترین در حقوق
۹۳	مبحث چهارم: منبع بودن دکترین؟
۹۶	گفتار دوم: اصول کلی حقوقی
۹۶	مبحث اول: مفهوم اصول کلی حقوقی و تفاوت آن با دکترین
۹۷	مبحث دوم: اهمیت اصول کلی حقوقی و کاربرد آن
۹۷	مبحث سوم: منبع بودن اصول کلی حقوقی؟
۱۰۰	فصل پنجم: دیگر منابع حقوق
۱۰۰	گفتار نخست: عمل حقوقی
۱۰۱	گفتار دوم: حقوق صنفی
۱۰۲	گفتار سوم: انصاف

بخش دوم: منابع حقوق دینی و الهی (اسلام)

۱۱۰	فصل اول: منابع اصلی
۱۱۰	گفتار نخست: کتاب (قرآن)
۱۱۰	مبحث اول: شناخت کلی و اجمالی
۱۱۰	بند یک) حقیقت قرآن و نام‌های آن
۱۱۱	بند دو) تقسیمات درونی قرآن
۱۱۳	بند سه) وحی و نزول قرآن
۱۱۵	بند چهار) محتوای قرآن و دسته‌بندی آن
۱۱۷	مبحث دوم: منبع بودن قرآن
۱۲۰	گفتار دوم: سنت
۱۲۰	مبحث اول: شناخت کلی و اجمالی
۱۲۰	بند یک) نیاز به سنت و مفهوم آن
۱۲۲	بند دو) انواع سنت
۱۲۲	بند سه) نقش‌های گوناگون سنت، رابطه کتاب و سنت
۱۲۳	مبحث دوم: منبع بودن سنت
۱۲۴	بند یک) دلیل منبع بودن سنت
۱۲۵	بند دو) دلیل وجود خارجی منبع: راه‌های دستیابی به سنت

۱۲۸	گفتار سوم: عقل
۱۲۸	مبحث اول: شناخت کلی و اجمالی (دیدگاه‌ها و تعریف)
۱۳۰	مبحث دوم: منبع بودن عقل
۱۳۲	بند یک) معیارپذیری احکام شرع و حسن و قبح افعال آدمی
۱۳۳	بند دو) عقلانی بودن معیارها و ادراک حسن و قبح از سوی عقل
۱۳۵	بند سه) ملازمه بین حکم عقل و شرع
۱۳۸	مبحث سوم: نکته‌های پایانی
۱۴۰	فصل دوم: منابع فرعی
۱۴۰	گفتار نخست: منابع فرعی سنت
۱۴۱	مبحث اول: اجماع
۱۴۱	بند یک) مفهوم اجماع
۱۴۱	بند دو) پیشینه اجماع و نقش آن
۱۴۲	بند سه) حقیقت اجماع و راه‌های وصول به آن
۱۴۲	الف) دیدگاه اهل سنت
۱۴۳	ب) دیدگاه امامیه
۱۴۷	بند چهار) انواع اجماع و حجیت آنها
۱۴۷	الف) اجماع مدرکی و اجماع غیر مدرکی
۱۴۸	ب) اجماع بسیط و اجماع مرکب
۱۴۸	ج) اجماع محصل و اجماع منقول
۱۵۰	مبحث دوم: شهرت
۱۵۲	مبحث سوم: سیره (عرف و عادت)
۱۵۲	بند یک) انواع سیره
۱۵۲	الف) به اعتبار پدیدآورنده
۱۵۳	ب) به اعتبار نقش و کارکرد
۱۵۳	بند دو) حجیت و اعتبار سیره
۱۵۷	گفتار دوم: منابع فرعی عقل؛ قیاس
۱۵۸	مبحث اول: مفهوم قیاس
۱۵۹	مبحث دوم: انواع قیاس و حجیت آنها
۱۵۹	بند یک) قیاس اولویت
۱۶۰	بند دو) قیاس مساوات

۱۶۳	فصل سوم: منابع تکمیلی
۱۶۳	گفتار نخست: احکام حکومتی
۱۶۴	گفتار دوم: عهد و پیمان

بخش سوم: منابع حقوق ایران

۱۷۰	فصل اول: قانون
۱۷۱	گفتار نخست: قانون به مفهوم عام
۱۷۱	مبحث اول: انواع قانون و طبقه‌بندی قوانین
۱۷۳	بند یک) قانون اساسی و منابع منشعب از آن
۱۷۳	الف) شناخت قانون اساسی و تمیز آن از قانون عادی
۱۷۴	ب) قانون اساسی در جمهوری اسلامی ایران
۱۷۹	ج) منابع منشعب از قانون اساسی
۱۸۰	یک - تفسیر قانون اساسی
۱۸۰	دو - آیین‌نامه داخلی مجلس
۱۸۱	سه - قوانین خاص و سازمان‌دهنده
۱۸۱	چهار - قانون و آیین‌نامه مربوط به خبرگان رهبری
۱۸۲	بند دو) قوانین میانه
۱۸۲	الف) قوانین ناشی از همه‌پرسی
۱۸۳	ب) فرامین رهبری و قوانین مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام
۱۸۶	بند سه) قوانین عادی یا پارلمانی (قانون به مفهوم خاص)
۱۸۷	الف) قوانین تأسیسی (داخلی)
۱۸۷	یک - قوانین مستقیم
۱۸۸	دو - قوانین غیرمستقیم یا تفویضی
۱۸۸	اول) قوانین آزمایشی
۱۸۹	دوم) تصویب‌نامه‌های قانونی (اساسنامه دائمی مؤسسه‌های دولتی یا...)
۱۹۰	ب) قوانین امضایی یا تنفیذی (خارجی = عهدنامه‌های بین‌المللی)
۱۹۲	ج) قوانین تفسیری
۱۹۴	بند چهار) قوانین غیر پارلمانی (مصوبات قوه مجریه، قوه قضاییه و نهادهای خاص)
۱۹۴	الف) تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه و بخشنامه‌های قوه مجریه
۱۹۶	یک - ضرورت و نیاز
۱۹۶	دو - توجیه حقوقی وضع قانون به وسیله قوه مجریه

- سه - مقامات واضع و حدود صلاحیت آنها ۱۹۷
- چهار - انواع قوانین دولتی ۱۹۸
- پنج - تفاوت قوانین دولتی و قانون عادی ۲۰۰
- ب) دیگر موارد ۲۰۱
- مبحث دوم: شرط اعتبار و مقام تعیین کننده ۲۰۲
- بند یک) قانون اساسی ۲۰۲
- بند دو) قوانین میانه و مختلط ۲۰۵
- الف) همه پرسی تقنینی ۲۰۵
- ب) مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام ۲۰۷
- یک - مصوبات مربوط به «تعیین سیاست های کلی نظام» ۲۰۷
- دو - مصوبات مربوط به «حل معضلات نظام که از طریق عادی قابل حل نیست» ۲۰۸
- سه - مصوبات مربوط به حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان ۲۰۸
- بند سه) قوانین عادی (پارلمانی) ۲۰۹
- الف) شرایط اعتبار ۲۰۹
- یک - مطابقت یا عدم مغایرت با اسلام ۲۰۹
- دو - عدم مغایرت با قانون اساسی ۲۱۰
- ب) مقام تشخیص دهنده و چگونگی تشخیص ۲۱۱
- ج) موضوع و قلمرو نظارت شورای نگهبان ۲۱۲
- یک - انواع قوانین جدیدالتصویب ۲۱۲
- دو - قوانین عادی گذشته ۲۱۳
- د) صلاحیت دادرس برای تشخیص وجود شرایط اعتبار ۲۱۹
- یک - قاضی مجتهد ۲۲۱
- دو - قاضی غیر مجتهد ۲۲۳
- بند چهار) قوانین غیر پارلمانی ۲۲۴
- الف) قوانین دولتی ۲۲۴
- ب) دیگر موارد ۲۲۷
- گفتار دوم: قانون به مفهوم خاص (قانون عادی یا پارلمانی) ۲۲۸
- مبحث اول: وضع قانون و مراحل گوناگون آن ۲۲۸
- بند یک) پیشنهاد قانون ۲۳۰
- الف) طرح قانونی ۲۳۰
- ب) لایحه قانونی ۲۳۰

۲۳۱ (ج) طرح شورای عالی استان‌ها
۲۳۱ بند دو) بررسی و تصویب قانون
۲۳۳ بند سه) تأیید قانون از سوی شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام
۲۳۴ بند چهار) امضای قانون
۲۳۶ بند پنج) انتشار قانون
۲۳۷ بند شش) فرارسیدن زمان اجرای قانون
۲۳۸ مبحث دوم: اقتدار و نفوذ قانون (لزوم اجرای قانون)
۲۳۹ بند یک) اقتدار و اجرای قانون در قوه مقننه
۲۴۰ بند دو) اقتدار و اجرای قانون در قوه مجریه
۲۴۱ بند سه) اقتدار و اجرای قانون در قوه قضائیه
۲۴۲ الف) اجرای قانون در محاکم
۲۴۶ ب) اجرای قانون در دیوان عالی
۲۴۹ بند چهار) اقتدار قانون در برابر اشخاص
۲۴۹ الف) اجرا نکردن قانون به دلیل تکمیلی بودن آن
۲۵۰ ب) اجرا نکردن قانون به دلیل جهل به قانون
۲۵۳ ج) عدم اجرای واقعی قانون یا اجرای صوری و فریبکارانه آن
۲۵۳ یک - تراضی یا رضایت دادن برخلاف قوانین امری
۲۵۴ دو - اجرای صوری و فریبکارانه قانون
۲۵۵ فصل دوم: شریعت و فقه اسلام (منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر)
۲۵۶ گفتار نخست: مستند قانونی و تبیین آن
۲۵۹ گفتار دوم: قلمرو استناد به شریعت و فقه: دعاوی حقوقی یا مطلق دعاوی؟
۲۶۰ مبحث اول: دلایل عدم شمول و نقد آنها
۲۶۰ بند یک) خروج تخصصی دعاوی کیفری
۲۶۱ بند دو) خروج تخصصی دعاوی کیفری
۲۶۲ بند سه) لزوم مراعات اصل برائت
۲۶۲ بند چهار) لزوم مراعات قاعده درء
۲۶۴ بند پنج) صلاحیت انحصاری والی - و نه قاضی - در اجرای تعزیرات
۲۶۴ بند شش) مخالفت با قاعده قبح عقاب بلایان
۲۶۵ بند هفت) مخالفت با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها
۲۶۷ بند هشت) حفظ و بقای حکمت قانون‌گذاری

۲۶۸ بند نه) لزوم پرهیز از صدور آرای متضاد
۲۶۹ مبحث دوم: جمع‌بندی و نتیجه
۲۷۱ گفتار سوم: ملاحظات: ابهام‌ها، پرسش‌ها، مشکل‌ها، پاسخ‌ها و راه‌حل‌ها
۲۷۱ مبحث اول: اجمال در مفاهیم
۲۷۳ مبحث دوم: ابهام در اجرا
۲۷۳ مبحث سوم: سرگردانی قاضی
۲۷۴ مبحث چهارم: صدور احکام متفاوت و متعارض و نقض نظم حقوقی
۲۷۵ مبحث پنجم: ناکافی بودن فقه برای تکمیل قانون
۲۷۵ گفتار چهارم: توسعه و تعمیم نقش شریعت
۲۷۷ فصل سوم: عرف
۲۷۷ گفتار نخست: عرف به عنوان منبع رسمی تکمیلی
۲۷۹ گفتار دوم: عرف به عنوان منبع مادی و تفسیری
۲۸۲ گفتار سوم: رابطه عرف با شریعت و قانون
۲۸۲ مبحث اول: رابطه عرف با شریعت
۲۸۳ مبحث دوم: رابطه عرف با قانون
۲۸۶ فصل چهارم: رویه قضایی
۲۸۹ گفتار نخست: آرای همانند قضاات
۲۸۹ گفتار دوم: آرا و نظرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور
۲۹۰ گفتار سوم: آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور
۲۹۴ فصل پنجم: دکترین و اصول کلی حقوقی
۲۹۴ گفتار نخست: دکترین یا نظریه علمای حقوق
۲۹۵ گفتار دوم: اصول کلی حقوقی
۲۹۶ فصل ششم: دیگر منابع
۲۹۷ منابع و مأخذ
۳۰۳ نمایه‌ها

ای نام تو بهترین سرآغاز
بی نام تو نامه کی کنم باز

پیشگفتار

واژه «حقوق» در ادبیات فارسی، در معانی متعدد و متفاوتی به کار می‌رود از جمله: «جمع حق»، «مجموعه مقررات حاکم بر روابط اجتماعی» و «علم حقوق». آنچه اصالتاً موضوع این کتاب و دیگر کتاب‌های این مجموعه است، معنای اخیر، یعنی «علم حقوق» است، هر چند از این رهگذر و در راستای شناسایی بهتر علم حقوق، از معانی دیگر نیز بحث خواهد شد؛ بدین ترتیب، این پژوهش، در گروه پژوهش‌هایی قرار می‌گیرد که در اصطلاح «علوم درجه دوم» نامیده می‌شوند؛ یعنی علمی که درباره دانش‌های دیگری بحث و تحقیق می‌کنند. ارائه این شناخت کلی و اجمالی و درجه دومی، دست‌کم در حوزه حقوق، در سه سطح ابتدایی و مقدماتی، میانی و استنتاجی و بالاخره عالی و نظریه‌پردازی قابل انجام است. سطح ابتدایی و مقدماتی، تقریباً ویژه دانشجویان تازه‌وارد رشته حقوق است. دانشجویانی که چه بسا بدون آگاهی کافی از موضوع و محمول و هدف رشته تحصیلی خود، می‌خواهند وارد عرصه علم حقوق شوند. بنابراین، لازم است در آغاز، هر چند به صورت اجمالی و کلی با علم حقوق آشنا شوند تا ادامه راه را با روشنی و استواری ببینند. برای تحقق این منظور، دو واحد درسی مستقل با عنوان «مقدمه علم حقوق» برای دانشجویان این رشته و نیز رشته‌های فقه و مبانی حقوق، فقه و حقوق، حقوق و علوم قضایی، علوم سیاسی و... پیش‌بینی شده است و کتاب‌های متعددی با همین عنوان یا عناوین مشابه و نزدیک مانند: کلیات علم حقوق، مبادی علم حقوق، مقدمه عمومی علم حقوق، کلیات مقدماتی حقوق، مبانی و کلیات علم حقوق، دیباچه‌ای بر دانش حقوق^۱ و امثال آن از سوی اساتید فن به رشته تحریر در

۱. برای اطلاع بیشتر از کتاب‌هایی با این عناوین، به کتابنامه آخر همین کتاب مراجعه کنید.

آمده است. بدیهی است در نوشتاری در این سطح، باید حتی المقدور بدون ورود در مباحث استدلالی، به ارائه شناختی ساده و راهنما بسنده کرد.

سطح میانی و استنتاجی، ویژه کسانی است که تقریباً با یک دوره کامل حقوق آشنا شده‌اند و شاخه‌های گوناگون حقوق را با مسائل جزئی آن، مطالعه کرده‌اند و اینک فارغ از مسائل ریز، جزئی و موردی، می‌خواهند یکبار دیگر به مباحث عام، فراگیر و مشترک حقوقی نگاهی کلی بیفکنند. مطالعه نوشتاری در این سطح، که می‌توان از آن با عنوان «حقوق‌شناسی عمومی» یاد کرد و طبعاً از مباحث استدلالی و تجزیه و تحلیل و استنتاج بی‌بهره نخواهد بود، افزون بر آنکه برای دانش‌آموختگان حقوق سودمند است، برای دیگر ارباب فضل در علوم انسانی-اجتماعی، به‌ویژه فاضلان فقه‌آشنای حوزوی که می‌خواهند با علم حقوق آشنا شوند نیز مفید است.

سطح عالی و نظریه‌پردازی که معمولاً با نام «فلسفه حقوق» از آن یاد می‌شود، به عمیق‌ترین لایه‌های مباحث کلی حقوق می‌پردازد و نظریات گوناگون را درباره چیهستی و چگونگی و هدف حقوق وامی‌کاود و در نهایت، یکی از آن نظریه‌ها را برمی‌گزیند یا خود نظریه‌ای جدید ابداع می‌کند.

کتاب حاضر با عنوان «منابع حقوق» مطالعه و پژوهشی در سطح میانی است که از میان مجموعه مباحث فراوان مربوط به حقوق‌شناسی عمومی، تنها به منابع حقوق می‌پردازد و در سه بخش اصلی، منابع حقوق عرفی، حقوق اسلام و حقوق ایران را بررسی می‌کند.

ناگفته نماند در مستندسازی مطالب، ارجاع به یک متن، لزوماً به معنای تأیید و پذیرش مطالب آن متن از سوی نویسندگان آن منابع یا این اثر نیست، بلکه بیشتر جهت راهنمایی خواننده محترم به منبع یا منابعی برای مطالعه بیشتر است.

امید آنکه این اثر ناچیز بتواند دانش‌آموختگان حقوق را در بازخوانی بخشی از آموخته‌ها و استنتاج نظری و کلی از آنها، یار و مددکار، و ارباب فضل و دانش در دیگر عرصه‌های علوم انسانی را در آشنا شدن با عرصه علم حقوق، چراغی راهنما باشد.

خدای را بر این توفیق شاکرم و در راستای تشکر از او، سپاس صمیمانه خویش را تقدیم می‌دارم به همه کسانی که به‌طور مستقیم و غیرمستقیم در پدید آمدن این اثر سهمی داشته‌اند:

- پدر و مادرم، که سنگ بنای تربیت علمی و دینی مرا نهادند؛ رضوان الهی نصیبشان باد!
 - همه معلمان و اساتیدی که مرا خواندن و نوشتن آموختند و با فقه و حقوق آشنا ساختند؛ سلامت، قرینشان باد و توفیقشان افزون، و اگر از قید حیات رسته‌اند، بهشت الهی مأوایشان!
 - همکار گرامی و رفیق شفیع، جناب حجت‌الاسلام والمسلمین آقای دکتر قدرت‌الله خسروشاهی - ادام‌الله ایام افادته - که از آغاز، در تهیه و تدوین طرح مشارکت داشتند و رنج مطالعه و نقد و تصحیح بقیه مباحث را تحمل کردند. بدون تردید بی‌مدد و پشت‌گرمی ایشان، این سلسله نوشتار پدیدار نمی‌گشت.
 - همه صاحبان آثاری که از نوشته‌هایشان بهره‌جستم و اساتید و دوستانی که از نقد و رهنمودشان فایده بردم، به‌ویژه استاد ارجمند، جناب آقای دکتر عباس کریمی که در آغاز راه و تهیه طرح تحقیق از هدایت‌هایشان و در ادامه کار، از دیدگاه‌های سازنده‌شان بهره‌مند شدم، و فاضل دانشمند جناب مستطاب حجت‌الاسلام والمسلمین آقای دکتر سید مهدی دادمرزی که در پایان کار از اظهارنظرهای دقیق و عالمانه‌شان سود جستم. نیز ناقدان بصیر، حضرت حجت‌الاسلام والمسلمین آقای محمد سروش محلاتی و فاضل ارجمند جناب آقای دکتر حسین سیمایی صراف که نقدهایشان بر انتقان اثر افزود.
 - ویراستار محترم، فاضل گرامی، جناب آقای محمود سوری که در روان‌سازی متن تلاشی وافر و ارجمند مبذول داشتند.
 - همه دست‌اندرکاران پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، به‌ویژه همکاران گروه حقوق، مسئول محترم و کارکنان کتابخانه، اداره نشر و ویرایش، معاونت‌های پژوهشی وقت و ریاست محترم پژوهشگاه.
 - مدیریت‌های محترم و کارکنان گرامی کتابخانه تخصصی فقه و اصول حضرت آیت‌الله العظمی سیستانی و کتابخانه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران که در استفاده‌ام از آن کتابخانه‌های مبارک، کمال مساعدت را مبذول داشتند.
 - همسر مهربان و فرزندان عزیزم که با شکیبایی فزون از حدشان، انرژی پژوهش و نگارش را استمرار می‌بخشیدند.
- و سرانجام، خاضعانه عرض پوزش و اعتذار دارم به ساحت گرامی همه صاحب‌نظران بزرگوار و عزیزی که سخن‌والایشان را درست نشنیدم، درست نخواندم و درست نفهمیدم و در نتیجه، به سادگی از کلامشان عبور کردم یا جسورانه به تیغ نقدشان کشیدم و در نهایت، از

همه آنان و همه خوانندگان محترم درخواست دارم نه با دیده اغماض، که با نگاه اصلاحی و انتقادی به این اثر بنگرند و اگر آن را قابل دیدند، با هدیه‌ای از انتقادهای و اصلاحات، نویسنده را قرین امتنان مضاعف فرمایند.

ای غایت عقل و عشق، در گفت و شنفت
در ختم سخن حمد تو می‌باید گفت

و آخر دعوانا

ان الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین

مصطفی دانش پژوه — پاییز ۱۳۹۰

درآمد

مقدمه: طرح بحث

بحث از مکاتب حقوقی، یعنی مبانی حقوق و اهداف حقوق به لحاظ نظری و فلسفی، مهم‌ترین بحث حقوق‌شناسی عمومی و فلسفه حقوق است^۱ و بحث حاضر، یعنی منابع حقوق، عملی‌ترین و کاربردی‌ترین بخش آن مباحث شمرده می‌شود؛ چراکه از یک سو، هم مردم و اشخاص حقیقی و هم اشخاص حقوقی در تنظیم روابط خود باید بر اساس قواعد حقوقی عمل کنند و از سوی دیگر، دادگاه‌ها نیز در احقاق حقوق و حل و فصل دعاوی باید بر پایه قواعد حقوقی حکم صادر نمایند. پس همه باید قواعد حقوقی را، به قدر نیاز خود بشناسند. برای این شناخت، به چه مرجعی باید مراجعه کنند و این قواعد را کجا بیابند؟ این پرسشی است که این کتاب عهده‌دار پاسخ آن است. پس از تبیین مفهوم منبع حقوق، رابطه منابع حقوق با مبانی حقوق، انواع و اقسام منابع حقوق و سلسله‌مراتب منابع حقوق در این مقدمه با توجه به ارتباط وثیق مبنای حقوق با منابع حقوق و گروه‌بندی بسیار بنیادین مکاتب و نظام‌های حقوقی به دو دسته حقوق «سکولار-بشری» (عرفی) و حقوق «دینی-الهی»، در بخش اول منابع حقوقی عرفی به طور اجمالی و کلی مورد بحث قرار می‌گیرد. در بخش دوم، منابع حقوق اسلام به عنوان زنده‌ترین نظام حقوق دینی و نیز زیرساخت نظام حقوقی کنونی ایران به اختصار شناسانده می‌شود و بخش سوم، به بحث تفصیلی از منابع حقوق ایران اختصاص خواهد یافت.

گفتار نخست: مفهوم منابع

با وجود روشن بودن مفهوم لغوی واژه «منبع»، وقتی این کلمه به واژه حقوق اضافه شود و اصطلاح ترکیبی «منابع حقوق» را می‌سازد، تا حدی مبهم می‌شود یا دست‌کم به دلیل مفاهیم گوناگونی که حقوق‌دانان از آن اراده می‌کنند، چنین ابهامی پدید می‌آید. مثلاً گاه «آن

۱. ر.ک: خسروشاهی، نظریه‌ها و نظام‌های حقوقی.

را به معنای "کلیده روش‌های ایجاد حقوق" و به اصطلاح "منابع مادی حقوق" گرفته‌اند و گاهی به معنای "منابع اعتبار" یا "منابع شکلی" آن.^۱ برخی چنین تصریح کرده‌اند: «بحث در منابع حقوق، متوجه طریقه‌های وضع و ایجاد نظامات و مقررات و قواعد مذکور است»^۲ و سپس طریقه‌های وضع و ایجاد قواعد حقوقی را چنین توضیح می‌دهند:

هرگاه این اصول و قواعد به وسیله قوه مقننه وضع شده باشد، در این صورت آن را «قانون» می‌نامیم و چنانچه قواعد و اصول مذکور منشأ عرفی داشته، بر اثر عمل مستمر و مداوم مردم یک جامعه، آن عمل موجود به صورت یک قاعده و اصل لازم‌الرعایه در آمده باشد، در این حالت آن را «عرف» می‌گویند.^۳

برخی دیگر با نگاهی فلسفی و بنیادین به بحث منابع نظر افکنده‌اند و «اراده ملت» یا «اراده عموم» را به عنوان «منبع اصلی» حقوق معرفی کرده و می‌نویسند:

از نظر جامعه‌شناسان، منبع اصلی حقوق، اراده ملت است که به دو صورت ظهور می‌کند: مستقیم و غیر مستقیم. شکل نخست، همان عرف و آداب اجتماعی است که ممکن است متدرجاً به صورت قانون درآید، چنان‌که در گروه حقوق انگلو ساکسن می‌بینیم. نوع دوم به وسیله نمایندگان منتخب مردم انجام می‌گیرد. به همین علت، منبع حقوق عرف است یا قانون.^۴

برخی دیگر آن را چنین توضیح می‌دهند:

در کشورهای با عنوان دموکراتیک، اراده ملت را منبع اصلی معرفی می‌کنند و می‌گویند: گاهی مردم به‌طور مستقیم، مثل شرکت در فراندوم، نظر خود را درباره قواعدی ابراز می‌دارند، و گاهی به‌طور غیر مستقیم و از طریق قوه مقننه‌ای که بر گزیده مردم است. در حکومت‌هایی که دین و مذهب عامل تعیین‌کننده است، قواعد حقوقی ریشه در وحی پیدا می‌کند و سعی می‌کنند قواعد حقوقی را متکی به اراده خداوند نمایند.^۵

نویسنده دیگری این‌گونه می‌نویسد:

در حکومت‌های آزاد، منبع اصلی تمام قواعد حقوقی، اراده عموم است که گاه به‌طور مستقیم و به صورت عرف و عادت منشأ حقوق می‌شود و گاه دیگر به وسیله قانون ایجاد قاعده می‌کنند.^۶

۱. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر حقوق اسلامی، ج ۱، ص ۲۵۴.

۲. واحدی، مقدمه علم حقوق، ص ۱۷۳ و ۱۷۴.

۳. همان، ص ۱۷۳ و ۱۷۴.

۴. حیدریان، مبادی علم حقوق، ص ۲۲.

۵. مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۱۵۹.

۶. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۱۹.

صرف نظر از ویژگی‌ها و نکات اختصاصی هر یک از سخنان فوق، وجه اشتراک همه آنها در این است که از «منبع اصلی» سخن گفته‌اند و اراده ملت، اراده عموم یا اراده الهی را مصداق آن دانسته‌اند. از تکیه بر وصف «اصلی»، پیداست که در نگاه آنان منابع دیگری نیز می‌توان یافت که «منابع غیر اصلی» به شمار می‌آیند. شاید به همین دلیل است که برخی از نویسندگان مورد اشاره، در پایان کلام خویش تصریح کرده‌اند: «به همین علت، منبع حقوق، عرف است یا قانون».^۱ گویا منابع حقوق را - بی‌آنکه تعریفی از منابع ارائه کنیم - می‌توان به دو دسته منابع اصلی و منابع غیر اصلی تقسیم کرد. اراده ملت، اراده عموم، اراده الهی یا چیزهایی دیگر، منبع اصلی، و قانون و عرف و عادت و چیزهایی از این قبیل را منابع غیر اصلی دانست. از آنجا که از اصطلاح «اصلی» و «غیر اصلی» در مباحث فرودستی نیز استفاده می‌شود و این ممکن است خود موجب خلط مبحث و ایجاد شبهه و اشتباه گردد، برخی تعبیر «منابع واقعی» و «منابع ظاهری» را به کار برده‌اند.^۲ به هر روی، آیا در مبحث منابع حقوق، هر دو دسته از منابع مورد بحث قرار می‌گیرد یا فقط از منابع ظاهری و غیر اصلی گفتگو می‌شود؟ ظاهراً همه بر این سخن اتفاق نظر دارند که موضوع بحث و گفتگو، منابع ظاهری و غیر اصلی است.^۳ در این صورت، شایسته است تعریفی از «منبع» ارائه شود که فقط بر مراد و مفهوم مورد نظر - و نه بیشتر - منطبق باشد؛ به‌ویژه آنکه بحث از منابع اصلی یا واقعی - بی‌آنکه بر بحثی لفظی اصرار داشته باشیم - در واقع بحث از «مبانی حقوق» است که پیش‌تر مورد مطالعه قرار گرفته است و تکرار آن بحث تحت عنوان منابع اصلی، توجیه منطقی ندارد.

برخی دیگر از نویسندگان حقوق نیز بی‌آنکه به تعریف روشنی از منابع حقوق بپردازند، آن را به دو دسته منابع مادی یا موضوعی (که بیانگر عوامل اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و تاریخی تکوین قاعده حقوقی هستند، مثل حقوق روم در مقایسه با حقوق بسیاری از کشورهای اروپایی و فقه اسلامی در مقایسه با حقوق بسیاری از کشورهای اسلامی) و منابع رسمی یا شکلی (که ابزار و وسایل استخراج قواعد حقوقی و اعلام آن به مردم است،

۱. حیدریان، مبادی علم حقوق، ص ۲۲.
 ۲. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲ و ۳.
 ۳. ر.ک: همه کتاب‌ها و نوشته‌های حقوقی که درباره منابع حقوق بحث کرده‌اند، از جمله، کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲ و ۳؛ الصده، اصول القانون، ص ۸۳؛ ابواللیل، المدخل الى نظرية القانون و نظرية الحق؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۷۱؛ سعد، مبادی القانون، ص ۲۹ و ۳۰.

مثل قانون، عرف و عادت و...) تقسیم کرده و منابع رسمی را موضوع بحث منابع حقوق قرار داده‌اند.^۱

برخی دیگر با تفکیک میان منابع قواعد حقوقی و مستندات قواعد حقوقی، مستندات قاعده حقوقی را که تقریباً همان منابع مادی یا موضوعی است، از قلمرو موضوع بحث خارج می‌دانند و تصریح می‌کنند:

در این بحث، گفتگو درباره عواملی نیست که در جوهر و ماهیت قواعد حقوقی نقش ماهوی دارد و کارگزار اصلی است؛ مقصود صورت‌های ایجاد و ظهور قواعد است، نه مقام و قدرتی که حق وضع و تحمیل آن را دارد.^۲ به بیان دیگر، سخن درباره وسایلی است که آن مقام برای بیان قواعد به کار می‌برد.^۳

بنابراین، نباید مستندات و منابع تاریخی را، مشمول بحث منابع حقوق دانست، اگر چه ممکن است با این عنوان از آنها یاد شود. نتیجه دیگری که از این عبارت استفاده می‌شود، این است که بحث از اینکه «چه مقامی می‌تواند حقوق را وضع یا اعلام کند؟»^۴ منطقیاً نمی‌تواند جزو مباحث منابع حقوق به شمار آید، جز آنکه از باب مسامحه و به ملاحظه آنکه از لوازم مقدماتی منابع حقوق است، بتوان آن را موضوع بحث منابع حقوق به شمار آورد. به نظر می‌رسد واژه «منبع» در عبارت «منابع حقوق»، همان معنایی را دارد که این کلمه و کلمه دیگر تقریباً هم معنای آن، «معدن» در دیگر عبارات‌های ترکیبی دارند. وقتی گفته می‌شود منبع آب یا معدن زغال سنگ، مقصود جایگاه‌هایی است که این اشیا را می‌توان آنجا یافت، ولی اینکه آب یا زغال سنگ چگونه پدید آمده‌اند، بحث جانبی دیگری است که مستقیماً به منبع‌شناسی و معدن‌شناسی ارتباط ندارد، گرچه در شناخت بهتر آنها بی‌تأثیر نیست. بر اساس آنچه در مباحث مربوط به مبنا و ماهیت حقوق گذشت، قواعد حقوقی، اگرچه صرفاً اعتباری، جعلی و قراردادی نیستند، متقابلاً صرفاً عینی و واقعی هم نیستند (همچون قواعد فیزیک، نجوم و...)، بلکه آمیخته‌ای از واقعیت و عینیت از یک سو، و جعل و اعتبار از سوی دیگر است. پس نیازمند مقامی است که آنها را بر اساس واقعیت و عینیت یا

۱. الصّده، اصول القانون، ص ۸۳؛ ابواللیل، المدخل الى النظرية القانون ونظرية الحق؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۷۱؛ سعد، مبادئ القانون، ص ۲۹ و ۳۰.

۲. از این نوشته روشن می‌شود که این نویسنده محترم، دیگر منبع حقوق را به معنای مقام و قدرت وضع‌کننده قواعد حقوقی نمی‌داند، آنجا که نوشته بود «در هر کشور، حقوق، ناشی از مقام و قدرتی است که حق وضع قواعد و تحمیل رعایت آن را دارد و همین مقام است که منبع حقوق نامیده می‌شود» (کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۱۹).

۳. همو، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۵.

۴. همان، ص ۱.

دست‌کم سازگار با آن و در جهت تأمین مصالح وضع و جعل کند؛ خواه آن مقام، شخص حاکم باشد یا دولت و دستگاه قانون‌گذاری و یا خود مردم یا خداوند. بنابراین، قواعد حقوقی، قاعده‌هایی هستند که این مقامات، وضع و جعل کرده باشند.

اینک پرسش این است که: این قواعد موضوعه را در کجا می‌توان یافت؟ بحث منابع حقوق، عهده‌دار پاسخ به این پرسش است و طبعاً برای ارائه پاسخی دقیق و مناسب، باید به این نکته توجه داشت که مقام واضع، خدا، دولت، مردم یا شخص حاکم، چگونه این قواعد را وضع می‌کند و متناسب با آن، از چه راه‌هایی می‌توان به این قواعد موضوعه دست یافت؛ وحی، عقل، الهام درونی، عرف و عادت، وضع قانون، دستور مستقیم شخصی یا...؟ هنگامی که شیوه‌های ابراز اراده حقوقی خدا، دولت، مردم یا شخص حاکم روشن شود، خودبه‌خود جایگاه یافت شدن قواعد حقوقی و به عبارت دیگر، منابع حقوق نیز روشن خواهد شد. بنابراین، «منابع حقوق» را با عبارت خلاصه «یافتگاه‌های قاعده حقوقی» می‌توان توضیح داد و آن را این‌گونه تعریف کرد: «مراجع و مآخذی است که اشخاص به منظور تنظیم روابط اجتماعی خود، یا قاضی برای یافتن قاعده حاکم بر دعوا، به آن مراجعه می‌کند».

با توضیحات گذشته و تعریف ارائه شده، «منبع حقوق» که موضوع بحث حاضر است، به خوبی از «مبنای حقوق» که موضوع بحث مکاتب حقوقی بود تمیز داده می‌شود. منبع حقوق، به معنای یافتگاه قاعده حقوقی؛ یعنی جایگاهی که می‌توان قاعده حقوقی را در آن جستجو کرد و آن را یافت. مبنای حقوق، به معنای خاستگاه قاعده حقوقی؛ یعنی بنیادی که قاعده حقوقی بر آن استوار است و با تکیه به آن، اعتبار، لزوم و قدرت اجرایی پیدا می‌کند. تکیه‌گاهی که اگر نباشد، قاعده حقوقی فرومی‌افتد یا اگر غیر از آن باشد که باید باشد، قاعده حقوقی از اعتبار و نفوذ فاصله می‌گیرد.

در مبحث مبانی حقوق به این پرسش بنیادین و فلسفی پاسخ داده می‌شود که: منشأ الزام‌آور بودن قواعد حقوقی چیست؟ اما در مبحث منابع حقوق، به این سؤال روبنایی و کاربردی جواب داده می‌شود که: این قواعد الزام‌آور را در کجا باید جستجو کرد و آن را یافت؟ بنابراین، ابهام ناشی از نزدیکی مفاهیم لغوی مبانی و منابع یا کاربرد تسامحی و مترادف‌گونه آنها، نباید موجب خلط مفاهیم اصطلاحی مبانی حقوق و منابع حقوق گردد، بلکه هر کدام مفهوم ویژه و در نتیجه، مبحث خاص خود را خواهد داشت.

گفتار دوم: رابطه مبانی حقوق با منابع حقوق

تمیز مبانی حقوق از منابع حقوق، نباید موجب این پندار گردد که این دو مفهوم و دو بحث، کاملاً مستقل از یکدیگرند و با هم ارتباطی ندارند، بلکه برعکس، ارتباطی وثیق، حتی نزدیک به ارتباط اصل و فرع بین آنها برقرار است. ارتباطی که تأثیر خود را هنگام بحث از چیستی منبع و شمارش منابع، و حداقل زمان اصلی و فرعی کردن منابع، به خوبی آشکار می‌کند. برای مثال، دولت‌گرایان که خاستگاه اصلی قاعده حقوقی را در اراده دولت جستجو می‌کنند، «قانون دولت ساخته» را منبع اصلی حقوق می‌دانند. جامعه‌شناسان و جامعه‌گرایانی که مبنای قاعده حقوقی را در مقبولیت اجتماعی آن می‌بینند، «عرف» را منبع اصلی حقوق برمی‌شمارند. آرمان‌گرایانی که بنیاد قاعده حقوقی را در انطباق آن با نظم طبیعی یا تأمین کردن عدالت می‌دانند، قانون منطبق با نظم طبیعی و تأمین‌کننده عدالت را، منبع اصلی حقوق به حساب می‌آورند و سرانجام طرفداران حقوق دینی و آسمانی، متون وحیانی را منبع نخستین حقوق می‌دانند. توجه به وجود این ارتباط وثیق، رمز و راز اختلاف دیدگاه صاحب‌نظران را درباره منابع حقوق آشکار می‌سازد و تفاوت منابع یا دست‌کم تفاوت سلسله‌مراتب منابع را در نظام‌های گوناگون حقوقی توجیه می‌کند و ریشه این اختلاف‌ها را در اختلاف نظر درباره مبانی حقوق نشان می‌دهد. بنابراین، با توجه به اختلاف نظری که درباره مبانی حقوق وجود دارد، نباید در برابر این پرسش که «منبع یا منابع حقوق کدام‌اند؟» انتظار دریافت پاسخ واحد و همانند را داشت، بلکه هر مکتب حقوقی، پاسخی متناسب با مبنای مقبول خود ارائه خواهد کرد. در این میان، چون از یک نگاه و در بنیادی‌ترین تقسیم، مکاتب و نظام‌های حقوقی، به دو گروه مکاتب و نظام‌های حقوق بشری و زمینی، و مکاتب و نظام‌های حقوق الهی و آسمانی^۱ تقسیم می‌شوند، نخست در مطالعه‌ای کلی و نوعی، از

۱. در بسیاری از نوشته‌های حقوقی، از نظام‌های حقوق بشری و زمینی با عنوان نظام‌های حقوق «عرفی» و از نظام‌های حقوق الهی و آسمانی با عنوان نظام‌های حقوق «دینی» یا «مذهبی» یاد می‌شود. تأکید بر اصطلاحات جایگزین در متن به چند دلیل است: از یک سو، عرف، هم در حقوق غیر دینی و هم در حقوق دینی به عنوان یکی از منابع حقوق پذیرفته شده است؛ در حالی که حقوق غیر دینی را، حقوق «عرفی» نامیدن، موهم این پندار است که عرف در حقوق دینی نقشی ندارد. از سوی دیگر، حقوق غیر دینی، خود به دو گروه عمده حقوق نوشته (مدوّن و قانون‌مدار) و حقوق نانوشته (نامدوّن و عرف‌محور = حقوق عرفی) تقسیم می‌شود. بنابراین، ممکن است به کار بردن اصطلاح «حقوق عرفی» به جای آنکه مفهوم حقوق بشری و زمینی را در برابر «حقوق دینی» به خاطر آورد، حقوق نانوشته و عرف‌محور در برابر حقوق نوشته و قانون‌مدار را تداعی کند. پس برای پرهیز از این ابهام و اشتباه بهتر است از اصطلاح حقوق بشری و زمینی استفاده کرد؛ چنان که اصطلاح حقوق «دینی» یا «مذهبی» شامل مذاهب انسان‌ساخته نیز می‌شود، در حالی که مقصود ما، مذاهب واقعی است که از طرف

منابع حقوقی در نظام‌های حقوق بشری و زمینی به اختصار بحث می‌کنیم و سپس به منابع حقوق اسلام، به عنوان زنده‌ترین نظام حقوق الهی و آسمانی و نیز منبع واقعی و مادی حقوق کنونی ایران می‌پردازیم. البته بحث تفصیلی از منابع حقوق ایران را، به بحث مربوط به نظام حقوقی ایران وا می‌گذاریم، ولی پیش از همه، لازم است به تعدد منابع، سلسله‌مراتب منابع و انواع منابع اشاره کنیم.

گفتار سوم: تعدد، سلسله‌مراتب و انواع منابع

مبحث اول: تعدد منابع

همان‌طور که اشاره شد، پرسش از تعداد منابع، درجه اهمیت و سلسله‌مراتب آنها و نیز انواع منابع، پاسخ واحدی ندارد. نه تنها صاحب‌نظران این عرصه بر اساس دیدگاهی که درباره ماهیت و مبنای قاعده حقوقی دارند، پاسخ‌هایی متفاوت ارائه می‌کنند و نه تنها در نظام‌های گوناگون حقوقی رایج در دنیا، منابع حقوق به تفاوت معرفی و شمارش می‌شوند، بلکه حتی در کشورهای مختلف عضو یک خانواده حقوقی نیز ممکن است منابع حقوق، همانند و یکسان نباشند؛ همان‌طور که ممکن است در طول تاریخ و بر اساس تطورات و تحولات اجتماعی، منابع حقوق در یک جامعه تغییر کنند یا دست‌کم جابه‌جا شوند. از نظر تاریخی، برخی صاحب‌نظران، تحولات اجتماعی را به سه دوره متمایز خودکامگی، نظم و حکومت قانون، و دوران اجرای عدالت و رعایت مصلحت تقسیم کرده‌اند. آنها منبع حقوق را در دوره نخستین، در دستورات حاکمان و فرمانروایان خلاصه کرده‌اند. در دوره دوم، قانون به عنوان یگانه منبع حقوق، جایگزین دستورات شخصی حاکمان می‌شود و دوران سوم، رویه قضایی یا عقل و عرف نیز به عنوان منابع تکمیلی در کنار قانون قرار می‌گیرند^۱ و عملاً نظام تعدد منابع، جایگزین نظام وحدت منبع می‌شود.

برخی دیگر، عرف را نخستین منبع رسمی حقوق دانسته‌اند که در تاریخ اجتماعات بشری ظاهر شده است. پس از آن، دین را به عنوان مهم‌ترین منبع معرفی کرده‌اند و اظهار می‌دارند پس از تحولات اخیر جوامع بشری و عدم تکافوی عرف برای تنظیم روابط

⇒ خداوند متعال و به وسیله پیامبران و برای هدایت انسان به او ابلاغ شده است و بدین دلیل، از اصطلاح حقوق الهی و آسمانی استفاده می‌شود تا شامل مذاهب و ادیان غیر حقیقی و نظام‌های حقوقی وابسته به آنها - اگر چنین نظام‌هایی وجود داشته باشد - نشود.
۱. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۳۳-۳۷.

اجتماعی، قانون نیز به منابع حقوق افزوده شد.^۱ از آنجا که نه مجال و فرصتی برای ارزیابی و نقد این نظریه‌ها و نظریه‌های مشابه وجود دارد، و نه بر این ارزیابی و رسیدن به نتیجه، فایده‌ای مهم مترتب می‌شود، از این بحث در می‌گذریم و تنها به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که از مجموع نظریه‌های فوق، این نتیجه به دست می‌آید که منابع حقوق در بستر تاریخ، تحولاتی را شاهد بوده است، ولی در مورد چگونگی این تحولات، هیچ‌یک از این نظریه‌ها را - با فرض درستی - نمی‌توان به‌طور کلی پذیرفت؛ چرا که جوامع گوناگون، تحولات متفاوتی را شاهد بوده‌اند.

به هر حال، دربارهٔ تعداد منابع حقوق سه دیدگاه وجود دارد. نخست دیدگاهی است که بیش از یک منبع برای حقوق به رسمیت نمی‌شناسد و به‌طور مشخص، «قانون» را منبع منحصر به فرد حقوق می‌داند. این تفکر تا نزدیک به عصر حاضر، آنچنان در بخشی از اروپا که عضو خانواده نظام حقوقی رومی-ژرمنی بودند، پذیرفته شده بود که اصولاً حقوق و قانون، مترادف به شمار می‌آمدند و در ورای قانون، چیزی به نام حقوق وجود نداشت. اگر چه این تفکر امروزه در نظر و عمل طرفداری ندارد،^۲ ولی شاید بتوان نظریه کلسن، مبنی بر نظم هرم‌واره حقوق را، که همه قواعد حقوق را در نهایت به قانون اساسی باز می‌گردانید، ناظر به این دیدگاه دانست؛ هر چند از زاویه‌ای دیگر، می‌توان او را جزو کسانی برشمرد که منابع متعددی را برای حقوق شمارش می‌کنند.^۳

دیدگاه دوم که بیشتر، جامعه‌شناسان طرفداران آن هستند، در برابر افراط دیدگاه نخست مبنی بر وحدت منبع حقوق، به تعدد نامحدود منابع حقوق گرایش دارد؛ چرا که الزام‌آور بودن قاعده حقوقی را، منحصر به اراده دولت که در چهره قانون ظاهر می‌شود، نمی‌داند و هر منبعی را که نوعی الزام ایجاد کند، منبع حقوق به شمار می‌آورد؛ اگرچه آن الزام، یک الزام شخصی و موردی و نه عام و کلی باشد یا آنکه الزام‌آور بودن آن منبع، ذاتی آن نباشد، بلکه به اتکای استواری آن بر منابع اصیل حقوق باشد.

«گووریچ با الهام گرفتن از نظر دانایانی مانند پتراریزگی و یونگ و لامبر، در استقرای خود دست‌کم به ده منبع می‌رسد که بدین شرح خلاصه می‌شود: ۱. عرف؛ ۲. اساسنامه گروه‌ها و شخصیت‌های حقوقی؛ ۳. قانون دولتی؛ ۴. رویه قضایی؛ ۵. معمول سازمان‌های غیر قضایی؛

۱. الصده، اصول القانون، ص ۸۴.

۲. داوید، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ص ۹۹-۱۰۱.

۳. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۱۴-۱۸.

۶. اندیشه‌های حقوقی (عقاید علما)؛ ۷. توافق‌ها، که در حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق کارگری نقش بسیار مؤثر دارد؛ ۸. اعلام‌های اجتماعی (مانند وعده‌ها، برنامه‌ها، آرا) به نام جمع یا به وسیله فرد و گروهی از اعضای آن؛ ۹. سابقه‌ها؛ ۱۰. شناسایی وضع جدید به وسیله گروهی که زیان این اقدام را متحمل می‌شوند (مانند امتیازی که کارفرمایان در اثر اعتصاب کارگران به آنان می‌دهند).^۱

دیدگاه سوم، که دیدگاه میانه و معتدل است، از یک سو، منبع واحد را برای یک نظام حقوقی کارآمد، سودمند و کافی نمی‌داند، و از سوی دیگر، به بهانه این عدم کفایت، هر عامل ایجاد «الزامی» را نیز منبع حقوق به شمار نمی‌آورد. به عبارت دیگر، این دیدگاه، طرفدار تعدد محدود منابع حقوق است. طرفدار تعدد است؛ چون منبع واحد - چه قانون و چه عرف - کافی نیست و طرفدار محدودیت است؛ زیرا برای منبع حقوق، ویژگی‌هایی را قائل است که به ناچار منابع را محدود می‌کند. این منابع متعدد و محدود کدام‌اند؟ به دلایلی که پیش‌تر به آن اشاره شد، پاسخ واحدی از طرف صاحبان این دیدگاه ارائه نشده است. در نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی، این منابع به ترتیب عبارت‌اند از: ۱. قانون؛ ۲. عرف و عادت؛ ۳. رویه قضایی؛ ۴. عقاید علمای حقوق (دکترین)؛ ۵. اصول کلی حقوق،^۲ و در نظام‌های حقوقی کامن‌لا، به ترتیب، عبارت‌اند از: ۱. آرای قضایی؛ ۲. قانون؛ ۳. عرف و عادت؛ ۴. دکترین و عقل.^۳

مبحث دوم: درجه اهمیت و سلسله‌مراتب منابع

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، اولاً: منابع متعدد حقوق، در دو خانواده حقوق رومی-ژرمنی و حقوق کامن‌لا، یکسان نیست و در کنار منابع مشترک، هر یک از دو نظام منابع ویژه‌ای نیز دارد. ثانیاً: درجه اهمیت و سلسله‌مراتب منابع نیز متفاوت است. برای مثال، رویه قضایی که در سلسله‌مراتب خانواده حقوق رومی-ژرمنی، در مرتبه سوم و در شمار منابع فرعی، تفسیری و تکمیلی قرار گرفته، در خانواده حقوق کامن‌لا، به عنوان اصلی‌ترین منبع حقوق، در صدر منابع نشانده شده است. افزون بر اینکه منابع مشترک در هر دو خانواده، لزوماً به یک معنا نیستند، بلکه ممکن است در عین برخورداری از عنوان واحد، مفاهیم متفاوتی از

۱. همان، ص ۱۲.

۲. داوید، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ص ۱۰۳ و ۱۰۶.

۳. همان، ص ۱۰۳ و ۲۰۶.

آنها اراده شود. همچنین باید یادآور شد در نظام‌های حقوق ملی هر یک از کشورهای عضو یک خانواده نیز ممکن است منابع ویژه‌ای وجود داشته باشد؛ چنان که ممکن است سلسله‌مراتب مورد قبول آن کشور، متفاوت از سلسله‌مراتب از دیگر کشورهای عضو همان خانواده باشد. به همین دلیل، بحث تفصیلی از منابع حقوقی را نمی‌توان به طور عام، فارغ از نظام حقوقی خاص مطالعه کرد. بر همین اساس، در مبحث آینده، منابع حقوقی اجمالاً مورد گفتگو قرار خواهد گرفت و بحث تفصیلی از آنها به بحث نظام حقوقی ایران واگذار می‌شود. توجه به این نکته نیز سودمند است که اختلاف در سلسله‌مراتب منابع حقوقی، فقط به اختلاف خانواده نظام‌های حقوقی یا اختلاف نظام حقوق ملی کشورها منحصر نمی‌شود، بلکه ممکن است حتی در درون یک نظام حقوقی ملی، بسته به موضوع حقوق، سلسله‌مراتب‌های متفاوتی وجود داشته باشد. برای مثال، «اهمیت عرف و قرارداد در حقوق بین‌الملل عمومی، قابل مقایسه با حقوق داخلی نیست و سهمی که قانون در حقوق کیفری به عنوان منبع حق و تکلیف دارد، به مراتب بیش از حقوق مدنی یا تجارت است».^۱

مبحث سوم: تقسیم‌بندی منابع و انواع آن

نکته دیگری که با فرض پذیرش منابع متعدد مطرح است، گروه‌بندی این منابع است. برخی از نویسندگان با در نظر گرفتن مفهومی وسیع برای اصطلاح منبع، در بنیادی‌ترین تقسیم، منابع را به دو نوع منابع مادی، موضوعی یا واقعی، و منابع رسمی، شکلی یا ظاهری تقسیم کرده‌اند.^۲ مقصود از منابع مادی، موضوعی و واقعی، عواملی است که در تکوین قاعده حقوقی نقش داشته‌اند. مثلاً مجموعه قواعد اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و دینی که موجب وضع یک قاعده حقوقی به صورت قانون شده‌اند، منابع مادی به شمار می‌آیند. یا اگر مثلاً قانون‌گذار، یک عرف خاص یا یک رویه قضایی را به صورت قانون تصویب کند، آن عرف یا رویه، منبع مادی محسوب می‌شوند. یا مثلاً حقوق روم در بسیاری از کشورهای اروپایی، یا

۱. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۷؛ نیز، ر.ک: جمال‌الدین السامی، تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الاسلامية. یادآوری این نکته سودمند است که کلسن به سلسله‌مراتب قواعد حقوقی توجهی ویژه داشت و اصولاً بر اساس مراعات همین سلسله‌مراتب، مشروعیت قواعد حقوقی را توجیه می‌کرد (کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۲۳۲-۲۳۴؛ تیت، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، ص ۷۱-۷۶).

۲. الصده، اصول القانون، ص ۸۳؛ ابواللیل، المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق، ص ۶۷؛ سعد، مبادئ القانون، ص ۲۹؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۷۱؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲.

فقه اسلام، در خصوص بخشی از نظام حقوقی کشورهای مسلمان، منبع واقعی یا مادی شمرده می‌شود که می‌توان با عنوان منبع تاریخی نیز از آنها یاد کرد. اما مقصود از منابع رسمی، شکلی و ظاهری، همان است که پیش‌تر به عنوان موضوع بحث تعریف آن گذشت؛ یعنی یافتگاه‌های قواعد حقوقی. البته اینکه منبعی خاص، داخل در کدام دسته از منابع است، در همه نظام‌ها و کشورها پاسخ واحدی ندارد؛ چنان‌که در یک کشور نیز همیشه پاسخ یکسانی برای آن وجود ندارد. برای مثال، ممکن است در یک کشور یا یک نظام حقوقی، عرف به عنوان اصلی‌ترین منبع رسمی برای مراجعه مردم و قضات، در دریافت قاعده حقوقی به شمار آید؛ در حالی که در نظام یا کشوری دیگر، ممکن است تا وقتی عرف به صورت قانون مصوب پارلمان در نیاید، برای آن اعتبار قاعده حقوقی قائل نباشند.

بدیهی است همین عرف واحد، در کشورهای دسته نخست در شمار منابع رسمی و در کشورهای دسته دوم، در زمره منابع مادی قرار می‌گیرد؛ چنان‌که ممکن است در دسته سوم از کشورها، هر دو نقش برای عرف وجود داشته باشد؛ یعنی از یک سو، عرف همچون قانون، خود بیانگر قاعده حقوقی بوده و از منابع رسمی باشد و از سوی دیگر ممکن است قانون‌گذار، بسیاری از عرف‌ها را به صورت قانون مدون و مصوب درآورد که در این مواقع، عرف از منابع مادی به شمار آید. همین نقش دوگانه برای فقه و احکام دینی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران قابل مشاهده است؛ زیرا از یک طرف، بسیاری از قوانین، ترجمان فارسی و قانونی مقررات فقهی و احکام دینی هستند (منبع مادی) و از طرف دیگر، در صورت سکوت، اجمال و ابهام قانون، قاضی موظف است «با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید»؛^۱ یعنی احکام اسلامی، خود قاعده حقوقی به شمار می‌آیند و منابع یا فتاوی معتبر، منبع این دسته از قواعد معرفتی شده‌اند (منبع رسمی).

در این میان، منابع مادی - که خارج از دایره شمول تعریف پذیرفته شده منبع بوده و تنها با تسامح می‌توان آن را منبع نام نهاد - تنها به کار قانون‌گذار می‌آید و فقط منابع رسمی است که مردم یا قضات با مراجعه به آن قاعده حاکم بر رفتار، روابط یا قضاوت خود را می‌یابند. به همین دلیل، فقط منابع رسمی موضوع بحث منابع حقوقی قرار می‌گیرند. منابع رسمی براساس نقشی که در تعیین یا تبیین قاعده حقوقی دارند، به دسته‌های

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل ۱۶۷.

کوچک‌تری تقسیم می‌شوند یا قابل تقسیم‌اند. تقسیم جامع زیر را از مجموع تقسیم‌هایی که پیشنهاد شده، می‌توان به دست آورد. منابع رسمی، یا دربردارنده قاعده حقوقی هستند و با مراجعه به آنها، یک قاعده حقوقی کشف می‌شود، یا آنکه فقط برای تفسیر قاعده حقوقی و روشن کردن معنای آن به کار می‌آیند، بی‌آنکه حامل و دربردارنده قاعده حقوقی مستقلی باشند.

برای دسته نخست، اصطلاح منابع حامل یا منابع کشفی را می‌توان پیشنهاد داد، ولی دسته دوم، با نام منابع تفسیری خوانده می‌شود.^۱ منابع حامل یا کشفی، خود نیز به دو گروه منابع اصلی و فرعی (تکمیلی) تقسیم می‌شوند. مقصود از منابع اصلی، همان‌طور که از نامش پیداست، منابعی است که در گام نخست برای یافتن قاعده حقوقی به آنها باید مراجعه کرد و در صورت یافت شدن قاعده حقوقی، جایی برای مراجعه به دیگر منابع نیست. مراد از منابع فرعی نیز منابعی است که در صورت پاسخگو نبودن منابع اصلی، به آنها مراجعه می‌شود. شاید اصل تقسیم منابع رسمی به منابع کشفی و تفسیری، و سپس تقسیم منابع کشفی به منابع اصلی و فرعی (تکمیلی) را در همه نظام‌های حقوقی بتوان یافت، ولی به یقین در تعیین منابع اصلی، فرعی و تفسیری یکسان سخن نگفته و اختلاف دارند. برای مثال، در نظام حقوقی مصر و لبنان، بر اساس تحلیل برخی از حقوقدانان عرب، قانون، تنها منبع اصلی است، دین و عرف منابع فرعی‌اند و دکترین و رویه قضایی به عنوان منابع تفسیری شناخته می‌شوند؛^۲ در حالی که در حقوق کشورهای اروپایی، اصولاً دین به عنوان منبع حقوق به شمار نمی‌آید یا آنکه در برخی از کشورهای اروپایی که دارای نظام حقوقی کاملاً هستند، رویه قضایی یا آرای قضایی به عنوان اصلی‌ترین منبع حقوق شناخته می‌شود. در ادامه بحث، نخست مهم‌ترین منابع حقوق را در نظام‌های حقوق بشری اجمالاً مطالعه می‌کنیم و سپس منابع حقوق اسلام را - به عنوان مهم‌ترین و زنده‌ترین نظام حقوقی الهی - مرور خواهیم کرد و در پایان از منابع حقوق ایران سخن خواهیم گفت.

۱. الصّده، اصول القانون، ص ۸۳؛ ابواللیل، المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق، ص ۶۷؛ سعد، مبادئ القانون، ص ۲۹؛ فرج، الاصول العامة للقانون، ص ۷۱؛ کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲.
 ۲. الصّده، اصول القانون، ص ۸۳، ۸۸، ۱۳۱ و ۱۷۷.