

تأملی بر نسبت قانون با جامعه؛ نقش «قانون» در ارتقا یا کاستن همبستگی اجتماعی

مهدی مهدوی زاهد*

نوع مقاله: پژوهشی	تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۰۵	تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۱۷	شماره صفحه: ۳۰-۵
-------------------	--------------------------	-------------------------	------------------

«قانون» هویتی هدفدار و غایت آن تضمین حق‌های فردی و تأمین خیر عمومی است، حال اگر هنجار حقوقی که باید به تنظیم به‌سامان روابط بی‌انجامد به اختلال ارتباطات اجتماعی منجر شود؛ چه باید کرد؟! اگر نظم حقوقی که باید به پیوند و همبستگی اجتماعی می‌رسید، فلسفه وجودی خود را از دست داد و به تولید تضاد و واگرایی رسید، به کدام سو می‌توان شتافت؟ ایده محوری این مقاله بر این اساس استوار شده که مهم‌ترین کارکرد حقوق «تنظیم‌گری» است؛ حال اگر قانونگذاری نه‌تنها به تمشیت مطلوب مناسبات اجتماعی منجر نشود، بلکه موجب اختلال ارتباطی نیز شود؛ این نظام هنجاری، ناکارآمد و مستلزم بازنگری است. بر بنیاد نتایج این نوشتار، «قانون‌زدایی» از ساحت نظام بایدهنگار حقوقی در راستای ارتقای «اتحاد ملت» پیشنهاد می‌شود؛ از این‌رو با بررسی کنش متقابل هنجارهای حقوقی با نهادهای اجتماعی، می‌توان به بررسی ارتباط بین قانون با جامعه پرداخت و آن را در طیفی از روابط، شامل تبیین تا تطابق کامل قانون با خواسته‌های ذهنی و داشته‌های عینی جامعه ارزیابی کرد. روش پژوهش توصیفی-تبیینی؛ شیوه گردآوری داده‌ها کتابخانه‌ای و رویکرد بررسی، تحلیل اجتماعی حقوق است.

کلیدواژه‌ها: قانون‌زدایی؛ جامعه‌شناسی حقوق؛ مطالعات میان‌رشته‌ای؛ واقع‌گرایی حقوقی؛ همبستگی اجتماعی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

* استادیار گروه حقوق نهادها و شهروندان؛ پژوهشکده فرهنگ و ارتباطات، دانشگاه علامه طباطبائی؛

Email: mahdavezahed@atu.ac.ir

فصلنامه مجلس و راهبرد، سال سی و یکم، شماره یکصد و بیستم، زمستان ۱۴۰۳

doi:10.22034/MR-2023.5739.5413

مقدمه

چیستی و چرایی «قانون» یکی از بنیادی‌ترین پرسش‌های فلسفه حقوق عمومی است که با توجه به نظام ارزشی انتخابی، پاسخ بدان، متفاوت خواهد بود (Raz, 1976). چنانکه «قانون مدرن» و پی‌ریزی نظام هنجاری حق‌بنیاد نیز برپایه نگرش فلسفی انسان‌محور استوار شده است. بر این اساس، موضوع این مقاله در قلمرو جامعه‌شناسی حقوق عمومی است که بدون هرگونه ارزش‌داوری، به توصیف و تحلیل زمینه‌های اجتماعی وضع، اجرا و اصلاح قانون در بستر جامعه می‌پردازد و بر این پیش‌فرض استوار است که تصویب قانون به معنای پایان قانونگذاری نیست و اطمینان از تحقق اهداف قانون از طریق سنجش سازگاری عملی قانون با جامعه، بخشی از فرایند تقنین محسوب می‌شود (زارعی، ۱۳۸۶). بر این اساس، سنجش نسبت قانون با جامعه به این دلیل انتخاب شد که به‌زعم نگارنده، قانون هویت هدف‌دار است و قانون کارآمد، باید همچون هر وسیله دیگر، کارایی خود را داشته باشد و بتواند به هدف موردنظر نائل آید. از این‌رو، این مقاله در پی پاسخ به این پرسش اصلی شکل گرفت که قانون کارآمد باید از چه ویژگی‌هایی برخوردار باشد؟ مطابق فرضیه، ویژگی ضروری برای قانونگذاری «نتیجه‌بخشی» و «اثرگذاری» ثمربخش آن است. بر این اساس، معیارهای ارزیابی رابطه قانون با جامعه در پیوند با واقعیت‌های اجتماعی و فرایند جامعه‌پذیر یا متروک شدن قانون درک می‌شود. بنابراین قانون در دامنه‌ای از انطباق تا تضاد کامل با جامعه قرار می‌گیرد (جعفری‌تبار، ۱۳۸۸: ۷۹؛ راسخ، ۱۳۸۵: ۳۳-۳۵؛ مرکز مال‌میر و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۴۶-۴۹) اگرچه ارزیابی دقیق نوع ارتباط هر قانون با خواسته‌ها و داشته‌های جامعه، مستلزم بهره‌مندی از ابزارهای آماری در قالب انجام پروژه‌های پژوهشی مستقل است که سابقاً پژوهشی در این باره به رشته تحریر درنیامده است اما در این مقاله، با روش توصیفی و تبیینی و با گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای به تبیین معیارهای تحلیل رابطه قانون و جامعه و بیان برجسته‌ترین مصادیق آن در نظام تقنینی جمهوری اسلامی، به‌مثابه

تأملی بر نسبت قانون با جامعه؛ نقش «قانون» در ارتقا یا کاستن همبستگی اجتماعی _____ ۷

درآمدی بر مبحث نسبت قانون با جامعه می‌پردازد. از این رو، محتوای قوانین از منظر عقلانیت در هدف و عقلانیت ابزاری بررسی شده است.

۱. نسبت‌سنجی محتوای قانون با خواست و اراده سیاسی جامعه

بر اساس نظریه منتخب‌نگارنده، آدمیان به موجب یک قرارداد فرضی اجتماعی،^۱ بخشی از آزادی مطلق خویش را برای رهایی از وضع طبیعی^۲ جنگ همه علیه همه و در راستای دستیابی به متاع نظم و امنیت، و پیش‌بینی‌پذیر و قابل برنامه‌ریزی ساختن^۳ امور به هیئتی منتخب از خود می‌دهند. از این رو، علی‌الاصول دولت پدیده‌ای مصنوع و برساخته است که متأثر از مبانی فکری و نظام عقیدتی صانع و سازنده آن که «مردم» هستند، شکل گرفته است. بنابراین، با تحول گفتمان در نظام فکری «قوه مؤسس»، معیارهای کارآمدی دولت و به تبع آن نظریه‌های دولت مدرن به منزله پدیده‌ای مصنوع و برساخته، تغییر خواهد کرد. منظور از تحول در دولت، تحول در نظریه یا نظریه‌های دولت است زیرا ساختار و صلاحیت دولت در نسبت با نظریه پشتیبان آن تعریف می‌شود. بر این اساس، نظریه پشتیبان دولت، منبع مشروعیت اقتدار آن بوده و چرایی وجود دولت و متابعت از آن را توضیح می‌دهد. حکومت بدون القای هدف‌ها و فلسفه وجودی خود به افرادش، نمی‌تواند به حیات خود ادامه دهد و اگر به چنین کاری قادر نشود، مشروعیت خود را از دست می‌دهد. بر این بنیاد، اگر دولت را همانند شرکتی تجاری تصور کنیم که با سرمایه قدرت سیاسی سهام‌داران شکل گرفته و در پی حداکثرسازی سود، یعنی ایجاد جامعه به سامان است، تحقق این هدف غایی، مستلزم موافقت صاحبان سرمایه، یعنی شهروندان است. مادامی که ایشان نسبت به اهداف و راهکارها قانع نشوند، سرمایه خویش را به دولت تفویض نمی‌کنند، بنابراین ایجاد رضایت جمعی در جامعه، از رهگذر توجیه نظریه دولت است و عدم تحقق آن به غلبه اقلیت بر اکثریت منجر می‌شود.

1. The Social Contract

2. Natural State

3. Predictability

از این رو، اگر «مشروعیت» را در کنار عناصر سه گانه «جمعیت همیشگی»، «سرزمین معین» و «حکومت»، به مثابه عنصر نوپدید تشکیل دولت، فرض کنیم، آنگاه این عنصر در نسبت مستقیم با تحولات نهادهای اجتماعی خواهد بود. بر این اساس، ابتناء قانونگذاری بر آرای عمومی موجب پیوند میان قاعده حقوقی و قاعده اجتماعی خواهد شد. در نتیجه، دولت یا وابسته به جامعه و نماینده طبقات و نهادهای اجتماعی آن محسوب می شود یا به پشتوانه تشکیلات دیوان سالاری خود، در مقابل و در رأس جامعه قرار می گیرد. عدم شکل گیری اجماع یا توافق حداکثری در بین تابعان سیاسی و پیاده سازی قهری قوانین، به تنش و نزاعی دائمی بین شهروندان و درگیری بر سر تفوق قدرت سیاسی منجر می شود؛ بنابراین کارآمدی قانون بر مبنای مبانی مشروعیت آن و میزان حصول و وصول به آن اهداف تعریف می شود.

در نهایت؛ انطباق کامل قانون با جامعه، بر پایه شکل گیری دولت قانونمند (مهدوی زاهد، ۱۳۹۹: ۲۸۱) و ابتنای نظام حقوقی بر اراده سیاسی قدرت مؤسس و استمرار آن در قالب «اصل نمایندگی» است (Arato, 2000: 1739-1748). در چنین شرایطی اعمال اراده سیاسی شهروندان محدود به برهه خاصی از تاریخ و پیریزی یک ساختار حکومتی و تعهد دائمی بدان نشده و نمایندگان مردم می توانند اراده احتمالی فراساختاری و فراحکومتی مردم را نیز بازتاب دهند (دبیرنیا، ۱۳۹۳: ۲۴۲-۲۳۸). در این وضعیت، نظم عمومی (مبنا) و نظم حقوقی (صورت) بر یکدیگر منطبق است (شریف، ۱۳۹۳: ۷۸). به هر درجه که نظم و نظام حقوقی به مفهوم مدرج دولت قانونمند نزدیک تر باشد، تطابق بیشتری با جامعه خواهد داشت و به هر میزان که از آن فاصله گیرد، اصطکاک و درگیری آن با جامعه افزون تر می شود.

حال در هنگامه ای که نهادهای اجتماعی مستمراً در حال تغییر و تحول هستند - هرچند تغییرات اجتماعی، الزاماً از یک الگوی خطی پیروی نکرده و می تواند حرکت قهقرای، آونگی و ... نیز داشته باشد - یک نظام حقوقی پویا باید در راستای تحقق خواسته های مردم عمل کند؛ زیرا ورود متغیرهای اجتماعی به هر نظام حقوقی می تواند به معنای انعطاف پذیری آن نظام حقوقی در مواجهه با هست ها تلقی شده

تأملی بر نسبت قانون با جامعه؛ نقش «قانون» در ارتقا یا کاستن همبستگی اجتماعی _____ ۹

و اصلاح مبتنی بر واقعیت‌های تجربی را برقرار سازد (شهابی، ۱۳۹۵: ۵۷۴-۵۷۳). حال از آنجا که نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران نیز به موجب اصول ششم و پنجاه و ششم قانون اساسی بر مبنای حاکمیت مردم بنا شده است، از این آموزه‌ها به دور نبوده و می‌توان انعکاسی از تلاش قانونگذار به تطابق نسبی خواست شهروندان با قوانین روزآمد و کارآمد مشاهده کرد.

۱-۱. ارث‌بری زوجه از عرصه و اعیان

براساس ماده (۹۴۶) قانون مدنی قبل از اصلاح، زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد ولی زوجه بر حسب مورد یک‌هشتم یا یک‌چهارم فقط از اموال منقول، ابنیه و اشجار ارث می‌برد و در مورد اموال غیرمنقول، از ارث محروم بود،^۱ به عبارت دیگر اگر زوج دارای اموال منقولی مانند پول نقد، جواهرآلات، وسیله نقلیه و ... نبود اما املاک زراعتی داشت، به زوجه ارثی نمی‌رسید و تنها در صورت داشتن بنا و ساختمان و درخت، زن از قیمت آنها ارث می‌برد. به این منظور مستند به فتوای مقام رهبری، کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس هفتم شورای اسلامی در قالب ماده واحده مواد (۹۴۶) و (۹۴۸) قانون مدنی (مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸) را اصلاح و ماده (۹۴۷) آن را حذف کرد که براساس آن زوجه در صورت فرزندان بودن زوج، یک‌هشتم از عین اموال منقول و یک‌هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد. در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد، سهم زوجه یک‌چهارم از همه اموال به ترتیب فوق است و هرگاه ورثه از اداء قیمت امتناع کنند، زن می‌تواند حق خود را از عین اموال استیفا کند. از این رو، اگر فردی دارای زمین باشد، زن از قیمت آن ارث می‌برد که این به سود زنانی است که همسرانشان دارای اراضی زراعی هستند.

گفتنی است قانون پیش‌گفته در اقدامی قابل تأمل با عدم اظهارنظر شورای نگهبان در مهلت‌های مقرر موضوع اصول نود و چهارم و نود و پنجم قانون اساسی، به تصویب

۱. جهت مطالعه بیشتر نک. روشن و همکاران، ۱۳۹۴.

نهایی رسید تا برپایه فتوای ولی فقیه و با عدول از نظر مشهور فقهای امامیه، زوجه در قیمت زمین نیز سهمیم و تحولی شگرف در حقوق ارث زوجه از اموال زوج، انجام شد

۲-۱. پرداخت برابر دیه غیرمسلم و زن مسلمه با دیه مرد مسلمان

نظام فلسفی حقوق بشر بر مبنای یک تعریف بیولوژیک (در مقابل تعریف ایدئولوژیک) از آدمی بنا شده است. از این رو، در عرصه حیات اجتماعی، ذات آدمی همین جسم خاکی او تلقی شده که روی دو پا راه می‌رود^۱ و شاخص‌هایی چون دین، مذهب، عقیده سیاسی، جنسیت، گرایش جنسی، قومیت، زبان، موقعیت اقتصادی و اجتماعی و ... عرضیاتی محسوب می‌شود که نباید مبنای بهره‌مندی یا محرومیت از حق‌های فردی و آزادی‌های بنیادین قرار گیرد؛ زیرا مبنا قرار گرفتن وصف عَرَضی از انسان، موجبات محرومیت دیگرانی را فراهم کرده و زمینه تبعیض نظام‌مند افراد دگراندیش، دگرپاش و اساساً هر «دیگری» را که از الگوهای معیار رسمی فاصله دارد، فراهم می‌آورد.

بر این اساس، نظام حقوقی حق‌بنیاد فراتر از همه نظام‌های ارزشی و به‌مثابه داور بی‌طرف در مقام تضمین و رعایت اصل برابری شهروندان است. از این رو، هر قاعده‌ای که تبعیض را به تفاوت تبدیل و شهروندان را در استیفای حق‌های خویش توانمند کند، گامی به پیش در قانونگذاری محسوب می‌شود. بنابراین، از نظریات فقهی که با لحاظ مقتضیات زمانه و توجه به تغییر موضوع در مقام استنباط‌های نوین احکام فقهی از منابع سنتی هستند نیز باید استقبال کرد.

بنابر این چارچوب تحلیلی، می‌توان تبصره «۲» ماده (۴) قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷ را ارزیابی کرد؛ زیرا بر مبنای مفاد این قانون، «بیمه‌گر موظف است در ایفای تعهدات مندرج در این قانون، خسارت وارده به زیان‌دیدگان را بدون لحاظ

۱. بدیهی است که این شاخص، وضعیت متعارف انسان‌ها را مبنا قرار داده و یقیناً افراد کم‌توان جسمی نیز در دایره تعریف آدمی قرار دارند.

تأملی بر نسبت قانون با جامعه؛ نقش «قانون» در ارتقا یا کاستن همبستگی اجتماعی _____ ۱۱

جنسیت و مذهب تا سقف تعهدات بیمه‌نامه پرداخت نماید. مبلغ مازاد بر دیه تعیین شده از سوی محاکم قضایی، به‌عنوان بیمه حوادث محسوب می‌گردد». بر این اساس، قانونگذار در راستای اصل برابری شهروندان به‌صرف رابطه تابعیت و منصرف از دین، مذهب، جنسیت و ... قدم برداشته است.

۳-۱. جواز سرپرستی فرزند به دختران مجرد

وجود سبک‌های مختلف زندگی از جلوه‌های یک جامعه متنوع فرهنگی و متکثر ارزشی و به‌رسمیت شناختن آن از سوی حکومت، شاخصه‌ای از توسعه سیاسی و دموکراتیک شدن نهادها و ساختارهای حقوقی است. حال با توجه به تأثیر تجدد و شکل‌گیری انواع شیوه زیست فردی و جمعی، نحوه مواجهه حاکمیت با آن از منظر تحلیل اجتماعی حقوق عمومی قابل تأمل است.

از این‌رو، شناسایی سبک‌های مختلف زندگی از یک‌سو و بهره‌مندی از حقوق بشری مانند حق برخورداری از سرپرستی فرزند از سوی دیگر، در مسیر تحقق مراتبی از دولت قانونمند تلقی می‌شود. بر این اساس با توجه به بند «ج»^۱ ماده (۵) قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست (۱۳۹۲)، اولاً به‌طور تلویحی «تنهایی زیستی» مورد پذیرش قرار گرفته؛ ثانیاً حق بر سرپرستی فرزند برای این دسته از شهروندان پذیرفته شده^۲ و نهایتاً حق کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست بر برخورداری از والد یا والدین توسعه یافته است. درواقع قانونگذار، از یک‌سو در راستای حق بر سرپرستی کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست

۱. بند «ج»- دختران و زنان بدون شوهر، در صورتی که حداقل سی سال سن داشته باشند، منحصرأ حق سرپرستی آنان را خواهند داشت.

۲. به موجب بند «ج» ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست، منظور از «سرپرست منحصر» دختران و زنان بدون شوهری هستند که حداقل دارای سی سال سن بوده و مطابق حکم قطعی دادگاه، سرپرستی کودک یا نوجوان آنان بیسرپرست و بدسرپرست را پذیرفته و برعهده دارند. همچنین مستند به ماده (۱۰) این آیین‌نامه، «هرگاه سرپرست درصدد ازدواج برآید، باید مشخصات فرد مورد نظر را به دادگاه صالح اعلام کند. در صورت درخواست دادگاه، سازمان نسبت به انجام امور کارشناسی و ارائه مشاوره‌های لازم به سرپرست اقدام می‌نماید. در صورت وقوع ازدواج، سازمان مکلف است گزارش ازدواج را به دادگاه اعلام تا با حصول شرایط قانون نسبت به ادامه سرپرستی به‌صورت مشترک و یا فسخ آن اتخاذ تصمیم نماید».

و از سوی دیگر احترام به سبک‌های متکثر زندگی از جمله «تنهایی‌زیستی»، گام برداشته است.

۴-۱. شناسایی حق زن بر طلاق و کاسته شدن از وجهه مردسالارانه قانون

به موجب ماده (۳) قانون اصلاح موادی از قانون مدنی، ماده (۱۱۳۳) قانون مدنی مصوب ۱۳۴۱/۰۱/۲۰ که بیان می‌داشت «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». بدین شرح، اصلاح شد: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید و زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹)،^۱ (۱۱۲۹)^۲ و (۱۱۳۰)^۳ قانون مدنی، از دادگاه تقاضای طلاق نماید». بدین ترتیب، ضمن کاسته شدن از نگرش جنسیتی حاکم بر ماده، حق زن بر تقاضای طلاق در موارد معدودی شناسایی شده است.

۱. ماده ۱۱۱۹- طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر، زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید یا علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود؛ زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد.

۲. ماده ۱۱۲۹- در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.

۳. ماده ۱۱۳۰- در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید، در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسرو حرج است، می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود (اصلاحی ۱۳۶۱/۱۰/۸).

تبصره - عسرو حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسرو حرج محسوب می‌گردد:

۱. ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه،
۲. اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلاء وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک، مجدداً به مصرف موارد مذکور روی آورده، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد،

۳. محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر،

۴. ضرب و شتم یا هرگونه سوء استفاده مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد،

۵. ابتلاء زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید. موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسرو حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید (این تبصره در تاریخ ۱۳۷۹/۷/۳ الحاق شده است).

۲. واگرایی قانون با تحولات ذهنی شهروندان و تغییرات اجتماعی

اراده سیاسی ملت مبنای مقبولیت نظام سیاسی و در جایگاهی بالاتر از رأس هرم حقوقی کشور است. تحول در نهادهای اجتماعی اثر متقابلی در ساحت جامعه و بر ساخت‌های آن چون نوع حکومت و سبک‌های حکمرانی پیدا می‌کند. چنانکه با توجه به ماهیت متغیر ارزش‌های اجتماعی، معیارهای ارزیابی و سنجش مشروعیت حکومت نیز همواره در معرض تغییر قرار دارد. از این رو، اصل بر حاکمیت مردم است و هیچ قاعده، ساختار، سازوکار و رویه حقوقی فراتر از اراده سیاسی قدرت مؤسس وجود ندارد؛ زیرا اراده مردم در تشکیل نهاد مؤسس و قانون اساسی منحصراً یک عمل سیاسی است که از هیچ ساختار و نظام سیاسی حقوقی پیشین پیروی نکرده است. برتری نظام حقوقی بر نظام سیاسی به تحدید بخشی از حق‌ها و آزادی‌های بنیادین شهروندان از ناحیه نظام سیاسی منجر خواهد شد.

بنابراین می‌توان گفت، اختیارات قدرت مؤسس به زمان تأسیس نهاد مؤسس متوقف نخواهد شد بلکه با استفاده از اصل نمایندگی دائمی و فراحکومتی خود در تمامی فرایندهای اعمال قدرت سیاسی نقشی تعیین‌کننده دارد. به عبارت ساده‌تر، حتی قانون اساسی به مثابه مهم‌ترین محصول نهاد مؤسس نیز، ورای اراده سیاسی ملت قرار نداشته و تنها انعکاسی از اراده متغیر و متحول ملت است که باید در قالب نظام نمایندگی مستمر به حیات پویای خود ادامه دهد. اصل حاکمیت مردم اقتضا می‌کند تا هر نسلی در هر عصری از صلاحیت‌های ایجاد، اصلاح و الغاء قانون اساسی و نظام سیاسی بر ساخته آن برخوردار باشد. بر این اساس، قانون اساسی به مثابه رأس سلسله مراتب هنجارهای حقوقی، ذیل اراده سیاسی شهروندان قرار گرفته و بر مبنای خواست ایشان می‌تواند تغییر یافته و اصلاح شود.

به ترتیب از آنجاکه قانونگذاری مانند سایر پدیده‌های علوم انسانی در راستای تحقق مقاصد و مرتفع ساختن نیازهای انسان شکل گرفته، کارایی حداکثری آن در هنگامه‌ای است که اذهان تابعان سیاسی نسبت بدان قانع شده باشند؛ حال اگر نظام تقنین متناسب با تحولات ذهنی شهروندان و الزامات اجتماعی جدید در جامعه

متکثر ارزشی نباشد، واگرایی بین قانون با جامعه رُخ داده و دولت فقط بر حاکمیت شکلی قانون تکیه داشته و به حقوق بشر و دموکراسی به مثابه اصول ماهوی حاکمیت قانون پایبندی ندارد. از این رو، با تفکیک بین منبع و مبنای قاعده حقوقی می توان تمایز بین اعتبار و موجه بودن قانون را فهم کرد (سیدفاطمی قاری، ۱۳۹۳: ۱۹۴-۱۹۳).

بنابراین، ریشه های تضاد قانون با جامعه را می توان در ناموجه تلقی شدن قانون از جانب جامعه به دلایلی نظیر ابتدای هنجارهای حقوقی بر نابرابری شهروندان و مداخله ناصحیح هنجارهای حقوقی در حوزه و حریم خصوصی افراد، از یک سو و «قانونگذاری ناکارآمد» از سوی دیگر دانست، زیرا اولاً تکیه یک نظام حقوقی به یک نظام ارزشی واحد به تنظیم قهری روابط اجتماعی منجر می شود (Kelsen, 1942: 333-311)، ثانیاً حاکمیت قانون در صورتی قابل تحقق است که قانونگذار در وضع قانون، با حزم و احتیاط و در نتیجه حداقلی عمل کرده تا در راستای حفظ اعتبار قانون، از قانونگذاری های متعدد و پراکنده پرهیز کند (مرکز مالمیری و مهدی زاده، ۱۳۹۴: ۱۸۱)، زیرا مطالعات قانونگذاری در خصوص ادوار تقنین در جمهوری اسلامی نشان می دهد که برخلاف رویه سایر نظام های حقوقی که به لوایح فنی تنظیمی از طرف دولت متکی هستند، مجلس شورای اسلامی دست کم در ادوار هفتم تا نهم، به سمت قانونگذاری «طرح بنیان» اقدام کرده و همین امر به کاهش کیفیت و تغییر مکرر قوانین شده است (مرکز مالمیری و عطار، ۱۳۹۷: ۲۱۳).

البته کیفیت قانون به متغیرهای شکلی و مراحل پیشا قانونگذاری نظیر توجه به زبان قانون نگاری نیز بستگی دارد (خضری، وکیلان و آقاگل زاده، ۱۴۰۱: ۴۱). قانون باید روشن، شفاف، بدون ابهام و اعوجاج باشد. بر این اساس، قانون مُعلق و پیچیده یا مبهم و رمز آمیز؛ مستلزم اصلاح یا الغا است، بر این بنیاد، در این قسمت به مورد کاوی برخی از قوانین دارای اصطکاک با واقعیات اجتماعی ایران امروز می پردازیم که عمدتاً قوانین اشکال های فنی قانونگذاری هم دارند؛ هر چند موضوع این قوانین عمدتاً در محدوده روابط اشخاص است که در رشته های دانشگاهی ذیل «حقوق خصوصی»

تأملی بر نسبت قانون با جامعه؛ نقش «قانون» در ارتقا یا کاستن همبستگی اجتماعی _____ ۱۵

مورد بررسی قرار می‌گیرد اما از آنجا که اساساً اصول، فنون و فرایندهای قانونگذاری، فارغ از محتوا و موضوع قانون ذیل مطالعات حقوق عمومی است، در این گفتار به تبیین مسائل می‌پردازیم.

۱-۲. تفاوت عیوب موجب فسخ نکاح بین زن و مرد

به موجب ماده (۱۱۲۳) قانون مدنی،^۱ وجود قرن، افضاء، جذام، برص، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود. قانونگذار با پیروی از دیدگاه مشهور فقهای امامیه، میان عیوب زن و مرد به تبعیض روی آورده، زیرا درحالی وجود شش عیب پیش‌گفته را موجب حق فسخ نکاح برای مرد دانسته است که فقط دو عیب قرن و افضاء عمل زناشویی را غیرممکن یا مختل میکند و چهار عیب دیگر از عیوب جسمانی مشترک میان زن و مرد است که فقط وجود آن در زن، موجب حق فسخ برای مرد است و زوجه در صورت ابتلای زوج به نابینایی، زمین‌گیری، برص و جذام، حق فسخ نکاح ندارد.^۲ همچنین عدم پیش‌بینی بیماری‌هایی چون ایدز،^۳ هیپاتیت، صرع و ... در عیوب موجب فسخ نکاح در زمره موارد عقب‌ماندگی قانون نسبت با تحولات اجتماعی است.

۲-۲. جواز قتل در فراش

قانونگذار در ماده (۱۷۹) قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۰۴ مقرر داشت

-
۱. ماده ۱۱۲۳- عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود:
 ۱. قرن، ۲. جذام، ۳. برص، ۴. افضاء، ۵. زمین‌گیری، ۶. نابینایی از هر دو چشم.
 - البته به موجب ماده (۱۱۲۴) قانون مدنی، عیوب زن در صورتی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مزبور در حال عقد وجود داشته است.
 ۲. ماده ۱۱۲۲- عیوب ذیل در مرد که مانع از ایفاء وظیفه زناشویی باشد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود (اصلاحی): (۱۳۶۱/۱۰/۸):
 ۱. عنین به شرط اینکه بعد از گذشتن مدت یک سال از تاریخ رجوع زن به حاکم رفع نشود، ۲. خصاء، ۳. مقطوع بودن آلت تناسلی.
 ۳. البته مستند به ماده (۱۱۲۷) قانون مدنی، هرگاه شوهر بعد از عقد مبتلا به یکی از امراض مقاربتی گردد، زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید و امتناع مزبور مانع حق نفقه نخواهد بود.

که «هرگاه شوهری زن خود را با مرد اجنبی در یک فراش یا درحالی که به منزله وجود در یک فراش است مشاهده کند و مرتکب قتل یا جرح یا ضرب یکی از آنها یا هر دو شود معاف از مجازات است». همچنین هرگاه کسی به طریق مزبور دختر یا خواهر خود را با مرد اجنبی ببیند درحقیقت علاقه زوجیت بین آنها نباشد و مرتکب قتل شود از یک ماه تا شش ماه به حبس تأدیبی محکوم خواهد شد و اگر در مورد قسمت اخیر این ماده مرتکب جرح یا ضرب شود به حبس تأدیبی از هشت روز تا دو ماه محکوم می‌شود. بر این اساس مفاد ماده (۶۳۰) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مبنی بر اینکه «هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد، میتواند در همان حال آنان را به قتل برساند» ریشه در نظام حقوق جزایی فرانسه داشته که در جریان تصویب قانون مجازات اسلامی براساس برداشتی از آموزه‌های فقهی برای این هنجار حقوقی، پشتوانه فقهی نیز تهیه شده است. چنانکه ماده (۳۰۲) قانون مجازات اسلامی^۱ مصوب ۱۳۹۲ نیز به تبعیت از قول مشهور فقهای امامیه، قتل زوجه و زانی توسط شوهر را مستثنا از قصاص دانسته است. حال آنکه بررسی انتقادی مبانی فقهی جواز قتل در فراش^۲ دلالت بر ضعف در مبانی فقهی و روایی و مطالعه آثار این حکم نشان از امکان سوءاستفاده از حکم، عدم امکان احراز تمکین خاص و اثبات زنا و عدم توجه به حق متقابل زن دارد.

۲-۳. جواز ازدواج سرپرست با فرزندخوانده

به موجب تبصره ماده (۲۶)^۳ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست، با رأی دادگاه صالح پس از اخذ نظر مشورتی از سازمان بهزیستی کشور در خصوص تشخیص مصلحت ازدواج بین سرپرست و فرزندخوانده، این امر را مجاز دانسته است.

۱. ماده ۳۰۲- در صورتی که مجنی‌علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه، محکوم نمی‌شود: ... ث- زانی و زانیه در حال زنا نسبت به شوهر زانیه در غیر موارد اکراه و اضطراب به شرحی که در قانون مقرر است.

۲. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص نک: رستمی نجف‌آبادی و حق‌شناس (۱۳۹۵).

۳. تبصره ماده ۲۶- ازدواج چه در زمان حضانت و چه بعد از آن بین سرپرست و فرزندخوانده ممنوع است مگر اینکه دادگاه صالح پس از اخذ نظر مشورتی سازمان، این امر را به مصلحت فرزندخوانده تشخیص دهد.

بدین ترتیب با توجه به عدم پذیرش عرفی چندهمسری در جامعه ایرانی، با امکان قانونی ازدواج سرپرست با فرزندخوانده، اقدامی بازدارنده و کاهنده نسبت به سرپرستی دختران به وجود آمده و در صورت پذیرش سرپرستی و وقوع این ازدواج، اولاً بنیان نهاد خانواده سرپرست تضعیف شده و ثانیاً با تغییر نقش سرپرست از «والد» به «همسر» و تغییر نگرش حمایتی به نگاه جنسی، اختلالات هویتی و لطامات روحی و جسمی برای فرزندخوانده ایجاد و خشونت جنسی علیه دختران بی سرپرست و بدسرپرست نظام مند خواهد شد.^۱ همچنین این قسم از ازدواج زمینه بروز خشونت های خانگی را فراهم می آورد و با توجه به محرمانه و شخصی بودن محل ارتکاب و وابستگی های مادی کودک و نوجوان بی سرپرست و بدسرپرست؛ امکان بازتوانی و ترمیم خسارت های جسمی و روانی وی کاهش می یابد. همچنین ازدواج با فرزندخوانده، سوءظن و سوء معاشرت بین زوجین، آسیب های روانی برای همسری که فرزندخوانده را رقیب عاطفی خود تلقی می کند، فروپاشی خانواده ای که بنا بود حضور کودک به دوام و بقای آن منجر شود، امکان بیشتر فسخ سرپرستی، اقبال کمتر به پذیرش کودکان دختر، استقبال کمتر از کودکان بزرگ تر برای فرزندپذیری و ... را نیز به همراه دارد (غدیری و اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۳۰۹). از این رو، راهکارهایی برای رفع این معضل مانند ارائه لایحه دولت یا ارائه طرح مجلس شورای اسلامی برای حذف این تبصره که روح کلی قانون برای حمایت از کودکان و نوجوانان بدسرپرست و بی سرپرست است، از نظام حقوقی امری ضروری و عاجل به نظر می رسد.

همچنین از واکاوی متون دینی نیز مذاق شریعت در خصوص ممنوعیت ازدواج با فرزندخوانده قابل درک است، زیرا شارع مقدس نهاد خانواده را قدسی و متعالی فرض کرده و بر این اساس به تحریم ازدواج با محارم حکم داده است، حال اگر بپذیریم که از ترکیب پدرخوانده، مادرخوانده و فرزندخوانده «خانواده» شکل می گیرد، دیگر نمی توان فلسفه تحریم ازدواج را با اقربا نادیده گرفت، زیرا تجویز ازدواج با فرزندخوانده این روح معنوی و عاطفی را متزلزل می کند. چنانکه در حکم آیه ۲۳ سوره نساء،

۱. جهت مطالعه بیشتر در خصوص ادله فقهی و تعارض این تبصره با برخی قوانین نک: ظفری و خدایی (۱۳۹۴).

به‌رغم فقدان وجود یک رابطه بیولوژیک، ازدواج مرد با دختر همسر نیز حرام اعلام شده است. بنابراین، با عبور از چارچوب‌های مضیق تفسیر ادبی و لفظی، توجه به «فقه‌المقاصد» و لحاظ روش‌شناسی «اجتهاد پیامدگرا»؛ از این آموزه قرآنی می‌توان استنباط کرد که رابطه خاص بیولوژیکی، عامل منحصربه‌فرد منع ازدواج نیست و با توجه به مقاصد نهایی شریعت، گونه‌هایی از رابطه انسانی و عاطفی نیز مانع ازدواج هستند.

بر این بنیاد، معاونت امور زنان و خانواده رئیس‌جمهور در دولت دوازدهم با اخذ نظریه مشورتی از فقها، لایحه حذف تبصره ماده (۲۶) قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بدسرپرست و بی‌سرپرست مصوب ۱۳۹۲ را تهیه و تقدیم هیئت دولت کرد، هرچند این مهم به فرجام نرسید.

۲-۴. ریاست مرد بر خانواده

مقنن با خوانشی از آیه ۳۴ سوره نساء، ولایت و قوامیت مرد بر زن در همه شئون زندگی و تسلط و سرپرستی زوج بر زوجه در روابط خانوادگی را نتیجه گرفته و بر مبنای آموزه‌های حقوقی مبتنی بر فقه سنتی بر این نظر است که بقای نظم و اداره خانواده به داشتن رئیس منوط است و تنها «زوج» شایستگی این سمت را دارد (امامی، ۱۳۶۸). در نتیجه؛ قانونگذار در ماده (۱۱۰۵) قانون مدنی^۱ با تخصیص ریاست مرد در روابط زوجین، سعی در ترویج الگویی از خانواده پدرسالار دارد. آثار این رویکرد به مدیریت خانواده را می‌توان در هنجارهای حقوقی متعددی مشاهده کرد. برای نمونه طبق ماده (۹۶۳) قانون مدنی، اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود.

همچنین قانونگذار در ماده (۹۸۷) قانون مدنی^۲ بقا و یا تغییر تابعیت زن ایرانی در

۱. ماده ۱۱۰۵- در روابط زوجین ریاست خانواده از خصائص شوهر است.

۲. ماده ۹۸۷- زن ایرانی که با تبعه خارجه مزاجت می‌نماید به تابعیت ایرانی خود باقی خواهد ماند مگر اینکه مطابق قانون مملکت زوج، تابعیت شوهر به واسطه وقوع عقد ازدواج به زوجه تحمیل شود ولی در هر صورت بعد از وفات شوهر و یا تفریق به‌صرف تقدیم درخواست به وزارت امور خارجه به‌انضمام ورقه تصدیق فوت شوهر یا سند تفریق تابعیت اصلیه زن با جمیع حقوق و امتیازات راجعه به آن مجدداً به او تعلق خواهد گرفت.

ازدواج با مرد خارجی را موکول به نظر و تصمیم قانونگذار کشور متبوع مرد خارجی کرده است. بدین ترتیب در صورتی که مطابق قانون آن کشور خارجی، تابعیت مرد بر زن تحمیل شود، نظام حقوقی ایران جهت جلوگیری از تابعیت مضاعف برای زن، تابعیت جدید را می‌پذیرد.

براساس همین نگرش، قانونگذار ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی را موکول به اخذ اجازه از دولت ایران کرده در حالی که در مورد زن خارجی که با مرد ایرانی ازدواج می‌کند، هیچ‌گونه اجازه‌ای لازم ندارد. یا در نمونه‌ای دیگر ازدواج زن ایرانی مسلمان را با مرد غیرمسلمان جائز ندانسته^۱ و چنین ازدواجی را موکول به تشرف مرد خارجی به دین اسلام کرده است، در حالی که در مورد ازدواج زن خارجی غیرمسلمان با مرد ایرانی مسلمان، قانونگذار سکوت اختیار کرده و هیچ‌گونه ممنوعیت، محدودیت یا شرطی قائل نشده است.

حال آنکه براساس اصول اولیه اخلاقی، قواعد مسلم فقهی (قاعده لاضرر) و برگرفته از آرای برخی از روشنفکران دین‌دار می‌توان گفت قوامیت مرد در خانواده به معنای سروری و برتری نیست، بلکه ریاست مرد در راستای تحقق بخشیدن به وظایف ناشی از این مسئولیت مانند تأمین نفقه و مشروط به رعایت حسن معاشرت و مشورت مرد در مدیریت خانواده است و سوءاستفاده مرد از اختیاراتی که به عنوان رئیس خانواده به او واگذار شده از مصادیق سوءمعاشرت است (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۱۳۴).

از این رو، سرپرستی مرد تنها در گستره رابطه زوجیت بوده و زن در امور مالی خویش مستقل است و در امور غیرمالی نیز حدود ریاست مرد بر زن، بر مبنای حفظ مصلحت و حیثیت خانواده و به دلیل حفظ بنیان نظام خانواده و صیانت از آن است (یثربی قمی، ۱۳۸۸: ۱۰۳). چنانکه برای نمونه با توجه به این مبنا، صرفاً در مواردی که زوجه عاقل، بالغ و هوشیار بخواهد عمل طبی یا جراحی‌ای انجام دهد که با اهداف و مصالح خانواده در ارتباط باشد، اخذ رضایت زوج لازم است (رحیمی و همکاران، ۱۳۹۰: ۲۵).

۱. در ماده (۱۰۵۹) قانون مدنی آمده است: «نکاح مسلم با غیرمسلم جائز نیست».

بنابراین لازم است قانونگذار با وضع ماده‌ای در قانون مدنی مانند بحث عزل ولی قهری، نسبت به عزل مرد و تحدید و تعدیل کردن اختیارات او اقدام کند (پروین و حسینی، ۱۳۹۲: ۸۹-۸۸). جایگزینی واژه «خصائص» با «وظایف»، جایگزینی واژه «ریاست» با «مدیریت» و نیز اضافه شدن قیود و شروط به ماده (۱۱۰۵) قانون مدنی از جمله پیشنهادهای اصلاحی در راستای هماهنگی قانون با تحولات اجتماعی در این حوزه است. همچنین مشارکت زوجه در دارایی‌های حاصله در دوره زندگی مشترک براساس مقرره‌ای قانونی و نه صرف شرط ضمن عقد در این راستا پیشنهاد می‌شود. بدین صورت که زوجین در طول زندگی مشترک پای‌بند به نظام جدایی اموال خواهند بود (نظام موجود) اما در زمان جدایی و انحلال نکاح در اموال حاصله در این دوره سهم و شریک می‌شوند. البته میزان این شراکت با توجه به معیارهایی چون مدت زندگی مشترک، تعداد فرزندان، شاغل بودن یا نبودن زن، نوع شغل مرد و ... متغیر و به نظر دادگاه خواهد بود (مهرپور و غنی‌زاده، ۱۳۹۱: ۳۱۲).

۵-۲. «تمکین خاص» در حقوق موضوعه ایران

در قوانین موضوعه عنوان «تمکین خاص»^۱ و قاعده جواز الزام زوجه به هم‌خوابگی با زوج وجود ندارد اما حقوق‌دانان از مواد (۱۰۸۵)^۲ و (۱۱۰۸)^۳ قانون مدنی آن را اقتضای ذات عقد (قنبرپور و آیتی، ۱۳۹۲) یا حداقل اساسی‌ترین اثر عقد نکاح (جعفرپور و ذوالفقاری، ۱۳۹۰: ۴۳-۴۴) تلقی کرده‌اند؛ زیرا به محض انعقاد عقد نکاح، حقوق و تکالیفی میان زوجین برقرار می‌شود که هم‌آغوشی و هم‌خوابگی نیز جزء جدایی‌ناپذیر آن است. از این رو می‌توان گفت تمکین خاص از آثار عقد نکاح است و ریشه در ماهیت قرارداد ازدواج دارد. هرچند در دیدگاه حقوق‌دانان نسل اول رضایت زوجه در ضمن عقد نکاح حاکی از رضایت وی به پذیرفتن برقراری هرگونه رابطه

۱. هرچند حقوق‌دانان تمکین را وظیفه متقابل زوجین قلمداد کرده‌اند اما اغلب به عنوان حقی برای زوج و تکلیفی برای زوجه مطرح می‌شود. از این رو، تمکین خاص به معنای لزوم اجابت زوجه به درخواست شوهر بر روابط جنسی تلقی می‌شود.

۲. ماده ۱۰۸۵- زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مُسقط حق نفقه نخواهد بود.

۳. ماده ۱۱۰۸- هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود.

جنسی در هر زمان و مکان داشت، اما به نظر نگارنده باید به منظور پیشگیری از رابطه جنسی بدون عاطفه، در کنار روابط جنسی، صمیمیت جنسی نیز به وجود آید.

از این رو، با توجه به تحولات مستمر نهاد خانواده، تحول نقش زنان در ایران معاصر، عدم سنخیت و تناسب لزوم تمکین زوجه از زوج با تغییرات فرهنگی و اجتماعی جامعه؛ بازخوانی و بازنگری در این قاعده به منظور لحاظ سلامت جسمی و روانی زوجین، رضایت طرفین در روابط زناشویی و پیشگیری از مراتب خشونت جنسی علیه زنان را ضروری ساخته است؛ زیرا قانونگذاری روزآمد و کارآمد با لحاظ تغییرات عرفی در روابط پویای انسانی در جهت تضمین حق‌ها و آزادی‌های بنیادین محقق می‌شود. چنانکه در بند «۸» ماده (۴) قانون جدید حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، رسیدگی به دعاوی ناشی از نشوز و تمکین فارغ از جنسیت، در صلاحیت دادگاه خانواده پیش‌بینی شده و اکنون امکان طرح دادخواست الزام شوهر به انجام وظایف زناشویی نیز فراهم شده است. هرچند ترک هم‌بستری با زوجه (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۱۴۲) را می‌توان ذیل ماده (۱۱۰۳) قانون مدنی نیز مطرح و آن را از مصادیق عسرو حرج و بدرفتاری با زوجه محسوب کرد (لطفی، ۱۳۸۹: ۱۴).

۶-۲. الزام قانونی اخلاق و بروز تنش‌های اجتماعی

به موجب ماده (۱) قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، معروف و منکر عبارتند از هرگونه فعل، قول یا ترک فعل و قولی که به عنوان احکام اولی و یا ثانوی در شرع مقدس و یا قوانین، مورد امر قرار گرفته یا منع شده باشد. در بررسی انتقادی رابطه این قانون با جامعه، به نظر می‌رسد اولاً نظام‌های ارزشی متکثری در یک جامعه وجود دارد و همه شهروندان از یک دین، مذهب یا قرائت واحدی از مذهب پیروی نمی‌کنند که بر مبنای آن بتوان به چنین امری مبادرت ورزید، ثانیاً به فرض وجود یک برداشت غالب از یک مذهب در یک جامعه، همه شهروندان مجتهد به احکام شرعیه و ممیز بین مفاهیم مشکک معروف و منکر و آگاه به هنجارهای پیچیده حقوقی و تشخیص بین جرم و گناه نیستند. از این رو، با دامن زدن به روحیه عدم مدارا

و بردباری در جامعه، اشخاص می‌توانند ابتدا جرم‌انگاری، سپس اقدام به اعمال کیفر کنند و نهایتاً این امر به ایجاد هراس اخلاقی و احساس ناامنی عمومی منجر شده و با سیری قهقرایی، دادگستری خصوصی و شخصی برقرار می‌شود.

۲-۷. تحدید دادرسی منصفانه در انتخاب وکیل با تفسیر موسع از مصادیق جرائم امنیتی

بهموجب تبصره ماده (۴۸) قانون آیین دادرسی کیفری در جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی و همچنین جرائم سازمان‌یافته که مجازات آنها مشمول ماده (۳۰۲) قانون پیش‌گفته است، در مرحله تحقیقات مقدماتی طرفین دعوی، وکیل یا وکلای خود را از بین وکلای رسمی دادگستری که مورد تأیید رئیس قوه قضائیه باشد، انتخاب می‌کنند (اسامی وکلای مزبور را رئیس قوه قضائیه اعلام می‌کند). بر این اساس، قانونگذار از یک سو حقوق شهروندی اشخاص در انتخاب آزادانه وکیل موضوع اصل سی‌وپنجم قانون اساسی و از سوی دیگر، حقوق حرفه‌ای وکلا را تحدید کرده است؛ زیرا با این مقرر، امر قضا و امر دفاع در زیرمجموعه دستگاه قضایی قرار می‌گیرد و در جایگاهی که مدعی‌العموم نیز منصوب دستگاه قضایی است، اجتماع این سه رکن در یک دستگاه اصل برابری سلاح‌ها را محدود و موجبات تضییع حقوق موکل را به‌وجود می‌آورد.

تحقق «حق بر دادرسی منصفانه» مستلزم وجود «قاضی مستقل»، «دادستان مستقل» و «وکیل مستقل» است؛ زیرا استقلال و بی‌طرفی، شأن مشترک قاضی، دادستان و وکیل و تضمین دادرسی منصفانه در گرو دسترسی آزادانه به «وکیل» است که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز این حق را در اصل سی‌وپنجم از فصل سوم قانون اساسی و ذیل عنوان «حقوق ملت» و در قالب «لزوم مهیا بودن شرایط دسترسی آحاد ملت به وکیل در تمامی مراجع رسیدگی به دعا» شناسایی و تضمین کرده است. اما باید توجه داشت که کارکرد وکیل، همبستگی با استقلال نهاد وکالت دارد؛ زیرا اگر وکیل، کارگزار و به‌مثابه جزئی از پیکره دستگاه قضایی باشد،

به دلیل دغدغه‌هایی مانند ابطال یا عدم تمدید پروانه از ناحیه نهاد متبوعش، نمی‌تواند مساعی خویش را در مقام دفاع از شهروندی که به‌ترتیب ازسوی نهاد حاکمیت متهم به ارتکاب جرمی شده، انجام دهد. برای نمونه اگر زیان‌دیده‌ای به طرفیت یکی از نهادها یا مقامات وابسته به قوه قضائیه دادخواهی کند، وکیل در کشاکش بین موکل و نهاد متبوع خویش در وضعیت آشفته‌ای قرار خواهد گرفت که پیامد آن احتمالاً تضییع حقوق شهروندان خواهد بود.

از این‌رو اصل نفی سلسله‌مراتب اداری و تشکیلاتی در خصوص نهاد وکالت موضوعیت داشته و فراغت وکیل از وابستگی‌های حاکمیتی و تعهد وی به صیانت از حقوق شهروندی به تضمین حقوق بنیادین شهروندان منجر می‌شود. استقلال وکیل در دفاع از موکلش نیز اجتناب‌ناپذیر است؛ چراکه با وحدت مقام تعقیب، تحقیق، رسیدگی و تمرکز اختیارات این سه رکن در یک نهاد، شهروندان از حق دفاع مؤثر محروم خواهند شد. بر این اساس، از آنجاکه وظیفه اصلی وکیل، تأمین حق دفاع متهم در برابر دادستان و قدرت سیاسی بوده و بنابراین همان‌گونه که قاضی در دادرسی و صدور رأی باید استقلال داشته باشد، استقلال وکیل در دفاع از موکلش نیز اجتناب‌ناپذیر است، نقش «وکیل مستقل» به‌مثابه ابزار تحقق دادرسی عادلانه و «دادرسی عادلانه» به‌عنوان یکی از ارکان تحقق «حقوق شهروندی» است.

۸-۲. ممنوعیت به‌کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره

به موجب ماده (۱) قانون ممنوعیت به‌کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره، «ورود، توزیع و استفاده از تجهیزات دریافت از ماهواره جز در مواردی که قانون تعیین کرده است ممنوع می‌باشد». از این‌رو، مستند به ماده (۹) قانون پیش‌گفته، استفاده‌کنندگان از تجهیزات دریافت از ماهواره علاوه بر ضبط و مصادره اموال مکشوفه به مجازات نقدی از یک میلیون تا سه میلیون ریال محکوم می‌شوند. با این حال و مستند به آمارهای رسمی، بخش قابل‌تأملی از شهروندان، بدون پذیرش عملی این جرم‌انگاری، به استفاده از تجهیزات ماهواره‌ای مبادرت کرده و با نقض عملی قوانین کیفری، حیثیت و اقتدار ضمانت اجرای جزایی با چالش مواجه شده است.

۳. عقب‌ماندگی قانون نسبت به تحولات اجتماعی

گاه هرچند قانون مغایرتی با خواست اجتماعی ندارد اما از حیث زمان وضع، پیشگام یا حتی متقارن با تحولات اجتماعی نیست و نسبت به تغییرات اجتماعی، عقب‌مانده محسوب می‌شود، برای نمونه طبق ماده (۸۷۸) قانون مدنی، «هرگاه در حین موت مورت، حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود، مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می‌شود، تقسیم ارث به عمل نمی‌آید تا حال او معلوم شود و اگر حمل مانع از ارث هیچ‌یک از سایر وراثت نباشد و آنها بخواهند ترکه را تقسیم کنند باید برای حمل، حصه‌ای که مساوی حصه (سهم) دو پسر از همان طبقه باشد، کنار گذارند و حصه هریک از وراثت مراعا است تا حال حمل معلوم شود». حال آنکه امروزه با یک آزمایش سونوگرافی بسیار ساده، امکان تشخیص وضعیت حیاتی و جنسیتی جنین با ضریب اطمینان بالا فراهم شده است.

یا در نمونه دیگری، هرچند فعالیت شرکت‌های هرمی چون گلدکوئست از سال ۱۳۷۶ در ایران آغاز و در ادامه گسترش یافت اما جرم‌انگاری تأسیس، قبول نمایندگی و عضوگیری در بنگاه‌های زنجیره‌ای، در قالب قانون الحاق یک بند و یک تبصره به ماده (۱) قانون مجازات اخلاگران در نظام اقتصادی کشور، در سال ۱۳۸۴ به انجام رسید که این امر نیز گویای عقب‌ماندگی قانون نسبت به تحولات اجتماعی است.

۴. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

اتخاذ رویکرد «جامعه‌شناسانه» به حقوق عمومی و انجام مطالعات قانونگذاری می‌تواند به تقویت حاکمیت شکلی و ماهوی قانون منجر شود؛ زیرا اساساً هدف و ابزار قانونگذاری برای بسیاری از واضعان قانون مشخص نیست، حال آنکه باید دقیق پرسید که انتظار ما از «قانون» چیست؟ آنگاه با شرح موضوع؛ محدوده و مرز قانونگذاری را تبیین و دقیق مشخص کرد. احتمالاً بسیاری از انتظارات ما از نهاد قانونگذاری ناشی از کژکارکردی دیگر نهادها و ابزارها است و هنگامی که نظام حکمرانی در حل مسئله ناتوان می‌شود به قانونگذاری می‌رسد، حال آنکه هزار راه نارفته در پیش است.

بر همین اساس، سه مسئله تعدد مراجع قانونگذار، تغییر مکرر و تورم قوانین، «حاکمیت قانون»^۱ - به معنای اجرای هنجارهای حقوقی تضمین کننده حق‌ها و آزادی‌های بنیادین از یک سو و تأمین کننده خیر عمومی از سوی دیگر- را به «حاکمیت به وسیله قانون»^۲ - به معنای اعمال اراده سیاسی فرد یا نهاد غیردمکراتیک در قالب هنجارهای حقوقی تحدید کننده حق‌ها و آزادی‌های عمومی - مبدل و کارایی و اثربخشی قوانین را با چالش مواجه ساخته است. ازدیاد قوانین و اینکه برای جزئی ترین ابعاد زیست فردی یا اجتماعی در نظام حقوقی مقرره‌ای باشد، نه تنها از ویژگی‌های توسعه حقوقی نیست بلکه وضوحاً تهدید و تحدید کننده حق‌ها و آزادی‌های عمومی است. هر قانون به منزله یک باید و نبایدی است که سابقاً بدون وجود ضابطه حقوقی برقرار می‌شد اما اکنون در چارچوب قانونی از پیش تعریف شده و در نتیجه، محدود و محصور کننده است.

از این رو، در راستای روزآمد و کارآمد ساختن قوانین، اولاً امر قانونگذاری باید از یک مسیر خطی خارج و به مثابه یک چرخه از وضع تا اجرا، مورد سنجش مستمر کیفیت واقع شود. ثانیاً بر مبنای خواست و اراده شهروندان، با قانون‌زدایی از بسیاری از روابط فردی و اجتماعی انسانی، هنجارگذاری‌ها به دیگر نظامات بایدانگار مانند دین، اخلاق، عرف، سنت و ... واگذاشته شود؛ زیرا حقوقی سازی و وضع ضمانت اجراهای کیفری الزاماً به اجرای فرامین منجر نخواهد شد و البته که «خودتنظیم‌گری» و واگذاری تنظیم بخشی از روابط اجتماعی به دیگر نظام‌های هنجاری به معنای رهاسازی آن نیست. به نظر نگارنده شاید بهترین تمثیل از تنظیم به سامان روابط، بدون نیاز به قواعد حقوقی، ارتباطات دوستانه باشد.

نهاد «دوستی» با اینکه از پایدارترین، دیرینه‌ترین و عمیق‌ترین ارتباطات اجتماعی انسان است اما طی تاریخ حقوق، در هیچ نظام حقوقی هرگز با قواعد الزام‌آور قانونی تمشیت نشده است. هر چند در روابط دوستانه، شاهد باید و نبایدهای فراوانی هستیم که با توافق ضمنی یا صریح طرفین شکل گرفته اما این مناسبات به خودتنظیم‌گری رسیده‌اند. البته بدیهی است که این دوستان می‌توانند در نقش‌های گوناگون مؤجر و

1. Rule of Law

2. Rule by Law

مستأجر؛ بایع و مشتری؛ بزه‌کار و بزه‌دیده و ... قرار گیرند و آنگاه متناسب با وضعیت جدید، آثار حقوقی نویی هم بر آنها مترتب شود اما انتظام آنچه که صرفاً برپایه رابطه رفاقت بنا شده از دایره روابط حقوقی خارج است و انتظام آن از منبع سایر نظام‌های بایدانگار مانند شریعت؛ عرف و اخلاق است.

بر این بنیاد، تأمل در چگونگی تنسيق مطلوب روابط دوستانه به‌مثابه یکی از دیرپاترین و ریشه‌دارترین نوع روابط انسانی که در عالم واقع و نه در انتزاعیات و اعتباریات شکل می‌گیرد، می‌تواند ایده قانون‌زدایی از قواعد ناضرور و واگذاری این مهم به سایر نظامات الزام‌آور را تقویت کرده و الهام‌بخش باشد.

بر این اساس، در پایان تعدادی از قوانینی پیشنهاد می‌شود که امکان الغای همه یا بخشی از مفاد آنها از ساحت نظام حقوقی و وا گذاشتن سامان‌دهی آن به ضوابط شرعی؛ آداب و رسوم فرهنگی و بایسته‌های اخلاقی وجود دارد:

۱. قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب سال ۱۴۰۰،
۲. قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب سال ۱۳۹۲،
۳. قانون ممنوعیت به‌کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره مصوب سال ۱۳۷۳،
۴. قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) درخصوص جواز قتل در فراش،
۵. تبصره ماده (۴۸) قانون آیین دادرسی کیفری،
۶. قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر.

منابع و مآخذ

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۶۸). حقوق مدنی، جلد پنجم، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات اسلامیه.
۲. پروین، فرهاد و وحیده حسینی (۱۳۹۲). «شرایط، قلمرو و آثار فقهی و حقوقی ریاست زوج در رابطه با زوجه»، پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، ش ۳.
۳. جعفرپور، جمشید و سهیل ذوالفقاری (۱۳۹۰). «وابستگی اقتضای ذات نکاح به رابطه زناشویی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، ش ۴.
۴. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸). فلسفه تفسیری حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۵. خضری، فاروق، حسن و کیلیان و فردوس آفاگل زاده (۱۴۰۱). «زبان به مثابه قدرت قانون»، مجلس و راهبرد، ش ۱۱۱.
۶. دبیرنیا، علیرضا (۱۳۹۳). قدرت مؤسس؛ کاوشی در مبانی حقوق اساسی مدرن، تهران، انتشارات شهر دانش.
۷. راسخ، محمد (۱۳۸۵). «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، مجلس و راهبرد، ش ۵۱.
۸. رحیمی، حبیب‌اله و همکاران (۱۳۹۰). «رضایت زوج در انجام اعمال پزشکی یا جراحی زوجه»، مجله حقوق خصوصی، دوره هشتم، ش ۱.
۹. رستمی نجف‌آبادی، حامد و محمدرضا حق‌شناس (۱۳۹۵). «نگاهی نو به ماهیت قتل در فراش در فقه و حقوق کیفری»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۵.
۱۰. روشن، محمد و همکاران (۱۳۹۴). «بررسی تحلیلی میراث زوجه از اموال شوهر در فقه امامیه و حقوق ایران»، مجله مطالعات حقوقی (دانشگاه شیراز)، دوره هفتم، ش ۱.
۱۱. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۶). «درآمدی بر مطالعه تطبیقی نهاد تنقیح قوانین و مقررات»، اطلاع‌رسانی حقوقی، ش ۱۱.
۱۲. سیدفاطمی قاری، سیدمحمد (۱۳۹۳). حقوق بشر در جهان معاصر، درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، چاپ چهارم، تهران، انتشارات شهر دانش.

۱۳. شریف، محمد (۱۳۹۳). *گذار از حقوق بین‌الملل به حقوق بشر*، تهران، انتشارات شهر دانش.
۱۴. شهابی، مهدی (۱۳۹۵). «استقلال ذاتی و ماهیتی حقوق در مواجهه با متغیرهای اجتماعی، تأملی بر وجه مشترک حقوق دینی و حقوق مدرن در اصلاح ساختار اجتماعی»، در مجموعه مقالات حقوق؛ جان‌مایه بقای اجتماع، تهران، انتشارات سمت.
۱۵. صفائی، سیدحسین و اسداله امامی (۱۳۹۲). *مختصر حقوق خانواده*، چاپ سی‌وپنجم، تهران، انتشارات میزان.
۱۶. ظفری، مزده و مهدی خدایی (۱۳۹۴). «بررسی فقهی و حقوقی ازدواج سرپرست با فرزندخوانده»، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال هشتم، ش ۱.
۱۷. غدیری، ماهرو و مهران اسماعیلی (۱۳۹۶). «ازدواج با فرزندخوانده از منظر اصول قانون اساسی ایران»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، ش ۵۰.
۱۸. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۱۹. قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷.
۲۰. قانون اصلاح موادی از قانون مدنی، مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۶.
۲۱. قانون آیین دادرسی کیفری (با اصلاحات) ۱۳۹۴.
۲۲. قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، مصوب ۱۳۹۴.
۲۳. قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست، مصوب ۱۳۹۲.
۲۴. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.
۲۵. قانون مدنی.
۲۶. قنبرپور، بهنام و سیدابوالقاسم نقیبی (۱۳۹۱). «شرط عدم تمکین در عقد نکاح در فقه امامیه و اهل سنت»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش ۱۲ و ۱۳.
۲۷. قنبرپور، بهنام و سیدمحمدرضا آیتی (۱۳۹۲). «بررسی فقهی و حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی

- (شرط عدم تمکین خاص)، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، ش ۱۲.
۲۸. لطفی، اسداله (۱۳۸۹). حقوق خانواده، جلد دوم، تهران، انتشارات خرسندی.
۲۹. مرکز مالگیری، احمد و سعید عطار (۱۳۹۷). «آسیب‌شناسی قانونگذاری در ایران از منظر رویه ابتکار قانونگذاری»، فصلنامه مجلس و راهبرد، ش ۹۶.
۳۰. مرکز مالگیری، احمد و مهدی مهدی‌زاده (۱۳۹۴). «قانونگذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۴۷.
۳۱. مهدوی زاهد، مهدی (۱۳۹۹). «امکان و امتناع مطالعات میان‌رشته‌ای در حقوق؛ موردکاوی جامعه‌شناسی حقوق»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۱، ش ۶۶.
۳۲. مهرپور، حسین و مریم غنی‌زاده (۱۳۹۱). «وضعیت زوجه نسبت به اموال حاصله در دوران زندگی مشترک»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۲، ش ۳.
۳۳. وکیلان، حسن و احمد مرکز مالگیری (۱۳۹۵). «مقدمه‌ای بر فلسفه قانونگذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، پژوهش حقوق عمومی، ش ۵۱.
۳۴. یثربی قمی، سیدعلی محمد (۱۳۸۸). حقوق خانواده در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت.
35. Arato, Andrew (2000). "Carl Schmitt and the Revival of the Doctrine of the Constituent Power in the United States", *Cardozo Law Review*, Vol. 21.
36. Kelsen, Hans (1942). "Value Judgement in the science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, Vol. 7, No. 312.
37. Raz, J. (1976). "Critical Study. Kelsen's General Theory of Norms", *Philosophical*, Vol. 6.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی