

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه اصفهان

دانشکده علوم اداری و اقتصاد

گروه حقوق

پایان نامه ی کارشناسی ارشد رشته ی حقوق گرایش خصوصی

تعامل حقوق سنتی و حقوق مدرن در نظام حقوق مدنی ایران چالشها و راهکارها

استاد راهنما:

دکتر مهدی شهابی

استاد مشاور:

دکتر مهدی الشریف

پژوهشگر:

رضا نعمتی

دی ماه ۱۳۹۱

کلیه حقوق مادی مترتب بر نتایج مطالعات،
ابتکارات و نوآوری های ناشی از تحقیق
موضوع این پایان نامه متعلق به دانشگاه
اصفهان است.



دانشگاه اصفهان

دانشکده امور اداری و اقتصاد

گروه حقوق

پایان نامه ی کارشناسی ارشد رشته ی حقوق گرایش خصوصی آقای رضا نعمتی

تحت عنوان

تعامل حقوق سنتی و مدرن در نظام حقوق مدنی ایران

چالشها و راهکارها

در تاریخ ۹۸/۷/۲۲ توسط هیأت داوران زیر بررسی و با درجه ... **بسیار خوب** ... به تصویب نهایی رسید.

- ۱- استاد/ استادان راهنمای پایان نامه دکتر **محمد رضا...** با مرتبه ی علمی **استاد** امضا
- ۲- استاد/ استادان مشاور پایان نامه دکتر **محمد...** با مرتبه ی علمی **استاد** امضا
- ۳- استاد/ استادان داور داخل گروه دکتر **جمشید...** با مرتبه ی علمی **استاد** امضا
- ۴- استاد/ استادان داور خارج از گروه دکتر **محمد...** با مرتبه ی علمی **استاد** امضا

نصیر
امضای مدیر گروه

با پاس از استاد بزرگوارم جناب آقای دکتر مهدی شهابی و راهبانی های سخاوتمندانه شان و جناب آقای دکتر مهدی الشریف که اگر راهبانی های ایشان نبود هرگز نمی توانستم در این راه قدم بردارم. از خداوند منان آرزوی عزت و سلامتی و موفقیت در تمام مراحل زندگی را برای این بزرگواران مسئلت دارم.

و پاس از پدر و مادرم به پاس تعبیر عظیم و انسانی شان از کلمه ایثار و از خودگذشتی به پاس عاطفه سرشار و گرمای امیدبخش وجودشان که در این سردترین روزگار ان بهترین پشتیبان است.

به پاس قلب های بزرگشان که فریادس است و سرگردانی و ترس در پناہشان به شجاعت می کراید و به پاس محبت های بی دریغشان که هرگز فروکش نمی کند.

تقدیم به:

همسرم که ورود به دوره می تحصیلات تکمیلی و پدید آمدن این اثر مرثون ایثار و صبوری و بیماری و خاک اوست.

چکیده:

تجددگرایی به عنوان بزرگترین تحول بشر اروپائی در چند صد سال اخیر، در تمام عرصه های فکری و عملی زندگی انسان اروپائی جریان دارد. در حقوق، این بینش دستگاه سازماندهی جدیدی را برای انتظام جامعه تشکیل می دهد که اصطلاحاً «حقوق مدرن» نامیده می شود. این مدل حقوقی بر پایه مبانی نظری اندیشه تجدد شکل گرفته و بافت عینی آن چیزی بیش از انعکاس مبانی نظری آن نیست. عناصر عینی مؤلف این مدل حقوقی دارای ارتباط ارگانیک بوده و بواسطه پیروی از منطق واحد تشکیل دهنده کل واحد بوده و روح واحد بر آن حاکم است. متفکران ایران در جریان انقلاب مشروطه، به ورود این مدل حقوقی در جامعه ایران اقدام نمودند، لیکن در جامعه ایران نظام مدون و پرسابقه‌ای برای تنظیم روابط حوزه حقوق خصوصی وجود داشت. بنابر این دامنه و گستره نظام حقوق مدرن به حوزه حقوق عمومی محدود گردید. لیکن اندک اندک تعاملی بین حقوق مدرن و حقوق سنتی برای مدیریت روابط حوزه حقوق مدنی روی داد و بدین سان تعامل حقوق مدنی و حقوق مدرن روی در حوزه حقوق مدنی شکل گرفت. این پژوهش روشن می کند با توجه به مبانی نظری متفاوت این دو مدل حقوقی امکان تعامل حقیقی بین آنها وجود ندارد. آنچه در عمل اتفاق افتاده تنها اجتماع عناصری از مؤلفه های این دو در حقوق مدنی ایران است. که با توجه به اینکه توسط مبانی نظری و اندیشه ای هماهنگ پشتیبانی نمی شود فاقد تشخیص و روح واحد بوده و نمی توان آن را به عنوان یک نظام به معنای واقعی دانست. این نظام دارای دوگانگی از جمله در حوزه مبنا است. در تحلیل نهائی نظام حقوق مدنی موجود باید گفت این نظام حقوقی نه سنتی است و نه مدرن یا هم سنتی است و هم مدرن و به دلیل این دوگانگی و ویژگیهای خاصی که مدل حقوق سنتی بر این نظام اعمال نموده به نظر می رسد از توانائی کمتر برای مدیریت روابط حوزه حقوق خصوصی جامعه ایران برخوردار است. با توجه به این مسأله، تبیین جایگاه و نسبت حقوق مدرن و حقوق سنتی در نظام حقوق مدنی ایران همچنان به عنوان یک مشکل فرا روی اندیشمندان حوزه حقوق مدنی قرار دارد. در مقام ارائه راه حل آنچه به عنوان فرضیه پژوهشهای مستقل بعدی به ذهن نویسنده می رسد آن است که مبانی و نظام اندیشگی جدیدی برای ایجاد یک نظام حقوق مدنی جدید فراهم آید، نظامی که بر پایه این مبانی، مجموعه ای از قواعد حقوقی را تولید می نماید که از منطق واحد و قابل دفاع پیروی نموده و بواسطه پیروی از عقلانیت علمی توانائی کافی برای پاسخگوئی به نیازهای جدید را دارد.

کلید واژگان: عقلانیت مدرن ، حقوق مدرن ، حقوق سنتی، عقلانیت علمی،

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
	فصل اول - کلیات
۱	۱-۱- شرح و بیان موضوع پژوهش.....
۳	۲-۱- پیشینه و تاریخچه موضوع تحقیق.....
۴	۳-۱- اهداف تحقیق
۴	۴-۱- اهمیت و ارزش تحقیق
۴	۵-۱- کاربرد و نتایج تحقیق
۵	۶-۱- فرضیه ها و سؤال های تحقیق
۵	۷-۱- روش تحقیق
۵	۸-۱- ابزار تجزیه و تحلیل.....
۶	۹-۱- ابزار گردآوری داده ها
	فصل دوم - مبانی نظری و مظاهر عینی حقوق سنتی و حقوق مدرن
۸	۱-۲- تجدد گرایی.....
۸	۱-۱-۲- مبانی نظری.....
۹	۱-۱-۱-۲- عقل گرایی.....
۱۴	۲-۱-۱-۲- انسان گرایی
۱۵	۳-۱-۱-۲- فردگرایی
۱۷	۴-۱-۱-۲- سکولاریسم
۱۸	۵-۱-۱-۲- لیبرالیسم
۲۰	۲-۱-۲- مظاهر سیاسی و اجتماعی
۲۴	۲-۲- سنت و سنت گرایی
۱۹	۳-۲- حقوق مدرن در ایران
۲۹	۴-۲- حقوق سنتی و حقوق مدرن
۲۹	۱-۴-۲- حقوق مدرن

۳۴ ۲-۴-۲ حقوق سنتی
----	-----------------------

فصل سوم- تعامل حقوق سنتی و حقوق مدرن در نظام حقوق مدنی ایران

۴۳ ۳-۱- حقوق مدنی و نظام حقوقی ایران در دوره مشروطه
۵۱ ۳-۲- حقوق مدنی و نظام حقوقی ایران در دوره جمهوری اسلامی
۵۵ ۳-۳- تعامل حقوق سنتی و حقوق مدرن در محورهای چهار گانه حقوق مدنی
۵۵ ۳-۳-۱- اشخاص و محجورین
۶۱ ۳-۳-۲- اموال و مالکیت
۶۸ ۳-۳-۳- حقوق خانواده
۷۳ ۳-۳-۴- حقوق قراردادها
۷۵ ۳-۳-۴-۱- حاکمیت اراده
۷۹ ۳-۳-۴-۲- آزادی قراردادی
۸۶ نتیجه گیری
 منابع و مأخذ

فصل اول

کلیات

۱-۱- شرح و بیان موضوع پژوهش:

مبانی نظری اندیشه تجددگرایی منجر به ایجاد حقوق مدرن گردید. عناصر عینی این مدل حقوقی دارای انسجام و منطق درونی بوده، به طوری که روح واحد بر آن حاکم است. عناصر عینی چون قانون اساسی، قانون، تفکیک قوا، پارلمان، دولت ملی و تفکیک حوزه عمومی از خصوصی بوسیله پیش‌انگاشتهای ویژه این سیستم چون عقلانیت مدرن، انسان‌گرایی، آزادی خواهی، برابری و تساوی‌گرایی و فردگرایی پشتیبانی می‌شوند. سر‌آغاز مدرنیته‌ی حقوقی در حوزه حقوق مدنی را بایستی تصویب قانون مدنی فرانسه در سال ۱۸۰۴ دانست. این قانون شاهکار مدرنیته‌ی حقوقی به شمار می‌رود (گروسی^۱: ۸۲: ۲۰۱۰). با تصویب قانون مدنی فرانسه ساختار فئودال الیته‌ی حقوقی، ساختاری که در آن اصل آزادی فردی و شاخه‌های آن یعنی اصل مالکیت خصوصی، اصل حاکمیت اراده، اصل آزادی قراردادی و اصل جبران خسارت بر مبنای تقصیر معنا و مفهومی نداشته است، فرو پاشید. به نظر می‌رسد قانون مدنی فرانسه با به رسمیت شناختن اصل آزادی قراردادی در مواد ۶ و ۱۱۳۴ و ۱۱۵۶ خود، اصل مالکیت خصوصی در مواد ۵۴۴ و ۵۴۵، و اصل تقصیر در مسؤولیت مدنی در مواد ۱۳۸۲ به بعد در جهت تحکیم آزادی فردی به عنوان یک ارزش قدم برداشته است. اصل آزادی فردی ریشه در عقل فطری انسان گرایانه دارد و عقل فطری نیز مبنای مدرنیته محسوب می‌شود. بدین ترتیب می‌توان گفت مدرنیته‌ی حقوقی به معنای ابتناء نظام حقوقی بر عقل فطری یا عقل خود بنیاد است.

^۱ -Grossi

نظام حقوق سنتی بر سنت یعنی کتاب (قرآن) و روایات مبتنی است و این دو منبع عظیم قواعد حقوقی نیز اعتبار خود را نه از عقل فطری سکولار که از اراده ی الهی أخذ کرده اند. بنابراین تفاوت دو نظام مدرنیته ی حقوقی و سنتگرایی حقوقی از جمله در مبنای آن دو است. مبنای حقوق مدرن عقلانیت تجربی است و مبنای حقوقی سنتی یا حقوق دینی اراده ی الهی است (شهابی: ۱۳۸۸: ۱۷).

از نظر ماهوی، قانون مدنی فرانسه، همانطور که اشاره شد، متأثر از حقوق طبیعی مدرن (یعنی حقوق طبیعی انسانگرایانه یا اومانیستی) است. با اینحال نیاستی جنبه ی پوزیتیویستی قانون مدنی فرانسه را فراموش کرد. واقعیت این است که با تصویب این قانون، ابزار قانون به صورت جدی به عنوان ابزار مرجح بیان قواعد حقوقی یا به عبارت دیگر منبع قواعد حقوقی مطرح شد. قانون ابزاری روشن، منطقی و منسجم است که به روشنی آثار حقوقی رفتار مردمان را مشخص می کند. اما، این ابزار یک ابزار دولتی است و طرح آن به عنوان منبع می تواند به معنای به رسمیت شناختن نقش دولت در روند ایجاد قاعده ی حقوقی باشد. اهمیت قانون به اندازه ای است که می توان آنرا مبنای شکلی قانون مدنی فرانسه دانست و از آن تحت عنوان عقلانیت شکلی یاد کرد (شهابی: ۱۳۸۹: ۴۰). بی تردید، کد نویسی فرانسوی متأثر از پوزیتیویسم دولتی بتنامی است. البته، بتنام مبنای منشأ الزام آوری قواعد حقوقی را تنها در قانونگذار دولتی جستجو می کند و این قانونگذار را نیز محدود به چیزی و برای مثال حقوق طبیعی نمی داند؛ او بر نقش اصلاح گرایانه عقل تجربی بسیار تأکید می کند و آن را متعین در دولت می یابد و اعتقاد دارد اگر اصلاحی بخواهد صورت گیرد اختیار قانونگذار در ایجاد قاعده ی حقوقی نباید محدود به متافیزیک (حقوق طبیعی) یا واقعیت (داده های تاریخی، اجتماعی و مردم شناختی) شود. در قانون مدنی فرانسه، پوزیتیویسم دولتی بتنام به طور کامل پذیرفته نشد و دولت با ابزار قانون تنها وظیفه ی تضمین محتوای قرارداد اجتماعی یعنی همان آزادی فردی و اصول فرعی آن که در قانون مدنی برجسته شد، را یافت. البته گایدو فاسو، فیلسوف مشهور ایتالیائی، بر این عقیده است که در نظام حقوقی مدرنیته سرانجام عقلانیت شکلی یعنی همان پوزیتیویسم دولتی بر عقلانیت ماهوی برتری و حاکمیت یافت و تعاملی که در ابتدا به نظر می رسید، از یاد رفت. تحولات اجتماعی شدن حقوق که به معنای به نفع همه گرداندن حقوق بود (راسخ: ۱۳۸۶: ۱۹) در این امر تأثیر داشت. برای مثال قانون مدنی فرانسه تا سال ۱۸۹۷ شهادت زنان در احوال شخصیه را نپذیرفته بود (کریگ^۱: ۴:۲۰۰۴) و پوزیتیویسم دولتی توانست این دغدغه و مصداق اجتماعی شدن حقوق را بر طرف نماید. حقوق هم بایستی به نفع زنان می بود و هم به نفع مردان.

^۱ -Krieg

قانون مدنی ایران که در سالهای ۱۳۰۷ (۹۵۶ ماده) و سالهای ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ (بقیه مواد) به تصویب رسید، از نظر شکلی اقتباسی از قانون مدنی فرانسه و از نظر ماهوی نیز، در بخش محدودی، متأثر از قانون مدنی فرانسه است. و بدین ترتیب به نظر می رسد تعاملی از حقوق مدرن و حقوق سنتی امامیه در قالب این قانون شکل گرفته است. به عبارت دیگر، نویسندگان آن با انتخاب ابزار قانون، از عقلانیت شکلی مدرنیته بهره برده اند. پرسش این است که آیا نویسندگان قانون مدنی ایران از عقلانیت ماهوی مدرنیته که در حقوق طبیعی مدرن خلاصه می شود نیز بهره برده اند؟ به سخن دیگر آیا قانون مدنی ایران مصداق تعاملی از حقوق طبیعی یا پوزیتیویسم دولتی با حقوق سنتی امامیه در نظام حقوقی ایران بوده و بدین ترتیب نقش آغاز مدرنیته ی حقوقی در نظام حقوقی ایران را ایفاء کرده است؟ به نظر می رسد از آنجا که محتوای قانون مدنی ایران از فقه امامیه گرفته شده است، نتوان از عقلانیت فطری در نظام حقوق مدنی ایران سخن گفت و بدین ترتیب نتوان مواد ۱۰، ۳۰، ۲۱۹ و ۳۳۱ قانون مدنی را بر اساس آن تفسیر کرد؛ هر چند ماده ی ۱۰ قانون مدنی ایران دقیقاً در همان قسمتی از قانون مدنی قرار گرفته باشد که ماده ی ۶ قانون مدنی فرانسه قرار دارد. با این حال، نقش پوزیتیویسم دولتی را در این میان نمی توان نادیده گرفت. آیا این عقلانیت با مبانی نظام حقوقی دینی در تعارض قرار می گیرد؟ آیا اجتماعی شدن حقوق که از پوزیتیویسم دولتی بیشتر بهره می گیرد این تعارض را شدید تر نمی کند؟

با توجه به تباین جدی فقه به عنوان حقوق سنتی و حقوق فرانسه به عنوان مصداقی از حقوق مدرن، مسئولیت نویسندگان قانون مدنی در خصوص اتخاذ سیاست راهبردی برای ایجاد یک نظام حقوق مدنی جدید که سنتی باشد یا مدرن یا ترکیبی از این دو بس عظیم و خطیر بوده است. نظر بدوی این است که فرض اخیر، یعنی ایجاد نظام ترکیبی از حقوق مدنی، بیشتر مورد توجه نویسندگان قرار گرفته است. با اینحال، روشن شدن این مسأله نیازمند پاسخ روشن به پرسشهای فوق است.

۱-۲- پیشینه و تاریخچه موضوع تحقیق: (مطالعات و تحقیقاتی که در رابطه با این موضوع صورت گرفته و نتایج حاصل از آن)

۱. شهابی مهدی (۱۳۸۸)، در مقاله ای تحت عنوان «از حقوق سنتی تا حقوق مدرن تاملی بر مبانی تحول نظام حقوقی» به معرفی اجمالی حقوق مدرن و سنتی و عناصر ممیز آن دو پرداخته، بین عناصری از مدرنیته حقوقی و فقه شیعه مختصراً مقایسه ای انجام می دهد. وی در گفتار سوم به بررسی جایگاه عقل تجربی در نظام حقوق دینی ایران پرداخته و نتیجه می گیرد که هر چند عقل در استخراج قاعده حقوقی در این نظام نقش دارد ولی قضاوتهای

ارزشی و گزاره های ثابت نقش تعیین کننده ای در جهت دهی به این نظام داشته و از این حیث از عقل تجربی و انسانگرایی محصول آن دور می شود. نقش قاضی در نظام دینی از دیگر عناصری است که این نظام را از حقوق مدرن دور میکند. فردگرایی شاخصه دیگر نظام دینی است که با فردگرایی حقوق مدرن مقایسه شده و این نتیجه را به دست می دهد که در حقوق دینی بر خلاف حقوق مدرن فردگرایی به حوزه هدف محدود بوده و به مبنا سرایت نمی نماید. نویسندگان در پایان نتیجه می گیرند که هرچند حقوق دینی ایران در عنصر مهمی چون مبتنی بودن بر مرجعیت فکری از حقوق مدرن ممتاز می شود ولی نمی توان گفت که این نظام با تمام عناصر مدرنیته بیگانه است که به طور مثال می توان به آشتی حقوق و حکومت در هر دو نظام اشاره نمود.

۲. راسخ محمد (۱۳۸۶)، در مقاله ای با عنوان «مدرنیته و حقوق دینی»، به معرفی مدرنیته و حقوق مدرن پرداخته و در نتیجه گیری اظهار می دارد جامعه ایران مانند آنچه در زادگاه مدرنیته اتفاق افتاد دوران گذار از حقوق سنتی به مدرن را می گذارند.

چنانکه از دو مقاله قبل برمی آید مباحث مطرح شده در حوزه حقوق سنتی و حقوق مدرن در ایران در صدد ترسیم شمای کلی این بحث بوده، مراحل اولیه و ابتدائی خود را می گذرانند. آنچه در این پایان نامه مورد نظر است آنست که با یک جهش چند گامه تعامل حقوق دینی و حقوق مدرن مشخصا در قانون مدنی ایران بررسی گردد.

۱-۳- اهداف تحقیق:

۱. تبیین شاخصه های مدرنیته ی حقوقی و تفاوت آن با حقوق دینی یا حقوق سنتی (حقوق مبتنی بر سنت)
۲. تبیین میزان تأثیر پذیری نظام حقوق مدنی ایران از قانون مدنی فرانسه به عنوان شاهکار مدرنیته ی حقوقی
۳. تبیین تعامل عقلانیت ماهوی (حقوق طبیعی) و قانونگذاری دولتی (پوزیتیویسم دولتی) در قانون مدنی
۴. تبیین تعامل عقلانیت حقوقی و اراده ی الهی به عنوان مبنای قواعد نظام حقوق مدنی ایران
۵. تبیین تعارض عقلانیت ماهوی با اراده ی الهی در نظام حقوق مدنی ایران
۶. تبیین تعارض و تعامل احتمالی پوزیتیویسم دولتی و اراده ی الهی در نظام حقوق مدنی ایران

۱-۴- اهمیت و ارزش تحقیق:

از آنجا که جدال سنت و تجدد همچنان به عنوان یکی از مسائل مهم و ناگشوده ایران مطرح است بررسی راه حل قدماء و آثار ناشی از آن، ره توشه مناسبی برای پیمودن مسیر صحیح در آینده خواهد بود. تحلیل نظام حقوق مدنی ایران و در رأس آن قانون مدنی به عنوان شاهکار پیشینیان در این عرصه و روشن نمودن اشکالات و آسیبهای احتمالی، اولین قدم در این راه است.

۱-۵- کاربرد نتایج تحقیق:

۱. نتایج این پژوهش می تواند در اتخاذ یک سیاست راهبردی در چالش میان حقوق مدرن و سنتی راه گشا باشد.
۲. تبیین چگونگی تعامل حقوق مدرن و حقوق سنتی در حوزه حقوق مدنی می تواند چارچوب علمی و مبنای مشخصی را برای درک نقاط قوت قانون مدنی و اصلاحات احتمالی آن فراهم آورد.

۱-۶- فرضیه ها (در صورت لزوم) یا سوالهای تحقیق:

۱. شاخصه های مدرنیته ی حقوقی چیست و چه تفاوتی با حقوق سنتی دارد؟
۲. قانون مدنی ایران آیا از حقوق طبیعی به عنوان مبنای ماهوی قانون مدنی فرانسه تأثیر پذیرفته است.
۳. آیا می توان عقلانیت مدرن را حداقل، مبنای بعضی از مواد قانون مدنی ایران دانست؟

۴. آیا قانونگذاری دولتی با تمام ویژگیهای خود در حقوق مدرن، به نظام حقوق مدنی ایران راه پیدا کرده است؟

۵. آیا قانون مدنی ایران را با توجه به مواد ۱۰، ۳۰، ۲۱۹ و ۳۳۱ آن می توان سر آغاز مدرنیته ی حقوقی در ایران دانست؟

۶. قانون مدنی ایران نمونه ی تعارض مبنای ماهوی و شکلی در نظام حقوقی ایران است یا مصداق و نمونه ی تعامل؟ به عبارت روشنتر آیا قانون مدنی با جذب عناصری معرفتی یا عینی از حقوق مدرن موفق به ایجاد هم نهادی از فقه امامیه و حقوق مدرن گردیده یا اصولاً تشکیل چنین هم نهادی بواسطه تفاوت بنیادینی که این دو سیستم حقوقی در مبانی نظری دارند امکان ندارد.

۱-۷- روش تحقیق:

این پایان نامه به روش توصیف و تحلیل محتوا از طریق استدلال های عقلی و منطقی سعی در تبیین و تشریح مسأله و ارائه پاسخ مقتضی به مسائل دارد.

۱-۸- ابزار تجزیه و تحلیل

ابزار تجزیه و تحلیل در این پژوهش استدلالهای عقلی و منطقی از منابع به دست آمده با استفاده و تکیه بر اصول شناخته شده مورد وفاق دکترین حقوقی و اصول کلی تبیین شده در دانش اصول استنباط در جهت وصول به استنتاجات بر اساس روش تحلیل حقوقی می باشد.

۱-۹- ابزار گردآوری داده ها (پرسشنامه، مصاحبه و ...)

ابزار گردآوری اطلاعات شیوه کتابخانه ای یعنی مراجعه به منابع مکتوب و مستندات کتابخانه ای و فیش برداری و استفاده از منابع اینترنتی می باشد.

فصل دوم

مبانی نظری و مظهر عینی حقوق سنتی و حقوق مدرن

حقوق مدرن چیزی بیش از انعکاس پدیده بسیار مهم و در برگیرنده «تجدد»^۱ در دنیای حقوق نیست. انسان اروپائی، در طول حیات تاریخی خود حدوداً از قرن ۱۵ میلادی به این سو، به نگرش و تلقی جدیدی از خود و جهان دست پیدا کرد و بر پایه آن نظم و سبک جدیدی از زندگی را پایه گذاری نمود که «تجدد» نامیده شد. در خصوص سازماندهی زندگی، تجدد منجر به ایجاد دستگاه سازماندهی جدیدی برای جامعه غرب گردید که اصطلاحاً «حقوق مدرن»^۲ نامیده شد. بر این اساس برای درک حقوق مدرن باید نخست پدیده تجدد را بررسی نمود. باشناخت این امر درک حقوق مدرن آسان خواهد بود. سپس در آینه آن می توان ویژگیهای «حقوق سنتی»^۳ را تعریف نمود.

۲-۱- تجدّد گرایی

فهم تجدّد باید بر اساس اجزاء تشکیل دهنده آن در دو بخش جداگانه مورد بررسی و مذاقه قرار گیرد.

۱- مبانی نظری ۲- مظاهر سیاسی و اجتماعی. نسبت این دو با هم نسبت روح و بدن است. مبانی نظری، حقیقت تجدّد را تشکیل می دهد، حال آنکه نامرئی و غیر هویدا است. از همنشینی این دو، تجدّد متولد می شود و شناخت درست و کامل از تجدّد مستلزم توجه به هر دو قسم است.

^۱ - Modernity

^۲ - Modern Law

^۳ - Traditional Law

۲-۱-۱- مبانی نظری

مبانی نظری در واقع روح و پشت صحنه تجدّد هستند (ملکیان، ۷۸: جلسه سوم ص ۱) در این رویکرد تجدّد به عنوان یک بینش و جهان بینی خاص تلقی گردیده و مورد مطالعه قرار می گیرد. از آنجا که انسان یک موجود متفکر است بر اساس بینش خاصی که از خود و پدیده ها و جهان پیرامون دارد زندگی، داوری، اقدام و عمل می کند (سروش، ۸۱: ۲۲) اگر تجدّد را به نظم و شیوه زندگی و سازماندهی جدید آن تعریف کنیم (گیدنز، ۱۹۹۱: ۱) این نظم و سازماندهی جدید بر پایه اصول و مبانی نظری ویژه ای شکل گرفته است. نظم معلول تفکر است و تفکر بر پایه برخی پایه های معرفتی پیشینی و مبادی اولیه شکل می گیرد؛ به عبارت دیگر انسان از آنجا که یک موجود متفکر است در استدلالهای خود، خواه و ناخواه، بر برخی اصول و پیش فرضها تکیه می کند و تفاوت طرز فکرها در همان اصول موضوعه و مبادی اولیه است (مطهری، ۷۴: ۱۰۸). بنابراین تجدّد به عنوان شیوه ای جدید برای سازماندهی زندگی، معلول بینش و تلقی ها و مبانی نظری خاص است که حیات خود را از آنها گرفته و بر پایه و قالب آنها شکل می گیرد. بر همین اساس باید تجدّد را پدیده ای ماهیتاً فکری قلمداد نمود که مظاهر سیاسی و اجتماعی معلول آنها هستند.

محورهای اساسی اندیشه تجدّد را می توان در محورهای زیر توضیح داد:

۲-۱-۱-۱- عقل گرایی^۱

عقل گرایی یکی از ویژگی های بارز اندیشه تجدّد است که حول محور آن چندین تغییر اساسی در خصوص نحوه تعامل انسان با عقل پدید آمد:

۱- ارزش عقل: تأیید اینکه انسان موجودی عقلانی است و عقل وی علی رغم محدودیتهای آن قادر به شناخت جهان و انسان است و خرد انسانی در سازماندهی زندگی می تواند مناط و ملاک قرار گیرد و زندگی بر پایه آن سامان یابد. کانت در تعبیر روشنگری این فراگرد را رهائی انسان از قید تعبد و بلوغ وی در به کارگیری خرد دانست (عبادی و ضیمران، ۷۵: ۲۳) هم او در مقاله «تعریف روشنگری» می گوید:

« روشنگری خروج انسان از حالت و مرحله کودکی است که خود بر خویش تحمیل کرده است. این کودکی و نابالغی عبارت است از ناتوانی افراد از به کار بردن فهم خویش بدون هدایت و راهنمایی دیگری. اگر این نابالغی و کودکی نه به دلیل فهم بلکه به دلیل نبود شجاعت و عزم در به کار گیری فهم خود بدون راهنمایی دیگران

باشد، گناه آن به گردن خود انسان است. بدین ترتیب شعار روشنگری عبارت است از: جسارت دانستن داشته باش. (کانت، ۱۳۷۰: ۴۸).

تأکید بر عقل انسانی به عنوان ابزار شناسایی و معرفت و حجیت احکام آن در نزد متفکرین بزرگ تجدد، تا آنجا پیش می رود که هگل در پیشگفتار «فلسفه حق» می گوید: «آنچه عقلانی است واقعی است و آنچه واقعی است عقلانی است» (هگل، ۱۹۶۷: ۱۰).

اعتقاد به توانایی عقل انسان با تکیه بر ادراک حسی و حجیت نتایج حاصله از اندیشه و تفکر بشری و عدم نیاز به منبع دیگر معرفتی (وحی) نقطه پایانی بر حاکمیت کلیسا در غرب بود. (هال و گیبین^۱: ۱۹۹۵: ۲۶)

اهمیت رویکرد جدید به عقل زمانی روشن می شود که نقش تام آن در روشنگری که دوره ای طلائی از عصر جدید در تمدن غرب است، که به همین اعتبار «عصر خرد»^۱ نامیده شد، مورد توجه قرار گیرد؛ در واقع تجدد با روشنگری چهره خود را باز نمود و اصول آن تمام و کمال آشکار شد. «روشنگری بیشتر یک حالت یا خوی مشترک یا رویکرد به جهان بود که ویژگی غالب آن شکی ژگرف نسبت به سیستمهای اتوریته یا ارتودکسی (بویژه اتوریته و ارتودکسی دینی) و ایمانی قوی به قدرت و فراست انسان در برداشتن قدمهای نامحدود در علم و فنون خادم رفاه انسانها بود.» (جان کلی، ۳۷۳: ۸۸).

عصر روشنگری را می توان به منزله ارزشیابی عقاید و اصول فلسفی مذهبی و اجتماعی دانست که طی هیجده قرن، تاریخ غرب از آن تأثیر پذیرفت. این ارزشیابی در اصل «اولویت مفهوم فطری انسان بر مفهوم کلیسایی او» خلاصه می شد. نتیجه، پایان بخشیدن به تسلط گذشته انسان بر حال او، به منظور تعیین آینده اش بود. اندیشه روشنگری در جهت آزاد ساختن شناخت بشری از تعصبات فکری بود که انسان را به اطاعت کورکورانه از اصول غیر انسانی و می داشت. به همین دلیل نیز متفکران این عصر برای فهم هر چه بیشتر و بهتر سرشت انسانی به جستجو و کاوش آن در تمام زمینه های فلسفی و تجربی پرداختند. از اینرو جنبش روشنگری جنبش فکری عمیقی در تاریخ وجدان غربی است (جهانگلو، ۷۴: ۴۰)

جنبش روشنگری مدیون سه نسل از فلاسفه است: گروه اول افرادی هستند مثل **ولتر**^۲، **منتسکیو**^۱ که تحت تأثیر اندیشه های جان لاک و نیوتن بوده اند و گروه دوم را افرادی چون **دیوید هیوم**^۲، **دیدرو**^۳، **ژان ژاک روسو**^۴ و

1- Age of reason .

2-Hall Staurt and Gieben Bream.

2 - Voltaire

دالامبر^۵ تشکیل می دهند. نظریه مدرن منسجم در خصوص جهان را می توان از دیدگاههای این نسل استخراج نمود و بالأخره نسل سوم را افرادی چون **کانت^۶**، **آدام اسمیت^۷**، **کندرسه^۸** و **آدام فرگوسن^۹** تشکیل می دهند. نظریات این گروه موجب پیدایش مجموعه ایی از دانشهایی چون شناخت شناسی، اقتصاد، جامعه شناسی ... شد. اگر به شاخصهائی همانند میزان تولید و مصرف کتب و نشریات (به عنوان شاخصهائی در خصوص روشنگری) توجه نمائیم روشنگری گرایش روشنفکری است که در فرانسه و انگلیس (عمدتاً اسکاتلند) شروع شد و سپس به مناطق دیگر من جمله آلمان، ایتالیا، روسیه و برخی کشورهای دیگر گسترش پیدا کرد. (هال و گین، پیشین: ۴۰)

اصول اساسی روشنگری را می توان به صورت زیر خلاصه نمود: تأکید بر عقل به عنوان تنها راه سازمان دادن به دانش بشری که از طریق تجربه و آزمایش حاصل می شود؛ تأکید بر تجربه گرایی یعنی پایه اساسی دانش بشری در خصوص جهان طبیعی و اجتماعی، تأکید بر علم بر اساس روش تجربی، تأکید بر فراگیر بودن عقل و علم که در همه شرایط به کار برده می شوند و اصول آنها در همه حال یکسان است. علم قوانین کلی را ایجاد می کند که دارای کلیت است، تأکید بر نظریه پیشرفت، پیشرفت و ترقی بشر تنها از طریق علم و عقل امکان پذیر است، تأکید بر فردگرایی، تساهل، اعتقاد به همسانی طبیعت بشر و نهایتاً سکولاریسم و مخالفت با اقتدار مذهبی سنتی. (کاسیرر^{۱۰}، ۷۲: ۱۲)

از این زمان گو اینکه انسان به بلوغ فکری رسید و عقل را کلید حل همه مشکلات فردی و اجتماعی دانست. انسان اعتماد به نفس پیدا کرد و عقل خویش را وسیله ای برای کشف جهان، برای سازماندهی به زندگی اجتماعی و فردی انسان و در نهایت برای گسستن از هر گونه سحر و افسون دانست. در این رویکرد طبیعت هم نزد صاحب نظران روشنگری به قوانین طبیعت تبدیل می شود؛ یعنی طبیعت را به گونه ای تصور می نمایند که قابل شناخت و دسترسی است. طبیعت را می توان با علم توضیح داد. طبیعت عنادی با انسان ندارد. با شناخت طبیعت می توان نیروهای آن را ضبط و مهار نموده در خدمت انسان قرار داد. علم مدرن قائل بود که تاریخ، منضبط،

¹ - Barond Montesquieu

² - David Hume

³ - Denis Diderot

⁴ - Jean-Jacque Rousseau

⁵ - Delamber

⁶ - Immanuel Kant

⁷ - Adam Smith

⁸ - Markis Condorcet

⁹ - Adam Ferguson

¹⁰ - Ernest Kamirer