

اثر: پل رویبیر*

ترجمه: دکتر حسین خزاعی**

نظم حقوقی و نظریه منابع حقوق

چکیده: از نقطه نظر منابع حقوق، نظم حقوقی بر قواعدی شکلی استوار است که ارزش خود را از قدرتی که آنها را دیکته می‌کند می‌گیرند. با وجود این، نظم حقوقی به واسطه خصیصه بی تحرکی این منابع شکلی محدود می‌شود، در حالی که جامعه انسانی پویا است. در نتیجه، قدرت عمومی، که قواعد شکلی را برقرار می‌کند، باید آنها را در منابع غیر رسمی، یعنی منابعی که از تجربه یا منطق استنتاج شده‌اند، جستجو کند. به هر حال، نظم حقوقی در اثر کھولت یا در اثر نابودی از میان می‌رود و باید به منابع غیر رسمی توسل جست.

هر چند به برکت رویه قضایی یا قانونگذاری، نظم حقوقی نوینی می‌تواند برقرار شود، اما با وجود این، روح حقوقدان در صدد تنظیم این قواعد و بیان اصول کلی حقوق که ترجمان نظم اخلاقی است، بر خواهد آمد. بی تردید نظم اخلاقی اتحاد شکل حقوق را به دنبال دارد، ولی نزدیکی اخلاق و حقوق نتیجه نامطلوبی نیز در پی خواهد داشت که عبارت است از باز ماندن از توسعه مادی و فکری.

نظریه منابع حقوق می‌تواند به عنوان مبنای هر نوع مطالعه حقوقی مورد توجه قرار گیرد. در واقع، دانستن اینکه قواعد حقوقی از کجا سرچشمه می‌گیرند و چه دلیلی به آنها

* Paul Roubier استاد دانشگاه لیون فرانسه

** استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

اقتدار می‌دهد حائز اهمیت فراوان است. بنابراین، شگفت زده نخواهیم شد اگر مشاهده کنیم کسانی که در آغاز این قرن خواسته‌اند به حقوق مبنای علمی دهند و از سیستم تجربی سنتی موضوع خارج شوند، تلاشهای خود را بر مطالعه در این موضوع متمرکز کرده‌اند. کارهای زیبای فرانسوا ژنی (François Gény)، ادوارد لامپرت (Edvard Lambert) راهی را گشود که از آن پس تاکنون محققان بسیاری به آن رهسپار شده‌اند. کتابهای تازه‌ای تألیف شده‌اند؛ نقطه نظرهای جدیدی عنوان شده‌اند؛ اما با وجود تمام این کوشش‌ها، این شکوه همچنان باقی است که هنوز به جایگاهی مطمئن و دقیق نرسیده‌ایم و تأسف از این است که انرژی واقعی، در اغلب اوقات، برای انطباق جامعه کنونی بر نظریه‌هایی که برای جوامع دیگر با ساختار متفاوت تهیه شده است به هدر رفته است.

بی آنکه بخواهیم اهمیت تلاشهای گذشتگان را انکار کنیم، می‌کوشیم مسأله را بار دیگر و در پرتو کارهای جدیدی که در فلسفه حقوق انجام گرفته است، مطرح کنیم. به نظر ما فلسفه حقوق نباید برای مبتدیان به نظمی غیر قابل فهم بدیل شود؛ بلکه بر عکس، باید آنچه را که در مواضع سنتی حقوق مبهم مانده است توضیح دهد و قسمت‌های ناقص حقوق را با اندیشه‌های روشنگر زنده نگهدارد.

فلسفه حقوق نشان می‌دهد که در جامعه، نظم حقوقی، یعنی نظمی که در روابط اجتماعی از اجبار قدرتهای عمومی ناشی می‌شود، در بین نظم اجتماعی خود جوش، یعنی نظمی که در روابط اجتماعی بدون اجبار برقرار می‌شود و نظم اخلاقی، یعنی نظمی که در روابط انسانها با معیار عدالت آرمانی، برترین نظم تلقی می‌شود، موضعی میانه اشغال می‌کند.

این همان فرمولی است که گفته‌اند: حقوق، موضعی میانه بین جامعه شناسی و اخلاق دارد. جامعه شناسی آنچه را که هست، یعنی نظم خودبه‌خود جوامع بشری را توصیف می‌کند، ولی حقوق نمی‌تواند به آن قناعت کند، زیرا اگر درست است که باید به ندای تجربه گوش فرا دهد، از جانب دیگر، نباید فراموش کند که نظمی صحیح‌تر از نظم طبیعی وجود ندارد و، بنابراین، باید در جهت آن تلاش کند. حقوق باید از جامعه‌شناسی پافرازر گذارد، زیرا نه تنها آنچه هست، بلکه آنچه باید باشد، یعنی چیزی که بهترین

قاعده زندگی در جامعه خواهد بود، را جستجو می‌کند.

ولی حقوق نمی‌تواند در این جهت پایه‌های اخلاق پیش رود، زیرا اخلاق قاعده‌ای است که برای تعیین قواعد فضیلتی که از فرد انتظار دارند، برقرار می‌شود؛ بر عکس، حقوق قاعده‌ای است که نسبت به جامعه برقرار می‌شود و چون برای تنظیم روابط بین انسانها برقرار می‌شود، نمی‌تواند به اندازه اخلاق به آرمان کمال گرایش داشته باشد. حقوق نمی‌تواند در روابط زندگی اجتماعی از امکانات دنیای موجودات زنده تجاوز کند.

نظم حقوقی، یعنی مجموعه مقرراتی که قدرت عمومی به عنوان مقررات زندگی اجتماعی تحمیل می‌کند، از لحاظ منابع حقوق بر قواعدی شکلی متکی است که ارزش خود را از قدرتی که آنها را دیکته کرده است می‌گیرند. خواهیم دید که در جوامع مختلف، دو نوع منبع از این منابع، یعنی رویه قضایی و قانون، با قدرتی نابرابر بوجود آمده‌اند. فلسفه متابعت از این منابع مورد بحث قرار نمی‌گیرد، زیرا منطق اقتدار آنها مقامات عمومی است.

با وجود این، بدیهی است که ویژگیهای منابع رسمی، نظم حقوقی را محدود می‌کند. این منابع از پیش تعیین شده، تحرکی ندارند، ولی جامعه بشری فعال و زنده است و هرگز زندگی جوامع بشری بر مبنایی که منابع رسمی به آن می‌دهند متوقف نمی‌شود. بدین سبب است که با بررسی این منابع به طبقه‌بندی‌ای انحصاری، که همه قواعد حقوقی از آن ناشی شوند، نمی‌رسیم. با وجود روش‌های جدید مشاهده، تفکر و احساس باید قواعد جدیدی ساخت، ولی این قواعد از کجا باید نشأت گیرند؟ و تحت چه عنوانی خود را تحمیل کنند؟ این مشکل منبع غیر رسمی است که اگر عمیقاً به آن بیندیشیم، مشکلی بنیادی است، زیرا منابع رسمی، که توسط قدرت عمومی پذیرفته می‌شوند، همیشه به منشأ قبلی خود، یعنی منابع غیر رسمی، بر می‌گردند. بدین ترتیب، منابع غیر رسمی به عنوان منبعی اولیه تجلی می‌کنند که نظم حقوقی با تبدیل آن به منابع رسمی فقط به آن عنوان «منطق اقتدار» داده است.

منابع غیر رسمی حقوق بر دو نوع هستند. بعضی از آنها بر مبنای تجربه استوار شده‌اند. این منابع، قواعد خود جوشی هستند که در امور حقوقی، خصوصاً توسط تجار در قراردادها، به کار گرفته می‌شوند. بدین ترتیب، حقوق جدیدی، که روابط بشری را

تنظیم می‌کنند، ایجاد می‌شوند. فعالیت‌های سر دفتران در قراردادهای ازدواج، بیمه گران در قراردادهای بیمه، انتشارات در قراردادهای چاپ و غیره، جریان تدوین قواعد جدید حقوقی هستند که بی شک بر هیچکدام از نمایندگان قدرت حاکمه تکیه ندارند و فقط بر اقتدار تجربه تکیه زده‌اند.

بعضی دیگر از قواعد غیر رسمی مبنای منطقی دارند. این قواعد توسط دکترین حقوق، یعنی توسط حقوقدانانی که با عدالت آرمانی رهبری می‌شوند و می‌کوشند جنبه‌های مختلف آن عدالت را در زمینه‌های مختلف حقوق تحقق بخشند، تدوین می‌شود. این قواعد انتزاعی، که توسط حقوقدانان تنظیم می‌شوند، نتایجی متعالی به دنبال دارند که به استقلال بعضی از قواعد حقوقی با اعتبار و قلمرویی گسترده تحت عنوان «اصول کلی حقوق» می‌انجامند و غالباً در دعاوی مورد استناد قرار می‌گیرند.

بدین ترتیب، مشاهده می‌کنیم که کار قدرت عمومی، قانونگذار یا قاضی، به هنگام برقراری منابع رسمی تحقیقی ساده در منابع غیر رسمی است؛ یعنی، منابعی که از تجربه و عمل استنتاج می‌شوند و به نظر ایشان می‌توانند واجد ضمانت اجرای اجبار عمومی باشند. در این صورت، نظم حقوقی در نظر ما نظامی رسمی جلوه می‌کند، ولی چنانچه در بالا گفتیم در موضعی میانه بین نظم اجتماعی خود جوش، یعنی نظامی که از رویه حقوقی، تجربه و عرف ناشی می‌شود، و نظم اخلاقی، یعنی نظم ناشی از دکترین حقوقی، یعنی ایده آل عدالت که از عقل ناشی می‌شود، قرار دارد.

این مواضع متفاوت را یکی پس از دیگری مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. نظم حقوقی به معنی خاص و منابع رسمی

صورت‌های دوگانه نظم حقوقی - زمانی که بخواهیم نظم حقوقی به معنی خاص، یعنی نظامی که بر منابع رسمی و منطبق قدرت تکیه زده است، برقرار کنیم، چگونه باید عمل کنیم؟ تاریخ به ما نشان می‌دهد که نظم حقوقی به دو شکل ظاهر می‌شود و در گذر زمان این دو شکل یکی پس از دیگری بروز کرده است، گرچه در جامعه کنونی با هم وجود دارند. با وجود این، این زندگی مشترک آنها را در برابری مطلق قرار نمی‌دهد و این نابرابری منجر به آن می‌شود که بر حسب دوران یا مردم، یکی از دو شکل آن در درجه

اول اهمیت قرار گیرد. این دو شکل همان رویه قضایی و قانونگذاری اند.

الف. گاهی در تصمیمات انفرادی مقامات قضایی قواعدی برقرار می شود که هدف اساسی و مستقیم آن حل اختلاف خاصی است، ولی دیگران در حل اختلافات آینده، آن را به عنوان سابقه مورد استناد قرار می دهند. بطور کلی از نظر تاریخی این مرحله قضایی تکوین حقوق جانشین مرحله عرفی محض، یعنی نظم اجتماعی خود جوش، شده است و، بنابراین، اولین روش ایجاد نظم حقوقی به معنی خاص بوده است. اما تکامل تاریخ در همه جا به یک نحو و یکسان نبوده است. بعضی از مردمان از زمانهای قدیم در تاریخ خود، قانون به معنی خاص کلمه، یعنی مقررات انتزاعی موروثی ناشی از مقامات محترم و صالح را می شناخته اند. اگر چه این قوانین ابتدایی (قانون دوازده فرمان، قوانین سلن و غیره)، عموماً کم حجم، حاوی مقررات مخصوص و مهمی بودند که تفسیر و در صورت اقتضا تکمیل آن بر عهده مقامات قضایی گذاشته شده بود.

قدرت الزام آور این حقوق از کجا ناشی می شده است؟ مسلماً مانند نظم عرفی بدوی این حقوق نیز بر مبنای تجربه استوار شده اند. این حقوق اساساً خصیصه ای واقعی داشته اند. در توضیح آن باید گفت که مدت های مدید، رویه قضایی را به حقوق عرفی، یعنی نوعی عرف قضایی که در روش قضاوت بدون وقفه پیگیری می شد، تشبیه می کردند. تنها تفاوت آن با حقوق عرفی این بود که به جای رسوم مردمی (Volksrecht) حقوقی بود تکنیکی تر و با تشکل علمی تر، محصول کار طبقه ای خاص از جامعه که بر روی داده های حقوقی کار می کرده اند (Juristenrecht).

با وجود این، این عقیده غنای بالای این روش ایجاد حقوق را به حساب نمی آورد. در موارد عدیده رویه قضایی به عرف منجر نمی شود؛ به عنوان مثال، در فرانسه چگونه سیستم کنونی تشکیل رویه قضایی و جایی را که به آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور داده شده است به حساب نیاوریم؟ بلافاصله می توان پاسخ داد که این آرا جز در مواردی که در خصوص آن صادر شده اند، الزام آور نیستند. با وجود این، نمی توان انکار کرد که دیوان عالی کشور از طریق آرای هیأت عمومی رویه خود را بر دادگاه های تالی تحمیل می کند. پس نتیجه می گیریم که رویه قضایی قدرت الزام آور خود را بر مبنای تجربه، مانند یک منبع غیر رسمی، به عنوان مثال عرف، استوار نمی کند، بلکه بر مبنای منطق

قدرت، یعنی نظم ناشی از رویه قضایی، به عنوان منبعی رسمی، به صورت نظم حقوقی به معنی خاص به نظر می آید و در بعضی اشکال واسطه که رویه قضایی را به قانون تبدیل می کند. این خصیصه در بعضی از اشکال میانجی که ما را از رویه قضایی به قانونگذاری هدایت می کند به بهترین صورت خود متجلی می شود. در برخی از جوامع ممکن است که قوه قضایی به اتخاذ تصمیمی خاص قناعت نکند، بلکه به شکل انتزاعی قواعدی را که در آینده بر همه اختلافات اعمال خواهد کرد تدوین کند؛ به عنوان مثال، حقوقدانان گفته اند که در حقوق رم دستور قاضی در حقیقت قانون سالیانه ای را برای تمام مدت قضاوت او تشکیل می داد که در آن، قاضی نوع و روش دعوی قابل قبول و روش اعمال قدرت قضا را اعلام می کرد. به طریق اولی پارلمانهای رژیم قدیمی ما نیز که مصوبات عمومی *arrêts règlement* در مورد حل اختلافات معین برای آینده تصویب می کرده چنین حالتی داشته است.

ب. با ارتباط ساده این مطالب به بحث، به نوع دیگر نظم حقوقی، که عبارت است از قانونگذاری، می رسیم. این نوع نظم حقوقی با تدوین قواعد کلی و انتزاعی از طرف قدرت صلاحیتدار خاص (قوه قانونگذاری)، برای حکومت بر تمام اعمال و وقایع آینده ایجاد می شود. در تاریخ، اصولاً مرحله قانونگذاری حقوق به دنبال مرحله قضایی ایجاد شده است، ولی باید تأکید کرد که این مرحله مربوط به سیر تکامل حقوق محض نیست. در حقوق کشورهای مدرن، هم سیستم قانونگذاری و هم سیستم رویه قضایی وجود دارد، اما جایی که به هر یک از آنها داده می شود بر حسب خوی مردم، متفاوت است. امروزه، در حقوق کشورهای اروپای بزرگ سیستم قانونگذاری حاکم است، ولی برای سیستم رویه قضایی هم جای ثانوی و مهمی قایل شده اند؛ بر عکس، در حقوق کشورهای انگلوساکسون، روش اصلی ایجاد حقوق، روش قضایی باقی مانده است. حقوق با حل تدریجی اختلافات توسط قاضی، که تصمیماتش برای آیندگان ایجاد سابقه می کند، معین می شود و حال آنکه در سیستم اروپای بزرگ حقوق را قوه مقننه از پیش تعیین می کند و به عنوان مبنای فعالیت های خصوصی و آرای دادگاهها مورد استفاده قرار می گیرد. کارل اشمیت (Carl Schmitt) بحق، نظام «رأی گرای» (*décisionnisme*) انگلوساکسون را در مقابل «معیارگرایی» (*normativisme*) کشورهای اروپای بزرگ قرار داده است.^(۱) این دو اصطلاح را خود وی به کار گرفته است.

این تفکیک، که برای ایجاد نظم حقوقی ضروری است، بطور غیر مستقیم به موضوع بحث ما مربوط است. زمانی که نظم حقوقی به معنی اخص، یعنی نظامی که بر مبنای

منطق قدرت استوار است، در مقابل نظم اجتماعی خودجوش یا نظم اخلاقی، یعنی منابع غیر رسمی، قرار گیرد تفاوتی نمی‌کند که از قانون یا رویه قضایی ناشی شده باشد. پس قبل از هر چیز باید فهمید که دلیل توسل حقوقدان به منابع غیر رسمی حقوق چیست و این دلیل را نمی‌توان فهمید مگر اینکه در فقدان نظم حقوقی قرار گیریم و اگر چنین شود، اهمیتی ندارد که نظم حقوقی ناشی از رویه قضایی یا قانونگذاری باشد.

نواقص نظم حقوقی

در اولین نگاه در تحقق نظم حقوقی پیشرفت زیادی مشاهده می‌شود، زیرا به تنظیم منافع افراد بدون توجه به نظم سیاسی یا اخلاقی قابل اطاعت گرایش دارد. بنابراین، باید به حداکثر امنیت قضایی، که اساسی‌ترین ارزش قابل تحصیل است، منتهی شود. با وجود این، نظم حقوقی ممکن است در دو فرض به خطر افتد: این خطر یا ناشی از کهولت نظم حقوقی است، یعنی ناهماهنگی منابع رسمی آن با مفاهیم سیاسی و اخلاقی‌ای که در بطن جامعه رشد نموده‌اند؛ یا ناشی از فقدان نظم حقوقی که موجب می‌شوند نهادها یا مفاهیم جدید ناقص شوند.

۱. کهولت نظم حقوقی: اولاً، ممکن است قواعد رسمی، که مسلماً قسمتی از نظم حقوقی حاکم هستند، با منافع روبه افزایش در تضاد باشند. قاعده‌ای که مدت‌ها مورد متابعت بوده است رفته رفته به دو علت متفاوت مورد انتقاد قرار می‌گیرد:

الف. ابتدا ممکن است به علت نظم واقعی تغییراتی در نهادها، اخلاق و اقتصاد یک کشور بوجود آمده باشد. فلان قاعده، که تاکنون با منافع موجود انطباق داشته است، بتدریج به عنوان قاعده‌ای عقب افتاده، غیر قابل انطباق با وضع جدید و مانع توسعه جامعه در آینده تلقی می‌شود. در این صورت، به علت نیازهای ضروری نظم اجتماعی، مفسر می‌کوشد قواعد قبلی را اصلاح یا محدود کند. به عنوان مثال، در موادی از قانون مدنی که برای هبه بین زوجین سند محضری را لازم دانسته است این حالت وجود دارد (ماده ۹۳۱). این قاعده رسمی با گرایشهای اقتصاد مدرن مخالف است و چندین مرتبه با اضافه نمودن استثنائاتی اصلاح شده است. این مثال، نمونه‌ای از برتری نظم خودجوش

بر نظم حقوقی صرف است.

ب. ممکن است فلان قاعده که جزیی از ساختار حقوق فعلی است با فشار قدرتهای اجتماعی نیرومند به منظور شکل بخشیدن به خواسته‌های آنها وارد حقوق شده باشد، ولی هر اندازه که از عللی که موجب ورود آن قواعد شده است فاصله می‌گیریم، به همان اندازه این قاعده، مخالف اصول کلی حقوق و قاعده‌ای استثنایی و خودسر تلقی می‌شود. در این صورت، مفسر در مقابل نظم اخلاقی در صدد اصلاح یا محدود کردن قواعد گذشته بر می‌آید؛ به عنوان مثال، سرنوشت ماده ۹۰۰ قانون مدنی (فرانسه)، که طبق آن فقط شرایط نامشروع هبه نامه کان لم یکن تلقی شده و لیکن هبه را باطل ندانسته، چنین بوده است. قانونگذار انقلاب فرانسه این مقررات را برای شکستن مقاومت هبه کنندگان و وصیت کنندگان در مقابل افکار جدید تدوین کرده است که به علت تعدد اراده در عمل حقوقی واحد با اصول کلی حقوق مطابقت ندارد و فقط با ملاحظات سیاسی قابل توضیح است.

با وجود این، نظم حقوقی بعد از تردیدهای طولانی و به بهای اختلاف نظرهای زیاد هر دو مورد فوق الذکر را کنار گذاشته است. این جنبه نقش مفسر، که مهمترین جنبه آن نیست، ما را بیش از سایر جنبه‌ها به خود مشغول نمی‌کند، زیرا پس از فرانسوا ژنی در دکتترین جدید فرانسه مفصلاً مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

مفسرین قانون مدنی اصرار ورزیده‌اند که در هر حال، از نظم حقوقی موجود، بدون توجه به اصول ضروری اخلاق و سیاست، متابعت شود. اگر قانونگذار مواضع خود را تغییر ندهد، هیچکاری نمی‌توان کرد. این دکتترین بر مبنای درستی استوار است، ولی به آن نمی‌توان ارزش مطلق داد؛ شاید هرگز در موضوعات اجتماعی قاعده‌ای بدون استثنا وجود نداشته باشد. در حقوق نسبیستی وجود دارد که مانع متابعت آن از فرمولهایی به این خشکی است. در هر حال، قاضی از اجرای بدون انطباق کامل یا واقعاً نادرست (قوانین) سرباز خواهد زد، اما در اینجا بین نظم حقوقی از یک طرف و نظم اجتماعی و نظم اخلاقی از طرف دیگر، باید تفاوتی عمیق قائل شد.

۲. فقدان نظم حقوقی: فرض دوم، یعنی موردی که منبع رسمی ناقص است، برای

حقوق موضوعه، که مقررات آن برای تأمین مکانیسم تنظیم کننده زندگی واقعی و بازی درست اصول کلی حقوق کافی نیست، نامناسب تر است. حقوقدانانی که به نظم اعتقاد بیشتری دارند با فقدان نظم حقوقی مخالفت می کنند. دلایل مکتب مفسرین قانون مدنی شناخته شده است. آنها استدلال می کردند که در زمان ما مقررات قانونی آنقدر زیاد است که هیچ عملی خارج از پیش بینی های قانونگذاری نمی تواند وجود داشته باشد و با حرکت از این طرز تفکر که به متون موجود قلمرو وسیع و گسترده ای می دهد و با به کارگیری موسع ترین روش های تفسیر توانسته اند پیکره حقوقی بدون نقصی که منابع رسمی ایجاد می کردند بوجود آورند.

با وجود این، برای توجه به عیوب منابع رسمی و کارهایی که قاضی و حقوقدان باید انجام دهد کافی است چند بحث اساسی سیستم حقوقی کنونی را بررسی کنیم. در زراد خانه های قانونگذاری ما به سوء استفاده از حق، به عنوان تئوری کلی حقوق، استناد نشده است و از دارا شدن بدون علت به هزینه دیگری نیز حتی یک بار ذکری به میان نیامده است. رقابت نامشروع را نیز در شرایط مشکوک با ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی، که مطمئناً به این مناسبت نوشته نشده است، ارتباط داده اند. چنانچه می دانیم مؤلفین دانشمند به خاطر احترامی که برای روشهای رسمی قائل بوده اند، مسئولیت ناشی از اشیاء را نیز در بند یک ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی پایه گذاری کرده اند و حال آنکه به جرأت می توان گفت این تئوری بر مبنای ملاحظاتی غیر از این متن قانونی، که طی یک قرن کامل دور از اذهان باقی مانده است، استوار است.

بنابراین، واقعیت این است که در صورت عدم وجود منابع رسمی می بایست به منابع غیر رسمی متوسل شد، ولی آیا باید به سوی آرمان گرایی، یعنی به جانب مطلق گرایی و نظم اخلاقی حرکت کرد؟ یا به سمت واقع نگری، یعنی تجربه و نظم اجتماعی؟ مسلماً هر حقوقدان می تواند نظر خاص خود را داشته باشد، ولی در مجموع غیر قابل قبول است که گاهی بر رسوم و نیازهای زندگی اجتماعی و گاهی بر اصول کلی حقوق و عدالت تکیه کند. تأثیر نظم حقوقی بر نظم اجتماعی خود جوش و نظم اخلاقی را به ترتیب مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

۲. نظم اجتماعی خود جوش و رویه‌های حقوقی

نظم واقعی اشیاء و نهادها: برای درک رابطه نظم حقوقی و نظم اجتماعی باید با الزامات عملی که در عمل بر اغلب روابط حاکم است ارتباط برقرار کرد؛ یعنی، باید به جامعه شناسی متوسل شد. مسلماً ساده‌ترین روش، برگشت به حالت ابتدایی جوامع بشری است، زیرا در این حالت، سازماندهی حقوق در پائین‌ترین نقطه تکوین خود قرار دارد. گرایش جامعه شناسان به چنین شناختی قابل فهم است، زیرا برای پیدا کردن قوانین طبیعی، در آنجا مطمئن‌تر از همه جا می‌توان جوامع بدون تغییر و بدون مداخله قدرت سیاسی را مطالعه کرد.

به عنوان مثال، در ابتدا، از حقوق رم چه درکی داشتند؟ حقوق بوسیله آنچه که معیار (normes)، یعنی رسوم و عاداتی که بطور خود جوش در بطن جامعه برای تنظیم روابط بین اعضا بوجود می‌آمد، تنظیم می‌شد. بدین ترتیب، به گفته حقوقدان فیلسوف، کارل لارنز (Carl Larnes)^(۲) نظم واقعی اشیاء تنها در شروع جوامع پدید می‌آید و به زندگی جوامع توسعه یافته تحرک و تداوم می‌بخشد. نظم واقعی زندگی مردم در نهایت بیانگر واقعیتی است که ارزش آن با موجودیت خود آن تضمین و منجر به ایجاد اعتقاد صرف به قدرت اجرایی آن جامعه می‌شود. بدین ترتیب، منشأ اغلب مقررات عرفی، واقعی می‌شود؛ ولی اشتباه خواهیم کرد اگر باور کنیم در مرحله‌ای توسعه یافته‌تر، تفکر تنظیم خود جوش زندگی اجتماعی ناپدید می‌شود.

این طرز تفکر، خصوصاً برای فلسفه حقوق آلمان، آشنا است و کسانی که گرایشهای هگلی جدید این فلسفه را در زمان کنونی می‌شناسند، کاملاً آن را درک می‌کنند. سازش حقوق و واقعیت برای انطباق جریان طبیعی اشیاء بر قوانین زندگی، خلط کردن آنچه که هست با آنچه که باید باشد، اعلام وجود فلسفه‌ای برای هر موجودی و شناختن وجود برای هر چه که فلسفه وجودی دارد اصولی بوده‌اند که طبیعتاً حقوقدانان فیلسوف آلمان، چون کارل لارنز، به منظور در خط مقدم قرار دادن ایده سازماندهی و نظم واقعی جامعه می‌شناخته‌اند؛ منظور شناسایی تئوری‌ای است که طبق آن نظم واقعی اشیاء بطور طبیعی و خودجوش جامعه را ایجاد می‌کند و سازماندهی حقوقی فقط به منزله مانتو، یعنی لباسی اضافی است که به نوعی روابط اجتماعی را تحت پوشش قرار می‌دهد تا به

مقررات واقعی ناشی از تجربه ارزش قاعده حقوقی دهد.

برای حقوقدان و جامعه شناسان نظم اجتماعی واقعی و خود جوش به نحو کامل تری در نهاد، یعنی سازمان مرکبی که مجموعه‌ای از قواعد حقوق را به حرکت در می‌آورد و از یکی از عناصر نظم واقعی اشیاء ناشی می‌شود، آشکار می‌شود؛ به عنوان مثال، خانواده و مالکیت نهاد هستند، زیرا چیزی را که روابط و ارتباطات واقعی بر آن استوار است تحت پوشش قرار می‌دهند. در جوامع بشری خانواده به سیمایی گفته می‌شود که روابط رشد و پرورش اطفال را تسهیل می‌کند. مالکیت سیمای روابطی حقوقی است که برای تنظیم و سازماندهی واقعی بهره برداری و بهره بری از اموال برقرار می‌شود. اگر به کتابهای رسوم قدیم، به عنوان مثال کتاب رسوم پاریس، مراجعه کنیم، متوجه می‌شویم که این نهادهای واقعی تقریباً عرف موجود را بیان می‌کرده‌اند و با مجموعه قوانین امروزی، که مقرراتی انتزاعی درباره روابط پیچیده حقوقی، خصوصاً در حقوق تعهدات و قراردادهای، وضع می‌کنند، بسیار تفاوت داشته‌اند و در کاربرد منابع عرفی زندگی اجتماعی که مستقیم‌ترین پیوند را با واقعیت، یعنی نهادها، دارند، در درجه اول اهمیت قرار دارند.

ولی اگر بپنداریم که از لحظه‌ای که سازماندهی حقوقی توسعه بیشتری می‌یابد و قواعد حقوقی زیادتیر می‌شوند، نظم واقعی اشیاء، یعنی نظم خود جوش جامعه، یک مرتبه از هیجان می‌افتد، دچار اشتباه شده‌ایم. این [باور] واقعاً غیر قابل درک است. عوامل تغییر، که از گردش منافع اقتصادی و از تجدید حیات تفکرات سیاسی و اجتماعی ناشی می‌شوند، عملاً تحت تأثیر نظم واقعی باقی می‌مانند. اگر قانون مدنی در جامعه‌ای خرده مالک و پیشه‌ور تدوین شده است، مانع تکامل نظم واقعی اشیاء به سوی طبقه کارگر و صنایع بزرگ نشده است. بنابراین، اگر در نظم حقوقی در مقایسه با واقعیت نواقصی دیده شود، طبیعی است که برای رفع این نواقص به نظم اجتماعی خود جوش، یعنی به آنچه که تجربه برای زندگی و نیازهای روابط جدید به ارمغان می‌آورد، رو آوریم. نقش رویه حقوقی: پس در صورت نقص نظم حقوقی، رویه حقوقی به سازماندهی خود جوش و تنظیم روابط زندگی اجتماعی می‌پردازد. بدین ترتیب، نقش مهم دست -

اندرکاران حقوق و خصوصاً صاحب منصبان وزارتی غیر قابل انکار می‌شود؛ سیستم دفتر اسناد رسمی که توسط محضرداران برای ارائه دلیل وراثت (مساله‌ای که منابع رسمی در تنظیم آن کاملاً اهمال کرده‌اند) تنظیم شده، یا مکانیسم اصیلی که توسط قراردادهای ازدواج برای تضمین بازی کاربرد اموال زوجین یا خرید ملک از منافع ناشی از این اموال (که اجازه تعیین کل دارایی یا دارایی مخصوص زن را با دخالت محضرداران، صرافان و دلالان رسمی که وظیفه نظارت بر مقرراتی بودن این نوع عملیات را دارند) به کار گرفته شده، به عنوان نمونه قابل ذکرند.

نقش مدرن دست اندرکاران، خصوصاً در موضوع قراردادهای، روشن است: تجارب و احتیاط آنها موجب گنجاندن شروطی در قراردادهای شده که موضوع اصلی آن تنظیم احتمالاتی است که می‌تواند وضعیت متعاقبین را تهدید کند. با این روش، به قبول قراردادهای نمونه‌ای رسیده‌اند که در موارد عیدیه (قراردادهای بیع، اجاره، بیمه، چاپ، و غیره)، قواعدی را که در عمل مورد استفاده قرار می‌گیرد، تنظیم و به صورت مقررات عرفی نظر قانونگذار را در طرحهای متعدد جلب کرده است. قانون ۱۳ ژوئیه ۱۹۳۰ راجع به قرارداد بیمه با توجه به شروط عادی بیمه نامه‌های قبلی تدوین شده است. طرح قانونی قرارداد چاپ نیز بر مبنای رهنمودهای قراردادهای نمونه مؤسسات بزرگ چاپ و تدوین گردیده است.

با وجود این، نقش رویه حقوقی بیش از این است و محدود به قراردادهای نمی‌شود و در مقررات صنفی گروهها، که برای تنظیم روابط اعضا یا روابط آنها با دیگر گروهها تنظیم می‌شود، نیز ظاهر می‌شود؛ به عنوان مثال، ثابت شده است که بهترین روش مبارزه با رقابت نامشروع، روشی است واقع‌گرا که بر مبنای رسوم تجارت شرافتمندانه تنظیم شده باشد، زیرا بی‌شرفی در رقابت به انحای مختلف ارزیابی می‌شود. در این مورد، با توجه به داده‌های کلی اقتصاد، در جامعه‌های فردگرا سختگیری کمتری می‌شود و اجازه می‌دهند رقابت بین بنگاههای رقیب با روشی سخت‌تر و دقت کمتر از سایر اشکال اقتصادی انجام گیرد. بدین ترتیب، تأثیر ملاحظات اقتصادی بر موضوع مورد بحث ما درک می‌شود.

سیستمی که برای ارزیابی مشروعیت رقابت به عرف صنفی استناد می‌کند، یعنی

سیستمی که در حقوق انگلوساکسون پذیرفته شده بود، در تجدید نظر معاهده اتحادیه بین‌المللی حمایت از مالکیت صنعتی سال ۱۹۲۵ لاهه قبول شده است. متن جدید ماده ۱۰ این معاهده صریحاً رفتاری را که رسوم مجامع شغلی شرافتمند به عنوان بی‌شرفی محکوم کرده‌اند ممنوع اعلام کرده و پیش‌بینی می‌کند که این رسوم توسط سازمانهای شغلی و صنفی تعیین و تدقیق شوند. کمیته سازمانهایی که حکومت ویشی در فرانسه برقرار کرده بود و سازمانهای شغلی ایالات متحده امریکا که موظف به اجرای برنامه نیودیل (New Deal) بوده‌اند، نیز اقداماتی در این جهت انجام داده‌اند.

در حقوق فرانسه از تأثیر رویه حقوقی و واقع‌بینی بر تنظیم قواعد مسئولیت ناشی از اشیاء نیز نباید غفلت کرد. منابع رسمی برای مشکلات ناشی از توسعه ماشینیسیم هیچ راه حلی ارائه نداده‌اند، با وجود این، این مسأله دو مرتبه بطور جدی در تاریخ حقوق ما مطرح شده است. ابتدا، در مورد حوادث ناشی از کار که کارگران قربانی آن هستند و سپس، در مورد حوادث ناشی از حرکت اتومبیل‌ها. در مورد اول، قانونگذار مداخله کرده است و بدین ترتیب با تصویب قانون ۹ آوریل سال ۱۸۹۸ دارای منبع رسمی شده‌ایم، ولی مورد دوم، به رغم حوادث خیلی زیاد، تاکنون خارج از مقررات قانونی باقی مانده است.

بنابراین، به سادگی می‌توان فهمید که عرفهایی که افراد بطور خود جوش دنبال کرده‌اند به حل مشکلات فعلی کمک کرده است، زیرا اگر چه بنیانگذاران، مسئولیت آن را بد تنظیم کرده‌اند، ولی، تصور می‌کرده‌اند که باید آن را از قلمرو بیمه خارج کنند. قبل از قانون سال ۱۸۹۸ کارفرمایان متعددی با پرسنل خود قراردادهای بیمه دستجمعی منعقد می‌کردند. در مورد حوادث رانندگی این رویه عمومی بیمه، به رویه قضایی اجازه می‌داد تا مسئولیت بیمه‌گران را توسعه دهد. در اینجا به واقعیتی می‌رسیم: تعمیم مسئولیت تنها با ترکیب آن با بیمه، که می‌توانسته است آن را برای اشخاص قابل تحمل کند، عملی گردیده است این عمومیت به حدی وسیع بود که تعداد زیادی از حقوقدانان معتقدند بهتر بود از این رویه خود جوش یک مکانیسیم بیمه اجباری ایجاد می‌کردند تا موضوع را واقع‌بینانه‌تر از توسعه مسئولیت حل کنند. به هر حال، باید اذعان کرد که این امر فقط بر واقع‌بینی حاصل از زندگی واقعی و بر رسوم ناشی از نیازهای اجتماعی

استوار است.

اجتماعی شدن حقوق و نتایج آن: هر اندازه توسل به روشهای واقع‌گرایی برای رفع نواقص نظم حقوقی بدیهی جلوه نماید، این پرسش باقی می‌ماند که نتایج آن چیست و آیا می‌توان آن را تا بی‌نهایت دنبال کرد. نظمی حقوقی که فقط طبق نظم اجتماعی خود جوش تنظیم شود، مسلماً امتیازهای خاص خود را دارد؛ به این معنا که چون بدون اجبار ایجاد می‌شود، به سادگی از آن اطاعت می‌شود، ولی اندکی بعد مشکلات آن ظاهر می‌شود.

الف. نظم اجتماعی خود جوش اجازه نمی‌دهد نتایج آن عمومیت پیدا کند، بنابراین، به تجزیه افراطی نظم حقوقی منتهی می‌شود. نه تنها هر ملت بلکه هر گروه صنفی یا محلی بطور طبیعی گرایش به ایجاد رسوم مخصوص خود دارد و هیچ چیز نمی‌تواند به این تلاش جهت‌مشترکی دهد. در گذشته، در سرزمین ما، حقوق عرفی همیشه مشاغل را تجزیه کرده است و هیچ دلیلی وجود ندارد که در آینده به گونه دیگری باشد.

میل به متابعت از رسوم یا سابقه بر پیروی تقریباً کورکورانه از تجربه‌های ناشی از رسوم حتی غیر اصیل و ظالمانه استوار شده است. بنابراین، اگر خود را در جای الهامات ناشی از اخبار قرار ندهیم، نباید به ایجاد وحدت حقوقی چندان امیدوار بود؛ ثوری‌های دانش تجربی نسبت به هر گونه تحولی که بر مبنای منطق و عقل استوار شود، سرکش باقی می‌مانند.

درست است که در جامعه کنونی ضرورت‌های تجاری به پیدایی نیازهایی بین‌المللی انجامیده‌اند، ولی در حقوق تجاری و صنعتی جوامع بزرگ، در موضوعاتی مانند، حمل و نقل، اسناد تجاری، مالکیت صنعتی و غیره، نیاز به قانون واحد وجود دارد. بنابراین، به نظر می‌رسد با روشی واقع‌گرا، به ساختار حقوقی نسبتاً وسیعی می‌رسیم و به این دلیل حقوقدانان مکتب جامعه‌شناسی، چون دوگی (Duguit) و لامبرت، کوشیده‌اند در این موضوعات، حقوق مشترکی منطبق با ضرورت‌های تجارت بین‌المللی تدوین کنند، ولی این تلاشها حتی به غلط و بر خلاف اراده آنها به عنوان حقوق طبیعی تفسیر شده‌اند. هدف همه این تلاشها رسیدن به واقعیت و تحقق توقعات گروه‌های بین‌المللی است، ولی این تلاشها به ضرورت تلاشهایی محتمل الوقوع و محدود هستند و از الهامی اصیل

برای تحقق وحدت منشعب نمی شوند، بلکه تلاشی اند برای شناسایی نیازهای مشترک که با اشکال دیگر اجتماعی ناپدید می شود.

ب. گذشته از این، «اجتماعی کردن حقوق» با تلاش برای برآوردن نیازهای اجتماعی محقق نمی شود مگر اینکه پیشرفت، در همه ابعاد مادی و معنوی آن، در اولین ردیف ارزشهای اجتماعی قرار گیرد؛ زیرا این امر پیش از همه در تنظیم نیازهای زندگی اجتماعی احساس می شود و طبیعی است این فلسفه منفعت پرست باید به ارضای نیازهای اکثریت منجر شود و، بنابراین، با تفکر سیاسی نظامهای مردمی ترکیب شود. اما نمی توان اطمینان داشت که جستجوی سعادت و آزادی توده‌ها در برخورد با کوچکترین مشکل و در صورت بحران به بی نظمی منجر نشود، خصوصاً اینکه توده‌های مردم نسبت به عدالت احساس عمیقی ندارند و این احساسات را زمانی که زیان می بینند از خود بروز می دهند، ولی نسبت به زیان دیگران بی تفاوت هستند. بنابراین، همه ابعاد عدالت فقط برای نخبگان قابل درک است، در نتیجه نظامهای حقوقی مردمی که بر مبنای رسوم کم‌وبیش معقول و ضرورتهای اجتماعی بسیار حاد استوار شده‌اند خیلی زود می تواند در مسیر بی عدالتی رشد کنند، اما حقوق بدون عدالت به چه معناست؟ فلسفه ارزشهای اجتماعی، عدالت را در سلسله مراتب ارزشها قبل از پیشرفت قرار می دهد و، بنابراین، به این اعتبار، حقوق اجتماعی خودجوش می تواند نقاط ضعف شدیدی داشته باشد.

در اینجا نیز حقوقدانان مکتب جامعه شناسی حساسیت نشان داده‌اند. مشهورترین آنها لئن دوگی احساس عدالت را به عنوان مبنای حقوق در کنار ضرورت اجتماعی جای داده است.^(۳) پس واقع گرایی حقوقی اگر چه می تواند الهام بخش بعضی از قواعد باشد، همه آنها را در بر نمی گیرد و، بنابراین، نمی تواند از همه آنها به قدر کافی پشتیبانی کند.

۳. نظم اخلاقی و دکترین حقوقی

توقعات نظم حقوقی: فرض کنیم فراتر از نظم واقعی اشیاء، یعنی رویه و رسومی که بطور خودجوش دنبال می شوند، به برکت اعمال رویه قضایی و دکترین، نظم رسمی حقوق تدوین شده باشد. با وجود این، به این اکتفا نمی شود: در آن سوی مقررات

انتزاعی که سازمان حقوقی بدین ترتیب ایجاد می‌کند، روح حقوقدان در صدد تنظیم مقررات و بیان اصول کلی حقوقی است که ترجمان نظم اخلاقی باشند.

در واقع، انکار نمی‌توان کرد که نظم رسمی حقوق، تحت فشار خواسته‌ها و نیازها می‌تواند مقرراتی داشته باشد که بر اساس منطق قدرت برای مدت زمانی لازم‌الاطاعه است، اما اگر این مقررات خیلی مخالف عدالت باشند، آن قدرت بزودی با شکست مواجه می‌شود؛ زیرا زمانی که بشر به درجه‌ای از تمدن رسید، دیگر نمی‌تواند برای مدت زیادی جدایی حق از عدالت را تحمل کند. در این صورت، حقوق ترجمان ضرورت اجتماعی به نظر نمی‌آید، بلکه به عنوان قاعده‌ای توصیفی انتخاب می‌شود تا پیروزی محترم‌ترین خواسته‌ها را تأمین کند. قاعده حقوقی به آنچه که هست محدود نمی‌شود، بلکه در صدد است آنچه را که باید باشد معین کند. اصلاح طلبی و انتقاد در روح حقوقدان نفوذ دارد. این روح انتقاد در مجامع کنونی بیش از گذشته نفوذ کرده است. همچنانکه حقوقدان امریکایی ین تما (Yntema)^(۴) توجه کرده است تحلیل عینی نظام حقوقی به منظور اصلاح، «کشف کپرنیک»ی علم حقوق جدید است.

بعد از اینکه بر همه منابع حقوق سلطه پیدا کردیم، اصول کلی‌ای که هدف آن بیان محتوای عدالت است، نمایان می‌شود؛ اصولی که حاکم زمانی که بخواهد قوانین خویش را دیکته کند، خود را با آن انطباق می‌دهد تا مردم از قوانین وی متابعت کنند. در اینجا واقع بینی جای خود را به ایده‌آلیسم حقوقی می‌دهد. از این به بعد مشکل، شناسایی تعادل خودبه‌خود نیروهای موجود نیست، بلکه برقراری سلسله مراتب بین نیازها و احترام به محترم‌ترین چیزها است. نظریات علمای حقوق با تمدن در حال شکوفایی برخورد می‌کند و آرمانهای جوامع بشری را در بهترین مرحله گسترش آن به هیجان می‌آورد.

با وجود این، باید اذعان کرد که همیشه این مرحله از حقوق وجود ندارد. فقط برخی از مردمان در بعضی از ادوار به این درجه از موفقیت نائل می‌آیند و راه را برای پیمودن دیگران هموار می‌کنند و مدلی واقعی برای کشورهای دیگر و دوران دیگر می‌سازند. این، رمز موفقیت مداوم حقوق رم بود که به برکت چیزی که «احتیاط» نامیده می‌شد، به

درجه‌ای از نظم انتزاعی رسید که در تاریخ باستان منحصر به فرد بود. از زحمات این مشاورین حقوقی قدردانی شد و حتی در رم قدرت مقررات آنها، به عنوان منبع حقوق، صریحاً مورد شناسایی امپراطوران قرار گرفت و به دنبال آن حقوق رم، که به «منطق مکتوب» مشهور بود، به عنوان منبع انواع نظم حقوقی از قرون وسطا تا قرن نوزدهم در اروپا مورد توجه قرار گرفت. اگر علت این موفقیت بزرگ را جستجو کنیم، رابطه آن با مستشاران حقوقی رم، که نظریات آنها در دایرة المعارف (Digeste) گرد آمده و برای مدتی طولانی در اغلب دولتهای متمدن نوعی حقوق عمومی بوده است، غیر قابل انکار است. ولی مستشاران حقوقی رم فقط منابع نظم عادلانه را برقرار کرده‌اند و با الهام گرفتن از حقوق طبیعی قواعدی را تدوین کرده‌اند که ترجمان آرمان حقوقی آنها است.

نقش دکترین حقوقی: در حقوق مدنی، همانند دوران امپراطوران رم، دکترین نویسندگان حقوق منبع رسمی حقوق نیست و قاضی و قانونگذار به عنوان منبع غیر رسمی به آن استناد می‌کنند. نقش اساسی آن نیز همان نقش رویه حقوقی، یعنی شناسایی سیمای واقعی نهادها و تشریح سازمان ارضای نیازهای روابط انسانی، نیست، بلکه هدف آن، مطالعه اصول کلی حقوق برای برقراری نارساییها و سوء استفاده‌هایی است که در عدالت آرمانی از تضاد منافع ناشی می‌شود.

بدین ترتیب، نظم واقعی اشیا به نهادها سیمایی خاص می‌دهد و در مقابل اصول نظم انتزاعی که می‌خواهد صحیح‌ترین و محترم‌ترین منافع را تأیید کند، قرار می‌گیرد و منفعت خاص دکترین حقوقی که نقش آن نشان دادن آنچه هست در کنار آنچه باید باشد است، آشکار می‌شود. مکتب روانشناسی، که در فرانسه رئیس غیر قابل اعتراض آن ژرژ ریپر است، از این آرمان که آن را در مقابل مکتب جامعه شناسی لامبرت و دوگی قرار می‌دهد استفاده می‌کند. در کتابی تحت عنوان *قواعد اخلاقی در تعهدات اثر ژرژ ریپر* (۵) که چندین مرتبه تجدید چاپ شده است، این مکتب بهترین کتاب و نمونه راهنمای خود را یافته است.

ما قصد نداریم تمام نتایجی را که این مکتب بر اثر نزدیکی حقوق به اخلاق به دست آورده است توضیح دهیم، ولی دستکم می‌توانیم به عنوان مثال، نفوذ مسلم آن را بر رویه قضایی که بعضی از اصول کلی حقوق را مانند، ممنوعیت سوء استفاده از حق یا دارا

شدن بدون علت (که ترجمان حقوق آرمانی محض است) اعلام و تنظیم کرده است، ذکر کنیم.

در باره سوء استفاده از حق، در مجموعه قوانین ناپلئون متنی مشابه ماده ۲۲۶ قانون مدنی سال ۱۹۵۵ آلمان دیده نمی شود و، بنابراین، در این مورد منابع رسمی ناقص است، ولی با کمک گرفتن از ضرب المثل قدیمی حقوق رم، *Malitiis non est indulgendum* مستشاران حقوقی فرانسه اعمالی را که نه تنها به ذیحق نفعی نمی رسانیده، بلکه به ضرر دیگری نیز بوده است، اگر چه در قالب مطالعه حق قرار گرفته باشد، محکوم کرده اند. در این مورد، به روش واقع گرا کمکی نمی توان کرد، زیرا نظم اجتماعی خودجوش و نه نظم واقعی اشیاء می تواند به چنین محکومیتی مشروعیت ببخشد. این حکم به نام اصول کلی حقوق صادر شده است و نه به نام رسوم.

به همین ترتیب، حکم کلی دارا شدن بدون علت به هزینه دیگری در متون قانون مدنی ما دیده نمی شود. این قانون مقرراتی مشابه ماده ۸۱۲ قانون مدنی سال ۱۹۰۰ آلمان ندارد، در نتیجه، در اینجا نیز روشی رسمی وجود ندارد، ولی دکترین حقوقی جدید ما ایده های مستشاران حقوق رم را گرفته اند و دیوان عالی کشور در رأی مشهور ۱۸ ژانویه سال ۱۸۹۲ به آن تقدسی داده است که بخش اصلی آن درخور یادآوری است. دیوان عالی اعلام می کند که ممنوعیت دارا شدن به هزینه دیگری که از انصاف ناشی می شود در هیچیک از متون قانونی ما مجازات نشده است و نیاز به شرط ضمنی هم ندارد و برای قبول دعوی آن پیشنهاد اثبات وجود امتیازی که با ایثار یا عمل شخصی مدعی از مدعی علیه قابل وصول است، کافی است.

در اینجا نیز دیوان برای قبول دعوی حقوقی علیه دارا شدن بدون علت به اصول کلی حقوق استناد دارد. دیوان به متون قانونی یا به رسوم استناد نکرده است و در نتیجه، روشهای دیگر واقع گرا یا شکلی را کنار گذاشته است. در اینجا نیز ایده آلیسم حقوقی ما را راهنمایی می کند و موجب نزدیکی حقوق به اخلاق می شود.

اخلاقی کردن حقوق و نتایج آن: هر اندازه توسل به آرمان گرایی برای تکمیل نواقص نظم حقوقی طبیعی به نظر آید، پرسشی که باز باقی می ماند این است که این امر چه نتایجی می تواند داشته باشد و آیا می توان تا لایتناهی از آن پیروی کرد. نظمی حقوقی

که فقط بر الگوی نظم اخلاقی بنا شود، مطمئناً امتیازات خاص خود را دارد؛ زیرا مسلماً حقوق عادلانه‌ای را تشکیل می‌دهد، ولی به زودی مشکلات آن ظاهر می‌شود.

الف. مطمئناً نظم اخلاقی اتحاد شکلی نسبی حقوق را به دنبال خواهد داشت، زیرا اصول کلی‌ای که بر آن استوار شده است ارزش بسیار زیاد و تقریباً عمومی دارد. کافی است به موفقیت مستشاران حقوق رم ببینیم که در دنیای مدرن، ملیتهای مختلف با ذائقه و امیال متفاوت در آن الگویی با ارزش جهانی یافته‌اند؛ اصولاً این نتیجه باید مورد تأیید قرار گیرد، زیرا برای اقتدار بخشیدن به حقوق باید عمومی‌ترین دامنه شمول را به مقررات آن داد.

بدبختی این است که به این قناعت نمی‌کنند و به گسترش دامنه عقل‌گرایی می‌پردازند و حتی به حکومت آن نه تنها بر دنیای اصول انتزاعی بلکه بر نهادهای واقعی نیز چشم دوخته‌اند. بدبختی تئوریسین‌های «حقوق طبیعی» مشهور است، زیرا نه تنها در جستجوی یک شبکه اصول کلی مانند، آزادی شخص انسانی، مسئولیت ناشی از تقصیر، آثار الزامی قراردادها و غیره‌اند، بلکه انتظار دارند برای تنظیم نهادهای واقعی نیز به منطقی و عقل متوسل شوند، اما چه کسی خواهد توانست، به عنوان مثال، ثابت کند که آیا ثلث ماترک، که در بعضی از کشورها قبول و در بعضی دیگر رد شده است، برای برقراری حقوق عادلانه باید مد نظر قرار گیرد یا خیر؟ و بر فرض اثبات آن، چه کسی خواهد توانست مردمی را که نخواستند این تأسیس را به سبب مخالفت آن با خوی و نیازهای خود بپذیرند قانع کند تا به نام عقل آن را بپذیرند؟ نظم اخلاقی خود جوش در اینجا قدرت خود را باز می‌یابد، زیرا در این نظم داده‌های واقعی زندگی توسط منطقی و عقل فراهم نمی‌شود.

شایان ذکر است که مکتب روانشناسی مدرن از طریق ارگان ژرژ ریپر صریحاً اعلام کرده است که هیچ ضرورتی ندارد دکتربین کهنه حقوق طبیعی مبنای ایده‌آلیسم حقوقی قرار گیرد. ایده‌آلیسم حقوقی با تکیه بر داده‌های اخلاق سنتی و احساس عدالت خواهی، خود را از این قید آزاد ساخته است.

ب. ولی نزدیکی حقوق و اخلاق می‌تواند به نتایج دورتر و خطرناکتری نیز منتهی شود. اگر بخواهیم نظم حقوقی و نظم اخلاقی را خیلی به هم نزدیک کنیم، این خطر

وجود دارد که بر تکلیف بیش از حقوق تأکید کنیم و عدالت را در اولین ردیف ارزشهای اجتماعی قرار دهیم، ولی نسبت به پیشرفت و منفعت اجتماعی بی تفاوت شویم و سیستم را با تفکر سیاسی، که مبنای نظامهای سلسله مراتبی است، ترکیب کنیم. بنابراین، قابل پیش بینی است که جامعه‌ای که برای منفعت طلبی جای مناسبی در نظر نگیرد، با مشکلاتی سخت مواجه می‌شود و مانند جوامع خیلی قدیمی، جامعه چینی، روزی خود را در عقب ماندگی توسعه مادی و فکری در مقابل جوامعی که بیشتر در اندیشه پیشرفت هستند، مانند جوامع اروپایی و امریکایی، خواهند دید و این یکی از علل ضعف آنها خواهد بود.

ایده آلیسم اخلاقی در جوامعی که نسبت به پیشرفت بی حرکت یا بی تفاوت شده‌اند، تکالیف اخلاقی را جانشین مفاهیم حقوقی می‌کند؛ به عنوان مثال، در جامعه قدیمی چین، حقوق فردی‌ای که قانون از آن حمایت کند، وجود نداشت، بلکه فقط تنظیم تکالیف متقابل افراد در جامعه وجود داشت، ولی بر این سیستم این ایراد وارد است که تحرک را از حقوق گرفته و آن را بطور زودرس پیر کرده است.

این ایراد را نیز مکتب روانشناسی مدرن رفع کرده است، ژرژ رپیر بارها اعلام کرده است که تفکر حقوق انفرادی، بدون اینکه ضد اجتماعی باشد، برای حفظ تمدن ضروری است.^(۶) حقوق فردی، ترجمان حقوقی خواسته‌های مشروع قدرت و آزادی است. ممانعت از بعضی سوء استفاده‌ها از حق که محصول سیستم انفرادی افراطی است، مشروع است، ولی ترک خود ایده حقوق انفرادی جامعه را محکوم به یأس شدیدی می‌کند که باید به هر قیمت از آن اجتناب کرد.^(۷)

یادداشت‌ها

1. Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denken (Hambourg : 1934).

2. Carl Larnetz, *Redhts und Staats Philosophie der Gegenwart* 2 éd. (Berlin : 1935), pp.153 et s.

3. Léon Duguit, *Théorie générale du droit* (Paris : 1946), p.128 (P. Roubier).
4. Yntema, *Legal Science and Reform*, 1934.
5. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations*.
6. *La règle morale*, 4^e ed ,1946 n° 103 et s.
7. G. Gorl, *L'idea dei diritti, commento a Tocqueville* (Milan: 1948).