

# قواعد بنیادین در حقوق و روش‌شناسی احراز و توسعه آنها

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۰/۱۵

تاریخ تأیید: ۹۳/۱۲/۱۷

محمود حکمت‌نیا\*

## چکیده

هر نظام معرفتی ناظر بر حقوق، دارای قواعد اصلی و پایه است که نقش اساسی در ترسیم ساختار نظام حقوقی، راه‌حل‌های مسائل نوپدید آن، تفسیر قواعد حقوقی و ترسیم نهادهای جدید متناسب با نیازها ایفا می‌کنند. این قواعد خارج از نظام حقوقی و با رویکرد فرانکر و انتقادی شناسایی می‌شود و توسعه می‌یابد تا در سطوح بعدی، به قواعد مستنبط از آن به صورت حقوق موضوعه و مدون یا به عنوان مصدر صدور رأی در نظام حقوقی غیرمدون استناد شود. روش‌شناسی این امر را می‌توان با عنوان روش‌شناسی قواعد بنیادین حقوق به معنای چگونگی فهم و توسعه قواعد بنیادین بر اساس نظریه‌ها و مکاتب گوناگون بررسی کرد. در این راستا تلاش می‌شود ابتدا به بررسی امکان تمسک به قواعد بنیادین از دیدگاه مکاتب مختلف حقوقی و نظام حقوقی اسلام پرداخته شود، سپس از طریق بررسی دیدگاه‌های مختلف درباره روش تعیین مرز مفاد قواعد بنیادین حقوقی، جداسازی آنها از دیگر قواعد، ارائه قالب‌های خردمندانه برای فهم مفاد و فرآیند شکل‌گیری آنها، به بحث درباره مفاد قواعد بنیادین خواهیم پرداخت. در مرحله بعد عقل و وحی در دیدگاه‌هایی همچون مقصدگرایی به عنوان منبع قواعد بنیادین مطرح شده است. در مرحله بعد، چهار نظریه در روش دستیابی به قواعد بنیادین تبیین شده و در نهایت درباره روش‌شناسی توسعه قواعد بنیادین و چگونگی استخراج قواعد حقوقی جزئی از آنها در دو رویکرد توسعه عرضی و طولی قواعد بررسی شده است.

**واژگان کلیدی:** روش‌شناسی حقوق، قواعد بنیادین، نظریه تجزیه و ترکیب، نظریه

گفتمان، ابزارگرایی، توسعه قواعد بنیادین.

\* دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی (dr.hekmatnia@yahoo.com).

## مقدمه

اگرچه شکل‌گیری و توسعه نظام‌های حقوقی بر اساس عوامل مختلف و در بستر تاریخ شکل گرفته است و نه بر پایه نظریه‌ها و از فلسفه نیز به عنوان خادم و پشتیبان عقلانی بهره برده است،\* نمی‌توان نقش نظریه‌ها را در تکامل نظام‌های حقوقی نادیده گرفت. نظام حقوقی مانند هر حرکت و تحول اجتماعی مفید یا مضر دیگری دارای زیربنای نظری است که اندیشمندان و مردم آن را می‌پذیرند (Pavell, 2013, p.xvi). بخشی از این بنیادهای نظری قواعد بنیادینی است که شناخت آنها در بازشناسی مکاتب، نظریه‌ها و مرزهای نظری و فلسفی حقوقی نظام‌های حقوقی مبتنی بر مبانی عقلانی مؤثر بوده و از این طریق در ترسیم راه‌حل‌های مسائل نوپدید نظام حقوقی، تفسیر قواعد حقوقی و ترسیم نهادهای جدید متناسب با نیازها به‌طور غیرمستقیم نقش دارد؛ اگرچه این قواعد به‌طور مستقیم در حل مسائل نظام حقوقی اثرگذار ایفای نقش نمی‌کنند.\*\*

یکی از مباحث مهم این قواعد روش‌شناسی آنها است. برای شناخت جایگاه روش‌شناسی این قواعد در مجموعه مباحث روش‌شناسی حقوق (Legal methodology) باید دانست که روش‌شناسی حقوق به عنوان چگونگی شناخت قواعد الزام‌آور حاکم بر روابط اجتماعی، واسط میان معرفت‌شناسی (Epistemology) به عنوان دانش مطالعه معرفت و باورهای موجه و نظریه‌های درباره معرفت (Tolk, 2012, p.50) و روش محقق در مرحله پژوهش\* است.

\* نیروهای تعیین‌کننده خطوط کلی نظام‌های حقوقی چهار دسته است که عبارت‌اند از: منابع نظام حقوقی، ماهیت فرایند پذیرفته‌شده حقوقی، عاریه‌گرفتن حقوق از امور دیگر و ترکیب این عوامل (Watson, 2001, p. xi).

\*\* البته بحث مهمی که در اینجا وجود دارد این است که نظام حقوقی و مجموعه قواعد الزام‌آور که به امر محاکم می‌تواند به مرحله اجرا درآید از کجا آغاز می‌شود و از سوی دیگر، این بحث که با فرض دستگاه تقنینی الزامات قوه مقننه به لحاظ مفاد تابع چیست، بحث مهمی است که طرفداران حقوق طبیعی و پوزتویست‌ها به شدت درگیر آن هستند. به طوری که برخی گفته‌اند نقطه کانونی حقوق طبیعی این است که قواعد برتر حقوقی از حقوق ساخته انسان وجود دارد که باید از آنها تبعیت کرد. همان‌گونه که هارت می‌گوید بر اساس دیدگاه حقوق طبیعی اصول خاص رفتار انسانی با عقل کشف می‌شود که حقوق ساخته انسان با تطبیق بر آن اعتبار می‌یابد.

\* روش تحقیق تلاشی منظم است که محقق از طریق آن از لغزش‌ها، خطاها و انحراف‌ها مصون می‌ماند

همان‌طور که حقوق، ساحت‌های گوناگونی دارد، روش‌شناسی حقوق و چگونگی حل مسئله نیز در چند سطح قابل بررسی است و بر این اساس، برای شناخت حوزه روش‌شناسی لازم است سطوح حقوق شناخته شود. با توجه به ساحت‌های حقوقی مزبور، سطوح روش‌شناسی شامل مواردی چون روش‌شناسی قواعد بنیادین حقوق، روش‌شناسی تقنین، روش‌شناسی تفسیر، روش‌شناسی تطبیق یا اجرا و روش‌شناسی نهادسازی خواهد بود. با این توضیح که بخش مهمی از هر نظام معرفتی حقوقی (مکتب حقوقی) شناسایی قواعد اصلی و پایه و برون‌حقوقی است که ممکن است در ساختار نظام حقوقی نیز چهره اصل و قاعده اساسی به خود گیرد. با فرض اینکه قواعد بنیادین (Fundamental Rules) شناسایی شود، چگونگی توسعه و تنويع آن دارای اهمیت است. روش‌شناسی این امر را روش‌شناسی قواعد بنیادین حقوق یاد می‌کنیم. با فرض شناسایی قواعد بنیادین و دیگر قواعد حقوقی، ارائه آنها در مجموعه نظام حقوقی به صورت حقوق موضوعه و مدون یا به عنوان مصدر صدور رأی در نظام حقوقی غیرمدون مطرح می‌شود. روش‌شناسی این بخش همان منطق تقنین یا تدوین است. در صورتی که قوانین تدوین یا در آرای حقوقی معتبر منعکس شود، تفسیر آن به منظور فهم و توسعه مفهومی مطرح است و روش‌شناسی آن منطق تفسیر است؛ همچنین قواعد حقوقی در روابط اجتماعی هنگامی فعلیت می‌یابد که اشخاص آنها را اجرا یا از اجرای آن سرپیچی کرده که در این صورت محاکم بر اجرای آن صحه گذاشته، یا ضمانت اجرای مناسب را اعمال می‌کنند. اعمال چنین امری در مرحله عمل همان مرحله تطبیق است که روش‌شناسی آن مربوط به منطق تطبیق خواهد بود؛ علاوه بر این، چه بسا حقوق دانان یا دیگر فعالان اجتماعی، اقتصادی و سیاسی در صدد آن باشند که نهادهای متناسب و مفید برای زندگی اجتماعی تأسیس کنند. این دسته از افراد نیز برای اهداف و فعالیت خود نیازمند روش‌شناسی مناسب بوده که از آن به روش‌شناسی نهادسازی و مهندسی نهادهای حقوقی یاد می‌شود.

---

و می‌تواند به شناسایی و فهم هرچه صحیح‌تر و کامل‌تر پدیده نائل شود (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۳، ص ۱۵۲).

آنچه در اینجا مورد گفت‌وگو است سطح اول از ساحات اول یعنی همان قواعد بنیادین است که می‌توان آنها را فراتر از نظام حقوقی دانست و در اصطلاح آن را مکتب حقوقی در برابر نظام حقوقی اطلاق کرد. در این صورت، بررسی معرفتی قواعد و ارائه نظریه در ساحت مکتب حقوقی صورت گرفته و الگوی اجرایی آن به نظام حقوقی مربوط می‌شود. با این تقسیم می‌توان روش‌شناسی قواعد در سطح نظری یا مکتب حقوقی به عنوان روش‌شناسی قواعد بنیادین و سایر سطوح روش‌شناسی را که جنبه عملی دارند از نوع روش‌شناسی نظام حقوقی دانست. جایگاه این موضوع به لحاظ ساختار دانش فلسفه حقوق است؛ زیرا فلسفه حقوق، حقوق را به صورت فرانگر و انتقادی بررسی قرار می‌کند. روش‌شناسی قواعد بنیادین نیز هم به لحاظ موضوع (روش‌شناسی) و هم متعلق (قواعد بنیادین) در بیرون نظام حقوقی مورد گفت‌وگو قرار می‌گیرد و مباحث و نتایج آن بر نظام حقوقی تأثیرگذار است.\*

نکته مهم دیگری که باید به آن توجه کرد این است که قواعد حقوقی بر روابط اجتماعی حاکم است؛ بنابراین در اینجا نیز سخن از قواعد زندگی اجتماعی است که در نظام حقوقی وصف الزام به خود می‌گیرد. برای درک بهتر این امر می‌توان گفت که هر شخص حتی اگر به صورت تنها نیز زندگی کند، رفتارهای خود را بر اساس قواعدی شکل می‌دهد. فرض کنید کسی در جزیره‌ای تنها زندگی می‌کند، او در ارتباط با طبیعت بر اساس تجربیات خود عمل کرده و برای ادامه حیات خود قاعده می‌سازد. او با تجربه متوجه می‌شود که برخی گیاهان برای او مفید و برخی زیان‌بارند و برای استفاده از آنها قواعدی می‌سازد. مجموعه این قواعد شیوه زندگی خود را مشخص می‌کند. وقتی شخص در زندگی اجتماعی وارد می‌شود و در تعامل رفتاری با دیگران قرار می‌گیرد، این سخن مطرح می‌شود که وی روابط با دیگران را بر اساس چه قواعدی سامان

---

\* این بحث با قواعد و اصول پایه یا بنیادین در یک نظام حقوقی خاص متفاوت است؛ زیرا هر نظام حقوقی مجموعه‌ای از قواعد در یک چهارچوب خاص است که ممکن است در سطح قضایی به اجرا درآید. قواعد و اصول هر نظام حقوقی از منابع معتبر آن نظام حقوقی قابل استخراج است. اگر این‌گونه قواعد و اصول به صورت انتقادی هم مورد بحث قرار گیرد در فلسفه همان نظام حقوقی و درون نظام بررسی می‌شود. البته ممکن است مفاد قواعد بنیادین با اصول کلی و قواعد اساسی نظام حقوقی یکسان باشد.

می‌دهد. با نگاه اجمالی بر این قواعد درمی‌یابیم که این قواعد، گاه به صورت یک طرفه بر شخص حاکم بوده و چه بسا شخص به لحاظ وجدانی، خود را ملزم به رعایت بدانند. برای مثال انسان با دریافت‌های خود درمی‌یابد که باید با دیگران خوب رفتار کند، مثلاً به آنان دروغ نگوید یا به هموعان خود آسیب نرساند. چه بسا شخص خود را ملتزم به این قواعد بداند، ولی هنوز سخن از حقوق گفته نمی‌شود.

هنگامی سخن از حقوق آغاز می‌شود که جامعه و دولت قواعد الزام‌آوری بر شخص تحمیل کند، هر چند شخص تمایلی به اجرا نداشته باشد و در صورت تخلف از اجرا از طرف دولت و جامعه مؤاخذه شده و ضمانت اجراهای مختلفی چون پرداخت خسارت یا مجازات به وی تحمیل شود. همان‌طور که روشن است در اینجا مسئله با صورت اول کاملاً متفاوت است. در صورت اول شخص خود را ملزم می‌داند و به اجرای قواعد ملتزم است، اعم از اینکه الزامی از سوی دولت یا جامعه به تحمیل قواعد صورت پذیرد یا چنین وضعیتی وجود نداشته باشد؛ اما در اینجا صرف نظر از دید شخص، قواعد بر وی تحمیل می‌شود. چنین امری اهمیت زیادی دارد؛ زیرا در صدد است حوزه اختیارات جامعه و دولت را در الزام اشخاص به انجام اعمالی بررسی کند؛ بنابراین در قواعد حقوقی دو امر محوری مطرح می‌شود: یکی مفاد قاعده، دیگری خصوصیت الزام. در همین راستا شناخت قواعد بنیادین با لحاظ این دو خصوصیت اهمیت می‌یابد.

برای تحلیل بهتر و دقیق‌تر می‌توان مسائل این حوزه را به طور جزئی‌تر مطرح و به شکل زیر صورت‌بندی کرد.

۱. آیا چنین قواعدی وجود دارد و بر فرض وجود مفاد آنها چیست؟
۲. از کجا به دست می‌آیند؟
۳. چگونه به دست می‌آیند؟
۴. این قواعد چگونه توسعه می‌یابد؟
۵. معیار صدق یا اعتبار این قواعد چیست؟
۶. آیا این قواعد دارای وصف الزام هستند و در صورت چنین وصفی وجه آن چیست؟
۷. در صورتی که خود این قواعد دارای وصف الزام نیستند، این وجه چگونه به

دست می‌آید؟

۸. در هر صورت، ضمانت اجرای مناسب کدام است؟

از میان این مسائل، تعیین چهار مسئله اول دارای یک سنخ بوده، مسئله پنجم خود یک موضوع مستقل و مسائل ششم و هفتم و هشتم نیز می‌تواند ذیل یک محور قرار گیرد. آنچه در این مجال به آن می‌پردازیم محور اول است. در این نوشتار تلاش است چگونگی فهم و توسعه قواعد بنیادین بر اساس نظریه‌ها و مکاتب گوناگون بررسی شود. حاصل نوشتار حاضر، تجمیع دیدگاه‌های قابل‌ارائه برای استخراج و توسعه قواعد بنیادین بر اساس مبانی فکری مختلف است. اتخاذ و تبیین هر کدام از این دیدگاه‌ها محتاج پژوهشی مستقل خواهد بود.

## ۱. وجود قواعد بنیادین حقوق

مهم‌ترین مسئله در قواعد بنیادین، احراز وجود و تعیین مفادی است که یا خود دارای الزام بوده یا بتواند با شرایطی وصف الزام حقوقی بگیرد. از آنجاکه سنخ این مفاد لفظی نبوده و در نظام حقوقی مدون در چهارچوب قوانین قرار نمی‌گیرد، ورود به مباحث لفظی غلط‌انداز است؛ به عبارت دیگر، مفاد این قواعد عقلی یا عقلایی است.

درباره وجود و مفاد این قواعد سخنان گوناگون گفته شده است. در این میان باید گفت برخی مکاتب حقوقی، همچون مکتب حقوق طبیعی،<sup>\*</sup> بیشترین اصرار را وجود این قواعد و تعیین مفاد آن به‌ویژه در وجه هنجاری دارد؛ به طوری که وقتی از قواعد بنیادین سخن گفته می‌شود، بیشتر ادبیات تولیدی این مکتب به ذهن تبادر می‌کند.

\* نظریه حقوق طبیعی، تلفیقی از دو امر است؛ یکی شرح اصول اخلاقی است که فراگیر و عام هستند و دیگری نظریه‌ای است در مورد رابطه اخلاق با قوانین موضوعه حقوقی که دولت وضع می‌کند. اصول اخلاقی در این نظریه به اصولی گفته می‌شود که اعتبار جهانی داشته و ریشه در ماهیت امور دارند و با منطق انسان قابل درک است (آلتمن، ۱۳۸۵، ص ۱۱۲). برای اینکه نظریه‌ای حقوق طبیعی محسوب شود، علاوه بر مطلب ذکر شده، باید دو شاخصه دیگر نیز داشته باشد؛ یکی اینکه هنگامی می‌توان یک نظریه را به نظریه حقوق طبیعی توصیف کرد که مشتمل بر مجموعه قواعد طبیعی باشد و از طریق آنها بتوان سایر قواعد را سنجید. صرف عنوان عدالت برای سنجش قواعد کافی نیست و دیگر اینکه این قواعد و چنین معیارهای سنجش فراتر از نیاز عملی انسان باشد (Wollheim, 1968, p.450).

پیروان این مکتب با اختلافاتی که دارند؛ اما همگی بر این باورند که قواعد فرادست حاکمان وجود دارد که قوانین وضعی بدون رعایت آن مفاد، حقوق نیست. اگرچه حقوق دانان پیرو حقوق طبیعی بر وجود این قواعد اصرار دارند؛ اما تأکید حقوقدانان طبیعی به این معنا نیست که در مکاتب حقوق دیگر وجود قواعد بنیادین انکار می‌شود، بلکه اگر در میان مکاتب دیگر اختلافی وجود دارد بر سر این نکته است که مفاد این قواعد تاچه اندازه حقوقی است؛ به عبارت دیگر، وجود قواعد بنیادین یک سخن و حقوقی بودن آن سخن دیگری است. مکتب حقوق طبیعی بر حقوقی بودن این قواعد اصرار داشته، بلکه بیشتر بر این باور است که اعتبار سایر قواعد نیز از این قواعد نشئت می‌گیرد.

شبیه این سخن در نظام حقوقی اسلام نیز که بر پایه اراده شارع است، وجود دارد. از آنجاکه شارع در بستر تاریخی معین به تشریح پرداخته و از سوی دیگر، بر اساس مبانی کلامی شارع دارای مولویت، علم مطلق و حکمت مطلق است، این سخن مطرح می‌شود که آیا قواعد پیش از نص وجود داشته است و بر فرض اینکه چنین قواعدی وجود داشته باشد، مواجهه شارع با آن چگونه بوده است و اگر در زمان حاضر قواعد خردمندانه‌ای خارج از نص محقق شود، برخورد نظام حقوقی اسلام با آن چگونه است. بی‌جهت نیست که اصولیان در دستیابی به احکام به امور پیش یا خارج از نص پرداخته و به اموری چون قواعد عقلی، قواعد عرفی و قواعد موضوع سیره خردمندان و حتی به قواعد شراییع پیشین اشاره کرده و درباره میزان تأثیر یا پذیرش آنها در نظام حقوقی اسلام بحث کرده‌اند.

اکنون سخن درباره مفاد قاعده است. در اینجا سخن از ملاکات و مناطات است. به همین خاطر، این سخن مطرح می‌شود که تاچه اندازه می‌توان به دقت و صراحت به مفاد کلی معین رسید. هنگامی که بخواهیم درباره مفاد قواعد و میزان صراحت آنها سخن بگوییم، می‌توان از اموری مانند تعیین مرز مفادها و جداسازی آنها از دیگر قواعد و بررسی قالب‌های خردمندانه و موضوع قواعد و فرایند شکل‌گیری آنها سخن گفت.

اگرچه تعیین مفاد به صورت روشن دارای اهمیت است؛ اما دستیابی به مفاد معین و روشن به سادگی میسر نیست یا حتی ممکن است ادعا شود که دستیابی به این قواعد

غیرممکن است. در صورت عدم امکان چنین امری، تنها می‌توان به تعیین مرزهای قواعد اکتفا کرد. در همین راستا برخی از اندیشمندان بر تعیین مرزهای قواعد بنیادین اصرار ورزیده‌اند. برای مثال می‌توان به دیدگاه فولر اشاره کرد. فولر با تفکیک میان اخلاق وظیفه و اخلاق خواستن در صدد است مرز قواعد بنیادین را ترسیم کند. او معتقد است اخلاق وظیفه شامل آشکارترین نیازهای اخلاقی زندگی اجتماعی است که همان شروط پایه زندگی اجتماعی هستند. در حالی که، اخلاق خواستن، همان اخلاق زندگی خوب، فضیلت و تحقق کامل قدرت‌های انسان است. اخلاق خواستن، این است که انسان را به دلیل انجام وظیفه ستایش نکنیم، بلکه این کار را به دلیل فضیلت اخلاقی وی انجام دهیم. سوم اینکه اخلاق وظیفه عموماً تنها نیازمند خودداری است، در حالی که اخلاق خواستن، به نوعی ایجابی است. چهارم اینکه اخلاق وظیفه کم‌وبیش از طریق قانون قابل اجرا است، در حالی که اخلاق خواستن این گونه نیست. پنجم اینکه وظایف اخلاقی «خشک و غیرقابل انعطاف‌اند» در حالی که طبیعت خواست‌های انسان به سمت تکامل است تا بتواند مسائل و پاسخ‌گوی شرایط متغیر باشد ( Fuller, 1964, pp.5\_9/ Taekema, 2003, p.218).

همان‌طور که اشاره شد، وجود قواعد بنیادین گاه با این مشکل روبه‌رو بوده است که قابلیت اثبات ندارد. برخی برای رفع این مشکل به جای تعیین موضوع و احراز ارزش‌های واقعی که ممکن است با مشکل اثبات روبه‌رو باشد، به جنبه‌های رویه‌ای (Procedural Aspects) و قابل اثبات اشاره کرده‌اند. این دیدگاه بر اخلاقیات درونی حقوق تأکید کرده و برای ایجاد و حفظ نظام حقوقی به قیود و شرایط شکلی می‌پردازد. بر اساس این دیدگاه، برای اینکه قواعدی شکل گیرد باید خصوصیات زیر وجود داشته باشد:

۱. نخست باید قواعدی کلی وجود داشته باشد و به قضاوت‌های موردی اکتفا نشود؛
۲. این قواعد باید به آگاهی تمامی کسانی برسد که بر آنها اعمال می‌شود؛
۳. قواعد نباید عطف به ماسبق شود؛
۴. قواعد باید قابل فهم باشد؛
۵. قواعد باید منسجم باشد؛



۶. قواعد نباید از مردم امر غیرممکن بخواهد؛

۷. قواعد نباید به‌طور مکرر تغییر یابد، به‌طوری‌که مردم نتوانند رفتار خود را با آنها

هماهنگ کنند؛

۸. قواعد اعلام‌شده باید با اجرای خارجی آن مطابق باشد.

هرگونه نقصان در هرکدام از این هشت طریق تنها به یک نظام بد حقوقی منجر نمی‌شود، بلکه به چیزی می‌انجامد که نمی‌توان آن را نظام حقوقی خواند ( Fuller, 1964, p.39). فولر در این حوزه مایل است عنصر حقوق طبیعی را از طریق مفهوم «قانونی بودن» یا روندهای مناسب حقوقی منعکس کند، نه از طریق ماهیت یا محتوای قوانین. این اخلاقیات درونی حقوق مجموعه‌ای از خطوط راهنما یا ایدئال‌ها را تشکیل می‌دهد که نظام حقوقی باید به سمت آن حرکت کند (Harris, 2007, p.35).

در برابر دیدگاه‌های فوق برخی بر این باورند که مفاد قواعد از پیش وجود ندارد و بر اساس تجربه و گفت‌وگو حاصل می‌شود. این دیدگاه با عنوان نظریه گفتمان یاد می‌شود. نظریه گفتمان حقوقی، یک نظریه حقوقی هنجاری است که مشروعیت قواعد حقوق موضوعه را بر اساس برخی معیارهای شکلی (Procedural criteria) و نه معیارهای ذاتی (Intrinsic criteria) بررسی می‌کند. به این معنی که مفادی برای قواعد بنیادین وجود ندارد. بر اساس این نظریه، قواعد حقوقی زمانی صحیح است که مشروع باشد و مشروعیت آن با توجه به توافق عمومی در شرایط ایدئال تعیین می‌شود. نظریه گفتمان حقوقی که نشأت‌یافته از نظریه عمومی گفتمان است از سوی کارل/توآپل (Karl-Otto Apel) و یورگن هابرماس (Jurgen Habermas) و رابرت الکسی (Robert Alexy) مطرح شد و توسعه یافت (Neumann, 2013, p.212). مهم‌ترین بخش این نظریه، روش گفتمانی است که در مبحث روش دستیابی به آن خواهیم پرداخت.

با وجود اینکه دیدگاه‌هایی درباره ابهام در تعیین مفاد قواعد بنیادین بیان شد، بهترین صورت این است که بتوان برای قواعد کلی و بنیادین به مفاد معین دست یافت. اینکه آیا در اینجا یک یا چند قاعده وجود دارد و مفاد قاعده چیست؟ جای گفت‌وگو دارد. از جمله قواعد مهمی که به صورت فردی و اجتماعی مورد توجه برخی قرار گرفته است، قاعده لزوم و وجوب حفظ نفس (هابز، ۱۳۸۱، ص ۱۸۲)، یا وجوب حفظ حیات

(Bastiat, 1998, p.1) است. در کنار یا منشعب از این قاعده می‌توان به قواعدی چون آزادی و کسب و جلب منفعت و پرهیز از ضرر نیز اشاره کرد.

در برابر چنین دیدگاه‌هایی، برخی اصول و قواعد چندگانه را پیشنهاد می‌دهند. برای مثال می‌توان به جان فینیس اشاره کرد. فینیس نظریه حقوق طبیعی خود را بر مبنای اصول پایه هفت‌گانه‌ای مبتنی می‌داند که آشکار و بدیهی هستند و کسی نمی‌تواند آنها را نفی کند (Harris, 2007, p.35). وی این اصول هفت‌گانه را (بر اساس مناشی نظم هستی و آزادی و عقل انسان) شامل ارزش‌های حیات، معرفت، بازی، تجربه هنری، جامعه‌پذیری، عقلانیت عملی و دین می‌داند (Finnis, 2011, pp.81\_90). از آنجاکه انسان در گروه‌های اجتماعی زندگی می‌کند، تنها در بافت اجتماعی می‌توان این اصول را دنبال کرد؛ همچنین برای تحقق حداکثری این ارزش‌ها به یک نظام حقوقی نیاز داریم که برای این هدف تلاش کند (Harris, 2007, p.35). نتایج نظریه فینیس دارای ابهام دانسته شده است؛ همچنین فهرست هفت‌گانه وی بسیار ذهنی است و هرکس ممکن است فهرست خود را در این باره ارائه کند. لوید معتقد است رویکرد فینیس هم مانند سایر نظریه‌های حقوق طبیعی قادر نیست طرحی برای اقدام حقوقی و سیاسی ارائه کند و تنها اشاراتی را برای بهتر کردن خود و جامعه بیان می‌کند (Ibid).

رالز نیز با تحلیل ساختار بنیادی جامعه و ماهیت انسان به عنوان موجودی خردمند، بر اساس سنت حقوق طبیعی تلاش می‌کند به مطلوب‌های بنیادین دست یابد. این مطلوب‌های بنیادین که هر انسان خردمندی آنها را می‌جوید عبارت‌اند از: مطلوب حقوق و آزادی‌های اساسی مانند آزادی اندیشه و وجدان که برای پرورش کافی و کاربست کامل و آگاهانه دو قوه اخلاقی و همچنین آزادی فعالیت و انتخاب شغل که تعقیب اهداف مختلف را ممکن می‌کند، مطلوب قدرت‌ها و فرصت‌ها مانند دسترسی به مناصب و مسئولیت‌های عمومی و مطلوب درآمد و ثروت که برای دستیابی به دامنه وسیعی از اهداف لازم است؛ همچنین مطلوب عزت‌نفس که موجب می‌شود شهروندان خود را انسان‌های ارزشمندی بدانند و اهدافشان را با اعتماد به نفس پیش ببرند (رک: رالز، ۱۳۸۷، ص ۱۱۳/ رالز، ۱۳۸۳، ص ۱۰۶-۱۰۵). وی با توجه به روش‌شناسی خود به اصول عدالت دست می‌یابد که در بخش بعد به آن اشاره خواهیم کرد.

در ساختار معرفتی اسلامی برخی با استفاده از منابع مختلف تلاش کرده‌اند تا مقاصد شریعت را شناسایی و بر اساس این مقاصد ابزارهای دستیابی آن را در نظام حقوقی بیابند. این عده معمولاً مقاصد شریعت را در پنج حوزه حفظ دین، نفس، نسل، مال و عقل خلاصه می‌کنند (ر.ک: عطیه، ۲۰۰۸، ص ۹۱/ القحطانی، ۲۰۰۸، ص ۳۲) و برخی مقصد ششم حفظ اعراض را نیز اضافه کرده‌اند (ر.ک: الزرکشی، [بی تا]، ج ۵، ص ۲۱۳-۲۰۸)؛ همچنین آنان در مقام بیان ترتیب میان مقاصد، گاه سکوت کرده‌اند و گاه به بررسی مرتبه هریک از مقاصد نسبت به مقاصد دیگر پرداخته‌اند (عطیه، ۲۰۰۸، ص ۴۷-۴۵). این نظریه اگرچه ممکن است با لحاظ نصوص به مقاصد پی برد؛ اما این مقاصد را به مرحله پیش از تشریح برمی‌گرداند که همان خصوصیت بنیادین و پیشاحقوقی دارد.

در اینجا باید گفت اگرچه نظام حقوقی اسلام بر اساس اراده شارع مشروعیت می‌یابد ولی این سخن به این معنا نیست که متأثر از قواعد برون حقوقی نباشد. فقیهان و اصولیان در منطق استدلالی خود به نهادهایی اشاره کرده و مباحث گوناگونی نیز درباره آنها مطرح می‌کنند. آنان به سه نهاد فراحقوقی یا بیرون از حقوق پرداخته‌اند که عبارت‌اند از: عقل، سیره خردمندان و عرف. آنان در باب ادله‌ای که قابلیت دلالت بر اراده شارع دارد به نهادهای سه‌گانه ذکر شده پرداخته و درباره حجیت آنها گفت‌وگو کرده‌اند. البته گاه در دلیل عقلی با توجه به اختلافات کلامی محورهای چون درک حسن و قبح افعال با عقل به عنوان محوری‌ترین مسئله کلامی مؤثر بر فقه و حقوق گفت‌وگو شده است که تا حدودی به تعیین قاعده نزدیک است (ر.ک: اصفهانی، [بی تا]، ص ۴۳۶-۴۳۲). گفتنی است کسانی چون محمدرضا مظفر تنها مسئله مستقلات عقلیه را تحسین و تقبیح عقلی می‌دانند. در این دیدگاه نیز به خوبی مسائل مختلف مطرح شده است. وی تلاش کرده است حوزه عقل عملی را کاویده و به چگونگی درک عقل و ماهیت آن پردازد. در این دیدگاه نیز به عقل به عنوان یک نهاد درک‌کننده توجه شده است؛ اما اینکه عقل چه اموری را تقبیح و چه اموری را تحسین می‌کند تشکیل دهنده مصادیق کلی است که موضوع بحث قرار نگرفته است (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۲۱۵-۱۹۹).

## ۲. منبع قواعد بنیادین

با توجه به اینکه قواعد بنیادین در سطحی فراحقوقی قابل بررسی است و در این سطح هیچ امر بیانی دخالت ندارد، منبع قواعد نیز نمی تواند امر لفظی باشد، به گونه ای که با تحلیل لفظی به قاعده دست یافت. منبع چنین قواعدی بستگی به منابع معرفتی مناسب با سنخ قواعد بنیادین دارد. از آنجاکه سنخ قواعد چگونگی رفتار را در زندگی اجتماعی سامان می دهد و دارای الزام بوده یا قابلیت الزام دارد منبع قاعده نیز باید قابلیت درک چنین حکمی داشته باشد. اولین منبعی که می تواند در اینجا مطرح شود، عقل عملی است. اگر پذیرفته شود که در انسان قوه ای با عنوان عقل وجود دارد که توان درک باید و نباید را دارد، این عقل می تواند منبع قواعد بنیادین باشد. در صورتی که این قوه پذیرفته نشود نیز ممکن است منابعی چون تجربه، شهود، توافق های خردمندانه و مانند آن مطرح شود. نکته مهمی که در اینجا مطرح می شود این است که در صورت توجه به وحی و آموزهای وحیانی با توجه به مفاد امور وحیانی وضعیت متفاوت خواهد بود. به دیگر معنا، پذیرش وحی به عنوان منبع یک سخن و میزان معرفت حاصل سخن دیگر است.

در حوزه معارف اسلامی علاوه بر عقل به عنوان منبع که مورد پذیرش برخی مکاتب و فرق قرار گرفته است، درباره قواعد بنیادین به صورت پراکنده گفت و گو شده است. البته مقصدگرایان با طراحی دستگامی نسبتاً منظم با استفاده از امور وحیانی و دیگر نصوص معتبر به قواعد شناخت قواعد بنیادین دست زده اند. البته بنابر سنخ قواعد، حتی برخی پا را فراتر نهاده و تلاش کرده اند با طبقه بندی مصالح و مفاسد اخروی و دنیوی منبع فهم را طبقه بندی کنند. با این بیان که بیانات شرعی منبع شناخت مصالح و مفاسد اخروی است و مصالح دنیوی و مفاسد آن را می توان با تجربه و عادت شناسایی کرد (عطیه، ۲۰۰۸، ص ۱۹-۲۸).

## ۳. روش دستیابی به مفاد قواعد بنیادین

اکنون سخن در این است که چگونه می توان به قواعد دست یافت. از آنجاکه سطح

تحلیل قواعد بنیادین پیش از نظام حقوقی است، پیش فرض بسیاری از رویکردهای مبتنی بر درک انسان از خود و روابط اجتماعی و خود بنیادی عقل است. همچنان که گفته شد این بحث در نظام حقوقی اسلام نیز مطرح است و می توان روش شناسی قواعد بنیادین پیش از شریعت را بررسی کرد. هرچند چگونگی رفتار شارع در ارتباط با این امر نیز خود موضوع دیگری است که اصولیان با عنوان حجیت از آن یاد می کنند. به عبارت دیگر، در اینجا امری که بتواند منبع احکام قرار گیرد یک سخن است و پذیرش و حجیت آن سخن دیگر. در ادامه شیوه های دستیابی به این قواعد را بررسی می کنیم.

### ۱-۳. تحلیل فلسفی انسان

دستیابی به قواعد بنیادین متأثر از تحلیل هایی است که با توجه به سطح درک و معرفت بشر درباره هستی از جمله انسان ارائه می شود. یکی از قدیمی ترین دیدگاه های مؤثر در این باره، تحلیلی است که در منطق و فلسفه از ماهیات و موجودات صورت می گیرد. در این تحلیل ماهیت موجود را به ماده و صورت و در مقام تعریف به جنس و فصل و عرض تفکیک می کنند.\* اکنون این سخن مطرح است که آیا با توجه به این امر می توان

\* فلاسفه یونان به این روش تلاش کردند برای تحلیل ماهیت موجودات، تقسیم بندی مفهومی جدیدی ارائه کنند. بر این اساس، مفاهیم منطبق بر موجودات ممکن است مصداق یکی از پنج دسته نوع، جنس، فصل، عرض عام و عرض خاص باشد. گاه مفهوم مورد نظر عین ذات و تمامی ماهیت افراد خود را تشکیل می دهد و تصور آن برابر است با تصور ذات همه افرادش. به چنین مفهوم کلی، نوع گفته می شود؛ مانند مفهوم انسان که تمامی ذات و ماهیت افراد خود را بیان می کند. گاه مفهوم مورد نظر تنها بر جزئی از ذات افراد خود دلالت دارد یا یک جنبه از ذات افراد آن را تشکیل می دهد؛ برای نمونه مفهوم حیوان دارای مصادیقی چون انسان و اسب می شود؛ اما این مفهوم تنها جزئی از ذات انسان است که در کنار خصوصیات دیگر مانند ناطق بودن انسان را تشکیل می دهد. اگر این مفهوم مانند حیوان اعم از ذات مصادیق خود باشد به آن جنس گفته می شود و اگر مانند ناطق بودن جزء دیگر ماهیت افراد خود، ولی مساوی با ذات افرادش باشد به آن فصل گفته می شود. این موارد همگی از ذاتیات بودند و به آنها جوهر گفته می شود. حال اگر مفهوم مورد نظر خارج از ذات افراد آن باشد به آن عرض گفته می شود؛ همچنین اگر عرض اعم از ذات افراد خود باشد عرض عام و اگر خارج از ذات افراد و مصادیق خود باشد و در عین حال، فقط اختصاص به یک نوع و یک ذات داشته باشد، عرض خاص است.

قواعد حاکم بر زندگی فردی و اجتماعی انسان را استخراج کرد که بتواند پایه حقوق قرار گیرد؟ پاسخ برخی اندیشمندان حقوق طبیعی به این امر مثبت است. برای مثال *توماس آکویناس (Thomas Aquinas)* که متأثر از اندیشه فلسفی یونانی به‌ویژه *ارسطو (Aristotle)* و *سیسرون (Marcus Tullius Cicero)* است\* تلاش کرده قواعد طبیعی حاکم بر انسان را به دست آورد. در مقام تحصیل قواعد با توجه به جنس بعید انسان که همان جسم است به اصل و قاعده حفظ حیات اشاره می‌کند. به عقیده وی حفظ حیات در عمیق‌ترین سطح یعنی سطح جسمانی بوده و انسان در این امر با همه اشیا در اشتراک است. او با خلاصه کردن حقوق طبیعی در تمایل به خیر و دوری از شر، بر این باور است که: «انسان پیش از هر چیز دارای تمایل به خیر در ارتباط با طبیعت مشترک خود با اشیا است و همه اشیا در طبیعت خود به دنبال حفظ وجود خود هستند».

بنابراین می‌توان قاعده حفظ حیات را ناشی از طبیعت اشیا دانست (Aquinas, cited in Kainz, 2004, p.20)؛ همچنین اسپینوزا با این استدلال که اشیا فیزیکی به حفظ وضعیت موجود خود تمایل دارند، حفظ خود را طبیعی دانسته‌اند. اسپینوزا استدلال می‌کند که تلاش برای حفظ خود نتیجه طبیعی ذات هر شیء بوده و قدرت مجزایی در اشیا برای این امر وجود ندارد (Spinoza, cited in Morgan, 2006, p.115).

*آکویناس* در سطح دوم، یعنی سطح مشترک با حیوانات نیز معتقد است:

انسان دارای تمایل به امور متعلق به خود است و بر اساس تمایل مذکور چنین اموری نیز جزئی از حقوق طبیعی هستند که طبیعت به حیوانات آموخته است؛ اموری چون رابطه جنسی، آموزش فرزند و... (Aquinas, op.cit).

همچنین انسان در سطح سوم یعنی سطح عقلانی نیز دارای تمایل طبیعی به دانستن حقیقت درباره خدا و زندگی در اجتماع است. بر این اساس، انسان از جهل دوری

\* *آکویناس* در بیان اشتراکات انسان با اشیا و حیوانات تحت تأثیر بیان *ارسطو (۳۸۴-۳۲۲ ق.م)* درباره تمایل همه اشیا به وجود و بقای خود و تبیین خاص وی از اشتراک و تمایز میان انسان و حیوان قرار داشت. *سیسرون (۱۰۶-۴۳ ق.م)* فیلسوف یونانی دیگر عصر پیش از میلاد نیز بر این اندیشه اثرگذار بوده است. *سیسرون* معتقد بود: هر موجودی در ذات خود تلاش می‌کند خود را حفظ کند و از امور مضر برای وجود خود دوری کند؛ همچنین تمامی حیوانات به بقا و حفظ نسل تمایل دارند (Kainz, 2004, p.21).

می‌کند و از آسیب به کسانی که در بین آنها زندگی می‌کنند خودداری می‌کند (Ibid)، بنابراین ممنوعیت اضرار به دیگری ناشی از سطح سوم انسان‌شناسی است که به فصل ناطقیت انسان مربوط می‌شود. همان‌طور که روشن است در این روش تلاش شده است با شناخت ماهیت انسان در دستگاه فلسفی خاص به احکام راجع به رفتار پی‌برده شود.

## ۲-۳. نظریه تجزیه و ترکیب

یکی دیگر از روش‌های دستیابی به قواعد بنیادین روش تجزیه و ترکیب است. این روش متأثر از هندسه\* است که تلاش می‌کند امور مرکب را به امور بسیط، ولو به صورت فرضی، تجزیه کرده و با یافتن قواعد حاکم بر امر بسیط به احکام مترتب بر مرکب پی‌ببرد. این روش از طریق تجزیه هر عنصر و مرکب به بسیط‌ترین اجزا و سپس ترکیب آنها با یکدیگر است. در اینجا نیز برخی جامعه انسانی را به صورت امر مرکب دیده و با این فرض که می‌توان روابط اجتماعی را گسسته پنداشت، به انسان در حالت اتمیک که همان فرد بریده از روابط است، دست می‌یابند. اینکه بر انسان بریده از روابط چه قواعدی حاکم است یا به چه قواعدی می‌اندیشد و بر فرض اینکه اگر بخواهد در خیال خود به زندگی اجتماعی وارد شود چه قواعدی را برای زندگی مناسب می‌داند، موضوع گفت‌وگوی عمیق اندیشمندان حقوق طبیعی مدرن است. در این میان اندیشمندانی چون هابز و لاک به قواعد حاکم بر فرد پرداخته و کسانی چون جان رالز به قواعد خردمندانه‌ای می‌اندیشند که انسان با فرض ورود به زندگی اجتماعی آنها را عادلانه می‌داند.

مکفرسون استاد اقتصاد سیاسی دانشگاه تورنتو در مقدمه کتاب لویاتان در مورد چگونگی بهره‌مندی هابز از روش گالیله در هندسه می‌نویسد: «آنچه [برای هابز] نیاز بود، روشی مرکب از دو بخش بود که هم نشان دهد چگونه به... قضایای ساده اولیه... رسیده و هم اینکه وقتی بدان رسیدیم با آنها چه کار کنیم». هابز این روش را در شیوه معمول گالیله یعنی روش «تجزیه‌ای-ترکیبی» یافت. بخش «تجزیه‌ای» روش دستیابی به

\* در هندسه با تجزیه امور هندسی به نقطه و خط و صفحه که همگی امور فرضی هستند، دست می‌یابیم و با این پیش‌فرض‌ها اصول اولیه هندسه استنباط می‌شود.

قضایای ساده و اساسی مورد نیاز بود. بخش «ترکیبی» روش تأسیس قضایای پیچیده با ترکیب قضایای ساده بود» (ر.ک: مکفرسون در مقدمه هابز، ۱۳۸۱، ص ۲۷).

وضعیت تجزیه شده و فرض نبود روابط همان وضعیتی است که حقوق دانان طبیعی به آن وضعیت طبیعی می گویند. در این وضعیت چه قواعدی حکومت می کند سخنی است که موضوع گفت و گوی اندیشمندان است؛ همچنین «با فرض دستیابی به قواعد، اینها چگونه با هم ترکیب می شوند» موضوعی است که مباحثی چون قرارداد اجتماعی به آن پاسخ می دهد.

از جمله نظریه پردازان معاصر که با این روش به چگونگی دستیابی به قواعد پرداخته است جان رالز است. وی معتقد است مطالعه عدالت در هر جامعه می تواند در سه سطح ساختار بنیادی جامعه، نهادها و قواعد سازنده نهادها صورت گیرد (رالز، ۱۳۸۷، ص ۱۰۶-۱۰۵) و در هر سطح، نوعی عدالت رسمی به معنای مدیریت بی طرفانه و سازگار با قانون و نهادها قابل بررسی است. روشن است چه بسا قانون و نهادها به نحو برابر و بی طرفانه اجرا شوند، اما ناعادلانه باشند و این به اصولی بستگی دارد که چهارچوب ساختار بنیادی جامعه بر پایه آنها بنا شده و حقوق و تکالیف و تقسیم امتیازات و منافع را تعیین می کند (همان، ص ۱۰۷). در برابر عدالت رسمی، عدالت واقعی مطرح است که توان و قوت ادعاهای عدالت رسمی با آن سنجیده می شود (همان، ص ۱۰۹). عدالت واقعی دارای دو اصل اساسی است که در وضع نخستین مورد پذیرش است. اصل نخست می گوید: هر شخص در گسترده ترین آزادی اساسی ممکن دارای حقی برابر است که با آزادی مشابه دیگران سازگار باشد. اصل دوم نیز می گوید: نابرابری های اجتماعی و اقتصادی باید به گونه ای سامان دهی شوند که اولاً، به نحو معقولی انتظار رود به سود همگان باشد و ثانیاً، به مشاغل و مناصبی وابسته باشند که دسترسی به آنها برای همگان امکان پذیر است. اصل نخست بر اصل دوم مقدم است، به این معنا که فروگذاری نهادهای آزادی برابر را نمی توان با کسب امتیازات اجتماعی و اقتصادی بیشتر توجیه یا جبران کرد (همان، ص ۱۱۲).

این دو اصل، وجهی از برداشت کلی تر عدالت هستند که بر اساس آن توزیع مطلوب های بنیادین ممکن می شود. توضیح آنکه ساختار جامعه به طور طبیعی به توزیع



مطلوب‌های بنیادین می‌انجامد و این ساختار در یک وضع پیشینی فرضی به‌گونه‌ای تصور می‌شود که در آن همه مطلوب‌های بنیادین به‌نحو برابر یا عادلانه توزیع می‌شوند. به این معنا که همه حقوق و تکالیف مشابه دارند و درآمد و ثروت منصفانه توزیع می‌شوند. این وضع، شاخصی را برای داوری درباره پیشرفت‌ها و بهبود امور فراهم می‌کند. همه ارزش‌های اجتماعی مانند آزادی فرصت‌ها، درآمد و پایه‌های عزت‌نفس باید به‌نحو برابر توزیع شوند، مگر آنکه توزیع نابرابر به سود همگان باشد. اگر برخی نابرابری‌ها در ثروت یا قدرت‌های سازمانی، وضع یکایک افراد را بهتر از وضع آنها در این آغازگاه فرضی بسازد، آنگاه این نابرابری‌ها با مفهوم کلی عدالت منطبق است (همان، ص ۱۱۳). البته در این شرایط اولویت و ترجیح بنیادین در میان مطلوب‌های اولیه به عنوان یک ترجیح عقلانی، معامله آزادی‌های اساسی با پاداش‌های اقتصادی و اجتماعی را روا نمی‌دارد (همان، ص ۱۱۴). تنها دلیل محدودکردن حقوق معرف آزادی و کاستن از دامنه آزادی انسان، آن است که این حقوق برابر که در قالب نهاد تعریف می‌شوند با یکدیگر تداخل داشته باشند (همان، ص ۱۱۵).

### ۳-۳. نظریه گفتمان

بر اساس نظریه عمومی گفتمان هم گزاره‌ها و هم هنجارها دارای ارزش صدق (Truth value) هستند و صدق در آنها، نه از لحاظ مطابقت با واقعیت امور (State of affairs)، نظریه تطابق (Correspondence theory)، بلکه به دلیل ظرفیت آن برای توافق (نظریه اجماع) معنا می‌یابد. با این تفاوت که در گزاره‌ها بر آن دسته از دعاوی اعتبار که استدلال‌پذیر نیستند، عدم توافق به وجود می‌آید که در گفتمان نظری به آن می‌پردازند، ولی بررسی صحت گزاره‌های هنجاری به‌طور خاص در گفتمان عملی صورت می‌گیرد. «عامل تعیین‌کننده صدق گزاره‌ها، امکان مطابقت آنها با سایر گزاره‌ها است» و این امر اجماع و توافق واقعی محسوب نمی‌شود، بلکه وفاقی است که بر اساس محکم‌بودن بهترین استدلال‌ها حاصل می‌شود. ارائه بهترین استدلال نیز بر اساس شرایط گفتاری ایدئال است که در آن نتیجه گفت‌وگو با هدایت قواعد گفتمان تضمین می‌شود. ویژگی این فرض ناواقع، پیش‌بینی شرایط گفتاری ایدئالی

است که در شکل‌گیری یک گفت‌وگوی واقعی لازم است و به عنوان معیار سنجش اجماعی تلقی می‌شود که در واقعیت حاصل می‌شود. این معیار نظریه گفتمان برای تعیین صحت اجماع و توافق حاصل شده در شرایط ایدئال است؛ بنابراین طبق نظر هابرماس «تنها می‌توان دعوی صحت هنجارهایی را داشت که تمامی طرف‌های توافق را در یک گفتمان عملی با مبنای جهان‌شمول‌سازی دخیل می‌دانند». این اخلاق گفتمانی هابرماس به‌طور خاص از سوی رابرت الکسی به حوزه هنجارهای حقوقی تعمیم یافته است. الکسی معتقد است از آنجاکه در نظریه گفتمان عام، معیاری شکلی برای حق ارائه می‌شود این رویکرد باید بر گفتمان حقوقی نیز حاکم باشد، هرچند به دلیل وابستگی آن به حقوق معتبر (Valid law)، شباهت کاملی به گفتمان اخلاقی ندارد. این الصاق گفتمان حقوقی مستلزم ظهور قواعد خاص گفتمان حقوقی مانند قواعد معناشناسی حقوقی (Semantic)، تکون حقوقی (Genetic) یا غایت‌گرایی (Teleological Expression) در تفسیر حقوقی خواهد بود؛ همچنین گفتمان حقوقی محدودیت‌هایی دارد که موجب می‌شود قواعد گفتمان عملی عام تضعیف شود و در بسیاری موارد نتوان به بیان روشن آنها پرداخت. از نظر الکسی، گفتمان‌های قضایی نیز نمونه‌ای از گفتمان عملی عام هستند. اگرچه طرف‌های دعوا به نفع خودشان استدلال می‌کنند و نه برای کشف حقیقت، مهم این است که تلاش آنها ارائه استدلالی است که بتوان درباره آن به توافق رسید.

بعدها خود هابرماس نیز به رابطه میان استدلال حقوقی و گفتمان عملی پرداخته است. وی با اشاره به «نظریه استدلال حقوقی» الکسی [معیار] سنجش وی را توسعه داد و هرگونه استدلال حقوقی را در همه نمودهای آن، الگویی از گفتمان عملی دانست. به عقیده وی، با وجود صادق بودن نظریه گفتمان در حوزه حقوق نیازی به پرداختن نظام‌مند به نظریه گفتمان در حقوق نیست، بلکه باید این حوزه را مستقل از اخلاق مطالعه کرد. وی در این باره اصل گفتمان را تأسیس کرد که بر اساس آن «هنجارهایی معتبر است که تمامی مشارکت‌کنندگان احتمالی بتوانند در یک گفتمان عقلانی بر اساس اصول اخلاقی و دموکراسی درباره آنها با یکدیگر به توافق برسند» (Neumann, 2013, pp.212\_214).

نظریه گفتمان هابرماس بر پایه‌های انسان‌شناسی وی استوار است. او بر این باور است برای اینکه انسان را وادار به تأمل کرد، باید همانند روان‌شناسان با او وارد گفت‌وگو شد. از نظر هابرماس روان‌کاوی فرد را در مقابل مشکل خود قرار داده و او را وادار می‌کند به حادثه آن‌گونه که هست، فکر کند و نه آن‌گونه که از فیلتر تحریف‌شده زبان می‌گذرد (پیوزی، ۱۳۸۴، ص ۹۳-۹۰). این تأمل سبب می‌شود فرد رودرروی خود قرار گرفته و وضع موجود را نقد کند. در دوران مدرن نیز نهادها و دستگاه‌های ایدئولوژیک مانند زبان تحریف‌شده عمل می‌کنند و جامعه برای دستیابی به حقیقت لازم است با کنکاش، ریشه این زبان را پیدا کرده و نشان دهد که ریشه نابرابری موجود کجا است (احمدی، ۱۳۹۲، ص ۲۳۶-۲۳۷). به عقیده هابرماس این امر از طریق بررسی رابطه دانش و عقلانیت ممکن می‌شود. هنگام استفاده از تعبیر عقلانی، ارتباطی میان عقلانیت و دانشی که به‌طور طبیعی در قالب گزاره و گفتار بیان می‌شود مفروض پنداشته شده است (هابرماس، ۱۳۸۴، ص ۶۱). فرد هنگام ابراز عقیده دانشی لغزش‌پذیر را نشان می‌دهد که ممکن است خطا باشد که به آن ادعاهای اعتباری می‌گوییم. به گمان هابرماس فرآیند حصول تفاهم متوجه توافقی است که شروط پذیرش مضمون یک گفتار را با انگیزه عقلانی دربر دارد و توافق متکی به باور مشترک است؛ بنابراین باید به دنبال چگونگی ایجاد باور مشترک عقلانی بود (احمدی، ۱۳۹۲، ص ۲۳۸-۲۳۹).

#### ۳-۴. ابزارگرایی

ابزارگرایی (Instrumentalism) واژه‌ای با معانی مختلف است. ابزارگرایی در حوزه فلسفه علم دیدگاهی است که می‌گوید نظریه‌ها ابزارهای عملی سازمان‌دادن گزاره‌های مشاهده‌ای برای پیش‌بینی و استنتاج هستند (دراهوس، ۱۳۹۱، ص ۴۷۱). در این دیدگاه، نظریه‌ها از نظر روش، مفید هستند ولی درست و نادرست نیستند (همان، ص ۴۷۲). همچنین ابزارگرایی گاه برای اشاره به فلسفه پراگماتیسم به کار می‌رود. ابزارگرایی در حقوق گاه به این معنا است که حقوق به‌طور کلی در ساختار اجتماعی ماهیت ابزاری دارد (همان). گاه نیز ابزارگرایی حقوقی در نظام حقوقی به کار می‌رود و به معنای توجه به اهداف و غایات است (Quevedo, 1985, p.119). در این معنا ابزارگرایی

درمقابل نظریه حقوق طبیعی است (Tamanaha, 2006, p.49/ Pardy, 2008, p.75). همچنین ابزارگرایی گاه درمقابل صورت‌گرایی حقوقی است که تلاش می‌کند از طریق استنتاج منطقی از قواعد، حوزه قواعد را توسعه دهد. آنچه در اینجا موضوع گفت‌وگو است، سطح قواعد بنیادین بوده و ابزارگرایی درمقابل حقوق طبیعی است. ابزارگرایی در سطح قواعد بنیادین به این معنا است که قواعد بنیادین به عنوان ابزارهای تحقق غایات هستند، نه اینکه این قواعد دارای ارزش ذاتی و طبیعی باشند. برای مثال، بر اساس دیدگاه برخی ابزارگرایان که درباره مالکیت به عنوان یک قاعده بنیادین اندیشیده‌اند، قاعده احترام به مالکیت خصوصی نه به عنوان یک حق پایه و بنیادین طبیعی، بلکه تأمین‌کننده ارزش‌های اخلاقی است (دراهوس، ۱۳۹۱، ص ۴۷۲).

### ۳-۵. فهم قواعد فراحقوقی در ترابط و تعامل با قواعد درون حقوقی

قواعد فراحقوقی در نظریه مقاصد شریعت از طریق ترابط و تعامل امور بیرونی و درونی فقه و قواعد منصوص و عقلی و تجربی به دست می‌آید؛ از این رو برای دستیابی به قواعد از طریق نصوص به تفسیر لفظی و استقرا در احکام و ادله از یک سو، و تحلیل عقلی از سوی دیگر، عمل می‌شود. برای مثال، برخی مقصدگرایان با مسلم‌پنداشتن غایت برای احکام بر این باورند بی‌توجهی به غایت مطلوب یا به‌خاطرنداشتن علم فاعل به غایت است که این درباره خداوند محال است یا به خاطر عاجزبودن از دستیابی به غایت است که این نیز درباره خداوند، که قدرت مطلق دارد، ممتنع است و سبب عدم اراده و مشیت او به احسان به غیر است که این نیز با توجه به رحمان و رحیم‌بودن خداوند مستحیل است؛ همچنین ممکن است سبب، وجود موانعی باشد که قصد و اراده او را مستحیل می‌کند که این امر نیز برای خداوندی که اراده مطلق دارد محال است، یا به خاطر این است که آن غایت با کمال منافات داشته که این نیز باطل و خلاف فطرت است. با توجه به این امور می‌توان نشان داد شارع در وضع قوانین رعایت مقاصد و مصالح را خواهد کرد (القحطانی، ۲۰۰۸، ص ۲۹). اگر بتوان به درکی از این مقاصد و مفاصد رسید، ممکن است همچون قواعد بنیادین از آن در سطح تقنین، تفسیر، اجرا و نهادسازی بهره برد.

## ۴. توسعه قواعد بنیادین

توسعه قواعد بنیادین به این امر می‌پردازد که چگونه از قواعد بنیادین قواعد جزئی‌تر استخراج و استنباط می‌شود. پیش از بیان روش توسعه، توجه به این نکته لازم است که توسعه قواعد به دو صورت عرضی و طولی متصور است. در توسعه عرضی از قواعد بنیادین به قواعد هم‌عرض و هم‌ردیف قاعده بنیادین که ممکن است از اجزای قاعده اصلی باشد، دست می‌یابیم و در توسعه طولی قواعد به صورت تطبیق و اعمال به موضوعات جزئی‌تر می‌رسیم. شاید بتوان گفت در توسعه عرضی به اجزا و در توسعه طولی به موارد و مصادیق نظر داشته‌ایم. در هر صورت، آنچه اهمیت دارد بررسی شیوه‌های این توسعه است. در ادامه روش‌های توسعه را پی‌می‌گیریم.

### ۴-۱. توسعه با تجزیه موضوع

یکی از روش‌های توسعه قواعد بنیادین، تجزیه موضوعی است. از آنجاکه هر قاعده دارای موضوعی است که حکم بر آن مترتب می‌شود، ممکن است با تجزیه و تحلیل موضوع، حکم نیز توسعه پیدا کند. برای نمونه می‌توان به تحلیلی اشاره کرد که باستیات در قاعده حفظ حیات ارائه می‌کند. وی حیات را هدیه‌ای از جانب خداوند می‌داند که شامل همه افراد می‌شود و آن را به حیات فیزیکی، فکری، و اخلاقی تقسیم می‌کند. از منظر باستیات، حیات نمی‌تواند خود را به تنهایی حفظ کند و خالق حیات، به ما مسئولیت داده است تا آن را حفظ کرده و به توسعه و تکامل آن پردازیم. حفظ، توسعه و تکامل حیات از طریق منابع طبیعی و قوایی صورت می‌گیرد که خداوند در اختیار انسان قرار داده است. انسان از طریق اعمال قوای خود به منابع طبیعی، آنها را به محصولات تبدیل و از آن استفاده می‌کند. این فرآیند در راستای اینکه حیات در مسیر مشخص شده خود پیش برود ضروری است (Bastiat, 2001, p.1)؛ بنابراین حیات، قوا و تولید (شخصیت، آزادی و مالکیت) عناصر تشکیل‌دهنده انسان است. این سه هدیه از جانب خدا بر قانون‌گذاری بشری تقدم دارد و برتر از آن است (Ibid). باستیات نتیجه می‌گیرد که حیات، آزادی و مالکیت در نتیجه قانون‌گذاری به وجود نیامده است، بلکه پیش از قانون‌گذاری بشری وجود داشته است (Ibid, p.2).

## ۴-۲. توسعه از طریق مقدمات و لوازم

یکی از شیوه‌های توسعه قواعد از توسعه مقدماتی و بیان لوازم است. اصولیان در باب ملازمه صرف نظر از طرف اول ملازمه، که ممکن است حکم شرعی یا عقلی باشد، به این بحث پرداخته‌اند. برای مثال صاحب *هدایة‌المسترشدین* که به‌طور مستقل و مفصل به این بحث ورااد شده است، از دومین حوزه مباحث عقلی خود با عنوان مسائل و ملازمات یاد می‌کند و در آن به دو شیوه توسعه حکمی که عبارت‌اند از رابطه وجوب شی و وجوب مقدمه و استلزام امر به شیء و حرمت نهی از ضد آن می‌پردازد. همان‌طور که روشن است، این امر شیوه‌ای برای توسعه عقلی قواعد است. البته گفتنی است این شیوه هم در قواعد بنیادین و هم غیر آن کاربرد دارد (اصفهانی، [بی‌تا]، ص ۴۳۱). اندیشمندان غیرمسلمان نیز به این توسعه توجه داشته‌اند.

از جمله کسانی که بر اساس این شیوه به ترسیم مجموعه‌ای از قواعد پرداخته، *هابز* است. او حفظ نفس را محور استنباط قواعد بنیادین می‌داند و با متمایز کردن قوانین طبیعی از حقوق طبیعی، قانون طبیعی را قاعده‌ای کلی می‌داند که با عقل کشف می‌شود و انسان را از انجام فعلی که مغایر صیانت از نفس است منع می‌کند (هابز، ۱۳۸۱، ص ۱۶۱). وی قوانین طبیعی را ناشی از شرایط خاص انسان در وضعیت طبیعی ایشان می‌داند؛ شرایطی که در آن، وضعیت برابر انسان‌ها از لحاظ آزادی و اختیار و انگیزه حفظ نفس و تحصیل لذت منجر به جنگ همه‌گیر و در خطر افتادن نفس می‌شود. قواعدی که برای ادامه حیات در این وضعیت طبیعی ضروری است، با عقل درک می‌شود (همان). اولین درک عقل جلوگیری از به خطر افتادن نفس و ادامه حیات است و چنین شرایطی مستلزم این است که تا حد ممکن برای برقراری و حفظ صلح تلاش شود؛ بنابراین قاعده بنیادین اول *هابز* ایجاد صلح و حفظ آن است. به عقیده *هابز* از دل قانون اول یعنی لزوم ایجاد صلح، قانون دوم استخراج می‌شود؛ مبنی بر اینکه باید برای حفظ صلح از حق مطلق که انسان‌ها در وضعیت نخستین دارند، کاست و به همان میزان برای دیگران حق قائل شد (همان). پذیرش واگذاری بخشی از حقوق منجر به پذیرش قانون سوم یعنی وفای به عهد و پیمان می‌شود. در غیر این صورت این شرایط دوام نخواهد داشت

(همان، ص ۱۷۰). وی در ادامه قواعد دیگری را نیز به ترتیب استخراج می‌کند و تا آنجا پیش می‌رود که در شرح وظایف حاکم تلاش می‌کند وظیفه پرداخت مالیات را به حفظ حیات پیوند زده و قواعد جزئی‌تر مالیات را نیز از آن استخراج کند. به نظر او، مالیات، بهایی است که افراد برای صیانت از جان خود و تأمین کار خویش باید پردازند؛ به عبارت دیگر، مالیات چیزی نیست جز مزدهایی که باید به کسانی پرداخت شود که مناصب عمومی را برای حراست از افراد در مشاغل و حرفه‌های گوناگون تصدی می‌کنند. او با این تحلیل به این نتیجه می‌رسد که پرداخت‌کنندگان مالیات باید برابر باشند؛ زیرا نفعی که هرکس در قبال آن دریافت می‌کند، بهره‌مندی از زندگی است و این امر به یک اندازه برای تهیدستان و توانمندان ارزشمند است. وی سپس تلاش می‌کند ضابطه خود را تقیید کند و ضابطه پرداخت مالیات را برحسب مصرف و نه به انباشت ثروت توجیه کند (همان، ص ۳۰۹).

### ۴-۳. توسعه با توجه به میزان اهمیت قاعده

توسعه با توجه به اهمیت قاعده شیوه‌ای است که در نظریه مقاصد به کار گرفته شده است. در این روش مقاصد با تعیین ساختار موضوعی به اموری چون حفظ دین، حفظ نفس، حفظ نسل، حفظ مال و حفظ عقل معین می‌شود. پس از آن وسایل تحقق این مقاصد به صورت طولی به ضروری، حاجی و تحسینی طبقه‌بندی می‌شود. طرفداران نظریه مقاصد در اینکه کدام حکم در مرحله ضروری حاجی یا تحسینی است، به دو معیار شکلی و موضوعی توجه کرده‌اند. معیار شکلی بیشتر به پس از تشریح پرداخته و با توجه به امر و نهی شارع مرتبه وسیله را معین می‌کند. در معیار موضوعی به امر پیش از بیان شارع توجه می‌شود. در نتیجه مصلحت و مفسده در متعلق حکم لحاظ شده و با توجه به میزان اهمیت آن نوع وسیله تعیین می‌شود (عطیه، ۲۰۰۸، ص ۶۱).

### ۴-۴. توسعه به لحاظ تنوع ذات موضوع

برخی نظریه پردازان مقصدگرا، حوزه‌های موضوعی قواعد حقوقی را به حوزه فردی، خانوادگی، امت و انسانیت تقسیم کرده‌اند (همان، ص ۱۳۲). ایشان در حوزه

فردی به مقاصد حفظ نفس، حفظ دین، حفظ عقل، حفظ عرض و حفظ مال پرداخته و در حوزه خانوادگی به مقصد نظم‌بخشی به روابط زن و مرد، حفظ نسل، دستیابی به مودت و رحمت، حفظ نسب، حفظ تدین در خانواده، نهادانگاری خانواده و تنظیم جنبه‌های مالی خانواده اشاره کرده‌اند. آنان در حوزه مربوط به امت به مواردی چون نهادانگاری امت، برقراری امنیت، اقامه عدل، حفظ دین و اخلاق، تعاون و همبستگی و همیاری، انتشار دانش و حفظ جنبه عقلانی امت، آبادانی و حفظ ثروت و در حوزه مربوط به انسانیت به مواردی چون ارتباط و همیاری و تکامل، تحقق خلافت عامه انسان، تحقق صلح جهانی مبتنی بر عدالت و گسترش دعوت به اسلام اشاره کرده‌اند (همان، ص ۱۶۴-۱۳۲).

#### ۴-۵. غایت - وسیله

پیش از این اشاره شد که ابزارگرایی در معانی مختلفی کاربرد دارد. یکی از حوزه‌های کاربرد آن ابزارگرایی در مقابل حقوق طبیعی بود. در این معنا قواعد بنیادین ماهیت ابزاری برای رسیدن به غایات است. این نظریه در توسعه قواعد نیز کاربرد دارد. یعنی چه بسا با توجه به قواعد پایه بتوان قواعدی را استخراج کرد که در تحقق قاعده بنیادین نقش اساسی داشته باشد.

#### ۴-۶. مقصد - وسیله

در نظریه مقاصد، شریعت پس از اثبات مقاصد پنج یا شش‌گانه به وسایلی می‌پردازند که در تأمین آن مقاصد اهمیت دارد. نظریه پردازان مقاصدی بر این باورند که مقاصد اموری است که در ذات خود دارای مصلحت است و وسایل، راه‌های رسیدن به آن مصلحت است. رابطه وسیله با مقصد بر اساس قاعده مقدمه واجب توجیه شده است (همان، ص ۱۲۴). البته گاه وسیله دارای مقصد تبعی نیز است که در این صورت علاوه بر وسیله بودن در ذات خود نیز دارای مصلحت است. برای مثال، در نظام عبادی، وضو هم مصلحت ذاتی دارد و هم خود وسیله‌ای برای مقصدی با عنوان نماز است (همان). با این منطق، ممکن است وسایل به صورت



طولی توسعه یابد. با این توضیح که هر امری نسبت به ماقبل خود وسیله محسوب می شود تا آنکه به مقصد قبلی متصل شود (همان).

این وسایل در سه سطح ضروری، حاجی و تحسینی طبقه بندی می شود و هریک از آنها نیز به اصلی، تبعی و مکمل تقسیم می شوند. برای مثال، یکی از مقاصد، حفظ نفس است که در آن وسایل سه گانه ای وجود دارد. تحصیل مقدار معینی از غذا که موجب حفظ شده و فقدان آن منجر به هلاکت می شود، ضروری و دستیابی به غذا به صورت مناسب، وسیله حاجی و چگونگی غذا خوردن و آداب آن، تحسینی محسوب می شود (عطیه، ۲۰۰۸، ص ۵۴-۵۳).

همچنین برخی دیگر مراتب این وسایل را پنج گانه ضرورت، حاجت، منفعت، زینت و زائد (فضول) دانسته اند (همان، ص ۵۷).

#### ۴-۷. توسعه بر اساس لوازم روش

هابرماس در تبیین حقوقی که برای شکل گیری گفتمان عقلانی ضروری است، از پنج مقوله حق نام می برد. مقوله نخست به حق بنیادین افراد درباره بیشترین میزان ممکن آزادی های فردی بازمی گردد. فقط مقرراتی مشروعیت دارند که شرایطی را بر آورده کنند تا به موجب آن حقوق هرکس با حقوق برابر برای همه مطابقت دارد. مقوله دوم به موقعیت اعضای جامعه در اجتماعات ارادی گروه های زیر نظر قانون مربوط است. وضع مقررات حقوقی نیازمند حقیقی است که عضویت فرد را در اجتماع شهروندان معین تنظیم می کند. مقوله سوم حق ها به حمایت قانون از فرد برمی گردد و اینکه قانون تمامی افراد را زیر چتر حمایت خود خواهد داشت. این امر مستلزم تضمین شیوه های امکان دادخواهی است؛ همچنین ویژگی اجباری بودن قانون مستلزم این است که در موارد تعارض حقوق رویه های خاص برای تفسیر و اجرای قانون موجود به شیوه ای الزام آور وجود داشته باشد. مقوله چهارم حق ها به حقوق بنیادین راجع به فرصت های برابر درباره مشارکت در فرایند شکل گیری اراده و فکر است که در آن شهروندان استقلال سیاسی خود را به اجرا می گذارند و از این طریق به وضع قانون مشروع همت می گمارند. شرایطی که به موجب آن شهروندان می توانند قضاوت کنند که آیا قانون

مصوب آنها مشروعیت دارد یا نه، باید در پرتو اصل گفتمان تضمین شود. این هدف با حقوق سیاسی بنیادین و مشارکت در فرایندی عملی می‌شود که فکر و اراده قانون‌گذار را تشکیل می‌دهد. مقوله پنجم حق‌ها، حقوق بنیادین به مهیا بودن برای زندگی در شرایط اجتماعی، تکنولوژیکی و تأمین محیطی است ( Habermas, 1998, pp.123\_128).

## نتیجه

در این مقاله تلاش شد به‌طور خلاصه به چهار پرسش درباره وجود و مفاد قواعد بنیادین، منبع و روش تحصیل آنها و چگونگی توسعه این قواعد پاسخ داده شود. همان‌طور که روشن شد، پاسخ به پرسش‌های ذکر شده بستگی به زیرساخت‌های نظری مکاتب و نظریه‌ها دارد. در نوشتار حاضر صرف نظر از تنوع و تعدد مکاتب و نظریه‌ها، این مسائل خاص پیگیری شد. در بخش وجود قواعد بنیادین بیان شد که در بسیاری از نظریه‌ها و مکاتب، قواعد بنیادین به صورت‌های مختلف پذیرفته شده است که البته سنخ آنها متفاوت است؛ همچنین در حوزه منابع با توجه به دیدگاه‌ها به اموری چون عقل، تجربه، شهود و توافق‌های اجتماعی پرداخته شد و راه‌های مختلف توسعه قواعد نیز از قبیل تحلیل فلسفی ماهیت انسان، تجزیه و ترکیب و اخذ به لوازم و استلزامات بررسی شد. آنچه گفته شد، در سطح فلسفی و فراحقوقی است. اینکه چنین قواعدی چگونه در نظام حقوقی منعکس می‌شود یا با فرض انعکاس، چگونه دارای ضمانت اجرا شده و با این فرض، ضمانت اجرای مناسب چیست؛ پرسش‌های دیگری است که در جای خود باید بدان پرداخت. از گفته‌های اصولیان در بحث از مسائل پیش یا خارج از نص به‌ویژه با نگاه به حوزه‌هایی چون قواعد عقلی، قواعد عرفی و سیره خردمندان برمی‌آید بحث از قواعد بنیادین فراحقوقی در نظام حقوقی اسلام نیز امکان دارد. البته باید توجه داشت قواعد بنیادین در فضایی فراحقوقی قابل مطالعه است و در این سطح امر بیانی وجود ندارد؛ بنابراین منبع قواعد بنیادین برخلاف قواعد عادی حقوقی نمی‌تواند امر لفظی باشد، بلکه در این سطح تنها منابعی چون عقل، تجربه، شهود، توافق‌های خردمندان و مانند آن در

دسترس است. با وجود این، بحث از قواعد بنیادین در نظام حقوقی اسلام نیز ممکن است و می‌توان روش‌شناسی قواعد بنیادین پیش از شریعت را بررسی کرد. در اینجا امری که بتواند منبع قواعد جزئی قرار گیرد یک سخن است و پذیرش و حجیت آن سخن دیگر؛ همچنین با فرض پذیرش مصالح و مفسد واقعی، اگر بتوان به درکی از این مصالح و مفسد رسید ممکن است همچون قواعد بنیادین از آن در سطح تقنین، تفسیر، اجرا و نهادسازی بهره برد. تمسک به قواعد بنیادین و قابل مقایسه با رویکرد اندیشمندان مقصدگرا است که پس از استخراج مقاصد کلی شریعت، از آنها در تبیین و تفسیر قواعد حقوقی استفاده می‌کنند.

درباره روش دستیابی به قواعد بنیادین چهار نظریه مطرح شد. برخی همچون *آکویناس* و *بعدها/سپینوزا* تلاش کرده‌اند با استفاده از تعریف منطقی فلسفی انسان به جنس و فصل و عرض و بررسی اشتراکات انسان با جسم و حیوان به قواعد بنیادین دست یابند. برخی دیگر همچون *هابز*، *لاک* و *رانر* با استفاده از روش هندسی تجزیه و ترکیب تلاش کرده‌اند جامعه انسانی را به عنوان امری مرکب در نظر بگیرند و با این فرض که می‌توان روابط اجتماعی را گسسته پنداشت، به انسان در حالت اتمیک یا نخستین که همان فرد بریده از روابط است، دست یابند. به این صورت قواعد حاکم بر انسان بریده از روابط استخراج و در سطحی دیگر برای وارد کردن چنین انسانی به زندگی اجتماعی نیز قواعد مناسب استخراج می‌شود. نظریه سوم را *هابرماس* و *الکسی* مطرح کرده‌اند که بر اساس آن در صورت فراهم کردن شرایط معینی درباره گفت‌وگوی اجتماعی، قواعد مطلوب با مشارکت دموکراتیک همه اعضای جامعه و از طریق گفت‌وگوی عقلانی حاصل می‌شود. نظریه چهارم، رویکردی ابزارگرایانه به قواعد بنیادین دارد و آنها را به عنوان ابزارهای تحقق غایات می‌داند نه قواعدی با ارزش ذاتی و طبیعی که باید کشف شوند.

در ادامه، درباره روش‌شناسی توسعه قواعد بنیادین و چگونگی استخراج قواعد حقوقی جزئی از آنها در دو سطح توسعه عرضی و توسعه طولی سخن گفته شد. در توسعه عرضی از قواعد بنیادین به قواعد هم‌عرض و هم‌ردیف قاعده بنیادین دست می‌یابیم و در توسعه طولی قواعد از طریق تطبیق و اعمال بر موضوعات جزئی، قواعد

حقوقی استخراج می‌شود. با توجه به مباحث مطرح‌شده از سوی اندیشمندان در این حوزه چند روش قابل تفکیک است. برخی همچون باستیات به روش تجزیه موضوعی تمسک کرده‌اند. وی با این روش از قاعده بنیادین حفظ حیات، قواعد هم‌عرضی همچون آزادی و مالکیت را استخراج می‌کند؛ همچنین برخی اندیشمندان اصولی از روش توسعه مقدماتی و بیان لوازم به عنوان شیوه‌ای برای توسعه عقلی قواعد بهره برده‌اند. این روش از سوی برخی اندیشمندان غیرمسلمان همچون هابز نیز اتخاذ شده است. نیز به روش مقصدگرایان در توجه به میزان اهمیت قاعده و رویکرد مقصدوسیله اشاره شد. درنهایت، برخی پیروان نظریه گفتمان به توسعه قواعد بنیادین بر اساس لوازم روشی تحقق گفتمان مطلوب پرداخته و قواعد حقوقی را استنباط کرده‌اند.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## منابع

۱. احمدی، امید، «مبانی نظری مشروعیت قانون»، رساله جهت اخذ درجه دکتری در رشته حقوق عمومی، به راهنمایی محمد راسخ و حسین رحمت‌الهی، دانشگاه تهران پردیس فارابی، ۱۳۹۲.
۲. اصفهانی، شیخ محمدتقی؛ هدایه‌المسترشدین؛ [بی‌جا]، [بی‌تا].
۳. آلمن، اندرو؛ درآمدی بر فلسفه حقوق؛ ترجمه بهروز جندقی؛ قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام، ۱۳۸۵.
۴. پیوزی، مایکل؛ یورگن هابرماس؛ ترجمه احمد تدین؛ تهران: نشر هرمس، ۱۳۸۴.
۵. دراهوس، پیتر؛ فلسفه مالکیت فکری؛ ترجمه محمود حکمت‌نیا و همکاران؛ تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱.
۶. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه؛ مبانی جامعه‌شناسی؛ تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۳.
۷. رالز، جان؛ عدالت به مثابه انصاف؛ ترجمه عرفان ثابتی؛ تهران: ققنوس، ۱۳۸۳.
۸. —؛ نظریه عدالت؛ ترجمه محمدکمال سروریان و مرتضی بحرانی؛ تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۷.
۹. الزرکشی، بدرالدین؛ البحر المحيط؛ ج ۵، الكويت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیه، [بی‌تا].
۱۰. عطیه، جمال‌الدین محمد؛ نحو تفعيل مقاصد الشریعه؛ الولايات المتحدة الأمريكية: المعهد العالمی للفکر الاسلامی، ۲۰۰۸م.
۱۱. القحطانی، مسفر بن علی؛ الوعي المقاصدی؛ بیروت: الشبکه العربیه للابحاث و النشر، ۲۰۰۸م.

۱۲. مظفر، محمدرضا؛ اصول الفقه؛ ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۰.
۱۳. هابرماس، یورگن؛ نظریه کنش ارتباطی؛ ترجمه کمال پولادی؛ تهران: انتشارات روزنامه ایران، ۱۳۸۴.
۱۴. هابز، توماس؛ لویاتان؛ ترجمه حسین بشیریه؛ تهران: نشر نی، ۱۳۸۱.
15. Aquinas, Thomas; **Summa Theologica**; Part II, Treatise on Law, Q. 94.a.2.
16. Bastiat, Frederic; **The Law**; US: Foundation for Economic Education, 2001.
17. Finnis, John; **Natural Law and Natural Rights**; UK: Oxford University Press, 2011.
18. Fuller, L; **The Morality of Law**; US: Yale Un Press, 1964.
19. Habermas, Jürgen; **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**; US: MIT Press, 1998.
20. Harris, Phil; **An Introduction to Law**; UK: Cambridge University Press, 2007.
21. Kainz, Howard P; **Natural Law: An Introduction and Re\_examination**; Open Court Publishing, 2004.
22. Morgan, Michael L; **The Essential Spinoza: Ethics and Related Writings**, Hackett Publishing, 2006.
23. Neumann, Ulrich; "Discourse Theory"; in: Christopher Berry Gray (ed), **The Philosophy of Law: An Encyclopedia**. US: Routledge, 2013.
24. Pavell, Ivan; **On The Wrong Track: How the West Is Becoming Similar to the Soviet Union**. AuthorHouse, 2013.

25. Quevedo, Steven M.; "Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory". 73 **Cal. L. Rev.** 119, 1985.
26. Spinoza, Baruch; **Ethics**; Commodius Vicus, 1984.
27. Taekema, Sanne; **The Concept of Ideals in Legal Theory**; US: Springer, 2003.
28. Tolk, Andreas; **Ontology Epistemology and Teleology for Modeling and Simulation**: Philosophical Foundations for Intelligent M&S Applications; US: Springer, 2012.
29. Watson, Alan; **The Evolution of Western Private Law**; US: The Johns Hopkins University Press, 2001.
30. Wollheim, Richard; "Natural Law", in: The Encyclopedia of Philosophy; Pual Edwards (edt), Vol 5, New York, 1968.
31. Tamanaha, Brian Z; **The perils of pervasive legal instrumentalism**; Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2006.
32. Pardy, Bruce; 'The Hand is Invisible, Nature Knows Best, and Justice is Blind: Markets, Ecosystems, Legal Instrumentalism, and the Natural Law of Systems'; 44 ,**TULSA LAW REVIEW** 67, 2008.