

دکتر حسن جعفری تبار*

درآمدی بر تاریخ‌نگاری علم حقوق

چکیده:

تمایز مطالعه تاریخی و غیرتاریخی به اندازه اختلاف میان عین و ذهن است. در بررسی تاریخی حقوق به آنچه به واقع رخ داده پرداخته می‌شود لیکن در حقوق‌شناسی غیرتاریخی، آرمانی تحقق نیافته تبیین می‌گردد. در این مقاله تاریخ‌نگاری‌های حقوق به چهار شیوه حکومت محور، حقوقدان محور، نهاد محور و نظریه محور تقسیم شده و روش پارادایمی در تاریخ‌نگاری نظریه محور حقوق مورد مذاقه قرار گرفته است. حقوق قدیم و جدید را می‌توان با سه پارادایم متفاوت، از یکدیگر باز شناخت: پارادایم تو نباید و تو می‌توانی (حقوق قدیم، مبتنی بر حرمت است و حقوق جدید مبتنی بر رخصت). پارادایم حقوق رازآلود گذشته و حقوق راززدایی شده مدرن، و پارادایم ادله اثبات نقدناپذیر قدیم و ادله اثبات نقدپذیر حقوق جدید.

واژگان کلیدی:

مطالعه تاریخی، مطالعه غیرتاریخی، تاریخ‌نگاری حکومت محور، تاریخ‌نگاری حقوقدان محور، تاریخ‌نگاری نهاد محور، تاریخ‌نگاری نظریه محور، پارادایم، تو نباید - تو می‌توانی، حقوق رازآلود و حقوق راززدایی شده، ادله اثبات نقدپذیر و نقدناپذیر.

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

از این نویسنده تاکنون مقاله زیر در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی منتشر شده است:

«از آستین طبیبان، فولی در مسئولیت مدنی پزشکان»، سال ۷۷، شماره ۴۱.

مقدمه

الف - مطالعه تاریخی و غیرتاریخی علم حقوق

۱. فلسفه علم حقوق، دانشی است درجه دوم؛ به این معنا که در آن علمی به نام علم حقوق مطالعه می‌شود. خود علم حقوق، علمی است درجه اول؛ به این تعبیر که دربارهٔ هنجارها و ضمانت‌های اجرایی است که تحقق خارجی یافته‌اند و پرسش‌هایش سؤال‌هایی است از این دست: کیفر دزدی چیست؟ قراردادی که موضوع معین ندارد صحیح است یا باطل؟ لیکن پرسش فلسفه علم حقوق آن است که علم حقوق چیست؟ این سؤال، پرسشی است معرفت‌شناختی و استعلانی و نگاهی از بیرون به علم حقوق که در پاسخ به آن، به دو شیوه می‌توان رفتار کرد: مطالعه صرفاً ذهنی حقوق، بدون لحاظ تاریخیت آن (مطالعه پیشینی)^۱ و مطالعه تاریخی حقوق با توجه به تحقق خارجی و واقعی آن (مطالعه پسینی)^۲.

۲. در مطالعه پیشینی فیلسوفان حقوق، خود را به عرضه تعریفی دقیق از حقوق و تعیین موضوع و هدف آن مکلف می‌دانند (۱) و در پی آنند که ذات و طبیعت حقوق را مشخص کنند. این انتقاد بر این شیوه مطالعه وارد است که حتی اگر بتوان از ذات^۳ و طبیعت^۴ انواع بیولوژیکی یا عناصر شیمیایی سخن گفت، هرگز از ذات و طبیعت نهادهای اجتماعی ساخته انسان نمی‌توان گزارش داد؛ چه، نهادهای اعتباری به دلیل عینی بودن واجد طبیعتی نیستند و فقط چیزهای طبیعی‌اند که ذات و طبیعتی دارند. همچنین نفس تعریف و کنه حقیقت چیزی را معلوم کردن، واقع را مغفول می‌گذارد. آن که به حد تام، حقوق را به مجموعه مقرراتی تعریف می‌کند که با حفظ اخلاق و عدل اجتماعی ایجاد نظم می‌کند، بی‌گمان قانونی را که اخلاقی و عادلانه نیست از اساس، حقوق نمی‌داند و بدین سان، رأیش با نظر شهروندانی که از آن اطاعت می‌کنند و حقوقش می‌شمارند در تعارض می‌افتد. این اسانسالیسم^(۲)، فیلسوف حقوق را به فیلسوفی میل‌نشین (۳) بدل خواهد کرد که در کنج راحت خود ناز بر فلک و حکم بر ستاره می‌کند اگرچه نه افلاک نازش را خریدار باشند و نه ستارگان حکمش را فرمانبردار.

1- a priori

2- a posteriori

3- essence

4- nature.

۳. گوهرشناس حقوق بسا که از واژه حقوق آغاز کند و با ذکر این نکته که حقوق جمع حق است به ارائه فهرستی از معانی حق آن چنان که در لغت نامه‌های بزرگ آمده پردازد. آن گاه او با تعریفی جامع و مانع، بایدهایی تخلف‌ناپذیر برای این دانش معین می‌کند و هدف نهایی حقوق را که همانا استقرار عدالت و حفظ نظم در اجتماع است بر دامن تعریف خود تذهیب و تشعیر می‌کند.

این حقوق‌شناس، حقیقت تحقق حقوق را تحقیق نمی‌کند؛ به تعریف خود خرسند است و اگر حقوق در مقام تحقق خارجی خویش در دادگری و سامان بخشی توفیقی نیابد آن را در خور عنوان پرهیمنه حقوق نمی‌داند و بدین سان، خود را در قرق گاهی قرار می‌دهد که دست نقد بدان نمی‌رسد؛ چه تعریف‌ها و نظریه‌های مفهومی^۱ ابطال‌ناپذیرند. (۴) اگر زیست‌شناس سفید بودن را در تعریف قو درج کند قوهای سیاه استرالیا را فقط شبیه قو خواهد دانست نه قو و بنابراین نخواهد پذیرفت که آن پرند سیاه، باطل‌کننده تعریف او باشد. آیا می‌توان یکی از قواعد بازی شطرنج را تغییر داد و هنوز آن را شطرنج دانست یا آن، بازی دیگری شبیه شطرنج است؟ آیا نظامی از قواعد هنجاری که در خدمت خیر عام نیست حقوق است یا چیزی شبیه حقوق؟ آیا حقوق نظام نازی را باید حقوق محسوب کرد یا ضد حقوق؟ از این گونه حقوق‌شناسی، چنین انتقاد شده که افراط در مطالعه تاریخی ممکن است حتی فلسفه حقوق را به تاریخ حقوق تقلیل دهد و حقوق را مساوق هر آن چیزی کند که به واقع حقوق نامیده شده (۵) و بدینسان، آرمان‌های ارزشی را به نسیان در اندازد.

ب - علل کم توجهی به تاریخ در مطالعه حقوق

۴. حقوق در ایران به ندرت مطالعه تاریخی شده است و این، در نگاه‌های غیرتاریخی حقوق سنتی ریشه دارد. سیر زمانی یک نهاد یا حکم حقوقی کمتر تحقیق شده و آثار فقهی در ذکر فتاوی فقیهان ترتیب تاریخی را به شدوذ لحاظ کرده‌اند. از این حیث، کتاب‌های فقهی و حقوقی به طور غالب دچار نوعی خلط زمانی^۲ و زمان پریشی‌اند و برخی نویسندگان گاه حتی از قرنی که حقوقدانی در آن می‌زیسته غافل. این تاریخ‌گریزی عللی خاص و عام دارد.

1- Conceptual theories

۲- anachronism ارجاع زمانی نادرست و اشتباه در تاریخ و گاهشماری.

۵. علت عام آن، استحقاری است که متصوفه از تاریخ داشته‌اند. این تسخیرکنندگان بلامنازع عقل شرقی، زمان را مزاحمی می‌دیدند که عارفان به راحتی می‌توانند با در هم نوردیدن گذشته و حال و آینده، فارغ از آن با یار دم زنند و صد هزاران سال و یک ساعت را در یکدیگر منطوی کنند:

گفت پیغمبر صباحی زید را	کیف اصبحت ای صحابی باصفا
گفت عبداً مومنأ باز اوش گفت	کو گلی از باغ ایمان گر شگفت
گفت تشنه بوده‌ام من روزها	شب نخفستم ز عشق و سوزها
تا ز روز و شب گذر کردم چنان	که ز اسپر بگذرد نوک سنان
که از آن سو مولد و مادت یکی است	صد هزاران سال و یک ساعت یکی است
هست ابد را و ازل را اتحاد	عقل را ره نیست آن سو ز افتقاد (۶)

نگاه به گذر جوی تاریخ نیز، بیشتر واجد حسی نوستالژیک و عاطفی بود تا جهتی ناقدا نه و

عقلانی:

دریغا که بی ما بسی روزگار	بروید گل و بشکفد نو بهار
بسی تیرو دی ماه و اردیبهشت	بر آید که ما خاک باشیم و خشت (۷)

۶. جفای به تاریخ نگاری حقوق، علتی خاص نیز دارد. حقوقدانان سنتی را عادت بر آن بود که احکام و تکالیف انسان بما هو انسان را بیان دارند بدون کوچکترین حاجتی به در نظر گرفتن تاریخی که آدمی در آن، انسانیت خویش را تجربه می‌کند. حکم فقهی هر انسانی ازلاً و ابداً یگانه است و فطرت تکلیف جوی او ساکن تر از آن که به تموج زمان دستخوش اضطراب شود. انسان تاریخمند به همان اندازه بی‌معنی جلوه می‌کند که حرام تاریخمند و حتی تکاپوی فیلسوفانه حرکت جوهری ملاصدرا در تاریخمند کردن خلقت برای حقوقدان سنتی رنگی از ملاحظه و مداعبه داشت و او را فاء کفر همچنان خوش تر از فاء فلسفه می‌آمد. گویی این سخن امام علی، اگر هم در اخلاق کارآمد بود، دست کم در حقوق سنتی هیچ تحرکی ایجاد نکرده بود که: فرزندان خویش را مطابق زمانشان مؤدب کنید؛ چه آنان، برای تاریخی غیر از تاریخ شما آفریده شده‌اند.

گفتار نخست: چهار شیوه تاریخ نگاری حقوق

۷. واحد مطالعه تاریخ نگاران تا پیش از قرن هجدهم فقط فتوحات پادشاهان و آمد و شد

حکومت‌ها و جنگ‌های حکمرانان بود. بعد از انتشار «علم جدید» اثر جیامباتیستا ویکو (۱۷۲۵) آداب و رسوم و زبان‌ها و هنرها و ادیان و علوم نیز مرکز مطالعات تاریخی قرار گرفت. اینک پرسش آن است که در خصوص تاریخ‌نگاری حقوق، کدام موضوع، واحد مطالعه است؟ با مشخص کردن چهار واحد حکومت، حقوق‌دان، نهاد و نظریه می‌توان تاریخ‌نگاری حقوق را به چهار شیوه ممکن دانست: تاریخ‌نگاری حکومت محور، تاریخ‌نگاری حقوق‌دان محور، تاریخ‌نگاری نهاد محور و تاریخ‌نگاری نظریه محور.

الف - تاریخ‌نگاری حکومت محور

۸. در تاریخ‌نگاری حکومت محور حقوق، تاریخ‌نگار محور مطالعه خویش را حکمرانان قرار می‌دهد. حقوق با دولت عجین است و یکی از این دو بدون دیگری امکان تحقق نمی‌یابد. تاریخ حقوق ایران از مرحوم دکتر محمدحسین علی‌آبادی (جزوه‌های کپی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران در سال ۴۶-۱۳۴۵) نمونه‌ای از همین شیوه تاریخ‌نگاری حقوق است که به تاریخ حقوق ایران قبل از اسلام (هخامنشیان و پارت‌ها) پرداخته. تاریخ عمومی حقوق از مرحوم علی پاشا صالح نیز به تقریب، در همین سیاق نگاشته شده است. این تاریخ‌نگاری به طور غالب، گاهشمارانه^۱ و براساس تقریب تاریخی و زمانی وقوع رخدادهای حقوقی است.

ب - تاریخ‌نگاری حقوق‌دان محور

۹. در تاریخ‌نگاری حقوق‌دان محور حقوق، مرکز مطالعه فقیهان و حقوق‌دانان اند. این تاریخ‌نگاری خود به دو روش انجام شدنی است:
الف. شرح حال و آثار حقوق‌دانان که بیشتر نیز گاهشمارانه است. ادوار فقه مرحوم محمود شهابی بر همین نسق نوشته شده و تلاش بر آن بوده تا عهد فقاقت پس از امامان به چهار عصر آغاز غیبت تا شیخ طوسی، از شیخ طوسی تا علامه حلی، از علامه حلی تا آقا باقر بهبهانی و از او تا زمان نویسنده تقسیم گردد. تاریخ فقه و فقها از دکتر ابوالقاسم گرجی نیز نمونه‌ای دیگر از همین تاریخ‌نگاری است.

ب. شرح اندیشه حقوقدانان که در این صورت با تاریخ‌نگاری نظریه محور با تکیه بر نظریه‌های خرد قرابتی پیدا می‌کند. این شیوه تاریخ‌نگاری اگرچه در برخی رشته‌ها (نظیر فلسفه) فراوان تحقق یافته لیکن در علم حقوق با دشواری‌هایی روبروست. فقیهان بیشتر بر نظریه‌های خرد فقهی تکیه کرده‌اند و نظریه‌های کلان حقوقی را به اصولیان و متکلمان وا گذاشته‌اند. اشاره به ریز این آراء نیز در باب نهادهای حقوقی، اثر را به تاریخ‌نگاری نظریه محور (نظریه‌های خرد) و تاریخ‌نگاری نهاد محور نزدیک می‌سازد.

ج - تاریخ‌نگاری نهاد محور

۱۰. تاریخ‌نگاری نهاد محور حقوق، تاریخ آفرینش نهادها و سازمان‌های اعتباری حقوق را مطالعه می‌کند. می‌توان تاریخ نهادهای نکاح، بیع و ارث را از نخستین لحظه‌های برپایی جامعه سیاسی تحقیق کرد. بخشی از این تاریخ‌نگاری با مطالعه حکومت محور و بخشی با مطالعه نظریه محور (نظریه‌های خود) مرتبط است. شاید بتوان تاریخ حقوق ایران از دکتر جعفری لنگرودی (از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه) را از همین قسم تلقی کرد. از نمونه‌های درخشان دیگر می‌توان به تحقیق استاد دکتر کاتوزیان در ردیابی شخصیت حقوقی در حقوق اسلام و سازمان وقف اشاره کرد. (۸)

د - تاریخ‌نگاری نظریه محور

۱۱. تاریخ‌نگاری نظریه محور حقوق، واحد مطالعه تاریخی علم حقوق را نظریه‌ها و تئوری‌ها قرار می‌دهد. این نظریه‌ها نیز دو گونه‌اند: خرد (= نظریه‌های حقوقی محض) و کلان (= نظریه‌های بنیادین حقوق). بنابراین، تاریخ‌نگاری نظریه محور خود به دو روش متصور است: الف. تاریخ‌نگاری نظریه محور با تکیه بر نظریه‌های خرد: در اینجا تک تئوری‌های متهافت حقوقدانان درباره تک تک نهادهای حقوقی و ابواب فقهی مطالعه می‌شود. این روش با تاریخ‌نگاری‌های نهاد محور و حقوقدان محور (شرح اندیشه حقوقدانان) کاملاً نزدیک است؛ چه آراء خرد حقوقدانان بی‌گمان درباره سازمان‌های حقوقی است و بهترین شکل تألیف آراء خرد تألیف بر محور یک نهاد حقوقی است.

سؤالی در درون یکی از سازمان‌های حقوقی (همچون لزوم یا عدم لزوم عینی بودن مبیع) پاسخ‌های گونه‌گونی را از حقوقدانان دریافته است و همین پاسخ‌هاست که نظریه‌های خرد

حقوقی نامیده می‌شوند. کارل ریموند پاپر، با مبنا قراردادن نظریه‌های خرد در مطالعه تاریخی علوم طبیعی بر این باور بود که نفس مطالعه تک تئوری‌های دانشمندان و ابطال آنها با تئوری‌های لاحق و درس گرفتن آنان از خطاهای سابق، تاریخ علم را بنیان می‌نهد.

ب. تاریخ‌نگاری نظریه محور با تکیه بر نظریه‌های کلان: این تاریخ‌نگاری فلسفی تر از سایر شیوه‌هاست و در آن، به جای مطالعه تاریخی تئوری‌های خالص حقوقی در درون یک نظام حقوقی، به نظرگاه‌های فلسفی و کلامی و اصولی‌ای پرداخته می‌شود که آراء، جزئی تر در ذیل آنها معنی می‌یابند.

نظریه‌های کلان حقوقی نیز بر دو قسم اند: مکاتب حقوقی و اصول حقوقی. مکاتب حقوقی نظام‌هایی اند که هدفمندانه از سر عمد و اختیار انتخاب شده‌اند. «نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر» از رنه داوید نوعی تاریخ‌نگاری حقوقی در سیستم‌های رومی - ژرمنی و کامن لاس و شاید «مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام» از دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی را نیز بتوان سعیمی در همین زمینه دانست. لیکن مقصود از اصول کلی حقوق، پارادایم‌های حقوقی است؛ اصولی که کاملاً غافلانه و ایدئولوژی وار بر ذهنیت حقوقدانان یک عصر سیطره یافته‌اند.

۱۲. نخستین بار، تامس کوهن در کتاب ساختار انقلابات علمی (۱۹۶۲) (۹) به نظام‌هایی بزرگ اشاره کرد که دانشمندان در درون آن به عرضه تئوری‌های خرد خویش می‌پردازند. این نظام همچون یک جهان‌بینی رنگ خویش را ناخودآگاه بر هر نظریه علمی می‌زند و دانشمندان شاید خود غافل از آن باشند که با این ایدئولوژی‌های کلان (= پارادایم‌ها)^۱ محصور و محفوظ‌اند. علم بدون این پارادایم‌ها علم نیست و در مرحله پیش از علم^۲ قرار دارد. با شکل گرفتن یک پارادایم (همچون پارادایم زمین محوری در فیزیک و نجوم) علم متعارف^۳ نیز پا می‌گیرد. این علم متعارف کاملاً هنجاری و ارزشی است و دانشمندان آن را محترم می‌دارند؛ تحقیقی را که در آن چارچوب نباشد علمی تلقی نمی‌کنند و هر اوجاجی^۴ را از ساحت علم خود دور می‌دانند و آن را متوجه نقص رفتار خود - نه علم - می‌پندارند. انباشته شدن اوجاجات بی‌پاسخ بر یکدیگر

1- pradigms.

2- Pre - science

3- normal science

4- anomalies

بحران^۱ و سپس انقلابی^۲ را در دانش به وجود می‌آورد و نظامی ازالگوها و سرمشق‌ها و جهان‌بینی‌ها و پارادایم‌های جدید (مثل پارادایم خورشید مرکزی) جانشین نظام سابق می‌شود. اکنون علم متعارفی جدید^۳ پدید آمده است که بحرانی جدید^۴ را در خود می‌پروراند. (۱۰)

تاریخ نگار یک علم ممکن است واحد مطالعه خویش را مطالعه پارادایم‌های آن علم قرار دهد. در حقوق نیز می‌توان پارادایم‌هایی را جستجو کرد.

۱۳. اصول کلی حقوق^۵ پارادایم‌هایی حقوقی‌اند. این اصول در نخستین نگاه تغییرناپذیر به نظر می‌رسند بر خلاف «قواعد حقوقی» که ممکن است به سرعت در گذر زمان متبدل شوند. اینکه «اگر کسی خانه یا بنای دیگری را خراب کند باید آن را مثل صورت اول بنا نماید» (ماده ۳۲۹ ق.م) قاعده‌ای حقوقی است اما اینکه «هر کس به دیگری ضرر زد باید آن را جبران کند» (قاعده‌ی لاضرر) یک اصل کلی حقوقی است.

ارزش اصول کلی حقوق، ارزشی ذاتی محسوب می‌شود. به خودی خود حجت‌اند و برای آنها استدلال نمی‌شود بلکه خود، وسیله احتجاج برای دیگر قواعد حقوقی‌اند؛ حاکم بر احکام‌اند نه تابع آنها. (۱۱) قواعد فقه در فقه به تقریب کارکرد اصول حقوقی را دارند. قاعده فقهی قاعده‌ای است کلی که تعدادی از مسائل فقهی (= قواعد حقوقی) را در بر می‌گیرد. مسأله فقهی خود مسأله‌ای کلی است که حکم تعدادی کثیر از موضوعات جزئی (= مسأله حقوقی) را معین می‌کند. اینکه «روزه واجب است» یک مسأله فقهی است که هم شامل روزه زید می‌شود و هم شامل روزه عمرو (= موضوعات جزئی فقهی) لیکن وقتی روزه، موجب اضرار می‌گردد و موجب روزه (= مسأله فقهی) مشمول قاعده فقهی «لاضرر» می‌شود و از بین می‌رود.

اصول کلی حقوق اگرچه جاودانه به نظر می‌رسند لیکن به واقع لایتغیر نیستند و همچون پارادایم‌های کوهن دگرگونه می‌شوند. بردگی، اصل کلی حقوق سنتی بود اما حریت اصل کلی حقوق جدید. حقوقدانی که تاریخش در ایام پارادایم بردگی است ناخودآگاه آن را می‌پذیرد، و دیگران نیز رأیش را وقتی مقبول می‌یابند که بردگی را به رسمیت شناخته باشند. لیکن حقوقدانی

1- Crisis.

2- revolution.

3- new normal science.

4- New Crisis

5- general principles of law

که در ذیل سرمشق حریت قلم می‌زند و نظریه می‌دهد بردگی را نمی‌پذیرد و هر نظریه مخالفی را مطرود و ضد حقوق می‌داند.

گفتار دوم: پارادایم‌های تاریخ حقوق

الف- تو نباید، تو می‌توانی

۱۴. دو پارادایم اساسی حقوق را می‌توان این گونه نام نهاد: تو نباید، تو می‌توانی. پارادایم حقوق سنتی «تو نباید» (۱۲) است و پارادایم حقوق نو «تو می‌توانی». حقوق سنتی ممتلی از حرمت‌هاست لیکن حقوق جدید سرشار از رخصت‌ها^۱ بدین سان حکم تکلیفی اصیل در حقوق سنتی، حرمت است و هر حکم دیگر به آن فرو کاسته می‌شود و به عنوان مثال، وجوب نماز به معنی حرمت ترک آن است. (۱۳)

توانستن و رخصت در حقوق جدید چیزی بیش از اصالة الاباحه و اصل برائت است. در حقوق جدید گاه حتی سخن از گونه‌ای مدارا را با توانایی شهروندان نسبت به پذیرفتن قانونی است که آن را اخلاقی و عادلانه نمی‌دانند (= نافرومانی مدنی)، در حالی که بی‌گمان هیچ مکلفی در حقوق سنتی در سرپیچی از حکم شارع محق و مرخص نیست. نیز اصالة الاباحه تا جایی است که حکمی برخلاف آن کشف نشود اما اگر حکمی غیر از اباحه مأثور بود مکلف را نرسیده است که در روایی یا ناروایی آن مناقشه روا دارد. در حقوق جدید قانون‌گذار مکلف به رعایت حق طبیعی رخصت است و حکم برخلاف آن با مقاومت روبه‌رو می‌شود.

به عبارت دیگر در حقوق سنتی، گاه در دایره وسیع حرمت‌ها و تکلیف‌ها مقنن امتیازی را به شهروند عطا می‌کند لیکن این امتیاز، حق او نیست بل تفضل حکمران به اوست. ولی وقتی رخصت حق طبیعی و بدیهی انسان فرض شود، حقوق‌دانان به دقت مراقب عدم اضرار تکالیف به این حق خواهند بود. اگر آزادی قراردادها حق طبیعی شهروندان دانسته شود (حقوق جدید) آن‌گاه قانون‌گذار مکلف به تأیید آن است (ماده ۱۰ قانون مدنی) اما اگر اصل اولی را در عقود، بطلان آنها بدانیم (آن چنان که در حقوق سنتی چنین است) آن‌گاه باید آزادی قراردادها را نه حق طبیعی که امتیازی داده شده از سوی شارع به مکلفان محسوب کرد (آن چنان که اصل صحت قراردادها را از عموم و اطلاق کلام شارع به دست می‌آورند). همچنین اگر شهروندان در برابر

دولت حقی بدیهی برای جبران خسارت‌های ناشی از فعل کارگزاران حکومتی می‌داشتند، ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی به‌گونه‌ای دیگر انشاء می‌شد. این ماده که دولت را به تدارک خسارت‌های عوامل خود مجبور نمی‌داند تلویحاً به دولت حق داده است که اگر کرشم اجازه داد به جبران خسارت پردازد و بدینسان می‌توان این ماده را یادگاری از حقوق قدیم در دوران کنونی دانست. نیز فرق است میان آنکه تجدید نظر از احکام بدوی دادگاه‌ها حق محکوم علیه دانسته شود یا آنکه آراء محاکم قطعی پنداشته شوند و به‌طور استثنایی و کریمانه امتیازی برای اعتراض داده شود. حالت نخست با پارادایم جدید سازگار است و حالت دوم که منتخب تازه دادرسی ایران بود، موافق حقوق سنتی.

ب - حقوق رازآلود و حقوق راز زدایی شده

۱۵. تاریخ حقوق سنتی نشان داده است که نبایستی‌های آن رازآلود است و حکمتی خفی و کشف ناشدنی در پس آنهاست که سبب می‌گردد کمتر تعقل و تعلیلی (۱۴) به فهم آن دست یابد. هر چند گاه پذیرفته شده که نمی‌توان بدون علت چیزی را حرام کرد و حتماً تحصیل مصلحتی و گریز از مفسده‌ای در حرمت آن دست‌اندر کار بوده است لیکن اکتشاف این هر دو کار مکلف نیست و شأن او فقط تبعیت از نص به میزان دلالت آن است. (۱۵)

پذیرفته نشدن قیاس در حقوق سنتی دنباله رازآلود بودن آن است. اگر مصالح و مفساد پنهان‌اند و لطیفه‌ای نهانی جمع مختلفات و تفریق مشابهات کرده است نمی‌توان حکم مبهم یکی از دو موضوع مشابه را از حکم معین دیگری قیاس گرفت. بدینسان در حقوق سنتی، ظهور اراده حجت است نه ظهور اثبات. وقتی مولا به برده خود امر می‌کند که «این فاسق را بزن»، مطلوبیت ضرب ظاهر است لیکن معلوم نیست که علت زدن، فسق او باشد. جمله امری مولا اثبات نمی‌کند که ارباب دلیل ضرب را فسق می‌داند لیکن همین مقدار معلوم است که اراده او بر ضرب فاسق واقع شده و عید باید آن را انجام دهد. (۱۶)

این تعبدها از حکم شارع فراتر رفته است و به قول حقوقدانان بزرگ نیز سرایت کرده. بسیاری از فقیهان در قرن ششم بر این پندار بودند که همه چیز را گذشتگان گفته‌اند و هیچ راهی برای پیموده شدن باقی نمانده است: هل غادر الشعراء من متردم؟ (۱۷) تسالم اصحاب و اجماعشان خود حجتی مطلق بود. فقیهان پیش از شیخ طوسی می‌توانستند با عمل خود به روایتی ضعیف الی الابد اعتبار بخشند (= شهرت عملی در فقه شیعه) و یا آنکه تمامی

سوال‌های مهم را تا قرن سوم هجری پاسخ دهند و چیزی برای آیندگان باقی نگذارند (= انسداد باب اجتهاد در فقه سنی).

۱۶. حقوق جدید اما به نوعی تعقل متمایل است. رازها از حقوق مدرن، به قول ماکس وبر، زدوده شده^۱ و مصلحت آن دیده شده که اگر احکام برتر به حکمتی پنهان و فهم ناشدنی مستظهرند از اساس انکار شوند و با قواعدی پست‌تر که عقل کوتاه آدمی در درک دلایل آن تواناست جایگزین گردند. فتوای هیچ صاحب فتوایی بدون توجیهی عقل پسند پذیرفته نیست و تقلید بی‌اجتهاد در یافتن وجه حکم، دیگر نه کار دادرس امروز است. تعبد نه تنها در معاملات رد شده (۱۸) بل در مجازات‌ها نیز خرد جمعی است که از سر حکمت و با کمک تجربه باید به تشخیص جرم و مجازات متناسب با آن پردازد. تعبدی اگر هست فقط در عرصه مناسک عبادی و فردی است نه نهادهای اجتماعی چون حقوق. (۱۹)

کیفرزدایی^۲ و حرکت از حقوق جزا به مسئولیت مدنی در حقوق مدرن وجهه‌ای دیگر از زدایش تعبدها و رازهاست. کیفرها همواره چهره‌ای اساطیری و آن جهانی داشته‌اند و نسبتی مرموز میان جرم و پادافره آن برقرار بوده است؛ خون را خون می‌شست و نوشیدن خون کسی که به قصاص کشته می‌شد نیرویی رازآلود را به کشنده منتقل می‌نمود. در حقوق امروز تدارک‌ها بر دارایی، نه جسم، وارد می‌شود و مبلغی پول می‌تواند خسارتی را جبران کند بدون آنکه بر تمامت جسمانی اشخاص خدشه‌ای وارد آید.

ج- ادله اثبات نقدناپذیر و نقدپذیر

۱۷. قاضی حقوق جدید در مرحله احراز واقع، به این دلیل که با هنجاری مواجه نیست، به شیوه‌های علمی عمل می‌کند. این شیوه، روشی است نقدپذیر؛ بدین بیان که به هر دو طرف امکان می‌دهد تا در ابطال ادعای دیگری بکوشد. این، همان دیالکتیک قضاوت است: به سخن نخستین گوش نده تا سخن دیگر را نشنیده‌ای (۲۰):

مشو از خصمی تو بی خصم دگر
حق نیاید پیش حاکم در ظهور

حق به من گفته است هان ای دادورز
تا نیاید هر دو خصم اندر حضور

خصم تنها گر بر آرد صد نفر
هان و هان بی خصم قول او مگیر (۲۱)

آن‌گاه که یک طرف از ابطال ادعای طرف مقابل ناتوان شد بی‌آنکه دادرس به علم و یقین برسد فقط حدسی (همچنان نقدپذیر) برای دادرس حاصل می‌آید. لیکن چون قصد وی حل و فصل خصومت نیز هست بر مبنای آخرین حدس (که هنوز باطل نشده است) حکم خویش را صادر می‌کند.

بدین سان در حقوق جدید باید از ادله ابطال دعوا سخن گفت نه ادله اثبات دعوا (۲۲)، دلایل احراز موضوع (همچون شهادت و سند) فقط حدسی را ابطال می‌کنند و موقتاً جانشین آن می‌شوند.

۱۸. شیوه احراز واقع (= ادله اثبات دعوا) در حقوق سنتی، جادویی و تابووار بود و تمسک به آن به معنی در چنگ گرفتن واقع. «اردالی» در اروپا و «وَر» ایران باستان دلیلی ابطال‌ناپذیر بر بزه گناهکاران محسوب می‌شد. عبور سیاوش و ابراهیم از آتش مثبت قاطع واقع بود؛ اگر آتش بر آنان دوزخ می‌گشت گناهکار بودند و اگر گلستان، بی‌گناه. آن‌گاه هیچ چیز این هر دو را نمی‌توانست ابطال کند. (۲۳) امارات و دلایل واجد تقدسی رازآلود و نقدناپذیر بودند. قرعه‌های اعلامی از این قبیل اند (۲۴)؛ گویی دستی غیبی قرعه فال به نام دیوانه گناهکار خواهد زد. در ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی وقتی قرعه، یکی از دو متهم را به عنوان گناهکار از دیگری باز شناخت دیگر همه راه‌ها برای اثبات خلاف آن مسدود است. (۲۵) چنین است لعان و قسامه؛ آنکه با سوگند دیگری گناهکار محسوب می‌شود از اثبات بی‌گناهی خویش ناتوان است. تفاوت شهادت در حقوق جدید و بینه برای اثبات جرایم مستوجب حد در فقه نیز در نقدپذیری نخستین و نقدناپذیری دومین است. می‌توان شهادت را با اخذ شهادت از گواهی دیگر یا تمسک به دلیلی دیگر باطل کرد اما هرگز نمی‌توان بطلان مورد بینه را آشکار ساخت.

قرعه و قسامه و لعان و بینه، فصل الخطاب و آخرین حرفند، آخرین حرفی که دیگر نمی‌توان در برابر آن به آخرین دفاع (= آخرین نقد) پرداخت. نقدپذیری در حقوق جدید به معنای امکان اثبات تحقق نیافتن شرایط شیوه اثبات نیست. بدین سان، اگر چه می‌توان با اثبات تقلب در قرعه و یا فاسق بودن شاهد، ارزش قرعه و بینه را از بین برد لیکن باید دانست که قرعه و بینه‌ای که شرایط صحت خود را دارا نیست از اساس، قرعه و بینه نامیده نمی‌شود. نقدپذیری به این معنی است که با فرض تحقق یک قرعه و بینه درست، باز بتوان آن را به دلیلی دیگر تکذیب

کرد. در آئین دادرسی حقوق مدرن ضرورت است که اصحاب دعوا قادر به این دفاع باشند که دلیل ارائه شده کاشف از واقع، یا دست کم تمام واقع نیست نه آنکه صرفاً در جای خود درست به کار نرفته است.

حقوقدان امروز، قانون‌گذار را دچار تبعیض ناموجه خواهد دانست، اگر بر یک طرف فرصت اثبات عطا کند و به طرف دیگر فرجه‌ای بر تکذیب ندهد. اگر بینه زنا نادرست (= خلاف واقع) باشد باید بتوان نادرستی آن را آشکار ساخت. قانون‌گذار می‌تواند برای احراز تحقق رویداد خارجی پیشنهادهایی عرضه دارد (= ادله اثبات دعوا) ولی حصر این ادله موجه نیست. نتیجه انحصار ادله اثبات زنا در قانون آن است که نحوه اثبات زنا در ثبوت آن نیز دخیل باشد. زنا آن است که به همان شیوه خاص احراز شود نه به شیوه دیگر. درست است که نام کوه را بر آن جعل می‌کنیم اما کوه بودن کوه قرارداد و اعتبار ما نیست بل یک حقیقت و واقعیت است. همچنین است زنا؛ قانون می‌تواند عملی خاص را زنا تلقی کند (= اعتبار) ولی کشف تحقق واقعی این اعتبار در عالم خارج، کار قانون نیست و برای احراز آن باید به روش‌های علمی روی آورد. (۲۶) می‌توان تعلیق در منشأ را پذیرفت لیکن تعلیق در انشاء ناممکن است. اشکالی در این احساس نمی‌شود که عقدی انشاء شود ولی اثر آن به توافق، به آینده موکول گردد ولی چگونه می‌توان انشاء معلق را پذیرفت؟ اگر انشاء رخ داده به امور واقع پیوسته و تحقق عینی یافته و اگر انشایی در عالم اعتبار اتفاق نیفتاده هرگز چیزی وجود نیافته تا معلق گردد.

یادداشت‌ها:

- ۱- برای یک نمونه کلاسیک از تعریف فقه به هدف و موضوع آن رک. محمود شهابی، ادوار فقه، سازمان چاپ و وزارت ارشاد، ۱۳۶۶. ج ۱، ص ۱۹: قوانینی که در دنیا موجود و کم و بیش معمول گشته از لحاظ غرض و هدف بر دو گونه است: ۱. قوانینی که غایت آنها رفع هرج و مرج و حفظ جامعه است، ۲. قوانینی که غایت و غرض آنها وصول بشر است به نهایت درجه سعادت... فقه اسلامی یکی از این گونه قوانین است. نیز همان، ص ۴۱: چه موضوع هر علم چیزی است که از عوارض ذاتی آن چیز در آن علم گفتگو می‌شود و در این فن (= فقه) بحث می‌شود از عوارض احکام دینی یا فقه اسلامی.
- ۲- با ذاتی گری، اصطلاح پاپر است در «فقر تاریخی گری» و آن، ابن عقیده است که بهترین و در واقع علمی‌ترین نظریه‌ها توصیف‌کننده ذات‌ها یا ماهیت‌های ذاتی اشیاء اند، رک. پاپر، حدس‌ها و ابطال‌ها، ترجمه احمد آرام، شرکت انتشار، ۱۳۶۸، ص ۱۲۸. چنین نظریه‌هایی نه نیازمند توضیح و بیانی بیشترند و نه پذیرنده آن؛ آنها آخرین توضیحات اند و یافتن آنها هدف نهایی دانشمندان است. وقتی بگوییم

طبیعت آب به ریزش مایل است و ذات آتش به خیزش، نیازی به تحقیق بیشتر نداریم، چه اگر آب خیزش می‌داشت و آتش ریزش باز می‌توانستیم آنها را ناشی از طبیعت آن دو بدانیم. نظامی می‌گوید:

گر آتش در زمین مرکز نیابد زمین بشکافد و بالا شتابد

وگر آبی بماند در هوا دیر به میل طبع هم راجع شود زیر

۳- اصطلاح آگوست کنت است درباره فیلسوفانی که فارغ از تجربه عینی، درباره هر چیز نظریاتی فلسفی می‌دهند.

۴- مقصود ابطال‌پذیری از حیث تجربی است. صحت این گزاره که دو چرخه دو چرخ دارد نیازمند تجربه نیست بل پیش از تجربه و به صرف ملاحظه دو طرف گزاره، درستی آن محقق می‌شود. لیکن نظریه‌ای که مدعی کشف واقع تاریخی است با مستندات تاریخی دیگر قابل تکذیب است.

۵- برای انتقاد از دیدگاهی که فقط در پی چیزی است که در گذشته تاریخی حقوق لقب گرفته رک. رانلد دورکین، امپراتوری حقوق، ص ۶ به بعد.

۶- مثنوی نیکلسون، دفتر اول، بیت ۳۵۰۰ به بعد.

۷- بوستان سعدی، چاپ غلامحسین یوسفی، بیت ۳۶۸۴ و ۳۶۸۵.

۸- ناصر کاتوزیان: عقود معین، ج ۳، فرائد و تمرین ۳.

9- Thomas Kuhn, The structure of Scientific revolutions, second edition, Enlarged, 1970, The university of Chicago press.

10- A. F. Chalmers: What is this thing called Science? third edition, 1999, p. 104.

۱۱- برای مطالعه بیشتر درباره اصول کلی حقوق، رک. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ش ۲۶۷ به بعد.

۱۲- ابن اصطلاح را از ویلیام بلیک (۱۷۵۷-۱۸۲۷) شاعر انگلیسی اخذ کرده‌ام. او در قطعه شعری به نام «باغ عشق» از باغی یاد می‌کند که زمانی بر روی سبزه‌های آن به بازی می‌پرداخت اما ناگهان کلیسایی بر روی آن ساخته شد با قیرهایی در کنار آن. بر سر در کلیسا نوشته شده بود: Thou shalt not! (تو نیاید!). رک. Blake's poetry and designs: Norton Critical edition, 1979, p. 51.

۱۳- رک. آخوند خراسانی: کفایه، صص ۳۸۸ و ۳۸۹. همه شبهات - حتی شبهات وجوبی - در واقع تحریمی‌اند.

۱۴- ابن عربی، تعبد (= بدون استدلال پذیرفتن) را در برابر تعلیل (= در پی علت و دلیل بودن) به کار برده است. رک. محمود الغراب، الفقه عند الشیخ الاکبر، ص ۳۴۰. افعال الحج اکثرها تعبدات لاتعلل.

۱۵- رک. شیخ طوسی، الخلاف، کتاب البیع، مسأله ۶۴: ما ینبت فیہ الربا انما ینبت بالنص لالعله من العلل.

۱۶- رک. شعرانی: المدخل الی عذب المنهل، ص ۱۶۶.

۱۷- آغاز معلقه عنتره بن شداد شاعر جاهلی است: آیا شاعران پیشین هیچ راهی برای پیمودن ساقی نهاده‌اند؟

۱۸- به‌رغم این مثل سائر که «تعبد در عبادات پذیرفته است نه در معاملات»، هنوز سیطره تعبدهایی بر

- معاملات در حقوق کنونی ایران محسوس است، مثل تعبد در ترجیح ضمان نقل ذمه بر ضم ذمه، توقیفی بودن صیغه طلاق و لزوم قبض در مجلس بیع صرف.
- ۱۹- برخی نویسندگان حقوق سنتی تعبد در مورد عبادات را هم از سر تعقل پذیرفته‌اند. به عنوان مثال، قصد قربت در آنها عقلاً و نه شرعاً واجب است. رک. آخوند خراسانی، کفایه، ص ۱۰۵: قصد القرية من کیفیات الاطاعة عقلاً لا من قیود المأمور به شرعاً، نیز رک. همان، صص ۳۹۹ و ۴۰۰.
- ۲۰- رک. فروزانفر، احادیث مثنوی، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۱، شماره ۳۱۰: عن علی اذا تقدم اليك خصمان فلا تسمع كلام الاول حتى تسمع كلام الاخر، فسوف تری کیف تقضی.
- ۲۱- مثنوی مولوی، دفتر سوم، بیت ۴۶۴۷ به بعد.
- ۲۲- مقصود اصلی از اثبات در ادله اثبات دعوا، اثبات در برابر ثبوت است. ثبوت حالت وجود اشیاء برای خود است و اثبات حالت وجود اشیاء برای ما (رک. محمدجعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ص ۸۰۶). لیکن به تدریج این لفظ ابهام تناسبی نیز با معنای دیگر خود (اثبات یقینی) پیدا کرده است. مثلاً رک. ماده ۷۵ المجلة: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان، و محمدجواد المغنیه، اصول الایات فی الفقه الجعفری، ص ۲۱: فاذا اظهرت هذا الحق بالادله المثبتة سمیت هذه الادله اصول الایات، و حسینقلی حسینی نژاد، ادله اثبات دعوی، نشر میزان، ۱۳۷۴، ص ۷: وسیله‌ای است که ادعای مدعی را می‌تواند ثابت کند.
- ۲۳- رک. حسن جعفری تبار، دم غماز سوگند، مجله مطالعات حقوقی و سیاسی، شماره ۱، بهار ۱۳۷۷، ص ۲۸.
- ۲۴- فرعه اعلامی، نوعی اردالی است اما فرعه تأسیسی چنین نیست. در فرعه تأسیسی نهادی جدید تأسیس می‌شود و هرگز ادعای آن نیست که از واقع پرده برداشته شده (ماده ۵۹۸ قانون مدنی). اما ادعای فرعه‌های اعلامی آن است که کاشف از واقع‌اند و رخداد حادثه‌ای را در تاریخی مشخص نشان می‌دهند.
- ۲۵- ماده ۳۱۵: اگر دو نفر متهم باشند و هر کدام ادعا کنند دیگری کشته است و علم اجمالی بر وقوع قتل توسط یکی از آن دو نفر باشد و حجت شرعی بر قاتل بودن یکی اقامه نشود و نوبت دبه برسد با قید فرعه، دبه از یکی از آن دو نفر گرفته می‌شود.
- ۲۶- آن چه امروز به علم قاضی مشهور شده و بخشی از ادله اثبات دعوی قرار گرفته اگر همان متد علمی است با حقوق مدرن و عقلانی سازگار است. متد علمی شیوه‌ای است که از نقد نمی‌گریزد بل حاضر است تا با پدید آمدن دلیلی مخالف، صحنه را به نفع آن خالی کند. شهود و مکاشفه و غیب دانی قاضی، شیوه علمی محسوب نمی‌شود مگر آنکه چنان طرح شوند که با هر ردیه محکمی نقض شوند.

