

## آیا حقوق دانش مستقلی است؟

دکتر حسن بادینی \*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

### چکیده:

درخصوص استقلال حقوق یا وابستگی آن به سایر دانش‌ها دو دیدگاه عمده وجود دارد: عده‌ای مانند صورت‌گرایان، اثبات‌گرایان حقوقی و طرفداران نظریه نظام حقوقی خودساخته به حقوق از داخل نگاه می‌کنند و آن را دانش مستقلی می‌دانند. به باور آنان استدلال حقوقی و تصمیم‌گیری حقوقی با سایر گونه‌های استدلال و تصمیم‌گیری (اقتصادی، اخلاقی، سیاسی و ...) متفاوت است. در مقابل واقع‌گرایان حقوقی، تحلیل‌گران اقتصادی حقوق و طرفداران مطالعات حقوقی انتقادی به حقوق از خارج و از دیدگاه سایر علوم می‌نگرند و معتقدند که نقش حقوق تنها جنبه امری دادن به مطالعات سایر دانش‌ها مانند اقتصاد، نظریه سیاسی، فلسفه اخلاق، جامعه‌شناسی، روانشناسی، تاریخ و غیره است. در واقع، در این نظریه‌ها، برخلاف نظریه‌های طرفدار استقلال حقوق، به جای توسعه به ماهیت حقوق به هدف و کارکرد اجتماعی و اقتصادی آن توجه می‌شود و فهم حقوق از طریق نتایجش جایگزین فهم آن از طریق مفاهیم و اصطلاحات می‌شود.

در این مقاله ضمن تشریح این دو دیدگاه حقوق اسلام نیز از این جهت مورد بحث و بررسی قرار گرفته است و در پایان ضمن رد وابستگی مطلق و استقلال مطلق حقوق از نظریه «وابستگی نسبی حقوق» و «تأثیر متقابل حقوق و سایر دانش‌ها» دفاع شده و با توجه به نتایج به دست آمده پیشنهاد‌های لازم برای تحول نظام حقوقی ایران ارائه گردیده است.

### واژگان کلیدی:

استقلال حقوق، وابستگی حقوق، مطالعات بین رشته‌ای، صورت‌گرایی، تحلیل اقتصادی حقوق، واقع‌گرایی حقوقی، نظریه نظام حقوقی خودساخته، نظریه حقوق محض، مطالعات حقوقی انتقادی، فلسفه فقه، اهداف و مقاصد شریعت، معرفت‌شناسی اجتهاد، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، منابع استدلال فقهی.

E mail : hassanbadini@hotmail.com

\* فاکس : ۶۶۴۰۹۵۹۵

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی منتشر شده است:  
"مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق"، سال ۸۲، شماره ۶۲؛ "هدف مسئولیت مدنی"، سال ۸۳، شماره ۶۶."

## مقدمه

ویژگی بارز حقوق در نظام‌های مختلف حقوقی وجود نهادهای سازنده و اعمال‌کننده قواعد حقوقی است. در کشورهای حقوق نوشته قانون از تصویب قوه مقننه می‌گذرد و دادگاه‌ها آن را اعمال می‌کنند و در کشورهای تابع نظام کامن‌لا هر دوی این وظیفه بر عهده نظام قضایی است.<sup>۱</sup> پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا حقوق در کار ساختن و اعمال قواعد حقوقی مستقل است یا وابسته به سایر دانش‌ها؟ (Bix, 2005, p.976). در این زمینه دو نگرش عمده وجود دارد: نگرش مرسوم، که به حقوق از داخل و به عنوان دانش و نظامی مستقل که طبق ضوابط مخصوص به خود قابل توجیه است، می‌نگرد و نگرشی که حقوق را از بیرون و از دیدگاه سایر علوم تحلیل می‌کند (Husson, 1974, n° 5, pp. 504 et 505).

در واقع، منظور از استقلال حقوق این است که حقوق، همانند سایر علوم، دانش مستقلی است و اظهارنظر در زمینه امور حقوقی تنها کار حقوقدانان است. یعنی، همان‌گونه که جامعه، طراحی پل‌ها و جاده‌ها را به «مهندسان راه و ساختمان» واگذار می‌کند، حقوق نیز حوزه‌ای از مهندسی اجتماعی است، لذا طراحی نهادهای حقوقی و استدلال حقوقی مختص حقوقدانان به عنوان «مهندسان حقوق» است (Posner, 1987, pp. 765-766). بر این اساس، اصول حقوقی از قوانین (در حقوق نوشته) و آرای قضایی (در حقوق کامن‌لا) به دست می‌آید و هنر حقوقدانان حل و فصل دعاوی از طریق مطالعه قوانین و آرای قضایی و اصول استنباط شده از آن است (Bix, 2005, p.976).

اما منظور از وابستگی حقوق این است که چون حقوق وسیله‌ای برای دستیابی به اهداف اجتماعی است، حقوق به این معنی به تنهایی کفایت نمی‌کند و وضع و تفسیر

<sup>۱</sup> البته در کشورهای کامن‌لا نیز قوانین مصوب مجالس قانونگذاری که دادگاه‌ها مکلف به رعایت آن هستند روز به روز در حال افزایش است. اما منبع درجه اول حقوق در این کشورها همچنان رویه قضایی است. کما این که در کشورهای حقوق نوشته نیز گاه رویه قضایی اعتبار قانون را پیدا می‌کند و برای دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

قوانین و آرای قضایی و استدلال حقوقی مستلزم آگاهی از شرایط اجتماعی و انسانی است (Holmes, 1951, p. 1 and seq.; Stychin, 1999, pp. 12-14) که آن هم به نوبه خود تنها از طریق مطالعه و اعمال دستاوردهای سایر علوم مانند اقتصاد، آمار، فلسفه، جامعه‌شناسی، علوم سیاسی، روانشناسی، زبان‌شناسی، مردم‌شناسی، تاریخ، پزشکی و... قابل درک است (Posner, 1987, pp. 762-763; Holmes, 1897, p. 13). از این رو، حقوق چارچوب و شکلی دائمی<sup>۱</sup> ندارد، بلکه تابعی است از تحولات علمی و این نیروهای اجتماعی است که حقوق را می‌سازد (Ripert, 1955, n° 11 et s.).

این اندیشه که حقوق دانش مستقلى است و اظهار نظر در امور حقوقی تنها کار حقوقدانان است و دیگران نمی‌توانند در این زمینه مداخله کنند، در ابتدا اندیشه‌ای سیاسی و ترفندی حرفه‌ای بوده که برای جلوگیری از دخالت صاحبان قدرت و افراد غیر حرفه‌ای در امر قضاء به آن استناد می‌شده است؛ برای مثال، قضات انگلیسی برای جلوگیری از دخالت پادشاه در آرایى که صادر می‌کردند، به آن متوسل می‌شدند<sup>۲</sup> (Ibid, )

<sup>۱</sup> - همچنان که خواهیم دید، تمام طرفداران استقلال حقوق، حقوق را ثابت و دارای شکل و قالبی دائمی نمی‌دانند، بلکه به نوعی قائل به تحول و تکامل حقوق از داخل هستند.

<sup>۲</sup> - سیر ادوارد کوک (Sir Edward Coke=1552-1634)، یکی از حقوقدانان برجسته انگلیس، نقل می‌کند که جیمز اول پادشاه وقت انگلستان و اسکاتلند (King James I=1566-1625) خطاب به وی گفته است که: چون حقوق مبتنی بر عقل است و وی و دیگران نیز همانند قضات عقل دارند، پادشاه نیز می‌تواند به دعاوی رسیدگی کند. کوک اظهار می‌دارد که در پاسخ پادشاه گفته است: درست است که خداوند اعلیحضرت را از دانش فوق‌العاده و مواهب طبیعی بهره‌مند ساخته است؛ اما اعلیحضرت در زمینه حقوق قلمرو پادشاهی‌اش آموزش ندیده است و دعاوی که مربوط به جان، ارث، اموال و سرنوشت اتباعش است، نه به وسیله عقل طبیعی بلکه به - وسیله عقل تصنعی و قضاوت حقوقی که مستلزم مطالعه و تجربه است، باید مورد رسیدگی قرار گیرند؛ و این که حقوق مقیاس و معیاری طلایی برای حل و فصل دعاوی اتباع است و اعلیحضرت را در امن و آرامش نگه می‌دارد.

Prohibitions Del Roy, 6 Coke Rep. 280, 282 (1608); Mentioned by Posner, 1987, p. 762, note 1.

762 (p.) و در ممالک اسلامی فقیهان از «ولایت قضات»<sup>۱</sup> به عنوان حربه‌ای برای مهار قدرت خلفاء و پادشاهان استفاده می‌کردند.<sup>۲</sup> حقوقدانان نیز در کشورهای مختلف، از دوران‌های گذشته تاکنون، برای حفظ انحصار نمایندگی مردم در امور حقوقی، مدافع خودمختاری حقوق بوده‌اند (Ibid, p. 762).

با توجه به رواج اندیشه استقلال حقوق در قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم، نظریه‌های ارائه شده در فلسفه حقوق نیز بیشتر مبتنی بر فرض استقلال حقوق بود. اما

<sup>۱</sup> - در اسلام پس از ولایت باری تعالی و ولایت باطنی پیغمبر اکرم و خلفاء صالحین و ائمه طاهرین، نوبت به ولایت حکام و قضات می‌رسد. خداوند منصب جلیل قضاء را به انبیاء و اوصیاء ایشان تخصیص داده است: «یا داوُد اِنَّا جَعَلْنَاکَ خَلِیْفَةً فِی الْاَرْضِ فَالْحَکْمَ بَیْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (سوره ص (۳۸) آیه شریفه ۲۵). به همین دلیل در اسلام دادرس باید مجتهد باشد و نمی‌تواند در امور دادرسی از غیر تقلید نماید. سنگلجی، ۱۳۶۹، ص. ۱۸، ۱۹ و ۴۱.

<sup>۲</sup> - مرحوم علی پاشا صالح در این زمینه می‌نویسد: «چه بسا قضات اسلام در ادوار مختلف به خلاف میل خلفاء وقت و ولاء و امراء فتاوی مهمی بر وفق موازین شرع صادر کرده و شایستگی علمی و اخلاقی خود را زین صحائف تاریخ نموده‌اند. تعلیمات پیامبر اسلام به علی بن ابی طالب علیهما السلام و معاذ بن جبل و دستور خلیفه ثانی به ابوموسی اشعری و فرمان حضرت امیر به مالک اشتر نخعی همه حاکی از اهمیت و استقلال مقام قضاء است. شکایت مردم سمرقند به عمر عبدالعزیز را شاید خواننده یا شنیده‌ای که سپاهیان عرب نژاد والی خراسان بدون رعایت اصول جهاد و تکلیف تسلیم و صلح، شهر مزبور را به تصرف خود درآوردند. قاضی دانشمند و پرهیزگار محل عمل آنها را خلاف شرع دانست و به فتوای آن مرد دلیر و دستور خلیفه باندبیر، سمرقند از سربازان عرب تخلیه شد. مثال دیگر در حق محمد بن حسن شیبانی از اصحاب ابوحنیفه روایت شده است که در برابر تمایلات خلیفه هارون تسلیم محض نبود و در چندین مورد از جمله هنگامی که هارون می‌خواست امان یحیی علوی را باطل کند و او را به قتل برساند به دلخواه او رأی نداد و همچنین نگذاشت پیمانی را که خلیفه دوم با نصارای تغلب بسته بود هارون بشکند و به بهانه احتمال بروز خیانت در جنگ با روم آنان را از دم شمشیر بگذراند. واقعه عجیب‌تر تازیانه زدن مُحْتَسَب به سپهسالار سلطان محمود غزنوی و جاری کردن حد شرعی به جرم مستی اوست که در کتاب‌های ادبی و اخلاقی فارسی آمده است. در آن دوران محتسب وظایف شهرداری و شهربانی و دادگاه خلاف را بر عهده داشته است.» (پاشا صالح (۱۳۴۸)، ص. ۲۱۴-۲۱۲). پس از اسلام و تا زمان انقلاب مشروطیت، حقوق ایران، صرف‌نظر از احکام بعضی از پادشاهان و یاسای چنگیزی و برلیغ غازی و تُوْرک تیموری بر مدار فقه قرار داشته است. (یشین، ص. ۱۶۳. در خصوص ادوار مختلف تاریخ حقوق ایران رک. به امین، ۱۳۸۲، ص. ۲۶ به بعد).

با افزایش مطالعات بین‌رشته‌ای و پیشرفت علم وابستگی حقوق به سایر دانش‌ها بیشتر نمایان شد. روش‌شناسی علوم طبیعی که انسان را به حقیقت می‌رساند، به زودی دانش‌های انسانی و اجتماعی و حتی هنر و ادبیات را نیز متأثر ساخت (جعفری‌تبار، ۱۳۸۳، ص. ۲۸-۳۳). در این راستا در فلسفه حقوق نیز نظریه‌هایی ارائه گردید که استقلال حقوق را زیر سؤال برد (Bix, 2005, p. 975; Duxbury, 2005, pp. 950-973). چنان‌که با وجود این که نویسندگان قانون مدنی فرانسه درصدد تهیه قانونی همیشگی برای تنظیم روابط خصوصی افراد بوده‌اند، دیری نپایید که تحولات اقتصادی و اجتماعی و صنعتی شدن جامعه فرانسه شکاف عمیق بین وضعیت اجتماعی موجود و مقررات آن قانون را آشکار ساخت (Ripert, 1955, n° 11 pp. 31-32; Savatier, 1959, n° 48 et s.).

در عمل نیز امروزه در بسیاری از کشورها، به‌ویژه آمریکا، انگلستان و تعدادی از کشورهای اروپای غربی، استدلال حقوقی،<sup>۱</sup> قانونگذاری،<sup>۲</sup> نظام آموزشی حقوق<sup>۳</sup> و به‌طور کلی دانش پژوهشی حقوقی جنبه بین رشته‌ای پیدا کرده است. در نظام آموزشی حقوق، تعداد واحدهایی که به مطالعات بین رشته‌ای اختصاص پیدا کرده افزایش یافته است و دوره‌های آموزشی مشترک حقوق و سایر رشته‌ها که منتهی به اخذ مدرک دو رشته بطور همزمان می‌گردد روز به روز در حال گسترش است. علاوه بر کتب و مقالات متعددی که در این زمینه به رشته تحریر درآمده است، مجلات تخصصی معتبری که به رابطه بین یکی از علوم انسانی و اجتماعی و حقوق می‌پردازد، منتشر

<sup>۱</sup> - برای مثال در آمریکا دانشمندان زیادی که در زمینه حقوق و اقتصاد مطالعات بین رشته‌ای انجام داده‌اند، به عنوان قاضی دادگاه فدرال منصوب گردیده و در آرای که صادر کرده‌اند تجزیه و تحلیل اقتصادی را مورد استفاده قرار داده‌اند (Cooter & Ulen, 2000, p.3).

<sup>۲</sup> - در خصوص موارد استفاده از دستاوردهای سایر دانش‌ها در تحولات قانونگذاری رک. به: Posner, 1987, pp769-771

<sup>۳</sup> - برای مثال، در حال حاضر دوره‌های آموزشی مشترک حقوق و اقتصاد در بسیاری از دانشگاه‌های معتبر دنیا وجود دارد و در پایان این دوره‌ها به دانش‌آموخته هم مدرک دکترای تخصصی اقتصاد (Ph. D. in economics) و هم دکترای حقوق (J.D. in Law) داده می‌شود (Cooter & Ulen, 2000, p.2)

می‌گردد؛ از جمله مهم‌ترین آنها می‌توان موارد زیر را نام برد: «مجله حقوق و فلسفه»<sup>١</sup>، «مجله حقوق و روانشناسی»<sup>٢</sup>، «مجله علوم رفتاری و حقوق و سایر مجلات مربوط به حقوق و رفتار»<sup>٣</sup>، «مجله حقوق و تاریخ»<sup>٤</sup>، «مجله حقوق و جامعه و سایر مجلات مربوط به جنبه‌های اجتماعی حقوق»<sup>٥</sup>، «مجله حقوق و مردم‌شناسی»<sup>٦</sup>، «مجله حقوق و سیاست»<sup>٧</sup>، «مجلات مربوط به حقوق و سیاست عمومی»<sup>٨</sup>، «مجله حقوق و ادبیات»<sup>٩</sup>، «مجله حقوق و علوم انسانی ییل»<sup>١٠</sup>، «مجله حقوق و مذهب»<sup>١١</sup>، «مجله حقوق و آموزش»<sup>١٢</sup>، «مجلات مربوط به حقوق و اخلاق»<sup>١٣</sup> و مجلات متعدد مربوط به «حقوق و اقتصاد»<sup>١٤</sup>. حتی مجلات تخصصی مربوط به حقوق و علوم تجربی و فنی<sup>١</sup> نیز به وجود آمده است.<sup>٢</sup>

<sup>١</sup>- Law and Philosophy, Bimonthly, Kluwer Academic Publication.

<sup>٢</sup> - Law and psychology Review

<sup>٣</sup> - Behavioral Sciences & the Law; Criminal Justice and Behavior; Law and Human Behavior. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology.

<sup>٤</sup> - Law and History Review; American Journal of Legal History, Quarterly, Temple University, School Law.

<sup>٥</sup> - Journal of Law and Society, Quarterly, Blackwell Publication LTD; Columbia Journal of Law and Social Problems; N.Y.U. Review of Law & Social Change; Law, Politics and Society.

<sup>٦</sup> - Law and anthropology

<sup>٧</sup> - Journal of Law and Politics; Russian Politics and Law, Bimonthly, M E Shappe Inc, USA. Harvard Journal of Law and Public Policy, Tri-annual,

<sup>٨</sup> - Harvard Journal of Law and Public Policy; Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy.

<sup>٩</sup> - Cardozo Studies in Law and Literature.

<sup>١٠</sup> - The Yale Journal of Law & the Humanities.

<sup>١١</sup> - Journal of Law and Religion.

<sup>١٢</sup> - Journal of Law and Education.

<sup>١٣</sup> - Georgetown Journal of Legal Ethics; Criminal Justice Ethics; Ethics: An International Journal of Social, Political & Legal Philosophy.

<sup>١٤</sup> - از جمله مهم‌ترین مجلات مربوط به «حقوق و اقتصاد» می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

1-Journal of Law and Economics; 2-International Review of Law and Economics; 3-European Journal of Law and Economics. 4- Law, Economics and Organizations; Journal of International Economic Law.



(Raz, 2002, pp. 1-18).<sup>۱</sup> استفاده از قیاس نیز از ویژگی‌های بارز استدلال حقوقی است (Bix, 2005, p. 978).

ادعای مستقل بودن حقوق از سه جنبه توصیفی، تحلیلی و هنجاری (تجویزی) قابل بررسی است: از جنبه توصیفی باید دید که با توجه به رویه‌های موجود، شکل استدلال حقوقی و نظام آموزشی در سیستم حقوقی خاص تا چه اندازه مستقل است. از لحاظ تحلیلی پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا حقوق ماهیتاً می‌تواند یا نمی‌تواند مستقل باشد. در بررسی تحلیلی مواردی که به ظاهر ادعا شده که نشان-دهنده استدلال حقوقی است، مشخص می‌شود و این نکته مورد بررسی دقیق قرار می‌گیرد که آیا در این موارد حقوق واقعاً می‌تواند استقلال داشته باشد؟

از لحاظ هنجاری (تجویزی) ممکن است استدلال شود که رویه‌های جاری (تصمیم‌گیری حقوقی و نظام آموزشی) باید (یا نباید) به شکلی تغییر یابد که از نتایج پژوهش‌های دیگر استفاده بیشتر یا کمتری شود.

روشن است که بین جنبه تحلیلی خودمختاری حقوق و جنبه‌های توصیفی و تجویزی آن رابطه تنگاتنگی وجود دارد. چنانچه کسی معتقد باشد که استدلال حقوقی می‌تواند یا نمی‌تواند مستقل باشد، این امر مسلماً بر پیشنهادی که چنین فردی برای اصلاح رویه‌های موجود ارائه می‌دهد و نیز بر توصیف وضع موجود از دیدگاه وی تأثیر خواهد گذاشت؛ برای مثال، تعدادی از طرفداران مکتب واقع‌گرایی حقوقی در آمریکا<sup>۲</sup> بر این باورند که قضات همواره سعی می‌کنند آرای خود را به گونه‌ای مستقل انشاء نمایند، در حالی که بر طبق دیدگاه تحلیلی آنان واقعیت غیر از این است و قضات

<sup>۱</sup> - چنین فشارهایی غالباً با این خواست که نتایج اعمال قواعد حقوقی منصفانه و عادلانه باشد در تضاد است. از این رو، برای رسیدن به این هدف رویه قضایی، تفسیر قانون عادی و قانون اساسی پیش می‌آید.

<sup>۲</sup> - در این خصوص رک. به مقاله زیر:



به این ترتیب دیگران را فریب می‌دهند و یا دست‌کم ناخودآگاه خود را گول می‌زنند (Ibid, p. 976).

در ادامه تعدادی از مهم‌ترین نظریه‌های فلسفی طرفدار استقلال حقوق را تشریح خواهیم کرد:

### الف - صورت‌گرایی مرسوم

در قرن نوزدهم و در جریان تصویب مجموعه قوانین جدید، تحت تأثیر اندیشه‌های تعدادی از حقوق‌دانان حقوق نوشته، به‌ویژه حقوق‌دانان آلمانی طرفدار مکتب تاریخی حقوق، مانند ساوینی، «نهضت احیای حقوق روم»<sup>۱</sup> و «شاخه آلمانی آن»<sup>۲</sup> رواج پیدا کرد که بر اساس آن حقوق مجموعه‌ای وسیع و منسجم از مفاهیم حقوقی، قواعد، اصول و نظریه‌ها است که نظام‌مند بودن و سازگاری نظری حقوق را از زمان امپراطوری روم تا قرن نوزدهم نشان می‌دهد. طرفداران این مکتب معتقد بودند که مجموعه‌های مصوب قوانین تمام حقوق را در بردارد و دادگاه‌ها برای رسیدگی به دعاوی تنها باید به آنها مراجعه کنند و نیازی به منابع دیگر ندارند. بدین ترتیب که قاضی در جریان دادرسی از طریق قیاس منطقی و استنباط از اصول و قواعد کلی و تعریف شده مندرج در مجموعه‌های قوانین حکم صادر می‌نماید. پس، حقوق، مشخص، عینی، منسجم، قابل پیش‌بینی و نظامی بسته و منطقی متشکل از اصول بدیهی و نتایج منطقی است و روند کار قضایی نیز روندی ماشینی و «خارج از اختیار قاضی»<sup>۳</sup> است. قانون مدنی آلمان (the BGB) و به تبع آن قوانین مدنی کشورهای استرالیا، برزیل، چکسلواکی (در گذشته)، یونان، مجارستان، ایتالیا، سوئیس، یوگسلاوی (در گذشته) و ژاپن به گونه‌ای قابل توجه تحت تأثیر این نگرش قرار گرفتند (Gray, 1999, vol. I, p. 314; Zweigert)

<sup>۱</sup> - Pandectism.

<sup>۲</sup> - German Pandectist School.

<sup>۳</sup> - Nondiscretionary.

(and Kötzt, 1998, pp. 105, 140, 144-146, 154, 161, 169 and 187).

«نظریه صورت‌گرایی»<sup>۱</sup> در فلسفه حقوقی نیز از این نهضت نشأت گرفته است و نگرش مشابهی نسبت به حقوق دارد: «حقوق رشته‌ای مستقل، صوری، غیرابزاری»<sup>۲</sup> فردگرا و غیرسیاسی است که ساختار داخلی منطقی و نظام‌مندی دارد» (Calabresi, 2003, p. 2114; Englarq, 1992, p. 48 and 98).

«صورت‌گرایی» نظریه حقوقی رایج در قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم در آمریکا بوده است. در آن زمان نظریه آزادی فرد<sup>۳</sup> اندیشه غالب برای تنظیم روابط اقتصادی بود. در حوزه فکری نیز صورت‌گرایی در فلسفه و علوم انسانی، که خود پیامدهای فردگرایانه داشت، ملازم آن بود و استدلال‌های نظری و غیرتجربی در حوزه فلسفه، اقتصاد و علم حقوق به کار می‌رفت (Freeman, 2001, pp. 799-800). عقیده غالب این بود که منابع رسمی حقوق و روش‌های استدلال قضایی،<sup>۴</sup> رسیدن به نتیجه‌ای خاص را در هر دعوا توجیه می‌کند و دعاوی را تنها باید به وسیله تحلیل حقوقی مفاهیم حل و فصل کرد. از این رو، حقوق چیزی مانند ریاضی یا سایر علوم است که در آن قاضی به گونه‌ای منطقی، اصول حقوقی یا قاعده‌ای را که در هر دعوا نتیجه خاصی در پی دارد

<sup>۱</sup> - صورت‌گرایی (Formalism)، که گاه فلسفه حقوق ماشینی (Mechanical jurisprudence) هم نامیده شده است، در اصل ریشه در فلسفه اخلاق دارد: قبل از دوره رنسانس در زمینه معیار شناسایی نیک و بد نظریه‌های مختلفی وجود داشت که مهم‌ترین آنها نظریه «بدهت شهودی» (این که اصول بنیادی اخلاق به بدهت شهودی آشکارند و نیازی به برهان نداشتند) و نظریه «قانونگذاری» (حجیت اصول اخلاقی ناشی از اراده قانونگذار، مثلاً دستورات خداوند، احبت) بود؛ اما با چیرگی فلسفه جدید از دوره رنسانس - و به ویژه از عصر روشنگری - به بعد فلاسفه به جستجوی منابع دیگری برای حجیت اصول اخلاق برآمدند و در این زمینه دو نظریه مورد توجه قرار گرفت: در یکی از آنها، مانند فلسفه کانت، جنبه صوری یا شکلی اخلاق اصل قرار گرفت (Formalism) و در دیگری، مانند نظریات اخلاقی هابز و ژان ژاک روسو، قرارداد یا پیمان فرضی و آغازین میان افراد جامعه (Contractarianism): سالیوان، ۱۳۸۰، ص. ۱۵-۱۴.

<sup>۲</sup> - Non-instrumentalist.

<sup>۳</sup> - Laisser passer laisser faire.

<sup>۴</sup> - در خصوص ارکان و مبانی استدلال قضایی رک. به جعفری تبار، ۱۳۸۳، ص. ۱۲۴-۱۲۱.

استنباط و آن را اعمال می‌کند (Stone, 2002, pp. 166-205). به بیان دیگر، قاضی همواره از طریق اعمال قیاس منطقی<sup>۱</sup> رأی صادر می‌کند؛ بدین سان که قاعده یا اصولی را به عنوان مقدمه قیاس خود پیدا می‌کند و آن را بر ماهیت هر دعوا تطبیق می‌دهد و سرانجام با گرفتن نتیجه‌ای خاص مبادرت به صدور رأی می‌نماید. در چنین قیاسی کبرای قضیه را قاعده حقوق تشکیل می‌دهد؛ صغرای قضیه نیز رویداد موضوع دعوا و واقعیتی است که در جریان دعوا مشخص می‌شود؛ نتیجه هم آثار قانونی است که از این دو به دست می‌آید؛ برای مثال، سرعت بیش از حد مجاز در رانندگی خطا است (کبری)؛ خواننده از سرعت مجاز تجاوز کرده است (صغری)؛ آنچه خواننده انجام داده خطا است، لذا باید مسئول شناخته شود (نتیجه). (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج. سوم، ص. ص. ۴۳-۴۱، شماره ۱۴، پرلمان، ۱۳۷۳، ص. ۱۲۹-۱۱۷؛ کالینوسکی، ۱۳۷۳، ص. ۸۳-۷۷؛ گاردی، ۱۳۷۳، ص. ۱۱۶-۱۰۷) (McLeod, 2002, p. 8).

از نظر صورت‌گرایان، برای پی بردن به ماهیت رشته‌های مختلف حقوق، نخست باید از طریق جستجو در رویه قضایی اصول اولیه و مسلم آنها را مشخص کرد - برای مثال، لزوم تلاقی اراده متعاقدین و معاوضی بودن در حقوق قراردادها از این قبیل است - و سپس به گونه‌ای تحلیلی اصول فرعی را که لازمه آنها است، استخراج نمود و به شکل قیاس منطقی در آورد. این اصول، نظام سازمان یافته‌ای از قواعد خواهد بود که ماهیت هر شاخه حقوق را تشکیل می‌دهد.

دفاع از حق برابر تمام افراد در زمینه مالکیت، اصل آزادی قراردادها، بی توجهی به جنبه‌های تاریخی، جامعه‌شناسی، انسان‌شناسی، اقتصادی، سیاست اجتماعی و ارزیابی حقوق از جنبه هدف‌ها و کافی بودن حقوق برای حل و فصل دعاوی و عدم نیاز به

<sup>۱</sup> - قیاس منطقی به معنی دلیلی است که از چند قضیه تألیف شده و ذاتاً مستلزم اثبات قضیه دیگری باشد؛ مانند این مثالها: اگر «الف» = «ب» باشد (کبری)؛ و «ب» = «ج» باشد (صغری)؛ در این صورت «الف» = «ج» خواهد بود (نتیجه). هوا جسم است (کبری)؛ هر جسمی دارای وزن است (صغری)؛ پس، هوا دارای وزن است (نتیجه). روشن است که مفهوم قیاس منطقی با اصطلاح قیاس در علم اصول تفاوت است: در این خصوص تفاوت این دو مفهوم رک. به خوانساری، ۱۳۷۳، ص. ۱۴۳-۱۴۱؛ مظفر، ۱۴۱۵ هـ - ق، ج. دوم، ص. ۱۸۷-۱۶۷.

توسل به استدلال سیاسی و اخلاقی از ویژگی‌های بارز صورت‌گرایی در حقوق است. هواداران نظریه مرسوم حقوق طبیعی،<sup>۱</sup> به‌ویژه فلسفه توماس آکویناس و کانت و مارکسیست‌ها هر یک به نوعی صورت‌گرا هستند (Stone 2002, pp. 166 – 205; Leiter (2000, pp. 275 – 276; Hart 1961, pp. 120 – 150).

صورت‌گرایان بر این باورند که شکل‌های استدلال و تصمیم‌گیری در حقوق با سایر اشکال استدلال و تصمیم‌گیری (مانند عقل عملی، نظریه اخلاقی و سیاست) متفاوت است. لرد ادوارد کوک در مخالفت با نظر کینگ جیمز که گفته بود: «چون حقوق مبتنی بر عقل است، پس پادشاه نیز همانند قاضی می‌تواند به دعاوی رسیدگی کند»، اظهار می‌دارد: «در خصوص دعاوی نه به‌وسیله عقل طبیعی بلکه باید به‌وسیله عقل تصنعی و قضاوت حقوقی که مستلزم دانش و تجربه است، رأی صادر کرد» (Coke, 1907: 1343, op.cit, mentioned by Posner, 1987, p. 762, note 1). این عقل مصنوعی چیزی غیر از استفاده از استدلال مبتنی بر قیاس و رویه قضایی (در حقوق کامن‌لا) نیست (Fried, C. 1981, The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know, Texas Law Review, 60: 35-58; Mentioned by Bix, 2005, p. 977).

### ب - اثبات‌گرایی حقوقی

بر اساس مکتب اثبات‌گرایی حقوقی،<sup>۲</sup> استدلال حقوقی به‌طور کامل نشأت گرفته از واقعیت‌های بیرونی است. لذا برای تشخیص این که قانون چیست، تنها باید دید که چه

<sup>۱</sup> - نظریه مرسوم حقوق طبیعی (Classical natural theory) از این جهت صورت‌گراست که متکی به توجیه نظری داخلی است نه توجیه تجربی و سیاسی یا اجتماعی. اصول بنیادین این مکتب عبارت است از: کلیت، توجیه متکی به عقل یا اخلاق، تأکید بر اصول بدیهی، کلی و زیربنایی، طرفداری از حقوق طبیعی فردگرایانه و به حداکثر رساندن ظرفیت‌های انسانی (Cooper – Stephenson & Gibson, 1993, p.3). در خصوص نظریه مرسوم حقوق طبیعی، انتقاد از آن و تجدید حیات این نظریه در قالب‌های جدید رک. به: Dijon, 1998, pp.

چیزی از طرف مقامات<sup>۱</sup> به عنوان قانون اعلام شده است (Dworkin, 1995). این مکتب مبتنی بر «نظریه جدایی حقوق و اخلاق»<sup>۲</sup> است که بر طبق آن، همان‌طور که هارت خاطر نشان ساخته است، لزومی ندارد که قواعد حقوق مطابق با مقتضیات اخلاق باشد، هر چند که در عمل در بسیاری از موارد ممکن است این گونه باشد (Hart, 1986, pp. 17-37; Hart, 1961, pp. 181-182). از این جهت می‌توان اثبات‌گرایان حقوقی را جزو مدافعان استقلال حقوق<sup>۳</sup> دانست (Greenawalt, 1996, pp. 1-24; Patterson, 1996, pp. 59-70).

با توجه به تعداد زیاد نظریه‌پردازان اثبات‌گرایی حقوقی در ادامه تنها اندیشه‌های جان آستین و هانز کلسن را که جزو نمایندگان شاخص این مکتب هستند، مورد بحث قرار می‌دهیم.

### ۱- جان آستین<sup>۴</sup>

آستین پیشگام اثبات‌گرایی حقوقی در قالب جدید آن است و جزو نخستین کسانی است که «فلسفه تحلیلی حقوق»<sup>۵</sup> را رواج داده است. توضیح این که در یک تقسیم‌بندی کلی فلسفه حقوق به دو شاخه «تحلیلی» و «هنجاری (یا ارزشی) حقوق»<sup>۶</sup> تقسیم

<sup>۱</sup> - مقامات کسانی هستند که از دیدگاه مردم به‌طور مشروع قدرت را در دست دارند.

<sup>۲</sup> - The Separability Thesis.

<sup>۳</sup> - در ارتباط با تحلیل فلسفی جنبه‌های استقلال حقوق از دیدگاه مکتب اثبات‌گرایی حقوقی رک. به مقالات موجود (جمعاً ۱۱ مقاله) در کتاب «استقلال حقوق: مقالاتی در زمینه اثبات‌گرایی حقوقی» (The autonomy of Law: Essays on Legal Positivism)، گردآوری و تدوین: رابرت پی جورج (Robert P. George)، چاپ اول، سال ۱۹۹۶، انتشارات آکسفورد.

<sup>۴</sup> - John Austin (1790-1895).

<sup>۵</sup> - در خصوص مفهوم و مهم‌ترین ویژگی‌های فلسفه تحلیلی حقوق (Analytic Jurisprudence) رک. به: White, 1985, pp. 6-22؛ همچنین رک. به: دانشنامه فلسفه در اینترنت (The Internet Encyclopedia of Philosophy)، زیر اصطلاح فلسفه حقوق (Philosophy of Law) به آدرس اینترنتی:

<http://www.utm.edu/research/iep/l/law-phil.htm>

<sup>۶</sup> - Normative jurisprudence.

می‌شود. در فلسفه تحلیلی حقوق، تنها به تحلیل مفاهیم و اصطلاحات (برای مثال حقوق، حق، مالکیت) پرداخته می‌شود و سعی بر آن است تا از این طریق، حقوق، از غیر حقوق متمایز شود و ویژگی‌های مشترک و اصول و مفاهیم نظام‌های حقوقی مورد بررسی قرار گیرد. در این مکتب تنها به رابطه منطقی بین قواعد موجود پرداخته می‌شود؛ آرمانی ارائه نمی‌شود و به نیروهای اجتماعی و محیط اجرای قواعد توجه نمی‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج. اول، ص. ۱۹ و ۲۰). در واقع، مباحث فلسفه تحلیلی حقوق ناظر به ویژگی اصلی حقوق به عنوان یک نظام هنجاری و وجه تمایز آن از دیگر نظام‌های هنجاری مانند اخلاق است (راسخ، ۱۳۸۱، ص. ۱۲).

بر عکس در فلسفه هنجاری یا ارزشی حقوق یا سعی بر اصلاح و نقد حقوق است (مانند نظریه حقوقی مبتنی بر طرفداری از حقوق زنان،<sup>۱</sup> واقع‌گرایی حقوقی آمریکایی<sup>۲</sup> و نظریه نژادی انتقادی<sup>۳</sup>) و یا این که به حقوق از دیدگاه برخی از رشته‌های علوم انسانی یا اجتماعی (مانند فلسفه حقوق تاریخی،<sup>۴</sup> فلسفه حقوق مبتنی بر جامعه‌شناسی<sup>۵</sup> و تحلیل اقتصادی حقوق<sup>۶</sup>) نگریسته می‌شود. به بیان دیگر، در فلسفه تحلیلی به حقوق به عنوان «آنچه که هست» (توصیف)، نگریسته می‌شود، در حالی که در فلسفه هنجاری یا ارزشی، حقوق به عنوان «آنچه که باید باشد» (توصیه)، مورد توجه قرار می‌گیرد (The Internet Encyclopedia of Philosophy, op.cit., pp. 7-17; Bix, 2004, p. 6, راسخ، ۱۳۸۱، ص. ۱۲-۱۴؛ جعفری تبار، ۱۳۸۳، ص. ۲۷ و ۲۸).

آستین حقوق را چیزی جز «دستورات حاکم» نمی‌داند. وی عناصر تشکیل دهنده این تعریف از حقوق و تفاوت آن با سایر مفاهیم مشابه را به شرح زیر بر می‌شمرد: اراده اعلام شده حاکم مبنی بر انجام چیزی و وضع ضمانت اجرا برای عدم انجام آن.

<sup>۱</sup> - Feminist Legal theory.

<sup>۲</sup> - American legal realism.

<sup>۳</sup> - Critical race theory.

<sup>۴</sup> - Historical jurisprudence.

<sup>۵</sup> - Sociological jurisprudence.

<sup>۶</sup> - Economic analysis of Law = Law and economics

۲- قواعد حقوقی، دستوراتی کلی و عام هستند و همه ملزم به رعایت آنند. ۳- حقوق موضوعه متشکل از دستوراتی است که توسط حاکم یا عاملان وی مقرر می‌شود و با سایر دستورات مانند فرامین الهی و اوامر کارفرما متفاوت است. ۴- حاکم، شخصی (یا گاه اشخاصی) است که اکثریت مردم از دستورات وی اطاعت می‌کنند و معمولاً خود تحت تبعیت شخص یا اشخاص دیگری نیست. به باور آستین تمام جوامع سیاسی ماهیتاً دارای حاکم هستند. ۵- قوانین حقوق موضوعه با سایر قوانین مانند قوانین اخلاق، آداب و رسوم، مذهب، حقوق عرفی، حقوق بین‌الملل، بخش‌هایی از حقوق اساسی و قوانین علمی مانند فیزیک، متفاوت است.

پس، به‌طور خلاصه از نظر آستین «این که چه چیزی حقوق محسوب شود یا نه بستگی به آن دارد که چه کسانی از چه چیزی تبعیت می‌کنند». در حقیقت، مسئله موضوعی تجربی و مربوط به قدرت است نه اخلاق. البته، منظور وی این نیست که حقوق نباید اخلاقی باشد یا در عمل این گونه نیست، بلکه تنها می‌خواهد بر این نکته تأکید کند که در حقوق چیزی وجود ندارد که تضمین‌کننده محتوا و ارزش اخلاقی آن باشد و در عمل ممکن است قوانینی وجود داشته باشد که منطبق با اخلاق نباشند (Bix, op.cit., pp. 10-13; Adams, 2000, pp. 54-59; Konard, 1993, pp. 31-44).

## ۲- هانز کلسن<sup>۱</sup>

کلسن، حقوقدان اتریشی، مکتب تحلیلی حقوق را به صورت منطقی‌تر آراست و در کتاب «نظریه حقوق محض»<sup>۲</sup> که هم‌زمان با دوران شکوفایی واقع‌گرایی حقوقی در آمریکا نوشته شده، از مستقل بودن حقوق دفاع کرده است. منظور کلسن از محض (Pure) این است که نظریه حقوقی تنها باید مبتنی بر حقوق باشد و نباید با روانشناسی، زیست‌شناسی، جامعه‌شناسی، تاریخ، سیاست، اخلاق و الهیات آمیخته شود (Kelsen, )

<sup>۱</sup> - Hans Kelsen(1881-1973).

<sup>۲</sup> - Pure Theory of Law=reine Rechtslehre

10-1967, pp. 1-10). پس از این جهت کلسن را می‌توان جزو طرفداران «مکتب تحقیقی حقوقی» دانست، زیرا قائل به هیچ گونه محتوا یا معیار اخلاقی برای حقوق نیست. وی در صدد است تا نظریه «استدلال متعالی»<sup>۱</sup> کانت را در خصوص حقوق اعمال کند (Ibid, pp. 201-205; Stanley, 1992, p. 311).

به باور کلسن هر گونه نتیجه‌هنجاری در حقوق (برای مثال نباید با سرعت بیش از ۱۰۰ کیلومتر در ساعت رانندگی کرد یا نباید مرتکب زنا شد) از مقدمه‌هنجاری بنیادی‌تری مشتق می‌شود. چنین مقدمه‌ای ممکن است تنها عبارات کلی باشد (برای مثال، بی جهت نباید به دیگران صدمه‌ای وارد کرد یا نباید از دیگران صرفاً به عنوان ابزاری برای رسیدن به اهداف خود استفاده کرد) و یا دستورات مقام خاصی (از اوامر الهی باید اطاعت کرد یا باید طبق قواعد وضع شده توسط اکثریت نمایندگان پارلمان عمل کرد).

اندیشه‌های کلسن در حقوق بین‌الملل نیز از نظریه حقوق محض وی الهام گرفته است و به همین دلیل این شاخه از حقوق را به شیوه‌ای علمی و رها از اندیشه‌های سیاسی مورد مطالعه قرار می‌دهد. وی تنها روی مواردی که برای قواعد حقوق بین‌الملل ضمانت اجرای مؤثری وجود دارد، تأکید می‌کند و معتقد است که حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی یک کشور باید به نحوی نظام هنجاری واحدی را تشکیل دهند (Bix, 1996, pp. 55-65; Bix, 2004, p. 114).

### ج - صورت‌گرایی جدید<sup>۲</sup>

تعدادی از نظریه‌پردازان معاصر در صدد احیا و پالایش نظریه صورت‌گرایی برآمده‌اند، اما خاطر نشان ساخته‌اند که منظور آنها از صورت‌گرایی، مفهوم مرسوم آن (اعمال ماشینی قواعد حقوقی) که مورد نکوهش واقع‌گرایان حقوقی قرار گرفته است

<sup>۱</sup> - Transcendental Argument.

<sup>۲</sup> - Neo-formalism.



نیست. پیشگام مکتب صورت‌گرایی جدید در حقوق امروز ارنست واینریب<sup>۱</sup> است که این نظریه را برای مقابله با طرفداران وابستگی حقوق که به مطالعات میان‌رشته‌ای روی آورده و دانش‌پژوهی حقوقی را در قبضه خود گرفته‌اند، ارایه داده است. (Weinrib, 2000, pp. 332-340; Weinrib, 1993, pp. 6-23; Patterson, 1996, pp. 22-42).

به باور صورت‌گرایان جدید «حقوق بطور کلی دارای شکل و قالبی بنیادی و همیشگی است» و بدون نیاز به سایر علوم «ذاتاً قابل فهم»<sup>۲</sup> است (Bix, 2005, p. 985). همچنین این برداشت از صورت‌گرایی به معنی «تقدم ملاحظات نظری بر ملاحظات ماهوی است»؛ یعنی این ساختار و شکل حقوق است که ماهیت روابط حقوقی را مشخص می‌کند. لذا، حقوق تنها مجموعه‌ای از هنجارهای وضع‌شده یا اعمال قدرت دولت نیست (Weinrib, 2000, pp. 333-335). شکل و قالب حقوق خصوصی از طریق «عدالت اصلاحی»<sup>۳</sup> و شکل و قالب حقوق عمومی از طریق «عدالت توزیعی»<sup>۴</sup> به مفهوم ارسطویی آن قابل فهم است و هر یک از این شکل‌ها مبنای هنجاری رشته‌های یادشده را نیز مشخص می‌کنند. بنابراین، برای درک آنها نیازی به مطالعات سایر رشته‌ها نیست. برای مثال، چون «عدالت اصلاحی» شکل و قالب حقوق خصوصی است و چنین شکلی اقتضاء می‌کند که رابطه حقوق خصوصی تنها مربوط به دو طرف آن (خواهان و خواننده) باشد، نمی‌توان در رابطه حقوق خصوصی ملاحظات مربوط به عدالت توزیعی را که مربوط به تمام اعضای جامعه است دخالت داد؛ به عنوان مثال، برای صدور حکم در دعوای مسئولیت مدنی نباید به این امر توجه کرد که آیا خواننده دعوا تحت پوشش بیمه مسئولیت هست یا نه (سیاست توزیع ضرر)؟ یا آیا خواهان انسان ثروتمند و خواننده انسان تهیدستی است (انصاف)؟ و یا این که رفتار خواننده دارای چه میزان ارزش اقتصادی است (کارایی اقتصادی)، بلکه تنها رابطه خصوصی طرفین (تقصیر

<sup>۱</sup> - Ernest j. weinrib.

<sup>۲</sup> - The immanent intelligibility of law.

<sup>۳</sup> - Corrective justice.

<sup>۴</sup> - Distributive justice.

خواننده، ورود خسارت به خواهان و وجود رابطه سببیت بین تقصیر خواننده و چنین عیسارتی) باید مورد توجه قرار گیرد (Weinrib, 1995, p. 8 and seq.).

#### د - نظریه نظام حقوقی خود ساخته (Autopoietic law)

نظریه خودسازندگی حقوق (The autopoietic theory of law) توسط دو نویسنده آلمانی به نام‌های نیکلاس لوهمان<sup>۱</sup> و گونتر توبنر<sup>۲</sup> از زیست‌شناسی گرفته شده و به نهادهای اجتماعی، از جمله حقوق، سرایت داده شده است (Freeman, 2001, p. 700).

سیستم‌های خودساخته (Autopoietic systems) سیستم‌هایی هستند که از عناصر بیرونی عناصر جدیدی را به وجود می‌آورند، به نحوی که عناصر جدید مجموعه مستقلی است که به حیات خود ادامه می‌دهد. برای مثال، موجودات زنده سیستم‌های خودساخته‌ای هستند، زیرا همواره از عناصر بیرون از خود (انرژی و ماده) عناصر جدیدی را به وجود می‌آورند و همه این عناصر جدید را به مجموعه واحدی که بسط و تجزیه‌ناپذیر است تبدیل می‌کنند. در حالی که سیستم‌های دگر ساخته (allopoeitic systems) سیستم‌هایی هستند که روند پویایی آنها کاملاً وابسته و ملهم از تغییرات به وجود آمده در محیط پیرامون سیستم است. نمونه بارز سیستم‌های دگر ساخته انواع ماشین هستند (Gray, vol. II, 1999, p. 527).

نظام حقوقی نیز نظامی خودساخته است و خود را تنظیم و تقویت می‌کند و زمینه ادامه حیات خویش را فراهم می‌سازد. حقوق بر طبق ضوابط خویش ایجاد شده، تغییر پیدا می‌کند و قابل توجیه است. البته استقلال حقوق بدان معنی نیست که حقوق تحت تأثیر نیروهای خارجی، مانند جریان‌ات سیاسی، تغییرات فرهنگی، اخلاق و سایر نیروهای غیرحقوقی نیست. چنین نیروهایی بر حقوق تأثیر می‌گذارند (همچنان که محیط اطراف نیز بر موجودات زنده اثرگذار است)، اما آثار آنها طی روندهای نظام

<sup>۱</sup> - Niklas Luhmann.

<sup>۲</sup> - Gunther Teubner.

حقوقی تغییر شکل می‌دهند و این تنها حقوق است که مشخص می‌کند چه چیزی «قانونی» و چه چیزی «غیرقانونی» است. پس، حقوق به گونه‌ای مستقل عمل می‌کند؛ رشد پیدا می‌کند و می‌اندیشد و نسبتاً از نیروهای اجتماعی و سیاسی در امان است. همچنین، مفاهیم حقوقی ساخته و پرداخته خود نظام حقوقی است و در داخل آن نظام تعریف و تحدید می‌شوند. (Freeman, 2001, p. 701; Bix, 2004, p. 18 and 131; Gray, ) (1999, p. 527).

### گفتار دوم: دیدگاه‌های طرفداران وابستگی حقوق

عده‌ای اندیشه‌ای را که به موجب آن حقوق دانش مستقلی نیست، «کارکردگرایی»<sup>۱</sup> نامیده‌اند، زیرا در این نگرش به حقوق نه از بعد داخلی، بلکه از بعد خارجی و به عنوان ابزاری برای رسیدن به اهداف اجتماعی خاص که مستقلاً قابل توجیه هستند، نگرسته می‌شود (Weinrib, 1995, p. 3). در نظریه‌های طرفدار وابستگی حقوق به جای توجه به «ماهیت» حقوق به «هدف» آن و کارکرد اجتماعی‌اش توجه می‌شود (Calabresi, 2003, p. 2119, note 22; Stychin, 1999, pp. 12-14)

مهم‌ترین پیش‌فرض‌های طرفداران وابستگی حقوق به شرح زیر است:

۱- هدف حقوق برآوردن نیازهای بشر است، از این رو، لازم است اهدافی را که حقوق باید برآورده سازد، از طریق سایر دانش‌ها، مانند اقتصاد، نظریه سیاسی، فلسفه اخلاق و... توجیه شوند. در واقع، گزینش قواعد حقوقی و طراحی نظام حقوقی مستلزم سیاستگذاری و سنجش منافع اجتماعی است. پس، حقوق، صرفاً به عنوان حقوق، به خودی خود قابل فهم نیست و هر آنچه را که دارد از سایر رشته‌ها و تحقیقات به دست می‌آورد و نقش آن تنها جنبه امری دادن به نتایج مطالعات غیرحقوقی است (Weinrib, 1995, pp. 6-7; Posner, 1987, pp. 762-763).

<sup>۱</sup> - Functionalism.

۲- حقوق و سیاست را نمی‌توان از هم جدا کرد. این که هدف حقوق دستیابی به اهدافی است که مستقلاً و صرف نظر از حقوق قابل توجه هستند، بدان معنی است که حقوق، خود، روش خاصی برای توجه مسائل ندارد. بر این اساس، ملاحظاتی که در محکمه حقوق دلیل محسوب می‌شوند با ملاحظاتی که در عرصه سیاست به عنوان دلیل به آن استناد می‌شود، هیچ تفاوتی ندارد. آنچه مهم است مطلوب بودن اهداف تعیین شده و امکان‌پذیر بودن دستیابی به آنها است، اما حقوقی بودن ذاتی این اهداف یا استدلال‌های توجیه‌کننده آنها باعث برتری‌شان نمی‌شود. به عبارت دیگر، دلایلی که شرایط فعل و انفعالات اجتماعی را تحت تأثیر قرار می‌دهند، ممکن است «خوب» یا «بد» باشند، اما در هر حال نمی‌توانند «حقوقی» و «غیرسیاسی» باشند (Weinrib, op.cit., p. 7).

۳- این که حقوق اصطلاحات و مفاهیم خاص خود را دارد، دلیلی بر هویت مستقل آن نیست و مفهوم‌گرایی حقوق به خودی خود نباید جدی گرفته شود. زیرا، مفاهیم و اصطلاحات حقوق صرفاً وسایلی هستند که از طریق آنها نتایج و اهداف مورد نظر (که از طریق رشته‌های دیگر مشخص شده‌اند) دنبال می‌شوند. حقوق را تنها به وسیله تشخیص نتایجش می‌توان فهمید نه از طریق مفاهیم و اصطلاحات. به عبارت دیگر، مفاهیم و اصطلاحات حقوق تشریفاتی بیش نیست؛<sup>۱</sup> نقابی است که با تحلیلی سنجیده می‌توان آن را کنار زد؛<sup>۲</sup> رویه‌ای است که با اصول کارگردگرایی به صورت رمز درآمده است (Posner, the Economic Structure of Tort Law, 1987, p. 23) یا حتی ادعا شده که چیز مهم سودمندی است که خود دارای ارزش کارکردی است.<sup>۳</sup>

۱- برای مطالعه بیشتر در سه مورد بالا نگاه کنید به:

Jerome Frank, "What Courts Do In Fact," 26 Illinois Law Review 653(1931); Mentioned by Weinrib, 1995, p. 7.

<sup>2</sup> - Felix S. Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach," 35 Columbia Law Review 809 (1935); Mentioned by Ibid, p. 7.

<sup>3</sup> - Guido Calabresi, "Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.," 43 University of Chicago Law Review 107 (1975); Mentioned by Weinrib, 1995, p. 7.

۴- تفاوتی بین حقوق عمومی و خصوصی وجود ندارد و کل حقوق «عمومی» است؛ زیرا این مقامات قانونی کشور هستند که اهداف مطلوب اجتماعی را که حقوق باید به دنبال آن باشد، مشخص می‌کنند. روش‌ها و روندهای مختلف ساخته و پرداخته کردن اهداف اجتماعی (قانونگذاری، دادرسی، وضع مقررات اداری و غیره) صرفاً شیوه‌های مختلف فعالیت واحد تبدیل اهداف به واقعیت حقوقی است. پس حقوق خصوصی، ماهیتاً «خصوصی» نیست و حداکثر می‌توان گفت که «حقوق خصوصی، حقوق عمومی مبدل است»<sup>۱</sup>. (Weinrib, 1995, pp. 6-8; White, 2003, pp. 150-151). در عمل نیز در یکصد سال اخیر مشاهده می‌شود که افزایش قانونگذاری اجتماعی باعث کاهش قلمرو حقوق خصوصی و تبدیل حقوق خصوصی به حقوق عمومی شده است (مایک (Hayek)، ۱۳۸۰، ص. ۲۲۱-۲۱۷).

### الف - واقع‌گرایی حقوقی<sup>۲</sup>

سرسخت‌ترین مخالفان استقلال حقوق واقع‌گرایان حقوقی<sup>۳</sup> هستند که بر خلاف صورت‌گرایان بر این باورند که استدلال حقوقی به تنهایی کافی نیست و باید به وسیله علم سیاست‌گذار دیگری که به ما بگوید کدام قواعد حقوقی یا رویه‌های سیاسی می‌تواند به گونه‌ای کارتر ما را به اهداف اجتماعیمان برساند، تکمیل شود. آنان دو

<sup>۱</sup> - Private law is public law in disguise.

<sup>۲</sup> - شکوفایی واقع‌گرایی حقوقی در آمریکا را باید نتیجه گسترش علوم تجربی و تکنولوژی در جامعه آن کشور دانست. گسترش علوم تجربی و تکنولوژی در آمریکا باعث شد تا نگرشی فکری که به فلسفه و علوم انسانی و حتی منطق به عنوان پدیده‌هایی تجربی می‌نگریست، پدیدار شود. پیشگامان این نهضت در زمینه فلسفه و منطق عبارت بودند از: ویلیام جیمز (William James) و جان دیویی (John Dewey)؛ در زمینه اقتصاد توریستن بوند وبلن (Thorstein Bunde Veblen)؛ در زمینه تاریخ بیرد (Beard) و رابینسون (Robinson) و در زمینه حقوق هولمز (Holmes) که از پیشگامان مکتب واقع‌گرایی حقوقی محسوب می‌شود (Freeman, 2001, pp. 799 - 800).

<sup>۳</sup> - Legal realists.

ادعای بکلی متفاوت دارند: ۱- این که استدلال قضات، هر چند بظاهر چنین بیان می‌شود که استقلال استدلال قضایی را نشان دهد، اما در واقع از علومی غیر از حقوق الهام می‌گیرد. ۲- این که استدلال قضایی، به خاطر نامشخص بودن بنیادینی که در زمینه مفهوم و اعمال وازگان یا قواعد وجود دارد، هیچگاه نمی‌تواند بطور کامل مستقل باشد<sup>۱</sup> (Leiter, 2005, pp. 50-65; Freeman, 2001, pp. 799-848).

گاه انتقاد واقع‌گرایان متوجه اصول و عبارات کلی حقوقی شده است؛ برای مثال، هولمز، قاضی معروف دیوان عالی آمریکا در این زمینه گفته است که: «احکام کلی حقوقی سرنوشت دعاوی عینی را مشخص نمی‌کند»<sup>۲</sup> (Holmes, 1905, Dissenting Opinion, *Lochner v New York*, 198 US 45, p. 76; Mentioned by Bix, 2005, p. 979). حتی از وی نقل شده است که به هنگام تبادل نظر در خصوص پرونده‌ای در دیوان عالی آمریکا در مخالفت با همکاران خود گفته است که: «هر اصلی را که مایل هستند نام ببرند و وی با استفاده از آن به نحوی در خصوص پرونده مورد بحث رأی خواهد داد» (Menand, 2001, *The Metaphysical Club*, New York: Farrar, Straus and Giroux p. 340; Mentioned by Ibid, p. 979).

به باور واقع‌گرایان عیب نظریه صورت‌گرایی این است که چون منجر به اعمال نظریه‌ها و قواعد حقوقی بسیار مستقل و انتزاعی می‌شود از واقعیت‌های موجود و شرایط زندگی فاصله می‌گیرد. آنان طرفدار چهره‌ای از حقوق هستند که ساخته دست بشر باشد و نیازهای اجتماعی را برآورده سازد و در صورت ناکامی در این امر بتوان آن را مورد انتقاد قرار داد و اصلاح کرد.

<sup>۱</sup> - در حقوق نیز همچون ادبیات، زبان فرمانرواست؛ زبانی که به تعبیر کاسیرر، اندیشه الهی خلقت را به ظهور رسانید (مکن فیکون). قانونگذاران برای انتقال هنجارهای موضوعه خود از زبان مدد می‌گیرند و مراد قانونگذار را می‌توان از زبان او دانست. فهم این زبان منوط به طی روندی ادبی است. بدین دلیل است که دلایل زبان‌شناختی در توجیه حکم دارای اهمیت‌اند. جعفری‌تبار، ۱۳۸۳، ص. ۱۴۸. پس، روشن است ابهامات و تعبیرات مختلفی که ممکن است درباره متنی ادبی وجود داشته باشد، در حقوق نیز هست.

<sup>۲</sup> - "General propositions do not decide concrete cases".

فلیکس کوهن طرز تفکر حقوقی صورنگرای زمان خود را به عنوان «نظامی مستقل از مفاهیم حقوقی، قواعد و استدلال‌ها ... که مستقل از اخلاق و علوم اثباتی مانند اقتصاد و روانشناسی است» توصیف کرده است که به نظر وی «در واقع رشته‌ای خاص از دانش است که فوق‌العاده بی‌معنی است» (Cohen, 1935, p. 821).

«مکتب تحقیق علمی»<sup>۱</sup> در حقوق نوشته که به نیازمندی‌های جامعه و خواسته‌های آن بیش از متون قوانین توجه می‌کند و به قاضی اجازه می‌دهد در تفسیر قوانین به جستجوی منبع واقعی حقوق بپردازد و به شیوه علمی و آزاد تحقیق می‌کند، شباهت زیادی با واقع‌گرایی حقوقی آمریکایی دارد. کما این که «مکتب تفسیر لفظی» نیز که وظیفه دادرس را در آن می‌داند که با استفاده از ظاهر عبارات قانون و ابزارهای منطقی منظور قانونگذار را دریابد و اجرا کند، با صورت‌گرایی قرابت دارد.<sup>۲</sup>

### ب - تحلیل اقتصادی حقوق (حقوق و اقتصاد)

تحلیل اقتصادی حقوق<sup>۳</sup> که امروزه شاخه‌های مختلفی<sup>۴</sup> پیدا کرده است و عده‌ای آن را به عنوان مهمترین تحول دانش پژوهشی حقوقی در قرن بیستم قلمداد نموده‌اند، ابتدا

<sup>۱</sup> - بنیانگذار مکتب تحقیق علمی فرانسوا ژنی (Francois Gény) است. وی در کتاب «روش‌های تفسیر و منابع حقوق خصوصی موضوعه» (Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positive) به انتقاد از مکتب تفسیر لفظی (L' Ecole de l' exégèse) پرداخته و در این زمینه اعلام می‌دارد: «حقوق فقط قانون نیست»؛ مالوری، ۱۳۸۳، ص. ۴۱۷-۴۱۲.

<sup>۲</sup> - در خصوص مبانی و شیوه تفسیر در این دو مکتب رک. به: کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج. سوم، ص. ۱۴۸-۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص. ۵۳۱-۵۱۹؛ صانعی، ۱۳۸۱، ص. ۴۵۲-۴۱۸؛ Gray, 1999, vol. I pp. 276-278 and pp. 328 and 329

<sup>۳</sup> - در خصوص پیشینه تاریخی رابطه حقوق و اقتصاد، اصول و مبانی و روش‌شناسی نگرش اقتصادی به حقوق و نقد آن رک. به: بادینی (۱۳۸۲)، ص. ۱۳۵-۹۱.

<sup>۴</sup> - شاخه‌های عمده تحلیل اقتصادی حقوق به شرح زیر است: ۱- حقوق و اقتصاد مرسوم (Traditional law and economics) که مبتنی بر اقتصاد مکتب کلاسیک جدید (Neoclassical economics) است و مهم‌ترین و قدیمی‌ترین شاخه تحلیل اقتصادی حقوق است. بر اساس این نگرش، رفتارهای بازاری و غیربازاری را

در آمریکا رشد پیدا کرد و سپس به دیگر کشورهای کامن‌لا و به تدریج به کشورهای حقوق نوشته (به‌ویژه کشورهای اروپای غربی) کشیده شد. (Cooter & Ulen, 2000, pp. 2-3).

جنبه تجربی اقتصاد و دقت آن از دهه ۱۹۵۰ افزایش یافت و تحلیل اقتصادی از «رفتارهای بازاری» فراتر رفت و به «رفتارهای غیر بازاری»<sup>۱</sup> نیز سرایت پیدا کرد و به

می‌توان از طریق الگوهای ساده که مبتنی بر چند فرض است، تحلیل کرد: این که افراد در زندگی اولویت‌های ثابت و منظمی دارند و درصددند تا در جهت دستیابی به اولویت‌هایشان رفتار خود را به حداکثر برسانند و همواره به دنبال منافع خود هستند؛ این که افراد عاقلند؛ این که هزینه معامله وجود ندارد و تمام افراد اطلاعات کاملی از داده‌ها و واقعیت‌های موجود دارند و یا این که می‌توانند بدون هزینه به چنین اطلاعاتی دست یابند. هر چند این مدل، در تحلیل و پیش‌بینی مسائل بسیار قدرتمند ظاهر شده است، اما با این ایراد مواجه گردیده که فرض‌های متفاوتی است، گسترش پیدا کرده است. ۲- حقوق و اقتصاد رفتاری (Behavioral law and economics) که طرفدارانش فرض‌های نگرش مرسوم را زیر سؤال می‌برند و بر این باورند که افراد همیشه به دنبال منافع خود نیستند، بلکه در بسیاری از موارد رفتارهای مبتنی بر نوع‌دوستی دارند و به دنبال منافع دیگرانند؛ اولویت‌های آنها ممکن است تغییر پیدا کند (الف را به ب، ب را به ج و ج را به الف ترجیح دهند) و در مواردی اشتباه کنند و به گونه‌های غیرعقلانه عمل نمایند و اموالی را که تحت تملک دارند، نسبت به فرضی که آن اموال را تحت تملک نداشته باشند، بیشتر ارزش‌گذاری می‌کنند (Endowment effect). ۳- نظریه بازی (Game theory) که انتخاب‌ها و اعمال اشخاصی را که از این امر آگاهند که تصمیم هر یک بر دیگری تأثیر می‌گذارد، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهد. این نظریه درک ما را از قواعد و نهادهای حقوقی بیشتر می‌کند و به ما نشان می‌دهد که این گونه قواعد و نهادها چگونه بر رفتار مردم تأثیر می‌گذارند و در شرایط مختلف چه قوانینی را باید تصویب کرد که به بهترین نحو اهداف اجتماعی را برآورده سازد و منجر به کارایی شود. ۴- نظریه انتخاب عمومی (Public choice theory) که همان فرض‌های حقوق و اقتصاد مرسوم را (نظریه انتخاب عاقلانه) در خصوص رفتار افرادی که به امور عمومی می‌پردازند (مانند رأی‌دهندگان، مقامات عمومی و اداری) اعمال می‌نماید. بر اساس این نظریه، مقامات عمومی نیز همانند افراد عادی به دنبال منافع خود هستند؛ به عنوان مثال، برای قضاوت منفعت شخصی در این است که آرایشان در مرحله تجدیدنظر نقض نگردد و از نظر شغلی ارتقاء پیدا کنند یا برای سیاستمداران منفعت شخصی در این است که دوباره در انتخابات برگزیده شوند و قدرت و اعتبار بیشتری به دست آورند (Bix, 2004, p., 77, 146, 172; Newman, 2002, vol. II, pp 192-197).

(197, 460-464 vol. III, pp. 171-177)

<sup>1</sup> - Nonmarket behavior.



دنبال آن روش پژوهش و نگرش اقتصاد در خصوص موضوعات حقوقی نیز اعمال گردید (Becker, 1998, p. 6-11). علاوه بر شاخه‌هایی از حقوق که دارای آثار روشن اقتصادی است (مانند حقوق تجارت، حقوق شرکت‌ها، حقوق اوراق بهادار، حقوق رقابت تجاری و قوانین ضدتراست، حقوق مالی و مالیاتی، حقوق بیمه و مقررات مربوط به صنایع تحت نظارت دولت) تحلیل اقتصادی به حوزه مباحث سنتی حقوقی نیز مانند حقوق حوادث، حقوق اموال، حقوق خانواده، حقوق اساسی و حقوق جزا کشیده شد؛ به عنوان نمونه، امروزه نه تنها نظریه‌های اقتصادی پیشرفته‌ای در زمینه جرم وجود دارد، اقتصاددانان آثار مجازات بر میزان جرائم را بسیار دقیق‌تر و علمی‌تر از آنچه که تاکنون توسط حقوقدانان و سایر دانشمندان علوم اجتماعی انجام شده است، اندازه‌گیری کرده‌اند (Cooter & Ulen, 2000, p.1-2; Posner, 1987, p. 767-768).

از دیدگاه طرفداران تحلیل اقتصادی، هدف تمام قواعد و نهادهای حقوقی باید رسیدن به «کارایی»<sup>۱</sup> یا «افزایش ثروت»<sup>۲</sup> باشد و چنانچه قواعد و نهادهای موجود نتوانند این اهداف را برآورده سازند باید اصلاح گردند یا تغییر داده شوند. پس، حقوق کلفت اقتصاد است و همواره باید در خدمت آن باشد. به باور آنان قواعد حقوقی و رفتار به گونه‌ای ذاتی به هم وابسته‌اند. در مواردی بازار نمی‌تواند اهداف مورد نظر علم اقتصاد را برآورده سازد، در این صورت اصول و قواعد حقوقی جایگزین آن می‌گردد. از این‌رو، حقوق دانش مستقلی نیست، بلکه تنها جایگزین بازار و ابزاری است برای کاهش هزینه‌های معامله و جبران کاستی‌های بازار و در واقع تنها به نتایج مطالعات اقتصادی جنبه امری می‌دهد (Posner, 1999, p. 94; Gray, 1999, p. 246-247).

<sup>۱</sup> - Efficiency.

<sup>۲</sup> - Wealth maximization.

### ج - مطالعات حقوقی انتقادی<sup>۱</sup>

خواستگاه نهضت مطالعات حقوقی انتقادی دانشکده حقوق دانشگاه هاروارد است و دوره شکل‌گیری و اوج آن از نیمه اول دهه ۱۹۷۰ میلادی تا اواخر دهه ۱۹۸۰ بوده است. با این همه، برخی از اندیشه‌های طرفداران آن هنوز هم مورد توجه است. شعار اصلی آنان که نوع نگرششان را نسبت به حقوق نمایان می‌سازد، این است که: «حقوق سیاست است».<sup>۲</sup> این شعار بطور واضح متضمن نفی استقلال حقوق است؛ یعنی هر گونه استدلالی در حقوق در باطن استدلالی سیاسی است و باید هم این گونه باشد. البته به‌طور کلی در بین عموم حقوقدانان و مردم عادی هم درخصوص استقلال و بی‌طرفی حقوق تردیدهایی وجود دارد، چنانکه در ایالات متحده آمریکا ماهیت سیاسی حقوق، به‌طور گسترده، دست کم در این مورد که قضات منصوب شده توسط محافظه‌کاران در مقایسه با قضات منصوب شده توسط لیبرال‌ها دعای بحث‌برانگیز را به‌گونه‌ای کاملاً متفاوت مورد رسیدگی قرار می‌دهند، پذیرفته شده است. اما طرفداران مطالعات حقوقی انتقادی پا را از این فراتر می‌گذارند و حتی در دعای «معمولی»<sup>۳</sup> هم بی‌طرفی و منصفانه بودن استدلال حقوقی را زیر سؤال می‌برند و ادعای «حاکمیت قانون»<sup>۴</sup> را افسانه‌ای پیش نمی‌دانند.

<sup>۱</sup> - Critical legal studies.

<sup>۲</sup> - Law is politics.

<sup>۳</sup> - در پاسخ به این پرسش که آیا همیشه برای حل و فصل مسائل حقوقی راه‌حل روشن و دقیقی وجود دارد یا نه، بیشتر دانش‌پژوهان حقوقی، از جمله هارت، دعای مطرح شده در دادگاه را از این جهت به دو دسته تقسیم کرده‌اند: «دعای ساده و معمولی» (easy cases) و «دعای مشکل» (hard cases). در دعای مشکل قضات صاحب‌نظر و اندیشمند ممکن است به گونه‌ای متفاوت رأی صادر کنند. اما دعای ساده و معمولی آن دسته از دعای هستند که قضات در زمینه آنها غالباً به گونه یکسانی رأی می‌دهند و بر خلاف دسته نخست، روند صدور حکم در آنها سریع، روشن و قاطع است. رونالد دورکین، مخالف نظر مشهور است و معتقد است که روند صدور حکم در هر دو دسته از دعای یکی است (Bix, 2004, p. 81-82).

<sup>۴</sup> - "the rule of Law".

برخی از انتقادات آنان ادامه و بسط انتقادات واقع‌گرایان حقوقی است. به‌ویژه که استدلال حقوقی را از اساس نامشخص می‌دانند و منابع و قواعد حقوقی را به تنهایی برای تعیین تکلیف دعاوی کافی نمی‌دانند؛ زیرا، زبان، نامشخص است و قواعد حقوقی نیز دربردارنده اصول متعارضی است که به قضات امکان می‌دهد که هر نتیجه‌ای را که بخواهند بر مبنای آن توجیه کنند. البته نظریه‌پردازان این مکتب معتقدند که نتیجه بیشتر دعاوی قابل پیش‌بینی است، اما این نه به دلیل قابل پیش‌بینی بودن حقوق، بلکه به آن دلیل است که قضات گرایش‌های شناخته‌شده و پیش‌بینی‌پذیری دارند. (Bix, 2006, p. 982; Altman, 2000, p. 110; Tushnet, 2000, p. 104-110; 983)

مبانی فلسفی نهضت مطالعات انتقادی حقوقی توسط آنگر<sup>۱</sup> پایه‌گذاری گردید. به باور وی قدرت در نظام دمکراتیک به گونه‌ای متناوب و آزاردهنده‌ای بین نیروهای محافظه‌کار و حافظ مالکیت از یک سو و نیروهای طرفدار بازتوزیع ثروت از سوی دیگر می‌چرخد. (Gray, 1999, vol. I, p. 171؛ کلی، ۱۳۸۲، ص. ۶۲۵)

## گفتار سوم: استقلال یا وابستگی فقه

### الف - طرح بحث

هر چند بین فقه و حقوق از جهات مختلف تفاوت<sup>۲</sup> وجود دارد، اما چنین تفاوتی اساسی و ماهوی نیست؛ هر دو از احکام و دستورات بحث می‌کنند و موضوع هر دو نیز، هر چند به‌طور غیرمستقیم، عمل افراد است؛ هدف آنها نیز به هم نزدیک است و آن عبارت است از «آشنایی مکلفان و افراد با حقوق و وظایف خود» که انتظام امور و

<sup>۱</sup> - Roberto Unger.

<sup>۲</sup> - مهم‌ترین این تفاوت‌ها عبارتند از: ۱- علم فقه در مقام استنباط احکام الله است و این احکام را شرح و بسط و تبیین می‌کند، اما علوم حقوقی این عمل را نسبت به قوانین مصوب انجام می‌دهد. ۲- استدلال فقهی، انتقال از دلیل به مدلول است (تقریباً دلیل اینی)، اما استدلال حقوقی از قبیل استدلال از علت به معلول است. گرجی، ۱۳۷۸، همان، ص. ۲۰. در خصوص تبیین دقیق تفاوت‌های فقه و حقوق رک. به نجفی‌خواه، ۱۳۸۳، ص. ۲۸۵-۲۷۵.

فوز و فلاح دنیا و آخرت را به دنبال دارد (گرجی، ۱۳۷۸، ص. ۲۰). لذا مطالبی که در خصوص استقلال حقوق یا وابستگی آن گفته شد، در خصوص فقه نیز صدق می‌کند. ممکن است گفته شود که حصری بودن منابع حقوق اسلام، متن محور بودن آن و اعتقاد به تغییرناپذیریش، انسداد باب اجتهاد<sup>۱</sup> (از نظر اهل سنت)، روش استنباط حکم و منطق خاص فقه که مبتنی بر علم اصول و استناد به اصول عملی و لفظی است و بطور کلی ساختار و مفاهیم منحصر به فرد فقه، از حقوق اسلامی نظامی خودمختار ساخته است که نیازی به سایر علوم ندارد. بویژه که «... بیشتر کوشش حقوقدانان اسلامی مصروف به شناختن منظور شارع و استنباط نظر واقعی اوست و بحث و انتقاد درباره ارزش قواعد و فواید و زیان‌های اجتماعی آن جای کمتری دارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ش. ۱۲۰). در واقع، از آنجا که «... خدا بر عوامل آشکار و نهان اجتماع احاطه دارد و سعادت واقعی با اطاعت از دستورهای او بدست می‌آید، پس اجتماع باید خود را آماده و متناسب برای اجرای آن دستورها سازد و هر گونه بحثی در مورد ارزش قواعد مذهب بیهوده و زیانبار است» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج. اول، ش. ۲۳۱).

<sup>۱</sup> - دستور انسداد در سال ۳۶۵ هـ صادر شد و مذاهب اهل سنت منحصر به حنفی، شافعی، مالکی و حنبلی گردید (لنگرودی، ۱۳۷۸، ش. ۲۵۸۲). البته لازم به ذکر است که انسداد باب اجتهاد بدان معنا نیست که فقیهان به هیچ وجه نمی‌توانند استنباط خاص خود را از احکام شرع داشته باشند؛ چنین استنباطی باید مبتنی بر نظریات پیشوایان مذاهب چهارگانه اهل سنت باشد. دوره‌ای را که در آن دستور انسداد صادر گردید «عصر انحطاط و تقلید» نام نهاده‌اند. در این دوره بیماری تقلید و پیروی‌های کورکورانه شیوع یافت و اجتهاد در فقه راکد شد و فقیهان بویژه، در مذهب حنفی، تنها به شرح کتب پیشینیان می‌پرداختند. اما، برخی از فقیهان اسلامی به این امر تن در ندادند و بر لزوم اجتهاد و مراجعه به مصادر اصلی قانونگذاری (کتاب و سنت) تأکید کردند. این تیمیه، این جوزیه از فقیهان حنبلی قرن هشتم هجری را می‌توان از پیشگامان این نهضت دانست. در قرن دوازدهم هجری محمد بن عبدالوهاب در شبه جزیره عربستان از روش آنان پیروی کرد و در قرن نوزدهم نیز جمال‌الدین افغانی و شیخ محمد عبده و شاگردانشان جزو طرفداران بررسی قوانین اسلام بر اساس نصوص و منابع اصلی و بر پایه نیازمندی‌های تمدن امروزی بوده‌اند. محمصانی، ۱۳۵۸، ص. ۳۰ و ۳۱.

تفاوت استقلال یا وابستگی استدلال فقهی را در مثال‌های زیر می‌توان یافت:

۱- ممکن است دو فقیه به مبنا و هدف ارث در حقوق اسلام به گونه‌ای متفاوت بنگرند: فقیه‌ی بگوید که تقسیم ارث به صورت فعلی قاعده‌ای تعبدی است و نمی‌توان از آن تخطی کرد. ارث را باید همین گونه که در نصوص به آن اشاره شده است، تقسیم کرد و غایتش هم در آخرت معلوم می‌شود و فرد متعبد و عاصی هر کدام به نتیجه اعمال خویش می‌رسند. اما چنانچه با استفاده از تحلیل‌های دقیق اقتصادی ثابت شود که تقسیم ارث به این شکل در جامعه اختلالات اقتصادی عظیمی را موجب خواهد شد، فقیه دیگری ممکن است استدلال کند، از آنجا که فلسفه تشریح ارث تنظیم وضع اقتصادی است و این گونه تقسیم در جامعه امروزی نظام اقتصادی را دستخوش خلل می‌کند، لذا چون غایت حاصل نمی‌شود، حکم و دستور هم تغییر می‌کند. (ملکیان، ۱۳۷۷، ص. ۲۰ و ۲۱). ۲- اگر ثابت شود، در صورت الغای نظام عاقله و جایگزین کردن مسؤلیت شخصی با آن، به دلیل این که افراد در تمام موارد شخصاً مسؤول شناخته می‌شوند، احتیاط و مراقبت بیشتری در پیش خواهند گرفت و چنین تغییری بر مبنای اصول بازاریابی اقتصادی، در دراز مدت، هزینه‌های حوادث را کاهش خواهد داد، آیا می‌توان چنین تحولی ایجاد کرد؟ یا آیا می‌توان برای تسهیل جبران خسارت زیاندیدگان و تحقق کامل سیاست توزیع ضرر، مسؤلیت را از عاقله به بیت‌المال<sup>۱</sup> منتقل کرد؟ مگر مسؤلیت عاقله برای تنظیم روابط انسانها در جامعه ایجاد نشده است و هدفهای خاصی را دنبال نمی‌کند؟ پس، اگر در دستیابی به این هدفها ناکام ماند و ثابت شود در عمل ناکارآمد است و برای جامعه مطلوبیت منفی به همراه دارد، چه چیزی وجود آن را توجیه می‌کند. آیا نظام عاقله در حقوق اسلام غیر از اهداف مربوط به تنظیم روابط بین افراد در جامعه، هدفهای دیگری نیز دارد و برای مثال، مانند نماز و روزه حکمی تعبدی

<sup>۱</sup> - برخی از فقیهان حنفی بر این باورند که مفهوم عاقله با تغییر شرایط اجتماعی تحول می‌یابد؛ به این ترتیب که «نظام عاقله از خانواده به عشیره و سپس به قبیله و دیوان و سپس حرفه (صنوف و حرف و مشاغل) و سرانجام به بیت‌المال تطور یافته است». وهبه الزحیلی، ج. ۷، ۱۹۹۷ م، ص. ۵۷۳۲؛ محمصانی، ۱۳۵۸، ص. ۱۹۷ و ۱۹۸.

بوده و در پی رساندن انسان به بهشت است؟ (بادینی، ۱۳۸۳، ص. ۴۹۸، ۵۳۷ و ۵۳۸). پاسخ به این پرسش‌ها نیز بر حسب نظریه مستقل بودن یا نبودن استدلال فقهی متفاوت خواهد بود. ممکن است فقهی با استنباط از نصوص خاصی قائل به ثابت و جاودانه بودن نظام عاقله باشد،<sup>۱</sup> اما دیگری از بیرون به قضیه نگاه کند و به نتیجه متفاوتی برسد.<sup>۲</sup>

### ب - رابطه فقه با سایر دانش‌ها

یکی از مباحث «رؤوس ثمانیه»<sup>۳</sup> هر علمی که از دیرباز در بین اندیشمندان اسلامی به آن توجه شده است، جایگاه آن علم و رابطه‌اش با سایر علوم است. دانش فقه نیز که به جرأت می‌توان گفت گسترده‌ترین رشته علوم اسلامی است از این قاعده مستثنا نیست و رابطه فقه با سایر علوم از جهات مختلف موضوعی بنیادین و قابل بحث و بررسی است.

در دانش نوظهور «فلسفه فقه» به مطالعات میان‌رشته‌ای فقه و سایر دانش‌ها نیز توجه شده است. رابطه فقه و سایر علوم از دو جنبه قابل بررسی است: ۱- از جنبه معرفت‌شناسی که خود به مسئله معرفت‌شناسی اجتهاد برمی‌گردد؛ بدین معنا که فقه دانشی بشری است و معارف بشری با یکدیگر ارتباط دارند. ۲- از جنبه معرفت‌پیشینی که مسائل مترتب بر آن عبارتند از: تعیین پیش‌نیازهای فقه و فقهات، تعیین میزان ترابط و داد و ستدهای معرفتی، تعیین مرز دانش‌ها و غیره<sup>۴</sup> (مهریزی، درآمدی بر فلسفه فقه، ۱۳۸۲، ص. ۲۴۰).

<sup>۱</sup> - در تأیید این نظر رک به: احمدی، ۱۳۸۱، ص. ۵۶ به بعد.

<sup>۲</sup> - مانند دیدگاه آیت الله سید محمد حسن مرعشی. در این خصوص رک به: مرعشی، ۱۳۷۶، ص. ۲۲۴-۲۱۷.

<sup>۳</sup> - مباحث هشتگانه یا رؤوس ثمانیه علوم عبارتند از: تعریف علم، موضوع علم، فایده علم، مؤلف علم، ابواب و مباحث علم، مرتبه علم، یعنی جایگاه آن نسبت به سایر علوم و محل آن در سلسله مراتب علوم، غرض علم و انحاء تعالیم (تقسیم و تحدید). خوانساری، ۱۳۷۳، ص. ۲؛ کشف اصطلاحات الفنون، ج ۱، ص. ۱۱-۱۰.

<sup>۴</sup> - تعدادی از فقیهان به صراحت از دانش‌هایی سخن گفته‌اند که مورد نیاز فقیه است؛ برای مثال، شهید ثانی در کتاب «ذکری الشیعه» شرایط سیزده‌گانه‌ای را برای فقیه بیان داشته که آگاهی به لغت، نحو، صرف، چگونگی

امروزه با رشد و توسعه روزافزون علوم انسانی و طرح مسائل نو در حوزه معرفت و دگرگونی‌های عمیقی که در نتیجه زندگی ماشینی در تمدن انسانی به وجود آمده است، فقه را نمی‌توان بدون استفاده از دانش‌هایی مانند روانشناسی، پزشکی، جامعه‌شناسی، حقوق، علوم سیاسی و اقتصاد و تنها با روش‌های کهن به پیش برد. از آنجا که برداشت فقیهان از نصوص و منابع دینی، امری بشری و قابل نقد است، همواره می‌توان استنباط‌های گذشته را از دو جهت مورد بازبینی و بازنگری قرار داد: یکی در موضوعات و دیگری در احکام. علوم جدید در زمینه تحدید مفهوم و ماهیت بسیاری از موضوعات فقهی می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. برای مثال، اگر در گذشته سفاقت با معنایی بسیط و سطحی مورد بحث قرار می‌گرفت، امروزه دانش روانشناسی می‌تواند به دقت آن را بکاود و این کشف مفهومی و موضوعی ممکن است در استنباط حکم نیز اثرگذار باشد. همچنین دانش پزشکی می‌تواند در مسائلی مانند بلوغ، یائسگی، عیوب فسخ نکاح، جنایات وارد شده بر نفس و عضو، اثبات و کشف جرم و... مورد استفاده قرار گیرد و در نتیجه استنباطی متفاوت از گذشته صورت گیرد.

رابطه فقه با سایر دانش‌ها به شرح زیر ترسیم شده است: رابطه برخی از دانش‌ها با فقه مانند رابطه اصل و فرع است، خواه فقه اصل باشد و آن دانشها فرع و یا بر عکس. این دسته از دانش‌ها عبارتند از: اصول، رجال، فلسفه فقه، تاریخ فقه، قواعد فقه و فقه مقارن. دسته دیگر دانش‌هایی است که در چگونگی استنباط و اجتهاد فقهی تأثیرگذارند. این دسته را که می‌توان «دانش‌های مرتبط» نامید، خود به دو گروه تقسیم می‌شود: گروهی مانند کلام، علوم قرآن و علوم حدیث، تأثیر فهمی در فقه دارند و گروهی دیگر مانند روانشناسی، نجوم، تاریخ و جغرافیا، پزشکی و اقتصاد در موضوع‌شناسی فقه مؤثر واقع می‌شوند؛ یعنی اطلاع فقیه از این دانش‌ها و اتخاذ موضع در آن‌ها بر چگونگی

---

استدلال و آگاهی از مفاهیم واژگان از آن جمله است. شهید ثانی نیز در شرح لمعه چنین دانش‌هایی را برای فقیه لازم می‌داند. همچنین در کتاب «ماوراء الفقه» نوشته سید محمود صدر، ضمن تبیین جایگاه دانش‌های برون فقهی، بیش از ده دانش برشمرده شده که علم فقه با آنها مرتبط است.

استنباط وی تأثیر خواهد گذاشت. (مهریزی، فقه‌پژوهی، دفتر اول، ۱۳۷۹، ص. ۳، و دفتر دوم، ۱۳۸۲، ص. ۷ و ۸).

### ج - اهداف و مقاصد شریع

گفتیم که مشخصه بارز نظریه‌های طرفدار وابستگی حقوق توجه به اهداف نظام حقوقی است و به همین دلیل گاه به آنها عنوان «کارکردگرایی»، «نتیجه‌گرایی» یا «ابزارگرایی» نیز داده شده است. آنچه تعدادی از فقیهان<sup>۱</sup> زیر عنوان «مقاصد الشریعه» یا «العلل» مطرح کرده‌اند، شباهت زیادی با نظریه‌های یادشده دارد: فقه اسلامی چه اهدافی را دنبال می‌کند؟ چگونه می‌توان بر آنها دست یافت؟ و تأثیر آن بر استنباط و اجتهاد چیست؟ گفته شده که نخستین بار امان الحرمین جوینی به مقاصد شریعت توجه نموده و احکام فقه اسلامی را از این جهت به پنج دسته تقسیم کرده است: ضروریات (سبب حفظ امور ضروری زندگی می‌گردد؛ مانند قصاص)؛ حاجیات (نیازمندی‌های عمومی زندگی را برآورده می‌سازد)؛ تحسینیات (سبب آراستگی انسان به کرامت‌ها و دوری از نقایص و پلیدی‌ها می‌گردد)؛ ۴- کمالیات (که شامل احکام مستحب است)؛ و ۵- تعبدیات (که فلسفه آن برای ما روشن نیست). همچنین غزالی مصالح شریعت را به سه دسته ضروریات، حاجیات و تحسینیات تقسیم می‌کند و مقاصد پنجگانه شارع را (حفظ دین، جان، خرد، نسل و ثروت) در بخش ضروریات مطرح ساخته است. اما کسی که بیش از همه در این زمینه نظریه‌پردازی کرده شاطبی است. به باور شاطبی شرایع الهی برای تأمین مصالح بندگان آمده‌اند، لذا فقیه باید به اهداف احکام شرعی توجه کند نه ظواهر آنها. وی خاطر نشان می‌سازد که استقرای در شریعت نشان می‌دهد که احکام آن «معلل» است نه «جزاف». شاطبی ضمن تقسیم احکام شرعی به سه دسته

<sup>۱</sup> در بین دانشمندان اسلامی نیز یکی از عنوان‌های رؤس ثمانية علوم هدف یا هدف‌هایی است که هر علمی در پی آن است.



ضروریات (که هدف آن حفظ دین، نفس، مال و عقل است و مبنای دیگر مصالح است) حاجیات و کمالیات (که مکمل دسته نخست است)، مقاصد شریعت را از این جهت به اصلی و فرعی تقسیم می‌کند؛ برای مثال هدف اولیه نکاح را تناسل و اهداف فرعی و ثانویه آن را به دست آوردن آرامش و لذت و جلوگیری از ارتکاب گناه می‌داند (شاطبی، ۱۹۲۳ ص. ۳۹۰ به بعد؛ مسعود، ۱۳۸۲، ص. ۲۵۲-۲۴۹؛ ریسونی، ۱۳۷۶، ص. ۳۵۳ به بعد؛ مهریزی، ۱۳۸۲، ص. ۸۴-۵۷).

وانگهی، در قلمرو تفکر عقلی و کلامی و پژوهش‌های اصولی و نیز در قلمرو فقه و فلسفه فقه زمینه‌های فروانی وجود دارد که می‌تواند منجر به پذیرش نوعی نظریه جامعه‌شناختی در حقوق اسلامی شود که ارتباط و همبستگی حقوق و جامعه، رابطه دگرگونی اجتماعی و دگرگونی حقوقی و نقش عوامل فراحقوقی و نیز ابزار بودن حقوق در جهت حفظ نظم اجتماعی را به رسمیت شناسد (علیزاده، ۱۳۸۴، ص. ۱۵۳-۱۱۵).

### د- زمینه‌های شکل‌گیری مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام

از جنبه معرفت‌شناسی، نگاه بیرونی به فقه بر اجتهاد فقیه و شکل‌گیری انواع مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام<sup>۱</sup> تأثیرگذار بوده است. روشن است که عرف و عادت و آداب و رسوم و شرایط اجتماعی، روحیات فردی و نوع نگرش فلسفی و کلامی و جهان‌بینی فقیه بر استنباط وی و چگونگی فهمش از کتاب و سنت اثر مستقیم خواهد داشت. در واقع، از آنجا که اجتهاد نوعی تفسیر (بحث هرمنوتیک) است، در این تفسیر عوامل معرفتی، یعنی پیش‌فهم‌ها و انتظارات نقش دارد. (مجتهد شبستری، ۱۳۷۷، ص. ۸۷).

آقای صبحی محمصانی در توجیه تقسیم دانشمندان اهل سنت به دو دسته طرفدار رأی در عراق به رهبری ابوحنیفه نعمان و دسته طرفدار حدیث در حجاز به رهبری

<sup>۱</sup> در خصوص تحلیل حقوقی، تطبیقی و تاریخی مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام رک. به: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰، ص. ۳۱ به بعد.

مالک ابن انس در فاصله زمانی قرن دو هجری تا میانه قرن چهارم هجری (عصر طلایی عباسی) چنین نوشته است: «مذهب طرفدار حدیث به تمسک به سنت پیغمبر و روگردانی از رأی و اجتهاد شهرت یافت و علتش این بود که شهرهای حجاز گاهواره سنت و جایگاه صحابه بود... به علاوه مردم این دیار هنوز به صورت ساده و نزدیک به بدایت زندگی می‌کردند... و ضرورتی به توسعه دایره اجتهاد و استدلال دیده نمی‌شد... و اما در عراق قضیه معکوس بود، چه مردم آن در حضارت و مدنیت فرورفته‌تر و با دشواری‌های فراوان و نمودهای تازه اجتماعی روبرو بودند... پس در بسیاری از مسائل حقوقی به حکومت عقل و رأی و به اجتهاد از راه قیاس و استحسان چنگ می‌زدند...» (محمصانی، ۱۳۵۸، ص. ۲۹ و ۳۰).

همچنین، برخی زمینه‌پیدایش اخباری‌گری در قرن سیزدهم را معلول پراکندگی نیروهای اجتماعی و بی‌ثباتی قدرت حکومت (مهریزی، ۱۳۸۲، ص. ۳۰) و حتی متأثر از پدیده حس‌گرایی و تجربه‌گرایی در اروپا دانسته‌اند<sup>۱</sup> و شکل‌گیری تفکر اصولی را نیز مولود ثبات تدریجی و نسبی در اوضاع و احوال اجتماعی می‌دانند (مهریزی، پیشین، ص. ۳۰).

هر چند فقیهان به صراحت خود را طرفدار مکتب خاصی ندانسته‌اند اما از فتاوی آنان و نگرششان به مسائل می‌توان استنباط کرد که طرفداری یکی از مکاتب تحلیلی، تاریخی، فلسفی و جامعه‌شناسی هستند که در فلسفه حقوق از آنها بحث می‌شود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - استاد مطهری از آیت الله بروجردی نقل می‌کند که ایشان استدلال‌های ملا امین استرآبادی بر ضد عقل را الهام‌گرفته از نهضت ضد عقل و ضد فلسفه و مبتنی بر حس‌گری و تجربی‌گری می‌دانستند که در اروپا با افکار دکارت و بیکن پیدا شده بود (مطهری، ۱۳۷۷، ص. ۳۱۰ و ۳۱۱).

<sup>۲</sup> - استاد دکتر کاتوزیان بر این باور است که از نوشته‌ها و فتاوی فقیهان می‌توان نوع مکتب آنها را تشخیص داد: «مرحوم نایینی فقه را در مدار بسته‌تری مطالعه می‌کند و همچون شیخ به مکتب تحلیلی نزدیک است؛ فلسفه را تا این حد دخالت می‌دهد که اصطلاحات فقهی را برگرداند و به جای آن اصطلاحات فلسفی بگذارد و می‌کوشد که مطالب فلسفی را در فقه دخالت دهد. در این زمینه، بیشتر از ایشان مرحوم شیخ محمد حسین کمپانی این کار را کرده است. وقتی که شما کتاب‌های فقهی مرحوم کمپانی را می‌خوانید مثل این است که فلسفه می‌خوانید، و

### ه- تقسیم فقه به عبادات و معاملات

واقعیت این است که مباحث فقهی را از این جهت باید به دو بخش «عبادات» و «معاملات به معنای اعم» تقسیم کرد. در این که عبادات مبتنی بر غایات و هدف دنیوی نیست تردیدی وجود ندارد. اما در معاملات به معنی عام که می‌توان آن را مترادف با حقوق اسلامی دانست، هدف و غایت اصلی دنیوی است نه اخروی و بنای شرع بر امضای سیره مردم (احکام امضایی اسلام)<sup>۱</sup> بوده است. دکتر گرجی در زمینه توجه به ماهیت خاص احکام تأسیسی می‌نویسد: «... تعصبات جاهلان‌های که برخی به آن مبتلا هستند و تصور می‌کنند که اسلام همه احکامش تأسیسی است و شایسته نیست که اسلام برخی از احکام خود را از دیگر ادیان یا سایر اقوام و ملل بگیرد»، درست نیست، بلکه برعکس، اگر نگیرد خلاف روش عقلا و حتی خلاف ادله قطعی (الذین یستمعون القول فیتبعون احسنه)<sup>۲</sup> است (گرجی، ۱۳۷۸، ص. ۱۲). بنابراین، در این بخش اگر هدف و غایت حاصل نشد حکم و دستور هم تغییر می‌کند و در واقع می‌توان آن را از لحاظ اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و تاریخی و غیره مورد نقد و بررسی قرار داد و در صورت عدم انطباق با شرایط جدید آن را تغییر داد.

احساس می‌کنید که حقوق، زندگی منطقی دارد، نه تجربی. غلیظ‌تر از او مرحوم آقا شیخ هادی تهرانی است. قسمتی از خیارات ایشان را مطالعه می‌کردم، مثل این بود که منطق اساس الإقتباس خواجه طوسی یا اسفار می‌خوانم. چیزی که در آن نبود فقه بود. این گروه فلسفه را در فقه دخالت می‌دهند، ولی تنها به شکل استفاده از اصطلاحات فلسفی برای بیان قواعد. اینان در التزام به همان قواعد، با دیگران فرقی نکرده‌اند، ولی دسته دیگر این گونه نیستند؛ یعنی مبانی فلسفی ویژه‌ای برای خود انتخاب کرده‌اند که با آن مبانی فلسفی، دیدشان نسبت به فقه هم تغییر می‌کند؛ مثل سید محمد کاظم طباطبایی یا شدیدتر از ایشان شاطبی. اینان می‌کوشند فقه را با مصالح و نیازهای اجتماعی و مصلحت‌مبنای حکم شارع همگام سازند. دکتر کاتوزیان، گامی به سوی عدالت، ج. ۲، ۱۳۷۹، ص. ۲۰۳-۲۰۰.

۱- احکام امضایی احکامی است که شارع مقدس خود بنیان نهاده، بلکه، عقل، عقلاء، عرف خاص آن زمان، عرف عام، شرایع سابق و حتی دیگر اقوام و ملل آن را تأسیس کرده‌اند و شارع مقدس از آنها پذیرفته است. در مقابل آن احکام تأسیسی قرار دارد که شارع مقدس خود آنها را بنیان نهاده است. گرجی، ۱۳۷۸، ص. ۱۱ و ۱۲.

۲- سوره مبارکه زمر، آیه ۳۸.

## و - منابع استدلال در فقه

حصری بودن منابع حقوق اسلام نیز دلیل بر آن نیست که استدلال در حقوق اسلام به کلی صوری و خالی از محتوای اقتصادی و اجتماعی است. مبانی استدلال در حقوق اسلام که از نصوص کتاب و سنت استخراج گردیده به شرح زیر احصاء گردیده است:

- ۱- مصالح (الشرع معللٌ بالمصالح). ۲- حاجت عمومی؛ در فقه گفته‌اند که حاجت عمومی، مُشَرع است، زیر روا نداشتن موارد حاجات مستلزم عسر و حرج است و بسیاری از احکام بر همین اساس تجویز شده است ۳- لاضرر؛ یعنی نصوص شرع را باید به گونه‌ای تفسیر نمود که تا حد امکان به جامعه و افراد ضرر وارد نیاید. روشن است که این امر خود منطق اقتصادی دارد. ۴- حسن و قبح عقلی. حنفیه و امامیه و معتزله این امر را که عقل فی الجمله در ادراک حسن و قبح امور مستقل است پذیرفته‌اند (مارآه المسلمون حسناً فهو عندالله حسن. ما رآه المسلمون قبیحاً فهو عند الله قبیح) بر اساس این نص سیره را مستند در استدلال‌ها قرار می‌دهند و عنوان اجماع مسلمین به آن داده‌اند. ۵- عدوان؛ ۶- الحرام یفسد الحلال (لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۴۵-۲۳۷).

## نتیجه و پیشنهادات

با توجه به این واقعیت که حقوق<sup>۱</sup> جزو علوم انسانی و اجتماعی است، در قلمرو موضوع مطالعه سایر رشته‌های علوم انسانی و اجتماعی مانند فلسفه، اقتصاد، آمار، فلسفه اخلاق، ادبیات، تاریخ، جامعه‌شناسی، علوم سیاسی نیز قرار می‌گیرد و این علوم می‌توانند بینش‌های خاصی را در خصوص ماهیت و عملکرد حقوق ارائه دهند که می‌تواند به عنوان مقدمه استدلال حقوقی مورد استفاده قرار گیرد. وانگهی، با توجه به پیچیده شدن روابط اجتماعی و تخصصی شدن دعاوی، استفاده از «نظریه کارشناسی» در حقوق برای سنجش و ارزیابی عینی ادعاهای افراد که حاصل دستاوردهای سایر

<sup>۱</sup> - در بسیاری از موارد موضوع حقوق، شخص طبیعی است که خود محل تلاقی حقوق، اخلاق، سیاست، فلسفه، پزشکی و بسیاری دیگر از علوم است. راسخ، ۱۳۸۱، ص. ۲۵۸-۲۵۴.

علوم است، روز به روز در حال افزایش است، به نحوی که امروزه در بسیاری از دعاوی نقش قاضی تنها پیدا کردن مستند قانونی (در حقوق نوشته) یا قضایی (در حقوق کامن‌لا) برای نظریه‌کارشناسی است. لذا «علم»<sup>۱</sup> به‌طور کلی می‌تواند جنبه تجربی حقوق را غنی سازد و در گسترش و تحول آن مؤثر باشد.<sup>۲</sup>

البته این به معنی انکار هستی حقوق یا وابستگی مطلق آن نیست. زیرا؛ از طرفی، حقوق دارای اصطلاحات، مفاهیم، روش استدلال و روش پژوهش خاص است و از همه مهم‌تر در بین تمام علوم این تنها حقوق است که ضمانت اجرای مادی و عینی دارد و می‌تواند به مطالعات سایر رشته‌ها جنبه امری بدهد. از طرف دیگر، علوم اجتماعی مانند جامعه‌شناسی، اقتصاد و روانشناسی نیز خود کاستی‌هایی دارند و هنوز تکامل پیدا نکرده‌اند، به نحوی که تاکنون نتوانسته‌اند برای مسائل حقوقی بسیار ساده (برای مثال، آیا مجازات اعدام نقش بازدارنده دارد یا نه؟<sup>۳</sup> و آیا تبدیل «نظام طلاق مبتنی بر تقصیر»<sup>۴</sup> به «نظام طلاق بدون تقصیر» در آمریکا باعث افزایش میزان طلاق شده است یا نه) پاسخ روشن، دقیق و قاطعی ارائه دهند (Bix, 2005, p. 981).

<sup>۱</sup> - در خصوص رابطه علم (Science) و حقوق رک. به: Reece, 1998, p. 1 and seq.

<sup>۲</sup> - با این همه، نباید فراموش کرد که «بین علوم طبیعی و ریاضی از یک سو و حقوق و فقه از سوی دیگر، تفاوت مهمی وجود دارد که باید به آن توجه داشت: ... در علوم طبیعی و ریاضی، «آنچه هست» مطرح است، ولی در علوم اجتماعی و به خصوص در فقه و حقوق، «آنچه باید باشد» منظور است؛ یعنی ما با مجموعه‌ای از الزامات، تکالیف و امر و نهی‌ها روبه‌رو هستیم که اگر آنها را از علم بگیریم دیگر علمی باقی نمی‌ماند تا فلسفه‌اش را بگوییم...» استاد دکتر کاتوزیان، گامی به سوی عدالت، ۱۳۷۹، ص. ۲۰۴ و ۲۰۵.

<sup>۳</sup> - البته در این زمینه نتایج به دست آمده از تحقیقات متفاوت است و عده‌ای مدعی اثبات اثر بازدارنده مجازات اعدام شده‌اند. چنانکه، در پژوهشی تجربی که در آمریکا با استفاده از ابزارهای اقتصاد اثباتی و روش‌های پیچیده آماری انجام شده است، اثر بازدارندگی مجازات اعدام به اثبات رسیده و نشان داده شده است که در فاصله سال‌های ۱۹۳۵-۱۹۶۹ به طور متوسط هر مورد اجرای مجازات اعدام در این کشور مانع وقوع ۷ الی ۸ مورد قتل عمد شده است (Burrows & Veljanovski, 1981, pp. 6-8).

<sup>۴</sup> - نظام طلاق مبتنی بر تقصیر (a Fault divorce regime) نظامی است که در آن یکی از زوجین در صورت اثبات رفتار تقصیرآمیز طرف دیگر (مانند زنا، ترک منزل، زندانی شدن و یا سوء رفتار) بتواند به استناد آن تقاضای

این در حالی است که سایر رشته‌ها نیز به حقوق نیاز دارند؛ حقوق بر آنها تأثیر می‌گذارد و آنها را شکل می‌دهد. برای مثال، عموم اقتصاددانان معامله‌ارادی و رضایی را تحسین کرده‌اند، اما بدون توسل به حقوق توانایی این را ندارند که مشخص کنند مفهوم معامله‌ارادی چیست. در حالی که حقوق قراردادها حاوی ضوابط مفصل و روشنی در خصوص نظریه‌اراده است. از این رو، اقتصاددانان برای این که الگوهایشان بیشتر با واقعیت وفق دهد، به حقوق نیاز دارند (Cooter & Ulen, 2000, p. 7). همچنین تحقیقات تجربی نشان داده است که بین حقوق مالکیت و حقوق قراردادها و نحوه حمایت آنها از منافع خصوصی و توسعه اقتصادی رابطه مستقیمی وجود دارد و به‌طور کلی نظام حقوقی هر کشور بر نظام اقتصادی آن تأثیرگذار است (Schäfer & Raja, 2006, p. xi). از این رو، بهتر است به جای بحث از «وابستگی یا استقلال حقوق» از «تأثیر متقابل حقوق و سایر دانش‌ها بر یکدیگر» سخن گفت.

گذشته از این، مفاهیم و دستاوردهای سایر رشته‌ها بسیار کلی و آرمانی است. در واقع، عدالتی را که فیلسوف توصیف و تعریف می‌کند یا مفهوم کارایی اقتصادی را که اقتصاددان تجویز می‌کند و یا نتایج حاصل از پدیده‌های اجتماعی را که جامعه‌شناس تحلیل می‌کند، به‌طور مستقیم نمی‌توان در حقوق اجرا کرد. هر چند قانونگذار از این مفاهیم الهام می‌گیرد، اما چون حقوقدانان با حل و فصل دعاوی خاص روبرو هستند، در مرحله عمل این تکنیک‌ها، روش‌های استدلال حقوقی و روند صدور حکم است که غلبه می‌یابد و نتیجه دعوا را مشخص می‌کند. شاید به همین دلیل است که غیرحقوقدانان، غالباً حقوقدانان را متهم به سفسطه و مغلطه‌بازی می‌کنند (Cooter & Ulen, op.cit, p. 7).

لازم است در کشور ما نیز اندیشه انحصار طلبی حقوقدانان به فراموشی سپرده شود و در انجام اصلاحات در نظام حقوقی و رفع کاستی‌های آن، از اقتصاددانان، آمارگران،

جامعه‌شناسان و دانشمندان سایر علوم اجتماعی و روش‌های مطالعه علمی و انسانی آنان بهره لازم گرفته شود تا حقوق بیش از پیش منعکس‌کننده نیازهای واقعی جامعه باشد. چنین نیازی در برخی از زمینه‌ها که دارای آثار روشن اقتصادی و اجتماعی است (مانند، آیین دادرسی، حقوق جزا، حقوق تجارت، حقوق مالیاتی، بورس، حقوق بازارهای مالی، رقابت تجاری، مسئولیت مدنی، حقوق محیط زیست، حقوق بیمه و حقوق بانکی) بیشتر احساس می‌شود. برای مثال، با استفاده از ابزارهای تحلیل اقتصادی حقوق می‌توان قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری و مدنی و سایر قوانین شکلی را از لحاظ «کارایی» مورد ارزیابی قرار داد و با سنجش آثار رفتاری و انگیزشی قوانین یادشده و حذف بخش‌های پرهزینه و دست و پاگیر آن که منجر به اتلاف منابع و افزایش طرح دعوا و اطاله دادرسی می‌شود، نظامی از آیین دادرسی را طراحی کرد که کمترین هزینه اجتماعی (هزینه‌های اداره، هزینه‌های مالی و روانی برای اصحاب دعوا و...) را داشته باشد.

دانش‌پژوهشی حقوقی و نظام آموزشی حقوق در ایران با رویکرد مطالعات بین رشته‌ای نیاز به بازنگری و انجام اصلاحات عمیق دارد. برای این کار لازم است گام‌های اساسی زیر برداشته شود: ۱- واحدها و سرفصل‌های دروس دوره‌های کارشناسی<sup>۱</sup>، کارشناسی ارشد و دکتری به نحوی مورد بازنگری قرار گیرد که از دستاوردها و روش‌های سایر علوم بهره بیشتری گرفته شود تا جنبه علمی و انسانی حقوق غنی‌تر شود و اطلاعات دانشجویان و دانش‌پژوهان حقوق از اهداف و کارکردهای حقوق افزایش یابد. ۲- در مقاطع کارشناسی ارشد و دکتری دوره‌های بین‌رشته‌ای که از خارج و از دیدگاه علمی خاص به حقوق بنگرد، گسترش یابد. ۳- در کتب و جزوات

<sup>۱</sup>- در حال حاضر در دوره کارشناسی حقوق قضایی درس‌هایی مانند «مبانی علم اقتصاد»، «مبانی جامعه‌شناسی» و «ادبیات» وجود دارد، اما سرفصل‌های این درس‌ها جنبه بین رشته‌ای ندارد. پیشنهاد می‌شود عنوان این واحدها به «حقوق و اقتصاد»، «حقوق و جامعه‌شناسی» و «حقوق و ادبیات» تغییر پیدا کند و بر این اساس سرفصل‌ها نیز مورد بازنگری قرار گیرد.

دانشگاهی تنها به شرح و تفسیر قوانین اکتفاء نشود و در کنار آن اهداف و کارکردهای هر درس و زمینه‌های مطالعات بین رشته‌ای نیز به زبان ساده و به نحوی که بتواند انگیزه لازم را در دانشجو برای مطالعات بیشتر فراهم نماید، مطرح گردد.

## منابع و مأخذ

### الف - فارسی و عربی

- ۱- احمدی، ذکر الله (۱۳۸۱)، نهاد هاقله در حقوق کیفری اسلام، نشر میزان، چاپ اول.
- ۲- امین، پروفسور سید حسن (۱۳۸۲)، تاریخ حقوق ایران، انتشارات دایره المعارف ایران شناسی، چاپ اول.
- ۳- بادی، حسن (۱۳۸۳)، فلسفه مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار.
- ۴- بادی، حسن (۱۳۸۲)، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۲، ص. ۱۳۵-۹۱.
- ۵- پرلمان، ش (۱۳۷۳)، «حقوق و منطق و معرفت شناسی»، ترجمه دکتر حسن حبیبی، در کتاب منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، تهران.
- ۶- خوانساری، محمد (۱۳۷۳)، دوره مختصر منطق صوری، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ یازدهم.
- ۷- داوید، رنه (۱۳۶۹)، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر سید حسین صفایی، دکتر محمد آشوری و دکتر سید عزت الله عراقی، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم، تهران.
- ۸- راسخ، محمد (۱۳۸۱)، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، انتشارات طرح نو، چاپ اول.
- ۹- ریسونی، احمد (۱۳۷۶)، اهداف دین از دیدگاه شاطبی، ترجمه سید حسن اسلامی و سید محمد علی ابهری، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، مرکز انتشارات، چاپ اول.
- ۱۰- الزحیلی، الدكتور وهبه (۱۴۱۸هجری=۱۹۹۷م) الفقه الإسلامی و ادلته، الجزء السادس و التاسع، دارالفکر المعاصر، الطبعة الرابعة معدلة.
- ۱۱- سالیوان، راجر (Sullivan, Roger J.) (۱۳۸۰)، اخلاق در فلسفه کانت، ترجمه عزت‌الله فولادوند، انتشارات طرح نو، چاپ اول، تهران.
- ۱۲- سنگلجی، محمد (۱۳۶۹)، آیین دادرسی در اسلام، به کوشش محمدرضا بندرچی، انتشارات طه، چاپ اول.
- ۱۳- شاطبی، ابن اسحاق (۱۹۲۳م)، الموافقات فی اصول الشریعه، جلد دوم، قاهره، سلفیه.
- ۱۴- صالح، علی پاشا (۱۳۴۸)، سرگذشت قانون: مباحثی از تاریخ حقوق، انتشارات دانشگاه تهران.



- ۱۵ - صانعی، دکتر پرویز (۱۳۸۱)، حقوق و اجتماع: رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی، انتشارات طرح نو، چاپ اول.
- ۱۶ - عزیزاده، دکتر عبدالرضا (۱۳۸۴)، زمینه‌های پذیرش رویکردی جامعه‌شناسی در حقوق اسلامی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره شصت و هشت، صفحات ۱۵۶-۱۱۵.
- ۱۷ - جعفری تبار، دکتر حسن (۱۳۸۳)، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، با دبیاچه استاد دکتر ناصر کاتوزیان، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
- ۱۸ - جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش.
- ۱۹ - جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر (۱۳۸۲)، فن استدلال: منطق حقوق اسلام، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
- ۲۰ - کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، در سه مجلد، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
- ۲۱ - کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۷۹)، گامی به سوی عدالت: مجموعه مقالات، جلد دوم، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول.
- ۲۲ - کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۷۹)، کلیات حقوق: نظریه عمومی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- ۲۳ - کالینوسکی، ژ (۱۳۷۳)، «منطق و روش‌شناسی حقوقی»، ترجمه دکتر حسن حبیبی، در کتاب منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، تهران.
- ۲۴ - کلی، جان (۱۳۸۲)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، انتشارات طرح نو، چاپ اول.
- ۲۵ - گاردی، ژل (۱۳۷۳)، «حقوق و منطق و معرفت‌شناسی»، ترجمه دکتر حسن حبیبی، در کتاب منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، تهران.
- ۲۶ - گرجی، دکتر ابوالقاسم (۱۳۷۸)، «رابطه فقه و حقوق»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول شماره سوم، صفحات ۲۰-۷.
- ۲۷ - گفت و گوهای واحد فقه و حقوق مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی «پژوهشگاه» (۱۳۷۷)، گردآوری شده در کتاب گفت‌وگوهای فلسفه فقه، با استاد مصطفی ملکیان (ص. ۵۱-۱۵)، استاد محمد مجتهد شبستری (ص. ۹۹-۵۴)، استاد دکتر ناصر کاتوزیان (ص. ۱۵۳-۱۰۲)، استاد علی عابدی شاهرودی (ص. ۱۶۷-۱۵۶)، استاد صادق لاریجانی (صص. ۲۳۲-۱۷۰). مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- ۲۸ - مرعشی، آیت‌الله سید محمد حسن (۱۳۷۶) دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، نشر میزان، چاپ دوم.
- ۲۹ - محمصانی، دکتر صبحی (۱۳۵۸) فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، انتشارات امیرکبیر.

- ۳۰ - مسعود، محمد خالد (۱۳۸۲)، «فلسفه حقوق اسلامی»، ترجمه محمد رضا ظفری و فخرالدین اصغری آقمشهدی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- ۳۱ - مطهری، استاد مرتضی (۱۳۷۷)، تعلیم و تربیت در اسلام، چاپ سی و دوم.
- ۳۲ - المظفر، الشیخ محمد رضا (۱۴۱۵ هـ - ق.) اصول الفقه، مکتب الإعلام الإسلامی، الطبعة الثانية.
- ۳۳ - مهریزی، مهدی (۱۳۷۹)، فقه پژوهی (مجموعه مقالات)، دفتر اول، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران.
- ۳۴ - مهریزی، مهدی (۱۳۸۲)، «درآمدی بر فلسفه فقه»، فقه پژوهی (مجموعه مقالات)، دفتر دوم، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران.
- ۳۵ - نجفی خواه، دکتر محسن (۱۳۸۳)، «تفاوت فقه و حقوق از نظر مبانی، منابع و روش»، پایان نامه دکتری حقوق خصوصی، با راهنمایی استاد دکتر ابوالقاسم کرجی.
- ۳۶ - هایک، فردریش فون (Friedrich A. von Hayek) (۱۳۸۰)، قانون، قانونگذاری و آزادی (Law, Legislation and Liberty)، ترجمه مهشید معیر و دکتر موسی غنی نژاد، انتشارات طرح نو، چاپ اول.

## ب - منابع لاتین

- 1- Altman, Andrew (2000), "Critical Legal studies and Liberalism", in *Philosophical problems in the Law*, edited by David m. Adams, Wadsworth, Third edition.
- 2- Becker, Gary (1998) "The economic approach to human behavior", in *foundations of the economic approach to law*, collection of essays, edited by Avery Wiener Katz, Oxford University Press.
- 3- Bix, Brian (1996), *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet and Maxwell, London.
- 4- Bix, Brian H. (2004), *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press.
- 5- Bix, Brian H. (2005), "Law as an Autonomous Discipline" in *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Edited by Peter Cane and Mark Tushnet, Oxford University Press.
- 6- Burrows, paul & Veljanovski, Cento G. (1981) *The Economic Approach to Law*.
- 7- Calabresi, Guido (2003): "An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts," *Stanford Law Review*, Vol.55,

- at:<http://lawreview.Stanford.edu/content/vol55/6/calabresi.pdf>.
- 8- Cohen, F.(1935), "Transcendental nonsense and the Functional Approach", **Columbia Law Review**, 35, pp. 809-849.
  - 9- Cooper– Stephenson, Ken & Gibson, Elaine (1993), **Tort Theory**, Captus University Publications.
  - 10- Cooter, Robert & Ulen, Thomas(2000), **Law and Economics**, 3<sup>rd</sup> ed.,Addison-Wesley Longman,Inc.
  - 11- Dijon, Xavier(1998), **Droit naturel: Les questions du droit**, Presses universitaires de france, 1re edition, Paris.
  - 12- Dworkin, R. (1995), "Laws and Morals", in **The Oxford Companion to Philosophy**, Oxford University Press.
  - 13- Duxbury, Nell(2005), "A Century of Legal Studies" in **The Oxford Handbook of Legal Studies**, Edited by Peter Cane and Mark Tushnet, Oxford University Press.
  - 14- Englund, Izhan(1993) **The Philosophy of Tort Law**, Dartmouth, First published.
  - 15- Freeman, M.D.A.( 2001) **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, Sweet & Maxwell, Seventh edition, London.
  - 16- Garner, Bryan A.(2004), **Black's Law Dictionary**, Eight edition, West, a Thomson Business.
  - 17- Gray, Christopher Berry(1999) **The Philosophy of Law: An Encyclopedia**, 2 Volumes, Garland Publishing, INC.
  - 18- Greenawalt, Kent (1996) "Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism", in **The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism**, Edited by Robert P. George, Clarendon Press: Oxford.
  - 19- Hart, H.L.A.(1961), **The Concept of Law**, Oxford University Press.
  - 20- Hart, H.L.A (1977), "Positivism and the Separation of Law and Morals", in **Philosophy of Law**, edited by R.M. Dworkin, Oxford University Press, First edition 1977, reprinted 1986.
  - 21- Holmes, Oliver Wendell(1951) **The Common Law**, Forty – fourth printing, Little, Brown and Company, Boston.

- 22- Holmes, Oliver Wendell(1897) "The Path of the Law", **10 Harvard Law Review**, at: <http://ibiblio.org/gutenberg/etext00/pathlw10.txt>.
- 23- Kelsen, Hans(1967), **The Pure Theory of Law**, M. Knight Translation, Berkeley, California, University of California Press.
- 24- Konard, Johnson(1993), **Philosophy of Law**, Macmillan Publishing Company.
- 25- Leiter, Brian(2005), "American Legal Realism", in **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, Blackwell Publishing.
- 26- Newman, Peter(2002), **The new Plaggrave dictionary of economics and the law**, In three volumes, Volume two, Edited by, first published in paperback by Palgrave Macmillan, London.
- 27- Patterson, Dennis (1996), **Law and Truth**, Oxford University Press.
- 28- Posner, Richard A. (1987), "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", **Harvard Law Review**, February 1987, Number 4 pp. 761-780.
- 29- Landes, William M. & Posner, Richard A.(1987), **The Economic Structure of Tort Law**, Harvard University Press, U.S.A.
- 30- Leiter, Brian(2000), **Legal realism, In a Companion to Philosophy of Law and Legal theory**, Edited by Dennis Patterson, Blackwell Publishers.
- 31- Mcleod, Ian(2002) **Legal Method**, Palgrave Macmillan, Fourth edition.
- 32- Stanley, L. Paulson(1992), The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law, **12 Oxford Journal of Legal Studies** 311.
- 33- Raz, J. (2002), "Reasoning with Rules", in M.D.A. Freeman (ed.), **Current Legal Problems 2001**, Volume 54, Oxford University Press, 1-18.
- 34- Reece, Helen(1998), **Law and Science, current legal issues**, volume 1, Edited Oxford University Press,.
- 35- Ripert, Georges(1955), **Les Forces créatrices du droit**, Librairie Générale de Droit et de Juriprudence, Paris.
- 36- Savatier, René(1959) **Les métamorphoses économiques et sociaux du droit privé d'aujourd'hui**, Dalloz, Paris.
- 37- Weinrib, Ernest J.(1995) **The Idea of Private Law**, Harvard University Press.

- 38- Weinrib, J. Ernest(2000), "Legal formalism," In **a Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by Dennis Patterson, Blackwell Publishers, pp. 332 – 341.
- 39- Weinrib. J. Ernest(1993), "Formalism and its Canadian Critics," In **Tort theory**, Edited by Ken Cooper– Stephenson & Elaine Gibson, Captus University Publications.
- 40- Zweigert, Konard & Kötz, Hein(1998) **An Introduction to Comparative Law**, Translated by Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, Third revised edition.
- 41- Sarat, Austin(2005): **The Blackwell Companion to Law and Society**, Blackwell Publishing, First edition.
- 42- Schäfer, Hans-Bernd & Raja, Angara V.(2006), **Law and Economic Development**, Edward Elgar Publishing Limited.
- 43 -Senn, Peter R. (1999), "Different Sources of the Law" in **The Elgar Compainion to Law and Economics**, Edited by Jürgen G. Backaus, Edward Elgar Publishing Limited, 1999, pp-240-248.
- 44- Senn, Peter R. (1999), "Social Science as a Source of the Law" in **The Elgar Compainion to Law and Economics**, Edited by Jürgen G. Backaus, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 249-259.
- 45- Stone, Martin(2002) "Formalism", In **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**, Edited by Jules Coelman and Scott Shapiro, Oxford University Press, First edition.
- 46-Stychin, Carl F.(1999), **Legal Method: Text and Materials**, Sweet and Maxwell, London.
- 47- Tushnet, Mark (2000), "Critical Legal Studies: An Introduction to Its Origines and Underpinnings", in **Philosophical problems in the Law**, edited by David m. Adams, Wadsworth, Third edition.
- 48- Weinrib, J. Ernest(2000) "Legal formalism," In **a Companion to Philosophy of Law and Legal theory**, Edited by Dennis Patterson, Blackwell Publishers.
- 49- Weinrib. J. Ernest(1993) "Formalism and its Canadian Critics," In **Tort Theory**, Edited by Ken Cooper– Stephenson & Elaine Gibson, Captus University Publications.

50- White, G. Edward (2003), *Tort Law in America: An Intellectual History*, Expanded edition, Oxford University Press, 2003.

51- *The Internet Encyclopedia of Philosophy, Law and Economics*, at:  
<http://www.utm.edu/research/iep/l/law-phil.htm>

**هر که را دالش است خواسته نیست و هر که را خواسته است دالش کم.**

(ابوالحسن شهید)