

## تأثیرپذیری منبع قاعده‌ی حقوقی از منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی

مه‌دی شهبابی<sup>۱</sup>

مریم جلالی<sup>۲</sup>

### چکیده

مبنا، منبع و هدف قاعده‌ی حقوقی را می‌توان سه رکن اصلی هر نظام حقوقی دانست. شکل‌گیری مفهوم نظام حقوقی، مستلزم برقراری نوعی ارتباط و انسجام بین این ارکان است؛ در هر نظام حقوقی، منبع یا ابزار بیان قواعد حقوقی و نیز هدف قواعد و نهادهای حقوقی، متأثر از مبنا و منشأ الزام‌آوری قواعد در آن نظام حقوقی است. به عبارت دیگر، هر پاسخی که به چیستی منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی داده شود، پاسخی متافیزیکی یا واقع‌گرایانه، در نوع منابع و حتی کارکرد آن‌ها (مانند نقش طریقی یا موضوعیتی قانون) مؤثر است. نوع تعامل و نسبت بین منابع و ارتباط افقی یا سلسله‌مراتبی بین آن‌ها نیز، در نظام‌های حقوقی دینی و هم‌چنین غیردینی، به چیستی و چگونگی مبنا و منشأ الزام‌آوری قواعد حقوقی بستگی دارد.

### واژگان کلیدی:

قاعده‌ی حقوقی، مبنا، قاعده‌ی حقوقی، منبع قاعده‌ی حقوقی، نظام

حقوقی، واقع‌گرایی حقوقی

۱. دکتری حقوق خصوصی، استادیار گروه حقوق دانشکده‌ی علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان.  
۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

## درآمد

اگر چه در مطالعات فلسفی حقوق و از باب مسامحه، دو اصطلاح «منبع» و «مبنا»ی قاعده‌ی حقوقی به جای یکدیگر به کار می‌روند (Rottleuthner, 2005: 2)، مفهوم منبع با آن چه به معنای دقیق کلمه مبناى حقوق است، متفاوت است. مقصود از مبناى قاعده‌ی حقوقی، منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی است و در واقع پاسخ این پرسش است که چرا باید از قاعده‌ی حقوقی پیروی کرد؟ به بیان دیگر، هر قاعده‌ی حقوقی اراده‌ی آزاد انسان را محدود ساخته و تکالیفی را بر او تحمیل می‌کند؛ این تحدید اراده‌ها بر چه اساسی قابل توجیه است؟ مبناى حقوق، همان نیروی پنهانی و کشش نهفته‌ای است که ما را به فرمانبرداری از قاعده‌ی حقوقی وادار می‌سازد و پایه‌ی همه‌ی قواعد حقوقی و توجیه‌کننده‌ی الزام ناشی از آنها است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۹/۱). اما، مقصود از منبع قاعده‌ی حقوقی، ابزارهای بیان‌کننده‌ی قاعده‌ی حقوقی نظیر قانون و یا عرف است.

در هر حال، مبنا و منبع قاعده‌ی حقوقی را می‌توان دو رکن اصلی هر نظام حقوقی دانست. برای تحقق مفهوم نظام حقوقی، باید بین ارکان آن ارتباط و انسجام باشد و از این منظر تأثیرپذیری منبع از مبنا و چگونگی این تأثیرپذیری اهمیت یافته و به فرضیه‌ی اصلی این پژوهش تبدیل می‌شود؛ آیا منابع قاعده‌ی حقوقی در هر نظام حقوقی، بر اساس مبنا و منشأ الزام‌آوری قواعد حقوقی در آن نظام تعیین می‌گردند؟ و آیا تغییر در مبناى یک نظام حقوقی، با تغییر و دگرگونی منابع آن نظام حقوقی همراه است؟ آیا چگونگی ارتباط بین منابع قاعده‌ی حقوقی و رابطه‌ی افقی یا سلسله‌مراتبی بین آنها، به چگونگی و چیستی مبناى قاعده‌ی حقوقی در نظام حقوقی باز می‌گردد؟ و آیا کارکرد منابع قاعده‌ی حقوقی و برای مثال نقش موضوعیتی یا طریقی آن‌ها در نظام حقوقی، به چگونگی و چیستی مبناى قاعده‌ی حقوقی ارتباط دارد؟

مکتب‌های فلسفی گوناگون هر یک متناسب با نگرشی که به خدا، انسان و جامعه دارند، مبنایی را برگزیده و نظام حقوقی مطلوب خود را بر آن بنا کرده و متناسب با این مبناى انتخابی، منابعی را نیز به عنوان ابزارهای بیان قاعده‌ی حقوقی مشخص نموده‌اند. این مکاتب را می‌توان در دو گروه اندیشه‌های طبیعی و

اندیشه‌های واقع‌گرایانه به حقوق تقسیم کرد. در این نوشتار ابتدا تأثیرپذیری منبع قاعده‌ی حقوقی از مبنای آن در رویکرد حقوق طبیعی بررسی شده و سپس این تأثیرپذیری در دیدگاه‌های واقع‌گرایانه به حقوق پیگیری می‌شود. در ادامه نیز تعامل این دو دیدگاه در مبنای قاعده‌ی حقوقی و نقش این تعامل در ایجاد یا بازخوانی منابع قاعده‌ی حقوقی و کارکرد آن‌ها تبیین می‌شود.

### ۱. تأثیرپذیری منبع قاعده‌ی حقوقی از مبنای آن در رویکرد حقوق

#### طبیعی<sup>۱</sup>

اندیشه‌های حقوق طبیعی را می‌توان به دو شاخه‌ی حقوق طبیعی سنتی یا دینی و حقوق طبیعی مدرن یا سکولار تقسیم کرد. تفاوت بنیادین این دو شاخه را باید در مبنا و منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی جست‌وجو کرد که در یکی اراده‌ی الهی است و در دیگری عقلانیت انسان‌گرایانه. تفاوت این دو مبنا و چگونگی تأثیر آن در منبع قاعده‌ی حقوقی بررسی می‌شود.

#### ۱-۱. مبنای دینی و منبع قاعده‌ی حقوقی

گذار از اراده‌ی الهی محض و به عبارت دیگر گذار از فهم وحیانی از قانون طبیعی، به فهم عقلانی (بشری)، تحت تأثیر ارسطو،<sup>۲</sup> خلق نظریه‌ی ترکیبی و سازمان‌یافته از حقوق طبیعی را موجب شد؛ نظریه‌ای که از یک سو محصول اندیشه‌های مسیحی و از سوی دیگر محصول عقل بود (Villey, 2001: 67). با این حال، قانون بشری جایگاه مستقلی در میان منابع قاعده‌ی حقوقی و نسبت به قانون ازلی،<sup>۳</sup> قانون طبیعی،<sup>۴</sup> قانون الهی<sup>۵</sup> نیافت؛ اندیشه‌ی آکویناس<sup>۶</sup> تنها به تعیین تبیین جایگاه عقل بشری و قانون بشری (دولتی) در طول قوانین پیش گفته انجامید (Friedmann, 1965: 58; Rottleuthner, 2005: 46).

1. Legal Naturalism
2. Aristotle
3. Eternal Law
4. Natural Law
5. Divin Law
6. Saint Tomas Aquinas

نظام حقوقی اسلام<sup>۱</sup> نیز از این منظر، همان‌گونه که میرزای نایینی، علامه‌ی طباطبایی و سیدمحمدباقر صدر به خوبی اشاره کرده‌اند، وضعیت متفاوتی ندارد؛ چرا که قانون دولتی در طول اراده‌ی الهی معنی می‌یابد (میرزای نایینی، ۱۳۸۲: ۱۳۵؛ طباطبایی، ۱۳۷۱: ۸۲-۷۹؛ صدر، ۱۳۵۹: ۴۶).

در نظام‌های حقوقی دینی، کتب مقدس و سنت، منبع یا ابزار اولیه‌ی بیان اراده‌ی الهی به شمار می‌روند؛ عقل نیز می‌تواند به عنوان منبعی در طول کتاب و سنت و برای بیان برخی از قواعد حقوقی به کار رود؛ به عبارت دیگر، قواعد بنیادین حقوقی با تکیه بر متون مقدس استخراج، استنباط و تفسیر می‌شوند (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۶۸؛ عمید زنجانی، ۱۳۷۳: ۱۱). با این حال، قانون بشری جایگاه خود را در حوزه‌ی قواعد فنی باز می‌یابد؛ هر چند در بسیاری اوقات به بیان مصادیق قوانین الهی و فطری محدود باشد (میرزای نایینی، ۱۳۸۲: ۱۳۴؛ Kelly, 1992: 257). در خصوص قاضی اجراکننده‌ی احکام دینی نیز این پرسش مطرح است که آیا قاضی به استنباط و تفسیر منابع اولیه محدود می‌شود یا آن که در مسیر این تفسیر و استنباط ایجاد قاعده می‌کند؛ و بدین ترتیب نقشی فراتر از بیان قواعد حقوقی می‌یابد؟ در نظام‌های حقوقی دینی، نقش تفسیری قاضی و چند و چون آن همواره محل بحث بوده است؛ چرا که به نظر می‌رسد گاهی قاضی پا را از تفسیر یا استنباط قاعده فراتر گذاشته و وارد مرحله‌ی ایجاد قواعد حقوقی می‌شود؛ قاضی بیان دیگری از عقلانیت انسان‌گرایانه است (Weber, 2007: 174; Schacht, 2005: 210)؛ عرف نیز از آن جا که بیان دیگری از عقل تجربی است، نمی‌تواند در حقوق دینی جایگاه شایسته‌ای داشته باشد. در ارتباط با نقش دکترین در چنین نظامی نیز باید گفت از آن جا که

۱. بی‌تردید نظام حقوقی اسلام با آموزه‌های حقوق طبیعی مدرن که بر عقلانیت انسان‌گرایانه مبتنی است، پیوندی ندارد. حتی در فرض پذیرش عقیده‌ی آن عده از طرفداران حقوق طبیعی که بر ابتناء بایدها بر هست‌ها تأکید می‌کنند، باز هم نمی‌توان بین دو اندیشه‌ی دینی و حقوق طبیعی مدرن پیوندی یافت؛ چرا که بایدها در نظام حقوقی اسلام بر عقلانیت انسان‌گرایانه مبتنی نبوده و ماهیتی الهی دارند. این بایدها و نبایدهای ارزشی مبتنی بر اراده‌ی الهی، بدون ارتباط با هست‌ها نیستند و به همین دلیل قواعد حقوقی در نظام حقوقی اسلام دارای ماهیتی اعتباری-واقعی هستند. به عبارت دیگر، نمی‌توان همسویی اراده‌ی تشریحی الهی با اراده‌ی تکوینی او را نادیده انگاشت (شیرازی، ۱۴۱۹: ۷؛ سروش، ۱۳۸۸: ۴۱). با این حال، پیوند نظام حقوقی اسلام با حقوق طبیعی سنتی یا دینی پذیرفتنی است؛ چرا که در حقوق طبیعی دینی نیز مبنای مشروعیت قواعد، اراده‌ی الهی است؛ هم‌چنان که در اندیشه‌ی آکویناس ملاحظه می‌کنیم. همین امر موجب شده تا در ذیل حقوق طبیعی به حقوق اسلامی نیز اشاره کنیم (مصباح یزدی، ۱۳۸۸: ۸۸/۱).

دیدگاه سنتی بر نوعی تعبد (متون سنتی و مقدس) مبتنی است، این تعبد، پیش قضاوت‌های ارزشی خود را تحمیل می‌کند و جایگاه دکتترین در طول منابع دیگر تعریف می‌شود (Reglad, 1934: 4).

شایان ذکر است که اصطلاح «فتاوی معتبر»، مندرج در اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، که در موارد سکوت، اجمال و ابهام قانون مورد استناد قضات غیرمجتهد در صدور حکم قرار می‌گیرد، می‌تواند به منزله‌ی دکتترین حقوقی باشد. با این حال، باید توجه داشت که اصطلاح «فتاوی معتبر»، بر خلاف تصویری که می‌رود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۶۰۹/۲-۶۰۸)، معنای اخصی نسبت به «دکتترین حقوقی» دارد؛ چرا که نمی‌تواند اندیشه‌های حقوقدانان را پوشش دهد. در حقیقت، فتاوی معتبر در طول منابع معتبر که همان قرآن، سنت، اجماع و عقل است، قرار گرفته و اعتبار مستقلى ندارد. قائل شدن به معنای عام برای اصطلاح «فتاوی معتبر»، ممکن است به تعارض دکتترین حقوقی و منابع اولیه بیانجامد؛ امری که در نظام حقوقی دینی پذیرفته نیست؛ مگر آن که اندیشه‌های حقوقدانان به حوزه‌ی منطقه‌الفراغ محدود باشد.

## ۲-۱. عقلانیت انسان‌گرایانه و منبع قاعده‌ی حقوقی

اندیشه‌های کانت،<sup>۱</sup> دکارت،<sup>۲</sup> روسو<sup>۳</sup> و لاک،<sup>۴</sup> با تأکید بر آزادی فردی، در گذار از اراده‌ی الهی به عقل فطری به عنوان مبنای قاعده‌ی حقوقی تأثیر بسیاری داشت (Friedmann, 1965: 77, 109).

به رغم آن که آزادی فردی در مفهوم حق عینیت یافت، برای تضمین، نیازمند چارچوبی نظری بود؛ قرارداد اجتماعی روسو و لاک پاسخی درخور برای آن بود (Russell, 1972: 623). بدین ترتیب، اندیشه‌ی روسو و لاک در خدمت اندیشه‌ی کانت و دکارت قرار می‌گیرد.

نقش دولت در قرارداد اجتماعی محدود به تضمین است؛ چرا که دولت

1. Immanuel Kant
2. René Descartes
3. Jean Jacques Rousseau
4. John Locke

ایجادکننده‌ی محتوای قرارداد اجتماعی (حقوق و آزادی‌های فردی) نیست تا بتواند آن را تغییر دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۶۵/۲). به همین دلیل است که ساختار حقوقی برآمده از این اندیشه‌ها را ساختاری حق محور می‌دانیم.

بدین ترتیب و در راستای تأثیرپذیری منابع هر نظام حقوقی از مبانی آن، قانون، یعنی همان ابزار دولتی، به عنوان منبع برتر شناخته می‌شود؛ قانونی که حدود و ثغور و محتوا و ضمانت اجرای آن از قبل مدون شده و همه از آن آگاه‌اند؛ چرا که همه از محتوای قرارداد اجتماعی آگاهی دارند. در واقع، حقوق طبیعی سکولار به ابزاری نیازمند بود که گویا، منسجم، منطقی، روشن و نتیجه‌ی حقوقی رفتار اجتماعی مردم بوده و در عین حال ریشه در اراده‌ی عمومی داشته و دارای تضمین کافی باشد. این ابزار چیزی جز قانون موضوعه نمی‌توانست باشد (داوید، ۱۳۸۷: ۵۱؛ شهابی، ۱۳۸۸: ۱۵).

چنین برداشتی از قانون، به طور خودکار آن چه را عرف قانون می‌نامد اما با مشخصات مذکور تطبیق ندارد، کنار می‌گذارد؛ از این رو قوانینی که مجازاً قانون نامیده شده‌اند مانند قوانین مربوط به طبیعت به وضوح از این مجموعه خارج‌اند؛ «قوانین» طبیعی و اخلاقی به همراه آن چه صرفاً به سبیل تمثیل قانون نامیده می‌شوند، نیز خارج از این دایره قرار می‌گیرند (Villa, 1991: 82).

در این دوره که حاکمیت اراده از شاخصه‌های بارز آن به شمار می‌رود، به رغم نظر کسانی که در جهت خلاصه کردن قاعده‌ی حقوقی در قالب قانون تلاش می‌نمایند و حتی منبع تعهد را نیز اراده‌ی قانونگذار می‌دانند (Kelsen, 1967: 154)، اراده‌ی فردی از منابع تولید قاعده‌ی حقوقی محسوب می‌شود؛ بدون آن که مستلزم شناسایی از سوی نرم‌های بالاتر یا قانون موضوعه باشد. بدین ترتیب، قواعد حقوقی ناشی از اراده‌های فردی برای رسمیت و ایجاد، نیازمند عنصر الزام دولتی نمی‌باشند؛ هرچند برای اجرا نیازمند ضمانت اجرای دولتی‌اند. چرا که حاکمیت اراده‌ی فردی جزء اصول نظام حقوق طبیعی سکولار است و تنها محدودیتی که برای آن متصور است، مغایرت اراده‌ی فردی با اخلاق حسنه و نظم عمومی جامعه است (Shiner, 2005: 168-169). این شکل از حاکمیت اراده‌ی فردی در مواد ۶ و ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه تبلور یافته است. به موجب این مواد «قراردادهای خصوصی نباید

مغایر با قوانین مرتبط با نظم عمومی و اخلاق حسنه باشند»؛ «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مطابق قانون باشد به مثابه‌ی قانون است ...».

با این وجود، قواعد ناشی از عرف که از دیدگاه پیروان این مکتب منبعی شفاهی، متغیر و متزلزل به شمار می‌رود، می‌تواند برای آزادی بشر تهدیدی بزرگ باشد (Watson, 1984: 563)؛ از این رو، تنها هنگامی که قواعد حقوقی ناشی از آن در راستای پاسداری و حفظ حقوق و ارزش‌های فردی باشد، مورد قبول نظام حقوقی واقع می‌شود؛ تشخیص این امر نیز بر عهده‌ی قانونگذار است.

در خصوص جایگاه رویه‌ی قضایی در این مکتب اعتقاد بر این است که دادگاه‌ها هرگز نباید قاعده‌ها را ایجاد کنند؛ بلکه صرفاً باید تصمیم‌هایی اتخاذ کنند که در پرتو قانون و از راه قیاس به آن‌ها رسیده‌اند. به همین دلیل مونتسکیو<sup>۱</sup> می‌نویسد که اقتدار قضاوت کردن «به هر صورت هیچ است» (تروپه، ۱۳۸۶: ۱۱۹-۱۱۸). در این دیدگاه به صراحت میان خلق و اعمال حقوق تفکیک می‌شود. اعتقاد بر این است که زمانی که دادگاه‌ها حقوق را اعمال می‌کنند، آن را خلق نمی‌کنند. بنابراین، تصمیم‌های رویه‌ی قضایی، تصمیم‌های واقعی نیستند. شاید در استدلال رأی بتوان متن یک قاعده‌ی کلی را مشاهده کرد، اما این فقط استناد به قانون و مقدمه‌ی عمده‌ی قیاس یا تفسیر قانون است و تفسیر چیزی جز کشف آن چه از پیش وجود داشته، نیست (تروپه، ۱۳۸۶: ۱۲۱).

در خصوص جایگاه دکتترین در این مکتب نیز باید گفت از آن جا که در این مکتب، عقل وسیله‌ی دستیابی به قواعد عالی و برتری است که فطرت و طبیعت انسان اقتضا دارد، تمیز حکم عقل جز در پاره‌ای امور بدیهی که همگان پذیرفته‌اند، از استقراء در داوری خردمندان به دست می‌آید. به بیان دیگر، بنای عقلا نیز جایگاه شایسته‌ی خود را باز می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۹۴/۲).

همان‌گونه که گفته شد، در نظام حقوقی مبتنی بر اندیشه‌ی حقوق طبیعی مدرن، قانون مهم‌ترین منبع است. همین ویژگی کافی است تا ماهیت و نقش قانون را در این اندیشه بیشتر واکاوی نماییم. واقعیت این است که رگه‌هایی از اندیشه‌ی

1. Baron de Montesquieu

حقوق طبیعی مدرن، برای قانون در نظام حقوقی، نقشی موضوعیتی قائل است؛ این نقش می‌تواند ماهیت قانون را از ابزار ساده‌ی بیان قاعده‌ی حقوقی (منبع) به ابزار ایجاد قاعده‌ی حقوقی تغییر دهد. به عبارت دیگر، قانون تبلور اراده‌ی دولت در ایجاد قاعده‌ی حقوقی می‌شود؛ تحولات بعدی حقوق طبیعی مدرن نیز مؤید این امر است.

### ۱-۲-۱. نقش قانون در حقوق طبیعی مدرن؛ موضوعیت یا طریقت؟

دانستیم که در مکتب حقوق طبیعی سکولار، قانون مهم‌ترین منبع قاعده‌ی حقوقی است؛ پرسش این است که آیا نقش قانون در این مکتب به بیان قواعد حقوقی محدود می‌شود یا تأثیری فراتر از آن دارد؟ به عبارت دیگر، آیا قانون موضوعیت دارد یا طریقت؟

نظریات روسو در باب قرارداد اجتماعی و اراده‌ی عمومی، سرشار از تناقض است؛ وی از یک سو معتقد است که انسان صاحب برخی حقوق طبیعی است که قابل سلب نیستند، همواره ارزش‌هایی فراتر از قوانین موضوعه وجود دارند و قواعد حقوقی تنها باید در راستای آن‌ها تصویب شود؛ چنین برداشتی از حقوق و آزادی‌های فردی موجب می‌شود که در اندیشه‌ی روسو، قانون را حافظ و نگهبان حقوق فطری بدانیم (Wax, 2006: 21)؛ اما شناخت بیشتر ما از تفکرات وی مانع از چنین برداشتی می‌شود؛ چرا که وی از سوی دیگر بر آن است که یک فرد، خود را با تمام حقوقش به حاکمیت وا می‌گذارد و با تفویض اراده‌ی عمومی به مرجع تقنینی مطلق، قانون به عنوان بهترین و کامل‌ترین منبع تولید قاعده‌ی حقوقی، می‌تواند به طرز مشروعی این حق‌ها را نقض کند. به عبارت دیگر، حکومت به نام اراده‌ی عمومی، می‌تواند هر قانونی را تصویب نماید و افراد نیز صرف‌نظر از محتوای آن مکلف به پیروی از این قوانین هستند (موحد، ۱۳۸۴: ۱۸۴). در واقع، او قانون را ابزاری می‌داند که به وسیله‌ی آن، دولت و حکومت اراده‌ی خود را بیان می‌کنند؛ تردیدی نیست که چنین اندیشه‌ای به توجیه حکومت‌های توتالیتر و خودکامه می‌انجامد. به عبارت دیگر، اراده‌ی دولتی با ابزار قانون، قاعده‌ی حقوقی ایجاد می‌کند؛ در حالی که در اندیشه‌ی قرارداد اجتماعی روسو، اراده‌ی دولتی با ابزار قانون قرار است تنها به تضمین محتوای قرارداد اجتماعی بپردازد. بدین ترتیب، در حالی که روسو تلاش خود را برای



دموکراسی مشارکتی مصروف داشته است، متمایل به آن است که به قانونگذار، به دلیل آن که انعکاس‌دهنده‌ی اراده‌ی عمومی است، قدرتی نامحدود اعطا کند. در نتیجه، با یک تناقض مواجه است: تمامیت‌خواه مردم‌سالار (Fasso, 1974: 7). اما از منظر کانت، حقوق طبیعی مجموعه‌ی قواعدی است که عقل، خود به خود و بدون توجه به هرگونه قانون خارجی به آن حکم می‌کند؛ حقوق موضوعه تنها ابزار بیان این قواعد است. به بیان دیگر، در اندیشه‌ی کانت، دولت ناچار است آزادی فردی را محترم بدارد و تنها در حدود قرارداد اجتماعی، اختیار اشخاص را محدود سازد. بدین ترتیب، به زعم کانت، قانون باید حافظ حقوق طبیعی باشد و حق نقض این حقوق را جز در موارد خاص ندارد. به بیان دیگر، قانون در اندیشه‌ی کانت، برخلاف اندیشه‌ی روسو، طریقت دارد و تنها نقش تضمین محتوای قواعد حقوقی را بر عهده دارد و از آن‌جا که وی حاکمیت اراده را یکی از نتایج حاکمیت عقل بر حقوق و اخلاق می‌داند، تردید در نفوذ اراده را هم معتبر نمی‌داند (Kelly, 1992: 325).

## ۲-۱. گرایش به واقع‌گرایی حقوقی؛ نقش موضوعی قانون

در قرن هیجدهم میلادی، دستاوردهای دانشمندان و صنعتی شدن ساختار اجتماعی ثابت کرد که عقل دست در دامن تجربه دارد. چنین تفکری راجع به عقل و تجربه، تمام یافته‌ها و باورهای اصولی اعصار گذشته را که قطعی و یقینی پنداشته می‌شد، به چالش کشید و اصول حقوق طبیعی را با نگرشی متفاوت مورد بازنگری و تحلیل قرار داد (موحد، ۱۳۸۴: ۱۹۴). برخی صاحب‌نظران از مدت‌ها قبل، به این نتیجه رسیده بودند که همه‌ی قواعد حقوقی را نمی‌توان در قواعد حقوق طبیعی و عقل فطری خلاصه و جست و جو کرد (Shiner, 2005: 218)؛ از این رو، ضمن انتقاد نسبت به برخی اصول حقوق طبیعی، اندیشه‌های خود را تشریح نموده‌اند. مؤثرترین منتقد نظریه‌ی مزبور هیوم<sup>۱</sup> است. وی معتقد است که عقل، مسیر قطعی درک حقوق طبیعی نیست و تجربه، نقشی را که نظریه‌ی حقوق طبیعی به عقل می‌دهد، تأیید نمی‌کند (Friedmann, 1965: 81; Kelly, 1992: 402). هیوم

1. David Hume

برای ارزیابی علمی هر قضیه یا موضوعی، وجود دو شرط را ضروری می‌داند؛ نخست آن‌که، همه‌ی تحقیقات باید مستند به گزارش مشاهدات تجربی (امور واقعی) بوده و با تبیین عقلانی تحلیل واقع شود (دارای پیوندهای واقعی باشد). دیگر آن‌که این‌گونه امور واقعی باید از هرگونه داوری ذهنی در امان باشد (Hume, 1777: 244)؛ در واقع این همان جدایی واقعیت و ارزش (جدایی هست و باید) است که «هیوم» بارها بر آن تأکید کرده و از آن نتیجه می‌گیرد که میان حقوق و اخلاق هیچ‌گونه رابطه‌ای نمی‌تواند وجود داشته باشد. این تحلیل دوران جدیدی را با خود به همراه آورد که به طور عمده ضد ماوراءالطبیعه، علم محور و منفعت‌انگار بود.

ویکو<sup>۱</sup> و دیگران برای پاسخ دادن به منتقدان مکتب حقوق طبیعی، نظریه‌ی حقوق طبیعی تغییرپذیر<sup>۲</sup> را مطرح کردند. اینان، حقوق فطری را به عنوان مبنای قاعده‌ی حقوقی می‌پذیرند؛ اما بر این عقیده‌اند که مظلوف آن را زمان و مکان تعیین می‌کند (شهابی، ۱۳۸۸: ۱۳). استامبلر<sup>۳</sup> حقوق طبیعی را ثابت و جاودانه نمی‌داند؛ بلکه معتقد است قواعد حقوق طبیعی به مقتضای هر جامعه و هر ملت، باید جداگانه تعیین شود. نتیجه‌ی التزام به نظریه‌ی وی، این است که عدالت تابع اخلاق اجتماعی بوده و مظهر خارجی آن ثابت نیست (Wax, 2006: 45). وی عدالت ناشی از محیط اجتماعی را برتر از اراده‌ی دولت دانسته و اخلاق را معیار سنجش و ارزش قوانین قرار می‌دهد. به نظر او، تحقق عدالت به تشکیل جامعه‌ای از اشخاص آزاد وابسته است که روابط آن‌ها، با جمع قواعد مربوط به احترام و شخصیت دیگران و تعاون، تنظیم و اداره می‌شود. بر این اساس، جامعه‌ی مطلوب او اجتماعی است از کسانی که اراده‌ی آزاد دارند. در این جامعه دو گروه مهم از قواعد حقوق حکومت می‌کند؛ نخست، قواعدی که به لزوم احترام به شخصیت دیگران ناظر است و دوم، قواعد لازم برای تأمین تعاون یا همبستگی اجتماعی.

بی‌گمان، راه رسیدن به این هدف، برحسب زمان و مکان و چگونگی ضرورت‌های اجتماعی متغیر است؛ اما آن چه همواره ثابت است، لزوم منطبق ساختن این قواعد با هدف عالی عدالت است (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۰۱/۲-۱۰۲).

1. Giambattista Vico
2. Le droit naturel à contenu variable
3. Rudolf Stammler

بدین ترتیب، مبنای حقوق طبیعی که تا آن روز عقل و فطرت بشری دانسته می‌شد، تغییر یافت و زمینه‌ی ایجاد حقوق طبیعی عرفی و گسترش تعداد قواعد آمره فراهم شد؛ امری که محدودیت حاکمیت اراده را در پی دارد (Reglad, 1934: 26). در واقع، باید گفت واقع‌گرایی به ابزاری قدرتمند نیاز داشت که در بیشتر نظام‌های حقوقی در دولت جست‌وجو می‌شد و این ابزار چیزی جز قانون موضوعه که ابزاری دولتی است، نمی‌توانست باشد. بدین ترتیب، دولت و قانون به سمت نقشی نه‌طریقی، بلکه موضوعیتی حرکت نمود؛ واقع‌گرایی موجب شد این قوانین بیشتر ماهیتی فنی یافته و جنبه‌ی آمره بیابند. مسیر تثبیت این نوع قواعد با مطالعه‌ی رویکردهای تحقیقی تبیین می‌شود. با وجود چنین دیدگاهی در خصوص قانون موضوعه، جایگاه سایر منابع حقوق محدود و محدودتر می‌شود: عرف در حقیقت منبعی مستقل برای تولید قواعد حقوقی به شمار نمی‌آید (Reglad, 1934: 26) و تنها در صورتی جزء منابع حقوق محسوب می‌شود که قانون موضوعه استناد به آن را مجاز دانسته باشد؛ هم‌چنین با افزایش قواعد آمره، رویه‌ی قضایی و نقش قاضی محدودتر از گذشته می‌شود.

## ۲. تأثیرپذیری منبع قاعده‌ی حقوقی از مبنای آن در رویکرد

### واقع‌گرایانه به حقوق<sup>۱</sup>

منظور از رویکردهای واقع‌گرایانه به حقوق، دیدگاه‌هایی است که بر ارتباط حقوق و واقعیت‌های تجربی تأکید دارند. این اندیشه‌ها را می‌توان ذیل دو عنوان واقع‌گرایی اجتماعی و واقع‌گرایی دولتی بررسی نمود.

### ۲-۱. واقع‌گرایی اجتماعی و منبع قاعده‌ی حقوقی

در واقع‌گرایی اجتماعی، مبنای قاعده‌ی حقوقی در اراده‌ی اجتماعی، با تعبیرهای متفاوت ابزاری نسبت به آن جست‌وجو می‌شود. جایگاه و ماهیت منبع قاعده‌ی حقوقی در شاخه‌های مختلف این رویکرد، یعنی مکتب تاریخی و مکتب تحقیقی اجتماعی بررسی می‌شود.

1. Legal Positivism

### ۱-۲. نظم خودجوش مکتب تاریخی حقوق و منبع قاعده‌ی حقوقی

مخالفت ناسیونالیسم آلمان با حقوق طبیعی فرانسوی موجب شد به جای ایده‌ی جهانی بودن حقوق و حقوق طبیعی جهان‌شمول، نظریه‌ی بومی بودن حقوق اتخاذ شود؛ نظریه‌ای که در ضمن، به تحولی بودن حقوق در برابر تحجر قوانین مدون قائل بود (Kelly, 1992: 394). بنیانگذار این مکتب را باید ساوینی<sup>۱</sup> (۱۸۶۰-۱۷۷۹) دانست. وی در تبیین این مکتب می‌گوید: حقوق نه از طبیعت اشیاء برمی‌خیزد و نه بر اساس عقل‌گرایی و تجزیه و تحلیل ایده‌آلیستی پدید می‌آید؛ بلکه حقوق هر قومی مخصوص خود اوست و این نظام حقوقی به مرور زمان همراه با رشد فرهنگ و تمدن آن قوم رشد یافته، در آینده نیز به همین روند تکامل می‌یابد؛ نمی‌توان قواعد آن را به یکباره به وجود آورد یا دگرگون ساخت. به عبارت دیگر، نه اراده‌ی جمعی و نه اراده‌ی فردی (اصل حاکمیت اراده) ایجادکننده‌ی قواعد حقوقی نیستند. هر نوع قانونگذاری نیز بر اساس تجزیه و تحلیل عقلی، با رشد طبیعی حقوق منافی است و حرکت تکاملی آن را کند می‌نماید (دل وکیو، ۱۳۸۰: ۱۴۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴۱/۱).

به نظر پیروان مکتب تاریخی، ایجاد قواعد حقوقی در سه مرحله انجام می‌شود: نخست، عرف، که مظهر و اعلام‌کننده‌ی «روح ملی» و مبنای اصلی حقوق است؛ دوم، رویه‌ی قضایی و اندیشه‌های حقوقی که تکمیل قواعد فنی برای اجرای اصول ناشی از عرف با آن‌ها است؛ و سرانجام قانون، که گاه حقوق عرفی<sup>۲</sup> و علم حقوق را که از دو مرحله‌ی سابق گذشته است، به صورت رسمی اعلام می‌کند (Shiner, 2005: 179). بنابراین، در ایجاد و شناسایی قواعد حقوق، پس از عرف، نقش اساسی را رویه‌ی قضایی و اندیشه‌های علمای حقوق بر عهده دارد و به وسیله‌ی این عوامل است که نهادهای حقوقی پرورش می‌یابد؛ اما قانون سهم فرعی و اعلام‌کننده یا تربیتی دارد (Del Vecchio, 1934: 21). نتیجه‌ی مهمی که طرفداران مکتب تاریخی حقوق، از مطالب پیش‌گفته می‌گیرند، برتری «حقوق عرفی» بر قوانین است؛ زیرا، اگر مبنای همه‌ی قواعد حقوق «وجدان عمومی» باشد، طبیعی است که قاعده‌ای که به طور مستقیم از این منبع نشأت گرفته است، باید بر آن چه قانون‌گذار در این مورد

1. Charles Von Savigny  
2. Customary Law

اعلام می‌کند، برتری داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۹۵/۲-۴۹۴)؛ این امر، یعنی مبنا انگاشتن عرف، موجب می‌شود که حقوق نقش اصلاحی خود را در اصلاح ساختار اجتماعی از دست دهد.

## ۲-۱-۲. عرف مستقل از قانون؛ برترین منبع در مکتب تحقیقی

### اجتماعی

اندیشمندان مکتب تحقیقی اجتماعی نظیر دورکیم<sup>۱</sup> و لوی برول<sup>۲</sup> معتقدند که حقوق در نتیجه‌ی شعور جمعی یا تقسیم کارهای اجتماعی به وجود می‌آید و ناشی از زندگی اجتماعی است و نه اراده‌ی قانون‌گذار (Kelly, 1992: 357). بدین ترتیب، باید گفت طرفداران نظریه‌ی جامعه‌شناسی حقوق، «وجدان عمومی» را مبنای مشروعیت قواعد حقوقی می‌دانند؛ در حقیقت حقوق را زاییده‌ی وجدان اجتماعی تلقی می‌نمایند. از منظر آگوست کنت<sup>۳</sup> وجدان عمومی مستقل از داوری‌های فردی است؛ می‌توان آن را در رویدادهای اجتماعی به خوبی حس کرد و آن را به دلیل عمومی بودنش الزام‌آور دانست (Comte, 1929: 1/87; Lacroix, 1956: 50). دورکیم، ملاک خوبی و بدی در زندگی اجتماعی و میزان اعتبار مقررات حقوقی را تشخیص «وجدان عمومی» یعنی «مجموعه‌ی اعتقادات و احساسات مشترک در میانگین افراد یک جامعه‌ی واحد» می‌داند (دورکیم، ۱۳۶۹: ۹۲)؛ لوی برول نیز در خصوص اصل و ریشه‌ی مجموع قواعد حقوقی معتقد است که حقوق ناشی از تمایلات گروه اجتماعی است که می‌خواهد بر آن اساس، روابط اجتماعی خود را سامان بخشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۸۰/۱).

اگر مبنای قواعد حقوقی را وجدان عمومی و شعور جمعی بدانیم، دیگر تفاوتی اساسی میان قانون و عرف و رویه‌ی قضایی وجود ندارد. همه‌ی این‌ها مظاهر خارجی وجدان عمومی‌اند و وجه ممیزه‌ی آن‌ها تنها در طرز اعلام و فنون مربوط به صورت خارجی قواعد است (Reglad, 1934: 27)؛ اما عرف نخستین پدیده‌ی اجتماعی است که به طور مستقیم از وجدان عمومی سرچشمه می‌گیرد و از شعور جمعی متأثر

1. Emile Durkheim
2. Henri Lévy-Bruhl
3. Auguste Conte

می‌شود؛ بنابراین، عرف (عرف مستقل از قانون)، عرفی که برای تبیین آن نیازی به قانون نیست را باید در این نظریه، نخستین و در عین حال مهم‌ترین منبع قاعده‌ی حقوقی دانست (داوید، ۱۳۸۷: ۱۵۴). اما، در این میان قانون و رویه‌ی قضایی نیز به عنوان پدیده‌هایی اجتماعی بررسی می‌شوند، زیرا این دو، چهره‌ی دیگری از نتایج فشار خواسته‌های عمومی است و از این حیث باید در کنار عرف به حساب آیند. در این مکتب، اعتبار «اصول کلی حقوق» به قدرت و حیثیت قانون‌گذار متکی نیست، بلکه اعتقاد عمومی خود به خود آن‌ها را ایجاد می‌کند (داوید، ۱۳۸۷: ۱۵۴).

## ۲-۲. واقع‌گرایی دولتی و منبع قاعده‌ی حقوقی

به رغم آن‌که در رویکرد واقع‌گرایی دولتی، اراده‌ی دولت به عنوان مبنای قاعده‌ی حقوقی مطرح می‌شود، با تعابیر متفاوتی از اراده‌ی دولت و جایگاه آن به عنوان مبنای قاعده‌ی حقوقی وجود دارد؛ این امر شاخه‌های متعدد این رویکرد را موجب شده و ماهیت و جایگاه منبع قاعده‌ی حقوقی را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد. مکاتب واقع‌گرایی قضایی، فایده‌گرایی حقوقی و هنجارگرایی حقوقی، به عنوان مهم‌ترین شاخه‌های واقع‌گرایی دولتی بررسی می‌شوند.

### ۲-۲-۱. واقع‌گرایی قضایی و منبع قاعده‌ی حقوقی

مقصود از واقع‌گرایی قضایی،<sup>۱</sup> اندیشه‌ی کسانی چون هومز،<sup>۲</sup> راسکو پاند،<sup>۳</sup> جروم فرانک<sup>۴</sup> و کارل لولین،<sup>۵</sup> قضات آمریکایی است؛ کسانی که به نقش قاضی در ایجاد قاعده‌ی حقوقی قائل بوده و بدین دلیل که ماهیت حقوق را تجربی و نه منطقی می‌دانند، به قاعده‌مندسازی قانونی و مبتنی بر منطق خشک روابط اجتماعی اعتماد چندانی ندارند (تروپه، ۱۳۸۶: ۳۱). از این منظر حکم حقوقی، در مسیر تعامل با واقعیت‌ها و هسته‌های اجتماعی، تابع تشخیص و صلاح‌دید قاضی قرار می‌گیرد. بدین ترتیب، می‌توان گفت نقش قاضی دیگر به کشف اراده‌ی قانونگذار و تحلیل ادبی

1. Legal Realism
2. Oliver Wendell Holmes
3. Roscoe Pound
4. Jerome Frank
5. Carl Llewellyn

و منطقی آن یا اعلام و اجرای حکم قانونی محدود نیست؛ چرا که حکم حقوقی تابع اراده‌ی او قرار می‌گیرد (موحد، ۱۳۸۱: ۲۷۴). به عبارت دیگر، در حوزه‌ی حقوق، این قوانین نیستند که حاکم‌اند، بلکه این قضات هستند که حکومت می‌کنند (موحد، ۱۳۸۱: ۲۶۳).

در مجموع باید گفت که شعار نظریه‌پردازان این مکتب، آن است که «حقوق چیزی جز پیش‌گویی حکم دادگاه نیست» (Villey, 2001:138; Holms, 1963: 172-173)؛ نتیجه آن که در واقع‌گرایی قضایی، رویه‌ی قضایی از سطح منبع قاعده‌ی حقوقی یا ابزار ساده‌ی بیان قاعده‌ی حقوقی فراتر رفته، نقش ایجاد قاعده‌ی حقوقی را بر عهده می‌گیرد.

پیروان مکتب مذکور، هر اندازه هم که تحت تأثیر رویکردهای پراگماتیستی بر لزوم احراز واقعیت تأکید کنند، نمی‌توانند در اندیشه‌ی خود ارتباط حقوق و دولت را انکار نمایند؛ چرا که دادگاه، سازمانی از دولت و دادرس نماینده‌ی قوه‌ی قضایی دولت است (تروپه، ۱۳۸۶: ۳۲). با این وجود، واقع‌گرایی قضایی مزیت‌های قانون به عنوان منبع قاعده‌ی حقوقی و ابزار دولتی بیان قاعده‌ی حقوقی را نادیده می‌گیرد. بی‌تردید قانون در مقایسه با قاضی بهتر می‌تواند حقوق و آزادی‌های فردی را حفظ کند؛ چرا که به روشنی نتایج حقوقی رفتار مردمان را از قبل مشخص می‌کند (Shiner, 2005: 172).

در این‌که واقع‌گرایی قضایی نقش عرف را به عنوان منبع قاعده‌ی حقوقی نادیده می‌گیرد، تردید است؛ چرا که قاضی هر پدیده را در ارتباط با واقعیت‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی در نظر می‌گیرد و پس از آن اقدام به صدور رأی و ایجاد حقوق می‌کند. بدین ترتیب، عرف حداقل به عنوان منبع درجه‌ی دوم قاعده‌ی حقوقی مورد توجه است.

## ۲-۲-۲. فایده‌گرایی حقوقی و منبع قاعده‌ی حقوقی

مبنای این نظریه اصل «بیشترین خوشبختی برای بیشترین افراد» و به عبارت دیگر تقلیل عدالت به سودمندی است. این اصل مقتضی تقدم مصلحت اجتماع بر مصلحت فرد و متابعت از قانون است که بر اساس اعتبار رأی اکثریت تصویب می‌شود.

از این رو، در این مکتب، هدف حقوق تأمین حداکثر سعادت برای اکثریت جامعه است (ساکت، ۱۳۷۲: ۹۲) و از آن جا که احکام حقوقی نیز تابع شرایط زمان و مکان بوده و متغیرند، لازمه‌ی آن انکار مبنای خاص و بنیادین اخلاقی - متافیزیکی برای حقوق است (Friedmann, 1965: 267).

فایده‌گرایی حقوقی برای ارزیابی قوانین و مقررات حقوقی با معیار مصلحت و اقتضا گام بر می‌دارد و بدون واهمه این پرسش را درباره‌ی کل ساختار نظام حقوقی و ترتیبات آن مطرح می‌سازد که هر یک از بخش‌های این نظام تا چه حد با اوضاع و احوال جامعه، با نیازهای انسان و پیشبرد خوشبختی او، اصلی که باید بر یک مجموعه‌ی قوانین حاکم باشد، منطبق است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۴/۱)؟

برای پاسخ به این پرسش، فایده‌گرایی حقوقی به دولت به عنوان مبنای قاعده‌ی حقوقی اعتقاد کامل پیدا می‌کند و مبنای واحد ایجاد قواعد حقوقی را همین اراده‌ی دولت می‌داند که در اراده‌ی اکثریت ریشه دارد؛ بی‌تردید، دولت نه بر اساس اصول حقوق طبیعی، بلکه هر آن چه را که به نفع جامعه است، پیگیری می‌کند و چنانچه قانونی را تصویب کند که حافظ و تأمین‌کننده‌ی سود اکثریت نباشد، آن قانون مطرود جامعه است و جنبه‌ی الزام‌آوری نخواهد داشت (Bentham, 1931: 114; Mill, 1979: 143)؛ بر این اساس دولت به ناچار باید قانون، که در واقع ابزاری دولتی و بیان‌کننده‌ی اراده‌ی دولت است را به عنوان مهم‌ترین منبع و ابزار بیان قاعده‌ی حقوقی در راستای نفع اکثریت شکل دهد و به همین دلیل قانون نقشی موضوعی خواهد یافت (شهبابی، ۱۳۸۸: ۲۶).

جان آستین<sup>۱</sup> (۱۷۹۰-۱۸۵۹) از پیشگامان واقع‌گرایی حقوقی است. دغدغه‌ی اصلی آستین در اثر بزرگش «تعیین قلمرو فلسفه‌ی حقوق»،<sup>۲</sup> شرح و تبیین «قانون به مفهوم دقیق کلمه»<sup>۳</sup> است. در اندیشه‌ی وی قانون دو گونه از امور را در بر می‌گیرد: احکام الهی<sup>۴</sup> و قوانین بشری.<sup>۵</sup> بخشی از قوانین بشری را قوانین موضوعه<sup>۶</sup> یا «حقوق

1. John Austin
2. The Province of Jurisprudence Determind
3. Law properly so called
4. Laws of God
5. Human Laws
6. Positive Laws



به معنی خاص<sup>۱</sup> شکل می‌دهند؛ همین گروه از قوانین است که وی آن‌ها را به عنوان قانون به معنای دقیق کلمه می‌شناسد. دسته‌ی دوم از قوانین بشری قوانینی هستند که بشر وضع می‌کند، اما نه به عنوان حاکم سیاسی یا برای حمایت از حق‌های قانونی؛ این قوانین به همراه شبه‌قوانین<sup>۲</sup> مانند آداب و رسوم و قوانین بین‌المللی، و قوانین استعاری<sup>۳</sup> مانند قانون جاذبه‌ی زمین، «قوانین در معنای غیردقیق»<sup>۴</sup> اند که صرفاً در حوزه‌ی «اخلاق موضوعه»<sup>۵</sup> جای می‌گیرند (Austin, 1954: 217; Wax, 2006: 30-31). برای تبیین بیشتر تفکیک «حقوق به معنای خاص» و «قوانین در معنای غیردقیق»، می‌توان به ارائه‌ی مثالی از حقوق داخلی متوسل شد؛ ماده‌ی ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک کشور که لزوم ثبت معاملات راجع به املاک در دفاتر اسناد رسمی را مقرر می‌دارد، مثالی از حقوق به معنای خاص است و مواد ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ قانون مدنی که زن و شوهر را مکلف به حسن معاشرت و تشییع مبنای خانواده می‌کند، قانون در معنای غیردقیق محسوب می‌شود.

آستین ماهیت قوانین موضوعه را فرمانی می‌داند که به طور کلی و با پشتوانه‌ی مجازات (ضمانت اجرا) از سوی یک مقام مافوق سیاسی صادر شده باشد. به عبارت دیگر، وی برای یک دستور (قاعدگی حقوقی) پنج جنبه را در نظر می‌گیرد: اراده<sup>۶</sup>، ضمانت اجرا<sup>۷</sup>، بیان اراده<sup>۸</sup>، عمومیت<sup>۹</sup> و وجود یک مقام عالی سیاسی غیرقابل شناسایی که حاکمیتش نامحدود و تجزیه‌ناپذیر است. این مقام مافوق سیاسی، «حاکم»<sup>۱۰</sup> نام دارد که ضرورتاً یک فرد نیست؛ بلکه احتمالاً یک گروه یا جمعی از افراد است؛ وجود چنین «حاکمی» شرط وجود جامعه‌ی سیاسی است. هم‌چنین شرط ضروری برخورداری از موقعیت حاکم این است که عادتاً از هیچ مرجع دیگری پیروی نکند

1. Laws Strictly so called
2. Laws by analogy
3. Laws by metaphor
4. Laws improperly so called
5. Positive Morality
6. Wish
7. Sanction
8. Expression of wish
9. Generality
10. Sovereign

(Austin, 1954: 13- 14).

با چنین جایگاهی برای دولت در مبنای قاعده‌ی حقوقی و به دنبال آن، نقش موضوعیتی قانون، «عرف» و «رویه‌ی قضایی»، به جز مواردی که حاکم به پیروی از آن‌ها فرمان می‌دهد، جایگاه مستقلی به عنوان منبع قاعده‌ی حقوقی یا ابزار بیان قاعده‌ی حقوقی نخواهد داشت (Reglad, 1934: 9)؛ چرا که هیچ یک از این دو نمی‌تواند مبین قواعدی باشد که واجد خصوصیات پنج‌گانه‌ی مورد نظر او باشند. با این وجود آستین معتقد است چنانچه قانون موضوعه به قاضی اجازه داده باشد، قاضی می‌تواند با شناسایی عرف، آن را به عنوان واقعه‌ای حقوقی وارد نظام حقوقی کند و بدین ترتیب با عملکرد قضایی خود اقدام به تأسیس حقوق عرفی کند (Shiner, 2005: 183). از طرف دیگر با تأیید و شناسایی قانون موضوعه، عرف راهنمای قاضی برای صدور احکام و شکل‌گیری رویه‌ی قضایی است، هم‌چنین در پی تغییر عرف طی مدت زمانی طولانی، قاضی متوجه تغییر در مفاهیم، ارزش‌ها و عادات و رسوم جامعه شده و خود را با آن منطبق می‌سازد؛ در نتیجه احکام و رویه‌های قضایی جدید شکل می‌گیرد (Ross, 1958: 93).

بر این دیدگاه، از دو جهت خدشه شده است؛ نخست این‌که، شناسایی عرف به عنوان منبع قاعده‌ی حقوقی همواره مستلزم شناسایی شدن توسط قانون موضوعه و دادگاه نمی‌باشد؛ در حقوق بین‌الملل در غیاب هرگونه مرکز جهانی یا دادگاهی جهانی که صلاحیت شناسایی عرف‌های جهانی را داشته باشد، عرف بین‌المللی به عنوان اولین منبع قاعده‌ی حقوقی به شمار می‌رود (Watson, 1984: 96).

دیگر آن‌که، گاهی عرف‌های قانونی از رویه و عرف میان نهادها و سازمان‌های قانونی بیرون می‌آید، بدون آن‌که مستلزم شناسایی توسط قانون موضوعه یا قاضی باشد. به رغم آن‌که در میزان اعتبار چنین عرف‌هایی تردید است (Watson, 1984: 98)، می‌توان گفت از آن‌جا که نهادها و سازمان‌های قانونی، قدرت و مشروعیت خود را از دولت می‌گیرند، عرف‌های ایجاد شده میان این نهادها و سازمان‌ها نیز دارای عنصر الزام‌آوری است و این یعنی بازگشت به نظریه‌ی فرمان آستین (Shiner, 2005: 183).

در نظام حقوقی ایران، عرف به عنوان منبع درجه‌ی دوم، در صورتی که قانون

اجازه داده باشد، می‌تواند منبع قاعده‌ی حقوقی باشد. ماده‌ی ۲۲۰ قانون مدنی ایران مصداقی از این حکم است. در صورت سکوت، اجمال و یا ابهام قانون، «عرف و عادت مسلم» نمی‌تواند نقشی به عنوان منبع قاعده‌ی حقوقی داشته باشد. ماده‌ی ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، برخلاف ماده‌ی ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، نه تنها به «عرف و عادت مسلم» اشاره‌ای نکرده، بلکه مراجعه به اصول حقوقی را نیز تنها در صورتی معتبر دانسته که خلاف شرع نباشد. اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی ایران نیز اجازه‌ی رجوع به عرف را به عنوان منبع نداده است. عرف بر دو گونه است؛ عرف حکمی و عرف موضوعی. عرف حکمی همان عرف به عنوان منبع حقوق است که با توجه به این که در فقه امامیه نظر مساعدی در خصوص آن نیست، مواد یاد شده بدان اشاره‌ای نکرده‌اند. نقش عرف موضوعی که می‌توان آن را عرف متمم حقوق دانست، به شناسایی مصادیق اجرای حکم محدود است. بی‌تردید عرف در این معنی بارها در فقه امامیه و هم‌چنین حقوق ایران مورد استناد قرار گرفته است. عرف به معنای اخیر، منبع قاعده‌ی حقوقی نیست (علیدوست، ۱۳۸۶: ۲۱۳، ۲۵۲).

به عنوان دیدگاه نهایی در خصوص نقش عرف در نظام‌های حقوقی معاصر باید گفت در نظام رومی ژرمنی عرف تنها زمانی جزئی از نظام حقوقی محسوب می‌شود که از طریق یکی از دو راه ذیل وارد نظام قانونی شده باشد:

الف) با استمداد از قانون موضوعه به نحوی که قوانین مذکور با قدرت خاص خود، ضمانت اجرای این قواعد را تنظیم کرده و آن‌ها را شناسایی نماید (Pecze-nik, 1989: 331).

ب) هنگامی که تعارض منافع بین گروه‌هایی از مردم یا گروه‌هایی از مردم با سازمان‌های دولتی ایجاد شود و سازمان‌های مذکور به شکل مستقیم یا غیرمستقیم برای حل تعارضات از این قواعد اجتماعی کمک گیرند (Peczenik, 1989: 335).

در حالی که در هر دو روش فوق، شناسایی و تأیید عرف‌ها و قواعد اجتماعی توسط قانون موضوعه و نهادهایی که قدرت خود را از دولت می‌گیرند، پذیرفته شده است، در نظام حقوقی کامن‌لا وضع به گونه‌ای دیگر است؛ در این نظام سه گونه از عرف‌ها را می‌توان از یکدیگر متمایز کرد:

الف) عرفی که توسط قانون موضوعه (مقرره‌های قانونی) به صراحت به قاعده‌ای حقوقی تبدیل شده است؛ در چنین حالتی عرف در محدوده‌ی حقوق دولتی ایجاد شده و گسترش می‌یابد.

ب) عرفی که توسط هیچ مقرره‌ی قانونی تدوین نشده، اما در برخی موضوعات اعمال می‌شود؛ جایی که قاضی در حکم خود عرفی را شناسایی می‌نماید و بدین ترتیب آن را به منبع قاعده‌ی حقوقی تبدیل می‌نماید. درجه‌ی الزام‌آوری چنین عرف‌هایی به سیاست‌های نظام حقوقی بستگی دارد (Simpson, 1973: 77-80).

ج) عرف‌هایی که به صراحت با مقرره‌های قانونی در تعارض‌اند، اما به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور در یک نظام حقوقی به صورت مؤثر شناسایی شده‌اند (Simpson, 1973: 184-185)؛ مانند آن که قاضی در حل یک دعوا از یک قاعده‌ی عرفی متعارض با مقرره‌ی قانونی استفاده کند. در چنین صورتی عرف منبع قاعده‌ی حقوقی به شمار نمی‌رود، اما در چارچوب نظام حقوقی وارد می‌شود (Shiner, 2005: 185).

### ۲-۲-۳. هنجارگرایی حقوقی و منبع قاعده‌ی حقوقی

هنجارگرایی حقوقی بر تفکیک میان «هست» و «باید» مبتنی است. در این نظریه از حقوق و قانون و محتوای آن، آن گونه که هست بحث می‌شود و به این مسأله که قانون چه باید باشد، پرداخته نمی‌شود.

هنجارگرایی، در تحلیل یک نظام حقوقی، آن را به عنوان ساختاری متشکل از هنجارها و گزاره‌های اعتباری تصویر می‌کند که می‌تواند در عین حال که مستقل از ارزش‌های اخلاقی، اجتماعی، اقتصادی یا سیاسی است، درست و کامل باشد. نظامی هنجارمند که تنها مجموعه‌ای از قواعد است و هیچ‌گونه ارزیابی منتج از علوم یا نظام‌های ارزشی خارج از خود را نمی‌پذیرد و معتقد است که «باید» حقوقی را نمی‌توان بر بنای ارزش‌ها سنجید؛ بدین ترتیب، در این رویکرد، «باید» حقوقی کاملاً صوری بوده و پیامی جز معانی محض واژگان خود ندارد (Kelsen, 1967: 185). با این حال واقع‌گرایان اجتماعی، بر آثار این مکتب حقوقی، به‌ویژه در حوزه‌ی منبع قاعده‌ی حقوقی، انتقاد نموده‌اند؛ زیرا اطاعت محض از قانون، یعنی همان ابزار بیان هنجارهای حقوقی، و بی‌توجهی به ملاحظات اجتماعی، سیاسی و اقتصادی؛ این

امر افزون بر این که، نظام حقوقی را از منابع پویایی چون عرف محروم می‌سازد، عدم پویایی و تحرک قانون و در نتیجه رکود و کهنگی آن نسبت به تحولات جامعه را موجب می‌شود و بدین ترتیب، نظام حقوقی، نقش اصلاحی خود را در ساختار اجتماعی از دست خواهد داد (Kelly, 1992: 428).

در هنجارگرایی حقوقی، مفهوم دولت که اعتبار خود را از قانون اساسی کسب می‌کند، جایگاه شایسته‌ای دارد؛ ظاهر امر نیز این است که قانون به عنوان ابزار دولتی منبع عالی قواعد حقوقی محسوب می‌شود. نقش رویه‌ی قضایی به کشف اراده‌ی قانونگذار محدود بوده، اعمال‌کننده و اجراکننده‌ی قانون است و اختیاری در بیان قاعده‌ی حقوقی ندارد (Kelsen, 1967: 196)؛ تلاش دادرس باید مصروف کشف اراده‌ی واقعی قانون‌گذار باشد؛ بدین معنی که با توسل به وسایل منطقی، راه‌حل تمام دعاوی را از متن قوانین بیابد. دادگاه مأمور اجرای قانون است و باید عالی‌ترین اصل را که همان قانون است، در مصداق‌های بیرونی خود رعایت کند و تنها در همین حد است که رأی آن مشروع است (Shiner, 2005: 178).

با وجود آنچه گفته شد، در هنجارگرایی حقوقی، با این شدت نیز نقش رویه‌ی قضایی محدود نمی‌شود. رویه‌ی قضایی و تصمیمات قضات در کنار اجرای قانون و در صورت شناسایی قاعده‌ی برتر، توانایی ایجاد، تشکیل و حتی ترکیب نرم‌هایی برای ایجاد قواعد جدید را دارد. بدین ترتیب، هنجارگرایی از موضع اولیه‌ی خود مبنی بر صرفاً مجری بودن قاضی کوتاه می‌آید و نقش قاضی در بیان قواعد حقوقی را مشروط به شناسایی نرم‌های بالاتر می‌پذیرد (Shiner, 2005: 175).

در عدم پذیرش عرف به عنوان منبع قاعده‌ی حقوقی در این مکتب نیز می‌توان تردید کرد؛ واقعیت این است که هر چند قانون اساسی در رأس نظام هنجارها قرار دارد و مبنای اعتبار هنجارهای پایین‌تر از خود، از قوانین عادی تا احکام دادگاه‌ها است، اما در هنجارگرایی حقوقی، از قانون اساسی نه یک معنای شکلی، بلکه معنا و مفهومی ماهوی مدنظر است (Del vecchio, 1934: 19)؛ بدین ترتیب، اصول اساسی صرفاً اعتبار خود را از قانون اساسی اخذ نمی‌کنند؛ آن‌گونه که در جای دیگری غیر از قانون اساسی و برای مثال در عرف سیاسی نیز می‌توان به جست‌وجوی آن‌ها پرداخت. بدین ترتیب، عرف در عالی‌ترین سطح از نظام حقوقی به عنوان منبع قاعده‌ی

حقوقی به رسمیت شناخته می‌شود؛ حتی به نظر می‌رسد، در هنجارگرایی حقوقی عرف از نقش منبع فراتر رفته و شأن مبنای اعتبار یا منشأ الزام‌آوری قواعد حقوقی را می‌یابد؛ چرا که مبنای اعتبار قانون اساسی نیز می‌باشد. قانون اساسی به این دلیل دارای اعتبار است که برآورنده‌ی انتظارات اجتماعی در زمان تصویب مردم یا همان اراده‌ی جمعی است (Rottleuthner, 2005: 157).

به نظر می‌رسد با تحلیل عمیق‌تر هنجارگرایی حقوقی، می‌توان به این نتیجه رسید که در این رویکرد، منابع حقوق نامحدود است و هر مقام و نیروی الزام‌آوری، اعم از خصوصی (قرارداد) و عمومی (قانون)، جزء منابع الزام‌آور حقوق است (صادقی، ۱۳۸۵: ۲۶۰). توضیح آن که در هنجارگرایی حقوقی، قواعد حقوقی به زنجیره‌ای از هنجارها می‌ماند که می‌توان به دو صورت نزولی و صعودی به آن نگریست؛ در نگرش صعودی، قواعد ناشی از روابط خصوصی افراد سرانجام به قانون اساسی منتهی می‌شود؛ اما در نگرش نزولی به این هرم، حرکت از قواعد ناشی از قانون اساسی آغاز شده و تا الزامات حقوقی ناشی از روابط خصوصی ادامه می‌یابد؛ بدین ترتیب، دادگاه ضمن رعایت تمامی اصول و قواعد قانونی، به همان اندازه، وظیفه‌ی اجرای الزامات حقوقی برآمده از قرارداد را دارد (راسخ، ۱۳۸۱: ۳۱).

به رغم آنچه گفته شد، منبع قواعد حقوقی بودن قراردادهای خصوصی، از دو جهت محل تردید است؛ از یک سوی قاعده‌ی حقوقی به حکم طبیعت خود باید کلی و مجرد از خصوصیات فردی باشد و تصمیمات فردی و وابسته به موضوع خاص چنین خصوصیتی را ندارند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷/۲-۱۶). از سوی دیگر، اعتبار قرارداد و اثر حقوقی آن وابسته به تأیید قانون است؛ بنابراین، قرارداد نمی‌تواند منبع اصیل و مستقل قاعده‌ی حقوقی باشد. نتیجه آن که، قرارداد تنها وسیله‌ی اجرای قاعده‌ی حقوقی و منبع تعهد یا حقوق و تکالیف عینی و شخصی است و منبع قاعده‌ی حقوقی به شمار نمی‌رود (Shiner, 2005: 152).

شاینر، استاد انگلیسی، همانند دیدگاه هنجارگرایی حقوقی، قرارداد را منبع قاعده‌ی حقوقی می‌داند. از نظر وی، اگر چه کلی بودن از اوصاف قاعده‌ی حقوقی است، اما همانند اجباری بودن، وصف ذاتی قاعده‌ی حقوقی نیست تا نبود آن، فقدان قاعده‌ی حقوقی را نتیجه دهد (Shiner, 2005: 170). به عبارت دیگر، بین اوصاف

قاعده‌ی حقوقی نوعی سلسله مراتب وجود دارد. کلی بودن وصف عرضی قاعده‌ی حقوقی بوده و به این علت جزء اوصاف قاعده‌ی حقوقی است؛ مجلس نیز به عنوان مقام قانون‌گذاری کلی، اغلب قواعدی کلی تصویب می‌نماید؛ با این وجود، می‌توان برخی قواعد حقوقی مصوب مجلس را نام برد که هر چند کلی و مجرد نیستند، از نظر ماهوی قاعده‌ی حقوقی به شمار می‌روند؛ تردیدی نیست که اشخاص حقیقی و حقوقی نمی‌توانند قاعده‌ی کلی وضع کنند؛ اما می‌توانند ایجادکننده‌ی قواعد جزئی باشند؛ قواعدی که دیگر خصوصیات قواعد حقوقی، به غیر از کلی بودن را دارند؛ چنین قواعدی نباید برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشند.

### ۳. تعامل حقوق طبیعی و رویکرد واقع‌گرایانه به حقوق و منبع

#### قاعده‌ی حقوقی

پس از جنگ جهانی دوم، اندیشمندان حوزه‌ی فلسفه‌ی حقوق دریافتند که انکار مفاهیم حقوق طبیعی و پذیرفتن اراده‌ی حکومت به طور مطلق، موجب انکار تفاوت میان ظلم و عدالت است؛ امری که نتیجه‌ی اجتناب‌ناپذیر آن، وضع اسفبار انسان و آرمان‌های او در قرن بیستم است. ملت‌ها و طبقات مختلف مردم خواستار نظم اجتماعی نوینی بودند که در آن حقوق بشر (بایدها و نبایدهای ارزشی) محترم انگاشته شود و حکومت ملزم به رعایت اصول حداقلی باشد (Kelly, 1992: 585). بدین ترتیب، قواعد مربوط به حقوق بشر به عنوان اصولی غیرقابل تجدیدنظر، انعطاف‌ناپذیر و به عنوان حقوقی که هیچ شخص یا دولتی حق تعرض به آنها را ندارد، جایگاه برتری در نظام حقوقی پیدا کرد. نتیجه آن که، تمرکز بر «حقوق بنیادین انسان»<sup>۱</sup> در کنار به رسمیت شناختن حق حاکمیت دولت و حکومت قانون موضوعه، احیاء دیدگاه‌هایی نوین را موجب شد؛ دیدگاه‌هایی که متضمن مفاهیمی چون حقوق فردی، نقش تضمینی دولت و قانون در رابطه با این حقوق و بنیان دولت در اراده‌ی مردم بود. در نتیجه، قانون به عنوان ابزاری دولتی، وظیفه‌ی سازگاری میان منافع عمومی از یک سو و حقوق بنیادین شهروندی از سوی دیگر را بر عهده گرفت (Shiner, 2005: 159). این امر جز به یاری احیاء حقوق طبیعی و پذیرفتن اصولی

1. Human Fundamental Right (Droits fondamentaux)

بالتر از نظام‌های موجود، امکان‌پذیر نبود. احیاء اندیشه‌ی حقوق طبیعی وامدار دو جریان فکری است که هرچند در کم و کیف امر اختلاف نظر دارند، اما هر دو در احیاء اندیشه‌ی حقوق طبیعی نقش به‌سزایی داشته‌اند؛ این دو جریان عبارتند از:

(الف) جریانی که بر بازگشت به حقوق طبیعی مدرن با همان مبنای عقلانیت فطری تأکید می‌کند. گوستاو رادبروخ،<sup>۱</sup> حقوقدان بزرگ آلمانی و ژرژ دل وکیو،<sup>۲</sup> فیلسوف بزرگ ایتالیایی به این جریان تعلق دارند.

(ب) جریانی که با تعدیل عقاید تحقق‌گرایان افراطی، حقوق طبیعی را تنها به مثابه‌ی نیرویی که راهبر تحول و تکامل حقوق موضوعه است، تلقی می‌کند (Simp-son, 1973: 81). این جریان با زیر سؤال بردن ایستایی حقوق موضوعه، بر لزوم پیشرفت حقوق همگام با تحولات جامعه تأکید می‌کند. با این حال، نظام حقوقی را تابع بایدها و ارزش‌هایی متافیزیکی می‌داند. هارت<sup>۳</sup> و دورکین<sup>۴</sup> را می‌توان متعلق به این جریان دانست.

### ۱-۳. احیاء حقوق فطری، بازگشت به عقلانیت فطری

شاید نخستین پیام‌آور احیاء اندیشه‌ی حقوق طبیعی را بتوان گوستاو رادبروخ دانست؛ وی در چهارمین چاپ کتاب خود با عنوان فلسفه‌ی حقوق،<sup>۵</sup> مقاله‌ای با عنوان «ظلم حقوقی و نظام فراموضوعه»<sup>۶</sup> در بخش پیوست آن گنجانده؛ در واقع اصول کلی این نوشته راهنمای کسانی بود که در همه جا علیه پوزیتیویسم قد برافراشته بودند (604: Kelly, 1992; 136: Villey, 2001). شایان ذکر است که رادبروخ در ابتدا و پیش از جنگ جهانی دوم از طرفداران جدی رویکرد واقع‌گرا به حقوق شناخته می‌شد (Radbruch, 1929: 38-39).

به گفته‌ی او قوانین نازی، «اساساً چیزی از جنس قانون در خود ندارند؛ این‌گونه نیست که قوانین نادرست باشند؛ بلکه به طور کلی قانون نیستند»

1. Gustav Radbruch
2. Giorgio Del Vecchio
3. Herbert Hart
4. Ronald Dworkin
5. Philosophy of Law (Rechtphilosophie)
6. Legal injustice and supra- statutory law



(Kelly, 1998: 605). از این جمله‌اند مقررانی که برخی از انسان‌ها را شبه‌انسان محسوب می‌کردند و قوانینی که به صرف نیت بازدارندگی، برای طیف وسیعی از تخلفات، مجازاتی یکسان (مرگ) را در نظر می‌گرفتند. رادبروخ در مقاله‌ای دیگری در همان کتاب، بر این موضوع تأکید نمود که قوانینی که به طور عمدی مقتضیات فطرت و عدالت را نادیده انگارند، باطل‌اند و مردم تکلیفی در پیروی از آن‌ها ندارند؛ حقوقدانان نیز باید جرأت قانون ندانستن آن‌ها را داشته باشند (Kelly, 1998: 605). بدین ترتیب، قانون به عنوان منبع قاعده‌ی حقوقی نقش موضوعیتی نخواهد داشت. ژرژ دل و کیو (۱۹۷۰ میلادی)، با نظرانی که در کتاب فلسفه‌ی حقوق در خصوص استقلال انسان و عدالت بیان می‌کند، به نظریه‌های حقوق طبیعی مدرن بسیار نزدیک می‌شود. به عقیده‌ی وی «انسان جدا از هرگونه تجربه و به حکم فطرت، دارای قدرتی است که می‌تواند عدالت را از ستم بازشناسد. ارسطو نیز همین قوه یا احساس عدل و ظلم را صفت اصلی و مشخص انسان در برابر دیگر حیوانات می‌داند» (Del Vecchio, 1936: 283). وی به این ایراد که احکام وجدان در حقیقت تکرار دآوری‌هایی است که در عالم خارج اتفاق می‌افتد و بازتابی از سازمان‌های حقوق موضوعه است، پاسخ می‌دهد که میان مفهوم حقوق و اندیشه‌ی حقوق تفاوت است؛ بدین ترتیب که مفهوم حقوق از لحاظ منطقی بر تجربه‌ی قضایی تقدم دارد؛ بدین معنی که اراده‌های از پیش تعیین شده را می‌سازد. ضمن آن‌که، چنین سازمان‌هایی در صورتی موجه هستند که از وجدان ما ناشی شده باشند. بدین ترتیب که احساس حقوقی (احکام وجدان)، که از طبیعت انسان ناشی می‌شود، نیرویی مستقل و خاص است و نخستین منبع تحول و پیشرفت حقوق به شمار می‌رود (Del Vecchio, 1934: 19).

دل و کیو مبنای تمام قواعد حقوق را طبیعت انسان می‌داند. از این سرچشمه است که اصول ثابت عدالت، یعنی همان حقوق طبیعی تراوش می‌کند (Del Vecchio, 1936: 91). این اصول ثابت که باید با اصول اخلاقی نیز منطبق باشد، امری و الزام‌آور است. این الزام به درجه‌ای است که دولت را مکلف می‌کند برای ایجاد زمینه‌ی استفاده هر چه بیشتر انسان از استعدادهای خود و حمایت از حقوقی که به طور طبیعی به وی تعلق دارد، قوانین حداقلی تصویب و اجرا کند؛ به عبارت دیگر،

از نظر دل وکیو رویکرد پوزیتیویستی، با بهره‌گیری از قانون به عنوان ابزار دولتی بیان قواعد حقوقی، در خدمت اصول حقوق طبیعی قرار می‌گیرد. بدین ترتیب، باید گفت هرچند در اندیشه‌ی دل وکیو، قانون در رأس نظام حقوقی جای می‌گیرد، اما نقش طریقی‌داشته و همواره در راستای حفظ ارزش‌های بنیادین تدوین و تفسیر می‌شود (Villa, 1991: 82). دل وکیو دولتی را که بر خلاف عدالت به این معنا رفتار می‌کند، «دولت متخلف» می‌نامد (Del Vecchio, 1936: 92). وی منابع قواعد حقوقی را در دو منبع اصلی خلاصه می‌کند؛ قانون و عرف و با آن که عرف را شکل اصلی ابراز اراده‌ی اجتماعی می‌داند، آن را در مرتبه‌ی فروتری نسبت به قانون قرار می‌دهد؛ البته نه از آن جهت که قانون چنین ترتبی را مقرر می‌کند، بلکه به جهت ضرورت اجتناب‌ناپذیر وجود یک قاعده‌ی ثابت دارای محتوا و مدت معین و معتبر و به نحو یکنواخت در سراسر کشور. بر این اساس، نیاز به نظام حقوقی یکسان است که موجب برتری قانون می‌شود. عرف غالباً غیردقیق، انعطاف‌پذیر و از محلی نسبت به محل دیگر ناهمگون است؛ اما قانون همه جا دقیق، ثابت و مطمئن است (Del Vecchio, 1936: 283). عرف ماهیتاً جنبه‌ی خاص دارد؛ به رغم آن که گاه عرف در تلاش است برخلاف قانون قد علم کند، همواره از طریق مجموعه‌های منسجم و متحد حقوقی که معمولاً به صورت مجموعه‌ی قوانین ظاهر می‌شوند، ناکام می‌ماند. وی بر این عقیده است که برای رفع نقایص احتراز‌ناپذیر مقررات موضوعه در موارد پیش‌بینی نشده و تطبیق قواعد حقوقی با مقتضیات در حال تغییر جامعه، نظام حقوقی باید همواره از قضات، اندیشه‌ی علمای حقوق و اصول کلی حقوقی کمک بگیرد (Del Vecchio, 1934: 21).

دل وکیو با انتقاد از پوزیتیویست‌های دولتی که قانون را تنها منبع قاعده‌ی حقوقی می‌دانند، معتقد است که توجه به روابط متقابل میان انسان‌ها که به طور منظم و متناوب، به شکل قواعد همزیستی در جامعه در جریان است، نادرستی اعتقاد پوزیتیویست‌های افراطی را به اثبات می‌رساند (Del Vecchio, 1934: 23). در نظر او، قاضی در هر مورد مکلف است با درک بسیار عمیق از قانون مصوب حکومت و با اشراف به نیروهای اجتماعی مانند نیروهای سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و مذهبی قضاوت کند. از طریق چنین قضاوتی است که نظام حقوقی قوی‌تر و سازمان‌یافته‌تر

می‌شود و قواعد حقوقی با شتاب بیشتری با واقعیت‌های اجتماعی منطبق می‌شود (Watson, 1984: 563)؛ در مرحله‌ی بعدی، او برای بارور کردن نظام حقوقی، از اندیشه‌ی علمای حقوق کمک می‌گیرد؛ به عقیده‌ی دل و کیو همان‌گونه که حقوقدان مکلف است مواردی که در دنیای خارج تحقق پیدا می‌کند و قاعده‌ای که باید نسبت به آن اجرا شود را مطالعه کند، باید با بررسی دقیق قاعده‌ی حقوقی، آن‌چه را بالقوه در آن موجود است، استخراج کند؛ چرا که برای اجرای صحیح قاعده، مفسر و حقوقدان نباید به الفاظ قانون اکتفا کند؛ بلکه برای رسیدن به این هدف باید توجه خود را به معنای واقعی یا روح آن معطوف کند؛ زیرا اجرای ماشینی صرف یک قاعده، حقوق را از مجرای طبیعی خود خارج کرده و نتایج مضحکی را در پی دارد (Pecze- nik, 1989: 335). در نگاه دل و کیو باید از اصول کلی حقوقی به عنوان آخرین ردیف منابع حقوق نام برد. بدین توضیح که هرگاه برای تنظیم یک رابطه‌ی حقوقی، به طور مستقیم قاعده‌ای وجود نداشته باشد، قاضی باید به تفسیر قیاسی مبادرت نموده و در صورت فقدان قواعد قابل اعمال، به اصول کلی حقوقی متوسل شود؛ به ویژه در این‌گونه موارد ضابطه‌ی انصاف می‌تواند در تعیین قاعده مؤثر باشد (Del Vecchio, 1936: 284).

### ۲-۳. واقع‌گرایی اخلاقی و منبع قاعده‌ی حقوقی

واقع‌گرایی اخلاقی را می‌توان در تقابل با واقع‌گرایی دولتی (واقع‌گرایی قضایی، فایده‌گرایی حقوقی و هنجارگرایی حقوقی) ارزیابی کرد. واقع‌گرایی اخلاقی به یکی بودن حقوق و اخلاق قائل نیست و بر عکس بر جدایی آن دو تأکید دارد. این امر در ظاهر، نوعی تناقض یا تعارض درونی را به همراه دارد؛ با این وجود، اصرار بر این جدایی، به معنای عدم توجه حقوق به اخلاق نیست؛ بلکه برعکس، واقع‌گرایی اخلاقی بر این امر تأکید دارد که قواعد حقوقی بیان‌کننده‌ی مزیت‌های اخلاقی است؛ هرچند حقوق و قاعده‌ی حقوقی را با ارجاع به اخلاق نمی‌توان تعریف کرد و توصیف حقوق یک داوری اخلاقی نیست (تروپه، ۱۳۸۶: ۳۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۸۷)؛ به عبارت دیگر، توصیف حقوق، عادلانه بودن یا نبودن اخلاقی قاعده‌ی حقوقی و در نتیجه لزوم یا عدم لزوم تبعیت اخلاقی از آن را نتیجه نمی‌دهد (Hart, 1976: 216).

هرچند واقع‌گرایان اخلاقی به مانند واقع‌گرایان دولتی، قانون را مهم‌ترین منبع قاعده‌ی حقوقی می‌دانند، اما بر خلاف آنان، اراده‌ی دولتی را یگانه منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی ندانسته و به اصول برتری قائل‌اند که بر قانون حکومت می‌کنند. تعبیر یکسانی در خصوص این اصول وجود ندارد؛ گاهی از آن با عنوان «اخلاق برترین» (Dworkin, 1994: 204)، «اخلاق والای اجتماعی» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۱/۲) یا «محتوای حداقلی حقوق طبیعی»<sup>۱</sup> (Hart, 1976: 138-154) یاد می‌شود. این اصول میان حقوق و اخلاق مشترک‌اند و حقوق و اخلاق را به هم پیوند می‌دهند. بدین ترتیب، قواعد حقوقی باید اصول برتر را جدی گیرند؛ دولت در تدوین قانون، به عنوان ابزار بیان قاعده‌ی حقوقی و قضات در تفسیر و اجرای این قواعد مکلف به رعایت کامل آنند. این یک اصل است و بر ملاحظاتی نظیر مصلحت، خیر یا عرف اجتماعی برتری دارد (Dworkin, 1994: 204). بدین ترتیب، اصول برتر اخلاقی را نمی‌توان معادل اخلاق اجتماعی دانست، آن‌گونه که دورکیم از آن یاد می‌کند (Durkheim, 1987: 24)، آن‌گونه که اخلاق اجتماعی متغیر و تابع زمان و مکان است، اخلاق برترین محتوایی حداقلی خواهد داشت و از آن‌جا که ثابت است ممکن است نقش کمتری را در تعامل با قانون ایفاء کند. از این منظر، نظریه‌ی «اخلاق والای اجتماعی»، که برای بازشناسی خود نیم‌نگاهی به محسنین اجتماع دارد، بهتر می‌تواند تعامل اخلاق و حقوق را تبیین نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۸۶).

در هر حال، در واقع‌گرایی اخلاقی، قانون و رویه‌ی قضایی نقش طریقی خواهند داشت. در واقع، اگر امر حقوقی یا نتیجه‌ی دعاوی به نظر قانونگذار و یا به نظر شخصی یا شهود قاضی یا قوی‌ترین تشخیص او منوط باشد، اصول برتر، آسیب‌دیده و قربانی منافع اجتماع می‌شود (Wax, 2006: 57).

در واقع‌گرایی اخلاقی، از قانون در حمایت از اصول برتر انتظار بیشتری می‌رود و به همین دلیل، قانون نقش محدود کردن قاضی و رویه‌ی قضایی را بر عهده می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۸۷).

از این رو، واقع‌گرایی اخلاقی در تضاد با واقع‌گرایی قضایی قرار گرفته و به رد آن می‌پردازد؛ قاضی برای رفع ترافع تنها به تفسیر قانون می‌پردازد و در مواردی که

خصوصیت و ترافیعی در میان نباشد، نقش تفسیری وی نیز تنزل یافته، به اعلام حکم قانونگذار محدود می‌شود. بر این اساس رویه‌ی قضایی نقش چندانی به عنوان منبع قاعده‌ی حقوقی نخواهد داشت (Hart, 1976: 132).

در برخی از اندیشه‌های واقع‌گرای، نظیر اندیشه‌ی هربرت هارت، قانون منبع دو گروه از قواعد (اولیه<sup>۱</sup> و ثانویه<sup>۲</sup>) تلقی می‌شود. همواره این امکان وجود دارد که قواعد اولیه که همان قواعد آمره و الزام‌آورند به دلیل ایستایی و کلی بودن، عدم کارآمدی نظام حقوقی را در پی داشته باشند؛ رفع این چالش مستلزم قواعد ثانویه است؛ قواعدی که اختیارات و صلاحیت‌هایی را برای شناسایی<sup>۳</sup> قواعد اولیه، حل و فصل دعاوی<sup>۴</sup> و در نهایت تغییر<sup>۵</sup> قواعد به وسیله‌ی قراردادهای خصوصی و اختیارات قانونگذاری اعطاء کند (Hart, 1976: 51). از نظر هارت، تثبیت قواعد حقوقی اولیه در یک جامعه، مستلزم آن است که چنین قواعدی به عنوان رفتارهای رسمی در جامعه مورد پذیرش همگانی واقع شوند (Shiner, 2005: 147). اینجاست که باید گفت هارت گاهی کلامی متزلزل دارد و به عرف و اراده‌ی اجتماعی و آداب و رسوم جامعه چنان در ساختار نظام حقوقی بها می‌دهد که به سختی می‌توان او را هم‌چنان در زمره‌ی واقع‌گرایان اخلاقی دانست. بر این اساس، باید پذیرفت که عرف نقشی فراتر از منبع قاعده‌ی حقوقی داشته و در ایجاد قواعد حقوقی سهیم است.

1. Preliminary Rules
2. Secondary Rules
3. Ruled of Recognition
4. Rules of Adjudication
5. Rules of Change

## برآمد

فهم هر نظام حقوقی و ارکان مختلف آن و چگونگی ارتباط این ارکان، مستلزم مطالعه‌ی مبنا و منشأ الزام‌آوری قواعد و نهادهای حقوقی آن نظام است؛ آن‌گونه که حتی فهم چپستی، طبیعت، ماهیت و هدف قواعد حقوقی نیز بدون توجه به مبنا و منشأ الزام‌آوری قواعد امکان‌پذیر نیست. منابع یا ابزارهای بیان قواعد حقوقی نیز از این امر مستثنی نیست. ماهیت و کارکرد منابع و نوع ارتباط بین منابع، به شدت متأثر از نوع مبنای نظام حقوقی می‌باشد.

قانون، عرف، رویه‌ی قضایی و اندیشه‌ی عالمان حقوق، به عنوان منابع قاعده‌ی حقوقی مطرح می‌شوند. بر حسب منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی، ماهیت هر یک از این منابع در نظام حقوقی متفاوت است. این تأثیر می‌تواند تا آن‌جا باشد که هر یک از این منابع، از سطح منبع فراتر رفته و به جای این‌که ابزار بیان قاعده‌ی حقوقی باشند، به ابزار ایجاد قاعده‌ی حقوقی نزدیک شوند. قانون در اندیشه‌ی فایده‌گرایی حقوقی و حتی در برخی از اندیشه‌های مبتنی بر عقلانیت انسان‌گرایانه، همانند اندیشه‌ی روسو، بر خلاف آنچه در اندیشه‌ی واقع‌گرایی اخلاقی است، چنین وضعیتی را می‌یابد. رویه‌ی قضایی نیز در اندیشه‌ی واقع‌گرایی قضایی به ابزار ایجاد و نه فقط بیان قاعده‌ی حقوقی نزدیک می‌شود.

با پذیرش مبنای اراده‌ی الهی، قانون و عرف نمی‌توانند در نظام حقوقی منابع مستقل و درجه‌ی اولی به شمار آیند؛ زیرا در غیر این صورت در تعارض با مبنا قرار می‌گیرند؛ امری که در نظام‌های حقوقی غیردینی نیز پذیرفتنی نیست.

نوع ارتباط این منابع با یکدیگر و تقدم و تأخر کارکردی آن‌ها از رویکرد طبیعی تا رویکرد واقع‌گرا به حقوق متفاوت می‌شود. برای مثال، نباید انتظار داشت که در رویکرد واقع‌گرایی اجتماعی به حقوق، در صورت تعارض قانون و عرف، قانون مقدم باشد؛ چرا که عرف بر خلاف قانون با وجدان اجتماعی که مبنای قواعد حقوقی در چنین رویکردی است، ارتباط مستقیمی می‌یابد و بهتر از قانون که یک ابزار دولتی است، می‌تواند منعکس‌کننده‌ی مبنا باشد. هم‌چنین، نباید انتظار داشت که رویه‌ی قضایی یا عرف، در رویکرد طبیعی، بر قانون تقدم یابند؛ چرا که در غیر این صورت با نقش‌طریقی‌تای قانون در تعارض قرار می‌گیرند.

## فهرست منابع:

### الف: فارسی

- ۱- تبیت، مارک، *فلسفه حقوق*، مترجم: محسن رضایی، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۲- تروپه، میشل، *فلسفه حقوق*، مترجم: مرتضی کلانتریان، تهران: آگه، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۳- حقیقی، شاهرخ، *گذار از مدرنیته*، تهران: آگه، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- ۴- داوید، رنه، *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، مترجم: حسین صفایی، محمد آشوری و عزت‌الله عراقی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
- ۵- دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، *درآمدی بر حقوق اسلامی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۴.
- ۶- دورکیم، امیل، *تقسیم کار اجتماعی*، مترجم: باقر پرهام، تهران: کتابسرای مایل، چاپ اول، ۱۳۶۹.
- ۷- راسخ، محمد، *حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش)*، تهران: طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- ۸- ساکت، محمدحسین، *نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق*، تهران: جهان معاصر، چاپ اول، ۱۳۷۲.
- ۹- سروش، عبدالکریم، *دانش و ارزش*، تهران: یاران، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
- ۱۰- شهبابی، مهدی، «از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی»، جلد پنجم، مجله‌ی نامه‌ی مفید، شماره‌ی ۲، ۱۳۸۸.
- ۱۱- صادقی، محسن، «جستاری تقادانه در اندیشه‌های هانس کلسن»، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، شماره‌ی ۷۴، ۱۳۸۵.
- ۱۲- صدر، سیدمحمدباقر، *همراه با تحول اجتهاد*، مترجم: اکبر ثبوت و دیگران، تهران: روزبه، چاپ اول، ۱۳۵۹.
- ۱۳- طباطبایی، سیدمحمدحسین، *مجموعه مقالات و پرسش‌ها و پاسخ‌ها*، تهران: دفتر نشر و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۱.
- ۱۴- علیزاده، عبدالرضا، *مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، جستاری در*

- نظریه‌های جامعه‌شناسی حقوق و بنیادهای حقوق ایران**، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- ۱۵- قربان‌نیا، ناصر، «**قرائت‌های گوناگون از حقوق طبیعی**»، مجله‌ی فقه و حقوق، شماره‌ی ۱، ۱۳۸۳.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، جلد اول، تهران: دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۵.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، **فلسفه‌ی حقوق**، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، «**اخلاق و حقوق**»، فصلنامه‌ی اخلاق در علوم و فناوری، سال دوم، شماره‌های ۱ و ۲، بهار و تابستان ۱۳۸۶.
- ۱۹- مصباح یزدی، محمدتقی، **نظریه حقوقی اسلام**، جلد اول، قم: مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
- ۲۰- مصباح یزدی، محمدتقی، **دروس فلسفه اخلاق**، تهران: اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۰.
- ۲۱- مطهری، مرتضی، **ختم نبوت**، تهران: صدرا، چاپ دهم، ۱۳۷۵.
- ۲۲- موحد، محمدعلی، **در هوای حق و عدالت**، تهران: کارنامه، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- ۲۳- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، **جامع الشتات**، تهران: کیهان، چاپ اول، ۱۳۷۱.
- ۲۴- نائینی، محمدحسین، **تنبیه الامه و تنزیه المله**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چاپ اول، ۱۳۸۲.

**ب: عربی**

- ۱- حسینی شیرازی، سیدمحمد، **القانون**، بیروت: مرکز الرسول الأعظم (ص) للتحقیق و النشر، چاپ دوم، ۱۴۱۹هـ.ق.

**ج: انگلیسی**

- 1- Austin, John, **The Province of Jurisprudence Determined**,



- In Grzegorzcyk (C), Michaut (F), Troper (M), *Le positivisme juridique*, Paris: L. G. D. J. 1e édition, 1954.
- 2- Bentham, J., *The Theory of Legislation*, edited by C. K. Ogden, London: 1931.
- 3- Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, US: Harvard University Press, 1963.
- 4- Hume, David, *Traité sur la nature humaine*; In: Grzegorzcyk (C), Michaut (F), Troper (M), *Le positivisme juridique*, Paris, L. G. D. J. 1e édition, 1992.
- 5- Kelly, John, *A Short History of Western Legal Theory*, England: Oxford University Press, 1992.
- 6- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, New York: Russell and Russell LIBRAIRIE, 1967.
- 7- Mill, John Stuart, *Utilitarianism*, London: Longman, Green, and Co, 1979.
- 8- Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989.
- 9- Ross, A., *On Law and Justice*, London: Steven and Sons, 1958.
- 10- Rottleuthner, Hubert, *Foundation of Law*, In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Netherlands: Springer, 2005.
- 11- Russell, Bertrand, *A History of Western Philosophy*, New York: Simon and Schuster Librairie, 1972.
- 12- Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University press, 1964, Saberiun Press, 2005.
- 13- Shiner, Roger, *Legal Institutions and the Sources of Law*, In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Netherlands: Springer, 2005.
- 14- Simpson, A.W.B, *The Common Law and Legal Theory*, in: *Oxford Essays in Jurisprudence*, II. Ed. A.W.B, Simpson, Oxford: Clarendon, 1973.

- 15- Watson, A., *An Approach to Customary Law*, University of Illinois, 1984.
- 16- Wax, Raymond, *The Philosophy Of Law: A very short introduction*, England: Oxford University Press, 2006.

د: فرانسوی

- 1- Comte, Auguste, *Système de politique positive*, Paris: Édition Société positiviste, 5e édition, 1929.
- 2- Del Vecchio, Giorgio, *Leçons de philosophie du droit*, Trad, Fr par J, Alexis D`Aynac, Paris, 1e édition, 1936.
- 3- Del Vecchio, Giorgio, *Le Probleme des Sources du Droit Positif*, In: T.I (Louis Le Fur), Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934.
- 4- Dworkin, Ronald, *L'empire Du Droit*, PUF, 1e édition, Paris: 1994.
- 5- Durkheim, Emile, *La science sociale et l'action*, Paris: PUF, 2e édition, 1987.
- 6- Fasso, Guido, *Histoire de la philosophie du droit*, XIXe et XXe siècle, traduit de l'italien par Cathrine Rouffet, Paris: L. G. D. J., 1e édition en français, 1974.
- 7- Friedmann, W., *Théorie générale du droit*, Paris: L. G. D. J, 4e édition, 1965.
- 8- Hart, Herbert, *Le Concept Du Droit*, Publication des facultes universitaires Saint-Louis-Bruxelles, 1976.
- 9- Lacroix, J., *Sociologie d'Auguste Comte*, Paris: PUF, 1e édition, 1956.
- 10- Radbruch, Gustav, *Einführung in die Rechtszissenschaft*, Leipzig, Verlag von Quelle und Meyer, 7 et 8e édition, 1929; In. Grzegorzcyk (C), Michaut (F), Troper (M), *Le positivisme juridique*, Paris: L. G. D. J., 1e edition, 1992.
- 11- Reglade, Marc, *Les Sources du Droit Positif dans leurs rapports avec les source du Droit Natural et du Droit Ideal*, In: Le

Probleme des Sources du Droit Positif, T.I (Louis Le Fur), Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934.

12- Ripert, Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris: PUF, 1955.

13- Villa, Vittorio, *La Science du droit*, Paris: LGDJ, 1991.

14- Weber, Max, *Sociologie du droit*, Introduction et traduction par Jacques Grosclaude, Paris: PUF, 2e edition, 2007.

