

از مطلق‌گرایی حقوقی تا نسبی‌گرایی حقوقی نقدی بر تحلیل برونو اپتی از جریان‌های حقوقی متعارض در پارادایم مدرنیته حقوقی

مهدی شهابی*

چکیده

وجود جریان‌های متعارض درون پارادایم حقوق مدرن، می‌تواند زمینه‌ساز بحران این پارادایم و عبور از آن باشد. برونو اپتی، شکل‌گیری حقوق اروپایی، ارتقای جایگاه عرف منبع و نقش قضات در نظام حقوقی را از عوامل مؤثر بر نسبی‌گرایی دانسته، معتقد است که نسبی‌گرایی، در تعارض با حقوق مدرن است. با این حال، چارچوب نظری حقوق مدرن اپتی، پوزیتیویسم دولتی ماهوی است. نگارنده، با نفی این چارچوب و با تأکید بر اینکه حقوق مدرن را باید در چارچوب عقلانیت طبیعی یا عقلانیت خودجوش اجتماعی تبیین کرد، درصدد پاسخ به این پرسش است که آیا عوامل مطرح‌شده از سوی اپتی، متعارض با مدرنیته حقوقی بوده است یا اینکه به بازاحیای آن، پس از دوره حاکمیت پوزیتیویسم دولتی، انجامیده است؟

کلیدواژگان

برونو اپتی، حقوق مدرن، مطلق‌گرایی حقوقی، نسبی‌گرایی حقوقی.

مقدمه

وجود پارادایم‌های متعدد در علوم (چالمرز، الن اف، ۱۳۸۲: ۱۰۸؛ Wolin, 1968: 100) و از جمله علم حقوق (Binet, 1990: 921, 924)، دور از انتظار نیست. اما، اگر پارادایمی، و برای مثال پارادایم حقوق مدرن، در درون خود، با جریان‌های متعارض روبه‌رو باشد، این امر ممکن است به بحران آن پارادایم بینجامد و گذار از آن را نتیجه دهد. با این حال، تحلیل وجود تعارض، در قدم اول، منوط به چگونگی تبیین ساختاری و ماهوی حقوق مدرن است. برداشت نادرست یا ناقص از حقوق مدرن، محقق را، در تشخیص تعارض با ابهام مواجه می‌کند و موجب می‌شود تا آنچه را که تعارض نبوده و نماد هماهنگی است، تعارض تلقی کند.

برونو اپتی، استاد فرانسوی، میان برداشت اندیشمندان عصر روشنگری از حقوق و آنچه تحت عنوان حقوق مدرن، تحقق عینی و اجرایی یافته، تفاوت قائل است. مدرنیته اندیشمندان، با تأکید بر فردگرایی، حقوقی را مدنظر دارد که ابزار رهایی فرد از ساختار تحمیلی و آمره‌گونه اجتماعی است (Frydman, 2004: 11; Oppetit, 1998: 6-7; Oppetit, 2001: 96; Cf. Villey, 2000: 68). اپتی اعتقاد دارد که برداشت رسمی و اجراشده از حقوق، خیلی جزئی و سواگونه، از اندیشه روشنگری تأثیر پذیرفته است؛ حتی می‌توان گفت که حقوق مدرن رسمی، شاخصه‌ها و مؤلفه‌هایی دارد که آن را در تضاد با گفتمان فلاسفه عصر روشنگری قرار می‌دهد (Oppetit, 1998: 7). وی تصریح می‌کند که:

«حقوق مدرن، فاصله بسیاری با حقوقی که افراد آزاد در جامعه‌ای قراردادی به دنبال آن بوده‌اند، دارد؛ حقوق مدرن اساساً و بیشتر به‌عنوان حقوقی سلسله‌مراتبی نمود پیدا می‌کند که از سوی پدیده قدرت ایجاد شده، قواعد آن به‌وسیله نوعی تکنوکراسی سیاسی، اداری و اقتصادی تدوین یافته است؛ مشروعیت آن نیز ریشه در مکاتب پوزیتیویستی، نرماتیویستی [و البته] اقتدارگرا^۱ دارد؛ حقوق مدرن، اساساً به یک نظام قانونی تعلق دارد که اوامر و نواهی‌ای را تحمیل می‌کند. [باید پذیرفت که] گفتمان حقوقی [عصر روشنگری]، هنجاری و بایدانگاران^۲ نیست؛ این گفتمان، کارکرد خود را، تنها محدود به بیان [و البته نه ایجاد] حقوقی که به هر کس تعلق دارد و راه‌های رسیدن به آن می‌داند و دغدغه نتیجه [پوزیتیویستی] نیز ندارد؛ این در حالی است که حقوق مدرن رسمی، دقیقاً برعکس بوده، حقوق راه‌حل‌هاست و دغدغه ایجاد قواعد ماهوی [برای رسیدن به نتایج واقع‌گرایانه و از پیش تعیین شده را] دارد» (Oppetit, 1998: 7).

۱. نرماتیویسم اقتدارگرا (Normativisme Décisionniste)، ریشه در اندیشه کسانی چون کارل اشمیت دارد؛ وی بر خلاف کلسن که از وحدت حقوق و دولت سخن می‌گوید، به تبعیت حقوق از اراده دولت قائل است (Cf. Schmitt, 1995: 81).

2. Déontique

به این ترتیب، حقوق مدرن رسمی، حقوقی تحقق‌ی خواهد بود؛ از همین رو، اپتی، حقوق مدرن را با اهداف جامعه مدرن ناسازگار ارزیابی می‌کند (7: Oppetit, 1998)؛ با این حال، با ابتدای برداشت رسمی از حقوق مدرن، سه نوع تعارض را در درون پارادایم مدرنیته حقوقی مطرح می‌کند: الف) مطلق‌گرایی و نسبی‌گرایی؛ ب) دولت‌گرایی (وحدت‌گرایی مبتنی بر اراده دولت) و کثرت‌گرایی؛ ج) خاص‌گرایی (شکل‌گیری قواعد اختصاصی) و یکنواخت‌گرایی؛ البته، پرداختن به نوع سوم تعارض، فرصت دیگری را می‌طلبد؛ اما، در خصوص دو تعارض (الف) و (ب)، باید گفت که اگرچه اپتی آن دو را از یکدیگر تفکیک کرده، از منظر نگارنده، تفاوتی میان آن دو نیست؛ چراکه در ساختار حقوق مدرن اپتی، مطلق‌گرایی، نتیجه دولت‌گرایی است و معنای نسبی‌گرایی نیز چیزی جز کثرت‌گرایی نیست؛ کثرت‌گرایی‌ای که از منظر نگارنده، یا در روند ایجاد قاعده حقوقی تحقق پیدا می‌کند و حقوق مذاکره‌ای^۱ مصداق آن است (Cf. Supiot, 2005: 243-244)، یا در مبنای اعتبار قاعده حقوقی رخ می‌دهد و پذیرش نقش نهادهای مدنی در ایجاد قاعده حقوقی، نمود آن است (31: Chevallier, 1998).

نگارنده در این مقاله، به تحلیل اندیشه تعارض در ساختار حقوق مدرن پرداخته است. بی‌تردید، تحلیل اندیشه تعارض، منوط به پاسخ به این پرسش است که آیا می‌توان اساساً قائل به برداشتی رسمی (دولتی) از حقوق مدرن بود و در چارچوب آن، به تحلیل و ارزیابی تعارض در درون پارادایم مدرنیته پرداخت؟ نگارنده، به برداشت رسمی از حقوق مدرن نقد دارد و در چارچوب همین نقد، تحلیل اپتی از مطلق‌گرایی را رد می‌کند، به تحلیل و ارزیابی مجدد مطلق‌گرایی و نسبی‌گرایی می‌پردازد، به‌علاوه آثار سه تحولی را که اپتی، زمینه‌ساز نسبی‌گرایی دانسته، در تعارض با حقوق مدرن خود می‌داند، مورد بازخوانی قرار داده و نسبت این آثار را با حقوق مدرن اصیل واکاوی کرده است. منظور از سه تحول اشاره‌شده، شکل‌گیری حقوق اروپایی و حاکمیت آن بر حقوق داخلی، شکل‌گیری حقوق خودجوش و ارتقای عرف منبع، و در نهایت، ارتقای جایگاه و نقش قضات در ایجاد قاعده حقوقی است؛ آیا می‌توان همانند اپتی، این سه تحول را، در تعارض با حقوق مدرن دانست؟ به‌نظر می‌رسد این تحولات، با گفتمان حقوق مدرن اصیل هماهنگی داشته، به احیای آن انجامیده‌اند و این برداشت رسمی از حقوق مدرن است که با حقوق مدرن اصیل تعارض دارد. نگارنده، در چارچوب تحلیلی «گذار از هست به باید»، یعنی با اتخاذ روش فلسفی و با تکیه بر آزادی فردی به‌عنوان آموزه بنیادین مدرنیته حقوقی، حقوق مدرن اپتی را که از لحاظ تاریخی نیز بعد از حقوق مدرن اصیل، تحقق عینی یافته (شهابی، ۱۳۹۶: ۳۸۷؛ 13: Fasso, 1976)، نوعی انحراف در حقوق مدرن تلقی می‌کند و براساس آموزه‌های مدرنیته حقوقی اصیل، یعنی مدرنیته حقوقی مبتنی بر عقلانیت طبیعی یا مدرنیته

حقوقی مبتنی بر عقلانیت خودجوش اجتماعی^۱، قابل نقد ارزیابی می‌کند. شایان ذکر است که انتخاب نظرهای اپتی، اگرچه در تحلیل نگارنده، محور و مدار اصلی بحث است، فاقد اصالت است. آنچه اهمیت داشته، تحلیل درست چیستی حقوق مدرن و تحولات آن، به‌ویژه تحولاتی که به بازاحیای آن انجامیده، بوده است و تأکید بر نقد نظرهای اپتی از سوی نگارنده، صرفاً از دو نظر اهمیت داشته است: اول اینکه نشان دهد که پوزیتیویسم دولتی که بنا بود نسبتی شکلی (بیانی و تضمینی) با حقوق مدرن پیدا کند، چگونه با آن نسبتی ماهوی پیدا می‌کند و ماهیت آن را دگرگون می‌سازد (Fasso, 1976: 11-13)، تا به آنجا که حقوقدان متعلق به پارادایم مدرنیته حقوقی، حقوق مدرن را در چارچوب آن پوزیتیویسم دولتی تحلیل می‌کند و پذیرفته است که مبنای اعتبار قاعده حقوقی، چیزی جز اراده دولت نیست؛ دوم اینکه نشان دهد که اگر به پوزیتیویسم دولتی اصالت داده شود، چگونه ابعاد و آثار جریان‌های ارزش‌نگر نادیده انگاشته می‌شود و از منظر نگارنده، این نادیده انگاشته شدن، معنایی جز بحران حقوق مدرن ندارد. نگارنده، در چارچوب نقد برداشت دولتی از حقوق مدرن، ابتدا به تحلیل درست از معنای مطلق‌گرایی حقوقی و نسبی‌گرایی حقوقی پرداخته، برداشت اپتی از مطلق‌گرایی را که دولتی است، رد می‌کند و برداشتی مبتنی بر ارزش بنیادین مدرنیته، یعنی آزادی فردی از آن ارائه می‌دهد؛ سپس، به تبیین عواملی که اپتی، براساس مطلق‌گرایی خود، یعنی مطلق‌گرایی دولتی، مؤثر در تحقق نسبی‌گرایی می‌داند، می‌پردازد و نسبت این عوامل را با حقوق مدرن اصیل مورد واکاوی قرار می‌دهد.

تحلیل معنای «مطلق‌گرایی حقوقی»^۲ و «نسبی‌گرایی حقوقی»^۳

متافیزیک حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت طبیعی، می‌تواند مبنای مستحکمی برای یونیورسالیسم^۴ یا همان «ارزش‌گرایی جهانی» باشد و به این ترتیب، مطلق‌گرایی را نتیجه دهد؛ یعنی گزاره‌هایی را به دست دهد که کلی و جهانی بوده، متأثر از زمان و مکان نیستند؛ مفاهیمی چون حقوق بشر یا حقوق بنیادین، نمود همین گزاره‌های پیش‌گفته است. اگر برخی حقوقدانان، منشأ یونیورسالیسم را عقل طبیعی می‌دانند (Delmas Marty, 2004: 27)، در واقع، به همین متافیزیک حقوق مدرن اشاره دارند (Cf. Villey, 2006: 458, 479). با وجود این، از منظر نگارنده، منشأ گزاره‌های یونیورسالیستی و از جمله آزادی فردی را می‌توان «نظم خودجوش»^۵

۱. منظور نگارنده از «عقلانیت خودجوش اجتماعی» که گاه با اصطلاح «عقلانیت شبه‌متافیزیکی» از آن یاد می‌کند، همان «طبیعت اشیاء» با برداشت نئولیبرال‌هایی چون فردریک فون هایک است (Cf. Hayek, 1985/1: 127).

۲. Absolutisme juridique

۳. Relativisme juridique

۴. Universalisme

۵. Ordre spontané

نیز دانست و آن را نه یک حق، بلکه یک اصل اجتماعی - حقوقی تلقی کرد؛ در این صورت، بهتر است به جای یونیورسالیسم، از «جهانی شدن»^۱ سخن بگوییم که طبیعتی شبه‌متافیزیکی دارد؛ به این ترتیب، چارچوب جهانی شدن را، باید عقلانیت خودجوش اجتماعی تلقی کرد (شهابی، ۱۳۹۶: ۲۵۸)؛ عقلانیتی که نئولیبرالیست‌هایی چون هایک، با تأسی از مکتب تاریخی، و در جهت بازاحیای حقوق مدرن، پس از دوره حاکمیت پوزیتیویسم دولت رفاهی، به بازتئوریزه کردن آن پرداخته‌اند (Cf. Hayek, 1985/1: 54, 55, 59). از همین روست که نگارنده، عقلانیت خودجوش اجتماعی را، در کنار عقلانیت طبیعی، چارچوب دیگر حقوق مدرن می‌داند.

با پذیرش این مطلب که مؤلفه نسبی‌گرایی، تأثیرپذیری از متغیر زمان و مکان است، می‌توان آن را، در تقابل با یونیورسالیسم و جهانی شدن تلقی کرد. به این ترتیب، بازگشت نسبی‌گرایی، به دلیل ماهیت متغیر آن، در تضاد با گفتمان مدرنیته حقوقی به نظر می‌رسد و بنابراین، باید آن را بحران حقوق مدرن تلقی کرد. بازگشت نسبی‌گرایی به این معناست که قبل از شکل‌گیری ساختار حقوق مدرن، با نسبی‌گرایی مواجه بوده‌ایم - که واقعیت هم همین است و تعدد منشأهای عرفی، مذهبی و حاکمیتی ایجاد قاعده حقوقی در ساختار حقوقی پیشامدرن، نشانه آن است (Cf. Arnaud, 1998: 62 et 73) - و حقوق مدرن، زمینه‌گذار از آن را فراهم کرده و اکنون تحولی رخ داده است که با بازگشت نسبی‌گرایی و در نتیجه، با بحران حقوق مدرن مواجهیم.

اپتی نیز نسبی‌گرایی را در تضاد با حقوق مدرن خود که مبتنی بر عقلانیت دولتی و مطلق‌گرایی آن بوده، ساختاری پوزیتیویستی دارد، می‌داند. با وجود این، به نظر می‌رسد تحلیل چرایی و چگونگی ناسازگاری نسبی‌گرایی با حقوق مدرن، منوط به تحلیل دقیق‌تر معنای نسبی‌گرایی حقوقی است. اگر نسبی‌گرایی حقوقی، کنایه از واقع‌گرایی هنجاری باشد، احراز این تضاد با حقوق مدرن اصیل، یعنی حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت طبیعی و حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت خودجوش اجتماعی، چندان دشوار نیست، زیرا هر دو ساختار حقوق مدرن، با تکیه بر استقلال ذاتی و ماهیتی است که از واقع‌گرایی هنجاری مصون می‌مانند (ر.ک. شهابی، ۱۳۹۶: ۳۲۸). با این حال، از منظر نگارنده، و از زاویه واقع‌گرایی هنجاری، سخن گفتن از مطلق‌گرایی حقوق دولتی، محل تأمل است؛ به عبارت دیگر، حقوق دولتی، یعنی حقوقی که مبنای اعتبار قواعد آن، اراده دولت است، با واقع‌گرایی هنجاری ارتباط دارد، زیرا دولت و به‌ویژه دولت رفاهی، براساس اهداف و یا سیاست‌هایی که وضع می‌کند، دست به ایجاد قاعده حقوقی دست می‌زند و تعیین این اهداف و سیاست‌ها نیز تابع متغیرهای اجتماعی (به معنای عام) است و می‌توان گفت که متغیرهای اجتماعی، اراده دولت را تحت تأثیر قرار می‌دهند؛ دولت نماد تحقق‌گرایی است.

دلماس مارتی، استاد فرانسوی، در کتاب خود با عنوان *امر نسبی و امر جهانی*، تعبیر دیگر

نسبی‌گرایی حقوقی را کثرت‌گرایی حقوقی^۱ می‌داند (Delmas Marty, 2004: 222, 226). وی اشاره می‌کند که از منظر مردم‌شناسی حقوقی و جامعه‌شناسی حقوقی، کثرت‌گرایی به معنای کثرت گروه‌های اجتماعی است که هر کدام، حقوق خاص خود را دارند و معنای این کثرت، نفی مطلق‌گرایی است. وی پلورالیسم را به مفهوم نظام حقوقی - به معنایی که سانتی رومانو، استاد ایتالیایی قائل است - گره‌خورده می‌داند (Delmas Marty, 2004: 226).

تحلیل رومانو از نظام حقوقی و کثرت نظام حقوقی، به‌هیچ‌وجه در چارچوب پوزیتیویستی دولتی نمی‌گنجد و به تحلیل جامعه‌شناسان حقوقی نزدیک است؛ از همین رو، زمینه‌گذار از هر سه نوع حقوق مدرن پیش‌گفته را فراهم می‌کند؛ به سخن دیگر، کثرت نظام حقوقی، به معنی کثرت منشأها یا مبناهای اعتباری است که رابطه افقی و نه سلسله‌مراتبی میان آنها برقرار است (ر.ک. شهابی، ۱۳۹۶: ۷۶) و حقوق مدرن، مبتنی بر وحدت‌گرایی طبیعی (عقلانیت طبیعی)، خودجوش یا، از منظر اپتی، مبتنی بر وحدت‌گرایی دولتی است.

برای تحلیل درست اندیشه رومانو، باید توجه داشت که وی نظام حقوقی را، ساختاری عینی و واقعی تلقی می‌کند (Romano, 2002: 21, 25, 30, 31) که بی‌ارتباط با تئوری «نهاد» موریس اوربو و ژرژ رنار هم نیست (Cf. Hauriou, 1986: 97-98; Renard, 1930/1: 168). به این ترتیب، رومانو با توجه به کثرت نهادها - نهاد بین‌المللی و نهاد داخلی - و تعدد نهادها در درون ساختارهای ملی، قائل به کثرت‌گرایی حقوقی است و در نتیجه، از حقوق سخت یا حقوق مضیق یا همان حقوق مدرن عبور کرده، به نسبی‌گرایی می‌رسد.

در هر حال، دکترین مقابل کثرت‌گرایی حقوقی، از نظر رومانو، وحدت‌گرایی دولتی است (ر.ک. هابز، ۱۳۸۰: ۲۶۲) و نمی‌توان نادیده انگاشت که رومانو، برخلاف برونو اپتی، به دولت مدرن و حقوق آن، نقد جدی دارد؛ از نظر رومانو، این رویکرد دولتی، نه با تاریخ همخوانی دارد و نه با واقعیت‌های زندگی حقوقی معاصر (Romano, 2002: 79-81)؛ از لحاظ تاریخی، نمی‌توان کثرت‌گرایی حقوقی را نادیده انگاشت؛ واقع‌گرایی، یعنی عنایت به داده‌های تجربی و عینی و از جمله تفاوت‌های فرهنگی و زبانی نیز، امروزه، وحدت‌گرایی دولتی را ناممکن می‌نماید؛ رومانو، بر همین اساس، در سال ۱۹۴۷ پیش‌بینی می‌کند که در آینده‌ای نه‌چندان دور، با نسبی‌گرایی روبه‌رو خواهیم بود (Romano, 2002: 82)؛ آنچه باید بحران دولت مدرن - یا همان حقوق مدرن - یا به تعبیر اپتی، جریان متعارض در ساختار حقوقی مدرن تلقی کرد؛ پیش‌بینی رومانو درست بوده است؛ این واقعیت است که امروزه، گروه‌های متعدد اجتماعی، تمایل دارند که هر یک، حوزه حقوقی مستقلی داشته باشند و خود، یا در روند ایجاد قاعده حقوقی و در قالب حقوق مذاکره‌ای، یا در مبنای اعتبار قاعده حقوقی و در چارچوب نهادهای مدنی ایفای نقش کنند.

نگارنده، همگام با حقوقدانان پیش‌گفته، قائل است که نسبی‌گرایی حقوقی یا همان کثرت

منشأهای اعتبار قاعده حقوقی، در تعارض با گفتمان حقوق مدرن و مطلق‌گرایی آن است. اما، تلقی او، متفاوت از تلقی اپتی از حقوق مدرن است. همان‌طور که اشاره شد، نگارنده، حقوق مدرن را در دو چارچوب عقلانیت طبیعی و عقلانیت خودجوش اجتماعی جست‌وجو می‌کند و شاخصه این هر دو چارچوب، وحدت‌گرایی است تا استقلال ذاتی و ماهیتی حقوق مدرن، در رویارویی با متغیرهای اجتماعی حفظ گردد و معنای مطلق‌گرایی نیز جز این نیست. دولت در این میان، کارکردی جز بیان و تضمین حقوق یا اصول و قواعد برآمده از عقلانیت طبیعی و یا عقلانیت خودجوش اجتماعی ندارد. نباید همانند اپتی این کارکرد تضمینی را به کارکرد مبنایی ارتقا داد. از نظر نگارنده، همان‌طور و همان‌قدر که نسبی‌گرایی در تعارض با حقوق مدرن است، وحدت‌گرایی دولتی یا اندیشه حقوقی مبتنی بر اراده دولت مبنا نیز در تعارض با حقوق مدرن است و موجب بحران آن یا زمینه‌ساز عبور از آن تلقی می‌شود.

پرسش قابل طرح این است که چگونه حقوق مدرن اصیل می‌تواند در مقابل نسبی‌گرایی از خود دفاع کند؟ دلماس مارتی، یونیورسالیسم را به دلیل ماهیت ذهنی^۱ و غیرتحقیقی آن، مانعی برای نسبی‌گرایی نمی‌داند (Delmas marty, 2004: 219). اما، وی، «جهانی شدن حقوق» را چالش مهم نسبی‌گرایی تلقی می‌کند (Delmas marty, 2004: 238). تفاوت یونیورسالیسم یا همان ارزش‌گرایی جهانی با جهانی شدن، در این نکته نهفته است که اولی، مبتنی بر ارزش‌های برآمده از عقلانیت طبیعی یا ارزش‌های برآمده از عقلانیت خودجوش اجتماعی است و دومی، بر واقعیت‌های اجتناب‌ناپذیر عینی بنیان دارد. دلماس مارتی تأکید می‌کند که اگر استقلال نظام‌های حقوقی از یکدیگر، شرط و مقدمه نسبی‌گرایی است، نکته‌ای که رومانو نیز به آن تصریح دارد (Romano, 2002: 84)، جهانی شدن حقوق، به واسطه موقعیت‌های همبستگی عینی که ایجاد کرده است، آن را به چالش می‌کشد (Delmas Marty, 2004: 238). شکل‌گیری لکس مرکاتوریا که می‌توان آن را بر مبنای عقلانیت خودجوش اجتماعی تحلیل کرد، نمود عینی موقعیت همبستگی ایجادشده است. با وجود این، نگارنده معتقد است که نمی‌توان از یک سو تأثیر حقوق بشر به‌عنوان یکی از محورهای جهانی شدن را نیز در به چالش کشیده شدن نسبی‌گرایی نادیده انگاشت و می‌دانیم که اگر وجه مشترکی میان یونیورسالیسم و جهانی شدن وجود داشته باشد، همین محور حقوق بشر است و از سوی دیگر، لکس مرکاتوریا نیز تجلی ارزش‌های برآمده از عقلانیت خودجوش اجتماعی است.

تحلیل عوامل مؤثر بر گذار از مطلق‌گرایی حقوقی به نسبی‌گرایی حقوقی

همان‌طور که اشاره شد، اپتی، از سه تحول: الف) شکل‌گیری حقوق اروپایی و حاکمیت آن بر حقوق داخلی؛ ب) شکل‌گیری حقوق خودجوش و ارتقای عرف منبع؛ و ج) ارتقای جایگاه و نقش قضات در ایجاد قاعده حقوقی و تضعیف آموزه دهان قانونگذار بودن قاضی، به‌عنوان سه تحولی که دولت‌گرایی حقوق مدرن یا همان اساس مطلق‌گرایی حقوق را به چالش کشیده‌اند، سخن می‌گوید (Oppetit, 1998: 31, 41, 65). با این حال، پرسش این است که آیا این سه تحول را می‌توان در تضاد با حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت طبیعی و حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت خودجوش نیز دانست؟ اگر نتیجه این سه تحول، تثبیت کثرت‌گرایی مبنایی و به چالش کشیده شدن شاخصه وحدت‌گرایی حقوق مدرن در مبنای اعتبار قاعده حقوقی و در واقع مطلق‌گرایی این حقوق باشد، این تعارض با حقوق مدرن اصیل نیز قطعی خواهد بود. گفته شد که معنای وجود تعارض، بحران حقوق مدرن و ایجاد زمینه برای عبور از آن است؛ عبوری که می‌تواند گذار گفتمانی باشد و به شکل‌گیری گفتمان جدیدی به نام گفتمان پست‌مدرنیسم حقوقی بینجامد. با این حال، به‌نظر می‌رسد در مورد تأثیر سه تحول یادشده بر حقوق مدرن، باید با احتیاط بیشتری سخن گفت؛ در زیر به مطالعه این سه تحول عمده پرداخته، با تأکید بر نقد برداشت اپتی از حقوق مدرن، به تحلیل امکان تعارض یا فقدان تعارض می‌پردازیم.

۱. شکل‌گیری حقوق اروپایی و حاکمیت آن بر حقوق داخلی

جامعه‌شناسان حقوقی در تحلیل خود از روند حقوق اروپایی و وضعیت آن، از شکل‌گیری نوعی کثرت‌گرایی حقوقی سخن می‌گویند که تشابهات فراوانی با کثرت‌گرایی پیشامدرن دارد؛ در هر دو نوع کثرت‌گرایی پیشامدرن و کثرت‌گرایی حقوق اروپایی، با دو شاخصه روبه‌رو هستیم: اول کثرت فرهنگی و دوم، کثرت منشأهای ایجاد و اعتبار قاعده حقوقی که متأثر از شاخصه پیش‌گفته است و نشان از تعدد نظام‌های حقوقی فراملی یعنی شورای اروپا و جامعه اروپایی، و نظام‌های حقوقی ملی دارد (Cf. Arnaud, 1998: 73-74; Delmas Marty, 1996: 43). البته، منظور از نظام حقوقی، نظام حقوقی مبتنی بر برداشت و تحلیل پوزیتیویستی دولتی نیست؛ بلکه منظور، همان برداشت جامعه‌شناختی است که رومانو از نظام حقوقی ارائه می‌دهد. در این میان، حقوق بین‌الملل، سهمی جداگانه برای خود قائل است؛ در این وضعیت، بی‌تردید، با تعدد منابع نوشته، از جمله کنوانسیون‌ها و نانوشته از جمله عرف و اصول کلی حقوقی نیز مواجهیم. از نظر آرنود، این کثرت در منابع، نتیجه کثرت‌گرایی واقعی یا همان کثرت‌گرایی در مبنای اعتبار قاعده حقوقی است (Arnaud, 1998: 74).

کثرت‌گرایی مبنایی که آرنود به آن پرداخته، کمتر مورد توجه اپتی است؛ اپتی، از آنجا که در

چارچوب پوزیتیویسم دولتی می‌اندیشد، بیشتر به کثرت‌گرایی فنی، یعنی همان وجود «مکانیسم‌های حقوقی»^۱ متفاوت که بر «موقعیت‌های حقوقی»^۲ یکسان حاکم‌اند (Cf. Vanderlinden, 1972 : 20) نظر دارد و معتقد است که این کثرت‌گرایی، که با گسترش همه‌جانبه قوانین اروپایی در حوزه‌های مختلف اقتصادی و اجتماعی شکل گرفته است (Oppetit, 1998: 33)، وحدت‌گرایی حقوق مدرن دولتی را به چالش می‌کشد و در تعارض با آن قرار دارد.

اپتی ادعا می‌کند که اراده پوزیتیویستی اروپایی، حتی بر نرم‌های اساسی داخلی نیز حاکمیت دارد و شاهد آن، تصمیم شورای دولتی فرانسه در سال ۱۹۸۹ است که با استناد به اصل ۵۵ قانون اساسی فرانسه، لزوم تبعیت قاضی داخلی از حقوق اروپایی را پذیرفته است.^۳ البته نگارنده نمی‌تواند رأی شورا در سال ۱۹۹۶، موسوم به رأی کنه (AJDA, 1996: 805) را نادیده انگارد؛ رأیی که براساس آن، شورا، بر تقدم اصول اساسی فرانسه - و نه فقط قانون اساسی - بر معاهدات بین‌المللی تأکید کرده بود.^۴ دیوان عالی کشور فرانسه نیز همین مسیر را پیموده است.^۵ اما، نکته این است که دیوان دادگستری اروپایی، رویکرد متفاوتی را اتخاذ کرده و تلاش داشته تا اراده پوزیتیویستی خود را بر نظام حقوقی ملی کشورهای عضو تحمیل کند و بر مقررات داخلی آنها مقدم بدارد؛ از جمله می‌توان به رأی (Costa/ENEL) (Recueil, 1964: 1145) یا رأی (Nada)^۶ اشاره کرد؛ دو رأیی که اصل مهم تقدم حقوق اروپایی بر حقوق ملی فرانسوی و سوئیسی را بنیان می‌نهند (Drouet, 2005: 1; Mathieu, 2007: 676).

اپتی تصریح می‌کند که تحولات حقوق اروپایی، یادآور قانون معروف ماکس وبر است (Oppetit, 1998: 35)؛ قانونی که براساس آن، پیشرفت حقوق در جهان غرب، در عقلانی کردن تبلور پیدا می‌کند و عقلانی کردن نیز معنایی جز تخصصی کردن و بوروکراتیزه کردن پیشرفته ندارد (Weber, 2007: 48, 176, 208). کمیسیون اقتصادی اروپا که ماشین ایجاد نرم حقوقی است، نماد کامل چنین قانون تاریخی است. راقم سطور، بر این اساس، می‌تواند قائل باشد که همان نسبی‌گرایی که میان حقوق دولت رفاهی و حقوق و آزادی‌های فردی وجود دارد، میان حقوق پوزیتیویستی اروپایی و بازار آزاد وجود دارد. گویا، اعتبار بنیادهای بازار آزاد، از جمله اصل

1. Mécanismes juridiques

2. Situation juridique

3. Cons. d'Et., Ass., 20 oct. 1989, Nicolo, D., 1990, 135, note P. Sabourin;

۴. در رأی کنه (Koné)، شورا با استناد به اصل بنیادین شناخته‌شده به وسیله قوانین جمهوری فرانسه، اصلی که براساس آن استرداد مجرمان (Extradition) به انگیزه سیاسی کاملاً مطرود است، از اجرای معاهده بین‌المللی سر باز زد.

- Cf. Cons. d'Et., Ass., 3 juillet 1996, Koné, In. AJDA, 1996, p. 805, Chronique D. Chauvaux

5. Cf. Cass., Plé., 2 Juin 2000, Demoiselle Fraisse

6. Cour de justice des communautés européennes, In. Recueil, 1964, p. 1145, concl. M. LAGRANGE (Cf. Mactar Kamara, 2011: 125)

7. Nada v. Switzerland, App. No. 10593/08, ECTHR, 12 September 2012.

آزادی قراردادی را، نه در عقلانیت طبیعی و یونیورسالیسم، بلکه باید در اراده پوزیتیویستی اروپایی جست‌وجو کرد؛ اراده‌ای که البته سانتی رومانو به آن قائل نیست. درست است که این رویکرد ایجابی که این تکنوکراسی دنبال می‌کند، از معاهده‌ای نشأت گرفته که هدف اصلی خود را برقراری کامل آزادی اقتصادی اعلام کرده است و مسیر این آزادی اقتصادی نیز جز از طریق قاعده^۱ زدایی نمی‌گذرد، اما، تکنوکراسی حقوقی، چندان میانه‌ای با آزادی فردی و آزادی رقابت اقتصادی ندارد و اگر هم داشته باشد، آزادی را متافیزیکی، ذاتی یا خودجوش ندانسته، به اداره آن می‌اندیشد و این اداره کردن، همان‌طور که اپتی اشاره دارد، معنایی جز قائل بودن به پانژوریسم دولتی ندارد؛ پانژوریسم دولتی، یعنی باور به اینکه همه چیز با حقوق پوزیتیویستی قابل تنظیم و اداره است. به این ترتیب، قاعده‌زدایی، چیزی جز قاعده‌زایی به‌نحو و روش دیگر نیست و بر همین اساس، می‌توان از نوعی تناقض نیز در ساختار درونی حقوق اروپایی سخن گفت (Oppetit, 1998: 36)؛ تناقضی که از منظر نگارنده، به تعارض درونی ساختار حقوقی مدرن اصیل نیز می‌انجامد. نکته این است که قاعده‌زایی حقوق اروپایی، با توجه به چارچوب پوزیتیویستی آن، بالطبع نمی‌تواند چندان سازگاری‌ای با حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت طبیعی یا حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت خودجوش اجتماعی داشته باشد. اما، پرسش این است که آیا می‌توان این حقوق اروپایی را جریان متعارض با حقوق مدرن اپتی دانست؟ به‌نظر می‌رسد با تحلیل رومانو از نظام حقوقی، اخذ این نتیجه، درست می‌نماید؛ اما، با تحلیل پوزیتیویستی، کثرت‌گرایی، از کثرت‌گرایی مبنایی به کثرت‌گرایی فنی تقلیل می‌یابد و بعید نیست که بتوان با توجه به برتری اراده پوزیتیویستی اروپایی بر حقوق ملی، کثرت‌گرایی فنی را به کثرت‌گرایی درون‌سیستمی تعبیر کرد.

با وجود آنچه گفته شد، اپتی در نهایت به این نتیجه می‌رسد که نباید با تکیه بر قانون ماکس وبر، بر تناقض تکنوکراسی اروپایی با جامعه آزاد اروپایی تأکید کرد؛ شاید اتفاقی که در حقوق اروپایی در حال رخ دادن است، جدا کردن عنصر قدرت از روند ایجاد قاعده حقوقی است؛ زیرا می‌توان پذیرفت که ایجادکننده قاعده حقوقی، ضرورتاً تحمیل‌کننده آن نیست. به سخن دیگر، نباید الزام را با اجبار یکی دانست؛ گویا، اسطوره برتر قانونگذاری وجود دارد که اعتبار خود را نیز در اراده عمومی جست‌وجو نمی‌کند و به‌دنبال خیر و منفعت عمومی است، اما نه توسط مردم، بلکه برای مردم. به این ترتیب، با نوعی وحدت‌گرایی ذاتی مواجهیم که مبتنی بر اراده پوزیتیویستی نیست، به همین دلیل با حقوق مدرن اپتی سازگاری ندارد، اما در مسیر منفعت عمومی حرکت می‌کند و چرا کمیسیون اقتصادی اروپا، همان اسطوره برتر و نماد برتر نباشد (Oppetit, 1998: 37-38). بی‌تردید لباس اسطوره به تن کردن، در تضاد با آن چیزی

است که وبر، عقلانی کردن حقوق نام می‌گذارد. با این حال، از منظر نگارنده، راه عبور از اراده پوزیتیویستی، نه پناه بردن به اسطوره، بلکه پناه بردن به متافیزیک یا به «نهاد» سانتی رومانو است. کمیسیون اقتصادی اروپا، با تحلیل اپتی، در هر حال، یک ارگان پوزیتیویستی می‌نماید.

۲. شکل‌گیری حقوق مبتنی بر «نظم خودجوش» و ارتقای عرف منبع

از نظر اپتی، عصر مدرن را نمی‌توان عصر شکوفایی عرف دانست؛ گویا، انقلاب‌های سیاسی، اقتصادی و تکنولوژیکی دو قرن اخیر، بر تمرکز ایجاد قواعد حقوقی در دست قانونگذار دولتی، قاضی دولتی، یا تکنوکرات تأکید دارد و عرف، یادآور بی‌نظمی و عدم انضباط است (Oppetit, 1998: 41, 42). با این حال، علاوه بر اینکه برداشت اپتی از تحولات دو قرن اخیر، برداشت دقیقی نیست، گذار به اراده دولت در مبنای اعتبار قاعده حقوقی را نیز، نه حقوق مدرن، بلکه همان‌طور که اشاره شد، باید بحران حقوق مدرن اصیل تلقی کرد. در خصوص نسبت حقوق مدرن اصیل با عرف نیز به نظر می‌رسد باید قائل به تفکیک شد؛ در ساختار حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت طبیعی، مبنای اعتبار قواعد، یعنی عقلانیت طبیعی، ماهیتی متافیزیکی دارد و به نظر می‌رسد که متافیزیک با عرف که نماد واقعیت است، میانه‌ای ندارد. این نکته‌ای است که برونو اپتی، خود به آن اذعان دارد (Oppetit, 1998: 43). اما، نکته‌ای که اپتی از آن غافل بوده، این است که شکل‌گیری حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت خودجوش اجتماعی، آن‌گونه که در اندیشه‌های یک بازمی‌یابیم (Cf. Hayek, 1985: 54, 55, 59)، براساس چارچوب مکتب تاریخی تحلیل می‌شود و به همین دلیل، در تعارض عرف منبع با ساختار اخیر حقوق مدرن، باید با احتیاط بیشتری سخن گفت.

شایان ذکر است تحلیلی که اپتی از ماهیت «منبع»^۱ ارائه می‌دهد، به خلط مفهوم منبع با مفهوم «مبنا»^۲ الزام‌آوری قاعده حقوقی می‌انجامد و قبل از هر چیز، باید به برداشت درستی از منبع رسید. واقعیت این است که اپتی، کارکرد منبع را، حقوقی کردن قاعده یا هنجار رفتار می‌داند و از منظر طبیعت نیز منبع را، روش ایجاد قاعده حقوقی تلقی می‌کند. البته، روش ایجاد نرم بودن منبع، ذاتی نیست، بلکه این طبیعت به آن اعطا می‌شود (Oppetit, 1998: 54, 55). پاسخ این پرسش را که چه چیزی این طبیعت و این نقش را برای منبع ایجاد می‌کند، باید در تئوری منبع جست‌وجو کرد و تئوری منبع نیز متأثر از ایدئولوژی است.

نگارنده، بین کارکرد منبع و طبیعت آن، آن‌گونه که اپتی تحلیل می‌کند، تناسبی نمی‌بیند. حقوقی کردن قاعده رفتار به معنای ایجاد قاعده حقوقی و به معنای ورود قاعده رفتار، به عالم اعتبار حقوقی است و جز از عهده مبنای اعتبار قاعده حقوقی بر نمی‌آید. اینکه این مبنا، از چه

1. Source
2. Fondement

روشی، قانون یا غیر آن، برای ایجاد قاعده حقوقی استفاده می‌کند، بحث دیگری است و می‌توان هم خود مبنا و هم آن روش را متأثر از ایدئولوژی دانست. با توجه به این نکته، نمی‌توان کارکرد منبع را حقوقی کردن قاعده دانست و طبیعت آن را نیز روش ایجاد قاعده حقوقی تلقی کرد.

برای جلوگیری از این خلط، باید دیدگاه متفاوتی را در مقایسه با اپتی از منبع اتخاذ کرد و منبع را با توجه به اینکه ارادی یا غیرارادی باشد، به ترتیب، ابزار بیان و یا محل ظهور و کشف قاعده حقوقی تلقی کرد و نیروی الزام‌آوری قاعده حقوقی را مبنا نامید. اگرچه، تعبیر دیگر منبع ارادی یا همان ابزار بیان همچون قانون را می‌توان «روش» ایجاد نرم دانست، منبع غیرارادی را نمی‌توان روش تلقی کرد؛ کلمه «روش»، با خود، نوعی رویکرد پوزیتیویستی، تحقیقی و ارادی را به همراه دارد. اپتی، رسمیت یافتن عرف منبع - [مبنا] - را، زمینه‌ساز عبور از وحدت‌گرایی به کثرت‌گرایی در ساختار حقوق مدرن ارزیابی می‌کند و از آنجا که حقوق مدرن وی، مبتنی بر وحدت‌گرایی دولتی است، ارتقای جایگاه منبع را، جریانی متعارض با این ساختار حقوقی تلقی می‌کند. از نظر اپتی، کش و قوس‌های همیشگی میان حاکمیت دولت و ضرورت در نظر گرفتن پدیده‌های خودجوش، در حوزه منابع حقوق، جز به بن‌بست نمی‌رسد (Oppetit, 1998: 64). وی، از همین رو، تأکید می‌کند که یا باید مسیر کثرت‌گرایی را پذیرفت و یا به پوزیتیویسم دولتی وفادار بود و راه سومی وجود ندارد (Oppetit, 1998: 58).

بدین ترتیب، نمی‌توان در چارچوب ایدئولوژی پوزیتیویسم دولتی بود و انتظار داشت که عرف جایگاه شایسته‌ای در میان منابع قاعده حقوقی داشته باشد، زیرا عرف و برای مثال، عرف بازرگانی، ماهیتی غیردولتی و خصوصی دارد (ویرالی، ۱۳۶۴: ۹۰).

از منظر نگارنده، با برداشت دولتی که اپتی از حقوق مدرن دارد، استنباط تعارض عرف با حقوق مدرن درست است؛ حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت طبیعی نیز با تعارض پیش‌گفته مواجه است. اما، همان‌طور که اشاره شد، واقعیت این است که حقوق مدرن مبتنی بر نظم خودجوش، با عرف، می‌تواند سازگار باشد؛ چراکه همان نظم خودجوش، مبنای اعتبار قواعد حقوقی در این نوع عرف است. ضرورتاً در تعارض با حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت خودجوش اجتماعی نیست و قبل از قضاوت در این مورد، باید به تحلیل نوع حقوق مدرن پرداخت.

اگرچه کثرت‌گرایی در منبع، در چارچوب تحلیلی که جامعه‌شناسان حقوقی از «وجدان اجتماعی»^۱ به عنوان مبنای اعتبار قاعده حقوقی دارند و نقش مستقلی را به نهادهای اجتماعی در ایجاد قاعده حقوقی می‌دهند (Cf. Duguit, 1927/1: 15, 446, 447)، با حقوق مدرن دولتی و غیردولتی تعارض دارد و شاید برداشت اپتی از منبع و خلط آن با مبنا نیز در چارچوب همین تحلیل جامعه‌شناختی حقوق باشد، اما کثرت‌گرایی در منبع، در چارچوب تحلیلی که

نئولیبرالیسم‌هایی از نظم خودجوش دارد و آن را مبنای اعتبار قاعده حقوقی و حقوق و آزادی فردی تلقی می‌کند (Hayek, 1985/1: 145)، با حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت اجتماعی خودجوش تعارضی پیدا نمی‌کند. اپتی نیز خود تصریح دارد که کثرت‌گرایی ضرورتاً به‌نوعی سوسیولوژیسم منتهی نمی‌شود، اما، در تحلیل، از آن بهره‌نبرده و با تأکید بر برداشت انحصاری دولتی از حقوق مدرن، کثرت‌گرایی در منبع راه، به‌نحو مطلق، در تعارض با حقوق مدرن انگاشته است (Oppetit, 1998: 64).

واقعیت این است که تنوع روش‌های ایجاد قاعده حقوقی و خودجوش بودن برخی از روش‌ها و قواعد، با پوزیتیویسم دولتی که حقوق مدرن اپتی بر آن بنیان‌گذارده شده است، انطباق ندارد؛ اما، نمی‌توان نتیجه گرفت که ضرورتاً با حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت اجتماعی خودجوش تعارض دارد. مصداق بارز به چالش کشیده شدن وحدت‌گرایی حقوق مدرن دولتی را که اتفاقاً در چارچوب عقلانیت اجتماعی خودجوش قابل تحلیل است، می‌توان شکل‌گیری حقوق مذاکره‌ای، ارتقای نقش نهادهای مدنی در ایجاد قاعده حقوقی و نیز شکل‌گیری عرف تجاری بین‌المللی (Lex Mercatoria) و زیرمجموعه‌های آن و برای مثال (Lex petrolea) دانست که امروزه، به‌عنوان یکی از عناصر حقوق فراملی بازرگانی و تحت همین عنوان حقوق فراملی، نظام مستقل حقوقی را تداعی می‌کند (ویرالی، ۱۳۶۴: ۹۱-۹۰؛ گوود، روی. ام، ۱۳۸۶: ۲۰۳؛ اسلامی، ۱۳۹۳: ۱۰-۹).

۳. ارتقای جایگاه و نقش قضات در ایجاد قاعده حقوقی و تضعیف آموزه دهان

قانونگذار بودن قاضی

اپتی در چارچوب حقوق مدرن خود، و از آنجا که اراده قانونگذار دولتی، مبنای اعتبار قاعده حقوقی است، کارکرد قاضی راه، به‌درستی، به تفسیر لفظی قانون و کشف اراده قانونگذار دولتی محدود می‌کند (Oppetit, 1998: 65)؛ به این ترتیب، قاضی جز دهان قانونگذار بودن، نقش دیگری نخواهد داشت (ر.ک: شهابی، ۱۳۹۶: ۴۱۴-۴۱۳). در گفتمان حقوقی مبتنی بر عقلانیت طبیعی نیز قاضی دهان قانونگذار باقی می‌ماند، اما، با مبنای استدلال و تحلیلی متفاوت؛ مبنای واحد اعتبار قاعده حقوقی، عقلانیت طبیعی است و قانون، ابزار مطمئن و شفاف بیان - و نه ایجاد - حقوق و آزادی‌های فردی از یک سو و قواعد و اصول مبتنی بر همین حقوق و آزادی‌ها از سوی دیگر تلقی می‌شود. ارتقای نقش قاضی می‌تواند به عبور از وحدت‌گرایی مبتنی بر عقلانیت طبیعی منجر شود و به این حقوق و آزادی‌ها آسیب برساند. همین استدلال در رابطه با حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت خودجوش اجتماعی نیز مطرح است. در این پارادایم حقوقی، عقلانیت اجتماعی به‌عنوان مبنای واحد اعتبار اصل آزادی فردی مطرح می‌شود و ارتقای نقش

قاضی می‌تواند به معنای ورود متغیرهای مختلفی باشد که نتیجه‌ای جز به چالش کشیدن این آزادی فردی ندارند.

اما، افزایش نقش قاضی، همیشه در چارچوب گذار از تفسیر لفظی به تفسیر آزاد علمی نیست (Cf. Gény, 1919/1: XXV)، بلکه می‌تواند در چارچوب عبور از قانون و اجرای نرم‌های برتر باشد. این عبور نیز، بی‌تردید، نتیجهٔ افول پوزیتیویسم دولتی است؛ پوزیتیویسمی که در نظام حقوقی ایران، با توجه به مفاد اصل ۱۶۶ قانون اساسی، یک‌ه‌تاز نیست، چراکه این اصل، قاضی را مکلف می‌کند که با استناد به قانون و یا اصول حقوقی رأی صادر کند و روشن است که منظور از اصول حقوقی، اصول مندرج در قانون نیست که اگر این‌گونه بود، همان استناد به قانون کفایت می‌کرد. به این ترتیب، پدیدهٔ حقوقی به قانون شکلی تنزل پیدا نمی‌کند و سهم بسزای نیروهای ایجادکنندهٔ حقوق، مغفول باقی نمی‌ماند. مادهٔ ۱۲ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز تصریح می‌کند که قاضی، براساس قواعد حقوقی^۱ - و نه فقط با استناد به قانون^۲ - به حل و فصل دعوا می‌پردازد (شهابی، ۱۳۹۶: ۱۷؛ ۴۱۷؛ Fasso, 1976: 17; Oppetit, 1998: 68).

دیوان عالی کشور فرانسه نیز بارها به اصول کلی حقوقی^۳، حقوق بنیادین و از جمله حق دادرسی منصفانه که وصف اساسی یافته‌اند، استناد کرده است^۴ (Cf. Molfessis, 2001: 702). اگر توجه داشته باشیم که اساسی‌سازی حقوق^۵، خود تحولی در مسیر افول پوزیتیویسم دولتی است، استناد به اصول اساسی اهمیتی دوچندان پیدا می‌کند.

علاوه بر این، باید گفت که امروزه، قضات ملی، هم در سطح دادگاه‌ها و هم در سطح شعب دیوان، مستقیماً به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر استناد می‌کنند (Cf. De Gouttes, 1999: 7) و این خود نشانهٔ دیگری از افول پوزیتیویسم دولتی است. در نگاه اول، به نظر می‌رسد که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و دادگاه اروپایی، در مسیر تضمین حقوق بنیادین، قدرت و حاکمیت قاضی ملی را محدود کرده است، زیرا، قاضی در برابر قانون یا کنوانسیون که حقوق بنیادین انسانی را بیان می‌کند، جز دهان قانونگذار یا دهان اراده‌ای که کنوانسیون را ایجاد کرده است، کارکرد و نقش دیگری ندارد. با وجود این، دو گوت، استاد فرانسوی، به‌درستی معتقد است که کنوانسیون، برعکس، به افزایش قدرت قاضی و بسط اختیاراتش انجامیده است (De Gouttes, 1999: 8-9)، چراکه کنوانسیون به‌مثابهٔ یک منشور یا کنستیتوسیون آزادی‌ها و حقوق بنیادین و به‌عنوان کد مرجع اروپایی دولت قانونم‌ند نمود پیدا کرده است و به این ترتیب، از منظر سلسله‌مراتب، فراتر از قوانین ملی قرار می‌گیرد. بر این اساس، می‌توان قائل بود

1. Règles de droit

2. Loi

3. Cass, Civ. 2, Audience publique du 9 décembre 1981, n° de pourvoi: 80-15306; In. Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 2, n° 212

4. Cass. Com, 3 nov. 1992 et 16 mars 1993, Dalloz, 1993, p. 538

5. Constitutionnalisation du droit

که رابطه سنتی قاضی با قانون ملی که متأثر از پوزیتیویسم دولتی است، تحول پیدا کرده و قاضی از چنبره پوزیتیویسم دولتی رها شده است.

نگارنده تأکید دارد که صرفاً سخن از رهایی از سیطره پوزیتیویسم قانون‌محور نیست، بلکه رها شدن از پوزیتیویسم دولتی به‌طور کلی مدنظر است تا گمان نرود که قاضی به‌عنوان نماد واقع‌گرایی دولتی، دست به ایجاد قاعده حقوقی می‌زند. البته، این تحلیل، در نتیجه، متناقض می‌نماید، زیرا قاضی رها از قانون، ظاهراً با مانعی در ایجاد قاعده حقوقی براساس همان رویکرد واقع‌گرایی دولتی، مواجه نیست. با این حال، اگر توجه داشته باشیم که این رهایی، بر مبنای حقوق بنیادین است و در چارچوب اساسی‌سازی حقوق صورت می‌گیرد، نقش قاضی را در چارچوب پوزیتیویسم دولتی ماهوی تحلیل نمی‌کنیم، بلکه صرفاً در جهت تحقق عینی همان حقوق بنیادین خواهد بود (Cohen-Jonathan, 1989: 241; Mactar Kamara, 2011: 99; Polakiewicz, 2001: 31). به این ترتیب، استناد قاضی به اصول حقوقی فراتر از پوزیتیویسم دولتی، اگرچه در تضاد با حقوق مدرن اپتی است، نه تنها در تعارض با حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت طبیعی یا حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت اجتماعی نیست، بلکه به باز احیای آن نیز انجامیده است.

با وجود همه آنچه گفته شد، و برای تکمیل بحث، پیش از نتیجه‌گیری در خصوص جایگاه و رویکرد قاضی ملی، تحلیل نسبت کنوانسیون با اساسی‌سازی حقوق و تبیین معنای درست خود اساسی‌سازی حقوق، اهمیت زیادی دارد. در واقع پرسش این است که آیا لزوم تبعیت از کنوانسیون، به معنای عبور از تبعیت از اراده پوزیتیویستی دولتی ملی به اراده پوزیتیویستی فراملی و تبعیت از آن نیست؟

اگر، اساسی‌سازی حقوق، به معنای بسط مفهومی قانون اساسی ملی و پوزیتیویته آن باشد، حتی قانون اساسی تلقی کردن کنوانسیون، به معنای عبور از پوزیتیویسم دولتی نیست؛ از حقوق مدرن اپتی که ملی است عبور کرده‌ایم، اما از حقوق مدرن پوزیتیویستی فراملی عبور نکرده‌ایم. استون اسویت، استاد دانشگاه یال، همانند دو گوت، قائل به اساسی بودن کنوانسیون است و البته اذعان دارد که این رویکرد را باید در اقلیت دانست (Stone Sweet, 2009: 924). وی برای نشان دادن اهمیت و میزان تأثیرگذاری کنوانسیون بر حقوق داخلی، ترجیح می‌دهد از آن، با عنوان «قانون اساسی در سایه^۱» سخن بگوید. اسویت، برای مثال، به دادگاه قانون اساسی ایتالیا اشاره می‌کند که در سال ۲۰۰۷، برای اولین بار، قانونی داخلی را با این استدلال که یکی از حقوق بنیادین مندرج در کنوانسیون را نقض می‌کند، باطل اعلام کرد (Stone Sweet, 2009: 937).^۲

اگر اساسی‌سازی حقوق، حداقل در نظام‌های حقوقی نوشته، به معنای عبور از پوزیتیویته قانون اساسی و ممکن دانستن جست‌وجوی اصل اساسی خارج از قانون اساسی باشد، و مبنا و

1. Constitution de l'ombre

2. Cour constitutionnelle italienne, 24 octobre 2007, n 348, Gazzetta Ufficiale, 31 octobre 2007

معیار اساسی بودن اصل یا حقی بنیادین، درج آن در قانون اساسی نباشد (Rosenfeld, 1994: 925, 927; Stone Sweet, 2009: 3)، روند اساسی‌سازی را، در نظام‌های پیش‌گفته، باید به عبور از اراده پوزیتیویستی تعبیر کرد و در تضاد با حقوق مدرن ایتی یا همان حقوق مدرن دولتی دانست. به این ترتیب، استناد به اصول و نرم‌های برتر از پوزیتیویسم دولتی از سوی قاضی را باید از منظر تحولات نظام حقوقی، دگرگونی مهمی تلقی کرد.

در هر حال، با توجه به توسعه نقش قاضی است که دلماس مارتی، دموکراسی امروز را دارای دو ستون قانون و قاضی می‌داند و این گزاره را که محور دموکراسی، یا قاضی، یا قانون است، نادرست ارزیابی می‌کند (Delmas Marty, 1996: 29). تفسیر دادگاه اروپایی حقوق بشر از کنوانسیون نیز، همان‌طور که اشاره شد، تفسیری دینامیک و در مسیر اساسی‌سازی حقوق بنیادین است و برای مثال تلاش دارد تا مدلی واقعی، از دادرسی منصفانه اروپایی ارائه دهد یا درصدد است تا نظم عمومی دموکراتیک اروپایی جدیدی را شکل دهد و به این ترتیب هم از منظر دادرسی و هم از نظر ماهوی تأثیرگذار باشد (De Gouttes, 1999: 8). نگارنده تأکید می‌کند که دلیل این رویکرد تفسیری را باید در این نکته جست‌وجو کرد که دادگاه اروپایی حقوق بشر، کنوانسیون را، نه ابزار ایجاد حقوق بنیادین، که صرفاً ابزار بیان آن می‌داند و اعتقاد دارد که پوزیتیویته را قالب کنوانسیون اعطا نمی‌کند. از نظر دلماس مارتی، اتفاقی که افتاده است این است که نوعی جدایی میان حقوق و دولت به‌وجود آمده است؛ حقوق، دیگر با دولت شناخته نمی‌شود (Delmas Marty, 1996: 33).

با توجه به آنچه گفته شد، عبور از قانون و اجرای نرم‌های برتر، از آنجا که به معنای عبور از پوزیتیویسم دولتی است، به‌منزله بحران حقوق مدرن ایتی تلقی می‌شود. اما، در مورد تعارض آن با ساختار حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت طبیعی یا حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت خودجوش اجتماعی باید تردید کرد و با احتیاط بیشتری سخن گفت. جدایی حقوق از دولت به‌عنوان واقعیتی که دلماس مارتی به آن اشاره می‌کند، نه تنها به معنای افول حقوق مدرن اصیل نیست، بلکه به معنای بازاحیا و پیشرفت این حقوق و شکل‌گیری حقوق مدرن فراملی است و حقوق مدرن نیز از ابتدا، یونیورسالیسم را به‌عنوان آموزه مهم خود مدنظر داشته است. اگر روزگاری حقوق مدرن اصیل برای بیان، حفظ و تضمین ارزش‌های بنیادین خود به پوزیتیویسم شکلی دولتی یا همان عقلانیت شکلی دولتی پناه می‌برد (شهبابی، ۱۳۹۶: ۳۸۲، ۳۸۳)، امروزه، دیگر به آن پوزیتیویسم نیازی ندارد؛ اگر روزگاری، قاضی، محدود می‌شد تا به حقوق و آزادی‌های بنیادین مدرنیته آسیب نزند، امروزه، اصول برتر آنچنان عظمتی یافته‌اند - و اساسی‌سازی حقوق، نشانه همان عظمت است - که قاضی، خود در مسیر اجرای این اصول برتر قرار گرفته، دیگر تهدیدی تلقی نمی‌شود و نمود آن نیز دادگاه اروپایی حقوق بشر است.

نتیجه‌گیری

تحلیل حقوق در چارچوب پوزیتیویسم دولتی ماهوی و جست‌وجوی مبنای اعتبار قواعد و ارزش‌های حقوق مدرن در اراده دولتی را، باید، انحراف حقوق مدرن و گذار از آن تلقی کرد. شاخصه مهم حقوق مدرن، استقلال ذاتی آن در مواجهه با متغیرهای اجتماعی است و این استقلال، در صورتی تأمین خواهد شد که ذات، متافیزیکی یا شبه‌متافیزیکی باشد؛ به همین دلیل، نگارنده، عقلانیت طبیعی یا عقلانیت خودجوش اجتماعی را چارچوب حقوق مدرن دانسته، بر این اساس از دو نوع حقوق مدرن سخن به میان می‌آورد؛ این در حالی است که حقوق مدرن برونو ایتی، دولتی است. به این ترتیب، معیار ایتی برای بررسی نسبت جریان‌های متعارض با مدرنیته، پوزیتیویسم دولتی خواهد بود. از این منظر، شکل‌گیری حقوق اروپایی، ارتقای عرف منبع و ارتقای نقش قضات در نظام حقوقی، جریان‌های متعارض با حقوق مدرن ایتی بوده، به بحران آن می‌انجامند. با این حال، نگارنده، با تکیه بر تحولات تاریخی، یعنی گذار از حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت طبیعی به پوزیتیویسم دولتی، حقوق مدرن ایتی را پارادایمی در تعارض با حقوق مدرن اصیل می‌داند. از این منظر، می‌توان نتیجه گرفت عواملی که ایتی، زمینه‌ساز تعارض می‌انگارد، از آنجا که به تضعیف پوزیتیویسم دولتی می‌انجامد، متعارض با حقوق مدرن اصیل تلقی نمی‌شوند. همچنین این عوامل به ارتقای حقوق بنیادین یا آزادی فردی خودجوش انجامیده، می‌توان آنها را، به نوعی، بازاحیای مدرنیته حقوقی مبتنی بر عقلانیت طبیعی یا حقوق مدرن مبتنی بر نظم خودجوش دانست.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. چالمرز، ال. اف (۱۳۸۲). چیستی علم، درآمدی بر مکاتب علم‌شناسی فلسفی، ترجمه سعید زیباکلام، تهران: سمت.
۲. شهابی، مهدی (۱۳۹۶). فلسفه حقوق، مبانی نظری تحول نظام حقوقی، از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳. هابز، توماس (۱۳۸۰). *لویاتان*، ویرایش و مقدمه از سی. بی. مکفر سون، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی.

ب) مقالات

۴. اسلامی، مسعود (۱۳۹۳). «نقدی بر نظریه‌های Lex petrolea و Lex mercatoria در حقوق و قراردادهای بین‌المللی نفتی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۵۰، ص ۳۶-۹.
۵. گوود، روی. ام (۱۳۸۶). «عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی»، ترجمه دکتر حمیدرضا علومی یزدی، *مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت و امور مجلس ریاست جمهوری*، ش ۳۶، ص ۲۴۱-۲۰۱.
۶. ویرالی، میشل (۱۳۶۴). «تفکری بر تئوری حقوق فراملی»، ترجمه ناصر صبح‌خیز، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۳، ص ۸۷-۱۰۸.

۲. لاتین

A) Books

7. Arnaud, André-Jean (1998). *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, L.G.D.J.
8. Delmas Marty, Mireille (2004). *Le relatif et l'universel*, Paris, Edition du Seuil, p. 27
9. Delmas- Marty, Mireille (1996). *Vers un droit commun de l'humanité*, Les éditions Textuel
10. Duguit, Léon (1927). *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing, 3^e édition en cinq volumes, T. I. La règle de droit et le problème de l'Etat
11. Fasso, Guido (1976). *Histoire de la philosophie du droit, XIXe et XXe siècle*; traduit de l'italien par Catherine Rouffet, Paris, L.G.D.J.
12. Gény, François (1919). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. I., Paris, L.G.D.J.
13. Goldman, B. (1964). *Frontières du droit et Lex Mercatoria*, *Archives de philosophie du droit*, T. IX, Paris, Sirey
14. Hauriou, Maurice (1986). *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Librairie Bloud et Gay, 1^e édition, 1933, Réédité par Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen
15. Hayek, Friedrich von (1985). *Droit, législation et liberté*; Traduit en français par Raoul Audouin, T. I. règles et ordre, Paris, Puf
16. Oppetit, Bruno (1998). *Droit et Modernité*, Paris, Puf
17. Oppetit, Bruno (2004). *Philosophie du droit*, Réimpression de la 1^e édition (1999), Paris, Dalloz
18. Renard, Georges (1930). *La théorie de l'institution, Essai d'ontologie juridique*, Paris, Recueil Sirey, T. I.
19. Romano, Santi (2002). *L'ordre juridique*, Paris, Edition Dalloz
20. Rosenfeld, Michel (1994). *Constitutionalism, Identity, Difference, and*

Legitimacy: Theoretical Perspectives, Durham, Duke University Press

21. Schmitt, Carl (1995). *Les trois types de pensée juridique*, Paris, Puf, 1995
22. Villey, Michel (2001). *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*; 1^e édition pour les tomes I et II (ensemble), Paris, Dalloz
23. Villey, Michel (2006). *La formation de la pensée juridique moderne*; 1^e édition, Paris, Quadrige/Puf
24. Weber, Max (2007). *Sociologie du droit; Introduction et traduction par Jacques Grosclaude*, Paris, Puf

B) Articles

25. Binet, Lise (1990). "La thématique des transformations du droit et le paradigme du droit-phénomène social", In. *Les Cahiers de Droit*, vol. 31, n° 3, pp. 917-931.
26. Chevallier, Jacques (1998). "Vers un droit postmoderne", In. *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et Société, Recherches et Travaux, n° 5, Paris, L.G.D.J. pp. 21-46.
27. Cohen-Jonathan, Gérard (1989). "La Convention européenne des droits de l'homme", coll. Droit public positif, Economica, PUAM, Paris, pp. 241-246.
28. De Gouttes, Régis (1999). "La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français", In. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51 n°1, Janvier-mars 1999, pp. 7-20.
29. Drouet, Hervé (2005). "La Constitution française, le droit communautaire et le juge : propos sur le principe de primauté", TA Clermont-Fd – Audience solennelle de rentrée
30. Frydman, Benoit (2000). « Le droit, de la modernité à la postmodernité », In, *Réseaux*, n° 88-90, pp. 67-76.
31. Goldman, B. (1987). "The Applicable Law: General Principles of Law-The Lex Mercatoria", In. *Contemporary Problems in International Arbitration*, J.D.M. Lew (ed.), Martinus Nijhoff Publishers.
32. Mactar Kamara (2011). "De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne"; In. *ACDI*, Bogota, ISSN : 2027-1131/ISSNe: 2145-4493, Vol. 4, pp. 97-162.
33. Mathieu, Bertrand (2007). "Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national, Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français", In. *Revue française de droit constitutionnel* 2007/4, n° 72, pp. 675-693.
34. Molfessis, Nicolas (2001). "La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation", In. *RTD Civ.*, p. 699-703.
35. Polakiewicz, J.(2001). "The Status of the Convention in National Law", In. R. Blackburn, and J. Polakiewicz, éd., *Fundamental Rights in Europe*, Oxford.

36. Stone Sweet, Alec (2009). "Sur la constitutionnalisation de la convention européenne des droits de l'Homme : cinquante ans après son installation, la cour européenne des droits de l'homme conçu comme une cour constitutionnelle ", In. Rev. trim. dr. h. n° 80, pp. 923-944.
37. Supiot, Alain (2005). "Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit", Paris, Édition du Seuil.
38. Vanderlinden, Jacques (1972). "Le pluralism juridique, Essai de synthèse", In. *Le pluralisme juridique*; Etudes publiées sous la direction de John Gilissen, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, pp. 19-56.
39. Wolin, Sheldon S. (1968). "Paradigms and political theories", In. Political and experience, edition preston king and b.c. parekh, Cambridge press.

