

The Effect of Distinction between Modern Law and Traditional Law on Legal Methodology

Received: 2016/08/02; Accepted: 2016/10/17 Mohamad Salehi Mazandarani¹
Safiye-sadat Mollabashi²

Abstract:

Traditionalism and Modernism take different approaches with regard to ontology, epistemology and anthropology. This writing considers the relation between these two and answers the question that which process followed by the modern methodology and what was its effect on modern legal methodology and do these influences affect the nature of modern law and the Islamic traditional law? The outcome of this investigation considers Modernism as replacing ontology by epistemology, that represents itself in research and renders the paradigm of physics-based into other sciences. Modern law presents itself as positive-method science. The positive-method science forms formal and objective law. In addition, positive-method science shapes differentiated and secular law. On the other hand, traditional law accepts metaphysics and considers the method as discoverer, not creator. In this approach, Hojrat or integrity of certainty legitimates Islamic methodology that makes it a unified-nonobjective science, under theology and obliged in religious and moral matters.

Keywords: traditional law; "modern law; "methodology; "usul-Al feqh; "egal positivism.



تناهی‌تأثیر رویکردی حقوق مدرن و حقوق سنتی بر روش‌شناسی حقوقی

تاریخ دریافت ۹۵/۰۵/۱۲ - تاریخ پذیرش ۹۵/۰۷/۲۶ محمد صالحی مازندرانی^۱
صفیه سادات ملاباشی^۲

چکیده

سنت‌گرایی و مدرنیسم رویکردهای متمایزی در هستی‌شناسی، شناخت‌شناسی و انسان‌شناسی برگزیده‌اند. این نوشتار نسبت این تمایز در روش‌شناسی حقوقی را بررسی می‌کند و به این پرسش پاسخ می‌دهد که روش‌شناسی مدرن چه فرایندی را سپری کرده و این فرایند چه تأثیری بر روش‌شناسی حقوقی مدرن بر جای گذاشته است و آیا این تأثیرها ماهیت حقوق مدرن و حقوق سنتی اسلام را متأثر ساخته است؟ رهیافت این پژوهش مدرنیسم را جایگزینی شناخت‌شناختی با هستی‌شناسی می‌داند که خود را در قالب پژوهش باز می‌نماید و پارادایم علم فیزیک‌محور را به دیگر علوم تسری می‌دهد. حقوق مدرن نیز خود را علم به‌مثابه روش اثباتی معرفی می‌کند که حقوقی متمایز، عینی، سکولار و رسمی‌شده را شکل می‌دهد؛ در حالی که حقوق سنتی با پذیرش متافیزیک، روش را کاشف از واقع می‌داند، نه ایجادکننده آن. در این رویکرد حجیت قطع مشروعیت‌بخش روش‌شناسی است که آن را غیرمتمایز و غیرعینی، ذیل الهیات و ملتزم به گزاره‌های دینی و اخلاقی می‌کند.

واژگان کلیدی: حقوق سنتی، حقوق مدرن، روش‌شناسی، مشروعیت شناخت، کارکرد روش.

۱ دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم. (نویسنده مسئول). رایانامه: m_salehimazandarani@yahoo.com

۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم.





مقدمه

مدرنیسم جریانی است که اگرچه در زمان آغاز پیدایش آن اختلاف نظر هست، اما در نفی تمام امور مقدس و قطعی سنت از سوی آن تردیدی نیست. این نفی، سبب شکل‌گیری رویکرد متمایزی در مدرنیسم نسبت به انسان، هستی و شناخت انسان از هستی شد که به تدریج در تمام لایه‌های شناخت و اندیشه بشری راه یافت و در تمام علوم انقلابی ایجاد کرد. پرسش آغازین و البته بنیادین این جستار این است که وجه تمایز و افتراق سنت‌گرایی و مدرنیسم چیست. در مرحله بعد به بررسی این مسئله می‌پردازیم که آیا این تمایز رویکرد در حقوق مدرن و سنتی نیز تمایزی ایجاد کرده است و بحث، متناسب با عنوان پژوهش، بر تمایز این دو نظام عمده حقوقی در حوزه روش‌شناسی متمرکز می‌شود.

به نظر می‌رسد بتوان تأثیر تمایز رویکردی در حقوق مدرن و حقوق سنتی در حوزه روش‌شناسی را در سه عنوان کلی بررسی کرد؛ در بخش اول به بررسی این پرسش می‌پردازیم که آیا رویکرد متمایز مدرنیسم و سنت‌گرایی، در درجه نخست، سبب تحول یا تغییر معنا یا ماهیت روش و به تبع آن تغییر جایگاه آن در حوزه شناخت‌شناسی شده است یا خیر. پاسخ این پرسش، هرچه باشد، بر مفهوم و جایگاه روش در روش‌شناسی حقوق مدرن و سنتی تأثیر عمده خواهد داشت و می‌تواند ما را به این پاسخ رهنمون شود که آیا مفهوم، ماهیت و جایگاه روش در حقوق سنتی و مدرن متفاوت است.

با شناخت مفهوم و جایگاه روش در حقوق مدرن و سنتی، این پرسش پیش می‌آید که آیا تفاوت معنا و جایگاه روش در این دو نظام در اعتباریابی روش حقوقی و حدود و مبانی آن اثرگذار خواهد بود. به بیان دیگر در بخش مشروعیت روش‌شناسی به بررسی تأثیر رویکرد متمایز مدرنیسم و سنت‌گرایی بر نوع و حدود اعتبار روش‌شناسی حقوقی می‌پردازیم. در واپسین بخش نیز تأثیر این دو رویکرد متمایز بر خروجی حقوق به‌طور کلی بررسی می‌شود و به این سؤال پاسخ داده می‌شود که روش‌شناسی متفاوت حقوق سنتی و مدرن چه تأثیری بر کلیت این دو نظام حقوقی داشته است.





۱. تمایز رویکردی حقوق مدرن و حقوق سنتی

۱-۱. تمایز رویکردی مدرنیسم و سنت گرایی

گام نخست تمایز رویکردی حقوق سنتی و حقوق مدرن را باید در تفاوت بنیادین مدرنیسم و سنت گرایی بررسی کرد. مدرنیسم مسیر شکل گیری، تکامل و بازنمایی خود را از شناخت شناسی آغاز کرد و آن را به انسان شناسی تسری داد و در ادامه در هستی شناسی متبلور نمود؛ در حالی که سنت گرایی پایه را بر دریافت هستی شناسانه قرار داد و انسان شناسی را در پرتوی آن بیان کرد و به تبع آن واجد رویکردی مشخص در شناخت شناسی شد. این تفاوت مسیر را به طور کلی می توان در تمامی رویکردهای مدرن و سنتی مشاهده کرد و نمود آن را در تمایز رویکرد حقوق سنتی و حقوق مدرن به وضوح دریافت؛ تمایزی که شاید با این بیان تاکنون توصیف نشده است.

می توان دکارت را آغازگر چرخش از هستی شناسی به شناخت شناسی در مدرنیسم دانست. دکارت با جمله معروف خویش، «من فکر می کنم، پس هستم»، فاعل شناسا یا سوژه مدرن را ابداع و ارائه کرد. وی با سلب اعتبار از هر آنچه جز اندیشیدن است، خویشی را ادراک می کند که اندیشنده است (کاپلستون، ۱۳۸۶: ۱۲۶). ظهور سوژه مدرن هم زمان با دکارت شکل گرفت؛ سوژه ای که عامل اصلی در تحول شناخت و فهم بوده است. از نظر جیمسون، فلاسفه مدرن همواره در جستجوی نقطه ثابتی بودند تا بتوانند از منظر آن تغییر کنند و تغییر را بفهمند و این نقطه ثابت و درخور اتکا را سوژه یافتند؛ سوژه ای که تغییر را تجربه می کند، در آن شرکت می کند و به آن می اندیشد. (مالپاس، ۱۳۸۸: ۸۵)

دکارت با نفی همه چیز و اثبات خویشی به دلیل اندیشنده بودن اصالت را به شناخت می دهد و سوژه یا فاعل شناسا را به مدد شناخت اثبات می کند. فاعل شناسا وجه شاخص مدرنیسم در حوزه انسان شناسی می شود تا آنجا که فوکو «مرگ مؤلف» را به عنوان وجه شاخص انسان گرایی پسامدرن در تقابل با سوژه مدرن قرار می دهد. با این بیان، گذار از شناخت شناسی به انسان شناسی تحقق می یابد؛ اما بدان ختم نمی شود.

هایدگر نشان می دهد که سخن «من می شناسم پس هستم»، سنخ هستی شناسانه به خود می گیرد. از نظر هایدگر من می شناسم دکارتی فقط نمی گوید که من می شناسم پس هستم؛ بلکه بر آن است که خود را باز نمود اصلی، کامل و نهایی نشان دهد (احمدی، ۱۳۹۰: ۲۳۹-)





۲۳۸). هایدگر در رساله دوران تصویر جهان منش بنیادین دوران مدرن را تحولی هستی شناسانه ارزیابی می کند. مقصود وی از جهان هر آن چیزی است که وجود دارد و می افزاید که مقصودش نه فقط جهان مادی بلکه تاریخ نیز هست. بر اساس باور وی، جهان به تصویری فرو کاسته می شود که نمایانگر علم است، علمی که رابط میان انسان گرایی مدرن و تابعیت از تولید بر اساس حاکمیت خرد ابزاری است (پیشین، ۲۴۴-۲۴۳)

سوژه مدرن دکارت با من می اندیشم، گردشی هستی شناسانه داشت و راه را بر افق های شناخت شناسانه تازه ای گشود. این ایده به نحوی متافیزیک را در خود گنجانید. اگر چه از یک سو موجود اندیشنده اثبات شد؛ اما از سوی دیگر این اندیشنده چیزی نبود جز انسان اندیشه گر؛ اندیشه گری که مشروعیت شناخت خود را از خود می گیرد، شناختی که به تعبیر کانت هستی با وی منطبق می شود، نه اینکه شناخت منطبق با هستی شود (اسپنسر و دیگران، ۱۳۸۱: ۲۸). اینگونه هستی به بازنمایی و باز نمود تقلیل یافت یا حتی می توان این گونه تعبیر کرد که هستی شناسی بدل به شناخت شناسی شد. کاسیرر یاد آور شده که وقتی از دکارت و بیکن به سوی کانت و هگل در فلسفه مدرن پیش می آییم متوجه می شویم که مدام از طبیعت به عنوان موضوع مرکزی شناخت دور و به انسان نزدیک تر می شویم. در واقع مسأله ذهن جایگزین طبیعت شده است. (احمدی، ۱۳۹۰: ۱۰۷)

مسیر تحقق شناخت و مشروعیت آن در سنت گرایی در جهت عکس مدرنیسم حرکت کرده است. سنت گرایی نظام پیچیده ای از مفاهیم است که در رأس آن اعتقاد به نیرویی ماورائی و فراتر از توان انسانی است که حکایت از نوعی ولایت بر انسان و طبیعت دارد. از سوی دیگر ولایت این نیرو بر انسان و طبیعت، ضرورت تبعیت انسان از آن و پذیرش اصل تبعد و تسلیم در انسان را نشان می دهد؛ در حالی که تعاریف مدرنیسم، با وجود تمام تفاوت ها و تناقض هایش، در یک نکته اتفاق نظر دارند و آن، نفی هر آن چیزی است که از سنت برجای مانده (خاتمی، ۱۳۸۸: ۵۲-۵۴) و در نتیجه، نفی نیروی ماورائی یا حداقل عدم امکان درک آن و به تبع، فقدان ولایت قدسی بر انسان در تمام حوزه های بشری است.

سنت گرایی قائل به وجود هستی و جهانی جدای از وجود انسان ها است که مخلوق است و انسان نیز جزئی از آن به شمار می آید. هستی ذیل حقیقتی فراتر از دریافت انسانی دارد؛ واقعیتهای متعالی، فوق مادی و غیر مشروط. هستی شناسی سنت گرایی در بستر سنت



اسلامی با مفهوم آیه به معنای نشانه بیان می‌شود، که بیانگر آئینه و نشانه‌بودن تمام کائنات و خلقت از ذات در پرده‌ای است. عوالم ذومراتب‌اند و همه کثرات از وحدتی سرچشمه گرفته‌اند.

پیش‌نویس کتاب حقوق مدرن در سنی بر روش‌های علمی

انسان‌شناسی سنتی نیز از دریچه هستی‌شناسی نگریسته می‌شود. انسان در درجه اول مخلوق است و لاجرم بنده. بنده‌بودن انسان لزوم ولایت را اثبات می‌کند و در عین حال بیانگر نوعی اتصال است؛ اتصالی که نمودی از خلیفه‌اللهی دارد. می‌توان ولایت‌پذیری را وجه شاخص تمایز انسان‌شناسی سنتی و مدرن دانست؛ چرا که اومانیسیم به‌عنوان رویکرد غالب انسان‌شناسانه مدرن با قطع ارتباط بین انسان و ماوراءالطبیعه، سرشت وی را اجتماعی دانسته و آن‌گونه که کانت معتقد است، انسان غایت لذاته یک انسان اخلاقی است.

شناخت‌شناسی سنتی نیز مبتنی بر دیدگاه‌های هستی‌شناسانه آن است. محوریت هستی‌شناسانه سبب شد تا مرجعیت در شناخت معتبر و ضروری شود (الدمدو، ۱۳۸۹: ۲۷۸). همراه با پذیرش مرجعیتی فوق بشری برای شناخت، حوزه شناخت در سنت به مراتب گسترده‌تر از مدرنیته است و یکپارچگی درخوری در آن دیده می‌شود. این یکپارچگی سلسله‌مراتبی را نیز در نظر می‌گیرد که اصل توحید مانند محوری در همه اطوار دانش جریان دارد و آنها را به هم پیوند می‌دهد. علوم قضایی، اجتماعی و کلامی و نیز علوم عرفانی و متافیزیکی جملگی در اصل خویش از سرمنشأ وحی استخراج شده‌اند. (نصر، ۱۳۸۴: ۱۲۱). عقل برخلاف شناخت‌شناسی مدرن نامحدود نیست و حدود هستی و حتی میزان شناخت و اعتبار آن را تعیین نمی‌کند. در شناخت‌شناسی سنتی، عقلانیت با تعبد هم‌نشینی دارد و خود را به صورت محدود و مشروط، ذیل آن تعریف می‌کند.

۲-۱. سیر تمایز رویکردی در حقوق مدرن و سنتی

تمایز رویکردی که در سنت و مدرنیته در مقیاس کلان دیده می‌شود و تغییر مسیر حرکت از هستی‌شناسی به شناخت‌شناسی، در تمام حوزه‌های علوم محض و کاربردی خود را نمایان می‌سازد. حقوق مدرن نیز به تدریج با تغییر مسیر کلی از هستی‌شناسی به شناخت‌شناسی، تحولی بنیادین در درون خود می‌یابد. آغاز این تبدیل معنا را می‌توان در مفهوم حقوق طبیعی یافت. پس از آن و با جدایی واقعیت از ارزش، حوزه اثبات و ثبوت تفکیک شد و در نهایت امر اثباتی^۱ و طرق حصول آن محوریت یافت. برخلاف آن، در





سنت، وجود امری ثبوتی در عالم مفروض و در علم کلام ثابت شده است و اثبات باید کاشفیت از ثبوت و نفس الامر داشته باشد.

این فرایند تغییر در ابتدا با تبدل معنا در حقوق طبیعی آغاز شد. حقوق طبیعی ریشه یونانی-رومی دارد. با ظهور مسیحیت، آموزه‌های مسیحی و مفاهیم حقوق طبیعی درهم می‌آمیزند و حقوق مسیحی را شکل می‌دهند. حقوق طبیعی در مفهوم مسیحی آن، دست کم به طور غیرمستقیم، از اراده الهی نشئت می‌گیرد. به تعبیر هومس، مفهوم سنتی از حقوق، تمامی از هنجارهای پیشااثباتی است که از طریق اعلام انسانی اراده در شکل‌گیری حقوق به دست نیامده است و تغییرناپذیر، جهانی و بذاته است (Strauss, 2009: 69). در واقع، حقوق طبیعی مسیحی در حوزه هستی‌شناسی قائل به هستی ثابت و دایمی بود که باید‌ها از دل آن استنباط می‌شد. به بیان دیگر شناخت‌شناسی ذیل هستی‌شناسی قرار می‌گرفت.

فلسفه صوری^۱ پس از رنسانس آغازگر تغییر جهت در حقوق غرب شد. اسم‌گرایی، هر قسم از جهان‌شمولی یعنی جهان‌شمولی خارج از ذهن انسانی را نفی می‌کند. مفاهیم یا کلیات جهان‌شمول، ذاتی ذهن بشرند. دکارت اعداد و تمام کلیات را صرفاً اسلوب‌هایی از تفکر می‌داند. یلینک در ادامه به صراحت ایده استقلال امر حقوقی را، در معنای اخباری آن، رد می‌کند. مطابق با دیدگاه وی حقوق جزئی از بازنمایی بشری است که در ذهن انسان وجود دارد. (Ibid: 69)

به موازات دکارت، گروسیوس استدلال می‌کند که حقوق طبیعی وجود دارد؛ حتی اگر خداوند راهنمایی‌هایی نداشت. حقوق طبیعی توصیه‌هایی برای عقل عملی، عرف و عقاید مشترک جهانی، طبیعت انسانی یا عدالت ذاتی دارد. تونی نیز در این همراهی حقوق طبیعی را نظم همزیستی بشری می‌داند که محصول عقل است و نتیجه زندگی انسان در اجتماع. (Chroust, 1947: 386) با این بیان حرکت برای تغییر مسیر از چند نقطه آغاز می‌شود؛ اسم‌گرایی، استقلال حقوق طبیعی از گزاره‌های مسیحی، تمرکز بر ماهیت اجتماعی حقوق و در ادامه نفی استنباط باید‌ها از هست‌ها.

در ادامه دیوید هیوم با ادعای ناشناخت‌گرایی^۲ شکاکیتی گسترده درخصوص حقوق طبیعی برانگیخت. با این بیان که اگر نتوانیم چستی حق و باطل را به طور عینی تشخیص



1 Nominalism
2 Non-cognitivism

دسیم، اصول حقوق طبیعی چیزی بیش از باورهای ذهنی نخواهند بود و بنابراین نه حق می توانند باشند و نه باطل. وی در رساله طبیعت انسان می‌خواهد نشان دهد که گذشتگان مایل‌اند در هر سیستم اخلاقی که حقوق هم بخشی از آن محسوب می‌شود، «بایدها» را از دل «هست‌ها» بیرون کشند (Freeman, 2001: 28). از دیدگاه وی، از واقعیات جهان یا طبیعت انسان نمی‌توان برای تعیین آنچه باید انجام داد و آنچه نباید انجام داد بهره گرفت. اگرچه بعدها نظریه هیوم رد شد؛ اما تزلزل بنیادی در اعتبار حقوق طبیعی ایجاد کرد. (ویکس، ۱۳۸۹: ۳۰)

این فرایند زمینه را برای شکل‌گیری پوزیتیویسم اولیه که همراه با تاریخ‌گرایی ساوینی بود، فراهم کرد و بنابر دیدگاه برخی می‌توان آن را بازگردانی از جدال بین افراد هراکلیتوس و افلاطون یا «صیروت ابدی»^۱ در برابر «وجود ابدی»^۲ دانست. ساوینی بر این باور بود که حقوق یک پدیده صرفاً تاریخی است و این مسئله نزدیک یا فراتر از حقوق اثباتی است و هیچ نظام حقوقی حقوق طبیعی ابدی و لایتغیری وجود ندارد. (Strauss, 2009: 70)

در مرحله بعد، پوزیتیویسم حقوقی با ایده حقوق به مثابه فرمان از سوی بنتام و آستین مطرح می‌شود و حقوق غیر عادلانه معتبر شناخته می‌شود (Stone, 2011: 323). از منظر آستین هر آنچه دستور نیست، حقوق نیست (Wacks, 2006: 23). پس از آن، هارت، قاعده‌شناسایی را به عنوان هنجار بنیادین در بطن هر نظام حقوقی مطرح کرد که در تقابل با ضابطه محتوامحور و بیرونی حقوق طبیعی قرار گرفت (Bendiett, 1978: 25). به موازات او، کلسن حقوق ذهنی را نفی نمود؛ حقوقی که عامل ذهنی را معتبر می‌داند. این عامل ذهنی می‌تواند اتصال به امر قدسی یا توجه به امر متافیزیکی در فرایند استدلال یا پیش فرض استدلال باشد. قائل بودن به حقوق طبیعی، حتی در فرض نفی امر متافیزیکی، نیز از مصادیق حقوق ذهنی است. عینی بودن حقوق به معنای واقعیت انسانی اجتماعی حقوق است و نفی هر گونه امر غیر عینی خدشه‌پذیر. (Dedek, 2010: 102)

با طی این فرایند پوزیتیویسم حقوقی به یک فراتئوری بدل می‌شود که شرایط تئوری های حقوقی را بیان می‌کند؛ شرایطی که هم باید واجد ویژگی‌های رسمی و شکلی و هم فاقد شروط اخلاقی باشد (Raz, 1980: 97). با این بیان و به تعبیر کلسن، پوزیتیویسم



1 Eternal becoming
2 Eternal being



حقوقی هیچ گاه پایان نمی‌پذیرد؛ اگرچه گهگاه این یا آن موقعیت پوزیتیویستی جلوتر خواهد افتاد. (Koller, 2006: 180) در این معنا، پوزیتیویسم حقوقی نمود کامل حقوق مدرن می‌شود. نمودی که با نفی حقوق طبیعی، اعم از معنای مسیحی و غیرمسیحی آن، ساحت هست را از باید جدا می‌کند و اصالت را با اثبات و روش رسمی و شکلی می‌داند؛ در نتیجه روش بر هست غلبه یافته و لاجرم شناخت‌شناسی بر هستی‌شناسی تقدم می‌یابد. به‌طور معکوس، در حقوق سنتی، متناسب با اصل سنت، هستی‌شناسی محوریت دارد و شناخت‌شناسی ذیل آن قرار می‌گیرد. باورمندان به حقوق سنتی، قائل به وجود واقع و نفس‌الامری می‌شوند که نزد علم الهی حاضر است و حکم شرعی تشریحی است که از سوی خداوند آمده است و خطابات شرعی که در کتاب و سنت آمده است، این ظرفیت را دارد که ابرازکننده حکم شرعی و کاشف از آن باشند؛ اگرچه نفس حکم شرعی محسوب نمی‌شود. (صدر، ۱۴۲۶ق، ج ۱: ۶۱). در واقع، نفس حکم، حقیقتی است در عوالم بالا و نزد علم الهی و عبارات کتاب و سنت بیانگر آن حقیقت هستند. این مضمون به صراحت بیانگر چند نکته است؛ اول وجود حقیقتی و راتر و فراتر از ذهن بشری، دوم ضرورت انطباق بایدها بر هست‌ها و سوم امکان کاشف‌بودن عبارات کتاب و سنت از هست‌ها. این سه نکته مقدمه‌ای است برای اثبات و حصول فرایند استدلالی مشخص که واجد قطعیت و کاشفیت از اراده الهی باشد.

۲. تأثیر تمایز رویکردی بر مفهوم روش

۲-۱. مفهوم روش در سنت و مدرنیته

روش‌شناسی زیرمجموعه شناخت‌شناسی است و هرگونه تغییر در اصول و ساختارهای شناخت‌شناسی بر روش‌شناسی و در نتیجه بر مفهوم «روش» اثرگذار خواهد بود. فرایند دگرگونی مفهوم روش در مدرنیسم تابعی از تغییر زاویه شناخت‌شناسی مدرن و جایگزینی آن با هستی‌شناسی است. با نفی اسطوره‌های مسیحی و جدایی از ماوراءالطبیعه و تشکیک دکارتی نسبت به هر آنچه غیر از خویشتن‌اندیشنده است، جهان دیگر متضمن هیچ‌گونه کیفیت ذاتی نیست؛ بلکه از مقداری ماده تشکیل شده است. نگاه ماده مطلق افکندن به عالم و از سوی دیگر فقط عالم ماده را دیدن، همراه با اعتقاد به خالقیت ذهن، درک بی‌سابقه‌ای از انسان به مثابه یک فرد و سوژه شناسا به وجود آورد (اسپنسر و دیگران، ۱۳۸۱: ۲۶).



سوپرکتیویته یا همان سوژه شناسا به تعبیر هگل، بخش اصلی تفکر مدرن شد. (احمدی، ۱۳۹۲: ۲۲)

سوژه بودن انسان راه را بر ابژه بودن او هموار ساخت. فوکو در نظم اشیا؛ دیرین شناسی علوم انسانی، مدعی است که انسان به عنوان موضوع شناخت و دانش علمی در بهترین وجه نوعی ابتکار جدید است؛ نتیجه جهشی بنیادین در فرهنگ غرب (هادسن، ۱۳۸۸: ۲۳۷). بر این اساس، انسان می توانست اراده خویش را در چارچوب شگردهای دلخواه اعمال کند و واقعیت را ملاک و مبنای امور قرار دهد (بایزر و دیگران، ۱۳۸۵، ۳۳۰-۳۳۰). تبدیل همه چیز به ابژه و جهان را به صورت عینی تصور کردن شرط اصلی علم به مثابه پژوهش است. این ابژه سازی روی نمی دهد، مگر آن که حقیقت بدل به باز نمود شده باشد. در متافیزیک دکارتی هر ابژه ای می تواند باز نمود شود و هر چیزی غیر از چیز دیگر است.

همین مسئله چرایی تحول مفهوم روش در شناخت شناسی مدرن را روشن می کند. علم مدرن اساساً با Episteme یونانی و Doctrina و Scientia در سده های میانه از این نظر تفاوت دارد که پیش از هر چیز خود را به صورت پژوهش معرفی می کند. هایدگر می گوید گوهر آنچه ما امروز علم می نامیم، پژوهش است. پژوهش، شکلی از دانایی و یک شیوه است؛ اما نه به معنای دقیق روش؛ بلکه به معنایی بسیار گسترده تر، نظیر کاری که در فیزیک رخ می دهد. فیزیک، الگوی علوم مدرن و روش آن هاست که در همه علوم حتی در علوم اجتماعی امکان به کارگیری آن وجود دارد. (تریگ، ۱۳۸۶: ۱۲)

مفهومی که در علم مدرن، حداقل از سوی پوزیتیویست ها و تجربه گرایان، مطرح می شود «علم یکپارچه»^۱ است. بدین معنا که مجموعه یگانه ای از روش های بنیادین برای همه علوم وجود دارد و نهایتاً بر فیزیک تحویل پذیر هستند. «تحویل گرایی»^۲ امروزه محل مناقشات بسیاری است؛ اما ایده اصلی در این دیدگاه این است که از آنجا که همه چیز در جهان از ماده پایه مشابهی در ترکیب های پیچیده ساخته شده، قوانین زیست شناسی باید از قوانین شیمی و قوانین شیمی باید از قوانین فیزیک استخراج پذیر باشند. (لیدیمن، ۱۳۹۳: ۱۲۵)





با این بیان جهان به ماده خلاصه شده، تنها با روش‌های فیزیک‌محور قابل درک و دریافت شد. روش علمی به تمام حوزه‌های علوم انسانی و غیرانسانی تسری یافت و ملاک علمی بودن بهره‌گیری از این روش، قلمداد شد. پژوهش به روش و روش به روش‌های فیزیکی تقلیل یافت. استفاده درست از این روش‌ها می‌توانست در فلسفه نیز راهگشا باشد و آنها را از مجادلات لفظی، تصورات مبهم و استدلال‌ات مغلطه‌آمیز و نتایج رها کند و به صورت علمی به کامل‌ترین معنای کلمه درآورد. در آن صورت، عنصر شخصی حذف می‌شود و فلسفه می‌تواند بهره‌مند از خصوصیت صدق، کلیت و غیرشخصی بودن شود. هایدگر واقعیت‌گرایی، روش تجربی و اتکا بر اندازه‌گیری را سه وجه اصلی و ویژگی بارز علم مدرن می‌داند؛ اما ویژگی بنیادین آن را پارادایم یا طرح افکنش ریاضی‌وار درباره شیئ اشیاء اظهار می‌کند؛ بدین معنا که علم ابتداء از واقعیات آغاز می‌شود نه انتزاعات و مفاهیم و قضایای کلی. (ملایری، ۱۳۹۲، ۲۵۲-۲۵۰)

در ادامه، خودمرجعی شناختی سوپراکتیویته مدرنیسم و تفکیک ساحت‌های آن، طبیعت اجتماعی نیز به خود گرفت. وبر و دورکیم شناخت خویش و به تبع آن زیبایی‌شناسی خویش را خودمرجع تلقی کردند. وبر مضمون خودمرجعیت را نه تنها در شناخت‌شناسی بلکه در علم اخلاق خویش نیز به کار گرفت. برای مثال، اعتبار اخلاقی مطلق که در مفاهیم کانتی اراده تجربی و اراده عملی محض وجود دارد، به ترتیب به مثابه کنشگر اجتماعی برخوردار از عقلانیت ابزاری و کنشگر اجتماعی برخوردار از عقلانیت ارزشی، به مقوله‌های جامعه‌شناختی تبدیل شدند. (لش، ۱۳۸۳: ۲۰۵-۲۰۴)

در مقابل، روش در سنت جایگاه متفاوت و تعریف مستقلی داشت. علما در این رویکرد برای هر علمی جایگاه، غایت و موضوعی و در کل آنچه رئوس ثمانیه نامیده می‌شد، در نظر می‌گرفتند که یکی از آنها روشی بود که متناسب با آن علم و کارکرد و موضوع و هدف آن به کار می‌آمد. علوم تجربی جایگاه خود را داشتند و هرگز موقعیت تفوق بر دیگر علوم را به دست نیاوردند تا روش به کار گرفته شده در آنها بتواند بر دیگر حوزه‌های دانش تحمیل شود. در این رویکرد، جهان، کلیت منسجمی دارد؛ اما روش فهم اجزا یکسان نیست.

در سنت اسلامی اما، همه علوم، ماهیتی توحیدی دارند و مفهوم توحید در محوریت تمام علوم قرار می‌گیرد؛ اما منطق، فلسفه، شیمی، نجوم، حقوق و الهیات از دستور و روش



یکسانی بهره نمی‌گیرند یا حتی اصول واحدی بر همه آنها حاکم نیست. روش در هر کدام تعریف شده و ضوابط خاص خود و متناسب با موضوع و غایت آن دارد. شناخت‌شناسی ذیل هستی‌شناسی قرار می‌گیرد و انسان بهره‌مند از موهبت عقل در علوم مختلف روش‌هایی را برای پژوهش به کار می‌گیرد؛ اما روش‌های به کار گرفته‌شده در حوزه علوم الهیات با روش‌های به کار گرفته‌شده در نجوم و زمین‌شناسی متفاوت است و به همان اندازه که در حوزه اول، تعبّد و محدودیت عقل در نظر گرفته می‌شود، به همان میزان عقل در حوزه دوم دست بازتری برای بررسی دارد.

۲-۲. تفاوت مفهوم روش در حقوق مدرن و حقوق سنتی

در حقوق طبیعی مسیحی، روش، وسیله‌ای بود تا اراده الهی را از متون دینی و سنت پیشینیان استخراج کند. از آنجا که باید‌ها از هست‌ها استنباط می‌شد و ریشه می‌گرفت، روش هنجاری حقوق، فرع بر روش توصیفی حقوق بود. حقوق مسیحی زیرشاخه‌ای از الهیات تلقی می‌شد (طباطبایی، ۱۳۹۲: ۱۲۱) و روش این علم واجد ویژگی‌های علوم الهیات با اندکی تفاوت بود. تبعّد، در نظر گرفتن سلسله‌مراتب، و قرار گرفتن ذیل اندیشه‌های الهیاتی از ویژگی‌های روش‌شناسی حقوقی مسیحی بود.

در دوران مدرن حقوق طبیعی در معنای مسیحی آن منسوخ شد و معدودی با رویکردهای طبیعی مطرح شدند؛ اما حقوق طبیعی در این معنا دیگر فاقد امر قدسی بود و به التزام به گزاره‌های اخلاقی در حقوق بسنده کرد. روش در این معنا بی‌شباهت با مفهوم مسیحی آن نبود؛ چه، وسیله‌ای برای شرح و توصیف گزاره‌های ثابت حقوق طبیعی و استنباط احکام منطبق با امر ثابت اخلاقی تلقی می‌شد. به عبارت دیگر، بعد توصیفی بر بعد هنجاری تقدم داشت.

پوزیتیویسم حقوقی جریان فلسفی عمده‌ای بود که متناظر با پوزیتیویسم علمی شکل گرفت و سبب تغییر رویکرد کلی در حقوق مدرن شد. همان‌گونه که در رویکرد کلی جهان به عینیت فروکاسته شد و انسان و علوم اجتماعی مرتبط با وی نیز به ابژه‌ای فیزیک‌محور تقلیل یافت، امر ثابت قدسی نیز در حقوق نفی و خودمرجعی شناختی سوژکتیویته در حوزه مسایل اجتماعی و حقوقی اثبات شد. با نفی امر ثابت، روش حقوقی دو تغییر مفهومی عمده یافت؛ تغییر مفهومی در حوزه توصیفی و تغییر مفهومی با ایجاد





مفهوم جدیدی در حوزهٔ هنجاری. در حوزهٔ توصیفی با نفی تعبد و اثبات عقلانیت مدرن، مفهوم اخلاق و نوع ارتباط و میزان التزام گزارهٔ حقوقی به آن تغییر کرد.

مسألهٔ روش‌شناسی در تئوری حقوقی، محملی است که می‌توان آراء فلاسفهٔ حقوق مدرن را در این باره بررسی کرد. بحث روش‌شناختی در فلسفهٔ حقوق بر دو دیدگاه تمرکز دارد. دیدگاه اول قائل به روش توصیفی و در نتیجه، «علم حقوق توصیفی» است. در راستای این مفهوم دو منظر را می‌توان شناسایی کرد. افراد منظر نخست نظیر مور، لیترو و برینک بر این باورند که ماهیت‌های اخلاقی یا حقوقی وجود دارد که محدودیتی در حوزهٔ زمان دارند و آنها هم تابع توضیح‌اند و هم تابع توصیف هستند. در نتیجه، حقوق، علمی توصیفی است و ناگزیر، روش حقوق روشی توصیفی است. دستهٔ دوم، فلاسفه‌ای نظیر هارت و کلمن را دربرمی‌گیرد که معتقدند توصیف نه دربارهٔ ماهیت‌های اخلاقی بلکه دربارهٔ مفاهیم حقوقی است. آنها از تحلیل‌های مفهومی به‌عنوان روش معتبری برای تبعیت از هر تحقیقی در فلسفهٔ حقوق حمایت می‌کنند. (Rodriguez, 2006: 26-27)

در رویکرد توصیفی، موضوع حقوق واقعیت‌های اخلاقی یا اجتماعی یا هر دوی آنها است و روش علم حقوق، توصیف و توضیح این واقعیات است. با این بیان، تفاوت مفهوم توصیفی بودن روش حقوقی در حقوق طبیعی مسیحی و حقوق مدرن قابل درک است. روش حقوق در فرض نخست، توصیف و توضیحی است از گزاره‌ها و سنت‌های پیشین و در فرض دوم، توصیفی است از واقعیات عینی اجتماعی یا واقعیات اخلاقی؛ آن هم اخلاق در مفهوم قراردادی و مدرن خویش و نه مفهومی که ملتزم به امر قدسی بود. بسته به تغییر موضوع در هر کدام روش نیز تغییر مفهومی و تکنیکی می‌یابد.

در منظر دوم - علم حقوق هنجاری - موضوع علم حقوق، اصول است و حقوق با بهترین تفسیر از قضات به‌دست می‌آید و آنها باید شایستگی و جذبهٔ اخلاقی را به‌عنوان معیار در نظر گیرند. در این دیدگاه، نظر قضات، جنبه ماهوی دارد و البته نیازمند تحلیل مفهومی - به‌عنوان مقدمه - خواهد بود (Ibid, 28-29). به‌عنوان نمونه، دورکین طبیعت‌گرا بود؛ اما خود را در جرگهٔ حقوقدانان طبیعی نپذیرفت؛ چون قائل به یک طبیعت بشری جهان‌شمول نبود. وی داوری اخلاقی مستقل را مطرح می‌کند که با تفسیر مواد حقوقی درهم پیچیده است، داوری حقوقی و اخلاقی در شیوه‌ای متفاوت از آنچه تئوری حقوق طبیعی پیشنهاد می‌کند، مطرح می‌شود و با یکدیگر ادغام می‌شوند (Dorkin, 1978: 165).



از نظر او، قاضی ارزیابی می‌کند که کدام تصمیم با بهترین مواد قانونی تناسب دارد و آن مواد را در بهترین شیوه اخلاقی قرار می‌دهد؛ در نتیجه پیشنهاد می‌دهد که یک تحلیلی حقوقی معمولی، با ارزیابی اخلاقی در یک فرایند پیچیده داوری ترکیب شود (George, 1999: 5). در این معنا، هنجار معطوف به توصیف است و به نظر می‌رسد ارزیابی قاضی در هنجارسازی حقوقی نقش محوری را ایفا کند.

روش در حقوق اسلامی معنای متفاوتی از مفهوم مدرن آن دارد. در مرحله نخست، مبانی کلامی و فلسفی روش در حقوق اسلامی، به خصوص فقه امامیه، از ویژگی محوری توحیدی برخوردار است که در تقابل با پیشینه فلسفی مفهوم روش در حقوق مدرن است. در روش‌شناسی حقوقی اسلامی، ساختار و ویژگی‌های روش بسته به منبعی که از آن استفاده می‌شود، شرایط و اصول متفاوتی دارد و علاوه بر میزان اعتبار هر کدام که در این بخش محل بحث نیست، نحوه به کارگیری اصول متفاوت خواهد بود؛ اما می‌توان یک اسلوب کلی را برای ماهیت روش، به مثابه روی دیگر مفهوم روش، مطرح کرد و آن ویژگی قیاسی بودن، آن هم در معنای منطق ارسطویی آن، است.

روش در حقوق اسلامی همیشه در قالب قیاسی ظاهر می‌شود که واجد صغری و کبرایی است و هر کدام از گزاره‌های صغری و کبری شرایط حتمی و قطعی را باید در بر گیرد. موضوع قضیه کبری، قطعیت است که یا با دلیل شرعی به دست می‌آید یا به واسطه دلیل عقلی. شایان ذکر است دلیل عقلی، برخلاف روش مدرن، اگرچه نقش مؤثر اما نه نقش محوری دارد و باید در راستای اراده شارع قرار گیرد. بخش دوم قضیه صغری، در روش استنباط حقوق اسلامی است که چند مسئله محوری درباره آن مطرح می‌شود؛ ۱- حدود دلالت دلیل شرعی در دلیل شرعی لفظی و در دلیل شرعی غیرلفظی، ۲- راه‌های اثبات اتصال دلیل به شارع.

به نظر می‌رسد در حقوق مدرن چه در بخش توصیف و چه در بخش هنجار، با وجود هر دو رویکرد، تغییرات را می‌توان در نفی امر قدسی، نفی امر ثابت طبیعی یا جهان‌شمول، نفی التزام به گزاره اخلاقی غیرقدسی و بهره‌گیری از روش محور یا در مفهوم حقوقی آن اثباتی و عینی خلاصه کرد. در حالی که مفهوم روش در حقوق سنتی خود را ذیل محور توحید قرار می‌دهد و تمام فرایند استنباط را، چه در قضیه کبری و چه در قضیه صغری،





یا چه در توصیف و چه در هنجار، با وسواس دقیقی در راستای اراده ثابت قدسی، اراده شارع، و کشف و قطع و در نتیجه حجیت قرار می‌دهد.

۳. تأثیر تمایز رویکردی بر اعتباریابی روش

شناخت‌شناسی مسیحی، بر سنت عقلی ایمانی مبتنی بود که فهم عقلی خویش را با ایمان مسیحی هماهنگ می‌کرد و اصولاً در صورت تأیید مسیحیت اعتبار می‌یافت. در چنین سنتی عقل از این که به نتایج الحادی برسد، ابا داشت. مطابق با این سنت، لایه‌های متفاوت طبیعت بشری را می‌توان بر حسب دوائر متحدالمرکز مجسم کرد که دایره بیرونی آن با حالت مادی متناظر است و مرکز آن با عقل کلی (بورکهارت، ۱۳۸۹: ۵۷). در این وضعیت، نوآوری به هیچ وجه امر مطلوبی نبود؛ اعم از آن که این نوآوری در حوزه الهیات باشد یا در زمینه علوم و فن آوری. سنت و مرجعیت تنها ملاک اعتبار برای کلیه علوم بود و به تعبیر پاسکال، گاه استاد به متن نویسنده‌ای می‌توانست قوی‌ترین دلیل‌ها را ویران کند (طباطبایی، ۱۳۹۲: ۱۰۹). در نتیجه، روش در هر زمینه از علوم اعتبار خویش را کاملاً از انطباق با سنت می‌گرفت و رسیدن به هر یافته‌ای متعارض با آموزه‌های مسیحی نامعتبر شناخته می‌شد.

پس از دکارت و خلق سوژه مدرن، دریافت ذهن انسان واقعیت دانسته شد و ملاک اعتبار شناخت معطوف به امر انسانی گردید. با دگرگونی شناخت‌شناسی در مدرنیسم نیاز به دریافت و تحلیل مبانی جدیدی برای مشروعیت علم بود. مشروعیت سنتی رنگ باخته بود و از سوی دیگر بدون عنصر مشروعیت نمی‌توانست برای دانش اعتباری قائل شد. به تعبیر لیوتار از آنجا که علم برای مشروعیت بخشی به خود نمی‌تواند بر خود اتکا کند، فراروایت‌های^۱ دوران پیشاپست مدرنیسمی، اعم از دوران سنت و مدرنیته، عامل ایجاد مشروعیت در علم بوده‌اند.

لیوتار دو فراروایت را به‌عنوان عامل مشروعیت علم در مدرنیسم مطرح می‌کند؛ روایت سیاسی فرانسوی و روایت فلسفی آلمانی. فراروایت سیاسی فرانسوی با آموزه سه‌گانه خویش یعنی آزادی، برابری و عدالت در راستای نفی اقتدار مذهبی کلیسا، رد متافیزیک، نفی جهل و خرافه و عدم تساهل و جمود فکری گام برداشت. از منظر این فراروایت،



1 Meta narrative



سعادتی چیزی جز آزادی سیاسی و رهایی بشریت در پرتو پیشرفت نیست. فراروایت دوم، روایت فلسفی آلمانی است؛ فلسفه هگلی اتحاد تمامی دانش که مناسبات بین علم، ملت و دولت را دگرگون کرد. از این منظر، نهاد علمی، مستقل است و از قواعد خاص خود تبعیت می‌کند (لیوتار، ۱۳۸۷: ۱۱۶). پس از جنگ جهانی و با زیرسوال رفتن این دو فراروایت، دگرگونی در مشروعیت بخشی دانش رخ داد (اسمارت، ۱۳۸۹: ۲۲۱) و وضعیت پست مدرن شکل گرفت؛ وضعیتی که در آن از حضور یکپارچه فراروایتی واحد خبری نبوده و نیست.

لیوتار معتقد است از زمان افلاطون، مسئله مشروعیت علم، پیوندی جدایی ناپذیر با مسئله مشروعیت قانونگذار داشته است. از این دیدگاه، تصمیم درباره این که چه چیزی حقیقی است با تصمیم درباره این که چه چیزی درست یا عادلانه است، پیوند خورده است و مستقل از آن نیست (همان، ۶۹). علاوه بر این، پارادایم شدن علوم طبیعی در شناخت شناسی مدرن، مسئله مشروعیت و اعتبار شناخت را از علوم تجربی به دیگر علوم اجتماعی و غیر آن، تسری می‌دهد و اعتبار علم و روش آن در علوم تجربی خواه ناخواه بر علوم دیگر اثر می‌گذارد. در واقع مشروعیت علم، آن هم علوم تجربی، در مشروع سازی علوم مدرن بسیار اثرگذار می‌شود.

بنابراین از دو منظر، اعتبار روش در علم حقوق تابعی از بحث مشروعیت شناخت و اعتبار روش شناسی علم به طور کلی است؛ ۱- همان طور که پیش از این اشاره شد، علم مدرن به مثابه روش است، آن هم روش فیزیک محور که به همه علوم اجتماعی و انسانی تسری یافته است. حقوق هم به عنوان یک علم اجتماعی متأثر از روش شناسی علم و مسئله مشروعیت و اعتبار روش در آن است. ۲- پیوند میان مشروعیت شناخت و مشروعیت قانونگذاری، آنچنان که لیوتار ادعا می‌کند، تأثیر اعتبار روش علم بر اعتبار روش حقوقی، به عنوان علم قانونگذاری، را نشان می‌دهد.

در سنت مسیحی، مشروعیت بخشی روش حقوقی به امر متافیزیکی پیوند می‌خورد. پس از دکارت و شکل گیری پوزیتیویسم علمی، پوزیتیویسم حقوقی نیز دیدگاه حقوقدانان طبیعی را رد می‌کند. از نظر آستین، هر گونه تلاش برای مشروعیت بخشی به حقوق بر حسب امر متافیزیکی می‌تواند به نوعی گمانه زنی گل آلود در آن منتهی شود و حقوق باید از سوی





انسان‌ها و برای انسان‌ها طرح و تصویب شود. (Wacks, 2006: 22). هابز و بنتام نیز در همین راستا نظراتی دربارهٔ مشروعیت حقوق و روش‌شناسی آن ارائه دادند. در ادامهٔ این فرایند، وبر و دورکیم فرمول‌هایی را برای سکولارسازی فراهم کردند. ژوزه کازانووا معتقد است تئوری سکولارسازی به یک موقعیت پارادایمی واقعی در علوم اجتماعی مدرن بدل شده است، بی آن‌که از نظر تجربی واقعاً تقویت شده باشد. (Casanova, 1994: 17). از نظر وی، سکولارسازی فضاهای اجتماعی سه معنا دارد: ۱- کاهش رویه‌های مذهبی در جوامع مدرن، ۲- پیش‌شرط شدن برای سیاست‌های لیبرال دمکراتیک مدرن، ۳- به‌عنوان مهم‌ترین معنا، تمایز فضاهای دولت، اقتصاد و علم و رهایی از هنجارها و نهادهای مذهبی.

تمایز فضاهای سکولار از نهادهای مذهبی چند اثر عمده داشت که بارزترین آن‌ها تمایز نهادی حقوق از نهادهای دینی است و این به معنای استقلال هنجارهای دینی از هنجارهای حقوقی است. این تمایز سبب شد که قاعدهٔ حقوقی بر رد یا تأیید اخلاقی متوقف نباشد. به بیان دیگر، روش استنباط قاعدهٔ حقوقی برای اعتباریابی نیازی به مشروعیت‌بخشی از سوی اخلاق ندارد. در واقع، به تعبیر هارت نقض قاعده‌ای اخلاقی در گزاره‌ای حقوقی آن را فاقد اعتبار نمی‌کند، همان‌طور که عکس آن نیز صادق است؛ یعنی قاعده‌ای اخلاقاً مطلوب قاعده‌ای حقوقی نیست. (Stone, 2011: 322). در نتیجه، مشروعیت صرفاً در قالب حقوق رسمی شده و حکومت اداری - که به تعبیر وبر نمود عینی شدهٔ عقلانیت مدرن هستند - ظهور می‌یابد.

از نظر وبر، عقلانی کردن فرهنگ غربی، بر مبانی مشروعیت در فضاهای اجتماعی و به‌ویژه حقوق تأثیر گذاشته است. وی چهار نوع مشروعیت را تعریف نمود: ۱- سنتی، ۲- عقیدهٔ احساسی یا انفعالی، ۳- ارزش عقلانی دربرگیرندهٔ اخلاق، ۴- حقوقی یا اثباتی. وی معتقد بود عقلانی‌سازی، سه نوع اول را به حداقل رسانده است. امروز در راستای ادعاهای وبر رایج‌ترین شکل مشروعیت، اعتقاد به رعایت قانون و تبعیت از تصویب قانونی است که از نظر طی مراحل رسمی، صحیح باشد. به بیان دیگر، قانونی بودن به معنای مشروعیت داشتن است و روش مشروعیت یافتن با تبعیت از روند به رسمیت شناخته شدهٔ تصویب نهادی اثبات‌گرا است نه با ملاک‌های ماهوی عدالت (Modak-truran, 2007: 83). همان‌گونه که هایدگر علم مدرن را علم به‌مثابهٔ روش می‌داند، حقوق مدرن نیز حقوق



به مثابه روش است؛ یعنی هر آنچه با روش، لزوماً اثباتی و شکلی، منطبق بود حقوق است و مشروع است، اگرچه غیر اخلاقی یا ناعادلانه باشد.

آنچه وبر در نتیجه سکولارسازی و عقلانی سازی نهاد حقوق مطرح کرد، مفهوم کلی پوزیتیویسم را پشتیبانی نمود، که همانا مفهومی فراتر از پوزیتیویسم کلاسیک آستین است. در واقع، تمام رویکردهای غالب معاصر حقوقی غرب را در بر می گیرد؛ رویکرد مبتنی بر اصالت اثبات شکلی و حقوق رسمی شده. در رویکرد پوزیتیویسم معاصر، مفهوم مشروعیت روش حقوقی در سه پارادایم متفاوت مطرح می شود: ۱- پوزیتیویسم روش شناسانه، ۲- پوزیتیویسم سیاسی، ۳- پوزیتیویسم رز.

پوزیتیویسم روش شناسانه، تئوری حقوقی را با علم اجتماعی توصیف می کند و مسئله حقوقی را نوعی مسئله اجتماعی تلقی می کند و هیچ گونه ملاک اخلاقی برای ضوابط مشروعیت ندارد. در این رویکرد، مشروعیت روش معطوف به امر اجتماعی و توصیف آن است. پوزیتیویست های سیاسی بر این باورند که فهم ما از رویه های حقوقی ماهیت حقوق را شکل می دهد و موضوعات حقوقی، مجموعه ای از امور عینی و رای کنترل ما نیستند. روش معتبر در این رویکرد، روشی است که ملاک های هنجار یا هنجارهای بنیادین را برآورده سازد. آثار هارت می تواند منبعی برای پوزیتیویسم روش شناسانه و پوزیتیویسم سیاسی باشد.

از دیگر سو، پوزیتیویست های پیرو رز استدلال می کنند که حقوق باید کارکردی به عنوان یک ملاک مستقل و توصیفی برای راهنمایی رفتار بشر باشد. در این معنا، از ارزش های ذاتی حقوق به عنوان حقوق صحبت می شود که ارزش در معنای اخلاقی نیستند؛ بلکه ارزش ابزاری برای هدایت رفتار انسانی است که خالی از اخلاق است. بر اساس این فرضیه، مفهوم «شکل گرایی کاربردی»^۱ از حقوق معنا می یابد. (Matteucci, 2010: 514)

تمایز فضا های سکولار سبب شد تا حقوق رسمی و حکومت اداری، مشروع دانسته شود و روش اثباتی و فرایند رسمی قانونی شدن، روش مشروعیت بخش تلقی گردد؛ اما رویکردهای جدیدی که می توان آنها را گرایش های پسامدرن حقوق دانست، معتقدند که نه قانونی بودن و نه اخلاق، هیچ یک مشروعیت عقلانی برای حقوق فراهم نمی آورند. به عنوان نمونه، جریان موسوم به مطالعات انتقادی حقوق (CLS) روش حقوقی یا اخلاقی را





مشروعیت‌ساز نمی‌دانند و نظم حقوقی را صرفاً نتیجه کشمکش قدرت تلقی می‌کنند. از نظر این دسته، سیاست تکیه بر حاکمیت قانون برای مبارزه با قدرت نامشروع، سیاست غلطی است. (آلمن، ۱۳۸۵: ۴۸۱)

مطالعات انتقادی حقوقی این فرض‌ها را به چالش می‌کشد و آنها را نفی می‌کند: ۱- قانون، یک نظام است که قادر به حل تمام مسائل قابل تصور می‌باشد. این اصل، «تعیین‌ناپذیری»^۱ نامیده می‌شود، ۲- استدلال حقوقی، شیوه‌ای مستقل و بی‌طرف دارد. این اصل را همچنین ضدفرمالیسم می‌نامند. ۳- دکترین دیدگاه واحد یا فراروایت منسجم، روابط بشری را خلاصه کرده است. در مقابل، هواداران مطالعات انتقادی حقوقی اظهار می‌کنند که دکترین مذکور، چندین دیدگاه متفاوت و اغلب متضاد را منعکس می‌کند که هیچ یک از آنان به اندازه کافی منسجم و فراگیر نیست تا مسلط فرض شود. این اصل، «ناهمسازی»^۲ نامیده شد (همان، ۱۱۸). تئوری‌های حقوقی فمینیسمی نیز قانونی‌بودن را شکل مستقلی از مشروعیت نمی‌دانند. از نظر این دسته، روش حقوقی یا روش اخلاقی، مبنای نهادسازی شده گروه‌های قدرتمند به خصوص ثروتمندان و مردان سفیدپوست محسوب می‌شود. (Higgins, 1997: 1703)

و اما مشروعیت در حقوق اسلام، مانند تمام دیگر نظام‌های سنتی، با اتصال به امر متافیزیکی حاصل می‌شود و روش معتبری محسوب می‌گردد که بتواند این اتصال را فراهم کند؛ زیرا با استفاده از گزاره‌های کلامی، توحید صفات و افعال الهی ثابت می‌شود و نتیجه آن، عبد و مکلف بودن انسان است و عبد باید اراده مولا را دریابد و امتثال کند. بنابراین، عنصر محوری اعتبار در حوزه روش‌شناسی حقوق اسلامی، مبحث حجیت قطع است که عنصر مشترک در تمام استدلال‌ها و فرایندهای فکری روش‌شناسانه حقوق اسلامی به شمار می‌رود؛ آنچنان که می‌توان آن را شرط اساسی روش‌شناسی حقوق اسلامی دانست.

حجیت قطع به این معنا است که اگر در فرایند استدلال حقوقی فقهی برای فرد قطعیتی حاصل شد، دو نتیجه در پی خواهد داشت؛ اول آن که قطع، ذاتاً کشف از حقیقتی در خارج دارد (طباطبایی قمی، ۱۳۷۱، ج ۴۰: ۲)؛ و دوم آن که، این کشف، محرکی برای انجام یا ترک عملی در فرد می‌شود و منجزیت و حجیت برای او ایجاد می‌کند. (آصفی، ۱۴۲۶: ۷۷)



1 Indeterminacy
2 Contradiction

این دو نتیجه از حجیت قطع، ضروری است و نمی‌توان آنها را از قطع جدا تصور کرد. به‌واسطه تحقق حجیت قطع، عبد مکلف مطمئن می‌شود که آنچه مولا اراده فرموده دریافته است و اگر مطابق قطعیت خویش عملی را انجام دهد، نزد مولایش معذور است و نباید از سوی مولایش مؤاخذه شود. از سوی دیگر، اگر مطابق قطعیت خویش عملی را ترک کند، باز هم عذر در محضر مولایش دارد و مستحق مجازات نخواهد بود. بنابراین، هر زمان به قطعیتی دست یافت، دیگر مجالی برای بحث دیگری نخواهد داشت. (ایروانی، ۱۴۲۲ق، ج ۲: ۲۰۶)

پیش‌نویس: تأثیر رویکردی حقوق‌مدرن در روش‌شناسی حقوق

حال حجیت قطع می‌تواند یا با تحصیل دلیل شرعی، اعم از لفظی و غیرلفظی، فراهم شود یا به‌واسطه دلیل عقلی (خوئی، ۱۳۵۲، ج ۲: ۴۰) که شرح مبسوط و بیان آراء متفاوت درباره آن در کتب اصولی موجود است؛ اما می‌توان در قیاس با روش‌شناسی حقوق مدرن به چند نکته اشاره کرد؛ اول آن که روش‌شناسی حقوقی، توحیدمحور است و در نتیجه فرایند استدلال حقوقی باید درصدد کشف مراد شارع باشد؛ پس فهم انسانی مستقلاً اعتباری نخواهد داشت و خواسته‌های بشری باید در راستای مراد شارع مطرح و برآورده شود. دوم آن که فرایند حصول مراد شارع باید قطعی‌بخش باشد، به‌نحوی که عقل و وجدان را اقناع کند و در برابر شارع، حجت محسوب شود. نکته سوم این که کشف قطع می‌تواند دلالت بر وجود امری در عالم واقع و نفس‌الامر باشد. چهارم آن که، قطعیت برای مکلف معذوریت و منجزیت ایجاد می‌کند و وی را بر فعل و ترک افعال رهنمون می‌شود؛ به‌نحوی که نزد مولا معذور خواهد بود. آخرین نکته این که، عقل در فرایند استدلال نقش موثر و نه محوری دارد؛ امر بین‌الامرین است. در راستای اراده شارع است، اما قادر به درک و کشف احکام نیز هست.

۴. تأثیر تمایز رویکردی بر کارکرد روش

رویکرد تمایز مدرنیسم و سنت‌گرایی سبب شکل‌گیری تمایزی بنیادین در حقوق سنتی و حقوق مدرن شد. نخستین تمایزهای مدرنیسم در حوزه شناخت‌شناسی و روش‌شناسی تبلور پیدا کرد که به حوزه حقوق نیز تسری یافت. این بخش بدین مسئله می‌پردازد که تمایزهای شناخت‌شناسانه چه تأثیری بر کارکرد روش حقوقی در حقوق





مدرن و تمایز آن با حقوق سنتی داشته است و چه تغییری در حقوق سنتی و مدرن ایجاد کرده است.

۴-۱. تأثیر تمایز رویکردی بر کارکرد روش در حقوق مدرن

پیش از این بیان شد که هایدگر علم مدرن را علم به‌مثابه روش می‌داند و حقوق مدرن نیز در تبعیت از آن حقوق به‌مثابه روش است؛ یعنی هرآنچه با روش اثباتی و شکلی به‌دست آید، حقوق معتبر است. تعریف متمایز روش در حقوق مدرن و نوع اعتباریابی متفاوت آن سبب شکل‌گیری حقوق با مختصات جدید و منحصر به فردی شد که در سطرهای زیر بدان اشاره‌ای اجمالاً اشاره می‌گردد.

۴-۱-۱. حقوق به‌مثابه علم اجتماعی

طبیعت علم حقوق بیانگر هنجاری و دستوری بودن آن است که ناظر به بایدها و نبایدها است (Freeman, 2001: 48). در حقوق سنتی این بایدها و نبایدها مبتنی بر امر متافیزیکی است؛ اما تمایز رویکردی در مدرنیسم ارتباط حقوق را با امر قدسی قطع کرد و آن را ناظر به واقعیات اجتماعی دانست (Raz, 1980: 97). از این رو حقوق شعبه‌ای از علوم اجتماعی شد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۸۴)

ورود حقوق به علوم اجتماعی بدین معنا است که تا پیش از آن، حقوق، در امر ثابت ذهنی یا قدسی ریشه داشت و متأثر از واقعیات اجتماعی نبود؛ اما پس از آن، روش علم حقوق بر واقعیات اجتماعی متمرکز شد و از نظریه‌های مختلف اجتماعی تأثیر گرفت؛ و ای بسا بتوان گفت حتی بر آنها تأثیر گذاشت و مانند دیگر علوم اجتماعی، با آزمون و خطا، در تمام حوزه‌ها به‌ویژه حقوق کیفری و مسئولیت مدنی به تغییر و اصلاح گزاره‌های خویش اقدام کرد. در این حالت روش حقوقی هنجاری و معطوف به امر اجتماعی گردید و با تغییر روش، در زمره علوم اجتماعی قرار گرفت.

۴-۱-۲. انحصار حقوق در حقوق رسمی شده

در بخش پیشین بیان شد که با منسوخ شدن جهان‌بینی‌های متافیزیکی در مدرنیسم، حقوق و مقدم بر آن روش حقوقی باید مشروعیت خود را در جای دیگری جستجو می‌کرد و این مشروعیت به تعبیر و بر مشروعیت اثباتی بود که از طریق قانونی بودن و طی مراحل رسمی و شکلی به‌دست می‌آمد. روش شکلی حقوق پس از سکولارسازی سبب



شد تا برآیند آن در حقوق رسمی شده خلاصه شود و حقوق دقیقاً و منحصرأ همان چیزی شود که از طریق تصویب اثباتی و منطبق با رویه‌های رسمی خاص به دست آمده است. و بر معتقد است سکولارسازی، حقوق را به یک سیستم رسمی قراردادی بدل کرده است و در شکل ایده آل آن، حقوق، علمی است که قابلیت شمارش فعل اجتماعی را با حداکثر کردن استفاده از عقلانیت ابزاری به دست آورده است. از نظر وی، علم حقوق با تمسک به روش قانونی و شکلی خویش، بیشترین ملاک عقلانیت روش‌شناسانه و منطقی را داراست. بر این اساس، هر تصمیم حقوقی عینی، صورت کاربردی یک موضوع حقوقی انتزاعی است که بر یک موقعیت واقعی عینی منطبق شده است. به علاوه، تمامی اصطلاحات حقوقی به طور عقلانی استنباط و تفسیر می‌شوند و هر فعل اجتماعی از انسان باید همیشه یا به عنوان درخواست یا اجرای موضوعات حقوقی تصور شود، و یا در قالب تخلفی از آن (Modak-truran, 2007: 89). در نتیجه، حقوق به امری واقعی و کاملاً رسمی و شکلی بدل می‌شود و در آن نیز خلاصه شود.

۴-۱-۳. حقوق عینیت یافته

فرایند سکولارسازی و فرم‌گرایی حقوق، آن را به یک نظام عاری از رخنه موضوعات حقوقی تبدیل خواهد کرد. بدون رخنگی نظام حقوقی، در نظر وبر، نظم حقوقی تمام رفتارهای اجتماعی را نتیجه می‌دهد تا حقوق مانع نفوذ سیاست، اخلاق و دین شود (Ibid, 90) و این همان مفهوم عینیت یافتن حقوق است. واقعی بودن حقوق بیشتر به معنای اتکا بر واقعیات اجتماعی است؛ اما عینی بودن حقوق، استقلال آن را از متافیزیک و حتی اخلاق مدرن یا هر امر ذهنی بیان می‌کند که به وسیله روش‌های رسمی و بی‌نیاز به اخلاق تحقق می‌یابد.

زمانی که روش معتبر، تنها، روش شکلی است و حقوقی معتبر و به عبارت دقیق‌تر واقعاً حقوق است که فرایند شکلی رسمی را گذرانده باشد، بدون آن که نیازمند تأیید اخلاق یا دین باشد، می‌توان گفت حقوق، عینیت یافته است. از نظر هابرماس، تبعیت حقوق از اخلاق ابعاد ابزاری، سیاسی و پراگماتیکی حقوق را حذف می‌کند. از نظر وی، حقوق فضای مستقلی دارد که واجد یک ویژگی الزام‌آور در سطح نهادی و سازمانی است و با اخلاق پساستی که صرفاً شکلی از آگاهی اجتماعی است، مرتبط است؛ اما در عین حال از آن متفاوت است. (Habermas, 1986, 268)





۴-۲. تأثیر تمایز رویکردی بر کارکرد روش در حقوق سنتی

آنچه ذیل این عنوان بررسی می‌شود، تأثیر رویکرد سنتی در روش حقوقی اسلامی، به ویژه فقه امامیه، بر خصوصیات حقوق است. به بیان دیگر، دستاورد و برآمد حقوق اسلامی از به کارگیری روش‌های خاص آن چیست. اگرچه چنین بحثی مجال گسترده‌ای می‌طلبد؛ اما سعی می‌شود در زیر، به اختصار، به اهم مطالب در این زمینه اشاره شود.

نخستین نکته‌ای که روش حقوق اسلامی، با تعریف و نوع اعتباریابی خاص خویش، بر حقوق می‌گذارد، الحاق آن به علوم الهی است. اگرچه از منظر سنت اسلامی، همه علوم، الهی هستند و هر کدام به نوبه خود بیانگر وحدت حق و حکمت او می‌باشند؛ اما برخی از علوم، مانند فیزیک و نجوم، به جهت تفاوت در موضوع یا غایت خاص آنها از روش‌های متفاوتی استفاده می‌کنند و این تفاوت روش، آنها را از علوم الهیات در معنای خاص متمایز می‌کند. روش در حقوق اسلامی سنخیت بسیاری با علوم الهیات دارد و از این جهت آن را در زمره الهیات قرار می‌دهد؛ همچنان که از سوی دیگر، تحت تأثیر مستقیم علوم کلامی و دینی قرار دارد. به علاوه، وجود اصل تعبد در روش اسلامی و جایگاه ویژه حجیت قطع، تمام اجزاء حقوق و خروجی آن را منطبق با خواست و اراده الهی می‌داند.

الهی بودن علم حقوق اسلامی، ویژگی متمایزی را که در حقوق مدرن به طور بارز وجود دارد، منتفی می‌کند. اگرچه روش علم حقوق، چه در عبادات و چه در معاملات، با روش دیگر علوم الهیات اندکی متفاوت است، اما از اصول و مبانی واحدی الهام گرفته و این تفاوت آن را متمایز نمی‌کند؛ بلکه می‌توان درست در نقطه مقابل مدعی شد که حقوق اسلامی یکپارچه و درخور توجهی با علوم الهیات، اعم از رجال و درایه و حتی کلام، دارد و همه در صدد تحقق مطلوب واحد و رسیدن به اراده مولا هستند.

به علاوه، متمایز بودن حقوق مدرن به معنای عینیت آن یعنی جدایی از دین و اخلاق منتفی می‌شود، در حالی که روش در حقوق اسلامی خود را ملتزم به کشف اراده شارع و قطعیت و منجزیت آن می‌کند و به ناگزیر، انطباق با اراده شارع همراهی با گزاره‌های اخلاقی را به طریق اولی در دل خود دارد. از سوی دیگر، حقوق اسلامی امری در گذار زمان است و قطعاً نیازمند وجود ثابتهات و متغیراتی است که در آن امکان انطباق با شرایط زمان و روزآمد شدن با مقتضیات اجتماع را فراهم کند و روش حقوق اسلامی در مفهوم عام آن، اجتهاد و فقاہت، این ظرفیت را در خود دارد.





در این معنا، روش حقوق اسلامی، آمیزه‌ای از اخلاق، تعبد، کشف اراده شارع و قطعیت از آن و در عین حال عقلانیت و انطباق با احوال زمانه را در خود شکل داده است و ظرفیتی را فراهم آورده است تا با فقاہت و اجتهاد عالمانه و پرهیز از تعصبات و رسوباتی که با گذر زمان حاصل آمده، حقوقی الهی، اخلاقی، یکدست، عقلانی و منطبق با نیازهای روز ارائه دهد. حال این که تا چه حد در استفاده از این ظرفیت عظیم روش‌شناسی حقوق اسلامی توفیق حاصل شده است، مجال دیگری خواهد.

نتیجه

مدرنیسم با نفی متافیزیک بنیان متفاوتی در اندیشه بشری پی می‌ریزد و ضمن تقدم شناخت‌شناسی بر انسان‌شناسی و هستی‌شناسی، با طرح انسان به عنوان محور شناخت و ملاک اعتبار آن، سوژگی‌کنیته را به عنوان امر بنیادین مطرح می‌کند. در نتیجه، شناخت در روش خلاصه می‌شود و با پارادایم شدن علوم تجربی، روش فیزیک محور مبنای پژوهش در تمامی علوم می‌شود.

محوریت روش عینی واقعیت‌گرا به حقوق نیز راه می‌یابد. از این رو، با نفی امر قدسی و قطع ارتباط با امر ثابت و حتی در مراحل بعد با نفی امر ثابت طبیعی، راه بر سلطه روش و اصالت اثبات هموار می‌شود. با اصالت بخشیدن به قانون و فرایند رسمی و شکلی آن حقوق به مثابه روش نیز مطرح می‌شود. در این معنا حقوق دقیقاً و صرفاً همان چیزی است که از فرایند تصویب شکلی حاصل شده است. از این منظر اعتبار روش حقوقی در حفظ فرم‌گرایی و رعایت ضوابط شکلی است. در این معنا حقوق از اخلاق، دین و سیاست متمایز می‌شود و عینیت می‌یابد.

در مقابل حقوق سنتی اسلامی قائل به نفس‌الامر می‌شود که عبارات کتاب و سنت کاشف از آن هستند. شناخت‌شناسی ذیل هستی‌شناسی قرار می‌گیرد و روش در صدد کشف حکم شارع برمی‌آید. اعتبار روش با محک حجیت قطع سنجیده می‌شود و تعبد و عقل در کنار هم قرار می‌گیرند. روش‌شناسی اسلامی حقوق را ذیل الهیات و همسو با اخلاق قرار می‌دهد.





فهرست منابع

- ۱- آصفی، محمدمهدی، ۱۴۲۶ق، الإجتهد و التقليد و سلطات الفقيه و صلاحياته، ج ۴، قم، دائرة المعارف فقه اهل بیت.
- ۲- آلتمن، اندرو، ۱۳۸۶ش، درآمدی بر فلسفه حقوق، ترجمه بهروز جندقی، قم، موسسه امام خمینی (ره).
- ۳- احمدی، بابک، ۱۳۹۰ش، معمای مدرنیته، ج ۷، تهران، مرکز.
- ۴- _____، ۱۳۹۲ش، مدرنیته و اندیشه انتقادی، ج ۱۰، تهران، مرکز.
- ۵- اسپنسر و دیگران، هربرت، ۱۳۸۱ش، جامعه سنتی و جامعه مدرن، ترجمه منصور انصاری، ج ۱، تهران، نقش جهان.
- ۶- اسمارت، بری، ۱۳۸۹ش، شرایط مدرن؛ مناقشه‌های پست مدرن، ترجمه حسن چاوشیان، ج ۲، تهران، کتاب آمه.
- ۷- ایروانی، علی، ۱۴۲۲ق، الأصول فی علم الأصول، ج ۲، چ ۱، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۸- بایزر و دیگران، ۱۳۸۵ش، فردریک، نگاهی به روشنگری مدرنیته و ناخرسندی های آن؛ ذهنیت، معرفت و زیبایی، اقتباس و ترجمه محمد ضیمران، چ ۱، تهران، نشر علم.
- ۹- بورکهارت، تیتوس، ۱۳۸۹ش، جهان‌شناسی سنتی و علم جدید، ترجمه حسن آذرکار، چ ۲، تهران، حکمت.
- ۱۰- تریگ، راجر، ۱۳۸۶ش، فهم علوم اجتماعی، ترجمه شهناز مسمی پرست، چ ۲، تهران، نی.
- ۱۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۳ش، مقدمه عمومی علم حقوق، چ ۱، تهران، گنج دانش.
- ۱۲- خاتمی، محمود، ۱۳۸۷ش، زمینه تاریخی مدرنیسم، چ ۱، تهران، علم.
- ۱۳- خویی، سیدابوالقاسم، ۱۳۵۲ق، أجود التقریرات، مصحح محمدحسین نائینی، ج ۲، چ ۱، قم، مطبعه العرفان.
- ۱۴- الدمدو، کنت، ۱۳۸۹ش، سنت گرایی؛ دین در پرتو فلسفه جاویدان، ترجمه رضا کورنگ بهشتی، چ ۱، تهران، حکمت.



- ۱۵- صدر، سیدمحمدباقر، ۱۴۲۶ق، دروس فی علم الأصول، ج ۱، چ ۷، قم، موسسه نشر اسلامی.
- ۱۶- طباطبایی، سیدجواد، ۱۳۹۲ش، جدال جدید و قدیم، چ ۲، تهران، ثالث.
- ۱۷- طباطبایی قمی، تقی، ۱۳۷۱ش، آراؤنا فی أصول الفقه، ج ۲، چ ۱، قم، محلاتی.
- ۱۸- کاپلستون، فردریک چارلز، ۱۳۸۶ش، تاریخ فلسفه؛ از دکارت تا لایبنیتس، ترجمه غلامرضا اعوانی، چ ۱، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی.
- ۱۹- لش، اسکات، ۱۳۸۳ش، جامعه‌شناسی پست‌مدرنیسم، ترجمه حسن چاوشیان، چ ۲، تهران، نشر مرکز.
- ۲۰- لیدمن، جیمز، ۱۳۹۳ش، فلسفه علم، ترجمه حسین کرمی، چ ۳، تهران، حکمت.
- ۲۱- لیوتار، ژان فرانسوا، ۱۳۸۷ش، وضعیت پست‌مدرن؛ گزارشی درباره دانش، ترجمه حسینعلی نوذری، چ ۴، تهران، گام نو.
- ۲۲- مالپاس، سایمون، ۱۳۸۸ش، پسامدرن، ترجمه بهرام بهین، چ ۱، تهران، شمشاد.
- ۲۳- ملایری، محمدحسین، ۱۳۹۲ش، فلسفه علم پدیدارشناسی هرمنوتیک، بی‌چا، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک.
- ۲۴- نصر، سیدحسین، ۱۳۸۴ش، انسان و طبیعت، ترجمه عبدالکریم گواهی، چ ۳، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- ۲۵- هادسن، وین، ۱۳۸۸ش، «پست‌مدرنیته و اندیشه اجتماعی معاصر» در: پست‌مدرنیته و پست‌مدرنیسم، ترجمه حسینعلی نوذری، چ ۳، تهران، نقش جهان.
- 26- Benditt, Theodore, (1978), Law as Rule and principle: problems of legal philosophy, Stanford University Press.
- 27- Chroust, Anton-Hermann, (1947), "Some german definition of law and legal philosophy from Kant to Kelsen" Notre dame lawyer, Vol.XXII, No.4.
- 28- Dedek, Helge, (2010), "From norms to facts: the realization of rights in common and civil private law" Mc Gill law journal, Nol.51, No.1.
- 29- Freeman, (2001), Lloyd's Introduction to Jurisprudence, London: oxford press
- 30- George, Robert, (1999), The Autonomy of law: Essays on legal positivism, London: Oxford scholarship online.
- 31- Habermas, jurgen, (1986), Law and morality, Harvard University.
- 32- Higgins, Tracy, (1997), Democracy and Feminism, Harvard Law Review, Vol. 110, No.8.



- 33- Koller, Peter, (2006), "The concept of law and it's conceptions" ratio Juris, Vol.19, No. 2.
- 34- Modak-truran, Mark, (2007), "Secularization, legal indeterminacy and Habermas's discourse theory of law" Florida state university law review, Vol.35.
- 35- Raz, Joseph, (1980), The concept of legal system: An introduction to the theory of a legal system, Oxford: Oxford University press.
- 36- Rodriguez, Veronica, (2006), "The methodological problem in legal theory: normative and descriptive jurisprudence revisited" Ratio juris, Vol.19, No.1.
- 37- Strauss, D.F.M, (2009), "Justice, legal validity and the force of law with special reference to Derrida, Dooyeweerd and Habermas" South African journal of philosophy, Vol.28.
- 38- Stone, Martin, (2011), Legal positivism as an idea about Morality, university of Toronto law journal, vol.6.
- 39- Wacks, Raymond, (2006), Philosophy of law, London: Oxford university press.



