

از حقوق سنتی^۱ تا حقوق مدرن^۲ تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی

مهدی شهابی

تاریخ دریافت: ۸۸/۰۸/۱۰

استادیار حقوق دانشگاه اصفهان

تاریخ تأیید: ۸۸/۱۲/۲۵

چکیده

گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن و شکل‌گیری مدرنیته حقوقی به تغییر و دگرگونی در مبانی نظام حقوقی بر می‌گردد که بالطبع عناصر دیگر نظام حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. این تحول، حداقل به عنوان یک واقعیت تاریخی - اجتماعی جوامع غربی، ما را با عوامل مؤثر در تحول نظام حقوقی آشنا ساخته، کمک می‌کند تا جایگاه نظام حقوقی دینی ایران در ارتباط با تحول از حقوق سنتی به مدرن روشن شود. این پژوهش به دنبال آن است تا از یک طرف مؤلفه‌های حقوق مدرن را بشناساند و روشن سازد که این مؤلفه‌ها و شاخصه‌ها چگونه و در چه بستری و به دنبال چه تغییراتی در روند گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن شکل گرفته اند؛ از طرف دیگر، از دید حقوق‌دانان غربی، نظام حقوقی اسلام، حقوقی سنتی به شمار می‌رود. آیا این بدین معنی است که نظام حقوقی دینی ایران با همه مؤلفه‌ها و شاخصه‌های نظام حقوقی مدرن بیگانه است؟ و اگر این گونه نیست، کدام یک از این مؤلفه‌ها را پذیرفته است و کدامین را رد می‌کند؟ حقوق مدرن در تحول خود با بحران‌هایی نیز روبه‌رو بوده است. این بحران‌ها شاخصه‌های حقوق مدرن را دستخوش تغییراتی کرده، در خود حقوق مدرن انشقاق ایجاد می‌کند (حقوق مدرن لیبرالی و اجتماعی). سهم این انشقاق در میزان اعتماد به مؤلفه‌های مدرنیته حقوقی و در میزان تطبیق نظام حقوقی دینی ایران با این مؤلفه‌ها، تا چه اندازه است؟ واژگان کلیدی: سنت، عقل تجربی، نگاه اصلاح‌گرایانه، حقوق طبیعی عرفی، اجتماعی شدن حقوق.

مقدمه

۱ - مطالعه گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن، در نگاه اول مطالعه‌ای تاریخی است؛ چرا که حقوق سنتی به جامعه سنتی، یعنی جوامع غربی پیش از قرن هجدهم تعلق دارد و حقوق مدرن به جامعه مدرن غربی یعنی جامعه از قرن هجدهم تا اواسط قرن بیستم تعلق دارد. بنابراین، اکنون دیگر باید از عبور از حقوق مدرن و قدم نهادن در حقوق پست مدرن^۳ سخن به میان آورد (Maisani, 1994: 443). با این حال، از یک طرف درک تحول اخیر (حرکت به سمت حقوق پست مدرن)، بدون شناخت شاخصه‌های اصلی حقوق مدرن و چگونگی و بستر شکل‌گیری آنها ممکن نیست؛ از طرف دیگر بدون داشتن نیم‌نگاهی به حقوق سنتی نمی‌توان به برداشت درستی از حقوق

1. Traditional Law.
2. Modern Law.
3. Postmodern law.

مدرن دست یافت. وانگهی، از دید حقوق دانان غربی و با توجه به این تقسیم بندی، حقوق اسلامی یا نظام حقوقی اسلام، حقوقی سنتی به شمار می‌رود (ضمیران و عبادی، ۱۳۷۵: ۲۱ و راسخ، ۱۳۸۶: ۳). بنابراین، مطالعه گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن، چندان هم تاریخی به نظر نمی‌رسد.

۲- حقوق سنتی، یعنی حقوقی که محصول رویکردی سنت‌گرایانه است و حقوق مدرن، نتیجه نگاهی تجددگرایانه بوده، ویژگی جوامع مدرن است. از این رو، ضرورت دارد در ابتدا نیم‌نگاهی به اندیشه سنت‌گرایی و تجددگرایی داشته باشیم تا بتوان بر اساس آن، به مطالعه ساختار و شاخصه‌های حقوق سنتی و حقوق مدرن پرداخت:

شاید، مهم‌ترین و بنیادی‌ترین تفاوتی که بین دو جریان سنت‌گرایی و تجددگرایی وجود دارد، تفاوت موضع و نگاهی است که در این دو جریان به عقل وجود دارد (ملکیان، ۱۳۷۸: ۱۸/۲-۲۰: 22 Chevallier, 1998). منظور البته عقل تجریدی محض نیست، بلکه بیشتر عقل تجربی ملاک است (ملکیان، ۱۳۷۸: ۱۸/۲-۲۰).

در نگاه سنتی، عقل تجربی نقش حاشیه‌ای نسبت به سنت، یعنی کتاب (و روایات) و ایدئولوژی‌های مذهبی در تنظیم روابط اجتماعی دارد و چارچوب عملکرد و حد و مرز عقل را نیز همین سنت مشخص می‌کند (ملکیان، ۱۳۷۸: ۳/۱). بر عکس، در رویکرد مدرن، سنت به فراموشی سپرده می‌شود و انسان (دارنده عقل تجربی)^۱ به جای اراده الهی قرار گرفته، به سازماندهی ساختار سیاسی، اقتصادی و اجتماعی دست می‌زند. به سخن دیگر، انسان مدرن با تکیه بر عقل تجربی و تنها با مشاهده، آزمایش و تجزیه و تحلیل داده‌ها در قالب قواعد منطق صورت است که به شناخت خارج دست می‌یابد. این روش، ما را به نتایج عینی رسانده، قدرت پیش بینی و مهار رخدادهای آینده را موجب می‌شود. بدین ترتیب با نوعی حاکمیت عالی عقل تجربی رو به رو خواهیم بود (Chevallier, *Op. Cit.*: 22).

بنابراین، انسان‌گرایی، تکیه انحصاری به علوم تجربی و روش به کار برده شده در آنها را بایستی از ویژگی‌های اصلی مدرنیته دانست. البته نظریه پیشرفت یا نگاهی اصلاح‌گرایانه، با توجه به همین ویژگی هاست که یکی دیگر از شاخصه‌های مدرنیته محسوب می‌شود (Chevallier, *Op. Cit.*: 22) و رویکردی سکون‌آمیز که در سنت‌گرایی وجود دارد نیز بر آمده از قضاوت‌های ارزشی ثابتی است که توسط سنت تعریف می‌شود. شاید به همین دلیل است که سنت‌گراها و پست‌مدرن‌ها، عقل تجربی مدرنیته را عقل ابزار^۲ می‌نامند (Ward, 1998: 33; Parizeau, 2001: 240). در واقع عقل ابزاری هدف عالی ثابت و ارزشی را دنبال نمی‌کند (عزتی، ۱۳۷۵: ۱۲۶؛ سروش، ۱۳۵۷: ۶۵؛ Taylor, 2002: 34).

-
1. Empirical reason.
 2. Instrumental reason.

شایان ذکر است که انسان‌گرایی مدرنیته به عنوان ویژگی اصلی جامعه مدرن و شاخص‌گذار از قرن هفدهم به قرن هجدهم میلادی، در ابتدا در فردگرایی^۱ تبلور یافته است. فردگرایی که مبتنی بر حقوق طبیعی غیرالهی است (Waline, 2007:24; Murphy, 2005: 15, 16). بنابراین، اگر حاکمیت عالی عقل تجربی^۲ و فرد را دو شاخصه مهم مدرنیته و یا به عبارت بهتر مدرنیته لیبرالی بدانیم؛ به بیراهه نرفته‌ایم. در واقع، انسان‌گرایی مدرنیته، در گذار از قرن نوزدهم به قرن بیستم، با تحولی جدی روبه‌رو شده است؛ به گونه‌ای که برخی چون موریس هوریو، جامعه‌شناس حقوقی مشهور فرانسوی و یورگن هابرماس، متفکر مشهور آلمانی، آن را نه تحول در مدرنیته که بحران مدرنیته و جامعه مدرن غربی و حتی بازگشتی به دوران پیشامدرن^۳ دانسته‌اند (Habermas, 2003: 583, 584; Hauriou, 1904: 150). این دگرگونی را که می‌توان به تضعیف رویکرد فردگرایی و تقویت دیدگاه جمع‌گرایی تعبیر کرد، تا حد زیادی بایستی متأثر از اندیشه‌های جامعه‌شناختی و واقع‌گرایانه‌ای، چون اندیشه‌های کنت، وبر، دوگی، هومز، پاند و دیگران دانست.

بنابراین، با توجه به این مقدمه و با عنایت به تأثیری که رویکرد سنتی و مدرن بر روند شکل‌گیری نظام حقوقی و قواعد حقوقی دارند، ابتدا به مطالعه‌گذار از حقوق سنتی و شکل‌گیری نظام حقوقی مدرن خواهیم پرداخت (گفتار اول)؛ سپس از تحول حقوق مدرن که همان بحران حقوق مدرن لیبرالی است سخن به میان خواهیم آورد (گفتار دوم) و در پایان، نیم‌نگاهی به نظام حقوقی ایران، به عنوان مصداقی از نظام حقوقی دینی خواهیم داشت و وضعیت آن را در تقابل با تفکیک حقوق مدرن از حقوق سنتی و بحران حقوق مدرن بررسی خواهیم کرد (گفتار سوم):

گفتار اول: گذار از حقوق سنتی و شکل‌گیری نظام حقوقی مدرن

الف. گذار از حقوق سنتی

حقوق سنتی را می‌توان دارای دو ویژگی دانست: اول این که در حقوق سنتی، قواعد حقوقی با دیگر مکانیزم‌های نظارت بر رفتار اجتماعی، چون اخلاق، مذهب و آداب و رسوم اجتماعی و غیره هم‌پوشی دارد، به گونه‌ای که هویت، ساختار و از همه مهم‌تر کارکرد خود را در همزیستی با آنها تعریف می‌کند و بدین ترتیب از شکل‌گیری حوزه حقوقی مستقل جلوگیری می‌شود. دوم این که تعبد و نوعی مرجعیت فکری در شکل‌گیری قواعد و نهادهای تنظیم‌کننده رفتار

1. Individualism.
2. Rationalization.
3. Re-feodalization.

اجتماعی در جامعه سنتی نقش زیادی را بر عهده دارد (Rouland, 1995: 49). در چنین وضعیتی، حقوق هیچ‌گاه نقش اصلاح تجربی ساختار اجتماعی را نمی‌تواند دنبال کند و نمی‌تواند در مسیر تحول جامعه قرار گیرد. اگر توجه داشته باشیم که در رویکرد سنتی، تحت تأثیر اندیشه‌های مکتب رواقی، اراده تغییر جهان خارج قدرت کمتری نسبت به اراده تغییر درون برای دست یافتن به احساس رضایت نسبت به زندگی دارد (قنبری، ۱۳۸۰: ۳۲۵)، کم‌رنگ‌تر شدن نقش تجربی حقوق را بهتر درک می‌کنیم.

در جامعه مدرن، با تکیه بر عقل تجربی، مفهوم مرجعیت فکری^۱ کنار می‌رود و مفهوم برابری‌گرایی^۲ جایگزین آن می‌شود (ملکیان، ۱۳۸۴: ۲۸۳-۲۸۴). برابری‌گرایی به معنای رعایت اصل برابری آن گونه که در اندیشه عدالت اجتماعی مطرح شده است، نیست؛ بلکه به این معناست که هیچ مقامی سخنان بر دیگران از باب تبعّد برتری ندارد و همه از این جهت برابرند و کارایی قواعد و نهادها با تکیه بر تجربی بودن آنها، تنها با محک آزمایش و تجزیه و تحلیل تجربی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد (Frydman, 2000: 67).

در رویکرد مدرن و به ویژه آن گونه که نزد جرمی بنتام و مکتب سود انگاری^۳ او مطرح شده است (جان کلی، ۱۳۸۲: ۴۲۴; Ward, *Op. Cit.*: 95): حقوق سعی دارد در اصلاح ساختار اجتماعی، اقتصادی و سیاسی نقش بیشتری را بر عهده گیرد. برای رسیدن به این مقصود، اولین قدم این بود که حقوق به مثابه علمی تجربی و با تکیه بر عقلی تجربی بنیان‌گذارده شود. بدین ترتیب، حقوق فرصت می‌یافت تا از ابزارهای دیگر نظارت بر رفتار اجتماعی، چون مذهب، اخلاق و ... که مبتنی بر تبعّدند، رهایی یابد. به همین دلیل است که پوزیتیویسم دولتی بنتام حتی سرآشتی با حقوق طبیعی مدرن نیز ندارد. از نظر او قانون که ابزاری در دست حاکمیت برای پیگیری نفع اکثریت است؛ ایجاد حق و تکلیف می‌کند (Ward, *Op. Cit.*: 95-96).

این گونه است که می‌توان گفت هر چند خود حقوق مدرن محصول اندیشه‌ها و ارزش‌های مدرنیته است؛ از طرف دیگر تردیدی هم نیست که این حقوق موتور قدرتمند عقلانی کردن یا تجربی کردن نظام اجتماعی، سیاسی و اقتصادی می‌شود (Chevallier, *Op. Cit.*: 25; Lawrence) (M. Friedman, 1986: 122). دلیل این امر را بایستی در این نکته جست و جو نمود که تجربه غربی یا مدرن از حقوق با تکیه بر همان عقل تجربی، می‌خواهد پیوندی ناگسستنی با حکومت داشته باشد. به عبارت دیگر: اگر از دیدگاه سنتی، حقوق و حکومت می‌توانند بدون یکدیگر وجود داشته باشند، در دیدگاه

1. Authority.
2. Egalitarianism.
3. Utilitarianism.

مدرن سعی می‌شود پیوندی میان آن دو برقرار شود (Weber, 2007: 163; Rouland, *Op.Cit.*: 51). ولی برای این که حقوق قدرت عقلانی کردن (تجربی کردن) نظام اجتماعی را داشته باشد، بایستی دو ویژگی را می‌یافت. به عبارت دیگر: فرایند عقلانی کردن حقوق، در جهت عقلانی کردن نظام اجتماعی، خود از طریق دو پدیده حاصل شده است (Chevallier, *Op. Cit.*: 25): ۱. مستقل شدن حقوق، ۲. یکسان و یکی شدن حقوق.

۱. مستقل شدن حقوق: استقلال حقوق از طریق فرایند جدایی دین از حکومت تحقق پیدا کرده است. در جامعه سنتی، همان طور که گفته شد، حقوق با اخلاق و به ویژه با مذهب ارتباط ناگسستگی دارد، به گونه‌ای که اعتبار خود را از اراده خدایی می‌گیرد.

جدایی دین از حکومت بدین معنی است که دین از صحنه تنظیم روابط افراد با یکدیگر و تنظیم روابط افراد با جهان خارج کنار می‌رود و جای آن را عقل تجربی می‌گیرد (Roy, 2006: 29) و همین عقل تجربی در قالب‌های مختلف، مبنای قاعده حقوقی قرار می‌گیرد: گاهی در قالب حقوق طبیعی غیرالهی، گاهی در قالب دولت (دیکتاتور حقوقی) (Kelsen, 1999: 281) و گاهی در قالب وجدان اجتماعی^۱ (Lévy, 1926: 105)، و... همه اینها، این کارکرد مؤثر را دارند که حقوق را از دنیای تعبد دور و جدا می‌سازند (عزتی، ۱۳۵۷: ۱۲۶ و Van Hoecke, 2002: 37- 38).

۲. یکسان و یکی شدن حقوق: کثرت‌گرایی از شاخصه‌های حقوق سنتی است. معنای آن، این است که منشأ قواعد حقوقی را در جاهای مختلفی بایستی جست و جو کرد و عوامل متعددی در ایجاد قواعد حقوقی نقش دارند. این ویژگی را در ساختار جامعه فئودالی غربی به خوبی می‌توان مشاهده کرد. جامعه‌ای که به گروه‌های خانوادگی، محلی، دینی و غیره تقسیم شده است و قواعد در بطن این گروه‌ها به وجود آمده، هر کدام از این گروه‌ها، نقش خود را در تولید قاعده حقوقی ایفا کرده است. حتی در این میان، شاه یا پرنس نیز به صورت جداگانه و با فرمان‌هایی که صادر می‌کند، در تولید برخی قواعد حقوقی نقش دارد. در حقوق مدرن قواعد و نهادهای حقوقی، مبنا و منشأ واحدی می‌یابند و بدین ترتیب حقوق به سمت نوعی وحدت‌گرایی حرکت می‌کند. همان‌طور که خواهیم دید، دولت نقش خود را در این جهت، در آغاز مدرنیته حقوقی به خوبی ایفاء کرده است (Maisani, 1926: 445- 446).

این که حقوق این دو ویژگی را پیدا نماید، خود به طی شدن فرایندی نیاز دارد که می‌توان آن

1. «Conscience sociale».
2. «Croyances sociales».

را به صورت کلی، ابتدای قواعد سازماندهی سیاسی و اجتماعی بر مبنای عقل تنها یا «عقل خود بنیاد و نقاد» (راسخ، ۱۳۸۶: ۱۳) نام گذارد. این فرایند با به وجود آمدن چند مفهوم شکل می‌گیرد که البته در طول هم قرار دارند: فرد، حق، قرارداد اجتماعی، دولت-ملت و در نهایت قانون.

فرد، نقطه آغاز یا سر نخ حقوق مدرن محسوب می‌شود (Frydman, 1998: 1). مفهوم فرد یا فردگرایی ریشه در همان اقبال به عقل تجربی دارد؛ چرا که منشأ آن انسان‌گرایی است. به عبارت دیگر: هم باید انسان ابزار شناخت باشد و هم هدف شناخت؛ و نظام سیاسی-اجتماعی بایستی در جهت منافع همین فرد انسانی حرکت کند (Frydman, 2000: 68).

رها یا آزاد کردن فرد از سیطره نهادهای اجتماعی، سیاسی، مذهبی و غیره هدف رویکرد فردگرایانه است و اندیشه حقوق طبیعی سکولار که از سوی کسانی چون گروسوس، هابز، پوفندرف، لاک، روسو (Ward, *Op. Cit.*: 87-101; Murphy, *Op. Cit.*: 16; Roubier, 2005: 235)، بسط و توسعه پیدا کرد؛ مبنای فلسفی آن قرار می‌گیرد.

با این حال، به ابزاری نیاز است که بتواند از استقلال فرد دفاع نماید و اراده آزاد او را تضمین کند (پی‌گلدینگ، 195: 1381; Chevallier, *Op. Cit.*: 27). این ابزار چیزی جز «حق» نیست؛ مفهومی که برخاسته از عدالت و روح حاکم بر آن است. این نکته مورد تأکید مسیحیت است و به همین دلیل هگل، مسیحیت را به عنوان منشأ فردگرایی مطرح می‌کند (Villey, 2001: 99). بدون تردید، این اندیشه که افراد دارای حقوقی هستند و این حقوق، نقش حمایتی را از فرد انسانی بر عهده دارند؛ از شاخصه‌ها و از مبانی حقوق مدرن محسوب می‌شود. در قرن ۱۷ و ۱۸ میلادی است که تحت تأثیر آموزه‌های نومیالیسم^۱ (Ibid: 100) و استوایسیسم^۲ (Testu, 2003: 821) بر اهمیت فرد تأکید می‌شود و بدین ترتیب حق و اندیشه حق داشتن، جای خود را در گفتمان مدنی و سیاسی و در آثار اندیشمندی چون ویلیام اهل اوکام، هابز و لاک باز می‌کند (پی‌گلدینگ، ۱۳۸۱: ۱۹۸ و ۱۹۴: ۳۴۲).^۳

به دنبال شکل‌گیری مفهوم «حق» و با ارزش‌ترین و مهم‌ترین نماد آن، یعنی حق آزادی و برای جلوگیری از تعارض حقوق و آزادی‌ها، به مفهوم دیگری نیاز بود که بتواند این مشکل را بر طرف کند. این مفهوم چیزی جز قرارداد اجتماعی هابز، لاک و روسو نبود (جان کلی، پیشین: ۳۱۹)؛ قراردادی که به موجب آن آزادی و حقوق هر کس تنها محدود به آزادی و حقوق دیگران می‌شد (Roubier, 2005: 232 - 233).^۴ جان کلی، ۱۳۸۲: ۳۱۹).

قرارداد اجتماعی نیاستی نه به عنوان یک واقعیت اجتماعی و نه به عنوان یک محصول تاریخی

1. Nominalism.
2. Stoicism.

مورد نظر قرار گیرد، بلکه همان‌طور که کانت از فلاسفه قدیم حقوق (91: 1936: Del Vecchio) و رالز از فیلسوفان معاصر (293- 292- 289: 1988: Rawls) بدان تصریح می‌کنند، یک فرض روش شناختی و یک ابزار عقلی است که اجازه می‌دهد اصول یک ساختار سیاسی و اجتماعی عقلی را طرح ریزی کنیم. محتوای این قرارداد به وسیله عقل تجربی شکل می‌گیرد و البته چندان هم دور از «طبیعت اشیا»^۱ به معنای تجربی، اجتماعی و غیر ایدئولوژیکی و غیر متافیزیکی آن نیست (Rousseau, 1762: 12; Hayek, 1985: 1/ 127).

با این حال، محتوای قرارداد اجتماعی بایستی تضمین و قابلیت اجرایی پیدا می‌کرد. مفهوم «دولت» یا «جمهوری» که در طول قرارداد اجتماعی قرار می‌گیرد، یا به نوعی میوه آن محسوب می‌شود، برای تضمین رعایت این حقوق که در اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه تبلور یافته، بدین ترتیب وارد حقوق موضوعه شدند؛ به وجود آمد. البته این مفهوم همانند قرارداد اجتماعی، ساختگی یا اعتباری است؛ هر چند نمی‌توان محتوای حدآقلی آن، یعنی قدرت عمومی را از واقعیت اجتماعی یا طبیعت اشیا خیلی دور دانست (Raynaud, 2000: 568).

ایجاد دولت که مبتنی بر اراده عمومی است، موجب حذف همه گروه‌های مذهبی، سرزمینی، اجتماعی و غیره واسطه بین فرد و دولت می‌انجامد (Frydman, 2000: 68; Sellers, 2003: 14/ 96).

با این حال، دولت برای بیان اراده عمومی که مبنای نظری آن همان قرارداد اجتماعی است، به ابزاری نیاز دارد که چیزی جز قانون نمی‌تواند باشد (21: 1998: Frydman). قانون ابزاری کامل، منطقی، عقلی و بدین ترتیب آخرین بیان اراده عمومی است (Ibid). این‌گونه است که حقوق در جامعه مدرن، ابزار و روش مرجح نظم دهی روابط اجتماعی و به طور کلی عقلانیت اجتماعی می‌شود (Weber, *Op. Cit.*: 162). بدین ترتیب، فرایند تولید قاعده حقوقی در دست نهادهای دولتی که صلاحیت آنها به صورت کامل مشخص شده است، قرار می‌گیرد؛ اجرای این قواعد نیز از طریق اجبار دولتی پیگیری و تضمین می‌شود. به همین دلیل است که می‌توان گفت در حقوق مدرن، دولت سعی دارد که به نظام حقوقی کامل تبدیل شود (Chevallier, 1998: 25; Kelsen, *Op.Cit.*: 281).

ب. شکل‌گیری نظام حقوق موضوعه مدرن

همان‌طور که گفته شد، در رویکرد تجددگرایانه، عقل تجربی ابزار شناخت است و دیدگاه سنتی مبتنی بر نوعی تعبد (متون سنتی و مقدس) بوده، همین تعبد نیز پیش قضاوت‌های ارزشی خود را تحمیل می‌کند. در حقوق سنتی، روش غالب، روش موردی و فرضی است؛ چرا که متون سنتی، به صورت موردی به طرح مسائل پرداخته‌اند. مسأله‌ای وجود دارد که حل آن با مشکل مواجه است و در فرایند

بحث‌ها و جدل‌های علمی، راه حلی بر راه حل دیگر برتری می‌جوید. این استدلال برتر نیز ارزش و اعتبار خود را در همان تعبد یا به عبارت دیگر، در متون سنتی و مقدس باز می‌جوید. البته نقش دکترین سنتی در ارائه راه‌حل‌ها، چندان هم ثانوی نیست. همان‌طور که گفته شد، متون سنتی به صورت موردی به طرح مسایل پرداخته، به همین دلیل از راه قیاس، تنقیح مناط، استحسان و ... مورد استناد قرار می‌گیرند و دقیقاً همین جاست که نقش دکترین حقوقی - مذهبی در تولید قاعده حقوقی بر جسته می‌شود؛ نکته‌ای که حقوق‌دانان غربی در مورد حقوق اسلامی نیز آن را صادق می‌دانند و بدان اعتقاد دارند (Weber, *Op.Cit.*: 174; Schacht, 2005: 210). این روش حل مسائل را روش اسکولاستیک^۱ یا روش مبتنی بر متون مقدس نام نهاده‌اند و از نظر ماکس وبر نه تنها کمکی به عقلانی کردن حقوق نکرده، بلکه آن را غیر عقلانی می‌کند (Weber, *Op.Cit.*: 175).

در رویکرد مدرن به حقوق، روش اسکولاستیک روش معتبری شناخته نمی‌شود. استدلال این است که یک علم واقعی و مبتنی بر عقل تجربی نمی‌تواند بر تعبد برآمده از متون سنتی استوار باشد. از طرف دیگر، علم واقعی بایستی بنای خود را در یک سیستم بیابد، نه این که از مقایسه موردی به دست آمده باشد. راه حل هر موردی را نه در یک مورد دیگر، بلکه در اجرای یک اصل کلی بایستی جست و جو کرد.

برای رسیدن به واقعیت علمی، باید در قدم اول از اصول کلی و بدیهی آغاز کرد تا بتوان قواعد حقوقی را از این اصول استخراج و این قواعد را بر مصادیق اجرا نمود. به همین دلیل است که حقوق طبیعی مدرن یا غیر الهی و عرفی شده (جان کلی، ۱۳۸۲: ۳۳۴: ۱۹، Murphy, *Op. Cit.*)، و اصول برآمده از آن اهمیت می‌یابند. قواعد حقوقی و منابع آن، اعتبار خود را از این اصول کلی حقوقی أخذ می‌کنند و مجموعه این اصول، منابع و قواعد، نظامی واحد، روشن، منسجم (بدون تعارض و تناقض) و کاملی (بدون خلأ و چالش) را شکل می‌دهند و بدین ترتیب نظامی منطقی پایه ریزی می‌شود (Frydman, 1998: 16).

البته، باز بایستی تأکید کرد که حقوق طبیعی مدرن که مبنای حقوق مدرن است، ماهیتی غیر الهی و تجربی دارد و با حقوق خدایی^۲ که برآمده از وحی و تفسیر متشرعین است، ارتباطی ندارد. در واقع، تفاوت حقوق سنتی و حقوق مدرن قبل از آن که به محتوای آن دو برگردد، به تفاوت در نگاه این دو نوع حقوق به مبنای حقوق و قاعده حقوقی (عقل تجربی از یک طرف و اراده الهی از طرف دیگر) و به دنبال آن به منبع قاعده حقوقی بر می‌گردد (Ibid: 15). همین تفاوت بنیادین است

1. Scholastic.
2. Jus divinum.

که موجب شده در حقوق مدرن مشاهده و تجربه انسان و در حقوق سنتی وحی و تفسیر متشرعین به عنوان روش‌های فنی مورد توجه قرار گیرند (Ibid).

بنابراین، با توجه به مطالب پیش گفته، می‌توان گفت که هر نظام حقوقی برای تبدیل شدن به یک نظام و حتی هر یک از بخش‌های نظام حقوقی، پنج مرحله را پشت سر می‌گذارد: پنج مرحله‌ای که در طول هم قرار دارند و بدین ترتیب یک مدل هندسی یا هرمی شکل را تداعی می‌کنند:

مبنا



شکل‌گیری اصول کلی



شکل‌گیری منابع حقوقی



شکل‌گیری قواعد و نهادهای حقوقی



اجرای قواعد

بدین ترتیب، حقوق مدرن از آن جا که تحت حاکمیت عالی عقل تجربی قرار دارد، با طی شدن این مراحل، سه ویژگی مهم را پیدا می‌کند: ۱. نظام مند بودن؛ ۲. عمومی بودن؛ ۳. استحکام قواعد و نهادهای حقوقی.

ولی برای عینی کردن این شاخصه‌ها، به سرمایه‌ای نیازمند است که اقتدار و برتری آن را بر دیگر مکانیزم‌های نظارت بر رفتار اجتماعی نشان دهد. این سرمایه نیز چیزی جز قدرت عمومی یا دولت نیست (Le Fur, 1931:305; Durkheim, 2007: 32) و دولت نیز با ابزار قانون که بهترین قالب برای قاعده عقلی، واحد و یکسان است، زمینه عینی کردن شاخصه‌های پیش گفته حقوق مدرن را فراهم می‌آورد. قانون، عمومی و انتزاعی است و در نتیجه، قابلیت اجرا بر مصادیق مختلف را دارد. استحکام دارد و بدین ترتیب هر کس قاعده حاکم بر اعمال خود را می‌شناسد؛ قدرت دولت ریشه در اراده عمومی دارد و قانون نیز همان‌طور که ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۹۳ فرانسه اعلام نموده است، بیان اراده عمومی خواهد بود. توسعه و گسترش کد نویسی، با توجه به همین نکات، از نمادها یا شاید مهم‌ترین ویژگی‌های ظاهری حقوق مدرن گردیده است.^۱

۱. ماکس وبر تصریح می‌کند که قانون المجله سال ۱۸۶۹ ترکیه را نمی‌توان نوعی کد نویسی به عنوان شاخصه حقوق

به طور کلی، حقوق مدرن سعی می‌کند در چهار حوزه مسیر خود را از حقوق سنتی جدا سازد:
 ۱. حوزه مبنای قاعده حقوقی؛ ۲. حوزه هدف قاعده حقوقی؛ ۳. حوزه روش استنباط قاعده حقوقی؛
 ۴. حوزه اجرای قاعده حقوقی.

اگر در حقوق سنتی اراده الهی مبنای اعتبار قواعد حقوقی است، در حقوق مدرن این مبنا چیزی جز عقل تجربی نیست. اگر در حقوق سنتی نوعی ایدئولوژی بر قواعد حاکم است و قواعد حقوقی به عنوان بخشی از مذهب که ماهیتاً نیز غیر قابل تفکیک از آنند، اهداف دین و تعیین تکالیف افراد در برابر خداوند را بر عهده دارند؛ در حقوق مدرن هدفی جز تنظیم روابط بین اعضای جامعه و برقراری نظم و عدالت نمی‌توان متصور شد؛ نظم و عدالتی که با توجه به شرایط اقتصادی، سیاسی و اجتماعی، شکل‌های مختلفی به خود می‌گیرد و البته که در آغاز مدرنیته حقوقی صورتی لیبرالی یافت و در نوعی عدالت معاوضی تعیین پیدا کرد (Roubier, Op. Cit: 237).

اگر در حقوق سنتی قواعد حقوقی با تکیه بر متون مقدس استخراج، استنباط و تفسیر می‌شوند، در حقوق مدرن، قانون، ابزار بیان قواعد حقوقی و تحقق عدالت بوده، تفسیر همین قانون آغاز و نقطه پایان استنباط محسوب می‌شود (Gény, 1919: 1/21).

در مرحله اجرای قاعده حقوقی، یا مرحله قضاوت نیز، حقوق مدرن از حقوق سنتی جدا می‌شود. اگر چه در حقوق سنتی، قاضی از اقتدار خاصی در تفسیر و استنباط راه حل دعاوی برخوردار است و به نوعی خود او، هم نقش قاعده سازی را برعهده دارد و هم نقش اجرای آن قاعده را؛ در حقوق مدرن سعی بر این است که این اقتدارگرایی قاضی تحت نظارت قرار گیرد؛ چرا که در غیر این صورت عقلانی بودن خود نظام حقوقی زیر سؤال می‌رود (Frydman, 1998: 11). راه حل آن، این بود که بنیان تفکر قضایی بر پایه نوعی پوزیتیویسم دولتی یا اصالت قاعده و قانون دولتی، آن گونه که در اندیشه‌های آستین و بنتام ملاحظه می‌کنیم؛ گذارده شود. به عبارت دیگر؛ ابزار قانون، از آن جا که قاضی در تدوین آن نقشی ندارد، به شدت قدرت قاضی را کاهش می‌دهد و نقش وی تنها به نوعی تفسیر منطقی و لفظی از همان قانون محدود می‌گردد. قانون اراده ملت است و مداخله قاضی به مثابه واسطه خطرناک میان شهروندان و قانون تلقی می‌شود و می‌تواند آزادی شهروندان و برابری آنها را با اجرای متفاوت قانون در مصادیق مختلف و با تفسیرهای محدود کننده

مدرن دانست؛ چرا که مبتنی بر عقل تجربی نیست و تنها مجموعه‌ای از قواعد حقوقی شرعی است (Weber, 1976 et 208). با این حال، به نظر نمی‌رسد قانون مدنی فرانسه که به عنوان شاهکار عقل تجربی مدرنیته از آن یاد می‌شود؛ به قواعد سنتی و برآمده از سنت وفادار نبوده باشد و به همین دلیل شاید نتوان گفت محتوایی کاملاً عقلانی (مبتنی بر عقل تجربی) داشته است (جان کلی، پیشین: ۴۵۷).

از قانون زیر سؤال ببرد (30: 2005; Bix, 81: 2002; Frydman et Haarscher); پس، بایستی محدود شود. محدود کردن قاضی به تفسیر منطقی و لفظی از قانون تا حدی مشکل را حل می‌کند. قانون، کبرای منطقی را در اختیار قاضی می‌گذارد و صغرای منطقی نیز همان مصداق خارجی است. قاضی به کمک آن دو به نتیجه گیری دست می‌زند و راه حل مشکل را ارائه می‌دهد^۱ (Frydman, *Op.Cit.*:10; *Ibid*). این یک روش علمی و عقلی است؛ چرا که منطقی و در قالب قواعد منطقی صورت بوده، واحد، یکسان و مطمئن است. در موارد سکوت یا اجمال قانون نیز قاضی تنها بایستی روح حاکم بر قانون را با توجه به مذاکرات قبل از تصویب قانون احراز و بدان استناد کند (83: *Op.Cit.*; Haarscher et Frydman).

گفتار دوم: تحوّل حقوق مدرن

الف. مارکس و حقوق مدرن

تحوّل حقوق مدرن، در واقع، ریشه در بحران عقل تجربی دارد. از نظر مارکس آنچه را انسان به وسیله عقل تجربی در قالب قرارداد اجتماعی ساخته و پرداخته است، واقعیت ندارد و او آنها را تحت تأثیر منافع طبقاتی خود حقیقت پنداشته است (110: 1992; Cotterrell). از نظر مارکس، انسان، کاملاً نا آگاهانه، در جهت منافع طبقاتی خود، امری تحریف شده را واقعیت می‌پندارد (90: 1990; Pasukanis, 106, 109; Cotterrell, *Op. Cit.*). شاید به دلیل همین انتقاد مارکس از عقل تجربی و محصول آن است که برخی اندیشه وی را نخستین ضربه به مدرنیته و عقل تجربی آن دانسته و اعتقاد دارند ریشه‌های پست مدرنیته را در افکار امثال او بایستی جست و جو کرد (69-68: 2000; Frydman).

تحولات اجتماعی در اواخر قرن نوزدهم و عدم تعادل بین برابری اقتصادی و اجتماعی از یک طرف و آزادی (80: 1995; Dworkin) از طرف دیگر، مضمون قرارداد اجتماعی و بدین ترتیب فردگرایی را زیر سؤال برد. از نظر مارکس، محتوای قرارداد اجتماعی که همان اصل آزادی و برابری در حقوق مدنی و سیاسی است؛ نتوانسته است عدالت اجتماعی را تأمین نماید. در اندیشه مارکس، قاعده حقوقی، بیان عقل تجربی اراده‌گرا نیست، بلکه بیشتر نتیجه رابطه قدرت‌هایی است که مبارزه آنها مضمون و محتوای همان قاعده حقوقی را شکل می‌دهد (133-134: *Op. Cit.*; Pasukanis). اگر چه اندیشه مارکس سر انجام به حاکمیت یافتن یکی از این قدرت‌های اجتماعی (قدرت کارگری) بر دیگر گروه‌های اجتماعی منجر شد؛ راه حل معتدل‌تر و در عین حال اجتماعی که می‌توانست انعکاس دهنده دغدغه‌های مربوط به عدالت اقتصادی و اجتماعی باشد و تعادلی بین برابری و آزادی ایجاد

نماید، در سولیداریسم حقوقی (Ward, *Op. Cit.*: 69-70; Bourgeois, 1998: 49-52) جست و جو شد و امروزه نیز دنبال می‌شود. قالب جدید، گویا، بهتر می‌توانست زمینه تقسیم منافع، اموال و قدرت را در جامعه فراهم آورد.

ب. اجتماعی شدن حقوق و حقوق مدرن

تعیین عقل تجربی در دولت، البته به عنوان ضامن قرارداد اجتماعی، و بدین ترتیب حافظ حقوق مدنی و سیاسی را بایستی یکی از مهم‌ترین شاخصه‌های حقوق مدرن به شمار آورد. این‌گونه است که دولت در حقوق مدرن نقشی جز حمایت از حقوق مدنی و سیاسی پیدا نمی‌کند و بنابراین، محتوای حقوق مدرن، لیبرالی است.

فرایند اجتماعی شدن حقوق (Charmont, 1903: 380)^۱ و به دنبال آن عمومی سازی حقوق^۲ (Eisenman, 1952: 919 et 950) که از اواخر قرن نوزدهم شروع شدند و در اوایل قرن بیستم شدت یافتند، این شاخصه عمده حقوق مدرن و در واقع حقوق مدرن لیبرالی را زیر سؤال بردند. از یک طرف گسترش نقش دولت که این بار با مبنای کارکردی «خدمت عمومی» (Chevallier, 2003: 37; Duguit, 1999: 33)، نقشی فراتر از گذشته برای خود قائل بود و از طرف دیگر زیر سؤال رفتن حقوق فردی و عقب نشینی فردگرایی، حقوق جدیدی را نوید می‌داد که به کلی با حقوق قرن نوزدهم متفاوت بود.

دلیل افول حقوق (Ripert, 1998: 37- 46- 47-189) یا به عبارت بهتر: حقوق لیبرالی را بایستی بیشتر در این نکته جست و جو نمود که این حقوق دیگر نمی‌توانسته به ضرورت‌ها و الزامات عقل تجربی پاسخ گوید. به عبارت دیگر: اگر هدف حقوق تنظیم روابط اجتماعی و برقراری عدالت بوده است، این هدف با رویکرد لیبرالی دیگر قابل تحقق نیست.

فرایند اجتماعی شدن، از یک طرف ما را با شکل‌گیری دولت رفاه مواجه می‌سازد؛ دولتی که در جهت برقراری عدالت اجتماعی با مبنای کارکردی خدمت عمومی فعالیت می‌کند و هوریو و هابرماس، ایجاد آن را، از آن جا که اختلاط حوزه عمومی و خصوصی را به همرا دارد، موجب باز فئودالی شدن ساختار اجتماعی - حقوقی می‌دانند (Habermas, *Op. Cit.*: 150; Hauriou, *Op. Cit.*: 583- 584).

با گسترش مداخله دولت رفاه، حقوق مدرن ویژگی نظام مند بودن، عمومیت داشتن و استحکام خود را از دست می‌دهد؛ چرا که متون اختصاصی قانونی افزایش پیدا می‌کند و بدین ترتیب عمومی بودن قاعده حقوقی تا حدی مورد خدشه قرار می‌گیرد و استحکام قاعده حقوقی نیز ارتباط زیادی به

1. Socialization of Law.
2. Publicization of Law.

عمومی بودن آن دارد. در واقع، قانون دیگر بیان اراده عمومی (اکثریت) نیست، بلکه بناست بیان اراده گروه‌های مختلف اجتماعی و اقتصادی باشد (Chevallier, 1998: 29).

از طرف دیگر، نظریه حقوق فردی که یکی از پایه‌های حقوق مدرن لیبرالی را شکل می‌دهد، به وسیله برخی اندیشه‌های جامعه‌شناختی حقوقی که کمک زیادی نیز به تسریع فرایند اجتماعی شدن حقوق کرده‌اند (Duguit, 2000: 49)، زیر سؤال می‌رود. حق، مفهومی متافیزیکی و ایدئولوژیکی است و به همین دلیل بایستی طرد شود (Duguit. 1927: 1/15).

بدین ترتیب نظریه‌های جامعه‌شناختی، فرد را که هسته مرکزی سیستم حقوقی بود به پایین می‌کشانند و حقوق از این به بعد نه ریشه در فرد و فردگرایی، که ریشه در وجدان اجتماعی، باورهای اجتماعی، واقعیت‌های هنجاری و غیره پیدا می‌کند و چارچوب آن را نیز نه قرارداد، که مفاهیمی چون وجدان اجتماعی و ... تعیین می‌کنند (Rouland, *Op. Cit.*: 59). این نظریه‌ها به جای حقوق فردی، مفهوم حقوق اجتماعی را می‌گذارند (Bourgeois, 1998: 49- 52). در حالی که آزادی‌های کلاسیک (حقوق مدنی و سیاسی) دولت را محدود می‌کردند و حد و مرز آن را تعیین می‌کردند، حقوق جدید، یعنی حقوق اجتماعی، بر عکس، برای اجرای خود به مداخله دولت نیاز داشتند (Chevallier, *Op. Cit.*: 30).

نظریه‌های جامعه‌شناختی، حتی پایه تفکر قضایی مدرن لیبرالی را که همان پوزیتیویسم دولتی آستینی و بنتامی بود، زیر سؤال بردند (Bix, *Op. Cit.*: 31) و بدین ترتیب راه ورود گزاره‌های اجتماعی و تأثیر واقعیت‌های اجتماعی بر امر قضاوت و تفسیر قانون را و به عبارت دیگر: عبور از پوزیتیویسم بنتامی و آستینی به پوزیتیویسم هومزی را مهیا ساختند. طرح اندیشه‌های واقع‌گرایی حقوقی از سوی اندیشمندانی، چون کارل لولین (Leiter, 2005: 51 - Carbonnier, 1994: 131; Posner, 2002: 227 - 54- 55) و اندیشه تفسیر آزاد علمی از سوی فرانسوا ژنی در نیمه اول قرن بیستم در همین جهت ارزیابی می‌شود (Gény, 1919: 1/29).

البته، همگان این تحول حقوق مدرن را افول حقوق ارزیابی نمی‌کنند. برخی آن را موجب شکوفایی حقوق و دور شدن آن از صورت‌گرایی می‌دانند: امری که شناخت مبنای واقعی قاعده حقوقی را نیز امکان‌پذیر نموده است (Le Fur, *Op. Cit.*: 279; Ross, 2001: 36, 169). بدین ترتیب این سؤال مطرح می‌شود که آیا مدرنیته حقوقی تنها در مفهوم لیبرالی از حقوق خلاصه می‌شود؟ مگر اساس و بنیان مدرنیته ضروریات و الزامات عقل تجربی نیست؟ پس، اگر این عقل تجربی، دور شدن از مفهوم لیبرالی را لازم بدانند، آیا می‌توان گفت با زوال حقوق مدرن و مدرنیته حقوقی مواجهیم، آن گونه که موریس هوریو و هابرماس اعتقاد دارند؟ طرفداران رویکرد واقع‌گرا، اجتماعی، غیر

لیبرال و غیر متافیزیک به حقوق که سخت به بنیادهای حقوق لیبرالی تاخته‌اند نیز، چنین نظری را ندارند. لئون دوگی، به درستی، برداشت واقع‌گرایانه و غیر متافیزیک را در چارچوب مدرنیته حقوقی می‌بیند؛ همان طور که برداشت متافیزیک را در همان جهت ارزیابی می‌کند (Duguit, 1999: 70-71).

با این حال، از پایان سال‌های ۷۰ میلادی، سخن از حقوق نئولیبرال به میان آورده می‌شود؛ حقوقی که البته فاصله بسیار با شاخصه‌های حقوق مدرن دارد (هر چند نمی‌توان از مرگ حقوق مدرن سخن گفت (Chevallier, *Op. Cit.*: 30))؛ و به همین دلیل، برخی آن را حقوق پست مدرن نام نهاده‌اند. زمینه شکل‌گیری آن را در همان بحران حقوق مدرن لیبرالی یا صورت‌گرا جست و جو می‌کنند. از شاخصه‌های حقوق پست مدرن این است که نقش دولت در تولید قاعده حقوقی کاهش یافته، برتری دولت در مناسبات اجتماعی، اقتصادی از بین رفته، نهادهای مدنی و به طور کلی نهادهای غیر دولتی، کارکردهای دولت را عهده دار می‌شوند (Maisani et Wiener, 1994: 445-446; Ward, *Op. Cit.*: 165؛ چیزی که شاید آرزوی اندیشمندی چون لئون دوگی (Duguit, 1927: 1/ 536) و لئون بورژوا (Bourgeois, *Op. Cit.*: 15-35) در آغاز قرن بیستم میلادی بوده است و برخی آن را بازگشتی عمیق به ساختار فنودالیته ارزیابی می‌کنند (Rosanvallon, 1992: 40).

گفتار سوم: نظام حقوقی دینی ایران و تفکیک حقوق مدرن از حقوق سنتی

بحران حقوق مدرن لیبرالی دو محور اصلی این حقوق، یعنی مبنای نظام حقوقی مدرن (عقل تجربی) و هدف نظام حقوقی مدرن (فردگرایی) را دستخوش تغییراتی ساخت. با عنایت به این دو محور که معیار تفکیک حقوق مدرن از حقوق سنتی نیز محسوب می‌شوند و با توجه به تحولات آنها، وضعیت نظام حقوقی دینی ایران را در ارتباط با تفکیک حقوق مدرن از حقوق سنتی مطالعه می‌کنیم:

الف. نظام حقوقی دینی و عقل تجربی

تردیدی وجود ندارد که نظام حقوقی اسلام بر عقل تجربی مبتنی نیست. در واقع، پیش قضاوت‌های ارزشی یا گزاره‌های ثابت در جهت‌دهی به این نظام حقوقی و در ایجاد قواعد و نهادهای آن نقش سازنده‌ای را ایفا نموده‌اند. در مورد دامنه و گستره این پیش قضاوت‌ها یا گزاره‌های ثابت اختلاف نظر وجود دارد (مؤمن، ۱۳۷۴: ۵۳؛ سروش، ۱۳۷۱: ۹۴)، ولی در اصل وجود آنها تردیدی نیست. از این منظر، نظام حقوقی شیعه از عقل تجربی و انسان‌گرایی محصول آن، یعنی مهم‌ترین و جدی‌ترین مؤلفه حقوق مدرن دور می‌شود. البته هر چند عقل در نظام حقوقی شیعه در رأس سیستم و در قالب تجربی آن قرار نمی‌گیرد؛ در استنباط قواعد و نهادهای حقوقی و شکل‌گیری آنها و در قالب رعایت منطق صورت‌نقش برجسته‌ای را بر عهده داشته و دارد (عزتی، ۱۳۷۵: ۱۲۴).

نقش پیش قضاوت‌ها این است که برای نظام حقوقی هدف ایدئولوژیک خاصی را تعریف کنند. حقوق‌دانان اسلامی، همانند طرفداران پست مدرنیته حقوقی، عقل تجربی را عقلی ابزاری می‌دانند؛ چرا که هدف خاصی را دنبال نمی‌کند و متغیرهای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، مدام آن را به دنبال خود می‌کشند و بحران یا تحوّل حقوق مدرن این نکته را به خوبی نمایان می‌سازد.

با این حال، نمی‌توان ادعا داشت که نظام حقوقی شیعه، به کلی با این شاخصه و مؤلفه حقوق مدرن فاصله دارد. همان طور که اشاره شد، عقل تجربی در ابتدا در دولت تعیین پیدا کرد و آشتی و سازگاری حکومت و حقوق را به عنوان شاخصه تبعی حقوق مدرن موجب شد؛ شاخصه‌ای که هر چند بحران حقوق مدرن آن را تعدیل کرد؛ هیچ‌گاه به حذف آن منجر نشد. آشتی و سازگاری حکومت و حقوق، در اندیشه امام خمینی (ره) تبلوری خاص یافته است. به عبارت دیگر: اگر در نزد بسیاری از فقهای شیعه، جدایی حکومت و حقوق امری اجتناب‌ناپذیر است (عارفی، ۱۳۸۶: ۱۱۸-۱۱۹)؛ در اندیشه امام (ره) این جدایی نه تنها مصلحت نیست، بلکه با مبانی کلامی فقه شیعه ناسازگار است (امام خمینی، ۱۳۸۶: ۱۴۰-۱۴۱). در حقیقت، فقه حکومتی ورود متغیرهای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی را اجازه می‌دهد، بدون آن که این ورود به حذف کامل پیش قضاوت‌های ارزشی و گزاره‌های ثابت و تقدّم یا حاکمیت عقل تجربی منجر گردد. بدین ترتیب، از یک طرف، نظام حقوقی در اصلاح تجربی می‌تواند نقش فعال‌تری را عهده دار شود و از طرف دیگر هدف متافیزیکی سیستم حقوقی (تربیت دینی- اخلاقی مکلف) با اهداف واقع‌گرایانه آن (تطبیق با برخی از متغیرهای اقتصادی، اجتماعی، سیاسی) سازگاری پیدا می‌کند. برخورد این متغیرها با پیش قضاوت‌ها، امری است که در تجربه فقه حکومتی اتفاق افتاده است. تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام با فرمان امام (ره) و در قالب اصل ۱۱۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اگر چه با نظریه و معیار مصلحت عمومی (حسن پور، ۱۳۷۷: ۱۴۵)، اجازه توسعه دامنه متغیرهای پیش گفته را فراهم می‌آورد؛ همانند حکم حکومتی خود بر اصل اولیه شرعی مبتنی است. بنابراین، منتهی به ابتنای نظام حقوقی بر عقل تجربی نمی‌شود.

مسأله دیگری که مؤید با چالش همراه بودن آشتی حکومت و حقوق در ساختار فقه حکومتی شیعه است: مسأله نقش و قدرت قاضی و تفسیر و استنباط قواعد حقوقی است. همان طور که اشاره شد، ماکس وبر اختیار قاضی در حقوق اسلامی را مظهری از عدم عقلانیت نظام حقوقی دینی می‌داند. در واقع، از نظر وبر عدم وجود قاعده دولتی در نظام حقوقی اسلام که رفتارهای قضایی را قابل پیش بینی گرداند از یک طرف، و قدرت اجتهاد قاضی اسلامی در ایجاد و اجرای قاعده حقوقی، به ویژه آن گونه که در فقه شیعه مشاهده می‌کنیم از طرف دیگر، نظام قضایی اسلامی را به

نظامی غیر قابل پیش بینی و متکی بر اختیار مطلق قاضی مجتهد تبدیل می‌کند (Weber, *Op.Cit.*: 174). و بر حتی فراتر از این سخن گفته، اجرای قاعده حقوقی را تابع سلیقه بی‌حد و مرز قاضی اسلامی می‌داند (Ibid: 175).

واقعیت این است که از یک طرف در گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن، نقش و قدرت قاضی کاهش یافته، در چارچوب قانون دولتی معنا پیدا می‌کند. به عبارت دیگر: قضاوت عقلانی می‌شود. از طرف دیگر تردیدی نیست که در نظام حقوقی اسلام، قاضی در چارچوب قانون دولتی گرفتار نیست. اگر مسأله نقش و قدرت قاضی را یکی از چالش‌های آشتی حکومت و حقوق در ساختار فقه حکومتی شیعه می‌دانیم، به همین دلیل است. تفسیرهایی که از اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و میزان قدرت قاضی در استنباط حکم دعوا و رجوع به منابع فقهی، به ویژه در امور کیفری صورت می‌گیرد، مؤید این مسأله است. نظراتی هم که در مورد قدرت و اختیار قاضی شرعی (مجتهد) که استنباط مخالف قانون است (حبیب‌زاده و قیاسی، ۱۳۸۰: ۳۳)، برای حل و فصل دعوی ارائه می‌گردید، مؤید همین چالش بود.

هر چند قواعد اصولی و فقهی (علیزاده، ۱۳۸۷: ۱۰۵-۱۰۷)، از یک طرف و اندیشه نظر مشهور و اجماع از طرف دیگر، تا حدودی کاستی‌های قابل پیش‌بینی نبودن احکام در نزد مفسر فقه شیعی و تابعان آن را کاهش می‌دهد و امر قضاوت را بدین ترتیب و بر خلاف نظر وبر از سیطره سلیقه شخصی قاضی اسلامی خارج می‌کند؛ تردیدی نیست که سازگاری حکومت و فقه شرعی ابزار خاص خود را که همان قانون دولتی است، لازم و ضروری می‌کند و بدین ترتیب تفسیر منطبق با همین اندیشه را از اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تأیید می‌کند (کوشا، ۱۳۸۰: ۶۹). محدود شدن قاضی شرعی (مجتهد) به قانون دولتی بر اساس تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی سال ۱۳۷۹ نیز در همین جهت ارزیابی می‌شود. در واقع، این تبصره در جهت تقویت آشتی حکومت و حقوق که مؤلفه حقوق مدرن است: قدم بر می‌دارد.

ب. نظام حقوقی دینی و فردگرایی

شاخصه و مؤلفه مهم دیگر حقوق مدرن، یا به عبارت بهتر: حقوق مدرن لیبرالی که ضرورت و الزام عقل تجربی قرن ۱۸ و ۱۹ است، حق فردی و حاکمیت اندیشه فردگرایی است. در مورد سازگاری یا عدم سازگاری این مؤلفه با حقوق اسلامی و به ویژه نظام حقوقی شیعه به عنوان محتوای نظام حقوقی دینی ایران، بایستی به دو نکته توجه کرد: اول این که فردگرایی مبتنی بر انسان‌گرایی، چندان مورد تأیید آموزه‌های کلامی و فلسفی فقه اسلامی نبوده است. هر چند رویکرد فردگرایی و برخی آثار آن، مانند اعتقاد فراوان به اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی در

اندیشه فقه سنتی، آثار فراوانی را در حوزه حقوق موضوعه از خود بر جای گذاشته است و تا حدودی نیز در فرایند تصویب قانون کار در شورای نگهبان نمود پیدا کرد (عراقی، ۱۳۸۱: ۷۶/۱). این فردگرایی در حوزه مبنای قاعده حقوقی نبوده، بر حقوق طبیعی عرفی مبتنی نیست تا در حوزه هدف قاعده حقوقی نیز ضرورتاً فردگرایی را نتیجه دهد؛ بلکه، این نوع فردگرایی به حوزه هدف قاعده حقوقی محدود یا به نظر برخی از حقوق دانان غیرمسلمان به تکنیک حقوقی (Schacht, 2005: 209) محدود است و علت اصلی آن ناشی از محصور شدن رابطه حقوقی نزد فقیه، در رابطه بین فرد و فرد و رابطه بین فرد و خدا است (صدر، ۱۳۵۹: ۸). البته فردگرایی در حوزه هدف، خود قاعده حقوقی و چگونگی تفسیر محتوای آن را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ هر چند که به فردگرایی در حوزه مبنای انجامد. شاید طرح بحث حیل شرعی را بتوان به عنوان مصداقی از این تأثیر دانست (صدر، ۱۳۵۹: ۱۳-۱۴).

دوم این که نظر برخی اندیشمندان، مبنی بر این که در حقوق اسلامی، تکلیف رنگ و بوی بیشتری نسبت به حق دارد (سروش، ۱۳۷۹: ۲۱)؛ می‌تواند مؤید این نکته باشد که حقوق اسلامی چندان با فردگرایی اراده‌گرای قرن نوزدهم سازگاری ندارد؛ با این حال و بر خلاف نظر این اندیشمندان، بایستی اشاره کرد که این گونه هم نیست که در نظام حقوقی اسلام، حق، فدای تکلیف شده باشد. در برابر هر تکلیفی، حقی وجود دارد و این نه خاص نظام حقوقی اسلامی باشد، بلکه هر نظام حقوقی که از منظر رابطه حقوقی نگریسته شود، همین وضعیت را دارد (Delacroix, 2006: 81, 155). علاوه بر آن، دیدیم که الزامات عقل تجربی در پایان قرن نوزدهم مفهوم فردگرایانه از حق را با چالش روبه رو ساخت و مفهوم اجتماعی آن را موجب شد. همین فرایند دایره نظم عمومی و تعداد قواعد آمره را توسعه می‌دهد. اصرار بر این نیست که هدف یا حتی طبیعت تکلیف دینی و تکلیف سکولار یکی انگاشته شود؛ ولی نمی‌توان پذیرفت که تکلیف دینی سخت‌گیرانه‌تر از تکلیف سکولار است یا بهتر و بیشتر، نسبت به تکلیف سکولار، شایسته نام تکلیف است.

محدود بودن فردگرایی فقهی به فردگرایی در حوزه هدف قاعده حقوقی و عدم تسری آن به مبنای قاعده حقوقی، نظام حقوقی دینی را با چالش‌ها و بحرانی که حقوق مدرن لیبرالی بدان دچار شد؛ روبه رو نمی‌سازد و برای مثال اجتماعی شدن حقوق دینی به تغییر در محتوای مبنای که در نظام حقوقی مدرن، تغییر در محتوای عقل تجربی بوده و نوعی حرکت از پوزیتیویسم بنیادی به پوزیتیویسم هومزی را ضروری می‌کند، نیاز ندارد. با این حال، تردیدی نیست که اجتماعی کردن نظام حقوقی دینی کنار گذاردن «یک سو نگرایی در هدف» به تعبیر مرحوم صدر و عینی کردن رابطه حقوقی و عدم تحمیل نگاهی ذهنی به آن را ضروری می‌کند. آشتی حکومت و فقه در نظام حقوقی ایران نیز، همان طور که اشاره شد، می‌تواند نقش مهمی را در تعدیل هدف نظام حقوقی داشته باشد.

نتیجه‌گیری

حقوق مدرن بر خلاف حقوق سنتی که بر تعبد، یا نوعی مرجعیت فکری مبتنی است و این تعبد نیز که پیش قضاوت‌های ارزشی خود را به همراه دارد؛ بر عقل تجربی استوار است؛ عقلی که ابزاری است و از پیش قضاوت‌های ارزشی تبعیت نمی‌کند. عقلانی شدن حقوق هر چند تابعی از رویکرد تجددگرایانه است؛ تردیدی نیست که خود حقوق، موتور قدرتمند عقلانی کردن (تجربی کردن) نظام اجتماعی، اقتصادی و سیاسی نیز محسوب می‌شود. حقوق مدرن دو ویژگی مستقل شدن و مبنای واحد در تولید قاعده حقوقی پیدا کردن را از مبتنی بودنش بر عقل تجربی دارد و با طی شدن فرایند شکل‌گیری مفاهیم فرد، حق، قرارداد اجتماعی، دولت و در نهایت قانون، این نقش خود را ایفا می‌کند.

حقوق مدرن پس از فئودالیت، حقوقی است لیبرالی؛ ولی نتوانسته است بین آزادی و برابری تعادل ایجاد کند و همین خلأ، فرایند اجتماعی شدن حقوق و عمومی سازی آن را به دنبال داشته است؛ اما همین تحول نیز ناشی از الزامات همان عقل تجربی است؛ امری که سخن گفتن به نحو کلی از بحران مدرنیته حقوقی را دشوار و ما را به پذیرش بحران حقوق مدرن لیبرالی محدود می‌کند. در عین حال نمی‌توان از ایرادی که پست مدرن‌ها به عقل تجربی وارد می‌دانند، به سادگی گذشت و در هر صورت مدرنیته حقوقی را اصل دانست. ابزاری بودن عقل تجربی و عدم تبعیت او از اهداف عالی و باید‌ها و نبایدهای متافیزیکی که ساخته خود او نباشند؛ محتوای این ایراد است. ایرادی که از منظر حقوق اسلامی نیز به مدرنیته حقوقی وارد است.

با این حال و به رغم این ایراد اساسی به حقوق مدرن، این گونه هم نیست که حقوق اسلامی و به طور خاص نظام حقوقی شیعه با همه مؤلفه‌های حقوق مدرن بیگانه یا ناسازگار باشد. آشتی حکومت و حقوق را اگر شاخصه مهم مدرنیته حقوقی بدانیم، در نظام حقوقی دینی ایران نیز عینیت یافته است. هر چند این آشتی چالش‌هایی را به همراه داشته است؛ تحولات نظام حقوقی ایران و از جمله تصویب تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ نشان می‌دهد که سیستم تلاش می‌کند هر چه بیشتر خود را با این شاخصه حقوق مدرن تطبیق دهد. بی‌تردید، این مؤلفه نه تنها هدف متافیزیکی سیستم (تربیت دینی-اخلاقی مکلف) را با اهداف واقع‌گرایانه آن (تطبیق با برخی از متغیرهای اقتصادی، اجتماعی، سیاسی) سازگار می‌کند؛ بلکه روش استنباط قواعد حقوقی و نحوه اجرای آنها (قضاوت) را نیز از شکل سنتی و اسکولاستیک دور ساخته، با قانون سازگار می‌سازد. مؤلفه دیگر حقوق مدرن، البته در شکل لیبرالی آن، فردگرا بودن آن بود. هر چند انشقاق در حقوق مدرن این مؤلفه و شاخصه حقوق مدرن را، به عنوان مؤلفه‌ای بنیادی، با تردید روبه رو

می‌سازد؛ ولی در مقایسه با نظام حقوقی دینی بایستی اذعان کرد که نظام حقوق دینی نیز در ساختار سنتی آن فردگراست. بنابراین، حقوق سنتی از همان ابتدا با حقوق مدرن لیبرالی وجه مشترکی دارد. البته تفاوت آنها در این خصوص بنیادی است. فردگرایی حقوق دینی بر خلاف نظام حقوق غربی به حوزه هدف محدود است و به حوزه مبنا تسری نمی‌یابد. با این حال، در تحول حقوق مدرن غربی، فردگرایی آن تعدیل شد. ضرورت این تعدیل در حقوق دینی نیز احساس می‌شود؛ و به دلیل محدود بودن فردگرایی به حوزه هدف مسیر آسان‌تری نسبت به حقوق غربی در پیش است.

امروزه سخن از حقوق پست مدرن به میان می‌آید و این پرسش را ایجاد می‌کند که آیا ساختار حقوقی کنونی با دوران پیشامدرن شباهت بسیار دارد، یا در حال حرکت به سمت و سوی شبیه به آن است؟ دیگر نمی‌توان از فردگرایی قرن ۱۸ و ۱۹ سخن گفت؛ ولی آیا بایستی به جست و جوی نهادهایی پرداخت که فرد را همانند دوران فئودالیت محدود کرده‌اند؟ آیا قرارداد، مانند دوران پیشامدرن در باز توزیع قدرت عمومی نقش مهمی یافته است؟ آیا نقش دولت در تولید قاعده حقوقی و در تنظیم مناسبات اجتماعی-اقتصادی و حتی سیاسی کاهش یافته است؟ آیا نهادهای خصوصی عهده دار امور عمومی شده‌اند؟ موضع نظام حقوقی ایران در این میان چیست؟

هر چند نوشتار حاضر زمینه را برای مطالعه پرسش‌های مذکور و پاسخ به آنها فراهم می‌آورد؛ تردیدی نیست که پرداختن به حقوق پست مدرن و مطالعه تحول از حقوق مدرن به حقوق پست مدرن مجال و فرصت دیگری را می‌طلبد.

منابع

الف- فارسی

- ۱- اکرم عارفی، محمد، *اندیشه سیاسی آیت‌الله خویی*، قم، انتشارات بوستان کتاب، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۲- امام خمینی (ره)، *ولایت فقیه*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ چهاردهم، سال ۱۳۸۶.
- ۳- جان کلی، *تاریخ مختصر تنوری حقوق در غرب*، ترجمه: محمد راسخ، تهران، طرح نو، چاپ اول، سال ۱۳۸۲.
- ۴- حبیب زاده، محمد جعفر، قیاسی، جلال‌الدین، *حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری*، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۱۷، پاییز ۱۳۸۰.
- ۵- حسن یور، شهرام، *مفهوم مصلحت و جایگاه آن در قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران*، تهران، مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، شماره ۸، زمستان ۱۳۷۷.
- ۶- راسخ، دکتر محمد، «*مدرنیته و حقوق دینی*» قم- نامه مفید، مسلسل ۶۴، ج ۳، ش ۲، ۱۳۸۶.
- ۷- سروش، دکتر عبدالکریم، «*فقه در ترازو*»، تهران، مجله کیان، ش ۴۶، سال ۱۳۷۹.
- ۸- سروش، دکتر عبدالکریم، *قبض و بسط، تئوریک شریعت*، تهران، مؤسسه فرهنگی صراط، چاپ دوم، بهار ۱۳۷۱.
- ۹- سروش، دکتر عبدالکریم، *نقدی و درآمدی بر تضاد دیالکتیکی*، تهران، انتشارات حکمت، چاپ اول، خرداد ۱۳۵۷.

- ۱۰- صدر، سید محمد باقر، *همراه با تحول اجتهاد*، ترجمه اکبر ثبوت، تهران، انتشارات روزبه با همکاری کتابخانه بزرگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۵۹.
- ۱۱- ضیمران، محمد و عبادی، شیرین، *سنت و تجدد در حقوق ایران*، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- ۱۲- عراقی، سید عزت...، *حقوق کار، جلد اول*، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول (تجدید نظر شده)، ۱۳۸۱.
- ۱۳- عزتی، ابوالفضل، «بررسی تطبیقی نقش عقل در نظام حقوقی غرب و اسلام»، قم - نامه مفید، شماره ۶، تابستان ۱۳۷۵.
- ۱۴- علیزاده، عبدالرضا، *مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، جستاری در نظریه‌های جامعه‌شناسی حقوق و بنیادهای حقوق ایران*، قم، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۷.
- ۱۵- فرانسیس نویمان، *آزادی و قدرت و قانون*، ترجمه عزت... فولادوند، تهران، شرکت سهامی انتشارات خوارزمی، چاپ اول، ۱۳۷۳.
- ۱۶- قنبری، اکبر، «تعارض سنت و تجدد در دنیای معاصر»، در: یوسفی فر، دکتر شهرام، *خرد جاویدان*، مجموعه مقالات همایش نقد تجدد از دیدگاه سنت‌گرایان معاصر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- ۱۷- کوشا، جعفر، هاشمی سید حسین، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها»، قم - نامه مفید، شماره ۲۶، تابستان ۱۳۸۰.
- ۱۸- مؤمن، آیت...، *ثابت و متغیر در دین*، قم، مجله حوزه و دانشگاه، شماره ۵، زمستان سال ۱۳۷۴.
- ۱۹- مارتین بی گلدینگ، «مفهوم حق (۱)»، در *آملی تاریخی*؛ رک: راسخ، دکتر محمد، *حق و مصلحت*، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران، طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- ۲۰- ملکیان، مصطفی، *معنویت: گوهر ادیان (۱)*، در: *سنت و سکولاریسم، گفتارهایی از: عبدالکریم سروش و ...*، تهران، مؤسسه ی فرهنگی صراط، چاپ سوم، آبان ۱۳۸۴.
- ۲۱- ملکیان، مصطفی، *سلسله سخنرانیهای استاد مصطفی ملکیان تحت عنوان بررسی سنتگرایی، تجددگرایی و بیست‌تجددگرایی*، به همت انجمن اسلامی دانشجویان دانشگاه شریف طی سال‌های ۸۱-۷۸ جلسه اول، ۱۳۷۸/۱۰/۲۱ و جلسه دوم ۱۳۷۸/۱۲/۳.

ب- منابع لاتین

منابع فرانسوی

- 22- Bourgeois. Léon. *Solidarité*. Paris. Presses universitaires du Septentrion. 2e édition. 1998.
- 23- Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, Puf, 2e édition, 1994.
- 24- Charmont (J.) «*La socialisation du droit (leçon d'introduction d'un cours de droit civil)*». in. *Revue de Métaphysique et de Morale*. Paris. 11e année. 1903.
- 25- Chevallier, Jacques. «*Vers un droit postmoderne*». In. *Les transformations de la régulation juridique. Droit et Société, Recherches et Travaux*, N° 5. Paris. L.G.D.J. 1998.
- 26- Chevallier. Jacques. *Le service public*. Paris. PUF. Que sais-je ? 5e édition. 2003.
- 27- Del Vecchio (G).. *Leçons de philosophie du droit*. Trad. Fr par J. Alexis D'Aynac. Paris. 1e édition, 1936.
- 28- Duguit, Léon, *Traité de droit constitutionnel*. T. I. la règle de droit et le problème de l'Etat. Paris. Ancienne librairie Fontemoing. 3e édition en cinq volumes. 1927.
- 29- Duguit, Léon. *Leçons de droit public général*. Paris. La Mémoire Du Duguit. 2000.

- 30- Duguit. Léon, *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris. Édition de la Mémoire Du Duguit. 1999.
- 31- Duguit. Léon. *Les transformations du droit public*. Paris. Édition la Mémoire Du Duguit. 1999.
- 32- Durkheim, Emile, *De la division du travail social*. Paris. PUF, 7e édition, avec préface de Paugam, Serge. 2007.
- 33- Durkheim. Emile. *La science sociale et l'action*. Paris. PUF. 2e édition. 1987.
- 34- Dworkin. Ronald. *Prendre les droits au sérieux*. Paris. PUF. 1e édition. 1995.
- 35- Eisenmann. Charles. «*Droit public, droit privé, (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au Xxe siècle)*». In. *Revue du droit public*. 1952. T. LXVIII.
- 36- Frydman, Beboït «*Le droit, de la modernité à la postmodernité*». In. *Réseaux*. 2000. N° 88-90. Cf.
- 37- Frydman. Benoit et Guy Haarscher, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2e édition, 2002.
- 38- Frydman. Benoit. *Les transformations du droit moderne*, Rapport réalisé à la demande de la Fondation Roi Baudouin dans le cadre de la réflexion prospective «Citoyen, Droit, Société». Centre de diffusion de la Fondation Roi Baudouin. 1998 Cf.
- 39- Gény. François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. I. Paris, L. G. D. J. 2e édition, 1919.
- 40- Habermas. Jürgen. *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Traduit en français par Marc B. de Launay. Paris. Éditions Payot. 6e édition. 2003.
- 41- Hauriou. Maurice. «*Le régime de l'Etat*». In. *La Revue Socialiste*. T. XXXIX. N° 233. Mai 1904.
- 42- Hauriou. Maurice. *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris. Centre de philosophie politique et juridique. Université de Caen. 2e édition. 1986.
- 43- Hayek. Friedrich Von. *Droit, législation et liberté*. Traduit en français par Raoul Audouin. T. I. Règles et ordre. PUF. 2e édition. 1985.
- 44- Kelsen. Hans. *Théorie pure du droit*. Traduit par Charles Eisenmann. Paris. Bruylant. L.G.D.J. 1e édition. 1999.
- 45- Lawrence M. Friedman, «*La sociologie du droit est-elle vraiment une science?*», In. *Revue de Droit et société*. N 2. 1986.
- 46- Le Fur. Louis. «*Droit individuel et droit social, coordination, subordination ou intégration*». In. *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*. Paris. Recueil Sirey, n° 3-4. 1931.
- 47- Lévy. Emmanuel. *La vision socialiste du droit*. Paris. Édition M. Giard, 1e édition. 1926.
- 48- Maisani (Pauline) et Wiener (Florence). «*Réflexions autour de la conception post-moderne du droit*». In. *Revue de Droit et Société*. No. 27. 1994.
- 49- Parizeau (Marie-Hélène) et alii. *Pluralisme, Modernité et monde arabe. Politique, droits de l'homme et bioéthique*. Laval. Les presses de l'Université Laval. 1e édition, 2001.
- 50- Pasukanis (E-B.), *La théorie générale du droit et le marxisme*, Traduit en français par J-M. Brohm. Paris, EDI, 2e édition, 1976.
- 51- Rawls. John. «*La théorie de la justice comme équité: une théorie politique et non pas métaphysique*». In. *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*. Paris. Édition du Seuil. 1e édition. 1988.
- 52- Raynaud, Fabien, «*Monisme(s) ou dualisme(s)*». in. ERPL/ REDP. Vol. 12. N° 2. Été 2000.
- 53- Ripert, Georges. *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*. Paris. L.G.D.J. 1998.
- 54- Rosanvallon. Pierre. *La crise de l'Etat-providence*. Paris. Edition du Seuil. 3e édition. 1992.

- 55- Roubier. Paul. *Théorie générale du droit, histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. Paris. Dalloz. 2e édition. Avec préface de David Deroussin. 2005.
- 56- Roulard, Norbert, *L'anthropologie juridique*, Paris, Puf, Collection Que sais-je ? 2e édition, 1995.
- 57- Rousseau, Jean- Jacques, *Du contrat social*, Livre premier. Ch. 6.
58- Roy. Olivier. *La laïcité face à l'islam*, Paris, Hachette, 1e édition, 2006.
- 59- Taylor. Charles. *Le malaise de la modernité*, Paris, édition Le Cerf, 2e édition, 2002.
- 60- Testu. François-Xavier. «Individu». In. *Dictionnaire de la culture juridique*. Sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials. Paris. PUF. 1e édition. 2003.
- 61- Villey. Michel. *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*. Les moyens du droit. Dalloz. 1e édition pour les tomes I et II (ensemble). 2001.
- 62- Waline. Marcel. *L'individualisme et le droit*. Avec la préface de Ferdinand Mélin-Soucramanien. Paris. Dalloz. 2e édition. 2007.
- 63- Weber. Max. *Sociologie du droit*. Introduction et traduction par Jacques Grosclaude. Paris. PUF. 2e édition. 2007.
- 64- http://www.philodroit.be/IMG/pdf/modernite_postmodernite.pdf
- 65- http://www.philodroit.be/spip.php?page=auteur_publ&id_auteur=12&lang=fr
- 66- http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.pdf

منابع انگلیسی

- 67- Bix, Brian. H. «*Legal positivism*». In. *The Blackwell Guide to the philosophy of Law and Legal Theory*, 2005.
- 68- Cotterell, Roger, *The Sociology of Law*, London, Butterworths, second edition, 1992.
- 69- Delacroix, Sylvie, *Legal Norms and Normativity, An Essay in Genealogy*, Oregon (USA), Hart Press, 2006.
- 70- Leiter, Brian, «*American Legal Realism*». In. *The Blackwell Guide to the philosophy of Law and Legal Theory*, 2005.
- 71- Murphy, Mark. C. «*Natural law Theory*». In. *The Blackwell Guide to the philosophy of Law and Legal Theory*, edited by Martin P. Golding and William A. Edmondson; Malden (USA), Blackwell press, 2005.
- 72- Posner, Richard A. *The Problematics of Moral and Legal Theory*, London, Harvard University Press, 2002.
- 73- Ross, Hamish, *Law as a Social Institution*, Oregon (USA), Hart press, 2001.
- 74- Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic law*, Oxford University press, 1964 (Saberiyun press, 2005).
- 75- Sellers, M. N. S. *Republican Legal Theory, the History, Constitution and Purposes of Law in a free State*, New York, Palgrave Macmillan, 2003.
- 76- Van Hoecke, Mark, *Law as Communication*, Oregon (USA), Hart press, 2002 .
- 77- Ward, Ian, *An introduction to critical legal theory*, London, Cavendish Publishing Limited, 1998.