

کثرت گرایی حقوقی؛ تأملی در چیستی مبنای التزام آوری قاعده حقوقی و متغیرهای تحوّل نظام حقوقی

مهدی شهابی*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۸/۵)

چکیده

کثرت گرایی حقوقی می‌تواند محدود به تحلیل و برداشتی شکلی یا فنی شده، به معنای حکومت مکانیسم‌های حقوقی متفاوت بر موقعیت‌های حقوقی یکسان باشد؛ باین حال، این معنا از کثرت گرایی حقوقی، مانع شناخت همه واقعات‌های نظام حقوقی و چگونگی تحولات نظام حقوقی است. کثرت گرایی حقوقی را باید نه در سطح مکانیسم‌های حقوقی، بلکه در سطح مبانی و منشأهای التزام آوری قاعده حقوقی جستجو کرد.

این معنا از کثرت گرایی، می‌تواند به صورت سلسله‌مراتبی یا استقلالی باشد؛ منظور از کثرت گرایی سلسله‌مراتبی، قائل بودن به چند مبنایی است که در طول هم قرار دارند و مبنای پائین‌تر، اعتبار خود را از مبنای بالاتر اخذ می‌کند. منظور از کثرت گرایی استقلالی، قائل بودن به چند مبنایی است که در عرض یکدیگر قرار داشته و هیچ مبنایی اعتبار خود را از مبنای دیگر اخذ نمی‌کند و از یکدیگر استقلال دارند. در هر حال، کثرت گرایی حقوقی، چه از نوع سلسله‌مراتبی و چه از نوع استقلالی، تنوع ماهوی قواعد حقوقی را موجب شده، تحولات نظام حقوقی و از همه مهم‌تر تحوّل از حقوق سنتی به حقوق مدرن و از حقوق مدرن به حقوق پُست‌مدرن را توجیه می‌کند.

واژگان کلیدی: کثرت گرایی حقوقی، کثرت گرایی استقلالی، کثرت گرایی سلسله‌مراتبی، وحدت گرایی حقوقی، مبنای قاعده حقوقی

۱- مقدمه

منظور از «کثرت‌گرایی حقوقی»^۱ در این نوشتار که در غرب می‌توان آن را بسترساز حرکت حقوق دینی به حقوق مدرن^۲ و حقوق مدرن به حقوق پُست‌مدرن دانست، پذیرش حقانیت دو یا چند دین یا دو یا چند نظام حقوقی دینی نیست؛ امری که به گفته جان هیک، بایستی آن را انقلاب کپرنیکی در الهیات دانست (هیک، ۱۳۷۳: ۲۴۳). پذیرش امکان همزیستی مسالمت‌آمیز پیروان سایر ادیان در درون یک جامعه دینی و پذیرش اجرای احکام خاص آن‌ها بر آن‌ها، در درون آن جامعه هم موردنظر نیست. از این منظر، اسلام از ابتدا و مسیحیت از دوره‌های میانی خود به بعد، ادیانی کثرت‌گرا یا نظام‌های حقوقی دینی کثرت‌گرا به شمار می‌آیند. می‌توان اذعان داشت که این نوع کثرت‌گرایی، امروزه، متأثر از فرایند جهانی‌شدن، با اقبال زیادی روبه‌رو است.

نگارنده، از کثرت‌گرایی حقوقی، وجود مکتب‌های فکری مختلف، درون یک نظام بزرگ حقوقی را هم مدنظر ندارد. از این جنبه، نظام حقوقی اسلام و مسیحیت، مظهر پلورالیسم‌اند؛ چراکه اسلام در درون خود با دو جریان بزرگ کلامی یعنی اشعری و معتزلی و چند مکتب کلامی-حقوقی متأثر از این دو جریان از جمله حنبلی، حنفی و شیعه اثنی عشری مواجه است و مسیحیت نیز به دو نظام درونی کاتولیک و پروتستان تقسیم می‌شود.

واقعیت این است که درباره معنای کثرت‌گرایی حقوقی یا پلورالیسم حقوقی، اتفاق نظر وجود ندارد (Wahl, 2005: 140-141) و البته ابهام در معنا، به نظر می‌رسد، ویژگی ذاتی همه «ایسم»‌ها باشد. (گرگور، ۱۳۸۵: ۱۵) باین‌وجود، به نظر می‌رسد کثرت‌گرایی حقوقی را می‌توان در دو سطح سیستم‌ها و مکانیسم‌های حقوقی از یک طرف و مبنا و منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی از طرف دیگر مطالعه کرد و بر همین اساس، به دو نوع کثرت‌گرایی حقوقی شکلی و کثرت‌گرایی ماهوی یا مبنایی تقسیم کرد؛ باین‌حال، جای طرح این پرسش وجود دارد که چه نسبت یا رابطه‌ای بین این دو نوع کثرت‌گرایی حقوقی وجود دارد؟ آیا می‌توان کثرت‌گرایی شکلی را تابعی از کثرت‌گرایی ماهوی دانست؟ وجود رابطه تبعیتی به این معنا است که اصالت با کثرت‌گرایی ماهوی است و کثرت‌گرایی شکلی، منعکس‌کننده تمام واقعیت‌های نظام حقوقی نیست.

اما آیا تأثیر کثرت‌گرایی ماهوی را تنها بایستی محدود به ایجاد زمینه برای کثرت‌گرایی شکلی کرد؟ به نظر می‌رسد ورود کثرت‌گرایی در نظام حقوقی، انعطاف‌پذیری نظام حقوقی و تفکیک ماهوی قواعد حقوقی را امکان‌پذیر می‌سازد؛ باین‌وجود، به نظر می‌رسد منشأ تحول

1. Legal Pluralism
2. Modern Law

بنیادین نظام حقوقی را بایستی در همین کثرت‌گرایی و ورود آن به نظام حقوقی جستجو کرد. اما، منظور از تحول بنیادی نظام حقوقی چیست؟ آیا می‌توان عبور از ساختار دینی به ساختار مدرن و نیز عبور از ساختار مدرن به ساختار پُست‌مدرن را در تحول مبنای اعتبار و التزام‌آوری قاعده از وحدت‌گرایی به کثرت‌گرایی ماهوی جستجو کرد؟ شایان ذکر است که کثرت‌گرایی ماهوی را می‌توان از دو منظر چیستی میناها و منشأهای ایجاد و اعتبار قاعده حقوقی و همچنین از منظر نوع ارتباط بین میناها مطالعه و تحلیل کرد. آیا انواع کثرت‌گرایی ماهوی، از منظر تحول بنیادین نظام حقوقی، نقش یکسانی دارند؟

برای پاسخ به پرسش‌های فوق، در ابتدا به تحلیل کثرت‌گرایی شکلی پرداخته و پس از آن، کثرت‌گرایی ماهوی را که زمینه‌ساز کثرت‌گرایی شکلی است، مطالعه می‌کنیم. سپس، به تحلیل معنای کثرت‌گرایی ماهوی و تقابل مفهومی آن با وحدت‌گرایی ماهوی پرداخته، انواع کثرت‌گرایی ماهوی را تبیین می‌کنیم؛ چراکه تحلیل آثار ورود کثرت‌گرایی ماهوی به نظام حقوقی بدون تحلیل این انواع کثرت‌گرایی ماهوی امکان‌پذیر نیست. آثاری که در بخش پایانی مقاله بررسی شده است.

۲- کثرت‌گرایی حقوقی شکلی یا فنی

منظور از کثرت‌گرایی شکلی یا فنی، تحلیل کثرت‌گرایی در دو سطح «سیستم حقوقی» و «مکانیسم‌های حقوقی» است. «ای مری»، مردم‌شناس آمریکایی، با تقسیم کثرت‌گرایی به کلاسیک و جدید، کثرت‌گرایی کلاسیک را محدود به سطح سیستم حقوقی می‌کند؛ از منظر او، کثرت‌گرایی کلاسیک به معنای تعدد سیستم‌های حقوقی (دولتی و عرفی) در جوامع تحت استعمار دول اروپایی است. تردیدی نیست که امروزه، این نوع از کثرت‌گرایی، از آنجا که بیشتر جنبه تاریخی دارد، کمتر مورد توجه است. «ای مری»، معنای کثرت‌گرایی جدید را که از دهه ۷۰ قرن بیستم بیشتر مورد توجه قرار گرفته است، در تفاوت نظم هنجاری حاکم بر گروه‌های مختلف اجتماعی به‌ویژه بین گروه‌های حاکم و اقلیت‌های خارجی، اقلیت‌های فرهنگی و مذهبی جستجو می‌کند. (E. Merry, 1998: 872- 875). بدین سان و اگر قائل به تقسیم‌بندی مری باشیم، بایست نتیجه گرفت که با عبور از کثرت‌گرایی کلاسیک به کثرت‌گرایی جدید، کثرت‌گرایی از سطح سیستم حقوقی به سطح درون سیستمی تحول پیدا کرده است. باین حال، مری حقوق گروه‌های مختلف اجتماعی را به‌مثابه سیستم می‌بیند و هنگامی که با گروه‌ها (سیستم‌ها) متعدد مواجه می‌شود، قائل به کثرت‌گرایی حقوقی می‌شود.

واندرلندن، استاد بلژیکی، بر خلاف «ای مری»، علاقه‌ای به مطالعه کثرت‌گرایی در سطح

سیستم حقوقی ندارد و بر این است که محدود کردن کثرت‌گرایی به سیستم حقوقی، مانع تحلیل همه واقعات‌های کثرت‌گرایی حقوقی و برای مثال کثرت‌گرایی در سطح رویه قضایی است. (Vanderlinden, 1972: 19) به همین دلیل و با تأکید بر تحلیلی درون سیستمی صرف از کثرت‌گرایی حقوقی، واندرلندن، کثرت‌گرایی حقوقی را به معنای وجود «مکانیسم‌های حقوقی»^۱ متفاوت می‌داند که بر «موقعیت‌های حقوقی»^۲ یکسانی حاکم‌اند؛ (Vanderlinden, 1972: 20) از این منظر، وحدت‌گرایی حقوقی^۳ معنایی جز حکومت مکانیسم‌های حقوقی یکسان بر موقعیت‌های حقوقی یکسان ندارد. برای تبیین همه واقعات‌های کثرت‌گرایی، مکانیسم حقوقی معنای گسترده‌ای می‌یابد و می‌تواند شامل قاعده حقوقی، نهاد حقوقی یا تفسیرهای مختلفی که از یک قاعده حقوقی در سطح رویه قضایی صورت می‌گیرد، باشد و نایستی آن را محدود به قواعد حقوقی ماهوی یا فنی کرد. منظور از موقعیت حقوقی نیز، هر نوع رابطه حقوقی مالی، غیرمالی، مدنی و کیفری بین افراد جامعه با یکدیگر یا بین دولت و افراد است.

ژان گرایفیتس، استاد آمریکایی، در مقاله خود با عنوان «کثرت‌گرایی حقوقی چیست؟»، رویکرد واندرلندن به کثرت‌گرایی حقوقی را قابل نقد دانسته و اعلام می‌کند تحلیل واندرلندن در چارچوب همان ایدئولوژی پوزیتیویسم دولتی که نماد وحدت‌گرایی است، صورت گرفته است. (Griffiths, 1986: 13) به عبارت دیگر، واندرلندن حقوق را به حقوق دولتی یا سیستم حقوقی دولتی فروکاسته، سعی می‌کند در چارچوب همین مدل، موضوع کثرت‌گرایی حقوقی را دنبال کند و سر نخ اصلی تحلیل را نیز همان تعدد مکانیسم‌های حقوقی برای موقعیت یکسان حقوقی می‌یابد. شاهد گرایفیتس برای این استنباط، مثال‌های واندرلندن برای تبیین کثرت‌گرایی حقوقی است. گرایفیتس در مقام تحلیل مثال‌ها بر نمی‌آید؛ با این حال، به نظر می‌رسد اینکه واندرلندن تحقق کثرت‌گرایی در نظام حقوقی کشورهای تحت استعمار اروپایی را منوط به اجازه حقوق دولتی اروپایی می‌داند، (Vanderlinden, 1972: 21) به نوعی به همان اندیشه دولت‌گرایی حقوقی او برمی‌گردد. از نظر واندرلندن، اینکه حقوق عرفی کشور استعمار زده، می‌تواند در کنار حقوق دولتی مدرن مقتبس از حقوق اروپایی رسمیت داشته باشد، با مجوز همان حقوق دولتی است. در کنار مثال ذکر شده، اماره‌های دیگری که مؤید چارچوب دولت‌گرایی واندرلندن باشد نیز وجود دارد؛ واندرلندن با طرح فرضیه اجتماع بدون حقوق (حقوق دولتی)، اعلام می‌کند که در چنین جامعه‌ای امکان بازشناسی کثرت‌گرایی حقوقی

1. Legal Mechanisms
2. Legal Situation
3. Legal Monism

وجود نخواهد داشت (Vanderlinden, 1972:20)؛ علاوه بر این، وی تأکید می‌کند که نبایستی کثرت‌گرایی اجتماعی را، هم‌معنا با کثرت‌گرایی حقوقی دانست. (Vanderlinden, 1972: 21)

از نظر گرایفیتس، اینکه حقوق به معنای درست کلمه، تنها همان حقوق دولتی است، متأثر از ایدئولوژی پوزیتیویسم حقوقی است که نشانی از واقعیت‌های تجربی و اجتماعی در خود ندارد (Griffiths, 1986: 38) و بایستی پذیرفت که برای مدت مدیدی، این ایدئولوژی، مانع رویکرد واقع‌گرایانه تحلیلی به حقوق بوده است (Griffiths, 1986: 3) و اتفاقاً همین ایدئولوژی، اساس وحدت‌گرایی حقوقی بوده و به همین دلیل نبایستی آن را سر نخ تحلیل کثرت‌گرایی حقوقی قرار داد. از نظر گرایفیتس:

کثرت‌گرایی حقوقی یک واقعیت است. تمرکزگرایی دولتی یک افسانه، یک ایدئال، یک ادعا و موهوم و خیالی است. (Griffiths, 1986: 4)^۱

واقعیت این است که منشأ تفاوت دیدگاه واندرلندن و گرایفیتس در دو نکته است: نکته اول نگاه پوزیتیویستی و از نوع دولتی واندرلندن و نگاه تجربی و اجتماعی گرایفیتس است. بر همین اساس است که گرایفیتس اعلام می‌کند که کثرت‌گرایی اجتماعی و حقوقی در انطباق کامل با یکدیگر قرار دارند. (Griffiths, 1986: 38) نکته دوم که گرایفیتس هم به نوعی بدان اشاره می‌کند، تحلیل متفاوت این دو از حقوق است. گرایفیتس حقوق را مجموعه‌ای از قواعدی می‌داند که نظارت و تنظیم روابط اجتماعی را در میان اعضای یک گروه اجتماعی تأمین می‌کند و منشأ این قواعد را نیز نه در بیرون که در درون گروه جستجو می‌کند و به همین دلیل ترجیح می‌دهد این نظارت را «خود نظارتی»^۲ بداند. (Griffiths, 1986: 38) گرایفیتس به صراحت اعلام می‌کند که اینکه بگوییم حقوق مجموعه قواعد دولتی است که از بالا تنظیم روابط اجتماعی را بر عهده دارد، چیزی جز یک ایدئولوژی نیست که با واقعیت‌ها همخوانی ندارد. ایدئولوژی‌ای که بر اساس آن، دولت منشأ اعتبار هنجارهای رفتاری است. بر همین اساس، وی تفاوتی بین هنجارسازی اجتماعی و حقوقی قائل نمی‌شود. (Griffiths, 1986: 38)

از نظر نگارنده، نقد گرایفیتس به واندرلندن، در واقع، نقد او به کثرت‌گرایی شکلی بوده، حکایت از تمایل او به کثرت‌گرایی ماهوی یا مبنایی دارد؛ نوعی از کثرت‌گرایی که صاحب این قلم نیز بدان متمایل است و تحلیلی مشخص از آن دارد که بدان خواهیم پرداخت.

باین وجود و در چارچوب همان کثرت‌گرایی شکلی، بایستی از یک طرف پذیرفت که

1. Legal Pluralism is the fact. Legal Centralism is a Myth, an Ideal, a Claim, an Illusion.
2. Self-Regulation

تعدد مکانیسم‌ها، اغلب، نتیجه تعدد سیستم‌های حقوقی^۱ در یک سرزمین حقوقی است؛ نکته‌ای که جا داشت و اندرلندن بدان می‌پرداخت و بر آن تأکید می‌کرد. از این جنبه، وجود دو سیستم حقوقی کلیسایی و فئودالیه در دوره قرون وسطی اروپا و دو سیستم دولتی و عرفی در کشورهای تحت استعمار، موجب کثرت‌گرایی در سطح مکانیسم حقوقی‌اند؛ در ایران قبل از مشروطیت نیز نمی‌توان انکار کرد که نظام ارباب رعیتی و سلطانی از یک طرف و نظام فقهی از طرف دیگر، دو سیستم حقوقی متفاوت بوده که بر اساس «اصل تفکیک صلاحیت‌های شرعی و عرفی» (امین، ۱۳۹۱: ۳۸۸)، مکانیسم‌های حقوقی متفاوتی را برای موقعیت‌های حقوقی یکسان نتیجه داده‌اند.

از طرف دیگر و همسو با واندرلندن، نایستی از این واقعیت غافل شد که تعدد مکانیسم‌های حقوقی، همیشه نتیجه تعدد سیستم‌های حقوقی نیست. یک سیستم حقوقی هم می‌تواند در درون خود، تعدد مکانیسم‌ها و اجرای آن در موقعیت‌های یکسان را پذیرفته باشد. از این منظر، ماده ۷ قانون مدنی ایران و به‌ویژه قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب سال ۱۳۱۲، شایان توجه است.

وانگهی، با پذیرش معنای موسع مکانیسم حقوقی و تسری آن به تفسیرهایی که از قاعده حقوقی توسط قضات می‌شود، کثرت‌گرایی معنای گسترده‌ای پیدا می‌کند و بر اساس آن بایستی گفت همه نظام‌های حقوقی با نوعی کثرت‌گرایی روبرو بوده، نمی‌توان نظام حقوقی‌ای را یافت که وحدت‌گرا باشد؛ مگر آن نظام حقوقی که تفسیر قانون توسط قضات را ممنوع یا به شدت محدود کرده باشد.

کثرت‌گرایی به معنای تعدد مکانیسم‌ها، بی‌تردید بدون منشأ نیست. از نظر ژک واندرلندن، منشأ پلورالیسم حقوقی بدین معنی را، بایستی در نقص کارکردی و ذاتی وحدت‌گرایی حقوقی جستجو کرد. (Vanderlinden, 1972: 22) وحدت‌گرایی حقوقی، یعنی همان حکومت مکانیسم‌های یکسان بر موقعیت‌های حقوقی یکسان، از آن جهت که یک تصویر از عدالت داشته، گروه‌های مختلف اجتماعی را برابر می‌بیند، نقص ذاتی دارد. ولی پلورالیسم حقوقی، نسبی بودن مفهوم و محتوای عدالت و برابر نبودن گروه‌ها و نهادهای مختلف اجتماعی را می‌فهمد؛ پس دارای نقص ذاتی نیست.

بدین ترتیب، علت وجودی اول کثرت‌گرایی حقوقی را بایستی در نابرابری، ناهمگونی یا یکسان نبودن وضعیت اجتماعی گروه‌های مختلف اجتماعی (کلیسا و فئودال، رعیت و فئودال، اقلیت مذهبی و اکثریت مذهبی، خارجی و متبوع، صغیر و بالغ) در درون یک ساختار اجتماعی

دانست؛ عدم برابری گروه‌های اجتماعی می‌تواند منشأ اقتصادی، اجتماعی، مذهبی و یا سیاسی داشته باشد. (Vanderlinden, 1972: 23-24) علت دوم را باید در نسبی بودن مفهوم عدالت جستجو کرد و اینکه عدالت مفهومی جهانی نیست و به شدت متأثر از اخلاق اجتماعی حاکم بر جامعه و حتی حاکم بر گروه‌های مختلف اجتماعی است. (Vanderlinden, 1972: 24-25) بی‌تردید، هدف هر نظام حقوقی برقراری عدالت است. احساس متفاوت گروه‌های مختلف اجتماعی از عدالت، مکانیسم‌های متفاوت حقوقی و اجرای آن‌ها در موقعیت‌های یکسان را موجب می‌شود. نظام حقوقی انگلستان نمونه روشنی از تأثیرپذیری مفهوم عدالت از اخلاق اجتماعی و تأثیرگذاری این عدالت در ایجاد مکانیسم‌های مختلف حقوقی است. شکل‌گیری مفهوم «انصاف» در کنار سیستم «کامن‌لا» (Vanderlinden, 1972: 25-26) و به این ترتیب حرکت نظام حقوقی آنگلو‌ساکسون به سمت کثرت‌گرایی، علت دیگری جز کثرت‌گرایی در مفهوم عدالت ندارد.

ولی از نظر واندرلندن، وحدت‌گرایی حقوقی نقص کارکردی نیز دارد (Vanderlinden, 1972: 31-32)؛ چراکه از یک طرف اختصاصی بودن نهادهای حقوقی (ورشکستگی و اعسار) و استقلال نهادها (مصونیت قضایی نمایندگان مجلس، قضات و دیپلمات‌ها) را در نظر نگرفته، با تأکید بر منع تفسیر قاضی و یا محدود کردن وی به تفسیر لفظی، مانع تمرکززدایی قضایی و اداری می‌شود. از طرف دیگر، از نظر واندرلندن، وحدت‌گرایی، ضرورت‌های اقتصادی و از جمله ضرورت سرمایه‌گذاری خارجی و مکانیسم‌های حقوقی متناسب با آن را نادیده می‌گیرد و در نهایت وحدت‌گرایی حقوقی با برداشتی یکسان از عدالت، یا همزیستی گروه‌های مختلف اجتماعی را به چالش می‌کشد و یا نوعی برابری بین گروه‌های اجتماعی را ایجاد و بدین ترتیب برتری احتمالی یک گروه یا نهاد را بر سایر گروه‌های اجتماعی از بین می‌برد. چراکه گاه برحسب مقتضیات زمان و مکان، یک گروه با تأکید بر حقوق خاص خود، به جستجوی زمینه برتری بر سایر گروه‌هاست. (Vanderlinden, 1972: 29, 33-36) در قرون وسطی، کثرت‌گرایی حقوقی، زمینه تقدّم و حاکمیت کلیسا بر دیگر گروه‌های اجتماعی و حتی بر حقوق دنیوی که فئودال یا شاه نمایندگی آن را داشت، پدید آورد و در قرن نوزدهم نیز همین کثرت‌گرایی، زمینه تقدّم و حاکمیت حقوق بورژوازی را بر دیگر طبقات اجتماعی موجب شد. می‌دانیم که در قرن نوزدهم همه شهروند محسوب نشده و نمی‌توانستند در شکل‌گیری یا اجرای نظام حقوقی-سیاسی مشارکت داشته باشند.

به نظر می‌رسد اگر بتوان نقص ذاتی وحدت‌گرایی حقوقی را پذیرفت و شاید به همین دلیل نیز، با فراز و نشیب‌های فراوانی روبرو بوده و همیشه از منظر کثرت‌گرایی حقوقی مورد هجوم و

انتقاد قرار گرفته است، با این حال، در پذیرش همه جانبه نقص کارکردی آن، از نظر نگارنده، تردید وجود دارد. از یک طرف، به نظر می‌رسد اختصاصی بودن نهادها و استقلال نهادها و یا ضرورت‌های اقتصادی، موقعیت‌های حقوقی متفاوتی را ایجاد و در نتیجه مکانیسم‌های حقوقی متفاوتی را به دنبال خواهند داشت. اجرای مکانیسم‌های متفاوت بر موقعیت‌های حقوقی متفاوت، بنا بر تعریف خود و اندرلندن، مصداق کثرت‌گرایی حقوقی نبوده، انعطاف نظام حقوقی را نشان می‌دهد و بنابراین یک نظام حقوقی وحدت‌گرا نیز می‌تواند پذیرای آن باشد؛ امری که مورد اذعان و اندرلندن نیز است.^۱ از طرف دیگر، اگر برتری یک گروه بر گروه‌های اجتماعی دیگر از این جهت که اقتضای نقش اصلاح‌گرایانه حقوق می‌تواند باشد، امر مثبتی تلقی شود، به نظر می‌رسد وحدت‌گرایی حقوقی، با همان تعریفی که واندرلندن از آن ارائه می‌دهد، از کارکرد مؤثرتری برای تحکیم برتری یک گروه بر سایر گروه‌های اجتماعی برخوردار است.

از نظر نگارنده تحلیلی که واندرلندن از منشأ کثرت‌گرایی حقوقی ارائه می‌دهد، در بخشی درست است؛ اما، روشن‌کننده همه واقیعت‌های راجع به منشأ کثرت‌گرایی حقوقی و به دنبال آن وحدت‌گرایی حقوقی نیست. به نظر می‌رسد منشأ وحدت‌گرایی شکلی و فنی در حقوق، وحدت‌گرایی در مبنا و منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی است. تردیدی نیست که بدون وحدت‌گرایی و خلاصه کردن نیروی ایجاد قاعده حقوقی در اراده الهی و دولت، کلیسا و بورژوازی توان تحکیم بر سایر گروه‌های اجتماعی را نداشته‌اند. بر همین سیاق، بایستی نتیجه گرفت که منشأ کثرت‌گرایی حقوقی نیز، کثرت‌گرایی در مبنا و منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی است. واندرلندن، همان‌طور که گرایفیتس بدان اشاره دارد، در چارچوب ایدئولوژی پوزیتیویسم دولتی خود که به نظر نگارنده نماد وحدت‌گرایی در مبنا و منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی است، به تحلیل کثرت‌گرایی می‌پردازد و به همین دلیل تحلیل او در سطح مکانیسم‌ها، و یا سیستم حقوقی که البته بدان نپرداخته است، متوقف می‌شود.

۳- کثرت‌گرایی حقوقی مبنایی یا ماهوی

از نظر نگارنده، نباید همانند ژک واندرلندن، کثرت‌گرایی حقوقی را محدود به سطح مکانیسم‌های حقوقی و همانند «ای مری» محدود به سطح سیستم‌های حقوقی کرد. چنین تحلیلی بیشتر شکلی، فنی یا تکنیکی بوده و بدون توجه به مبنایی، صورت پذیرفته است. تردیدی نیست

۱. بدین ترتیب، بهتر است به جای اصطلاح کثرت‌گرایی (Legal Pluralism)، اصطلاح تنوع حقوقی (Plurality of Law) را به کار برد.

که چگونگی مکانیسم‌ها و کارکرد آن‌ها و چیستی و وحدت یا کثرت سیستم‌های حقوقی، به شدت متأثر از مبانی بوده، تابعی از آن‌ها است. منظور از مبانی، مبناها یا منشأهای التزام‌آوری قواعد حقوقی است. اینکه مکانیسم‌های حقوقی مختلفی، بر موقعیت‌های یکسانی حاکم است و اینکه چند برداشت از عدالت وجود دارد، دلیلی ندارد جز اینکه منشأ ایجاد و اعتبار قواعد حقوقی، متفاوت و متکثر است. به عبارت دیگر، وحدت‌گرایی در مبنا و منشأ التزام‌آوری قواعد حقوقی، وحدت‌گرایی در برداشت از عدالت را موجب می‌شود و می‌تواند به وحدت مکانیسم‌ها برای موقعیت‌های یکسان بیانجامد. کثرت‌گرایی در مبنا نیز، کثرت‌گرایی در برداشت از عدالت و به دنبال آن در مکانیسم‌های حقوقی را نتیجه می‌دهد.

شایان ذکر است که وحدت‌گرایی در مبنا و برای مثال پذیرش ایدئولوژی پوزیتیویسم دولتی، بیگانه با کثرت‌گرایی شکلی نیست و می‌تواند آن را نتیجه دهد، اما، بی‌تردید، کثرت‌گرایی ماهوی، کثرت‌گرایی شکلی را نتیجه خواهد داد. واقعیت آن است که تحول نظام حقوقی نیز به نوعی به کثرت‌گرایی ماهوی برمی‌گردد و بنابراین، اصالت را بایستی به کثرت‌گرایی ماهوی داد.

قبل از پرداختن به معنای کثرت‌گرایی ماهوی ذکر این نکته نیز لازم است که نباید کثرت‌گرایی در مبنای قاعده حقوقی را با کثرت‌گرایی در منبع قاعده حقوقی خلط کرد. تردیدی نیست که کثرت‌گرایی در مبنا و منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی، کثرت‌گرایی و تعدد منابع قاعده حقوقی را موجب می‌شود؛ اما پذیرش وحدت‌گرایی در مبنا، ضرورتاً به وحدت‌گرایی در منابع نمی‌انجامد و تجربه نظام حقوقی مدرن، خود گواه این واقعیت است. با پذیرش عقلانیت فطری به‌عنوان مبنا و پس از آن اراده دولت به‌عنوان مبنا در نظام حقوقی مدرن، نه عرف از زمره منابع قاعده حقوقی حذف گردید و نه قرارداد و کنوانسیون‌ها از زمره منابع حذف شدند؛ درست است که وحدت‌گرایی و کثرت‌گرایی در مبنا، نوع منابع قاعده حقوقی و نوع چینش آن‌ها را تغییر می‌دهد و برای مثال اگر مبنا واحد و اراده دولت باشد، قانون، منبع برتر قاعده حقوقی بوده و سایر منابع در صورتی نقش خواهند داشت که قانون اجازه دهد، ولی از این واقعیت نباید نتیجه گرفت که وحدت‌گرایی در مبنای قاعده حقوقی به وحدت‌گرایی در منبع می‌انجامد. این واقعیت حتی در نظام‌های حقوقی دینی و از جمله اسلام نیز نمود دارد که درحالی‌که بر وحدت‌گرایی مبتنی بر اراده الهی در مبنا تأکید می‌شود، کثرت منابع پذیرفته شده است.

الف. تحلیل معنای کثرت‌گرایی حقوقی ماهوی یا مبنایی

از دیدگاه فلسفی و از نظر ژان وال، استاد فرانسوی، اصطلاح پلورالیسم در فلسفه غرب، از

سال ۱۸۳۳ میلادی و همزمان با طرح پراگماتیسم فلسفی ظهور پیدا کرده است. (Wahl, 2005: 140) با این حال، ژان وال اذعان دارد که حداقل سه برداشت از پلورالیسم وجود دارد و بدین ترتیب به نظر می‌رسد در برداشت از کثرت‌گرایی نیز با نوعی کثرت‌گرایی مواجهیم: الف. پلورالیسم یعنی برداشتی دموکراتیک از دولت؛ ب. پلورالیسم یعنی واقع‌گرایی و ج. پلورالیسم یعنی فردگرایی. دومینیک تیره استاد فرانسوی، برداشت چهارمی را نیز اضافه می‌کند؛ از نظر وی، پلورالیسم مترادف دینامیک است و در تقابل با پوزیتیویسم دولتی ایستا و انعطاف‌ناپذیر، قرار می‌گیرد. (Terré, 2006: 71) از این منظر، تئوری واقعیت‌هنجاری ژرژ گورویچ (Gurvitch, 1972: 119) و وجدان اجتماعی لئون دوگی فرانسوی (Duguit, 1927/1: 112) مصداق بارز اندیشه حقوقی پلورالیستی است و اندیشه حقوقی هگل آلمانی (Cf. Bobbio, 1979: 62-63) و کاره دو مالبرگ فرانسوی (Carré de Malberg, 2003/1: 68) و تئوری یگانگی دولت و حقوق کلسن (Kelsen, 1999: 280-281)، وحدت‌گرا محسوب می‌شوند.

دومینیک تیره و لئون آنگبر، استادان فرانسوی، بر این نظر قائل‌اند که برای تثبیت اندیشه پلورالیسم و به‌ویژه بروز آثار آن در حقوق، بایستی تا ابتدای قرن بیستم و ظهور تئوری‌های جامعه‌شناسی حقوق منتظر ماند (Ingber, 1972: 58-65 ; Terré, 2006: 69-70)؛ تئوری‌هایی که ذاتاً در چارچوب اندیشه‌های پراگماتیستی از حقوق قابل تحلیل‌اند؛ چراکه واقع‌گرایی و کارکردگرایی از مؤلفه‌های ذاتی آنهاست. بدین ترتیب، به نظر می‌رسد از دیدگاه تیره و آنگبر، پراگماتیسم حقوقی و پلورالیسم حقوقی با هم دیگر قرابت دارند؛ هر دو مبتنی بر تجربه‌گرایی‌اند؛ ساختار پوزیتیویستی ثابت و به‌ویژه از نوع دولتی را به‌عنوان پیش‌فرض رد می‌کنند و با یکه‌تازی دولت در حقوق مخالف‌اند؛ هر دو مبتنی بر اندیشه دموکراسی و مردمی‌اند؛ در عین حال، فردگرایی نیز از ساختار اندیشه آنها حذف نمی‌شود و دلیل آن، همان رد آموزه‌های وحدت‌گرایی دولتی است. (Terré, 2006: 70 ; Ingber, 1972: 65)

بدین ترتیب، وقتی سخن از کثرت‌گرایی حقوقی به میان می‌آوریم، هر چهار معنای پیش‌گفته به نوعی مدنظر است و با یکدیگر در ارتباط تنگاتنگ قرار دارند و هر کدام بخشی از واقعیت کثرت‌گرایی حقوقی را منعکس می‌کنند. به عبارت دیگر، به نظر می‌رسد نوعی همسویی بین برداشت‌های مختلف از پلورالیسم وجود دارد و با تحلیلی که ژان وال، دومینیک تیره و آنگبر و حتی گرایفیتس ارائه داده‌اند، پلورالیسم و به تبع آن پلورالیسم حقوقی را می‌توان در دو آموزه ذیل خلاصه کرد: الف) کثرت‌گرایی حقوقی، نوعی واقع‌گرایی است و به نیروهای مختلف اجتماعی و نقش آنها در ایجاد قاعده حقوقی توجه دارد. ب) کثرت‌گرایی با شناسایی دولت به‌عنوان تنها مبنای اعتبار و ایجاد قواعد حقوقی یا به عبارت دیگر با تحقق‌گرایی دولتی

مخالفت دارد و بدین ترتیب و به صورت غیرمستقیم، زمینه حفظ جایگاه رویکردهای فردگرا را نیز فراهم می‌کند. به سخن دیگر، کثرت‌گرایی حقوقی در ادبیات فلسفه حقوق غرب، در مقابل وحدت‌گرایی دولتی قرار می‌گیرد؛ وحدت‌گرایی‌ای که قائل است تنها مبنای منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی دولت است؛ بنابراین، می‌توان گفت، کثرت‌گرایی تجلی نوعی تحقق‌گرایی حقوقی است، اما نه از نوع دولتی آن، بلکه از نوع اجتماعی.

ب. تقابل کثرت‌گرایی ماهوی و وحدت‌گرایی ماهوی و مبنایی

با توجه به آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد از منظر کثرت‌گرایی حقوقی، وحدت‌گرایی حقوقی در شناسایی دولت به عنوان تنها مبنای منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی یا به عبارت دیگر تنها ایجاد‌کننده قاعده حقوقی خلاصه می‌شود. (Ingber, 1972 : 58 ; Terré, 2006 : 72) واقعیت آن است که شکل‌گیری وحدت‌گرایی حقوقی به این معنی، به ظهور دولت مدرن و ارتقاء نقش و جایگاه آن در نظام حقوقی برمی‌گردد و تحقق مفهوم دولت مدرن را نیز می‌توان محصول تعامل اندیشه‌های کسانی چون هگل (Cf. Bobbio, 1979 : 62)، هابز (Cf. Roux, 1992: 10- 11)، آوستین (Austin, 1995: 74) و بنتام (Bentham, 1980/1:46) از یک طرف و اندیشه‌های کسانی چون کانت (Del Vecchio, 2003: 111) لاک (Cf. Murphy, 2005: 16) و روسو (Cf. Roubier, 2005: 235) از طرف دیگر دانست.

البته، درباره هم‌معنایی وحدت‌گرایی حقوقی و دولت مدرن، بایستی به دو نکته توجه داشت: اول اینکه، اگرچه، می‌توان با تأملاتی، این هم‌معنایی را در حقوق اروپایی پذیرفت، اما به نظر نمی‌رسد قابل تعمیم به نظام حقوقی آمریکایی و دولت مدرن آمریکایی باشد؛ زیرا دولت مدرن آمریکایی، متأثر از فردگرایی اجتماعی یا نوعی تعاون ارگانیکی که آموزه اصلی لیبرالیسم آمریکایی است، نه تنها به حذف نهادهای اجتماعی و نقش آن‌ها در ایجاد قاعده حقوقی نمی‌انجامد، بلکه سیطره دولت بر این نهادها را نیز نفی می‌کند و تنها نقش نظارتی و در جهت تضمین همزیستی این نهادها به آن اعطاء می‌کند. به همین دلیل است که تأکید می‌شود نباید جامعه و دولت را در نظام اجتماعی آمریکایی از یکدیگر تفکیک کرد؛ دولت همان جامعه است و جامعه نیز همان دولت (Zoller, 2006: 111)؛ از همین روست که می‌توان گفت اصطلاح دولت در لیبرالیسم آمریکایی، بیش از آنکه با وحدت‌گرایی عجین باشد، با کثرت‌گرایی عجین است. برخلاف لیبرالیسم آمریکایی و از منظر آلکسی دو توکویل فرانسوی، هسته اصلی لیبرالیسم فرانسوی، تقدّم فرد بر جامعه است که می‌تواند در عمل به تقدّم دولت بر جامعه و فرد بیانجامد؛ چراکه این فردگرایی می‌تواند در حاکمیت فرد نمود یابد

Cf. Roux, (DeTocqueville, 1986/2 : 149- 150) همان‌طور که فلسفه هابز زمینه‌ساز آن است. (1992: 13) به همین دلیل است که می‌توان گفت فردگرایی فرانسوی می‌تواند زمینه‌ساز دولت‌گرایی باشد و درنهایت و با عبور از اندیشه حقوق طبیعی، همین اتفاق نیز در نیمه دوم قرن نوزدهم رخ داد.

نکته دوم اینکه تعامل پیش‌گفته بین دولت مدرن اروپایی و اندیشه حقوق طبیعی گواه این است که گرچه با آغاز قرن نوزدهم و در مقایسه با وضعیت حقوقی پیش از آن، یعنی ساختار فئودالیت، وحدت‌گرایی حقوقی شکل می‌گیرد و کثرت‌گرایی حقوقی که عرف‌های محلی نمادی از آن است و همان ساختار فئودالیت گواه آن، کنار زده می‌شود، با این حال هنوز نبایستی دولت را مبنا و منشأ واحد التزام‌آوری قاعده حقوقی تلقی کرد و وحدت‌گرایی را معادل پوزیتیویسم حقوقی دولتی دانست؛ زیرا ایدئولوژی غالب، اندیشه حقوق طبیعی است که مبنا یا اعتبار قاعده حقوقی را در عقلانیت فطری جستجو می‌کند. بی‌تردید، از نظر نگارنده و البته نه با تحلیلی که آن‌گبر و تره ارائه می‌دهند، ایدئولوژی حقوق طبیعی نیز تجلی نوعی وحدت‌گرایی حقوقی ماهوی است؛ زیرا مبنای اعتبار قاعده حقوقی را نه در وجدان کثرت‌گرای اجتماعی و نه در قدرت سیاسی دولتی جستجو نمی‌کند و تنها و تنها بر عقلانیت فطری که مفهومی انتزاعی است، تأکید دارد و از آنجا که با بیرون کشیدن اصل آزادی فردی از این عقلانیت، اعتبار قواعد را در ارتباط با آن می‌سنجد، انتزاعی بودن عقلانیت نمی‌تواند تفسیرهای متعدّد از آن را موجب شده، به وحدت‌گرا بودن آن خدشه‌ای وارد کند. البته، اندیشه حقوق طبیعی برای تضمین همین آزادی، از اراده دولت بهره می‌گیرد، ولی بناست این اراده، تنها نقش تضمینی داشته باشد و به همین دلیل نباید تصور کرد که این اراده دولت با این کارکرد حداکثری، در تضاد با وحدت‌گرایی حقوق طبیعی است. شایان‌ذکر است که از این منظر، وحدت‌گرایی به معنای وحدت در مبنای قاعده حقوقی در نظام حقوقی اسلامی نیز قابل ملاحظه است؛ زیرا همه قواعد در این نظام بزرگ حقوقی از اراده الهی نشأت می‌گیرند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵۲۷؛ الإصفهانی، ۱۹۸۳: ۴)؛ هرچند که کثرت‌گرایی در حوزه منبع پذیرفته شده باشد و راه‌های احراز قواعد نیز متعدّد باشند.

واقعیت آن است که اندیشه‌های کسانی چون هگل، هابز، آوستین و بن‌تام نماد وحدت‌گرایی مرسوم یا دولتی یا همان پوزیتیویسم دولتی است، اما هم در آلمان و هم در فرانسه بایستی مدّت زمانی می‌گذشت تا تعامل پیش‌گفته به یگانه‌سازی دولت در ایجاد قاعده حقوقی و وحدت‌گرایی، یعنی آن نوع از وحدت‌گرایی که در اندیشه کسانی چون گرایفیتس، آن‌گبر، تره و بسیاری دیگر از اندیشمندان حقوقی، در تقابل با کثرت‌گرایی انگاشته می‌شود، بیانجامد. به سخن دیگر،

سرانجام تعامل پیش‌گفته، چیزی جز پوزیتیویسم دولتی نیست. آبخخور این وحدت‌گرایی که گرایتس علاقه‌مند است آن را ایدئولوژی بدانند، علاوه بر اندیشه‌های هگل، هابز، آوستین و بتام، اندیشه‌های کسانی چون سیدل آلمانی (Seydel, 1873: 14; Cité par Duguit, 1927/1: 602)، ژلینک آلمانی (Jellinek, 2005: 547, 548) و کاره دو مالبرگ فرانسوی (Carré de Malberg, 2003/1: 68) است. وجه اشتراک همه این اندیشمندان این است که حقوق را زاده دولت می‌دانند و قائل به حقوق قبل از دولت نیستند و این در حالی است که در اندیشه حقوق طبیعی، حقوق (قواعد حقوقی) قبل از دولت و حتی قبل از اجتماع (تحت عنوان قوانین طبیعی) نیز وجود دارد. از این منظر، اندیشه حقوق طبیعی نه تنها موجب وحدت‌گرایی دولتی نیست که مانع جدی آن نیز است؛ اگرچه، از منظر نگارنده، تداعی نوعی دیگر از وحدت‌گرایی است. کره دو مالبرگ فرانسوی، مشهورترین طرفدار وحدت‌گرایی دولتی در فرانسه، به‌صراحت و با استناد به واقعیت‌های تجربی و اجتماعی اعلام می‌کند که:

حقوق به معنای اخص، قبل از قانون دولتی نمی‌تواند وجود داشته باشد. نقطه آغاز هر نظم حقوقی، ظهور قدرت ایجاد‌کننده حقوق یعنی خود دولت است. (Carré de Malberg, 2003/1: 68)

ماکس فون سیدل آلمانی نیز اعلام می‌کند که:

حاکمیت (Herrschaft) نتیجه اعمال قدرت دولت است ... حقوق قبل از دولت وجود ندارد، بلکه منشأ آن در دولت نهفته است؛ بنابراین، حقوق چیزی نیست جز مجموعه هنجارهایی که به وسیله آن‌ها اراده فرمانروا، گروه انسانی تحت حاکمیت خود را فرمان می‌راند. بدین‌سان، منبع حقوق تنها اراده حاکم است. این واقعیتی غیرقابل‌انکار است که بدون حاکم، و رای حاکم و یا در کنار حاکم، حقوقی وجود نخواهد داشت؛ تنها یک حقوق و آن هم حقوق ساخته حاکم وجود دارد. (Seydel, 1873: 14; Cité par Duguit, 1927/1: 602)

بایستی توجه داشت که منظور از اراده دولت به‌عنوان منشأ ایجاد قاعده حقوقی، تنها بحث ضمانت اجرای دولتی نیست، اگرچه وقتی سخن از حاکمیت دولت به میان می‌آید مفهوم ضمانت اجرا نیز در آن مندرج است. بلکه منظور این است که دولت خود به‌تنهایی ایجاد‌کننده قاعده حقوقی است و بی‌تردید خود او هم ضمانت اجرا را بر عهده خواهد داشت.

ج. غلبه اندیشه کثرت‌گرایی حقوقی بر وحدت‌گرایی حقوقی

پوزیتیویسم دولتی فراز و نشیب‌های خاص خود را داشته است. در نیمه اول قرن بیستم با تعدیل این اندیشه یا ایدئولوژی مواجهیم. رویکردهای ژرژ رپیر فرانسوی (Ripert, 1998 (A): 84)،

فون ایرینگ آلمانی (Von Jhering, 2006: 8-9) و ژان دابن بلژیکی (Dabin, 1969: 11) سهم مهم و بسزایی در این تعدیل داشته‌اند. وجه مشترک همه این رویکردها این است که دولت، اگرچه ایجاد کننده قاعده حقوقی است، ولی در ایجاد این قاعده تحت فشار نیروهای مختلفی قرار دارد و چه بسا یکی از این نیروها، گرایش‌های حقوق طبیعی باشد. از منظر صاحب این قلم، طرح این اندیشه‌ها، زمینه‌ساز عبور از وحدت‌گرایی ماهوی به وحدت‌گرایی صوری است؛ زیرا بر اساس این اندیشه‌ها، ظاهر امر این است که دولت ایجاد کننده قاعده حقوقی است، درحالی‌که نیروها و گروه‌های مختلف اقتصادی، اجتماعی، سیاسی، مذهبی و اخلاقی‌اند که سازنده قاعده حقوقی‌اند. به همین دلیل است که آنکبر، به درستی، تضاد رویکرد اندیشمندان پیش‌گفته با کثرت‌گرایی حقوقی را ایدئولوژیک ارزیابی می‌کند و واقعی نمی‌داند. (Ungber, 1972: 60)

از دیدگاه نگارنده، دو عامل مهم، در تعدیل وحدت‌گرایی حقوقی دولتی نقش مهم و قابل توجهی داشته است. اول اندیشه‌های حقوق طبیعی که در حال نمی‌پذیرفتند که دولت مبنای واحد اعتبار قاعده حقوقی باشد و مدام هم تکرار می‌کردند که دولت بنا بود تنها نقش تضمین و نه ایجاد اصول و قواعد برآمده از عقلانیت فطری را بر عهده داشته باشد. نمی‌توان اندیشه بزرگانی چون ریپر، ایرینگ و دابن را در تعدیل وحدت‌گرایی دولتی، بی‌تأثیر از آموزه‌های حقوق طبیعی دانست. ریپر بارها هدف ایدئولوژیک خود در نظریه‌پردازی حقوقی را، دفاع از آموزه‌های حقوقی طبیعی انقلاب فرانسه اعلام می‌کند. (Ripert, 1998 (B): 189) بدین ترتیب، نوعی از وحدت‌گرایی، از دیدگاه صاحب این قلم، به تعدیل وحدت‌گرایی مرسوم انجامیده است.

عامل دوم، کثرت‌گرایی حقوقی رویکردهای اجتماعی به حقوق است که با اندیشه‌های کسانی چون آگوست کنت (Comte, 1929/1: 87)، دورکیم (Durkheim, 1987: 23)، ایرلیش (Ehrlich, E, 2001: 212)، تیماشف (Timasheff, 1974: 2-3)، لئون دوگی (Duguit, 1999: 40)، ژرژ گوروویچ (Gurvitch, 1972: 119) و دیگران آغاز شد. نقطه اشتراک همه اندیشه‌های فوق، عبور از دولت به اراده اجتماعی به‌عنوان مبنای اعتبار و ایجاد قاعده حقوقی است.

از نظر گیرک آلمانی:

دولت نه مبنای نهایی اعتبار حقوق و نه تنها منبع آن است. مبنای اعتبار حقوق، وجدان عمومی جامعه است. برای اینکه باور عمومی به اینکه امری حقوق است، به‌عنوان یک قاعده حقوقی عینیت پیدا کند، به بیان اجتماعی نیاز دارد... در بسیاری از موارد، این بیان، به وسیله دولت تحقق می‌پذیرد؛ دولتی که نقش اصلی آن بیان وجدان حقوقی مردم در قالب قانون است. اما، نهادهای اجتماعی دیگری غیر از دولت هم وجود دارند که می‌توانند منبع قاعده حقوقی (همان ابزار بیان قاعده حقوقی) باشند. (Von Gierke, 1874: 179)

اوژن ارلیش آلمانی نیز تصریح دارد که:

مرکز ثقل تحول حقوق نه قانون‌گذاری دولتی است، نه علم حقوق و نه تصمیم قضایی؛

بلکه در خود جامعه قرار دارد. (Cf. Brimo, 1967: 208)

البته، منظور از اراده اجتماعی، یک مفهوم وحدت‌گرایانه نیست تا باز هم مواجه با عبور از وحدت‌گرایی دولتی به وحدت‌گرایی دیگری باشیم. در بدو امر، شاید بتوان گفت که جامعه شناسان حقوقی نیز همانند تحقق‌گرایان دولتی وحدت‌گرا بوده و نمی‌توان آن‌ها را کثرت‌گرا دانست؛ چراکه به دو مبنا یا منشأ یا روش ایجاد قاعده حقوقی نمی‌اندیشند؛ برای آن‌ها حقوق تنها محصول وجدان اجتماعی^۱، یا واقعه هنجاری^۲ و یا وجدان اجتماعی همراه با احساس تعاون و عدالت (Duguit, 1927/1: 112) است؛ بنابراین، جنبش جامعه‌شناختی حقوق نیز نوعی وحدت‌گرایی را به نمایش می‌گذارد؛ همان‌طور که ایدئولوژی پوزیتیویسم دولتی و رویکرد حقوق طبیعی مدرن این‌گونه بود. به عبارت دیگر، وقتی می‌توان از کثرت‌گرایی در حوزه مبنای حقوق سخن گفت که دولت نیز، البته با ابزار قانون، نقش مهمی را در ایجاد قاعده حقوقی بر عهده داشته باشد. از این منظر، تنها اندیشه کسانی چون رپیر و دابن می‌تواند مصداق نوعی از کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی در مبنای اعتبار قاعده حقوقی باشد؛ زیرا بر اساس تئوری ایشان، دولت مبنای مستقیم حقوق است و قدرت‌های اجتماعی، مذهبی، سیاسی، اقتصادی و... مبنای غیرمستقیم آن را شکل می‌دهند. (Ripert, 1998 (A): 84; Dabin, 1969: 33-34)

باین‌حال، همان‌طور که در نوشته‌های آنگبر و تره ملاحظه شد (Terré, 2006: 75, 76; Ingber, 1972: 57)، نام دوگی، هوریو و گوروپچ، در کنار نام کسانی چون آگوست کنت، دورکیم و... در مجموعه کثرت‌گراها قرار می‌گیرد؛ چراکه به نظر آن‌ها حقوق محصول دولت نیست، بلکه محصول قدرت‌های اجتماعی متعددی است. بر عکس، کلسن و ریموند کره دو مالبرگ، مشهور به وحدت‌گرایی دولتی‌اند، چراکه از نظر آن‌ها حقوق تنها محصول دولت است و البته در این میان، اینکه تفاوت مفهومی زیادی میان دولت کلسن و دولت کره دو مالبرگ وجود دارد، نیز چندان نمی‌تواند مهم باشد.

از نظر نگارنده، طرح اندیشه‌های جامعه‌شناختی حقوق را، بایستی سرآغاز کثرت‌گرایی حقوقی‌ای که در تقابل با وحدت‌گرایی دولتی به‌عنوان وحدت‌گرایی مرسوم و حتی وحدت‌گرایی حقوق طبیعی قرار دارد، دانست. قصد آن نداریم که کثرت‌گرایی حقوقی را به کثرت‌گرایی ضد دولتی فرو کاهیم. درست است که در این اندیشه‌ها، مجالی برای دولت در

1. Conscience sociale; (Cf. Durkheim. Emile. 1987: 23).

2. Fait Normative; (Gurvitch, 1972: 119).

ایجاد قاعده حقوقی نیست و تنها سخن از وجدان اجتماعی با تعبیرهای مختلف به میان می‌آید، اما واقعیت این است که وجدان اجتماعی تنها پوششی برای فعالیت گروه‌های مختلف اجتماعی، از جمله سندیکاها، انجمن‌های فرهنگی، ورزشی، مذهبی، سیاسی و غیره در ایجاد قاعده حقوقی است. طبیعت همه این گروه‌های اجتماعی از نوع نهاد مدنی است و از منظر نوع یکسان‌اند، اما متعددند و همین کافی است تا سخن از کثرت‌گرایی حقوقی به میان آوریم. بی‌تردید، اگر دولت هم در کنار این نهادها، نقش ایجاد قاعده حقوقی را داشته باشد، با کثرت‌گرایی کامل‌تر و همه‌جانبه‌ای مواجهیم؛ بنابراین، نیاستی قائل بود که تنها در صورتی می‌توان از کثرت‌گرایی سخن گفت که دولت نیز در کنار گروه‌ها و نهادهای اجتماعی، ایجاد‌کننده قاعده حقوقی باشد. در هر حال، حتی اگر دولت، در تئوری‌های کثرت‌گرا، نقشی در ایجاد قاعده حقوقی نداشته باشد، در واقعیت دارد. علاوه بر اینکه رویکردهای جامعه‌شناختی در نهایت امر و برای تفکیک قاعده حقوقی از قواعد اجتماعی به دولت نیاز خواهند داشت و الا نمی‌توانند چنین تفکیکی را اعمال کنند. بر خلاف تصور لئون دوگی (Duguit, 1927/1: 94)، اجبار اجتماعی^۱ اگر در دولت تعین نیابد، نمی‌تواند شاخص قاعده حقوقی، حداقل در مقایسه با دیگر نرم‌های اجتماعی، باشد؛ همان‌طور که خود لئون دوگی نیز به نوعی به آن اذعان داشته است و به همین دلیل و در نهایت به «عدالت»^۲ و اجبار دولتی^۳ به‌عنوان شاخصه قاعده حقوقی پناه می‌برد (Duguit, 1927/1: 710,) تا آن را از قاعده اجتماعی تفکیک کند. (Duguit, 2000: 42)

به نظر می‌رسد در سطح مبنا و منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی، نه وحدت‌گرایی را می‌توان در وحدت‌گرایی دولتی خلاصه کرد و نه فقط با رویکرد پراگماتیستی و جامعه‌شناختی به کثرت‌گرایی نگریست. از دیدگاه این قلم، تحلیل جامع از کثرت‌گرایی حقوقی ایجاب می‌کند که برای مثال قائل باشیم در کنار هم قرار گرفتن دولتی که نقش ایجاد قاعده حقوقی برای خود قائل است و اراده الهی، می‌تواند مصداقی از کثرت‌گرایی حقوقی باشد و تأکید بر اراده الهی به‌عنوان تنها مبنای اعتبار قواعد حقوقی، مصداقی از وحدت‌گرایی است.

۴- انواع کثرت‌گرایی حقوقی ماهوی

الف. انواع کثرت‌گرایی حقوقی از منظر نوع ارتباط بین مبناها

از این منظر، کثرت‌گرایی حقوقی به دو نوع کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی و کثرت‌گرایی استقلالی تقسیم می‌شود؛ در کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی، نوعی ارتباط سلسله‌مراتبی یا عمودی

1. Contrainte sociale
2. Justice
3. La puissance de contrainte

بین مبنای حاکم است. در این حالت، رقابتی بین مبنای در ایجاد قاعده حقوقی یا در قلمرو تأثیر ایجاد نمی‌شود؛ چراکه مبنای پایین‌تر، اعتبار و قلمرو تأثیر خود و نقشی که در ایجاد قاعده حقوقی دارند را از مبنای اول اخذ می‌کنند.

در کثرت‌گرایی استقلالی، نوعی رابطه افقی بین چند مبنا حاکم است. به عبارت دیگر این مبنای، نسبت به یکدیگر، استقلال کامل داشته که در این صورت ممکن است در بازشناسی قلمرو و حوزه تأثیر در رقابت با یکدیگر نیز قرار گیرند.

در رابطه با انواع کثرت‌گرایی از منظر نوع ارتباط بین مبنای، دو پرسش بنیادین قابل طرح است: پرسش اول اینکه چه زمانی کثرت‌گرایی از نوع استقلالی و چه زمانی از نوع سلسله‌مراتبی خواهد بود؟ به عبارت دیگر، اینکه کثرت‌گرایی از نوع استقلالی باشد یا از نوع سلسله‌مراتبی، به چه عواملی بستگی دارد؟ پرسش دوم که در رابطه با کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی مطرح می‌شود این است که نوع چینش مبنای یا نوع سلسله‌مراتب، به چه عواملی بستگی دارد یا بر اساس چه ملاک یا ملاک‌هایی است؟

برای پاسخ به پرسش اول، تفکیک نظام حقوق سنتی یا دینی از نظام حقوقی مدرن و توجه به تحولات نظام حقوقی مدرن و شکل‌گیری حقوق پُست‌مدرن ضرورت دارد. تحلیل تحولات تاریخی حقوق مدرن نشان می‌دهد که با شکل‌گیری حاکمیت دولتی مبتنی بر اندیشه حقوق طبیعی و یا اندیشه هابزی و بنتامی و در مقایسه با فنودالیسم حقوقی، نوعی از وحدت‌گرایی حقوقی شکل گرفته است؛ با این حال، به نظر می‌رسد تعامل عقلانیت فطری و اراده دولتی هابزی و بنتامی که قانون مدنی فرانسه نمادی از این تعامل است (شهابی، ۱۳۹۰ (الف): ۱۲۳)، نوعی از نظام حقوقی کثرت‌گرای سلسله‌مراتبی را به نمایش می‌گذارد. دولت‌گرایان تقدّم را، در این سلسله‌مراتب، به دولت می‌دهند؛ با این رویکرد، اگرچه اصل حاکمیت اراده ایجاد‌کننده حق و تکلیف و قاعده حقوقی تلقی می‌شود، اما، این همان ماده ۱۱۳۴، یعنی قانون دولتی است که این نقش را برای آن به رسمیت می‌شناسد و این معنایی جز برتری دولت در این سلسله‌مراتب بر عقلانیت متافیزیکی به‌عنوان منشأ اصل آزادی فردی و اصل حاکمیت اراده ندارد. در تحول بعدی و با طرح اندیشه جامعه‌شناختی و تضعیف حاکمیت دولتی، به دلیل ایدئولوژیکی و واقع‌گرا نبودن آن، مجال برای نهادهای اجتماعی در ایجاد قاعده حقوقی فراهم می‌شود و مثال بارز آن سندیکاهای کارگری و انجمن‌های مختلف صنفی است که با دولت رفاهی، در ابتدای قرن بیستم، در ایجاد قاعده حقوقی تعامل و مشارکت دارند؛ با این حال، برتری دولت رفاهی در ساختار سیاسی حقوقی و نیاز نهادهای پیش‌گفته به دولت برای رسمیت یافتن، مانع از آن است

که بتوان از نوعی کثرت‌گرایی استقلالی در ایجاد قاعده حقوقی سخن به میان آورد. هرگاه نیز این حاکمیت دولتی تشدید شده است با وحدت‌گرایی دولتی صرف مواجه بوده‌ایم که طرح اندیشه حقوقی نازیم در نیمه اول قرن بیستم، بیانی از این وحدت‌گرایی حقوقی دولتی است و آبخور آن، همان اندیشه‌های کسانی چون سیدل آلمانی و ژلینک آلمانی است.

امروزه و در عصر جهانی شدن حقوق، نمی‌توان از وحدت‌گرایی حقوقی سخن به میان آورد و به نظر می‌رسد با نوعی کثرت‌گرایی استقلالی مواجهیم؛ آنچه جامعه‌شناسان حقوقی همچون لئون دوگی و دیگران با طرح اندیشه همبستگی اجتماعی و تعاون اجتماعی آرزوی تحقق آن را در سر می‌پروراندند. (Cf. Duguit, 1999: 33) جهانی شدن حقوق، از جنبه اقتصادی، منجر به عبور از حقوق دولتی به قانون بازار^۱ شده است (Delmas Marty, 1999: 45) و گسترش مسئله داوری به نوعی انعکاس این واقعیت است. (David, 1982: 355) نقش دولتی که در ساختار «حقوق دولتی» بسیار پررنگ است، در حقوق جهانی شده به نقش نظارتی کاهش می‌یابد. (Verhoeven, 2000 : 47- 60)

با این حال، در حقوق جهانی شده، این تنها دولت نیست که عهده‌دار نقش نظارتی (برقراری امنیت حقوقی) است، بلکه، نهادهای غیردولتی نیز در این زمینه فعالیت می‌کنند. (Auby, 2003: 75; Arnaud, 1998: 36) به همین دلیل، حاکمیت^۲، نه یک قدرت انحصاری، بلکه یک قدرت اشتراکی محسوب می‌شود. (De Senarclens, 2005: 235; Supiot, 2005: 45; Verhoeven, 2000: 80)؛ نقش نهادهای خصوصی البته به مشارکت در نظارت نیز محدود نمی‌شود، بلکه این نهادها در ایجاد قواعد حقوقی نیز نقشی مستقیم یافته‌اند و به این ترتیب است که می‌توان از غیردولتی کردن حقوق، هم در سطح هدف و هم در سطح مبنا سخن به میان آورد و مهر تأیید بر شکل‌گیری کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی زد؛ واقعیتی که برخی، آن را، شاخصه مهم و ذاتی حقوق پُست‌مدرن نامیده‌اند. (Chevallier, 1998: 31) در حقوق پُست‌مدرن، دولت تنها ایجاد کننده قواعد حقوقی نیست. حتی نقش احراز قواعد حقوقی تنها بر عهده دولت نیست. نهادهای خصوصی در ایجاد چنین قواعدی نقش اساسی را بر عهده می‌گیرند. (Rosanvallon, 1990 : 191) در این حقوق، دولت بیشتر نقش نظارتی دارد. (Chevallier, 1998: 31) حقوق اروپایی مصداق بارز توسعه حقوق پُست‌مدرن محسوب می‌شود. (Chevallier, 1998: 31)

بدین سان، سخن راندن از باز فئودالیزه شدن ساختار اجتماعی نادرست نیست. (Supiot, 2005: 235) البته نباید از نظر دور داشت که با رویکردی جامعه‌شناسی، جهانی شدن، همسو با

1. Lex Mercatoria.
2. Souveraineté.

گسترش حقوق خصوصی، منجر به تمایل به سمت نوعی آنتروپومورفیسم (شخص‌گرایی)^۱ حقوقی نیز گردیده است که می‌توان آن را به گسترش نقش شخص در روابط حقوقی و التزام‌آوری قواعد حقوقی تعبیر کرد. (Delmas Marty, 2006 : 173 ; Truchet, 2003 : 43) به عبارت دیگر، اگر در حقوق بین‌الملل، دولت‌ها بازیگران اصلی‌اند، در حقوق جهانی شده افراد نیز در کنار دولت‌ها و چه بسا با نقشی پررنگ‌تر از دولت‌ها، بازیگران حقوق جهانی شده را شکل می‌دهند. (Delmas Marty, 2006 : 173)

تحلیل نظام‌های حقوقی سنتی یا دینی نیز نشان می‌دهد که جریان متن محور، چندان با کثرت‌گرایی حقوقی میانه ندارد و به وحدت‌گرایی علاقه‌مند است. (غزالی، ۱۳۶۴: ۱۹۸؛ Ben Achour, 2004 : 165-166) هر چه قدر از جریان متن محور فاصله می‌گیریم و به جریان عقل‌گرا یا مبتنی بر عقلانیت انسان‌گرایانه نزدیک می‌شویم، از وحدت‌گرایی نیز فاصله می‌گیریم و هر چه قدر از جریان عقل‌گرای متافیزیکی فاصله می‌گیریم و به جریان عقل‌گرای تجربی نزدیک می‌شویم از کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی دور و به کثرت‌گرایی استقلالی نزدیک می‌شویم. این واقعیت دارد که آکویناس با طرح اندیشه حقوق طبیعی در الهیات مسیحی زمینه عبور از وحدت‌گرایی مبتنی بر اراده تشریحی الهی به کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی را فراهم آورد. (Cf. Villey, 2006: 201) در حقوق اسلامی نیز رویکرد معتزله، از دید برخی، بر همین منهج استوار بوده است. (المعتق، ۱۴۲۱ ه. ق. : ۴۹، ۵۰)

در رابطه با پرسش دوم، بایستی بین نظام حقوقی مدرن و نظام حقوقی سنتی یا دینی تفکیک قائل شد. در نظام حقوقی مدرن که با دولت مدرن آغاز می‌شود، دولت در رأس نظام حقوقی قرار دارد. معنای این سخن تداعی نظام حقوقی کلسنی نیست؛ بلکه منظور این است که نهادهای مختلفی که می‌خواهند ایجاد کننده قاعده حقوقی باشند، به رسمیت یافتن از طرف دولت نیاز دارند. به نظر می‌رسد دو ملاک و معیار را می‌توان برای تبیین و توجیه چگونگی سلسله‌مراتب در نظام حقوق مدرن ارائه داد:

۱- منفعت عمومی؛ مفهومی نزدیک به کارکرد اجتماعی

بر اساس این معیار، دولت انحصار منفعت عمومی را در اختیار دارد و به همین دلیل در صدر مبانی ایجاد قاعده حقوقی قرار می‌گیرد. با این حال، به نظر می‌رسد، منفعت عمومی نمی‌تواند معیار مناسبی جهت تبیین چگونگی سلسله‌مراتب باشد؛ زیرا درباره معنا و مفهوم منفعت عمومی

1.-Anthropomorphisme.

اتفاق نظر وجود ندارد (Kelsen, 1926: 600) و به نظر می‌رسد از مفهومی مضیق تا مفهومی موسع انعطاف دارد. منفعت عمومی در معنای مضیق خود، ارتباط تنگاتنگ با تأمین حقوق و آزادی‌های فردی و جلوگیری از برخورد این حقوق و این آزادی‌ها داشته، با ساختار دولت ژاندارمی منطبق بوده و تأمین و تحقق آن، به عنوان هدف این نوع دولت تعریف می‌شود. منفعت عمومی در معنای موسع خود که به نوعی میراث تلاش رویکردهای جامعه‌شناختی به حقوق و تحوّل مهم اجتماعی شدن حقوق است، در ارتباط با مفهوم کارکرد اجتماعی تعریف می‌شود؛ کارکردی که از نهادهای مختلف اجتماعی و حتی خصوصی (Roubier, 2005: 297) و از جمله نهاد مالکیت خصوصی، قرارداد و مسئولیت مدنی انتظار می‌رود. از این منظر، مالکیت خصوصی مطلق، آن‌گونه که اندیشه حقوق طبیعی داعیه‌دار آن است، در تعارض با منافع عمومی ارزیابی می‌شود؛ چراکه شاخصه مطلق بودن این نهاد در جهت منافع خصوصی مالک است و منفعت عمومی به معنای مضیق را تأمین می‌کند. قرارداد اجاره اشخاص نیز فاقد کارکرد اجتماعی تلقی شده و بر همین اساس نیز مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر نمی‌تواند دارای کارکرد اجتماعی و تأمین‌کننده منفعت عمومی به معنای موسع آن باشد.

وانگهی، در کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی که مبانی مختلف داعیه‌دار ایجاد قاعده حقوقی‌اند، معیار منفعت عمومی نمی‌تواند معیار مناسبی برای تبیین چگونگی سلسله‌مراتب باشد؛ چراکه نمی‌توان ایجاد قاعده حقوقی را جدای از دنبال کردن منفعت عمومی چه به معنای مضیق و چه به معنای موسع دانست. درنهایت، ذکر این نکته هم ضرورت دارد که در عصر جهانی‌شدن حقوق، نهادهای خصوصی عهده‌دار خدمت عمومی و کارکردهای دولت رفاهی‌اند و به همین دلیل واجد نقش ایجاد قاعده حقوقی‌اند و تردیدی نیست که منفعت عمومی عنصر ذاتی خدمت عمومی است؛ بنابراین، نمی‌توان منفعت عمومی را به عنوان معیار تبیین سلسله‌مراتب در نظام حقوقی کثرت‌گرا مدنظر داشت. به همین دلیل است که می‌توان گفت معیار منفعت واقعیت‌های زندگی حقوقی را نادیده می‌گیرد. (Gorovtsef, 1927/2 : 194)

۲- عینی بودن همراه با ضمانت اجرا^۱

بر اساس این معیار، هویت ذاتی قاعده حقوقی را بایستی در عینی بودن همراه با ضمانت اجرای دولتی جستجو کرد. چنین شاخصه‌ای می‌تواند به خوبی، نتیجه رفتار حقوقی و ضمانت اجرای تخلف از آن را تأمین نماید. قواعدی که دولت ایجاد می‌کند، از این شاخصه، به نحو کامل، برخوردارند و قواعدی که نهادهای غیردولتی ایجاد می‌کنند، این شاخصه را از قواعد

1. -Positivité.

دولتی اخذ می‌کنند و به همین دلیل، در سلسله‌مراتب، پایین‌تر از قواعد دولتی قرار می‌گیرند. اگرچه، به نظر می‌رسد این معیار در مقایسه با معیار منفعت عمومی پذیرفتنی‌تر باشد، با این حال نایستی آن را قطعی دانست. تردیدی نیست که معیار پوزیتیویته یادگار اندیشه پوزیتیویسم دولتی است؛ اندیشه‌ای که ضمانت اجرای دولتی را شاخصه ذاتی و نه فرعی و عرضی قاعده حقوقی تلقی می‌کند؛ بنابراین نایستی انتظار داشت که این معیار، مورد پذیرش رویکردهای جامعه‌شناختی به حقوق باشد؛ چراکه در نظر ایشان، ضمانت اجرای دولتی، شاخصه فرعی و عرضی قاعده حقوقی است. (Cf. Duguit, 1927/1: 710)

امروزه و متأثر از تضعیف حاکمیت دولتی و اصالت یافتن حقوق بنیادین بشری، معیار پوزیتیویته، بیش‌ازپیش به حاشیه رفته است و تحول اساسی‌سازی حقوق، به‌خوبی نشان دهنده آن است. بر اساس این فرایند، پوزیتیویته نقشی در اساسی دانستن اصل حقوقی ندارد؛ به‌عبارت‌دیگر، برای اینکه اصل حقوقی، اساسی تلقی شود، لازم نیست که آن اصل در قانون اساسی آمده باشد و می‌توان آن را در جای دیگری و برای مثال در مقدمه قانون اساسی منسوخ شده، جستجو کرد. (Favoreu, 1996: 25) این تحول، به‌خوبی نشان دهنده آن است که پوزیتیویته، تنها نقشی شکلی دارد و تنها متأثر از پوزیتیویسم دولتی، همانی که گرایفیتس آن را ایدئولوژی تلقی می‌کرد، به معیار ذاتی قاعده حقوقی تبدیل و نقشی ماهوی پیدا کرد. اگرچه اندیشه حقوق طبیعی، پوزیتیویسم حقوقی را به خاطر کارکرد شکلی آن به خدمت گرفت، اما به‌مرورزمان و به‌ویژه در نیمه دوم قرن نوزدهم، این پوزیتیویسم نقش شکلی خود را فراموش و برای خود اصالت کارکردی و ماهوی قائل شد و قانون که بنا بود تنها ابزار بیان قاعده حقوقی باشد، به ابزار ایجاد قاعده حقوقی تبدیل شد.

در نظام حقوقی دینی، تردیدی نیست که اراده الهی در رأس نظام حقوقی قرار دارد و عقلانیت فطری یا عقلانیت تجربی نماد یافته در دولت، بایستی اعتبار خود را از آن اخذ کند؛ بنابراین، معیار تبیین سلسله‌مراتب، خود اراده الهی است. با این حال، مطلب به این سادگی هم نیست. در حقوق اسلامی و تحت تأثیر رویکرد اعتزالی، عقلانیت فطری معیار سنجش اعتبار تشریح الهی قرار می‌گیرد (رک. قاضی عبدالجبار، ۱۴۱۶ ه.ق. : ۵۶۵) و بدین ترتیب فراتر از اراده تشریحی جلوه می‌کند. اعتبار عقلانیت فطری نیز به این است که مخلوق اراده تکوینی الهی است. این چنین رویکردی را در الهیات مسیحی و نزد سوارز نیز ملاحظه می‌کنیم (Heinrich, 1998: 71).

ب. انواع کثرت‌گرایی حقوقی از منظر چیستی مبنا و منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی
کثرت‌گرایی حقوقی، از منظر پاسخ‌های مختلفی که به چیستی مبنا و منشأ التزام‌آوری قاعده

حقوقی داده می‌شود، به گونه‌های مختلفی می‌تواند قابل تقسیم باشد؛ اراده الهی، عقلانیت فطری، وجدان اجتماعی، نظم خودجوش و اراده دولت، برخی از این پاسخ‌هاست و کثرت‌گرایی حقوقی می‌تواند ترکیب مختلف و متفاوتی از این پاسخ‌ها باشد.

مطالعه تحولات حقوق کلیسایی نشان می‌دهد که کثرت‌گرایی مطرح در این حقوق که زمینه عبور آن به حقوق مدرن را فراهم آورده است، مجموعه‌ای از سه پاسخ اراده الهی، عقلانیت فطری و اراده دولت را در بر می‌گیرد. بایستی توجه داشت که منظور از اراده دولت در الهیات مسیحی، به‌ویژه وقتی که بحث حقوق کلیسایی مطرح است، خود کلیسا نیست؛ تردیدی نیست که کلیسا و مرجعیت کلیسا، در مقام اعمال حاکمیت، اگرچه نه به مفهوم بدنی^۱ یا هابزی^۲ آن، قرار دارد؛ ولی کلیسا، در هر حال، خود را بیانی از اراده الهی می‌داند. منظور از اراده حاکم، همان مفهومی است که هابز به آن می‌دهد؛ در اندیشه هابز اراده دولت تبلور یا عینیت همان عقلانیت تجربی است. (Cf. Roux, 1992: 10-11)

در حقوق اسلامی نیز، عقلانیت فطری، تحت تأثیر رویکرد معتزلی، می‌تواند به جایگاه مبنای قاعده حقوقی ارتقاء یابد (رک. قاضی عبدالجبار، ۱۴۱۶، ۵۶۵) و در ذیل اراده الهی قرار می‌گیرد. عقلانیت تجربی نیز که در دولت نمود می‌یابد، می‌تواند نقش تکمیلی خود را در کنار دو مبنای دیگر ایفاء کند.

تحولات حقوق مدرن نیز نشان می‌دهد که در کنار اراده دولت، وجدان اجتماعی، متأثر از رویکردهای جامعه‌شناختی، نظم خودجوش متأثر از نئولیبرالیسم حقوقی و عقلانیت فطری متأثر از اندیشه حقوق طبیعی نقش خود به‌عنوان مبنای قاعده حقوقی را داشته‌اند.

۵- آثار پذیرش کثرت‌گرایی ماهوی یا مبنایی در حقوق

الف. امکان تفکیک ماهوی قواعد حقوقی

تفکیک قواعد حقوقی نشان از تفاوت در جنس ندارد؛ بلکه گواه تفاوت در نوع است. ضرورت تفکیک ماهیتی و ماهوی قواعد حقوقی نیز، ناشی از دو امر است؛ اول اینکه پدیده‌های حقوقی و برای مثال فرد و دولت، دارای طبیعت یکسانی نیستند تا قواعد حقوقی یکسانی بر آن‌ها حاکم باشد. دولت دارای قدرت اعمال حاکمیت است و همین نکته قاعده حاکم بر رابطه نهادهای دولتی را متفاوت از قاعده حاکم بر رابطه قراردادی بین دو فرد عادی می‌کند. دوم اینکه، اتخاذ شیوه یکسان در تفسیر قواعد حقوقی نه ممکن و نه مطلوب است.

۱. اشاره به اندیشه حاکمیت ژان بُدن فرانسوی (۱۵۳۰-۱۵۹۶).

۲. اشاره به اندیشه حاکمیت توماس هابز انگلیسی (۱۵۸۸-۱۶۷۹).

برای مثال، به خاطر اصل حمایتی بودن قواعد حاکم بر حوزه تأمین اجتماعی، نمی‌توان در تفسیر قواعد مربوط به نفقه، بین فرزند مشروع و فرزند طبیعی، همانند حوزه حقوق مدنی، تفاوت قائل شد. (Pioget, 1947 : 212)

کثرت‌گرایی حقوقی ماهوی امکان تفکیک قواعد حقوقی را فراهم می‌آورد؛ زیرا تنها در صورتی می‌توان قواعد حقوقی را از یکدیگر تفکیک کرد که مبنا یا منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی متفاوت باشد. لئون دوگی قواعد حقوقی را از یک نوع می‌داند و استدلال ایشان این است که مبنا و منشأ التزام‌آوری قواعد حقوقی یک چیز بیش نیست و آن نیز وجدان اجتماعی است. (Duguit, 1927/1: 112)

ب. انعطاف‌پذیری نظام‌های حقوقی کثرت‌گرا

انعطاف‌ناپذیری، شاخصه اصلی نظام‌های حقوقی وحدت‌گراست و از این منظر، تفاوتی بین وحدت‌گرایی مبتنی بر اندیشه حقوق طبیعی و وحدت‌گرایی مبتنی بر پوزیتیویسم دولتی نیست. اندیشه حقوق طبیعی، با تأکید بر عقلانیت فطری متافیزیکی و آموزه‌های آن به‌عنوان مبنای واحد ایجاد قاعده حقوقی، نظام حقوقی مطلق را نتیجه می‌دهد که به واقعیت‌های اجتماعی بی‌توجه است. وحدت‌گرایی کلسنی نیز به اذعان خود کلسن، واقع‌گرایی و توجه به واقعیات اجتماعی و غیره را، افتادن در دام ایدئولوژی می‌داند. تردیدی نیست که وحدت‌گرایی دولتی نقش نهادها و گروه‌های مختلف اجتماعی در ایجاد قاعده حقوقی را نادیده می‌گیرد و عدم پیشرفت اندیشه حقوقی و عدم جامع‌نگری آن را موجب می‌شود. (Cohen-Tanugi, 2007 : 177-178) کثرت‌گرایی حقوقی، با پذیرش مبانی مختلف ایجاد قاعده حقوقی، زمینه را برای واقع‌گرایی حقوقی و بدین ترتیب انعطاف‌پذیری نظام حقوقی فراهم می‌آورد.

ج. عبور از نظام حقوقی دینی به نظام حقوقی مدرن: اثر کثرت‌گرایی حقوقی از منظر حقوق دینی
وحدت‌گرایی حقوقی، به‌عنوان یکی از شاخصه‌های مهم نظام حقوقی مدرن تلقی می‌شود. نظامی که با تأکید بر عقلانیت فطری و آموزه‌های آن (حقوق بشر) و با به خدمت گرفتن نقش تضمینی دولت، در مسیر پیشرفتی که همان آموزه‌ها تعیین کرده‌اند حرکت می‌کند. باین حال و در رابطه با نظام حقوق دینی، بایستی پذیرفت که کثرت‌گرایی حقوقی در نظام حقوق دینی، زمینه عبور آن به حقوق مدرن را فراهم آورده است. واقعیت آن است که نظام حقوق دینی با تأکید بر وحدت‌گرایی مبتنی بر اراده الهی در مبنا و منشأ التزام‌آوری قواعد حقوقی، از مبنای انسان‌گرایانه و از جمله اراده دولت و عقلانیت فطری مصون می‌ماند. با طرح عقلانیت فطری در

کنار اراده الهی به عنوان مبنای التزام آوری قاعده حقوقی، زمینه برای حرکت به سمت حقوق مبتنی بر عقلانیت انسان‌گرایانه، یعنی همان حقوق مدرن فراهم می‌شود. اگر این عقلانیت در ذیل اراده الهی قرار گیرد، همان‌طور که در اندیشه آکویناس ملاحظه می‌کنیم، (Friedmann, 1965: 64) با نوعی کثرت‌گرایی سلسله‌مراتبی مواجهیم و اگر فراتر از اراده تشریحی الهی، معیار سنجش اعتبار اراده تشریحی باشد، همان‌طور که در اندیشه سوارز این‌گونه است، (Cf. Heinrich, 1998: 71) نقش پررنگ‌تری در عبور از حقوق دینی به حقوق مدرن ایفاء خواهد کرد. اگر این عقلانیت مستقل از اراده الهی باشد، آن‌گونه که در رویکرد گروسوس ملاحظه می‌کنیم (Villey, 2006: 542)، نوعی کثرت‌گرایی استقلالی را نتیجه می‌دهد که تأثیر به‌سزایی در عبور پیش‌گفته خواهد داشت.

ارتقاء عقلانیت فطری در حقوق اسلامی و متأثر از رویکرد معتزلی می‌تواند، حداقل از منظر آن دسته از نویسندگان که اعتزال اسلامی را به شدت متأثر از فلسفه یونانی می‌دانند، (المعتق، ۱۴۲۱ ه. ق.: ۴۹، ۵۰) زمینه‌ساز عبور از حقوق دینی به حقوق مدرن ارزیابی شود.

د. عبور از حقوق مدرن به حقوق پُست‌مدرن؛ اثر کثرت‌گرایی حقوقی از منظر حقوق مدرن وحدت‌گرایی حقوقی از شاخصه‌های اصلی حقوق مدرن تلقی می‌شود. گفتمان پیشرفت که اصلاح ساختار اجتماعی را دنبال می‌کرده، این وحدت‌گرایی را اقتضاء می‌کرده است. تاریخ تحولات حقوق مدرن نشان می‌دهد که این وحدت‌گرایی، در ابتدا ناشی و مبتنی بر اندیشه حقوق طبیعی بوده است و سپس و به‌ویژه در نیمه دوم قرن نوزدهم، مبتنی بر پوزیتیویسم دولتی بوده و در آن نمود پیدا می‌کند.

اجتماعی شدن حقوق در اواخر قرن نوزدهم، این وحدت‌گرایی را با چالش مواجه می‌سازد؛ چراکه با تأکید بر فردگرایی اجتماعی و تعاون اجتماعی، بر نقش نهادها و گروه‌های مختلف اجتماعی در ایجاد قاعده حقوقی تأکید می‌کند (شهابی، ۱۳۹۰ (ب): ۲۶۰ - ۲۶۱). با این حال، از آنجا که برتری دولت رفاه در ساختار حقوقی حفظ می‌شود، نمی‌توان از کثرت‌گرایی استقلالی سخن به میان آورد. واقعیت آن است که تعاون ارگانیکی که دوگی و دورکیم به عنوان مبنای نظام حقوقی در اواخر قرن نوزدهم مطرح کردند (Cf. Duguit, 1999: 33) در سال‌های پایانی قرن بیستم و متأثر از فرایند جهانی شدن حقوق و تضعیف حاکمیت ملی تحقق پیدا کرده است. امروزه، نهادهای مختلف اقتصادی و اجتماعی در ایجاد قاعده حقوقی نقش دارند و عنصر قدرت عمومی که ابزار ایجاد قاعده حقوقی است، بین دولت و دیگر نهادهای اجتماعی توزیع شده است؛ به‌گونه‌ای که می‌توان سخن از باز فنودالیت

شدن ساختار اجتماعی و کثرت‌گرایی استقلالی، به‌عنوان شاخصه اصلی حقوق پُست‌مدرن به میان آورد (شهابی، ۱۳۹۲: ۶۶۲).

۶- نتیجه

کثرت‌گرایی حقوقی می‌تواند به معنای حکومت سیستم‌های متعدد حقوقی در سرزمین واحد حقوقی بوده و یا به معنای حکومت مکانیسم‌های متفاوت بر موقعیت‌های حقوقی یکسان باشد. منشأ این کثرت‌گرایی را نیز می‌توان در نسبی بودن مفهوم عدالت و تفاوت و ناهمگونی گروه‌های مختلف اجتماعی جستجو کرد. وحدت‌گرایی حقوقی نسبت به این ناهمگونی بی‌توجه بوده و برداشتی یکسان از عدالت را تداعی می‌کند. اگرچه این نوع تحلیل و معنا از کثرت‌گرایی حقوقی، بخشی از واقعیت‌های حقوقی را نمایان می‌سازد، ولی همه واقعیت‌های نظام حقوقی و متغیرهای تحول نظام حقوقی را نشان نمی‌دهد. به نظر می‌رسد اگر برداشت یکسان از عدالت وجود ندارد و یا اگر ناهمگونی گروه‌های مختلف اجتماعی اهمیت می‌یابد، به این دلیل است که نهادهای ایجاد قاعده حقوقی مختلف و متفاوت بوده و گروه‌های مختلف اجتماعی نیز به عنوان ایجادکنندگان قاعده حقوقی مدنظر قرار می‌گیرند؛ به سخن دیگر، کثرت‌گرایی حقوقی را باید در سطح مبنا و منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی مطالعه کرد. از نظر نگارنده، این معنا از کثرت‌گرایی حقوقی، واقعیت‌ها و متغیرهای تحول نظام حقوقی و از همه مهم‌تر، تحول از حقوق سنتی به حقوق مدرن و تحول از حقوق مدرن به حقوق پُست‌مدرن را نمایان می‌سازد؛ علاوه بر آن، ورود کثرت‌گرایی به این معنا در نظام حقوقی، انعطاف‌پذیری نظام حقوقی را موجب شده، زمینه‌ساز تنوع و تفاوت ماهیتی قواعد حقوقی خواهد بود؛ امری که برای انعطاف‌پذیری نظام حقوقی نیز ضرورت دارد. در مقابل این کثرت‌گرایی حقوقی، وحدت‌گرایی حقوقی قرار دارد و البته ذکر این نکته لازم است که نگارنده، وحدت‌گرایی حقوقی را محدود به وحدت‌گرایی حقوقی متأثر از ایدئولوژی پوزیتیویسم دولتی نمی‌کند و ایدئولوژی حقوق طبیعی را نیز، موجد وحدت‌گرایی حقوقی می‌داند؛ همان‌طور که رویکرد غالب در نظام‌های حقوقی دینی را وحدت‌گرایی در مبنا و منشأ التزام‌آوری قاعده حقوقی می‌داند.

درهرحال، تردیدی نیست که کثرت‌گرایی استقلالی در مبنا و منشأ التزام‌آوری قواعد حقوقی، از منظر آثار ذکر شده، نقش پررنگ‌تری می‌تواند ایفاء کند.

منابع

الف) فارسی

کتاب

- امین، سید حسن، (۱۳۹۱)، *تاریخ حقوق ایران*، چاپ سوم، تهران: انتشارات دائره‌المعارف ایران‌شناسی.
- مک‌لنن، گرگور، (۱۳۸۵)، *پلورالیسم*، ترجمه جهانگیر معینی علمداری، چاپ دوم، تهران: انتشارات آشیان.
- هیک، جان، (۱۳۷۳)، *فلسفه دین*، ترجمه بهرام راد، چاپ اول، تهران: انتشارات بین‌المللی الهدی.

مقاله

- شهابی، مهدی، (۱۳۹۰ الف)، «تعامل عقلانیت ماهوی و شکلی در نظام حقوق مدنی ایران و فرانسه، تأملی در مبانی نظری شکل‌گیری قانون مدنی»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره سوم، شماره اول.
- شهابی، مهدی، (۱۳۹۰ ب)، «فرایند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۱، شماره اول.
- شهابی، مهدی، (۱۳۹۲)، «از حقوق مدرن تا حقوق پُست مدرن، تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۶۱.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، «فلسفه فقه»، *گفتگو با ناصر کاتوزیان*، *مجله نقد و نظر*، سال سوم، شماره چهارم.

ب) عربی

کتاب

- الاصفهانی، شیخ محمدحسن، (۱۹۸۳)، *الفصول الغریبه*، چاپ اول، بیروت: دارالاحیاء العلوم الاسلامیه.
- غزالی، (۱۳۶۴)، *المستصفی فی علم الأصول*، جلد اول، قم: منشورات شریف رضی (افست).
- قاضی عبدالجبار بن أحمد، (۱۴۱۶)، *شرح الأصول الخمسه*، تحقیق: الدكتور عبدالکریم

عثمان، مصر: مکتبه الوهبه، الطبعة الثالثة.

- المعتق، عواد بن عبدالله، (۱۴۲۱)، *المعتزله و أصولهم الخمسه و موقف أهل السنه منها*، الطبعة الرابعة، الرياض: مکتبه الرشد.

ج) انگلیسی

Books

- Ehrlich, E., (2001), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Transaction Publications, New Brunswick.

- Heinrich, A. Rommen, (1998), *The Natural Law, a Study in Legal and Social History and Philosophy*, translated by Thomas R. Hanly. Liberty Fund.

- Timasheff, N. S., (1974), *An Introduction to the Sociology of Law*, Greenwood Press, Westport.

Articles

- Griffiths, J., (1986), "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 1.

- Murphy, Mark. C., (2005). "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.

- Sally E. Merry, (1998), "Legal Pluralism", *Law & Society Review*, vol. 22.

د) فرانسوی

Ouvrages

- Auby, Jean Bernard, (2003), *La globalisation, le droit et l'Etat*. 1^e édition, Paris: Montchrestien.

- Auguste Comte, (1929), *Système de politique positive*. 5^e édition. T.I. Paris : Édition Société positiviste.

- Austin (1995), *The Province of Jurisprudence Determined*. New York. Cambridge University Presse. 1^e édition.

- Bentham, J., (1980), *Vue générale d'un corps complet de législation*. In : Œuvres ; T. I, Bruxelles : Société Belge de Librairie.

- Brimo, A., (1967), *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris : A. Pedone.

- Carré de Malberg, Raymond, (2003), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1^e édition. T. I. Paris : Dalloz, Réimpression de l'édition 1920 chez Recueil Sirey.

- Cohen-Tanugi, Laurent, (2007), *Le droit sans l'Etat, sur la démocratie en France et en Amérique*, 5^e édition, Paris : PUF.

- Dabin, Jean, (1969), *Théorie générale du droit*, 2^e édition, Paris : Dalloz.
- De Tocqueville, Alexis, (1986), *De la démocratie en Amérique*. 2^e édition. T. II. Paris. Gallimard.

- Delmas Marty, Mireille, (2006), *Le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit (II)*. Paris : Seuil.

- Del Vecchio, Giorgio, (1927), *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, Réimpression de la 1^e édition.

- Duguit, Léon, (1927), *Traité de droit constitutionnel*. 3^e édition en cinq volumes T. I. La règle de droit et le problème de l'Etat. Paris : Ancienne librairie Fontemoing.

- Duguit, Léon, (1999), *Les transformations du droit public*, Paris : Édition la Mémoire Du Duguit. Réimpression de l'édition 1913 chez Librairie Arnaud Colin.

- Duguit, Léon, (2000), *Leçons de droit public général*, Paris : La Mémoire Du Droit. Réimpression de l'édition 1926 chez E. de Boccard.

- Durkheim, Emile, (1987), *La science sociale et l'action*. 2^e édition Paris : PUF.

- Friedmann, W., (1965), *Théorie générale du droit*, 4^e édition, Paris : L. G. D. J.

- Gurvitch, Georges, (1972), *L'idée du droit social*, Aalen : Édition Scientia Verlag, Réimpression de l'édition 1932 chez Recueil Sirey.

- Jellinek. Georg (2005). *L'Etat moderne et son droit*. Paris : Édition V. Giard et E. Brière. 1^e édition. 1911. T. I. Théorie générale de l'Etat. Réédité par Éditions Panthéon Assas avec la préface d'Olivier Jouanjan.

- Kelsen, Hans, (1999). *Théorie pure du droit*. Traduit par Charles Eisenmann, 1^e édition, Paris : Bruylant et L.G.D.J.

- De Senarclens, Pierre (2001). *La mondialisation, théorie, enjeux et débats*.

2^e édition, Paris. Armand Colin.

- Pioget, (1947), *Participation aux travaux de l'Association Henri Capitant*, séance du 5 juin 1946. In. Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, 1^e édition, T. II, Paris : Dalloz.

- Ripert, George, (A.1998), *Le déclin du droit*. Études sur la législation contemporaine. Paris: L.G.D.J. Réimpression de l'édition (1949).

- Ripert, Georges, (B.1998), *Les forces créatrices du droit*. Paris : L.G.D.J. Réimpression de 2^e édition (1955).

- Rosanvallon, Pierre, (1990), *L'Etat en France de 1789 à nos jours*. 1^e édition, Paris : Éditions du Seuil.

- Roubier, Paul, (2005), *Théorie générale du droit*, histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales. 2^e édition. Avec préface de David Deroussin, Paris : Dalloz.

- Supiot, Alain, (2005), *Homo Juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du droit. 1^e édition, Paris. Édition du Seuil.

- Seydel, Max, (1873), *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg.

- Truchet, Didier, (2003), *Le droit public, que sais-je ?* Paris : PUF. 1^e édition.

- Villey, Michel, (2006), *La formation de la pensée juridique moderne*, 1^e édition, Paris : Quadrige/PUF.

- Von Jhering, Rudolf, (2006), *La lutte pour le droit*, présenté par Olivier Jouanjan, 1^e édition, Paris : Dalloz.

- Wahl, Jean, (2005), *Les Philosophies pluralistes d'Angleterre et d'Amérique*, Paris : Les empêcheurs de penser en rond.

Articles

- Arnaud, André-Jean, (1998), "Introduction", à la première partie de Les transformations de la régulation juridique. Droit et Société, Recherches et Travaux, N° 5. Paris : L.G.D.J.

- Ben Achour, (2004), "L'idée de justice naturelle dans la pensée juridique sunnite", In. Mélanges en l'honneur du doyen Sadak Belaïd, C. P. U. pp. 159-189.

- Bobbio, Norberto, (1979), "Le contrat social, aujourd'hui", in. Il pubblico

e il privato. Archivio Di Filosofia. Roma : Padova. 1^e edition. pp. 61-68.

- Chevallier, Jacques, (1998), “Vers un droit postmoderne”, In. Les transformations de la régulation juridique. Droit et Société, Recherches et Travaux, N° 5. Paris : L.G.D.J.

- David, René, (1982), “L’arbitrage dans le commerce international”, In. Le droit comparé, droits d’hier, droits de demain. 1^e edition, Paris : Economica, pp. 354-359.

- Delmas Marty, Mireille, (1999), “La mondialisation du droit : chances et risques”, In. Recueil Dalloz Sirey, N° 5.

- Favoreu, Louis, (1996), “La constitutionnalisation du droit”. In. L’unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago, 1^e édition Paris : Economica.

- Gorovtseff, Alexandre, (1927), “ Problème de la distinction entre le droit public et le droit privé à la lumière de la conception nouvelle de la notion d’objet en Droit et Classification des disciplines juridiques sur la base de cette notion”, In. Revue générale de droit, T.II.

- Ingber, Léon, (1972), “Le pluralisme juridique dans l’œuvre des philosophes du droit”. in. Le pluralisme juridique. Etude publiée sous la direction de John Gilissen. 1^e édition, Édition de l’Université de Bruxelles.

- Kelsen, Hans, (1926), “Théorie générale de l’Etat ”. Traduit en français par Charles Eisenmann. in. Revue de droit public et de la science politique en France et à l’étranger, N° 43.

- Roux, Louis (1992), “Hobbes et la loi: presentatio”, In. Le pouvoir et le droit, Textes réunis par Louis Roux et François Tricaud, 1^e édition, Saint-Etienne, Publications de l’université de Saint-Etienne.

- Terré, Dominique (2006), “Le pluralisme et le droit”, in. Le pluralisme, Archives de philosophie du droit. T. 49, Paris : Dalloz.

- Vanderlinden, Jacques, (1927), “Le pluralism juridique, Essai de synthèse”, In. Le pluralisme juridique, Etudes publiées sous la direction de John Gilissen. Edition de l’Université de Bruxelles, 1^e édition.

- Verhoeven, Joe (2000), “Souveraineté et mondialisation : libres propos”. in La mondialisation du droit, sous la direction d’Eric Loquin et Catherine Kessedjian. 1^e édition, Paris : Litec.

- Von Gierke, Otto, (1874), “Le fondement du droit public et les nouvelles théories du droit public”, Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft,

Tübingen.

- Zoller, Elisabeth (2006), “Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l’Etat”, In. Le pluralisme, Archives de philosophie du droit. T. 49, Paris: Dalloz.