

رابطه دکتربین با قاعده‌سازی قضایی و هرمنوتیک حقوقی در نظام حقوق نوشته

حسین قهاری^۱ تاریخ دریافت: ۹۹/۹/۲۶

ربیعا اسکینی^۲ تاریخ پذیرش: ۹۹/۱۲/۲۰

چکیده

نظام حقوقی رومی-ژرمنی، به رغم آن که دکتربین را در شمار منابع حقوق می‌آورند، الزام‌آور نبودن نظریه‌های علمی را مانعی برای پذیرش آن عقاید به عنوان منبع رسمی حقوق می‌دانند. اما در روزگار کنونی، گسترش دعوای دشوار، گوناگونی تفسیرهای قضایی، چیرگی عدالت بر نظم و نابسندگی مفهومی و مصداقی قوانین، سبب شده است تا دادرسی مدرن، علاوه بر قوانین، از منابع دیگری مانند دکتربین حقوقی، متأثر گردد. افزون بر آن، قانون همواره متعین نیست و لازم است تا قاضی برای تطبیق حکم و موضوع، دست به تأویل متن و گاه، جعل موضوع بزند. مدلل کردن تصمیم در جریان قاعده‌سازی قضایی و تفسیر متن و موضوع حقوقی در راستای موجه‌سازی رأی، فرایندی است که نیازمند استدلال است. در این گذرگاه عقلانی است که دکتربین حقوقی، بدل به ابزار قدرتمندی می‌شود و در پس مهم‌ترین بخش رأی؛ یعنی قسمت موجه‌سازی، پنهان می‌شود تا تصمیمی احساسی را در هیأتی عقلانی، بنمایاند. اما چالش اساسی، گزینش دیدگاه از بین آرای مختلف حقوقدانان است. شیوهی پیشنهادی، آن است که دادرسی با استفاده از نظریه‌های مختلف، قیاس‌هایی از قواعد بسازد تا به عدالت شهودی‌اش چهره منطقی ببخشد.

کلیدواژگان: دکتربین حقوقی، قاعده‌سازی قضایی، منابع حقوقی، هرمنوتیک حقوقی.

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید قم، ایران، (نویسنده مسؤول)

Hossein.ghahari@yahoo.com

^۲ عضو هیأت علمی دانشگاه مفید قم، دکترای تخصصی حقوق خصوصی،

Drskini@inbox.com

نگاهی اجمالی به پژوهش‌های حقوقی، نشان‌گر این واقعیت است که عمده مباحث دانایان، پیرامون مسائل و موضوعات فرعی‌تر و کاربردی‌تر حقوق است و بنیان‌های نظری، کم‌تر مورد توجه قرار گرفته‌اند. دانش‌آموختگان حقوق در رویارویی با ساختارهای فکری و مبانی بنیادین، انبوهی از پرسش‌ها را فرا روی خود می‌بینند. عرف، رویه قضایی و دکترین حقوقی از جمله این موضوعات مبهم و مهجور علمی به‌شمار می‌روند که نیازمند بازشناسی هستند.

پیچیدگی روابط انسانی، به‌ویژه در وضعیت حقوقی ناشناخته‌ای مانند دعاوی برخاسته از مسئولیت مدنی، نظام دادرسی را با بحران منابع^۱ روبرو ساخته است. وکیلان و قاضیان در زندگی حرفه‌ای خود با دعاوی دشواری مواجه می‌شوند که ابزار قانونی مناسبی برای رفع خصومت نمی‌یابند. (=اشکال ارتباط^۲) از سوی دیگر، وظیفه حل و فصل دعوا بر عهده دادرس نهاده شده است. در چنین وضعیتی، چاره‌ای جز اعتماد به قاضی و تلقی سکوت مقنن به تفویض اختیار قانون‌گذاری به دادرس نداریم.

عدم تعین قوانین موجود که بدان اشکال طبقه‌بندی^۳، اطلاق می‌کنند نیز دلیل دیگری برای استفاده از سایر منابع حقوق از جمله نظرات دانشمندان حقوق، به دست می‌دهد تا از طریق تأویل متون حقوقی به نتیجه عادلانه‌تر نایل آییم. آیا دکترین می‌تواند به عنوان یکی از منابع جایگزین، نقص قانون‌گذار در پیش‌بینی قاعده مناسب را ترمیم نماید؟ فرایند عقلانی تفسیر، تا چه اندازه می‌تواند از دکترین، بهره‌مند شود؟

در این پژوهش، به دنبال پاسخی برای پرسش‌های فوق هستیم و قصد داریم تا رابطه دکترین با فضای بی‌قاعده و نیز اثر دیدگاه‌های علمی بر هرمنوتیک را از نظرگاه برخی مکاتب مهم حقوقی، بررسی کنیم. شیوه گردآوری، کتابخانه‌ای است و روش پژوهش، توصیفی-تحلیلی است.

1. Crisis of Sources.

2. Problem of Relevance.

3. Problem of Classification.

در بخش نخست این نوشتار، ماهیت، کارکرد و جایگاه دکترین، در بخش دوم، رابطه دکترین با قاعده‌گذاری قضایی و در بخش سوم، هرمنوتیک متأثر از نظریه دانشمندان حقوقی را بررسی خواهیم کرد.

۱-چستی دکترین و اعتبار رأی دکترین محور

شناخت رابطه دکترین با قانون و نظام دادرسی، مستلزم بررسی ماهیت دکترین و چگونگی انطباق ویژگی‌های نظریه علمای حقوق با خصوصیات قانون به عنوان منبع مورد وفاق حقوق است.

۱-۱-واژه و پنداره دکترین

دکترین^۱ واژه‌ای از ریشه لاتین (DOXA) است که به معنای نظریه، آیین،^۲ اندیشه، فکر، فرهنگ، مسلک، عقیده^۳ و رأی آمده است. (دهخدا، ۱۳۷۷/۵: ۱۰۹) معادل فارسی آن از سوی فرهنگستان زبان و ادبیات فارسی، "رهنامه" پیشنهاد شده است. (میرشکاری، ۱۳۹۱: ۲۳۶) در اصطلاح علوم، دو معنا برای دکترین ذکر شده است: در معنای فلسفی، دکترین، "تصدیق یا باور به چیزی حقیقی" است و از نقطه نظر کارکرد اجتماعی، عبارت است از "آموزه" و تعلیم.^۴ (Comstock, 1987: 384-385)

"دکترین، اصول و آموزه‌هایی کلی است که در هر یک از شاخه‌های علوم (مانند حقوق) مورد تصدیق بوده و در راستای توجیه و تفسیر قواعد موجود، از سوی دانشمندان و نظریه‌پردازان و مجریان آن شاخه علمی ابراز می‌شوند." (آقابخشی و افشاری راد، ۱۳۷۹: ۱۷۱) "هدف دکترین، هدایت اقدام در پشتیبانی از برنامه‌ها و سیاست‌های کلی بوده و به کار بردن آنها مستلزم درک صحیح مقتضیات برگرفته از چشم‌اندازهای مطلوب است." (محمدنژاد و نوروزی، ۱۳۸۷: ۱۴۶) منطق دکترین، قابل

۱..Doctrine.

۲. Dogma.

۳. Tenet.

۴. Teaching.

۵ - کاپیتان، دکترین را "عقیده عمومی تعلیم داده شده به وسیله استادان یا سایر کسانی که درباره حقوق می‌نویسند و تعلیم نمی‌دهند" می‌داند و کربونیه آنرا عقایدی معرفی می‌کند که در نوشته‌های عالمان آمده است و از سوی نظریه‌پردازان فهمیده می‌شود. (به نقل از دکتر کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۶۰۳).

چشم‌پوشی نیست، با وجود این، به‌کارگیری آن مستلزم مهارت و قوه تشخیص مقام تصمیم‌گیرنده است.

در دانش حقوق، به معنی نظریه‌ای علمی و حقوقی است که از سوی دانشمندان ابراز می‌شود. در ادبیات فارسی از آن با عناوین «نظریه‌ی حقوقی»، (ساکت، ۱۳۷۱: ۳۶۵) «عقاید علمای حقوق» یا «اندیشه‌ی حقوقی»، (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۲۰۰، واحدی، ۱۳۴۹: ۲۰۶) «کار علمای حقوق» و «ادبیات حقوقی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۵۹) یاد می‌شود. در ادبیات عرب بدان «فقه» اطلاق می‌شود و از مفهوم اصطلاحی فقه کلاسیک اسلام، متمایز است. (دانش پژوه، ۱۳۹۰: ۸۷)

۱-۲- دکتربین؛ منبع یا مبنا

آیا دکتربین منبعی برای حقوق است یا مینیاتوری از نظریات پراکنده است که از ایفای هرگونه نقشی در دادرسی، ناتوان است؟

دو اصطلاح مبنا و منبع حقوق از باب مسامحه، اغلب با یکدیگر خلط می‌شوند.

(Rottleuthner, 2005: 2)

مبنای حقوق، خاستگاه قاعده حقوقی است و به این سؤال بنیادین پاسخ می‌دهد که منشأ الزام‌آور بودن قاعده حقوقی چیست؟ اما منبع حقوق به طور کلی عبارت از جایگاهی است که می‌توان قاعده حقوقی را در آن یافت. (دانش پژوه، ۱۳۹۰: ۹، شهابی و جلالی، ۱۳۹۱: ۱۰۰)

مطابق تفکیکی که نویسندگان حقوقی از مبانی حقوق^۱ و منابع حقوق^۲، ارائه می‌دهند، موضوعاتی که بستر حق و تکلیف محسوب می‌شوند در گروه مبانی حقوق و صورت‌های ایجاد قواعد حقوقی که مظهر ظاهری و خارجی مبانی حقوق هستند، ذیل منابع حقوق دسته‌بندی می‌شوند. (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۷-۵ و ۱۲۱-۱۲۳)

بسیاری از حقوق‌دانان نظام نوشته، دکتربین را منبعی برای حقوق نمی‌دانند. (cornu, 1991:

451, Roubier, 2005: 13, Jean- luc, 2008: 182, Jestaz, 2005: 116, Gilles &

¹. Foundation of Law.

². Sources of Law.

Jacques, 1997: 227, Carbonnier, 1991:35, Mazeaud, 1991: 99, نقل از

اسلامی پناه، ۱۳۹۹: ۱۶)

برخی دیگر از اندیشمندان در منبع بودن دکترین تردیدی به خود راه نمی دهند، اگرچه تمایلی ندارند که از اعتبار و درجه تأثیر آن، بحثی به میان آورند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۵۹، سعد، ۱۹۹۵:

۶۰، کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۲: ۶۰۳، کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۲۰۰، الصدّه، بی تا، ۱۷۸، دانش پژوه، ۱۳۹۰: ۸۶)

صاحبان اندیشه وابسته به نظام حقوق نوشته، دکترین را آراء و عقاید علمای حقوق^۱ می دانند که منبع غیر مستقیم حقوق به شمار می رود و مؤثر در آرای قضایی است. (لنگرودی، ۱۳۸۶/۳، ۱۹۴۷) از نظر ایشان، کارکرد دکترین از حدود تفسیر قواعد حقوقی و نقد آراء قضایی فراتر نمی رود. (اسلامی پناه، ۱۳۹۹/ ۱۲

(Saratate Opinion of Judge Ammoun, ICJ)

حقوقدانان فرانسه باور دارند که دکترین منبع رسمی نیست، بلکه "منبع الهام بخش"^۲ یا یک منبع بالفعل^۳ در عرض منابع اصلی محسوب می شود. آنان معتقداند که دکترین در علم حقوق همان نقشی را دارد که افکار عمومی در سیاست ایفا می کند. آنان معتقداند که وکیلان و قاضیان، در تحلیل موضوع دعاوی تحت نظر خود، به صورت ناخودآگاه از دکترین بهره می گیرند (Tiller & Cross, 2005: 41)^۴ و نمی توان نظریه‌ی علمای حقوق را در شمار منابع آورد. فرانسویان می گویند: اگرچه اندیشه سترگ حقوقی، هدایت‌گر قانونگذار است و مبانی نظری دادرس را سامان می دهد، ولی حتی اگر درستی یک دکترین، مورد اتفاق تمام صاحب نظران باشد، نمی تواند منبع مستقلی برای حقوق باشد، زیرا مفاهیم انتزاعی، مقید به هیچ قید و بندی نیستند. (Planiol et Ripert, 1948/6, 352)

به باور نگارندگان، به رغم عمومیت پرسش از منبع یا مبنا بودن دکترین، اساساً طرح چنین سؤالی،

نادرست است. زیرا:

^۱ Legal Doctrine.

^۲ A Source of Inspiration.

^۳ De Facto.

^۴ تحقیقات گسترده‌ای که طی سالیان اخیر، از سوی کنگره ایالات متحده صورت گرفته است، نشان از تأثیر عمیق دکترین در فرآیند قانونگذاری و صدور رأی دارد:

Gregory C. Sisk et al., Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning, 73 N.Y.U.L REV. 1377(1993), Cass R. Sunstein, et al.- Ideological Judging on Federal Circuit Courts of Appeals: A Preliminary Investigation, 90 VA.L.REV. 301(2004); Decisionmaking in U.S Circuit Courts of Appeals, Supra note.

اولاً: پندار جدایی همه‌جانبه‌ی منابع حقوق از مبانی، خام‌طبعی است. پیوند وثیقی که میان منبع و مبنای حقوق وجود دارد، به حدی است که گاه این ارتباط به رابطه‌ی اصل و فرع تعبیر می‌شود. (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۰) پذیرش دکترین، خواه به عنوان منبع و خواه به اعتبار مبنای حقوق، متأثر از پارامترهای مقارنی مانند سیاست و مذهب و نیز معیارهای نامقارنی مانند وضعیت روان‌شناختی دادرس، تاریخ تأثیر اندیشه بر حقوق و عامل جامعه‌شناختی است. شناسایی این مفاهیم، نیاز به بازشناسی دقیق برهم‌کنش عوامل فوق در حالت‌های گوناگون دارد.

ثانیاً: قطعیت و وضوح نتایج منطقی در قضایای مربوط به علوم طبیعی و ریاضی از مقدماتی روشن و مسلم (=آکسیوم) به دست می‌آید، اما چنین دقت و قطعیتی، در مقدمات مسأله حقوقی به ندرت حاصل می‌شود. تردیدهای ناشی از عدم تعیین قوانین، امکان تأویل متون حقوقی، فقدان مشابهت موضوع دعاوی و مسائل نوپدید حقوقی، بداهت اصل اولیه حقوقی را که باید به عنوان مقدمه یک استنتاج عقلی، مبنای قیاس حقوقی را تشکیل دهد از بین می‌برد.

ثالثاً: تا زمانی که ماهیت قاعده حقوقی مورد مناقشه است، کنکاش در طبقات مصادیق قاعده، هوده‌ای در پی ندارد. هیچ‌گونه اتفاق نظری درباره چستی و مصادیق منبع حقوق، یافت نمی‌شود. هر اندیشمندی به لحاظ نظام حقوقی یا مسلک فکری خود، درجه‌ای از اعتبار برای هنجارهای متداول حقوقی مانند قانون موضوعه، اصول اخلاقی، قرارداد، انصاف، عرف، عقاید متخصصان حقوق، و آراء قضایی، قائل است. (Golding, 2007: 181) اما باید تأکید کرد؛ اگرچه قرائت‌های متناقضی وجود دارند که از سوی مکاتب فلسفی حقوق در فضای گفتمان انتقادی بر هم اثر گذارده‌اند^۱ اما منبع حقوق، چیزی جدای از خود حقوق نیست و بهتر است چنین بیندیشیم که هر آنچه ارزش گفتگو و اعتباربخشی به عنوان هنجار حقوقی را داشته باشد، دست‌کم در میان گروهی از اندیشمندان، منبع حقوق به شمار می‌رود و از این منظر، دارای ماهیت واحدی با حقوق است. رکن شاخص منبع حقوقی، اعتبار و پذیرش آن توسط دادگاه است. چنین ویژگی‌هایی می‌تواند ناشی از تصویب مرجع ذی‌صلاح، رأی دادگاه یا قرارداد باشد. (Hart, 1994: 27)

^۱ نمونه‌ی این اثرپذیری را می‌توان در نسبت میان جان آستین و هارت، هارت و دورکین و نیز اثرپذیری پوزیتیویسم انگلیسی زبان از هانس کلسن، مشاهده کرد.

رابعاً نسبت اعتبار دکتربین، حتی در میان قانون‌گرایان افراطی نیز قابل شناسایی است. پوزیتیویست‌ها، قاعده حقوقی را یگانه منبع حقوق می‌دانند. (راسخ، ۱۳۹۳: ۷۶) بدین معنا که وجود و اعتبار یک هنجار حقوقی را ملازم یکدیگر می‌دانند؛ یعنی تعبیر این عبارت که «قاعده‌ای حقوقی وجود دارد» آن است که آن قاعده «معتبر است و لاجرم باید از آن، اطاعت کرد.» (Golding, 2007: 196)

اما باید دانست که مفهوم قاعده حقوقی، لزوماً منطبق بر هنجار بایندی نیست. یک هنجار (مانند قانون رسمی و مصوب) به عنوان منبع حقوق، حاوی گزاره‌ای است که در فرایند دادرسی به قاعده‌ای حقوقی یا گزاره‌ای بایندی بدل می‌شود. به عبارت دیگر، نمی‌توان این ادعا را پذیرفت که اعتبار و وجود یک هنجار، به منزله پذیرش و اعمال آن است. قاضی در فرایند دادرسی به حقوق کشور خود توجه نموده و ملاحظاتی را مدنظر قرار می‌دهد. او به دنبال قاعده حقوقی قابل اعمال بر موضوعات دعوا است. (چراغی، ۱۳۹۸: ۳۴) در این مسیر، اگرچه پذیرش و اعمال یک قاعده‌ی حقوقی توسط وی به منزله اعتبار آن قاعده است، اما وجود هنجارهای دیگری را که ممکن است از سوی دادرس دیگری، پذیرفته شود، نفی نمی‌کند. پس با این که پذیرش یک دکتربین از سوی دادرس به منزله اعتبار آن به عنوان یک «باید» است، ولی عدم اعمال آن بر دعوا، دلیل بر بی‌اعتباری نظر نیست. در واقع، معیار تشخیص این‌که یک هنجار ویژه، منبع حقوق و به دنبال آن قاعده حقوقی به شمار می‌رود یا نه، اعتبار همان هنجار است. لذا به مجرد این‌که قاعده‌ای از منظر نظام دادرسی یک کشور، قابلیت اثرگذاری در تصمیم قضایی را داشته باشد، منبع حقوق محسوب می‌شود.

ذکر این نکته نیز بایسته است که تقسیم حقوق به «اصلی» و «فرعی»، با هدف دادرسی، انطباقی ندارد، زیرا صرف‌نظر از این که پیامد چنین تفکیکی، اختلاط مفهوم «مبنا» و «منبع» حقوق می‌باشد، در وضعیتی که یک نهاد حقوقی مانند دکتربین، مورد پذیرش دادگاه قرار گیرد، اثری بر این تقسیم‌بندی مترتب نخواهد شد، زیرا الزامی که از حکم دادگاه بر می‌خیزد، در مرتبه‌ای فراتر از قانون قرار می‌گیرد. این‌که مبنا یا تصمیم دادگاه را منبع فرعی یا منبع اصلی بنامیم، در ایجاد وضعیت جدید حقوقی ناشی از اعتبار رأی، اثری ندارد. بر این بنیاد، ماهیت رأی که بر یک نظریه علمی استوار شده است با تصمیم مبتنی بر قانون از حیث الزام متداعیین به مفاد آن رأی، یکسان است.

آیا رأی دادگاه می‌تواند به همان اندازه که معتبر است، متقاعدکننده نیز باشد؟

تفاوت این دو پنداره به دوگانگی رویکرد اسکات خصم و اقناع مخاطب باز می‌گردد که در چارچوب اعتبار و مقبولیت رأی دادگاه، بررسی می‌شود.

۱-۳- اعتبار و مقبولیت رأی قضایی

هنگامی که هنجاری در فرایند دادرسی به عنوان قاعده حقوقی، رسمیت می‌یابد، هویت وجودی آن به هستی معتبری بدل می‌شود که الزام شهروندان به پیروی از آن را لازم می‌گرداند. به عبارت دیگر با اتخاذ تصمیم قضایی، اعتبار قاعده با الزام ناشی از رأی دادگاه، مقارن می‌شود. دادرسان به طور معمول به دنبال شکل خاصی از استدلال‌اند که مخاطب، چاره‌ای جز پذیرش آن نداشته باشد و درعمل درپی فصل خصومت از طریق الزام مخاطب‌اند تا ترضیه خاطر طرفین. این رفتار، ریشه در این واقعیت دارد که تلازمی میان اجبار ضروری برآمده از تصمیم قضایی و انطباق آن با پیش‌فرض‌های مقبول اهل نظر، برقرار نیست و رد یا پذیرش استدلال دادگاه از سوی اصحاب دعوا نقصانی در اعتبار رأی پدید نمی‌آورد. بر این بنیاد، باید میان دو مفهوم "قابل قبول" و "معتبر" قایل به تمایز شد.

دادگاه‌ها برای موجه‌سازی رأی خود ناگزیر از استدلال‌اند. معیار استدلال بر مبنای دکتربین، مخصوص به حوزه‌ای است که دادرسی در آن رخ داده است. این حوزه می‌تواند قلمرو جغرافیایی، دامنه نفوذ حقوقی، سیاسی یا اجتماعی باشد. به عنوان مثال، استناد به دکتربین در حقوق بین‌الملل خصوصی امری رایج و در دعاوی کیفری رفتاری نادر به شمار می‌رود و چنانچه دادگاهی با توسل به یک دکتربین حقوقی، مجرمی را معاف از مجازات گرداند، ای بسا باید تبعات تعقیب انتظامی را پذیرا شود، اگرچه رأی مقبول بخشی از قضات و صاحبان اندیشه حقوق کیفری باشد. در این فرض، هرچند مخالفت‌های طرف دعوا یا اربابان نظر، خلدشه‌ای به تصمیم قضایی وارد نمی‌سازد و رأیی که بر مبنای دکتربین صادر شده است، از اعتبار کامل و پشتیبانی ساختار سیاسی دولت برخوردار است، لیکن آنچه که سبب گردآمدن مقبولیت و اعتبار در یک اندیشه حقوقی شده است، اعتبار سیاسی تصمیم دادگاه است که نظریه حقوقی صرف، فاقد آن است.

¹ Acceptability = credibility.

² Valid.

بنا بر این هرچند ممکن است نتیجه یک استدلال قضایی از نظر اشخاص خارج از حوزه دادرسی، غیرمنطقی، ناعادلانه و نامربوط جلوه کند و از این جهات غیرقابل قبول تلقی شود، لیکن به عنوان یک رأی، واجد اعتبار است. پس یک رأی می‌تواند معتبر و در عین حال غیرقابل قبول باشد، ولی عکس این قضیه صادق نیست و یک اندیشه حقوقی، هراندازه که مقبول و منطقی باشد، تنها یک دیدگاه است. به همین دلیل است که برخی از دانایان حقوق، اندیشه‌های حقوقی را «ادب حقوقی» نامیده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۴۸۸ به نقل از ریبر، بولانژه و کربونیه)

اثر دکتربین در مقبولیت رأی چیست؟

قاضی خردمند به تجربه در می‌یابد که هر آنچه رأی قضایی، ناظر به مفاهیم قانع‌کننده و دربردارنده عناصر گفتمان عقلانی باشد، آن تصمیم افزون بر اعتبار اجرایی، جلوه‌ای منطقی و مقبول خواهد یافت. او بیش از آن‌که به دنبال احتجاج (=شاهد قانون =دلیل حکمی) باشد به آتجاه تصمیم خود متمایل می‌شود. شاید به همین دلیل است که کانون توجه دانشگاهیان و وکیلان، رأی دادگاه است. آن‌ها هرگز این ایده را پنهان نمی‌سازند که هدفشان از نقد و تفسیر قواعد موجود، دسته‌بندی اصول حقوقی و عرفی، ترسیم خطوط فارق میان مصالح و مفاسد و تبیین وضعیت مطلوب در یک مسأله حقوقی در نهایت آن است که از طریق اقلان دادرسی، نقشی در اجرای عدالت و سهمی در احقاق حق داشته باشند. به عبارت دیگر، مخاطب واقعی اندیشمندان حقوقی، دادگاه‌ها هستند و مادامی که عقیده‌ای، مقبول دادگاهی قرار نگرفته است، مقصود حاصل نمی‌شود. تنها با اثرپذیری وجدان دادرسی است که دکتربین، از اندیشه‌ای مجرد به تصمیمی معتبر بدل می‌شود. (جعفری‌تبار، ۱۳۹۹: ۸۹)

از سوی دیگر باید در نظر داشت که مسیر استدلال دادگاه، همواره در معرض نقد صاحبان اندیشه، دادگاه‌های بالاتر و دیگر دست اندرکاران دادخواهی قرار دارد و ناگزیر باید درجه‌ای از مقبولیت را در خود داشته باشد.

طرفداران حکمت عملی و منطق خطابی، معتقداند که استدلال باید معقول باشد نه عقلانی، و معقول بودن نیز چیزی جز مقبولیت نیست. مقبولیت تصمیم، هنگامی به دست می‌آید که مخاطبین یک امر اعتباری، نسبت به آن، احساسی همراه با زیبایی و عدالت داشته باشند. (جعفری‌تبار، ۱۳۹۹: ۴۳)

لازمه استدلال حقوقی، استقلال دادرس در به‌کارگیری خودخواسته تمامی ابزارهای فکری برای موجه‌سازی و موجدسازی تصمیم قضایی است. چنین سلطه‌ای اقتضاء دارد تا دکترین، چه به عنوان منبع و چه به صورت مبنای تصمیم در بخش‌های مختلف رأی به‌کار آید.

۲- بستر به‌کارگیری دکترین

در این نوشتار به این عقیده پای‌بند هستیم که دکترین، بخش مهمی از حقوق است. چنین ایده‌ای مستلزم معرفت‌شناسی حقوق با تبیین ارکان آن است.

قاعده حقوقی چیست؟ آیا دکترین می‌تواند به عنوان هنجار حقوقی، از پشتیبانی حاکمیت برخوردار شده و الزام‌آور باشد؟ طریق این تبدل و ضمانت اجرای آن چیست؟ اگر پاسخ مثبت است، آیا با تبدل نظریه حقوقی به گزاره بایندی، ماهیت آن نیز تغییر می‌یابد؟

پاسخ به سوالات فوق در گرو شناسایی بستر به‌کارگیری دکترین نزد پیروان دیدگاه‌های مختلف فلسفی است. بر این بنیاد، دیدگاه‌های شاخص مرتبط با این پژوهش را در دو زمینه «هرمنوتیک حقوقی» و «قاعده‌سازی قضایی» بررسی می‌کنیم.

۲-۱- دکترین در هرمنوتیک حقوقی

واژه «هرمنوتیک» ریشه یونانی دارد و به معنای تبیین، ترجمه یا تفسیر است. (جعفری، ۱۳۸۱: ۷۹) معنای اصطلاحی آن را «روشن شدن»، «واضح ساختن» و «پرده برداشتن از پیام» دانسته‌اند. یافتن معادل فارسی برای هرمنوتیک به نحوی که بتواند بار معنایی اصطلاح مطرح در غرب را نشان دهد، دشوار است، اگرچه برخی از تعبیری مانند «تفسیر»، «علم تأویل» و «روش تأویل» استفاده کرده‌اند. (بهرامی، ۱۳۷۹: ۱)

بسیاری از دعواها با قواعدی از پیش موجود روبرو هستند که اعمال آن‌ها بر اختلاف حقوقی، نیازمند تفسیر و تطبیق است.^۱ چرایی تفسیر را باید در این نکته جست که قانون‌گذار همواره کلی‌گو و گزیده‌گو

^۱ تودوروف (Tzvetan Todorov) ادیب بلغارستانی، در مقاله «چگونه خواندن» به سال ۱۹۷۱ سه گونه خوانش از متن را توصیف می‌کند: الف) خوانش برنامه‌ریزی شده که به یاری اصول و قواعد بیرون از متن، خواننده می‌شود و در آن به تحلیل‌های روانشناختی از نویسنده، تاریخ‌شناسی زمان نگارش متن و اموری مانند

است. حکم مقنن، غالباً قابل تطبیق با وقایع مورد استناد طرفین و جهات مدنظر دادرس نیست و دادرس ناگزیر از تأویل قانون است.

تفسیر، مرکز حقوق است. (کاتوزیان، نقل از الشریف، ۱۳۹۹: ۹) تنها راه دست یافتن به اندیشه آدمی، عبور از سد زبان است و این انحصار، ارتباط تنگاتنگ تفسیر «متن» با زبان‌شناسی و منطق را توجیه می‌کند. «متن»، در دانش هرمنوتیک، مفهوم عام‌تری نسبت به نوشتار دارد. در دانش‌های مرتبط با هرمنوتیک یعنی جامعه‌شناسی، روانشناسی، حقوق، الهیات و تاریخ، همه ارکان، کارکردها و گونه‌های جامعه، روان انسان، حقوق، الهیات و تاریخ، متن به شمار می‌روند. از این رو مثلاً در جامعه‌شناسی با جامعه، در حقوق با مفاهیم حقوقی مربوط به قوانین مصوب، دعوای، تعبیرها و تأویل‌های دادرس از قانون و امور موضوعی و دکترین‌ها، در معنای «متن»، مواجه‌ایم.^۱ (علوی مقدم، ۱۳۹۷: ۱۷۹)

هرمنوتیک کهن در صدد یافتن معنای اصیل متن و به اصطلاح «تأویل» است. هرمنوسین‌های شاخص سستی، مانند ویلهلم دیلتای^۲، هیرش^۳، بتی^۴ و اشلایر ماکر^۵ بر این عقیده بودند که هرمنوتیک، مجموعه‌ای روشمند برای گریز از بدفهمی است.

اما هرمنوتیک مدرن، تفسیری است که خود را از قید الفاظ رها کرده است. از پیشگامان هرمنوتیک معاصر، فردریش اشلایر ماکر^۶ آلمانی است. او کوشید تا هرمنوتیک را به دانش نظام‌مندی تبدیل کند که

آن توجه می‌شود. (ب) خواندن تفسیری که روش کامل‌تری از شیوه نخست است. در این نوع خواندن، واقعیت‌های بیرون از متن، مدنظر خواننده قرار می‌گیرد. مقایسه‌ای که میان متن قانون با نظریات حقوقی در ذهن دادرس، شکل می‌گیرد، خوانش از این طریق است. (پ) خواندن خوانا با نظریه‌ی ادبی که در این شیوه از خواندن، هدف خواننده، کشف اصول و قواعد عام از متن است. در این شیوه، فرایند تأویل متن به سوی متنی دیگر که در پشت متن مورد مطالعه، پنهان شده است، حرکت می‌کند. (برگرفته از Trodov, 1971: 41 – 253)

نقل از علوی مقدم، ۱۳۹۷: ۱۹۰ – ۱۹۱)

^۱ ژاک دریدا از «متن» به این باور تعبیر کرده است که همه‌ی نظام هستی را سامانه‌ی نقش‌مند اطلاعاتی در نظر بگیریم که علی‌الاصول، تمام سطح هستی را در بر می‌گیرد. پس، نوشتار، اطلاعات ژنوم، زبان و پردازش‌های رایانه‌ای، همه و همه سویه‌هایی از این متن فراگیر به شمار می‌آیند. (مکاریک، ۱۳۹۰: ۲۷۲، نقل از علوی مقدم، ۱۳۹۷: ۱۸۰)

² Dilthey, Wilhelm. (1833- 1911)

³ Hirsch, Eric Donald. (1928)

⁴ Betti, Emilio. (1890- 1968)

⁵ Schleiermacher, Friedrich Daniel Ernst. (1768- 1834)

⁶ Schleiermacher, Friedrich Daniel Ernst. (1768 – 1834)

مرزهای تفهّم را در دیالوگ‌های گوناگون، آشکار سازد. (ریخته‌گران، ۱۳۷۸: ۱۹) با باور وی فهم، دوباره تجربه کردنِ اعمالِ ذهنی مؤلف است و تأویل، مرکب از دو سویه‌ی بر هم کنش است؛ «دستوری»^۱ و «روانشناسانه»^۲. هدف از تفسیر دستوری، درک ساختار معنایی جملات و شناسایی جایگاه واژگان است و تفسیر روانشناختی بر فردیت، نبوغ و پیام کلی نویسنده، متمرکز است. در این مرحله، مفسر به بازسازی^۳ و بازتولید^۴ شخصیت نویسنده‌ی متن می‌پردازد. (هولاب، ۱۳۷۵: ۸۱) از نظر او، منطق، به تنهایی نمی‌تواند کارکردهای «فهم» را آشکار سازد. تفهّم تا حدودی بر مبنای حدس و تا اندازه‌ای با کشف و شهود، واقع می‌شود. از این رو پذیرش دور هرمنوتیکی^۵ به منزله‌ی مسلم دانستن عنصر شهود به عنوان یک پیش‌فرض ناگزیر است. (پالمر، ۱۳۷۷: ۹۸)

رویکرد مدرن، چنین تحلیلی را نمی‌پذیرد و میان معناشناسی و هرمنوتیک، قائل به تفکیک شده است.

(احمدی، ۱۳۹۸: ۴۹۷)

یکی دیگر از اندیشمندان صاحب سبک هرمنوتیک معاصر، هانس گئورک گادامر است. وی در مقاله «معناشناسی و هرمنوتیک» به سال ۱۹۷۲ میلادی می‌گوید: اگرچه منشأ هرمنوتیک و معناشناسی، هر دو، گستره زبان است، لیکن راه آن‌ها از یکدیگر جداست. معناشناسی، نگاهی بیرونی به نشانگان و حقایق یا داده‌های زبانی دارد، اما توجه هرمنوتیک به سویه درونی و دلالت ترکیب نشانه‌ها برای تأویل کننده است.

¹ Grammatical.

² Psychological.

³ Reconstruct.

⁴ Reproduct.

⁵ فهم در دادرسی چگونه رخ می‌دهد؟ گادامر به این سوال، چنین پاسخ می‌دهد: «فهم با تحقق برخی شرایط، حاصل می‌شود. دادرسی در یک «سنت» می‌زید، به زبانی^۵ سخن می‌گوید، پیش‌داوری‌هایی دارد و تاریخ و موقعیت، فهم او را محدود می‌سازد. (آقایی، ۱۳۹۳: ۱۷۲) سنتی که قاضی در آن رشد کرده، بدون این‌که گزینشی در کار باشد، متأثر از رویدادهای گذشته، آموزش، محل و زمان تولد و زندگانی، شرایط اجتماعی و سیاسی، کارکرد و تاریخ‌مندی تأویل در معرفت او از دنیایی که با آن رو به رو است، اثر می‌گذارد.» (=دور هرمنوتیکی)

⁶ Hans Georg Gadamer. (1900- 2001)

محور معناشناسی، کارکرد همگانی دلالت لفظ بر معنا است و تمرکز هرمونوتیک، تأویل معانی است^۱؛ یعنی

تفهّم دلالت‌های خاص و کاربرد فردی و شخصی نشانه‌ها و معناها.^۲ (احمدی، ۱۳۹۸: ۵۷۶)

این نگرش سبب می‌شود که دکتربن به عنوان یکی از مؤلفه‌های مؤثر در تفسیر قوانین به کار گرفته شود. چنین تفسیرهایی ممکن است از سوی هر کدام از بازیگران عرصه دادرسی یا استادان حقوق، ارائه گردد. در اینجا باید توجه داشت که اگرچه دادرس، اختیار تفسیر قوانین مدون را از خود قانون دریافت کرده^۳ و می‌تواند با تفسیر خود از ظاهر قانون، عبور کرده و به عدالت، اخلاق، انصاف و برقراری نظم عمومی بپردازد، اما ارائه تفسیر مغایر با تفسیر دادرس، مقاومت در برابر قانون نیست. هرمونوتیک مدرن در صدد است تا فرایند «فهم» را توصیف نماید. هیچ‌کس در فضای خالی از اثرات تاریخ، ایدئولوژی، سنت‌ها، باورهای شخصی، پیش‌دانسته و آموخته‌ها نیست. از این رو، هیچ‌کس نمی‌تواند، تنها تفسیر خود را برداشت قطعی و نهایی و غیرقابل عدول از یک متن، به شمار آورد. تفهم، واقعه‌ای سیال و موج است که در رویارویی با پدیده‌های گونه‌گون، چهره‌ی متفاوتی از حقیقت را در می‌یابد. (کیوان‌فر، ۱۳۹۸: ۱۳)

تفسیر مبتنی بر هرمونوتیک مدرن، فرایندی زاینده و خلاق است که در نتیجه‌ی تقابل دیالکتیک میان متن و مفسر، شکل می‌گیرد و مولد معنایی غیر از آن معنایی است که مؤلف قصد بیانش را داشته است. چنین معنایی حاصل برداشت مفسر از متن است و متأثر از پیش‌پنداشت، پیش‌شناخت و انتظار شخصی او از متن است.

^۱ رولان باروت در مقاله‌ای با عنوان «از اثر تا متن»، کارکرد رمزگان را در خلق متن، مورد توجه قرار داده است. او می‌گوید: «نشانگان»، «رمزگان» که نشانه‌ها را نظم می‌بخشد و «گفتمان»هایی که این رمزگان به آن‌ها تعلق دارند، سه عنصر اساسی در آفرینش متن به شمار می‌روند. در واقع یک متن، انسجام خود را از رمزگان دریافت می‌کند که در نهایت به تولید معنا، منجر می‌شود. متن در این مفهوم، متمایز از «اثر» است. زیرا اثر، بر خلاف متن، از یک ژانر، هویت می‌گیرد. پس متن را باید در یک سامانه‌ی دلالتی بررسی و توجیه کرد که در آن سامانه، دال‌ها هویت می‌یابند و از آن‌جایی که بستر متن، عرصه‌ی دال‌هاست، ضرورت دارد تا در تحلیل‌های ساختارگرایانه، صورت‌گرایانه و هرمونوتیکی به نقش و ارزش دال‌ها، توجه بیشتری داشت و مدلول را در نوبت دوم اهمیت نهاد. (علوی‌مقدم، ۱۳۹۷: ۱۸۳)

^۲ تعبیر گادامر از هرمونوتیک به مفهوم «تأویل فنی» و برداشت او از معناشناسی به مدلول «تأویل دستوری» از نظر اشلایر مآخر نزدیک است. (برای مطالعه‌ی تفصیلی مراجعه کنید: بابک احمدی، ساختار و تأویل متن، ۱۳۹۸: ۵۷۲ به بعد)

^۳ به عنوان نمونه، اصل هفتاد و سوم ق.ا.ج.ا مقرر می‌دارد: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان، در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند، نیست.»

قابل انکار نیست که متن بر مفسر اثر می‌گذارد، اما اثر آن قطعی نیست و ممکن است شخص واحدی با مراجعه‌ی چند باره به متن واحد، تفسیرهای متعددی از آن به دست آورد.

دادرسی نیز مانند دیگر مفسرین متن قانون، متأثر از پیش‌پنداشت^۱ و آموزش‌های دیرین خود، برداشتی شخصی از متون حقوقی دارد که به لحاظ علمی و فنی نمی‌تواند آن استنباط را به دیگران تحمیل نماید، اگرچه پشتیبانی حاکمیت سیاسی، اعتبار ویژه‌ای به برداشت او اعطاء نموده باشد. با وجود این، فارغ از اعتبار یا وجود پشتوانه حاکمیتی تصمیم قضایی، آنچه که دارای اهمیت است، چگونگی اثرپذیری تصمیم قضایی از دکتترین در فرایند فهم دادرسی از متن قانون است. هرمنوتیک مدرن حقوقی، دادرسی را در موقعیتی تصور می‌کند که نمی‌تواند از وجود «موضوع» (ابژه) خارج از ذهن خود، آگاه باشد و درباره آن سخن بگوید، مگر به یاری ذهن خود. هیچ فاصله‌ای میان اندیشیدن دادرسی به ابژه و ذهنی شدن آن قابل تصور نیست. البته نباید از نظر دور داشت که قدر مشترکی از استدراک کمابیش مشترک افراد متعارف از پدیده‌ها، همواره در دسترس است که مبنای بسیاری از تصمیمات قضایی به عنوان واکنش متعارف و مورد انتظار از وقایع مورد استناد اصحاب دعوا است، اما همین تفاهم حداقلی متعارف نیز نمی‌تواند نتیجه قطعی تفسیر قانون باشد و تفسیر قضایی، با وقار ویژه‌ای در حال دگرگون‌ساختن مفاهیمی است که از نظر ساختارگرایان و فرمالیست‌ها، معنای حتمی منطبق بر قصد مقنن، شناخته می‌شود.

دادرسی مفسر قانون از چند جهت بر قانون، مسلط است. او می‌تواند چند معنی از میان معانی متبادر از متن قانون را که با فهم شخصی او سازگارتر است را برگزیند و در قالب تصمیم بگنجانند. او می‌تواند با اثرپذیری از ساختار ذهنی خود و پیش‌شناخته‌های برآمده از آموزه‌های حقوقی، با ساختار متن قانون درآویزد و وجدان خود را در معرض برداشت شخصی‌اش از عناصر موضوعی دعوا قرار داده و ذهن خلاقش را به واکنش وادارد.

^۱ در فرایند فهم متن، عناصری به منزله‌ی مبانی هرمنوتیکی تأویل، ایفای نقش می‌کنند: پیش‌دانسته‌های تأویل‌گر، پرسش از تاریخچه‌ی متن، انتظار از متن، شناخت و کشف هسته‌ی معنای متن، موقعیت تأویل‌گر. (علوی مقدم، ۱۳۹۷: ۲۰۶)

دکترین حقوقی افزون بر آن که به تبیین چارچوب حاکم بر فرآیند نظری قانون‌گذاری می‌پردازد، اندیشه دادرس را نیز تسخیر می‌کند. بهبود جریان تصویب قوانین از طریق ایجاد بستر گفت‌وگو^۱ حقوقی، کشف عرف، بازیابی قوانین و نیازسنجی اجتماعی تنها با توسل به دکترین حقوقی میسر و مقدور است. از دیگر سو، نقش‌آفرینی دکترین به عنوان ابزار تفسیر قوانین و نفوذ بر دیگر منابع حقوق، قابل انکار نیست.

(Loussouam, 1958: 124-125)

در تزاخم میان نظم و عدالت، کدام مرجح است؟ آیا نقطه اشتراکی میان قضاوت بر مبنای استدلال قیاسی و عقلی از یک سو و قضاوت بر پایه کشف و شهود و اشراق از سوی دیگر می‌توان یافت که دادرس در عین رعایت قانون، مراعی عدالت نیز باشد؟

این پرسش‌ها، طی قرن‌های گذشته، محور مجادلات بی‌پایان دو نحله‌ی مهم فکری منطق حقوق، یعنی «عدالت‌گرایی» و «منطق‌گرایی»^۲ بوده است و طرفداران هر کدام از این جنبش‌های نظری در تکاپو برای قانع ساختن جریان مقابل فکری بوده‌اند.

آن‌گاه که دادرس در دوراهی عدل و نظم ناشی از ساختار و صورت نظام حقوقی شده و ناگزیر دست به دامان اعتدال، کمال و تقارن می‌شود، دکترین حقوقی و مقررات مصوب همراه و هم‌ساز می‌شوند تا راه میانه را بنمایانند.

چشم‌پوشی و فراتر رفتن از معنای ظاهر عبارات قانون به سادگی امکان‌پذیر نیست. عدالت و انصاف، هرگز نمی‌توانند دستاویز مناسبی برای بی‌نظمی به شمار آیند. بدون تردید، قطعیت دکارتی در مقدمات حقوقی، غالباً حاصل نمی‌شود و قاضی ناگزیر از شهود و اشراق است، اما تصمیم قضایی، هر اندازه که عادلانه باشد، هنگامی صورت موجهی می‌یابد که از استدلال عقلانی بهره‌ای داشته باشد. چنین استدلالی،

^۱ گسترده‌ترین مفهوم گفت‌وگو (Discourse) را باید در نوشته‌های میشل فوکو جستجو کرد. گفت‌وگو در فرهنگ فوکویی، پرسامدترین و در عین حال، یکی از متناقض‌ترین تعبیر به شمار می‌آید. او در کتاب دیرینه‌شناسی دانش، گفت‌وگو را برای اشاره به قلمرو همگانی تمام گزاره‌ها، گاه به عنوان گروهی از گزاره‌های فردیت‌پذیر و برخی اوقات نیز به عنوان روندی منضبط و قاعده‌مند برای توصیف برخی از گزاره‌ها^۲ به کار می‌برد. به طور خلاصه می‌توان گفت: گفت‌وگو، مجموعه‌ای سازماندهی شده از هنجارهایی است که به صورت پیش‌بینی‌پذیری با دیگر هنجارها، می‌آمیزند. برخلاف ایدئولوژی که دارای بار منفی و محدودکننده است و مجموعه‌ای از باورهای نادرست و غیرقابل اثبات را تشکیل می‌دهد، گفت‌وگو، شیوه‌ای برای سرکوب‌گری و مقاومت (دوسویه) است. (میلز، ۱۳۹۹: ۹۰-۹۲)

^۲ Logicism.

اغلب بر دیدگاه‌های دانشمندان حقوق استوار است. نظریه پردازان حقوقی، نسبت به مقررات مدون، بی تفاوت نیستند و واکنش ایشان در برابر قوانین با ارائه تفسیرهای متعددی که از قانون ارائه می‌دهند، نمایان می‌شود. تفسیرهایی که گاه در ساختار یک استدلال قیاسی و گاهی در هیأت معنایی ارزشی ابراز می‌شوند. با وجود این، هر تفسیری از قانون که در قالب دکترین حقوقی ارائه می‌شود، چهره منطقی خود را دارد، زیرا جهان حقوق، محرکه رویارویی درستی و نادرستی است و تمیز اندیشه درست، جز با یاری «منطق حقوق» به دست نمی‌آید.

منطق حقوق، لایه‌ی زیرین تفسیر است. (الشریف، ۱۳۹۹: ۳۱) اغلب مقررات قانونی، تاب تفاسیر متعدد عقلی را دارند و واگذاری اختیار گزینش تفاسیر مختلف به دادرس، همان نتیجه‌ای را در پی دارد که کشف و شهود دادرس داشت. بنا بر این لازم است تا چارچوب معینی که تفسیر دادرس را ضابطه‌مند می‌سازد، از مقبولیت عقلانی، برخوردار باشد و به اصطلاح موجه و مستدل باشد. این مقصود با گرایش ذهن دادرس به تصمیمی حاصل می‌شود که در عین انطباق با باور شخصی او، عناصر توجیه‌پذیر حقوقی را نیز در ضمیر خود داشته و به معنای قریب به صواب عقلی، متمایل باشد تا واجد اعتبار گردد. بدین منظور، دادرس برای اغماض از معنای نزدیک‌تر و گزینش معنای بعید، غالباً از دکترین حقوقی یاری می‌طلبد.

دکترین حقوقی، چارچوب و پیش‌دانسته دادرس تأویل‌گر است. همان‌گونه که هیچ فهمی بدون وجود دانسته‌ها و انتظاری که از درون آن‌ها حاصل می‌شود امکان‌پذیر نیست، (علوی‌مقدم، ۱۳۹۷: ۲۰۶) اتخاذ تصمیم قضایی بدون پیش‌شناخته‌های دادرس، میسر نمی‌شود. شاید یکی از دلایل گزینش قاضی از میان فحول وکیل در سنت کامن‌لایی، اتکاء به پیش‌دانسته‌های آنان باشد.

۲-۱-۱-۱-۱-۲ عدم تعیین قاعده حقوقی^۱

در جهان انتزاعی حقوق، چندگانگی و عدم قطعیت معنای متن، امری گریزناپذیر و حتمی است. اگر متن تنها یک معنا می‌داشت، گذر از لفظ به معنا به سادگی امکان‌پذیر بود. اما متن حقوقی (دعوا، نوشتار، ادعا، دفاع، قانون، عرف، رویه‌ی قضایی و تصمیمات قضایی) بر خلاف زبان علوم طبیعی، از نشانگان و رمزگانی که امکان اشاره مستقیم به مصداق خارجی داشته باشد، بی‌بهره است. به عبارت دیگر، مفاهیمی مانند مالکیت،

^۱ Locally Indeterminat.

بی‌طرفی، عمل حقوقی و اقرار که متن حقوق در صدد القای آن‌ها است، فاقد عینیت‌اند. پیامد این بی‌بهرگی، فقدان قطعیت معنا و به عبارت دقیق‌تر، عدم تعین است. بدینسان، عدم تعین می‌تواند از عدم قطعیت معنا یا از چندگانگی معنای هنجارهای حقوقی، ریشه گرفته باشد. این دو ویژگی، زمینه‌ساز ایجاد مهم‌ترین عامل ارتباطی مفسر با حقوق می‌شود، زیرا تأویل‌گر متن حقوقی، برای آن‌که بتواند فضاهای خالی متن را پر کند و به معنایی دست یابد، باید ابتدا بتواند به جهان متن وارد شود. عدم تعین، مانع از آن است که تأویل‌کننده متن در جزمیت ذهن خود گرفتار شده و به مطلق‌انگاری و گریز از نسبی‌گرایی ضروری دچار شود، اما نگرش طیف‌های فلسفی حقوق به عدم تعین یکسان نیست.

به باور فرمالیست‌ها و برخی از پیروان پوزیتیویسم، مهم‌ترین وجه قاعده حقوقی، پیش‌بینی پذیری آن است. دادرسی در بیان تصمیم خود، دو باور عمده را به مخاطب القاء می‌کند:

نخست این‌که مضمون رأی او، نتیجه‌ی محتوم قواعدی است که از پیش، موجود بوده و انحرافی از معیار و ضابطه قانونی رخ نداده است.

دوم این‌که این قواعد به قدری روشن و متعین‌اند که اعمال آن‌ها ضرورتی عقلی است و هیچ انسان متعارفی نمی‌تواند از معنای مسلم آن قواعد صرف‌نظر کند.

رنالیست‌ها معتقداند: هنگامی که هنجارهای روشن حقوقی برای اتخاذ تصمیم قضایی کافی نباشد، رسیدگی به آن موضوع در دادگاه‌های مختلف، نتایج گوناگونی را در پی خواهد داشت. در چنین حالتی، قانون نامتعین است. اگر تعین ناپذیری قانون شامل تمام موضوعات احتمالی محکمی‌عنه بشود، با عدم تعین فراگیر^۱ رو به رو خواهیم بود. چنان‌چه عدم تعین قانون، محدود به حوزه معینی باشد، این شکل از تعین ناپذیری را عدم تعین موضعی می‌گویند و اگر عدم تعین، ناشی از وضعیت ویژه پرونده تحت نظر باشد، به نحوی که دادگاه‌های مختلف نتوانند به نتیجه یکسانی دست یابند، عدم تعین عارضی، حادث شده است.

بنا بر دیدگاه رنالیستی، همواره اتفاق نظری نسبی میان قضات در بخش‌هایی از نتیجه‌ی دادرسی حاصل است. از این رو، احتمال فراگیر بودن عدم تعین منتفی است. از سوی مقابل در همه حالاتی که قواعد حقوقی، متعین به نظر می‌رسند، در واقع با عدم تعین عارضی مواجه هستیم، زیرا شرایط و جهات موضوعی دعاوی در پس زمینه، متفاوت و نامتعین‌اند.

^۱ Globally Indeterminat.

در نقد این نظر باید گفت: چنین ادعایی در خصوص دعاوی ساده قابل پذیرش است. اما نه تمام دعاوی اقامه شده چندان روشن و واضح هستند که قاعده‌ی روشنی در مورد آن‌ها وجود داشته و نه همه‌ی قواعد به اندازه‌ای متعین هستند که معنایی ضروری از درون آن‌ها به دست آید.

در وضعیت جایگزینی و فرض اولیه‌ای که مطابق آن، قانون به عنوان یک منبع کلی در اختیار دادرس قرار می‌گیرد و هر آن چه بتوان بدان قاعده حقوقی اطلاق کرد در فرایند دادرسی، صورت تکوین می‌یابد، باید به این پرسش پرداخت که پیش‌بینی‌پذیر بودن تصمیم قضایی چگونه قابل توجیه است؟

هرمان اولیفنت^۱ راهکاری برای این اشکال ارائه می‌دهد. او در مقاله «بازگشت به اعتبار امر مختومه»^۲ شیوه رفتار قضایی ویژه‌ای را پیشنهاد می‌دهد. تحلیل نقادانه او بر قاعده سابقه قضایی انگلو-آمریکایی با این پرسش آغاز می‌شود که قضات، صرف نظر از استدلال‌هایشان، در خصوص دعاوی، چگونه تصمیم می‌گیرند؟

او نتیجه می‌گیرد که اگرچه، قواعد حقوقی، غالباً نامتعین‌اند، ولی برخی از دعاوی تحت قاعده سابقه قابل تصمیم‌گیری هستند. در این وضعیت، قاعده حقوقی ایجاد شده در دعاوی سابق، فوراً بر دعاوی مشابه، اعمال می‌شود. اولیفنت برای پاسخ به سوالی که خود، طرح کرده بود، مثالی می‌آورد و می‌گوید: چگونگی تصمیم‌گیری قضایی در دعاوی، مانند حضور شخصی در یک استادیوم ورزشی بزرگ است. زاویه دید آن شخص بستگی به محل نشستن او دارد.^۳ دادرس نیز در برخورد با دعاوی همین وضعیت را دارا است. واکنش قاضی به دعوا، دقیقاً تابع الگوها و عقلانیتی است که از قبل موجود است. او با در نظر گرفتن جمیع جوانب پرونده، نه منحصرأ بر مبنای اصول و دکترین حقوقی، رویکردی عملی اتخاذ می‌کند. اولیفنت با تفکیک میان زمینه‌ی توجیه تصمیم و زمینه‌ی کشف حقیقت، می‌گوید: دادرسان با تجربه برای کشف واقع از

¹ Herman Oliphant.

² A Return to Star Decisis.

³ این عقیده در میان ادیبان نیز طرفدارانی دارد. رولان بارت معتقد است که چندگانگی و عدم قطعیت معنا، در وجود خواننده‌ی متن ادبی، متمرکز می‌شود. (مقدادی، ۱۳۷۸: ۵۲۲) در واقع، وحدت و معنای یکپارچه‌ی متن را باید در مقصد (خواننده)، جست‌نم کرد. (نویسنده). (علوی‌مقدم، ۱۳۹۷: ۱۹۶) با این اوصاف، عدم تعین متن، سبب واکنش درست خواننده در برابر متن می‌شود؛ واکنشی که در ایجاد ارتباط میان خواننده و متن، تجلی می‌یابد، زیرا گفت و گوی متقابل میان جهان نویسنده و جهان خواننده، چندگانگی خوانش و چندگانگی معنا را در پی دارد، به ویژه هنگامی که هر گونه خواندنی را در حکم تأویل و هر نوع تأویلی را در حکم خواندن به حساب آوریم. (ریکور، ۱۳۷۳: ۶۴)

درک شهودی، برخورداراند و بر مبنای آن تصمیم می‌گیرند. با وجود این، راهکاری برای اتخاذ تصمیم قضایی، ارائه نمی‌دهد. (چراغی، ۱۳۹۸: ۲۹۲)

۲-۲- ایجاد قاعده بر پایه دکتربین

به دنبال عدم تعیین قواعد حقوقی^۱ و احتمال بروز دعوی فاقد قاعده مشخص، امری پذیرفته شده میان بسیاری از فلسفه‌دانان حقوق است. اندیشمندانی مانند الیور وندل هولمز و کاردوز در ایالات متحده یا لرد مک‌میلان، لرد رادکلیف یا لرد رید در انگلستان و شمار زیادی از حقوق‌دانان، استادان دانشگاه و کیلان می‌گویند پرونده‌هایی در دادگستری، مطرح می‌شوند که حکم کاملی در مورد آنها در قانون یافت نمی‌شود. در این گونه موارد، قاضی ناگزیر است تا وظیفه قانون‌گذار را به دوش بکشد. (هارت، ۱۳۹۰: ۴۰۲)

۲-۲-۱- حقوق طبیعی

پندار وحدت دیدگاه‌ها در میان طرفداران حقوق طبیعی، تصور درستی نیست و نظریه‌های مختلف و گاه متعارضی در درون این مکتب می‌توان یافت. بنا بر این ممکن است از نظر برخی پیروان حقوق طبیعی، قاعده‌سازی در موارد فقدان قانون، میسر و از نگاه برخی دیگر، ناممکن باشد. برای مطالعه نگرش این نحله‌ی فکری باید به عقاید توماس آکویناس مراجعه کرد.

آکویناس معتقد بود که هرچند سنت کلیسای کاتولیک با نظریات ارسطو انطباق دارد، اما درک و تحقق برخی از جنبه‌های ایمان، تنها از طریق وحی ممکن است و عقل، بدان راهی ندارد. آکویناس در مجموعه‌های^۲ «مقالاتی برای خیر»^۳ و «مقالاتی برای شر»^۴ حقوق را حکمی عقلی می‌داند که برای خیر عموم جامعه لازم است و توسط یک واسطه (شخص یا مجموعه‌ای از افراد مسؤول) به عنوان حافظان جامعه، ترویج می‌شود. (پرسش ۹۰، ماده‌ی ۴) به باور وی قوانین مدون موضوعه در صورتی الزام وجدانی

^۱ گفت و گوهایی تفصیلی پیرامون عدم تعیین، در پایان این گفتار، آمده است.

^۲ این مجموعه‌ها بعدتر تحت عنوان «جامع علم کلام» منتشر گردید. برای مطالعه‌ی بیشتر نظرات آکویناس ببینید: ژیلسون، ۱۳۸۴: ۹ به بعد)

^۳ Treaties on Viratue.

^۴ Treaties on Vice.

ایجاد می‌کنند که دارای هم‌آهنگی با حقوق طبیعی باشند. به عبارت امروزی، قوانین اثباتی در بادی امر، همان الزامات اخلاقی هستند و حقوق طبیعی بر قوانین عینی و خواست خداوند، استوار است. آکویناس معتقد بود که رابطه میان حقوق طبیعی و قوانین موضوعه، برخی اوقات رابطه اشتقاقی مستقیم است و گاه، رابطه تعیینی. (پرسش ۹۵، ماده ۲) به باور وی قوانینی که با خیر مطلق، مغایر باشند یا مسئولیتی نامتناسبی را تحمیل نمایند، الزام اخلاقی ایجاد نمی‌کنند و چنانچه متضمن ضرر بیشتر یا بی‌نظمی و تخریب نباشد، نافرمانی از آن‌ها، جایز است. (پرسش ۹۶، ماده ۴) (ابدالی، ۱۳۸۸: ۸۴-۸۵)

بر این اساس به نظر می‌رسد از نظر آکویناس، قاعده‌گذاری اولیه حق حاکم یا دستگاه حاکمیت است، لیکن اگر قانون موضوعه با مبانی و مبادی حقوق طبیعی، آن‌گونه که قرائت کلیسای کاتولیک از حق، اقتضاء می‌کند، مغایر باشد یا قانونی در بین نباشد، دادگاه می‌تواند از قانون موجود سرپیچی کرده و قانونی که انطباق کامل با اهداف حقوق طبیعی الهی داشته باشد را جایگزین آن نماید. این عقیده از آن جهت واجد اشکال است که هم مجموعه‌ی قانون‌گذاری و هم نظام دادرسی را در انقیاد کامل نهاد مذهبی که انحصار تفسیر اراده‌ی الهی را در اختیار دارد، می‌نهد. بر این بنیاد از آنجایی که هیچ‌گونه وحدت نظری میان متولیان تفسیر اراده‌ی خداوند، وجود ندارد، ابهام مفاهیم، مصادیق، مبانی و قلمرو احکام متسبب به مکتب حقوق طبیعی، هرگز مرتفع نخواهد شد و به نظام دادرسی تسری خواهد یافت. نمونه‌ی بارز این اختلاف نظر، عقاید گروسیوس است که تعلق سنت حقوق طبیعی به مذهبی خاص مانند کاتولیک را انکار می‌کند. به باور او، حتی در صورتی که وجود خدا را انکار کنیم یا افعال بشری را مرتبط با مشیت الهی ندانیم، مضامین مبتنی بر حقوق طبیعی تا حدودی معتبر است. (Bix, 2012: 93)

حقوق طبیعی در سده‌ی هفدهم و هجدهم با ارائه نظریات پردامنه‌ای به بازسازی خود پرداخت. نکته‌ی بارز در این فرایند، برجسته شدن سکولاریسم متأثر از لائسیته‌ی اروپایی بود. البته گسترش مکتب حقوق طبیعی را تا حدود زیادی باید مرهون پوزیتیویسم حقوقی دانست که رقیبی سرسخت برای دیگر مکاتب حقوقی به شمار می‌رود. این تقابل سبب انشقاق دو مسلک فکری مهم در درون حقوق طبیعی گردید: دسته‌ای که حقوق طبیعی را به منزله نظریه سیاسی و اخلاقی می‌دانند و گروهی که آن را به مثابه نظریه‌ی اجتماعی و حقوقی در نظر می‌گیرند. (Bix, 2012: 61)

هر دو نظریه گفته شده، تئوری‌هایی هنجاری^۱ محسوب می‌شوند، در حالی که نظریه‌های پوزیتیویستی، تئوری‌های تحلیلی‌اند.^۲ هنجار به معنای قاعده^۳ یا ضابطه‌ی بسیار مقتدر^۴ است و مراد از آن، امری است که متعلق به مقام «باید» است. (فلسفه‌ی هنجاری حقوق) یعنی امری که باید یا نباید مرتکب شد. در برابر این مفهوم، مقام «است» قرار دارد که به «هستن» هر آنچه موجود است» می‌پردازد و مؤلفه‌هایی را مورد مطالعه قرار می‌دهد که حقوق را تشکیل می‌دهند. (فلسفه تحلیلی حقوق) نظریه‌های درون مکتب حقوق طبیعی مبتنی بر فلسفه‌ی هنجاری حقوق‌اند. (ابدالی، ۱۳۸۸: ۸۸-۸۹)

دکترین حقوقی در این مرحله از تاریخ حقوق طبیعی به سبب نزدیکی حقوق به اخلاق و نیز رهایی نظریه‌پردازی از قید حقوق مذهبی، اعتبار و رونق بسزایی یافت. با وجود این در اندیشه‌ی حقوق طبیعی (مذهبی یا لائیک) صاحب‌نظران به دنبال قواعدی که برتر از اراده‌ی دولت‌ها باشند به تبیین قواعد عادلانه می‌پردازند. بهترین روش برای عدالت‌گستری، مراجعه به اندیشه‌ی عالمان حقوق است زیرا آنان هنرمندان تشخیص داد و ستم هستند و بیش از دیگران در راه برپایی عدالت، می‌کوشند. دکترین حقوقی در فرایند قانون‌گذاری، منبع مستقیم و بی‌واسطه‌ای نیست اما در اجرای قوانین و نیز در استنباط اصولی که در برابر قانون و رویه‌ی قضایی، قرار می‌گیرند، منبع فیاض و مستقلى است. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۴۸۹)

مکتب حقوق طبیعی در رویارویی با فضای بی‌قاعده، گرایش به استفاده از نظر علمای حقوق برای ایجاد قاعده از طریق کشف اصول حاکم بر نظام حقوقی و روح مقررات جاری دارد. دوگی، حقوق‌دان و جامعه‌شناس فرانسوی می‌گوید: «رفتار حقوق‌دان، منحصر در کشف قواعدی نیست که توسط وجدان افراد جامعه ایجاد شده‌اند، بلکه دانشمند حقوق، در پیدایش وجدان سازنده‌ی بنیادهای حقوقی نیز، مؤثر است. با وجود این آنچه که منبع واقعی آن‌ها به شمار می‌رود، عقیده عموم است نه نظر حقوق‌دان.» (دوگی، نقل از کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۴۹۲)

۲-۲-۲-رئالیسم

¹ Normative.

² Analytical.

³ Rule.

⁴ Authoritative Standard.

روی‌کرد تجربی رئالیست‌ها را می‌توان با اتکاء نظریه دانشمندان درباره ماهیت یا روح مسائل علمی بر تجربه در فلسفه علم قیاس کرد. همین عامل سبب شده است تا غالب پژوهش‌گران، واقع‌گرایان را مخالف سرسخت نظریه‌پردازی حقوق بدانند. از نظر اینان، واقع‌گرایی، انقیاد اندیشه در برابر واقعیت‌های اجتماعی است و تمرکز مطالعات حقوقی در این مکتب از نظریه‌دانان بنیان به سوی واکاوی تاریخ حقوق عینی و بررسی تجربی پدیده‌های ملموس حقوقی متمایل شده است. این باور از دادگاه‌محور^۱ بودن واقع‌گرایی برخاسته است که به رفتار دادرسی، بیش از متون حقوقی ارجح می‌نهد و سرآغاز نظریه‌پردازی راه، نه یک استنتاج مبتنی بر پیش‌فرض‌های تجربی،^۲ بلکه استدلال استوارشده بر عدالت تجربی دادرسی می‌داند.

«هانت»^۳ شک‌گرا می‌گوید: «حقوق زنده در میان کتاب‌های دانشگاهی یافت نمی‌شود و راه دستیابی به عدالت، کاوش آراء دادگاه‌ها است، چراکه رخدادهای اجتماعی از امور جزئی محسوب می‌شوند و لمس این امور، تنها برای دادرسی مقدور است، نه صاحبان اندیشه.» (مارمور، ۱۳۹۲: ۱۱۰)

با وجود این، کاوش در اندیشه واقع‌گرایان، نادرستی چنین پنداری را آشکار می‌سازد. حتی سرسخت‌ترین واقع‌گرایان نیز ادعایی بر نفی دکتترین حقوقی مطرح نکرده است، بلکه به تغییر یک نظریه‌ی جزم‌گرا و ثابت که ریشه در سنت دارد، به دکتترین سودمندتر و منعطف‌تر حقوقی که پاسخ‌گوی مسائل واقعی حقوق باشد دل بسته‌اند. (تیبیت، ۱۳۹۶: ۴۷-۴۸)

بسیاری از حقوق‌دانان متأخر به این ایده که ارزش‌های حقوقی فرعی، بی‌اعتبار و غیرقابل پذیرش هستند را به باد انتقاد گرفتند. از جمله آن‌ها، الیور وندل هولمز^۴ اعجوبه‌ی آمریکایی است. تحلیل تمام دیدگاه‌های پیچیده وی در این مجال نمی‌گنجد، اما بیان عقیده او پیرامون اعتبار دکتترین، ضروری به نظر می‌رسد.

اندیشه‌های حقوقی هولمز را از سه جهت می‌توان ارزیابی کرد: شکاکیت نسبت به حقوق، مصلحت‌گرایی و اثبات‌گرایی حقوقی. او در کتاب «حقوق عرفی»^۵ که در سال ۱۸۸۰ منتشر شد و نیز مقاله «مسیر حقوق»^۶ چهار تئوری حاکم بر فلسفه حقوق را تبیین کرد: ۱- ارتباط حقوق و اخلاق ۲- ماهیت قاعده

^۱ Court-Centred.

^۲ A Priori Deduction.

^۳ Hunt.

^۴ Oliver Wendell HOLMES (1841-1935).

^۵ The Common Law.

^۶ The Path of Law.

حقوقی و مفهوم قانون ۳- چگونگی تکوین تصمیم قضایی ۴- ارتباط حقوق با دیگر علوم اجتماعی.

(Golding, 2007: 14)

مسأله محوری حقوق آمریکا که هولمز نیز بدان پرداخته است، ماهیت تصمیم‌سازی قضایی^۱ است. برای دانستن این که هولمز، اعتباری برای نفس استدلال و مطلق‌دکترین، قائل نیست، نگاهی اجمالی به آثار وی کافی است. معروف‌ترین تعبیر او در کتاب حقوق عرفی این جمله است: «حیات حقوق، منطقی نیست بلکه تجربه است.» (Holmes, 1881: 5)

هولمز با رد دیدگاه‌هایی که لانگدل ارائه کرده بود،^۲ چنین استدلال کرده است که: «قضات در عمل، آراء خود را به گونه‌ای می‌نگارند که بر ترجیح منطقی نظریات حقوقی بر اقتدار سیاسی دولت، دلالت می‌نماید. البته در دعاوی دشوار و هنگامی که قاعده قابل اعمال بر موضوع دعوا را نمی‌یابند، این تصمیمات نوعی سفسطه با پوشش منطقی است، زیرا چنین تصمیمی وابسته به هنجارهایی است که قابلیت ارزیابی ندارند. در این وضعیت رأی، در بر دارنده چیزهایی غیر از دلایل قانونی است. بدین بیان، دادرس با اتخاذ چنین تصمیمی، غالباً به رقیبی برای قانون‌گذار بدل می‌شود.» (Holmws, 1881: 13)

با وجود این حتی خود هولمز نیز در نهایت این نکته را می‌پذیرد که دادرس علاوه بر قوانین مدون به ارزیابی ملاحظات مرتبط با منافع و مزایای اجتماعی منعکس در نظریه‌های حقوقی است؛ امری که هولمز آن را «معما» می‌نامد. (Golding, 2007: 145)

بدین ترتیب می‌توان از این باور انتقاد کرد. قاعده حقوقی از منظر عملی، تلاشی است برای تطبیق منافع متعارض یا همسان‌سازی منافع مشترک با تضمین فوری و مستقیم تمام یا برخی از منافع فردی. (Pound, 1921: 243) در این میان چیزی که باقی می‌ماند داوری ارزش‌های قضایی است. این داوری‌ها و قضاوت‌ها، اموری فراقانونی محسوب می‌شوند.

تصمیماتی که دادرس بر پایه دکتورین حقوقی اتخاذ می‌کند در قلمرو صلاحیت اختیاری دادرس قرار می‌گیرند، زیرا این آراء به وسیله قاعده حقوقی از پیش موجود، صادر نشده‌اند، بلکه اختیار دادرس در بالاترین سطح ممکن در ایجاد آن دخیل بوده است. (Summers, 1982: 109)

^۱ Judicial Decision Making.

^۲ لانگدل معتقد است که آراء قضایی جنبه‌ی اعلامی دارند و حقوق از تعداد محدودی از اصول و نظریات علمی تشکیل شده است. (Langdell, 1905: 220)

شکل‌گرایی، وابستگی شدید دادرس به الفاظ قانون را تجویز می‌کند. نوعی افراط شدید در صورت‌گرایی فازی که منجر به تفسیرهای پوچ و عجیبی شده و مبتنی بر نظریه‌ای است که تصور می‌کند شبکه‌ای بی‌نقص از قواعد را گردآوری کرده تا درمانی برای تمام مشکلات حقوقی جامعه از درون آن شبکه بیابد. (کلی، ۱۳۸۲: ۵۲۲)

آستین^۱ - فیلسوف اثبات‌گرا - قصد دارد تا حقوق را از قواعدی که به اشتباه، حقوق خوانده‌اند جدا سازد. او در پی پاسخ به مسائل با تجزیه‌ی مفهوم قانون به عنصرهایی ساده و روشن بود. از این رو قانون را فرمان شخص یا گروه حاکم^۲ می‌دانست. حاکم، شخص یا گروهی است که توده مردم از روی عادت، مطیع او هستند و او، خود از هیچ‌کس فرمان نمی‌برد. (راسخ، ۱۳۹۸: ۴۳)

آستین در آغاز، قوانین فیزیک و دانش‌های دیگر را از قوانین حاکم بر رفتار انسان متمایز کرده و سپس حقوق را منحصر به قواعدی می‌داند که حقیقتاً موجوداند. از نظر وی، حقوق موجود را نمی‌توان با معیارهای حقوق مطلوب سنجید. (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱: ۳۸۴) حقوق، فرمانی است که از سوی منبع اقتدار سیاسی صادر می‌شود و دارای ضمانت اجرا است، اگرچه مورد استقبال مردم قرار نگیرد. فرمان‌های بدون ضمانت اجرا، تنها یک درخواست ساده‌اند. گردن نهادن به قانون از بیم ضمانت‌اجراهایی است که قانون، تحمیل کرده است. (Coleman, 2003: 244) در ایده آستین، ارکان حقوق، عبارت‌اند از حاکمیت و فرمان؛ حاکمیت، امری نامحدود و تجزیه‌ناپذیر است.^۳ (ابدالی، ۱۳۸۸: ۱۶)

^۱ John Austin. (1790- 1859).

^۲ تعابیر «حاکم»، «فرمان» و مانند آن، سپس با بیاناتی ساده‌تر و روشن‌تر، توسط آستین و پیروانش، تعریف شده‌اند.

^۳ پوزیتیویسم جان آستین به «تئوری فرماندهی حقوق» (Command Theory of Law) شناخته می‌شود.

برای آستین، قدرت یعنی یک شخص معین؛ شخصی که همگان از او فرمان می‌برند اما خود، فرمانبردار

هیچ کس نیست.^۱ (کیوان‌فر، ۱۳۹۵: ۹۱)

اگرچه آستین برای بیان ایده خود از عبارت فرمان استفاده می‌کند، اما به نظر می‌رسد مقصود او از فرمان، قاعده حقوقی است. (چراغی، ۱۳۹۸: ۶۱) با این وصف باید پذیرفت که تعریف آستین از قاعده حقوقی، بیشتر فلسفی است تا تعریفی بر پایه ارزش‌های علمی. قاعده حقوقی از نظر وی یک فرمان سیاسی است که با تهدید به مجازات، پشتیبانی می‌شود. این فرمان، انسان ذی‌شعور را به رفتار ویژه‌ای مجبور می‌کند.

(Shriver, 1936: 36)

آستین، هنگامی یک قانون را مشروع می‌داند که این مقررات از سوی حاکم به شیوه فرمان، صادر شده و از ضمانت اجرای تهدید به مجازات، برخوردار باشد. (Himma, 2003: 1) بنا بر این، تعهدی که فاقد مجازات یا ضمانت اجرای حاکمیتی باشد، قاعده‌ی حقوقی به شمار نمی‌رود. تعهد قانونی از نظر وی، با تضمین ترک فرمان ایجاد می‌شود. او در تعریف تکلیف قانونی می‌گوید: «تعهد به رفتاری که سرپیچی از آن، مستوجب مجازات و مسئولیت باشد». برابر این تعریف، تکلیف از هنجار قانونی بر نمی‌خیزد. (Kelsen, 1954:71) بدینسان، آن‌گونه که از ظاهر دیدگاه آستین برمی‌آید هر هنجاری که فاقد هر گونه مجازات یا مسئولیت برآمده از ترک است، فاقد عناصر کافی یک قاعده حقوقی در هر درجه‌ای است.

آیا دکتربین حقوقی از منظر آستین، با نظریه فرمان انطباق دارد؟

برای پاسخ به این سوال باید دو مقدمه، ذکر شود:

مقدمه نخست: از نظر آستین، حاکمیت اختصاص به یک شخص ندارد، بلکه عبارت «حاکم» طینی از اقتدار را در خود دارد. بنا بر این تصور جامعه سیاسی با حاکم همراه است. مقصود از حاکم، سازمان یا شخصی است که یکی از کارکردهای قانون‌گذاری و اجرایی را عهده‌دار است.

مقدمه دوم: مفهوم اقتدار یعنی، اجبار به گردن نهادن به فرمان همراه با تهدید به مجازات مدنی یا کیفری

تخطی از مضمون فرمان.

^۱ هارت به این باور اشکال می‌کند و می‌گوید: گزارش آستین با فرکاستن قدرت به یک شخص، توانایی تبیین برخی ویژگی‌های حقوق را ندارد. چگونه می‌توان این ادعا را اثبات و توجیه کرد که قوانین یک فرمانروا حتی پس از مرگش یا سقوطش از قدرت، پابرجا و الزام‌آور باقی بمانند؟ (کیوان‌فر، ۱۳۹۵: ۹۱)

بنا بر آنچه که گفته شد؛ قاضی، مقامی رسمی است که اقتدارش را از حاکمیت اخذ کرده و توانایی صدور فرمان را دارد. در نتیجه، آراء قضایی از نظر آستین، قواعدی حقوقی هستند که متضمن اجبار به اطاعت از محتوای تصمیم قضایی‌اند. (چراغی، ۱۳۹۸: ۶۸-۶۹)

تعبیر آستین از این تحلیل، چنین است: «تمام قواعد حقوقی، قاضی‌ساز است. قضاوت، چهره دیگری از ایجاد قاعده از طریق حاکم یا دولت است. هنگامی که قاضی، پدیده‌های اجتماعی را در قالب قاعده حقوقی بیان می‌کند، به گونه‌ای دقیق و ضمنی به قانون‌گذاری می‌پردازد. قاضی، اختیار دارد تا قواعد قدیمی را اعمال کند و یا قواعد جدیدی خلق نماید، زیرا صدور فرمان در خصوص تمام احتمال‌های ممکن روابط حقوقی جامعه از توانایی حاکم، خارج است. پس ناگزیر برخی از فرمان‌های او مبهم و واجد لبه‌های خردار^۱ خواهد بود. از این رو حاکم، به مجریان قاعده حقوقی؛ یعنی قاضیان، اختیار ایجاد قاعده حقوقی را اعطاء می‌کند.»

(Austin, 2000: 9-29-34, Dworkin, 1978: 18)

«هربرت هارت^۲» -پوزیتیویست حقوقی- نظریه «فرمان» را که توسط کلسن و بتام مطرح شده بود را نفی کرد و چهره نوینی از پوزیتیویسم حقوقی ارائه کرد. او معتقد بود که حقوق، مجموعه‌ای ویژه از قواعد اجتماعی سازماندهی شده و به انسجام رسیده است. (Concise Routledge, 2000: 333)

هارت با به‌کارگیری تکنیک‌های فلسفه تحلیلی^۳ و به‌ویژه زبان‌شناسی^۴، قواعد حقوقی را به دو دسته مجزا تقسیم می‌کند: قواعد محدودکننده اختیار و قواعد توسعه‌دهنده اختیار.^۵ و بر این باور است که «بافت باز زبان»^۶، منجر به فهم روشن قواعد می‌شود، ولی عبارات، همواره بر مفاهیم روشن دلالت نمی‌کنند. پاره‌ای از پرونده‌ها در فضای مبهمی قرار دارند که مانند «فضای مه‌آلود»^۷، تنها سایه روشنی از استدراک، به دست می‌دهند. (Hart, 1994: 14)

از نظر «هارت»، دامنه شمول قانون، ناگزیر به انتها می‌رسد و همواره پرونده‌هایی وجود دارند که با قوانین موجود فیصله نمی‌یابند. دادگاه، در رویارویی با چنین پرونده‌هایی، امکان اعمال قانون را از دست می‌دهد و

^۱ این مفهوم توسط هارت با اصطلاح «بافت باز» توصیف می‌شود.

^۲ H.L.A.Hart.(1907-1992).

^۳ Analytical Philisophy.

^۴ Linguistical Philasophy.

^۵ هارت به این دو گروه، قواعد اولیه (Primary Rules) می‌گوید.

^۶ Open Texture.

^۷ Penumbra.

به‌ناچار دست به ایجاد، اصلاح یا تعدیل قانون می‌زند. اقدامی که شبیه روش‌های مرسوم نهادهای قانون‌گذاری است که به آن "دکترین صلاحیت اختیاری قضایی"^۱ اطلاق می‌کند. (مارمور، ۱۳۹۲: ۱۱۱-۱۱۲) رویکرد هارت به تئوری حقوقی، واکنشی قابل توجه در برابر نظریه فرمان آستین تلقی می‌شود. (Bix, 2006: 37)

دیدگاه‌های «هارت» به لحاظ فلسفی پیچیده‌تر و گسترش یافته‌تر از دیدگاه‌های کلسن و آستین است. اما او نیز مانند کلسن و آستین معتقد است که قاضی در رسیدگی به پرونده‌هایی که قاعده مشخص قابل اعمالی ندارد، دست به قانون‌گذاری موردی می‌زند.

تفاوت عمده دیدگاه هارت با آستین و کلسن در این است که از نظر وی، دادرس در اعمال نظر خود نسبت به این‌گونه دعاوی، محدودیتی ندارد و می‌تواند از میان هنجارهای جانشین، دست به گزینش بزند. (چراغی، ۱۳۹۸: ۷۴) به عبارت دیگر، در فرایند قضاوت دعاوی دشوار، قانون، همان نظر شخصی قاضی نسبت به امر مورد داوری است. هارت معتقد است که ماهیت حقوق به گونه‌ای است که درجه‌ای از اعمال اختیار دادرس، گریزناپذیر است، زیرا قانون، هر اندازه هم که کامل باشد، همه پدیده‌های اجتماعی را در بر نمی‌گیرد و تقریباً تمام قواعد حقوقی، در حوزه کاربرد خود، نامتعیین‌اند. (تیت، ۱۳۹۶: ۹۳)

هارت با انتقاد از آنچه که از آن به خوش‌بینی واقع‌گرایان، تعبیر می‌کند و معتقد است که دادرسان هرگز قانون جدیدی وضع نمی‌کنند و باید چیزی را بگویند که قانون پیش از تصمیم آنان بوده است، به عقاید دورکین می‌تازد. او در مقاله‌ای به سال ۱۹۷۷ جانب‌داری دورکین از تعین کامل^۲ و پاسخ‌های صحیح منحصر به فرد^۳ را واکنشی شدید علیه تشکیک افراطی در قواعد از جانب رئالیسم آمریکایی دانست. (تیت، ۱۳۹۶: ۹۵)

شکاکیت هارتی بدین معنی است که نه تنها قوانین قطعی نیستند، بلکه حتی اعتبار رسمی و نهایی آن‌ها نیز منوط به ارائه تفسیر دادرس است. (هارت، ۱۳۹۰: ۴۷-۴۸) نتیجه اختیار دادرس در گزینش هنجارهای موجود، وجهه پذیرفتنی دکتربین حقوقی را در دادرسی نمایان می‌سازد، اگرچه در میان آثار هارت، به چنین هنجاری تصریح نشده است.

¹ Judicial Discretion.

² Complete Determinacy.

³ Unique right answers.

پرسشی که در بررسی نظریه‌ی هارت با آن مواجه می‌شویم آن است که آیا همواره پاسخ روشنی در برابر مناقشات حقوقی وجود دارد یا خیر؟

دورکین، هارت و بسیاری از هم‌فکران آن‌ها میان دعوای دشوار و دعوای آسان قائل به تمایز شده‌اند. به طور کلی دشواری یا آسانی یک دعوا را می‌توان در نسبت و ارتباط موضوع پرونده با شماری از متغیرها جستجو کرد. دعوای دشوار به دسته‌ای از منازعات حقوقی اطلاق می‌شود که ممکن است وکلای خبره یا دادرسان باتجربه در رویارویی با آن‌ها نتایج متفاوتی را به دست آورند. شاخص سنجش دشواری دعوا عبارت است از میزان توافق صاحب‌نظران پیرامون نتیجه صحیح، سرعت تحصیل نتیجه و قطعیت دفاع از آن. (بیکس، ۱۳۸۹: ۱۸۸)

هارت، به اعتباری دیگر، قواعد حقوقی را به سه دسته^۱ تقسیم می‌کند: قواعدی که توانایی قانون‌گذاری می‌بخشند؛ قواعدی که توانایی قضاوت اعطاء می‌کنند و قاعده شناسایی^۲. او به دو رشته استدلال کلی اشاره می‌کند که یکی از آن‌ها با «قاعده شناسایی» و دیگری با «بافت باز»^۳ زبان، مرتبط است. به باور وی، قاعده شناسایی، یک قاعده اعطاء‌کننده قدرت^۴ نیست و تنها شرایط ضروری برای قانون دانسته شدن^۵ یک هنجار را تعیین می‌کند. به بیان دیگر، قاعده شناسایی، معیارها و وجوه ممیزه یک قاعده حقوقی را بر می‌شمرد. (Bix, 2004: 32) اما نباید این نکته را نادیده انگاشت که شمار هنجارهای واجد شرایط، محدود است و همواره این امکان وجود دارد که در یک مناقشه حقوقی، هنجاری که مجموع ویژگی‌های لازم مندرج در قاعده شناسایی را داشته باشد یا به تعبیر دیگر قابل تبدیل به قاعده شناسایی باشد، یافت نشود. چنین محدودیتی سبب می‌شود که گاه، دادرس با نبود یا کمبود قواعد حقوقی مدنظرش رو به رو شود. در چنین وضعیتی، دادرس گزینه‌ای نخواهد داشت جز این‌که در پی ضابطه الزام‌آور غیرقانونی برای اعمال بر دعوا باشد. هارت به قاضی اجازه می‌دهد تا از روی ناچاری و به منظور حل و فصل دعوا از افق قواعد الزام‌آور حقوقی فراتر

^۱ هارت به این سه دسته، قواعد ثانویه (Secondary Rules) اطلاق می‌کند.

^۲ Rule of Recognition.

^۳ Open Texture.

^۴ Power – Conferring.

^۵ Validity Conditions.

رفته و معیارهایی را به عنوان مرجع، اختیار کند که به لحاظ مبنای حقوقی نخستین وی، الزام‌آور نیستند.

(Mcleod, 2005: 86) او، چنین اختیاری را «صلاحیت اختیار قضایی» نامیده است.^۱

تصور هارت بر این است که تفاوت میان پرونده‌های آسان و دشوار از اختلاف میان معنای اصلی و معنای واقع در سایه‌روشن^۲ برمی‌خیزد. قواعد حقوقی دز معنای اصلی خود، الزام‌آوراند، اما این قواعد در مورد اختلاف منطقی ناشی از معنای غیراصولی یک مفهوم، پاسخ روشنی ندارند. (Hart, 2003: 77) او می‌گوید: قوانین در محدوده هسته سخت خود، الزام‌آوراند؛ هیچ انسان سنجیده و خردمندی نمی‌تواند الزام‌آور بودن قاعده در آن محدوده را انکار کند. لیکن در مورد دعاوی واقع در سایه‌روشن، بروز یک اختلاف عقیده درست را می‌توان پیش‌بینی کرد. هنگامی که دعوا در سایه‌روشن قرار می‌گیرد، حقوق راهکاری ارائه نمی‌دهد. بنا بر این دادرس باید با اتکاء بر صلاحیت اختیاری خود، معنایی را وضع کند که با حقایق پرونده، متناسب باشد. برای رسیدن به این هدف، توجه به مقتضیات انصاف، اصول اخلاقی، نیازهای اجتماعی و سیاست‌های عالی‌ای که ممکن است در قانون‌گذاری مد نظر قرار گیرد، بایسته است. (Coleman & Leiter, 1999: 249)

جوهر اصلی دعاوی دشوار،^۳ نبود یا کمبود قاعده حقوقی روشن در دعوا است. اعمال صلاحیت اختیار قضایی در دعاوی دشوار توسط دادرس، با وضع قانون یا با وضع معنای واژگان صورت می‌گیرد. او در این رهگذر، نوعاً هم به هنجارهای «انصاف» و هم به خط‌مشی‌هایی که احتمالاً مقتضای روح قانون هستند، متوسل می‌شود. (کلمن و لی‌تر، ۱۳۹۵: ۶۱-۶۲) صلاحیت اختیار قضایی در رسیدگی به دعاوی دشوار بدین معنی نیست که قاضی اختیار مطلق در وضع قوانین دلخواهی دارد، بلکه او باید همواره دلایلی کلی برای موجه‌سازی تصمیمش داشته باشد و با اتخاذ تصمیم بر پایه باورها و ارزش‌های خود، همانند یک قانون‌گذار

^۱ هارت با ارائه‌ی این تئوری به عقاید طرفداران متأخر مکتب حقوق طبیعی به ویژه راندل دورکین (Dworkin, Ronald) نزدیک شده است. با وجود این، تفاوت آشکاری میان تعبیر آن‌ها وجود دارد. اگرچه دورکین مانند هارت معتقد است که قضات باید به اصول اخلاقی متوسل شوند. اما او بر خلاف هارت، این الزامات را «موازین فراقانونی» (Extra – Legal Standards) نمی‌پندارد. دورکین معتقد است که قضات در عمل، اصول اخلاقی را به عنوان موازین الزام‌آور حقوقی مورد استناد قرار می‌دهند. چنین الزاماتی از آن جهت که چهره‌ای از عدالت یا انصاف را که با حقوق تناسب دارد بیان می‌کنند، بخش مهمی از حقوق‌اند. (Dworkin, 2003: 77)

^۲ Penumbra Meaning.

^۳ Hard Cases.

وظیفه‌شناس، عمل نماید، حتی اگر معیارها و دلایل عملی مورد نظر وی متفاوت از الزاماتی باشد که دیگر قضاات در رسیدگی به دعاوی دشوار از آنها پیروی می‌کنند. (هارت، ۱۳۹۰: ۴۰۰)

کارکرد دکترین، از دیدگاه هارت، اغلب در رسیدگی به پرونده‌هایی که قاعده مشخصی بر آنها اعمال نمی‌شود به چشم می‌آید، لیکن تفاوت در این است که از نظر وی دادرسی در اعمال نظر خود نسبت به این‌گونه دعاوی، محدودیت قابل توجهی ندارد. به عبارت دیگر، در منطقه‌الفراغ هارتی، قانون عبارت است از نظر شخصی قاضی نسبت به امر مورد قضاوت، اگرچه تصمیم قضایی نهایی موافق با هیچ‌کدام از نظریه‌های حقوقی نباشد.

نتیجه

برامدی که از این مطالعه به دست آمد، می‌تواند مانند قواعدی کلی مدنظر قرار گیرد. این نتایج به شرح ذیل است:

قاعده اول: نظریه علمای حقوق، عیاری است برای تفسیر و تبیین اراده قانونگذار از مقررات ناقص، مبهم، متعارض و مجمل. پس دکترین انتزاعی بدون کاربرد عملی یا نظریه مخالف با روح قوانین و مغایر با اصول و مبانی منطبق بر نظام حقوقی، کارآیی ندارد.

قاعده دوم: قاعده‌گذاری قضایی برپایه دکترین در موارد سکوت قانون وظیفه دادرسی است و باید به‌مثابه امر حکمی، از سوی دادگاه احراز و اثبات شود. چنین اقدامی باید با استدلال قیاسی حمایت شود تا اثر توجیه مبانی عقلی رأی، نقصان استناد را ترمیم نماید.

قاعده سوم: دکترینی قابل استناد است که دارای بیشترین اقبال میان اندیشمندان باشد، برخلاف رویه قضایی که اعتبار آن منوط به اجماع قاضیان نیست. پس دکترین از این جهت به نظر مشهور فقیهان شبیه است.

منابع فارسی

کتاب‌ها

- ۱- آقابخشی، علی و افشاری راد، مینو، فرهنگ علوم سیاسی، ۱۳۷۹، چاپ نخست، تهران، نشر چاپار.
- ۲- آقایی، کامران، مکتب‌های تفسیری در حقوق بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی، ۱۳۹۳، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
- ۳- ابدالی، مهرزاد، فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، ۱۳۸۸، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، چاپ نخست.
- ۴- الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، ۱۳۹۵، چاپ سی‌ام، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- ۵- البوت، کاترین و ورنون، کاترین، نظام حقوقی فرانسه، ۱۳۸۳، ترجمه صفر بیگ زاده، چاپ اول، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ۶- الشریف، محمد مهدی، منطق حقوق: پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی، ۱۳۹۹، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.
- ۷- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ۱۳۶۶، تهران، انتشارات اسلامی.
- ۸- بیکس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، ۱۳۸۹، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشرنی، چاپ نخست.
- ۹- پالم، ریچارد، علم هرمنوتیک، ۱۳۷۷، ترجمه سعید حنایی کاشانی، تهران، انتشارات هرمس، چاپ نخست.
- ۱۰- پرو، روزبه، نهادهای قضایی فرانسه، ۱۳۸۴، ترجمه شهرام ابراهیمی، عباس تدین و غلام حسین کوشکی، چاپ اول، تهران، انتشارات سلسبیل.
- ۱۱- تبت، مارک، فلسفه حقوق، ۱۳۹۶، ترجمه حسن رضایی خاوری، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ پنجم.
- ۱۲- تروپه، میشل، فلسفه حقوق، ۱۳۸۶، ترجمه مرتضی کلانتریان، چاپ نخست، تهران، نشر آگه.
- ۱۳- جعفری، عبدالله، راز متن، ۱۳۸۱، تهران، نشر آفتاب توسعه، چاپ نخست.
- ۱۴- جعفری تبار، حسن، فلسفه تفسیری حقوق، ۱۳۸۸، چاپ اول، تهران، چاپ‌خانه حیدری.

- ۱۵- جعفری تبار، حسن، دیو در شیشه در فلسفه رویه قضایی، ۱۳۹۶، تهران، نشر نگاه معاصر، چاپ نخست.
- ۱۶- جعفری تبار، حسن، منطق حیرانی در باب استدلال حقوقی، ۱۳۹۹، تهران، نشر نو، چاپ نخست.
- ۱۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اسلام، ۱۳۵۸، چاپ نخست، تهران، گنج دانش.
- ۱۸- جعفری لنگرودی محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۶۲، تهران، گنج دانش.
- ۱۹- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۱۳۸۶، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
- ۲۰- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۹۳، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوازدهم.
- ۲۱- جمعی از محققین، فرهنگ‌نامه اصول فقه، ۱۳۸۹، چاپ اول، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۲۲- جناتی، محمدابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ۱۳۶۷، تهران، چاپ اول، انتشارات کیهان.
- ۲۳- جوان، موسی، مبانی حقوق، ۱۳۲۶، چاپ اول، بی‌جا.
- ۲۴- چراغی، ولی‌الله، فلسفه‌ی قضاوت؛ نقش دادرس در ایجاد قاعده‌ی حقوقی، ۱۳۹۸، تهران، مجد، چاپ نخست.
- ۲۵- خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی، ۱۳۹۸، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۲۶- دانش‌پژوه، مصطفی، منابع حقوق (یافت‌گاه حقوق)، ۱۳۹۰، چاپ نخست، قم، جنگل.
- ۲۷- داوید، رنه، نظام‌های بزرگ حقوق معاصر، ۱۳۹۵، ترجمه حسین صفایی، محمد آشوری و عزت‌الله عراقی، چاپ پنجم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- ۲۸- دریفوس، هیوبرت، رابینو، پل، میشل فوکو: فراسوی ساختگرایی و هرمنیوتیک با موخره‌ای به قلم میشل فوکو، ۱۳۹۹، تهران، نشر نی، چاپ سیزدهم.
- ۲۹- دهخدا، علی‌اکبر، لغتنامه، جلد ۵، ۱۳۷۷، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳۰- راسخ، محمد، حق و مصلحت، ۱۳۸۱، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ نخست.
- ۳۱- ریخته‌گران، محمدرضا، منطق و مبحث علم هرمنیوتیک: اصول و مبانی علم تفسیر، ۱۳۷۸، تهران، نشر کنگره، چاپ نخست.

- ۳۲- ریس، ویلیام ال، فرهنگ فلسفه، ۱۳۹۹، ترجمه غلامرضا اعوانی، شاپور اعتماد، شهین اعوانی، شهرام پازوکی، بهاء‌الدین خرمشاهی، کامران ساسانی، بهزاد سالکی، ضیاء موحد، تهران، نشر موسسه پژوهشی حکمت و فلسفه ایران، چاپ نخست.
- ۳۳- ساکت، محمدحسین، حقوق‌شناسی، دیپاچه‌ای بر دانش حقوق، ۱۳۷۱، مشهد، انتشارات ثالث، چاپ نخست.
- ۳۴- صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، ۱۳۸۴، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- ۳۵- علوی‌مقدم، مهیار، مطالعات ادبی هرمنوتیک متن‌شناختی، ۱۳۹۷، تهران، نشر سخن، چاپ نخست.
- ۳۶- غمامی، مجید و محسنی، حسن، آیین دادرسی فراملی، ۱۳۹۰، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۳۷- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ۱۳۹۳، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۳۸- کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، نظریه عمومی، ۱۳۹۴، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم.
- ۳۹- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ۱۳۹۶، چاپ ۱۱۲، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۴۰- کلسن، هانس، نظریه حقوق ناب، ۱۳۸۷، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللّهی، تهران، انتشارات سمت، چاپ نخست.
- ۴۱- کلسن، هانس، نظریه‌ی محض حقوق و دولت، ۱۳۹۴، ترجمه محمدحسین تمدن جهرمی، تهران، انتشارات سمت، چاپ نخست.
- ۴۲- کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ۱۳۸۲، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، چاپ نخست.
- ۴۳- کوزنزهوی، دیوید، حلقه‌های انتقادی، ۱۳۷۱، ترجمه مراد فرهادپور، تهران، نشر گیل، چاپ نخست.
- ۴۴- کیوان‌فر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، ۱۳۹۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- ۴۵- لاینز، دیوید، قانون به معنای واقعیت اجتماعی، ۱۳۷۸، ترجمه مصطفی محقق داماد، از مجموعه دین، فلسفه، قانون، نشر شهاب ثاقب و سخن، تهران، چاپ نخست.
- ۴۶- مارمور، آندر، ۱۳۹۲، فلسفه حقوق، ترجمه سعید عابدی و مجید نیکویی، چاپ اول، تهران، نشر نگاه معاصر.

- ۴۷- مدنی، سید جلال الدین، رویه قضایی، ۱۳۹۳، چاپ بیست و سوم، تهران، انتشارات پایدار.
- ۴۸- محسنی، حسن، آیین دادرسی مدنی فرانسه، برگردان و پژوهش، ۱۳۹۱، چاپ نخست، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۴۹- محمدنژاد، علی و نوروزی، محمد تقی، فرهنگ استراتژی، ۱۳۷۸، چاپ اول، تهران، نشر سنا.
- ۵۰- نوبخت، حسین، شیوه‌های تفسیر قانون مدنی، ۱۳۸۸، چاپ نخست، تبریز، انتشارات فروزش.
- ۵۱- نوری، آلان، عدالت (فلسفه‌ی حقوق)، ۱۳۹۷، ترجمه بهروز جندقی، تهران، سازمان انتشارات و پژوهش‌گاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم.
- ۵۲- نهرینی، فریدون، آیین دادرسی مدنی، ۱۳۹۳، جلد اول، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- ۵۳- نهرینی، فریدون، آیین دادرسی مدنی، ۱۳۹۸، جلد سوم، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- ۵۴- واحدی، قدرت‌الله، مقدمه علم حقوق، ۱۳۴۹، تهران، کتاب‌خانه‌ی گنج دانش.
- ۵۵- وکس، ریموند، فلسفه حقوق، ۱۳۹۷، ترجمه باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ پنجم، تهران، انتشارات جاودانه، جنگل.
- ۵۶- هارت، هربرت، مفهوم قانون، ۱۳۹۶، ترجمه محمد راسخ، چاپ ششم، تهران، نشر نی.

مقاله‌ها

- ۱- اسلامی‌پناه، علی، دکترین به منزله منبع حقوق، پاییز ۱۳۹۹، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره ۳۲، صفحات ۹-۲۸.
- ۲- بیندر، گایرا، مطالعات حقوقی انتقادی، ترجمه محمد مهدی ذوالقدری، مجموعه مکاتب فلسفه حقوق، راهنمای بلک ول، گردآوری: دنیس پترسن، چاپ اول، ۱۳۹۵، تهران، نشر ترجمان علوم انسانی.
- ۳- بولانژه، ژان، اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه، ترجمه علی‌رضا محمدزاده وادقانی، بهار، ۱۳۷۶، مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۶، شماره پیاپی ۱۰۵۸.
- ۴- حیاتی، علی‌عباس، مفهوم «اصل حقوقی» و مقایسه آن با «قاعده حقوقی» (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)، مجله دانش حقوق مدنی، دوره ۷، شماره ۲، پاییز و زمستان ۹۷، صفحات ۱۵-۲۶.
- ۵- حیاتی، علی‌عباس، مقدمه علم حقوق، چاپ اول، ۱۳۸۹، تهران، نشر میزان.

- ۶- رنجبریان، امیرحسین-کمالی نژاد، حسن، *آموزه‌های حقوق‌دانان بین‌المللی برجسته*، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، صفحات ۳۷-۵۶.
- ۷- کاتوزیان، ناصر، *جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی*، ۱۳۷۵، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۰.
- ۸- لی‌تر، برایان، *واقع‌گرایی حقوقی آمریکایی (مجموعه مقالات بلک ول)*، ترجمه محمد حسین تنهایی، چاپ شده در مجموعه مکاتب معاصر فلسفه حقوق، ۱۳۹۵، چاپ اول، تهران، نشر ترجمان علوم انسانی.
- ۹- محمدزاده وادقانی، علی‌رضا، *رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق*، ۱۳۷۶، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۸.
- ۱۰- میرشکاری، جواد (ویراستار)، *فرهنگ واژه‌های مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی*، ۱۳۹۱، دفتر دوم، چاپ نخست، تهران، انتشارات زبان و ادب فارسی.
- ۱۱- وارنر، ریچارد، *عمل‌گرایی حقوقی*، ترجمه امیرحسین نیکویی بندری، مجموعه مکاتب معاصر فلسفه حقوق، راهنمای بلک ول، گردآوری دنیس پترسن، چاپ اول، ۱۳۹۵، تهران، نشر ترجمان علوم انسانی.
- ۱۲- یوسفی‌فر، شهروز، *بررسی تحلیلی اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی پژوهشی درباره موارد استناد قضات به غیر از قوانین مدون*، ۱۳۸۴، پرتال جامع علوم انسانی، شماره ۵۴.

منابع عربی

- ۱- صدّه، عبدالمنعم فرج، *اصول القانون*، بی‌تا، دارالنهضة العربیه، بیروت، لبنان، جلد الاول.
- ۲- مرقس، سلیمان، *مؤجز المدخل للعلوم القانونیه*، ۱۹۵۳ م، چاپ اول، قاهره.

منابع انگلیسی

کتاب

- 1- Adam, D.M. (ed.) (1992) *Philosophical Problems in the Law*, Belmont, CA: Wadsworth.
- 2- Aubert Jean - Luc ;Savaux Eric, (2012) *Introduction au droit*, 14 ed, Sirey.
- 3- Austin, John, (1985) *Lecturs on Jurisprudence and Philosophy of Positive Law*, Murray 5th Edition.

- 4- Austin, John, (2000) (1832) *The Province of Jurisprudence Determined*, Amherst, NY. Prometheus.
- 5- Barak, Aharon, (2008) *The Juge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press.
- 6- Bix, Brain, (1993), *Law, Language and Legal Determinacy*, oxford: Clarendon Press.
- 7- Bix, Brain, (2006) *Legal Positivism in the Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Teory*, ed by Golding Martin and Edmundson William, Black Weii Publishing.
- 8- Bix, Brian, (2012) *Natural Law: The Modern Traditional*, Edited by Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro, The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law,
- 9- Bork, Robert, (1993) *The Original Understanding, in: Conard Johnson, Philosophy of Law*, Macmillan publication.
- 10- Bunge, Mario, (1996) *Finding Philosophy in Social Science*, Yale University.
- 11- *Cambridge dictionary of Philosophy*, (1999) edited by Robert Audi, Cambridge University Press, 2nd edn.
- 12- Coleman, Jules.L, Leiter, Brian, (1997) *Determinacy, Objectivity and Authority, Law and Interpretation* (Essays in Legal Philosophy), Edited by Andrei Marmor, Oxford: Clarendon Press.
- 13- Coleman, Jules.L, Leiter, Brian, (1999) *Legal Positivism A Companion to Philosophy and Legal Theory*, Blackwell Publisher.
- 14- Comstock, Richard, (1987) *The Encyclopedia of Religion*, edited by Mircea Elidae, macmillan publishing company, New York, vol 4.
- 15- *Concise Routledge Encyclopedia of Philosophy*, (2000) Edited by Routledge Staff (Edward Craig).
- 16- Dworkin, Ronald, (1978) *Taking Rights Seriously*, Harvard.
- 17- Dworkin, Ronald, (1986) *Law's Empire*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University press.
- 18- Frank, Jerome, (1930) *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano's.
- 19- Frank, Jerom, (1932) *Cornell Law Quarterly*, Yale University Press, Available at: <http://www.library.yale.edu/mssa>.

- 20- Frank, Jerome, (1950) *Courts on Trial*, Princeton University Press.
- 21- Feteris, Eveline, (1999) *Fundamental of Legal Argumentation*, Springer-Science + Business Media, B. V.
- 22- Feteris, Eveline, (2017) *Fundamental of Legal Argumentation*, second edition, Springer.
- 23- Finch, John D, (2000) *Introduction to Legal Theory*, Delhi: Universal Law Publishing, 2nd edn.
- 24- Fuller, Lon, (1969) *The Morality of Law*, Yale University Press.
- 25- Gary, J, (1921) *The Nature and Source of the Law*, 2 ed. Boston. (first published 1912).
- 26- Golding, Martin P, (2007) *Legal Reasoning, Legal Theory and Rights*, Routledge, 1st Edition, London, eBook ISBN 9781315091914.
- 27- Hart, H.L.A, (1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford.
- 28- Hart, H.L.A, (1994) *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- 29- Hager, Mark, (1987) *Against Liberal Ideology: a Guide to Critical Legal Studies*, by Mark Kelman, Massachusetts, Harvard University Press.
- 30- Holmes. Jr, Oliver Wendell (1881) *The Common Law*, online books, Scanned and proofread by Stuart E. Thiel, Chicago, January 2000.
- 31- Himma, Einer, (2003) *Legal Positivism*, Seattle Pacific University; http://www.iep.utm.edu/Legal_pos.
- 32- Jakson, Levin, (1993) *Charting Global Responsibilities: Legal Philosophy and Human Rights*, University Press of America.
- 33- ICJ. Judgment of 5 February, (1970) *Case Concerning Barcelona Traction, Light&Power Company,Limited(Belgium v Spain)*, Merits, Second Phase, Separate Opinion of judge Ammoun.
- 34- Langdell, Christopher, (1905) *Brief Survey of Equity Jurisdiction*, Boston. Available at: https://scholar.google.com/scholar?hl=en&as_sdt.

- 35- Leiter, Brian, (2015) *Legal Realism and Legal Doctrine*, 163 U.P.A.L REV.
- 36- Liewellyn, K.N, (1930) *The Bramble Bush*, New York: Oceana.
- 37- Liewellyn, K.N, (2008) *Jurisprudence Realism in Theory and Practice*, Transation Publishers New Brunswick and London.
- 38- Lowman, Michael K, (1992) *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?*, American University Law Review, vol 41.
- 39- Malaurie, Philippe, (1996) *Anthology of Legal Thinking*, Humanitan publishing.
- 40- Meyerson, Denise, (2007) *Understanding Jurisprudence*, Routledge, Cavendish.
- 41- Mcleod, Jan, (2005) *Legal Theory*, Edited by Marise Cremona, UK: Palgrave Macmillan, 3rd Edition, ch. 4.
- 42- Minow M, Spelman, (1991) *Pragmatism in Law and Society*, Edited by M. Briant and W. Weaver, Westview.
- 43- Patterson, Dennis, (1966) *Law and Truth*, Oxford: Oxford University Press.
- 44- Patterson, Edwin W,(1953) *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law*, Brooklyn. N. Y. Publisher: The Foundation Press, Inc. (June 1, 1953).
- 45- Pound, Roscoe, (1921) *A Theory of Social Interests*, *Proceedings of the American Sociological Society*, Cited in J.Hall, Reading in Jurisprudence, Indianapolis.
- 46- Pound,Roscoe, (1998) *Mechanical Jurisprudence*, 8 Colum.L.REV.
- 47- Pound,Roscoe, (2002) *The Ideal Element in Law*, Indianapolis: Liberty Found.
- 48- Katz,A, (1979) *Studies in Boundary Theory: Three Essays in Adjudication and Politics*.
- 49- Kelsen, Hans (1954) *General Teory of Law and State*. Published January 10, 2005 by RoutledgeTranslated by Wedberg Andres. Harvard University Press.

- 50- Kelsen, Hans (1992) *Introduction of Problems of Legal Theory*, Translate by Paulson/ Standley L.A Translation of First Edition of the *Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (First Published. 1934. Translated by Bonnie Litschewski – Pulson/ Standley. Oxford.
- 51- Kennedy, Duncan, (1997) *A Critique of Adjudication: Fin De Siecle*, New York, vol 4.
- 52- Loussouarn, Yvon (1958) *The Relative Importance of Legislation, Custom, Doctrine, and Precedent in French Law*, vol 18. Louisiana Law Review.
- 53- Kress, Ken, (1992) *Legal Indeterminacy and Legitimacy*, in: *Legal Hermenutics: History, Theory and Practice* Edited by Gregory Leyh, Berkley: University of California Press.
- 54- Ratnapala, Anura. S, (2009) *Jurisprudence*, Cambridge University Press.
- 55- Roland Henri ;Boyer Laurent, (2002) *Introduction au droit*, Litec.
- 56- Rommen A, Heinrich, (1936) *The Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy*, Kindle Edition, Published by University of Tulsa.
- 57- Rorty, Richard, (1982) *Consequenes of Pragmatism*, University of Minnesota Press.
- 58- Roubier, Paul, (2005) *Theorie Generale du Droit*. Translated by Anghel, Elena. Dalloz Publishing House.
- 59- Rutz-Burri, Lore, (2020) *Sources of Law: Administrative Law, Common Law, Case Law and Court Rules*.
- 60- Sebok, Anthony, (1998) *Legal Positivism in American Jurisprudence*.
- 61- Shriver, H.C, (1936) *Justice Oliver Wendell Holmes: His Book, Notice and Uncollected Letters and Papers*, New York, Central Book Co.
- 62- Smith, Stanley, (1998) *Constitutional And Administrative Law*; 8th ed edition, Penguin.
- 63- Sturgess, Garry. Chubb, Philip, (1988) *Judging the World (Law and Politics in the World's Leading Courts)*, Butterworths.

- 64- Summers, Robert. S, (1982) *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca. N. Y.
- 65- Weinrib, Ernest J, (2003) *Legal Formalism, in A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Dennis Patterson (ed.), Oxford, Blackwell.
- 66- Wright, Richard Comstock, (1987) *The Encyclopedia of Religion*, edited by Mircea Elidae, macmillan publishing company, New York, vol 4.
- 67- Wright, Richard, (1995) *Justice and Tort Law, In Philisiphical of Tort Law*, Edited by D.Owen, New York: Oxford University Press.
- 68- Tervino , A, Javier (1996) *The Sociology of Law, Classical and Contemporary Perspectives*; St, Martin's Press, New York.
- 69- Tervino, A. Javier (ed) (2007) *Classic Writings in Law and Society*, Transaction Publishers, New Jersey, USA.
- 70- Trevino, Javier, (2010) *The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives (Law and Society) 1th Edition*
- 71- Thomson, A. J. P.,(2005) *Deconstruction and Democracy: Derrida's Politics of Friendship*, London: Continuum.
- 72- Vago, Steven (2000) *Law and Society*, Six edition, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, Inc.

مقاله

- 1- Altman, Andrew, (1986) *Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin, Philosophy and Public Affairs*, Published by: Blackwell Publishing, Vol. 15, No. 3, pp. 205-235.
- 2- Anghel, Elena, (2013) *The reconfiguration of the judge`s role in the romano-germanic law system*, Lex Et Scientia International Journal.
- 3- Banner, Sturat (2003) *The Myth Of the Neutral Amicus: American Courts and Their Friends*, University of Minnesota Law School Press.
- 4- Baxter, Hugh, (2011) *Habermas: The Discourse Theory of Law and Democracy*, Stanford Law Books. Available at: <https://www.sup.org/books/title/?id=6399>.

- 5- Binder, Guyora, Wiesberg, Robert, (1997) *Cultural Criticism of Law*, Stanford Law Review, vol. 49, No. 5, pp. 1149-1221.
- 6- Bix, Brian, (1996) *Jurisprudence: Theory and Context*. Sweet and Maxwell.
- 7- Bix, Brian, (2000) *Natural Law Theory*, Edited by Dennis Patterson, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, op. cit. (14) 3 – 239.
- 8- Bix, Brian, (2004) *Legal Positivism*, Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, Philosophy of Law and Legal Theory, New York: Blackwell, (2) 29 – 49.
- 9- Coleman, J.L. (2003) *Negative and Positive Positivism*, Edited by Dennis Patterson, Philosophy of Law and Legal Theory, Oxford: Blackwell, (6), 116- 133.
- 10- Dworkin, Ronald, (2003 A) *The Model of Rules*, Edited by Dennis Patterson, Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Blackwell, (3), 46 – 65.
- 11- Dworkin, Ronald, (2003 B) *Hard Cases*, Edited by Dennis Patterson, Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Blackwell, (8), 147 – 179.
- 12- Dworkin, Ronald, (2003 C) *Law as Interpretation*, Edited by Dennis Patterson, Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Blackwell, (14), 374 – 388.
- 13- Farber, Daniel I, Sherry, Suzanna, (2008) *Judgment Calls: Principle and Politics in Constitutional Law*, University of California, Berkeley.
- 14- Fuller, L., (1958) *Positivism and Fidelity to Law: a Response to Professor Hart*, Harvard Law Review, (71), 630 – 672.
- 15- Fiss, Owen. M , (1986) *the death of the Law?*, Cornell Law Review, Yale university, Vol. 72:1
- 16- Gadamer; Hans-Georg, (1991) *Plato's Dialectical Ethics*, Translated by Robert M. Wallace, Phenomenological Interpretations Relating to the Philebus, Yale University Press, Available at: <https://yalebooks.yale.edu/book/9780300159745/platos-dialectical-ethics>.

- 17- Goodrich, Peter, (1992) *Critical Legal Studies in England: Prospective Histories*, Oxford Journal of Legal Studies, Oxford University Press, Vol. 12, No. 2 , pp. 195-236.
- 18- Hall, Everett. W,(1952) *What is Value? An Essay in Philosophical Analysis*, Humanities Press. Published online by Cambridge University Press: 12 March 2014.
- 19- Hart, H.L.A., (2003) Positivism and the Separation of Law and Morals, edited by Dennis Patterson, *Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden: Blackwell, (4), 69- 90.
- 20- Holmes. Jr, Oliver Wendell, (1879) *The Path of the Law*, Edited by Steven J. Burton (Editor) *Cambridge Studies in Philosophy and Law*, 131 – 150.
- 21- Hollier, Rob, (2020) *The Ultimate Guide to the Ratio Decidende and Obiter Dictum*, Melbourne uc Journal, pp 191- 216.
- 22- Hunt, Alan, (1986), *The Theory of Critical Legal Studies*, Oxford Journal of Legal Studies, Oxford University Press, Vol. 6, No. 1, pp. 1-45.
- 23- Johnson, Alan. V; (1977) *A Definition of the Concept of Law*, In: *Mid-American Review of Sociology*, 2(1): pp. 47-71.
- 24- Mac-Cormic, Neil, (2003) *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press.
- 25- Posner, Richard A, (1986) *Law and Literature: A Relation Reargued*, University of Chicago Law School, pp 1368-1399.
- 26- Posner, Richard A, (2003) *What has Pragmatism to Offer Law*, Edited by Dennis Patterson, *Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, (9)180 – 190.
- 27- Kelsen, Hans, (1957) *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, University of Chicago Law.
- 28- Kent, Greenawalt, (1998) *Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism*, in the *Autonomy of Law Collection*, Edited by Robert P. George, Oxford University Press, 2 nd Pub. USA.
- 29- .Kramer, Matthew H, (2004) *Legal and Moral Obligation*, Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, *Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, (12) 179 – 190.

- 30- Krislov, Samuel (1962) *The Amicus Curiae: From Friendship to Advocacy*, Yale Law Journal, Vol. 72.
- 31- Schauer, Frederick, (2009) *Formalism, in Philosophy of Law*, Larry May and Jeff Brown (ed), Willey Blackwell.
- 32- Simmonds, N. E. (1998) *Philosophy of Law*, edited by: N. Bunnin & E.P. Tusi-James, in the Blackwell Companion to Philosophy, Oxford: Oxford Blackwell.
- 33- Svensson, Ola, (2010) *The Unconscionability Doctrine in U.S. Contract Law* Master thesis 30 credits, FACULTY OF LAW Lund University.
- 34- Stone, Martin, (2002) Formalism, edited by Jules Coleman and Scott Shapiro, The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, (5) pp:166-205.
- 35- Unger, Roberto Mangabera, (1983), *the Critical Legal Studies Movement*, Harvard Law Review, Vol. 96, No. 3, pp. 561-675, Published by: The Harvard Law Review Association.
- 36- Weinrib, Ernest. J, (1988), *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, the Yale Law Journal, Published by: The Yale Law Journal Company, Inc. Vol. 97, No. 6, pp. 949-1016.
- 37- Wells, Catherine, (1992) *Improving One's Situation: Some Pragmatic Reflections on the Art of Judging*, Washington and Law Review, (49), 323- 338.
- Zuckert, Catherine H, (2002) *Hermeneutics in Practice*, Cambridge University Press. Available at: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-gadamer/hermeneutics-in-practice/27174158958A46D389D9983F396B99BC>

منابع فرانسوی

کتاب

- 1- – Batiffol, Henri (1970) *Droit International Prive*, paris, Vol 2.
- 2- Bergel Jean-Louis, (2003) *Theorie generale du droit*, Paris, Dalloz.

- 3- Carbonnier, Jean (1991) *Droit civil, introduction*, Paris.
- 4- Comte, Auguste, (1929) *Système de politique positive*, Paris: Édition Société positiviste, 5e édition.
- 5- Del Vecchio, Giorgio, (1936) *Leçons de philosophie du droit*, Trad, Fr par J, Alexis D`Aynac, Paris, 1e édition.
- 6- Dowrkin, Rondald (1994) *L'empire Du Droit*, PUF, 1e édition, Paris.
- 7- Dubouchet, Paul, (1994) *Pour une théorie générale du droit*, Tome 2. Essai d'herméneutique juridique, Éditeur Lyon : L'Hermès, Disponible , Magasin 2ème sous-sol (174.706-2).
- 8- Durkheim, Emile (1987) *La science sociale et l'action*, Paris: PUF, 2e édition.
- 9- Hart, Herbert, (1976) *Le Concept Du Droit*, Publication des facultes universitaires Saint-Louis-Bruxelles.
- 10- Jacques, Ghestin et Gilles, Goubeaux, (1997) *Droit civil, introduction*, Paris, LGDJ.
- 11- Jakson, Levin, (1993) *Charting Global Responsibilities: Legal Philosophy and Human Rights*, University Press of America.
- 12- Jean-Luc, Aubert (2008) *introduction au droit*, Paris, Cirey.
- 13- Jestaz, Philip, Jamin, Christophe, (2004) *La Doctrine*, 1ère éd.: Méthodes du droit (French Edition) Dalloz.
- 14- Jestaz, Philippe (2005), *Les sources du droit*, Dalloz.
- 15- Littré, Emile (2003) *dictionnaire de langue*, dans Littré au XXe siècle: le colloque du bicentenaire, sous la direction de Michel Mourlet, Éditions France Univers.
- 16- Mazeaud Henri, (1991) *Lecons de droit civil, Introduction a l'étude du droit*, Paris, Montchrestien.
- 17- Mazeaud Leon; Jean et Chabas François; par Chabas François (2000), *Leçons de droit civil, introduction a l'étude du droit, t 1, v.1*, 12 ed, Montchrestien.
- 18- Roubier, Paul (2005) *Theorie generale du droit*, Paris, Dalloz.
- 19- Villa, Vittorio, (1991) *La Science du droit*, Paris: LGDJ.
- 20- Weber, Max, (2007) *Sociologie du droit, Introduction et traduction par Jacques Grosclaude*, Paris: PUF, 2e édition.

- 1- Del Vecchio, Giorgio (1934) *Le Probleme des Sources du Droit Positif*, In: T.I (Louis Le Fur), Paris: Librairie du Recueil Sirey.
- 2- Roubier Paul, *Theorie generale du droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 13.

منابع اینترنتی

-Hondius, Ewoud, *Precedent and Law* (2016), *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol, 60, available online at: www.ejcl.org/113/article113-3pdf, (accessed on 18 June

-Leiter, Brian, *American Legal Realism* (2002), The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper No. 042, P. 1. at: [http: SSRN.com/abstract-id0339562](http://SSRN.com/abstract-id0339562).