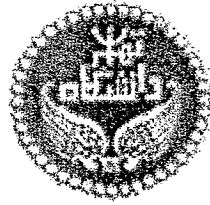


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه تهران
دانشکده حقوق و علوم سیاسی

معیار عینی در حقوق

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر جعفری تبار

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر معینی

دانشجو:

فرشاد قدوسی

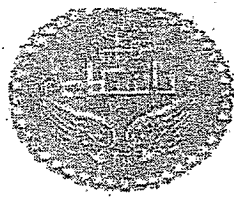
۱۳۸۷ / ۷ / ۲۵

پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد

حقوق خصوصی

زمستان ۸۶

۱۰۵۷۲۴



دانشکده حقوق و علوم سیاسی

گروه آموزشی حقوق خصوصی و اسلامی

گواهی دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

هیات داوران پایان نامه کارشناسی ارشد: فرشاد قدوسی

در رشته : حقوق خصوصی

با عنوان : معیار عینی در حقوق

را در تاریخ : ۱۳۸۶/۱۱/۲۸

گرایش :

با نمره نهایی :

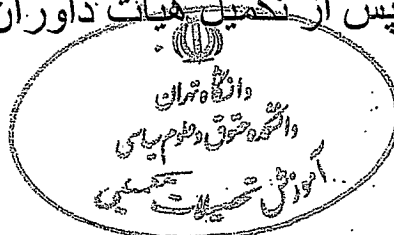
به عدد	به حروف
۱۹،۵	هجده و پنج

ارزیابی نمود .

با درجه

ردیف	مشخصات هیات داوران	نام و نام خانوادگی	مرتبه دانشگاهی	دانشگاه یا موسسه	امضاء
۱	استاد راهنما استاد راهنمای دوم (حسب مورد):	دکتر حسن جعفری تبار	استادیار	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	
۲	استاد مشاور	دکتر جهانگیر معینی علمداری	استادیار	"	
۳	استاد داور (یا استاد مشاور دوم)	دکتر حسن بادینی	استادیار	"	
۴	استاد داور (خارجی)				
۵	نماینده کمیته تحصیلات تکمیلی گروه آموزشی:	دکتر سیدعزت اله عراقی	استاد	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	

تذکر : این برگه پس از تکمیل هیات داوران در نخستین صفحه پایان نامه درج می گردد .



حدیث از مطرب و می کو و راز دهر کمتر جو

که کس نکشود و نکشاید به حکمت این معمارا

برای مادرم،

برای پدرم،

که شور زندگی ام از اوست

که روح آزادگی را در من کاشت

و برای دوستی که بدون او پایان نامه‌ام شکلی کنونیش را نداشت،
و البته افسوس که دیگر نیست.

" آیا جراتش را دارم که دنیا را بیاشوبم، در هر دقیقه زمانی است برای تصمیم‌ها و بازبینی‌ها که دقیقه‌ای
(دیگر) آنها را واژگون می‌سازد. " تی، اس، ایوت

*"Do I dare to Disturb the universe, In a minute there is time for decisions
and revisions which a minute will reverse" TS Eliot,*

چکیده فارسی

موضوع عینیت در حقوق از موضوعات مهم فلسفه حقوق و تئوری حقوقی است که مورد بحث اندیشمندان مختلف قرار گرفته است. به طور کلی سوال اصلی در میزان واقعی بودن گزاره‌های حقوقی و نحوه ارجاع آن به واقعیت‌های بیرون از خود است که هسته اصلی بحث عینیت در حقوق را تشکیل می‌دهد. با روزافزون شدن مباحث حقوقی و صحبت از جهانی بودن آنها، مانند بحث حقوق بشر، ضرورت بیشتری برای سنجیدن معیار عینیت حقوقی وجود دارد. در تحقیق پیش رو، ابتدا با بررسی سنت فکری فلسفه تحلیلی و با تاکید بر رشته معناشناسی در این سنت، مساله عینیت در حقوق واکاویده می‌شود و سپس با گذار از فلسفه تحلیلی، معناشناسی، معنایابی و همچنین ارجاع مفاهیم را در دو سنت دیگر یعنی پراگماتیسم و واسازی بازبینی می‌کنیم. به دنبال بررسی هر اندیشمند و سنت فکری، تاثیرات آنها بر متفکران حقوقی و تئوری‌های حقوقی و بخصوص بحث عینیت در حقوق روشن می‌گردد.

واژگان کلیدی: عینیت، فلسفه تحلیلی، زبان‌شناسی، معناشناسی، پراگماتیسم، واسازی، ارجاع،

گزاره، اثبات گرایی حقوقی، نظریه حقوق طبیعی، نظریه کنش گفتارها، دیفرانس (تفاوت)

با سپاس از استاد محترم راهنما، جناب آقای دکتر جعفری تبار
که به تنهایی مشعل فلسفه حقوق را در دانشکده روشن نگه داشته‌اند

با تشکر از استاد محترم مشاور، جناب آقای دکتر معینی
که بی دریغ دانش گسترده خود را برای بهبود پایان نامه در اختیارم گذاردند.

و با قدردانی از استاد محترم داور، جناب آقای دکتر بادینی
که نکات ارزشمندی برای اصلاح پایان نامه بیان داشتند.

فهرست موضوعی

صفحه	عنوان
۴.....	مقدمه.....
۵.....	قسمت نخست - طرح سؤال.....
۸.....	قسمت دوم - خلاصه بحث و فواید عملی آن.....
۱۳.....	قسمت سوم - توضیح اصطلاحات.....
۱۳.....	الف- فلسفه تحلیلی.....
۱۵.....	ب- عینیت.....
۲۰.....	گفتار نخست - معناشناسی سنتی و مسأله عینیت در حقوق.....
۲۰.....	فصل اول - معناشناسی سنتی.....
۲۲.....	بند نخست - فرگه.....
۲۳.....	بند دوم - راسل.....
۲۵.....	فصل دوم - بازتاب بحث در مسأله عینیت در حقوق.....

- بند نخست - مروری بر اندیشه اثبات گرایان ۲۵
- الف- بنتمام ۲۷
- ب- آستین ۲۸
- ج- هارت ۲۹
- بند دوم - کنش گفتارها ۳۲
- بند سوم - تأثیر نظرات آستین بر هارت ۳۵
- گفتار دوم - معناشناسی جدید و مروری بر عینیت گرایان حقوق طبیعی ۳۹
- فصل اول - معناشناسی جدید ۳۹
- بند نخست - میل و راسل ۴۰
- بند دوم - کریپکی ۴۳
- بند سوم - پتنام ۴۵
- فصل دوم - عینیت در نظریه حقوق طبیعی ۴۸
- بند نخست - تئوری سنتی حقوق طبیعی ۴۸
- بند دوم - تئوری جدید حقوق طبیعی ۵۰
- گفتار سوم - تطور عینیت گرایان حقوق طبیعی توسط معناشناسی جدید ۵۴
- فصل اول - مسأله پاسخ صادق دورکین ۵۴
- بند اول - تفاوت اصول، قواعد و مصالح ۵۵
- بند دوم - پاسخ صادق و عینیت معرفت شناختی ۶۱
- فصل دوم - رویکرد تفسیری دورکین و حقوق یکپارچه ۶۴
- بند اول - هنجارمندی حقوق ۶۴
- بند دوم - معناشناسی جدید حقوقی ۶۹
- بند سوم - نظریه حوق یکپارچه ۷۱
- گفتار چهارم - شک گرایان پراگماتیسم حقوقی در مقابل تئوری عینیت ۷۴
- فصل اول - مرور تئوری عینیت و نظریه دورکین در اندیشه حقوقی ۷۴
- بند اول - موافقین: نیکوس استاوروپولوس و دیوید او برینک ۷۴

۷۴	الف- استاوروپولوس
۷۶	ب- برینک
۷۸	بند دوم - مخالفین: دنیس ام پترسون و مایکل استیون گرین
۷۸	الف- پترسون
۸۰	ب- گرین
۸۲	فصل دوم - شک گرای ویتگنشتاین و پراگماتیسم حقوقی
۸۴	بند نخست- ویتگنشتاین دوره نخست
۸۷	بند دوم - ویتگنشتاین دوره دوم
۸۷	الف- بازی‌های زبانی و روش شناسی ویتگنشتاین
۹۰	ب- ویتگنشتاین و مفهوم قاعده
۹۳	بند سوم - پراگماتیسم حقوقی
۹۳	الف- خلاصه‌ای از پراگماتیسم فلسفی و زبان شناختی
۹۶	ب- عمل گرای در حقوق
۱۰۰	گفتار پنجم- عینیت حقوقی از دیدگاه واسازی
۱۰۰	فصل اول- مروری بر اندیشه ضد روش واسازی
۱۰۰	بند اول- مفاهیم اصلی ساختارگرایی و پساساختارگرایی
۱۰۳	بند دوم - دریدا و مفاهیم متافیزیک حضور، تفاوت و واسازی
۱۰۵	الف- واسازی دوگانه گفتار / نوشتار
۱۰۷	ب- واسازی نظریه کنش گفتارها
۱۱۰	فصل دوم- واسازی در حقوق
۱۱۱	بند اول- دو نمونه واسازی در حقوق
۱۱۱	الف- واسازی دو گانه اعمال حقوقی / وقایع حقوقی
۱۱۲	ب- واسازی دوگانه اقرار / سند
۱۱۳	بند دوم- مروری بر اندیشه حقوقی دریدا
۱۱۷	جمع بندی و نتیجه گیری

۱۱۷.....	قسمت اول - جمع بندی
۱۲۰.....	قسمت دوم - نتیجه گیری
۱۲۶.....	فهرست منابع و مآخذ
۱۲۶.....	الف - منابع فارسی
۱۲۸.....	ب - منابع لاتین

تاریخ فلسفه از یک سوال شروع شد: "حقیقت چیست؟" و این سوال مانند طاعونی ذهن انسانها را قرن‌هاست به خود مشغول کرده است. از زمانی که افلاطون اعلام کرد دانش واقعی خارج از "غار" جهل و نادانی است انسانها همواره برای خروج از غار و خلاصی از شب‌های حقیقت کوشیده‌اند. تحقیقی که در پی می‌آید نیز تحقیقی است برای جستجوی حقیقت منتها از نوع حقیقت‌های تجزیه شده و جزئی فعلی. در قرن بیستم فلسفه‌های مضاف با جدیت بیشتری مورد بررسی قرار گرفتند اگر چه پیش از آن نیز همواره در کتب فلسفی از آنها بحث می‌شد. یکی از این فلسفه‌های مضاف، فلسفه حقوق است. فلسفه حقوق به طور خاص بعد از جنگ جهانی دوم بسیار مورد استقبال اندیشمندان قرار گرفت. دلیل آن نیز مواجه شدن دنیا با بی‌عدالتی‌ها، بی‌قانونی‌ها و حرکات ضد اخلاق در طول دو جنگ جهانی اول و دوم است. در واقع گرایش عمده فیلسوفان امروزی به مسائل اخلاقی، معضلات حقوقی و فلسفه سیاسی به نظر می‌رسد عمدتاً از واقعیت هولناک دو جنگ جهانی نشأت گرفته باشد. در این مورد پیش بینی دولاکامپانی در کتاب "تاریخ فلسفه در قرن بیستم" برای آینده فلسفه نیز گویای جدیت بحث‌های حقوقی اخلاقی است. او در پی نوشت کتاب خود چنین اظهار می‌دارد:

"اگر قرار بود به سوالی که اغلب از من می‌شود، یعنی ((در آستانهٔ قرن بیستم فلسفه به کجا می‌رود؟)) پاسخی بدهم با کمال میل می‌گفتم که شورانگیزترین پژوهش‌های فلسفی اکنون دقیقاً در همین حوزهٔ اخلاقی-سیاسی است که صورت می‌گیرد..... از زمان پایان جنگ سرد، جهان به سرعت تغییر می‌کند و آنچه در بیست سال پیش هنوز به ذهن کسی خطور نمی‌کرد، یعنی سر بر آوردن ((نظم جهانی تازه)) بر مبنای حق و نه دیگر بر پایهٔ زور، اکنون در برابر چشمان ما در حال تحقق یافتن است.... این به نظر من بزرگترین ((انقلاب)) سیاسی است که بشریت از ۱۹۱۷ به این سو به خود می‌بیند."^۱

۱. دولاکامپانی، کریستیان، تاریخ فلسفه در قرن بیستم، ترجمهٔ یاقر پرهام، نشر آگاه، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۵۴۵

فلسفه حقوق^۱ امروزه اهمیتی دو چندان نیز یافته است. گسترش مفاهیمی همچون حقوق بشر، عدالت، حقوق ملل از یکسو و از سوی دیگر پر رنگ شدن معضلاتی در رابطه با تفسیر حقوقی، اراده قانون گذار، اراده متعاملین و میزان قدرت قاضی و حتی مفاهیمی همچون قاعده، قانون و رویه قضایی به واسطه افزایش چشمگیر معاملات حقوقی چه در سطح داخلی و چه در سطح بین المللی ضرورت بحث در مبانی را نشان می‌دهد. در واقع فلسفه حقوق امروزه می‌تواند نواقص منطقی و عملی بسیاری از مفاهیم شایع و مستعمل را نشان دهد و از این طریق شکافهای نظری و عملی را در مورد این گونه ادعاها نشان دهد. حقوق همواره مستعد تبدیل شدن به ابزاری برای اعمال توتالیتریانیستی می‌باشد و تنها راه جلوگیری از آن از میان فلسفه حقوق و بالنتیجه نشان دادن نواقص نظریات به ظاهر یکپارچه می‌گذرد.

مقدمه بحث به سه قسمت تقسیم می‌شود. قسمت نخست ابتدا به معرفی مشکل می‌پردازد و سپس سوال پایان نامه و به دنبال آن فرضیه آن مطرح می‌شود. قسمت دوم خلاصه‌ای کوتاه بعلاوه فواید عملی و کاربردی و اهمیت موضوع گفته می‌شود. در قسمت سوم اصطلاحات مهم استفاده شده تعریف و تنقیح می‌شود.

قسمت نخست – طرح سوال

در علوم نظری و بخصوص مسائل فلسفی هیچ گاه معضلات کهنه نمی‌شوند و همواره مانند شیخ‌هایی در خانه‌های اشباح زده^۲ به سراغ ذهن انسانها می‌آیند تا خواب آسوده روزمرگی را از آنها برابیند. نظریات افلاطون امروز نیز همان تازگی را دارد که عقاید فلان فیلسوف معاصر آکسفورد نشین. در واقع این جنبه اعجاز انگیز از فلسفه است که باعث ماندگاری آن شده است. یکی از مسائل کهنه فلسفی مسأله دوگانگی عینیت-ذهنیت (Objectivity vs. Subjectivity) می‌باشد. عینیت گرایان به اجمال نظر بر وجود حقایق، وقایع و اشیا فارغ از نحوه ادراک فاعل شناسایی و نظرات او دارند. ذهنیت گرایان بر عکس باور بر وجود اشیا خارج از ایده و ذهن بشر ندارند. به عبارت دیگر ذهنی‌گرایان صافی همه چیز را ذهن آدمی

^۱ تعریف فلسفه حقوق و اصطلاحات دیگر این پایان نامه در قسمت مربوط به تعاریف خواهد آمد.

^۲ Haunted House

می‌دانند و بنابراین دسترسی بلا واسطه به اشیا بدون دخالت ذهن و محتویات آن از نظر ذهنی‌گرایان امری محال است. سنت دوگانه عینیت-ذهنیت در تاریخ فلسفه در دو سنت بزرگ رئالیسم و ایده‌آلیسم (Realism vs. Idealism) متبلور شده است که عمدتاً انگلستان هواخواه‌اندیشه نخست و آلمان هواخواه‌اندیشه دوم بوده‌اند. این دو نگرش تفاوتی بنیادین در معرفت‌شناسی (Epistemology) ایجاد می‌کنند به طوری که دیدگاه‌های کلی دیگر را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهند. معرفت‌شناسی به بنیاد‌های دانش، قلمروی آن و نحوه کسب معرفت می‌پردازد. این دو نحله بزرگ معرفت‌شناسی در دانش‌های متفاوت تأثیرات گوناگون گذاشته‌اند. یکی از این رشته‌های مورد بحث حقوق (Jurisprudence) است که اخیراً بحث عینیت در آن بسیار مورد مناقشه قرار دارد.

معضل اساسی در اینجا قرار دارد که حقوق از لحاظ بنیانی چه نوع دانشی است و چگونه دانشی را به افراد منتقل می‌کند. البته در یک طیف دانش و علم بودن (Science) حقوق قویاً مورد تردید است. برای حقوقدانی و حقوق‌خوانی که با دانشمندی از رشته دیگر مثلاً فیزیک و یا شیمی مواجه می‌شود همواره این سوال مطرح است که چه میزان حقوق با رشته‌هایی مانند فیزیک و یا شیمی شباهت دارد و وجوه فارق رشته‌هایی از این دست با حقوق چیست. در واقع اساس بحث در اینجا معرفت‌شناسانه است بدین معنی که جایگاه حقوق در نظام معرفت بشری تا حدی مشخص‌تر شود.

مشکل دیگر به بحث روش‌شناسی (Methodology)^۱ باز می‌گردد. علوم تجربی همواره بر روش‌شناسی منظم‌تر و منضبط‌تری استوار بوده‌اند و بر همین اساس فخر‌های زیادی به رشته‌های علوم انسانی فروخته‌اند و روش‌شناسی خود را در مقاطع مختلف بر آن تحمیل کرده‌اند. حقوق از این لحاظ بسیار در وضعیت پیچیده‌تر نسبت به سایر علوم انسانی قرار دارد. رشته‌ای مانند جامعه‌شناسی و یا روانشناسی و یا علوم سیاسی توانسته‌اند روش‌های متعدد و منظم‌تری (اگر چه متضادی) برای خود تنظیم کنند ولی رشته حقوق نسبت به آنها عقب‌تر ایستاده است. شاید به همین دلیل است که دانشگاه‌های معتبر دنیا اقدام به برگزاری دوره‌های فوق لیسانی و دکتری با عنوان "روش‌شناسی حقوق"

شناسی در علوم اجتماعی و علوم طبیعی ر.ک: شناسی حقوق و تفاوت آن با روش. درباره بحث روش
جعفری تبار، حسن، مبانی تفسیر حقوقی، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۱۹-۴۲

کرده‌اند.^۱ در واقع روش‌شناسی مهمترین بخش هر علمی است زیرا با روش‌شناسی است که طریق تحقیق و روش‌های صحیح پژوهش مشخص و معین می‌شود. برای حقوق نیز این موضوع اهمیتی اساسی دارد و از معضلات فکری حقوقدانان معاصر است. کافی است موتورهای جستجوگر اینترنتی در این موارد بررسی شود تا اهمیت موضوع آشکار گردد.

مشکل دیگری که در این خصوص می‌توان نام برد مسأله تفسیر حقوق و گزاره‌های حقوقی است. مسأله نحوه تفسیر از موارد قدیمی حقوق و پیشتر از آن گزاره‌های دینی است. در واقع به این دلیل که صادرکننده گزاره‌ها حقوقی دیگری است و فرد در ایجاد آنها مستقیماً دخیل نبوده همواره مسأله چگونگی تفسیر و راه‌های آن بسیاری کتب حقوقی را به خود اختصاص داده است. تفسیر در سنت هرمنوتیک فلسفه قاره‌ای جایگاه اصلی را اشغال کرده است و فیلسوفان بزرگی چون گادامر و ریکور در این نحله جای دارند. رونالد دورکین نیز به عنوان اندیشمند برجسته حقوقی چند دهه اخیر تحت تأثیر سنت فلسفی هرمنوتیک بوده و رویکردی تفسیری به حقوق داشته است. بنابراین مسأله تفسیر صرفاً یک تکنیک حقوقی نیست تا به وسیله آن برخی قوانین و مقررات را به گونه‌ای خاص تفسیر کرد^۲ بلکه تفسیر خود مربوط به مبانی و پایه‌های حقوق می‌شود و عنصر سازنده آن به حساب می‌آید.

هر سه مورد گفته شده ارتباط مستقیم و متقابلی با یکدیگر دارند و در واقع مشکلی واحد هستند که خود را به سه شکل گوناگون نشان می‌دهند. مسأله جایگاه حقوق در میان دانش بشری و موضع‌گیری در ارتباط با آن ارتباطی مستقیم با نحوه رویکرد و روش‌شناسی حقوق دارد. مضاف بر اینکه هر روش‌شناسی در حقوق خود نحوه تفسیر حقوقی به عنوان معضل اساسی این رشته را مورد لحاظ قرار می‌دهد.

سوالی که مستقیماً در اینجا مطرح است و پایان نامه به آن می‌پردازد این مسأله است که "آیا گزاره‌های حقوقی عینی هستند؟" به عبارت دیگر "آیا تفسیری عینی از گزاره‌های حقوقی وجود دارد؟" سوال فوق را از زاویه دیگری نیز می‌توان مطرح کرد: "آیا در حقوق قطعیت وجود دارد؟" و یا اینکه "آیا

^۱توان از دانشگاه‌های یو بی سی در کانادا و استنفورد در آمریکا نام برد. به عنوان نمونه می

^۲توان از قاعده اولویت جمع بین قوانین متعارض و یا قاعده تفسیر به نفع متهم به عنوان نمونه یاد کرد. در حقوق ایران می

تفسیر صحیح و پاسخ درست در پرونده های حقوقی (بخصوص پرونده های مشکل) وجود دارد و یا پاسخ قاطعانه اساساً در این موارد وجود ندارد؟"

فرضیه پایان نامه در مورد موارد فوق این است که "اساساً حقوق با رشته های علوم تجربی تفاوت دارد و پاسخ صحیح و قاطعانه در حقوق نمی توان داد." این فرضیه در طول پایان نامه مورد بررسی قرار می گیرد. البته نحوه بررسی فرضیه توسط تمامی نحله های فلسفی انجام نمی گیرد بلکه در این خصوص سنت فلسفه تحلیلی و به تبع آن حقوق تحلیلی مورد مناقشه و تدقیق قرار می گیرد بخصوص آنکه قسمت عمده مطالعات اندیشه حقوقی چند دهه اخیر در سنت حقوق تحلیلی و در کشورهای انگلستان و آمریکا انجام گرفته است. به عبارت کاملتر فرضیه فوق در گذار از نظریات مختلف معناشناسی در فلسفه تحلیلی بررسی می شود.

قسمت دوم - خلاصه بحث و فواید عملی آن

فواید عملی و کاربردی بحث بسیار گسترده است زیرا که مسأله در واقع خود ماهیت و نوعی روش شناسی برای نحوه مواجهه با حقوق است. مهمترین فایده مستقیم عملی بحث در مورد تفسیر در نظام حقوقی و طریق قضاوت صحیح است.

تفسیر مختلف از مواد قانونی و قضاوت های مختلف در پرونده های یکسان از جمله وقایعی است که در هر نظام حقوقی وجود دارد. حال اتخاذ رویکرد های مختلف می تواند نتایج کاملاً متفاوت و متضاد در پی داشته باشد. اثبات گرایان (Positivists) بر این باورند که ماهیت حقوق و ملاک های قضاوت درباره حقوق اساساً اجتماعی (Social) هستند و از دو جز تشکیل شده اند: اولین آن مربوط به قانونمندی (legality) و دومین مربوط به تأثیر (Impact) است. قانونمندی به تشخیص قواعد و مقررات حقوقی در یک جامعه که بر رفتار افراد حکومت دارد اشاره می کند و تأثیر به نحوه اعمال صحیح مقررات تشخیص داده شده در مرحله نخست بر روی امور موضوعی (Facts) پرونده های مختلف اشاره دارد. در اثبات گرایی سنتی (Classical Positivism) هر دو مرحله ذکر شده اجتماعی است بدین معنی که تشخیص قواعد حقوقی و کاربرد صحیح آنها هر دو توسط رویه اجتماعی (Social Practice) و رفتار جمعی یک جامعه

مشخص می‌شود.^۱ بنابراین در این دیدگاه تنها نوعی عینیت محدود دیده می‌شود و به طور کلی اکثریت همواره درست می‌گویند و راه‌چندانی برای رویکرد نقادانه به تفاسیر اکثریت باقی نمی‌ماند. با این دیدگاه می‌توان تفاسیر شاخ و نظرات اقلیت را با استناد به نظرات اکثریت مورد نقد قرار داد. در واقع آنچه همواره تفسیر درست را معین می‌کند رویه عملی و پذیرش اکثریت نسبت به آن تفسیر است. این نظر عینیتی خاص با توجه به رویه اجتماعی را می‌پذیرد. مشاهده می‌شود چگونه نظر در مورد عینیت مستقیماً بحث تفسیر و روش‌شناسی آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد.^۲

اثبات‌گرایی نیز ثابت‌نماند و تحولاتی در این مکتب رخ داد. اخیراً نظرات جوزف راز^۳ (Joseph Raz) در این حیطة طرفدارانی پیدا کرده است. راز معتقد است معیاری که بر رویه اجتماعی حاکم است توسط فهم مشترک (Shared Understanding) از رویه‌ها شکل می‌گیرد و قضاوت‌ها به طور ضمنی تعهدی به همراه بودن با این فهم مشترک دارند ولی ممکن است اکثریت افراد در تشخیص این فهم مشترک دچار لغزش و اشتباه شوند و بنابراین قضاوت اکثریت نیز می‌تواند اشتباه باشد. با این وصف فهم مشترک از نظر راز همان تفسیر مشترک نیست. اگرچه عینیت ذکر شده در این دیدگاه همچنان بسته و محدود به فهم مشترک میان افراد است ولی راه را برای اشتباه اکثریت و اصلاح تفاسیر طرفدار باز گذاشته است.^۴ بنابراین می‌توان در این نظریه عینیتی قوی‌تر نسبت به آنچه پیشتر گفته شد پیدا کرد و بنابراین قدرت انتقادی حقوق‌دانان نسبت به تفاسیر مختلف افزایش پیدا می‌کند.

عده‌ای دیگر از اندیشمندان حقوقی سعی بر وارد کردن عینیت حقوقی از طریق تقریب این رشته با علم الاخلاق دارند. در واقع اگر اخلاق را جزو عوامل تعیین‌کننده حقوق بدانیم دیدگاه اساساً تغییری بنیادین پیدا می‌کند. در این نظر قضاوت و وکلا تعهدی مشترک به ارزش‌ها و اصول دارند تا توسط آن

^۱ See Bix, H. Brian, *Legal Positivism, Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, edited by Martin Golding and William Edmundson, Oxford, 2006

^۲ در این خصوص می‌توان از ای‌ال‌ای هارت و کتاب معروفش مفهوم قانون نام برد.

^۳ جوزف راز استاد حقوق دانشگاه کلمبیا و استاد پژوهشی دانشگاه آکسفورد است. کتب و مقالات مربوط به بحث عینیت او عبارتند از:

a. Raz, J. 1990. *Practical Reason and Norms*, Princeton, NJ: Princeton University Press.

b. Raz, J. 2001a. Two views about the nature of law. In J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*. Oxford, Oxford University Press, 1-37

c. Raz, J. 2001b. Notes on value and objectivity. In B. Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 194-233.

^۴ Stavropoulos, Nicos, Objectivity. In M. P. Golding and W.A. Edmundson (eds.), *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd, 315-323

عملکرد خود را توجیح کنند. در واقع نخ ارتباطی میان قضاوت‌های مختلف همان اصول و قواعد اخلاقی است. این دیدگاه عاملی خارجی غیر از آنچه فهم مشترک عنوان شده قرار داده است و بنابراین عینیت توصیف شده در این دیدگاه بسیار موسع است و این اصول اخلاقی است که داور اصلی تفاسیر مختلف در حقوق است. در این نظریه تفاسیر درست آنهایی هستند که اصول اخلاقی را در تفسیر خود اعمال کرده‌اند بنابراین طبق این نظر می‌توان جامعه حقوقی را در نظر آورد که تمامی آنها در تفسیر موضوعی مثلاً سقط جنین به گمراهی رفته باشند.^۱

التهایه می‌توان گروه دیگری در فلسفه امروزی حقوق یافت. این گروه از "حقوق تحلیلی (Analytical Jurisprudence) فاصله می‌گیرند و به جرگه "انقلاب پست مدرنیستی" می‌پیوندند. در مورد چهارچوب فکری این گروه و افرادی که در آن جای می‌گیرند توافق نیست. گری میندا (Gary Minda) در کتاب جنبش‌های پست مدرنیستی حقوق: حقوق در انتهای قرن معتقد است که در دهه ۱۹۸۰ پنج جنبش حقوقی بازتاب پیدایش شک‌گرایی فکری در مطالعات حقوقی آمریکا بوده‌اند که می‌توان از آنها به پست مدرنیسم حقوقی یاد کرد: یک. حقوق و اقتصاد^۲ دو. مطالعات انتقادی حقوق^۳ سه. نظریه فمینیستی حقوق^۴ چهار. حقوق و ادبیات^۵ پنج. نظریه انتقادی نژادی^۶. گرچه گسترده کردن دامنه پست مدرنیسم حقوقی به این مکاتب گوناگون صحیح به نظر نمی‌رسد ولی این پنج مکتب در نوعی شک‌گرایی نسب به حقوق و قواعد حقوقی و عینیت آنها مشترک هستند. به طور کلی پست مدرنیسم در حقوق مانند بقیه رشته‌ها قایل به علم نبودن حقوق و ذهنی بودن آن دارد. در واقع در این مکتب همه چیز بافتار-محور (Context-Based) و تاریخی-زبانی می‌شود و معیاری خاص خارج از این حیطه نمی‌توان داشت.^۷ به همین دلیل است که نقطه مقابل سه نظر گفته شده قرار می‌گیرد و هیچ‌گونه عینیتی در حقوق در این نظریه نمی‌توان یافت. تفاسیر تماما ذهنی و خارج از معیارهای نقد قرار دارند و هر آنچه

^۱ Ibid.

^۲ Law and Economics

^۳ Critical Legal Studies

^۴ Feminist Legal Theory

^۵ Law and Literature

^۶ Critical Race Theory

^۷ Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's end* : Sagers, Christopher L., *Michigan Law Review*, Vol. 95, No. 6, 1997 Survey of Books Relating to the Law. (May, 1997), p. 1933.

^۸ Sagers, *Michigan Law Review*, Ibid, p 1934.

در حقوق گفته می‌شود می‌تواند صحیح باشد و راهی برای نقد آن نیست. البته باید توجه داشت این مکاتب تفاوت‌های اساسی نیز با یکدیگر دارند ولی مخرج مشترک آنها همان مخالفت با عینیت د حقوقی است. در این راه عده‌ای با استفاده از نظرات ویتگنشتاین متاخر به نوعی عملگرایی حقوقی (Legal Pragmatism) وارد می‌شوند.^۱

می‌توان از دنیس پترسون^۲ (Dennis Patterson) به عنوان یکی از چهره‌های برجسته عملگرایان حقوقی نام برد. طرفداران این نگرش خود را از دیگر شک‌گرایان جدا می‌دانند و ماهیتی دیگرگون برای حقوق می‌شناسند. آنها بر خلاف دورکین و طرفدارانش برای حقوق عینیت و جواب صحیح در نظر نمی‌گیرند و از طرف دیگر حقوق را مانند شک‌گرایان "نامتعین" و غیر قطعی به نحو مطلق نمی‌دانند. همانطور که پترسون اشاره می‌کند او با استفاده از فلسفه ثانوی ویتگنشتاین و با لاکس این دیدگاه که پیروی از قاعده عمل است حقوق را نه یک موجود ثابت بلکه فعالیت (Activity) می‌داند.^۳ به عبارت خود او "حقوق موسسه‌ای تفسیری است که کارکنان آن مترصد تولید روایتهای بیانگر هستند. روایتهایی که در خدمت استدلال‌های حقوقی برای رفع مشکلات حادث می‌باشند."^۴ به عبارت دیگر حقوق را نه استدلال‌ها بلکه نحوه عمل تشکیل می‌دهد و همواره استدلال حقوقی برده عملکرد و ضرورت‌هاست. بنابراین نظر، حقوق موجودیتی متغیر و عمل محور دارد. نتیجه این تفکر در این قرار دارد که آنچه نظری را در حقوق صحیح و ناصحیح می‌کند نه واقعیتی خارجی و یا ارزشهای اخلاقی است بلکه میزان کاربرد آن نظر در رفع مشکلات است.^۵

ملاحظه می‌شود که بحث تفسیر و معیارهای آن و نحوه تمایز تفسیر خوب از تفسیر بد از نتایج مستقیم اتخاذ هر رویکردی به حقوق است. در واقع مکاتب مختلف در جواب به چنین پرسشهایی راه خود را از یکدیگر جدا کردند. در عمل نیز اتخاذ هر مکتب و روش‌شناسی آن تفاوت عمده‌ایجاد می‌کند. به عنوان نمونه می‌توان به تفاسیر ماده ۲۸۲ قانون مدنی اشاره کرد. این ماده اعلام می‌دارد: "اگر کسی به

^۱ برای بحث مبسوط از ویتگنشتاین و عمل‌گرایی حقوقی به رجوع شود به گفتار سوم.

^۲ دنیس پترسون دانشیار حقوق در دانشگاه راتجزز و در حال حاضر عضو جامعه حقوقی نوناوت است. کتاب زیر معروفترین اثر پترسون است: Patterson, Dennis, *Law and Truth*. USA: Oxford University Press. 1999

^۳ Patterson, Dennis. *Law's Pragmatism: Law as Practice & Narrative*, *Virginia Law Review*, Vol. 76, No. 5. (Aug., 1990), p 940

^۴ Ibid.

^۵ Ibid, p 996

یک نفر دین متعدد داشته باشد تشخیص اینکه از بابت کدام دین است با مدیون می‌باشد.^۱ همانطور که ملاحظه می‌شود ماده اطلاق دارد و به طور کلی تعیین دین پرداختی را بر عهده مدیون گذاشته است. اگر در مواجهه این ماده از سنتی اثبات‌گرا تأثیر پذیرفته باشد در تفسیر این ماده اعلام می‌دارد ملاک قضاوت می‌بایست عبارت قانونگذار باشد و در نتیجه مدیون در هر زمان می‌تواند پول پرداختی خود را منتسب به یکی از دیون خود کند و اگر از این باب ایرادی وجود دارد قانونگذار می‌بایست مشکل را با وضع قانونی جدید حل کند. از سوی دیگر فردی ممکن است از خواستگاه ارزش محور به حقوق نگاه داشته باشد. نتیجه آن می‌شود که در تفسیر این ماده گفته می‌شود که اختیار مدیون در اختصاص دادن تأدیه به یکی از دیون باید هنگام تأدیه اعمال شود و اگر در زمان تأدیه به اجمال برگزار شود دیگر اراده مدیون حاکم نیست.^۱ ملاحظه می‌شود ضرورت اعمال اصول اخلاقی در حقوق و قایل شدن عینیت اخلاق در حقوق چگونه در تفسیر اثر می‌گذارد. در واقع تفسیر دوم علاوه بر اطلاق ماده و با توجه به اصول اخلاقی "حسن نیت" و "انصاف" راه را برای سوء استفاده مدیون می‌بندد. بنابراین در این دیدگاه اخلاق کیفیتی متفاوت به تفسیر اعطا می‌کند زیرا که قائلین به آن ارزشها را نیز جزو حقوق می‌پندارند. یک عمل‌گرا نیز در خصوص این ماده ممکن است تفسیری متفاوت ارائه نماید و البته تفسیر عمل‌گرایان تفسیری ثابت نیست زیرا عمل‌گرایی هر موردی به طور خاص و در برهه زمانی بخصوصی مورد توجه قرار می‌دهد و بنابراین حکم کلی صادر نمی‌کند. در مورد ماده فوق ممکن است یک عمل‌گرا با توجه به اغتشاشی که اعطاء اختیار به مدیون در تشخیص دین می‌دهد ماده را به نفع دائن تفسیر نماید.

مثال دیگر ماده ۱۹۱ قانون مدنی است. ماده اشعار می‌دارد: "عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند." در تفسیر این ماده برخی از حقوقدانان علی‌رغم درونی بودن اراده در حقوق ایران اعلام اراده و ابلاغ آن به طرف را ضروری دانسته‌اند.^۲ نگرش این چنینی به ماده از دیدگاهی عمل‌گرا آبخور دارد. در واقع در عمل‌گرایی حقوقی تفسیر مواد می‌بایست بر اساس معیار ضرورت های عملی انجام شود.

^۱ کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، چاپ اول، تابستان ۱۳۷۷، ص ۲۴۸

^۲ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص ۱۴۲ به بعد