

## نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق

محمد راسخ\*

سیدحمید پورسید آقایی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۶/۲۳

### چکیده

شکل‌گرایی، یکی از رویکردهای کهن، همواره بحث‌ها و چالش‌هایی را در حوزه منطق حقوق به همراه داشته است. این رویکرد بر شکل یا صورت قواعد تأکید نموده و آن را از محتوای آنها جدا می‌داند. شکل‌گرایی زمانی رویکرد غالب در نظام‌های حقوقی بود، اما امروزه با نقد و بازبینی جدی روبه‌رو شده است. پاره‌ای مکاتب و رویکردهای جدید، مانند واقع‌گرایی یا اثبات‌گرایی حقوقی، در واکنش به شکل‌گرایی یا به منظور تصحیح آن حیات یافته و هر یک با تعبیر و گمان خود این رویکرد را نقد کرده‌اند. این نوشتار بر آن است، ضمن ارائه تعریفی از شکل‌گرایی و تبلورهای آن، مشکلات این رویکرد را در قلمرو استدلال حقوقی بنمایاند. باور به شکل‌گرایی آثاری منفی بر نظام‌های حقوقی بر جای گذارده که بررسی آنها می‌تواند نظام‌های حقوقی را از این آثار برهاند. در مقابل، شکل‌گرایی به نوبه خود در تلاش برای بازیابی و اصلاح خود بوده است.

### کلیدواژگان

استدلال حقوقی، شکل‌گرایی، محتوا، عدالت، واقع‌گرایی حقوقی.

---

\* استاد حقوق عمومی و فلسفه حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول).

m-rasekh@sbu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه مفید

h.poursayad@yahoo.com

## مقدمه

منطق و حقوق رابطه‌ای دیرین با هم دارند. همواره از حقوق‌دانان انتظار می‌رود برای اثبات نظر خود، در هر مقام، استدلالی منطقی و موجه پیش بنهند.

تلاش حقوق‌دانان، در این راستا و البته با استمداد و وام‌گیری از دیگر معارف بشری، به شکل‌گیری حوزه‌ای از مباحث انجامیده که عموماً زیر عنوان منطق حقوق یا استدلال حقوقی دسته‌بندی می‌شوند.<sup>۱</sup> منطق یا استدلال حقوقی، به معنای موسع، همه تلاش‌های تحلیلی قابل تصور را در فرایند اعمال و اجرای قانون-مانند آرای قضات، لوایح و کلا و دکترین حقوق‌دانان- در بر می‌گیرد. در مقابل، اصطلاح یادشده، به معنای مضیق، تنها به لوازم منطقی داده‌های حقوقی در استدلال قضایی اشاره می‌کند.<sup>۲</sup> در این نوشتار، معنای موسع استدلال حقوقی مدنظر است.

باری، مباحث و مناقشات فراوانی در خصوص چیستی استدلال حقوقی به میان آمده‌اند. یکی از آن مناقشات به لزوم یا امکان فروگاهی منطق و استدلال حقوقی به یک نظام صوری و قیاسی باز می‌گردد. اگر چنین چیزی لازم یا ممکن نیست، پس استدلال حقوقی را باید چگونه توصیف و تبیین کرد؟<sup>۳</sup> این نوشتار در پی ارزیابی یکی از دیدگاه‌های موجود در خصوص چیستی استدلال حقوقی است که به شکل‌گرایی معروف شده است. نظریه‌پردازان حقوقی کم‌شماری بر آن بوده‌اند که از شکل‌گرایی حقوقی یک مکتب مستقل به سیاق مکاتب برجسته حقوقی ارائه کنند، ولی به‌نظر می‌رسد تلاش آنان چندان قرین توفیق نبوده است.<sup>۴</sup> در زیر، پس از ذکر پیشینه و تبیین معنا و مراد شکل‌گرایی حقوقی به نقد این دیدگاه خواهیم پرداخت.

۱. پرلمان، چارلز، **استدلال حقوقی و منطق حقوق**، ترجمه حسن حبیبی، منطق حقوق و انفورماتیک حقوقی، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۳، ص. ۱۰۷.

۲. بیکس، برایان، **فرهنگ نظریه حقوقی**، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۹ (ص. ۷۴).

۳. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، نگاه کنید به:

Hunter, D., Reason Is Too Large: Analogy and Precedent in Law, *Emory Law Journal*, 2001, No. 50, pp. 1197-1243.

۴. برای نمونه، نگاه کنید به:

Weinrib, E. J., Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law, *The Yale Law Journal*, Vol. 97, 1988, No. 6., pp. 949-1016; and Patterson, D., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, 2000, pp. 332-343.

## ۱. پیشینه

یکی از قدیمی‌ترین کاربردهای شکل‌گرایی (فرمالیسم) در مباحث فیلسوفانی همچون افلاطون و ارسطو در فلسفه هنر و زیبایی‌شناسی یافت می‌شود. در آن مباحث، از رابطه شکل و محتوا در یک اثر هنری و تأثیراتی که هر یک بر دیگری می‌گذارد صحبت به میان آمده است.<sup>۱</sup> تاریخ دقیق کاربرد این اصطلاح در حقوق مشخص و مدون نیست. برخی از نویسندگان حقوق عرفی آغاز به کارگیری اصطلاح «شکل‌گرایی حقوقی» را به سده دوازدهم میلادی در انگلستان نسبت می‌دهند. در آن کشور، با هدف نظام‌مند کردن و کاهش اطاله دادرسی، فرم‌هایی از پیش طراحی شده بود که مردم خواسته و ادعای خود را در قالب آنها به دادگاه تسلیم می‌کردند. دادرسان بر اساس شکل یا فرم خاصی که دریافت می‌کردند ابتدا ماهیت هر دعوا را شناسایی و سپس قواعد مربوط به آن شکل را اعمال می‌نمودند. رفته‌رفته دستگاه قضا در استفاده از آن فرم‌ها راه افراط در پیش گرفت و، در نتیجه، برخی بر این ادعا شدند که شکل‌گرایی حقوقی بر آن دستگاه غالب شده است.<sup>۲</sup> همچنین، برخی دیگر از نویسندگان شکل‌گرایی حقوقی را پیامد اندیشه اثبات‌گرایی حقوقی دانسته‌اند که به حاکمیت قانون و تفکیک میان اعتبار قانون و شایستگی یا درستی آن<sup>۳</sup> قائل است.<sup>۴</sup>

۱. نگاه کنید به: افلاطون، **جمهور**، ترجمه فؤاد روحانی، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۶ (، کتاب دهم)؛ ارسطو، **بوطیقا (فن شعر)**، ترجمه علی اکبر معصومی، تهران: نشر آگه، ۱۳۷۳، ص ۱۲ به بعد؛ چینگ، فرانسیس، **معماری (فرم، فضا، نظم)**، ترجمه محمدرضا افضلی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص ۲۰، و حلیمی، محمدحسین،

**اصول و مبانی هنرهای تجسمی**، ج اول، تهران: شرکت افست، ۱۳۷۲، ص ۱۱۲.

2. Tamanaha, B. Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide: the Role of Politics in Judging*, Princeton: Princeton University Press, 2010 (, p. 45).

3. Merit or soundness.

۴. در اینجا، لازم به ذکر است که اثبات‌گرایی حقوقی و شکل‌گرایی حقوقی به دو قلمرو متفاوت تعلق دارند. به دیگر سخن، بحث از اولی در فلسفه و نظریه حقوق و بحث از دومی در منطق حقوق به میان می‌آید. یکی نظریه‌ای محتوایی در باب قانون و نظام حقوقی است و دیگری به روش استنباط‌تاز می‌گردد. رابطه‌ای منطقی و ضروری میان این دو برقرار نیست. متفکران اثبات‌گرای متعددی هستند که به هیچ وجه در فن استنباط حقوقی شکل‌گرا نیستند. مهم‌ترین نظریه‌پرداز اثبات‌گرایی، هربرت هارت، به هیچ وجه شکل‌گرا نبود و آن قدر دغدغه محتوا داشت که یکی از بحث‌های مهم او تعیین حدود قانون یا اتکا به اقتضائات قوانین طبیعت است (مانند آسیب‌پذیری انسان، محدودیت فهم، اراده و خیرخواهی او و نیز محدودیت منابع طبیعی). وی عنوان این بحث را «محتوای حداقلی حقوق طبیعی» می‌گذارد. نگاه کنید به: هارت، هربرت، **مفهوم قانون**، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰.

## ۲. شکل‌گرایی حقوقی

شکل‌گرایی حقوقی گاه «به معنای نادیده گرفتن محتوای قاعده حقوقی و توجه کامل به ظاهر آن، چنانچه که در یک متن یا ماده حقوقی آمده است»<sup>۱</sup> فهمیده می‌شود. از این‌رو، ادعا شده که شکل‌گرایی بر باور به تعیین‌گرایی بنا شده است؛ به این معنا که مجموعه مواد قانونی برای ارائه پاسخ واحد و صحیح به هر یک از پرسش‌های حقوقی کافی است.<sup>۲</sup> چنین می‌نماید که، از دیدگاه شکل‌گرا، حقوق بسان نظام بسته‌ای است که در نهایت به اراده قانون‌گذار زنجیر شده است. به دیگر سخن، شکل‌گرایی در لزوم تبعیت از قواعد حقوقی، در گام نخست، به معیارهای درونی نظام حقوقی توجه دارد و معیارهای برون از این نظام مانند پیامدها، آثار خارجی و تحلیل فراحقوقی محتوایی را در ارزشیابی این قواعد حقوقی دخالت نمی‌دهد. با این وصف، شاید بتوان گفت شکل‌گرایی حقوقی در پی دوری از ملاحظات محتوایی هنجاری و ارزشی و بی‌طرفی نسبت به نظام‌های محتوایی و هنجاری است.<sup>۳</sup> به این ترتیب، استدلال حقوقی در حقیقت به منطق صوری (قیاس استنتاجی)<sup>۴</sup> یا منطق ریاضی (نظام منطقی مستقل از داده‌های تجربی) فروکاسته می‌شود. به همین دلیل، گاه از شکل‌گرایی با عبارت نظریه حقوقی مکانیکی نام برده می‌شود، زیرا، از این منظر می‌توان نظام استدلال حقوقی را یک دستگاه محاسبه‌گر انگاشت. این دستگاه، که همان دستگاه قیاس استنتاجی است، با قرار دادن داده واقعی (مربوط به واقعیات) در صغرای قیاس و داده حقوقی (قواعد قانونی) در کبرای آن، مدعی توانایی ارائه پاسخ صحیح به هریک از پرسش‌ها و مسائل حقوقی است.<sup>۴</sup>

Leiter, B., Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?, *Legal Theory*, 2010, Vol.16 (2), p. 48.; Quevedo, S. M., *Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory*, *California Law Review*, 1985, Vol. 73, p.119;

بیکس؛ پیشین، ص ۳۹۳ و هارت؛ پیشین، ص ۴۳۷ و کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، جلد اول، صص ۵۰۶-۴۰۶.

۱. تیبِت، مارک، *فلسفه حقوق*، ترجمه حسن رضایی خاوری، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۴، ص. ۵۲.

۲. بیکس، پیشین، ص ۱۴۰.

۳. راسخ، محمد، *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق*، فلسفه حق و فلسفه ارزش، ج اول، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۳۸.

4. Pound, R., *Mechanical Jurisprudence*, *Colombia Law Review*, 1908, Vol. 8, pp. 605- 623.

گفتنی است شکل‌گرایی در قلمروهای گوناگون تجلی‌های متفاوت یافته است. شکل‌گرایی در مقام قضاوت به قیاس‌گرایی و در قلمرو قانون‌گذاری و تفسیر به متن‌گرایی (= textualism) انجامیده است. از این‌رو، باید تأکید کرد که قیاس‌گرایی صرفاً یک تجلی از تجلیات شکل‌گرایی است.<sup>۱</sup> در این خصوص، گفتنی است قیاس حرکت ذهن از قضایای کلی به نتایج جزئی است. بنابراین، قیاس استدلالی است مرکب از دو یا چند قضیه به نحوی که از آن قضایا قضیه‌ای دیگر به نام نتیجه لازم می‌آید. در قیاس، احراز واقعه بیرونی و اعتبار یا صدق قاعده حقوقی فرض گرفته می‌شوند. به‌طور کلی، به کارگیری قیاس صوری در یک استدلال حقوقی در قالب ساختار صورت می‌گیرد:

۱. صغرا: (الف) مرتکب قتل عمد شده است (احراز واقعه بیرونی).

۲. کبرا: هر کس که مرتکب قتل عمد شود به اعدام محکوم می‌شود (قاعده حقوقی معتبر).

۳. نتیجه: (الف) باید اعدام شود (حمل قاعده حقوقی بر واقعه بیرونی).

دغدغه اصلی قیاس یافتن مصداق یا مصادیقی است که می‌توان قاعده را بر آن اعمال کرد، بی‌آنکه توجهی به شرایط خاص هر مصداق یا رویداد و نقش آن بر انتخاب قاعده مربوط بشود یا آنکه پیامدهای حمل قاعده حقوقی بر رویداد یا مصداق در نظر گرفته شود.

همان‌گونه که آمد، متن‌گرایی تجلی دیگری از شکل‌گرایی در سطح قانون‌گذاری و تفسیر است. بر اساس متن‌گرایی، متن‌های حقوقی معنایی عینی، مستقل از ظرف و زمینه، دارند. چنین رویکرد مضیقی به تفسیر در مقابل رویکردهای موسع قرار دارند که متن را بر اساس معیار و مبنای خارج از متن - مانند هدف از تدوین متن، روند شکل‌گیری یا مبنای آن - تفسیر می‌کنند. باری، در تفسیر قوانین موضوعه، متن‌گرایی یکی از جذاب‌ترین روش‌های تفسیر بوده است.<sup>۲</sup>

and Pound, R., *Interpretations of legal history*, Cambridge: Harvard University Press, 2010, Ch. 6.

۱. شایان ذکر است که تمثیل منطقی (یا قیاس حقوقی) را نمی‌توان از مصادیق شکل‌گرایی به شمار آورد. به عکس، محور استدلال تمثیلی در حقیقت «وجه مشترک» است که از گزاره معلوم‌الحکم به گزاره مجهول‌الحکم سرایت داده می‌شود. این «وجه» همانا دلیل یا حکمت حکم است. این دلیل و حکمت همواره یک امر محتوایی و ماهوی (مثلاً مقصد حکم یا مصلحت واقعه آن) است. به این ترتیب، در بحث از شکل‌گرایی نمی‌توان و نباید وارد بحث استدلال تمثیلی (قیاس حقوقی) شد. برای بحثی بسیار دقیق در باب تمثیل (analogy or abduction)، نگاه کنید به:

Weinreb, L., *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge: CUP, 2005.

۲. برای مطالعه بیشتر، نگاه کنید به: بیکس؛ پیشین، ص ۳۰۷ و مارتی، گ.، *نظریه حقوق عمومی*، ترجمه



در مجموع، مهم‌ترین دلایل اتخاذ رویکرد شکل‌گرایی و تمایل به استفاده از منطق صوری در استدلال حقوقی در پی می‌آیند.

نخستین دلیل گرایش به شکل‌گرایی کاهش اطاله دادرسی است. از آنجا که دادرس بر اساس قواعد حقوقی از پیش تعیین شده و روشن قضاوت می‌کند، حل و فصل دعاوی سریع‌تر پیش می‌رود. از این‌رو، می‌توان گفت رویکرد غالب در این رویکرد عبارت از «فصل خصومت»، و نه «احقاق حق» است. به این معنا که مهم رسیدگی در قالب قواعد معین و حصول نتیجه مربوط است، فارغ از آنکه این قواعد اقتضانات عدالت و انصاف را تأمین می‌کنند یا خیر. به این‌سان، دغدغه و رویکرد دادرسی عدالت‌گرا اساساً از صحنه رسیدگی شکل‌گرا غایب است و حل و فصل قضیه از سوی دادگاه همه آن چیزی است که باید حاصل شود، خواه حقی استیفا شود یا ضایع.

دلیل دوم تمایل به شکل‌گرایی ایجاد قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری در استدلال حقوقی و تفسیر است. آشکار است که شکل‌گرایی استدلال حقوقی را پیش‌بینی‌پذیر می‌کند و ثبات بیشتری به دادرسی می‌بخشد. طرفین دعوا یا وکلای آنان می‌دانند که قرار است، بر مبنای قواعد مشخص، با آنها رفتار شود. قاضی عناصر غیرمطمین را وارد استدلال حقوقی خود نخواهد کرد. در واقع، نتیجه حکمرانی قواعد از پیش موجود جزء پیش‌بینی‌پذیری استدلال حقوقی نخواهد بود.

دلیل سوم آن است که شکل‌گرایی از خودکامگی قضات و مفسران جلوگیری می‌کند. بنا کردن دادرسی و استدلال حقوقی بر اساس قواعد و دستگاه استدلالی روشن، ثابت و پیش‌بینی‌پذیر اجازه نمی‌دهد قضات هرگونه که می‌خواهند استدلال کنند، زیرا مسیر استدلال مشخص شده است و دست قضات برای فراتر رفتن از این محدوده باز نیست. قضات ملزم به تبعیت از ساختار و شکل قواعد بر پایه استدلال‌های منطقی هستند.<sup>۱</sup>

حسن حبیبی، منطق حقوق و انفورماتیک حقوقی، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۳، ص ۲۵ و کالینوسکی، ژ.، تفسیر حقوق: قواعد حقوقی و منطق آن، ترجمه حسن حبیبی، منطق حقوق و انفورماتیک حقوقی، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۳، صص. ۴۱-۲۷.

1. Weinrib, *op. cit.*, pp. 949-1016; and Patterson, D., *Law and Truth*, Oxford: Oxford University Press, 1966 (, pp. 28- 86).

### ۳. نقد شکل‌گرایی

رویکردها و مکاتبی مانند واقع‌گرایی حقوقی، جنبش حقوق آزاد، جنبش مطالعات حقوقی انتقادی و جنبش منطق اقصای حقوق علیه شکل‌گرایی استدلال کرده‌اند. ادعای مشترک آنها عدم تعین، در مقابل تعین موجود در شکل‌گرایی، است. بسیاری از انتقادات به شکل‌گرایی بر این مبنا استوار شده است که مجموعه قواعد حقوقی برای ارائه پاسخ صحیح و واحد به پرسش‌ها و مسائل حقوقی کفایت نمی‌کند. زیرا، قواعد به خودی خود نامتعین هستند و بدون توجه به محتوا و ماده آنها، و نیز داخل گرفتن عناصر فراحقوقی (مانند ساختار روانی قاضی، شرایط اجتماعی، ایدئولوژی‌های حاکم بر ذهن و روان عاملان حقوقی) نمی‌توان پیشاپیش معنا، کارکرد و پیامدهای مشخص آنها را تعیین نمود.

به دیگر سخن، منتقدان شکل‌گرایی حقوقی بر این باورند که ارائه پاسخ صحیح به پرسش‌ها و مسائل تنها با به میان آوردن پاره‌ای ملاحظات غیرحقوقی ممکن است (که بسته به مشرب فکری هر یک از آنان ممکن است ملاحظات اخلاقی، سیاسی، عقیدتی و مانند آنها باشند). دلیلی که برای عدم تعین پیشنهاد شده‌اند بر ادعاهایی چون ماهیت کلی قواعد حقوقی، چستی زبان حقوقی (مانند ابهام)، وجود خلأ یا تناقض در قواعد حقوقی، استثنایذیری قواعد حقوقی، اصول و قواعد ناسازگار که گاه در مواردی خاص هم‌پوشان می‌شوند، عدم تعیین سابقه قضایی و عدم تعیین در اعمال قواعد کلی بر موارد جزئی استوار شده‌اند.<sup>۱</sup>

باری، می‌توان و باید پرسید اتخاذ رویکرد شکل‌گرا چه آثاری بر نظام حقوقی بر جای خواهد گذاشت؟

نخست، باید تأکید نمود که حقوق را به هیچ وجه نمی‌توان با علمی همچون ریاضیات مقایسه کرد. کمترین دلیلی که در این خصوص می‌توان آورد به تفاوت میان اصول موضوعه حقوقی و ریاضی باز می‌گردد. اصول موضوعه ریاضی یا هندسی اصولی بدیهی و جهان‌شمول هستند، حال آنکه، اصول و قواعد موضوعه حقوقی از چنین بداهت و جهان‌شمولی‌ای برخوردار نیستند. از این‌رو، نمی‌توان و نباید روش و منطق حاکم بر ریاضیات را برای حقوق هم تجویز کرد.<sup>۲</sup>

۱. نگاه کنید به: بیکنس، پیشین، ص ۲۳۹.

2. Tebbit, M., *Philosophy of Law: An introduction*, London: Routledge Publishing, 2005 (, p. 24).

دوم، باید به مقدمات قیاس حقوقی (در شکل‌گرایی) توجه کرد. آیا، آن‌گونه که در شکل‌گرایی فرض گرفته می‌شود، وظیفه استدلال حقوقی صرفاً کشف واقع‌ه خارجی و قرار دادن آن در صغرای قیاس، از یک سو، و مفروض‌الصدق گرفتن قاعده حقوقی و قرار دادن آن در کبرا، از دیگر سو، است؟ این امر تا چه اندازه در عالم حقوق امکان‌پذیر است؟<sup>۱</sup> چنان‌که آمد، رسیدگی و قضاوت مبتنی بر عوامل متعدد دیگری است که بی‌گمان با ماده و محتوای نظام حقوقی و تعامل آن با فراحقوق (مانند نظریه زبان، معرفت‌شناسی، و نظریه عدالت) ربط می‌یابد.

در نقد نگاه مکانیکی و قیاس‌مدار باید افزود که حتی هیچ یک از مقدمات استدلال به ظاهر ساده و شکلی نیز به سادگی و به نحو خودبه‌خودی تعیین و تعین نمی‌یابند. برای نمونه، پیدا است که صغرای یادشده می‌تواند محل بحث و مناقشه بسیار باشد. برای نمونه، در یک قضیه کیفری، ممکن است یک مقام یا شخص فعل ارتكابی را قتل عمد و دیگری قتل شبه‌عمد یا ... تشخیص بدهد. همچنین، ممکن است یدی که از نظر یک شخص غاصبانه پنداشته می‌شود از دید دیگری امانی یا مالکانه تلقی شود یا یک عقد از نظر یک حقوق‌دان عقد قرض و از نظر دیگری هبه یا عاریه به شمار آید. از طرف دیگر پذیرش یک واقعه خارجی می‌تواند تحت تأثیر عواملی همچون: شاهدان بی‌دقت، کم حافظه یا دروغگو، اسناد جعلی، اقرار تحت اکراه و هزاران عامل غیر واقعی دیگر قرار گیرد. چنین اموری بی‌گمان برای ذهن یک حقوق‌دان رهزن و منحرف‌کننده هستند.<sup>۲</sup> بر این اساس، سخن گفتن از احراز رویداد خارجی در عالم حقوق، بر خلاف تصور، چندان هم ساده به نظر نمی‌رسد و احتمال اختلاف نظر در این خصوص بسا زیاد خواهد بود. افزون بر این، طبیعی می‌نماید که اختلاف نظر یادشده به تبع به تشخیص قاعده حقوقی مرتبط با رویداد مربوط و نتیجه‌گیری قیاس نیز سرایت می‌کند. توضیح دشواری تعیین کبری موضوع بحث دلیل بعدی است. سوم، تشخیص قاعده حقوقی برای گنجاندن در کبرا نیز آسان نیست و با موانع بسیار روبه‌رو است. برای نمونه، همواره می‌توان گونه‌ای خلأ در این قاعده یافت، مانند نقص، ابهام، تعارض و سکوت. همچنین، زبان مندرج در قاعده نیز تفسیربردار است. از این‌رو، به تعبیر پرلمان (در نظریه

۱. نگاه کنید به: پرلمان، چارلز، **حقوق و منطق و معرفت‌شناسی**، ترجمه حسن حبیبی، منطق حقوق و انفورماتیک حقوقی، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۳، صص ۱۴۹-۱۳۱.

۲. کلی، جان، **تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب**، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو، ۱۳۸۸، ص. ۵۳۲.



منطق اقماعی حقوقی)، «فاصله قاعده حقوقی موجود تا مطلوب همیشه ماندنی» است.<sup>۱</sup> و<sup>۲</sup> چهارم، پرسش مهم این است که آیا عوامل و عناصر فراققوقی مانند انصاف، اخلاق، دین، واقعیت‌های جامعه‌شناختی و روان‌شناختی، سیاست، اقتصاد، آثار و تبعات اجتماعی اجرای قاعده حقوقی و حتی پیش‌داوری‌ها بر داوری و تفسیر حقوقی تأثیر نمی‌گذارند؟ قطعاً می‌گذارند. آیا حقوق‌دان همچون دستگاهی مکانیکی صرفاً داده‌ها را دریافت و نتیجه را به شکل خودبه‌خودی ارائه می‌دهد؟ پاسخ بی‌گمان منفی است.<sup>۳</sup> همان‌گونه که منتقدان شکل‌گرایی بیان نموده‌اند، تأثیر عوامل و عناصر یادشده بر استدلال‌های حقوقی و نقش آنها در فرایند تحلیل نزد حقوق‌دانان غیر قابل انکار است.<sup>۴</sup>

بی‌دلیل نیست که حتی برخی به‌طور کلی به وجود چیزی به نام قاعده حقوقی شک روا داشته<sup>۵</sup> و برخی دیگر حقوق را یکسره همان سیاست دانسته‌اند.<sup>۶</sup> پاره‌ای نظریه‌پردازان در پی بناکردن حقوق بر بنیاد اجتماع و تکنولوژی برآمده‌اند.<sup>۷</sup> بالاخره، نظریه منطق اقماعی، در این خصوص، تلاش نموده است روش قیاس جدلی و خطابی ارسطو را در منطق حقوق احیا کند.<sup>۸</sup>

1. Pincoffs, E. L., *Justice* [by Chaim Perelman], *The philosophical Review*, 1970, Vol.79, No. 2, pp. 292-295.

2. Anderson, S. A., *Legal Indeterminacy in Context* (Dissertation), Ohio State University, 2006 (, pp. 2-14).

3. See *Southern Pacific Company v. Jensen*.

۴. این دلیل البته علیه برخی روش‌های استنباط حقوقی یا حتی نظریه‌های حقوقی نیز به کار گرفته می‌شود. ادعا این نیست که این دلیل صرفاً علیه شکل‌گرایی اقامه می‌شود. بی‌گمان، امکان اقامه این دلیل علیه دیگر روش‌ها یا نظریه‌های حقوقی مانع از به میان آوردنش علیه شکل‌گرایی حقوقی نیست. این نکته در هر موردی که علیه شکل‌گرایی مطرح می‌شود می‌تواند صادق باشد. این امر هیچ ضعیفی برای استدلال نیست. مثلاً تناقض یکی از ایرادهایی است که بر بسیاری از ادعاها در بسیاری از نظریه‌ها یا مباحث قابل مطرح کردن است و این امر چیزی از ارزش انتقادی آن نمی‌کاهد.

۵. کلی، پیشین، ص. ۵۲۹.

۶. نگاه کنید به: ژنی، فرانسوا، *روش تفسیر و منابع حقوق خصوصی*، ش. ۱۵۶، ص ۱۷۶، به نقل از کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ج اول، ۱۳۸۸، صص. ۱۲۰-۱۱۷.

7. Perelman, Ch., *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London: Routledge, 1963 (, p. 18).

8. Tushnet, M., *Critical Legal Theory*, in M.P. Golding. & W.A. Edmundson, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, 2005, pp. 80-1.

موضوع دیگری که شایسته بررسی است به پیامدهای به‌کارگیری شکل‌گرایی برای جامعه باز می‌گردد.

نخست، به‌کارگیری شکل‌گرایی، بدون در نظر گرفتن محتوا یا ارزش قاعده و دیگر وجوه مربوط به آن، در مواردی به ترویج بی‌اخلاقی و بی‌عدالتی در سطح جامعه خواهد انجامید.<sup>۱</sup> برای نمونه، شاید بتوان گفت رویکرد شکل‌گرا نمی‌تواند به قوانین ظالمانه دولت نازیسم در آلمان، فاشیسم در ایتالیا و آپارتاید در آفریقای جنوبی چندان خرده‌ای بگیرد. مهم‌تر، شکل‌گرایی در برخورد با منابع و حیانی برای استخراج قواعد بنیادین نظام حقوقی می‌تواند به تقنین یا تفسیری مخالف با اصول عقلانی یا اقتضائات عدالت و اخلاق بینجامد.

دوم، از دیگر آثار منفی به‌کارگیری رویکرد شکل‌گرا کمک به جمود و نشستن غبار کهنگی و تحجر بر جسم سالخورده قواعد حقوقی است. این رویکرد ناگزیر نظام حقوقی را نظامی بسته می‌انگارد و، در نتیجه، شاید نتواند در روبه‌رویی با مسائل روز و نیاز به حفظ مصالح فردی و اجتماعی چندان توفیقی داشته باشد.<sup>۲</sup> از این‌رو، رواج شکل‌گرایی می‌تواند به مرور زمان به تحجر و عقب‌ماندگی قواعد حقوقی بانجامد.<sup>۳</sup> وقتی دغدغه اصلی تشکیل استدلال‌های قیاسی شکلی یا وفاداری به متن، به هر قیمتی، باشد، بی‌گمان احتمال از دست دادن پویایی در نظام حقوقی و عقب ماندن از تحولات بسیار پیچیده انسانی، فردی و اجتماعی، بسیار بالا خواهد رفت.

سوم، شکل‌گرایی قانون را از انتقاد سازنده در جهت تعدیل و منصفانه کردن آن دور خواهد کرد، زیرا، شاید بتوان گفت این رویکرد، در نهایت، وظیفه یا کارکرد استدلال حقوقی را صرفاً رعایت و اعمال قاعده حقوقی با هر محتوایی می‌داند.

چهارم، از آنجا که یکی از اهداف شکل‌گرایی نظام‌مند کردن دادرسی و سرعت بخشیدن به این فرایند است، می‌توان گفت از این منظر هدف دادرسی، بنا بر اصل و قاعده، فصل خصومت است، نه احقاق حق.<sup>۴</sup> مسئله اما این است که اگر فصل خصومت به بی‌عدالتی بانجامد، تکلیف چیست؟<sup>۱</sup>

1. Haack, S., On Logic in the Law: Something, but not All, Ratio Juris, 2007, Vol. 20, No.1, p. 5.

2. Holmes, O. W., Book Notice of William Anson, Principles of the English Law of Contracts, American Law Review, 14: 233-5, quoted in Haack, S. On Logic in the Law: Something, but not All, Ratio Juris, 2007, Vol. 20, No.1, p.1.

3. Holmes, O. W., The Path of the law, Harvard L. Rev., 1897, 10, pp. 477-470.

۴. برای دیدن تفاوت این دو مفهوم در نظام دادرسی، نگاه کنید به: کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت‌شده

بی‌گمان، هدف حقوق باید استیفای عدالت باشد و از این‌رو، باید به گونه‌ای ظرفیت‌های انجام این امر را در نظام حقوقی ایجاد کرد. حل و فصل نهایی یک پرونده قضایی لزوماً به استیفای عدالت، حتی عدالت اصلاحی، نمی‌انجامد. به همین دلیل است که، در تاریخ تحولات حقوقی، تأسیسات مختلفی مانند انصاف یا فرض حقوقی شکل گرفته‌اند تا نظام حقوقی شکلی و قضا را به سوی عدالت سوق بدهند.

مطالب یادشده در دلایل اول و دوم از جمله مهم‌ترین دلایل ناکارآمدی شکل‌گرایی در یک نظام حقوقی از دیدگاه مخالفان معرفی می‌شود که در اینجا به اجمال به آنها اشاره شد.

#### ۴. رویه قضایی

تقابل میان شکل‌گرایی و عدالت‌مداری در نظام قضایی به‌ویژه در حل و فصل برخی دعاوی و قضایا رخ می‌نماید. نمونه و مصداق این تقابل در نظام قضایی کشور کم نیست. برای مثال، در یک قضیه، خانمی به علت بیماری در یک بیمارستان بستری می‌شود و زوج به علت اینکه با همسر خود از مدت‌ها پیش رابطه سردی داشته است، از ادای وظایف زوجیت امتناع می‌کند و هزینه‌های درمانی‌اش را نمی‌پردازد. از طرف دیگر، برادر آن خانم، به دلیل فوری بودن درمان خواهرش، مجبور می‌شود هزینه‌های درمان را تقبل کند. سپس، برادر خانم جهت استرداد وجوه پرداخت‌شده برای درمان دعوایی به طرفیت زوج طرح می‌کند. در آن پرونده، وکیل زوج به ماده ۲۶۷ ق.م.استناد می‌کند که مقرر می‌دارد: «ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه در پرداخت نداشته باشد، ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند، اگر با اذن باشد، حق مراجعه به او را دارد و الا حق رجوع ندارد.» اگر به شکل‌گرایی وفادار باشیم، به نفع زوج قضاوت خواهیم کرد و اقدام‌های انسان‌دوستانه از این جنس را به «ایفای دین» تفسیر می‌کنیم. اما انصاف ایجاب می‌کند روی دیگر سکه نیز دیده شود و خود را اسیر شکل و صورت قواعد حقوقی نسازیم. مبتنی بر رویکرد انصاف‌مدار، قاضی چنین حکم صادر می‌کند: «...نظر به اینکه پرداخت هزینه فوریت داشته و شرایط به‌گونه‌ای بوده که امکان گرفتن اذن برای برادر

خانم وجود نداشته است، بنابراین پرداخت هزینه‌های بیمارستان همانند مدیر فضولی و از باب احسان بوده است و مستند به نص ماده ۳۰۶ ق.م.برادر مستحق اخذ مخارجی است که متقبل شده.<sup>۱</sup> به این ترتیب، قاضی، با استفاده از دیگر قواعد و اصول حقوقی، صورت‌گرایی را کنار زده و خود را به انصاف و عدالت نزدیک کرده است.

در نمونه‌ای دیگر، زن و شوهری که قصد جدایی به دلیل ازدواج مجدد آقا را دارند تصمیم می‌گیرند خانم از شکایتش علیه زوج صرف نظر کند و در مقابل، زوج یک دانگ و نیم خانه‌ای را که چهاردانگ و نیم آن مهریه زن بوده است به او انتقال دهد، به این شرط که حق انتفاع شش دانگ خانه به مدت عمر پدر و مادرشوهر برای آنان باشد. در صلح‌نامه عبارتی به این مضمون آمده است که، در مقام اجرای این تسالم، شوهر به مدت بیست سال وکالت بلاعزل خواهد داد تا او بتواند فدیة شوهر را به خود انتقال دهد. زن از شکایت کیفری خود می‌گذرد و به استناد صلحی که حاوی وکالت است خانه را به خود منتقل می‌کند. پیرو این اقدام زوجه، زوج دعوای بطلان سند انتقال را اقامه و با استناد به مواد ۲۳۶ و ۲۳۷ قانون مدنی، استدلال می‌کند زوجه نه مالک خانه می‌شود و نه وکیل در انتقال آن، زیرا، شرط به‌صورت شرط فعل در صلح‌نامه قید شده بود نه شرط نتیجه. دادگاه بدوی موافق استدلال زوج حکم به بطلان سند انتقال داد اما دادگاه تجدیدنظر از نظریه حکومت اراده باطنی و توسل به قواعدی مانند (العقود تابعه للقصود) و (انما الاعمال بالنیات) بهره گرفت و چنین انشا رأی کرد: «...هدف نهایی و غایی طرفین ایجاد صلح معوضی بوده که باید هریک از مواهب آن منتفع گردند...». در این پرونده، مقایسه دو رأی مرحله نخستین و تجدیدنظر به روشنی تفاوت دو نوع برخورد شکل‌گرایی و عدالت‌مداری را ترسیم می‌کند.<sup>۲</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، **عدالت قضایی: گزیده آراء**، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۸، ص ۱۴۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، **نقد و توجیه رویه قضایی**، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۱۰.

## نتیجه‌گیری

شکل‌گرایی در هر دو تجلی متن‌گرایی و قیاس‌گرایی رویکردی قابل دفاع نیست. این رویکرد فوایدی را، مانند نظم، پیش‌بینی‌پذیری و سرعت، در سطح فعالیت‌های روزمره و فوری حقوقی در پی می‌آورد، اما، افزون بر ضعف و کاستی‌هایی که شکل‌گرایی برای نظام حقوقی و جامعه به بار می‌آورد و دقیقاً به دلیل و سبب همان ضعف و کاستی‌ها، نظام حقوقی به مثابه اقتضای حداقلی عدالت باید، افزون بر شکل، دغدغه محتوا نیز داشته باشد. این مهم تنها با فراتر گذاشتن گام از دایره تنگ شکل‌گرایی میسور خواهد شد.

اگر جزء این باشد، باید در انتظار دو واقعه باشیم: نخست آنکه نظام حقوقی/قضایی در عین قانون‌گرایی رفته رفته از عدالت فاصله بگیرد و در مواردی آن را زیر پا بگذارد. دوم آنکه؛ نظام حقوقی و قضایی به دام حیل قانونی/شرعی<sup>۱</sup> گرفتار افتد تا بتواند برای انطباق خود با واقعیات اجتماعی راه‌گیزی بیابد.<sup>۲</sup> در واقع، ابداع حیل شرعی و قانونی از جمله برای فرار از شکل‌گرایی محض بوده، که به نوبه خود به مشکلاتی دیگر برای نظام حقوقی انجامیده است. مجالی دیگر باید تا بتوان به این نقیصه پرداخت.

1. Legal stratagems.

2. See, for instance, Coulson, N. J., *A history of Islamic Law*, Edinburgh University Press, 1964, pp. 140-3.



## فهرست منابع

۱. ارسطو، **بوطیقا** «فن شعر»، ترجمه علی اکبر معصومی، تهران: نشر آگه، ۱۳۷۳، ص ۱۲ به بعد.
۲. افلاطون، **جمهور**، ترجمه فؤاد روحانی، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۶، کتاب دهم.
۳. بیکن، بریآن، **فرهنگ نظریه حقوقی**، محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۹، ص ۷۴.
۴. پرلمان، چارلز، **استدلال حقوقی و منطق حقوق**، ترجمه حسن حبیبی، منطق حقوق و انفورماتیک حقوقی، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۳، ص ۱۰۷.
۵. پرلمان، چارلز، **حقوق و منطق و معرفت‌شناسی**، ترجمه حسن حبیبی، منطق حقوق و انفورماتیک حقوقی، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۳، صص ۱۴۹-۱۳۱.
۶. تبیت، مارک، **فلسفه حقوق**، ترجمه حسن رضایی خاوری، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۴، ص ۵۲.
۷. چینگ، فرانسیس، **معماری (فرم، فضا، نظم)**، ترجمه محمدرضا افضلی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص ۲۰.
۸. حلیمی، محمدحسین، **اصول و مبانی هنرهای تجسمی**، تهران: شرکت افست، ۱۳۷۲، ج اول، ص ۱۱۲.
۹. راسخ، محمد، **حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق**، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، ج اول، ص ۳۸.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **عدالت قضایی: گزیده آراء**، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۸، ص ۱۴۰.
۱۱. \_\_\_\_\_، **نقد و توجیه رویه قضایی**، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۱۰.
۱۲. \_\_\_\_\_، **فلسفه حقوق**، ج اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ج اول، صص ۴۰۶ و ۵۰۶.
۱۳. \_\_\_\_\_، **اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی**، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۲۵ به بعد.

۱۴. کالینوسکی، ژ.، **تفسیر حقوق: قواعد حقوقی و منطق آن**، ترجمه حسن حبیبی، منطق حقوق و انفورماتیک حقوقی، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۳، صص ۴۱-۲۷.
۱۵. کلی، جان، **تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب**، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، ۱۳۸۸، ص ۵۳۲.
۱۶. مارتی، گ.، **نظریه حقوق عمومی**، ترجمه حسن حبیبی، منطق حقوق و انفورماتیک حقوقی، تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۳، ص ۲۵.
۱۷. هارت، هربرت، **مفهوم قانون**، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰.
18. Anderson, S. A., **Legal Indeterminacy in Context** (Dissertation), Ohio State University, 2006, pp. 2-14.
19. Coulson, N. J., **A history of Islamic Law**, Edinburgh University Press, 1964, pp. 140-3.
20. Haack, S., **On Logic in the Law: Something, but not All**, Ratio Juris, 2007, Vol. 20, No.1, p. 5.
21. Holmes, O. W., **The Path of the law**, Harvard L. Rev., 1897, 10, pp. 477-470.
22. Holmes, O. W., **Book Notice of William Anson, Principles of the English Law of Contracts**, American Law Review, 14: 233-5, quoted in Haack, S. **On Logic in the Law: Something, but not All**, Ratio Juris, 2007, Vol. 20, No.1, p.1.
23. Hunter, D., **Reason Is Too Large: Analogy and Precedent in Law**, Emory Law Journal, 2001, No. 50, pp. 1197-1243.
24. Leiter, B., **Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?**, Legal Theory, 2010, Vol.16 (2), p. 48.
25. Patterson, D., **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford: Blackwell, 2000 (, pp. 332-343).
26. Patterson, D., **Law and Truth**, Oxford: Oxford University Press, 1966 (, pp. 28- 86).
27. Perelman, Ch., **The Idea of Justice and the Problem of Argument**, London: Routledge, 1963 (, p. 18).
28. Pincoffs, E. L., **Justice** [by Chaim Perelman], The philosophical Review, 1970, Vol.79, No. 2, pp. 292-295.
29. **Pound, R., Mechanical Jurisprudence, Colombia Law Review, 1908, Vol. 8, pp. 605- 623.**

30. \_\_\_\_\_ , Interpretations of legal history, Cambridge: Harvard University Press, 2010, Ch. 6.
31. Quevedo, S. M., **Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory**, California Law Review, 1985, Vol. 73, p.119.
32. Tamanaha, B. Z., **Beyond the Formalist-Realist Divide: the Role of Politics in Judging**, Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 45.
33. Tebbit, M., **Philosophy of Law: An introduction**, London: Routledge Publishing, 2005, p. 24.
34. Tushnet, M., **Critical Legal Theory**, in M.P. Golding. & W.A. Edmundson, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford: Blackwell, 2005, pp. 80-1.
35. Weinreb, L., **Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument**, Cambridge: CUP, 2005.
36. Weinrib, E. J., **Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law**, Yale Law Journal, 1988, Vol. 97, No. 6.