ازحقوق مدرن[1] تا حقوق پست مدرن؛[2]

تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی

دکتر مهدی شهابی *

چکیده

پیچیدگی گفتمان حاکم بر حقوق پست مدرن، نقش آن را در تحول مبانی حقوق مدرن با ابهام روبه‌رو ساخته است. حقوق مدرن بر دو مفهوم عقلانیت تجربی و «حق» به‌عنوان ارزش استوار است. این عقلانیت، با تکیه بر دوگانگی سوژه (ذهن) و ابژه (عین) که انعکاسی از روش پوزیتیویستی مدرنیته است، در دولت حافظ حقوق مدنی و سیاسی تعین یافته و در راستای همین مفهوم حق، نقش اصلاح تجربی ساختار اجتماعی را برعهده می‌گیرد. حقوق پست مدرن با انکار مبناگرایی، ذات‌گرایی و از همه مهم‌تر واقع‌گرایی، هر دو مفهوم حق و عقلانیت تجربی و روش پوزیتیویستی آن را به چالش می‌کشد. بدین ترتیب حقوق مدرن حقوقی انعطاف‌ناپذیر و حقوق پست مدرن حقوقی انعطاف‌پذیر تلقی می‌شود. با این حال، در مورد تأثیر گفتمان پست مدرن بر دو مقوله حق و عقلانیت مدرن تردید وجود دارد؛ جهانی شدن مفهوم «حق» نشان از ایستادگی حقوق مدرن دارد و

1. Modern Law.
2. Postmodern Law.

* استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان.

کارکردگرایی و تأکید بر تأثیربخشی تجربی، نه تنها عقلانیت تجربی را با بحران روبه‌رو نساخته، بلکه نشان از تبدیل عقلانیت شکلی حقوق مدرن به عقلانیت ماهوی و واقعی دارد. بنابراین، «از حقوق مدرن تا حقوق پست مدرن»، نه عبور از گفتمانی به گفتمان دیگر، که تنها به معنای تقویت شاخصه‌های مدرنیته حقوقی است.

کلید واژگان

حقوق پست مدرن، حقوق سنتی، مدرنیته حقوقی، عقلانیت، حق.

مقدمه

۱. هرچند مطالعه تحول از حقوق مدرن به حقوق پست مدرن، تبیین چگونگی دگرگونی نظام حقوقی غرب است و کم‌تر می‌توان آثار آن را در نظام‌هایی چون نظام حقوقی ایران- نظامی که در مبانی و اصول سنتی و در فنون حقوقی مدرن است- دنبال کرد، با این حال مطالعه این تحول از دو جهت سودمند است:

جهت اول این‌که ما را با مبانی تحول نظام حقوقی مدرن آشنا ساخته و روشن می‌سازد که آیا عمر این نظام حقوقی که با گذار از قرن ۱۸ به قرن ۱۹ میلادی بنیان گذارده شده، رو به پایان است؟ و اگر این‌گونه است منشأ و علل آن چیست؟ آیا عقلانیت مدرن که با تکیه بر مفهوم حق، به دولت در فرآیند ایجاد قاعده حقوقی نقش می‌دهد، با چالش روبه‌رو است و بدین ترتیب هم مفهوم حق و هم نقش دولت در نظام حقوقی مورد نقد است؟ آیا دیگر نمی‌توان از فردگرایی قرن ۱۹ و ۲۰ سخن گفت و بایستی به جست‌وجوی نهادهایی پرداخت که فرد و آزادی فردی را همانند دوران فئودالیته محدود کرده‌اند؟ برای مثال، آیا قرارداد دیگر نه سمبل حق آزادی فردی و اصل حاکمیت اراده، بلکه همانند دوران پیشامدرن نقش مهمی در بازتوزیع قدرت عمومی یافته است؟ آیا نقش دولت در حقوق مدرن شاخصه اصلی حقوق مدرن نبوده و تضعیف آن می‌تواند به معنای تضعیف عقلانیت شکلی و تقویت عقلانیت ماهوی و واقعی حقوق مدرن باشد؟

آیا با زیر سؤال رفتن عنصر حق به‌عنوان ارزش در فضای پست مدرن، حقوق ذات و ماهیت خود را از دست داده، جنبه ابزاری یافته و دیگر نقشی در اصلاح تجربی نظام اجتماعی ندارد؟ و اگر ملاک ذات و ماهیت مستقل حقوق است، آیا نبایستی دولت رفاه را

عامل اصلی حرکت به سمت فضای پست مدرنیته حقوقی دانست؟ چرا که در دولت رفاه، عنصر حق به‌عنوان یک مفهوم متافیزیکی تضعیف شده و حقوق به ابزاری در خدمت سیاست‌های اجتماعی و اقتصادی دولت تبدیل شده است؟ و اگر حقوق مدرن یک برداشت متافیزیکی از حقوق است، آیا نبایستی پیدایش پوزیتیویسم اجتماعی را عامل اصلی دور شدن از حقوق مدرن و زمینه‌ساز حرکت به سمت حقوق پست مدرن تلقی کرد؟

جهت دوم یافتن پاسخ این سؤال است که آیا انتقادات وارده از طرف پست مدرن‌ها به حقوق مدرن وجه مشترکی با دغدغه‌های طرف‌داران حقوق دینی دارد؟ به عبارت دیگر، آیا همان‌گونه که در حقوق دینی، عقلانیت تجربی جایگاه مستقلی در ایجاد قواعد حقوقی نداشته و تابعی از سنت یعنی کتاب و روایات است، در حقوق پست مدرن نیز عقلانیت تجربی جایگاهی ندارد و بدان اعتماد نمی‌شود؟ و اگر در حقوق پست مدرن به این نوع عقلانیت اعتماد نمی‌شود، به عقلانیت مبتنی بر سنت (کتاب و روایات) اعتماد می‌شود؟

۲. حقوق مدرن محصول تجددگرایی است و پست مدرنیته حقوقی نتیجه نگاه پساتجددگرایانه است. از این‌رو، ضرورت دارد نخست تأملی بر اندیشه تجددگرایی و پساتجددگرایی و تفاوت آن دو داشته باشیم تا بتوان بر اساس آن، به مطالعه ساختار و شاخصه‌های حقوق مدرن و حقوق پست مدرن و چگونگی و چیستی تحول از حقوق مدرن به پست مدرن پرداخت:

آنچه مدرنیسم را از سنت‌گرایی متمایز می‌ساخت، موضع و نگاه مثبت مدرنیته، در

حصول شناخت و تنظیم روابط اجتماعی، به عقل تجربی[3] و روش تجربی آن یعنی همان مشاهده و تجزیه و تحلیل داده‌ها و ریختن آن‌ها در قالب منطقِ صورت بود.

سرآغاز گفتمان مدرنیته را باید در اندیشه دکارت جست‌وجو کرد؛ وی با اعتماد به عقل تجربی و با تکیه بر انسان‌گرایی و سکولاریسم، عقل سنتی یعنی عقل مبتنی بر وحی و تعبد را به‌عنوان ابزار شناخت نفی و تنها علم تجربی و پوزیتیویسم تجربی آن را معتبر اعلام کرد[4]. بدین ترتیب، سنت (کتاب مقدس) به فراموشی سپرده شد و دارنده عقل تجربی یعنی همان انسان، اصلاح تجربی که هدف اصلی مدرنیته است را بر عهده گرفت[5].

از آنجا که مدرنیته آمده تا به اصلاح ساختار اجتماعی، اقتصادی و سیاسی فئودالیته بپردازد، انسان‌گرایی قالبی فردگرایانه می‌یابد تا با تضمین آزادی فردی، انسان را از قید نهادها و گروه‌های عرفی، اجتماعی، مذهبی، سیاسی و عمومی رهایی بخشد[6]. بنابراین

3. Empirical Reason.

4. Cf. Mackenzie, Jim, "The Philosophy of the Subject: Back to the Future", in: Educational Philosophy and Theory, Vol. 30. No. 2, 1998, p. 136.

نصر، سیدحسین، « تأملاتی درباره اسلام و اندیشه مدرن»، ترجمه منصور انصاری، پژوهشنامه متین، شماره ۲، بهار ۱۳۷۸، ص ۲۴۳.

5. Cf. Chevallier, Jacques, "Vers un droit postmoderne", in: Les transformations de la régulation juridique, Droit et Société, N° 5, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 22; Gordon Graham, " Religion, Secularization and Modernity ", Philosophy, vol. 67, No. 260, 1992, pp. 183, 184;

نصر، پیشین، صص ۲۴۰، ۲۴۱.

6. Cf. Murphy, Mark. C., "Natural Law Theory", in: The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, edited by Martin P. Golding and William A. Edmondson; Malden (USA), Blackwell Press, 2005, pp. 15, 16; Waline, Marcel, L'individualisme et le droit, Paris, Dalloz. 2e édition, 2007, p. 24.

می‌توان عقلانیت تجربی[7] و فردگرایی[8] را مؤلفه‌های آغازین مدرنیته دانست[9].

پست مدرنیسم شناخت حاصل از عقل تجربی را معتبر نمی‌داند و همین امر کافی است تا سوسا سانتوس، جامعه‌شناس حقوقی مشهور پرتغالی، آن را در تقابل با مدرنیسم ارزیابی کند[10]. هرچند از نظر زمانی گفتمان پست مدرنیسم به بعد از جنگ جهانی دوم برمی‌گردد، ولی ریشه‌های آن را بایستی در افکار اندیشمندانی چون هیوم، کانت، مارکس و نیچه جست‌وجو کرد که در نیمه دوم قرن بیستم توسط اندیشمندانی چون فوکو، دریدا، راسل و دیگران دنبال شد. تمام تلاش این اندیشمندان معطوف به این نکته است که عقل تجربی و روش پوزیتیویستی آن ابزار مطمئن و مستقلی برای شناخت نیست. از نظر هیوم عقل در مسیر شناخت تحت تأثیر احساسات و عواطف است[11]. کانت عقل را تنها ابزار حصول پندار و نه شناخت واقعیت معرفی می‌کند؛ ابزاری که جهان را نه آن‌گونه که هست، بلکه آن‌گونه که می‌خواهد یا می‌تواند نشان می‌دهد[12]. مارکس عقل تجربی را تحت تأثیر منافع طبقاتی می‌داند. منافعی که محتوای عقل تجربی و شناخت آن را تعیین

7. Reason, Rationality.
8. Individualism.
9. Cf. Taylor, Charles, Le malaise de la modernité, Paris, traduit de l'anglais par Charlotte Melançon, Les Editions du CERF, 2e édition en français, 1994, pp. 10, 12; Oppetit, Bruno, Droit et Modernité, Paris, Puf, 1e édition, 1998, pp. 4, 5; Patterson, Dennis, "Postmodernism", in: A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Willey-Blackwell, 2e edition, vol. 8, 2010, pp. 382, 383; Touraine, Alain, Critique de la modernité, Paris, Fayard, 1e edition, 1992, p. 265.
10. Boaventura de Sousa Santos, "Law: A Map of Misreading; Toward a Postmodern Conception of Law", Journal of Law and Society, Vol. 14, No 3, 1987, p. 281.
11. Mackenzie, op. cit., pp.137-138
12. Ernest J. Weinrib, "Law as a Kantian Idea of Reason", Colombia Law Review, Vol. 87, No. 3, 1987, p. 474.

نموده و بدین ترتیب نه به واقعیت که به ایدئولوژی رهنمون می‌سازند[۱۳]. نیچه و دیگران نیز عقل را تابع قدرت می‌دانند و نقش قدرت را در شناخت و نوع آن بی‌بدیل می‌دانند[۱۴].

بنابراین پست مدرنیسم با انکار اعتبار عقل تجربی وجه مشترکی با سنت‌گرایی و حقوق دینی پیدا می‌کند و هر دو در تقابل با مدرنیته حقوقی قرار می‌گیرند. با این حال، تفاوت بنیادین سنت‌گرایی و پست مدرنیسم قابل اغماض نیست؛ سنت‌گرایی، همان‌طور که حسین نصر اسلام‌شناس ایرانی بدان تصریح می‌کند، به عقل سنتی، یعنی عقلی که در به‌دست آوردن گزاره‌های معرفتی خود به وحی تکیه می‌کند، وفادار است[۱۵]، ولی پست مدرنیسم اساساً عقل را چه بی‌واسطه و چه با کمک وحی به‌عنوان ابزار واقع‌شناسی نمی‌پذیرد. حتی پست مدرنیسم فراتر از این می‌رود و واقع‌شناسی را امکان‌پذیر نمی‌داند؛ ریچارد رُرتی، فیلسوف مشهور آمریکایی، آنچه که به‌عنوان شناخت معرفی می‌شود را، تنها پندارها یا باورهایی می‌داند که امکان تبدیل شدن به گزاره‌های صادق و کاذب را

13. Alex Callinicos and Paul Wood, "Marxism and Modernism: An Exchange between Alex Callinicos and Paul Wood", Oxford. Art Journal, Vol. 15. No 2, 1992, p. 121; Pashukanis (E-B.), La théorie générale du droit et le marxisme, Traduit en français par J-M. Brohm. Paris, EDI, 2e edition, 1976, p. 90; Cotterrell, Roger, The Sociology of Law, London, Butterworths, Second edition, 1992, p. 106-109; Frydman, Benoit, "Le droit, de la modernité à la postmodernité", in: Réseaux, 2000, N° 88-90, pp. 68-69.

14. Guyara Binder and Robert Weisberg, "Cultural Criticism of Law", Stanford Law Review, Vol. 49, p. 1220; Leslie Paul Thiele, “Twilight of Modernity, Nietzsche, Heidegger and Politics”, Political Theory, Vol. 22, No. 3, 1994, p. 470; Mackenzie, op. cit., p. 135.

۱۵. نصر، پیشین، صص ۲۴۲-۲۴۱.

نداشته و محتوای آن‌ها نیز اسیر زبان بیان آن‌ها و فضا و گذشته آن‌هاست.[۱۶] تردیدی نیست که در این صورت، هرمنوتیک به‌عنوان متودولوژی و روش پست مدرنیسم جایگزین پوزیتیویسم یا روش تجربی مدرنیته، روشی که مبتنی بر امکان‌پذیری شناخت واقعیت و حتی اصلاح آن بوده و زمانی شورش علیه موانع واقع‌شناسی، یعنی متافیزیک، اخلاق و مذهب تلقی می‌شد، می‌شود.

پست مدرنیسم علاوه بر عقل تجربی، فردگرایی را هم زیر سؤال می‌برد. پست مدرنیسم با زیر سؤال بردن مبناگرایی، ذات‌گرایی و انکار واقع‌گرایی و به دنبال آن پذیرش کثرت‌گرایی، نمی‌تواند موافق فردگرایی متافیزیکی و حقوق فردی نشأت گرفته از انسان‌گرایی فطری باشد. از این منظر رویکردهای حقوق طبیعی جایگاهی نداشته و پست مدرنیسم نگاه جانب‌دارانه‌ای نسبت به آن‌ها ندارد[۱۷]. پست مدرنیسم به دلیل انکار مبناگرایی، ذات‌گرایی و رویکرد ضد رئالیستی خود، ضرورتاً به سمت کارکردگرایی و نگاه عملگرایانه نسبت به مفاهیم بنیادی در مدرنیته گرایش پیدا می‌کند. به همین دلیل است که در قالب مکتب مطالعات انتقادی حقوقی، فردگرایی متافیزیکی و مفهوم حق که ضامن آن است را از منظر کارکردی نقد کرده، آن را مفهومی می‌داند که با تأکید بر آزادی فردی، به همبستگی اجتماعی ضربه زده و با نادیده گرفتن واقعیات اجتماعی، به تبعیض

16. Rorty, Richard, Consequences of Pragmatism, Minneapolis, University of Minnesota, 1982, p. XXVII.
17. Cf. Maisani (Pauline) et Wiener (Florence), "Réflexions autour de la conception post-moderne du droit", Revue de Droit et Société, No. 27, 1994, p. 449; Arnaud, André- Jean, " Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun", in: Droit et société, No. 20/21, 1992, pp. 15, 16.

اقتصادی و اجتماعی می‌انجامد[۱۸]. از این منظر، پست مدرنیسم با فردگرایی اجتماعی که میشل مافسولی، جامعه‌شناس فرانسوی، به درستی آن را قالب همبستگی اجتماعی در جامعه پست مدرن می‌داند[۱۹]، سازگاری بیشتری پیدا می‌کند.

بنابراین، پست مدرنیسم با دو شاخصه اصلی مدرنیته یعنی همان عقلانیت و فردگرایی متافیزیکی چالش پیدا می‌کند و بدین ترتیب انسان‌گرایی مدرنیته و نظم اقتصادی و اجتماعی- سیاسی حاصل از آن را زیر سؤال می‌برد.

البته برداشت همه از پست مدرنیته این‌گونه نیست و برخی چون آلن تورن، جامعه‌شناس فرانسوی، نه تنها پست مدرنیته را در تقابل با مدرنیته ارزیابی نمی‌کند که آن را بازخوانی مدرنیته و شاخصه‌های آن یعنی شخص‌گرایی و عقلانیت نیز می‌داند. بدین ترتیب، از نظر ایشان، با مدرنیته‌ای رادیکال‌تر و رسمی‌تر مواجه‌ایم[۲۰]. تأکید ایشان، همان‌طور که خواهیم دید، بر بحران دولت رفاه است که زمانی خود موجب بحران مدرنیته شده بود. با افول دولت رفاه، حقوق ذات و ماهیت خود را باز می‌یابد و دیگر ابزاری برای دنبال کردن سیاست‌های دولت رفاه نخواهد بود. به عبارت دیگر، حقوق با تکیه بر اصول و ارزش‌های خود، یعنی همان حقوق بنیادین انسانی، استقلال خود و برتری و حاکمیت خود را نسبت به سیاست‌ها و تحولات اجتماعی حفظ می‌کند.

18. Tushnet, Mark V., "Critical Legal Theory", in: The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, edited by Martin P. Golding and William A. Edmondson; Malden (USA), Blackwell Press, 2005, pp. 86-87.
19. Maffesoli, Michel, Le temps des tribus: le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes, Paris, 2002, édition La Table Ronde, 1e édition, p. 330.
20. Touraine, op. cit., pp. 320, 323-324.

با توجه به مقدمه فوق، ابتدا پست مدرنیته حقوقی را به‌عنوان گفتمانی که در تضاد با مدرنیته حقوقی و شاخصه‌های آن قرار دارد مطالعه می‌کنیم (گفتار اول) و سپس آن را از این منظر که می‌تواند به معنای بازخوانی مدرنیته و شاخصه‌های آن باشد، مورد بررسی قرار می‌دهیم (گفتار دوم).

گفتار اول: پست مدرنیته حقوقی، نفی شاخصه‌های اصلی مدرنیته حقوقی

حقوق مدرن را حقوقی سخت[۲۱] می‌دانند که پس از طی دوران کودکی در قرن ۱۷ و ۱۸ میلادی، یعنی دوران شکل‌گیری نظریه حقوق طبیعی مدرن و فلسفه سیاسی آزاد و ارزش‌ها و باورهای آن که سرانجام منجر به ظهور و تثبیت جامعه سرمایه‌داری شد، در مقابل تحولات اجتماعی ایستادگی می‌کند و انعطافی ندارد. سوسا سانتوس، حقوق این دوران را به «شیری» مقاوم تشبیه می‌کند[۲۲]. در مقابل، حقوق پست مدرن حقوقی نرم[۲۳] قلمداد می‌شود؛ حقوقی که در برابر ارزش‌ها و باورهای جدید مقاومتی نمی‌کند، هرچند این ارزش‌ها در تعارض با یکدیگر بوده و توسط نیروهای متعارض تحمیل شوند[۲۴]. ریشه این تفاوت را بایستی در مبناگرایی و ذات‌گرایی حقوق مدرن و انکار مبناگرایی و ذات‌گرایی توسط پست مدرنیسم جست‌وجو کرد.

21. Droit dur (Hard Law).
22. Sousa Santos, op. cit., p. 380.
23. Droit mou (Soft Law).
24. Sousa Santos, op. cit., p. 381.

این‌که از چه زمانی دوران پست مدرنیته حقوقی یا دوران حقوق نرم و انعطاف‌پذیر آغاز می‌شود، اختلاف‌نظر وجود دارد. برخی همانند پییر روزانوالون، متفکر مشهور فرانسوی، آن را به پس از جنگ جهانی دوم و افول دولت رفاه مربوط می‌دانند و واکنشی بر بحران‌های مدرنیته ارزیابی می‌کنند[۲۵]. در مقابل، یورگن هابرماس، فیلسوف آلمانی، آغاز آن را شکل‌گیری دولت رفاه و تحولات گذار از قرن ۱۹ به قرن ۲۰ و اجتماعی شدن حقوق می‌داند و دولت رفاه را برجسته‌ترین شاخص یا اثر آن معرفی می‌کند[۲۶]. در بند اول چگونگی گذار از مدرنیته حقوقی را مطالعه نموده و در بند دوم شاخصه‌های حقوق موضوعه پست مدرن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

بند اول: گذار از مدرنیته حقوقی

الف. گفتمان حاکم بر حقوق مدرن و دگرگونی‌های آن

حقوق مدرن در گذار از قرن ۱۷ به قرن ۱۸ میلادی، با پذیرش انسان‌گرایی سکولار و بر اساس مفاهیمی چون قرارداد اجتماعی، فرد و حقوق ذاتی وی، دولت و قانون دولتی شکل گرفت. دولت در چارچوب قرارداد اجتماعی و بر مبنای آن، وظیفه حفظ حقوق فردی را بر عهده گرفت[۲۷] و بدین ترتیب نوعی سازگاری بین حقوق طبیعی از یک طرف و

25. Rosanvallon, Pierre, La crise de l'Etat-providence, Paris, Edition du Seuil, 3e édition,1992, p. 40.
26. Habermas, Jürgen, L'espace public, Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise, Traduit en français par Marc B. de Launay, Paris, Éditions Payot, 6e edition, 2003, p. 150.
27. Cf. Grossi, Paolo, " The Foundations of the Modern Legal System", in: A History

پوزیتیویسم بنتامی و آوستینی[۲۸] از طرف دیگر ایجاد شد.

اگرچه این سازگاری در ابتدا به نفع حقوق طبیعی و آموزه‌های آن است و به همین دلیل هم حقوق مدرن در ابتدا قالبی لیبرالی به خود می‌گیرد، اما، با گذار از قرن ۱۹ به قرن ۲۰ میلادی، مفاهیم فرد، حق، قرارداد اجتماعی و حتی دولت زیر سؤال می‌رود تا واقعیت‌های اجتماعی و منافع اجتماعی نیز دیده شود[۲۹]؛ «اجتماعی شدن حقوق» بیان دیگری از این تحول است[۳۰]. بی‌تردید، تلاش‌های مارکس و ایراداتی که وی به عقلانیت

---

of European Law, Translator : Laurence Hooper, Willey-Blackwell, 2010, pp. 85-86.

۲۸. پوزیتیویسم بنتامی و آوستینی اشاره به رویکرد تحققی دولتی بنتام و آوستین دارد. بر اساس این رویکرد، مبنا و منشأ الزام‌آوری قواعد حقوقی را بایستی در اراده دولت و نه در اراده الهی، عقلانیت فطری و غیره جست‌وجو کرد. بی‌تردید، اندیشه‌های بنتام و آوستین، از آن جهت که اراده الهی را حذف می‌کنند، در تعارض با حقوق سنتی قرار می‌گیرند. با این‌حال، تأکید بر آزادی فردی برآمده از حقوق طبیعی مدرن، یعنی همان ارزش گم شده در ساختار فئودالیته، پوزیتیویسم دولتی بنتام و آوستین را از مرحله ایجاد قاعده حقوقی توسط دولت به مرحله تضمین قاعده حقوقی توسط دولت فروکاست. بایستی توجه داشت که تقریر بنتامی یا آوستینی از پوزیتیویسم دولتی، که تنها در مرحله گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن مورد توجّه بوده و از لحاظ تاریخی-اجتماعی نیز مقارن با آن محسوب می‌شود، و به همین دلیل نیز مورد توجه راقم این سطور قرار گرفته است، تنها یک تقریر و البته تقریری قدیمی از پوزیتیویسم دولتی است.

29. Cf. Dwork, in: Ronald, Prendre les droits au sérieux, Paris, PUF, 1e édition, 1995, p. 80; Frydman, op. cit., pp. 68, 69; Grossi, op. cit., pp. 85-86.

۳۰. عبور از حقوق متافیزیکی به حقوق واقع‌گرا را می‌توان تعبیر دیگری از «اجتماعی شدن حقوق» دانست. این‌که حقوق، مفاهیم حقوقی و نهادهای حقوقی در ارتباط با تحولات اجتماعی و نه در گیرودار ارزش‌های متافیزیکی فهم شوند. بدین ترتیب، آزادی قراردادی بدون در نظر گرفتن واقعیت‌های اجتماعی و ارتباط آن با تبعیضات اقتصادی و اجتماعی، نمی‌تواند در مسیر عدالت واقعی قدم بردارد. آزادی قراردادی انتزاعی،

تجربی مدرن وارد می‌کند و امروزه نیز توسط نئومارکسیست‌ها و پیروان مکتب مطالعات انتقادی حقوقی دنبال می‌شود، نقش اساسی در این میان داشته است. بدین ترتیب فردگرایی و نظام بازار آزاد به چالش کشیده می‌شود. مفاهیم حق فردی و قرارداد اجتماعی به دلیل ایدئولوژیک بودن (چرا که واقعیت‌های نامطلوب نظام سرمایه‌داری را زیر اصولی انتزاعی چون آزادی و برابریِ در حقوق پنهان می‌کند)[۳۱] و متافیزیکی بودن (چرا که ابزاری ساخته اندیشه حقوق طبیعی است و واقعیتی عینی، تجربی و اجتماعی ندارد)[۳۲] زیر سؤال می‌روند و با حرکت به سمت پوزیتیویسم هومزی و لِولینی[۳۳]، پایه‌های تفکر قضایی مدرن که همان

←
عدالت انتزاعی و نه واقعی را به همراه خواهد داشت. تفاوت قرارداد اجاره اشخاص و قرارداد کار در همین نکته نهفته است.

Cf. Charmont. J., « La socialisation du droit (leçon d'introduction d'un cours de droit civil) », in: Revue de Métaphysique et de Morale, Paris, 11e année, 1903, p. 380.

31. Cf. Ward, Ian, An Introduction to Critical Legal Theory, London, Cavendish Publishing Limited, 1998. p. 157.

32. Cf: Miaille, Michel, Une introduction critique au droit, Paris, Édition F. Maspero, 2e édition, 1980, p. 171.

۳۳. پوزیتیویسم هومزی و لِولینی اشاره به رویکرد تحققی لِولین و هومز، واقع‌گرایان مشهور آمریکایی دارد. تمام تلاش این رویکرد این است که حقوق را از قانون، که یک ابزار دولتی است، جدا سازد. بنابراین به قضات و دادگاه‌ها نقش کاملی را در ایجاد قاعده حقوقی اعطا می‌کند. در تفکر بنتامی و آوستینی، قاضی محدود به اجرای قانون است و تنها می‌تواند تفسیری لفظی و حداکثر تاریخی از آن ارائه دهد. در اندیشه هومزی و لولینی، قاضی با اتکا به تفسیر آزاد علمی، تفسیری که سازگار با تحولات اجتماعی است، سعی در ارائه راه‌حل‌های جدید حقوقی دارد. بی‌تردید، تفسیر آزاد علمی، از آنجا که اجتماعی است، چندان سازگار با رویکرد لیبرالی از حقوق مدرن نبوده، بلکه نقدی جدی نیز بر آن است و می‌تواند عامل بحران حقوق مدرن لیبرالی محسوب شود.

پوزیتیویسم آوستینی و بنتامی است نیز به چالش کشیده می‌شود[۳۴].

ارزیابی‌ها از این تحول یکسان نیست. هابرماس متفکر آلمانی و موریس هوریو جامعه‌شناس حقوقی مشهور فرانسوی، این گذار را نوعی بازگشت به ساختار پیشامدرن ارزیابی می‌کنند[۳۵]. واقعیت این است که ایشان، ایجاد دولت رفاه را موجب بازفئودالی شدن ساختار اجتماعی- حقوقی می‌دانند؛ چرا که با دولت رفاه، حوزه عمومی و خصوصی با یکدیگر تداخل پیدا می‌کنند. دولت رفاه کارکردهایی را بر عهده می‌گیرد که در گذشته محدود به حوزه خصوصی بود و حوزه خصوصی نیز از طریق گروه‌ها و نهادهای مختلف اجتماعی مانند سندیکاهای کارگری در کارکردهای سنتی دولت و از جمله ایجاد قانون مداخله می‌کند.

این نکته را بایستی پذیرفت که هرچند مفهوم دولت از طرف واقع‌گرایان با این استدلال که متافیزیکی، مبهم، ساختگی و ایدئولوژیکی است به چالش کشیده می‌شود[۳۶]، ولی در فرایند اجتماعی شدن حقوق بیش از نهادهای اجتماعی برای تأمین همبستگی اجتماعی مورد استفاده قرار می‌گیرد و تبدیل دولت ژاندارم به دولت رفاه شاهد آن است؛ دولتی که این بار با مبنای کارکردی خدمت عمومی و نه فقط قدرت عمومی و حافظ

34. Cf. Bix, Brian. H., "Legal positivism", in: The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, 2005, p. 31.
35. Habermas, op. cit., p. 150; Hauriou, Maurice, "Le régime de l'Etat", La Revue Socialiste, T., XXXIX, N° 233, Mai 1904, pp. 583-584.
36. Durkheim, Emile, De la division du travail social, Paris, PUF, 7e édition, avec préface de Paugam, Serge, 2007, p. 32.

حقوق ذاتی فردی، وارد عرصه شده است[۳۷].

با این حال، اجتماعی شدن حقوق نمی‌تواند به معنای بازگشت به ساختار فئودالیته حقوقی باشد. هرچند تشابه معنادار دوران دولت رفاهی و فئودالیته که همان اختلاط حوزه عمومی و خصوصی است را نمی‌توان انکار کرد، ولی با این حال نمی‌توان تفاوت آن‌ها را نیز منکر شد؛ در نظام آمره دولت رفاهی، قدرت عمومی بر خلاف دوران فئودالیته که در بطن اجتماعی و در گروه‌های اجتماعی حل شده است، در خود دولت رفاه که برتری کامل نسبت به افراد و گروه‌های اجتماعی هم دارد، عینیت پیدا می‌کند. برتری دولت در مناسبات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی یکی از مهم‌ترین شاخصه‌های عقلانیت تجربی حقوق مدرن است و شاخص آشتی حکومت و حقوق به‌عنوان مرز بین حقوق سنتی و مدرن قلمداد می‌شود. بنابراین، در تشبیه دوران دولت رفاهی به دوران فئودالیته و سخن گفتن از بازفئودالیزه شدن جای بسی تأمل وجود دارد.

ریپر، پوزیتیویست اخلاق‌گرای فرانسوی، تحول حقوق مدرن را « افول حقوق مدرن» ارزیابی می‌کند؛ چرا که حق فردی و فرد جایگاه شایسته خود را از دست داده‌اند[۳۸]. ژوسران حقوق‌دان فرانسوی نیز، همگام با ریپر، از جدایی حقوق از اخلاق و آشتی آن با

37. Cf. Duguit, Léon, Les transformations du droit public, Paris, Édition la Mémoire Du Duguit, 1e édition, 1999, p. 33; Chevallier, Jacques, Le service public, Paris, PUF, Que sais-je ? 5e édition, 2003, p.37.
38. Ripert, Georges, Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 189; Oppetit, Bruno, " L'Hypothèse du déclin du droit", in: Droits, vol. 4, 1986, p. 10.

اقتصاد که بیان دیگری از واقعیت اجتماعی است سخن می‌گوید[۳۹]. با این حال، محدود کردن مدرنیته حقوقی به قالب لیبرالی و متافیزیکی، به معنای اصالت دادن به فردگرایی افراطی است و معنای آن این است که مفهوم حق و ارزش نمی‌تواند جنبه اجتماعی داشته و منشأ آن را تنها بایستی در ذات فردی جست‌وجو نمود. به نظر می‌رسد، دیدگاه آن دسته از پوزیتیویست‌های اخلاق‌گرا، چون هارت و دورکین، که مفهوم شخص و ذیحق بودن[۴۰] را با فرد و فردگرایی[۴۱] یکی نمی‌دانند[۴۲]، درست‌تر باشد.

از همه مهم‌تر این‌که، دور شدن از مفهوم لیبرالی و حرکت به سمت واقع‌گرایی، ضرورت و الزام همان عقلانیت مدرن است. به عبارت دیگر، اگرچه محتوای لیبرالی این عقلانیت با بحران روبه‌روست و دیگر نه بر در دولت حافظ حقوق مدنی و سیاسی، بلکه بر دولت رفاهِ مجری عدالت توزیعی تأکید دارد، ولی خود عقلانیت اعتبار گذشته خود را دارد.

البته، ذکر این نکته هم لازم است که با گسترش دولت رفاه و افزایش متون اختصاصی قانونی، نظام حقوقی سادگی و یک‌دستی خود را کم‌کم از دست می‌دهد. حتی، برخی را عقیده بر این است که با جلوس دولت رفاه، حقوق ذات و ماهیت خود را از

39. Josserand, Louis, Un ordre juridique nouveau, Dalloz Hebdomadaire, Chronique, 1937, p. 43.
40. Subjectivism.
41. Individualism.
42. Dworkin, op. cit., p. xi; Hart, H. L. A., Le concept de droit, Traduit de l'anglais par Kerchove et Drooghenbroeck, Bruxelles, Publications des facultés universitaires saint-louis, 4e édition, 1994, pp. 226-227.

دست داده و قاعده حقوقی به ابزاری در دست دولت (قدرت) برای دنبال کردن اهداف دولت رفاهی تبدیل می‌شود[۴۳]. معنای این سخن آن است که به جای آن‌که دولت در خدمت حقوق و هسته مرکزی آن یعنی فرد باشد، این حقوق است که به خدمت دولت درآمده و به ابزاری برای پیشبرد سیاست‌های آن تبدیل می‌شود. از طرف دیگر، در فضای دولت رفاهی، تحت تأثیر فرایند اجتماعی شدن حقوق، گروه‌های مختلف اجتماعی از طبقات مختلف اجتماعی و اقتصادی، خود را در ایجاد قاعده حقوقی سهیم می‌یابند و بدین ترتیب این‌که قانون بیان اراده عمومی (اکثریت) تلقی شود مورد خدشه قرار می‌گیرد.

اما، برای این‌که بتوان از حقوق پست مدرن سخن به میان آورد، بایستی انقطاع معرفت‌شناختی بین حقوق مدرن و حقوق پست مدرن ایجاد شده باشد و به عبارت دیگر مواجه با جلوس گفتمان جدیدی باشیم. این گفتمان نمی‌تواند جز با زیر سؤال بردن عقلانیت مدرن و روش تجربی و پوزیتیویستی آن و مشروعیت قاعده حقوقیِ محصولِ آن تحقق یابد.

ب. گفتمان حاکم بر پست مدرنیته حقوقی

اشاره شد که چگونه عقلانیت مدرن که ریشه در انسان‌گرایی و سکولاریسم دارد، توسط اندیشمندانی چون مارکس، کانت، نیچه، هیوم و دیگران زیر سؤال رفت. پوزیتیویسم با همان رویکرد اصلاحی خود، به‌عنوان روش مدرنیسم، ریشه در همان

43. Maisani et Wiener, op. cit., p. 446.

عقلانیت تجربی مدرن دارد. بدین ترتیب دوگانگی سوژه و ابژه یکی از شاخصه‌ها و اصول معرفت‌شناختی پوزیتیویستی محسوب می‌شود. به عبارت دیگر، واقعیتی خارجی (ابژه) وجود دارد و سوژه یعنی انسانِ دارنده عقل در راستای شناختِ آن با ابزار مشاهده و تحلیل خارجی قدم برمی‌دارد. بی‌تردید، این شناخت در راستای اصلاح و تغییر است و حقوق مدرن نیز بناست نقشی در اصلاح و به‌طور کلی، عقلانی کردن تجربی ساختار اجتماعی داشته باشد؛ شاخصه‌ای که حقوق مدرن را از حقوق دینی جدا می‌کند. از این منظر، اندیشه حقوقی سودانگار بنتام و میل اهمیت می‌یابد. این اندیشه حقوقی با قائل شدن به دولت، یعنی دارنده قدرت عمومی، به‌عنوان منشأ ایجاد قاعده حقوقی از یک طرف و ارائه معیار تأمین منفعت اکثریت از طرف دیگر، چارچوب مشخصی را برای نقش اصلاحی حقوق فراهم می‌کند. به عبارت دیگر، در اندیشه حقوقی بنتام و میل، عقل تجربی یا سوژه در دولت تعین می‌یابد و از آنجا که دارای قدرت عمومی است، با معیار منفعت اکثریت می‌تواند به اصلاح ابژه دست بزند. بدین ترتیب، دولت بر اساس همین دوگانگی سوژه و ابژه نقشی برتر می‌یابد تا تجسم شناخت و اصلاحِ بر مبنای این شناخت باشد. این‌گونه است که حقوق مدرن نقش اصلاح تجربی را برعهده گرفته و طبقه‌بندی و سلسله‌مراتبی بین منابع حقوق (قانون، رویه قضایی (با اجازه قانون)، عرف (با اجازه قانون) و ...) رسمیت می‌یابد.

در تفکر پست مدرن از حقوق، با رد رئالیسم، دوگانگی ابژه و سوژه زیر سؤال می‌رود. تحلیل در واقع این است که واقعیتی خارج از ذهن انسان وجود ندارد یا اگر وجود دارد قابل شناخت نیست و آنچه به‌عنوان واقعیت معرفی می‌شود، تنها ساخته ذهن است یا به عبارت دیگر پندار است. بدین ترتیب ابژه چیزی جدای از سوژه نیست. روشن است که

عدم پذیرش دوگانگی سوژه و ابژه ریشه در نقد عقل تجربی دارد و به آن بر می‌گردد.

از این منظر، حتی، انتقادات طرف‌داران رویکرد جامعه‌شناختی حقوقی به روش پوزیتیویستیِ بنتامیِ حقوق ناکافی به نظر می‌رسد، چرا که در هر حال در چارچوب روش پوزیتیویستی و بر اساس دوگانگی سوژه و ابژه صورت می‌گیرد. انتقادات مارکس از آن جمله است؛ در واقع، انتقاد مارکس بیشتر از محصول عقل تجربی است تا خود عقل تجربی.

در رویکرد پست مدرن به حقوق، با تکیه بر این نکته که آنچه واقعیت خارجی دانسته می‌شود و حقوق مدرن با تأکید بر اصول، ارزش‌ها و بنیادهای خود و با کمک دولت در صدد اصلاح تجربی آن قدم برمی‌دارد و به همین دلیل نیز قاعده حقوقی و لباس آن یعنی قانون ابزار عقلانی نظم، پیشرفت اجتماعی و برقراری عدالت متافیزیکی می‌شود، تنها پندارهای ذهنی‌اند. بدین ترتیب در رویکرد پست مدرن، اصول و ارزش‌ها (و برای مثال اصول حقوق طبیعی و ارزش حق)، جدی گرفته نمی‌شوند تا با تکیه بر آن‌ها دست به اصلاح تجربی زده و در راستای پیشرفت به‌عنوان روح مدرنیته قدم برداریم. در نتیجه، حقوق ذات و ماهیت مشخصی نخواهد داشت و امری نسبی تلقی خواهد شد. در واقع، حقوق پست مدرن سعی می‌کند با رد اصول‌تراشی و گزاره‌های ثابتِ حاصل از آن و برای مثال اصول اخلاقی، حقوقی انعطاف‌پذیر یا بدون دغدغه باشد. بنابراین، تردیدی نیست که حقوق پست مدرن مسیر خود را از حقوق دینی که مبتنی بر کتاب و سنت و ارزش‌ها و اصول ثابت متافیزیکی و الهی است نیز جدا می‌کند.

در این حالت است که می‌توان از یک انقطاع معرفت‌شناختی از حقوق مدرن و حتی

حقوق دینی سخن به میان آورد. بدین ترتیب، دغدغه چگونگی همزیستی رویکرد پوزیتیویستی بنتامی و حتی هومزی از یک طرف و رویکرد حقوق طبیعی از طرف دیگر، که با آغاز مدرنیته حقوقی شروع شده بود و در رویکرد دینی نیز می‌توان آن را در قالب تعارض اراده دولتی و اراده الهی یافت، اهمیت و موضوعیت خود را از دست می‌دهد.

البته ریشه‌های جلوس پارادایم پست مدرنیته حقوقی را بایستی در تحولات عمیق‌تر اجتماعی جست‌وجو کرد. گسترش روابط اجتماعی و پیچیده شدن این روابط، گسترش نقش نهادها و گروه‌های اجتماعی و حرکت به سمت نوعی فردگرایی اجتماعی سازگار با تعاون ارگانیکی دورکیمی را در این میان نبایستی نادیده گرفت[۴۴]. به نظر نمی‌رسد که در چنین وضعیتی، اندیشه وبر که بر اساس آن عقلانیت قانونی و در قالب پوزیتیویسم دولتی امکان تسلط و نظارت بر روابط اجتماعی را دارد[۴۵]، راهگشا باشد. در واقع، شناخت دولت از پیچیدگی روابط اجتماعی که بیشتر تابع فرآیند بوده و کم‌تر محصول سیاست‌های دولتی است، محدود بوده و امکان احاطه بر آن را دشوار می‌سازد. عدم امکانی که پس از آن در اندیشه «نظم خودجوش» هایک نیز تأیید شد[۴۶]. هایک نظم ساختگیِ توسط دولت را در تقابل با نظم خودجوش می‌دید و قائل بود که دخالت دولت در بازار آزاد که مکانیسمی مبتنی بر نظم خودجوش دارد، تنها موجب خلل در نظام بازار و حصول نتایجی غیر منتظره

44. Cf. Donzelot, Jacques, L'invention du social, Essai sur le déclin des passions politiques, Paris, Édition du Seuil, 1e edition, 1994, p. 57.
45. Weber, Max, Sociologie du droit, Introduction et traduction par Jacques Grosclaude, Paris, Puf, 2e édition, 2007, p. 162.
46. Hayek, Friedrich Von, Droit, législation et liberté, Traduit en français par Raoul Audou, PUF, 2e edition, 1985, T. I., règles et ordre, pp. 41 et 43.

می‌شود. از نظر هایک، سوژه تعین یافته در دولت امکان شناخت ابژه یعنی همان نظم خودجوش را ندارد.

اگرچه اجتماعی شدن حقوق مدرن، به‌ویژه تحت تأثیر رویکردهای پوزیتیویستی جامعه‌شناختی، حقوق مدرن را از یک حقوق متافیزیکی به حقوق کارکردگرا سوق داد، و به همین دلیل نیز برخی چون هوریو، هابرماس، ریپر و دیگران از بحران و عبور از حقوق مدرن سخن گفتند، ولی با این حال حقوق پست مدرن با رد اصول‌تراشی از یک طرف و نقد رئالیسم و روش پوزیتیویستی آن از طرف دیگر، بهتر می‌تواند در مسیر کارکردگرایی قدم بردارد. شاید بتوان گفت که تجربه حقوق مدرن، کارگردگرایی را از طریق دولت توصیه می‌کند و افزایش قواعد آمره همراه با اجتماعی شدن حقوق اماره‌ای بر آن است. به عبارت دیگر حقوق مدرن بیشتر کارکردساز است، در حالی که حقوق پست مدرن کارکردگراست. در هر حال، حقوق پست مدرن با تأکید بر کارکردگرایی خود، قصد آن دارد که خود را در مسیر تحولات اجتماعی قرار دهد و بدین ترتیب سازگار با فردگرایی اجتماعی ارگانیکی، که می‌تواند در تعاون اجتماعی و نهادهای مردم نهادِ جامعه مدنی تبلور یابد، باشد؛ رد پای این فردگرایی را می‌توان در عصر فئودالیته، یعنی عصر قبیله‌ها که تعبیری از گروه‌های اجتماعی‌اند، دنبال کرد. حقوق مدرن لیبرالی، سازگار با فردگرایی افراطی است و برای خود نیز نقشی در راستای تثبیت ارزش‌های آن قائل است. حقوق دولت رفاهی نیز تنها ایجادکننده نوعی تعاون مکانیکی ساختگی است که در چارچوب پوزیتیویسم دولتی، درصدد کاستن نواقص فردگرایی افراطی و ایجاد برابری اجتماعی با ابزار دولت است. گسترش فردگرایی ارگانیکی که هم متأثر از فرایند قراردادگرایی و هم

متأثر از فرایند جهانی شدن و تضعیف دولت و حاکمیت آن است، همان‌طور که روزانوالون و دیگران بدان اشاره کرده‌اند[۴۷]، دولت رفاه را با بحران روبه‌رو می‌سازد.

بدین‌سان، حقوق پست مدرن با تأکید بر کارکردگرایی نقشی مؤثر در دموکراتیزه کردن واقعی ساختار اجتماعی و نه شکلی آن، آن‌گونه که حقوق مدرن با ابزار قانون که یک ابزار دولتی است به دنبال آن است، می‌یابد؛ چرا که فردگرایی اجتماعی همزیستی و در هم تنیدگی گروه‌های مختلف اجتماعی را به دنبال خواهد داشت. حقوقِ چنین ساختاری سادگی و یک‌دستی خود را از دست داده و به سمت پیچیدگی می‌رود و در این‌جاست که می‌توان گفت یکی از کلیدی‌ترین مفاهیم پست مدرن یعنی مفهوم کثرت‌گرایی حقوقی شکل می‌گیرد. شایان ذکر است که هرچند تحول از پوزیتیویسم دولتی به پوزیتیویسم اجتماعی یا جامعه‌شناختی در حقوق مدرن، می‌تواند حقوق مدرن را به سمت کثرت‌گرایی سوق دهد، و به همین دلیل نیز از جانب برخی، همان‌طور که اشاره شد، به بحران حقوق مدرن تعبیر شد، با این حال، باز هم بایستی بر این نکته تأکید کرد که رد پای پوزیتیویسم دولتی در حقوق مدرن همیشه احساس می‌شود؛ پوزیتیویستی که با ارجاع به دولت، همیشه عاملی برای وحدت‌گرایی و مانعی برای کثرت‌گرایی است. حقوق پست مدرن نمی‌تواند نسبی نبوده و نوعی تکثرگرایی را در درون خود نپذیرفته باشد؛ چرا

47. Rosanvallon, op. cit., 1992, p. 41; Rosanvallon, Pierre, La nouvelle question sociale, Repenser l'Etat-Providence, Paris, Édition du Seuil, 1e édition, 1995, p. 42; Merrien, François-Xavier, L'Etat-providence, Paris, PUF, Que Sais-je?, 3e edition, 2007, pp. 83-100.

که کارکردگرایی و تضعیف دولت، نوعی تکثرگرایی را با خود به همراه دارد. به عبارت دیگر، باور یا مفهوم و نهاد خاصی ملاک نیست و آنچه مهم است کارایی یا ناکارآیی این باورها و مفاهیم است.

فردگرایی اجتماعی جایگاه مناسبی را برای مفهوم اراده عمومیِ مبتنی بر اکثریت که قانون مظهر آن بوده و در قالب کد (Code) و توسط دولتِ دارای قدرت عمومی و جایگاه برتر در مناسبات اجتماعی نیز بیان می‌شود فراهم نمی‌کند. بدین ترتیب این‌که قاعده حقوقی مظهر اراده عمومی است مفهوم خود را از دست می‌دهد. حتی قانون اساسی در اندیشه پست مدرنی چون ژک دریدا، فیلسوف مشهور فرانسوی، به این دلیل که در قالب پوزیتیویسم دولتی بوده و خود مشروعیت خود را تعیین نموده و بر الزام و اجبار بدون مبنا استوار است رد می‌شود[۴۸]. بدین ترتیب قانون اساسی ممکن است در تقابل با فردگرایی اجتماعی قرار گیرد.

با این حال، گفتمان پست مدرنیسم هرچند بر ارتباط مؤثر و مستمر قاعده حقوقی با کارکرد اجتماعی تأکید دارد و به همین دلیل قاعده حقوقی را نسبی می‌بیند و نقش دموکراتیزه‌سازی یا همگام شدن با فردگرایی اجتماعی را بر عهده آن می‌نهد، ولی در مورد تضعیف اقتدار قاعده حقوقی و نقشی که در برقراری امنیت حقوقی بایستی داشته باشد پاسخی نمی‌دهد و این‌که چگونه این ابزارِ تضعیف شده می‌تواند نقش مؤثری در

48. Derrida, Jacques, Force de loi, Paris, 2e édition, Editions Galilée, 2005, pp. 18, 26, 84.

مردمی کردن ساختار اجتماعی- سیاسی داشته باشد. این نکته به‌ویژه وقتی اهمیت بیشتری می‌یابد که توجه داشته باشیم تحت تأثیر فرایند جهانی شدن، فردگراییِ ارگانیکی بیشتر جنبه اقتصادی یافته است و قاعده‌مندسازی رفتار گروه‌های فعال اقتصادی بایستی اهمیت بیشتری داشته باشد.

بند دوم: شکل‌گیری حقوق پست مدرن

گفتمان پست مدرن در دو سطح مهم، حقوق و نظام حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهد: الف) مبنا یا منشأ الزام‌آوری قاعده حقوقی و ب) منبع یا ابزار بیان قاعده حقوقی:

الف. مبنای قاعده حقوقی

گذار از مدرنیته حقوقی به پست مدرنیته حقوقی به معنای عبور از وحدت‌گرایی و حرکت به سمت کثرت‌گرایی در حوزه مبنا و منشأ الزام‌آوری قاعده حقوقی است.

۱. وحدت‌گرایی در حوزه مبنا یا منشأ الزام‌آوری قاعده حقوقی

هرچند که در رویکرد حقوق طبیعی مدرن، پوزیتیویسم دولتی که دولت را ایجادکننده قاعده حقوقی می‌داند، تنها در خدمت حقوق ذاتی انسان است و بنابراین شاید بتوان گفت مشروعیت مستقلی ندارد، ولی با این حال قاعده حقوقی بدون الزام و اجبار دولتی، مفهوم قاعده حقوقی را نمی‌یابد. نقش دولت نیز بی‌بدیل است و چندان در نقش خود جدی است که از تصویب قانونی برای محدود کردن و جلوگیری از شکل‌گیری

انجمن‌ها و گروه‌ها، در راستای حفظ فردگرایی افراطی ابایی ندارد[۴۹]. واقعیت این است که حقوق طبیعی سکولار نمی‌توانست بدون کمک پوزیتیویسم دولتیِ ملهم از اندیشه‌های بنتام و آوستین، در جهت حمایت از فردگرایی قدم بردارد. به عبارت دیگر، عقل تجربی یا عقلانیت تجربی حقوقی در دولتِ با مبنای کارکردی قدرت عمومی و حافظ حقوق مدنی و سیاسی تعین یافته بود. دولت مسیر واحد ایجاد قاعده حقوقی است و بدین ترتیب مواجه با وحدت‌گرایی در حوزه مبنا هستیم. البته نظام حقوقی دینی نیز که منشأ و مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی را تنها در اراده الهی جست‌وجو می‌کند، با وحدت‌گرایی در مبنا روبه‌روست؛ ولی این وحدت‌گرایی با آنچه در حقوق مدرن مشاهده می‌کنیم متفاوت است.

شایان ذکر است که وحدت‌گرایی دولتی در اندیشه‌های حقوقی قرن نوزدهم و بیستم فرازونشیب‌هایی داشته است؛ در اندیشه‌های جامعه‌شناختی حقوقی چون اندیشه‌های دورکیم، دوگی، راسکو پاند، هومز و دیگران تضعیف می‌شود، به گونه‌ای که از حوزه مبنا کنار گذاشته شده و تبدیل به ابزاری در کنار دیگر ابزار (عرف) برای بیان قاعده حقوقی می‌گردد[۵۰]؛ قاعده‌ای که محصول نیروهای مختلف اجتماعی و بنابراین محصول تکثرگرایی اجتماعی است. به همین دلیل است که برخی اوج اندیشه‌های جامعه‌شناختی حقوقی در

49. La Loi Le Chapelier 1791.

۵۰. رک. شهابی، مهدی، «از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی»، نامه حقوقی مفید، جلد ۵، شماره ۲، ۱۳۸۸، صص۱۸ و ۱۹.

اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم را آغاز تکثرگرایی در حوزه مبنا و شروع افول یا بحران حقوق مدرن ارزیابی می‌کنند[۵۱].

در اندیشه کسانی چون کره دومالبرگ و ژلینک نیز تحت تأثیر اندیشه‌های هگل، وحدت‌گرایی دولتی در حوزه مبنا تقویت می‌شود، به گونه‌ای که دولت نه حافظ حقوق مدنی و سیاسی که ایجاد کننده آن‌ها محسوب می‌شود[۵۲].

تحولات اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم حقوق غرب، هرچند نشان از اجتماعی شدن حقوق دارد، ولی این تحول همراه با عمومی‌سازی آن و افزایش نقش دولت در حوزه مبنا و به‌طور کلی معادلات حقوقی است؛ به گونه‌ای که سخن از ابزاری شدن حقوق توسط دولت (رفاه) به میان می‌آید.

۲. کثرت‌گرایی در حوزه مبنا یا منشأ الزام‌آوری قاعده حقوقی

در حقوق پست مدرن، وحدت‌گرایی دولتی در حوزه مبنای قاعده حقوقی به چالش کشیده شده و نوعی تکثرگرایی مشاهده می‌شود و از این منظر، حقوق پست مدرن هم در تقابل با حقوق مدرن و در تعارض با حقوق دینی قرار می‌گیرد.

51. Ingber, Léon, "Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit", in: Le pluralisme juridique, Etude publiée sous la direction de John Gilissen, Édition de l'Université de Bruxelles, 1e édition.1972, pp. 57 et s.
52. Carré de Malberg, Raymond, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, Dalloz, Réimpression de l'édition 1920 chez Recueil Sirey, 1e édition, 2003, T. I., p. 68; Jellinek, Georg, L'Etat moderne et son droit, Paris, Édition V. Giard et E. Brière, 1e édition, 1911, T. I., Théorie générale de l'Etat, Réédité par Éditions Panthéon Assas avec la préface d'Olivier Jouanjan, 2005, p. 547-548.

فردگرایی ارگانیکی با الهام از اندیشه‌های اجتماعی تکثرگرایی چون اندیشه واقعیت هنجاری ژرژ گورویچ[۵۳]، اندیشه نهاد اجتماعی کسانی چون راسکو پاند و موریس هوریو[۵۴] و وجدان اجتماعی لئون دوگی[۵۵] در راستای ایجاد قاعده حقوقی قدم برمی‌دارد و در نتیجه، خود را مبنای مشروعیت و منشأ الزام‌آوری قاعده حقوقی می‌نمایاند[۵۶].

۵۳. واقعیت هنجاری در اندیشه گورویچ بر گروه‌های اجتماعی یا یک اجتماع انسانی اطلاق می‌شود که قواعد حقوقی در درون آن‌ها ایجاد شده و به نسل‌های مختلف نیز منتقل می‌شود. الزام‌آوری قواعد از درون همین گروه‌ها یا اجتماع انسانی برآمده و هیچ نوع اراده مافوق مادی (دولت) یا الهی (خدا) در ایجاد قواعد و الزام‌آوری آن‌ها مؤثر نیست.

Gurvitch, Georges, L'idée du droit social, Aalen, Réimpression de l'édition 1932 chez Recueil Sirey, Édition Scientia Verlag, 1972, p. 119.

۵۴. بر اساس نظریه نهاد، قواعد حقوقی در دل نهاد ایجاد می‌شوند. فرآیند تولید این‌گونه است که برای مثال در طلاق به‌عنوان یک نهاد حقوقی، قواعد، مبتنی بر نوعی استمرار اجتماعی، اعتقاد اجتماعی مبتنی بر همین استمرار و ضمانت اجرای بنا شده بر روی همین اعتقاد وجود و اعتبار پیدا می‌کنند.

Hauriou, Maurice, Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté, Paris, Librairie Bloud et Gay, 1e édition, 1933, Réédité par Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1986.

۵۵. لئون دوگی، جامعه‌شناس حقوقی مشهور فرانسوی، قاعده حقوقی را وقتی ایجاد شده می‌داند که نوعی احساس اجتماعی و اعتقاد اجتماعی نسبت به الزام‌آوری آن وجود داشته باشد. وجدان اجتماعی تعبیری از همین احساس الزام‌آور اجتماعی است.

Duguit, Léon, Traité de droit constitutionnel, Paris, Ancienne librairie Fontemoing, 3e édition en cinq volumes, 1927, T. I., la règle de droit et le problème de l'Etat, p. 105 et S.

۵۶. بر این نکته بایستی تأکید کرد که اصطلاح «نهاد»، «وجدان اجتماعی»، و «باورهای اجتماعی»، تنها ابزاری هستند برای بیان یک اندیشه و آن این‌که قواعد حقوقی در دل اجتماع و تحولات اجتماعی زاده می‌شوند و هیچ نوع اراده مافوق مادی (دولت) یا الهی (خدا) در ایجاد آن‌ها مؤثر نیست.

حاکمیت دولت که زمانی تجسم عقلانیت حقوقی بوده و در راستای عقلانیت تجربی، نقش اصلاحِ تجربیِ ساختار اجتماعی را یافته بود، خرد شده و برتری خود را در نظام حقوقی و در روابط حقوقی از دست می‌دهد. خدمت عمومی[۵۷] که زمانی مبنای عمل دولت رفاه بوده و بستر دخالت دولت در حوزه‌های مختلف اجتماعی و اقتصادی را فراهم کرده بود، در درون نهادهای مختلف اجتماعی که مبنایی جز فردگرایی اجتماعی ندارند توزیع می‌شود. به عبارت دیگر این نهادهای جامعه مدنی‌اند که کم‌کم عهده‌دار وظایف دولت رفاه می‌شوند و برای انجام آن‌ها از قدرت عمومی نیز برخوردار می‌شوند. بی‌تردید جهانی شدن حقوق نقش بی‌بدیلی در این فرایند داشته است. به عبارت دیگر، جهانی شدن پدیده‌ای حقوقی هم است و تنها جنبه اقتصادی ندارد که بیان جدیدی از سرمایه‌داری باشد. جهانی شدن حقوق، همان‌طور که دلماس مارتی، استاد فرانسوی بدان اشاره دارد[۵۸]، از طریق دو محور اقتصادی و حقوق بشریِ خود، مفهوم مدرن حقوق و دولت را زیر سؤال می‌برد. به بیان دیگر، شکل‌گیری نظام حقوق اروپایی و دادگاه‌های بین‌المللی و اروپایی، و

۵۷. بر خلاف دولت ژاندارم که مبنای عمل آن قدرت عمومی (قدرت + منفعت عمومی) است، مبنای عمل دولت رفاه را بایستی خدمت عمومی که مرکب از سه عنصر قدرت، منفعت عمومی و منفعت اجتماعی است، دانست. قدرت عمومی محدود به جلوگیری از برخورد آزادی‌های فردی، تأمین امنیت داخلی و امنیت خارجی است؛ در حالی که خدمت عمومی مفهوم وسیع‌تری دارد و کارکردهای اجتماعی و اقتصادی، از جمله تأمین اجتماعی و حمل‌ونقل، مخابرات و... را نیز بر عهده دولت می‌نهد.

58. Delmas Marty, Mireille, "La mondialisation du droit: chances et risques", in: Recueil Dalloz Chroniques, 1999, p. 44; Delmas Marty, Mireille, Le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit (II), Paris, Seuil, février 2006, p. 173.

از جمله دادگاه اروپایی حقوق بشر، و نقشی که در ایجاد و توزیع قواعد مختلف حقوقی در نظام‌های حقوقی داخلی داشته‌اند، از یک طرف و نهادهای مدنی از جمله سندیکاها و غیره (که به معنای فعال‌تر شدن نقش جامعه مدنی در مناسبات حقوقی است) و نهادهای خصوصی تجاری و واحدهای تولیدی که می‌توانند از طریق همین نهادهای مدنی وارد شوند از طرف دیگر، بی‌تردید نقش مهمی در تضعیف دولت و حاکمیت آن و در نتیجه تکثرگرایی حقوقی داشته‌اند. امروزه حتی می‌توان از تعدد نظام‌های حقوقی در یک واحد سیاسی نام برد. بنابراین هم نهادهای عمومی و هم نهادهای خصوصی در این تکثرگرایی نقش داشته‌اند.

تکثرگرایی حقوقی بی‌تردید فرایند ایجاد یا روش ایجاد قاعده حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. حقوق مدرن از آنجا که بیان عقل تجربی پایدار و در رأس بود، قدرت هنجار یا قاعده‌سازی ذاتی را داشت. حقوق مدرن با زبان قدرتمندی که داشت، از یک قدرت برتر بهره‌مند بود که بدان اجازه می‌داد همه را پیرو خود ساخته و ملحق به خود کند. نظام حقوقی، واحد و یک طرفه بود و بدین ترتیب نه تنها تخطی از آن ممکن نبود که تحت تبعیت آن قرار داشتن هم عادلانه می‌نمود. بحران عقل حقوقی این مؤثر بودن هنجاری را زیر سؤال برد. تکثرگرایی ایجاب می‌نمود که گروه‌های مختلف اجتماعی در فرایند ایجاد قاعده حقوقی مشارکت کنند و بدین ترتیب مذاکره نقش جدی در فرایند ایجاد قاعده

حقوقی پیدا می‌کند[۵۹]. به عبارت دیگر قاعده حقوقی نه محصول عقلانیت حقوقی که در دولت تعین یافته است، که محصول مذاکره گروه‌های مختلف و بازیگران مختلف و از جمله خود دولت است. بنابراین مبنا و منشأ الزام‌آوری و مشروعیت قاعده حقوقی را نه در دولت که بایستی در اجماع حاصل از مذاکره گروه‌های مختلف اجتماعی و اقتصادی جست‌وجو کرد. بی‌تردید همان‌طور که خواهیم دید این روش تأثیر به‌سزایی در انعطاف‌پذیری قاعده حقوقی خواهد داشت و از آنجا که همه منافع و دیدگاه‌های اجتماعی، اقتصادی و سیاسی مدنظر قرار گرفته، زمینه کاهش دعاوی را نیز موجب می‌شود. در واقع کسانی که بناست قاعده حقوقی بر آن‌ها اعمال شود، خود به نوعی در فرایند شکل‌گیری آن مشارکت داشته‌اند. در واقع مذاکره تضمین‌کننده تأثیربخشی قاعده حقوقی است و به نظر می‌رسد بهترین ابزار برای انطباق قاعده حقوقی با ضرورت‌های اجتماعی هم باشد.

نقش دولت بدین ترتیب کم‌تر شده و تنها محدود به تعیین چارچوب‌های کلی برای فعالیت این بازیگران جدید می‌شود تا استقلال آن‌ها نیز حفظ شود. به همین دلیل است که می‌گوییم به جای نظام سلسله‌مراتبی و هرمی شکل یا عمودی، نظامی قرار می‌گیرد که در حوزه مبنای قاعده حقوقی، بین عناصر آن نه سلسله‌مراتب، بلکه رابطه هماهنگی و افقی وجود دارد. همان‌طور که خواهیم دید این نوع رابطه در محتوای قاعده حقوقی نیز

59. Cf. Supiot, Ala, in: Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit, Paris, Édition du Seuil, 1e edition, 2005, pp. 243-244.

تأثیرگذار است. نقش دولت از نقشی تحکم‌آمیز که موجب شده بود محتوای قواعد قدرت عمومی دولتی باشد، به نقشی نظارتی تبدیل می‌شود و محتوای قواعد دولتی بدین ترتیب به توصیه و نظارت تقلیل می‌یابد.

ب. منبع قاعده حقوقی

منظور از منبع قاعده حقوقی در واقع ابزار بیان آن قاعده است. در حقوق مدرن با توجه به برتری‌ای که دولت در مناسبات حقوقی دارد، تحت تأثیر پوزیتیویسم بنتامی، قانون یا رأی قاضی دولتی، بسته به نوع نظام حقوقی، ابزار مرجع بیان قاعده حقوقی است و با توجه به وظیفه‌ای که بر دوش دولت قرار دارد، یعنی حفاظت از حقوق مدنی و سیاسی فرد، قانون یا قاضی دولتی چارچوب مشخصی را پیدا می‌کنند. حتی در نظام حقوقی رومی ژرمنی، نقش قاضی نیز در ایجاد قاعده حقوقی محدود و در بهترین وضعیت ثانوی است. عرف نیز در رویکرد پوزیتیویستی دولتی تنها در صورتی می‌تواند نقشی داشته باشد که قانون دولتی اجازه ورود آن را در مقوله‌ای داده باشد.

ره‌آورد تکثرگرایی در حوزه مبنای قاعده حقوقی، پیچیدگی ابزار بیان قاعده حقوقی در نظام حقوقی پست مدرن است. با وجود بازیگران بین‌المللی و داخلی، فقط قانون دولتی و عرف دولتی ابزار بیان قاعده حقوقی نخواهند بود. مقررات بین‌المللی از یک طرف و نقشی که گروه‌ها و نهادهای مدنی و اقتصادیِ برآمده از فردگرایی اجتماعی برای خود قائل‌اند، جایگاه قانون دولتی را تضعیف کرده است.

عمل‌گرایی و دغدغه انطباق با واقعیت‌های اجتماعی و مؤثر بودن و عدم حساسیت یا

به عبارت بهتر، بی‌تفاوتی حقوق پست مدرن نسبت به اصول یا ارزش‌های خاصی، منابع حقوق پست مدرن را دوچندان تحت تأثیر قرار داده و مفهوم مدرن و نیز دینی آن را با چالش روبه‌رو می‌سازد. به عبارت دیگر، اگر منبع حقوق مدرن و حقوق دینی از استحکام برخوردار بوده و خود را موظف به حفظ اصول و ارزش‌های حقوق طبیعی یا الهی که برای آن ایجاد شده است می‌دانسته و به همین دلیل انعطاف‌پذیر نیست، در حقوق پست مدرن منابع حقوق انعطاف‌پذیر بوده و انطباق بیشتری با واقعیت‌های روزمره اقتصادی و اجتماعی پیدا می‌کنند[۶۰].

قاعده حقوقی در نظام حقوقی مدرن و حتی دینی، هرچند که همیشه یک قاعده آمره ایجابی یا سلبی نیست، چرا که در برخی موارد در مقام اعطای صلاحیت یا اعطای مجوز است، ولی هیچ‌گاه یک توصیه ساده نیست. قاعده حقوقی احکامی را دربردارد که تابعان نظام حقوقی یا کسانی که قاعده حقوقی خطاب به آن‌هاست مکلف به اجرای آنند. این‌گونه است که قاعده حقوقی چارچوب هنجاری رفتار خواهد بود. با حقوق پست مدرن عناصر اجبار و یک‌طرفگی پس زده می‌شوند و بدین ترتیب با برداشتی متفاوت از حقوق مواجه‌ایم. به جای احکام حقوق مدرن و حقوق دینی، تکنیک‌های انعطاف‌پذیرتری مطرح می‌شوند:[۶۱] متون حقوقی اهدافی را مقرر می‌کنند که رسیدن به آن مطلوب است. مسیرهایی

60. Cf. Thibierge, Catherine, " Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit", in: RTD Civ, 2003, p. 563; Stacy, Helen M., Postmodernism and Law, Jurisprudence in a Fragmenting Word, Ashgate Publising Ltd., 2001, pp. 45-46.
61. Cf. Amselek, Paul, "L'Evolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", in: Revue de droit public, 1982, pp. 287.

را مشخص می‌کنند که دنبال کردن آن‌ها مناسب است. توصیه‌هایی را مطرح می‌کنند که خوب است دنبال شود بدون این‌که آن توصیه‌ها ویژگی آمره پیدا کنند. اگر نرم و قاعده حقوقی وجود دارد، دیگر ویژگی آمره بودن ندارد و اجرای آن بستگی به تبعیت ندارد، بلکه به پذیرش و موافقت کسانی که حکم بناست بر آن‌ها اجرا شود بستگی دارد.

البه این جلوس حقوق غیرتحکم‌آمیز و حتی اعلامی، همان‌طور که آلن سوپیو، استاد فرانسوی بدان اشاره دارد[۶۲]، از مفهوم حقوق مذاکره‌ای دور نیست. مذاکره در مرحله ایجاد قاعده حقوقی، رضایت تابعان قواعد ایجاد شده را در خود دارد و بدین ترتیب بحث اجبار تا حدود زیادی تعدیل می‌شود. بدین ترتیب عنصر اجبار نقش چندانی در مشروعیت قاعده حقوقی نخواهد داشت.

با این حال، این حقوق آرام، از آنجا که جنبه تحکم‌آمیزی و اجبار خود را از دست داده است، می‌تواند حقوق مبهم[۶۳] نیز نامیده شود[۶۴]؛ وقتی که محتوای قاعده حقوقی تعیین اهداف، مسیرها و تنها طرح توصیه‌هایی باشد، حقوق دقت و جزء نگری خود را از دست می‌دهد. کلمات مبهم در قانون افزایش می‌یابد و اینجاست که نقش تفسیر و قاضی پررنگ‌تر می‌شود.

قرارداد و اصل آزادی قراردادیِ مبتنی بر آزادی فردی را، همان‌طور که ماکس وبر بدان تصریح دارد[۶۵]، باید یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های حقوق مدرن دانست. وبر قرارداد را

62. Supiot, op. cit., pp. 243-244.
63. Fuzzy Law.
64. Thibierge, Catherine, op. cit., 2003, pp.560-561.
65. Weber, Max, op. cit., p. 47.

شاخصه مهم حقوق خصوصی مدرن دانسته و آن را منبع حقوق و تکالیفی می‌داند که دولت عهده‌دار تضمین آن‌ها در حقوق خصوصی مدرن است. با این حال، قرارداد در فضای پست مدرنیته حقوقی نقش جدیدی پیدا می‌کند. به عبارت دیگر، قرارداد به‌عنوان منبع حقوق مبتنی بر توافق اراده‌ها، از طریق ورود در حوزه مبنا و منشأ الزام‌آوری قواعد حقوقیِ نظام حقوقی دولتی، نقش مهمی را در انعطاف قواعد حقوقی دارد. نتیجه این‌که دولت دیگر به دنبال تحمیل اراده‌اش به وسیله تحکم و اجبار نیست. دولت با مؤسسات صنعتی و تولیدی بحث می‌کند و تلاش می‌کند همکاری آن‌ها را به‌دست آورده و در یک وضعیت برابری با هم صحبت کنند[۶۶]. قرارداد ابزار ترجمان این توافق اراده‌ها و تعیین تعهدات طرفین آن‌هاست.

علاوه بر انعطاف‌پذیری، منبع حقوق پست مدرن سعی می‌کند در راستای عمل‌گرایی حقوق پست مدرن، انطباق بیشتری با متغیرهای اقتصادی و اجتماعی داشته باشد. انطباق‌پذیری بدین معناست که حقوق دیگر دارای ارزش ذاتی نیست و بنا هم نیست نقش مستقلی در عقلانیت اجتماعی داشته باشد و بر خلاف حقوق مدرن ابزار یا موتور عقلانی کردن ساختار اقتصادی و اجتماعی هم نیست، چرا که خود عقلانیت زیر سؤال است.[۶۷]

در برداشت مدرن از حقوق مسأله انطباق‌پذیری چندان زیر سؤال نیست. به عبارت

66. Cf. Chevalier, Jacques, L'Etat post-moderne, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2004, p. 25; Supiot, op. cit., pp. 142-143.
67. Cf. Ken Kress, "Modern Jurisprudence, Postmodern Jurisprudence and Truth", Michigan Law Review, Vol. 95. No 6, 1997, Survey of Books Relating to the Law, 1997, pp. 1873.

دیگر این‌گونه انگاشته می‌شود که حقوق تجسم واقعیت، عدالت و در یک کلام تجسم عقل تجربی است و در راستای رفع دغدغه‌های اجتماعی، اقتصادی و سیاسی قدم برمی‌دارد. بدین ترتیب به حقوق و نظام حقوقی اعتماد می‌شود. حقوق به‌عنوان وسیله عقلانی کردن زندگی اجتماعی دارای تأثیربخشی است و بنابراین مؤثر بودن جزو مبانی اولیه آن محسوب می‌شود. البته اگر منظور از انطباق‌پذیری، وادادگی نظام حقوقی در برابر تحولات و متغیرهای اقتصادی، اجتماعی و غیره باشد، که گویا در فضای پست مدرن مراد همین معناست، حقوق مدرن چنین خصوصیتی را ندارد. در رویکرد پست مدرن، حقوق دیگر دارای مشروعیت اولیه نیست که نشأت گرفته از ویژگی‌های ذاتی‌اش باشد. مشروعیت آن بستگی به توانایی‌اش در انطباق با شرایط شناور اقتصادی و اجتماعی دارد. به عبارت دیگر، آن‌گونه که ژک شوالیه، استاد فرانسوی بدان اشاره دارد[۶۸]، به جای مشروعیت شکلی، مشروعیت مبتنی بر تأثیربخشی اعمال حقوقی جایگزین می‌شود. بدین ترتیب حقوق پست مدرن و منابع و قواعد آن موقتی محسوب می‌شوند و مدام بر اساس آثار و نتایجی که ایجاد می‌شود، ارزیابی شده و در صورت تغییر اوضاع و شرایط، تردیدی در تغییر آن‌ها وجود ندارد. در چنین فضایی است که قواعد فنی و جزئی حقوقی افزایش یافته و در مقابل از تعداد قواعد عام و اصول کلی حقوقی کاسته می‌شود.

البته ابزارسازی حقوق و موقتی جلوه دادن آن، همان‌طور که اشاره شد، با جلوس دولت رفاه آغاز شده بود، ولی برتری دولت در مناسبات حقوقی نشان‌دهنده آن بود که

68. Chevallier, op. cit., 1998, pp. 42-43

عقل تجربیِ هدایت‌کننده هنوز مبنا و چارچوب حقوق است.

با این حال، بایستی توجه داشت که جلوس فضای پست مدرنِ حقوقی مورد اتفاق نیست و همان‌طور که خواهیم دید، برخی از تقویت مدرنیته حقوقی سخن گفته و آنچه تحت عنوان پست مدرنیسم حقوقی مطرح می‌شود را تنها نوعی بازخوانی شاخصه‌های اصلی مدرنیته حقوقی می‌دانند.

گفتار دوم: پست مدرنیته حقوقی، بازخوانی شاخصه‌های اصلی مدرنیته حقوقی

اگر عقلانیت انسان‌گرایانه و تکیه بر مفهوم شخص (ذیحق بودن) و آشتی حکومت و حقوق در همین راستای مفهوم حق را دو شاخصه مهم حقوق مدرن و فاصل حقوق مدرن از حقوق پیشامدرن بدانیم، وقتی می‌توان از حقوق پست مدرن سخن به میان آورد که این دو شاخص از بین رفته باشند.

گفته شد که پست مدرنیسم با تکثرگرایی در حوزه مبنا و منبع قاعده حقوقی از یک طرف و عمل‌گرایی و تأکید بر ارتباط مستمر و مؤثر با متغیرهای اجتماعی از طرف دیگر، دو شاخصه اصلی حقوق مدرن را با چالش روبه‌رو ساخته است. حقوق دیگر یک نظام منطقی و سلسله‌مراتبی از قواعد نیست که در رأس آن دولت قرار گرفته باشد و با عنصر قدرت عمومی، الزام و استحکام قاعده حقوقی و امنیت حقوقی تأمین شده باشد. در رویکرد مدرن، حقوق با تکیه بر همین عقلانیت، ذات و ماهیتی مستقل دارد که خود را مسلط بر واقعیات اجتماعی نیز می‌داند و در راستای حمایت از فرد و حقوق وی، نگاهی

راهبردی نیز به واقعیات تجربی دارد و تسلیم آن‌ها نیست. در دیدگاه پست مدرن، حقوق دیگر دارای ذات و ماهیت مستقلی نیست و فقط ابزاری در خدمت فردگرایی اجتماعی است؛ نوعی از فردگرایی که در آن، فرد و مفهوم حق فردی چندان جدی تلقی نمی‌شوند.

ولی آیا تکثرگرایی و ارتباط مؤثر با متغیرهای اجتماعی در حقوق مدرن پذیرفتنی نیست و وجود ندارد؟ آیا عقلانیت حقوقی، تأثیر نیروهای مختلف اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، مذهبی و اخلاقی را در ایجاد قاعده حقوقی نمی‌پذیرد؟ حقوق مدرن در سطح نظریه و اندیشه‌های فلسفی–حقوقی، دچار فرازونشیب‌هایی شده است و از یک طرف تفکری اجتماعی از حقوق چون اندیشه لئون دوگی، مبانی متافیزیکی آن را به چالش کشیده[۶۹] و از طرف دیگر اندیشه صورتگرایی چون کلسن[۷۰] آن را از واقعیت‌های اجتماعی و نیروهای فوق الذکر دور نگه داشته است و بر ذات و ماهیت مستقل و سلسله‌مراتبی آن تأکید نموده است؛[۷۱] ولی حقوق مدرن در سطح حقوق موضوعه متأثر از مدرنیست‌ها و پوزیتیویست‌های معتدلی چون هارت[۷۲]، دورکین[۷۳]، ریپر[۷۴]، دابن[۷۵] و دیگران است که هم

69. Duguit, Leon, "Objective Law", (II), in: Columbia Law Review, Vol. 21, N. 1, 1921, pp. 17-18.

۷۰. اشاره به نظریه حقوق محض هانس کلسن است که بر اساس آن دنیای حقوق و قواعد حقوقی ارتباطی با اخلاق، امور اجتماعی، ایدئولوژی، مذهب و غیره ندارد و متأثر از آن نیست. کلسن حقوق را مجموعه‌ای از قواعد و نرم‌ها می‌داند که در یک نظام هرمی‌شکل معنا می‌یابند و هر نرم حقوقی اعتبار خود را از نرم حقوقی بالاتر أخذ می‌کند.

71. Kelsen, Hans, Théorie pure du droit, Traduit par Charles Eisenmann, Paris, Bruylant et L.G.D.J. 1e edition, 1999, pp. 52, 253, 280, 281.

72. Hart, op. cit., pp. 226-227.

تکثرگرایی و ارتباط حقوق با نیروهای مختلف را تأیید نموده‌اند و هم فردگرایی حاوی حقوق فردی را به رسمیت شناخته‌اند، بدون این‌که نقش دولت را منکر شده یا نظام سلسله‌مراتبی قواعد را رد کنند.

در این‌صورت، پست مدرنیسم حقوقی، همان‌طور که تورن، مزانی، واینر، شوالیه، فریدمن و دیگران تصریح کرده‌اند، چیزی جز فرایند انطباق حقوق مدرن با فضای جدیدِ جوامع معاصر و یا به عبارت بهتر فعال‌سازی بیشتر جنبه‌هایی که قبلاً نیز در حقوق مدرن وجود داشته‌اند نخواهد بود[۷۶]. برای روشن شدن مطلب و با توجه به این مقدمه، مطالعه دو شاخص اصلی حقوق مدرن یعنی عقلانیت حقوقی و فردگرایی حاوی حقوق فردی در فضای پست مدرن ضرورت دارد.

بند اول: عقلانیت حقوقی[۷۷]

اگر حضور دولت در نظام حقوقی و وجود سلسله‌مراتب بین قواعد حقوقی و انسجام، استحکام و قابل پیش‌بینی بودن آثار حقوقی را از شاخصه‌های عقلانیت حقوقی مدرن بدانیم، بایستی اذعان کرد که این عقلانیت در زمانی که سخن از پست مدرنیته به میان می‌آید نه تنها تضعیف نشده که تقویت نیز شده است.

←

73. Dworkin, op. cit., p. 80.
74. Ripert, op. cit., pp. 84-85.
75. Dab in: Jean. Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 2e édition, 1969, pp. 33-34.
76. Frydman, op. cit., p. 72; Maisani et Weiner, op. cit., pp. 454, 455; Chevallier, op. cit., pp. 44, 45; Touraine, op. cit., pp. 320, 323-324.
77. Legal Rationality.

قانون اساسی در بردارنده اصول اساسی است و در رأس نظام حقوقی قرار داشته و کارکرد نظارتی بر قوانین عادی دارد و بدین ترتیب ویژگی سلسله‌مراتبی در نظام حقوقی شکل می‌گیرد. با فرایند اساسی‌سازی حقوق[۷۸] با تکیه بر مفهوم حقوق بنیادین، نه تنها جایگاه و شأن قانون اساسی حفظ شده، بلکه شأن و جایگاه اصول اساسی فراتر رفته و از قالب قانون اساسی جدا گشته است، به‌طوری که می‌توان گفت خود ذاتاً دارای ارزش و اصالت بوده و قانون اساسی در این میان، چنان‌که لوئی فاوُرو، استاد فقید حقوق اساسی فرانسه بدان اشاره کرده‌اند،[۷۹] تنها طریقیت دارد. با توسعه اصول اساسی، سلسله‌مراتب نظام حقوقی دولتی تقویت می‌شود؛ مکانیسم‌های کنترل و نظارت، در راستای حفظ اصول و ارزش‌های والای نظام حقوقی و به‌ویژه حقوق بنیادین تقویت شده و تفسیر اساسی در راستای حقوق بنیادین انجام می‌شود؛ اصطلاح دولت قانونمند[۸۰] خود گویای همین امر است.

وجود قواعد بین‌المللی و اروپایی نیز که تقدم‌شان بر قوانین داخلی به وسیله دادگاه‌ها پذیرفته می‌شود، در تقویت نظام سلسله‌مراتبی غیر قابل اغماض است.

از طرف دیگر و در فرایند ایجاد قاعده حقوقی، نه تنها عقلانیت مدرن تضعیف نشده، بلکه بحران مشروعیت عقلانیت مدرن نیز به نوعی فروکاسته است. این امر، به تعبیر ژک

78. Constitutionalization of the Rights and of the Law.
79. Favoreu, Louis, "La constitutionnalisation du droit", in: L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago, Paris, Economica, 1e édition, 1996, p. 28.
80. Etat de droit (Rule of Law).

شوالیه، با حرکت از عقلانیت شکلی به عقلانیت محتوایی یا ماهوی تحقق می‌یابد[۸۱]. روش مذاکره با حضور نمایندگان گروه‌های مختلف اجتماعی و اقتصادی برای ایجاد قاعده حقوقی، گویای این امر است. این‌گونه است که نظامی حقوقی از نوعی مردم‌سالاری خشک و شکلی به سمت مردم‌سالاری واقعی حرکت می‌کند. به عبارت دیگر به اصل عقلانیت و ارزش‌های آن اکتفا نمی‌شود، بلکه سعی می‌شود به عقلانیت به صورت یک روند نگریسته شود.

در نهایت این‌که، هرچند با جلوس دولت رفاه به نظر می‌رسید حقوق که زمانی داعیه‌دار آزادی فردی بود و بدین ترتیب دارای ذات و ماهیت مستقلی بود، به ابزاری در دست دولت رفاه تبدیل شده است و افزایش مقررات فنی دولتی گویای این امر بود، ولی بایستی در این نکته با آلن تورن همراه شد[۸۲] که افول دولت رفاه و طرح مباحث مربوط به حقوق بنیادین، اساسی‌سازی حقوق، دولت قانونمند و نیز فرایند قاعده‌زدایی و خصوصی سازی، آن‌گونه که در ادبیات لیبرالیسم حقوقی مشاهده می‌کنیم، گویای این است که حقوق می‌رود تا ذات و ماهیت مستقل گذشته خود را بازیابد. این نکته بدین معناست که نظام حقوقی دارای اصول و ارزش‌هایی است که مبنای آن را شکل داده و اصالت آن را حفظ می‌کنند. به عبارت دیگر اگر تعبیر سانتوس را بپذیریم حقوق مانند شتری نیست که نسبت به ورود هنجارها و ارزش‌های مختلف و متعارض واکنش نداشته باشد، بلکه سخت

81. Chevallier, op.cit., pp. 42, 43.
82. Touraine, op. cit., pp. 320, 323, 324.

نسبت به اصول و ارزش‌های مربوط به آزادی فردی پایبند و سخت‌گیر است. بی‌تردید این رویکرد در تقابل با نگاه پست مدرنیستی قرار می‌گیرد؛ نگاهی که اصولگرایی، مبناگرایی و ذات‌گرایی را طرد می‌کند و به همین دلیل موصوف به نسبی‌گرایی است.

بند دوم: مفهوم حق فردی و فردگرایی حاوی آن

همان‌طور که اشاره شد، پست مدرنیسم هیچ دغدغه‌ای نسبت به اصول و ارزش‌های لیبرالیسم که حقوق مدرنِ دموکراتیک هویت و اصالت خود را با آن باز می‌شناسد، ندارد. نئوکانتی چون جان رالز به همین دلیل از رویکرد پست مدرن انتقاد می‌کند.[۸۳]

همان‌طور که اشاره شد، طرف‌داران مکتب مطالعات انتقادی حقوقی که می‌توان آن‌ها را نئومارکسیست خطاب نموده و در راستای تفکر و جریان پست مدرن قلمداد کرد، مفهوم حق یا ارزش را در نظام حقوقی به دلیل کارکرد ایدئولوژیکی و ویژگی متافیزیکی آن رد می‌کنند. به نظر آن‌ها[۸۴]، مفهوم حق و حقوق بنیادین مانع واقع‌گرایی و عمل‌گرایی نظام حقوقی شده و به ابزاری در خدمت گفتمان لیبرال و سرمایه‌داری برای فرار از محدودیت‌هایی که دولت رفاه در حوزه حمایت از کارگران، محیط زیست و غیره وضع می‌کرد تبدیل شده است.

واقعیت این است که امروزه در سطح حقوق موضوعه نه تنها مفهوم و ارزش حق

83. Cf. Beggs, Donald, “Rawls’s Political Postmodern”, Continental Philosophy Review, 1999, Vol. 32. No 2, p. 125.
84. Pashukanis, op. cit., pp. 100-104; Tuchnet, op. cit., pp. 86-87.

تضعیف نشده، بلکه تقویت نیز شده است، به‌گونه‌ای که می‌توان با مزانی، واینر و فردیمن همرا شد[۸۵] و از پایان نزاع قدیمی بین پوزیتیویسم دولتی بنتامی و حقوق طبیعی سکولار، به نفع حقوق طبیعی سخن گفت؛ بی‌تردید محور حقوق بشری فرایند جهانی شدنِ حقوق نه تنها به معنای برتری رویکرد پست مدرنیستی نیست، بلکه به معنای دست یافتن به آرزوها و اهدافی است که حقوق مدرن زمانی به دنبال آن بود تا حقوقی دموکراتیک باشد و جلوس دولت رفاه و دیدگاه‌های جامعه‌شناختی و واقع‌گرایی به تضعیف آن منجر شده بود و حقوق‌دان مدرنی چون ریپر را ناچار ساخته بود تا از «افول حقوق مدرن» سخن براند.

مفهوم دولت قانونمند و حقوق بنیادین که در متون اساسی‌تر و بالاتر مطرح شده گویای همین امر است و اتفاقاً وسیله‌ای شده تا نظام‌های حقوقی داخلی، اروپایی و بین‌المللی (دادگاه بین‌المللی کیفری، دادگاه اروپایی حقوق بشر) در یک جهت قرار گیرند و همان‌طور که دلماس مارتی، استاد فرانسوی تصریح کرده است، بتوان از حرکت به سمت حقوق عام بشری صحبت کرد[۸۶].

بازگشت به اصول ارزشی و اخلاقی و مبتنی بر آزادی فردی در حوزه‌های مختلف حقوقی هویداست. اگر زمانی از افول جایگاه خطا در مسوولیت مدنی سخن به میان می‌آمد و جای آن را اصل خطر که مفهومی اجتماعی و عمل‌گرایانه است می‌گرفت، امری که ریپر آن را تهی کردن مسوولیت مدنی از اخلاق (اخلاق لیبرالی) می‌دانست[۸۷]، امروزه

85. Frydman, op. cit., p. 72; Maisani et Weiner, op. cit., p. 459.
86. Delmas Marty, Mireille, Vers un droit commun de l'humanité, Paris, Les éditions Textuel, 1e édition, 1996. p. 99 et s.
87. Ripert, Georges, La règle morale dans les obligations civiles, Paris, L.G.D.J. 5e

سخن از احیای اصل تقصیر در مسئولیت مدنی به میان می‌آید.

اگر زمانی آندره تونک و ژِنوِیو وینِی، استادان فرانسوی، از عبور از مسوولیت فردی به مسوولیت نوعی و تکه تکه شدن حقوق مسئولیت مدنی و دور شدن از اصول عام مسئولیت مدنی و از جمله اصل تقصیر سخن به میان می‌آورند،[۸۸] امروزه سخن از بازگشت به اصول عام مسوولیت مدنی و از جمله نظریه خطا در مسئولیت مدنی به میان می‌آید.[۸۹] اصول عام به جهت ماهیت اخلاقی و ارزشی و اتکای آن‌ها به نظم عمومی لیبرالی، سازگاری بیشتری با مدرنیته دارند.

استناد به مفهوم حق حوزه‌های مختلف زندگی اجتماعی را دربرگرفته است و مدت‌هاست سخن از نسل سومی از حقوق بشر به میان می‌آید که حوزه‌هایی چون محیط زیست را نیز پوشش می‌دهد[۹۰]. توسعه مفهوم حق معنایی جز اوج مدرنیته حقوقی و حرکت فراتر از آمال و آرزوهای آن ندارد. پس امروزه نه تنها با افول حقوق مدرن و گذار از آن و حرکت به سمت پست مدرنیته حقوقی مواجه نیستیم، بلکه در عصر طلایی مدرنیته حقوقی نیز به سر می‌بریم.

←

édition. 1994. p.17, 211.

88. Viney, Geneviève, Le déclin de la responsabilité individuelle. Paris, L.G.D.J. 1e édition, 1965, p. 5; Tunc, André, "Le droit en miettes", in: La responsabilité, Archives de philosophie du droit, Paris, Édition Sirey, N° 22, 1977, p. 31.

89. Marchadier, Fabien, " La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme", in: RTD Civ. 2009, p. 245, 246.

90. Chevallier. op. cit., pp. 44-45.

نتیجه‌گیری

از لحاظ نظری، در گفتمان پست مدرن، به دلیل نقد عقل تجربی و رد مبناگرایی و ذات‌گرایی، حقوق ذات و ماهیت مستقلی نداشته و نمی‌تواند با تکیه بر عقل تجربی و با نوعی مشروعیت شکلی و در لباس قانون، داعیه‌دار اصلاح ساختار اجتماعی، اقتصادی و سیاسی باشد. این ذات و ماهیت در مدرنیته حقوقی در مفهوم و ارزش حق و مهم‌ترین مصداق آن یعنی حق آزادی فردی نمود یافته و حقوق با تکیه و اعتماد به عقل تجربی در جهت تثبیت آن قدم بر می‌دارد. بی دلیل نیست که با شکل‌گیری گفتمان دولت رفاهی که با کمک گرفتن از پوزیتیویسم اجتماعی و با تأکید بر رویکرد واقع‌گرایانه، بر مفهوم برابری اصرار می‌ورزد، ذات و ماهیت حقوق مدرن به چالش کشیده شده و به جای این‌که دولت در خدمت حقوق بوده و حافظ حقوق فردی و آزادی‌های فردی باشد، حقوق در خدمت دولت قرار گرفته و به ابزاری برای پیشبرد سیاست‌های آن تبدیل می‌شود.

حقوق دینی نیز هرچند در نقد عقل تجربی همگام با پست مدرنیته می‌شود، ولی این حقوق ذات و ماهیت مستقلی دارد که اعتبار آن را بایستی در اراده الهی جست‌وجو کرد، و نه پوزیتیویسم دولتی و نه اجتماعی آن، نمی‌تواند در تعارض با آن قرار گیرد.

تفکیک ابژه (عین) و سوژه (ذهن) در گفتمان پست مدرن رنگ می‌بازد و نوعی نگاه عمل‌گرایانه بر گفتمان پست مدرن حاکم می‌شود و در نتیجه نظام حقوقیِ نسبی و انعطاف‌پذیر از آن حاصل می‌شود؛ نظام حقوقی‌ای که نسبت به ورود گزاره‌های متعارض و متضاد در خود حساسیتی ندارد. دلیل این‌که تفکیک سنتی حقوق طبیعی و پوزیتیویسم در رویکرد پست مدرن به حقوق کمرنگ می‌شود به همین نکته باز می‌گردد.

با این حال، در عقب‌نشینی حقوق مدرن تردید وجود دارد. به نظر می‌رسد، آنچه تحت عنوان پست مدرنیته حقوقی مطرح می‌شود، بیش از آن‌که گفتمان جدیدی باشد، نقد پوزیتیویسم حقوقی، آن‌هم از نوع دولتی آن است. واقعیت آن است که دولت نیز در نظام حقوقی مدرن اصالت نداشت، بلکه در خدمت حقوق و آزادی‌های فردی بود. به عبارت دیگر، آشتی حکومت و حقوق تنها عقلانیت شکلی حقوق مدرن را به نمایش می‌گذاشت و با چالش همراه شدن آن، اصل عقلانیت مدرن را زیر سؤال نمی‌برد. از یک طرف، جهانی شدن حقوق، توسعه مفهوم «حق» را موجب شده و از طرف دیگر کارکردگرایی حقوق، تبدیل عقلانیت شکلی مدرنیته حقوقی را به عقلانیت ماهوی موجب شده است. بدین ترتیب، نه تنها با افول عقلانیت تجربی مدرنیته روبه‌رو نیستیم، بلکه با تقویت آن نیز مواجه‌ایم. بنابراین، « از حقوق مدرن تا حقوق پست مدرن»، نه عبور از گفتمانی به گفتمان دیگر، که تنها به معنای تقویت شاخصه‌های اصلی مدرنیته حقوقی است. به عبارت دیگر، معنای عبور از حقوق مدرن به حقوق پست مدرن، چیزی جز عبور از حقوق مدرن دموکراتیک شکلی به حقوق مدرن دموکراتیک واقعی یا ماهوی نیست.

منابع

الف: فارسی

۱. بشیریه، حسین، تاریخ اندیشه‌های سیاسی در قرن بیستم، جلد دوم، لیبرالیسم و محافظه کاری، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۷۸.

۲. داوری، رضا، « پرسش و پاسخ: پست مدرنیسم یعنی چه؟»، حوزه و دانشگاه، شماره ۶، بهار ۱۳۷۵.

۳. شهابی، مهدی، «از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی»، نامه حقوقی مفید، ج ۵، شماره ۲ ، ۱۳۸۸.

۴. کاهون، لارنس، «مدرنیسم و پست مدرنیسم »، ترجمه حیدر شاهی، سروش اندیشه، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۸۳.

۵. ملکیان، مصطفی، سلسله سخنرانی‌های استاد مصطفی ملکیان تحت عنوان بررسی سنت‌گرایی، تجددگرایی و پساتجددگرایی، به همت انجمن اسلامی دانشجویان دانشگاه شریف طی سال‌های ۸۱-۱۳۷۸ جلسه اول، ۱۳۷۸/۱۰/۲۱ و جلسه دوم ۱۳۷۸/۱۲/۳.

۶. نصر، سیدحسین، «تأملاتی درباره اسلام و اندیشه مدرن»، ترجمه منصور انصاری، پژوهشنامه متین، شماره ۲، بهار .

ب: فرانسوی

1. Amselek, Paul, "L'Evolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", Revue de droit public, 1982.

2. Arnaud, André-Jean, "Droit et société: du constat à la construction d'un champ commun", Droit et société, No. 20/21, 1992.
3. Carré de Malberg, Raymond, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, Dalloz, Réimpression de l'édition 1920 chez Recueil Sirey, 1e édition, 2003, T. I.
4. Charmont, J., "La socialisation du droit (leçon d'introduction d'un cours de droit civil)", in: Revue de Métaphysique et de Morale, Paris, 11e année, 1903.
5. Chevalier, Jacques, L'Etat post-moderne, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2004.
6. Chevallier, Jacques, "Vers un droit postmoderne", in: Les transformations de la régulation juridique, Droit et Société, Recherches et Travaux, N° 5, Paris, L.G.D.J., 1998.
7. Chevallier, Jacques, Le service public, Paris, PUF., Que sais-je? 5e édition, 2003.
8. Dabin, Jean, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 2e édition, 1969.
9. Delmas Marty, Mireille, Vers un droit commun de l'humanité, Paris, Les éditions Textuel, 1e édition, 1996.
10. Delmas Marty, Mireille, "La mondialisation du droit: chances et risques", in: Recueil Dalloz Chroniques, 1999.
11. Delmas Marty, Mireille, Le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit (II), Paris, Seuil, février 2006.
12. Derrida, Jacques, Force de loi, Paris, 2e édition, 2005, Editions Galilée.
13. Donzelot, Jacques, L'invention du social, Essai sur le déclin des passions politiques, Paris, Édition du Seuil, 1e édition, 1994.
14. Duguit, Léon, Les transformations du droit public, Paris, Édition la Mémoire Du Duguit, 1e édition, 1999.
15. Dupeyroux, J., Jacques, Borgetto, Michel et Ruellan, Rolande, Droit de la sécurité sociale, Paris, Dalloz,15e, 2005.
16. Durkheim, Emile, De la division du travail social, Paris, PUF, 7e édition, avec préface de Paugam, Serge, 2007.
17. Dworkin, Ronald, Prendre les droits au sérieux, Paris, PUF., 1e édition, 1995.
18. Favoreu, Louis, "La constitutionnalisation du droit", in: L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago, Paris, Economica, 1e édition, 1996.
19. Frydman, Benoit, "Le droit, de la modernité à la postmodernité", in: Réseaux. 2000. N° 88-90. Cf. http://www. philodroit. be/IMG/pdf/ modernite_ postmodernite. pdf.
20. Frydman, Benoit et Guy Haarscher, Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2e édition, 2002.
21. Habermas, Jürgen, L'espace public, Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise, Traduit en français par Marc B., de Launay, Paris, Éditions Payot, 6e édition, 2003.
22. Hart, H.L.A., Le concept de droit, Traduit de l'anglais par Kerchove et

Drooghenbroeck, Bruxelles, Publications des facultés universitaires saint-louis, 4e édition, 1994.
23. Hauriou, Maurice, "Le régime de l'Etat", in: La Revue Socialiste, T. XXXIX., N° 233, Mai 1904.
24. Hayek, Friedrich Von, Droit, législation et liberté, Traduit en français par Raoul Audouin, PUF., 2e édition, 1985, T. I. règles et ordre.
25. Ingber, Léon, "Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit", in: Le pluralisme juridique, Etude publiée sous la direction de John Gilissen, Édition de l'Université de Bruxelles, 1e édition,1972.
26. Jellinek, Georg, L'Etat moderne et son droit, Paris, Édition V., Giard et E., Brière, 1e édition, 1911, T. I., Théorie générale de l'Etat, Réédité par Éditions Panthéon Assas avec la préface d'Olivier Jouanjan, 2005.
27. Josserand, Louis, "Un ordre juridique nouveau", Dalloz Hebdomadaire, Chronique, 1937.
28. Kelsen, Hans, Théorie pure du droit, Traduit par Charles Eisenmann, Paris, Bruylant et L.G.D.J., 1e édition, 1999.
29. Legendre, Pierre, Le désir politique de Dieu, Etude sur les montages de l'Etat du Doit, Paris, Fayard, 2e édition, 2005.
30. Maffesoli, Michel, Le temps des tribus: le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes, Paris, 2002, édition La Table Ronde, 1e édition.
31. Maisani (Pauline) et Wiener (Florence), "Réflexions autour de la conception post-moderne du droit", in: Revue de Droit et Société, No. 27, 1994.
32. Marchadier, Fabien, "La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme", in: RTD Civ, 2009.
33. Merrien, François-Xavier, L'Etat-providence, Paris, PUF., Que Sais-je? 3e edition, 2007.
34. Miaille, Michel, Une introduction critique au droit, Paris, Édition F., Maspero, 2e édition, 1980.
35. Oppetit, Bruno, " L'Hypothèse du déclin du droit", in: Droits, vol. 4, 1986.
36. Oppetit, Bruno, Droit et Modernité, Paris, PUF, 1e édition, 1998.
37. Pashukanis (E-B.), La théorie générale du droit et le marxisme, Traduit en français par J-M. Brohm, Paris, EDI, 2e edition, 1976.
38. Raynaud, Fabien, "Monisme(s) ou dualisme(s)", in: ERPL/ REDP, Vol. 12, N° 2, Été 2000.
39. Ripert, Georges, Les forces créatrices du droit, Paris, L.G.D.J., Réimpression de 2e édition, 1998.
40. Ripert, Georges, Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine, Paris, L.G.D.J., 1998.
41. Ripert, Georges, La règle morale dans les obligations civiles, Paris, L.G.D.J., 5e

édition, 1994.
42. Rosanvallon, Pierre, La crise de l'Etat-providence, Paris, Edition du Seuil, 3e édition, 1992.
43. Rosanvallon, Pierre, La nouvelle question sociale, Repenser l'Etat-Providence, Paris, Édition du Seuil, 1e édition, 1995.
44. Supiot, Alain, Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit, Paris, Édition du Seuil, 1e édition, 2005.
45. Taylor, Charles, Le malaise de la modernité, Paris, traduit de l'anglais par Charlotte Melançon, Les Editions du CERF, 2e édition en français, 1994.
46. Thibierge, Catherine, "Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit", in: RTD Civ, 2003.
47. Touraine, Alain, Critique de la modernité, Paris, Fayard, 1e edition, 1992.
48. Tunc, André, "Le droit en miettes", in: La responsabilité, Archives de philosophie du droit, Paris, Édition Sirey, N° 22, 1977.
49. Viney, Geneviève, Le déclin de la responsabilité individuelle, Avec préface d'André Tunc, Paris, L.G.D.J., m, 1e édition, 1965.
50. Waline, Marcel, L'individualisme et le droit, Avec la préface de Ferdinand Mélin-Soucramanien, Paris, Dalloz, 2e edition, 2007.

ج: انگلیسی

1. Beggs, Donald, "Rawls's political postmoderrn", in: Continental Philosophy Review, Vol. 32. No 2, 1999.
2. Bix, Brian, H., "Legal positivism", in: The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, 2005.
3. Boaventura de Sousa Santos, "Law: A Map of Misreading; Toward a Postmodern Conception of Law'', Journal of Law and Society, Vol. 14, No 3, 1987.
4. Alex and Wood, Paul, "Marxism and Modernism: An Exchange between Alex Callinicos and Paul Wood", Oxford, Art Journal, Vol. 15, No. 2, 1992.
5. Cotterrell, Roger, The Sociology of Law, London: Butterworths, Second edition, 1992.
6. Duguit, Leon, "Objective Law" (II), Columbia Law Review, Vol. 21, No. 1, 1921.
7. Gerald L., Bruns, "What is Tradition", in: New literary History, Vol. 22, No 1, 1991.
8. Gordon Graham, " Religion, Secularization and Modernity ", Philosophy, vol. 67, No. 260, 1992, pp. 183-197
9. Grossi, Paolo, " The Foundations of the Modern Legal System", in: A History of European Law, Translator: Laurence Hooper, Willey-Blackwell, 2010.
10. Guyara, Binder, and Robert, Weisberg, "Cultural Criticism of Law", Stanford Law

Review, Vol. 49.
11. Harvey Brown, Richard, "Modern science and Its Critics: Toward a Post-positivist Legitimization of Science", in: New literary History, Vol. 29, No. 3, 1998.
12. Ken, Kress, "Modern Jurisprudence, Postmodern Jurisprudence and Truth", Michigan Law Review, Vol. 95, No. 6, 1997, Survey of Books Relating to the Law, 1997.
13. Leslie Paul Thiele, “Twilight of Modernity, Nietzsche, Heidegger and Politics”, Political theory, Vol. 22, No 3, 1994.
14. Mackenzie, Jim, "The Philosophy of the Subject: Back to the Future", in: Educational Philosophy and Theory, Vol. 30, No. 2, 1998.
15. Murphy, Mark. C., "Natural Law Theory, in: The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, edited by Martin P., Golding and William A., Edmondson; Malden (USA), Blackwell Press, 2005.
16. Nevill Kirk, "History, Language, Ideas and Post-modernism: A Materialist View" in: Social History, Vol. 19, No. 2, 1994.
17. Patterson, Dennis, " Postmodernism", in: A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Willey-Blackwell, 2e edition, vol. 8, 2010.
18. Rotry, Richard, Consequences of Pragmatism, Minneapolis, University of Minnesota, 1982.
19. Sellers, M. N. S., Republican Legal Theory, the History, Constitution and Purposes of Law in a Free State, New York: Palgrave Macmillan, 2003.
20. Stacy, Helen M., Postmodernism and Law, Jurisprudence in a Fragmenting Word, Ashgate Publising Ltd., 2001.
21. Tushnet, Mark V., "Critical Legal Theory", in: The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, edited by Martin P., Golding and William A., Edmondson; Malden (USA), Blackwell Press, 2005.
22. Ward, Ian, An Introduction to Critical Legal Theory, London: Cavendish Publishing Limited,1998.
23. Weinrib, Ernest J., "Law as a Kantian Idea of Reason", Colombia Law Review, Vol. 87, No. 3, 1987.