

## قواعد بنیادین در حقوق و روش‌شناسی احراز و توسعه آنها

محمود حکمت نیا

دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

### چکیده

هر نظام معرفتی ناظر بر حقوق دارای قواعد اصلی و پایه است که نقش اساسی در ترسیم ساختار نظام حقوقی، راه حل‌های مسائل نوپدید آن، تفسیر قواعد حقوقی و ترسیم نهادهای جدید متناسب با نیازها ایفا می‌کنند. این قواعد خارج از نظام حقوقی و با رویکرد فرانگر و انتقادی شناسایی می‌شود و توسعه می‌یابد تا در سطوح بعدی، به قواعد مستنبط از آن به صورت حقوق موضوعه و مدون یا به عنوان مصدر صدور رأی در نظام حقوقی غیرمدون استناد شود. روش‌شناسی این امر را می‌توان با عنوان روش‌شناسی قواعد بنیادین حقوق به معنای چگونگی فهم و توسعه قواعد بنیادین براساس نظریه‌ها و مکاتب گوناگون بررسی کرد. در این راستا تلاش می‌شود ابتدا به بررسی امکان تمسک

به قواعد بنیادین از دیدگاه مکاتب مختلف حقوقی و نظام حقوقی اسلام پرداخته شود، سپس از طریق بررسی دیدگاه‌های مختلف درباره روش تعیین مرز مفاد قواعد بنیادین حقوقی، جداسازی آنها از دیگر، قواعد ارائه قالب‌های خردمندانه برای فهم مفاد و فرایند شکل‌گیری آنها، به بحث درباره مفاد قواعد بنیادین خواهیم پرداخت. در مرحله بعد عقل و وحی در دیدگاه‌هایی همچون مقصودگرایی به عنوان منبع قواعد بنیادین مطرح شده است. در مرحله بعد، چهار نظریه در روش دستیابی به قواعد بنیادین بررسی شده و درنهایت درباره روش‌شناسی توسعه قواعد بنیادین و چگونگی استخراج قواعد حقوقی جزئی از آنها در دو رویکرد توسعه عرضی و طولی قواعد سخن گفته خواهیم گفت.

**کلیدواژه‌ها:** روش‌شناسی حقوق، قواعد بنیادین، نظریه تجزیه و ترکیب، نظریه گفتمان، ابزارگرایی، توسعه قواعد بنیادین.

## مقدمه

اگرچه شکل‌گیری و توسعه نظام‌های حقوقی براساس عوامل مختلف و در بستر تاریخ شکل گرفته است و نه بر پایه نظریه‌ها و از فلسفه نیز به عنوان خادم و پشتیبان عقلانی بهره برده است<sup>۱</sup>، با این وجود، نمی‌توان نقش نظریه‌ها را در تکامل نظام‌های حقوقی نادیده گرفت. نظام حقوقی مانند هر حرکت و تحول اجتماعی مفید یا مضر دیگری دارای زیربنای نظری است که اندیشمندان و مردم آن را می‌پذیرند (Pavell, 2013: p. xvi) بخشی از این بنیادهای نظری قواعد بنیادینی است که شناخت آنها در بازشناسی مکاتب، نظریه‌ها و مرزهای نظری و فلسفی حقوقی نظام‌های حقوقی مبتنی بر مبانی عقلانی مؤثر بوده و از این طریق در ترسیم راه حل‌های مسائل نوپدید نظام حقوقی، تفسیر قواعد حقوقی و ترسیم نهادهای جدید متناسب با نیازها به طور غیرمستقیم نقش دارد؛ اگرچه این قواعد به طور مستقیم در حل مسائل نظام حقوقی اثرگذار ایفای نقش نمی‌کنند.<sup>۲</sup>

۱. نیروهای تعیین‌کننده خطوط کلی نظام‌های حقوقی چهار دسته است که عبارت‌اند از: منابع نظام حقوقی، ماهیت فرایند پذیرفته شده حقوقی، عاریه گرفتن حقوق از امور دیگر و ترکیب این عوامل (Watson, 2001: p xi).
۲. البته بحث مهمی که در اینجا وجود دارد این است که نظام حقوقی و مجموعه قواعد الزام‌آور که به امر محکم



یکی از مباحث مهم این قواعد روش‌شناسی آنها است. برای شناخت جایگاه روش‌شناسی این قواعد در مجموعه مباحث روش‌شناسی حقوق<sup>۱</sup> باید دانست که روش‌شناسی حقوق به عنوان چگونگی شناخت قواعد الزام‌آور حاکم بر روابط اجتماعی، واسطه میان معرفت‌شناسی<sup>۲</sup> (به عنوان دانش مطالعه معرفت و باورهای موجه و نظریه‌های درباره معرفت (Tolk, 2012: p 50)) و روش محقق در مرحله پژوهش<sup>۳</sup> است. همان‌طور که حقوق ساحت‌های گوناگونی دارد، روش‌شناسی حقوق و چگونگی حل مسئله نیز در چند سطح قابل بررسی است و بر این اساس، برای شناخت حوزه روش‌شناسی لازم است سطوح حقوق شناخته شود. با توجه به ساحت‌های حقوقی مزبور، سطوح روش‌شناسی شامل مواردی چون روش‌شناسی قواعد بنیادین حقوق، روش‌شناسی تقنین، روش‌شناسی تفسیر، روش‌شناسی تطبیق یا اجرا و روش‌شناسی نهادسازی خواهد بود. با این توضیح که بخش مهمی از هر نظام معرفتی حقوقی (مکتب حقوقی) شناسایی قواعد اصلی و پایه و برونق حقوقی است که ممکن است در ساختار نظام حقوقی نیز چهره اصل و قاعده اساسی به خود گیرد. با فرض اینکه قواعد بنیادین<sup>۴</sup> شناسایی شود، چگونگی توسعه و تنوع آن دارای اهمیت است. روش‌شناسی این امر را روش‌شناسی قواعد بنیادین حقوق یاد می‌کنیم. با فرض شناسایی قواعد بنیادین و دیگر قواعد حقوقی، ارائه آنها در مجموعه نظام حقوقی به صورت حقوق موضوعه و مدون یا به عنوان مصدر صدور رأی در نظام حقوقی غیرمدون مطرح می‌شود. روش‌شناسی این بخش همان منطق تقنین یا

می‌تواند به مرحله اجرا درآید از کجا آغاز می‌شود و ازسوی دیگر، این بحث که با فرض دستگاه تقنینی الزامات قوءه مقننه به لحاظ مفاد تابع چیست، بحث مهمی است که طرفداران حقوق طبیعی و پوزتیویست‌ها بهشت درگیر آن هستند. به طوری که برخی گفته‌اند نقطه کانونی حقوق طبیعی این است که قواعد برتر حقوقی از حقوق ساخته انسان وجود دارد که باید از آنها تعیت کرد. همان‌گونه که هارت می‌گوید براساس دیدگاه حقوق طبیعی اصول خاص رفتار انسانی با عقل کشف می‌شود که حقوق ساخته انسان با تطبیق بر آن اعتبار می‌باشد.

#### 1. Legal methodology

#### 2. Epistemology

۳. روش تحقیق تلاشی منظم است که محقق از طریق آن از لغزش‌ها، خطاهای و انحراف‌ها مصون می‌ماند و می‌تواند به شناسایی و فهم هرچه صحیح‌تر و کامل‌تر پدیده نائل شود (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۳: ص ۱۵۲).

#### 4. Fundamental Rules

تدوین است. در صورتی که قوانین تدوین یا در آرای حقوقی معتبر منعکس شود، تفسیر آن به منظور فهم و توسعه مفهومی مطرح است و روش‌شناسی آن منطق تفسیر است. همچنین، قواعد حقوقی در روابط اجتماعی هنگامی فعلیت می‌یابد که اشخاص آنها را اجرا یا از اجرای آن سرپیچی کرده که در این صورت محاکم بر اجرای آن صحه گذاشت، یا ضمانت اجرای مناسب را اعمال می‌کنند. اعمال چنین امری در مرحله عمل همان مرحله تطبیق است که روش‌شناسی آن مربوط به منطق تطبیق خواهد بود؛ علاوه بر این، چه بسا حقوق‌دانان یا دیگر فعالان اجتماعی، اقتصادی و سیاسی در صدد آن باشند که نهادهای متناسب و مفید برای زندگی اجتماعی تأسیس کنند. این دسته از افراد نیز برای اهداف و فعالیت خود نیازمند روش‌شناسی مناسب بوده که از آن به روش‌شناسی نهادسازی و مهندسی نهادهای حقوقی یاد می‌شود.

آنچه در اینجا مورد گفت‌وگو است سطح اول از ساحتات اول یعنی همان قواعد بنیادین است که می‌توان آنها را فراتر از نظام حقوقی دانست و در اصطلاح آن را مكتب حقوقی در برابر نظام حقوقی اطلاق کرد. در این صورت، بررسی معرفتی قواعد و ارائه نظریه در ساحت مكتب حقوقی صورت گرفته و الگوی اجرایی آن به نظام حقوقی مربوط می‌شود. با این تقسیم می‌توان روش‌شناسی قواعد در سطح نظری یا مكتب حقوقی به عنوان روش‌شناسی قواعد بنیادین و سایر سطوح روش‌شناسی را که جنبه عملی دارند از نوع روش‌شناسی نظام حقوقی دانست. جایگاه این موضوع به لحاظ ساختار دانش فلسفه حقوق است، زیرا فلسفه حقوق، حقوق را به صورت فرانگر و انتقادی بررسی قرار می‌کند. روش‌شناسی قواعد بنیادین نیز هم به لحاظ موضوع (روش‌شناسی) و هم متعلق (قواعد بنیادین) در بیرون نظام حقوقی مورد گفت‌وگو قرار می‌گیرد و مباحث و نتایج آن بر نظام حقوقی تأثیرگذار است.<sup>۱</sup>

۱. این بحث با قواعد و اصول پایه یا بنیادین در یک نظام حقوقی خاص متفاوت است. زیرا هر نظام حقوقی مجموعه‌ای از قواعد در یک چهارچوب خاص است که ممکن است در سطح قضایی به اجرا درآید. قواعد و اصول هر نظام حقوقی از منابع معتبر آن نظام حقوقی قابل استخراج است. اگر این‌گونه قواعد و اصول به صورت انتقادی هم مورد بحث قرار گیرد در فلسفه همان نظام حقوقی و در درون نظام بررسی می‌شود. البته ممکن است مفاد قواعد



نکتهٔ مهم دیگری که باید به آن توجه کرد این است که قواعد حقوقی بر روابط اجتماعی حاکم است؛ بنابراین، در اینجا نیز سخن از قواعد زندگی اجتماعی است که در نظام حقوقی وصف الزام به خود می‌گیرد. برای درک بهتر این امر می‌توان گفت که هر شخص حتی اگر به صورت تنها نیز زندگی کند، رفتارهای خود را براساس قواعدی شکل می‌دهد. فرض کنید کسی در جزیره‌ای تنها زندگی می‌کند، او در ارتباط با طبیعت براساس تجربیات خود عمل کرده و برای ادامهٔ حیات خود قاعده‌می‌سازد. او با تجربه متوجه می‌شود که برخی گیاهان برای او مفید و برخی زیان‌بارند و برای استفاده از آنها قواعدی می‌سازد. مجموعهٔ این قواعد شیوهٔ زندگی خود را مشخص می‌کند. وقتی شخص در زندگی اجتماعی وارد می‌شود و در تعامل رفتاری با دیگران قرار می‌گیرد، این سخن مطرح می‌شود که وی روابط با دیگران را براساس چه قواعدی سامان می‌دهد. با نگاه اجمالی بر این قواعد در می‌یابیم که این قواعد، گاه به صورت یک طرفه بر شخص حاکم بوده و چه بسا شخص به لحاظ وجودانی، خود را ملزم به رعایت بداند. برای مثال انسان با دریافت‌های خود در می‌یابد که باید با دیگران خوب رفتار کند، مثلاً به آنان دروغ نگوید یا به همنوعان خود آسیب نرساند. چه بسا شخص خود را ملزم به این قواعد بداند، ولی هنوز سخن از حقوق گفته نمی‌شود.

هنگامی سخن از حقوق آغاز می‌شود که جامعه و دولت قواعد الزام‌آوری بر شخص تحمیل کند. هر چند شخص تمایلی به اجرا نداشته باشد و در صورت تخلف از اجرا از طرف دولت و جامعه مُؤاخذه شده و ضمانت اجراهای مختلفی چون پرداخت خسارت یا مجازات به وی تحمیل شود. همان‌طور که روشن است در اینجا مسئله با صورت اول کاملاً متفاوت است. در صورت اول شخص خود را ملزم می‌داند و به اجرای قواعد ملتزم است، اعم از اینکه الزامي از سوی دولت یا جامعه به تحمیل قواعد صورت پذیرد یا چنین وضعیتی وجود نداشته باشد. اما در اینجا صرف نظر از دید شخص، قواعد بر وی تحمیل می‌شود. چنین امری اهمیت زیادی دارد، زیرا در صدد است حوزهٔ اختیارات جامعه و

دولت را در الزام اشخاص به انجام اعمالی بررسی کند؛ بنابراین، در قواعد حقوقی دو امر محوری مطرح می‌شود: یکی مفاد قاعده؛ دیگری خصوصیت الزام. در همین راستا شناخت قواعد بنیادین بالحاظ این دو خصوصیت اهمیت می‌یابد.

برای تحلیل بهتر و دقیق‌تر می‌توان مسائل این حوزه را به‌طور جزئی‌تر مطرح و به شکل زیر صورت بندی کرد.

۱. آیا چنین قواعدی وجود دارد و بر فرض وجود مفاد آنها چیست؟
۲. از کجا به‌دست می‌آیند؟
۳. چگونه به‌دست می‌آیند؟
۴. این قواعد چگونه توسعه می‌یابد؟
۵. معیار صدق یا اعتبار این قواعد چیست؟
۶. آیا این قواعد دارای وصف الزام هستند و در صورت چنین وصفی وجه آن چیست؟
۷. در صورتی که خود این قواعد دارای وصف الزام نیستند، این وجه چگونه به‌دست می‌آید؟
۸. در هر صورت، ضمانت اجرای مناسب کدام است؟

از میان این مسائل، تعیین چهار مسئله اول دارای یک سخ بوده، مسئله پنجم خود یک موضوع مستقل و مسائل ششم و هفتم و هشتم نیز می‌تواند ذیل یک محور قرار گیرد. آنچه در این مجال به آن می‌پردازیم محور اول است. در این نوشتار تلاش است چگونگی فهم و توسعه قواعد بنیادین براساس نظریه‌ها و مکاتب گوناگون بررسی شود. حاصل نوشتار حاضر تجمعی دیدگاه‌های قابل ارائه برای استخراج و توسعه قواعد بنیادین براساس مبانی فکری مختلف است. اتخاذ و تبیین هر کدام از این دیدگاه‌ها محتاج پژوهشی مستقل خواهد بود.

## گفتار اول: وجود قواعد بنیادین حقوق

مهم‌ترین مسئله در قواعد بنیادین احراز وجود و تعیین مفادی است که یا خود دارای الزام بوده یا بتواند با شرایطی وصف الزام حقوقی بگیرد. ازانجاكه سنخ این مفاد لفظی نبوده و در نظام حقوقی مدون در چهارچوب قوانین قرار نمی‌گیرد، ورود به مباحث لفظی غلطانداز است؛ به عبارت دیگر، مفاد این قواعد عقلی یا عقلایی است.

در برآرۀ وجود و مفاد این قواعد سخنان گوناگون گفته شده است. در این میان باید گفت برخی مکاتب حقوقی، همچون مکتب حقوق طبیعی،<sup>۱</sup> بیشترین اصرار را وجود این قواعد و تعیین مفاد آن به‌ویژه در وجه هنجاری دارد؛ به‌طوری‌که وقتی از قواعد بنیادین سخن گفته می‌شود، بیشتر ادبیات تولیدی این مکتب به ذهن تبادر می‌کند. پیروان این مکتب با اختلافاتی که دارند اما همگی بر این باورند که قواعد فرادست حاکمان وجود دارد که قوانین وضعی بدون رعایت آن مفاد، حقوق نیست. اگرچه حقوق‌دانان پیرو حقوق طبیعی بر وجود این قواعد اصرار دارند، اما تأکید حقوق‌دانان طبیعی به این معنا نیست که در مکاتب حقوق دیگر وجود قواعد بنیادین انکار می‌شود. بلکه اگر در میان مکاتب دیگر اختلافی وجود دارد بر سر این نکته است که مفاد این قواعد تاچه‌اندازه حقوقی است؛ به عبارت دیگر، وجود قواعد بنیادین یک سخن و حقوقی‌بودن آن سخن دیگری است. مکتب حقوق طبیعی بر حقوقی‌بودن این قواعد اصرار داشته بلکه بیشتر بر این باور است که اعتبار سایر قواعد نیز از این قواعد نشئت می‌گیرد.

شبیه این سخن در نظام حقوقی اسلام نیز که بر پایه اراده شارع است، وجود دارد. ازانجاكه شارع در بستر تاریخی معین به تشریع پرداخته و ازسوی دیگر، براساس مبانی

۱. نظریه حقوق طبیعی، تلفیقی از دو امر است؛ یکی شرح اصول اخلاقی است که فرآگیر و عام هستند و دیگری نظریه‌ای است درمورد رابطه اخلاق با قوانین موضوعه حقوقی که دولت وضع می‌کند. اصول اخلاقی در این نظریه به اصولی گفته می‌شود که اعتبار جهانی داشته و ریشه در ماهیت امور دارند و با منطق انسان قابل درک است (آلمن، ۱۳۸۵: ص ۱۱۲). برای اینکه نظریه‌ای حقوق طبیعی محسوب شود، علاوه‌بر مطلب ذکرشده، باید دو شاخصه دیگر نیز داشته باشد؛ یکی هنگامی می‌توان یک نظریه را به نظریه حقوق طبیعی توصیف کرد که مشتمل بر مجموعه قواعد طبیعی باشد و از طریق آنها بتوان سایر قواعد را سنجید. صرف عنوان عدالت برای سنجش قواعد کافی نیست و دیگر اینکه این قواعد و چنین معیارهای سنجش فراتر از نیاز عملی انسان باشد (Wollheim, 1968: p 450).

کلامی شارع دارای مولویت، علم مطلق و حکمت مطلق است، این سخن مطرح می‌شود که آیا قواعد پیش از نص وجود داشته است و بر فرض اینکه چنین قواعدی وجود داشته باشد، مواجهه شارع با آن چگونه بوده است و اگر در زمان حاضر قواعد خردمندانه‌ای خارج از نص محقق شود، برخورد نظام حقوقی اسلام با آن چگونه است. بی‌جهت نیست که اصولیان در دستیابی به احکام به امور پیش یا خارج از نص پرداخته و به اموری چون قواعد عقلی، قواعد عرفی و قواعد موضوع سیره خردمندان و حتی به قواعد شرایع پیشین اشاره کرده و درباره میزان تأثیر یا پذیرش آنها در نظام حقوقی اسلام بحث کرده‌اند.

اکنون سخن درباره مفاد قاعده است. در اینجا سخن از ملاکات و مناطق است. به‌همین خاطر، این سخن مطرح می‌شود که تاچه‌اندازه می‌توان به دقت و صراحة به مفاد کلی معین رسید. هنگامی که بخواهیم درباره مفاد قواعد و میزان صراحة آنها سخن بگوییم، می‌توان از اموری مانند تعیین مرز مفадها و جداسازی آنها از دیگر قواعد و بررسی قالب‌های خردمندانه و موضوع قواعد و فرایند شکل‌گیری آنها سخن گفت.

اگرچه تعیین مفاد به صورت روشن دارای اهمیت است، اما دستیابی به مفاد معین و روشن به سادگی میسر نیست یا حتی ممکن است ادعا شود که دستیابی به این قواعد غیرممکن است. در صورت عدم امکان چنین امری، تنها می‌توان به تعیین مرزهای قواعد اکتفا کرد. در همین راستا برخی از اندیشمندان بر تعیین مرزهای قواعد بناهای اصرار ورزیده‌اند. برای مثال می‌توان به دیدگاه فولر اشاره کرد. فولر با تفکیک میان اخلاق وظیفه و اخلاق خواستن در صدد است مرز قواعد بناهای را ترسیم کند. او معتقد است اخلاق وظیفه شامل آشکارترین نیازهای اخلاقی زندگی اجتماعی است که همان شروط پایه زندگی اجتماعی هستند. درحالی‌که، اخلاق خواستن، همان اخلاق زندگی خوب، فضیلت و تحقق کامل قدرت‌های انسان است. اخلاق خواستن، این است که انسان را به دلیل انجام وظیفه ستایش نکنیم، بلکه این کار را به دلیل فضیلت اخلاقی وی انجام دهیم. سوم اینکه اخلاق وظیفه عموماً تنها نیازمند خودداری است، درحالی‌که اخلاق خواستن، به نوعی ایجابی است. چهارم اینکه اخلاق وظیفه کم‌وبیش از طریق قانون قابل اجرا است،

درحالی که اخلاقِ خواستن این‌گونه نیست. پنجم اینکه وظایف اخلاقی «خشک و غیرقابل انعطاف‌اند» درحالی که طبیعت خواست‌های انسان به سمت تکامل است تا بتواند مسئول و پاسخ‌گوی شرایط متغیر باشد (Fuller, 1964: p 5-9; Taekema, 2003: p 218).

همان‌طور که اشاره شد، وجود قواعد بنیادین گاه با این مشکل روبرو بوده است که قابلیت اثبات ندارد. برخی برای رفع این مشکل به جای تعیین موضوع و احراز ارزش‌های واقعی که ممکن است با مشکل اثبات روبرو باشد، به جنبه‌های رویه‌ای<sup>۱</sup> و قابل اثبات اشاره کرده‌اند. این دیدگاه بر اخلاقیت درونی حقوق تأکید کرده و برای ایجاد و حفظ نظام حقوقی به قیود و شرایط شکلی می‌پردازد. براساس این دیدگاه، برای اینکه قواعدی شکل گیرد باید خصوصیات زیر وجود داشته باشد:

- نخست باید قواعدی کلی وجود داشته باشد و به قضاوت‌های موردی اکتفا نشود؛
- این قواعد باید به آگاهی تمامی کسانی برسد که بر آنها اعمال می‌شود؛
- قواعد نباید عطف به ماسبق شود؛
- قواعد باید قابل فهم باشد؛
- قواعد باید منسجم باشد؛
- قواعد نباید از مردم امر غیرممکن بخواهد؛
- قواعد نباید به‌طور مکرر تغییر یابد، به‌طوری‌که مردم نتوانند رفتار خود را با آنها هماهنگ کنند؛
- قواعد اعلام شده باید با اجرای خارجی آن مطابق باشد.

هرگونه نقصان در هرکدام از این هشت طریق تنها به یک نظام بد حقوقی منجر نمی‌شود، بلکه به چیزی می‌انجامد که نمی‌توان آن را نظام حقوقی خواند (Fuller, 1964: p 39). فولر در این حوزه مایل است عنصر حقوق طبیعی را از طریق مفهوم «قانونی‌بودن» یا روندهای مناسب حقوقی منعکس کند نه از طریق ماهیت یا محتوای قوانین. این اخلاقیت درونی حقوق مجموعه‌ای از خطوط راهنمای ایدئال‌ها را تشکیل می‌هد که نظام حقوقی باید به

سمت آن حرکت کند (Harris, 2007: p 35).

در برابر دیدگاه‌های فوق برخی بر این باورند که مفاد قواعد از پیش وجود ندارد و براساس تجربه و گفت‌و‌گو حاصل می‌شود. این دیدگاه با عنوان نظریه گفتمان یاد می‌شود. نظریه گفتمان حقوقی، یک نظریه حقوقی هنجاری است که مشروعيت قواعد حقوق موضوعه را براساس برخی معیارهای شکلی<sup>۱</sup> و نه معیارهای ذاتی<sup>۲</sup> بررسی می‌کند. به این معنی که مفادی برای قواعد بنیادین وجود ندارد. براساس این نظریه، قواعد حقوقی زمانی صحیح است که مشروع باشد و مشروعيت آن با توجه به توافق عمومی در شرایط ایدئال تعیین می‌شود. نظریه گفتمان حقوقی که نشئت یافته از نظریه عمومی گفتمان است از سوی کارل اتو‌آپل<sup>۳</sup> و یورگن هابرماس<sup>۴</sup> و رابرت الکسی<sup>۵</sup> مطرح شد و توسعه یافت (Neumann, 2013: p 212).

مهمترین بخش این نظریه، روش گفتمانی است که در مبحث روش دستیابی به آن خواهیم پرداخت.

با وجود اینکه دیدگاه‌هایی درباره ابهام در تعیین مفاد قواعد بنیادین بیان شد، بهترین صورت این است که بتوان برای قواعد کلی و بنیادین به مفاد معین دست یافت. اینکه آیا در اینجا یک یا چند قاعده وجود دارد و مفاد قاعده چیست، جای گفت‌و‌گو دارد. از جمله قواعد مهمی که به صورت فردی و اجتماعی مورد توجه برخی قرار گرفته است، قاعدة لزوم و وجوب حفظ نفس (هابز، ۱۳۸۱: ص ۱۸۲) یا وجوب حفظ حیات (Bastiat, 1998: p 1) است. در کنار یا منشعب از این قاعده می‌توان به قواعدی چون آزادی و کسب و جلب منفعت و پرهیز از ضرر نیز اشاره کرد.

در برابر چنین دیدگاه‌هایی، برخی اصول و قواعد چندگانه را پیشنهاد می‌دهند. برای مثال می‌توان به جان فینیس اشاره کرد. فینیس نظریه حقوق طبیعی خود را بر مبنای اصول

1. Procedural criteria
2. Intrinsic criteria
3. Karl-Otto Apel
4. Jurgen Habermas
5. Robert Alexy

پایه هفت‌گانه‌ای مبتنی می‌داند که آشکار و بدیهی هستند و کسی نمی‌تواند آنها را نفی کند (Harris, 2007: p 35). وی این اصول هفت‌گانه را (براساس مناشی نظم هستی و آزادی و عقل انسان) شامل ارزش‌های حیات، معرفت، بازی، تجربه هنری، جامعه‌پذیری، عقلانیت عملی و دین می‌داند (Finnis, 2011: p 81-90). از آنجاکه انسان در گروه‌های اجتماعی زندگی می‌کند، تنها در بافت اجتماعی می‌توان این اصول را دنبال کرد. همچنین، برای تحقق حداکثری این ارزش‌ها به یک نظام حقوقی نیاز داریم که برای این هدف تلاش کند (Harris, 2007: p 35). نتایج نظریه فینیس دارای ابهام دانسته شده است. همچنین، فهرست هفت‌گانه وی بسیار ذهنی است و هر کس ممکن است فهرست خود را در این باره ارائه کند. لوید معتقد است رویکرد فینیس هم مانند سایر نظریه‌های حقوق طبیعی قادر نیست طرحی برای اقدام حقوقی و سیاسی ارائه کند و تنها اشاراتی را برای بهتر کردن خود و جامعه بیان می‌کند (Ibid).

رالز نیز با تحلیل ساختار بنیادی جامعه و ماهیت انسان به عنوان موجودی خردمند، براساس سنت حقوق طبیعی تلاش می‌کند به مطلوب‌های بنیادین دست یابد. این مطلوب‌های بنیادین که هر انسان خردمندی آنها را می‌جوید عبارت‌اند از: مطلوب حقوق و آزادی‌های اساسی مانند آزادی اندیشه و وجودان که برای پرورش کافی و کاربست کامل و آگاهانه دو قوه اخلاقی و همچنین، آزادی فعالیت و انتخاب شغل که تعقیب اهداف مختلف را ممکن می‌کند، مطلوب قدرت‌ها و فرصت‌ها مانند دسترسی به مناصب و مسئولیت‌های عمومی و مطلوب درآمد و ثروت که برای دستیابی به دامنه وسیعی از اهداف لازم است. همچنین، مطلوب عزت‌نفس که موجب می‌شود شهروندان خود را انسان‌های ارزشمندی بدانند و اهدافشان را با اعتماد به نفس پیش ببرند (ر.ک.: رالز، ۱۳۸۷: ص ۱۱۳؛ رالز، ۱۳۸۳: ص ۱۰۶-۱۰۵). وی با توجه به روش‌شناسی خود به اصول عدالت دست می‌یابد که در بخش بعد به آن اشاره خواهیم کرد.

در ساختار معرفتی اسلامی برخی با استفاده از منابع مختلف تلاش کرده‌اند تا مقاصد شریعت را شناسایی و براساس این مقاصد ابزارهای دستیابی آن را در نظام حقوقی

بیابند. این عده معمولاً مقاصد شریعت را در پنج حوزه حفظ دین، نفس، نسل، مال و عقل خلاصه می‌کنند (ر.ک: عطیه، ۲۰۰۸: ص ۹۱؛ القحطانی، ۲۰۰۸: ص ۳۲) و برخی مقاصد ششم حفظ اعراض را نیز اضافه کرده‌اند (ر.ک: الزركشی، بی‌تا: ج ۵، ص ۲۱۳-۲۰۸). همچنین، آنان در مقام بیان ترتیب میان مقاصد، گاه سکوت کرده‌اند و گاه به بررسی مرتبه هریک از مقاصد نسبت به مقاصد دیگر پرداخته‌اند (عطیه، ۲۰۰۸: ص ۴۷-۴۵). این نظریه اگرچه ممکن است با لحاظ نصوص به مقاصد پی برد، اما این مقاصد را به مرحله پیش از تشریع برمی‌گرداند که همان خصوصیت بنیادین و پیشاحقوقی دارد.

در اینجا باید گفت اگرچه نظام حقوقی اسلام براساس اراده شارع مشروعيت می‌یابد ولی این سخن به این معنا نیست که متأثر از قواعد برون حقوقی نباشد. فقهان و اصولیان در منطق استدلالی خود به نهادهایی اشاره کرده و مباحث گوناگونی نیز درباره آنها مطرح می‌کنند. آنان به سه نهاد فراحقوقی یا بیرون از حقوق پرداخته‌اند که عبارت‌اند از: عقل، سیره خردمندان و عرف. آنان در باب ادله‌ای که قابلیت دلالت بر اراده شارع دارد به نهادهای سه‌گانه ذکرشده پرداخته و درباره حجیت آنها گفت‌وگو کرده‌اند. البته گاه در دلیل عقلی با توجه به اختلافات کلامی محورهایی چون درک حسن و قبح افعال با عقل به عنوان محوری‌ترین مسئله کلامی مؤثر بر فقه و حقوق گفت‌وگو شده است که تا حدودی به تعیین قاعده نزدیک است (ر.ک: اصفهانی، بی‌تا: ص ۴۳۶-۴۳۲). گفتنی است کسانی چون محمد رضا مظفر تنها مسئله مستقلات عقلیه را تحسین و تقبیح عقلی می‌داند. در این دیدگاه نیز به خوبی مسائل مختلف مطرح شده است. وی تلاش کرده است حوزه عقل عملی را کاویده و به چگونگی درک عقل و ماهیت آن بپردازد. در این دیدگاه نیز به عقل به عنوان یک نهاد درک‌کننده توجه شده است. اما اینکه عقل چه اموری را تقبیح و چه اموری را تحسین می‌کند تشکیل دهنده مصاديق کلی است که موضوع بحث قرار نگرفته است (مظفر، ۱۳۷۰: ج ۱، ص ۲۱۵-۱۹۹).

## گفتار دوم: منبع قواعد بنیادین

با توجه به اینکه قواعد بنیادین در سطحی فراحقوقی قابل بررسی است و در این سطح هیچ امر بیانی دخالت ندارد، منبع قواعد نیز نمی‌تواند امر لفظی باشد، به گونه‌ایی که با تحلیل لفظی به قاعده دست یافت. منبع چنین قواعدی بستگی به منابع معرفتی مناسب با سخن قواعد بنیادین دارد. از آنجاکه سخن قواعد چگونگی رفتار را در زندگی اجتماعی سامان می‌دهد و دارای الزام بوده یا قابلیت الزام دارد منبع قاعده نیز باید قابلیت درک چنین حکمی داشته باشد. اولین منبعی که می‌تواند در اینجا مطرح شود، عقل عملی است. اگر پذیرفته شود که در انسان قوه‌ای با عنوان عقل وجود دارد که توان درک باید و باید را دارد، این عقل می‌تواند منبع قواعد بنیادین باشد. در صورتی که این قوه پذیرفته نشود نیز ممکن است منابعی چون تجربه، شهود، توافق‌های خردمندانه و مانند آن مطرح شود. نکته مهمی که در اینجا مطرح می‌شود این است که در صورت توجه به وحی و آموزه‌های وحیانی با توجه به مفاد امور وحیانی وضعیت متفاوت خواهد بود. به دیگر معنا، پذیرش وحی به عنوان منبع یک سخن و میزان معرفت حاصل سخن دیگر است.

در حوزه معارف اسلامی علاوه بر عقل به عنوان منبع که مورد پذیرش برخی مکاتب و فرق قرار گرفته است، درباره قواعد بنیادین به صورت پراکنده گفتوگو شده است. البته مقصدگرایان با طراحی دستگاهی نسبتاً منظم با استفاده از امور وحیانی و دیگر نصوص معتبر به قواعد شناخت قواعد بنیادین دست زده‌اند. البته بنابر سخن قواعد، حتی برخی پا را فراتر نهاده و تلاش کرده‌اند با طبقه‌بندی مصالح و مفاسد اخروی و دنیوی منبع فهم را طبقه‌بندی کنند. با این بیان که بیانات شرعی منبع شناخت مصالح و مفاسد اخروی است و مصالح دنیوی و مفاسد آن را می‌توان با تجربه و عادت شناسایی کرد (عطیه، ۲۰۰۸: ۱۹-۲۸).

## گفتار سوم: روش دستیابی به مفاد قواعد بنیادین

اکنون سخن در این است که چگونه می‌توان به قواعد دست یافت. از آنجاکه سطح

تحلیل قواعد بنیادین پیش از نظام حقوقی است، پیش‌فرض بسیاری از رویکردهای مبتنی بر درک انسان از خود و روابط اجتماعی و خود بنیادی عقل است. همچنان که گفته شد این بحث در نظام حقوقی اسلام نیز مطرح است و می‌توان روش‌شناسی قواعد بنیادین پیش از شریعت را بررسی کرد. هرچند چگونگی رفتار شارع در ارتباط با این امر نیز خود موضوع دیگری است که اصولیان با عنوان حجیت از آن یاد می‌کنند؛ به عبارت دیگر، در اینجا امری که بتواند منبع احکام قرار گیرد یک سخن است و پذیرش و حجیت آن سخن دیگر. در ادامه شیوه‌های دستیابی به این قواعد را بررسی می‌کنیم.

### الف- تحلیل فلسفی انسان

دستیابی به قواعد بنیادین متأثر از تحلیل‌هایی است که با توجه به سطح درک و معرفت بشر درباره هستی از جمله انسان ارائه می‌شود. یکی از قدیمی‌ترین دیدگاه‌های مؤثر در این‌باره، تحلیلی است که در منطق و فلسفه از ماهیات و موجودات صورت می‌گیرد. در این تحلیل ماهیت موجود را به ماده و صورت و در مقام تعریف به جنس و فصل و عرض تفکیک می‌کنند.<sup>۱</sup> اکنون این سخن مطرح است که آیا با توجه به این امر می‌توان قواعد حاکم بر زندگی فردی و اجتماعی انسان را استخراج کرد که بتواند پایه حقوق قرار

۱. فلاسفه یونان به این روش تلاش کردند برای تحلیل ماهیت موجودات، تقسیم‌بندی مفهومی جدیدی ارائه کنند. بر این اساس، مفاهیم منطبق بر موجودات ممکن است مصدقایکی از پنج دسته نوع، جنس، فصل، عرض عام و عرض خاص باشد. گاه مفهوم موردنظر عین ذات و تمامی ماهیت افراد خود را تشکیل می‌دهد و تصور آن برابر است با تصور ذات همه افرادش. به چنین مفهوم کلی، نوع گفته می‌شود؛ مانند مفهوم انسان که تمامی ذات و ماهیت افراد خود را بیان می‌کند. گاه مفهوم موردنظر تنها بر جزئی از ذات افراد خود دلالت دارد یا یک جنبه از ذات افراد آن را تشکیل می‌دهد؛ برای نمونه مفهوم حیوان دارای مصادیقی چون انسان و اسب می‌شود، اما این مفهوم تنها جزئی از ذات انسان است که در کنار خصوصیات دیگر مانند ناطق‌بودن انسان را تشکیل می‌دهد. اگر این مفهوم مانند حیوان اعم از ذات مصادیق خود باشد به آن جنس گفته می‌شود و اگر مانند ناطق‌بودن جزء دیگر ماهیت افراد خود، ولی مساوی با ذات افرادش باشد به آن فصل گفته می‌شود. این موارد همگی از ذاتیات بودند و به آنها جوهر گفته می‌شود. حال اگر مفهوم موردنظر خارج از ذات افراد آن باشد به آن عرض گفته می‌شود. همچنین، اگر عرض اعم از ذات افراد خود باشد عرض عام و اگر خارج از ذات افراد و مصادیق خود باشد و در عین حال، فقط اختصاص به یک نوع و یک ذات داشته باشد، عرض خاص است.

گیرد؟ پاسخ برخی اندیشمندان حقوق طبیعی به این امر مثبت است. برای مثال توماس آکویناس<sup>۱</sup> که متأثر از اندیشه فلسفی یونانی به ویژه ارسطو<sup>۲</sup> و سیسرون<sup>۳</sup> است<sup>۴</sup> تلاش کرده قواعد طبیعی حاکم بر انسان را به دست آورده. در مقام تحصیل قواعد با توجه به جنس بعید انسان که همان جسم است به اصل و قاعدة حفظ حیات اشاره می‌کند. به عقیده وی حفظ حیات در عمیق‌ترین سطح یعنی سطح جسمانی بوده و انسان در این امر با همه اشیا در اشتراک است. او با خلاصه کردن حقوق طبیعی در تمایل به خیر و دوری از شر، بر این باور است که:

«انسان پیش از هر چیز دارای تمایل به خیر در ارتباط با طبیعت مشترک خود با اشیا است و همه اشیا در طبیعت خود به دنبال حفظ وجود خود هستند».

بنابراین، می‌توان قاعدة حفظ حیات را ناشی از طبیعت اشیا دانست (Aquinas, cited in Kainz, 2004: p. 20) همچنین، اسپینوزا با این استدلال که اشیای فیزیکی به حفظ وضعیت موجود خود تمایل دارند، حفظ خود را طبیعی دانسته‌اند. اسپینوزا استدلال می‌کند که تلاش برای حفظ خود نتیجه طبیعی ذات هر شیء بوده و قدرت مجازی در اشیا برای این امر وجود ندارد (Spinoza, cited in Morgan, 2006: p. 115).

آکویناس در سطح دوم، یعنی سطح مشترک با حیوانات نیز معتقد است:

«انسان دارای تمایل به امور متعلق به خود است و براساس تمایل مذکور چنین اموری نیز جزئی از حقوق طبیعی هستند که طبیعت به حیوانات آموخته است؛ اموری چون رابطه جنسی، آموزش فرزند و...» (Aquinas, op. cit).

1. Thomas Aquinas, (1225–1274)

2. Aristotle (384 – 322 BC)

3. Marcus Tullius Cicero (106–43 BC)

۴. آکویناس در بیان اشتراکات انسان با اشیا و حیوانات تحت تأثیر بیان ارسطو (۳۸۴–۳۲۲ ق.م.) درباره تمایل همه اشیا به وجود و بقای خود و تبیین خاص وی از اشتراک و تمایز میان انسان و حیوان قرار داشت. سیسرون (۴۳–۱۰۶ ق.م.) فیلسوف یونانی دیگر عصر پیش از میلاد نیز بر این اندیشه اثرگذار بوده است. سیسرون معتقد بود «هر موجودی در ذات خود تلاش می‌کند خود را حفظ کند و از امور مضر برای وجود خود دوری کند. همچنین، تمامی حیوانات به بقا و حفظ نسل تمایل دارند» (Kainz, 2004: p. 21).

همچنین، انسان در سطح سوم یعنی سطح عقلانی نیز دارای تمایل طبیعی به دانستن حقیقت درباره خدا و زندگی در اجتماع است. بر این اساس، انسان از جهل دوری می‌کند و از آسیب به کسانی که در بین آنها زندگی می‌کنند خودداری می‌کند(Ibid)؛ بنابراین، ممنوعیت اضرار به دیگری ناشی از سطح سوم انسان‌شناسی است که به فصل ناطقیت انسان مربوط می‌شود. همان‌طور که روشن است در این روش تلاش شده است با شناخت ماهیت انسان در دستگاه فلسفی خاص به احکام راجع به رفتار پی‌برده شود.

### ب- نظریه تجزیه و ترکیب

یکی دیگر از روش‌های دستیابی به قواعد بنیادین روش تجزیه و ترکیب است. این روش متأثر از هندسه<sup>۱</sup> است که تلاش می‌کند امور مرکب را به امور بسیط، ولو به صورت فرضی، تجزیه کرده و با یافتن قواعد حاکم بر امر بسیط به احکام مترب بر مرکب پی‌برد. این روش از طریق تجزیه هر عنصر و مرکب به بسیط‌ترین اجزا و سپس ترکیب آنها با یکدیگر است. در اینجا نیز برخی جامعه انسانی را به صورت امر مرکب دیده و با این فرض که می‌توان روابط اجتماعی را گستته پنداشت، به انسان در حالت اتمیک که همان فرد بریده از روابط است، دست می‌یابند. اینکه بر انسان بریده از روابط چه قواعدی حاکم است یا به چه قواعدی می‌اندیشد و بر فرض اینکه اگر بخواهد در خیال خود به زندگی اجتماعی وارد شود چه قواعدی را برای زندگی مناسب می‌داند، موضوع گفت و گوی عمیق اندیشمندان حقوق طبیعی مدرن است. در این میان اندیشمندانی چون هابز و لاك به قواعد حاکم بر فرد پرداخته و کسانی چون جان رالز به قواعد خردمندانه‌ای می‌اندیشند که انسان با فرض ورود به زندگی اجتماعی آنها را عادلانه می‌داند.

مکفرسون استاد اقتصاد سیاسی دانشگاه تورنتو در مقدمه کتاب لویاتان درمورد چگونگی

بهره‌مندی هابز از روش گالیله در هندسه می‌نویسد:

۱. در هندسه با تجزیه امور هندسی به نقطه و خط و صفحه که همگی امور فرضی هستند، دست می‌یابیم و با این پیش‌فرض‌ها اصول اولیه هندسه استنباط می‌شود.

«آنچه(برای هابز) نیاز بود، روشی مرکب از دو بخش بود که هم نشان دهد چگونه به... قضایای ساده اولیه... رسیده و هم اینکه وقتی بدان رسیدیم با آنها چه کار کنیم. هابز این روش را در شیوه معمول گالیله یعنی روش «تجزیه‌ای-ترکیبی» یافت. بخش «تجزیه‌ای» روش دستیابی به قضایای ساده و اساسی مورد نیاز بود. بخش «ترکیبی» روش تأسیس قضایای پیچیده با ترکیب قضایای ساده بود»(ر.ک: مکفرسون در مقدمه هابز، ۱۳۸۱: ص ۲۷).

وضعیت تجزیه‌شده و فرض نبودِ روابط همان وضعیتی است که حقوق‌دانان طبیعی به آن وضعیت طبیعی می‌گویند. در این وضعیت چه قواعدی حکومت می‌کند سخنی است که موضوع گفت‌وگوی اندیشمندان است. همچنین، «با فرض دستیابی به قواعد، اینها چگونه با هم ترکیب می‌شوند» موضوعی است که مباحثی چون قرارداد اجتماعی به آن پاسخ می‌دهد.

از جمله نظریه‌پردازان معاصر که با این روش به چگونگی دستیابی به قواعد پرداخته است جان رالز است. وی معتقد است مطالعه عدالت در هر جامعه می‌تواند در سه سطح ساختار بنیادی جامعه، نهادها و قواعد سازنده نهادها صورت گیرد(رالز، ۱۳۸۷: ص ۱۰۵-۱۰۶) و در هر سطح، نوعی عدالت رسمی به معنای مدیریت بی‌طرفانه و سازگار با قانون و نهادها قابل بررسی است. روشن است چه بسا قانون و نهادها به نحو برابر و بی‌طرفانه اجرا شوند، اما ناعادلانه باشند و این به اصولی بستگی دارد که چهارچوب ساختار بنیادی جامعه بر پایه آنها بنا شده و حقوق و تکاليف و تقسیم امتیازات و منافع را تعیین می‌کند(همان: ص ۱۰۷). در برابر عدالت رسمی، عدالت واقعی مطرح است که توان و قوت ادعاهای عدالت رسمی با آن سنجیده می‌شود(همان: ص ۱۰۹). عدالت واقعی دارای دو اصل اساسی است که در وضع نخستین موردنپذیرش است. اصل نخست می‌گوید: هر شخص در گسترده‌ترین آزادی اساسی ممکن دارای حقی برابر است که با آزادی مشابه دیگران سازگار باشد. اصل دوم نیز می‌گوید: نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی باید به گونه‌ای ساماندهی شوند که اولاً، به نحو معقولی انتظار رود به سود همگان باشد و ثانياً، به مشاغل و مناصبی وابسته باشند که دسترسی به آنها برای همگان

امکان پذیر است. اصل نخست بر اصل دوم مقدم است، به این معنا که فروگذاری نهادهای آزادی برابر را نمی‌توان با کسب امتیازات اجتماعی و اقتصادی بیشتر توجیه یا جبران کرد(همان: ص ۱۱۲).

این دو اصل، وجهی از برداشت کلی تر عدالت هستند که براساس آن توزیع مطلوب‌های بنیادین ممکن می‌شود. توضیح آنکه ساختار جامعه به طور طبیعی به توزیع مطلوب‌های بنیادین می‌انجامد و این ساختار در یک وضع پیشینی فرضی به گونه‌ای تصور می‌شود که در آن همه مطلوب‌های بنیادین به‌نحو برابر یا عادلانه توزیع می‌شوند. به این معنا که همه حقوق و تکالیف مشابه دارند و درآمد و ثروت منصفانه توزیع می‌شوند. این وضع، شاخصی را برای داوری درباره پیشرفت‌ها و بهبود امور فراهم می‌کند. همه ارزش‌های اجتماعی مانند آزادی فرصت‌ها، درآمد و پایه‌های عزت‌نفس باید به‌نحو برابر توزیع شوند، مگر آنکه توزیع نابرابر به سود همگان باشد. اگر برخی نابرابری‌ها در ثروت یا قدرت‌های سازمانی، وضع یکایک افراد را بهتر از وضع آنها در این آغازگاه فرضی بسازد، آنگاه این نابرابری‌ها با مفهوم کلی عدالت منطبق است(همان: ص ۱۱۳). البته در این شرایط اولویت و ترجیح بنیادین در میان مطلوب‌های اولیه به عنوان یک ترجیح عقلانی، معامله آزادی‌های اساسی با پاداش‌های اقتصادی و اجتماعی را روا نمی‌دارد(همان: ص ۱۱۴). تنها دلیل محدود کردن حقوق معرف آزادی و کاستن از دامنه آزادی انسان آن است که این حقوق برابر که در قالب نهاد تعریف می‌شوند با یکدیگر تداخل داشته باشند(همان: ص ۱۱۵).

### ج- نظریه گفتمان

براساس نظریه عمومی گفتمان هم گزاره‌ها و هم هنجارها دارای ارزش صدق<sup>۱</sup> هستند و صدق در آنها، نه ازلحاظ مطابقت با واقعیت امور<sup>۲</sup>(نظریه تطابق)،<sup>۳</sup> بلکه به‌دلیل ظرفیت آن برای توافق(نظریه اجماع) معنا می‌یابد. با این تفاوت که در گزاره‌ها بر آن دسته از

1. Truth value

2. State of affairs

3. Correspondence theory

دعاوی اعتبار که استدلال پذیر نیستند، عدم توافق به وجود می‌آید که در گفتمان نظری به آن می‌پردازند، ولی بررسی صحت گزاره‌های هنجاری به‌طور خاص در گفتمان عملی صورت می‌گیرد. «عامل تعیین‌کننده صدق گزاره‌ها، امکان مطابقت آنها با سایر گزاره‌ها است» و این امر اجماع و توافق واقعی محسوب نمی‌شود، بلکه وفاقی است که براساس محکم بودن بهترین استدلال‌ها حاصل می‌شود. ارائه بهترین استدلال نیز براساس شرایط گفتاری ایدئال است که در آن نتیجه گفت‌وگو با هدایت قواعد گفتمان تضمین می‌شود. ویژگی این فرض ناواقع، پیش‌بینی شرایط گفتاری ایدئالی است که در شکل‌گیری یک گفت‌وگوی واقعی لازم است و به عنوان معیار سنجش اجتماعی تلقی می‌شود که در واقعیت حاصل می‌شود. این معیار نظریه گفتمان برای تعیین صحت اجماع و توافق حاصل شده در شرایط ایدئال است؛ بنابراین طبق نظر هابرماس «تنها می‌توان دعوی صحت هنجارهایی را داشت که تمامی طرف‌های توافق را در یک گفتمان عملی با مبنای جهان‌شمول‌سازی دخیل می‌دانند». این اخلاقی گفتمانی هابرماس به‌طور خاص از سوی رابرт الکسی به حوزه هنجارهای حقوقی تعمیم یافته است.

الکسی معتقد است از آنجاکه در نظریه گفتمان عام، معیاری شکلی برای حق ارائه می‌شود این رویکرد باید بر گفتمان حقوقی نیز حاکم باشد، هرچند به دلیل وابستگی آن به حقوق معتبر،<sup>۱</sup> شباهت کاملی به گفتمان اخلاقی ندارد. این الصاق گفتمان حقوقی مستلزم ظهور قواعد خاص گفتمان حقوقی مانند قواعد معناشناسی حقوقی،<sup>۲</sup> تكون حقوقی<sup>۳</sup> یا غایت‌گرایی<sup>۴</sup> در تفسیر حقوقی خواهد بود. همچنین، گفتمان حقوقی محدودیت‌هایی دارد که موجب می‌شود قواعد گفتمان عملی عام تضعیف شود و در بسیاری موارد نتوان به بیان روشن آنها پرداخت. از نظر الکسی، گفتمان‌های قضایی نیز نمونه‌ای از گفتمان عملی عام هستند. اگرچه طرف‌های دعوا به نفع خودشان استدلال می‌کنند و نه برای

1. Valid law.

2. Semantic

3. Genetic

4. Teleological Expression

کشف حقیقت، مهم این است که تلاش آنها ارائه استدلالی است که بتوان درباره آن به توافق رسید.

بعدها خود هابرماس نیز به رابطه میان استدلال حقوقی و گفتمان عملی پرداخته است. وی با اشاره به «نظریه استدلال حقوقی» الکسی [معیار] سنجش وی را توسعه داد و هرگونه استدلال حقوقی را در همه نمودهای آن، الگویی از گفتمان عملی دانست. به عقیده وی، با وجود صادقبودن نظریه گفتمان در حوزه حقوق نیازی به پرداختن نظام مند به نظریه گفتمان در حقوق نیست، بلکه باید این حوزه را مستقل از اخلاق مطالعه کرد. وی در این باره اصل گفتمان را تأسیس کرد که براساس آن «هنجارهایی معتبر است که تمامی مشارکت‌کنندگان احتمالی بتوانند در یک گفتمان عقلانی براساس اصول اخلاقی و دموکراسی درباره آنها با یکدیگر به توافق برسند»(Neumann, 2013: p 212-214).

نظریه گفتمان هابرماس بر پایه‌های انسان‌شناسی وی استوار است. او بر این باور است برای اینکه انسان را وادار به تأمل کرد، باید همانند روان‌شناسان با او وارد گفت و گو شد. از نظر هابرماس روان‌کاوی فرد را در مقابل مشکل خود قرار داده و او را وادار می‌کند به حادثه آن‌گونه که هست، فکر کند و نه آن‌گونه که از فیلتر تحریف‌شده زبان می‌گذرد(پیوزی، ۱۳۸۴: ص ۹۰-۹۳). این تأمل سبب می‌شود فرد رودرروی خود قرار گرفته و وضع موجود را نقد کند. در دوران مدرن نیز نهادها و دستگاه‌های ایدئولوژیک مانند زبان تحریف‌شده عمل می‌کنند و جامعه برای دستیابی به حقیقت لازم است با کنکاش، ریشه این زبان را پیدا کرده و نشان دهد که ریشه نابرابری موجود کجا است(احمدی، ۱۳۹۲: ص ۲۳۶-۲۳۷). به عقیده هابرماس این امر از طریق بررسی رابطه دانش و عقلانیت ممکن می‌شود. هنگام استفاده از تعبیر عقلانی، ارتباطی میان عقلانیت و دانشی که به‌طور طبیعی در قالب گزاره و گفتار بیان می‌شود مفروض پنداشته شده است(هابرماس، ۱۳۸۴: ص ۶۱). فرد هنگام ابراز عقیده دانشی لغتش پذیر را نشان می‌دهد که ممکن است خطا باشد که به آن ادعاهای اعتباری می‌گوییم. به گمان هابرماس فرایند حصول تفاهم متوجه توافقی است که شروط پذیرش مضمون یک گفتار را با انگیزه

عقلانی دربر دارد و توافق متکی به باور مشترک است؛ بنابراین، باید به دنبال چگونگی ایجاد باور مشترک عقلانی بود (احمدی، ۱۳۹۲: ص ۲۳۸-۲۳۹).

## د- ابزارگرایی

ابزارگرایی<sup>۱</sup> واژه‌ای با معانی مختلف است. ابزارگرایی در حوزهٔ فلسفهٔ علم دیدگاهی است که می‌گوید نظریه‌ها ابزارهای عملی سازمان‌دادن گزاره‌های مشاهده‌ای برای پیش‌بینی و استنتاج هستند (دراهوس، ۱۳۹۱: ص ۴۷۱). در این دیدگاه، نظریه‌ها از نظر روش، مفید هستند ولی درست و نادرست نیستند (همان: ص ۴۷۲). همچنین، ابزارگرایی گاه برای اشاره به فلسفهٔ پرآگماتیسم به کار می‌رود. ابزارگرایی در حقوق گاه به این معنا است که حقوق به‌طورکلی در ساختار اجتماعی ماهیت ابزاری دارد (همان). گاه نیز ابزارگرایی حقوقی در نظام حقوقی به کار می‌رود و به معنای توجه به اهداف و غایات است (Quevedo, 1985: p. 119). در این معنا ابزارگرایی در مقابل نظریهٔ حقوق طبیعی است (Green, 2010).

همچنین، ابزارگرایی گاه در مقابل صورت‌گرایی حقوقی است که تلاش می‌کند از طریق استنتاج منطقی از قواعد، حوزهٔ قواعد را توسعه دهد. آنچه در اینجا موضوع گفت و گو است، سطح قواعد بنیادین بوده و ابزارگرایی در مقابل حقوق طبیعی است. ابزارگرایی در سطح قواعد بنیادین به این معنا است که قواعد بنیادین به عنوان ابزارهای تحقق غایات هستند، نه اینکه این قواعد دارای ارزش ذاتی و طبیعی باشند. برای مثال، براساس دیدگاه برخی ابزارگرایان که دربارهٔ مالکیت به عنوان یک قاعدة بنیادین اندیشیده‌اند، قاعدة احترام به مالکیت خصوصی نه به عنوان یک حق پایه و بنیادین طبیعی، بلکه تأمین‌کنندهٔ ارزش‌های اخلاقی است (دراهوس، ۱۳۹۱: ص ۴۷۲).

## ۵- فهم قواعد فراحقوقی در ترابط و تعامل با قواعد درون‌حقوقی

قواعد فراحقوقی در نظریه مقاصد شریعت از طریق ترابط و تعامل امور بیرونی و درونی فقه و قواعد منصوص و عقلی و تجربی به دست می‌آید؛ از این‌رو، برای دستیابی به قواعد از طریق نصوص به تفسیر لفظی و استقرارا در احکام و ادلہ ازیکسو، و تحلیل عقلی از سوی دیگر، عمل می‌شود. برای مثال، برخی مقصیدگرایان با مسلم‌پنداشتن غایت برای احکام بر این باورند بی‌توجهی به غایت مطلوب یا به‌خاطر نداشتن علم فاعل به غایت است که این درباره خداوند محال است یا به‌خاطر عاجزبودن از دستیابی به غایت است که این نیز درباره خداوند، که قدرت مطلق دارد، ممتنع است و سبب عدم اراده و مشیت او به احسان به غیر است که این نیز با توجه به رحمان و رحیم‌بودن خداوند مستحیل است. همچنین، ممکن است سبب، وجود موافعی باشد که قصد و اراده او را مستحیل می‌کند که این امر نیز برای خداوندی که اراده مطلق دارد محال است، یا به‌خاطر این است که آن غایت با کمال منافات داشته که این نیز باطل و خلاف فطرت است. با توجه به این امور می‌توان نشان داد شارع در وضع قوانین رعایت مقاصد و مصالح را خواهد کرد (القططانی، ۲۰۰۸: ص ۲۹). اگر بتوان به درکی از این مقاصد و مفاسد رسید، ممکن است همچون قواعد بنیادین از آن در سطح تقنین، تفسیر، اجرا و نهادسازی بهره برد.

### گفتار سوم: توسعه قواعد بنیادین

توسعه قواعد بنیادین به این امر می‌پردازد که چگونه از قواعد بنیادین قواعد جزئی تر استخراج و استنباط می‌شود. پیش از بیان روش توسعه، توجه به این نکته لازم است که توسعه قواعد به دو صورت عرضی و طولی متصور است. در توسعه عرضی از قواعد بنیادین به قواعد هم‌عرض و هم‌ردیف قاعدة بنیادین که ممکن است از اجزای قاعدة اصلی باشد، دست می‌یابیم و در توسعه طولی قواعد به صورت تطبیق و اعمال به موضوعات جزئی‌تر می‌رسیم. شاید بتوان گفت در توسعه عرضی به اجزا و در توسعه طولی به موارد و مصادیق نظر داشته‌ایم. در هر صورت، آنچه اهمیت دارد بررسی شیوه‌های

این توسعه است. در ادامه روش‌های توسعه را پی‌می‌گیریم.

### الف- توسعه با تجزیه موضوع

یکی از روش‌های توسعه قواعد بنیادین، تجزیه موضوعی است. از آنجاکه هر قاعده دارای موضوعی است که حکم بر آن مترتب می‌شود، ممکن است با تجزیه و تحلیل موضوع، حکم نیز توسعه پیدا کند. برای نمونه می‌توان به تحلیلی اشاره کرد که باستیات در قاعده حفظ حیات ارائه می‌کند. وی حیات را هدیه‌ای از جانب خداوند می‌داند که شامل همه افراد می‌شود و آن را به حیات فیزیکی، فکری، و اخلاقی تقسیم می‌کند. از منظر باستیات حیات نمی‌تواند خود را به تنها یی حفظ کند و خالق حیات، به ما مسئولیت داده است تا آن را حفظ کرده و به توسعه و تکامل آن بپردازیم. حفظ، توسعه و تکامل حیات از طریق منابع طبیعی و قوایی صورت می‌گیرد که خداوند در اختیار انسان قرار داده است. انسان از طریق اعمال قوای خود به منابع طبیعی، آنها را به محصولات تبدیل و از آن استفاده می‌کند. این فرایند در راستای اینکه حیات در مسیر مشخص شده خود پیش برود ضروری است (Bastiat, 2001: p 1); بنابراین، حیات، قوا و تولید (شخصیت، آزادی و مالکیت) عناصر تشکیل‌دهنده انسان است. این سه هدیه از جانب خدا بر قانون‌گذاری بشری تقدم دارد و برتر از آن است (Ibid). باستیات نتیجه می‌گیرد که حیات، آزادی و مالکیت در نتیجه قانون‌گذاری به وجود نیامده است، بلکه پیش از قانون‌گذاری بشری وجود داشته است (Ibid, p. 2).

### ب- توسعه از طریق مقدمات و لوازم

یکی از شیوه‌های توسعه قواعد از توسعه مقدمی و بیان لوازم است. اصولیان در باب ملازمه صرف‌نظر از طرف اول ملازمه، که ممکن است حکم شرعی یا عقلی باشد، به این بحث پرداخته‌اند. برای مثال صاحب هدایةالمستر شدین که به‌طور مستقل و مفصل به این بحث وارد شده است، از دو مین حوزه مباحث عقلی خود با عنوان مسائل و ملازمات یاد می‌کند و در آن به دو شیوه توسعه حکمی که عبارت‌اند از رابطه وجوب شی و وجوب مقدمه و استلزم امر به شیء و حرمت نهی از ضد آن می‌پردازد. همان‌طور که روشن

است، این امر شیوه‌ای برای توسعه عقلی قواعد است. البته گفتنی است این شیوه هم در قواعد بنیادین و هم غیر آن کاربرد دارد (اصفهانی، بی‌تا: ص ۴۳۱). اندیشمندان غیرمسلمان نیز به این توسعه توجه داشته‌اند.

از جمله کسانی که براساس این شیوه به ترسیم مجموعه‌ای از قواعد پرداخته، هابز است. او حفظ نفس را محور استنباط قواعد بنیادین می‌داند و با متمایزکردن قوانین طبیعی از حقوق طبیعی، قانون طبیعی را قاعده‌ای کلی می‌داند که با عقل کشف می‌شود و انسان را از انجام فعلی که مغایر صیانت از نفس است منع می‌کند (هابز، ۱۳۸۱: ص ۱۶۱). وی قوانین طبیعی را ناشی از شرایط خاص انسان در وضعیت طبیعی ایشان می‌داند؛ شرایطی که در آن، وضعیت برابر انسان‌ها از لحاظ آزادی و اختیار و انگیزه حفظ نفس و تحصیل لذت منجر به جنگ همه‌گیر و در خطرافتادن نفس می‌شود. قواعدی که برای ادامهٔ حیات در این وضعیت طبیعی ضروری است، با عقل درک می‌شود (همان). اولین درک عقل جلوگیری از به خطرافتادن نفس و ادامهٔ حیات است و چنین شرایطی مستلزم این است که تاحدم‌مکن برای برقراری و حفظ صلح تلاش شود؛ بنابراین، قاعدةٔ بنیادین اول هابز ایجاد صلح و حفظ آن است. به عقیدهٔ هابز از دل قانون اول یعنی لزوم ایجاد صلح، قانون دوم استخراج می‌شود؛ مبنی بر اینکه باید برای حفظ صلح از حق مطلقی که انسان‌ها در وضعیت نخستین دارند، کاست و به همان میزان برای دیگران حق قائل شد (همان). پذیرش واگذاری بخشی از حقوق منجر به پذیرش قانون سوم یعنی وفای به عهد و پیمان می‌شود. در غیر این صورت این شرایط دوام نخواهد داشت (همان: ص ۱۷۰).

وی در ادامهٔ قواعد دیگری را نیز به ترتیب استخراج می‌کند و تا آنجا پیش می‌رود که در شرح وظایف حاکم تلاش می‌کند وظیفهٔ پرداخت مالیات را به حفظ حیات پیوند زده و قواعد جزئی‌تر مالیات را نیز از آن استخراج کند. به نظر او، مالیات بهایی است که افراد برای صیانت از جان خود و تأمین کار خویش باید پردازنند؛ به عبارت دیگر، مالیات چیزی نیست جز مزدهایی که باید به کسانی پرداخت شود که مناصب عمومی را برای حراست از افراد در مشاغل و حرفه‌های گوناگون تصدی می‌کنند. او با این تحلیل به این

نتیجه می‌رسد که پرداخت‌کنندگان مالیات باید برابر باشند، زیرا نفعی که هر کس در قبال آن دریافت می‌کند، بهره‌مندی از زندگی است و این امر به یک اندازه برای تهییدستان و توانمندان ارزشمند است. وی سپس تلاش می‌کند ضابطه خود را تقيید کند و ضابطه پرداخت مالیات را بحسب مصرف و نه به انباشت ثروت توجیه کند(همان: ص ۳۰۹).

#### ج- توسعه با توجه به میزان اهمیت قاعده

توسعه با توجه به اهمیت قاعده شیوه‌ای است که در نظریه مقاصد به کار گرفته شده است. در این روش مقاصد با تعیین ساختار موضوعی به اموری چون حفظ دین، حفظ نفس، حفظ نسل، حفظ مال و حفظ عقل معین می‌شود. پس از آن وسائل تحقق این مقاصد به صورت طولی به ضروری، حاجی و تحسینی طبقه‌بندی می‌شود. طرفداران نظریه مقاصد در اینکه کدام حکم در مرحله ضروری حاجی یا تحسینی است، به دو معیار شکلی و موضوعی توجه کرده‌اند. معیار شکلی بیشتر به پس از تشریع پرداخته و با توجه به امر و نهی شارع مرتبه وسیله را معین می‌کند. در معیار موضوعی به امر پیش از بیان شارع توجه می‌شود. در نتیجه مصلحت و مفسدہ در متعلق حکم لحاظ شده و با توجه به میزان اهمیت آن نوع وسیله تعیین می‌شود(عطیه، ۲۰۰۸: ص ۶۱).

#### د- توسعه به لحاظ تنوع ذات موضوع

برخی نظریه‌پردازان مقصدگرا، حوزه‌های موضوعی قواعد حقوقی را به حوزه فردی، خانوادگی، امت و انسانیت تقسیم کرده‌اند(همان: ص ۱۳۲). ایشان در حوزه فردی به مقاصد حفظ نفس، حفظ دین، حفظ عقل، حفظ عرض و حفظ مال پرداخته و در حوزه خانوادگی به مقصد نظم‌بخشی به روابط زن و مرد، حفظ نسل، دستیابی به مودت و رحمت، حفظ نسب، حفظ تدین در خانواده، نهادانگاری خانواده و تنظیم جنبه‌های مالی خانواده اشاره کرده‌اند. آنان در حوزه مربوط به امت به مواردی چون نهادانگاری امت، برقراری امنیت، اقامه عدل، حفظ دین و اخلاق، تعاون و همبستگی و همیاری، انتشار دانش و حفظ جنبه عقلانی امت، آبادانی و حفظ ثروت و در حوزه مربوط به انسانیت به مواردی چون ارتباط و همیاری و تکامل، تحقق خلافت عامه انسان، تحقق صلح جهانی

مبتنی بر عدالت و گسترش دعوت به اسلام اشاره کرده‌اند (همان: ص ۱۳۲-۱۶۴).

### هـ - غایت - وسیله

پیش از این اشاره شد که ابزارگرایی در معانی مختلفی کاربرد دارد. یکی از حوزه‌های کاربرد آن ابزارگرایی در مقابل حقوق طبیعی بود. در این معنا قواعد بنیادین ماهیت ابزاری برای رسیدن به غایات است. این نظریه در توسعه قواعد نیز کاربرد دارد. یعنی چه بسا با توجه به قواعد پایه بتوان قواعدی را استخراج کرد که در تحقیق قاعده بنیادین نقش اساسی داشته باشد.

### و- مقصد - وسیله

در نظریه مقاصد، شریعت پس از اثبات مقاصد پنج یا شش گانه به وسائلی می‌پردازند که در تأمین آن مقاصد اهمیت دارد. نظریه پردازان مقاصدی بر این باورند که مقاصد اموری است که در ذات خود دارای مصلحت است و وسائل، راه‌های رسیدن به آن مصلحت است. رابطه وسیله با مقصد براساس قاعده مقدمه واجب توجیه شده است (همان: ص ۱۲۴). البته گاه وسیله دارای مقصد تبعی نیز است که در این صورت علاوه بر وسیله‌بودن در ذات خود نیز دارای مصلحت است. برای مثال، در نظام عبادی، وضو هم مصلحت ذاتی دارد و هم خود وسیله‌ای برای مقصدی با عنوان نماز است (همان). با این منطق، ممکن است وسائل به صورت طولی توسعه یابد. با این توضیح که هر امری نسبت به ماقبل خود وسیله محسوب می‌شود تا آنکه به مقصد قبلی متصل شود (همان).

این وسائل در سه سطح ضروری، حاجی و تحسینی طبقه‌بندی می‌شود و هریک از آنها نیز به اصلی، تبعی و مکمل تقسیم می‌شوند. برای مثال، یکی از مقاصد، حفظ نفس است که در آن وسائل سه گانه‌ای وجود دارد. تحصیل مقدار معینی از غذا که موجب حفظ شده و فقدان آن منجر به هلاکت می‌شود، ضروری و دستیابی به غذا به صورت مناسب، وسیله حاجی و چگونگی غذاخوردن و آداب آن، تحسینی محسوب می‌شود (عطیه، ۲۰۰۸: ص ۵۴-۵۳).

همچنین، برخی دیگر مراتب این وسائل را پنج گانه ضرورت، حاجت، منفعت، زینت

و زائد(فضول) دانسته‌اند(همان: ص ۵۷).

### ز- توسعه براساس لوازم روش

هابرماس در تبیین حقوقی که برای شکل‌گیری گفتمان عقلانی ضروری است، از پنج مقوله حق نام می‌برد. مقوله نخست به حق بینادین افراد درباره بیشترین میزان ممکن آزادی‌های فردی بازمی‌گردد. فقط مقرراتی مشروعيت دارند که شرایطی را بر آورده کنند تا به موجب آن حقوق هر کس با حقوق برابر برای همه مطابقت دارد. مقوله دوم به موقعیت اعضای جامعه در اجتماعات ارادی گروه‌های زیرنظر قانون مربوط است. وضع مقررات حقوقی نیازمند حق‌هایی است که عضویت فرد را در اجتماع شهروندان معین تنظیم می‌کند. مقوله سوم حق‌ها به حمایت قانون از فرد بر می‌گردد و اینکه قانون تمامی افراد را زیر چتر حمایت خود خواهد داشت. این امر مستلزم تضمین شیوه‌های امکان دادخواهی است. همچنین، ویژگی اجباری بودن قانون مستلزم این است که در موارد تعارض حقوق رویه‌های خاص برای تفسیر و اجرای قانون موجود به شیوه‌ای الزام‌آور وجود داشته باشد. مقوله چهارم حق‌ها به حقوق بینادین راجع به فرصت‌های برابر درباره مشارکت در فرایند شکل‌گیری اراده و فکر است که در آن شهروندان استقلال سیاسی خود را به اجرا می‌گذارند و از این طریق به وضع قانون مشروع همت می‌گمارند. شرایطی که به موجب آن شهروندان می‌توانند قضاوت کنند که آیا قانون مصوب آنها مشروعيت دارد یا نه، باید در پرتو اصل گفتمان تضمین شود. این هدف با حقوق سیاسی بینادین و مشارکت در فرایندی عملی می‌شود که فکر و اراده قانون‌گذار را تشکیل می‌دهد. مقوله پنجم حق‌ها، حقوق بینادین به مهیابودن برای زندگی در شرایط اجتماعی، تکنولوژیکی و تأمین محیطی است(Habermas, 1998: p 123-128).

### نتیجه‌گیری

در این مقاله تلاش شد به طور خلاصه به چهار پرسش درباره وجود و مفاد قواعد بینادین، منبع و روش تحصیل آنها و چگونگی توسعه این قواعد پاسخ داده شود. همان‌طور که

روشن شد، پاسخ به پرسش‌های ذکر شده بستگی به زیرساخت‌های نظری مکاتب و نظریه‌ها دارد. در نوشتار حاضر صرف نظر از تنوع و تعدد مکاتب و نظریه‌ها، این مسائل خاص پیگیری شد. در بخش وجود قواعد بنیادین بیان شد که در بسیاری از نظریه‌ها و مکاتب، قواعد بنیادین به صورت‌های مختلف پذیرفته شده است که البته سنخ آنها متفاوت است. همچنین، در حوزه منابع با توجه به دیدگاه‌ها به اموری چون عقل، تجربه، شهود و توافق‌های اجتماعی پرداخته شد و راه‌های مختلف توسعه قواعد نیز از قبیل تحلیل فلسفی ماهیت انسان، تجزیه و ترکیب و اخذ به لوازم و استلزمات بررسی شد. آنچه گفته شد، در سطح فلسفی و فراحقوقی است. اینکه چنین قواعدی چگونه در نظام حقوقی منعکس می‌شود یا با فرض انعکاس، چگونه دارای ضمانت اجرا شده و با این فرض، ضمانت اجرای مناسب چیست؛ پرسش‌های دیگری است که در جای خود باید بدان پرداخت.

از گفته‌های اصولیان در بحث از مسائل پیش یا خارج از نص بهویژه با نگاه به حوزه‌هایی چون قواعد عقلی، قواعد عرفی و سیره خردمندان بر می‌آید بحث از قواعد بنیادین فراحقوقی در نظام حقوقی اسلام نیز امکان دارد. البته باید توجه داشت قواعد بنیادین در فضایی فراحقوقی قابل مطالعه است و در این سطح امر بیانی وجود ندارد؛ بنابراین، منبع قواعد بنیادین برخلاف قواعد عادی حقوقی نمی‌تواند امر لفظی باشد، بلکه در این سطح تنها منابعی چون عقل، تجربه، شهود، توافق‌های خردمندانه و مانند آن در دسترس است. با این وجود، بحث از قواعد بنیادین در نظام حقوقی اسلام نیز ممکن است و می‌توان روش‌شناسی قواعد بنیادین پیش از شریعت را بررسی کرد. در اینجا امری که بتواند منبع قواعد جزئی قرار گیرد یک سخن است و پذیرش و حجیت آن سخن دیگر. همچنین، با فرض پذیرش مصالح و مفاسد واقعی، اگر بتوان به درکی از این مصالح و مفاسد رسید ممکن است همچون قواعد بنیادین از آن در سطح تقینی، تفسیر، اجرا و نهادسازی بهره برد. تمکن به قواعد بنیادین و قابل مقایسه با رویکرد اندیشمندان مقصودگرای است که پس از استخراج مقاصد کلی شریعت، از آنها در تبیین و تفسیر قواعد حقوقی استفاده می‌کنند.

درباره روش دستیابی به قواعد بنیادین چهار نظریه مطرح شد. برخی همچون آکویناس

و بعدها اسپینوزا تلاش کرده‌اند با استفاده از تعریف منطقی فلسفی انسان به جنس و فصل و عرض و بررسی اشتراکات انسان با جسم و حیوان به قواعد بنیادین دست یابند. برخی دیگر همچون هابز، لاک و رالز با استفاده از روش هندسی تجزیه و ترکیب تلاش کرده‌اند جامعه انسانی را به عنوان امری مرکب در نظر بگیرند و با این فرض که می‌توان روابط اجتماعی را گستته پنداشت، به انسان در حالت اتمیک یا نخستین که همان فرد بریده از روابط است، دست یابند. به این صورت قواعد حاکم بر انسان بریده از روابط استخراج و در سطحی دیگر برای وارد کردن چنین انسانی به زندگی اجتماعی نیز قواعد مناسب استخراج می‌شود. نظریه سوم را هابر ماس و الکسی مطرح کرده‌اند که براساس آن در صورت فراهم کردن شرایط معینی درباره گفت‌وگوی اجتماعی، قواعد مطلوب با مشارکت دموکراتیک همه اعضای جامعه و از طریق گفت‌وگوی عقلانی حاصل می‌شود. نظریه چهارم، رویکردی ابزارگرایانه به قواعد بنیادین دارد و آنها را به عنوان ابزارهای تحقق غایات می‌داند نه قواعدی با ارزش ذاتی و طبیعی که باید کشف شوند.

در ادامه، درباره روش‌شناسی توسعه قواعد بنیادین و چگونگی استخراج قواعد حقوقی جزئی از آنها در دو سطح توسعه عرضی و توسعه طولی سخن گفته شد. در توسعه عرضی از قواعد بنیادین به قواعد هم‌عرض و هم‌ردیف قاعدة بنیادین دست می‌یابیم و در توسعه طولی قواعد از طریق تطبیق و اعمال بر موضوعات جزئی، قواعد حقوقی استخراج می‌شود. با توجه به مباحث مطرح شده از سوی اندیشمندان در این حوزه چند روش قابل تفکیک است. برخی همچون باستیات به روش تجزیه موضوعی تمسک کرده‌اند. وی با این روش از قاعده بنیادین حفظ حیات، قواعد هم‌عرضی همچون آزادی و مالکیت را استخراج می‌کند. همچنین، برخی اندیشمندان اصولی از روش توسعه مقدمی و بیان لوازم به عنوان شیوه‌ای برای توسعه عقلی قواعد بهره برده‌اند. این روش از سوی برخی اندیشمندان غیر مسلمان همچون هابز نیز اتخاذ شده است. نیز به روش مقصدگرایان در توجه به میزان اهمیت قاعده و رویکرد مقصدوسیله اشاره شد. در نهایت، برخی پیروان نظریه گفتمان به توسعه قواعد بنیادین براساس لوازم روشی تحقق گفتمان مطلوب

پرداخته و قواعد حقوقی را استنباط کردند.

### کتاب نامه

۱. احمدی، امید. ۱۳۹۲. «مبانی نظری مشروعيت قانون». رساله جهت اخذ درجهٔ دکتری در رشته حقوق عمومی. به راهنمایی محمد راسخ و حسین رحمت‌اللهی. دانشگاه تهران پردیس فارابی.
  ۲. اصفهانی، شیخ محمد تقی. بی‌تا. هدایة المسترشدین. بی‌جا.
  ۳. آلتمن، اندره. ۱۳۸۵. درآمدی بر فلسفه حقوق. ترجمهٔ بهروز جندقی. قم. مؤسسهٔ آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
  ۴. پیوزی، مایکل. ۱۳۸۴. یورگن هابرمان. ترجمهٔ احمد تدین. تهران. نشر هرمس.
  ۵. دراهوس، پیتر. ۱۳۹۱. فلسفهٔ مالکیت فکری. ترجمهٔ محمود حکمت‌نیا و همکاران. تهران. انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشهٔ اسلامی.
  ۶. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. ۱۳۷۳. مبانی جامعه‌شناسی. تهران. انتشارات سمت.
  ۷. رالز، جان. ۱۳۸۳. عدالت به مثابه انصاف. ترجمهٔ عرفان ثابتی. تهران. ققنوس
  ۸. ———. ۱۳۸۷. نظریهٔ عدالت. ترجمهٔ محمد‌کمال سروریان و مرتضی بحرانی. تهران. پژوهشکدهٔ مطالعات فرهنگی و اجتماعی.
  ۹. الزركشی. بی‌تا. البحرالمحيط. ج. ۵. الكويت. وزاره الاوقاف والشؤون الاسلامية.
  ۱۰. عطيه، جمال‌الدین محمد. ۲۰۰۸. نحو تفعیل مقاصد الشريعة. الولايات المتحدة الأميركية. المعهد العالمي للفكر الاسلامي.
  ۱۱. القحطانی، مسفر بن علی. ۲۰۰۸. الوعى المقاصدى. بيروت. الشبكة العربية للابحاث و النشر.
  ۱۲. مظفر، محمدرضا. ۱۳۷۰. اصول الفقه. ج. ۱. قم. انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیہ قم.
  ۱۳. هابرمان، یورگن. ۱۳۸۴. نظریهٔ کنش ارتباطی. ترجمهٔ کمال پولادی. تهران. انتشارات روزنامه ایران.
  ۱۴. هابز، توماس. ۱۳۸۱. لویاتان. ترجمهٔ حسین بشیریه. تهران. نشر نی.
15. Aquinas, Thomas. Summa Theologica. Part II. Treatise on Law. Q. 94. a.2.
16. Bastiat, Frederic. 2001. The Law. Foundation for Economic Education.
17. Finnis, John. 2011. Natural Law and Natural Rights. Oxford University Press.
18. Fuller, L. 1964. The Morality of Law. Yale Un. Press.
19. Green, Leslie. 2010. 'Law as a Means'. in P Cane (ed.). The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century. Hart Publishing. Oxford.

20. Habermas, Jürgen. 1998. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. MIT Press.
21. Harris, Phil. 2007. An Introduction to Law. Cambridge University Press.
22. Kainz, Howard P. 2004. Natural Law: An Introduction and Re-examination. Open Court Publishing.
23. Morgan, Michael L. 2006. The Essential Spinoza: Ethics and Related Writings. Hackett Publishing.
24. Neumann, Ulrich. 2013. «Discourse Theory». in: Christopher Berry Gray (ed). The Philosophy of Law: An Encyclopedia. Routledge.
25. Pavell, Ivan. 2013. On The Wrong Track: How the West is becoming similar to the Soviet Union. AuthorHouse.
26. Quevedo, Steven M. 1985. 'Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory'. 73 Cal. L. Rev. 119.
27. Spinoza, Baruch. 1984. Ethics. Commodius Vicus.
28. Taekema, Sanne. 2003. The Concept of Ideals in Legal Theory. Springer.
29. Tolk, Andreas. 2012. Ontology. Epistemology. and Teleology for Modeling and Simulation: Philosophical Foundations for Intelligent M&S Applications. Springer.
30. Watson, Alan. 2001. The Evolution of Western Private Law. The Johns Hopkins University Press.
31. Wollheim, Richard. 1968. "Natural Law". in The Encyclopedia of Philosophy. Pual Edwards(edt).Vol. 5. New York.

