

مسأله عدم قطعیت در نظریه حقوقی معاصر

سید محمدعلی حجتی^{۱*}، حسین رحمانی^۲

۱. دانشیار گروه فلسفه دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۲. کارشناس ارشد گروه فلسفه دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۲/۶/۲۷

دریافت: ۱۳۹۲/۱/۱۷

چکیده

باور به عدم قطعیت در حقوق، باور به وجود گزاره‌هایی در حقوق است که با اتکا به منابع فعلی حقوق، نه قابل تأیید و نه قابل تکذیب باشند. در نظریه حقوقی می‌توان سه رویکرد مجزا در تبیین منشأ عدم قطعیت شناسایی کرد: اول رویکرد وجودی، دوم رویکرد زبانی و سوم رویکرد معرفتی. این رویکرد سه‌گانه را در فلسفه نیز جهت تبیین مسأله ابهام می‌توان یافت. در این مقاله، پس از نگاهی کلی به رویکردهای سه‌گانه در فلسفه و نظریه حقوقی، به اشتراکات میان این رویکردها پرداخته شده، امکان اتخاذ رویکرد چهارمی که دربرگیرنده سه رویکرد پیشین باشد بررسی گردیده است.

واژگان کلیدی: حقوق، عدم قطعیت حقوقی، رویکرد وجودی، رویکرد زبانی، رویکرد معرفتی

۱. مقدمه

دو عامل اصلی، عدم قطعیت در حقوق را به مسأله‌ای عمده در فلسفه حقوق تبدیل کرده



است. عامل اول، اهمیت و گستردگی مسأله عدم قطعیت در منطق و فلسفه زبان است که منجر به سرایت طبیعی بحث، از خاستگاه منطقی-فلسفی به حوزه‌های دیگر از جمله حقوق و فلسفه حقوق گشته است. عامل دوم و مهم‌تر، عدم قطعیتی است که قضات و حقوقدانان به طور سنتی و از بدو تشکیل نظام‌های حقوقی با آن مواجه بوده‌اند و منجر به پدید آمدن راهکارها و سبک‌های متعدد و مختلف جهت مقابله با این پدیده گردیده است؛ چرا که به علت ابهام و روشن نبودن مضمون بعضی از قوانین به علل مختلف، قضات در حل اختلافات دچار تردید می‌شوند.

اما منظور از عدم قطعیت در حقوق چیست؟ در مقاله حاضر ضمن تلاش برای فهم مفهوم عدم قطعیت در حقوق، به نزاعی پرداخته می‌شود که در دوران معاصر میان نظریه‌پردازان حقوقی راجع به این مسأله خاص رخ داده است و در این راستا ابتدا به طرح مسأله در این باب پرداخته می‌شود و سپس به نظریات و رویکردهایی پرداخته می‌شود که از سوی سه نظریه‌پرداز نام‌دار حقوقی ارائه گردیده است.

۲. طرح مسأله

در اواسط دهه هفتاد میلادی، هربرت هارت، فیلسوف مشهور حقوق، اظهار داشت که ایراد اصلی در نظریه حقوقی^۱ را یافته است. وی دلمشغولی و توجه بیش از اندازه نظریه‌پردازان حقوقی بر رویه قضایی^۲ را ایراد اصلی نظریه حقوقی بر شمرد؛ امری که به باور او باعث برداشتهای نادرست از ماهیت حقوق و امر قضا گشته بود. این گرایش به باور وی ما را به سوئی می‌برد که در آن حقوق یا کابوسی وحشتناک خواهد بود و یا رویایی غیر قابل دسترس [۱].

الیور وندل هولمز، اندیشمند حقوقی آمریکایی، کسی بود که هارت در آثارش جلوه کابوس‌وار از حقوق را می‌دید. هولمز در آثارش می‌کوشید تا این تصور کلیشه‌ای را که

1. legal theory
2. jurisprudence

حقوق مجموعه‌ای از اصول و قوانین آسمانی و سرمدی است که قضات در هر پرونده‌ای آن‌ها را کشف و با به کار بستن قواعد منطق بر امور جزئی اعمال می‌کنند، از اذهان بزداید. وی بر این باور بود که حتی اگر فرض شود حقوق برگرفته از اصولی ازلی و ابدی است، قضات در اعمال این اصول بر موارد جزئی کار چندان آسانی در پیش ندارند؛ زیرا آنان در امر قضاوت و حل و فصل اختلافات، متکی بر «تجارب» و نظام‌های «ارزشی» خود نیز هستند. در دیدگاه وی، آرای دادگاه‌ها خیلی بیشتر از آنچه پیشتر تصور می‌شد وابسته به شخصیت روانی، دیدگاه‌های سیاسی و جهان‌بینی قضات است و حقوق هرگز امری ثابت و جامد نبوده که بتوان یکجا آن را توصیف کرد، بلکه امری سیال و متغیر است و صرفاً می‌توان آن را «تخمین» زد. لذا میزان زیادی عدم قطعیت در آن دیده می‌شود و این‌که هرگز نمی‌توان آرای دادگاه‌ها را به نحو قطعی پیش‌بینی کرد شاهدهی بر این مدعا است [۲، ص ۴۶۱].

با الهام از آرای این فیلسوف حقوق، گرایشی تحت عنوان رئالیسم حقوقی^۱ در نظریه حقوقی غالب گشت که طرفداران آن، حقوق را تابعی از نظر قضات می‌دانستند و قوانین و اصول حقوقی حداکثر «منابع حقوق»^۲ دانسته می‌شدند که با عنایت به آن‌ها می‌توان با احتمال و تقریب حقوق را تخمین زد.

در نظر هارت، مبتنی کردن حقوق بر آرای قضات به نحو گسترده، آن هم قضاتی که دارای اختیارات زیادی هستند، هرگز با اصل حاکمیت قانون سازگار نیست. هارت به تصویر رویایی از حقوق نیز اشاره کرد؛ تصویری از حقوق که بیش‌تر در آرای رونالد دورکین دیگر فیلسوف حقوق مشاهده می‌کرد؛ فیلسوفی که مترصد احیای تئوری حقوق طبیعی^۳ شده بود. اگرچه دورکین لزوماً به وجود اصول و قوانین ازلی و ابدی و غیرمتغیر عقیده نداشت، ولی بنا به دیدگاه وی هر مسأله یا پرونده حقوقی، به معنای یک سؤال حقوقی است که یک و فقط یک جواب درست دارد که قاضی مسؤول یافتن

1. legal realism
2. sources of law
3. natural law



آن است.

در مقابل این دو نظریه، هارت خود را ارائه‌دهنده نظریه‌ای میانه‌رو و معتدل معرفی می‌کند. به نظر هارت، نظریه هولمز از این جهت افراطی و مبالغه‌آمیز می‌نمود که در آن قضات دارای اختیارات و صلاحید^۱ بسیار زیادی هستند، چه این‌که طرفداران آن بر این باور بودند که فقط در تعداد بسیار اندکی از پرونده‌ها و دعاوی حقوقی یک و فقط یک پاسخ صحیح قابل احراز است. از طرف دیگر در دیدگاه دورکین، قضات دارای صلاحید بسیار اندکی هستند؛ چرا که وی بر این عقیده است که تمام مسائل حقوقی یک و فقط یک جواب درست دارد که قضات مسؤول کشف آن هستند.

دورکین نیز از دیگر سوی، نظریه خود را متمایز از نظریه هارت و هولمز و واقع‌بینانه‌تر از آن‌ها می‌داند. به باور وی این سؤال که قضات تا چه حد توسط قوانین کنترل می‌شوند وابسته به پاسخ سؤال بنیادی‌تری است و آن این‌که تا چه حد حقوق قطعی است؟ و این‌که آیا حقوق دارای خلأ است؟

وی بر آن است که برخلاف عقیده هولمز و هارت که حقوق را کلاً یا بعضاً دارای خلأ می‌دانند، هیچ‌گونه خلئی در حقوق وجود ندارد. به باور وی، در واقع، باور به عدم قطعیت در حقوق، مستلزم اعطای صلاحید زیاد به قضات است. اما اگر حقوق فاقد هرگونه خلأ- چه معنایی و چه وجودی- باشد، آنگاه مبنا و محملی برای قول به صلاحید گسترده قضات وجود ندارد [۳، ص ۱۴-۱۶].

در مقام داوری در میانه این نزاع، با این سؤال مقدر مواجه می‌شویم که اگر خلئی در حقوق وجود دارد، منشأ آن چیست؟ هولمز، هارت و دورکین، هرکدام جواب‌های متفاوتی به این سؤال می‌دهند.

هارت در سال ۱۹۵۸ و در مقاله «پوزیتیویسم و جدایی حقوق و اخلاق [۴، ص ۵۹۳]» مثال معروفی را با نام قانون منع ورود وسایل نقلیه به پارک وارد گفتمان تئوری حقوقی کرد که از آن زمان تاکنون محل بحث قرار گرفته است. هارت در آن مثال فرض می‌کند

1. discretion

که قانونی تصویب شده که مطابق آن ورود وسایل نقلیه به پارک‌ها مطلقاً ممنوع است و با مجازات مواجه می‌شود. فرض این است که الفاظ قانون فوق کاملاً واضحند. با وجود این، چنان‌که در ادامه توضیح داده خواهد شد، هارت تلاش دارد نشان دهد که عدم قطعیت امری است که حتی در دقیق‌ترین و روشن‌ترین قوانین رخ می‌دهد.

فرض کنید که رویه دادگاه‌ها این است که اتومبیل را مصداقی از «وسیله نقلیه» می‌شناسند، لکن اسکیت را مصداقی از وسیله نقلیه نمی‌شناسند. حال تصور کنید که یک قاضی با پرونده‌ای مواجه شده است که در آن فردی که با دوچرخه وارد پارک شده متهم شده است. مسأله حقوقی در این‌جا این است که: «آیا دوچرخه مصداقی از وسایل نقلیه است یا خیر؟»

به نظر می‌رسد در این پرونده شاهد خلئی در حقوق هستیم، به این معنا که پاسخ این پرونده - علیرغم علم به اطلاعات مرتبط با اطلاق - نامشخص است. دست‌کم دو راه برای تبیین این خلأ وجود دارد. راه اول راهی است که هارت پیمود و آن این است که منشأ اصلی عدم قطعیت حقوقی، ساختار ناتمام^۱ زبان حقوقی است. بنا به دیدگاه هارت ساختار ناتمام اصطلاحات حقوقی، عامل بروز خلأهایی است که قضات با استفاده از صلاحدید و قوه تشخیص مصلحت خویش باید پر کنند. به عبارت دیگر، قانون مشخص نمی‌کند که آیا دوچرخه مشمول حکم منع ورود وسایل نقلیه می‌شود یا خیر و از آن‌جا که بافت یا ساختار عبارت حقوقی - زبانی «وسیله نقلیه» آن قدر متعین نیست تا تمام مصادیقش همواره روشن باشد قضات باید با توجه به مصلحت، حکم مقتضی را صادر کنند.

راه دوم تبیین این خلأ، راهی است که هولمز اتخاذ کرد و آن این است که منشأ این خلأ، نه زبان و ساختار ناتمام آن، بلکه خود نظام حقوقی و شاکله آن است. به عبارت دیگر، هارت منشأ عدم قطعیت را سمانتیکی می‌داند و هولمز منشأ آن را وجودی

۱. ساختار ناتمام یا open texture اصطلاحی است که اولین بار فردریک وایزمن (۱۹۵۶-۱۸۹۶) فیلسوف انگلیسی زبان به کار برد [۵، ص ۱۲۲-۱۵۱].



می‌داند. مطابق دیدگاه هولمز عدم قطعیت ذاتی حقوق است و قضات اساساً با امری که ذاتاً غیر متعین است سر و کار دارند.

در دیگر سوی این نزاع، دورکین معتقد است که حقوق نه مبتلا به خلأ زبانی است و نه دچار خلأ وجودی یا ذاتی و آنچه خلأ به نظر می‌رسد صرفاً شک و شبهه‌ای قضایی است. ممکن است قضات در پاسخ به این سؤال که آیا دوچرخه مصداقی از وسیله نقلیه است یا خیر دچار شبهه شوند، اما این با قطعیت و انسجام حقوقی نیز دقیقاً سازگار است [۶]؛ چه این‌که پیدا نکردن جواب، دلیل بر نبودن جواب نیست و اگر قاضی جواب درست را نمی‌داند می‌تواند با استفاده از «اصول اخلاقی سیاسی»^۱ راه صحیح را در دشوارترین لحظات بیابد.

مثال منع ورود وسایل نقلیه به پارک به خوبی خطوط اختلاف این سه نظریه‌پرداز را نشان می‌دهد. هولمز دارای رویکرد وجودی، هارت دارای رویکرد زبانی و دورکین دارای رویکرد معرفتی است. در ادامه به بررسی و تحلیل مفصل‌تر این سه رویکرد می‌پردازیم.

۳. رویکردهای سه‌گانه در برابر عدم قطعیت

۳-۱. رویکرد وجودی

دیدگاه وجودی در حقوق، کار خود را با توصیف حقوق به مثابه یک موجود عینی آغاز می‌کند: نهادی اجتماعی و ساخته دست انسان‌ها. در توصیفی که از این موجودیت ارائه می‌شود به شرایطی اشاره می‌شود که بستر ایجاد سؤالات بی‌پاسخ حقوقی می‌گردد و در این راه بر خلأها و شکاف‌های غیر قابل انکار در تمام نظام‌های حقوقی تأکید می‌گردد. باور به وجود این خلأها هرگز امر جدیدی در نظریه حقوقی نیست. به‌عنوان مثال نظریه‌پردازان بزرگ حقوق طبیعی همچون توماس آکویناس ضمن پذیرش وجود این خلأها، بر نقش

1. principles of political morality

اصول کلی اخلاقی در پر کردن خلأهای حقوقی توسط قضات تأکید داشتند. در سال‌های اخیر موضوع خلأهای حقوقی به موازات موضوع ارزش صدق گزاره‌های حقوقی بررسی می‌شود و در این چارچوب، سؤال وجودی^۱ این‌گونه طرح می‌شود که چه چیز گزاره‌های حقوقی را صادق می‌گرداند؟ یا به عبارت بهتر صدق‌ساز گزاره‌های حقوقی چیست؟ [۷، ص ۸۵]. در این‌جا پذیرش خلأ در ساختار حقوق خود را به صورت پذیرش خلأ در ارزش‌های صدق گزاره‌های حقوقی نشان می‌دهد تا جایی که گزاره‌های حقوقی دیگر تابع اصل «یا صادق یا کاذب» نخواهند بود و برخی گزاره‌های حقوقی، نه صادقند و نه کاذب. بحث از این‌به اصطلاح «ارزش سوم» در آثار رئالیست‌های حقوقی و پیروان مکتب انتقادی حقوقی^۲ بسیار به چشم می‌خورد.

ریشه بحث‌ها راجع به خلأ ارزش صدق و عدم قطعیت حقوقی را می‌توان در یکی از رسالات ارسطو، یعنی رساله در باب گزاره، آن‌جا که درباره جنگ دریایی سخن می‌گوید جست [۸]. ارسطو می‌گوید گزاره‌هایی که راجع به زمان حاضر یا زمان گذشته هستند ضرورتاً صادق یا کاذبند، اما هرگاه موضوع شخصیه و آنچه بدان متصف می‌شود مربوط به آینده باشد اوضاع متفاوت است. گزاره «فردا جنگ دریایی رخ می‌دهد» را در نظر بگیرید. این گزاره، پس فردا، یا صادق خواهد بود و یا کاذب؛ چرا که در روز قبل از آن، یا جنگ دریایی واقع شده یا نشده؛ اما امروز که شرایط وقوع یا عدم وقوع واقعه متولد نشده، این گزاره نه صادق است و نه کاذب. ارسطو بر این عقیده است که ارزش صدق گزاره‌های مربوط به آینده، تا رسیدن زمان مقرر، تصمیم‌پذیر^۳ نخواهد بود و رخدادهای آتی صدق یا کذب گزاره فوق را معین خواهند کرد.

چارلز سندرس پیرس فیلسوف آمریکایی، بر مبنای نظریات ارسطو راجع به گزاره‌های آینده و با نظام‌مند کردن آن‌ها، منطقی سه ارزشی ایجاد کرد که گرچه تمام قواعد سنتی منطق در مورد گزاره‌های راجع به زمان گذشته و زمان حال جاری است، اما گزاره‌های

1. ontic question
2. critical legal scholars
3. decidable



ممکن، نظیر گزاره‌های راجع به وقایع آینده مستلزم تعدیل منطق دوارزشی هستند. پیرس ارزش‌سومی را به این گزاره‌ها نسبت داد؛ گزاره‌هایی که نه خودشان و نه نقیضشان ارزش صدق متعینی ندارند. هولمز در صورت‌بندی ایده‌هایش راجع به تئوری حقوق خود، به این مباحث پیرس توجه داشت. وی بر آن بود که گزاره‌های حقوقی شبیه به گزاره‌هایی هستند راجع به این‌که آیا فردا جنگ دریایی رخ خواهد داد یا خیر؟ و به‌شدت با این برداشت از حقوق مخالفت ورزید که حقوق قابل فروکاهیدن به مجموعه قوانین و رویه‌های حقوقی است. در نظر او این منابع حقوق صرفاً فراهم آورنده دلایل و انگیزه‌هایی برای قضات در صدور رأی خود هستند، لکن رأی قاضی قابل فروکاهیدن به آن‌ها نیست. هرچند قوانین سابق بر یک پرونده روشن باشد اظهارنظر درباره رأی دادگاه، متضمن گزاره‌های امکانی نظیر گزاره راجع به جنگ دریایی فردا است که صدق و کذب در آینده و با صدور رأی توسط دادگاه تعیین خواهد یافت. به عبارت دیگر، قانون قطعی راجع به هر موضوعی منحصراً توسط قاضی آن پرونده ایجاد خواهد شد. مقررات مصوب مجلس، اصول حقوقی و موازین اخلاقی، همه و همه به‌عنوان ابزارهای راهگشا در «پیش‌بینی» قانون به کار حقوقدان می‌آیند، اما آن‌ها خود قانون نیستند [۹، ص ۱۵۳-۱۶۲].

حقوقدانان پژوهشگرانی اجتماعی هستند که وظیفه اصلی‌شان جمع‌آوری اطلاعات از طریق مطالعه منابع حقوق جهت پیش‌بینی رفتار آتی دادگاه‌ها است. بنا به نظر هولمز وضعیت حقوق پیش از تصمیم دادگاه تماماً نامتعیین و سیال است و فقط پس از آن متعیین می‌شود.

۳-۲. رویکرد سمانتیکی

اگر شکاف‌ها و خلأهای حقوقی را ناشی از زبانی‌بدانیم که حقوق با آن بیان می‌شود و نه ناشی از ساختار خود حقوق، رویکردی سمانتیکی را در تبیین عدم قطعیت اتخاذ کرده‌ایم. مطابق این رویکرد، زبان مورد استفاده در قوانین و مقررات آنقدر غیردقیق

است که مقتضی امر ابهام‌زدایی و ایضاح^۱ توسط قاضی باشد و رأی نهایی دادگاه معنای عبارات و اصطلاحات به کار برده شده در قوانین را روشن خواهد کرد. به‌عنوان مثال، کاربرد عبارت «وسیله نقلیه» در قانون منع ورود وسایل نقلیه به پارک در مورد دوچرخه، تابعی از تصمیم قاضی پرونده است و تصمیم‌گیری قاضی در مورد این پرونده عاملی در تکمیل معنای عبارت وسیله نقلیه در نظام حقوقی خواهد بود؛ عبارتی که تا پیش از طرح این پرونده و تصمیم قاضی، معنایش آنقدر قطعی و متعین نبود تا مشخص باشد آیا دوچرخه، مصداقی از وسیله نقلیه هست یا نه؟ هارت استدلال می‌کند که تمامی قواعد حقوقی دارای ساختاری ناتمام هستند و بدین ترتیب تمام قواعد در مورد دو گروه از پرونده‌ها اعمال خواهند شد: وی گروه اول را پرونده‌های واضح^۲ می‌نامد که اعمال قاعده در مورد آن‌ها روشن و آسان است و گروه دوم را پرونده‌های حاشیه‌ای^۳ که اعمال قاعده در مورد آن‌ها مبهم و پیچیده است [۱۰، ص ۱۲۳].

هارت در بخش اعظمی از ایده‌هایش راجع به ساختار ناتمام زبان، وامدار فردریک ویزمن است. وی در مقاله‌ای تحت عنوان تأییدپذیری^۴ [۵، ص ۱۲۳-۱۵۱] برای اولین بار از «ساختار ناتمام» زبان علم سخن به میان آورد و این‌که تقریباً تمام مفاهیم تجربی، این پدیده را از خود به نمایش می‌گذارند به نحوی که امر تعریف دقیق و کامل آن‌ها را غیرممکن می‌سازد.

به‌عنوان مثال، مفهوم تجربی همچون «طلا» را در نظر آورید. ویزمن بر این عقیده است که از یک سو آزمایش‌هایی وجود دارند که در آن‌ها با اعمال برخی شاخص‌ها و استانداردهای تجربی می‌توان تعیین کرد که آیا فلان قطعه فلزی دارای خواص شیمیایی طلا است یا خیر؟ از سوی دیگر، آزمایش‌هایی نیز وجود دارند که می‌توانند نشان دهند آیا قطعه فلز مزبور تشعشعات رادیویی داخل در طیف طلا را از خود ساطع می‌کند یا خیر؟ با این حال، غیرممکن نیست اگر یک قطعه فلز در آزمایش‌های دسته اول، از خود

1. clarification
2. core cases
3. penumbral cases
4. verifiability



خواص طلا را نشان دهد، لکن در آزمایش تشخیص تشعشعات، امواجی غیر از امواج مخصوص به طلا از خود ساطع کند. به نظر وایزمن، صرف امکان این سناریو، برای اثبات ناتمامیت^۱ تعاریف ما از طلا کفایت می‌کند.

ساختار ناتمام مفاهیم تجربی تعریف آن‌ها را با دقت ۱۰۰ درصد محال می‌سازد. به همین ترتیب این ناتوانی، تأیید و اثبات کامل گزاره‌های تجربی را نیز محال می‌سازد. از آن‌جا که طلا نمی‌تواند با دقت ۱۰۰ درصد تعریف شود، گزاره «آن قطعه فلز طلا است» نمی‌تواند تماماً و قطعاً تأیید شود و به عبارت دیگر هرگز نخواهیم توانست تمامی ادله و شواهدی را که جهت صادق یا کاذب گرداندن گزاره‌های شامل آن مفاهیم، لازم است بیان کنیم. به قول وایزمن:

«ساختار ناتمام، خصیصه بنیادین اکثر، و نه تمام، مفاهیم تجربی است و این ساختار آن‌ها ما را از تأیید قطعی اکثر گزاره‌های تجربی باز می‌دارد. یک گزاره تجربی راجع به مواد طبیعی را در نظر بگیرید. مفاهیم تجربی به کار رفته در آن، تعاریف جامع و مانعی ندارند. این بدان معنا است که ما قادر نخواهیم بود تمام شرایط و وضعیت‌های اظهار پذیری^۲ آن‌ها را پیش‌بینی کنیم. همواره یک احتمال [پیش‌بینی نشده] ولو ضعیف باقی خواهد ماند که یک عامل مرتبط با کاربرد آن مفهوم از قلم افتاده باشد و این نیز به نوبه خود به این معنا است که ما نمی‌توانیم با دقت کامل، تمام وضعیت‌های ممکن را که گزاره مربوط در آن‌ها صادق یا کاذب است پیش‌بینی کنیم. همواره حاشیه‌ای از شک و عدم اطمینان باقی خواهد ماند. لذا فقدان تأیید قطعی مستقیماً ناشی از ساختار ناتمام اصطلاحات مورد بحث است» [۵، ص ۱۲۷].

لازم است توجه داشته باشیم که وایزمن ایده‌های خود در باب ساختار ناتمام را در پاسخ به دیدگاه تأییدگرایی^۳ و خصوصاً در رد نظریه‌ای که اشیای مادی را به داده‌های حسی فرو می‌کاهد ارائه می‌کند. با این حال دامنه این بحث منحصر به مسأله تأیید و

1. incompleteness
2. assertability
3. verificationism

اثبات گزاره‌های تجربی نماند. وایزمن بعدها اذعان کرد که ساختار ناتمام، خصیصه تمام مفاهیم و نه فقط مفاهیم تجربی است. در کتاب اصول فلسفه زبان می‌گوید: «هیچ مفهومی صرفنظر از زمینه‌ای که در آن به کار می‌رود نمی‌تواند به صورت کاملاً جامع و مانع، تعریف شود و هیچ مفهومی نمی‌تواند آنقدر روشن شود که دیگر مجالی برای شبیه و تردید باقی نماند» [۵].

اما وایزمن این وضعیت را نامطلوب نمی‌داند، بلکه برعکس آن را در پاسخ به غالب شرایط و وضعیت‌های زندگی روزمره موفق ارزیابی می‌کند. به نظر وی ما تمام سناریوهای ممکن را که طلا در آن‌ها به کار خواهند رفت در نظر نمی‌گیریم، چرا که غالباً تعریف فعلی ما برای اهداف و نیازهای فعلی مان کفایت می‌کند. اگر شرایطی غیر قابل پیش‌بینی رخ دهد تعریفمان را با توجه به مسائل رخ داده شده حک و جرح خواهیم کرد. اما تا پیش از آن، صبر کرده، از تعریف نسبی فعلی استفاده می‌کنیم؛ تعریفی که صرفاً وسیله مناسبی است و در هنگام لزوم در تغییر و اصلاح آن وسیله تردید نخواهیم داشت.

هیچ زبان و نیز هیچ نظامی از قوانین نمی‌تواند آنقدر مجهز و دقیق باشد که مجالی برای هیچ شک و شبهه‌ای باقی نگذارد و برای تمام احتمالات آماده باشد. این به علت ساختار ناتمام زبان است که مفاهیم دائماً نیازمند تعدیل و باز تعریف نسبی هستند و در حقوق این پدیده خود را به صورت پرونده‌های مشکل و پیچیده‌ای نشان می‌دهد که دقیق‌تر کردن مفاهیم مبهم را می‌طلبد.

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، هارت در بسط ایده‌های خود به نحو گسترده‌ای متأثر از وایزمن است. وی در کتاب «مفهوم حقوق» مدلی کلی از قواعد حقوقی را بررسی می‌کند که دارای ساختاری ناتمام بوده، خلأها و شکاف‌های آن تنها و تنها با رخ دادن حوادث خاص و جزئی کشف و پر می‌شوند. هرگز نمی‌توان تعریفی چنان تام و کامل ارائه کرد تا از پس هر سناریوی ممکن در آینده برآید و در هر وضعیت ممکن بتوانیم شرایط صدق را تشخیص دهیم [۱۰].



- با توجه به موارد پیشگفته، استدلال هارت را می‌توان چنین صورتبندی کرد:
۱. زبان طبیعی دارای ساختی ناتمام است.
 ۲. جوامع در تدوین قوانین از زبان طبیعی استفاده می‌کنند.
 ۳. از آنجا قوانین مشتمل بر اصطلاحات و عبارات زبان طبیعی هستند آن‌ها نیز به همان میزان دارای ساختی ناتمام هستند.
 ۴. به میزانی که قوانین دارای ساخت ناتمام باشند، منجر به ایجاد موارد حاشیه‌ای می‌شوند.
 ۵. در موارد حاشیه‌ای، کاربران زبان (در این‌جا قضات) در اعمال قوانین و حل و فصل مسائل حقوقی دچار تردید و شبهه می‌شوند. چرا که کاربرد عبارات و اصطلاحات در موارد حاشیه‌ای متعین و قطعی نیست.
- این‌که قضات در فرضیه ساخت ناتمام زبان، مسؤولیت تعیین معنای لغتی را که در یک قانون به کار رفته است بر دوش می‌گیرند، وجه تسمیه این رویکرد به‌عنوان سمانتیکی است. رویکردی که خلاً حقوقی را به مثابه نابسندگی و ناتمامی‌هایی در ساختار معنایی زبان حقوقی می‌شناسد.

۳-۳. رویکرد معرفتی

رویکردهای وجودی و سمانتیکی به مسأله عدم قطعیت به قاضی در هیأت تدوین‌کننده قانون نگاه می‌کنند؛ مقامی که نقشش ایجاد قانون در تمامی مواردی است که نظام حقوقی به هر دلیل از ارائه پاسخ ناتوان است.

اما رویکرد معرفتی، مسأله عدم قطعیت را توهمی بیش نمی‌داند. اگرچه قضات در رسیدگی به پرونده‌های سخت حقوقی، دچار تردیدها و شبهات زیادی می‌شوند، اما این بدان معنا نیست که حقوق یا زبانی که آن را بیان می‌کند دچار خلاً است و در یک کلام، ناتوانی دریافت پاسخ به معنای نبود پاسخ نیست.

رونالد دورکین، نظریه‌پرداز اصلی این دیدگاه، در طول سالیان دراز فعالیتش،

مستمرأ بر این نکته تأکید ورزیده که همیشه یک و فقط یک پاسخ صحیح در مسائل حقوقی - ولو در پرونده‌های سخت- وجود دارد.

دلیل وی جهت اتخاذ این موضع، روشن و صریح است: برداشت هر فرد از یک نظام حقوقی این است که تمامی اطراف هر دعوا، دارای حقوق از پیش تعیین شده‌ای هستند که قضات در جریان دادرسی، پرده از رخسار آن برمی‌کشند و صرفاً آن را نشان می‌دهند، نه این‌که آن را ایجاد کنند. قاضی عرفاً مقامی شناخته نمی‌شود که با رأیش ایجادکننده یا تعیین‌کننده حقوق و تکالیف باشد. رأی قاضی صرفاً حقوق و تکالیفی را که طرفین دعوا پیش‌تر داشته‌اند اجرایی و نافذ می‌سازد. به عبارت دیگر، رأی قاضی واجد ماهیتی اعلامی^۱ است، نه تأسیسی^۲. در غیر این صورت و با پذیرش این دیدگاه که قاضی با رأیش شکل‌دهنده حقوق و تکالیف افراد است آنگاه افراد، مشمول مجازات تخطی از تکالیفی می‌شوند که در هنگام تخطی وجود نداشته و این همان عطف بماسبق شدن قوانین است که در تمام نظام‌های حقوقی امری مذموم و ناپسند به شمار می‌رود و در تضاد با قوانین اساسی هر نظام دمکراتیک است.

دورکین در مقابل خلأهایی که در نظریه هارت بدان اشاره شد، به مفهومی به اسم «اصول اخلاقی سیاسی» توسل می‌جوید. این اصول به مکتوبات و متون فروکاهیده نمی‌شوند و ضرورتاً بخشی از قوانین موضوعه و مدون نیستند، اما با این حال، جزو منابع حقوق شمرده می‌شوند که می‌توانند در تصمیم‌گیری پرونده‌های سخت و موارد حاشیه‌ای تعیین‌کننده باشند. نمونه‌ای که دورکین در خصوص اعمال این اصول در تصمیم‌گیری‌های قضایی فراپیش می‌نهد، پرونده‌ای است که در دادگاهی در شهر نیویورک در سال ۱۸۸۹ مطرح می‌شود.

مسأله این پرونده این بود که آیا مردی که پدر بزرگش را به قتل رسانده بود از اموالی که مطابق وصیت پدر بزرگش به وی تعلق می‌گرفت بهره‌مند می‌شود یا خیر. مطابق قوانین وقت، موصی‌له قاتل از سهم خود در وصیت پدر بزرگش برخوردار

1. declarative
2. constitutive



می‌شد، اما دادگاه علیرغم وجود این قوانین او را مستحق اموال وصیت شده ندانست؛ با این استدلال که اصول و قواعد برتر حقوق، مانع صدور رأی در بهره‌مندی موصی‌له قاتل از اموال موصی مقتول خواهد بود، مخصوصاً این اصل که «هیچ‌کس نباید از شرارت خود مستحق چیزی شود». دورکین سپس به این نکته اشاره می‌کند که هرچند رأی دادگاه موجه بود، لکن هیچ قانون مکتوبی این رأی را توجیه نمی‌کرد. مبنای دادگاه در صدور رأی هرگز به صورت مدون درنیامده بود، بلکه قاعده‌ای نانوشته و انتزاعی بود. با این حال، این قاعده به‌عنوان یک منبع حقوق برای قاضی دسترس‌پذیر بود. این رویه سپس توسط دادگاه‌های دیگری نیز پی گرفته شد [۱۱].

مسأله مهم بنا به نظر دورکین این است که رأی دادگاه، فراتر از صرف یک تفسیر قضایی رفت و به عبارت دیگر نمی‌توان گفت که قانون نوشته‌ای در این پرونده مورد تفسیری ولو موسّع قرار گرفت، بلکه عملاً به نفع قاعده برتر کنار گذاشته شد؛ قاعده برتری که هرچند به صورت قانونی نوشته شده در نیامده بود، لکن پیش از صدور رأی وجود داشت.

تئوری پاسخ انحصاری صحیح دورکین به لحاظ مفهومی با تئوری وی راجع به مبنای حق مرتبط است که مطابق آن، حتی زمانی که هیچ قاعده مدونی نیست تا دعوی را فیصله دهد، همچنان می‌توان - با اتکا بر پاره‌ای اصول - یکی از اطراف دعوا را محق پیروزی در دعوا دانست [۱۱، ص ۸۱]. مسؤولیت قاضی در این موارد کشف است، نه وضع؛ هرچند کشف حق در این موارد امری خطیر بوده، مقتضی به‌کارگیری بینش حقوقی عمیقی است.

پاسخ صحیح پاسخی است که قاضی با «کشف» حقوق «پنهان» و نه «وضع» قوانین «ناموجود» به آن می‌رسد. در تئوری پاسخ صحیح انحصاری، پاسخ صحیح قضات ناشی از تفسیر صحیحی است که قاضی از نظام حقوقی در کلیتش ارائه می‌دهد. اما ماهیت و مختصات این به اصطلاح تفسیر صحیح چیست؟

قضات باید نه فقط به «قانون مرتبط» توجه کنند، بلکه باید به «اصول و قواعد کلی حقوق» و پیشینه و رویه قضایی راجع به موضوع نیز توجه کنند. لذا نه فقط خلأ حقوقی وجود ندارد، بلکه با وفور و تراکم منابع مواجهیم. بر قاضی است که از میان اصول و قواعد متعدد موجود، آن اصلی را که مجرای اعمالش موضوع فعلی می‌باشد با تفسیر صحیح انتخاب کند و نظریه پاسخ انحصاری ناظر بر همین فرایند تفسیر است. هدف قضات در فرایند تصمیم‌گیری قضایی، ارائه تفسیری در دعاوی است که حقوق را به زیباترین و اخلاقی‌ترین وجه ممکن نشان می‌دهد.^۱

دورکین کار قضایی را با وضعیتی مقایسه می‌کند که در آن قرار است چند نویسنده، در کار نوشتن یک رمان با هم همکاری کنند؛ به این نحو که ابتدا نویسنده اول فصل اول را بنویسد، سپس نویسنده دوم فصل دوم را و همین‌طور تا نویسنده آخر و البته باید تمام تلاش خود را مصروف این کنند که در انتها، رمانی منسجم و یکدست ارائه کنند. وی اسم این وضعیت را رمان زنجیره‌ای^۲ می‌گذارد [۱۲، ص ۱۶۷]. به باور وی تدریجاً کار تألیف سخت‌تر و حساس‌تر می‌شود. نویسنده دوم با توجه به آنچه نویسنده اول نگاشته است و نویسنده سوم با توجه به آنچه دو نویسنده قبلی نگاشته‌اند، هرکدام باید دست به تدوین فصلی بزنند که هم متناسب با فصل یا فصل‌های قبلی باشد و هم در زیبایی اثر در کلیتش مؤثر افتد و این میسر نمی‌شود جز با توجه نویسندگان به فصل یا فصل‌های قبلی و به‌کارگیری خلاقیت خویش در ایجاد بهترین اثر ممکن.

دورکین نقش رویه قضایی و فعالیت تفسیری قضات را شبیه به وضعیت رمان زنجیره‌ای ارزیابی می‌کند. وقتی قاضی دیوان عالی با دو پاسخ متفاوت و متعارض توسط دو دادگاه در مورد یک مسأله حقوقی واضح مواجه می‌شود، به باور دورکین در وضعیت مشابه نویسندگان دوم و سوم و... در رمان زنجیره‌ای قرار می‌گیرد و باید

۱. و این فقط هنر یک انسان خواهد بود که چنین تفسیر زیبایی را از مجموعه‌ای نامنظم از قوانین نوشته ارائه کند؛ کاری که هرگز قابل فروکاهیدن به اعمال قواعد کلی بر موارد جزئی با استفاده از قواعد منطقی صورتی نیست.

2. Chain Novel



تصمیم نهایی‌اش را مبتنی بر چنان تفسیری از حقوق در کلیتش کند که حقوق را امری منسجم و یکپارچه جلوه‌گر سازد، نه مجموعه‌ای از قوانین و قواعد پراکنده و غیرمتناسب [۱۳، ص ۲۲۵ و ۲۷۵]. به عبارت دیگر، قاضی مورد بحث باید تصمیمات قضات دیگر در زمان‌های گذشته و همچنین ارزش‌ها و آرمان‌های نظامی را که در آن قضاوت می‌کند پیش چشم خویش قرار دهد و در این راه باید دو اصل اساسی را مورد توجه قرار دهد؛ اصل‌هایی که افراط در اعمال هرکدام می‌تواند منجر به تفریط در دیگری گردد و به اصطلاح با هم تزاخم دارند: نخست اصل ارائه تفسیری در بیش‌ترین هماهنگی با رویه قضایی. دوم اصل ارائه تفسیری حائز بیش‌ترین هماهنگی با اصول عقلانیت و اخلاق سیاسی.

کار قاضی در به‌کارگیری اصل نخست، شبیه نویسندگان متأخر رمان زنجیره‌ای است؛ ولی در به‌کارگیری اصل دوم، کار وی بیش‌تر شبیه نویسندگان متقدم در زنجیره است. توضیح آن‌که با دقت در مثال رمان زنجیره‌ای درمی‌یابیم که نویسنده اول در تألیف فصل اول با نوشته و اثری پیش از خود مواجه نیست و لذا بیش از آن‌که با توجه به اصل ارائه اثر منسجم و یکپارچه در قید و بند آثار پیشینانش باشد باید اصل ارائه اثری زیبا و ادبی مدنظرش باشد. برعکس، نویسنده آخر، بیش و پیش از آن‌که به تألیف نوشته‌ای بدیع و نوآورانه توجه کند لازم است به فصل‌های قبلی و به داستان در کلیتش چشم بدوزد تا قطعه نهایی پازل را با حداکثر تناسب و انسجام بر سر جای خود بگذارد.

نباید پنداشت که نظریه حقوقی دورکین صرفاً نظریه‌ای توصیفی است و حائز جنبه تجویزی^۱ نیست. برعکس، او می‌خواهد توصیفی از یک تفسیر قضایی مطلوب ارائه کند که لزوماً همان چیزی نیست که در عمل اتفاق می‌افتد. وی این تفسیر قضایی مطلوب را «تفسیر سازنده»^۲ نام می‌نهد. تفسیر سازنده، تفسیری است که مشتمل بر انتساب هدف^۳

1. prescriptive
2. constructive interpretation
3. purpose

به موضوع تفسیر^۱ است.

مراد از این هدف، بیش از آن‌که غرض و مقصود مؤلف باشد، هدفی است که توسط مفسر «ساخته می‌شود» و تفسیر سازنده، هدف‌دار ساختن موضوع تفسیر توسط مفسر است؛ به نحوی که موضوع تفسیر با توجه به رده و دسته‌ای که بدان متعلق است، اثری منسجم، قابل فهم و زیبا جلوه‌گر شود [۱۳، ص ۵۲].

تزام دو اصل محدودیت^۲ و خلاقیت^۳ که دورکین آن را تزام بیان اصول تناسب^۴ و ارزش^۵ نیز می‌نامد [۱۲ و ۱۳]، مسأله‌ای بسیار مهم در تفسیر وی به شمار می‌رود. در بعد محدودیت یا تناسب، نگاه مفسر رو به گذشته است. این بدان معنا است که در این ساحت، تفسیر محدود به تمام الفاظ متن خواهد ماند. در عین حال، مفسر نباید این را از نظر دور بدارد که نتیجه فعالیت تفسیری باید در ارائه تصویری روشن و شفاف از متن، خواننده را یاری دهد و هرگز نباید چارچوب و محتوای اثر نادیده گرفته شود. ممکن است در شرایطی قرار گیرد که در آن چند تفسیر متفاوت، همزمان می‌توانند در ارائه تفسیری منسجم و هماهنگ مؤثر افتند. در این وضعیت، اصل دوم تفسیر، یعنی اصل خلاقیت یا ارزش باید معیار و راهنمای مفسر در رجحان یک تفسیر بر سایر تفاسیر رقیب باشد [۱۳، ص ۲۳۱].

از سوی دیگر، اگر اصل اول، ضامن شرایط شکلی و صوری است، اصل دوم ضامن شرایط ماهوی تفسیر است. در اصل دوم، نگاه مفسر رو به آینده است؛ یعنی توجه به این مهم که کار مفسر در آینده توسط مفسران دیگر ادامه پیدا می‌کند و لذا فرایند دادرسی مطلوب، مشتمل بر نگاه به گذشته و در عین حال نگاه به آینده به نحو توأمان است. نگاه به گذشته به این معنا است که قاضی در ارائه تفسیر و صدور رأی باید به پیشینه و گذشته نظام حقوقی توجه دقیق داشته باشد تا حکمی صادر نکند که با

-
1. object of interpretation
 2. constraint
 3. creativity
 4. fit
 5. value



نظام حقوقی مورد بحث و مختصات آن در ناهماهنگی و تضاد و لذا تصمیمی فاقد توجیه قانونی باشد و نگاه به آینده هم بدین معنا است که قوانین نوشته و تصمیمات پیشین، قاضی را آنقدر ساکن و دست و پا بسته نسازد که او را از ارائه تصمیمی متناسب با شرایط روز بازدارد و رأیی صادر کند که از اساس با حکمت قانون در تقابل است. راهنمای قاضی در این راه، اصل خلاقیت و ارزش است.

بار دیگر به قانون منع ورود وسایل نقلیه به پارک باز می‌گردیم و دیدگاه خاص دورکین راجع به آن را بررسی می‌کنیم. سؤال این است: اگر در «وسیله نقلیه» دانستن «دوچرخه» دچار شبهه و تردید شویم راهکار فائق آمدن بر این تردید چیست؟ فرض کنید مدعی‌العموم^۱ نظر بر مجرم بودن فردی که با دوچرخه وارد پارک شده است دارد و متهم نیز در دفاع می‌گوید که دوچرخه نمی‌تواند مصداقی از وسیله نقلیه مورد نظر قانونگذار به شمار بیاید. به عقیده دورکین در اینجا استناد به اصل اول، یعنی اصل محدودیت در مقام صدور رأی کمکی به قاضی نمی‌کند. در عوض قاضی باید به هدف و تصویب قانون فوق توجه و تمرکز کرده، میان دو تفسیر ارائه شده، «تفسیر صحیح» را برگزیند. دورکین می‌گوید:

«ممکن است کسی بگوید که غرض از تصویب این قانون، مصون نگه داشتن فضای پارک از آلودگی هوا و آلودگی حقوقی است که بر اثر آمد و رفت خودروها ایجاد می‌شود و دوچرخه، نه عامل آلودگی صوتی است و نه عامل آلودگی هوا. فرد دیگری می‌تواند بگوید که مقصود از تصویب قانون فوق، جلوگیری از برهم خوردن آرامش پارک بوده است؛ آرامشی که حرکت سریع هرگونه وسیله نقلیه آن را برهم می‌زند. در این شرایط، اگر تفسیر اول را بپذیریم ورود دوچرخه مجاز و اگر تفسیر دوم را بپذیریم ورود دوچرخه ممنوع دانسته می‌شود. آیا واضح نیست که با بررسی عرف، نیازها و اقتضائات روز و دغدغه‌های جامعه در هنگام تصویب قانون فوق، تفسیر اول را تفسیر معقول‌تر و مقبول‌تری در خواهیم یافت؟» [۷، ص ۹۰].

1. public prosecutor

دورکین بر آن است که نظام باورهای سیاسی هر فرد باعث می‌شود یک پاسخ، درست و پاسخ دیگر نادرست دانسته شود و در حقیقت، برداشت‌های متفاوت از اصول و ارزش‌ها عامل تهافت آرای قضایی است، نه عدم قطعیت زبانی و یا خلأ وجودی در خود حقوق.

۴. نتیجه‌گیری

آنچه گذشت شرحی بود از سه نظریه رقیب در تبیین عدم قطعیت حقوقی. دو نظریه به ریشه‌یابی آنچه عدم قطعیت می‌نامند در ساختار حقوق و یا در زبان حقوق می‌پردازند و در نظریه دیگر، رویکردی معرفتی را در تبیین آنچه عدم قطعیت پنداشته می‌شود ملاحظه می‌کنیم. دو نظریه اول، مبدأ و منشأ عدم قطعیت را در حین تصویب قانون ریشه‌یابی کرده‌اند، لکن نظریه معرفتی آن را در زمان تفسیر آن قانون در دادگاه و توسط قاضی مورد توجه قرار می‌دهد.

این سه نظریه، نماینده سه جریان عمده فکری در نظریه حقوقی هستند. نخست رئالیسم حقوقی متأثر از آرای هولمز، دوم پوزیتیویسم حقوقی منشعب از آرای هارت و مکتب تفسیری حقوق متأثر از آرای دورکین. نزاع میان این سه جریان فکری حقوقی در سراسر نیمه دوم قرن بیستم دیده می‌شود و تاکنون نیز فروکش نکرده است. با این حال به نظر می‌رسد این سه نظریه آن‌چنان در تضاد نباشند که ضرورتاً قبول یکی، رد دیگری را در پی داشته باشد. می‌توان با دورکین همصدا شد و بر آن بود که در بسیاری موارد آنچه خلأ حقوقی خوانده می‌شود صرفاً ناشی از یک پندار و تصور است و با بینش دقیق‌تر درخواهیم یافت که منابع حقوق محدود به مجموعه قوانین نوشته شده نیست و منابع گسترده و وسیع حقوق، سؤال ما را بی‌پاسخ نمی‌گذارند. همزمان می‌توان با هارت هم‌رأی بود که هیچ‌گاه نمی‌توان تعریفی چنان جامع، مانع و روشن ارائه کرد که امکان هرگونه تردید و شبهه را بزدايد و در هر شرایطی اقتضای مفهوم مورد نظر مشخص باشد. می‌توان با هولمز نیز هم‌عقیده بود که حقوق واقعی را



نه بین صفحات کتاب‌ها بلکه در دادگاه‌ها باید دید و حس کرد. از سوی دیگر، به جرأت می‌توان گفت که فصل مشترک و نقطه اتحاد هر سه نظریه، تأکید بر نقش خطیر و سازنده شخص قاضی در گشودن گره از پرونده‌های غامض و مهم حقوقی است. هر قدر قوانین و مقررات به هنگام تصویب خوب و واضح نوشته شوند و هر قدر تلاش شود مجموعه قوانین فراگیر و کارآمد باشند، باز هم نمی‌توان شاهد بروز برخی مسائل حاد و پیچیده نبود که تنها دست هنرمند قاضی حکیم، قادر به گشودن گره آن‌ها خواهد بود.

این نکته ما را به این نتیجه رهنمون می‌سازد که لازم نیست در زمینه عدم قطعیت قائل به یک سه‌وجهی نامطلوب باشیم و خود را ناگزیر از انتخاب یکی از سه رویکرد پیشگفته بدانیم، بلکه می‌توانیم راه چهارمی را برگزینیم که به نحوی دربردارنده شهودها و نظریات هر سه رویکرد باشد. این‌که منشأ عدم قطعیت چه وجودی دانسته شود، چه معرفتی و چه زبانی، در عمل هیچ تفاوتی نمی‌کند و نتیجه‌ای که از هر سه نظریه حاصل می‌آید این است که متون نوشته قانونی نمی‌توانند همواره تمامیت و قطعیت را برای حقوق به ارمغان آورند.

می‌توان گفت برآیند هر سه نظریه این است که نمی‌توان از ایده ماشین قضاوت یا برنامه کامپیوتری قضاوت دفاع کنیم. اگر بخواهیم قضاوت و داوری حقوقی و قضایی را به عملکرد یک برنامه کامپیوتری فروبکاهیم در پرونده‌های بغرنج و پیچیده حتماً با مشکل جدی روبه‌رو خواهیم بود و لزوماً به یک جواب عادلانه و حتی مرتبط نمی‌رسیم و این مسأله نشانگر این واقعیت است که تفکر کامپیوتری و ماشینی نیز (ولو توسط انسان به کار گرفته شود) کارکرد صحیح قضاوت را به نمایش نمی‌گذارد. در مورد پرونده‌های سخت و مهم لازم است قاضی چشم از گذشته فروبندد و و بدون رجوع به فرمول‌ها و دستورالعمل‌های کلی و از پیش حساب شده، مسأله را با ذهنیت و بینش صحیح و عمیق حل کند. وی نباید از تفکر فلسفی به‌راسد و یا توسط عرف حاکم به خاطر این‌که مسائل حقوقی را نه همچون مسائل ریاضی توسط فرمول‌های از پیش

تعیین شده، بلکه از طریق ورود به تأملات فلسفی و اخلاقی حل می‌کند سرزنش شود. با عنایت به این‌که وجود حقوق را نمی‌توان کاملاً از فهم آن و یا از بیان آن جدا کرد، می‌توان گفت اصرار به تمایز سه‌گانه و قول به ضرورت وجود سه رویکرد متمایز در مسأله عدم قطعیت حقوقی، بی‌وجه به نظر می‌رسد. از دیگر سوی در هر سه رویکرد موجود، به خطیر بودن نقش قاضی و جایگزین ناپذیر بودن بینش و ذهنیت قاضی در حل مسائل حقوقی اشاره می‌شود و این ما را به سوی قسمی اتحاد یا به عبارت دیگر یک ریشه مشترک هدایت می‌کند. این ریشه مشترک را می‌توان در این دیدگاه ارائه کرد که ماهیت و اساس عدم قطعیت را پیش‌بینی‌ناپذیری^۱ وقایع و نابسندگی بودن حساب و کتاب در حل همه مسائل تشکیل می‌دهد و این مسأله همزمان دارای ابعاد وجودی، معرفتی و زبانی است و معلوم نیست چرا قول به یک جنبه باید نفی جنبه یا جوانب دیگر را دربرداشته باشد؟

مطابق این فصل مشترک، قاضی - حداقل در پاره‌ای موارد - باید خود را در شرایط حضور در جزیره‌ای تصور کند که در آن هیچ قانون نوشته‌ای وجود ندارد و طرفین اختلاف، قاضی را به‌عنوان یک حاکم واقعی و تام‌الاختیار، مرجع حل اختلاف فی‌مابین خود قرار می‌دهند و از او می‌خواهند عدالت و انصاف را تشخیص دهد. قاضی در این وضعیت نباید از خود رفع تکلیف کرده، حل مسأله را منوط به وجود و در دسترس بودن قوانین مصوب کند. قاضی مثال ما اگر میل و جرأت تفکر مستقل و فلسفی را در خود پرورش نداده و به غنای فکری نرسیده باشد در حل مسأله ناتوان خواهد بود و این، یعنی حل مسائل در حقوق مستلزم حضور «ذهنیت^۲» است. حقوق نمی‌تواند بی‌نیاز از انسان و خلاقیت او باشد. مسائل غیرمترقبه و پیش‌بینی نشده هر لحظه در حال وقوعند و تمام برنامه‌ها و حساب و کتاب‌های ما را به چالش می‌کشند. حقوق را نمی‌توان تماماً عینی^۳ و آفاقی گرداند. اگرچه نمی‌توان منکر قطعیت حقوق در موارد

1. unpredictability
2. subjectivity
3. objectivity



بسیاری گردید، لکن عنصری ذهنی و انفسی در حقوق وجود دارد که نباید از آن اجتناب کرد، بلکه از قضا حضور آن را باید به فال نیک گرفت و بیش از پیش شناخت.

۵. منابع

- [1] Hart H.L.A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, 11 *Georgia Law Review* 969,1977.
- [2] Holmes Oliver Wendell Jr., “The path of the Law”, 10 *Harvard Law Review* 457, (www.getenberg.org),1897.
- [3] Dworkin Ronald, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, 35,1967.
- [4] Hart H.L.A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 *Harvard Law Review* 630,1958.
- [5] Waismann Friedrich, “Verifiability” in *Essays on Logic and Language: First and Second series*, ed. Anthony Flew, Garden City, New York: Anchor Books 1951.
- [6] Dworkin Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.
- [7] Dworkin Ronald, “On Gaps in the Law”, in *Controversies about Law’s Ontology*, Neil MacCormick, and Paul Amserek (eds.), Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991.
- [8] Aristotle *De Interpretatione*, 18a 33-34.
- [9] Summers Robert S., “Charles Sanders Peirce and America’s dominant Theory of Law”, in *Peirce and Law*, ed. Roberta kevelson, New York: Peter Lang Publishing, 1991.
- [10] Hart H.L.A., *The Concept of Law*, Second Edition.Oxford: Oxford

University Press, 1994.

[11] Dworkin Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

[12] Dworkin Ronald, "Natural Law Revisited", 34 *University of Florida Law Review* 165, 1982.

[13] Dworkin Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.