

## نگاهی انتقادی به تکثرگرایی حقوقی<sup>۱</sup>

محمد راسخ\*

مهناز بیات کمیتی\*\*

سارا محمدی\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۷/۷/۲۹

تاریخ دریافت: ۹۶/۱۰/۴

### چکیده

تکثرگرایی حقوقی در معنای عام به هم‌زیستی دو یا چند نظام حقوقی در دولت واحد اشاره دارد. در معنای مضیق، تکثرگرایی حقوقی بر قوانین متکثر دولت‌ساخت و انعکاس کثرت اجتماعی و فرهنگی در نظام حقوقی مستقر در یک دولت دلالت می‌نماید. در معنای موسع، این مفهوم متضمن این دیدگاه است که قانون و نظام حقوقی محدود به نهاد دولت نیست و دولت فقط یکی از مراجع وضع قاعده حقوقی در جامعه است. بر این اساس، مفهوم تکثرگرایی حقوقی بحث‌هایی متنوع و مهم را درخصوص دامنه و معنای «مفهوم قانون» در پی می‌آورد. افزون بر چالش‌های مفهومی جدی که تکثرگرایی حقوقی با آنها مواجه است، نقد روش‌شناختی مهم آن است که نظریه‌های عمده تکثرگرایی حقوقی فاقد معیاری روشن و دقیق برای تمایز میان قانون و نظام حقوقی از سایر قواعد هنجاری و پدیدارهای اجتماعی است. نظام حقوقی قلمداد کردن همه

---

۱. نویسندگان بر خود فرض می‌دانند از زحمات سرکار خانم دکتر ندا کردونی برای مطالعه کامل متن، نظرات انتقادی بسیار مفید و مشارکت در تکمیل مقاله صمیمانه تشکر کنند. همچنین، از خانم‌ها دکتر زهره رحمانی و عطیه جبرانی و آقایان دکتر حسن و کیلیان و دکتر شاهین اسماعیل‌پور برای مطالعه کامل متن و نظرات انتقادی بسیار گرانبهایشان بسیار سپاسگزاریم. بی‌گمان، مسئولیت همه کاستی‌ها و خطاهای این نوشتار بر عهده نویسندگان است.  
\* استاد حقوق و فلسفه، دانشگاه شهید بهشتی

m-rasekh@sbu.ac.ir.

\*\* استادیار حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی

m\_bayat@sbu.ac.ir

\*\*\* دانشجوی دکتری، دانشگاه گوته، فرانکفورت، دانشکده حقوق، مؤسسه حقوق کیفری و فلسفه حقوق  
sara.mohammadi.b1989@gmail.com

شکل‌های نظم هنجاری در جامعه به پاره‌ای سردرگمی‌های تحلیلی می‌انجامد که ادعاهای محوری تکررگرایان حقوقی را متزلزل و ناموجه می‌کند.

### کلیدواژگان:

تکررگرایی حقوقی، رویکرد کلاسیک، قانون دولت‌ساخت، قانون غیردولتی.

## مقدمه

در چند دهه اخیر، تکثرگرایی حقوقی، همانند تکثرگرایی سیاسی، دینی و فرهنگی، به موضوعی مهم و چالش برانگیز تبدیل شده است. زیر این عنوان، گرایش‌ها و نظریه‌های مختلفی به میان آورده شده است که همه آنها در یک نظر بنیادین مشترک هستند: امر قانونی<sup>۱</sup> محدود و منحصر به دولت<sup>۲</sup> و نهادهای آن نیست. در واقع، تکثرگرایان در پی تمرکززدایی از امر حقوقی و ارائه بدیل از قانون و نظام حقوقی برای دیدگاه دولت‌محور هستند.<sup>۳</sup> به تعبیر مک‌لنن، تکثرگرایی حقوقی «هدف خود را هم‌اوردجویی با عرفی می‌داند که قانون کشوری را یگانه شکل قانون مشروع می‌داند».<sup>۴</sup>

در سده بیستم، تکثرگرایان و در رأس آنها برخی از مردم‌شناسان به مطالعه نظام‌های هنجاری متداخلی پرداختند که در طول دوره استعمار قدرت‌های اروپایی ایجاد شده بودند. مطالعات اولیه بر وضعیت‌های وجود هم‌زمان نظام حقوقی بومی جوامع مستعمره از یک سو و نظام‌های حقوقی وارداتی دولت‌های استعماری از دیگر سو، متمرکز بود. مطالعات یادشده به هم‌زیستی سلسله‌مراتبی نظام‌های حقوقی دوگانه در آن جوامع اشاره می‌کردند و بصیرت‌هایی درباره شناسایی نظام‌های هنجاری متکثر و روابط لایه‌لایه و دیالکتیک میان آنها به ارمغان آوردند.<sup>۵</sup>

در دهه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ میلادی، مطالعات پیش‌گفته از چند لحاظ پیچیده‌تر شدند: ۱- تکثرگرایان الگویی سلسله‌مراتبی را که در آن یک نظام حقوقی، یعنی یک نظام حقوقی عمدتاً دولت‌ساخت، بر سایر نظام‌ها برتری و سلطه داشت، زیر سؤال بردند و به جای آن ایده «نظام‌های متکثر نیمه‌خودمختار»<sup>۶</sup> را مطرح کردند که هیچ‌کدام از این نظام‌ها بر دیگری برتری و اولویت نداشته و سلسله‌مراتبی میان آنها موجود نباشد. ۲- آنان از مفهوم کلاسیک نظام

1. the legal.

2. State.

3. Tamanaha, B.Z., "Understanding Legal Pluralism: Past to the Present, Local to Global", Sydney Law Review 30 (2008):p 376.

۴. مک‌لنن، گرگور، *پلورالیسم*، ترجمه جهانگیر معینی، تهران: آشیان، ۱۳۸۴، ص ۸۶.

5. Merry, "Legal Pluralism", *Law and Society Review* 22 (1988): p. 870.

6. semi-autonomous pluralist systems.

حقوقی دولت‌ساخت فراتر رفتند و از نظام‌های حقوقی به مثابه نظام‌هایی دوسویه<sup>۱</sup> (دارای تأثیر متقابل) بحث کردند؛ این مفهوم به معنای تأثیر متقابل میان نظام حقوقی دولت‌ساخت و سایر نظام‌های هنجاری بومی است. ۳- تکثرگرایان حقوقی مطالعه وضعیت‌های متکثر حقوقی را از جوامع مستعمره به جوامع مدرن گسترش دادند و ادعا نمودند که تکثرگرایی حقوقی ویژگی مشترک همه جوامع است و محدود به جوامع استعمارشده نیست.<sup>۲</sup>

به این ترتیب، شاید بتوان گفت که تأکید بر قانون یا نظام حقوقی غیردولتی جزء محوری ادعاهای تکثرگرایان حقوقی را تشکیل می‌دهد. اما آیا به‌راستی بدون ارائه معیاری دقیق برای تعریف قانون و تفکیک قانون غیردولتی از سایر پدیده‌های هنجاری اجتماعی امکان ادامه بحث از تکثرگرایی حقوقی وجود دارد؟ ادعای دقیق تکثرگرایی حقوقی چیست و آیا این ادعا پذیرفتنی است؟ در نوشتار حاضر ادعاهای اصلی تکثرگرایی حقوقی را بررسی و نقد خواهیم کرد.

## ۱. مفهوم تکثرگرایی حقوقی

تکثرگرایان حقوقی بر این باورند که در واقع در همه حوزه‌های اجتماعی تکثر و تعدد قوانین و نظام‌های حقوقی وجود دارد.<sup>۳</sup> برای نمونه، حوزه خانواده در یک جامعه می‌تواند متأثر از نظام‌های حقوقی متفاوت با میانی و منابع مختلف باشد.<sup>۴</sup> بر این اساس، تکثرگرایی حقوقی عموماً به مثابه وضعیتی تعریف می‌شود که در آن دو یا چند نظام حقوقی به شکل هم‌زمان و هم‌پوشان

1. Bidirectional.

2. Merry, "Legal Pluralism", p. 874.

برای آگاهی از نوعی دیگر از طبقه‌بندی تکثرگرایی حقوقی، به تکثرگرایی حقوقی کلاسیک و جدید، نک: شهایی،

مهدی، **کثرت‌گرایی حقوقی: تأملی در چیستی مبنای التزام‌آوری قاعده حقوقی و متغیرهای**

**تحول نظام حقوقی**، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، پاییز ۹۴، شماره ۴۸، ص ۱۳۹.

3. Tamanaha, B.Z., "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society* 20 (1993): p. 297.

۴. این دیدگاه تکثرگرایی را به مثابه یک واقعیت اجتماعی مد نظر قرار می‌دهد. در مقابل، برخی بر این باورند که تکثرگرایی نه یک واقعیت تجربی بلکه یک شیوه برخورد است و حتی می‌تواند یک ارزش قلمداد شود. از این رو، آنان معتقدند بیش از آنکه در پی این باشیم که «چگونه در قالب هنجارهای مختلف بر ما حکومت می‌شود، لازم است به این مسئله بپردازیم که چگونه باید بر ما حکومت شود»، نک:

Kennedy, D., "One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream", *New York University Review of Law & Social Change* 31 (2007): pp. 641-661.

در یک حوزه اجتماعی وجود دارند.<sup>۱</sup> گفتنی است که دو برداشت مضیق و موسع از این مفهوم اجمالی تکثرگرایی حقوقی ارائه شده است.

### ۱.۱. برداشت مضیق

برخی از نظریه پردازان، به ویژه نظریه پردازان حقوقی، در این زمینه معتقدند تکثرگرایی حقوقی فقط در محدوده نظام حقوقی دولتی معنادار است.<sup>۲</sup> به دیگر سخن، دولت برای هر یک از گروه‌های متمایز و طبقات مختلف در درون مرزهای سرزمینی و جامعه خود قوانینی متناسب با دین و فرهنگ آنان تنظیم می‌نماید، یا آنکه نظم‌های هنجاری این گروه‌ها را به رسمیت می‌شناسد و قانونی اعلام می‌کند.<sup>۳</sup> از دید آنان، در چنین وضعیتی تعامل میان نظام‌های حقوقی غیردولتی و نظام حقوقی دولتی دو ویژگی مهم دارد: ۱- نظام حقوقی دولتی بر سایر نظام‌های هنجاری غیردولتی برتری سیاسی دارد و (از این رو)؛ ۲- در هنگام بروز تعارض میان نظام‌های حقوقی دولتی و نظام‌های هنجاری غیردولتی، قواعد حقوقی دولتی حاکم می‌شوند و سایر نظام‌های هنجاری فقط در صورت رعایت شرایطی که قانون دولت‌ساخت معین می‌کند، وارد نظام حقوقی می‌شوند.<sup>۴</sup>

### ۱.۲. برداشت موسع

در مقابل، برخی از مردم‌شناسان و جامعه‌شناسان حقوقی بر این باورند که تکثرگرایی حقوقی دولتی در واقع تکثر حقوقی به شمار نمی‌آید. از نظر ایشان، پذیرش چنین الگویی نقض غرض از

1. Merry, "Legal Pluralism", p. 870; and Griffiths, J., "What is Legal Pluralism?", Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 24 (1986): 2 & 38. See also Woodman, G.R., "Book Review", Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 39 (1997): p.157.

2. Merry, "Legal Pluralism", p. 871; and Griffiths, "What is Legal Pluralism?", p. 6.

این رویکرد، همچنین، تکثرگرایی ضعیف، کلاسیک یا قانونی نامیده شده است، در مقابل تکثرگرایی قوی، نو یا اجتماعی. نک:

Jackson, S.A., "Legal Pluralism Between Islam and the Nation-State: Romantic Medievalism or Pragmatic Modernity?", Fordham International Law Journal 30 (2006): pp. 158-176.

3. Gilissen, J., "Introduction à l'étude Comparée du Pluralisme Juridique", In John Gilissen (ed.), Le Pluralisme Juridique. Brussels: Université de Bruxelles, 1971:13; Vanderlinden, J., "Le Pluralisme Juridique: Essai de Synthèse", in John Gilissen (ed.), Le Pluralisme Juridique. Brussels: Université de Bruxelles, 1971: p19; Hooker, M.B., An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws, Oxford: Oxford University Press, 1975: p 6.

4. Hooker, An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws, p. 4.

مفهوم تکثرگرایی حقوقی است؛ زیرا یکی از اهداف محوری نظریه‌های تکثرگرایی حقوقی نقد موضع اثبات‌گرایی حقوقی است که مفهوم قانون را به قواعد وضع‌شده از سوی دولت فرو می‌کاهد. به دیگر سخن، به باور آنان، تکثرگرایی حقوقی در برداشت مضیق، فقط مربوط به وضعیتی می‌شود که نظام‌های هنجاری غیردولتی از سوی دولت به منزله نظام‌های حقوقی تأیید و پذیرفته می‌شوند.<sup>۱</sup> بر این اساس، الگوی تکثرگرایی حقوقی دولتی حقیقتاً برداشتی مضیق از این مفهوم است و اهداف مورد نظر تکثرگرایی حقوقی را تأمین نمی‌کند؛ حال آنکه در برداشت موسع از تکثرگرایی حقوقی، نظام‌های هنجاری غیردولتی بدون آنکه نیازی به تأیید رسمی از جانب نظام حقوقی دولتی داشته باشند، به‌خودی‌خود نظام‌هایی حقوقی هستند.<sup>۲</sup> این برداشت بیانگر دیدگاه محوری متعلق به تکثرگرایان حقوقی است. تأکید آنان بر این نکته است که قانون در انحصار دولت نیست، بلکه دولت فقط یکی از مراجع اجتماعی وضع قانون است.<sup>۳</sup> پُل پرمِن یکی از مدافعان این گونه تکثرگرایی حقوقی است. او در پی آن است که از اسطوره دولت ملی، به مثابه تنها منبع هنجارسازی حقوقی، فراتر برود. شایان ذکر است که وی همچنین منکر این باور است که قلمرو و سرزمینی که دولت ملی تعیین می‌کند، یگانه مبنای تعریف جامعه هنجاری مناسب است.<sup>۴</sup>

آشکار است که دو برداشت یادشده از تکثرگرایی حقوقی در واقع بحث را از «تکثرگرایی» بر موضوعی دیگر، یعنی مفهوم «قانون»، متمرکز نموده‌اند. به دیگر سخن، پذیرش ادعا در هر یک از دو برداشت یادشده منوط به قبول پیش‌فرض مفهومی آنها در باب «چیستی قانون» است. از این رو در این قسمت از بحث، لازم است مفهوم قانون و مراد از آن را بررسی نماییم. در این نوشتار بر این باوریم که هرگونه برداشت از تکثرگرایی حقوقی در وهله نخست مستلزم درکی روشن از مفهوم قانون در این زمینه است.

1. Jackson, "Legal Pluralism between Islam and the Nation State: Romantic Medievalism or Pragmatic Modernity?", pp. 158-160.

2. Griffiths, "What is Legal Pluralism?", P. 38; Ehrlich, E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1989: 39; Chiba, M., *Legal Pluralism: Toward General Theory through Japanese Legal Culture*, Japan: Tokai University Press, 1989: pp. 5-6.

3. Griffiths, "What is Legal Pluralism?", p. 9.

4. Alexis, G. and Patterson, D., "The Limits of Normative Legal Pluralism: Review of Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders*", *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013): pp.783-800.

## ۲. مفهوم قانون

چنان که آمد، برخی از نظریه‌پردازان بر این باورند که تکثرگرایی حقوقی در حقیقت فرصتی برای بازتعریف مفهوم قانون است؛<sup>۱</sup> زیرا از دیدگاه این گروه از نظریه‌پردازان تکثرگرایی حقوقی، برخی از نظام‌های هنجاری اجتماعی غیردولتی به منزله نظام حقوقی پذیرفته می‌شوند و از این رو، مفهوم قانون با در بر گرفتن این نظام‌های هنجاری (یعنی قانون غیردولتی) گسترش می‌یابد. بنابراین، مفهوم «قانون غیردولتی» به یکی از مهم‌ترین مفاهیم در مجموعه ادعاهای تکثرگرایان حقوقی تبدیل می‌شود.<sup>۲</sup> بدین‌سان، می‌توان گفت که برای مطرح کردن نظریه تکثرگرایی حقوقی ابتدا باید بتوان از مفهوم قانون غیردولتی دفاع کرد.

برای دستیابی به این مهم، باید پرسید که منظور تکثرگرایان از «غیردولتی» در عبارت «قانون غیردولتی» چیست. آنان قید وصفی «غیردولتی» را در دو معنا به کار برده‌اند. این دو معنا به دو دوره در جریان تطور اندیشه تکثرگرایی حقوقی بازمی‌گردد: «دوره مطالعه جوامع استعماری» و «دوره مطالعه جوامع غیراستعماری».<sup>۳</sup> در دوره مطالعه جوامع استعماری، تکثرگرایان، به‌ویژه تکثرگرایان مردم‌شناس، به مطالعه انواع گوناگون قانون غیردولتی در جوامع مستعمره می‌پرداختند. در این جوامع، به خصوص جوامعی که هنوز دولت به معنای جدید در آنها شکل نگرفته بود (اصطلاحاً «جوامع پیشادولت»<sup>۴</sup>)، کنشگران اجتماعی بدون حضور دولت مرکزی عمل می‌نمودند و کنش‌های اجتماعی در چنین بافت و زمینه‌ای تحقق می‌یافت. چگونگی برقراری و حفظ نظم در آن جوامع، بدون وجود یک دولت مرکزی به سبک غربی و نظام‌های

1. Melissaris, E., *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*, London: Ashgate, 2009:p. 26.

برای مطالعه نظر رقیب، مبنی بر آنکه نباید تکثرگرایی حقوقی را ادامه مباحث مربوط به چپستی قانون دانست، نک:

Dupret, B., "Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practice", *European Journal of Legal Studies* 1 (2007):pp 1-26.

2. Tamanaha, "Understanding Legal Pluralism: Past to the Present, Local to Global", p. 391.

3. Merry, "Legal Pluralism", P. 872.

از دوره دوم زیر عنوان «تکثرگرایی حقوقی در خانه» سخن به میان آورده می‌شود. این اصطلاح را سالی انجل مری برای توضیح تغییر رویکرد و حوزه مطالعه تکثرگرایان حقوقی به کار می‌برد و به این نکته اشاره دارد که تکثرگرایان حقوقی به جای بررسی و پژوهش سایر جوامع، یعنی جوامع غیرغربی، استعماری و پس‌استعماری، به مطالعه و بحث از تکثرگرایی حقوقی در جوامع خویش پرداختند.

4. pre-state society.

حقوقی اروپایی، مسئله مورد علاقه در آن پژوهش‌ها بود.<sup>۱</sup> بنابراین، در این دوره، عنوان «غیردولتی» از یک سو، به قواعد و عرف‌های محلی بدون وجود یک دولت مرکزی و از دیگر سو، به قانون به سبک غربی در جوامع استعماری اشاره داشت.<sup>۲</sup>

در دوره دوم، تکثرگرایان حقوقی خود را به جوامع پیشادولت محدود نکردند. مطالعات ایشان وضعیت‌های متکثر حقوقی را به جوامع غربی بدون پیشینه استعماری توسعه داد.<sup>۳</sup> این گروه از محققان ادعا نمودند که تکثرگرایی حقوقی ویژگی منحصر به فرد جوامع استعماری یا غیراستعماری نیست<sup>۴</sup> و می‌توان در همه جوامع نمونه‌هایی را از تکثرگرایی حقوقی یافت. در این دوره، روابط میان دولت مرکزی و اقلیت‌های فرهنگی، قومی، دینی، گروه‌های مهاجر و گونه‌ها یا شکل‌های غیررسمی نهادها یا شبکه‌های اجتماعی در کشورهای صنعتی مورد مطالعه قرار گرفتند. مطالعات در دوره دوم عمدتاً بر بررسی قانون غیردولتی در دو حوزه متمرکزند: ۱- نظام‌های هنجاری و قوانین رایج در میان گروه‌های مهاجر، اقلیت‌های فرهنگی، قومی و دینی در جوامع صنعتی؛<sup>۵</sup> ۲- گونه‌ها یا شکل‌های غیررسمی نظم در شبکه‌های اجتماعی یا نهادها.<sup>۶</sup>

با در نظر داشتن توضیحات پیشین، به تبیین مفهوم قانون از نگاه تکثرگرایان حقوقی می‌پردازیم. آنان به دو شیوه در مورد مفهوم قانون سخن گفته‌اند: نخست، تعریف قانون بر اساس مشاهده تجربی جوامع انجام شده است (رویکرد بیرونی). دوم، تعریفی که مبتنی است بر برداشت تابعان قواعد حقوقی از مفهوم قانون (رویکرد درونی).

1. Merry, "Legal Pluralism", pp. 872-873.

2. Chiba, *Legal Pluralism: Toward General Theory through Japanese Legal Culture*, p. 4.

3. Merry, "Legal Pluralism", P. 874.

4. Griffiths, "What is Legal Pluralism?", p. 39.

5. See, for instances: Strijbosch, F., "The Concept of *Pela* and its Social Significance in the Community of Moluccan Immigrants in the Netherlands", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 23 (1985): pp177-208; Forer, N., "The Imposed Wardship of American Indian Tribes: A Case Study of the *Prairie Band Potawatomi*", in S. [Burman](#), B.E. [Harrell-Bond](#) (eds.), *The Imposition of Law: Studies on Law and Social Control*, New York: Academic Press, 1979: 89-114; Brandney, A. and Cownie, F., *Living without Law: An Ethnography of Quaker Decision-Making, Dispute Avoidance and Dispute Resolution*, Aldershot: Ashgate, 2000.

6. See, for instances: Moore, S.F., "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", *Law and Society Review* 7(1973): p721; Macaulay, S., "Private Government", *Law and the Social Sciences*, New York: Russell Sage Foundation, 1986: pp445-518; Ellickson, R. *Order without Law: How Neighbours Settle Disputes*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.

## ۲.۱. رویکرد بیرونی

با این فرض که همهٔ کسانی که در قلمرو قانون زندگی کرده و این امر را تجربه نموده‌اند، می‌توانند از تفاوت میان قانون و دیگر نظام‌های هنجاری سخن بگویند، ادعا شده است که با مشاهدهٔ جوامع گوناگون می‌توان به برخی از ویژگی‌های مشترک قانون پی برد. این ویژگی‌ها هستهٔ مفهومی قانون را شکل می‌دهند. ادعا بر این است که هرگاه آن ویژگی‌ها در یک نظم هنجاری اجتماعی مشاهده شوند، با اطمینان می‌توان از «قانون» بودن آن نظم سخن گفت.<sup>۱</sup> از این رو، قائلین به این رویکرد معتقدند که از طریق مشاهدهٔ ویژگی‌هایی که در زمینه‌های اجتماعی متعدد یافت شده و به مثابه هستهٔ مفهومی قانون توصیف شده‌اند، می‌توان تعریفی از قانون ارائه داد که لزوماً بر پیش‌فرض دولت‌ساخت بودن قانون بنا و تبیین نمی‌شود.

تعریف‌هایی را که تکثرگرایان حقوقی بر اساس مشاهده (یا همان رویکرد بیرونی و تجربی) از مفهوم قانون ارائه داده‌اند، می‌توان به دو گروه طبقه‌بندی نمود: الف) تعریف قانون براساس نظم اجتماعی (نظم عام)؛ ب) تعریف قانون بر اساس اجرای نهادهای قاعده (نظم خاص).

### ۲.۱.۱. نظم عام

سیر ارائهٔ تعریف قانون به مثابه «نظم عام» به شرح زیر است: ۱- کارکرد قانون حفظ نظم است؛ ۲- نظم نمی‌تواند بدون قانون وجود داشته باشد؛ ۳- همهٔ جوامع باید نظم داشته باشند، ۴- لذا همهٔ جوامع باید قانون داشته باشند. نقطهٔ عزیمت در تعریف بر اساس مشاهده، عبارت از «قانون یعنی نظم»<sup>۲</sup> است. اعتقاد بر این است که قانون در همهٔ جوامع دارای نظم وجود دارد. نظم گروه‌های انسانی نه فقط شکل ابتدایی قانون، بلکه شکل اصلی آن است.<sup>۳</sup> نکتهٔ مهم آن است که وجود تجربی یا قابل مشاهدهٔ قواعد حقوقی فقط براساس نظم موجود در انجمن‌ها و تشکلهای قابل تعیین شدن است. با مشاهدهٔ نظم در یک جماعت یا گروه، به وجود قانون در میان آنان پی می‌بریم. قواعد یادشده واقعیتی اجتماعی<sup>۴</sup> هستند.<sup>۵</sup> مطابق این دیدگاه، بر اساس آنکه چه چیزی نظم را در جامعه شکل می‌دهد یا حفظ می‌کند، قانون معین می‌شود. بدین ترتیب، ادعا بر

1. Melissaris, Ubiquitous Law, Legal Theory and the Space for Legal Pluralism, p. 30.

2. Order.

3. Ehrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law, p. 37.

4. social facts.

5. Ehrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law, p. 167.

آن است که بیشتر مردم نه فقط از قانون رسمی پیروی می‌کنند،<sup>۱</sup> بلکه زندگی خویش را براساس مجموعه‌ای از قواعد اجتماعی تنظیم می‌نمایند.<sup>۲</sup> از این منظر، قانون معادل قانون فعال یا «قانون زنده»<sup>۳</sup> است.<sup>۴</sup>

### ۲.۱.۲. نظم خاص

برخی دیگر از تکثرگرایان حقوقی برای غلبه بر دشواری‌های تعریف پیش‌گفته، یعنی قانون شمردن هرگونه نظم اجتماعی، به الگوی «قانون به مثابه قواعد الزامی نهادی» روی آورده‌اند. درحالی‌که تعریف نخست بر «عمل اعضای گروه اجتماعی به قواعد» متمرکز است، تعریف دوم به «اجرای نهادی و قهری قواعد» از سوی نهادهای مربوط اجتماعی توجه دارد.<sup>۵</sup> بر این اساس، تعریف اول عمل کنشگران به قواعد اجتماعی را نظم می‌شمارد (نظم عام)، حال آنکه تعریف دوم الزام نهادی قواعد را نظم به حساب می‌آورد (نظم خاص). در نتیجه، بر مبنای الگوهای عینی نظم اجتماعی (نظم عام)، هنگامی که قاعده اجتماعی دیگر بخشی از واقعیت زندگی گروه نباشد قانون نیست. ولی در الگوی اجرای نهادینه قواعد (نظم خاص)، حتی اگر گروه به برخی از قواعد عمل نکند، این قواعد به دلیل الزام نهادی همچنان قانون هستند.<sup>۶</sup>

### ۲.۲. رویکرد درونی

بر اساس این رویکرد، قانون هر آن چیزی است که تابعان قانون آن را قانون می‌دانند. در این رویکرد تأکید بر برداشتی غیرذات‌گرا از مفهوم قانون است. بدین معنا که قانون چیزی مستقل از برداشت و ذهنیت مردم در باب قانون نیست. به بیان دقیق‌تر، قانون آن چیزی است که مردم به مثابه قانون تعریف می‌کنند. از این منظر، مردم قواعد و پدیدارهایی گوناگون با کارکردهای مختلف را قانون نامیده‌اند؛ نظیر قانون طبیعی، قانون بین‌المللی، قانون دولت‌ساخت، قانون دینی

۱. برخی نویسندگان، مانند مساجا چیبیا (Massaja Chiba)، بدون آنکه هر هنجاری را قانون بدانند، قوانین را به گونه‌هایی

مانند رسمی، غیررسمی و پیش‌فرض‌های قانونی (legal postulates) تقسیم می‌کنند. برای اطلاع بیشتر، نک:

Dupret, "Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practice", P. 17.

2. Ibid., P. 489.

3. living law.

4. Ehrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law, p. 493.

5. Tamanaha, "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", pp. 206-207.

6. Ibid., pp. 208-209.

یا قانون عرفی. با این حال، گفتنی است که این مفاهیم با وجود اشتراک در لفظ، به معنایی واحد اشاره ندارند.<sup>۱</sup> بر اساس رویکرد درونی، هر گروهی در محدوده حوزه اجتماعی خود می‌تواند مجموعه‌ای از قواعد و پدیدار مرتبط با آن را قانون تلقی کند. البته باید اضافه کرد که در شناسایی و تعریف قانون، از منظر رویکرد حاضر، این پرسش مطرح می‌شود که چه تعداد از مردم و در قالب چه ساختارهای اجتماعی و گروهی باید یک دسته از قواعد را به مثابه قانون شناسایی نمایند تا این قواعد به معنای دقیق کلمه شایسته عنوان قانون باشند. در پاسخ، گفته شده است که قانون آن چیزی است که مردم عملاً در عرف و ممارست‌های اجتماعی<sup>۲</sup> خود قانون قلمداد می‌کنند. با این حال، باید گفت اتکا به عرف و ممارست اجتماعی، برای شناسایی قانون، نیازمند یک میزان حداقلی از حضور اجتماعی مستمر است. در واقع، مفهوم عرف و ممارست اجتماعی برای کنار گذاشتن برداشت‌های نامتعارف و موقتی از مفهوم قانون به میان آمده است. بدین ترتیب، ادعا شده است که اگر تعدادی کافی از اعضای جامعه با میزان پایبندی (باوری) کافی به مجموعه‌ای از قواعد، آن مجموعه را قانون ندانند و بر اساس این باور به شیوه‌ای که بر حوزه اجتماعی مربوط تأثیر گذار است، عمل نمایند، نمی‌توان از قانون سخن به میان آورد.<sup>۳</sup> در اینجا، معیارهایی مانند کمیت تابعان، مجموعه مشخصی از قواعد و باور و التزام به آن قواعد برای شناسایی یک هنجار و قاعده به منزله قانون به میان آورده می‌شوند. به دیگر سخن، حتی در رویکرد درونی به مفهوم قانون، تنها معیار آن نیست که بتوان به برداشت مردم از یک پدیدار به مثابه قانون اشاره و دلالت کرد. بلکه تعداد کسانی که در یک ساختار مشخص «مردم» به شمار می‌آیند، نیز بسیار مهم است.

پیش از آنکه توضیحات مربوط به تبیین تکثرگرایی حقوقی را به پایان ببریم، لازم است در یک بحث مستقل به یکی از ادعاهای برخی از تکثرگرایان حقوقی، یعنی ارتباط وثیق یک برداشت از تکثرگرایی حقوقی با اثبات‌گرایی حقوقی، اشاره کنیم. این ادعا همچنین در قلمرو

1. Tamanaha, B.Z., "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society* 27 (2000): p. 313.

۲. مؤلفه اصلی رویکرد درونی مفهوم عرف و ممارست اجتماعی است. برای داخل شدن در یک عمل پذیرش ضوابط حاکم بر آن عمل الزامی است. عملکرد فرد بر اساس آن ضوابط مورد قضاوت قرار می‌گیرد. نگرش‌ها، انتخاب‌ها، ترجیحات و علایق فرد تابع آن ضوابط است که به نحو جزئی و کنونی عمل را تعریف می‌نمایند. نک:

Tamanaha, "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", p. 314.

3. Ibid., p. 319.

نظریه پردازی حقوقی به طور عام، نقشی مهم ایفا کرده و موجب بسیاری از سردرگمی‌های تحلیلی در آنجا شده است.

### ۳. اثبات‌گرایی<sup>۱</sup> و تکثرگرایی

چنانچه پیش‌تر آمد، برخی از تکثرگرایان حقوقی در نقد برداشت مضیق از این مفهوم، ایراد را متوجه نگاه اثبات‌گرا به قانون دانسته‌اند. از نظر آنان اثبات‌گرایان حقوقی تعریفی مرکز‌گرا از مفهوم قانون ارائه می‌دهند و نوع دیگری از قانون را غیر از قانون دولت‌بنیاد نمی‌پذیرند. براساس این دیدگاه، قانون همانا قانون دولتی است و باید چنین باشد؛ بدین معنا که این قانون به شکل یکسان بر همه اشخاص اعمال و از سوی مجموعه واحدی از نهادهای دولتی اجرا می‌شود. سایر نظام‌های هنجاری نظیر نظام‌های هنجاری مربوط به نهادهای دینی، خانواده، تجاری و اقتصادی و انجمن‌های اجتماعی باید در یک ارتباط سلسله‌مراتبی، تابع قانون دولتی باشند و به موجب این دیدگاه، در واقع نیز چنین هستند. به دیگر سخن، در برداشت مرکز‌گرا، قانون یک نظم هنجاری یکدست و یکسان برای همگان و دارای سلسله‌مراتب است که می‌توان آن را ۱- از بالا به پایین به مثابه احکام متکی به فرمان حاکم یا ۲- از پایین به بالا به مثابه احکامی که اعتبارشان از سطوح عام‌تر قواعد ناشی شده است و در نهایت به هنجار نهایی می‌رسد، تعریف کرد. دولت شرط تجربی برای وجود واقعی قانون است. بنابراین ارتباطی ضروری میان تلقی قانون به مثابه نظم سلسله‌مراتبی انحصاری و متحد و تلقی دولت به مثابه واحد بنیادین سازمان سیاسی وجود دارد.<sup>۲</sup> تکثرگرایان ادعا می‌کنند هدف محوری تکثرگرایی حقوقی، به‌ویژه تکثرگرایی حقوقی در سطح و تراز صرفاً توصیفی، مبارزه با این دیدگاه اثبات‌گرایان است.<sup>۳</sup> برخی از طریق در ارتباط قرار دادن عمل‌گرایی حقوقی و تکثرگرایی حقوقی از یک سو و یکی پنداشتن وحدت‌گرایی با اثبات‌گرایی از دیگر سو، اثبات‌گرایی و تکثرگرایی را در برابر هم قرار می‌دهند و بر این اساس، آن دو رویکرد را غیرقابل جمع با یکدیگر می‌پندارند.<sup>۴</sup>

1. Positivism.

2. Griffiths, "What is Legal Pluralism?", p. 11.

3. Ibid., pp. 4-5.

۴. شهبابی، «کثرت‌گرایی حقوقی: تأملی در چیستی مبنای التزام‌آوری قاعده حقوقی و متغیضهای تحول نظام حقوقی»، ص ۱۴۳.

غیرقابل جمع بودن این دو رویکرد مبتنی بر سه دلیل است: مرکزگرایی، شکل‌گرایی و خودبستگی حقوقی. ادعای تکثرگرایان حقوقی، که اثبات‌گرایی را اساساً مرکزگرا می‌دانند، شاید در خصوص نظریه اثبات‌گرایی همچون جان آستین، که قانون را یک فرمان شخص حاکم قلمداد می‌کند، تا حدودی درست بنماید؛ اما همه نظریه‌های اثبات‌گرایی، مانند نظریه هربرت هارت، را دربر نمی‌گیرد. از دیگر سو، تکثرگرایان بر این باورند که عرف در نظریه اثبات‌گرایی پروفسور هارت یک شکل حقوقی نامناسب است و از جمله مصادیق دقیق قانون به شمار نمی‌آید؛ لذا انتقاد جدی به نظریه او را وارد می‌دانند و آن را رد می‌کنند.<sup>۱</sup> نقد دیگر تکثرگرایان حقوقی بر اثبات‌گرایی آن است که این نظریه شکل‌گراست. همچنین، گفته می‌شود شکل‌گرایی حقوقی در پی دوری از ملاحظات محتوایی هنجاری و حفظ بی‌طرفی در این خصوص است. تکثرگرایان مدعی‌اند که اثبات‌گرایی، به سیاقی شکل‌گرایانه، فقط مجموعه‌ای از قوانین را برای پاسخ‌دهی به مسائل و پرسش‌های حقوقی کافی می‌داند و در مقابل تحصیل عدالت، فصل خصومت را در اولویت قرار می‌دهد.<sup>۲</sup> این دیدگاه مورد نقد برخی از اثبات‌گرایان نیز قرار گرفته است. برای نمونه، هارت حدی از اعمال صلاحیت‌های اختیاری را در مسائل قانونی و نظام حقوقی اجتناب‌ناپذیر می‌داند و از این رو، باب ملاحظات محتوایی را در این نظام باز می‌کند.<sup>۳</sup> یکی دیگر از نقدهای تکثرگرایان بر اثبات‌گرایی آن است که بر اساس این نظریه نظام حقوقی خودبسته، بسته و مستقل است. هر چند اثبات‌گرایی، همچون جان آستین، نظام حقوقی را یک نظام بسته و نفوذناپذیر قلمداد می‌کنند، از درون همین سنت فکری و پیش از ابراز نظرهای تکثرگرایان، نظریه‌پردازانی مانند هربرت هارت و جوزف رز بر این مهم تأکید ورزیده‌اند که قانون دارای «بافت باز» است و نظام‌های حقوقی باز و تأثیرپذیرند و لذا نقد بسته بودن بر نظام حقوقی وارد نیست.<sup>۴</sup> بر این اساس، چنان‌که آمد، تکثرگرایان با تعریف و برداشتی خاص از مرکزگرایی،

1. Fracticelli, M. & Victor, M., *The Structure of Pluralism*, Oxford: Oxford University, 2014: p. 128.

۲. راسخ، محمد و پورسیدآقایی، سیدحمید، *نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق*، فصلنامه تحقیقات حقوقی، زمستان ۹۵، شماره ۷۴، ص ۷۲.

۳. هارت، هربرت، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشرنی، ۱۳۹۰، صص ۲۱۱-۲۰۴.

۴. برای نمونه، نک: هارت، *مفهوم قانون* و ←

شکل‌گرایی و خودبستگی، سنت اثبات‌گرایی را نقد نموده و این مکتب حقوقی را در برابر نظریه خود قلمداد کرده‌اند. بحث بیشتر در ارزیابی این برداشت و تحلیل را به بخش ارزیابی وامی‌گذاریم.

اینک، پس از تبیین مراد مدافعان تکثرگرایی حقوقی و ادعاهای اصلی آنان، نظریات و ادعاهای ایشان را ارزیابی می‌کنیم.

#### ۴. ارزیابی

چنان‌که آمد، دو ادعای عمده در میان ادعاهای تکثرگرایان حقوق یافت می‌شود. نخست، تکثرگرایی حقوقی زمینه تحلیل متفاوت از مفهوم قانون را فراهم می‌آورد. دوم، تکثرگرایی حقوقی موسع در نقد تکثرگرایی مضیق، مدعی تلازم مفهومی میان تکثرگرایی مضیق و اثبات‌گرایی حقوقی شد. در ادامه، ابتدا به ارزیابی دو رویکرد بیرونی و درونی تکثرگرایی حقوقی به مفهوم قانون و سپس به نقد برداشت برخی از تکثرگرایان حقوقی از اثبات‌گرایی حقوقی می‌پردازیم.

##### ۴.۱. تحلیل مفهوم قانون

در توضیح ارزیابی تحلیل تکثرگرایان حقوقی از مفهوم قانون، گفتنی است که تفکیک میان قواعد اجتماعی حقوقی و قواعد هنجاری غیرحقوقی یکی از جدی‌ترین چالش‌ها فراروی تکثرگرایی حقوقی است. عموم نظریه‌پردازان این حوزه به تمایز میان این دو دسته از قواعد باور دارند و در تعاریفی که از قانون ارائه می‌دهند، سعی می‌کنند معیارهایی برای این تمایز معرفی کنند. چنان‌که آمد، گاه قانون را حول محور نظم اجتماعی (رویکرد بیرونی) و گاه بر مبنای برداشت تابعان قانون (رویکرد درونی) تعریف می‌کنند.<sup>۱</sup> باری، بر هر یک از این دو رویکرد می‌توان ایراداتی را وارد دانست.

→Raz, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

1. Galanter, L.M., "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 19 (1981):14; Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, p. 489; Malinowski, B., "Introduction", in H.I. Hogbin, *Law and Order in Polynesia*, New York, Harcourt Brace and Company, 1943: xiii; Tamanaha, "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", pp. 206-207.

## ۴.۱.۱. نقد رویکرد بیرونی

تعریف قانون بر اساس واقعیت و کارکرد نظم با این ایراد مواجه است که بسیاری از دیگر پدیدارهای اجتماعی، نظیر عرف و عادت، در حفظ نظم اجتماعی نقشی جدی ایفا می‌کنند و در زمره الگوهای عینی منظم رفتار اجتماعی قرار دارند.<sup>۱</sup> به این ترتیب، بنا بر رویکرد بیرونی، همه شکل‌های تنظیم اجتماعی باید قانون به شمار آیند. قواعد اخلاقی و سیاسی، عادات و رسوم و حتی قواعد مد و نیز آداب خوردن و آشامیدن نیز بر این اساس می‌توانند قانون شمرده شوند.<sup>۲</sup> به دیگر سخن، رویکرد بیرونی هیچ‌گونه تمایزی میان شکل‌های مختلف نظم‌دهنده اجتماعی قائل نیست و همه آنها را قانون می‌انگارد. رویکرد «قانون به مثابه تنظیم اجتماعی» از تمییز قانون از سایر قواعد هنجاری اجتماعی ناتوان است.<sup>۳</sup> از دیگر سو، تعریف قانون صرفاً براساس واقعیت و کارکرد حفظ نظم اجتماعی به نادیده گرفتن دیگر کارکردهای قانون می‌انجامد. برای نمونه، به باور برخی نظریه‌پردازان، قانون، افزون بر ایجاد نظم، مشروعیت‌بخش نیز است.<sup>۴</sup>

بدین ترتیب، تعاریف مبتنی بر رویکرد بیرونی به قانون قادر به تفکیک میان قواعد حقوقی و قواعد اجتماعی غیرحقوقی نیستند.<sup>۵</sup> این امر به نوبه خود بازتعریف رابطه قانون و جامعه را دشوار می‌کند؛ رابطه‌ای که دارای وجوه گوناگون بوده و امری بسیار پیچیده است.<sup>۶</sup> از این رو، برخی از نویسندگان در خصوص امکان وجود قانون بیرون از قلمرو دولت تردید کرده‌اند.<sup>۷</sup> در واکنش به این تردید، برخی از تکثرگرایان حقوقی، به ویژه مردم‌شناسان حقوقی، تمایلی به استفاده از مفهوم قانون ندارند.<sup>۸</sup> آنها عناوینی نظیر مطالعه فرایندهای حل اختلاف را به مثابه موضوع پژوهش

1. Tamanaha, "A Non-essentialist Version of Legal Pluralism", p. 301.

2. Tamanaha, "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", p. 193.

3. Tamanaha, "A Non-essentialist Version of Legal Pluralism", p. 302.

4. Ibid., P. 301.

همچنین، برای مطالعه بیشتر، نک: راسخ، محمد، **ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون، حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش**، جلد ۲، تهران: نشر نی، ۱۳۹۲، صص ۱۰۴-۷۵.

5. Tamanaha, "A Non-essentialist Version of Legal Pluralism", p. 298.

6. Tamanaha, B.Z., "Law and Society", Legal Studies Research Papers Series, St. John's University, 2009: 5.

7. Moore, S. F., Law as Process: An Anthropological Approach, London: Routledge & Kegan Paul, 1978: p. 57.

8. Abel, R.L., "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", Law & Society Review 8 (1973-74):pp. 221-223; Roberts, S., Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology, Harmondsworth, England: Penguin Books, 1979: p. 9; Camaroff, J.L. and→

خویش معرفی کرده‌اند که بدون اشاره به قانون نیز مرزهای آن قابل تعیین است.<sup>۱</sup> همه سخن اما آن است که با اتخاذ چنین رویکردی اساساً از قلمرو تحلیل قانون و نظام حقوقی، از منظر تکثرگرایی یا غیرتکثرگرایی خارج می‌شویم.

#### ۴.۱.۲. نقد رویکرد درونی

بر رویکرد درونی به مفهوم قانون که از سوی تکثرگرایان حقوقی مطرح شده است، نیز می‌توان ایرادتی وارد دانست. نخست، روشن نیست در این رویکرد هدف نظریه اجتماعی قانون چیست. این رویکرد که بر عمل‌گرایی<sup>۲</sup> مبتنی است به مطالعه نحوه عمل و باور مردم، کنشگران حقوقی و غیرحقوقی، می‌پردازد. در این رویکرد تأکید می‌شود قانون ماهیتی فراتر از رویه‌ها و عرف‌های زبانی که آن را شکل می‌دهند، ندارد.<sup>۳</sup> اگر چنین است و قانون ماهیتی متفاوت با آن رویه‌ها و عرف‌ها ندارد، چه نیازی به این شکل از نظم‌بخشی در جوامع انسانی بوده است؟ به دیگر سخن، اگر رویه‌ها و عرف‌های زبانی همان کارکرد قانون دولت‌ساخت را دارند و قوانین دولت‌ساخت چیزی بیش از این رویه‌ها و عرف‌ها نیست، چگونه می‌توان نیاز به این گونه سازوکارهای نظم‌ساز دولتی را در دوره‌های مختلف تطور زندگی انسانی توضیح داد و تبیین کرد؟ در این صورت، «مرز تکثرگرایی حقوقی کجاست؟ اگر حد و مرزی وجود نداشته باشد، دیگر نفس ایده «قانون» آشکارا در میان مجموعه‌ای بسیار گسترده و بی‌پایان از رسوم، اعمال، هنجارهای مندرج در خرده فرهنگ‌ها و رفتارهای قاعده‌مند از هر نوع گم خواهد شد.»<sup>۴</sup> در این صورت، اشکال مهم این نظریه آن خواهد بود که به جای تحلیل دقیق و حل مشکلات برآمده از یک برساخت اجتماعی موجود، یعنی قانون، اساساً آن را منحل می‌کند و از میان برمی‌دارد. وانگهی بدین ترتیب، منطقی‌تر دیگر نمی‌توان از تکثرگرایی حقوقی سخن به میان آورد.

←Simon, R., Rules and Processes: The Cultural Logic of Disputes in an African Context, Chicago and London: University of Chicago Press, 1981: pp. 12. & 43.

1. Woodman, G.R., "Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate about Legal Pluralism", Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 30 (1998): p. 44.

2. Pragmatist.

3. Tamanaha, B.Z., A General Jurisprudence of Law and Society, New York: Oxford University Press, 2001: p. 159.

۴. مک‌لنن، پلورالیسم، ص ۹۰.

از دیگر سو، مشخص نیست پژوهش در خصوص چیستی قانون بر اساس این رویکرد، چه دستاوردی در پی دارد. در بدترین حالت، نظریه‌پرداز حقوقی اجتماعی درگیر کاربرد نسبتاً ساده معاشناختی می‌شود. در بهترین حالت وی صرفاً اطلاعاتی درباره‌ی اینکه در جوامع مختلف چه چیزی قانون است، به دست می‌آورد و ناگزیر درون یک طرح مفهومی بسته گرفتار می‌آید. شایان ذکر است که اگر نظریه‌پرداز پیشاپیش معنایی از قانون در ذهن خود نداشته باشد، قادر نخواهد بود چیستی حقوقی رویه‌ها و اعمالی را که مشاهده می‌نماید، بررسی و آنها را تحلیل کند. به دیگر سخن، وی فاقد تفکری انتقادی است و نقشی فعال در تحلیل مفهوم و معنای قانون ندارد، زیرا هر گونه کوشش در این زمینه، وی را در معرض اتهام ذات‌گرایی قرار خواهد داد.<sup>۱</sup>

#### ۴.۲. سوءبرداشت از اثبات‌گرایی

همان‌طور که پیش‌تر آمد، تکثرگرایان حقوقی مرکزگرایی را از ویژگی‌های منحصر به فرد سنت اثبات‌گرایی حقوقی می‌دانند و بر ناتوانی اثبات‌گرایی در پذیرش نمونه‌های دیگر قانون، غیر از قانون دولت‌ساخت، تأکید می‌کنند.<sup>۲</sup> اما این دیدگاه یک توصیف نادرست از اثبات‌گرایی حقوقی پیش می‌نهد. در واقع، در برخی موارد این دیدگاه به نقد موضعی می‌پردازد که پیش‌تر از سوی اثبات‌گرایان حقوقی معاصر به‌جد نقد شده است. برای مثال، نمی‌توان موضع جان آستین را که موضعی مرکزگرا در باب قانون است، نماینده تام و تمام اثبات‌گرایی حقوقی دانست. بسیاری از اثبات‌گرایان بعد از او، مانند هربرت هارت و جوزف رز، پیرو وی نیستند.<sup>۳</sup> توصیف هارت از قانون به‌هیچ‌وجه یک موضع مرکزگرا نیست.<sup>۴</sup> از دیگر سو، انتقادهای تکثرگرایان حقوقی مبتنی بر پیش‌فرض‌ها و استنباط‌هایی ناموجه در خصوص دیدگاه اثبات‌گرایان حقوقی است. به‌طور اجمال، می‌توان گفت که ادعاها در خصوص نظم سلسله‌مراتبی هنجارها و مرکزیت دولت با ادعاهای اثبات‌گرایانه در خصوص اعتبار حقوقی ربط ضروری ندارند.<sup>۵</sup> نقطه ثقل مباحث موجود در

1. Melissaris, Ubiquitous Law, Legal Theory and the Space for Legal Pluralism, pp. 33-34.

2. Ibid., P. 125.

3. Fraticelli & Victor, The Structure of Pluralism, p. 125.

۴. نک: هارت، مفهوم قانون، فصل‌های ۶-۵.

5. Ibid., p. 127.

نظریه‌های اثبات‌گرا به تفکیک «اعتبار» قانون از «درستی» آن باز می‌گردد. بحث از اعتبار به‌خودی‌خود نسبت به مرجع و منشأ واحد یا متعدد اعتباربخشی، شکل‌گرایی یا بسنده‌گرایی بی‌طرف است. همچنین، اثبات‌گرایان بنام، مانند هارت، از منتقدان جدی شکل‌گرایی حقوقی هستند و با تبیین مفاهیمی همچون «بافت باز» و «تقنین قضایی» به‌هیچ‌وجه در زمره نظریه‌پردازان بسنده‌گرا نیستند.<sup>۱</sup> از این‌رو، نمی‌توان اتهام یادشده را به شکل عام و مطلق متوجه نظریه‌های اثبات‌گرا در باب قانون به شمار آورد.

۱. نک: هارت، *مفهوم قانون*، فصل‌های ۹-۷.

### نتیجه‌گیری

تکثرگرایان حقوقی نتوانسته‌اند مرزی دقیق میان نظم‌های هنجاری حقوقی و غیرحقوقی ترسیم نمایند. یک انتقاد روش‌شناختی جدی که می‌توان بر تکثرگرایان حقوقی وارد کرد، آن است که نظریه‌های تکثرگرایی حقوقی، حداقل در معنای موسع کلمه، فاقد معیاری روشن برای تمایز قانون از سایر قواعد و پدیدارهای هنجاری اجتماعی است. مترادف دانستن قانون با نظم هنجاری از جدی‌ترین مشکلات نظریه تکثرگرایی حقوقی است. لازم به ذکر است که معنای مضیق تکثرگرایی، به‌ویژه با به‌کارگیری فنون رایج حقوقی، مانند تفکیک میان قوانین امری و تکمیلی، تعارضی جدی با نظریه‌های غیرتکثرگرا ندارند.

به ادعای برخی از تکثرگرایان حقوقی، نظریه‌پردازان حقوقی باید بپذیرند که نمی‌توان تفکیکی روشن و دقیق میان قواعد اجتماعی قائل شد و نمی‌توان آنها را به قانون و غیرقانون تفکیک کرد. این دیدگاه نه فقط برخلاف دریافت متعارف از مفهوم قانون است و موجب سردرگمی می‌شود، بلکه موجد این تصور است که تکثرگرایی حقوقی در واقع نامی دیگر برای یک مشاهده صیرف جامعه‌شناختی است، مبنی بر آنکه زندگی اجتماعی آکنده از نظم‌های هنجاری متعدد است، بی‌آنکه دلیلی موجه برای به‌کارگیری عنوان «تکثرگرایی حقوقی» برای مشاهده یادشده بیاورند. چنین ادعایی بی‌گمان در سطح نظری، ناتوان از تبیین وجوه دقیق و عمیق پدیدار قانون است و در سطح عملی، چنانچه بخواهد به کار گرفته شود، ناتوان از مدیریت وحدت‌بخش جوامع متکثر خواهد بود.

بی‌گمان قانون تنها پدیدار اجتماعی هنجاری نیست. ادعای نظام‌های هنجاری اجتماعی متکثر صحیح است، اما تسری عنوان قانون به همه پدیدارهای هنجاری موجه نمی‌نماید و برخلاف باورهای شهودی کاربرد قانون در جوامع سه یا چهار سده اخیر است. قانون در عصر جدید، به‌ویژه در عصر جهانگیر شدن نظام دولت ملی، به مثابه عنصر وحدت‌بخش به جامعه عمیقاً متکثر ظاهر شده است و به مثابه مخرج مشترک باورها و نظم‌های هنجاری متکثر ایفای نقش می‌نماید.<sup>۱</sup> باید افزود که نه تنها چنین نقشی را در عصر جدید فقط قانون توانسته ایفا کند و

۱. نک: راسخ، محمد، مدرنیته و حقوق دینی، حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، جلد ۲،

تهران: نشر نی، ۱۳۹۲، صص ۷۴-۴۱.

تاکنون بدیلی برای آن پیدا نشده است، بلکه نبود قانون با معنا و کارکرد خاص آن در حیات متکثر انسان معاصر به وضعیتی بنیان‌برافکن برای فرهنگ و تمدن تکثرگرا خواهد انجامید.

آری، به نظر می‌رسد تکثرگرایی حقوقی به یک وضعیت عدم قطعیت ناشی از تکثر منابع و مراجع حقوقی می‌انجامد که موجب سرگردانی کنشگران حرفه‌ای و عادی مختلف در نظام حقوقی خواهد شد؛ به‌ویژه آنکه تکثرگرایی حقوقی قائل به وجود نظامی سلسله‌مراتبی میان نظام‌های حقوقی متعدد نیست. به دیگر سخن، با آنکه از این دیدگاه سعی می‌شود تأثیر متقابل نظم‌های حقوقی، به تعبیر تکثرگرایان، با یکدیگر بررسی شود، رویکرد عمدتاً افقی به آن نظم‌ها مانع از ارائه یک نظم سلسله‌مراتبی میان هنجارها و قوانین و در نتیجه تضمین کارآمدی کارکرد آنها می‌شود. به‌طور دقیق‌تر، این امر بی‌تردید به هرج و مرج هنجاری و تعارض دائمی میان قواعد موجود در نظم‌های متکثر و ناکارآمدی آنها در تنظیم حیات فردی و جمعی آدمیان می‌انجامد. درست است که هر جزء از نظام کلی اجتماعی - مثلاً بازار، خانواده، احزاب یا ادارات - با نوعی خاص از قواعد سازگاری دارد، اما در همان جزء و پاره از نظام اجتماع نیز می‌توان نظم‌های هنجاری گوناگون، اما متفرق و هرج و مرج آفرین، تصور کرد.

بر این اساس، لازم می‌نماید که با احتیاط و تواضع بیشتری ادعاهای تکثرگرایانه حقوقی را پیش بنهیم. به نظر می‌رسد تکثرگرایی حقوقی را باید در معنایی مضیق تعریف و محدود به مواردی کنیم که در آنها نظام حقوقی کشور موفق می‌شود تکثر فرهنگی و اجتماعی جامعه را به گونه‌ای در خود منعکس کند. بنابراین، تکثر حقوقی فقط در حالتی می‌تواند به مثابه هم‌زیستی بیش از یک نظام حقوقی در یک حوزه اجتماعی یکسان تعریف شود که نظام‌های هنجاری غیردولتی واجد صلاحیت حقوقی در قلمرویی خاص قلمداد شوند.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. راسخ، محمد، *ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون، حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد ۲، تهران: نشر نی، ۱۳۹۲.
۲. راسخ، محمد، *مدرنیته و حقوق دینی، حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد ۲، تهران: نشر نی، ۱۳۹۲.
۳. مک‌لنن، گرگور، *پلورالیسم*، ترجمه جهانگیر معینی، تهران: آشیان، ۱۳۸۴.
۴. هارت، هربرت، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰.

#### مقاله

۵. راسخ، محمد، پورسیدآقایی، سیدحمید، *نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق*، فصلنامه تحقیقات حقوقی، زمستان ۹۵، شماره ۷۴.
۶. شهبایی، مهدی، *کثرت‌گرایی حقوقی: تأملی در چیستی مبنای التزام‌آوری قاعده حقوقی و متغیرهای تحول نظام حقوقی*، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، پاییز ۹۴، شماره ۴۸.

### ب) منابع انگلیسی

#### Books

7. Brandney, A. and Cownie, F., *Living without Law: An Ethnography of Quaker Decision-Making, Dispute Avoidance and Dispute Resolution*, Aldershot: Ashgate, 2000.
8. Camaroff, J.L. and Simon, R., *Rules and Processes: The Cultural Logic of Disputes in an African Context*, Chicago and London: University of Chicago Press, 1981.
9. Chiba, M., *Legal Pluralism: Toward General Theory through Japanese Legal Culture*, Japan: Tokai University Press, 1989.
10. Ehrlich, E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1989.
11. Ellickson, R., *Order without Law: How Neighbours Settle Disputes*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.
12. Fraticelli, M. & Victor, M., *The Structure of Pluralism*, Oxford: Oxford University, 2014.
13. Hooker, M.B., *An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford: Oxford University Press, 1975.

14. Melissaris, E., *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*, London: Ashgate, 2009.
15. Moore, S. F., *Law as Process: An Anthropological Approach*, London: Roulledge & Kegal Paul, 1978.
16. Raz, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
17. Roberts, S., *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology*, Harmondsworth, England: Penguin Books, 1979.
18. Tamanaha, B.Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, New York: Oxford University Press, 2001.

#### Articles

19. Abel, R.L., "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", *Law & Society Review* 8 (1973-74).
20. Alexis, G. and Patterson, D., "The Limits of Normative Legal Pluralism: Review of Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders*", *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013)..
21. Dupret, B., "Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practice", *European Journal of Legal Studies* 1 (2007).
22. Forer, N., "The Imposed Wardship of American Indian Tribes: A Case Study of the Prairi Band Potawatomi", in S. Burman, B.E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law: Studies on Law and Social Control*, New York: Academic Press, 1979.
23. Galanter, L.M., "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 19 (1981).
24. Gilissen, J., "Introduction à l' étude Comparée du Pluralisme Juridique", In John Gilissen (ed.), *Le Pluralisme Juridique*. Brussels: Université de Bruxelles, 1971.
25. Griffiths, J., "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 24 (1986)..
26. Jackson, S.A., "Legal Pluralism Between Islam and the Nation-State: Romantic Medievalism or Pragmatic Modernity?", *Fordham International Law Journal* 30 (2006): 158-176.
27. Kennedy, D., "One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream", *New York University Review of Law & Social Change* 31 (2007): 641-661.
28. Malinowski, B., "Introduction", in H.I. Hogbin, *Law and Order in Polynesia*, New York, Harcourt Brace and Company, 1943.
29. Merry, S.E., "Legal Pluralism", *Law and Society Review* 22 (1988).
30. Moore, S.F., "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", *Law and Society Review* 7(1973).
31. Strijbosch, F., "The Concept of Pela and its Social Significance in the Community of Moluccan Immigrants in the Netherlands", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 23 (1985).

32. Tamanaha, B.Z., "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society* 20 (1993).
33. Tamanaha, B.Z., "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society* 27 (2000).
34. Tamanaha, B.Z., "Understanding Legal Pluralism: Past to the Present, Local to Global", *Sydney Law Review* 30 (2008).
35. Tamanaha, B.Z., "Law and Society", *Legal Studies Research Papers Series*, St. John's University, 2009.
36. Vanderlinden, J., "Le Pluralisme Juridique: Essai de Synthèse", in John Gilissen (ed.), *Le Pluralisme Juridique*. Brussels: Université de Bruxelles, 1971.
37. Woodman, G.R., "Book Review", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 39 (1997).
38. Woodman, G.R., "Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate about Legal Pluralism", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 30 (1998).