

گفتار در روش‌شناسی مطالعات حقوقی در حقوق ایران

عبدالله رجبی

استادیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، ایران، قم

Rajabya@ut.ac.ir

چکیده

تحقیق نیازمند روش است و روش نیازمند جهان‌بینی خاص محقق. در حقوق، برخی منکر وجود روش و روش‌شناسی خاص هستند؛ اما با رد ادعای مذکور و با توجه به تمامی جنبه‌های عملی و علمی این دانش، می‌توان از روش‌شناسی اصولی یا مبتنی بر مصلحت و تطبیقی و تاریخی برای یافتن احکام یا رسیدن به پاسخ مسائل علمی حقوق استفاده کرد. این روش‌ها ممکن است در هر تحقیقی جداگانه استفاده شوند یا در تحقیقی به صورت ترتیبی به کار روند. روش‌های یادشده مختص حقوق جدید نیستند و اثرشان را می‌توان در تاریخ فقه نیز یافت. در این نوشته، به شناسایی این روش‌ها می‌پردازیم.

کلیدواژگان: روش‌شناسی تحقیق، روش اصولی، روش مبتنی بر مصالح، روش تطبیقی، روش تاریخی.

مقدمه

یکی از دغدغه‌های تحقیق در همه گرایش‌های علمی، به‌ویژه علوم انسانی و اجتماعی، روش آن است؛ یعنی چگونگی رسیدن به نتیجه. این قاعده در حقوق نیز جاری است. به دیگر سخن، شناخت دقیق‌تر حقوق، ما را به سمت وجود روش تحقیق در این علم و ویژگی خاص آن سوق می‌دهد؛ چراکه نبود روش خاص تحقیق حقوقی به ناشناخته بودن روش‌شناسی تحقیق این علم بازمی‌گردد؛ یعنی اگر بتوانیم مبانی تحقیق این علم را بشناسیم، بی‌شک می‌توانیم روش تحقیق خاصی را برایش پیشنهاد کنیم. در حقیقت، روش تحقیق منحصر برای هر تحقیق، پس از گردآوری اطلاعات است و بررسی و معرفی کل آن را که کار تحقیق پیش‌روست، روش‌شناسی می‌نامیم. پس در تحقیقات این علم، باید در برخی عرصه‌ها شیوه متفاوتی را که گاه منطبق با روش‌های تحقیق موجود در علوم انسانی و اجتماعی نیست، در پیش گرفت.

براین اساس مسئله اصلی نوشته حاضر، شناسایی مبانی روش یا روش‌های تحقیق حقوقی است. لازم است روشن شود که تا چه حدی می‌توان برای حقوق نسبت به دیگر علوم انسانی و اجتماعی استقلال قائل شد و آیا این روش تنها در آثار علمی حقوقی استفاده می‌شود یا در صحنه کاربرد حقوقی نیز به کار می‌آید یا نه؟ سرانجام باید مشخص شود که روش‌های مذکور چه خصوصیتی دارند؟

پاسخ به این پرسش‌ها در قالب توصیف کلی و تعیین ویژگی‌های تحقیق حقوقی آغاز می‌شود و سپس با شمارش روش‌های مبنایی تحقیق ادامه می‌یابد و سرانجام پیشنهاد لازم را برای اعمال این روش‌ها در حقوق ایران ارائه می‌دهد.

گفتنی است که ممکن است مطالعه روش تحقیق، به‌ویژه از منظر مبانی آن، نسبت به مطالعات معمولی حقوق حالت انتزاعی و گاه ملال‌آور داشته و درکش برای خواننده دشوار باشد. برای رهایی از دام انتزاع و افزایش جذابیت بحث، مطالب را در قالب مسئله خاص حقوقی طرح می‌نمایم تا به این وسیله، درستی نتایج نوشته حاضر محک خورده و صحتش تضمین شود.

۱. مبانی تحقیق

روش تحقیق، واجد ویژگی شکلی است و از این نظر سودمند است که ضمن ایجاد سهولت برای رسیدن به نتیجه مناسب، محقق را از رفتن به بیراهه باز می‌دارد و سبب می‌شود که استوار و شفاف در مسیر پاسخ به پرسش تحقیق گام بردارد. خواننده نیز می‌تواند با نظر به روش مذکور، درستی نتایج را محک بزند و میزان تلاش نویسنده را برای ارائه راه‌حل نوآورانه بسنجد.

پیش از هر چیز و قبل از بیان ویژگی و مصادیق روش‌های مطالعه در حقوق، لازم است با ماهیت تحقیق آشنا شویم. برای پی بردن به ماهیت تحقیق، ابتدا باید هدف آن را شناخت. هدف تحقیق، گردآوری بیهوده اطلاعات و نشان دادن آن نیست، بلکه چگونگی روش استدلال و کوششی برای فهمیدن است (see. مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۲). در واقع، هدف اصلی تحقیق، پاسخ به «مسئله» است.

در علوم گوناگون بشری، برای رسیدن به پاسخ مسئله، روش‌های متفاوتی ارائه شده است. حقوق‌دانان نیز به پیروی از علوم دیگر، به‌ویژه علوم انسانی و اجتماعی، روش‌هایی را ارائه داده‌اند. به هر یک از این شیوه‌ها «روش تحقیق»^۱ می‌گویند و معرفی کلی آن، روش‌شناسی^۲ تحقیق است؛ یعنی روش شناختن و شناساندن است و مبنایی است که محقق در حین تحقیق اتخاذ می‌کند. به عبارت دقیق‌تر، روش تحقیق به معنای چیزی است که برای افزایش دانش، آزمایش فرضیه یا پاسخ به پرسش‌های تحقیق، عملاً تحقق می‌یابد؛ اما روش‌شناسی به معنای اندیشه‌ای است که راجع به روش‌ها، یعنی خارج از جنبه‌های عملی طرح تحقیق رخ می‌دهد و طرح کلی آن را تعیین می‌کند (واتکین و برتن، ۲۰۱۳، ص ۲)؛ پس روش‌شناسی، واسطه بین معرفت‌شناسی و روش پژوهش است (حکمت‌نیا، ۱۳۹۳، ص ۸).

ممکن است از خود پرسیم که چرا باید به روش‌شناسی پرداخت. در پاسخ باید گفت که ایجاد اساس نظری مناسب برای طرح تحقیقاتی به اندازه تعیین روش‌های اجرای تحقیق مهم است (واتکین و برتن، ۲۰۱۳، ص ۳). در حقوق، این امر به مراتب مهم‌تر است؛ چراکه تنها با روش‌شناسی مطلوب می‌توان در پی روش تحقیق بود.

با توجه به ساحت‌های حقوقی، روش‌شناسی حقوقی ممکن است شامل مواردی همچون روش‌شناسی قواعد بنیادین حقوق، روش‌شناسی تقنین، تفسیر، تطبیق یا اجرا و روش‌شناسی نهادسازی باشد (حکمت‌نیا، ۱۳۹۳، ص ۹). همچنین می‌توان روش‌شناسی تحقیقات حقوقی را بر این فهرست افزود. با این حال، ممکن است برخی درباره وجود روش تحقیق یا روش‌شناسی در پژوهش حقوق تردید کنند که پاسخ اینان را نیز در طی مباحث آینده خواهیم داد. در اینجا، ابتدا از مسئله آغاز می‌کنیم و سپس به بیان ویژگی‌های تحقیق حقوقی می‌پردازیم.

1. method
2. methodology

۱-۱. شرط وجود مسئله

مسئله به معنای مشکل عملی یا ذهنی است که برای اشخاص در فرایند فعالیت روزانه پیش می‌آید؛ و او بنا به وظیفه خود، ملزم می‌شود تا با تتبع و مطالعه منابع و گاه اقدامات میدانی، پاسخ آن را بیابد و آن را حل کند و تحقیق، تلاشی برای درک و فهم و اشراف بر این فرایند است.

هرگاه وارد قلمرو علم حقوق شویم، مسئله حقوقی ویژگی خاصی می‌یابد. در عرصه عمل، برای نمونه، دعوایی به قاضی ارجاع می‌شود و مسئله او تمیز حق از ناحق با توجه به احکام حقوق است. در خصوص وکیل، مسئله چگونگی چیره شدن به طرف دعوا با روش‌های قانونی است و برای مشاور، ارائه مشورت در خصوص انطباق تصمیم مشورت‌گیرنده یا مخالف نبودن آن با مقررات قانونی است. در عرصه نظری حقوق نیز ممکن است برای محقق مسئله پیش آید. برای نمونه، چگونه می‌توان از نظر قانون، خلاقیت فکری آینده‌شخص را وثیقه‌ای برای پرداخت هزینه‌های سرمایه‌گذاری دیگران در تبدیل این خلاقیت به محصول فکری دانست؟ مسئله‌ای که ممکن است به‌کرات در عرصه عمل طرح شده باشد. برای نمونه، برنامه‌نویس رایانه‌ای برای عینی کردن ایده خود، نیازمند تأمین مالی است و تنها دارایی او برای بازپرداخت وام، محصول فکری آینده، یعنی برنامه‌ای است که ممکن است زمینه عملی خاصی، مثل نحوه درمان بیماری صعب‌العلاج را متحول سازد و سبب ایجاد درآمد عمده شود.

به طور کلی، در حقوق با دو نوع مسئله روبه‌رویم: مسائلی که بین علم حقوق و دیگر علوم اجتماعی مشترک‌اند و حل آنها سبب حل مشکل اجتماعی موجود است؛ اما بیشتر مسائل مختص حقوق هستند و حل آنها، شیوه خاص حقوقی را می‌طلبد. در فرض یادشده، هرگاه مسئله محقق موانع موجود در راه پیشرفت تولید برنامه و حل مشکلات درمان بیماری مذکور باشد، نگاه او جنبه فراحقوقی، مثل مصالح اجتماعی و اقتصادی دارد؛ اما هرگاه مسئله وثیقه‌گذاردن برنامه رایانه‌ای و رفع موانع موجود راجع به عینیت و قبض موضوع رهن باشد، مسئله جنبه حقوقی صرف دارد. در فرض اخیر، هدف، پاسخ به مسئله با نظر به مشروعیت اقدام در نظام حقوقی (داخلی یا بین‌المللی) است. به دیگر سخن، هرگاه بخواهیم «مشروعیت» مسئله را محک بزنیم، در واقع تحقیق صرف حقوقی نموده‌ایم و مثلاً با استناد به احکامی همچون ماده ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی، بدون آنکه خود را درگیر تلاش بیشتر ببینیم، پاسخ مسئله را یافته‌ایم؛ اما هرگاه هدف اقناع نیاز اجتماعی باشد، ذکر صرف مواد مذکور قانع‌کننده نیست.

با این همه، در یافتن پاسخ برای مسئله حقوقی، همه حقوق‌دانان در بند ارزیابی مشروعیت اقدام نیستند و گاهی ممکن است مسئله رنگ دیگری بیابد و همچنان حقوقی باشد. برای نمونه،

هدف آموزش حقوقی بسیار سودمند است یا هرگاه بخواهیم راهی پیش پای قانون‌گذار یا حتی قاضی بگذاریم، الزامی به یافتن مشروعیت اقدام نداریم؛ آن‌گاه ممکن است مسائل فراحقوقی نیز موضوع بررسی قرار گیرد و حتی احکام موجود در دیگر نظام‌های حقوقی نیز مهم باشد یا اینکه گاهی مراجعه به تاریخ نظام حقوقی کشور نیز می‌تواند گره از کار بگشاید.

با همه این احوال، برای یافتن راه‌حل مسئله، باید جهلی از نوع بسیط موجود باشد. این جهل، با آشنایی به وضع موجود و مراجعه به منابع و مشاهده راه‌حل‌های پیشین و نیافتن پاسخ تحقق می‌یابد. هرگاه راجع به مسئله راه‌حلی ارائه شده و اقناع‌کننده باشد، دیگر نیازی به پاسخ محقق ندارد. پس باید به ارزیابی راه‌حل‌های ارائه‌شده پرداخت و در پایان، راه‌حل حاصل از تحقیق را ارائه کرد.

پاسخ صحیح، نیازمند درک درست و یافتن جایگاه مسئله در نظام حقوقی است. هرگاه فهم مسئله به‌خوبی حاصل شود، سپس بر اساس اطلاعات ذهنی موجود، که در طی آموزش حقوق، از پیش در ذهن محقق گرد آمده، باید به ارائه «فرضیه» پرداخت. در واقع، همه تحقیقات علمی، از جمله تحقیق حقوقی با فرضیه آغاز می‌شود. بیشتر این فرضیات پارادایمی هستند؛ یعنی فرضیاتی که عموماً بین دانشمندان حقوقی نظام یا همه نظام‌های حقوقی معتبرند. همچنین ممکن است فرضیه چندان مشهور نباشد (ون هویک، ۲۰۱۱، ص هفت).

در آخر، با تلاش‌هایی که درباره ارزیابی فرضیات با «روش»‌های مختلف می‌نماییم، با تمسک به ابطال برخی فرضیه‌ها، «نظریه» نهایی را ارائه می‌کنیم؛ یعنی مسئله را به طور قطع حل می‌نماییم (برای مطالعه در این باره و نظریات راجع به شیوه‌های تحقیق علوم طبیعی و اجتماعی، ر.ک: جعفری تبار، ۱۳۸۳، ص ۳۰ و ۳۸).

۲-۱. مطالعات حقوقی و عرصه عمل

در حقوق، تمایز بین شیوه پاسخ به مسئله در تحقیق علمی و عملی حقوق دشوار است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۳۶).^۱ قدم نخست تحقیق حقوقی، به‌ویژه هرگاه صحبت از مشروعیت اقدام باشد، شباهت بی‌شماری به عمل قاضی، وکیل و مشاور حقوقی دارد و شاید تفاوت روش تحقیق حقوقی از دیگر تحقیقات علوم انسانی و اجتماعی، همین باشد. برای همین، گاه تفکیک انتشارات علمی از نوع عامیانه آن، که تنها اطلاعات موجود در یک عرصه از حقوق را در بر دارد یا ناظر به موارد عملی است، دشوار است (ون هویک، ۲۰۱۱، ص ۱۸). با این حال، نباید این

۱. کاتوزیان بدون تمایز نهادن بین عرصه علم و عمل، منطق حقوق را منطق عملی آن می‌داند و قواعد حقوقی را که برای قاضی الزام‌آور است برمی‌شمارد.

شباهت را مطلق دانست. با اینکه قدم نخست محقق و فعال عرصه عملی حقوق یکسان است، این شباهت لزوماً به معنای وحدت منشأ پرسش و شیوه رسیدن به پاسخ نیست.

در فقه، کتب فقه استدلالی، شامل منابعی است که به نحو استدلالی برای اقناع ذهن محققان، در چارچوب علمی نگاشته شده و دارای روش تحقیق علمی است و کتب توضیح المسائل یا استفتا یا حتی کتب غیراستدلالی فقهی، پاسخی برای خیل مقلدان است و چهره عملی آن بر چهره نظری چیره می‌شود.

در حقوق، باید به یاد داشت که منشأ پرسش قاضی، پرونده ارجاعی به اوست و او با تمیز حق از ناحق در دعوا، وظیفه خود را به خوبی انجام داده است؛ اما محقق، اگرچه در اغلب موارد پرسش خود را از تجارب روزانه و فعالیت عملی اش به دست می‌آورد، امکان دارد گاه از لابه‌لای تحقیقات خویش و در حین مطالعه، مسئله را دریابد و مشکلی را در نظام حقوقی بیابد و آن گاه در پی پاسخ‌گویی به آن برآید.

آنچه بیش از این راه محقق را از عامل حقوق دور می‌سازد، تفکر سامان‌مند او در طرح مسئله است. محقق به شیوه کلی و بنیادی در پی طرح مسئله و حل مشکل است. او با کنار هم گذاردن چند مسئله عملی می‌تواند عمیق‌تر به موضوع نگاه کند و آن را به صورت ریشه‌ای حل نماید. در مثال وثیقه نهادن محصول فکری آینده، محقق در پی آن نیست که مانند وکیل یا مشاور حقوقی، مشکل شخص را حل کند؛ بلکه نگران اشخاص متعددی است که در آینده با این مسئله روبه‌رو هستند و شاید در پی آن باشد که در کنار حل مسئله پدیدآورندگان محصول فکری، مشکل صاحبان اوراق تجارتي و همه دارندگان اموال غیرمادی را نیز حل کند.

از این گذشته، روش رسیدن به پاسخ نیز تفاوت کار محقق را از عامل حقوق نشان می‌دهد. در واقع، آنچه روش محقق را متمایز می‌سازد، جدا از منشأ پرسش، نحوه استدلال اوست. قاضی نیازمند استدلالی فراتر از آنچه که قانون وی را مکلف به استدلال و استناد نموده، نیست؛ وکیل نیز تنها در پی اقناع وجدان قاضی است؛ مشاور حقوقی نیز به دنبال اظهار نظر راجع به اقدام مشورت‌گیرنده و گوشزد مسیره‌های قانونی و غیر آن برای رسیدن به هدف است؛ اما در مطالعه و تحقیق، باید همه ابعاد موجود و احتمالی مسئله را سنجید و موضع خود را نسبت به آن روشن ساخت. محقق باید در نوشته خود و در قالب تحقیق، دیگران (شامل حقوق‌دانان عرصه علم و عمل) را نیز توجیه کند و با جمع‌آوری اطلاعات، تا حد ممکن از دریچه نو به مسئله بنگرد و پیشنهادهایی را به قانون‌گذار ارائه دهد. در واقع، محقق تنها در پی یافتن راه‌حل قانونی نیست، بلکه گاه راه‌حل می‌دهد.

در حقیقت، فعالان عرصه عمل حقوقی در پی کشف حقوق موجودند (است)؛ اما محقق، علاوه بر این، در پی کشف حقوق برتر و معرفی آن است (باید) (ر. ک: نظریه تفکیک دیوید هیوم در: چینگهنگو، ۲۰۰۰، ص ۲۶). برای نمونه، در مسئله وثیقه نهادن مال فکری آینده، مسئله مشاور حقوقی یافتن راه قانونی وثیقه آن مال است که در مالکیت الف باشد تا وی بتواند وام را بستاند؛ اما مسئله محقق این است: آیا تولیدکنندگان محصول فکر در مواقعی که می‌باید وثیقه‌ای معرفی نمایند، می‌توانند محصول فکری موجود یا آینده را وثیقه بگذارند؟ می‌بینیم که جنبه طرح پرسش محقق، کلی است و این کلیت سبب حدوث مسائل دیگر در طی یافتن پاسخ مسئله است: آیا تنها راه رسیدن به حل مسئله، تفسیر عقد رهن است؟ آیا می‌توان وضعیت حقوق ناشی از محصول فکری را با حق بر اوراق تجارتي مقایسه کرد و برای هر دو حکم واحد صادر کرد؟ و سرانجام، با عنایت به سودمندی چنین نهادی، چه باید کرد که بتوان نهاد وثیقه غیرعینی را در نظام حقوقی ایران برقرار ساخت؟

۳-۱. انواع روش تحقیق حقوقی

با توجه به سخن مشهوری که مطالعات محدود به یک کشور را علم نمی‌داند (زوایگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۲۷)، ممکن است حقوق را خارج از چرخه علم قرار دهیم؛ اما باید گفت که نه حقوق محدود به مرزهای کشور خاص است و نه موارد اختلافی راجع به موضوع خاص در خارج از مرزها، خارج از دایره علم قرار می‌گیرد. براین اساس در پاسخ کسانی که قائل به نبود روش خاص تحقیق در حقوق‌اند، باید گفت که حقوق نیز همانند دیگر علوم است و نفی روش تحقیق در حقوق، فروکاستن آن به شناسایی اراده حاکم بوده، ساده‌انگاری درباره این علم است. براین اساس اگر بخواهیم انواع تحقیق را از جنبه شیوه‌های رسیدن به پاسخ به دسته‌های گوناگون تقسیم کنیم، می‌توان انواع ذیل را نام برد:

الف) تحقیق تشریحی حقوق که در پی توضیح حقوق است؛

ب) تحقیق تجربی که به دنبال شناسایی حقوق معتبر و تعیین ابزار حقوقی برای رسیدن به هدف خاص است؛

ج) تحقیق هرمنوتیک که در مسیر خود از تفسیر و استدلال یاری می‌گیرد؛

د) تحقیق تفتیشی که در جست‌وجوی مسیرهای جدید و احتمالاً پرثمر در تحقیق حقوقی است؛

ه) تحقیق منطقی، که در روش خود دارای انسجام، مفاهیم ساختارمند، احکام، اصول و...

مثل استفاده از تحلیل هوفلد راجع به مفهوم حق است؛

(و) تحقیق ابزارگرا که به دنبال مفهوم سازی در حقوق است؛

(ز) تحقیق ارزشی یا ارزیابانه که در صدد بررسی کارآمدی احکام در عمل یا انطباق با اخلاق،

هدف سیاسی یا اقتصادی است (ون هویک، ۲۰۱۱، ص پنج).

همچنین از دیگر تقسیم‌بندی‌هایی که می‌توان برای تحقیق حقوقی ذکر کرد، تقسیم بر پایه ایدئولوژیک است (ون هویک، ۲۰۱۱، ص شش)؛ آن‌گاه می‌توان از منظری، فردگرایی را در برابر جمع‌گرایی قرار داد. همچنین، ملی‌گرایی در برابر بین‌المللی بودن حقوق نیز در این دسته قرار می‌گیرد. ممکن است موضوع مطالعه ما تنها نظام حقوقی داخلی یک یا چند کشور باشد یا اینکه به کلیت نظام‌ها نظر داشته باشیم و عرف موجود بین‌المللی را مطالعه کنیم.

علاوه بر این، تحقیق ممکن است تحقق و در برابر اخلاق و منافع سیاسی و اقتصادی باشد که در آن، گاهی تنها به دستورهای حاکم و قانون‌گذار نظر داریم و گاه آن را معلول شرایط اجتماعی و سیاسی و اقتصادی می‌دانیم و باور داریم که تنها با شناسایی این شرایط می‌توان حقوق را درک و اجرا کرد. همچنین ممکن است در تحقیق، یگانگی و نظم در برابر چندلایه بودن (پلورالیستی و بی‌نظمی) قرار گیرد؛ و سرانجام در برخی تحقیقات، طبیعت در برابر تمدن است. گاهی به حقوق طبیعی اعتقاد داریم و همه مسائل را با ارزیابی وجدانی حل می‌کنیم و گاهی به فرهنگ و تمدنی که بشر به وجود آورده نظر داریم و حقوق را در قالب آن مطالعه می‌کنیم. با این همه، تحقیقات حقوقی را ذیل دو روش جافتاده و نیز دو روش جدیدتر معرفی می‌کنیم:

۲. روش‌های سنتی تحقیقات حقوقی

به طور کلی، دو روش سنتی در تحقیقات حقوقی وجود دارد (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۱): روش نخست^۱ که قدمت بیشتری در حقوق دارد، بدون توجه به جهان خارج از حقوق، به اصول مستقلی تکیه می‌کند که تنها از متون حقوقی، مثل قانون یا آرای قضایی به دست می‌آیند؛ روش دوم^۲ که در قرن بیستم طرف‌داران بسیاری یافت، ناظر به مسائل اجتماعی سهیم در حقوق است. گفتنی است که این دو روش هم در عرصه عمل وجود دارند و هم در عرصه تحقیق.

در واقع، باید گفت که روش نخست، بیشتر مبتنی بر حقوق تحقیقی و شاخه‌های آن، از جمله تحقیق دولتی (اوستین و کلزن) و اجتماعی (هارت) است و روش دوم، مبتنی بر حقوق طبیعی

1. black-letter Law

2. law in Context

(آکوبیناس، هابز و فولر) و گاه مبتنی بر سودگرایی (بنتام و میل) است، که هر دو هم در فلسفه اسلامی، مثل نظریات ابن سینا و انطباق آن با حقوق طبیعی و نظریات خواجه نصیر طوسی و انطباق آن با حقوق تحقیقی، جایگاه دارد. در حقوق ایران و تاریخ آن (فقه) نیز می‌توان این دو شیوه تحقیق را یافت. همچنین اصطلاحات مناسبی برای این دو وجود دارد: روش اصولی و روش مصلحتی. در ادامه، به ترتیب ابتدا به بررسی شیوه نخست یا اصولی و سپس، شیوه دوم یا روش مبتنی بر مصلحت حقوق می‌پردازیم و در آخر، بررسی می‌کنیم که این دو چه ارتباطی با هم دارند و روش‌های دیگر علوم اجتماعی چه جایگاهی در هر یک دارد.

۱-۲. روش اصولی

در تحقیق اصولی، مسئله اصلی جست‌وجوی حقوقی است که بر اوضاع و احوال مربوطه اعمال شود (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۲۳). این روش را می‌توان روش مبتنی بر نظریه^۱ در تحقیقات حقوقی نیز نامید.

در حقیقت، این روش که به روش ویژه حقوق مشهور است، برای حقوق‌دانان جنبه شهودی دارد و مبنای همه یا قریب به اتفاق تحقیقات حقوقی است. به همین سبب، بسیاری از ایشان آن را بهترین شیوه تحقیق می‌دانند (واتکین و برتن، ۲۰۱۳، ص ۷)؛ چراکه در تحقیق اصولی، هدف عمده و شاید تنها هدف محقق توصیف بدنه حقوق و نحوه به‌کارگیری آن است. در واقع، هدف، یافتن مقصود قانون‌گذار یا احکام وی در مسئله مطروحه است و لاغیر. در این رویکرد به مطالعات اجتماعی، سیاسی و اقتصادی و... و یا آثار اجتماعی و اقتصادی و نتایج حاصله توجهی نشده و منحصرأ متون الزام‌آور حقوقی کاربرد دارد؛ چراکه فرض می‌شود قانون کامل است و همه احکام حقوقی مورد نیاز را می‌توان با کمک منطق از آن بیرون کشید (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۹۳). بنابراین مباحث راجع به الفاظ و هرمنوتیک حقوقی در این نوع روش حقوقی دارای کاربرد است.

توضیح اینکه در این روش بین متون معتبر حقوقی و دیگر نوشته‌ها تفاوت قائل می‌شوند و موضوع مطالعه حقوق‌دان را تتبع در متون الزام‌آور حقوق (عمدتاً قانون) می‌دانند. به عبارت دیگر با استمداد از مواد قانونی، تحقیق تکمیل می‌شود و در موضوع تحقیق، موارد خارج از متن قانون کاربردی ندارد. اگر در رابطه با مسئله‌ای، ماده قانونی راه‌حلی را بیان کرده باشد، مخالفت با آن راهکار، صرفاً از طریق ماده قانونی دیگر صورت می‌پذیرد، نه با دیگر منابع و مدارک و مستندات.

پس مباحث الفاظ اهمیت بسزایی در این روش دارد. در واقع، هدف تحقیق، نظام‌مندسازی، اصلاح و شفاف‌سازی حقوق در موضوع خاص از طریق روش جداگانه تحلیل در متون معتبری است که شامل منابع اولیه و ثانویه است (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۴). منابع اولیه تحقیق اصولی، قوانین و احکام لازم‌الاجراست و منابع ثانوی شامل تفاسیر حقوق‌دانان در قالب کتب و مقاله و... است. بی‌شک اولی همیشه مقدم بر دومی و مقبول حقوق‌دانان است (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۱۹ و ۲۳ و ۴۷).

در حقوق ایران، می‌توان این روش را در نوشته‌های بیشتر فقها و حقوق‌دانان سنتی یافت. در مطالعات فقهی اعتقاد به کامل بودن متون شرعی و ضرورت درک مقصود شارع از میان این متون باور وجود دارد. لذا ایرادی بر کاربرد این روش وارد نیست. همچنین در غرب، پذیرش دموکراسی و ظهور اراده عمومی ملت در رفتار نمایندگان و در قالب متن قانونی، سبب پذیرش چنین روشی است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۹۶). در میان حقوق‌دانان داخلی و نویسندگان حقوقی، شاید بتوان برخی نظریات موجود در حقوق مدنی را مثال آورد. مثلاً در زمینه تلف مبیع قبل از قبض، ایشان تلف مذکور را محدود به صراحت قانونی و عقد می‌نمایند یا در خیارات، خیار رویت را به دلیل اینکه قانون‌گذار با عبارات خاصی نام برده، مستقل از خیار تخلف از شرط صفت می‌انگارند.

برخی متفکران، ایراداتی را بر روش اصولی تحقیقات حقوقی وارد دانسته‌اند و معتقدند مشکل اصلی این روش، دشواری شناخت متون الزام‌آور حقوقی (فرمان) و اراده قانون‌گذار است. در واقع، گاه اوضاع و احوال مسئله و نیاز به کسب اراده قانون‌گذار از الفاظ قانون، محقق را مجبور به تفسیر لفظ به شیوه‌های گوناگون می‌کند و می‌دانیم که حکم به‌دست‌آمده نظر واقعی قانون‌گذار نیست؛ بلکه حکمی است که با تعقل محقق (و گاه استحسان) به دست آمده است (در این باره، ر. ک: کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۰۷-۱۰۸). افزون بر این، از آنجاکه این روش، از نظر قلمرو و اعمال فهم حقوق بسیار مضیق است (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۵)، سبب می‌شود که حقوق در قالب اراده نویسندگان آن تفسیر شود و تحولات اجتماعی نادیده انگاشته شود و این خود سبب عقب‌ماندگی حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۰۹). از این گذشته، تحلیل صرف مبتنی بر نظریه خشک، انعطاف‌ناپذیر و بدون توجه به دیگر مسائل خارج از حقوق است (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۴). بنابراین نمی‌توان با این روش، مسئله اجتماعی را حل کرد؛ چراکه به نیروهای واقعی اجتماعی که در پس احکام حقوق قرار دارد، بی‌توجهی می‌کند (ر. ک: کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۰۸). در نتیجه روش مذکور، گاهی موجب بی‌عدالتی نیز می‌گردد.

با توجه به جنبش‌های اجتماعی دو قرن اخیر که توجه به نیازها علم حقوق را تحت تأثیر قرار

داد، روش دیگری پدید آمد که لازم است در ادامه بررسی شود. در واقع، رویکرد جدید مطالعات حقوقی در عرصه اجتماعی و اقتصادی گسترده‌تر با استفاده از طیف روش‌های دیگر موجود در گرایش‌های علوم اجتماعی و انسانی، مطالعات حقوق اجتماعی است (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۵) که ما آن را روش مصلحتی یا مبتنی بر مصالح می‌نامیم.

۲-۲. روش مبتنی بر مصالح

نگاه محقق ممکن است سازنده بوده، جنبه اصلاحی داشته باشد و تنها در پی کشف اراده قانون‌گذار نباشد؛ آن‌گاه مشکلات مؤثر بر حقوق و سیاست‌های مبتنی بر آن را نیز بررسی می‌کند (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۲۰)؛ برای نمونه، در باب حقوق فکری، از آنجا که بیشتر موضوعات آثار اقتصادی دارند، از علم اقتصاد و نظریات آن غافل نمی‌شود و از آنجا که حق فکری ریشه در فرهنگ جامعه دارد، از آثار جانبی آن بر سنت و فرهنگ جامعه چشم نمی‌پوشد. براین اساس محقق دایره تحقیق را محدود به مطالعه منطوق متون الزام‌آور حقوقی نمی‌کند و با مبانی حقوق نیز سروکار دارد. مصالح و مفاسد احکام نیز برای او مهم است و باید برای فهم بهتر و به تبع آن، حل مسئله، مصالح اقتصادی، سیاسی، جامعه‌شناسی و... را در مطالعه دخالت دهد؛ چراکه حقوق در بستر آن شکل گرفته است.

در این روش، نباید حقوق را به «قانون» محدود کرد و آن را جدا از زمینه اجتماعی پیرامونی بررسی کرد و به کار گرفت. حقوق دارای مبناست و برای حل مسئله باید از این مبانی یاری خواست. باید درباره آثار و حواشی متون الزام‌آور نیز اندیشید و آثار راهکارهای پیشنهادی را نیز در نظر گرفت. برای همین است که عناوین دیگری همچون مکتب تحقیق علمی را نیز برای این شیوه تحقیق به کار می‌برند. در اینجا حقوق موضوعیت ندارد، بلکه روشی برای پیشگیری یا حل مسائل کلان جامعه است. به عبارت دیگر، ممکن است برخی مسائل و مشکلات اجتماعی، ریشه در عوامل اقتصادی و سیاسی داشته باشند و یا حتی قوانین و مقررات جاری موجبات بروز مشکل را فراهم آورده باشند. پس به دلیل اینکه ممکن است حقوق و قانون به خودی خود منشأ مشکل شده باشند، موجبات رجوع به مسائل سیاسی، اجتماعی، اقتصادی نیز فراهم می‌آید.

در میان فقها نیز بیشتر فقهای اهل سنت‌اند که به این روش‌شناسی نظر دارند و کمتر می‌توان در میان فقهای شیعه طرف‌داری برای آن یافت. برای نمونه، از نظر غزالی مقصود نهایی شرع مصلحت است و این در همه احکام دینی آمده است و هرگاه حکمی خلاف مصلحت باشد، باید آن را کنار گذاشت (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۱۵۶)؛ با این حال، در فقه شیعه نیز به‌ویژه در عصر حاضر،

کسانی هستند که به وجود عنصر فهم اجتماعی در فقه قائل اند (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۸). درباره انواع تحقیق مبتنی بر مصالح در حقوق، باید گفت که گاه بررسی و موضوع مطالعه، احکام و الفاظ خشک و بی روح قانون است؛ در واقع، این رویکردها مقید به قانون هستند و در تحقیقات خود آن را مبنا می‌انگارند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۱۳). گاه نیز پژوهشگر، فارغ از تفاسیر لفظی، به اهداف اجتماعی قانون توجه دارد و سبب می‌شود که قانون با تحولات کنونی جامعه منطبق شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۱۷). آن‌گاه تحقیق حقوقی درباره موضوع خاص جنبه بین‌رشته‌ای پیدا می‌کند. این پژوهشگرانی که به تحولات جامعه نظر دارند، گاه صرفاً به عقل خود رجوع می‌کنند و سنجه مشروعیت حکم را عدالتی قرار می‌دهند که در وجدان انسانی خود احساس می‌کنند. بر این مبنا، مطالعه و تحقیق باید با توجه به این روش و نه بر اساس متون الزام‌آور حقوقی انجام گیرد و در این راه، باید به نتایج و به اهداف ناشی از آن نیز توجه داشت. گاهی نیز تحقیق حالت تجربی صرف می‌یابد؛ یعنی مبتنی بر تجارب گذشته قضات و حقوق‌دانان است.

همچنین مکاتبی وجود دارند که به پژوهش آزاد باور دارند و می‌کوشند بی طرف باشند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۱۳). در اینجا، عقیده بر آن است که متن الزام‌آوری نیست که محقق را پایبند سازد و محقق باید مانند هر متفکر دیگری، آزادانه به پژوهش پردازد و مبنای علمی، همچون اقتصاد و سیاست و فلسفه و روان‌شناسی را در نظر آورد تا به اهداف عالی حقوق، یعنی نظم و عدالت برسد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۲۵). آن‌گاه تردیدی درباره علم بودن حقوق باقی نمی‌نماند. کسانی که به تحقیق مبتنی بر مصالح نظر دارند، بین حقوقی که در عمل و در میان جامعه وجود دارد، یعنی حقوقی که در دادگاه‌ها و یا موضوعات حقوقی که در دفاتر وکالت و یا در ادارات جریان دارد و بین حقوق درون کتب، تمایز قائل شده‌اند. به عبارت دیگر بر این عقیده‌اند که حقوق نوشته نوعی از حقوق است و حقوقی که در عمل اتفاق می‌افتد، نوعی دیگر است. به نظر ایشان، حقوق واقعی همان حقوقی است که در دادگاه‌ها رواج دارد (وکس، ۲۰۰۶، ص ۹۴).

این طرز نگاه به حقوق تازه نیست. می‌توان ریشه‌ها و برخی اوصاف نگاه تجربی و مبتنی بر مصلحت را در میان حقوق‌دانان اسلامی و فقهای شیعه یافت. در عصر جدید، در حقوق امریکا، در دهه شصت و هفتاد میلادی، واقع‌گرایان حقوقی و متفکران حقوق اجتماع، جنبش حقوق اجتماعی را آغاز کردند و به اهمیت فهم شکاف بین حقوق در کتاب‌ها و حقوق در عمل پی بردند. ایشان در پی آن بودند که حقوق را در جامعه اعمال کنند و معتقد بودند که اصلاح حقوق، آثار اجتماعی سودمندی در پی دارد و منافع جمع را حمایت می‌کند (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۵). دانشکده‌های حقوق ایالات متحده، که پرچمدار آن دانشکده حقوق هاروارد بود، با هدایت برخی

متفکران حقوقی، این رویکرد را به نحو نظام‌مند در شیوه آموزش حقوق وارد ساخت (ر. ک: داوید، ۱۳۸۱، ص ۲۷۲). رویکردهایی که در قرن بیستم در ایالات متحده امریکا پدید آمدند، همچون فمینیسم حقوقی یا تحلیل اقتصادی حقوق که مدعی اقتصادی بودن استدلال حقوق هستند و دارای منطقی اقتصادی هستند، طرفدار این روش‌اند.

محققان رشته‌های جدید حقوق، همچون حقوق مالکیت فکری که سابقه چندانی در تاریخ حقوق ایران ندارد و با دیگر عرصه‌های اجتماعی پیوند بسیار دارد، به دلایل ذیل باید از این روش استفاده کنند:

۱. حقوق مالکیت فکری، بیش از دیگر عرصه‌های حقوق با اقتصاد و فرهنگ سروکار دارد؛
۲. مهم‌تر، نبود متن قانونی مصرح درباره همه ابعاد موضوعات حادث است و به همین دلیل، حقوق‌دان نباید به متن قانون محدود شود.

باید دید که مسائل یادشده چه جایگاهی در داخل کشور و چه اثری بر دیگر مسائل دارند؟ مسائلی همچون مسئله توثیق نرم‌افزار که در عمل ممکن است روی دهد و آنگاه باید دید مشکلات آن، اثرات اجتماعی نیز خواهد داشت یا نه. برای مثال اگر موضوع توثیق نرم‌افزار در قوانین و مقررات پذیرفته شود، آیا امکان ندارد متعاقباً پدیدآورنده ضمن توثیق نرم‌افزار موجود و یا تولیدات خود در آینده، علی‌رغم توثیق، از آن نرم‌افزار به شیوه‌های مختلف دیگری اعم از کپی و یا فروش آن استفاده کند و سبب بی‌اثری حکم قانون شود و عملاً توثیق نرم‌افزار معنا نداشته باشد؟ اگر مال مادی و عین معینی به وثیقه گذارده شود، چون عین مال در تصرف مادی مرتهن واقع شده، راهن نمی‌تواند از آن مال استفاده کند؛ اما نرم‌افزار به دلیل آنکه دیتا بوده، کپی دیتا نیز امکان‌پذیر و برابر اصل تلقی می‌شود، اگر وثیقه باشد، ممکن است تکثیر شود و از آن استفاده نامشروع و استیفای ناروا صورت گیرد و باید دید که آیا با این عمل، هدف از توثیق که حفظ منافع مرتهن است، از میان نمی‌رود.

گفتنی است که ارزیابی مسئله، ارزشیابی سیاست‌هاست و نیاز به اصلاح حقوق ملازمه با رویکرد تجربی دارد که ممکن است کمی یا کیفی یا ترکیبی از هر دو باشد (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۲۰).

۲-۳. تطبیق دو روش مذکور

با فرض پذیرش دو روش اصولی و مصلحتی در تحقیقات حقوقی، برخی مسائل، همچنان بی‌پاسخ می‌مانند که تاریخ حقوق، همچنان درگیر بحث درباره آنهاست و باید پاسخ آن را در تحقیقات گذشتگان یا پژوهش‌های آینده یافت:

اول اینکه پیش‌تر گفتیم می‌توان در هر تحقیقی یکی از این روش‌ها را برگزید؛ اما برخی بر آن هستند که مکتب تحقیق تجربی می‌تواند مکمل تحقیق اصولی باشد و هر دو، هم‌زمان برای بررسی مسائل حقوقی به کار گرفته شوند (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۶)؛ پس هرگاه بخواهیم از هر دو برای تحقیقات استفاده کنیم، معلوم نیست که حدود استفاده از روش اصولی کجاست و چه زمانی می‌توان به روش مصلحتی توسل جست؟ یعنی در فرض تعارض اصول و مصلحت، چه باید کرد؟ در واقع، دو دیدگاه عمده در حقوق داریم که گروهی اصول و گروه دیگر مصلحت را مقدم می‌دارند و اعتنایی به دیگری ندارند.

دوم اینکه در فرض پذیرش اصول و وجود احکام مصرح قانونی، تفسیر مصلحت‌اندیشانه چه اثری دارد؟ تنها زینت بحث است یا در نتیجه تحقیق اثر دارد؟

در هر حال، با پذیرش تفسیر مصلحت‌اندیشانه از حقوق باید به مانع بزرگی که برای این‌گونه تفاسیر در فقه شیعه وجود دارد، توجه کرد؛ چراکه استحسان و مصالح مرسله و سد ذرایع و... در فقه شیعه جایگاه ندارد و در فرق مختلف اهل تسنن است که فارغ از مبادی، به نتایج نیز توجه داریم. با این همه، در فقه امامیه نیز می‌توان جرقه‌هایی از این نوع تحقیق را یافت و به‌ویژه در عصر حاضر، کسانی هستند که قائل به وجود عنصر فهم اجتماعی در فقه هستند (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۸).

مانع دیگر استناد به نتایج، نحوه ارزیابی احکام است. چگونه می‌توان با نتایج آینده به ارزیابی حکم کنونی پرداخت؟! طبیعتاً باید اتفاق گذشته را در نظر داشت و با ارزیابی گذشته گفت که امری موجد لذت بوده یا رنج (وکس، ۲۰۰۶، ص ۶۴-۶۵). حتی اگر بپذیریم که این ارزیابی ممکن است، با مانع بزرگ تخصصی بودن امر و خروج آن از صلاحیت حقوق‌دان روبه‌رو می‌شویم. با این حال، مزایای این روش کمتر از مضرات آن نیست.

۲-۴. معیار اعمال دو روش مذکور

به واسطه تفاوت‌های روش اصولی و مصلحتی، باید دید که چگونه می‌توان این دو روش را محک زد. به عبارت دیگر، به دلیل نبود واقعیت عینی خارج از ساختارهای حقوقی، در تحقیق حقوقی مشکل عینیت وجود دارد. علاوه بر این، دانشمندان حقوقی موضع هنجاری دارند و میان ارزش‌ها و منافع، امور شخصی را جای می‌دهند (ون‌هویک، ۲۰۱۱، ص ۱۷). حال باید دانست که چگونه می‌توان بر این مشکل چیره شد. دانشمندان حقوق اجتماعی، طیف گسترده‌ای از روش‌های علوم اجتماعی را شامل تحقیق کیفی و کمی به کار گرفتند (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۶).

کم ریشه در کمیت دارد و صفت عددی است که نشانگر قابلیت شمارش موصوف است. روش کمی تحقیق ناظر به اخذ تجربه علوم طبیعی برای تحقیق علمی است و ویژگی اصلی آن ارزیابی کمی پدیده‌های مورد مطالعه و نظارت نظام‌مند بر متغیرهای نظری مؤثر بر آن پدیده‌هاست (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۴۸). در واقع، تحقیق کمی راجع به جمع اطلاعات در قالب عددی است که ممکن است شامل مدت، نمره، تعداد اتفاقات، رتبه یا مقیاس باشد (جاپ، ۲۰۰۶، ص ۲۵۰). برای نمونه، تعداد استفاده قانون‌گذار از حکم خاص در برخورد با مسئله قدیمی مشابه و تعیین رویکرد کلی آن در مواجهه با مسئله جدید و به تبع آن، تشخیص اراده قانون‌گذار با شمارش عناصر نهاد قانونی برای حکم به تشکیل نهاد مزبور، از جمله موارد تحقیقی کمی است. حتی می‌توان به مسائل فراتر از قانون اندیشید؛ مثلاً هر گاه با حکمی روبه‌رو شویم که در هفتاد درصد موارد نقض شده و تنها سی درصد از افراد آن را اجرا کرده‌اند، می‌توان به قانون‌گذار پیشنهاد کرد که حکم را نسخ کند.

تحقیق کمی که علمی‌ترین روش و گاه مشهور به تحقیق پوزیتیویستی است، به دلیل اهمیت بررسی رابطه علت و معلول در بررسی‌هاست که از فلسفه جبر پیروی می‌کند (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۴۹). از جنبه دیگر، تحقیق کمی مبتنی بر جهان‌بینی واقع‌بینانه است که میل به شناخت «هست‌ها» دارد (جاپ، ۲۰۰۶، ص ۲۵۰).

به طور کلی، سه نوع تحقیق کمی وجود دارد: اکتشافی،^۱ توصیفی^۲ و تشریحی^۳ (علی^۴) (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۵۰). هدف اولیه مطالعات اکتشافی، تحصیل نگاه و اندیشه اولیه درباره مسائل تحقیق و شناسایی متغیرها همراه با مسئله است و هدف اصلی مطالعات توصیفی، توصیف و مستندسازی پدیده مورد علاقه است. ایشان می‌توانند قلمرو و ماهیت مشکل تحقیق را با توصیف ویژگی‌های اشخاص، سازمان‌ها، پدیده‌ها و رخدادها تعریف کنند. همچنین در تحقیق تشریحی، هدف کلی، توضیح موضوعات و شناسایی این مطلب است که چگونه متغیری با متغیر دیگر ارتباط دارد. در واقع، سببیت در مرکز تحقیق تشریحی قرار دارد. پرسش‌های تحقیق تشریحی شامل این موارد است: چرا برخی مردم از حقوق تبعیت می‌کنند؟ آیا به دلیل ترس از مجازات است یا به مشروعیت آن باور دارند؟

1. exploratory
2. descriptive
3. explanatory
4. causal

در مقابل روش کمی، روش کیفی قرار دارد؛ یعنی روش غیر عددی ناظر به کیفیت امر. در واقع، هرگاه تحقیق در پی جنبه‌های زندگی باشد که تابع اندازه‌گیری نباشد، کیفی است (جاپ، ۲۰۰۶، ص ۲۴۹). هرگاه از کیفیت صحبت می‌کنیم، به نتایج عددی حکم کار نداریم، بلکه تأثیری که بر مسئله می‌نهد، مهم است. برای نمونه، مهم است که آیا مقرره‌ای سبب رعایت عدالت شده یا مطابق وجدان انسانی است یا خیر. در این روش، مثلاً برای ارزیابی مقرره، به تعداد افرادی که به سبب آن به حقشان رسیده‌اند، توجه نمی‌شود؛ بلکه صرف رسیدن حق به حق‌دار یا ایجاد مطلوبیت اهمیت دارد. تحقیق کیفی را می‌توان به دو شکل توصیفی^۱ و ارزشی^۲ ارائه داد (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۳۲). این نوع تحقیق غالباً مبتنی بر تفسیر، مفهوم‌سازی و قیاس است (جاپ، ۲۰۰۶، ص ۲۴۹).

در تمایز میان تحقیق کمی و کیفی، باید گفت که برخلاف تحقیق کیفی، تحقیق کمی برای آزمایش یا تأیید درستی نظریه‌های راجع به تشریح رفتار یا پدیده است (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۴۸). همچنین درحالی‌که تحقیق کیفی تحت تأثیر ارزش‌ها، پیش‌فرض‌ها و قضاوت شخصی محقق است، تحقیق کمی در پی گزارش کشفیات به صورت عینی است و نقش محقق بی‌طرفانه است و از طریق تعیین تصادفی هدف و با استفاده از گروه کنترل در آزمایش‌ها و دستکاری آماری، پیش‌فرض‌ها را نفی می‌کند (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۴۸). به طور کلی، محققان کیفی بیشتر علاقه دارند در زمینه ساختار تحقیق منعطف‌تر از شرکای کیفی خود باشند (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۴۸).

حال مسئله اصلی این است که در تحقیق اصولی و مصلحتی، کدام کمی و کدام کیفی است. آیا می‌توان هریک را بر آن دو اعمال کرد؟ در ابتدا، به نظر می‌رسد که تحقیق اصولی کمی است و تحقیق مصلحتی کیفی؛ چراکه هرگاه حقوق را بتوان به آسانی و با استفاده از رویکرد نظام‌مند کشف کرد و بدون توجه به کاشف آن، همان حقوق مشابه تحصیل شود، آن‌گاه می‌توان گفت که تحقیق اصولی کمی است (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۲۱). با این حال، فرایند انتخاب و ارزیابی مواد تحقیق و احتساب سلسله‌مراتب اقتدار به همراه فهم زمینه اجتماعی و تفسیر می‌تواند ما را مخالف این رویکرد نشان دهد؛ اما غالب حقوق‌دانان مخالف چنین تحلیلی نیستند (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۲۱). براین اساس باید گفت که تحقیق اصولی به این دلیل که مبتنی بر تجربه نیست، غیر تجربی است و نه کمی است و نه کیفی. تنها اگر ارزیابی و انتخاب‌ها را با توجه به سلسله‌مراتب قبول کنیم و تفسیرش را بپذیریم، کیفی است (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۲۱).

1. descriptive
2. evaluative

۳. دیگر روش‌های تحقیق حقوقی

به جز دو روش اصولی و مصلحتی، دو شیوه دیگر را نیز می‌توان معرفی کرد که به رغم شباهت، به طور دقیق در شیوه‌های قبلی نمی‌گنجند:

۱-۳. روش تطبیقی

روش دیگری از تحقیقات حقوقی به زندگی جهانی حقوق می‌اندیشد و ارتباط آن با وضعیت محلی مورد بحث است (مک‌کنویل و چوی، ۲۰۰۷، ص ۱). به عبارت دیگر، حقوق تطبیقی موضوع نیست، بلکه روش است. در واقع، نام مشترکی برای روش‌های گوناگون نگاه به حقوق و به‌ویژه نظر به حقوق خاص است (واتکین و برتن، ۲۰۱۳، ص ۱۰۰).

تحلیل تطبیقی می‌تواند روش بسیار مناسبی جهت بررسی مطلوبیت اشکال معرفی شده مقررات حقوقی باشد که در نظام‌های دیگر برای پاسخ به مسائل مشابه ارائه شده است (زلتر و میسون، ۲۰۰۷، ص ۱۸۱). این روش که خود شیوه‌ای از تحقیقات عام علمی است، به معنای انتخاب و تحلیل نمونه‌ها برای ایجاد و آزمایش فرضیه است که در شیوه شناخته‌شده مشابه هستند و در شیوه‌های دیگر متفاوت‌اند (جپ، ۲۰۰۶، ص ۳۳). در واقع، حقوق تطبیقی عرصه‌ای از مطالعات است که جهان‌بینی حقوقی را به عنوان مسیر جدیدی در عرصه نظریه حقوق وارد می‌سازد (واتکین و برتن، ۲۰۱۳، ص ۱۰۱).

یکی از این نمونه‌ها، دعاوی و احکام حقوقی کشورهاست که به واسطه ویژگی حکم بودن، مشابه هستند. بنابراین در این نوع از روش مطالعه، صرفاً به حقوق داخلی و نظام حقوقی داخل کشور توجه نشده، بلکه با مراجعه به نظام‌های حقوقی دیگر، ملاحظه و بررسی می‌شود که آنها درباره مسئله و موضوع مطروحه چه موضعی دارند و چه راه‌حلی برای مشکل ارائه کرده‌اند. در واقع، هدف این نوع از روش، تحقیق و مطالعه و کسب اطلاع از دستاوردهای حقوق‌دانان، قانون‌گذاران و نویسندگان حقوقی دیگر کشورهاست.

در میان فقها نیز حقوق تطبیقی اسلامی با عنوان فقه‌المقارن معروف است؛ اما باید گفت که تاریخچه این بحث به مبحثی قدیمی با عنوان علم‌الخلاف بازمی‌گردد که سابقه‌ای طولانی دارد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۱۵).

حقوق تطبیقی به معنای فهم دیگران است. در این فهمیدن، حتی در صورتی که بخواهیم به صورت جزئی نهادهای داخلی را با خارجی تطبیق کنیم، ناچار از فهم فرهنگ حقوقی دیگرانیم و نباید از حقوق تطبیقی کلان غافل شویم (واتکین و برتن، ۲۰۱۳، ص ۱۰۳). در این روش مطالعه،

محقق از دایره علم محض حقوق خارج می‌شود و همانند فرضی که به موضوعات اجتماعی، سیاسی و اقتصادی اهمیت می‌دهد، در اینجا نیز قواعد و احکام و نظریات حقوقی موجود در دیگر کشورها را که برای محقق و نظام حقوقی وی واجد اثر الزام‌آور نیست، مهم می‌شمارد. شیوه تطبیقی از این نظر سودمند به نظر می‌رسد که سبب می‌شود در فرض تصویب قانون یا مقرر نو، با استناد به وجود قانون در حقوق کشورهای دیگر، پذیرش مردمی و جامعه حقوقی را بهتر کسب کنیم (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۷۵).

مراجعه به خارج از نظام حقوقی کشور، از نظر مرجع، دو جنبه دارد: گاهی به معنای مراجعه به نظام حقوق داخلی کشور دیگر است. برای نمونه، در فرض توثیق نرم‌افزار، با مراجعه به نظام حقوقی فرانسه، می‌بینیم که آن را در قالب عقد رهن شناخته‌اند (زرکلام، ۱۳۸۷، ص ۳۰۷). همچنین ممکن است به نظام حقوق بین‌الملل، مثل معاهدات و کنوانسیون‌های جهانی و منطقه‌ای مراجعه نماییم؛ مثلاً ببینیم که اتحادیه اروپا راجع به موضوع توثیق نرم‌افزار چه حکمی داده است! بحث مقدماتی و مهم درباره روش تطبیقی مطرح، این است که آیا حقوق تطبیقی خود رشته‌ای از دانش حقوق است و دارای روش تحقیق مخصوص به خود یا اینکه خود روش تحقیق و شیوه خاصی از تعمق در حقوق است؟ مسلم است که ما در اینجا آن را روش مطالعه حقوق می‌دانیم و بر آنیم که یکی از روش‌های رسیدن محقق به واقعیت و یافتن پاسخ سؤال، شیوه تطبیقی است؛ چنان‌که ارنست رابل آلمانی، آن را روش نقادانه علم حقوق می‌داند (زوایگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۵۳). این حقوق‌دانان معتقدند که نمی‌توان نظام حقوقی دیگری را تحلیل کرد و به تحلیلی خاص درباره موضوعی خاص رسید، بلکه فقط می‌توان نظام حقوقی دیگری را مطالعه توصیف کرد و از راه حل موجود در آنها برای تقویت نظام حقوقی خود بهره جست؛ پس حقوق تطبیقی روش به شمار می‌آید.

باید به یاد داشت که گرچه روش تطبیقی خود روش مطالعه است، اما در این راه نیز باید به طور روشمند حرکت کرد. برای مثال در مطالعه خود تنها موضوعاتی از حقوق داخلی و خارجی را مقایسه کنیم که «کارکرد» مشابه داشته باشد (زوایگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۵۵).

اگر به کارکردها بیش از عناوین و ماهیت‌ها توجه کنیم و حقوق مبدأ و مقصد را به خوبی بشناسیم، می‌توانیم در مطالعه تطبیقی موفق‌تر باشیم. برای نمونه هرگاه هدف، تضمین بازپرداخت وجه بانک و ایجاد این تضمین از طریق برنامه رایانه‌ای باشد، شاید دیگر نیازی نباشد که همانند آنچه در حقوق فرانسه می‌گذرد، آن را در قالب عقد رهن درآوریم؛ بلکه می‌توانیم این تضمین را به طریق دیگری ایجاد کنیم.

در روش تطبیقی می‌توان کلیت نظام حقوقی را مطالعه کرد؛ مثل آنکه ببینیم به طور کلی، نظام حقوقی امریکا چه ویژگی‌ها، کارکردها و ساختاری دارد. همچنین می‌توان به طور خاص نهاد ویژه‌ای را موضوع مطالعه قرار داد. برای نمونه بررسی کنیم که در خصوص موضوع توثیق نرم‌افزار، در قوانین ایالات متحده امریکا چه ویژگی‌ها و مختصات و آثاری وجود دارد. در این نوع مطالعه، باید تلاش شود که یک نظام انتخاب گردد؛ ولی با استفاده از دو یا سه نظام هم مشکلی ایجاد نمی‌شود. در صورتی که نظام انتخابی کامل باشد و همه مباحث راجع به موضوع مطروحه در آن نظام مطرح باشد، انتخاب آن نوع نظام بهینه است. اگر نظام حقوقی کشور خارجی مثلاً فرانسه در موضوع خاصی مانند توثیق نرم‌افزار انتخاب شود، باید به قانون مدنی فرانسه، همچنین به قواعد خاص راجع به نرم‌افزار و آرای دادگاه‌ها (اگر در این مورد وجود داشته باشد) مراجعه شود؛ نه آنکه در هر زمان که نیازی احساس و یا چیزی یافت شد، موردی را از قانون مدنی فرانسه بیاوریم و اگر چیزی پیدا نشد، سخنی از آن به میان آوریم و مطالعه کامل نباشد.

در مطالعه تطبیقی، هدف یافتن راه‌حل‌های سودمند کشورهای دیگر درباره مسئله است؛ اما در این راه باید با احتیاط گام برداشت، چراکه ممکن است راه‌حلی در یک کشور، سودمند و در کشور دیگر زیانمند باشد؛ در نتیجه نباید تنها به متون الزام‌آور آن کشور بسنده کرد، بلکه باید شرایط اجتماعی کشور مبدأ را شناخت و با کشور مقصد مقایسه کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۷۴). بنابراین باید در نظر داشت که نباید صرفاً به نظریات حقوقی مراجعه کرد.

در هر حال، اگر روش تطبیقی انتخاب شود، باید گفته شود که از کدام نظام حقوقی یا کدام متن استفاده شده است!

۲-۳. روش تاریخی

در این روش، با تاریخ حقوق خود سروکار داریم و از آن یاری می‌گیریم. به عبارت دیگر، نه به قوانین لازم‌الاجرای کشور کار داریم و نه به مصالح و مفاسد سیاسی و اقتصادی و نه به قوانین لازم‌الاجرا و روش‌های دیگر کشورها، بلکه در اینجا، آنچه اهمیت دارد موضوع کار و مطالعه پیشینیان نظام حقوقی است. مثلاً برای بررسی مقرر قانونی خاص، به قوانین پیشین درباره موضوع و تفاسیری که از آن ارائه شده، مراجعه می‌کنیم. ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی راجع به سن بلوغ و پذیرش «اماره رشد» که پیش از این با عنوان «سن رشد» در قوانین ایران وجود داشت، مثال خوبی برای این مورد است.

شیوه‌های گوناگونی در تاریخ‌نگاری حقوقی وجود دارد که می‌توان برخی از عمده‌ترین آنها را

در اینجا نام برد (جعفری تبار، ۱۳۸۲، ص ۸۵):

الف) تاریخ‌نگاری حکومت‌محور که حکمرانان را مرکز مطالعه خود قرار می‌دهد؛
ب) تاریخ‌نگاری حقوق‌دان‌محور که ناظر به مطالعه شرح حال و آرای فقها و حقوق‌دانان است، مثل کتب ادوار فقه؛

ج) تاریخ‌نگاری نهاد‌محور، که نهادهای مهم حقوقی مثل بیع و ارث را در طی تاریخ مطالعه می‌کند؛

د) تاریخ‌نگاری نظریه‌محور، که ممکن است به مطالعه تطور تاریخی نظریات خرد حقوق یا کلان (مکاتب و اصول حقوق) آن بپردازد.

با این همه، مطالعات را می‌توان در دو دسته عمده تاریخ درونی و بیرونی حقوق گنجانید. تاریخ حقوق درونی همان تاریخ حقوق معمول است؛ اما تاریخ حقوق بیرونی وارد دایره سیاسی، فکری و اجتماعی به شیوه‌هایی می‌شود که نتوان آن را از تاریخ‌شناسی عمومی تشخیص داد (واتکین و برتن، ۲۰۱۳، ص ۸۶). در واقع، تاریخ بیرونی حقوق در قالب زمینه آن (عموماً اقتصادی و اجتماعی و...) قرار گرفته است؛ به گونه‌ای که می‌توان آن را تاریخ حقوق در عمل نامید؛ چرا که در اینجا، جنبه کاربردی حقوق مهم است؛ یعنی، روشی که حقوق در جامعه فعلیت یافته مهم است، نه روش بیان آن در قوانین (زلتر و میسون، ۲۰۰۷، ص ۲۰۵). تنها با کمک جنبه بیرونی تاریخ حقوق است که می‌توان توسعه حقوق درونی را درک کرد (زلتر و میسون، ۲۰۰۷، ص ۲۰۹).

یکی از پیش‌فرض‌های تاریخ حقوق به چالش کشیدن فرضیاتی است که ناظر به آگاهی دادن و تأیید مکاتب حقوقی جدید هستند (واتکین و برتن، ۲۰۱۳، ص ۹۵). با این همه، هدف اساسی تاریخ حقوق ارائه نگاه به سازکارها و پویایی تغییر حقوق است (واتکین و برتن، ۲۰۱۳، ص ۹۵). البته ممکن است پژوهشگر قانون را در بستر تاریخ تفسیر کند. این روش که خود می‌تواند در قالب روش تجربی قرار گیرد، بر این مبنا استوار است که قانون معلول اراده عمومی است که قانون‌گذار آن را اعلام می‌کند. لذا باید تحولات اجتماعی موجود در حیات قانون را به حساب آورد (ر. ک: کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۱۴). بنابراین روش مذکور تاریخی نیست؛ دست‌کم با تاریخ حقوق مرتبط نیست.

ممکن است این پرسش مطرح شود که آیا مطالعات فقهی حقوق، تاریخی است یا در قالب دیگری قرار می‌گیرد؟ مسلماً درباره مسائلی که قانونی غیر از نظریات فقهی وجود داشته باشد، مطالعات فقهی ما معنایی جز مطالعه تاریخی و گاهی تطبیقی و نیز تجربی ندارد و این نوع مطالعه برای فهم بیشتر مسئله در سیر زندگی ایرانیان مسلمان در طول تاریخ، جهت حل مسائل کنونی

است؛ اما هرگاه بخواهیم مسئله فقهی را مطالعه کنیم که نظر مخالف آن در قوانین نداریم، گویا می‌خواهیم پاسخ آن مسئله را اکنون اعمال نماییم؛ بنابراین مطالعه مذکور چیزی جز مطالعه اصولی نیست. اصل چهارم قانون اساسی، که ظاهراً الزامی برای انطباق حقوق ایران با فقه در مرحله تصویب بوده و اصل ۱۶۷ قانون اساسی، که الزام انطباق حقوق ایران با فقه در مرحله تفسیر و اجرای قضایی آراست، در واقع می‌تواند تأییدی بر این نظریه در مرحله مطالعات حقوقی باشد (درباره کاربرد این دو اصل، ر.ک: کاتوزیان، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، «جایگاه حقوق اسلام در نظم حقوقی»، ص ۱۰۷ به بعد). البته در این راه ممکن است صرفاً به متن بسنده نکنیم و در تفسیر نظریات فقهی، خود را ملزم به مطالعات جامعه‌شناسی و سیاسی و... نیز بنماییم؛ مثل یافتن شأن نزول آیات و روایات و زمینه‌های صدور حکم فقهی.

گفتنی است که حقوق‌دانان ایرانی به دلایل گوناگون، کمتر به تاریخ توجه داشته‌اند. یکی از دلایل آن نگاه خاص فلسفی به حقوق است که ایشان احکام و تکالیف یگانه را فارغ از زمان، به هر انسانی بار می‌کنند (جعفری‌تبار، ۱۳۸۲، ص ۸۵).

نتیجه‌گیری

از جمله مسائل نیازمند بحث، طرز نگاه حقوق‌دانان ایرانی به مسائل حقوقی جدید و تفسیر قوانین است. این طرز نگاه، وقتی بروز می‌کند که نیازها اقتضای وجود نهادی را نماید که در مقررات شرعی حاکم بر حقوق نامشروع تلقی شده است و در پی آن، بخواهیم از قوانین جاری و مسلمات حقوق ایران، تفسیری خلاف نص ارائه دهیم.

یکی از این مباحث حقوقی، عقد رهن است. در حقوق ایران، به تبعیت از فقه امامیه، رهن دین و منفعت باطل است و موضوع وثیقه باید عین باشد و به تصرف داده شود. عرف با این احکام به معارضه برخاسته و حقوق‌دان، در این میانه کاروزار تکلیف خود را نمی‌داند و گاهی خلاف عرف و گاهی خلاف نص به بیان مسائل می‌پردازد. دعوا از این قرار است که عرف اقتضای توثیق اسناد و اوراق را می‌نماید.

معمولاً برای رسیدن به پاسخ مسئله، از روش خاصی استفاده می‌شود. در علم حقوق، این روش‌ها عبارت‌اند از: روش اصولی، مصلحتی، تطبیقی و تاریخی. اینها مختص حقوق نیست. با نگاه به تاریخ فقه شیعه می‌توان هر یک از این روش‌های تحقیق را یافت؛ چنان‌که نزاع سنتی بین اصولیون و نقلیون بی‌شباهت به تفکیک روش مصلحتی از اصولی نیست و فقه مقارن همان مباحثی را مطرح می‌کند که در حقوق تطبیقی بر سر آن بحث است. از نظر تاریخی نیز کمتر فقیهی

را می‌توان دید که به نظریات گذشتگان بی‌اعتنا باشد.

درباره چگونگی به‌کارگیری روش‌های تحقیق حقوقی، باید دانست که نباید بدون تعیین قبلی در قسمتی از تحقیق، از روشی که صرفاً فقها و حقوق‌دانان سنتی استفاده می‌کردند و سپس در جای دیگر از روش اجتماعی و در بخش دیگر هم از روش حقوق تطبیقی و نظام حقوقی خارجی بهره جست. باید روش معینی را انتخاب کرد؛ چه یکی از این روش‌ها و چه همه آنها؛ یعنی می‌توان برای کسب پاسخ و نیل کامل و جامع به هدف، از یک تا چهار روش موجود در حقوق بهره جست. بنابراین ممکن است تحقیق مقید به یکی از روش‌های مربوطه شود؛ اما تحقیقی کامل و جامع است که از همه روش‌های فوق بهره گیرد. برای فهم خواننده و تعیین روش برای محک زدن درستی کار، باید در مقدمه تحقیق آورد که از چه روش‌هایی در تدوین تحقیق استفاده شده است: آیا صرفاً از روش تجربی استفاده شده، یا از روش اجتماعی، یا از روش تطبیقی و یا از هر سه روش (البته با ذکر آنکه تا چه حدی از هر یک بهره برده شده است).

درباره تعداد و تقسیم‌بندی روش‌ها، ممکن است ایراد گرفته شود که همه این روش‌ها را می‌توان در دو روش نخست خلاصه کرد و دو روش آخر را در روش دوم جای داد. به عبارت دیگر، در شناسایی روش‌های تحقیق تنها باید روش اصولی و مبتنی بر مصالح را مطالعه کرد و مطالعه به روش تطبیقی و تاریخی، خود به معنای نظر به تجربه و مصالح است، نه اصول؛ اما باید قضاوت را به پس از مطالعه تعاریف و اوصاف روش‌ها و شناخت دقیق آنها وا گذاشت و به این نتیجه رسید که دو روش حاضر به واسطه گستره و موقعیتی که در مطالعات حقوقی دارند، می‌توانند در مقابل دو نگاه سنتی اصولی و مصلحتی بایستند و انعکاسی از شیوه مطالعه در علم حقوق باشند.

حال آیا باید کار محقق به گونه‌ای باشد که بتوان در عرصه عمل از آن یاری گرفت یا خیر؟ مسلماً حقوق از گرایش‌های علمی است که برای گشودن گره از کار انسان و جامعه انسانی ایجاد شده است. پس هرگاه کار محقق فایده عملی نداشته باشد، می‌توان آن را نوعی نقض غرض و عملی بی‌فایده انگاشت؛ اما باید دانست که عرصه عمل صرفاً منحصر به عرصه قضایی نیست. کار محقق حقوقی ممکن است به یاری قانون‌گذار برود یا بتواند گرهی از اجرای احکام در مراجع اداری بگشاید و یا حتی آموزش حقوق را تسهیل کند یا دریچه‌ای را به روی دیگر محققین حقوق باز نماید. این تسهیل امر، باید در نتیجه کار محقق ذکر شود. در امور قضایی نیز آنچه به یاری قضات، وکلا و مشاوران می‌آید، نتیجه تحقیق است، نه متن آن.

کتابنامه

۱. جعفری تبار. حسن (۱۳۸۲). درآمدی بر تاریخ نگاری علم حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. ۶۰: ۸۱ - ۹۵.
۲. جعفری تبار. حسن (۱۳۸۳). مبانی تفسیر حقوقی. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳. حکمت نیا. محمود (۱۳۹۳). قواعد بنیادین در حقوق و روش شناسی احراز و توسعه آنها، فصلنامه حقوق اسلامی. ۴۲: ۷-۳۷.
۴. داوید. رنه (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر. ترجمه و تلخیص سیدحسین صفایی. تهران: نشر میزان. چاپ چهارم.
۵. زرکلام. ستار (۱۳۸۷). حقوق مالکیت ادبی و هنری. تهران: سمت.
۶. زوایگرت و کوتس (۱۳۹۳). درآمدی بر حقوق تطبیقی. ترجمه الیاس نوعی و محمد نوعی. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۷. عمید زنجانی. عباسعلی (۱۳۸۲). درآمدی بر حقوق اسلامی تطبیقی. تهران: نشر میزان.
۸. کاتوزیان. ناصر (۱۳۸۵). فلسفه حقوق. جلد ۳ (منطق حقوق). تهران: شرکت سهامی انتشار. تهران. چاپ سوم.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، «جایگاه حقوق اسلام در نظم حقوقی»، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ نخست.
10. Chinhengo, Austin M. (2000). *Essential Jurisprudence* 2. nd editin. Newyork, Covendish publishing limited.
11. Jupp, Victor (2006). *The Sage Dictionary of Social Research Methods*. London: Sage Publications.
12. McConville, Mike and Wing Hong, Chui (2007). *Research Methods for Law*. Edinburgh, Edinburgh University Press.
13. Salter, Michael & Julie Mason (2007). *Writing Law Dissertation (an Introduction and Guide to the Conduct of Legal Research)*. Newyork. Pearson Education Limited.
14. Van Hoecke (2011). *Methodologies of Legal Research (Which Kind of Method for What Kind of Discipline?)*. Oxford and Portland, Hart Publishing.
15. Wacks, Raymond (2006). *Philosophy of Law (very short introduction)* Ox-

ford,. Oxford university press.

16. Watkins, Dawn & Mandy Burton (ed.) (2013). *Research Methods in Law*. London: Routledge.