



فرانسوا ژنی و بنیادهای حاکم بر تدوین حقوق موضوعه تأملی بر تعامل متافیزیک و واقعیت در ایجاد حقوق موضوعه خانواده

مهدی شهابی* 

دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

رایانامه: [Email: m_shahabi@ase.ui.ac.ir](mailto:m_shahabi@ase.ui.ac.ir)

چکیده

تعامل متافیزیک و واقعیت را، باید دغدغه فیلسوفان حقوق نیمه اول سده بیستم دانست؛ بنیادهای طبیعی، تاریخی، عقلی، و ایده آل فرانسوا ژنی، که پیوندی ناگسستنی با یکدیگر دارند، چارچوب همان تعامل اند و تدوین علمی حقوق موضوعه، به تعبیر ژنی، را نتیجه می دهند. اگرچه بنیاد عقلی، از اهمیت بیشتری در میان این بنیادها برخوردار است، اما، این عقل، از یک سو، تنها، کاشف اصول برآمده از طبیعت اشیای برتر است و بنا نیست جایگزین چنین طبیعت اشیایی که مبنای اعتبار هنجار است، باشد؛ از سوی دیگر، این عقل، متأثر از بنیاد طبیعی و تاریخی است. اشراق تجربی نیز مبنای بنیاد ایده آل است و مؤلفه های خود را، از خارج از ذهن اخذ می کند و نقش هدایتگری را بر عهده دارد و بناست مکمل عقل باشد. چنین چارچوبی، نه گذار از نهاد به قرارداد را آرمان خود در حقوق موضوعه خانواده می داند و نه عقد نکاحی را نتیجه می دهد که گزاره طبیعی اختلاف جنس را نادیده بینگارد؛ اصل استحکام و استمرار خانواده را به چالش نمی کشد و در عین حال، نظام خانواده را از تکامل باز نمی دارد.

واژه های کلیدی: اشراق، بنیاد، حقوق طبیعی، متافیزیک، واقعیت.

* استناد: شهابی، مهدی. (بهار ۱۴۰۲). «فرانسوا ژنی و بنیادهای حاکم بر تدوین حقوق موضوعه تأملی بر تعامل متافیزیک و واقعیت در

ایجاد حقوق موضوعه خانواده»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ۵۳: ۱: ۲۷-۴۹. DOI: 10.22059/JLQ.2022.320662.1007515.49
تاریخ دریافت: ۲۸ فروردین ۱۴۰۰، تاریخ بازنگری: ۱۹ آبان ۱۴۰۰، تاریخ تصویب: ۱۴ فروردین ۱۴۰۱، تاریخ انتشار: ۲۴ خرداد ۱۴۰۲



۱. مقدمه

همان‌طور که برونو ایتی، استاد فقید فرانسوی، به درستی تصریح دارد، سده نوزدهم میلادی را، باید سده تضاد و تعارض اندیشه‌ها دانست؛ از منظر نگارنده، دوگانه متافیزیک و واقعیت تجربی و تعارض آن دو، بیان دیگری از تحولات نظری و عملی در این قرن پرتلاطم میلادی است. اگر نیمه اول سده نوزدهم، دوره انسان‌گرایی و فردگرایی است و گویا، بشر راهی یافته تا انسان از چنبره ساختارهای تحمیلی اجتماعی رهایی یابد و پیشرفت و سرنوشت خود را در فردیت خود جست‌وجو کند، نیمه دوم سده نوزدهم را، باید دوران علم‌گرایی آگوست کنتی دانست؛ دورانی که با رویکردهای جامعه‌شناختی کسانی چون امیل دورکیم و لئون دوگی از یک سو، و دولت‌گرایی هگلی، ژلینکی و کاره دو مالبرگی از سوی دیگر و به‌عنوان دو دشمن اصلی حاکمیت متافیزیک، همراه است؛ نتیجه تعارض متافیزیک و واقعیت، شکل‌گیری پوزیتیویسم حقوقی و مآلاً فرمالیسم ماهوی در اواخر سده نوزدهم است و معلوم است که در این صورت، حقوق طبیعی مدرن به حاشیه می‌رود (Oppetit, 1998: 232-233). اگرچه می‌توان نیمه اول سده بیستم را، با توجه به تلاش‌ها برای احیای حقوق طبیعی کلاسیک، از سوی کسانی چون لوئی لوفور (Le Fur, 1927: 387, 394)، ژان دابن (Dabin, 1928: 418, 419)، فرانسوا ژنی (Gény, 1927, Vol.2: 274-275) و دیگران، آغاز تعامل میان متافیزیک و واقعیت، و واکنشی در برابر علم‌گرایی افراطی دانست، اما هیچ‌گاه، دیگر، حقوق طبیعی مدرن سده‌های هفدهم و هجدهم میلادی، مجال تفوق و حاکمیت را باز نیافت.

پرسش این است که وضعیت خانواده حقوق مدنی در این تلاطم شبه‌پارادایمی چگونه است؟ برخلاف آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد شاید، در هیچ حوزه‌ای در حقوق غرب، به اندازه حوزه حقوق خانواده، آثار اندیشه حقوق طبیعی مدرن و لیبرالیسم و فردگرایی برآمده از آن، ماندگار نمانده و استمرار پیدا نکرده است؛ لیبرالیسمی که بنیانی متافیزیکی - که همان عقلانیت طبیعی است، - دارد و بر حاکمیت متافیزیک بر واقعیت متغیر و حتی بر واقعیت فیزیکی و مکانیکی استوار است. بی‌تردید فرایند اجتماعی شدن حقوق (شهابی، ۱۳۹۰: ۲۶۰)، به‌منزله نماد تقابل همان واقعیت متغیر با همان متافیزیک، در حوزه قراردادهای مالی، زمینه‌ساز عبور از «ستایش قرارداد» مبتنی بر اصل آزادی فردی و اصل آزادی قراردادی، به «اداره قرارداد» شد (کاتوزیان، ۱۳۸۰(الف): ۱۱۲؛ شهابی، ۱۳۹۴: ۶۱۱-۱۴۹-۱۴۸؛ Ghestin, 1990: 148-149). در حوزه مسئولیت مدنی هم، بستر ساز مسئولیت‌های مدنی خاص و تنزل جایگاه اصول عام مسئولیت مدنی شد (Viney, 1977: 7; Tunc, 1977: 31). با وجود این، نکته این است که در حوزه خانواده، این اجتماعی شدن، اگرچه به شکل‌گیری مفهومی اجتماعی از خانواده، یعنی خانواده مبتنی بر معیار اقتصادی - اجتماعی تحت تکفل بودن یا به‌عبارت دیگر، همان خانواده تأمین اجتماعی شد و ارث

اجتماعی را، در کنار ارث مدنی نتیجه داد (Durand, 2005: 611)، اما در حوزه خانواده حقوق مدنی، به تضعیف لیبرالیسم و فردگرایی برآمده از حقوق طبیعی مدرن نینجامید. اگر این گونه بود، باید عبور از نهاد به قرارداد^۱ در خانواده حقوق مدنی را کند می‌کرد. نگارنده علت ماندگاری لیبرالیسم در حوزه خانواده را، در نوعی فایده‌گرایی بنتامی جست‌وجو می‌کند؛ می‌دانیم که فایده‌گرایی بنتامی، با لیبرالیسم مبتنی بر متافیزیک و اساساً با اندیشه حقوق طبیعی مدرن، تقابل جدی دارد (Rosen, 1998: 130, 136, 137)؛ با این حال، به نظر می‌رسد اگر بتوان موضوعی را نام برد که در آن، فایده‌گرایی بنتامی و متافیزیک حقوق طبیعی مدرن، به هم رسیده باشند و نوعی تعامل میان آنها شکل گرفته باشد، همین حوزه خانواده مدنی است؛ تعاملی که به بهترین نحو، گذار از نهاد به قرارداد خصوصی را در حقوق خانواده در پی داشت تا به آنجا که موانع جدی نکاح نیز نادیده گرفته شد؛ تعاملی که سرانجام آن، تصویب مواد ۱-۵۱۵ تا ۸-۵۱۵ قانون مدنی فرانسه در ۱۵ نوامبر ۱۹۹۹ و پذیرش لیبرالیسم بی‌توجه به طبیعت اشیا بود؛ متافیزیکی انسان‌گرایانه که نه خود را، و ام‌دار طبیعت اشیا، حتی به معنای مضیق آن - که در طبیعت هست‌گونه انسان خلاصه می‌شود (Villey, 1969: 42, 43, 44, 50)، می‌داند و نه تعهد و التزامی نسبت به آن احساس می‌کند. از همین رو، شرط تفاوت جنسیت را، به‌عنوان یکی از شرایط اساسی و طبیعی انعقاد نکاح بر نمی‌تابد و حکم به جواز ازدواج، میان دو همجنس می‌دهد. خلاصه‌تاً تعامل میان فایده‌گرایی بنتامی و حقوق طبیعی مدرن، این شد که فرد، ارزش ذاتی خود را از دست داد و تنها، از این منظر که حامل تجربه لذت و شادی است، مورد توجه قرار گرفت (وکس، ۱۳۸۹: ۸۶).

اگر حقوق طبیعی مدرن، چنین نتیجه‌ای را در پی دارد، آیا حقوق طبیعی کلاسیک نمی‌توانسته است حقوق خانواده‌ای را نتیجه دهد که جولانگاه یکه‌تازی متافیزیک بی‌محابا نباشد و به این ترتیب، بر حقوق طبیعی مدرن و فردگرایی آن، ترجیح داده شود؟ فرانسوا ژنی را، باید از پیشگامان جریان تعامل متافیزیک و واقعیت به‌عنوان اساس اندیشه حقوق طبیعی کلاسیک دانست؛ کسی که تلاش دارد تا این تعامل را، و در واقع، حقوق طبیعی کلاسیک را، چارچوب تدوین علمی حقوق موضوعه و از جمله حقوق موضوعه خانواده قرار دهد. وی برداشت درست و دقیقی از اندیشه حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی دارد؛ ژنی می‌داند که مبنای حقوق در این اندیشه، طبیعت اشیاست و این اصطلاح نیز در معنای عام خود، تمام جنبه‌های زندگی انسانی، اعم از طبیعت فیزیکی، روان‌شناختی، اخلاقی، مذهبی، اقتصادی، سیاسی و اجتماعی را در بر می‌گیرد. ژنی به‌خوبی آگاه است که نسبت عقل با حقوق مبتنی بر طبیعت اشیا، نسبت کشفی است و معنای آن، این است که عقل، منشأ اعتبار امر درست نیست.

به این ترتیب، ماهیت این حقوق، ذهنی نیست و منشأ اعتبار خود را، از خارج از ذهن و نه از ذهن انسان اخذ می‌کند؛ ماهیتی، ایده‌گونه ندارد؛ بلکه واقعیتی آبژکتیو و ملموس دارد. پس، متافیزیک آن نیز ذهنی نیست و ماهیتی عینی دارد. به سخن دیگر، حقوق طبیعی کلاسیک، عینی^۱ است؛ به این معنا که مؤلفه‌ها و عناصر شکل‌گیری آن، در خارج از ذهن انسان تحقق یافته و در کنار هم قرار گرفته است و ذهن انسانی، نسبتی مشاهده‌گر با این مؤلفه‌ها و چگونگی شکل‌گیری این حقوق دارد. از نظر ژنی، اگر گاه این حقوق، حقوق آرمانی یا ایده‌آل نامیده می‌شود، صرفاً از این حیث است که چارچوب حقوق موضوعه است تا حقوق موضوعه از تکامل باز نایستند و البته، این تکامل، بر مبنای همان عدالت ارسطویی است. با این حال، شایان ذکر است که این حقوق، از ذاتی یگانه و مبسوط برخوردار است و ماهیتی جهانی و نامتغیر دارد و همین نکته موجب می‌شود تا بتوان آن را، اصل‌محور دانست و در قالب اصولی کلی، جهانی و نامتغیر مطرح کرد؛ اصولی که با روش تجربی از طبیعت اشیا یا به تعبیر ژنی از بنیادها استخراج می‌شوند. پس، کثرت، از ذات حقوق طبیعی کلاسیک دور است. اما اجرای حقوق طبیعی، متأثر از مقتضیات زمان و مکان، متغیر و متحول خواهد بود و از این منظر، می‌توان حقوق طبیعی کلاسیک را، حقوقی تحول‌گرا و تکامل‌گرا قلمداد کرد (Gény, 1927, Vol.2: 274, 275; Gény, 1927/4: XII, XIII).

ژنی حقوق را به‌عنوان امری اعتباری، مبتنی بر چهار بنیاد می‌داند؛ بنیادهایی که حقوق موضوعه و از جمله حقوق موضوعه خانواده، براساس آنها شکل می‌گیرد، تحول می‌یابد و تکامل پیدا می‌کند؛ بنابراین، می‌توان پذیرفت که این بنیادها، مسیرهای اصلی حقوق موضوعه را نیز مشخص می‌کنند؛ بنیادهایی که ژنی معتقد است، تفکیک‌ناپذیرند و صرفاً از حیث شناخت بهتر آنها، به تفکیک آنها، دست یازیده است (Gény, 1927, Vol.2: 389)؛ مثال برجسته‌ای که ژنی برای تبیین بهتر بنیادهای خود ذکر می‌کند، مثال حقوق خانواده و اصول حاکم بر آن است. این بنیادها عبارت‌اند از بنیادهای واقعی^۲، بنیادهای تاریخی^۳، بنیادهای عقلی^۴ و بنیادهای آرمانی یا ایده‌آل^۵. از میان این بنیادها، سه دسته اول، ماهیتی نوعی یا آبژکتیو دارند. اما، دسته چهارم، ماهیتی شبه‌سابژکتیو دارد. با وجود این، پرسش این است که آیا می‌توان بنیادهای ژنی را، بازگشتی به حقوق طبیعی کلاسیک و در واقع نماد تعامل متافیزیک و واقعیت دانست؟ به نظر می‌رسد تفکیک‌ناپذیری بنیادها، حکایت از این تعامل دارد. اما این

-
1. Objectif
 2. Les données réelles ou naturelles
 3. Les données historiques
 4. Les données rationnelles
 5. Les données idéales

تعامل، چه رهاوردی را، برای حقوق موضوعه خانواده، در مقایسه با حقوق طبیعی مدرن به ارمغان آورده است؟

برای پاسخ به این پرسش‌ها، ابتدا به تحلیل چستی بنیادها می‌پردازیم و چگونگی تدوین علمی حقوق موضوعه خانواده براساس بنیادهای چهارگانه را واکاوی می‌کنیم؛ سرانجام، چالش‌ها و تعارض‌های درونی اندیشه ژنی را تبیین می‌کنیم.

۲. تحلیل چستی بنیادها در اندیشه فرانسوا ژنی

۱. بنیادهای واقعی یا طبیعی

تبیینی که ژنی از این بنیادها ارائه می‌دهد و برداشت موسعی که از آنها دارد، این بنیادها را به مفهوم طبیعت اشیای مطرح در فلسفه کلاسیک حقوق یا همان حقوق طبیعی کلاسیک بسیار نزدیک می‌کند (Gény, 1927, Vol.2: 387, 409; Cf. Villey, 1969: 52). از نظر ژنی، منظور از بنیادهای واقعی، عبارت از مجموعه‌ای از هست‌هاست که نسبت به ذهن انسانی و اراده انسانی، موقعیت پیشینی دارند: طبیعت فیزیکی، طبیعت اخلاقی، ساخت روان‌شناختی آدمی، احساسات مذهبی، محیط اجتماعی، محیط جغرافیایی، اوضاع و احوال اقتصادی و نیروهای سیاسی یا اجتماعی موجود در جامعه. این هست‌ها، به‌طور مستقیم قاعده حقوقی ایجاد نمی‌کنند، بلکه بستر لازم برای ایجاد قاعده حقوقی را فراهم کرده یا چارچوب‌های ایجاد قاعده حقوقی را ترسیم می‌کنند. در بستر این واقعیت‌هاست که چالشی حقوقی یا مسئله‌ای حقوقی شکل می‌گیرد و برای حل آن، به ایجاد قاعده حقوقی دست می‌یازیم (Gény, 1927, Vol.2: 371-372). البته ژنی خود اذعان دارد که بنیادهای واقعی، با وجود تأثیر و کارکرد شایان توجهی که دارند، به‌تنهایی نمی‌توانند توجیه‌کننده همه قواعد حقوقی باشند (Gény, 1927, Vol.2: 375).

با توجه به اینکه ژنی، ماهیتی تجربی برای بنیادهای واقعی قائل است، منطقی است که روش شناخت آنها نیز مشاهده تجربی و علمی به معنای آگوست کنتی کلمه باشد و دقیقاً بر همین اساس است که ژنی می‌تواند از عنوان «تدوین علمی حقوق موضوعه»^۱ استفاده کند (Gény, 1927, Vol.2: 375) و از نقش علم و فن در حقوق خصوصی موضوعه سخن بگوید (Gény, 1927, Vol.2: 375). با توجه به این نکته، می‌توان این نتیجه را اخذ کرد که متافیزیک، در میان بنیادهای واقعی یا طبیعی جایگاهی ندارد. با این حال، ذکر دو نکته برای رفع هرگونه ابهامی ضرورت دارد؛ نکته اول اینکه، معنای نبودن متافیزیک در میان بنیادهای واقعی، این نیست که اصطلاح قانون طبیعی مطرح در اندیشه ارسطویی، ارتباطی با بنیادهای طبیعی ژنی ندارد. ژنی در ذیل مباحث مربوط به بنیادهای واقعی، تصریح می‌کند که بنیادهای طبیعی، در

بخش شایان توجهی، به «قوانین طبیعی» برمی‌گردد (Gény, 1927, Vol.2: 375, note n° 2)؛ به هر حال، همه قوانین طبیعی، متافیزیکی نیستند. نکته دوم اینکه، متافیزیک در میان بنیادهای واقعی و طبیعی ژنی جایی ندارد؛ اما این سخن، به این معنا نیست که عنصر متافیزیکی در کل اندیشه حقوقی ژنی جایگاهی ندارد؛ اولاً، قانون طبیعی، موسع‌تر از بنیادهای طبیعی ژنی است. برای مثال، این قانون که نباید به دیگری ضرر زد، ارتباطی با بنیادهای طبیعی ژنی ندارد، چراکه اساساً ماهیتی هست‌انگار ندارد و از ماهیتی بایدانگار برخوردار است؛ اما ژنی کاملاً به آن معتقد است. بنابراین، نمی‌توان و نباید صرفاً تفسیری مکانیکی یا مبتنی بر واقعیت محض از قوانین طبیعی ارائه کرد و همه آنها را هست محض دانست. ثانیاً، اشاره ژنی به «قوانین طبیعی»، به هر حال، به معنای تأثیرپذیری از حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی - که بر تعامل متافیزیک و واقعیت مبتنا دارد - است و این تأثیرپذیری نمی‌تواند تک‌بعدی باشد و فقط محدود به بخش هست‌انگار نظریه ارسطویی باشد. تأکید می‌کنیم که اساس اندیشه ارسطویی، تعامل متافیزیک و واقعیت است؛ رابعاً، با مراجعه به جلد اول کتاب علم و فن در حقوق خصوصی موضوعه، با تلاش ژنی در ایجاد نوعی ارتباط و تعامل میان متافیزیک و واقعیت روبه‌رو می‌شویم که قبلاً در دستگاه اندیشه‌ای ارسطویی ملاحظه کرده‌ایم. ژنی در تفسیر قانون طبیعی در اندیشه منتسکیو - که خود نیز متأثر از ارسطوست - به قوانین نظام فیزیکی، نظام روان‌شناختی، نظام اخلاقی و اجتماعی اشاره دارد؛ اما به نظام متافیزیکی یا متعالی به تعبیر خودش، نیز تصریح دارد و به این ترتیب، قوانین طبیعی متافیزیکی - و برای مثال قانون ضرورت رد امانت - نیز بخشی از قانون طبیعی منتسکیویی است و شاخصه آنها، از نظر ژنی و البته به‌درستی، این است که فراتر از تجربه‌اند و ابزار بازشناسی آنها، یا مبنای اعتبار و ایجاد آنها، تجربه نیست و بالطبع همانند سایر قوانین طبیعی، انسان را یارای تغییر آنها نیست (Gény, 1914, Vol.1: 43-44)؛ پس، قانون طبیعی منتسکیویی نیز در مجموع، موسع‌تر از بنیادهای طبیعی ژنی است (Montesquieu, 1990, Vol.1: 9). بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که هم‌نواپی دو اصطلاح «بنیاد طبیعی» از یک سو و «قانون طبیعی» از سوی دیگر، در اندیشه ژنی و تصریح وی به وجود عنصر متافیزیکی در میان قوانین طبیعی، معنایی جز قصد و تلاش ایشان برای ایجاد تعامل میان متافیزیک و واقعیت ندارد؛ به این ترتیب، طرح این پرسش، منطقی است که چرا ژنی، با وجود تلاش برای این تعامل پیش‌گفته، از انتخاب حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی به‌عنوان چارچوب نظری خود امتناع می‌ورزد. البته ژنی وقتی سعی در معرفی و تبیین حقوق طبیعی کلاسیک دارد، به خوانش‌های نه اصیل، بلکه مدرن از حقوق طبیعی کلاسیک و از جمله خوانش کاترین و بواستل مراجعه می‌کند (Gény, 1927, Vol.2: 280, 294) و می‌دانیم که در خوانش مدرن از حقوق طبیعی کلاسیک نیز تعامل متافیزیک و واقعیت نادیده انگاشته نمی‌شود. ظاهراً، پاسخ

پرسش مذکور، به منشأ متافیزیک در اندیشه ژنی برمی‌گردد و تحلیل این منشأ نیز البته، جز با مطالعه دیگر بنیادهای مطرح‌شده از سوی وی امکان‌پذیر نیست. شاید، ژنی، برخلاف حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی، متافیزیکی را مدنظر دارد که خاستگاه آن، طبیعت اشیا نیست و منشأ آن را، باید در نوعی اشراق جست‌وجو کرد (Cf. Gény, 1927, Vol.2: 19-20). اما، این پاسخ در صورتی قانع‌کننده است که تفاوت ماهوی شایان توجهی میان اشراق ژنی و بُعد متافیزیکی طبیعت اشیای ارسطویی وجود داشته باشد و البته، می‌دانیم که چنین تفاوتی وجود ندارد.

۲.۲. بنیاد تاریخی

تحلیل ژنی از بنیاد تاریخی، یادآور استمرار، هدف و اتوریته، به‌عنوان سه ویژگی مهم نهاد است و نشان از تأثیرپذیری وی از تئوری نهاد موریس اوربو و ژرژ رنار، استادان فرانسوی دارد (77). از منظر نهادگرایان، اراده پوزیتیویستی، چه از نوع دولتی و چه از نوع شرعی، قدرت حذف و یا اصلاح نهاد را ندارد؛ چراکه نهاد و محتوای هنجاری آن، محصول تحول بلندمدت تاریخی - اجتماعی‌اند و مبنای خود را، در نوعی نظم خودجوش باز می‌یابند که اراده، توان تحول و تغییر در آن را ندارد (Capitant, 1911: 735, 736; Renard, 1930, Vol.1: 111, 168, 215, (239; Hauriou, 1986: 97-98).

وقتی سخن از بنیاد تاریخی به میان می‌آوریم، منظور، صرفاً پاره‌ای از داده‌های تاریخی - اجتماعی نیست که به‌صورت بالقوه و غیرمستقیم در شکل‌گیری حقوق نسل حاضر تأثیرگذارند (Gény, 1927, Vol.2: 379)؛ بلکه سخن از هنجارهایی نیز است که افزون بر محصول گذر زمان بودن، در قامت حقوق موجود و به‌صورت بالفعل نمایان می‌شوند و هدایت رفتار انسانی را، اکنون، عهده‌دارند. ژنی برای تبیین بهتر اندیشه خود، به این سخن گیرکه، حقوقدان آلمانی، استناد می‌کند که «ایجاد حقوق» از نو، سخن دقیقی نیست؛ آنچه با آن مواجهیم و نام ایجاد حقوق را بر آن می‌نهمیم، در واقع، تحول حقوق است (Gierke, 1895: 125; Gény, 1927, Vol.2: 378).

می‌دانیم که سهم این بنیاد تحت عنوان (Jus gentium) در حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی شایان توجه است (Brimo, 1978: 46). با این حال، ژنی در ذیل بحث از بنیاد تاریخی، اشاره‌ای به ارتباط آن با حقوق طبیعی نمی‌کند و حتی این سخن آنری کاپیتان را هم می‌آورد که پذیرش جایگاه بنیاد تاریخی، به معنای افتادن در دام موهومات حقوق طبیعی نیست (Capitant, 1911: 736)؛ اما این سخن، وقتی درست است که حقوق طبیعی، به مانند حقوق طبیعی سده‌های هفدهم و هجدهم میلادی، ماهیتی متافیزیکی محض داشته باشد و خالی از عناصر واقع‌گرایانه

باشد و می‌دانیم که حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی، این‌گونه نیست. نفی هرگونه ارتباط میان بنیاد تاریخی و حقوق طبیعی کلاسیک، معنایی جز عدم شناخت دقیق این نوع از حقوق طبیعی ندارد. تأکید بر اینکه بنیاد تاریخی، تجربه مستمر تاریخی است، به این معناست که از نوعی یونیورسالیته مبهم نیز برخوردار است؛ آیا همین ویژگی، دلیل موجهی برای ارتباط بنیاد تاریخی با حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی نیست؟

۳.۲. بنیاد عقلی

تعبیر دیگر بنیاد عقلی، عدالت یا همان امر درست است. ضرورت بنیاد عقلی از این حیث است که بنیاد طبیعی و بنیاد تاریخی، برای هدایت انسان ذوالعقل به تعبیر ژنی، کافی و قانع‌کننده نیستند. بنیاد طبیعی، تنها بستر و زمینه ایجاد حقوق را فراهم می‌آورد؛ بنیاد تاریخی نیز از آنجا که رفتار اخلاقی و اجتماعی انسان در مسیر پیشرفت است، بالطبع تأثیرگذاری تامی نمی‌تواند داشته باشد. همین ویژگی پیشرفت، معیاری را اقتضا می‌کند که ورای مقتضیات متغیر زمان و مکانی بوده و مُدرک آن، متأثر و تابعی از متغیر نباشد؛ منظور ژنی از مُدرک، عقل انسانی است که ورا متغیر است. به‌علاوه، این، تنها، عقل ذاتی^۱ یا همان اشراق عقلی^۲ انسانی است که شأن قضاوتی دارد و می‌تواند نتایج حاصل از طبیعت و تاریخ را، مورد تجزیه و تحلیل قرار دهد و ارزیابی کند که آیا با هدف ساختار اجتماعی و پیشرفت ساختار اجتماعی همخوانی دارند یا خیر (Gény, 1927, Vol.2: 380). روشن است که با این تحلیل، ژنی جایگاه برتری را، در مقایسه با بنیاد طبیعی و بنیاد تاریخی، برای بنیاد عقلی قائل است؛ جایگاهی که عقل مُدرک - که حرکت‌دهنده اراده است و گذار از حقوق هست‌گونه به حقوق بایدانگار را می‌تواند نتیجه دهد - در اندیشه ارسطویی نیز دارد. البته ارسطو تربیت فرزندان و تبعیت از پدر را، به‌عنوان گزاره‌های برآمده از بنیاد عقلی مثال می‌زند (Villey, 1969: 55)؛ مثالی که ژنی در چارچوب بنیاد ایده‌آل می‌آورد (Gény, 1927, Vol.2: 403).

ژنی به ارتباط بنیاد تاریخی و بنیاد طبیعی با حقوق طبیعی، با اینکه به قانون طبیعی در رابطه با بنیاد طبیعی تصریح دارد، اشاره‌ای نمی‌کند. اما در مورد بنیاد عقلی، نظر دیگری دارد و این بنیاد را، هسته اصلی و اساسی حقوق طبیعی کلاسیک تلقی کرده و تصریح می‌کند که اگر این نکته، در خصوص حقوق طبیعی کلاسیک رومی و در واقع ارسطویی، محل تردید باشد، حداقل در مورد حقوق طبیعی کلاسیک فیلسوفان مدرن کاملاً پذیرفتنی است و صدق می‌کند؛ از نظر نگارنده، دلیل آن، این است که حقوق طبیعی کلاسیک فیلسوفان مدرن، اصل‌محور و

1. Esprit

2. Intuition de la raison

هنجارمحور است و برخلاف حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی، بر موردمحوری تأکید ندارد (Villey, 1969, 276; Strauss, 2016: 483) و معلوم است که اصل محوری عقلی، تناسب بیشتری با کارکرد راهنمایی عدالت و شاخصه پیشرفت به عنوان ویژگی رفتار اخلاقی و اجتماعی انسان دارد. اینکه چه عاملی موجب شده است تا ژنی، چنین برداشتی درباره بنیاد عقلی داشته باشد، قابل تأمل است (Gény, 1927, Vol.2: 380-381). از نظر ژنی واقعیت این است که هنجارهای رفتاری‌ای وجود دارد که عقل استدلالی^۱ از طبیعت انسان و از ارتباط انسان با جهان استخراج می‌کند؛ قواعدی که بر عقل ذاتی تحمیل می‌شوند [و به عبارت دیگر، عقل ذاتی، گریزی از صحنه گذاردن بر آنها ندارد] و با بدیهی‌ترین اقتضائات اشیا مرتبط‌اند. این هنجارها، از ویژگی ضروری بودن برخوردارند و در عین حال، جهانی بوده و نامتغیرند و همین شاخصه‌ها، این هنجارها را، از دیگر قواعد حقوقی جدا می‌کند و جایگاه برتری را، در میان قواعد حقوقی به آنها می‌دهد (Gény, 1927, Vol.2: 381).

بنابراین، منشأ گزاره‌های مستخرج از سوی عقل، طبیعت انسان است؛ ژنی در ادامه اضافه می‌کند که اگرچه ضروری بودن این هنجارها، به مانند بنیادهای طبیعی، طبیعی و فیزیکی نیست، اما، از ضرورت اخلاقی برخوردارند و همین ضرورت اخلاقی بودن، زمینه پیوند این بنیادها را با حقوق طبیعی جهانی و نامتغیر، یعنی حقوق طبیعی به معنای اخص کلمه، فراهم می‌کند؛ حقوق طبیعی‌ای که، نه مبتنی بر طبیعت اشیا هست‌انگار و پوزیتیو^۲، بلکه مبتنی بر طبیعت اشیا برتر و متعالی^۳ است. نقش عقل استدلالی در کشف و احراز اصول، موجب شده تا ژنی، این اصول و هنجارها را، بنیاد عقلی نام گذارد (Gény, 1927, Vol.2: 381). نکته‌ای که ژنی بر آن تأکید دارد، جلوگیری از خلط بنیاد عقلی با هنجارهای برآمده از آمال، احساسات و آرمان‌ها و در واقع اشراق تجربی است. پس، بنیاد عقلی، محدود به کشف و تفسیر عقل از طبیعت انسان است و سهم باور و اشراق تجربی را، باید در بنیاد ایده‌آل جست‌وجو کرد. باید توجه داشت که ژنی، اشراق عقلی را از اشراق به عنوان تجربه کامل تفکیک می‌کند و دلیل آن نیز چیزی جز وجود دو نوع طبیعت اشیا برتر و طبیعت اشیا پوزیتیو نیست.

۴.۲. بنیاد آرمانی (ایده‌آل)

بنیاد آرمانی بر شانه‌های بنیاد عقلی می‌ایستد و سعی در تکمیل و رفع خلأهایی دارد که به دلیل محدود بودن چارچوب کارکردی عقل، و محدودیت سایر بنیادها، جز از عهده بنیاد آرمانی برنمی‌آید؛ بنیادی که برخلاف سه بنیاد قبلی که عینی و آبژکتیو بود، شبه‌سابژکتیو می‌نماید.

-
1. Raison
 2. Nature des choses positive
 3. Nature des choses supérieure

از نظر ژنی، بنیاد ایده‌آل، موسع است و نمی‌توان برای آن، چارچوب محدودی را تعریف کرد؛ در محتوا گنگ و مبهم است و به همین دلیل، از اقتدار قطعی بنیاد عقلی و ضرورت طبیعی یا اخلاقی برخوردار نیست (Gény, 1927, Vol.2: 388) و به نظر می‌رسد همه ملاحظات انسانی اعم از ملاحظات فیزیکی، روان‌شناختی، اخلاقی، مذهبی، اقتصادی و سیاسی را در برمی‌گیرد. اگرچه این بنیاد به‌طور مستقیم، ایجادکننده قاعده حقوقی نیست، به‌مانند فضای تنفسی، حاکم بر هر مسئله و چالش حقوقی است و مسیر و جهت مبنای اعتبار قواعد و نیروی ایجادکننده حقوق را، برای پیشرفتی پایدار روشن می‌سازد (Gény, 1927, Vol.2: 384-385)؛ به‌گونه‌ای که می‌توان گفت که از طریق استیلاي عدالت به‌عنوان ارزشی برتر بر زندگی اجتماعی، درصدد ارتقا و رشد طبیعت اشیا و نفی نهادهایی است که احیاناً با تمدن و با پیشرفت آرمان‌ها مطابقت ندارند (Gény, 1927, Vol.2: 388). ژنی عبور از مسئولیت فردی به مسئولیت جمعی در رابطه با خطرهای اجتماعی را، مثال نقش پیش‌گفته بنیاد ایده‌آل ذکر می‌کند. از منظر ژنی، کاری که بنیاد ایده‌آل در مثال مطروحه در حال انجام آن است، این است که بر عقل تأثیرگذار باشد و مسیر اولیه عقل را تغییر دهد و عقل را، در پیشرفت اجتماعی همراه خود سازد (Gény, 1927, Vol.2: 388). البته، ژنی برای تبیین بهتر موضوع، سعی می‌کند معادلی برای فضای تنفسی نیز بیان کند و به نظرش، «احساسات عمومی»^۱ و «وضعیت کنونی تمدن»^۲ واژه‌های مناسبی‌اند؛ اما توجه دارد که نباید عقیده عمومی را، با بنیاد ایده‌آل خلط کند، زیرا عقیده عمومی، اگرچه گاهی کاشف و بیان‌کننده بنیاد ایده‌آل است، این‌گونه نیست که همیشه با آن انطباق داشته باشد؛ بلکه ممکن است نتیجه غریزه پست انسانی باشد و به این ترتیب، در تعارض با بنیاد ایده‌آل قرار گیرد. برای مثال، عقیده عمومی مبنی بر گسترش و توسعه طلاق، یا کنترل و کاهش فرزندآوری، از نظر ژنی هیچ نسبتی با بنیاد ایده‌آل ندارد و جز عقیده عمومی منحط، چیز دیگری نیست. در هر حال، مثال ژنی از بنیاد ایده‌آل، اصل حقوقی تک‌همسری و اصل محرمانگی است (Gény, 1927, Vol.2: 386-387). نکته شایان توجه در اندیشه ژنی، این است که وی، بنیاد ایده‌آل را، برخلاف بنیاد عقلی، جهانی^۳ و نامتغیر^۴ تلقی نمی‌کند و دلیل آن را نیز، به‌نظر می‌رسد در متافیزیک محض نبودن آن، جست‌وجو می‌کند. در واقع، ژنی در پاسخ به این پرسش که چگونه بنیاد ایده‌آل شکل می‌گیرد، سهم نیروهایی چون باور، احساس و اشراق تجربی را قابل توجه می‌داند؛ نیروهایی که به‌صورتی رازآلود، ایمان جمعی و حرکت اراده‌ها را موجب می‌شوند. بر همین اساس، ژنی، اشراق به‌عنوان «تجربه‌ای

1. Sentiment public
 2. L'état actuel de la civilisation
 3. Universel
 4. Immuable

کامل و بی‌نقص»^۱ را، منشأ بنیاد ایدآل قلمداد می‌کند (Gény, 1927, Vol.2: 387)؛ اشراقی که نتیجه ارتباط مستقیم انسان اجتماعی با واقعیت‌های زندگی اخلاقی و اجتماعی است (Gény, 1914, Vol.1: 183, 184) و به تعبیر ژنی، و برخلاف عقل محض^۲، تپش قلب ارگانیسم اجتماعی را حس می‌کند و به رمز و راز قواعدی که این ارگانیسم را، به سوی اهدافش هدایت می‌کند، آگاه است (Gény, 1927, Vol.2:7-8). به این ترتیب، اشراق با پراگماتیسم پیوند پیدا می‌کند و البته، نباید این نوع از اشراق را، با اشراق برگسونی که بر تقابل اشراق و عمل مبتنی است و اشراق عقل است و بیش از آنکه اشراق را به واقعیت پیوند بزند، به متافیزیک پیوند می‌زند، خلط کرد (Gény, 1927, Vol.2: 81).

۳. تدوین علمی حقوق موضوعه خانواده بر اساس بنیادهای چهارگانه

۳.۱. تبیین مصداقی تأثیر بنیادها در حقوق موضوعه خانواده

همان‌طور که اشاره شد، ژنی، چهار بنیاد پیش‌گفته را تفکیک‌ناپذیر می‌داند. پس، تلاش برای تعیین سهم هر کدام از این بنیادها در تدوین علمی حقوق موضوعه خانواده را نباید به معنای استقلال این بنیادها از یکدیگر نیست.

از نظر ژنی، وجود دو جنس مخالف در عالم طبیعت، اتحاد آن دو را، اقتضا می‌کند و این اتحاد، به‌عنوان یک ضرورت طبیعی^۳، همان بنیاد واقعی است که بستر مسئله تنظیم حقوقی این رابطه است و بر اساس آن، مجموعه‌ای از قواعد موضوعه خانواده شکل می‌گیرد؛ همین بنیاد واقعی است که ازدواج دو همجنس را، از منظر ژنی، غیرممکن می‌سازد؛ بنابراین، اگرچه بنیاد واقعی، کارکردی ایجابی در رابطه با اعتبار حقوقی دارد، کارکرد سلبی آن را نیز نمی‌توان نادیده انگاشت. افزون‌بر اتحاد به‌عنوان ضرورتی طبیعی، تفاوت‌های فیزیولوژیک و روان‌شناختی میان زن و مرد از منظر ژنی، ضرورت طبیعی دیگری است که تفاوت موقعیت حقوقی آن دو را موجب می‌شود و جالب این است که ژنی، شرایط اقتصادی و اجتماعی را نیز مصداق بنیادهای واقعی می‌داند که بر موقعیت حقوقی زن و مرد در نظام حقوقی و در ساختار اجتماعی تأثیرگذار است (Gény, 1927, Vol.2: 372-373). همان‌طور که اشاره شد، این رویکرد ژنی، یادآور مفهوم گسترده طبیعت اشیا در اندیشه حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی است. البته معنای سخن مذکور این نیست که ژنی، اراده را در نظام حقوق خانواده حذف می‌کند. وی حتی تبعیت مکانیکی اراده از بنیادهای واقعی را نیز باور ندارد. اما استقلال و استعلا اراده بر بنیادهای واقعی را نمی‌پذیرد و تأثیرگذاری آنها بر اراده را، غیرقابل کتمان می‌داند (Gény, 1927, Vol.2: 372-373).

1. Expérience intégrale
2. Intellect pur
3. Nécessité de nature

374: Vol.2). اصل حاکمیت اراده از سوی بنیاد تاریخی نیز محدود می‌شود. در واقع، پذیرش بنیاد تاریخی به این معناست که نمی‌توان به‌راحتی، سخن از عبور از نهاد به قرارداد در نظام خانواده به میان آورد (Gény, 1927, Vol.2: 377).

بنیاد عقلی در حقوق خانواده یادآور اصل استحکام و همیشگی بودن خانواده است. طبیعت انسان، آن‌گونه که عقل ادراک می‌کند، به انسان فرمان می‌دهد که تابع اصل استحکام، ثبات و استمرار در نکاح باشد و عقد نکاح را، بر توافق اراده‌های جدی بنیان گذارد و توجه داشته باشد که نکاح، بر ارزش اخلاقی برتر و بر تربیت فرزندان شایسته استوار است (Gény, 1927, Vol.2: 382, 402). به این ترتیب، بنیاد عقلی، بطلان تعلیق در نکاح را نتیجه می‌دهد.

ژنی، حکم به تک‌همسری را، مصداق بنیاد عقلی تلقی نمی‌کند و آن را، ماحصل ملاحظاتی متعالی و آرمانی و نه عقلی می‌انگارد و تأکید می‌کند که بنیاد عقلی را، باید در چارچوب ادراکات عقلی و قلمرو خاص آن محدود کرد و این، از اشتباهات نظریه‌پردازان حقوق طبیعی است که می‌خواهند قلمرو عقل را، به همه موضوعات حقوقی گسترش بدهند (Gény, 1927, Vol.2: 382, 383, 402) و در نظر ندارند که اراده نوعی انسان، در کنار طبیعت انسان، نقش فعال و البته رازآلود خود را دارد و گاه، رقیب طبیعت انسانی است تا ارزش اخلاقی که خود، مبنای اعتبار آن است را، عینیت بخشد (Gény, 1927, Vol.2: 383-384)؛ گویا، ژنی پذیرفته است که بنیاد طبیعی و نیز بنیاد عقلی، مانعی برای چندهمسری نیست. اما مثال ژنی از بنیاد ایده‌آل، اصل حقوقی تک‌همسری است (Gény, 1927, Vol.2: 386-387). همین‌طور اصل انحلال‌ناپذیری نکاح را مصداق گزاره‌های مبتنی بر بنیاد ایده‌آل می‌داند؛ اصلی که استثنایی بودن فسخ نکاح را به‌دنبال دارد (Gény, 1927, Vol.2: 402). ژنی، اصل محرمانگی به‌عنوان مانع نکاح را در برخی موارد مبتنی بر بنیاد ایده‌آل و در برخی دیگر، مبتنی بر بنیاد عقلی می‌داند و معلوم نیست که با وجود اشاره به ارتباطات خونی، چرا سهمی را برای بنیاد طبیعی قائل نیست (Gény, 1927, Vol.2: 403). ژنی تبعیت نسبی همسر از شوهر و فرزند از پدر را نیز مبتنی بر بنیاد ایده‌آل می‌داند و البته، تصریح می‌کند که هسته‌های اصلی شکل‌گیری نظام خانواده، متأثر از بنیاد ایده‌آلی است که متغیر و البته تکاملی است (Gény, 1927, Vol.2: 403).

۳.۲. رابطه سلسله‌مراتبی بنیادها

ژنی، قائل به‌نوعی رابطه سلسله‌مراتبی میان بنیادهاست و از میان چهار بنیاد پیش‌گفته، نقش بنیاد عقلی را، در ایجاد حقوق موضوعه و از جمله حقوق موضوعه خانواده، بااهمیت‌تر قلمداد می‌کند تا به آنجا که قائل است حقوق، اساساً محصولی عقلی است. اساس این رابطه سلسله‌مراتبی در اندیشه ژنی را، باید همان دوگانه طبیعت اشیای برتر و طبیعت اشیای پوزیتیو

و در واقع، دوگانه اشراق معنوی و اشراق تجربی دانست (Gény, 1919, Vol.2: 104)؛ واقعیت این است که رابطه سلسله‌مراتبی میان بنیادها، بیان دیگری از رابطه سلسله‌مراتبی میان این دو نوع طبیعت اشیاست. از نظر ژنی، محتوای طبیعت اشیای پوزیتیو، چیزی جز مجموعه‌ای از عناصر مادی و متغیر نیست و خود همین طبیعت اشیا و رابطه سلسله‌مراتبی آن با طبیعت اشیای برتر است که گذار از عقل به هست را موجب می‌شود. محتوای طبیعت اشیای برتر نیز، مجموعه‌ای از اصول عقلی و گزاره‌های اخلاقی نامتغیر است.

دو بنیاد طبیعی و تاریخی، ماهیتی هست‌گونه دارند و چارچوب و بستر شکل‌گیری حقوق‌اند و به مواد خام برای شکل‌گیری حقوق می‌مانند؛ به این ترتیب، روشن است که در مرتبه‌ای پایین‌تر قرار می‌گیرند. بنیاد ایده‌آل نیز تنها پس از اینکه عقل، تفسیر و برداشت خود را از طبیعت و تاریخ ارائه داد، برای ترسیم و تکامل اهداف قاعده حقوقی وارد می‌شوند. آنچه ماحصل این تلاش عقلی - و البته با تکیه بر بنیاد طبیعی و تاریخی و با در نظر داشتن کارکرد بنیاد ایده‌آل - است را، ژنی حقوق طبیعی، البته به معنای عام^۱، نام می‌نهد و آن را هسته اصلی حقوق (Gény, 1927, Vol.2: 387, 409) و اصل برتری که تدوین علمی حقوق موضوعه بر بنیان آن استوار است (Gény, 1927, Vol.2: 399)، قلمداد می‌کند. به این ترتیب، و همان‌طور که ژنی خود تصریح می‌کند، واقعیت‌ها، تاریخ، عقل و ایده‌آل، هر کدام، سهم ماهوی قابل توجه خود را، در اندیشه حقوق طبیعی ایفا می‌کنند؛ اگرچه نقش عقل، یعنی همان بنیاد عقلی بااهمیت‌تر است. بنیاد عقلی، اساسی است و از همین رو، ژنی، حداقلی از حقوق طبیعی را، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر قلمداد می‌کند (Gény, 1927, Vol.2: 419). اما، آیا می‌توان از این بنیاد عقلی، انتظار قواعد حقوقی جزئی و ریز را داشت؟ پاسخ ژنی منفی است و نتیجه انتظار چنین کارکردی را، از بنیاد عقلی، چیزی جز خالی شدن آن از محتوا نمی‌داند. گویا، نتیجه این انتظار، چیزی جز اسارت بنیاد عقلی در چنبره پوزیتیویسم و عبور از بنیاد عقلی به بنیادی پوزیتیویستی محض نیست؛ نتیجه‌ای که ژنی از آن دوری می‌کند. از نظر ژنی، اساساً، تنها چیزی که می‌توان از بنیاد عقلی خواست و انتظار داشت، مفهوم عدالت است؛ یگانه مفهومی که اجازه می‌دهد تا نظم و صلح را، در زندگی اجتماعی برقرار کنیم (Gény, 1927, Vol.2: 390).

عدالتی که عقل با توجه به طبیعت انسان به‌عنوان موجودی اجتماعی، عقلانی و آزاد، و با عنایت به اینکه از کجا آمده است و به کجا می‌رود، یعنی با تکیه بر اشراق معنوی، و نیز با توجه به طبیعت اشیایی تاریخی که بنیاد ایده‌آل، الهام‌بخش تکامل آن است، به کشف آن همت می‌گمارد (Gény, 1927, Vol.2: 392-393). به این ترتیب، اگرچه عدالت، امری برتر و ورا

۱. در معنای مضیق از حقوق طبیعی، بنیادهای تاریخی و ایده‌آل، جزء حقوق طبیعی قلمداد نمی‌شوند (Gény, 1927, Vol.2: 419).

واقعیت است، اما، با واقعیت پیوند دارد. ژنی برای رفع هرگونه ابهامی، بلافاصله توضیح می‌دهد که منظور او از عدالت، همان عدالت ارسطویی است (Gény, 1927, Vol.2: 390, 391, 395, 396). هسته اصلی عدالت ارسطویی چیزی جز امر درست نوعی و عینی نیست؛ امری که می‌توان آن را، به دو اصل عینی ذیل بازگرداند: «اعطای کل ذی حق حقه» و «اصل عدم اضرار به غیر»؛ دو اصلی که جهانی و غیرقابل نقض‌اند و نماد کرامت انسانی و آزادی فردی او به‌عنوان ارزشی ذاتی قلمداد می‌شوند؛ دو اصلی که برای عملی شدن، به اصول فنی و قواعد فنی نیاز دارند تا تعریف کنند سهم عادلانه هر کس در ساختار اجتماعی چیست و اضرار به غیر از لحاظ فنی چه معنا و مفهومی دارد (Gény, 1927, Vol.2: 391-392). معلوم است که منظور از فنی بودن، همان علمی بودن در اندیشه ژنی است و معنای علمی بودن نیز انطباق بیشتر با زندگی اجتماعی و واقعیت‌های متغیر آن است. گویا، باید قبول کرد که عدالت، اگرچه دارای بداهت عقلی است، مفهومی کلی و مبهم است. اصول فنی میانه و قواعد فنی، چون مالکیت و عمل حقوقی حیازت مباحات، اگرچه از بداهت عقلی کمتری برخوردارند، اما نماد انطباق با زندگی اجتماعی‌اند و اعتبار خود را، اگرچه از زندگی اجتماعی اخذ می‌کنند و تاریخ نیز بر آنها صحه می‌گذارد و ایده‌آل نیز تکامل آنها را اقتضا می‌کند، و این تکامل، حتی اگر اجتماعی شدن مالکیت را، نتیجه بدهد که می‌دهد (Gény, 1927, Vol.2: 401)، اما منشأ اصلی خود را، در عقل، بازمی‌یابند. به این ترتیب، ژنی از نظام حقوقی عادلانه سلسله‌مراتبی سخن می‌گوید که از عقل محض آغاز شده و به هست‌ها یا همان فکت‌ها و واقعیت‌ها ختم می‌شود (Gény, 1927, Vol.2: 393).

با این حال، و با وجود استناد ژنی به عدالت ارسطویی، باید به این نکته توجه داشت که در رأس قرار گرفتن عقل محض و تکیه بر آزادی فردی و کرامت ذاتی انسان، عملاً و برخلاف اندیشه حقوق طبیعی ارسطویی، رهایی انسان از چنبره موقعیت را نتیجه می‌دهد و نفی بردگی در اندیشه ژنی، آزادی بیان و عقیده، آزادی مذهبی، حق انتخاب شغل، حق تشکیل انجمن و گروه، آزادی مطبوعات، اصل حاکمیت اراده، جایگاه برجسته تقصیر در نظام جبران خسارت، نفی دارا شدن غیرعادلانه و غیره که اعتبار خود را از همان عدالت اخذ می‌کنند، نشانه همین رهایی است؛ البته و همان‌طور که اشاره شد، اگر طبیعت تاریخی انسان در اندیشه ارسطویی، ماهیتی تحول‌گرا و تکامل‌گرا داشته باشد (Ponton, 1987: 58; Villey, 2006: 86)، همین نتیجه‌ای را که ژنی اخذ کرده است، به‌دست خواهد داد و پذیرای حق‌های طبیعی فردی نیز همان‌طور که ژنی نیز قبول کرده است (Gény, 1927, Vol.2: 395-396)، خواهد بود.

۳.۳. جست‌وجوی نظام سلسله‌مراتبی بنیادها در حقوق موضوعه خانواده

پرسش این است که آیا این نظام حقوقی عادلانه سلسله‌مراتبی را، و گذار از عقل به هست را، در حقوق موضوعه خانواده نیز می‌توان سراغ گرفت؟ چگونه بنیادهای چهارگانه پیش‌گفته، در ساختاری سلسله‌مراتبی، به تدوین حقوق موضوعه خانواده انجامیده‌اند؟

ژنی از بنیاد عقلی خود، اصلی چون اصل آزادی فردی و اصل کرامت ذاتی انسان را استخراج می‌کند و در همان چارچوب نیز مفهوم حق را می‌پذیرد. آیا این نکته به این معناست که نظام سلسله‌مراتبی از عقل تا هست، تعبیر دیگری از پذیرش نوعی مدل دورکینی در نظام حقوق خانواده است؟ مدلی که از سه مؤلفه اساسی اصل، سیاست و قاعده شکل گرفته است و رابطه‌ای سلسله‌مراتبی میان این سه مؤلفه وجود دارد؟ بنیاد عقلی در کنار سایر بنیادها، به‌ویژه بنیاد طبیعی و تاریخی است. پس، منطقاً نباید گذار از مفهوم حق نوعی^۱ به مفهوم حق مبتنی بر سوژه^۲ را نتیجه دهد تا بتوان تقدم ماهوی متافیزیک بر واقعیت را از آن نتیجه گرفت. اما، به اذعان خود ژنی، بنیاد عقلی، رهایی از موقعیت اجتماعی و اقتصادی را نتیجه می‌دهد. با این حال، چگونه می‌توان از این بنیاد، این رهایی را انتظار داشت؟ آیا این رهایی، مطلوب ژنی است؟ اگر این‌گونه باشد، پس نباید طبعاً در حوزه حقوق خانواده، از اصل ثبات و استمرار و از اصل انحلال ناپذیر بودن نکاح سخن گفت؛ نباید از اصل تبعیت نسبی زن از مرد سخن به میان آورد؛ نباید گذار از نهاد به قرارداد را منع کرد؛ چراکه همه این گزاره‌ها، بازگشت به موقعیت^۳ را حکایت می‌کنند.

واقعیت این است که عدالت که بنیاد عقلی، کاشف آن است و اعتبار خود را از طبیعت اشیای برتر اخذ می‌کند، در رأس نظام سلسله‌مراتبی قرار دارد؛ پس عدالت، به این دلیل که اعتبار خود را از طبیعت اشیا اخذ می‌کند، نمی‌تواند نماد تقدم متافیزیک لیبرال یا همان عقل کانتی بر واقعیت باشد. به همین دلیل است که بنیاد ایده‌آل، که منعکس‌کننده حقوق موضوعه تحول‌گرا و تکامل‌گراست، می‌تواند زمینه شکل‌گیری حق سازگار با موقعیت را نتیجه دهد و حق نفقه را، برای فرزندی که نامشروع است نیز به رسمیت بشناسد.

بنا نیست در رأس قرار گرفتن بنیاد عقلی، به معنای امکان عبور از نهاد به قرارداد در نکاح باشد که در این صورت، معنایی جز استقلال بنیاد عقلی از بنیاد تاریخی ندارد. باید توجه داشت که ژنی از یک سیستم سلسله‌مراتبی سخن می‌گوید، اما معنای آن، استقلال این بنیاد عقلی از سایر بنیادها نیست. چنین امکانی نیز وجود ندارد، چراکه بنیاد عقلی، اعتبار خود را از طبیعت انسان به‌عنوان بخشی از طبیعت اشیا اخذ می‌کند و این طبیعت انسان نیز در چارچوب

1. droit objectif
2. droit subjectif
3. Situation

فلسفه کلاسیک حقوق و نه فلسفه مدرن فهمیده و معنا می‌شود تا طبیعت متافیزیکی جایگزین طبیعت تاریخی - اجتماعی نشود. می‌دانیم که در برداشت مدرن، این طبیعت، متافیزیکی محض دیده می‌شود و تعبیر دیگر آن، اصطلاح عقلانیت کانتی است. منظور ژنی از بنیاد عقلی، بی‌تردید، چنین عقلانیتی نیست. اساساً، ژنی نمی‌خواهد که عقل مبنا باشد. بارها تأکید کرده است که عقل، کاشف و مدرک است تا به این ترتیب، تقدم ماهوی متافیزیک بر واقعیت و استقلال عقل از طبیعت و طبیعت اشیای برتر اتفاق نیفتد.

۴. تحلیل و نقد اندیشه ژنی

اندیشه ژنی با توجه اینکه در چارچوب فلسفه کلاسیک حقوق قرار دارد، در همین چارچوب باید تحلیل شود؛ اما تحلیل آن، آسان و بدون ابهام نیست؛ اول اینکه، ژنی مبنای اعتبار اندیشه حقوق طبیعی خود را اشراق اعلام می‌کند (Gény, 1927, Vol.2: 7, 8, 10). البته، این اشراق، در خصوص عدالت، اشراقی غیرتجربی است، اما در رابطه با مراتب دیگر مدل و از آنجا که این مراتب با کمک بنیاد ایده‌آل شکل می‌گیرد، اشراقی تجربی است. اگر این‌گونه است، نسبت میان این نوع اشراق و اشراق غیرتجربی، باید به‌طور دقیق تبیین شود. اشراق تجربی، مبهم و البته تکامل‌گراست؛ تجربه انسان نوعی هشتادساله و نه بیست‌ساله است؛ از حرکت و تکامل نیز باز نمی‌ایستد و البته مؤلفه‌های شکل‌گیری آن، خارج از ذهن انسان است (Gény, 1927, Vol.2: 19-20).

فراموش نکنیم که این اشراق تجربی را ژنی، بنیان بنیاد ایده‌آل خود می‌دانست؛ پرسش این است که چرا ژنی، این بنیاد را در رأس نظام سلسله‌مراتبی خود قرار نمی‌دهد؟ آیا جز این است که ژنی نمی‌خواهد این اشراق، مستمسک عبور از طبیعت اشیا باشد؟ اگر این‌گونه است، پس چرا به اشراق تجربی این‌قدر اهمیت می‌دهد؟ مفهومی مبهم و رازآلود که شکل‌گیری آن نیز متأثر از بنیادهای طبیعی و تاریخی نیز است. واقعیت این است که ژنی، اشراق تجربی را، به سبب بنیاد عقلی - بخوانیم اشراق غیرتجربی - و برای کمک به آن می‌خواهد. برای مثال، عبور از اصل چندهمسری به اصل تک‌همسری را به‌عنوان نتیجه ایده‌آل آن مطرح می‌کند؛ اصلی که بنیاد عقلی از عهده احراز آن بر نمی‌آید، اما به کمک بنیاد ایده‌آل به آن می‌رسد. گویی بنیاد ایده‌آل با نقش و کارکرد تکاملی خود کمک می‌کند تا جهانی تازه به روی بنیاد عقلی گشوده شود و کمک می‌کند تا طبیعت اشیای برتر بهتر دیده شود. آری، طبیعت اخلاقی انسان، به‌مثابه بخشی از طبیعت اشیا نیز خود، در ذات خود، تکامل دارد. پس، بنیاد عقلی همیشه به بنیاد ایده‌آل نیازمند است و حتی اگر به اصل کرامت ذاتی انسان می‌رسد، به این دلیل است که بنیاد ایده‌آل، نقش تکاملی خود را به‌خوبی ایفا کرده است و این تعامل، البته که نمی‌تواند نتیجه

آن، لیبرالیسم گذار از نهاد به قرارداد باشد. بنیاد ایده‌آل نیامده تا بنیاد تاریخی را کنار بگذارد؛ آمده است تا تکامل بخشد؛ در کنار آن باشد. اما سویه این تکامل در نهایت چیست؟ گاه، ژنی، اجتماعی شدن حقوق را، نماد این تکامل می‌داند و گاه، عبور از چندهمسری به تک‌همسری را؛ چه تضمینی است که سرانجام این بنیاد ایده‌آل، این فضای تنفسی، این وضعیت نهایی تمدن، عبور از نهاد به قرارداد لیبرالی نباشد و از نکاح دائم به قرارداد مدنی ازدواج (PACS) نینجامد. ظاهراً بنیاد طبیعی با تأکید بر اصل استمرار و استحکام خانواده، مانع آن است.

در هر حال، پذیرش چنین نظام سلسله‌مراتبی در حوزه خانواده و در هر حوزه دیگری از حقوق، بالطبع باید گذار از متن را نتیجه دهد؛ حداقل متن نباید اصالت یابد. رویه قضایی و دکترین، نقش مهم‌تری باید در ساختار حقوق موضوعه و به‌عنوان منبع حقوق موضوعه ایفا کنند؛ اما واقعیت این است که در اندیشه ژنی، این‌گونه نیست؛ ژنی، در تحلیل خود از نوع چیش منابع حقوق، رویکردی پوزیتیویستی دولتی را تداعی می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [ب]: ۱۱۹)؛ رویکردی که می‌تواند جایگاه بنیادهای چهارگانه در نظام حقوق موضوعه و نیز نظام سلسله‌مراتبی پیش‌گفته را، با چالش مواجه کند. بی‌تردید حقوق طبیعی کلاسیک ارسطویی، که بنیادهای چهارگانه ژنی، در واقع، بازخوانی آن است، نظام هرمی‌شکلی از منابع را که قانون در رأس آن قرار داشته باشد، نتیجه نمی‌دهد (Villey, 1969: 123, 126). این در حالی است که از نظر ژنی، قانون نسبت به سایر منابع، از برتری برخوردار است. معنای این سخن این است که منابع دیگر از جمله عرف و رویه قضایی، صرفاً دارای کارکردی مکمل‌گونه بوده (Oppetit, 1998: 243) و تنها در صورتی که قانون اجازه دهد و محدود به قلمرویی که قانون اجازه دهد، می‌توانند کارکرد منبع قاعده حقوقی و اصول حقوقی را داشته باشند. افزون‌بر اینکه در این چیش پوزیتیویستی از منابع، عرف نمی‌تواند منبع قاعده یا اصل امره حقوقی باشد و معنای این نتیجه نیز چیزی جز نفی نقش هدایت‌کنندگی و استعلایی حقوق طبیعی ارسطویی مبتنی بر طبیعت اشیای ارسطویی نیست. همین نکته است که موجب شده است تا برونو اپتی، حقوق طبیعی ژنی را، از جایگاه مبنا و یا منبع حقوق، به جایگاه روش تنزل دهد و نتیجه بگیرد که ژنی را، نمی‌توان فیلسوف حقوق طبیعی تلقی کرد (Oppetit, 1998: 238, 251).

واقعیت این است که حقوق طبیعی ارسطویی، با توجه به اینکه چالش‌های فرمالیسم مبتنی بر نرماتیویسم و نیز رسیونالیسم را تعدیل می‌کند، در اندیشه مدرن و البته از اواخر سده نوزدهم با اقبال مواجه بوده است. میشل ویله، به‌درستی، حقوق طبیعی فرانسوا ژنی را اقتباسی از طبیعت اشیای ارسطویی می‌داند و حق دارد گله کند که چرا کسی چون فرانسوا ژنی، نقش و کارکرد حقوق طبیعی را تمام نمی‌داند و در مواجهه با اراده‌گرایی، صرفاً کارکردی تکمیلی برای آن قائل است و در صورتی که قانون ساکت بوده و با نقص مواجه باشد، کارکرد مبنای

حقوق را برای طبیعت اشیا - هم طبیعت اشیای پوزیتیو و هم طبیعت اشیای برتر - قائل است (Villey, 1969: 55; Villey, 1969: 126-128) و با تحقیق آزاد علمی، به جست‌وجوی آن و مشاهده آن می‌پردازد؛ گویا، ژنی فراموش می‌کند که در چارچوب فلسفه کلاسیک حقوق و نه فلسفه مدرن حقوق - و به تعبیر دیگر حقوق طبیعی مدرن - استدلال می‌کند.

۵. نتیجه

تدوین علمی حقوق موضوعه، اساس اندیشه فرانسوا ژنی است. با این حال، ژنی به‌خوبی آگاه است که اگر وصف «علمی»، به معنای علم‌گرایی افراطی اواخر سده نوزدهم باشد، حقوق موضوعه‌ای را نتیجه خواهد داد که خالی از عنصر متافیزیکی است. اما ژنی به‌درستی می‌داند که انسان، فقط ماده نیست؛ روح هم است؛ ژنی، انسانی را مدنظر دارد که اجتماعی، عقلانی و آزاد است؛ انسانی که دغدغه دارد که از کجا آمده، چرا آمده و به کجا می‌رود آخر؛ همان انسانی که مولانا جلال‌الدین رومی نیز از ندای درونی او سخن می‌گوید. اما ژنی نمی‌خواهد در دام متافیزیک لیبرال حقوق طبیعی مدرن افتد و حقوق موضوعه‌ای مبتنی بر ایدئولوژی فردگرایی و حقوق موضوعه لیبرال خانواده را نتیجه بگیرد. دغدغه او تعامل متافیزیک و واقعیت است و بنیادهای چهارگانه طبیعی، تاریخی، عقلی و ایده‌آل چارچوب همین تعامل‌اند؛ بنیادهایی که از یکدیگر تفکیک‌ناپذیر بوده و البته بنیاد عقلی از همه مهم‌تر است. اما معنای این اهمیت، تقدم و استیلای متافیزیک بر واقعیت نیست، چراکه عقل، به کشف اصول مبتنی بر طبیعت اشیا می‌پردازد؛ بنیاد ایده‌آل ژنی مبتنی بر اشراق تجربی است. ژنی این بنیاد را در رأس بنیادهای خود قرار نمی‌دهد تا اشراق تجربی، زمینه‌ساز عبور از طبیعت اشیای برتر و اشراق معنوی نباشد؛ اشراقی باشد که در تعامل با طبیعت اشیاست و برای اینکه ژنی مطمئن از این تعامل باشد، وصفی تجربی را برای این اشراق قائل می‌شود و آن را تجربه‌ای کامل و البته تکاملی می‌داند. حقوق موضوعه خانواده ژنی، مبتنی بر این بنیادهای چهارگانه است؛ اما نکته این است که اشراق ژنی، اگر اصل تک‌همسری را نتیجه می‌دهد و رهایی نسبی انسان از موقعیت را موجب می‌شود، اجتماعی شدن حقوق خانواده را نیز ممکن است نتیجه دهد. به این ترتیب، می‌توان اندیشه ژنی را نقد کرد و قائل بود که سرانجام این تکامل، مشخص نیست و مسیر خطی مشخصی را دنبال نمی‌کند. با این حال، نباید فراموش کرد که اشراق معنوی، مانع از این است که این اجتماعی شدن، به نهادگرایی کامل بینجامد؛ همان‌طور که بنیاد طبیعی و نیز بنیاد تاریخی، مانع از این است که این اشراق معنوی، به لیبرالیسم و گذار از نهاد به قرارداد خصوصی در نظام حقوق خانواده بینجامد. اما در هر حال، بنیادهای ژنی، با قانون‌گرایی او که نتیجه پوزیتیویسم دولتی است، همخوانی ندارد.

بیانیه نبود تعارض منافع

نویسنده اعلام می‌کند که تعارض منافع وجود ندارد و تمام مسائل اخلاق در پژوهش را شامل پرهیز از دزدی ادبی، انتشار و یا ارسال بیش از یک بار مقاله، تکرار پژوهش دیگران، داده‌سازی یا جعل داده‌ها، منبع‌سازی و جعل منابع، رضایت ناآگاهانه سوژه یا پژوهش‌شونده، سوء رفتار و غیره، به‌طور کامل رعایت کرده است.

منابع

الف) فارسی

۱. شهابی، مهدی (۱۳۹۰). «فرایند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، ش ۱، ص ۲۷۷ - ۲۵۹؛ https://jfq.ut.ac.ir/article_29593.html (۲۱ دی‌ماه ۱۳۹۹).
۲. ----- (۱۳۹۴). «قرارداد به‌مثابه قانون طبیعی (عقلی)، تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره ۶، ش ۲، ص ۶۲۵ - ۶۰۱؛ 10.22059/JCL.2015.55778 (۱۲ آذرماه ۱۳۹۹).
۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰[الف]). «ستایش قرارداد یا اداره قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۵۲، ش ۸۲۶، ص ۱۳۵ - ۱۱۱؛ https://jflps.ut.ac.ir/article_12605.html (۱۷ اسفندماه ۱۳۹۹).
۴. ----- (۱۳۸۰[ب]). فلسفه حقوق، ج ۱، تعریف و ماهیت حقوق، چ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵. وکس، ریموند (۱۳۸۹). فلسفه حقوق، از حقوق طبیعی تا پسامدرنیسم، ترجمه فاطمه آبیاری، تهران: رخداد نو.

ب) خارجی

6. Brimo, Albert (1978). *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, nouvelle édition refondue, Paris, édition A. Pedone.
7. Capitant, Henri (1911). "Les notions fondamentales du droit privé d'après le livre de M. Demogue", In. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. x, pp. 709 - 741; <https://gallica.bnf.fr/html/und/droit-economie/droit-civil-2?mode=desktop> (Accessed 11 avril 2019).
8. Dabin, Jean (1928). « La notion du droit naturel et la pensée juridique contemporaine » In. *Revue néo-scholastique de philosophie*, 30^e année, Deuxième série, n°20, pp.418461; https://www.persee.fr/doc/phlou_0776555x_1928_num_30_20_2521#:text=Suivant%20l'id%C3%A9e%20premi%C3%A8re%20le,sorte%20d'instinct%203 (Accessed 22 septembre 2000).
9. Durand, Paul (2005). *La politique contemporaine de sécurité sociale*. Avec préface de Xavier Prétot. Paris. Dalloz. 2^e édition.
10. Eric Millard (1995). « Hauriou et la théorie de l'institution », *Revue Droit et Société*, n° 30/31, pp.361-412; https://www.persee.fr/issue/dreso_0769-3362_1995_num_30_1 (Accessed 18 aout 2017)
11. Génys, François (1914). *Science et Technique en droit privé positif*, T. I, Paris, Recueil Sirey. 1^e édition
12. ----- (1927). *Science et Technique en droit privé positif*, T.II, Paris, Recueil Sirey, 2^e édition,
13. ----- (1930). *Science et Technique en droit privé positif*, T. IV, Paris, Recueil Sirey. 2^e édition
14. ----- (1919). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. II, Paris, LGDJ., 2^e édition
15. Ghestin, Jacques. (1990). "La notion de contrat", In. *Recueil Dalloz*, n° 23, pp. 147-156; <https://signal.sciencespo-lyon.fr/article/427538/La-notion-de-contrat> (Accessed 9 juillet 2016)
16. Gierke, Otto Von (1895). *Deutsches Privatrecht*, T. I., Libtitz, Duncker und Humblot, 1e édition;

17. Hauriou, Maurice (1986). *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Librairie Bloud et Gay, 1^e édition, 1933, Réédité par Centre de philosophie politique et juridique. Université de Caen
18. Le Fur, Louis (1927). « La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne », In. *Recueil des cours, Académie de droit international*, T. 18, pp. 259-442 ; <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6129963d/f267.item.r=fur> (Accessed 12 fevrier 2017)
19. Montesquieu (1990). *L'Esprit des Lois*, T. I. Paris, ENAG/EDITIONS, 1^e édition
20. Morin, Gaston (1931). « Vers la révision de la technique juridique », In. *Archive de philosophie du droit et de sociologie juridique*, T. II., pp. 73-85 ; <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k415550p> (Accessed 21 décembre 2011)
21. Oppetit, Bruno (1998). *Droit et Modernité* ; Paris, Puf, 1^e édition,
22. Ponton, Lionel (1987). « Eric Weil : le droit naturel aristotélicien et les droits de l'homme », In. *Laval théologique et philosophique*, vol. 43, n°1, pp. 49-65 ; <https://www.erudit.org/en/journals/ltp/1987-v43-n1-ltp2127/400277ar/> (Accessed 21 mars 2015).
23. Renard, Georges (1930). *La théorie de l'institution, Essai d'ontologie juridique*, 1^e édition, Paris, *Recueil Sirey*, T. I.
24. Rosen, Fred (1998). "Individual Sacrifice and The Greatest Happiness: Bentham on Utility and Rights", *Utilitas*, Vol. 10, pp. 129-143; <https://doi.org/10.1017/S095382080006051> (Accessed 28 mars 2014).
25. Strauss, Léo (2016). « Le droit naturel », traduit par Emmanuel Patard, In. *Archives de philosophie*, T. 79, pp. 453-484, pp. 460, 461 ; <https://www.jstor.org/stable/44840358> (Accessed 21 octobre 2000).
26. Tunc, André (1977). « Le droit en miettes », In. *La responsabilité. Archives de philosophie du droit*, Paris, Édition Sirey, n° 22, pp. 31-35.
27. Villey, Michel (1969). « François Gény et la renaissance du droit naturel », In. *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, pp. 121- 139.
28. Villey, Michel (2006). *La formation de la pensée juridique moderne* ; Paris, Quadrige/Puf, 1^e édition.
29. Villey, Michel, (1969). « La nature des choses », In. *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, pp. 38-59.
30. Viney, Geneviève (1977). " De la responsabilité personnelle à la répartition des risques ", In. *La responsabilité. Archives de philosophie du droit*, Paris. Édition Sirey, n° 22, pp. 5-22.



Research Paper

François Géný and the Foundations Governing the Creation of the Positive Law: Thinking About the Interaction of Metaphysics and Reality in the Creation of Positive Family Law

Mahdi Shahabi* 

Associate Professor, Department of Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: [Email: m_shahabi@ase.ui.ac.ir](mailto:m_shahabi@ase.ui.ac.ir)

Abstract

The scientific formulation of positive law is the basis of François Geny's thought. However, Geny is well aware that if the term "scientific" means extreme scientism of the late nineteenth century, it will result in a positive law that lacks a metaphysical element. However, Geny knows that man is not just matter; it is also the *Espirit*. Geny refers to a human being who is social, rational, and free, the human being who worries about where he came from, why he came, and where he is going, i.e., the same man that *Maulana Jalaluddin Rumi* also speaks of his inner voice. However, Geny does not want to fall into the trap of liberal metaphysics of modern natural law and conclude positive law based on the ideology of individualism and the liberal positive law of the family.

Thus, like the philosophers of law in the first half of the twentieth century, he seeks to pursue the interaction of metaphysics and reality as serious concerns. The natural, historical, intellectual, and ideal foundations of François Geny's thought, which are inextricably linked, are the

* **How to Cite:** Shahabi, Mahdi. (2023, Spring) "François Géný and the Foundations Governing the Creation of the Positive Law: Thinking About the Interaction of Metaphysics and Reality in the Creation of Positive Family Law" *Private Law Studies Quarterly*, 53, 1: 27 – 49. DOI: <https://doi.org/0000-0002-9049-2242>

Manuscript received: 17 April 2021; final revision received: 10 November 2021; accepted: 3 April 2022, published online: 14 June 2023



framework of the same interaction and result in the scientific formulation of positive Law. Real foundations are a set of facts that take precedence over the human mind and human will: physical nature, moral nature, human psychological construction, religious feelings, social and geographical environment situation, the economic situation, and the political or social forces in society. The historical foundation does not mean merely some of the socio-historical foundations that potentially and indirectly influence the formation of the law of the present generation. Rather, it refers to norms that, in addition to being the product of the passage of time, manifest themselves as existing law and are responsible for guiding human behavior. The ideal foundation is based on experimental intuition which senses the heartbeat of a social organism and is aware of the mystery of the rules that guide the organism to its areas. Such intuition is related to pragmatism and, of course, should not be confused with *Bergson's* intuition, which is based on the opposition of intuition and action, and it is the intuition of reason which connects intuition to metaphysics rather than to reality.

Although the rational foundation is more important among these foundations, it does not mean that metaphysics takes precedence over reality; since this reason, on the one hand, is the sole discoverer of the principles derived from the nature of superior objects, and is not intended to replace such nature of objects, which is the basis of the validity of the norm. On the other hand, this intellect is influenced by natural and historical foundations. The empirical nature of intuition also does not negate its guiding role. This intuition is complementary to reason. However, Geny does not place this foundation at the top of its foundations so that experimental intuition does not pave the way for the passage of the nature of superior objects and spiritual intuition; it is an intuition that interacts with the nature of objects, and for Geny to be sure of this interaction, it attributes an experimental description to this intuition and considers it a complete and, of course, evolutionary experience.

Geny's positive law of the family is based on these four foundations; the point is, however, that intuition of Geny may also result in the socialization of family law if it results in the principle of monogamy and leads to the relative liberation of man from position. In this way, one can critique Geny's idea, arguing that the end of this evolution is uncertain and does not follow a definite linear path. It should not be forgotten, however, that spiritual intuition prevents this socialization from leading to full institutionalism; both the natural foundation and the historical foundation prevent this spiritual intuition from leading to liberalism and the transition from institution to private contract in the family law system. In any case, the foundations of Geny's thought are inconsistent with his legalism, which is the result of state positivism.

Empirical intuition is also the basis of the ideal foundation, and such a framework neither sees the transition from institution to contract as its ideal in family law, nor does it conclude marriage that ignores the natural proposition of gender difference; the principle does not challenge the strength and continuity of the family, and at the same time, does not prevent the family system from evolving.

Keywords: Metaphysics, Reality, Foundation, Natural Law, Intuition

Declaration of conflicting interests

The author declares no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.