

حکومت قانون یا حکومت قاضی

داود نصیران نجف آبادی*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۴ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۱۱)

چکیده:

طبق اصل حاکمیت قانون، قضات مکلف هستند طبق قانون حکم صادر کنند. اصل حاکمیت قانون بر برخی ارزشها مبتنی است: آزادی سیاسی، آزادی حقوقی، آزادی فردی و برابری. بنابراین، رعایت اصل حاکمیت قانون موجب تحقق آزادی در چهارچوب قانون می شود. شهروندان تنها تابع قانون هستند نه تابع اراده خودسرانه شخصی که قدرت را در اختیار دارد. اما در برخی پرونده ها حکم قانون مشخص نیست. در این پرونده ها سؤالی مهم به وجود می آید: آیا همچنان قانون حکومت دارد؟ در پاسخ به این سؤال سه نظریه وجود دارد: مکتب تحقیقی، مکتب عملگرایی و مکتب تفسیری. در این مقاله ضمن رد پاسخ دو مکتب اول که منتهی به حکومت قاضی می شوند بر نظریه سوم تأکید می شود.

واژگان کلیدی:

ارزش های سیاسی، عدم تعین قانون، مکتب تحقیقی، قراردادگرایی، عمل گرایی، تفسیر گرایی، مصلحت طلبی، انسجام.

طرح مسئله

طرح مسئله‌ای که این مقاله به آن می‌پردازد متوقف بر بیان دو مقدمه است. نخست این دو مقدمه بیان می‌شود:

۱- ارزشهای سیاسی

در عصر حاضر کسی نیست که حاکمیت قانون (rule of law) را مطلوب نداند و آن را ستایش نکند. اما چرا همه در ستایش از حاکمیت قانون اتفاق نظر دارند؟ تفکر به این سؤال ما را متوجه برخی ارزشهای سیاسی (political virtues) می‌کند. این ارزشها حکومت قانون را موجه جلوه می‌دهند. آزادی سیاسی (political liberty)، آزادی حقوقی (legal liberty)، آزادی فردی (individual liberty) و لزوم رفتار برابر حکومت با مردم (equality) از مهم ترین این ارزش ها هستند (Tamanaha, 2004, p. 50). آزادی سیاسی به لزوم حاکمیت انسان بر سرنوشت خود مربوط است. انسان موجودی مقدس و آزاد است؛ بنابراین، محدودیتهای زندگی اجتماعی باید از اراده‌ی او ناشی شود (Lowenthal, 1987, p. 515). قانون ناشی از اراده‌ی مستقیم یا غیر مستقیم انسان است؛ بنابراین حکومت آن موجب تحقق آزادی سیاسی می‌شود (Tamanaha 2004, p. 35). آزادی حقوقی به آزادی در چارچوب قانون ارتباط می‌یابد. در صورتی که قانون حاکم نباشد هوا و هوس و اراده‌ی خودکامانه حاکمان، حاکم خواهد بود. در این صورت انسانها چون امکان پیش بینی نتیجه‌ی افعال خود را نمی‌یابند قادر نیستند آزادانه به فعالیت بپردازند (میل، ۱۳۴۵، ص ۵۸). وضع آنها به کسی می‌ماند که قصد دارد از مسیری بگذرد ولی احتمال می‌دهد مسیر مین گذاری شده باشد و نمی‌داند کجای جاده مین گذاری شده است. چنین فردی از ترس یارای قدم گذاردن در مسیر را نخواهد داشت (Tamanaha, p. 34).

آزادی فردی به قلمروی از آزادی انسان گفته می‌شود که به شخصیت انسان مربوط می‌شود و سلب آن به سلب انسانیت منتهی می‌شود. حکومت نمی‌تواند این گونه آزادی را از انسان سلب کند و خود انسان نیز نمی‌تواند سلب این آزادی را اراده کند (روسو، ۱۳۴۵، ص ۵۵). بدیهی است تنها در صورتی آزادی فردی متحقق می‌شود که قانون مانع تجاوز حکومت به این قلمرو واجب الرعايه شود (Ibid, p. 36).

رفتار برابر با مردم نیز بدون قانون تامین نخواهد شد. اگر ماموران حکومت مجاز باشند که طبق اراده‌ی خود تصمیم گیری کنند اعمال مشابه احکام غیر مشابه خواهند داشت (Ibid؛ پرلمان، ۱۳۷۳، ص ۴۱).

۲- عدم تعیین قانون

منتقدان حکومت قانون عقیده دارند که حکم قانون در مورد بسیاری از قضایا نامتعیین (indeterminacy) است و عدم تعیین قانون اراده‌ی قاضی را جان‌شین ارده‌ی نمایندگان مجلس می‌کند. بنابراین، نتیجه گرفته‌اند که حکومت قانون افسانه‌ای بیش نیست. به نظر اینان لازمه‌ی حکومت قانون تعیین آن است (Coleman and Leiter, 1986, p. 550).

تعیین (determinacy) به رابطه‌ی توجیهی میان دلایل حقوقی (reason) و نتیجه دعوا (result) مربوط می‌شود. دلایل حقوقی صدور حکم با ادله اثبات دعوا و علل (cause) صدور حکم تفاوت دارند. مجموعه دلایل حقوقی دارای دو جزء است: ۱- مجموعه منابع حقوقی معتبر و الزام آور؛ ۲- مجموعه قواعد منطقی که در تفسیر قانون و تطبیق حکم بر موضوع به کار می‌روند. اما ادله اثبات دعوا ادله‌ای قانونی هستند که در مرحله اثبات واقعیت‌های دعوا به کار می‌آیند. بحث عدم تعیین قانون در مرحله ثبوت و تعیین حکم مطرح می‌شود اما ادله اثبات به مرحله اثبات واقعیت‌های دعوا مربوط می‌شوند (Ibid, p. 561).

همچنین دلایل حقوقی توجیه کننده‌ی یک نتیجه خاص با علل منتهی شدن دادرسی به آن نتیجه متفاوت هستند. علل عواملی هستند برون حقوقی که حکم دادگاه معلول آنهاست (سروش، ۱۳۸۴، ص ۲۹۱ به بعد). عوامل مربوط به جامعه، عوامل اعتقادی و روانی از علل صدور حکم هستند. مجموعه دلایل حقوقی به توجیه (justification) حکم از لحاظ حقوقی مربوط می‌شود اما علل به تبیین (explanation) حکم مربوط هستند (تیت ۱۳۸۴، ص ۵۶). وقتی گفته می‌شود قانون نامتعیین است منظور این است که مجموعه دلایل حقوقی یک نتیجه واحد را توجیه نمی‌کند (Singer, 1981, p. 74; Ibid, p. 562).

اکنون می‌توان به بیان مسئله پرداخت: در مواردی که قانون نامتعیین است این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان همچنان از حکومت قانون سخن گفت یا در این موارد اراده‌ی قاضی جان‌شین اراده‌ی قانونگذار می‌شود و قاضی حاکمیت دارد؟ در این مقاله در سه مبحث جداگانه پاسخ سه مکتب حقوقی تحقیقی، عملگرایی و تفسیری را بررسی خواهیم کرد. قبل از شروع بحث لازم است به یک نکته مهم توجه شود: شاید خواننده در نگاه نخست فکر کند طرح این سؤال در حقوق ایران بی ارزش است چون اصل ۱۶۷ قانون اساسی پاسخ آن را مشخص کرده است؛ در مواردی که حکم قانون مشخص نیست قاضی باید به منابع فقه و کتب معتبر فقهی مراجعه کند. به بیان دیگر، شاید خواننده گمان کند پاسخ این سؤال در حقوق ایران پاسخی درون حقوقی و غیر فلسفی است. این برداشت نادرست به نظر می‌رسد زیرا پاسخ به سؤال فوق مستلزم ترسیم قلمرو قانون است: آیا قانون تنها مجموعه‌ای از الفاظ است یا اصول حقوقی (روح قانون) نیز بخشی از قانون است؟ به دیگر بیان آیا تکلیف به رعایت قانون تکلیف به رعایت اصول حقوقی زیربنای قانون (روح قانون) نیز هست؟ اگر اصول حقوقی

بخشی از قانون نباشد قلمرو حکومت قانون محدود می‌شود و در مقابل قلمرو حکومت قاضی فزونی می‌گیرد. ترسیم این قلمرو بحثی فلسفی است. این سؤال یکی از موضوعات اصلی اختلاف اچ، ال، ای هارت و رانلد دورکین بوده و در حقوق ایران نیز بحثی فلسفی دانسته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۳۹۹).

مبحث اول: حکومت محدود قاضی (مکتب تحقیقی)

گفتار اول: مبانی نظریه

مکتب تحقیقی بر دو مبنا تکیه دارد:

۱- اینکه حقوق چیست بر اینکه حقوق چه باید باشد مبتنی نیست: طبق این مکتب، برای توصیف حقوق باید از قضاوت ارزشی در مورد آن پرهیز کرد. منظور از قضاوت ارزشی، ارزیابی حقوق بر مبنای اخلاق و عدالت یا ارزشهای سیاسی است. طرفداران این مکتب عقیده دارند که سؤال حقوق چیست از سؤال حقوق چه باید باشد جداست (Kelsen, 1960, p.269). توضیح اینکه برای شناخت قواعد حقوقی می‌توان ارزشهایی را پیش فرض گرفت و بر مبنای این پیش فرضها قواعد حقوقی را از قواعد غیر آن جدا کرد. مثلاً گفت قواعد حقوقی قواعدی هستند که عادلانه باشند. در این صورت قواعد ظالمانه از قلمرو حقوق خارج خواهند شد (D'Amato, 1981, p.2). به نظر طرفداران این مکتب، کنار گذاردن ارزشها به ما کمک می‌کند به مدد تجربه با نگرش بر واقعتهای جامعه به طور عینی و خالی از جانبداری حقوق را توصیف کنیم (Hart, 1958, p.594). در این روش فکری محقق منظر کاملاً بیرونی می‌گیرد و به مشاهده می‌پردازد (Bix, 1996, p.36). نماینده این شیوه تفکر جان آوستین است. او می‌نویسد: «وجود حقوق یک چیز است و شایستگی آن چیز دیگر، بودن یا نبودن حقوق یک تحقیق است و مطابق بودن یا نبودن آن با معیارهای مطلوب تحقیقی دیگر، حقوقی که فعلاً وجود دارد حقوق است خواه ما آن را مطلوب بدانیم یا نه» (Austin, 1995, p.166).

۲- حقوق مجموعه قواعدی است که با توجه به منشاء آن شناخته می‌شوند. آوستین می‌گوید: حقوق مجموعه فرامین شخصی است که مردم به عادت از او اطاعت می‌کنند. کلسن عقیده دارد حقوق مجموعه قواعدی است که در قدرت دولت ریشه دارد. اثباتگرایان جدید برای توضیح حقوق از روش تفهیمی بهره برده‌اند. اینان نیز به اندیشه اصلی پوزیتیویسها یعنی جدایی سؤال حقوق چیست از سؤال حقوق چه باید باشد وفادار هستند. تنها تفاوت میان نظریه‌های جدید و قدیمی، تاکید به لزوم مطالعه حقوق از منظر درونی است. اگر از منظر بیرونی به رفتار افراد در جامعه توجه کنیم تفاوتی میان رفتاری که از روی عادت انجام می‌شود و رفتاری که در مقام اجرای قاعده انجام می‌شود وجود ندارد. مشابهت این دو گونه رفتار در

نظمی است که در هر دو وجود دارد. از منظر بیرونی این شباهت مشخص می‌شود. اما وقتی که از منظر درونی (از دید فاعل عمل) به موضوع بنگریم تفاوت آشکار می‌شود (سروش، ۱۳۸۴، ص ۱۳۱). در مورد عادت‌ها، بیان رفتار چیزی جز توصیف نیست: «الف هر صبح جمعه به کوهنوردی می‌رود» اما در مورد قاعده، بیان قاعده نقشی متفاوت دارد. قاعده توجیه و دلیلی برای تکلیف به انجام عمل تلقی می‌شود. قاعده نقش هنجاری دارد. از دید افراد جامعه قواعد، دلیل و توجیه رفتار به حساب می‌آیند و مبنایی برای نقد کسانی که رفتار خلاف قاعده دارند به دست می‌دهند (جعفری تبار، ۱۳۸۳، ص ۹۵). بدین سان از منظر درونی پی می‌بریم که برای یافتن پاسخ سؤال چرا به قواعد دولتی رجوع می‌کنیم باید در جستجوی دلیل باشیم نه علت (Hart, 1961, pp. 54-57).

چه قاعده‌ای مردم را و می‌دارد که به این قواعد استناد کنند؟

به یقین این قاعده نمی‌تواند یک قاعده درون حقوقی باشد چون مجدداً همین سؤال را در مورد آن قاعده هم می‌توان مطرح کرد. به نظر هارت دلیل رجوع به قواعد مصوب دولت، یک قاعده‌ی اجتماعی است که هارت آن را قاعده شناسایی (rule of recognition) می‌نامد. از نظر هارت تکلیف به رعایت قواعد حکومتی یک تکلیف اجتماعی است. از نظر او، تکلیف اجتماعی به هنگامی وجود دارد که یک قاعده اجتماعی وجود داشته باشد. قاعده شناسایی در آن واحد دو کارکرد دارد: نخست اینکه قواعد حقوقی را از قواعد غیر حقوقی جدا می‌سازد؛ و دوم اینکه نشان می‌دهد چرا قضات باید برای صدور حکم به تصمیمات مراجع حکومتی رجوع کنند. قاعده اجتماعی شناسایی یک قاعده قراردادی است چون اعتبار خود را از توافق ضمنی همه یا حداقل اکثر اعضای جامعه می‌گیرد (فورسیت، ۱۳۸۰، ص ۲۱۴). با توجه به قاعده شناسایی، اعضای جامعه توافق کرده‌اند که مراجعی خاص در جامعه قدرت وضع قانون را دارند و بنابراین، قاعده‌ای جزو قلمرو حقوق است که از این مراجع خاص صادر شده باشد. با این تحلیل نظام حقوقی مبتنی بر قرارداد میان اعضای جامعه می‌شود (Dworkin, 1986, p. 114).

گفتار دوم: آثار نظریه

این نظریه آثار متعدد دارد اما مهم‌ترین اثر آن محدود کردن قلمرو قانون است. محدود شدن قلمرو قانون نقش قاضی را پررنگ‌تر می‌کند (Kennedy, 1988, p. 211). اگر تکلیف به رعایت قانون ریشه در قرارداد داشته باشد و اگر طبق قرارداد قاضی باید حکم دعاوی را با توجه به قانون تعیین کند نتیجه آن است که در موارد عدم تعیین قانون، حقوقی وجود ندارد تا قاضی مکلف به رعایت آن باشد. به دیگر بیان اگر معیار تفکیک قواعد حقوقی از غیر آن معیار منشاء (pedigree) باشد دامنه قواعد حقوقی محدود می‌شود؛ زیرا در موارد عدم تعیین قانون،

قانون مصوب مراجع معتبر حکمی ندارد تا قاضی مکلف به رعایت آن باشد. به علاوه اگر معیار منشاء را به عنوان معیار تعیین قاعده حقوقی از غیر آن بپذیریم اصول حقوقی غیر مصوب از قلمرو حقوق خارج خواهند شد؛ زیرا این اصول حقوقی به تصویب مراجع معتبر نرسیده‌اند و تنها بوسیله حقوقدانان و قضات از مجموعه قواعد حقوقی استنباط شده‌اند. حقوقی که ریشه در قرارداد داشته باشد هیچ وقت کامل نیست زیرا مدام موضوعاتی به وجود می‌آیند که نهادهای معتبر قراردادی، تکلیف آنها را معین نکرده‌اند. نتیجه قراردادی این است که در این موارد قاضی حاکم دعواست و تنها انتظاری که می‌توان از او داشت این است که بهترین تصمیمی را که می‌تواند اخذ کند. این که بهترین تصمیم کدام است بستگی به قاضی پرونده دارد. شاید از دید فردی بهترین تصمیم، تصمیمی است که عادلانه باشد و از دید فردی بهترین تصمیم تصمیمی است که مصالح عمومی را تامین کند. بدین سان در پرونده‌های سخت هیچ یک از طرفین دعوا، حقی برای بردن پرونده ندارند که ریشه در تصمیمات مراجع دولتی داشته باشد (Dworkin, 1986, p116). قاضی باید برحسب عدالت و یا مصلحت عمومی قاعده وضع کند و آن را به اجرا گذارد (انصاری، ۱۳۸۷، ص ۶۰).

گفتار سوم: ارزیابی نظریه

مکتب تحقیقی (قراردادی) یک نظریه تفسیری است: قضات برای تعیین حقوق و تکالیف مردم به قانون مراجعه می‌کنند. این یک واقعیت غیر قابل انکار است و قرارداد گرایان تفسیری از این واقعیت به دست می‌دهد. برای اینکه یک نظریه تفسیری، نظریه درستی باشد دو معیار را باید برآورده کند: معیار اول معیار انطباق (dimension of fit) است. یک نظریه در صورتی تفسیری از یک واقعیت است که با آن واقعیت انطباق داشته باشد. معیار دوم معیار توجیه (dimension of political morality or justification) است. اگر دو نظریه تفسیری هر دو با واقعیت منطبق باشند این سؤال پیش می‌آید که کدام یک بهتر است؟ اینکه بهتر بودن بر حسب چه معیاری تعریف می‌شود بستگی به موضوع تفسیر دارد. در تفسیر یک اثر هنری، تفسیری بهتر است که اثر هنری را زیباتر نشان دهد. اما در فلسفه حقوق تفسیری بهترین تفسیر است که واقعیت را بر حسب ارزشهای سیاسی موجه تر جلوه دهد. آن نظریه فلسفی که ارزشهای سیاسی را زیر پای می‌گذارد موجه نیست (Dworkin, pp.52-53). بنابراین، بر حسب این دو معیار باید مکتب تحقیقی (قراردادی) را بررسی کرد:

الف. انطباق با واقعیت

با نخستین نگاه می‌توان انطباق قراردادگرایی را با واقعیت تایید کرد: یکسانی رفتار قضات در مراجعه قانون به این خاطر است که توافق شده به قانون رجوع شود. یکسانی رفتار قضات در عدم استناد به سوابق قضایی یا عناوین روزنامه‌ها یا بخشنامه‌های رئیس قوه قضائیه به این خاطر است که توافق شده اینها قانون نباشند. اما نگاه دقیق‌تر به ما نشان می‌دهد که حکم بسیاری از وقایع در منابع قراردادی ذکر نشده و بین قضات اختلاف نظر وجود دارد. در این موارد قرارداد حکم را در اختیار قاضی نمی‌گذارد در نتیجه باید گفت دامنه قراردادگرایی بسیار محدود است. به دیگر بیان در کلیات می‌توان انطباق قراردادگرایی با واقعیت را پذیرفت و تایید کرد که توافق شده به قانون رجوع شود؛ ولی وقتی به تک تک اختلافات حقوقی توجه می‌کنیم در می‌یابیم که در بسیاری از موارد، قرارداد حکمی را در اختیار قاضی نمی‌گذارد (Ibid, pp120-1124).

کمی موارد تعیین قانون نشان می‌دهد که این مکتب بر مبنای استثناها بنا شده است. این نقص قراردادگرایی باعث شده که برخی قراردادگرایان در تکمیل قراردادگرایی بگویند که در جامعه قضات قرارداد دیگری هم وجود دارد. به نظر اینان با توجه به رفتار قضات معلوم می‌شود که توافقی وجود دارد که در موارد عدم تعیین قانون، قاضی باید قانون را تفسیر کند (Coleman, 1982, p139). اما به نظر می‌رسد این تکمیل قراردادگرایی نیست بلکه خروج از قراردادگرایی است زیرا در تفسیر خواه ناخواه ارزشهای سیاسی و اخلاقی مداخله می‌کنند و در اینصورت سؤال حقوق چیست بر سؤال حقوق چه باید باشد مبتنی خواهد شد.

قضات و حقوقدانان در مواردی که قانون نامتعیین است به اصول حقوقی متمسک می‌شوند و خود را ملزم می‌دانند که اصول حقوقی را اجرا کنند در حالی که بسیاری از این اصول حقوقی مصوب قانونگذار نیستند. مثلاً در حقوق ایران در هیچ ماده‌ی قانونی ذکر نشده که «هیچ کس نمی‌تواند از خطای خود بهره‌مند شود» ولی این اصل از مجموع مواد قانونی استنباط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۱۳). در این موارد قضات خود را پای بند به اصل حقوقی می‌دانند؛ در حالی که این اصول حقوقی در مصوبات مراجع حقوقی ذکر نشده و قرارداد آن را شامل نمی‌شود (Dworkin, 1972, p.867).

ب. معیار توجیه

آیا نظریه‌ای که منتهی به حکومت قانون در موارد تعیین و حکومت قاضی در موارد عدم تعیین می‌شود موجه است؟ آیا بهترین تفسیری است که می‌توان از حقوق به دست داد؟ توجیه بر مبنای ارزشهای سیاسی انجام می‌شود. در مقدمه گفتیم که ارزشهایی مانند آزادی سیاسی،

آزادی حقوقی، آزادی فردی و برابری به حکومت قانون مطلوبیت می‌دهند. جزء اول مکتب تحقیقی که قضات را ملزم می‌داند که در موارد تعیین قانون، حکم قانون را اجراء کنند برحسب این ارزشها موجه است ولی جزء دوم که قاضی را قانونگذار دعوا می‌داند ناموجه به نظر می‌رسد زیرا به نحوی واضح ارزشهای سیاسی را پایمال می‌کند (Waldron, 2008, p37).

مبحث دوم: حکومت مطلق قضات (عمل گرایی Pragmatism)

گفتار اول: مبانی نظریه

از دید عمل‌گرایان سازگاری تصمیم قاضی با تصمیمات گذشته مراجع دولتی به خودی خود ارزش ندارد و تنها در جایی لازم است که این سازگاری منتهی به عدالت یا مصلحت عمومی شود. با این حال، عملاً ملاحظه می‌شود که قضات سعی می‌کنند طبق قانون حکم صادر کنند و بنابراین، این سوال پیش می‌آید که چرا با وجود این که عمل‌گرایان عقیده دارند که صرف سازگاری حکم قاضی با قوانین، توجیه‌کننده‌ی استفاده از قدرت دولت نیست قضات به قوانین استناد می‌کنند؟

عمل‌گرایان پاسخ جالب برای این سوال دارند:

به نظر عمل‌گرایان مصلحت است که قضات وانمود کنند به قانون استناد می‌کنند. برای تشریح این پاسخ مطالب در چند بند تقدیم می‌شود:

الف- واقع‌گرایی

روش مطالعه حقوق بوسیله عمل‌گرایان روش تجربی یا علمی است. عمل‌گرایان سعی می‌کنند واقعیت را همانگونه که هست در نظر داشته باشند و توصیف کنند، به همین دلیل به این افراد واقع‌گرا (Realist) نیز گفته می‌شود (Dickstein, 1998, p11). به نظر عمل‌گرایان اگر واقعیت دقیق‌تر بررسی شود به این نتایج خواهیم رسید:

۱- مجموعه دلایل حقوقی به شدت نامتعیین است و در اکثر پرونده‌ها حکمی خاص را به قاضی تحمیل نمی‌کند. به علاوه در حقوق هر کشوری ابزارهایی وجود دارد که به کمک آن ابزارها می‌توان احکام به ظاهر متعین را نامتعیین کرد. می‌توان از تعدد و احیاناً تعارض مقررات استفاده کرد و به حکم دیگری رسید یا از قواعد منطقی متعدد بهره گرفت و یا با استفاده از اصول حقوقی تفسیر بهتری از قوانین به دست داد (Cotter, 1996, p.288).

۲- چون مجموعه دلایل حقوقی نمی‌تواند پاسخی واحد را به قاضی تحمیل کند باید پذیرفت که حکم قاضی را علت یا علت‌هایی به او تحمیل می‌کند. به عقیده عمل‌گرایان مهم

ترین علت مصلحت طلبی است اما علل دیگر نیز در کار هستند. اخلاق (عدالت) مطلوب قاضی نیز علتی مهم است که خود ریشه در منش سیاسی و اجتماعی قاضی دارد (Ibid).

۳- علت داشتن احکام قضایی از واقعیتی دیگر پرده بر می‌دارد. منطق حقوقی منطقی نتیجه گرا است بدین معنی که قاضی طبق علتها، ابتدا نتیجه‌ی دعوا را مشخص می‌کند و سپس سعی می‌کند با استفاده از مجموعه دلایل حقوقی نتیجه را موجه جلوه دهد. این منطق حقوقی نیست که قاضی را به نتیجه می‌رساند بلکه قاضی ابتدا نتیجه را مشخص می‌کند و سپس آن را با استفاده از مجموعه دلایل حقوقی توجیه می‌کند (Tamanaha, 1996, p.316).

به نظر عمل‌گرایان واقعیت‌نگری به ما نشان می‌دهد که قانون حاکمیت ندارد بلکه قاضی است که حاکم است منتها با استفاده از مجموعه دلایل حقوقی وانمود می‌کند که در حال اطاعت و فرمانبرداری از قانون است (Shutkin, 1993, p.57). وقتی که معلوم شد قاضی حاکم است نه قانون مجال کافی برای جزء هنجاری نظریه‌ی عمل‌گرایی فراهم می‌شود: اکنون که قانون نامتعیین است قاضی باید از این عدم تعین به نفع مصالح بهره‌برداری کند و به نحوی حکم صادر کند که در دراز مدت جامعه به جامعه‌ی مطلوب نزدیک‌تر شود (Smith, 1990, p.409).

ب- نتیجه‌گرایی

نتیجه‌گرایی شیوه‌ای است که به موجب آن به جای گفتگو درباره‌ی آرمانها و تصورها به نتایج و ثمره نهایی کردارها توجه می‌شود و معیار قرار می‌گیرد (الشریف، ۱۳۸۶، ص ۳۲). در این نظریه میزان تمیز حق از باطل ثمره‌ی عملی است که از اجرای حکم به دست می‌آید. گفتگو و تحقیق فقط در اموری ضرورت دارد که در زندگی انسان موثر باشد و بر نتیجه‌ی بحث آثار عملی بار شود. قاعده‌ای که برای رفع نیازمندیهای بشر و بهبود زندگی او سودمند باشد، حق است و اگر زیان بار باشد باطل است. در این نظریه حقیقت چیزی جز مصلحت نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۷۰). بدین سان طبق این نظریه، تعریف متداول حقیقت که مطابقت فکر با واقع است بدین گونه اصلاح شده که این مطابقت باید در عمل باشد و موفقیت در نیل به خواسته‌های ما را بهتر تامین کند (Posner, 1998, p.238).

فیلسوفان حقوق با استفاده از این نظریه بیان کرده‌اند که قاضی باید به نتایج ناشی از حکمش توجه کند. عدم تعین قانون به اختیار قاضی منتهی می‌شود و اختیار با خود مسئولیت می‌آورد. بنابراین، قاضی در قبال تصمیمهای خود مسئول است و نمی‌تواند مدعی شود قانون او را ملزم می‌دارد که تصمیمی خلاف مصالح بگیرد. پس باید تصمیمی بگیرد که به مصلحت جامعه باشد (Dworkin, 1986, p.152).

ج- اطاعت ظاهری قاضی از قاعده حقوقی

اگر بپذیریم قانون حکمی خاص را به قضات تحمیل نمی‌کند، قضات مختار هستند و عملاً مصلحتها را دنبال می‌کنند این پرسش پیش می‌آید که چرا قضات حکم خود را مستند به قوانین می‌سازند؟ چرا قضات به نحوی حکم صادر می‌کنند که گویی حقوق و تکالیف افراد از قبل به وسیله‌ی قانونگذار تعیین شده است؟ عمل گریان بر اساس مبانی عمل‌گرایی استدلال می‌کنند که قضات باید وانمود کنند که حقوق و تکالیف اشخاص به وسیله قانون مشخص شده زیرا این گونه وانمود کردن بیشتر به مصلحت جامعه است تا عکس آن. زندگی اجتماعی تنها در صورتی ممکن می‌شود که افراد جامعه تصمیمات یک شخص یا مرجع خاصی را بیان کننده ی قواعد عمومی جامعه بدانند و بپذیرند که اگر لازم باشد تصمیمات این مراجع به وسیله قدرت عمومی اجرا خواهد شد (Dworkin, 1986, p. 153).

گفتار دوم: نتایج نظریه

در این گفتار سوال این است که پذیرش این نظریه چه تاثیری بر عملکرد قضات می‌گذارد؟ به دیگر بیان سوال این است که این نظریه چه توصیه ای برای قضات دارد؟ در مواردی که حکمی صریح در قوانین وجود دارد اغلب مصلحت قابل پیش بینی بودن احکام بر مصلحت انعطاف پذیری سنگین دارد. از آنجاکه مردم به قانون دسترسی دارند اگر قاضی در مواردی که قانون صراحت دارد طبق آن حکم صادر کند آنها می‌توانند حکم دادگاه را به سهولت پیش بینی کنند و به شکل بهتر امور خود را برنامه ریزی کنند. به علاوه اگر در مواردی که قانون متعین است قاضی از قانون چشم پوشی کند در دید مردم متهم به خیانت و عدم وفاداری نسبت به قانون می‌شود و به تدریج نه تنها جایگاه قاضی کم ارزش می‌شود بلکه حرمت مجلس قانونگذاری هم از میان خواهد رفت. به این دلایل در مواردی که قانون صراحت دارد مصلحت این است که قاضی قانون را اجرا کند (Tamanaha, 1996, p. 320).

نکته مهم این است که از دید عمل‌گرایان تکلیف قاضی به رعایت قانون به سبب مصلحت است و به خودی خود ارزش ندارد. به بیان دیگر، این که قاضی مکلف است در موارد صراحت قانون، قانون را اجرا کند به این خاطر نیست که مردم طبق قانون دارای حق شده‌اند و قاضی باید این حق را جدی گرفته و رعایت کند (Ibid). نتیجه این تفکر آن است که اگر به خاطر رعایت نص قانون، مصلحتی مهم تر فوت شود قاضی از مصلحت قابلیت پیش بینی چشم خواهد پوشید. در این نظریه، قاضی مأمور اجرای قانون و یافتن قصد قانونگذار نیست بلکه مأمور گرفتن تصمیمی است که به مصلحت جامعه باشد (تیب، ۱۳۸۴، ص ۵۷). پس اگر قصد قانونگذار به وضوح هم معلوم باشد اما این قصد به مصلحت نباشد عملگرایی به قاضی

توصیه می‌کند که از اجرای آن خودداری کند. البته برای اینکه قاضی متهم نشود که دموکراسی را زیر پای گذارده و از مقام خود سوء استفاده کرده، عملگرایی توصیه می‌کند که عدول از مصرحات قانونی باید با استفاده از مجموعه دلایل حقوقی انجام شود. قاضی باید استدلال کند که قصد قانونگذار آن چیزی نیست که از ماده قانونی استنباط می‌شود؛ بلکه قصد او چیزی دیگر است. در این حالت قاضی به خوبی می‌داند که قصد قانونگذار این نیست ولی وانمود می‌کند که این قصد قانونگذار است و او در حال اجرای این قصد است (Dworkin, 1986, p. 158). در آن دعوی که حکم قانون نامتعیین است مصلحت قابل پیش بینی بودن احکام وجود ندارد و بنابراین قاضی میدانی وسیع را جلوی خود دارد تا طبق مصالح جامعه حکم صادر کند. اما در این موارد هم قاضی باید به گونه‌ای استدلال کند که گویی حکم دعوا را قانون به او تحمیل کرده و او مجال مصلحت اندیشی ندارد. باید حکم خود را با قوانین و قواعد منطقی بیازاید تا مردم جامعه فکر نکنند قاضی قانونگذار دعوا است (Ibid, p. 159).

گفتار سوم: ارزیابی نظریه

الف: معیار واقعیت

طبق عقیده عمل‌گرایان در مواردی که قاضی قصد صریح قانونگذار را به حساب نمی‌آورد و همچنین در مواردی عدم تعیین، قاضی وانمود می‌کند که مطیع قانونگذار است در حالی که این‌گونه نیست. حال آیا این مطالب با واقعیت انطباق دارد؟ اگر به ظاهر عبارتهایی که حقوقدانان و قضات به کار می‌برند توجه کنیم عمل‌گرایی با واقعیت انطباق ندارد. اینان به نحوی برداشتهای خود از قوانین را بیان می‌کنند که گویی آنچه می‌گویند بهترین تفسیری است که به نظر آنها رسیده است. بدین سان در صورتی می‌توانیم بپذیریم که تفسیر عمل‌گرایان با واقعیت منطبق است که بپذیریم حقوقدانان و قضات به عموم دروغ می‌گویند. اگر بپذیریم که قضات و حقوقدانان در حال فریب دادن جامعه هستند می‌توانیم انطباق عمل‌گرایی را با واقعیت تأیید کنیم (Ibid, p. 162).

ب: معیار توجیه

اگر بپذیریم تفسیری که عملگرایی از حقوق بیان می‌کند با واقعیت منطبق است و قضات در هر کجا که قانون با عدالت یا مصلحت همخوانی ندارد قانون را فدای عدالت یا مصلحت می‌کنند و باید هم چنین کنند، این سوال مطرح می‌شود که آیا چنین تفسیری استفاده از قدرت عمومی را موجه می‌کند؟ آیا نظریه‌ای که می‌گوید قضات وانمود می‌کنند؛ در حال اجرای قانون هستند ولی در واقع دنباله رو مصالح و یا عدالت هستند بهترین تفسیری است که می‌توان بیان

کرد؟ آیا نگاه قاضی به آینده و چشم پوشی از گذشته موجه است؟ طرفداران عملگرایی عقیده دارند که عملگرایی موجه است زیرا عدالت طلب بودن یا مصلحت طلب بودن موجه است. به نظر عملگرایان اختلاف بین حقوقدانان در مورد اینکه کدام تصمیم سازگارتر با قوانین می باشد اجتناب ناپذیر است؛ در حالی که این اختلاف و بحث هیچ ارزشی ندارد. به جای بحث بی پایان بر در مورد اینکه کدام تصمیم سازگارتر با تصمیمات قانونگذار است عمل گرایی توصیه می کند قضات در مورد اینکه کدام تصمیم عادلانه یا به مصالح است بحث کنند. اگر قضات گذشته را رها کنند و به آینده بنگرند هیچ چیز با ارزشی را از دست نمی دهند. قانون به خاطر عادلانه بودن یا به مصلحت بودن ارزش دارد نه بدین خاطر که قانون است. پس سازگاری تصمیم با تصمیمات قانونگذار به خودی خود هیچ ارزشی ندارد. نظریه ای که یکسره حقوق را برای عدالت یا مصلحت می خواهد چه ارزشی را فدا می کند؟ مگر حقوق جز برای این به وجود آمده که مصلحت و عدالت را تحقق بخشد؟ پس اگر قانون منتهی به بی عدالتی شود یا خلاف مصلحت باشد بر قاضی که آن را فدای عدالت یا مصلحت می کند هیچ ایرادی نمی توان گرفت (Ibid.p.161).

به یقین قضات نمی توانند قاعده غیرعادلانه یا ناکارآمد را عوض کنند ولی می توانند با استفاده از قواعد منطقی و فونونی که نظام حقوقی در اختیار آنان می گذارد آن را به نحوی تفسیر کنند که با مطلوب همخوانی پیدا کند. به علاوه باید سعی کنند دامنه قاعده غیر عادلانه یا ناکارآمد را تا جایی که مقدور است محدود کنند (Grey, 1989, p.788). توجیهی که عملگرایان برای نظریه ی خویش بیان می کنند به ظاهر جذاب به نظر می رسد و به همین دلیل هم هست که این نظریه طرفداران زیادی پیدا کرده است. اما دقت بیشتر وضعی را در این نظریه آشکار می سازد. عمل گرایی به قانون (تصمیمات گذشته) کم توجهی می کند و نگاه به آینده دارد و جز از سر مصلحت به گذشته نظر نمی کند. در حالی که به نظر می رسد که اگر حقوقدانان صرفاً آینده نگر باشند نظام حقوقی انسجام (integrity) خود را از دست خواهد داد. نگاه به آینده انسجام در حکم مسائل را فدای عدالت یا مصلحت خواهد کرد. برای روشن شدن مطلب مثالی ارایه می شود: درست است که اخلاق رابطه جنسی خارج از نکاح را زشت می داند اما عدالت حکم می کند که بین اطفال مشروع و نامشروع از لحاظ حقوق تفاوتی وجود نداشته باشد؛ زیرا گناه را پدر و مادر مرتکب شده اند و نباید مکافات آن گریبان طفل را بگیرد. با این حال طبق ماده ۸۸۴ قانون مدنی، طفلی که از زنا متولد شده از والدین خود ارث نمی برد. این قاعده، حقوقدان عملگرایی را که دل در گروی عدالت دارد می آزارد و او را وامی دارد که از همه ی ابزارهای حقوقی برای بیان تفسیری عادلانه بهره برد و چون صراحت این قاعده او را مغلوب می سازد، کوشش می کند دامنه آن را محدود سازد. در این راه ممکن است استدلال

کند که واژه "زنا" یکی از اصطلاحات حقوق امامیه است و در فقه بدین معنی است که مرد عاقل، بالغ و مختار، آلت خود را به قدر حشفه در آلت زنی که با او پیوند نکاح ندارد داخل کند؛ بدون اینکه شبهه ای در میان باشد، فرزندى که حاصل چنین رابطه‌ی جنسی است را والدالزنا می‌گویند. بنابراین طفلی را که حاصل تفخیز یا دخول کمتر از حشفه یا تلقیح مصنوعی است هرچند نامشروع است ولی متولد از زنا محسوب نمی‌شود. خصوصاً اینکه ماده ۸۸۴ قانون مدنی استثنایی است بر ماده ۸۶۱ که نسب را به طور مطلق سبب ارث دانسته و استثنا را نباید به طور موسع تفسیر کرد. نتیجه این تفسیر آن است که دامنه ماده ۸۸۴ که مفسر آن را ناعادلانه می‌داند تا حد بسیار زیادی محدود می‌شود (امامی، ۱۳۶۸، ج ۳، ۲۳۳).

در این مثال، عملگرایی حقوقدان او را وامی‌دارد که به خاطر عدالت طلبی در خصوص ارث بردن میان اطفال نامشروع قائل به تفکیک شود: اطفالی که حاصل رابطه‌ای نامشروع هستند که تعریف زنا بر آن رابطه منطبق است و اطفالی که حاصل رابطه‌ای نامشروع هستند که به آن رابطه نمی‌توان زنا اطلاق کرد؛ اطفال دسته نخست ارث نمی‌برند ولی اطفال دسته دوم ارث می‌برند. این گونه تفسیر کردن قانون باعث می‌شود که به اطفال طبیعی کم تر ظلم شود و روحیه عدالت‌گرای حقوقدان عمل‌گرا را خشنود می‌سازد؛ اما باعث می‌شود که بین اطفال نامشروع انفکاک حاصل شود. در حالی که هیچ مبنای منطقی این انفکاک را توجیه نمی‌کند. اگر از دید قانونگذار طفل نامشروع صلاحیت ارث بردن را ندارد چه تفاوت می‌کند که این طفل ناشی از زنا باشد یا ناشی از غیر آن؟ اگر معتقد باشیم که بین اطفال متولد از زنا و اطفال متولد از سایر تماس‌های بدنی تفاوت است باید برای این تفاوت، مبنایی اصولی پیدا کنیم و گرنه انسجام احکام را فدای عدالت کرده‌ایم.

در مبحث سوم بیان خواهیم داشت که تنها در صورتی ارزشهای پیش‌گفته در مقدمه حفظ خواهند شد که نظریه حقوقی منتهی به انسجام حقوق شود. به همین دلیل، عملگرایی موجه به نظر نمی‌رسد.

مبحث سوم: حکومت حقوق (تفسیرگرایی Interpretivism)

گفتار اول: مبانی نظریه

در پاسخ به این سؤال که چرا قضاوت به تصمیمات حکومتی استناد می‌کنند تاکنون دو نظر را ملاحظه کردیم. در اینجا به نظر سوم که از سوی تفسیرگرایان بیان شده می‌پردازیم. به نظر تفسیرگرایان نمی‌توان دلیل هر رفتار و عقیده‌ی مشابه را قرارداد دانست. در بسیاری از موارد افراد رفتار و عقاید مشابه دارند بدون اینکه توافقی در مورد آنها کرده باشند. مثلاً در جامعه همه قبول دارند که دروغ گفتن عملی ناپسند است. اگر از افراد جامعه سؤال کنیم که چرا

دروغ گفتن بد است هیچ کس نمی‌گوید چون توافق شده دروغ گفتن بد باشد. به دیگر بیان، هیچ فردی نمی‌گوید دروغ بد است چون همه می‌گویند بد است. همه قبول دارند که دروغ‌گویی نیکو نمی‌شود حتی اگر همه ی افراد جامعه دروغ‌گو شوند. بدین سان معلوم می‌شود که گاهی عقیده و رفتار مشترک ما ریشه در یکسانی التزامات اخلاقی و ارزشی ما دارد. به نظر تفسیرگرایان وحدت عقیده و رفتار قضات در استناد به قوانین را نیز نباید ناشی از توافق دانست. توافقی در اینجا وجود ندارد بلکه این ارزشهای سیاسی مشترک است که آنها را و می‌دارد به قوانین استناد کنند (Dworkin, 1986, p. 185). منظور از ارزشهای سیاسی، آزادی سیاسی، آزادی حقوقی، آزادی فردی و برابری است که در مقدمه مقاله توضیحی اندک در باره هر کدام بیان شد. این ارزشها مبنای حرکت قضات به سمت قوانین هستند. بدین سان تفاوت تفسیرگرایان با پوزیتیویستها (قراردادگرایان) معلوم می‌شود. از دید پوزیتیویستها اینکه حقوق چیست مبتنی بر اینکه حقوق چه باید باشد نیست اما از دید تفسیرگرایان اینکه حقوق چیست و قاضی باید سراغ کدام منابع برود مبتنی بر ارزشهاست. ارزشهای سیاسی در مرحله اول منابع یا پایگاه داده را در اختیار قاضی می‌گذارند (Ibid, pp. 65-68). طبق این ارزشها قاضی در حقوق ایران نمی‌تواند به عناوین روزنامه‌ها یا سخنرانی بزرگان یا سوابق قضایی استناد کند. اگر رجوع قاضی به قوانین حکم را در اختیار قاضی نگذارد همین ارزشها همچنان قاضی را ملزم می‌کند که چشم از قوانین بردارد و در راستای این ارزشها حکم را مشخص نماید (Ibid). در این مرحله ارزشی دیگر مطرح می‌شود که تفسیرگرایان به آن ارزش «انسجام» می‌گویند. این ارزش لازمی تحقق ارزشهای سیاسی دیگر است. به دیگر بیان لازمه عمل به ارزشهای سیاسی و حرکت در راستای آنها این است که حکومت رفتار منسجمی داشته باشد. رفتار منسجم حکومت اقتضا می‌کند که قاضی ابتدا قوانین مرتبط را بر پایه‌ی اصول توجیه کند و سپس بر اساس این توجیه حکم موضوعی که قانون در موردش نامتعیین است را مشخص سازد (Dworkin, 1986, p. 187).

گفتار دوم: آثار نظریه

به عقیده تفسیرگرایان در مواردی که قانون متعیین است قاضی مکلف است حکم قانون را به اجرا گذارد. اما در مواردی که قانون نامتعیین است قاضی همچنان باید در راستای ارزشهای سیاسی پیش گفته منابع را تفسیر کند. علت اینکه قاضی باید تفسیری از قوانین به دست دهد که در راستای ارزشهای سیاسی باشد آن است که این ارزشهای سیاسی هستند که قاضی را مکلف می‌کنند برای تعیین حقوق و تکالیف مردم به قوانین استناد کنند. بنابراین، قاضی باید تفسیری از قوانین بیان کند که با این ارزشها مخالف نباشد. به نظر تفسیرگرایان در صورتی

تفسیر قاضی در راستای ارزشهای سیاسی قرار دارد که با تصمیمات قبلی حکومت منسجم باشد. تفسیری بهترین تفسیر است که بر حسب ارزشهای سیاسی بهترین تفسیر باشد و تفسیری بر حسب ارزشهای سیاسی بهترین تفسیر است که حکم حقوق را منسجم تر نشان دهد. دو حکم در صورتی منسجم هستند که هر دو از منظر اخلاقی واحد بیان شده باشند. به نظر تفسیرگرایان ارزشهای سیاسی قاضی را ملزم می‌دارد که تلاش کند منسجم ترین تفسیر را بیان کند. در این راه قاضی باید تصمیمات قبلی و مرتبط قانونگذار را توجیه کند. این توجیه بر حسب اصول حقوقی انجام می‌شود. قاضی باید از خود بپرسد چه اصولی احکام قبلی قانونگذار را توجیه می‌کند و در راستای اصلی که احکام قبلی را توجیه می‌کند حکم موضوعی که نزد او مطرح شده است را مشخص کند. به عنوان مثال در قانون مدنی در خصوص موصی لهی که به قصد دست یافتن به موصی به، موصی را عمداً به قتل برساند حکمی وجود ندارد. از بررسی قانون مدنی معلوم می‌شود که در دو مورد مشابه قانونگذار قاتل را از مال محروم کرده است (مواد ۸۸۰ و ۸۵۲). اصلی اخلاقی زیربنای این دو حکم این است که «هیچ کس نمی‌تواند از خطای خود بهره مند شود». انسجام اقتضا می‌کند که حکومت از همان منظر اخلاقی که موجب تصویب این دو ماده شده با موضوع مطرح در نزد قاضی برخورد کند و در نتیجه تفسیر درست تر آن است که موصی له قاتل هم محروم باشد. نتیجه مهم این نظریه اضافه شدن اصول حقوقی به قلمرو حقوق و در نتیجه گسترده شدن این قلمرو و محدود شدن قلمرو حاکمیت قاضی است. طبق این نظریه، تفسیری که عادلانه یا به مصالح باشد تفسیر درستی نیست مگر اینکه با تصمیمات قبلی قانونگذار منسجم باشد.

گفتار سوم ارزیابی نظریه

الف: معیار واقعیت

قراردادگرایان و عمل‌گرایان در موارد عدم تعیین قانون، قاضی را در حال قانونگذاری تصور می‌کنند و عقیده دارند که قضات وانمود می‌کنند که در حال اجرای قانون و یافتن حقوق از قبل موجود طرفین دعوا هستند. به نظر اینان، ظاهر بیان قضات این گونه نشان می‌دهد که در حال بیان حکم موجود هستند اما در واقع در حال بیان آن حکمی هستند که باید باشد. در مقابل تفسیرگرایان با تغییر روش شناسی حقوق و مبتنی کردن آن بر ارزشهای سیاسی، اصول حقوقی را نیز به قواعد حقوقی پیوند می‌زنند و نتیجه می‌گیرند که در موارد عدم تعیین قوانین، حکومت قانون خاتمه نیافته و قاضی مکلف است بر پایه اصول حقوقی تفسیر درست را بیان کند. بدین سان این نظریه محتاج نیست که قضات را در حال ظاهرسازی و وانمود کردن بداند و با ظاهر بیان آنها انطباق دارد (Ibid, pp.176-186).

ب: معیار توجیه

افزودن قلمرو حقوق و مکلف دانستن قضات به یافتن بهترین تفسیر نظری است که خادم ارزشهای سیاسی است و به همین جهت موجه ترین نظریه فلسفی است. این نظریه بهتر از سایر نظریه ها ارزشهای مزبور را متحقق می کند. ادعای نظریه ی تفسیری آن است که تفسیر نظام حقوقی با در نظر گرفتن ارزش انسجام، تفسیری است که نظام حقوقی را در بهترین وضع خود نشان می دهد. این ادعا متکی به چند دلیل است:

دلیل اول دلیل عملی است: انسجام سدی است در برابر جانبداری و طرفداری از گروههای خاص. در آن نظام حقوقی که ارزش انسجام وجود نداشته باشد مجال بیشتر برای فاسد شدن ماموران حکومت فراهم می شود. آن قاضی که خود را حاکم بیندازد و ضرورتی نبیند که احکام خود را با اصول حقوقی توجیه کند بسیار آسوده تر می تواند جانبداری کند و بدین سان آزادی حقوقی را پایمال کند. به همین ترتیب قاضی ای که فارغ از اصول حقوقی است ساده تر می تواند از ابهام قوانین استفاده کند و به آزادی فردی تجاوز کند.

دلیل دوم به کارآمدی نظام حقوقی مربوط می شود: نظریه انسجام دامنه معیارهای حقوقی را گسترش می دهد. در این نظریه حقوق منحصر به قواعد صریح مصوب نهادهای حکومتی نیست بلکه در بر گیرنده ی اصولی هم هست که این قواعد را توجیه می کند. حقوقدانان باید بر پایه اصول این قواعد را توجیه کنند و در پرتو اصول حکم قضیه مطرح در دادگاه را مشخص سازند.

لزوم توجیه قواعد حکومتی و یافتن حکم در راستای این توجیه، نظام حقوقی را قادر می سازد که بدون اینکه نیاز به تصویب قوانین جدید باشد پاسخ مسائل نو را بدهد.

دلیل سوم دلیل نظری است. در مقدمه بیان کردیم که یکی از ارزشهایی که حاکمیت قانون را توجیه می کند آزادی سیاسی یا اصل حاکمیت بر خود است. باید قانون را رعایت کرد چون قانون به طور مستقیم یا غیر مستقیم از اراده ی خود انسان ناشی می شود. کانت و روسو درک خودشان از آزادی را بر همین اصل حاکمیت بر خود مبتنی کرده اند. آزادی اقتضا می کند که محدودیتها نیز از اراده ی انسان ناشی شود. نظریه ی تفسیری با افزایش دامنه حقوق امکان می دهد که در موارد عدم تعیین قانون هم بتوان گفت که همچنان اصل حاکمیت بر خود رعایت می شود. اصل حاکمیت بر خود برای اینکه تحقق یابد باید ارزش انسجام هم وجود داشته باشد چون عضو جامعه نمی تواند خودش را خالق یک مجموعه قوانینی بداند که از اصول متفاوت ناشی می شوند.

اصل حاکمیت بر خود به مشروعیت نظام مربوط می شود. ارزش انسجام نیز چون امکان تحقق اصل حاکمیت بر خود را فراهم می کند به مشروعیت نظام مرتبط می شود. اگر اصل

حاکمیت بر خود اقتضا می کند که معیارهای عمومی جامعه از اراده‌ی مردم جامعه ناشی شود ارزش انسجام به تحقق اصل حاکمیت بر خود کمک می کند. ارزش انسجام نقش شهروندان را در تعیین و توسعه معیارهای عمومی حاکم در جامعه پر رنگ تر می کند. اگر درک ما از قانونگذاری این گونه باشد که قانونگذاری صرفاً عبارت است از تعیین راه حل برای مسائل واقعی جامعه از طریق مذاکره، قانونگذاری را به طور کامل درک نکرده ایم. با این فهم از قانونگذاری مجبور می شویم که مسائل موجود در جامعه را به دو دسته تقسیم کنیم: مسائلی که در مورد آنها راه حل رسمی وجود دارد (موارد تعیین) و مسائلی که در مورد آنها راه حل رسمی وجود ندارد (موارد عدم تعیین). در مسائل دسته اول اصل حاکمیت بر خود محقق شده اما در مسائل دسته دوم حاکمیت بر خود وجود ندارد. نظریه حقوق همچون تفسیر درکی متفاوت از قانونگذاری به دست می دهد: قانونگذاری حرکت در چارچوب اصول است. وقتی قانونی تصویب می شود قانونگذار پای بندی خود را به اصلی که زیر بنای قانون است اعلام می کند. در مواردی که قانون نامتعیین است این نظریه از حقوقدانان می خواهد دست به تفسیر قانون بزنند و اصول زیر بنای آن را دریابند. انسجام اقتضا می کند که حکم موضوعی که قانون در مورد آن نامتعیین است. طبق این اصل معلوم شود چون فرض بر این است که قانونگذار از منظر اخلاقی واحد به قضیه نظر کرده است. بدین سان نظریه تفسیری اخلاق و سیاست را به هم گره می زند. تکلیف مردم در جامعه صرفاً اطاعت از تک تک قوانین صریح نیست بلکه تکلیف آنها پای بندی به اصولی هم هست که زیر بنای قوانین است و هر شهروند باید با تفسیر قانون این اصول را مشخص و اطاعت کند (Ibid, pp.186-190).

نتیجه

گروهی از نویسندگان نظر داده اند که در مواردی که قانون متعیین نیست مجموعه قوانین هیچ الزامی بر قاضی ندارد و قاضی بدون راهنما رها شده است. نویسندگان طرفدار این نظر را می توان به دو دسته تقسیم کرد: دسته ی اول کسانی هستند که عقیده دارند در مواردی که قانون متعیین نیست قاضی باید مصلحت طلبی را پیشه خود سازد و با استفاده از علوم اجتماعی و اقتصاد مصلحت را از مفسدت تشخیص دهد و تصمیمی بگیرد که با مصالح جامعه همخوانی بیشتر داشته باشد. دسته ی دوم کسانی هستند که قاضی را عدالت مدار می پسندند و توصیه می کنند که قاضی هیچگاه نباید عدالت را فراموش کند و در موارد عدم تعیین قانون باید تصمیمی بگیرد که عادلانه باشد. این دو نظر بر درکی مضیق از قانون مبتنی هستند بدین معنی که در نظر اینان قانون عبارت است از مجموعه تصمیماتی که در کتابهای قانون به طور رسمی گرد آوری شده است. در این نظر حکومت قانون یعنی پای بندی به تصمیمات مراجع

قانونگذاری که در مجموعه‌های قوانین یافت می‌شود. طرفداران این نظر را می‌توان طرفداران «حکومت قاضی» نامید.

نظری که در این مقاله دنبال شده است بر درکی موسع از قانون مبتنی است: قانون گذشته از اینکه شامل تصمیمات نهادهای قانونگذاری می‌شود شامل آن اصولی هم می‌شود که در وضع مقررات مورد توجه قانونگذار بوده است. این اصول، اصولی است که حکم قوانین به وسیله ی آنها توجیه می‌شود خواه در مجموعه قوانین صریحاً یافت شوند یا نه. از این منظر قانونگذاری اعلام پایبندی به برخی اصول است و حکومت قانون عبارت است از حکومت مجموعه قوانین مذکور در کتاب قانون به اضافه ی اصولی که توجیه کننده قوانین هستند. طبق این نظریه، در مواردی که قانون نامتعیین است قاضی باید با رجوع به مجموعه قوانین اصول مورد احترام قانونگذار را یافته و بر مبنای این اصول حکم صادر کند. قاضی حق ندارد بر مبنای مصلحت و یا درک خود از عدالت حکم صادر کند زیرا مقصود از حکومت قانون آن است که قدرت حکومت به نحو موجهی در جامعه به کار گرفته شود. هرچه قدرت منسجم تر به کار گرفته شود موجه تر است زیرا رفتار منسجم حکومت به تحقق اصل برابری مردم در برابر حکومت، آزادی سیاسی و آزادی حقوقی کمک می‌کند. اگر قاضی فارغ از قوانین مصلحت طلب باشد یا خارج از قوانین به جستجوی عدالت بپردازد انسجام احکام را زیر پای می‌گذارد و در نتیجه قدرت حکومت به نحو موجهی به کار گرفته نمی‌شود. لزوم استناد به اصول حقوقی هم از این جهت است که استناد به اصول حقوقی موجب انسجام احکام می‌شود. نظریه تفسیری گذشته از اینکه موجه تر از سایر نظریات است با حقوق ایران انطباق بیشتر دارد.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. الشریف، محمد مهدی، (۱۳۸۶) «صورتگرایی در استدلال قضایی» مجله دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی، سال ۳۷ شماره ۲.
۲. امامی، حسن، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، جلد سوم، کتابفروشی اسلامیه.
۳. انصاری، باقر، (۱۳۸۷)، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، تهران: نشر میزان چاپ اول.
۴. پرلمان، شارل، «قضاوت، قاعده و منطق حقوقی» ترجمه حسن حبیبی، مندرج در مجموعه منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، ۱۳۷۳، انتشارات اطلاعات، چاپ سوم.
۵. جعفری تبار، حسن، (۱۳۸۳)، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۶. روسو، ژان، (۱۳۴۵)، قرارداد اجتماعی، ترجمه عنایت الله شکیباپور، بنگاه مطبوعاتی فرخی، چاپ سوم.
۷. سروش، عبدالکریم، (۱۳۸۴)، درسهایی در فلسفه علم الاجتماع، نشر نی، چاپ چهارم.

۸. فورسیت، موری، (۱۳۸۰)، نقد و بررسی آثار بزرگ سیاسی سده بیستم، ترجمه عبدالرحمن عالم، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، چاپ اول.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، دوره سه جلدی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، حقوق مدنی درسهایی از شفیع، وصیت و ارث، نشر دادگستر، چاپ اول.
۱۱. میل، جان، (۱۳۴۹)، رساله درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ الاسلامی، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، چاپ دوم.

ب- خارجی

- 1- Austin, John, 1995, **The province of jurisprudence determined**, Cambridge university press.
- 2- Bix, Brian, 1996, **Jurisprudence theory and context**, Sweet and Maxwell.
- 3- Coleman, Jules, " **Negative and positive positivism**", Journal of legal studies, 1982 vol 11.
- 4- Coleman, Jules . Leiter, Brian, "**Determinacy, objectivity and authority**". Pennsylvania law review. 1986, Vol 142.
- 5- Cotter, Thomas , "**Legal pragmatism and the law and economics movement**", Georgetown law journal . 1996, vol 84.
- 6- D'Amato, Anthony, "**Lon Fuller and substantive natural law**", ssrn.com, 1981.
- 7- Dickstein, Morris, 1998, **The revival of pragmatism: new essays on social thought**, Durham, Duke University.
- 8- Dworkin, Ronald, 1986, **Law's empire**, Harvard university press.
- 9- Dworkin, Ronald, "**Social rules and legal theory**". Yale law journal, 1972, Vol 81 .
- 10- Grey, Thomas, "**Holmes and legal pragmatism**", Stanford law review, 1989, Vol 41.
- 11- Hart, H.L.A, 1961, **The concept of law**, second edition. Oxford university press.
- 12- Hart, H.L.A, "**Positivism and separation of law and morals**", Harvard Law Review, 1958, vol 71, pp 529-593.
- 13- Kelsen, Hans, "**What is the pure theory of law?**" , Tulane Law Review ,34 (1960), pp 269-76.
- 14- Kennedy , Duncan, "**Form and substance in private law adjudication**", Journal of Legal Education, 1988, vol 36.
- 15- Lowenthal, David, "**Montesquieu**" in: History of political philosophy, edited by Leo Strauss, University of Chicago Press, 1987.
- 16- Singer, Joseph, "**The player and the card**", Yale Law Journal , 1981, vol 94.
- 17- Shutkin, William Andrew, "**Pragmatism and the promise of adjudication**", Vermont law review. 1993, Vol 18.
- 18- Smith, Steven, "**The pursuit of pragmatism**", Yale Law Journal , 1990, vol 100.
- 19- Tamanaha, Brian, "**Pragmatism in U.S legal theory: it's application to normative jurisprudence , sociolegal studies and the fact –value distinction**" . American journal of jurisprudence, 1196, Vol 41 .
- 20- Tamanaha, Brian, 2004, "**On the rule of law , history, politics, theory**", Cambridge university press .
- 21- Waldron, Jeremy, "**The concept and the rule of law**", available at :ssrn.com. 2008.