

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مطالعات فقه سیاسی

دوفصلنامه علمی - تخصصی
سال اول، شماره اول، بهار و تابستان ۱۴۰۰



صاحب امتیاز: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام
مدیر مسئول: آیت الله محمد جواد فاضل لنکرانی
سردبیر: سید جواد حسینی خواه



هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

- ◆ حسین ارجینی (عضو هیأت علمی دانشگاه معارف اسلامی، دکتری علوم سیاسی)
- ◆ علیرضا اسلامیان (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ سیدسجاد ایزدهی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ سید جواد حسینی خواه (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم، دکتری فقه روابط بین الملل)
- ◆ قاسم شبان نیا (عضو هیأت علمی مؤسسه امام خمینی علیه السلام، دکتری علوم سیاسی)
- ◆ مجتبی عبدخدایی (عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی، دکتری روابط بین الملل)
- ◆ عباس کعبی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ احمد مبلغی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ محمد قاسمی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم، دکتری فلسفه سیاسی)

دبیر اجرایی: محمدحسن استاد میرزا

طراح جلد: حمیدرضا پورحسین

مترجمان: ابراهیم حسن (عربی) - جاوید اکبری (انگلیسی)

دبیر تحریریه: محمد قاسمی

ویراستار: یحیی امینی

صفحه آرا: محسن شریفی

مجوز انتشار نشریه غیربرخط **مطالعات فقه سیاست** در زمینه علوم سیاسی (تخصصی) به زبان فارسی و ترتیب انتشار دوفصلنامه به نام مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام در تاریخ ۱۴۰۰/۲/۲۰ به شماره ثبت ۸۷۸۲۶ از سوی معاون امور مطبوعاتی و اطلاع رسانی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی صادر گردید.

نشانی: قم، میدان معلم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، معاونت پژوهش، دفتر دوفصلنامه مطالعات فقه سیاست

تلفن: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۹۴۹۴ - ۰۲۵ - دورنگار: ۰۲۵ - ۳۷۷۳۰۵۸۸

قیمت: ۳۰۰۰۰۰ ریال





A New Approach to the Standard Fatwa in the Judiciary with a Look at Ronald Dworkin's Theory

*Mahdi Nikbin*¹

Abstract

Despite the principles adopted by the Fourth Article and the One Hundred and Sixty-seventh Article of the (Iranian) Constitution, it is necessary to have a measure to determine whether the legislature complies with the Shari'a or does not contradict it, as well as to have a criterion for how to judge according to Islamic jurisprudence. Given the dominance of these two articles over the performance of these two powers, the answer to "what is the standard fatwa" finds a special place in the legal system of the Islamic Republic of Iran. Therefore, several criteria have been proposed to determine the standard fatwa, each having its own logic. However, considering the dominance of the school of positivist law and legal formalism over the Iranian legal system, the proposed solutions of the jurists are defined under this acceptable paradigm. Therefore, it is necessary to conduct basic research with the approach of the philosophy of Islamic law to answer this question. This study tries to provide a criterion for determining the standard fatwa by looking at the legal theory of Professor Ronald Dworkin, which is outside the conventional legal paradigm, and which can also face formalist criticisms of the theory of *mujtahids* judgment.

Keywords: Standard fatwa, valid fatwa, article one hundred and sixty-seventh article of the Constitution, Dworkin, law as cohesion.

□

1. Doctor of Islamic Philosophy, University of Baqir al-Uloom. (m.nikbin75@gmail.com)

رویکردی نوین به فتوای معیار در قضا با نگاهی به نظریه رونالد دورکین

مهدی نیک‌بین^۱

چکیده

با وجود مبانی‌ای که اصل چهارم و اصل صد و شصت و هفتم قانون اساسی اتخاذ کرده، وجود سنج‌های برای احراز مطابقت یا عدم مغایرت مصوبات قوه مقننه با شریعت، و نیز وجود ملاکی برای چگونگی قضاوت براساس فقه، امری ضروری است. با توجه به حاکمیت این دو اصل بر عملکرد این دو قوه، پاسخ به اینکه «فتوای معیار کدام است»، جایگاه و مسئله‌ای ویژه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران می‌یابد. از این رو ملاک‌های متعددی برای تعیین فتوای معیار ارائه شده است که هر یک منطبق و ویژه‌ای دارند. اما با توجه به غلبه مکتب حقوق پوزیتیویستی و فرمالیسم حقوقی بر نظام حقوقی ایران، راه‌حل‌های ارائه‌شده فقه‌اندیشان، ذیل این پارادایم مقبول، تعریف می‌شود. بنابراین انجام پژوهش‌های بنیادین با رویکرد فلسفه حقوق اسلامی برای پاسخ به این مسئله ضرورت دارد. در این پژوهش سعی شده با نگاهی به نظریه حقوقی پروفیسور رونالد دورکین، که خارج از پارادایم حقوقی مرسوم است، ملاکی برای تعیین فتوای معیار ارائه شود که توان مواجهه با انتقادات فرمالیستی به نظریه قضاوت مجتهدین را نیز داشته باشد.

واژگان کلیدی: فتوای معیار، فتوای معتبر، اصل صد و شصت و هفتم قانون اساسی، دورکین، حقوق به‌مثابه انسجام.

۱. دکتری فلسفه حقوق، دانشگاه باقرالعلوم علیه السلام: m.nikbin75@gmail.com



مقدمه

مطابق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کلیه قوانین و مقررات کشور باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق و عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات پایین دستی دیگر حاکم است. مطابق با این اصل، وظیفه تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است. اما اختلافات فقهی میان عالمان در بسیاری از موضوعات، این مسئله را پیش می کشد که شورای نگهبان بر پایه کدام فتوا باید مطابقت یا مغایرت قوانین با شرع را تشخیص دهد. تشخیص عدم مغایرت بر چه اساس است؟ بر اساس فتوای مجتهدین شورای نگهبان یا فتوای مشهور و یا ملاکی دیگر؟ با توجه به اینکه این مسئله، معیار و ملاک برای تشخیص مغایرت یا مطابقت قوانین با شرع را دنبال می کند، در نظام فقهی و حقوقی ایران با عنوان «فتوای معیار» مشهور شده است (کعبی، ۱۳۹۳، ص ۴۱).

مسئله دیگر درباره اصل صدو شصت و هفتم قانون اساسی نیز مطرح می شود که قاضی را موظف کرده در صورت مواجهه با قصور قانون، به منابع معتبر دینی و یا فتاوی معتبر مراجعه کند و حق ندارد به بهانه نبود قانون از صدور حکم امتناع نماید. در این بحث نیز این سؤال مطرح است که قاضی بر اساس چه فتوایی باید حکم صادر کند؟ بر اساس فتوای ولی فقیه یا رئیس قوه قضائیه یا فتوای مشهور و یا ملاکی دیگر؟ البته به نظر می رسد، تعبیر صحیح تر درباره این مسئله علی رغم شباهت به مسئله قبلی، همان «فتوای معتبر» است، نه فتوای معیار. ملاک های بیان شده برای هر دو مسئله تا اندازه ای قابل تسری به یکدیگر است. این مقاله با تمرکز بر مسئله دوم در تلاش است برای گزینش میان فتاوی معتبر در مقام قضاوت، ملاکی را در فلسفه حقوق به دست آورد تا در صورت پذیرش این مبنا، بتوان آن را به فتوای معیار نیز تسری داد.

پروفسور رونالد دورکین از مهم ترین فلاسفه حقوق معاصر و از تأثیرگذارترین نظریه پردازان حقوقی انگلیسی زبان در عصر حاضر است که آثارش را جایگزینی مناسب و تکامل یافته برای مکتب حقوق پوزیتیویستی دانسته اند. رویکرد تفسیری او به معرفت حقوقی و ماهیت حقوق، بدیل پیچیده ای برای اثبات گرایی حقوقی ارائه و بسط داده است. نظریه حقوقی و قضایی رونالد دورکین شباهت هایی با نظریه قضاوت بر اساس فقه در اسلام دارد و می توان از آن برای کاربردی سازی و اجرایی کردن نظام حقوقی و قضایی اسلام بهره برد.



وی معتقد است، قانون صرفاً قواعد موضوعه نیست، بلکه یک فرایندی است که از پارلمان شروع و با صدور حکم در دادگاه کامل می‌شود. همچنین در بردارندهٔ یک سری اصول^۱ و حق‌های^۲ بنیادی در نظام حقوقی است که باید بر اساس آنها نیز قانونگذاری صورت گیرد؛ بنابراین همانگونه که قانون‌گذار باید بر اساس آن اصول قانون وضع کند، قضات نیز می‌توانند بر اساس آن اصول حکم صادر نمایند. البته در نظریه او، قضات باید صلاحیت‌های ویژه‌ای داشته باشند و هر کسی نمی‌تواند عهده‌دار این نحوه قضاوت گردد.

از انتقادات و اشکالات ممکن بر نظریه او در مقام اجرا، این است که اختلافات موجود در اصول و برداشت‌های متفاوت احتمالی قضات، موجب تشتت آرای قضایی می‌شود. همین اشکال به قضاوت مجتهدان نیز وارد است که در صورت سپرده‌شدن قضاوت به مجتهدان، به خاطر اختلاف نظرهای فقهی، آرای قضایی متشتت خواهد شد و نظام قضایی یکپارچگی خود را از دست می‌دهد. علاوه بر آن، دوباره همین اشکال بر رجوع به فتاوی معتبر توسط قضات غیرمجتهد نیز وارد خواهد شد.

با وجود این اشکالات باید دید آیا معیاری برای گزینش میان فتاوی معتبر وجود دارد که مانع تشتت در آرای قضایی شود یا اینکه لاجرم باید به پذیرش این دوگانه تن داد که یا تشتت را بپذیریم و یا کاملاً فتوا و فقه را کنار گذاشته و به فرمالیسم پناه ببریم. قابل ذکر است که این شکل قانون‌محور بودن نظام حقوقی (فرمالیسم حقوقی)، مشکلات متعددی را به جهت قصور ذاتی قانون ایجاد می‌کند که بیان آن خارج از هدف این نوشتار است.^۳

در نظریه دورکین مبحثی وجود دارد که می‌تواند به مثابه معیاری باشد که تا اندازه‌ای از تشتت آرای قضایی جلوگیری می‌کند. فرضیه تحقیق این است که می‌توان از این معیار برای گزینش میان فتاوی معتبر بهره برد. ملاک اتخاذ یک فتوا از بین فتاوی موجود، امر تبعیدی شرعی نیست، بلکه امری عقلی است، ادله‌ای که مدافعان هر نظریه ارائه نموده‌اند نیز از ادله عقلیه است و از این جهت مشکلی در اخذ این ملاک وجود ندارد.

توجه به چند پیش‌فرض، برای درک مسیر این پژوهش ضروری است: اولاً، نظام حقوقی فعلی در ایران، ذیل پارادایم حقوق پوزیتیویستی است. ثانیاً، مکتب حقوقی اسلام ذیل این

1. Principle.

2. Rights.

۳. جهت مطالعه بیشتر پیرامون قصور قانون ر.ک. نیک بین، مهدی، الگوی مطلوب قضائی در مواجهه با قصور قانون، پایان نامه دکتری دانشگاه باقرالعلوم علیه السلام.



پارادایم نیست و توان و ظرفیت نظام‌سازی را دارد. ثالثاً، کلیه نظراتی که برای ارتقا و یا ترمیم نظام حقوقی ایران طرح می‌شود (از جمله نظریاتی که برای تعیین فتوای معیار مطرح شده)، ذیل پارادایم رایج طرح گردیده و اساساً نیازی به خروج از این پارادایم احساس نشده است. رابعاً، پژوهش تطبیقی در نظریه حقوقی دورکین که در پارادایمی متفاوت از مکتب حقوق پوزیتیویستی است، می‌تواند زاویه‌هایی نوین از مکتب حقوقی اسلام را پدیدار سازد. از این رو، این پژوهش با رویکرد فلسفه حقوقی و تطبیقی در تلاش برای تعیین فتوای معیار است.

باید توجه داشت که نظامات اجتماعی فعلی در ایران، نظامات اجتماعی برآمده از فقه و معارف دینی نیستند، بلکه صرفاً تولیدات وارداتی‌اند که البته مغایرت آنها با شرع اثبات نشده است؛ بنابراین به نظر می‌رسد، اگر تولیدات بهتری در علوم اجتماعی مدرن یافت شود که قرابت بیشتری به مبانی دینی داشته باشد و یا موجب کارآمدی بیشتر نظام شود، تبدیل نظامات موجود به آن، تبدیل احسن است و بلا اشکال خواهد بود. بنابراین پیش فرض دیگر این پژوهش، این است که تا زمانی که پارادایم مبتنی بر نظام حقوقی اسلام تولید نشده، اخذ پارادایم دورکینی بهتر از پذیرش پارادایم فعلی نظام حقوقی است.

پژوهش‌هایی که تاکنون به فتوای معیار پرداخته‌اند، صرفاً ملاک‌هایی درون دینی از فقها و نظریه‌پردازان داخلی را ملاک نقد و بررسی خود قرار داده‌اند و تاکنون هیچ پژوهشی به این مسئله نپرداخته است که آیا می‌توان از آثار اندیشمندان غربی، به‌ویژه خارج از پارادایم کنونی، ملاکی را برای گزینش میان فتاوی معتبر، اخذ نمود. درباره آثار دورکین، نیز پژوهش‌های معدودی به زبان فارسی انجام شده که ارتباطی به موضوع این مقاله ندارند. در این نوشتار پس از طرح نظرات و ادله موجود پیرامون فتوای معیار، به نظریه دورکین پرداخته می‌شود. در نهایت کیفیت اقتباس ملاک از نظریه دورکین ارائه و ارزیابی می‌شود.

۱. فتوای معتبر

به عقیده برخی، کار فقهای شورای نگهبان در تشخیص عدم مغایرت قوانین با فقه و یا احراز انطباق آنها، در مقام انطباق مصداقی و اجتهاد تطبیقی است، نه اجتهاد تبیینی و افتاء و استنباط واقعی احکام. بنابراین فتوای معیار، مبنایی است که فقهای شورای نگهبان در انطباق مصداقی خود، مصوبات و موضوعات ارسال شده به آن شورا را با آن می‌سنجند و نسبت آن مسائل را با آن فتوا، مبنای نظر خود در تأیید یا رد مصوبه مجلس شورای اسلامی و دیگر قوانین



و مقررات قرار می‌دهد؛ بنابراین می‌تواند فتوایی غیر نظر شخصی ایشان مبنای مغایرت یا مطابقت مصوبات قرار گیرد (کعبی، ۱۳۹۳، ص ۴۱).

اما درباره اینکه قاضی در فرایند دادرسی، در صورت مواجهه با قصور قانون، باید به فتوای چه کسی مراجعه کند، ابعاد مختلفی متصور بوده و هریک نیز استدلال‌پذیر هستند. در ادامه به این وجوه و استدلال‌ها پرداخته می‌شود:

۱-۱. انواع فتاوی معتبر

در اصطلاح فقهی منظور از معتبر در مورد فتوا «حجیت» است. در اصطلاح اصولیون، حجت چیزی است که شریعت بدان اعتبار و ارزش و قدرت نفوذ و به عبارتی منجزیت و معذرت بخشیده است. حجت، دلیل و طریقی است که در صورت پیروی از آن، به نتیجه مورد قبول می‌رسد (حاج زاده، ۱۳۹۰، ص ۲).

انواع فتاوی معتبر که تمسک به آن توسط قضات دارای وجه می‌باشد، عبارت‌اند از:

۱. فتوای ولی فقیه: این نخستین نوع فتوای معتبر است که می‌تواند هم به‌عنوان «فتوای معیار» در نزد شورای نگهبان و هم به‌عنوان «فتوای معتبر» برای قضات در مواجهه با قصور قانون، مورد استناد قرار گیرد. به اعتقاد برخی از عالمان، مجلس شورای اسلامی در نظام جمهوری اسلامی، یک ماهیت مشورتی برای ولی فقیه دارد. از آنجاکه حل مسائل و مشکلات گوناگون جامعه، نیاز به تخصص در رشته‌های مختلف علمی دارد، لذا رهبری به‌ناچار از کسانی دیگر به‌عنوان مشاوران خود کمک می‌گیرد. همه کسانی که در جامعه اسلامی با وضع و تصویب قوانین سروکار دارند، در حکم مشاوران رهبر هستند و این قوانین اگر به تصویب و امضای رهبری جامعه برسد، جنبه قانونی خواهد یافت، در غیر این صورت اعتبار قانونی ندارد (مصباح یزدی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۷).

همچنین بنا به برخی نظرات، قوانین در جمهوری اسلامی تبیین‌کننده یک حکم شرعی در منطقه الفراغ تشریحی هستند و ماهیت حکم حکومتی دارند. بنابراین همه قوانین باید مستقیم یا غیرمستقیم مستند به نظر و اراده فقیه حاکم باشند تا هم مشروعیت آنها تأمین شود و هم فقیه حاکم در پیشگاه الهی حجت داشته باشد که در حیطة زعامت او قوانینی اجرا شده که وی به حجیت شرعی آنها ایمان داشته است (حاج زاده، ۱۳۹۰، ص ۱۸).

بنابراین درباره اصل چهارم قانون اساسی، معیار تشخیص مغایرت قوانین با شرع، نظر ولی



فقیه است و شورای نگهبان به عنوان مرجعی برای اعمال این صلاحیت ولی فقیه در نظر گرفته شده، و درحقیقت بازوی اجرایی یا نهادی به نیابت از ولی فقیه در اعمال صلاحیت نظارتی او قلمداد شده است. شورای نگهبان به خودی خود موضوعیت و حجیت ندارد، بلکه به نیابت از ولی فقیه بر قوانین نظارت می‌نمایند (کعبی، ۱۳۹۳، ص ۴۳).

از این رو در اصل صدور و هفتم قانون اساسی، قاضی هنگامی که از طریق قوانین موضوعه نمی‌تواند به حکم برسد و باید به فتاوی معتبر مراجعه کند، به طریق اولی مقصود از فتوای معتبر، فتوای ولی فقیه است؛ زیرا در جایی که خود قوانین موضوعه شأنی از شئون ولی فقیه در نظر گرفته می‌شوند و گویا به نحو غیر مستقیم از حکم و فتوای رهبری اخذ شده است، به طریق اولی در جایی که قانونی وجود ندارد یا قصور دارد، باید مستقیماً به فتوای رهبری مراجعه شود.

۲. فتوای مشهور: طبق این نظر، ملاک عمل قاضی در جایی که قانون موضوعه وجود ندارد، فتوای است که فقهای امامیه درباره آن اتفاق دارند یا دست کم در بین آنها شهرت دارد. برخی علمای اصولی عقیده دارند که شهرت فتوایی از امارات معتبره است و در استنباط می‌توان احکام به آن اعتماد کرد. به اعتقاد شهید اول عدالت فقها مانع از آن است که بدون داشتن علم، فتوا صادر کنند و دلیلی هم بر اشتباه آنها نیست. بنابراین وقتی می‌توان در استخراج احکام به مشهور تمسک کرد، به طریق اولی در قضاوت نیز باید به فتوای مشهور عمل کرد و این به احتیاط نزدیک‌تر است. همچنین برخی با تمسک به اصل شورا در اسلام، بیان داشته‌اند که چون بین آرای فقها اختلاف هست و قانون نیز باید بر طبق نظر فقها تصویب شود، پس بر اساس ادله شورا، باید به نظر اکثریت فقها عمل شود (حاجی‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۱۱ و ۱۲؛ جهاندوست دالنجان، ۱۳۹۴، ص ۶).

مؤید این نظر را می‌توان ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱ نیز یافت: «احکام دادگاه‌های کیفری باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است، دادگاه‌ها مکلفند حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر حکم قضیه را صادر نمایند...». در این مقرر قانونی فتاوی مشهور و معتبر با هم آمده است که مؤیدی از سوی قانون‌گذار برای این نظر است.

۳. فتوای احوط: از گزینه‌های مطرح در بحث تشخیص مغایرت و مطابقت قوانین با شرع و



بحث مراجعه به فتاوی معتبر در قضاوت، عمل به فتوای نزدیک به احتیاط (فتوای احوط) است. دلیل این وجه، عمل به قاعده احتیاط است که تا حد توان باید قاضی بین فتاوی مختلف را جمع کند (حاجزاده، ۱۳۹۰، ص ۱۰).

۴. فتوای اسهل و کارآمدتر: فتوای ساده‌تر که در مقام اجرا کارآمدی و سهولت بیشتری دارد، یکی از وجوهی است که درباره فتوای معتبر قابل طرح و بررسی است.

۵. فتوای فقهای شورای نگهبان: برخی در مسئله تشخیص احراز مغایرت یا عدم مغایرت قوانین با شریعت، فتوای خود فقهای شورای نگهبان را فتوای معیار می‌دانند. به اعتقاد ایشان اگر نظر فقهی این گروه مدنظر قانون اساسی نبود، لزومی نداشت که شرط فقیه بودن و عادل بودن و... برای فقهای شورای نگهبان، قرار داده شود؛ زیرا صرف انطباق یک مصوبه با اجماع یا مشهور فقها، از عهده افراد فاضل متتبع غیرمجتهد نیز بر می‌آید. از سوی دیگر، شورای نگهبان به عنوان مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی، در نظریه تفسیری تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ اعلام نموده، ملاک عمل، فتوای خود اعضای شورا است (حاجزاده، ۱۳۹۰، ص ۸).

بر این اساس نظر به اینکه ملاک شرعی بودن قوانین و کل سیستم حقوقی کشور نظر این گروه از فقها است، پس در هنگام قصور قوانین موضوعه، قاضی باید به فتوای شورای نگهبان مراجعه کند. از طرف دیگر، چون قاضی با مراجعه به فتاوی معتبر، به نحوی قانون‌گذاری می‌کند و ملاک اعتبار قوانین و شرعی بودن آن در جمهوری اسلامی ایران با شورای نگهبان است، لذا قاضی باید براساس فتوای فقهای شورای نگهبان حکم دهد.

۶. فتوای رئیس قوه قضائیه: بین فقهای شیعه در اینکه آیا تصدی امر قضای برای غیرمجتهد جایز است یا خیر، اختلاف است. بسیاری از فقها معتقدند غیرمجتهد در هر مرتبه‌ای از آگاهی باشد، حق قضاوت ندارد و برخی از فقها نیز ادعای اجماع بر این امر دارند. حتی برخی معتقدند عدم اهلیت او تا اندازه‌ای است که مجتهد و حتی امام معصوم نیز نمی‌تواند وی را برای این مقام نصب نماید؛ درست مانند اعتبار عقل در قاضی. در مقابل، برخی از فقها معتقدند علم و آگاهی تقلیدی کفایت می‌کند (حائری یزدی، ۱۳۸۰، ص ۵۳ و ۵۸).

بحث دیگری که در ذیل این مبحث طرح شده و متفرع بر نظر شرطیت اجتهاد برای قاضی است، این است که آیا مجتهد می‌تواند مقلدی را برای قضاوت نصب کند یا او را وکیل در این امر قرار دهد؟ برخی از فقها، نصب مقلد از سوی مجتهد را جایز دانسته‌اند (حائری یزدی، همان، ص ۸۱). برخی از کسانی که قائل به این جواز هستند، معتقدند مقلد در قضا باید به فتوای همان



مجتهدی که او را نصب کرده عمل کند. از سویی بر اساس اصل صدوپنجاه وهفتم قانون اساسی، رئیس قوه قضائیه مجتهدی عادل و آگاه به امور قضایی و مدیر و مدبر است که از سوی مقام رهبری تعیین می‌شود. نیز با توجه به بند سوم اصل صدوپنجاه وهشت قانون اساسی، عزل و نصب قضات مأذون بر عهده این مجتهدی است که در رأس قوه قرار دارد. بر این اساس قاضی در موارد مواجهه با قصور قانون، باید به فتوای رئیس قوه قضائیه که او را نصب نموده، عمل کند.

۷. هر فتوای فقهی معتبر: برخی معتقدند با توجه به اینکه در قانون اساسی ملاک اسلامی دانستن قوانین، مطابقت با موازین اسلامی دانسته شده، لذا پیروی از هر نظر فقهی برای اسلامی دانستن قانون کافی خواهد بود و قانون‌گذار باید فتوایی را برگزیند که مصلحت جامعه را بهتر تأمین می‌کند و فرقی ندارد این فتوا، فتوای مشهور فقها باشد یا فتوای شاذ و نادر. این رویکرد در قوانین برخی از کشورهای اسلامی مشاهده می‌شود. ملاک‌گزینش در اینجا این است که کدام فتوا با مقتضیات زمان و مکان، سازگارتر است. اگر قرار باشد که ملاک اسلامی بودن قوانین، عدم مغایرت با موازین شرعی باشد، صرف موافقت با فتوای یکی از مجتهدان مسلم جامع‌الشرایط کفایت می‌کند، گرچه مخالف فتوای مشهور فقها باشد. همچنین به باور شهید صدر در مسئله‌ای که چندین فتوا درباره آن وجود دارد، انتخاب یکی از میان آنها بر عهده قوه مقننه است که بر اساس مصلحت عمومی از سوی مردم انتخاب شده است (حاجی‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۱۵ و ۱۶).

در مورد رجوع قضات به فتوای معتبر نیز همین نظر قابل بررسی است. با توجه به مشروح مذاکرات قانون اساسی ذیل اصل صدوشصت وهفتم، به نظر می‌رسد دغدغه دست‌اندرکاران تدوین قانون اساسی در این مسئله صرفاً بی‌پاسخ رها نکردن پرونده از سوی قاضی است و لذا با این نظر در این مسئله موافق بوده‌اند. به همین دلیل ذیل این اصل در صحن علنی مجلس تدوین قانون اساسی، بحث خاصی صورت نگرفته است. در این جلسه شهید بهشتی بیان می‌کند «اگر فتوای به احتیاط دارد همان را اعمال کند و اگر بی‌نظر و فاقد فتواست می‌تواند یک فتوای معتبر را ملاک قضا قرار دهد».

۲. نظریه دورکین

دورکین همانند مکتب حقوق طبیعی و برخلاف مکتب حقوق پوزیتیویستی، ملاک اعتبار قواعد حقوقی را در امری خارج از وضع می‌داند. در بیشتر نظام‌های حقوقی مدرن، حاکمیت قانون و



قانون‌مداری یک مفهوم مقدس است و کمتر کسی در حجیت آن تشکیک می‌کند. دورکین نخستین گام را در سلب حجیت قانون به معنای رایج برداشته است و از این لحاظ جایگاه بسیار مهمی میان فلاسفه حقوق معاصر دارد و نقطه عطفی در فلسفه حقوق محسوب می‌شود (Dworkin, 1985, p11).

از نظر او وابستگی اعتبار حقوقی به ملاحظات اخلاقی، مشخصه ضروری حقوق است. او در چستی این ملاک برتر با گرایش‌های مختلف حقوق طبیعی اختلاف دارد و این ملاک برتر را «اصول» می‌داند. شاید بتوان گفت جایگاه دورکین با توجه به نظریات ضد پوزیتویستی‌اش، به اندازه‌ای مهم است که بیشتر فیلسوفان حقوق بعد از او باید نسبت خود را با آرای دورکین مشخص کنند و به نقدهای او پاسخ دهند. شاید بتوان گفت فلسفه حقوق را به قبل و بعد از دورکین تقسیم کرد. در قرائت‌های جدید از حقوق طبیعی، نظرات دیگری از سوی اشخاصی نظیر فولر و فینیس نیز در اعتبار حقوقی مطرح شده است، اما این نظریات علی‌رغم رویکرد انتقادی به پوزیتویسم حقوقی هارتی، از قوت نظریه دورکین برخوردار نیستند (ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۲۱۸-۲۲۳).

تلقی دورکین از حقوق، مجموعه‌ای اخلاقی - قانونی مشتمل بر «اصول» و «قواعد» است. حقوق جامعه صرفاً ترکیب قوانین موضوعه و قواعد مجزایی که مأموران رسمی وضع می‌کنند نیست، بلکه اصول کلی عدالت و انصاف که قوانین و قواعد مزبور را موجه‌سازی می‌کنند نیز در این حوزه جای دارد. از نظر او تلقی حقوق به عنوان ترکیب قواعد، تنها یک جنبه محدود از حقوق را نشان می‌دهد و این نگرش محدود، واقعیت گسترده‌تر حقوق را به عنوان یک کل به ابهام می‌کشانند. او معتقد است حقوق امری فراتر از قواعد عینی پیش‌بینی و اعمال «نص قانون» است که آنها را در گذشته قانون‌گذاران و دادگاه‌ها وضع کرده‌اند. حقوق ذاتاً در بردارنده معیارهای اخلاقی همچون اصول عدالت، حقوق و درک سیاست‌گذاری اجتماعی بایسته نیز هست (تیت، ۱۳۸۶، ص ۹۶ و ۹۷).

دورکین از منتقدان جدی فلسفه حقوق پوزیتویستی هارتی است که قانون را به مثابه امری می‌داند که تماماً متشکل از قواعد است. از نظر وی قانون یک نوشته ثابت نیست، بلکه یک امر منتشر در قواعد و اصول است که قضا با طی یک فرایند تفسیری سازنده، آن را کشف می‌کنند و قانون به نحوی شبیه یک رمان ادبی است که قاضی فصل آخر آن را می‌نویسد (تیت، ۱۳۸۶، ص ۹۹).



از ویژگی‌های نظریه دورکین ارتباط دادن فلسفه حقوق به فلسفه اخلاق و سیاست است. جوهره مکتب پوزیتیویسم حقوقی، تفکیک اخلاق و حقوق است، درحالی‌که دورکین فلسفه حقوق را به فلسفه سیاست و اخلاق ارتباط می‌دهد. او با وارد کردن آنها را به متن تئوری پردازی خودش، معتقد است هیچ حقوقدانی نمی‌تواند بدون آگاهی از مبانی فلسفی در فلسفه اخلاق و فلسفه سیاست، حقوقدان باشد (Dworkin, 1985: 10 و Dworkin, 1986, p 89-98, 109).

از نگاه دورکین صرفاً با قواعد نمی‌توان مشکلات جامعه را حل کرد. قضات صرفاً با تبعیت از قواعد نمی‌توانند به جواب برسند، بلکه علاوه بر قواعد، با استناد به اصول بالادست و با طی فرایند تفسیری به جواب پرونده‌ها و (به‌ویژه پرونده‌های دشوار) دست می‌یابند. قانون صرفاً چیزی نیست که در قواعد نوشته شده باشد، بلکه یک فرایند است^۱ که با کمک اصول خودش را نشان می‌دهد. این فرایند تفسیری باید با مبانی اخلاقی جامعه و اصول منسجم^۲ باشد و قضات باید این موارد و نیز فوایدی که این رأی برای جامعه دارد را رعایت کنند (بیکس، ۱۳۹۶، ص ۴۰ و ۴۱).

قاضی هنگام برخورد با «پرونده‌های دشوار»^۳ در ابتدا با قواعد مواجه می‌شود و سپس با توجه به اصولی که از نگاه او زیربنای قواعد است، وارد کار تفسیری سازنده می‌شود و به نحوی قانون را طبق معیار مستنبط از اصول بازسازی می‌کند. بنابراین قاضی ملزم به متن قانون نیست، بلکه اختیار عمل تفسیری دارد. از این‌رو در نظر دورکین قضات باید صلاحیت‌های ویژه‌ای داشته باشند تا در مواجهه با پرونده‌ها و به‌ویژه پرونده‌های دشوار بتوانند قانون را استخراج کنند. البته قاضی قانونگذاری نمی‌کند، بلکه قانون را از رهگذر آن کلمات و متن اولیه نوشته شده در یک فرایند تفسیری مبتنی بر اصولی که زیربنای قانونگذاری است، می‌یابد (تیبیت، ۱۳۸۶، ص ۱۰۱ و بیکس، ۱۳۹۶، ص ۴۰).

در نظر دورکین تبیین مرجعیت و قانونیت قانون، از نظریه قضاوت او حاصل می‌شود و شخصیت محوری حقوق، مفسر قانون، یعنی قاضی است. درحالی‌که شخصیت محوری حقوق از نظر اثبات‌گرایان، قانون‌گذار و مقنن است. به باور دورکین اولویت فلسفه حقوق، فراهم آوردن توجیهی معقول برای ویژگی‌های معین مدنظر وی در قضاوت است؛ از این‌رو

1. Law as Interpretation.
2. coherence.
3. Hard case.



برخی، نظام اندیشه حقوقی او را بیش از آنکه ذیل مکتب حقوق طبیعی قرار دهند، تحت عنوان «نظریه‌های قضاوت»^۱ قرار داده‌اند که در مقام توصیف، تفسیر یا تعیین چگونگی تصمیم‌گیری قضاات در پرونده‌ها است. بخش عمده‌ای از نظریه حقوقی آمریکایی بر محوریت نظریه‌های قضاوت می‌گردند، نظیر واقع‌گرایان حقوقی آمریکایی که به فرمالیسم قضایی انتقادات شدید وارد کردند (کلمن و لیتز، ۱۳۹۶، ص ۵۱ و ۵۲ و ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۲۳۰).

دورکین برای تأیید نظریه خودش به دعوای معروف در حقوق انگلستان، یعنی دعوای «ریگس» علیه «پالمر»^۲ بسیار توجه کرده است. پالمر نوجوانی بود که پدر بزرگش را برای جلوگیری از تغییر وصیت‌نامه‌اش می‌کشد. او پس از تحمل مجازات، دعوایی مبنی بر مطالبه ارثیه علیه سایر ورثه طرح می‌کند. دادگاه بدوی با توجه به اینکه وصیت‌نامه مطابق قوانین و تشریفات تنظیم شده و منع قانونی برای دریافت ارثیه وجود نداشت، به نفع وی حکم می‌دهد. اما دادگاه تجدیدنظر با نقض این رأی او را از ارث محروم می‌کند. استدلال دادگاه تجدیدنظر، ناظر به این اصل بود که «هیچ کس نباید از جرم خود منتفع شود» (تیبیت، ۱۳۸۶، ص ۱۰۲ و ۱۰۶).

تعارض اصلی در این ماجرا بین «قواعد حقوقی صریح درباره وصیت» و «اصول نانوشته حقوق عرفی» بود. در این پرونده پالمر به‌نحو قانونی سزاوار ارث بود، گرچه به‌نحو اخلاقی صلاحیت نداشت. به‌علاوه، دعوای مشابه دیگری نیز وجود داشت که دادگاه به ارث بردن رأی داده و از آن حکم تجدیدنظر نیز نشده بود. بنابراین بر طبق قوانین و رویه، ارث به وی تعلق می‌گرفت. به علاوه اینکه که حتی در دادگاه تجدیدنظر نیز، برخی قضاات به شیوه کاملاً روشن دریافته‌اند که حق الارث مجرم از میان می‌رود. آنها استدلال می‌کردند که مجازات دوباره شخص به سبب یک جرم، سیاست اجتماعی بدی است. به نظر آنها این موضوع در حوزه وجدان قرار نمی‌گیرد. باید از قواعد دقیق حقوقی پیروی شود که قانونگذار آن را وضع کرده است و در این پرونده جایی برای به‌کارگیری خلاقیت قضایی دادگاه باقی نمی‌ماند (تیبیت، ۱۳۸۶، ص ۱۰۲-۱۰۴).

دورکین معتقد است این پرونده نارسایی راه‌حل‌های اثبات‌گرایانه را به‌گونه‌ای دقیق نشان می‌دهد. به باور وی مسئله اصلی این است که قواعد شاید پایانی داشته باشند، اما قانون پایان نمی‌یابد. به نظر او تصمیمی که غالب قضاات تجدیدنظر به آن رسیدند نه‌تنها قانونی، بلکه قانون مستلزم آن بود. قضاات در این مورد همچون دیگر موارد باید بر پایه حقوق مسلم طرفین

1. Theorise of Adjudication.

2. Riggs v. Palmer.



تصمیم ویژه‌ای می‌گرفتند و راه حل را کشف می‌کردند. کما اینکه یکی از قضات تجدیدنظر در این دعوا چنین استدلال کرد که همه قوانین و قراردادها در مرحله اجرا، با اصول کلی بنیادین حقوق عرفی کنترل می‌شوند. این اصل باید مهم دانسته می‌شد، نه صرفاً به این جهت که یک اصل اخلاقی مهم است، بلکه به این دلیل که یک اصل حقوقی معتبر است. دورکین رویکرد پیوند دادن میان اخلاق و حقوق را همچون الگویی در توجیه بیشتر اعمال حقوقی تأیید می‌کند (تیبیت، ۱۳۸۶، ص ۱۰۶ و ۱۰۷).

نظریه دورکین گرچه به لحاظ محتوا با قضاوت اسلامی متفاوت است، اما به لحاظ نظام‌سازی قرابت بیشتری با نظام حقوقی و قضائی اسلام به نسبت نظام حقوقی فعلی دارد که تا حدودی یک نظام حقوقی پوزیتیویستی و فرمالیستی است. این نظریه گرچه ممکن است به‌طور کامل پذیرفته نشود، اما به لحاظ شکل ورود و طرح بحث و نگاه او به جایگاه قانون در قضاوت، به‌عنوان یک فیلسوف حقوق مهم لیبرال، این جسارت را می‌دهد که می‌توان خارج از فضای فرمالیسم حقوقی، تئوری جدیدی را ارائه کرد.

در نظریه دورکین چند کلیدواژه جایگاه اساسی دارند. نخستین کلیدواژه «اصول» است که جایگاه مهمی در اندیشه وی دارد. در نگاه وی قواعد برای فهم و دستیابی به قانون کفایت نمی‌کند و گاهی باید به اصول نیز تمسک جست. در جایی که قواعد قصور دارند یا خلأ قواعد وجود دارد، قاضی مقید به اصول است که بخشی از قانون است و نمی‌تواند خارج از قانون به این معنا، عملی انجام دهد (Dworkin, 1985, p119).

کلیدواژه دیگر در نظریه او مفهوم «حق‌ها» است. حق‌ها در ارتباط وثیقی با اصول توسط اصول استخراج می‌شوند و به تعبیری اصول منبع استکشاف حق‌ها هستند. از پیش‌فرض‌های قانونگذاری این است که حق‌ها در تمام قوانین جدی گرفته شده‌اند و اگر در جایی، حقی جدی گرفته نشده باشد، شخص می‌تواند نافرمانی کند. اگر قانونی معارض حق‌ها باشد، «پرونده دشوار» پیش می‌آید. در اینجا و نیز در جایی که قواعد ساکت یا «بافت باز»^۱ است، قاضی باید بر اساس اصول عمل کند تا ببیند آیا اصول، او را به حق خاصی هدایت می‌کند یا خیر. در مکتب حقوق پوزیتیویستی، صرف مشروعیت نهاد قانون‌گذاری برای اعتبار آن کفایت می‌کرد و محتوای قانون از اعتبار آن تفکیک می‌شد؛ اما در نظریه دورکین مطابقت قواعد مدونه با حق‌ها و اصول، در قانونیت قانون دخیل است (Dworkin, 1985, p12-16 و Dworkin, 1977, p184-206).

1. Open Texture.



کلیدواژه بعدی در نظریه دورکین «تفسیر سازنده»^۱ است. دورکین سعی کرد بر ضد مکتب اثبات‌گرایی حقوقی، نظریه خود را بر بنیاد یک نظریه عمومی تفسیری استوار کرده و بر ماهیت عمیقاً تفسیری حقوق تأکید کند؛ قانون یک ماهیت منتشر تفسیری^۲ دارد و وظیفه قاضی شناسایی قانون در این فرایند است. البته این تفسیر، یک کشف روانشناختی صرفاً انفعالی برای فهم نیست، بلکه تفسیری سازنده و تأسیس‌گر است. به عبارتی دیگر، قاضی علاوه بر اینکه در این فرایند تفسیری، قانون را به دست می‌آورد و می‌فهمد و براساس سیستم حقوقی حکم صادر می‌کند، همچنین تفسیری سازنده ناظر به آینده دارد که برای آینده سیستم مسیر تعیین می‌کند؛ چنین رویکردی، تفسیری ساختاری^۳ و فعال است (بیکس، ۱۳۹۶، ص ۴۱؛ ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۲۳۰ و ۲۳۴). در پروژه تفسیری در این گونه پرونده‌های دشوار، اینچنین قانون شکل می‌گیرد. بنابراین اولاً این پروسه، خوانش و قرائت نیست، بلکه تفسیر است. ثانیاً تفسیر کاشف نیست، بلکه تفسیر سازنده است و ضمن قرائت، تأسیس نیز می‌کند؛ یعنی صرفاً معطوف به گذشته نیست، بلکه معطوف به آینده نیز هست (Dworkin, 1975, p1100).

بنابراین قانون در پارلمان صرفاً وضع نمی‌شود، بلکه گویی در مجلس خشاب‌گذاری انجام شده که در نهایت در محکمه شلیک می‌شود. البته در این نظر، قطعاً برای تفسیر به یک متن نیاز است، اما این متن اولیه به تنهایی قانون را نشان نمی‌دهد، بلکه این، تفسیر قضایی است که قانون را نشان می‌دهد. به عبارتی تفسیر سازنده هم تحمیل صورت بر ابژه‌ای است که بلادرنگ مشهود نیست و قرار است تفسیر شود، و هم اشتقاق صورت از آن است و مفسر آزاد نیست که هر صورتی را به سلیقه خود بر آن تحمیل کند (بیکس، ۱۳۹۶، ص ۴۱).

به باور دورکین، توصیف قانون ضرورتاً منوط به این فرآیند تفسیری است که از طریق بهترین تفسیر کنش‌های رسمی گذشته صورت می‌گیرد. قانون به‌عنوان یک امر عینی یا به تعبیری «همان‌طوری که هست»، فقط مجموعه‌ای از تصمیمات رسمی گذشته از سوی قضات و قانون‌گذاران است که وی آنها را «داده‌های پیشاتفسیری»^۴ می‌نامد. این مجموعه تصمیمات و واکنش‌های فردی تا وقتی بر روی آنها نظمی تحمیل نشود، نمی‌تواند پاسخی برای مسئله حقوقی جاری عرضه کند (بیکس، ۱۳۹۶، ص ۴۲ و ۴۳).

1. Constructive Interpretation.
2. Law as Interpretation.
3. onstructive .
4. Pre-Interpretive data.



پس در نظر دورکین، قاضی باید نقش یک مفسر هنری و ادبی را بازی کند. همچنین تفسیر سازنده شبیه نگرستن مردم به مجموعه ستارگان و انتزاع تصاویر از آن است. بنابراین قاضی باید داده‌های پیشاتفسیری را نظم داده، تفسیر و تبیین کند. این مرتب‌سازی حاوی یک انتخاب است، انتخابی اخلاقی سیاسی از بین تفاسیر قابل دفاع از تصمیمات و کنش‌های گذشته و داده‌های پیشاتفسیری (بیکس، ۱۳۹۶، ص ۴۱ و ۴۳).

کلیدواژه بعدی، «یک پاسخ صحیح»^۱ است؛ دورکین معتقد است، در پرونده‌های قضایی یک پاسخ صحیح وجود دارد که قاضی موظف است به آن برسد؛ لذا نسبت را در اینجا رد کرده و تئوری «تعیین کامل»^۲ و «پاسخ‌های درست منحصر به فرد»^۳ را ارائه می‌دهد (تیبیت، ۱۳۸۶، ص ۹۵).

دورکین معتقد است، در همه دعاوی دشوار، یک پاسخ صحیح عینی وجود دارد و دادگاه‌ها مکلف‌اند که این پاسخ را پیدا کنند. البته وی این احتمال را باقی می‌گذارد که ممکن است در طی زمان، این پاسخ تغییر کند؛ زیرا بخشی از منبع ما برای تفسیر قواعد، علاوه بر اصول، مقاصد و سیاست‌ها است و اقتضائات زمان بر آن تأثیر می‌گذارد (تیبیت، ۱۳۸۶، ص ۱۰۰؛ ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۲۳۳).

البته ممکن است چند قاضی در کیس‌های مشابه، به آرای متفاوتی برسند، اما تنها یکی صحیح است و باقی پاسخ‌ها اشتباه هستند. تنها یک پاسخ صحیح وجود دارد؛ چون ملاک وجود دارد و باید با توجه به اصول، حق را پیدا کرد و براساس آن رأی داد. از این رو به بیشتر از یک جواب نمی‌توان رسید و بنابراین دورکین در اینجا به لحاظ معرفت‌شناختی مطلق‌گراست (تیبیت، ۱۳۸۶، ص ۱۰۱).

پاسخ صحیح، پاسخی مبتنی بر اصل و حق است. به نظر دورکین برای این تفسیر، قاضی باید برخی صفات ویژه داشته باشد و عنوان «قاضی هرکول» را مطرح می‌کند. او با الهام از هرکول، پهلوان افسانه‌ای یونان باستان، باور دارد که فقط «قاضی هرکول» است که می‌تواند این تفسیر را انجام دهد و دیگر قضات در حقیقت قضاوت نمی‌کنند. دورکین این نام را به قاضی‌ای می‌دهد که توانمندی ذهنی بی‌پایانی دارد و شرایط سخت زمان و مکان و خطای حافظه در او راه ندارد. وی با این نام‌گذاری، بیان می‌کند که این نوع تفسیر کار هر قاضی عادی نمی‌تواند باشد و قضات کنونی توانایی این کار را ندارند (تیبیت، ۱۳۸۶، ص ۱۰۱).

1. The Right Answer.
2. Complete Determinacy.
3. Unique Right Answers.



۳. حقوق به مثابه انسجام^۱

قاضی هرکول به عنوان یک نظریه پرداز در علوم اجتماعی به ویژه علوم سیاسی، حقوق و اخلاق است، اولاً با یک نظریه سیاسی که شخصاً اتخاذ نموده، به قوانین اساسی نظام سیاسی مراجعه می کند و از دل آنها حق ها و اصولی را کشف می کند. سپس به سراغ قواعد و مصوبات قانونی می رود؛ در این رفت و برگشت ضمن یک تفسیر سازنده، به قانون دست پیدا می کند. قانون، ماهیتی منتشره در قواعد و اصول و حق ها دارد و قاضی نیز با تفسیر سازنده خودش به قانون دست می یابد و باید حکمی صادر کند که از دل نظریه کلانش بیرون آمده است.

اما در اینجا دورکین معیار مهمی ارائه می دهد که این مقاله از آن استفاده کرده است. از نظر او این فرایند تفسیری که قاضی انجام می دهد، باید سازواری و انسجام سیستم را حفظ کرده و نباید تفسیری خارج از چارچوب سیستم ارائه دهد و اعتبار سیستم را از بین ببرد. در نهایت پس از طی این فرایند قاضی با رسیدن به حکم، رأی خود را صادر می کند.

مهم ترین کلیدواژه مد نظر این مقاله در نظریه دورکین، «انسجام» و «سازواری»^۲ است. تفسیر باید یک کلیت سازوار از سیستم ارائه دهد به گونه ای که آینه ای از انسجام آن سیستم باشد؛ کلیت سیستم را منسجم و زنده نشان دهد و به آن اعتبار بخشد. همچنین از نظر دورکین برای اینکه یک اصل بتواند بخشی از حقوق به شمار آید باید با تاریخچه نهادی رفتار حقوقی در برخی سطوح، پیوستگی داشته باشد که از آن به «تناسب»^۳ یاد می کند. اصلی که با «دکترین اهلیت قانون گذاری»^۴ ناسازگار باشد، از نظر حقوقی نمی تواند اقتدار داشته باشد (ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۲۳۱ و بیکنس، ۱۳۹۶، ص ۴۱).

بنابراین در اینجا دورکین گذشته از ویژگی های روشی تفسیر، به یک ویژگی خارج از آن نیز اشاره دارد که به نوعی می تواند پاسخگوی اشکالات فرمالیستی باشد و مانع از تشتت نظام حقوقی و آرای قضایی شود. او نقش قاضی را در مواجهه با هر دعوا، نقش نویسنده ای خلاق می بیند که موظف به کامل کردن داستانی زنجیروار به همان سبک فصول پیشین است. پیچیدگی این وظیفه، نشانگر سختی تصمیم گیری در دعاوی دشوار، در پرتو حقوق به عنوان یک کل منسجم است.

1. Law as Integrity.
2. Integrity & Coherence.
3. Fit.
4. Doctrine of Legislative Competence.



فرض کنیم تعدادی از نویسندگان قرار است هر کدام، فصلی مشخص از یک رمان زنجیره‌ای را بنویسند که هم با فصل‌های پیشین که توسط دیگران نوشته شده هماهنگ باشد، و هم نظر بر فصول آتی و دیگر فصل‌ها داشته باشد (Dworkin, 1975, p1089 و Dworkin, 1986, p229).

در چنین موقعیتی هر یک از نویسندگان، در عین حالی که هیچ نقشی در فصل‌های سابق این رمان ندارد، در مقام تفسیر داستانی است که در ظرف گذشته واقع شده، اما با نگاه به حال و آینده انجام می‌شود. از نویسندگان این رمان انتظار می‌رود مسئولیت‌های خود را در استمرار داستان با جدیت پیگیری کنند. نویسنده باید داستان فصل مربوط به خودش را به گونه‌ای به تصویر بکشد که گویا همه داستان را از آغاز تا فصل کنونی، توسط خود او نوشته است. آنها به‌طور مشترک این هدف را دنبال می‌کنند که تا حد ممکن است یک رمان واحد را به بهترین شکل ممکن ایجاد کنند (Dworkin, 1986, p229).

هر رمان نویس می‌خواهد از مطالبی که به او داده شده و آنچه قرار است او و جانشینانش اضافه کنند، رمان واحدی بسازد. او باید تلاش کند که این بهترین رمانی باشد که خواننده می‌تواند آن را به عنوان اثر یک نویسنده واحد در نظر بگیرد، نه اینکه رمانی ساخته دست افراد مختلف تلقی شود. او باید داستان را با شیوه‌ای ادبی و منسجم، برای پذیرش یک تفسیر و رد دیگر تفاسیر، به شکل بهترین رمان در آورد. البته این یک کل منسجم است و نویسنده باید بداند در حال یک استمرار است، نه یک شروع دوباره. از نگاه دورکین حقوق نیز همچون رمان ادبی و دنباله‌داری است که البته پایان روشنی ندارد. ضمن اینکه چنین فرض می‌شود که در نگارش داستان، تنها یک شیوه نگارش و تفسیر درست و خوب به‌عنوان بهترین شیوه برای تداوم داستان وجود دارد (Dworkin, 1986, p229,230).

قاضی در حالی که مشغول نوشتن داستان حقوق به بهترین شکل ممکن بر پایه اخلاق سیاسی است، باید تفسیر خودش را از قوانین پیشین با مقولات موجود سازگار کند. البته گفته شد که این تفسیر کار یک انسان عادی نیست و تنها قاضی هرکول می‌تواند این کار را انجام دهد (نیت، ۱۳۸۶، ص ۹۹ و ۱۰۱).

قاضی هرکول هم «روشن‌ترین معیار» و هم «مناسب‌ترین گزینه» را دارد و بدون هیچ مانعی می‌تواند تنها پاسخ درست هر دعوای دشواری را به‌دست آورد؛ زیرا از تاریخ قوانین و اصول حقوق عرفی آگاه است. با این توانایی‌های فرا بشری، هرکول به‌سادگی از رویه موجود پیروی نخواهد کرد. او با تکیه بر عقل و بنای یک دیدگاه کامل حقوقی و با در نظر گرفتن آنچه



قضیه مورد نظر مستلزم آن است، راهش را برای یافتن راه حل درست باز می‌کند و در نتیجه عاملی برای تشدت در نظام حقوقی وجود نخواهد داشت. راهنمای او، ضرورت دستیابی به «بهترین گزینه»، در پرتو انسجام‌بخشی به کلیت نظام حقوقی و درعین حال اتخاذ روشن‌ترین معیار برای دستیابی به بهترین برداشت از قانون موجود است (تیبِت، ۱۳۸۶، ص ۱۰۱).

در نظریه دورکین، قاضی هرکول در فرایند تفسیری خودش ممکن است حق‌ها و اصول^۱ متعددی به دست آورد و از بین آنها حق‌های معطوف به پرونده را استخراج می‌کند. ممکن است وی در این پرونده چندین حق و اصل را بررسی کند که احتمال دارد برخی با برخی متعارض باشند، و نیز ممکن است با توجه به شرایط و مصالح به چند سیاست^۲ نیز برسد. از نظر دورکین، اصول حقوقی مطلق نیستند و می‌توانند ضعیف یا قوی باشند (تیبِت، ۱۳۸۶، ص ۱۰۷).

به تعبیر وی اصول، وزن دارند؛ هر اصل در برابر اصل دیگری وزن خاص خود را دارد که به اعتبار آن می‌تواند در دعاوی دشوار به کار آید. اگر یک اصل حقوقی تصدیق شود، وزن و اهمیت آن قبل از تصمیم قضایی باید نسبت به دیگر اصول در نظر گرفته شود؛ برخلاف مقررات موضوعه که همیشه نتیجه حقوقی مشخصی دارند و در یک «سبک همه یا هیچ»^۳ هستند. یک مقرر قانونی یا درباره مصداقی خاص کاربرد دارد یا ندارد؛ یا همه‌کاره است یا هیچ‌کاره. اما اصول حقوقی حتی در موارد مشابه، هیچ‌گاه یک نتیجه قطعی و واحد را از پیش تعیین نمی‌کنند، بلکه با توجه به تفسیر قاضی متعین می‌شوند (تیبِت، ۱۳۸۶، ص ۹۸ و هارت، ۱۳۹۳، ص ۳۶۱).

غالباً ممکن است اصول متعدد در یک مسئله حقوقی از نتایج متغایری طرفداری کنند؛ قاضی ممکن است در هنگام واکاوی، از دل نظریه سیاسی به چندین حق و اصل معارض برخوردار نماید. قضات باید بر اساس مجموعه‌ای متفاوت و شاید ناسازگار از چنین اصولی تصمیم بگیرند و درعین حال انسجام و سازواری سیستم را در نظر قرار دهند و تفسیری ارائه دهند که به سیستم اعتبار و آبرو دهد و با تمام اجزای دیگر نظام حقوقی سازگاری داشته باشد. قضات باید حق‌ها و اصل‌هایی را گزینش کنند و تفسیری را ارائه دهند که هماهنگی بیشتری دارند، و بهتر می‌تواند روند کل سیستم را به سمت وحدت بیشتر پیش ببرند و سیستم را مطلوب نشان دهند. او حتی می‌تواند مصوبات را اگر با اصول و حق‌ها و با قانون اساسی سازگار نبود،

1. Principle.

2. Policy.

3. All or Nothing Fashion.



کنار بزند. به تعبیر دیگر، حق‌ها به‌مثابه تست قانونی بودن یک مصوبه مجلس قرار می‌گیرند. (ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۲۲۶ و ۲۳۷ و بیکس، ۱۳۹۶، ص ۳۹ و ۴۱).

قضات موظف‌اند افعال رسمی گذشته اعم از قوانین و رویه قضایی را به‌گونه‌ای تفسیر کنند که گویای جامعه با صدایی واحد سخن می‌گوید. قاضی نباید تفسیری ارائه دهد که کلاً سیستم را تعطیل کند یا سیستم جدیدی به وجود آورد. قضات در موضوعات مختلف باید به شیوه‌ای تصمیم بگیرند که قانون را هم‌گرا تر سازد و این نوع تصمیم‌گیری‌ها بر تفاسیری که قانون را شبیه یک بصیرت اخلاقی منفرد در نظر می‌گیرد، رجحان دارد. البته گاهی یافتن تفسیر صحیح به‌آسانی میسر نیست؛ زیرا ممکن است چندین نظریه از انطباق و تناسب کافی برخوردار باشند. همچنین ممکن است از بین این نظریه‌ها برخی انطباق بیشتر و برخی ارزش اخلاقی بیشتری داشته باشند. توزین نسبی انطباق و ارزش اخلاقی خود یک مسئله تفسیری است و از یک موقعیت حقوقی به موقعیت دیگر تغییر می‌کند (بیکس، ۱۳۹۶، ص ۴۱ و Dworkin, 1985, p16, 17).

البته در نظر دورکین آن دسته تصمیمات قضایی دوران‌ساز هستند که پیامدهای آن در ظاهر با رویه قضایی مخالف است، اما محاکم معتقدند که از «معنای واقعی»^۱ یا «روح حقیقی»^۲ قانون تبعیت می‌کنند (بیکس، ۱۳۹۶، ص ۳۹). شاید بتوان این عبارت دورکین را در ادبیات فقهی با «شم الفقاهه» متناظر دانست.

گاهی تبعیت از یک رویه منصفانه نیست و حتی خود رویه اگر این‌گونه ادامه یابد نابود شده و نمی‌تواند دوام بیاورد. بنابراین بهتر است از اینجا به بعد تغییر مسیر دهد. لذا این تفسیر، هم یک تفسیر سازوار و هم سازنده است که سیستم را حفظ می‌کند و نجات می‌دهد. اما قاضی باید توجیه کند که چگونه تبعیت از یک رویه یا مصوبه و یا حتی اصل قانون اساسی، کلیت و اصل سیستم را نابود می‌کند. باید نشان دهد این حکمی که هم‌اکنون رویه از آن تبعیت می‌کند، موجب اخلال در سیستم می‌شود و نباید به آن اعتبار داد و احترام گذاشت. قاضی هرکول این‌گونه می‌تواند خلاف جریان عمل کند و چنین تفسیری را ارائه دهد و حکم کند. اما باید توجیه کند که علت این حرکت خلاف جریان چیست (Dworkin, 1975, p1101).

بنابراین ممکن است قاضی بر اساس اصل و حقی بنیادین که از تئوری سیاسی‌اش استخراج کرده، نظری دهد که حتی گاهی با قانون اساسی، رویه و مصوبات نمی‌سازد؛ اما

1. Real Meaning.
2. True Sprit.



صرفاً یک اعمال نظر شخصی نیست، بلکه تفسیرش را با کلیت سیستم توجیه کرده و نشان می‌دهد که این سیستم اگر بخواهد زنده بماند، باید تغییر کند و در غیر این صورت نابود می‌شود. باید تئوری خطا صادر کند و تئوری دهد که اینها خطا کرده‌اند و در عین حال این حکم او با کلیت سیستم هماهنگی و سازگاری دارد و رمان قانون را در عین حفظ وحدت، بدین نحو تکامل می‌بخشد (Dworkin, 1975, p1096-1100).

در دعوی ریگس علیه پالمر، قضاوت تجدیدنظر که با رویه‌های متعارفی روبه‌رو بودند، در پی یافتن بهترین تناسب بر پایه بهترین تفسیر ممکن از قوانین گذشته و حال، و انتساب مناسب‌ترین معنای اخلاقی به قانون بودند تا سازگاری عمیقی را کشف کرده، سبب یک‌دست شدن حقوق شوند (تیت، ۱۳۸۶، ص ۱۰۷).

۴. فتوای معیار بر اساس نظریه دورکین

اشکالی که به قضاوت بر اساس فقه توسط مجتهدان و نیز قضاوت بر اساس فتاوی معتبر ایراد می‌شود این است که با توجه به اختلافات زیاد آرای فقهی، این‌گونه قضاوت منجر به تشتت آرای قضایی و نابسامانی سیستم حقوقی و قضایی می‌شود. درحالی‌که اگر نظریه انسجام دورکین، به‌عنوان یک معیار در اخذ فتاوا و یا حتی اجتهاد فقهی در مقام قضا وارد شود، این مشکل مرتفع خواهد گردید.

توضیح آنکه اولاً هر فتوایی که یک مجتهد بر اساس متد فقهی صادر کند، برای شخص مجتهد و مقلدانش واجد حجیت مفادی است. ثانیاً همان‌طور که قضاوت بر اساس قانون مصوب عده‌ای غیرمجتهد، به جهت مشروعیت نظام سیاسی، مشروعیت نهادی و ساختاری^۱ می‌یابد، نظام سیاسی می‌تواند تمسک قضاوت به فتاوی صادره از ناحیه هر مجتهدی را مشروعیت نهادی دهد. اما این مشروعیت بخشی نهادی، با مشکل تشتت آرای قضایی مواجه می‌شود. برای حل این مشکل، می‌توان نظریه انسجام و سازواری دورکین را به‌عنوان ملاک فتوای معتبر اعلام نمود.

اگر قضاوت در مقام قضاوت بر اساس فقه یا فتوا به انسجام و سازواری سیستم حقوقی و حتی سیستم سیاسی و اقتصادی توجه داشته باشند و همچنین یکپارچگی احکام قضایی را مدنظر قرار

۱. در یک تقسیم‌بندی، مشروعیت قواعد حقوقی به دو دسته مشروعیت نهادی و مشروعیت مفادی تقسیم می‌گردد. مشروعیت نهادی به مشروعیت نهاد مقنن و مشروعیت مفادی به مشروعیت محتوای قواعد و حاکمیت آن از مراد تشریحی شارح، باز می‌گردد.



دهند، این مشکل تا اندازه بسیاری مرتفع می‌گردد. اگر قاضی در قضاوت فقهی یا براساس فتوا مکلف باشد که رویه قضایی را مدنظر قرار دهد و اگر حکم او قرار است بر خلاف رویه صادر شود، حتماً باید دلیل محکمی ناظر به کلیت سیستم - نه صرفاً استدلال‌های فقهی و تعبدی - ارائه دهد که حرکت براساس رویه قضایی چه مشکلی را متوجه سیستم قضائی خواهد نمود.

برای وضوح بیشتر یکی از پرونده‌های رایج در نظام قضایی به‌عنوان نمونه طرح می‌شود. در جرم فروش مال غیر، گاهی حکم دادگاه مبنی بر خلع ید و رفع تصرف از یک ملک و تحویل آن به شاکی صادر می‌شود، درحالی‌که متصرف فعلی ملک کاملاً قانونی و با اسناد رسمی مالکیت ملکی را خریده و از رفتار مجرمانه ایادی قبل بی‌اطلاع است. در اینجا ملک باید بر اساس قواعد بیع فضولی به شاکی تحویل داده شود و متصرف فعلی که چه‌بسا سال‌ها در منزلی که تصور داشته مال خودش است سکونت داشته، صرفاً می‌تواند ثمن معامله را مطالبه نماید.

حال با توجه به شرایط اقتصادی کشور ایران فرضاً متصرف آپارتمان را به قیمت پنجاه میلیون تومان خریده و اکنون با دریافت پنجاه میلیون تومان حتی پول رهن یک آپارتمان را نیز نخواهد داشت. حتی اگر خسارت کاهش ارزش پول با توجه به شاخص صوری بانک مرکزی مطالبه شود، نهایتاً بتواند صد و پنجاه میلیون تومان بگیرد، درحالی‌که قیمت یک آپارتمان گاهی تا هزار درصد رشد داشته است. اگر شاکی قصد کند که اجرت‌المثل ایام تصرف را نیز مطالبه کند که همان ثمن معامله نیز به قیمت امروز باقی نخواهد ماند. این حکم در نظام کنونی حقوقی، کاملاً قانونی است، اما به جهت شرایط خاص اقتصادی کاملاً ظالمانه است.^۱

در اینجا نیز اگر بنا شود که حکمی براساس فتاوی معتبر صادر شود، باید بر اساس نظریه دورکین هماهنگی تمام جوانب واقعی مسئله در نظر گرفته شود و حکمی صادر شود که اعتبار سیستم را حفظ کرده و به آن آبرو داده و آن را مطلوب نشان دهد. البته ممکن است این نظریه ذیل عنوان فتوای کارآمد نیز مطرح شود که در این صورت نوعی توسعه مفهومی در معنای کارآمدی خواهد بود، اما به نظر می‌رسد، خود عنوان انسجام به قدری اهمیت دارد که جزء کلیدواژگان نظریه دانشمندی چون دورکین قرار گرفته است. کارآمدی غالباً ناظر به یک واقعه جزئی به کار می‌رود و این متفاوت است با اینکه قاضی مکلف باشد در صدور آرا، سازواری و انسجام سیستم را حفظ و آن را با مشکل مواجه ننماید.

۱. البته لازم به تذکر است که فعلاً براساس رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ و ۸۱۱ دیوان عالی کشور، غرامات مشتری جاهل نیز قابل مطالبه است که این غرامات بر مبنای ثمن روز املاک مشابه قابل تعیین است.



برای نمونه، در جریان حکم سارق بادام هندی،^۱ حکم کاملاً مطابق قانون صادر شده بود، اما اگر قاضی مکلف بود علاوه بر اینکه حکم وی مطابق با قانون یا فتوای معتبر باشد، سازواری و انسجام و آبروی سیستم را نیز ارتقا بخشد، حکم به نحو دیگری صادر می‌گردید. در وضعیت کنونی، نظام حقوقی ایران در پارادایم حقوق فرمالیستی و پوزیتیویستی قرار دارد که عنصر اساسی آن قوانین موضوعه است؛ ازین رو مهم‌ترین و یا تنها عاملی که قضات مدنظر قرار می‌دهند، قوانین موضوعه است. در این وضعیت، اگر قضات اجازه یابند که براساس هر فتوایی حکم دهند، احتمال تشمت آرا بسیار زیاد است، کما اینکه حتی گاهی به جهت تفاوت برداشت از قوانین با تشمت آرا مواجه‌ایم که مؤید آن وجود چندصد رأی وحدت‌رویه است. اما اگر انسجام و سازواری سیستم در ذهن قضات جایگاهی نظیر قانون را بیابد، تمسک به فتاوا چنین مشکلی را نخواهد داشت.

نتیجه‌گیری

مشخص شد که در نظریه دورکین حفظ انسجام و سازواری سیستم جایگاه مهمی دارد و با تأکید بر آن قضات را مکلف می‌کند به نحوی حکم دهند که انسجام و سازواری سیستم را حفظ کرده و به آن اعتبار دهند. این امر مهم و رعایت آن و تأکید بر آن، کارآمدی و اعتبار سیستم حقوقی را می‌افزاید و آن را مطلوب جلوه می‌دهد. همچنین باعث می‌شود که با وجود سیستم حقوقی قاضی محور و بسط‌یافته قضایی در مراجعه به منابعی غیر از قانون برای حل و فصل دعاوی و دادرسی، تشمتی در سیستم به وجود نیاید و بلکه این بسط‌یافته موجب وحدت بیشتر و انسجام و مطلوبیت بیشتر سیستم حقوقی شود. اینکه قضات اجازه یابند که براساس حق‌ها و اصول یا فتاوا و یا حتی براساس اجتهاد خود حکم دهند، اگر همراه با توجه دادن آنها به حفظ انسجام و اعتبار سیستم باشد، موجب تشمت سیستم نخواهد شد. اگر حفظ انسجام و سازواری سیستم، ملاک مشروعیت احکام قضایی قرار گیرد و قضات در متن آرا مکلف به استدلال‌هایی در این راستا شوند، نه تنها بسط‌یافته قضایی موجب تشمت و تکثر آرا متهاافت نخواهد شد، بلکه به اعتبار و مطلوبیت سیستم و بسط عدالت کمک بیشتری خواهد کرد.

۱. حکمی که اخیراً از یکی از محاکم کیفری قم صادر و رسانه‌ای گردید که براساس آن سارق بادام هندی به ۱۰ ماه حبس محکوم شد.



منابع

۱. ابدالی، مهرداد (۱۳۹۳). درآمدی بر فلسفه‌ی حقوق و نظریه‌های حقوقی. تهران: مجد.
۲. بیکنس، برایان (۱۳۹۶). نظریه حقوق طبیعی، در: دنیس پترسن، مکاتب معاصر فلسفه حقوق (مجموعه مقالات بخش دوم کتاب راهنمای بلک ول برای فلسفه حقوق)، (محمد مهدی ذوالقدری و دیگران، مترجم)، تهران: ترجمان علوم انسانی ۱۹-۴۶.
۳. تنبیت، مارک (۱۳۸۶). فلسفه حقوق. (حسن رضایی خاوری، مترجم). مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۴. حاج زاده، هادی (۱۳۹۰). گزارش نگاهی به ابعاد حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ پیرامون جایگاه و حوزه صلاحیت قوه مقننه؛ فتوای معیار در قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌ها مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۲۰۴۴.
۵. کعبی، عباس (۱۳۹۳). مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران؛ تحلیل مبانی اصل چهارم قانون اساسی. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۶. کلمن، جولزال و برایان لیتر (۱۳۹۶). اثبات‌گرایی حقوقی، در: دنیس پترسن، مکاتب معاصر فلسفه حقوق (مجموعه مقالات بخش دوم کتاب راهنمای بلک ول برای فلسفه حقوق)، (محمد مهدی ذوالقدری و دیگران، مترجم) تهران: ترجمان علوم انسانی، ۴۶-۷۹.
۷. مصباح یزدی، محمد تقی (۱۳۸۸). مجموعه آثار مشکات مصباح؛ حقوق و سیاست در قرآن، جلد اول. قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۸. هارت، هربرت لیونل آدولفس (۱۳۹۳). مفهوم قانون، (محمد راسخ، مترجم)، تهران: نی.
۹. جهان‌دوست‌الدنجان، مسعود (۱۳۹۴). امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر مبنای فتوای مشهور. دوفصلنامه پژوهشنامه فقهی، ۵-۲۶.
۱۰. حائری یزدی، محمدحسن (۱۳۸۰). قضاوت مقلد و مجتهد متجزی. دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد، ۵۱-۸۹.

11. Dworkin, Ronald (1985), A Matter of Principle, Cambridge, Harvard University Press.

12. Dworkin, Ronald (1986), Law's Empire, Cambridge, Harvard University.

13. Dworkin, Ronald (1977), Taking Rights Seriously, Cambridge, Harvard University Press.

14. Dworkin, Ronald (1975), "Hard Cases" Harvard Law Review, Vol. 88, No. 6, pp 1057-1109.