

دیالکتیک پایایی و پویایی حقوق در رهیافت نظریه اصول حقوقی؛ با نگاهی به رویه قضایی^۱

مرتضی جمالی*، قاسم محمدی**

چکیده

یکی از اصلی‌ترین اهداف هر سیستم حقوقی، انتظام بخشی به زیست اجتماعی اشخاص حقیقی و حقوقی و در عین حال، هم‌گامی با تحولات روزافزون زندگی مدرن است. تحقق چنین کارکردی که از یک سو، مستلزم ثبات در احکام و وضعیت‌های حقوقی (به‌عنوان قابل پیش‌بینی بودن حقوق و تکالیف مخاطبان هر نظام حقوقی) و از دیگر سو، وابسته به هم‌گامی با نیازهای جدید است، در گرو تنوع منابع هر سیستم حقوقی می‌باشد. بررسی این منابع، حکایت از آن دارد که اصول کلی حقوقی، بیشترین ظرفیت را برای جامعه عمل پوشاندن به این دو هدف اساسی داراست. به واقع، اگر قانون نوشته - آن گونه که از منظر اثبات‌گرایان - یگانه منبع حقوق سنتی بوده و هر آنچه را که از حقوق انتظار می‌رفت را، به تنهایی به دوش می‌کشید، ظهور شاخه‌ها و گرایش‌های نوین حقوقی ابهامات، تناقضات و خلأهای قانونی را بیش از پیش نمایان ساخته، ضرورت توجه به اصول کلی حقوقی را به‌عنوان منبعی پویایی‌بخش، که متعرض ثبات سیستم حقوقی نیز نبوده و حتی مقوم این پایایی به‌نظر می‌رسید، آشکار ساخت. بنابراین، پژوهش حاضر، این منبع نادیده انگاشته شده در حقوق کشورمان را، عاملی برای پویایی حقوق، ضمن حفظ استحکام و ثبات آن می‌داند. به دیگر سخن، پایایی و

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «نحوه استناد معتبر به اصول حقوقی در رویه قضایی (مطالعه تطبیقی در رویه قضایی ایران و کامن‌لا)» با راهنمایی آقای دکتر قاسم محمدی و مشاوره دکتر سیدمحمد قاری سیدفاطمی و دکتر منصور امینی در دانشگاه شهید بهشتی است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
(نویسنده مسئول) morteza.jamali69@gmail.com

** استادیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
gh.mohammadi@sbu.ac.ir

پویایی نظام حقوقی در رهیافت نظریه اصول حقوقی قابل تحقق است. روش تحقیق کتابخانه‌ای و با مطالعه رویه قضایی ایران بوده است.

واژگان کلیدی: اصول کلی حقوقی، انسجام حقوق، اثبات‌گرایی، پویایی حقوق

مقدمه

حقوق به‌طور ذاتی ثبات‌پذیر است و این وصف، لازمه دستیابی به اهداف آن است. این وصف حقوق به معنای تحول‌ناپذیری آن نیست؛ حقوق در عین حال که بر نظم موجود تکیه می‌کند، نیازها و نظم نوین را نیز اداره می‌کند. بدین ترتیب حقوق هم به‌طور طبیعی، ثبات‌پذیر است و هم پویا. مقصود ما از دیالکتیک در پژوهش حاضر، کنشی خردگرایانه است که در قالب یک نظریه جدید، دو دیدگاه حقوقی متضاد را جمع کند. به باور ما، وجود تضاد و تناقض، شرط تکامل فکر و دانش حقوق است و در این مسیر، دیالکتیک هگلی مبنای طرح بوده است. از دیدگاه این اندیشمند شهیر دیالکتیک، سازش تناقض‌ها و تضاد در وجود اشیاء، ذهن و طبیعت و در نتیجه، سیر از وحدت به کثرت و از وحدت به کثرت است (توماس، ۱۳۷۹: ۱۲۳). و چون این منطق خطایی را برای پیشبرد استدلال‌های پژوهش برگزیده‌ایم، لاجرم اصول حقوقی مبنای دقیق‌تری برای اثبات مدعا به‌نظر می‌رسد. چندان که یکی از محققان خوش ذوق معاصر، با ابداع عنوان توپیک‌های حقوقی و توصیف آن به دیدگاه‌هایی کلی که قوه انصاف مخاطب نمی‌تواند آن‌ها را نپذیرد، اصول کلی حقوق را بارزترین نمونه این توپیک‌های حقوقی و ابزار اصلی در فن دیالکتیک دانسته و با الهام از اصطلاحات ادبی، به موتیف‌های حقوقی^۱ یا توپوس‌های^۲ حقوقی تعبیر کرده‌اند که در تمام نظام‌های حقوقی نقل زبان حقوق‌دانان هستند (جعفری‌تبار، ۱۳۹۸: ۸۵ و ۹۰). به نظر می‌رسد مقصود ایشان از موتیف‌های حقوقی، نگاه به اصول حقوقی از منظر تکرارشدگی یا برانگیزندگی اصول حقوقی و توپوس‌های حقوقی، تعیین حدود و صغور فضایی است که در آن، کنش (در شکلی دیالکتیکی) رخ می‌دهد.

اصول کلی حقوقی، به‌عنوان یکی از منابع علم حقوق در روزگار کنونی، از جمله گزاره‌هایی است که به‌لحاظ مفهوم‌شناسی، به‌شدت اختلافی بوده و از این‌رو، ارائه تعریفی از آن، که جامع تمام مصادیق احتمالی و مانع از ورود مفاهیم مشابه - اما متفاوت - باشد را دشوار می‌نماید^۳. از جمله

1. Motif

2. Topos, Topoa

۳. این دشواری در بیان مفهوم اصول حقوقی تا بدانجا بوده است که برخی گفته‌اند اصول حقوقی در زمره مفاهیم القاء شده حقوقی هستند؛ به نحوی که با شنیدن آن، می‌توان بطور کلی و اجمالی به مقصود گوینده پی برد چرا که معنای

عواملی که بر ابهام در مفهوم اصول کلی حقوقی افزوده‌اند می‌توان به نانوشته بودن اکثر اصول حقوقی و عدم احصای مصادیق آن در حقوق موضوعه، پراکندگی اصول حقوقی در شاخه‌های متنوع این علم و عدم ارائه هیچ‌گونه تعریفی از آن در قوانین موضوعه، اشاره نمود. لذا به نظر می‌رسد برای رسیدن به تعبیری قابل اتکا از این نهاد حقوقی، لاجرم باید نظرات دانشمندان حقوق را مورد نظر قرار داد. برخی از اساتید حقوقی، با نگاهی جامعه‌شناختی، اصول کلی حقوقی را قواعدی نانوخته در یک جامعه معین دانسته‌اند که مورد پذیرش وجدان عمومی به‌عنوان قانون، قرار گرفته‌اند (Bekaert, 1963: 172) و برخی دیگر نیز، از اصول حقوقی به قواعد کلی که در تمام نظام‌های حقوقی پذیرفته شده‌اند و شامل اساسی‌ترین احکام حقوقی و حاکم بر تمام احکام جزئی می‌باشند تعبیر کرده‌اند (جعفری‌تبار، ۱۳۸۳: ۱۹۸). این تعبیر، با آنکه یک‌سره به بی‌راهه نرفته‌اند، لکن تنها بر یکی از جنبه‌های اصول کلی حقوقی یعنی پذیرفتگی اجتماعی آن، توجه داشته‌اند؛ وانگهی، انحصار اصول کلی حقوقی به یکی از اقسام آن یعنی اصول حقوقی نانوخته، گویای آن است که از منظر ایشان، توجه مقنن به اصول حقوقی و نفوذ آن در قوانین مصوب، موجب تغییر ماهیت اصول حقوقی می‌گردد، حال آنکه نگاه مقنن به اصول حقوقی، صرفاً می‌تواند کاشف از وجود چنین اصولی در سیستم حقوقی متبوع بوده و بدون فرایند تقنینی نیز، هر اصل کلی حقوقی معتبری، نافذ خواهد بود. ضمن آنکه تعریف اخیر صرفاً ناظر بر اصول کلی حقوقی مشترک در تمام نظام‌های حقوقی بوده و اصول حقوقی خاص هر نظام حقوقی را در بر نمی‌گیرد. از طرفی اصول حقوقی لزوماً مرتبط با حقوق اساسی نبوده و در مواردی، حقوق قابل اسقاط و قابل توافق خصوصی نیز موضوع یک اصل حقوقی می‌تواند باشد. لذا به نظر می‌رسد باید راه میانه را برگزید و نقش تمامی عوامل را در خلق اصول حقوقی در نظر گرفت. فلذا اصول حقوقی، «هنجارهایی کلی»^۱ دائمی (بدون تاریخ انقضای معین) هستند که حامل «هنجارهای حقوقی»^۲ تکلیفی یا وضعی بوده و مجهولات نظام حقوقی را بر مبنای متغیرهای دخیل و وضعیت‌های خاص وابسته به هر پرونده، آشکار ساخته یا «هست»‌های آن را به آنچه «باید» باشند رهنمون می‌سازند.

با توجه به وابستگی معنای متون هنجاری به رویه‌های زبان‌شناختی، گاه فقدان یا اختلاف نظر پیرامون قواعد یا عرف‌های ثابت در یک موضوع خاص، موجب می‌شود محتوای قانون در مرحله

این مفاهیم، هر چند به صورت مبهم، بر ذهن مخاطب می‌نشیند و کاشف از غرض گوینده است (Béchiillon, 1998: 36 et 37).

1. Norme générale
2. Norme juridique

ثبوت حکم، متعین نباشد. تعیین به رابطه توجیهی میان دلایل حقوقی و نتیجه دعوا مربوط می‌شود. عدم تعیین قانون در اشکال اجمال، تعارض، نقص و سکوت قانون خود را نشان می‌دهد و همه این‌ها در شرایطی است که رفع تمامی آن‌ها بر عهده نظام قضایی است. از این‌رو، در سطوح مختلف فرایندهای قضایی، دادرسان ناچار به اتخاذ تصمیماتی درخصوص مؤلفه‌های ذهنی و قضاوت هنجاری-ارزشی^۱ هستند. از همین روست که اعطای آزادی عمل قضایی، راهکاری برای فائق آمدن بر محدودیت‌های حقوق موضوعه است. راجع به حاکمیت قانون و شیوه تفسیر آن دو دیدگاه کلی وجود دارد که متناسب با هر یک، جایگاه و نقش مقنن و محاکم، نیازمند باز تعریف هستند. دیدگاه منشأگرا یا انعطاف‌ناپذیر که تحت تأثیر هرمنوتیک عینیت‌گرا است و مطابق آن، حاکمیت اصول قانون موضوعه و شکل دستوری آن‌ها، مدنظر است. به فراخور چنین قرائتی، در تفسیر و تأویل قانون، به شیوه‌های ادبی یا تحت‌اللفظی و تنگ‌دامنه، بدون توجه به جنبه‌های هرمنوتیک، عمل می‌شود (آقایی، ۱۳۸۸: ۱۲۸). از این منظر، صلاحیت تفسیری قاضی از اراده قانون‌گذار نشئت گرفته است و اصل حاکمیت و برتری پارلمانی ایجاب می‌کند تا قضات در موضع مجری بی‌چون و چرای قانون باشند و تفاسیر آن‌ها به الفاظ و عبارات ظاهری مقید شود. صلاحیت قضایی اعطا شده توسط قانون‌گذار همچون دایره‌ای است که بخش‌های زائد و معیوب آن پیش‌تر توسط مقنن زدوده شده است، پس قاضی حق تصرف اضافی در آن ندارد (Elliot, 2001: 39). از دیدگاه خشک و انعطاف‌ناپذیر یا دکترین خروج از صلاحیت، از آنجا که صلاحیت قضایی پیش‌تر از فیلتر قانون‌گذار گذشته است، پس معیار تصمیم‌گیری قضات، صرفاً قانون خواهد بود (فنازاد، ۱۳۹۱: ۶۲).

دیدگاه دوم، دیدگاه پویا یا در حال شکوفایی است. تفسیر مبتنی بر روش‌های پویا، مستلزم لحاظ تحولات حقوقی و همچنین زمینه‌های اجتماعی مربوط به متن و سوابق تاریخی و اجتماعی آن است. مطابق این نظر، الفاظ مکتوب قانون‌گذار غایت امور نیستند، بلکه حقوق دارای روح و عمقی ورای الفاظ صوری و ظاهری‌اند. قضات اختیارات تفسیری خود را در حالتی منسجم اعمال می‌کنند به نحوی که مجموعه واحدی از رویه‌های قضایی قابل پیش‌بینی خلق شود تا قضات را به آن‌ها متعهد و ملتزم نمایند. در این پژوهش، ابتدا پایایی (ثبات) حقوق، مبانی و نتیجه آن بر شناسایی اصول حقوقی بررسی گردیده سپس، ضمن ارائه دیدگاهی نزدیک به صواب از پویایی حقوق و زمینه‌های آن، امکان جمع میان این دو رویکرد (پایایی و پویایی حقوق) با استفاده از اصول حقوقی،

اثبات می‌گردد.

۱. پایایی حقوق؛ زمینه‌ها و آثار

همان طور که پیش‌تر بیان شد، ثبات‌پذیری از ویژگی‌های اصلی حقوق است. مفهوم این ثبات، زمینه‌ها و آثار آن بر اصول کلی حقوقی، موضوع بحث حاضر است.

۱-۱. مفهوم پایایی حقوق

حقوق به‌طور ذاتی پایدار است. اما این وصف را نباید به معنای رکود و انعطاف‌ناپذیری مطلق قواعد حقوقی دانست. چراکه اساساً ایستایی حقوق به مفهوم راکد و بی‌جان بودن آن نیست. پدید آوردن نظم اجتماعی، در وهله نخست با ثبات و استمرار قواعد حقوقی میسر می‌گردد. دو خطر همواره نظم اجتماعی را تهدید می‌کند: نظم و بی‌نظمی؛ نظمی که موجبات دستیابی به عدالت و پیشرفت جامعه را فراهم نیاورد، خود بی‌نظمی است. در نقطه مقابل، با وجود بی‌نظمی و از مسیر آن، نمی‌توان به جامعه‌ای سعادتمند و بالنده دست یافت. تغییر پی در پی قواعد حقوقی، هرچند با انگیزه قواعد بهتر باشد، خود نوعی بی‌نظمی است. حقوق دنباله‌رو تحولات اجتماعی، فرهنگی و فن‌آورانه نیست، بلکه این تحولات را در راستای رسیدن به اهداف خود، رصد نموده و به نوعی مدیریت می‌نماید. حقوق باید پیش‌آمدها و حوادث را دسته‌بندی نماید، با عادات و رسوم زیان‌بار مبارزه کرده، حقوق و تکالیف را برپاسازد و از این رهگذر، تکامل و پیشرفت جامعه را محقق کند. انجام این وظیفه و رسیدن به آن هدف با ثبات قواعد حقوقی ملازمه دارد؛ دگرگونی مداوم آن نه تنها مانع دستیابی حقوق به اهداف اصلی آن می‌گردد، بلکه جز بی‌نظمی و آشفتگی، ثمره دیگری نخواهد داشت (ریپر، ۱۳۹۶: ۲ به بعد).

از سوی دیگر، اعتبار حقوق به ثبات آن بستگی دارد؛ زمانی که قاعده حقوقی ویژه‌ای برای یک مدت طولانی بر روابط شهروندان یک جامعه حاکم باشد، به‌گونه‌ای آن را عادلانه تلقی می‌کنند (Atiyah and Summers, 1987: 37) و چنان‌که حاکمیت در پی تغییر آن برآید، افکار عمومی نسبت به آن واکنش نشان می‌دهد. وانگهی، ثبات ذاتی حقوق تا جایی است که حتی در انقلاب‌های سیاسی و اجتماعی نیز از قواعد حقوقی نظام گذشته، بهره گرفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۴۹)، منطق چنین امری در این است که استقرار حکومت نوین با تکیه بر چهارچوب‌های حکومت پیشین ملازمه دارد (Ripert, 1955: 5). بدین ترتیب، تکیه انقلاب‌های سیاسی و اجتماعی بر نظم پیشین، ناشی از این واقعیت است که حقوق به‌صورت ذاتی ثبات‌پذیر است.

۱-۲. زمینه‌های پایایی حقوق

بیان شد که حقوق به‌صورت ذاتی ایستا است و لازمه تحقق هدف آن، اتصاف به این وصف

می‌باشد. بر این اساس، ایستایی ذاتی حقوق بر چند دلیل می‌تواند استوار باشد:

الف) ایجاد نظم و امنیت: نظم یکی از قدیمی‌ترین و جاودانه‌ترین ارزش و قانون جهان هستی است. رعایت نظم را باید برای مردم و از مردم خواست. غالب نظام‌های حقوقی پیشرفته بر یک اصل اخلاقی استوار هستند و این اصل اخلاقی، «نفع متقابل» است و قدر مسلم این است که این اصل اخلاقی، دست‌کم در بردارنده نظم اجتماعی است. در نگاه نخست، ایستایی ذاتی حقوق، مانع هرگونه تحول و پیشرفت به‌نظر می‌رسد لکن باید دانست، ثبات حقوق که از لوازم دستیابی به نظم اجتماعی و امنیت حقوقی است، از لوازم نیل به پیشرفت است: هرگاه نظم پایدار موجود نباشد و در پی آن امنیت مردم نیز فراهم نشود، خلاقیت و ابتکار نیز راه بروز و ظهور نمی‌یابد؛ بنابراین برای پدید آوردن شور و جنبش زندگی، جامعه به آرامش و امنیت نیاز دارد و این نیاز زمانی برآورده می‌گردد که قواعد حقوقی ثابت باشد. چنان‌که تجربه نشان می‌دهد حتی با تقدیم لایحه‌ای به مجلس نیز ممکن است معاملات در بازارهای مختلف مالی یا سرمایه، وارد فاز رونق یا رکود گردند. از این رو ثبات‌پذیری حقوق، شرط توسعه پایدار جامعه است.

ب) سهولت در پذیرش و اجرای قانون: پایایی قانون، اجرای آن را ساده‌تر می‌نماید زیرا، با گذشت زمان قواعد حقوقی به نوعی قواعد زندگی روزمره تبدیل شده و مردم با پذیرش و اجرای آن خو می‌گیرند. قاعده حقوقی نوینی که پا به عرصه حقوق می‌گذرد برای جاری شدن نیاز به مجرا دارد؛ لازمه یافتن این مجرا، گذشت زمان است چراکه سرشت آن اقتضای چنین چیزی را دارد. هرچه از عمر قانون بگذرد، روش دادگاه‌ها در اجرای آن روشن‌تر خواهد شد، با گذشت زمان از خشکی قانون کاسته شده و به عدالت نزدیک‌تر خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۴۹). حقوق در اثر برخورد نیروهای گوناگون به‌وجود می‌آید و چه بسا در این بین، برخوردهایی نیز صورت بگیرد و قاعده حقوقی نوین، ثمره تلاش برخی جریان‌های سیاسی، اجتماعی یا فرهنگی باشد، لکن بعد از رسمیت، با مرور زمان، رنگ جامعه را به خود می‌گیرد و مقبول آن واقع می‌شود؛ از این رو شرط اجرای آسان قواعد حقوقی، ثبات و پایایی آن است؛ رسیدن به هدف اصلی حقوق یعنی عدالت، زمان زیادی را می‌طلبد و بر این اساس حقوق به‌صورت ذاتی ثبات‌پذیر است.

۳-۱. انکار اصول کلی حقوقی برای نیل به ثبات حقوقی با رویکرد حاکمیت قانون

اندیشه اصالت فرد، دولت حداقلی، اعتقاد به حاکمیت قانون در مفهوم شکلی و افراطی آن، وفاداری شدید به تفکیک قوا و ناسازگاری با صلاحیت‌های اختیاری از برجسته‌ترین ویژگی‌های تئوری‌های حقوقی مخالف استناد به اصول حقوقی است. در ادامه به‌طور تفصیلی این مبانی و آثار آن بر نظریه اصول حقوقی مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۱-۳-۱. متن‌گرایی

رویکرد متن‌گرا، قضات را ملزم می‌سازد تا قانون را در پرتو معنای متن قانون با در نظر گرفتن خواست و نظر واضعان آن، تفسیر کنند. در چنین دیدگاهی، مراجع غیرمنتخب همچون قضات، به تفسیر و تغییر متن مجاز نیستند و اگر به تحول در قانون نیازی احساس شود، خود قانون‌گذار روش‌های بازنگری در آن را پیش‌بینی کرده است (Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2001: 8). این نگاه شدیداً شکل‌گرا، حقوق را صرفاً مجموعه‌ای از قواعد حقوقی مندرج در متن قانون مصوب دانسته که نتیجه نهایی تمام تصمیمات قضایی را از پیش مشخص می‌سازند. در این برداشت مضیق و شکلی از قانون، حاکمیت قانون به مثابه مجموعه‌ای از قواعد تعیین‌کننده نتیجه، تلقی می‌شود. در واقع بر اساس این نظریه، برای کشف اراده مقنن باید قانون را ملاحظه کرد و در صورت ابهام در قانون و مقصود مقنن، می‌توان آن را تفسیر کرد و تفسیر نیز چیزی جز کشف مراد قانون‌گذار از طریق بررسی متن قانون نخواهد بود. در این صورت، روش متن‌گرا می‌تواند به برداشتی کاملاً سطحی از قانون منجر شود و قاضی را از کوشش برای رسیدن به برداشتی عمیق و پویا از قانون بازدارد. اما مهم‌ترین توجیه مدافعان این مکتب، صیانت از استقلال قوا و حاکمیت پارلمان است. یعنی چنانچه قوه قضائیه امکان تفسیر موسع و پویا را از قانون داشته باشد، در واقع وارد حوزه صلاحیت مقنن شده و حاکمیت قانون را به چالش کشیده است و اراده مقامات انتصابی را جایگزین اراده مقامات انتخابی خواهد کرد. تأکید بر «حاکمیت قانون» در مقابل «حکومت قضات» از نتایج این رویکرد است (یاوری و حسنوند، ۱۳۹۸: ۲۴۸ و ۲۴۹).

۱-۳-۲. تقدس قانون؛ ره‌آورد نظریه قرارداد اجتماعی

در اواخر قرن هفده و اوایل قرن هجدهم، نظریه سیاسی لیبرالیسم به وجود آمد. مانند هر نظریه سیاسی دیگر، از لیبرالیسم قرائت‌های مختلفی وجود دارد. اما صرف‌نظر از این پیچیدگی و تنوع قرائت‌ها، هر قرائت از لیبرالیسم جایگاهی بنیادی برای حکومت قانون نگاه می‌دارد. حکومت قانون و لیبرالیسم پیوندی ناگسستنی دارند به نحوی که به یقین می‌توان گفت نظریه حکومت قانون به نحوی که امروزه مطرح است، ریشه در افکار نظریه‌پردازان لیبرال دارد. البته باید متذکر شد که خود قانون، قدمتی بیشتر از نظریه حاکمیت قانون دارد و در نوشته‌های ارسطو و افلاطون، پابند بودن به قانون مطلوب دانسته شده، اما نظریه حکومت قانون به نحوی که امروزه مطرح است، حاصل نظریه لیبرالیسم سیاسی می‌باشد (Tamanaha, 2004: 32).

به نظر لیبرال‌ها منشأ قانون و جامعه، قراردادی است اجتماعی که میان انسان‌های آزاد منعقد گشته است. پیش‌فرض اصلی قرارداد اجتماعی پذیرش آزادی انسان‌هاست. به بیان جان لاک، افراد

بشر در وضعیت طبیعی زندگی می‌کردند. در این وضعیت، آن‌ها قبل از انعقاد آزاد بودند اما زندگی بدون قانون در وضع طبیعی متزلزل و مستعد درگیری است. حفظ صلح، نیازمند وجود قوانین، مجریان و قضات بی‌طرف است. به همین دلیل اشخاص مستقل و آزاد برمی‌گزینند که مقداری از آزادی خود در وضع طبیعی را، فدای آزادی در پناه قانون نمایند. لذا قراردادی به نام قرارداد اجتماعی منعقد می‌کنند که مفاد آن این است که حکومتی با اختیار وضع و اجرای قانون تشکیل گردد (Tamanaha, 2004: 55). گذشته از آزادی افراد، نظریه قرارداد اجتماعی پیش‌فرض دیگری هم دارد و آن برابری افراد است. برابری در لیبرالیسم، توأمان با آزادی است. به دلیل برابری افراد است که همه می‌توانند در قرارداد اجتماعی مداخله کنند. چون انسان‌های برابر، شأن و منزلت برابر دارند؛ در مقابل قانون برابر هستند و حقوق سیاسی برابر دارند. ایراد اساسی نظریه قانون به‌عنوان منبع منحصر حقوق در این است که قانون‌گذار قادر به پیش‌بینی همه حوادث و مسائل آینده نیست و در نتیجه انتظار تصویب قاعده حقوقی توسط آن برای پاسخ‌گویی، معقول نیست (عابدی فیروزجانی، ۱۳۹۷: ۱۴۶).

۳-۱-۳. حقوق به‌عنوان امری فطری

حقوق فطری یا طبیعی بر این اندیشه توماس آکویناس استوار است که: «کنش انسان از هستی تبعیت می‌کند». به عبارتی، در حقوق موضوعه از آنچه هست سخن رانده می‌شود و در حقوق طبیعی، از آنچه باید باشد. از سوی دیگر، حقوق فطری در معنای مرسوم خود، ناشی از اراده خداوند و هدف آن اجرای این اراده است. از این رو، حقوق فطری دگرگونی‌ناپذیر و ایستا محسوب می‌گردد و تغییرات زمانی و مکانی، خدشه‌ای به اعتبار آن وارد نمی‌سازد. چنان‌که هوریو معتقد است: مفهوم «حقوق فطری» با «تغییر پذیری» در تعارض است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۰۱).

۴-۱-۳. قصدگرایی

مکتب قصدگرایی یا نظریه توافق، هم‌سو با مدل دموکراسی اکثریتی است. مطابق این دیدگاه، تابعان (مردم) با نمایندگان خویش قراردادی بسته‌اند تا قانون اساسی کشور وضع شود و برای هرگونه تفسیر، محتاج کشف مقاصد مورد نظر واضعان هستیم. در توجیه این نظر گفته شده که قانون اساسی به‌مثابه قانون برتر و زیرساخت جامعه است که هم‌گام با مقتضیات اجتماعی و سیاسی، جز با رفراندوم عمومی، دستخوش تغییر نخواهد شد. در نتیجه، قضات هیچ نقشی در مقام ابداع یا توسعه و تزیین نصوص این قانون ندارند. طبق این رویکرد اگر اصلاحیه پنجم قانون اساسی آمریکا گفته است: «حق حیات هیچ‌کس را نمی‌توان سلب کرد مگر با تجویز قانون و رعایت فرایند منصفانه آن»، پس امروزه باید این اصل را با قصد و اراده وقت قانون‌گذار وقت، تأویل کرد و

نمی‌توان نظر طرف‌داران امروزی جرم‌زدایی از سقط جنین را توجیه کرد (Beaty, 2004: 55). برای فهم یک متن باید حداقل فهم دو امر موجود باشد؛ هم قصد فهمیده شدن و هم قصدی که این قصد فهم شود: «متن به مثابه عمل ارتباطی قصدشده». قصدگرایی مانند متن‌محوری یکی از شقوق دیدگاه خشک و انعطاف‌ناپذیر نسبت به قانون است؛ اما تفاوت در آن است که در اولی واژگان و معانی ممکن است دچار تحول معنایی شوند یا با چند تفسیر مواجه شوند. ولی در روش قصدگرایی، کشف اراده قانون‌گذار وقت، محوریت دارد.

۲. گذار از ایستایی به پویایی حقوق از مسیر اصول کلی حقوقی

تکلیف قانون بر حل و فصل دعاوی هم‌زمان با عدم تعیین قانون موضوعه در موارد متعدد، نظام‌های حقوقی را به تکاپو انداخت تا ضمن یافتن راه‌حلی برای برون رفت از چنین بن‌بستی، انسجام سیستم حقوقی را نیز حفظ نمایند. تبیین مبانی فلسفی این مهم، موضوع بحث حاضر است. در این مبحث، همراه با نقد ضمنی دلایل طرف‌داران ایستایی حقوق، با اتخاذ روش هنجاری از واقعیت کنش قضایی، بهترین مسیر برای ایجاد تعادل میان اصل حاکمیت قانون و آزادی عمل قضایی از رهیافت استفاده از اصول حقوقی شناسایی می‌شود تا روشن‌گر مرزهای مشروع آزادی عمل قضایی در سپهر حاکمیت قانون باشد.

۲-۱. مفهوم پویایی حقوق

پاره‌ای از نویسندگان، دگرگون‌پذیری را جزء و در شمار ویژگی‌های ذاتی حقوق دانسته و برآنند که این ویژگی ذاتی در حقوق موضوعه، بنا به دلایل مختلف رو به افزایش است. قانون، دیگر یک قاعده حقوقی مسلم و تغییرناپذیر نیست. همین که یک قاعده حقوقی به‌عنوان یک قانون بشری ساخته شده است، تغییرپذیر تلقی می‌شود و دیگر، سنتی مقدس به شمار نمی‌رود (Aryan civilization, 1871: 127). چون زائیده اراده کسانی است که آن را پدید آورده‌اند به همین جهت، به‌سان همین اراده، تغییرپذیر است (لوی برول، هانری و دیگران، ۱۳۷۱: ۵) قانونی که تصویب می‌شود، بیش از آنکه ارائه یک راهکار حقوقی باشد، بیان‌گر تحول و پویایی است^۱. مقصود از پویایی در این جا آن است که در قواعد حقوقی انعطاف‌پذیری ایجاد گردد که در اثر گذشت زمان، کارایی خود را از دست ندهد و با تحولات اجتماعی هم‌گام شود. مصالح و نیازهای هر جامعه، با سپری شدن زمان تغییر می‌یابد و قانون نیز باید با این تغییرات، سازگار باشد در غیر این صورت، همچون وصله‌ای ناهمگون بر پیکره نظام حقوقی جامعه خواهد بود. از سوی دیگر، «این نکته که حقوق تحول‌پذیر است، به‌نوعی

1. La loi qui set fait aujourd'hui, traduit plutôt un dynamisme qu'une technique (Ripert, 1955: 58)

بیانگر ثبات ذاتی آن است» (Ripert, 1955: 28). تحول یک پدیده هنگامی معنا پیدا می‌کند که اساس آن حفظ و زنگار کهنگی از چهره آن زدوده شود.

۲-۲. زمینه‌های پویایی حقوق

علم حقوق، جنبش و دگرگونی‌پذیری دیگر علوم را ندارد. با این حال، حقوق دگرگون‌ناپذیر هم نیست و توانایی پیشرفت و پویایی برحسب نظام ویژه خود را دارد. زمینه‌های پویایی حقوق ذیلا بررسی می‌گردد.

الف) نیازهای نوین اجتماعی؛ نظم حقوقی ناشی از تولید انبوه: رشد روزافزون فناوری و تحولات صنعتی، نیازهای نوینی را پدید می‌آورد و حقوق ناگزیر است هم‌گام با این دگرگونی‌ها، آن را اداره کند. به همین جهت نیاز به قواعد حقوقی، متناسب با نیازهای نوین است. دگرگونی‌های ناشی از تولید انبوه، اوج دگرگونی‌های اساسی در نظم اجتماعی است که از زمان انقلاب صنعتی شروع شده و ادامه دارد و «اصول و قواعد اساسی صنعت‌گرایی»^۱ در اوج بالندگی قرار دارد. با پایدار شدن تولید انبوه، مشکل تنها اداره نظم اجتماعی سنتی پیشین نیست؛ یک اصل نوین سازماندهی اجتماعی نیز مطرح است (Druker, 1992: 20). از این رو، برای اداره نظم حقوقی موجود و نیز پیدایش نظم نوین، نیاز به قواعد حقوقی متناسب است. چنان‌که پیدایش مسئولیت سازمانی و نظریه تقصیر اقتصادی، نتیجه دگرگونی‌های ناشی از تولید انبوه است.

ب) نظم پویا: در علم جامعه‌شناسی، نظم را به سه دسته تقسیم‌بندی می‌کنند: نظم ایستا، نظم در حال زوال و نظم پویا. حقوق نیز از نظام اجتماعی بوده و می‌توان این دسته‌بندی را در آن نیز لحاظ کرد:

۱. حقوق به‌طور ذاتی ثبات‌پذیر است اما تحول‌ناپذیر نیست؛ از سوی دیگر دنباله‌رو تحولات نبوده بلکه آن را مدیریت می‌نماید. در این فرض تنها انعطافی که حقوق می‌تواند از خود نشان دهد، محدود به حفظ و باز تولید خود خواهد بود. این نظم را می‌توان نظم ایستا نامید که در آن، عوامل پایایی حقوق بر عوامل پویایی آن چیره می‌گردد.

۲. دگرگونی حقوق در پی هر تحول و پیشرفتی، به بی‌نظمی و بی‌عدالتی منجر می‌شود. این در حالی است که اعتبار علمی مانند زیست‌شناسی و پزشکی در گرو پویایی و پیشرفت علمی است. اگر چنین تحلیلی را در حقوق نیز بپذیریم، پیامدی جز هرج و مرج اجتماعی نخواهد داشت و نظم موجود را نیز باید نظم در حال زوال خواهد بود.

1. The basic principles of industrialism

۳. نوع دیگری از نظم حقوقی، نظم پویاست: در پی تحولات مختلف سیاسی، اجتماعی، علمی، فرهنگی و...، حقوق در راستای رسیدن به اهداف خود، باید با آن‌ها هم‌گام شود. از این جهت، امکان تغییر نظم حقوقی موجود نیز فراهم خواهد شد. چنین نظمی را می‌توان نظم پویا نامید. در واقع مقنن در رویارویی نیروهای بازدارنده و محرک حقوق، به انتخاب شایسته دست می‌زند و بین دو ارزش مطلوب حقوق یعنی نظم و عدالت، دست به انتخاب می‌زند. به هر روی، بالندگی حقوق در این است که در راه رسیدن به اهداف خود، چشم بر واقعیات و تحولات موجود نبندد (شیخ الاسلامی کندلوس، ۱۳۹۳: ۱۷۸). برای نمونه، با آنکه هیچ مقررۀ قانونی‌ای تصریح بر اصل استقلال امضاها در اسناد تجاری نکرده است، دکترین و رویه قضایی، ضمن شناسایی این اصل حقوقی، خلاف آن را نیازمند تصریح قانونی دانسته‌اند تا ضمن حفظ نظم حقوقی، با مقتضیات اسناد تجاری که نسبت به اسناد مدنی نوین و متفاوت محسوب می‌شود، هم‌گام عمل شود؛ معمولاً امضاکنندگان متعددی در سند تجاری مداخله نموده و تحت شرایطی مسئولیت پرداخت را بر عهده می‌گیرند. بر مبنای اصل استقلال امضاها، هر امضایی باید مستقل و بی‌ارتباط با امضاها دیگر در نظر گرفته شود. صحت یا بطلان هر یک از امضاها مندرج در سند نباید به امضاها دیگر تسری پیدا کند و آثار و وضعیت حقوقی آن را تغییر دهد. هر امضا بیان‌گر تعهد مستقل نسبت به امضاها دیگر و حاکی از تعهد امضاکننده آن است مگر در مواردی که به موجب قانون بطلان و بی‌اعتباری آن احراز گردد (اسکینی، ۱۳۷۴: ۸۳). در حکم شماره ۵۳۷/۷۱ شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور بر اساس همین اصل آمده است: «اعتراض تجدیدنظر خواه به رأی تجدیدنظر خواسته، نتیجتاً وارد است چه سفته مستند دعوا از ناحیه آقای... و به حواله کرد بنیاد... صادر و با ظهرو نویسی به بانک تجدیدنظر خواه منتقل کرده است، بانک مذکور در حین دریافت سفته‌های مدرکیه وظیفه‌ای از نظر بررسی در این خصوص که تنظیم آن‌ها بین نامبردگان صوری بوده است یا خیر، نداشته و اصولاً مواد ۲۴۹ و ۳۰۹ قانون تجارت به دارنده سفته اختیار داده است تا علیه متعهد و ظهرو نویس یا ظهرو نویسان یا برخی از آن‌ها طرح دعوا نماید و وجود هرگونه رابطه یا تعهد یا مدرکی بین مشارالیه نمی‌تواند سد راه اقدامات دارنده سفته به حساب آید... فلذا رأی شماره... مخدوش است...» (علل نقض آرای حقوقی در دیوان عالی کشور، ۱۳۷۶: ۱۸۹).

ج) عدالت: مقنن برای دستیابی به نظم اجتماعی و عدالت، اقدام به قانون‌گذاری می‌کند. عدالت، در هر شرایط مکانی و زمانی، با توجه به وضعیت اقتصادی، سیاسی و اجتماعی مشخص شود و نباید آن را مفهومی ثابت پنداشت. آرمان عدالت و مصداق‌های آن ثابت نیست و باید به جای عدالت جاودانه، در پی عدالت زمانه گشت (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۶۴). لذا چنانچه نظم حقوقی موجود

عادلانه نباشد، قانون‌گذار ناچار به تغییر وضع موجود خواهد بود.

۲-۳. اصول حقوقی در مکاتب حقوقی پویا

تکلیف قانون بر حل و فصل دعاوی هم‌زمان با عدم تعیین قانون موضوعه دست‌کم در موارد عدیده، نظام‌های حقوقی را به تکاپو انداخت تا ضمن یافتن راه‌حلی برای برون رفت از چنین بن‌بستی، انسجام سیستم حقوقی را نیز حفظ نمایند. در این مبحث، مکاتب مربوطه و دلایل جمع میان پایایی با پویایی حقوق از طریق اصول حقوقی بررسی می‌گردد.

۲-۳-۱. شناسایی اصول حقوقی، نتیجه فلسفه اخلاقی دورکینی

اگر به عملکرد قضات و حقوق‌دانان نگاه کنیم ملاحظه می‌شود که گذشته از استناد به قواعد حقوقی به اصول حقوقی هم استناد می‌کنند. سؤالی که بین فیلسوفان حقوق مطرح است این است که آیا حقوق‌دانان در مواردی که قانون متعین نیست تکلیف به رعایت اصول حقوقی دارند یا نه؟ دورکین عقیده دارد که چنین تکلیفی وجود دارد. وی در نقد قاعده شناسایی مورد نظر هارت، می‌نویسد: «قاعده شناسایی مورد نظر هارت اصول حقوقی را شامل نمی‌شود» (Dworkin, 1972: 867). به نظر دورکین، پذیرش این ادعا که در هر نظام حقوقی معیاری وجود دارد که به‌طور عام پذیرفته شده و بر اساس این معیار، قاعده حقوقی از سایر قواعد تمیز داده می‌شود، تنها در صورتی درست است که فقط قواعد حقوقی ساده که در مجموعه قوانین یافت می‌شود مورد نظر باشند؛ اما قضات، وکلا و اساتید حقوق در مقام استدلال نه تنها به قواعد حقوقی استناد می‌کنند بلکه برای اصول حقوقی نیز جایگاه شایسته‌ای قائل هستند^۱. به نظر دورکین، مکتب تحقیقی حقوقی برای اینکه نشان دهد نظریه قاعده شناسایی اجتماعی درست است، باید دست به انتخاب بین دو گزینه بزند. گزینه اول آن است که اثبات کند وقتی به اصول حقوقی استناد می‌شود بحث بر سر اینکه حکم قانون در مورد مسئله مورد رسیدگی چه می‌باشد نیست بلکه بحث بر سر این است که حکم مسئله چه باید باشد. به بیان دیگر باید اثبات کنند که وقتی قانون حکمی در مورد مسئله‌ای ندارد، دست قاضی باز و دارای اختیار است تا بر حسب صلاح‌دید خود عمل نماید. گزینه دوم آن است که مکتب مذکور اثبات کند که برخلاف نظر دورکین، قاعده اجتماعی شناسایی در مورد اصول حقوقی

۱. به‌عنوان مثال ماده ۸۸۰ قانون مدنی ایران، قاتل را از ارث مورث محروم می‌کند؛ اما در مورد کسی که حاجب خود را به قتل برساند تا وارث بالفعل باشد حکمی مقرر نشده است. در مورد این مسئله برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷۷: ۲۱۵) با استناد به اصل قانونی بودن مجازات‌ها قاتل را از ارث محروم ندانسته‌اند؛ اما برخی دیگر با استناد به اصل «هیچ کس نمی‌تواند از خطای خود بهره‌مند شود»، او را شایسته ارث بردن ندانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۳).

نیز اعمال می‌شود و اصول حقوقی را از اصول غیرحقوقی جدا می‌سازد. به نظر دورکین انتخاب هر یک از دو گزینه توسط مکتب تحقیقی حقوقی نمی‌تواند موفق باشد (Dworkin, 1972: 874).

طرفداران مکتب تحقیقی حقوقی در پاسخ به این نظر دورکین که قاعده شناسایی اصول حقوقی را در بر نمی‌گیرد، بیان داشته‌اند که درست است که هارت از اصول حقوقی سخن نمی‌گوید و موضوع سخنش قواعد حقوقی است اما او مفهوم موسع قاعده را مورد نظر دارد و دورکین مفهومی کاملاً مضیق از قاعده حقوقی ارائه می‌کند. بنابراین وقتی هارت از قواعد حقوقی سخن می‌گوید باید سخنش را به نحوی فهمید که اصول حقوقی را هم شامل گردد. نتیجه این انتقاد از دورکین آن است که گفته شده اختلاف میان دورکین و هارت آن قدر وسیع نیست که دورکین ادعا می‌کند. دورکین تنها معتقد است که قاعده شناسایی باید پیچیده‌تر از آن چیزی باشد که هارت می‌گوید (Leiter, 2005: 11). بدین سان دورکین هم معتقد به قاعده شناسایی است اما قاعده شناسایی‌ای که پیچیده‌تر است و اصول حقوقی را هم شامل می‌شود. از آن جایی که هارت هرگز نمی‌گوید که معیار اساسی تمیزبخش میان قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی یک معیار ساده است لذا اختلافی واقعی میان دورکین و هارت وجود ندارد. خصوصاً اینکه دورکین معتقد است همه اصول، اصول حقوقی نیستند. دورکین برای تشخیص اصول حقوقی از اصول دیگر، معیاری ارائه می‌کند و آن را معیار «حمایت نهادی»^۱ نام می‌نهد. اعتقاد به این معیار نشان می‌دهد که دورکین نیز معتقد به معیاری برای تمیز اصول حقوقی از سایر اصول است (Dworkin, 1972: 875).

در پاسخ به این ایراد، دورکین سه نظریه مختلف را بیان می‌کند که هر سه به معیار تمیز قواعد حقوقی از قواعد غیرحقوقی ارتباط دارد. در بیان این سه نظریه، دورکین از تفکیک مهمی استفاده می‌کند: میان این که بگوییم رفتار یکسان اعضای جامعه، تشکیل دهنده قاعده اجتماعی است و این که بگوییم رفتار یکسان اجتماعی دلیل و بهانه لازم را برای بیان یک قاعده هنجاری فراهم می‌کند تفاوت وجود دارد. به نظر طرفداران مکتب تحقیقی، رفتار یکسان قضات در استناد به قواعد مصوب دولت، یک قاعده اجتماعی را می‌سازد که بر اساس آن قضات باید برای تعیین حقوق و تکالیف مردم به قواعد مصوب حکومت استناد نمایند. اما به نظر تفسیرگرایان، رفتار یکسان قضات دلیل به دست می‌دهد تا حقوق دان این رفتار را تفسیر کنند. حاصل تفسیر یک قاعده هنجاری است و تکلیف به رعایت قانون از این قاعده هنجاری نشئت می‌گیرد (Dworkin, 1972: 875).

بر طبق نظریه اول در هر کشوری قاعده‌ای اجتماعی یا مجموعه‌ای از قواعد اجتماعی در بین

جامعه قضات وجود دارد که مشخص می‌سازد قضات آن جامعه چه قواعد یا اصولی را باید جزو حقوق دانسته و رعایت کنند. بر طبق نظریه دوم در هر نظام حقوقی قاعده‌ای هنجاری، معیار تشخیص قواعد و اصول حقوقی است. به‌عنوان مثال کسی که نظریه دوم را می‌پذیرد عقیده دارد که در انگلیس قضات مکلف هستند فقط قوانین و سوابق قضایی را جزو قواعد حقوقی بدانند خواه در واقع امر جامعه قضات به این قواعد استناد می‌کند یا استناد نمی‌کند. در نظریه دوم رفتار جامعه قضات مهم نیست. قاعده هنجاری ثمره تفسیر است نه ثمره توافق: مفسر با دخالت دادن ارزش‌ها منابع حقوق را مشخص می‌کند. بر طبق نظریه سوم در هر نظام حقوقی اکثر جامعه قضات پذیرای قاعده‌ای هنجاری هستند که این قاعده هنجاری مشخص می‌کند کدام قواعد و اصول، حقوقی هستند و قضات باید به هنگام صدور حکم، آن‌ها را رعایت کنند. به‌عنوان مثال، اگر احکام قضات انگلیس بررسی شود معلوم می‌گردد که هر قاضی‌ای در این نظام، تابع قاعده هنجاری خاصی است که منابع حقوق را مشخص می‌کند. اختلاف میان دورکین و هارت در مورد نظریه اول است. هارت آن را می‌پذیرد ولی دورکین با آن مخالف است. پذیرش یا رد این نظریه بسیار مهم است چون اعتقاد به جدایی یا آمیختگی حقوق و اخلاق مبتنی بر پذیرش یا رد این نظریه است. اگر نظریه اول درست باشد در هر نظام حقوقی معیاری وجود دارد که عموماً از طرف اعضای جامعه پذیرفته شده و به شکل قاعده‌ای اجتماعی، قواعد و اصول حقوقی را از قواعد و اصول اخلاقی جدا می‌سازد. اما اگر نظریه اول نادرست باشد چنین معیاری وجود ندارد.

پذیرش نظریه دوم یا سوم به معنای پایبندی به وجود قاعده اجتماعی شناسایی نیست. اگر کسی معتقد باشد که قضات مکلف هستند برخی اصول را به‌عنوان اصولی حقوقی به رسمیت بشناسند و تکلیف ندارند که برخی دیگر را اجرا نمایند، این اعتقاد به معنی پذیرش قاعده شناسایی اجتماعی نیست؛ چون معتقد به چنین نظری ممکن است به نظریه دوم ملتزم باشد (Dworkin, 1972: 868-874).

در میان نظریه پردازان مکتب تحقیقی، ژوزف راز^۱ معتقد است که قاعده شناسایی پیچیده‌تری نسبت به آنچه هارت بیان می‌دارد اصول حقوقی را هم شامل می‌شود. به نظر او اصول مورد استناد قضات را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد. قضات مکلف هستند اصول دسته نخست را رعایت کنند ولی نسبت به اعمال یا عدم اعمال اصول دیگر صلاح‌دید دارند. معیار جدایی این دو دسته به نظر راز، عرف قضایی^۲ است. اگر یک اصل خاصی به‌وسیله قضات در یک دوره زمانی نسبتاً طولانی

1. Joseph Raz
2. Judicial Custom

مورد استناد قرار گیرد به نحوی که قضات خود را مکلف به رعایت آن اصل بدانند، اصل مذکور اصلی حقوقی است. به عقیده وی، عرف قضایی در کنار قاعده شناسایی مورد نظر هارت قرار می‌گیرد و مجموعاً قاعده شناسایی را تشکیل می‌دهند. اگر عرف قضایی مؤید اصلی نباشد آن اصل حقوقی نیست و قضات در مورد اجرای آن دارای صلاح دید هستند (Raz, 1972: 852).

از دید دورکین، نظر راز یک ایراد بزرگ دارد: بسیاری از اصولی که قضات به آن‌ها استناد می‌کنند محل اختلاف هستند و اصولی که در مورد وجودشان اختلاف نیست، ارزش‌شان مورد اختلاف است. وجود این اختلاف‌ها نشان می‌دهد که عرفی درخصوص آن‌ها میان حقوق‌دانان وجود ندارد (Dworkin, 1972: 875).

از دیگر نویسندگانی که تلاش نموده قاعده اجتماعی مورد نظر هارت را تکمیل کرده و آن را به نحوی ترتیب دهد که اصول حقوقی را هم شامل شود سارتریس^۱ است. او برخلاف راز به «صلاح دید» اعتقاد ندارد و در رد آن با دورکین موافق است؛ بنابراین قصد دارد معیاری برای شناسایی پیدا کند که اصول را شامل گردد. او از استدلال‌های دورکین، علیه خودش بهره می‌جوید و متن زیر را از نوشته‌های او مورد استناد قرار می‌دهد: «... اگر به ما ایراد بگیرند که از ادعای خود مبنی بر اینکه برخی اصول، اصولی حقوقی هستند ما باز گردیم به پرونده‌های گذشته که در آن‌ها به این اصول استناد شده اشاره می‌کنیم. همچنین ما به قوانینی استناد می‌کنیم که به نظر می‌رسد این اصول را متجلی می‌سازند... اگر ما نتوانیم چنین حمایت‌های نهادی را بیابیم ما از ادعای خود دست بر خواهیم داشت؛ هر چه حمایت نهادی بیشتری بیابیم می‌توانیم ارزش بیشتری به اصل بدهیم». سارتریس با نقل این متن بر معیار «حمایت نهادی» دست می‌گذارد. به نظر او معیاری که وجود دارد معیار حمایت نهادی است. منظور از حمایت نهادی آن است که بتوان گفت اصل، توجیه کننده مقررات حکومتی است. بر طبق معیار نهادی، آن اصلی اصل حقوقی است و قاعده اجتماعی شناسایی شامل آن می‌شود که مبنای وضع مقررات حکومتی است. بر طبق این معیار اگر قصد داشته باشیم معلوم سازیم که اصل «هیچ کس نمی‌تواند از خطای خود بهره ببرد» یک اصل حقوقی است یا نه باید بدانیم که آیا این اصل هدایت‌گر قانون‌گذار در وضع قوانین بوده است؟ پاسخ به این سؤال مستلزم آن است که به تصمیمات گذشته قانون‌گذار توجه کنیم و اصول مطلوب او را استخراج نماییم (Sartorius, 1972: 891-897).

به عقیده دورکین حمایت نهادی نمی‌تواند قاعده‌ای اجتماعی برای تعیین اصول حقوقی فراهم

1. Rolf, E, Sartorius

کند. علت این ناتوانی اختلافی است که حقوق‌دانان در مورد اصول حقوقی دارند. فرض کنیم حقوق‌دانان کشوری قصد دارند همه قواعدی را که در کشور آنها حقوقی هستند جمع‌آوری کنند. بعد از مشخص کردن این قواعد، اکنون فرض کنیم حقوق‌دانان مذکور بخواهند اصول حقوقی توجیه‌کننده این قواعد را مشخص سازند. مطمئناً هر حقوق‌دانی یک نظریه حقوقی بیان می‌کند و در آن نظریه اصول حقوقی توجیه‌کننده پذیرش قواعد را بیان خواهد کرد. در هر نظریه، گذشته از بیان اصول، ارزش هر یک هم مشخص می‌شود. هر حقوق‌دانی اصولی را که خود قبول دارد، اصولی می‌داند که توجیه‌کننده قواعد نظام حقوقی است. به یقین همه نظریه‌ها را نمی‌توان درست دانست؛ پس چاره آن است که یکی از آنها را از همه بهتر بدانیم و قاعده‌شناسایی را به این شکل بیان کنیم: «اصولی جزو اصول حقوقی است که در قالب بهترین نظریه حقوقی که می‌تواند توجیه‌کننده قواعد حقوقی باشد، بیان گردیده باشد». مطمئناً سارتریس نمی‌تواند بگوید هر یک از نظریه‌های حقوق‌دانان یک قاعده اجتماعی را تشکیل می‌دهد. هر یک از نظریه‌های حقوق‌دانان قاعده‌ای هنجاری را بیان می‌کند نه قاعده‌ای اجتماعی. همان‌طور که در اول این بحث آمد در مورد معیار تشخیص مقررات حقوقی سه نظریه می‌توان بیان کرد. اولین نظریه، معیار تشخیص مقررات حقوقی را قاعده اجتماعی می‌داند و نظریه‌های دوم و سوم، معیار را قاعده هنجاری. در اینجا نیز هر یک از نظریه‌های حقوق‌دانان بیان می‌کنند یک نظریه هنجاری برای تشخیص قواعد حقوقی به دست می‌دهد. زیرا اصولی که هر حقوق‌دان مهم می‌پندارد با اصولی که دیگران مطلوب می‌شمارند متفاوت است. در صورتی هم که بر اصولی اشتراک نظر وجود داشته باشد هر حقوق‌دانی ارزش متفاوتی برای اصول مورد احترام خود قائل خواهد شد؛ در نتیجه هیچ‌یک از نظریه‌های ارائه شده، قاعده اجتماعی نیست.

بدین‌سان به‌عنوان خلاصه بحث می‌توان گفت که اگر به مانند مکتب تحقیقی قاعده‌شناسایی را جداکننده حقوق از اخلاق و مبنای تکلیف به رعایت قانون بدانیم به این نتیجه می‌رسیم که در موارد عدم تعیین قانون، قاضی تکلیفی به رعایت اصول حقوقی ندارد؛ زیرا این قاعده اصول حقوقی را در بر نمی‌گیرد. همچنین اگر بخواهیم قاعده‌شناسایی را توسعه بدهیم تا اصول حقوقی را هم در بر بگیرد دیگر قاعده‌شناسایی، قاعده‌ای اجتماعی نیست و مجبور می‌شویم برخلاف اصل پایه‌ای پوزیتیوسم، ارزش‌ها را در حقوق مداخله دهیم. اما نظریه تفسیری با شناسایی ارزش انسجام و رد کردن قاعده‌شناسایی اجتماعی، قاضی را مکلف می‌کند در موارد عدم تعیین قانون حکم خود را مستند به اصول حقوقی صادر نماید.

۲-۳-۲. وصف توزیعی حق؛ مقتضی انسجام احکام با استناد به اصول کلی حقوقی

اگر در پرونده‌های دشوار، حقی از قبل وجود داشته باشد و قاضی ملزم باشد که حق فرد را مشخص سازد، به ناچار باید استدلال‌هایی را فراهم کند که با وصف توزیعی حق متناسب باشد. تکلیف به حق‌گزاری، تکلیف به رعایت انسجام احکام است در حالی که تکلیف به مصلحت‌طلبی این‌گونه نیست. به‌عنوان مثال اگر در حقوق کشوری پذیرفته شده باشد که متضرر می‌تواند خسارت خود را از مسئول حادثه دریافت کند، حق دریافت خسارت برای هر فرد متضرری وجود خواهد داشت هرچند که دریافت خسارت توسط او، به مصلحت عمومی نباشد. بنابراین اگر پذیرفته شد که زیان‌دیده می‌تواند جبران کامل زیان‌های خود را از مسئول حادثه بخواهد، این حق به تمام زیان‌دیدگان تسری می‌یابد. پذیرش دادخواست برخی زیان‌دیدگان و رد دادخواست برخی دیگر، سازگار و منسجم نیست. مثلاً در حقوق ایران نمی‌توان ملتزم بود که هیچ خسارتی نباید جبران نشده باقی بماند و در عین حال پذیرفت که خسارت‌های مازاد بر دیه قابل مطالبه نیست. نمی‌توان قاعده لاضرر و ماده یک قانون مسئولیت مدنی را پذیرفت و عقیده داشت که عدم‌النفع قابل مطالبه نیست یا عدم‌النفع تنها در پرونده‌های کیفری قابل مطالبه است. وصف توزیعی حق با خود، التزام به منسجم بودن احکام را به همراه می‌آورد. در برابر، اعتقاد به قانون‌گذاری قضات و مصلحت‌بینی، چندان ضرورت انسجام احکام را تکلیف نمی‌کند. می‌توان پذیرفت که برخی دعاوی جبران خسارت با مصلحت عمومی منافات ندارد و در نتیجه باید پذیرفته شوند اما برخی دیگر به مصلحت نیستند؛ زیرا سبب می‌گردند دادگاه‌ها به این‌گونه دعاوی مشغول شوند و هزینه‌های سنگینی بر عهده مردم گذارده شود و دادگاه‌ها فرصت نیابند به دعاوی مهم‌تر بپردازند.

با توجه به وصف توزیعی حق، استدلال بر مبنای مصالح نادرست است و قاضی مکلف است بر مبنای اصول حقوقی استدلال کند. اصول حقوقی موجه‌کننده تصمیمات بر مبنای حق افراد است و منتهی به انسجام احکام می‌گردد. قاضی مکلف است تصمیماتی بگیرد که با تصمیمات دیگر منسجم باشد؛ به این معنی که مکلف است تنها احکامی را صادر کند که بتواند در چهارچوب نظریه‌ای که تصمیمات قبلی نهادهای قانونی را موجه می‌سازد، آن‌ها را توجیه نماید. به بیان دیگر، قاضی در پرونده‌های دشوار باید اصلی را که زیربنای احکام قانون‌گذار است و آن‌ها را موجه می‌سازد استخراج نماید و از همان منظر حکم دعاوی مطرح در دادگاه را مشخص سازد.

نظریه انسجام، جز نفی صدور حکم بر مبنای مصالح، صدور حکم بر مبنای احساس عدالت را نیز نفی می‌کند. اگر تصمیم قاضی کاملاً عادلانه باشد ولی نتوان آن را با اصول زیربنای قوانین منسجم دانست، این تصمیم نادرست و پایمال‌کننده حق است. به‌عنوان مثال در حقوق ما تولد از

زنا از موانع ارث است. بدون شک محروم ماندن طفل متولد از زنا از ارث ناعادلانه است. می‌توان پرسید که این طفل معصوم چه گناهی را مرتکب شده که باید از حقوق کودکان مشروع محروم بماند؟ پدر و مادر طبیعی او گناهی را مرتکب شده‌اند، چرا آثار این گناه گریبان طفل را بگیرد؟ از طرف دیگر، وارث به حساب آوردن این طفل از سهم وراثت دیگر می‌کاهد. اگر قاضی، مفهوم مضیقی از متولد شدن از زنا در نظر بگیرد و طفل متولد از تفخیز را جزو وارثان قلمداد کند، تصمیمی عادلانه گرفته است ولی این تصمیم با اصول مبنایی حقوق ما انسجام ندارد. این تصمیم، تصمیمی است که اگر جدای از تصمیمات دیگر قانون‌گذار در نظر گرفته شود، درست است.

۳-۲-۳. خودایجادگری^۱ نظام حقوقی، راهکاری جامعه‌شناسانه برای انعطاف حقوق

نظریه «خودایجادگری» از علم زیست‌شناسی به علوم اجتماعی و از آنجا به علم حقوق به‌عنوان یک نظریه علمی وارد شده است. نظریه خودایجادگر به تبیین برخی جنبه‌های ظاهری نظام حقوقی از جمله استقلال و خودگردانی و حتی «خودارجاعی» نظام‌های حقوقی - که توأم با ماهیت پویا و دگرگون‌پذیر بیش‌ازپیش نظام حقوقی - می‌پردازد. نیکلاس لومان (بنیان‌گذار این نظریه در علم حقوق)، «حقوق» را توقع‌ها و انتظارات رفتاری و هنجارین تعمیم‌یافته، یعنی هنجارهای مشترک در کل جامعه می‌داند. وی، توقعات و رفتارها را دو نوع می‌داند؛ نخست انتظارات هنجارین و نوع دوم، انتظارات معرفت‌شناختی. نوع اول در قالب مقررات ارائه می‌شود و مربوط به قلمرو «بایدها» است. این دسته از توقعات و انتظارات، کلی بوده و چنانچه برای مثال به‌سبب تخطی تابعان قانون، برآورده نشوند، سبب تغییر در وضعیت و دگرگونی آن‌ها نمی‌شود بلکه با نقض این قواعد، در بستر گذر زمان، قلمرو آن‌ها به‌صورت دقیق‌تر مشخص شده و با پیدا کردن جایگاه خود در نظام حقوقی از ثبات بیشتری برخوردار می‌گردند (Mingers, 1994: 151).

در نقطه مقابل، توقعات و انتظارات معرفت‌شناختی مربوط به قلمرو «هست‌ها» بوده با گذشت زمان و دگرگونی آگاهی‌های تابعان نظام حقوقی، تغییر می‌یابند. تمایز میان توقعات هنجارین و توقعات معرفتی، جنبه معناشناختی نداشته و ناشی از واکنش مردم به برآورده نشدن قواعد هنجاری است. از دیدگاه این جامعه‌شناس حقوقی، حقوق از نظر هنجاری یک نظام بسته است و از نظر معرفت‌شناختی، یک نظام باز؛ فلذا این تنها خود نظام حقوقی است که می‌تواند عامل تغییر و پویایی خود باشد. نظام حقوقی به‌عنوان یک نظام خود مرجع، با محیط درون خود ارتباط برقرار می‌کند. از آنجا که ارتباط‌های موجود در قلمرو نظام حقوقی، دایره‌ای و بسته است، نظام حقوقی، نظامی بسته

است: عناصر و قواعد موجود در نظام حقوقی، تنها با ارجاع به عناصر موجود در داخل همان نظام، خود را باز تولید می‌کنند. از طرفی، به لحاظ معرفتی، نظام حقوقی، نظامی باز است، بدین معنا که با توجه به پیشرفت‌های روزافزون فناورانه، از جمله در حوزه‌های اقتصادی و فرهنگی، نظام حقوقی می‌تواند خود را با محیط‌های دگرگون‌پذیر، هماهنگ سازد و در صورت لزوم به تفسیر و تکمیل خود بر اساس نیازها، اقدام و با نیازهای جدید هماهنگ باشد. بنابراین یکی از ویژگی‌های حقوق به‌عنوان یک پدیده اجتماعی، از منظر جامعه‌شناسی حقوق، این است که خودبه‌خود کامل می‌شود هرچند قانون با آن هم‌گام نباشد (کاتوزیان، ۲/۱۳۹۹: ۴۰). از این رو، یکی از جنبه‌های خود ایجادگری حقوق، «انعطاف‌پذیری» آن است. یکی از اصول پذیرفته‌شده جامعه‌شناسی حقوق این است که هیچ چیز در قلمرو حقوق ثابت نیست و همه چیز در معرض دگرگونی است. قانون اساسی هر کشور ساختار و نظام حقوقی آن را تعیین کرده است. هنگامی که خود قانون اساسی در بردارنده اصولی باشد که دگرگونی و تکمیل قواعد حقوقی این قانون را پیش‌بینی کرده، در واقع این قابلیت را دارد که همواره با پذیرش متمم‌های مناسب به زندگی خود ادامه دهد و متناسب با نیازهای زمان گردد (شیخ‌الاسلامی کندلوس، ۱۳۹۳: ۲۵۴). بدین ترتیب نظریه «حقوق خودساخته» یا «حقوق خودایجادگر»، هم ثبات مطلوب حقوق را تأمین می‌کند و هم آن را از تحرک باز نمی‌دارد؛ جمع بین دو مطلوب، ثبات و پویایی حقوق، می‌شود: آنچه هست و آنچه باید باشد. برای مثال با ملاحظه و وحدت ملاک برخی از قوانین دادرسی می‌توان قاعده‌ای عمومی را در حقوق دادرسی مدنی ایران مورد پذیرش قرار داد و از این طریق زمینه را برای اجرای اصل ترمیم دادرسی فراهم کرد (فرحزادی و میرنژاد، ۱۴۰۰: ۳۲۱) یا در قانون مدنی نمونه‌هایی مانند مواد ۳۳ درباره زراعت با حبه غیر، ۱۷۲ در مورد هزینه‌های نگهداری حیوان گم شده، ۳۰۱ تا ۳۰۵ در مورد ایفای ناروا، ۳۰۶ درباره اداره مال غیر و ۳۶ و ۳۳۷ در خصوص استیفای از عمل یا مال غیر وجود دارد که می‌توان آن‌ها را به معنای پذیرش اصل منع دارا شدن بلاجهت در حقوق مدنی و حتی در نظام حقوقی ایران دانست، چون این موارد تحت پوشش قواعد دیگر نیست و تنها بر مبنای اصل مذکور قابل توجیه است (مقدم، ۱۴۰۰: ۲۷۰).

۲-۳-۴. مطابقت استناد به اصول حقوقی با مبانی دمکراسی

همان طور که بیان شد به نظر برخی از طرف‌داران مکتب تحقیقی، چون قاعده شناسایی اصول

۱. مانند پذیرش تلویحی استناد به اصول حقوقی در اصل ۱۶۶ و منابع و فتاوی معتبر فقهی در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

حقوقی را شامل نمی‌شود، اصول حقوقی الزام‌آور نیستند. حاصل این عقیده آن است که در پرونده‌های دشوار نه حقی برای طرفین دعوا وجود دارد و نه متقابلاً تکلیفی برای قاضی. برخی دیگر نیز که سعی کرده‌اند اصول را نیز در کنار قواعد قرار دهند و نتیجه بگیرند که قاعده‌شناسایی اجتماعی هر دو را شامل می‌شود به تکلف افتاده‌اند. اگر آزادی قضات را در پرونده‌های دشوار بپذیریم، باید بگوییم که قاضی قانون‌گذار دعواست و باید به‌نحوی حکم صادر کند که اگر قانون‌گذار با مسئله مطروحه روبه‌رو می‌شد به‌همان نحو قانون‌گذاری می‌کرد. بدین‌سان برای فهم عمل قضات در پرونده‌های دشوار باید قانون‌گذاری مجلس را درک نمود. مجلس در حدود قانون اساسی بر مبنای مصالح جامعه قانون‌گذاری می‌کند. مصلحت‌طلبی وصف بارز تصمیمات مجلس است؛ بنابراین اگر قاضی قانون‌گذار پرونده باشد می‌تواند همچون همه قانون‌گذاران مصلحت‌طلب باشد.

در پرونده‌های دشوار، قاضی می‌تواند عملاً یا اصول را در نظر بگیرد و یا مصالح را. به‌عنوان مثال فرض کنیم فردی در اثر بی‌احتیاطی سبب شود که کابل‌های ورودی نیروی برق به کارخانه‌ای قطع شود و مدتی تولید کارخانه متوقف گردد. در این صورت آیا مالک کارخانه می‌تواند از مقصر خسارت عدم‌النفع بخواهد؟ دادگاه می‌تواند بر مبنای اصول بررسی کند که آیا خواهان حق دارد مطالبه خسارت کند؟ همچنین می‌تواند بر حسب مصالح سؤال کند که آیا از لحاظ اقتصادی به مصلحت است که خسارت را بر عهده خواننده بگذاریم؟ این دو سؤال متفاوت مقتضی تحقیقات متفاوت هستند. برای پاسخ دادن به سؤال اول قاضی باید به اصول حقوقی استناد کند و بر مبنای اصول، حق و تکلیف خواهان و خواننده را مشخص سازد. اما برای پاسخ دادن به سؤال دوم قاضی باید دست به دامان علم اقتصاد و مصلحت‌سنجی شود و بر مبنای مصالح، قانون‌گذاری کند. اما این اختیار با دمکراسی ناسازگار است؛ یکی از اصول دمکراسی آن است که قانون‌گذاران، منتخب مردم و پاسخ‌گوی آن‌ها باشند؛ اما قضات قانون‌گذار نه منتخب مردم هستند و نه پاسخ‌گوی به مردم. به‌علاوه یکی از اصول دمکراسی آن است که قانون عطف به ماسبق نشود؛ حال آنکه اگر قاضی را قانون‌گذار بدانیم، به‌ناچار قوانین ساخته شده به دست او عطف به ماسبق می‌گردد.

این دو ایراد به عمل قاضی‌ای که بر مبنای مصالح رأی می‌دهد وارد است. برای اینکه تصمیمی بر مبنای مصالح اخذ شود، تصمیم‌گیرنده باید امکاناتی داشته باشد که بتواند با مردم ارتباط نزدیک‌تری داشته باشد و شرایط و خواست‌های آن‌ها را دریابد، زیرا تصمیمی به مصلحت است که اهداف و مقاصد افراد را به‌نحوی جمع کند که مصلحت عمومی تأمین شود. به‌یقین نمایندگان مجلس امکانات بیشتری برای تشخیص مصلحت دارند تا قاضی دادگستری. در مورد ایراد دوم نیز

می‌توان گفت هر فردی نادرست بودن عطف به ماسبق شدن قوانین را تأیید می‌کند. چگونه می‌توان بر حسب مصالح حقی را ایجاد کرد و آن را عطف به ماسبق نمود؟ چگونه می‌توان پذیرفت که قاضی می‌تواند بر حسب مصلحتی عمومی، مال فردی را گرفته و به دیگری عطا نماید؟ اما این دو ایراد به قاضی‌ای که بر حسب اصول رأی می‌دهد وارد نیست. ایراد اول وارد نیست چون استدلال از طریق اصول مبتنی بر این نیست که فرد بتواند از تنوع و تفاوت درخواست‌ها و موقعیت‌هایی که در سراسر جامعه وجود دارد آگاه باشد. ایراد دوم نیز به کار این قاضی وارد نیست؛ اگر خواهان حقی علیه خواننده داشته باشد در نتیجه چون حق و تکلیف ملازم هم هستند خواننده تکلیف دارد که حرمت این حق را پاس دارد و این همان تکلیف است نه تکلیف جدیدی که صدور حکم به نفع خواهان را موجه می‌سازد (نصیران نجف‌آبادی، ۱۳۸۸: ۲۲۷ و ۲۲۸).

۵-۳-۲. پویایی حقوق در پرتو ویژگی بهینه‌سازی اصول حقوقی

اصل حقوقی، هنجاری است که دارای قابلیت بازبینی نظم حقوقی در جهت کارآیی بهتر و تعالی آن می‌باشد. اصول حقوقی به غایتی خاص تعلق یافته‌اند و از این رو، به احکام کمال‌گرایانه‌ای مبدل شده‌اند که خصیصه بهینه‌سازی در کارکرد آن‌ها ثبوت یافته است (Alexy, 2000: 294-304). تمسک به اصول حقوقی برای بهینه‌سازی نظم هنجاری، تا سر حد نوسازی پایه‌ها و مفاد حق‌ها و آزادی‌های بنیادین و حقوق اساسی نیز می‌تواند پیش برود. این‌گونه کاربست مبنایی اصول حقوقی، عموماً برخاسته از ابهامات و خلأهای مفهومی دستورات قانون اساسی یا قوانین بنیادین است که مرزهای تحدید الزامات هنجاری خود را محرز نکرده باشد.^۱ این خصیصه اصول حقوقی، پویایی نظام حقوقی را رقم می‌زند. این کارویژه اصل، به دلیل ارتباط انفکاک‌ناپذیر آن با واقعیت‌های حقوقی است (Borowski, 2007: 197-240).

پویایی نظام حقوقی به نحو شایانی، محصول کشمکش و تأثیر و تأثر «قانونیت»^۲ و «عقلانیت»^۳ در لایه عینی حقوق و به طرز قابل توجهی، رویه قضایی است که عامل اشتراک و برقراری این برهم‌کنش را هنجارهای ارزش‌شناختی و به میزان بسیار مؤثری، اصول حقوقی تشکیل می‌دهند. در واقع یک سوی وجه تعاملی اصل حقوقی را دستورات حقوق موضوعه و ثبات رویه پیشین، و سوی دیگر آن را فراهنجارهای مشروع جامعه و عوامل دخیل در هر واقعیت حقوقی تشکیل می‌دهد

۱. برای نمونه وجود عباراتی همانند «قانون تجویز کند»، «مخل به مبانی اسلام با حقوق عمومی» و «حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند» به ترتیب در اصول ۲۳، ۲۴ و ۳۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

2. Legality
3. Rationality

(Bustamante, 2010: 63-67). به اعتقاد هابرماس، تنش ساختاری میان «اعتبارمندی» و «واقع‌مداری» یا در حقیقت، «اطمینان حقوقی» و «درستی حقوقی» دلیل وجود حقوق امروز است. وی معتقد است که رویه قضایی، قسمتی از روند انتزاعی عقلانی کردن حیات جوامع مدرن است. مسلماً مهم‌ترین ابزار قضاوت در این امر، اصول حقوقی هستند که خصیصه بهینه‌ساز آن‌ها، عملاً فضای چنین پیامدی را فراهم می‌کند (به نقل از پتفت و مرکز مالگیری، ۱۳۹۷: ۷۱). بنابراین، منطق خطابی، پیوندی وثیق با دمکراسی و پذیرش حقوق توسط مردم دارد. به تعبیر کارل لولین، پشت تصمیمات قضایی، مردم واقع شدند که به‌طور مستقیم و غیرمستقیم، آثار آن را لمس می‌کنند (عابدی فیروزجائی، ۱۳۹۷: ۲۴۵). به یک معنی، مخاطبان استدلال برای استدلال‌کننده خطابی بر محتوای استدلال نیز ترجیح دارند و از این منظر می‌توان به دمکراسی خطابی در مقابل دیکتاتوری جدلی یاد کرد (جعفری‌تبار، ۱۳۹۸: ۸۴).

۶-۳-۲. انعکاس اصول شناسایی شده در رویه قضایی در مصوبات قوه مقننه

تأثیری که اصول بر قانون می‌گذارد، با توجه به منشائی که اصول از آن سر برآورده‌اند، ممکن است متفاوت باشد؛ برای مثال اصول حقوقی برخاسته از خرد و منطق، عقلانیت حقوق را از طریق قوانین خردمندانه تضمین می‌نماید. اصول حقوقی ناشی از اخلاق، مقنن را به خلق قوانینی رهنمون می‌سازد که محل آشتی اخلاق و حقوق باشند و اصول سر برآورده از تحولات اجتماعی و سیاسی، قانون‌گذار را مکلف می‌سازد با وضع قوانینی، از آن تحولات پاسداری کند (صادقی، ۱۳۹۴: ۱۲۴). در تأیید این نظر و به‌عنوان مصداقی از اصول نوع اخیر، می‌توان به تصویب ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری و انعکاس اصل تفوق آرای کیفری بر آرای مدنی در حقوق ایران اشاره نمود. بر اساس این اصل که به قاعده «نفاذ» نیز در میان حقوق‌دانان شهرت دارد، اگر وقایع مؤثر در حل و فصل دعاوی حقوقی، پیش‌تر در جریان دادرسی کیفری مورد رسیدگی قرار گرفته باشد و مفاد رأی قطعی کیفری، دلالت بر اثبات یا نفی آن وقایع نماید، دادگاه حقوقی باید از رأی کیفری در این خصوص تبعیت نماید. پیش‌تر ماده قانونی صریحی این اصل را در نظام حقوقی ما پیش‌بینی نکرده بود و همین امر موجب نظرات مختلفی پیرامون شناسائی یا عدم پذیرش چنین اصلی میان حقوق‌دانان شده بود.

طرف‌داران این اصل ضمن آنکه، آن را جزو اصول مسلم و بدیهی حقوقی می‌دانند (اکبری، ۱۳۹۶: ۷۳)، معتقدند اولاً این اصل موجب جلوگیری از تجدید دعاوی متعدد می‌شود؛ به عبارتی، برای هر دعوایی باید پایانی باشد و نزاع طرفین هرچه زودتر خاتمه یابد. هدف اصلی دادرسی، فصل خصومت و یافتن راه‌حل قانونی در مسائل مورد اختلاف است و این مهم، هرگز با امکان برپایی

دعاوی متعدد، محقق نخواهد شد. حجت بودن آرای کیفری در دعاوی حقوقی به نوعی بیانگر اعتبار امر مختوم کیفری در فرایند دادرسی مدنی از بدو رسیدگی تا زمان اجرای حکم است که سبب می‌شود نتوان همان دعوا را مجدداً به شکل دعوی حقوقی مطرح کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۴). ثانیاً، چنانچه دادگاه حقوقی، الزامی به تبعیت از رأی مرجع کیفری نداشته باشد، به لحاظ ارتباط و همبستگی موضوع مورد رسیدگی، زمینه برای صدور آرای متعارض فراهم و اعتبار دستگاه قضایی مخدوش خواهد شد (زراعت، ۱۳۹۴: ۳۱۷). در واقع، رأی مرجع قضایی ایجاد قاعده می‌کند و خود در حکم قانون است و نباید معارض با آن، رأی دیگری صادر گردد چراکه غایت دادرسی، ایجاد ثبات و دوام در وضع حقوقی اشخاص است و اگر اجازه داده شود که اشخاص به تحصیل آرای متعارض پردازند، در مقام اجرای رأی چنان افتضاحی به بار می‌آید که هیچ عقل سلیمی بی‌اعتنا از آن نمی‌گذرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۴). بنابراین، اگر لازمه احترام از صدور دو حکم متعارض کیفری و حقوقی، حکومت یکی بر دیگری باشد، این حکومت به حکم کیفری می‌رسد و بر همین پایه، این اتفاق از دیرباز حاصل شده است که دادگاه مدنی باید از رأی مرجع کیفری تبعیت نموده و آن را محترم شمارد. ثالثاً، گستره ادله در رسیدگی کیفری نسبت به دادگاه مدنی، به نحوی است که اقتضای تبعیت مرجع حقوقی از تصمیم مرجع کیفری را می‌رساند. آزادی تحصیل دلیل برای قاضی کیفری در مقابل لزوم ارزیابی ادله برای دادرسی مدنی، سهولت و انعطاف گردش دلیل در مرجع کیفری نسبت به دادگاه حقوقی که قاضی کیفری را محصور در شیوه‌ای که طرفین برای وی ترسیم کرده‌اند نمی‌کند و همو می‌بایست بر اساس ندای وجدان خود در جست‌وجوی کشف حقیقت برآید در حالی که در دعاوی مدنی نمی‌توان بدون درخواست اشخاص ذی‌نفع پیش‌برد (خدابخشی، ۱۳۸۹: ۴۵۱). رابعاً مسائل کیفری به نظم عمومی مربوط می‌شوند و زمانی که دادگاه حقوقی، رأی مرجع کیفری را نقض نماید، به منافع عمومی آسیب می‌رسد. در نتیجه نظم عمومی، دادرسی مدنی را مجبور به قبول رأی کیفری می‌کند تا از صدور آرای متناقض از دو مرجع کیفری و حقوقی جلوگیری کند؛ چراکه احکام کیفری در راستای منافع عمومی صادر می‌شوند و باید بر آرای مدنی تفوق داشته باشند (مقبول و مسعودان، ۲۰۱۴: ۶۶ و ۶۷).

سرانجام مقنن با تصویب ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲، بر این اصل صحه گذاشت. اصلی که به‌طور ضمنی و با بیان صرفاً یک مصداق، پیش‌تر در ماده ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ پیش‌بینی کرده بود. در این زمینه، دادنامه شماره ۱۱۶۱ مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، با توجه به این نکته که در زمان قبل از تصویب ماده ۱۸ مذکور صادر گردیده بود حائز اهمیت است:

«در خصوص تجدیدنظر خواهی بانک... به طرفیت... با دقت در محتویات پرونده نظر به اینکه دادنامه تجدیدنظر خواسته معطوف به رأی قطعی کیفری... بوده و از جمله آثار دادنامه مزبور رد مال موضوع کلاهبرداری توسط فروشنده آپارتمان به تجدیدنظر خوانده بوده و از سوی مراجع حقوقی بر اساس قاعده تفوق آرای کیفری بر آرای حقوقی ملزم به متابعت از آرای قطعی کیفری می‌باشند و اگر چه مستند انتقال آپارتمان به تجدیدنظر خوانده مبیعه‌نامه عادی مورخ ۱۳۸۳/۸/۳ بوده اما این ایراد بانک مؤثر در مقام نیست چراکه مبیعه‌نامه مزبور در زمانی که فروشنده ملک اختیار قانونی در انتقال آپارتمان به دلالت محتوای قرارداد مشارکت در ساخت داشته تنظیم شده و انگهی مستند مزبور مورد حمایت محاکم حقوقی و کیفری از جمله به دلالت رأی قطعی مزبور قرار گرفته است لهذا... دادنامه تجدیدنظر خواسته را تأیید می‌نماید».

نتیجه

به نظر می‌رسد آنچه در رابطه با آزادی عمل قضایی (به‌عنوان پایه تکنیکال استناد به اصول حقوقی) با حاکمیت قانون نقش اصلی را ایفا می‌کند، نوع برداشتی است که از قانون و قدرت اجبارکنندگی آن می‌توانیم داشته باشیم؛ بدین معنا که آیا قانون، ارائه‌کننده دلایل حصری برای نیل به نتایج قطعی و مشخص است یا برای قانون همین اندازه بسنده است که دلایلی برای سنجش و ارزیابی در اختیار دادرس قرار دهد؟ به عبارتی قانون، صرفاً تعیین‌کننده نتایج حقوقی است یا ارائه‌کننده دلایلی است که در فرایند قضایی باید در عرض سایر دلایل احتمالی دیگر، مورد سنجش واقع شوند؟ لذا زمانی که حاکمیت قانون را بدین معنا می‌دانیم که قانون، در ارائه دلایلی که برای کنش‌های قضایی به کار می‌رود، حاکمیت دارد، و قانون ارائه‌کننده دلایل معتبر حقوقی برای توجیه تصمیمات قضایی اعم از قواعد و اصول حقوقی است و نه نتایج قطعی و مسلم در تمام موارد؛ و آزادی عمل قضایی را نیز در همین چهارچوب، قابل‌پذیرش به نظر می‌رسد. از این رو قاضی در مقام به‌کارگیری آزادی عمل قضایی، تنها مجاز به اقدام در چهارچوب دلایل حقوقی خواهد بود؛ یعنی یا دلایلی که به وسیله قانون ایجاد شده یا دلایل مستقلی که قانون اجازه استناد به آن‌ها را به قضات می‌دهد. این شیوه از پیوند میان آزادی عمل قضایی و حاکمیت قانون، شیوه کمابیش دورکنینی حل تعارض است که از یک طرف مستلزم گسترش دامنه معیارهای حقوقی از قواعد به اصول حقوقی و از طرف دیگر به رسمیت شناختن آزادی عمل قضایی به‌مثابه تصمیم‌هایی در چهارچوب اصول حقوقی است.

تئوری انسجام، لازمه تحقق ارزش‌های سیاسی مشترک دیگر چون آزادی سیاسی، فردی، حقوقی و... و حرکت در راستای آن‌هاست. به عبارت دیگر، تحقق ارزش‌های مذکور در گرو آن است که حکومت رفتار منسجمی داشته باشد. این انسجام در فرایند قضایی مستلزم آن است که تصمیمات

قضات در موارد عدم تعیین قانون (ابهام یا سکوت یا تعارض قانون)، بیشترین همبستگی را با تصمیمات قبلی دستگاه قضایی داشته باشد. رسیدن به چنین هدفی مستلزم تبعیت قضات از الگویی است که گستره مشخصی از اختیار و قدرت تشخیص را در اختیارشان قرار دهد. این الگو، کاربست اصول حقوقی است. اصولی که کاربست آنها می‌تواند به انسجام رویه قضایی، اجتناب از عدالت فردنگر، خاص‌نگری و فراتر از آن، توجیه منطقی تصمیمات اتخاذ شده در موقعیت عدم تعیین قانون بینجامد. لذا اصول حقوقی به‌عنوان بخش دیگری از منابع حقوقی، راه‌حل موضوع است و قاضی جهت تحقق انسجام توأم با پویایی حقوق، در موارد عدم تعیین قانون، با استناد به اصول حقوقی، ضمن هم‌گامی با نیازهای جدید و البته انجام تکلیف دادرسی در موارد عدم تعیین قانونی، شالوده اصلی نظام حقوقی را نیز حفظ و تصمیمات قابل‌پیش‌بینی را به منصفه ظهور می‌رساند.

منابع

فارسی

- آقایی، کامران (۱۳۸۸)، مکتب‌های تفسیری در حقوق بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی، تهران: نشر میزان.
- اکبری، بهنام (۱۳۹۶)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، انتشارات مجد.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۷۴)، حقوق تجارت؛ برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک، تهران: انتشارات سمت.
- امامی، حسن (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ چهاردهم، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- توماس، هنری (۱۳۷۹)، بزرگان فلسفه، ترجمه فریدون بدره‌ای، چاپ سوم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- پتفت، آرین و احمد مرکز مالگیری (۱۳۹۷)، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری، امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی، چاپ دوم، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- جنیدی، لعیا (۱۳۷۸)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- جوان، موسی (بی‌تا)، مبانی حقوق، جلد نخست، بی‌جا.
- جعفری‌تبار، حسن (۱۳۹۸)، منطق حیرانی، تهران: انتشارات فرهنگ نشر نو.
- جعفری‌تبار، حسن (۱۳۸۳)، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۳)، حقوق اموال، تهران، انتشارات گنج دانش.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۹)، تمایز بنیادین حقوق مدنی و کیفری، تهران: انتشارات شهر دانش.
- دل‌وکیو، ژرژ (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، تهران: انتشارات میزان.
- دورکین، رونالد (۱۳۸۱)، نافرمانی مدنی، ترجمه: محمد راسخ، مندرج در کتاب حق و مصلحت، تهران: نشر طرح نو.
- رنجبر، حسین (۱۳۷۷)، تفسیر قوانین کیفری، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
- رویه، پل (۱۳۷۵)، «نظم حقوقی و نظریه منابع حقوق»، ترجمه حسین خزاعی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۵.
- زراعت، عباس (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، جلد سوم، تهران: انتشارات میزان.
- شیخ‌الاسلامی کندلوس، جهانسوز (۱۳۹۳)، تأثیر عوامل روانی و اجتماعی در ایستایی و پویایی حقوق، رساله جهت دریافت درجه دکتری حقوق خصوصی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
- صادقی، محسن (۱۳۹۴)، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران: انتشارات میزان.
- صانعی، پرویز (۱۳۸۱)، حقوق و اجتماع، تهران: انتشارات طرح نو.
- عابدی فیروزجانی، ابراهیم (۱۳۹۷)، روش‌شناسی حقوقی دکتر کاتوزیان، تهران: انتشارات حقوق یار.
- علل نقض آرای حقوقی در دیوان عالی کشور (۱۳۷۶)، چاپ اول، تهران: انتشارات ققنوس.
- علمی، رضا (۱۳۴۸)، کلیات حقوق، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
- فنازاد، رضا (۱۳۹۱)، صلاحیت اختیاری و حاکمیت قانون، رساله جهت دریافت درجه دکتری حقوق

خصوصی، تهران، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.

- فرحزادی، علی اکبر و سیدرسول میرنژاد (۱۴۰۰)، «اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، *اعتبار امر قضاوت شده در امور مدنی*، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *فلسفه حقوق*، جلد ۱ و ۲، چاپ دهم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *حقوق مدنی، درسهایی از شفقه، وصیت، ارث*، تهران: نشر میزان.
- مقدم، عیسی (۱۴۰۰)، «جایگاه قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در حقوق تجارت با تأکید بر رویه قضایی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- نصیران نجف‌آبادی، داود (۱۳۸۸)، *حکومت حقوق یا حکومت قاضی*، رساله جهت دریافت دکتری حقوق خصوصی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
- یوری، اسدالله و محمد حسنونند (۱۳۹۸)، «امکان سنجی نظارت بر صلاحیت تفسیری قضات با الگو از رویکردهای نوین نظارت در حقوق اداری»، *فصل نامه حقوق اداری*، سال ششم، شماره ۱۸.

عربی

- مقبول، فتیحه و فهیمه مسعودان (۲۰۱۴)، *ممارسه الدعوی المدنیة التبعية*، مذکره لنیل شهادة الماستر فی الحقوق (تخصص القانون الخاص والعلوم الجنائیه)، الجزائر، جامعه بجایه.

لاتین

- Alexy, Robert (2002), **A theory of Constitutional Rights**, Julian Rivers (trans.), Oxford University Press.
- Reymand, A. Virieux (1975), **La logique Formelle**, paris: P.U.F.
- Beaty, David M, **the ultimate Rule of Law**, London, Oxford, First Published, 2004.
- Béchillon, Marielle de (1998), **La notion de principe général en droit privé**; Paris: U.P.d'Aix-Marseille.
- Bekaert, Herman (1963), **Introduction à l'étude du droit**, Bruxelles: Emile. Bruylant.
- Borowski, Martin, "On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52 (2) Charter of Fundamental Rights of The European Union", **Legisprudence**, Vol. 1, No. 2, 2007.
- Bustamante, Thomas, "Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies between Cases", Martin Borowski (ed.) **On the Nature of Legal Principales**, Stuttgart, Nomos, 2010.
- Elliotte, Chatherine and Frances Quinn (2000), **English Legal System**, 3rd ed, London, Longman.
- Dworkin, Ronald (1978), **Taking Rights Seriously**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald (1986), **Laws Empire**, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald (1972), **Social rules and legal theory**, Vol81, Yale L.J.
- Elliot, Mark (2001), **The Constitutional Foundation of Judicial Review**, First Published, Hart Publishing Oxford, Portland.
- Gobert, V.M. (1992), "Réflexion sur les sources du Droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'etat des personne", **R.T.D.C.**, (N.2).

- Hégel; G.F (1940), **Principes de la Philosophie du droit**, Traduit par: Kaan, Paris: Gallimard.
- Rawls, John (1973), **A Theoeoy of Justice**, Cambrige, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard U.P.
- Leiter, Brian (2005), "Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudencd", **University of Texas Public Law & Legal Theory**, Research Paper Series, N0. 35.
- Mingers, John (1994), **Self-production systems: Implications and applicatios of Autoypoises**, U.S.A, New York, springer. Molfessis, Nicolas (2001), "La notion de principe dans la jurisprudence de la cur de cassation", **RTD civ**, (N.3).
- Raz, Joseph (1972), "legal principles and the limits of law", **Yale law journal**, vol 81
- Sartorius, Rolf (1972), "the enforcements of morality", **Yale law journal**, vol 81.
- Stanford Encyclopedia of Philosophy (2001), "Constitutionalism".
- Tamanaha, Brian (2004), **On the rule of law, History, Politics, Theory**, Cambrige, Massachusetts, Cambridge University Press.