

## پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران؛ برایند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی<sup>۱</sup>

مسعود الماسی\*، احمد واعظی\*\*

### چکیده

نظام حقوقی مدرن در ایران همواره متأثر از جریان نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی بوده است. برایند تعاملی این دو جریان موجب حاکمیت نوعی پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران شده که بر آن اساس قضات باید نتیجه قضاوت خود را با منطق قضایی صوری و در چهارچوب نص‌گرایی قانونی ارائه کنند. پیش‌فرض‌های مذکور ما را به سؤال اصلی این مقاله سوق می‌دهد که سؤال از ماهیت نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی و نحوه تأثیر آن‌ها بر حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران است. ما در این مقاله نخست با روش توصیفی به مفهوم‌شناسی نص‌گرایی قانونی، فرمالیسم حقوقی و پوزیتیویسم حقوقی خواهیم پرداخت تا در ادامه قادر شویم به تحلیل حاکمیت پارادایم مبتنی بر این مفاهیم بر نظام قضایی ایران و پیامدهای آن بپردازیم. یافته این پژوهش آشکار خواهد کرد رویکرد تصلب بر قانون و روش استنتاجی قضایی همواره مطابق با آرمان‌های حقوقی و عدالت نیست. دیگر یافته این مقاله نشان‌گر آن است که برایند تعاملی جریان نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران حاکمیت نوعی پوزیتیویسم حقوقی است که موجب خلط مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی نظام‌های حقوقی مبتنی بر مبانی مدرنیته با نظام حقوقی اسلام در اصول متعددی از قانون اساسی و قوانین عادی شده است.

واژگان کلیدی: نص‌گرایی قانونی، فرمالیسم حقوقی، پوزیتیویسم حقوقی، قانون، نظام قضایی ایران

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «مبانی و پیامدهای نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران» با راهنمایی آقای دکتر احمد واعظی و مشاوره آقای دکتر محمود حکمت‌نیا در دانشگاه باقرالعلوم است.

\* دکتری فلسفه حقوق، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران (نویسنده مسئول) masaudalmasy@gmail.com  
\*\* استاد گروه فلسفه‌های مضاف، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران info@ahmadvaezi.com

## مقدمه

نص‌گرایی در تعریف عام نوعی روش معطوف به تحصیل معرفت است که با تکیه بر اعتبار نصوص، دستیابی به معرفت را محدود به حجیت نصوص کرده و از دخالت دادن برداشت‌های عقلی جلوگیری می‌کند. بدین اعتبار نص‌گرایی در حوزه علوم اسلامی نظیر فقه روش دستیابی به معرفت فقهی بر اساس حجیت نصوص و توجه صرف به احادیث، و منقولات شرعی و یا در حوزه کلام روش معطوف به حجیت «عقل» در مقابل «نقل» است.

اما نص‌گرایی در حوزه قانون و متون حقوقی که موضوع پژوهش حاضر است به‌نحو خاص در مفهوم «متن‌گرایی»<sup>۱</sup> استعمال می‌شود که بیشتر معطوف به فهم متن قانون و مقاصد واضعان قانون است هرچند که در رویکردهای افراطی‌تر متن‌گرایی، حتی جست‌وجو برای فهم مقاصد واضعان قانون نیز نفی می‌شود و قضات بر اساس این رویکرد موظف می‌گردند صرفاً بر متن قانون اقتصار و اکتفا نمایند. اندک تتبع تطبیقی در جریان تحولات علم حقوق نشان می‌دهد نص‌گرایی قانونی به‌ویژه در مفهوم متن‌گرایی افراطی، پشتوانه پارادایم دیگری موسوم به فرمالیسم حقوقی گشت که از ویژگی‌های بارز آن توجه به روش قیاس منطقی<sup>۲</sup> است.

کارکرد مهم نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی الزام قضات به فهم متن قانون و ارائه نتیجه قضاوت در قالب یک استدلال حقوقی است که مانند هر قیاس منطقی شامل قضایای صغروی، کبروی و نتیجه باشد (Beccaria, 2000: 14) تا در داوری‌هایشان مصون از تأثیرپذیری نسبت به عوامل خارجی نظیر، شخصیت طرفین دعوی و اوضاع و احوال سیاسی، اقتصادی یا مذهبی مربوط به اصحاب دعوی باشند. هرچند نیل به تساوی‌گرایی قانونی از اهداف نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی است اما اجرای مکانیکی قانون در قالب استنتاج منطقی و در یک نظام بسته از قوانین مدونه که از اصول مسلم پارادایم نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی است همواره مطابق با آرمان‌های حقوقی و عدالت نخواهد بود و موجب حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی در نظام‌های قضایی مدرن از جمله نظام قضایی معاصر در ایران شده است. نتیجه حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران نیز وجود اصول متعددی از قانون اساسی و قوانین عادی است که نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی را تکلیف کرده‌اند.

بر این اساس با ابتنا بر این پیش‌فرض‌ها که نظام حقوقی مدرن در ایران هم در پیدایش و هم در استمرار متأثر از جریان نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی بوده که برابند تعاملی آن‌ها موجب حاکمیت

1. textualism  
2. syllogism

نوعی پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران شده مسئله مطمح نظر در این پژوهش ضرورت توجه به یکی از مهم‌ترین چالش‌های عینی در فلسفه حقوق معطوف به نظام قضایی ایران است که می‌توان آن را چالش عدم توجه به موازین فراحقوقی اخلاقی و عطف توجه صرف به نظام صوری کاربست قوانین دانست.

به‌دلیل همین ضرورت ما در این مقاله نخست با روش توصیفی به مفهوم‌شناسی نص‌گرایی قانونی، فرمالیسم حقوقی و پوزیتیویسم حقوقی خواهیم پرداخت تا در ادامه قادر شویم با روش تحلیلی به بررسی رابطه فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی در تعامل با پوزیتیویسم حقوقی تأثیرگذار بر نظام قضایی ایران بپردازیم.

نتیجه این تحلیل در بخش بررسی پیامدها، آشکار خواهد کرد نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی علاوه بر آنکه می‌توانند موجبات تصلب بر قانون و محاق رفتن آرمان‌های حقوقی نظیر انصاف و عدالت را فراهم آورند به‌علاوه در پاره‌ای از اصول قانون اساسی مآلاً منجر به حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی بر نظام قضایی ایران و خلط مبانی لیبرالیستی قانون با مبانی اسلامی آن شده است.

#### ۱. مفهوم‌شناسی نص‌گرایی قانونی

حداقل می‌توان سه معنای عقل‌گرایی، خواننده‌محوری، قصدگرایی تفسیری را در تقابل با نص‌گرایی تفکیک و احصا کرد (واعظی، ۱۳۹۹: ۱۴۴-۱۴۶). نص در معنا و کارکرد نخست واجد آن معنای لغوی است که در مقابل عقل قرار می‌گیرد و نص‌گرایی در حوزه علوم اسلامی که مقابل عقل‌گرایی می‌ایستد عموماً در همین معنا استعمال می‌گردد. نص‌گرایی در این مفهوم دارای پیشینه تاریخی طولانی است و در بیشتر حوزه‌های علوم اسلامی نظیر کلام، فلسفه، فقه، اخلاق رخ نموده و جریان‌های فکری بزرگی نظیر اشاعره، معتزله، اخباری‌ها، اصولی‌ها در اعصار مختلف با توجه به همین تقابل شکل گرفته‌اند و بدین اعتبار نص‌گرایی در حوزه فقه نوعی روش عقل‌گریز است که معرفت فقهی در آن معطوف به حجیت نصوص و توجه صرف به احادیث، روایات، و منقولات شرعی می‌گردد و در حوزه کلام نیز به همین ترتیب نوعی رویارویی «عقل» و «وحی» است.

اما نص‌گرایی در معنا و کارکرد دوم در تقابل با دیدگاهی قرار می‌گیرد که عموماً معتقد است آنچه اهمیت دارد دریافت خواننده از مطالعه یک متن است و قرائت متن را تابعی از تفسیر خواننده که خود تابعی از عوامل مختلف روان‌شناختی، جامعه‌شناختی و کلیه امور دیگر برون‌متنی است می‌داند؛ رویکردی که اصطلاحاً خواننده‌محور<sup>۱</sup> نام گرفته است.

نص‌گرایی ولی در معنا و کارکرد سوم که در متون حقوقی استعمال می‌گردد در تقابل با قصدگرایی تفسیری قرار می‌گیرد که یک اظهار نظر فلسفی در مورد قانون و تفسیر آن است و معتقد است خود متن قانون، در حقیقت همان قانون است (Siegel, 2009: 131) زیرا تنها به دنبال آنچه از متن قانون استفاده می‌شود باید بود (Marmor & Soames, 2011: 7) و تنها متن است که می‌تواند مرجع نهایی تلقی شود و بدین اعتبار به متن‌گرایی موسوم گشت.

متن‌گرایی در یک تقسیم‌بندی دیگر توسط آندره مارمور به متن‌گرایی منفی و متن‌گرایی مثبت یا نومتن‌گرایی<sup>۱</sup> تقسیم شده (Marmor 2007: 19) که اولی نفی جست‌وجو در سوابق تاریخی وضع یک قانون و نفی جست‌وجو جهت نیل به نیت قانون‌گذاران و قصد تقنینی<sup>۲</sup> و دومی تأکید بر فهم و تفسیر قانون بر مبنای معنای متعارف<sup>۳</sup> و جست‌وجو در سوابق تاریخی وضع قانون و نیت قانون‌گذار است (واعظی، ۱۳۹۹: ۱۴۷-۱۴۸).

برخی نیز مانند قاضی آنتونیا اسکالیا از اعضای دیوان عالی آمریکا این جست‌وجو را اگر جهت نیل به معنای اصیل و اولیه قانون باشد متن‌گرایی - اصالت‌گرایانه<sup>۴</sup> نام نهاده‌اند (perry, 2011: 106) که هدف آن نیل به معنای متعارف قانون در زمان تصویب یک قانون است. (واعظی، ۱۳۹۹: ۱۵۰) به هر روی مراد ما از نص‌گرایی قانونی در این مقاله همین مفهوم اخیر است. مفهومی که پشتوانه پارادیم دیگری موسوم به فرمالیسم حقوقی گشت که در ادامه به مفهوم‌شناسی آن خواهیم پرداخت.

## ۲. مفهوم‌شناسی فرمالیسم حقوقی

مفهوم فرم دارای سه رویکرد وابسته به هم است که عبارت از ویژگی و شخصیت خاص داشتن، اصلی واحد در یک ساختار واحد بودن و جنسیت واحد داشتن، هستند و بنابر این فرم نشانگر شخصیت<sup>۵</sup>، وحدت<sup>۶</sup> و نوعیت<sup>۷</sup> است (Weinrib, 1988: 959-960).

بر این اساس واژه فرمالیسم تقابل بین فرم و محتوا را نشان می‌دهد؛ تقابلی که در هسته روش‌شناسی فرمالیستی قرار گرفته است (Weinrib, 2010: 328) اما فرم و محتوا آن چنان به هم تنیده و وابسته هستند که اگر محتوایی فرم خود را از دست دهد نامشخص و غیرقابل تجربه خواهد شد (Weinrib, 1988: 959).

1. New Textualism
2. Legislative Intent
3. Ordinary Meaning
4. Textualism-Originalism
5. character
6. unity
7. genericity

در حقیقت می‌توان گفت قابلیت فهم هر موضوعی به رابطه فرم و محتوا در آن موضوع باز می‌گردد و اگر نخواهیم از فرمالیسم حقوقی صرفاً به‌عنوان یک واژه، تعریفی بیان کرده باشیم بلکه بخواهیم پذیرفتنی‌ترین مفهوم از فرمالیسم حقوقی را ارائه نماییم شاید بتوان گفت فرمالیسم حقوقی وفاداری به بُعد هنجاری حقوق و به سنتی فلسفی است که هدف آن نیل به یک رویه هنجاری عقلانی و درون‌ماندگار<sup>۱</sup> است (Weinrib, 1988: 949).

و بر در آثار خود توضیح می‌دهد که چگونه سرمایه‌داری به پیدایش نظم حقوقی عقلانی کمک کرده است و ادعای کلی وی آن است که تحول تاریخی نظام‌های حقوقی در اروپا به‌سوی نوعی حقوق عقلانی صوری بوده است (Trevino, 1996: 183) و فرمالیسم حقوقی نظام‌های حقوقی را قادر ساخته که به‌سان ماشین‌های مکانیکی عاقل عمل کنند (Mann, 1994: 1048).

مورخان تاریخ حقوق نیز نظیر مورتون هورویتز<sup>۲</sup>، گرت گیل‌مور<sup>۳</sup> و دانکن کندی<sup>۴</sup> نیز ادعا کرده‌اند که سال‌های میانی ۱۸۷۰ تا ۱۹۲۰ میلادی اوج جریان فرمالیسم در ایالات متحده آمریکا بود که حقوق‌دانان و قضات حقوق را به‌سان نظام خودبنیاد فراگیر منطقی<sup>۵</sup> و متعین می‌دیدند و معتقد بودند قضات درگیر یک «نظام استنتاج مکانیکی» از مجموعه‌ای از قوانین هستند تا یک حکم واحد درست به‌عنوان خروجی صادر کنند (Leiter, 2010: 117).

نظام استنتاج مکانیکی همان چیزی است که به «رویه قضایی مکانیکی»<sup>۶</sup> موسوم گشت و نخستین بار توسط راسکو پوند<sup>۷</sup> استعمال شد و مشتمل بر یک قیاس منطقی<sup>۸</sup> است (Steven, 2005: 1982). قیاس منطقی موجود در این رویه را می‌توان با یک مثال چنین شرح داد که اگر حسب یک قانون موضوعه چنین مقرر شده باشد که هر کس با سرعت بیش از پنجاه کیلومتر در ساعت رانندگی کند باید پنجاه هزار تومان جریمه شود<sup>۹</sup>؛ آنگاه در مورد چنین قانونی رویه قضایی مکانیکی و قیاس منطقی موجود در آنکه قاضی بر اساس آن قضاوت می‌کند چنین خواهد بود:

کبرای قیاس: هر کس با سرعت بیش از پنجاه کیلومتر در ساعت رانندگی کند باید پنجاه هزار

1. immanently intelligible normative
2. Morton Horwitz
3. Grant Gilmore
4. Duncan Kennedy
5. autonomous, comprehensive, logically ordered
6. mechanical jurisprudence
7. Nathan Roscoe Pound (October 27, 1870 – June 30, 1964)
8. logical deduction

۹. معیار سنجش سرعت و جریمه به تناسب تبدیل به کیلومتر بر ساعت و تومان شده‌اند.

تومان جریمه شود. صغرای قیاس: متهم با سرعت بیش از پنجاه کیلومتر در ساعت رانندگی کرده است. نتیجه: متهم باید پنجاه هزار تومان جریمه شود (Steven, 2005: 1982).

بنابر آنچه گفته شد در تشبیه فرمالیسم حقوقی به روش ریاضیات شاید بتوان گفت که فرمالیسم تقریباً می‌تواند به‌سان قواعد ریاضیات مفسر را قادر سازد تا مشخص نماید نتیجه یک پرونده آیا صحیح است یا ناصحیح (Posner, 1986: 181) و بر این اساس شاید همچنان که واینرب بیان کرده فرمالیسم حقوقی بازتابی از پایدارترین آمال حقوق است که هدف آن نیل به یک رویهٔ هنجاری عقلانی و درون‌ماندگار<sup>۱</sup> است (Weinrib, 1988: 963).

قاضی بر اساس این رویکرد فرمال باید در هر پرونده صرفاً و فقط بر اساس منطق قضایی صورتی و فارغ از توجه به عناصر غیر حقوقی یا فراحقوقی حکم صادر نماید و در داوری‌هایش به ارزش‌های اخلاقی، سیاسی، اقتصادی و مذهبی و یا شخصیت طرفین دعوی توجهی نداشته باشد و حکمی که بر مبنای این شیوه صادر می‌گردد به ادعای تئوری‌های فرمالیستی صحیح‌ترین حکم است زیرا این تئوری‌ها ادعا دارند که حقوق، مجموعهٔ متعینی<sup>۲</sup> از استدلال‌های مشروع قانونی است که برای حمایت از تصمیم قضایی قضات فراهم شده‌اند تا تنها یک و فقط یک حکم خروجی دادگاه را توجیه نمایند. بر این اساس قضاوت امری خودبنیاد<sup>۳</sup> و مستقل از سایر استدلال‌هاست که قاضی می‌تواند بدون توسل به سایر ملاحظات هنجاری غیر حقوقی نظیر اخلاق و سیاست تصمیم بگیرد (Leiter, 2010: 111).

بر مبنای مطالب مذکور، آنچه از مفهوم فرمالیسم حقوقی در این مقاله مراد است روش معطوف به استنتاج حکم قضایی بر مبنای یک قیاس منطقی در یک نظام بسته از قوانین مدونه و منصرف از کلیه عوامل بیرونی نظیر رویکردهای اخلاقی، روان‌شناختی و جامعه‌شناختی است که می‌توان از آن به روش استنتاج مکانیکی قوانین با به‌کارگیری قضات به‌سان ماشین‌های تولید حکم قضایی تعبیر کرد.

لازم به یادآوری است همچنان‌که اشاره شد فرم و محتوا آن‌چنان به هم تنیده و وابسته هستند که اگر محتوایی فرم خود را از دست دهد نامشخص و غیرقابل تجربه خواهد شد و در حقیقت می‌توان گفت قابلیت فهم هر موضوعی به رابطهٔ فرم و محتوا در آن موضوع باز می‌گردد و بر این اساس در هر نظام قضایی از جمله نظام قضایی ایران رعایت حداقلی از فرم که به‌خصوص مقتضای نظام‌های حقوقی رومی - ژرمن و نظام حقوقی اسلام و از ملزومات تطبیق حکم هر موضوع با قوانین مربوطه و احکام شرعی است، حسب مواد ۳ آیین دادرسی مدنی و مادهٔ ۲ آیین دادرسی کیفری لازم است و

1. immanently intelligible normative
2. determinate
3. autonomous

به هیچ وجه مورد انکار موضوع این پژوهش نیست.

بر این اساس همچنان‌که اشاره گشت آنچه مطمح نظر این پژوهش است آسیب‌شناسی مفهوم غالب و عام نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در قالب اعمال مکانیک‌وار و صوری قوانین بدون توجه به رویکردهای اخلاقی، روان‌شناختی و جامعه‌شناختی و بدون توجه به موازین انصاف و عدالت در هر موضوع با به‌کارگیری قضات به‌سان ماشین‌های تولید حکم قضایی در چهارچوب خشک قوانین است که مع‌الاسف باعث شده نظام قضایی ایران مبتلا به نوعی پوزیتویسم حقوقی گردد که در بخش بعد به مفهوم‌شناسی آن خواهیم پرداخت.

### ۳. مفهوم‌شناسی پوزیتویسم حقوقی

هرچند واژه پوزیتویسم یا مکتب تحصیل‌گرایی با نام آگوست کنت پدر جامعه‌شناسی نوین و آن تفکر فلسفی قرن نوزدهم و بیستم میلادی گره خورده که معتقد بر یگانگی و حاکمیت روش تجربی برای تحصیل دانش بشری است اما این واژه در دانش حقوق دارای معنای متفاوتی است. در حقیقت می‌توان آغاز جریان پوزیتویسم حقوقی را با نوشته‌های جرمی بنتام<sup>۱</sup> فیلسوف و حقوق‌دان انگلیسی دانست (Tebbit, 2016: 16) که معتقد به اصالت سود<sup>۲</sup> و اصلاح حقوق عرفی از طریق جدایی اخلاق و حقوق بود.

پیروان این مکتب حقوقی عمدتاً معتقدند نظام حقوقی در عین حال که با اخلاق و مذهب پیوند دارد اما نظامی مستقل از آن‌ها است چنان‌که جوزف رز بیان داشته اصول مربوط به قانون‌گذاری، دادرسی و تفسیر قوانین از مختصات نظام حقوقی است و بیرون از عالم حقوق همانندی برای آن‌ها نمی‌توان یافت (میرزانی، ۱۳۹۹: ۳۱۳).

ویژگی‌های عام این جریان فراگیر حقوقی را می‌توان در قالب این دکتترین حقوقی بیان کرد که قوانین، حاصل قرارداد و امرونهی انسان‌ها هستند و هیچ پیوندی میان حقوق و اخلاق وجود ندارد. شاید بتوان ادعا کرد خاستگاه این دکتترین، خردگرایی اندیشمندانی چون دکارت، گروسیوس و پوفندر ف مبنی بر آن بود که حقوق محصول عقل بشر و از دستوره‌های عقل عملی است و هدف از وضع قواعد هم نه اجرای دستورات خداوند که اجرای عدالت و برقراری نظم در روابط بین انسان‌هاست (خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹: ۶۶). هارت البته معتقد بود یکی دیگر از ویژگی‌های عام پوزیتویسم حقوقی التزام به مبانی فرمالیسم حقوقی از جمله استنتاج حکم قضایی بر مبنای یک نظام

1. Jeremy Bentham (1748-1832)  
2. utilitarianism

منطقاً بسته<sup>۱</sup> از قوانین موضوعه بدون توجه به معیارهای اخلاقی یا اهداف سیاسی و اجتماعی است (Hart, 1958: 602).

لازم به یادآوری است در مقابل پوزیتیویست‌هایی که با برداشت صوری از مفهوم قانون آن را شامل قواعد یا اصول می‌دانند طبیعت‌گرایان قرار می‌گیرند که حقوق را با توجه به اصول اخلاقی طبیعی تبیین می‌کنند و مدعی‌اند می‌توان با شناخت قوانین حاکم بر طبیعت انسان به شناخت قانون دست یافت. هرچند پوزیتیویست‌های نرم و شمول‌گرا نظیر هارت و دورکین معتقد به محتوای حداقلی حقوق طبیعی<sup>۲</sup> و اصل‌های اخلاقی هستند که بدون آن نمی‌توان هدف حداقلی بقا را برای انسان‌ها تأمین کرد (هارت، ۱۳۹۳: ۲۹۷) اما به‌نحو کلی می‌توان بیان داشت پوزیتیویست‌ها در مقابل طبیعت‌گرایان دست‌کم یکی از ادعاهای زیر را رد می‌کنند: الف) یک نظام اخلاقی طبیعی وجود دارد؛ ب) نظام اخلاقی طبیعی برای بشر قابل فهم است؛ ج) مفهوم قانون را باید با توجه به نظام اخلاقی طبیعی درک کرد (موراوتز، ۱۳۹۱: ۵۲).

#### ۴. پوزیتیویسم حقوقی برابند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی

با عنایت به مقدمات فوق، درخصوص تعامل نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی که برابند آن پوزیتیویسم حقوقی حاکم بر نظام‌های قضایی مدرن از جمله نظام قضایی مدرن در ایران است می‌توان این نقل قول گایدو فاسو فیلسوف ایتالیایی حقوق را بیان کرد که پوزیتیویسم حقوقی عبور از حقوق سنتی به قانون را به‌عنوان اقتضای عقل مطرح نمود چراکه تنها قانون است که می‌تواند نماد عقلانیت بوده یا بیان بهتر ارادی عقلی باشد.

بنابراین شاید بتوان گفت پوزیتیویسم حقوقی چهارچوب تضمینی حقوق مدرن است و از نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی به‌عنوان ابزار و تضمین ارزش‌های مدرنیته حقوقی بهره می‌جوید (شهابی، ۱۳۹۶: ۳۸۴).

بدین اعتبار گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن که ناشی از شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از قرارداد اجتماعی و به تعبیری ظهور و بروز پوزیتیویسم دولتی بود، باعث شد نص قانون با رویکرد فرمال ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربری آخرین اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی و میثاق عام دولت با ملت یا میثاق دولت - ملت<sup>۳</sup> تلقی گردد.

بدین ترتیب مفهوم پوزیتیویستی حقوق برابند تعاملی نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی و

1. closed logical system
2. Minimum content of Natural Law
3. Nation-state



ابزاری برای تضمین آزادی فرد انسان در قالب نظام قرارداد اجتماعی شد که در اندیشهٔ افرادی همچون توماس هابز، جان لاک، روسو و کانت مطرح شده بود.

بر این اساس در نظام‌های حقوقی مدرن نص قانون و فرمالیته حقوقی به‌عنوان ابزاری جهت تضمین ارزش‌های مدرنیته حقوقی بر تمامی شئون فردی و اجتماعی حاکم گشت که می‌توان از آن با عنوان نظامی ساختگی بر مبنای حکومت قانون<sup>۱</sup> تعبیر نمود.

هایک<sup>۲</sup> معتقد است اراده‌گرایی موهومی که همهٔ حقوق را ناشی از ارادهٔ قانون‌گذار می‌داند و سعی در برپایی چنین نظم ساختگی دارد که حاصلش مفهوم پوزیتیویستی حقوق است، قصد دارد تا همهٔ نهادهای بشری را به یک سرنوشت خاص سوق دهد و در تعارض کامل با هر آنچه با کمک داده‌های معرفت‌شناختی و مردم‌شناختی از تحولات حقوق و بیشتر نهادهای انسانی می‌دانیم قرار دهد (شهابی، ۱۳۹۶: ۲۸۹).

به‌علاوه برابند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی در نظام‌های حقوقی مدرن با تکیه بر آن مبانی انسان‌شناختی لیبرالیسم نیز شکل می‌گیرد که ادعا می‌کند عدالت در یک استعمال بی‌طرفانه شامل قواعدی می‌گردد که مشروعیت‌شان ناشی از رضایت قبلی اشخاص تحت تسلط آن‌هاست (Kennedy, 2016: 351).

عدالت در این نسخهٔ لیبرالی از طریق تلاش برای حصول نتایج عقلانی ماهوی<sup>۳</sup> یعنی دستیابی به نتایجی که بیشینه‌سازی مجموعه‌ای از اغراض و ارزش‌های متعارض است، از طریق قاعده‌سازی عقلانی ماهوی و اعمال مکانیکی آن قواعد است (Kennedy, 2016: 358).

به عبارت دیگر ماهیت معرفت‌شناختی قانون در نظام‌های حقوقی مدرن مجموعه‌ای از دو نوع عقلانیت است: الف) عقلانیت ماهوی که مبتنی بر سنجش و موازنهٔ ارزش‌های متعارض افراد جامعه و نیل به یک برابند عقلانی و مصالحه‌ای است که نتیجهٔ آن حصول مجموعهٔ قواعدی است که ماهیت آن معطوف به بیشینه سود و فایده برای بیشترین افراد جامعه است. ب) عقلانیت مدلی اعمال آن قواعد که نوعی عقلانیت شکلی در اعمال مکانیکی قواعد فوق‌الذکر محسوب می‌شود.

همچنان‌که ملاحظه می‌گردد مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی قانون، برآمده از آن قرائت مشهور لیبرالیسم است که متشکل از سه دیدگاه قراردادگرایی، فایده‌گرایی معطوف

1. Rule of Law
2. Friedrich Hayak (1899 -1992)
3. substantively rational results

به اقتصاد مبتنی بر رفاه و تأمین خوشی برای همگان<sup>۱</sup> و پوزیتیویسم حقوقی است. کنکاش در رویه‌های حقوقی ایران مبین این امر است که نظام قضایی ایران با تأثیرپذیری از پوزیتیویسم حقوقی، عمدتاً در چهارچوب همان مبانی سمانتیک سنتی حرکت می‌کند که موجد محدودیت‌های متن‌گرایی است و مفاهیمی چون قانون و نص قانونی بر مبنای همان هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی شکل گرفته که برآمده از قرائت مشهور لیبرالیسم و فرمالیته حقوقی است و پیامدهای آن لاجرم همان پیامدهاست.

##### ۵. پیامدها

همچنان‌که اشاره شد نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی حاصل از آن را عمدتاً می‌توان محصول جنبش‌های اجتماعی قرن هیجدهم اروپا دانست که هدف آن تلفیق منطق حقوقی با مقتضیات سیاسی - اجتماعی آن روزگار نظیر آزادی‌های فردی و تساوی‌گرایی قانونی و نیل به یک رویهٔ هنجاری عقلانی برای دستیابی به عدالت بود.

تلاش برای حصول به این رویهٔ هنجاری عقلانی که برخی فیلسوفان و مورخان علم حقوق نظیر دانکن کندی<sup>۲</sup> آن را دستیابی به نتایجی دانسته‌اند که پیشینه‌سازی مجموعه‌ای از اغراض و ارزش‌های متعارض است، از طریق نوعی قاعده‌سازی عقلانی و اعمال مکانیکی آن قواعد صورت پذیرفت که وی آن را فرمالیتهٔ حقوقی<sup>۳</sup> نامیده و مدعی شده قرائت مشهور از لیبرالیسم حاوی نظریه‌ای از عدالت است که به فرمالیتهٔ حقوقی گره می‌خورد (Kennedy, 2016: 351-358).

همچنان‌که گذشت مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی مفهوم قانون و نص قانونی برآمده از آن قرائت مشهور از لیبرالیسم است که متشکل از سه دیدگاه قراردادگرایی، فایده‌گرایی معطوف به اقتصاد مبتنی بر رفاه و تأمین خوشی برای همگان<sup>۴</sup> و پوزیتیویسم حقوقی است و کاملاً متفاوت از مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی اسلامی است.

بر این اساس تکلیف به اقتصار بر نص قانون با شیوه‌ای استنتاجی و فرمال آن‌چنان‌که مقتضی نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی است مبتنی بر اصول برآمده از مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی همان قرائت مشهور از لیبرالیسم است که بدان اشارت رفت اما مع‌الأسف کمتر حقوق‌دان یا فقیهی تاکنون بدین نکته التفات نموده و عمدتاً بدون توجه به مبانی مذکور و با هدف نیل به ارزش‌های متعالی اسلام نظیر عدالت و مساوات اسلامی، نص‌گرایی قانونی

1. welfare economic
2. Duncan Kennedy (born 1942)
3. Legal formality
4. welfare economic

و فرمالیسم حقوقی را تکلیف کرده‌اند.

شکل‌گیری نظام قضایی مدرن در ایران با ظهور نهضت مشروطه و ورود در دوره جدیدی بود که می‌توان آن را ظهور دولت مدرن یا دولت - ملت در ایران نامید. در این دوره جامعه ایرانی با مفاهیمی همچون تفکیک قوا، قانون موضوعه، حقوق عمومی، قرارداد، انتخابات ملی، مجلس قانون‌گذاری، قانون موضوعه و عدلیه آشنا شد. ظهور این مفاهیم حتی در آثار فقهای بزرگ آن دوران نظیر شیخ فضل‌الله نوری و آیت‌الله میرزا محمدحسین نایینی به شکل مناظرات علمی در تأیید و رد مشروطه و نظام مبتنی بر آن بروز یافت و هر یک با نگاشتن آثاری به تبیین آثار و چالش‌های پیش رو پرداخت. بدین ترتیب خاستگاه نخستین و شکل‌گیری اولیه نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران معاصر که با هدف اعمال تغییرات در وضع موجود حکومت استبدادی قاجار و خواست عموم مردم در نهضت مشروطه برای رفع تبعیض‌های مختلف به‌خصوص در اخذ مالیات‌ها و محاکمات قضایی بوده است جهت نیل به تساوی‌گرایی قانونی شکل گرفت و از آن پس همواره به‌عنوان پارادایم غالب در نظام قضایی و تقنینی ایران باقی ماند.

تساوی‌گرایی در برابر قانونی که برآمده از مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی لیبرالیستی است و لزوماً منجر به عدالت نخواهد شد. حتی پس از شکل‌گیری نظام اسلامی در ایران در اصول متعددی از قانون اساسی نظیر اصول سوم، چهارم، بیستم، شصت و یکم، هفتاد و دوم، نود و یکم، نود و سوم، نود و چهارم، نود و ششم، یکصد و شصت و هفتم و یکصد و هفتادم رخ نمود. به‌عنوان مثال می‌توان به بند ۱۴ از اصل سوم قانون اساسی اشاره کرد که مقرر داشته فراهم آوردن تساوی عموم در برابر قانون از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران است.

برای آشکار شدن آن که تدوین‌گران قانون اساسی بدون توجه به ماهیت و مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی، در پذیرش قانون به‌مثابه شکل و فرم نظم‌دهنده نظام قضایی ما هیچ تردیدی نداشته‌اند به سخن نایب‌رئیس وقت مجلس خبرگان قانون اساسی درخصوص مفاد اصل بیستم که با هدف دفاع از حقوق زنان تدوین گشته اشاره می‌گردد که بیان داشته: «این اصل که در فصل حقوق ملت آمده ناظر به این معناست که همگان در مقابل قانون مساوی اند. اینکه قانون چیست در اینجا مطرح نمی‌باشد ولی هرچیزی قانون شد اعتبار و اجرایش برای همه یکسان است» (هاشمی، ۱۳۸۵: ۲۶۰). همچنان‌که ملاحظه می‌گردد فضای فکری تدوین‌گران نخستین اصول فوق از یک‌سو آرمان‌خواهی اسلامی و نفی هرگونه استبداد و تبعیض و از دیگر سو حاکمیت مطلق قانون و قانون‌گرایی، فارغ از ماهیت قانون بوده است. غافل از آنکه حاکمیت مطلق قانون که از نوامیس مدرنیسم و آرمان‌های اصلی فرمالیسم حقوقی است همچنان‌که گذشت بر مبنای آن قرائت مشهور

از لیبرالیسم استوار گشته که خود مبتنی بر سه دیدگاه قراردادگرایی، پوزیتیویسم حقوقی سنتی از بنتام تا هارت و فایده‌گرایی معطوف به اقتصاد افرادی همچون جان استوارت میل و رونالد کوزا<sup>۱</sup> است (Kennedy, 2016: 353) و خلط مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی لیبرالیستی و اسلامی اساساً ممکن نخواهد بود.

برخی حقوق‌دانان البته در این خصوص معتقد به هم‌زیستی و همگامی مذهب و قانون هستند که بر این اساس، تعامل مبانی مذهبی با مبانی لیبرالیستی قانون هم‌زیستی مسالمت‌آمیز خواهد بود. و دغدغه خلط مبانی بر اساس این تئوری هم‌زیستی حداقلی، دغدغه چندان موجهی نخواهد بود. این گروه از حقوق‌دانان بر مبنای این دیدگاه، الزام اصول قانون اساسی به رعایت موازین اسلامی را به دریچه‌هایی تشبیه کرده‌اند که حقوق اسلامی از آن طریق در نظم تحقیقی موجود نفوذ کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۸۶) و برخی دیگر نیز معتقدند حقوق اسلام متن‌محور بوده و هنر اصلی قاضی و حقوق‌دان تفسیر قانون شرع است (علیزاده، ۱۳۸۷: ۲۸۸) که بر اساس این مبنا همچون کار اصلی قاضی تفسیر قانون شرع بر اساس متن محوری اسلامی است مسئله خلط مبانی اسلامی قانون با مبانی لیبرال آن سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود.

علاوه بر تفاوت نظام‌های حقوقی مبتنی بر لیبرالیسم با نظام حقوقی اسلام از حیث مبانی نکته دیگری نیز که باید بدان توجه نمود آن است که نظام‌های حقوقی دینی از جمله نظام حقوقی اسلام از حیث منابع و روش‌ها نیز با نظام‌های حقوقی مدرن که مبتنی بر مبانی مدرنیته هستند متفاوتند، زیرا در رویکرد مدرن به حقوق و از نگاه جامعه‌شناسان حقوقی نظیر ماکس وبر روش مبتنی بر متون مقدس یا روش اسکولاستیک<sup>۲</sup> روش معتبری تلقی نمی‌گردد (شهابی، ۱۳۸۸: ۷۶) و دارای محدودیت‌های روشی و منابع است.

این روش‌ها در نظام حقوقی اسلام به‌عنوان مثال در فقه اهل تسنن محدود به قیاس، استحسان، سدذرایع، فتح ذرایع و مصالح مرسله است که در نظام فقهی شیعه حتی محدودتر شده و تنها در صورتی که به ظواهر ادله نقلی یا ملازمات عقلیه برگردند دارای حجیت هستند (مظفر، بی‌تا: ۲۰۵). به هر تقدیر از پیامدهای نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران خلط مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی نظام‌های حقوقی مبتنی بر مبانی مدرنیته با نظام حقوقی اسلام است که در اصول متعددی از قانون اساسی رخ نموده است.

۱. Ronald Coase اقتصاددان مشهور و نویسنده مقاله تأثیرگذار The Problem of Social Costs

2. scholastic

اما یکی دیگر از پیامدهای نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در قوانین عادی و شکلی ایران مفاد ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و نیز ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری است که قضات را ملزم نموده بر اساس یک سیستم قضایی بسته و اعمال مکانیک‌وار قوانین و بر مبنای منطق قیاسی صرف قضاوت نمایند و ریشه آن‌ها در اصول ذیل از قانون اساسی است. اصل یکصد و شصت و ششم که مقرر داشته احکام دادگاه‌ها باید مستند به مواد قانون باشد و قسمت نخست از اصل یکصد و شصت و هفتم که مقرر داشته قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اصل سی و ششم که مقرر داشته حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

همچنان‌که گذشت از نظر فرمالیست‌های حقوقی حکم صادره که بر مبنای فوق شکل گرفته از یک سو صحیح‌ترین حکم ممکن است و از سوی دیگر چنین فرایند صوری به تساوی حقوقی آحاد یک جامعه و بهره‌مندی یکسان ایشان از حقوق موضوعه خواهد انجامید.

با امعان نظر به اصول فوق آشکار می‌گردد که اصل سی و ششم معطوف به امور جزائی و بیانگر اصل قانونی بودن جرم و مجازات است و اصل یکصد و شصت و ششم و قسمت نخست از اصل یکصد و شصت و هفتم ناظر به نظام بسته‌ای هستند که قضات مجازند فقط در همان محدوده به استنباط قضایی پردازند و مکانیزم این استنباط هم صرفاً باید بر اساس منطق قیاسی و محور قرار دادن قوانین مدونه به‌عنوان قضایای کبروی باشد.

بر این اساس باید گفت که چهارچوب شکلی و ماهوی اصول فوق‌الذکر بر اساس منطق نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی است و لاجرم پیامدهای آن نیز همان پیامدها خواهد بود. آنچه در مورد تکلیف متابعت از قانون و لزوم انطباق احکام قضایی با قانون ذکر شد در برخی دیگر از اصول قانون اساسی نظیر اصول هشتم، بیست و دوم، سی و دوم، سی و سوم، چهل و هفتم و یکصد و شصت و نهم نیز به‌نحو مشابهی وجود دارد، زمینه‌هایی که نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی بر آن زمینه‌ها گسترش می‌یابند.

در میان اصول فوق‌الذکر البته اصل یکصد و شصت و هفتم از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است زیرا به نظر می‌رسد این اصل خروج از فرمالیسم حقوقی را تجویز و بلکه تکلیف کرده است. اصل فوق مقرر داشته: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

در خصوص این اصل دو نکته حائز اهمیت است؛ نخست آنکه این اصل تکلیف قاضی در

پرونده‌های دشوار<sup>۱</sup> را مشخص نموده و دوم آنکه به نظر می‌رسد این اصل حاکمیت بلامنازع قانون را نفی کرده باشد، زیرا این اصل برخلاف شیوه‌های رئالیسم حقوقی یا پوزیتیویستی بیان می‌دارد مکانیزم رسیدن به حکم در پرونده‌های دشوار استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر است. از سوی دیگر این اصل برخلاف اصل سی و ششم و سایر اصولی که تأکید بر قانونی بودن جرم و مجازات دارند مصادیق قانون را به منابع و فتاوی معتبر اسلامی توسعه داده (ایمانی و قطمیری، ۱۳۸۸: ۲۹۴) و حتی برخی حقوق‌دانان ادعا کرده‌اند که اصل سی و ششم مخصص اصل یکصد و شصت و هفتم است (همان).

از اشکال‌های عملی اجرای این اصل اما، ابهام در مفهوم منابع معتبر اسلامی است، زیرا معلوم نیست که آیا مقصود از این منابع، قرآن و سنت و عقل و اجماع است یا کتب فقهی نظیر شرح لمعه و جواهرالکلام یا هردو و از سوی دیگر فتاوی معتبر نیز به قدری متعدد و متفاوت هستند که ممکن است موجب هرج و مرج قضایی گردد<sup>۲</sup> (ایمانی و قطمیری، ۱۳۸۸: ۹۳۵).

اما نکته مهمی که باید بدان توجه گردد آن است که موضوع اصل یکصد و شصت و هفتم زمانی محقق می‌شود که حکم یک دعوا در قوانین مدونه وجود نداشته باشد و به عبارت دیگر قانونی برای یک موضوع خاص تقنین نشده باشد یا آنکه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه موجب آن شده باشد که قاضی حکم دعوای خاصی را نیابد.

بنابراین موضوع این اصل معطوف و محدود به مواردی است که قانونی به‌عنوان مستند، برای حکم قاضی وجود نداشته باشد یا توسط قاضی یافت نگردد و بر این اساس باید قائل گشت که در اصل مذکور نیز همچنان قانون، محور و مبنا است و تکلیف این اصل برای یافتن حکم یک قضیه در پرونده‌های دشوار، شکل‌گرایی حقوقی را نفی نکرده است و تنها مکانیزم رسیدن قاضی به حکم در این پرونده‌ها را مشخص کرده است.

در پایان این مقاله با هدف نشان دادن برخی دیگر از پیامدهای منفی رویکرد نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی که موجب حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی بر قوانین عادی شکلی و حتی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت شده است می‌توان به حجم گسترده‌ای از قوانین شکلی به‌ویژه قوانین معطوف به تعیین مواعد دادرسی اشاره کرد که به‌موجب آن‌ها حتی در صورت ذی‌حق بودن خواهان، دعوی

### 1. hard cases

۲. رویه موجود در قوه قضاییه در خصوص فتاوی معیار حسب دستورالعمل‌های مختلف، ارجاع به تحریرالوسیله مرحوم امام خمینی و در حال حاضر فتاوی مقام معظم رهبری است.

قابلیت استماع در دادگاه را نخواهد داشت.

به‌عنوان نمونه می‌توان به مصوبه مورخ ۱۳۶۶/۶/۲۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص تعیین مهلت اعتراض به نظریه وزارت مسکن و شهرسازی موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری اشاره کرد که بر اساس آن مهلت حق اعتراض از تاریخ اعلام تشخیص موات بودن زمین سه ماه تعیین شده و بعد از گذشت مهلت سه ماهه مقرر شده حتی در صورت عدم اطلاع مالک از نظریه وزارت مسکن و شهرسازی اعتراض مالک در محاکم مسموع نخواهد بود.

نمونه رأی قضایی صادره در این خصوص دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۶۳۸۰۰۰۷۰ مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۰ صادره از شعبه ۲۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران است که دادگاه در آن اعلام نموده: «در خصوص دعوی به خواسته ابطال رأی کمیسیون ماده ۱۲ به شماره ۳۰-۶۱۲۴ مورخ ۷۵/۱۱/۸ در خصوص ۶ دانگ پلاک ۳/۹۱۶۹ مفروز از ۴۸۸ از اصلی قطعه ۹۳۵ واقع در چیتگر حوزه کرج که نماینده حقوقی خوانده ایراد نموده که اعتراض خارج از مهلت است به شرحی که گذشت اعتراض خارج از مهلت ماده واحد مصوب مجمع محترم تشخیص بوده است و بنا به مراتب فوق قرار ردّ دعوی صادر می‌گردد این قرار ظرف ۲۰ روز از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی است»<sup>۱</sup>.

نمونه دیگر از پیامدهای منفی رویکرد نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی در قوانین عادی تعارض موجود بین ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالاها و خارجی و ماده ۷۰۳ قانون تعزیرات تا قبل از رأی وحدت‌رویه شماره ۷۷۸ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شرح ذیل بود. بر اساس بند الف ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالاها و خارجی، مجازات انتقال و فروش مشروبات الکلی خارجی تا ده میلیون ریال، صرفاً معادل دو تا سه برابر ارزش آن کالا است اما بر اساس ماده ۷۰۳ قانون تعزیرات مجازات انتقال و فروش مشروبات داخلی به همان میزان سه ماه تا یک سال حبس و تا (۷۴) ضربه شلاق و از یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی یا یک یا دو مورد از آنها است. پیامد منفی نص‌گرایی قانونی در این مورد آن بود که قضات مجبور بودند برای انتقال و فروش مشروبات الکلی داخلی مجازات بیشتری مقرر نمایند درحالی‌که قاعداً باید با توجه به بازار بهتر مشروبات الکلی خارجی مجازات بیشتری برای انتقال و فروش مشروبات الکلی خارجی مقرر می‌کردند تا آنکه بعد از مدت‌ها رأی وحدت‌رویه شماره ۷۷۸ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مقرر داشت: «مستفاد از بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، جرایم مذکور در ماده ۷۰۲ اصلاحی قانون مجازات اسلامی داخل در عنوان قاچاق نیست».

۱. سامانه ملی آرای قضایی: <https://ara.jri.ac.ir>

نمونه رأی صادره در این خصوص پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۸۰۲۵۵۲۰۲۱۸۰ شعبه ۱۰۲ دادگاه جزائی و اطفال شهری است که در آن بیان داشته: «در خصوص اتهام نگهداری مجموعاً ۴۸۳ لیتر مشروبات الکلی باتوجه به صورتجلسات کشف توسط مرجع انتظامی، اقرار متهم در مراحل تحقیق داسرا و در محضر دادگاه مآلاً بزهکاری متهم محرز و مسجل است و دادگاه با اصلاح اتهام مذکور در کیفرخواست از تولید و فروش مشروبات الکلی به نگهداری مشروبات الکلی وی را به تحمل یک سال حبس تعزیری و هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری و پرداخت چهارصد و هشتاد و چهار میلیون ریال جزای نقدی، معادل پنج برابر ارزش عرفی کالای حرام مکشوفه، محکوم می‌نماید اما در خصوص اتهام متهم داتریر نگهداری مشروبات الکلی خارجی با توجه به مفاد ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۱۸ که حمل، نگهداری و فروش کالاهای ممنوع را نیز مشمول مجازات قاچاق اعلام نموده و تبصره یک آن ماده که بیان می‌دارد حکم ماده ۷۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ اصلاحی ۱۳۸۷/۸/۲۲، فقط شامل مشروبات الکلی تولیدشده در داخل کشور است و ماده ۴۴ قانون مذکور که رسیدگی به جرم قاچاق کالاهای ممنوع را در صلاحیت دادگاه انقلاب اعلام نموده است، این دادگاه صرف نظر از صحت یا سقم قضیه، قرار عدم صلاحیت ذاتی به صلاحیت و شایستگی محاکم انقلاب تهران صادر و اعلام می‌نماید. حکم محکومیت صادره حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.»

آنچه بیان گشت تنها نمونه‌های کوچکی از موارد فراوان تاثیر پارادایم نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی در حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی بر نظام قضایی ایران بود تا بتوان به برخی از راه‌های برون رفت از تأثیرات منفی این پارادایم در بخش نتیجه‌گیری اشاره کرد.

### نتیجه

یافته‌های این پژوهش بر اساس توصیف نص‌گرایی قانونی، فرمالیسم حقوقی و پوزیتیویسم حقوقی همراه با تحلیل تعامل بین دو جریان نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران نشانگر حاکمیت نوعی پوزیتیویسم حقوقی است که برخی پیامدهای منفی آن بی‌عدالتی قضایی و خلط مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی نظام‌های حقوقی مبتنی بر مبانی مدرنیته، با نظام حقوقی اسلام، در برخی اصول قانون اساسی و قوانین عادی است.

هر چند البته برون‌رفت از پیامدهای منفی نص‌گرایی قانونی، فرمالیسم حقوقی و پوزیتیویسم حاصله از آن‌ها منوط به تغییر پارادایم و تحول بنیادین در نگرش به ماهیت قانون و فرمالیته حقوقی به نظر می‌رسد، اما صرفاً به‌عنوان اشاره به برخی از ظرفیت‌های موجود در نظام قضایی کنونی می‌توان



به مجازات‌های جایگزین حبس در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲/۲/۱ اشاره کرد که بر اساس قاعده «التعزیر بید الحاکم بما یراه من المصلحه»<sup>۱</sup> به قاضی اجازه داده در تعزیرات غیرمنصوصه بنا بر مصلحتی که وی تشخیص می‌دهد به تعیین مجازات جایگزین پردازد.

در امور حقوقی نیز به‌نحو مشابهی می‌توان به‌عنوان نمونه به ماده ۱۰ قانون مدنی اشاره کرد که مقرر داشته قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. بر این اساس در قراردادهای خصوصی که فقها قائل به تجویز در آنها هستند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشند می‌توان خروج از نص‌گرایی و فرمالیسم حقوقی را ملاحظه نمود هرچند که موضوع خروج از پیامدهای منفی نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران خود مقوله‌ای جداگانه است که نیاز به نگارش مقالات مستقل دیگر دارد.

۱. تعزیر به دست حاکم و بنا بر مصلحتی است که او می‌بیند.

## منابع

## فارسی

- ایمانی، عباس و امیررضا قظمیری (۱۳۸۸)، قانون اساسی در نظام حقوقی ایران، تهران: نامه هستی .
- خسروی، احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱.
- شهابی، مهدی (۱۳۸۸)، «از حقوق سنتی تا حقوق مدرن»، نامه حقوقی، شماره ۲.
- شهابی، مهدی (۱۳۹۶)، فلسفه حقوق، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- علیزاده، عبدالرضا (۱۳۸۷)، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، تهران: انتشارات سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق (سه جلدی)، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- موراوتر، توماس، (۱۳۹۱)، فلسفه حقوق، ترجمه بهروز جندقی، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- میرزائی، اقبال علی (۱۳۹۹)، «نقش اصول حقوقی در تفسیر و رفع تعارض قوانین»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- واعظی، احمد (۱۳۹۹)، هرمنوتیک حقوقی، بوستان کتاب، قم،
- هاشمی، محمد (۱۳۸۵)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۱، چاپ هفتم، تهران: نشر میزان.
- هارت، هربرت (۱۳۹۳)، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، چاپ چهارم، تهران: نشر نی.

## عربی

- مظفر، محمدرضا (بی تا)، اصول الفقه، جلد ۲، چاپ پنجم، قم: اسماعیلیان.

## انگلیسی

- Beccaria, Cesare, (2012), **On Crimes and Punishments and Other writings** “The interpretation of the laws (Chapter 4)”, Edited by Richard Bellamy, Translated by Richard Davies, Cambridge, Cambridge University Press.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, (1985), **Positivism and the Separation of Law and Morals**, (1958) **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4.
- Kennedy, Duncan, (1973), **Legal Formality**, **The journal of legal studies**. Vol. 2, No. 2.
- Leiter, Brian, (2010), **Legal Formalism and Legal Realism: What Is th Issue?**, **Legal Theory**, Vol. 16, No. 2.
- Mann, Bruce Hartling, (1994), **Formalities and Formalism in the Uniform Probate Code**, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 142, No. 3
- Marmor, Andrei&Soames, Scott (eds), (2011), **Philosophical Foundations of Language in the Law**, Oxford, Oxford University Press.
- Marmor, Andrei, (2007), **Law in the Age of Pluralism**, Oxford, Oxford University Press.
- Perry, John, (2011), **Textualism and the Discovery of Rights**, in: **Philosophical Foundations of Language in the Law**, Oxford, Oxford University Press
- Posner, Richard A., (1986), **Legal Formalism Legal Realism and the Interpretation of Statutes and the Constitution**, **Case Western Reserve Law Review**, Volume 37, Issue 2.

- Schauer, Frederick, (1988), **The Yale Law Journal**, Vol. 97, No. 4.
- Siegel R., Jonathan, (2009), The Inexorable Radicalization of Textualism, **University of Pennsylvania law review**, Vol.158.
- Steven Green, Michael, (2005), Legal Realism as Theory of Law, **William & Mary Law Review**, Volume 46.
- Tebbit, Mark, (2005), **Philosophy of Law: An Introduction**, 2nd Edition, London, Routledge Hardcover.
- Trevino, A. Javier, (2008), **The Sociology of Law Classical and Contemporary Perspectives**, New York, Routledge, 1st Edition
- Weinrib, Ernest.J, (1988), Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law, **Yale Law Journal**, Vol. 97, No. 6.
- Weinrib, Ernest.J, (2010), Legal Formalism in; **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by Dennis Patterson, Second edition, United States Blackwell Publishing.