

تحلیلی بر جنبه‌های توجیهی برتری حق بر قانون در دانش حقوق^۱

سید مجید موسوی^۲، مهدی هداوند^۳

چکیده

«حق» و «قانون» به عنوان کلیدواژه‌های اصلی دانش حقوق تلقی می‌شوند که به عنوان دو گانه اساسی، بایستی با هم منطبق باشند، اما به رغم ادعای نظام‌های سیاسی در انطباق این دو مفهوم، در عمل گاه شاهد سوء استفاده دولت‌ها از مفهوم قانون و تجاوز به حق‌ها می‌باشیم؛ به گونه‌ای که به لحاظ بحران‌های ناشی از عدم رعایت حق‌ها، قانون از کارکرد ابتدایی خود که حفظ نظم و امنیت نیز می‌باشد باز می‌ماند؛ این مهم صرف نظر از قدرت‌طلبی حاکمان و تبعیت آنان از منافع شخصی و گروهی، ناشی از اشتباه در فهم جنبه‌های توجیهی نسبت این دو مفهوم و اصالت یا تبعیت هر یک از آن‌ها در فرض تقابل با هم است.

این مقاله جنبه‌های توجیهی برتری حق بر قانون را مورد بررسی قرار می‌دهد و نتیجه می‌گیرد که حق از منظر هستی و چیستی بر قانون برتری دارد و ابتدای تاریخی فلسفی برتر دانستن قانون بر حق که ریشه در نظریه اصالت اجتماع دارد، غالباً بدون لحاظ اصالت فرد و برتری حق در نظر گرفته شده و تمسک به اصالت اجتماع و ارائه تفسیر خاص از واژه‌هایی مانند جامعه یا مردم، راهکاری در دست حاکمان بوده تا از طریق شکل‌گرایی ناشی از برتری نهادهای دولتی، اراده خود را به نام جامعه و مردم، در لوای قانون به منصف ظهور رسانند؛ بدین ترتیب وضع قوانین غالباً بر اساس خواست حاکمان و بدون لحاظ اراده افراد اجتماع و تامین نیازهای آنان صورت می‌گیرد که نتیجه آن، عدم انطباق قانون با حق است.

واژگان کلیدی: حق، قانون، برتری حق، شکل‌گرایی، قانون به مثابه وسیله.

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «اصالت حق در حقوق عمومی و تاثیر آن بر کارکردهای حقوقی دولت» با راهنمایی آقای دکتر مهدی هداوند در دانشگاه علامه طباطبایی است.

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

sm.mosaviamolli@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران

mehdihadavand@gmail.com

درآمد

عالم هستی مشحون از دوگانه‌های^۱ مختلف است؛ از دوگانه‌هایی چون نور و تاریکی، روح و جسم، خوبی و بدی، عقل و احساس تا دوگانه دانش و جهل؛ این دوگانه‌ها در نظام هستی واقعیت‌های حیاتی قلمداد می‌شوند که می‌توان منشا آن‌ها را در انسان به عنوان خلاصه طبیعت و اشرف مخلوقات نیز جست‌وجو کرد (جاوید، ۲۰۴: ۱۳۹۶). این دوگانه‌ها گاه در تعامل با هم و در بسیاری موارد، در تضاد و تقابل با یکدیگر قرار می‌گیرند؛ از سوی دیگر، آگاهی و فهم عالم هستی و موجودات آن با عنوان کلی «دانش»^۲ که از قرون جدید با تقسیمات جزئی‌تر فلسفه، علم و هنر همراه بوده، از این دوگانه‌ها مستثنا نیست؛ به طوری که در ساحت اندیشه‌ورزی علوم انسانی و اجتماعی، اندیشمندان از زمان‌های دور نظریاتی حول محور فرد یا اجتماع با عنوان اصالت فرد^۳ و اصالت اجتماع^۴ مطرح کرده‌اند.

در دانش حقوق نیز این دوگانه‌ها جلوه بارزی دارد و می‌توان از دوگانه‌های آزادی و قدرت، اراده فردی و اراده عمومی، حق و تکلیف، شکل و محتوا و نهایتاً دوگانه اخلاق و حقوق نام برد (گرچی از ندریانی و بهادری جهرمی، ۱۳۸۸: ۹۵)؛ از جمله مهم‌ترین دوگانه‌ها به تبع تفکیک دوگانه اخلاق و حقوق، دوگانه حق^۵ و قانون^۶ است (کاتوزیان؛ ۱۳۹۳/ب: ۶۱۲)؛ در حالی که حق به معنای شایستگی واجد ریشه اخلاقی و از مفاهیم هنجاری^۷ تلقی می‌شود، در طرف مقابل، قانون به لحاظ انتساب به اراده دولت و ظهور در بستر اجتماع در یک معنی، جزء مفاهیم توصیفی^۸ به حساب می‌آید؛ بر این اساس، این دو مفهوم به منزله دو مفهوم بنیادین دانش حقوق و نظام‌های حقوقی، گاه عرصه هماهنگی و تعامل بوده که در عین احترام به منزلت و حقوق انسانی، تامین‌کننده ضرورت‌های زندگی افراد در اجتماع است و در بعضی

1. Dual
2. Knowledge
3. Individualism
4. Collectivism
5. Right
6. Law
7. Normative
8. Descriptive

مواقع، نه تنها با هم هماهنگی ندارند، بلکه در تقابل با یکدیگر قرار می‌گیرند که باعث تضییع حق‌ها و به وجود آمدن معضلات اجتماعی می‌شود.

این دوگانه ریشه در تاریخ بشریت نیز دارد. فکر اصالت اجتماع نخستین بار توسط افلاطون^۱ تحت تاثیر فضای حاکم ارائه شد و در کل دوران باستان و میانه، بر اساس این نظریه‌پردازی، غلبه اصالت اجتماع مشهود بود (کاتوزیان، ۲۴۵: ۱۳۹۵). در دوران جدید، نسخه نوین اصالت اجتماع توسط آگوست کنت^۲ و سایر جامعه‌شناسان ارائه شد و تا دوران معاصر با انکار حق توسط لئون دوگی^۳ استاد فرانسوی که قائل بر این امر بود که هیچ حقی خارج از قانون وجود ندارد و آنچه ما حق می‌نامیم، نتیجه موقعیتی است که قواعد حقوقی برای آن ایجاد کرده است ادامه یافت (کاتوزیان، ۲۷۰: ۱۳۷۷)، اما از سوی دیگر، نظریه اصالت فرد که بارقه‌های آن در قرون میانه توسط توماس آکویناس^۴ ایجاد شده بود، نهایتاً در انقلاب کبیر فرانسه متجلی گردید که فرد را اصیل و حق و آزادی وی را مقدم می‌دانست (کاتوزیان، ۲۴۰: ۱۳۹۵).

تقسیم‌بندی بر اساس اصالت فرد و اجتماع، ریشه تقسیم مکاتب فلسفه حقوق^۵ به دو مکتب حقوق طبیعی^۶ و حقوق موضوعه^۷ نیز می‌باشد؛ به طوری که حقوق طبیعی متأثر از نظریه اصالت فرد که خواستار تامین آزادی و رهایی هرچه بیشتر انسان از قیود اجتماعی است، مکتبی فردگرا و آزادمنش تلقی شده و مکتب حقوق موضوعه متأثر از نظریه اصالت اجتماع، پایه اندیشه‌ورزی را بر اساس تقدم منافع جامعه و ضرورت‌های زندگی مشترک از جمله قانون، بر حق فردی بنا نهاده است (رحمت‌اللهی و آقا محمد آقایی، ۴۲: ۱۳۹۹). مکتب حقوق طبیعی با محوریت فرد، به دو دسته سنتی و جدید تقسیم می‌شود؛ در مکتب حقوق طبیعی سنتی، حقوق طبیعی بازتابی از نظم جهان هستی است و در مکتب حقوق طبیعی جدید که متأثر از خردگرایی نوین می‌باشد، بر حقوق و آزادی‌ها تاکید دارد (هاشمی، ۱۳۸۴: ۷۲)؛ در

-
1. Plato
 2. Auguste Comte
 3. Leon Duguit
 4. Thomas Aquinas
 5. Philosophy of law schools
 6. Natural law /rights school
 7. Positive law school

مقابل، مکتب حقوق موضوعه بر مفهوم قانون ابتناء یافته و این مفهوم وابستگی تامی با اراده و نقش دولت دارد (رحمت‌اللهی و آقا محمد آقایی، ۱۳۹۹: ۱۷۱).

دوگانه حق و قانون در بعد «مفهومی» از قرون میانه با اولین نظریه‌پردازی توسط ویلیام اوکامی^۱ راجع به حق، با بن‌مایه اراده آزاد و عقلانیت و در نقطه مقابل، قانون از ابتدای شکل‌گیری با دو عنصر اقتدار و الزام بیان گردید (کلی، ۱۳۸۸: ۲۷۸ و ۲۸۲ و ۳۴۰)، که نهایتاً در بعد حقوقی، در دوران معاصر اعلامیه جهانی حقوق بشر^۲ در مقدمه، قوانین را مکلف به احترام به حقوق انسانی نمود تا بشر به قیام بر ضد ظلم و فشار مجبور نشود. در متن این اعلامیه نیز، هدف هر جامعه سیاسی را حفظ حق‌های انسانی تلقی کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۱۸) و سرانجام دوگانه حق و قانون، دو ستون بنیادین دانش حقوق؛ یعنی حقوق بشر^۳ و حاکمیت قانون^۴ را به ارمغان آورد؛ به طوری که با تحول از یک رویکرد شکلی به یک رویکرد ماهوی، انطباق حاکمیت قانون بر حقوق بشر را شاهدیم (فلسفی، ۱۳۹۰: ۴۰). بر این اساس، حق‌ها باید موید قانون باشند، نه قوانین موید حق‌ها. از این حیث در این پژوهش، ضمن مشخص نمودن چهارچوب مفهومی و بررسی هستی و چیستی حق و قانون، سعی در ریشه‌یابی تاریخی فلسفی موضوع داشته و در ادامه ابعاد توجیهی برتری حق بر قانون مورد واکاوی قرار می‌گیرد.

۱. حق و قانون مفاهیم اساسی دانش حقوق؛ از هستی تا چیستی

برای فهم برتری هر یک از مفاهیم حق و قانون بر دیگری، به لحاظ گستردگی مفهوم و معانی متعدد، در بادی امر، فهم نقطه اشتراک، سپس درک دوگانگی و نهایتاً پرداختن به چهارچوب مفهومی هستی و چیستی دو مفهوم مذکور ضروری است؛ بر این اساس، دوگانه حق و قانون در نقطه آغاز، واجد اشتراک می‌باشند و آن اینکه هر دو از مفاهیم کلی^۵ هستند؛ مفهوم کلی ایده کلی در مورد چیزی است که معمولاً در قالب کلمه یا عبارتی کوتاه بیان می‌شود و فراتر از اسم خاص است؛ ضمن آن‌که

-
1. William of Ockham
 2. Universal Declaration of Human Rights 1948
 3. Human rights
 4. Rule of law
 5. Concept

درک مفهوم کلی رابطه مستقیمی با درک هستی و چیستی آن مفهوم دارد؛ از این رو مفاهیم به دو دسته کلی هنجاری و توصیفی تقسیم می‌شوند؛ از مفاهیم هنجاری تحت عنوان ارزش یاد می‌شود که اشاره به اصول یا آرمان‌های اخلاقی دارد و با «باید» محقق می‌شود؛ مفهوم حق به مانند مفاهیمی چون آزادی، برابری و عدالت واجد بار ارزشی بوده و در زمره مفاهیم هنجاری قرار می‌گیرد؛ در مقابل، مفاهیم توصیفی یا اثباتی دال بر واقعیت‌هایی است که ظاهراً وجود عینی و اثبات‌پذیر دارند؛ مانند روایت توصیفی قانون و مفاهیمی چون قدرت، اقتدار، نظم و حقوق که از این دسته می‌باشد (هیوود، ۱۳۸۷: ۱۴-۱۶).

حق و قانون در کنار این که از حیث قرار گرفتن در ساحت مفاهیم کلی، واجد نقطه اشتراک می‌باشند، در موارد دیگر نیز می‌توانند با هم هم‌پوشانی داشته باشند؛ چه این که، حق به دو دسته کلی وضعی و اخلاقی تقسیم می‌شود که حق وضعی در قوانین موضوعه منعکس شده، اما حق اخلاقی ناظر به شایستگی ذاتی فرد بشری است (طالبی، ۱۳۹۱: ۱۱)؛ از سوی دیگر، قانون نیز در رابطه با حق واجد دو بعد متفاوت است؛ از یک سو اصولاً مبتنی بر واقعیت‌های اجتماعی و از سوی دیگر، در بعضی مواقع بر اساس ارزش‌های اخلاقی می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۴۲-۴۴۹) که بعد دوم به مفهوم حق نزدیک‌تر است؛ در فرضی که قانون مطابق حق یا همان ارزش اخلاقی نباشد، دوگانگی حق و قانون مصداق می‌یابد؛ این دوگانگی نه تنها در بستر دوگانه فرد و اجتماع و حقوق طبیعی و حقوق موضوعه می‌باشد، بلکه در بستر دوگانگی سنتی اخلاق و حقوق، منتها به شکل خاص‌تر و جزئی‌تر جلوه می‌کند (بیکس، ۱۳۸۹: ۱۵۷).

یکی از دسته‌بندی‌ها از مفهوم حق، تقسیم آن به دو مفهوم برحق بودن^۱ و حق داشتن^۲ است؛ بر حق بودن ریشه در دوران میانه دارد و ناظر بر درست و موجه بودن است (همان: ۱۴-۱۸)، اما حق داشتن که موضوع گزاره‌های حقوق بشری است، یا به معنای آزادی^۳ است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶۱) و یا معادل ادعای تضمین شده^۴ تعریف

1. Being right
2. Having a right
3. Liberty
4. Secured claim

شده است (سید فاطمی، ۱۳۹۶: ۳۵؛ راسخ، ۱۳۹۴: ۳۸) و بعضی دیگر در حقوق معادل امتیاز^۱ (کاتوزیان، ۱۳۹۳/ب: ۴۱۲) و در فقه معادل اخیر را به عنوان سلطه بیان نموده‌اند (ساکت، ۱۳۸۷: ۵۳؛ موحد، ۱۳۹۶: ۴۳) که دو مفهوم اخیر به لحاظ تضمین آن یا انعکاس آن‌ها در متون قانونی، بیشتر با رویکرد حقوقی می‌باشد، اما از آن جایی که فرض پژوهش دوگانگی حق و قانون است، حق در معنای اخلاقی آن، به شایستگی^۲ تعبیر می‌شود؛ کما این‌که به رغم اعتقاد برخی حقوق‌دانان به غیر اخلاقی بودن حق، به لحاظ حق بر خطا بودن (راسخ، ۱۳۹۴: ۲۷)، صرف نظر از استثنایی بودن این دلیل، از آنجا که حق جلوه دیگری از فرد انسانی است و انسان با خودآیینی و خودهدایتی دارای شرافت و منزلت انسانی بوده است، بر این اساس شایستگی دارا بودن وصف یا انجام یا عدم انجام عملی را دارد و این شایستگی حق در معنای اخلاقی^۳ غیر از معنای حقوقی^۴ است که در قوانین منعکس شده است (هیوود، ۱۳۸۷: ۱۹۳). در نهایت حق در معنای درست و موجه بودن^۵ در کاربست نهایی برای تفسیر قوانین بر اساس حق جلوه می‌کند؛ در واقع قاضی در مواردی که با قانونی بر خلاف حق در معنای شایستگی مواجه می‌شود، با تمسک به معنای «درستی و موجه بودن» حق، آن را تفسیر می‌نماید؛ این سیر دوگانگی معنایی از شایستگی به درستی، ریشه در اندیشه‌های هوگو گروسوس^۶ نویسنده شهیر هلندی دارد (کلی، ۱۳۸۸: ۳۵۴).

در مقابل، قانون در معنای عام معادل قاعده حقوقی و در معنای خاص واجد دو معنای صوری و ماهوی است: نخست، قانون در معنای صوری که ناشی از تشریفات خاص در وضع است، شامل حکمی است که از طرف مقام صالح قانون‌گذاری از جمله مجلس، همه‌پرسی و کمیسیون‌ها بر طبق قانون اساسی وضع می‌شود؛ خواه مصوبه عام باشد یا خاص؛ و دوم، معنای ماهوی قانون است که صورتی مکتوب از قاعده حقوقی عام، الزامی و با ضمانت اجراست که به وسیله مقام صالح دولتی به

1. Privilege
2. Entitlement
3. Moral entitlement
4. Legal entitlement
5. Justness
6. Hugo Grotius

تصویب می‌رسد و بر این اساس شامل مقررات خاص مجلس نمی‌شود، اما مقررات عام و مصوب قوای دیگر را در بر می‌گیرد (کلی، ۱۳۸۸: ۶۸) از این رو، وجه اشتراک دو معنای عام و خاص قانون دخالت دولت در تصویب آن است و بر این اساس، می‌توان ملاک تشخیص قانون را قواعدی دانست که دولت در وضع و اجرای آن دخالت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۱۸).^۱

پس از مشخص شدن چهارچوب معنایی حق و قانون، همان‌طور که در ابتدای این مبحث بیان شد، در مقایسه دو گانه مزبور به لحاظ آن‌که دو مفهوم از مفاهیم کلی و انتزاعی می‌باشند، پرداختن به اصلی‌ترین مقولات اندیشه‌ای یعنی هستی^۲ یا وجود و همچنین چیستی^۳ یا ماهیت، ضروری است؛ هستی به عنوان اولین بخش اندیشه‌ورزی ناظر به فهم اشیا و مفاهیم با یک دید کلی است (جاوید، ۱۳۹۶: ۳۹). برای فهم وجود حق و قانون، فهم این‌که وجود این دو مفهوم ناشی از چه چیزی است یا به عبارت دقیق‌تر، این دو مفهوم جلوه کدام مفهوم دیگر می‌باشند ضروری است؛ از این رو در خصوص هستی‌شناسی حق، دو نظر قابل ارائه است: نخست این‌که، آیا حق یک مفهوم جهانی است یا محدود به قلمرو دولت‌ها و ساخته و پرداخته آن‌هاست. در پاسخ باید بیان داشت، صرف نظر از اتخاذ مفهوم اخلاقی حق جهت برتری بر قانون، از آنجایی که حق روی دیگر سکه فرد انسانی می‌باشد و بر اساس این امر، وجود حق وابسته به وجود انسان فارغ از رنگ و نژاد قومیت است (سید فاطمی، ۱۳۹۶: ۲۳)، می‌توان حق را ذاتی انسان در نظر گرفت که محدود به قلمرو دولت‌ها و نظام‌های حقوقی و سیاسی نیست و واجد قدمتی به اندازه قدمت بشریت است؛ در نقطه مقابل، قانون ناشی از اراده دولت‌ها و دست‌ساز آن‌ها و محدود به قلمرو حاکمیت دولت‌ها است (کلی، ۱۳۸۸: ۲۶۲). بر این اساس، به طور خلاصه، هستی حق ناشی از یک وجود واقعی تحت عنوان انسان است، اما قانون ناشی از اراده موجودی با منشا قراردادی بین افراد و صنع بشر، تحت عنوان دولت است (همان):

۱. جهت دقت بیشتر شایان ذکر است، قانون در زبان انگلیسی که معادل لفظ عام و کاربردی Law می‌باشد، واجد انواع مختلفی است که عبارتند از Legislation, code Legal, Statute؛ از این رو به لحاظ دخالت دولت در تصویب کلیه این اشکال، لفظ عام Law در این تحقیق برگزیده شده تا تمام این مصادیق را در بر گیرد.

2. Existence

3. Nature

۲۵۹)؛ از این رو، از بعد هستی‌شناسی، حق واجد استحکام و توجیه‌پذیری بیشتری نسبت به قانون است، اما از آنجایی که برای فهم چیستی، شناخت عناصر اصلی هر چیزی لازم است و حق جلوه انتزاعی وجود فرد بشری است و تمام تمایز انسان از سایر موجودات با دو عنصر اراده آزاد و عقلانیت است (میرزازاده و سید فاطمی، ۱۴۰۰: ۷۰)، همواره «خودآیینی»^۱ را می‌توان به عنوان عنصر اولیه و نقطه آغاز حق در نظر گرفت و عقلانیت^۲ را عنصر مقوم تلقی کرد (Duke and George, 2017: 63)، هرچند بعضی نویسندگان عقلانیت را عنصر اساسی انسان در نظر گرفتند و قائل به این امر هستند که انسان چون عقلانیت دارد پس اختیار دارد (سید فاطمی، ۱۳۹۶: ۲۱)، اما این نظر در برابر اندیشمندانی که قائل به تلقی اراده به عنوان عنصر بنیادین نه تنها در مقوله حق، بلکه در اصل وجود انسان هستند صائب به نظر نمی‌رسد؛ کما این‌که، احساس حق داشتن در وهله اول با آگاهی انسان و تسلط بر نفس خود ایجاد می‌شود که این احساس در مرحله جنینی با حرکت تجربه می‌شود و این حرکت تعبیری از حیات یا حق حیات است که انسان بر اعضای خود حق پیدا می‌کند و تا آخر عمر ادامه دارد و منشأ حق مالکیت که ثمره حرکت و کار است و به تبع معامله، ثمره خود را با دیگران معاوضه می‌نماید که منشأ حقوق معاملات و پیمان‌هاست و همچنین زناشویی نیز توأم با یک پیمان است که منشأ حقوق خانواده می‌باشد، آن‌گاه برای حفظ حیات و خانواده به تشکیل حکومت تن می‌دهد و حکومت برای پاسبانی اختیار می‌یابد که حق حاکمیت نام می‌گیرد؛ پس همه این حق‌ها از درون انسان‌ها و از اراده آزاد او نشأت می‌گیرد (موحد، ۱۳۹۶: ۲۴۳). با نگاهی به تاریخ مشخص می‌شود، اولین نظریه‌پردازی‌ها راجع به حق، عنصر اصلی آن را اراده در نظر گرفته است (کلی، ۱۳۸۸: ۲۷۲).

در نقطه مقابل، چيستی قانون در نظریه متداول فلسفه حقوق، کاملاً وابسته به اراده دولت است؛ دولت به لحاظ داشتن قدرت برتر و انحصاری موسوم به قدرت سیاسی، صلاحیت وضع قانون را دارد؛ از این رو می‌توان نقطه آغاز قانون را اقتدار^۳ تلقی کرد که وجه بارز قدرت سیاسی به عنوان قدرت مشروع در مقایسه با قدرت

-
1. Autonomy
 2. Rationality
 3. Authority

عربان^۱ است، اما وجه تمایز قانون با سایر قواعد از جمله عرف، دین و اخلاق در وجود ضمانت اجرا است و بر این اساس، قابلیت اجرا^۲ را می‌توان عنصر مقوم قانون تلقی کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۳/الف: ۹-۱۳). بر اساس آنچه گفته شد، خودآیینی (آتونومی) به عنوان عنصر بنیادین حق و اقتدار (آتوریتی) به عنوان عنصر بنیادین قانون تلقی می‌شود که در تقابل این دو، با معیار قرار دادن رفتار کودک به عنوان رفتار ذاتی انسان فارغ از آموزش و محیط و تمایل وی به آزادی به جای محدودیت، به لحاظ آن‌که آتونومی با ذات و طبیعت انسان انطباق بیشتری دارد، موید برتری حق است (طالبی، ۱۳۹۱: ۴۸). البته تقدم آتونومی بر آتوریتی که ریشه در دوران روشنگری دارد (کلی، ۱۳۸۸: ۳۷۳)، به زعم کانت به این معنا نیست که مقید به هیچ قانونی نباشیم، بلکه به این معناست که مقید به قوانینی باشیم که به اعتباری به دست خودمان وضع شده است (جانسون، ۱۳۹۵: ۶۵). از این رو، برتری حق بر قانون به این صورت جلوه‌گر می‌شود که محتوای قوانین که اصولاً با بن‌مایه مصلحت است را باید تا حد امکان با بن‌مایه حق که حقیقت است تطبیق داد (کلی، ۱۳۸۸: ۲۱۳) و ملاک در تصویب قانون، انطباق با اراده آزاد و عقلانیت می‌باشد و چنانچه قانونی با این دو عنصر تطبیق نکند، قاضی باید با تلقی حق بر عناصر مزبور و لحاظ درستی به عنوان معنای اجرای حق از طریق تفسیر قضایی اقدام کند و اینجاست که فرد در برابر منافع حزبی و گروهی منجر به تصویب قانون، از حقوق فرد دفاع می‌کند (Longford, 2017: 244).

۲. کنکاش تاریخی فلسفی برتری حق بر قانون

همواره تاریخ و فلسفه را می‌توان دو موتور محرک دانش به طور کلی و حقوق به طور خاص در نظر گرفت؛ تاریخ با دیدگاه واقع‌گرایانه با رویکردی به عقب، به بررسی حوادث و وقایع می‌پردازد و فلسفه با هدفی آرمان‌گرایانه و با رویکردی به جلو، سعی در ارائه‌الگویی مطلوب در فهم چیستی و چرایی امور دارد؛ از سوی دیگر، بررسی مکاتب و نظریه‌ها تنها در پرتو اندیشه و آرای اندیشمندان و در بستر تاریخ و به طور خطی و متأثر از زمانه و علل و موجبات ظهور و بروز آن‌ها قابل درک و

1. power

2. Enforceability

فهم خواهد بود. در این راستا، با تقسیم دوره‌های تاریخی اندیشه‌ورزی به چهار دوره باستان،^۱ میانه،^۲ جدید^۳ و معاصر،^۴ نقطه عزیمت، بررسی‌های تاریخی یونان باستان به لحاظ مهد نظریه‌پردازی در نظر گرفته می‌شود (رحمت‌اللهی و آقا محمد آقایی، ۱۳۹۹: ۶۴). در کنار این، بررسی اندیشه‌ها در بستر تاریخی نه تنها باعث فهم اندیشه متقدمین و رفع نقایص آن‌ها می‌شود، بلکه با اتخاذ دیدی کل‌گرا،^۵ مکان مقایسه بین نظریه‌ها بر اساس فضای نظریه‌پردازی و ارزیابی منصفانه‌تر آن‌ها فراهم می‌شود؛ از این رو، جهت فهم برتری حق بر قانون در خط سیر تاریخ اندیشه‌ورزی، با رویکردی عمیق، فهم بستر بحث یعنی اصالت فرد و اصالت جامعه به عنوان عقبه مکاتب حقوق طبیعی و حقوق موضوعه ضروری می‌باشد.

بر این اساس، اولین نظریه‌پردازی‌های در فلسفه حقوق به مانند فلسفه محض در یونان باستان ارائه شد و محققان به اتفاق قائل به اندیشه‌ورزی فلاسفه یونان بر اساس اصالت اجتماع می‌باشند؛ به طوری که سقراط^۶ سعادت فرد را توأم با سعادت اجتماع می‌داند؛ شاگرد وی افلاطون^۷ نیز بر اصالت اجتماع و سعادت همگانی تاکید می‌کرد و ارسطو^۸ نیز انسان را مدنی بالطبع تلقی می‌نمود و حکومت و قانون را به عنوان ضرورت‌های اجتماعی ناشی از این کشش طبیعی انسان‌ها به هم در نظر می‌گرفت (هاشمی، ۱۳۸۴: ۲۰-۲۴). این رویکرد باعث شد تاریخ اندیشه بشر از بدو خلقت تا دوره معاصر شاهد انواع طیف‌های مختلفی از جمع‌گرایی بوده باشد (رحمت‌اللهی و موالی‌زاده، ۱۳۸۹: ۹۶)؛ افزون بر این، در کنه این نظریه‌پردازی‌های مبتنی بر اصالت جمع، واقعیت‌های اجتماعی نهفته است؛ در دورانی که افراد بشر جهت‌رهایی از بلایای طبیعی و محیطی با هدف تعاون و همکاری دور هم جمع شدند، افلاطون قائل به گرد آمدن بشر جهت دفاع در برابر حیوانات وحشی در دولت

-
1. Ancient age
 2. Medieval
 3. New age
 4. Contemporary age
 5. Holistic
 6. Socrates
 7. Plato
 8. Aristotle

شهرها بوده؛ ارسطو پا را هم از این فراتر گذاشته و دولت‌شهرها را به عنوان چهارچوبی متکامل برای راهبری یک زندگی خوب در نظر گرفته و از این رو گزینه بشری را جهت تجمع در چنین سازمانی، حالت طبیعی قلمداد می‌کند (کلی، ۱۳۸۸: ۴۷). از این حیث، مفهوم حق در دوران یونان باستان محلی از اعراب نداشت (گلدینگ، ۱۳۷۸: ۲۶۹)، اما در ادامه در دوران روم باستان، داستان اندکی متفاوت شد و به رغم جو غالب اصالت اجتماع ناشی از تاثیرپذیری فرهنگ و دانش یونانی، رواقیون^۱ به طور بسیار محدود قائل به فرد و حقوق وی شدند (سید فاطمی؛ ۱۳۹۶: ۲۴). در یک ارزیابی کلی، به غیر از کورسویی، این دوره با غلبه بلامنازع اصالت اجتماع همراه بود که تبعات پذیرش، تبیین، توجیه و تضمین حق که روی دیگر سکه اصالت فرد می‌باشد، امری بعید می‌نمود؛ کما این‌که زندگانی یونانی اساساً زندگی شهری بوده و در دولت‌شهرها به سر می‌بردند و زندگی جدا از شهر قابل تصور نبود؛ به طوری که به خاطر هیچ یونانی اصیلی خطور نمی‌کرد که آدمی اگر به کلی جدا از کشور زندگی کند، بتواند یک انسان کامل و نیک باشد؛ زیرا تنها در جامعه و به واسطه جامعه است که زندگی خوب برای انسان ممکن می‌شود و بر این اساس، فلاسفه این دوره، با یک چهارچوب فکری محدود به اصالت اجتماع، جامعه را یک نهاد طبیعی و انسان را ذاتاً اجتماعی تلقی می‌نمودند (کاپلستون، ۱۳۸۶: ۲۵۷)؛ در واقع در نظر یونانی، فردیت هیچ تلقی می‌شد و در طلب ایده کشور و دولت و حیات مداوم آن بود و تمایل به بقا یا زندگی جاودان برای خویشتن، به عنوان یک فرد از ضمیر وی نمی‌گذشت (گودرزی و مقدادی، ۱۳۸۶: ۱۲۰).

در قرون میانه، این چهارچوب فکری مبتنی بر اصالت اجتماع، کماکان ادامه یافت؛ به طوری که به رغم آیین مسیحیت که بر اخلاق، کرامت ذاتی، استقلال و آزادی تاکید داشت، آبای کلیسا در عمل و با این استدلال که عبودیت از الهیات است؛ پس هر کس مطیع تر باشد ارجمندتر است، به تدریج بردگی را توجیه نمودند (هاشمی، ۱۳۸۴: ۳۲). در این جو، خودآیینی فردی مورد شناسایی قرار نگرفت و ارزش‌های اجتماعی به مثابه حق تلقی می‌گردید و افراد به عنوان یک امر فرعی در رسیدن به اهداف اجتماعی در نظر گرفته می‌شدند (Mccombs, 1992: 35).

در اواخر دوران میانه و گذر به دوران جدید، ایده برتری حق در اروپا جا افتاد که «گوسفند برای چوپان نیست، بلکه چوپان برای خدمت به اوست» یا «خداوند رعیت را برای پادشاه نیافریده است که هرچه او گفت از بد و خوب و ثواب انجام دهند و چون برده از او فرمان برند، بلکه پادشاه برای رعیت است که اگر رعیت نباشد پادشاه نیز نیست» (موحد، ۱۳۹۶: ۳۷۹). در واقع اولین جرقه این ایده، در اوج دوران میانه توسط متکلمین مسیحی زده شد؛ از جمله این متکلمین، توماس آکویناس بود که در ابتدا تحت تاثیر نظریه اصالت جمع در یونان باستان و همچنین متکلمین متقدم قرار گرفته بود (کلی، ۱۳۸۸: ۳۰۰)، اما در ادامه با احیای بینش سنتی مسیحی، چنین آموزش می‌دهد که انسان برای جامعه ساخته نشده است، بلکه جامعه متشکل از انسان‌ها و برای انسان است؛ بنابراین هدف نهایی حقوق جامعه نیست، بلکه برای آن است که افراد جامعه در کنار یکدیگر به نحو شایسته زندگی کنند؛ بر این اساس، همه افراد ذاتاً هدف هر جامعه تلقی گردیده و قواعد حقوقی، صرفاً وسایلی هستند که باید تسهیل کننده ورود انسان به کمال و نیکی‌بخشی باشند؛ در ادامه این نظریه‌پردازی توماس آکویناس، ژان کالون^۱ نیز به عنوان پیشوای نهضت اصلاح‌طلبی مذهبی، مبدع ذهن‌گرایی مطلق (محوریت وجدان در کلیه ارزش‌های فردی و اجتماعی) و فردگرایی (انکار هرگونه اقتدار سوای وجدان انسان) گردید (هاشمی، ۱۳۸۴: ۴ و ۱۳۲).

در قرون میانه، به رغم ایده عدم توجه به فرد و حقوق وی، توماس آکویناس و ژان کالون با نظریه‌پردازی بر اساس سنت اصیل مسیحی، بر فرد و اصالت فرد تاکید نمودند که فتح بابی در نظریه‌پردازی‌های دوران جدید، در تفوق اصالت فرد و به تبع برتری حق بر قانون گردید؛ در دوران جدید اصالت فرد به طور روشمند، توسط نظریه‌پردازان قرارداد اجتماعی همچون توماس هابز^۲ و جان لاک^۳ بنیاد نهاده شد (هیوود، ۱۳۸۷: ۱۷۵) و ضمن آن، این نظریه‌پردازی‌ها، بر اصالت اراده و عقل و به تبع حق‌ها تاثیرگذار بود (کلی، ۱۳۸۸: ۲۸۲).

این تلاش‌های نظری که از اواخر دوره میانه آغاز شد، در دوران جدید به اوج رسید؛ به مانند بعد نظری در قرون میانه، در بعد عملی، ابتدا در سال ۱۲۱۵، صدور

1. John Calvin
2. Thomas Hobbes
3. John Locke

فرمان کبیر (مگنا کارتا)^۱ خطاب به اشراف، در راستای اعطای حقوقی توسط پادشاه به آنان آغاز شد و از آنجا که متضمن حقوق و آزادی‌هایی چون تناسب مجازات و اعمال حق و عدالت برای همه مردم بود، نقطه امید در دوران میانه لقب گرفت؛ در ادامه، رشد فکری جامعه انگلیسی باعث مبارزه علیه استبداد شد، که به عریضه حقوق^۲ در ۱۶۲۸، قانون هابس کورپس^۳ (احضار و بازداشت) ۱۶۷۹ و مصوبه حقوق^۴ ۱۶۸۹ میلادی انجامید؛ در همه این متون که به متون انگلیسی موسوم شده، ویژگی عمل‌گرایی مشهود است؛ به طوری که انگلیسی‌ها هرگز به دنبال اعلام صرف اصول فلسفی نبودند و به تضمین حق‌ها از راه تشریفات عینی روی آوردند. این اعلامیه‌ها و اسناد، اندیشمندان دیگری از جمله شارل دو مونتسکیو^۵ را تحت تاثیر قرار داد؛ به طوری که در روح القوانین اصل تفکیک قوا را ابداع نمود و بدین ترتیب مقدمه‌ای بر انقلابات آمریکا و فرانسه گردید. انقلابیون در آمریکا به مانند انگلیسی‌ها، اعلامیه حقوق را در ابتدای قانون اساسی خود در سال ۱۷۷۶ گنجاندند و بر برابری، آزادی و استقلال فرد انسانی تاکید کردند (عباسی، ۱۳۸۸: ۲۶۰). در ادامه فرانسوی‌ها به عکس انگلیسی‌ها و آمریکایی‌ها، اعلامیه حقوق خود را که در ابتدای قانون اساسی گنجانده، با عبارات و اصولی بسیار کلی و انتزاعی همراه ساختند؛ آنچنان ذهنی و انتزاعی که قابل صدور به همه کشورهای جهان شد؛ به طوری که در قرن بیستم در اکثر کشورهای جهان، فصلی با عنوان حقوق بشر یا حقوق ملت به مقوله حق‌ها پرداخت (عباسی، ۱۳۸۸: ۲۲۰). در این راستا، بعضی کشورها به برتری حق بر قانون؛ به طوری که قانون نمی‌تواند حق‌ها را سلب یا محدود کند، مقرراتی را در قوانین اساسی خود پیش‌بینی کردند؛ به طور مثال در ماده نوزدهم قانون اساسی آلمان^۶ تصریح شده، در حق‌های بنیادین نمی‌توان با وضع قانون خللی ایجاد کرد و یا اصل نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۷ که تصریح دارد هیچ مقامی حق ندارد

1. Magna Carta

2. Petition of Right 1628

3. Habeas Corpus Act 1679

4. Bill of Rights 1689

5. Montesquie

6. Basic Law for the Federal Republic of Germany

۷ «هیچ فرد یا گروه یا مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی به استقلال سیاسی، فرهنگی،

آزادی‌های مشروع را حتی با وضع قوانین و مقررات سلب کند، بر برتری حق بر قانون تاکید داشته‌اند.

۳. مخالفان برتری حق بر قانون

همان‌طور که بیان شد، حق و قانون با فرض تقابل و دوگانگی، در دو حوزه مختلف قرار می‌گیرند؛ از طرفی حق با ماهیت اراده آزاد و عقلانیت در بستر اصالت فرد و حقوق طبیعی؛ و قانون با ماهیت اقتدار و قابلیت اجرا در اردوگاه اصالت اجتماع و حقوق موضوعه قرار می‌گیرد. این تفاوت در چیستی و بستر فکری منطقی تفاوت در جنبه‌های توجیهی طرفداران هر حوزه را به همراه خواهد داشت و از آنجایی که در این پژوهش، بررسی اندیشه‌ها بر اساس ترتیب تاریخی صورت می‌گیرد، به لحاظ تقدم زمانی مخالفان برتری حق که در واقع با تاکید بر قانون در صدد نفی یا محدود کردن حق‌ها هستند، به بررسی اجمالی نظریات آنان پرداخته می‌شود.

به لحاظ تاکید همه مخالفان بر مفهوم قانون، به عنوان هدف یا حداقل امری برتر از حق، نقطه اشتراک آنان قرار گرفتن در بستر مکتب حقوق موضوعه است؛ به طوری که طرفداران مکتب تحقیقی اجتماعی با تاکید بر اصالت جمع، قانون را از ضرورت‌های زندگی تلقی می‌کنند؛ محافظه‌کاران نیز با تاکید بر نظم و ثبات، قانون را به عنوان مظهر نظم در نظر گرفته و منکر حق‌ها می‌گردند و نهایتاً مکاتب تجربی که شامل فایده‌گرایان و مصلحت‌گرایان هستند، با انکار اخلاق و حق اخلاقی، بر امور واقعی و محقق شده تامین‌کننده منافع تاکید می‌ورزند. در واقع جان آستین^۱ به عنوان مبدع حقوق موضوعه، با تاکید بر محوریت قانون، آن را فرمان حکمران^۲ تلقی نموده و اصالت را با قانون و حقوق موضوعه دانسته و با بی‌توجهی به حقوق انسان، نظریات خود را بر اقتدار و الزام حاکم قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۸۷). در همین راستا، حقوق موضوعه به جای تحلیل حق، به تحلیل دولت و قانون می‌پردازد (جاوید، ۱۳۹۶: ۱۰۷) و توجیه آنان نیز، تاکید بر واقعیت‌های اجتماعی و امور محقق شده در

اقتصادی و نظامی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه‌ای وارد کند و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را، هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند».

1. John Austin
2. Law as command

جامعه است و بدین وسیله با حق و دیگر آرمان‌های اخلاقی به عنوان قواعدی برتر از قوانین اجتماعی و همچنین توانایی عقل دریافتن بهترین راه حل‌ها به شدت مخالفت می‌کند؛ بنابراین انسان مجرد، موجودی است زاده تخیل و آنچه واقعیت دارد، اجتماع انسان‌ها و زندگی مشترک آن‌هاست (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۱۰). به علاوه، طرفداران مکتب تحققی (اثبات‌گرایان)^۱ که به دو دسته عمده اثبات‌گرایان اجتماعی و اثبات‌گرایان حقوقی تقسیم می‌شوند هم، بر قانون تاکید می‌ورزند؛ اثبات‌گرایان اجتماعی که وجودشان را مدیون نظریه‌های جامعه‌شناسی قرن هفدهم هستند، بر اساس نظریه سن سیمون^۲ سوسیالیست معروف فرانسوی ملقب به پدر جامعه‌شناسی که اجتماع انسان‌ها را یک موجود واقعی می‌دانست پا گرفتند و در ادامه اگوست کنت^۳ نیز با تاکید بر اجتماع، برتری حق بر قواعد اجتماعی را رد کرد (همان: ۱۸۶). در ادامه بعضی به مانند طرفداران مکتب انتقادی حقوقی که به نوعی میراث‌خوار اندیشه‌های مارکسیستی هستند، همانند مارکس،^۴ حق را هسته مرکزی ایدئولوژی حقوقی لیبرال دانسته و آن را افسانه و مهملاتی تلقی کردند که تنها کارکردشان پنهان نمودن نابرابری در جامعه سرمایه‌داری است؛ عده دیگر از طرفداران مکتب تحققی اجتماعی مانند لئون دوگی^۵ و مک اینتایر^۶، حق‌ها را از این حیث که همبستگی اجتماعی را تضعیف می‌کند، باعث ایجاد نابرابری در اجتماع می‌دانند (شهابی، ۱۳۸۹: ۴۵).

نسخه دیگر مکتب تحققی، مکتب تحققی دولتی است که بر اساس نظریات جان آستین، قانون ناشی از اراده دولت تلقی می‌شود. وی در همین راستا حقوق را به مثابه فرمان حاکم در نظر گرفته که یکی از مبانی اصلی مکاتب تحققی گردیده؛ هرچند بعدها اثبات‌گرایان نرم و طبیعی‌گرایان با مثال دزد بانک و صدور دستور پرداخت توسط وی به کارمندان با هفت تیر، چالش بزرگی به این نتیجه وارد کردند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۹۲). یکی از نظریاتی که موجب پربار شدن این مکتب گردید، شکل‌گرایی هگلی بوده که با محوریت دولت و اراده آن تحت لوای قانون، فرد و فردیت را صرفاً

1. Positivist
2. Henri de Saint-Simon
3. Auguste Comte
4. Karl Marx
5. Leon Duguit
6. Alasdair MacIntyre

درون دولت معنا می‌نماید و خارج از دولت فاقد اعتبار و ارزش می‌داند (شهبابی، ۱۳۸۹: ۴۹).

علاوه بر طرفداران مکاتب تحقیقی اجتماعی و دولتی، محافظه‌کاران^۱ نیز از مخالفان برتری حق بر قانون به شمار می‌آیند؛ همان‌طور که حق مظهر آزادی و خودآیینی فردی است، قانون نیز محصول اقتدار و سمبل نظم است (کیوانفر، ۱۳۹۹: ۱۶). از این حیث، محافظه‌کاران طرفدار قانون‌سالاری و منکر برتری حق بر قانون می‌باشند؛ در واقع محافظه‌گرایی مجموعه‌ای از افکار و نگرش‌های سیاسی است که با حفظ نظم و نگهداری از سنت‌ها و نهادهای ریشه‌دار و با قدمت، نهایتاً قانون را بر امور نو که هنوز به محک تجربه در نیامده است ترجیح می‌دهند و در این صورت، آرمان حیات اجتماعی در نظم و ثبات خلاصه می‌شود؛ از این رو، محافظه‌کاری در برابر اندیشه انقلابی‌خواهی^۲ و حتی اصلاح‌طلبی^۳ قرار می‌گیرد (هاشمی، ۱۳۸۴: ۶۱). موضوعات اصلی محافظه‌کاری، عدم کمال انسان است و بر این اساس، با نگاهی بدبینانه به طبیعت انسان، وی را موجودی محدود و ناتوان در انجام امور، از نظر اخلاقی در معرض تباهی و با تمایل شدید به قدرت تلقی کرده و در همین راستا، با تاکید بر جامعه طبیعی، نهادهایی از جمله دولت و قانون را از ضرورت‌های زندگی اجتماعی قلمداد نموده و بر اقتدار به جای حق و آزادی سخن می‌گویند (هیوود، ۱۳۸۷: ۷۴).

دسته سوم مخالفان برتری حق بر قانون که باز هم ذیل عنوان کلی مکتب‌های تحقیقی قرار می‌گیرند، مکتب‌های تجربی شامل فایده‌گرایان^۴ و مصلحت‌گرایان است؛ در فلسفه اروپایی بحری (انگلیس)، به پیش‌روی فرانسیس بیکن^۵ مبنای تمام علوم را مشاهده، تجربه و محسوسات تلقی نموده و بر این اساس فلاسفه آن را اصحاب تجربه گویند؛ از این رو، اخلاق انکار و مفاهیم حق و تکلیف با معیارهای تجربی خارجی از جمله فایده یا مصلحت مورد ارزیابی قرار گرفت (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۲۱).

-
1. Conservatism
 2. Revolutionism
 3. Reformism
 4. Utilitarianism
 5. Francis Bacon

برخی بر این باورند که این مفهوم مصلحت عمومی در نهایت سرپوش زیرکانه‌ای برای پنهان کردن صورت واقعی تصمیماتی است که سیاست‌مداران و مقام‌های دولتی برای کسب بیشترین منافع شخصی اتخاذ می‌کنند؛ ضمن آن‌که، نفع شخصی می‌تواند به نیرنگ و خیانت منتهی شود؛ حتی آنجایی که ظاهراً نفع درازمدت افراد و اجتماع را در پی داشته باشد؛ در کنار این‌ها می‌توان به چالش دیگری که همان نتیجه‌گیری‌های شخصی بر اساس اصل سودمندی به دلیل تمایلات متغیر و بعضاً متضاد فردی، گاه در یک جهت و گاه در جهت دیگر اشاره نمود و در نهایت این‌که، شواهد تاریخی نشان می‌دهد که مقامات حکومتی در تشخیص و تعیین مصلحت عمومی دچار اشتباهات فاحش گردیده و در بسیاری مواقع، به جای تلاش در جهت تحقق مصالح و منافع عمومی، مصلحت و منفعت شخصی را مورد توجه قرار داده و پی گرفته‌اند (راسخ و بیات، ۱۳۹۰: ۹۴ و ۹۹ و ۱۰۳).

۴. برتری اصالت فرد و رد شکل‌گرایی به مثابه اصلی‌ترین جنبه‌های توجیهی

برتری حق بر قانون

در قسمت قبل، به رغم گوناگونی مخالفت‌ها با برتری حق بر قانون، یک نقطه اشتراک برای همه مخالفت‌ها وجود داشت و آن تاکید بر قانون به عنوان عنصر بنیادین و چه بسا مبدا و مقصد در لوای مکتب حقوق موضوعه بوده است. این امر بیش از همه، ریشه در رویکرد شکل‌گرایانه اندیشمندان دارد؛ کما این‌که حقوق موضوعه را ناشی از شکل‌گرایی یا حتی معادل آن دانسته‌اند (کلهر، ۱۳۸۹: ۲۷۸)؛ از این رو، به لحاظ نفی حق‌ها یا حداقل تاکید بر عدم تقدم آن‌ها در حقوق موضوعه، عمده‌ترین دلیل توجیه برتری حق بر قانون، نفی و رد شکل‌گرایی است. توجیه این مهم باعث می‌شود قانون نه به عنوان هدف، بلکه به عنوان وسیله‌ای در نیل به هدف تلقی شود و به جای بیان اراده حاکم، به بیان اراده فرد فرد افراد جامعه که برخاسته از نیاز آن‌ها است پردازد و اینجاست که اگر احترام به این اراده آزاد با عقلانیت همراه باشد، تضمین حق‌ها را در پی خواهد داشت؛ بر این اساس، به ترتیب به شکل‌گرایی و رد آن و تلقی قانون به عنوان وسیله و نهایتاً لزوم انعکاس نیازهای جامعه توسط قانون، به عنوان ابعاد توجیهی برتری حق بر قانون پرداخته می‌شود.

شکل‌گرایی^۱ و مذمت آن ریشه در تاریخ دوران باستان دارد؛ به طوری که سیسرو^۲ در قرن اول پیش از میلاد، قائل بر این بود که قانون عالی تر ظالمانه‌تر است (Matczak, 2019: 62)؛ شکل‌گرایی واجد معانی مختلفی در فلسفه و حقوق است؛ از حیث لغوی به معنای ترکیب و ساختار بیرونی و ظاهری شیء در مقابل ماده می‌باشد و بر این اساس، در معنای فلسفی منظور از شکل آن چیزی است که در برابر محتوا قرار می‌گیرد (کلهر، ۱۳۸۹: ۲۷۲)، اما در حقوق واجد معانی مختلف است؛ در یک معنا در مقابل ماهیت اعمال حقوقی یا اصل آزادی اراده قرار می‌گیرد و از جمله علل شکل‌گرایی در این معنا، اسارت ذهن در بند تأثرات مادی و عجز از درک مقولات و مفاهیم معنوی و اعتباری بدون نمادهای محسوس، اصالت جامعه و نفی هویت فردی، عدم درک آزادی اراده فردی و توانایی عقل و اراده فرد، حاکمیت مطلق بر شهروندان و فقدان آزادی و استقلال فردی بیان می‌شود (قاسمی، ۱۳۸۵: ۱۸۳ و ۱۸۷ و ۱۸۹). معنای دیگر شکل‌گرایی، تاکید بر ویژگی‌های ظاهری به جای اصول ماهوی و مفهوم‌گرایی است که منجر می‌شود شکل در برابر شایستگی قرار گیرد و این امر به عدم توجه به ارزش‌های متعالی از جمله حق و عدالت منجر می‌شود (Bayefsky, 2022: 1459; Hoexter, 2004: 599).

در معنای دقیق‌تر، در دانش حقوق به خصوص در مباحث رابطه حق و قانون، شکل‌گرایی را می‌توان معادل ساختار و مرتبت در نظر گرفت (کلهر، ۱۳۸۹: ۲۷۲). از این حیث، شکل‌گرایی منجر به برتری قانون بر حق گردیده است که این امر ریشه در شکل‌گرایی هگلی داشته که قانون را ساخته و پرداخته دولت می‌داند و به تبع فرد و فردیت و حق‌های وی، معنای خود را از دست داده و صرفاً درون دولت معنا می‌یابد (شهابی، ۱۳۸۹: ۴۸). فهم این موضوع را می‌توان در نوعی غلبه و تسلط جست‌وجو کرد؛ از آنجایی که قانون اراده دولت تلقی می‌شود و حق جلوه‌ای از فرد بشری است، قرار گرفتن تشکیلات عریض و طویل سازمان‌های گسترده دولت با آن قدرت سهمگین در برابر فرد انسانی را می‌توان با دید شکلی و ظاهربین، تسلط بلامنازع دولت بر فرد تلقی نمود؛ به طوری که این برتری در شکل، توجیه‌کننده برتری اراده

-
1. Formalism
 2. Cicero
 3. The highest law the highest injustice

و عملکرد دولت در لوای قانون است (پورمحمد، ۱۳۹۶: ۱۵۸-۱۶۴).

در بعضی نظریات شکل‌گرایی در گذشته از حیث ایجاد برابری امری مطلوب به حساب می‌آمد (راسخ و سید آقایی، ۱۳۹۵: ۶۹)؛ از این روست که نظریه‌پردازان‌هایی در مدح شکل‌گرایی و دولت و قانون توسط هگل و همچنین نظریه‌دستور حاکم آستین و به دنبال آن‌ها شکل‌گرایی هنجاری هانس کلسن^۱ با تاکید بر شکل نظام حقوقی، بدون توجه به محتوای آن را شاهدیم که قانون را ناشی از عمل پارلمان یا دستور یک فرمانروای مستبد می‌داند و ملاک، قدرت و اعتبار مرجع است تا قاعده را صادر کند. بر این اساس، آستین و کلسن هر دو شکل‌گرا می‌باشند؛ با این تفاوت که اولی زورمدار و دومی قاعده‌مدار است؛ در واقع کلسن با این نظریه، حقوق را خالص از هر چیز دیگری مثل اخلاق نمود؛ حقوق‌دان مورد نظر کلسن، عاقلی است بی‌روح که برای او تفاوتی نمی‌کند در آلمان نازی باشد یا جمهوری افلاطون؛ او تنها به صورت قواعد می‌اندیشد و بر اصل عالی دولتی تاکید می‌کند و سرچشمه حقوق را اراده دولت می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۸۳). این رویکردهای شکل‌گرایانه در زمان آلمان نازی اثبات‌گرایی مطلق با شعار «قانون قانون است و به محتوای آن نباید توجه کرد» را مسلط گرداند که به فجایعی انجامید؛ در واقع حقوق به‌سان بازیچه‌ای در دستان دولت قرار گرفت. بعد از جنگ جهانی دوم، به تبع این فجایع، بعضی از حقوق‌دانان از جمله رادبروخ^۲ قانون تهی از محتوای حق و عدالت را قانون بی‌قانونی نامیدند و احیای حقوق طبیعی با آراء دادگاه نورنبرگ آغاز شد (موحد، ۱۳۹۶: ۲۶۷)؛ از سوی دیگر، پذیرش حقوق موضوعه در هر جامعه‌ای به دلیل توجه به هست‌ها و نادیده گرفتن ضعف‌ها باعث عدم پیشرفت می‌شود که این مهم سبب وقوع انقلابات یا اصلاحات با وعده آرمان‌های متعالی چون تضمین حق و برقراری عدالت می‌شود؛ این امر بیان‌گر و مثبت قواعد حقوق طبیعی بالاتر است که حقوق موضوعه باید در مسیر این آرمان‌های هنجاری حرکت کند و غفلت از این باعث می‌شود حقوق موضوعه مجدد در دام فرمالیسم بیفتد و به سوی ظاهر قانون کشانده شود؛ که البته این جمود با طبیعت محافظه‌کارانه قانون سازگارتر است؛ کما این‌که، قانون بیش از هر

1. Hans Kelsen

2. Gustav Radbruch

چیز به حفظ نظم و ثبات جامعه می‌اندیشد و به نوآوری روی خوش نشان نمی‌دهد. قانون به جای این‌که برای مصلحت اجتماع وضع شود، با برداشت‌های ذهنی اهل حرفه که قانون را در مسیر خود هدایت می‌کنند، چه بسا از هدف خود منحرف شود و بر خلاف حق و مصالح اجتماع سیر یابد (موحد، ۱۳۹۶: ۸۵)؛ این‌گونه است که قانون به جای بیان اراده عموم، به لحاظ انطباق با معیارهای شکلی، از محتوایی بر اساس اراده حاکمان و منافع حزبی و گروهی آنان برخوردار می‌شود. این موضوع می‌تواند در ابعاد دیگری از جمله اصالت نهاد قانون‌گذاری نیز مورد بررسی قرار گیرد؛ همواره چه بسا نمایندگان مجلس در واقع امر، نه نمایندگان تمام مردم، بلکه اکثریت آنانی باشند که در انتخابات شرکت کرده‌اند و احتمال دارد فزونی شمار آنان ناچیز و حتی صوری باشد؛ حتی در هنجارهای بالاتری چون قانون اساسی، این وضع قابل مشاهده است؛ قانون اساسی همواره نتیجه اراده واقعی و آگاهانه مجموعه افراد جامعه نیست؛ گاه نوشته شورای انقلاب یا کودتاگران غالب است و به مردم تحمیل می‌شود و مردم با آری یا نه، اراده خود را به طور کامل بروز نمی‌دهند. بر این اساس، دولت‌ها نباید محدود به اراده خود از طریق وضع قانون باشند، بلکه باید به وسیله اصولی برتر چون حقوق بشر محدود شوند (کاتوزیان، ۱۳۷۷؛ ۱۰۲-۱۰۳ و ۱۱۸).

شکل‌گرایی در بعد رفتاری نیز بر قضات تاثیر می‌گذارد؛ چه این‌که، نه تنها به طور کلی زمینه زوال منش اخلاقی از جمله سرلوحه قرار دادن آرمان حق و عدالت در یک قاضی فضیلت‌مند را فراهم می‌نماید (سمائی و دیگران، ۱۴۰۱: ۴۹)، بلکه گاه بین قانون و حق اخلاقی انطباق وجود ندارد؛ دستگاه دادگستری در احقاق حق و دستیابی به عدالت فرو می‌ماند و به فصل خصومت اکتفا می‌کند؛ در حقیقت میان حقی که در واقع وجود دارد و حقی که در ظاهر چنان می‌نماید پرده آویخته؛ که چشم مسلح به قانون قاضی موفق به برانداختن آن نمی‌شود و قاضی به دلیل این حجاب، حق ظاهری را انتخاب کرده و فصل خصومت می‌کند. در کنار این نقش تنش‌آفرین، قانون با تاکید بر ظاهر با داعیه اجرای عدالت، همه ناکامان جامعه را به فردای بهتر امیدوار می‌کند و همه کامروایان را به حمایت خود مستظهر می‌دارد و بدین‌سان با نقش آرام‌کننده خود، صرفاً به فرو نشانیدن تنش‌ها کمک می‌کند (موحد، ۱۳۹۶: ۸۷) و اینجاست که در کوتاه‌مدت به لحاظ فصل خصومت صرف و نه احقاق حق، آرامش ظاهری و

نسبی در جامعه ظاهر می‌شود، اما در بلندمدت جو بی‌اعتمادی به قاضی و قانون و دولت به دلیل عدم توجه به حق ایجاد می‌شود.

دام شکل‌گرایی که منجر به عدم توجه به اخلاق و حق‌های اخلاقی می‌شود، به لحاظ آن‌که جلوه دیگری از حقوق موضوعه است، نتیجه دیگری که به همراه حقوق موضوعه به بار می‌آورد، تلقی قانون به عنوان «هدف» و نه «وسیله» است؛ در واقع به مانند طرفداران اصالت اجتماع که عده‌ای با عنوان نماینده اجتماع در لوای دولت بر دیگران مسلط گردیده و با تمسک به حقوق موضوعه، دولت و قانون را به عنوان هدف در نظر می‌گیرند تا از طریق قانون، اعمال اقتدار نمود و به مقاصد شخصی و گروهی خود برسند؛ در همین راستا سوء استفاده دولت‌ها به دو صورت جلوه‌گر می‌شود: جلوه بیرونی با جنگ و تجاوز و جلوه درونی با ستم و سرکوب شهروندان همراه است؛ به قول فوکو^۱ حاکمیت استیلابی است که با لباس‌های مختلف (فئودالیسم، سلطنت مطلقه، آریستوکراسی و پارلماناریسم) بروز می‌کند (موحد، ۱۳۹۶: ۶۶).

از این رو برخلاف نظر کانت که انسان را هدف می‌داند و نه وسیله (همان: ۳۲۹)، طرفداران حقوق موضوعه مبنای حقوق را اراده دولت دانسته و در مواردی راه افراط را طی کرده و قانون را که یکی از منابع حقوق است، به عنوان یگانه منبع حقوق معرفی می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۳/الف: ۱) و بعضی از آن‌ها از جمله فایده‌گرایان با تلقی قانون با بنیاد منفعت، حق را به عنوان وسیله در نظر می‌گیرند و نه هدف؛ در همین راستا، با ذهن منفعت‌جوی خود، از انکار همین حداقل حق‌های پذیرفته شده ابا می‌ورزند؛ بدان علت که قائل به این واقعیت‌اند که اگر حق‌ها انکار شود، در جامعه خوف و ناامنی و بی‌نظمی به وجود می‌آید (موحد، ۱۳۹۶: ۲۹۵)، موضوعه‌گرایان اغراق نموده و اعتبار قانون را ذاتی دانسته‌اند و بر این نکته تاکید می‌نمایند که به دلیل غلبه مدنی بالطبع بودن انسان، لزوم حفظ نظم در اجتماع ضروری است که این نظم با قانون تامین می‌شود و لذا قانون «هدف» است؛ به طوری که بعضی فلاسفه بزرگ چون سقراط تحت تاثیر جو غالب اصالت جمع و قانون‌پرستی، برای پرهیز از نقص قانون، جام زهر را نوشیده‌اند و این وضع تا دوران معاصر نیز ادامه یافته و قرن نوزدهم به عصر طلایی قانون و قرن بیستم به عصر دولت به عنوان نماینده قانون لقب گرفت

1. Paul-Michel Foucault

(کاتوزیان، ۱۳۹۳/الف: ۱۳-۲۳).

در پاسخ به آن‌هایی که قانون را هدفی کامل تلقی می‌کنند باید گفت کمال قانون، فرضی بیش نیست؛ کما این که جامعه به عنوان بستر جریان قانون مانند بدن زنده پیوسته در حال حرکت و تحول می‌ماند که تفسیر لفظی قانون به هیچ وجه با اجتماع انطباق نداشته و مشکلی را حل نمی‌کند (همان: ۲۴) و چه بسا قاضیان کنش‌گر را که در صدد پاسداری از حق‌های مردم هستند، به قضات محافظه‌کار تبدیل می‌کند (سمائی و حبیب‌زاده، ۱۴۰۲: ۱۵۹)؛ افزون بر این، اگر هدف به این ارزش‌صوری محدود شود، بهانه‌ای به دولت حاکم می‌دهد تا قانون را وسیله حفظ نظمی سازد که خود می‌پسندد و هرگونه ستمگری توجیه می‌شود و لذا برای اجتناب از این خطر، نظم و امنیت و قانون و دولت «وسیله» است و نه «هدف» (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۸۳). از طرف دیگر هیچ قانونی نمی‌تواند جامع باشد؛ چرا که به لحاظ تحولات اجتماعی ممکن است قانونی که در یک زمان موثر بوده، با گذشت زمان، تاثیر خود را از دست بدهد و هدفی که تاثیر خود را از دست دهد مناسبتی با اتخاذ به عنوان هدف ندارد؛ کما این که هدف به ذات بایستی ارزشمند باشد و نبایستی با عوارض از جمله گذشت زمان از ارزش آن کاسته شود (سیروس و صبوری‌نیا و مرزی، ۱۳۹۰: ۲۱۵) (Sulaeman, 2014: 13).

شکل‌گرایی در حقوق موضوعه و تلقی قانون به مثابه هدف، چالش دیگری را با عنوان عدم توجه به نیازها در اجتماع فراهم می‌آورد. همواره در عالم طبیعت نیازهایی وجود دارد که وجود آن حق طبیعی را توجیه می‌نماید؛ به طور مثال، نیاز به خوردن و آشامیدن حق تغذیه را برای انسان به ارمغان می‌آورد و پاسخ انسان به این نیازها حق طبیعی محسوب می‌شود. بر این اساس وجود نیازها برای انسان نشان از وجود حق‌هایی برای آن‌ها در طبیعت است، پس کلیه قوانین باید با حق طبیعی هم‌سو باشد (جاوید، ۱۳۹۶: ۶۴). از طرف دیگر، مرسوم است که گفته شود قانون بر اساس نیاز جامعه به تصویب نمی‌رسد؛ به عبارت دیگر، از آنجا که تقنین‌شایسته بر اساس نیازهای جامعه بوده و از عناصر موثر در ارتقای قانون‌گذاری تلقی می‌شود، عدم توجه به نیاز جامعه در تقنین، باعث تصویب قوانین بی‌کیفیت و به تبع ایجاد هزینه‌های اجتماعی و اقتصادی در هر جامعه می‌گردد؛ بنابراین پیش از تقنین باید

نیازسنجی تقنینی برآمده از حق شهروندان در تعیین سرنوشت به عمل آید (حبیب‌نژاد و تقی‌زاده، ۱۳۹۸: ۲۵).

بر این اساس، چه بسا قوانین امروزی با وجدان عمومی، آگاهی اجتماعی و وضع اجتماعی انطباق ندارند و این امر اجرای قانون را در جامعه با مشکل مواجه می‌کند؛ به طوری که از این معضل به عنوان «پدیده کوه یخ»^۱ یاد کرده‌اند؛ عدم توجه به نیازهای افراد جامعه به مانند کوه یخ شناور در آب است که ده درصد آن در بیرون از آب نمایان است و نود درصد آن در درون آب و دور از دید کشتی‌بانی که به مثابه حکمران جامعه سیاسی در حال هدایت کشتی بزرگ با مسافران زیاد به سان یک جامعه و افراد آن است؛ عدم انطباق قانون با نیازها و به طور دقیق‌تر، عدم انطباق آن با حق‌ها، به مانند کوه یخ با ظاهر قانون، موضوعات و معضلات اجتماعی را به درستی نمایان نمی‌کند و صرفاً بخش ناچیزی از آن نمایان می‌شود و عمده مشکلات از طریق قانون لاینحل باقی می‌ماند. در این حالت قانون نه تنها حلال مشکلات جامعه تلقی نمی‌شود، بلکه باعث شکاف و اعوجاج در اجتماع شده و حکمرانان جامعه سیاسی که به مثابه کشتی‌بان در حال هدایت کشتی جامعه می‌باشند، به دلیل عدم رویت کوه یخ با آن برخورد کرده و صدمات جبران‌ناپذیری متحمل می‌شوند. بروز جنبش‌ها، مبارزات سیاسی و انقلاب‌ها نیز ریشه در این وضعیت حیاتی دارد (Istianto, 2018: 54).

1. Iceberg phenomenon

برآمد

۱- دوگانه حق و قانون، در نقطه آغاز در بستر دوگانه اصالت فرد و اصالت اجتماع متولد می‌شوند؛ در ادامه در فلسفه حقوق نیز در بستر دوگانه حقوق طبیعی و حقوق موضوعه رشد و نمو یافته و محور تضارب افکار اندیشمندان قرار می‌گیرد؛ که در نهایت در جهان معاصر، به عنوان دو رکن بنیادین نظام‌های حقوقی، حقوق بشر و حاکمیت قانون جلوه‌گر می‌شود؛ این دوگانه، در صورت انطباق با هم، نه تنها باعث شکوفایی استعدادهای فردی و رونق و پیشرفت جامعه می‌شود، بلکه موجبات جمع دو بنیان اساسی نظام‌های حقوقی معاصر یعنی حقوق بشر و حاکمیت قانون را فراهم می‌کند؛ به طوری که حاکمیت قانون ماهوی، تضمین کننده حق‌های بشری خواهد بود.

۲- حق اصولاً از مفاهیم هنجاری و قانون نیز از مفاهیم توصیفی است. دوگانه حق و قانون که قبلاً در بستر مکاتب فلسفی و به تبع فلسفی حقوقی رشد یافته بودند، در عرصه مفهومی نمود مستقلی می‌یابند؛ ضمن این‌که تصور دوگانگی حق و قانون، مستلزم فرض دوگانگی مفهوم اخلاقی و مفهوم قانونی حق می‌باشد؛ کما این‌که تلقی حق قانونی به لحاظ لزوم وضع حق‌ها توسط قانون، با برتری حق در مابینت قرار می‌گیرد. پس از فهم دوگانگی مفهومی حق، از بین معانی مختلف حق که عبارت است از آزادی، ادعا، امتیاز، شایستگی و درستی، معنای شایستگی اخلاقی به عنوان چارچوب مفهومی در ابتدای امر و معنای درستی در کاربست نهایی، به عنوان مناسب‌ترین معانی در بررسی برتری حق بر قانون برگزیده شد؛ ضمن این‌که قانون به معنای اراده دولت در نظر گرفته شد؛ با رویکردی هستی‌شناسانه، حق به عنوان روی دیگر سکه انسان تلقی می‌شود و در نقطه مقابل، قانون ناشی از یک موجود انتزاعی و قراردادی به عنوان دولت در نظر گرفته می‌شود که به لحاظ ذاتی و جهان‌شمول بودن حق و انتساب به یک موجود واقعی، تفوق آن بر قانون ناشی از اراده امری انتزاعی و دست‌ساز، امری بدیهی است.

۳- اصلی‌ترین دلیل توجیهی برتری حق بر قانون، رد و انکار شکل‌گرایی است. شکل‌گرایی به دنبال اصالت جمع، عامل اصلی تضییع حق‌ها در لوای قوانین مصوب دولت‌ها تلقی می‌شود؛ تلقی دولت با تشکیلات عریض و طویل و اختیارات

سهمگین، در برابر فرد بشری با حقوق وضعی ضعیف و نحیف و تاکید بر اهمیت دولت و اراده آن در لوای قانون، یکی از مصادیق بارز شکل‌گرایی با مفهوم ساختاری و تاکید بر مرتبت و سلسله مراتب نهادهای دولتی است؛ با بررسی این ادعا در بستر اصالت اجتماع، جلوه دیگری از شکل‌گرایی در گذر قدرت از جامعه به دولت نمود می‌یابد؛ آنجا که حکمرانان با استفاده از قاعده غلبه و تسلط، که نتیجه آن برتری ظاهری و شکلی است، با تفسیر خاص از واژه‌های توده، جامعه و مردم، خود را نماینده آنان معرفی و نظر خود در راستای استقرار قدرت سیاسی را نظر مردم اعلام می‌کنند و در توجیه اعمال خود که چه بسا در راستای منافع شخصی و گروهی خود است، قانون را به عنوان هدف به جای وسیله معرفی می‌کنند؛ در حالی که، قانون فاقد ارزش ذاتی بوده و ارزش آن بستگی به محتوای آن از جمله در نظر گرفتن حق‌ها دارد.

۴- این نوشتار با نفی هرگونه جامعه‌ستیزی و قانون‌گریزی و اتخاذ راه حل میانه و متعادل با برتری اصالت فرد بر اصالت اجتماع (ضمن پذیرش هر دو نظریه) و رد شکل‌گرایی، نتیجه می‌گیرد که حق بایستی موید قانون باشد و نه قانون موید حق؛ به واقع، عدالت همان برابری حق‌ها است و در بستر نظریه جمع بین اصالت فرد و اصالت اجتماع قابل تصور است. قوانین در زمان تصویب باید تبیین‌کننده و تضمین‌کننده حق‌ها به طور برابر باشند و قضات نیز به عنوان حافظان اصلی حق و عدالت، باید چشم مسلح به حق و عدالت داشته باشند و نه چشم مسلح به قانون؛ تا فرد از فرد حمایت کند.

۵- راه حل تضمین برتری حق بر قانون از طریق راهکار حقوقی سیاسی با مراجعه مستقیم به آرای عمومی (همه‌پرسی) و در بعد قضایی، تفسیر قضایی قانون بر اساس حق اخلاقی و همچنین نظام‌های حقوقی متناسب با این راهکارها و تقسیم دولت‌ها به دو دسته کلی دولت‌های هابزی اشمیتی و کانتی دورکینی و بررسی کارکردهای آنان است که بعد عملی تحقیق انجام شده را شامل می‌شود و مستلزم انجام پژوهش‌های جداگانه است.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * الماسی، مسعود و واعظی، احمد (۱۴۰۱)، «مبانی و پیامدهای نص‌گرایی قانونی در نظام قضایی معاصر»، دانش حقوق عمومی، شماره ۳۵.
- * بیکس، برایان (۱۳۸۹)، فرهنگ نظریه حقوقی، برگردان: محمد راسخ، چاپ نخست، تهران: نی.
- * پورمحمد، اباست (۱۳۹۶)، دولت و حقوق فردی، چاپ نخست، تهران: خرسندی.
- * جانسون، رابرت نیل (۱۳۹۵)، فلسفه اخلاق کانت، برگردان: مهدی اخوان، چاپ نخست، تهران: ققنوس.
- * جاوید، محمدجواد (۱۳۹۶)، مکاتب فلسفه حقوق، چاپ نخست، تهران: خرسندی.
- * حبیب‌نژاد، سیداحمد و تقی‌زاده، احمد (۱۳۹۸)، «نیازسنجی تقنینی عنصری بایسته در قانون‌گذاری شایسته»، دانش حقوق عمومی، شماره ۲۶.
- * راسخ، محمد (۱۳۹۴)، درس‌گفتارهای فلسفه حق و فلسفه حقوق عمومی، چاپ نخست، تهران: خانه اندیشمندان علوم انسانی.
- * راسخ، محمد؛ بیات کمیته‌ی، مهناز (۱۳۹۰)، «مفهوم مصلحت عمومی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶.
- * راسخ، محمد و پورسید آقایی، سید حمید (۱۳۹۵)، «نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۴.
- * رحمت‌اللهی، حسین؛ آقا محمد آقایی، احسان (۱۳۹۹)، حقوق طبیعی و حقوق موضوعه و آثار آن بر ساختار قدرت و حقوق عمومی، چاپ دوم، تهران: مجد.
- * رحمت‌اللهی، حسین؛ موالی‌زاده، سیدباسم (۱۳۸۹)، «از جمع‌گرایی تا فردگرایی؛ تاملی بر نگرش‌های جمع‌گرا بر قوانین اساسی»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۴.
- * سمائی، مهدی و حبیب‌زاده، محمدجعفر و نوبهار، رحیم (۱۴۰۱)، «قاضی فضیلت‌مند؛ سهم فضیلت‌گرایی در نظریه قضاوت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۸.
- * سمائی، مهدی و حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۴۰۲)، «قاضی همچون نگهبان حق‌ها؛ جستاری درباره رویکرد حق‌محور به کنش‌گری قضایی»، مجله حقوقی دادگستری،

شماره ۱۲۲.

- * سیروس، داوود و صبوری‌نیا، میرزاعلی و مرزی علمداری، جبرئیل (۱۳۹۰)، «چالش‌های قانون‌گرایی؛ اعتبار و پایایی قانون»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۹.
- * شهابی، مهدی (۱۳۸۹)، «توجیه و انکار مفهوم حق؛ تاملی بر تضاد یا تعامل واقعیت و ارزش در نظام حقوقی»، حقوق تطبیقی، شماره ۲.
- * شیرزاد، امید (۱۳۹۹)، «جماعت‌گرایی و حقوق عمومی؛ نسبت‌سنجی و تحلیل»، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷۱.
- * طالبی، محمدحسین (۱۳۹۱)، درآمدی بر فلسفه حق، چاپ نخست، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- * عباسی، بیژن (۱۳۸۸)، مبانی حقوق اساسی، چاپ نخست، تهران: جنگل.
- * فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۰)، صلح جاویدان و حکومت قانون، چاپ نخست، تهران: فرهنگ نشر نو.
- * قاری سیدفاطمی، سید محمد (۱۳۹۶)، حقوق بشر در جهان معاصر، چاپ پنجم، تهران: نگاه معاصر.
- * قاسمی، محسن (۱۳۸۵)، «سیر تحول شکل‌گرایی در حقوق مدنی»، حقوق تطبیقی، شماره ۲.
- * کاپلستون، فردریک (۱۳۸۶)، تاریخ فلسفه غرب، یونان و روم، جلد نخست، برگردان: سیدجلال‌الدین مجتبوی، چاپ ششم، تهران: شرکت انتشارات علمی فرهنگی.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، مبانی حقوق عمومی، چاپ نخست، تهران: دادگستر.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، فلسفه حقوق، تعریف و ماهیت حقوق، جلد نخست، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳ الف)، فلسفه حقوق، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳ ب)، فلسفه حقوق، جلد سوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- * کلهر، جواد (۱۳۸۹)، اصالت شکل در حقوق عمومی، رساله دکتری، تهران:

دانشگاه شهید بهشتی.

* کلی، جان (۱۳۸۸)، **تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب**، برگردان: محمد راسخ، چاپ دوم، تهران: طرح نو.

* کیوانفر، شهرام (۱۳۹۹)، **مبانی فلسفی تفسیر قانون**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* گرجی ازندریانی، علی اکبر و بهادری جهرمی، محمد (۱۳۸۸)، «**تفکیک قلمرو قانون از قلمرو آیین نامه در نظام حقوقی ایران**»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۲.

* گلدینگ، مارتین (۱۳۷۸)، «**مفهوم حق؛ درآمدی تاریخی**»، برگردان: محمد راسخ، تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵.

* گودرزی بروجردی، محمدرضا و مقدادی، لیلا (۱۳۸۶)، **دانشنامه مشاهیر حقوق**، چاپ نخست، تهران: جنگل.

* موحد، محمدعلی (۱۳۹۶)، **در هوای حق و عدالت؛ از حقوق طبیعی تا حقوق بشر**، چاپ پنجم، تهران: کارنامه.

* میرزازاده، افسانه و قاری سیدفاطمی، سیدمحمد (۱۴۰۰)، «**اخلاق فضیلت اودایمونایی و حقوق فردی؛ بررسی دیدگاه دوگلاس راسموس و دوگلاس دنیل**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۹۶.

* هیوود، اندرو (۱۳۸۹)، **کلیدواژه‌ها در سیاست و حقوق عمومی**، برگردان: اردشیر امیرارجمند و سیدباسم موالی زاده، چاپ دوم، تهران: امیرکبیر.

ب. انگلیسی

* Bayefsky, Rachel (2022), "**Order without Formalism**", George Washington law review, Vol. 90, No .5 .

* Chemerinsky, Erwin (2011), "**Formalism without a Foundation**", stern marshal.

* Duke, George, George, Robert (2017), **Natural Law and Jurisprudence**, First Edition, New York: Cambridge University Press.

* Longford, Peter; Bryan, Ian; Macgarry, John (2016), **Kelsenian Legal Science and Nature of Law**, First Edition, New York :Springer.

- * Maccombs, Mark (1991), **The Moral Philosophy of Individualism; History and Relationship with Collectivism**, Drafting In, Vol. 6 ,No.2 .
- * Maris, cees; Jacobs ,Franse (2011), **Law, Order and Freedom**, translated by J.R.De ville, First Edition, New York :Springer.
- * Matczac, marcin (2018), "**why judicial formalism is incompatible with the rule of law**", The Canadian journal of law and jurisprudence, Vol.31, No.1.
- * Sellers, Mortimer (2007), **Autonomy in the Law**, First Edition, New York : Springer.
- * Sulaeman, Elham (2014), **Limits of Legal Ability in Facing Social Change**, Journal Hukum Islam, Abstract in English,Vol.12, No.1.
- * Tamanaha, Briyan (2016), **Law as a means to an end**, First Edition, New York: Cambridge university Press.
- * Wacks, Raymond (2006), **Philosophy of Law a Very Short Introduction**, First Edition, New York: Oxford University Press.
- * Yuli Isdianto, Ilham (2018), **Problems of Legal Theory**, Legal Construction and Social Awareness, Journal Hukum Novelty, Abstract in English,Vol.9, No.1.