

موجه‌سازی اصل ۱۶۷ قانون اساسی بر اساس مبنای خلاقیت قضایی هربرت هارت

دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۹ تأیید: ۱۴۰۰/۴/۱۵ احمد رهدار*
و مهدی نیک‌بین**

چکیده

اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی قاضی را مکلف می‌کند که در صورت مواجهه با قصور قانون به فتاوی معتبر و منابع دینی مراجعه کند. به این اصل ایهامات و اشکالاتی مبنایی گرفته شده که مبتنی بر نگاه فرمالیستی به حقوق و قانون است. فرمالیسم حقوقی مبتنی بر مکتب حقوق پوزیتیویستی و فلسفه حقوق مکانیکی، تنها روش صحیح استدلال حقوقی را استدلال شکل‌گرایانه بدون توجه به هر عامل خارجی می‌داند و حاکمیت قانون را منوط به تحقق این روش استدلال می‌نماید. اما پروفسور هربرت هارت به عنوان یکی از مهم‌ترین تئوری‌پردازان حقوق مدرن، نظریه حقوق مکانیکی را رد کرده و ضمن پذیرش قصور قانون، قائل به خلاقیت قضایی و نوعی صلاحیت قانون‌گذاری برای قضات می‌باشد. از این روی، این مقاله بر اساس مبنای هارت، تفسیری از حاکمیت قانون ارائه نموده که اشکالات فرمالیستی به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی مرتفع شده و می‌توان آن را یک راه‌کار مترقی در مواجهه با قصور قانون تلقی نمود.

واژگان کلیدی

هربرت هارت، اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی، فرمالیسم حقوقی، مکتب حقوق پوزیتیویستی، خلاقیت قضایی، قصور قانون

* دانش‌آموخته حوزه علمیه و عضو هیأت علمی دانشگاه باقر العلوم 7 : rahdar@bou.ac.ir
** دانش‌آموخته حوزه علمیه و دکتری فلسفه حقوق دانشگاه باقر العلوم 7 :
m.nikbin75@gmail.com

مقدمه

پیرامون حاکمیت قانون برداشت‌های مختلفی ارائه شده است. در یک برداشت شکل‌گرایانه، تحقق حاکمیت قانون در یک کشور، منوط به تحقق نظام حقوق فرمالیستی است. برابر این دیدگاه، تنها زمانی حاکمیت قانون در یک کشور محقق می‌شود که ضوابط و مقررات الزام‌آور و معتبر حقوقی به صورت کاملاً مدون و دقیق و صرفاً از کانال پارلمان تصویب شود.

بنابراین، مطابق این نگرش، اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی که مراجعه به فتاوی معتبره را در مواجهه با قصور قانون طرح می‌کند، از این جهت با مشکل مبنایی رو به روست. تصور این دیدگاه این است که قانون به تنهایی پاسخ‌گوی نیازهای جامعه بوده و توانایی نظم‌بخشی روابط حقوقی جامعه را دارد؛ در حالی که در موارد بسیاری، قضات با ابهام و اجمال و خلأ قانون مواجه می‌شوند و قانون برای راهنمایی آنان کفایت نمی‌کند. پروفیسور هربرت هارت به عنوان یکی از مهم‌ترین فلاسفه حقوق مدرن و از مهم‌ترین نظریه‌پردازان مکتب حقوق پوزیتیویستی، اولاً قصور ذاتی قانون را قبول دارد و معتقد است قانون نمی‌تواند همیشه به صورت پیشینی، تمام وجوه و مصادیق رفتار انسان را مشخص و برای آن‌ها حکم خاصی در نظر بگیرد. ثانیاً برای حل این مشکل که در قضا پیش می‌آید، قائل به خلاقیت قضایی می‌شود. به نظر او قاضی در مواجهه با قصورها و خلأهای قانونی باید خلاقیت به خرج دهد و قانون‌گذاری کند.

بنابراین، در مبنای هارت، نه تنها ارجاع قاضی به قواعد دیگری غیر از قوانین مدونه مشکلی ندارد، بلکه حتی خلاقیت قضایی و قانون‌گذاری قضات نیز ممکن است. از این روی، فرضیه تحقیق پیش رو این است که با این تفسیر از حاکمیت قانون، اصل مذکور که به دنبال ارائه راه‌کاری برای برون‌رفت از مشکل قصور قانون است، تعارضی با حاکمیت قانون نخواهد داشت. به تعبیر دیگر، می‌توان با توجه به مبنای هارت، تفسیری از حاکمیت قانون ارائه داد که با اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی سازگار باشد و به نحوی این اصل را از این جهت موجه‌سازی کرد.

حل مشکل قصور قانون برای برقراری عدالت در نظام حقوقی و قضایی بسیار ضروری است. راه‌کاری که در اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی ارائه شده، علی‌رغم این که یک راه‌کار حداقلی از پایگاه فقه و در چارچوب حاکمیت قانون است، لکن به جهت برداشت فرمالیستی از حاکمیت قانون، مورد انتقادات شکل‌گرایانه قرار گرفته است. از این‌روی، بررسی راه‌کار یکی از مهم‌ترین فلاسفه حقوق پوزیتیویستی که به قضات در مواجهه با قصور قانون بسط ید قانون‌گذاری می‌دهد، در پذیرش اصل مذکور از سوی جامعه حقوقی بسیار مفید فایده خواهد بود.

در خصوص اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، مقالات و پژوهش‌های متعددی انجام شده که غالباً در صدد نقد آن خصوصاً از جهت تعمیم اصل به حوزه کیفری و بررسی سازگاری این اصل با اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات هستند. برخی پژوهش‌ها نیز در صدد توجیه این اصل بر اساس مبانی دینی و یا مبانی حقوقی حقوق اساسی بوده‌اند. اما پژوهشی که با روی‌کرد فلسفه حقوقی، ضمن بررسی اندیشه یک فیلسوف حقوق مهم معاصر نظیر هارت، در صدد توجیه این اصل با تمرکز بر راه‌کار ارائه‌شده از سوی وی باشد تا کنون انجام نشده است. البته نگارنده در مقاله دیگری این اصل را بر اساس مبنای پروفیسور رونالد دورکین توجیه کرده است.

در این مقاله ابتدا روی‌کردهای مختلف به حاکمیت قانون، خصوصاً روی‌کرد فرمالیستی طرح می‌شود و سپس اشکالاتی که از این روی‌کرد به اصل یکصد و شصت و هفتم وارد می‌شود، بررسی و در نهایت ضمن طرح دیدگاه هارت، به آن اشکالات پاسخ داده می‌شود. البته پاسخ به سایر اشکالات مطرح‌شده نیاز به مقالات مستقلی دارد و این نوشتار متعرض آن‌ها نمی‌گردد.

حاکمیت قانون

«حاکمیت قانون»^۱ مفهومی فوق‌العاده مهم در ادبیات سیاسی مدرن است که به دلیل تنوع عناصر تشکیل‌دهنده آن که بسته به دیدگاه‌های مختلف تغییر می‌کند، به آسانی قابل تعریف نیست و نمی‌توان مفهوم واحدی از آن ارائه داد. از این‌روی، مانند سایر

مفاهیم اعتباری، ابتدا باید با تحلیل مفهومی به توافقی حداقلی بر معنای اولیه آن دست یافت تا راه بررسی بیش‌تر راجع به آن مفهوم باز شود (مرکز مالگیری، ۱۳۹۴، ص ۳۰ و ۳۲).

هم‌چنین از این مفهوم برداشت‌های مختلفی با توجه به تفاوت مبانی نظری و اهداف و ابزارهای مفسرین صورت گرفته است. حقوق مدرن اساس، حاکمیت قانون را ارزش‌های نظم و محدودیت دانسته که در شعار «حکومت قوانین، نه حکومت شخص» نمود یافته است. در این نگاه، قانون باید حکومت شخص را قید بزند، در غیر این صورت حکومت استبدادی است و ملاک اتخاذ تصمیمات، اراده و سلیقه متغیر حاکم است (همان). بر اساس این برداشت، چنان چه قضات در محاکم خارج از محدودیت‌های قانونی تصمیم اتخاذ کنند، در حقیقت پا را از چارچوب حاکمیت قانون فراتر نهاده‌اند.

با این دوگانه‌سازی و ارزش‌آفرینی، قانون یک ارزش والا محسوب می‌شود و هر چیزی در برابر آن ضد ارزش و هر نوع حکومتی متفاوت با آن نا مشروع و استبدادی تلقی می‌گردد. حتی تصور شده که حاکمیت قانون صرفاً در برداشت فرمالیستی آن منحصر است و نیز تحقق آن منوط به دموکراسی و تفکیک قوا و انحصار قانون‌گذاری در پارلمان است. در این قسمت ضمن توضیح مکتب حقوق پوزیتیویستی و فرمالیسم حقوقی، برداشت پوزیتیویستی و فرمالیستی از حاکمیت قانون ارائه و با تلقی فعلی از حاکمیت قانون در ایران مقایسه می‌شود.

مکتب حقوق پوزیتیویستی

در این مکتب «قوانین اثباتی قوانینی است که آدمیان و سازمان‌ها آن را تصویب می‌کنند و متفاوت از اصول اخلاقی مکتب حقوق طبیعی است» (ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۵). مطابق این نظریه، قوانین فرامین آدمیان هستند و ورای وضع قانون‌گذار عرفی هیچ حقیقتی وجود ندارد که نیاز باشد محتوای قواعد با آن مطابقت داشته باشند. در نتیجه اعتبار قواعد به محتوای آن مرتبط نبوده و صرفاً به صلاحیت و مشروعیت قانون‌گذار مرتبط است (همان، ص ۱۵۶).

اندیشه اثبات‌گرایی حقوقی از اواخر قرن هجده و اوایل قرن نوزده با جرمی بنتام و جان آستین شروع شده است و تا کنون قرائت‌های متفاوتی از آن ارائه شده است. با این وجود، برخی ویژگی‌های مشترک بین تمام قرائت‌های این مکتب وجود دارد (تبیست، ۱۳۸۶، ص ۳۷). برخی این جمله جان آستین را خلاصه نظریه اثبات‌گرایی حقوقی تلقی کرده‌اند که «وجود حقوق چیزی است و ارزش و بی ارزشی آن چیز دیگری» (ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۶).

مهم‌ترین اصلی که می‌تواند به عنوان جوهر این مکتب معرفی شود، این است که میان حقوق و اخلاق یا به تعبیری «حقوق آن گونه که هست» و «حقوق آن گونه که باید باشد»، رابطه ضروری وجود ندارد و لذا باید اعتبار قواعد حقوقی را از عادلانه بودن یا نبودن آن تفکیک کرد. بنابراین، می‌توان بدون شناخت محتوای یک قانون معتبر، از اعتبار و ضرورت آن سخن گفت و پرسش از وجود یک قانون خاص، مستلزم شناخت محتوای آن نیست (کلمن و لیتر، ۱۳۹۶، ص ۵۲).

قانون پس از تصویب معتبر است و نمی‌توان یک قانون مصوب را با دلایلی نظیر مغایرت با مذهب اکثریت جامعه غیر معتبر تلقی کرد. اعتبار قانون غیر از مطلوبیت آن است و لذا مادامی که قانون نسخ نشده است، هم‌چنان معتبر تلقی می‌شود؛ اگرچه مطلوب نباشد (ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۱-۱۶۰).

برخی زیرشاخه‌های اثبات‌گرایی، وجود و محتوای حقوق را منحصر در «منابع اجتماعی»^۲ می‌داند. به عقیده رز یک نظریه حقوقی فقط در صورتی قابل قبول است که آزمون‌های آن برای تعیین محتوای حقوق و تعیین وجود آن منحصراً مبتنی بر واقعیت‌های رفتار انسان باشد و امکان توصیف آن در تعابیری که از لحاظ ارزشی بی طرفانه برود و بتواند بدون توسل به قضاوت‌های اخلاقی به کار رود (ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۹ و Green, 2013, p.327).

این دیدگاه به جدایی کامل حقوق و اخلاق اعتقاد دارد و قائل است پرسش از این که «آیا فلان چیز قانون است؟» و «آیا قانون خوبی است؟» باید کاملاً از هم جدا شوند (کلمن و لیتر، ۱۳۹۶، ص ۵۲). برای این گروه «قطعیت»^۳ از جایگاه بسیار مهمی

برخوردار است و لذا برابر این دیدگاه، دخیل دانستن عامل‌های اخلاقی و ارزشی و به تعبیری دخالت دادن فقه در تعیین حقوق با توجه به حدود و ثغور این عامل‌ها از لحاظ تفسیری، ضرورتاً سبب می‌شود «عدم قطعیت»^۴ به میزان غیر قابل قبولی مسائل راجع به مشروعیت اعمال قدرت دولت را تحت تأثیر قرار دهد (ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۱).

هارت نیز قطعیت را نشانه کامل نظام حقوقی می‌داند که می‌تواند به عنوان ملاک تشخیص نظام حقوقی از ما قبل حقوقی در نظر گرفته شود، اما تأکید می‌کند که باید نه در میزان قطعیتی که اثبات‌گرایی به مجموعه ضوابط حقوقی نسبت می‌دهد و نه در میزان عدم قطعیتی که از پذیرش انطباق با اصول خاص اخلاقی یا ارزش‌ها به مثابه یکی از معیارهای اعتبار حقوقی حاصل می‌شود، اغراق کرد. از نظر وی «قاعده شناسایی»^۵ در نظام حقوقی به مثابه جبران عدم قطعیت موجود در یک نظام ما قبل حقوقی است (Hart, 1994, p.251 و ابدالی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۱).

فرمالیسم حقوقی

منطق یا استدلال حقوقی، هر تلاش تحلیلی قابل تصور در فرآیند اعمال و اجرای قانون است. در خصوص ماهیت استدلال حقوقی، اختلافات زیادی وجود دارد. از جمله مناقشات مطرح، به لزوم یا امکان فروگاهی منطق و استدلال حقوقی به یک نظام صوری و قیاسی باز می‌گردد. یکی از دیدگاه‌های موجود در خصوص چستی استدلال حقوقی به فرمالیسم یا شکل‌گرایی معروف شده است (راسخ، ۱۳۹۴، ش ۷۴، ص ۷۰).
گرچه می‌توان فرمالیسم حقوقی را پیامد اندیشه اثبات‌گرایی حقوقی دانست، اما هر یک به دو قلمرو متفاوت تعلق دارند. بحث از اثبات‌گرایی، در فلسفه و نظریه حقوق مطرح می‌شود، اما فرمالیسم و شکل‌گرایی، در منطق حقوق مطرح می‌شود. اولی نظریه‌ای محتوایی در باب قانون و نظام حقوقی است و دومی به روش استدلال باز می‌گردد (همان، ص ۷۱).

شکل‌گرایی حقوقی، گاه به معنای نادیده‌گرفتن محتوای قاعده حقوقی و توجه کامل به ظاهر یک ماده حقوقی فهمیده می‌شود. در این دیدگاه، حقوق بسان نظام بسته‌ای در

گرو اراده قانون‌گذار است که قواعد روشن استنباط و دلایل قاطع بر آن حاکم است. فرمالیسم در لزوم تبعیت از قواعد حقوقی، صرفاً به معیارهای درونی نظام حقوقی توجه دارد و معیارهای بیرونی؛ مانند پیامدها، تحلیل فراحقوقی محتوایی، آثار خارجی و عادلانه‌بودن یا نبودن نتیجه اعمال قواعد را در ارزش‌یابی این قواعد حقوقی دخیل نمی‌داند. بنابراین، استدلال حقوقی را به منطق ریاضی یا منطق صوری (قیاس استنتاجی) فرو می‌کاهد (تبیت، ۱۳۸۶، ص ۵۳).

از این‌رو، گاهی از فرمالیسم حقوقی با عبارت «نظریه حقوق مکانیکی» نام برده می‌شود. زیرا نظام استدلال حقوقی را یک دستگاه قیاس استنتاجی تصور می‌کند که می‌توان آن را با ماشین محاسبه کرد و پس از دادن پرسش به ماشین، پاسخ مناسب را دریافت کرد. دغدغه اصلی در این‌جا یافتن مصداقی است که می‌توان قاعده را بر آن اعمال کرد؛ بی آن که توجهی به شرایط خاص هر مصداق شود یا آن که پیامدهای حمل قاعده حقوقی بر رویداد یا مصداق مد نظر قرار گیرد. در این دیدگاه، سیستم قضایی یک ماشین غول‌پیکر است و قاضی مانند یک مکانیک بسیار ماهر عمل می‌کند (تبیت، ۱۳۸۶، ص ۵۳ و Tamanaha, 2010, p.1).

اوج شکوفایی فرمالیسم به اواخر قرن نوزده و اوایل قرن بیستم میلادی باز می‌گردد و سپس با انتقاداتی که از ناحیه رئالیست‌های حقوقی به این دیدگاه وارد شد، اعتبار خود را از دست داد (Tamanaha, 2010, p.1). لذا گفته شده فرمالیسم حقوقی به معنای مذکور، در نظام‌های حقوقی مدرن، به طور کلی از بین رفته است. مفهوم رایج از فرمالیسم که غالباً به معنای اصل قراردادان اجرایی مکانیکی قواعد معین شناخته می‌شود، در ادبیات حقوقی معاصر به عنوان یک موجود مرده در نظر گرفته می‌شود. از این‌رو، برخی تلاش کرده‌اند تفسیر دیگری از فرمالیسم حقوقی ارائه دهند (وینریب، ۱۳۹۶، ص ۲۱۵).

اما با بررسی نظام حقوقی و قضایی جمهوری اسلامی ایران روشن می‌شود که قوانین موضوعه در مرکز توجه حقوق‌دانان قرار دارد و در موارد بسیاری بر این معنا از فرمالیسم استوار است. با وجود این که این معنای فرمالیسم حقوقی در اکثر نظام‌های

حقوقی دنیا منقرض شده، اما کماکان به صورت پویا و فعال در ایران به حیات خود ادامه می‌دهد و قوانین موضوعه، جایگاه انحصاری در نظام حقوقی و علی‌الخصوص در اذهان حقوق‌دانان و فاعلان حقوقی دارد.

در تصور این گروه اولاً فرم و شکل تقنینی به شیوه موجود، یک امر صرفاً شکلی بدون پشتوانه ارزشی و فلسفی است. ثانیاً تنها راه نظم‌بخشی جامعه و جلوگیری از تشتت نظام حقوقی، استفاده حداکثری از تقنین، به شکل فعلی است و هیچ راه دیگری جز این شیوه وجود ندارد. ثالثاً تنها مسیر دستیابی به قواعد الزام‌آور در نظام حقوقی، مراجعه به مصوبات پارلمان است و هر گونه خروج از این دایره، برابر با خروج از حاکمیت قانون است. رابعاً برای برقراری نظم و عدالت باید این گونه مصوبات، هرچه بیش‌تر اختیارات قضایی را محدود سازد.

بررسی مختصری در دکتترین حقوقی و نظرات حقوق‌دانان ایرانی و بررسی آرا و شیوه دادرسی در محاکم ایران، به وضوح این مسأله را روشن می‌کند. لذا بر اساس این مبنا ارجاع قانون اساسی به امری خارج از دایره قانون، با مشکل مبنایی مواجه خواهد بود.

اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی

اصل یکصد و شصت و هفت از جمله نقاط عطف قانون اساسی است که محل تأمل، هم‌اندیشی و نظریه‌پردازی فراوان بوده و در مخالفت و موافقت با آن، مقالات زیادی نوشته شده است. محور اصلی این پژوهش‌ها بیش‌تر مربوط به سازماندهی اجرای اصل، محدودسازی آن و بررسی سازگاری آن با نصوص و ظواهر سایر اصول قانون اساسی بوده است. این اصل، 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 نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد (اصل ۱۶۷ قانون اساسی).

به این اصل دو دسته اشکال و ابهام قابل طرح است: اشکالات مبنایی و اشکالات بنایی. برخی اشکالات مبنایی عبارتند از این که این اصل با اصول دموکراسی، تفکیک قوا و حاکمیت قانون سازگار نیست. بر اساس مبانی دموکراسی، قانون‌گذاری صرفاً باید در اختیار قوه مقننه که متشکل از نمایندگان مردم است، باشد. قاضی صرفاً باید بر اساس قانون موضوعه حکم کند، در غیر این صورت، گویا قانون‌گذاری به قاضی واگذار شده که این با تفکیک قوا و حاکمیت قانون نیز ناسازگار است. هم‌چنین این اصل با یکی از اصول مهم حقوق جزا ناسازگار است. بر اساس اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات که در اصل سی و ششم قانون اساسی نیز به رسمیت شناخته شده هیچ‌کس را نمی‌توان مجازات کرد، جز به موجب قانون (احمدزاده، ۱۳۹۷، ش ۹۵، ص ۲۴۹).

اما برخی از اشکالات بنایی نیز عبارتند از این که منظور از فتاوی معتبر کدام است؟ آیا مقصود فتوای مشهور است یا فتوای ولی فقیه یا فتوای اعلم مراجع یا فتوای مرجع تقلید طرفین پرونده یا فتوای شورای نگهبان یا فتوای رئیس قوه قضائیه یا فتوای اسهل یا احوط و یا به طور کلی هر فتوایی که به لحاظ فقهی دارای حجیت باشد؟ هرکدام از این اقوال، قابلیت استدلال‌پذیری دارند و لذا دقیقاً مشخص نیست که مقصود از فتاوی معتبر کدام است. هم‌چنین اشکال دیگر این است که اگر قرار باشد قاضی به غیر قانون مدونه حکم دهد، این امر موجب خارج شدن دادرسی از ضابطه‌مندی و قاعده‌محوری می‌شود و نظام حقوقی و قضایی را از قطعیت و وحدت آرا خارج می‌کند. هم‌چنین این امر امکان استنباطات سلیقه‌ای را فراهم می‌سازد و نیز موجب می‌شود که دادرسی از حالت پیش‌بینی‌پذیری و امکان نقد و بررسی خارج شود و لذا ملاکی برای ارزیابی صحت و سقم رأی وجود نخواهد داشت (همان، ص ۲۶۷-۲۶۲).

بنتام که از پدران پوزیتویسم حقوقی است، انتقادات بسیار جدی بر «تقنین قضایی» و حقوق قضاوت‌محور انگلستان در قرن نوزده میلادی وارد کرد که تا حدودی شبیه انتقادات مذکور است. او شیوه عمل در حقوق عرفی ساخته قضات را «حقوق سگ»^۶ نامید؛ زیرا بسان شیوه عمل مردم در نحوه مواجهه با مجازات سگ است؛ بدون این که قبلاً به او هشدار داده شده باشد. از نظر وی تقنین قضایی مبتنی بر اعمال سلیقه قضات،

موجب می‌شود که ماهیت تصمیم قضایی متأثر از تمایلات درونی قضات باشد. لذا وی معتقد بود که مهم‌ترین راه اصلاح حقوق انگلستان تفکیک کامل حقوق از اخلاق است. زیرا تمسک به اخلاق در قضاوت، به جهت ماهیت اختلافی آن، نتیجه‌ای جز ابهام و بی‌تعینی ندارد (تبیث، ۱۳۸۶، ص ۴۲-۴۱).

به طور کلی اشکالاتی که از ناحیه فلاسفه حقوق پوزیتیویسم به دخالت اخلاق در حقوق وارد می‌شد را دقیقاً می‌توان در ادبیات حقوقی ایران به دخالت فقه در حقوق وارد کرد؛ به گونه‌ای که اگر همان متون، با حذف اسم نویسنده و با جایگزینی فقه به جای اخلاق بازنویسی شود، کاملاً یک مقاله بومی خواهد شد که نظیر آن نیز موجود است. بنابراین، همین اشکالات که در نهایت به پوزیتیویسم سخت و فرمالیسم حقوقی کشیده شد، بر اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی نیز وارد شده است (جباری، ۱۳۸۷، ش ۳، ص ۱۲۹-۱۲۸).

این که در حقوق پوزیتیویستی، قطعیت نشانه کامل نظام حقوقی است و می‌توان از این طریق نظام حقوقی را از نظام ما قبل حقوقی تشخیص داد، صرفاً به ورود اخلاق ارتباط نمی‌یابد. بلکه تمسک به هر گونه گزاره ارزشی نظیر فقه نیز این مسأله را با مشکل رو به رو می‌سازد. بنابراین، لازم است مشخص شود که رعایت حدود قطعیت تا چه حد لازم است و به چه قیمتی باید قطعیت را رعایت کرد و با اخذ آن تا چه حد باید سایر امور غیر قوانین موضوعه را در حقوق به کناری نهاد.

به عقیده هارت، نه باید در میزان قطعیتی که اثبات‌گرایی مدعی آن است و نه در میزان عدم قطعیتی که از پذیرش انطباق با اصول خاص اخلاقی یا ارزش‌ها به مثابه یکی از معیارهای اعتبار حقوقی حاصل می‌شود، اغراق کرد (Hart, 1994, p.251). این نکته‌ایست که حقوق‌دانان پوزیتیویسم داخلی در ایران بدان توجه نکرده‌اند و عمده‌اً یا سهواً از کنار آن گذشته و به فرمالیسم حقوقی روی آورده‌اند.

نظریه هارت

شاید بتوان پروفیسور هربرت هارت را مهم‌ترین فیلسوف حقوق قرن بیستم به شمار

آورد. او یکی از مهم‌ترین تئوری‌پردازان حقوق اثبات‌گرایی است. البته نظرات وی ذیل اثبات‌گرایی نرم^۷ قرار می‌گیرد و او نیز خودش را یک اثبات‌گرای نرم می‌داند. پروفیسور رونالد دورکین، کتاب مفهوم قانون هارت را اثری نمونه در اثبات‌گرایی حقوقی مدرن، متمایز از قرائت‌های اولیه دانسته است (Dworkin, 1986, p.34). هارت در این کتاب، تصور قانون را می‌پذیرد و راه‌کاری متفاوت از فرمالیسم برای برون‌رفت از این مشکل ارائه می‌دهد.

قانون از دیدگاه هارت

یکی از نکات مهم برای فهم منظومه فکری هارت و نیز برای بهره‌گیری از اندیشه وی در جهت توجیه اصل ۱۶۷ قانون اساسی، توجه به تعریف وی از حقوق و قانون است. هارت حقوق را ترکیب «قواعد اولی»^۸ و «قواعد ثانوی»^۹ معرفی می‌کند. قواعد اولی همان تلقی عمومی از قانون است، اما این قواعد از نگاه هارت به خودی خود کامل نیستند و نمی‌توان عنوان قانون را به تنهایی بر آن‌ها نهاد. برای جبران «عدم قطعیت»^{۱۰} و تشخیص قواعد و تعیین قلمرو دقیق آن‌ها و نیز جبران ایستایی قواعد و تعیین ساز و کار و چگونگی تغییر آن‌ها نیاز به قواعد ثانوی است. هم‌چنین نیاز به وجود نهادی است که صلاحیت تعیین نهایی حدود نقض قواعد را داشته باشد. تعیین این که چه زمانی یک قاعده نقض می‌شود و چه مقامی و چگونه باید با آن رویداد مقابله کند، نیازمند قواعد ثانوی است. وی جبران هر یک از سه نقص را برداشتن یک گام از دنیای پیش‌حقوقی به سوی دنیای حقوقی برمی‌شمارد (Hart, 1994, p.p.92-96). از این‌روی، او قواعد ثانوی را به سه دسته تقسیم می‌کند: دسته اول «قواعد شناسایی»^{۱۱} هستند که بنیاد نظام حقوقی بوده و ملاک اعتبار و الزام‌آوری را فراهم و نقص «عدم قطعیت»^{۱۲} را جبران می‌کنند. این دسته، ممکن است به اشکال گوناگون، ساده یا پیچیده باشند. مثلاً ممکن است در قوانین کهن جوامع، قاعده شناسایی چنین باشد که قواعد باید در سندی مکتوب یا لوحی تاریخی موجود باشند. مکتوب‌کردن قواعد و الزام‌آوردن و اعتبار ارجاع به نوشته یا کتیبه به عنوان روشی برای رفع تردید،

می تواند گامی از مرحله پیشاحقوقی به مرحله حقوقی باشد (Hart, 1994, p.p.94-95). دسته دوم «قواعد تغییر»^{۱۳} هستند که نقص ایستایی در رژیم قواعد اولی را جبران می کنند و در نهایت دسته سوم، «قواعد قضاوت»^{۱۴} هستند. این قواعد ممکن است با برخی قواعد اولی که تکالیف قضاوت را در امر قضا مشخص می کنند، حمایت شوند. «قواعد قضاوت» شیوه گزینش قضاوت، اختیارات قضایی و موقعیت نقض وظایف را اعلام می کنند (Hart, 1994, p.p.95-97).

نقش محتوای قواعد حقوقی در اعتبار آن ها

یکی از مهم ترین مسائل فلسفه حقوق، نقش محتوای قواعد در اعتبار آن است. پوزیتیویسم های سخت و فرمالیسم حقوقی تا حد ممکن در صدد پالایش اعتبار قواعد از محتوای آن هستند. اما هارت در باب دخیل بودن محتوای گزاره های حقوقی در اعتبار آن ها تصریح می کند که معیارهای برآمده از قاعده شناسایی، صرفاً مربوط به تبار و دل مشغول روش اقتباس یا وضع قوانین از سوی نهادهای حقوقی نیست. به نظر او در برخی نظام های حقوقی ممکن است معیارهای نهایی اعتبار حقوقی، علاوه بر مسأله تبار، اصول عدالت یا ارزش های ماهوی اخلاقی را در برگیرند. بنابراین، هارت «اثبات گرایی مبتنی بر واقعیت محض» را نمی پذیرد و افزون بر آن، ارزش ها را نیز از معیارهای قانون می داند (هارت، ۱۳۹۳، ص ۳۶۸-۳۶۶).

از نظر هارت، این که انطباق با اصول یا ارزش های اخلاقی اختلافی، در زمره معیارهای قانون قرار گیرد و تعیین و تشخیص قانون، وابسته به مسائل اختلافی برآمده از انطباق با داورهای اخلاقی یا ارزشی باشد، تناقضی بنیادین با تصویر عام اثبات گرا از قانون ندارد که آن را به نحو قطعی مشخص می کند و در پی ارائه واقعیاتی روشن و متعین به عنوان ضوابط قابل اعتماد عمومی برای رفتار است (Hart, 1994, p.251).

به دلیل این که گرچه یکی از کارکردهای مهم قاعده شناسایی، ارتقای میزان قطعیت لازم در تعیین قانون است، اما نباید هم در میزان قطعیتی که یک اثبات گرا باید به مجموعه ضوابط حقوقی نسبت دهد و هم در میزان عدم قطعیتی که از پذیرش انطباق با

اصول خاص اخلاقی یا ارزش‌ها به عنوان یکی از معیارهای اعتبار حقوقی حاصل می‌شود، اغراق کرد. وی تصریح می‌کند هدفی که برای قاعده شناسایی در نظر گرفته، دفع تمام تردیدها به قیمت زیر پا گذاشتن دیگر ارزش‌ها نبوده است و قصد ندارد کارکرد قطعیت‌آور قاعده شناسایی را برتری دهد و آن را حاکم کند (Hart, 1994, p.251).

او معتقد است این چنین نیست که قاعده شناسایی باید نتیجه حقوقی را در دعاوی خاص به طور کامل مشخص کند؛ به نحوی که هر دعوا صرفاً با به‌کارگیری آزمون‌ها یا معیارهای برآمده از قاعده شناسایی قابل حل باشد. این تصوری نادرست از آن قاعده است. کارکرد قاعده شناسایی فقط تعیین شرایطی کلی است که تصمیمات صحیح در نظام‌های حقوقی مدرن باید آن شرایط را تأمین کنند. گرچه آن قاعده این کارکرد را در اغلب موارد با فراهم کردن معیارهای اعتبار یا به تعبیری «تبار»، انجام می‌دهد، اما علاوه بر آن، قاعده شناسایی می‌تواند آزمون‌های مربوط به محتوای واقعی قوانین و هم‌چنین انطباق آن‌ها با ارزش‌ها یا اصول محتوایی اخلاقی را نیز فراهم آورد (هارت، ۱۳۹۳، ص ۳۸۰).

قصور قانون

قضات در مقام دادرسی، گاهی در مواجهه با قانون با مشکل مواجه می‌شوند و قانون نمی‌تواند آنان را به تصمیم صحیح رهنمون شود. به عبارتی، گاهی در مواجهه با یک پرونده قضایی، مشاهده می‌شود قانونی که بتوان آن را بر مصداق منطبق کرد، وجود ندارد و به تعبیری خلأ قانونی وجود دارد؛ گاهی در تطبیق یک قانون بر مصداق رفتاری، تردید وجود دارد، گاهی تطبیق یک قانون بر یک مصداق خاص، خلاف مصلحت، اهداف و اغراض قانون‌گذار و یا شرع و اخلاق می‌باشد و یا گاهی اعمال قانون بر یک مصداق ظالمانه است، گاهی بین قوانین مختلف در مقام تطبیق بر یک مصداق تعارض وجود دارد.

گاهی در حوزه کیفری مصادیقی پیش می‌آید که همه از جمله قضات آرزو می‌کنند کاش یک قانون این عمل را جرم‌انگاری می‌کرد، گاهی مصادیقی پدید می‌آید که همه

اذعان می‌کنند مجازات قانونی مربوطه بسیار برای این عمل خفیف یا بسیار سنگین است. گاهی قضات صرفاً دغدغه این را دارند که عمل‌شان منطبق بر قانون باشد و در میزان اختیارات قانونی خود کاملاً ظالمانه و با سوء نیت رفتار می‌کنند و از اختیارات قانونی خود سوء استفاده می‌کنند. هم‌چنین بالعکس، گاهی احساس می‌کنند که برای عمل مطابق وجدان و انصاف، باید خلاف قانون رفتار کنند.

هارت این مشکل را به بافت باز الفاظ قانون مرتبط می‌داند؛ در هر گروه اجتماعی باید قواعد و اصول عام، ناظر به نوع اشخاص و اعمال، ابزار اصلی کنترل اجتماعی باشند، نه دستورات خاصی که خطاب به اشخاص داده می‌شوند و به تعبیری، زبان قانون یک زبان عام است. اساساً کارکرد موفق قانون در حوزه‌های بسیار متنوع اجتماعی، وابسته به توان آن در شناسایی عمل‌ها، امور و شرایط خاص، به مثابه مصادیق طبقه‌بندی‌هایی است که انجام داده است (هارت، ۱۳۹۳، ص ۲۰۱ و ۲۱۷).

در نظام‌های حقوقی دو روش برای بیان این ضوابط عام به کار گرفته شده است. روش اول که به طور حداکثری از واژگان و قالب‌های عام و صریح زبانی برای طبقه‌بندی استفاده می‌کند، به «قانون‌گذاری»^{۱۵} و روش دوم که به نحو حداقلی از آن استفاده می‌کند، به «رویه قضایی»^{۱۶} معروف هستند. از نظر هارت؛ گرچه روش اول در مقایسه با تردیدهای^{۱۷} درآمیخته با روش دوم روشن‌تر و قطعی‌تر به نظر می‌رسد، اما حتی در قانون‌گذاری نیز هیچ یک از قواعد عام، تمام مصادیق خود را مشخص نمی‌کنند و همه موقعیت‌های واقعی خاص نیز منتظر نمی‌مانند تا پیشاپیش آن‌ها را متمایز کنند (همان، ص ۲۰۴-۲۰۱).

هارت اصلی‌ترین مشکل قانون را به این ویژگی آن باز می‌گرداند. راهنمایی که زبان عام فراهم می‌آورد، به دلیل ماهیت زبان، محدود است و این در تمام حوزه‌های زندگی بشر وجود دارد. البته همیشه مواردی ساده و واضح در زمینه‌های مشابه وجود دارند که مورد توافق عمومی هستند و به روشنی می‌توان عبارات عام را بر آن‌ها اطلاق کرد و اگر این مصادیق روشن و آشنا وجود نداشتند، اصطلاحات عام، ابزاری بی‌فایده برای بیان

و ارتباط بودند. اما پیوسته موقعیت‌هایی وجود دارند که طبیعت یا ابداع انسان آن‌ها را به وجود می‌آورد و صرفاً واجد برخی از ویژگی‌های موارد ساده‌اند و لذا روشن نیستند. اصول تفسیر؛ گرچه از شمار این موارد عدم قطعیت و تردید می‌کاهند، اما نمی‌توانند آن‌ها را از میان بردارند. زیرا خود این اصول، قواعدی عام هستند و از اصطلاحات کلی استفاده می‌کنند که به نوبه خود نیازمند تفسیر هستند (همان، ص ۲۰۵-۲۰۴).

با توجه به این ویژگی زبان، این برداشت که با «زبان قاعده»^۸ می‌توانیم به سادگی مصادیق قابل شناسایی را در قانون انتخاب کنیم، کنار خواهد رفت. بنابراین، به نظر می‌رسد زبان قاعده فقط نمونه‌ای رسمی؛ یعنی مصداق ساده و واضح را مشخص می‌کند. با توجه به این ویژگی قانون، هارت پرسشی بنیادین طرح می‌کند که اگر یک نظام حقوقی بخواهد از نظام نا متمرکز قواعد عرف‌گونه فاصله بگیرد و راهنمایی‌هایی عام، قابل اعتماد و متعین برای رفتار فراهم کند که از پیش قابل شناسایی باشند، تا چه حد و در چه مقیاس مبتلا به عدم قطعیت خواهد بود؟ (همان، ص ۲۰۵ و ۳۷۲).

هارت معتقد است قانون‌گذاری و رویه قضایی هر دو مبتلا به ویژگی «بافت باز»^۹ هستند. این ویژگی قانون‌گذاری، به مثابه مشخصه کلی زبان بشر معرفی شده است و تردید در موارد بینابینی هزینه‌ای است که باید برای به کارگیری عناوین کلی طبقه‌بندی امور واقعی پرداخت. به طور کلی زبان‌های طبیعی نظیر انگلیسی، زمانی که برای این مقصود به کار می‌روند، ناگزیر دارای بافت باز هستند (همان، ص ۲۰۶).

حتی اگر قوانین بتوانند به همه پرسش‌های احتمالی در مورد معنای خود به صورت پیشینی پاسخ دهند، باز اغلب رو در روی دیگر اهدافی قرار می‌گیرند که قانون باید تأمین کند. حتی به نظر هارت، حاشیه‌ای از ابهام را باید برای بسیاری از قواعد حقوقی پذیرفت و بلکه از آن استقبال کرد تا بتوان در موارد رودرویی با مصادیق پیش‌بینی نشده، تصمیمی عالمانه گرفت و مسائل موجود در این تصمیم را شناسایی و حل و فصل عقلانی کرد (Hart, 1994, p.252).

بنابراین، قواعد و اصول حقوقی کلی که با اعمال معیارهای قاعده شناسایی معین می‌شوند، عموماً دارای ویژگی بافت باز هستند. به نحوی که قانون نمی‌تواند پاسخ

مثبت و یا منفی قطعی راجع به این که آیا قاعده‌ای مشخص بر قضیه‌ای خاص اعمال می‌شود یا خیر، بدهد و از این رو، تا حدی نا متعین است. چنین مواردی منحصر در «دعای دشوار»^{۲۰} و اختلافی نیستند، بلکه در این گونه موارد قانون ذاتاً ناقص است. حتی ممکن است خود قاعده شناسایی نیز دچار «سایه - روشنی» نزاع‌آمیز از موارد مبهم باشد (Hart, 1994, p.253).

اما سؤال این جاست که چرا قواعد را به نحوی تفصیلی نمی‌نویسند که تمام مصادیق را بپوشاند و همواره پاسخ از پیش داشته باشیم تا مجبور به انتخاب جدید از میان گزینه‌های باز نشویم؟ هارت می‌نویسد علت این است که «چون انسان هستیم و نه خدا!» انسان برای تنظیم از پیش روشن حوزه‌های رفتار به وسیله ضوابط کلی، با دو نقص روبه‌رو خواهد بود: اول جهل نسبی نسبت به واقعیات و دوم تردید نسبی نسبت به اهداف (هارت، ۱۳۹۳، ص ۲۰۷).

اگر در دنیایی با ویژگی‌های محدود زندگی می‌کردیم که تمام ویژگی‌ها به همراه انواع ترکیب‌های ممکن‌شان برای ما شناخته شده بود، این امکان وجود داشت که برای هر حالت محتمل از پیش مقرراتی وضع کنیم و قواعدی بنویسیم که اعمال آن‌ها بر موارد خاص نیازمند انجام انتخاب‌های دیگر نباشد. چنین دنیایی برای فرمالیست‌ها و «فلسفه حقوق مکانیکی» مناسب بود. اما در دنیای فعلی، قانون‌گذاران به هیچ وجه چنین علمی نسبت به تمام ترکیب‌های ممکن از اوضاع و احوال آینده را ندارند. لذا این ناتوانی در پیش‌بینی باعث بروز تردید در هدف خواهد شد (همان).

حتی به نظر می‌رسد می‌توان گفت اساساً این که اشخاص را به صورت مستمر در تمام شئون حیات فردی یا اجتماعی با زبان الزام و قانون راهنمایی کنند، نه تنها مفید نیست، بلکه مضر به قوای انسانی انسان است. توضیح آن که این نحوه راهنمایی که دائماً با زور و جزء به جزء افراد را به طریقی خاص که از دیدگاه قانون‌گذار صحیح است، راهنمایی کنند، مانع رشد استعدادهای انسانی از جمله عقل و خلاقیت می‌شود و خلاف اهداف آفرینش انسان است.

خلافت قضایی

بعد از مشخص شدن این که هارت وجود قصور در قانون را، ولو به نحوی خاص می‌پذیرد، باید دید راه‌کار وی برای برون‌رفت از این مشکل چیست و چگونه می‌توان از این راه‌کار به نفع توجیه اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی بهره برد. هارت معتقد است که در مواجهه با قصور قانون که به زعم وی صرفاً ناشی از بافت باز الفاظ آن است، باید میان گزینه‌های باز دست به انتخاب زد. دادگاه در این موارد باید کارکرد محدود قانون‌گذارانه‌ای را اعمال کند که هارت آن را «صلاحیت اختیاری» (خلافت قضایی)^{۲۱} نامیده است. به عنوان مثال، در قاعده منع ورود وسایل نقلیه به پارک، اگر از کسی بپرسیم آیا ورود اسکیت به پارک ممنوع است؟ او باید بررسی کند که آیا قضیه مورد بحث به اندازه «کافی» در جهات «مربوط» شبیه به مورد ساده هست یا نه. بنابراین، برای او یک «قدرت‌گزینش» (صلاحیت اختیاری) خواهد بود که ممکن است بسیار گسترده باشد (Hart, 1994, p.253 و همو، ۱۳۹۳، ص ۲۰۶).

به نظر هارت، توجه به اهداف و فلسفه وضع قاعده می‌تواند به‌گزینش و اعمال اختیار صحیح منتهی شود. از نظر او معیارهای ربط و نزدیکی شباهت‌ها در خصوص قواعد حقوقی، به اهداف و مقاصد متعلق به قاعده مورد نظر و عوامل پیچیده‌ای که در کل نظام حقوقی پراکنده‌اند، بستگی دارد (هارت، ۱۳۹۳، ص ۲۰۶).

زمانی که قواعدی عام برای رفتار تدوین می‌شود، قانون‌گذار شرایطی را مد نظر قرار می‌دهد که هر چیزی در قلمرو آن عنوان عام قرار گرفت، باید آن شرایط را تأمین کند و لذا هدف از وضع آن قواعد (قانون‌گذاری) روشن و قطعی است. مثلاً در وضع قاعده «ورود وسایل نقلیه به پارک ممنوع است»، هدف، ایجاد صلح و آرامش در پارک به قیمت ممنوعیت ورود وسایل نقلیه است. حال، اگر هدف با مواردی که از ابتدا در نظر گرفته نشده یا احتمالاً ممکن نبوده مد نظر قرار گیرد، ترکیب شود، نا متعین خواهد شد. مثلاً در مورد دوچرخه و اتومبیل الکتریکی کودکان، آیا باید هدف فوق را فدای لذت و رفاه کودکان کرد؟ امثال این پرسش با بروز موارد و مصادیق پیش‌بینی نشده رخ خواهد نمود (همان، ص ۲۰۸-۲۰۷).

در این گونه موارد که قاضی با مصادیق پیش‌بینی نشده و مبهم مواجه می‌شود، می‌تواند مسأله را با انتخاب میان منافع رقیب حل کند. بدین نحو این قاضی است که اهداف قاعده را متعین‌تر ساخته و به طور ضمنی در راستای آن اهداف، به پرسش از معنای واژه عام پاسخ می‌دهد. نظریه حقوقی همیشه در خصوص استفاده از این نوع انتخاب‌ها یا عدم استفاده از آن و در خصوص نادیده‌گرفتن بروز عدم تعیین در قواعد حقوقی یا مبالغه در مورد آن، محل بحث و نزاع فراوانی بوده است (همان، ص ۲۰۸ و ۲۱۰).

نظام‌های حقوقی در مورد پذیرش یا نادیده‌گرفتن بروز «عدم تعیین» افراط و تفریط‌هایی کرده‌اند. برخی نظام‌های حقوقی هزینه زیادی برای قطعیت پرداخت می‌کنند و تفسیر قضایی قوانین موضوعه یا سوابق قضایی در آن‌ها بیش از حد شکلی است و لذا قادر به واکنش به شباهت‌ها و تفاوت‌های میان قضایا که تنها در پرتو اهداف و مقاصد اجتماعی قابل مشاهده‌اند، نیستند. در برخی دیگر از نظام‌ها دادگاه بخش بسیار زیادی از سوابق قضایی را دائماً باز یا قابل تجدید نظر می‌انگارند و احترام بسیار اندکی به محدودیت‌های قانونی می‌گذارد (همان، ص ۲۱۰).

به عقیده هارت، مشکل فرمالیسم حقوقی این است که با روش‌هایی در صدد پنهان کردن و نیز به حداقل رساندن نیاز به چنین انتخاب‌هایی است. گاهی معنای قاعده را ثابت نگه می‌دارند تا عبارات کلی آن الزاماً در تمام موارد کاربرد معنایی یکسان افاده کنند؛ صرف نظر از این که سایر ویژگی‌ها را داشته باشند یا نه و فارغ از هرگونه پیامد اجتماعی که ممکن است در موارد و مصادیق متفاوت بر این وحدت‌انگاری مترتب باشد (همان، ص ۲۰۹-۲۰۸).

بدین طریق حدی از پیش‌بینی‌پذیری یا «قطعیت»^{۲۲} به قیمت پیش‌داوری در مورد مصادیقی که در آینده حادث خواهند شد، به دست می‌آید. بر اساس این روش، قاضی گاهی مجبور است مصادیقی را وارد قلمرو قاعده کند که تمایل دارد برای عملی‌ساختن برخی اهداف معقول اجتماعی، آن‌ها را از این قلمرو مستثنی کند و اگر اصطلاحات زبانی را با تصلب و ضیق کم‌تری تعریف می‌کرد، بافت باز این اصطلاحات، اجازه

مستثنی کردن آن را می‌داد. بنابراین، تصلب طبقه‌بندی‌ها مغایر اهداف مورد نظر برای وضع و ابقای قواعد است (همان، ص ۲۰۹).

نکته مهم این است که همه نظام‌های حقوقی سعی دارند به روش‌های مختلف بین دو نیاز اجتماعی سازش برقرار کنند؛ اول نیاز به قواعدی که افراد بتوانند آن‌ها را در بیش‌تر حوزه‌های رفتاری بدون راهنمایی رسمی بیش‌تر یا ارزیابی مسائل اجتماعی، بر خود اعمال کنند. دوم نیاز به موکول کردن حل برخی از مسائل به آینده بر اساس انتخاب آگاهانه مقامات رسمی؛ مسائلی که فقط هنگامی که در موارد عینی بروز یابند، امکان درک مناسب و حل آن‌ها وجود خواهد داشت (همان، ص ۲۱۰).

آن‌ها با این ناتوانی در پیش‌بینی، به طرق گوناگون برخورد می‌کنند. گاهی قانون‌گذار ضوابطی بسیار کلی وضع می‌کند و وظیفه تدوین قواعد مناسب با شرایط خاص مصادیق را به یک نهاد اداری تفویض می‌کند که با انواع گوناگون آن مصادیق آشناست. مرجع تدوین‌کننده قواعد باید صلاحیتی اختیاری داشته باشد. روش دیگر این است که قانون در موقعیت‌های پیش‌بینی‌ناپذیر، وظیفه ارزیابی و برقراری توازن معقول میان مطالبات اجتماعی را به شرط اصلاح دادگاه، به قاضی وا می‌گذارد (همان، ص ۲۱۰-۲۱۲).

بهترین شیوه قانون‌گذاری القای اصول و واگذاری تفریع به اشخاص ذی صلاح است. کما این که هارت معتقد است بافت باز قانون موجب تشتت نظام حقوقی نیست، بلکه موجب پویایی آن می‌شود و در عمل دادگاه‌ها غالباً در مورد مصادیق به توافق می‌رسند. در عین حالی که هیچ‌گونه صورت‌بندی رسمی یا منحصرأ صحیح برای قواعد قابل استنباط از پرونده‌های قضایی وجود ندارد، اما با این حال، زمانی که صحبت از تأثیر یک رویه قضایی بر قضیه بعدی مطرح باشد، غالباً در مورد یک صورت‌بندی خاص، توافقی نانوشته و بسیار کلی وجود دارد (Hart, 1994, p.134).

بنابراین، بافت باز قانون به این معناست که حوزه‌هایی از رفتار وجود دارند که بخش زیادی از امور مربوط به آن را باید دادگاه‌ها یا مقامات رسمی بر اساس شرایط مشخص کنند. لذا هارت معتقد است در حاشیه قواعد، دادگاه عملی قانون‌گذارانه شبیه

عملی که نهاد اداری در مورد معیارهای متغیر انجام می‌داد، انجام می‌دهد. البته دادگاه‌ها اغلب چنین کارکرد خلاقانه‌ای را انکار می‌کنند و اصرار دارند که انجام صحیح «تفسیر قانون موضوعه» عبارت است از جست‌وجوی «قصد قانون‌گذار» (Hart, 1994, p.135). دادگاه‌ها انواع گوناگون روش‌های استنباط را در اعمال اختیار خلاقانه خود و تفسیر قوانین به کار می‌گیرند. هرچند خود دادگاه‌ها ترجیح دهند چنین انتخابی را ذیل عنوان کشف پنهان کنند (هارت، ۱۳۹۳، ص ۲۱۸، ۲۳۳ و ۲۴۱).

این که برخی تصور می‌کنند، اگر به قضات اختیار بیش‌تری از تبعیت فرمالیستی از قانون داده شود، منجر به ازهم‌گسیختگی و بی‌ضابطه‌ای سیستم می‌شود، یک تصور خطاست. این ادعا که قواعد یا همان‌هایی هستند که باید در بهشت شکل‌گیری باشند و همانند غل و زنجیر، مقامات رسمی را به قید بکشند یا این که قاعده‌ای وجود ندارد و صرفاً آرای قابل پیش‌بینی یا انگاره‌هایی از رفتار وجود دارند، بی‌تردید یک دوراهی کاذب است. به نظر هارت، فرمالیسم و قاعده‌شکافی^{۳۳} وجه افراط و تفریط نظریه حقوقی‌اند و حقیقت میان این دو قرار دارد. این که برای قواعد و قوانین، استثنائاتی وجود دارد که همه آن‌ها از پیش قابل بیان نیستند؛ به این معنا نیست که قضات کاملاً در تک‌تک موقعیت‌ها به صلاح‌دید و اختیار خود رها شده‌اند و هرگز ملزم به قاعده نیستند؛ قاعده‌ای که به عبارت «مگر...» ختم می‌شود، هم‌چنان قاعده است (همان، ص ۲۲۲ و ۲۳۳).

البته همان‌طور که در یک بازی ورزشی، مزیت وجود داور برای حل و فصل سریع اختلافات ممکن است با هزینه‌هایی همراه باشد، در نظام حقوقی نیز چنین است. ممکن است داور اشتباه کند یا عمداً وظیفه خود مبنی بر به کارگیری قاعده را نقض کند، اما در نهایت نتیجه باید به اقتضای معنای آشکار قاعده امتیازگیری محاسبه شود؛ هرچند بافت باز قاعده، حدی از وسعت عمل را برای داور باقی بگذارد. در مورد نظام حقوقی و قضایی نیز این امکان وجود دارد که قاضی خطا کند یا عمداً وظیفه خود را انجام ندهد و این هزینه‌ای است که باید برای حل و فصل سریع و قابل اعتماد اختلافات پرداخت. هم‌چنین ممکن است یک مقام بالاتر برای استیناف در نظر گرفته شود، اما این

رویه باید در جایی به رأیی نهایی و رسمی ختم شود که همان هم در معرض خطا یا سوء استفاده است (همان، ص ۲۲۷ و ۲۲۹).

البته در نظریه هارت، ضوابط در عین حال که به قضات اجازه اقدامات خلاقانه می‌دهد، اما آن‌ها را محدود نیز می‌سازد و لذا انحراف از قواعد به ندرت اتفاق می‌افتد و اگر رخ دهد، اکثریت آن را قابل انتقاد جدی و نادرست می‌انگارند. گرچه قضات در حاشیه بافت باز قانون، مجاز به اعمال خلاقیت‌های قضایی هستند، اما این بدان معنا نیست که به واضع قانون تبدیل شوند و صلاحیت قانون‌گذاری مطلق داشته باشند (همان، ص ۲۳۱-۲۳۰).

جایگاه حاکمیت قانون در قانون اساسی

جمهوری اسلامی ایران یک حکومت مبتنی بر حاکمیت قانون است و لذا در جای جای قانون اساسی به قانون و قانون‌مندی حکومت و دستگاه‌های حاکمه اشاره شده است. اما در مورد حاکمیت قانون، تحت تأثیر مبانی مختلف فلسفه حقوقی، دو رویکرد غایت‌انگار و ابزارانگار در تقابل با هم، میان حقوق‌دانان داخلی وجود دارد. رویکرد غایت‌انگار، کاملاً به قانون مدون موضوعیت می‌دهد و رعایت فرم قانون را غایت اصلی حاکمیت قانون می‌داند. مطابق این رویکرد؛ چنان چه در فعالیت‌های حقوقی به معیاری خارج از فرم قانون ارجاع داده شود، نوعی خروج از حاکمیت قانون رخ داده است. این رویکرد بیش از آن که به محتوای قانون و تطابق آن با مبانی اسلامی توجه کند، به تبعیت از آن اهمیت داده است. در این رویکرد، اهداف آرمانی قانون نظیر عدالت، جای خود را به اهداف میانی چون حفظ نظم در جامعه می‌دهد (کاظمینی، ۱۳۹۰، ش ۲۶، ص ۲۶۷-۲۶۶).

در مقابل، رویکرد ابزارانگار از حاکمیت قانون وجود دارد که بر اساس آن، محتوای قانون جایگاه مهمی داشته و فرم قانون طریقت دارد. در این نگاه، فرم قانون ابزار است برای تحقق اهداف و آرمان‌های اساسی و بنیادین اسلامی نظیر عدالت که در صورت مغایرت با آن‌ها باید کنار گذاشته شود. بنابراین، حاکمیت قانون به معنای حاکمیت

قوانین موضوعه به نحو مطلق نیست، بلکه به معنای ضابطه‌مند بودن نظام حقوقی برای دست‌یابی به اهداف والاتر است (همان، ص ۲۶۸-۲۶۶).

از نظر امام خمینی 1 «اسلام به قانون نظر آلی دارد؛ یعنی آن را آلت و وسیله تحقق عدالت در جامعه می‌داند... برای برقرارشدن نظم اجتماعی عادلانه به منظور پرورش انسان مهذب» (امام خمینی، ۱۳۷۳، ص ۶۲)، قانون اساسی نیز در اصول مختلف، مبنای نظام اسلامی و هدف آن را ارزش‌های الهی و انسانی می‌داند. اصل یکصد و پنجاه و چهارم مقرر می‌دارد: «جمهوری اسلامی ایران، سعادت انسان در کل جامعه بشری را آرمان خود می‌داند». اصل چهارم نیز الزام کرده که کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد و این اصل را مطلقاً حاکم بر همه اصول قانون اساسی دانسته است. بنابراین، قانون و عمل‌کرد مغایر فقه و هنجارهای اسلامی در این روی‌کرد پذیرفته نیست و حاکمیت قانون بر اساس هنجارهای اسلامی خواهد بود.

جمهوری اسلامی ایران، نظامی مبتنی بر اندیشه فقهی و نظریه مترقی ولایت فقیه است و بنای آن بر این بوده که راه حضور فقه را در ساحت کلان و خورد مدیریت جامعه باز کند و حکومتی مبتنی بر فقه تأسیس نماید. با توجه به نگرش عمیق و حداکثری حضرت امام خمینی 1 به عنوان مؤسس نظام، فقه تئوری مدیریت انسان، از گهواره تا گور است. بنابراین، در نظام جمهوری اسلامی ایران، بر اساس قانون اساسی و مبانی امام خمینی، برداشتی از حاکمیت قانون وجود دارد که قانون را در راستای تعالی انسان به عنوان ابزاری میانی در نظر می‌گیرد، نه این که به آن موضوعیت داده و آن را آرمان نهایی بداند.

نتیجه‌گیری

با توجه به آن چه گفته شد، مشخص شد که از حاکمیت قانون، برداشت‌های مختلفی بر اساس مبانی و دیدگاه‌های نظری گوناگون وجود دارد و برداشت فرمالیستی از آن صرفاً یک برداشت مبتنی بر مبانی خاص است. این چنین نیست که اگر بنا باشد حکومتی بر اساس حاکمیت قانون بنا شود، قواعد حقوقی معتبر در آن صرفاً باید قوانین

موضوعه از طریق پارلمان باشد. قانون همان‌طور که هربرت هارت اشاره کرد، دچار قصورهایی است که ناشی از بافت باز الفاظ قانون و عدم توان معین کردن تمام حوزه‌های رفتاری انسان‌ها به نحو پیشینی است. بنابراین، باید این تصور قانون از طریقی جبران شود. هارت جبران این نقیصه قانون را بر عهده قضات گذاشته تا با اعمال خلاقیت‌های قضایی و به نحوی قانون‌گذاری در اموری که در آینده حادث می‌شود، این نقص را جبران کنند. اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی نیز جبران تصور قانون را بر عهده قضات گذاشته تا از طریق منابع دینی و فتاوی معتبره این تصور را جبران کنند. بنابراین، همان‌طور که کسی نمی‌تواند مدعی شود نظریه هارت، خارج از چارچوب حاکمیت قانون است، نمی‌توان مدعی شد که اصل مذکور خارج از چارچوب حاکمیت قانون است. برداشت هارت از حاکمیت قانون، اشکالاتی که از ناحیه دیدگاه فرمالیستی بر اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی ایراد می‌شود را مرتفع می‌سازد.

یادداشت‌ها

1. Rule of Law.
2. Social sources.
3. Certainty.
4. Uncertainty.
5. Rule of recognition.
6. Dog Law.
7. Soft (Inclusive) Positivism.
8. Primary rules.
9. Secondary rules.
10. Uncertainty.
11. Rule of recognition.
12. Uncertainty.

13. Rules of change.
14. Rules of adjudication.
15. Legislation.
16. Precedent.
17. Indeterminacy.
18. Language of the rule.
19. Open texture.
20. Hard cases.
21. Discretion.
22. Certainty.
23. Rule-scepticism.

منابع و مأخذ

۱. ابدالی، مهرزاد، درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، تهران: مجد، ج ۲، ۱۳۹۳.
۲. احمدزاده، رسول و الهام، غلامحسین، «قبض و بسط اصل ۱۶۷ قانون اساسی در قلمرو کیفری»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و پنجم، ش ۹۵، ۱۳۹۷.
۳. امام خمینی، سید روح الله، ولایت فقیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۳.
۴. تیبیت، مارک، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، مشهد مقدس: دانشگاه علوم اسلامی رضوی ۷، ج ۲، ۱۳۸۶.
۵. جباری، مصطفی، «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی»، فصلنامه حقوق، دوره سی و هشتم، ش ۳، ۱۳۸۷.
۶. راسخ، محمد و پورسید آقایی، سیدحمید، «نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۴، ۱۳۹۴.
۷. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۸. کاظمینی، سیدمحمدحسین و اصلانی، فیروز، «مفهوم حاکمیت قانون و برداشت از آن با تأکید بر قانون اساسی ج.ا.ا»، فصلنامه مطالعات انقلاب اسلامی، سال هشتم، ش ۲۶، ۱۳۹۰.

۹. کلمن، جولزال و برایان لیتر، «اثبات‌گرایی حقوقی»، در: دنیس پترسن، مکاتب معاصر فلسفه حقوق (مجموعه مقالات بخش دوم کتاب راهنمای بلک ول برای فلسفه حقوق)، محمد مهدی ذوالقدری و دیگران، تهران: ترجمان علوم انسانی، چ ۲، ۱۳۹۶.
۱۰. مرکز مالگیری، احمد، حاکمیت قانون (مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ ۲، ۱۳۹۴.
۱۱. وینریب، ارنست جی، «شکل‌گرایی حقوقی»، در: دنیس پترسن، مکاتب معاصر فلسفه حقوق (مجموعه مقالات بخش دوم کتاب راهنمای بلک ول برای فلسفه حقوق)، ترجمه محمد مهدی ذوالقدری و دیگران، تهران: ترجمان علوم انسانی، چ ۲، ۱۳۹۶.
۱۲. هارت، هربرت لیونل آدولفس، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، چ ۴، ۱۳۹۳.
13. HART, H. L. A, **The concept of Law**, Oxford, Oxford University, 1994.
14. Green, Leslie, "The Morality in Law", in: **Reading HLA Hart's The Concept of law**, Ed. Luis Duarte d'Almedia & etc, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2013.
15. Tamanaha, Brian Z, **Beyond the Formalist-Realist Divide; The Role of Politics in Judging**, Princeton&Oxford, Princeton University, 2010.
16. Dworkin, Ronald, **Law's Empire**, Cambridge, Harvard University, 1986.