

# Justification of the One Hundred and Sixty-Seventh Article of the Constitution Based on the Legal Theory of Ronald Dworkin

Received: 2022-07-15

Accepted: 2022-08-06

Ahmad Rahdar \*

Mehdi Nikbin \*\*

Article 167 of the Constitution obliges the judge to refer to valid fatwas (judicial decrees) and religious sources if there is an insufficiency in the law. Some have posed basic ambiguities and questions regarding this article, which are based on a formalistic view of rights and the law. Legal formalism, which is based on the positivistic school of law and mechanical legal philosophy, considers formalistic reasoning — based on the codified laws — as the only correct method of legal reasoning, regardless of any external factors; and considers the rule of law dependent on the fulfillment of this method of reasoning. However, Professor Ronald Dworkin, as one of the most important philosophers of the modern law, expanded the concept of law and introduced principles as referents of law. Therefore, this article presents an interpretation of the rule of law, based on Dworkin's theory, such that the formalistic problems of the 167th article of the Constitution are eliminated and it can be considered as a progressive solution in facing law's insufficiencies.

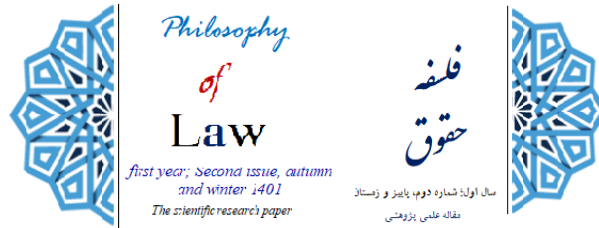
**Keywords:** Ronald Dworkin, article 167 of the Constitution, legal formalism, positivistic school of law, insufficiencies of law.

---

\* Assistant Professor, Mozaf Jurisprudence Department, Faculty of Social Sciences, Baqir Al-Olum University, Qom, Iran, (a-rahdarsestani@yahoo.com).

\*\* Ph.D. in philosophy of law at Baqir al-Olum University, and Judge Judiciary, Qom, Iran, (Corresponding author), (m.nikbin75@gmail.com).





## موجه‌سازی اصل صدوشصت‌وهفت قانون اساسی بر اساس نظریه حقوقی رانلد دورکین

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۱۵

تاریخ تأیید: ۱۴۰۱/۰۶/۰۶

احمد رهدار<sup>۱</sup>

مهدی نیک‌بین<sup>۲</sup>

اصل صدوشصت‌وهفت قانون اساسی، قاضی را مکلف می‌کند که در صورت مواجهه با قصور قانون، به فتاوی معتبر و منابع دینی مراجعه کند. به این اصل، ابهام‌ها و اشکال‌های مبنایی مطرح 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 بر اساس قوانین مدون، بدون توجه به هر عامل خارجی می‌داند و حاکمیت قانون را منوط به تحقق این روش استدلال می‌نماید؛ اما پروفیسور رانلد دورکین، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین فلاسفه حقوق مدرن، مفهوم قانون را توسعه داده و اصول را نیز مصداق قانون معرفی می‌کند. از این رو، این مقاله بر مبنای دورکین، تفسیری از حاکمیت قانون ارائه نموده که اشکال‌های فرمالیستی به اصل صدوشصت‌وهفت قانون اساسی را رفع نموده و می‌توان آن را یک راهکار مرفقی در مواجهه با قصور قانون تلقی کرد.

**کلیدواژه‌ها:** رانلد دورکین، اصل صدوشصت‌وهفت قانون اساسی، فرمالیسم حقوقی، مکتب حقوق پوزیتیویستی، قصور قانون.

۱. استادیار، گروه فقه مضاف، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم (a-rahdarsestani@yahoo.com).

۲. دانش‌آموخته دکترای فلسفه حقوق، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم و قاضی دادگستری (نویسنده مسئول) (m.nikbin75@gmail.com).

در مورد 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 صدوشصت 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 نظم بخشی روابط حقوقی جامعه را دارد؛ در حالی که در موارد بسیاری قضات با ابهام و اجمال و خلاء قانون مواجه می‌شوند و قانون برای راهنمایی آنان کفایت نمی‌کند.

دورکین به عنوان یکی از مهم‌ترین فلاسفه حقوق مدرن، با یک رویکرد تفسیری و توسعه مفهومی در مفهوم قانون، شکافی در تعریف پوزیتیویستی قانون به وجود آورده و اصول و حق‌های بنیادین را در معنای قانون وارد می‌کند. در اندیشه دورکین قانون صرفاً بر قواعد مدونه صدق نمی‌کند بلکه اعم از قواعد و اصول است.

حال باید دید آیا می‌توان با توجه به مبنای دورکین، تفسیری از حاکمیت قانون ارائه داد که با اصل صدوشصت و هفت قانون اساسی سازگار باشد و به نحوی این اصل را ازین جهت موجه‌سازی کند. فرضیه تحقیق پیش‌رو این است که با این تفسیر، اصل مذکور که به دنبال ارائه راهکاری برای برون رفت از مشکل قصور قانون است، تعارضی با حاکمیت قانون نخواهد داشت.

حل مشکل قصور قانون برای برقراری عدالت در نظام حقوقی و قضایی بسیار ضروری است. راهکاری که در اصل صدوشصت و هفتم قانون اساسی ارائه شده، علیرغم اینکه 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. ازین روی بررسی مفهوم قانون در اندیشه یک فیلسوف حقوق تأثیرگذار، در وسعت برداشت‌ها از حاکمیت قانون و پذیرش راحت‌تر این اصل بسیار مفید فایده خواهد بود.

در خصوص اصل صدوشصت و هفتم قانون اساسی مقالات و پژوهش‌های متعددی انجام شده که غالباً در صدد نقد آن به خصوص از جهت تعمیم اصل به حوزه کیفری و بررسی سازگاری این اصل با اصل قانونی بودن جرم و مجازات هستند. برخی پژوهش‌ها نیز در صدد



توجیه این اصل بر اساس مبانی دینی و یا مبانی حقوقی حقوق اساسی بوده است. اما پژوهشی که با رویکرد فلسفه حقوقی ضمن بررسی اندیشه یک فیلسوف حقوق مهم معاصر، در صدد توجیه این اصل با تمرکز بر تغییر تلقی از مفهوم قانون باشد تا کنون انجام نشده است. البته نگارنده در مقاله دیگری این اصل را بر اساس مبنای پوزیتیویسم حقوقی هارتی توجیه کرده است.

در این مقاله ابتدا رویکردهای مختلف به حاکمیت قانون، به خصوص رویکرد فرمالیستی طرح می‌شود و سپس ضمن طرح دیدگاه دورکین، و جاهت فلسفه حقوقی اصل صدوشصت و هفت قانون اساسی بررسی می‌شود.

### ۱. حاکمیت قانون

«حاکمیت قانون»<sup>۱</sup> مفهومی فوق‌العاده مهم در ادبیات سیاسی مدرن است که به دلیل تنوع عناصر تشکیل دهنده آن که بسته به دیدگاه‌های مختلف تغییر می‌کند، به آسانی قابل تعریف نیست و نمی‌توان مفهوم واحدی از آن ارائه داد. ازین روی مانند سایر مفاهیم اعتباری، ابتدا باید با تحلیل مفهومی به توافقی حداقلی بر معنای اولیه‌ی 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: ص ۳۱ و ۳۲)

با این دوگانه سازی و ارزش‌آفرینی، قانون یک ارزش والا محسوب می‌شود و هرچیزی در برابر آن ضد ارزش و هر نوع حکومتی متفاوت با آن نامشروع و استبدادی تلقی می‌گردد. حتی تصور شده که حاکمیت قانون صرفاً در برداشت فرمالیستی آن منحصر است و تحقق آن منوط به دموکراسی و تفکیک قوا و انحصار قانون‌گذاری در پارلمان است. برای شرح این برداشت که غالباً ذیل مکتب حقوق پوزیتیویستی طرح می‌شود، ابتدا ویژگی‌های مکتب حقوقی پوزیتیویستی بررسی می‌شود.



## ۲. مکتب حقوق پوزیتیویستی

در این مکتب قوانین اثباتی قوانینی است که آدمیان و سازمان‌ها آن را تصویب می‌کنند؛ قوانین فرامین آدمیان هستند و ورای وضع قانون‌گذار عرفی هیچ حقیقتی وجود ندارد که نیاز باشد محتوای قوانین مدون با آن مطابقت داشته باشند. اعتبار قواعد به محتوای آن مرتبط نبوده و صرفاً به صلاحیت و مشروعیت قانونگذار مرتبط است. (ابدالی، ۱۳۹۳: ص ۱۵۶)

اندیشه اثبات‌گرایی حقوقی از اواخر قرن هجده و اوایل قرن نوزده با جرمی بنتام و جان آستین شروع شد و علیرغم برخی ویژگی‌های مشترک، تا کنون قرائت‌های متفاوتی از آن ارائه شده است. (تیت، ۱۳۸۶: ص ۳۷) برخی این جمله‌ی جان آستین را خلاصه‌ی نظریه اثبات‌گرایی حقوقی تلقی کرده‌اند که وجود حقوق چیزی است و ارزش و بی‌ارزشی آن چیز دیگر. (ابدالی، ۱۳۹۳: ص ۱۵۶)

مهم‌ترین اصلی که می‌تواند به‌عنوان جوهر این مکتب معرفی شود این است که میان حقوق و اخلاق، یا به تعبیری «حقوق آنگونه که هست» و «حقوق آنگونه که باید باشد» رابطه ضروری وجود ندارد. بنابراین، باید میان پرسش از اینکه «آیا فلان چیز قانون است؟» و «آیا قانون خوبی است؟» تفکیک قائل شد و اعتبار قواعد حقوقی را از عادلانه بودن یا نبودن آن تفکیک کرد. 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. اعتبار قانون غیر از مطلوبیت آن است و لذا مادامی که قانون نسخ نشده است، همچنان معتبر تلقی می‌شود؛ هرچند مطلوب نباشد. (کلن، لیتز، ۱۳۹۶: ص ۵۲)

مکتب اثبات‌گرایی حقوقی به طور کلی به دنبال ارائه استانداردهای عمومی برای رفتار است که وصف قطعیت و وضوح را بدون نیاز به داوری‌های مورد اختلاف اخلاقی داشته باشند. موضع عام اثبات‌گرایی این است که حقوق، ماهیت اثباتی دارد یعنی وجود آن در گرو فعل آدمی است. برای این گروه «قطعیت»<sup>۱</sup> از جایگاه بسیار مهمی برخوردار است و لذا برابر این دیدگاه دخیل دانستن عامل‌های اخلاقی و ارزشی و همچنین می‌توان گفت دخالت دادن فقه در تعیین حقوق با توجه به حدود و ثغور این عامل‌ها از لحاظ تفسیری، ضرورتاً سبب می‌شود «عدم قطعیت»<sup>۲</sup> به میزان غیرقابل قبولی مسائل راجع به مشروعیت اعمال قدرت دولت را تحت تأثیر قرار دهد. (ابدالی، ۱۳۹۳: ص ۱۶۱)

1. Certainty.
2. Uncertainty.

با توجه به مبانی، اهداف و دغدغه‌های مکتب حقوق پوزیتویستی، فرمالیسم حقوقی، منطقی مطلوب در فرایند ایجاد قواعد و استدلال حقوقی خواهد بود. به طور کلی فرمالیسم یا اصالت شکل، به دنبال حل مسائل از طریق شکل‌بندی صحیح است. در حقوق نیز این نگرش به سمتی رفته که مشکلات و مسائل حقوقی را از راه شکل حل کند و محتوا را هرچه بیشتر از فرایند استدلال و اعتبار قواعد حذف نماید.

### ۳. فرمالیسم حقوقی

منطق یا استدلال حقوقی، هر تلاش تحلیلی قابل تصور در فرایند 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 بازمی‌گردد. یکی از دیدگاه‌های موجود در خصوص چیستی استدلال حقوقی به فرمالیسم یا شکل‌گرایی معروف شده است. (راسخ، ۱۳۹۴: 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 نظریه‌ی 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: ۷۱)

شکل‌گرایی حقوقی گاه به معنای نادیده گرفتن محتوای قاعده‌ی 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 عادلانه بودن 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. (تبیث، ۱۳۸۶: ص ۵۳)

ازین روی گاهی از فرمالیسم حقوقی با عبارت «نظریه‌ی 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 آنکه توجهی به شرایط خاص هر مصداق شود یا آنکه پیامدهای حمل قاعده حقوقی بر رویداد یا مصداق مدنظر قرار گیرد. در این دیدگاه سیستم قضایی یک ماشین غول‌پیکر است و قاضی





مانند یک مکانیک بسیار ماهر عمل می‌کند. (همان: ص ۵۳؛ p.1: Tamanaha, 2010)

اوج شکوفایی فرمالیسم، به اواخر قرن نوزده و اوایل قرن بیستم میلادی بازمی‌گردد و سپس با انتقاداتی که از ناحیه رئالیست‌های حقوقی به این دیدگاه وارد شد اعتبار خود را از دست داد. (p.1: Tamanaha, 2010) 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 قرار دادن اجرای مکانیکی قواعد معین شناخته می‌شود، در ادبیات حقوقی معاصر به‌عنوان یک موجود مرده در نظر گرفته می‌شود. ازین‌روی 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 اینکه این معنای فرمالیسم حقوقی در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا منقرض شده اما کماکان به‌صورت 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 قانون‌گذاری به شیوه موجود، یک امر صرفاً شکلی بدون پشتوانه ارزشی و فلسفی است. ثانیاً، تنها راه نظم بخشی جامعه و جلوگیری از تشتت نظام حقوقی، استفاده حداکثری از قانون‌گذاری، 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 اینگونه 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، به‌روشنی این مسئله را روشن می‌کند. بر اساس این مبنا، ارجاع قانون اساسی به امری خارج از دایره قانون، با مشکل مبنایی مواجه خواهد بود.

#### ۴. اصل صدوشصت‌وهفتم قانون اساسی

اصل صدوشصت‌وهفتم 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 بنائی. برخی اشکالات مبنایی عبارت‌اند از اینکه 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 براساس 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 قانونی بودن جرم و مجازات که در اصل سی‌وششم قانون اساسی نیز به رسمیت شناخته شده، هیچ‌کس را نمی‌توان مجازات کرد؛ جز به موجب قانون. (احمدزاده، الهام، ۱۳۹۷: ص ۲۴۹)

اما برخی از اشکالات بنایی نیز عبارت‌اند از اینکه 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 احوط یا اسهل 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 آراء 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 ۲۶۲-۲۶۷)

بنتام که از پدران پوزیتویسم حقوقی است، انتقادات بسیار جدی بر «قانون‌گذاری قضائی»







و حقوق قضاوت محور انگلستان در قرن نوزده میلادی وارد کرد که تا حدودی شبیه انتقادات مذکور است. او شیوه عمل در حقوق عرفی ساخته‌ی قضاوت، را «حقوق سگ»<sup>۱</sup> نامید زیرا بسان شیوه عمل مردم در نحوه‌ی مواجهه با مجازات سگ است بدون اینکه قبلاً به او هشدار داده شده باشد. از نظر وی قانون‌گذاری قضایی مبتنی بر اعمال سلیقه‌ی قضاوت، موجب می‌شود که ماهیت تصمیم قضایی متأثر از تمایلات درونی قضاوت 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 و در نتیجه اعمال سلیقه قضاوت ندارد. (تیت، ۱۳۸۶: ص ۴۱ و ۴۲)

به طور کلی اشکالاتی که از ناحیه فلاسفه حقوق پوزیتیویسم به دخالت اخلاق در حقوق وارد می‌شد، دقیقاً در ادبیات حقوقی ایران به دخالت فقه در حقوق وارد می‌شود؛ 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 صدوشصت‌وهفت قانون اساسی نیز وارد شده است. (برای یک نمونه، ر.ک: جباری، ۱۳۸۷: ص ۱۲۸ و ۱۲۹)

اینکه در حقوق پوزیتیویستی، «قطعیت نشانه‌ی کامل نظام حقوقی است و می‌توان ازین طریق نظام حقوقی را از نظام ماقبل حقوقی تشخیص داد.» (ابدالی، ۱۳۹۳: ص ۱۶۱) صرفاً به ورود اخلاق ارتباط نمی‌یابد. بلکه تمسک به هر گونه گزاره ارزشی نظیر فقه نیز این مسئله را با مشکل روبه رو می‌سازد. منشأ اصلی اینگونه انتقادات، به تلقی حقوقدانان از قانون بازمی‌گردد. تعریف قانون به امری منحصرناشی از اراده انسان، مبتنی بر مبانی فلسفی حقوق پوزیتیویستی است که قصد داشته اخلاق را از حقوق، اعتبار قواعد حقوقی را از محتوای آن و حقوق مطلوب را از حقوق آنگونه که هست جدا نماید. ازین روی چنانچه این تلقی باطل یا تعدیل گردد، لوازم آن نیز تحت تأثیر واقع خواهند شد.

## ۵. نظریه دور کین

پروفسور رونالد دور کین را تأثیرگذارترین نظریه‌پرداز حقوقی انگلیسی‌زبان در عصر حاضر دانسته‌اند و آثارش را جایگزینی مناسب و تکامل یافته دیدگاه پوزیتیویستی معرفی کرده‌اند. او با

1. Dog Law.

رویکرد تفسیری به معرفت حقوقی و ماهیت حقوق، بدیل بیچیده‌ای برای اثبات‌گرایی حقوقی ارائه و بسط داده‌است. ازین روی گرچه نظریه او شباهت چندانی با تقریرات سنتی مکتب حقوق طبیعی ندارد اما وی را ذیل مکتب حقوق طبیعی در تقریر مدرن آن، دسته‌بندی کرده‌اند. (بیکس، ۱۳۹۶: ص ۳۸؛ تیت، ۱۳۸۶: ص ۹۶)

دورکین تفکیک مفهومی میان «آنچه حقوق است» و «آنچه حقوق باید باشد» را رد کرد. او با ارائه شرحی عینی درباره یک‌پارچگی حقوق و اخلاق، دیدگاه اصلی اثبات‌گرایی را تضعیف کرد. آنچه نظریه او را با حقوق طبیعی پیوند می‌دهد، پیشینه وی در سنت حقوق عرفی (کامن لا) و این ادعای اوست که اصول مبتنی بر عدالت که در این سنت وجود دارد را از اجزای اصلی حقوق می‌داند. (تیت، ۱۳۸۶: ص ۹۶)

دورکین قانون پوزیتویستی را می‌شکافد و به سوی اخلاق در آن منقذهایی ایجاد می‌کند. او این اصول را جزئی از قانون می‌داند که از اخلاق فهمیده می‌شوند، و اتفاقاً حمایت از این حق‌ها باعث انسجام قانون می‌شود. البته دورکین با توجه به نظریات فلسفی و سیاسی اش، مبانی اخلاقی را به لیبرالیزم پیوند می‌دهد. بنابراین، وی قانون را به معنی موسع‌تر از قواعد فهم کرده که در یک فرایند تفسیری بدست می‌آید. (Dworkin, 1977: p.184-187)

او مانند طرفداران مکتب حقوق طبیعی، ملاک اعتبار را در امری خارج از وضع می‌داند اما در چیستی این ملاک برتر با گرایش‌های مختلف حقوق طبیعی اختلاف دارد. از نظر او وابستگی اعتبار حقوقی به ملاحظات اخلاقی مشخصه ضروری حقوق است که از ماهیت عمیقاً تفسیری حقوق نشأت می‌گیرد. او ملاک برتر را اصول<sup>۱</sup> می‌داند. شاید بتوان گفت جایگاه دورکین با توجه به نظریات ضد پوزیتویستی وی، به قدری مهم است که اکثر فلاسفه حقوق بعد از او باید نسبت خود را با آراء دورکین مشخص کنند و به نقدهای او پاسخ دهند. به نوعی شاید بتوان گفت فلسفه حقوق به ماقبل دورکین و بعد دورکین تقسیم می‌گردد.

برای موجه‌سازی اصل صدوشصت‌وهفتم قانون اساسی براساس نظریه دورکین، باید تلقی وی از قانون و حاکمیت قانون به درستی شرح داده شود. دورکین چند تحول مهم در فلسفه حقوق ایجاد کرده است. نخست چرخش تفسیری؛ نقطه عطفی که فلسفه حقوق را به هرمنوتیک وصل کرد و قانون را از قاعده تبدیل به یک فرایند تفسیری کرد. دوم نقد جدی به پوزیتویست که نظریه غالب آن زمان بوده است. سوم اینکه دورکین بیش از سابقین فلسفه





حقوق را به فلسفه سیاست و اخلاق ارتباط می‌دهد و آنها را وارد متن تئوری‌پردازی خودش می‌کند. چهارم توسعه مفهومی قانون و داخل کردن اصول در مفهوم قانون.

## ۷. تعریف قانون

همانطور که گفته شد در نظام حقوق پوزیتیویستی قانون بمثابه امری تماماً متشکل از قواعد است و قضات حق ندارند برای حل مسائل قضایی به امری ورای قانون مراجعه کنند. همچنین براساس فرمالیسم حقوقی تمام پرونده‌های قضایی باید با منطق مکانیکی حل شود. اما دورکین قانون را یک امر نوشته ثابت نمی‌داند. از دیدگاه او قانون یک امر منتشر در قواعد و اصول است که قضات با طی یک فرایند تفسیری سازنده آن را کشف می‌کنند و به نحوی قانون شبیه یک رمان است که قاضی حلقه آخر آن را می‌نویسد. (تیت، ۱۳۸۶: ص ۹۹)

تلقی دورکین از حقوق مجموعه‌ای اخلاقی-قانونی مشتمل بر «اصول» و «قواعد» است. حقوق جامعه صرفاً ترکیب قوانین موضوعه و قواعد مجزایی که مأموران رسمی وضع می‌کنند نیست بلکه اصول کلی عدالت و انصاف که قوانین و قواعد مزبور را موجه‌سازی می‌کنند نیز در این حوزه جای می‌گیرد. کانون اصلی نقد دورکین به اثبات‌گرایی حقوقی تمییز میان قواعد و معیارهای حقوقی است. از نظر او تلقی پوزیتیویستی از حقوق، تنها جنبه محدودی از حقوق را نشان می‌دهد و این محدودیت، واقعیت گسترده‌تر حقوق را به‌عنوان یک کل به ابهام می‌اندازد. او معتقد است حقوق امری فراتر از قواعد و اعمال «نص قانون» است که در گذشته قانون‌گذاران و دادگاه‌ها وضع کرده‌اند. به این معنا حقوق ذاتاً دربردارنده معیارهای اخلاقی همچون اصول عدالت، حقوق و درک سیاست‌گذاری اجتماعی بایسته نیز می‌شود. (همان: ص ۹۶ و ۹۷)

اصول کلیدواژه‌ای بسیار مهم در ادبیات دورکین است که برخاسته از حق‌هایی بنیادین می‌باشد و با مبانی اخلاقی جامعه مرتبط است. او بر آنچه که «معیارها»<sup>۱</sup> نامیده بسیار تأکید دارد. معیارهای مد نظر دورکین عبارتست از «سیاست‌ها»<sup>۲</sup> و «اصول». سیاست‌ها، آن دسته استدلال حقوقی است که هدف‌های کلی جامعه نظیر اقتصادی، سیاسی و اجتماعی را تأمین می‌کنند و اصول آن دسته استدلال است که حق‌های بنیادین را تأمین می‌کند.

(Dworkin, 1977: p. 184-187)

1. Standards.
2. Policy.



از نظر دورکین گرچه قضات غالباً با تمسک به قواعد می‌توانند حکم صادر نمایند اما گاهی قانون در برخی از پرونده‌ها از قواعد به تنهایی قابل دستیابی نیست و در نتیجه «پرونده‌های دشوار»<sup>۱</sup> پدید می‌آید. در این موارد قواعد برای فهم و دستیابی به قانون کفایت نمی‌کند و باید به اصول تمسک جست. اینجا قاضی مقید است به اصول که بخشی از قانون است و نمی‌تواند خارج از قانون به این معنا، عملی انجام دهد. (Dworkin, 1985: p.119)

بنابراین، تعریف دورکین از قانون یک تعریف عام‌تری نسبت به تعریف پوزیتیویستی است. همچنین در بحث اعتبار قانون، در مکتب حقوق پوزیتیویستی صرف مشروعیت نهاد قانون‌گذاری برای اعتبار کفایت می‌کرد و محتوای قانون از اعتبار آن تفکیک می‌شد اما در نظریه دورکین مطابقت قواعد مدونه با حق‌ها<sup>۲</sup> و اصول در قانونیت قانون دخیل می‌شود. (Dworkin, 1985: p.12-16/ Dworkin, 1977: p.184-206)

در نظریه دورکین، شخصیت محوری حقوق، قضات هستند؛ درحالی که شخصیت محوری حقوق از نظر اثبات‌گرایان، قانون‌گذار و مقنن است. دورکین مانند هربرت هارت معتقد است که قضات باید برای صدور رأی در دعاوی دشوار به ضوابطی غیر قواعد توسل جویند با این تفاوت که دورکین چنین هنجارهایی را ضوابط فراقانونی نمی‌داند بلکه از مصادیق قانون به شمار می‌آورد. (کلمن، لیتر، ۱۳۹۶: ص ۶۲)

بنابراین، تلقی دورکین از قانون غیر از تلقی رایج از قانون در ایران است که مبتنی بر مبانی مکتب حقوق پوزیتیویستی است. با توجه به این تلقی قضات صرفاً مکلف نیستند براساس قواعد موضوعه حکم دهند بلکه باید براساس قواعد، اصول، حق‌های بنیادین، سیاست‌ها، اهداف و مصالح کلی جامعه حکم صادر نمایند و این حکم، یک حکم کاملاً قانونی خواهد بود.

لذا بر طبق این مبنای فلسفه حقوقی، مراجعه قضات در جمهوری اسلامی ایران به مبانی و اصولی که قانون‌گذار در قانون‌گذاری ملزم به رعایت آن‌هاست، عین مراجعه به قانون خواهد بود. همچنین با توجه به این توسعه در مفهوم قانون، حتی با پذیرش مبنای مکتب حقوق پوزیتیویستی، زمانی که قانون اساسی به‌عنوان قاعده مادر در نظام حقوق ایران، به فتاوی معتبر و منابع معتبر دینی ارجاع می‌دهد، این منابع، مصداقی از قانون خواهند بود.

1. Hard Cases.
2. Rights.



## ۸. قصور قانون

یکی از نکاتی که برای موجه سازی جواز مراجعه قضات به امری ورای قانون (بمثابه قاعده‌ای از پیش موجود) در چارچوب حاکمیت قانون لازم به توجه است این است که قانون دچار قصور است. 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. اگر بیان ضوابط عام رفتار ممکن نبود، قانون امکان وجود نمی‌یافت. کارکرد موفق قانون در حوزه‌های بسیار متنوع اجتماعی، وابسته به توان آن در شناسایی عمل‌ها، امور و شرایط خاص، بمثابه مصادیق طبقه‌بندی‌هایی است که انجام داده است. حیات قانون به معنی پوزیتیویستی آن به قواعد متعینی است که برخلاف معیارهای متغیر، در هر قضیه جدید نیاز به قضاوتی تازه ندارند. (هارت، ۱۳۹۳: ص ۲۰۱ و ۲۱۷)

دو روش برای بیان ضوابط عام رفتار، در نظام‌های حقوقی 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»<sup>۱</sup> و روش دوم که به نحو حداقلی از آن استفاده می‌کند به «رویه قضائی»<sup>۲</sup> معروف هستند. اما نکته مهم این است که هیچ‌یک از دو دسته قواعد عام، تمام مصادیق خود را به نحو پیشینی مشخص نمی‌کنند و همه‌ی موقعیت‌های واقعی خاص نیز منتظر نمی‌مانند تا پیشاپیش آن‌ها را متمایز کنند و برای آن قاعده‌ای وضع کنند. (همان: ص ۲۰۴-۲۰۱)

چنین راهنمایی که زبان عام فراهم می‌آورد، به دلیل ویژگی خاص 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، قانون، ابزاری بی‌فایده بود. اما از آن سو همیشه موقعیت‌هایی نیز وجود دارند که طبیعت یا ابداع انسان آن‌ها را به وجود می‌آورد و صرفاً شباهت‌هایی جزئی با مصادیق ساده دارند 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

1. Legislation.  
2. Precedent.

نوبه خود نیازمند تفسیر هستند (همان: ص ۲۰۴ و ۲۰۵)

تمام کسانی که در حوزه کاری خود با مقررات سر و کار دارند این مسئله را درک می‌کنند که در مقام مواجهه با مسائل و مشکلات در دنیای واقعی، همیشه نمی‌توان به مقررات کلی برای حل آنها تمسک کرد. بنابراین، 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 قضائی، مشاهده می‌شود قانونی که بتوان با آن مشکل را حل کرد وجود ندارد؛ گاهی قانونی که بتوان آن را بر مصداق منطبق کرد، وجود ندارد و به تعبیری خلاء 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 مذهب اکثریت 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 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.

این مشکلاتی که برای قضات در عرصه قضاوت رخ می‌دهد ناشی از قصور قانون است. بنابراین، مقصود از قصور قانون این است که گاهی قانون، راهنمای خوبی برای قضات نیست و توان این را ندارد که وظیفه آنان را به درستی و روشنی مشخص کند و یا مانع برخوردهای ذوقی و استحسانات شخصی و اعمال سلیقه آنان شود. با توجه به این ویژگی زبان، این برداشت فرمالیستی که با «زبان قاعده»<sup>۱</sup> 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.

مشکل دیگر این است که قانونگذاری و رویه قضایی هر دو مبتلا به ویژگی «بافت باز»<sup>۲</sup>

1. Language of The Rule.  
2. Open Texture.



هستند. این ویژگی قانونگذاری، بمثابة 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 فارسی و 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 می‌گیرد که قانون باید تأمین کند. بنابراین، آرزوی فرمالیستی برای اینکه با قوانین و مقررات متکثر بتوان قضات را دائماً در هر آن راهنمایی کرد و مانع از اعمال سلیقه شخصی آن‌ها شد، یک آرزوی دست نیافتنیست. هربرت هارت به عنوان یک فیلسوف مهم حقوق پوزیتیویست، معتقد است حاشیه‌ای از ابهام را باید برای بسیاری از قواعد حقوقی پذیرفت و بلکه از آن استقبال کرد تا بتوان در موارد رودررویی 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)

قواعد عموماً دارای ویژگی بافت باز هستند. به نحوی که قانون نمی‌تواند پاسخ مثبت و یا منفی قطعی راجع به اینکه آیا قاعده‌ای مشخص بر قضیه‌ای خاص اعمال می‌شود یا خیر، بدهد و ازین رو تاحدی نامتعیین است. به نظر می‌رسد بر خلاف نظر دورکین چنین مواردی منحصر در «دعای دشوار» و اختلافی نیستند، بلکه قانون ذاتاً قاصر است و غالب مصادیق آن با مشکل مواجه است.

انسان همیشه در قانون‌گذاری با دو نقص روبه رو خواهد بود: اول جهل نسبی نسبت به واقعیات و دوم تردید نسبی نسبت به اهداف. (هارت، ۱۳۹۳: ص ۲۰۷) بنابراین، اینکه قانون‌گذار تمام مصادیق ممکن و احتمالی را به صورت پیشینی در نظر بگیرد و قانون وضع کند، ممکن نیست. حتی در قوانین الهی هم در بسیاری موارد ممکن نیست که تمام مصادیق ممکن ذیل احکام جزئی بیان شود؛ از همین روی بسیاری از احکام شرعی به صورت القاء اصول بوده و تفریع فروع به مجتهدین سپرده شده است.

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)

اما در نظریه دورکین با توجه به اینکه تعریف وی از قانون، اعم از قواعد و اصول است، لذا قضات در این سیستم حقوقی با قصور قانون به معنای مذکور مواجه نمی‌شوند. در نظریه دورکین قضات در یک فرایند تفسیری سازنده، قانون را از قواعد و اصول کشف و سپس در عین صدور حکم، اعلام می‌کنند. قاضی در مواجهه با یک پرونده دشوار وارد یک پروژه تفسیری پیچیده می‌شود.

او معتقد است نقش قاضی در مواجهه با هر دعوا، نقش نویسنده‌ای خلاق است که موظف به کامل کردن داستانی زنجیروار به همان سبک فصول پیشین است. پیچیدگی این وظیفه، نشانگر صعوبت تصمیم در دعاوی دشوار در پرتو حقوق به‌عنوان یک کل منسجم است. فرض کنیم تعدادی از نویسندگان قرار است هرکدام، فصلی مشخص از یک رمان زنجیره‌ای را بنویسند که هم با فصل‌های پیشین که توسط سایرین نوشته شده هماهنگ باشد، و هم نظر بر فصول آتی و دیگر فصل‌ها داشته باشد. (Dworkin, 1975: p.1089 / Dworkin, 1986: p.229)

## ۹. حاکمیت قانون

به نظر دورکین دو نوع برداشت متفاوت از حاکمیت قانون وجود دارد؛ او اولی را «کتاب محور»<sup>۱</sup> و دومی را «مفهوم حق‌ها» می‌نامد. در برداشت اول تأکید بر این است که قدرت دولت هرگز نباید علیه حقوق شهروندان اعمال شود مگر مطابق قوانینی که صریحاً در یک کتاب قانون عمومی در دسترس همه آمده باشد. دولت و شهروندان باید مطابق این کتاب تا زمانی که تغییر نکرده عمل کنند. (Dworkin, 1985: p.11)

دورکین این برداشت از حاکمیت قانون را نمی‌پذیرد؛ زیرا بدون اینکه به محتوای قواعد توجه داشته‌باشد، صرفاً بر وجود قاعده در یک کتاب قانون مادامی که تغییر نکرده، متمرکز است. او برداشت دیگری از حاکمیت قانون ارائه می‌دهد که آن را مفهوم حق‌ها نامیده است. این برداشت عدالت ماهوی را یک ایده مستقل می‌داند و بر آن تأکید می‌کند. در این برداشت تأکید بر این است که شهروندان برخی حق‌های اخلاقی نسبت به یکدیگر دارند و نیز پاره‌ای حق‌های سیاسی بر ذمه دولت دارند. این برداشت تأکید دارد که این حق‌های اخلاقی و





سیاسی باید در قوانین معتبر به رسمیت شناخته شوند تا جایی که شهروندان در دادگاه‌ها بتوانند آن‌ها را مطالبه کنند. (Ibid)

بنابراین، بنا به نظر دورکین حاکمیت قانون منحصر در این نیست که صرفاً به صورت فرمالیستی همه محدودیت‌ها علیه حکومت و شهروندان، توسط قوانین موضوعه مشخص شوند. او محتوا را در حاکمیت قانون دخیل دانسته و عمل بر طبق اصول حقوقی که به حق‌های بنیادین ناظر هستند و باید مبنای قانون‌گذاری قرار گیرند را مصداق عمل به حاکمیت قانون می‌داند. حتی اگر گاهی قانونی وجود داشته باشد که در تعارض با حق‌های بنیادین بوده باشد، قضات می‌توانند آن را نادیده بگیرند و به آن عمل نکنند؛ زیرا قانونگذار باید در قانون‌گذاری این حق‌های بنیادین را جدی می‌گرفت و اگر در جایی نادیده گرفته شده است قانون معتبر نیست. (Dworkin, 1977: p.184-187)

#### ۹/۱. جایگاه حاکمیت قانون در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

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 چنانچه 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: ص ۲۶۶ و ۲۶۷)

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 ۲۶۶-۲۶۸)

از نظر امام خمینی (رحمه‌الله) «اسلام به قانون نظر آلی دارد؛ یعنی آن را آلت و وسیله



تحقق عدالت در جامعه می‌داند... برای برقرار شدن 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 صد 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 متری 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 تاسیس نماید. با توجه به نگرش عمیق و حداکثری حضرت امام خمینی (رحمه‌الله) به عنوان موسس نظام، فقه تئوری مدیریت انسان از گهواره تا گور است. بنابراین، در نظام جمهوری اسلامی ایران براساس قانون اساسی و مبانی امام خمینی (رحمه‌الله)، برداشتی از حاکمیت قانون وجود دارد که قانون را در راستای تعالی انسان به عنوان ابزاری میانی در نظر می‌گیرد نه اینکه به آن موضوعیت داده و آن را آرمان نهایی بداند.

بر اساس نگاه دورکینی به حاکمیت قانون، اینکه قانون اساسی به قضات اختیار دهد که بر اساس ضوابطی و رای قوانین موضوعه حکم صادر نمایند خروج از حاکمیت قانون نیست، گرچه با برداشت‌های فرمالیستی آن در تعارض قرار می‌گیرد. در جمهوری اسلامی ایران برداشت فرمالیستی از حاکمیت قانون نه در قانون اساسی و نه در اندیشه بنیانگذار نظام، به رسمیت شناخته نشده است. البته برخی نظرات حضرت امام خمینی (رحمه‌الله) که به حفظ وضعیت موجود تأکید دارند، در مقام اجرا ناظر به دوران گذار انقلاب و وضعیت موجود بوده نه ناظر به ترسیم وضعیت مطلوب؛ برای فهم درست تلقی ایشان از وضعیت مطلوب، مراجعه به کتاب ولایت فقیه، بسیار مثمر ثمر است.

### نتیجه

با توجه به آنچه 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، تنها باید قوانین موضوعه از طریق پارلمان باشد. قانون موضوعه، 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 قصور قانون، از طریق جبران شود. دورکین، با توسعه مفهومی قانون، اصول را وارد مصادیق قانون می‌کند و با نظریه تفسیری قضاوت، راه را برای تفسیر قضاوت از قواعد و اصول و دستیابی به قانون به معنای اعم باز می‌کند. اصل صدوشصت و هفتم قانون اساسی نیز جبران قصور قانون را بر عهده قضاوت گذاشته تا از طریق منابع دینی و فتاوی معتبره، این قصور را جبران کنند و هیچ‌یک از این دو مبنا، با حاکمیت قانون در تعارض نیست؛ هرچند خلاف تقریر فرمالیستی و غایت‌انگارانه از آن باشد. برداشت دورکین از حاکمیت قانون، اشکال‌هایی را که از ناحیه دیدگاه فرمالیستی بر اصل صدوشصت و هفت قانون اساسی ایراد می‌شود، مرتفع می‌سازد و به‌خصوص زمانی که قانون اساسی به‌عنوان قاعده مادر در ادبیات پوزیتیویستی، معیاری را معتبر و به رسمیت شناخته است، تعارض با حاکمیت قانون معنایی نخواهد داشت.



## منابع فارسی

### الف. کتاب‌ها:

۱. ابدالی، مهرزاد (۱۳۹۳). درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، چاپ دوم، تهران، مجد.
۲. امام خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۳). ولایت فقیه، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳. باربور، ایان (۱۳۸۹). علم و دین، ترجمه: بهاء‌الدین خرمشاهی، چاپ هفتم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۴. بیکس، برایان (۱۳۹۶). «نظریه حقوق طبیعی»، در: دنیس پترسن، مکاتب معاصر فلسفه حقوق (مجموعه مقالات بخش دوم کتاب راهنمای بلک ول برای فلسفه حقوق)، ترجمه: محمدمهدی ذوالقدری و دیگران، چاپ دوم، تهران، ترجمان علوم انسانی: ۱۹ - ۴۶.
۵. تیبیت، مارک (۱۳۸۶). فلسفه حقوق، ترجمه: حسن رضایی خاوری، چاپ دوم، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۶. کلمن، جولزال و برایان لیتر (۱۳۹۶). «اثبات‌گرایی حقوقی»، در: دنیس پترسن، مکاتب معاصر فلسفه حقوق (مجموعه مقالات بخش دوم کتاب راهنمای بلک ول برای فلسفه حقوق)، ترجمه: محمدمهدی ذوالقدری و دیگران، چاپ دوم، تهران، ترجمان علوم انسانی: ۴۶ - ۷۹.
۷. مرکز مال‌میری، احمد (۱۳۹۴). حاکمیت قانون (مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها)، چاپ دوم، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۸. وینریب، ارنست جی (۱۳۹۶). «شکل‌گرایی حقوقی»، در: دنیس پترسن، مکاتب معاصر فلسفه حقوق (مجموعه مقالات بخش دوم کتاب راهنمای بلک ول برای فلسفه حقوق)، ترجمه: محمدمهدی ذوالقدری و دیگران، چاپ دوم، تهران، ترجمان علوم انسانی: ۲۱۳ - ۲۳۱.
۹. هارت، هربرت لیونل آدولفس (۱۳۹۳). مفهوم قانون، ترجمه: محمد راسخ، چاپ چهارم، تهران، نی.

### ب. مقالات:

۱. احمدزاده، رسول و الهام، غلامحسین (۱۳۹۷). «قبض و بسط اصل ۱۶۷ قانون اساسی در قلمرو کیفری»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و پنجم، ش ۹۵: ۲۴۷ - ۲۷۲.
۲. جباری، مصطفی (۱۳۸۷). «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، ش ۳: ۱۲۷ - ۱۳۷.
۳. راسخ، محمد و پورسید آقایی، سید حمید (۱۳۹۴). «نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۴: ۶۹ - ۸۴.
۴. کاظمینی، سید محمدحسین و اصلانی، فیروز (۱۳۹۰). «مفهوم حاکمیت قانون و برداشت از آن با تأکید بر قانون اساسی ج.ا.ا»، فصلنامه مطالعات انقلاب اسلامی، سال هشتم، ش ۲۶: ۲۴۷ - ۲۷۴.



## منابع لاتین

1. Hart, H. L. A (1994). *The concept of Law*, Oxford, Oxford University press.
2. Tamanaha, Brian Z (2010). *Beyond the Formalist-Realist Divide; The Role of Politics in Judging*, Princeton&Oxford, Princeton University.
3. Dworkin, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press.
4. Dworkin, Ronald (1985). *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press.
5. Dworkin, Ronald (1986). *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University press.
6. Dworkin, Ronald (1975). "Hard Cases" *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6, pp 1057-1109.

