



## Judicial Legislation: Examining the Relationship between the Iranian Legal System and the School of Legal Realism

Alireza Dabirnia<sup>1</sup>, Adel Sheibani<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Qom.  
dr.dabirnia.alireza@gmail.com

<sup>2</sup> PhD Student in Public Law, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Qom  
(Corresponding Author). adel.sheibani@yahoo.com

### Abstract

Previous legal provisions cannot predict and regulate all possible future situations, and laws are composed of words that are open-textured, meaning that they are always susceptible to different interpretations. This has made the role of judges crucial in determining the content of legal rules. How is this role assessed in the fabrics of the Iranian legal system? Furthermore, what is the position of judges in lawmaking or, more precisely, what is their role in judicial legislation, and how does this position relate to the principles of public law and considerations related to the separation of powers? This descriptive-analytical research attempts to examine the conceptual framework of judicial legislation in light of the theory of "legal realism" and analyze the legitimate boundaries of judges' discretion in the production of legal rules from the perspective of public law. This analysis requires, on the one hand, the clarification of the relationship between jurisprudence and adjudication and legislation, and on the other hand, the evaluation of the relationship between the Iranian legal system and one of the modern schools of legal philosophy, namely the school of "legal realism." According to the research findings, historically, the "Mujtahid Judge" has been the authority for declaring and applying legal rules, which creates similarities between the role of judges in legal theory and the role of judges in the school of "legal realism," although currently the substitution of individual *ijtihad* by the will of representatives in the legislative branch has introduced a new formulation in the fundamental principles of the legal system.

**Keywords:** Legal Realism, Legislation, Adjudication, Judicial Legislation, Separation of Powers.

---

Received: 2022/07/29 ; Revised: 2023/01/09 ; Accepted: 2023/02/07 ; Published online: 2023/12/27

**How To Cite:** Dabirnia, Alireza; Sheibani, Adel (1402). Judicial Legislation: Examining the Relationship between the Iranian Legal System and the School of Legal Realism. *Comparative Study on Islamic and Western Law*, 10(4), 25-48. doi.org/10.22091/CSIW.2023.8449.2304

**Published by:** University of Qom

© The Author(s)

**Article type:** Research





## تقنین قضایی، بررسی نسبت نظام حقوقی ایران با مکتب واقع گرایی حقوقی

علیرضا دبیرنیا<sup>۱</sup>، عادل شیبانی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم. [dr.dabirmia.alireza@gmail.com](mailto:dr.dabirmia.alireza@gmail.com)

<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم (نویسنده مسئول). [adel.sheibani@yahoo.com](mailto:adel.sheibani@yahoo.com)

### چکیده

احکام پیشینی قانون نمی‌توانند کلیه وضعیت‌های ممکن در آینده را پیش‌بینی و تنظیم کنند، علاوه بر آن قانون از کلمات تشکیل شده و کلمات بافتی باز دارند؛ به این معنی که همواره مستعد تفاسیر و برداشت‌های متفاوت هستند. این موضوع نقش قضات را در تعیین محتوای قاعده حقوقی بسیار حیاتی کرده است. در مبانی نظام حقوقی ایران این نقش چگونه قابل ارزیابی است؟ فراتر از آن، جایگاه قضات در خلق قاعده حقوقی یا به بیان دقیق‌تر نقش آنها در تقنین چیست و این جایگاه چه نسبتی با مبانی حقوق عمومی و ملاحظات معطوف به تفکیک قوا دارد؟ پژوهش توصیفی تحلیلی حاضر تلاش کرده است در پاسخ به پرسش‌های مذکور چارچوب مفهومی تقنین قضایی را در پرتو نظریه «واقع‌گرایی حقوقی» بررسی کرده و حدود مشروع تصرف قضات را در تولید قاعده حقوقی از منظر حقوق عمومی تحلیل کند. این تحلیل از یک سو مستلزم تبیین نسبت فقه و شریعت با قضاوت و قانونگذاری است و از سوی دیگر نیازمند سنجش نسبت نظام حقوقی ایران با یکی از مکاتب مدرن فلسفه حقوق یعنی مکتب «واقع‌گرایی حقوقی» است. براساس یافته‌های پژوهش، از نظر تاریخی «قاضی مجتهد» مرجع اعلام و اعمال قاعده حقوقی بوده و همین امر شباهت‌هایی را میان نقش قاضی در نظریه فقهی با نقش قاضی در مکتب «واقع‌گرایی حقوقی» ایجاد می‌کند، هرچند در حال حاضر جایگزینی اجتهاد فردی قضات با اراده نمایندگان در قوه مقننه، صورت‌بندی جدیدی در اصول بنیادین نظام حقوقی به‌وجود آورده است.

**کلیدواژه‌ها:** واقع‌گرایی حقوقی، قانونگذاری، قضاوت، تقنین قضایی، تفکیک قوا.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۷؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۱۰/۱۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۲/۱۰/۰۶

استاد به این مقاله: دبیرنیا، علیرضا؛ شیبانی، عادل (۱۴۰۲). تقنین قضایی، بررسی نسبت نظام حقوقی ایران با مکتب واقع‌گرایی حقوقی،

پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۱۰(۴)، ۲۵-۴۸. doi.org/10.22091/CSIW.2023.8449.2304

نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم



## مقدمه

نویسندگان رد پای تقنین قضایی را در تحولات قرن شانزدهم میلادی جستجو کرده‌اند؛ زمانی که دادگاه‌های انگلستان از عرف‌های مرسوم در حوزه دادخواهی و آیین دادرسی تبعیت میکردند (وکیلان، ۱۳۹۲: ۹). رویه قضایی به عنوان عرف دادگاه‌ها در اکثر نظام‌های حقوقی منبع ثانوی و فرعی حقوق است و احکام دادگاه‌ها در قالب رویه قضایی قادر است خلأهای احتمالی قانون را مرتفع نماید (دیلمی، ۱۳۸۲: ۴۷). در واقع در هر نظام حقوقی همواره مواردی یافت می‌شود که قانونی برای آنها وجود ندارد و یک وضعیت حقوقی ناقص یا نامعین به وجود می‌آید. در این وضعیت چنانچه قاضی بخواهد برای حل مسأله رأی صادر نماید، ضرورت دارد از صلاحیت اختیاری خود استفاده و در موضوع مطروحه قانونگذاری کند. به عبارت دیگر قاضی باید قانون را وضع و سپس آنرا اعمال کند. البته اختیارات قاضی مقید به بسیاری از قیود و اصول ماهوی است و نمی‌تواند به نحو دل‌خواهانه اقدام کند بلکه باید به استناد دلایل کلی عمل نماید تا تصمیم او همانند قانونگذار وظیفه شناس موجه جلوه کند اما آن چه که عملاً در این موارد رخ می‌دهد، قانونگذاری است (هارت، ۱۳۹۰: ۳۹۸-۴۰۰). هرچند در مقایسه میزان اقتدار و حاکمیت، قوه مقننه به جهت بهره‌مندی از ابزار قانونگذاری و نظارتی، اقتدار بیشتری نسبت به سایر قوا داشته و فاقد هرگونه مسئولیت سیاسی در برابر قوای دیگر است (عمید زنجانی، ۱۳۸۵: ۲۷۲-۲۷۵)، اما علم حقوق در معنای کلی عموماً از نقطه نظر قاضی به قانون می‌نگرد و نظریه حقوقی نیز به تصمیم‌گیری و استدلال قضات بیشتر علاقه‌مند است تا تصمیم و استدلال قانونگذار (Imer, 2005: 27).

تبعیت قضات از قانون که بر اساس آن دادرس تکلیفی جز شناخت قانون و اجرای آن ندارد، یکی از نتایج اصل تفکیک قوا بود. منشأ این اصل تحولات مشروطه‌خواهی انگلستان است که به شکل‌گیری قوای قضائیه و مقننه مستقل در مقابل قدرت پادشاه منتهی شد (هاشمی، ۱۳۹۰: ۲۴۱). در واقع وجه مشترک تمام مدافعان این اندیشه، «وابسته بودن قاعده حقوقی به اراده مقنن» و «عدم جواز تعدیل یا اصلاح قانون توسط قضات» بود (الشریف، ۱۳۹۷: ۳۲). منتسکیو در سال ۱۷۴۸ در کتاب معروف خود «روح القوانين» در باب نسبت قضات با قانون اعلام نمود؛ قاضی دهانی است که سخنان قانونگذار را بیان می‌کند؛ موجود بی جان و بی اراده‌ای که قادر نیست جبر یا تحمیلات قانونی را تخفیف دهد و تعدیل کند (الشریف، ۱۳۹۷: ۱۵۳). بکاریا نیز در کتاب معروف خود «جرایم و مجازات‌ها» همان نسبت را در حقوق کیفری مورد تأکید قرار داد و گفت قاضی باید یک قیاس کامل ترتیب دهد؛ کبرای قیاس باید قانون کلی و صغرای آن عمل منطبق یا غیر منطبق با آن قانون و نتیجه آزادی یا مجازات خواهد بود (الشریف، ۱۳۹۷: ۱۵۴).

انقلاب فرانسه با هدف اجتناب قضات از تعدی به حریم قانونگذار، تفکیک قوا و خط میان تقنین و قضاوت را پررنگ‌تر از گذشته به رسمیت شناخت (اسدیان، ۱۳۹۵: ۵۰)؛ لزوم توجیه رأی و ذکر دلایل و

مستندات دادرسی از جمله دستاوردهای انقلاب فرانسه بود که تقریباً مورد پذیرش تمام نظام‌های حقوقی مدرن قرار گرفت. امروزه این تکلیف یکی از مهم‌ترین تضمین‌های جداسازی فرایند قضاوت از تقنین و جلوگیری از تعدی قضات به حوزه قانونگذاری به شمار می‌رود. در نظام حقوقی ایران نخستین بار ماده (۵) قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ این تکلیف را اعلام نمود.<sup>۱</sup> پس از انقلاب اسلامی با وجودی که دست‌کم در مبانی فقهی، قانونگذاری از شئون قاضی و مجتهد به شمار می‌رفت، اصل (۱۶۶) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قضات را ملزم به تبعیت از مقنن برشمرد: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آنها حکم صادر شده است».

به مرور زمان اما در برابر این دیدگاه که خلق قاعده حقوقی فقط در صلاحیت قانونگذار است و قاضی نه تنها جواز خلق، که حتی صلاحیت تعدیل یا اصلاح قواعد حقوقی را ندارد، مقاومت‌هایی شکل گرفت. در گذشته ادعا می‌شد که دادرسان بر اساس اصول و مبانی مشخصی به دعاوی رسیدگی می‌کنند که منجر به تنها یک نتیجه درست می‌شود و طرفین دعوی «حق» دارند که مشمول این نتیجه شوند.<sup>۲</sup> در برابر این دیدگاه گروهی از حقوقدانان که خود دادرسان یا وکیل بودند ادعا کردند دقت در طرز کار دادگاه‌ها نشان می‌دهد که دادرسان عموماً نه بر اساس اصول و قوانین بلکه متأثر از عواطف و برداشت خود از آنچه واقعاً منصفانه به نظر می‌رسد، داوری می‌کنند. در این میان اصول و قوانین تنها به منظور توجیه و عقلانی‌سازی تصمیماتی که براساس ملاحظات غیرحقوقی استوار شده‌اند به کار می‌روند (liter, 2005: 50). تکامل این دیدگاه به تدریج موجب شد مکتب «واقع‌گرایی حقوقی» به عنوان مهم‌ترین مکتب فلسفی حقوق آمریکا در قرن بیستم، توسط حقوقدانان تجربی شکل بگیرد. پایه‌گذاران این مکتب بیش از آن‌که فیلسوف یا نظریه‌پرداز حقوقی باشند وکلا و دادرسانی بودند که اندیشه آنها تابع تجارب واقعی و مواجهه با دعاوی و پرونده‌های حقوقی بود. از جمله دعوای اصلی واقع‌گرایان حقوقی ابهام و عدم تعیین حقوقی بود؛ ماهیت زبان ثابت و محقق نیست، الفاظ و عباراتی که در محاورات و مکاتبات استفاده می‌شوند عموماً دارای چند معنا هستند و نمی‌توان معنای درست یا مناسب آنها را به راحتی تعیین کرد. این خلأ زبانی به حقوق نیز سرایت می‌کند و ممکن است در هر یک از حوزه‌های قواعد، وقایع، دلایل و اسباب حقوقی متجلی شود (انصاری، ۱۳۸۷: ۵۵). بنابراین علانم، هنجارها، اوامر و نواهی قانونگذار مستقیماً وارد دنیای واقعی روابط و مناسبات انسانی نمی‌شوند؛ آنها توسط نظام قضایی که محافظ قواعد حقوقی

۱. ماده ۵- دادگاه هر دعوی را با قانون تطبیق کرده و حکم آن را تعیین می‌نماید و نباید به طور عموم و قاعده کلی حکم بدهد.

2. See: R. Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977: 81-90.

است و ضمانت اجراها را در دست دارد، تفسیر و اعمال می‌شوند (انصاری، ۱۳۸۷: ۲۲).

بدین سان، اعلام رسمی محتوای قانون اقتدار مهمی است که به دادگاه‌ها اختصاص می‌یابد و آنها را در جایگاه منحصر به فردی قرار می‌دهد. همین واقعیت موجب شده است نحوه تصمیم‌گیری قضات و شیوه کار دادگاه‌ها به کانون اصلی مطالعات مرتبط با قانونگذاری تبدیل شود. چرخه قانونگذاری در پارلمان به انتها نمی‌رسد، محصول کار نمایندگان از واژگان و عباراتی تشکیل می‌شود که کلی بودن و بافت باز آن نوعی صلاحیت مکمل قاعده‌گذاری برای دادگاه‌ها به ارمغان می‌آورد. این صلاحیت مکمل قاعده‌گذاری را می‌توان با مسامحه «صلاحیت قانونگذاری تفویضی» تلقی کرد. وصف «تفویضی» نباید موجب شود این قانونگذاری را در قیاس با قانونگذاری مجلس دست کم گرفت، چرا که به تعبیری؛ قانونگذار واقعی کسی است که اقتدار مطلق تفسیر قوانین را دارد، نه شخصی که در ابتدا قانون را وضع کرده است، به عبارت دیگر: «قانون همان است که دادگاه می‌گوید». البته این گزاره بدین معنی نیست که قوه مقننه مبنای وجودی خود را به کلی از دست می‌دهد؛ بلکه مقصود این است که نواقص ذاتی قانون چاره‌ای جز تجویز تصرف خلاق قضات در ساخت و تکمیل قانون باقی نمی‌گذارد، و این بهایی است که به تعبیر یکی از نویسندگان: «باید برای تنظیم قاعده‌مند حیات اجتماعی پرداخته شود».<sup>۱</sup> با وجود این تأثیر و اقتدار اما، دادگاه‌ها در گفتمان دولت مدرن فاقد اوصاف مشروعیت بخشی هستند که به مجالس نمایندگی اهلیت قانونگذاری اعطا می‌کنند. قوای مقننه به‌طور کلی نهادهایی انتخابی و پاسخگو هستند و انتخاب‌کنندگان می‌توانند در مواعد زمانی معینی با توسل به آیین‌های دموکراتیک اعضای آنها را جایگزین کنند. علاوه بر آن قانونگذاری در قوه مقننه از امتیاز شفافیت نیز برخوردار است؛ زیرا این نهاد آشکارا به وضع قانون اختصاص داده شده است، درحالی‌که قانونگذاری، جزء وظایف رسمی قضات نیست و قاضی وقتی به معنای صحیح کلمه در حال قضاوت است، قانونگذاری می‌کند (Waldron, 2009: 335-340).

موارد یاد شده موجب می‌شود پذیرش حوزه‌ای وسیع برای تصرف قضات در خلق قاعده حقوقی و حقانیت آن مورد تردید قرار گیرد (Waldron, 2005: 241 - Altman, 1996: 42 - Bix, 1996: 87).

باتوجه به مقدمات فوق پژوهش حاضر در پی بررسی این موضوع است که از منظر تاریخی و در مبنای فقهی نظام حقوقی ایران نقش قضات در خلق قاعده حقوقی تا چه میزان بوده و این امر چه تأثیری در گذار به تقنین در مجلس قانونگذاری داشته است؟ در حال حاضر قاعده حقوقی خلق شده توسط قضات دادگاه‌ها چه جایگاه و آثاری در نظام حقوقی ایران دارد؟ اصولاً از نظر هنجاری با تکیه بر بنیادهای مدرن حقوق اساسی ایران، قضات چه میزان در خلق قاعده حقوقی می‌توانند تصرف کنند؟ روش پژوهش حاضر تحلیلی، توصیفی و مقایسه‌ای است و ساماندهی آن در سه بخش انجام می‌شود.

۱. نک: هربرت هارت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، چاپ اول، تهران: نشر نی، ۱۳۹۶، مقدمه مترجم ص ۱۶.

## ۱. مکتب واقع‌گرایی حقوقی؛ مبانی و سیر تحول

مکتب واقع‌گرایی حقوقی بین دهه‌های ۱۹۲۰ و ۱۹۳۰ میلادی در آمریکا برجسته شد. آموزه اصلی این مکتب که مورد اقبال حقوقدانان قرار گرفت، رد شکل‌گرایی<sup>۱</sup> آستین، بنام، میل و هیوم و جایگزینی آن با مفهوم حقوق در عمل<sup>۲</sup> بود که توضیحی جامعه‌شناسانه از حقوق ارائه می‌داد (Wacks, 2006: 93). آنها نگاه فراطبیعی به حقوق را رد می‌کردند و از توضیح نظریه حقوقی با مفاهیمی چون دستور<sup>۳</sup>، قواعد و هنجار<sup>۴</sup> گریزان بودند. در عوض رویکرد آنها سرشار از مسائل تجربی بود و بر این باور بودند که برخلاف دیدگاه طرفداران مکاتب حقوق طبیعی و تحقیقی قضات تابع محض قواعد حقوقی نیستند بلکه مولفه‌های اصلی تعیین‌کننده نتیجه یک پرونده شهودهای سیاسی و اخلاقی دادرسان است. «هولمز» که از پیشگامان مکتب واقع‌گرایی است می‌گوید: «معنایی که از حقوق اراده می‌کنیم، پیش‌بینی آن چیزی است که قضات به طور عملی در دادرسی‌ها بدان می‌پردازند نه چیزی که ادعا می‌شود» (Alschuler, 1997: 355).<sup>۵</sup> می‌توان در این بیان عصاره اصلی اندیشه واقع‌گرایان را دید؛ به طور خلاصه از نظر این مکتب مفهوم حقوق را باید با ارجاع به دادگاه‌ها تعیین کرد، به عبارت دیگر واقع‌گرایی حقوقی بر تصویری از جهان تاکید دارد که در آن واقعیت عینی نسبت به جنبه‌های آرمانی و اخلاقی<sup>۶</sup> نقش پررنگ‌تری دارد؛ این مکتب فکری تلاش کرده است گوهر حقوق را فارغ از لایه‌های رمزآلود و اسرارآمیز آن، توضیح دهد (ابدالی، ۱۴۰۰: ۲۴۱).

واقع‌گرایان برای قاعده حقوقی ماهیتی خارج از دادگاه متصور نمی‌شود. به تعبیر هولمز تصمیم‌قاضی قانون واقعی است (liter, 2010: 249)، یا چنان‌که نویسنده‌ای دیگر تاکید کرده است: «قاعده حقوقی اراده حاکم نیست؛ بلکه اراده خود دادگاه است» (Golding, 2007: 218). بنابراین کانون توجه واقع‌گرایی حقوقی تصمیمات قضایی است. با این حال پیرامون این هسته مرکزی تفاوت‌هایی میان اندیشمندان این مکتب وجود دارد. برخی از آنها روانشناسی جبرگرا<sup>۷</sup> را مؤلفه اصلی ساخت قواعد حقوقی و قضایی می‌دانند و اعتقاد دارند حقوق را می‌شود با تحلیل روانشناختی قضات توضیح داد. از این نظر دلایل مطرح

1. Formalism
2. Law in Action
3. Command
4. Norm

۵. به تعبیر یکی از نویسندگان: «شاید تمام حقوق چیزی نباشد جز آنچه در دادگاه‌ها می‌گذرد». نک: حسن جعفری‌تبار، دیو در شیشه، چاپ دوم، تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۴۰۰: ۲۳.

۶. برای مطالعه درخصوص غایت اخلاقی قواعد حقوقی، نک: شعبان حق‌پرست و همکاران؛ ۱۳۹۵، غایت اخلاقی قاعده حقوقی؛ نگرشی تطبیقی در تنوری حقوق غربی و حقوق اسلامی. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۳(۴)، ۴۹-۷۲.

7. Determinism

شده در تصمیمات قضایی اهمیت ندارند و در عوض پاره‌ای از علل روانشناختی که بیانگر دلایل غیر منطقی و ناخودآگاه هستند مهم‌ترین عناصر سازنده آرای قضات را تشکیل می‌دهند. لذا حقوق در بستر شرایطی که از لحاظ عینی نامربوطاند متعین می‌شود. گروهی دیگر از واقع‌گرایان قضات را به مثابه نیروهایی تلقی می‌کند که به دنبال جلب منافع برخی گروه‌های اجتماعی هستند و تمایلات خود را در پوششی از استدلال‌های زبانی و حقوقی درباره تصمیمات و آرای خود پنهان می‌کنند. اما برخی دیگر از واقع‌گرایان هر چند نقش قضات را در رویکرد قبلی می‌پذیرند اما این نقش را معطوف به جلب منافعی برای گروه‌های خاص ارزیابی نمی‌کنند، بلکه آن را در راستای تحقق اهداف و ارزش‌های اجتماعی می‌دانند (موراوتز، ۱۳۹۱: ۸۳). در جمع‌بندی کلی می‌توان گفت مکتب واقع‌گرایی بر سه محور استوار است: محور نخست تصمیم‌سازی قضایی، در این محور فرایند آگاهانه یا ناآگاهانه تبعیت آرای قضایی از احساسات و تعصبات شخصی قضات مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و به نقش سیاست‌ها و خط و مشی‌های عمومی در شکل‌گیری تصمیمات قضایی پرداخته می‌شود. محور بعدی بر عدم تعیین قواعد حقوقی و اهمیت استدلال قضایی در تعیین محتوای قاعده حقوقی تأکید دارد، و محور سوم نظریه لولین مخالفت با نظریه شکل‌گرایی افراطی آنچنان که آستین و پیروانش تبلیغ می‌کردند، بود (Bix, 1999: 168-169).

دوشاخه اصلی مکتب واقع‌گرایی حقوقی یکی در آمریکا و دیگری در اسکاتلندیناوی شرکت گرفته است. رنالیسم حقوقی در آمریکا تأکید بیشتری بر جنبه‌های تجربی و جامعه‌شناسانه دارد و تلاش کرده است با تحلیل نسبت واقعی میان دادرسی و قانونگذاری، چگونگی شکل‌گیری و اجرای قواعد حقوقی در پیوند با قضاوت در دادگاه‌ها را تبیین کند. در مقابل واقع‌گرایی حقوقی در اسکاتلندیناوی بیشتر بر جنبه‌های نظری تأکید دارد. در این رویکرد نیروی الزام‌آور قواعد حقوقی به احساس و عقیده شهروندان و فهم آنها از محتوای آن قاعده نسبت داده می‌شود؛ به عبارت دیگر محتوای قاعده حقوقی در ذهن و ضمیر ماموران اجرایی قانون و دادرسان تعیین می‌شود و همین مرحله است که مطالعه آن می‌تواند فهم مفاهیم حقوقی و قواعد موضوعه را میسر سازد (کیوانفر، ۱۳۹۰: ۱۳۶).

## ۲. اصول و مبانی فکری واقع‌گرایان حقوقی

در این بخش از تلاش می‌شود مخلص اصول و مبانی فکری واقع‌گرایان حقوقی با ارجاع به نظرات مهم‌ترین چهره‌های مکتب «واقع‌گرایی حقوقی» تبیین شود.

### ۱-۲. بنجامین کردوزو و تحول نقش دادرسی

قاضی کردوزو<sup>۱</sup> اعتقاد داشت اگرچه تفاوت قاضی با مقنن بدیهی است و قاضی به‌طور کلی قانونگذار

1. Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938)

نیست، اما همین قاضی باید خلأها و ابهامات قوانین موجود را در رسیدگی‌های خود برطرف کند (Cardozo, 1946: 14-19). از نظر او تصرف قضات در قانونگذاری محدود به رفع ابهام و بازسازی قصد قانونگذار نیست. در نظر کردوزو صلاحیت قانونگذاری قضات به جهت حق آنها بر قانونگذاری نیست، بلکه این صلاحیت از قدرت آنها از یک سو و از سوی دیگر از ناچاری آنها جهت تمهید حکم قانونی برای فیصله دادن به دعاوی حاصل می‌شود، بر همین اساس آنها را ملزم به رعایت رویه و عرف می‌دانست و می‌گفت حتی در جایی که قاضی ناچار به قانونگذاری است: «شهواری نیست که به میل خود در پی آرمان خوبی و زیبایی باشد. او هست تا از اصول تقدیس شده الهام بگیرد. او نباید تسلیم عواطف ناپایدار، خیرخواهی مجهول و بی‌ضابطه شود. او باید با دوراندیشی ملهم از خرد پیشینیان که با استدلال روش مند و در نظام ضابطه‌مند شده است همچنین از ضرورت برتر نظم اجتماعی تبعیت کند» (Cardozo, 1946: 144).

البته از نظر کردوزو تصرف دادرسان در تعیین نامحدود نیست و صرفاً ناظر است به پر کردن خلأهایی که در قوانین وجود دارند (D'Amato, 2010: 2). قضات این فرایند را با استفاده از چند روش کلی به انجام می‌رسانند. در وهله اول مشی منطقی و فلسفی است که می‌توان با استفاده از آن تفاسیر و برداشت‌های متفاوت پیرامون یک موضوع را منسجم و عقلانی کرد. روش دیگر استفاده از رویه‌های پیشین و آموزه‌های تاریخی است که فهم متداول و جهت‌گیری کلی نظام حقوقی و قضایی را آشکار می‌سازد و سرانجام، مواجهه جامعه‌شناختی با مسائل حقوقی توصیه دیگری است که به کارگیری آن از نظر کردوزو می‌تواند شرایط تغییر حقوق را در راستای نیازها و تحولات اجتماعی روشن سازد (باوری و همکاران، ۱۳۹۶: ۴۷-۴۸).

## ۲-۲. فهم حقوق با ارجاع به رأی دادگاه‌ها در اندیشه هولمز

دادرس آمریکایی الیور وندل هولمز<sup>۱</sup> یکی دیگر از سرآمدان نظریه واقع‌گرایی حقوقی است. عصاره اندیشه وی که به نظریه «نگاه انسان بد به حقوق» مشهور است بر این محور استوار شده که رهیافت اصلی علم حقوق پیش‌بینی نحوه تفسیر قضات از حقوق است: «مقصود من از حقوق پیش‌بینی رفتار عملی دادگاه هاست و نه چیزی بیش از آن» (Alschuler, 1997: 355). در نظر او بهترین راه توضیح علم حقوق نگرستن به این علم از دیدگاه یک انسان شرور است؛ انسان هوشمندی که تلاش دارد همچون یک ناظر خارجی با فهم نظم حاکم بر نظام دادرسی و پیش‌بینی رأی دادگاه، جور ضمانت اجراها را بر خود بکاهد؛ نه انسان قانونمندی که با هر انگیزه و دلیلی تلاش می‌کند مدلول قواعد حقوقی را سرلوحه اعمال خویش قرار دهد (کلی، ۱۳۹۸: ۴۸۸).

1. Oliver Wendell Holmes (1841-1935)



هولمز در مقاله معروف «معبر حقوق»<sup>۱</sup> تلاش می‌کند نسبت تصمیم‌سازی قضای<sup>۲</sup> با نظام حقوقی را شرح دهد. در نگاه او وجود نظام حقوقی مبتنی بر منطق نیست بلکه حقوق بر ساخته تجربه است. همچنین از نظر او رأی دادگاه محمول چیزی فراتر از استدلال قانونگذار است و با آن رقابت می‌کند (چراغی، ۱۳۹۸: ۲۸۴-۲۸۵). بنابراین هولمز تلاش می‌کند با رهاسازی قاعده حقوقی از اصول غیرعقلانی و گزاره‌های کلی همچون آزادی و امنیت که حقوق را به انحراف کشیده‌اند، گذار حقوق از ملاک‌های ذهنی و اخلاقی را به معیارهای عینی و ملموس نشان دهد.

### ۳-۲. کارل لولین و اهمیت کارکردگرایی

لولین<sup>۳</sup> واقع‌گرای دیگری است که از نقطه نظر کارکردگرایی<sup>۴</sup> به حقوق می‌نگرد. او حقوق را وسیله تامین مأموریت‌هایی تلقی می‌کند که آنها را وظایف حقوق<sup>۵</sup> می‌نامد. لولین حقوق را سامانه‌ای می‌داند که به دنبال تحقق اهداف خود است نه در پی ارزش‌های دیگر. محور تئوری حقوقی لولین دو عنصر پیوسته است: حل و فصل اختلافات و رفتار مقامات رسمی، به عبارت دیگر حقوق زائیده کنش‌ها و واکنش‌های میان افراد و مقامات رسمی در رسیدگی به دعاوی و حل و فصل اختلافات است (چراغی، ۱۳۹۸: ۲۸۸). قالب‌های موضوعه نمی‌توانند به تنهایی ماهیت و کارکرد قاعده حقوقی را نمایان سازند. به همین دلیل باید دادگاه‌ها را به عنوان یکی از عناصر مهم نظام حقوقی مورد تأکید قرار داد. از نظر لولین فهم قانون با روش‌های متداول حقوقی و قضایی راهگشا نیست. این روش‌ها می‌توانند از یک متن واحد، هم‌زمان تفاسیر متضاد<sup>۶</sup> بسخت و سخت را ارائه کنند (Liter, 2015: 1981). به همین دلیل او به وکلای جوان توصیه می‌کرد «نردبان فنی»<sup>۷</sup> استدلال را برای توجیه نتیجه دادرسی فراهم و دادگاه را قانع کنند؛ چراکه در واقع پرونده، خود مهم‌ترین توجیه و حقیقت است (liter, 2015: 1980).

### ۴-۲. جروم فرانک و عدم قطعیت قاعده حقوقی

یکی دیگر از پیروان مکتب واقع‌گرایی حقوقی جروم فرانک<sup>۸</sup>، مخالفت سختی با قانون‌گرایی افراطی

---

۱. این مقاله کوتاه متن سخنرانی حوزه برای دانشجویان حقوق است که در سال ۱۸۹۷ ایراد شده است او در این سخنرانی دانشجویان را تشویق کرد بین حقوق و اخلاق تمایز قائل شوند و به آنچه حقوق است توجه کنند؛ نه آنچه که باید باشد. نک: Wacks, Raymond, (2006), Very Short Introductions, Oxford University Press, 93.

2. Judicial Decision Making

3. Karl Llewellyn (1893 – 1962)

4. Functionalist Approach

5. Law Jobs

6. technical ladder

7. Jerome Frank (1889 – 1957)

داشت. فرانک اشتیاق برای قطعیت حقوقی را ناشی از آرزوهای منبعث از روان انسان در خردسالی تلقی می‌کرد و به همین دلیل آنرا «قصه کودکانه مقامات قانونی» می‌نامید (Paul, 1959: 294). از نظر او قاعده حقوقی از پیش توسط دادرس ساخته می‌شود و محصول تصمیمات قضایی است نه قوانین. درست است که تصمیمات دادگاه با اصول و قواعد شروع می‌شود، اما این تلاشی برای عقلانی کردن تصمیم است و دادرس این اصول و قواعد را برای تولید تصمیمی خاص در دعوا اعمال می‌کند. فرانک عقیده داشت دادرس انتخاب بین قواعد و رویه‌های قضایی حیطة عمل گسترده‌ای دارد و می‌تواند با تصرف در وقایع یا ارزش آنها، قاعده حاکم را تعیین کند. این امر دادرس را در موقعیتی قرار می‌دهد که دائماً در حال ارزیابی وقایع بیرونی پرونده است (چراغی، ۱۳۹۸: ۲۸۳-۲۸۴؛ liter, 2010: 264).

نظریه جروم فرانک در ارتباط با تفکیک میان «تشکیک در قواعد» و «تشکیک در واقعیات» جایگاه ویژه‌ای دارد. فرانک بر اساس این نظریه واقع‌گرایانه حقوقی را به دو دسته تقسیم می‌کند؛ گروه اول قائل به تشکیک در قواعد هستند و می‌پندارند اساس عدم قطعیت در حقوق ناشی از قواعد مکتوب است. گروه دوم اما اهل تشکیک در واقعیات هستند و تصور می‌کنند فرار و تفسیرپذیر بودن واقعیات منشا اصلی عدم امکان پیش‌بینی تصمیمات دادگاه است (liter, 2010: 254-259).

### ۳. نسبت قانونگذاری و قضاوت در نظام حقوقی ایران

فهم بیشتر نسبت نظام حقوقی ایران با مکتب واقع‌گرایی حقوقی نیازمند تبیین نسبت قانون و قانونگذاری با قضاوت در منظومه حقوقی است. توضیح این جایگاه البته به سادگی میسر نمی‌شود. نظام حقوقی ایران آمیزه‌ای نه چندان موزون از مبانی و مکاتب فکری مختلف است که ریشه‌های آن هم به دستگاه فقهی و احکام شریعت باز می‌گردد و هم نسبتی با مفاهیم جدید برآمده از انقلاب حق<sup>۱</sup> برقرار می‌کند. همین واقعیات توضیح بسیاری از مفاهیم و مبانی فلسفه سیاسی حقوقی جدید را در چارچوب نظام فکری حاکم دشوار می‌گرداند.<sup>۲</sup>

#### ۱-۳. جایگاه قانون در نظام حقوقی ایران

شناخت جایگاه قانون در نظام حقوقی ایران مستلزم توضیح نسبت قانون با شریعت است. ابتدا باید دید منابع خود شریعت و قوانین دینی چیست. می‌توان منابع حقوق اسلامی را به دو گروه منابع ماهوی و

1. Revolution of Rights

۲. به عنوان نمونه برای دیدن دشواری‌های توضیح مفهوم «آزادی» در نظام حقوقی ایران، نک:

Sheibani, A., Dabirmia, A. Investigation of Freedom Stemma in the Constitution of the Islamic Republic of Iran: A Genealogy Viewpoint. Int J Semiot Law (2021). <https://doi.org/10.1007/s11196-021-09871-5>

منابع تفسیری تقسیم کرد. منظور از منابع ماهوی سرچشمه‌های اصیل احکام است که به طور خلاصه عبارت است از قرآن و سنت. ترتیب آنها به این صورت است که منبع اصلی و اولیه همان کتاب مقدس یا قرآن است و در کنار آن، سنت به عنوان بیان‌کننده مقصود و کارکرد واقعی احکام قرآنی به کار می‌رود و تطبیق احکام قرآنی را بر امور روزمره شرح و بسط می‌دهد. دسته دوم منابع یا همان منابع تفسیری برخلاف گروه اول، منبع مستقیم سازنده قواعد نیستند. کاربرد این منابع بدین صورت است که می‌توانند اثبات کنند قاعده‌ای در منابع ماهوی شکل گرفته است. به عبارت دیگر این دسته از منابع، اعتبار و اصالت یک قاعده را با توجه به معیارهای منابع ماهوی تأیید یا رد می‌کنند. اجماع و عقل در این دسته جای می‌گیرند. اجماع به معنای توافق یک جمع بر یک حکم شرعی است، به صورتی که در اثبات آن حکم مؤثر باشد و عقل، ابزاری است خیر و شر را درک می‌کند و می‌توان در تشخیص احکام از آن استفاده کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴۱۷-۴۶۹).

حال باید دید نسبت قانون با شریعت چگونه قابل توضیح است. دو نظریه کلی در این زمینه وجود دارد. نظریه اول معتقد است این دو در واقع یکی هستند یا دست‌کم قانون نیز - صرف نظر از فرایندهای صوری تصویب آن - مستند و مستخرج از کتاب و سنت است و از ادله شرعی استنباط می‌شود. بر اساس این دیدگاه قانون نیز مانند سایر فتوای فقها بیانی از حکم شرع است؛ با این تفاوت که جنبه رسمی و لازم الاجرا پیدا می‌کند، بدین صورت که قاضی نمی‌تواند در هنگام قضاوت آن را نادیده بگیرد و به سایر دیدگاه‌های فقهی رجوع کند. ابتدای اصل دوم قانون اساسی که امکان قانونگذاری را تنها منحصرأ در اختیار خداوند قرار داده، منطبق با این دیدگاه است. مطابق این دیدگاه کار قانونگذاران در واقع کشف قانون است نه تشریح آن؛ چراکه دومی انحصاراً به خداوند تعلق دارد.

دیدگاه دوم دیدگاهی است که بر تمایز ماهیت و اصول حاکم بر قانون با شریعت تأکید می‌کند. طرفداران این نظریه معتقدند نظریه اول کاستی‌هایی دارد از جمله این که این نظریه نمی‌تواند وجود قوانین عرفی، تغییر مکرر قوانین و مسائلی از این دست را توضیح دهد. علاوه بر آن نظریه اول با اصول (۷۲، ۹۱، ۹۴ و ۹۶) قانون اساسی نیز ناسازگار است. به طور خلاصه در این اصول گفته شده است که شرط تصویب قانون و اعتبار آن عدم مغایرت با موازین شرع است. به عبارت دیگر نیازی نیست قوانین منحصرأ از کتاب و سنت استخراج شوند؛ قوانینی وجود دارند که مبنای اعتبار آنها نه در استخراج از ادله شرعی بلکه صرفاً در عدم مغایرت با موازین شرع نهفته است (الشریف، ۱۳۹۷: ۵۲۱-۵۸۹).

پس از اصلاحات سال ۱۳۶۸ قانون اساسی و اضافه شدن اصل (۱۱۲) که تأسیس مجمع تشخیص مصلحت را پیش‌بینی می‌کرد، موضوع نسبت قوانین با شرع بیش از پیش پیچیده شد. نهاد برآمده از این تحول قدرت آن را پیدا کرد که حتی قوانین مغایر با احکام اولیه شرع را نیز تصویب کند. بدین سان آشفتگی حاکم بر سلسله مراتب قوانین و رابطه قانون با شرع حتی از قبل هم بیشتر شد. بنابراین در شرایط

فعلی شاید نتوان به طور دقیق رأس هرم حقوقی را از نظر سلسله مراتب میان قانون و شرع توضیح داد؛ اما می‌توان با اطمینان ادعا کرد قانون و شرع آن‌طور که نظریه اول بیان کرده است منطبق نیستند و نظریه اول، هم از جهت تئوری و هم در تجربه حکمرانی اقتدار سابق را ندارد. روشن است که این آشفتگی و عدم ثبات در جایگاه قانون، مجال تصرف بیشتر در چرخه قانونگذاری را برای قضات فراهم می‌کند؛ چراکه از یک سو در چنین نظام حقوقی طبعاً سطح عدم قطعیت در قوانین بیش از حد معمول است و از سوی دیگر، قضات برای تعیین جایگاه قاعده حقوقی تحت فشار بیشتری قرار می‌گیرند. افزون بر آن، دلایل تاریخی و اعتقادی بیشتری نیز برای تجویز دخالت دادرسان در قانونگذاری در نظام حقوقی ایران وجود دارد که در ادامه بدان می‌پردازیم.

### ۲-۳. اجتهاد؛ بدیل قانونگذاری در فقه

از نظر تاریخی در سرزمینی که اسلام ظهور کرد بر خلاف تمدن‌های مناطق بین‌النهرین و امپراتوری‌های بزرگ روم و هخامنشیان، مجموعه‌های مدون و منسجم قانونی وجود نداشت. با ظهور اسلام اما تحولات مهمی در حوزه قانون و قانونگذاری به وقوع پیوست. احکام و هنجارهای کلی دین اسلام که منشأ اکثر آنها دستورات قرآنی بود، از حیث اوصاف شباهت عمده‌ای با احکام قانونی داشتند. از سوی دیگر فراگیر شدن سریع حکومت اسلامی نیاز به قانون را جهت تنظیم روابط اجتماعی و حل و فصل نزاع‌ها ضروری می‌ساخت. این در حالی بود که تا حدود نیمه‌های قرن دوم هجری به جز قرآن هیچ مجموعه منظم و مدونی از احکام قانونی در دسترس مسلمین قرار نداشت. این فقدان زمینه‌ساز پیدایش و تکامل مفهوم اجتهاد شد و بدین ترتیب نظام حقوقی و سیاسی اسلامی برای پاسخگویی به مسائل نوپدید و قانونگذاری در خصوص این مسائل روش منحصر به فردی ابداع کرد؛ شیوه‌ای مبتنی بر کتاب و سنت و نیز گونه‌ای عرف‌گرایی متکی به قیاس و اجماع که اجتهاد نامیده می‌شد (غنائی، ۱۳۹۸: ۵۹-۶۰).

در دوره عباسیان شریعت و فقه اسلامی رسماً به عنوان معیار و ضابطه حل و فصل دعاوی پذیرفته شد. همچنین با رسمیت یافتن جایگاه قضات در کنار والیان منصب قاضی القضاتی نیز برای فقها ایجاد گردید. بدین ترتیب فقه و اجتهاد به مثابه بدیل قانون واحد و مدون که در امپراتوری‌های سابق وجود داشت، معتبر شناخته شد و قاضی و مفتی و فقیه صلاحیت تقنین یافتند (غنائی، ۱۳۹۸: ۶۱). در مجموع با شکل‌گیری نظم حقوقی جدید، اجتهاد و فتوا نقش اصلی تولید و به‌روزرسانی احکام قانونی را به عهده گرفتند (Hallaq, 1995: 65).

در دوران معاصر انتقال قانونگذاری از حوزه صلاحیت‌های فقهی به دولت مدرن، تغییرات بنیادینی در ساختار نظریه حقوقی ایجاد کرده است. اصول بنیادین نظام حقوقی در نتیجه این تغییرات تن به صورت‌بندی جدیدی داده که البته همچنان درگیر سازگاری با تحولات دولت مدرن است. اجتهاد فردی که در گذشته ستون اصلی نظام حقوقی به‌شمار می‌رفت، جای خود را به مجالس قانونگذاری دولتی

واگذار کرده و این واگذاری نشیب و فرازهای نهادی بسیاری را پدید آورده است.

### ۳-۳. جایگاه قاضی مجتهد در مبانی فقهی

به اعتقاد فقها و حقوقدانان شیعه آنچه تا پایان جهان مورد نیاز انسان است در تعلیمات دینی عرضه شده و چیزی برای تشریح وجود ندارد. اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که تشریح و قانونگذاری را منحصرأ در صلاحیت خداوند دانسته است، بازتابی از این تفکر است. در این میان نقش قاضی مجتهد در مفهوم شرعی خود کشف قانون است نه تشریح آن (الشریف، ۱۳۹۷: ۵۲۱-۵۲۳). باید در نظر داشت که در نظام فقهی یکی از شرایط قاضی اجتهاد است و اجتهاد مجموعه‌ای از اصول و فنون تخصصی است که با استفاده از آن حکم قانونی از منابع اصلی استخراج و بر یک موضوع خاص اعمال می‌گردد. اعتقاد به این که قاضی باید به درجه اجتهاد برسد تا بتواند حکم معتبر شرعی را برگزیند، موقعیت منحصر به فردی برای قاضی مجتهد ایجاد می‌کند. بدین ترتیب قاضی عملاً در جایگاه مقنن قرار می‌گیرد و صلاحیت گسترده‌ای جهت تولید قواعد معتبر حقوقی به دست می‌آورد.

این جایگاه برای قاضی در نظریه فقهی، قرابت زیادی با جایگاه قاضی در مکتب «واقع‌گرایی حقوقی» پیدا می‌کند. نکته مهم این است که ردّ پای این تفکر بازتاب مهمی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دارد. از یک سو مطابق اصل (۱۶۳) قانون اساسی: «صفات و شرایط قاضی طبق موازین فقهی به وسیله قانون معین می‌شود» که تأکیدی است بر لزوم برخورداری قاضی از ویژگی‌های ذکر شده در فقه و از سوی دیگر بر اساس صدر اصل (۱۶۷) قانون اساسی: «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...»، به عبارت دیگر در صورتی که مجلس حکم قانونی یک موضوع را تصویب نکرده باشد، قاضی صلاحیت قانونگذاری و تطبیق حکم قانون خودساخته بر موضوع را دارد. به عبارت دیگر به تأسی از مبانی فقهی نظام حقوقی، قاضی در قانون اساسی صراحتاً اختیار تصرف در حوزه مقنن را - هر چند تحت شرایط خاص - دارد. در تأیید این دیدگاه اصل ۷۳ قانون اساسی نیز قابل اشاره است: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند نیست».<sup>۱</sup>

۱. البته در خصوص جایگاه قاضی در نظام حقوقی ایران نمی‌توان تحولات ناشی از تقابل گفتمانی برای نهادسازی سیاسی در جامعه را از نظر دور داشت؛ گذار از قاضی مجتهد یا همان «حاکم شرع» با اختیار و اقتدار گسترده به قاضی محدود و کم‌اختیاری که مطابق ماده ۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری چنانچه بخواهد: «در حکم صادره مجازات حبس را بیش از حداقل مجازات مقرر در قانون تعیین کند، باید مبتنی بر بندهای مقرر در این ماده و یا سایر جهات قانونی، علت صدور حکم به بیش از حداقل مجازات مقرر قانونی را ذکر کند. عدم رعایت مفاد این تبصره موجب

#### ۴. تقنین قضایی از منظر حقوق عمومی

در این بخش با رویکرد حقوق عمومی، موضوع تقنین قضایی را در انطباق یا تعارض احتمالی با فلسفه حقوق عمومی و قانون اساسی مورد بررسی قرار می‌دهیم. باید دید چه نسبتی میان تصرف قضات در خلق قاعده حقوقی با حق حاکمیت مردم و نقش بنیادین آنها در صورت‌بندی و اجرای قدرت سیاسی وجود دارد؛ در صورت شناسایی تقنین قضایی در یک نظام حقوقی، آیا این اقدام می‌تواند در راستای تقویت حقوق بنیادین شهروندان و نظام حقوق عمومی مورد بهره‌برداری قرار گیرد؟

##### ۴-۱. قانون اساسی پویا و تقنین قضایی

از آنجا که قانون اساسی در تبیین اختیارات سازمان‌ها و تشکیلات اساسی، نقش انحصاری و تعیین‌کننده دارد بنابراین برای حفظ نظم و تنظیم روابط میان قوای حکومتی هیچ‌یک از قوا و مراجع قدرت نباید به قانون مؤسس خود تجاوز کنند زیرا فرع نمی‌تواند به اصل تجاوز کند (راسخ، ۱۳۸۴: ۱۴۹-۱۵۰).

نظریه‌های حقوقی در باب چیستی قانون باید با واقعیت‌های اجتماعی منطبق باشد و در همین راستا، کارکرد و مولفه‌های قانون می‌تواند به منزله معیاری تعیین‌کننده برای ارزیابی نظریه‌های مربوط به مفهوم، مبنا و هدف قانون در نظر گرفته شود (راسخ، ۱۳۹۲: ۱۰۱). یکی از پرسش‌های مهم در فلسفه حقوق این است که به چه دلیل، تا کدام محدوده و تا چه زمانی باید از قوانین موجود و مستقر در یک جامعه سیاسی تبعیت کرد؟ اگر قوانین از وضعیتی برخوردار باشند که با اصول عدالت، برابری و یا قواعد اخلاقی منطبق نباشد، آیا همچنان باید از قانون موضوعه تبعیت کرد؟ تشخیص انطباق یا تعارض قوانین با اصول پیش‌گفته بر عهده کیست؟ در صورتی که مصلحت عمومی اقتضا کند تا برخی از قوانین با چارچوب اصول عدالت و آزادی شهروندان مغایرت داشته باشد، مرجع تشخیص این مصلحت در یک جامعه سیاسی کیست؟ آیا باید مصلحت دولت، جامعه یا فرد را برای اعتبار قوانین در نظر گرفت؟ مبانی برتری حقوق فردی بر مصلحت عمومی یا بالعکس چیست؟<sup>۱</sup>

ایمان‌نوال کانت در تبیین فلسفه قانون، به تفکیک میان امر اخلاقی یا فضیلت از حق به معنای امر قضایی پرداخت و توضیح می‌دهد که در امر قضایی صرفاً اراده آزاد افراد اهمیت دارد تا بتوانند با داوری خود، نوع تبت خیر را برگزینند. چنین نگرشی به امر قضایی و قانون بود که مفهوم حق در معنای جدید را

مجازات انتظامی درجه چهار می‌باشد»، بیانگر یک دگرگونی قابل توجه در ساختار نظام سیاسی پس از انقلاب ۱۳۵۷ بوده است. برای مطالعه بیشتر در این خصوص نک: جوان جعفری، عبدالرضا، نورپور، محسن، ساداتی، سیدمحمدجواد. (۱۴۰۰). تأملی جامعه‌شناختی بر چرایی گذار از «حاکم شرع مقتدر» به «قاضی دیوان‌سالار» در ایران پس از انقلاب. مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۲(۲۳): ۸۳-۱۰۹.

۱. نک: راسخ، محمد، حق و مصلحت - مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش - ۱۳۸۱: ۱۳.

متحول کرد. بدین ترتیب در عصر جدید، مفهوم حق داشتن یعنی حق شخصی در مقابل حق بودن یا همان حق عینی مطرح شد. سوال اساسی در جوهر و فلسفه قانون این است که قانون در ذات خود با کدام یک از اخلاق‌ها و گرایش‌های هنجاری مرتبط بوده و یا باید مرتبط باشد؟ و سوال مهمتر این است که آیا شهروندان یا تابعان قانون اساساً می‌پذیرند که ذات قوانین را برآمده اخلاق یا سایر پدیده‌ها در نظر بگیرند؟ بنظر می‌رسد در این عصر تفکیک میان اعتبار و شایستگی از یک طرف و تمیز میان حق و خیر از سوی دیگر به موازات یکدیگر پدیدار گردید (هارت، ۱۳۹۰: ۱۵).

در عصر حاضر گرایش قابل توجهی به تقویت ارزش‌های مندرج در قانون اساسی وجود دارد به نحوی که آن را در بالاترین مراتب منابع حقوقی در نظر می‌گیرند. بطور مثال قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان تصریح کرده است؛ قوه قانونگذاری مکلف است به قوانین و حقوق احترام بگذارد و در صورت عدم توجه به این مهم، هر آلمانی حق دارد در برابر قانونگذار مقاومت کند. در همین راستا نظام‌های سیاسی برای کنترل قدرت، ضمن استقرار نظام تفکیک قوا، نظارت بر قوانین را از طریق ایجاد نهادهای دادرسی اساسی و نظارت قضایی بر قوانین و مقررات مورد توجه قرار داده‌اند. در کشورهایمانند آلمان و ایتالیا، آراء قضایی توانسته است از وضع قوانین معارض با حقوق اساسی جلوگیری کنند.

بدین ترتیب، اندیشه پویا مستلزم وجود نظام حقوقی پویا و در رأس آن وجود قانون اساسی انعطاف‌پذیر است. کارآمدی قوا و نهادهای سیاسی و حقوقی به این امر وابسته است که از یک سو، حکومت به عنوان یک سیستم قادر به تحقق حاکمیت موثر و ابتکاری مردم باشد و از سوی دیگر، هماهنگی لازم میان اجزاء سیستم برقرار گردد تا ضمن تضمین حقوق و آزادی‌های مندرج در قانون اساسی، اجرای قانون با مفهوم عدالت، اصول قانون اساسی و حقوق بنیادین نیز سازگاری داشته باشد. بر همین اساس قوه قضائیه به عنوان قوه‌ای که کارویژه اش استقرار عدالت و تضمین حقوق و آزادی‌ها در جامعه است باید بتواند در چارچوب صلاحیت‌های خود، مفاد قوانین را در معنای دقیق آن استنباط و به مرحله اجرا درآورد. در راستای تحقق این هدف، تقنین قضایی می‌تواند به عنوان یکی از مکانیزم‌های مهم، به فلسفه حاکمیت قانون غنا بخشد.

هرچند در نظام‌های حقوقی معاصر ساختارهای معین و مستقلی برای امور تقنینی و قضایی در نظر گرفته می‌شود، به جهت پویایی جامعه سیاسی، شکل‌گیری نیازهای جدید و بروز تعارض‌ها، تمامی ابعاد حاکمیت مردم نمی‌تواند در چارچوب ساختارهای از قبل تعریف شده و ایستا تعریف و محدود شود؛ بلکه ساختارها منحصراً در جایگاه یک سیستم و ابزار در نظر گرفته می‌شوند. به عبارت دیگر ساختارها به تنهایی موضوعیت ندارند بلکه به عنوان یک ابزار برای اهداف معینی - تضمین حاکمیت مطلق ملت - به کار گرفته می‌شوند. بدیهی است شأن ابزاری و نمایندگی دولت ایجاب می‌کند تا دقیقاً اراده مردم را به قانون و سیاست تبدیل کند و به همین دلیل است که مردم از صلاحیت قانونگذاری مستقیم نیز

برخوردارند؛ شهروندان نه تنها خالق قانون اساسی هستند بلکه در مواردی می‌توانند مستقیماً و از طریق فراندوم به عمل قانونگذاری نیز بپردازند. این صلاحیت از نظر مبانی، به منظور توجه به اصل حاکمیت مطلق مردم بر سرنوشت خویش و تأکید بر جایگاه دولت به عنوان نماینده مردم صورت می‌گیرد. بر همین اساس، انعطاف‌پذیری ساختارها در راستای استقرار و تضمین حق حاکمیت ملت، امری اجتناب‌ناپذیر است.

#### ۲-۴. فلسفه استقلال قوا در قانون اساسی

در فرایند نهادینه کردن قدرت سیاسی، قانون اساسی از چند کارکرد عمده برخوردار است؛ سازمان‌ها و تشکیلات اعمال قدرت را مشخص می‌کند، قدرت سیاسی را در میان نهادهای سیاسی و حقوقی توزیع می‌کند، چارچوب‌های صلاحیت را تعیین و حدود وظایف و اختیارات هر کدام از نهادهای تأسیس شده را مشخص می‌کند. این اقدامات به منظور حفظ قدرت سیاسی در چارچوب نهادی و پیشگیری از رویکرد شخصی به قدرت صورت می‌گیرد. بدین ترتیب، اعمال هرگونه قدرت در چارچوب اصول و قواعد و با تجویز قانونگذار اساسی صورت گرفته و آزادی عمل کارگزاران محدود می‌گردد (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۲: ۲۶). قانون اساسی نوعی تقسیم کار میان دستگاه‌ها و سیاستمداران ایجاد می‌کند و اجازه می‌دهد تا قدرت در جامعه و ساختارهای سیاسی - حقوقی به عنوان یک عینیت موجه منتقل و از ضمانت اجرا برخوردار گردد. نتیجه این که منظور از استقلال قوا این است که هیچ یک از قوا نتواند با دخالت مستقیم در امور قوه‌ی دیگر انجام کارویژه‌ها و صلاحیت‌های تخصصی آن را بر عهده بگیرد.

پایبندی به استقلال قوا مستلزم این است که کلیه مراجع قدرت در چارچوب اختیارات تفویضی مردم به اعمال حاکمیت بپردازند و از این لحاظ تفاوتی میان قوا وجود ندارد. مطابق اصل عدم صلاحیت کارگزاران که یکی از اقتضانات استقلال قوا و از ابزارهای مهم تحقق حاکمیت مردم در حقوق اساسی است، بدون تصریح مقنن اساسی هیچ صلاحیت اضافی، تکمیلی، تفسیری و یا تبعی برای مراجع قدرت قابل شناسایی نمی‌باشد، در نتیجه بدون تطبیق اعمال هر یک از قوا با اصول قانون اساسی، اعتباری برای اعمال حاکمیت آنان به وجود نخواهد آمد. نمی‌توان پذیرفت که صلاحیت‌های قوا در قانون اساسی بیش از آن چیزی است که به آن تصریح شده است و اگر این ادعا پذیرفته شود، دیگر مفهوم استقلال قوا از درون تهی خواهد شد و هر یک از قوا به فراخور نیاز و قدرت خویش همواره در راستای افزایش اختیارات خود و کاهش صلاحیت دیگری اقدام خواهد کرد.

#### ۳-۴. حاکمیت قانون؛ قانون تقنینی و قانون قضایی

از لحاظ نظری حاکمیت قانون بیان‌گر موقعیتی است که در آن «شهروندان و مقامات رفتار خود را با قواعد شناخته شده عمومی که پذیرفته شده و بر همگان الزام‌آور است تنظیم و کنترل می‌نمایند» (مرکز‌المیر،



۱۳۸۵: ۱۹۱-۱۹۲). تحقق اهداف یک نظام اجتماعی و سیاسی به این است که؛ در جامعه سیاسی، یک قدرت عالی و یک مرجع قانونگذاری وجود داشته باشد (راسخ، ۱۳۸۴: ۱۳۰). در بسیاری از کشورها فرآیند قانونگذاری مبتنی بر یک چارچوب نهادی واحد است که در بستر یک نظام دموکراتیک صورت می‌گیرد و به تصویب قوانین مشروع منجر می‌شود، امری که از آن تحت عنوان «حقانیت قانونگذاری» بحث شده است. در نتیجه فرآیند دموکراتیک در یک نظام سیاسی همان عامل مشروعیت بخش به مجموعه نهادها و قوانین تأسیس شده است (Hedrick, 2010: 148) و به همین دلیل حاکمیت قانون بطور مؤثر با میزان اطمینان و باور شهروندان نسبت به دموکراتیک بودن کلیه فرآیندهای قانونگذاری پیوند دارد. به اعتقاد هانس کلسن وقتی در قوانین موضوعه خلأ وجود دارد به نحوی که قضات نتوانند دعوی حقوقی را مطابق هنجارهای موجود حل و فصل نمایند، دادگاه می‌تواند تصمیم مقتضی را اتخاذ نماید. قوانین برخی از نظام‌های حقوقی مانند اتریش و سوئیس، قاضی را مکلف می‌کند در موارد فقدان قانون، همان تصمیمی را بگیرد که اگر خودش قانونگذار بود، به همان شیوه اقدام می‌کرد. به دیگر عبارت قانونگذار نمی‌تواند تمام موارد اجرای قانون را از پیش تعیین کند لذا بطور اجتناب ناپذیر این موارد به مرجع مجری قانون واگذار می‌شود و در این فرض با قانونگذار نیابتی مواجه هستیم (کلسن، ۱۳۹۱: ۱۲۹). نکته قابل توجه این است که نظارت و بازبینی قوانین به عنوان یکی از مسائل مهم حقوق اساسی، در این نوع قانونگذاری کم‌رنگ می‌شود (امامی، موسوی، ۱۳۹۸: ۱۹۴).

در نظام‌های حقوقی که از سنت حقوق عرفی برخوردارند، رویه قضایی می‌تواند به عنوان یکی از منابع قانون تلقی شود. برخی از متفکران بر این باورند که قانون توأمان می‌تواند از مرجع قانونگذاری و قضایی صادر شود. در این صورت نوع اول را قانون تقنینی و نوع دوم را قانون قضایی می‌نامند. در فرضی که دادگاه‌ها در وضع قانون اقدام کنند، منبع اصلی تصمیم‌گیری دادگاه، عرف و عادات جامعه است که به تبیین آن می‌پردازند. در اصل (۱۶۱) قانون اساسی ایران، قانونگذار اساسی به شناسایی آراء وحدت رویه در حکم قانون پرداخته است و این بدان معنا است که ظاهراً نظام حقوقی ایران، قانون قضایی را هم مورد شناسایی قرار داده است (راسخ، ۱۳۸۴: ۵۵-۵۷). آنچه که در حوزه عمل رخ می‌دهد این است که وقتی دادگاه مصوبه‌ای را بطور کلی به دلیل مغایرت با قانون، ابطال می‌کند، این اقدام به منزله نوعی قانونگذاری سلبی است (وکیلان، ۱۳۹۲: ۱۶).

#### ۴-۴. تضمین حقوق اساسی با نظام قانونگذاری شایسته

نظام‌های حقوقی در عصر حاضر از جهت منابع حقوقی به سوی نوعی همگرایی گرایش پیدا کرده‌اند. در نظام‌های حقوقی مدون، سنت مربوط به برتری مطلق قانون موضوعه نسبت به رویه قضایی به تدریج جای خود را به یک میانه روی و تعادل در شناسایی منابع حقوقی داده است. بر همین اساس، حقوق مبتنی بر قانون موضوعه و رویه قضایی به یک توازن و همزیستی قابل توجه نائل شده است (وکیلان، ۱۳۹۲: ۱۴).

هارت در باب چستی قانون معتقد است؛ قانون را باید در قالب قاعده فهمید زیرا قانون به مثابه اتحاد قواعد اولی و ثانوی است و نکته قابل توجه این است که این قواعد از بافتی باز برخوردارند و به همین جهت، قضات ناگزیرند در مواردی هر چند کم شمار عملاً قانونگذاری کنند. ظهور تقنین قضایی از نظر هارت لازمه تنظیم قاعده مند حیات اجتماعی است و اجتناب ناپذیر است. قیاس حقوقی یکی از مصادیق مهم در تبیین نقص قانون است که با تلاش قضات از طریق نوعی قانونگذاری مرتفع می شود (هارت، ۱۳۹۰: ۱۶). برای نمونه، دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان در پرونده پرنس سریا نشان داد که قانون باید انعکاسی از واقعیت های سیاسی و اقتصادی جامعه باشد لذا به محض این که واقعیت های مذکور تغییر کنند، دادگاه می بایست تفسیری از قانون ارائه دهد که با تغییرات مستقر در جامعه مطابقت داشته باشد. بدین ترتیب هنگامی که قانونگذار توان رفع شکاف میان قانون موضوعه و واقعیت های اجتماعی را ندارد، قضات دادگاه ها می توانند این خلأ را پر کنند (مهرآرام، ۱۳۹۴: ۲۵).

بخش مهمی از حاکمیت سیاسی به حکومت حقوق که ساخته قضات است اختصاص می یابد و در این فرایند، اقتدار حقوقی شکل می گیرد. بدین ترتیب در فرایند حکمرانی، قضات نیز در ذیل عنوان دولت تصمیم می گیرند اما گرایش حرفه ای آنان به سوی عدالت و آرمان های اخلاقی و نیز مواجهه با نیازهای اجتماعی موجب می گردد تا حکومت قاعده بر خودکامگی چیره شود (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۹۷).

### نتیجه گیری

نظری به مبانی و تبار فقهی نظام حقوقی ایران نشان می دهد از جهت تاریخی صدور قاعده عام الشمول و انطباق آن بر موارد خاص، تکلیف مفتیان و قضات مجتهد بوده و در واقع نوعی وحدت و همگرایی میان مناصب قاعده گذاری و قضاوت همواره وجود داشته است. از این واقعیت تاریخی دو نتیجه قابل توجه به دست می آید که می تواند در پژوهش های مرتبط با دادرسی و قانونگذاری راهگشا باشد. نخست این که علی رغم تفاوت های بنیادینی که بین مبانی قضاوت در نظریه فقهی با مبانی قضاوت در مکتب «واقع گرایی حقوقی» قابل تشخیص است، جایگاه خاص قاضی در نظریه فقهی از جهت کارکرد تقنینی قرابت زیادی با جایگاه قاضی در مکتب «واقع گرایی حقوقی» دارد؛ چراکه در هر دو نظم مذکور قاضی مرجع رسمی اعلام و اعمال قاعده حقوقی است و در خلال این فرایند در تعیین محتوای قاعده حقوقی تصرف می کند. با این وجود قضا و محکمه در مختصات کنونی خود بر اساس مبانی حقوق عمومی و در چارچوب اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اولاً و بالذات مولد تقنین و قاعده گذاری نیستند؛ هر چند به صورت استثنایی و تبعی کارکرد صریح قاعده گذاری و تولید هنجارهای حقوقی را به عهده دارند.

دوم این که به نظر می رسد وحدت سابق ارکان تقنینی و قضایی، گذار به تقنین در مجالس قانونگذاری مدرن در ایران را با نواقص و تنش هایی روبرو کرده است؛ این تنش ها که نشانه های آن در بازخوانی

مباحث فقها و روشنفکران عصر مشروطه کاملاً مشهود است، می‌تواند بی‌قراری جایگاه قانون موضوعه در منابع حقوق کشور را قابل فهم کند. به عبارت دیگر جایگزینی اجتهاد فردی قضات - که در گذشته ستون اصلی نظام حقوقی به‌شمار می‌رفت - با مجالس قانونگذاری، صورت‌بندی جدیدی در اصول بنیادین نظام حقوقی ایجاد کرده که همچنان درگیر سازگاری با تحولات خود است و تاکنون نتوانسته مفهوم و جایگاه قانون را به‌دُرستی در نظم حقوقی مستقر سازد.

### فهرست منابع

- ابدالی، مهرزاد، ۱۴۰۰ش، درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، تهران، انتشارات مجد، چ ۲.
- اسدیان، احمد، ۱۳۹۵ش، تحولات تفکیک قوا، تهران، انتشارات مجد، چ ۳.
- الشریف، مهدی، ۱۳۹۷ش، منطق حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۴.
- امامی، محمد، موسوی، سید نصراله، ۱۳۹۸ش، درآمدی بر بنیادهای حقوق اساسی و نظام سیاسی، تهران، نشر میزان، چ ۲.
- انصاری، باقر، ۱۳۸۷ش، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، تهران، نشر میزان.
- جعفری تبار، حسن، ۱۴۰۰ش، دیو در شیشه، تهران، نشر نگاه معاصر، چ ۲.
- چراغی، ولی الله، ۱۳۹۸ش، فلسفه قضاوت؛ نقش دادرس در ایجاد قاعده حقوقی، تهران، انتشارات مجد.
- حق پرست، شعبان، کاویانی، کوروش، کهوند، حامد، ۱۳۹۵ش، غایت اخلاقی قاعده حقوقی، نگرشی تطبیقی در تنوری حقوق غربی و حقوق اسلامی، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۳، ش ۴.
- دیلمی، احمد، ۱۳۸۲ش، بایسته‌های تفسیر قوانین با تأکید بر قوانین اساسی و مدنی، قم، نشر دانشگاه قم، چ ۱.
- قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل، ۱۳۸۳ش، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، نشر میزان، چ ۱۱.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۹۲ش، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران، نشر میزان، چ ۴۷.
- عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۵ش، حقوق اساسی ایران، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱.
- غنائی، پیمان، ۱۳۹۸ش، قانون‌گذاری اسلامی، قم، انتشارات تمدن نوین، چ ۲.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳ش، مبانی حقوق عمومی، تهران، نشر میزان، چ ۲.
- کلسن، هانس، ۱۳۹۱ش، نظریه حقوقی ناب-مدخلی به مسائل نظریه حقوقی، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۲.
- کلی، جان، ۱۳۸۱ش، تاریخ مختصر تنوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی.
- کیوانفر، شهرام، ۱۳۹۰ش، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- مرکز مال‌میری، احمد، ۱۳۸۵ش، حاکمیت قانون، تهران، نشر مرکز پژوهش‌های مجلس، چ ۱.
- راسخ، محمد، ۱۳۹۲ش، حق و مصلحت، تهران، نشر نی، چ ۱، چ ۲.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۴ش، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران، انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ ۱.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۱ش، حق و مصلحت- مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران، طرح نو، چ ۱.
- مهرآرام، پرهام، ۱۳۹۴ش، درآمدی بر تفسیر قضایی در حقوق عمومی، گزارش پژوهشی، تهران، انتشارات قوه قضائیه.
- موراوتر، توماس، ۱۳۹۱ش، فلسفه حقوق: مبانی و کارکردها، ترجمه بهروز جندقی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۲.
- وکیلان، حسن، ۱۳۹۲ش، رابطه رویه قضایی و قانون، تهران، انتشارات قوه قضائیه.
- هارت، هربرت، ۱۳۹۰ش، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، چ ۱.
- هاشمی، سید محمد، ۱۳۹۰ش، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، تهران، نشر میزان، چ ۱.
- یاوری، اسدالله، مرادی برلیان، مهدی، مهرآرام، پرهام، ۱۳۹۶ش، اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

## References

- Alschuler, A. (1997). The Descending Trail: Holmes' Path of the Law One Hundred Years Later. *Florida Law Review*, 49, 353.
- Altman, A. (1996). *Arguing about Law: An Introduction to Legal Philosophy*. Wadsworth Publishing Company.
- Bix, B. (1996). *Jurisprudence: Theory and Context*. Sweet and Maxwell.
- Cardozo, B. N. (1946). *The Nature of the Judicial Process*. London: Geoffrey Cumberlege Oxford University Press.
- D'Amato, A. (2010). Judicial Legislation. Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers. Paper 107.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Flores, I. B. (2005). The Quest for Legisprudence: Constitutionalism V. Legalism. In L. J. Wintgens (Ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence* (pp. 26-52). Oxford: Hart Publishing.
- Golding, M. P. (2007). *Legal Reasoning, Legal Theory and Rights*. Routledge.
- Hallaq, W. B. (1994). From Fatwās to Furū': Growth and Change in Islamic Substantive Law. *Islamic Law and Society*, 1(1), 29–65.
- Hedrick, T. (2010). *Coping with Constitutional Indeterminacy: Jhon Rawls & Jurgen Habermas*. Sage Publication Com.
- Leiter, B. (2005). American Legal Realism. In W. Edmundson & M. Golding (Eds.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2nd ed., pp. 50-67). Blackwell.
- Leiter, B. (2010). American Legal Realism. In D. Patterson (Ed.), *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory* (pp. 249-266). Wiley-Blackwell.
- Leiter, B. (2015). Legal Realism and Legal Doctrine. *University of Pennsylvania Law Review*, 163(7), 1975–1984.
- Paul, J. (1959). Psychological Materials in the Legal Philosophy of Jerome Frank. *South Carolina Law Review*, 11(3), Article 1.
- Sheibani, A., & Dabirnia, A. (2021). Investigation of Freedom Stemma in the Constitution of the Islamic Republic of Iran: A Genealogy Viewpoint. *International Journal for the Semiotics of Law*, 36, 717-730. <https://doi.org/10.1007/s11196-021-09871-5>
- Wacks, R. (2006). *Very Short Introductions*. Oxford University Press.
- Waldron, J. (2005). Legislation. In W. Edmundson & M. Golding (Eds.), *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory* (pp. 236-247). Blackwell.
- Waldron, J. (2009). Representative Lawmaking. *Boston University Law Review*, 89, 334-354.

## Persian Sources

- Abdali, M. (2021). *An Introduction to the Philosophy of Law and Legal Theories* (Vol. 2). Tehran: Majd Publication.

- Al-Sharif, M. (2018). *Logic of Law* (Vol. 4). Tehran: Sahami Enteshar Publishing.
- Amid Zanjani, A. A. (2006). *Iran's Constitutional Law* (Vol. 1). Tehran: Tehran University Press.
- Ansari, B. (2008). *The Role of the Judge in the Transformation of the Legal System*. Tehran: Mizan Publishing.
- Asadian, A. (2016). *The Transformations of Separation of Powers* (Vol. 3). Tehran: Majd Publication.
- Cheraghi, V. (2019). *Philosophy of Judgment: The Role of the Judge in Creating Legal Rules*. Tehran: Majd Publication.
- Deylami, A. (2003). *Interpretation of Laws with Emphasis on Constitutional and Civil Laws* (Vol. 1). Qom: Qom University Press.
- Emami, M., & Mousavi, S. N. (2019). *An Introduction to the Foundations of Constitutional Law and the Political System* (Vol. 2). Tehran: Mizan Publishing.
- Ghanai, P. (2019). *Islamic Legislation* (Vol. 2). Qom: Tamaddon-e-Novin Publication.
- Haqparast, S., Kavyani, K., & Kohvand, H. (2016). *The Ethical Purpose of Legal Rules: A Comparative Approach to Western Legal Theory and Islamic Law*. *Comparative Research on Islamic and Western Law*, 3(4).
- Hart, H. (2011). *The Concept of Law* (M. Rasekh, Trans.) (Vol. 1). Tehran: Ney Publishing.
- Hashemi, S. M. (2011). *Constitutional Law and Political Structures* (Vol. 1). Tehran: Mizan Publishing.
- Jafari Tabar, H. (2021). *A Beast in the Glass* (Vol. 2). Tehran: Negah-e-Moaser Publication.
- Katouzian, N. (2004). *Foundations of Public Law* (Vol. 2). Tehran: Mizan Publishing.
- Kelei, J. (2002). *A Brief History of Legal Theory in the West* (M. Rasekh, Trans.). Tehran: Ney Publishing.
- Kelsen, H. (2012). *Pure Theory of Law: An Introduction to Legal Theory* (E. Namatollahi, Trans.) (Vol. 2). Qom: Research Institute of the Qom Seminary and University.
- Keyvanfar, S. (2011). *Philosophical Foundations of Legal Interpretation*. Tehran: Sahami Enteshar Co. Publishing.
- Malmiri Markaz, A. (2006). *Rule of Law* (Vol. 1). Tehran: Markaz-e-Pajooresh-haye Majlis Publishing.
- Mehrram, P. (2015). *An Introduction to Judicial Interpretation in Public Law* (Research Report). Tehran: The Judiciary Press and Publishing Center.
- Morawetz, T. (2012). *Philosophy of Law: Foundations and Functions* (B. Jandaghi, Trans.) (Vol. 2). Qom: Research Institute of the Qom Seminary and University.
- Qazi Shari'at Panahi, S. A. (2004). *Constitutional Law and Political Institutions* (Vol. 11). Tehran: Mizan Publishing.
- Qazi Shari'at Panahi, S. A. (2013). *Foundations of Constitutional Law* (Vol. 47). Tehran: Mizan Publishing.
- Rasekh, M. (2002). *Right and Interest: Essays in the Philosophy of Law* (Vol. 1). Tehran: Tarhe Now.

- Rasekh, M. (2005). *The Theoretical Foundations of Legislative Reform* (Vol. 1). Tehran: Markaz-e-Pajooresh-haye Majlis Publishing.
- Rasekh, M. (2013). *Right and Interest* (Vol. 1, Vol. 2). Tehran: Ney Publishing.
- Vakilian, H. (2013). *The Relationship between Judicial Procedure and Law*. Tehran: The Judiciary Press and Publishing Center.
- Yavari, A., Moradi Berlian, M., & Mehraram, P. (2017). *Principles and Criteria of Judicial Interpretation in Public Law*. Tehran: The Judiciary Press and Publishing Center.