

عنوان پژوهش

مکاتب و رویکردهای تفسیر قانون اساسی

شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۲۴

تاریخ: ۱۳۹۳/۳/۲۷



شناسنامه

عنوان:

مکاتب و رویکردهای تفسیر قانون اساسی

مؤلف:

حسین خلف‌رضایی

مصطفی منصوریان

ناظر علمی:

سید محمد مهدی غمامی

شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۲۴

تاریخ انتشار: ۱۳۹۳/۳/۲۷

پژوهشکده شورای نگهبان



فهرست مطالب

چکیده	۲
درآمدی به بحث	۲
گفتار اول: رویکردهای تفسیر لفظ‌گرا و متن‌گرا	۴
مبحث اول - تفسیر لفظ‌گرا در نظام حقوقی رومی - ژرمنی	۴
بند اول - مبانی مکتب تفسیر لفظ‌گرایی	۶
بند دوم - قواعد تفسیر قانون در رویکرد لفظ‌گرایی	۷
بند سوم - چالش‌های رویکرد لفظ‌گرایی	۱۰
مبحث دوم - تفسیر متن‌گرا در نظام کامن‌لا	۱۲
بند اول - پیشینه متن‌گرایی	۱۲
بند دوم - مبانی رویکرد متن‌گرایی	۱۴
گفتار دوم: رویکردهای تاریخی و منشأگرا	۱۶
مبحث اول - تفسیر تاریخی	۱۶
مبحث دوم - تفسیر منشأگرا	۲۰
گفتار سوم: رویکردهای اجتماعی و غایت‌گرا	۲۴
مبحث اول - تحقیق علمی آزاد	۲۶
مبحث دوم - تفسیر عمل‌گرا	۲۸
جمع‌بندی	۳۲
منابع و مآخذ	۳۳

چکیده

به طور کلی، هر قاعده حقوقی در مقام اجرا نیازمند تفسیر است و این در حالی است که این قواعد به دلایلی چون اجمال و ابهام تاب تفاسیر گوناگونی دارند. قانون اساسی نیز از این اصل کلی مستثنی نیست بلکه به جهت کلیت، عمومیت و کلان‌نگری و صعوبت نسبی اصلاح و بازنگری در آن، در مواردی تاب تفاسیر بیشتری نسبت به سایر قوانین را داراست. پیداست که هر مرجعی برای اجرای قانون به ناچار آن را تفسیر می‌کند و در این صورت ممکن است از یک متن به تعداد مفسرین، تفسیر ارائه شود. لذا در صورت اختلاف مراجع مخاطب قانون، باید امکان استناد به تفسیری رسمی به مثابه تفسیری فصل الخطاب وجود داشته باشد.

پایبندی ارکان دولت به قانون اساسی به مثابه میثاق ملی از اهمیتی مضاعف برخوردار است و به همین جهت، در نظام‌های حقوقی، مرجع یا مراجعی برای نظارت بر اجرای قانون اساسی و تفسیر آن پیش‌بینی شده است. هر یک از این مراجع تفسیر به تناسب نظام حقوقی و جایگاه خود، رویکردها و روش‌های تفسیری خاصی را اتخاذ می‌کنند. بررسی رویکردهای تفسیری در نظام‌های حقوقی می‌تواند تناسب فنون و روش‌های به کار رفته در تفسیر با رویکردهای کلی تفسیر را به نمایش بگذارد. بدیهی است که بر این اساس می‌توان تفاسیر شورای نگهبان را نیز مورد تحلیل قرار داد.

درآمدی به بحث

قوانین بشری به دلیل بی بهره بودن بشر از علم مطلق و پیش بینی آینده ناگزیر به ورطه ابهام، اجمال، نقص، سکوت و تعارض می‌غلطند و قوانین الهی نیز بر حسب افق نگرش و اندیشه مفسر، تفاسیر مختلفی به خود می‌گیرند. بنابراین، هرگاه قانون یا مجری و مخاطب آن انسانی عادی باشد، تفسیر اجتناب‌ناپذیر است و اعمال آن نیز همانند هر فن دیگری نیازمند رعایت اصول و ضوابطی خاص است. بنابراین، اجرای قوانین جز از راه تفسیر ممکن نیست و به دیگر سخن، تفسیر مقدمه و پیش شرط اجرای قانون است.

قواعد ممکن است در سیاق عبارات مبهم باشند و اعمال آن‌ها در یک جهت تنها پس از رفع این ابهام مقدور است، اما در عمل، رفع ابهام منوط به برگزیدن یکی از قرائت‌های مختلف از یک قاعده است و این انتخاب در پی یک استنتاج یا توجیه منطقی فراهم می‌آید.

بر این اساس، تفسیر تعیین مفهوم، مفاد، مضمون یا مدلول یک هنجار یا متن قانونی است و استدلال موجه ساختن روش یا نحوه نیل به این استنتاج یا برداشت است. (Jakab, 2013: 1219) شناختن حقوق به منظور اجرای آن تنها از طریق یک فعالیت ذهنی حاصل می‌شود و این فعالیت از آن جهت که بحثی و استدلالی است از منطق سرچشمه می‌گیرد. در نتیجه، تفسیر^۱ حقوق به طور همزمان یک وجه حقوقی و یک وجه منطقی دارد و بنابراین، از یک سو، تابع قواعد حقوقی یعنی قواعد خاصی است که فعالیت تفسیری حقوق را رهبری می‌کنند و از سوی دیگر، تابع قواعد منطقی یعنی قواعدی است که متضمن وظایف ذهنی استدلالی^۲ به ویژه وظایف تقسیم و تعریف و استنتاج اند و انجام آن‌ها هم بر دوش مفسر حقوق نهاده شده است. (کالینوسکی، ۱۳۷۳: ۲۷)

دو نظام عمده حقوقی یعنی، رومی - ژرمنی و کامن‌لا با توجه به خصوصیات خود، رویکردهای تفسیری متنوعی را پذیرا شده‌اند. به طور کلی، فرآیند رسیدگی و تفسیر قوانین در نظام‌های حقوق نوشته مبتنی بر روش استنتاجی است که در آن، حکم قانون کبرای قضیه و امور موضوعی در صغرای قضیه قرار می‌گیرند. طبعاً در روش استنتاجی مفسر بیشتر رویکردی فنی، انتزاعی و حقوقی در پیش گرفته و به تطبیق حکم کلی با مصداق می‌پردازد. دیگر آن که در این نظام حقوقی، مستندات، فرآیند و نتایج دادرسی اساسی و تفسیر قانون اساسی با تفسیر قوانین عادی متفاوت است. در مقابل، در نظام کامن‌لا، در رسیدگی و تفسیر تفاوت چندانی میان قوانین عادی و اساسی نبوده و روش استقرایی مبنای کار دادرسان (که از شأن تفسیر قوانین نیز برخوردارند) است. روش استقرایی اندیشه حقوق‌دانان را با واقعیات عینی بیشتر مرتبط کرده و در آن، امور حکمی پیوندی تنگاتنگ با امور موضوعی و واقعیات خارجی دارند. (Rosenfeld, 2004: 5 - 6)

مفسر معمولاً در مورد رویکرد یا روش تفسیری اتخاذی خود چیزی نمی‌گوید اما رسیدن به حکم نیازمند به‌کارگیری روش‌های منطقی و عقلانی یا همان تعقل و استنتاج است. تعریف هر شخصی از تفسیر قانون و نقش مفسر با مکتب تفسیری که بر می‌گزیند، پیوند مستقیم دارد. مفسر در مقام تفسیر قانون و تبیین حکم قانونگذار ممکن است خود را مقید به الفاظ و متن قانون دانسته و رسالتی جز کشف اراده قانونگذار برای خود قائل نباشد و از سویی دیگر

ممکن است، قانون در نظر وی موضوعیت نداشته و غایت قانونگذاری که تأمین مصالح اجتماعی و عدالت است اهمیت یابد و در نتیجه به جای تعدد نسبت به قوانین، تفسیری خلاقانه یا آفرینش‌گرایانه را در پیش گیرد. پیداست که جایگاه قانون در نظر مفسر و نقش و رسالت مفسر از سویی دیگر می‌تواند رویکردهای بسیار متفاوتی را مطرح نماید.

لازم به ذکر است که تفسیر قانون اساسی جایگاه و آثاری ویژه دارد و دادرسان اساسی نیز نقش متفاوتی نسبت به دیگر دادرسان (دادرسان محاکم عادی) دارند و آن چیزی است که کلسن آن را قانونگذاری سلبی خوانده است بدین معنا که دادرسان اساسی در صورت احراز مغایرت قوانین با قانون اساسی، قوانین مغایر را از اعتبار ساقط می‌نماید. (Kelsen, 1945: 268) اعتبار رویه محاکم قانون اساسی که متولی تفسیر قانون اساسی هستند تا بدان حد است که دیوان قانون اساسی مجارستان، از آن به عنوان «قانون اساسی نامحسوس»^۱ یا نانوشته تعبیر کرده است. نظر تفسیری که از سوی مرجع متولی تفسیر رسمی به عمل می‌آید ارزشی برابر با خود موضوع تفسیر می‌یابد.^۲ بر این اساس، در ادامه مکاتب و رویکردهای تفسیری مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد.

گفتار اول: رویکردهای تفسیر لفظ‌گرا و متن‌گرا

مبحث اول - تفسیر لفظ‌گرا در نظام حقوقی رومی - ژرمنی

این رویکرد بر معانی متداول و معمول کلمات تکیه دارد و تفسیر ادبی^۳ نیز خوانده می‌شود. بر این اساس، معنای عادی^۴ یا متداول کلمات در زمان تدوین متن یا همان زمان استعمال مورد توجه قرار می‌گیرد و نه زمان تفسیر. (Tushnet, 2006: 28) فرض طرفداران این رویکرد این است که مقررات قانونی از جمله قانون اساسی بی هیچ اشکالی بیان شده‌اند و قانونگذار در زمان وضع قانون به همه چیز از جمله معنای دقیق آنچه می‌گوید اشراف داشته است.

۱. "invisible constitution" (See Dec. Hung CC 23/1990. (X. 31.) AB, ABH 1990, pp. 88, 97 - 98.)

۲. شورای نگهبان در نظریه تفسیری شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳ (مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۰) اعلام می‌دارد: «تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه موارد لازم‌الاجراست».

3. Grammatical interpretation

4. ordinary meaning

اگرچه دوران خودنمایی مکتب لفظ‌گرایی یا تفسیر تحت‌اللفظی را به اوایل قرن نوزدهم میلادی و زمان تصویب قانون مدنی فرانسه یا همان کد ناپلئون منتسب می‌کنند، اما تفسیر لفظ‌گرا یا تعبد به صریح قانون رویکردی بوده که طی قرون متمادی دنبال شده است. یکی از ریشه‌های کهن این رویکرد، مبنای مذهبی قوانین بوده و در واقع، تعبد نسبت به قانون به جهت تعبد نسبت به فرامین الهی بوده است. (صانعی، ۱۳۸۹: ۴۲۲)

در دوران جدید که نظریه تفکیک قوا به گفتمان غالب در حقوق اساسی کشورها مبدل شده است نیز این نظریه و نظرات مبتکر آن یعنی، منتسکیو مبنایی برای مخالفت با اختیارات وسیع دادرسان شده است.^۱ در این رویکرد که به نظر می‌رسد بر برداشتی متعصبانه از اصل تفکیک قوا اتکا دارد، حقوق تنها ساخته و پرداخته قانونگذار است که نماینده ملت است و مفسر کاری جز فهم و اجرای این حقوق ندارد. «تفسیر نیز چیزی جز کشف مقصود قانونگذار از طریق بررسی کلام وی نیست». (الشریف، ۱۳۹۱: ۳۳۸ - ۳۳۷)

یکی از زمینه‌های تقویت رویکرد لفظ‌گرا آن بوده که قانونگذار فرانسه از اعمال نظرهای قضات خاطره خوشی نداشته و از این رو در صدد ضابطه‌مند کردن تفسیر دادرسان و جلوگیری از اعطای اختیارات موسع به آنان بوده تا قوانین به شکل یکسان اجرا شده و زمینه انحراف از آن به وسیله تفسیر به رأی قضات فراهم نیاید. اهمیت این امر به حدی بوده که در اواخر قرن هیجدهم قانونگذار فرانسه راه تفسیر قضایی را سد کرده و قضات را از تفسیر قانون منع کرد و در جایی که قضات از متن صریح قانون تخطی می‌کردند، دیوان عالی کشور آن‌ها را مورد مؤاخذه قرار می‌داد. در مواردی که قضات نمی‌توانستند با استناد به نص قانون حکم دعوا را بیابند، دیوان کشور مسئله را برای اخذ تصمیم به قوه مقننه ارجاع داده و از این مرجع استفسار (درخواست تفسیر قانونی) می‌نمود. پس از وضع ماده ۴ قانون مدنی فرانسه که قاضی را در هر حال، حتی در صورت اجمال یا سکوت قانون، مکلف به فیصله دعوی می‌نمود، تفسیر قانون به عنوان یکی از وظایف دادرسان مطرح شد و رویکرد سابق تا حدودی تلطیف شد. ضمن آنکه عملاً پیش فرض بی‌نقص بودن قوانین به حاشیه

۱. از نظر منتسکیو قضات سخنگویان یا زبان قانونند و از زبان آنان چیزی جز مقررات قانون نباید خارج شود در حکومت مطلوب وی که یک جمهوری مبتنی بر تفکیک قواست، طبیعت و اساس حکومت به گونه‌ای است که قضات باید مطابق مفاد دقیق قانون رفتار کنند. هر اندازه که حکومت به اصول جمهوریت نزدیک شود به همان میزان روش قضاوت نیز ثابت می‌گردد. (منتسکیو، ۱۳۶۸: ۱۸۹)

رانده شد. این در حالی است که رواج مکتب حقوق طبیعی در آن دوران عاملی برای تقید به نص قانون شده بود؛ با این فرض که قانونگذار، حقوق طبیعی و فطری افراد را مورد شناسایی قرار داده و از آنجا که این حقوق لایتغیر و ثابت هستند، هرگونه انحراف از متن قانون ممنوع خواهد بود. (صانعی، ۱۳۸۹: ۴۲۵ - ۴۲۴)

مکتب تفسیر لفظ‌گرا را در سه دوره تقسیم بندی می‌کنند. دوره اول یا دوره شکل‌گیری که از سال ۱۸۰۴ یعنی هم زمان با تصویب قانون مدنی فرانسه آغاز و تا حوالی سال‌های ۱۸۳۰ و ۱۸۴۰ به طول انجامید. دوره دوم یا دوران اوج‌گیری این مکتب تا سال ۱۸۸۰ ادامه یافت و دوره سوم یا مرحله افول این مکتب از سال ۱۸۹۹ یعنی، زمان انتشار کتاب «روش تفسیر و منابع در حقوق خصوصی تحقیقی» اثر فرانسوا ژنی^۱ آغاز گردید. (الشریف، ۱۳۹۱: ۳۳۸)

در نظام حقوقی کامن‌لا که نظام حقوق نانوشته یا عرفی نیز خوانده می‌شود، قانون موضوعه نقش متفاوتی در مقایسه با نظام حقوق نوشته دارد و کاربرد رویکرد تفسیری لفظ‌گرا نیز منطقاً کمتر است، اما در این نظام حقوقی نیز قرائتی از رویکرد تفسیر ادبی که متن‌گرایی خوانده می‌شود، از جایگاه غیرقابل انکاری برخوردار است که در مبحث بعد مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

بند اول - مبانی مکتب تفسیر لفظ‌گرایی

قانون مظهر اراده قانونگذار است و برای تفسیر قانون باید به جستجوی منظور و اراده واقعی قانونگذار در زمان وضع قانون پرداخت. مفسر برای این کار از قواعد دستور زبان و منطق استفاده کرده و چنانچه به جهت پیچیدگی یا ابهام در متن به نتیجه مطلوب نرسد از اوضاع و احوال و مشروح مذاکرات زمان تدوین قانون کمک می‌گیرد. در صورتی که به جهت فقدان نص یا سکوت قانون در مسئله مورد بررسی، اراده واقعی قانونگذار قابل حصول نباشد، مفسر با توجه به رویکرد قانونگذار در قوانین موجود به دنبال اراده فرضی قانونگذار می‌رود. البته در هر حال، اراده قانونگذار در زمان وضع قانون ملاک نظر خواهد بود حتی اگر شرایط اجتماعی تغییر کرده باشد. طرفداران این رویکرد، تطبیق و به روز کردن قوانین با شرایط متحول اجتماعی را کار قانونگذار می‌دانند و نه مفسر و از این رو نمی‌پذیرند که مفسر در جای قانونگذار قرار گیرد. (فرج الصده، ۱۹۷۸: ۲۷۹ - ۲۷۸)

1. François Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique ("Method of interpretation and sources in positive law - critical essay"), 1899.

احترام و تقید به قانون و جستجوی اراده واقعی یا فرضی قانونگذار، اساسی‌ترین مبنای این مکتب به شمار می‌روند. بر این اساس، قاضی در تفسیر قوانین و وظیفه‌ای جز کشف اراده قانونگذار از ظواهر الفاظ قانون ندارد و مصلحت عمل به ظاهر قانون بر دیگر مصالح برتری دارد. (صاحبی، ۱۳۷۶: ۵۰) یکی دیگر از مفروضات این مکتب این است که قانون مدون برای حل تمام مسائل حقوقی کفایت می‌کند. البته طرفداران این مکتب به رغم تأکید بر اراده قانونگذار، همواره به کشف اراده واقعی و بارز قانونگذار بسنده نمی‌کنند بلکه این حق را قائل هستند که بنا بر اقتضا، به اراده فرضی یا مقدر قانونگذار نیز توسل جویند. (دیلمی، ۱۳۸۲: ۶۲ - ۶۰)

در این مکتب فرض بر این است که به هنگام وضع قانون، قانون‌گذار به همه مسائل احاطه داشته^۱ و همه چیز را در حوزه قانون پیش‌بینی کرده است، بنابراین اگر کلمات و عبارات مقصود مقنن را صریحاً بیان نکند، باید با دقت در الفاظ و کلمات قانون، منظور قانونگذار کشف شود. البته در مقام کشف اراده مقنن باید به دنبال اراده وی در هنگام صدور قانون بود نه هنگام اجرای قانون، و اگر اراده قانون‌گذار از عبارات قانون استنباط نشود باید به اراده فرضی قانون‌گذار پناه برد، که مراد از آن، اراده قانون‌گذار در زمان تشریع قانون و با توجه به شرایط اجتماعی آن زمان است نه شرایط زمان اجرای قانون. (به نقل از: نیکو گفتار صفا، ۱۳۸۷: ۱۹۸)

مکتب لفظ‌گرایی کلاسیک جایگاهی برای تأمل و اندیشه در باب ثمرات یا نتایج قانون قائل نبوده است چنانکه مورلن (Mourlon) در کتاب خود در سال ۱۸۴۶ گفته است: «قاضی خوب در برابر عقل قانون، عقل خود را فرو می‌افکند و تحقیر می‌کند، زیرا وی را منصوب کرده‌اند تا مطابق قانون قضاوت کند نه اینکه به قضاوت درباره قانون پردازد. هیچ امری بالاتر از قانون نیست، دوری جستن از اعمال مقررات قانون با این عذر که انصاف طبیعی در برابرش مقاومت می‌کند، قصور و کوتاهی است. در رویه قضایی معقولی عقلانی‌تر و انصافی منصفانه‌تر از عقل و انصاف قانون نمی‌توان یافت.» (پرلمان، ۱۳۷۳: ۴۴)

بند دوم - قواعد تفسیر قانون در رویکرد لفظ‌گرایی

یکی از قواعد تفسیر لفظ‌گرا آن است که هرگاه مدلول قانون روشن باشد، مفسر نباید برای

1. Neminem oportet esse sapientiores legibus: No man (out of his own private reason) ought to be wiser than the Law, which is the perfection of reason.

یافتن روح قانون در الفاظ کنکاش کند.^۱ فرض بر آن است که قانونگذار معنای عادی کلمات را در نظر داشته است اما هرگاه معنای عادی، معمول و متبادر از یک متن آشکارا به نتایج غیرمنطقی یا لغوی می‌انجامد، معنای عادی کلمات قوت استنادی خود را از دست می‌دهند و در مورد آن‌ها به گونه ای دیگر باید به قضاوت نشست. (Allan, 2007: 189) پیروان مکتب تفسیر ادبی یا منطقی^۲ با این فرض که قانونگذار حکیم است و به لوازم عقل و منطق پایبند است، از قواعد منطقی (مانند: قیاس یا تمثیل، مفهوم موافق یا قیاس اولویت، مفهوم مخالف و...) برای کشف اراده قانونگذار به نحو گسترده‌ای بهره می‌گیرند. به علاوه، در این رویکرد قواعدی تعبیه شده است تا از رسیدن به نتایج غیرمنطقی یا بی‌معنا و لغو اجتناب شود.

در مواردی که شناخت منظور قانونگذار با توجه به متن قانون ممکن نیست (سکوت یا اجمال)، یا احکام و عبارات متناقض در قوانین وجود داشته و یا اجرای منطوق صریح قانون به نتایج غیرعادلانه یا غیرمنطقی (لغو و عبث) می‌انجامد، مفسر می‌تواند برای شناخت منظور واقعی قانونگذار به سوابق قانونی و مشروح مذاکرات زمان تدوین قوانین مربوط مراجعه نماید. ضمن آنکه حقوق‌دانان در تفسیر خود نه تنها نص بلکه گاهی سکوت قانونگذار در مقام بیان را هم مستندی بر گفته خود قرار می‌دهند. در واقع، در شرایطی که قواعد عمومی و اولیه تفسیر لفظ‌گرا یعنی معنای عادی الفاظ از رسیدن به معنای مطلوب و معنادار باز می‌ماند، چاره‌ای جز توسل به قواعد تکمیلی تفسیر باقی نمی‌ماند.^۳ اصولی مانند اینکه اصل بر حصر است و نه تمثیل^۴ یا آنچه گفته نشده فرض بر آن است که مستثنی یا خارج از شمول موضوع شمرده شده است^۵ از این جمله‌اند. به بیان دیگر، در اینجا، «اثبات شیء نفی ماعدا می‌کند»^۶ چرا که سکوت قانونگذار نیز در مقام بیان تلقی می‌شود.^۷

1. Absoluta sententia expositore non indigent

این عبارت لاتین به معنای مثلی است که در زبان فارسی گفته می‌شود: چیزی که عیان است چه حاجت به بیان است.

2. Logical Interpretation

۳. مباحث الفاظ اصول فقه به این حوزه می‌پردازد که خواننده می‌تواند به منابع غنی مربوط به آن رجوع نماید.

4. enumeratio ergo limitatio (an enumeration is presumed to be exhaustive).

۵. این در حالی است که در اصول فقه اسلامی گفته می‌شود: «اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند».

6. expressio unius est exclusio alterius (expressing the one means excluding the other)

۷. برخلاف قاعده «لا ینسب إلی ساکت قول» یا «لا ینسب لساکت قول»

قیاس اولویت^۱ از دیگر روش‌های منطقی تفسیر است که در این مکتب مورد استفاده قرار می‌گیرد که خود دو گونه دارد: قیاس یا حمل اکثر (اعم یا اقوی) بر اقل (اخص یا اضعف)^۲ و قیاس یا حمل اقل بر اکثر^۳. در نوع اول، هرگاه قانون اساسی برخی موارد را مجاز شمرده باشد برخی موارد دیگر که صراحتاً احصا نشده است اما در ذیل آن‌ها قابل ارزیابی هستند نیز مجاز شمرده می‌شود و در قیاس نوع دوم، هرگاه قانون اساسی صراحتاً برخی موارد را نهی یا منع کرده باشد، موارد یا اموری که از شدت و حدت بیشتری برخوردارند نیز ممنوع فرض می‌شوند ولو آنکه ذکر نشده باشند. پیداست که این قیاس‌ها بر پیدا کردن مناط یا علت یا فلسفه حکم استوار می‌شوند. به عنوان مثال، هرگاه اراده قانونگذار ممنوع کردن اتلاف مال غیر باشد به طریق اولی یا قیاس اولویت ایراد ضرر و زیان جانی به دیگران نیز ممنوع فرض می‌شود زیرا جان افراد اهمیت بیشتری دارد و ضرر به آن از ضرر به مال شدیدتر و پر اهمیت‌تر است. (Jakab, 2013: 1240)

همچنین، مفسر باید هر یک از مقررات قانونی را با توجه به سایر مقررات مطالعه کند و به دیگر سخن، اجزا را در کل متن و یک پیوستار مورد توجه قرار دهد. اراده واقعی قانونگذار علاوه بر اجزا در کل متن نیز نمایان می‌شود و برای آنکه این اراده به درستی کشف شود باید سیاق و چارچوب عبارات مورد توجه قرار گیرد. چنانکه ممکن است برخی از مقررات یک قانون به صورت جداگانه متعارض با یکدیگر تلقی شوند اما هرگاه این مقررات در کنار یکدیگر قرار گیرد و تخصیصات احتمالی دیده شود، این مشکل مرتفع گردد. به همین صورت، برای فهم عبارات آن در کنار نص و متن سند، به دیگر اعمال یا قواعد حقوقی نیز می‌بایست توجه شود زیرا نظام حقوقی منظومه‌ای از قواعدی به هم پیوسته و جامع است. در این رویکرد برای تفسیر یک مقرر قانون اساسی به دیگر مقررات آن قانون و یا به عنوان مثال، عنوان فصلی که آن مقرر ذیل آن بیان شده نیز توجه می‌شود. در این میان، مقررات بنیادین، برتر و لایتغیر حقوق اساسی جایگاه ویژه‌ای دارند چرا که دیگر مقررات نباید منطقاً با آن‌ها مخالفتی داشته باشند. در این رویکرد از اصول تفسیری نیز استفاده می‌شود مثل این اصل که استثناء باید به صورت مضیق تفسیر شود. (Jakab, 2013: 1233)

1. argumentum a fortiori

2. argumentum a maiori ad minus

3. argumentum a minori ad maius

در حقوق اساسی آلمان، اصل یکپارچگی قانون اساسی^۱ اصلی شناخته شده است بدین معنا که قانون اساسی متنی به هم پیوسته است و یک مقررہ از آن را باید در کنار و هماهنگ و منطبق با دیگر مقررات قانون اساسی تفسیر کرد. (1BvR 413/60, 1965, para. 49) در نتیجه اصل بر آن است که میان این مقررات از حیث عملی سازشی برقرار شود و نه آنکه یکی به نفع دیگری کناری گذاشته شود.^۲

بند سوم - چالش‌های رویکرد لفظ‌گرایی

یکی از انتقاداتی که نسبت به این مکتب تفسیری می‌شود آن است که مفسر تحت عنوان اراده قانونگذار در عمل، دیدگاه‌های خود را مطرح می‌سازد. البته این ایراد در تمامی مکاتب تفسیری قابل طرح باشد و حتی به نظر می‌رسد امکان دخالت دیدگاه‌های مفسر در مکاتب دیگر بیشتر است. به هر حال، این رویکرد تلاش دارد که از تفسیر سلیقه‌ای قانون جلوگیری کرده و نوعی عمومیت و ثبات بر قانون حکم‌فرما باشد و اراده منجز و قطعی قانونگذار - و نه منظور احتمالی‌اش - ملاک قرار گیرد. (نک. کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۳: ۱۲۶) این مکتب با التزام و تقید خود به نصوص قانونی، موجب دقت مفسرین، ثبات قانون، جلوگیری از تأثیر تمایلات شخصی در امر تفسیر و احترام به اراده قانونگذار است. (نیکو گفتار صفا، ۱۳۸۷: ۱۹۹) اما از سوی دیگر منتقدین معتقدند که این مکتب، مقتضیات و شرایط اقتصادی و اجتماعی را نادیده می‌گیرد و باعث عقب‌ماندگی حقوقی و اجتماعی است. به علاوه، تقید به قانون جنبه ظاهری و تصنعی دارد و حقوق‌دانان برای درست جلوه دادن نظرات خود آن را (با استناد به نظر برخی از تدوین‌کنندگان قانون) به قانونگذار منتسب کرده و به دیگر سخن، دیدگاه مقبول خود را به نام قانونگذار مطرح می‌سازند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۲۳)

همچنین، در انتقاد از مکتب تفسیر لفظ‌گرا گفته می‌شود که این مکتب موجب جمود و ایستایی قانون شده و آن را از پاسخگویی به مقتضیات یا نیازهای زمانه وا می‌دارد. این در حالی است که عدالت اجتماعی ایجاب می‌کند که قانون بر حسب شرایط و اوضاع و احوال زمان اجرا شود؛ زیرا قانون تابع مصالح اجتماعی است نه مصالح اجتماعی تابع قانون. (دیلمی، ۱۳۸۲: ۷۴) البته این گفته اگرچه می‌تواند در جای خود گفته‌ای درست باشد اما پیش‌فرض و نقطه عزیمت آن با مکتب لفظ‌گرا متفاوت است و بدین جهت نمی‌تواند مکتب

1. Prinzip der Einheit der Verfassung (principle of the unity of the constitution)

۲. «الجمع مهما أمكن أولى من الطرح»

لفظه‌گرا را با دیدن مبنای آن نقد کند زیرا در مکتب اخیر، اراده قانونگذار در عالم حقوق بر همه چیز اولویت داده می‌شود و پابندی به صریح قانون یا اراده قانونگذار در بردارنده مصالح اجتماعی است؛ حال آنکه نقطه عزیمت ایراد مورد بحث آن است که مصالح اجتماعی بر قانون برتری دارند.

به هر تقدیر، بنا بر همین ملاحظات، برخی قانونگذاران معاصر خود اختیاری نسبتاً وسیع به دادرسان داده‌اند تا بتوانند با تفسیر موسع خود بر مشکلات و نیازهای متحول زمانه فائق آیند. قانون مدنی سوئیس (مصوب ۱۹۰۷) در این زمینه گوی سبقت را ربوده و قضات را مکلف کرده که در صورت نقص قوانین، خود را در جای قانونگذار قرار دهند. ماده ۱ این قانون مقرر داشته است: «قانون بر همه اموری که در قلمرو حکم یا روح احکام آن قرار دارد حکومت می‌کند. در صورتی که [در زمینه‌ای] قانون وجود نداشته باشد قاضی باید بر مبنای حقوق عرفی و در صورت فقدان عرف، بر مبنای قواعدی که خود او اگر قرار بود نقش مقنن را ایفا کند وضع می‌کرد، اعلام رأی کند. لکن باید از راه حل‌هایی که به وسیله نظریات حقوقی و رویه قضایی پیش بینی شده است الهام گیرد.» علت این حکم آن است که قانونگذار واقف است که برخی امور یا واقعیات را پیش‌بینی نکرده و یا نمی‌تواند پیش‌بینی کند، از این رو در مواقعی به مجری قانون، صلاح‌دید قرار گرفتن در جایگاه قانونگذار و ایفای نقش به عنوان «قانونگذار نیابتی»^۱ را اعطا کرده است. (کلسن، ۱۳۸۷: ۱۲۹)

شبیه همین حکم، به صورتی متفاوت در ماده ۳ قانون مدنی ایتالیا (مصوب ۱۹۴۲) پیش بینی شده است. به موجب این مقرر از قاضی خواسته شده است که هرگاه پس از به کار بستن روش‌های عادی تفسیر قانون، راه‌حلی برای دعا به دست نیاید، «بر طبق اصول کلی سازمان قضایی کشور» مسئله را فیصله دهد.^۲

1. delegated legislator

۲. پرویز صانعی، حقوق و اجتماع (رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی)، طرح نو، چاپ دوم: ۱۳۸۹، صص ۴۳۶ - ۴۳۵. گفتنی است که ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی سابق ایران (مصوب ۱۳۱۸) نیز مقرر می‌داشت: «دادگاه‌های دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانون در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند.»

مبحث دوم - تفسیر متن گرا در نظام کامن لا

بند اول - پیشنهاد متن گرای

تعبیر «متن گرایی»^۱ نخستین بار توسط مارک پتیسون (Mark Pattison) در سال ۱۸۶۳ برای نقد الهیات پیوریتن^۲ به کار رفت. (Simpson, 1989: 854) متن گرایی به عنوان رویکردی مشابه رویکرد لفظ گرا که در نظام های حقوقی رومی - ژرمنی مرسوم است از گذشته در نظام کامن لا مطرح بوده است. مبنای اصلی مشابهت این دو رویکرد، تأکید اصلی مفسر بر متن می باشد. متن گراها به ساختار قانون نگاه کرده و عبارات را آن گونه که به ذهن یک کاربر ماهر و منطقی و هدف دار متبادر می شود، می فهمند. (Easterbrook, 1988: 65) البته در متن گرایی، معنای عادی و متبادر از کل «متن»^۳ مورد توجه قرار می گیرد و نه معنای تحت اللفظی و عادی «الفاظ».

به طور کلاسیک در محاکم انگلستان برای تفسیر قوانین سه قاعده به کار گرفته می شده است: قاعده [دفع] شرور،^۴ قاعده معنای ساده،^۵ و قاعده طلایی.^۶ به موجب قاعده معنای ساده، مفسر می بایست از الفاظ معنای عادی و معمول آن ها را در نظر بگیرد، مگر آنکه خود

1. textualism

2. "Puritan divines"

3. noscitur a sociis (Latin) means that: "It is known from its associates."

4. the "mischief rule"

این قاعده دلالت به شرور و معایبی دارد که قانون در صدد رفع و رجوع آنها بوده است. این قاعده در قرن شانزدهم میلادی در محاکم انگلستان مطرح شد و به دنبال این بود که غایت و هدف قانونگذار توجه نماید. این قاعده - بر خلاف قاعده معنای ساده که جنبه ادبی دارد - ماهیتی غایت گرا دارد (Driedger, 1983: 1) و بر اساس آن، دادگاه در زمانی که این قاعده را به کار می برد این مسأله را مطرح می کند که چه «شر» یا مشکلی وجود داشته که قوانین سابق به آن نپرداخته اند و حالا قانونگذار درصدد رفع این نقیصه بر آمده است. دادگاه در پرونده هایدن که نخستین بار این قاعده را مطرح ساخت اظهار داشت که دادگاه در زمان تفسیر قوانین باید چهار مسأله را با لحاظ منافع عمومی مد نظر قرار دهد:

(۱) کامن لا (حقوق عرفی یا رویه های قضایی) پیش از وضع قانون چه بوده است؟

(۲) کدام شر یا نقیصه ای بوده که کامن لا از عهده رفع آن بر نیامده است؟

(۳) پارلمان چه راه حلی برای بهبودی معایب کشور اتخاذ کرده است؟

(۴) علت واقعی و اساس این راه حل چه بوده است؟

(England and Wales High Court (Exchequer Court), Heydon's Case, 1584, Decision, 76 ER 637, paras. 2, 3.)

5. the "plain meaning rule"

6. the "golden rule"

قانون به صراحت معنای دیگری را اعتبار کرده باشد و یا معنای عادی آن کلمات به معنایی لغوی یا بی معنا (یا بی فایده) بیانجامد که در اینجا قاضی می تواند معنای غیر معمول را به کار گیرد که به آن قاعده طلایی گفته می شود. به این ترتیب، قضات نمی توانند با معانی بعید یا غیر معمول و غیر متبادر برای عموم، قانون را تفسیر به رأی کرده یا قانون را از معنای اصلی آن منحرف سازند.

این دیدگاه در ابتدای تأسیس قانون اساسی آمریکا رایج ترین شیوه تفسیر قانون اساسی بوده است. علت آن نیز روشن است؛ نزدیکی زمان اجرای قانون به دوران تدوین آن موجب می شد حکم اکثر موضوعات محتمل در قانون به روشنی پیش بینی شده باشد. (نیکوگفتار صفا، ۱۳۸۷: ۲۱۷) این رویکرد هنوز هم در آمریکا طرفدارانی دارد. به عنوان مثال، در ۱۹۲۰ حق بر حمایت برابر قانونی در متمم چهاردهم قانون اساسی آمریکا پیش بینی شد اما در آن زمان حق زنان در رأی دادن شناخته نشده بود. مفسر متن گرایی مانند اسکالیا اشاره می کند که آیا در آن زمان زنان می توانستند به دادگاه رفته و مقرر فوق را مستندی برای به رسمیت شناختن حق بر رأی خود قرار داده و لغو اثر از قوانین مغایر این حق را خواستار شوند؟ وی استدلال می کند که چنین امری امکان پذیر نبوده و برای همین بود که جنبشی برای شناخته شدن این حق به راه افتاد. وی اظهار می دارد که اگرچه حمایت برابر می تواند به معنای حق همگان در رأی دادن باشد اما در زمان وضع مقرر فوق، چنین فرضی فهمیده نمی شده است، همان طور که موارد متعدد دیگری نیز از این مقرر دانسته نمی شده است، مانند الزام زنان به اعزام به میادین جنگ. دلیل اضافه شدن یک اصلاحیه یا متمم دیگر به قانون اساسی (متمم نوزدهم قانون اساسی) برای توسعه حق رأی به زنان به این دلیل بوده که مقرر سابق متضمن چنین حکمی نبوده است. بنابراین، تغییر اوضاع و احوال و نیازهای اجتماعی باعث تغییر معنای قانون نمی شود، بلکه در صورت لزوم می تواند موجب تغییر یا اصلاح قانون شود. متمم هشتم قانون اساسی آمریکا که به مجازات های ظالمانه و نامتعارف^۱ را منع کرده است نیز از همین قبیل است و به معنای نفی مجازات اعدام نمی شود. البته اگر مردم با اعدام مخالف باشند می توانند قانون را تغییر دهند اما قاضی نمی تواند گستره مقرر فوق را توسعه دهد و چیزی را که در زمان وضع قانون، فهمیده نمی شده را به قانون نسبت دهد.

در یکی از دعاوی مطرح در ایالات متحده گفته شده است: «قانون تنها کالاهای

1. "cruel and unusual punishment"

"ساخت بیگانه"^۱ را استثنا کرده است که اکثریت می‌گویند به این معناست که «ساخته شده توسط یک بیگانه»^۲ و نه «ساخته شده در یک کشور بیگانه»^۳. [اما] من چنین فکر نمی‌کنم. کلمات مثل هجاها، نه به صورت جدا جدا بلکه در سیاق عبارات معنا می‌یابند. هرگاه مستقلاً واژه «بیگانه» (یا خارجی)^۴ در فرهنگ لغت دیده شود می‌تواند همان معنایی را بدهد که اکثریت قائلند، این رویکرد می‌تواند عبارت «یک جسم خارجی در چشم من است» را نیز [این طور] تفسیر کند که یک چیزی مثلاً از ایتالیا [در چشم من است!] عبارت «ساخت بیگانه» یک اصطلاح رایج و به معنای «ساخت خارج (از کشور)» است. (U.S. Supreme Court, 1988: 319)

این دسته از حقوق دانان به عوامل خارج از متن مانند زمینه‌های تاریخی و یا مشروح مذاکرات تدوین‌کنندگان قانون وقعی نمی‌گذارند. طرفداران این رویکرد اظهار می‌دارند: «ما به جستجوی منظور قانونگذار نمی‌پردازیم؛ مسئله ما تنها این است که قانون چه معنایی دارد». (Holmes, 1899: 420) / سکالیا علت این رویکرد را چنین بیان کرده است: «این قانون است که حاکمیت دارد نه اراده قانونگذار».^۵ (Scalia, 1997: 17)

بند دوم – مبانی رویکرد متن‌گرایی

متن‌گراها به معنای عمومی و متداول از عباراتی که قانون در زمان انتشار داشته (Treanor, 2009: 983) اکتفا می‌کنند و اهمیت چندانی برای مکنونات ضمیر یا تأملاتی که تدوین‌کنندگان قانون اساسی در زمان تصویب عبارات داشته‌اند قائل نیستند. بنابراین، مشروح مذاکرات تدوین‌کنندگان قانون نیز اهمیتی نخواهد داشت؛ چرا که به زعم اینان، این متن قانون است که الزام دارد و قانون حاکمیت دارد و نه افراد و اعضای نهاد قانونگذار؛ قصد قانونگذار الزام‌آور نیست بلکه قانونی که قانونگذار وضع می‌کند الزام‌آور است.^۶ این عبارات اگرچه ممکن است جالب باشند اما مبنای تفکیک اراده قانونگذار از قانون موضوعه مشخص نیست چرا که هر گوینده‌ای قصدی دارد و قانون مظهر اراده قانونگذار است. برخی تا بدان جا رفته‌اند که قائل شده‌اند، متن تنها دلیلی بر قصد و اراده واضع آن است و

1. "of foreign manufacture"

2. "manufactured by a foreigner"

3. "manufactured in a foreign country"

4. "foreign"

5. "It is the law that governs, not the intent of the lawgiver".

6. Antonin Scalia, op.cit.

این اراده است که قانون واقعی است. (Easterbrook, 1994: 64 - 65)

برخی اساساً «اراده قانونگذار» را نفی کرده و آن را مفهومی موهوم انگاشته‌اند و برخی دیگر گفته‌اند که نمی‌توان فکر قانونگذار را خواند. در مقابل، گفته شده است که آیا قانون می‌تواند بی هیچ اراده‌ای وضع شود؟ آیا اشخاص حقوقی مانند شرکت‌ها نمی‌توانند اراده‌ای داشته باشند و اگر این موضوع از نظر قانون پذیرفته شده است، چه ابهامی و استبعادی در پذیرش اراده قانونگذار وجود دارد؟ (Nourse, 2012: 85 - 86)

به نظر می‌رسد، قانون مظهر اراده و حاکمیت ملی است، اما پارلمان تنها نماد حاکمیت ملی نیست بلکه تنها جزیی از این حاکمیت است. از اینجاست که به طور معمول مصوبات مجلس نیازمند توشیح یا امضای رئیس کشور هستند تا الزام قانونی پیدا کنند. به علاوه، در صورتی که قانون مترادف با اراده قوه مقننه تلقی شود، تبعیت از آن با اصل تفکیک قوا مغایرت می‌یابد حال آنکه در عمل، قانون برای تمامی قوا لازم‌الاتباع است. بنابراین، نظرات نمایندگان پارلمان غیر از اراده قوه مقننه است و اراده قوه مقننه غیر از قانون است. بدین معنا، شاید بتوان گفت استفاده از عنوان قانونگذار برای قوه مقننه مسامحه‌آمیز است چرا که در این صورت می‌بایست قوه مقننه علت تامه وضع قوانین باشد حال آنکه در عمل، چنین نیست.

ماننینگ - یکی از حقوق‌دانان برجسته متن‌گرا و از مشاوران قاضی اسکالیا - گفته است که قضات به دو علت و پیش‌فرض نباید در تفسیر قوانین به گزارش کمیسیون‌ها و این قبیل اسناد توجه کنند: یکی آنکه، اعضای نهاد قانونگذار نظری واحد در مورد چگونگی ابهام‌زدایی از متن قانون ندارند و به فرض هم که اتفاق نظر هم داشته باشند نظر آن‌ها نمی‌تواند به مثابه نظر کل کنگره تلقی شود، و دوم آنکه اعتبار دادن به مشروح مذاکرات، به نظام دو مجلسی خدشه وارد می‌کند. (Manning, 1997: 718 - 719) به عبارت دیگر، از آنجا که کنگره آمریکا از دو مجلس نمایندگان و سنا تشکیل شده است، نظرات نمایندگان و اعضای هر یک از مجالس نمی‌تواند کاشف از اراده قانونگذار انگاشته شود. در دیدگاه دیگر یا قرائت جدیدی از متن‌گرایی، اگرچه اساس تفسیر خود متن است اما تاریخ قانونگذاری را به عنوان سیاق و چارچوبی که متن در آن قالب باید خوانده و فهمیده شود مورد توجه قرار می‌دهد. (Davis, 2007: 984)

از شفافیت نظام حقوقی، قابل پیش‌بینی بودن حقوق و تکالیف شهروندان، تفکیک قوا و لزوم تبعیت همه - حتی قضات و مفسرین - از قانون می‌توان به عنوان مهم‌ترین اهداف

تفسیر متن‌گرایانه یاد کرد. در مقابل، بی توجهی به زمینه‌ها و چارچوب وضع قانون که یکی از ارکان رویکرد متن‌گرایی است از سوی بسیاری از حقوق‌دانان مورد انتقاد قرار گرفته و جدا کردن این دو واقعیت، امری تصنعی و گمراه‌کننده دانسته شده است. این دسته بر این باورند که هر گفته‌ای در صورتی به درستی فهمیده می‌شود که مقام بیان آن نیز معلوم باشد و در این رابطه مثال‌های فراوانی وجود دارد که یک عبارت می‌تواند در شرایط و اوضاع و احوال گوناگون، معانی متفاوتی را متبادر کند.^۱ این ایراد اگرچه در جای خود درست است اما نمی‌تواند دعوی متقابل متن‌گرایان را پاسخ دهد که قانون محصول نظر یا نظرات چند نماینده پارلمان نیست، بلکه مراجع مختلفی در فرآیند قانونگذاری دخالت می‌کنند و قانون محصول کل این فرآیند است.

گفتار دوم: رویکردهای تاریخی و منشأگرا

مبحث اول - تفسیر تاریخی

جنگ‌ها و انقلاب‌ها در اواخر قرن هیجدهم در اروپا و به طور مشخص، آلمان و فرانسه، ذهن مردم را به بحران هویت و مسائل ماورایی جلب کرد. این برهه تاریخی زمان شکل‌گیری جنبش رمانتیک^۲ یا فلسفه رمانتیسیسم^۳ بود که نهضت‌های ملیت‌طلبی و آزادی‌خواهی از ثمرات این جریان بود. در چنین فضایی بود که در عرضه حقوق، مکتب تاریخی سر بر آورد و حقوق را محصول حیات اجتماعی و تاریخی یک ملت می‌دانست و قانون را از مظاهر «روح ملت»^۴ تلقی می‌کرد. این مکتب در اوایل قرن نوزدهم و توسط ساوینی^۵ بنا نهاده شد. در سال ۱۸۱۴ یعنی پس از جنگ‌های ناپلئون، یکی از حقوق‌دانان آلمان کتابی نگاشت^۶ و در آن پیشنهاد کمیته‌ای میان‌ایالتی برای تدوین یک قانون جامع

1. For more information see, McGreal, Paul E., "A Constitutional Defense of Legislative History", William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 13, Issue 4, 2005, pp. 1267 - 1268.

2. the romantic movement

3. Romanticism or the Romantic era

4. Volksgeist or "spirit of the people"

5. Friedrich Karl von Savigny (1779 - 1861).

6. Anton F.L. Thibaut, Civilistische Abhandlungen, 1814.

حقوق مدنی را مطرح کرد. ساوینی در پاسخ به این پیشنهاد، رساله‌ای^۱ نوشت و تأثیر کلام وی به حدی بود که تدوین و تصویب قانون مدنی آلمان را بیش از نیم قرن به تعویق انداخت. (Kutner, 1972: 289)^۲

ساوینی با تدوین و وضع قانون به عنوان یک نسخه جامع و کامل برای حقوق خصوصی مخالف بود زیرا در این قلمرو، دریچه حقوق باید به روی نیازهای جدید گشوده باشد و افراد بتوانند با رفتار خود عرف و عاداتی را ایجاد کنند. اصل حاکمیت اراده و اختیاراتی که افراد در قلمرو روابط خصوصی دارند با یک مجموعه قوانین ثابت و از پیش تعیین شده چندان مناسبت و قرباتی ندارد. البته ساوینی منکر اهمیت قوانین ثابت برای حقوق شکلی مثل آئین دادرسی نبود و از همه مهم‌تر در مورد حقوق کیفری چنین نظری نداشت. (Rückert, 2006: 65)

اساس مکتب تاریخی ناظر به ماهیت و کیفیت پیدایش حقوق است. به عقیده طرفداران این مکتب، حقوق هر ملت مانند زبان آنان، محصول ذهنیات و نگرش‌های آن ملت بوده که طی سال‌های بی‌شمار و بر اساس نیازمندی‌های آنان تکون و تحول می‌یابد. (صانعی، ۱۳۸۹: ۴۸ - ۴۷) ساوینی دیدگاه تفسیری خود را چنین تبیین می‌کند: «رویکرد تاریخی در معنای صحیحش، در نظر داشتن قانونگذاری به منزله [امری که] خود در یک برهه زمانی مشخص [از تاریخ] پویا و متکامل است». (Quoted in: Rückert, 2006: 59) به تعبیر وی: «قانون... در ابتدا توسط عرف و اعتقاد عمومی، [و] سپس با تصمیمات قضایی در هر جا توسعه می‌یابد، در نتیجه، با اعمال اقتداراتی درونی و خاموش و نه به وسیله خواست خودسرانه یک قانونگذار [شکل می‌گیرد]». (Quoted in: Kutner, 1972: 280) در جایی که سخن از قانونگذاری خودجوش و خودمتکامل است، طبیعتاً نگاه حقوق‌دانان می‌بایست به جای پرداختن به متون قانونی، متوجه «خود قانون» گردد؛ زیرا قواعد حقوقی تنها بیانگر اندیشه‌ای حقوقی است که ثبوتاً ایجاد شده و وجودی عینی دارد و وضع قاعده، موجب اعلام، تعین، اثبات و تثبیت آن می‌گردد. (Rückert, 2006: 60) پیداست که تأکید وی بر آنکه قانون برآمده از نیازها و هویت هر ملت است، هم به معنای مخالفت با گرده‌برداری از قوانین دیگر کشورها به ویژه کد ناپلئون بود و هم به معنای ردّ فلسفه مکتب حقوق طبیعی بود.

1. Vom Beruf unsrer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

۲. قانون مدنی آلمان در ۱۸۹۶ تصویب شده و در اول ژانویه ۱۹۰۰ لازم الاجرا گردید.

(Kutner, 1972: 284)

قانون محصول اندیشه و تدبیر قانونگذار نیست، بلکه اصولاً قانون ثمره و ترجمان تحولات جامعه است. علت حدوث و بقای قوانین را باید در حیات اجتماع یافت و در نتیجه، قانون پس از وضع از اراده قانونگذار منفک شده و هماهنگ و هم مسیر با تحولات اجتماعی و تاریخی به پیش می‌رود. بنابراین، در تفسیر قانون نباید درصدد جستجوی اراده واقعی یا فرضی قانونگذار (در زمان وضع قانون) بود، بلکه اراده احتمالی قانونگذار در صورتی که در شرایط و زمان تفسیر قرار داشته باشد، مورد توجه خواهد بود. (فرج الصده، ۱۹۷۸: ۲۸۰) در دیدگاه ساوینی، آنچه اهمیت حیاتی دارد یادگیری روش و فنون کشف قواعد است و نه پیدا کردن خود قواعد. (Rückert, 2006: 63) وی، علم حقوق را متولی شناخت حقوق یا قانون حقیقی^۱ و همچنین، اصول حقوقی و اصول استنباط قواعد حقوقی می‌دانسته است. (Rückert, 2006: 65)

از نظر این مکتب، منبع حقوق روح ملی است و قانون نیز تنها می‌تواند اصولی که پیش‌تر به وسیله وجدان عمومی ایجاد شده است را شناسایی و تثبیت نماید. اصول مشترکی که برآمده از نیازمندی‌های عمومی یک ملت است، به مرور، در ضمیر مشترک مردم شکل می‌گیرد (عرف)؛ رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی (دکترین) به تبیین و تکمیل این اصول می‌پردازند و در نهایت، پس از این کار فنی و علمی، نیاز به تدوین احساس می‌شود و قانون برآیند دو مرحله پیش را اعلام می‌کند. بنابراین، عرف مظهر روح ملی و منبع اصلی حقوق است (Kutner, 1972: 285) و رویه قضایی و اندیشه علمای حقوق نیز از حیث دخالت در ساخت و پرداخت قواعد حقوقی مقدم بر قانون هستند. به بیان دیگر عرف، رویه قضایی و دکترین عناصر مقوم و یا همان، منابع اصلی و تکمیلی قواعد حقوقی هستند و قانون مؤید یا اعلام کننده همین منابع است. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱: ۱۴۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۲ - ۶۲) در واقع، یکی از دلایل مخالفت ساوینی با کتاب مورد اشاره در اول این مبحث این بود که به زعم وی، عناصر لازم برای تدوین قانون مدنی در آلمان محقق نشده است، یعنی نه در مورد این مقررات به خوبی از لحاظ علمی و فنی کار شده است و نه خواست عمومی برای تدوین این مقررات به وجود آمده است. (Kutner, 1972: 288)

دل وکیو (Del Vecchio) نیز گفته است: در مورد حقوق جریانی مشابه آنچه در مورد

1. "true law"

زبان وجود دارد، به چشم می‌خورد؛ یعنی همان طور که زبان به طور غریزی به وجود می‌آید و سپس علمای صرف و نحو آن را تحت ضوابط و قواعد قرار می‌دهند، حقوق نیز به همین صورت تکوین می‌یابد و بعدها حقوق‌دانان و قانونگذاران به آن شکل می‌دهند. در ابتدای امر، قواعد حقوقی به صورت وضعی عرضه نمی‌شوند ولی عملاً جنبه اجرایی پیدا می‌کنند و به صورت عرف اعلام وجود می‌کنند. تا آنکه عدم کفایت قواعد عرفی و ضرورت تدوین قواعد توسط مردم احساس می‌شود و در پی آن حقوق‌دانان و قانونگذار وارد عمل می‌شوند. در بدو امر، این عمل در معنای تفسیر و اعلام عرف صورت می‌گیرد و در واقع، قواعد موجود تثبیت و تبیین می‌شوند و بدین صورت، وضع یا تدوین قانون جنبه آگاهانه به خود می‌گیرد. البته تحمیل واقعی و عملی قانون نیز همانند عرف در گرو پشتوانه مردمی یا اعتقاد عمومی و رضایت جمعی است. (دل. وکیو، ۱۳۸۶: ۲۰۱)

اگرچه خواستگاه مکتب تاریخی اندیشه‌های حقوقدان آلمانی بود، اما با نظام کامن لا قرابت و تناسب بیشتری داشت. این مکتب در فرانسه و حتی آلمان اقبال چندانی نیافت اما نفوذ رویکرد فوق در انگلستان و آمریکا قابل انکار نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱: ۱۵۲ - ۱۵۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۶ - ۶۴)

این رویکرد تفسیری اگرچه از این جهت سودمند است که به تحولات اجتماعی توجه کرده و در صدد برقراری توازن میان خواسته‌ها، نیازمندی‌ها و باورهای جامعه است، اما تفسیر را از معنای واقعی آن، که شناخت حقیقت حکم قانونی است، خارج می‌کند و اصولاً متن قانون را به عنوان متغیری وابسته مورد بررسی قرار می‌گیرد اما ضوابطی مشخص برای بررسی متغیر مستقل یا وجدان و روح جامعه در دست نیست. مفسر مجاز خواهد بود که قانون را با آنچه به زعم خود، مقتضای جامعه می‌خواند، مورد تفسیر قرار دهد و از این رو، امکان تفسیر به رأی وجود خواهد داشت و اساساً شأن مفسر از تفسیر و کشف معنای حقیقی قاعده یا حکم قانونی به عدول و عبور از متن قانونی تغییر می‌کند و تفسیر از معنای واقعی خودش خارج می‌شود. (فرج الصده، ۱۹۷۸: ۲۸۰)

ساوینی اگرچه بر پیوند ناگسستنی قانون با حیات اجتماعی هر ملت تأکید داشت و با استناد به روح ملت قصد رهایی از قوانین خارجی مثل کد ناپلئون را داشت، اما در عین حال از حفظ

حقوق روم^۱ نیز حمایت می‌کرد^۲ که این رویکردی تناقض نداشت. (Kutner, 1972: 291) البته شاید حمایت وی ریشه در این باور داشته که این حقوق در مدت زمانی مدید در این کشور حکم‌فرما بوده و به نوعی در وجدان عمومی مردم ریشه افکنده است و البته دقت و اتقان نسبی این نظام حقوقی نیز می‌تواند علت دیگر آن باشد. اما به هر روی، اشتراکات فرهنگی و تاریخی نمی‌تواند کل این اشکال را مرتفع سازد.

مبحث دوم – تفسیر منشأگرا

اولین ظهور اصطلاح «منشأگرایی» در عرصه آکادمیک رشته حقوق به مقاله‌ای از پل بریست^۳ در سال ۱۹۸۰ میلادی باز می‌گردد (Boyce, 1998: 910) البته پیش از آن، عناوین دیگری مانند «قصد اصلی»^۴ در سال ۱۹۳۸ میلادی و «فهم اصلی»^۵ در سال ۱۹۴۹ میلادی برای اشاره به محتوای این نظریه به‌کار رفته بود. (Solum, 2011: 3) کاربرد «قضایی» اصطلاح «منشأگرا»^۶ نیز به سال ۱۹۹۵ میلادی مربوط است که برای نخستین‌بار قاضی اسکالیا (Scalia) در پرونده روبر علیه سیمونز^۷ از آن استفاده نمود و «منشأگرایی» نیز در ابتدا توسط قاضی استیونز (Stevens) در پرونده ون‌آردن علیه پری^۸ در سال ۲۰۰۵ میلادی استعمال گردید. (Solum, 2011: 4)

بنا بر نظریه منشأگرایی^۹، قانون اساسی باید همان‌گونه که در زمان تصویب ادراک شده است، تفسیر گردد. (Boyce, 1998: 910) منشأگرایی معاصر در واقع مشتمل بر مجموعه‌ای از نظریات است که محوریت آن‌ها بر دو ایده بنا نهاده شده است و بر همین اساس، هر رویکردی که از این دو نظر محوری حمایت نماید، منشأگرایی نام می‌گیرد: نخست آنکه، معنای اصلی اصول قانون اساسی در زمان تدوین و تصویب هر یک از آنها تثبیت شده است

۱. تا پیش از تدوین قانون مدنی در آلمان از حقوق روم (قوانین ژوستینین) تبعیت می‌شده است.

۲. گفتنی است که ساوینی کتابی در مورد نظام حقوق رومی به روز یا مدرن دارد. برای اطلاع بیشتر، نک.

Savigny, Friedrich Karl von, System of the Modern Roman Law, translated by: William Holloway, Madras: J. Higginbotham, 1867.

3 Brest, Paul, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", Boston University Law Review, vol. 60, 1980, pp. 204 – 238.

4. Original intent

5. Original Understanding

6. Originalist

7. Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 at 626 (1977)

8. Van Orden v. Perry, 545 U.S. 677 at 729 (2005)

9. The theory of originalism

(اصل تثبیت)^۱ و دوم آنکه، تابعان قانون اساسی از جمله قضات، مقامات رسمی و شهروندان ملزمند که در اعمال قانون اساسی به همان معنای اصلی محدود شوند (اصل محدودیت)^۲. (Solum, 2013: 456)

منشأگراها در اینکه ادراک یا قصد «چه کسی» باید لحاظ گردد اختلاف دارند. پاره‌ای از این نظریه‌پردازان به تفصیل به «معنای اولیه تدوین کنندگان قانون اساسی»^۳ پرداخته‌اند و برخی دیگر صرفاً بر «درک عرفی اولیه»^۴ تأکید نموده‌اند که در ادامه به این نظریات پرداخته می‌شود:

الف - معنای اصلی یا قصد اصلی^۵

برخی از نظریه‌پردازان منشأگرا از جمله «رائول برگر» اعلام داشته‌اند که معنای قانون اساسی را باید در مقاصد ذهنی تدوین کنندگان آن جستجو نمود (Berger, 1977: 401). این مسئله آن چنان مورد استقبال قرار گرفته است که موافقان این رویکرد، «فهم» مزبور را به «قصد اولیه» منتسب نموده‌اند و خود را «قصدگرا»^۶ نامیده‌اند. (Perry, 1994: 44 - (45 نظریه قصد اصلی بخشی از یک نظریه جامع در خصوص زبان و معنای آن می‌باشد که بیان می‌دارد «قصد مؤلف، معنای الفاظ را تعیین می‌نماید». (McGinnis and Rappaport, 2009: 751) «ریچارد کی» نیز در این رابطه استدلال می‌نماید که قضات باید احکام قانون اساسی را متناسب با همان معنایی که توسط تصویب‌کنندگان آن فهم شده است، اعمال نمایند. (Kay, 1988: 230)

این دسته از نظریه‌پردازان، نظریه قصد اصلی را در مقابل نظریه‌های متن‌گرا^۷ می‌دانند. به‌عنوان نمونه، ریچارد کی اظهار می‌دارد که «خوانندگان به هیچ وجه متون را بدون مقاصد انسانی مسلّم یا واقعی آن نمی‌توانند متوجه شوند و الفاظ صرفاً نشانه‌های بی‌معنایی بر روی کاغذ هستند» (Kay, 1988: 230) و بنابراین متن صرفاً طریقی برای ادراک معنایی است که قانون‌گذار مدّ نظر داشته و فاقد موضوعیت می‌باشد.

این رویکرد با چالش‌هایی مواجه می‌باشد از جمله آنکه در صورتی که

1. Fixation Thesis
2. Constraint Principle
3. The original meaning of the Constitution's Framers
4. The original public understanding
5. Original intent or Original meaning
6. Intentionalist
7. Text - oriented theories

تنظیم‌کنندگان متن بیش از یک نفر باشند، تعیین قصد اصلی ایشان با مشکلاتی مواجه می‌گردد. نخستین و مهمترین مشکل آنکه مشخص نیست چگونه می‌توان قصد جمعی گروهی از تنظیم‌کنندگان اصل را تعیین نمود، وقتی که مقاصد فردی هر یک از اعضا ممکن است متفاوت باشد. برخی نیز استدلال کرده‌اند که توافق اکثریت یک مجموعه برای ابراز قصد جمعی کفایت می‌نماید (Kay, 2009: 712) و البته این مسئله امری قابل مناقشه است. چالش دیگر، چگونگی تعیین قصدی است که ورای متن وجود دارد؛ چنانکه بسیاری از قانون‌گذاران علت استناد رأی خود به یک مقرر قانونی را توضیح نمی‌دهند. (McGinnis and Rappaport, 2009: 760)

ب - معنای عرفی اصلی

نظریه «معنای عرفی اصلی»^۱ بر خلاف نظریه قصد اصلی، قانون اساسی را مطابق با آنچه که ممکن است توسط یک گوینده زمان تصویب متن ادراک شود تفسیر می‌نماید که در حال حاضر رویکرد غالب منشأگرایی می‌باشد و اکثر نظریه‌پردازان معتقد به این رویکرد نیز فهم یک خواننده یا گوینده منطقی^۲ را به‌عنوان ملاک پذیرفته‌اند. (McGinnis and Rappaport, 2009: 761)

برخی نیز مانند رابرت بورک، فهم واضعان قانون اساسی را به‌منزله فهم عرفی زمان تصویب قانون تلقی کرده‌اند. (Bork: 1991: 144) به هر ترتیب، اغلب منشأگراها بر این عقیده‌اند که معیار فهم عرفی، نظر افرادی است که تدوین و تصویب بر عهده ایشان قرار گرفته است. (McConnell, 1997: 1278-1279)

بنا بر آنچه آمد، اصل‌گرایان با توجه به قرائت یا مشرب خود که به دنبال معنای اصلی^۳ و یا قصد اصلی^۴ هستند در دو دسته قرار می‌گیرند. دسته نخست از اصل‌گرایان، معنای اصلی عمومی^۵ یا همان معنایی که عموماً از عبارات قانون (در زمان انتشار آن) فهمیده می‌شده است (مفهوم آشکار و متبادر به ذهن عموم) را ملاک تفسیر قرار می‌دهند و دسته دوم، قصد اصلی^۶ تدوین‌کنندگان قانون یا همان قانونگذار را مبنای تفسیر می‌دانند. (Cornell, 2008: 625) دسته اول به مذاکرات تدوین‌کنندگان اعتنای چندانی نشان نمی‌دهند،

1. Original Public Meaning

2. Reasonable reader or author

3. original meaning

4. the theory of original intent

5. Original public meaning ("plain - meaning originalism")

6. original intent ("original - intent originalism")

حال آنکه این مذاکرات از ابرازهای مهم تفسیری دسته دوم به شمار می‌رود. مقدمه قانون نیز در نگاه این دو گروه ارزش یکسانی ندارد: در نگاه دسته نخست، هرگاه عبارات قانون معنای صریح و روشنی داشته باشند، مقدمه محلی از اعراب پیدا نمی‌کند و حتی در صورتی که عبارات معانی مختلفی داشته باشند، مقدمه نمی‌تواند تعیین‌کننده معنای اصلی باشد، اما دسته دوم مقدمه را بیانگر ذهن، غرض و منظور قانونگذار قلمداد کرده و به عنوان جزئی از سیاق متن^۱، برای آن ارزش استنادی برای تبیین معنای عبارات متن قائل بوده و عبارات را در پرتو آن تفسیر می‌کنند. (Cornell, 2008: 631)^۲ برخی از اینان، اصل‌گرایی بدون توجه به آنچه تدوین‌کنندگان و واضعان قانون انتظار داشته‌اند که محاکم در تفاسیر خود در نظر بگیرند را یک اصل‌گرایی تصنعی می‌انگارند. (Posner, 2008: 32)

منشأگرایان در تأیید رویکرد خود به دلایلی استناد می‌کنند که در ادامه به دو مورد از مهم‌ترین آنها می‌پردازیم. اولین استدلال در این رابطه به مفهوم پوزیتیویستی قانون به عنوان فرمان حاکم^۳ مربوط می‌شود؛ بدین ترتیب که قانون اساسی مانند دیگر قوانین، فرمان حاکمی است که از اقتدار مشروع برخوردار می‌باشد. حال از آنجا که حاکم دارای اقتدار وضع قاعده است، این قواعد به گونه‌ای باید تفسیر شوند که حاکم به طور توجیه‌پذیری انتظار تفسیر آنها را داشته است و بنابراین این احکام و قواعد باید همان گونه که در اصل ادراک شده‌اند، مورد تفسیر قرار گیرند. (Boyce, 1998: 925) *یرل مالتز* در این رابطه بیان می‌دارد: «بهترین دفاع از منشأگرایی بر یک اصل بدیهی استوار است: تدوین‌کنندگان قانون اساسی از اقتدار مشروع جهت اخذ تصمیمات سیاسی برخوردارند که می‌توانند تصمیم‌سازان حکومتی را حتی در آینده محدود و ملزم سازند، مگر اینکه توسط فرآیند تصریح شده در خود قانون اساسی لغو شوند.» (Maltz, 1994: 20)

دلیل دیگر منشأگرایان ناظر به نقش مناسب قضات در نظام مردم‌سالار است. این عده بر این باورند که منشأگرایی با اصل نظارت قضایی مبتنی بر قانون اساسی^۴ سازگار می‌باشد.

1. context

۲. برای مطالعه و آگاهی بیشتر از تفاوت عملی دو دسته اصل‌گرایان به یکی از آرای اخیر دیوان عالی ایالات متحده در تفسیر متمم دوم قانون اساسی این کشور (حق داشتن و حمل اسلحه) مراجعه نمایید:

District of Columbia v. Heller, 554 U.S., 128 S. Ct. 2783, 171 L. Ed. 2d 637 (2008).

3. Command of Sovereign

4. Constitutional Judicial Review

توضیح آنکه در نظارت قضایی امکان لغو قوانین مصوب پارلمان به جهت مغایرت با قانون اساسی وجود دارد و لذا چنانچه قضات بتوانند مفاهیم و ارزش‌های مستنبط خود از قانون اساسی را جایگزین قصد تصویب‌کنندگان و معنای اصلی متن قانون اساسی بنمایند، اصل دموکراسی دچار خدشه شده و نظر اکثریت با تهدید مواجه می‌گردد. جنبه عملی این استدلال نیز این است که منشأگرایی «شرّ کمتر»^۱ می‌باشد؛ بدین‌سان که میان منشأگراها اجماعی در خصوص «معنای اصلی»^۲ وجود دارد و این در حالی است که میان غیر منشأگراها^۳ هیچ اجماعی در رابطه با جایگزین معنای اصلی وجود ندارد و همین، نقیصه اصلی و غیر قابل جبران غیر منشأگرایی می‌باشد. (Scalia: 1989: 862-863) در واقع، اگر این مسئله به نظر قضات واگذار گردد نظر و رویه واحدی در کشف اراده اکثریت وجود نخواهد داشت و در واقع این اراده به خواسته و نظر قضات واگذار می‌شود.

گفتار سوم: رویکردهای اجتماعی و غایت‌گرا

صرف نظر از دشواری دستیابی به اراده قانونگذار و البته امکان جانشینی اراده اشخاص تحت عنوان اراده قانونگذار، تمامی شیوه‌های پوزیتیویستی که بر مبنای رعایت اراده قانونگذار استوار شده‌اند، پس از جنگ دوم جهانی رو به افول نهادند. به دنبال جنگ دوم جهانی و با توجه به تجربه حکومت آلمان نازی که فرامین ظالمانه خود را به نام قانون به پیش می‌برد، اعتبار شیوه‌های پوزیتیویستی تا حد زیادی رنگ باخت. (الشریف، ۱۳۹۱: ۳۴۳)

در گفتمان معاصر، قانون‌ابزاری است که قانونگذار برای نیل به اهداف خود و ارتقای برخی ارزش‌ها به خدمت می‌گیرد. بنابراین، قاضی نباید به ظواهر الفاظ قانون اکتفا کند و

1. Lesser Evil
2. Original meaning
3. Non - Originalists

«غیر منشأگرایی» در خصوص نظریاتی مورد استفاده قرار می‌گیرد که از این گزاره حمایت می‌کنند که محتوای قانونی آموزه‌های حقوق اساسی (دکترین حقوق اساسی) در طول زمان تغییر می‌نماید و به عبارت دیگر یک یا هر دو ایده محوری منشأگراها (اصل تثبیت و محدودیت) را رد می‌نماید. در این رابطه حداقل دو نوع غیر منشأگرایی متمایز وجود دارد: الف - «غیر منشأگرایی تفسیری» (Interpretive Nonoriginalism): دیدگاهی که مطابق با آن قانون اساسی در پرتو معنای آشکار فعلی آن تفسیر می‌گردد. ب - «غیر منشأگرایی تأویلی» (Constructive Nonoriginalism): دیدگاهی که مطابق با آن محتوای قانونی دکترین قانون اساسی متناسب با نیازها و برداشت‌های جدید تأویل می‌گردد. (Solum, 2013: 456)

می‌بایست در پس الفاظ، قصد و اراده قانونگذار از وضع قانون را در نظر گرفته و آن را مبنای قضاوت خود قرار دهد. (الشریف، ۱۳۹۱: ۳۴۰) به بیان دیگر، مفسر می‌بایست قانون را به مثابه یک ابزار یا وسیله برای نیل به ارزش‌ها، اهداف و نتایج مورد نظر قانونگذار بنگرد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۳: ۱۱۸ - ۱۱۷) و نه آنکه پابند الفاظ یا معانی مورد نظر قانونگذار یا مخاطب قانون در زمان وضع آن باشد.

در این شیوه، تفسیر با استناد به هدف عینی از وضع قاعده صورت می‌گیرد. این قصد می‌تواند از خود متن استنباط شود؛ مثلاً از عنوان یا مقدمه آن قانون یا فصل مربوطه. همچنین ممکن است این قصد به صورت مقدر یا فرضی استنباط شود. به این شیوه، تفسیر غایی یا هدف‌گرا^۱ می‌گویند. این رویکرد در سنت نظام حقوقی روم نیز سابقه دارد چنانکه در این نظام گفته می‌شده است که فهم قانون به معنای فهمیدن واژه‌ها و عبارات آن نیست بلکه دریافتن قصد و هدف وضع آن است.^۲ البته باید توجه داشت که در این روش منظور یافتن هدف یک موضوع یا قاعده است و نه قصد واضح یا قانونگذار و به عبارت دیگر، در اینجا هدف یک قاعده کشف یا فرض می‌شود و توجه مفسر به خود قاعده یا همان موضوع عینی است و نه خواندن ذهن واضح یا مقنن. به همین منظور ابزارهای کشف این هدف نیز همان طور که اشاره شد عنوان یا فصل مربوطه قانون مورد نظر و یا دلالت‌هایی است که منطقاً و به تعبیر دیگر، از حکیمانه خواندن متن قانون فهمیده می‌شود، یعنی همان چیزی که گفته می‌شود: «قانونگذار حکیم است». به همین صورت، فرض می‌شود که قانونگذار خواسته است که یک حکم قانونی اثری معنادار داشته باشد و نه آنکه معنایی لغو و بی فایده داشته باشد^۳ یعنی همان چیزی که «تفسیر مفید» نامیده می‌شود. این هدف می‌تواند گاهی موجب تفسیر موسع یا مضیق از یک قاعده شود. (Jakab, 2013: 1241)

مبحث اول - تحقیق علمی آزاد

اندیشه بشری محدود است و در مواقعی، گستردگی روابط اجتماعی بر ضوابط پیش‌بینی شده قانونی که محصول اندیشه بشری است سایه می‌افکند. با این حال، شخصی

1. purposive or teleological interpretation (in English); méthode téléologique (in French); objektiv - teleologische Auslegung (in German).

2. Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem

3. argumentum ad absurdum

مانند دادرس که مکلف به تفسیر قانون و حکم بر اساس قانون است نه می‌تواند به استناد اجمال یا ابهام یا سکوت قانون از وظیفه ذاتی خود شانه خالی کند و نه به ورطه استبداد رأی غلطیده و عوامل فردی یا بیرونی وی را به تفسیر رأی وا دارد. بنابراین، مفسر باید از اثر پذیری از عوامل و اموری غیر از واقعیات و حتی آنچه اراده فرضی قانونگذار می‌خوانند، «آزاد» باشد و به طور «علمی» به تحلیل واقعیات و عوامل عینی بپردازد که از نظر علمی قابل اثبات باشد. به همین جهت گفته شده است که مفسر باید به «تحقیق آزاد علمی»^۱ بپردازد.

فرانسوا ژنی^۲ - حقوقدان معروف فرانسوی - پس از بررسی دو مکتب تفسیر تحت‌اللفظی و مکتب تاریخی، راه سومی که به نوعی، تلفیقی از این دو مکتب بود را مطرح ساخت. وی برای دوری از قشری‌گری و تفسیر کورکورانه و تحت‌اللفظی قانون از یک سو، و تفسیر خودسرانه و آزادی عمل بی حد و حصر قضات در تفسیر قوانین از سوی دیگر، راهی میانه برگزید. در دیدگاه وی، در تفسیر می‌بایست به دنبال شناخت اراده واقعی قانونگذار در زمان وضع قانون بود چرا که قانونگذاری عملی آگاهانه و هدفمند است. بنابراین، در این گزاره از یک سو، با رویکرد متن‌گرا یا تفسیر ادبی همراه است و از سوی دیگر، با رویکرد تفسیر تاریخی که اراده احتمالی قانونگذار را مطرح می‌کند، اختلاف دارد. اما اختلاف این مکتب با رویکرد تفسیری متن‌گرا یا تحت‌اللفظی از آنجا شروع می‌شود که به دلیل فقدان نص یا سکوت قانون، اراده واقعی قانونگذار در یک مسئله وجود نداشته باشد. در این صورت، به جای جستجوی اراده فرضی قانونگذار که در رویکرد متن‌گرا مطرح می‌شود، مفسر باید با دنبال کردن روش‌های علمی و تحقیق آزادانه و رجوع به منابع، مبادی و مصادر قانون یعنی، واقعیات‌های عقلی و عینی به حل و فصل موضوع بپردازد. (فرج الصده، ۱۹۷۸: ۲۸۱) در نتیجه، در صورت فقدان نص و در نتیجه عدم وجود اراده واقعی قانونگذار، مفسر نظر خود را به عنوان اراده فرضی و یا احتمالی قانونگذار مطرح نمی‌کند چرا که معتقد به جامعیت بودن قانون و یا اشراف قانونگذار به جمیع امور نیست.

در مکتب تحقیق آزاد علمی ضمن ارج نهادن به قانون به عنوان مظهر اراده قانونگذار،

1. Libre Recherche Scientifique
2. François Géný (1861-1959)

مفسر را مقید و محصور به الفاظ قانونگذار نمی‌داند و از دانش‌های علمی برای تفسیر روشن‌تر و فراگیرتر قواعد حقوقی استفاده می‌شود. (ساکت، ۱۳۸۷: ۴۲۰) به نظر ژنی، تنها در صورتی که قانون روشن و صریح باشد، قضات مقید به اجرای متن قانون هستند و در سایر موارد، باید با توجه به نظام کلی حقوقی و ارزش‌های جامعه و همین‌طور، عوامل اجتماعی و اقتصادی، هر قضیه را بررسی کرده و عادلانه‌ترین راه ممکن را برگزینند. (صانعی، ۱۳۸۹: ۴۴۳) وی می‌گوید: «عالی‌ترین هدف قانونگذاری باید دو امر باشد: عدالت و منفعت یعنی رساندن خیر به عده‌ی بیشتری از مردم. بنابراین، قاضی در مقام تفسیر قانون مأموریتی دوگانه دارد؛ از سویی باید به باطن خویش مراجعه کند تا جوهر و حقیقت عدالت را در یابد و از سویی دیگر، باید با مراجعه به ظواهر اجتماعی در جهت درک قوانین حاکم بر آن‌ها، مبانی انسجام مصالح و منابع آن‌ها بکوشد.» (به نقل از: دیلمی، ۱۳۸۲: ۹۳ - ۹۲)

در نظر پیروان این مکتب، قدرت واقعی از آن خود قانون است و نه کسانی که آن را وضع کرده‌اند. پس از انجام تشریفات قانونی و الزام آور شدن قانون، قانون به خودی خود و صرف نظر از اراده کسانی که آن را تدوین و تصویب کرده‌اند، اعتبار و الزام دارد. مفسر مجبور به اطاعت از قانون است و برای یافتن معنای واقعی آن، همانند سایر دانشمندان آزادانه به تحقیق علمی می‌پردازد و تقیدی به کشف اراده قانونگذار ندارد. ضمن آنکه حقوق به عنوان قواعد حاکم بر روابط اجتماعی می‌بایست با نیازهای زمانه همراه باشد و از این بابت، مفسر می‌بایست تا جایی که امکان دارد متون قانونی را سازگار با شرایط و مقتضیات زمانه تفسیر کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۲۵ - ۵۲۴)

ارلیک - یکی از اندیشمندان علم حقوق - به درستی گفته است که قوانین مانند فرمول‌های ریاضی نیستند که تنها بتوان از آن‌ها به یک نتیجه رسید و قضات این امکان را دارند که از همین رهگذر نیز به احکامی ناعادلانه دست یازند. بنابراین، راه حل در انتخاب قضات شایسته و صلاحیت‌دار نهفته است و هرگاه این اتفاق صورت گیرد، به قضات می‌بایست اختیار داد که با توجه به واقعیات و مقتضیات اجتماعی به صورت ضابطه‌مند به تفسیر قانون بپردازد. (صانعی، ۱۳۸۹: ۴۴۴)

مکتب تحقیق آزاد علمی از بسیاری از ایرادات مکاتب متن‌گرا و تاریخی‌رهایی جسته است. در این مکتب نص قانون و اراده واقعی قانونگذار جایگاهی مستحکم داشته و از این بابت، قانون در جامعه ثبات دارد. اما در جایی که اراده واقعی قانونگذار به دلیل نقص یا

فقدان قانون در میان نباشد، راه استنتاج ضابطه‌مند و اجتهاد در منابع علمی و مصادر قانون مسدود نیست و از آنجا که این منابع و طریق حصول آن‌ها دلبخواهانه نیست و روح کلی حاکم بر قانون باید در نظر گرفته شود (فرج الصده، ۱۹۷۸: ۲۸۲ - ۲۸۱)، راه تفسیر به رأی تا حدودی گرفته می‌شود. با این حال، آزادی عمل قاضی و مآلاً عدم امنیت حقوقی از دلایل عمده مخالفت با این رویکرد بیان شده است. چنانکه گفته شده است که اگر قاضی به پیروی از اراده قانونگذار موظف نباشد و بتواند به اراده‌ی خویش قوانین را بر اساس آنچه خود مصالح اجتماعی می‌خواند، تفسیر کند، این امکان وجود دارد که قانون برخلاف قصد و نظر قانونگذار تفسیر و اجرا شود و این امر با اصل تفکیک قوا مغایرت دارد و سبب می‌شود قوه قضاییه به بهانه رعایت مصالح اجتماعی در کار قوه مقننه دخالت کند. به عبارت دیگر، این مکتب تفسیری باعث می‌شود که «حکومت به دست دادرسان باشد و نه نمایندگان ملت». (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۲۷ - ۵۲۶)

این ایراد در الگوی آمریکایی دادرسی اساسی که تفسیر قانون اساسی به محاکم عمومی دادگستری واگذار شده است تأمل برانگیز خواهد بود، اما در الگوی فرانسوی دادرسی اساسی که همان تفسیر و نظارت بر قانون اساسی از سوی مرجعی خاص و با صلاحیت انحصاری است می‌بایست میان تفسیر محاکم عمومی و تفسیر دادرس اساسی قائل به تفکیک شد. در چنین الگویی، ایراد فوق تنها در مورد تفسیر قضایی محاکم دادگستری از قوانین قابل طرح خواهد بود و نه تفسیر قانون اساسی یا دادرسی اساسی توسط مراجع دادرسی اساسی. پیداست که تفسیر مراجع اخیرالذکر به دلیل مأموریت و صلاحیت اساسی آنها بوده و به منزله دخالت در امور قوا یا بر هم زدن اصل تفکیک قوا تلقی نمی‌گردد.

مبحث دوم - تفسیر عمل‌گرا

یکی از دلایل مخالفت با رویکرد اصل‌گرا آن است که گفته می‌شود در یک نظام مردم‌سالار، نباید مردم امروز فرمان‌بردار حکم مردم دیروز باشند و به ویژه قانون اساسی نباید به عنوان سندی متعلق به دوران گذشته تفسیر شود، بلکه می‌بایست به مثابه سندی زنده در شرایط فعلی جامعه ارزیابی و تفسیر شود. (تروپه، ۱۳۹۰: ۱۳۵) در نظام حقوقی کانادا دکترینی تفسیری به نام دکترین «درخت زنده»^۱ شناخته می‌شود که بر طبق آن گفته

1. For more information see, W Rehnquist, William H., "The Notion of a Living

می‌شود که در تفسیر نباید بر «معنای اصلی» یا اولیه سند متوقف شد بلکه باید تفسیر به صورت پویا و متکامل درآید همان طوری که قانون اساسی مانند درختی زنده است که مطابق شرایط به صورت تدریجی رشد و نمو می‌یابد. پیش فرض این نظریه آن است که در پس متن و نوشته غایتی نهفته است که می‌تواند در ادامه حتی بر خود نوشته فائق آید. (Jakab, 2013: 1242) نظر تفسیری که از سوی مرجع متولی تفسیر رسمی به عمل می‌آید ارزشی برابر با خود موضوع تفسیر می‌یابد، به عبارت دیگر، تفسیر از سوی قانونگذار یا مرجع وضع هنجار صورت نگرفته اما نظر تفسیری اعتباری برابر با خود قاعده دارد. بنابراین، در عمل، این نظر مفسر است که می‌بایست در اجرا لحاظ شود و نه اصل قانون. از اینجاست که برخی گفته‌اند قانونگذار واقعی پارلمان نیست بلکه مفسر قانون (مثلاً یک مرجع عالی مثل دیوان قانون اساسی یا دیوان عالی کشور) است. (تروپه، ۱۳۹۰: ۱۴۰)

چنانچه قانون اساسی را سندی ایستا و پیوسته به دوران گذشته تلقی کنیم با دو ایراد اساسی مواجه خواهیم شد: نخست آنکه، هنجارهای قانون اساسی ممکن است از نظر عملی نتواند پاسخگوی شرایط و مقتضیات کنونی باشد و از سوی دیگر، از نظر فلسفه سیاسی دلیلی برای متابعت مردم از هنجارهای مورد قبول نسل‌های گذشته نخواهد بود؛ زیرا این حق مردم است که بتوانند خود در مورد سرنوشت خویش تصمیم بگیرند. بنابراین، باید قانون اساسی را به عنوان تأسیسی پویا و متکامل دید که با تحولات جامعه و خواست مردم هر دوره همراه است. این عده ادعا می‌کنند که گاه وفاداری به قصد نویسندگان اولیه یا درک آنها از قانون اساسی موجب می‌شود که قانون اساسی بر خلاف اهداف عینی‌اش تفسیر شود. به‌عنوان مثال اگر بر اساس دیدگاه زمان تصویب قانون اساسی آمریکا «برابری» را تفسیر نماییم، این تفسیر منجر به رجحان تفسیر نادرست برابری می‌شود؛ برداشتی که موجب می‌شود زنان و سیاه‌پوستان حقوقی برابر با مردان سیاه‌پوست نداشته باشند، حال آنکه این تفسیر با هدف عینی قانون اساسی سازگار نیست. (مزارعی، ۱۳۹۰: ۵۰ - ۵۳)

این دیدگاه به معنای چشم پوشی از متون قانونی نیست بلکه می‌خواهد مفسر قانون اساسی الفاظ و عبارات آن را در پرتو نیازهای امروز معنا کند و نه در پرتو مفاهیم تاریخی و مربوط به گذشته. مثلاً نظریه تفسیری حقوق‌دانان جنبش حقوق و اقتصاد بر این امر اصرار

دارد که تفسیری باید از قانون اساسی ارائه شود که بهترین نتایج اقتصادی را در پی داشته باشد، هرچند ممکن است متفاوت از قصد مقنن و معنای آشکار عبارات قانون باشد. (Coase, 1961: 11 - 12)

در نظر دورکین، هر موضوعی تنها یک تفسیر درست دارد که آن هم از راه تفسیر خلاقانه^۱ قضات امکان پذیر است. در این نگرش، تفسیر درست و مصاب باید با توجه به اخلاق سیاسی جامعه صورت پذیرد و چون در واقع، این پس زمینه مخصوص به همان جامعه‌ای است که قانون در آن وضع شده است، تفسیر قانون از عهده هرکس بر نمی‌آید؛ چراکه تفسیر ادبی راه به جایی نمی‌برد. بنابراین، تفسیر درست همان تفسیری است که منطبق با نظرات اخلاقی مبنایی آن نظام حقوقی باشد. (Jakab, 2013: 1243)

یکی از مهم‌ترین نحله‌های فکری غیر اصل گرا^۲، مکتب «عمل‌گرایی»^۳ است. چارلز سندرز پیرس^۴ به عنوان پدر مکتب پراگماتیسم یا عمل‌گرایی شناخته می‌شود.^۵ در دیدگاه ویلیام جیمز از نظریه‌پردازان اصلی این دیدگاه فکری، دانش واقعی ثمره توجه به واقعیت‌های عملی و بررسی رخدادهاست و نه آنکه مفاهیم کلی و انتزاعی از پیش ساخته شود و آن گاه با رویکردی استنتاجی در میان واقعیت‌ها به دنبال چیزهایی مشابه با آن بر ساخته‌های کلی و انتزاعی باشیم. (علیزاده، ۱۳۸۷: ۱۴۷)

بنیامین کاردوزو (Benjamin N. Cardozo) از نظریه‌پردازان اصلی پراگماتیسم حقوقی، هدف و غایت اصلی قانون را رفاه جامعه و رفع نیازهای انسانی می‌داند و همین تلقی ابزاری از قانون، اصل راهنمای قضات یا مفسرین قانون خواهد بود. چنانکه در دیدگاه کاردوزو: «هدف و نه منشأ موضوع اصلی است. انتخاب آگاهانه مسیر بدون علم به اینکه [آن] به کجا می‌انجامد، ممکن نیست... اصل نهایی انتخاب برای قضاوت... [انتخاب] آن چیزی است که مناسب با هدف باشد». (Quoted in: Posner, 1990: 1657)

جان دیویی از دیگر کسانی است که بر ضد صورت‌گرایی و اندیشه‌های منطق صوری و

1. constructive (creative) interpretation

2. Non - Originalism

3. Pragmatism

4. Charles Sanders Peirce (1839 - 1914)

۵. ویلیام جیمز (William James)، جان دیویی (John Dewey)، جرج مید (George Mead) و شیلر (F.S.C. Schiller) از دیگر پیشگامان پراگماتیسم معرفی می‌شوند.

استدلال قیاسی در حقوق به پا خاست. به زعم وی، کلی‌گویی‌های پیش‌ساخته اهمیتی نداشته بلکه مسئله اساسی، بررسی نتایج اندیشه حقوقی در جریان امور واقعی است. (علیزاده، ۱۳۸۷: ۱۴۷) در این رویکرد فراتر از نص یا متن سند و سیاق یا چارچوب آن به قصد یا علت حکم توجه می‌شود و حتی ممکن است ملاحظات غیر حقوقی مانند ملاحظات اخلاقی، اجتماعی یا اقتصادی مد نظر قرار گیرد.

جمع‌بندی

دو رویکرد کلی قصدگرایی و معناگرایی را در تفسیر قوانین ازجمله قانون اساسی می‌توان مشاهده کرد. آن دسته که قصدگرایی را دنبال می‌کنند، کشف اراده واقعی، مقدر یا فرضی و نیز احتمالی قانونگذار را وجهه همت خود در تفسیر قرار می‌دهند. دسته دیگر که معناگرایی را فرا روی خود در تفسیر قرار داده‌اند یا منظور قانونگذار را در کلمات و عبارات قانون جستجو می‌کنند و یا قانون را به مثابه چیزی که پس از وضع، موجودیتی مستقل از قانونگذار می‌یابد انگاشته و در پی فهم عمومی و معنای متبادر از قانون نزد افکار مخاطبان قانون می‌گردند. این دسته اخیر نیز یا قانون را متعلق به گذشته می‌دانند و به فهم مخاطبان قانون را در زمان وضع اهمیت می‌دهد و یا با قانون به مثابه موجودی زنده، پویا و متکامل برخورد کرده و آن را با توجه به شرایط کنونی مورد تفسیر قرار می‌دهند.

به نظر می‌رسد قانون به عنوان عملی هدف‌دار نمی‌تواند امری جدا از اراده واضع آن نگریسته شود هرچند که یافتن اراده واضع قانون به دلیل دخالت مراجع متعدد قانونی نمی‌تواند به سادگی صورت پذیرد. از سوی دیگر، حقوق و قانون پدیداری اجتماعی و متعلق به حیات جامعه است و علت بقا و دوام و کارآمدی آن در گرو ارتباط با اصل و خواستگاه آن است. در نتیجه، قانون از یک سو، با اراده قانونگذار در زمان وضع قانون وابستگی دارد و از سوی دیگر، با مردم و جامعه تا زمانی که نسخ یا اصلاح نشده است، پیوستگی دارد و طبعاً در این بازه زمانی بدون تفاوت میان نسل‌ها دارای الزام قانونی نیز می‌باشد. در مجموع، به نظر می‌رسد رویکرد قصدگرا از وجاهت حقوقی بیشتری برخوردار است؛ زیرا فهم مخاطبان قانونی هیچ گاه نمی‌تواند با خود قانون برابر دانسته شود و به دیگر سخن، مخاطب یک حکم نمی‌تواند خود تعیین‌کننده نهایی منظور آن حکم باشد مگر آنکه چنین اختیار و صلاحیتی به وی اعطا شده باشد.

منابع و مأخذ

(۱) فارسی

الف - کتب

۱. ترویج، میشل، فلسفه حقوق، ترجمه مرتضی کلانتریان، نشر آگه، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۲. دل، وکیو، جورجو، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، نشر میزان، چاپ دوم: ۱۳۸۶.
۳. دیلمی، احمد، بایسته‌های تفسیر قوانین؛ با تأکید بر قوانین اساسی و مدنی، انتشارات دانشگاه قم، چاپ اول: ۱۳۸۲.
۴. ساکت، محمدحسین، حقوق شناسی (دییایچه‌ای بر دانش حقوق)، نشر ثالث، چاپ اول: ۱۳۸۷.
۵. الشریف، محمد مهدی، منطق حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول: ۱۳۹۱.
۶. صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۷. صانعی، پرویز، حقوق و اجتماع (رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی)، طرح نو، چاپ دوم: ۱۳۸۹.
۸. علیزاده، عبدالرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق؛ جستاری در نظریه‌های جامعه‌شناسی حقوق و بنیادهای حقوق ایران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۹. فرج‌الصد، عبدالمنعم، اصول القانون، بیروت، دار النهضة العربیة للطباعة و النشر، ۱۹۷۸.
۱۰. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول: ۱۳۷۷.
۱۱. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول: ۱۳۷۷.
۱۲. کاتوزیان، کلیات حقوق: نظریه عمومی، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم: ۱۳۸۷.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۲.
۱۴. کلسن، هانس، نظریه ناب حقوقی، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، نشر سمت، چاپ اول: ۱۳۸۷.
۱۵. مزارعی، غلام‌حسن، تحلیل و مطالعه آرای تفسیری شورای نگهبان در پرتو نظریه‌ها و اصول تفسیر قانون اساسی، رساله دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
۱۶. منتسکیو، شارل لویی، روح القوانين، ترجمه و نگارش علی اکبر معتمدی، انتشارات امیر کبیر، ج ۸: ۱۳۶۸.

ب - مقالات

۱۷. امیدی، جلیل، «قواعد تفسیر قوانین جزائی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۱، ۱۳۷۷.
۱۸. پرلمان، ش.، «قضاوت، قاعده و منطق حقوقی» در: منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، ترجمه حسن حبیبی، اطلاعات، چاپ اول: ۱۳۷۳.
۱۹. کالینوسکی، ژ.، «تفسیر حقوق: قواعد حقوقی و منطقی آن» در: منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، ترجمه حسن حبیبی، اطلاعات، چاپ اول: ۱۳۷۳.
۲۰. نیکوگفتار صفا، حمید رضا، «رویکردهای تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۹، شماره ۲۸، زمستان ۱۳۸۷.

(۲) لاتین

الف - کتب

21. Berger, Raoul, Government by Judiciary: The transformation of the 14th amendment, Liberty Fund, second edition, 1977.
22. Bork, Robert H., The Tempting of America: The political seduction of the law, Touchstone Rockefeller center, USA: New York, 1991.

23. Driedger, Elmer, Construction of Statutes, Toronto: Butterworths, 1983.
24. Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, Translated by: Anders Wedberg, Lawbook Exchange, Ltd., 1945.
25. Maltz, Earl M., Rethinking Constitutional Law. Originalism, Interventionism, and the Politics of Judicial Review, University Press of Kansas, 1994.
26. Perry, Michael J., The constitution in the courts: Law or Politics?, NewYork: Oxford University Press, 1996.
27. Savigny, Friedrich Karl von, System of the Modern Roman Law, translated by: William Holloway, Madras: J. Higginbotham, 1867.
28. Scalia, Antonin, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Princeton University Press, 1997.
29. Simpson, John A. (ed.), The Oxford English Dictionary, Oxford University Press, Second Edition, 1989.

ب - مقالات

30. Allan, T. R. S., "Text, Context, and Constitution: The Common Law as Public Reason", in: Douglas E. Edlin (ed.), Common Law Theory, Cambridge University Press, 2007.
31. Boyce, Bret, "Originalism and the Fourteenth amendment", Wake Forest Law Review, Vol. 33, 1998.
32. Brest, Paul, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", Boston University Law Review, vol. 60, 1980.
33. Cornell, Saul, "Originalism on Trial: The Use and Abuse of History in District of Columbia v. Heller", Ohio State Law Journal, Vol. 69, 2008.
34. Davis, Elliott M., "The Newer Textualism: Justice Alito's Statutory Interpretation", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 30, No. 3, 2007.
35. Easterbrook, Frank H., "The Role of Original Intent in Statutory Construction". Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 11, 1988.
36. Easterbrook, Frank H., "Text, History, and Structure in Statutory Interpretation", Harvard Journal of Law and Public Policy, vol. 17, 1994.
37. Holmes, Oliver Wendell, "The Theory of Legal Interpretation", Harvard Law Review, vol. 12, 1899.
38. Jackson, Vicki C., "Holistic Interpretation: Fitzpatrick v Blitzer and Our Bifurcated Constitution", Stanford Law Review, vol. 53, 2001.
39. Jakab, András, "Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective", German Law Journal, Vol. 14, No. 8, 2013.
40. Kay, Richard S., "Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objectives and Responses", Northwestern University Law Review, vol. 82, 1988.
41. Kay, Richard S., "Original Intention and Public meaning in Constitutional Interpretation", Northwestern University Law Review, vol. 103, no. 2, 2009.
42. Kutner, Luis, "Legal Philosophers: Savigny: German Lawgiver", Marquette Law Review, vol. 55, Issue 2, 1972.
43. Manning, John F., "Textualism as a Nondelegation Doctrine", Columbia Law Review, vol. 97, 1997.
44. McConnell, Michael W., "The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's Moral Reading of the Constitution", Fordham Law Review, vol. 65, issue 4, article 3, 1997.

45. McGinnis, John O. and Rappaport, Michael B., "Original methods originalism: A new theory of Interpretation and the case against Construction", Northwestern University Law Review, Vol. 103, No. 2, 2009.
46. McGreal, Paul E., "A Constitutional Defense of Legislative History", William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 13, Issue 4, 2005.
47. Nourse, Victoria, "A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules", Yale Law Journal, vol. 122, 2012.
48. Posner, Richard A., "What Has Pragmatism to Offer Law?", Southern California Law Review, vol. 63, 1990.
49. Posner, Richard, "In Defense of Looseness: The Supreme Court and Gun Control", The New Republic, 27 August 2008. Available at: http://www.newrepublic.com/article/books/defense_looseness
50. Rehnquist, William H., "The Notion of a Living Constitution", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 29, no. 2, 2006.
51. Rosenfeld, Michel, "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrast", International Journal of Constitutional Law, Vol. 2, No. 4, 2004.
52. Rückert, Joachim, "Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law", Juridica International, vol. 11, 2006.
53. Scalia, Antonin, "Judicial Adherence to the Text of Our Basic Law: A Theory of Constitutional Interpretation", Remarks at the Catholic University of America (Oct. 18, 1996), available at: <http://www.proconservative.net/pcvol5is225scaliatheoryconstlinterpretation.shtml>
54. Scalia, Antonin, "Originalism: The Lesser Evil", University of Cincinnati Law Review, vol. 57, 1989.
55. Solum, Lawrence B., "Legal Theory Lexicon 071: The New Originalism", Georgetown University Law Center, 2013, pp. 1 - 4.
56. Solum, Lawrence B., "Originalism and Constitutional Construction", Fordham Law Review, Volume 82, Issue 2, Article 5, 2013, pp. 453 - 537.
57. Solum, Lawrence B., "What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory", Georgetown University Law Center, 2011.
58. Treanor, William Michael, "Against Textualism", Northwestern University Law Review, Vol. 103, No. 2, 2009.
59. Tushnet, Mark, "The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism", in: Jeffrey Goldsworthy (ed.), Interpreting Constitutions: A Comparative Study, 2006.

ج - رویہ قضایی

60. BVerfG, Church Building Tax, Judgment of the First Senate of 14 December 1965, 1BvR 413/60.
61. District of Columbia v. Heller, 554 U.S., 128 S. Ct. 2783, 171 L. Ed. 2d 637 (2008).
62. England and Wales High Court (Exchequer Court), Heydon's Case, 1584, Decision, 76 ER 637.
63. U.S. Supreme Court, K Mart Corp. v. Cartier, Inc., 486 U.S. 281 (1988).

امام خمینی (ره):

و از شورای محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و
چه در نسل های آینده که با کمال دقت و قدرت و طایف اسلامی و ملی خود
را ایفا و تحت تاثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و
قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه ای جلوگیری نمایند.

(صحیفه امام ج ۲۱، ص ۴۲۲)



مرکز تحقیقات شورای نگهبان

آدرس: تهران، خیابان شهید سپهبد
قرنی، کوچه خسرو، پلاک ۱۲
صندوق پستی: ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵
تلفکس: ۰۲۱ - ۸۸۳۲۵۰۴۵
info@shora-rc.ir
www.shora-rc.ir