

معارف اسلامی و حقوق سال نهم، شماره دوم- پائیز و زمستان ۱۳۸۷، صص ۲۴۳-۱۹۳

رویکردهای تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا

حمیدرضا نیکوگفتار صفا *

تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۰۹/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۱۱/۱۷

چکیده

تفسیر قانون اساسی اگرچه از نظریه کلی تفسیر قانون مستثنا نیست اما به دلیل همسنگی با متن قانون اساسی و همبستگی با مسائل سیاسی، اجتماعی از پویایی و برجستگی خاصی برخوردار است. همین ویژگی‌ها موجب شده است، از یک طرف در نظام‌های سیاسی گوناگون مراجع متنوعی برای آن در نظر گرفته شود و از طرف دیگر دو نظام حقوقی مطرح جهان روش‌های گوناگونی را برای توصیف و طبقه‌بندی رویکردهای تفسیری این حوزه پیشنهاد نمایند؛ مکاتب تفسیری نظام حقوقی «رمی- ژرمنی»- مبتنی بر سیر علمی- تاریخی تحول تفسیر قانون مدنی در فرانسه- عبارت‌اند از: مکتب تحت اللفظی، مکتب تاریخی و مکتب علمی آزاد؛ و رویکردهای تفسیری نظام «کامن‌لا»- مبتنی بر تجربه عملی و مطالعات فلسفی و زبانی- عبارت‌اند از: متن‌گرایی، اصل‌گرایی و عمل‌گرایی.

اگرچه به دلیل نحوه انتخاب اعضا دیوان عالی ایالات متحده مرجعی سیاسی- قضایی محسوب می‌شود و شورای نگهبان جمهوری اسلامی ایران مرجعی قانونی با گرایشات فقهی و حقوقی است، اما هر دو از رویکردهای مختلف تفسیری بهره می‌گیرند و ادبیات تفسیری نظام «کامن‌لا» بهتر از مکاتب تفسیری مطرح در نظام حقوق نوشته می‌تواند رویکردهای هر دو مرجع را توصیف کند.

واژگان کلیدی

متن‌گرایی، اصل‌گرایی، عمل‌گرایی، دیوان عالی ایالات متحده، شورای نگهبان

مقدمه

در سیر تکوین تمدن بشری، منابع محدود و خواسته‌های نامحدود، زندگی اجتماعی انسان را به صحنه دائمی اختلافات مبدل ساخته و موجب شده‌است، قانون به عنوان تنها راه حل پایدار منازعات و بنیادی‌ترین مؤلفه نظم جوامع شناخته شود. اما افق محدود اندیشه مقنن و تحولات مستمر اجتماعی مسائلی را پدید می‌آورد که به سبب اجمال یا سکوت متن، پاسخ آن‌ها را نمی‌توان در قانون یافت. در چنین مواقعی است که مجریان قانون برای رهایی از ابهام، نیازمند تفسیر قانون هستند.

قانون اساسی نیز از این قاعده مستثنی نیست. اما تحول و تعدد مسائل و سلیقه‌های مربوط به نحوه توزیع قدرت سیاسی میان ارکان دولت و هم‌چنین رابطه دولت با شهروندان که موضوع اصلی قانون اساسی است؛ و از طرف دیگر کلیت و محدود بودن اصول قانون اساسی، زمینه مناسبی برای بروز مناقشات هر روزه فراهم می‌آورد که ممکن است به دلیل دشواری راهکارهای بازنگری در قانون اساسی به بن‌بست سیاسی منجر شود و حیات نظام سیاسی را به خطر اندازد. اهمیت این نکات به حدی است که حتی برخی از صاحب‌نظران را به سوی تفکیک تفسیر قانون در دو حوزه قوانین عادی و قانون اساسی سوق داده است. (Stack, 2004, p58) همین امر است که ضرورت و اهمیت مطالعه روش تفسیر آن را نسبت به تفسیر قوانین عادی که به حوزه‌های جزئی‌تر حقوق می‌پردازند، صدچندان می‌کند.

شایان ذکر است در ادبیات تفسیر، معمولاً مکتب یا رویکرد که در لاتین مترادف (Approach) است، به دیدگاه‌های کلان نظر دارد و لفظ «روش» یا (Method) به روش‌های جزئی‌تری که از دیدگاه‌های کلان منتج می‌شود، اطلاق می‌گردد.

هرچند ادبیات تفسیر قانون در دو نظام برجسته حقوق جهان، شباهت‌های فراوانی به یکدیگر دارند، اما وجوه تمایز روشنی نیز میان آن دو مشاهده می‌شود. نظام سیاسی کشور فرانسه، به عنوان محور نظام حقوقی «رمی، ژرمینی»، برای حل و فصل اختلافات در حوزه حقوق اساسی و تفسیر قانون اساسی، «شورای قانون اساسی فرانسه» را پیش‌بینی کرده است؛ اما این شورا بیش از آن که از وجاهت

حقوقی برخوردار باشد، به عنوان یک نهاد سیاسی شناخته می‌شود. همین موضوع سبب شده است که مبحث تفسیر قانون در این نظام بیشتر به حوزه قوانین عادی معطوف شود و دغدغه‌های مربوط به حقوق اساسی کمتر مورد توجه قرار گیرد. بالعکس، ادبیات تفسیر قانون در حقوق «کامن‌لا» بر مبنای تفسیر قانون اساسی و با پیشگامی ایالات متحده پایه‌ریزی شده است؛ چراکه انگلستان به عنوان مهد حقوق «کامن‌لا»، خود از قانون اساسی مدون بی بهره است و آمریکا با وجود عدم پیروی از نظام حقوق مدون، اولین کشوری است که اقدام به تأسیس قانون اساسی مدون نموده و در حوزه‌های دیگر حقوق از سنت حقوق نانوشته پیروی می‌کند.

حساسیت‌های ویژه نظام سیاسی ایالات متحده مانند ایجاد نظام فدرالی که به ویژه در اوایل تأسیس به شدت در معرض خطر تجزیه‌طلبی قرار داشته است، موجب شده تا تشریفات بسیار سختی برای تغییر و اصلاح قانون اساسی پیش‌بینی شود. در نتیجه برای حفظ و روزآمد کردن یک نظام سیاسی مبتنی بر متنی با قدمت بیش از ۲۰۰ سال، ساز و کارهای متنوع تفسیری به نحو چشم‌گیری مورد مطالعه قرار گرفته‌اند و دیوان عالی ایالات متحده به قدرتی بلامنازع در این عرصه مبدل گشته است. به همین سبب ادبیات تفسیر قانون اساسی در حقوق «کامن‌لا» بسیار پویاتر و فربه‌تر از نظام حقوق «رومی ژرمنی» است.

ادبیات موجود تفسیر قانون اساسی در ایران، بیشتر تحت تأثیر مکاتب تفسیر قانون مدنی مطرح در نظام حقوقی «رمی - ژرمنی» است؛ از این‌رو در بخش اول به بررسی این مکاتب و سپس به تبیین رویکردهای ویژه تفسیر قانون اساسی در نظام حقوقی «کامن‌لا» می‌پردازیم و در بخش دوم به دلیل این‌که مراجع مفسر در ایران و آمریکا علی‌رغم بهره‌گیری از قانون اساسی مدون از دو نظم حقوقی کاملاً متفاوت - رومی، ژرمنی و کامن‌لا - پیروی می‌کنند و مطالعه تطبیقی شیوه‌های تفسیری ایشان به صورت خرد مناسب به نظر نمی‌رسد؛ متناسب با مباحث پیش از آن به مطالعه رویکردهای کلان تفسیری ایشان خواهیم پرداخت.

۱. رویکردهای تفسیر قانون اساسی

۱-۱. مکاتب تفسیری نظام حقوقی رمی - ژرمنی

همان‌طور که بیان شد، آن‌چه تاکنون در مورد مکاتب تفسیری در نظام حقوقی «رمی، ژرمنی» گفته شده است، عمدتاً در مورد قانون مدنی و به تعبیر دیگر حقوق خصوصی بوده است نه حقوق اساسی، اما طرح این مکاتب در این نوشتار که روش تفسیر قانون اساسی را مورد مطالعه قرار می‌دهد، به دلیل آن است که امکان طرح چنین استدلال‌هایی در حوزه حقوق اساسی نیز وجود دارد. عقب‌ماندگی حقوق یا نامتناسب بودن آن با شرایط اجتماعی - اقتصادی امری نیست که فقط به حقوق مدنی اختصاص داشته باشد و مسأله تبعیت محض از اراده مقنن یا واگذاری حق تفسیر قانون بر اساس برخی مصالح اجتماعی، در حقوق اساسی نیز قابل طرح است. به همین خاطر استدلال‌های موافقین و مخالفین مکاتب فوق را به شکلی عام مطرح نموده و به نقد و بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

در طلوع این گفتار باید به دو گرایش عمده در میان حقوق دانان اشاره کرد. نخست، گرایش کشف اراده مقنن که از ابتدا به عنوان گرایش غالب در تاریخ حقوق مطرح بوده است؛ زیرا با پیشرفت و تکامل جوامع و نیاز بیش از پیش به نظم، قانون به عنوان راه حل مسأله تضاد منافع و تجاوز به حقوق دیگران، مورد پذیرش قرار گرفت و اراده قانون‌گذار مظهر اراده مردم و بیانگر ارزش‌ها و عرف‌های حاکم بر روابط افراد شناخته شد. ضمن آن‌که در تمامی حکومت‌های مذهبی، قانون، مظهر اراده الهی است؛ از این‌رو پی‌بردن به اراده قانون‌گذار در نظام‌های مذهبی از اهمیت بالاتر و والاتری برخوردار است. چنین تمایلی در نظام حقوق نوشته در «مکتب تفسیر تحت اللفظی» متجلی شده است (دوپاکیه، ۱۳۳۲، ص ۲۷۱).

دوم، مکاتبی که بیشتر به ثمرات و نتایج اجرای قانون می‌اندیشند تا کیفیت آن. از نظر اینان رسالت قانون، حفظ حقوق مردم است و باید زمینه مناسب حرکت‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی را فراهم کند. قانون را نباید مقید به اراده قانون‌گذار نمود و در کل، این قانون است که از طریق تفسیر پویا باید خود را با مقتضیات زمان همگام سازد و گرنه واقعیات عینی و تحولات خارجی، خود را مقید

به قانون نخواهند کرد (مدنی، ۱۳۷۳، ج ۴، ص ۲۳۲) و اگر همراهی و همگامی قانون با نیازهای جامعه از طریق تفسیر آزاد صورت نپذیرد، قانون مانند بندی گران بر پای جامعه سنگینی خواهد نمود و توان حرکت و تکامل را از وی سلب خواهد کرد. چنین اندیشه‌ای در قالب دو مکتب معروف در غرب تجلی کرده است: نخست «مکتب تاریخی» و دیگری «مکتب آزاد علمی» که در این‌جا به شرح آنان می‌پردازیم.

۱.۱.۱. مکتب تفسیر تحت اللفظی

معمولاً پیدایش این مکتب را به فرانسه قرن نوزدهم منتسب می‌کنند، حال آن که این دیدگاه ریشه در تاریخ حقوق دارد و فقط در فرانسه تشخص بیشتری یافته است. هنگامی که حقوق‌دانان فرانسوی توان هستند با تلاشی عظیم تمامی قوانین، عرف‌ها، سنت‌ها و احکام قضایی فرانسه را در قالبی جدید و با اسلوبی متقن و دقتی قابل توجه به شکل مجموعه قوانین ناپلئون (کد ناپلئون) در سال ۱۸۰۴م. به ملت فرانسه عرضه کنند، این تصور در میان حقوق‌دانان فرانسوی به وجود آمد که قانون ناپلئون به تنهایی پاسخگوی تمامی سؤالات و مشکلات حقوقی خواهد بود و وظیفه مفسر قانون، آن است که برای درک مراد قانون‌گذار قدم به قدم با استمداد از تفسیر لفظی یا منطقی، جلو برود (مدنی، ۱۳۷۰، ص ۱۹۳)

مکتب تحت‌اللفظی مبتنی بر این فرض است که به هنگام وضع قانون، قانون‌گذار به همه مسائل احاطه داشته و همه چیز را در حوزه قانون پیش‌بینی کرده است، بنابراین اگر کلمات و عبارات مقصود مقنن را صریحاً بیان نکند، دادگاه‌ها و اساتید حقوق باید با دقت در الفاظ و کلمات قانون، اندیشه و فکر مقنن را کشف کنند. در تمام قرن نوزدهم این شیوه تفسیر در کشورهای اروپایی رواج داشت و چون با قوانینی که از غرب گرفته شده بود هماهنگی داشت، در بین حقوق‌دانان ایرانی هم گسترش یافت. (مدنی، ۱۳۷۲، ص ۲۳)

بنابراین می‌توان گفت مکتب فوق در مجموع به اصول زیر متکی است:

۱- قانون‌گذار در مقام وضع قانون به تمامی جوانب مسائل توجه داشته و یا حداقل فرض بر این است که به مسائل و مشکلات احاطه داشته است، بنابراین قوانین موضوعه توانایی حل تمامی مسائل را دارند و مفسر باید قبل از هرچیز به نص رجوع کند، هرچند نتایج ظالمانه‌ای نیز در بر داشته باشد (قشقای، ۱۳۷۸، ص ۴۸)

۲- قدرت نهایی در هر جامعه از آن قانون‌گذار است. بنابراین مجریان قانون که به تبع، مفسر آن نیز هستند باید تابع اراده‌ی مقنن بوده و به دنبال کشف آن باشند و هرگاه قانون حکم صریحی ندارد باید به ترتیب از مفاد و معانی مواد موجود یا اعمال مقدماتی مانند پیش‌نویس قانون و سپس از منابع تاریخی که مقنن از آن‌ها در قانون‌گذاری سود جسته است، اراده‌ی قانون‌گذار را به دست آورند (علی، ۱۳۹۱، ق.، ص ۲۳۰)

۳- در مقام کشف اراده‌ی مقنن باید به دنبال اراده‌ی وی در هنگام صدور قانون بود نه هنگام اجرای قانون، و اگر اراده‌ی قانون‌گذار متضمن حل مسائل و مشکلات پیش‌آمده نباشد یا کشف اراده‌ی وی در آن مورد، مشکل و غیرممکن باشد باید به اراده‌ی فرضی قانون‌گذار پناه برد، که مراد از آن، اراده‌ی قانون‌گذار در زمان تشریع قانون و با توجه به شرایط اجتماعی آن زمان است نه شرایط زمان اجرای قانون (تناغو، ۱۹۸۶م.، ص ۷۵۱)

مکتب مذکور در مقام کشف اراده‌ی مقنن از روش‌هایی مانند دلالت‌اشاره، مفهوم مخالف یا قیاس سود می‌برد که به‌طور متفرقه در کتب حقوقی مسطور است (منصور، ۱۹۹۵م.، صص ۲۵۶-۲۵۵)، هرچند مکتب تفسیر تحت‌اللفظی، اقتدار گذشته‌ی خود را از دست داده ولی روش‌های مذکور هنوز مورد تبعیت است. مکتب «کاشفیت حق» یا «ادراک حق» نیز نام‌هایی است که برای این مکتب برگزیده‌اند (نجومیان، ۱۳۴۸، ص ۲۸)

در نقد این دیدگاه به‌نظر می‌رسد:

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.

اما از سوی دیگر همین خصیصه تقید بیش از حد به نصوص قانونی، مشکلاتی را به وجود آورده و انتقاداتی را علیه این مکتب برانگیخته است. شاید مهم‌ترین انتقادی که متوجه این مکتب شده و از طرف نویسندگان بسیاری با عبارات مشابه به آن پرداخته شده است،^۱ عقب‌ماندگی حقوقی است. منتقدین معتقدند که این مکتب با اصرار بیش از حد خود بر کشف اراده قانون‌گذار، تمامی ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی امروز بشر را نادیده می‌گیرد. در حالی که حقوق، قانون زندگی است و باید همگام با آن باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۵۲۳)

نقد دیگر اینکه، حقوق‌دانان پیرو این مکتب در مواردی که قصد مقنن از وضع ماده‌ای مبهم است یا موضوعی بدون حکم باقی مانده و مقدمات تهیه قانون نیز کمکی به ما نمی‌کند، نظر خود را به عنوان نظر قانون‌گذار یا مدون قانون اساسی مطرح می‌کنند؛ زیرا صورت مجلسی که از مذاکرات تهیه می‌شود حاوی تمام نظرهای موافق و مخالف است و به دشواری می‌توان از بین آن‌ها نظر قانون‌گذار را به گونه‌ای کامل و صریح استنباط کرد؛ بنابراین هر مفسر برای اثبات نظر خود، به بخشی از مذاکره‌ها که برای تأیید آن عقیده مفید است استناد و در زیر سرپوش اراده مقنن نظر خود را اعمال می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۲۲۶)

به علاوه در مواردی ممکن است اراده مقنن به هیچ وجه قابل دسترسی نباشد- مانند آن‌که به طور کلی صورت مجلسی وجود نداشته باشد- پیروان مکتب تفسیر تحت‌اللفظی در پاسخ به این اشکال، اراده فرضی قانون‌گذار را مطرح کرده‌اند، یعنی اگر مسأله فعلی در زمان تدوین قانون به مقنن عرضه می‌شد چه پاسخی می‌داد. در برابر این پاسخ، منتقدین مدعی هستند که هر قانون‌گذار در

چهارچوبی محدود و نسبت به پدیده‌های خاص دست به قانون‌گذاری می‌زند و نسبت به وقایع آینده نظری ندارد و خلق مفهومی چون «اراده فرضی» و نسبت دادن آن به مقنن درست نیست (الصد، بی‌تا، ص ۲۸۰)

برخی نیز گفته‌اند، استفاده از روش‌های تفسیری این مکتب در تمامی موارد نقص و خلأ قانون امکان‌پذیر نیست؛ چون استمداد از قوانین منطق و قواعد لفظی به شرایط خاصی محدود است، مثلاً در قیاس لازم است حکم منصوصی وجود داشته باشد تا موارد دیگر را بر آن قیاس کنیم، در حالی که گاهی حکمی که مقیس علیه واقع شود، وجود ندارد یا استفاده از مفهوم مخالف نیز همه جا کارایی ندارد، چه بسا عبارت قانون در مقام تمثیل باشد نه در مقام حصر و استثنا؛ در نتیجه مفهوم گرفتن از قانون در چنین مواردی درست نیست. (احمد، ۱۹۸۲م، ص ۱۸۰)

اشکال اخیر کاملاً وارد نیست، چون عدم کارایی یک روش در برخی موارد نمی‌تواند موجب بی‌اعتباری مطلق آن شود، و این روش‌ها در موارد بسیاری موجب تبیین اراده مقنن است. اصولاً تنوع روش‌های به کار گرفته شده در این مکتب نشان‌گر آن است که روش‌های فوق هر یک در موارد و زمینه‌های خاص کاربرد دارد. (تناغو، ۱۹۸۶م، ص ۷۵۲)

در نهایت باید گفت که فرض کامل بودن قانون و اصرار بر امکان یافتن اراده مقنن در هر مسأله نادرست است، ولی چنین چیزی لطمه‌ای به لزوم تبعیت از اراده مقنن در مواردی که می‌توان به آن دست یافت، نمی‌زند.

۲.۱.۱. مکتب تاریخی

اصرار بیش از حد مکتب تفسیر تحت‌اللفظی بر تفسیر قانون در چهارچوب اراده مقنن به هنگام وضع قانون و ناتوانی این مکتب از حل مسائل ناشی از تحول جوامع، موجب پیدایش گرایشاتی در میان اندیشمندان شد که هدف تفسیر را پاسخ به نیازهای زندگی اجتماعی و شرایط متحول آن قرار داد؛ «مکتب تاریخی» طلایه‌دار این گرایش بود.

این مکتب در اوایل قرن نوزدهم، در آلمان، توسط «ساوینی» و «فیخته» و اساساً در مقام رد عقاید مکتب حقوق فطری به وجود آمد (دیاس، ۱۹۸۶م، ص ۱۲۷)؛ و اگرچه در فرانسه پیروان زیادی نداشت، ولی در انگلستان و آمریکا که حقوق کامن‌لا حاکم است، رونق بیشتری یافت. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۹۷) از نظر این مکتب، منبع حقوق نه اراده قانون‌گذار بلکه روح ملی است، وظیفه علم حقوق نیز شناسایی و شناساندن قواعد حقوقی است که در طی سه مرحله به وجود می‌آیند:

نخست، تشکیل عرف که بیان‌گر روح ملی است، به این معنا که یک ملت در طول حیات مستمر خویش و در اثر چالش‌های مداوم و بر اساس عدل و انصاف به قواعدی پای‌بند و دل‌بسته شده است و به آن‌ها عمل می‌کند؛ علمای حقوق به بیان فنی همان قواعد پرداخته و با دکترین و رویه قضایی به تکمیل و تحریر آن می‌پردازند و پس از آن، قانون‌گذار به شکل رسمی به اعلام همان قواعدی که دو مرحله نخست را گذرانده‌اند، اقدام می‌کند؛ قانون‌گذاری چیزی بیش از بیان روح ملی نیست و ارزش آن هم تابع همین است که چقدر توانسته منعکس‌کننده این روح باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۹۹)

از نظر این مکتب، قانون به مجرد وضع از اراده واضع جدا شده و به حیاتی مستقل ادامه می‌دهد و لذا مفسر در مقام تفسیر قانون از یک سو باید به تاریخ و گذشته قانون توجه کند تا کشف کند هدف مقنن از وضع قانون چه بوده است و از سوی دیگر با توجه به مقتضیات زمان و مصالح اجتماعی اراده اجتماعی مقنن را دریابد؛ یعنی بیاید که اگر مقنن در شرایط فعلی قرار می‌گرفت قانون را چگونه تصویب می‌کرد. برخلاف مکتب تفسیر تحت‌اللفظی که به دنبال اراده مقنن در زمان تصویب قانون بود، این مکتب به دنبال اراده مقنن در زمان تفسیر قانون است. این مکتب در تفسیر خود، قانون را همراه با نیازهای زمان متحول می‌کند و لذا هر قدر هم از عمر قانون بگذرد و هر شرایطی پیش بیاید، باز قانون قابلیت اجرایی خویش

را از دست نخواهد داد. (ابواللیل و اللفی، ۱۹۸۶م، ص ۱۵۲؛ احمد، ۱۹۸۲م، ص ۱۷۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۹۷)

پیدایش نهضت قانون آزاد در ابتدای قرن بیستم در آلمان به گسترش این مکتب کمک کرد. طرفداران این جنبش معتقد بودند، مفسر قانون نه بر وفق اراده مقنن که غالباً نامشخص و خیالی است، بلکه باید بر اساس مفاهیم قانونی، اخلاقی و اجتماعی حاکم بر زمان و برای مصلحت اجتماعی دست به تفسیر قانون بزند. (دوپاکیه، ۱۳۳۲، ص ۲۸۵)

مبانی و اصول این مکتب به جای خود باید مورد نقد و بررسی قرار گیرد و ما در اینجا تنها، دیدگاه این مکتب نسبت به تفسیر قانون را مورد نقد قرار می‌دهیم. مفسر با چنین روشی پا را از محدوده وظیفه خویش فراتر نهاده و به جرح و تعدیل نصوص و خلق قواعد جدید دست خواهد زد. اعطای صلاحیت گسترده در تفسیر قانون به مفسر، ثبات و استقرار قانون را به هم خواهد زد.

از لحاظ مبانی، مکتب تاریخی پاسخی بود به مکتب حقوق فطری و از لحاظ روش عملی عکس‌العملی بود در مقابل تقدیس قانون. چنان‌که در بررسی مکتب تحت‌اللفظی اشاره شد، کامل پنداشتن قانون نادرست است، خصوصاً در قوانین عرفی که بهادادن بیش از حد به قانون‌گذار به معنای تسلیم‌شدن به محدودیت‌های فکری او و صواب پنداشتن خطاهای او است. اما اعطای قدرت تفسیر موسّع، چاره‌اندیشی یا مصلحت‌سنجی به مفسر نیز صحیح نیست، چرا که ممکن است مرز میان تفسیر و تقنین از میان برود.

تفسیر قانون با در نظر گرفتن جمیع جهات بلااشکال است ولی اگر تفسیر قانون بخواهد به مرحله‌ای برسد که موجب دخل و تصرف در قانون و بی‌اعتنایی به مراد مقنن و مصلحت‌اندیشی در جهت حل معضلات اجتماعی باشد، در واقع خود نوعی تقنین است و چنین اموری را باید به اصلاح قانون یا بازنگری در قانون اساسی وا گذاشت.

۱-۳-۱. مکتب تحقیق علمی آزاد

در شرح و تبیین این مکتب تفسیری تا اندازه‌ای میان حقوق‌دانان ایرانی و نویسندگان و حقوق‌دانان عرب زبان اختلاف وجود دارد؛ چون از طرفی نویسندگان ایرانی بسیار مختصر از آن یاد کرده‌اند و از طرف دیگر، برخی از مطالبی که به این مکتب نسبت داده‌اند در واقع همان نظریات مکتب تاریخی است نه عقاید «ژنی» مؤسس این مکتب.

«فرانسوا ژنی» حقوق‌دان معروف فرانسوی (۱۸۶۱م-۱۹۵۹م) پس از بررسی دو مکتب تفسیر تحت‌اللفظی و مکتب تاریخی و پی بردن به محاسن و معایب هر دو نظر، راه سومی را جهت تفسیر قانون مطرح نمود که در واقع تلفیقی از هر دو مکتب و یا تفصیلی میان دو نظر بود.

اساس نظریات وی مبتنی بر این است که بی‌اعتنایی به نصوص قانونی جایز نیست و تفسیر باید بر مبنای اراده حقیقی مقنن صورت گیرد؛ از این رو دخالت دادن شرایط اجتماعی یا پیش‌داوری‌های ذهنی در تفسیر نادرست است؛ وی از این جهت با مکتب تفسیر تحت‌اللفظی همراه است.^۲ اما مانند مکتب تاریخی کامل بودن قانون را انکار می‌کند و معتقد به تعدد مصادر و منابع حقوقی است.

هرچند ژنی در تبعیت از اراده حقیقی با مکتب تفسیر تحت‌اللفظی همگام است، ولی در قبول اراده فرضی با آنان وحدت نظر ندارد، هم‌چنان که اراده احتمالی از جانب مکتب تاریخی را نمی‌پذیرد، زیرا وی معتقد است: در هر مسأله، یا نصی وجود دارد یا ندارد؛ در حالت نخست، تنها وظیفه ما یافتن اراده حقیقی مقنن است و در حالت دوم، می‌توان به منابع دیگری چون عرف رجوع نمود و در صورت فقدان چنین منبعی، دادرس باید با تحقیق و جستجوی آزاد علمی به دنبال یافتن حکم مسأله باشد. (ابواللیل و الالفی، ۱۹۸۶م، ص ۱۵۳)

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه در برخی از آثار حقوق‌دانان ایرانی، اغلب به مکتب تاریخی اشاره نمی‌شود، خلطی میان مکتب تاریخی و مکتب تحقیق علمی آزاد رخ داده و تفکیکی میان حالت وجود نص و فقدان نص، در این دیدگاه، نشده است.^۳

در نهایت، ژنی در صورت فقدان نص، مفسر را موظف می‌داند تا روشی را در پیش بگیرد که وی آن را تفسیر «علمی آزاد» نامیده است؛ این تفسیر «آزاد» نامیده شده، زیرا قاضی در خلال تفسیر، تابع هیچ مقام قانون‌گذاری نیست و «علمی» نامیده شده، زیرا قاضی از افکار و تصوّرات خود دست شسته و بر اساس حقایق خارجی که به شکل علمی به دست می‌آید حکم خواهد نمود. از نظر ژنی از آن جا که قانون‌گذاری عملی ارادی و هدف‌دار است باید به دنبال هدف قانون بود و هدف قانون از نظر وی ترکیبی است از عدالت و منفعت.

وی قاضی را موظف می‌داند تا برای یافتن حکم، از یک سو به عقل و وجدان و از سوی دیگر به پدیده‌های اجتماعی توجه کند. از نظر وی عقل و وجدان یابنده روح و جوهر عدالت هستند و علم به علم تجربی منحصر نیست، بلکه هر معرفت منطقی روش‌مند را شامل می‌شود چه معرفت تجربی باشد، چه معرفت عقلی. وی در بررسی پدیده‌های اجتماعی، قاضی را به طبیعت اشیا و امور ارجاع می‌دهد و معتقد است روابط اجتماعی، خود بر قواعدی که باید بر آن‌ها حکومت کنند، دلالت می‌کنند؛ وی از چنین قوانینی به «قانون ذاتی» تعبیر می‌کند.

برخی از اشکالات وارد شده به این مکتب همان اشکالاتی است که نسبت به مکتب تاریخی مطرح شده است، مانند این که، چنین روشی موجب بی‌ثباتی قانون می‌شود، زیرا اعطای آزادی به قاضی منجر به اختلاف آرا خواهد شد و یا آن‌که مفسر به جای مقنن قرار خواهد گرفت. (مدنی، ۱۳۷۲، ص ۲۷)

حال آن که چنین اشکالاتی، ناشی از این دیدگاه است که ژنی به طور مطلق قاضی را مجاز به تفسیر قانون بر وفق مصلحت اندیشی های خود می داند ولی همچنان که سابقاً نیز متذکر شدیم، ژنی فقط در مقام سکوت قانون چنین تفسیری را مجاز می داند و در صورت وجود نص، سخت پای بند به مراد مقنن است. فقط در دو مکتب پیشین، در صورت فقدان نص، حقوق دانان و قضات به دنبال کشف اراده فرضی یا اراده احتمالی مقنن بودند که در واقع برداشت خود آنان از قانون و انتساب آن به مقنن بود؛ ولی ژنی همین کار را بدون آنکه به مقنن استناد دهد انجام می دهد و از این جهت تفاوت چندانی میان آنان وجود ندارد.

۱-۲. مکاتب تفسیری نظام «کامن لا»

اگر از مفسر قانون اساسی بپرسیم در تفسیری که ارائه داده است به چه چیزی توجه و تکیه کرده است، پاسخی که خواهد داد، به احتمال زیاد معرف مکتب تفسیری وی خواهد بود.

یکی از بهترین الگوهایی که پاسخ های گوناگون به این پرسش را می تواند در خود جای دهد، الگوی عام تفسیری است که از سوی رومن یاکوبسن (۱۹۸۲م..- ۱۸۹۶م) فرمالیست روسی ارائه شده است. این نمودار کاملاً بر تقسیم بندی مکاتب تفسیری در آمریکا منطبق است.^۴

نویسنده (مقنن) → متن (قانون) ← خواننده (مفسر)

الگوی عام تفسیر ارائه شده از سوی رومن یاکوبسن

بر اساس شکل ارائه شده می توان رویکردهای کلان تفسیر قانون اساسی را به سه دسته کلی تقسیم نمود: در نخستین رویکرد، خود متن قانون اساسی و واژه های بکار رفته در آن در درجه نخست اهمیت قرار می گیرد که به آن «متن گرایی»^۵ گفته می شود؛ دومین شیوه در میان عناصر تفسیر بیشترین توجه را به نویسنده و اوضاع و احوال تاریخی وی می کند و آن را «اصل گرایی»^۶ نامیده اند و در نهایت روش سوم که بیش از همه به مفسر (خواننده) و شرایط زمانی و مکانی وی

بذل توجه می‌کند و به آن «غیر اصل‌گرایی»^۷ و گاه شیوه «تفسیر به روز»^۸ می‌گویند. در گفتارهای آینده به توضیح هر رویکرد خواهیم پرداخت.

۱-۲-۱. متن‌گرایی

«متن‌گرایی» به معنی عقیده‌ای است که بر اساس آن برای تفسیر قانون اساسی اصولاً باید بر متن آن تکیه کرد و خود متن بیش از هر ملاحظه دیگری مانند قصد اصلی مدونین، تاریخ، اصول استنباط شده از متن، اوضاع و احوال متغیر، مطالعه قضایی ارزش‌های اجتماعی و حتی سوابق تفسیری، باید راهنمای مفسرین قرار گیرد. بر این اساس نباید دنبال چیزی خارج از متن برای تفسیر قانون بود و معنای آشکار قانون؛ معنایی که برای هر فرد دارای زمینه زبانی و اجتماعی مشترک با قانون‌گذار، قابل فهم باشد؛ باید مبنای هر تفسیری قرار گیرد. (Brest, 1980, p.206)

از نظر یک متن‌گرا، معنای اصلی معنایی است که یک واژه در زمان تصویب قانون داشته است و مفسر حق دخالت در حدود و ثغور این معانی را ندارد. به همین خاطر مفسر قانون اساسی برای تفسیر آن موظف است تلاش خود را به کار بندد تا معانی و ساختار تاریخی الفاظ، عبارات و جملات به کار گرفته شده در قانون را کشف کند. مفسر باید از نظر ذهنی خود را در همان برهه‌ای از زمان قرار دهد که قانون به تصویب رسیده تا بتواند به معنای اصیل یک واژه دست یابد، و اگر مفسر فراتر از این معانی، معنای دیگری برای واژه بتراشد، تفسیری غیرقابل قبول ارائه کرده است. (Scalia, 1997, p.24)

ریشه‌های چنین اندیشه‌ای را می‌توان در «اثبات‌گرایی» حقوقی یافت. مثلاً «هانس کلسن» (۱۹۷۱م-۱۸۸۱م) حقوق‌دان اتریشی متناسب با ارائه «نظریه ناب حقوقی» که ایده اصلی آن، خودبسندگی و استقلال حقوق در برابر سایر مفاهیم چون اخلاق و سیاست بود، به عنوان یک اثبات‌گرا اعتقاد داشت که در تفسیر حقوقی صرفاً باید به خود قانون استناد کرد.^۹

از مواردی چون 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 ارزیابی این دیدگاه می‌توان گفت:

علی‌رغم اجماع تقریبی بر این موضوع که تکیه بر قواعد مسلّم ساختاری روشی مناسب برای تفسیر قانون اساسی است؛ باید به این موضوع توجه کرد که لزوم عام بودن قواعد قانون اساسی، به عنوان یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های محتوایی آن، موجب شده نویسندگان آن را با دیدی کلی تدوین کنند. چرا که پرداختن به جزئیات امور حجم عظیمی بر اصول قانون اساسی می‌افزاید و روند تدوین، بررسی و تصویب آن را با مشکل جدی روبرو می‌کند. از این‌رو حتی می‌توان گفت ابهام و چند پهلوی بودن بعضی اصول قانون اساسی ممکن است اندیشیده و تعمّدی باشد زیرا صراحت در بسیاری موارد موجبات اختلاف را در میان دیدگاه‌های گوناگون سیاسی پدید می‌آورد و مانع از تصویب قانون می‌شود.

همین امر مفسرین قانون اساسی را در تطبیق اصول آن با موارد جزئی دچار اشکال می‌کند. و با جمود بر روش‌های گوناگون متن‌محور می‌توانند به پاسخ‌های متفاوت و حتی متناقض در یک موضوع دست یابند؛ در نتیجه شاید بتوان گفت این رویکرد بیش از آن‌که صلاحیت مفسر را محدود کند، او را از قیود مختلف آزاد می‌کند. (Laycock, 1984, p.346)

فی‌الجمله، با در نظر گرفتن عدم صراحت اصول قانون اساسی صحبت از قواعد ساختاری محض، سخنی سست و بی‌پایه است. زیرا ابهامات را نمی‌توان به روشنی تفسیر کرد و تفسیر محکم موارد مبهم بر اساس متن به اندازه استفاده از اصطلاحات نامناسب می‌تواند نتایج اشتباه و ناعادلانه در پی داشته باشد؛ با این حال این حقیقت هنوز پابرجا است که متن‌گرایی همراه با محدودیت‌های روشن خود باید به عنوان سنگ بنای هر رویکرد تفسیری مورد توجه قرار گیرد (Tushnet, 1985, p.692)؛ زیرا از یک طرف قانون اساسی قانون بنیادین و برتر هر کشور است و مردم فقط متن این قانون را پذیرفته‌اند و از طرف دیگر این اصل که شهروندان تنها ملزم به رعایت قانون منتشرشده می‌باشند از اصول پذیرفته‌شده قانون‌گذاری مدرن است (Brest, 1980, p.204)

۱-۲-۳. اصل گرایی

«اصل گرایی» اصطلاحی است برای توصیف دیدگاهی که قانون اساسی را بر اساس قصد اصلی^{۱۰} مدونین و تصویب‌کنندگان آن تفسیر می‌کند.

اصل‌گرایان معتقدند، نیت نویسندگان قانون اساسی می‌تواند با دیدگاه شخصی مفسرین منطبق باشد یا نباشد، اما در هر صورت توجه به این قصد موجب می‌شود تا مفسرین نتوانند به طور نامحدود به وسیله تفسیر قانون اساسی نظرات خود را در اداره مسائل مختلف کشور دخالت دهند؛ در ثانی قانون اساسی دارای روش‌های مردم‌سالارانه روشنی برای بازنگری در آن است. از این‌رو استفاده از معیاری جز قصد اصلی تدوین‌کنندگان، به مفسرین این توانایی را می‌دهد که بتوانند با نادیده گرفتن روش‌های تدوین و بازنگری پیش‌بینی شده در قانون به صلاح‌دید خود اصول و قواعدی را در قالب تفسیر به قانون اساسی بیفزایند. به همین سبب، اصل‌گرایی تنها نظریه‌ای است که می‌تواند به نهاد تفسیر قانون اساسی مشروعیت ببخشد و قانون اساسی پذیرفته شده به وسیله مردم را بر نهادهای حکومتی تحمیل کند. این روش وجود حقوقی طبیعی را که به وسیله مفسر سازگار با مردم‌سالاری کشف و اعمال شود انکار می‌کند (Levy, 1988, p.14) زیرا حقوق‌دانان مکتب حقوق طبیعی معتقد به وجود پاره‌ای قواعد حقوقی پیش از تدوین قانون اساسی هستند که بر اساس آن می‌توان به تفسیر قانون اساسی دست زد.

اصل‌گرایان با دو روش متفاوت به دنبال پاسخ مسائلی هستند که قصد اصلی قانون‌گذار نسبت به آن‌ها روشن نیست؛ گروه اول «قصد‌گرایان»^{۱۱} هستند که برای پاسخ به چنین پرسش‌هایی به متن قانون، پیش‌نویس‌های آن، مشروح مذاکرات و سوابق پیش از قانون اساسی مانند قوانین اساسی قبلی مراجعه می‌کنند. از دیدگاه ایشان تفسیری که مبتنی بر الفاظ صریح قانون اساسی یا شواهد حاکی از نیت مدونین نباشد، تفسیری ناروا است. (Bork, 1990, p.143)

گروه دوم که از آن‌ها با عنوان «تفسیر‌گرایان»^{۱۲} یاد می‌شود، بر این باورند که می‌توان با به کارگیری اصول قابل استنباط از متن قانون اساسی، تفسیری قابل قبول از آن ارائه داد؛ ایشان برای دستیابی به این اصول، بیش از هرچیز بر معنای سند

تأکید می‌کنند، این معنا همان «فهم عمومی»^{۱۳} است که از هدف مقنن با توجه به اصول قانون اساسی بدست می‌آید. (Monaghan, 1981, p.356)

در واقع تفسیرگرایان به دنبال اعمال ملاک‌های عرفی تفسیر قانون هستند که به وسیله قضات و وکلا در دادگاهها مورد استفاده قرار می‌گیرد. چون قانون اساسی نیز مانند قوانین عادی بر اثر تقصیر نویسندگان یا تغییرات مربوط به تکنولوژی و صنعت از پیش‌بینی اوضاع و احوال، بشمار ناتوان است، تفسیرگرایان برای وفق دادن اصول قانون اساسی با اوضاع متغیر جامعه، به استنباط پاسخ از ساختارها و روابطی که به وسیله قانون اساسی خلق شده‌است می‌پردازند. (Black, 1969, p.46)

در این میان، منتقدان اصل‌گرایی معمولاً بر دو نکته تأکید می‌کنند: نخست اینکه با وجود راه حل‌های گوناگون پیشنهاد شده، هنوز هم اغلب، تعیین قصد مدون، مشکل و در مواجهه با پرسش‌های جدید غیرممکن است. در ثانی، مفاهیم مربوط به حکمرانی و حقوق اساسی دائماً در حال رشد و نمو هستند و دیدگاه اصل‌گرا موجب حمایت تنگ‌نظرانه از حقوق بنیادین مردم است. اگرچه طرفداران این مکتب تلاش‌هایی برای پاسخ به انتقاد اول انجام داده‌اند، به‌ندرت از پذیرش اشکال دوم سرباز می‌زنند. (Mcdowell, 1985, 234)

نکته دیگر آن‌که از مجموع گفته‌ها می‌توان انتظارداشت، تفسیرگرایان ارزش فراوانی برای تفاسیر قبلی قائل باشند و به‌ندرت آن‌ها را رد کنند؛ اما اصل‌گرایان گرایش به کنار گذاشتن تفاسیر قبلی از ملاک‌های تفسیر قانون اساسی دارند و این موجب پدیدآمدن مجموعه‌ای از تفاسیر است که با یکدیگر مغایرند (Mcdowell, 1985, p.236)

در نهایت، اصل‌گرایی به‌طور کلی، به هیچ‌وجه مدعی عرضه یک قاعده فراگیر برای حکمرانی متمدنانه^{۱۴} یا مجموعه‌ای مطلوب از حقوق فردی نیست. بلکه به دنبال تعریف صحیحی از نقش مرجع تفسیر قانون اساسی در یک جامعه مردم‌سالار است. زیرا قراردادن قدرت تفسیر قانون اساسی در دستان نهادی که به‌صورت مستقیم منتخب مردم نیست، در نهایت ساختارهای منتخب مردم را به تبعیت از این نهاد مجبور می‌کند و اصول حاکمیت مردم‌سالارانه را مخدوش

می‌سازد؛ با این همه پژوهش‌های انجام شده در حقوق آمریکا نشان می‌دهد که جریان‌ات اصل‌گرا تحت تأثیر جریان‌ات سیاسی به دنبال سامان دادن ملاک‌هایی غیراصل‌گرایانه برای جبران ضعف‌های خود در تفسیر و قضاوت قانون اساسی هستند. (Levy, 1988, p.267)

۱-۲-۳. غیر اصل‌گرایی

هنگامی که مدت زمانی طولانی از تصویب قانون اساسی می‌گذرد، تغییر هر روزه شرایط اجتماعی به شدت قدرت پاسخگویی قانون به نیازهای جامعه را کاهش می‌دهد و دیگر هیچ‌کدام از گرایش‌ات افراطی و معتدل اصل‌گرایی نمی‌توانند تفسیر راضی‌کننده‌ای از قانون اساسی ارائه دهند.

علاوه بر این دگرگونی مباحث فلسفه سیاسی در نقد اصل‌گرایی و تقویت غیراصل‌گرایی تأثیر چشمگیری داشته‌است؛ مثلاً اگر تعهد شهروندان به قانون اساسی را ناشی از ورود ایشان در قرارداد اجتماعی و یا اعلام رضایت بدانیم، توجیه التزام به قانونی که براساس امضا یا رضایت نسل گذشته به وجود آمده است، مشکل خواهد بود. از این‌رو می‌توان مشارکت تفسیری شهروندان کنونی (یا نمایندگان آن‌ها) را در تفسیر روزآمد قانون به عنوان راه‌حلی غیرانقلابی پیشنهاد کرد. (Fuller, 1964, pp.34-35)

شیوه‌های تفسیری غیراصل‌گرا، قانون اساسی را موجودی زنده می‌پندارند^{۱۵} که معنای اصول آن نه معنایی ثابت بلکه معنایی در حال تغییر است و مفسر باید شرایط موجود اجتماعی را برای تفسیر در نظر داشته باشد. (Wrinkler, 2003, p.1458)

این نظریه هرگز مدّعی آن نیست که مفسر باید از متن چشم‌پوشی کند؛ بلکه مدّعی است، مفسر قانون اساسی الفاظ و عبارات آن را باید در پرتو نیازهای امروز معنا کند، نه در پرتو مفاهیم تاریخی. 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, pp.11-12)، یا تفسیر

اخلاقی دورکین بر تفسیر عبارات قانون اساسی مبتنی بر حقوق بنیادین افراد تأکید دارد. (Dworkin, 1997, pp.123-124)^{۱۶}

اما در نهایت، ریشه همه این جریانات فکری را می‌توان در نظریه حقوقی «عمل‌گرایی»^{۱۷} یافت. مکتبی که در حقوق ایالات متحده علم تفسیر غیر اصل‌گرایانه را به دوش می‌کشد.

بر خلاف دو رویکرد گذشته که به حوزه فهم و تفسیر قانون محدود می‌شوند، از عمل‌گرایی یا پراگماتیسم اصولاً به عنوان تحولی در زمینه «نظریه حقوقی»^{۱۸} یاد می‌شود که به ناچار اثرات فراوانی در حوزه تفسیر قانون اساسی داشته است؛ از این رو برای درک صحیح ثمرات این نظرگاه جدید که در حقوق ایران کم‌سابقه است، باید به مبانی آن نگاهی گذرا داشته باشیم.

این مکتب فلسفی در اواخر قرن نوزدهم میلادی با نوشته‌های ضد دکارتی «کارل ساندروز پیرس» که به سال ۱۸۷۸ منتشر شد. (Peirce, 1878, pp.286-302)، در آمریکا ظهور کرد و عمیقاً حقوق ایالات متحده را در حوزه‌های گوناگون از جمله حقوق اساسی تحت تأثیر قرار داد. حتی می‌توان گفت پرسش نظام‌مند از روش مناسب تفسیر قانون اساسی اولین بار به وسیله فلاسفه متقدم پراگماتیست به ویژه «جان دیویی»^{۱۹} و «ویلیام جیمز»^{۲۰} مطرح شده است.

رویکرد ابزاری این مکتب به دانش که مبتنی بر مؤلفه‌هایی چون تجربه‌گرایی^{۲۱} صرف، بی‌توجهی به گذشته (که موجب تسهیل در دگرگونی می‌شود) و توجه به کاربردی بودن یک هنجار یا مفهوم به عنوان ملاک ارزش اخلاقی آن است، مبنای نوسازی فکر فلسفی در قرن بیستم قرار گرفت و بر مباحث حقوق اساسی نیز تأثیر فراوان داشت. (Summers, 1982, p.247)

در واقع این جنبش فکری در حقوق آمریکا برای حل معضل شکاف میان قوانین ثابت، که آشکارترین نمونه آن قانون اساسی آمریکا با سابقه بیش از دو قرن است و نیازهای متغیر جامعه پا به منصه ظهور گذاشت.

از مهم ترین مسائل مطرح در نظریه حقوقی غرب رابطه میان اخلاق و حقوق است. عمل گرایان دارای دو رویکرد متضاد نسبت به این موضوع هستند؛ عده‌ای به طور کلی منتقد روش استدلالی هستند که در تفکر حقوقی و مکاتب فلسفی - تحلیلی رایج است، از این رو وجود نظریه حقوق پراگماتیک را انکار می کنند و دسته دیگری که قائل به وجود چنین نظریه‌ای هستند از میان دو نگرش اعمال ملاحظات اخلاقی^{۲۲} که در میان نظریه پردازان حقوق طبیعی^{۲۳} رواج دارد و طرد این ملاحظات از سوی پوزیتیویست های تحلیلی،^{۲۴} - چون اخلاق مبتنی بر تجربه نیست - به رویکرد دوم تمایل دارند.

در واقع عمل گرایان، مکتبی حقوقی بر مبنای فلسفه حقوق تجربی تأسیس کرده‌اند که آگاهی از مبانی اخلاقی قانون را نیز مورد توجه قرار می دهد، هرچند برای اخلاق اصالتی قائل نیست. جذابیت این دیدگاه در آن است که امکان انتخاب راهی میان جدایی پوزیتیویستی اخلاق و حقوق و در هم آمیختگی این دو در مکتب حقوق طبیعی، به وجود می آورد. دو نظریه‌ای که از وضعیت کنونی اندیشه حقوقی حمایت می کنند اولی با پذیرش مشروعیت هرگونه ترتیبات حقوقی موجود و دومی با جای دادن قانون در چارچوب های انتزاعی متافیزیکی. (Fuller, 1964, p179)

از دیگر مسائل مورد توجه در فلسفه حقوق می توان به تعریف عدالت اشاره کرد. عدالت از این منظر همان گونه که از پیش تعیین شده نیست به وسیله حاکمیت نیز تعریف نمی شود بلکه به عنوان هدف یک فرآیند حقوقی از دل تجربه اجتماعی بیرون می آید. پذیرش این نظرگاه استفاده از منابع مستقل از قرائن اجتماعی مانند: معیارهای مطلقی که در قانون اساسی مجسم شده‌اند را غیرضروری می سازد. (Posner, 1988, p.144)

می توان از «بنیامین کاردوزو»^{۲۵} و «رسکو پوند»^{۲۶} به عنوان نظریه پردازان اصلی پراگماتیسم حقوقی یاد کرد. در واقع آثار این دو بیان حقوقی نظریات «دیویی» و «جیمز» است که اغلب در حوزه حقوق خصوصی نوشته شده اند، اما معیارهایی قابل توسعه در حوزه حقوق اساسی ارائه می دهند (Sullivan, 2007, p.45)

از نظر «دیویی» قواعد و اصول حقوقی به عنوان «فرضیاتی کارا» هستند که اعتبار خود را از عملی بودن در شرایط عینی می گیرند. از این رو نباید احترام فوق العاده‌ای برای نتیجه کار مدونین قانون اساسی قائل شد. زیرا اعتقاد به ثبات سیاسی مبتنی بر نظام سیاسی‌ای که به وسیله گذشتگان پایه گذاری شده است، مانع مهمی بر سر راه تحولات منظم و هدایت شده است. (Sullivan, 2007, p.134)

ضرورت یک جنبش عمل گرایانه در حقوق اساسی آمریکا هنگامی احساس شد که رویکرد غالب اصل گرایانه در نگاه به قانون اساسی در آرا قاضی دیوان عالی آمریکا «استیفن جی فیلد»^{۲۷} مجسم شده بود؛ و منتقدان با نگرش های پراگماتیک به دنبال برقراری تعادل میان قانون و نیازهای متحول جامعه بودند (Jacobsohn, 1997, p.164)

عمل گرایان به جای رویکرد شکلی که از اصول قطعی مبتنی بر طبیعت و اصول مسلم مستنبط از قانون اساسی سرچشمه می گیرد، رویکردی مبتنی بر اصول نسبی برخاسته از تجربه را پیشنهاد می کنند. این نگاه مبتنی بر این شعار است که قانون نباید مانع از پیشرفت شود؛ از این منظر قانون اساسی سندی حاوی اصول غیر قابل تغییر نیست بلکه مفهوم آن به شرایط زمان و مکان بستگی دارد.

تبیین نگاه ضد مبنای گرایانه در فلسفه معاصر که منکر ابدنای علم بر حقایق عینی است، در اغلب موارد به وسیله پراگماتیست ها صورت گرفته است. اینان بر اساس همین عقیده توجه به نیت اصلی مدونین در تفسیر قانون اساسی را بی اعتبار می شمارند و مخالف آنند که قانون اساسی انعکاس قصد اصلی تنظیم کنندگان و شامل اصول اساسی عدالت است.

در سال های اخیر مکتب پراگماتیسم در زمینه اندیشه حقوقی شاهد یک نوزائی بوده است. مؤلفه های گوناگونی بر این حرکت تأثیرگذار بوده اند؛ از جمله جنبش مطالعات انتقادی که اعتقاد به بی طرفی و غیرسیاسی بودن قواعد حقوقی را رد می کند؛ پژوهش های مبتنی بر فمینیسم و پست مدرنیسم که بر اهمیت تأثیرگذاری تجربیات جدید بر دیدگاه ما از واقعیت تأکید می نمایند؛ و رویکردهای میان رشته‌ای

به حقوق مانند نظریه حقوق و اقتصاد که منتقد نظرگاه سنتی نسبت به حقوق به عنوان رشته‌ای مستقل هستند. (Cotter, 1996, p.2075)

اگرچه عمل‌گرایان حقوقی معاصر شامل گروه‌های متنوعی از پژوهشگران هستند که تحت تأثیر اندیشه‌های سیاسی گوناگون می‌باشند، اما در معدودی از باورهای مهم با یکدیگر مشترکند.

نخست، اکثر عمل‌گرایان بر این عقیده‌اند که دانش انسان از محیط اثر می‌پذیرد؛^{۲۸} یعنی هر یک از ما در پرتو محدودیت‌هایی که به‌وسیله مؤلفه‌هایی چون تجارب اولیه، فرهنگ و زبان بر ما تحمیل شده است، جهان را می‌بیند. این گزاره به این معنا است که هیچ معیار خارجی برای ارزش‌گذاری رفتارها و هنجارهای ما به غیر از روش‌هایی که ما برای توجیه آن‌ها در نظر می‌گیریم وجود ندارد (Warner, 1993, p.545) به همین سبب است که عمل‌گرایان مفهومی را که به عنوان مبنای‌گرایی^{۲۹} شناخته می‌شود رد می‌کنند، مفهومی که عبارت است از «رؤیای فلاسفه باستان که بر اساس آن دانش می‌تواند بر مجموعه‌ای از باورهای اصولی و غیر قابل تردید بنا شود». (Grey, 1989, p.815)

نگاه غیرمبنای‌گرایانه به دانش (همان‌طور که ریچارد رورتی در بازخوانی اندیشه دیویی گفته است) به این نتیجه منتهی می‌شود که حقوق و دیگر نهادهای ساخته دست بشر «کوششی برای قاعده‌مند کردن واقعیت یا متضمن حقیقت، نیکی یا زیبایی نیست بلکه صرفاً ابزاری است برای حل مشکلات» (Rorty, 1982, p.89)

تبعیت از این اصول اکثر عمل‌گرایان حقوقی^{۳۰} را به این نتیجه رسانده است که تلاش برای ابتدای حقوق بر یک نظریه جامع و فراگیر بی‌نتیجه است و همیشه نمی‌توان نتایج صحیح را به صورت منطقی از اصول بنیادین استنباط کرد؛ در عوض بسیاری از ایشان استفاده از «عقل کاربردی»^{۳۱} را به عنوان واسطه‌ای میان اصول کلی و شرایط خاص عملی پیشنهاد می‌کنند، که به‌وسیله انتخاب گزینه‌ها و داوری نتایج تحقق می‌یابد.

اصطلاح «عقل کاربردی» به راحتی قابل تعریف نیست. اما از تعاریف مختلف می‌توان برداشت کرد، «عقل کاربردی» مجموعه‌ای از روش‌های

تصمیم‌گیری است مبتنی بر افزایش نتایج حاصله، التزام به گفتگو در میان دیدگاه‌های رقیب و بی‌توجهی ناشی از شک‌گرایی به «عقل عرفی».^{۳۲} (Bernstein, 1983, p.155)

روش‌های پیشنهادی عمل‌گرایان حقوقی متناسب با درک ایشان از پیامدهای استفاده از عقل کاربردی، گوناگون است. پراگماتیست‌های محافظه‌کارتر، ارزش ابزاری بکار بستن برخی معیارهای ساخته اجتماع مانند وفاداری به متن و تاریخ را می‌پذیرند؛ اما رویکردهای افراطی‌تری مبتنی بر التزام به پیشرفت انسان (معیاری که ما در پذیرش آن آزاد هستیم) توصیه می‌کنند به عقاید و نظراتی که مورد توجه دیدگاه‌های سنتی حقوق نیستند، توجه بیشتری شود.

پراگماتیسم حقوقی از جنبه‌های فراوانی مورد انتقاد قرار گرفته است:

کسانی که از دیدگاه حقوق طبیعی به علم حقوق نظر می‌کنند، حقوق پراگماتیک را وابسته به انسان، و انسان‌ساز می‌دانند هرچند سودمند باشد؛ از این‌رو ارزشی برای این دیدگاه قائل نیستند.

دسته‌ای دیگر به دنبال نشان‌دادن تضادهای درونی این نظریه هستند؛ از جمله اینکه پیشنهاد خطّ مشی خاص توسط عمل‌گرایان از دیدگاه خودشان، نادیده‌گرفتن نخستین اصل پراگماتیسم است، و آن چیزی نیست جز این‌که «روشی که همیشه ما را به نتیجه صحیح برساند، وجود ندارد.» (Fish, 1991, p.132)

انتقادات حقوق‌دانان از فهم عمل‌گرایانه قانون اساسی اغلب بر دو مسأله متمایز، اما مرتبط تأکید می‌کند. نخست آن‌که ورود اندیشه‌های پراگماتیک به حوزه قانون اساسی هرگونه تمایز معنادار میان قانون‌گذاری و تفسیر قانون را از میان می‌برد و ممکن است مشروعیت مرجع مفسر قانون اساسی را به خطر اندازد؛ دوم، در این روش تفسیری ضمانت خاصی برای حمایت از حقوق اساسی وجود ندارد؛ زیرا با فروکاستن واقعیات بدیهی و تغییر ناپذیر به قواعد تجربی و قابل نقض، قضات عمل‌گرا ممکن است به‌خاطر اقتضائات اجتماعی، حقوق بنیادین را زیر پا گذارند؛ علت آن نیز روشن است، اگر قانون اساسی به عنوان سندی فاقد مفاهیم

قطعی و بی بهره از معنایی که به وسیله قرائن قابل فهم باشد، تلقی شود؛ چگونه می تواند ضامن حقوقی باشد که در نهایت بیانگر طبیعت تغییر ناپذیر انسانند؟ شاید بتوان گفت عمل گرایی چیزی جز اندیشه ای مبتذل و پیش پا افتاده نیست؛ به علاوه از واگرایی و تباین نظرات متفکرین عمل گرا می توان به این نتیجه رسید که این اندیشه در حوزه حقوق دارای هیچ مشخصه ممتازی نیست. اما از نظرگاه عمل گرایان این انتقادات بی ارزش است. زیرا همان طور که «ویلیام جیمز» به آن اشاره کرده است، صدق یک گزاره از نتایج آن روشن می شود. پس صحت رویکرد پراگماتیک در حوزه حقوق به نتایج آن مربوط می شود. به عبارت دیگر، عمل گرایان ترجیح می دهند روش شناسی ایشان فقط با یک معیار مورد داوری قرار گیرد: آیا این روش، مؤثر واقع می شود؟ (Singer, 1990, p.1828)

۲. رویکردهای تفسیری شورای نگهبان و دیوان عالی ایالات متحده

مراجع تفسیری قانون اساسی معمولاً به طور صریح اشاره به رویکردی که در تفسیر در پیش می گیرند، نمی کنند؛ زیرا اثر حقوقی خاصی بر آن مترتب نیست و در ثانی با توجه به مزایای هر رویکرد، مراجع گوناگون سعی در بهره برداری از همه مکاتب به نحو مقتضی دارند و از این رو در اکثر موارد یک رأی منحصرأ از یک رویکرد متأثر نیست و به ندرت می توان نشانه های روشن هر رویکرد را در میان آرای این مراجع یافت. البته هر قدر که صبغه حقوقی این مراجع افزایش می یابد، نقش رویکردهای متن گرا و اصل گرا در آرا پررنگ تر می شود.

این مسأله در مورد شورای نگهبان نسبت به دیوان عالی ایالات متحده آمریکا پررنگ تر است، چرا که امروزه قواعد پذیرفته شده حقوقی دادگاه ها را ملزم می نماید تا مستندات رأی خود را مفصلاً در حکم به رشته تحریر در آورند. اما شورا، اگرچه به محاکم قضایی شباهت هایی دارد (گرجی، ۱۳۸۴، ص ۶۹)، مکلف به شرح مستندات آرای خود نیست؛ و چون آرای تفسیری در حکم اصول قانون اساسی است و باید در صدور آن ها به رفع بن بست های قانونی بسنده کرد، در اکثر موارد از اضافه گویی پرهیز نموده و راه اختصار را در پیش گرفته است.

در مبحث اول این فصل، به دنبال رد پای رویکردهای تفسیری در آرای دیوان عالی ایالات متحده خواهیم بود. این بحث از آن جهت پراهمیت است که الگوی خاصی از قوت و ضعف این مکاتب در آرای دیوان عالی به دست می‌دهد و نمونه‌های روشنی از آرا و نظرات حقوقدانانی که تحت تأثیر رویکردهای پیش گفته بوده‌اند، را می‌توان دید.

سپس مبتنی بر الگوی تفسیری نظام «کامن لا» به بررسی آرایایی از شورای نگهبان خواهیم پرداخت که گرایش روشنی به یکی از رویکردهای پیش گفته در متن آن‌ها دیده می‌شود. به عبارتی در این بخش ممکن و مفید بودن استفاده از این ادبیات تفسیری در حقوق اساسی ایران را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱-۲. رویکردهای تفسیری دیوان عالی ایالات متحده

۱-۱-۲. متن‌گرایی در آرای دیوان عالی ایالات متحده

این دیدگاه در ابتدای تأسیس قانون اساسی آمریکا رایج‌ترین روش تشخیص عدم مغایرت با قانون اساسی بوده است. علت آن نیز روشن است. نزدیکی دوره اجرای قانون به دوره تدوین آن موجب می‌شود حکم اکثر موضوعات محتمل در قانون به روشنی پیش‌بینی شده باشد. نمونه این امر را در دوره‌های کوتاه پس از تدوین قانون اساسی آمریکا می‌توان مشاهده کرد؛ هنگامی که این پرسش در میان سیاستمداران آمریکایی رایج شد: چگونه می‌توان انطباق یک مصوبه کنگره (مثلاً در باب تأسیس یک بانک) با قانون اساسی را تشخیص داد؟

«الکساندر همیلتون»^{۳۳} با همراهی «توماس جفرسون»^{۳۴} به این پرسش اینگونه پاسخ گفته است: «[ملاک] قصد و نیت تنظیم‌کنندگان قانون اساسی است. این نیت را مطابق با قواعد معمول و اثبات شده ساختاری»^{۳۵} باید در خود سند جستجو کرد.» این دو که به عنوان بزرگان تأسیس ایالات متحده شناخته می‌شوند، در واقع پاسخی روشن به دغدغه سیاستمداران دوره خویش داده‌اند (Federalist Society, 1986, p.186).

اما اعتقاد به متن گرایی حتی در همان ابتدای تأسیس قانون اساسی نیز نتوانست مانع از تأسیس نهادهایی شود که در قانون اساسی به آن‌ها اشاره نشده بود. از جمله این نهادها می‌توان موارد زیر را نام برد:

اختیار اعلام بی طرفی دولت، صدور مجوز ایجاد اشخاص حقوقی، تعیین حوزه اختیارات قوه مجریه، وضع مالیات‌های غیرمستقیم، دریافت مالیات‌های مستقیم بدون توجه به توزیع جمعیتی، تجدیدنظر قضایی، اخراج اتباع خارجی از کشور، رسیدگی دیوان عالی ایالات متحده به شکایت علیه ایالات بدون کسب رضایت آن‌ها و صدور «قرار مندموس»^{۳۶} توسط دیوان بر علیه مقامات قوه مجریه (Van Alstine, 1999, p.47)

دلیل این امر آن است که از یک طرف متن قانون اساسی آمریکا همراه با بیست و شش اصلاحیه‌ای که در طی دو قرن به آن افزوده شده است، به دشواری حاوی هفت هزار کلمه است و در موارد بسیاری دچار نقص و سکوت است؛ و از طرف دیگر مدونین قانون اساسی آمریکا برای فرار از اتهام جانبداری از جریان سیاسی خاص و دست یابی به توافق ایالات مختلف بر سر تصویب قانون اساسی در بسیاری از موارد دانسته، از اصطلاحات کلی و مبهم بهره برده‌اند. «جیمز مدیسون»^{۳۷} در پاسخ به انتقادات ضدفدرالیست‌ها که اظهار می‌داشتند غیر واضح بودن مفاهیم قانون اساسی آزادی و حقوق ایالت‌ها را تهدید می‌کند، می‌نویسد: زبان قانون اساسی به ناچار باید مبهم و چند پهلوی باشد و مفاهیم آن در گذر زمان به وسیله قضاوت‌های گوناگون روشن شود. (Wilson, 2004, p.54)

اصطلاحاتی چون: تجارت میان ایالت‌ها، الزام به اجرای قراردادهای، رویه صحیح قانون، مزایا و مصونیت‌ها، رفاه عمومی، آزادی، بازرسی غیرقانونی، حمایت برابر و... که با هنرمندی و استادی فراوان انتخاب شده‌اند، مثالی از این ابهامات هستند. مشابه همین امر را می‌توان در تجزیه و تحلیل هر ماده از اعلامیه حقوق^{۳۸} ایالات متحده یافت؛ اصطلاحاتی مانند «دادرسی فوری»، جبران خسارت منصفانه، منفعت عمومی، هیئت منصفه بی طرف و...؛ از این رو است که قانون اساسی مصوب ۱۷۸۷ هنوز پابرجا است چون این مفاهیم علی‌رغم وضوح و قابل فهم بودن، دارای

ابهام و اجمال نیز هستند که می تواند تا حدودی پسندیده باشد. ولی همین مفاهیم مبهم قطعاً به آسانی می توانند از ابتدای تفسیر قانون اساسی بر روش اصالت متن جلوگیری کنند. (Barnhart, 1994, p.647)

با این حال همان گونه که قاضی جوزف استوری^{۳۹} بیان کرده است: «چیزی جز متن، مورد پذیرش مردم واقع نشده است و هرگاه معنای ساده یا منصفانه قانون اساسی قابل فهم باشد، آنرا باید مبنای تفسیر قرار داد.» (Friedman & Israel, 1997, p.678)؛ از این رو است که این رویکرد هنوز هم طرفدارانی در حقوق آمریکا دارد. به عنوان نمونه، مفسرین متن گرا مانند قاضی اسکالیا بر این باورند که اصل هشتم قانون اساسی آمریکا که مجازات خشن را منع کرده است، اعدام را در برنمی گیرد؛ چون در زمان تصویب این اصل، اعدام مجازات خشنی به شمار نمی رفته است (Scalia, 1997, p.24)؛ یا قاضی «اوون جی. روبرتس»^{۴۰} در پرونده «ایالات متحده علیه باتلر»^{۴۱} با بیان این که عدم مغایرت یک قانون عادی با قانون اساسی زمانی روشن می شود که آن قانون با متن قانون اساسی وفق داده شود؛ عملاً وفاداری خود را به اصالت متن نشان داد. (Schauer, 1985, p.310)

البته همین نقاط ضعف یعنی ابهامات فراوان متن و عدم توانایی در پیش بینی همه اوضاع و احوالی که منجر به اختلاف بر سر فهم و تفسیر قانون اساسی می شود، موجب شد رویکردهای دیگر در کنار متن گرایی رونق یابند و متن گرایی افراطی رو به افول گذارد.

۲-۱-۲. اصل گرایی در آرای دیوان عالی ایالات متحده

همان طور که در بحث گذشته دیدیم، متن گرایی علی رغم ویژگی های مفید خود از ابتدا با محدودیت های جدی روبرو بوده است؛ از طرف دیگر، پای بندی حقوق دانان به رویه های مردم سالاران های که حق تدوین قانون اساسی را در اختیار مرجع خاصی قرار می دهد، موجب شد تا مفسرین قانون اساسی آمریکا نیت اصلی مدونین را ملاک تفسیر خود قرار دهند؛ اما در بسیاری موارد دسترسی به قصد مقنن

به سادگی امکان پذیر نیست. همین اشکال سبب تقسیم اصل گرایان به دو دسته قصدگرایان و تفسیرگرایان است.

قصدگرایان به دنبال درک وضع ذهنی قانون گذار هستند و در این مسیر از منابعی چون؛ پیش نویس قانون اساسی، شرح مذاکرات، قوانین گذشته و... بهره می برند. شاید بهترین نمونه دیدگاه قصدگرایانه را بتوان در نقد «رائول برگر»^{۴۲} بر رأی دیوان عالی ایالات متحده در پرونده «براون علیه هیئت مدیره مؤسسه آموزشی توپیکا»^{۴۳} یافت. دیوان در این رأی تبعیض نژادی را در استفاده از مراکز آموزش عمومی ممنوع کرده است. وی به دو دلیل این رأی را غیرقانونی می داند. نخست اینکه اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی ایالات متحده هیچ اشاره روشنی به «مجزا زدائی»^{۴۴} در آموزش عمومی میان سفیدپوستان و رنگین پوستان ندارد. از طرف دیگر شواهد نشان می دهد که بعضی از تنظیم کنندگان این اصلاحیه در دوره تدوین و تصویب آن به این موضوع تصریح کرده اند که این اصلاحیه برای سامان دادن به مؤسسات آموزش عمومی مجزا به تصویب رسیده است. (Berger & Bork, 1990, p.641)

وی مبتنی بر همین نظریه، منکر برتری قوه مجریه بر سایر قوا در حقوق اساسی آمریکا است. چرا که متن قانون اساسی آمریکا حاوی چنین مفهومی نیست و سابقه ای نیز در قوانین پیش از آن ندارد (Berger & Bork, 1990, p.655) این در حالی است که تفسیرگرایان از ساختار قانون اساسی به سادگی این برتری را استنباط می کنند. زیرا نقطه شروع تفسیرگرایان در تفسیر، پیش فرض ها و اصولی است که به صورت منطقی از متن قانون اساسی قابل کشف است.

ایشان برای استنتاج اصول تفسیری از متن قانون، روش ویژه ای را پیشنهاد نمی کنند. بلکه از روش های مرسوم وکلا در دادگاه ها بهره می برند. همان طور که قاضی «رابرت اچ. برک»^{۴۵} - برجسته ترین اصل گرای معاصر حقوق اساسی آمریکا - اظهار داشته است: «جستجوی نیت اصلی مقنن، کار هر روزه قضات و وکلایی است که باید قانونی را در رابطه با یک قرارداد، وصیت یا رأی دادگاه اعمال کنند.» مؤلفه اساسی در این دیدگاه تعیین اهداف متن قانون یا اهداف مقنن است. به

عبارت دیگر در این دیدگاه ابتدا هدف و خواسته مقنن به عنوان اصول استنباط می‌شود و سپس مبتنی بر آن تفسیر قانون صورت می‌گیرد. (Bork, 1990, p.152)

در برخی موارد این ضوابط مرسوم حقوقی، به قدری توسعه می‌یابند که دادگاه‌ها بیش از آن‌که به خود متن و پیشینه قانون توجه کنند، فقط با استناد به این قواعد کلی و در نظر گرفتن شرایط خاص هر دعوی اقدام به صدور رأی می‌نمایند؛ و در نهایت، دادگاه‌ها اقدام به صدور آرای می‌نمایند که بیش از آن‌که مستند به احکام قانون باشد، مبتنی بر اصولی است که به نظر می‌رسد اجرای آن‌ها برای تحقق خواست مقنن ضروری است. (Kramer, 2008, p.341)

نمونه این گرایش تفسیرگرایانه را به خوبی می‌توان در حکم دعوی «روس علیه ارنست یانگ»^{۶۶} مشاهده کرد. در این پرونده که در سال ۱۹۹۰ در دیوان عالی ایالات متحده مورد رسیدگی قرار گرفت، دیوان چنین حکم نمود:

«عبارت «هیچ سندی» که در بخش تعریفی قانون مبادله اوراق بهادار مصوب سال ۱۹۳۴ آمده است را نباید در معنای ادبی آن در نظر گرفت، بلکه این عبارت بر حسب هدف کنگره از تصویب این قانون، باید فهمیده شود» (Blakey, 1996, p.78)

چنین رویکردی کاملاً قابل قبول است، چرا که مدونین در اثر کوتاهی یا تغییرات اجتماعی، از پیش‌بینی شرایط بی‌شمار ناتوانند.

از دیدگاه تفسیرگرایان بر خلاف نظر «برگر» رأی دیوان در پرونده «براون» کاملاً قابل قبول است. چون هدف اصلی مدونین اصلاحیه چهاردهم، رهاساختن سیاهان از بند موانع قانونی تحمیلی بوده است؛ و برای جلوگیری از عدم تصویب آن، در فضای نژادپرستانه آن‌روز، سیستم آموزش مجزا را برای سیاهان و سفیدپوستان پیش‌بینی کرده بودند.

تفسیرگرایان برای تشخیص نیت قانون‌گذار از ابزار دیگری نیز استفاده می‌کنند. ابزاری که پروفسور «چارلز ال. بلک»^{۶۷} از آن با عنوان استنباط از ساختارها و روابط قانون اساسی یاد می‌کند. دیوان عالی با چنین استنباطی در موارد متعدد، تبعیض در تجارت بین ایالتی را رد کرده است. هرچند که هیچ متن صریحی در

ممنوعیت این تبعیض وجود ندارد، اما آزادی تجارت داخلی به روشنی از ساختار اقتصاد یکپارچه ملی که در قانون اساسی پیش‌بینی شده است، قابل برداشت است. اصل تفکیک قوا نیز که از اصول بنیادین حقوق اساسی آمریکا است و در آرای بسیاری مورد استناد قرار گرفته است، از تأسیس قوای مستقل حکومتی به وسیله قانون اساسی استنتاج می‌شود؛ در حالی که هیچ اشاره روشنی در متن قانون اساسی به آن نشده است. (Black, 1969, p.48)

همان‌گونه که پیش از این نیز گفته شد اصل گرایان کلیه حقوقی که فاقد معیارها و ضوابط اصل‌گرایانه باشند را انکار می‌کنند. به عنوان مثال ایشان رأی دیوان عالی درباره دعوی «رو علیه وید»^{۴۸} را نادرست می‌دانند؛ چرا که هیچ یک از ضوابط مورد قبول ایشان، تعمیم اصل حفظ حریم خصوصی به موضوع سقط جنین را تأیید نمی‌کند و هیچ اصلی از قانون اساسی به این موضوع اشاره ندارد. (Roy, 2003, p.88)

اگرچه اصل‌گرایی در بسیاری موارد پاسخ‌های شایسته‌ای به ضعف‌های متن‌گرایی داده است. اما آینده آن در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. سنای آمریکا بر اثر انتقاداتی که سابقاً به آن اشاره کردیم از تأیید قاضی «برک» در سال ۱۹۹۰ به عنوان قاضی دیوان عالی سر باز زد. همین موضوع نشان داد دفاع از اصل‌گرایی در فضای سیاسی با دشواری‌های فراوان روبرو است.

۲-۱-۳. عمل‌گرایی در آرای دیوان عالی ایالات متحده

بر اثر تحولات فلسفی که در دهه‌های پایانی قرن نوزدهم در آمریکا پدید آمد و مکتب پراگماتیسم پا به عرصه وجود گذاشت، ضعف‌های رویکرد اصل‌گرا به تفسیر قانون اساسی آمریکا موجب شد تا ادبیات این نحله فلسفی به حوزه حقوق و به ویژه حقوق اساسی گسترش یابد و اولین نشانه‌های تفسیر قانون اساسی آمریکا مبتنی بر آموزه‌های عمل‌گرایانه در اوایل قرن بیستم در آرای دیوان عالی، خودنمایی کند.

قاضی «اولیور وندل هلمز»^{۴۹} فردی است که نام او اغلب تداعی‌کننده پراگماتیسم فلسفی در آرای دیوان عالی آمریکا است. اگر چه وی گهگاه به قواعد

پراگماتیسم، انتقاداتی وارد کرده است اما آرای او مانند دیگر نوشته‌هایش، اغلب بیانگر رویکرد پراگماتیک به قانون اساسی است. مهمتر از این، آرای وی الهام‌بخش کسانی است که علی‌رغم توجه به پراگماتیسم از نگاه‌های شک‌گرایانه گریزانند و به دنبال استفاده از ظرفیت نظرات وی برای اصلاحات اجتماعی در آمریکا هستند (Grey, 1989, p.15) برای مثال وی در پرونده «میسوری علیه هلند» (۱۹۲۰)^{۵۰} اظهار می‌دارد که می‌توان برای پاسخ به ضرورت‌های قرن بیستم، فرضیات قرون هجدهم و نوزدهم را کنار گذاشت، و در ادامه می‌گوید: «پرونده‌ای که در برابر ما است باید در پرتو تمامی تجارب، مورد توجه قرار گیرد و برای حل و فصل آن نباید فقط به گفته‌های یکصد سال پیش بسنده کرد». همین دیدگاه اغلب منجر به دفاع او از «خود نگهداری قضائی»^{۵۱} قضات شده است (Henkin, 1996, p.254).

نظر مخالف وی در میان آرای قضات عالی ایالات متحده درباره دعوی «آبرامز علیه ایالات متحده» (۱۹۱۹)^{۵۲} بیانگر ماهیت نگاه پراگماتیک به قانون اساسی است. وی در جمله‌ای کوتاه اظهار می‌دارد: «حقیقت در بازار عقاید پدیدار می‌شود، متن قانون اساسی یک تجربه است، همان‌طور که همه زندگی یک تجربه است. به عبارت دیگر ارزش متن قانون اساسی با سایر تجاربی که ما کسب می‌کنیم برابر است و در روند تصمیم‌گیری ترجیحی بر آن‌ها ندارد» (Johnson, 2001, p.832).

اما این نظر در جای خود نشانگر تمایل به فراهم آوردن زمینه‌های نظری یک قوه قضائیه اجتماعی و عمل‌گرا است. یکی از آثار اندیشه عمل‌گرایانه در آرای قضایی، ابتنای هرچه بیشتر این آرا بر شواهد علوم اجتماعی است که نقش «هولمز» در آن کاملاً مشهود است. (Grey, 1989, p.823)

ظهور این تفکر پس از صد سالگی قانون اساسی ایالات متحده با توجه به این که عمل‌گرایی به روشنی از سنت حقوقی فاصله گرفته است، می‌تواند الگوی افول هر متن کهن قانونی را به دست دهد و لزوم بازنگری‌های مکرر در قوانین را یادآور شود.

۲-۲. رویکردهای تفسیری شورای نگهبان

۲-۲-۱. متن‌گرایی در آرای شورای نگهبان

«اصول فقه» را می‌توان نظریه سنتی تفسیر در میان فقها و حقوق‌دانان ایرانی دانست، از این رو آموزه‌های این علم عمیق‌ترین تأثیرات را بر رویکرد تفسیری شورای نگهبان داشته‌است.

مبحث الفاظ که به کیفیت دلالت الفاظ می‌پردازد، از مباحث اساسی اصول فقه است که دو رویکرد کلی را در بر دارد، بر اساس مبنای اول، معنای لفظ امری عرفی است و مدلول آن مستقل از قصد گوینده است.^{۵۳} تفسیری که مبتنی بر این دیدگاه ارائه شود، در درجه اول به متن قانون و معنای عرفی آن توجه می‌کند و در صورتی که پاسخ خود را در آن بیابد، پا را از متن فراتر نخواهد گذاشت. این نظرگاه که در نظام‌های حقوق نوشته مانند ایران هواداران فراوانی دارد، در بسیاری از آرای شورای نگهبان مبنای تفسیر قرار گرفته‌است. به‌ویژه آن‌که دیر زمانی از تصویب و بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نمی‌گذرد و پاسخ بسیاری از پرسش‌ها را می‌توان در متن قانون یافت.

از نخستین نمونه‌های روشن این رویکرد، پرسش از مغایرت به کارگیری موقت کارشناسان خارجی با اصل ۸۲ و ۱۴۵ قانون اساسی است که شورای نگهبان در مورخه ۱۳۵۹/۱۲/۱۴ در نامه‌ای به شماره ۱۳۸۴ به آن این‌گونه پاسخ می‌دهد: «... به کار گرفتن کارشناسان خارجی و استفاده از تخصص آن‌ها به‌طور موقت در ارتش، عضویت در ارتش که در اصل ۱۴۵ قانون اساسی ممنوع شده‌است، محسوب نمی‌شود و...» (موزنیان، ۱۳۸۱، ص ۲۹)

یا با تمسک به معنای عهدنامه، مقاوله‌نامه، قرارداد و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مندرج در اصل ۷۷ در پاسخ به پرسش بانک ملی ایران در نامه شماره ۱۸۹۷ و ۷- به تاریخ ۱۳۶۰/۱/۲۰ اشعار می‌دارد:

«... نحوه وصول طلب و بازپرداخت اقساط معوقه مشمول اصل ۷۷ قانون

اساسی نمی‌باشد» (موزنیان، ۱۳۸۱، ص ۲۷)

در نامه شماره ۱۷۲۲ به تاریخ ۱۳۶۰/۲/۹ نیز شورا، نمایندگی کارمندان صدا و سیما در شرکت‌های تابعه سازمان را تا هنگامی که «شغل شمرده نشود» مخالف اصل ۱۴۱ قانون اساسی ندانسته است (موذیان، ۱۳۸۱، ص ۳۶). به عبارت دیگر این امر تا هنگامی که عرفاً به آن اطلاق شغل نشود، ممنوع نیست.

در موارد بسیاری نیز به معنای روشن اصل ارجاع داده شده است: مثلاً شورا در نامه شماره ۲۸۱۳ مورخه ۱۳۶۰/۴/۳ حق تحقیق و تفحص از مسئولین اجرایی کشور را چون «حق مذکور در اصل ۷۶ در حقوق مجلس شورای اسلامی است و نمایندگان این حق را ندارند» از دفاتر موسوم به همکاری‌های مردم با نمایندگان سلب کرده است. (موذیان، ۱۳۸۱، ص ۳۶)

در موارد متعدد دیگر شورا فقط به صراحت اصول قانون اساسی متمسک شده است: این آرا قوت بیشتر متن‌گرایی در نظرات شورا را به نمایش می‌گذارد.

به عنوان نمونه در نامه ۱۹۸۳ به تاریخ ۱۳۶۰/۲/۸ شورا با تمسک به اصل چهارم قانون اساسی وظیفه تشخیص مطابقت کلیه قوانین و مقررات با موازین اسلامی را منحصرأ بر عهده خود دانسته است. (موذیان، ۱۳۸۱، ص ۴۹) یا در نامه ۳۱۷۹ به تاریخ ۱۳۶۰/۵/۱۴ به صراحت اصل ۸۲ برای ضرورت تصویب مجلس در استخدام کارشناسان خارجی دولت استناد کرده است (موذیان، ۱۳۸۱، ص ۶۳) موارد دیگری نیز از استناد به صراحت اصول دیده می‌شود،^{۵۴} اما اوج این رویکرد را می‌توان در پاسخ به پرسش رئیس جمهور وقت از مغایرت یا عدم مغایرت تأسیس واحد بازرسی در ریاست جمهوری با قانون اساسی مشاهده کرد. رأی تفسیری شماره ۲۱۴۰ مورخه ۱۳۶۰/۱۱/۱ اشعار می‌دارد:

«آنچه از اصل ۱۱۳ و ۱۲۱ در رابطه با اصول متعدد و مکرر قانون اساسی استفاده می‌شود، رئیس جمهور پاسدار مذهب رسمی کشور و نظام جمهوری اسلامی است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و تنظیم روابط قوای سه‌گانه و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود برعهده دارد، در رابطه با این وظایف و مسئولیت‌ها می‌تواند از مقامات مسئول اجرایی و قضایی و نظامی

توضیحات رسمی بخواهد و مقامات مذکور موظف اند توضیحات لازم را در اختیار ریاست جمهوری بگذارند، بدیهی است رئیس جمهور موظف است چنانچه جریانی را مخالف مذهب رسمی کشور و نظام جمهوری اسلامی و قانون اساسی تشخیص داد اقدامات لازم را معمول دارد.

بنابراین تشکیل واحد بازرسی در ریاست جمهوری با قانون اساسی مغایرت دارد». (موذنیان، ۱۳۸۱، ص ۸۰)

در بخش اول رأی مذکور بر وجود تکالیفی چون اجرای قانون اساسی بر عهده رئیس جمهور تأکید شده است. روشن است که اجرای قانون اساسی و باقی تکالیف پیش گفته نیازمند نظارت بر دستگاه‌هایی است که مجری این وظایف هستند و چون رئیس جمهور به دلیل مشغله فراوان امکان بررسی مواردی از این دست را ندارد، بدیهی است که باید آن را به یک نهاد اداری واگذار کند. به این سبب حکم بخش دوم که ایجاد واحد بازرسی در ریاست جمهوری را ممنوع کرده است با تأکید بر اجرای وظایفی که در صدر رأی آمده است، سازگار نیست.

این اشکال مرتفع نمی شود مگر این که وظایف مذکور را متوجه شخص رئیس جمهور بدانیم که از تفویض آن به ساختار اداری محروم است، که می تواند نوعی متن گرایي محض تلقی شود.

۲-۲-۲. اصل گرایی در آرای شورای نگهبان

رویکرد دومی که در مبحث الفاظ علم اصول به آن پرداخته می شود وابستگی معنای لفظ به مراد نویسنده است. آنچه از آن در مباحث پیشین به عنوان نیت اصلی قانون گذار یاد کردیم، شورای نگهبان نیز در نظریه تفسیری خود به شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳ مورخه ۱۳۷۶/۳/۱۰ به پیروی از این دیدگاه تصریح کرده و اظهار داشته است:

«مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است». (موذنیان، ۱۳۸۱، ص ۲۵۱)

البته این رویکرد با متن گرایی تعارضی ندارد چرا که در اغلب موارد قانون گذار با استخدام الفاظ و معانی عرفی به بیان قصد خود می پردازد.

پیروان این دیدگاه در نظام «کامن لا» تا هنگامی که سندی روشن بیانگر قصد مقنن باشد با یکدیگر اختلافی ندارند. اما در صورت فقدان چنین سندی به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ گروه اول بیشتر به دنبال کشف کیفیت ذهنی مقنن با توسل به مذاکرات، سوابق پیش از قانون اساسی و پیش‌فرض‌هایی هستند که این قانون مبتنی بر آن تدوین شده‌است، به این گروه قصدگرا گفته می‌شود. نشانه‌های روشنی از این گرایش در برخی آرای شورا دیده می‌شود.

به عنوان نمونه، همان‌طور که می‌دانیم تدوین قانون اساسی پس از فرماندم دوازدهم فروردین ۱۳۵۸ و تأسیس نظامی مبتنی بر شریعت اسلام صورت گرفته‌است؛ به همین دلیل دو علم شناخته شده «فقه» و «اصول» از زیربنای قانون اساسی شناخته می‌شوند و جمع‌کنندگی از فقها در تدوین و تصویب آن دست‌اندرکار بوده‌اند. از این رو در بسیاری از تفاسیر شورا به سوابق موضوع در فقه و اصول مراجعه شده‌است و حتی اصطلاحات فقهی مورد استفاده قرار گرفته‌است.

مثلاً در نظریه تفسیری شماره ۹۳۴۸ مورخه ۱۳۶۶/۱۰/۲۴ شورا به استناد قاعده فقهی «الزام» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹ق، ج ۳، ص ۱۵۴) اعلام می‌کند: «دریافت بهره و خسارات تأخیر تأدیه از دولت‌ها و مؤسسات و شرکت‌ها و اشخاصی خارجی که بر حسب مبانی عقیدتی خود دریافت آن را ممنوع نمی‌دانند شرعاً مجاز است، لذا مطالبه وصول این گونه وجوه مغایر با قانون اساسی نیست و اصول چهل و سوم و چهل و نهم قانون اساسی شامل این مورد نمی‌باشد». (مؤذیان، ۱۳۸۱، ص ۱۸۸)

یا در پاسخ به این که پس از استیضاح وزیر باید رأی اعتماد گرفته شود یا رأی عدم اعتماد، و نصاب آن چیست؟ شورا پس از استناد به اصل ۱۳۵ در رأی شماره ۱۰۳۶ مورخ ۱۳۷۰/۱/۲۱ به «اصل استصحاب» (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۵۴۱) که از اصول عملیه شناخته شده در علم اصول فقه است تمسک می‌جوید

و اظهار می‌کند: «با عنایت به استصحاب اعتماد ابراز شده به وزرا از سوی مجلس در آغاز کار آن‌ها، هیأت وزیران، یا وزیر مورد استیضاح هنگامی عزل می‌شود که اکثریت نمایندگان رأی عدم اعتماد بدهند و صرف عدم احراز رأی اعتماد اکثریت موجب عزل نمی‌گردد.» (موذنیان، ۱۳۸۱، ص ۲۲۵)

از دیگر مواردی که به وضوح مشی اصل‌گرایانه برخی آرای شورا را نمایان می‌سازد، بند اول پاسخ شماره ۸۰/۲۱/۳۰۶ مورخه ۱۳۸۰/۱۰/۲۰ است، این رأی در جواب استفسار ریاست قوه قضائیه از اصل ۸۶ قانون اساسی صادر شده است. در این بند شورا به مشروح مذاکرات قانون اساسی درباره اصل ۸۶ اشاره کرده است و مبتنی بر آن اعلام می‌دارد، مصونیت ریشه اسلامی ندارد. (موذنیان، ۱۳۸۱، ص ۳۰۷)

دسته دیگر اصل‌گرایان در صورت فقدان سندی محکم حاکی از نیت تدوین‌کنندگان با استناد به فهم عمومی که از اهداف قانون اساسی دارند دست به استنباط اصولی می‌زنند که از ساختار و روابط اصول قانون نشأت گرفته است و بر اساس آن اقدام به تفسیر می‌کنند. آرای بسیاری نیز چنین گرایشی را در تفسیر شورای نگهبان به نمایش می‌گذارند.

به عنوان مثال پس از حادثه هشتم شهریور ۱۳۶۰ و شهادت رئیس جمهور و نخست وزیر وقت، رئیس مجلس از قانونی بودن شورای موقت ریاست جمهوری بدون حضور نخست وزیر پرسش کرده است. شورا در پاسخ به این سؤال نخست اصل عدم وقوع فترت و جلوگیری از تعطیل امور کشور را از اصول ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی استنباط نموده است، سپس بر اساس آن به قانونی بودن شورا با حضور دو عضو دیگر و تصمیمات و اقدامات آن به شرط اتفاق آرا حکم کرده است. این نظریه به شماره ۳۵۵۶ در تاریخ ۱۳۶۰/۶/۹ صادر گردیده است. (موذنیان، ۱۳۸۱، ص ۶۹)

در مورد دیگر شورا در رأی شماره ۳۳۴۴ مورخه ۱۳۶۷/۱۰/۷ با استناد به اینکه مواردی از قبیل مقام معظم رهبری، مجلس خبرگان رهبری و شورای نگهبان مافوق مجلس شورای اسلامی می‌باشند، این نهادها را از شمول اطلاق اصل ۷۶ قانون اساسی خارج می‌سازد. این برتری و تقیید در متن قانون اساسی مورد اشاره قرار نگرفته است بلکه این موضوع، از ساختار نهادهای سیاسی قانون اساسی استنباط شده است. (مؤذیان، ۱۳۸۱، ص ۱۹۸)

۲-۲-۳. عمل‌گرایی در آرای شورای نگهبان

همان‌گونه که گفته شد، آموزه‌های علم اصول فقه مبنای تفسیر قانون به‌ویژه قانون اساسی در ایران است. اگر سه رکن اساسی جریان فهم را متن، نویسندگان و خواننده بدانیم، فقط دو رکن نخست مورد توجه اصولیین شیعه قرار گرفته‌اند و احادیث متعددی که از رسول خدا صلی‌الله‌علیه‌وآله و ائمه معصومین علیهم‌السلام در رد تفسیر به رأی و منع شدید شیعیان از آن نقل شده، سبب شده است در آموزه‌های این علم، وضعیتی که خواننده در آن قرار دارد و ذهنیات او در فهم معانی الفاظ، مورد توجه کمتری قرار گیرد.

از این‌رو بنیان‌های اندیشه عمل‌گرایی هیچ‌گاه در نزد شیعیان پذیرفته نشده و پرسش اساسی عمل‌گرایان که ناشی از مشکلات میان متنی قدیمی و نیازهای جدید است، در فقه، با مباحثی چون احکام ثابت و متغیر، تأثیر زمان و مکان در اجتهاد، مصلحت و... پاسخ گفته شده است. اما در تفاسیر شورای نگهبان مواردی دیده می‌شود که متن به کلی مطرود شده و به نیت تنظیم‌کنندگان نیز بی‌توجهی شده است و نتیجه‌ای کاملاً قابل مقایسه با رویکرد عمل‌گرا حاصل شده است. شاید رأی تفسیری شماره ۸۰/۲۱/۳۰۳۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۰ بهترین نمونه چنین رویکردی باشد. این رأی در پاسخ به استفسار ریاست قوه قضائیه درباره اصل هشتاد و ششم قانون اساسی است، متن رأی صادره به این شرح است:

«نظر تفسیری شورا پس از بحث و بررسی مفصل و با مطالعه و امعان نظر در آرا و نظرات فقها، حقوق‌دانان و صاحب‌نظران به این شرح اعلام می‌گردد: با عنایت به:

۱- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص اصل هشتاد و ششم، حاکی از این‌که مصونیت ریشه اسلامی ندارد و تمام مردم در برابر حق و قانون الهی یکسان و برابرند، و هر فردی که در مظنه گناه یا جرم قرار گیرد قابل تعقیب است و اگر شکایتی علیه او انجام گیرد، دستگاه قضایی باید او را تعقیب کند.

۲- اصول متعدد قانون اساسی و از آن جمله اصل نوزدهم و بیستم دائر بر برخورداری همه ملت ایران از حقوق مساوی.

۳- اختصاص موضوع اصل هشتاد و شش مربوط به اظهار نظر و رأی نمایندگان در مجلس و در مقام ایفای وظایف نمایندگی و عدم ملازمه آن با ارتکاب اعمال و عناوین مجرمانه.

۴- عدم توجیه شرعی منع تعقیب یا توقیف مجرم.

۵- نظر مبارک حضرت امام خمینی (ره) به عنوان ناظر و راهنمای تدوین قانون اساسی دائر بر ضرورت پرهیز از هتک حرمت اشخاص و لزوم جبران آن در مجلس و رسیدگی توسط قوه قضائیه.

اصل هشتاد و ششم قانون اساسی در مقام بیان آزادی نماینده در رابطه با رأی دادن و اظهار نظر در جهت ایفای وظایف نمایندگی، در مجلس است و ارتکاب اعمال و عناوین مجرمانه از شمول این اصل خارج می‌باشد و این آزادی منافی مسئولیت مرتکب جرم نمی‌باشد.» (موذیان، ۱۳۸۱، ص ۳۰۷)

صرف نظر از کیفیت استدلالی که در این رأی مورد استفاده قرار گرفته است، که مورد نظر این پژوهش نیست؛ توجه به رویکرد این نظریه تفسیری حائز اهمیت فراوان است، از دیدگاه اندیشه تفسیری «کامن لا» این رأی قطعاً واجد رویکردی

متن گرا نیست؛ نهاد «مصونیت پارلمانی»^{۵۵} نهادی کاملاً شناخته شده است. این مصونیت عرفاً به مصونیت محدود قضایی اطلاق می شود که به سبب آن نمایندگان مجلس در انجام اموری که به وظیفه نمایندگانی مربوط می شوند قابل پیگرد قضایی نیستند. (مدنی، ۱۳۷۹، ص ۲۱۷؛ بوشهری، ۱۳۸۴، ص ۱۸۹) این ویژگی که مختص اعضای پارلمان است در قانون اساسی بسیاری از کشورها مانند ماده ۲۶ قانون اساسی فرانسه، ماده ۶۸ قانون اساسی ایتالیا، ماده ۵۰ قانون اساسی ژاپن (جلال الدین مدنی، ۱۳۷۹، ص ۵۱۸) مورد تصریح قرار گرفته است.

رأی مذکور با یکسان قلمداد کردن آحاد مردم و نمایندگان مجلس در جمیع جهات مربوط و به رسمیت نشناختن هیچ گونه مصونیت حتی به صورت مشروط محدود و موقت کاملاً با معنای آشکاری که عرف از اصل ۸۶ درک می کند، در تعارض است. (مهرپور، ۱۳۸۴، ص ۲۶۹)

از طرف دیگر این نظریه قابل تطبیق با دیدگاه اصل گرایانه نیز نمی باشد. هرچند در بندهای اول و پنجم سعی شده است تا از نظرگاهی قصدگرا و در بند دوم از دیدی تفسیرگرا در توجیه این رأی استفاده شود، اما قصد صریح مقنن در ممنوعیت تعقیب یا توقیف نمایندگان مجلس در شرایط خاص که قطعاً به موجب ایراد اتهام صورت می گیرد و در متن اصل به روشنی مذکور است، مورد بی توجهی قرار گرفته است.

این اشکال با دلایل مذکور قابل رفع نیست:

اولاً در پاسخ به بند اول می توان گفت احکامی که بر مبنای مصالح جامعه امروز در قوانین وضع می شوند را نمی توان به دلیل عدم سابقه در شرع نامشروع دانست و ظرفیت های فقه امامیه در انطباق با نیازهای زمان در جای خود به اثبات رسیده است.

ثانیاً اصل ۸۶ را می‌توان مخصص اصول نوزدهم و بیستم قانون اساسی مبنی بر حقوق برابر همه ملت دانست. سبب این تخصیص نیز روشن است چنین مصونیت مشروط و محدودی می‌تواند مصالح بزرگتر اجتماعی مانند نظارت بر دستگاه‌های حکومتی را به وجه بهتری تأمین کند هرچند ممکن است احقاق برخی حقوق به زمان دیگری موکول شود یا مورد بی‌توجهی قرار گیرد. خبرگان قانون اساسی نیز به عنوان نماینده ملت این ترجیح مصالح ملی بر حقوق فردی را تأیید کرده و به تصویب رسانده‌اند.

ثالثاً اگرچه ایفای وظایف نمایندگی ملازمه‌ای با ارتکاب برخی عناوین مجرمانه ندارد، اما اظهارنظرهای پی‌درپی در مورد کارگزاران حاکمیت و صلاحیت‌های شخصی ایشان جهت احراز مناصب گوناگون و نقد اقدامات و تصمیمات ایشان، بستر مناسبی برای بروز جرائم مانند توهین، افتراء، تشویش اذهان عمومی و... پدید می‌آورد و انجام این نوع اعمال مجرمانه در اثر خطا و اشتباه تا حدودی اجتناب‌ناپذیر است. از طرف دیگر تأیید صلاحیت نمایندگان مجلس از سوی شورای نگهبان و رأی مردم امکان سوء استفاده از این مصونیت را به مقدار زیادی کاهش داده است؛ با این حال امکان تضییع حقوق افراد در این مورد وجود دارد، که خبرگان قانون اساسی بنا بر مصالح بالاتری این خطر را پذیرفته‌اند.

رابعاً اگرچه منع تعقیب یا توقیف مجرم در احکام اولیه پذیرفته نشده است اما ممکن است به سبب مصالح اجتماعی به عنوان حکم ثانویه یا حکم حکومتی ضرورت پیدا کند. بعید به نظر می‌رسد با حضور جمع کثیری از فقها در مجلس خبرگان قانون اساسی چنین امری بدون توجیه شرعی به تصویب رسیده باشد. هرچند ممکن است مبنایی غیر از احکام اولیه داشته باشد.

خامساً آنچه از نظر مبارک حضرت امام خمینی(ره) در مورد ضرورت پرهیز از هتک حرمت اشخاص و جبران آن در مجلس مورد اشاره قرار گرفته است، هیچ

تعارضی با مصونیت پارلمانی ندارد، چرا که این عدم مسئولیت می‌تواند مشروط و محدود به دوره نمایندگی باشد و امکان رسیدگی قوه قضائیه برای همیشه منتفی نگردد، آنچه مورد اشکال ما است، تهی شدن این اصل از معنای روشنی است که مورد قبول همه افراد است و قطعاً با قصد مقنن از وضع چنین اصلی سازگار نیست. از این رو باید گفت با در نظر گرفتن الگوی «کامن لا» این رأی هیچ نستی با رویکردهای متن‌گرا و اصل‌گرا ندارد. و به عنوان نمونه یک رأی عمل‌گرا که ممکن است پاسخی به شرایط سیاسی، اجتماعی زمان صدور رأی باشد، قابل ارائه است.

نتیجه‌گیری

از مطالعه هردو دسته مکاتب تفسیری رایج جهان می‌توان نتیجه گرفت، مکاتب تفسیری حقوق «کامن‌لا»، اگرچه از حقوق اساسی آمریکا سرچشمه گرفته‌اند، به واسطه در برگرفتن مفاهیمی بنیادین و فراگیر می‌توانند رویکردهای تفسیری دیگر نظام‌های حقوقی جهان را نیز تحلیل کنند.

در مقابل، مکاتبی که ذیل عنوان «رمی - ژرمنی» مورد بررسی قرار گرفتند، بیش از آن‌که تقسیم‌بندی روشن و منطقی از رویکردهای تفسیری ارائه دهند، بیانگر سیر تحولات تاریخی حقوق فرانسه در زمینه تفسیر قانون هستند و خود به وسیله رویکردهای حقوق «کامن‌لا» قابل تحلیل‌اند. این مکاتب به سبب طبیعت نظام حقوق نوشته، در صورت وجود حکم مسأله در متن قانون در زمره رویکردهای متن‌گرا قرار می‌گیرند و از این جهت تفاوتی با یکدیگر ندارند. اما در صورت عدم وجود نص قانونی، مکتب تفسیر تحت اللفظی در پی کشف مراد مقنن و قصد اصلی او است، پس می‌توان آن را مکتبی اصل‌گرا دانست و مکاتب تفسیر آزاد با تمایلات غیراصل‌گرایانه، یکی برای پرکردن خلاء قانون از عرف‌های تاریخی جامعه بهره می‌برد (مکتب تفسیر تاریخی) و دیگری به مفسر اجازه می‌دهد با مطالعه علمی منابع متعدد، رأی مناسبی انتخاب نماید (مکتب تفسیر علمی آزاد) حتی می‌توان

گفت مکتب تفسیر علمی آزاد از نظر نتایج عملی به شدت به عمل‌گرایان معتدل که به هنجارهای جامعه و علوم اجتماعی به دیده احترام می‌نگرند، نزدیک شده‌است. علت این امر نیز روشن است، رونق مطالعه روش‌های تفسیر قانون اساسی در آمریکا توأم با مطالعات زبان‌شناسی، این فرصت را به حقوق‌دانان آمریکایی داده است تا بتوانند نگاه‌های دقیق‌تر و مبنایی‌تری به این حوزه داشته باشند؛ در نهایت به نظر می‌رسد از میان دو دسته مکاتب پیش‌گفته، رویکردهای تفسیری نظام «کامن‌لا» مبنای شایسته‌تری برای تحلیل عملکرد مراجع تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا به دست می‌دهد.

از بررسی آرا و رویکردهای تفسیری دیوان عالی ایالات متحده شورای نگهبان بر مبنای الگوی «کامن‌لا» چنین به نظر می‌رسد که اگرچه متن‌گرایی- رویکردی که بیش از هر چیز متن قانون اساسی را وجهه همّت خود قرار می‌دهد- در ابتدای تدوین قانون اساسی ایالات متحده رونق داشته‌است، اما در همین برهه نیز متن‌گرایی افراطی نتوانست پاسخی شایسته به نیازهای زمان خود دهد، از این رو نهادهایی در حقوق اساسی آمریکا تأسیس شدند که در متن قانون اساسی به آن‌ها هیچ اشاره‌ای نشده بود.

با فاصله گرفتن از دوره تدوین قانون اساسی ضعف‌های متن‌گرایی روشن‌تر شد و سرعت افول آن افزایش یافت؛ چنان‌که امروزه این‌گرایش فقط در متون تاریخ حقوق اساسی آمریکا مورد مطالعه قرار می‌گیرد و رقابت اصلی میان رویکردهایی است که به دو دسته کلی اصل‌گرا و غیر اصل‌گرا تقسیم می‌شوند. در واقع با کم فروغ شدن تمایلات متن‌گرایانه توجه به قصد و نیت مدونین قانون اساسی به عنوان روش تفسیر قانون اساسی مقبول افتاد، زیرا همراه با پای‌بندی به سنت حقوقی، می‌توانست بیش از پیش نسبت به نیازهای جامعه، پاسخگو باشد.

اصل‌گرایی همان‌طور که از ابتدا مورد توجه بوده است، در دوره کنونی نیز مورد توجه اندیشمندان و قضاتی است که در حوزه حقوق اساسی ایالات متحده

فعالیت می کنند و حجم عظیمی از آرای دیوان عالی در حوزه قانون اساسی با ابتدای بر این دیدگاه صادر شده است.

از میان دو گرایش مطرح در این نظرگاه با گذر زمان، دیدگاه های تفسیرگرا بر نظرات قصدگرایانه پیشی گرفته اند. چرا که تجربه تاریخی نشان می دهد، منابع مورد قبول در دیدگاه قصدگرا، اگر چه بیش از متن قانون اساسی پاسخگوی نیازهای روزافزون جامعه هستند اما باز هم توانایی محدودی برای پاسخ مناسب به پرسش های مطرح در حوزه حقوق اساسی دارند و اصول کلی استخراج شده از ساختارها و روابط قانون اساسی، از کارآمدی بیشتری در این حوزه برخوردارند.

ولی به هر حال هر دو نظر- متن گرایی و اصل گرایی- در نهایت بر متونی بنا شده اند که به افق های فکری مؤسسين ایالات متحده در قرن هجدهم محدوداند و دیر یا زود ظرفیت های خود را برای اداره تحولات سرسام آور اجتماعی از دست می دهند، همین امر موجب شده است تا نحله های غیر اصل گرا و به ویژه عمل گرا که به روشنی از ثمرات اندیشه کهن حقوقی فاصله گرفته اند، در صدسال گذشته پدید آیند و تقویت شوند.

اگر چه در فصل اخیر این پژوهش نمونه هایی از آرای شورای نگهبان مورد بررسی قرار گرفت که می توان آن ها را با الفاظی چون متن گرا و اصل گرا توصیف کرد؛ تذکر این نکته لازم است که مبانی اندیشه پراگماتیسم هیچ نسبتی با مبانی کنونی فقه و حقوق اسلامی ندارد و فقط توجه بیشتر آن به نیازهای کنونی برای بیان برخی تمایلات فکری نظریات شورای نگهبان مفید است.

در واقع، پراگماتیسم در برابر پاسخ های استادانه ای که فقه و حقوق اسلامی از پس بیش از هزار سال تلاش به مسأله شکاف میان متن کهن و نیازهای نو داده است، نوعی گریز از اصل پرسش به حساب می آید و ادعای انطباق الگوی دگرگونی تفسیر شورای نگهبان بر مدل تحولات تفسیری دیوان عالی ایالات متحده، ادعایی گراف است. اما ادبیات حاکم بر نظام «کامن لا» به روشنی ما را در توصیف

گرایشات فکری حاکم بر آرای شورا یاری می‌کند، چیزی که ادبیات موجود تفسیر قانون در نظام حقوق نوشته از آن عاجز است.

یادداشت‌ها

۱- برای مطالعه بیشتر ر.ک: ابواللیل، ابراهیم و اللفی، محمد (۱۹۸۶م)، المدخل الى نظريه القانون و نظريه الحق، کویت: جامعه الكويت، ص ۱۵۲؛ مدنی، جلال الدین (۱۳۷۲)، رویه قضائی، بی‌جا: بی‌نا، ص ۲۶؛ احمد، محمد شریف (۱۹۸۲م)، نظریه تفسیر النصوص المدنیه، بغداد: مطبعه وزاره الأوقاف والشؤون الدینیة، صص ۱۷۹-۱۸۰؛ و یتربی قمی، سیدعلی (۱۳۷۶)، مقدمه علم حقوق، قم: نشر نوید اسلام، ص ۱۰۶.

۲- وی در این مورد می‌گوید: «عبارات قانون، مانند لغت تنها یک وسیله برای بیان فکر گوینده می‌باشند و چون نصوص قانونی محصول فکر خودآگاه مؤلفین آن می‌باشند بنابراین لازم است فرض کنیم که آنان عمداً چنین عباراتی را برگزیده اند و کلمات این عبارات کاملاً بیان کننده فکر و اراده آنان می‌باشد و بدین جهت لازم است که اولاً به شکل عبارت توجه نماییم و پس از آن تمامی معنای آن را استنباط نموده و از حدود آن تجاوز نکنیم». (احمد، محمد شریف (۱۹۸۲م)، نظریه تفسیر النصوص المدنیه، بغداد: مطبعه وزاره الأوقاف والشؤون الدینیة، ص ۲۰۳)

۳- مثلاً مؤلف کتاب «دانشنامه حقوقی» در مورد تفسیر آزاد می‌نویسد: در این گونه تفسیر، تفسیر کننده در بند استخراج مراد مقنن نیست، زیرا فرض این است که مقنن همه نیازمندی‌های جامعه را نمی‌توانسته پیش‌بینی کند. ای بسا که حین وضع قانون، معنایی را مورد توجه قرار داده که بعدها مصالح جامعه تغییر کرده و در خلاف جهت آن معنا قرار گرفته است» (جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۳)، دانشنامه حقوقی، تهران: دانشگاه تهران، واژه تفسیر)

یا مؤلف کتاب «مقدمه علم حقوق» در این مورد می‌نویسد: «به نظر پیروان این مکتب که تحقیق علمی آزاد نامیده شد، قدرت و سلطه واقعی را باید در خود قانون جستجو کرد، نه در کسانی که به عنوان مقنن آن را وضع کرده‌اند. پس از انجام تشریفات مقدماتی، همین که قانون به صورت یک قاعده الزام آور درآمد، گذشته از اراده کسانی که آن را وضع کرده‌اند به خودی خود معتبر است. دادرس مجبور به اطاعت از قانون است و نمی‌تواند حکم آن را در فصل دعاوی نادیده بگیرد ولی در برابر این

تکلیف، اختیار دارد که قانون را تفسیر و معنی واقعی آن را تعیین کند و در مقام استفاده از این اختیار، آزاد است که مانند سایر دانشمندان به تحقیق بپردازد و خود را پای‌بند به اراده قانونگذار نبیند». (کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۲۸).

4 - See: Kirst, Malmkjaer(2004), The Linguistics Encyclopedia, Second Edition, London: Routledge, pp119-24

5-Textualism

6- Originalism

7- Non-Originalism

8- Present-Minded Theory

9- See: Kelsen H.(1967), Pure Theory of Law, trns.by Knight M, University of Berkeley: California Press.

10- Original Intent

11- Intentionalism

12- Interpretivism

13- Public Understanding

14- Cirilized Rule

15- Living Constitution

۱۶- برای دیدن توضیحات بیشتر راجع به نظریه دورکین رک: سیموندز، نیل ای (۱۳۸۱)، «فلسفه

حقوق»، در: راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش،

تهران: طرح نو، صص ۵۶-۶۰

17- Pragmatism

18- Jurisprudence

19- John Dewey

20- William James

21- Empiricism

22- Ethics

23- Natural Rights

24- Analytical Positivism

25- Benjamin N.Cardozo

26- Roscoe Pound

27- Stephen J. Field

28- Contextual

29- Foundationalism

30- Legal Pragmatist

31- Practical Reason

32- Common Sense

33- Alexander Hamilton

34- Thomas Jefferson

35- Established Rules Of Construction

36- Mandamus Writ

قرار خاصی است که به موجب آن دادگاه فرد یا هیأتی را به ایفای وظیفه خود مجبور می‌سازد. (داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی (۱۳۷۶)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص حسین صفائی، تهران: نشر دادگستر، ص ۲۸۱)

37- James Madison

38- Bill of Rights

39- Jusef Story

40- Owen J. Roberts

41- United States V. Butler (1936)

42- Raoul Berger

43- Brown V. Board Of Education Of Topeka (1954)

44- Desegregation

45- Judge Robert H. Bork

46- Reves v. Ernst Young (1990)

47- Charles L. Black

48- Roe V. Wade (1973)

49- Oliver Wendell Holmes

50- Missouri V. Holland (1920)

51- Judicial Self-Restraint

52- Abrams V. United States (1919)

۵۳- قانون مدنی ایران به عنوان نمونه‌ای از بازتاب فقه امامیه در نظام حقوقی کشور، به صراحت این رویکرد را مورد تأیید قرار داده است. ماده ۲۲۴ قانون مزبور اعلام می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه»

۵۴- از جمله: الف: /ستناد به صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی عطف به نامه شماره م/۱/۲۱۱۲ به تاریخ ۱۳۶۴/۴/۱۹ و رد هرگونه استثناء بر اصل مذکور و عین همین محتوا در نامه شماره ۳۸۷۶ به تاریخ ۱۳۶۴/۴/۱۹ که برای رئیس جمهور ارسال شده است (موذنیان، ۱۳۸۱، ص ۱۶۵ و ۱۷۰)
ب: عدم استثنای شمول اصل ۸۵ بر کلیه اساسنامه‌ها مبتنی بر نص صریح آن. در نامه شماره ۵۶۵ به تاریخ ۱۳۶۹/۶/۱۱ (موذنیان، ۱۳۸۱، ص ۲۱۲)

ج: توجه به تصریح اصل ۱۳۵ در پاسخ به سؤال از ملاک عزل وزرا در مورد استیضاح، در نامه شماره ۱۰۳۶ مورخ ۱۳۷۰/۱/۲۲ رأی عدم اعتماد مجلس ضابطه این امر شناخته شده است (موذنیان، ۱۳۸۱، ص ۲۲۵)

د: در پاسخ به استفسار شورای عالی قضایی به شماره ۱۰۸۷۰ به تاریخ ۱۳۶۲/۱۲/۲۹ اشعار داشته است: مفاد اصل ۱۴۰ قانون اساسی روشن است و نیازی به تفسیر ندارد (موذنیان، ۱۳۸۱، ص ۱۳۶)

55- Parliamentary Immunity

منابع

منابع فارسی

۱. بوشهری، جعفر (۱۳۸۴)، *حقوق اساسی اصول و قواعد*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲. دوپاکیه، کلود (۱۳۳۲)، *مقدمه تئوری کلی و فلسفه حقوق*، ترجمه علی محمد طباطبائی، تهران: چاپخانه بوذرجمهری.
۳. قشقایی، حسین (۱۳۷۸)، *شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی*، قم: مرکز اشارات دفتر بلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *فلسفه حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، *کلیات حقوق: نظریه عمومی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷. گرجی، علی اکبر (۱۳۸۴)، «ماهیت قضایی شورای نگهبان و شورای قانون اساسی»، *نشریه حقوق اساسی*، شماره ۴.
۸. مدنی، جلال الدین (۱۳۷۹)، *حقوق اساسی تطبیقی*، تهران: پایدار.
۹. مدنی، جلال الدین (۱۳۷۳)، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: نشر همراه.
۱۰. مدنی، جلال الدین (۱۳۷۲)، *رویه قضائی*، بی جا: بی نا.
۱۱. مدنی، جلال الدین (۱۳۷۰)، *مبانی و کلیات علم حقوق*، تهران: نشر همراه.
۱۲. موذنیان، محمدرضا (۱۳۸۱)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان: تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام سایر استفساریه ها و تذکرات*، ۱۳۸۰ - ۱۳۵۹، تهران: سروش.

۱۳. مهرپور، حسین (۱۳۸۴)، *وظیفه دشوار نظارت بر قانون اساسی*، تهران: نشر ثالث.

۱۴. نجومیان، حسین (۱۳۴۸)، *زمینه حقوق تطبیقی در نظام‌های حقوقی: اسلام، فرانسه، انگلیس، روسیه، مشهد: کتابفروشی جعفری*.

منابع عربی

۱. ابواللیل، ابراهیم و اللفی، محمد (۱۹۸۶م)، *المدخل الى نظرية القانون و نظرية الحق*، کویت: جامعه الكويت.

۲. احمد، محمد شریف (۱۹۸۲م)، *نظرية تفسير النصوص المدنية*، بغداد: مطبعة وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية.

۳. الانصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق.)، *فرائد الاصول و هو رسائل*، قم: دارالکتاب (الجزائری)

۴. الصده، عبدالمنعم فرج (بی‌تا)، *اصول القانون*، بیروت: دار النهضة العربية.

۵. الموسوی البجنوردی، حسن (۱۳۸۹ق.)، *قواعد الفقهیه*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۶. تناغو، سمیر عبدالسید (۱۹۸۶م)، *النظرية العامة للقانون*، اسکندریه: منشأ المعارف.

۷. دیاس (۱۹۸۶م)، *فلسفه القانون: فلسفه القانون المذاهب الاقتصادية والواقعية*، ترجمه هنری ریاض، بیروت: دار الجیل.

۸. علی، علی منصور (۱۳۹۱ق.)، *المدخل للعلوم القانونية و الفقه الاسلامی*، مقارنات بین الشریعه والقانون، بیروت: بی‌نا.

منابع لاتین

1. Barnhart, Michael G.(1994), "Textualism, and Incommensurability", *Philosophy East & West* 44.4.

2. Berger, Raoul&Bork, Robert(1990)," Progressive and Conservative Constitutionalism", *Michigan Law Review* 88.4.

3. Bernstein, Richard(1983), *Beyond Objectivism and Relativism*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
4. Black, Charles L.(1969), *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Baton Rouge: Louisiana State University Press.
5. Blakey, G. Robert& Roddy, Kevin P.(1996), "Reflections on Reves V. Ernst Young", *American Criminal Law Review* 33.5.
6. Bork, Robert H.(1990), *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York: Free Press.
7. Brest P.(1980), "The Misconceived Quest for the Original Understanding", *Boston University Law Review*, vol.60.
8. Coase R.(1961), "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, Vol.3, No.1.
9. Cotter, Thomas F.(1996),"Legal Pragmatism And The Law And Economics Movement". *Georgetown Law Journal* 84.
10. Dworkin R.(1997), *freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.
11. Farber, Daniel, "Legal Pragmatism and the Constitution", *Minnesota Law Review* 72.
12. Federalist Society(1986), "Interpreting Our Written Constitution", *The Federalist Society Occasional Paper* No. 2, Washington D.C..
13. Fish, Stanley(1991), *Almost Pragmatism: Pragmatism in Law & Society*, Boulder: Westview Press, Colo.
14. Friedman, Leon & Israel, Fred L.(1997) eds., *The Justices Of The United States Supreme Court: Their Lives and Major Opinions*, New York: Chelsea House.
15. Fuller L.(1964), *The Morality Of Law*, New Haven: Yale University Press.
16. Grey, Thomas C.(1989),"Holmes and Legal Pragmatism", *Stanford Law Review* 41.
17. Henkin, Louis(1996), *Foreign Affairs and the United States Constitution*, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press.

18. Jacobsohn, Gary J.(1997), *Pragmatism, Statesmanship, and the Supreme Court*, NewYork: Cornell University Press.
19. Johnson, John W.(2001) ed., *Historic U.S. Court Cases: An Encyclopedia*, New York: Routledge.
20. Kramer Larry(2008), "Two(More) Problems with Originalism", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 31.3.
21. Laycock, Douglas(1984), "Taking Constitutions Seriously: A Theory of Judicial Review", *Texas Law Review* 59.
22. Levy, Leonard W.(1988), *Original Intent and the Framers' Constitution*, New York: Macmillan.
23. McDowell, Gary(1985), *The Constitution and Contemporary Constitutional Theory*, Cumberland: Center for Judicial Studies.
24. Monaghan, Henry(1981), "Our Perfect Constitution", *New York University Law Review* 56.
25. Peirce C. S(1878), "How To Make Our Ideas Clear", *Popular Science Monthly*, Vol. 12.
26. Posner, Richard A.(1988), *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press.
27. Rorty, Richard(1982), *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
28. Roy, Lisa Shaw(2003), "Roe and the New Frontier", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 27.1.
29. Scalia A.(1997), *A Matter Of Interpretation: Federal Courts& The Law*, New Jersey: Princeton University Press.
30. Schauer, Frederic(1985), "Easy Cases", *Southern California Law Review* : 58.
31. Singer, Joseph William(1990), "Property and Coercion in Federal Indian Law: The Conflict Between Critical and Complacent Pragmatism". *Southern California Law Review* 63.

32. Smith, Steven D., "The Pursuit of Pragmatism", *Yale Law Journal* 100.
33. Stack K.M.(2004), "Divergence of Constitutional & Statutory Interpretation", *Colorado law Review*, Vol. 42, No.
34. Sullivan, Michael(2007), *Legal Pragmatism: Community, Rights, and Democracy*, Bloomington: Indiana University Press.
35. Summers, Robert Samuel(1982), *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, New York: Cornell University Press.
36. Tushnet M. V.(1985), "A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory", *Southern California Law Review* 58.
37. Van Alstine, Michael P.(1999), "Of Textualism, Party Autonomy and Good Faith", *William and Mary Law Review* 40.4.
38. Warner, Richard(1993), "Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory", *University of Illinois Law Review*.
39. Wilson Bryan C.(2004), "What's a Federalist to Do?", *Duke Law Journal* 53.4.
40. Wrinkler A.(2003), "A Revolution Too Soon: Woman Suffragists & The Living Constitution", *New York Univerity Law Review*, Vol.76.