

## تفسیر قضایی در حقوق عمومی

اسدالله یآوری\*

پرهام مهرآرام\*\*

### چکیده

حقوق عمومی دارای ویژگی‌های منحصر به فردی است که آن را از دیگر شاخه‌های حقوق متمایز کرده است. وجود چنین تمایزی این پرسش را بر می‌انگیزد که آیا این شاخه از حقوق دارای روش منحصر به فرد خود در تفسیر است یا خیر. در پاسخ باید گفت که حتی اگر این چنین نباشد، بعضی از روش‌های تفسیری با ماهیت حقوق عمومی بیشتر سازگار و یا حداقل در حوزه‌هایی کارآمدتر هستند. برای نمونه، ناکارآمدی‌های مکتب منشأگرا در حقوق عمومی به خصوص از نیمه دوم قرن بیستم بسیار مورد بحث بوده است. در حقوق اساسی، ماهیت خاص قانون اساسی به عنوان سندی دارای ابهامات بسیار با واژگان عام و کلی، همچنین به عنوان مهم‌ترین سند در تنظیم و توزیع قدرت و بیان حقوق بنیادین، تفسیری که مبتنی بر تعیین متن و معنا باشند را با مشکل روبه‌رو می‌کند. در حقوق اداری نیز، با توجه به تحولات بنیادینی که در اداره مدرن اتفاق افتاده است و همچنین زیر سؤال رفتن بسیاری از پیش‌فرض‌های اساسی آن مانند حاکمیت قانون و تفکیک قوا رویکردهای صرفاً منشأگرا پاسخ‌گو نیستند و امروزه گرایشی به سمت مکاتب پویاتر وجود دارد و این امری است که در توزیع قدرت در میان نهادهای قضایی، شبه قضایی و اداری نقش محوری دارد.

**کلیدواژه‌ها:** تعیین معنا، منشأگرایی، مکاتب پویا، تفسیر قضایی، حقوق اساسی.

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) Yavariamir@hotmail.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی Parham\_mehram@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۰/۱۵

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۲/۱۵

تفسیر در حقوق موضوعه عبارت است از تلاش مفسر در یافتن و ارائه مفهوم و قلمرو یک قاعده و یا وضعیت حقوقی. گونه‌ای از این تفسیر که تفسیر قضایی نامیده می‌شود، فرایندی است که طی آن دادرس در حدود انجام وظیفه و در جهت تعیین مدلول قاعده‌ای که نوعاً فاقد صراحت کافی است و یا تعیین حدود شمول قاعده مزبور مبادرت به شناسایی و اعمال مفهومی مشخص و معین برای آن می‌نماید. در ذیل تفسیر رسمی از قانون که وظیفه مرجع وضع قانون (به استثنای قانون اساسی که مرجع رسمی تفسیر آن نهادهای صیانت از قانون اساسی هستند) است، تفسیر قضایی در رتبه بعد از حیث اعتبار در نظم حقوقی هنجاری قرار می‌گیرد. در اهمیت و جایگاه تفسیر قضایی، به عنوان مثال، می‌توان به تفسیر هیأت عمومی دیوان عالی کشور در ایران از قانون (به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی) اشاره کرد که در حکم قانون است. بر این اساس در فقدان تفسیر رسمی از قانون، این قاضی است که در مرحله رسیدگی به دعاوی و صدور حکم، حدود و ثغور قاعده حقوقی را عملاً و به نحو مؤثر مشخص می‌کند. بنابراین، در این موارد قاضی را می‌توان، حتی در نظام‌های حقوق نوشته، به نوعی خالق قاعده حقوقی (به ویژه در مواردی که قاضی از مکتب تفسیر واقع‌گرا - در مقابل مکتب تفسیر لفظی و ادبی - تبعیت می‌نماید) تلقی نمود. از مجموعه این متون، قوانین و مقررات حقوق عمومی است که با عنایت به جایگاه آنها در نظم هنجاری، نقش عمده و تعیین‌کننده در نظام حقوقی دارند. در واقع، این قوانین و مقررات از یک سو، به عنوان اساسنامه و مجموعه هنجاری حاکم بر ایجاد و فعالیت دولت و صلاحیت‌ها و روابط اجزا آن با یکدیگر و همچنین روابط آنها با شهروندان نمود می‌باید؛ و از سوی دیگر به عنوان مجموعه هنجارهای بنیادین نقش راهنما و راهبر و تعیین‌کننده چارچوب هنجارهای سایر شاخه‌های حقوق را ایفاء می‌کند. بر همین اساس، تفسیر قضایی (مشمول بر تفسیر محاکم عالی و تالی دادگستری، دیوان عدالت اداری و همچنین شورای نگهبان در جایگاه نهاد صیانت از قانون اساسی، هر چند نتوان آن را به معنای دقیق کلمه دادرس اساسی دانست) از این مجموعه قوانین و مقررات، بخش مهمی از موضوع و مسأله تفسیر و چارچوب، اصول، ملاک‌ها و معیارهای آن را تشکیل می‌دهد.

در حقیقت، اگر به تاریخ حقوق عمومی با دقت نگاه شود، می‌توان رابطه متقابل میان مکاتب تفسیری و دگرگونی‌ها در عرصه حقوق عمومی و نظریات آن را مشاهده کرد. بحث تفسیر در حقوق، اولین بار در قرن ۱۴ اهمیت یافت. در این قرن در انگلستان قضات خود بخشی از «شورای بزرگ»<sup>۱</sup> بودند که هم مرجع وضع قانون و مرجع بازنگری و اصلاح

۱. Great Council. در پادشاهی انگلستان، این نهاد که آن را Magnum Concilium نیز می‌خوانند، مجلسی است مرکب از اشراف و روحانیون. این مجلس در سال در مواقع معینی تشکیل جلسه داده و در کنار پادشاه به مسائل مهم کشور می‌پرداخته است. برای مطالعه بیشتر درباره تاریخچه این نهاد در قرون ۱۵ و ۱۶، ر. ک.

آن بودند. با قدرت گرفتن تدریجی پارلمان‌ها و عدم حضور قضات در آنها، جدایی در میان مقام ناظر بر اجرای قانون و مقام واضع ایجاد شد که تفسیر را اجتناب‌ناپذیر می‌کرد. از آنجا که پادشاه در رأس قدرت بود، قانون بیان اراده پادشاه فرض می‌شد و به همین دلیل هم قضات خود را موظف می‌دانستند که در موقع اعمال قانون نیت او را کشف کنند و این در حقیقت مروج اندیشه نیت‌گرا در اروپا محسوب می‌شد. سلطنت‌طلبان به شدت از چنین تئوری‌هایی دفاع می‌کردند. در عین حال با مطرح‌شدن اندیشه‌های مبتنی بر حقوق طبیعی مانند اندیشه‌های جان لاک و سپس برتری پارلمان ابتدا تئوری‌های حق‌محور و سپس متن‌محور مورد توجه قرار گرفتند. در تئوری‌های حق‌محور قوانین و خلاءهای آنها در پرتو ارزش‌های پیشینی که قضات به آنها پایبند بودند از جمله مالکیت خصوصی تفسیر می‌شدند؛ در این تفاسیر واقعیت چندان محل توجه نبود.<sup>۱</sup>

در قرن هجدهم، با جدی‌تر شدن مباحثی مانند تفکیک قوا شکاف بین قوه مجریه، مقننه و قضاییه بیشتر شد. حاکمیت پارلمان پذیرفته شده و قضات صرفاً موظف به اجرای قانون مصوب پارلمان بودند. نتیجه اینکه حتی قاعده طلایی که قضات را مختار می‌دانست در مواقعی که تفسیر لفظی آشکارا به بی‌عدالتی یا یاوه ختم می‌شود آن را کنار بگذارند، پذیرفته نمی‌شد. این امر به سرعت صورت‌نگرفت و ناشی از یک جدال سی ساله بود. ابتدا در ۱۸۴۰ این قاعده پذیرفته شد. در پرونده «گوبین علیه بورنل»<sup>۲</sup> و سپس در پرونده‌های «میلر علیه سالومانس»<sup>۳</sup> و «برد لات علیه کلارک»<sup>۴</sup> تفسیر لفظی مضیق پیروز شد. همچنین پارلمان‌ها غالباً به ارائه قوانینی مفصل و پیچیده می‌پرداختند که در نهایت باعث برتری یافتن تفسیر لفظی شد. البته صرف حاکمیت پارلمان منجر به پیروزی حاکمیت لفظی نشد، بلکه وضع قوانین مفصل هم مؤثر بود.<sup>۵</sup> این گونه است که تحولات بنیادین در عرصه حقوق عمومی به رواج یا عدم رواج یک مکتب تفسیری دامن زده است.

در راستای فهم بهتر این تعامل، این پژوهش می‌کوشد به مبحث تفسیر قضایی در حقوق عمومی بپردازد. پرسش اساسی این تحقیق عبارت است از اینکه آیا حقوق عمومی دارای روش تفسیری متمایز و انحصاری نسبت به سایر روش‌های مورد استفاده در دیگر حوزه‌های حقوق است یا خیر. در راستای پاسخ به پرسش مطرح‌شده، اولین گام آشنایی با روش‌ها و مکاتب تفسیری به کارگرفته شده در حقوق است. این بررسی،

Mackie, J. D., *The Earlier Tudors 1485–1558*, Oxford, Clarendon Press, 1952.

1. Corry, J. A., "Administrative Law and the Interpretation of Statutes", the University of Toronto Law Journal, Vol. 1, No. 2, 1936, pp. 294-296.
2. Gwynne v. Burnell
3. Miller v. Salomans
4. Bredlaugh v. Clarke
5. Ibid, pp. 297-301.

در گفتار اول صورت گرفته و مکاتب را در دو دسته عمده منشأگرا و پویا مورد مطالعه قرار می‌دهد. در گام دوم، به ماهیت متمایز حقوق عمومی نسبت به سایر شاخه‌های حقوق پرداخته و رابطه آن را با تفسیر به طور عام و هریک از نظریات تفسیری به طور خاص بررسی خواهیم کرد. از آنجا که هر کدام از شاخه‌های حقوق عمومی دارای برخی ویژگی‌های منحصر به فرد است، مستقیماً بحث را در گفتار دوم با بررسی حقوق اساسی و ویژگی‌های منحصر به فرد موضوع بنیادین آن یعنی قانون اساسی آغاز کرده و سپس بحث مشابهی را در رابطه با حقوق اداری پی خواهیم گرفت. لازم به ذکر است در حین این دو گفتار اشاره مختصری هم به وضعیت تفسیر در ایران کرده، تشتت آرا در این حوزه را نشان خواهیم داد. در حقیقت شورای نگهبان و همچنین دیوان عدالت اداری در آرای خود از رویه‌ای مشخص و منسجم پیروی نمی‌کنند.

## ۱. تفسیر و انواع مکاتب آن

مکاتب تفسیری را به شیوه‌های متفاوتی می‌توان تقسیم‌بندی کرد. آنچه که در حقوق رایج‌تر است، تقسیم‌بندی بر اساس پویایی یا ایستا بودن تفسیر است. در این گزارش اجمالاً به این دو رویکرد پرداخته می‌شود. در ابتدا به منشأگرایی و دسته‌بندی‌های آن خواهیم پرداخت و سپس مکاتب رقیب را که مکاتب پویا هستند، معرفی خواهیم کرد.

### ۱-۱. منشأگرایی

منشأگرایی تحت تأثیر هرمنوتیک عینیت‌گرا قرار دارد و به دو دسته اصلی متن‌گرایی و نیت‌گرایی تقسیم می‌شود و اصالت را به مؤلف می‌دهد. عده‌ای معتقد هستند از نیمه دوم قرن پانزدهم این مکتب رایج شد و در قرن هفدهم گفته می‌شد که معنای اولیه باید مدنظر باشد.<sup>۱</sup> در منشأگرایی ما به دنبال آن هستیم که فهمی از قانون اساسی پیدا کنیم که قابل استناد به مؤسسان باشد. این مکتب دارای یک اصل بنیادین است که به نوعی سنگ‌بنای تمام زیرشاخه‌های آن می‌باشد؛ اینکه معانی اصول قانون اساسی بعد از تدوین ثابت و معین خواهند بود.

در نهایت دو مکتب زنده و پرتطرفدار از منشأگرایی وجود دارد؛ متن‌گرایی و نیت‌گرایی که هر دو مبتنی بر فهم قانون در زمان تدوین آن هستند. با وجود این بعضی از ساختارگرایی هم در زمره مکاتب اصلی منشأگرایی صحبت کرده‌اند که به نظر

۱. فقیه لاریجانی، فرهنگ، هرمنوتیک عینیت‌گرا و نظریه تفسیر قانون اساسی (با تأکید بر آراء شورای نگهبان)، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، ص. ۸۲.

می‌تواند مورد قبول واقع شود،<sup>۱</sup> اما به اندازه دو مکتب دیگر دارای طرفدار و رواج نیست. همچنین عده‌ای غایت‌گرایی را نیز - اعم از هدفی که از خود قانون قابل استخراج است یا آنکه برای درک آن به نیت نویسندگان قانون رجوع شود - زیرمجموعه نیت‌گرایی قرار داده‌اند که به نظر قابل قبول نمی‌باشد؛ زیرا قوانینی که در پرتو هدف وضع خود تفسیر می‌شوند با توجه به اینکه در یک موقعیت خاص چه میزان از اهداف برآورده می‌شود، مستلزم تفاسیری پویا و موقعیت‌محور هستند که از تفاسیر منشأگرا به دور است. در نهایت دسته‌ای دیگر از محققان هم از زمینه‌گرایی<sup>۲</sup> به عنوان مصداقی از منشأگرایی بحث کرده‌اند.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد با توجه به آنکه اصلی‌ترین شاخه‌های زمینه‌گرایی تحت تأثیر ویتگنشتاین قرار دارند که وجود معنای ثابت برای واژگان را مورد تردید قرار می‌دهد،<sup>۴</sup> چنین دسته‌بندی خالی از اشکال نیست. اگرچه می‌توان پذیرفت که بعضی از شاخه‌های زمینه‌گرا را بتوان در زمره مکاتب منشأگرا محسوب کرد. نتیجه آنکه زمینه‌گرایی نه ذاتاً با منشأگرایی نسبتی دارد و نه با مکاتب پویا. در ادامه به این دو مکتب رایج در منشأگرایی چنانکه نام برده شد خواهیم پرداخت:

#### ۱-۱-۱. متن‌گرایی

متن‌گرایان معتقدند که در تفسیر یک متن تاریخی باید همان معنایی را جست‌وجو کرد که در ابتدای کار و در زمان تصویب مورد نظر بوده است. باید با توجه به زمینه تاریخی و زبان‌شناسی متن آن را درک کرد و نباید تا زمانی که متن معنای روشنی می‌دهد به سراغ معیارهای دیگر رفت. این مکتب اوج فرمالیسم است، چنانکه بسیاری متن‌گرایی را معادل فرمالیسم دانسته‌اند.<sup>۵</sup> فرمالیسم همچون متن‌گرایی به دنبال بی‌نیاز کردن استنباط حقوقی از ملاحظات تاریخی، اجتماعی، انسان‌شناسانه، اخلاقی و سیاسی است.<sup>۶</sup> این روش به دنبال راهکاری عینی است. از دید معتقدان به

۱. مزارعی، غلامحسین، «ساختارگرایی در تفاسیر شورای نگهبان از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۱.
۲. زمینه‌گرایی مکتبی است که بر اساس آن هر متنی یک عمل ارتباطی قصد شده در یک فضای فکری و اجتماعی خاص است که این فضا اصولاً حاوی مفاهیم و لغات و معانی خاص است که آنها را در اختیار نویسنده قرار می‌دهد و در کنار آن پرسش‌ها و پاسخ‌های خاصی نیز در این فضا رایج است. با بازآفرینی این فضا می‌توان هم معنای متن و نقاط مختلف آن و هم قصد نویسنده را دریافت (فقیه لاریجانی، فرهنگ، منبع پیشین، ص. ۱۴۹).
۳. همان، ص. ۷۴.
۴. ویتگنشتاین، لودویگ، پژوهش‌های فلسفی، ترجمه فریدون فاطمی، چاپ ششم، تهران، نشر مرکز، ۱۳۹۱، ص. ۷۶.
۵. کلهر، جواد، اصالت شکل در حقوق عمومی، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص. ۱۷.
۶. کیوانفر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰، صص. ۷۷-۷۶.

این مکتب معانی به قدر کافی روشن و شفاف هستند و بنابراین، می‌توان صرفاً به آنها و نه نیت و امور خارج از متن مراجعه کرد؛ از این مکتب گاه با نام تفسیر لفظی مضیق<sup>۱</sup> هم صحبت می‌شود.

انتقادهای وارد بر این مکتب را می‌توان به شرح زیر خلاصه نمود:

- مفاد قانون اساسی و اصلاحیه‌ها گاهی حاصل سال‌ها اصلاحات پیاپی است و بنابراین واژه‌ها دارای معنای یکسان نیستند و مجموعه واحدی را تشکیل نمی‌دهند. به این انتقاد این چنین پاسخ داده شده است که اصلاحات نباید انسجام متن را بر هم بزنند؛
- تمایزی بین معنای شفاف و غیر آن وجود ندارد؛ چنین انتقادهایی مبتنی است بر فلسفه‌های زبانی جدید همچون ویتگنشتاین متأخر که به آن اشاره شد. بر اساس آرای این متفکر هیچ واژه‌ای دارای معنای کاملاً محصل یا به عبارت دیگر یک هسته معنایی مرکزی نیست. مشروح این بحث را باید در کتاب‌ها و مقالات فلسفی جست‌وجو کرد.<sup>۲</sup>
- به برداشتی کاملاً سطحی منجر می‌شود و قاضی تلاشی برای رسیدن به معنایی عمیق‌تر نمی‌نماید؛<sup>۳</sup>
- در برابر این انتقادات مدافعان این نظریه کوشیده‌اند که دفاعیات خود را ارائه دهند که می‌توان آنها را به شرح زیر دسته‌بندی نمود:
  - متن در زمان تصویب دارای معنای روشنی است؛
  - تغییر معنا و مفهوم ثابت قانون به معنای تغییر آن است؛
  - این معنی روشن و ثابت که متن در زمان تصویب دارای آن است، همان معنایی است که از کلام استخراج می‌شود و باید آن را از معانی جانبی و قصد و نیت اولیه متمایز کرد؛
  - چنین تفسیری مانع از تغییر معنای قانون توسط رویه قضایی می‌شود. از این رو بیشتر با مبانی دموکراسی سازگار است، زیرا که از تفاسیر سلیقه‌ای قضات که نهادی غیر انتخابی (برخلاف نمایندگان پارلمان) هستند، جلوگیری می‌کند.
  - قضات صرفاً وظیفه تفسیر قوانین را دارند و نقش آنها وضع قاعده با تفسیر خارج‌متنی نیست.<sup>۴</sup>

#### 1. Strictly literal interpretation

۲. ویتگنشتاین، لودویگ، منبع پیشین، ص. ۷۷.

۳. فقیه لاریجانی، فرهنگ، منبع پیشین، صص. ۱۳۲-۱۳۰.

۴. همان، صص. ۱۰۰-۹۸.

چهارمین دفاع حائز اهمیت بسیار است و ما را متوجه مسأله‌ای اساسی در مبحث تفسیر می‌کند. هر نوع مکتب تفسیری ارتباط تنگاتنگی با نهادی در حقوق اساسی دارد که در صورت پذیرش یا تأکید بیشتر بر آن نهاد، مکتب تفسیری مورد نظر هم اهمیت بیشتری می‌یابد. برای نمونه، کسانی که به حاکمیت پارلمان اعتقاد دارند، تفسیر متن‌گرا را بیشتر مطابق با میل خود می‌دانند؛ زیرا در صورتی که قوه قضاییه امکان تفسیر پویا از قوانین را داشته باشد در حقیقت به گونه‌ای از قانون‌گذاری پرداخته است و در نتیجه وارد حوزه صلاحیت پارلمان شده و از قدرت آن کاسته است. اختلاف وقتی پررنگ‌تر می‌شود که انتخابی بودن نمایندگان پارلمان را در برابر غیر انتخابی بودن قضات در نظر آوریم. در این صورت دفاع از متن‌گرایی توأمان با دفاع از دموکراسی در برابر «استبداد قضات» می‌شود.

### ۲-۱-۱. قصدگرایی

قصدگرایی از دوران قدیم مورد توجه بوده است و نمونه برجسته آن توجه کلیسا به این مکتب در تفسیر متون مقدس است. در این مکتب قاضی باید مطابق قصد و نیت قانون‌گذار، قانون را تفسیر کند. قضات برای پی‌بردن به این قصد باید به پیشینه تقنینی از جمله گزارش‌های هیأت‌های تقنینی مربوطه مراجعه کنند. به نظر می‌رسد هر انسانی وقتی درباره تفسیر می‌اندیشد ناخودآگاه این نوع از قصدگرایی در ذهنش پدیدار می‌گردد. در واقع اگر بین تفسیر و حکم کردن تمایز بگذاریم، مشخص می‌شود که این نوع تفسیر معقول‌ترین است. در حکم کردن ما به دنبال اخذ یک تصمیم اداری یا قضایی از طریق قانون هستیم. این در حالی است که در تفسیر صرف به دنبال کشف معنی به خصوص در موارد دارای ابهام می‌باشیم. در حقیقت، ترجیح بسیاری از مکاتب تفسیری در حقوق به دلیل ترجیحی است که این مکاتب در حکم دادن نسبت به تفسیر دارند. در غیر این صورت اگر قانون مرجع حل اختلاف نبود و صرفاً به دنبال روشن کردن معنای آن بودیم، شاید اساساً حجیت هیچ مکتبی جز قصدگرایی را نمی‌پذیرفتیم. برای نمونه، برای تفسیر قانون حمورابی کسی به مسائل و مشکلات امروز نمی‌اندیشد و صرفاً مباحث تاریخی مطرح می‌شود.<sup>۱</sup> این مطلب در پاسخ دادن به انتقادات وارد شده بر قصدگرایی حائز اهمیت بسیار است.

از این مکتب انتقادهای مختلفی شده است که عبارتند از:

- در حقیقت قصد واحدی وجود ندارد. پارلمان‌های امروزی متشکل از دهها بلکه صدها نماینده هستند که هر کدام از معنای واژگان، برداشت خود را داشته و از تصویب قانون هدف خود را متصور هستند. بر اساس این دیدگاه،

1. Lawson, Gary, "No History, No Certainty, No Legitimacy . . . No Problem: Originalism and the Limits of Legal Theory", Florida Law Review, Vol. 64, Issue 6, 2013, p. 1556.

از آنجا که قصد واحدی وجود ندارد، در نهایت این مکتب فاقد یک معیار عینی برای حل مشکلات برآمده از تفسیر است و در نتیجه دست قضات را باز می‌گذارد تا ارزش‌ها و نیت خود را به جای نیت قانون‌گذار نشانده، در بررسی و گردآوری داده‌های تاریخی سلیقه‌ای و با توجه به منافع خود عمل کنند. به نظر می‌رسد که این انتقاد جدی‌ترین انتقاد به این مکتب است و در عین حال خالی از حقیقت نیز نمی‌باشد.

- قانون‌گذار قانون را تصویب کرده است و نه قصد یا نیت را. توجه به نیت لطمه‌زدن به دموکراسی است. (انتقاد متن‌گرایانه)؛
- از آنجا که به دنبال نیت معقول هستیم و معیار معقول بودن کسی جز قاضی نمی‌تواند باشد، در نهایت قاضی خود را به جای قانون‌گذار می‌گذارد؛
- در زمینه حقوق و آزادی‌ها، این نگرش به پایمال شدن حقوق اقلیت‌ها و بعضی از گروه‌های اجتماعی منجر خواهد شد؛
- این دیدگاه نمی‌تواند تمامی وقایع آتی نسبت به زمان وضع قانون را در برگیرد.

## ۲-۱. مکاتب پویا

مکاتب پویا در برابر منشأگرایی، عینیت مبتنی بر معنای زمان تصویب را رد می‌کنند. از دید آنها واژگان دارای معنای ثابت و محصلی در طول زمان نیستند، بلکه این شرایط و زمینه در حال دگرگون‌شونده آنها است که به آنها معنی می‌دهد. در چنین حالتی در صورتی که جامعه دوره ثباتی را در زمانه‌های متفاوت سپری کند، تفاسیر ثابت و در غیر این صورت دگرگون می‌شوند. این امر کاملاً در تعارض با پیش‌فرض‌های منشأگرایی واقع شده و آنها را به چالش می‌کشد. طرفداران این مکتب در دفاع از اعتقادات خود از آرای فیلسوف برجسته اتریشی ویتگنشتاین تأثیر می‌پذیرند.<sup>۱</sup> بر اساس نظرات وی، معنای واژه‌ها را کارکرد آنها در یک بازی زبانی خاص معین می‌کند و بنابراین نه تنها واژه‌ها در بازی‌های زبانی متفاوت معانی متفاوتی خواهند داشت، بلکه با دگرگون شدن این بازی‌ها، معانی هم دگرگون می‌شوند. در هر صورت هیچ معنای محصلی برای واژگان وجود ندارد.<sup>۲</sup>

از جمله مکاتب پویا، رئالیسم حقوق است. رئالیسم نظریه‌ای در فلسفه حقوق است که ادعا می‌کند حقوق در حقیقت در محاکم شکل می‌گیرد و نه در پارلمان و در

۱. مهرآرام، پرهام، ویتگنشتاین متأخر و تأثیر آن بر حقوق، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.

۲. استرول، اورال، فلسفه تحلیلی در قرن بیستم، ترجمه فریدون فاطمی، چاپ چهارم، تهران، نشر مرکز، ۱۳۹۰، ص. ۲۰۸.



رای دادگاهها بازتاب می‌یابد و نه در قانون. دو نحله از این مکتب وجود دارد که یکی در اسکاندایناوی و دیگری در آمریکا شکل گرفته است.<sup>۱</sup>

در آمریکا از ۱۹۲۰ تا ۱۹۳۰ حقوق‌دان‌هایی همچون «هولمز»<sup>۲</sup> و «پوند»<sup>۳</sup> به عنوان رئالیست‌های حقوقی هر نوع عینیت در حقوق را رد کردند. قدرت قضات در تفسیر قانون محدود به معانی شفاف یا بازسازی تخیلی قصد قانون‌گذار نیست. «کردوزو»<sup>۴</sup> قاضی سرشناس آمریکایی از این دیدگاه به صورت جدی‌تری دفاع می‌کند. از دید او قضات در چارچوب ایجاد قواعد حقوقی نقش دارند، اما نقش آنها منحصر به پرکردن خلأهایی است که در چارچوب قانون‌گذاری وجود دارد.<sup>۵</sup> او چهار روش برای رسیدن به یک تصمیم قضایی را بر می‌شمارد که قضات از هیچ یک از آنها به تنهایی استفاده نمی‌کنند:

- روش اول استفاده از روش‌های منطقی - فلسفی است. از طریق این روش حقوق می‌تواند از نظر منطقی پیشرفت کند و عقلانیت و وحدت را به توده‌ای از جزئیات و انباشتی از قضاوت‌های مرتبط به یک موضوع بدهد. به این منظور می‌توان از مکاتب منشأگرا به خوبی بهره برد؛
  - روش دوم استفاده از سنت است. سنت استانداردهای تثبیت شده توسط قضات را در بر می‌گیرد؛
  - روش سوم استفاده از تاریخ است. تاریخ جهت کلی حرکت نظام حقوقی را نشان می‌دهد؛
  - چهارمین روش هم، روش جامعه‌شناختی است که نیازها و عوامل اصلی رفاه عمومی را در نظر می‌گیرد و شرایط تغییر حقوق را در راستای نیازها و تغییرات جامعه فراهم می‌کند و داور نهایی در بین روش‌های فوق است.<sup>۶</sup>
- از دیگر رئالیست‌های برجسته «کارل لولین»<sup>۷</sup> است. او حقوق را به عنوان امری که کارکردهای بنیادینی را در جامعه ایفا می‌کند در نظر می‌گیرد و به همین جهت برای آن از اصطلاح «وظیفه حقوق»<sup>۸</sup> استفاده می‌کند. ادعای او این است که باید حقوق را به عنوان یک ابزار دید و نه هدف یا ارزش. به عبارت دیگر حقوق طریقیست دارد و نه موضوعیت. جامعه برای بقای خود می‌بایست نیازهای خود را برآورد و در این مسیر ممکن است با یک سری تعارضاتی برخورد کند که می‌بایست حل گردد. ایده مرکزی و

۱. کیوانفر، شهرام، منبع پیشین، ص. ۱۳۶.

2. Holmes

3. Pound

4. Cardozo

5. Straup, Daniel J, "Law and Language: Cardozo` Jurisprudence and Wittgenstein's Philosophy", Valparaiso University Law Review, vol. 18, 1984, p. 342.

6. Ibid, p. 343.

7. Karl Llewellyn

8. law job

اساسی این نوع کارکردگرایی، تلقی از حقوق به عنوان یک «نهاد»<sup>۱</sup> است که «وظیفه»<sup>۲</sup> های مختلفی را در جامعه ایفا می‌کند. یک نهاد فعالیت‌های نظام‌یافته‌ای است که برای ایفای یک نقش یا یک سری از نقش‌ها طراحی شده است. به هر حال تأکید للوین همیشه بر «حقوق در کنش»<sup>۳</sup> بوده است.<sup>۴</sup> او هم رأی با ویتگنشتاین معتقد است که معانی عبارات، برگرفته شده از زمینه‌های تجربی آنها است. لولین از آرای رئالیسم حقوقی در تفسیر قراردادها بهره بسیار می‌برد.<sup>۵</sup>

در پایان این گفتار می‌توان گفت هم فرمالیسم و هم رئالیسم دچار بحران‌هایی بودند که آنها را در تفاسیری که توأمان دموکراسی، استدلال منطقی و قاعده را با هم مرتبط کند ناکارآمد می‌ساخت. از این رو از ۱۹۳۹ به بعد مکتب فرایند «حقوقی»<sup>۶</sup> شکل گرفت. بر اساس این مکتب حقوق قواعدی هدفمند است که همکاری مولد و وابستگی افراد در جامعه را تسهیل می‌کند. تفسیر باید چنین قصد ابزاری را در نظر بگیرد و در آن باید به دنبال دست‌یافتن به اهداف و ارزش‌هایی باشد که قانون‌گذار به دلیل آن قانون را وضع کرده است. این گونه است که قانون با دموکراسی و حاکمیت قانون ارتباط پیدا می‌کند. چنین دیدگاهی در آرای متفکرانی مانند فولر و در آرای مانند «ایالات متحده علیه انجمن حمل و نقل امریکا»<sup>۷</sup> و «شواگمن بروس علیه کالورت دیستیلرز کرب»<sup>۸</sup> بازتاب یافت.<sup>۹</sup> این مکتب از زمره مکاتب پویا به شمار می‌رود، زیرا معتقد است که تفسیر قانون باید مبتنی بر ارزش‌ها و اهداف عمومی که در طول زمان تغییر می‌کنند باشد.<sup>۱۰</sup>

## ۲. تفسیر در حقوق عمومی

اینک که ویژگی‌های منحصر به فرد هر کدام از مکاتب تفسیری مشخص گردیده است، می‌توان به محدودیت‌ها و مزایای اعمال هر کدام از آنها در حقوق عمومی پرداخته و کارآمدی یا ناکارآمدی هر کدام را روشن ساخت. حقوق عمومی به عنوان

1. Institute
2. Job
3. law in practice
4. Raymond, Wacks, *Philosophy of Law (a Very Short Introduction)*, Oxford University Press Inc., Oxford, 2007, p.95.
5. Patterson, Dennis, "Good Faith, Lender Liability and Discretionary Acceleration: of Llewellyn, Wittgenstein and the Uniform Commercial Code", *Texas Law Review*, vol. 168, 1989, p.171.
6. Legal Process
7. United States V. American Trucking Association
8. Schwegmann Bros V. Calvert Distillers Corp
9. Patterson, Dennis, "A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory", A John Wiley & Sons Ltd. Publication, 2010, pp. 190-191.
10. Eskridge, William, *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, 1994, p. 729.

شاخه‌ای از حقوق که دولت، اعمال آن و روابط آن با مردم را موضوع بررسی خود قرار می‌دهد، قطعاً دارای ویژگی‌های منحصر به فردی است که بیش از هر چیز ناشی از رابطه ویژه‌ای است که با قدرت دارد. حقوق عمومی از یک سو، نحوه عملکرد دولت در تدبیر امور جمعی و عمومی را مشخص می‌کند؛ از آنجا که حاکمیت قانون همچنان یکی از بنیادی‌ترین مفاهیم در حقوق عمومی است، ابزار قانون همچنان برجسته‌ترین ابزار دخالت دولت در جامعه است. از سوی دیگر، حقوق عمومی از برخی آرمان‌ها تبعیت می‌کند و می‌کوشد دولت را به آنها پایبند نگه دارد. چنین ویژگی‌هایی است که آن را از سایر رشته‌های حقوق متمایز کرده و جایی برای بحث از چیستی تفسیر در حقوق عمومی می‌گشاید. برای آنکه این مبحث به صورت دقیق‌تر پی‌گرفته شود در دو بند ویژگی‌های خاص حقوق عمومی را چنانکه گفته شد در حقوق اساسی و اداری مطرح کرده و نسبت آن را با مکاتب تفسیری خواهیم سنجید.

## ۱-۲. تفسیر در حقوق اساسی

در پاسخ به این پرسش که آیا حقوق اساسی دارای روش منحصر به فردی برای تفسیر است یا خیر، ابتدا باید به قانون اساسی پرداخت که موضوع اصلی و محوری این شاخه از حقوق است. برای این منظور، بایستی نخست ویژگی‌های متمایزی را در قانون اساسی که آن را از سایر قوانین مجزا کند، بیابیم؛ این قانون دارای ویژگی‌های منحصر به فردی است که برخی از نظریات تفسیری را حداقل در بعضی از ابعاد ناکارآمد می‌کند:

- قانون اساسی دارای اصطلاحاتی کلی‌تر، مبهم‌تر و عام‌تر از قوانین عادی است؛ چنین ویژگی منحصر به فردی به دلایل زیر است:

الف: قانون اساسی توافق یک ملت در خصوص چارچوب‌ها و هنجارهای کلان و بنیادین اداره کشور و جامعه در شئون مختلف آن است. در بسیاری از موارد اصطلاحات مبهم و کلی در قانون اساسی عامداً و آگاهانه بوده تا جای تفسیر برای نسل‌های آینده باز بماند و رضایت همه طرف‌ها حاصل شود؛

ب: قانون اساسی قانونی ماندگار است. به این معنا که مسیر حرکت جامعه در طی چندین نسل را پیش‌بینی می‌کند<sup>۱</sup> و لذا باید آمادگی تطبیق با شرایط متفاوت را داشته باشد؛

ج: بازنگری در قانون اساسی بسیار دشوارتر است و به همین جهت باید انعطاف تفسیری بیشتری داشته باشد تا بتواند نیاز دوران‌های پس از تصویب را هم برآورده سازد. این امر در قوانین اساسی کشورهای مختلف مشهود است.

1. Marmor, Andrei, Interpretation and Legal Theory, Second edition, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005, p.142

کشورهایی که شیوه بازبینی راحت‌تری را پیش‌بینی کرده‌اند، بیشتر به متن‌گرایی مقید هستند. برای مثال، کشور آلمان متن قانون اساسی را در جایگاه بالاتری از نیت بنیان‌گذاران قرار می‌دهد، زیرا بازبینی در قانون اساسی آن به صورت ساده‌تری پیش‌بینی شده است. برای نمونه، از سال ۱۹۴۹ تا به امروز این قانون بیش از ۵۴ بار اصلاح شده است. در برابر، در ایالات متحده متن‌گرایی و استفاده از شیوه‌های مکانیکی کمتر مورد توجه است و دیده می‌شود که قانون اساسی از ۱۷۸۷ تاکنون تنها ۲۶ اصلاحیه داشته است که اگر ۱۰ اصلاحیه اول را یک سند و یک اصلاحیه محسوب کنیم می‌توان آن را به ۱۶ اصلاحیه تقلیل داد؛<sup>۱</sup>

- قانون اساسی سندی است که بیش از سایر اسناد نیازمند مشروعیت است. این مشروعیت از طریق تحمیل نیت بنیان‌گذارانی که صدها سال پیش زندگی می‌کرده‌اند، بر کسانی که امروز زندگی می‌کنند حاصل نمی‌شود. از این رو عده‌ای معتقد هستند که واژگان قانون اساسی باید در پرتو معانی امروزی آنها و برای حل معضلات امروز تفسیر گردند؛<sup>۲</sup>

- قانون اساسی نقشه قدرت در جامعه را ترسیم می‌کند. بررسی رابطه نهادهای قدرت در قانون اساسی به شیوه‌های خاصی از تفسیر مانند ساختارگرایی دامن می‌زند و تفسیر صرفاً متن‌گرایانه یا نیت‌گرایانه را به حاشیه می‌رانند. از این رو به نظر می‌رسد که قانون اساسی سندی است دارای دو بخش<sup>۳</sup> که هر کدام از آنها با شیوه‌ای از تفسیر سازگارتر است. بخشی از آنکه به ساختار قدرت می‌پردازد، می‌تواند همچنان با شیوه‌های منشأگرایانه تفسیر شود و بخش دیگر آنکه مرتبط با حقوق بشر است باید با تکیه بر روش‌های پویا تفسیر گردد؛

- قانون اساسی دربردارنده ارزش‌های اجتماعی و حقوق بشر است. تفسیر نیت‌گرایانه یا متن‌گرایانه آن باعث تضییع حقوق اقلیت‌ها و گروه‌های اجتماعی خاص می‌شود؛<sup>۴</sup>

پذیرفته شده است که تفسیر حقوق بشر باید پویا و همگام با زمان باشد و نباید در این راستا به نیت قانون‌گذاران مراجعه کرد. اصطلاحات حقوق بشری مانند آزادی و

1. Arshakyan, Mher, "The Impact of legal System on Constitutional interpretation: a Comparative Analysis: the USA Supreme Court and the German Federal Constitutional Court", German Law Journal, Vol. 14, No. 8. 2013, pp. 1327-1328.  
 2. Conway, Gerard, "Historical Interpretation of Constitutions – the EU and US Compared", Quest Proceedings of the QUB AHSS Conference, 2008, p.102.  
 3. Marmor, Andrei, Op. Cit, p.143.  
 4. Eskridge, William, Op. cit. , p. 732.

برابری در ذات خود مبهم و کلی هستند. اساساً این یکی از عوامل اصلی دورشدن بعضی از نظام‌های حقوقی از مکتب منشأگرایی بوده است. در ایالات متحده یک نمونه برجسته پرونده «براون علیه کمیسیون آموزش»<sup>۱</sup> در ۱۹۵۴ است<sup>۲</sup> که بر خلاف قاعده سابقه و تفاسیر قبلی تفکیک نژادی مدارس را خلاف کرامت انسانی دانست. در اروپا نیز که سنت حقوق رومی ژرمنی حاکم بوده و همواره پوزیتیویسم حقوقی از جایگاه بالایی برخوردار بوده است، بعد از جنگ جهانی دوم و با توجه به نتایج دهشتناک آن، حقوق بشر مورد توجه ویژه‌ای قرار گرفت و در نتیجه آن تفاسیر استنتاجی و مکانیکی صرف محدودتر شد و حداقل در مواردی مانند تفاسیر مرتبط با حقوق بشر جای خود را به تفاسیر پویاتر یا تفاسیر هدف محور داد. در این زمینه دو مثال رایج یکی دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان است که هر نوع تفسیر ایستا از حقوق بنیادین را رد می‌کند و دیگری دادگاه‌های بین‌المللی در اتحادیه اروپا مانند «دیوان دادگستری اروپایی»<sup>۳</sup> است.<sup>۴</sup> برای نمونه، دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان در پرونده «پرنسس سریا»<sup>۵</sup> نشان می‌دهد که سنت پوزیتیویستی تنها سنت در آلمان نیست و حقوق در ارتباط و منعکس‌کننده واقعیت‌های سیاسی و اقتصادی است. بنابراین، در حقیقت هنگامی که قانون‌گذار از عهده پر کردن این شکاف بر نمی‌آید، قاضی است که این خلأ را پر می‌کند.<sup>۶</sup>

علاوه بر این، در نظام حقوقی ایالات متحده می‌توان نمونه‌های بسیاری از تغییر موضع نظام قضایی این کشور در تفسیر قانون با در نظر گرفتن پویایی مفهوم حق و دگرگون شدن آن در طول زمان یافت. نمونه بارز آن موضعی است که دیوان عالی این کشور در رابطه با جرایم مرتبط با بی‌احترامی به پرچم اتخاذ کرد. پرونده «تگراس علیه جانسون»<sup>۷</sup> مثال معروفی از تغییر موضع دادگاه‌های این کشور نسبت به این مسئله است. تا پیش از آن غالباً توهین به نمادهای ملی تحت پیگرد قرار می‌گرفت<sup>۸</sup> و قوانین مرتبط لازم‌الاجرا محسوب می‌شد، اما بعد از این پرونده، دیوان عالی ایالات متحده کلیه قوانینی را که به جرم‌انگاری این امر پرداخته بودند برخلاف آزادی بیان تصریح شده در اصلاحیه اول قانون اساسی محسوب کرد<sup>۹</sup> و این چنین با گسترش مفهوم آزادی بیان، رویکرد نظام قضایی در تفسیر قوانین سابق به کل دگرگون گشت.

1. Brown v. Board of education
2. Paulsen, Michael Stokes, "Does the Constitution Prescribe Rules for its Own Interpretation?", Legal Studies Research Paper No. 08-36, 2008, p.36.
3. European court of justice
4. Conway, Gerard, Op. Cit, p.109.
5. Princess Soraya
6. Arshakyan, Mher, Op. cit., pp. 1323-1324.
7. Texas V. Johnson
8. See: Halter V. Nebraska

۹. برای اطلاعات بیشتر در این مورد، ر. ک:

بحث از کاستی مکتب منشأگرا در تفسیر قانون اساسی حداقل در چنین مواردی پرسش‌های بسیاری را برانگیخت. اگر متن یا پیش‌نویس قانون اساسی برای تفسیر مفاد آن کفایت نمی‌کند، از چه منابع دیگری در این زمینه می‌توان استفاده کرد؟ در پاسخ به این پرسش بسیاری مانند دورکین از ارزش‌های موجود در نظام حقوقی صحبت کرده و قاضی را در دخیل کردن آنها در تصمیمات خود مجاز دانسته‌اند. از طرف دیگر متفکرانی مانند پوزنر این امر را نپذیرفته و ورود مباحث اخلاقی توسط قضات در حقوق را هم صرفاً محدود به مواردی می‌دانند که توافقی در این زمینه در جامعه وجود دارد، مانند مواردی که مربوط به تبعیض نژادی است. در سایر موارد در حقیقت قضات تمایلی به مباحث ارزشی نداشته و از شیوه‌های سنتی‌تر استفاده می‌کنند. با وجود چنین استدلالی حتی پوزنر هم معتقد است که رویکردهای سنتی به تفسیر نمی‌تواند تمام آنچه را که در حقوق به وقوع می‌پیوندد بیان کند و تصویری معوج از واقعیت ارائه می‌دهد.<sup>۱</sup>

آنچه گفته شد نشان می‌دهد که در حقوق اساسی نظریات تفسیری مستقل و انحصاری نسبت به سایر شاخه‌های حقوق وجود ندارد و شاید تنها بتوان برخی شیوه‌ها را مناسب‌تر و مطلوب‌تر برای تفسیر حقوق اساسی دانست. (با وجود این تفسیر ساختارگرایانه تا حدودی صرفاً می‌تواند در رابطه با قانون اساسی به کار رود زیرا این سند است که ساختار قدرت در جامعه را معین می‌کند.) اما اگرچه مکتب کاملاً متمایزی برای این شاخه از حقوق وجود ندارد، باید پذیرفت که برخی ویژگی‌های منحصر به فرد قانون اساسی در بعضی زمینه‌ها تفاسیر پویا را مناسب‌تر می‌نمایاند. اما دلایلی برای پذیرش تفاسیر منشأگرا در رابطه با ماهیت خاص قانون اساسی نیز وجود دارد. نیت‌گرایان می‌گویند که خود قانون اساسی از ما می‌طلبد که چنین قصدی را در نظر بگیریم؛ زیرا که قانون اساسی تبلور و تجسم اراده عمومی محسوب می‌شود و نه حاصل جمع اراده نمایندگان تصویب‌کننده آن و مشروعیت خود را نیز از این طریق کسب می‌کند. جمله نخست قانون اساسی ایالات متحده که می‌گوید «ما مردم ایالات متحده امریکا»، می‌تواند شاهی بر این استدلال باشد. بر این اساس، خود قانون اساسی ایالات متحده وجود اراده‌ای واحد را که بیانگر مفاد آن است پیش فرض می‌گیرد.

در رابطه با تفسیر اساسی در ایران و رویکرد غالب و حاکم نمی‌توان وضعیت روشنی ارائه داد چرا که شورای نگهبان از رویه‌ای مشخص پیروی نمی‌کند. هر چند به نظر می‌رسد که در درجه اول این نهاد خود را موظف به کشف نیت مقنن می‌داند. در

Tiefer, Charles, "The Flag-burning controversy of 1989-1990: congress valid role in constitutional dialogue", Harvard Journal of Legislation, vol. 29, 1992, p.357.

1. Posner, Richard, "the Problematic of Moral and Legal Theory", Harvard Law Review, Vol. 111, No. 7, 1997, p. 1708.

بسیاری از موارد که تفسیر نهاد نام‌برده در رابطه با اصولی از قانون اساسی است که به میزان صلاحیت قوا و نهادهای اساسی و رابطه آنها با یکدیگر می‌پردازد، این شورا به تفسیر ساختارگرایانه دست زده است. مطابق اصل ۷۶ قانون اساسی مجلس حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارد. مبتنی بر تفسیری لفظی، با توجه به اطلاق این اصل، این نظارت تمام نهادهای حقوقی در کشور را شامل می‌شود. با وجود این شورای نگهبان در نظرات تفسیری خود به شماره ۳۳۰۸ تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۳ و همچنین نظریه شماره ۳۳۴۴ تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۷<sup>۱</sup> نهادهایی مانند رهبری و مجلس خبرگان و شورای نگهبان را از دامنه این اصل خارج کرده است. دلیل ارائه شده برای این تفسیر مافوق بودن چنین نهادهایی از مجلس شورای اسلامی است. فارق از درستی یا نادرستی این تفسیر به نظر می‌رسد شورای نگهبان نقشه قدرتی را بر اساس قانون اساسی ترسیم کرده است که آن را در حل مسائل تفسیری دخیل می‌کند و بر اساس آن گاه از تفسیر لفظی فراتر می‌رود. معادل چنین تفسیری در رابطه با اصل ۷۱ قانون اساسی نیز قابل مشاهده است. بر اساس این اصل، مجلس در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند. با این حال این صلاحیت با تخصیصاتی مانند رعایت محدوده مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی یا عدم امکان قانون‌گذاری در مورد نهادهایی که از نظر شورا برتر از مجلس هستند، یعنی رهبر و مجلس خبرگان و شورای نگهبان محدود شده است.<sup>۲</sup>

شورای نگهبان در مورد روابط قوای سه‌گانه با یکدیگر نیز به تفاسیر ساختارگرا متوسل شده و به عنوان مثال تفاسیر خود را در موارد بسیاری بر اصل تفکیک قوا مبتنی کرده است. نمونه آن عبارتند از منع الزام دولت به ارائه لایحه با توسل به اصول ۵۷ و ۷۴ قانون اساسی،<sup>۳</sup> منع اجازه دخالت قوه قضاییه در امور اجرایی،<sup>۴</sup> حفاظت از استقلال قوه قضاییه در برابر قوه مجریه در تفسیر خود از اصول ۱۵۸ و ۷۴ و موارد بی‌شمار دیگر.<sup>۵</sup>

با وجود این شورای نگهبان در یکی از برجسته‌ترین نمونه‌هایی که می‌توانست در آن به تفکیک قوا استناد کند یعنی اصل ۸۶ قانون اساسی منطقی کاملاً متفاوت را پذیرفته که اصل یادشده را به کلی بی‌معنا کرده است. این اصل مصونیت پارلمانی را

۱. مجموعه نظرات شورای نگهبان (تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفسارها و تذکرات)، چاپ دوم، ویرایش اول، تهران، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تابستان ۱۳۸۱، ص. ۷۴.

۲. مزارعی، غلامحسین، منبع پیشین، ص. ۱۱۹.

۳. همان، ص. ۱۳۰.

۴. همان، ص. ۱۳۵.

۵. همان، ص. ۱۳۶.

پیش‌بینی کرده است. این نهاد حقوقی به منظور جلوگیری از اعمال فشار و ایجاد فضای رعب‌انگیز برای نمایندگان مجلس توسط نیروهای سیاسی و حتی قوای دیگر طراحی شده است.<sup>۱</sup> بنابراین، منطقی می‌نمود شورا در تفسیر این اصل نیز به تفسیر ساختارگرا متوسل می‌شد. همچنین تفسیر شورای نگهبان با معیارهای تفسیر متن‌گرا هم هم‌خوانی ندارد. زیرا چنین تفسیری نباید به نتایج آشکارا غیر قابل قبول منجر شود، شرطی که به نظر در مورد تفسیر این اصل برآورده نشده است؛ در نهایت به نظر می‌رسد که شورای نگهبان در تفسیر خود به نیت قانون‌گذار از طریق تفسیر تاریخی با توسل به پیش‌نویس قانون اساسی پرداخته است. فارغ از ارزش این نوع تفسیر، مدافعان این شیوه تفسیر برای پرهیز از برخی مشکلات راه‌کارها و قواعدی را معرفی کرده‌اند که شورای نگهبان در تفسیر اصل مدنظر نسبت به آنها بی‌اعتنا بوده است. قواعد رایج در تفسیر تاریخی عبارتند از:

- تفسیر تاریخی بدون آگاهی از قواعد و اصول خود پارلمان در تصویب و تفسیر قوانین نباید صورت بگیرد؛
- تصمیمات و متون نوشته شده متأخر بر متقدم برتری دارد؛
- تفسیر نباید بدون آگاهی از اینکه چه کسی برنده و چه کسی بازنده مناظرات است انجام شود؛
- در بین انواع اسناد موجود مثلاً گزارش کمیسیون مجلس یا مشروح مذاکرات نباید سلسله مراتب ذاتی قائل شد بلکه هر کدام به موضوع مربوطه نزدیک‌تر بود باید انتخاب شود؛<sup>۲</sup>

در هر حال و صرف نظر از فقدان وحدت و انسجام رویه شورای نگهبان در انتخاب رویکرد و روش تفسیری در خصوص حوزه‌های مختلف حقوق اساسی، مسئله دیگر عدم ثبات یا پایبندی این شورا به استفاده از مکاتب تفسیری در یک حوزه معین و گاه یک اصل است. به عنوان مثال می‌توان به سیر تفاسیر شورا از اصل ۱۱۳ قانون اساسی در خصوص صلاحیت رئیس‌جمهور در صیانت از قانون اساسی اشاره نمود. در واقع، به نظر می‌رسد شورا حسب موقعیت‌های سیاسی مختلف در همراهی یا عدم همراهی رئیس‌جمهور با گرایش‌های سیاسی حاکم بر این نهاد، تفسیر از مفهوم و حدود و ثغور صلاحیت و اختیارات رئیس‌جمهور را با نوسانات قابل توجهی در استفاده از مکاتب و شیوه‌های تفسیری انجام داده است.<sup>۳</sup>

۱. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، «مصونیت پارلمانی نمایندگان در حقوق تطبیقی»، نشریه حقوق اساسی، شماره اول، پاییز ۱۳۸۲، ص. ۹۸.

2. Nourse, Victoria, "A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules", the Yale Law Journal, Vol. 122, 2012, pp. 90-128.

۳. شورای نگهبان سه تفسیر درباره این اصل ارائه داده است که گاه کاملاً با یکدیگر در تعارض قرار می‌گیرند. برای مطالعه بیشتر در خصوص اصل ۱۱۳ و نظریات تفسیری شورای نگهبان، نگاه کنید به:



در نهایت باید گفت که شورای نگهبان در تفاسیر خود از قانون اساسی به یک شیوه منسجم پایبند نیست.

## ۲-۲. تفسیر در حقوق اداری

مفاهیم بنیادین موجود در حقوق اداری مبتنی بر یک سری مفاهیم مرتبط با حقوق اساسی است که چنانکه در مقدمه توضیح داده شد، از یک سو خود مبتنی بر پیش‌فرض‌هایی تفسیری است و از سوی دیگر به رونق بعضی از این مکاتب دامن می‌زند. در حقیقت رابطه متقابلی بین نظریات تفسیری و پیش‌فرض‌های بنیادین حقوق اداری که ریشه در حقوق اساسی دارند، وجود داشته است. اندیشه‌های بنیادین مانند اصل عدم‌صلاحیت یا دکترین خروج از صلاحیت مبتنی بر مفاهیم تفکیک قوا و حاکمیت قانون است که بر اساس آن قوای حکومتی در وضع، اجرا و نظارت بر قانون کارکردی کاملاً مجزا دارند. مبتنی بر این رویکردها اداره صرفاً مجری قانون است و البته قانونی که دارای معنای روشن و شفاف است. به عبارت دیگر اداره قاعده عام را با روش‌های مکانیکی بر شرایط خاص تطبیق می‌دهد. در برابر، قوه قضاییه بر این عمل نظارت کرده و در صورتی که آن را مناسب دید ابرام و در غیر این صورت آن را ابطال می‌کند. پذیرش این اندیشه منجر به پذیرش دکترین «صحت»<sup>۱</sup> شد که در آن هر عمل اداری قابل نظارت قضایی بوده و گاه در تطبیق قانون با شرایط، اشتباهات اداره تحت این اصل که اداره حق بر اشتباه دارد، پذیرفته می‌شود. با ایجاد تغییرات بنیادین در اداره مدرن چنین اندیشه‌هایی که مبتنی بر نظریات صاحب نظرانی مانند دایسی بود با مشکلاتی مواجه شد که در ارتباط با بحث صلاحیت است؛ در حقوق اساسی این صرفاً دادگاه قانون اساسی است که به تفسیر قانون اساسی می‌پردازد. در حقوق اداری در کنار دادگاه، نهادهای اداری و شبه قضایی هم به تفسیر قوانین می‌پردازند. تفسیر هر کدام از این نهادها به مقتضای مهارت و هدفشان از تفسیر به مکتبی از مکاتب تفسیر نزدیک‌تر است. نتیجه آنکه اختلاف میان این مکاتب و رونق بعضی به معنای معتبر دانستن تفسیر یک نهاد در برابر نهاد دیگر است که افزایش دامنه صلاحیت آن نهاد را در پی دارد. بنابراین اختلاف بین تفسیر منشأگرا و غیر منشأگرا در حقوق اداری منجر به نوعی تقابل میان صلاحیت دادگاه ناظر بر فعالیت نهادهای اداری - که بیشتر در تفاسیر خود به مکاتب منشأگرا پایبند است - با خود نهادهای اداری و مراجع رسیدگی شبه قضایی - که به دلیل تخصص خود در موضوعات مرتبط با قانون بیشتر پیرو مکاتب غیر منشأگرا و حداقل غیر متن‌گرا و

غیر نیت‌گرا است - شده است. بنابراین بحث از تفسیر اگر در حقوق اساسی بیش از هر چیز بر چگونگی انجام تفسیر قضایی متمرکز است، در حقوق اداری بیشتر به نشان دادن محدودیت‌های تفسیر قضایی پرداخته، مرز بین تفسیرهای قضایی و غیر قضایی را روشن می‌کند. نتیجه آنکه در حقوق اداری نیاز به هم‌زیستی توأمان مکاتب تفسیری رقیب پذیرفته شده و آنچه بیشتر مورد بحث واقع شده است چگونگی چینش این رویکردها در کنار یکدیگر است. در نهایت مسائل مطرح شده دو پرسش عمده را مطرح کرده است که بحث صلاحیت مقام اداری را به بحث تفسیر قضایی مرتبط می‌کند:

- در اداره مدرن قوانین به چه صورت باید تفسیر شوند؟
- تفسیر چه کسی باید غالب بوده و معتبرتر شناخته شود و در نتیجه صلاحیت چه نهادی را باید محور قرار داد؟

پاسخ به این دو پرسش سه نگرش به بحث صلاحیت را در حقوق اداری مطرح کرده است. نظریه اول همان دکترین «صحت» است. نظریه دوم مبتنی بر پذیرش صلاحیت تخییری است و نظریه سوم که هنوز راه درازی را تا پذیرشی فراگیر در رویه قضایی کشورهای مختلف دارد، اساساً دامنه صلاحیت نهادهای اداری و شبه قضایی را در برابر دادگاه به نفع اولی معکوس می‌کند؛ به عبارت دیگر اصل بر عدم صلاحیت دادگاه در نظارت و بازبینی تصمیمات اداری است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. موارد استثنا هم به مواردی بازمی‌گردد که قانون نیازمند تفسیری منشأگرا است. از آنجا که نظریه اول در اعتبار خود مبتنی بر مفاهیمی همچون حاکمیت قانون و تفکیک قوا است و دو نظریه دیگر بیشتر بر نظریات جدید تفسیر مبتنی شده است، تقابل میان این نظریات، به نوعی تقابل میان توزیع صلاحیت بر اساس اصل حاکمیت قانون (به معنایی که مباحث آتی توضیح داده خواهد شد) و توزیع صلاحیت مبتنی بر نظریه تفسیر خواهد بود. در این بند کوشیده شده است که به مبحث تفسیر در حقوق اداری با توجه به این سه نظریه پرداخته شده و در نهایت اشاره‌ای هم به حقوق ایران شود.

در پاسخ به ۲ پرسش مطرح شده به نظر می‌رسد پاسخ به پرسش اول می‌تواند تا حدودی پاسخ پرسش دوم را هم روشن کند. بنابراین از این پرسش آغاز خواهیم کرد، که خود نیازمند در نظر گرفتن ملاحظات زیر است:

- کارکردهای دولتی که توسط پارلمان به نهاد اداری محول شده‌اند در قالب عبارات مبهم هستند و این امری ناشی از عدم تعیین زبان و تا حدودی ناشی از عدم دقت و تزلزل قانون‌گذار است؛ گاه قانون‌گذار خود به دلیل عدم آگاهی در امور فنی و عملی آگاهانه و عمدانه، بدون ورود در جزئیات و به منظور باز گذاردن دست نهاد اداری چنین ابهاماتی را پیش‌بینی می‌کنند؛

- برای اینکه تفسیر دقیقی از این قوانین ارائه شود، تخصص ویژه‌ای در بررسی محدودیت‌های مالی یا سیاسی و سایر امور فنی و تخصصی و حرفه‌ای مرتبط با زمینه‌ای که قانون بر آن اعمال می‌شود نیاز است.<sup>۱</sup>
- دو ملاحظه فوق نشانگر آن است که تفسیری می‌تواند برتری داشته باشد که زمینه و هدف‌محور باشد و به خصوص با شرایط دائماً در حال تغییر هم‌خوانی داشته باشد و این همان نقطه ثقل نظریات جدیدتر است که به نوعی می‌تواند پاسخ به پرسش دوم باشد و قانون‌گذار با علم به این امر آگاهانه گستره تصمیم‌گیری وسیعی را برای مقام اداری فراهم می‌کند. ادارات در انجام این تفسیر خیره‌تر هستند و به همین جهت در زمینه‌هایی که تصمیمات تخصصی است، مانند روابط صنعتی همچون سندیکاها و حقوق کار، محور قرار می‌گیرند و در نتیجه نهادهای داوری یا محاکم اداری تصمیمات‌شان در درجه اول اهمیت قرار دارد. در چنین مراکزی زبان خاص دو طرف، رویه‌های قبلی، فهم دو طرف و استانداردهای عمومی که در قوانین نمود یافته‌اند، لحاظ می‌شوند.
- خلاصه آنکه به دلایل زیر اداره بهتر می‌تواند به تفسیر قوانین بپردازد:
- کارآمدی نظام اداری هم می‌تواند به عنوان ارزشی حقوقی در کنار سایر ارزش‌ها مانند حفظ حقوق شهروندان در تصمیم‌گیری‌ها به حساب آید. در این صورت اولویت با تفسیری است که کارآمدی را نیز مدنظر قرار دهد. امری که آشکارا به تفسیر اداره اولویت می‌بخشد؛
- اگر بهترین مفسر کسی است که با زمینه بحث مورد نظر در تصمیم‌گیری در ارتباط است، طبیعی است که او تصمیم‌ساز اصلی است چرا که بیشترین تماس را با مسئله، واقعیت‌ها و شرایط و اوضاع و احوال مورد نظر دارد؛
- در رابطه با توسعه دادن یک سیاست منسجم در طول زمان، تصمیم‌گیری‌های اداری دارای موقعیتی مناسب‌تر هستند؛ چرا که متناسب با پیشینه و عملکرد اداری اتخاذ می‌گردند.
- در کنار تخصص بهتر اداره در تفسیر قوانین، اعتقاد مکاتب جدید تفسیری به عدم تعیین معنا در زبان، باعث ایجاد تحولی جدید در حقوق اداری شده که مفاهیم قبلی حاکمیت قانون را به چالش کشیده است. از جمله آنکه به جای ملاک صحت، ملاک «آشکارا غیر منطقی نبودن» مطرح شده است که بر اساس آن در پاسخ به یک مشکل طیفی از پاسخ‌ها می‌تواند درست باشد. در نتیجه صرفاً یک راه‌حل مدنظر نیست و اداره حق انتخاب میان آنها را دارد.<sup>۲</sup> امری که در نهایت نقطه ثقل پذیرش نحوه نظارت

1. Mac Lauchlan, H. Wade, "Judicial Review of Administrative Interpretation of Law; How much Formalism Can We Reasonably Bear", the University of Toronto Law Journal, Vol. 36, No. 4, 1989, p. 344.  
2. Ibid, p. 372.

قضایی بر صلاحیت تخییری است؛ به عبارت دیگر قانون دارای معنایی آن چنان معین نیست که هر نوع انطباق آن بر موضوع خود و شرایط را به یک عمل صرفاً مکانیکی و بی‌نیاز از تفسیر مجدد تبدیل کند. نتیجه آنکه مقام اداری نیز خود مفسر قانون به حساب می‌آید و عملی فراتر از اجرای صرف آن انجام می‌دهد.

این چنین است که بر اساس محور قرار دادن نظریات جدید تفسیر، صحبت از به چالش کشیده شدن بعضی مفاهیم بنیادین حقوق اساسی یعنی حاکمیت قانون (بیشتر در معنای حاکمیت پارلمان و وجود نیت مشخص برای قانون‌گذار که در عبارات منعکس شده و وظیفه مقام اداری کشف آن است) و تفکیک قوا می‌شود.

در این حالت منظور، به چالش کشیدن نگرشی غیر منعطف به این مفاهیم است که قانون را صرفاً زاییده اراده مقنن در قوه مقننه می‌داند و هیچ گونه مشارکتی را میان قانون‌گذار، مقام اداری و قاضی در تعیین مفهوم و قلمرو قاعده حقوقی مندرج در قانون نمی‌پذیرد. در صورتی که این مفهوم را در معنای منعطف خود به کار بریم که مشارکت و تعامل هر سه قوه را در این امر می‌پذیرد و در نتیجه تفکیک قوا در معنای سنتی آن را کنار می‌گذارد (گرچه عده‌ای به دلیل ارتباط بیش از حد این اندیشه با افکار دایسی کنار گذاردن آن را ترجیح می‌دهند)، در این صورت همچنان جایی برای پذیرش مفهوم حاکمیت قانون در کنار نظریات جدیدتر زبان شناختی و تفسیری باز کرده‌ایم. در چنین حالتی حاکمیت قانون تعهد به نظم حقوقی است. تعهد به قانونیت به این معنا است که اداره در نحوه تفسیر خود متن، زمینه‌های تاریخی و بافت معاصر و موجود را در یک روش هدف‌محور بررسی کند. اگر اداره چنین تفسیری ارائه دهد به یک تصمیم بی‌طرفانه که خودسرانه و آشکارا غیر منطقی نیست خواهد رسید.<sup>۱</sup>

اما در نظری هم که اصل «آشکارا غیر منطقی بودن» را محور قرار می‌دهد، همچنان فرمالیسم حاکم است و بر اساس همان دیدگاه‌های کاملاً سنتی است. از جمله آنکه ملاک دقیقی در اختیار ما قرار نمی‌دهد. نتیجه آنکه جریان سومی از تفسیر در حال شکل‌گیری است که در آن نگاهی نو به امر قانون‌گذاری و تفکیک قوا را در مرکز توجه قرار می‌دهد. به این معنا که بیش از آنکه توزیع صلاحیت‌ها را بر اساس تفکر سنتی درباره قانون‌گذار بودن قوه مقننه، ناظر بودن قاضی و مجری بودن اداره انجام دهد، از ابتدا می‌پذیرد که هر کدام از این نهادها در فرایند خلق قانون نقشی ایفا می‌کنند و سپس با توجه به نقش آنها صلاحیت‌ها را تقسیم و توزیع می‌کند. بر این اساس، اهمیت و محوریت و تمرکز اصل تفکیک قوا با اصل همکاری قوا (که مبتنی بر نظریات جدی تفسیر است) جایگزین می‌گردد. در مدل نو، اصل احترام به اداره است و دخالت قضایی جنبه استثنایی

1. Ibid, pp. 387-388.

به خود می‌گیرد؛ این رویکرد مبتنی بر چهار پرسش است که در صورت پاسخ مثبت به یک نتیجه (که در شماره ۵ آمده است) منجر خواهد شد است:

۱. آیا اساساً مقام اداری عمل تفسیری انجام داده است؟ آیا این عمل تفسیری به صورتی انجام شده است که برای جامعه مرتبط قابل پذیرش باشد؟
۲. آیا تفسیر انجام شده نیاز به مهارت خاصی دارد؟ اگر خود اداره معتقد است که تصمیمات بر ملاحظات خاصی مبتنی نیست، در آن صورت احترام گذاردن به تصمیم اداره و عدم ورود به آن معنا ندارد. مانند جایی که اداره از تفسیر لفظی استفاده می‌کند و صرفاً به اصولی از حقوق اداری استناد می‌کند.
۳. آیا تصمیم‌گیرنده متخصص است؟ همه مقامات اداری به یک اندازه متخصص نیستند. در زمینه‌هایی مانند روابط صنعتی و داوری رعایت این امر بیشتر محل توجه است.
۴. آیا تصمیم از مواردی است که احترام به تصمیم اداره نامناسب باشد؟<sup>۱</sup> در پاسخ به این پرسش باید اذعان نمود گرچه در موارد پیش‌گفته سعی شده است از تفکیک قوا فاصله گرفته شود، اما در عین حال در موارد زیر این دادگاه است که حرف آخر را می‌زند:
  - درباره صلاحیت یک نهاد اداری خود آن نهاد تصمیم نمی‌گیرد و این دادگاه است که رسیدگی می‌کند.<sup>۲</sup> بنابراین، هم‌چنان در بسیاری موارد - از جمله در مواقعی که صلاحیت نهاد مورد بحث باشد - هم‌چنان نظارت قضایی مبتنی بر روش تفسیری منشأگرا به کار گرفته خواهند شد.
  - در زمینه تفسیر آزادی‌ها نیز هم‌همین‌گونه است و صلاحیت دادگاه در رسیدگی محرز است. در مواردی هم که حقوق و آزادی‌های موردنظر مرتبط با یک سنخ خاص مدنظر است، مانند حق بر اعتصاب یا آزادی بیان یا تجمعات، همکاری قوا و به تبع آن دخالت قضایی در تعیین حدود و ثغور آزادی‌ها مورد نیاز است.
  - نمونه دیگر بحث تفسیر قوانین عام یا ارزش‌های موجود در کل جامعه است که در آنجا نیز تفسیر بر عهده دادگاه است.
۵. با توجه به مطالب گفته شده «آشکارا غیر منطقی دانستن» تصمیم اداره در مواردی که صلاحیت اداره مشخصاً و صریحاً مورد شناسایی قرار گرفته است،

1. Ibid, p. 378

۲. در این زمینه نمونه معروف در کانادا پرونده (Canada attorney general V. Amnesty) است. ر. ک:

Tunley, M Philip; Sequil, Paul Jonathan, "Statutory Interpretation by tribunals, Regulatory Board and Administrative Law Litigation", Vol. 10, No.4, 2009, p. 625.

قابل قبول نمی‌باشد.<sup>۱</sup> این محلی است که نظریه سوم متولد شده و خود را از نظریه دوم جدا می‌کند.

در کانادا حرکت به سوی این نگرش جدید به آرامی شکل گرفت؛ به خصوص از پرونده «دونسمور علیه نیوبرانزویک»<sup>۲</sup> که در آن پارلمان پذیرفت که نهاد اداری نیز دارای اقتدار و حجیت در تفسیر است و بازبینی دارای معیارهایی است که مهم‌ترین آنها میزان تخصص دادگاه و نهاد اداری و ماهیت مشکلی است که قرار بر حل شدن آن است.<sup>۳</sup> در پرونده‌های دیگری مانند شرکت سرمایه‌گذاری «کرایوود علیه سیستم هیدرو - الکترونیک تورنتو»<sup>۴</sup> چنین نگرشی وجود دارد.<sup>۵</sup>

بر این اساس دادگاه‌های کانادا معتقدند که واژگانی با قابلیت تفسیر وجود دارند که نهادهای اداری درباره آنها تصمیم‌گیری خواهند کرد. برای نمونه، تفسیر برای کشف معنای حقیقی واژگان و عباراتی مانند «عضویت در سندیکا» می‌بایست توسط نهادهای اداری مانند کمیته روابط کارگری آنتاریو صورت گیرند.<sup>۶</sup>

در نهایت باید گفت که محوریت تفسیر در حقوق اداری از دادگاه به نهاد اداری تغییر کرده است. این تغییر در دو مرحله بوده است و هر کدام تفسیر قضایی در حقوق اداری را به دلیل عدم برآوردن شروط خاص کاملاً محدود کرده است. این امر ناشی از ماهیت تفسیر در فرایندهای اداری بوده است که با تفاسیر پویا همگامی بیشتری دارد. برخلاف حقوق اساسی که در آن دادگاه‌های اساسی به سمت تفاسیر پویا حداقل در بعضی ابعاد رفته‌اند، در حقوق اداری اهمیت یافتن این نوع از تفاسیر خود را در انتقال مسئولیت تفسیر از نهاد قضایی به نهاد اداری یا شبه قضایی نشان داده است. به عبارت دیگر تغییر نگرش در نحوه تفسیر به جای آنکه تفسیر قضایی را تغییر دهد آن را محدودتر کرده است و همچنان نهاد قضایی تفاسیر منشأگرا را محور قرار می‌دهد و در شرایطی که چنین تفسیری پاسخگو نباشد آن را به اداره یا نهاد شبه قضایی محول کرده، به تصمیمات آنها حداکثر احترام را می‌گذارد.

در ایران دیوان عدالت اداری رویکرد مشخص، ثابت و منسجمی در رابطه با مسائل مطرح شده ندارد. ضرورت تفسیر زمینه‌گرا و احترام به نهادی که متصدی آن است در مواردی پذیرفته شده و در موارد کاملاً مشابه رد شده است. برای نمونه، می‌توان به رویه دیوان درباره صلاحیت خود در ورود به تصمیمات سازمان میراث فرهنگی در ثبت آثار

1. Mac Lauchlan, H. Wade, Op. Cit., pp. 375-386.  
 2. Dunsmuir V. New Brunswick  
 3. Tunley, M Philip; Sequil, Paul Jonathan, Op Cit, p. 613.  
 4. Craywood investments V. Toronto Hydro-electronic system  
 5. Ibid, p.621.  
 6. Ibid, p. 622.

تاریخی و ثبت حریم آنها اشاره کرد. دیوان در آرای بسیاری به نظارت ماهوی بر تصمیم سازمان میراث فرهنگی پرداخته و تصمیم سازمان که کاملاً مبتنی بر ملاحظات حرفه‌ای است را ابطال کرده است. در این آراء دادگاه از هیچ کارشناسی بهره نگرفته است تا بتواند موضوع پیچیده‌ای مانند شأنیت تاریخی یک اثر را که در حوزه تخصصی سازمان میراث فرهنگی است احراز کند. مگر در مواردی که خود شاکی برای قوی‌تر کردن استدلال‌های خود از نظر کارشناس بهره برده است. در مواردی قاضی معتقد بوده است که چنین تشخیصی کاملاً بر مبنای عرف بوده و تصمیم گرفته شده باید بر چنین مبنایی توجیه شود. گاه خود او به بازرسی اثر پرداخته است و بر حسب سلیقه خود درباره قرار گرفتن یا نگرفتن اثر قدیمی در عداد آثار و ابنیه تاریخی تصمیم‌گیری کرده است.<sup>۱</sup>

جالب آن است که در مورد ثبت حریم آثار و ابنیه تاریخی رویه دیوان کاملاً متفاوت است. در چنین مواردی دادگاه همواره صلاحیت سازمان را در تشخیص حریم به دلیل تخصصی بودن آن پذیرفته و از ورود ماهوی به تصمیم این نهاد خودداری کرده است.<sup>۲</sup> این در صورتی است که عمل تعیین حریم خود تابعی است از عمل ثبت اثر.

۱. برای نمونه می‌توان از دادنامه‌های شماره ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۰۳۰۰۶۴۱ مورخ ۸۹/۹/۸ صادره از شعبه ۳ دادگاه حقوقی مشهد، شماره ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۲۳۶۰ مورخ ۹۰/۱۱/۲۶ صادره از شعبه ۱ دادگاه حقوقی تهران و شماره ۲۲۲۴ مورخ ۸۸/۱۲/۹ صادره از شعبه ۲ دادگاه عمومی تهران نام برد. در این مورد پرونده‌های بسیاری وجود دارد.
۲. برای نمونه می‌توان از دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۱۹۸۳ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۰ صادره از شعبه ۱ دیوان عدالت اداری نام برد.

## نتیجه‌گیری

امروزه مکتب منشأگرایی به عنوان شناخته شده‌ترین، قدیمی‌ترین و همچنان محبوب‌ترین روش تفسیری در حقوق فراز و نشیب‌های بسیاری را طی کرده است، اما این مکتب خاصه در حقوق عمومی، با عنایت به ویژگی‌های قواعد و مقررات حوزه حقوق اداری و اساسی مکاتب رقیب بسیاری در مقابل خود می‌بیند؛ مکاتبی که روزه‌روز به نفوذ آنها افزوده می‌شود و در برابر ناکارآمدی‌های مکتب منشأگرا هم خود را بیشتر نشان می‌دهد. شاید به نظر رسد که این مکتب دیگر از اعتبار افتاده است. با وجود این نباید در ناکارآمدی‌های مکاتب منشأگرا مبالغه کرد. همچنان در حقوق اساسی تفاسیر منشأگرا جایگاه خود را دارند. هنوز در ایالات متحده متن قانون اساسی مرکز توجه است و همچنان به مباحث تاریخی برای کشف نیت قانون‌گذار توجه می‌شود. در اروپا سنت پوزیتیویستی قوی‌تر از آن است که به این زودی‌ها زوال یابد، اگرچه از موضع قدرت خود عقب‌نشینی کرده است. قضات آلمانی همچنان متن قانون اساسی را محور آرای خود قرار داده و از روش‌های استنتاجی و مکانیکی استقبال می‌کنند. در واقع نمی‌توان یک مکتب تفسیری را به راحتی کنارگذارد بلکه، مهم، معین کردن سهم آن در حقوق امروز است. چنانکه گفته شد، ما در حقوق در نهایت به دنبال حکم دادن برای حل یک معضل هستیم و به همین دلیل هم متناسب با مشکل روبه‌رو رویکردهای متفاوتی را اتخاذ خواهیم کرد. مکتب منشأگرا و رقبای آن هر کدام یکی از ابزارهایی است برای حل مشکل داریم و می‌توان با اطمینان گفت همچنان مشکلاتی در حقوق وجود دارد که صرفاً با راه کارهای خاص خود گشوده خواهد شد. در خصوص جایگاه و ویژگی‌های تفسیر در حقوق عمومی در ایران هنوز نمی‌توان نظریه یا حتی چهارچوب روشن و مشخصی برای آن ارائه نمود. از یک سو شورای نگهبان در تفسیر قانون اساسی مقید به یک شیوه خاص نمی‌باشد، از سوی دیگر در حقوق اداری نیز شناسایی وجود یک رویکرد مشخص در برخورد با مکاتب و شیوه‌های تفسیری دشوار است، چرا که نهادهای قضایی مرتبط با حقوق اداری در کشور ما از مکاتب تفسیری متناسب با ظرفیت‌های آنها در امور متفاوت بهره نبرده، گاه در امور یکسان از شیوه‌های متفاوت استفاده می‌کنند. چنین امری عینیت حقوق را که مهم‌ترین ویژگی یک نظام حقوقی است خدشه‌دار کرده، امکان پیش‌بینی و درک مبانی و منطق قضاوت را هم برای حقوق‌دان‌ها و هم برای مردم دشوار می‌کند و در نتیجه می‌تواند به اعمال سلیق شخصی و به تبع آن تضییع حقوق مردم منجر گردد. پیشنهاد می‌شود قضات با مکاتب گوناگون تفسیری و مبانی و کارکرد هر کدام - چنانکه در این مقاله به آن پرداخته شد - آشنا شوند تا بتوانند آنها را هم در موارد مناسب و هم به درستی به کار گیرند.



## منابع

- استرول، اورال، فلسفه تحلیلی در قرن بیستم، ترجمه فریدون فاطمی، چاپ چهارم، تهران، نشر مرکز، ۱۳۹۰.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، «مصونیت پارلمانی نمایندگان در حقوق تطبیقی»، نشریه حقوق اساسی، شماره اول، پاییز ۱۳۸۲.
- فقیه لاریجانی، فرهنگ، هرمنوتیک عینیت‌گرا و نظریه تفسیر قانون اساسی (با تأکید بر آراء شورای نگهبان)، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.
- کلهر، جواد، اصالت شکل در حقوق عمومی، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، چاپ دوم، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۸.
- کیوانفر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
- مزارعی، غلامحسین، «ساختارگرایی در تفاسیر شورای نگهبان از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی، ۱۳۹۰.
- مهرآرام، پرهام، ویتگنشتاین متأخر و تأثیر آن بر حقوق، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
- ویتگنشتاین، لودویگ، پژوهش‌های فلسفی، ترجمه فریدون فاطمی، چاپ ششم، تهران، نشر مرکز، ۱۳۹۱.
- یاوری، اسدالله، «نقش و جایگاه رییس‌جمهور در اجرای قانون اساسی، تحلیلی بر اصل ۱۱۳ قانون اساسی»، مجموعه مقالات همایش ملی قوه مجریه، آذر ۱۳۹۱.
- Arshakyan, Mher, "The Impact of legal System on Constitutional interpretation: a Comparative Analysis: the USA Supreme Court and the German Federal Constitutional Court", German Law Journal, Vol. 14, No. 8. 2013.
- Conway, Gerard, "Historical Interpretation of Constitutions – the EU and US Compared", Quest Proceedings of the QUB AHSS Conference, 2008.
- Corry, J A, "Administrative Law and the Interpretation of Statutes", the University of Toronto Law Journal, Vol. 1, No. 2, 1936.
- Helpin, Andrew, "Ideology and Law", Journal of Political Ideologies, Vol.11, 2006.

- 
- Lawson, Gary, "No History, No Certainty, No Legitimacy . . . No Problem: Originalism and the Limits of Legal Theory", Florida Law Review, Vol. 64, Issue 6, 2013.
  - Mac Lauchlan, H. Wade, "Judicial Review of Administrative Interpretation of Law; How much Formalism Can We Reasonably Bear", the University of Toronto Law Journal, Vol. 36, No. 4, 1989.
  - Mackie, J. D., The Earlier Tudors 1485 – 1558, Oxford, Clarendon Press, 1952.
  - Marmor, Andrei, Interpretation and Legal Theory, Second edition, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005.
  - Nourse, Victoria, "A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules", the Yale Law Journal, Vol. 122, 2012.
  - Patterson, Dennis, "Good Faith, Lender Liability and Discretionary Acceleration: of Llewellyn, Wittgenstein and the Uniform Commercial Code", Texas Law Review, vol. 168, 1989.
  - \_\_\_\_\_, "A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory", A John Wiley & Sons Ltd. Publication, 2010.
  - Paulsen, Michael Stokes, "Does the Constitution Prescribe Rules for its Own Interpretation?", Legal Studies Research Paper No. 08-36, 2008.
  - Posner, Richard, "the Problematic of Moral and Legal Theory", Harvard Law Review, Vol. 111, No. 7, 1997.
  - Raymond, Wacks, Philosophy of Law (a Very Short Introduction), Oxford University Press Inc., Oxford, 2007.
  - Straup, Daniel J, "Law and Language: Cardozo` Jurisprudence and Wittgenstein's Philosophy", Valparaiso University Law Review, vol. 18, 1984.
  - Tiefer, Charles, "The Flag-burning controversy of 1989-1990: congress valid role in constitutional dialogue", Harvard Journal of Legislation, vol. 29, 1992.
  - Tunley, M Philip; Sequil, Paul Jonathan, "Statutory Interpretation by tribunals, Regulatory Board and Administrative Law Litigation", Vol. 10, No.4, 2009.
  - Eskridge, William, Dynamic Statutory Interpretation, Harvard University Press, 1994.