

فهم عرفی و اثر رهایی بخش قضاوت

ساحل رمضانی تبار*

دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۷/۲۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۹/۱۷)

چکیده

قضات در حل اختلاف و اجرای حق، قانون را تفسیر می‌کنند و در این تفسیر ای بسا برای رسیدن به عدالت یا حق از منظور قانون‌گذار دور می‌شوند. آنان در تفسیر موضوع و حکم، ممکن است به راه‌های گوناگونی بروند و این تکرار، از ترس بدل شدن به استبداد و ستم قضات و از دست دادن ارزش حاکمیت قانون، منفور تلقی شده است. اما بندی که قضات را متصل می‌گرداند و در نهایت به وحدت در عین کثرت می‌انجامد، خود قانون یا حتی دخالت قانون‌گذار برای ایجاد وحدت نیست، بلکه فهم عرفی آنها از قانون و وقایع پرونده است. فهم عرفی از این نظر که تفسیر قاضی را قالب‌بندی می‌کند تا حدودی به انسجام می‌انجامد، اما از سوی دیگر، قضاوت را به ویژگی ذاتی فهم عرفی، یعنی اکثریت‌گرایی و حفظ وضع موجود، پیوند می‌زند. چنین پیوندی می‌تواند در تعارض با یکی از آرمان‌های قضاوت، یعنی رهایی‌بخشی قرار گیرد. اما نقش قاضی تنها فصل اختلاف نیست که به اعمال مستقیم قانون و فهم عرفی بسنده کند. قضاوت همواره این ظرفیت را دارد که قانون، عرف و سایر قواعد حقوقی را برای اعمال حق، تفسیر کند.

واژگان کلیدی

انسجام، تفسیر، رهایی‌بخشی، فهم عرفی، قضاوت.

*Email: s.ramezanitabar@gmail.com

۱. مقدمه

حتی اگر مانند منتسکیو قضات را تنها «زبانی برای بیان سخنان قانون» (Montesquieu, 1900: 85-86) تلقی کنیم که حکم کلی قانون را عیناً بر مصداق اعمال می‌کنند، گریزی از عرف نفوذ کرده در فهم هر انسانی، اعم از قاضی، نخواهیم داشت، زیرا فهم عرفی تا حدی جهان واقعی و ذهنی ما را احاطه کرده است که می‌توان گفت ما حبس در فهم عرفی خود از جهان هستیم. این تعبیر از عرف و فهم عرفی، نقش عرف را محدود به ارجاع قانون، احراز موضوع و فهم معنی عبارات قانون‌گذار نمی‌کند.

اما اگر برای حقوق، دو بال نظم و عدالت را بشناسیم، عرف تنها یاریگر نقش تنظیم‌کننده قانون است. حال آنکه حقوق ادعایی بر عدالت دارد، ادعایی که بناست رهایی‌بخش جامعه از عادات اشتباهشان باشد (همان نقشی که ادیان الهی ایفا کرده‌اند). قانون با کلیت و عینیتش، که بناست ضامن عدالت باشد، به چیزی بیش از عدالت شکلی نمی‌رسد. از این رو می‌توان قضاوت را، از آن جهت که با عدالت جزئی، روایت و حقوق زنده سروکار دارد، بستر مناسب‌تری برای تقویت بال رهایی‌بخش حقوق دانست.

تنها نقش فعال قاضی، استخراج اراده قانون‌گذار در سکوت‌ها و خلأهای قانون نیست، بلکه ای‌سا قاضی حکم صریح قانون را با تفسیری بدیع به شیوه‌ای دیگر اجرا کند (جعفری تبار، ۱۳۹۷: ۴۱). از سوی دیگر، قاضی در تفسیر خود از قانون، چه از درون و چه از بیرون محدود به فهم عرفی و عرف (که نماینده نظم موجود است) می‌شود. اگر قاضی به سبب محدود بودن نگاهش به چارچوب عرف، اسیر وضع موجود است، چگونه می‌تواند با بر هم زدن این نظم، شگفتی آفریند؟

هدف اصلی این مقاله، پاسخگویی به این پرسش است که قدرت عرف در تفسیر قاضی از قانون، حاصل چه عواملی است و این قدرت چه نسبتی با ارزش‌های ادعایی حقوق و قضاوت دارد. در راستای این هدف، ابتدا به اهمیت عرف و فهم عرفی در قضاوت می‌پردازیم. پرداختن به این موضوع مستلزم بررسی آثار آشکار و پنهان عرف در قانون و در مرحله بعد در تفسیر قانون و قضاوت است، زیرا نقش عرف تنها محدود به موارد آشکاری چون ارجاع قانون به عرف یا تفسیر موضوع و یا وقایع پرونده نیست، بلکه عرف چارچوب گسترده‌ای از اندیشه است که به پر کردن خلأها بسنده نمی‌کند، بلکه در تفسیر موضوع، قانون و حتی وقایع پرونده، قضاوت‌های خود را بر قاضی تحمیل می‌کند.

اما سؤال اساسی این نوشتار این است که عرف چگونه و با چه قدرتی قضاوت را محدود می‌کند؟ سؤالی که به پرسش دوم می‌انجامد که راه رهایی از این محدودیت، بدون یک سو

نهادن قانون و عرف چیست؟ قاضی با چه ابزاری می‌تواند میان فهم عرفی و آرمان‌های متعالی حقوق تعادل برقرار کند، بدون اینکه در ورطه‌های فلسفی یا سلیقه محض بیفتد.

۲. جایگاه فهم عرفی در قضاوت

اندیشه روشنگری قرن هجدهم، فهم عرفی را به‌عنوان شاخص خردگرایی، در تمام حوزه‌های شناخت‌شناسی فلسفی به‌کار گرفت. از منظر روشنفکران این عصر، فهم عرفی مجموعه‌ای از دانش بشری و مبنای هر اندیشه‌ای است. از نظر رایید، فهم عرفی، تنها دریافت حسی ما از امور واقع نیست، بلکه همواره با درجه‌ای از ارزیابی و تحلیل داده‌ها و در نتیجه حدی از قضاوت درک‌کننده همراه است (Reid, 2002: 480). رایید در برابر شناخت‌شناسی شک‌محور فهم عرفی را مبنایی معتبر برای سنجش تفکرات فلسفی و رهایی از شک‌اندیشی هیوم، می‌داند. فهم عرفی، دانش مشترک بشری است که نه فقط اجتناب‌ناپذیر، که همچنین ارزشمند و مفید است. رایید اگرچه فهم مشترک عرفی را عاری از خطا نمی‌داند، از استدلالش چنین برمی‌آید که این خطا را در مصادیق و نه در مفهوم می‌داند. اگر معلوم شد موضوعی که در دایره فهم عرفی قرار دارد خطاست، آن موضوع از ابتدا از این دایره خارج بوده است. از این‌روست که رایید فهم عرفی را با وجود اعتبار مطلقش، قابل بررسی می‌داند، همان‌طور که یک قاضی، صحت شهادت شاهد را می‌سنجد، بدون اینکه اعتبار شهادت را به‌طور کلی زیر سؤال ببرد.

هانای آرنت در قرن بیستم و با وقوع فاجعه‌هایی که انسان را به‌عنوان محور همه چیز زیر سؤال برد، با رویکرد دیگری به فهم عرفی، و به‌خصوص از نظر ارتباط آن با مسئله قضاوت می‌پردازد.

آرنت در تعبیر خود از عمل قضاوت، به‌خوبی ارتباط میان سلیقه قاضی، قواعد و فهم عرفی را نشان می‌دهد. عمل قضاوت، حاصل قیاس یا استدلال محض نیست. قضاوت همواره با حسی کلی درباره آنچه درست است، آغاز می‌شود (Arendt, 1982: 4-13). فرایند ارزیابی، که در نهایت به قضاوت منجر می‌شود، همواره رنگی از شخصیت قضاوت‌کننده را در خود دارد و از این‌رو هرگز نمی‌تواند از زمینه‌های خود جدا شود یا ادعایی بر جهان‌شمولی داشته باشد. از سوی دیگر، قضاوت با سلیقه محض تفاوت دارد، زیرا تنها حاصل مستقیم ترجیح یا ذوق شخصی نیست، بلکه ادعایی بر اعتبار و صحت دارد که آن را از حوزه فردیت خارج می‌کند. چنین قضاوتی، اگرچه ادعایی بر عینیت، جهان‌شمولی و اطلاق ندارد، دست‌کم فراتر از سلیقه و ذوق شخصی می‌رود؛ وقتی من بر این باورم که عمل فردی، عمل صحیح یا خوبی بوده است، انتظار دارم دیگران نیز همین نظر را داشته باشند و آماده‌ام تا در برابر نظر مخالف استدلال کنم. به این ترتیب، مرز میان قضاوت و قاعده‌گذاری، مرز پررنگ و مشخصی نیست.

هرچه از قضاوت به سمت قاعده‌گذاری نزدیک می‌شویم، عنصر شخصی و سلیقه‌ای کم‌رنگ‌تر، قاعده کلی‌تر و در نتیجه ادعای آن بر جهان‌شمولی و صحت مستحکم‌تر می‌شود، اما هیچ سویی از این طیف، از واکنش عاطفی خالی نمی‌شود.^۱

از سوی دیگر آرنت در عمل قضاوت نقش مهمی برای فهم عرفی قائل است؛ نقشی که وی فرایند گشایش ذهن می‌خواند. قضاوت‌کننده در ارزیابی خود، قضاوت سایر قضاوت‌کنندگان در اجتماع را در نظر می‌گیرد و قضاوت ابتدایی یا خام خود را در مقایسه با آنها می‌سنجد. آرنت قضاوت سایر اعضای اجتماعی را که قاضی به آن تعلق دارد، فهم عرفی می‌خواند و آن را سبب بسط و گشایش قضاوت‌های فردی، عبور آن از مرزهای سلیقه و احساس شخصی و رسیدن به نتیجه‌ای می‌داند که نه فقط بازخورد شخصی او در برابر امور، بلکه «قضاوت» او از امور است و همین فرایند است که ادعای یک قضاوت بر اعتبار را بنا می‌نهد (Arendt, 1982: 54). عمل قاضی به میزانی که از جهت‌گیری شخصی قاضی دور و به فهم عرفی جامعه‌اش نزدیک می‌شود، اعتبار و شناسایی کسب می‌کند.

فهم عرفی، نشان می‌دهد که چطور قضاوت، که امری وابسته به شخص قضاوت‌کننده است، از اعمال سلیقه دلخواه شخصی فراتر می‌رود و شخص محور بودن قضاوت به معنای فروپاشی نظام قضاوت و اجتناب‌ناپذیری از سلیقه‌ای بودن آن نیست. فهم عرفی، معیار و ملاکی به قضاوت می‌دهد که مانع استبداد رأی قاضی می‌شود (Nedelsky, 2011: 232-233) و این شبیه به همان چیزی است که باید در ارزش دموکراتیک فهم عرفی در قضاوت تشریح می‌کند.

اما آرنت نیز همانند راید، به‌طور سربسته به این چالش اشاره می‌کند که شرایط ناعادلانه جامعه یا سرکوبگری در عرف جامعه نسبت به اقلیت، ممکن است در قضاوت بر مبنای فهم عرفی اختلال ایجاد کند، اما از بسط این چالش و پاسخ به آن بازمی‌ماند (Beiner & Nedelsky, 2001: 107)

۳. فهم عرفی و انسجام حقوق

تفکرات انتقادی، به‌خصوص از نوع چپ‌گرا عرف را از جنس قدرت می‌دانند و حقوق را دست در دست عرف، ابزار آن برای حفظ وضع موجود می‌پندارند (Gramsci, 1971: 323-227). حقوق رسمیت و ضمانت اجرای محکمی برای عرف فراهم می‌کند و فهم عرفی به حقوق، تفسیر و قضاوت مشروعیت و اعتبار می‌بخشد. اما با نگاهی درون‌حقوقی (و نه سیاسی-اقتصادی)، می‌توان یکی از منابع مهم قدرت عرف را نقشی دانست که در انسجام و

۱. برای توضیح بیشتر در خصوص رویکرد پوزنر ر.ک: کیوانفر، ۱۳۸۶: ۱۵۴.

هماهنگی میان جهان بینی، عمل، دانش و سایر عوامل زندگی بشری ایجاد می‌کند، انسجام و هماهنگی‌ای که برهم‌زدنش نه تنها دشوار، بلکه نامطلوب تلقی می‌شود. حقوق، چه در نزد حقوقدانان و چه در نزد نظریه‌پردازان، میل به انسجام و وحدت دارد نه چندصدایی و برهم‌زدن نظم موجود. قانون دست‌پدای وحدت در عالم حقوق است، اما حتی در قضاوت نیز که به طبیعت ذات خود، میل به چندصدایی در تفسیر دارد، دست پنهان عرف انسجام می‌آفریند. در معیار تفسیر و قضاوت، دورکین و مک کورمیک ارزش تلائم و انسجام را از نظریات مشابه در زمینه حقیقت و اخلاق اقتباس کرده و به‌عنوان معیار اعتبار یا مطلوبیت استدلال و تفسیر حقوقی به‌کار گرفته‌اند. اما این مفهوم در عرصه حقوق چه معانی و آثاری می‌یابد؟

۳.۱. انسجام در حقوق

از منظر مکتب حقوق طبیعی، درست بودن یک گزاره حقوقی، با امری خارج از عالم اعتباریات سنجیده می‌شود، امری که خود ممکن است حاصل منبعی فرانسانی (دستورهای الهی) یا طبیعی (آن‌طور که امور در عالم واقع هستند) باشد. حال آنکه از منظر کل‌گرایی در شناخت‌شناسی، نمی‌توان یک گزاره مجزا را مستقلاً صحیح یا غلط دانست، بلکه صحت یک گزاره به هماهنگی و تلائم آن با سایر گزاره‌ها بستگی دارد (Quine, 1951: 20-43). جوزف راز، میان کل‌گرایی و انسجام ارتباط تنگاتنگی می‌بیند. کل‌گرایی به این معناست که همه چیز به همه چیز بستگی دارد و اگر همه چیز به همه چیز بستگی داد، تشخیص درست و نادرست، تنها با معیار انسجام ممکن خواهد بود (Raz, 1992: 284). یکی از ابهام‌ها در مفهوم انسجام، ارتباط میان انسجام فرضی و انسجام واقعی است. انسجام در حقوق به مفهوم هماهنگی و تلائم میان اصول و سیاست‌هایی است که نظریات حقوقی را توجیه می‌کند. اما آیا صرف تلائم میان اصول و ارزش‌ها کافی است؟ یا صحت یک قضاوت حقوقی، مستلزم توجه به اصول و قواعدی است که آن قضاوت در تلائم با ایشان قرار می‌گیرد؟ بدیهی است که انسجام واقعی در مقایسه با انسجام فرضی، معیاری سخت‌گیرانه‌تر را در تفسیر و قضاوت حقوقی به‌دست می‌دهد (Balkin, 1993: 118).

از نظر مک کورمیک، یک نظام حقوقی در صورتی منسجم است که اجزای مختلف آن در کنار یکدیگر منطقی به‌نظر برسند. گزاره حقوقی نیز در صورتی در انسجام با نظام حقوقی قرار می‌گیرد که در سایه ارزش‌ها و اصول کلی آن نظام حقوقی معنادار باشد، و این امر مستلزم نیکی یا مشروعیت آن اصول و ارزش‌ها نیست. انسجام معیار معتبری برای سنجش یک قاعده، نظریه یا قضاوت حقوقی است، خواه این انسجام حاصل هماهنگی با اصولی شرورانه یا اصولی خیرخواهانه باشد (MacCormick, 1986: 204). از نظر دیگر می‌توان گفت، بحث از

انسجام در حقوق و به‌کارگیری آن به‌عنوان معیار، از نظر نقشی است که در دستیابی به حق و عدالت ایفا می‌کند. از همین روست که معیار انسجام نمی‌تواند به تعبیر مک‌کورمیک، خنثی و خالی از ارزش باشد. اما گرویدن به معیار انسجام واقعی نیز خالی از چالش نخواهد بود. بسیاری از نظریه‌پردازانی که از انسجام نظام حقوقی در برابر انتقادهای نظری دفاع می‌کنند نیز لزوماً بر این باور نیستند که نظام حقوقی منسجم آن را به عدالت رهنمود می‌کند. بی‌شک یکی از جنبه‌های تکیه بر انسجام، اثر و مشارکتی است که در دستیابی به عدالت دارد. اما این به معنای وحدت مفهومی و مصداقی انسجام و عدالت نیست. تلاش برای معیار دانستن انسجام واقعی، در نهایت آنقدر دست‌نیافتنی می‌شود که از فراهم آوردن معیاری عملی بازمی‌ماند.

به این ترتیب، معیار انسجام بر لبه باریک تعارض‌ها قرار گرفته است. میل به سمت انسجام واقعی، معیار انسجام را به‌کلی از بین می‌برد و در نهایت به اصول محوری می‌انجامد. از سوی دیگر، انسجام فرضی با رها کردن هر نوع پایبندی به ارزش‌های واقعی، در نهایت معیاری به‌دست نمی‌دهد. دست‌کم باید یک معیار کلی وجود داشته باشد که انسجام با ارجاع به آن توجیه یابد. اما چنین معیارهای کلی، مانند عدالت، حسن نیت و ... در نهایت همه چیز را توجیه می‌کنند و هیچ چیز را توجیه نمی‌کنند. تسلسل انسجام فرضی و واقعی، تا ابد ادامه می‌یابد و از همین روست که انسجام دورکین و راز، به‌راحتی دستخوش انتقاد و نقیض خود قرار می‌گیرند.

۳.۲. انسجام فهم عرفی و تکصدایی در حقوق

صرف‌نظر از اینکه آیا انسجام به‌خودی‌خود عامل اعتبار یک گزاره، استدلال یا قضاوت حقوقی است، یا تلائم تنها در صورتی که با اصولی موجه و مشروع باشد، اعتبار می‌بخشد، قدرت انسجام امری انکارناپذیر است. حتی اگر در نظر به انسجام واقعی بگراییم، یعنی تنها گزاره‌ای را صحیح بدانیم که در هماهنگی با اصول صحیحی است، در عمل صرف تناسب میان نظام کلی باورهای ما قدرتی دارد که هر قضاوت و استدلالی را به سمت خود می‌کشد.^۱

میل به انسجام همان عاملی است که عشق به حاکمیت قانون را ایجاد کرده است، زیرا قانون منبعی کلی است که از مرجعی متمرکز صادر می‌شود و حاصل آنکه به وحدت و انسجام بیشتری می‌انجامد. اما آرامش روانی حاصل از انسجام خود را به قانون‌گذاری محدود نمی‌کند، بلکه تا جایی پیش می‌رود که بیشتر به رذیلت راحت‌طلبی شبیه است تا فضیلت آرامش.

۱. دورکین در تئوری «حقوق به‌مثابه ثبات شخصیت»، به قضات توصیه می‌کند که در انجام وظایفشان، حقوق و تکالیف طرفین را تا حد امکان با این فرض در نظر بگیرند که گویی این حقوق و تکالیف توسط یک فرد واحد یا جامعه‌ای تشخیص یافته، ایجاد شده‌اند.

See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge: Harvard University Press, 1986), ch. 2.

دورکین، رالز و حتی هارت همگی دست کم در این موضوع متفق اند که قاضی باید قانون را طوری تفسیر کند که بیشترین هماهنگی و تلائم را با کلیت نظام حقوقی داشته باشد، طوری که گویی قانون و تفسیر آن از زبان و ذهن شخص واحدی صادر شده‌اند (Dworkin, 1986: Ch. 2).^۱

انسجام حاصل از وضع موجود، پس از تحکیم نقش خود از طریق قانون، در گام بعد خود را به کمک عرف تضمین می‌کند. قاضی‌ای که از تک‌صدایی حاصل از قانون عبور می‌کند، در نهایت از طریق فهم عرفی، به تک‌صدایی حاصل از عرف می‌رسد، زیرا عرف که انباشته سال‌ها اندیشه‌ورزی و صیقل یافته سال‌ها تجربه‌گرایی است، در نهایت به توده‌ای منسجم از باورهای بدل شده است که اندیشه ما را محدود می‌کند. پاسخ مطلق به این پرسش که آیا این توده عادلانه است، ممکن نیست، زیرا عرف همانند وجود انسان‌ها همواره ملغمه‌ای از عقلانیت، خیرخواهی، منفعت‌طلبی، سرکوب، قدرت‌طلبی و غیره است.

در اینجا لازم است به سؤال آغازین این بند باز گردیم: آیا انسجام به‌خودی‌خود اعتباربخش است یا به مطابقت واقعی با اصولی فراتر و بیرون از خود نیاز دارد؟ این تعارض در سایه رویکرد دورکین و رالز به مسئله انسجام، مفهوم عمیق‌تری می‌گیرد. دورکین پیش از «امپراتوری قانون» انسجام را به‌تنهایی معیار قاطعی برای تفسیر حقوقی و قضاوت نمی‌داند. او در کتاب بحث *از اصول*، در صورت تعارض نتیجه حاصل از دو اصل، برای نظریات بنیادین سیاسی نقش تعیین‌کننده قائل است (Dworkin: 1996: 161). انتقادهای و چالش‌های پیش روی این اندیشه، که به‌خصوص در مناظرات وی با هارت آشکارش، سبب می‌شود تا دورکین در امپراتوری قانون، به سمت خودبستگی انسجام تغییر جهت بدهد. در این کتاب، او انسجام را معیاری قاطع در قضاوت حقوقی می‌داند، زیرا از منظر او، این انسجام خود دربردارنده اندیشه‌های بنیادین سیاسی است. به‌عبارت دیگر نمی‌توان نظام حقوقی یک جامعه را بدون در نظر گرفتن اندیشه‌های سیاسی حاکم در آن، تصور کرد (Dworkin, 1986: 102).

رویکرد رالز به تعادل حاصل از انسجام نیز در تعارض با رویکرد بنیادگرایی است که اصولی را به‌عنوان بدیهیات اخلاقی، یا دست‌کم به‌عنوان اصولی که مستقلاً و بدون نیاز به هماهنگی با اصول دیگر موجه‌اند، می‌پذیرند و سایر باورها را در سایه این اصول ارزیابی می‌کنند. اما از منظر رالز، تلائم میان اصول و نه ارتباط آنها با اصول بنیادین مشخص است که

۱. این معیار را به‌خودی‌خود نمی‌توان با قطع و یقین به چالش کشید زیرا در نهایت باید پذیرفت که قاضی نمی‌تواند سر از اجرای قانون باز بزند، اما ایراد وقتی است که میل به وحدت، دست قاضی را در فکر و تحلیل می‌بندد. در نقد قاعده سابقه و همچنین رای وحدت رویه ن. ک. سید حسن جعفری تبار، دیو در شیشه: فلسفه رویه قضایی. چاپ دوم. تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۷، ش ۳۰-۱۲.

به آنها اعتبار می‌دهد. روشی که رالز برای یافتن پاسخ درست به یک پرسش دشوار حقوقی پیشنهاد می‌دهد، متضمن فرایند اندیشه‌ورزی تا رسیدن به این نقطه تعادل در باورها و اصول است، نه تا رسیدن به بنیان‌های بدیهی اخلاق. به عبارت دیگر، برای سنجش صحت یک باور، ارزیابی آن با گزاره‌های کلی اخلاقی کمک چندانی نخواهد کرد، زیرا این گزاره‌ها به همان میزان که کلی‌اند، انعطاف توجیهی و یا رد هر گزاره‌ای را دارند.^۱

۴. فهم عرفی و رهایی‌بخشی قضاوت

اندیشیدن به موضوع این گفتار، هجده‌ای از پرسش‌ها را در پی خواهد داشت؛ از جمله اینکه آیا اساساً حقوق قرار است رهایی‌بخش باشد؟ رهایی‌بخشی اساساً به چه معناست؟ آیا منظور تحقق عدالت است؟ و آیا اساساً می‌توان به آرزوی دیرینه فهم عدالت رسید؟ یا رهایی‌بخشی نیازمند رسیدن به حق است و نه عدالت؟ در این صورت، حق چیست؟ آیا حق برساخته اجتماع است یا وجودی وابسته به ذات انسان دارد؟ آیا رهایی‌بخشی حقوق متضمن رهایی از عرف است؟ نسبت میان قانون و قضاوت در رهایی‌بخشی چیست؟ آیا رهایی‌بخشی قضاوت به معنای احاله آن در جنبش‌های سیاسی و اجتماعی و خالی شدن آن از چارچوب قانون است؟ پاسخ به تمامی این پرسش‌ها ما را در بنیادی‌ترین مباحث فلسفه (و نه فقط فلسفه حقوق) غرق خواهد کرد. اما دست‌کم می‌توان از میان تمامی اینها دو ادعا را مطرح کرد؛ اول اینکه مطلوب است که حقوق از وضع موجود آغاز کند، اما به آن بسنده نکند، بلکه اندیشه بهبود در اوضاع داشته باشد. همین سیر از وضع موجود به وضعی بهتر، به جهانی عادلانه‌تر، به معنای درجه‌ای از رهایی‌بخشی در حقوق است. ادعای دوم اینکه قضاوت نسبت به قانون، محمل مناسب‌تری برای اندیشیدن به رهایی‌بخشی است.

۴.۱. مفهوم رهایی‌بخشی در حقوق

مفهوم رهایی‌بخشی، اگرچه در نظریات خردورزانه کانت و هگل دیده می‌شود، ارتباط تنگاتنگی با اندیشه فرانگرای می‌یابد. هگل و کانت معتقد بودند که بشر می‌تواند از طریق خرد و اندیشه عقلانی به تعالی و آزادی دست یابد. اندیشه عصر روشنگری در پی رهایی بشر از طریق دانش تجربی است، رهایی‌ای که به وضوح و در طول تاریخ به تعارضات و بن‌بست‌های جدی رسیده و اگرچه توانسته است میزان ثروت را به‌طور کلی در جوامع افزایش دهد، از ایجاد جامعه‌ای عادلانه‌تر و همبسته‌تر باز مانده است. در عالم حقوق نیز، همواره

۱. رک:

John Rawls, *A Theory of Justice*, (Cambridge: Harvard University Press, 2nd Edition 1999)

ایده‌آل، دستیابی به نظامی مستقل، خودبسنده و زایا بوده است که بتواند خالی از هر نوع وابستگی به اندیشه‌های سیاسی و اجتماعی، به واقعیتی دست بیابد که حقوقی محض است؛ یعنی تنها از روش و ابزار حقوقی به دست آمده است. این رها شدن حقوق از هرچه غیرحقوقی است، تعالی آن محسوب می‌شده است.

در فرانوغرایی حقوقی، رهایی‌بخشی نه بخشی از خاصیت تنظیم‌کننده حقوق، بلکه در نقطه مقابل آن قرار گرفته است. از منظر سنتوس، هر پارادایم حقوقی، از جمله پارادایم نوگرایی، حاصل اندیشه‌ای به‌خصوص در مورد نسبت و رابطه میان نقش تنظیم‌کنندگی و رهایی‌بخشی حقوق است. نقش تنظیم‌کننده حقوق به معنای کارکرد هنجارها، ساختارها و قواعد آن در ایجاد ثبات و تعادل میان تجربیات و انتظارات است. حال آنکه رهایی‌بخشی حاصل انقطاع و تردید در رابطه میان تجربه و انتظار (گذشته و آینده)، در سایه ایده‌آل‌ها و آرزوهای بشری است. هر نظریه‌ای عناصری از گذشته و بشارتی از آینده را در بردارد. این بشارت‌ها و آرزوها هستند که انتظارات را می‌سازند. رابطه میان رهایی‌بخشی و انتظارات رابطه‌ای دیالکتیک است. جنبه رهایی‌بخشی یک نظریه است که انتظارات را می‌سازد و این انتظارات هستند که سبب رهایی از گذشته به سمت بشارت‌ها می‌شوند (Santos, 2002: 280-285). اما مشکل نظریات حقوقی موجه و هم‌پیوند با اندیشه معاصر، که اغلب نظریات اثبات‌گرایانه حقوق هستند، این است که به دنبال بستن حقوق و خلاصه کردن آن در همان دایره بسته هستند. بستن این دایره اگرچه توانسته است در محدود کردن انتظار رهایی‌بخشی از حقوق (یا دست‌کم تقلیل آن به عدالت شکلی) موفق باشد، در نهایت نتوانسته است پر هر نوع بلندپروازی برای وضعیتی دیگر را به کل قطع کند. به عبارت دیگر، نوگرایی حقوقی نتوانسته است به ارزش‌هایی که مبنای شکل‌گیری و اندیشه‌اش بوده است (عدالت، برابری، صلح و ...) دست یابد و تنها به شکلی ظاهری از آنها بسنده کرده است.

اگرچه نقطه آغازین هر نظریه‌ای، حتی نظریات نوگرایی، تلاش برای رهایی از نظریات گذشته بوده و در نتیجه نطفه هر نظریه‌ای با رهایی‌بخشی منعقد شده است، برای فرانوغرایی و رویکردهای انتقادی پس از نوگرایی، رهایی‌بخشی، خود نظریه و نه نقطه آغاز آن است. رهایی‌بخشی روح تغییری است که در آغاز نظریه منجمد نشده، بلکه در بستر زمان بسط یافته است و هر روز معنای جدیدی می‌یابد. رهایی‌بخشی روح انتقاد است که هر روز شکل دیگری می‌گیرد. هر زمان که توقع ما با محقق شدن، به تجربه تبدیل شود، رهایی‌بخشی محتوای جدیدی می‌گیرد، زیرا بشارت را نمی‌توان در گذشته منجمد کرد.

رهایی‌بخشی در اندیشه فرانوغرایی حقوق، برخلاف روشنگری، در تعامل با عمل و فعالیت قرار می‌گیرد نه نظر و کلی‌گرایی. از این جهت است که می‌توان به‌طور کلی درک کرد

که قضاوت، به سبب پیوندش با عمل و امتدادش در زمان، بستر مناسب‌تری برای رهایی‌بخشی به مفهوم فرانوگرایانه آن است.

۴.۲. محمل اندیشه رهایی‌بخشی در حقوق

رهایی‌بخشی روح اصلاح و تغییر در حقوق برای رسیدن به بشارتی است که حقوق می‌دهد؛ یعنی عدالت و حق. رهایی‌بخشی در منظور این پژوهش اگرچه به دنبال شکستن و نابودی ساختارهای موجود نیست، با اصلاح نیز متفاوت است. اصلاح به معنای رفع ایرادهاست و گویی پیش‌فرض‌ها را می‌پذیرد. اصلاح قانون یا اصلاح یک رویه غلط تنها رویی‌ترین لایه علل را تغییر می‌دهد، اما رهایی‌بخشی به دنبال ایراد نیست، بلکه در پی حرکت به جلو، رهایی از مجازاها و استعارات حقوق، و از نو بنا نهادن ساختارها برای نظام حقوقی عادلانه‌تری است، هرچند ممکن است مسیر رهایی‌بخشی، از اصلاح نیز معتدل‌تر باشد و به ابزار تفسیر بسنده کند.

حقوق نیز اگر ادعای عدالت و اجرای حق دارد، نمی‌تواند خود را سرسپرده وضع موجود بداند، زیرا در این صورت حقوق ضرورتی نمی‌یابد، حتی اگر وضع موجود به قانون جنگل بدل شود. بنا بر این نیست که حقوق نقش جنبش‌های آزادی‌بخش را ایفا کند، اما دست‌کم بناست ملجأ احقاق حقوق تضييع شده شود. راه میانه‌ای میان این دو وجود دارد که کشف آن دشوار است. حتی اندیشه انتقادی به حقوق نیز که قاضی را به‌عنوان انسانی آزاد، مسئول اخلاقی قضاوت بد خویش، هرچند مطابق با قانون باشد، می‌داند، این دوراهی را می‌پذیرد که قاضی اگر یکسره قانون را کنار بگذارد، باز باید بابت تصمیم خود احساس بسیار بدی داشته باشد. به این ترتیب، حتی این رویکرد نیز قاضی را در برابر قانون به‌عنوان عدالت موجود، و نه عدالت ایده‌آل، مسئول می‌داند (Kennedy, 1986: 520-521).

پرسش مهم دیگر این است که تجلی این رهایی‌بخشی، در قانون‌گذاری است یا در قضاوت؟ از کدام یک می‌توان امید بیشتری برای رهایی از انسجام بد و قدرت نهادینه‌شده در وضع موجود داشت؟ پاسخ ابتدایی می‌تواند این باشد که قضات خود از درون و از بیرون محدود به قانون و فهم عرفی می‌کنند. تنها قانون‌گذار است که می‌تواند وضع موجود را (که حاصل قانون یا عرف بد است) بر هم زند. اما مشکل اساسی این است که قانون در واقع نه انگیزه تغییر را دارد و نه ابزار مناسبی برای چنین تغییری است.

قانون محصول حاکمیت است و حتی اگر مانند رویکردهای انتقادی اقلیت‌محور، کارکرد آن را حفظ و ایجاد مشروعیت برای روابط موجود قدرت ندانیم (MacKinnon, 1991: 155-160)، به چیزی متعالی‌تر از ایجاد نظم راه نمی‌برد. اگرچه قانون‌گذار حاصل فرایند دموکراتیک

انتخاب توسط مردم است، این فرایند آن را به چیزی والاتر از نمایندگی اکثریت کسانی که توانایی مشارکت سیاسی داشته‌اند، تبدیل نمی‌کند. به این ترتیب، قانون‌گذاری که در اندیشه انتخاب شدن مجددش است، و حتی لزوماً دانش حقوقی ندارد، بعید است دغدغه‌ای برای رهایی‌بخشی اقلیتی داشته باشد که عرف، به‌عنوان نماینده انسجام موجود، آنها را به حاشیه رانده است. قاضی می‌داند که حکمش بی‌واسطه و مستقیم در حق آنکه روبه‌رویش ایستاده و چشم در چشمش دوخته اجرا می‌شود... قضات اشخاص حقیقی‌اند که باید توابع احکام خود را همچون صلیب بر دوش بکشند (جعفری تبار، ۱۳۹۷: ۱۰۰).

قانون، حاصل دموکراسی است و دموکراسی ادعایی بر اعتبار محصول خود ندارد یا به تعبیر دیگر اعتبار خود را تنها از اکثریت می‌گیرد. حال آنکه قضاوت، همان‌طور که آرنت آن را توصیف می‌کند، ادعایی بر اعتبار دارد و از آن‌رو که بی‌شک ابعادی از تصمیم‌گیری شخصی (و نه صرفاً عینی) دارد (Beiner & Nedelsky, 2001: 103)، متضمن مسئولیتی اخلاقی است. قضاوت همچنین قرار است قوایی خارج از قوای حاکمیت باشد و از این نظر دست‌کم به لحاظ رسمی، فاصله کمتری با قدرت و میل به حفظ منافع آن دارد.

قانون همچنین نمی‌تواند از کلیشه‌ها و مرزهایی که جامعه به انسان تحمیل کرده است، رها شود. قانون حکم کلی است و از این‌رو میل به دسته‌بندی و ایجاد اماره دارد؛ دسته‌بندی‌هایی که اصولاً برساخته اجتماع‌اند نه حقیقت امور. قانون همانند مأمور آمار است که براساس ظاهر امور اماره می‌سازد؛ مال اغلب از آن کسی است که آن را در دست دارد و قانون‌گذار به ساختن اماره ید بسنده می‌کند. گاهی قانون‌گذار آن‌قدر در این اماره‌ها و نقش‌ها فرو می‌رود که ظاهر را همچون باطن می‌پندارد و اماره را به‌جای واقعیتهای تغییرناپذیر می‌گیرد و حتی از آن به نتیجه‌های دیگری می‌رسد، خطری که دریدا آن را انتقال استعارگی می‌خواند (Derrida, 1986: 661-667). اما قاضی با داستان‌ها و روایت‌های واقعی سروکار دارد، نه با تخیلات فرضی. قاضی می‌تواند در هر مورد، به نقش‌های ساخته اجتماع فکر کند، لحظه‌ای آنها را فراموش کند و در این لحظه فراموشی، به این مسئله بیندیشد که آیا اساساً این مرزها نقشی در مورد پیش‌روی او دارند (Walt, 2005: 155)، ابزاری که قانون، به‌سبب کلی بودن از آن محروم است. به قول سارتر، ایجاد نقش‌ها به‌خودی‌خود منفی نیست، زیرا قانون تا حدودی به این دسته‌بندی‌ها احتیاج دارد. آنچه سارتر را به اعتراض وامی‌دارد، ایجاد این توهم است که این نقش‌ها بخشی ذاتی و تغییرناپذیر از بودن انسان هستند، امری که نافی آزادی و مسئولیت انسان‌ها بابت آزادی‌شان است (Satre, 1993: 86-118).

از این‌رو، عدالت حاصل از قضاوت، بهتر از عدالت حاصل از قانون است، زیرا عدالت قانون، عدالت کلی و با الگو است، حال آنکه عدالت حاصل از قضات، عدالت جوششی و

بدون الگوست. قاضی محدود به قانون است، اما در عین محدودیت، همواره در رفت و برگشت میان قانون، عدالت، انصاف، حقیقت و ارزش‌هایی بی‌نام و عنوان است (جعفری تبار، ۱۳۹۷: ۱۲۹-۱۳۷). شاید برای احتراز از مفاهیم کلی چون عدالت، حق و انصاف، بتوان مانند مک‌کینون، از مفهوم جزئی و واقعی‌ترین چون روایت نام برد. قاضی روایت‌های بیشتری را از پرونده‌های قبلی شنیده است، به داستان پرونده پیش‌رو نزدیک‌تر است و فرصت این را داشته است که داستان را از زبان هر دو طرف اختلاف بشنود. این روایت‌ها به او کمک می‌کند تا نقش‌ها، الگوها و دسته‌بندی‌ها را فراموش کند و به حقیقت، عدالت، واقعیت یا هر ارزش دیگری که به آن می‌اندیشد، نزدیک‌تر شود. بی‌شک قاضی نمی‌تواند مانند مددکار اجتماعی تمام داستان را بشنود، و در نهایت باید در مقام فسخ خصومت نیز برآید، اما اگر قاضی به قول آلمانی‌ها، گوشی بزرگ و دستی کوچک داشته باشد، رفت و برگشت او میان قانون و عدالت و حقیقت، دست‌کم رنگی از روایت طرفین را خواهد گرفت.

۴.۳. رهایی‌بخشی قضایی و قانون

قاضی برای رهایی از انسجام بد و قدرت نهادینه‌شده در وضع موجود، ابتدا باید از پایبندی محض به قانون رها شود. اما آیا قاضی تکلیف، یا حتی اجازه‌ای برای چنین رهایی دارد؟ همان‌طور که دیدیم، قانون با وضع موجود متجلی در فهم عرفی پیوند دارد، اما وضع موجود و این پیوند، به قانون مشروعیت نمی‌بخشد، هرچند تا حدی به دولت و شهروندان اجازه پیروی از آن را بدهد. اما دولتمردان، انگیزه‌ای و شهروندان، قدرتی برای تغییر وضع موجود ندارند. قضاوت از سوی دیگر، ادعایی بر مشروعیت و اعتبار حکم خود دارد نه صرفاً اجرای بی‌کم‌وکاست حکم قانون‌گذار یا نمایندگی نظر اکثریت. از این‌رو وضع موجود و یا قانون ظالمانه، حتی اگر مورد پذیرش اکثریت باشد، توجیهی برای قضاوتی جانبدارانه توسط قاضی نیست. قاضی‌ای که این نقش خود را خوب فهمیده باشد، دست خود را در قضاوت بازمی‌بندد و هیچ‌گاه به بهانه مأمور و معذور بودن، از اجرای حق سر باز نمی‌زند.

این رهایی به معنای بی‌قانونی نیست، زیرا قاضی (قاضی دادگاه‌های عادی در تمام نظام‌های قضایی و تمام قضات در نظام حقوقی ایران) در نهایت بناست قانون را در پرونده پیش‌روی خود اجرا کند. در عین حال او نباید مجری بی‌اراده قانون باشد. چه نظریات توصیفی و چه نظرهای توصیه‌ای، قضاوت را محدود به ظاهر قانون نمی‌دانند، بلکه عوامل دیگری را در اعمال آن دخیل می‌دانند. اما راه رهایی قاضی از قانون بد، بدون کنار گذاشتن قانون چیست؟ در برخی نظام‌های حقوقی، قضاوت ابزاری رسمی برای خلاص شدن از شر قانون بد دارد.

نظام‌های قضایی که مرجعی قضایی (مانند دیوان عالی) امکان بازبینی قضایی قانون عادی را براساس مطابقت آن با قانون اساسی دارد، ابزار مهمی برای رهایی از قانون بد است، زیرا کلیات قانون اساسی، به قاضی اجازه می‌دهد از شکل قانون رها شده و به نحو موجهی، به عدالت بی‌شکل جامعه یا حتی عدالتی واقعی فراتر از وضع موجود اعتبار دهد. به قانون اساسی هم له و هم علیه آپارتاید می‌توان استناد کرد. حق رأی نداشتن زن‌ها و حق رأی داشتن آنها هر دو به استناد قانون اساسی بوده است (Minor v. Happersett, 1922). گویی حقوق اساسی، حقوق رقیق شده با اخلاق و ارزش‌هاست و این کلیت و ابهام، اختیار گسترده‌ای در تفسیر آن می‌دهد. اما فقدان چنین مرجعی در نظام حقوقی ایران، چندان از راه نجات بودن قانون اساسی برای قضات نمی‌کاهد، زیرا اولاً دادگاه‌های قانون اساسی در نظام‌های حقوقی، آنقدر در سطح بالایی هستند که تنها موضوعات اساسی به آنها ارجاع می‌شود. اما این دادگاه‌های عادی هستند که با انواع پرونده‌ها سروکار دارند و آنها هستند که می‌توانند روح حقوق اساسی را زنده نگه‌دارند. در واقع حقوق اساسی، تنها ناظر بر روابط قوای دولتی با یکدیگر و یا دولت با مردم نیست. حقوق اساسی بخش اعلائی نظام حقوقی است که مانند قانون عادی، و بالاتر از آن، بر هر رابطه حقوقی‌ای، از قبیل قراردادهای، حقوق خانواده و ... حاکم است.^۱

به‌علاوه هر قاضی، فارغ از اینکه در چه رتبه‌ای از سلسله‌مراتب دادگاه‌ها قرار گرفته است، فاعل پرونده خویش است. اوست که ادله را ارزیابی می‌کند، موضوع را درمی‌یابد، قاعده را از میان منابع حقوق برمی‌گزیند و با اعمال آن، به نتیجه می‌رسد. دادگاه بالاتر اگرچه می‌تواند رأیی را براساس استدلال دیگر نقض کند، اما نمی‌تواند از قاضی دادگاه پایین بخواهد مانند او فکر و استدلال کند.

اگر در اعمال قانون عادی، تنها در مواردی ممکن است به پرونده و تفسیر دشوار بربخوریم، در اعمال حقوق اساسی، پرونده و تفسیر همیشه گشوده و دشوار است. رویکرد به تفسیر قانون اساسی را در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان از دو نظر دانست. گروهی برآنند که قانون اساسی را باید با توجه به مقصود مصوبان آن تفسیر کرد (رویکرد اصالت‌گرا، تفسیر تاریخی)، زیرا قانون اساسی حاصل قراردادی اجتماعی است و باید مانند قرارداد براساس قصد منعقدان آن تفسیر شود. موجودیت قانون اساسی تنها در صورتی حفظ می‌شود که مفسران آن را بی‌طرفانه و با توجه به قصد نویسندگانش تفسیر کنند و از تحمیل نگاه‌های جنجالی و اختلاف‌برانگیز خود بر آن، خودداری کنند. حتی زمانی که موضوع مورد اختلاف، اساساً در زمان شکل‌گیری قانون اساسی مطرح نبوده است، مفسر باید وارد فرایند انتقال و بازسازی

۱. جریان اعمال حقوق اساسی بر سایر شاخه‌های حقوق از جمله حقوق خصوصی، جریانی است که در تمامی حوزه‌های حقوق وارد شده است و آن را اساسی‌سازی شاخه‌های حقوق می‌خوانند.

شود، به این معنا که باید تصور کند که اگر مصوبان قانون اساسی با مسئله کنونی روبه‌رو می‌شدند، چه تصمیمی در مورد آن می‌گرفتند. اما آیا این فرایند متضمن تخیل و تصنع نیست؟ سوی دیگر این دوگانه، رویکرد کسانی است که به تفسیر زنده از قانون اساسی اعتقاد دارند. به تعبیر چارل رایش، قانون اساسی اگر مدام در اعمال خود بر موضوعات تغییر نکند، حتی معنی اصلی‌اش را نیز از دست خواهد داد (Reich, 1963: 675-678). به تعبیر دیگر، حتی آفرینندگان قانون اساسی نیز با ابهام و کلی‌گرایی، همین قصد را داشته‌اند که این قانون، با تطبیق خود با ارزش‌ها و رویکردهای سیاسی زمان، از انقضا مصون بماند.^۱

اینکه قاضی تا چه حد باید تفسیر زنده خود را محدود به چارچوب متن کند یا اساساً از قانون اساسی به‌عنوان ابزاری برای رسیدن به نتیجه مطلوب خود (که ممکن است حاصل رویکرد منفعت‌گرایانه، رویکرد عمل‌گرایانه و یا جهت‌گیری‌های سیاسی و عقیدتی او باشد) استفاده کند، بازگشتی به بحث کلی رویکردهای تفسیری دارد. با وجود این، حتی مرجع‌گراترین نظریات حقوق مانند نظریه اثبات‌گرایی نیز وقتی به بحث به قضاوت می‌رسند، همانند مکتب حقوق طبیعی، آن را فرایندی فراتر از اجرای مکانیکی قواعد جزئی حقوقی بر وقایع پرونده می‌دانند. در واقع می‌توان گفت اثبات‌گرایی و حقوق طبیعی، در بزنگاه قضاوت به یکدیگر نزدیک می‌شوند. از این‌روست که حتی وقتی هارت یا راز از قضاوت سخن می‌گویند، به اختیار و صلاح‌دید قاضی و اثر اموری فراتر از قانون بر تفسیر او معتقدند با این تفاوت که این امور فراقانونی را کماکان در دایره حقوق می‌دانند (Hart, 1997: 259-263) و از سوی دیگر فینیس نیز اعمال مستقیم ایده‌های بی‌شکل اخلاقی را در قضاوت جایز نمی‌داند (Finnis, 2000: 1611).

آنچه دست‌کم در اندیشه معاصر در خصوص حقوق و قضاوت انکارپذیر نیست، وظیفه تفسیر است. قاضی همواره در مقام تفسیر است و تفسیر همان خوانش قاضی از وقایع پرونده، موضوع و حکم است. اگرچه قاضی در قضاوت خود محدود به واقعیت (در وقایع پرونده) و قواعد حقوقی (در بخش حکمی) است، این اتصال هرگز مسئولیت او را در قبال قضاوتش سلب نمی‌کند، زیرا واقعیت به تعبیر ویتگنشتاین همواره از منظر بیننده دیده می‌شود و هر اندازه هم که بیننده اسیر در ظاهر باشد، امکان خروج از این اسارت و طور دیگر دیدن واقعیت را دارد (Wittgenstein, 1953: sec. 122). زبان به طریق اولی چنین ظرفیتی را می‌پذیرد، زیرا زبان ذاتی کنایی دارد و تفسیر آن همواره ترجمان تعامل این کنایات با فهم شخصی قاضی است و

۱. برای مشاهده استدلال‌های موافقان و مخالفان اعمال و تفسیر قانون اساسی در دادگاه‌ها رک: نشست تخصصی قابلیت استناد محاکم عادی به قانون اساسی، پژوهشگاه قوه قضاییه در:

<http://www.ijri.ir/files/jpri2-ir/fulltext/neshast-elmi> (last access: 02.07.2018).

همین جنبه شخصی تفسیر است که سبب می‌شود قاضی هیچ‌گاه نتواند از مسئولیت قضاوت خویش شانه خالی کند.

از سوی دیگر، قاضی مکلف به اجرای قانون است، زیرا نقض قانون از سوی او، همان‌قدر غیراخلاقی است که از سوی کسانی که او بناست بابت نقض قانون آنها را محاکمه کند. قضاوت، لحظه وقوع این تعارض میان ساختارشکنی برای فرار از قانون بد و پایبندی به ساختار قانون است. امکان اینکه قاضی قانون بد را اصلاح کند، طوری که در نهایت گویی از اساس قانونی وجود نداشته است (Derrida, 1990: 961)، به قاضی اختیار اعمال ارزش‌ها و گرایش‌های اخلاقی، سیاسی و اجتماعی خود را می‌دهد؛ گرایش‌هایی که البته لزوماً دلیلی بر اعتبار آنها وجود ندارد.

از نظر دریدا عدالت نیازمند پایبندی همزمان، و از همین رو غیرممکن به هر دو عامل است:

رأی قاضی در صورتی عادلانه است که در بزنگاه مناسب، اگر چنین بزنگاهی دست دهد، همزمان قاعده‌مند و بی‌قاعده باشد؛ قانون را حفظ کند و همزمان تا زمان بازآفرینی قانون در هر پرونده آن را تخریب یا معلق کند؛ و یا دست‌کم قانون را در جهت تأیید دوباره خودش و صحنه‌گذشتنی آزاد و جدید بر اصول ادعایی آن، از نو بیافریند (Derrida, 1990: 961).

جعفری تبار، جمع و توازن میان کفه عدالت و قانون را حق می‌خواند. قاضی مکلف نیست و نباید، به دنبال کشف ناممکنی چون عدالت یا حتی انصاف باشد. از سوی دیگر، او مجری بی‌اختیار قانون نیز نیست. قاضی باید به حق حکم کند. اما آیا واژه حق خود ابهامی بیش از عدالت ندارد؟ حق چیست و چگونه قابل تعیین است؟ حق در تعریف جعفری تبار مشابه همان لحظه ناممکن قاعده‌مندی و بی‌قاعده بودن در عبارت دریدا است.

حق، دیالکتیک بین حقیقت و حقوق است؛ گفت‌وگویی میان جهان حقیقی و جهان حقوقی، و بده بستانی میان واقعیتی که اتفاق افتاده و حقی که برای شخصی شناخته شده (جعفری تبار، ۱۳۹۷: ۱۳۵)... قاضی تلاش می‌کند تا با جمع میان قانون و اخلاق و عدل و انصاف و نظم و هرآنچه خوب می‌داند، به حق دو طرف دعوا حکم کند، گرچه این جمع را بسیاری نپسندد (جعفری تبار، ۱۳۹۷: ۱۵۲).

اختیار قاضی در شکستن ساختارهای قانون و بناکردن مجدد آن بر پایه حق و حقیقت از طریق تفسیر، بر حزم و تفکر قاضی استوار است. تفسیر همواره تعامل باورهای شخص با متن است و در نتیجه جنبه‌ای شخصی در خود دارد. این امر سبب تشتت آرا می‌شود، امر مأمومی که حاکمیت قانون و عینی بودن آن، درصدد جلوگیری از آن بوده است. اگر تفسیر بناست

قاعده‌سازی کند، قضاوت، که بنا بوده است مانع و محافظی در برابر نقض حقوق باشد، به تعرض و قانون‌شکنی هرروزه قضات بدل می‌شود (Fish, 1989: 503).

خطر تشتت آرا و تبدیل شدن قاضی، که شهروندان از ظلم متجاوزگی به آن شکایت برده‌اند، به متجاوز دوم، خطری جدی است، کما اینکه در تاریخ، یکی از مطالبات جدی بسیاری از انقلاب‌ها ایجاد نظام قضایی عادلانه بوده است. با این حال، این خطر حاصل عواملی دیگر، و نه تفسیر است. فرض بر آن است که قاضی در اختلاف طرفین نفعی در پیروزی طرف مشخصی ندارد و از این رو، او مانند راهزنی نیست که از سلطه خود برای بردن اموال یک طرف دعوا استفاده می‌کند. آنچه مهم است، حفظ این بی‌طرفی و پیوند نداشتن قاضی با قدرت (چه قدرت حاکمیت و چه قدرتی دیگر^۱) است.

از سوی دیگر، این دغدغه بر این پیش‌فرض استوار است که وحدت بهتر از کثرت است و حاصل کثرت چیزی جز تشتت و اغتشاش نیست؛ پیش‌فرضی که گویی تنها در نظام حقوقی موجود است و گرنه نسبی‌گرایی، کثرت‌گرایی و همگرایی حاصل از کثرت، در سایر علوم انسانی و حتی در علوم تجربی مدح می‌شود. قدرت سیاسی و فرهنگی نباید متمرکز شود و رقابت در عرصه اقتصاد تنها راه نفع عمومی است. اگرچه قانون به‌عنوان مبنای قاعده حقوقی، و برخلاف اصول حقوقی، بناست کلی، انتزاعی و در برابر موضوع خود خنثی باشد، اما این بدان‌معنا نیست که اعمال آن نیز باید لزوماً به شکل واحدی صورت گیرد. اگر هر کس در تلاش برای رسیدن به حق به راهی برود و شاید از میان این راه‌ها، راه‌های بهتری (از آنچه تفسیر ظاهری قانون به‌دنبال دارد) آشکار شوند و صرفاً از سر بهتر بودن، و نه اجبار، رهگشای سایرین شوند، بهتر از آن است که همه به یک راه اجباری بروند که معلوم نیست راه درستی باشد. میل به وحدت ناشی از ذهنیت مایل به انسجام تمرکزگراست، حال آنکه همگرایی خودجوش قضات بر سر تفسیر مشخصی از قاعده حقوقی مشخص، نشان از بهتر بودن آن راه دارد.

۴.۴. رهایی بخشی قضایی و فهم عرفی

قاضی‌ای که توانسته است به مدد تفسیر از بند ظاهر قانون رها شود، تا آن را به فهم خود از عدالت نزدیک کند، آیا در نهایت، اسیر فهم خود نمی‌گردد؟ اگر او از وحدت‌گرایی و انسجام اجباری حاصل از قانون گریخته است، آیا لزوماً به نتیجه متفاوتی می‌رسد؟ پاسخ این پرسش

۱. امکان رهایی از تمام قدرت‌ها، به مفهوم بیان‌شده در گفتار چهارم دشوار است و در بند بعد به این مسئله خواهیم پرداخت که قاضی حتی اگر از بند قدرت‌های بیرونی، چون قدرت حاکمیت، رها شود، هنوز در بند قدرت نهادینه‌شده در فهم عرفی است و رهایی از این قدرت، بسیار دشوارتر است.

در نظام حقوقی که قانونش حتی از عرف زمان نیز عقب است، گزاره‌ای که اغلب در مورد نظام‌های حقوقی و قانون صادق است، مثبت خواهد بود. اما قاضی‌ای که به خیال خود از گذشته (قانون) دویده است تا به حال برسد، به چیزی جز عرف نمی‌رسد، عرفی که خود بنا به تعریف انباشه اندیشه گذشتگان و به تعبیر گرامشی حاصل سال‌های طولانی روابط قدرت است. به تعبیر کاور، خشونت گذشته (قانون) و خشونت حال (عرف) همواره خشونت آینده را وعده می‌دهد (Cover, 1989: 1601).

قاضی اگرچه همواره یک قدم از قانون‌گذار به حق و حقیقت نزدیک‌تر است، اما او نیز به تعبیر ویتگنشتاین، جهان را تنها از زاویه‌ای می‌بیند که فهم عرفی برایش ساخته است، زاویه و چارچوبی که رهایی از آن، بسیار دشوار است. عرف مظهر همان انسجامی است که خود را تمام و عین واقعیت وانمود می‌کند.

همان‌طور که در تشریح نظریات آرنت دیدیم، قضاوت، مستلزم به‌کارگیری ذهن به شکل ویژه‌ای است و عنصر مهم این خصوصیت، تخیل است. انسان زمانی واقعاً به عمل قضاوت می‌پردازد که از ظرفیت ذهن برای دیدن افق‌ها و منظرهای دیگر استفاده کند و این گشایش ذهن است که میان بازخورد شخصی و فهم عرفی پیوند برقرار می‌کند و قضاوت را از سلیقه محض متمایز می‌کند. به این ترتیب، اگرچه همان‌طور که نظریات واقع‌گرایانه نشان می‌دهد، قضاوت هیچ‌گاه از عنصر شخصی خالی نیست، این عنصر سبب فروپاشی قضاوت و بدل شدن آن به خودسری محض نمی‌شود (Arendt & Beiner, 1999: 42-43). آرنت ما را تا پیوند به فهم جامعه از طریق تخیل می‌برد، بر ارزش استقلال نظر قاضی تأکید می‌کند، و به این ترتیب این حس را ایجاد می‌کند که گویی از نظر او نیز، بسنده کردن به فهم عرفی مقبول نیست. اما حلقه مفقود نظریه او این است که گاه باید به کمک تخیل و بسط ذهن، حتی از عبور عموم نیز عبور کرد و امور را بی‌واسطه و آن‌چنان که هستند دریافت. گویی پس از عبور از بازخورد شخصی (ذوق) به قضاوت فهم عرفی، بازگشت دوباره‌ای به حس شخصی لازم است، اما این بار بازخوردی که توانسته به مدد دیدن فهم عرفی، گسترش یابد. آرنت به ما نمی‌گوید آنچه برای ایجاد این رفت و برگشت‌ها لازم است، چیست، اما دست‌کم خطر تسلیم محض به قانون و عرف را به ما گوشزد می‌کند.^۱

۱. بهترین مثال این هشدار، یادداشت‌ها و سخنرانی‌های او در خصوص دادگاه آیشمن در اورشلیم است. او در این یادداشت‌ها از شری می‌گوید که ممکن است از بروکراتی شکل‌گرا سر بزند، نه لزوماً به سبب شراوت ذاتی او، بلکه به علت ناتوانی او در قضاوت کردن و منتقدانه به امور نگریستن. ر.ک:

Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. rev. ed., New York: Penguin Books, 1977.

آرنت به ما نشان می‌دهد که رسیدن به قضاوت درست، یا دست‌کم بخش مهمی از آن، حاصل ذهن و قدرت تخیل آن است و از این‌رو، تربیت ذهن، یکی از راه‌هایی است که می‌تواند در بزنگاه قضاوت، رفت و برگشت ذهن میان پیش قضاوت‌ها و واکنش‌ها و دریافت‌ها را تسهیل کند.

۵. نتیجه‌گیری

اگر پذیرفته باشیم که فهم عرفی متضمن قدرت است و انسجام حاصل از عرف، ممکن است انسجام بدی باشد که به افرادی ظلم می‌کند که به سبب در اقلیت بودنشان و همچنین تن دادن ذهنی و فکری‌شان به تفکر مشروع اکثریت، از بر هم زدن این انسجام ناتوانند و از سوی دیگر، اگر به نحوی میان حقوق (و قضاوت به عنوان جلوه‌گاه اصلی آن) و عدالت، رهایی‌بخشی و ایجاد جهانی بهتر و عادلانه‌تر از وضع کنونی ارتباطی قائل شویم (که اگر نبود این ارتباط و بنا به تن دادن به وضع موجود بود، بی‌قانونی بهترین راه تسلیم بود)، دست‌کم تلاش برای شناسایی رهایی‌بخشی از طریق قضاوت و رها کردن قضاوت از اسارت در عرف سؤال‌گریبی نخواهد بود. از قانون‌گذار انتظار این رهایی از عرف نمی‌رود، زیرا او نماینده اکثریت است و باید به اراده آنها پایبند باشد. «ممکن است روزی اقلیت موفق شود اراده اکثریت را به نفع خود تغییر دهد اما تا آن زمان قانون خواست اکثریت را در نظر می‌گیرد و نافرمانی مدنی و ترجیح نظر اکثریت بر اقلیت از سوی قانون‌گذار بی‌معنی است» (جعفری‌تبار، ۱۳۹۷: ۱۴۴). قضاوت اما اعتبار خود را اکثریت نمی‌گیرد، بلکه ادعایی مستقل بر اعتبار حکمش دارد. قاضی باید از تمام ظرفیتش برای بهتر کردن همان جهان کوچکی که در برابرش گسترده شده است، استفاده کند. رهایی قاضی از عرف به معنای کنار گذاشتن آن نیست، بلکه به معنای این است که او بتواند آزاد از عرف به امور بنگرد و ای‌بسا که با نگاهی بیرونی، همان راه‌حل عرف را بهترین راه بباید. اما مهم این است که او بتواند به گزینه‌های دیگری جز آنچه عرف تکلیف می‌کند، بیندیشد.

از سوی دیگر، هرگونه توصیه‌ای در رهایی‌بخشی قضاوت، باید خطری را در کمین خود ببیند، خطر اینکه رها شدن قضاوت از عرف، به سلیقه و سوگیری قضات، بی‌معیاری قضاوت، و سیاسی شدن آن بینجامد. به نظر می‌رسد در رهایی از این خطر، در نهایت باید چشم به استقلال قاضی، توان او در تفسیر و گسترش ذهنش برای دیدن حق در فراسوی رویکردهای محدود و منفعت‌ها دوخت.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. جعفری تبار، حسن (۱۳۹۷). دیو در شیشه: فلسفه رویه قضایی، ج دوم، تهران: نگاه معاصر.
۲. الطوسی، محمد بن الحسن (۱۳۸۹). العده فی الاصول الفقه، قم: بوستان کتاب.
۳. کیوانفر، شهرام (۱۳۸۶). «پراگماتسیم حقوقی»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۶، ص ۱۴۷-۱۶۷.
۴. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام، بیروت: دار الاحیاء.

ب) خارجی

5. Arendt, Hannah (1982). *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Chicago: University of Chicago Press.
6. Arendt, Hannah & Ronald Beiner (1999). *Lectures on Kant's Political Philosophy*. Chicago: Univ. of Chicago Press.
7. Balkin, J. M. (1993). "Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence", *The Yale Law Journal*, Vol. 103 No.1, p. 105-176.
8. Boaventura de Sousa Santos lecture on "Spaces of Transformation: Epistemologies of the South at: <https://www.youtube.com/watch?v=UzeczSxZYOY>.
9. Beiner, Ronald & Jennifer Nedelsky (2001). *Judgement, Imagination and Politics*, Lanham: Maryland Rowman & Littlefield.
10. Cover, Robert (1985 – 1986). "Violence and the Word" *Yale Law Journal*, Vol. 95, iss8, 1601-1629.
11. Derrida, Jacques (1990). "Force of Law: The Mystical Foundation of Authority", *Cardozo Law Review*, Vol. 1, No. 5, p. 449-454.
12. Finnis, John (2000). "On the Incoherence of Legal Positivism" *Notre Dame Law Review*, Vol. 75, iss. 5, p. 1597-1612.
13. Dworkin, Ronald (1996). *A Matter of Principle*, Oxford: Clarendon Press.
14. ----- (1986). *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press.
15. Derrida, Jaques (1986). "Declarations of Independence", *New Political Science*, Vol. 7, No.1, p. 7-15.
16. Fish, Stanley (1989). *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory In Literary and Legal Studies*. London: Duke University Press.
17. Gramsci, Antonio (1971). *Selections from the Prison Notebooks*, translated by Quentin Hoare and Geoffrey Nowell Smith, New York: International Publishers.
18. Hart, H.L. A. & Penelope A. Bulloch (1997). *The Concept of Law*, Oxford: Oxford.
19. Herman, Gilbert (2006). Sanjeev Kulkarni, "The Problem of Induction", *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 72, No. 3, p. 559-575.
20. Hunt, Alan (1985). "The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law", *Law & Society*, Vo. 19, No. 11, p. 11-38.
21. Montesquieu, Charles de Secondat, Thomas Nugent, Jean Le Rond d'Alembert, and Walter Bagehot (1900). *The spirit of laws*, New York: Colonial Press.
22. Nedelsky, Jennifer (2011). "Receptivity and Judgment", *Ethics & Global Politics*, Vo. 4, No. 4, p. 231-254.
23. Kennedy, Duncan (1986). "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", *Journal of Legal Education*, Vo. 36, No. 4, p. 518-562.
24. MacCormick, Neil and Ota Weinberger (1986). *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: D. Reidel.
25. MacKinnon, Catharine A (1991). *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
26. Minda, Gary (1996). *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York: NYU Press.
27. *Minor v. Happersett* (1874) 88 U.S. 21 Wall. 162 162.
28. Moore, G. E. *A Defence of Common Sense*, Allen & Unwin, 1925.
29. Rawls, John (1999) *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2nd Edition.

30. Reid, Thomas (2002). *Essays on the Intellectual Powers of Man*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
31. Quine, V. O. Willard (1951). "Two Dogmas of Empiricism", *The Philosophical Review*, Vol. 60, No. 1, p. 20-34.
32. Raz, Joseph (1992). "The Relevance of Coherence", *B. U. L. Rev.*, Vol. 72, No. 2, p 273-321. .
33. Reich, Charles A. (1963). "Mr. Justice Black and the Living Constitution", *Harv. L. Rev.*, Vol. 76, No. 4, p. 673-754.
34. Santos, Boaventura de Sousa (2002). *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, London: Butterworths.
35. Sartre, Jean-Paul (1993). *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology*, London: Routledge.
36. Walt, Johan W. G. (2005). *Law and Sacrifice: Towards a Post-Apartheid Theory of Law*, London: Birkbeck law Press.
37. Wittgenstein, Ludwig (1953). *Philosophical Investigations*, Malden, MA: Blackwell Publishing.
38. Wells, Catharine P. (1995). "Pragmatism, Feminism and the Problem of Bad Coherence", *Michigan Law Review*, Vol. 93, p. 1645-1666.