

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات)

تألیف و ترجمه: دکتر حسن وکیلان

دفتر مطالعات حقوقی

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

گفتارهایی در قانون و قانونگذاری: مجموعه مقالات/ تألیف و ترجمه حسن و کیلیان؛
ویراستار احمد مرکزالمیری. — تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌ها،
۱۳۹۰.

۳۶۰ ص. جدول، نمودار. — (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی؛ ۱۳۹۰/۹۷)
ریال ۷۵۰۰۰: 978-964-8427-95-0: ISBN

فهرست‌نویسی براساس اطلاعات فیبا.

کتابنامه به صورت زیرنویس.

۱. قانونگذاری — مقاله‌ها و خطابه‌ها. الف. و کیلیان، حسن، مترجم. ب. مرکزالمیری،

احمد، ویراستار. ج. مجلس شورای اسلامی. مرکز پژوهش‌ها، دفتر مطالعات حقوقی.

د. عنوان.

K284/57

۱۳۹۰

عنوان: گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات)

تألیف و ترجمه: دکتر حسن و کیلیان

ویراستار: احمد مرکزالمیری

ناشر: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

نوبت چاپ: اول، بهار ۱۳۹۰

تیراژ: ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۷۵۰۰۰ ریال

مسئولیت صحت مطالب کتاب با مؤلف و مترجم است.

کلیه حقوق برای مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی محفوظ است.

فهرست مطالب

سخن ناشر	۱
پیشگفتار	۳
مقدمه	۱۱
بخش اول نظریه قانونگذاری	۱۵
در جست‌وجوی فلسفه قانونگذاری: مشروطه‌خواهی/ قانونگرایی	۱۷
<i>ایمر بی. فلورز</i>	
مقدمه: چرا فلسفه قانونگذاری	۱۷
۱ قانونگذاری و فلسفه قانونگذاری: از عدم تا وجود	۱۸
۱-۱ فلسفه قانونگذاری به‌مثابه نظریه قانونگذاری	۲۲
۱-۱-۱ فلسفه قانونگذاری به‌مثابه مطالعه قانونگذاران و قوای مقننه	۲۴
۱-۱-۲ فلسفه قانونگذاری به‌مثابه مطالعه وضع قانون	۲۷
۱-۲ عقلانیت قانون: صوری در مقابل ماهوی	۳۴
۲ فلسفه قانونگذاری: مشروطه‌خواهی/ قانونگرایی	۴۱
۲-۱ قانونگرایی	۴۴
۲-۱-۱ قانونگرایی قوی و ضعیف	۴۶
۲-۲ مشروطه‌خواهی	۴۸
۲-۲-۱ مشروطه‌خواهی قوی و ضعیف	۴۹
۲-۲-۲ فلسفه قانونگذاری و مشروطه‌خواهی قوی	۵۱
۳ نتیجه‌گیری: جایگاه فلسفه قانونگذاری کجاست؟	۶۰
قانونگذاری: امری میان سیاست و حقوق	۶۳
<i>کارلو توری</i>	
۱ مسئله فلسفه قانونگذاری	۶۳
۲ قانونگذاری به‌مثابه تلفیق اعمال سیاسی و حقوقی	۶۴
۳ قانونگذاری در ساختار کلی نظم حقوقی	۶۶
۴ حقوق و اخلاق	۶۸

- ۵ اشاره: استقلال حقوق ۷۰
- ۶ عقلانیت در قانون ۷۱
- مهندسی اجتماعی از طریق قانونگذاری** ۷۷
لارس دی. اریکسون
- ۷۷ مقدمه
- ۱ دولت لیبرال و دولت رفاه ۷۹
- ۲ برخی مسائل ناظر بر حق‌های دولت رفاهی ۸۲
- ۳ یک نمونه: تحول مفهوم کار ۸۳
- ۴ آیا این گفتار واقعاً به فلسفه قانونگذاری کمک می‌کند؟ ۸۵
- تورم تقنینی و کیفیت قانون** ۸۷
سویانگ
- ۸۷ مقدمه
- ۱ آیا افزایش کمیته قانونگذاری به خودی خود امری مذموم شمرده می‌شود؟ ۸۸
- ۱-۱ کمیته قانونگذاری به‌مثابه یک محصول ۸۸
- ۱-۲ کمیته قانونگذاری به‌مثابه یک فرایند ۹۰
- ۲ برخی علل عمده وضع قانون و تورم تقنینی ۹۱
- ۳ آیا قانون بد از عوامل اصلی افزایش کمیته قانونگذاری محسوب می‌شود؟ ۹۲
- ۳-۱ نقایص ماهوی ۹۲
- ۳-۱-۱ مختصری درباره نقایص ماهوی ۹۲
- ۳-۱-۲ آیا نقایص ماهوی قانونگذاری از علل اصلی افزایش کمیته قانونگذاری است؟ ۹۳
- ۳-۲ نقایص فنی ۱۰۰
- ۳-۲-۱ مختصری درباره نقایص فنی ۱۰۰
- ۳-۲-۲ آیا نقایص فنی قانون جزء علل اصلی افزایش کمیته قانونگذاری است؟ ۱۰۰
- ۳-۳ نقایص مربوط به وسیله - هدف ۱۰۳
- ۳-۳-۱ نکاتی درباره نقایص وسیله - هدف ۱۰۳
- ۳-۳-۲ آیا قانونی که از نظر وسیله - هدف ناقص است یکی از علل افزایش کمیته قانونگذاری محسوب می‌شود؟ ۱۰۴
- ۴ کار بنیادی؛ تعاریف قانونی به‌مثابه نقطه عزیمتی برای تأمل و آزمونی برای گزاره‌های کلی ۱۰۶

۱۰۷.....	۵ نتیجه‌گیری
۱۰۹.....	بخش دوم نهادهای قانونگذاری
۱۱۱.....	پارلمان در یک نگاه
	<i>فیلیپ نورتون</i>
۱۱۲.....	۱ زوال قوای قانونگذاری
۱۱۵.....	۲ تناقض‌نمای قوای قانونگذاری
۱۱۹.....	۳ کارکردهای قوای قانونگذاری
۱۲۳.....	روابط قوه مقننه و مجریه
	<i>مایکل مزی</i>
۱۲۴.....	۱ عوامل مؤثر بر رابطه قوه مقننه و مجریه
۱۲۴.....	۱-۱ آشکال قانون اساسی
۱۲۸.....	۱-۲ نظام‌های احزاب سیاسی
۱۳۰.....	۱-۳ متخصصان سیاستگذاری
۱۳۲.....	۲ مقایسه نظام‌های ریاستی و پارلمانی
۱۳۲.....	۲-۱ رئیس‌جمهور ایالات متحده آمریکا
۱۳۳.....	۲-۲ نظام‌های پارلمانی
۱۳۵.....	۳ روابط قوای مقننه و مجریه و کیفیت سیاست‌های عمومی
۱۳۷.....	۴ نتیجه‌گیری
۱۳۹.....	قوه مقنن در گذار دمکراتیک
	<i>دیوید ام. اولسون و فیلیپ نورتون</i>
۱۳۹.....	مقدمه
۱۴۴.....	۱ قوانین اساسی جدید
۱۴۶.....	۲ تأثیر قوای مقننه
۱۴۸.....	۲-۱ محیط بیرونی
۱۴۸.....	۲-۱-۱ ساختار قانون اساسی
۱۴۹.....	۲-۱-۲ ساختار دستگاه اجرایی
۱۵۰.....	۲-۱-۳ نظام حزبی و ساختار مبارزات انتخاباتی
۱۵۱.....	۲-۱-۴ گروه‌های نفوذ

۱۵۲.....	۲-۲ ویژگی‌های درونی
۱۵۳.....	۲-۲-۱ احزاب سیاسی
۱۵۴.....	۲-۲-۲ کمیسیون‌های پارلمانی
۱۵۵.....	۲-۲-۳ صحن مجلس
۱۵۶.....	۲-۲-۴ روابط نمایندگان و شهروندان
۱۵۷.....	۲-۳ ویژگی‌های سیاست‌ها
۱۵۷.....	۲-۳-۱ محتوای سیاست‌ها
۱۵۷.....	۲-۳-۲ وضعیت سیاست عمومی
۱۵۸.....	۲-۳-۳ مراحل سیاستگذاری
۱۵۸.....	۳ نتیجه‌گیری
۱۵۹.....	مطالعه احزاب مخالف پارلمانی در دموکراسی‌های قدیم و جدید: موضوعات و رویکردها
	لاجر هلمز
	۱ ویژگی‌های ساختاری شکل‌دهنده خصوصیات احزاب مخالف پارلمانی در دموکراسی‌های
۱۶۶.....	قدیم و جدید
۱۶۶.....	۱-۱ عوامل نهادی
۱۷۱.....	۱-۲ منازعات، راهبردها و فرهنگ
۱۷۷.....	کمیسیون‌های پارلمانی در دموکراسی‌های اروپایی
	کاره استروم
۱۷۹.....	۱ کمیسیون‌ها و سازمان قانونگذاری
۱۸۰.....	۲ گروه‌های ممتاز
۱۸۱.....	۳ چرا کمیسیون‌ها؟
۱۸۲.....	۳-۱ به‌صرفه بودن عملکرد [کمیسیون‌ها]
۱۸۳.....	۳-۲ عواید حاصل از تبادل حق رأی
۱۸۵.....	۳-۳ کارکرد کسب اطلاعات
۱۸۷.....	۳-۴ هماهنگی حزبی
۱۸۸.....	۴ دلالت‌های نظری
۱۸۹.....	۵ داده‌ها
۱۹۰.....	۶ ساختار کمیسیون
۱۹۱.....	۶-۱ انواع و مدت

۱۹۳.....	۶-۲ تعداد کمیسیون‌های پارلمانی
۲۰۱.....	۶-۳ تعداد اعضای کمیسیون
۲۰۲.....	۶-۴ صلاحیت‌ها
۲۰۳.....	۶-۵ محدودیت عضویت هم‌زمان در چند کمیسیون
۲۰۴.....	۶-۶ کمیته‌های فرعی
۲۰۷.....	۷ رویه‌های کمیسیون
۲۰۸.....	۷-۱ وظایف کمیسیونی
۲۱۰.....	۷-۲ انتخاب رئیس کمیسیون
۲۱۲.....	۷-۳ جلسات غیرعلنی یا علنی
۲۱۶.....	۷-۴ گزارش‌های اقلیت
۲۱۷.....	۷-۵ مرحله کمیسیونی در فرایند قانونگذاری
۲۱۸.....	۸ اختیارات کمیسیون‌ها
۲۲۰.....	۸-۱ ابتکار قانونگذاری
۲۲۵.....	۸-۲ بازنگری لوایح
۲۲۶.....	۸-۳ کنترل جدول زمانی کمیسیون‌ها
۲۲۶.....	۸-۴ کسب اطلاعات: جلسات استماع شهادت شهود و جمع‌آوری اسناد و مدارک
۲۳۰.....	۹ نتیجه‌گیری
۲۳۳.....	کارکردهای مجالس دوم در دموکراسی‌های جدید
	<i>حسن وکیلیان</i>
۲۳۳.....	۱ طرح مطلب
۲۳۵.....	۲ مجالس دوم از منظر تاریخی
۲۳۷.....	۳ مجالس دوم در جهان معاصر
۲۳۹.....	۴ کارکردهای مجالس دوم
۲۳۹.....	۴-۱ نمایندگی
۲۴۰.....	۴-۲ کارکرد شور و بررسی بیشتر قوانین
۲۴۴.....	۴-۳ جلوگیری از دیکتاتوری اکثریت
۲۴۵.....	۴-۴ کارکرد نظارت بر قوه مجریه
۲۴۶.....	۴-۵ کاستن از حجم کار مجلس اول
۲۴۷.....	۴-۶ دیگر کارکردهای مجالس دوم

۲۴۸.....	۵ گونه‌شناسی مجالس دوم از حیث قدرت سیاسی
۲۵۱.....	۶ نتیجه‌گیری و پیشنهاد
۲۵۲.....	نقش نهادهای داخلی مجلس در فرایند قانونگذاری (مطالعه نظری از منظر تطبیقی)
	حسن وکیلیان
۲۵۳.....	مقدمه
۲۵۳.....	۱ نقش نهادهای داخلی مجلس در فرایند قانونگذاری
۲۵۵.....	۱-۱ مجالس صحن‌محور
۲۵۶.....	۱-۲ مجالس کمیسیون‌محور
۲۵۸.....	۲ اولویت‌های نهادهای داخلی مجلس در فرایند رسیدگی به پیشنهادهای تقنینی
۲۶۲.....	۳ تعداد شورها و تأثیر آنها بر فرایند تقنین
۲۶۴.....	۴ بررسی فرایند رسیدگی به پیشنهادهای تقنینی در مجلس شورای اسلامی در پرتو
۲۶۷.....	مطالعه تطبیقی
۲۷۲.....	۵ نتیجه‌گیری
۲۷۵.....	بخش سوم رویه‌های تقنینی
۲۷۷.....	ارتقای کارآمدی رویه‌های تقنینی پارلمان
	کوئن جی. مویل
۲۷۷.....	مقدمه
۲۷۹.....	۱ هدف از کارآمدی چیست؟
۲۸۰.....	۱-۱ کارآمدی و کیفیت قانون
۲۸۲.....	۱-۲ کارآمدی و فرایند قانونگذاری
۲۸۴.....	۲ ارتقای کارآمدی فرایند تقنینی
۲۸۴.....	۲-۱ چه کسی پیش‌نویس قانون را تهیه می‌کند؟
۲۸۷.....	۲-۲ اطلاعات توجیهی لوایح
۲۸۸.....	۲-۳ کار کمتر در صحن علنی و کار بیشتر در کمیسیون
۲۹۳.....	۲-۴ درون‌دادهای خارجی در کمیسیون
۲۹۶.....	۲-۵ ارتقای سطح مذاکرات جلسات علنی
۲۹۶.....	۲-۵-۱ شور دوم به شرط اصلاح لایحه
۲۹۷.....	۲-۵-۲ بررسی اصلاحات در جلسه علنی
۲۹۸.....	۲-۶ جدول زمانی قانونگذاری

۳۰۳.....	۳ نتیجه‌گیری
۳۰۵.....	ارزیابی تأثیرات: به‌سوی ارتقای کیفی قانونگذاری
	لوئیس مدر
۳۰۵.....	۱ توسعه فلسفه قانونگذاری
۳۰۷.....	۲ ارزیابی به‌عنوان یکی از بخش‌های مهم روش‌شناسی تقنینی
۳۱۱.....	۳ ارزیابی معطوف به آینده و گذشته
۳۱۲.....	۴ قوانین آزمایشی
۳۱۳.....	۵ معیارهای ارزیابی
۳۱۶.....	۶ ارزیابی ابزارها و روش‌ها
۳۱۹.....	۷ نهادینه کردن ارزیابی
۳۲۰.....	۸ نتیجه‌گیری
۳۲۳.....	نقش تهیه‌کنندگان پیش‌نویس قانون در تعیین محتوای قوانین
	پل دلونی
۳۲۳.....	۱ تهیه‌کنندگان پیش‌نویس قانون باید علاوه‌بر شکل به محتوا نیز بپردازند
۳۲۴.....	۲ حکومت فن‌سالاران؟
۳۲۴.....	۳ تعیین محتوای قانون: گونه‌شناسی دورکنی فنون تهیه پیش‌نویس قانون
۳۲۵.....	۴ تعیین محتوای یک قانون موضوعه از طریق تعیین اهداف مقنن
۳۲۵.....	۴-۱ هدف کلی هر قانون مصوب
۳۲۶.....	۴-۲ هدف خاص هر پیشنهاد تقنینی
۳۲۷.....	۴-۳ ناتوانی نسبی قانونگذار و مفید بودن تصویب قانون جدید
۳۲۷.....	۴-۴ بررسی ابزارهای احتمالی برای دستیابی به یک هدف معین
۳۲۸.....	۵ قواعد حقوقی و غیرحقوقی برای تعیین محتوای قانون موضوعه
۳۲۸.....	۶ ممانعت از بروز دعاوی قضایی به‌وسیله قانون موضوعه
۳۲۹.....	۷ سازگاری قوانین مصوب
۳۳۱.....	۸ تضمین امنیت قانونی شهروندان به‌وسیله قوانین موضوعه
۳۳۲.....	۸-۱ اقتضائات امنیت قانونی از حیث زمان اعمال قانون
۳۳۳.....	۸-۲ سایر اقتضائات امنیت قانونی
۳۳۶.....	۹ قوانین موضوعه باید اصل برابری شهروندان را منعکس کنند
۳۳۶.....	۱۰ تعیین محتوای ماهوی قوانین موضوعه: پیشنهاد‌های عملی

۱۰-۱	تعیین محتوای ماهوی قوانین موضوعه با اتکا بر نظر صاحبان حرف حقوقی	۳۳۷
۱۰-۲	تعیین محتوای قوانین موضوعه با مطالعه پرونده‌های حقوقی از منظر وضع قانون	۳۳۸
راهکارهای اعمال نظارت بر اجرای قوانین		
<i>حسن و کیلیان</i>		
۱	نظارت بر اجرای قوانین به مثابه یکی از اقسام کارکرد نظارتی پارلمان	۳۴۲
۲	نظارت بر اجرای قوانین به مثابه کارکرد قانونگذاری پارلمان	۳۴۲
۲-۱	قانونگذاری خطی	۳۴۲
۲-۲	قانونگذاری سیستمی	۳۴۳
۲-۲-۱	پرسش‌های ناظر بر کیفیت قانون	۳۴۴
۲-۲-۲	پرسش‌های ناظر بر نحوه اجرای قوانین مصوب به وسیله قوه مجریه	۳۴۵
۳	ملاحظات مربوط به قدرت قوای قانونگذاری در اعمال نظارت بر اجرای قوانین	۳۴۵
۴	راهکارهای تقویت اعمال نظارت بر چگونگی اجرای قوانین	۳۴۶
۴-۱	راهکارهای غیررسمی	۳۴۷
۴-۱-۱	حوزه‌های انتخابیه به مثابه منبعی برای کسب اطلاعات	۳۴۷
۴-۱-۲	شبکه ارتباط شخصی نماینده	۳۴۷
۴-۱-۳	استفاده از قابلیت‌های احزاب و گروه‌های سیاسی متبوع نماینده	۳۴۸
۴-۲	راهکارهای رسمی	۳۴۸
۴-۲-۱	سؤال از عالی‌ترین مقامات قوه اجرایی	۳۴۸
۴-۲-۲	تحقیق و تفحص	۳۴۹
۴-۲-۳	کمیسیون‌های تخصصی پارلمانی	۳۵۱
۴-۲-۳-۱	ایجاد کمیسیون‌های تخصصی هم‌عرض وزارتخانه‌های دولتی	۳۵۲
۴-۲-۳-۲	تأسیس کمیته‌های فرعی در کمیسیون‌های تخصصی	۳۵۳
۴-۲-۳-۳	تخصیص نمایندگان به کمیسیون‌های تخصصی بر حسب تخصص و تجربه	۳۵۴
۴-۲-۳-۴	تقویت سازوکار جمع‌آوری اطلاعات و استماع شهادت شهود	۳۵۴
۴-۲-۴	تأسیس نهادهای تخصصی نظارتی	۳۵۵
۴-۲-۴-۱	کمیسیون اصل نود قانون اساسی	۳۵۶
۴-۲-۴-۲	دیوان محاسبات	۳۵۷
۴-۲-۵	هیئت عالی نظارت	۳۵۸
۵	نتیجه‌گیری	۳۵۹

سخن ناشر

بیش از یک قرن از سابقه قانونگذاری در کشورمان می‌گذرد و توجه به مجموعه مصوبات مجلس شورای اسلامی قبل و پس از پیروزی انقلاب اسلامی، در مقطعی تاریخی، شورای انقلاب و در نهایت مجمع تشخیص مصلحت نظام، مؤید حجم روزافزون و گسترده مصوبات قانونی در کشور ماست. به نحوی که گاهی تصور می‌شود شأن و جایگاه قانون در کشورمان به فراموشی سپرده شده و گاه شأن مصوبات قانون در حد دستورالعمل یک وزیر یا یک شورا تنزل یافته است. قوام و موجودیت هر کشور در گروی حاکمیت قانون و حاکمیت قانون در گروی اقتدار در امر قانونگذاری است و این همه بدان معناست که شأن و منزلت قانون در کشور باید روزبه‌روز ارتقا یابد، به گونه‌ای که شاهد قوانین متروک و بلااجرا نباشیم.

متأسفانه عوامل مختلفی باعث ناکارآمدی نظام قانونگذاری در کشور ما شده که گاهی از آن به «فرهنگ قانونگذاری» تعبیر می‌شود. تورم قانونگذاری، فقدان ارزیابی از ضرورت تقنین و یا شناخت مشکلات جامعه، عدم رعایت فن قانونگذاری و قانون‌نویسی، که گاهی در جمله‌پردازی‌ها، ابهامات و ... حتی اشتباه و اغلاط تاییدی نیز مشاهده می‌شود، از جمله مواردی است که موجبات ناکارآمدی نظام قانونگذاری کشورمان را فراهم کرده است.

امروزه در جهان شاخه‌ای از مطالعات تخصصی به حوزه مطالعات قانونگذاری اختصاص یافته است. این مطالعه در حوزه‌ای بین‌رشته‌ای قرار می‌گیرد و مجموعه‌ای از علوم و دانش‌های روز نظیر اقتصاد، مدیریت، حقوق، علوم اجتماعی و ... را شامل می‌شود. لزوم توجه به سابقه طولانی قانونگذاری در کشور و درس گرفتن از این تجربه طولانی به منظور ارتقای کیفی نظام قانونگذاری مستلزم آسیب‌شناسی نظام قانونگذاری است. پیش از تصویب هر قانون جدید باید به سؤالات زیر پاسخ داد:

۱. مشکل چیست؟ آیا خلأ قانونی برای حل آن وجود دارد؟

۲. چه ضرورتی برای تصویب قانون جدید و یا اصلاح قوانین قبلی وجود دارد؟
۳. ذی‌نفعان چه راه‌حلی را برای حل مشکل پیشنهاد می‌کنند؟
۴. آیا تصویب قانون جدید می‌تواند به حل مشکل منجر شود؟
۵. اجرای قانون جدید چه آثار سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، حقوقی و ... در پی خواهد داشت؟
۶. قانون جدید در کجای ساختار نظام قانونگذاری قرار گرفته و کدامین قوانین را فسخ و یا اصلاح می‌کند؟
۷. آیا قانون دائمی است یا موقتی؟

۸. آیا قانون جدید با ساختار حقوقی کشور و مبانی حقوقی و شرعی انطباق دارد؟

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی به‌عنوان منحصربه‌فردترین نهاد پژوهشی که به‌طور مستقیم با حوزه نظام قانونگذاری ارتباط دارد، توسعه ادبیات درباره مطالعات پارلمانی را یکی از محورهای اصلی مطالعات خود قرار داده و تاکنون در راستای تقویت ادبیات حقوقی - سیاسی موجود و توسعه مبانی این نوع مطالعات کتب، گزارش‌ها و مقالات متعددی را منتشر کرده است. کتاب حاضر نیز در همین راستا دربرگیرنده مجموعه مقالاتی است که فرایند قانونگذاری و کارکرد مجلس را در وضع قانون مدنظر قرار داده و امید است برای صاحب‌نظران و سیاستگذاران مفید واقع شود. این مرکز از هرگونه نظر و انتقادی در این‌باره استقبال می‌کند.

لازم به تأکید است که سابقه طولانی تقنین در کشور و همچنین مبانی اصولی و فقهی و غنای فقه شیعی در استنباط احکام شرعی، سرمایه‌ای گرانبها و گران‌قدر در این راستاست که نباید نادیده گرفته شود. البته بخش عمده این کتاب به‌منظور آشنایی با ادبیات این موضوع به نظام‌های حقوقی غربی اختصاص یافته و فقط کمکی برای مطالعات تطبیقی برای آشنایی با این مبانی در نظام‌های پارلمانی غربی است. بدیهی است موضوع آسیب‌شناسی و تحلیل موضوع در حوزه حقوق اسلامی و حقوق داخلی فرصت دیگری می‌طلبد که در برنامه‌های این مرکز قرار دارد و ان‌شاءالله در موقع مقتضی بدان پرداخته خواهد شد.

دکتر بهزاد پورسید

معاون پژوهشی مرکز

پیشگفتار

قانون چیست، قانون مطلوب کدام است و نظام تقنینی خوب چه ویژگی‌هایی دارد؟ ما ایرانیان به‌تازگی با این مفاهیم آشنا شده‌ایم. ما تا پیش از این چگونه می‌زیستیم؟ چه شد که نوع زیستن خود را تغییر دادیم و به مفاهیمی این‌چنین نواقبال کردیم؟ ما در نبود این مفاهیم و نظام‌ها، چه نیازهایی داشتیم و چگونه آنها را سامان می‌دادیم؟ مفهوم فتوا به‌عنوان امری الهی چه نسبتی با مفهوم قانون به‌مثابه امری مدرن برقرار می‌کند؟ آیا این دو مفهوم قابل جمع است؟ مبنای قانون در ایران چیست و ما واقعاً چرا باید به قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی گردن بنهیم؟ ایران امروز تا کجا می‌تواند به این دوگانگی پایبند باشد و میان قانون و فتوا، جمعی معقول و ممکن برقرار کند؟

در این نوشتار با واکاوی دو نظام سنتی و متجدد و نظام ایران به‌مثابه نظامی مختلط از این دو به بررسی ریشه‌های تاریخی این نگاه‌ها می‌پردازیم.

۱. قانون و امر تقنین اصولاً مفاهیمی مدرن‌اند. مفهوم قانون به‌مثابه حکمی که ضمانت اجرای خویش را از دولت و نظام پارلمان‌تاریستی اخذ کرده و ناظر به زندگی اجتماعی است و البته ریشه در اراده عمومی و خواست حداکثری دارد، مفهومی متکی بر نظامی فلسفی و سیاسی است که در عصر روشنگری رواج یافت و تمدن کنونی غرب نیز کم‌وبیش از همان سرچشمه می‌نوشد. قانون تجلی نهایی و همراه با الزام و نسبت کلی انسان متجدد است با عالم و وجود. قانون حاصل عالم غرب و متجدد است و واضح است که در دنیای سنتی چنین مفاهیمی، به‌گونه‌ای پایه‌ای و اصولی فهم نمی‌شود.

در قرون وسطی، و پس از جنگ‌های صلیبی آنچه محوریت نظام حقوقی اروپا (مخصوصاً اروپای قاره‌ای) را تشکیل می‌داد عرف‌های محلی و اخلاق و احکام کلیسا بود.

هرچند اندیشمندان دینی و حقوقی آن روزگار آثار یونانیان و رومیان را کم‌وبیش می‌شناختند، اما توجه و رجوع به این آثار گسترده نبود. شاید اولین کسی که به قوانین رومی به‌طور جدی توجه کرد؛ اراسموس بود که در اواخر دوره قرون‌وسطی ظهور کرد.

هرچند قرون‌وسطی صد سال پس از او به پایان رسید، اما او گوش شنوایی برای تحولات عمیقی داشت که در اواخر قرون‌وسطی و آغاز رنسانس (حدود ۱۴۵۳ یا ۱۴۹۲) رخ می‌نمود. تحولاتی که ریشه در ایجاد نظام بورژوازی و گسترش تجارت‌مدیرانه‌ایی و آغاز گسترده سفته‌بازی در ونیز و بانک‌های کوچک ایل ایتالیا داشت، تحولاتی که بر نظام پروتستانیسیم مسیحی - یهودی و البته بر استبداد شاهانی تکیه زده بود که همگی بر امری واحد متفق بودند؛ کتاب مقدس ناکارآمد است.

این سخن پربیراه نبود؛ زیرا کتاب مقدس برای سامان دادن مردمانی آمده بود که سر در هوای زیستنی مسیحی و الهی داشتند و نه بورژواهای تک‌رخ‌خواه مرفه. فرار از حاکمیت کلیسا و فهم قانون به‌مثابه امری عرفی، زمینی و این‌جهانی (سکولار) بیش از دویست سال زمان گرفت همراه با مناقشات فراوانی در عصر نوزایی بود. در ابتدای قرن هجدهم و با آغاز عصر روشنگری جنگ مغلوبه شد و دکارت (متوفی به ۱۶۵۰) پایه‌های فلسفی تجدد را بنا کرد و با مبنای "Cogito"، در عرصه فلسفه و معرفت پا گذاشت و سیر نزولی وجوداندیشی به موجودبینی را با سؤال از معرفت و سپس قرار دادن انسان به‌مثابه محور معرفت کامل کرد. پس از او اصحاب دایرةالمعارف و بسیاری همچون ژان ژاک روسو، مونتسکیو، جان لاک، هابز و سرانجام کانت (۱۸۰۴) تیر خلاص را به حاکمیت کلیسا زدند و پایه حاکمیت، حکومت، پارلمان و قانون را آن‌چنان گذاشتند که امروز است. قرون‌وسطی به قرون تاریک تأویل شد و حاکمیت کلیسا به‌مثابه استبداد فهم گردید و کتاب مقدس به‌عنوان منبعی موقت به‌کلی به‌سخره گرفته شد. به‌جای آن دو مفهوم اساسی "Ration" (که به عقل جزئی، معاش و عقل ابزارری ترجمه شده و به‌راستی که ترجمه‌ای برایش یافت نمی‌شود) و "Science" (که به علم تجربی و حسی ترجمه شده است) جایگزین شد و در عرصه‌های مختلف شاخه‌های علم، تجلی و ظهور یافت و لیبرالیسم، پارلمانتاریسم و سرانجام "Law"، "Droit" و در نهایت مفهوم قانون جا باز کرد. مفهومی که دیگر مفاهیم الهی و آسمانی را برنمی‌تافت و زائیده اراده عموم

سوژه‌ها بود و برای جمع بین سوژه‌ها و آزادی‌های مستقل روندی شکل گرفت تا حد و حدود آزادی هرکس مشخص باشد و تعادل ایجاد کند (نه با هیچ چیز دیگر)؛ مخصوصاً روسو و نظریه قرارداد اجتماعی تأثیر بسزایی در این باره داشت و این روند نظام‌های تقنینی را سامان داد و پارلمان‌ها متولد شدند. انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه تیر خلاص را بر مفهوم الهی «حکم الزام‌آور» زد و قانون و پارلمان رسماً در عرصه تمدنی تأسیس گردید.

اکنون پس از فراز و نشیب‌های چند صدساله و با فراموشی حقوق فطری و بازگشتن حقوق طبیعی سکولار (در اندیشه کسانی مانند فولر) و حقوق طبیعی نسبی (کسانی مانند گروویچ) و غلبه چند دهساله حقوق تحقیقی به‌خصوص در شاخه حقوق تحقیقی حقوقی - دولتی^۱ و با ظهور کمونیسم و حتی واقع شدن در وضعیت پست‌مدرن و ظهور فلاسفه بزرگ پست‌مدرن مانند هایدگر، فوکو و ضربات مهلک حلقه فرانکفورت به پروژه عصر روشنگری و با وجود همه این تحولات، هسته مرکزی مفهوم قانون و "Droit" در مغرب‌زمین ثابت مانده و هنوز از عصر روشنگری سیراب می‌شود. قانون به‌مثابه اراده عمومی است که از همان منبع تغذیه می‌کند و به شرطی الزام‌آور است که یک دولت^۲ آن را امضا کرده باشد. پارلمان، دولت، جامعه و در نهایت قانون اکنون نیز سوژه‌محورند و کم‌وبیش همان آرزوهایی را در سر می‌پروراند که انسان عصر روشنگری؛ تغییر و مدیریت این جهان و ساختن بهشتی زمینی، تبدیل راز به مسئله و پرسش از همه چیز و فرار از ابهام و دوری از کرنش در برابر امر متعالی، راززدایی از همه چیز حتی از ملکوت و دستوراتش، راززدایی از قانون، قانون در مقام جعل.

۲. در نظام سنتی و دینی شیعیان، فقه جایگاهی سترگ دارد و مجموعه‌ای از احکام استنباط شده فقیه با محوریت متون مقدس است، (فارغ از بیرون خویش، تکالیف و حقوق عباد را از آن حیث که عباد است مشخص می‌کند) البته بیش از آنکه حق‌محور باشد تکلیف‌مدار است. فقه نظر شارع است درباره افعال عباد و مدعی است که هیچ عملی از عبد واقع نمی‌شود مگر اینکه فقه را برای آن دستوری است. در نگاه سنتی منبع احکام فقط حکم و دستور الهی است و اگر عقل خالص و ناب الهی به‌طور مستقل حکمی کند الزامش نه از آن روی که عقل است، بلکه چون کاشف حکم شارع می‌باشد

1. Juridique

2. Etat

پذیرفتنی است. پس از استقرار نظام سیاسی - دینی صفویه و کارسازی فقه شیعه در ایران به مثابه نظام حکومتی و قضایی و ساختارمند شدن ورود فقه به نظام‌های حکومتی، فقها و قضات فقیه شیعه، نظام و ساختاری را سامان دادند تا براساس آن رابطه فقه با عالم خارج و مشکلات پیش رو سامان یابد.

در این نظام آنچه باید احکام را شکل می‌داد فتوا بود که تکلیف و حق را مشخص می‌کرد و در مقام شارع به وصف دایره اختیارات می‌پرداخت. فتوا نه جعل نظر، بلکه کشف رأی شارع بود و برخلاف نگاه‌های متجدد، فقیه خویش را شارح شارع می‌دانست نه واضع حکم. به این ترتیب در همه موارد نظام فتواهی (با تسامح نظام تقنینی) در واقع چیزی نبود جز رجوع به متون مقدس و کشف نظر شارع. از این رو هر فقیه‌ی فتوای خودش را داشت و عملاً با تعدد فتاوی و نظریات فقهی نظام قضایی کشور با تعدد آرا روبه‌رو بود. اما این اشکال آزاردهنده نبود و به تناسب اقتدار و بسط ید هر فقیه‌ی در مجموع رضایت‌مندی مراجعان را به همراه داشت (چیزی شبیه نظام کامن‌لا یا ایالتی آمریکا). در این نگاه تقنین با کفر هم‌معنا و نشستن در جایگاه خداوند بود. قانون هم که البته هنوز لفظی مانده در دایره منطق یونانی و ترجمه فارسی بود، و فقیه آن را کشف و به نسبت بسط ید خویش جاری می‌کرد؛ واضح است که دولت تا جایی مشروع بود که طبق این ضوابط عمل می‌کرد و مأذون از سوی فقیه در تصرفات بود و امر قضا را به فقها وا می‌گذاشت، احکام صادره از سوی فقها در فصل دعاوی قاطع و همراه با ضمانت اجرای اخروی بود و اگر کسی از حکمی تمرد می‌کرد، ولو به علت نبود ضمانت اجرا از سوی حکومت، حکم اجرا نمی‌شد؛ از ماهیت حکمی خویش خلع نمی‌شد و صرفاً حکمی زمین‌مانده، اما همراه ضمانت اجرای اخروی بود. به عبارتی فتوا و ماهیت آن نسبتی با حکومت و ضمانت اجرای حکومتی نداشت و در نظام الهی، امری مستقل از اوضاع بیرونی تلقی می‌شد و ماهیت آن ناظر به ماهیت کشفی آن بود نه ماهیت جعلی. هر چند ممکن بود فقیه در اصدار فتوا و فهم متون دینی متأثر از معارف و اوضاع زمانی خویش قرار گیرد، اما تا آنجا که ممکن بود از این مهم پرهیز می‌کرد و حداقل خودآگاه این تأثیر را نمی‌پذیرفت و با تهذیب و توکل تفویض امر می‌کرد. به این ترتیب فتوا نه متکی بر آرای عمومی، بلکه متکی به کشف نظر شارع بود.

در فتوا - جامعه (و بعدها قانون - جامعه) اصل بر ثبات فتوا بود و این جامعه و عموم مردم بودند که باید از فتوا پیروی می‌کردند و نه آنکه فتوا ضرورتی در تغییر داشت. فتوا ممکن بود به علت هم‌خوانی و عدم تابعیت مردم متروک شود، که این امر هیچ‌گاه ملاک خوب یا بد بودن آن نبود و ملاک صحت و سقم هر فتوا به کارگیری روش‌های معمول و علمی برای فهم شارع بود. فقیه عقیده داشت مثل فقیه مثل کعبه و امام است که عدم رجوع مردمان روزگار به آن «ارزش ذاتی» آن را نمی‌کاهد. تفاوت این تلقی با مفهوم قانون خوب روشن است. این نگرش‌ها تاکنون کم‌وبیش در همه دنیای اسلام و در جهان سنتی حوزه‌های علمیه به‌خصوص در کشورهای کمتر حکومتی شده و سکولار ادامه دارد.

۳. جوامع همیشه نمی‌توانند در خود فروروند و بیشتر اوقات بر هم اثر می‌گذارند و عوالم و جوامع در حال گذار را سامان می‌دهند. در ایران دو جهان متجدد و سنتی بر هم ریختند و دو دریا در برزخ خویش موج برداشتند و نظام حقوقی ایران را از مشروطه به این‌سو سروسامان دادند. ما اولین بار در کنار دیگ‌های غذای سفارت انگلستان لفظ کنستیتوسیون را شنیدیم و دل‌باخته‌اش شدیم و دست از عدالت‌خانه و مجازات اصغر گاریچی شستیم و دل به مشروطه و آنچه بعدها فهم کردیم که قانون اساسی است سپردیم. جریان‌ات صد سال پیش ایران بی‌شبهت به اواخر قرون وسطی نبود. با این تفاوت که در مشروطه دو جریان بر ضد استبداد قجری می‌جنگید؛ روشنفکران و روحانیون، و جالب آنکه یک گروه دل در طلب تجدد داشت (از میرزا ملکم گرفته تا طالبوف و آخوندزاده و ...) و گروه دیگر سخت سنتی و فقهی بود اما برای پیروزی هر دو از آنچه واقعاً می‌خواستند کوتاه آمدند که این آغاز نظریه جمع میان سنت و تجدد بود؛ نظریه‌ای که آغازی سیاسی و وحدتی استراتژیک بود نه واقعی و فکری.

مرداد ۱۲۸۵ شاه مشروط شد و ۹ روز بعد درگذشت و این آغاز درگیری سهمگین در ایران بود که تاکنون نیز جریان دارد. قانون اساسی مشروطه به‌عنوان اولین قانون در دی ۱۲۸۵ به تصویب رسید و نظام حقوقی ایران متجدد شد. وحدت سیاسی سنت - تجدد زود رخت بر بست و روشنفکران به پشتوانه سفارتین پیروز شدند و روحانیون سنت‌گرا یکی‌یکی اعدام یا مسموم و مغلوب گردیدند. به‌هر حال شکل و قالب نظام

حقوقی ایران متجدد شد و قانون برای آنکه قانون شود وابسته به نظام حکومتی - پارلمانتاریستی و مشروطه شد و برای عموم مردم آنچه الزام آور بود قانون بود نه فتوا و توجه به مذهب و به فقه نیز از آن روی که موجودی حقیقی در عالم خارج بود توجه می شد و نه بالذات و بالاصاله.

از آن پس حقوق ایران صحنه جدال این دو گروه بود؛ گاه غلبه با سنت‌گرایان بود (اصل (۲) متمم قانون اساسی مشروطه) ولی اغلب پیروزی با تجددگرایان بود (نگاهی به حدود پنج هزار عنوان قانون مصوب تا قبل از انقلاب به روشنی نمایانگر این سخن است). به خصوص در قوانین هم‌موضوع با قانون مدنی این امر را روشن تر می کرد (مانند قانون نکاح، طلاق، ثبت و آیین دادرسی مدنی در بخش شهادت و ...).

اما با پیروزی انقلاب اسلامی شکی نیست که گرایش‌های سنت‌گرایانه در روند تقنینی پیشی گرفت و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران گام‌های اساسی در لزوم تطبیق قوانین با موازین فقهی برداشت. جمع این دو اما سرنوشت محتوم تمام این سالیان ماست و هرازچندی به تناسب گرایش‌های جامعه یکی از دو سوی این تناقض بی‌سرانجام بر دیگری غلبه می کند. اکنون واقعاً مبنای قانونی ایران چیست؟ قانون ایران نه فتواست و نه قانون و به معنای مصطلح غربی آن ضمانتی شرعی - عرفی است و میان این دو گرفتار آمده و عملاً نه این و نه آن شده است. چه بسا این سردرگمی علاوه بر مفهوم قانون به دستگاه و نظام تقنینی ما نیز راه یافته و شیوه تقنین خوب به سبک ایرانی - اسلامی آن در حال آزمایش و گذار است.

فقه‌های ما در حال نظریه‌پردازی در مورد قانون‌اند و آن راه به‌مثابه حکم حکومتی، احکام ثانویه، مصلحت، نفی عسر و حرج، برنامه‌ریزی، دائرة‌الفراغ، دائرة‌مباحات و ... می‌دانند و البته از خود در مورد روند تقنینی مطلوب نیز می‌پرسیم که قانون و تقنین خوب کدام است؟

حقوق‌دانان ما نیز از ماهیت قانون ایرانی می‌پرسند و سعی دارند که نظارت و تطابق قانون و شرع را فهم کنند، خصوصاً آنکه بسیاری دریافته‌اند که مقتضیات زمان و تحولات عصر تجدد الزاماتی دارد که با نظارت و تطابق قواعد آسمانی سازگار نیست و تعارضات آن ذاتی است نه مزاح‌انگیز و سطحی.

حال باید پرسید تا چند سال دیگر آیا نظام فکری و حقوقی ایران به بیهوده بودن تلاش در راستای جمع دو نگاه نظام سنتی و متجدد می‌رسد و به‌سوی ناب شدن و انتخاب یکی از این دو نظام پیش می‌رود و یا هم‌چنان در پی جمع این دو می‌ماند و بر این نظریه اصرار می‌ورزد؟ و آرای کدام نظام را بر دیگری برتری می‌دهد؟ که پاسخ به این سؤال به تحولات روزگاران آینده ایران‌زمین دارد و باید دید مردمان ایرانی در کدام هوا تنفس خواهند کرد، هوای سنت یا تجدد؛ باید منتظر ماند.

مقدمه

قانونگذاری مدرن در ایران یکصد سال سابقه دارد که در مقایسه با قدمت هزاران ساله سنت‌ها طولانی نیست اما آنچه مهم است قانون و قانونگذاری از مهم‌ترین تجلی‌گاه‌های پیوند آن نهال تازه و این درخت کهنسال بوده است.

مطابق آمار ارائه شده، تا پیش از پیروزی انقلاب اسلامی (در مجموع ۲۴ دوره تقنینی)، ۵۵۹۰ عنوان قانون به تصویب مجلس شورای ملی رسیده است^۱ و پس از آن هم در هفت دوره قانونگذاری ۲۳۷۲ مورد تقنین در مجلس شورای اسلامی صورت گرفته است.^۲ بنابراین در کل، ۷۹۶۲ قانون عادی مصوب مجلس قانونگذاری (تا پایان مجلس هفتم) در طول یک قرن در کشور وضع و به اجرا گذاشته شده که بعضی همچنان به شکل اولیه و لازم‌الاجرا باقی مانده، برخی بارها اصلاح و تعدیل یا منسوخ (صریح یا ضمنی) و ابطال شده و بعضی چندین بار تفسیر و یا متروک و بی‌اثر مانده است. بسیاری از قوانین خود منبع الهام‌بخش مقررات و دیگر قواعد لازم‌الاجرا در هرم قوانین بوده است و بسیاری از حقوق و تکالیف ایجاد شده، از این قوانین سرچشمه گرفته است. اگر چنین مجموعه سترگی از قوانین و مقررات از منظر رشته جدید فلسفه

۱. علیرضا رخشنده‌رو، «تاریخچه تصویب قوانین، لزوم تنقیح آنها، مشکلات و راهکارها»، همایش یکصد سال

قانون‌گذاری، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶.

۲. فهرست موضوعی مندرجات مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره اول (۷ خرداد ۱۳۵۹ تا ۶ خرداد ۱۳۶۳)، دوره دوم (۷ خرداد ۱۳۶۳ تا ۷ خرداد ۱۳۶۷)، دوره سوم (۷ خرداد ۱۳۶۷ تا ۶ خرداد ۱۳۷۱)، دوره چهارم (۷ خرداد ۱۳۷۱ تا ۶ خرداد ۱۳۷۵)، دوره پنجم (۷ خرداد ۱۳۷۵ تا ۶ خرداد ۱۳۷۹)، دوره ششم (۷ خرداد ۱۳۷۹ تا ۶ خرداد ۱۳۸۳)، هفتم (۷ خرداد ۱۳۸۳ تا ۶ خرداد ۱۳۸۷)، تهران، اداره کل فرهنگی روابط حقوقی مجلس شورای اسلامی.

قانونگذاری و مطالعات پارلمانی (که برخی مقالات این کتاب به دنبال معرفی آنهاست) مورد تأمل قرار نگرفته باشد چندان عجیب نیست؛ زیرا درست است که کوشش‌های پراکنده‌ای به‌ویژه از ناحیه حقوق‌دانان انجام شده اما اولاً، این مطالعات صرفاً از منظر دانش حقوق و تحت تأثیر متدولوژی خاص آن بوده است و از دیگر دانش‌ها مانند فلسفه، علوم سیاسی، اقتصاد، مدیریت و ... در بررسی جوانب مختلف و پیچیده قانون و قانونگذاری استفاده نشده است، ثانیاً، این مطالعات فقط به‌خود قانون یعنی محصول فرایندها و رویه‌ها محدود بوده و نهادها و فرایندهایی که به تولید یک قانون مشخص منجر می‌شود کمتر در پیوند با آن مورد تحلیل قرار گرفته و ثالثاً، این تلاش‌ها نه به‌طور نظام‌مند بلکه برحسب مورد و پراکنده انجام شده است.

اکنون وقت آن رسیده تا مجموعه قوانین، فرایندها، نهادها، رویه‌ها و تشریفات که در شکل دادن به نظام تقنینی ایران نقشی مؤثر داشته‌اند به‌مثابه کلیتی که اجزای آن دارای ارتباط معناداری با یکدیگرند از منظری تازه و با رویکردهایی جدید بررسی و مطالعه شوند. تلاش‌های نظری که ذیل عنوان فلسفه قانونگذاری انجام شده است می‌تواند مقدمه و ابزارهای مناسبی به این منظور در اختیار محققان قرار دهد؛ هرچند برای فهم دقیق ویژگی‌های نظام قانونگذاری موجود در ایران باید مبانی فکری و ریشه‌های بومی تأسیس و نحوه عملکرد این نهادها، رویه‌ها و محصولات همواره مدنظر باشد. اساساً خطر مهمی که همه مطالعات تطبیقی را تهدید می‌کند نادیده گرفتن هویت تاریخی و پیوندهای سرزمینی و خاص بودن پدیده‌های اعتباری مانند قانون و بر ساخت‌هایی مانند نهاد قانونگذاری است. تحقیق درباره چنین پدیده‌هایی نیازمند فهم ارزش‌ها، نگرش‌ها، سنت‌ها و اعتبارات جامعه‌ای است که این پدیده‌ها در آن سر برآورده‌اند.

مجموعه مقالاتی که در این کتاب به فارسی برگردانده شده، گامی مقدماتی برای معرفی تلاش اندیشمندانی است که به دنبال یافتن راه‌حل‌های احتمالی برای حل مهم‌ترین مسائل قانون و قانونگذاری در دنیای معاصرند. مقالات این کتاب در سه بخش متفاوت ولی مرتبط ارائه شده است. بخش اول به مسائل نظری حوزه قانونگذاری می‌پردازد و تأکید اصلی، بحث درباره محصول نهاد قانونگذار یعنی خود قانون است. بخش دوم حاوی ترجمه پنج مقاله در حوزه مطالعات پارلمانی است که محور آن نهاد

قانونگذار یعنی پارلمان است و از دو مقاله تألیفی، یکی به بررسی نقش نهادهای داخلی پارلمان در قانونگذاری اختصاص دارد و دیگری کارکردهای مجالس دوم در دموکراسی‌های جدید را بررسی می‌کند. مقالات بخش سوم ذیل عنوان رویه‌های تقنینی راهکارهایی را برای ارتقای این رویه‌ها ارائه داده است.

در پایان لازم می‌دانم مراتب سپاس و قدرشناسی خود را از همکاری و همراهی معاون محترم پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی جناب آقای دکتر پورسید، حجت‌الاسلام محبی مدیر دفتر مطالعات حقوقی و نیز مدیر محترم نشریه مرکز پژوهش‌ها و همکاران پرتلاش این دفتر به‌ویژه سرکار خانم اسکندری که کار دشوار ویرایش این کار را برعهده داشتند اظهار نمایم. همچنین از دوست و همکار ارجمند آقای احمد مرکز مالگیری کمال تشکر و قدردانی را دارم که بدون تلاش، همراهی و پیگیری ایشان این مجموعه به سرانجام نمی‌رسید.

بخش اول

نظریه قانونگذاری

در جست‌وجوی فلسفه قانونگذاری: مشروطه‌خواهی / قانونگرایی*

ایمر بی. فلورز**

مقدمه: چرا فلسفه قانونگذاری^۱

الحاق مجدد قانونگذاری به هسته مرکزی حقوق، نه تنها مستلزم بررسی علت قرار گرفتن آن در خارج یا حاشیه فرایندهای حقوقی است، بلکه باید امکان (و حتی ضرورت) «فلسفه قانونگذاری» به‌عنوان نظریه قانونگذاری بحث و بررسی شود. به‌علاوه، باید ویژگی‌های فلسفه قانونگذاری به‌عنوان نظریه‌ای برای قانونگذاران و قوای قانونگذاری از یکسو، و وضع قانون از سوی دیگر، و نیز روابط آن با فرایند حقوقی در چارچوب معرفت حقوقی، فلسفه حقوق و عقلانیت حقوقی به‌منظور جست‌وجوی عقلانیت قانونگذاری مناسب، مورد بحث و بررسی قرار گیرد. علاوه بر این، از آنجاکه هدف اصلی این مقاله، جست‌وجوی جایگاهی مناسب برای فلسفه قانونگذاری در تحلیل حقوقی یا فلسفه حقوق است، ضروری است با مشروطه‌خواهی^۲ و همچنین قانونگرایی^۳ مقایسه شود. از این‌رو مقاله حاضر دارای دو بخش اصلی است که در بخش اول به تشریح مقایسه میان وجود و عدم وجود نظریه قانونگذاری می‌پردازیم و در بخش دوم تفاوت‌های

* این متن، ترجمه نوشتاری با این مشخصات است:

Imer B. Flores, "The Quest for Legisprudence: Constitutionalism V. Legalism", in Luc J. Wintgens (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 2002, PP. 26-52.

** استاد پژوهشی مؤسسه تحقیقات حقوقی، دانشگاه مکزیکو؛

Universid Nacional Autonomade México (UNAM)

1. Legisprudence
2. Constitutionalism
3. Legalism

مشروطه‌خواهی و قانونگرایی برای یافتن جایگاه مناسب فلسفه قانونگذاری را برمی‌شماریم. از نظر من، فلسفه قانونگذاری، نه با تفسیر قوی از قانونگرایی بلکه با تفسیر ضعیف آن منطبق است. اما حدس من این است که فلسفه قانونگذاری اگرچه با تفسیر ضعیف از مشروطه‌خواهی نیز انطباق دارد، اما همخوانی بیشتری با تفسیر قوی آن خواهد داشت.

۱ قانونگذاری و فلسفه قانونگذاری: از عدم تا وجود

قانونگذاری، قانونگذاران و قوای مقنن، اسامی خوش‌نامی در حقوق و فلسفه سیاسی نیستند^۱ و تصور می‌شود پیوندی ضعیف با آموزش حقوقی دارند؛ تا جایی که آموزش تهیه پیش‌نویس قوانین موضوعه و اجرای آن، اگر نگوئیم اصلاً وجود نداشته، دست‌کم به‌صورت جریان ضعیف و فرعی بوده است.^۲ برای تبیین بخشی از علت این امر دست‌کم می‌توان تا انتشار مقاله «نقش زمانه ما در قانونگذاری و فلسفه حقوق»،^۳ نوشته فریدریش کارل فون ساوینی به گذشته بازگشت که طی آن ساوینی دیدگاهی را مطرح کرد که براساس آن، نهادهای حقوقی، نماینده اصیل فرهنگ ملی و تاریخ مردم هستند که در قالب روح آن ملت نمایانگر شده است. حقوق، حاصل وجدان جمعی است، بنابراین نمی‌توان بدون اینکه توده مردم^۴ آزادانه در [خلق] آن دخیل باشند از خارج به ایشان تحمیل کرد. این برداشت، تقویت‌کننده نوعی پیش‌داوری علیه تدوین قوانین و بیش از آن، علیه ایده امکان اصلاح قانون - و جهان واقع - صرفاً با احکام تقنینی (خواه حاکم یا قوه مقننه منتخب مردم) است. علاوه بر این، نبود نظریه قانونگذاری همراه با فقدان حضور و جلوه قانونگذاران و قوای مقننه، این پیش‌فرض را ایجاد کرده که قضاوت و دادگاه‌ها برابر همه آن چیزی است که حقوق محسوب می‌شود. این امر همچنین تبیین‌کننده علت توجه بیش از حد به اجرای قانون، یعنی قضاوت است. به‌طور متناقض‌نمایی، کم‌خطرترین قوه از قوای

1. Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999b, P. 1.

2. A. Michael Fromkin, "Climbing the Most Dangerous Branch of Government: Legisprudence and the New Legal Process", *Texas Law Review*, No. 66, 1988, P. 1071.

3. "Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence"

4. Volkgeist

حکومتی، [یعنی قوه قضائیه] بیشتر (و احتمالاً بهتر) بررسی و مطالعه شده است، درحالی که درباره خطرناک‌ترین و احتمالاً بدترین آنها [یعنی قوه مقننه] کمتر مطالعه‌ای صورت گرفته است.^۱ بیان روسکو پاند در این زمینه گویاست: «بنابراین، سنت ارتدوکسی دانشکده‌های حقوق ما، عنصر تصویب قانون را به‌طور کلی نادیده می‌گیرند. هنگامی که عناصر قدیمی را تعلیم می‌دهند - که نماینده جریان سنتی تصمیم‌گیری است - از حقوق واقعی دفاع می‌کنند و اصول و قیاس‌ها را ارائه می‌دهند؛ درحالی که عناصر جدیدتر که با قانون موضوعه بیان می‌شود، امری غریبه و ناشناخته تلقی می‌گردد که به‌صورت ناخوانده به پیکره حقوق نفوذ کرده و تنها قادر است قواعد جزئی را برای مواردی ارائه دهد که صریحاً آنها را دربرمی‌گیرد».

به این معنا، نظریه حقوقی، فقط تمایل دارد بر قضاوت (به‌مثابه اجرای قانون یا کشف آن) و قوه قضائیه (قضات و دادگاه‌ها) تمرکز کند؛ درحالی که قانون به معنای وضع آن و قانونگذاری، شامل قانونگذاران و قوه مقننه، اغلب نادیده گرفته می‌شوند زیرا آنها را بیشتر مباحثی در حوزه سیاست می‌دانند که موضوع مطالعه دانشمندان علوم سیاسی است نه علمای دانش حقوق. گرچه این امر ممکن است چرایی محدود شدن دانش حقوق به علم اعمال قواعد و اشتیاق افراطی نظریه‌پردازان حقوقی به شخص قاضی و نقش دادگاه‌ها را تبیین کند، اما نمی‌تواند کنار گذاشتن ایجاد قواعد به‌وسیله قانونگذار را توجیه کند.^۲ به‌ویژه آنکه قضات و قانونگذاران با یکدیگر در کار ایجاد قانون همکاری می‌کنند (و باید همکاری کنند) چرا که آنها کم‌وبیش عقلانیت و عناصر مشابهی را به‌کار می‌گیرند. نه دادگاه‌ها و نه مجالس قانونگذاری (و نه حتی دستگاه‌های اجرایی) هیچ‌کدام به تنهایی نمی‌توانند مسئول بنای عظیم قانون باشند بلکه، قضات و قانونگذاران و دیگر مقامات اجرایی به‌طور مشترک مسئول‌اند و باید با یکدیگر در این کار مشترک با شهروندان

۱. جمله قصار همیلتون را به یاد آورید که گفته است: «قوه قضائیه ... همواره کمترین خطر را برای حقوق سیاسی ذکر شده در قانون اساسی خواهد داشت»، و نیز این قاعده کلی مدیسون: «در حکومت جمهوری، قدرت تقنینی بالضروره بر سایر قوا غلبه دارد» (Hamilton et al., 1961: 322, 465).

2. Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, Boston, Beacon Press, 1921, PP. 46-47.

3. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, (Second Edition With a Postscript of the Originally Published in 1961), 1994, P. 1.

همکاری کنند. به نظر می‌رسد جمله لون ال. فولر ناظر به این مطلب است: «نوعی همکاری دوجانبه میان حکومت و شهروندان در خصوص رعایت قواعد وجود دارد».^۱

جست‌وجو برای نظریه قانونگذاری فکر تازه‌ای نیست چرا که قانونگذاری، محل توجه جدی فلاسفه از ارسطو تا بنتام یعنی کسانی مانند هابز، لاک، منتسکیو، روسو، کانت و محققان حقوقی و بیش از همه هنری سمندر مین بوده است. مین حتی تأکید می‌کند که آخرین مرحله از تکامل حقوق بدون شک قانونگذاری است.^۲ با این همه، چنان که فولر^۳ خاطرنشان می‌کند، گزارش مین مبنی بر اینکه همه جوامع دقیقاً روند شش مرحله‌ای را طی کرده‌اند که هر مرحله کاملاً پس از اتمام مرحله قبل آغاز می‌شود کاملاً اشتباه است؛ برعکس، فولر به‌طور مفصلی به نفع متمایز بودن وضعیت هر جامعه از این حیث و همزیستی چند فرایند حقوقی همچون قضاوت، قرارداد، عرف، قانونگذاری، راهبری مدیریتی،^۴ داوری و مانند آنها، استدلال می‌کند که همه آنها در گذشته وجود داشته‌اند و در آینده نیز وجود خواهند داشت.^۵

در سال‌های اخیر، شکل‌گیری نوعی نظریه حقوقی جایگزین و ظهور مجدد نظریه قانونگذاری، جزء پیامدهای اصلی حرکت انتقادی علیه نظریه غالب حقوقی و تمرکز بیش از حد بر قضاوت - به‌ویژه کیفیت صدور رأی در مورد پرونده‌ها - شمرده می‌شود.^۶

1. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven-London, Yale University Press, (Revised Edition of the Originally Published in 1964), 1969, P. 39.

۲. به عقیده مین، در مرحله اول، قانون بیشتر نوعی عادت است. در مرحله دوم به مقام عرف ارتقا می‌یابد. در مرتبه سوم به‌صورت قانون مدون تدوین می‌شود (البته نه به‌صورت قانون مصوب قوه مقننه، بلکه به شکل مجموعه‌ای از قواعد که عرف را از رهگذر آرای قضایی تثبیت کرده است). در مرحله چهارم، اصلاح قانونی تحت پوشش «فرض‌های قانونی» (Legal Fictions) (از طریق تفسیرهای تقنینی یا قضایی) ارائه می‌شود. مرحله پنجم توسل به مدل استعلایی قانون ضمنی است. مرحله ششم و آخرین مرحله، قانون موضوعه (Legislation) است که در واقع اعلان صریح قصد قانونگذار است که در مصوبه مجلس مندرج است (Main, 1912).

3. Lon L. Fuller, *The Anatomy of Law*, New York, Mentor, 1968, P. 87.

4. Managerial Direction

5. Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order*. Selected Essays of Lon L. Fuller, Durham, Duke University Press, 1981.

6. Duncan Kennedy, "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", *Jornal of Legal Education*, No. 36, 1996; Roberto Mangabeira, *Unger The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Massachusetts-London, England, Harvard University Press, 1986; and Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?*, London-New York, Verso, 1996.

جرمی والدرون در بررسی کتاب روبرتو آنگر به نام *تحلیل حقوقی باید به چه چیزی تبدیل شود؟*، «ایجاد نوعی فلسفه حقوق متناسب با آرمان‌های مردمی آزاد را که بر خود براساس قوانینی که خود وضع کرده‌اند حکومت می‌کنند»، تشویق می‌نماید.^۱ به همین دلیل است که او تلاش زیادی می‌کند که قانونگذاری را روشی عالی‌مرتبه برای حکومت و منبع قابل احترام قانون معرفی کند و قانونگذاران و قوای قانونگذاری را در مرکز تفکر فلسفی درباره قانون بنشاند.^۲

آنچه در صورت‌بندی نظریه جدید قانونگذاری قابل توجه به نظر می‌رسد، دعوت به تغییر جهت از قضاوت به سوی قانونگذاری است: از رویکردی قاضی - محور^۳ به رویکردی مقنن - محور^۴ در حقوق و تحلیل حقوقی، آن‌گونه که لوک جی. وینتگنس در تلاش برای یافتن نظریه با ارزش فلسفه قانونگذاری آن را مطرح و از آن حمایت کرده است.^۵ حقوق‌دانان، به جنبه قضایی حقوق بیشتر توجه دارند تا جنبه تقنینی آن. حال پاسخ بدیهی برای جبران این نقص، تمرکز بر قانونگذاری است که مدت‌ها مغفول مانده و قرار دادن آن در محور مطالعات حقوقی است. با توجه به جذاب بودن این ایده باید مراقب باشیم که، از چاله به چاه نیفتیم. از این‌رو، تفسیر میانه‌ای که منسوب به ژولیوس کوهن است ترجیح داده می‌شود: فلسفه قانونگذاری را باید شاخه هماهنگ‌کننده‌ای از فلسفه حقوق دانست که در موازات فلسفه قضاوت^۶ قرار می‌گیرد.^۷

از آنجاکه دانش حقوقی (یا قضایی) همواره دل‌مشغول قضاوت و اجرای قانون بوده است و کمتر به وضع قانون توجه نشان داده است، لذا به نظر می‌رسد فلسفه حقوق به

1. Jeremy, Waldron, "Dirty Little Secret", *Columbia Law Review*, Vol. 98, No. 2, 1998, P. 5222.

2. Jeremy, Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999a, and *Ibid.*, 1999b.

3. Judg-centered

4. Legislator-oriented

5. Luc J. Wintgens, "Rationality in Legislation-Legal Theory as Legisprudence: An Introduction", in Luc J. Wintgens (ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002a, Luc J. Wintgens, "Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence", in Luc J. Wintgens (ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002b.

6. Judicativeprudence

7. Julius Cohen, "Legisprudence: Problems and Agenda", *Hofstra Law Review*, No. 11, 1983.

بخش قضایی (اعمال قانون به وسیله قضات) تقلیل یافته و هیچ جایی برای حوزه قانونگذاری (یعنی ایجاد قانون از سوی قانونگذار) باقی نگذاشته و در نتیجه از این مقوله غفلت شده که قضات، خود قانونگذاری می‌کنند.^۱ باین همه از آنجاکه رومی‌ها *iurisprudencia* (فلسفه حقوق)^۲ را معرفت به قانون الهی و بشری و معرفت به آنچه خیر و آنچه شر است^۳ تعریف کردند و *ius* (حقوق) را به عنوان علم خیر و شر^۴ آنها اسم حقوق و صفت حق‌ها را به نحوی وضع کردند که لاجرم بر اصطلاحات مشابه، یعنی *lex* و *legis* غلبه داشته باشد. چنین غلبه‌ای از آنجا ناشی می‌شود که واژه‌های قبلی، بسیار کلی‌تر و جامع‌تر از واژه‌های بعدی‌اند: *ius* و *iuris* به ترتیب به حقوق، حقوقی و قضایی اشاره دارد. واژه *lex* و *legis* به ترتیب به قانون به معنای Legislation، که به عنوان منبع جداگانه حقوق و قضاوت و قانونگذاری اشاره دارد. در صورتی که چنین ترتیبی از ایده‌های ذکر شده را بپذیریم همین عقلانیت بر قضاوت به عنوان منبع مستقل حقوق و قوه قضایی اعمال می‌شود.

به طور خلاصه، حتی اگر فلسفه قانونگذاری به عنوان نظریه قانونگذاری، بخشی از فلسفه حقوق به عنوان علم حقوق (یا قضاوت) باشد، ضرورت دارد رویکرد سنتی فلسفی - حقوقی به حقوق که به صورت جانب‌دارانه به نفع حوزه قضاوت و به ضرر حوزه تقنینی بوده است، با رویکرد فلسفه قانونگذاری و نیز شمار زیادی از تحلیل‌های فلسفی بدیل در خصوص منابع دیگر حقوق (فرایندها و محصولات)، تکمیل شود.

۱-۱ فلسفه قانونگذاری به مثابه نظریه قانونگذاری

از نظر واژه‌شناسی، فلسفه قانونگذاری^۵ از قانون^۶ و معرفت عملی، تفکر و حزم و احتیاط^۷ ریشه می‌گیرد و مبین مطالعه و نظریه قانونگذاری است و به علم، نظریه و فن قانونگذاری یا نظریه عقلانی قانونگذاری اطلاق می‌شود. در هر حال، فلسفه قانونگذاری در

۱. به عنوان نمونه در مکزیک، و به نظر من در همه کشورهای اسپانیولی‌زبان و کشورهایی که واجد نظام حقوق مدون هستند، از اصطلاح «فلسفه قانونگذاری»، بیشتر «عمل قضایی» افاده می‌شود تا «علم قضاوت» (Flores, 1998: 1005).

2. Jurisprudence

3. *Divinarum Atque Humanarum Rerum Notitia; Iusti Atque Iniusti Scientia*

4. *ars boni et a equi*

5. *Legisprudence*

6. *Legis/ Lex*

7. *Prudentia*

اصل نظریه قانونگذاری، نظریه‌ای جدید، رویکرد نظری جدید و به‌مثابه موضوع مطالعه نظریه حقوقی تعریف شده است.^۱

چنان‌که گفته شد، فلسفه قانونگذاری نظریه‌ای کاملاً جدید نیست، بلکه دعوت به نوعی نظریه یا رویکرد نظری جدید به حقوق است. واضح است که حقوق و تحلیل حقوقی، در پرتو روش مکمل فلسفه قانونگذاری، نیازمند تغییری عمده در ذهنیت حقوق‌دانان و نظریه‌پردازان حقوقی به فلسفه حقوق است؛ به این معنا که باید دیدگاه قانونگذار در روش‌شناسی‌های فلسفه حقوق لحاظ شود. این تغییر، مستلزم قرار گرفتن دوباره مطالعه یا نظریه قانونگذاری در چارچوب معرفت حقوقی یا قضایی، و بازنگری در بعضی از دوگانه‌های عمده، نظیر تمایز میان قضاوت - قانونگذاری، اعمال (یا یافتن قانون) و ایجاد (یا وضع قانون)، قضاوت - قانونگذاران، دادگاه‌ها - قوای مقننه و نظایر آن است که جدایی ظاهری میان حقوق و سیاست را تقویت می‌کند.^۲

در اینجا باید خاطر نشان کرد که واژه Legislation مبهم است؛ چرا که از یک سو به فرایند تقنینی اطلاق می‌شود و از سوی دیگر به نتیجه آن، یعنی قانون. برای روشن شدن مطلب باید یادآوری کنم که براساس دیدگاهی که تاکنون رایج بوده است، قانونگذاری به‌مثابه یک فرایند امری سیاسی تلقی می‌شده نه حقوقی، و قانون مانند یک فرآورده (فرایند سیاسی) بیشتر امری سیاسی و تا حدی، پیش‌حقوقی توصیف شده است: به این معنا که [در این مرحله] امر سیاسی پیش از آنکه یک مقام حقوقی یا اجرایی برای آن، واژه قانون را به کار گیرد به قانون تبدیل نمی‌شود. این خلأ دست‌کم برای تحلیل‌های حداقل‌گرایان که از نظر حقوقی، قوانین موضوعه را نتیجه قانونگذاری می‌دانند، راه فراری گشوده است، که اقدامات تقنینی را به‌طور گسترده‌ای نادیده بگیرند و مغفول بگذارند. به‌عنوان نمونه، دیوان عالی ایالت وایومینگ ایالات متحده آمریکا، فلسفه قانونگذاری را فلسفه حقوق قانون^۳ تعریف کرده و توضیح می‌دهد که تعیین هدف قانون، برای حل ابهام یک قانون موضوعه مفید است.^۴ در اینجا به‌روشنی، فلسفه قانونگذاری به نظریه

1. Luc J. Witgens, *Ibid.*, 2002a; 2005.

۲. به این مطلب در آخرین بخش از این مقاله ذیل عنوان «مشروطه‌خواهی / قانونگرایی» خواهیم پرداخت.

3. Jurisprudence of Legislation

4. *Board of County Commissioners for Sublette County, Wyoming v. Exxon Mobil Corporation*, 151 WY, 2002.

ایجاد و اعمال قوانین موضوعه تقلیل داده شده است.^۱ علاوه بر این، فلسفه قانونگذاری نه تنها مشتاق آن است که میراث بر اصلی مدخل قانونگذاری و مطالعه حداکثری آن (و قوانین موضوعه) هم از حیث فرایند و هم محصول باشد، بلکه سودای مطالعه قانونگذاران و قوای مقننه را نیز در سر دارد.

نتیجه اینکه، از منظر حقوقی، یک نظریه یا رویکرد نظری جدید به قانون باید بر دو امر تمرکز کند: اول قانونگذاری، شامل خود قانونگذاری و قوانین موضوعه که همه چیز از محصول نهایی گرفته تا کل فرایند تقنینی، و از مفهوم و مراحل اولیه شکل گیری قانون موضوعه گرفته تا تهیه پیش نویس و اجرای آن، و تا مرگ قانون، خواه به سبب لغو صریح آن یا به علت متروک بودن آن به مدت طولانی را دربرگیرد؛ دوم، قانونگذاران و قوای قانونگذاری که از تنظیم انتخاباتی که از رهگذر آن به قانونگذاران به عنوان نمایندگان مردم در کنگره یا پارلمان رأی داده می شود آغاز شده، و با سازمان قانونگذاری در مقیاس بزرگ، کمیسیون ها و کمیته های فرعی امتداد می یابد، و به نظارتی که ممکن است آنها (یا دیگران) به طور قانونی اعمال کنند، ختم می شود.

باید بگویم قانونگذاری در بحران به سر می برد و قانونگذاران و قوای مقننه هر دو با این بحران دست به گریبان اند: از یک سو، بحران در کیفیت و کمیت قانون وجود دارد که یکدیگر را تشدید می کنند. قانون ناقص یا معیوب (کیفیت پایین) یکی از دلایل تورم قانونگذاری^۲ است (افزایش کمیت) و قانونگذاری حجیم و پرشمار (افزایش کمیت)، یکی از دلایل کاهش اعتبار تقنینی (کاهش کیفیت) است. از سوی دیگر نوعی بحران نمایندگی وجود دارد که ماهیت دمکراتیک قانونگذاران را به عنوان نمایندگان مردم و قوای مقننه را به مثابه مجلسی برای شور و مذاکره مخدوش کرده است. اجازه دهید ابتدا به مورد دوم بپردازیم و سپس مورد اول را بررسی کنیم.

۱-۱-۱ فلسفه قانونگذاری به مثابه مطالعه قانونگذاران و قوای مقننه

فلسفه قانونگذاری، نه تنها باید هدف کارکردی قانونگذاران و قوای مقننه، بلکه باید نظام

1. William N. Jr. Eskridge and Frickey, Philip P., *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co, 1988.

2. Legislative Inflation

انتخابات مهم و سازمان قانونگذاری را نیز مطالعه کند. براساس جریان اصلی نظریه نمایندگی،^۱ اولاً، قانونگذاران باید آئینه تمام‌نمای حوزه‌های انتخابیه خود و قوای مقننه همچون، مینیاتوری از انتخاب‌کنندگان باشند؛ آنها در واقع انتخاب‌کنندگان را نمایندگی می‌کنند؛ ثانیاً، قانونگذاران به‌عنوان نماینده یا کارگزار انتخاب‌کنندگان، باید آنچه را که حوزه‌های انتخابیه‌شان از آنها مطالبه می‌کنند بدون در نظر گرفتن ترجیحات خود انجام دهند؛ در واقع آنها برای موکلین خود اقدام می‌کنند؛ ثالثاً، قانونگذاران به‌عنوان امین انتخاب‌کنندگان باید به‌طور حرفه‌ای و مستقل از انتخاب‌کنندگان و حتی جدا از اراده آزاد خود عمل کنند؛ یعنی نمایندگان به نیابت از طرف انتخاب‌کنندگان اقدام می‌کنند.

مسئله این است که نمایندگی به امری غیرواقعی تبدیل شده است؛ به این معنا که قانونگذاران و قوای مقننه هیچ‌یک نظرات حوزه‌های انتخابیه خود را منعکس نمی‌کنند و برای آنها یا از طرف آنها اقدام نمی‌کنند. نمایندگی غیرواقعی این نظر را تقویت می‌کند که اقلیت‌ها خارج از فرایند سیاسی قرار گرفته‌اند و تحت استبداد اکثریت^۲ هستند.^۳ بنابراین، برای امکان‌پذیر کردن نمایندگی واقعی به‌منظور انعکاس نظرات شهروندان در زمانی که نمایندگان به نفع و از طرف موکلان اقدام می‌کنند، باید ابتدا نظام انتخابات بررسی گردد چرا که از طریق آن سازمان نمایندگی محقق می‌شود. اگر بنا باشد قوه مقننه آینه تمام‌نمای شهروندان باشد، نظام انتخاباتی آن (خواه اکثریتی،^۴ نسبی^۵ یا تناسبی^۶) برای اینکه با نمایندگی منافع اکثریت و اقلیت هر دو مشروعیت یابد، باید باز باشد و باز باقی بماند و در همان حال، تضمین‌کننده حکمرانی از طریق حکومت ائتلافی باشد.^۷

1. Hanna Fenichel, Pkin, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, P. 1.

2. Tyranny of Majority

3. Imer B. Flores, "Democracia y Participación: Consideraciones Sobre La Representación: Consideraciones Sobre La Representación Política" in J. Jesús Orozco Henríquez (coord.), *Democracia y Representación en el Umbral del Siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999, PP. 204-206.

4. Majority

5. Plurality

6. Proportionality

7. Imer B. Flores, "Gobernabilidad y representatividad hacia un sistema democrático electoral mayoritario y proporcional" in Hugo A. Concha Cantù (coord.), *Sistema representativo y democracia semidirecta*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.

والدرون ضمن بحثی مشابه، استدلال کرده که اگر قوه قانونگذاری بخواهد آینه تمام‌نمای حوزه‌های انتخابیه باشد، در این صورت هرچه دستگاه قانونگذاری (خواه نام آن مجمع، کنگره یا پارلمان باشد) بزرگ‌تر باشد بهتر است.^۱ از نظر وی، اندازه قوه قانونگذار مهم است و تأثیر مثبتی بر تناسب نسبت نمایندگان به شهروندان و مذاکرات نمایندگان دارد به این معنا که گردهمایی‌های بزرگ نمایندگان، اختلافات آنها را بر ملا می‌کند و باعث ایجاد قانون بهتر می‌شود، زیرا اثری مستقیم بر مذاکرات و رأی آنها دارد. مشهور است که مجالس قانونگذاری عموماً از طریق کمیسیون‌ها و حتی کمیته‌های فرعی خود قادرند کار کنند. به گفته وودرو ویلسون،^۲ «جلسات علنی کنگره جلساتی نمایشی است اما جلسات کمیسیون‌های کنگره جلسات کاری است». اما مسئله در اینجا فراتر از آن است که آیا دادگاه‌ها به هنگام تفسیر ابهامات قوانین موضوعه باید صرفاً مذاکرات صحن علنی را بررسی کنند یا مذاکرات کمیسیون را نیز در نظر گیرند. اگر دادگاه‌ها توجه به مذاکرات کمیسیون‌ها را ضروری تلقی کنند، مسئله قابلیت اعتماد به چنین کمیسیون‌هایی مطرح می‌شود که در این صورت، انتخاب اعضا و ترکیب آنها باید تحت نظارت و بررسی قرار گیرد. تصور می‌شود که کمیسیون‌های بزرگ‌تر احتمالاً بیشتر منافع جامعه را بازتاب می‌دهد و بدین ترتیب مطمئن‌ترند. در واقع کمیسیون‌ها، قوای قانونگذاری در ابعاد کوچک‌ترند. علاوه بر این، بیشتر کارهای کنگره را گروه‌های متخصصان و صاحبان حرف - خواه به‌طور موقت به کار گرفته شده باشند یا به‌طور دائمی - تحت عنوان کارمندان مجلس انجام می‌دهند نه خود نمایندگان. در واقع پارلمان نه تنها بر اطلاعات داخل، بلکه خارج از پارلمان خواه از طریق سفارش تهیه طرح تقنینی، ترتیب دادن جلسات استماع نظرات کارشناسی، یا درخواست بعضی اطلاعات خاص برای بررسی در پارلمان، اتکا می‌کند.

اگر قانونگذاران، کارگزار یا وکیل مردم باشند، در این صورت باید فارغ از ترجیحات خود، آنچه را انجام دهند که حوزه‌های انتخابیه‌شان از آنها می‌خواهد. انتخابات باید در دوره زمانی مشخص و نزدیک به هم برگزار شود. احتمالاً به هر میزان تعداد انتخابات

1. Jeremy, Waldron, Ibid., 1999a, 1999b; Jeremy Wardon, "Large Legislatures", in E. Villanueva (ed.), *Legal and Political Philosophy*, Amsterdam-New York, Rodopi, 2002.

2. Woodrow, Wilson, *Congressional Government*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, (First Published in 1885), 1981, P. 69.

بیشتر باشد، وفاداری نمایندگان به اراده مردم نیز افزایش می‌یابد. در دموکراسی‌های پارلمانی، دعوت به انتخابات آینده از همین منطق پیروی می‌کند: از مردم خواسته می‌شود که با ریختن رأی به صندوق، عقیده خود را بیان کنند. به همین ترتیب، اگر قانونگذاران امین محسوب می‌شوند باید مستقل از کسانی که نمایندگی‌شان را برعهده دارند عمل کنند زیرا نمایندگان، افرادی حرفه‌ای هستند که می‌دانند چه کاری باید انجام دهند یا دست‌کم برای گرفتن مشورت به چه کسی مراجعه کنند.

موضوعات مطرح در این حوزه متنوع‌اند از جمله مقرراتی که حوزه‌های انتخابیه و نسبت جمعیتی را تعیین می‌کند به‌ویژه آن دسته از قوانینی که تعیین نامناسب این نسبت جمعیتی و دست‌کاری در حوزه‌بندی به‌منظور کسب رأی مجدد را کنترل می‌کند،^۱ نامزدی و انتخابات، سن و دیگر شرایط رأی دادن و انتخاب شدن، دوره‌ها و اجلاس‌های تقنینی، انتخابات مجدد و محدودیت انتخاب شدن بیش از یک بار، قوانینی که به‌منظور کنترل هزینه‌ها در مبارزات سیاسی انتخاباتی وضع شده، رشوه دادن و سایر تلاش‌های ناسالم برای اثر گذاشتن بر فرایند تقنینی، لابی‌گری و سایر ابزارهای مناسب، تنظیم امور ناهماهنگ و ... اصل راهنما این است که دموکراسی تنها یک امر صوری و نمایشی نیست، بلکه امری واقعی و ماهوی است. بنابراین بحث از اینکه چه چیزی در مسیر قانونگذاری قانونی است را نمی‌توان تنها به اینکه چه کسی حق دارد چگونه تصمیم بگیرد تقلیل داد؛ بلکه این امر که «درباره چه چیزی» می‌تواند تصمیم بگیرد نیز اهمیت دارد.^۲

۱-۱-۲ فلسفه قانونگذاری به‌مثابه مطالعه وضع قانون

فلسفه قانونگذاری باید موضوع مورد مطالعه خود را کل فرایند قانونگذاری و محصول نهایی این فرایند قرار دهد تا بتواند هر دو را بهبود بخشد. به تقلید از شافر^۳ باید گفت لازم است نقایص عقلانی‌سازی^۴ را برطرف و هر قدر می‌توانیم، عناصر عقلایی و مناسب را

1. Gerrymandering

2. Luigi Ferrajoli, "Jueces y Política", *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Vol. IV, No. 7, 1999.

3. Heinz Schäffer, "Rationalisierung der Rechtssetzung" in H. Schäffer (ed.), *Theorie der Rechtssetzung*, Wien, Manz Verlag, 1988.

4. Rationalization

وارد فرایند قانونگذاری کنیم: هیچ نظام حقوقی‌ای کامل نیست و نمی‌تواند باشد، اما می‌تواند تکمیل شود. علاوه بر این، فلسفه قانونگذاری باید به همه مراحل قانوناً اجباری فرایند قانونگذاری توجه کند و مراحل در حال انجام را بررسی و دنبال نماید. در واقع مسائل قانونگذاری نه تنها حقوقی - فنی بلکه سیاسی - ارزشی نیز هست. مورد اخیر، مقوله‌های گسترده‌ای را شامل می‌شود، از قبیل طبقه‌بندی غایات^۱، اهداف^۲ و مقاصد^۳، منافع، اصول و ارزش‌های جامعه و مسائلی از این دست که آیا به‌منظور حل تعارض اجتماعی قبل از وقوع، باید تصمیم تقنینی اتخاذ شود، یا حل آن تعارضات باید بعد از وقوع به قوه مجریه یا قضائیه سپرده شود.^۴

خروجی‌های تقنینی به‌طور کامل قابل پیش‌بینی نیست؛ اما به همین دلیل، بررسی پیشینی آثار احتمالی آن و تحقیق پسینی درباره نتایج ملموس آن، امری مطلوب است. بنابراین فلسفه قانونگذاری باید آثار هنجارهای حقوقی را به‌منظور جلوگیری از آثار نامطلوب و ناخواسته آن در حد امکان، و نیز تصحیح آثار بعدی نامطلوب و ناخواسته آن، پیش و پس از تصویب، مورد مطالعه قرار دهد. به‌علاوه، فلسفه قانونگذاری باید با نقد عوامل متعدد آنچه «تورم قانونگذاری»^۵ و افت کیفیت قانونگذاری^۶ نامیده می‌شود، قانونگذاری را ارتقا بخشد. توضیح اینکه تورم قانونگذاری مترادف است با افزایش کمیت قانون؛ منظور از کمیت، مقدار، شمار و دامنه است نه کوتاه یا بلندی آن. بنابراین قانون بیشتر به‌معنای افزایش کمیت آن است؛ یعنی مقدار یا شمار اجزای قانون و دامنه موضوعاتی که قانون آنها را پوشش می‌دهد زیاد است. مقصود، بلندی یا کوتاهی یک قانون موضوعه خاص نیست که امری متفاوت بوده و به کیفیت قانون مربوط است که موضوعی فرعی محسوب می‌شود.^۷ اصطلاح دوم یعنی افت کیفیت قانونگذاری ناظر به

1. Ends

2. Goals

3. Purposes

4. Eugenio, Bulygin, Teoría y técnica de la legislación, *Arbor*, Vol. CXXXVI, No. 533, 1990.

5. Legislative Inflation

6. Legislative Deflation

۷. گرچه اندازه (Size) کیفیتی قابل اندازه‌گیری است، اما اینکه یک قانون موضوعه بلند می‌باشد یا کوتاه، بزرگ است یا کوچک، موضوعی است که بیش از کمیت به کیفیت مربوط می‌باشد: کیفیت تا جایی که مطابق یک قاعده کلی، اندازه مهم نباشد، بر آن اولویت دارد. قانون خوب - سواى از اندازه، داراى اولویت است. تنها به‌طور استثنایی وقتی دو قانون به یک ←

کیفیت است که مساوی با ارزش و اهمیت می‌باشد. بنابراین قانون بد معادل با کاهش کیفیت است، یعنی کاهش ارزش و اهمیت قانون.

از این رو افزایش بیش از اندازه قانون^۱ و تولید انبوه هنجارهای قانونی (و اصلاحات بی‌پایان آن) بر این باور حقوقی مشکوک استوار است که قانون نمایانگر واقعیت است؛ قانون واقعیت را تغییر می‌دهد یا آن را در تسخیر خود درمی‌آورد، خواه با یک قانون یا اصلاح قانونی کهنه، یا صرفاً با جایگزین کردن آن که در غیر این صورت آن ایرادات و نقایص را در خود نگه می‌دارد. در همان حال که افزایش کمیت قانون توصیه نمی‌شود، اما این امر به یکی از ویژگی‌های متداول دموکراسی‌ها تبدیل شده است. به‌ویژه هنگامی که دموکراسی به یک امر عادی تبدیل می‌شود، انتظار جامعه از حکومت افزایش می‌یابد اما توانایی حکومت برای ارائه راه‌حل مؤثر، کاهش می‌یابد. به عبارت دیگر، افزایش تقاضا برای کمیت که موجب تورم تقنینی می‌شود، باعث دامن زدن به کاهش کیفیت می‌شود و نتیجه آن، قوانین ضعیف از لحاظ کیفی است.^۲

واقعیت این است که میان کمیت و کیفیت که هر دو در بروز قوانین زیاد و ناقص نقش دارند رابطه‌ای مستقیم وجود دارد. برای نمونه، قانون زیاد و اضافی به مشکلات کیفیتی مختلف نظیر ناسازگاری نشئت گرفته از وجود قوانین متعارض، متناقض و زائد منجر می‌شود؛ همچنین ناسازگاری قانون در طول زمان ناشی از میل به داشتن قوانین قطعی و ثابت به جای قوانین متغیر است و عدم تطابق واقعیت با آنچه در قواعد وجود دارد و روی کاغذ نوشته شده، عواملی هستند که مانع از اعمال و رعایت قوانین از سوی حاکمان و شهروندان می‌شوند، یعنی حکمرانی بر اساس قواعد در یک حکومت مبتنی بر قانون ممتنع می‌شود.

باید افزود قوه قانونگذاری عالی خود نباید در این خصوص عامل ناهماهنگی باشد

→ اندازه خوب یا به یک اندازه بد هستند، اندازه اهمیت می‌یابد. به مثال سوین‌انگ (66-67: 2002) در دو وضعیت متفاوت توجه کنید: قانون اول طولانی اما شامل تعاریف قانونی جزئی است. قانون دوم کوتاه اما به صورت مبهم و با پیش‌داوری ارزشی تهیه شده است. قاعدتاً قانون اول بر قانون دوم رجحان دارد. اما این ترجیح به دلیل اندازه قانون نیست، بلکه در اینجا به دلیل این واقعیت است که تفصیل، خوب است و اختصار، بد. به همین ترتیب فرض کنید که ما به تهیه پیش‌نویس دو قانون در یک موضوع قادر باشیم که هر دو در ماهیت خوب هستند اما یکی مفصل‌تر و بزرگ‌تر، و دیگری مختصرتر و کوچک‌تر. علی‌القاعده دومی بر اولی رجحان دارد: یعنی قانون خوب و مختصر، بر قانون خوب و طولانی مرجح است.

1. Legislation Hypertrophy

2. Imer B. Flores, "Crisis, Fortalecimiento y Valores de la Democracia", en José Antonio Aguilar Rivera et al., *Los Valores de la Democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 1996.

زیرا اوست که متولی اصلی امر قانونگذاری است. چنان که فولر در عبارات زیر یادآور می‌شود: ^۱ «درواقع، بسیاری از مهلک‌ترین خطاها علیه تمامیت و کمال قانون، ^۲ نه از سوی مقامات رسمی در سطوح پایین سلسله‌مراتب قدرت، بلکه از خود قانونگذار ناشی می‌شود. فهرست خطاهای قانونگذار مفصل است که شامل قوانین مبهم و متناقض، تغییر قوانین به صورت ناگهانی و به منظور عبور از فشارهای سیاسی، الزام‌های قانونی غامض که در لابه‌لای مجموعه قوانین مخفی شده است و هزار و یک روش نگارش مبهم قانونی که قرار است منبع اصلی نظم اجتماعی باشد».

در میان خطاهای جدی قانونگذار، فولر فهرستی به این شرح ارائه می‌کند: «تصویب قوانین (یا حفظ آنها در مجموعه قوانین) که به هیچ وجه بنا نیست اجرا شود» و «تصویب قوانینی که قرار است فقط در موارد خاصی اجرا شود». ^۳ واضح است که مسئله تورم تقنینی بیشتر مسئله‌ای سیاسی است تا حقوقی یا فنی، چرا که به اراده سیاسی وابسته است و می‌توان آن را با نوعی خودتنظیمی [از سوی مقنن] کنترل کرد. با این حال، فلسفه قانونگذاری، سهم عمده‌ای در ارتقای کیفیت قانون و تبعیت از اصول حقوقی مانند سازگاری، تداوم و انطباق دارد. به منظور جلوگیری از رفتار غیرمسئولانه در وضع قانون و پرهیز از پیچیده کردن آن، لازم است تصویب قوانین اضافی و زیاد که کیفیت قانون را از میان می‌برد با ایجاد ممنوعیت‌هایی که قدرت قوه مقننه را کاهش می‌دهد مانند ممنوع کردن اصلاح قانون قبل از دوره زمانی معین یا صدور این اجازه تنها در صورتی که اصلاح قانون قبلاً توجیه شود یا برقراری حدنصاب فوق‌العاده تحت کنترل درآید. همچنین لازم است از تصویب یا حفظ قوانینی که صرفاً جنبه نمادین دارد، مانند قوانینی که قصد اجرای آن وجود ندارد یا کارکرد قانونی معلوم و مشخصی ندارد یا صرفاً نوعی بیانیه سیاسی است که از طریق قانونگذاری اظهار شده است، جلوگیری شود؛ همچنین باید پرداختن به مسائل پیچیده به طور مستقیم در متن قانون موضوعه محدود شود و به این مسائل به طور غیرمستقیم، از طریق متون پیش‌قانونگذاری، ^۴ مانند

1. Lon L. Fuller, *Ibid.*, 1968, PP. 40-41.

2. Integrity of the Law

3. *Ibid.*, PP. 41-42.

4. *Travaux Préparatoires*

گزارش‌های توجیهی، پرداخته شود یا حتی پاسخ به آنها به رویه قضایی محول شود. از سوی دیگر معیارهای ضعیف و بی کیفیت تقنینی، به قاعده‌ای عمومی بدل گردیده و به ایجاد تورم قانون و ضعف کیفیت قانون منجر شده است. واضح است که مشکل فقط سیاسی نیست بلکه حقوقی و فنی نیز هست. به تقلید از انگ باید گفت مشکلات و نقایص قانون عبارت‌اند از: ۱. ماهوی؛ ۲. فنی؛ ۳. ابزاری.^۱ نقایص ماهوی ناشی از دغدغه‌های اخلاقی یا سیاسی یعنی منصفانه یا عادلانه نبودن قانون و از این قبیل است. نقایص دسته دوم ناظر بر ملاحظات زبانی و منطقی است به این معنا که قوانین غیرمنسجم^۲ و ناسازگار^۳ را مورد توجه قرار می‌دهد.^۴ و در نهایت دسته آخر که انطباق وسایل با اهداف تقنینی را بررسی می‌کند، یعنی ناظر به قوانین، بی‌نتیجه، بی‌اثر و ناکارآمد است.

با توجه به اینکه قانون ناقص و معیوب موجب تورم تقنینی است راه‌حل این مشکل، نه وضع قانون بیشتر، بلکه وضع قانون بهتر است. به نظر می‌رسد گام اول برای غنی کردن کیفیت قانون، داشتن چک‌لیست و مجموعه‌ای از پرسش‌هاست که وجود معیارهایی حداقلی را بررسی می‌کند. این چک‌لیست از سؤالات درباره مسائلی مانند مناسب بودن یا ضرورت داشتن قانون آغاز، و به مهم و اساسی بودن اهداف مورد نظر مقنن، که شامل تحلیلی از کفایت نظام‌مندی آن و رعایت سلسله‌مراتب قانون، توانایی آن برای اثربخشی و موفقیت قانون، قابل قبول بودن و پیش‌بینی‌پذیری قانون برای مردم و بررسی انتقادی پسینی و پیشینی^۵ علل و اسباب قانونگذاری، ختم می‌شود.

در این باره، لارس دی. اریکسون معتقد است: «قانونگذار باید تصمیم تقنینی خود را براساس تحلیل‌های جزئی از عواقبی که یک تصمیم تقنینی در آینده به بار خواهد آورد

1. Svein Eng, "Legislative Inflation and the Quality of Law" in Luc J. Wintensd (ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002, PP. 68-78.

2. Incoherent

3. Inconsistent

۴. این گونه‌شناسی عبارت است از الف) زبان‌شناسانه مانند مفاهیم، تعاریف و واژه‌های مبهم و ناروشن؛ ب) منطقی - نظام‌مند؛ مانند تضادها، تناقض‌ها و اطناب‌ها و نیز خلأها؛ ج) منطقی - دینامیکی: تضادهای هنجاری قواعد و تساقط اصول (Flores, 1995).

5. *Ex ante* and *Ex post*

بنا کند. قانونگذار باید توانایی پیش‌بینی آثار تصمیمات خود را داشته باشد^۱ علاوه بر این، از آنجاکه اصول قانونگذاری «خوب»، متضمن بررسی انتقادی دائم فرایند قانونگذاری و نیز محصول نهایی این فرایند است، بعضی ابعاد که ناگزیر به بهبود کیفیت لوایح در کل فرایند قانونگذاری منجر می‌شود باید مورد تصریح قرار گیرد:

مرحله پیش‌قانونگذاری:^۲ مشتمل است بر تهیه پیش‌نویس و آماده کردن خلاصه‌ای از اطلاعات در مورد مسئله و راه‌حل پیشنهادی، همراه با تحلیلی از مزایای آن در مقایسه با دیگر گزینه‌ها و هزینه‌ها. پیش‌نویس اولیه باید روشن، دقیق و بدون مفاهیم، تعاریف و اصلاحات مبهم و غیردقیق باشد.^۳ همچنین باید منسجم، سازگار و خالی از تضاد، تناقض و حشو باشد. علاوه بر این، قانون باید فاقد خلأها یا تعارض‌های هنجاری قواعد و تعارض اصول با یکدیگر باشد و نیز دارای تناسب بوده و از انتخاب ابزار نامتناسب با اهداف، پرهیز کند.

مرحله قانونگذاری: مشتمل است بر برگزاری جلسات استماع نظرات کارشناسی، ایجاد کمیسیون‌های ویژه (و اگر ضرورت داشته باشد کمیته‌های فرعی)، برگزاری نوعی مباحث مقدماتی درون کمیسیون‌ها، ارائه توصیه‌هایی در ضمن گزارش‌های کمیسیونی و حتی تعیین طول مدت مذاکرات به‌منظور پرهیز از سخنرانی‌های طولانی - که برای به تأخیر انداختن تصویب قانون و برقراری امکان اصلاح لایحه در صحن مجلس انجام می‌شود - با اعلام اینکه لایحه برای پرهیز از اضافه کردن متمم به آن، لایحه‌ای بسته^۴ است، و در نهایت بحث و تصویب لایحه پس از شور و مذاکره همراه با تأمل و صداقت.^۵

مرحله پس‌قانونگذاری:^۶ شامل مرحله تأیید یا تنفیذ مصوبه، بلافاصله پس از تأیید آن در

1. Lars D. Eriksson, "Making Society Through Legislation" in J. Wintgens (ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002.

2. Pre-Legislative

۳. همانندسازی یا استاندارد کردن تعاریف قانونی در قوانین موضوعه، و به‌طور کلی در نظام قانونی یا دست‌کم در بخشی از آن، مناسب و مطلوب به‌نظر می‌رسد.

4. Close-Rule

۵. در این خصوص، جریان اصلی فرایند قانونگذاری که عبارت است از مذاکره و به دنبال آن تصویب قانون، مرحله مذاکره و رایزنی، تا آنجا که به این سؤال مربوط است محوریت دارد و باید داشته باشد: آیا وجود یا عدم وجود مرحله مذاکره و رایزنی، باید تأثیری در تصمیم دادگاه از حیث انطباق قانون موضوعه با قانون اساسی (قانونی بودن) داشته باشد یا خیر؟ (Eskridge and Frickey, 1988: 336).

6. Post-Legislative

پارلمان و قبل از تبدیل آن به قانون لازم‌الاجرا از سوی قوه مجریه یعنی دستگاهی که می‌تواند آن را تصویب یا وتو کند، و یا حتی رد یا تنفیذ مصوبه از سوی یک دیوان قضایی که باید انسجام، سازگاری و نیز مطابقت آن با قانون اساسی (یا قانونی بودن) را مورد بررسی قرار دهد و مانند اینها. علاوه بر این، گرچه انتشار قانون به‌خودی‌خود به افزایش کیفیت قانون منجر نمی‌شود، اما ارتقای آگاهی و افزایش تبعیت مردم از قانون را موجب می‌شود. وجود دوره‌ای زمانی میان تصویب تا لازم‌الاجرا شدن قانون،^۱ ابزار مناسبی برای دستیابی به این هدف است که شهروندان، مقامات و مجریان قانون، از وجود قانون و اصلاحات وارد بر آن آگاه شوند. وجود این دوره زمانی، باید قاعده باشد و قوانینی که بلافاصله لازم‌الاجرا می‌شوند یا قوانینی که اثر آنها به گذشته تسری می‌یابد، باید استثنایی بر این قاعده شمرده شود. به‌هرحال، با توجه به استفاده از مواد تبصره‌ای^۲ و دستورالعمل‌های موقتی،^۳ لازم است به‌منظور پرهیز از سوءاستفاده از آنها، به‌صورت محدود استفاده شود و نیز در صورت استفاده از دستورالعمل‌های موقتی با توجه به اینکه در عمل اثری دائمی دارند، از آنها در متن اصلی قانون استفاده شود.

می‌توان گفت فلسفه قانونگذاری مستلزم و متضمن نوعی رویکرد ارزیابی اطلاعات - محور و بین‌رشته‌ای است به این معنا که باید از اقتصاد، اخلاق، داده‌پردازی، منطق، سیاست و نظایر آن کمک گیرد تا از عقلانیت قانون از حیث درستی استفاده از روش‌شناسی علمی و میزان کارآمدی فرایند قانونی و محصول نهایی آن اطمینان حاصل کند.

هنریش وینتر در جست‌وجوی مدل بحث و رایزنی فرایند قانونگذاری و ارزیابی نظام‌مند قانون^۴ می‌نامد می‌گوید: «کیفیت یک قانون که طی فرایندی تقنینی تولید می‌شود، وقتی ارتقا می‌یابد که اطلاعات قابل اتکا از شرایطی که یک قانون باید در آن شرایط عمل کند در دسترس باشد ... ارزیابی به ارزش فرایند تقنینی می‌افزاید، چرا که پیش‌فرض‌هایی را که یک قانون براساس آنها استوار است مورد بررسی و آزمون قرار می‌دهد، و امکان ارزیابی اطلاعات مربوط به کارکرد قانون و شرایطی که بر عملکرد آن تأثیر می‌گذارد را برای قانونگذار فراهم می‌کند. این اطلاعات فرایند قانونگذاری را

1. *Vacatio Legis*/"Legisvacancy"

2. Derogatory Clauses

3. Transitory Directives

4. Forum Model of the Legislative Process and Systematic Evaluation of Legislation

تشریح کرده و به کیفیت مباحثات درباره قانونگذاری [و همچنین خود قانون] کمک می‌کند.^۱

همچنین، به‌عنوان نمونه، ویم ورمنس از پردازش قانونگذاری^۲ سخن می‌گوید؛ به این معنا که استفاده از داده‌پردازی اطلاعات در فرایند قانونگذاری به‌طور کمی در تهیه پیش‌نویس قانون به‌معنای خاص، عقلانیت قانون را افزایش می‌دهد. این امر نه صرفاً به‌دلیل تهیه اطلاعات مورد نیاز در فرایند قانونگذاری، بلکه به‌دلیل انتخاب نوعی هوش مصنوعی برای حل مسائلی است که مبتنی بر اطلاعات تهیه شده است و به تهیه پیش‌نویس قانون ارتباط دارد. به این منظور ورمنس نظام طراحی و مشاوره تقنینی^۳ را ارائه داده است که از نوعی چک‌لیست براساس اصول راهنمای دولتی برای تهیه پیش‌نویس قانون در هلند استفاده می‌کند.^۴

۱-۲ عقلانیت قانون: صوری^۵ در مقابل ماهوی^۶

ایده ایجاد و اعمال عقلایی قانون یا ابتدای آن بر خرد و انطباق آن بر عقلانیت شکلی چیز تازه‌ای نیست و می‌توان پیشینه آن را تا دوره تدوین مجموعه قوانین بزرگ (کد) و این سخن مشهور که قانون مدون (کد) به‌کار بردن محض خرد است دنبال کرد. این ایده به‌طور عام در شکل‌گرایی حقوقی، و به‌طور خاص با طبقه‌بندی مشهور وبر^۷ از انواع سلطه و طبقه‌بندی انواع اندیشه حقوقی به اوج خود می‌رسد:^۸

1. Heinrich Winter, "The Forum Model in Evaluation of Legislation" in Luc J. Wintgens (ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002, PP. 146-148.

2. Legimatic

3. Legislative Design and Advisory System (LEDA)

4. W. Voermans, "Rationality in Legislation by Employing Informatic", in L. J. Wintgens(ed), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Hart Publishing, Oxford, 2002.

5. Formal

6. Substantial

۷. سه نوع متمایز عبارت‌اند از: سنتی، کاریزماتیک و قانونی. قسم اخیر از بنیان‌هایی عقلایی برخوردار است و براساس باور به قانونی بودن قواعد مصوب و حقانی بودن مقاماتی است که به‌موجب این قواعد به مناصب حکومتی برکشیده شده‌اند تا فرمان صادر کنند.

8. Max Weber, *Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology*, New York, Bedminster Press, (First published in 1922), 1968, PP. 212, 656-657.

ایجاد قانون^۱ و کشف^۲ آن هر دو می‌تواند عقلانی یا غیرعقلانی باشد. هنگامی که در قانونگذاری یا کشف قانون از ابزاری استفاده شود که در کنترل خرد نباشد، مانند توسل به الهام‌های غیبی یا مشابه آن که از لحاظ صوری، غیرعقلانی هستند، یا هر قدر تصمیمات تحت تأثیر عواملی انضمامی^۳ یک مورد خاص باشد به طوری که نه براساس هنجارهای کلی بلکه براساس اخلاق، احساسات یا سیاست در آن مورد خاص، اتخاذ شود، قانونگذاری یا کشف قانون به لحاظ ماهوی غیرعقلانی‌تر است. وضع یا کشف عقلانی قانون ممکن است صوری باشد یا ماهوی. همه قوانین شکلی دست‌کم از لحاظ صوری نسبتاً قوانینی عقلانی هستند؛ اما قانون شکلی تا حدی که خصوصیات کلی روشنی را در خود داشته باشد، چه در موضوعات ماهوی و چه صوری، عقلانی شمرده می‌شود. این شکل‌گرایی را می‌توان به دو نوع تقسیم کرد: ممکن است ویژگی‌های قانونی مربوطه، دارای طبیعت عینی و خارجی^۴ باشد به این معنا که آنها را می‌توان به‌عنوان داده‌های محسوس درک کرد.

پذیرش اوصاف خارجی واقعیت‌های بیرونی، مانند ادای کلماتی خاص، امضا کردن یا انجام یک عمل نمادین خاص که دارای معنای معین است، بیانگر دقیق‌ترین نوع شکل‌گرایی قانونی است. نوع دیگر قانون شکلی جایی است که خصوصیات مربوط به واقعیت از طریق تحلیل منطقی^۵ معنا نشان داده می‌شود و بر این اساس، مفاهیم حقوقی مشخص در قالب قواعد بسیار انتزاعی، صورت‌بندی و اعمال می‌شود. این فرایند عقلانیت منطقی^۶ اهمیت عناصر خارجی را کاهش می‌دهد و زبری شکل‌گرایی انضمامی^۷ را منعطف می‌کند. اما تقابل [عقلانیت شکلی] با عقلانیت ماهوی، شدیدتر است؛ چرا که این نوع عقلانیت بدان معناست که تصمیم‌گیری درباره مسائل حقوقی تحت تأثیر هنجارهایی متفاوت از آنهایی باشد که با تعمیم منطقی^۸ تفاسیر انتزاعی از معنا به دست

-
1. Law Making
 2. Law Finding
 3. Concrete Factors
 4. Tangible Nature
 5. Logical Analysis
 6. Logical Rationality
 7. Concrete Formalism
 8. Logical Generalization

می‌آید. هنجارهایی که عقلانیت ماهوی با آنها سازگاری بیشتری دارد عبارت‌اند از اوامر اخلاقی، قواعد سودانگاران و مبتنی بر مصلحت و اصول سیاسی، که همه آنها از شکل‌گرایی انواع ویژگی‌های بیرونی و نیز ویژگی‌هایی که در انتزاع منطقی استفاده می‌شود فاصله می‌گیرند. اما رویکرد خاص حرفه‌ای، حقوقی و انتزاعی به قانون در معنای مدرن تنها در معیاری امکان‌پذیر است که طی آن قانون ویژگی شکلی دارد. مادامی که شکل‌گرایی مطلق مبتنی بر داده‌های به‌دست آمده از طریق حس غلبه داشته باشد این نوع شکل‌گرایی در مغالطه^۱ غوطه‌ور است. فقط آن نوع روش انتزاعی که تفسیر منطقی معنا را به کار می‌گیرد اجرای نظام‌مند این وظیفه را امکان‌پذیر می‌سازد یعنی تدوین و عقلایی کردن انواع متعدد قواعد با ابزارهای منطقی می‌دهد که در یک مجموعه پیچیده از گزاره‌های قانونی انتزاعی دروناً سازگار که از نظر حقوقی معتبر شناخته می‌شود».

به‌طور خلاصه، اگر ایجاد قانون یا کشف آن، عقلانی، غیرعقلانی، صوری یا ماهوی باشد، در این صورت نتیجه این است که قانون یا الف) غیرعقلانی صوری،^۲ ب) غیرعقلانی ماهوی،^۳ ج) یا عقلانی صوری،^۴ و د) عقلانی ماهوی^۵ می‌تواند باشد. به‌علاوه، قانون عقلانی صوری ممکن است صوری به معنای بیرونی^۶ آن یا منطقی یا درونی^۷ باشد. و بر، عقلانیت را بر عدم عقلانیت، صوری را بر ماهوی و منطقی (یا درونی) را بر بیرونی ترجیح می‌دهد و بنابراین از نظر او عقلانیت صوری - منطقی^۸ بر دیگر اشکال تفوق دارد. آنچه مبهم باقی می‌ماند اینکه چرا او گزینه عقلانیت ماهوی را رد می‌کند؟ مبنای اصلی عدم پذیرش این نوع عقلانیت، ساده به نظر می‌رسد. این گزینه، فاقد عقلانیت صوری - منطقی است؛ چرا که عقلانیت ماهوی تحت تأثیر هنجارهایی است که از طریق تعمیم منطقی تفاسیر انتزاعی معانی به‌دست نمی‌آید و به این دلیل که، رویکرد

-
1. Casuistry
 2. Formally Irrational
 3. Substantive Irrational
 4. Formally Rational
 5. Substantively Rational
 6. Extrinsic
 7. Intrinsic
 8. Logical-formal Rationality

ناب حرفه‌ای، حقوقی و انتزاعی به قانون در معنای مدرن، فقط در روشی ممکن است که قانون دارای عقلانیت صوری باشد.

دغدغه اصلی ما یافتن اشکال محتمل عقلانیت ماهوی است و اینکه چه نوعی از آن با قانون قابل جمع است. اما در وهله اول، باید انتقاد خود را از عقلانیت صوری - منطقی کامل کنیم. این قرائت بی‌مقدار و کم‌مایه از عقلانیت قانونی، فقدان نظریه قانونگذاری را تقویت می‌کند. اگر وضع قانون را از عقلانیت قانونی کنار بگذاریم، تنها چیزی که باقی می‌ماند، اعمال قانون یعنی قضاوت است. بدین منظور بهتر است دوباره نظر و بر را نقل کنیم: ^۱ «علم حقوق امروزی، حداقل در اشکالی که به بالاترین حد از عقلانیت روشمندان و منطقی رسیده است یعنی عملی که حاصل حقوق نوشته حقوق دانان رومی^۲ است حاصل پنج فرضیه است: اول، هر تصمیم قانونی انضمامی باید اعمال یک گزاره قانونی انتزاعی بر یک واقعیت بیرونی عینی باشد. دوم اینکه بتوان در هر مورد معین [مشابه] این تصمیم را از گزاره‌های قانونی انتزاعی به روش منطقی قانونی استخراج کرد. سوم اینکه، قانون بایستی واقعاً یا مجازاً یک نظام فاقد خلأ از گزاره‌های قانونی را ایجاد کند، یا حداقل چنان وانمود شود گو اینکه نظام قانونی یک نظام فاقد خلأ^۳ است. چهارم هر آنچه را نتوان از نظر قانونی به‌طور عقلایی تفسیر کرد فاقد اهمیت قانونی تلقی می‌شود و پنجم اینکه هر عمل اجتماعی انسان باید یا با اعمال یا اجرای احکام قانونی یا نقض آنها در ذهن مجسم شود زیرا فاقد خلأ بودن نظام قانونی باید به بی‌خلأ بودن نظام قانونی حاکم بر همه رفتارهای اجتماعی منجر شود».

و بر در عبارات یاد شده، عقلانیت قانونی را به‌صورت نوعی عقلانیت صوری - منطقی توصیف می‌کند که واجد این ویژگی‌هاست: ۱. اعمال گزاره قانونی انتزاعی بر واقعیت عینی؛ ۲. استنتاج (قیاس) هر مورد خاص از این گزاره‌های انتزاعی قانونی؛ ۳. نظامی بدون خلأ از گزاره‌های قانونی؛ ۴. نظامی بر مبنای تفسیر استنباطی^۴؛ و ۵. نظم‌بخشی قانونی بدون خلأ به همه رفتارهای اجتماعی. همه اینها عقلانیت قانونی مختصری را

1. Max Weber, Ibid.
 2. Pandectists
 3. Gapless System
 4. Construal Interpretation

تشکیل می‌دهند که عقلانیت صوری - منطقی نامیده می‌شود و حتی بدتر از آن تشکیل‌دهنده نوع ابتر از این نوع عقلانیت است که منحصرأ بر اجرای قانون به شیوه تفسیر استنباطی، استنتاج و (قیاس) و اعمال گزاره‌های قانونی انتزاعی بر واقعیت‌های مشخص در عالم خارج یا یک نظام حقوقی فاقد خلأ مجازی که یک نظم قانونی فاقد خلأ را برای هرگونه رفتار اجتماعی ایجاد می‌کند تمرکز می‌کند.

با ظهور مجدد نظریه‌های حقوقی استدلالی، رویکرد به عقلانیت قانونی، نه صرفاً منطقی، بلکه زبانی^۱ و گفت‌وگویی است.^۲ قانون نیازمند موجه‌سازی درونی - صوری^۳ و بیرونی - ماهوی^۴ است.^۵ به همین ترتیب، مانوئل آتینزا نظریه معیار^۶ در استدلال حقوقی را، بر این اساس که صرفاً تمایل دارد بر قضاوت به‌عنوان فرایند اجرای قانون تمرکز کند، مورد نقد قرار داده است، درحالی‌که درواقع استدلال حقوقی^۷ در قانونگذاری به‌مثابه فرایند ایجاد قانون نیز نقش اساسی ایفا می‌کند.^۸

بنابر نظر هنری ام هارت و آلبرت ام ساکس: «قانون کاری انجام می‌دهد و درواقع فعالیتی هدفمند و تلاشی آگاهانه برای حل مسائل اساسی زندگی اجتماعی است».^۹ براساس دیدگاه آنها درباره فرایند قانونی، قوانین موضوعه که به‌عنوان عملی هدفمند،

1. Rhetorical

2. Eveline T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1999, PP. 15-19.

3. Internal-Formal

4. External-Sustantial

۵. آلبرت کالزامیگلیا (Calsamiglia) بین عقلانیت پارامتریک (Parametric) و استراتژیک (Strategic) قائل به تمایز می‌شود. درحالی‌که در اولی هنجارها تنها متغیری هستند که کفایت می‌کند، در دومی هنجارها و عواقبی که آنها به بار می‌آورند با یکدیگر در تعامل هستند و دائماً یکدیگر را تعریف و بازتعریف می‌کنند. او همچنین استدلال می‌کند که عقلانیت در قانون و حقوق، نه فقط عقلانیت پارامتریک، بلکه بیشتر عقلانیت استراتژیک است (Calsamiglia, 1989: 124-125, 142). چنان‌که اریکسون خاطر نشان کرده است، انسجام و سازگاری قانون مسئله اساسی قانونگذار نیست. وظیفه اصلی قانونگذار، تولید قوانینی است که عواقب آن با اهداف در نظر گرفته شده منطبق باشد (Erikson, Ibid.: 47).

6. Standard Theory

7. Legal Argumentation

8. Atienza, Manuel (1990), "Para una teoria de la argumentación jurídica" *Doxa*, No. 8.

9. Henry M., Hart and Albert M., Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, (Unpublished Manuscript Tent (ed.), 1958), 1958, P. 166.

برای رسیدن به یک مقصد معین طراحی شده است، به همان اندازه آرای قضایی، منبع حقوق به شمار می‌رود و لازم است مانند آنها موجه‌سازی شود. بنابراین، عقلانیت قانونی به همان اندازه که در قضاوت اهمیت دارد در قانونگذاری نیز مهم است. موجه‌سازی آرای قضایی به همان اندازه اهمیت دارد که موجه‌سازی تصمیمات تقنینی؛ یعنی موجه‌سازی خود قاعده؛ و نیز ضمانت اجراهای مرتبط آنها اعم از منفی یا مثبت، فزاینده یا کاهنده؛ غایات، اهداف و مقاصد و نیز منافع، اصول و ارزش‌ها دارای اهمیت است. حصول اطمینان از اینکه عقلانیت قانونی برای قانونگذاری ضروری و مهم است، بدین معنا نیست که عقلانیت قانونگذاری چیزی متفاوت از عقلانیت قضاوت است (چنان که دیگر نویسندگان معتقدند). به‌عنوان نمونه، توری معتقد است: «عقلانیت قانونگذاری باید با معیارهایی متفاوت از عقلانیت قضاوت و علم حقوق ارزیابی شود».^۱ برعکس، به نظر می‌رسد قانونگذاری برای اینکه از نقطه‌نظر حقوقی، عقلانی شمرده شود، نیازمند معیارهایی متفاوت از آنچه که برای سایر فرایندهای قانونی، مانند قضاوت به کار می‌رود، نیست. ما با نظریه آتینزا^۲ موافق هستیم که استدلال می‌کند حداقل پنج مدل مختلف عقلانیت در استدلال حقوقی وجود دارد که می‌تواند بر قانونگذاری اعمال شود: عقلانیت زبانی^۳ (عقلانیت اول)، عقلانیت صوری - قانونی^۴ (عقلانیت دوم)، عقلانیت عمل‌گرایانه^۵ (عقلانیت سوم)، عقلانیت غایت‌مدارانه^۶ (عقلانیت چهارم)، و عقلانیت اخلاقی^۷ (عقلانیت پنجم). هیچ‌یک از اینها دیگری را نفی نمی‌کند یا متضمن دیگری نیست بلکه همه آنها می‌توانند در نوعی عقلانیت حقوقی فراگیر قضایی یا قانونگذاری و در همه فرایندهای قانونی گنجانده شود.

1. Kaarlo Tuori, "Legislation Between Politics and law" in Luc J. Wintgensced, *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002b.

2. Manuel Atienza, "Sociología Jurídica y ciencia de la legislación", in R. Bergalli (coord.), *El Derecho y us Realidades. Investigación y Enseñanza de la Sociología Jurídica*, Barcelona, PPU, 1989a; Manuel Atienza, "Contribución a la teoría de la legislación", *Doxa*, No. 6, 1989b; Manuel Atienza, *Contribución a la teoría de la legislación*, Madrid, Tecnos, 1997a.

3. Linguistic Rationality

4. Legal-Formal Rationality

5. Pragmatic Rationality

6. Teleological Rationality

7. Ethical Rationality

علاوه بر این، برخی تمایزها مفید به نظر می‌رسد: اولاً، در حالی که عقلانیت نوع اول و چهارم شبیه یکدیگر است، به این معنا که آنها در مفهوم عقلانیت ابزاری^۱ (در معنای موسع) یعنی در تناسب ابزارها و اهداف شبیه یکدیگرند، اما این امر در خصوص عقلانیت نوع پنجم صادق نیست؛ زیرا متضمن عقلانیت اخلاقی^۲ برای توجیه اخلاقی ابزارها و اهداف است. ثانیاً، گرچه عقلانیت اول و چهارم عقلانیت‌های ابزاری است (در معنای موسع)، اما عقلانیت اول و دوم، عقلانیت درونی یا فنی^۳ را ضروری می‌دانند که هدفش حفظ انسجام درونی و سازگاری منطقی قانون است (هم از حیث زبانی و هم شکلی - قانونی به عنوان عقلانیت تکلیف‌مدار^۴)، و عقلانیت سوم و چهارم که به ضرورت عقلانیت بیرونی یا ابزاری (در معنای مضیق) اشاره دارد که در سودای دستیابی به نوعی کارآمدی، اثرگذاری و نتیجه‌بخشی بیرونی ذیل عنوان عقلانیت نتیجه‌گرا^۵ است. ثالثاً، اگرچه عقلانیت سوم و چهارم، بیرونی یا ابزاری محسوب می‌شوند (در معنای مضیق) که متضمن برقراری نوعی انطباق میان ابزارها و اهداف است، اما عقلانیت سوم متضمن اجرا و رعایت کارآمدی عمل‌گرایانه و عقلانیت چهارم از حیث غایت‌شناسانه در پی تحقق مؤثر اهداف و حتی دستیابی به کارآمدی با حداقل هزینه ممکن است. رابعاً، عقلانیت نوع اول و دوم، نماینده عقلانیت دگماتیک سنتی و صورتی^۶ است و عقلانیت سوم و پنجم، نماد عقلانیت غیرسنتی - دگماتیک و ماهوی^۷ است. خامساً، عقلانیت سوم و پنجم دربردارنده عقلانیت ماهوی، عقلانیت سوم و چهارم بیانگر عقلانیت ماهوی بیرونی هنجارها و پیامدهای آن و عقلانیت پنجم بیانگر عقلانیت ماهوی درونی محتوای قواعد و اصول‌اند. به دیگر سخن، عقلانیت قانونی نه تنها دربرگیرنده عقلانیت صورتی - درونی است (عقلانیت اول و دوم) بلکه نوعی عقلانیت ماهوی بیرونی (عقلانیت سوم و چهارم) و عقلانیت ماهوی درونی نیز شامل می‌شود (عقلانیت پنجم)^۸. بنابراین، عقلانیت صورتی که اساساً

1. Instrumental Rationality
2. Principled Rationality
3. Ethical or Technical Rationality
4. Deontological Rationality
5. Consequential Rationality
6. Traditional-dogmatic and Formal Rationality
7. Non-Traditional-dogmatic and Substantial Rationality

۸. می‌توان گفت این گونه‌شناسی، برخلاف تفاوت در واژگان، با توصیف جامع‌انگ (Eng, 2002: 68-78) درباره نقایص ←

درونی و فنی است (عقلانیت اول و دوم) باید با نوعی عقلانیت ماهوی که می‌تواند یا بیرونی یا ابزاری (عقلانیت سوم و چهارم) و درونی یا اخلاقی (عقلانیت پنجم) باشد منطبق و تکمیل شود. به‌طور خلاصه، عقلانیت ماهوی که به‌درستی ممکن است به قانون ملحق شود، از یک سو نسبت به عقلانیت ماهوی وسیله - هدف، بیرونی و ابزاری است، و از سوی دیگر نسبت به توجیه ماهوی ابزارها و اهداف، درونی و اخلاقی محسوب می‌شود.

۲ فلسفه قانونگذاری: مشروطه‌خواهی / قانونگرایی

در این بخش، هدف یافتن جای مناسب فلسفه قانونگذاری در تحلیل حقوقی یا قضایی از رهگذر مقایسه آن با مشروطه‌خواهی و قانونگرایی است. برای انجام این کار ابتدا باید دوباره به این مطلب اشاره کنیم که چرا قانونگذاری مورد غفلت قرار گرفته و چرا ضروری است این وضعیت تغییر کند. سپس نظریه حقوقی‌ای را که تا چندی پیش بر آن پافشاری می‌شد نقد کرده و نظریه جایگزین را شرح می‌دهیم. آنگاه بعضی تمایزات سنتی مانند قضاوت - قانونگذاری، اجرای قانون یا کشف آن و ایجاد قانون یا قانونگذاری،

→ تقنینی منطبق است: نقایص مادی یا ماهوی (عقلانیت پنجم)، نقایص فنی (عقلانیت اول و دوم)، نقایص وسیله - هدف (عقلانیت سوم و چهارم). حتی با طبقه‌بندی توری (Touri, 2002: 104-107) از عقلانیت تقنینی نیز انطباق پذیر است: عقلانیت عینی (عقلانیت سوم و چهارم)، عقلانیت درونی (عقلانیت اول و دوم)، عقلانیت هنجاری (عقلانیت پنجم).
گرچه این ادعا که عقلانیت تقنینی با عقلانیت قضاوت و علم حقوق متفاوت است، در بخش بعد بررسی می‌شود. اما می‌توان گزارش توری را در این خصوص ذکر کرد. قانونگذاری در مقایسه با دیگر اقدامات حقوقی با → یک جنبه از عقلانیت توصیف می‌شود که نظیری در قضاوت و علم حقوق ندارد که توری آن را «عقلانیت ذهنی» می‌نامد؛ این نوع عقلانیت با «عقلانیت ماهوی بیرونی» که ما مطرح کردیم (عقلانیت سوم و چهارم) منطبق است. او حتی معتقد است که نه تنها دو نوع دیگر عقلانیت، که او آنها را عقلانیت «درونی» و «هنجاری» می‌نامد (که با عقلانیت شکلی درونی (عقلانیت اول و دوم) و عقلانیت ماهوی درونی (عقلانیت پنجم) که ما مطرح کردیم منطبق است) در ارزیابی قضایی و علم حقوق بسیار مهم است، بلکه «عقلانیت عینی ... مستقیماً در این زمینه از اقدامات قضاوت و علم حقوق واجد اهمیت نیست». در نهایت او این دلیل را مطرح می‌کند که چون در قضاوت و علم حقوق، معمولاً استدلال، دیدگاه قاضی را تعیین می‌کند، لذا از عقلانیت هدفی (Purposive Rational) که مدل غالب و رایج در قانونگذاری است دور می‌شود. او نتیجه‌گیری می‌کند که «اهمیت بعد عقلانیت هدفی، منعکس‌کننده غلبه بعد سیاسی در اقدامات تقنینی است: قانون به وسیله تصمیم‌گیرندگان سیاسی به‌مثابه ابزاری برای دستیابی به اغراض سیاسی مورد استفاده بوده است و از این منظر، توفیق یا شکست آن از حیث عقلانیت هدفی ارزیابی قرار می‌گیرد» (Touri, 2002: 106-107).

قضات - قانونگذاران، دادگاه‌ها - قوای قانونگذاری و مانند اینها که تمایز ظاهری میان حقوق و سیاست را تقویت می‌کند به چالش می‌کشیم.

فقدان نظریه قانونگذاری (یا فلسفه قانونگذاری) را به تقلید از وینتگنس، می‌توان به روشی بسیار ساده توضیح داد: «به دلیل استیلای نظریه حقوقی و عقلانیت صوری آن، جایی برای نظریه قانونگذاری وجود ندارد». نبود نظریه‌ای درباره قانونگذاری و محدود شدن دانش حقوقی به دانش آرای قضایی را می‌توان از رهگذر فروکاستن حقوق به یک نظام (کامل) از قواعد قانونی مبتنی بر یک الگوی شبه‌شناختی^۱ از تفکر حقوقی، بهتر تبیین کرد.^۲

نظریه قانونگذاری خواه به دلیل نظریه‌های مدرن حقوق طبیعی،^۳ که براساس آن قانون موضوعه^۴ اگر به درستی از حقوق طبیعی استنتاج شده باشد مشروع تلقی می‌شود، و خواه به دلیل اثبات‌گرایی حقوقی،^۵ که طی آن قانون موضوعه صرفاً با استناد به [فرمان] حاکم مشروعیت می‌یابد، به راحتی غیرضروری شمرده می‌شود. در این طرز تلقی، قانون از یک سو مبتنی بر معرفت^۶ به حقوق طبیعی است و از سوی دیگر مبتنی بر تصمیم قانونگذار^۷. در اولی به دلایل معرفت‌شناختی^۸ هیچ نیازی به نظریه قانونگذاری جدای از نظریه حقوق طبیعی وجود ندارد. در دومی (قانون مبتنی بر تصمیم قانونگذار) نیز جایی برای نظریه علمی قانونگذاری باقی نمی‌ماند، زیرا این امر [قانونگذاری] را انتخابی سیاسی^۹ می‌داند؛ به همین دلیل انتزاعی و غیرعقلانی تلقی می‌شود که بدین ترتیب حداقل از نظر حقوقی، احتمال ارائه یک نظریه عقلایی و عینی درباره قانونگذاری را منتفی می‌کند.

کوتاه سخن، فقدان نظریه قانونگذاری، نتیجه درک محدود از رابطه متقابل علم یا

-
1. Pseudo-Cognitive Pattern
 2. Luc J. Wintgens, *Ibid.*, 2002b, P. 14.
 3. Modern Natural Law
 4. Positive Law
 5. Legal Positivism
 6. Knowledge
 7. Decision of Legislator
 8. Epistemological Reasons
 9. Political Choice

نظریه و قانون به‌طور کلی، و اثبات‌گرایی حقوقی علمی^۱ به‌طور خاص است: «در اینجا بعضی مقایسه‌ها میان اثبات‌گرایی حقوقی و همتای آن در علوم [تجربی] مفید به‌نظر می‌رسد. اثبات‌گرایی علمی، هر نوع تحقیقی که خود را ورای پدیده‌های عینی قرار می‌دهد نکوهش می‌کند و به ماوراءالطبیعه [متافیزیک] اعتقادی ندارد. اثبات‌گرایی علمی پیشاپیش، هرگونه تبیینی را به‌عنوان علت نهایی رد می‌کند. برنامه تحقیقی اثبات‌گرایی علمی، ترسیم قوانین قابل تشخیص در مورد پدیده‌های طبیعی است، آن هم هنگامی که برای انسان عینیت یافته باشند بدون پرسش از اینکه آن پدیده‌ها چگونه به این مرحله رسیده‌اند. درخصوص ایجاد محدودیت‌ها برای تحقیق، شباهت‌های واضحی میان اثبات‌گرایی علمی و حقوقی وجود دارد. اثبات‌گرایی حقوقی، توجه خود را به قانون معطوف می‌کند؛ یعنی جایی که از درون فرایندی نهادی، قانون به‌وجود می‌آید. تحقیق و بررسی اثبات‌گرایی حقوقی معطوف به محصول نهایی این فرایند؛ یعنی قانون است. اینکه چگونه این قانون ایجاد شده و چه تلاش‌های انسانی در ایجاد آن دخالت داشته، برای اثبات‌گرایی حقوقی بی‌اهمیت است»^۲.

این عقیده با نظریه تفکیک قوا، که بر فرض جدایی حقوق و سیاست استوار است، تقویت شد. این تمایز که تا چندی پیش بر تفکر حقوقی (و سیاسی) غلبه داشت، بر آن است که ایجاد و آفرینش قانون از رهگذر قانونگذاری به حوزه سیاست و اعمال قانون از رهگذر قضاوت، به قلمرو حقوق تعلق دارد. این تمایز آشکار میان قانون یا [هنجار] بدیل به قانون شده^۳ و غیر قانون یا [هنجار] هنوز به قانون تبدیل نشده^۴ مانع هرگونه نظریه‌پردازی علمی یا حقوقی درباره قانونگذاری شد. در این الگو، قانونگذاری به‌مثابه ایجاد قانون، فعالیتی سیاسی و حاکمیتی تلقی می‌شود، برخلاف قضاوت به معنای اجرای قانون. رویکرد اعمال قانون که در اصل رویکرد قانونگذار نسبت به حقوق طبیعی بود، اکنون در رویکرد قاضی نسبت به قانون موضوعه تجلی می‌یابد.^۵ علاوه بر این، نظریه

1. Scientific Legal Positivism

2. Lon L. Fuller, *Ibid.*, 1968, PP. 177-178.

3. Already-law

4. Non-yet-law

5. Luc J. Wintgens, *Ibid.*, 2002b, P. 12.

تفکیک قوا عبارت است از ایده ایجاد محدودیت برای جلوگیری از سوءاستفاده از اجرای قدرت سیاسی و مفهوم حکومت براساس قانون. بنا به فرض، حاکمیت قانون، مستلزم تفوق قانون و قانونگرایی است. اما براساس مفهوم سنتی، چنین تفوقی نه با قانون بلکه با پاره‌ای اصول سیاسی مانند غلبه اکثریت (بر اقلیت) و تفوق قوه قانونگذاری (بر قوه قضائیه) مشخص می‌شود. به‌طور متناقض‌نمایی برتری قانون، تابع قدرت فائده سیاسی شده است و حاکمیت به غلبه و سلطه اکثریت قوه مقننه فروکاسته شده است.

از نظر طرفداران الگوی سنتی قانونگرایی، تفکیک قوا تأکید بسیار زیادی بر تفوق قوه مقننه بر قوه قضائیه و سلطه سیاست بر حقوق دارد. برای برقراری موازنه مجدد میان رابطه متقابل تقنین - قضاوت و حقوق - سیاست، باید درک جدیدی را از این رابطه که در آن نوعی موازنه وجود دارد جایگزین کنیم. لازمه تفکیک قوا، نه غلبه یا تفوق، بلکه نوعی موازنه و هم‌سنگی است که نمونه بارز آن، مشروطه‌خواهی^۱ همراه با نظارت و تعادل است.^۲

۲-۱ قانونگرایی

جودیت آن شکلر نشان می‌دهد که هم نظریه‌های حقوق طبیعی و هم اثبات‌گرایی حقوقی «به قضات اجازه می‌دهد که باور کنند همواره قاعده‌ای در جایی وجود دارد که آنها از آن قواعد تبعیت کنند».^۳ حقوق طبیعی‌گرایی^۴ و اثبات‌گرایی حقوقی^۵ با همه تفاوت‌هایشان در یک امر اشتراک دارند و آن گرایش شدید به قانونگرایی است که عبارت‌اند از: «موضعی اخلاقی که افعال اخلاقی را موضوعی می‌داند که تابع قاعده است و اینکه روابط اخلاقی، شامل تکالیف و حقوقی است که به‌وسیله قواعد تعیین می‌شود».^۶

1. Constitutionalist

2. Imer B. Flores, "Assessing Democracy and Rule of Law: Access to Justice" in A. Peczenik (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress. Part 1: Justice*, Stuttgart, Fran Steiner Verlag (ARSP-BEIHEFT 95), 2003b.

3. Judith N. Shklar, *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Cambridge, Massachusetts-London, England, Harvard University Press. (First published in 1964), 1986, P. 12.

4. Iusnaturalism

5. Iuspositivism

6. *Ibid.*, P. 1.

قانونگرایی تنها یک ایدئولوژی درون حرفه حقوقی به‌عنوان یک کلیت اجتماعی یا ایدئولوژی عمل برای حقوق‌دانان و آنهایی که تفکر قاعده - محور^۱ دارند نیست،^۲ بلکه علاوه بر این، بستر نوعی نظریه حقوقی^۳ است که متضمن نگاه قاعده - محور به امور و نوعی گرایش است که خیال می‌کند قانون به‌سادگی در عالم خارج وجود دارد^۴ و از غیر قانون^۵ هم جدا شده است.

حقوق، واجد تاریخ مستقل و مجزا، «علم»^۶ و ارزش‌های^۷ خاص خود است که به‌صورت «مجموعه‌ای» جدا از تاریخ اجتماعی عمومی، نظریه اجتماعی عمومی، سیاست و اخلاق تلقی می‌شود. عادت ذهنی، که با رویه‌های دادگاه‌های حقوق در باثبات‌ترین نظام‌های حقوقی سازگار است، تا حد ارائه نوعی نظریه و ایدئولوژی حقوقی در چارچوب یک نظام فکری و ارزشی کامل توسعه پیدا کرده است. این رویه در دستیابی به غایات خود به‌خوبی از پس وظیفه‌اش برآمده است: هدف این رویه، محافظت از حقوق در برابر ملاحظات نامرتب است؛ اما این کار به جدایی تفکر حقوقی از سایر اندیشه‌ها و تجربیات تاریخی منجر شده است. این در دسترس بودن قانون،^۸ در چارچوب تفکر قانونگرایی باعث به‌وجود آمدن این نگرش شده است که نیازی به نظریه‌ای درباره قواعد وجود ندارد؛ زیرا تنها چیزی که باید به آن توجه شود، خود قواعد است.^۹ اما این‌گونه نیست، قانون حاضر و آماده در عالم خارج وجود ندارد، بلکه باید قانون را بخشی از زنجیره اجتماعی^{۱۰} محسوب کرد:

«در یک‌سو نهادها و ارزش‌های قانون‌گرایانه، تعابیر بسیار شناخته و منقح شده دادگاه‌های حقوق و قواعدی قرار گرفته که دادگاه‌ها از آنها تبعیت می‌کنند و در سوی دیگر، اخلاق شخصی همه ابنای بشر اعم از مرد و زن قرار دارد که دیدگاه‌شان درباره خیر عبارت است از اطاعت از قواعدی که به‌درستی تکالیف و حقوق‌شان را معین کرده

1. Rule-Oriented
2. Ibid., PP. VII-VIII, 5.
3. Roberto Mangabeira Unger, Ibid., 1986, 1996.
4. Judith N. Shklar, Ibid., PP. ix-x and 35.
5. Ibid., PP. 2-3.
6. Science
7. Values
8. Thereness of Law
9. Luc J. Wintgens, Ibid., 2002b, P. 12.
10. Social Continuum

است. در میانه این دو، حوزه وسیعی از عقاید اجتماعی و نهادهای کم‌وبیش متصلب و مشخص وجود دارد که با درجات مختلف به فرهنگ قانونگرایی وابسته‌اند. این امر، رویکردی مناسبی را به قانون به مثابه پدیده‌ای تاریخی فراهم می‌کند و باید جایگزین بازی بی‌حاصل تعریف قانون، اخلاق و سیاست شود که می‌خواهد آنها را به‌عنوان مفاهیمی خالص^۱ و تهی^۲ از یکدیگر تفکیک کند و میان آنها پیشینه تاریخی مشترک و وضعیت فعلی‌شان جدایی بیافکند.^۳

فقدان نظریه قانونگذاری و فروکاستن علم حقوق به مطالعه قضاوت در نظریه قانونگرایی را می‌توان با کاستن حقوق به قواعد فارغ از ریشه‌های آن تبیین کرد. قانونی بودن به‌عنوان جنبه شکلی قواعد حقوقی، شرط لازم و کافی برای حقوقی بودن قواعد است. این امر بدون تردید به تورم تقنینی (افزایش کمیت) و افت کیفیت قانون منجر می‌شود؛ زیرا (از این منظر) شرایط دیگری سواى شرایط شکلی برای به‌وجود آمدن یک قاعده و معتبر بودن آن وجود ندارد. تا وقتی که نظام حقوقی نوعی نظارت از حیث انطباق قانون با قانون اساسی و کنترل قضایی را اعمال کند، احتمال نوعی کنترل وجود دارد؛ اما قانونگرایی، انطباق با قانون اساسی^۴ و عقلانیت حاکمیت قانونگذار^۵ را پیش‌فرض می‌گیرد.

۲-۱-۱ قانونگرایی قوی و ضعیف

با توجه به اینکه قانونگرایی، سابقه مسلط بر اندیشه نظریه حقوقی^۶ درباره قواعد است، هر نوع رویکرد انتقادی به تفکر حقوقی ضرورتاً در بیرون نظام حقوقی قرار می‌گیرد؛ زیرا انتقاد از موضع درونی امکان‌ناپذیر است. بدین ترتیب، هر نوع انتقاد از قانون موضوعه، بیرونی است. ظاهراً، از آنجاکه نظریه قانون^۷ در درون نظریه حقوقی مورد غفلت واقع شده است، هر نوع نظریه نسبت به قانون ناگزیر باید بیرونی باشد و بنابراین حقوقی نخواهد بود.

-
1. Pure
 2. Empty
 3. Judith N. Shklar, *Ibid.*, P. 3.
 4. Constitutionality
 5. Rationality of the Legislator's Ruling
 6. Theory of Law
 7. Theory of Legislation

در این شکل قانونگرایی که وینتگنس آن را قانونگرایی قوی^۱ می‌نامد، قانونگرایی شرط لازم و کافی برای وجود و معنای قانون است. در مقابل، در نوعی از قانونگرایی که وینتگنس آن را قانونگرایی ضعیف^۲ می‌نامد قانونی بودن یا اعتبار شکلی قاعده، فقط شرط ضروری و نه کافی برای به‌وجود آمدن قانون است و این ایده که قواعد به‌خودی‌خود معنایی دارد نباید پذیرفته شود.^۳ قواعد و معنا به‌سادگی در دسترس نیستند و مشکل به‌دست می‌آیند.^۴

علاوه‌بر واقع‌نماگرایی^۵، به‌عنوان یکی از ویژگی‌های قانونگرایی که در نظریه‌های حقوق طبیعی و اثبات‌گرایی حقوقی مشترک است مبنی بر اینکه حقوق نمایانگر واقعیت است، قانونگرایی قوی ترکیبی از چهار مشرب فکری دیگر است که عبارت‌اند از: «[ازلی بودن یا] زمان‌مند نبودن^۶، ابزارگرایی پنهان^۷، دولت‌گرایی^۸ و [منطق‌گرایی^۹ یا به عبارت درست‌تر، اثبات‌گرایی] روش علمی [تجربی] مطالعه حقوق».^{۱۰}

در مقابل، اندیشه قانونگرایی ضعیف این چالش را مطرح کرد که فقط یک نظریه نمایانگر واقعیت خارجی وجود ندارد بلکه نظریه‌هایی راجع به واقعیت وجود دارد. همچنین قانونگرایی ضعیف ایده‌های ذیل را مطرح کرد: اعتقاد به موقتی بودن^{۱۱} به این معنی که عقلانیت قانون، قانونگذار را ناگزیر می‌سازد که جنبه موقتی عمل انسان را جدی بگیرد؛ موقتی بودن موجه‌سازی قاعده، ضمانت اجراهای مرتبط باهم، غایات، اهداف و مقاصد،

1. Strong Legalism

2. Weak Legalism

3. Luc J. Wintgens, *Ibid.*, 2002b, P. 19.

۴. قواعد به‌خودی‌خود (*per se*) فاقد معناست و از رهگذر تفسیر واجد معنا می‌شود: معنا بر چیزی حمل می‌شود و حاصل تفسیر است. بنابراین نادرست است که بگوییم قواعد از پیش واجد معنا هستند تا جایی که نیازی به تفسیر ندارد؛ زیرا طبق این جمله مشهور، قانون صریح نیازی به تفسیر ندارد (*Clara Non Sunt Interpretanda*) برعکس، صراحت یا ابهام یک قاعده نتیجه تفسیر آن است: این مفسر است که می‌گوید یک قاعده روشن است یا مبهم ... (Flores, 2003a, Wintgens, 2003, and Cohen, 1986).

5. Representationalism

6. Timelessness

7. Concealed Instrumentalism

8. Etatism

9. Logicism

10. Luc J. Wintgens, *Ibid.*, 2005.

11. Temporalism

نتایج و نیز منافع، اصول و ارزش‌ها قواعد که به معنای ابزارانگاری آشکار^۱ است، و نیز سنجش و مقایسه گزینه‌ها و ممکنات عینی برای یک جامعه که به معنای جامعه‌گرایی^۲ است؛ و روش متفاوت مطالعه حقوق یعنی چیزی غیر منطق‌گرایی^۳ یا غیر از اثبات‌گرایی^۴. از مقایسه میان قانونگرایی قوی و ضعیف نتایج زیر به دست می‌آید: نخست اینکه در قانونگرایی قوی فرایند ایجاد (و اعمال) قواعد، باز تولید مستقیم^۵ واقعیت تلقی می‌شود در حالی که در قانونگرایی ضعیف این امر فقط ایجاد قواعد تلقی می‌شود و به هیچ وجه بازسازی مستقیم واقعیت محسوب نمی‌شود، بلکه این عمل به طور غیرمستقیم صورت می‌گیرد. دوم اینکه در قانونگرایی ضعیف، عقلانیت قانونگذار در موجه‌سازی قاعده است در حالی که این پیش فرض در قانونگرایی قوی وجود ندارد. سوم اینکه در قانونگرایی قوی، قضات، قوانینی را اعمال می‌کنند که قانونگذاران آن را وضع کرده‌اند در حالی که در قانونگرایی ضعیف، قضات و قانونگذاران، هم قانون را اجرا و هم آن را ایجاد می‌کنند؛ چهارم اینکه در قانونگرایی ضعیف، قاضی و قانونگذار از قواعد تبعیت می‌کنند، در حالی که در قانونگرایی قوی چنین نیست و تنها قضات هستند که از قواعد تبعیت می‌کنند؛ زیرا قانونگذار به مثابه حاکم نمی‌تواند به قواعد ملتزم باشد و اگر چنین باشد، نباید آن را به عنوان حاکم در نظر گرفت.

۲-۲ مشروطه‌خواهی

چنان که شکلر خاطر نشان می‌کند: «نه تنها فهم قانونگرایی مهم است بلکه طرح راه‌های دیگر تفکر درباره حقوق نیز اهمیت دارد».^۶ تمایز میان قانونگرایی قوی و ضعیف در فهم قانونگرایی مفید است؛ اما مجموعه‌ای دیگر از تمایزها برای یافتن راه دیگر تفکر درباره حقوق ضروری است. نوعی تمایز مضاعف، در وهله اول مستلزم تمایز میان قانونگرایی و مشروطه‌خواهی و در وهله دوم تمایز میان تعبیری ضعیف و قوی از مشروطه‌خواهی است.

1. Revealed Instrumentalism

2. Societism

3. Non-logicism

4. Non-positivism

5. Direct

6. Judith N. Shklar, Ibid., P. 3.

از آنجا که قانون اساسی چیزی جز یک قاعده نیست، مشروطه‌خواهی به‌عنوان تبعیت از قانون در نگاه اول، می‌تواند شکلی از قانونگرایی باشد و بنابراین رابطه نزدیکی با هر دو تفسیر از قانونگرایی دارد. اگر مشروطه‌خواهی را فقط، تبعیت از قواعد موجود و معتبر بدانیم در این صورت، مشروطه‌خواهی زیرمجموعه قانونگرایی قوی خواهد بود؛ اما اگر مشروطه‌خواهی را تبعیت از مجموعه قوانینی بدانیم که چون از قانون اساسی نشئت گرفته و با آن منطبق است، موجود و معتبر تلقی می‌شود، در این صورت مشروطه‌خواهی به «قانونگرایی ضعیف» ملحق می‌شود. بی‌تردید، تفسیر اول از مشروطه‌خواهی بی‌معناست چرا که نسبت به قانونگرایی قوی، فرعی محسوب می‌شود در حالی که در دومی معنادار است؛ زیرا بر قانونگرایی ضعیف تقدم و اولویت دارد.

۱-۲-۲ مشروطه‌خواهی قوی و ضعیف^۱

با توجه به اینکه مشروطه‌خواهی نیز به‌عنوان شکلی از قانونگرایی، ناظر بر تبعیت از قانون است، بنابراین در اعمال حاکمیت قانون^۲ نقش دارد: «مشروطه‌خواهی پیشاپیش از طریق تعریف قدرت و تحدید حکومت، نوعی پیش‌بینی‌پذیری و امنیت را در روابط میان افراد با حکومت به ارمغان می‌آورد»^۳. در فرایند تحدید قدرت دولت، دو احتمال کلی وجود دارد: قدرت حاکمیت محدود می‌شود یا نمی‌شود. تفسیری که در آن قدرت حاکمیت محدود می‌شود را می‌توان مشروطه‌خواهی قوی و در غیر این صورت مشروطه‌خواهی ضعیف نامید. از یک‌طرف در مشروطه‌خواهی ضعیف، محدودیتی برای حاکم وجود ندارد. به‌طوری که در لاتین به ضرب‌المثل معروفی تبدیل شده است: هرآنچه شه‌ریار اراده کند، قانون همان است.^۴ این نوع مشروطه‌خواهی به معنای حاکمیت‌محور^۵ قانون است که در آن شه‌ریار، امپراتور یا پادشاه به‌عنوان واضع اصلی قانون^۶ در نظر گرفته می‌شود و قانون

1. Strong and Weak Constitutionalism

2. Rule of Law

3. Larry Alexander, "Introduction" in L. Alexander (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, P. 4.

4. *Quod Principi Placuit Vigorem Legis Habet* ("Whatever Please the Prince Has Force of Law")

5. Sovereignty-oriented

6. Inherent Law-maker

به‌عنوان فرمان او یا به معنای دقیق کلمه، همان امر خوشایند فرمانرواست.^۱ قانونگذار، حاکمی است که نمی‌توان او را به قوانین پایبند کرد، در غیر این صورت دیگر به وی حاکم گفته نمی‌شود. براساس این دیدگاه، قانون اساسی (چنان‌که وینتگنس به آن توجه دارد) نوعی برنامه سیاسی است که قانونگذاری را هدایت می‌کند. قانون اساسی مجموعه‌ای از قواعد الزام‌آور برای قانونگذار نیست. در نتیجه، قانونگذار نه به‌عنوان عامل حقوقی^۲، بلکه بازیگر سیاسی^۳ در نظر گرفته می‌شود: «بدین ترتیب قانونگذاری امری سیاسی است. با جدایی حقوق از ریشه‌های سیاسی‌اش، قانونگذاری دیگر موضوع نظریه حقوقی شمرده نمی‌شود».^۴

از طرف دیگر در مشروطه‌خواهی قوی محدودیت‌هایی برای حاکمیت وجود دارد (و باید وجود داشته باشد). اکثریت‌های مطلق و مسلط قوای تقنینی باید به قانون ملتزم باشند و مهم‌تر از همه، مطابق با قانون اساسی عمل کنند؛ یعنی در چارچوب قواعد و اصول بنیادین آن^۵ و نیز معیارهایی که به‌عنوان اخلاق درونی قانون مشخص شده است مانند عام بودن^۶، انتشار قوانین^۷، عطف به ماسبق نشدن یا ناظر به آینده بودن^۸، شفافیت^۹، عدم تناقض^{۱۰}، ممکن بودن^{۱۱}، تداوم^{۱۲} و همخوانی میان قواعد اعلام شده و اجرای آن^{۱۳}،^{۱۴} که حتی قانونگذاران و سایر مقامات انتخابی نمی‌توانند از آن طفره روند

1. Jermy Waldron, *Ibid.*, 2002, P. 10.

2. Legal Performer

3. Political Player

4. Luc J. Wintgens, *Ibid.*, 2002.

5. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts-London, England, Harvard University Press, 1977; Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts-London, England, Harvard University Press, 1985; Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts-London, England, Harvard University Press, 1986; Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts-London, England, Harvard University Press, 1996.

6. Generality

7. Publicity

8. Irretroactivity or Prospectivity

9. Clarity

10. Non-contradictoriness

11. Possibility

12. Constancy

13. Congruity

14. Lon L. Fuller, *Ibid.*, 1969, P. 39.

یا ما فوق آنها قرار گیرند. قواعد قانون اساسی چیزی بیش از محدودیت‌های سلبی برای قدرت قانونگذار است: قانون اساسی حاوی قواعد و اصولی است که ناظر به تضمین حق‌ها و تفکیک قواست. در واقع، ماده (۱۶) اعلامیه حقوق بشر و شهروند امری بدیهی است. هر جامعه‌ای که در آن حقوق انسان‌ها تضمین نشده و تفکیک قوا انجام نشده باشد، فاقد قانون اساسی است. در جست‌وجوی یافتن چنین قواعد و اصولی می‌توان تا زمان سیسرو و کوک به گذشته، و در قرن بیستم و در میان کلاسیک‌ها به پاند و فولر و در زمان معاصر به کسانی نظیر آلکسی، دورکین و فراجولی بازگردیم.

۲-۲-۲ فلسفه قانونگذاری و مشروطه‌خواهی قوی

قانونگذار همچون قاضی، تابع قانون است. به‌رغم اینکه قانونگذار حاکم تلقی می‌شود، اما تبعیت از قانون مستلزم عدم نقض قواعد ثانوی^۱ و احترام به اصول قانونگذاری^۲ خوب است. از آنجاکه قانون اساسی اساساً به دنبال حفاظت از حقوق و تفکیک قواست، قاضی و قانونگذار، هر دو، نه تنها تابع قوانین موجود با هر محتوایی هستند بلکه قوانین معتبری که از قانون اساسی سرچشمه گرفته و با آن منطبق است، به‌ویژه اصل اخلاق و حقوق سیاسی^۳ نیز برای آنها لازم‌الاتباع است.^۴ روشن است که فلسفه قانونگذاری بیش از قانونگرایی قوی، طرف‌دار قانونگرایی ضعیف است و بسیار بیشتر با مشروطه‌خواهی قوی منطبق است تا با مشروطه‌خواهی ضعیف.

در قانونگرایی قوی، عقلانیت قضاوت و تصمیمات حقوقی بسیار محدود بوده و به اعمال مکانیکی یا قیاسی قوانین تقلیل یافته است، و درعین‌حال عقلانیت قانونگذار و قواعد قانونی از پیش فرض می‌شود. در قانونگرایی ضعیف و در هر دو تفسیر از مشروطه‌خواهی، عقلانیت قاضی و قانونگذار مسلم انگاشته نمی‌شود چرا که آنها ملتزم به قانون اساسی‌اند و باید منطبق با آن عمل کنند و بنابراین نوعی کنترل قضایی یا کنترل مطابقت اقدامات آنها با قانون اساسی، بسیار ضروری انگاشته می‌شود. فقدان کامل یا نقش

1. Secondary Rule

2. Principle of Good Legislation

3. Principle of Political Morality and Rights

4. Imer B. Flores, Ibid., 2003b.

کم‌رنگ این قبیل کنترل‌ها، نشانگر قانونگرایی قوی است که خود تقویت‌کننده دیدگاه قانونگرایی است. در قانونگرایی قوی «به‌طور مسلم چنین فرض می‌شود که قانونگذار از قواعد قانون اساسی تبعیت کرده است حتی اگر آشکارا چنین نباشد ... حتی یک قاعده مغایر با قانون اساسی - که در واقع قاعده محسوب نمی‌شود - باید توسط قوه قضائیه اعمال شود»^۱ در قانونگرایی ضعیف نیز فرض می‌شود که قانونگذار از قانون اساسی تبعیت کرده، با این تفاوت که خلاف این فرض قابل اثبات است.

براساس نظریه حاکمیت قانون، قانونگذار به رعایت هنجارهای عالی‌تر ملتزم است، همان‌طور که قوه قضائیه به قوانین مصوب قانونگذار پایبند است. ظاهراً به‌نظر می‌رسد که قانونگذار حاکم، بنا به تعریف، از هرگونه نیروی خارجی و منبع عالی حقوق در چارچوب یک نظام حقوقی مستقل است. اگر قانونگذار حاکم، به حاکمیت قانون احترام گذارد و به قواعد (و اصول) پایبند باشد، به‌نظر می‌رسد که دیگر قانونگذار حاکم نیست. آیا می‌توان این دو گزاره را با یکدیگر آشتی داد؟ آیا قانونگذار حاکم می‌تواند در عین حال که به قواعد احترام می‌گذارد و ملتزم به آنهاست همچنان حاکم نامیده شود؟ به‌نظر من جواب هر دو سؤال مثبت است. یک قانونگذار می‌تواند به قواعد ملتزم باشد و کماکان حاکم باقی بماند. برای اثبات این مدعا، به‌عنوان مثال می‌توان جیمز اول انگلستان یا ششم اسکاتلند^۲ را نام برد که سلطنت را از الیزابت اول به ارث برد. دو ویژگی دوران او، تجلیل قدرت سلطنتی و حق الهی پادشاهان، و نیز علاقه او به تحت تعقیب قرار دادن کاتولیک‌ها و مخالفان افراطی پروتستان بود.

اگر بخواهیم خلاصه‌ای از این داستان طولانی را روایت کنیم باید درباره سر ادوارد کوک^۳ بگوییم که ابتدا قاضی القضاات دادگاه تجدیدنظر^۴ [انگلستان] و بعدها، قاضی سلطنتی پادشاه^۵ شد و حاکمیت مطلق پادشاه را مورد اعتراض قرار داد و به برتری حقوق عرفی ادعان کرد. کوک ادعا کرد «حیات حقوق، خردمندانه است و حقوق عرفی

1. Lucy J. Wintgenze, *Ibid.*, 2002b, P. 25.

2. James I of England- or VI of Scotland

3. Sir Edward Coke

4. Chief Justice of the Court of Common Pleas

5. King's Bench

چیزی نیست جز خرد» و چنین نتیجه‌گیری می‌کند که «حقوق عبارت است از خرد عملی: نوعی تکامل اکتسابی خرد که با مطالعه طولانی، مشاهده و تجربه به دست آمده و نه حاصل عقل طبیعی و خداداد؛ زیرا هیچ‌کس مادرزاد هنرمند به دنیا نمی‌آید».^۱

علاوه بر این، او ایده حاکمیت به مثابه قدرت غیرمحدود را رد کرده و معتقد بود امتیازات سلطنتی، قدرتی تحت نظارت است و باید باشد که با قانون محدود شده است. به عنوان نمونه، حکم کوک در قضیه ممنوعیت‌ها^۲ (۱۶۰۷) این بود که به موجب قانون انگلستان، پادشاه به‌شخصه نمی‌تواند درباره هیچ شکوائیه‌ای قضاوت کند: همه پرونده‌ها اعم از مدنی و جزایی، را باید قضات در دادگاه‌های دادگستری به موجب قانون یا عرف آن منطقه رسیدگی کنند: «قاضی، قانون ناطق است».^۳ در خصوص اعلان‌های رسمی^۴ (۱۶۱۱) به‌طور کلی پادشاه، خود نمی‌تواند قانون را اصلاح، جرائم جدید وضع و اعلان کند، به‌ویژه اینکه عطف به ماسبق نیز شده باشد: «هر قانون جدید موضوعه، باید حکمی ناظر به آینده باشد نه گذشته».

اما رویارویی اصلی با سلسله استوارت‌ها، صبح یکشنبه دهم نوامبر ۱۶۱۲ رخ داد وقتی قضات انگلستان از سوی پادشاه جیمز اول به دلیل شکایت اسقف کانتربری^۵ احضار شدند این شکایت مربوط به حکم ممنوعیتی بود که توسط دادگاه تجدیدنظر، علیه کمیسیون عالی که محکمه‌ای اداری بود و برای اداره کلیسا تأسیس شده بود صادر شد. این محکمه اداری شروع به رسیدگی به مسائل دنیوی کرده بود و جرم مجرمان غیرروحانی را براساس قواعد تصویب نشده و بدون داشتن حق تجدیدنظرخواهی، رسیدگی می‌کرد.

به‌منظور برآورده کردن خواست دادگاه‌ها که بر تفوق قانون اصرار می‌کردند، این پیشنهاد مطرح شد که پادشاه می‌تواند هر دعوی مطروحه را که صلاح بدانند از قضات بگیرد و خود درباره آن حکم صادر کند: «قضات فقط نمایندگان پادشاه‌اند. به هر دلیلی به نظر پادشاه برسد که بهتر است او خود درباره آنچه معمولاً به قضات وکالت می‌دهد

1. *Nemo Nascitur Artifex*

2. Case of Prohibitions

3. *Judex est Lex Jogens*

4. Case of Proclamations

5. Archbishop of Canterbury

تصمیم بگیرد، می‌تواند این کار را انجام دهد». اسقف افزود: «این امر، اگرچه نه در قانون، ولی در شریعت قدسی، و رای چون و چراست زیرا این مطلب را می‌توان از کلمات خداوند در کتاب مقدس دریافت». کوک از طرف قضات پاسخ داد: پادشاه شخصاً نمی‌تواند قضاوت کند. او فقط می‌تواند از طریق دادگاه و براساس قانون قضاوت کند. جیمز اول در پاسخ گفت: «اما من فکر می‌کنم قانون براساس عقل بنا نهاده شده و من و دیگران مانند قضات دارای خرد و عقل هستیم». کوک پاسخ داد: «بله این درست است که خداوند به عالیجناب عقل و دانش و گوهر عالی‌مرتبه‌ای بخشیده است؛ اما عالیجناب قوانین قلمرو انگلستان را نیاموخته‌اند و عواملی که به وراثت اموال و دارایی اتباع مربوط می‌شود، براساس عقل طبیعی مورد تصمیم‌گیری قرار نمی‌گیرد، بلکه به‌موجب عقل عملی (اکتسابی) و قضاوت به‌موجب قانون^۱ محقق می‌شود؛ و قانون به‌عنوان یک هنر، امری است که مطالعه و تجربه طولانی برای توفیق در فهم آن ضروری است». در این لحظه پادشاه بسیار خشمگین می‌شود و می‌گوید: در این صورت پادشاه پایین‌تر از قانون است که این خیانت به حقیقت است. کوک در پاسخ می‌گوید «پادشاه پایین‌تر از هیچ‌کس مگر خداوند و قانون نیست».^{۲ و ۳}

به‌طور خلاصه در شرایطی قانونگذار می‌تواند حاکمیت داشته باشد که به قوانین نیز ملتزم باشد: درواقع بالاتر از همه افراد و پایین‌تر از قانون. چنین آرای، نظریه‌ای کلی را بنیاد نهاد که صراحتاً به صلاحیت دادگاه‌ها و به‌نحو ضمنی، به تحدید قدرت حاکمیت انجامید؛ زیرا دادگاه‌ها قانون را اجرا می‌کردند و قانون، حکم عقل بود که نه فقط اشخاص حقوق خصوصی و همه ارکان حکومت را ملتزم می‌ساخت، بلکه خود حاکمیت را از رهگذر عدم شناسایی یا اثر حقوقی نبخشیدن به افعال و فرامین حاکمیت که از این مرزها فراتر می‌رفت، در چارچوب قانون عقل محصور و محدود می‌کرد. کوک تأکید کرد «هنگامی که عمل پارلمان برخلاف حقی است که به‌موجب عرف و عقل برقرار شده است ... حقوق عرفی آن را کنترل خواهد کرد و حکم به بطلان آن عمل می‌دهد». چنان‌که پاند

1. Judgment of the Law

2. "Not to be Under any Man but Under God and the Law": *non sub homine sed Sub Deo et lege*

3. Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, Boston, Beacon Press, 1921, PP. 60-61.

خاطر نشان کرده است، «بنابراین سخن از محدودیت‌هایی که بر حکومت آزاد وارد می‌شود تبدیل به امری متداول شد و این امر به زمانی بازمی‌گردد که قوانین اساسی و منشور حقوق اعلان شد. این تفکر نه در خصوص متن منشور حقوق، بلکه درباره اصول اساسی مورد قبول که جنبه اعلامی داشت، تبدیل به تفکر رایج شد»^۱.

حامیان جیمز اول به مخالفت برخاستند و کوک قول داد هیچ کاری جز اجرای قانون که وظیفه یک قاضی است انجام ندهد. او ابتدا در سال ۱۶۱۳ با ارتقای درجه، به مقام قاضی القضاة پادشاه رسید و سرانجام در سال ۱۶۱۷ از مقام خود عزل شد. یکی از طرفداران حاکمیت، سر فرانسیس بیکن^۲ استدلال کرد که شاهان مدت‌های طولانی قبل از قانون و پارلمان وجود داشتند. این پادشاه است که قانون را ایجاد می‌کند نه برعکس. از این رو او چنین نتیجه می‌گیرد که وظیفه قضاة اعلام قانون^۳ است نه ایجاد قانون،^۴ اجرای قانون است نه خلق آن. همچنین او نتیجه می‌گیرد که قضاة نه فقط درباره طرفین دعوی و وکلای آنها، حساب‌رسان، وکلای دادگستری، منشیان و دیگر مقامات دادگاه، بلکه نسبت به پادشاه دولتی که آن را نمایندگی می‌کنند، چندین وظیفه برعهده دارند. در واقع وظیفه اصلی آنها حفاظت از حاکمیت با محدود کردن خود به اجرای قانون است.^۵

با وجود این، هابز (که یکی از طرفداران اصلی سلطنت بود) از یک سو، بسیار به این عقیده متمایل بود که حاکم، قانونگذار است: «قانونگذار در همه دولت‌ها فقط شخص حاکم است خواه وی یک نفر باشد، چنان‌که در نظام پادشاهی است و یا جمعی از افراد چنان‌که در حکومت مردم‌سالار و اشرافی است؛ زیرا قانونگذار قانون را وضع می‌کند و دولت تنها رعایت قواعد را تجویز یا بدان حکم می‌نماید که ما آن را قانون می‌نامیم. بنابراین دولت قانونگذار است. اما دولت شخص نیست و نمی‌تواند خود کاری انجام دهد مگر به واسطه نماینده‌اش (یعنی شخص حاکم)، بنابراین تنها شخص حاکم قانونگذار

1. Ibid., PP. 74-76.

2. Sir Francis Bacon

3. *Jus Dicere*

4. *Jus Dare*

5. Francis Bacon, *The Essays of Francis Bacon*, Cambridge, Massachusetts, Riverside Press, 1936.

6. Common-Wealths

است. هیچ‌کس جز حاکم نمی‌تواند قانونی را فسخ کند چون قانون تنها با قانونی دیگر فسخ می‌شود و اجرای قانون اول را ممنوع می‌سازد. و از سوی دیگر او معتقد بود، حاکم تابع قوانین نیست: ^۱ «حاکم یک کشور خواه یک مجمع باشد یا یک شخص تابع قوانین مدنی ^۲ نیست. از آنجاکه حاکم هر وقت بخواهد می‌تواند قوانین را ایجاد یا ملغی کند یا با الغای قوانینی که برای او مزاحمت ایجاد می‌کند خود را از تبعیت آنها رها کند و قانون جدیدی وضع کند بنابراین از پیش آزاد بوده است. حاکم آزاد است به این دلیل که هر وقت بخواهد می‌تواند آزاد باشد. هیچ‌کس نمی‌تواند خودش را مقید کند؛ زیرا هر کس که بتواند در ضمن می‌تواند خود را از این انقیاد برهاند بنابراین کسی که تنها به خودش مقید است در واقع مقید نیست».

علاوه بر این هابز مستقیماً کوک را مخاطب قرار داد و با این جمله که «قانون، حکم خرد است» موافقت کرد و در مورد «عقل کسی که باید قانون تلقی شود» نظر متفاوتی ارائه داد. او استدلال کرد: «مقصود هر نوع عقل شخصی ^۳ نیست ... حتی ... مقصود از آن عقل تکامل یافته مکتسب ^۴ از طریق مطالعه، مشاهده و تجربه نیست. ... بنابراین واضع قانون، دانش قضایی یا خرد و عقل قضات، تابع حاکم نیست بلکه عقل یک مخلوق مصنوعی یعنی دولت است و فرمان اوست که قانون را ایجاد می‌کند. ... در همه محاکم قضایی، حاکم (یعنی شخص نماینده دولت) است که قضاوت می‌کند؛ یعنی همه قضات متبوع حاکم باید دلیلی که حاکم را به وضع چنین قانونی واداشته در نظر داشته باشند و احکامی که صادر می‌کنند باید منطبق با چنین دلیلی باشد، که در این صورت این حکم را می‌توان حکم حاکم دانست. در غیر این صورت حکم صادره حکم قاضی خواهد بود نه حاکم که غیر عادلانه است».^۵

به طور خلاصه هابز معتقد است که تنها حاکم، قانونگذار است و او تنها کسی است که می‌تواند قانون وضع کند (تذ اول)، قوانین حاکم را متعهد نمی‌کند (تذ دوم) و قانون عبارت

1. Thomas Hobbes, *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press. (First Published in 1651), 1991.

2. Civill Lawes

3. Private Reason

4. Artificiall Perfection of Reason

5. Ibid., PP. 186-187.

است از خرد،^۱ اما نه خرد قاضی بلکه خرد قانونگذار به عنوان حاکم (تز سوم). بنابراین ما باید این سه تز را با سه آنتی تز مقابل آن مورد چالش قرار دهیم: حاکم تنها قانونگذار نیست و بنابراین تنها کسی نیست که قانون وضع می کند (آنتی تز اول)، قوانین، حاکم را ملتزم می کند (آنتی تز دوم) و قانون عبارت است از خرد هم قاضی و هم قانونگذار به عنوان حاکمان (آنتی تز سوم) و در نهایت آنها را با سنتزهای خود جایگزین کنیم: نخست اینکه قانونگذار تنها کسی نیست که قانون وضع می کند، او تنها فرمانروای مطلق نیست بلکه دارای شریک است: مقنن و قاضی (سنتز اول)؛ دوم، از آنجاکه قوانین حاکم را ملتزم می سازد بنابراین قانونگذار و قاضی هر دو نیز ملتزم به قانون اند (سنتز دوم) و سوم اینکه، قانون عبارت است از خرد، اما خرد قانونگذار و قاضی هر دو به عنوان هیئت حاکمه (سنتز سوم).

برای تدقیق نظر خود لازم است به تقلید از دانکن کندی، در بعضی از تفکیک‌های دوگانه مهم^۲ در نظریه حقوقی و سیاسی همچون تفکیک میان قضاوت - قانونگذاری، اعمال یا کشف قانون - خلق یا وضع قانون، قاضی - قانونگذار، دادگاه‌ها - قوای مقنن و نظایر آن تجدیدنظر کنیم که جدایی آشکار میان حقوق و سیاست را تقویت می کند.^۳ این امر پذیرفته شده است که قضاوت کردن، به معنای اعمال قانون یا کشف آن از سوی قضاوت دادگاه، در صلاحیت دانش حقوق است و قانونگذاری به معنای وضع قانون (یا ایجاد قانون) از طریق قانونگذار در قوه مقننه، در حوزه علم سیاست قرار می گیرد. در قضاوت، به طور عجیبی مؤلفه‌های سیاسی (یا ایدئولوژی) مورد انکار قرار می گیرد و دست کم گرفته می شود؛ در حالی که در قانونگذاری، وجود مؤلفه‌های سیاسی یا ایدئولوژیک مسلم انگاشته شده و نقش آن بسیار پررنگ تلقی می شود. به همان اندازه قضاوت کاملاً عینی است و مؤلفه سیاسی^۴ در آن به حداقل ممکن رسیده، در حالی که قانونگذاری کاملاً انتزاعی به نظر می رسد و مؤلفه سیاسی در آن به حداکثر ممکن می رسد.

علاوه بر این، ادعا شده که قضاوت آن کاری است که دادگاه‌ها انجام می دهند، و

1. Reason

2. Great Dichotomies

3. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts-London, England, Harvard University Press, 1996, PP. 23-28.

4. Political Element

قانونگذاری را قوای قانونگذاری برعهده دارند، اما کاملاً امکان پذیر است که قوای مقننه قضاوت، و دادگاه‌ها، اقدام به قانونگذاری کنند.^۱

چنان که فولر تأکید می‌کند: «تمایز میان وظایف تقنینی و قضایی که امروزه بدیهی انگاشته می‌شود، از نظر مطالعات تطبیقی، دستاوردی متعلق به دوران مدرن است».^۲ پارلمان انگلستان در اصل و ابتدا، یک دستگاه قضایی یا کاشف قانون بود و به تدریج به طور آشکاری، قدرت قانونگذاری خود را نشان داد.^۳ فولر توضیح می‌دهد این نقطه‌ای است که مکاتب حقوقی^۴ کاملاً از یکدیگر جدا می‌شوند. دیدگاه قدیمی هنوز به طور کامل رها نشده و معتقد است که دادگاه‌ها به هیچ وجه قانون وضع نمی‌کنند بلکه آن را کشف یا شناسایی می‌کنند. دیدگاه مخالف این است که دادگاه‌ها درست مانند قوای مقننه، قانونگذاری می‌کنند با این تفاوت که قوای مقننه از پیش، قاعده‌ای عام وضع می‌کنند در حالی که دادگاه‌ها، قواعد عمومی^۵ را به تدریج و با صدور رأی در هر پرونده‌ای که دعوی مطرح شده و برای اتخاذ تصمیم در دادگاه طرح شده، به وجود می‌آورند.^۶

همچنین گفته شده است «آنچه قانونگذاران در هنگام قانونگذاری انجام می‌دهند وضع [یا خلق قانون]، و آنچه دادگاه‌ها در موقع قضاوت انجام می‌دهند اعمال قانون [یا کشف آن] است».^۷ در فرایند وضع قانون، بر قضاوت ارزشی^۸ تأکید می‌شود که ذهنی و سیاسی است. بنابراین، قانونگذاران به عنوان مقامات منتخب باید کار پیش گفته (قضاوت ارزشی) را انجام دهند و قضات صرفاً به این دلیل که مقامات منتخب مردم نیستند باید از این کار پرهیز کنند. فرایند کشف قانون با مسائلی درگیر است که بی‌نیاز از داوری ارزشی است، یعنی سؤالاتی درباره معنا و واقعیت که عینی^۹ و حقوقی یا غیرسیاسی است. بنابراین این کار را باید شاغلان حرف حقوقی (یا مقامات غیرانتخابی^{۱۰}) انجام دهند و

1. Ibid., P. 26.

2. Lon L. Fuller, Ibid., 1968, P. 32.

3. Ibid., PP. 89-90.

4. Legal Scholarship

5. General Rules

6. Ibid., P. 135.

7. Duncan Kennedy, Ibid., 1996, P. 26.

8. Value Judgment

9. Objective

10. Non-elected Officials

قانونگذاران از قضاوت پرهیز کنند؛ زیرا حرفه ایشان حقوقی نیست. با وجود این، چنان که کندی خاطر نشان می‌کند وقتی وضع قانون و اعمال آن را با یکدیگر مقایسه می‌کنیم به نظر می‌رسد تفکیک دو گانه قانونگذاری/ قضاوت، هیچ معنای حدوسطی را افاده نمی‌کند. اما به محض اینکه به این مفهوم وسیع‌تر تفسیر حقوقی می‌پردازیم، به این نتیجه می‌رسیم که قضاوت، هم مستلزم وضع قانون است و هم اجرای آن. اما نمی‌توان چنین نتیجه گرفت و این نتیجه‌گیری که ایجاد قانون از طریق قضاوت در واقع نوعی «قانونگذاری قضایی»^۱ است، مورد مناقشه قرار گرفته و بنابراین فاقد مطلوبیت^۲ انگاشته شده است.^۳

به عقیده او حداقل چهار راهبرد مختلف برای مواجهه با این مسئله وجود دارد: ۱. امکان وجود یک واژه میانه^۴ را انکار یا دست کم نادیده بگیریم. آنچه اعمال قانون نباشد، ایجاد قانون از رهگذر قانونگذاری قضایی است؛^۵ ۲. از بین بردن تمایز میان ایجاد قانون و اعمال آن با اثبات اینکه هر فرایند قانونی هم شامل ایجاد قانون و هم شامل اجرای آن است^۶ و با این توضیح که اعمال قانون را نمی‌توان از عنصر ایدئولوژیکی، سیاسی یا انتزاعی جدا کرد؛^۷ ۳. کم‌رنگ کردن این تمایز تا این حد که بگوییم دادگاه‌ها به‌عنوان یک قاعده کلی، به‌طور تخصصی به اعمال قانون می‌پردازند و در موارد استثنایی ایجاد قانون می‌کنند؛^۸ ۴. پیشنهاد یک واژه میانه بین اعمال قانون و ایجاد قانون: روش تلائم^۹ یا انطباق^{۱۰} که به ویژگی سیاسی و ایدئولوژیک قضاوت اذعان می‌کند بدون اینکه نسبت به ضرورت عینیت در قضاوت بی‌تفاوت باشد و می‌پذیرد که نوعی تمایز میان قضاوت و قانونگذاری وجود دارد.^{۱۱}

1. Judicial Legislation

2. Abhorrent

3. Ibid., P. 28.

4. Middle Term

5. H. L. A. Hart, Ibid., 1991.

6. Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

7. Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*, New York, Free Press, 1975 and Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, Free Press, 1976.

8. Oliver Wendell Jr. Holmes, "The Path of Law", *Harvard law Review*, Vol. 110, No. 5. (First Published in 1897), 1996.

9. Coherence

10. Fit

11. Lon L. Fuller, Ibid., 1981; Ronald Dworkin, Ibid., 1985 and 1989.

فلسفه حقوق^۱ به عنوان معرفت حقوقی^۲ یا قضایی^۳، نیازمند نوعی یگانگی و جامعیت در اصول است، اصولی که بر فلسفه قضاوت اعمال می‌شود، به همان نسبت به فلسفه قانونگذاری یا قانون نیز اعمال می‌شود یا باید اعمال شود، اصولی مانند تلائم، سازگاری،^۴ پیش‌بینی‌پذیری،^۵ قابل قبول بودن^۶ و نظایر آن تا عقلانیت و عینیت^۷. گرچه کندی با راهبرد چهارم همدلی بیشتری دارد اما او معتقد است قضاوت، درست مانند قانونگذاری ایدئولوژیک، سیاسی و انتزاعی است و ادعای عینیت در قضاوت را رد می‌کند. من تصور می‌کنم روزی فلسفه قانونگذاری در کنار فلسفه قضاوت^۸ قرار گیرد زیرا در تفسیر قوی او مشروطه‌خواهی، قضاوت و قانونگذاری ایدئولوژیک و سیاسی هستند اما در عین حال عینی، نیز هستند. هر دو آنها (قضاوت و قانونگذاری) متضمن ایجاد و اعمال قانون است در حالی که در همان حال، در چارچوب «کلسنی»^۹ تا حد خاصی از آزادی و محدودیت نیز برخوردارند.

۳ نتیجه‌گیری: جایگاه فلسفه قانونگذاری کجاست؟

در سال‌های پیش‌رو، فلسفه قانونگذاری باید با اثبات امکان تضمین عینیت، موقعیت خود را مستحکم کند. اصل مطالب، اثبات این نکته است که پیش‌بینی امکان‌پذیر است یعنی نفی انتزاعی بودن در قانونگذاری و قضاوت با تأسیس اصول عینی‌ای که می‌تواند راهنمای عقلانیت ماهوی قانونی^{۱۰} باشد. به عنوان نتیجه‌گیری اجازه دهید، جمله‌ای از پاند را نقل کنیم.^{۱۱}

«در هر دعوا، حفاظت از منفعت اجتماعی به‌طور کلی اقتضا می‌کند که آن دعوای

1. Jurisprudence
2. Legal
3. Juridical
4. Consistency
5. Predictability
6. Acceptability
7. Objectivity
8. Judicativepradenece
9. Kelsenian Frame
10. Substantial Legal Rationality
11. Roscoe Pound, Ibid., 1921, PP. 80-81.

خاص با خرد هدایت و تنظیم شود به این معنا که موافق با اصول و معیارهایی باشد که پیش از بروز یک مناقشه با تفکر و تأمل براساس سنجش همه منافی که تحت تأثیر آن هستند صورت‌بندی شده باشد. لازمه پافشاری بر تفوق قانون، ... این نیست که قانون به نفع فردی انتزاعی همواره در مقابل اراده عمومی^۱ ایستادگی کند، بلکه بهتر آن است که قانون به نفع منافع اجتماعی مهم و نهایی در مقابل منافع آنی^۲ ولی کم‌اهمیت که تنها یک اراده مهار نشده با عقل بدان متمایل می‌شود مقاومت کند».

1. Interest of Moment
2. Popular Will

قانونگذاری: امری میان سیاست و حقوق*

کارلو توری**

۱ مسئله فلسفه قانونگذاری

مشهور است که نظریه حقوقی، مانند علم حقوق در معنای کلی، معمولاً از منظر قاضی به قانون می‌نگرد نه قانونگذار. نظریه حقوقی بیشتر به تصمیم‌گیری و استدلال قاضی علاقه‌مند است تا به تصمیم و استدلال قانونگذار. عقلانیت قانون همواره موضوع محوری نظریه حقوقی بوده؛ اما این عقلانیت غالباً و به‌طور طبیعی معادل با عقلانیت قاضی و تصمیمات وی تلقی شده است.

قرن بیستم، قرن حقوق موضوعه؛^۱ یعنی عصر حاکمیت قانونگذار بوده است. در این سال‌ها، به‌ویژه با طلوع آفتاب دولت رفاه، به نحو فزاینده‌ای از قانونگذاری به‌منظور مدیریت آگاهانه جامعه، هم در نظام اقتصادی و هم در زندگی روزمره شهروندان، استفاده شده است. دیوان سالاران و به‌خصوص سیاستمداران ما، قانون را اساساً ابزاری برای مهندسی اجتماعی یا به تعبیر یورگن هابرماس، به‌مثابه یک وسیله ارتباطی^۲ تلقی کرده‌اند. اما در دهه‌های پایانی این قرن، مشکلاتی که این ابزارانگاری قانون موجب بروز آنها شده بود، هرچه بیشتر نمایان شد. این مشکلات عبارت‌اند از: تورم تقنینی و تحت کنترل درآوردن روابط اجتماعی با قانون، کاهش کیفیت پیش‌نویس‌های قانون و در

* مشخصات منبع مقاله به شرح ذیل است:

Kaarlo Tuori, "Legislative ON Between Politics and Law", in Wintgens, Luc, *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford, Hart Publishing, 2002, PP. 99-107.

** استاد دانشکده حقوق دانشگاه هلسینکی، فنلاند.

Universidat Nacional Autonomade México (UNAM)

1. Positive Law
2. Medium

نتیجه اصل قانون، و از میان رفتن مشروعیت دخالت دولت از طریق قانون. این مسائل، ارتباطی با عقلانیت قضاوت^۱ ندارد، بلکه به عقلانیت قانونگذاری مربوط است. اما اگر این مسائل به عقلانیت قانونگذاری مربوط است، دقیقاً مقصود از مفهوم عقلانیت در این رابطه چیست؟ و آیا نظریه حقوقی می‌تواند در تبیین و حل این مسائل سهمی داشته باشد؟ آیا نظریه قانونگذاری^۲ یا فلسفه حقوق از منظر قانونگذار، می‌تواند جایگزین مناسبی برای نظریه حقوقی غالب و دیدگاه مورد پذیرش قاضی شود؟^۳ برای پاسخ به این پرسش‌ها ابتدا سعی می‌کنم به تحلیل نقشی بپردازم که قانونگذاری در کل حوزه حقوق ایفا می‌کند.

۲ قانونگذاری به مثابه تلفیق اعمال سیاسی و حقوقی

در حقوق موضوعه عصر ما، قانون موضوعه مهم‌ترین منبع حقوق محسوب می‌شود؛ اما منبع حقوق به معنای خود حقوق نیست. درحقیقت من از نظریه‌ای دفاع می‌کنم که مطابق آن، قانون در مهم‌ترین معنایش — که همان محصول نهایی عمل قانونگذاری است — باید همانند قواعدی تلقی شود که هنوز تبدیل به حقوق نشده است.^۴ در این معنا قانون بیش از آنکه جزء حقوق^۵ باشد، ماده خام حقوق محسوب می‌شود. من در برخی مقالات پیشین، میان دو جنبه حقوق قائل به تفاوت شده‌ام: حقوق به مثابه هنجارهای حقوقی یا نظم حقوقی و حقوق به مثابه سلسله اقدامات معین یا افعال حقوقی.^۶ البته این دو جنبه از حقوق ارتباطات تنگاتنگی با هم دارند. بنابراین اقدامات حقوقی، مسئول تولید و بازتولید مستمر حقوق به مثابه هنجارهای حقوقی محسوب می‌شوند. در این صورت اعمال اجتماعی معین که می‌توان آنها را اقدامات حقوقی نامید،

1. Rationality of Adjudication

2. Legisprudence

۳. اصطلاح فلسفه قانونگذاری را وینتگنس مطرح کرده است. رک.:

L. J. Wintgens, "Creation and Application of Law From a Legisprudential Perspective: Some Observations on the Point of View of the Judge and the Legislator" in A Aarnio *et al* (eds) *Justice, Morality and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of His 60th Birthday on 16 November 1997* (Juristförlaget I Lund, I and, 1997), PP. 469-489.

4. Already-Law

5. Law Itself

6. See eg. K. Tuori, "Towards a Multi-Layered View of Modern Law", in *Ibid.*, 427.

چیست؟ من دو معیار برای تعریف این اعمال ارائه کرده‌ام: یکی از این معیارها به عاملان و دیگری به نتایج این گونه اقدامات برمی‌گردد. براساس این معیارها، اعمال حقوقی در معنای مضیق، شامل آن دسته از افعال اجتماعی است که عاملان اصلی آن، شاغلان حرف حقوقی و کسانی هستند که در تولید و بازتولید مستمر نظم حقوقی سهیم‌اند. بدیهی‌ترین فعالیت‌هایی که در ذیل تعریف من از اقدامات حقوقی جای می‌گیرد، قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی است. اما در مورد قانونگذاری، یعنی فعالیتی که در جامعه معاصر ما وظیفه اصلی تولید هنجارهای حقوقی را برعهده دارد، چه می‌توان گفت؟ آیا قانونگذاری شامل آن دسته از اعمال حقوقی نمی‌شود که حقوق را به‌مثابه نظم حقوقی تولید و بازتولید می‌کند؟

پاسخ من هم آری و هم خیر است. به خاطر داشته باشید که براساس تعریف من، عاملان اصلی اقدامات حقوقی، حقوق‌دانان و شاغلان حرف حقوقی‌اند. با این معیار، به‌نظر می‌رسد قانونگذاری خارج از مفهوم حقوق، به‌مثابه یک سلسله اعمال اجتماعی خاص قرار می‌گیرد. در یک نظام سیاسی دمکراتیک، اقدامات تقنینی صرفاً مختص حقوق‌دانان نیست، بلکه سیاست‌مداران نیز در آن نقش دارند. این امر به‌ویژه در خصوص قسمت پایانی فرایند قانونگذاری صادق است؛ یعنی زمانی که دولت تصمیم خود را با تقدیم لوایح به پارلمان اعلام می‌کند و پارلمان نیز بعد از مذاکرات مفصل در مورد قبول یا رد لوایح تقدیمی تصمیم می‌گیرد. مباحثاتی که پیش از اخذ این تصمیمات، هم در دستگاه‌های دولتی و هم در سپهر عمومی، راجع به این لوایح صورت می‌گیرد، نه از استدلال‌های حقوقی؛ بلکه از استدلال‌های سیاسی نشئت می‌گیرد. به‌نظر می‌رسد آنچه در این فرایند وجود دارد، نه اعمال حقوقی، بلکه اعمالی سیاسی است.

با وجود این، فرایند قانونگذاری شامل مراحل منظمی است که مباحثات حقوقی حقوق‌دانان مرحله اصلی آن را تشکیل می‌دهد. بنابراین، تهیه پیش‌نویس قانون شامل مرحله صورت‌بندی هنجار^۱ است که کارشناسان حقوقی بر آن احاطه دارند و مرحله‌ای است که توجه اصلی، معطوف به حفظ سازگاری^۲ و انسجام^۳ نظم حقوقی است. حتی در

1. Norm Formation
2. Consistency
3. Coherency

برخی کشورها، رویه پارلمانی می‌تواند حاوی مؤلفه‌هایی باشد که در آن بحث حقوقی در اولویت قرار گیرد، مانند کشورهایی که در آنها سازوکار کنترل لوایح تحت بررسی، از حیث انطباق آن لوایح با قانون اساسی یک رویه محسوب می‌شود. برای نمونه در فنلاند، کمیسیون قانون اساسی پارلمان^۱ با کمک متخصصان حقوق اساسی، مسئولیت اصلی این کنترل را برعهده دارد.

بنابراین اقدامات تقنینی را می‌توان تلفیقی از سیاست و اعمال حقوقی تلقی کرد. از زمان ماکس وبر رسم بر این بوده است که استقلال را یکی از ویژگی‌های حقوق مدرن بدانند. نقشی که قانونگذار در تولید نظم حقوقی ایفا می‌کند و ماهیت خاص آن به‌عنوان تلفیقی از سیاست و اعمال حقوقی، ممکن است بر این دلالت کند که در جامعه مدرن، مجرای مهم وجود دارد که حقوق از طریق آن درهای خود را به روی سیاست باز نگاه داشته است. استقلال حقوق مدرن دست‌کم در رابطه با سیاست، به خودبسندگی (یا خودکفایی) آن منجر نشده است. تلفیق جنبه‌های سیاسی و حقوقی قانون در معنای نوعی آن، پیشاپیش متضمن این امر است که معیار عقلانیت قانونگذاری نمی‌تواند مساوی معیارهای عقلانیت قضایی باشد.

۳ قانونگذاری در ساختار کلی نظم حقوقی

مقصود از قانونگذاری نه تنها اقدامات معین سیاسی-حقوقی است، بلکه محصولات نهایی این اقدامات یعنی قوانین موضوعه، آیین‌نامه‌ها و انواع مقررات حقوقی آن را نیز دربردارد که در این قسمت به بررسی این جنبه از قانونگذاری می‌پردازیم. اکنون زمان توجیه این نظریه است که قانون، از حیث جنبه هنجاری حقوق، قاعده‌ای است که هنوز به حقوق تبدیل نشده و ماده خام آن است.

در اینجا از تمایز دیگری — که سعی در روشنگری درباره آن داشته‌ام و آن را «اثبات‌گرایی انتقادی»^۲ نام نهاده‌ام — کمک می‌گیرم یعنی تمایز میان سطوح مختلف حقوق. این تمایز، حقوق را به‌مثابه یک پدیده هنجاری که به معنای نظم حقوقی است در نظر

1. Constitutional Committee of the Parliament

2. Critical Positivism

می‌گیرد.^۱ ایده اصلی من این است حقوق در معنای نظم حقوقی با آنچه در لایه‌های سطحی آن به چشم می‌خورد، یعنی پدیده‌های هنجاری مانند قوانین موضوعه پراکنده و تصمیمات دادگاه‌ها، به پایان نمی‌رسد. حقوق با لایه‌های به مراتب عمیق‌تری درگیر است که به آن ماهیتی نظام‌مند، سازگار و منسجم می‌دهد. این لایه‌های عمیق‌تر، فرهنگ حقوقی و ساختار عمیق حقوق نامیده می‌شود.

فرهنگ حقوقی عبارت است از مفاهیم کلی و اصول حقوقی رشته‌های مختلف حقوق یعنی، حقوق خصوصی، حقوق جزا، حقوق اساسی، حقوق اداری و نظایر آن. در اصطلاح علم حقوق اروپای قاره‌ای، اصول و مفاهیم کلی حقوقی، تشکیل‌دهنده نظریه‌های عمومی رشته‌های مختلف حقوق‌اند. این امر تا حد زیادی به دلیل این مؤلفه حقوق است، یعنی سطحی که آن را فرهنگ نامیده‌ام، و اینجاست که نظم حقوقی ماهیتی نظام‌مند به خود می‌گیرد، بدین معنی که از توده قوانین موضوعه پراکنده و دیگر مقررات حقوقی و نیز تصمیمات دادگاه‌ها، به یک کل منسجم تبدیل می‌شود. این انسجام برای تحقق اصول اولیه حقوقی و اخلاقی، مانند امنیت حقوقی و برابری و عدالت شکلی، یک پیش‌شرط ضروری است. در این شکل تغییر یافته و نظام‌مند است که حقوق کار خود را مثلاً به شکل قضاوت انجام می‌دهد تا به صورت توده‌ای نامنظم از هنجارها.

آنچه در اینجا باید بر آن تأکید کرد این نکته است که در تقسیم کار میان اعمال حقوقی، فرایند تبدیل مواد خام حقوقی — که در لایه‌های سطحی حقوق مشاهده می‌شود — از طریق قانونگذاری صورت نمی‌گیرد. قانونگذار، قوانین پراکنده‌ای را به وجود می‌آورد که قبل از اینکه قانون بتواند کار کرده‌ایش را در جامعه ایفا کند، باید تفسیر شود و در یک نسبت نظام‌مند با یکدیگر قرار گیرند. تفسیر و نظام‌مند کردن قانون، وظایفی است که برعهده دیگر اقدامات حقوقی نظیر قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی است. در فرهنگ‌های حقوقی مختلف، مانند کشورهای دارای نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق اروپای قاره‌ای، تأکید بر دادگاه‌ها و علم حقوق متفاوت است. به تعبیر کلی، در کشورهای دارای نظام کامن‌لا، دادگاه‌ها در افزایش و حفظ انسجام حقوق نقش مهمی دارند، در حالی که سهم علم حقوق در این امر از اهمیت کمتری برخوردار است. علم حقوق در اروپای قاره‌ای، که از زمان

1. Ibid.

پیدایش حقوق مدرن بیشتر دانشگاه-محور بوده است، در نظام‌مند کردن نظم حقوقی تأثیر اساسی داشته است. همان‌طور که دیدیم در تحلیل ماکس وبر، یکی از جوانب مهم عقلانیت-شکلی حقوق مدرن، استقلال آن بود و در حقوق اروپای قاره‌ای این استقلال تا حد زیادی به دلیل کارکرد نظام‌بخشی آن بود که خود، محصول علم حقوق دانشگاه-محور بود.

سهام مهم قضاوت و نظریه‌پردازی حقوق هرآنچه باشد، این نکته در تحلیل ما دارای اهمیت است که قانونگذاری در خصوص انسجام حقوق، بیشتر عامل بی‌نظمی است تا نظم‌دهنده، و انسجام حقوق بیشتر محصول دیگر اقدامات حقوقی است تا قانونگذاری. البته نمونه‌هایی از کدبندی قوانین از طریق قانونگذاری وجود دارد، مانند (قانون مدنی آلمان)؛^۱ اما منصفانه‌تر آنکه حتی این نمونه را از موفقیت‌های علم حقوق بدانیم تا توفیق قانونگذار. درواقع قانونگذار فقط رویه حقوق خصوصی آلمانی را به‌طور شکلی به رسمیت شناخت؛ کاری که علم حقوق در طول قرن نوزدهم به انجام رساند.

۴ حقوق و اخلاق

همان‌گونه که از هابرماس آموخته‌ایم، حقوق میان سیاست و اخلاق قرار دارد.^۲ حقوق در خصوص اخلاق و سیاست دارای کارکردی مشخص است. حقوق واسطه‌ای است برای دستیابی به اهداف سیاسی دسته‌جمعی، اما درعین‌حال در حفاظت از حلقه واسطه‌های اخلاقی برای همگرایی اجتماعی نیز ایفای نقش می‌کند. حقوق مدرن حقوقی مستقل است که هنوز روابط خود را با اخلاق و سیاست حفظ کرده است. چنان‌که گفتیم، قانونگذاری به‌مثابه مجرای عمل می‌کند که از طریق آن آرای سیاسی به حقوق راه می‌یابد. اما اخلاق چگونه با حقوق رابطه دارد؟

می‌توان به قانونگذاری به‌عنوان ضمانت اجرای مستقیم مفاهیم رایج اخلاقی در رشته‌هایی مانند حقوق جزا و خانواده نگریست. اینها نمونه‌هایی است که هابرماس وقتی از حقوق به‌مثابه یک نهاد سخن می‌گفت در ذهن داشت.^۳ اما در جامعه فعلی، قانونگذار

1. Bürgerliches Gesetzbuch

2. See Above all, J. Habermas, *Faktizität Und Geltung: Beiträge Zur Diskurstheorie Rechts Und Des Demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt on Main, 1992.

3. J. Habermas, *Theorie Des Kommunikativen Handelns*, II, Suhrkamp, Frankfurt on Main, 1981, 536.

بیشتر به دلیل انگیزه‌های سیاسی عمل می‌کند و آنچه معمولاً موضوع قانونگذاری قرار می‌گیرد اهداف سیاسی جمعی است. این بدان معناست که حقوق رابطه خود را با اخلاق، بیشتر از طریق دیگر اقدامات حقوقی برقرار می‌سازد تا قانونگذاری. اجازه دهید چگونگی این امر را دقیق‌تر بررسی کنیم.

نظام‌مند کردن حقوق، که مطابق با تحلیل پیشین من، محصول قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی است، تنها متأثر از شبکه مفهومی دربرگیرنده مواد خام حقوقی نیست. همچنین تأثیر این شبکه مفهومی صرفاً یافتن جای هریک از قوانین پراکنده مصوب قانونگذار، به‌عنوان بخشی از حقوق خصوصی، حقوق جزا، حقوق مالیات و ... نیست. نظام‌مند کردن حقوق به محتوای هنجاری آن نیز اهمیت می‌دهد. در میان صاحب‌نظران، نیل مک کرومیک مانند دیگران میان سازگاری و انسجام حقوق تفکیک قائل می‌شود.^۱ سازگاری حقوق مترادف با ماهیت بدون تناقض منطقی هنجارهای حقوقی است. در این خصوص می‌توان به معیارهای حل تعارض هنجارها (قوانین) – که برای هر حقوق‌دانی آشناست و بخش مشترکی از فرهنگ حقوق‌دانان را شکل می‌دهد – مانند قانون برتر،^۲ قانون مؤخر^۳ و قانون خاص^۴ اشاره کرد. کارکرد اصلی چنین معیارهایی را می‌توان حصول اطمینان از سازگاری منطقی نظام حقوقی دانست.

اگر سازگاری، خصیصه‌ای است که ناظر بر حقوق به‌عنوان مجموعه‌ای از قواعد است، انسجام حقوق مربوط به ماهیت اخلاقی آن است. انسجام حقوق از اصول اخلاقی حقوق نشئت می‌گیرد. برخی اصول اخلاقی که به شاخه‌های مختلف حقوق، انسجام هنجاری می‌بخشد رسماً به‌وسیله قانونگذار مورد تصویب قرار گرفته است. اما بخش عمده این اصول در قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی به کار گرفته می‌شوند. به‌طور کلی، قانونگذار بر مبنای ملاحظات سیاست – محور عمل می‌کند که چه‌بسا در احوال مختلف سیاسی تغییر کند یا حتی با یکدیگر در تعارض باشد. در عوض اقدامات تفسیری و نظام‌بخش قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی با این اصول اخلاقی حقوق هدایت

1. N. Mac Cormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, 152 ff.

2. Lex Superior

3. Lex Posterior

4. Lex Specialis

می‌شود. اصولی همچون قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها^۱ در حقوق جزا یا وفای به عهد^۲ در حقوق مدنی — که مواردی مشهور و آشنایند — به‌طور حتم از بنیانی اخلاقی برخوردارند. اگر به اعماق هنجارین ساختار حقوق مدرن نفوذ کنیم، اصولی می‌یابیم که در آن، ابعاد حقوقی و اخلاقی به‌نحو جدایی‌ناپذیری درهم تنیده شده‌اند. کافی است در این باره به اصول بنیادین حقوق بشر بیاوریم.

از طریق این اصول است که حقوق، درهای خود را روی حوزه اخلاقی جامعه می‌گشاید. اگر چنین تحلیلی صحیح باشد؛ روابط سیاست و اخلاق، به‌ترتیب در لایه‌های مختلف حقوق جای می‌گیرد و با اقدامات حقوقی مختلف به هم پیوند داده می‌شود. ملاحظات سیاسی با قانونگذاری در لایه سطحی حقوق وارد می‌شود. در عوض، اتصال حقوق به اخلاق در سطوح فرهنگ حقوقی و ساختار عمیق آن صورت می‌گیرد و بدین ترتیب اساساً حقوق و اخلاق با قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی به هم پیوند می‌خورند.

۵ اشاره: استقلال حقوق^۳

با تحلیلی که از جایگاه حقوق در میانه اخلاق و سیاست ارائه کردیم، دیدگاه جدیدی در مورد استقلال حقوق و نیز بحث دورکین در خصوص رابطه میان سیاست‌ها و اصول حقوقی به‌دست می‌آوریم.^۴ زمانی که حقوق را در چارچوب نظریه چندلایه بودن آن بررسی می‌کنیم، میزان استقلال حقوق از سیاست و اخلاق متفاوت به‌نظر می‌رسد. سیاست از مجرای قانونگذاری ارتباطات تنگاتنگی با حقوق دارد؛ ولی استقلال حقوق از سیاست در لایه‌های عمیق‌تر، بسیار بیشتر است. اما در رابطه میان اخلاق و حقوق تصویر معکوسی را از میزان استقلال حقوق به‌دست آوردیم: در ساختار عمیق اصول هنجاری بنیادین، حقوق با اخلاق درهم‌تنیده شده است، درحالی‌که استقلال حقوق از هنجارهای اخلاقی، با نزدیک شدن به لایه‌های سطحی قوانین موضوعه پراکنده و آرای دادگاه‌ها، افزایش می‌یابد. هانس کلسن^۵ با محدود کردن نگاهش به لایه سطحی

1. Nulla Poena Sine Lege

2. Pacta Sunt Servanda

3. Autonomy of the Law

4. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1978.

5. Hans Kelsen

هنجاری و نادیده گرفتن سطوح فرهنگ حقوقی و ساختار عمیق حقوق، توانست میان احکام حقوقی و اخلاقی، جدایی و استقلال کامل ایجاد کند.

همچون رابطه میان سیاست‌ها و اصول حقوقی، می‌توان از ممیزی (یا سانسور) هنجاری قانونگذاری سیاست - محور سخن گفت. این ممیزی از رهگذر رویه‌های تعدیل‌کننده قضایی و نظریه‌پردازی حقوقی و از طریق اصول حقوقی نقش خود را ایفا می‌کند. این ممیزی هر زمانی که یک قانون موضوعه سیاست - محور در پرتو اصول اخلاق - بنیاد مورد تفسیر قرار می‌گیرد، وارد میدان می‌شود و جلوه بارز خود را به صورت رویه قضایی آشکار می‌سازد.

حقوق مدرن، مستقل است؛ اما در اصطلاح متروک شده پس از سال ۱۹۸۹، مسئله، نسبی بودن این استقلال است. چه بسا به نظر متناقض برسد که بگوییم حقوق در رابطه با سیاست با مؤلفه‌هایی که استقلالش را از اخلاق کمرنگ می‌کند به دست می‌آورد. قانونگذاری سیاست - محور با اصول حقوقی، محدود می‌شود، محدودیت‌هایی که مجرای ارتباطی میان حقوق و اخلاق را باز نگه می‌دارد.

۶ عقلانیت در قانون

بدین ترتیب براساس تحلیل‌های پیش گفته، قانونگذاری به‌عنوان یک اقدام اجتماعی، تلفیقی از ابعاد سیاست و حقوق با تأکید بر جوانب سیاسی است. قانون نیز به‌نوبه خود به‌عنوان محصول اقدامات تقنینی، باید قاعده‌ای که هنوز تبدیل به حقوق [کامل] نشده یا مواد خام حقوق در نظر گرفته شود. بنابراین همان‌طور که من مدعی‌ام، مسیر حقوق خام و ناتمام به حقوق کامل از طریق فرایند تعدیل آن، یعنی فرایند تفسیر و نظام‌مندکننده قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی، می‌گذرد. در این فرایند، اصول اخلاق - محور نقش اساسی ایفا می‌کند؛ به این صورت که تأثیر متغیرهای سیاسی را که از مجرای قانونگذاری وارد می‌شود، محدود و کمرنگ می‌سازد.

اما عقلانیت قانون موضوعه را با چه معیاری می‌توان ارزیابی کرد. درسی که می‌توان از ماکس وبر آموخت، دیدگاه وی درباره ظرفیت چشمگیر مفهوم عقلانیت در حوزه قانون است. عقلانیت قانون ممکن است از ابعاد مختلف و با توسل به معیارهای

گوناگون، ارزیابی شود. بنابراین چه بسا عقلانیت قانون با توسل به معیارهای مختلفی فراتر از عقلانیت قضایی و دانش حقوقی محاسبه گردد.

در ارزیابی عقلانیت قانون، تفکیک میان سه بعد عقلانیت مفید به نظر می‌رسد. این ابعاد مختلف شامل، عقلانیت غایی،^۱ عقلانیت درونی^۲ و عقلانیت هنجاری^۳ است. عقلانیت غایی قانون غالباً با قابلیت اجرای کارکردهای اجتماعی قانون - که همانا دستیابی هرچه بیشتر به اهداف جمعی و حفاظت از پیوندهای اخلاقی همگرایی اجتماعی است - اندازه‌گیری می‌شود. عقلانیت درونی به سازگاری و انسجام درونی نظم حقوقی مربوط است و عقلانیت هنجاری قانون مترادف با مشروعیت (هنجاری) آن است.

به هنگام تحقیق در مورد عقلانیت قانون می‌توان یا بر یک قانون موضوعه به تنهایی و جداگانه یا به مجموعه قوانین به‌طور کلی تمرکز کرد. عقلانیت غایی قانون به‌ویژه در رشته جامعه‌شناسی حقوق با عنوان تحقیق کاربردی^۴ بررسی می‌شود. این مطالعات اغلب به اصلاحات موردی قانون و میزان دستیابی به اهداف سیاسی ملحق به این اصلاحات و نیز به علل نهایی ناتوانی دستیابی به این اهداف مربوط است. برعکس، بحث در مورد تورم تقنینی، قانونگذاری حداکثری^۵ و در نتیجه بوروکراتیزه کردن نظام اقتصادی یا جهان زندگی اجتماعی^۶، آن اندازه که به قانونگذاری به‌طور کلی مربوط است به قوانین موضوعه پراکنده یا اصلاحات حقوقی ربطی ندارد. اما دامنه معیارهایی که با لحن انتقادی در این مباحث [قانونگذاری] به کار برده می‌شود به جنبه عقلانیت غایی نیز تسری می‌یابد. منتقدان معتقدند قانونگذاری به‌ویژه در دوران حاکمیت دولت رفاه، از جایگاه مناسب خود منحرف شده و در تعارض با سازوکارهای درونی و طبیعی - که از طریق آنها نظام اقتصادی و جهان زندگی روزمره همگرایی خود را حفظ می‌کند - قرار گرفته است.

1. Object Rationality

2. Internal Rationality

3. Normative Rationality

4. Implementation Research

۵. Juridification. این اصطلاح به معنای مداخله و دست‌اندازی قانون به جنبه‌های مختلف زندگی اجتماعی، اقتصادی و ... است - م.

6. Life World of the Society

آنچه که اغلب، به‌ویژه تحقیقات کاربردی را تحت تأثیر قرار می‌دهد، نوعی دیدگاه ابزارانگارانه به روابط میان اهداف سیاسی، قانونگذاری و تأثیرات اجتماعی قانون است. به این معنا که فرایندهای تعدیل‌کننده‌ای که در امر تبدیل حقوق خام به حقوق کامل دخالت دارند و بر آنها تأکید کردیم، نادیده انگاشته می‌شوند. این فرایندها در پی حفظ عقلانیت نظم حقوقی؛ یعنی سازگاری و انسجام اخلاقی آن است. در جامعه مدرن، قانونگذار معمولاً بر مبنای الگوی عقلانیت غایی اقدام می‌کند؛ یعنی هر قانون جدید به‌عنوان وسیله‌ای برای دستیابی به اهداف تعیین شده سیاسی در نظر گرفته می‌شود که این اهداف به‌نوبه خود، آثار اجتماعی مطلوب وضع قانون تلقی می‌شود.

هنگامی که قانونی جدید در کلیت نظام‌مند نظم حقوقی ادغام می‌شود و مثلاً به ممیزی هنجاری اصول حقوقی^۱ تن در می‌دهد، در این صورت شاهد دخالت عوامل محاسبه نشده در الگوی عقلانیت غایی هستیم که توانایی قانون را در دستیابی به اهداف قانونگذار تحت تأثیر قرار می‌دهد. در رابطه میان حقوق و سیاست، حقوق تلاش می‌کند بر استقلال خود نسبت به اهداف سیاسی قانونگذار تأکید کند. با این‌همه، عقلانیت درونی، پیش از این مرحله، یک جنبه مهم در ارزیابی قانون محسوب می‌شود. بدین ترتیب، هریک از قوانین موضوعه باید با معیارهای سازگاری منطقی منطبق شود و اعمال تقنینی باید عقلانیت درونی نظم حقوقی را به‌عنوان یک کل، مدنظر قرار دهند؛ چنان‌که مثلاً از برقراری تناقض کامل میان قانون جدید و قدیم پرهیز کنند. توضیح علت کاهش عقلانیت درونی قانون در کشوری مانند فنلاند، شاید در این واقعیت نهفته باشد که تهیه پیش‌نویس قانون به نحو رو به افزایشی نه در وزارت دادگستری — که واجد متخصصانی برای نظارت بر عقلانیت درونی قانون است — بلکه در دستگاه‌های دولتی دیگر انجام می‌گیرد.

کیفیت حقوقی تهیه پیش‌نویس قانون هرچه باشد، بعد عقلانیت درونی در قانونگذاری که از عقلانیت غایی قانون تبعیت می‌کند. در این نوع عقلانیت، قانونگذار سعی می‌کند از رعایت الگوی عقلانیت غایی قانون، اطمینان حاصل کند. مسئولیت اصلی حفظ عقلانیت درونی قانون بر عهده قضات و استادان حقوق باقی می‌ماند. تلاش

ایشان در این راه، همواره منشأ نارضایتی سیاستمداران و دیوانسالاران بوده است، چرا که می‌بینند اهداف سیاسی آنها در پای عقلانیت درونی قانون، قربانی شده است.

در نهایت ما به سومین جنبه از عقلانیت که همان عقلانیت هنجاری یا مشروعیت قانون است می‌رسیم. در جامعه مدرن، معیارهای فراموضوعه هنجاری قانون اعم از اینکه از ماهیت انتزاعی یا عینی ناشی شده باشد؛ به نحو فزاینده‌ای اعتبار خود را از دست داده‌اند و معیارهای مشروعیت به‌جای ماهیت ماهوی، دارای ماهیت شکلی و روبه‌ای شده‌اند. در چنین شرایطی، فرایند قانونگذاری در حفاظت از مشروعیت کلی قانون نقش مهمی ایفا می‌کند. وقتی که قانون موضوعه مهم‌ترین منبع حقوق را تشکیل می‌دهد در این صورت شرط ضروری برای مشروعیت قانون، وجود تشریفات قانونگذاری دمکراتیک است یعنی فرایندهای بررسی و تبادل نظر در دستگاه‌های رسمی که بحث‌ها و رایزنی‌های سپهر عمومی جهان زندگی آن را احاطه کرده است.

با این حال، باید بر این نکته تأکید کرد که طبیعت دمکراتیک تشریفات قانونگذاری برای حصول اطمینان از مشروعیت قانون کافی نیست. با در نظر گرفتن اهمیت اقدامات حقوقی نظیر قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی برای تولید و بازتولید نظم حقوقی، تشریفات قانونگذاری نیز باید شرایط خاصی برای مشروعیت بخشی داشته باشند. چیستی این شرایط، یکی از موضوعات مهم نظریه حقوقی و فلسفه حقوق است، اما بررسی آنها در این نوشتار ما را از موضوع اصلی بحث دور می‌کند.

در مقایسه با دیگر اقدامات حقوقی و نتایج آنها، به نظر می‌رسد قانونگذاری واجد چنان عقلانیتی است که نظیر آن در رقیبش یعنی قضاوت وجود ندارد. عقلانیت درونی و هنجاری حقوق در ارزیابی قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی به میزان چشمگیری دخیل‌اند. بدین ترتیب به‌عنوان مثال، انسجام^۱ و انطباق^۲ که کلوس گانتز از آنها به‌عنوان معیارهای مهم برای قضاوت^۳ یاد می‌کند، می‌تواند به‌ترتیب از مشخصات ضروری عقلانیت درونی و هنجاری حقوق تلقی شود. در عوض، در صورتی که بر رابطه میان

1. Coherence

2. Appropriateness

3. See Especially, K. Günther, Der Sinn für Angemessenheit, Suhrkamp, Frankfurt on Main, 1988.

حقوق و (بقیه) اجتماع متمرکز شویم عقلانیت غایی به‌طور مستقیم به قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی مربوط نیست. این ادعا به‌رغم گسترش استدلال نتیجه‌گرایان^۱ در قضاوت و همچنین نظریه‌پردازی حقوقی از نیمه دوم قرن نوزدهم، موجه به‌نظر می‌رسد. به‌طور کلی، استدلال در قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی که معمولاً قانون را از منظر قضات تحلیل می‌کند، از الگوی عقلانیت غایی که در قانونگذاری متداول است گریزان است. اگر بتوان قضاوت را به‌طور کلی از منظر عقلانیت غایی تحلیل کرد، هدفی که قضاوت در پی آن است جامعه عمل پوشاندن به قانون است.

اهمیت بعد عقلانیت غایی در قانونگذاری بازتاب سلطه بعد سیاسی در اقدامات تقنینی است؛ وضع قانون از سوی تصمیم‌گیران سیاسی، به‌عنوان وسیله‌ای برای دستیابی به اهداف سیاسی مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد و از این منظر توفیق و شکست آن از حیث عقلانیت غایی ارزیابی می‌شود. تز آخر من این است که فلسفه قانونگذاری در همین راستا علم حقوق از منظر قانونگذار است که با محدودیت‌های این علم مقابله می‌کند.

عقلانیت غایی در زمره عوامل درونی قانون قرار گرفته است – مانند عواملی که ناظر بر عقلانیت درونی قانون هستند. هرچند، عمدتاً در تقسیم کار میان علوم رفتاری، اجتماعی، تجربی، توصیفی و علم حقوق غالباً هنجاری، هم تعیین شرایط عقلانیت هدف قانونگذاری و هم تحقیق در مورد چگونگی تأمین این شرایط در موارد خاص، به حوزه علوم رفتاری اجتماعی و توصیفی تعلق دارد. با وجود این، باید گفت که در انجام این وظایف، علوم رفتاری و اجتماعی به یاری علم حقوق نیاز دارند. اما مایلیم در این ارتباط از یک موضع ضدتوسعه‌طلبانه^۲ دفاع کنیم؛ من هیچ دلیلی برای تلاش توسعه‌طلبانه علم حقوق برای فتح یک حوزه جدید در بررسی عقلانیت غایی قانونگذاری نمی‌بینم.

1. Consequentialist
2. Anti-imperialist

مهندسی اجتماعی از طریق قانونگذاری*

لارس دی. اریکسون**

مقدمه

برای اینکه از حیث اجتماعی، کنشگرانی عقلایی محسوب شویم، پیش‌بینی آنچه می‌خواهیم انجام دهیم و آگاهی از پیامدهای تصمیماتمان، شرط لازم است. اما آیا سازگاری^۱ نیز شرط ضروری است و تصمیمات ما ضرورتاً باید از تلائم^۲ درونی نیز برخوردار باشد؟ می‌پذیریم که هدف ما به‌عنوان وکلا و محققان حقوقی باید سازگار و متلائم باشد، اما آیا این سخن بدان معناست که قانونگذار نیز باید به همان شیوه قضات، وکلا و محققان حقوقی عمل کند؟ به‌هیچ‌وجه در این مورد مطمئن نیستیم. فلسفه قانونگذاری^۳، فلسفه حقوق^۴ نیست و نباید باشد.

درواقع ما هرگز قادر به پیش‌بینی عواقب تصمیمات خود نیستیم و به همین دلیل عقلایی بودن آنچه انجام می‌دهیم و تصمیماتی که اتخاذ می‌کنیم محل تردید جدی است. مسلماً اتخاذ تصمیماتی که دارای تلائم درونی است، از عمل و اتخاذ تصمیماتی که عواقب آن قابل پیش‌بینی باشد بسیار آسان‌تر است. بنابراین تصور می‌کنم معمولاً تعریفی از عقلانیت که بر سازگاری و تلائم تأکید می‌کند، بیشتر ترجیح می‌دهیم؛ این تعریف از

* مشخصات منبع مقاله به شرح ذیل است:

Lars D. Eriksson, "Making Society Through Legislation", in Wintgens, Luc, *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford: Hart Publishing, 2002, PP. 41-47.

** استاد دانشکده حقوق دانشگاه هلسینکی، فنلاند.

Universidat Nacional Autonomade México (UNAM)

1. Consistent
2. Coherent
3. Legisprudence
4. Jurisprudence

تعریفی که بر پیش‌بینی‌پذیری پیامدهای تصمیمات تأکید می‌کند مطمئن‌تر است. فلسفه قانونگذاری، به‌عنوان یک رویکرد نظری جدی اساساً باید به مسائل ناظر بر پیامدهای قابل پیش‌بینی [قانونگذاری] بپردازد. فلسفه قانونگذاری باید به‌جای پرداختن به مسائل مهم برای یک قاضی یا نظریه‌پرداز حقوقی، اساسی‌ترین مسائل قانونگذار را بررسی کند. در این مقاله قصد دارم رایج‌ترین برداشت‌ها را از دولت رفاه مورد چالش قرار دهم. ادعای من این است که دولت رفاه را از نظر نتایج باید محصول پروژه لیبرالیسم سنتی بدانیم نه محصول پروژه «دولت رفاه».^۱ البته مقصود این نیست که لیبرالیسم دولت رفاه باید توطئه‌عامدانه لیبرال‌ها انگاشته شود؛ بلکه تلاش من، اثبات این ادعاست که آن ابزارهای مفهومی که طرفداران دوآتشه دولت رفاه (اعم از قانونگذاران، سیاستمداران یا حقوق‌دانان) استفاده می‌کنند، از سنت لیبرالی ناشی شده است. من معتقدم که نیت خیرخواهانه طرفداران دولت رفاه، صورت‌بندی جامعه‌ای بود که نه تنها مبتنی بر آزادی فردی و آزادی مالکیت، بلکه براساس عدالت اجتماعی و برابری باشد.

با این‌همه، آنچه امروزه شاهد هستیم، دولت رفاهی است مبتنی بر حق‌های اخلاقی به‌شدت فردگرایانه^۲ و نظام حقوقی‌ای که در آن حق‌های فردی بنیادی‌ترین بُعد آن نظام را تشکیل می‌دهد. امروزه دولت رفاهی را مشاهده می‌کنیم که نه در اخلاق و نه در نظام حقوقی، بر پایه روابط مبتنی بر مسئولیت طرفینی و متقابل^۳ بنا نشده است. عدالت و برابری، در نهایت ارزش‌های جمعی‌اند. جامعه مبتنی بر آنها باید چنان جامعه و نظام حقوقی‌ای باشد که حداقل مبتنی بر برخی اصول جمع‌گرایانه باشد؛ اما منطق آزادی و حق‌های فردگرایانه چنین اجازه‌ای به اخلاق یا نهادهای حقوقی جمع‌گرایانه نمی‌دهد.

لیبرالیسم دولت رفاه، نه تنها به اخلاق حق - محور [در مقابل اخلاق مسئولیت - محور] و نظم نهادمند که بنیان اصلی آن حفاظت از حق‌های قانونی فردی است منجر شده است، بلکه به خرد شدن پیوندهای اجتماعی و ساختارهای جامعه که همچون محافظ ارزش‌ها و اصول اجتماعی و سازمانی جایگزین عمل می‌کنند انجامیده است.

تناقضی که در این نوشتار بررسی می‌کنیم، این است که مقاصد تقنینی دولت رفاه

-
1. Sozialstaat
 2. Extremely Individualistic Morality of Right
 3. Mutual Responsibility and Reciprocity

هرگز به آن نحو که قانونگذاران در چنین دولتهایی تصور می‌کردند صورت خارجی نیافت. نتایجی که از دولت رفاه‌گرایی به دست آمد، آن پیامدهایی نبود که قانونگذاران از آن توقع داشتند.

۱ دولت لیبرال و دولت رفاه

از زمان جنگ جهانی دوم، دو شکل از دولت با عنوان لیبرال و رفاه‌پا به عرصه گذاشت که از ویژگی‌های متفاوتی برخوردارند. از یک طرف دولت لیبرال به مثابه دولت سرمایه‌داری و اقتصاد بازار آزاد متجلی شد، که در آن دامنه قدرت دولت باید کاسته شود و نباید در فرایندهای اقتصادی و اجتماعی - مگر ضرورتاً به منظور حمایت از آزادی فردی، نظم و امنیت - دخالت کند و نظام‌های گوناگون خرد^۱ اجتماعی، باید از استقلال برخوردار باشند چنان‌که براساس منطق درونی خود عمل کنند. از طرف دیگر در دولت رفاه اقتصاد لجام‌گسیخته بازار با دخالت‌های دولت در اقتصاد و توسعه بیشتر شبکه‌های تأمین اجتماعی مهار می‌شود.

لیبرال‌ها مدعی‌اند آزادی، ارزش بنیادین دولت لیبرال است و حداکثر آزادی افراد باید به منظور تحقق اهداف و امیال شخصی آنها مورد محافظت قرار گیرد. طرفداران دولت رفاه می‌گویند ارزش بنیادین تفکر آنها، عدالت اجتماعی است به طوری که باید فرصت‌های واقعی برابری برای یک زندگی نسبتاً خوب، به معنای برخورداری از حد متعارفی از امکانات صرف‌نظر از سن، سلامتی و کار، تضمین شود. بنابراین دولت رفاه، برابری اجتماعی و توزیع عادلانه درآمد را پیش‌فرض می‌گیرد. این تفکر همواره وجود داشته است، اما من معتقدم اکنون، یعنی زمانی که دولت رفاه با بحران‌های جدی مواجه شده، وقت آن فرا رسیده که این مفاهیم را زیر سؤال ببریم. تأکید من این است که دولت رفاه، دولت جدیدی که دارای ویژگی‌های متفاوتی باشد ایجاد نکرده است و نیز تفاوت چندانی با دولت لیبرال ندارد. بلکه یقین دارم دولت رفاه شکلی از دولت لیبرالیستی است که در بالاترین حد خود توسعه یافته است.

واضح‌تر آنکه وجود حق‌های^۲ سیاسی و مدنی است که دولت لیبرال را از سایر

1. Subsystems

2. Rights

اشکال دولت‌های پیشین متمایز می‌کند. ویژگی مهم این حق‌ها این است که آنها را در مقابل دولت به شهروندان و افراد اعطا می‌کنند. دولت به محترم داشتن آزادی بیان و حقوق مالکیت شهروندان و نظایر آن ملزم است. این بدان معناست که دولت لیبرال در آغاز و در مراحل اولیه شکل‌گیری خود، نقشی بسیار انفعالی ایفا کرده است یعنی حق‌های مدنی محدودیت‌هایی را برای آنچه که دولت به انجام آن مجاز یا غیرمجاز بود ایجاد کرد. اما تا به حال این حق‌ها، کارکردی عمودی داشته؛ آنها حقوقی را در مقابل دولت به شهروندان اعطا، و در مقابل، تعهداتی را معادل با آن حقوق به نفع دولت ایجاد می‌کنند. اما این حقوق نه در گذشته و نه امروزه کارکردی افقی نداشته، به این معنا که به شهروندان هیچ‌گونه حقی در رابطه با یکدیگر اعطا نمی‌کنند. روابطی که در آن این حق‌ها وجود دارد، رابطه‌ای است که اساساً میان شهروندان و دولت وجود دارد. افراد مجازند هرآنچه مایل‌اند در روابط میان خود انجام دهند.

دولت رفاه، حقوق فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی همچون حق داشتن شغل، آموزش و پرورش، استاندارد معینی از زندگی، حق داشتن وضعیت کار بهداشتی و سالم و نوعی تأمین اجتماعی در سنین کهن‌سالی را فراهم می‌کند. دقیقاً وجود همین حق‌هاست که ویژگی‌های دولت رفاه مدرن محسوب می‌شود و براساس دیدگاه غالب، نوع جدیدی از دولت تأسیس می‌کند. اما اجازه دهید نگاه دقیق‌تری به این مسئله داشته باشیم و ببینیم آیا حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی واقعاً نوع جدیدی از دولت معرفی می‌کنند. اغلب گفته می‌شود که هدف از این حقوق، استقرار برابری واقعی میان شهروندان است درحالی‌که هدف حقوق مدنی سنتی، صرفاً تضمین آزادی فردی است؛ این سخن می‌تواند درست باشد و من آن را مورد مناقشه قرار نمی‌دهم.

همچنین گفته می‌شود حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی تلاش‌ها و اقدامات فعالانه دولت را پیش‌فرض می‌گیرد. دولت ملزم است فعالانه مشاغل جدید ایجاد کند، امکانات تحصیلی برای شهروندان فراهم کند، مراقبت‌های بهداشتی را گسترش دهد و امرارمعاش کهن‌سالان و نظایر آن را تضمین کند. به عبارت دیگر، برخلاف حقوق سنتی، که صراحتاً دولت را از دخالت در حوزه‌هایی از آزادی که به موجب قانون اساسی حفاظت شده، ممنوع می‌سازد حقوق اجتماعی، دخالت‌های فعال دولت را پیش‌فرض می‌گیرد. به طور خلاصه، اولاً، هدف حقوق اجتماعی افزایش عدالت اجتماعی است درحالی‌که

هدف حقوق سنتی حفاظت از آزادی فردی است؛ ثانیاً، درحالی که حقوق سنتی دولت را ملزم به انفعال می‌کند، حقوق اجتماعی صراحتاً خواستار اقدام دولت است. تردیدی وجود ندارد که حقوق دولت رفاهی، وظایف تازه‌ای بر دوش مراجع دولتی نهاده که زندگی را برای شمار زیادی از شهروندان تحمل‌پذیرتر ساخته است. من این واقعیت را انکار نمی‌کنم، اما آنچه نمی‌پذیرم این ادعاست که دولت رفاه بر لیبرالیسم فائق آمده است.

اولاً، درواقع، حقوق رفاهی^۱ نیز به صورت عمودی عمل می‌کند یا به عبارت دیگر همانند حقوق سنتی عمل می‌کند. تک‌تک شهروندان باید به منظور اعمال حقوق اقتصادی و اجتماعی خود آنها را از مراجع دولتی مطالبه کنند. حقوق اجتماعی و اقتصادی به صورت افقی عمل نمی‌کند. اگر بیکار هستیم، نمی‌توانیم از کارفرمای خود مطالبه شغل کنیم و اگر سالخورده یا بیمار هستیم، نمی‌توانیم از خانواده یا دوستان و همسایگان خود بخواهیم از من مراقبت کنند.

ثانیاً، حقوق دولت رفاه نیز حقوق فردی است. من صرفاً از حقی فردی نسبت به دریافت کمک‌هزینه فرزندم، بیمه بیکاری، بیمه بیماری یا بیمه بازنشستگی و نظایر آن برخوردارم. من صرفاً قادر به اعمال این حقوق اجتماعی و اقتصادی به مثابه یک فرد ذره‌ای^۲ و تنها خواهم بود. منطق حقوق اجتماعی و اقتصادی به این معنا، مانند حقوق فردگرایانه و سنتی است.

ثالثاً، به‌رغم اینکه حقوق اجتماعی، حداقل به‌طور غیرمستقیم، مستلزم دخالت دولت در فرایندهای اقتصادی و اجتماعی است، باین حال آن دسته از ساختارهای اقتصادی که در نهایت موجب بی‌عدالتی اجتماعی است، از سوی دولت دست‌نخورده باقی مانده است. مقصود من، ساختار اقتصاد بازار است که حقوق اجتماعی تاکنون آنها را به‌هیچ‌وجه از میان نبرده است. از این‌رو به‌نظر می‌رسد دولت رفاه تنها شکلی از اشکال پروژه لیبرالی سنتی است.

امروزه بحران دولت رفاه تا حدی نتیجه این واقعیت است که اساساً محدودیتی برای میزان توسعه حق‌های موجود در دولت رفاهی وجود ندارد. درواقع این حقوق، نامحدودند. هنگامی که نیازهای فردی جدید پدید می‌آید یا وقتی ما از نیازهای واقعی خود آگاه می‌شویم، همواره می‌توانیم خواستار برآورده شدن خواسته‌هایمان به شکل

1. Welfare Rights
2. Atomised

حق‌های قانونی^۱ شویم. تا وقتی که رشد تضمین شده اقتصادی وجود داشته باشد، این خواسته‌های رو به تزاید مشکلی ایجاد نمی‌کند، اما به‌هنگام بروز رکود اقتصادی، نظام در آستانه خطر فروپاشی جدی قرار می‌گیرد.

۲ برخی مسائل ناظر بر حق‌های دولت رفاهی

حقوق اجتماعی هر فرد، مستلزم آن است که مقامات دولتی، تعهدات و مسئولیت‌های مشخصی برای انجام داشته باشند.

الف) این سخن که چنین نظام حق - محوری^۲، به زایل شدن مسئولیت اخلاقی شهروندان منجر شده است، به‌آسانی انکارپذیر نیست. حقوق اجتماعی، چنان که دیدیم، صرفاً مطالباتی فردی علیه دولت ایجاد می‌کند، اما متضمن هیچ نوع تعهد اجتماعی برای خود شهروندان و افراد نیست.

این واقعیت که من از حق بیمه بیماری برخوردارم، هیچ تعهدی برای مراقبت از افراد بیماری که نزدیکان من محسوب می‌شوند ایجاد نمی‌کند. همچنین این واقعیت که من بیمه بیکاری دریافت می‌کنم، مرا متعهد نمی‌سازد که به اشخاص بیکار دیگر برای پیدا کردن شغل کمک کنم. به‌طور کلی، چنین نظامی مرا مجبور می‌کند که فقط بر حقوق خود تمرکز کنم و ملتزم است که حقوق من مورد احترام و محفوظ خواهد بود. من حق دارم هنگام بیماری، تقاضا کنم که تختی در بیمارستان به من داده شود، فارغ از اینکه آیا بهترین دوستم نیاز بیشتری از من به آن تخت دارد. من حق بیمه بیکاری دارم، صرف‌نظر از اینکه آیا همسایه من نیاز ضروری‌تری از من دارد یا نه و نظایر آن. در بلندمدت همه اشکال همیاری و همبستگی اجتماعی^۳ فرومی‌ریزد.

ب) اما هنوز مشکلات بیشتری وجود دارد. حقوق اجتماعی فقط متعلق به نسل حاضر است و فاقد جنبه تاریخی است. منطق این نوع حقوق، اقتضای ملاحظه نسل‌های آینده را ندارد، به این معنا که این حقوق تعهدی نسبت به آینده برعهده ما ایجاد نمی‌کند. من نسبت به مستمری بازنشستگی خود که بخشی از نیازهای مالی مرا تأمین

1. Legal Rights
2. Right-centred System
3. Social Solidarity

می‌کند مستحق هستیم، اما درعین حال هیچ تعهدی به ارتقای سطح زندگی متعارف برای افراد کهن‌سال پس از خود ندارم.

ج) علاوه بر این، پیامد این واقعیت که ما به‌عنوان فرد، از حقوقی برخورداریم بدون آنکه تکالیفی داشته باشیم، به‌آسانی موجب انفعال ما در روابطمان با نظام سیاسی خواهد بود. من می‌توانم خود را منحصر کنم به اینکه مطالباتم را یا به‌طور شفاهی یا کتبی مطرح، و اگر به دلایلی این مطالبات مورد قبول واقع نشود، از مرجع صالح بالاتر تقاضای تجدیدنظرخواهی کنم. من نیازی به کمک یا حمایت دیگران، مگر احتمالاً یک وکیل، ندارم. به‌عنوان مثال اگر شغلی نداشته باشم و بیمه بیکاری دریافت نکنم نباید دیگر افراد بیکار را به‌منظور اعتراض به آنها بسیج کنم، بلکه فقط باید شکایتی تسلیم کنم مبنی بر تجدیدنظرخواهی علیه تصمیمی که برای بیمه بیکاری من گرفته شده است. در چنین وضعیتی، آیا عجیب است که هیچ‌گونه اعمال اعتراضی وسیع در میان بیکاران وجود ندارد؟ دولت رفاه، نظامی از حقوق فردی ایجاد کرده است که درواقع به‌جای بسیج شهروندان، آنها را متفرق می‌کند.

د) به‌عبارت‌دیگر حقوق دولت رفاهی، سیاست‌زدایی^۱ عمومی از مطالبات اجتماعی را تقویت می‌کند. باین حال، سیاست‌زدایی، تنها از طریق انفعال عمومی بروز نمی‌یابد بلکه این امر دارای نمودهای خاص بیشتری است. حقوق اجتماعی، اغلب اختیارات زیادی به مقامات رسمی برای دخالت در حقوق مدنی سنتی اعطا می‌کند. به‌منظور دستیابی به حقوق اجتماعی که مستحق آن هستیم، مجبوریم از برخی حقوق خود چشم‌پوشی کنیم. واضح است که این نوع تعارض حق‌ها، عواقبی را برای مفهوم فرد به‌عنوان انسانی بالغ و مستقل در پی دارد. هدف حقوق فردی (لیبرالی)، ایجاد افرادی حاکم بر خود و خودمختار بود، اما این هدف ممکن است با حقوق اجتماعی [دولت رفاهی] عقیم بماند چرا که این حقوق متضمن قیدهایی است که شهروندان را از حقوق مدنی خود محروم می‌سازد.

۳ یک نمونه: تحول مفهوم کار

کار، درست مانند خانواده، در طول قرن‌ها به‌مثابه یک نهاد رفاهی^۲ عمل کرده است که

1. Depoliticisation
2. Welfare Institution

نه فقط به یک مکان، بلکه یک گردهمایی اجتماعی است، یعنی جایی که کسانی با هم کار می‌کنند و نوعی روابط دوطرفه مبتنی بر مسئولیت و همبستگی را به همراه دارند. آنچه در دوران لیبرالی رخ داد - و من آن را شامل دوره دولت رفاه نیز می‌دانم - این گرایش بود که کار را در زمره حقوق فردی قرار دهد؛ یعنی حق گرفتن مزد از مکانی مشخص به‌عنوان محل کار و یا در صورت پیدا نشدن کار، حق برخورداری از بیمه بیکاری. بدین ترتیب کارکرد اجتماعی کار تا حدودی در محاق رفت. حق داشتن شغل که در وجه آرمانی آن می‌تواند به‌عنوان اطمینان از عضویت در گروهی اجتماعی یا حق امرارمعاش در نظر گرفته شود، در عمل به یک حق فردی برای دریافت دستمزد یا در صورت بیکاری، به‌مثابه حق دریافت نوعی بیمه‌های اجتماعی تبدیل شد. در چنین اوضاع و احوالی، آیا جای شگفتی است که مثلاً، جنبش اتحادیه کارگری امروزه با مسائلی برخورد کند که گذشته آنها را تجربه نکرده و هیچ‌گاه اعضای خود را بدین‌منظور سازمان‌دهی نکرده است؟ البته در چارچوب مفهوم کارِ فردگرایانه و کاملاً حق - محور، بسیار دشوار است که کارگران را برای واکنش‌های دسته جمعی و به نام منافع جمعی بسیج کرد، به‌ویژه آن نوع منافع جمعی که در واقع تنها کارکرد اجتماعی آن، ایجاد حق فردی نسبت به دستمزد یا بعضی بیمه‌های اقتصادی است.

می‌پذیرم آنچه تاکنون گفته‌ام، بسیار ارتجاعی است، اما بر این نکته تأکید می‌کنم که حق - محوری افراطی در دولت لیبرالی سنتی، مانند دولت رفاه مدرن، نتیجه‌اش از میان رفتن بسیاری از ساختارهای اجتماعی ناظر بر همبستگی و همکاری متقابل بوده است؛ ساختارهایی که در مراحل اولیه به‌عنوان نهادهای رفاهی در سطوح خرد^۱ اجتماعی عمل می‌کرد. در این فرایند بسیاری از روابط افقی^۲ شامل حقوق و تکالیف از میان رفته است. نتایج این نوع توسعه در سطوح کلان^۳ اجتماعی نیز قابل مشاهده است. امروزه بحث و گفت‌وگو درباره منافع جمعی، پدیده‌ای استثنایی محسوب می‌شود. قانونگذاری برای آن دسته از طرح‌های رفاهی که مبتنی بر همکاری و همبستگی متقابل افراد درگیر آن است، به این عنوان که خیالی یا نامقبول است، رد می‌شود. بخش چشمگیری از

1. Micro Levels
2. Horizontal Relationship
3. Macro Levels

مباحث سیاسی به این مناقشه مربوط است که چگونه باید میان منافع خاص متعارض موازنه برقرار شود. به عنوان نمونه، فقدان بحث درباره به جامعه خوب^۱ یا خیر مشترک^۲، بسیار مشهود است؛ در حالی که بحث درباره منافع خاص ما و اینکه چگونه می‌توانیم حقوق فردی خود را تقویت یا اجرا کنیم، به وفور وجود دارد.

۴ آیا این گفتار واقعاً به فلسفه قانونگذاری کمک می‌کند؟

بله، فکر می‌کنم چنین است (به شرط آنکه نظریه روشنی درباره فلسفه قانونگذاری وجود داشته باشد). نه فقط به دلایل نظری، بلکه به دلایل عملی نیز مهم است که ابزارهای مفهومی بنیادینی را تحلیل کنیم که آگاهانه در تفکر درباره قانون و قانونگذاری به کار می‌بریم. این ابزارهای مفهومی، اغلب و در نهایت مفاهیمی ایدئولوژیک محسوب می‌شود. در این نوشتار تلاش کردم الگوی لیبرالی حق‌های قانونی^۳ را موشکافی کنم. در تحلیل من، این حقوق دارای ویژگی‌هایی است: اولاً، آنها منحصرأ حقوقی فردی‌اند؛ ثانیاً، این حقوق، حقوقی عمودی‌اند؛ ثالثاً، آنها حقوقی فردی‌اند که متناظر با تکالیف فردی نیستند. ما نمی‌توانیم در چارچوب این طرح مفهومی، به اهدافی که غیرلیبرالی و اجتماع‌گرایانه‌اند دست یابیم. امیدوارم تحلیل پیش‌گفته، روابط میان قانون و قدرت را روشن کرده باشد. تردیدی نیست که قانون اغلب به عنوان ابزاری در خدمت قدرت سیاسی عمل می‌کند؛ اما اگر تحلیل من صحیح باشد، در آن صورت رابطه به مراتب عمیق‌تری می‌تواند میان قانون و قدرت وجود داشته باشد. آن طرح مفهومی که قانون باید در چارچوب آن عمل کند؛ یعنی طرحی که در نهایت بر مفاهیم خاص سیاسی ایدئولوژیک درباره چگونگی سازمان دادن به جامعه و دولت مبتنی است، قانون را به تولید نوع خاصی از هنجارها و قواعد حقوقی وادار می‌سازد. این هنجارها و قواعد نباید در تناقض با چیزی واقع شود که بناست موجب تحکیم آنها باشد. به عبارت دیگر، قدرت در قانون در واقع قدرت پیش‌فرض‌های سیاسی - ایدئولوژیک^۴ است.

1. Good Society
2. Common Good
3. Liberal Paradigm of Legal Rights
4. Politico-ideological Presuppositions

وقتی مفاهیم حقوقی پایه‌ای در قانون، بر مفهوم لیبرالی جامعه مبتنی است، پیامدهای قانونگذاری برای جامعه نباید چیزی غیرلیبرالی باشد. قانونگذاری که شاید گرایش به ایجاد جامعه‌ای براساس همبستگی، همکاری متقابل و برابری دارد، می‌تواند با قانونی که وضع می‌کند، جامعه‌ای ایجاد کند که به فردگرایی افراطی و تجزیه اجتماعی منجر شود. قانونگذار، زندانی مفاهیم حقوقی خود می‌شود. این واقعیتی است که اغلب در نظریه قانونگذاری از آن غفلت می‌شود و علت آن نیز این است که کسانی که قوانین موضوعه را برای قانونگذاران آماده می‌کنند (اغلب حقوق دانان)، بیشتر نگران سازگاری و تلائم آن هستند. آنها منطق را بر سیاست و سنت حقوقی^۱ را بر تغییرات سیاسی و اجتماعی ترجیح می‌دهند.

من فقط یک راه برای برون‌رفت از این وضعیت دشوار که در واقع قانونگذار را تبدیل به مجری اراده مدیران اجرایی می‌کند می‌شناسم؛ قانونگذار باید تصمیمات تقنینی را بر تحلیل‌های جزئی درباره پیامدهایی^۲ که این تصمیمات به بار می‌آورد بنا کند؛ همچنین باید قدرت پیش‌بینی پیامدهای تصمیمات خود را داشته باشد.

تلائم و سازگاری قانون، مسئله اساسی قانونگذاری نیست. وظیفه اصلی قانونگذار تولید قوانینی است که نتایج آن منطبق با اهدافی باشد که مدنظر اوست. البته این امر چه‌بسا مسائل تازه‌ای را برای قضات، حقوق دانان و نظریه‌پردازان حقوقی ایجاد کند، اما این مسئله دیگری است. ما در این نوشتار نه درباره فلسفه حقوق، بلکه درباره فلسفه قانونگذاری بحث کردیم.

1. Legal Tradition
2. Consequences

تورم تقنینی و کیفیت قانون*

سوین انگ**

مقدمه

در فراخوان چهارمین گردهمایی کشورهای بنولوکس-اسکاندیناوی درباره نظریه حقوقی، از من خواسته شده درباره تورم قانونگذاری و کیفیت قانون سخنرانی کنم. در این فراخوان موضوع سخنرانی چنین توصیف شده است:

«محصولات تقنینی در جوامع (پسا) مدرن از حیث کمی به حد خطرناکی رسیده است. علل تورم تقنینی چه از حیث تعداد و چه از حیث ماهیت متعدّدند. برای پذیرش اشکال جایگزین تنظیم تعاملات انسانی، باید تحلیلی از این عوامل صورت گیرد تا از جایگزین کردن انبوهی از قوانین تنظیمی [رفتار انسان] با روش‌های تازه و دیگر - که آنها نیز از همان کاستی‌ها رنج می‌برند - پرهیز شود. بنابراین می‌توان این پرسش را مطرح کرد که آیا تولید انبوه قانون به دلیل کاهش کیفیت آن بوده است؟ آیا رشد بی‌سابقه نظام‌های حقوقی به سبب جبران نقایص قوانین بد با مداخله تقنینی جدید بوده است»؟

پیام نقل شده در کنار سایر مسائل، دربردارنده سؤالات زیر است:

- علل عمده تورم تقنینی چیست؟

- تا چه حد قانون بد، علت عمده افزایش کمیت قانونگذاری محسوب می‌شود؟

* مشخصات منبع مقاله به شرح ذیل است:

Svein Eng, "Legislative Inflation and the Quality of Law", in Wintgens, Luc, *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford: Hart Publishing, 2002, PP. 65-79.

** استاد دپارتمان حقوق عمومی و بین‌الملل دانشگاه اسلو، نروژ.

- نقایصی که از آن با عبارت قانون بد^۱ یاد شد، تا چه اندازه روش‌های جایگزین تنظیم رفتار انسانی را نیز تحت تأثیر خود قرار می‌دهد؟

بدیهی است این سؤالات گسترده‌تر از آن است که ارائه یک راه‌حل جدی و بنیادی را در مدت زمانی که در اختیار من قرار گرفته امکان‌پذیر سازد. لذا لازم می‌دانم به جای ارائه هرگونه راه‌حل، سؤالات تازه‌ای مطرح کنم که این کار را می‌توان به دو بخش تقسیم کرد؛ بخش اول روشنگری درباره مسائل و دریافتهایی که غالباً با عناوینی نظیر تورم تقنینی و کیفیت قانون مطرح می‌شود. بخشی از این روشنگری، مفهومی و بخشی از آن تجربی است، که در قالب برخی یادآوری‌ها و مثال‌ها بدان می‌پردازم، و بخش دوم به برخی راهبردها برای تحقیق و بررسی روشمندتر این موضوع اشاره دارد.

در این مقاله من واژه قانون^۲ را در معنای گسترده آن به کار می‌برم. نمونه بارز آن، قوانین موضوعه‌ای است که یک پارلمان دمکراتیک تصویب می‌کند. اما علاوه بر این، از واژه قانون برای انواع دیگر قاعده حقوقی نیز استفاده می‌کنم. مهم‌ترین آن‌ها، قوانین تفویضی^۳ و قوانین اتحادیه اروپاست. قانون در این معانی، به اندازه قانون مصوب پارلمان برای بحث ما واجد اهمیت است. علاوه بر این، واژه قانون در برخی بافت‌ها ممکن است به گونه‌ای تفسیر شود که تصویب قواعد کلی در سطح قانون اساسی و حقوق بین‌الملل را نیز دربرگیرد. در این باره، می‌توانید به افزایش مداوم علاقه‌مندی به تلفیق نوع خاصی از مشروطه‌خواهی^۴ با اندیشه حقوق بشری توجه کنید. یک نمونه از این مباحث، اینکه آیا باید کنوانسیون اروپایی حقوق بشر با نظام‌های حقوق ملی تلفیق شود یا خیر؟

۱ آیا افزایش کمیت قانونگذاری به خودی خود امری مذموم شمرده می‌شود؟

۱-۱ کمیت قانونگذاری به مثابه یک محصول

فراخوان این گردهمایی بیانگر نوعی ارزیابی انتقادی از وضعیت کنونی با توجه به کمیت قوانین موضوعه است. می‌گویند محصولات قانونگذاری در جوامع (پسا) مدرن از لحاظ

1. Bad Legislation
2. Legislation
3. Delegated Legislation
4. Constitutionalism

تعداد به مرحله خطرناکی رسیده و از تولید انبوه قانون^۱ سخن به میان آمده است. در این اندیشه‌ام که آیا این ارزیابی، یک رأی بین‌الذهانی^۲ ارزشی است که نقطه عزیمت مناسبی برای بحث و گفت‌وگو محسوب می‌شود، یا ارزیابی مذکور، خود باید بحث و بررسی شود. برای توضیح این مسئله مثالی ذکر می‌کنم؛ شخصی که مسئول دفع زباله‌های یک شرکت است، با دو قانون موضوعه متفاوت مواجه می‌شود. هدف هر دو قانون، حفظ محیط زیست از آلودگی است و هر دو قانون ضمانت اجرایی را به صورت مسئولیت جزایی و مسئولیت مدنی پیش‌بینی کرده‌اند، اما محتوای این دو قانون متفاوت است؛ بدین ترتیب که قانون اول ۱۰ صفحه حجم دارد که ۹ صفحه آن شامل تعریف قانونی مواد زائد یا زباله است، به نحوی که اطلاعات جزئی را به صورت عینی ارائه می‌دهد و با برشمردن انواع آنها شناخت مواد زائد را میسر می‌سازد. این قانون می‌تواند شامل تعریف اصلی قانونی مواد زائد در حقوق جامعه اروپا باشد. بخش اصلی این تعریف مشتمل بر فهرست اروپایی مواد زائد^۳ است. قانون دوم فقط یک صفحه است. این قانون، مبهم و مملو از واژه‌هایی است که امکان برداشت‌های شخصی و ارزشی^۴ را برای درک مفهوم مواد زائد میسر می‌سازد. برای وضوح مسئله، می‌توان تعاریف ذیل را از مواد زائد تصور کرد: «هرگونه ماده یا شیئی که به‌طور جدی مضر به حال انسان‌ها، حیوانات یا محیط آنها باشد».

شخصی که مسئولیت دفع مواد زائد را برعهده دارد باید کدام‌یک از این دو قانون را ترجیح دهد؟ یکی از ملاحظات آنکه در این خصوص وجود دارد، ارزش^۵ پیش‌بینی‌پذیری است. این ارزش از انتخاب قانون اول پشتیبانی می‌کند. ملاحظه دیگری که وجود دارد، ارزش منفی صرف وقت برای مطالعه قانون است. این ملاحظه، انتخاب قانون دوم و کوتاه‌تر را حمایت و پشتیبانی می‌کند. با وجود این، وقتی که نوعی سیستم ملاحظه سریع قانون وجود دارد، برای شخصی که چندان هم با واژه‌ها و اصطلاحات به‌کار برده شده آشنا نیست، این امکان وجود دارد که جواب سؤالات مشخص را بدون تلاش زیاد

1. Overproduction of Legislation

2. Intersubjective

3. European Waste Catalogue

4. Commission on Decision 94/3 of December 1993, Pursuant do Council Directive on Waste of 15 July 1975 (75/442), as Amended by Council Directive 91/156 of 18 March 1991.

5. Value-Laden

6. Foreseeability

به دست آورد؛ برای مثال جایی از قانون که با استفاده از آن می‌توان دریافت آیا مفهوم مواد زائد، کارتریج جوهر^۱ را نیز دربرمی‌گیرد یا خیر. در چنین صورتی احتمالاً انتخاب قانون طولانی‌تر مرجع است. این مثال بیانگر دو نکته است؛ اول اینکه هیچ رابطه مستقیمی میان افزایش کمیت قانونگذاری به‌خودی‌خود و داوری منفی درباره آن، ازسوی مخاطبان آن وجود ندارد؛ دوم اینکه معیارهای خوب-بد در این رابطه فقط به کمیت قانون بستگی ندارد. به عبارت دیگر قانون موجود نباید به تنهایی و به‌طور مجرد مورد ملاحظه قرار گیرد. باید حجم قانون و کمیت قانونگذاری را در نسبت با یک شخص معین که از یک نظام حقوقی مشخص تبعیت می‌کند بررسی، و ترکیب عینی و مشخص میزان قانونگذاری و نوع آن را در این روابط ارزیابی کرد.

۲-۱ کمیت قانونگذاری به‌مثابه یک فرایند

می‌توان تصور کرد که قانونگذار - مانند همه ما - زمان و منابع محدودی در اختیار دارد و نیز برای کمیت قانون محدودیتی وجود دارد که اگر از این محدودیت‌ها تجاوز شود، محصولات تقنینی نامطلوبی به بار می‌آید. با این حال در برخی جوامع که وظیفه قانونگذار چند پاره شده است - مانند جوامعی که در این گردهمایی شرکت کرده‌اند - از اهمیت این محدودیت کاسته شده است. قانونگذاران رسمی، که نمونه‌اعلای آن، مجالس انتخابی ملی هستند، تنها یک حلقه در زنجیره قانونگذاری شمرده می‌شوند. مهم‌ترین محرک‌های سیاسی در قانونگذاری معمولاً از دولت ناشی می‌شود و تهیه پیش‌نویس قانون در یک وزارتخانه انجام می‌شود.

اصولاً هیچ محدودیتی برای تعداد کارمندان، وزارتخانه‌ها یا کمیسیون‌های بین‌وزارتی و نظایر چنین نهادهایی که می‌توانند در فرایند قانونگذاری دخالت کنند وجود ندارد. هرچند محدودیت‌های سیاسی، مالی و دیگر محدودیت‌های عملی درباره حجم دستگاه‌های دولتی وجود دارد. در مجالس تقنینی ملی ناگزیر با محدودیت زمان مواجه هستیم، به این معنا که تنها یک مجلس تقنینی ملی وجود دارد و با وجود برخی قوانین داخلی پارلمانی، محدودیت‌های صرفاً فیزیکی برای حجم و تعداد قوانینی که

امکان بحث و بررسی آنها در مجلس وجود دارد به چشم می‌خورد. برای فهم محدودیت‌های قوه مجریه و پارلمان، ناگزیر باید یک نظام حقوقی خاص را ارزیابی کرد.^۱ بنابراین در اینجا نیز میان افزایش کمیت قانونگذاری به‌خودی‌خود و آنچه که نتایج تقنینی بد تلقی می‌شود رابطه مستقیمی وجود ندارد. این تحلیل روشن می‌سازد که معیار خوب-بد در این رابطه، فقط کمیت قانون به‌خودی‌خود نیست. به‌عبارت‌دیگر، تنها نباید کمیت قانون مدنظر قرار گیرد. میزان یا تعداد قانون را باید با فرایند قانونگذاری مرتبط دانست و ترکیب عینی‌تر کمیت و نوع آن را در این رابطه ارزیابی کرد.

۲ برخی علل عمده وضع قانون و تورم تقنینی

علل عمده قانونگذاری در عین حال علل بالقوه تورم تقنینی نیز محسوب می‌شود. اگر با قانونی مواجه شویم که میزان یا حجم آن به‌طور نامتناسبی بزرگ یا فربه به‌نظر برسد، فرضیه موجه ممکن است این باشد که عوامل این تورم تقنینی، همان علل یا عوامل [وضع] قانون «بی‌حساب و کتاب»^۲ است. در ادامه به ذکر برخی علل اصلی وضع قانون و تورم تقنینی خواهیم پرداخت.

اول اینکه قانون وسیله‌ای است برای بیان ارزش‌هایی که مطابق با زمان تغییر می‌کند و نه همه مردم بلکه عده‌ای از آنها بدان‌باور دارند؛ دوم قانون وسیله‌ای برای صورت‌بندی جامعه براساس عقاید سیاسی است؛ سوم قانون وسیله‌ای است برای حل‌وفصل مسائلی که با تحولات فناوری، اقتصادی و اجتماعی پدید می‌آید و چهارم، قانون می‌تواند وظیفه قانونی قانونگذاری را ایفا کند. یکی از نمونه‌های بارز آن در اروپای امروز، تکلیف قانونگذاری برای اجرای قانون جامعه اروپایی است.^۳

۱. برای دیدن نمونه‌ای که تصویر روشنی از نکات اصلی بحث در نظام انگلیسی به‌دست می‌دهد رک:

M. Zander, *The Law-Making Process*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1994, 4th edn, 1-104, esp. 22, 24.

2. Running Wild

۳. تأثیر قانون جامعه اروپا، از نظر روانی، در نظام حقوقی انگلستان — کشوری که دادگاه‌ها صلاحیت ابطال قانون را به استناد قانون اساسی ندارند — تجربه شده است. صلاحیت ابطال قانون به استناد قانون جامعه اروپایی، مؤلفه‌ای جدید در این نظام حقوقی است. اولین بار دادگاه‌ها از این صلاحیت برخوردار شدند که قانون را به استناد قانونی بالاتر از سطح قانون موضوعه ابطال کنند. بالین‌حال غیر از جنبه روانی، تأثیر اصلی این رویه از لحاظ انگیزه و دلیل وضع قانون جدید، به‌طور گسترده در همه کشورهای عضو، از جمله نروژ، با توافق‌نامه منطقه‌ای اقتصادی اروپایی، مشابه است.

۳ آیا قانون بد از عوامل اصلی افزایش کمیت قانونگذاری محسوب می‌شود؟

وصف اصلی را به این دلیل ذکر کرده‌ام که گمان می‌کنم بیشتر کسانی که در این باره می‌اندیشند، تصدیق می‌کنند که قانون بد در برخی مواقع، علت [وضع] قانون جدید است. مسئله بحث‌انگیز اینکه آیا قانون بد دلیل ثابت و اصلی [افزایش] کمیت قانون شمرده می‌شود یا خیر و اگر چنین است تا چه حد؟

وقتی درباره این مسئله بحث می‌کردیم که آیا کمیت چشمگیر قانونگذاری به‌خودی‌خود امر «بد»ی است، ضرورتی نداشت که معیار بدی را مورد تحلیل قرار دهیم. کافی بود برای تأیید پاسخ منفی به سؤال پیش‌گفته، به چند مثال و واقعیت در جهت عکس آن اشاره کنیم. اکنون نیز وقتی این پرسش را مطرح می‌کنیم که آیا قانون بد، دلیل عمده افزایش کمیت قانون است یا خیر، ضروری است مختصری درباره آنچه به‌طور متعارف از معنای بد مراد می‌کنیم توضیح دهیم. من میان نقایص ماهوی،^۱ فنی^۲ و معطوف به‌وسیله-هدف^۳ قائل به تفکیک شده‌ام. اصطلاح نقایص ماهوی را بیشتر در همان معنای نقایص مادی، نقایص ناظر ماهیت^۴ و محتوا^۵ و نظایر آن به‌کار می‌برم. برای این بحث لازم نیست که در معنای کلی، نقایص سه‌گانه ماهوی، فنی و معطوف به‌وسیله-هدف را تعریف کنیم، بلکه کافی است به انواع عینی‌تری توجه شود که فهرست آن ذکر شده و توضیحات مشخصی که در ادامه بیان شده است.

۳-۱ نقایص ماهوی

۳-۱-۱ مختصری درباره نقایص ماهوی

هر قانونی را می‌توان براساس برخی معیارها ناقص دانست. معیارهایی که معمولاً به آنها استناد می‌شود عبارت‌اند از:

الف) معیار اخلاقی: برخی قانون را بیانگر ارزش‌ها شمرده و آن را براساس ارزش‌های

1. Substantial Flaws
2. Technical Flaws
3. Means-end Flaws
4. Material Flaw
5. Flaw in Substance
6. Moral Criteria

اخلاقی نقد می‌کنند، مثلاً آن را ناعادلانه، غیرمنصفانه و نظایر آن توصیف می‌کنند.
(ب) **معیار سیاسی**^۱: قانون به‌عنوان وسیله‌ای برای صورت‌بندی جامعه مطابق با ایده‌های سیاسی است و براساس یک ایدئولوژی سیاسی معین نقد می‌شود.
(ج) **معیار قانونی**^۲: ممکن است قانونگذار نوعی الزام قانونی برای قانونگذاری مدنظر داشته داشته باشد. مثال بارز آن در اروپای کنونی، قانونگذاری برای اجرای قانون جامعه اروپایی است.

(د) **ناهماهنگی عملی**^۳: معیارهای «الف» و «ج» می‌تواند برای قانونی خاص یا بخش‌های گسترده‌تری از قوانین یک نظام حقوقی به‌کار رود. هنگامی که حوزه بحث به بیش از یک قانون تسری پیدا کند، بلافاصله به مسئله ناهماهنگی عملی برمی‌خوریم. اصطلاح ناهماهنگی عملی را برای اشاره به وضعیتی به‌کار می‌برم که طی آن یک قانون، به بروز یک رفتار خاص منتهی شود، درحالی‌که قانون دیگر به دنبال مقابله با آن رفتار است. به‌عنوان مثال، ممکن است به‌منظور کاهش مصرف مشروبات الکلی از آن مالیات گرفته شود. تفاضل قیمت میان هزینه تولید مشروبات الکلی با قیمت این کالا در بازار، می‌تواند انگیزه‌ای قوی برای تولید غیرقانونی و قاچاق چنین مشروباتی باشد [جرمزایی چنین اقدامی]. به‌عبارت‌دیگر، نوعی ناسازگاری عملی میان قواعد موجود در قانون مالیات و قانون جزا وجود دارد.

۲-۱-۳ آیا نقایص ماهوی قانونگذاری از علل اصلی افزایش کمیت قانونگذاری است؟
الف) پاسخ مسلماً مثبت است. این عقیده که محتوای قانون، از حیث سیاسی یا قواعد اخلاقی، واجد نقص و کاستی است، انگیزه‌ای قوی برای وضع قانونی جدید است. تلفیقی خاص از قواعد سیاست و اخلاق، شایان توجه بیشتری است: تلفیقی از تغییر در قوانین موضوعه که از انگیزه‌های سیاسی ناشی می‌شود و این اصل اخلاقی که باید با موارد مشابه به‌صورت یکسان رفتار شود. همواره یکی از تجربیات قانونگذاران این بوده است که

1. Political Criteria
2. Legal Criteria
3. Practical Disharmony

انگیزه سیاسی تغییر در قانون موضوعه - که به خودی خود انگیزه خوبی است - وقتی که بنا باشد اصل اخلاقی در موارد مشابه، یکسان رفتار کن رعایت شود ممکن است به وضع مقررات بسیار گسترده و پیچیده منجر شود. از نظر بیشتر مردم این اصل اخلاقی همان اندازه که برای قاضی الزام‌آور است برای قانونگذار نیز الزامی است.

برای مثال در قانون مالیات، قاعده‌ای اساسی وجود دارد مبنی بر اینکه حقوق و دستمزد عادی که کارفرما به کارگر می‌پردازد مشمول مالیات است. در ترکیب با قاعده اخلاقی رفتار یکسان در موارد مشابه، این قاعده به ظاهر ساده، به افزایش مداوم توده‌ای از قوانین پیچیده مالیاتی منجر می‌شود. این مجموعه قوانین اولاً، با گستره انواع مختلف منفعی که کارفرما به کارگر می‌دهد مربوط است به این معنا که آیا باید این منافع هم‌تراز با حقوق و دستمزد عادی او در نظر گرفته شود و مشمول مالیات شود یا خیر؛ ثانیاً، با چگونگی ارزیابی ارزش منفعی مرتبط است که قابل مالیات گرفتن هستند؛ نمونه‌های چنین منفعی عبارت‌اند از: استفاده رایگان یا یارانه‌ای از اتومبیل، دوچرخه، تلفن، روزنامه، لباس‌های کار، رایانه، مهدکودک، تفریحگاه، رسید هدایا هنگام جشن تولد، ازدواج آنها و نظایر آن.

ب) وقتی درباره قانون موضوعه سخن می‌گوییم، به هیچ وجه نمی‌توان نیروی برانگیزاننده^۱ ملاحظات سیاسی و اخلاقی را دستخوش تغییرات زیادی کرد یا حتی آن را کاهش داد (برای نمونه به توضیح بیان شده درباره قانون مالیات توجه کنید).

ج) مسئله دیگر اینکه آیا ملاحظات اخلاقی و سیاسی در خصوص فنون به‌ظاهر^۲ جایگزین تنظیم رفتار انسان، دارای نیروی برانگیزاننده متفاوتی است؟^۳

۱. برخی مثال‌های بارز چنین فنون مختلفی عبارت‌اند از:

- مذاکرات، توافقات، قراردادهای و ... خواه این روش‌ها در روابط میان دستگاه‌های

1. Motivational Force

2. External Costs

۳. قید «به‌ظاهر» را به این دلیل به کار برده‌ام که واژه «جایگزین» (Alternative) اغلب در معنای ماهوی آن فهم می‌شود و سبب طرح این سؤال می‌شود که آیا فن تنظیم‌کننده غیرقانونگذارانه (Non-legislative Regulatory)، در واقع یک روش جایگزین ماهوی است؟ به این معنا که آیا استفاده از آن، جایگزین قانون محسوب می‌شود یا خیر و اگر چنین است تا چه حدی استفاده از آن اثربخش است و یا حجم قانون را کاهش می‌دهد؟

عمومی و اشخاص حقوق خصوصی باشد یا در میان اشخاص مختلف حقوق خصوصی، خواه در مقیاس کوچک به کار رود یا در پروژه‌های بزرگ (مثلاً در قرارداد میان یک شرکت نفتی و یک کشور برای استخراج نفت) و خواه به کل بخش‌های اقتصادی مربوط باشد (برای مثال حمل‌ونقل و بیمه در نروژ).

- ابزارهای مالی نظیر یارانه‌ها یا مالیات‌ها، تعرفه‌ها و نظایر آن، که برای اضافه کردن هزینه‌های جانبی یک فعالیت اقتصادی به قیمت محصولات آن فعالیت در بازار، به کار می‌رود.

- خصوصی‌سازی خدماتی که در اروپای پس از جنگ [جهانی دوم]، دولتی تلقی می‌شد مانند مراقبت‌های پزشکی، خدمات پستی، ارتباطات راه دور، برق، آب و غیره و همچنین مقررات‌زدایی از خدماتی که دارای انبوهی از مقررات بودند، خواه در بخش دولتی یا خصوصی مانند خدمات مالی. خدماتی که به طور سنتی دولتی تلقی می‌شد و نیز خدماتی که از طریق وضع مقررات زیاد تنظیم می‌شدند، اغلب نوعی انحصار قانونی^۱ برای خود قائل‌اند یا در عمل چنین هستند و مباحثات سیاسی که به این خدمات مربوط است، بیشتر بر این انحصار متمرکز است. از این منظر، خصوصی‌سازی و مقررات‌زدایی^۲ روش‌های جایگزین قانونگذاری به حساب می‌آیند. اما در عمل خصوصی‌سازی و مقررات‌زدایی اغلب نیازمند قوانین جدید زیادی برای تأسیس بازاری جدید و تضمین عملکرد صحیح آن است.^۳

- خودمختاری دولت محلی نیز، قابل ذکر است. با وجود این، کاهش قوانین مصوب

1. Statutory Monopoly

2. Deregulation

۳. تأیید می‌کنم که ملاحظات ذیل که به تجربه انگلستان در قرن نوزدهم مربوط است از اعتبار کلی برخوردار است: «مسیر بازار آزاد با نوعی مداخله‌گری رو به افزایش و به صورت متمرکز سازمان‌یافته و کنترل شده، باز شد و باز نگه داشته شد ... گسترش بازار آزاد، بدون اینکه خود را بی‌نیاز از کنترل و دخالت بدانند افزایش یافت. گردانندگان امور ناگزیر بودند به منظور اطمینان از آزاد بودن کار سیستم، دائماً بر آن نظارت کنند. بنابراین حتی کسانی که با شور و حرارت می‌خواستند دولت را از همه وظایف غیرضروری معاف کنند و سراسر فلسفه‌شان تحدید فعالیت دولت بود چاره‌ای نداشتند مگر اینکه همان دولت را تبدیل به مجموعه‌ای از اختیارات، سازمان‌ها و ابزاری کنند که لازمه استقرار بازار آزاد بود.»

K. Polanyi, *The Great Transformation: the Political and Economic Origins of Our Time*, Beacon Press, Boston, 1957/ 1994, PP. 140-141.

دولت مرکزی و واگذاری آن به مقامات محلی، اغلب با افزایش وضع قانون ازسوی مقامات محلی به همان نسبت یا بیشتر همراه است.

در عمل، بسیاری از فنون جایگزین قانونگذاری یا با یکدیگر یا با قانونگذاری ترکیب شده‌اند. برای مثال در رابطه با فنون جایگزینی که به آنها اشاره کردیم، در نروژ تلفیقی از قوانین مجزا برای شرکت‌هایی که متعلق به دولت است، قانون مالیات‌ها و طیف‌های مختلفی از فنون تنظیم‌کننده اجباری و اختیاری حقوق قراردادهای وجود دارد. در عمل برخی تلفیق‌ها انجام شده است که بیان‌کننده ماهیت سلسله‌مراتبی^۱ عنصر تقنینی و عناصر جایگزین قانونگذاری است. در نهایت در بحث اجرای قانون، می‌توان شاهد تفویض و واگذاری اجرای قانون به بخش‌های خصوصی بود.^۲

۲. آیا نیروی برانگیزاننده ملاحظات اخلاقی و سیاسی در قانونگذاری و فنون جایگزین تنظیم رفتار انسانی که پیش از این گفته شد متفاوت است؟
از لحاظ منطقی، همه فنون جایگزین تنظیم رفتار انسان، متأثر از قضاوت‌های اخلاقی و سیاسی‌اند. از منظر هنجاری، دلایل مهمی نیافتیم که براساس آن روش‌های جایگزین نباید از دریچه ملاحظات اخلاقی و سیاسی مورد قضاوت قرار گیرند — چنان‌که قانون نیز براساس این معیارها قضاوت می‌شود — اگر بخواهیم براساس واقعیت سخن بگوییم، در بحث از انگیزه‌های اخلاقی و سیاسی تفاوتی احتمالی میان قانون و روش‌های جایگزین رفتار انسان وجود دارد. به این معنا که نوعی رویکرد ارزیابی انتقادی از قانون در ذهنیت رسانه‌ها و شهروندان وجود دارد و آنها در این ارزیابی، از زبان و مجموعه‌ای از استدلال‌های شناخته شده استفاده می‌کنند.

چنین رویکردی مألوف و زبان و مجموعه‌ای از استدلال‌های شناخته شده، درباره بسیاری از سازوکارهای دیگر تنظیم رفتار انسان وجود ندارد. برای نمونه، خصوصی‌سازی خدمات دولتی را در نظر بگیرید. در حال حاضر زبان و استدلال متعارفی که بتوان بر مبنای آن، اقدامات ناظر بر خصوصی‌سازی را ارزیابی کرد وجود ندارد. امروزه چگونه

1. Graduated

2. S. Eng, "Plassering av offentlig kompetanse hos private-noen hensyn for og imot", "Public powers exercised by private legal persons-some considerations for and against", (1992) 31 Lov og Rett S44 ff.

وقتی که اداره پست محلی تعطیل شود و گفته می‌شود که این تصمیم در نتیجه رقابت در بازار آزاد بوده است بحث می‌شود؟ به عبارت کلی‌تر، امروزه هنگامی که یک فعالیت به‌عنوان فعالیتی در بازار آزاد تعریف می‌شود، چگونه علیه بازار آزاد استدلال می‌شود؟ به نظر می‌رسد ابتدا ملاحظات سیاسی نیروی برانگیزانندگی خود را از دست می‌دهد. در حال حاضر بسیاری از افراد به‌گونه‌ای بحث می‌کنند که گویا بازار از ماهیتی غیرسیاسی و یا خارج از حوزه ملاحظات سیاسی است. وظیفه سیاست، تأسیس بازارهایی با بیشترین وسعت ممکن و تضمین کارکردهای بازاری به‌عنوان بازاری آزاد است.^۱ نمونه‌هایی از این

۱. برای مطالعه آخرین موجه‌سازی‌های این دیدگاه راجع به رابطه سیاست و بازار رک.:

F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago press, Chicago, 1960, Passim, and id, *Law, Legislation and Liberty* (A Collection of Three Volumes Published in 1973, 1976 and 1979 Respectively), Routledge & Kegan Paul, London, 1982, passim.

ریشه‌های تاریخی این دیدگاه و درواقع روشن کردن تفاوت میان دولت و جامعه به‌طور کلی، به آغاز اقتصاد لیبرال بازمی‌گردد. به‌عنوان نمونه‌ای بارز رک.:

A. Smith, *Wealth of Nations* (P. F. Collier & Son, 1 Harvard Classics, New York, 1937/ 1776) 446 (penultimate paragraph of Ch IX of Book (V):

«براساس نظام آزادی طبیعی، حاکمیت فقط سه وظیفه دارد که باید به آنها بپردازد، سه وظیفه‌ای که مهم

ولی واضح و قابل فهم برای عامه است. اول، وظیفه حفظ و حمایت از جامعه در مقابل خشونت و تجاوز جوامع مستقل دیگر؛ دوم، وظیفه حفاظت از فرد فرد اعضای جامعه از بی‌عدالتی و ستم دیگر اعضای جامعه یا وظیفه استقرار نهاد قضایی منسجم، تا جایی که ممکن است و سوم وظیفه تأسیس و حفظ امور و مؤسسات عمومی معینی که غرض از آن تأمین منافع شخص یا فرد خاص یا عده معدودی از افراد نیست؛ زیرا منافی است که از آن فعالیت‌ها به‌دست می‌آید هزینه‌های یک فرد یا عده معدودی از افراد را جبران نخواهد کرد، اگرچه منافی است که آن فعالیت‌ها به کل جامعه می‌رساند می‌تواند بیشتر آن هزینه‌ها را جبران کند. تقریباً، در اغلب اوقات، جدایی میان دولت و جامعه با عواقبی به‌ترتیب مثبت و منفی جمع شده‌اند». به‌عنوان نمونه‌ای بارز رک.:

T. Paine, *Common Sense* (Penguin Books, Harmondsworth, 1976/1776) 65:

«جامعه برآمده و ناشی از نیاز ماست درحالی‌که دولت ناشی از شرارت ماست؛ اولی با اتحاد علایق و تمایلات، به نحو ایجابی ما را به خوشبختی رهنمون می‌سازد، درحالی‌که دومی با محدود کردن شرارت‌های ما به‌نحو سلبی، چنین امری را محقق می‌کند. اولی مبادله و رابطه را تشویق می‌کند درحالی‌که دومی جدایی را. اولی حامی و مشوق است و دومی تنبیه‌کننده. جامعه در هر وضعیتی یک موهبت است درحالی‌که دولت در بهترین وضعیت یک شر لازم است» (تأکیدات «پین» حذف شده است). در میان نویسندگانی که فیلسوف نامیده می‌شوند، هگل اولین کسی بود که از لحاظ

نظری، تمایز مهمی میان عناصر «حاکمیت دولت» و «جامعه» (به تعبیر «اسمیت» و «پین») ایجاد کرد؛ رک.:

Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, dritter Teil, zweiter Abschnitt* ("die bürgerliche Gesellschaft"), esp. §§ 189-208 ("das System der Bedürfnisse").

هرچند مقصود و دیدگاه هگل در مورد دولت (der Staat) و روابط آن با جامعه تقریباً با دیدگاه‌ها و مفاهیم ←

سیاست، رشد راست جدید است که از نظر سیاسی با روی کار آمدن تاجر و ریگان و از نظر آکادمیک با محو ناگهانی دیدگاه مارکسیستی از جریان اصلی علوم اجتماعی تجلی یافت. تجلی سیاست گسترش بازار آزاد از نظر آکادمیک، از طریق مقابله با آرای مارکس یا برخی معیارهایی بوده که مستند به آثار اوست. احزاب سوسیال دمکراتیک اروپای غربی به رشد راست جدید از طریق نوسازی خود یا به عبارت دیگر با پذیرش شرایط به نحوی که از سوی راست نو تعیین می شود و پذیرش بسیاری از سیاست های راست نو پاسخ می گویند. همچنین تصویب بازار واحد جامعه اروپایی (مصوبه ای که واجد قدرت قانونی برای الغای قوانین متعارض در نظام حقوقی داخلی است، خواه در سطح قانون اساسی یا در سطح قوانین موضوعه) و اشاعه ویژگی های سیاست های اقتصاد بازار در روسیه و اروپای شرقی، از دیگر جلوه های نوسازی احزاب سوسیال دمکراتیک اروپای غربی در برابر رشد راست جدید محسوب می شود.

دیدگاه دیگری که به نظر می رسد نیروی برانگیزاننده خود را از دست می دهد، دیدگاه ملاحظات اخلاقی است. در حال حاضر بسیاری از افراد باز هم به گونه ای سخن می گویند که گویا بازار واجد یک هویت اخلاقی است. در چنین بحثی معمولاً دو سطح وجود دارد؛ سطح اول پذیرفته شده است بسیاری از نتایج نظام اقتصاد بازار ضد اخلاقی است و دوم تصریح شده است که این امر [گزاره اول] فقط امری ظاهری است، اما در واقع (که غالباً به معنای در بلندمدت است)، بازار از دیدگاه اخلاقی بهترین نتایج را به وجود می آورد.^۱

→ اقتصاد لیبرالی متفاوت است.

1. F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (n 7 above) II, 72, 116, 144-147; for the "long run" Qualification, see eg. *Ibid.*, PP. 114-115, 122.

ریشه های تاریخی این دیدگاه درباره رابطه میان اخلاقیات و بازار، بیشتر همان دیدگاهی است که بازار را هویتی خارج از حوزه سیاست در نظر می گیرد، رک: پاورقی قبل. توضیح جوانب معرفت شناسی و هستی شناسی دیدگاه مطرح شده درباره بازار از حوصله این بحث خارج است. در این خصوص کافی است به مشابهت استدلال میان دیدگاه های مخالف اشاره کنیم. رک: پاورقی قبل «نظم بازار» تنها نظم کلی است که تقریباً همه انواع بشر را در بر می گیرد ... بنابراین، اقتصاددانان حق دارند بر پذیرش نهایی بودن این نظم به عنوان معیاری که همه نظم ها با آن سنجیده شود، تأکید کنند، و همچنین رک: تروتسکی: «هیچ یک از ما نمی خواهد یا نمی تواند بخواهد که دارای حقی علیه حزب باشد. در آخرین تحلیل همیشه حق با حزب است. زیرا حزب تنها ابزار تاریخی است که به پرولتاریا داده شده است که با بهره گیری از آن وظایف اساسی خود را انجام دهد ... می دانم که غیرممکن است بتوان دارای حقی علیه حزب بود. فقط با حزب و درون حزب می توان دارای حق بود؛ زیرا تاریخ هیچ راه دیگری را بر تشخیص اینکه چه چیزی درست است نیافریده است». به نقل از:

دیدگاهی که به نظر می‌رسد امروزه در رابطه با فنون جایگزین تنظیم رفتار انسان، قوی‌ترین نیروی برانگیزاننده را داشته باشد، دیدگاه وسیله-هدف است. اهداف - یعنی مؤلفه‌هایی که قضایایی ارزشی هستند - چندان موضوع بحث قرار نگرفته است. وقتی که این مؤلفه‌ها مورد تدقیق و موشکافی قرار می‌گیرد، به نظر می‌رسد به بنیادهایی نزدیک است که متعلق به قرن هفدهم است و فیلسوف کانادایی، سی. بی. مکفرسون، آن را فردگرایی مالکانه^۱ می‌نامد.^۲

از یک طرف ممکن است کسی این پیشرفت را ستایش کند و آن را به‌عنوان یکی از محاسن فنون جایگزین تنظیم رفتار انسان تلقی کند، دیدگاهی که تصدیق می‌کند قانون - به‌عنوان یکی از فنون تنظیم رفتار انسان - واجد نقص و کاستی است. در این صورت می‌توان عقیده داشت که قانون ما را بیپه‌وده به مسائلی مشغول کرده که باید به واحدهای کوچک‌تر تصمیم‌گیری واگذار شود؛ واحدهایی مانند مصرف‌کننده، خانواده، شرکت بازرگانی یا دیگر سازمان‌های خصوصی. از طرفی می‌توان این پیشرفت را تقبیح، و آن را نقص فنون جایگزین تلقی کرد. در این صورت باید عقیده داشت که فنون جایگزین ما را با مهم جلوه دادن مسائلی خارج از حوزه گفتمان اخلاقی و سیاسی، فریب داده است. اتخاذ هر یک از این دیدگاه‌ها به این بستگی دارد که کدام موضع پایه‌ای را در فلسفه سیاسی - اخلاقی اتخاذ کنیم.

R. Medvender, *Let History Judge-The Origins and Consequences of Stalinism*, rev edn, Oxford University Press, Oxford/ New York, 1989, P.127.

1. "Possessive Individualism"

2. C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1967/1962;

برای مطالعه خلاصه‌ای از مفهوم «فردگرایی مالکانه» رک: (Ibid., 263-264).

نکات اصلی عبارت‌اند از: [بعضی از عبارات دوباره جمله‌بندی شده‌اند]:

الف) هیچ انسانی در نسبت با دیگران مجبور به اطاعت از انسان دیگری نیست؛ زیرا و به این مفهوم که هر انسانی از اراده و خواست هر انسان دیگری مستقل و آزاد است؛

ب) نسبت هر انسانی با خودش بسیار شبیه رابطه مالکیت است به این معنا که هر انسانی حق سلطه اختصاصی بر شخص خود و توانایی‌هایش را دارد و مالکیت، شکلی کلی از چنین تسلطی است؛

ج) رابطه بنیادین میان ابنای بشر بر اساس رابطه قراردادی است؛

د) دولت (ساختار سیاسی)، وسیله‌ای است برای حفظ مالکیت فردی بر خود و کالاها و روابط قراردادی با دیگران.

۳-۲ نقایص فنی

۳-۲-۱ مختصری درباره نقایص فنی

موضوع نقایص فنی در قانون موضوع مهمی است، اما درعین حال موضوعی است که حداقل در کشورهای اسکاندیناوی کمتر در مورد آنها بحث شده است. برخی موارد اصلی نقایص فنی عبارتند از:

الف) ناسازگاری منطقی؛^۱

ب) زبان دشوار؛

ج) قانون فوق‌العاده مغالطه‌آمیز^۲ یا بسیار مضیق و خاص، قانون بسیار کلی، مبهم یا قانون اختیاری^۳؛ بنابه اینکه کدام‌یک از ارزش‌ها مدنظر باشد، (مثلاً عدالت مادی^۴ یا پیش‌بینی‌پذیری قانونی)، ممکن است قانونی از یک سو یا بسیار مغالطه‌آمیز، خاص و مضیق باشد یا بیش از حد عام و مبهم، یا درخصوص نحوه اجرا، بسیار اختیاری.

د) قانونگذاری از طریق اسناد مقدماتی^۵ [وضع قانون] یا تفویض اختیار به رویه قضایی؛ قانون به این دلیل ممکن است ناقص تلقی شود که قانونگذار به مسائل مهم در متن قانون پاسخ نگفته است و در عوض پاسخ این سؤالات را به متون موجود در مرحله پارلمانی یا پیش از آن وانهاده (مانند امور مقدماتی، تاریخ قانونگذاری، اسناد مقدماتی) یا حل مسائل را به رویه قضایی واگذار کرده باشد.

ه) عدم نظام‌مندی؛ می‌توان قانون را نظامی اطلاعاتی^۶ با دو ویژگی دانست: اول، میزان اطلاعاتی که شاغلان به حرف حقوقی انتظار استفاده از آن را دارند بسیار زیاد است؛ دوم، این میزان اطلاعات در بخش‌هایی مرتباً در حال تغییر و به‌طور کلی در حال افزایش است. این دو ویژگی، شرط داشتن یک نظام را برای قانون واجد اهمیت می‌سازد: اهمیت از حیث آموزش، یادگیری، به‌خاطر سپردن ذهنی قانون و اعمال آن.

درخصوص انواع مختلف نقایص نظام‌مندی باید به یک نکته مهم اشاره کنیم. از یک سو، یک قانون موضوعه خاص ممکن است در درون خود غیرنظام‌مند باشد. برای مثال، قانون

1. Logical Inconsistencies
2. Casuistic Legislation
3. Discretionary Legislation
4. Material Justice
5. *Travaux Préparatoires*
6. System of Information