

قانون‌گذاری: امری میان سیاست و حقوق*

کارلو توری**

ترجمه: حسن وکیلان***

تاریخ دریافت ۸۶/۵/۲۹	تاریخ پذیرش ۸۶/۱۱/۲۰
----------------------	----------------------

عقلانیت حقوقی، همواره موضوع اصلی نظریه حقوقی بوده است، اما این عقلانیت همواره و به‌طور ناخودآگاه مترادف با عقلانیت قضات و آراء ایشان بوده است. در رابطه با قانون‌گذاری، این سؤال مطرح است که آیا نظریه حقوقی می‌تواند سهمی در رفع ابهام و حل مسائل مربوط به قانون‌گذاری داشته باشد؟

نویسنده مقاله معتقد است که فعالیت‌های تقنینی را می‌توان ترکیبی از اقدامات حقوقی و سیاسی دانست، هرچند سیاست در آن حرف آخر را می‌زند. مقصود از قانون‌گذاری در اینجا فقط اقدامات سیاسی-حقوقی معین نیست بلکه محصولات نهایی این اقدامات، یعنی قوانین موضوعه و انواع مقررات را نیز دربرمی‌گیرد. قوانین را در این مرحله باید مواد خام حقوق در نظر گرفت. حقوق در رابطه با سیاست و اخلاق دارای کارکرد خاصی است و قانون‌گذاری به مثابه دریچه‌ای است که از طریق آن، تأثیرات سیاسی وارد حوزه حقوق می‌شود. همچنین حقوق رابطه خود را با حوزه اخلاقی جامعه از طریق اصول حقوقی حفظ می‌کند.

در این مقاله چنین استدلال شده است که اتصال سیاست و اخلاق به ترتیب در لایه‌های مختلف حقوقی برقرار می‌گردد؛ به این معنا که ملاحظات سیاسی از طریق قانون‌گذاری در لایه‌های سطحی وارد حقوق می‌شوند و در عوض ارتباط حقوق با اخلاق از طریق فرهنگ حقوقی و

* مشخصات منبع مقاله به شرح ذیل است:

Kaarlo, Tuori, "Legislative 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.

*** دانشجوی دوره دکتری مطالعات قانون‌گذاری، دانشگاه "Hull" انگلستان و پژوهشگر دفتر مطالعات حقوقی

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

E-mail: vakilian2002@yahoo.com

ساختار (لایه‌های) عمیق حقوق یعنی اصول حقوقی و علم حقوق برقرار می‌شود.

کلیدواژه‌ها: قانون‌گذاری؛ سیاست؛ حقوق؛ اخلاق؛ فلسفه حقوق؛ فلسفه قانون‌گذاری؛
فرهنگ حقوقی؛ دانش حقوقی



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱ مسئله فلسفه قانون‌گذاری

مشهور است که نظریه حقوقی، مانند علم حقوق در معنای کلی، معمولاً از منظر قاضی به حقوق می‌نگرد نه از منظر قانون‌گذار. نظریه حقوقی بیشتر به تصمیم‌گیری و استدلال قاضی علاقه‌مند است تا به تصمیم و استدلال قانون‌گذار. عقلانیت حقوق 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 بود. در این سال‌ها، به‌ویژه با تضعیف جایگاه دولت رفاه، به نحو فزاینده‌ای از قانون‌گذاری به‌منظور مدیریت آگاهانه جامعه، هم در نظام اقتصادی و هم در زندگی روزمره شهروندان، استفاده شده است. دیوان‌سالاران و به‌خصوص سیاست‌مداران ما، حقوق را اساساً ابزاری برای مهندسی اجتماعی یا به تعبیر «یورگن هابرماس»، به مثابه یک ابزار^۲ تلقی کرده‌اند. اما در دهه‌های پایانی قرن بیستم، مشکلاتی که این ابزارانگاری حقوق موجب بروز آنها شده بود، هرچه بیشتر نمایان شد. این مشکلات عبارتند از: تورم قانون‌گذاری و تحت کنترل درآوردن روابط اجتماعی توسط قانون، کاهش کیفیت در تهیه پیش‌نویس و در نتیجه اصل قانون، و از میان رفتن مشروعیت دخالت دولت از طریق قانون. این مسائل، ارتباطی با عقلانیت قضاوت^۳ ندارد، بلکه به عقلانیت قانون‌گذاری مربوط است.

اما اگر این مسائل به عقلانیت قانون‌گذاری مربوط است، دقیقاً مقصود از مفهوم عقلانیت چیست؟ آیا نظریه حقوقی می‌تواند در تبیین و حل مسائلی که با عقلانیت قانون‌گذاری مربوط است سهمی داشته باشد؟ آیا «فلسفه قانون‌گذاری»^۴ یا فلسفه حقوق از منظر قانون‌گذار، می‌تواند جایگزین مناسبی برای سلطه نظریه حقوقی و دیدگاه قاضی‌ای که نظریه حقوقی را

1. Positive law
2. Medium
3. Rationality of Adjudication
4. Legisprudence

مورد پذیرش قرار داده است محسوب شود؟^۱ به منظور پرداختن به این سؤالات، ابتدا سعی می‌کنم به تحلیل نقشی که قانون‌گذاری در کل حوزه حقوق ایفا می‌کند، پردازم.

۲ قانون‌گذاری به مثابه تلفیق اعمال سیاسی و حقوقی

در حقوق اثبات‌گرایانه عصر ما، قانون مهم‌ترین منبع حقوق محسوب می‌شود؛ اما منبع حقوق به معنای خود حقوق نیست. درحقیقت من از نظریه‌ای دفاع می‌کنم که طبق آن نظریه، قانون در مهم‌ترین معنایش – که همان محصول نهایی عمل قانون‌گذاری است – باید به مثابه قواعدی تلقی شود که هنوز تبدیل به حقوق نشده است.^۲ در این معنا قانون بیش از آن که جزء «حقوق»^۳ باشد، مواد خام حقوق محسوب می‌شود. من در برخی از مقالات پیشین خود، 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.^۴ البته این دو جنبه از حقوق به طور نزدیکی با یکدیگر مرتبط‌اند. بنابراین اقدامات حقوقی، مسئول تولید و بازتولید مستمر حقوق به مثابه هنجارهای حقوقی محسوب می‌شوند.

در این صورت این اعمال اجتماعی معین که می‌توان آنها را اقدامات حقوقی نامید، چه هستند؟ من دو معیار برای تعریف این اعمال ارائه کرده‌ام: یکی از این معیارها مربوط به عاملان این گونه اقدامات است و معیار دیگر مربوط به نتایج این اقدامات. 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

۱. اصطلاح «فلسفه قانون‌گذاری» به وسیله «وینتگنس» مطرح شده است. ر.ک:

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) 469-89.

2. "Already-law"

3. "Law Itself"

4. See, eg. K. Tuori, "Towards a Multi-Layered View of Modern Law", in *ibid*, 427-42.

حقوقی سهم‌اند. 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 بر عهده دارد، چه می‌توان گفت؟ آیا قانون‌گذاری نیز شامل آن دسته از اعمال حقوقی که حقوق را به مثابه نظم حقوقی تولید و بازتولید می‌کند نمی‌شود؟

پاسخ من هم آری و هم خیر است. به خاطر داشته باشید که براساس تعریف من، عاملان اصلی اقدامات حقوقی، حقوق‌دانان و شاغلان به حرف حقوقی‌اند. با این معیار، به نظر می‌رسد قانون‌گذاری خارج از آن مفهوم از حقوق، به‌عنوان یک سلسله اعمال اجتماعی معین قرار می‌گیرد. در یک نظام سیاسی دموکراتیک، اقدامات تقنینی صرفاً مختص حقوق‌دانان نیست، بلکه به وسیله سیاست‌مداران نیز صورت می‌گیرد. این امر به‌ویژه در خصوص قسمت پایانی فرایند قانون‌گذاری، یعنی زمانی که دولت تصمیم خود را با تقدیم لوایح به پارلمان اتخاذ می‌کند و پارلمان نیز بعد از مذاکرات مفصل در مورد قبول یا رد لوایح تقدیمی تصمیم می‌گیرد، صادق است. مباحثاتی که پیش از اخذ این تصمیمات، هم در دستگاه‌های دولتی و هم در حوزه عمومی، راجع به این لوایح صورت می‌گیرد، نه از استدلال‌های حقوقی؛ بلکه از استدلال‌های سیاسی نشئت می‌گیرد. به نظر 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 مراحل اصلی آن را تشکیل می‌دهد. بنابراین، تهیه پیش‌نویس قانون شامل یک 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. در برخی کشورها، حتی رویه پارلمانی می‌تواند حاوی عناصری باشد که در آن بحث حقوقی در

1. Norm Formation
2. Consistency
3. Coherency

اولویت قرار گیرد. به عنوان مثال در کشورهایی که سازوکار کنترل لوایح تحت بررسی، از حیث انطباق آن لوایح با قانون اساسی یک رویه محسوب می‌شود، در زمره این کشورها قرار دارند. برای نمونه در فنلاند، «کمیسیون قانون اساسی پارلمان»^۱ با کمک متخصصان حقوق اساسی، مسئولیت اصلی این کنترل را بر عهده دارد.

بنابراین اقدامات تقنینی را می‌توان تلفیقی از سیاست و اعمال حقوقی تلقی کرد. از زمان ماکس وبر رسم بر این بوده است که یکی از ویژگی‌های حقوق مدرن را استقلال^۲ آن بدانند. نقشی که قانون‌گذاری در تولید نظم حقوقی ایفا می‌کند و ماهیت خاص آن به عنوان تلفیقی از سیاست و اعمال حقوقی، دلالت بر این دارد 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 دست کم در رابطه با سیاست، منجر به خودبستگی (یا خودکفایی) آن نشده است. تلفیق جنبه‌های سیاسی و حقوقی قانون در معنای نوعی آن، پیشاپیش متضمن این امر است که معیار عقلانیت قانون‌گذاری نمی‌تواند معادل با معیارهای عقلانیت قضاوت باشد.

۳ قانون‌گذاری در ساختار کلی نظم حقوقی

مقصود از «قانون‌گذاری» نه تنها اقدامات معین سیاسی-حقوقی، بلکه همچنین شامل محصولات نهایی این اقدامات یعنی قوانین موضوعه، آیین‌نامه‌ها و انواع مقررات حقوقی مشخص است. در این قسمت به بررسی این جنبه از قانون‌گذاری می‌پردازیم. اکنون زمان توجیه این نظریه است که قانون، از جنبه هنجاری حقوق، قاعده‌ای است که هنوز تبدیل به حقوق نشده و ماده خام حقوق است. در اینجا از تمایز دیگری - که سعی در روشنگری درباره آن داشته‌ام و آن را «اثبات‌گرایی انتقادی»^۳ نام نهاده‌ام - کمک می‌گیرم: یعنی تمایز میان سطوح مختلف حقوق. این تمایز،

1. Constitutional Committee of the Parliament

2. Autonomy

3. Critical Positivism

حقوق را به مثابه یک پدیده هنجاری که به معنای نظم حقوقی است در نظر می‌گیرد.^۱ ایده اصلی من این است حقوق در معنای نظم حقوقی با آنچه در لایه‌های «سطحی» آن به چشم می‌خورد، یعنی پدیده‌های هنجاری نظیر قوانین موضوعه پراکنده و تصمیمات دادگاه‌ها، به پایان نمی‌رسد. حقوق با لایه‌های به‌مراتب 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 مشتمل است بر 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، تشکیل دهنده نظریه‌های عمومی رشته‌های مختلف حقوق‌اند. این امر تا حد زیادی به دلیل این عنصر حقوقی، یعنی سطحی که آن را فرهنگ نامیده‌ام، است 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 فهم اصول اولیه حقوقی و اخلاقی، به‌عنوان محافظ حقوق و برابری و عدالت شکلی، یک پیش‌شرط ضروری است. در این شکل تغییر یافته و نظام‌مند است که حقوق به‌عنوان مثال به شکل نظریه قضاوت عمل می‌کند تا به‌صورت توده‌ای نامنظم از هنجارها.

آنچه که در اینجا باید بر آن تأکید کنیم 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 به‌وجود می‌آورد که قبل از اینکه حقوق بتواند کار کرده‌ایش را در جامعه ایفا کنند، باید تفسیر شوند و در یک رابطه نظام‌مند با یکدیگر قرار گیرند. تفسیر و نظام‌مند کردن حقوق، وظایفی است که بر عهده دیگر اقدامات حقوقی نظیر قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی است. در فرهنگ‌های

1. Ibid.

حقوقی مختلف، نظیر کشورهایی که دارای نظام حقوقی «کامن‌لا» هستند و حقوق اروپای قاره‌ای، تأکید بر دادگاه‌ها و علم حقوق متفاوت است. به تعبیر کلی، در کشورهای دارای نظام «کامن‌لا»، دادگاه‌ها نقش مهمی در افزایش و حفظ انسجام حقوق ایفا می‌کنند، در حالی که سهم علم حقوق در این امر از اهمیت کمتری برخوردار است. علم حقوق در اروپای قاره‌ای، که از زمان پیدایش حقوق مدرن بیشتر دانشگاه-محور بوده است، نقش اساسی در نظام‌مند کردن نظم حقوقی ایفا کرده است. همان‌طور که دیدیم در تحلیل ماکس وبر، یکی از جوانب مهم عقلانیت‌شکلی حقوق مدرن، استقلال آن بود و در اروپای قاره‌ای این استقلال تا حد زیادی به دلیل کار نظام‌بخشی بود که خود، محصول علم حقوق دانشگاه-محور بود.

سهم مربوط به قضاوت و نظریه‌پردازی حقوق هر آنچه باشد، این نکته در تحلیل ما دارای اهمیت است که قانون‌گذاری در ارتباط با 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 آن است که حتی این نمونه را از موفقیت‌های علم حقوق بدانیم تا توفیق قانون‌گذار. در واقع قانون‌گذار فقط رویه حقوق خصوصی آلمانی را به‌طور شکلی به رسمیت شناخت؛ کاری که علم حقوق در طول قرن نوزدهم آن را به انجام رساند.

۴ حقوق و اخلاق

همان‌گونه که از هابرماس آموخته‌ایم، حقوق در میانه سیاست و اخلاق قرار دارد.^۲ حقوق در ارتباط با اخلاق و سیاست دارای کارکردی مشخص است: حقوق ابزاری است برای دستیابی به اهداف سیاسی دسته‌جمعی، اما در عین حال حقوق در حفاظت از حلقه‌های واسط اخلاقی برای همگرایی اجتماعی نیز ایفای نقش می‌کند. حقوق مدرن حقوقی مستقل

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).

است، اما هنوز روابط خود را با اخلاق و سیاست حفظ کرده است. چنان‌که گفتیم، قانون‌گذاری به مثابه مجرای عمل می‌کند که از طریق آن آراء سیاسی به حقوق راه می‌یابد. اما درباره اخلاق چه می‌توان گفت؟

می‌توان به قانون‌گذاری به مثابه ضمانت اجرای مستقیم و بیشتر برای مفاهیم رایج اخلاقی در رشته‌هایی مانند حقوق جزا و خانواده نگریست. اینها نمونه‌هایی است که هابرماس وقتی از حقوق به مثابه یک «نهاد» سخن می‌گفت در ذهن داشت.^۱ اما در جامعه فعلی، قانون‌گذار، بیشتر به واسطه انگیزه‌های سیاسی عمل می‌کند و آنچه معمولاً موضوع قصد قانون‌گذار قرار می‌گیرد اهداف سیاسی جمعی است. این بدان معناست که حقوق روابط خود را با اخلاق، بیشتر از طریق سایر اقدامات حقوقی برقرار می‌سازد تا قانون‌گذاری. اجازه دهید چگونگی این امر را دقیق‌تر مورد بررسی قرار دهیم.

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 هر یک از قوانین پراکنده مصوب قانون‌گذار، به‌عنوان بخشی از حقوق خصوصی، حقوق جزا، حقوق مالیات و غیره نیست. نظام‌مند کردن حقوق به محتوای هنجاری حقوق نیز توجه دارد. در میان صاحب‌نظران، «نیل مک کرومیک» میان‌سازی و انسجام حقوق قائل به تفکیک شده است.^۲ 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،^۳ قانون مؤخر^۴ و قانون خاص^۵ اشاره کرد. کارکرد اصلی چنین

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

2. N. Mac Gormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Clarendon Press, Oxford, 1978) 152 ff.

3. Lex Superior

4. Lex Posterior

5. Lex Specialis

معیارهایی می‌تواند حصول اطمینان از سازگاری منطقی نظام حقوقی، تلقی شود.

اگر سازگاری، خصیصه‌ای است که به حقوق به‌عنوان مجموعه‌ای از قواعد نسبت داده شده است، انسجام حقوق مربوط به ماهیت اخلاقی آن است. انسجام حقوق از اصول اخلاقی حقوق نشئت می‌گیرد. برخی از اصول اخلاقی حقوق که به شاخه‌های مختلف حقوق، انسجامی هنجاری می‌بخشد؛ به نحو رسمی به وسیله قانون‌گذار مورد تصویب قرار گرفته است. اما بخش عمده این اصول به وسیله اقدامات حقوقی، قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی به کار گرفته می‌شوند. به‌طور کلی، قانون‌گذار بر مبنای ملاحظات سیاست - محور عمل می‌کند که چه‌بسا در اوضاع و احوال مختلف سیاسی تغییر کند یا حتی با یکدیگر در تعارض باشند. در عوض اقدامات تفسیری و نظام‌بخش قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی به وسیله این اصول اخلاقی حقوق هدایت می‌شود. اصولی همچون «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها»^۱ در حقوق جزا یا «اصل وفای به عهد»^۲ در حقوق مدنی - که مواردی مشهور و آشنایند - به‌طور حتم از بنیادی اخلاقی برخوردارند.

اگر به اعماق هنجارین ساختار حقوق مدرن نفوذ کنیم، اصولی خواهیم یافت که در آنها، ابعاد حقوقی و اخلاقی به نحو جدایی‌ناپذیری درهم تنیده شده‌اند. کافی است در این رابطه به اصول بنیادین حقوق بشر بیاوریم.

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

1. Nulla Poena Sine Lege
2. Pacta Sunt Servanda

۵ نکته: استقلال حقوق^۱

با تحلیلی که از موقعیت 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 به دست می‌آوریم.^۲ زمانی که حقوق را در چارچوب نظریه چندلایه بودن آن مورد بررسی قرار می‌دهیم، میزان استقلال حقوق از سیاست و اخلاق متفاوت به نظر می‌رسد. سیاست از طریق قانون‌گذاری به‌طور نزدیکی با حقوق مرتبط است؛ اما استقلال حقوق از سیاست در لایه‌های عمیق‌تر، بسیار بیشتر است. اما در رابطه میان اخلاق و حقوق تصویر معکوسی را از میزان استقلال حقوق به دست آوردیم: در ساختار عمیق اصول هنجاری بنیادین، حقوق با اخلاق در هم تنیده شده است، درحالی‌که استقلال حقوق از هنجارهای اخلاقی، با نزدیک شدن به لایه‌های سطحی قوانین موضوعه پراکنده و آرای دادگاه‌ها، افزایش می‌یابد. هانس کلسن^۳ از طریق محدود کردن نگاهش به لایه سطحی 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 تابع اقدامات تغییردهنده قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی قرار دارد و نقش خود را از طریق اصول حقوقی ایفا می‌کند. این ممیزی در 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 به‌صورت رویه قضایی آشکار می‌سازد.

حقوق مدرن، مستقل است؛ اما در اصطلاح متروک شده پس از سال ۱۹۸۹، مسئله، «استقلال نسبی» است. چه‌بسا متناقض به نظر برسد که بگوییم حقوق در رابطه با سیاست از

1. Autonomy of the Law

2. R Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1978).

3. Hans Kelsen

طریق عناصری که استقلالش را نسبت به اخلاق در وضعیتی نسبی قرار می‌دهد، ادعای استقلال می‌کند. قانون‌گذاری سیاست‌محور به وسیله اصول حقوقی از محدودیت خود آگاهی می‌یابد، محدودیت‌هایی که مجرای ارتباطی میان حقوق و اخلاق را باز نگه می‌دارد.

۶ عقلانیت در قانون

بدین ترتیب براساس تحلیل‌های پیش‌گفته، 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 تغییر آن، یعنی فرایند تفسیر و فرایند نظام‌مندکننده قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی، می‌گذرد. در این فرایند، اصول اخلاق - محور نقش اساسی ایفا می‌کنند؛ به این صورت که تأثیر متغیرهای سیاسی را که از طریق قانون‌گذاری مطرح می‌شود، محدود و کم‌رنگ می‌سازند.

درباره عقلانیت قانون چه می‌توان گفت و با چه معیاری باید این عقلانیت را مورد ارزیابی قرار داد. درسی که می‌توان از ماکس وبر آموخت، دیدگاه وی درباره ظرفیت قابل توجه مفهوم عقلانیت در حوزه قانون است. عقلانیت قانون ممکن است از ابعاد مختلف و با توسل به معیارهای گوناگون، مورد ارزیابی قرار گیرد. بنابراین چه‌بسا ارزیابی عقلانیت قانون با توسل به معیارهای مختلفی فراتر از عقلانیت قضاوت و دانش حقوقی ارزیابی شود. در ارزیابی عقلانیت قانون، تفکیک میان سه بعد عقلانیت مفید به نظر می‌رسد. این ابعاد مختلف شامل، عقلانیت در هدف، عقلانیت درونی و عقلانیت هنجاری است. عقلانیت در هدف قانون غالباً با قابلیت در 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 قوانین موضوعه به تنهایی و جداگانه یا وضعیت قانون به‌طور کلی تمرکز کرد. عقلانیت در هدف قانون به‌ویژه در رشته جامعه‌شناسی حقوق با عنوان «تحقیق کاربردی»^۱ مورد بررسی قرار گرفته است. این مطالعات غالباً به اصلاحات پراکنده در قانون و میزان دستیابی به اهداف سیاسی‌ای که به این اصلاحات پیوند خورده و نیز به علل ناتوانی نهایی دستیابی به این اهداف مربوط است. برعکس، بحث در مورد تورم قانون‌گذاری، «قانونمند کردن حداکثری»^۲ و در نتیجه بورکراتیزه کردن نظام اقتصادی یا کل حیات اجتماعی، آنچنان به قوانین موضوعه پراکنده یا اصلاحات حقوقی مانند قانون‌گذاری به‌طور کلی ربط ندارد. هرچند دامنه معیارهایی که با لحن انتقادی در این مباحث به کار برده می‌شود به جنبه عقلانیت در هدف نیز تسری می‌یابد. منتقدین معتقدند قانون‌گذاری به‌ویژه در دوران حاکمیت دولت رفاه، از جایگاه مناسب خود منحرف شده و در تعارض با سازوکارهای داخلی و طبیعی - که از طریق آنها نظام اقتصادی و کل زندگی روزمره همگرایی خود را حفظ می‌کرد - قرار گرفته است. آنچه که اغلب، به‌ویژه تحقیقات کاربردی را تحت تأثیر قرار می‌دهد، نوعی دیدگاه ابزارانگارانه روابط میان اهداف سیاسی، قانون‌گذاری و تأثیرات اجتماعی قانون است. به این معنا که فرایندهای تغییردهنده‌ای که در امر تبدیل حقوق خام به حقوق کامل دخالت داشتند و بر آنها تأکید کردیم، غالباً نادیده انگاشته می‌شوند. این فرایندها در پی حفظ عقلانیت نظم حقوقی، یعنی سازگاری و انسجام اخلاقی آن هستند. در جامعه مدرن، قانون‌گذار معمولاً بر مبنای الگوی عقلانیت در هدف اقدام می‌کند. بدین ترتیب که یک قانون جدید به‌عنوان وسیله‌ای برای دستیابی به اهداف تعیین شده سیاسی در نظر گرفته

1. Implementation Research

۲. (juridification) این اصطلاح به معنای مداخله و دست‌اندازی قانون به جنبه‌های مختلف زندگی اجتماعی، اقتصادی و ... است؛ (م).

می‌شود که این اهداف به‌نوبه خود، آثار اجتماعی مطلوب وضع قانون تلقی می‌شود. هنگامی که یک قانون جدید در کلیت نظام‌مند نظم حقوقی ادغام می‌شود، مثلاً به‌میزی هنجاری اصول حقوقی^۱ تن می‌دهد، در این صورت شاهد دخالت عوامل محاسبه‌نشده در الگوی عقلانیت در هدف 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، قوانین پراکنده باید با معیارهای سازگاری منطقی منطبق شوند و اعمال تقنینی باید از جنبه‌های حقوقی به عقلانیت درونی و نظم حقوقی به‌عنوان یک کل، مدنظر قرار دهند؛ چنان‌که به‌عنوان مثال از برقراری تناقض کامل میان قانون جدید و قانون قدیم پرهیز نمایند. توضیح 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 به گونه‌ای است که از عقلانیت در هدف قانون تبعیت می‌کند. در این نوع عقلانیت، قانون‌گذار سعی می‌کند از طریق فهم قانون در پرتو الگوی عقلانیت در هدف، اطمینان حاصل کند. مسئولیت اصلی حفظ عقلانیت درونی قانون بر عهده قضات و استادان حقوق باقی می‌ماند. تلاش ایشان در این راه، همواره منشاء نارضایتی سیاست‌مداران و دیوان‌سالاران بوده است، چرا که می‌بینند اهداف سیاسی آنها به خاطر 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 که از طبیعت ذهنی یا عینی ناشی می‌شود؛ به نحو فزاینده‌ای اعتبار خود را از دست داده‌اند و معیارهای مشروعیت

به‌جای طبیعت ماهوی، دارای ماهیت شکلی و رویه‌ای شده‌اند. در چنین شرایطی، فرایند قانون‌گذاری نقش مهمی در حفاظت از مشروعیت کلی حقوق ایفا می‌کند. وقتی که قانون مهم‌ترین منبع حقوق را تشکیل می‌دهد در این صورت شرط ضروری برای مشروعیت قانون، وجود رویه قانون‌گذاری دمکراتیک است. بدین معنی که فرایندهای بررسی و تبادل نظر دستگاه‌های رسمی، توسط مباحث و رایزنی‌های حوزه عمومی احاطه شده است. با این حال، باید بر این نکته تأکید کرد که طبیعت دمکراتیک رویه‌های قانون‌گذاری برای حصول اطمینان از مشروعیت حقوق کافی نیست. با در نظر گرفتن اهمیت اقدامات حقوقی نظیر قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی برای تولید و بازتولید نظم حقوقی، ملزومات رویه‌ای قانون‌گذاری نیز باید دارای ویژگی‌های معینی برای مشروعیت حقوقی باشند. چستی این ویژگی‌ها و ملزومات، یکی از موضوعات مهم نظریه حقوقی و فلسفه حقوق است، اما بررسی آنها در این مقال ما را از موضوع اصلی بحث منحرف می‌کند.

در مقایسه با دیگر اقدامات حقوقی و نتایج آنها، به نظر می‌رسد قانون‌گذاری به‌وسیله جنبه‌ای از عقلانیت که نظیر آن در قضاوت وجود ندارد متمایز می‌شود. عقلانیت درونی و هنجاری حقوق در ارزیابی قضاوت و نظریه‌پردازی حقوق به میزان قابل ملاحظه‌ای دخیل‌اند. بدین ترتیب به‌عنوان مثال، انسجام و تناسب که «کلوس گانتر» از آنها به‌عنوان معیارهای مهم برای قضاوت^۱ یاد می‌کند، می‌تواند از جمله مشخصات ضروری عقلانیت درونی و هنجاری حقوق تلقی شود. در عوض، به‌هنگام تمرکز بر رابطه میان حقوق و (بقیه) اجتماع عقلانیت در هدف به‌طور مستقیم به قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی مربوط نیست. این ادعا به‌رغم گسترش استدلال نتیجه‌گرایان در قضاوت و همچنین نظریه‌پردازی حقوقی از زمان نیمه دوم قرن نوزدهم، موجه به نظر می‌رسد. به‌طور کلی، استدلال در قضاوت و نظریه‌پردازی حقوقی که معمولاً حقوق را از منظر قضات تحلیل می‌کند، آن را

1. See, Especially, K Günther, *Der Sinn für Angemessenheit* (Suhrkamp, Frankfurt on Main, 1988).

از الگوی عقلانیت در هدف قانون‌گذار تهی می‌سازد. اگر بتوان قضاوت را به‌طور کلی از لحاظ عقلانیت در هدف تحلیل کرد، هدفی که قضاوت برای رسیدن آن کوشش می‌کند عقلایی کردن حقوق است.

اهمیت بعد عقلانیت در هدف، منعکس‌کننده 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 در هدف ارزیابی می‌شود. در راستای بعد عقلانیت در هدف - که نظریه آخر من محسوب می‌شود - «فلسفه قانون‌گذاری» آن شاخه از علم حقوق است که از منظر قانون‌گذار به قانون می‌نگرد و با محدودیت‌های شاخه‌های علم حقوق مقابله می‌کند.

عقلانیت در هدف از عواملی که در درون حقوق قرار دارد - به‌عنوان مثال عواملی که به عقلانیت درونی حقوق مربوط اند - نیز متأثر می‌شود. هرچند، عمدتاً در تقسیم کار، میان علوم رفتاری، اجتماعی، تجربی، توصیفی و علم حقوق غالباً هنجاری، هم‌تعیین شرایط عقلانیت در هدف قانون‌گذاری و هم تحقیق در مورد چگونگی تأمین این شرایط در موارد خاص، به حوزه علوم رفتاری اجتماعی و توصیفی تعلق دارد. باوجود این، نکته درستی است که در انجام این وظایف، علوم رفتاری و اجتماعی به یاری علم حقوق نیاز دارند. اما مایلیم در اینجا از یک موضع ضدتوسعه‌طلبانه دفاع کنیم؛ من هیچ دلیلی برای تلاش توسعه‌طلبانه علم حقوق برای فتح یک حوزه جدید در بررسی عقلانیت در هدف قانون‌گذاری نمی‌بینم.