

نویسنده: رندی ا. بارنت

مترجمان: دکتر عباس کدخدایی\*

عبدالعلی محمدی\*\*

### مشروعیت قانون اساسی\*\*\*

#### چکیده

«مسأله مشروعیت مربوط به قانون اساسی بر آن است تا اثبات کند چرا افراد باید از یک دستور قانونی که از نظر قانون اساسی معتبر است، اطاعت کنند. نه «رضایت مردم تحت حاکمیت» و نه «منافع حاصله» (هیچ کدام) اطاعت را توجیه نمی‌کند. در عوض مشروعیت هر قانون اساسی، باید به عنوان یکی از مؤلفه‌های نظام قانونگذاری ارزیابی شود. یک نظام قانونگذار در صورتی مشروع است که یک وظیفه مقدماتی یا تکلیف موجه نسبت به اطاعت قوانین موضوعه، وجود داشته باشد. چنین وظیفه‌ای راجع به اطاعت از قوانین زمانی موجود است که یا رضایت همگانی واقعی نسبت به صلاحیت قانونگذار حاصل شود و یا در صورت نبود آن، قوانین از طریق رویه‌هایی وضع شوند که تضمین‌کننده آن قوانین، غیر عادلانه نیستند. چنانچه قانون اساسی رویه‌هایی را برای قانونگذاری ایجاد کند که به قدر کافی عادلانه بودن قوانین وضع شده را تضمین نمایند، این قانون اساسی حتی اگر مورد رضایت مردم هم واقع نشده باشد، مشروع است.»

#### واژگان کلیدی

قانون اساسی، مشروعیت، رأی اکثریت، رضایت همگانی، دموکراسی.

\* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی

از این نویسنده تاکنون مقاله و گزارش‌های زیر در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی منتشر شده است: مقاله: «شخصیت حقوقی جامعه و اتحادیه اروپایی»، سال ۷۸، شماره ۴۴. گزارش: «گزارش کنفرانس دیپلماتیک جهت حمایت از آثار صوتی - تصویری هنرمندان و تولیدکنندگان»، سال ۸۰، شماره ۵۱ - «نگرش به ساختار دیوان دادگستری اروپایی و نقش آن در روند همبستگی اتحادیه»، سال ۸۰، شماره ۵۱ - «منطق حاکم بر توجیه صیانت از قانون اساسی»، سال ۸۳، شماره ۶۶. \*\* کارشناس ارشد حقوق عمومی

\*\*\* Boston University School of Law Working Paper Series, Public Law and Legal Theory, Working Paper, No.01-19.

## مقدمه مترجمین

از زمانی که نهضت قانون اساسی گرایي فراگیر شد و قانون اساسی پا به عرصه وجود نهاد بحث مشروعیت آن نیز همزمان مطرح و صاحب نظران تلاش مستمر داشته تا با ارائه دلایل و براهین گوناگون مشروعیت واقعی آن را به گونه‌ای قابل قبول برای عموم ترسیم کنند. علی‌رغم فراگیری این سند که امروزه در تمام کشورها به عنوان منشور ملی قلمداد می‌گردد و به عنوان یک ضرورت، موجودیت آن پذیرفته شده است، هنوز پیرامون مشروعیت آن مباحث متفاوتی مطرح شده و شاید چالش مشروعیت آن فربه‌تر و در قلمروی گسترده‌تر اعتبار آن را در هاله‌ای از ابهام فرو برده است.

از جمله این چالش‌ها اینکه اگر مبنای پذیرش و مشروعیت قانون اساسی رأی اکثریت افراد یک جامعه می‌باشد، حقوق اقلیت در آن جامعه چه خواهد شد؟ و آیا قبول حاکمیت اکثریت بر اقلیت تنها راه حل مناسب برای مشروع دانستن یک منشور ملی به عنوان قانون اساسی بوده و یا باید به دنبال راهکاری نوین بود، از جمله تردیدهایی است که مبنای رأی اکثریت در مشروع جلوه دادن قانون اساسی را مخدوش می‌نمایاند.

ابتنای مشروعیت قانون اساسی بر رأی اکثریت شاید ساده‌ترین پاسخی است که امروزه به آن داده می‌شود، لیکن باید دانست که عدالت حلقه مفقوده این زنجیر است که مسلماً فقدان آن جامعه و شهروندان را دچار تردید جدی کرده و موجب می‌شود تا در مشروعیت قانون اساسی ابهام جدی پدید آید.

نویسنده مقاله سعی می‌نماید ابتدا با بیان تردید نسبت به فروض مختلف رضایت، قبول اکثریت توسط اقلیت و یا رضایت ضمنی به دلایل گوناگونی همچون اقامت، عدم مخالفت یا رضایت مؤسسان، آنها را مخدوش و در پایان نتیجه می‌گیرد که رأی اکثریت شاید بتواند شرطی لازم برای مشروع جلوه دادن قانون اساسی تلقی گردد، لیکن به‌طور حتم یک شرط کافی نبوده و از این‌رو با ارائه معیارهای رضایت همگانی یا اتفاق آراء، عدالت و وجود روندی صحیح برای تصویب این قانون بنیادین در صورتی آن را مشروع می‌داند که واجد یکی از شروط اتفاق آراء یا عدالت و صحت جریان تصویب آن بوده باشد.

ظرافت بحث نویسنده در آنجاست که به خوبی مبنای رأی اکثریت را مخدوش می‌نماید و مدعی است که این‌گونه مباحث را بسیاری از صاحب نظران به دلایل مختلف بر نمی‌تابند. در واقع رایج‌ترین مبنای مشروعیت در ادبیات سیاسی غرب و از جمله جامعه سیاسی مورد بحث (ایالات متحده آمریکا) از نظر وی فاقد اعتبار است و آنچه می‌تواند مشروعیت‌آفرین باشد، وجود اتفاق آرا در وضع و تصویب قوانین و یا عادلانه بودن آنها است.

لکن نکته ابهام و اجمال نهفته در این تجویز این است که:

۱- علی‌رغم تأکید نویسنده مقاله بر امکان و قابلیت اجرای اتفاق آرا در وضع قوانین، در الگوی پیشنهادی زمینه‌های متناسب با وضعیت خود هستند.

۲- با وجود اشاره‌هایی به حقوق طبیعی یا حقوق ثابت مردم، معیار عدالت و تکیه بر تضمین عادلانه بودن قوانین، بدون مبنای روشن و شناخته شده و اصول هدفمند، فقط یک شعار و آرمانخواهی کلی است.

۳- شاید آرمانی بودن عدالت و ابهام در مبانی و موضوعات آن موجب شده است که نویسنده مقاله، میان رضایت مردم و عدالت نوعی تقابل فرضی را به تصویر می‌کشد. اگر فرضاً حقوق طبیعی مبنای عدالت در وضع قوانین به شمار می‌رود، به دشواری می‌توان پذیرفت که جامعه تحت حاکمیت حقوق طبیعی به قوانین مغایر با آن رضایت دهد. اینکه نویسنده در یک فرض، مشروعیت را در صورتی موجه می‌داند که مبتنی بر اتفاق آرا باشد، گواه روشن این مدعاست. ظاهراً این ابهام با کلی‌گویی‌های مکتب حقوق طبیعی در مورد عدالت پیوند می‌خورد.

با این همه، مقاله حاضر، به‌ویژه از جهت نگاه کاملاً انتقادی به سند مشروعیت اکثریتی و تأمل در زوایا و ابعاد گوناگون آن، از اهمیت زیادی برخوردار می‌باشد و این نکته را به‌نحوی نشان می‌دهد که معیار اکثریت، ضمن عدم مقبولیت عام، مبنای مطمئنی برای مشروعیت به شمار نمی‌آید.

### مدخل: تردید در مشروعیت اکثریت

بسیاری از صاحب نظران حقوق اساسی، عقاید و دیدگاه‌هایشان را در مورد چیستی مفهوم

قانون اساسی ابراز می‌دارند. برخی هم، علاوه بر آن راجع به اینکه قانون اساسی چگونه باید تفسیر شود، یا متعارف‌تر اینکه چگونه نباید تفسیر شود، نظریاتی دارند. لکن عده اندکی در اینکه آیا قانون اساسی مشروع است، تأمل می‌کنند. این، مایه تأسف است. زیرا اگر قانون اساسی مشروع نباشد، در این صورت، روشن نیست چرا ما باید در چیستی مفهوم آن دقت کنیم. و اگر قانون اساسی مشروع است، باید پیش از اینکه بتوانیم در مورد تفسیر آن اقدام کنیم، بدانیم اساساً قانون اساسی چه می‌گوید.

بنابراین، مشروعیت قانون اساسی نمی‌تواند صرفاً مفروض انگاشته شود. اگر به طور آشکار با پرسش از مشروعیت قانون اساسی مواجه نشویم، هرگز نخواهیم فهمید که آیا از آن باید اطاعت کنیم، یا آن را توسعه داده و اصلاح نماییم و یا به کلی کنار بگذاریم و نادیده بگیریم. از این رو، خیلی به نظر می‌رسد که در تمام نشریات مفصلی که در طول سال، در مورد قانون اساسی ایالات متحده به نشر می‌رسد، تقریباً هرگز مسأله مشروعیت آن که به طور منظم به آن پرداخته شود شنیده نمی‌شود. این شاید بدان دلیل است که قانون اساسی، برای بسیاری از افراد مقدس است و هر تلقی مهمی در مورد مشروعیت آن، با این احتمال مواجه است که مورد تأیید قرار نخواهد گرفت. تو گویی ما هراس داریم از اینکه بفهمیم که هیچ کسی پشت پرده نیست. اما تفسیر محتمل دیگری هم وجود دارد.

علی‌رغم سکوت ایشان نسبت به این مسأله و آنچه که ممکن است در دلشان نهفته باشد، بسیاری از صاحب نظران حقوق اساسی به گونه‌ای وانمود می‌کنند که گویی ما به بیان واقعی قانون اساسی مقید نیستیم. یکی از طرق رهایی از این الزامات این است که تلویحاً اعلام کنیم که قانون اساسی اولیه یا به موجب تکرار نمودن ترجیح بندی که توسط گذشتگان نوشته شده است و ما نمی‌توانیم به آن ملزوم باشیم، یا با استناد مداوم به خطاهای گوناگون تدوین‌کنندگان آن، نامشروع است. چنین تعابیری با مشروعیت زدایی از قانون اساسی اولیه سعی می‌کنند تا ما را از محدودیت‌های آن برهانند. با وجود این، هم عجیب و هم مهم و چشمگیر است که تعداد اندکی به میدان آمده و این مسأله را پذیرفته‌اند.

احتمالاً این گروه به خاطر اینکه در پی اطاعت از افراد وفادار هستند و مشروعیت زدایی شان

هم به طور کامل ثمر بخش و موفقیت آمیز بوده است (این سؤال را طرح می‌کنند که) چرا افراد از دستورات یک استاد حقوق یا یک فیلسوف و یا یک صاحب نظر علوم سیاسی تبعیت می‌کنند؟ در واقع امر، جدای از این واقعیت که نافرمانی به مثابه این است که انسان را در یک فضای کاملاً غیر قابل اعتماد و نامطمئن، پشت موانع می‌نشانند، (سؤال این است) که چرا افراد از دستورات یک شخص به عنوان قاضی اطاعت می‌کنند؟

یک صاحب نظر حقوق اساسی (یا قاضی) در عین حفظ شکل و صورت مورد احترام قانون اساسی، از طریق تضعیف نامحسوس مشروعیت آن می‌تواند همان مرد پشت پرده باشد. چیزی که شاید خواست و آرزوی دست نیافتنی هر اندیشمندی باشد. (این بدین معناست که) شما به ملا لغتی‌ها و اساتید کتابی توجه نکنید؛ (زیرا) قانون اساسی برجسته و قدرتمند آن است که سخن می‌گوید. (یعنی میان آنچه نوشته می‌شود و آنچه به اجرا در می‌آید، تفاوت آشکار است و در واقع، قانون همان است که عملاً به اجرا گذاشته می‌شود.)

این یک فریب کاری آشکاری است (که) نه به طور علنی و صریح بلکه به طور ضمنی بگویم قانون اساسی نامشروع است و بنابراین لازم نیست تا از آنچه واقعاً بیان می‌کند، تبعیت نماییم. اگر قانون اساسی مطابق میل و خواست افراد بازسازی و تفسیر شود، در آن صورت، برای شرح و تفسیر آن، باید از انبوهی از مسائل و خواست‌ها تبعیت نمود. این راهبرد، همچنین به انسان امکان می‌دهد تا نسبت به نسل‌های گذشته موضع «برتری اخلاقی» را برگزیند. بدون اینکه مسئولیت اعلام آشکار این ادعا که «سندی را که آنها نوشته‌اند و حکومت براساس آن فرمانروایی می‌کند، فاقد اعتبار است» را بر عهده بگیرد.

در این مقاله، من پرسشی را که به نظر می‌رسد دیگران از مطرح نمودن آن هراس دارند، طرح نموده و پاسخ می‌دهم: چرا باید هر شخص، دستورات صادره از سوی کسانی را که ادعا می‌کنند، براساس قانون اساسی دارای صلاحیت‌اند، اطاعت کند؟ در بخش اول، توضیح خواهم داد که چرا رایج‌ترین دیدگاه درباره مشروعیت قانون اساسی - رضایت همگانی - باطل است. زیرا، این یک معیاری است که هیچ قانون اساسی به آن دست نخواهد یافت. پای بند کردن قانون اساسی به یک امر غیر قابل دسترسی هم مشروعیت آن را متزلزل می‌کند و هم به دیگران فرصت می‌دهد

تا اهداف خود را به جای متن آن بگذارند. این نتیجه، متناقض است، زیرا علی‌رغم توسعه زیاد حق رأی از ابتدا تا کنون، هر «تفسیر» جدید و اصلاح شده قانون اساسی به موجب (قاعده) «رضایت مردم تحت حاکمیت» راجع به مشروعیت آن، قاصر خواهد بود. همچنین در بخش دوم، من دلایل اصلی مبتنی بر رضایت همگانی را مورد بررسی قرار داده و رد می‌کنم. یعنی استدلال بهره‌مند شدن شهروندان از منافع ناشی از نظم مبتنی بر قانون اساسی و تعهد متقابل آنها در اطاعت از قوانین بدون توجه به اینکه آیا نسبت به آن دارند یا خیر.

علی‌رغم قصور دلایل مبتنی بر رضایت همگانی و منافع حاصله، من معتقدم قوانینی که به موجب صلاحیت مشروع مبتنی بر قانون اساسی به تصویب رسیده‌اند، می‌توانند ما را وجداناً ملزم نمایند. در واقع، تنها با فهمیدن اینکه رضایت همگانی یک آرمان است، انسان می‌تواند این ضرورت را درک نماید که قانونگذاران (در راستای تحقق آن آرمان) به حقوق احصا نشده مردم احترام می‌گذارند.

در بخش سوم، با طرح این نکته شروع می‌کنم که چگونه، بر خلاف باور رایج، رضایت همگانی نسبت به حکومت هم ممکن است و هم نافذ، بلکه علاوه بر آن، اثبات می‌کنم که چرا قوانین اساسی مثل قانون اساسی ایالات متحده هرگز نتوانستند رضایت «ما مردم»<sup>(۱)</sup> را به دست آورند. (پس از آن بیان می‌کنم که) یک قانون اساسی برای اینکه بدون رضایت همگانی الزام‌آور باشد، باید با برخی شیوه‌های دیگر کسب مشروعیت کند.

سپس توضیح می‌دهم که چرا مشروعیت، در نبود رضایت همگانی، نیازمند وضع محدودیت‌های قابل تحمیل بر قوای حکومت است؛ محدودیت‌هایی که با وجود رضایت همگانی ضرورتی ندارند. برای فهم اینکه هر قانون اساسی چگونه مشروعیت می‌یابد، باید با اذعان به این نکته آغاز نمود که «اول حق می‌آید سپس قانون اساسی». حقوقی که مقدم بر شکل‌گیری حکومت اند، با عنوان «حقوق طبیعی یا حقوق بشر» یاد می‌شوند.

در پایان، تأکید می‌کنم که اگر یک قانون اساسی مشتمل بر رویه‌های مناسب برای تضمین این حقوق از پیش موجود باشد، حتی اگر مورد رضایت هیچ کس هم نباشد، می‌تواند

مشروعیت داشته باشد. و (برعکس) اگر یک قانون اساسی فاقد چنین رویه‌هایی برای تضمین این حقوق باشد، حتی اگر مورد تأیید و رضایت اکثریت مردم هم قرار گیرد، مشروعیت ندارد. اگر چه نظریه من راجع به مشروعیت منوط بر این ادعا هست که اشخاص، مستقل از حکومت دارای حقوقی هستند، (اما) به پذیرش فهم ویژه‌ای از حقوق پیشینی که من در جای دیگر از آن دفاع می‌کنم منوط نمی‌باشد. (۱)

قطع نظر از تصویری که افراد از حقوق بشر دارند، مشروعیت قانون اساسی می‌تواند به عنوان محصول (نتیجه) تضمینات رویه‌ای نگریسته شود که (براساس آن) دستورات قانونی هیچ یک از حقوق افراد را نقض نمی‌کند. نظریه محدودی که در اینجا مورد حمایت واقع گشته، صرفاً به فهم خاصی از مشروعیت قانون اساسی مربوط است، نه به تمام شرایطی که ممکن است به این نتیجه بینجامد که یک رژیم معین مبتنی بر قانون اساسی، مشروع هست یا خیر. با این وجود، تا حدودی که سازگاری با حقوق پیشینی و حمایت از آنها، تحمیل دستورات قانونی را در مورد اشخاص، بدون رضایت ایشان، توجیه می‌کند، هرچه در مورد حقوق تصورات بلندپروازانه‌تر وجود داشته باشد، تحمیل (قوانین) بدون رضایت، بیشتر نیازمند توجیه می‌باشند. به همین دلیل، به نظر می‌رسد وقوف بر عدم رضایت، دال بر بلند پروازی کمتر است تا فهم وسیع‌تر از حقوق پیشینی.

فهم شکلی مشروعیت قانون اساسی باید از نظر بسیاری رایج و شناخته شده منسوب به نظریه پردازان حقوق طبیعی جدا شود که (می‌گویند) قانون غیر عادلانه (به یک معنا) قانون نیست. (۲) طی آنچه در پی می‌آید، من مشروعیت یک قانون را با درستی یا عادلانه بودن آن - هر چند این دو مفهوم بسیار به هم نزدیک اند - یا با برداشت محض از اینکه قانون معینی درست یا عادلانه است، برابر نمی‌دانم. من به راحتی می‌پذیرم قانونی که به شیوه معتبری تصویب شده حتی در چارچوب یک نظام حقوقی مشروع، ممکن است غیر عادلانه باشد. و مشروعیت، آن‌گونه که من این واژه را به کار می‌برم، اشاره ندارد به اینکه قانون خاصی که براساس رویه‌های قانونی پذیرفته شده به تصویب رسیده است، معتبر می‌باشد. مثلاً (در آمریکا) برای اینکه یک قانون معتبر باشد، قانون اساسی تصریح می‌کند که باید توسط اکثریت هر دو مجلس (کنگرس) به

تصویب برسد و از سوی رئیس جمهور امضاء شود.

مفهومی را که من از مشروعیت ارائه می‌کنم، تقریباً میان عادلانه بودن و اعتبار قوانین قرار دارد. مشروعیت، به این اشاره دارد که آیا رویه‌هایی که معتبر بودن یک قانون به وسیله آن معلوم می‌شود، به گونه‌ای هستند که عادلانه بودن آن قانون را تضمین کنند. مطابق کاربرد من، یک قانون معتبر ممکن است نامشروع باشد و یک قانون مشروع، ممکن است غیر عادلانه باشد. یک قانون، به دلیل اینکه در تطابق با تمام رویه‌های مقرر از سوی یک نظام قانونگذاری معین ایجاد شده است، ممکن است معتبر باشد، اما به دلیل اینکه این رویه‌ها نسبت به فراهم نمودن تضمینات عادلانه بودن یک قانون، ناکافی است، آن قانون غیر مشروع خواهد بود.

چنین قانونی وجداناً الزام آور نیست. ممکن است وضع یک قانون، به دلیل مطابقت با رویه‌هایی که عادلانه بودن آن را تضمین می‌کند، مشروع باشد اما با وجود آن به خاطر قصور این رویه‌ها (که هرگز نمی‌توانند کامل باشند) این قانون غیر عادلانه باشد. چنین قانونی وجداناً الزام آور است، مگر اینکه غیر عادلانه بودن آن به گونه‌ای اثبات شود.

بحث من راجع به مشروعیت، هنجاری است و بنابراین، باید از کاربردهای توصیفی یا جامعه‌شناختی این واژه متمایز باشد. بسیاری از مباحث، شاید حتی بیشترین آنها، مربوط به آنند که آیا یک قانون اساسی یا روند قانونگذاری یا حکومت، مشروع انگاشته می‌شود یا خیر. من به جای آن، شرایط مشروعیت را که لازمه چنین فهمی از آن می‌باشد، بررسی می‌کنم تا (این برداشت) توجیه شود.

با این وصف، اگر کسی به طور مستقیم با مشکلات گوناگون و حل نشدنی نسبت به فهم مشروعیت مبتنی بر رضایت افراد تحت حاکمیت یا اکثریت مردم مواجه نشود، برتری نگرش مرا، که پرسش‌هایی را در مورد خودش مطرح می‌کند، نمی‌تواند درک کند. پس اجازه دهید پرده را کنار بزنیم و بنگریم چه می‌یابیم.

### ۱. «ما مردم» یک انگاره است:

قانون اساسی (آمریکا) با این عبارت شروع می‌شود: «ما مردم ایالات متحده... این قانون

اساسی را برای ایالات متحده آمریکا مقرر داشته و ایجاد می‌نمایم». این یک لفاظی و تعبیر بی‌معنا نیست. این واژه‌ها بیان شده‌اند تا برای سندی که به دنبال آن می‌آید، طلب مشروعیت کنند. ادعای مؤسسين در مورد مشروعیت نه بر اساس حق الهی پادشاه، بلکه بر اساس حق حکومت «مردم» بر خودشان استوار بود. اینان اعلام داشتند که «مردم» حقوق شان را اعمال و رضایت شان را نسبت به اینکه تحت فرمان نهادهای پدید آمده توسط این سند باشند، ابراز داشته‌اند. آنان این اعلامیه را به دلیل اینکه معتقد بودند رضایت «مردم» برای پی‌ریزی یک حکومت مشروع لازم است، تدوین نمودند و باور داشتند که براساس تصویب آن، چنین رضایتی را به دست خواهند آورد.

در این بخش، من این اندیشه را که گاهی با عنوان «حاکمیت مردم» یاد می‌شود و معتقد است، قانون اساسی ایالات متحده به دلیل اینکه به وسیله «مردم» یا با رضایت مردم ایجاد شده است، مشروع بوده یا مشروع می‌باشد، به چالش می‌کشم. من شرایط لازم برای اعتبار بخشیدن به ادعای مشروعیت این قانون اساسی را، که در زمان تصویب آن وجود داشته یا در هر زمانی که ممکن است وجود داشته باشد، نفی می‌کنم. هر چند مردم می‌توانند به طور مطمئنی به رضایت‌شان پایبند باشند اما این رضایت باید واقعی و اجماعی (به اتفاق آرا) باشد نه صوری و اکثریتی. اصولاً چیزی کمتر از اتفاق آرا نمی‌تواند اشخاص ناراضی را ملزم نماید. به علاوه، فرض «ما مردم» در عمل می‌تواند مخاطره‌آمیز باشد و انتقاداتی را نسبت به مشروعیت توجیه نشده قانون اساسی پپروراند.

### الف. ۱. ابتدای تکلیف اطاعت از قانون بر رضایت

گاهی ما به گونه‌ای سخن می‌گوییم که قانون اساسی خود، نسبت به شهروندان الزام آور یا غیر الزام آور است. لکن، به جز در مواردی معدود (۳) به نظر نمی‌آید که قانون اساسی شهروندان را ملزم کند، بلکه تنها حکومت را ملزم می‌نماید. همان‌گونه که «رافوس کینگ» نماینده «ماساچوست» در کنوانسیون قانون اساسی اظهار داشت: در تأسیس جوامع؛ نسبت قانون اساسی به قانونگذار همان نسبت قوانین به افراد می‌باشد. (۴) در حالی که قانون اساسی، قانون

است اما نه قانون اولیه، بلکه قانون ثانوی. (۵) به نظر می‌آید قانون اساسی مقامات دولتی را ملزم به اطاعت کند نه اشخاص خصوصی را.

بنابراین، سؤال واقعی این نیست که آیا قانون اساسی نسبت به شهروندان الزام آور است یا نه، بلکه این است که آیا شهروندان ملزم به اطاعت از دستورات و قوانین صادره از سوی مقاماتی که به نام قانون اساسی عمل می‌کنند، هستند یا خیر؟ آیا اینکه یک قانون به گونه معتبری مطابق با قانون اساسی به تصویب رسیده است، به این معنا است که آن قانون فرد را وجداناً ملزم می‌نماید؟ به عبارت دیگر، آیا فرد از نظر اخلاقی متعهد است تا هر قانونی را که مطابق با رویه‌های قانونی به تصویب رسیده اطاعت کند؟ یا تنها دلیل برای اطاعت از قانون معتبر، ترس از مجازات است که شخص به خاطر نافرمانی به آن می‌رسد؟

علی‌رغم عدم موافقت بعضی از صاحب‌نظران حقوقی (۶) بسیاری از شهروندان فکر می‌کنند که وقتی یک دستور، قانون نامیده می‌شود این دستور، یک وظیفه اخلاقی را در مورد اطاعت با خود دارد. هر چند ممکن است (وجود) این وظیفه در مورد معینی نفی شود. (۷) البته بسیاری از قانونگذاران و مقامات دولتی تأکید می‌کنند که شهروندان برای اطاعت از قوانینی که به طور صحیح تصویب شده‌اند، وظیفه و تعهد اخلاقی دارند. هنگامی که برداشت همگانی از قانون این است و نظامی که این دستورات قانونی را صادر می‌کند، برای توجیه این فرض قابل قبول، فاقد ویژگی نهادی لازم - هر آنچه باشد - هست، قانونگذاری در چنین جامعه‌ای «براث قطعی از اتهام»<sup>(۱)</sup> یا Halo effect<sup>(۲)</sup> را که نسبت به آن مستحق نیستند، به دست می‌آورند. بنابراین، اگر واژه قانون، این معنا را با خود دارد که نسبت به اطاعت یک وظیفه اخلاقی وجود دارد، در آن صورت، ویژگی الزام آوری مورد نیاز باید مقدم بر قانون باشد.

پس یک نظام قانونگذاری، اگر دستوراتی صادر کند که شهروندان تکلیفی (اخلاقی) برای اطاعت از آن داشته باشند مشروع است و یک قانون اساسی اگر این گونه نظام حقوقی را ایجاد کند، مشروع است. (بنابراین) یک قانون اساسی باید چه ویژگی داشته باشد، تا آن را بدین معنا

#### 1- Benefit of the doubt.

۲- نتیجه‌گیری کلی از مشاهده ویژگی برجسته شخصیت کسی تا سر حد ارزیابی بیش از اندازه مثبت به عنوان یک شخصیت کامل.

مشروع سازد؟ چرا شهروندان نسبت به اطاعت از دستورات کسانی که به موجب قانون اساسی به عنوان وضع کنندگان و مجریان قانون تعیین گشته‌اند، موظف‌اند؟ اغلب صاحب نظران حقوق اساسی از پرداختن آشکارا به این سؤالات، پرهیز می‌کنند.

اگر لازم باشد به این پرسش پاسخ داده شود، بسیاری از مردم، حداقل در بادی امر، احتمالاً روی رضایت همگانی یا آنچه که گاهی به عنوان حاکمیت مردمی خوانده می‌شود، تکیه می‌کنند. بیان آتی «میخائیل مک کانیل»<sup>(۱)</sup> (در این زمینه) شاخص است: وی می‌گوید: «نمایندگان مردم حق حکومت کردن دارند، به شرط اینکه آنان از محدوده صلاحیت شان که تا حدودی در تعهدات پیشینی خود مردم راجع به قانون اساسی، قابل ردیابی است، فراتر نروند» (۸). یا جورج واشنگتن در خطابه تودיעی‌اش گفت: «شالوده نظام‌های سیاسی ما حق مردم نسبت به ایجاد و تغییر ساختار حکومت است... تصور درست قدرت و حق مردم برای بنیانگذاری حکومت، وظیفه هر فردی را نسبت به اطاعت از حکومت مستقر، مسلم می‌انگارد» (۹).

«آکرمن» با اینکه این نکته را که قانونگذاران به نام مردم حکومت می‌کنند، قاطعانه رد می‌کند (۱۰) اما در تمام دو اثر مفصلش به نام «ما مردم» به طور بسیار آشکاری این مسأله را که مردم می‌توانند خودشان را متعهد نمایند، مسلم می‌انگارد. هر چند وی هیچ‌گاه به طور کاملاً آشکار این مسأله را به صراحت نمی‌گوید. در عوض، وی کراراً از اتخاذ تصمیم توسط مردم (۱۱) داوری مردم بر اساس قانون اساسی (۱۲) اداره مردم (۱۳) بازنگری از سوی مردم (۱۴) و حق مردم نسبت به تغییر رأی (۱۵) سخن می‌گوید. خلاصه، برای افراد لیبرالی مثل آکرمن - همان اندازه که برای محافظه کارانی چون مک کانل - «مردم» افرادی هستند که به تصمیم‌گیری، داوری کردن، داشتن اراده و تغییر رأی و نظر قادر می‌باشند. (۱۶)

بر خلاف آن، در بخش بعدی، نشان می‌دهم که «ما مردم» یک تصور و خیال است. من اثبات خواهم کرد که مشروعیت قانون اساسی از طریق رضایت جمعی «ما مردم» اعطا نشده است. هم چنانچه خواهد آمد، ایده «رضایت افراد تحت حاکمیت» نه یک دلیل بلکه مجموعه‌ای از دلایل

مختلف است که به طور عادی پدید آمده است و باید از همدیگر تفکیک گردیده و هر کدام جداگانه بررسی شوند تا روشن شود که هیچ کدام از آنها کاری نیستند. به رغم اینکه رضایت به چیزی مثل قانون اساسی یا [افزودن] اصلاحیه به آن، واقعاً هیچ‌گاه نه وجود داشته است و نه خواهد داشت (۱۷).

#### ب/۱. چرا «ما مردم» یک پندار است؟

آنهایی که وظیفه اطاعت از قانون را بر اساس «رضایت افراد تحت حاکمیت» توجیه می‌کنند، باید دقیقاً روشن نمایند چگونه و کی «مردم» - من، شما و هرکس دیگر - موافقت کرده‌ایم که از قوانین کشور اطاعت کنیم. برخی ادعا می‌کنند که ما از طریق «رأی دادن» به اطاعت از قوانین موجود رضایت داده‌ایم؛ عده‌ای هم معتقدند که سکونت در کشور، یا قصور در اعتراض به قانون اساسی و یا در اصلاح آن، متضمن رضایت است. تمام این نظریات در نتیجه بررسی‌های دقیق، در هم می‌ریزد که در این قسمت هر کدام را به نوبت بررسی می‌کنیم.

#### ب/۱/۱. آیا رأی دادن، رضایت به اطاعت از قانون است؟

از آنجایی که ما در دموکراسی مستقیم که در آن، هر فردی به هر قانونی رأی می‌دهد، به سر نمی‌بریم، پاسخ بسیار روشن [به پرسش فوق] این است که ما هنگامی که به نفع قانونگذارانی که قانون را تصویب می‌کنند، رأی می‌دهیم، به اطاعت از قوانین [هم] رضایت می‌دهیم. وقتی هر یک از ما به نفع اشخاصی رأی می‌دهیم تا از جانب ما در قوه مقننه نمایندگی کنند، درست همان‌طور که یک شخص به یک وکیل، اجازه می‌دهد تا از او نمایندگی کند و برایش ایجاد تعهد نماید، آیا ما رضایت نداده‌ایم تا قوانینی را که آنها؛ یعنی نمایندگان ما به آن رأی می‌دهند، اطاعت کنیم؟ شاید. اما فرض کنید نامزدی که ما به او رأی دادیم، شکست خورد، [در این صورت] ما چگونه و به چه صورت رضایت داده‌ایم که توسط رقیب او، یعنی همان کسی که ما علیه او رأی دادیم از ما نمایندگی شود؟ یا فرض کنید شخصی را که ما به او رأی داده‌ایم تا نماینده ما باشد، علیه یک قانون خاصی رأی دهد، [در این صورت] چگونه رضایت داده‌ایم تا به

قانونی که ما و نماینده ما مخالفت کنیم، متعهد باشیم؟ در واقع، رضایت آن‌گونه مؤثر واقع نمی‌شود تا پاسخ [پرسش مطرح شده] باشد. اما ما با «رأی دادن» به نتیجه انتخابات، هر آنچه باشد، رضایت داده‌ایم. در بازی، شما حتی اگر بازنده هم باشید، موافقت می‌کنید تا مطابق قواعد، بازی کنید. مردم غالباً به فرایند داوری الزام‌آوری رضایت می‌دهند که هنگام رضایت، می‌دانند ممکن است ببرند یا ببازند. به همین منوال وقتی ما در فرایند یا بازی انتخاباتی شرکت می‌جوئیم، آیا متعهد نشده‌ایم تا با توجه به اینکه نامزد مورد نظر ما بازنده هم شود، به نتیجه آن احترام بگذاریم؟

اگر چه رضایت پیامی است که ما به دیگران می‌رسانیم - «من رضایت می‌دهم تا به نتیجه پای‌بند باشم» - اما معلوم نیست که رأی دادن چنین پیامی را برساند.

فرضاً، عده‌ای از مردم نه بدین خاطر که به نتیجه یک انتخابات رضایت دارند، بلکه برای دفاع از خود، رأی می‌دهند؛ یعنی اینان به این خاطر رأی می‌دهند که امیدوارند، هر چند اندک، بر نتیجه (انتخابات) اثر بگذارند. به طوری که نتیجه آن، برای آنان به آن اندازه نامطلوب نباشد که در غیر آن حالت، خواهد بود. مثلاً برخی از مردم ممکن است به نامزدی رأی بدهند که قول می‌دهد مالیات را کاهش دهد، رأی آنها به این خاطر نیست که نسبت به هر آنچه آن نامزد در مقام خودش ممکن است انجام دهد، رضایت دارند، بلکه صرفاً به این خاطر که امیدوارند احتمال کاهش مالیات را بیشتر و احتمال افزایش آن را کمتر کنند، رأی می‌دهند. آنان فقط می‌خواهند از درآمدشان بیشتر محافظت نمایند. همین محدودیت‌ها در مورد کسانی هم صادق است که به نفع نامزدانی رأی می‌دهند که از حق سقط جنین حمایت می‌کنند و یا با آن مخالفند. استنباط این پیام از رأی دادن مردم به چنین نامزدانی که «رأی دهندگان یا نسبت به نتیجه انتخابات و یا نسبت به نتیجه فرایند قانون‌گذاری، هر چه باشد، رضایت دارند» درست نفهمیدن معنای رأی آنان است.

اما آیا شخصی که با استفاده از یک رأی تلاش می‌کند، تا بر نتیجه [انتخابات] اثر بگذارد، مشارکت در فرایند انتخابات را برنگزیده است و آیا این انتخاب، لزوماً رضایت به بر تافتن نتیجه را به همراه ندارد؟ با این همه، رأی دهندگانی که نامزد مورد نظرشان پیروز شده است، از آنهایی که از نامزد بازنده حمایت کردند، انتظار خواهند داشت تا جانب برنده را بگیرند. [یا دستگاه

حکومت] نسبت به تحقق بخشیدن به اهداف همگان ناتوان خواهد بود، مگر اینکه رأی دهندگان بازنده، با برندگان همراهی نمایند.

هر چند ممکن است این سخن درست باشد، (لکن) از این امر که برندگان امیدوارند یا از دیگران انتظار همراهی و تبعیت دارند، نمی‌توان نتیجه گرفت که یکایک رأی دهندگان، از طریق رأی دادن، رضایت داده‌اند تا خود را ملزم نمایند. بلکه ممکن است صرفاً به منظور کاستن تهدید نسبت به منافع شان که به موجب روند قانونگذاری ایجاد شده است رأی داده باشند. رأی دادن با این انگیزه، به هیچ وجه متضمن رضایت به هر نتیجه‌ای که ممکن است حاصل شود، نخواهد بود. بنابراین، عمل ساده رأی دادن به ما نمی‌گوید که آیا رأی دهنده به نتیجه‌ای که ممکن است حاصل شود، نخواهد بود. بنابراین، عمل ساده رأی دادن به ما نمی‌گوید که آیا رأی دهنده به نتیجه انتخابات (و هر آنچه از آن ناشی شود) رضایت دارد، یا اینکه وی کلاً با انگیزه‌های مختلف رأی می‌دهد. با آنکه من موافق این نظر نیستم که رضایت به نتیجه، برخاسته از رأی باشد که برای دفاع از خود (در صندوق) انداخته شده است [اما] به منظور پیشرفت بحث، فرض می‌کنم که همین طور است. در این صورت، راجع به رضایت کسانی که به کلی از رأی دادن خودداری کرده‌اند، چه باید گفت؟ آنان هیچ‌گونه رضایتی را نسبت به نتیجه انتخابات، صرف نظر از برد و باخت، یا در مورد تصمیمات نمایندگانی که آنها نه به نفع شان رأی داده‌اند و نه به ضررشان، ابراز نکرده‌اند. مطمئناً، بر اساس استدلالی که تا کنون ارائه شد، آنان ملزم نیستند تا به موجب رضایت‌شان از قانون اطاعت نمایند.

پاسخ با قدری تأمل خواهد آمد، اگر آنهایی که نخواستند در انتخابات شرکت کنند و امکان رأی دادن هم داشتند، نتوانند (درباره نتیجه انتخابات) شکایت نمایند. برای مثال یک متهم کیفری را در نظر بگیرید که حق دارد در دادگاه وکیل مدافع داشته باشد، اما چه بسا از حق خویش برای راهنمایی یا وکالت خودش صرف‌نظر کند، یا حتی ساکت بماند. [در این فرض] به شرط اینکه این حق به او داده شده باشد تا دارای وکیل باشد، اگر محکوم شود، نمی‌تواند [به حکم صادره] اعتراض کند. به همین منوال اگر ما به شرط آزادی در رأی دادن نسبت به آن کوتاهی کنیم، نمی‌توانیم نسبت به هر آنچه از انتخابات حاصل آید، شکایت نماییم. ما مجال آن را داشتیم تا بر

نتیجه [انتخابات] تأثیر بگذاریم، معهذاً، آزادانه عدم استفاده از آن را برگزیدیم. قیاس این حق با [حق داشتن] وکیل مع الفارق است. ما متهم را به این دلیل که خود او خواسته است گناهکار شناخته شود، مجرم نمی‌دانیم. ما او را به این دلیل مجرم می‌دانیم که (از روی شواهد و مدارک) به این نتیجه می‌رسیم که او مجرم است. دلیلی وجود ندارد که از یک متهم انتظار داشته باشیم یا او را وادار نماییم تا نسبت به پیگرد قانونی‌اش رضایت دهد - هر چند احتمال دارد بعضی از متهمان رضایت بدهند اما اغلب آنان رضایت نمی‌دهند - ما نمی‌دانیم [آنان رضایت می‌دهند یا نه] و [به آن نیز] اهمیت نمی‌دهیم. چون رضایت آنان [در پیگرد قانونی] اعتباری ندارد.

برعکس، این استدلال که ما به خاطر اینکه حق رأی داشته‌ایم ملزم به اطاعت از قوانین هستیم، مبتنی بر رضایت - رضایت افراد تحت حاکمیت - می‌باشد. معلوم نیست چرا از فرصت دادن به کسی برای ابراز رضایت - مثل رأی دادن - و همچنین از امتناع از رأی دادن، برخی می‌توانند رضایت را استنباط کنند.

این مسأله زمانی آشکارتر می‌شود که انسان دریابد اگر رضایت، عبارت از تمایل به همراهی با چیزی است، در آن صورت، اقتضا آن دارد که بیان کردن عدم تمایل به همراهی هم ممکن باشد. همان طور که من می‌توانم بگویم «رضایت می‌دهم» باید راهی برای گفتن «من رضایت نمی‌دهم» هم باشد. در اینجا درباره احتمال چنین امتناعی یا تمام عواملی که ممکن است تنها «حق انتخاب بسیار محدودی» به جز رضایت دادن باقی بگذارد سخن نمی‌گویم. بلکه تا حدودی، روی این نکته تأکید می‌کنم که، همان طور که واژه «نه» معنای متضاد «بلی» را می‌دهد، در مورد رضایت هم، هر معنایی را که داشته باشد، باید گفتن «من رضایت نمی‌دهم» به جای «من رضایت می‌دهم» امکان‌پذیر باشد. اما توجه داشته باشید، بحثی که مطرح کردیم (این بود که) در چه صورت، رضایت به اطاعت از قوانین مبتنی بر رأی دادن است:

۱- اگر به نفع نامزدی رأی بدهیم و او برنده شود، ما نه تنها نسبت به قوانینی که او به آن رأی می‌دهد بلکه نسبت به قوانینی که او علیه آن رأی می‌دهد، نیز رضایت داده‌ایم.

۲- اگر ما علیه نامزدی رأی بدهیم و او برنده شود، باز هم، ما نسبت به قوانینی که او له یا

علیه آن رأی می‌دهد، رضایت داده‌ایم.

۳- و اگر اصلاً رأی ندهیم [و در انتخابات شرکت نکنیم] در این صورت، ما نسبت به نتیجه فرایند انتخابات، هر آنچه ممکن است باشد، رضایت داده‌ایم.

این، نوعی رضایت عجیب است که (طبق آن) راهی برای انکار رضایت کسی وجود ندارد. «شیر آمد من برنده، خط آمد شما بازنده»<sup>(۱)</sup> شیوه‌ای است که یک جدال تجهیز شده را ترسیم می‌کند. شیر آمد هم شما راضی هستید، خط آمد هم. سکه را بالا نینداز [و نگو] حدس بزن، چه می‌آید؟ شما در هر حال رضایت دارید. (این امر هر چیزی هست) فقط رضایت نیست.

#### ۲/ب/۱. آیا اقامت [در یک کشور] متضمن رضایت است؟

در مواجهه با این استدلال، بسیاری ممکن است بگویند من به یک بحث متقابل پرداخته‌ام. کسی این گونه استدلال نکند که رضایت از رأی دادن یا از داشتن حق رأی، منتج می‌شود. (من این مسأله را با همین شیوه زیر سؤال می‌برم، بسیاری از مردم تا زمانی که دشواری‌های این استدلال، توجه شان را به خود جلب نکند، به این شیوه استدلال می‌کنند - یا حداقل به آن باور دارند. (۱۸) بلکه رضایت به اطاعت از قوانین یک کشور به این دلیل است که افراد تصمیم گرفته‌اند در آن کشور زندگی کنند. همان‌طور که شما مجبورید از کارفرمای خود (در حد معقول) اطاعت کنید، چون موافقت کرده‌اید تا در سمت‌تان کار کنید. یا شما مجبور به اطاعت از موجر (حد معقول) هستید چون موافقت کرده‌اید تا آپارتمان را کرایه کنید. و یا شما زمانی که رضایت می‌دهید در مسابقات دوره‌ای بسکتبال بازی کنید، ناگزیر به اطاعت از داور (در حد معقول) هستید. (به همان گونه) شما مجبورید از دستورات حکومت اطاعت کنید. شما همواره می‌توانید شغل‌تان را رها کنید، آپارتمان دیگری تهیه نمایید یا از تیم بسکتبال خارج شوید. اما مادامی که شما باقی بمانید، رضایت داده‌اید که زیر اقتدار دیگران زندگی کنید و ملزم هستید تا همان‌گونه (که بیان شد) عمل کنید. به همین منوال، علی‌رغم اینکه شما می‌توانید، اگر بخواهید، از کشور مهاجرت نمایید، اما مادامی که شما باقی ماندن را اختیار کنید، به طور ضمنی به اطاعت از قوانین

ایالات متحده رضایت داده‌اید. گزاره «کشور را یا دوست داشته باش و یا ترکش کن»<sup>(۱)</sup>، برداشتی از رضایت بدانید.

با اینکه گفتن این سخن درست است که فرد واقعاً به طور ضمنی نسبت به اطاعت از کارفرما، مقام ورزشی، راهنمای صحنه تئاتر و امثال آن رضایت دارد، اما به هیچ وجه معلوم نیست که صرفاً به خاطر کوتاهی در جلای وطن، به اطاعت از قوانین ایالات متحده رضایت داده باشد. البته هیچ‌گاه کسی دنبال رضایت من یا رضایت شما نبوده است. بر خلاف مهاجران؛ - (یعنی) آنهایی که با ادای سوگند صریح، شهروند می‌شوند - از کسانی که در قلمرو جغرافیایی ایالات متحده زاده شده‌اند، نه خواسته می‌شود و نه ملزم می‌گردند تا سوگند پای‌بندی به اطاعت از قوانین یاد نمایند.

برای لحظه‌ای مفهوم چنین درخواستی را مورد توجه قرار دهید. فرصت کنید کسی از ادای سوگند خودداری کند، آیا در این صورت به اطاعت از قوانین ایالات متحده ملزم نخواهد بود؟ یا در این موقع از کشور بیرون رانده خواهد شد؟ تصور اخیر مستلزم آن است که شخصی که از ما می‌خواهد ادای سوگند کنیم، «مقامی»<sup>(۲)</sup> است که حق دارد در صورت امتناع ما را اخراج کند، لکن این همان مقامی است که خودش مورد بحث است و علی‌الظاهر (صلاحیت) او به رضایت ما بستگی دارد. همه چیز کاملاً دورانی است.

همواره تبیین اینکه چرا یک استدلال دورانی، دورانی است (بدون اینکه خودتان دورانی به نظر آیید) سخت و دشوار می‌باشد. پس این نکته را ملاحظه کنید: فرض کنید من نزد شما می‌آیم و از شما می‌خواهم سوگند نامه‌ای را مبنی بر احترام به دستورات من امضاء کنید و شما از آن امتناع می‌نمایید. بر اساس امتناع شما من مدعی حقی نسبت به وطن شما می‌شوم و دستور می‌دهم تا کشور را ترک کنید. شما منطقاً می‌گویید که این، نامعقول است. من قدرتی ندارم تا از شما بخواهم سوگند بخورید، لذا شما آزادید تا (دستور) مرا نادیده بگیرید. امتناع شما از ادای سوگند به هیچ وجه شما را به خارج شدن از کشور وادار نمی‌کند. شما درست می‌گویید. زیرا شما به اقتدار من رضایت نداده‌اید و من در موقعیتی نیستم تا از شما بخواهم یا سوگند یاد کنید و

یا کشور را ترک کنید. (حالا) اگر بنا باشد حکومت موجود از ما بخواهد سوگند یاد کنیم، این دقیقاً مطرح نمودن همان ادعا است. اگر دلیل ادای سوگند این است که قانونگذاران، با رضایت ما به قدرت برسند، در این صورت آنان بدون اینکه از ابتدا قدرت داشته باشند، نمی‌توانند از ما بخواهند تا سوگند بخوریم. اما اگر آنان تاکنون صلاحیت داشته‌اند تا از ما بخواهند سوگند یاد کنیم، در این صورت، سوگند برای ایجاد صلاحیت لازم نیست.

آنچه در مورد سوگند صادق است، دقیقاً نسبت به اقامت صرف هم صادق است. همچنین پایه‌گذاری اقتدار قانونگذاران بر رضایت ضمنی افرادی که خواسته‌اند اینجا زندگی کنند و کشور را ترک نمی‌کنند، غیر قابل توجیه است. برای اینکه اقامت در کشور، تنها در صورتی رضایت ضمنی را نشان می‌دهد که شما این را مسلم بگیرید که قانونگذاران، صلاحیت اولیه دارند تا در درجه اول، اطاعت یا خروج شما را بخواهند. اما این همان صلاحیتی است که بنابر فرض، باید بر اساس رضایت ضمنی من و شما توجیه شود. بنابراین، اشکال استنباط رضایت از استنکاف از خروج از کشور این است که این استنباط مستلزم آن است که کسانی که از شما ترک کشور را می‌خواهند، پیش از این بر شما اقتدار داشته‌اند. در نتیجه، تصمیم شما بر ماندن (در کشور) نمی‌تواند منبع اقتدار ایشان باشد و اقتدار آنان، اگر وجود دارند، به رضایت شما بستگی ندارد. «لی بریلمایر» این را «اعتراض بر آمده از دل استدلال یا درون زاد»<sup>(۱)</sup> نامیده است. (۱۹) وی به درستی این مسأله را به‌عنوان اعتراضی بر صلاحیت سرزمینی که به نظر می‌آید مبتنی بر رضایت است، شناخته، و نه اعتراضی بر صلاحیت غیر سرزمینی که مبتنی بر رضایت واقعی است:

«اعتراضات درون زاد در مورد شکل‌گیری قراردادی یک حکومت لزوماً زمانی که اطراف قرارداد، نهادهای حکومتی فاقد وضعیت سرزمینی را ایجاد می‌کنند، مطرح نمی‌شود. برای نمونه، ممکن است کسی با شخص دیگری توافق کند تا در صورت اختلاف نظر، هر دوازده داور الزام‌آوری اطاعت نمایند. هر چند صلاحیت داور با رضایت پدید آمده است؛ اما صلاحیت وی سرزمینی نیست. در چنین مواردی، (با اینکه) فقط شرکای واقعی ملزم‌اند ولی گستره صلاحیت به لحاظ سرزمین تعیین

نمی‌شود» (۲۰).

بنابراین، این‌گونه اعتراض درباره صلاحیت (دستگاه) قانونگذاری که مبتنی بر رضایت واقعی همگانی است و در بخش سوم شرح داده می‌شود، کاربرد ندارد.

به غیر از دورانی بودن این استدلال، دلیل دیگری هم برای مردود دانستن فهم رضایت (براساس) «یا بمان یا برو»<sup>(۱)</sup> وجود دارد. همان‌طوری که پیش از این خاطر نشان کردم «من رضایت دارم»<sup>(۲)</sup> پیامی است که ما به دیگران می‌رسانیم. به زبان آوردن این سخن «من رضایت دارم» کاملاً روشن و بدون ابهام است. (به شرط اینکه راهی برای بیان کردن «عدم رضایت»<sup>(۳)</sup> موجود باشد). گرچه بنابر سیاق عبارت، معانی بسیار اندک دیگری، اگر نه هیچ، وجود دارد که می‌توانیم برای این کلام قایل شویم. به هر حال، تنها اقامت داشتن در یک کشور بسیار مبهم است. (و می‌تواند دارای چندین معنا باشد) ممکن است به این معنا باشد که شما رضایت می‌دهید تا به قوانین مصوب از سوی کنگره پای‌بند باشید. یا ممکن است به این معنا باشد که شما شغل مناسبی دارید و نمی‌توانید در کشور دیگری، بهتر از آن را پیدا کنید. یا ممکن است به این معنا باشد که شما فقط به زبان انگلیسی صحبت می‌کنید. یا ممکن است به این معنا باشد که شما نمی‌خواهید اشخاص مورد علاقه تان را ترک کنید. (پس) نتیجه گرفتن از صرف اقامت داشتن در یک کشور که (مقیم یا ساکن) به مجموع یا یکایک قوانین متعلق به آن، رضایت داده است، کاملاً غیر قابل توجیه می‌باشد.

بسیاری از یهودیان، پیش از قتل عام در آلمان اقامت داشتند. اینان با اینکه فرصت نجات یافتن داشتند اما بنا به دلایل مختلف، تصمیم به ماندن گرفتند. اگر هر چیز دیگری را بتوانیم راجع به تصمیم اینان بگوئیم (لکن) نمی‌توانیم، صرفاً از اقامت در آلمان، این نتیجه را بگیریم که آنان، به طور ضمنی، قوانین «نورنبرگ» را قبول کردند. من نمی‌خواهم تکیه بسیار زیادی روی این استدلال نمایم. حکومت نازی‌ها<sup>(۴)</sup> مشخصه‌های زیادی داشت که اقتدار آن را تضعیف می‌کرد و همین مسأله به‌طور کلی آن را از ایالات متحده در این باب، متمایز می‌کند. تأکید من صرفاً این است که، راجع به یهودیان آلمان، تنها به موجب اقامت در کشوری که زمانی محل تولد آنها بوده

1- Love it or leave it

2- I consent

3- Refusal to consent

4- Third Reich

و آنان در ترک آن کشور مختار بوده‌اند، نمی‌توان گفت به هر قانونی که در آن کشور به تصویب رسیده است، رضایت داشته‌اند. ما هم همین طور. و اگر به استدلال اول بازگردیم (باز هم) نازی‌ها قدرتی مبتنی بر رضایت یهودیان آلمان نداشتند تا آنان را بر سر این دو راهی بگذارند.

۳/ب/۱. آیا ما به دلیل رضایت مؤسسان (قانون اساسی) ملزم [به اطاعت از قانون]

می‌باشیم؟

کسانی که می‌خواهند تکلیف به اطاعت از قوانین را براساس حاکمیت مردمی یا رضایت افراد تحت حاکمیت بنا کنند، از این موضوع دست بر نخواهند داشت. آنان همچنین بر این واقعیت تأکید می‌نمایند که حکومت ایالات متحده پیش از تولد تمام کسانی که امروزه در قید حیات‌اند، بوده است. حکومت به دلیل اینکه پیش از همه در اینجا بوده است، می‌تواند از شخصی بخواهد نسبت به اقتدار آن رضایت دهد و یا کشور را ترک کند. نقل قولی را که از «میخائیل مک کانیل»<sup>(۱)</sup> داشتیم، به یاد آورید، «نمایندگان مردم به شرطی حق حکومت کردن دارند که از محدودیت‌های ایجاد شده بر صلاحیت شان که تا حدودی در تعهدات پیشینی خود مردم راجع به قانون اساسی قابل ردیابی است، فراتر نروند.»<sup>(۲)</sup>

منبع اولیه اقتدار نمایندگان مردم رضایت من یا شما نیست. بلکه - سیر بحث این است که - رضایت مردم همان زمانی است که حکومت در آن زمان بنیانگذاری گردید. این همان رضایتی است که حکومت (بر طبق آن) به طور مشروعی ترتیب یافت و سازمان داده شد، و این همان رضایتی است که به حکومت اجازه می‌دهد تا از شما بخواهد «آن را دوست بدارید یا (از قلمرو) آن بیرون روید.»<sup>(۲)</sup> مثلاً اگر شما در خانه کسی دیگر زاده شده و رشد نموده‌اید، باید از دستورات صاحب خانه اطاعت کنید و یا از آنجا بروید. ادامه حضور شما برابر با رضایت شما نسبت به اقتدار و سلطه صاحب خانه است.

از آن گذشته، نظریه پردازان حاکمیت ملی، احتمالاً استدلال نسبتاً متفاوتی را شکل می‌دهند که موضوع «رضایت افراد تحت حاکمیت» اصلاً این نیست که آیا من یا شما از طریق رأی دادن یا

اقامت در کشور به اطاعت از قوانین رضایت داده‌ایم. سرچشمه واقعی رضایت، رضایت اولیه «مردم» نسبت به تأسیس یک حکومت است. اگر مردم از آن زمان تاکنون، مخالفت مؤثر و همراه با موفقیت علیه حکومت نکرده باشند، می‌شود گفت آنان به طور ضمنی به حکومت رضایت داده‌اند. این کوتاهی در براندازی حکومت است که مساوی با رضایت ما نسبت به دستورات آن است، نه خودداری از ترک کشور.

مطابق هر دو استدلال، خاستگاه مشروع قانون اساسی (آمریکا) و مشروعیت آن مستند به رضایت مردم در سال ۱۷۸۹ بوده و بر آن مبتنی می‌باشد. این همان رضایتی است که مشروعیت اولیه را به قانون اساسی می‌دهد و سپس مسئولیتی را بر دوش شهروندان می‌نهد که یا اطاعت کنند، یا از کشور خارج شوند و یا پیروزمندانه علیه آن به مخالفت برخیزند. این جا به جایی در بحث از رضایت ما به رضایت مردم موجود در زمان تأسیس حکومت، اکنون ما را و می‌دارد تا پیرسیم دقیقاً چه کسانی بوده‌اند که به ایجاد این حکومت رضایت داده‌اند و چه چیزی بوده است که به آنها این قدرت را داده است تا هم خودشان و هم اخلاف شان را ملزم نمایند؟ عین همان اشکالاتی را که در رابطه با رأی دادن مشاهده کردیم، در اینجا می‌بینیم. جز اینکه یک‌بار از میان برداشته شدند و ما اینک در مورد نارسایی‌های موجود در رضایت «افراد دیگر» سخن می‌گوییم، نه در مورد رضایت خودمان.

قانون اساسی (آمریکا) نه به اتفاق آرا و نه حتی با رأی اکثریت تمام اشخاصی که در آن زمان در کشور بوده‌اند، به تصویب نرسید. قانون اساسی با رأی اکثریت کسانی که به نفع آنان رأی دادند، انتخاب شدند. آیا نمایندگانی که علیه قانون اساسی رأی دادند (و کسانی که به نفع این نمایندگان مخالف رأی دادند) به موجب رضایت اکثریت ملزم هستند؟ اکثریت ساکنین آمریکا که اجازه نیافتند تا به نفع یکی از نمایندگان رأی دهند، چطور؟ به رغم آنکه به تناسب اختیارات محلی، شرایط رأی دادن تفاوت داشت، اما در هیچ جا زنان، کودکان، بیگانگان، مستخدمان قرار دادی یا بردگان نتوانستند رأی بدهند. گذشته از آن، وضع شرایط مالی، که حق رأی مردان سفید پوست یا مردان آزاد سیاهپوست را محدود می‌کرد، غیر متعارف نبود. به چه دلیل یک اقلیت کوچکی به خود اجازه می‌دهد تا خود را «ما مردم» بخواند و بدین‌گونه همگان را ملزم نماید؟ به

فرض اینکه آنان می‌توانستند تمام کسانی را که در آن موقع زنده بودند، به گونه‌ای ملزم کنند، (اما) چگونه می‌توانستند با رضایت خویش، اخلاف‌شان را ملزم نمایند؟ (۲۲)

یک پاسخ به این پرسش، که پیش از این هم ارائه شد، این است که خودداری از مخالفت کردن یا بر اندازی حکومت، چیزی است مساوی با رضایت جاری ضمنی نسبت به اطاعت از دستورات قانونی نظامی که مؤسسان به وجود آورده‌اند، می‌باشد. اما این، پرسش تعداد بسیار زیادی از کسانی است که رضایت خویش را منکر می‌شوند. آیا واقعاً کسی صرفاً به این دلیل که به صورت عینی در برابر تهدید خشونت به خاطر تمرّد، مقاومت نمی‌کند، رضایت خویش را نسبت به اطاعت از دستورات یک شخص بسیار قدرتمند اعلام می‌کند؟ درست است که مقاومت عینی دلیل عدم رضایت است، اما وقتی هزینه آن بسیار زیاد است، نمی‌توانیم نتیجه بگیریم که مقاومت نکردن غیر ارادی مساوی با رضایت است.

همان مسئله در حد کمتری در مورد ناتوانی در مهاجرت هم صادق است. هزینه مهاجرت، بر حسب آنچه که فردی با ترک کشور آن را می‌پردازد، به حدی زیاد است که نمی‌توان از ناتوانی در مهاجرت، رضایت به اطاعت از قوانین کشور را نتیجه گرفت. علاوه بر آن، عدم توفیق «جمعیت کافی» در متحد شدن به منظور براندازی حکومت، راجع به اینکه چرا قوانین بر افراد الزام‌آورند، هم چیزی نمی‌گوید. استدلال کردن به گونه دیگر، تأکید بر این مطلب است که اکثریت می‌توانند اقلیت را، به موجب ناتوانی‌شان در مخالفت، ملزم به اطاعت از قوانین نمایند.

ممکن است نظریه پردازان حاکمیت مردمی به این استدلال پاسخ دهند که وقتی قانون اساسی سازوکارهای کم هزینه‌تری - همانند فرایند اصلاح را - برای تغییر پیش بینی می‌کند، این ناتوانی در اصلاح قانون اساسی است، و نه ناتوانی در مخالفت موفقیت‌آمیز علیه حکومت، که رضایت به اطاعت از تمام قوانین را نشان می‌دهد. اما این پاسخ به‌طور جدی کافی نیست. چه این اصلاح قانون اساسی رأی «اکثریت ویژه»<sup>(۱)</sup> هر دو مجلس کنگره و تصویب آن را از سوی سه چهارم قوای مقننه ایالات ایجاب کند، یا اکثریت ساده رأی‌دهندگان را. ناتوانی در به دست آوردن اصلاحیه‌ای از طریق این فرایند، به دشواری رضایت‌انهایی را که از اصلاحیه شکست خورده

حمایت کردند، نسبت به رژیم موجود حکایت دارد. و نه از رضایت کسانی که با آن مخالفت نمودند. در خاتمه، یکبار دیگر به معضل استنباط رضایت اقلیت یا اشخاص از رضایت اکثریت بر می‌گردیم. رضایت به سادگی اثر چندانی ندارد.

ما اینک در صدد آنیم تا دلیل اصلی این را که چرا هیچ کدام از استدلال‌های مبتنی بر رضایت به سرانجام نرسیدند، بدانیم: «نسبت به رضایت برای اینکه کسی را ملزم (اطاعت از قوانین) کند باید راهی هم برای گفتن «نه» و هم برای گفتن «آری» وجود داشته باشد و آن کس باید خودش (زن و مرد) رضایت داده باشد» ما به غیر از اینکه از کودکان، فاقدین صلاحیت و مجرمان اصلی که واقعاً رضایت داده‌اند تا از آنها توسط یک وکیل، نمایندگی شود، صحبت کنیم، (غیر از اینها) کسی نیست که به معنای واقعی کلمه بتواند به دیگری رضایت بدهد. این واقعیت، برای تمام استدلالاتی که «رضایت افراد تحت حاکمیت» را بر هر چیزی کمتر از اتفاق آرا بنا می‌کنند، مانع رفع نشدنی ای را پدید می‌آورد. همان‌گونه که «جفری ریمن»<sup>(۱)</sup> استدلال کرده است:

راجع به فرایند انتخاباتی به طور ذاتی چیزی وجود ندارد که مشروعیت آفرین باشد. اگر چیزی باشد، فرایند انتخاباتی یک معضل است نه یک راه حل... سیاست<sup>(۲)</sup>‌های پدید آمده از آن، برخلاف تمایلات اقلیت مخالف بر آنان تحمیل می‌شود. و آن‌گاه، به جای پاسخگویی به پرسش از مشروعیت، این امر، موجب طرح سؤالی در مورد مخالفان می‌گردد که چرا اعمال قدرت مورد تأیید اکثریت علی‌رغم خواست‌های (و بالقوه مانع اقدامات مورد نظر) اقلیت، در مورد آنان الزامی است؟ به چه دلیل چنین اعمال قدرتی، اصلاً مسأله اعمال استبداد اکثریت علیه اقلیت نیست؟ (۲۳)

استدلال‌هایی که برای مشروعیت بخشیدن به قانون اساسی، به جای اتفاق آرا بر اکثریت آرا تکیه دارند، هیچ‌گونه تأثیری ندارند و پرداختن به آنها در واقع مبادرت به هم ارز دانستن معنوی دایره با مربع است.

#### ۴/ب/۱. آیا عدم مخالفت مساوی با رضایت نیست؟

به هر حال، استدلالات مبتنی بر رضایت ضمنی به آسانی از میان نمی‌رود و شاید دلیلش هم این باشد که: آیا نمی‌توانیم بگوییم تقریباً همگان به یک معنا حکومت فعلی ایالات متحده را به عنوان یک حکومت مشروع پذیرفته‌اند؟ آیا در واقع، تعداد کسانی که مشروعیت آن را رد می‌کنند، بسیار اندک نیست؟ آیا در غیر این صورت، حکومت به طرز ناامیدکننده‌ای بی‌ثبات نمی‌شود؟ اگر عدم مخالفت همگانی برای رژیم قانونی موجود یک واقعیت تجربی است و همان چیزی است که برای وجود نقش آفرین آن ضروری است، آیا این رژیم نمی‌تواند مدعی رضایت ضمنی مردم و مشروعیت برخاسته از چنین رضایتی باشد؟

کسانی که رضایت ضمنی را بر عدم مخالفت عمومی بنا می‌کنند «قاعده به رسمیت شناختن»<sup>(۱)</sup> را با شرایط مشروعیت قانون اساسی در هم آمیخته‌اند. قاعده به رسمیت شناختن شیوه‌ای است که مردم (طبق آن) وجود رژیم قانونی حاکم<sup>(۲)</sup> را مورد شناسایی قرار می‌دهند. (۲۴) اما همان‌طور که علم به دلیل وجود یک دستور مشخص «قانون» به ما نمی‌گوید که وجداناً الزام آور است، علم به بقای یک رژیم قانونی به دلیل عدم مخالفت همگانی هم به ما نمی‌گوید که وظیفه اخلاقی برای اطاعت آن دستورات آن وجود دارد.

البته، برخی اشکال عدم مخالفت همگانی برای هر قانون اساسی به منظور اینکه به اجرا در آید و ادامه حضورش را در مقام قانون موضوعه حفظ کند، ضروری است. همچنان که «فریدریک شایر»<sup>(۳)</sup> خاطر نشان کرده است، این عدم مخالفت، قانون اساسی ایالات متحده را از سند دیگری با عنوان قانون اساسی ایالات متحده که ممکن است من بنویسم و دوستان من آن را تصویب کنند، متمایز می‌گرداند. (۲۵) تصویب از طریق همه پرسی (پله بی سیت)<sup>(۴)</sup> یا کنوانسیون‌های نمایندگان می‌تواند قاعده کارآمد به رسمیت شناختن را برای مردم فراهم کند و به تأمین عدم مخالفت همگانی برای رژیم مبتنی بر قانون اساسی کمک نماید، هر چند این رویه‌ها اصلاً ضرورتی ندارند.

عدم مخالفت محض - که هر حکومت موجود و طرح قانون موضوعه مدعی آن است - از

1- Rule of Recognition

2- Operating Legal Regime

3- Fredericck Schauer

4- Plebiscite

هر طریقی که به دست آید با رضایت همگانی برابر نخواهد بود. آنچه در اینجا مورد بحث است این نیست که آیا نظام مشروعی وجود دارد بلکه این است که آیا نظام معین و موجود مبتنی بر قانون اساسی، مشروع هست یا نه؟ نظام قانونی موجود تنها در صورتی که مشروع باشد، می تواند دستوراتی که افراد را وجداناً ملزم نماید، در مورد شهروندان صادر کند. اگر عدم مخالفت - که هر رژیم موجودی مدعی آن است - با رضایت همگانی برابر باشد، (در این صورت) حتی یک رژیم کاملاً استبدادی هم به شرط اینکه بتواند ادامه حیات دهد، می تواند ادعا کند که مستحق تکلیف به اطاعت، براساس چنین رضایتی است. بدون تردید اثبات این ادعا ناممکن است.

وقتی برای تثبیت یک دستور به عنوان قانون موضوعه، میزانی از عدم مخالفت لازم است، برای ایجاد یک وظیفه اخلاقی نسبت به اطاعت از چنان دستوری، عدم مخالفت بیشتری نیاز است. جیمز مادیسون<sup>(۱)</sup> زمانی به مشکل اخلاقی نظر انداخت که در سال ۱۷۸۴ مشاهده کرد، قانون اساسی تصویب نشده ایالت ویرجینیا تنها بر عدم مخالفت که مبنای خطرناکی است، مبتنی می باشد. (۲۶)

رضایت اشخاص، اگر وجود می داشت، مؤثر واقع می شد. اما یک شخص یا یک نسل نمی تواند به جای دیگری رضایت دهد و رضایت همگانی، به اعتراف همه، هیچگاه نه وجود داشته و نه خواهد داشت. (۲۷)

در این ادعای رایج که رضایت ضمنی سرچشمه تکلیف به اطاعت از قوانین است، یک تعرض قابل ملاحظه ای وجود دارد. بسیاری از کسانی که از آن دفاع می کنند، اصلاً چنین مفهوم ضعیفی از رضایت را برای توجیه کردن - مثلاً - اجاره کردن تلویزیون یا اسقاط مسئولیت ناشی از آسیب نمی پذیرند. در این زمینه ها، اینان نوع نادری از رضایت آگاهانه را که به ندرت یافت می شود، می خواهند. اینان به اطلاعات کامل از هر چیزی که کسی به آن رضایت می دهد (با از آن دست بر می دارد) و به تنوع گزینه های بسیار جذاب و متفاوت، پیش از آنکه نتیجه بگیرند که کسی واقعاً به یک قرارداد قابل اجرا برای خرید «استریو» رضایت داده است، نیاز دارند. اینان

تأکید می‌کنند که چنان رضایتی یا خیالی است و یا اجباری، مگر اینکه این شرایط تأمین شوند. (۲۸)

با آن هم، اغلب از سوی همان اشخاص، از ما خواسته می‌شود تا این مطلب را بپذیریم که صرفاً به خاطر زندگی در شهری که در آن زاده شده‌ایم یا به خاطر ناتوانی در ترک کشور، تا حد زیادی به اطاعت از هر دستوری که از سوی نظام قانونی موجود صادر می‌شود، رضایت داده‌ایم. و فرض این است که رضایت اکثریت، نه تنها خودشان را که مخالفان و نسل‌های بعدی را نیز ملزم به اطاعت می‌کند.

### ج/۱. «ما مردم» پندار مخاطره‌آمیز

برخی تصورات، فاقد زیان است و برخی حتی سودمند. پندار حاکمیت مردمی (هم) تا آنجا سودمند است که قدرت قوای مقننه را محدود یا کنترل نماید تا آنچه را مردم می‌خواهند، انجام دهند و آنها را از نقض «حقوق مسلم مردم» بازدارد. همچنانکه جک راکوف<sup>(۱)</sup> توضیح می‌دهد که وی در زمان تأسیس (قانون اساسی آمریکا) تصور می‌کرد که اکثریت مستحق حکومت کردن نیستند، بلکه باید (جامعه) را از بی‌نظمی در امان نگهدارند، اینان مستحق وضع قانون در پی تأمین منافع خویش نمی‌باشند، بلکه باید (جامعه را) در برابر قوانینی که بازتاب دهنده آمال طبقه ممتازند، مصونیت بخشند. (۲۹) وی ادامه می‌دهد:

نمایندگی تام برای دو هدف لازم بود:

۱. به منظور جلوگیری از تصویب لوایح، به ویژه لوایح مالیاتی، که بار حکومت را به طور نابرابری میان جامعه تقسیم می‌کند.

۲. به منظور القای اعتماد میان مردم نسبت به حکومت که نیاز به توسل به زور (یعنی قوای نظامی) را برای اجرای قوانین مرتفع می‌سازد. (۳۰)

مؤسسان، پس از آزمایش اولیه جمهوری یا حکومت مردمی (۳۱) و بنا بر عقیده آنان ویرانگر، طرح تازه‌ای ریختند که بر اساس آن مردم از طریق رأی دادن، نه قدرت قانونگذاری را، بلکه

قدرت را به منظور کنترل قانونگذاری به کار می‌گیرند. «مردم» به طور مستقیم حکومت نمی‌کنند، بلکه یک حوزه انتخابیه که بازتاب، دهنده حقوق و منافع مردم است، برای کنترل کسانی که دستوراتی را برای مردم صادر می‌کنند، قدرت مؤثری خواهد داشت. (۳۲) به همین منوال، حکومت‌های ایالات توانایی آن را دارند تا از طریق سناتورهایی که از سوی مجالس قانونگذاری ایالات انتخاب گردیده‌اند، قوه مقننه فدرال را کنترل نمایند. طرح جدید، و حتی صریح آنان در خصوص میزان‌ها و توازن‌های چند جانبه، جایی میان حکومت دموکراسی اکثریتی و حکومت اقلیت اشرافی قرار دارد.

ما در فاصله دو‌یست سال، از مفهوم حاکمیت مردمی که در آن، مردم از طریق حوزه‌های انتخاباتی اعمال قدرت حکومت را به‌طور مؤثری کنترل می‌کنند، نقل مکان کرده و به سمت «فرض حاکمیت مردمی» که در آن، اکثریت دموکراتیک فرمان می‌راند، حرکت نموده‌ایم. بسیاری (از مردم) کنگره را دیگر نهادی نمی‌دانند که عهده دار انجام وظایف اساسی معینی است. بلکه آن را گروهی از افراد منتخبی که خدمتگزار مردم اند و به وسیله مردم کنترل می‌شوند، می‌شناسند. در واقع اینان کنگره را به عنوان «خود ما مردم» ترسیم می‌کنند. بر اساس نظریه غالب «حاکمیت مردمی» قوه مقننه به عنوان مظهر و تجسم مردم به حساب می‌آید که، مجاز به اعمال تمام اختیارات (داده شده از سوی) مردم حاکم می‌باشد.

بعضی‌ها شعارهایی همانند «ما حکومتیم» یا «حکومت ماییم» را به کار می‌برند (هرچند من در ایام جوانی، پیش از جنگ ویتنام و ماجرای واترگیت، این شعارها را زیاد می‌شنیدم). این برداشت از حکومت، قدرت زیادی را به قانونگذاران می‌دهد تا هر آنچه می‌خواهند، انجام دهند، به شرط اینکه صرفاً حداقل آرای لازم را به دست آورند. براساس «ما حکومت هستیم» هر چیزی را که حکومت انجام دهد، مورد رضایت «ماست» و «ما» هم کاملاً به هر چیزی رضایت خواهیم داد.

بنابراین، هنگامی که قوای مقننه جانشین قطعی خود مردم تلقی می‌شوند، فرض حاکمیت همگانی مخاطره‌آمیز خواهد بود. زیرا ممکن است مردم نسبت به واگذاری هر حق یا آزادی معینی «رضایت» بدهند - هرچند حقوق غیر قابل انتقال ایشان، چندان عام نیست - و احتمال

دارد قوه مقننه، به عنوان جانشین مردم، تقریباً تمام آزادی‌ها را محدود کند و به نام رضایت همگانی توجیه نماید. پندار حکومت همگانی، همان‌گونه که مخالف نظارت همگانی بر حکمرایان است، به قوه مقننه اجازه می‌دهد تا به گونه توجیه پذیری تقریباً هر آنچه را که می‌خواهد، انجام دهد. و به همین روال، به جناح‌های اکثریت و اقلیت حوزه‌های انتخاباتی اجازه می‌دهد تا به قیمت (تضییع) حقوق کلی همشهریان خود، کنترل قوه مقننه را به دست گرفته و از قدرت آن برخوردار شوند.

#### د/۱. کاستن از خطر: دموکراسی دوگانه گرای «آکرمن»

«بروس آکرمن» به این دیدگاه اشاره می‌نماید که قوای مقننه همانند دموکراسی یگانه‌گرا<sup>(۱)</sup> نقش خود مردم را ایفا کنند. «دموکراسی یگانه‌گرا ایجاب می‌کند قدرت مطلق قانونگذاری به برندگان آخرین انتخابات سراسری، اعطا شود و... (بر اساس آن) هرگونه نظارت سازمانی نسبت به برندگان انتخابات، احتمالاً غیر دموکراتیک است.»<sup>(۳۳)</sup>

در مقابل، آکرمن این مطلب را نمی‌پذیرد که «برنده یک انتخابات آزاد و عادلانه مستحق است تا با اقتدار کافی از سوی مردم، حکومت نماید.»<sup>(۳۴)</sup> بلکه وی میان اراده مردم و اعمال سیاستمداران تمایز قایل می‌شود.<sup>(۳۵)</sup> «آکرمن» قانون اساسی دوگانه‌گرا<sup>(۲)</sup> را ارائه می‌کند که در آن، قانونی که به طور عادی و به شیوه معتبری به تصویب رسیده است، با قانونگذاری برتر<sup>(۳)</sup> که داوری مردم را براساس قانون اساسی<sup>(۴)</sup> ترسیم می‌کند، در هم آمیخته نمی‌شود.<sup>(۳۶)</sup> این عنوان، منحصر به «ابتکار قانونگذاری»<sup>(۵)</sup> است که روند پرنشیب و فراز<sup>(۳۷)</sup> طراحی شده برای برپایی یک گفت‌وگوی عمیق میان رهبران و رهروان را در چارچوب یک ساختار دموکراتیک به دنبال دارد و سرانجام در ایجاد رضایت کلی همگانی برای تغییر سریع همگام با وضع موجود، به موفقیت می‌رسد.<sup>(۳۸)</sup>

1- Monistic Democracy

2- Dualist

3- Higer Law Making

4- Constitutional Judgement of We the Poepel

5- Law Making Initiatives

دوگانه‌گرایی «آکرمن» اصلاح مهم و نوینی را نسبت به فهم هنوز رایج از حاکمیت همگانی به تصویر می‌کشد. هراندازه که اراده ثانوینگذاری از اصل ما مردم<sup>(۱)</sup> فاصله بگیرد، خطر آن پندار<sup>(۲)</sup> بیش از حد کاهش می‌یابد. روند کنترل منظم قدرت قانونگذاری دیگر برخورد با اکثریت یا به اصطلاح «آوردگاه ضدیت با اکثریت»<sup>(۳)</sup> تلقی نمی‌شود.<sup>(۳۹)</sup>

با این وجود، آکرمن در برهه‌ای مدعی شد که باید دلیل هنجاری‌ای<sup>(۴)</sup> که متکی بر ضرورت به دست آوردن حمایت حساب شده مردم است (۴۰)، فراهم می‌شود. (۴۱) این بدان معنا نیست که وی تصور می‌کند دلیل هنجاری را در مورد اینکه چرا اشخاص ملزم به اطاعت از قوانین برخاسته از قانون اساسی اند، فراهم کرده است. چنین مطلبی در هر دو کتابش، نه مطرح شده و نه مورد توجه قرار گرفته است. اما دلایلی را که من در اینجا ارائه کردم ناظر بر این است که نظریه دوگانه‌گرایی آکرمن درباره قانون اساسی‌گرایی، هیچ پاسخی را ارائه نمی‌کند.

سرانجام، علیرغم رد نفوذ مردم نسبت به قانون عادی، آکرمن ادعا می‌کند که نتیجه «قانونگذاری برتر» سزاوار آن هست تا «اراده مردم» خوانده شود. وی آزادانه و بی‌پروا از اصول قوانین برتری که از سوی مردم طی موفقیت نسبتاً بی نظیر آنان به لحاظ سیاست مبتنی بر قانون اساسی اعتبار یافته است (۴۲) و از اصول بنیادین مورد تأیید مردم (۴۳) سخن می‌گوید. اما تمام اینها آرزوهای بلند است و لذا نمی‌تواند تکلیف به اطاعت را نزد شهروندان توجیه کند.

به‌رغم آنکه می‌توان گفت مردم حضور دارند - با اشاره به ۲۵۰ میلیون، یا چیزی در حدود آن، شهروندان ایالات متحده که هر کدام از آنها دارای حقوقی هم هستند - اما مردم به صورت یک کل، هرگز چیزی را بر زبان نمی‌آورند و به هیچ چیزی اعتبار نمی‌بخشند. الا اینکه برخی زیر مجموعه‌های آن، اعم از اکثریت و اقلیت، همواره له یا علیه چیزی رأی می‌دهند - حتی آنهایی هم که از تغییر قانون اساسی حمایت می‌کنند، ممکن است خودشان را به گونه‌ای ملزم نمایند (چیزی که در آن تردید دارم) - اما رأی آنان نمی‌تواند مخالفان و کسانی را که رأی نداده‌اند، ملزم نماید. رضایت، آن‌گونه که ما آن را می‌فهمیم، اثر چندانی ندارد. احتمالاً آکرمن - با وجود حرفی که از او نقل شد - به دلیل اینکه طرح خود را عمدتاً توصیفی تعریف می‌کند، با ماهیت خیالی

1- We the People

2- Fiction

3- Counter Majoritarian Difficulty

4- Normative Argument

«حکومت به وسیله مردم» مواجه نمی‌شود. این طرح، پرسش هنجاری - چگونه افراد به اطاعت از دستورات قانونی ملزم می‌گردند - را در خصوص مشروعیت مبتنی بر قانون اساسی که در نظریه دوگانگی قانون اساسی وی مطرح نگشته است، رها می‌کند.

یادآوری روایت روشن «آکرمن» از تأثیر دگرگون‌کننده «قانونگذاری برتر» مرا به این رهنمون شد تا این بخش را با یک توضیح مهم (برای جلوگیری از سوء تفاهم) به پایان ببرم. من تا اینجا فقط این نکته را مورد بحث قرار دادم که (اولاً) در صورتی که چیزی کمتر از اجماع همگانی باشد، تکلیف به اطاعت از قانون نمی‌تواند براساس رضایت افراد تحت حاکمیت، مبتنی باشد. و (دوم) اینکه، واقعاً روشن است که، هیچ نظام حکومتی قانونی نمی‌تواند مدعی این میزان از رضایت باشد. «من ادعا ندارم که تصویب قانون اساسی (یا عادی) از طریق رأی همگانی یا کنوانسیون‌ها، ایده نادرستی است». ممکن است درست این باشد که چنین فرایند تصویبی، فکر بسیار مطلوبی است. زیرا این احتمال را افزایش می‌دهد که هر قانون اساسی که بالفعل وجود دارد، مشروع است. از آن گذشته، ممکن است این‌گونه رویه‌های تصویب به طور مؤثری عدم مخالفت همگانی لازم را برای نظام قانونی موجود<sup>(۱)</sup>؛ خواه اینکه مشروع باشد یا نباشد، تأمین کند.

من صرفاً این فرض وسیعاً پذیرفته شده را به چالش می‌کشم که «به دلیل حاکمیت همگانی یا رضایت افراد تحت حاکمیت، «مردم» وجداناً ملزم به اطاعت از هر قانونی اند که بر اساس قانون اساسی تصویب می‌شود». همچنین، از آنجایی که اجماع همگانی هیچ‌گاه خواسته نشده است، «رضایت افراد تحت حاکمیت» در عمل به رضایت اکثریت قانونگذارانی که از سوی اکثریت رأی دهندگان در انتخابات، برگزیده شده‌اند، تبدیل می‌شود. خلاصه، «ما مردم» فرضی است که هر گاه قوه مقننه به تصویب قوانین می‌پردازد، به غلط وجود رضایت را مسلم می‌انگارد و به طور مخاطره‌آمیزی - به جز از نظر آکرمن - حقوق و آزادی‌های هر یک از شهروندان را از بین می‌برد.

## ۲. «ما مردم» و جایگزین‌های مشکل‌آفرین

در تحلیل نهایی (به این نتیجه می‌رسیم که) تنها راهی که (طبق آن) تکلیف به اطاعت از قانون می‌تواند بر رضایت بنا شود، زمانی است که (از سوی مردم) اعلام رضایت شود. هیچ چیزی کمتر از رضایت همگانی، مخالفان را نمی‌تواند ملزم نماید. کسانی که این را تصدیق می‌کنند، یکی از دو موضع را اتخاذ می‌نمایند:

۱. همچنان‌که پیشتر دیدیم، برخی معتقدند که وظیفه مقدماتی یا فرضی نسبت به اطاعت از قانون فقط به این دلیل که قانون است، وجود ندارد. این دیدگاه، علی‌رغم اینکه به صورت ذهنی قابل دفاع است، اما در رژیم‌هایی که قانونگذاران بری از اتهام‌اند و به طور وسیعی تصور می‌شود که نسبت به قوانین مصوب، تکلیف به اطاعت وجود دارد، غیر قابل قبول است.

۲. عده دیگری با اعتقاد به اینکه قدرت قانونگذاری، با وجود همه چیز، مبتنی بر رضایت افراد تحت حاکمیت نیست و بلکه بر چیز دیگری استوار است، از حاکمیت مردمی دست کشیده‌اند. (این نکته قابل توجه است که افراد وقتی با دشواری‌های استدلال مبتنی بر رضایت مردم مواجه می‌شوند، چقدر زود از آن دست بر می‌دارند). این «چیز دیگر» چیست؟

### الف/۲. آیا بهره‌مندی از منافع ما را ملزم به اطاعت می‌کند؟

براساس این استدلال، قوانین الزام آورند. اما نه به خاطر رضایت «مردم» بلکه به این سبب که مردمی که منافی را از نظام مشروع دریافت می‌کنند، ملزم به اطاعت از دستورات آن می‌باشند. طرفداران این استدلال می‌گویند، این رضایت نیست، بلکه بهره‌مندی از منافع است که شخص را ملزم می‌نماید. راجع به این مسأله در میان فلاسفه بحث زیادی صورت گرفته است و من نمی‌خواهم اختلافات جزئی این بحث را جمع بندی و تلخیص نمایم. (۴۴) مؤثرترین نقد این دیدگاه این است که سرانجام، این دیدگاه هم بر مفهومی از رضایت استوار می‌گردد. اگر من ناگهانی برای شما یک چیز ارزشمندی بفرستم، آیا بدون رضایت، ملزم به پرداخت عوض آن هستید؟ آیا شما حتی ملزم به بازگرداندن آن به من می‌باشید؟ بیشترین مردم جواب می‌دهند، نه. همچنین ما ملزم به پرداخت عوض منافی که از سوی دیگران بر ما تحمیل می‌شود، نخواهیم

بود.

ممکن است کسی بگوید اگر شما تصمیم بگیرید تا از آن چیز استفاده کنید، در این صورت، شما خود را به پرداخت عوض آن ملزم نموده‌اید. این نظر، چه بسا که امتیازاتی دارد؛ استفاده از چیزی که شما می‌دانید با چشمداشت جبران برای شما فرستاده شده است، ممکن است نشان‌دهنده رضایت شما به پرداخت عوض آن باشد. (با این وصف، حتی این بدان معنا نیست که شما، به جای دور انداختن آن چیز، ملزم به بازگرداندن آن می‌باشید). با وجود این، هنوز این نکته روشن نیست که کسی ملزم به پرداخت عوض تمام منافع ناخواسته‌ای باشد که از دیگران دریافت می‌کند. شاید ما از تماشای یک معماری بی نظیر یا از دیدن یک شخص دلریا که در کنار آن قدم می‌زند، مشعوف شویم بدون اینکه برای لحظه‌ای بپذیریم که ممکن است در ازای لذت واقعی‌ای که احساس می‌کنیم از ما مطالبه وجه شود.

اما من نمی‌خواهم مسأله را بیش از این ادامه دهم؛ زیرا منفعی که ظاهراً از یک نظام مشروع دریافت می‌شود - مثل منفعت تعاون اجتماعی - منفعی است که فرد به هر طریقی تلاش کند، نمی‌تواند آن را رد کند. اگر منفعتی بر کسی تحمیل شود، اصلاً نمی‌توان گفت که وی متعهد می‌شود تا در ازای آن پولی بپردازد یا اطاعت کند. مگر اینکه بتواند آن را به گونه‌ای رد نماید. به همین دلیل، اساساً معلوم نیست که چرا (در برابر) منفعتی که شخصی از زندگی کردن در سایه یک نظام مشروع و معین دریافت می‌کند - منفعی که نمی‌توانیم، حتی اگر بخواهیم، از بهره‌مند شدن از آن امتناع نماییم - او را ملزم به اطاعت از دستورات این نظام می‌دانیم.

وقتی زمینه‌های منافع حاصل از یک طرح تعاون را که علی‌الظاهر از سوی نظام مشروع راجع به منافع عینی - همانند خیابان‌ها، پارک‌ها و مدارس و امثال آن - تهیه می‌شود، مطالعه کنیم، در می‌یابیم که پول بیشتر آنها از طریق مالیات پرداخته می‌شود؛ پرداخت‌هایی که مطمئناً به هیچ جهت هدفمندی مورد رضایت نمی‌باشند. آیا افرادی که درآمدشان مصادره شده تا (به اندازه نامعلومی) برای احداث خیابان‌ها، پارک‌ها و مدارس هزینه شود، از بیم آنکه مبادا به انتفاع ارادی از آنها متهم شوند و سرانجام، نه تنها نسبت به اطاعت از قوانین، بلکه نسبت به وظیفه اخلاقی پرداخت وجه در قبال آن منافع مدیون شناخته شوند، باید از بهره‌مندی از این منابع

خودداری کنند؟ با توجه به این دلایل، استدلال مبتنی بر منافع حاصله برای وظیفه اطاعت از قوانین، اندکی بیشتر از استدلال مبتنی بر رضایت ضمنی افراد تحت حاکمیت پیش رفته است. اما در این مورد بیشتر، برخی از کسانی که استدلال را بر منافع حاصله مبتنی می‌کنند، می‌گویند پاسخ‌های پیشین، این نکته اساسی را نفهمیده‌اند که منافع حاصله یک استدلال کاملاً مبتنی بر عدم رضایت را برای اطاعت، فراهم می‌کند و به همین دلیل، برای پاسخ گفتن به اینکه رضایت ضمنی برای اطاعت یا پرداخت (عوض) وجود ندارد، ناکافی است. پس بیایید همین استدلال را در ظاهر بپذیریم و فرض نماییم فرد نسبت به اطاعت، در واقع مدیون هرکسی است که خود تصمیم می‌گیرد تا بدون رضایت دریافت‌کننده، منافع (حیاتی) را برایش فراهم کند.

آیا این استدلال به عنوان توجیهی برای مشروعیت برده‌داری به عنوان اموال منقول<sup>(۱)</sup> به حساب نمی‌آید؟ آیا مالک برده، اغلب به طور صحیحی، نمی‌تواند ادعا کند که وی واقعاً منافع حیاتی را که بر عهده‌اش بوده (از قبیل) غذا، لباس، مسکن، در صورت نیاز مراقبت‌های طبی، حمایت در برابر تجاوز بیگانگان و امثال آن، فراهم می‌کرده است؟ البته ممکن است کسی با صحت این ادعا مخالفت کند، اما بر چه اساسی؟ که (مثلاً) غذا و پناهگاه و تکیه‌گاه «منافع» به شمار نمی‌آیند. اصلاً و ابداً. یا که (مثلاً) این منافع کافی نیستند؟ براساس چه میزانی از کفایت؟ آیا شهروندان کشورهای بسیار فقیر، به دلیل اینکه منافع تدارک شده از سوی نظام‌های قانونگذاری آنها بسیار ناچیزند، وظیفه ندارند تا از قانون اطاعت نمایند؟ منافع مورد نظر در چه مرحله‌ای به اندازه کفایت است تا در صورت فقدان رضایت، تکلیف به اطاعت را پدید آورد؟ آیا مشکل برده‌داری به عنوان اموال منقول این است که اربابان، حداقلی از حقوق<sup>(۲)</sup> را نمی‌پردازند؟ برای بهتر فهمیدن اینکه چرا دریافت نارضايت‌مندان منافع نمی‌تواند منبعی برای تکلیف به اطاعت باشد، یک ارباب بسیار با سخاوت را تصور کنید که تمام لوازم و حتی میزانی از حق انتخاب و آزادی را برای رعایا<sup>(۳)</sup> - یا بردگان خانگی‌اش<sup>(۴)</sup> - که با این وصف، نسبت به رد آن ناتوانند، فراهم می‌کند. آیا بردگان اربابان بسیار با سخاوت (هرگونه می‌خواهید معنا کنید) به لحاظ اخلاقی ملزم به اطاعت از آنان هستند؟ اشکال این نظر چیست؟ پاسخ روشن این است که

1- Chattel Slavery

3- Vassals

2- Minimum Wage

4- House Slave

آنچه وجود ندارد، رضایت برده است. اگر نسبت به رابطه (بین خادم و مخدوم) رضایت وجود داشته باشد در آن صورت، به شرطی که مستخدم در خروج از رابطه آزاد باشد، ما آن را اصلاً به عنوان بردگی توصیف نمی‌کنیم (یا نباید بکنیم). (۴۵) اما اگر برای تبدیل بردگی، که از نظر اخلاقی غیر مجاز است، به تکلیف فرمانبرداری رضایت لازم است، در این صورت چنین رضایتی نمی‌تواند صوری باشد، [بلکه] باید واقعی باشد. و ما پیش از این دیدیم که نسبت به نوع نظام حقوقی ایجاد شده به وسیله قانون اساسی، رضایت واقعی نیست و نمی‌تواند باشد. (۴۶)

آیا این سخنان متضمن این نتیجه‌اند که در نبود رضایت واقعی، قانون مصوب براساس قانون اساسی هیچ‌گاه موجب پیدایش تکلیف به اطاعت نمی‌شود؟ من فکر می‌کنم، نه. من در بخش سوم، منبع جایگزین را برای تکلیف به اطاعت از قوانین در نبود رضایت ارائه می‌کنم، اما آنچه در این موقعیت بسیار مهم است، فهمیدن این است که:

الف) رضایت به نوع روند قانونگذاری ایجاد شده به وسیله قانون اساسی، غیر موجود و غیر ممکن است.

ب) در صورت فقدان رضایت، تقسیم منافع توسط قانونگذاران، تکلیفی را برای اطاعت از دستورات شان، پدید نمی‌آورد. اگر چنین تکلیفی وجود داشته باشد، باید مبتنی بر شیوه‌های دیگری باشد و بدون یک توجیه جایگزین، تکلیفی برای اطاعت از دستورات قانونگذاران وجود ندارد.

هرچند، فهمیدن این نکته دشوار نیست که چرا رضایت برای تبدیل یک رابطه بردگی به یک رابطه مجاز اخلاقی لازم است. اما گاهی این نکته نادیده گرفته می‌شود که رضایت، کاملاً متضمن وجود حقوق از پیش موجود بشر است. زیرا تنها در صورتی که اشخاص حق خودداری از رضایت شان داشته باشند، می‌توانیم بگوییم آنان رضایت داده‌اند. بنابراین چنین حق امتناعی باید بر ایجاد تکلیفی برای اطاعت، مقدم باشد. اگر رضایت منشأ تکلیف برای اطاعت از قانون باشد، در این صورت اول حقوق می‌آید و سپس قانون. همان‌گونه که به زودی در بخش سوم خواهیم دید، در صورت فقدان رضایت، وجود قبلی این حقوق برای هر نظام حقوقی ای که مدعی تکلیف به اطاعت است، به طور ضمنی معانی مهمی دارد.

## ب/۲. رضایت فرضی و اهمیت حقوق

برخی از نظریه پردازان سیاسی بر مفهومی از «رضایت فرضی» یا آنچه که نسبت به آن یک شخص خردمند رضایت خواهد داد، تکیه می‌نمایند. (۴۷) برای ارزیابی ادعاهای مبتنی بر (اراده) «مردم» لزومی ندارد گرفتار دشواری‌های این‌گونه نظریه‌های «انتخاب عقلانی» شویم. کافی است دقت کنیم که رضایت فرضی، رضایت واقعی نیست. در واقع، رضایت واقعی در این قبیل نگرش‌ها، هیچ نقشی را ایفا نمی‌کند. بلکه این نگرش هنجاری است که مبتنی بر اندیشه تجربه در خصوص دیدگاهی است که مردم در شرایط معینی، بدون توجه به اینکه رضایت دارند یا نه، باید به آن رضایت بدهند.

به عبارت دیگر، با اینکه ممکن است استدلال مبتنی بر رضایت فرضی، دلیلی را به نفع اصول اخلاقی یا سیاسی معینی تدارک نماید (اما) چنین استدلالی براساس رضایت واقعی همه مردم که هر کسی به هر چیزی رضایت دهد، استوار نمی‌باشد. با این وجود، این بدان معنا است که رضایت فرضی برای نادیده گرفتن یا طفره رفتن از (زیربار) حقوق پیشینی مردم، یعنی (همان‌گونه که من در جای دیگر به تفصیل بحث کرده‌ام) اگر مردم دارای حقوقی مقدم بر شکل‌گیری نظام حقوقی هستند، دلیل مبتنی بر رضایت را فراهم نمی‌کند. (۴۸) این درست است، اما دلایل مبتنی بر رضایت فرضی واقعاً به ما کمک می‌کند تا بفهمیم که چرا قانونگذاران باید آن دسته از حقوق مردم را که به نظر می‌آید الزام‌آور هستند، رعایت کنند.

لیساندر اسپونر<sup>(۱)</sup> احتمالاً قدیمی‌ترین نظریه‌پرداز در زمینه حقوق اساسی آمریکا بود (که می‌گفت) باید دریافت که برای رعایت حقوق افراد، یک دلیل مبتنی بر رضایت فرضی که صرفاً وجود نظری دارد (۴۹) لازم است. به خاطر اینکه - در صورت فقدان رضایت آشکار یا واقعی - نمی‌توان همه کس را چنان فرض کرد که از حقوق‌شان دست برداشته‌اند. «عدالت، به طور آشکار، تنها اصلی است که (طبق آن) همه کس را می‌شود نسبت به شکل‌گیری حکومت، موافق پنداشت.» (۵۰) در صورت فقدان رضایت واقعی، حکومتی که حقوق همگان را تضمین کند، تنها حکومتی است که پایه‌گذاری آن براساس رضایت (نظری) تمام افراد تحت حاکمیت، عملی

است؛ برای اینکه حکومت غیر عادلانه، مردم را قربانی می‌کند و نمی‌توان فرض کرد که قربانی رضایت بدهد. (۵۱)

خلاصه، دلیل مبتنی بر رضایت فرضی یا نظری برای توجیه پایمال کردن حقوق اولیه (مردم) ناکافی است. در مقابل، برای اینکه یک قانون اساسی بر اساس رضایت فرضی (در مقابل واقعی) مشروع باشد، باید ثابت کند که این‌گونه قانون اساسی با حقوق افراد سازگار است. در بخش بعدی، من فهم دیگری از مشروعیت قانون اساسی را بررسی می‌کنم که هم تبیین می‌کند چگونه قوانین، در نبود رضایت، می‌توانند شهروندان را وجداناً ملزم نمایند و هم اینکه به چه دلیل، به خاطر فقدان رضایت، قدرت قانونگذاری حکومت باید محدود باشد. در واقع، تکلیفی برای اطاعت از قوانین وجود دارد.

### ۳. مشروعیت قانون اساسی، بدون رضایت

باقطع نظر از مشکلات [مطرح شده] در خصوص ابتدای مشروعیت قانون اساسی بر رضایت واقعی مردم تحت حاکمیت، چه چیزی مؤسسان و مدتی بعد مفسران را تا به امروز رهنمون شد تا ادعا کنند که مردم، قانون اساسی را بنیاد نهاده‌اند؟ چه چیزی آنان را متقاعد به پذیرفتن این دلیل آشکارا مخدوش نمود که رضایت اکثریت نمایندگان تنها بخشی از مردم، برای احراز رضایت مردم تحت حاکمیت کافی بود؟ در وهله اول این، ضرورت داشت. همان ضرورتی که امروزه مردم را و می‌دارد تا رضایت مبتنی بر اکثریت را به جای رضایت واقعی بپذیرند.

از آنجایی که به‌طور وسیعی این مسئله مورد تأیید قرار گرفت که رضایت برای حکومت مشروع هم لازم است و هم کافی و پذیرفته شد که رضایت همگانی غیر موجود و غیر ممکن است، در این صورت، رضایت آشکار کسانی که ظاهراً از اکثریت نمایندگی می‌کنند، با عدم مخالفت گسترده‌ای که به دنبال دارد، تنها نزدیک‌ترین چیز به مطلوب است و قانون اساسی [آمریکا] را همان اندازه که هر قانون اساسی می‌تواند مشروع باشد، مشروع می‌نماید. بنابراین وقتی این رضایت مبتنی بر اکثریت منتهی می‌شود، ضرورت اش، آن را معقول جلوه می‌دهد.

اما این استدلال از دو جهت مخدوش است، من هر دوی آن را در این بخش بررسی می‌کنم.

اولاً: این استدلال فرض می‌کند که رضایت همگانی ناممکن است، فرضی که در واقع کاملاً غلط است. همان‌طوری که در قسمت الف توضیح خواهم داد، به دلیل امکان رضایت همگانی نسبت به حکومت (هرچند در مورد شکل حکومتی که از سوی قانون اساسی آمریکا مقرر شده است، این امکان منتفی است) رضایت مبتنی بر اکثریت نمی‌تواند براساس ضرورت توجیه شود.

ثانیاً: همان‌گونه که در قسمت «ب» بحث می‌شود، استدلالی که ادعا دارد رضایت مبتنی بر اکثریت به عنوان «دومین گزینه مطلوب»<sup>(۱)</sup> کافی است، لزوم وضع محدودیت را بر نهادهایی که با این نوع رضایت تخیلی مشروعیت می‌یابد، نادیده می‌گیرد: حقوق اشخاصی که رضایت نداده‌اند، باید حفظ شود.

### الف/۳. رضایت بیشتر، آزادی کمتر: چشم‌پوشی از حقوق

سرانجام مدافعان حاکمیت مردمی نبود رضایت واقعی را برای اطاعت از قوانین وضع شده طبق قانون اساسی پذیرفتند. اما استدلال می‌کنند که چون رضایت مبتنی بر اکثریت نزدیک‌ترین چیز به رضایت واقعی می‌باشد، برای حکومت مشروع کافی است. با این وصف، اگر بتوان نشان داد که رضایت همگانی ممکن است، دیگر برای توجیه رضایت مبتنی بر اکثریت، «ضرورت» نمی‌تواند کارآمد باشد. با توجه به اینکه رضایت همگانی، دیگر یک مطلوب چاره‌ناپذیر<sup>(۲)</sup> نیست، فهمیدن این هم آسان‌تر می‌شود که چرا، در مشروعیت ایجاب می‌کند که حدود و قیودی بر نظام حکومتی مبتنی بر اکثریت وضع شود.

استدلالی را که تا حدودی من مبرهن ساختم این است که تکلیف به اطاعت می‌تواند بر رضایت بنا شود، به شرطی که همه افراد رضایت بدهند تا بدان‌گونه ملزم باشند. یک دلیل برای اینکه این شرط بر حسب شیوه<sup>(۳)</sup> قانون اساسی ما تأمین شدنی نیست، این است که جامعه آن چنان وسیع است که اصلاً نمی‌تواند به چیزی بالاجماع رضایت دهد. (۵۲) اما فرض کنید که بخش مربوط به قانونگذاری بسیار بسیار کوچکتر از ایالات متحده، در واقع کوچکتر از هر ایالت

و اغلب شهرها باشد، در این صورت، آیا رضایت همگانی ممکن خواهد شد؟ من تصور می‌کنم که می‌شود. حالا به من اجازه دهید به طور مختصر شرح دهم که رضایت همگانی چگونه عملی است؟

والدین من در یک منطقه مسکونی بزرگ و آرام معروف به «Leisure World» است، زندگی می‌کنند. وقتی که آنها خانه‌شان را خریدند، ساختار حکومتی ای را که بی‌اندازه دموکراتیک است، هم علناً پذیرفتند. علی‌رغم اینکه ترتیبات حکومتی در میان مناطق مسکونی مختلف، گوناگون است، Leisure World در این خصوص نمونه است. در مقایسه با بسیاری از مناطق دیگر، ساختار «لیژورلد» به هیأت حاکم اجازه می‌دهد تا محدودیت‌های بی‌شماری را در درون منطقه وضع کند. خانه‌ها را بدون اجازه نمی‌توان توسعه بخشید، و برای دوره‌های زمانی طولانی نمی‌توان به اجاره داد. در واقع، هیچ فرد زیر پنجاه و پنج سال سن، مجاز به خرید خانه‌ای در این منطقه نمی‌باشد.

من می‌توانم ادامه بدهم و همچنان مقررات محدودکننده آزادی را در «لیژورلد» فهرست نمایم. آیا والدین من به اطاعت از این مقررات رضایت داده‌اند؟ بلی، اما نه بدان معنا که آنان به هر کدام و هر قانون، آن‌گونه که وضع می‌شود، رضایت داده‌اند. بلکه آنان موقعی که خانه‌شان را خریدند، آشکارا به قوانین موجود «لیژورلد» رضایت دادند و علاوه بر آن، ایشان به صراحت، ساختار حکومت را که قوانین طبق آن به اجرا در آمده و تغییر می‌کنند، پذیرفتند. اینان متعهد شدند تا به نتیجه‌ای ساختار ملزم باشند، درست به همان اندازه که اطراف قرارداد به طور آشکار موافقت می‌کنند و نتیجه داوری خصوصی، در صورتی که چنین ماده‌ای در قراردادشان آمده باشد، ملزم باشند.

بنابراین، در «لیژورلد» رضایت همگانی واقعی برای ملزم بودن به روند قانونگذاری، وجود دارد. چرا نمی‌توانیم همین مسأله را درباره دیگر مقامات قانونگذار بگوییم؟ یک دلیل آشکار آن این است که رضایت ما هیچ‌گاه خواسته نشده است. آیا در حال حاضر چنین در خواستی، مناسب است؟ آیا شهری که من در آن زندگی می‌کنم، پیش از آنکه به من اجازه دهد تا در آنجا ساکن شوم، رضایت مرا نسبت به فرایند قانونگذاری مربوط به شهر خواسته است؟ آیا ایالتی که

من در آن زندگی می‌کنم، پیش از اینکه بدانجا نقل مکان کنم، چنین رضایتی را از من خواسته است؟ (پاسخ به این پرسش‌ها) بدون مواجه شدن با همان دور باطل در مورد قدرت که در بخش اول تشریح شد، نیست. برخلاف شهر یا ایالتی که من در آن زندگی می‌کنم، «لیژورلد» از ابتدا (پیش از آنکه کسی آن را تصرف کند) به دست آمده و تمام زمینی که این شهر روی آن بنا شده است، در تملک (حکومت) قرار داشته و قطعات زمین آن با این شرایط که خریدار، ساختار حکومتی آن را بپذیرد، فروخته شده است. به دلیل همین ملکیت اولیه آن است که حقاً می‌توان آن را براساس شرط اطاعت از ساختار حکومتی «لیژورلد» فروخت. (۵۳)

لکن مالکیت اولیه و رضایت اولیه تنها تفاوت اخلاقاً مناسب، میان مناطقی چون «لیژورلد» و جوامع تحت حاکمیت دولت فدرال، ایالتی و قانونگذاران شهری نیست. «لیژورلد» و هزاران محله مانند آن، براساس هزینه خروج که رضایت اولیه را معنی‌دار می‌سازد نیز از هم متمایز می‌شوند. اگرچه «لیژورلد» تا اندازه‌ای بزرگ است - بزرگتر از بسیاری از شهرهای کوچک - اما نسبتاً بخش کوچکی از ناحیه وسیع‌تر «مادرشهر» است. اگر شما نظام قانونگذاری «لیژورلد» را نمی‌خواهید، می‌توانید خانه‌ای در آن سوی خیابان بخرید؛ جایی که قوانین و رویه‌های قانونگذاری آن ممکن است بسیار متفاوت و برای شما مطلوب‌تر باشد. «هزینه خروج» واقعاً کم است.

مراد من از «هزینه خروج» صرفاً هزینه‌های مالی نقل مکان به موقعیت «الف» یا «ب» نیست، بلکه به دیگر خودگذری‌هایی هم که شما با این انتخاب نشان می‌دهید، اشاره می‌کنم. (۵۴) اگر شما می‌خواهید و دوست دارید در ناحیه معینی زندگی کنید، اگر نمی‌خواهید دوستان‌تان، شغل‌تان، شبکه اجتماعی‌تان، یا سنت‌ها و رسوم محلی‌تان را از دست بدهید، اما قوانین یا فرایند قانونگذاری «لیژورلد» را دوست ندارید، شما می‌توانید خانه‌ای در آن سوی خیابان یا اندکی (آن طرف‌تر) در امتداد خیابان بخرید. این کار، هم زمانی که شما تصمیم اولیه‌تان را در مورد جایی برای زندگی کردن گرفته باشید و هم زمانی که به اقامت‌تان در درون حوزه قضایی ادامه دهید، قابل اجرا است و شامل صلاحیت‌های قانونی هم می‌شود.

همان‌گونه که در جای دیگر به تفصیل توضیح داده‌ام (۵۵) لزومی ندارد صلاحیت قانونگذاری

در مورد اشخاص، به لحاظ نواحی جغرافیایی تقسیم شود. ما می‌توانیم به سازمان‌های بی‌شماری، هر کدام با قواعد و مقررات خودشان، پیوندیم و به صلاحیت آنها رضایت بدهیم که سرتاسر دنیا گسترده‌اند و متشکل از میلیون‌ها انسان می‌باشند. از کارفرمایان گرفته تا مجامع حرفه‌ای، سازمان‌های حمایت از بهداشت، انجمن‌های ناشران کتاب، کلیساها، مساجد و کنیسه‌ها، شبکه‌های توزیع کننده فایل در اینترنت - (و امثال آن که) لیست آنها طولانی است - و هر گروه، از رضایت همگانی اعضا برای اطاعت از قوانین‌شان برخوردار می‌باشند. به تناسب صلاحیت‌های فراجغرافیایی، هزینه خروج، دقیقاً به خاطر اینکه اعضا می‌توانند و واقعاً به وضع هرگونه محدودیتی بر آزادی‌شان رضایت می‌دهند. بدین جهت، قوام کامل وظیفه هر شخصی نسبت به تبعیت از قدرت قانونگذاری دیگران احتمالاً به اندازه یک امر اختصاصی، منحصر به فرد است.

«لان فولر»<sup>(۱)</sup> به آشکارترین وجه معتقد بود که این‌گونه فعالیت‌های قانونگذاری به همان اندازه سزاوار است قانونگذاری خوانده شود که نظام حقوقی مبتنی بر جغرافیا سزاوارند:

«اگر قانون به عنوان مبادرت به قرارداد رفتار بشری در معرض تسلط قواعد لحاظ شود، در این صورت این مبادرت، نه از دو یا سه جهت بلکه از هزاران جهت رهبری شده است. در این اقدام کسانی که قواعد حاکم بر امور داخلی باشگاه‌ها، کلیساها، مدارس، اتحادیه‌های کارگری، شرکت‌های تجاری، نمایشگاه‌های کشاورزی و صدویک شکل دیگر از سازمان‌های بشری را تنظیم و اجرا می‌کنند، گرفتار می‌باشند... در این کشور تنها نظام‌های حقوقی، بالغ بر صدها از هزارها (نظام مختلف) است.» (۵۶)

آنچه را «فولر» یادآور نمی‌شود این است که این نظام‌های بی‌شمار حقوقی از تأیید معنوی<sup>(۲)</sup> رضایت همگانی بهره‌مندند، در حالی که نظام‌های حقوقی وسیع مبتنی بر جغرافیا لزوماً فاقد آن هستند. زیرا وقتی که جغرافیا صلاحیت را تعیین کند، دامنه قضایا را نیز تعیین می‌کند. هر آنچه ناحیه سرزمینی وسیع‌تر باشد، هزینه خروج نیز افزون‌تر است و در نتیجه رضایت

1- Lon Fuller

2- Moral Impremature

ضمنی به صلاحیت فرایند قانونگذاری، بی‌معنا است. بسیاری از شهرهای مدرن احتمالاً بی‌نهایت وسیع‌اند، اما اگر آنها خیلی کوچک هم باشند، ایالات (یا کشورها) آن‌قدر بزرگ‌اند که نمی‌توانند از رضایت همگانی ارزشمندی برخوردار باشند. اگر قرار است مراجع قانونگذاری مستحق تکلیف به اطاعت باشند، این تکلیف باید بر مبنای دیگری غیر از رضایت افراد تحت حاکمیت استوار باشد. البته، وقتی که مراجع قانونگذاری مبتنی بر جغرافیا پیش از همه زمینی را که روی آن ادعای صلاحیت می‌کنند، خریده باشند، می‌توانیم بگوییم که رضایت از سوی خریداران بعدی یا اجاره‌کنندگان نسبت به صلاحیت مالک اولیه هم اجماعی است و هم دسته‌جمعی. با این وصف، ضرورت فراهم کردن وجوه تنظیم اسناد خرید، دامنه چنین ادعاهای مبتنی بر صلاحیت را محدود می‌کند.

بنابراین، برخلاف خرد جمعی<sup>(۱)</sup>، اتفاق آرا<sup>(۲)</sup> تصریح می‌کند که رضایت به اطاعت از قانون کاملاً ممکن است، اما تنها در صورتی که هزینه خروج یا به دلیل اینکه صلاحیت مبتنی بر جغرافیا نیست و یا به خاطر اینکه ناحیه جغرافیایی خیلی وسیع نیست، بسیار اندک باشد. جایی که چنین رضایت همگانی وجود دارد، مقررات حقوقی تقریباً می‌تواند هر موضوعی را در برگیرد، به شرط آنکه این مقررات به موجب حقوق غیر قابل انتقال و یا به موجب حقوق اشخاص ثالث نقض نشوند. این امر، به خاطر اینکه ممکن است اشخاص به واگذاری یا اسقاط بسیاری از حقوق‌شان رضایت دهند، صادق است. آنچه موجب تفاوت میان مسابقه بوکس و ضرب و جرح یا میان رابطه زناشویی و تجاوز به عنف می‌شود، رضایت است.

پس، براساس شرایط رضایت همگانی، آزادی نه با نظارت شدید و نه حتی با ممنوعیت رفتار قانونی به گونه‌ای دیگر، ناسازگار نیست. عجیب آنکه، با وجود ساختار حکومتی مبتنی بر رضایت همگانی ممکن است آزادی عمل بسیار کمتری نسبت به فقدان آن، وجود داشته باشد. تا حدی که این‌گونه محدودیت اجتماعی در مورد آزادی پسندیده است، خود این زمینه‌ای است که در آن، ایجاد محدودیت مجاز شمرده شود.

### ب/۳. رضایت کمتر، آزادی بیشتر: صیانت از حقوق

همین که قدرت قانونگذاری بر یک ناحیه جغرافیایی نسبتاً وسیع تحمیل گردد، رضایت همگانی غیر قابل اجرا می‌شود. آیا چنین قدرتی در نبود رضایت، اصلاً مشروع است و اگر هست، براساس چه شرایطی است؟ جواب آن در این نکته نهفته است که چرا رضایت، وقتی که وجود داشته باشد، قانونگذاری را مشروع می‌سازد.

همان‌گونه که قبلاً گفته شد؛ رضایت، قانونگذاری را تنها با توجه به این فرض مسروع می‌سازد که افراد دارای حقوقی اند اما وضعیت طوری است که هیچ شخص یا گروه (بدون نقض حقوق‌شان) نمی‌توانند نسبت به آن کاری بکنند. (۵۷) این صرفاً یک فرض هم نیست. در جای دیگر من به تفصیل توضیح داده‌ام که چرا وجود حقوق فردی یک نتیجه‌گیری مناسب از طبیعت انسان‌ها و جهانی که در آن زندگی می‌کنیم، هست. (۵۸) از این گذشته، این نتیجه‌گیری هم از سوی تدوین‌کنندگان قانون اساسی ایالات متحده و هم از سوی نویسندگان چهاردهمین اصلاحیه پذیرفته شده است. (۵۹)

با این وصف، لازم نیست کسی به خاطر پذیرفتن این فهم از مشروعیت قانون اساسی که در اینجا اظهار شد، این صورت‌بندی خاص از حقوق پیشینی را بپذیرد. به خاطر همین ملاحظات، لازم است توجه داشته باشیم که نسبت به رضایت برای مشروع نمودن یک فرایند قانونگذاری، باید مسلم بگیریم که رضایت با آنچه (که گفته می‌شود) «مردم حق دارند رضایت بدهند و براساس مفهوم اجتناب‌ناپذیر، آنان همچنین حق دارند رضایت ندهند» تفاوت دارد. در غیر این صورت، رضایت لزومی نخواهد داشت و نمی‌تواند به آنچه که شخصی به آن رضایت داده است، مشروعیت بدهد. خلاصه، برای رضایت دادن به قضیه‌ای در وهله اول، باید فرض کنیم (و دلیل خوبی هم برای این نتیجه‌گیری است) که در مرحله اول حقوق و سپس قانون و یا اول حقوق و در قدم بعدی حکومت قرار دارد. از نظر تاریخی هم، حقوقی را که مردم جدای از حکومت دارند، حقوق فطری یا طبیعی می‌نامیدند و امروزه اغلب با عنوان حقوق بشر، یاد می‌شود.

فرض «اول حقوق، بعد حکومت» کمک می‌کند تا توضیح دهیم که قانونگذاری در نبود

رضایت چگونه می‌تواند مشروع باشد. اگر محدودیت‌های (ناشی از) یک قانون: ۱) برای حمایت از حقوق دیگران «لازم» باشد. ۲) وضع این محدودیت‌ها، تا آنجا که حقوق از پیش موجود اشخاص را نقض نکنند، «مناسب» باشد، در این صورت آن قانون، عادلانه و از این رو، وجداناً الزام آور خواهد بود. با این همه، اگر یک قانون، حقوق کسی را نقض نکرده است، در این صورت رضایت آن شخص اصلاً لازم نیست و اگر آن قانون برای حمایت از حقوق دیگران لازم است، در این صورت، آن قانون نسبت به شخصی که در مورد او وضع می‌شود، به همان اندازه الزامی است که حقوق آن شخص نسبت به خود نظام حقوقی الزامی است.

اگرچه تنها کار حکومت حمایت از حقوق (شهروندان) نیست، اما تنها کاری است که محدود نمودن آزادی فردی را در نبود رضایت واقعی فرد، توجیه می‌کند. طبعاً سایر کارها باید به ملاحظات دیگر انجام شود. البته من نمی‌دانم که برخی ادعا خواهند کرد که ممکن است آزادی فردی به خاطر اهدافی غیر از حمایت از حقوق دیگران، محدود شود. این وظیفه آنهاست تا این اندازه گسترش قدرت را توجیه نمایند. ما به نقاط ضعف دلایل مبتنی بر رضایت افراد تحت حاکمیت یا منافع حاصله پی برده‌ایم. (۶۰)

کسانی که از قانونگذاری بیشتر از این می‌خواهند، ممکن است مایل باشند حمایت از حقوق را «معیاری»<sup>(۱)</sup> لحاظ کنند که به وسیله آن مشروعیت را بسنجند. یعنی، نظام حقوقی مشروع، نظامی است که تضمیناتی را فراهم کند که دستورات محدودکننده آزادی‌اش برای حمایت از حقوق دیگران لازم است و به‌طور ناروا حقوق کسانی را که این دستورات در مورد آنها وضع می‌شود، نقض نمی‌نماید. آیا نظام حقوقی ای که بیشتر (یا کمتر) از این را فراهم می‌کند، افزون بر مشروعیت، مسأله حل نشده‌ای است که تحلیل و توجیه اضافی را ایجاب نماید؟

نظریه مشروعیت قانون اساسی که در اینجا اظهار شد، وضع تکالیف بلند پروازانه‌تر را بر اشخاص منتفی نمی‌داند. به خاطر داشته باشید که در اینجا، نه یکی، بلکه دو منبع در خصوص الزام‌آوری قوانین وجود دارد: ۱- قوانین وضع شده به وسیله نظام‌های متکی بر رضایت همگانی. ۲- قوانین ساخته نظام‌هایی که تضمیناتی را فراهم می‌کنند که این نظام‌ها حقوق

اشخاص ناراضی را که این قوانین در مورد آنها وضع می‌شود، حمایت می‌کند. هرگونه قوانین و مقرره اضافی فراتر از حمایت از حقوقی که مطلوب پنداشته می‌شوند، معمولاً در چارچوب جوامع متکی بر رضایت همگانی که هم امکان‌پذیر است و هم نافذ، قابل اجرا می‌باشد.

همانند «لیژرورد» برای مثال، جوامع علمی و دینی مجموعه متنوعی از تکالیف وسیع اضافی را در مورد اعضایشان وضع می‌کنند. کسانی که اصرار دارند، به دلیل اینکه رضایت همگانی برای قانونگذاری ناممکن است، قانونگذاری مبتنی بر جغرافیا و بر عدم رضایت اجتناب‌ناپذیر می‌باشد، کاملاً در اشتباه‌اند. آنچه از پیش وجود دارد، مسلماً امکان‌پذیر است. همچنین آنهایی که معتقدند که جوامع متکی بر رضایت همگانی به نحوی نامناسب است، صرفاً از این ادعایشان دفاع نکنند، بلکه باید آن را توجیه نمایند. در این راستا، آنها باید دقیقاً نشان دهند که چرا همان نارسایی‌ها نسبت به نظام‌های حقوقی فرو سرزمینی و مبتنی بر عدم رضایت هم مورد ندارد. به ویژه در دنیایی که در آن، تعدد نظام‌های یاد شده همراه با رقابت است و هیچ نظام حقوقی در کل نمی‌تواند «نتایج مطلوب»<sup>(۱)</sup> دیگر نظام‌ها را تضمین کند.

من معیار «ضروری و مناسب» را از خود قانون اساسی اقتباس کرده‌ام. اصل اول (قانون اساسی) به کنگره توانایی می‌دهد تا هرگونه قانونی را که برای اجرای سایر اختیاراتی که به وسیله قانون اساسی به حکومت ملی سپرده شده، ضروری و مناسب است، وضع کند. اشتباه نشود، من ادعا ندارم که معنای اولیه این ماده،<sup>(۲)</sup> عین آن معنایی است که من معتقدم پیش شرط مشروعیت قانون اساسی است. (۶۱) درست دو تفاوت، آشکار است.

«ماده لازم و مناسب»<sup>(۳)</sup> ایجاب می‌کند که (وضع) قوانین، نه فقط برای به کارگیری قدرت برای حمایت از حقوق دیگران، بلکه به منظور به کار بستن هر قدرتی که به وسیله قانون اساسی به حکومت ملی تفویض شده است، اجتناب‌ناپذیر است. این ماده از این لحاظ کلی‌تر یا مسامحه‌آمیزتر است. بخشی از دلیل در این مورد این است که دولت براساس قانون اساسی مجاز است موضوعات اضافی یا اهدافی را دنبال کند که مستلزم محدودیت آزادی فردی نباشد. از

1- Right Outcome

2- Clause

3- The Necessary and Proper Clause

طرف دیگر، همان‌گونه که به وسیله «گری لاوسان»<sup>(۱)</sup> و «پاتریشیا گرانجر»<sup>(۲)</sup> نشان داده شده است، «تناسب» نه تنها حمایت از حقوق طبیعی و مسلم مردم را دربر می‌گیرد، بلکه افزون بر آن، تبعیت از اصول فدرالیسم، تفکیک قوا، و هریک از حقوق موضوعه را که به وسیله خود قانون اساسی ایجاد شده است، نیز در بر می‌گیرد. (۶۲) این ماده، از لحاظ، دقیق‌تر یا کمتر مسامحه‌آمیز است. قانونی که، مثلاً اصول فدرالیسم را نقض کند، حتی اگر به حقوق مسلم اشخاص تجاوز نکند، ممکن است یک قانون نامناسب باشد.

بنابراین، در صورت فقدان رضایت واقعی، هر قانون محدودکننده آزادی باید به دقت بررسی شود که آیا برای حمایت از حقوق دیگران، بدون اینکه به گونه ناروایی حقوق کسانی را که آزادی‌شان محدود می‌شود، نقض کند، ضروری است؟ در نبود رضایت، فرایند قانونگذاری مشروع، آن است که تضمینات کافی فراهم کند تا قوانینی را که این فرایند اعتبار می‌بخشد، از این لحاظ، عادلانه باشند. اگر فرایند قانونگذاری این تضمینات را بدهد، در این صورت مشروع خواهد بود و دستوراتی را که صادر می‌کند نباید به غیر عادلانه بودن متهم شوند. این دستورات وجداناً الزام‌آورند مگر اینکه ثابت شود غیر عادلانه‌اند.

بنابراین، ما به یک نتیجه عجیب دست می‌یابیم: همراه با رضایت همگانی، محدودیت‌های بسیار مشروع‌تری در مورد آزادی، نسبت به زمانی که رضایت وجود ندارد، قابل وضع است. زیرا ممکن است مردم، کمابیش به هر چیزی رضایت بدهند. از این رو، در رضایت دادن به قوانینی که در حد وسیعی آزادی‌شان را محدود می‌کند، مختارند. با این وصف، در نبود رضایت واقعی، حقوق مردم محفوظ می‌ماند و نباید مورد تعدی واقع شود. خلاصه، با اینکه رضایت واقعی قادر است محدودیت‌های آزادی را توجیه کند، اما بدون آن، باید به طور جدی از آزادی حمایت شود.

از این رو، وقتی ما به خارج از جامعه‌ای که براساس رضایت همگانی شکل گرفته است، نقل مکان می‌کنیم، قوانین باید به دقت بررسی شود تا هم مطمئن شویم که این قوانین، لازم‌اند و هم اینکه به حقوق ثابت مردم، تعدی نمی‌کنند.

## نتیجه

موضوع مشروعیت قانون اساسی درصدد اثبات این نکته است که در نبود رضایت واقعی مردم (اتفاق آرا) به عنوان مبنای الزامی بودن (قوانین)، چرا هرکس باید در آنچه یک قانون معتبر از دید قانون اساسی مقرر می‌دارد تأمل کند. سؤال این نیست که چرا مردم یک قانون اساسی را مشروع و قوانین مبتنی بر آن را وجداناً الزام‌آور تلقی می‌کنند، بلکه در عوض، آنکه یک قانون اساسی باید دارای چه ویژگی‌هایی باشد تا این برداشت را توجیه کند.

پاسخ من این است که ما تنها در صورتی یک تکلیف مقدماتی نسبت به اطاعت از قوانین معتبر از دید قانون اساسی داریم که فرایندهای تصویب قوانین همواره دلایل قانع‌کننده‌ای برای این تصور فراهم نمایند که (وجود) یک قانون محدود‌کننده آزادی برای حمایت از حقوق دیگران لازم است بدون آنکه ناقض حقوق کسانی که آزادی‌شان محدود گشته است، باشد.

همان‌گونه که پیش از این دیدیم، این خصوصیت به وجود یا عدم رضایت بستگی دارد. وقتی که رضایت موجود است یک دستور قانونمند، تقریباً قادر است هرگونه آزادی را (به طور مطلق)، به جز حق انکارناپذیر، یا آزادی را به دلیل احترام به حقوق دیگران محدود کند. با این وصف، هنگامی که رضایت وجود ندارد، همچنان که در مورد قانون اساسی ایالات متحده چنین است، یک قانون برای اینکه وجداناً الزام‌آور باشد، باید هم برای حمایت از حقوق دیگران «لازم» باشد و هم «مناسب» به گونه‌ای که وضع آن، حقوق افراد تابع آن قانون را نقض نکند. یک فرایند قانونگذاری مشروع از نظر قانون اساسی، تضمین می‌کند که هر دوی این شرایط تأمین شده است.

آنچه که فرایند قانونگذاری مشروع باید به ما اطمینان دهد که نقض نگشته‌اند دقیقاً چه حقوقی هستند؟ من معتقدم حقوق طبیعی که مردم پیش از پی‌ریزی یک نظام حقوقی دارند و آنچه آنها برای خود حفظ نموده - مگر اینکه به واگذاری آن رضایت بدهند - حقوق مربوط به آزادی است. (۶۳) علاوه بر این، من اعتقاد دارم حقوقی را که مردم در اصلاحیه نهم (قانون اساسی آمریکا) به دست آوردند، توانایی حمایت از حقوق مربوط به آزادی را برابر تعدیات حکومت ملی دارد. در حالی که امتیازات یا مصونیت‌های مذکور در اصلاحیه چهاردهم، همین حقوق (و

غیر آن) را در برابر تجاوزات حکومت‌های ایالتی حمایت می‌کند. (۶۴)

با این وصف، شما نباید به خاطر پذیرفتن نظریه مشروعیت قانون اساسی که در این مقاله اظهار شده است، با تدوین‌کنندگان یا با روایت من از عدالت یا حقوق طبیعی موافق باشید. در صورت فقدان رضایت، می‌توانیم کاملاً موافق باشیم که یک قانون اساسی تنها زمانی مشروع است که رویه‌های کافی را برای تضمین عادلانه بودن قوانین مصوب، مقرر نماید. (۶۵) اما در عین حال، ممکن است راجع به آنچه که آن قانون را عادلانه می‌سازد و در واقع، درباره کفایت رویه‌ها برای تضمین اینکه احتمالاً قوانین براساس آنها باید عادلانه باشند، موافق نباشیم. این مطلب متفاوت از (دیدگاه) نظریه‌پردازانی نیست که بر این نکته توافق دارند که رضایت افراد تحت حاکمیت، قانون اساسی را مشروع می‌کند، اما راجع به اینکه چه چیزی چنین رضایتی را پدید می‌آورد و اینکه آیا در مورد خاصی این رضایت وجود دارد یا نه، هم‌نظر نمی‌باشند.

ادعای من در اینجا فقط این است که:

۱. چیزی کمتر از رضایت واقعی نمی‌تواند فرد ناراضی را ملزم کند.
  ۲. قانون اساسی ایالات متحده نه براساس رضایت افراد تحت حاکمیت مشروع گردیده و نه به خاطر بهره‌مند شدن از منافع.
  ۳. در نبود رضایت همگانی واقعی، برای اینکه یک قانون اساسی مشروع باشد، باید تضمین‌های رویه‌ای کافی بدهد که «هر آنچه یک قانون را عادلانه و بنابراین، وجداناً الزام‌آور می‌سازد» پیش از آنکه نام قانون بر آن ثبت گردد، در حکم خاصی وجود داشته است. (۶۶)
- خوب یا بد، این امر، مشروعیت را یک منزلت به شمار می‌آورد تا اینکه کاملاً، یک خصوصیت بداند، یا اصلاً نداند. براساس یک معیار مطمئن، جایی که عادلانه بودن یک قانون محتمل‌تر است تا ناعادلانه بودن آن، رویه‌های کارآمدتر تضمین می‌کنند که قوانین معتبر، عادلانه‌اند. چقدر عالی است که این فرض با قوانینی که وضع می‌شوند، سازگار باشد. هر چند بیشتر به قوانین مصوب اعتماد داشته باشیم، راجع به این ادعا که فلان قانون غیرعادلانه است، بیشتر شکاک می‌شویم. در این مقاله برای من امکان ندارد تا تمام خصوصیت‌هایی را که در مشروع نمودن قانونگذاری سهمیم اند، شرح دهم. ویژگی‌های آشنای نظام حقوقی ملت

(آمریکا) - حق رأی گسترده، تفکیک قوا، فدرالیسم و قانون اساسی مدون که هم در این کارها و هم در فهرست کردن اختیارات معین و حقوق معین گرفتار است - اگر به طور مناسب رعایت شوند، هر کدام نقشی (جداگانه اما مکمل) را ایفاء می‌کنند. چنانکه نظارت قضایی به اندازه کافی هست تا اطمینان حاصل کنیم که این ویژگی‌های مشروعیت افزا، واقعاً رعایت می‌شوند. یا اختیار «فرض آزادی» به حدی هست که این بار را بر دوش حکومت قرار دهد تا دستورات محدود کننده آزادی را نزد دادگاه چنین توجیه کند که این دستورات هم لازم‌اند و هم مناسب. (۶۷)

با اعتراف به اینکه، براساس یک معیار، مشروعیت مبتنی بر قانون اساسی یک منزلت است، نظریه‌ای را که من طرح می‌کنم همواره جواب روشنی را برای این پرسش ارائه نمی‌کند که آیا به طور کل، فرایند خاص قانونگذاری برای فراهم نمودن «برائت از ناعادلانه بودن» قانون مصوب کافی است. اما این نظریه با پرسشی که از سوی دیگران مورد توجه قرار نگرفته است، مواجه می‌شود و جواب می‌دهد که: با واقعی و نه تخیلی انگاشتن بعضی چیزها، ما باید به دنبال رویه‌هایی باشیم که تضمین دهد قانون وضع شده، حقوق ثابت مردم را نقض نمی‌کند. و همچنین این نظریه به ما امکان می‌دهد تا نتیجه بگیریم که برخی قوانین اساسی نسبت به برخی دیگر مشروعیت بیشتری دارند.

مسئله حل نشده این است که آیا قانون اساسی ایالات متحده - به لحاظ نظری و عملی - واقعاً مشروع هست؟ عقل سلیم حکم می‌کند تا این احتمال را بپذیریم که قانون اساسی فاقد رضایت همگانی، قادر به وضع قوانین وجداناً الزام‌آور نمی‌باشد. در نتیجه هرچند ممکن است فهمی که از مشروعیت در اینجا ارائه شد، همیشه برای به کار بستن آسان نباشد و هر چند این فهم، طالب بحث و گفت‌وگو در مورد ماهیت عدالت و حقوق است. اما لازم است خوانندگان پیش از رد آن عمیق و طولانی فکر کنند. نسبت به جایگزین، ممکن است بپذیریم که کسی پشت پرده وجود ندارد.

## منابع و مأخذ:

- 1- See Randy E. Barnett; *The Structure of Liberty; Justice and the Rule of Law* (Oxford, Claredon Press, 1998).

۲- عقیده واقعی نظریه‌پردازان حقوق طبیعی این است که یک قانون غیر عادلانه - به رغم اینکه قانون موضوعه است - الزام درونی ندارد، حتی توماس آکویناس به عنوان یک قضیه ذهنی، تا حدودی پذیرای تفاوت گذاری میان آن دسته از قوانین بشری که عادلانه بودند و آنهایی که عادلانه نبودند، بود، هنگامی که اعلام داشت، قوانین تدوین شده از سوی انسان‌ها یا عادلانه است یا غیر عادلانه:

Thomas Aquinas. *Summa Theologica Trans*, Fathers of the English Dominican Province, *Great Books of the Western World*, vol. 20, (Chicago Encyclopedia Britannica, 1995), p. 233.

تا حدودی، برای آکویناس و سایر متفکران حقوق طبیعی، برخلاف پوزیتیویست‌های جدید، مسأله قانونمندی یک مسأله ذهنی نیست، بلکه هنگامی است. صرفاً قوانین عادلانه، دارای قدرت الزام درونی اند. (همان) همین الزام درونی است حمایت وی را از گفته آکوستین شکل می‌بخشد که گفت قانونی که عادلانه نیست، به نظر می‌آید اصلاً قانون نباشد. بنابراین، قدرت قانون به میزان عادلانه بودن آن بستگی دارد. همان، ص ۲۲۷.

۳- سیزدهمین اصلاحیه قانون اساسی نه تنها حکومت، که اشخاص خصوصی را هم از به بردگی گرفتن دیگری یا نگهداشتن آنان در بندگی غیر اختیاری، ممانعت می‌کند. بنگرید به قانون اساسی ایالات

متحد؛ اصلاحیه X111

- 4- James Madison, *Notes of Debates in the Federal Convention of 1789*, (New ork: W.W.Norton Company, 1987), p. 231.

- 5- See H.L.A Hart; *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1976), pp. 77-76.

(وی در این جا قواعد اولیه را که افراد را راهنمایی می‌کند، از قواعد ثانویه که چگونگی تعیین قواعد اولیه را بیان می‌کنند، جدا می‌کند).

- 6- See e.g., Joseh Raze, *Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1978), p. 233.

(الزامی برای اطاعت از قانون نیست... حتی یک وظیفه مقدماتی نسبت به اطاعت از آن نیست... حتی در جامعه مطلوبی که نظام حقوقی آن عادلانه است، هم الزامی به اطاعت از قانون وجود ندارد) من این

نظریه را به طور مفصل در:

Randy Barnett, *Getting Normative, the Role of Natural Rights in Constitutional adjudication* 12, *Constitutional Commentary* 93, 102-105 (1995).

پاسخ داده‌ام.

۷- آنچه را اندیشمندانی مثل «راز» وظیفه مقدماتی می‌خوانند، بدین معنا است که انسان دارای تکلیف است مگر اینکه بتواند نشان دهد دلیلی برای عدم تبعیت وجود دارد.

8- Michael W. McConnell, *The Importance of Humility in Judicial Review: a comment on Ronald Dworkin's "Moral Reading" of the Constitution* *Fordham Law Review*, vol. 65 (1997), p. 1291.

9- *Washington's Farewell Address in Henry Steele Commager Documents of American history*, 6th. ed. (New York, Appleton-Century-Crafts, 1985), P. 172. This Passage of Washington's Speech was reputedly drafted by Alexander Hamilton. See Joseph Ellis, *Founding Brothers: The Revolutionary Generation* (New York: Alfred A. Knopf, 2001), p. 152.

10- Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Cambridge, Belknap Press, 1991), p. 184.

(هیچگاه گروه کوچکی به موجب وضعیت قانونی نمی‌تواند به صورت ماهوی «مردم» باشد).

11- Id at 6.

12- Id at 9.

13- Id at 10.

14- Id at 13.

15- Id at 14.

۱۶- همان عبارت «نظر آنها» نشانه این است که کاسه‌ای زیر نیم کاسه است. اگر «مردم» دارای یک نظر واحد هستند، [در این صورت] آکرمن نباید از «رأی مردم» سخن بگوید؟ آنگاه وی باید به ما بگوید که ضمیر «آن» دقیقاً به چه کسی یا کسانی اشاره دارد؟ همه یا اکثریت؟ و چطور چندین میلیون جمعیت گوناگون یک نظر دارند؟ به عبارت دیگر، اگر مردم یک نظر ندارند، در این صورت ایشان نباید بگوید

«نظرات شان»؟ اما این بیان؟ تصویرپردازی دلخواه را از اندیشیدن واحد، اراده واحد و اقدام واحد

عاملی که داوری را به کار می‌بندد، تضعیف می‌نماید، که او کسی است؟

۱۷- با اینکه دل مشغولی آکرمن درباره استعاره «مامردم» کتاب او را هدف آشکار این انتقاد قرار می‌دهد اما براساس آگاهی من، هیچ جا در دو اثر راهگشا و آکنده از نوآوری اش، وی به طور منظم از این فرض هنجاری دفاع نکرده است که «اراده مردم» واقعاً نسبت به هر شخص خاصی یا قوانینی که براساس قانون اساسی به تصویب رسیده است در مورد تمام شهروندان الزام‌آور است. در عوض، وی از رویکرد دوگانه‌گرایی به عنوان بهترین توصیف از سنت قانون اساسی آمریکایی، دفاع می‌کند. (راجع به چیزی که ممکن است نظر وی درست باشد) مثلاً بنگرید به همان ص ۱۳. (استدلال من... روی این واقعیت متمرکز است که قانون اساسی ما هیچگاه... با صراحت وجود قوانین برتر را در مقابل بازنگری بعدی از سوی مردم تحکیم نبخشیده است). من دیدگاه دوگانه‌گرایی آکرمن را در مورد قانون اساسی‌گرایی بعداً به بحث می‌گذارم.

۱۸- هر چند استناد فراهم نشد، زیرا اینگونه مباحث به ندرت زیر چاپ می‌رود.

19- Lea Brilmayer, "Consent, Contract, and Territory" *Minnesota Law Review*, vol. 74 (1989), p. 10.

20- *Id.* at 16.

21- McConnell; *Impotence of Humility*, p. 1291.

۲۲- درست یا غلط، مؤسسان در مقدمه قانون اساسی ادعا نمی‌کنند که سعادت مردم را تأمین می‌کنند، بلکه به جای آن «برکات آزادی» را برایشان تضمین می‌نمایند.

23- Jeffrey Reman; "The Constitution, Rights, and the Conditions of Legitimacy" in Alan S. Rosenbaum (ed) *Constitutionalism: the Philosophical Dimension* (New York, Green Wood Press, 1988), p. 134.

وی هم چنین توضیح می‌دهد: این سؤالات نه تنها اشتباه تلقی کردن پاسخگویی انتخاباتی را به عنوان تنها منبع مستقل مشروعیت آشکار می‌سازد، بلکه این نکته را القاء می‌کند که تصور کردن پاسخگویی انتخاباتی و مقررات قانون اساسی به عنوان منابع جایگزین مشروعیت هم اشتباه است. (هرچند) قانون اساسی همراه با مقررات محدودکننده توانایی اکثریت نسبت به اعمال قدرت، تا حدودی پاسخ به این پرسش هست که چرا احکامی که از سوی اکثریت به آن رأی داده شده، بر اقلیتی که مخالف آنند، الزام‌آور است.

24- See Hart. *Concept of Law*, pp. 92-3.

(قاعده به رسمیت شناختن، قاعده‌ای برای شناسایی قطعی قواعد اولیه الزام است).  
به اشاره هارت به قواعد الزام‌آور در اینجا توجه کنید. وی هم چنین معتقد است که اگر به رسمیت شناختن رضایتمندانه است، در این صورت، شهروندان نه تنها مجبور یا ملزم به اطاعت از قوانین هستند، بلکه تحت تأثیر یک تعهد یا وظیفه اخلاقی برای اطاعت هم خواهند بود. این نظریه را من براساس دلایلی در جای دیگر رد می‌کنم. بنگرید به:

**Randy E. Barnett, Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law.**  
(Oxford Clarendon Press 1998), pp. 14-23.

این نظریه از سوی پوزیتیویست‌های مدرن که منکر آنند که مشروعیت صرف یک دستور، مستلزم تکلیفی برای اطاعت می‌باشد، پذیرفته شده است.

25- Frederick Schauer, Precedent and the Necessity of Constitutional Norms, *Harvard Journal of Law and Public Policy*. vol. 17 (1994), p. 52.

(تنها یکی از این قوانین اساسی، قانون اساسی ایالات متحده خواهد بود. زیرا، فقط یکی از این اسناد، از نظر سیاسی و اجتماعی، از سوی مردم ایالات متحده به عنوان قانون اساسی مورد تصویب قرار گرفته است).

26- Notes for a Speech [June 14 or 21, 1794] William. T. Hutchinson, William M.E. Rachal, Robert Rutland, et al. eds, *The Papers of James Madison*. vol. 8, (Chicago: University of Chicago Press, 1962), pp. 77-91.

۲۷- هر چند به دست آوردن رضایت همگانی نسبت به چیزی مثل قانون اساسی ناممکن است. من بعدها در همین مقاله توضیح می‌دهم که بچه دلیل، برخلاف فرض رایج، رضایت همگانی در مورد سایر ساختارهای حکومتی هم کاملاً ممکن است و هم کاملاً عادی.

۲۸- نمونه‌های این دیدگاه آنقدر فراوان است که نیاز به استناد نمی‌باشد، از باب نمونه بنگرید به:

**Jean Braucher, "Contract Versus Contractualism" The Regulatory Role of Contract Law, Washington and Lee Law Review, vol. 97, pp. 697-739.**

**peter Linzer, "Is Consent the Essence of Contract? Replying to Four Critics", Annual Survey of American Law (1988), p. 213.**

29- Jack N. Rakove, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of*

*the Constitution*, (New York Vintage, 1997), p. 233.

30- Id.

۳۱- بحث، راکوف در مورد «آینه نمایندگی» این نکته را روشن می‌سازد که تدوین کنندگان قانون اساسی، در مورد اصل رقابت در جمهوری یا حکومت مردم که به دنبال انقلاب (آمریکا) در ایالات پدید آمده بود، بی‌اعتنایی می‌کردند و حداقل (از ارزش) آن می‌کاستند.

۳۲- توجه داشته باشید، هرچند سخن گفتن از «حکومت به وسیله مردم» کاملاً یک پندار است، اما اصلاً ضرورتی ندارد که سخن گفتن از وضع قوانین بر مردم یا از نقض حقوق مسلم آنان، خیالی باشد.

33- Ackerman, *We the People: Foundations*, P.8.

34- Id at 9.

35- Id at 10.

36- Id at 10.

37- Id at 10.

38- Id at 19.

39- See Alexander M. Bickel, "The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics" (New York: Bobbs-Merrill, 1962), pp. 16-32, See also Barry Friedman, *The Road to Judicial Supremacy (The History of the Counter Majoritarian Difficulty, part 1)*, 23 N.Y.U.L.R. ev.333 (1998).

40- Bruce Ackerman; *We the People: Transformations*, (Cambridge: Belknap, 1998), p. 6.

۴۱- (دوگانه‌گرایی، نخبگان سیاسی را از تضعیف دستاوردهای به سختی حاصل شده مردم، جلوگیری می‌کند و حمایت حساب شده آنها را، پیش از اصول بنیادینی که ممکن است به شیوه دموکراتیک مورد بازبینی قرار گیرند، انسجام می‌بخشد).

42- Ackerman, *We the People: Foundations*, p. 21.

43- Id.

۴۴- برای اطلاع کلی از آراء عاملانه، بنگرید به:

Williamson A. Edmansson, ed. *The Duty to Obey the Law: Selected Philosophical Reading* (Maryland: Rawman & Littlefield, pub, 1999).

۴۵- بردگی قراردادی که در طول تاریخش در آمریکا با اینکه برده از اموال منقول بود، با رباب یکجا زندگی می‌کرد. چنین ترتیبی اختیاری بود اما با آن هم از نظر من قابل اعتراض است. زیرا «بنده» ملزم به خدمت برای یک دوره چند ساله بود و نمی‌توانست از قرارداد خارج شود. برای یافتن دلایلی که چرا این قرارداد، حقوق مسلم اشخاص را بیش از اندازه نقض می‌کند بنگرید به: Barnett, *The Structure of Liberty*, pp. 77-82 سایر آزادیخواهان سنتی از تمهیدات بردگی اختیاری به عنوان امر مجاز اخلاقی دفاع کرده‌اند. برای مثال بنگرید به:

Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New York: Basic Books, 1974), p.331.

۴۶- نظریه قدیمی «جان رالز» راجع به الزام قانونی مبتنی بر مسئولیت بازی منصفانه، علیرغم اینکه در ظاهر به استدلال (مبتنی بر) منافع حاصله شباهت دارد، اما در واقع به پذیرش یا قصد ما بر تداوم بخشیدن پذیرش منافع حاصل از یک طرح تعاون عادلانه‌ای که قانون اساسی تعیین می‌کند، بستگی دارد:

John Rawls, *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, in Sydney Hook, ed. *Law and philosophy* (New York. N.Y.U. Press, 1964), p. 10.

بنابراین، این یک استدلال مبتنی بر منافع حاصله محض نیست. شرط ضروری الزام، عادلانه بودن قانون اساسی و نظام حقوقی فراگیری است که به طور کلی براساس آن شکل می‌گیرد. بنابراین، تکلیف به اطاعت... یک قانون غیر عادلانه، به وجود یک قانون اساسی عادلانه بستگی دارد. (همان) این بیان، ساختار نظریه قدیمی «رالز» را خیلی شبیه آنچه در بخش سوم ارائه می‌شود، می‌سازد، هرچند این نظریه، شرط پذیرش اختیاری منافع را می‌افزاید که من تصور می‌کنم برای توجیه وظیفه‌مقدماتی در مورد تکلیف به اطاعت از قوانینی که از طریق رویه‌هایی که عادلانه بودن آن را تضمین می‌کند، ایجاد می‌شوند، غیر ضروری می‌باشد.

47- See e.g. John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard Univ. Press, 1971), p. 12.

(انتخابی که اشخاص خردمند در موقعیت فرضی آزادی برابر انجام می‌دهند... اصول عدالت را معین می‌کند).

۴۸- این، تز اصلی من در کتاب ساختار آزادی است. در اینجا من حقوق بنیادین معینی - همانند حاکمیت قانون - را که برای حل مشکلات فراگیر اجتماعی در زمینه دانش، سود و قدرت، لازم است، مورد بحث قرار می‌دهم. هرچند این حقوق مقدم بر شکل‌گیری نظام حقوقی اند و از این رو، از پیش سیاسی

شده‌اند. زیرا اینها تنها در شرایط اجتماعی سر بر آورده‌اند و نباید از پیش اجتماعی شده لحاظ شوند.

- 49- Lysander Spooner, *The Unconstitutionality of Slavery* (Rev.ed, 1860) Reprinted in vol. 4, of the *Collected Works of Lysander Spooner*, ed. Charles Shively (Massachusetts: M & Press 1971), p. 153.

قانون اساسی ما ادعا دارد که توسط مردم بنا نهاده شده است و به لحاظ نظری تمام مردم به چنین حکومتی که از سوی قانون اساسی اجازه داده شود، رضایت دارند. اما این رضایت مردم صرفاً در مقام نظر وجود دارد و وجود واقعی و خارجی نخواهد داشت). بنگرید به همان، ص ۲۲۰ (تمام سخن راجع به تصویب قانون اساسی عمدتاً مسأله فرض و نظر است تا واقعیت بیرونی).

- 50- Ibid 143.

- 51- Ibid.

۵۲- هم چنانکه به زودی خواهیم دید، وسعت جامعه، رضایت همگانی را ناممکن می‌سازد مگر در صورتی که صلاحیت قانونگذاری به لحاظ مناطق جغرافیایی تعیین شود.

۵۳- من از مسایل مهم فلسفی ای که به موجب این پاراگراف مطرح می‌شود، ناآگاه نیستم. با اینکه کاملاً فراتر از موضوع این مقاله نیست، اما تجزیه و ادامه دادن آنها در این مرحله آشفته کننده خواهد بود. هرچند این مسایل حل شده‌اند اما تفاوت باقی است: توجیه نظارت بر اموال مورد استفاده به وسیله اشخاصی که مالکیت را با رضایت مالکان قبلی آن یا به موجب مالکیت اولیه به دست می‌آورند، به طور چشمگیری از توجیه ادعای کسانی که بر ناحیه متعلق به دیگران حکومت می‌رانند، متفاوت است. این صرفاً شق دیگری از قضیه «اول حقوق، سپس قانونگذاری» است که پیش از این بحث شد.

- 54- See Randy E. Barnett, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, 78U.Va.L.Rev. 821, 902-05, (1992).

(من از این ادعا حمایت می‌کنم که رضایت، حتی نسبت به (مکانیسم) غیر قابل تغییر، زمانی می‌تواند واقعی باشد که هزینه خروج آن طور که باید و شاید اندک باشد).

- 55- See Barnett, *Structure of Liberty*, chapters, 12-14.

- 56- see Lon. L Fuller, *the Morality of Law*, Rev. ed. (New York: Yale Univ. Press, 1969), pp. 124-25.

- 57- Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 1.

- 58- See Barnett, *Structure of Liberty*.

(من ادعا نمی‌کنم که دلیل ارائه شده، در اینجا تنها توجیه معتبر برای حقوق فردی است).

- ۵۹- من این ادعای تاریخی را در کتاب در دست انتشارم: «The Presumption of Liberty: Natural Rights and the Constitution» توجیه خواهم کرد.
- 60- See also Barnett, *The Structure of Liberty*, pp. 305-321.
- ۶۱- من معنای اولیه این ماده را به تفصیل در این کتاب به بحث می‌گذارم:  
Randy E. Barnett, *Necessary and Proper* 44 *U.C.L.A.L. Rev.* 745 (1997).  
من میان برداشت مادیسون و مارشال از ضرورت در کتاب: *Presumption of Liberty* تمایز قایل می‌شوم. من تا حدودی این ادعای تاریخی را با نشان دادن اینکه چگونه فهم مادیسون و دیگران از «ضرورت» نسبت به باور رایج، دقیق‌تر بوده است، تعدیل می‌کنم. هرچند این فهم به هیچ وجه عین فهم هامیلتون و مارشال نیست، فعلاً بنگرید به:
- David P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court, State and Congressional powers, 1801-1832*, 49U. Chi.L.Rev. 932 (1982).
- 62- Gary Law Son and Patricia B. Granger, *The Proper Scope of Federal Power, A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, 43 *Duke, L.J.* 288, 297 (1993).
- 63- This normative claim is the principal thesis of the structure of Liberty.
- 64- This descriptive historical claim will be defended at length in the presumption of Liberty: Natural Rights and the Constitution.
- 65- Campare Rowls, *A Theory of Justice*, p. 353.
- 66- See Randy E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45, *Loyola L. Rev* 611, (1999).
- 67- I offer a preliminary defense of the presumption of liberty in Barnett, *Getting Normative*, pp. 133-121.