

تورم قانون‌گذاری و کیفیت قانون*

سوین انگ**

ترجمه: حسن وکیلان***

اول: مقدمه

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

«محصولات قانون‌گذاری در جوامع پسامدرن از حیث کمی به حد خطرناکی رسیده است. علل تورم قانون‌گذاری چه حیث تعداد و چه از حیث ماهیت متعدد هستند. برای پذیرش آشکال جایگزین تنظیم تعاملات انسانی، باید تحلیلی از این عوامل صورت گیرد تا از جایگزینی کردن انبوهی از قوانین تنظیمی [رفتار انسان] با روش‌های تازه و جایگزین — که آن‌ها نیز از همان کاستی‌ها رنج می‌برند — پرهیز شود. بنابراین می‌توان این پرسش را مطرح کرد که آیا تولید انبوه قانون به دلیل کاهش کیفیت آن بوده است؟ آیا هدف این است که نقایص قانون بد با مداخله قانون‌گذارانه جدید جبران شود که همین امر به افزایش هر چه بیشتر سرعت رشد نظام قانونی منجر شده است؟»

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

* مشخصات منبع مقاله به شرح ذیل است:

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

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

*** دانشجوی دوره دکتری مطالعات قانون‌گذاری، دانشگاه «هال» (Hull)، انگلستان؛ پژوهشگر دفتر مطالعات

حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

E-mail: vakilian@majlis.ir

- علل عمده تورم قانون‌گذاری چیست؟

- به چه میزان «قانون بد»، دلیل عمده افزایش کمیت قانون‌گذاری محسوب می‌شود؟
- نقایصی که از آن با عبارت «قانون بد» یاد شد، چه اندازه روش‌های جایگزین تنظیم رفتار انسانی را تحت تأثیر قرار می‌دهد؟

بدیهی است که این سؤالات گسترده‌تر از آنند که ارائه یک راه‌حل جدی و بنیادی را در مدت زمانی که در اختیار من قرار گرفته امکان‌پذیر سازند. وظیفه خود می‌دانم که سؤالات تازه‌ای را به‌جای ارائه هرگونه راه‌حل، مطرح کنم. به‌طور کلی این وظیفه را می‌توان به دو بخش تقسیم کرد؛ بخش اول وظیفه من این است که درباره مسائل و دریافت‌هایی که غالباً با عناوینی نظیر «تورم قانون‌گذاری و کیفیت قانون» مطرح می‌شوند روشن‌نگری کنم. بخشی از این روشن‌نگری، مفهومی و بخشی از آن تجربی است، که در قالب برخی یادآوری‌ها و مثال‌ها بدان خواهیم پرداخت، و بخش دوم وظیفه‌ای که برای خود قائلم، اشاره به برخی دستورات‌عمل‌ها برای تحقیق و بررسی روشمندتر موضوع است.

من واژه «قانون»^۱ را در معنای گسترده آن به‌کار می‌برم. نمونه بارز آن، قوانین موضوعه‌ای است که یک پارلمان دموکراتیک تصویب می‌کند. اما علاوه بر این، از واژه «قانون» برای انواع دیگر قاعده حقوقی نیز استفاده می‌کنم. مهم‌ترین آن‌ها، قوانین تفویضی و قانون اتحادیه اروپاست. قانون در این معانی، به اندازه قانون مصوب پارلمان برای بحث ما واجد اهمیت است. علاوه بر این، واژه قانون در برخی از متون ممکن است به‌گونه‌ای فهم شود که مصوبات مربوط به قواعد کلی در سطح قانون اساسی و سطح حقوق بین‌الملل را نیز دربرگیرد. در این‌باره، می‌توانید به افزایش مداوم علاقمندی به تلفیق خاصی از «مشروطه‌خواهی»^۲ و طرز تفکر حقوق بشری توجه کنید. یک نمونه از این مباحث، این است که آیا باید کنوانسیون اروپایی حقوق بشر با نظام‌های حقوق ملی تلفیق شود یا خیر؟

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

۱ کمیت قانون‌گذاری به مثابه یک محصول

فراخوان این گردهمایی بیانگر نوعی ارزیابی انتقادی از وضعیت کنونی با توجه به کمیت

1. legislation
2. constitutionalism

قوانین موضوعه است. چنین اظهار نظر شده است که محصولات قانون‌گذاری در جوامع پسامدرن از لحاظ تعداد به مرحله خطرناکی رسیده و از «تولید انبوه قانون» سخن به میان آمده است. در این اندیشه‌ام که آیا این ارزیابی، یک رأی بین‌الذهانی اعتباری صادر می‌کند که در این صورت نقطه عزیمت مناسبی برای بحث و گفتگو است، یا اینکه ارزیابی مذکور، خود باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

برای توضیح این مسئله مثالی ذکر می‌کنم. فرض کنیم شخصی که مسئول دفع زباله‌های یک شرکت است، با دو قانون متفاوت مواجه باشد. هدف هر دو قانون، حفظ محیط‌زیست از آلودگی است و هر دو قانون ضمانت اجرایی را به صورت مسئولیت جزایی و مسئولیت مدنی پیش‌بینی کرده‌اند، اما محتوای این دو قانون متفاوت است؛ بدین ترتیب که قانون اول ۱۰ صفحه حجم دارد که ۹ صفحه آن شامل تعریف قانونی مواد زائد یا زباله است، به نحوی که اطلاعات جزئی را به صورت عینی ارائه می‌دهد؛ به‌طور مثال این امر را با برشمردن انواع عینی و مشخص مواد زائد میسر می‌سازد. قانون دیگر، ممکن است شامل تعریف قانونی و محوری «مواد زائد» در قانون جامعه اروپا باشد. بخش اصلی این تعریف مشتمل بر فهرست مواد زائد، یعنی چنان‌که از آن نام برده می‌شود، «فهرست اروپایی مواد زائد»^۱ است.^۲ قانون دوم فقط یک صفحه است. این قانون، مبهم و مملو از واژه‌هایی است که امکان برداشت‌های شخصی و سلیقه‌ای را برای درک مفهوم مواد زائد میسر می‌سازد. برای وضوح مسئله، می‌توان تعاریف ذیل را از مواد زائد تصور کرد: «هرگونه ماده یا شیئی که به‌نحو قابل‌ملاحظه‌ای مضر به حال انسان‌ها، حیوانات یا محیط آن‌ها باشد».

شخصی که مسئولیت دفع مواد زائد را بر عهده دارد باید کدام‌یک از این دو قانون را ترجیح دهد؟ یکی از ملاحظات آنکه در این رابطه وجود دارد، ارزش پیش‌بینی‌پذیری است. این ارزش از انتخاب قانون اول پشتیبانی می‌کند. ملاحظه دیگری که در این رابطه وجود دارد، ارزش منفی صرف وقت برای مطالعه قانون است. این ملاحظه، انتخاب قانون دوم و کوتاه‌تر را حمایت و پشتیبانی می‌کند. با وجود این، وقتی که نوعی نظام بررسی سریع قانون وجود دارد، برای شخصی که چندان هم با واژه‌ها و اصطلاحات به کار برده شده آشنا نیست، این امکان

1. "European Waste Catalogue"

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

وجود دارد که جواب سؤالات مشخص را بدون تلاش زیاد به دست آورد؛ برای مثال جایی از قانون را که با استفاده از آن می‌توان دریافت آیا مفهوم مواد زائد، تونر کارتریج^۱ را نیز در برمی‌گیرد یا خیر. در چنین صورتی احتمالاً قانون طولانی‌تر ترجیح داده می‌شود. این مثال بیانگر دو نکته است: اول اینکه هیچ رابطه مستقیمی میان افزایش کمیت قانون‌گذاری به خودی خود و داوری منفی درباره آن، چنان‌که گفته شد، وجود ندارد؛ و دوم اینکه معیارهای خوب-بد در این رابطه فقط و فقط، به کیفیت قانون بستگی ندارد. به عبارت دیگر قانون موجود نباید به تنهایی و به طور مجرد مورد ملاحظه قرار گیرد. باید حجم قانون و کمیت قانون‌گذاری را در ارتباط با یک شخص معین که از یک نظام قانونی مشخص تبعیت می‌کند بررسی، و ترکیب عینی و مشخص میزان قانون‌گذاری و نوع آن را در این روابط ارزیابی کرد.

۲ کمیت قانون‌گذاری به مثابه یک فرایند

می‌توان تصور کرد که قانون‌گذار — مانند همه ما — زمان و منابع محدودی در اختیار دارد که اگر از این محدودیت‌ها تجاوز کند، محصولات تقنینی نامطلوبی تولید می‌کند. با این حال در برخی جوامع که وظیفه قانون‌گذار متنوع شده است — مانند جوامعی که در این گردهمایی شرکت کرده‌اند — از اهمیت این محدودیت‌ها کاسته شده است. قانون‌گذاران رسمی، که نمونه‌های اعلای آن، مجالس انتخابی ملی هستند، تنها یک حلقه در زنجیره قانون‌گذاری شمرده می‌شوند. مهم‌ترین انگیزه‌های سیاسی در قانون‌گذاری معمولاً از دولت ناشی می‌شود و تهیه پیش‌نویس قانون در یک وزارتخانه انجام می‌شود.

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

برای فهم محدودیت‌های وزارتخانه‌ای و پارلمانی، ناگزیر باید یک نظام حقوقی خاص را

1. toner cartridge

مورد ارزیابی قرار داد.^۱ بنابراین در اینجا نیز رابطه مستقیمی میان افزایش کمیت قانون‌گذاری به خودی خود و آنچه که نتایج قانون‌گذاری بد تلقی می‌شود وجود ندارد. این تحلیل روشن می‌سازد که معیار خوب-بد در این رابطه، فقط کمیت قانون به خودی خود نیست. به عبارت دیگر، کمیت قانون نباید به خودی خود مدنظر قرار گیرد. میزان یا تعداد قانون را باید با فرایند قانون‌گذاری مرتبط دانست و ترکیب عینی‌تر کمیت و نوع قانون‌گذاری را در این روابط ارزیابی کرد.

سوم: برخی از علل عمده وضع قانون و تورم قانون‌گذاری

علل عمده قانون‌گذاری در عین حال علل بالقوه تورم قانون‌گذاری نیز محسوب می‌شوند. در صورت مواجهه با میزان یا حجمی از قانون که به دلایلی ممکن است به طرز نامتناسبی بزرگ یا فربه به‌نظر برسد، می‌توان فرضیه قابل توجیهی ارائه کرد؛ به این ترتیب که عوامل این تورم قانون‌گذاری، همان علل یا عوامل [وضع] قانون «بی‌حساب و کتاب (یا دیمی)» است.^۲ در ادامه به ذکر برخی از علل اصلی وضع قانون و بنابراین علل تورم قانون‌گذاری خواهیم پرداخت. اول اینکه قانون وسیله‌ای است برای بیان ارزش‌هایی که مطابق با زمان تغییر می‌کنند و از سوی بخشی و نه همه مردم، معتبر تلقی می‌شوند؛ دوم اینکه قانون وسیله‌ای برای صورت‌بندی جامعه براساس عقاید سیاسی است؛ سوم اینکه قانون وسیله‌ای است برای حل‌وفصل مسائلی که به‌وسیله تحولات فناوری، اقتصادی و اجتماعی پدید می‌آید و چهارم اینکه قانون می‌تواند وظیفه قانونی قانون‌گذاری را ایفا کند. یکی از نمونه‌های بارز آن در اروپای امروز، تکلیف قانون‌گذاری برای اجرای «قانون جامعه اروپایی» است.^۳

۱. برای دیدن نمونه‌ای که تصویر روشنی از نکات اصلی بحث در نظام انگلیسی به دست می‌دهد، ر. ک: M Zander, *The Law-Making Process* (Weidenfeld and Nicolson, London, 1994, 4th edn) 1-104, esp 22, 24.

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

چهارم: آیا قانون بد از عوامل عمده افزایش کمیت قانون‌گذاری محسوب می‌شود؟

ویژگی «عمده» را به این دلیل ذکر کرده‌ام که گمان می‌کنم بیش‌تر کسانی که در این‌باره می‌اندیشند، تصدیق می‌کنند که قانون بد در برخی مواقع، دلیل [وضع] قانون جدید است. مسئله این است که آیا قانون بد تا حدودی دلیل ثابت و عمده کمیت قانون شمرده می‌شود یا خیر و اگر چنین است تا چه حد؟

وقتی راجع به این مسئله بحث می‌کنیم که آیا کمیت چشمگیر قانون‌گذاری به خودی خود امر «بد»ی است، ضرورتی ندارد معیار «بدی» را مورد تحلیل قرار دهیم. کافی است برای تأیید پاسخ منفی به سؤال پیش‌گفته، به چند مثال و واقعیت در جهت مخالف اشاره کنیم. وقتی این پرسش را مطرح می‌کنیم که آیا قانون بد، دلیل عمده در زمینه افزایش کمیت قانون است، ضروری است آنچه را به‌طور عقلایی از معنای «بد» مراد می‌شود توضیح دهیم. من میان نقایص ماهوی،^۱ نقایص فنی^۲ و نقایص وسیله-هدفی^۳ قائل به تفکیک شده‌ام. اصطلاح «نقایص ماهوی» را بیش‌تر در همان معنای «نقایص مادی»، «نقایص مربوط به ماهیت» و «نقایص مربوط به محتوا» و نظایر آن به‌کار می‌برم. برای این بحث لازم نیست که در معنای کلی، نقایص سه‌گانه ماهوی، فنی و وسیله-هدفی [یا اجرایی] را تعریف کنیم، بلکه کافی است به انواع عینی‌تری که فهرست آن ذکر و توضیحات مشخصی که در ادامه بیان شده است توجه شود (به ترتیب بخش‌های ۱-۱، ۲-۱ و ۳-۱).

۱ نقایص ماهوی

۱-۱ مختصری درباره نقایص ماهوی

یک قانون ممکن است بر اساس یک سلسله از معیارها ناقص تلقی شود. معیارهایی که معمولاً به آن‌ها استناد می‌شود عبارتند از:

الف) معیار اخلاقی: برخی قانون را بیانگر ارزش‌ها شمرده و آن را براساس ارزش‌های اخلاقی نقد می‌کنند، به این معنا که مدعی‌اند یک قانون ناعادلانه است، منصفانه نیست و نظایر آن.

1. substantial flaws
2. technical flaws
3. means end flaws

ب) معیار سیاسی: قانون به‌عنوان وسیله‌ای برای صورت‌بندی جامعه مطابق با ایده‌های سیاسی است و قانون بر اساس یک ایدئولوژی سیاسی معین مورد نقد قرار می‌گیرد.

ج) معیار قانونی: ممکن است قانون‌گذار نوعی الزام قانونی برای قانون‌گذاری مدنظر داشته باشد. مثال بارز آن در اروپای کنونی، قانون‌گذاری برای اجرای «قانون جامعه اروپایی» است.

د) ناهماهنگی عملی: معیارهای «الف» و «ج» می‌تواند برای قانونی خاص یا بخش‌های گسترده‌تری از قوانین یک نظام حقوقی به‌کار رود. هنگامی که حوزه بحث چنان گسترده شود که بیش از یک قانون را شامل شود، بلافاصله به مسئله ناهماهنگی عملی برمی‌خوریم. اصطلاح «ناماهنگی عملی» را برای اشاره به وضعیتی به‌کار می‌برم که طی آن یک قانون، رفتاری را تجویز می‌کند، در حالی که قانون دیگر به‌دنبال مقابله با آن رفتار است. به‌عنوان مثال، ممکن است مصرف مشروبات الکلی به‌منظور کاهش مصرف، مشمول مالیات شود. حاصل تفاوت میان هزینه تولید مشروبات الکلی با قیمت این کالا در بازار، می‌تواند انگیزه‌ای قوی برای تولید غیرقانونی و قاچاق چنین مشروباتی باشد. به‌عبارت دیگر، نوعی ناسازگاری میان قواعد موجود در قانون مالیات و قانون جزا وجود دارد.

۲-۱ آیا نقایص ماهوی قانون‌گذاری از علل عمده افزایش کمیت قانون‌گذاری است؟

الف) پاسخ مسلماً مثبت است. این عقیده که محتوای قانون، از حیث سیاسی یا قواعد اخلاقی، واجد نقص و کاستی است، انگیزه‌ای قوی برای وضع قانونی جدید است. تلفیقی خاص از قواعد سیاست و اخلاق، توجه ویژه‌ای را می‌طلبد: این ترکیب خاص از یک‌سو، سبب به وجود آمدن انگیزه‌های سیاسی تغییر در قوانین موضوعه است و از سوی دیگر بیانگر این اصل اخلاقی است که «باید با موارد مشابه به‌صورت یکسان رفتار شود». همواره یکی از تجربیات قانون‌گذاران این بوده است که انگیزه سیاسی تغییر در قانون موضوعه - که به خودی خود انگیزه خوبی است - ممکن است به وضع مقررات بسیار گسترده و پیچیده منجر شود و چنانچه اصل اخلاقی «رفتار یکسان در موارد مشابه» بخواند مدنظر قرار گرفته و اعمال شود، به قاعده‌ای تبدیل خواهد شد که برای بسیاری از مردم فقط دلیل الزام‌آور بودن تبعیت از قانون‌گذاران و قضات است.

برای مثال در قانون مالیات، قاعده‌ای اساسی وجود دارد مبنی بر اینکه حقوق و دستمزدی عادی که کارفرما به کارگر می‌پردازد مشمول مالیات است. در ترکیب با قاعده

اخلاقی رفتار یکسان در موارد مشابه، این قاعده به ظاهر ساده، به افزایش مداوم توده‌ای از قوانین پیچیده مالیاتی منجر می‌شود. این مجموعه قوانین اولاً با گستره انواع مختلف منافی که کارفرما به کارگر می‌دهد مربوط است که باید هم‌طراز با حقوق و دستمزد عادی او در نظر گرفته شود تا مشمول مالیات شود؛ ثانیاً با چگونگی ارزیابی ارزش منافی که قابلیت اخذ مالیات دارند مرتبط است؛ نمونه‌های چنین منافی عبارتند از: استفاده رایگان یا یارانه‌ای از اتومبیل، دوچرخه، تلفن، روزنامه، لباس‌های کار، کامپیوتر، مهدکودک، تفریحگاه، رسید هدایا هنگام جشن تولد، ازدواج آن‌ها و نظایر آن.

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

ج) پرسش دیگر این است که آیا ملاحظات اخلاقی و سیاسی در رابطه با فنون به ظاهر جایگزین تنظیم رفتار انسان، دارای نیروی برانگیزاننده متفاوتی هستند؟^۱

۱. برخی از مثال‌های بارز چنین فنون مختلفی عبارتند از:

- مذاکرات، توافقات، قراردادهای و غیره، خواه این روش‌ها در روابط میان دستگاه‌های عمومی و اشخاص حقوق خصوصی باشد یا در میان اشخاص مختلف حقوق خصوصی، خواه این روش‌ها در مقیاس کوچک به کار رود یا در پروژه‌های بزرگ (مثلاً در قرارداد میان یک شرکت نفتی و کشوری که نفت را از لایه‌های نفتی استخراج می‌کند) و خواه این روش‌ها مربوط به کل بخش‌های اقتصادی باشد (برای مثال اسناد توافق شده در بخش‌های حمل‌ونقل و بیمه در نروژ).

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

- خصوصی‌سازی خدماتی در اروپای پس از جنگ، عمومی تلقی می‌شدند مانند مراقبت‌های پزشکی، خدمات پستی، ارتباطات راه دور، برق، آب و غیره و همچنین مقررات‌زدایی از خدماتی که دارای انبوهی از مقررات بودند، خواه در بخش عمومی یا

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

خصوصی مانند خدمات مالی. خدماتی که از گذشته عمومی تلقی می‌شدند مانند خدماتی که واجد مقررات بسیاری هستند، اغلب نوعی انحصار قانونی^۱ برای خود قائل‌اند یا در عمل چنین هستند و مباحثات سیاسی که به این خدمات مربوط است، بیش‌تر بر این قوانین متمرکز است. از این نظر، خصوصی‌سازی و مقررات‌زدایی روش‌های جایگزین قانون‌گذاری به حساب می‌آیند. با این حال در عمل خصوصی‌سازی و مقررات‌زدایی اغلب نیازمند تعداد قوانین جدید زیادی برای تأسیس بازاری جدید و تضمین عملکرد صحیح آن است.^۲

- خودمختاری دولت محلی نیز نکته مهمی است. با وجود این، کاهش قوانین مصوب توسط دولت مرکزی و هدایت آن به سوی مقامات محلی، اغلب با افزایش وضع قانون توسط مقامات محلی به همان نسبت یا بیش‌تر همراه است.

در عمل، بسیاری از فنون جایگزین قانون‌گذاری یا با یکدیگر یا با قانون‌گذاری ترکیب شده‌اند. برای مثال در نروژ در رابطه با فنون‌های جایگزینی که به آن‌ها اشاره کردیم، تلفیقی از قوانین جداگانه برای شرکت‌هایی که متعلق به دولت است، قانون مالیات‌ها و طیف‌های مختلفی از فنون تنظیم‌کننده از طریق قواعد اجباری و اختیاری حقوق قراردادها وجود دارد. در عمل برخی از تلفیق‌ها انجام شده است که بیان‌کننده ماهیت سلسله‌مراتبی عنصر تقنینی و عناصر جایگزین قانون‌گذاری است.

سرانجام لازم به یادآوری است که وقتی حوزه بحث تا جایی گسترده شود که اجرای قانون را نیز دربرمی‌گیرد، می‌توان شاهد تفویض و واگذاری اجرای قانون به بخش‌های خصوصی بود.^۳

1. statutory monopoly

۲. تأیید می‌کنم که مشاهدات ذیل که مربوط به تجربه انگلستان در قرن نوزدهم است از اعتبار کلی برخوردار است: «مسیر بازار آزاد به‌وسیله نوعی مداخله‌گری رو به افزایش و به‌صورت متمرکز سازمان یافته و کنترل شده، باز شد و باز نگه داشته شد... اشاعه بازار آزاد، بدون اینکه خود را بی‌نیاز از کنترل و دخالت بداند افزایش یافت. مدیران ناگزیر بودند به‌منظور اطمینان از آزاد بودن کار سیستم، دائماً بر آن نظارت کنند. بنابراین حتی کسانی که با شور و حرارت می‌خواستند که دولت را از همه وظایف غیرضروری معاف کنند و سراسر فلسفه‌شان تحدید فعالیت دولت است چاره‌ای ندارند مگر اینکه همان دولت را تبدیل به مجموعه‌ای از اختیارات، سازمان‌ها و ابزاری کنند که لازمه استقرار بازار آزاد است».

K Polanyi, *The Great Transformation: the Political and Economic Origins of Our Time* (Beacon Press, Boston, 1957/ 1994) 140-41.

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

۲. آیا نیروی برانگیزاننده ملاحظات اخلاقی و سیاسی در قانون با فنون جایگزین تنظیم رفتار انسانی که پیش از این گفته شده متفاوت است؟

به لحاظ منطقی، تمامی فنون جایگزین تنظیم رفتار انسان، متأثر از قضاوت‌های اخلاقی و سیاسی‌اند. از منظر هنجاری، دلایل مهمی که بر اساس آن روش‌های جایگزین نباید از منظر ملاحظات اخلاقی و سیاسی مورد قضاوت قرار گیرند — چنان‌که در مورد قانون چنین است — نیافتن. اگر بخواهیم بر اساس واقعیت سخن بگوییم، به هنگام بحث از انگیزه‌های اخلاقی و سیاسی یک تفاوت احتمالی میان قانون و روش‌های جایگزین رفتار انسان وجود دارد. به این معنا که نوعی رویکرد ارزیابی انتقادی از قانون در ذهنیت رسانه‌ها و شهروندان وجود دارد و آن‌ها در این ارزیابی، فهرست متعارفی از استدلال‌ها و زبان را به کار می‌برند.

چنین رویکردی و چنین فهرست متعارف و قابل قبولی از استدلال‌ها و زبان، درباره بسیاری از مکانیسم‌های تنظیم رفتار انسان وجود ندارد. برای نمونه، فعالیت‌های خدمات عمومی که خصوصی شده است را در نظر بگیرید. در حال حاضر زبان و استدلال متعارفی که بتوان بر مبنای آن اقدام‌ها را مورد قضاوت قرار داد وجود ندارد. امروز چگونه وقتی که اداره پست محلی تعطیل شود و گفته می‌شود که این تصمیم در نتیجه رقابت در بازار آزاد بوده است بحث می‌شود؟ به عبارت کلی، امروزه هنگامی که یک فعالیت به‌عنوان فعالیتی در بازار آزاد تعریف می‌شود، چگونه علیه بازار آزاد استدلال می‌شود؟

به نظر می‌رسد ابتدا ملاحظات سیاسی نیروی برانگیزانندگی خود را از دست می‌دهد. در حال حاضر بسیاری از مردم به‌گونه‌ای بحث می‌کنند که گویا بازار از یک ماهیت غیرسیاسی و یا ماهیتی خارج از حوزه ملاحظات سیاسی برخوردار است. وظیفه سیاست، تأسیس بازارهایی با بیش‌ترین وسعت ممکن و تضمین کارکردهای یک بازار به‌عنوان یک بازار آزاد است.^۱ نمونه‌هایی از این سیاست، رشد راست جدید است که از نظر سیاسی با روی

۱. برای دیدن آخرین موجه‌سازی‌های این دیدگاه راجع به رابطه سیاست و بازار ر.ک:

F A Hayek, *The Constitution of Liberty* (University of Chicago Press, Chicago, 1960), passim, and id., *Law, Legislation and Liberty* (a collection of three volumes published in 1973, 1976 and 1979 respectively) (Routledge & Kegan Paul, London, 1982), passim.

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

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

←

کار آمدن «تاجر» و «ریگان» و از نظر آکادمیک با محو ناگهانی دیدگاه مارکسیستی از جریان اصلی علوم اجتماعی تجلی یافت. تجلی سیاست گسترش بازار آزاد از نظر آکادمیک، از طریق مقابله با آرای مارکس یا برخی از معیارهایی بود که مستند به آثار مارکس بوده‌اند. احزاب سوسیال دموکرات اروپای غربی به رشد راست جدید از طریق «نوسازی» خود یا به عبارت دیگر با پذیرش شرایط به نحوی که از سوی راست نو تعیین می‌شود و پذیرش بسیاری از سیاست‌های راست نو پاسخ می‌گویند. همچنین تصویب بازار واحد جامعه اروپایی (مصوبه‌ای که واجد قدرت قانونی برای الغای قوانین متعارض در نظام حقوقی داخلی است، خواه در سطح قانون اساسی یا در سطح قوانین موضوعه) و اشاعه ویژگی‌های سیاست‌های اقتصاد بازار در روسیه و اروپای شرقی، از دیگر جلوه‌های «نوسازی» احزاب سوسیال دموکرات اروپای غربی در برابر رشد راست جدید محسوب می‌شود.

→ «براساس نظام آزادی طبیعی، حاکمیت فقط سه وظیفه دارد که باید به آن‌ها بپردازد، سه وظیفه‌ای که مهم ولی واضح و قابل فهم برای عامه است. اول، وظیفه حفظ و حمایت از جامعه در مقابل خشونت و تجاوز جوامع مستقل دیگر؛ دوم، وظیفه حفاظت از فرد فرد اعضای جامعه از بی‌عدالتی و ستم دیگر اعضای جامعه یا وظیفه استقرار نهاد قضایی منسجم، تا جایی که ممکن است، و سوم وظیفه تأسیس و حفظ امور و مؤسسات عمومی معینی که به منظور تأمین منافع هیچ شخص یا فرد خاص یا عده معدودی از افراد را نخواهد کرد، اگرچه منافعی که فعالیت‌ها به دست می‌آید هزینه‌های یک فرد یا عده‌ای معدودی از افراد را جبران نکند. تقریباً، در اغلب اوقات، جدایی آن فعالیت‌ها به کل جامعه می‌رسند می‌تواند بیش‌تر آن هزینه‌ها را جبران کند. تقریباً، در اغلب اوقات، جدایی میان دولت و جامعه با چیزهایی به ترتیب مثبت و منفی جمع شده‌اند. به‌عنوان نمونه‌ای بارز ر.ک:

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

«جامعه برآمده و ناشی از نیاز ماست در حالی که دولت ناشی از شرارت‌هاست؛ اولی به‌وسیله اتحاد

علاقه و تمایلات، به‌نحو ایجابی ما را به خوشبختی رهنمون می‌سازد، در حالی که دومی از طریق محدود کردن شرارت‌های ما به‌نحو سلبی، چنین امری را محقق می‌کند. اولی مبادله و رابطه را تشویق می‌کند در حالی که دومی جدایی را. اولی حامی و مشوق است و دومی تنبیه‌کننده. جامعه در هر وضعیتی یک موهبت است در حالی که دولت در بهترین وضعیت یک شر لازم است» (تأکیدات «پین» حذف شده است). در میان نویسندگانی که «فیلسوف» نامیده می‌شوند، هگل اولین کسی بود که به‌لحاظ نظری، تمایز مهمی میان عناصر «حاکمیت دولت» و «جامعه» (به تعبیر «اسمیت» و «پین») ایجاد کرد؛ ر.ک:

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

هر چند که مقصود و دیدگاه هگل در مورد دولت (*der Staat*) و روابط آن با جامعه تقریباً با دیدگاه‌ها و

مفاهیم اقتصاد لیبرالی متفاوت بود.

دیدگاه دیگری که به نظر می‌رسد نیروی برانگیزاننده خود را از دست می‌دهد، دیدگاه ملاحظاتی اخلاقی است. در حال حاضر بسیاری از مردم دوباره به گونه‌ای سخن می‌گویند که گویا بازار واجد یک هویت اخلاقی است. در چنین بحثی معمولاً دو سطح وجود دارد؛ سطح اول اینکه پذیرفته شده است بسیاری از نتایج نظام اقتصاد بازار ضد اخلاقی است و دوم اینکه تصریح شده است که این امر [گزاره اول] فقط امری ظاهری است، اما «در واقع» (که غالباً به معنای «در بلندمدت» است)، بازار از دیدگاه اخلاقی بهترین نتایج را به وجود می‌آورد.^۱

دیدگاهی که به نظر می‌رسد امروزه در رابطه با فنون جایگزین تنظیم رفتار انسان، قوی‌ترین نیروی برانگیزاننده را داشته باشد، دیدگاه وسیله هدف است. هنگامی که به عناصر اهداف می‌رسیم - عناصری که قضایایی اعتباری هستند - این عناصر اغلب موضوعیت نمی‌یابند. هنگامی که این عناصر مورد تدقیق و موشکافی قرار می‌گیرند، به نظر می‌رسد آن‌ها به بنیادهایی نزدیک‌اند که متعلق به قرن هفدهم است و فیلسوف کانادایی، «سی. بی. مکفرسون»، آن را «فردگرایی مالکانه»^۲ می‌نامد.^۳

1. F Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (n 7 above) II, 72, 116, 144-47; for the "long run" qualification, see eg *ibid* 114-15, 122.

ریشه‌های تاریخی دیدگاه راجع به رابطه میان اخلاقیات و بازار، اکثراً همان دیدگاهی است که بازار را هویتی خارج از حوزه سیاست در نظر می‌گیرد، ر. ک: پاورقی پیشین. توضیح جوانب معرفت‌شناسی و هستی‌شناسی دیدگاه مطرح شده درباره بازار از حوصله این بحث خارج است. در این ارتباط کافی است به مشابَهت استدلال میان دیدگاه‌های مخالف اشاره کنیم. ر. ک: همان، ص ۱۱۳: «انظم بازار» تنها نظم کلی است که تقریباً همه انواع بشر را دربرمی‌گیرد... بنابراین، اقتصاددانان حق دارند بر پذیرش نهایی بودن این نظم به عنوان معیاری که همه نظم‌ها با آن سنجیده شود، تأکید کنند، و همچنین ر. ک: تروتسکی: «هیچ یک از ما نمی‌خواهد یا نمی‌تواند بخواهد که دارای حقی علیه حزب باشد. در آخرین تحلیل همیشه حق با حزب است. زیرا حزب تنها ابزار تاریخی است که به پرولتاریا داده شده است که با بهره‌گیری از آن وظایف اساسی خود را انجام دهد... می‌دانم که غیرممکن است بتوان دارای حقی علیه حزب بود. فقط با حزب و در درون حزب می‌توان دارای حق بود، زیرا تاریخ هیچ راه دیگری را بر تشخیص اینکه چه چیزی درست است نیافریده است.» به نقل از:

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

2. "Possessive Individualism"

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

برای مطالعه خلاصه‌ای از مفهوم «فردگرایی مالکانه» ر. ک:

ibid, 263- 64;

←

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

می‌توان این پیشرفت را ستود و آن را به عنوان یکی از محاسن فنون جایگزین تنظیم رفتار انسان تلقی کرد. همچنین دیدگاهی که تصدیق می‌کند قانون — به عنوان یکی از فنون تنظیم رفتار انسان — واجد نقص و کاستی است، قابل تحسین است. در این صورت می‌توان عقیده داشت که قانون ما را بیهوده به مسائلی مشغول ساخته است که این مسائل باید به واحدهای کوچک‌تر تصمیم‌گیری واگذار شود؛ واحدهایی مانند مصرف‌کننده، خانواده، شرکت بازرگانی یا دیگر سازمان‌های خصوصی. از طرف دیگر می‌توان این پیشرفت را تقبیح، و آن را نقض فنون جایگزین تلقی کرد. در این صورت باید عقیده داشت که فنون جایگزین ما را با مهم جلوه دادن مسائلی خارج از حوزه گفتمان اخلاقی و سیاسی، فریب داده است. اتخاذ هر یک از این دیدگاه‌ها به این مسئله مربوط است که کدام موضع پایه‌ای را در فلسفه سیاسی — اخلاقی اتخاذ کنیم.

۲ نقایص فنی

۱-۲ نکاتی راجع به نقایص فنی

موضوع نقایص فنی در قانون موضوع مهمی است، اما در عین حال موضوعی است که حداقل در کشورهای اسکاندیناوی کم‌تر در مورد آن‌ها بحث شده است. باید برخی از انواع اصلی نقایص فنی را خاطر نشان و توضیحات مختصری را درباره هر کدام ارائه کنم:

(الف) ناسازگاری منطقی؛

(ب) زبان دشوار؛

(ج) قانون فوق‌العاده مغالطه‌آمیز، فوق‌العاده مضیق و خاص، قانون بسیار کلی، مبهم و سلیقه‌ای. بسته به اینکه کدام یک از ارزش‌ها مد نظر باشد، مثلاً عدالت مادی یا پیش‌بینی‌پذیری قانونی، یک قانون می‌تواند از یک‌سو یا بسیار مغالطه‌آمیز، خاص و مضیق باشد یا بیش از حد عام و مبهم، یا در ارتباط با اجرا، بسیار سلیقه‌ای.

→ (الف) هیچ انسانی در نسبت با دیگران مجبور به اطاعت از انسان دیگری نیست، زیرا و به این مفهوم که هر انسانی از اراده و خواست هر انسان دیگری مستقل و آزاد است؛
(ب) نسبت هر انسانی در رابطه با خودش بسیار شبیه رابطه مالکیت است زیرا و به این معنا که هر انسانی حق سلطه اختصاصی بر شخص خود و توانایی‌هایش را دارد و مالکیت، شکلی کلی از چنین تسلطی است؛
(ج) رابطه بنیادین میان انبای بشر بر اساس رابطه قراردادی است؛
(د) دولت (ساختار سیاسی)، وسیله‌ای است برای حفظ مالکیت فردی بر خود و کالاها و روابط قراردادی با دیگران.

د) قانون‌گذاری از طریق اسناد مقدماتی^۱ [وضع قانون] یا تفویض اختیار به رویه قضایی: قانون به این دلیل ممکن است ناقص تلقی شود که قانون‌گذار به مسائل مهم در متن قانون پاسخ نگفته است و در عوض پاسخ این سؤالات را به ادبیات موجود در مرحله پارلمانی یا پیش از آن وانهاده (مانند امور مقدماتی، سوابق قانون‌گذاری، اسناد مقدماتی) یا حل مسائل را به رویه قضایی واگذار کرده باشد.

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

در رابطه با انواع مختلف نقایص نظام‌مند باید به یک تفاوت ساده اشاره کنیم. از یک‌سو، یک قانون موضوعه خاص ممکن است در درون خود غیرنظام‌مند باشد. برای مثال، قانون پیچیده قراردادهای اسکاندیناوی را با «نظام‌های قانون بازگانی متحدالشکل آمریکایی»^۲ و «قانون مدنی آلمان»^۳ مقایسه کنید. از طرف دیگر یک قانون خاص ممکن است در درون خود نظام‌مند باشد، اما با استفاده از کلمات کلیدی در یک یا چند معنای جدید، موجب پراکندگی یک نظام حقوقی شود یا به‌عبارت دیگر، نظامی از هنجارها را به مجموعه‌ای از هنجارهای پراکنده تبدیل کند. برای مثال، شخصی که وظیفه دفع مواد زائد یک شرکت را بر عهده دارد، مجبور است به این امر توجه داشته باشد که شرکت باید از چند قانون متفاوت در این رابطه تبعیت کند. اجرای این قوانین برحسب اینکه آیا این قوانین متفاوت، همان مفاهیم یا مفاهیم دیگری از «مواد زائد» را به‌کار برده‌اند، یا همان واژه‌ها یا واژه‌های متفاوتی را برای این مفاهیم مورد استفاده قرار داده‌اند، می‌تواند آسان یا دشوار باشد. می‌توان مسئله سازگاری قانون جدید را با نصب یک برنامه نرم افزاری جدید به یک رایانه در حال استفاده تشبیه کرد. همچنین با توجه به منبع سازگاری یا ناسازگاری، مانند تعاریف ایجاد‌کننده قوانین و ارتباط مفاهیم با واژه‌ها، می‌توان از مسئله «سازگاری تعاریف» بحث کرد.^۴

1. travaux préparatoires

2. American Uniform Commercial Code

3. Bürgerliches Gesetzbuch

۴. واژه «تعریف» را در معنای موسع آن به‌کار می‌برم. برای مطالعه نظریه من درباره تعریف ر. ک:

۲-۲ آیا نقایص فنی قانون جزء علل عمده افزایش کمیت قانون‌گذاری است؟

الف) پاسخ به سؤال مطروحه مانند این سؤال که آیا قانون ماهیتاً ناقص، از علل عمده کمیت قانون محسوب می‌شود، روشن نیست. باید یک نظام حقوقی به دقت مورد بررسی قرار گیرد تا مشخص شود که تا چه حد انگیزه وضع یک قانون جدید، برطرف کردن نقایص فنی بوده است. طی سال‌های اخیر در کشورهای اسکاندیناوی، برطرف کردن نقایص فنی، به‌ویژه جمع‌آوری و نظام‌مند کردن قوانین پراکنده، از انگیزه‌های مهم وضع قوانین جدید بوده است. همچنین اگر قانون جدیدی براساس مبانی دیگری پیشنهاد شود، سعی بر آن است تا نقایص فنی آن نیز کاسته شود.^۱

ب) پدید آمدن انواع مختلف نقایص فنی در نظام‌های مختلف حقوقی می‌تواند به صورت‌های گوناگونی باشد. نمونه‌ای از آن ناسازگاری منطقی است. پدید آمدن این مسئله در جایی که صلاحیت قانون‌گذاری برای وضع قانون، متمرکز، تخصصی و یکپارچه است — مانند صلاحیت قانون‌گذاری در انگلستان — بسیار نادر است؛ اما در جایی که صلاحیت تهیه پیش‌نویس قانون فاقد این ویژگی‌هاست — مانند صلاحیت قانون‌گذاری در آمریکا — این ناسازگاری منطقی بیش‌تر است.^۲ نمونه دیگر نقایص فنی، ناتوانی قانون‌گذار در پاسخ به مسائل مهم در متن قانون، و در عوض، ارائه پاسخ به این سؤالات در مفاد و مواد پارلمانی و ماقبل پارلمانی است (امور مقدماتی^۳، سابقه قانون‌گذاری، اسناد مقدماتی). این ویژگی در سنت نظام قانون‌گذاری نروژ امری رایج بوده است. شرط ضروری برای به‌کار بردن این روش آن است که دادگاه‌ها و وکلا اجازه داشته باشند که به بیانیه‌ها و اعلامیه‌های موجود در مفاد پارلمانی و ماقبل پارلمانی استناد کنند.^۴ این وضعیت تا حدی در نظام حقوقی انگلستان نیز وجود دارد.

→ S Eng. U/enghetsanalyse - med særlig sikte på jus og allmenn rettseton (Analysis of dis/agreement-with particular reference to law and legal theory)(Universitetsforlaget, Oslo, 1998) 55-266 (Ch II B). The book is being translated into English for publication by kluwer.

۱. درباره قانون در حقوق بازرگانی ر. ک:

J Hellner, *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten* (Legislation in commercial law) (Juristförlaget, Stockholm, 1990) 170.

۲. برای مقایسه نظام‌های آمریکا و انگلستان ر. ک:

P S Atiyah and R S Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (Clarendon Press, Oxford, 1991), 63-66 315 ff.

3. *forarbejder*

←

۴. برای دیدن نظریه نروژی در این باره ر. ک:

نمونه سوم از نقایص فنی، فقدان نظام قانون گذاری تطبیقی است.^۱ برای مثال به صلاحیت های قانون گذاری انگلیسی و آمریکایی از یک طرف و به صلاحیت قانون گذاری آلمانی از طرف دیگر توجه کنید. در میانه این دو نیز سنت قانون گذاری اسکاندیناوی را مطالعه کنید. خواه قصد رفع نقایص فنی، انگیزه ای برای وضع قانون جدید باشد، خواه چنین قصدی وجود نداشته باشد، احتمال کارآمدتر شدن قانون با برطرف کردن نقایص فنی وجود دارد؛ برای نمونه این امر با پرهیز از به کار بردن زبان پیچیده و مغلق، یا قانون گذاری از طریق اسناد مقدماتی یا تفویض اختیار به رویه قضایی صورت می گیرد. هر قدر از نقایص فنی قانون کاسته شود، به همان اندازه از علل افزایش کمیت قانون نیز کاسته می شود، چرا که دیگر ضرورتی ندارد که درگیر اصلاح مستمر قانونی شویم که به لحاظ فنی دارای نقص است. (ج) راجع به این موضوع که قصد رفع نقایص فنی قانون در رابطه با فنون جایگزین تنظیم رفتار انسان، دارای قدرت انگیزش متفاوتی خواهد بود یا خیر، به سختی می توان سخنی کلی گفت. این مسئله باید در رابطه با هر یک از روش های جایگزین تنظیم رفتار انسان به طور جداگانه به بحث گذاشته شود.

۳ نقایص مربوط به وسیله - هدف

۱-۳ نکاتی درباره نقایص وسیله - هدف

در رابطه با نقایص وسیله-هدف، می توان برخی از ارزش های اخلاقی، سیاسی یا دیگر ارزش ها را مسلم فرض کرد، آن گاه قانون را به این دلیل که وسایل کافی برای دستیابی به اهداف مذکور را مهیا نمی سازد مورد انتقاد قرار داد. ملاحظات وسیله-هدف، دارای یک جنبه فنی

→ T Eckhoff, *Rettskildelære* (The doctrine of the sources of law) Lano, Oslo, 1993, 3rd edn) ch 3.

1. See R Cross, *Statutory Interpretation*, (Butterworths, London, 1987, 2nd edn) ch 6 (esp 154-62); J W Harris, *Legal Philosophies* (Butterworths, London, 1980) 145; Z Bankowski / D N Mac Cottnick, 'Statutory Interpretation in the United Kingdom' in D N MacCormick and R S Sumners (eds), *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (Dartmouth, Aldershot, 1991) 380-82;

تفاوت میان نظام های نروژ و انگلستان در زمینه مورد بحث، به ارتباط و اهمیت مواد پارلمانی باز می گردد که تا حدی کم اهمیت شده اند؛ به نقل از:

Pepper v Hart [1993] A C 593; see esp at 640, where lord Browne Wilkinson, speaking for a majority of six to one, enumerates the conditions for permitting reference to parliamentary materials.

است، به این معنا که هیچ‌گونه کاستی در ارزش‌هایی را که برای محقق شدن آن تلاش می‌شود، مورد مناقشه قرار نمی‌دهد (مقایسه کنید با بخش ۲). در همین حال، ملاحظات وسیله-هدف، دارای نکته‌ی ماهیتی نیز هستند به این معنا که این ملاحظات، بنا به تعریف، دستیابی به این اهداف یا ارزش‌ها را پیش‌فرض در نظر می‌گیرند (مقایسه کنید با بخش ۱). ویژگی «میانه بودن» فن محض و ماهیت محض، طبقه‌بندی ملاحظات وسیله-هدف را به صورت یک طبقه‌بندی جداگانه در بحث حاضر توجیه می‌کند.

واژه‌های دیگری که به قدر کافی برای آنچه که آن را «نقایص/ملاحظات و... وسیله-هدف» می‌نامم روشن‌گرند، واژه‌های «کارآمدی» و «ابزاری» هستند. باید یادآوری کنم که هر چند ملاحظات وسیله-هدف، بنا به تعریف، تعلق به یک هدف یا ارزش را پیش‌فرض می‌گیرند، با این حال این ارزش‌ها در بحث موضوعیت ندارند. حتی به لحاظ روانی برای کسانی که در بحث شرکت می‌کنند نیز چنین است. نوعی حالت تردید و دودلی درباره این «مسلم انگاشتن غایات» چندان عجیب نیست، برعکس ممکن است این اهداف در مرحله «پیش‌آگاهی» باشند. برای مثال این مسئله اعتبار خود را در رابطه با بسیاری از استدلال‌های وسیله-هدف مربوط به ایده بازار، حفظ می‌کند (بخش ۱-۲، قسمت «ج»).

۲-۳ آیا قانونی که از نظر وسیله-هدف ناقص است یکی از علل افزایش کمیت قانون‌گذاری محسوب می‌شود؟

الف) ملاحظات وسیله-هدف در همه نقدهای سیاسی و اخلاقی قانون وجود دارد. با وجود این، در این نکته که آیا ملاحظات وسیله-هدف به همان اندازه که گفته می‌شود، دارای قوت برانگیزانندگی هستند یا خیر، تردید وجود دارد.

در بسترهای اخلاقی و سیاسی، جنبه شعاری قانون‌گذاری آشکارا از قوت برانگیزانندگی زیادی برخوردار است.^۱ برای مثال تا سال ۱۹۷۲ در مجموعه قوانین نروژ، برای مردان،

۱. برای مطالعه در زمینه جنبه شعاری قانون‌گذاری ر.ک:

V Aubert, *Om straffens sosiale funksjon (on the social functions of punishment)* (Universitetsforlaget, Oslo, 1979/1954), 178-93; id, 'Some Social Functions of Legislation' (1966) 10 *Acta sociologica*, 98 ff, esp 109 ff; id, *Rettens sosiale funksjon* (The social functions of the law (Universitetsforlaget, Oslo/Bergen/Tromsø, 1976), 154-55.

همجنس‌بازی و برای مرد و زن، زندگی بدون ازدواج جرم بود.^۱ در سال ۱۹۷۲، این قوانین که سال‌ها اجرا نشده بود لغو شد. آن‌ها فقط اسماً بخشی از قانون نروژ بودند. با این حال، الغای این قوانین موجب ابراز مخالفت‌های شدیدی شد. این مخالفت‌ها نشان داد که عامل برانگیزاننده مهم در اینجا، کارآمدی علی^۲ قوانین نیست، بلکه نقش این قوانین در بیان شعاری و عمومی ارزش‌هاست.

در حوزه‌های سیاسی، اغلب گفته می‌شود که اختلاف‌نظر نه به اهداف، بلکه به وسایل مربوط است (همه ما طرفدار... دموکراسی، اصل برابری ارزشی همه انسان‌ها، برابری فرصت‌ها برای زن و مرد و...، و از سوی دیگر مخالف... رنج انسان‌ها، جنگ، آثار مخرب مواد مخدر و نظایر آن هستیم). بحث‌های سیاسی اغلب با اشاره به جوانب مختلف یک واقعیت، اشکال مختلف به خود می‌گیرند، به گونه‌ای که گویا مخالفان سیاسی از اهمیت یکی از آن جوانب به نحو تمام و کمال آگاه نبوده‌اند. مباحثی که مطرح می‌شود، از حیث انتخاب ابزارهایی است که بنا به فرض می‌تواند ما را به اهداف مفروض و مشترک برساند. در همان حال مباحث سیاسی به تحقیقاتی که در حال حاضر درباره یک واقعیت اجتماعی انجام می‌شود توجهی نشان نمی‌دهد. معتقدم که این یک فرضیه سودمند عملی است که بگوییم بسیاری از مباحثات مطرح شده برای انتخاب وسایل، بیش‌تر نوعی تلاش برای ایجاد و حفظ آزادی برای اخذ یک تصمیم سیاسی و کنشی نسبت به منافع گوناگون دخیل است تا جستجوی واقعی برای یافتن وسایل کارآمد.

ب) گفتن این نکته که قانون می‌تواند با پرهیز از نقایص وسیله هدف کارآمدتر باشد، توضیح واضح‌تری است؛ این سخن، همان قدر واضح است که بگوییم اگر از پدید آمدن این نقایص جلوگیری شود، آن‌ها از زمره علل افزایش کمیت قانون حذف می‌شوند، چرا که دیگر ضرورتی ندارد که به‌طور مدام درگیر اصلاح قوانین ناکارآمد شویم.

ج) اینکه آیا قصد برطرف کردن نقایص وسیله هدف در ارتباط با فنون جایگزین تنظیم رفتار انسان، دارای قدرت برانگیزانندگی متفاوت است، مسئله‌ای است که باید در هر مورد خاص بررسی شود (مقایسه کنید با بخش ۲-۲، قسمت «ج»).

د) در ارتباط با مباحث موجود در مورد قانون، یک تفاوت مهم میان ملاحظات مربوط

1. The Norwegian Criminal Justice Act of 22 May 1902, no 10 § 213 and § 219 respectively.

2. causal effectiveness

به نقایص وسیله- هدف از یک طرف، و ملاحظات مربوط به نقایص ماهوی و فنی از طرف دیگر وجود دارد. مباحث دو نوع اخیر، اغلب به مقایسه میان فنون مختلف قانون‌گذاری محدود شده‌اند. نوع اول مباحث که مربوط به نقایص وسیله- هدف‌اند، به مقایسه میان فنون مختلف قانون‌گذاری با فنون جایگزین رفتار انسان نیز گسترش یافته‌اند.

این ویژگی مباحث مربوط به قانون، به نحو نزدیکی با دو ویژگی دیگر در ارتباط است. نخست اینکه عده زیادی از مردم، فنون جایگزین تنظیم رفتار انسان را غالباً از نظر وسیله- هدف به بحث می‌گذارند. به‌عنوان یک نمونه بارز، روش جایگزین تنظیم رفتار انسان به مثابه شکلی از آشکال بازار در نظر گرفته می‌شود و بازار نیز به‌عنوان ماهیتی خارج از ملاحظات سیاسی تلقی شود، ماهیتی که بنا به تعریف، نتایج اخلاقی تولید می‌کند (ر.ک: بخش ۱-۲). ویژگی دوم، تمایل جایگزینی ملاحظات مربوط به نقایص وسیله - هدف با ملاحظات ماهوی در بحث قانون‌گذاری است.

پنجم: کار بنیادی؛ تعاریف قانونی به مثابه نقطه عزیمتی برای تأمل و آزمونی برای گزاره‌های کلی

آنچه گفته شد، به بیان کلی، کاری روبنایی بود. ما گزاره‌هایی که از نظر زبانی مبهم‌اند را به امید یافتن گزاره‌هایی که به مقصود ما نزدیک‌ترند مورد تحلیل قرار دادیم. علاوه بر این و به‌طور موازی، ممکن است کار بنیادی - کار راجع به بخش‌هایی از واقعیت عینی که در مسئله ما جنبه اساسی دارد - نیز مثمر ثمر باشد. «تعاریف قانونی»^۱ یکی از این بخش‌های واقعی است.

به نحو سؤال‌برانگیزی از تعاریف قانونی بسیار اندک بحث شده است. این نکته تا حدی واقعیت دارد که تعاریف خارج از حوزه منطق و ریاضیات به میزان اندکی در ادبیات موجود مورد بحث قرار گرفته است. من در اثری دیگر، تعاریفی را که مانند تعاریف قانونی در زبان روزمره شکل می‌گیرند، تحلیل کرده‌ام.^۲ در این فصل و با چند مثال، تعاریف قانونی را به شکل مثال به‌کار برده‌ام (ر.ک: بند ۱ بخش دوم و بند ۲-۱ بخش چهارم).

در متن حاضر، کافی است بگوییم تعاریف قانونی می‌تواند نقطه عزیمت خوبی برای تأمل باشد و نیز جای مناسبی است برای آزمون گزاره‌هایی که به تورم قانون‌گذاری و کیفیت قانون مرتبط است. حوزه تعاریف قانونی، نمونه‌هایی است برای بسیاری از مفاهیم و

1. Legal Definitions

2. S Eng, *U/enighetsanalyse* (n 10 above), s5- 266 (Ch II B).

مسائلی که در مباحث پیشین مطرح شده است.

ششم: نتیجه‌گیری

در این بخش بر تحلیل زبان و مباحث جاری در رابطه با قانون تأکید شده است، با این دید که توضیح دهیم چگونه می‌توان مفاهیم متداولی نظیر «تورم قانون‌گذاری»، «کیفیت قانون و قانون‌گذاری» را معنا کرد. غرض این بوده که از مفاهیمی نظیر «تورم قانون‌گذاری و کیفیت قانون» استفاده شود. درباره موضوعاتی اینچنین که هم کلی است و هم جالب، سخن گفتن دشوار است. این موضوعات باید برای دستیابی به مفاهیم و مسائل مناسب، جزئی‌تر شود. در این بحث معیار مناسب بودن چیست؟ بخشی از این معیار، این است که واقعیات خارجی، جزئی‌کردن مطالب را پذیرا باشد، اما این همه موضوع نیست. ممکن است علاقه داشته باشیم نه فقط در مورد واقعیات جاری جدید، بلکه برای وضوح بخشیدن به مسائل و روابط مسائل جدید با سایر مسائل نیز تحقیق کنیم.