

بنای قانون

مهدی نژادخلیلی*

تاریخ دریافت ۸۷/۱۲/۲۴ | تاریخ پذیرش ۸۸/۳/۲

قانون در بطن هر نظام حقوقی کارویژه اعمال بعضی از گروه‌های اجتماعی است. به‌طور خلاصه، قانون یک نوع هنجاری است که به شکل اجتماعی بنا شده است. اچ. ال. ای. هارت^۱ به‌نحو عالی این دیدگاه را در کتاب خود تحت عنوان مفهوم قانون^۲ با بحث کردن این امر پیش می‌برد که قانون از یک قاعده اجتماعی به اصطلاح قاعده بازشناسی ناشی می‌شود. این قضیه که واقعیت‌های اجتماعی عملکرد را در ایجاد قانون ایفا می‌کند، نقطه اجماع همه قانون‌شناسان معاصر در سنت آنگلو-آمریکایی است؛ یعنی نه تنها هارت و پیروان او در مکتب اثبات‌گرایی که نمونه ارجح این پیروان ژوزف رز^۳ و کلمن^۴ هستند؛ با این دیدگاه موافق‌اند بلکه جریانات مخالف با اثبات‌گرایی که معروف‌ترین آن رونالد دورکین^۵ است نیز در این امر اتفاق نظر دارد. دورکین مدعی است، قانون ضرورتاً ملاحظاتی اخلاقی را با وقایع اجتماعی درهم می‌آمیزد. اما اعمال کدام گروه‌ها پایه‌گذار نظام حقوقی است؟ یا به عبارت دیگر، قانون در اعمال کدام گروه‌ها ریشه دوانیده است؟ تاکنون به این سؤال دو جواب عمده و اساسی داده شده است، از یک طرف اثبات‌گرایان از زمان هارت به‌طور عمومی به دو گروه مقامات یا قضات به‌مثابه جامعه بازشناسی‌کننده اشاره می‌کنند، این دو همان گروهی هستند که قواعد، عرف‌ها، فعالیت‌های متحدالشکل، اعمال آنها و برخی مفاهیم از این قبیل، به‌عنوان وقایع اجتماعی است که قانون یک نظام حقوقی معین از آن ناشی می‌شود اما از طرف دیگر طرف‌داران دستورگرایی (قانون اساسی‌گرایی) توده‌ای بر این باورند که قانون در هر نظام حقوقی از اعمال و اعتقادات شهروندان آن نظام ناشی می‌شود. آنها بر تأثیر شهروندان در

* کارشناس ارشد حقوق عمومی از دانشگاه تبریز؛

E-mail: m_nejad2007@yahoo.com

1. H. L. A. Hart
2. *The Concept of Law*
3. Joseph Raz
4. Jules L. Coleman
5. Ronald Dworkin

تصمیم‌گیری‌های مبتنی بر قانون اساسی تأکید دارند و شهروندان را به‌عنوان جامعه‌بازشناسی‌کننده مدنظر قرار می‌دهند.

از این رو، این نوشتار با تنش بین فرض اثبات‌گراییان - که مقامات و قضات را به‌عنوان جامعه‌بازشناسی‌کننده فرض می‌کنند - از یک سو و دستورگرایی توده‌ای از سوی دیگر دست‌به‌گریبان است. در اینجا بین دورکین و اثبات‌گراییان یک توافق وجود ندارد که تاکنون ناگفته مانده است. راه‌حل این عدم توافق - به دلیل مناقشه بین دستورگرایی توده‌ای و اعتقاد عمیق به ارجحیت مقامات و قضات که اثبات‌گراییان بر آن معتقدند - فراهم آوردن یک فرض گروه - نسبی از قانون است. به این ترتیب که هنجارهای اجتماعی نظیر هنجار پوشیدن یا خوردن، گروه - نسبی است. برای مثال رفتار خاص لباس پوشیدن یا غذا خوردن می‌تواند از لحاظ اجتماعی نسبت به هنجارهای یک گروه، مقتضی و مناسب باشد در حالی که از نظر اجتماعی در جامعه دیگر نامناسب خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: قانون؛ قاعده بازشناسی؛ دستورگرایی توده‌ای؛ جامعه بازشناسی؛ واقعه اجتماعی؛ گروه؛ نسبییت

مقدمه

نظریه پردازان قانون که با هارت و اثر اولیه او یعنی مفهوم قانون کار خود را شروع کرده‌اند، مدعی‌اند قانون یک نوع هنجار غایی و نهایی است که در اعمال مقامات حکومتی ریشه دوانیده است (Hart, 1994). حقوق، تکالیف، آزادی‌ها، استعدادها، مصونیت‌ها و یا ناتوانی‌هایی که در هر نظام حقوقی وجود دارد، موضوعاتی مفروض شده است که با آنچه هارت آن را قاعده بازشناسی^۱ می‌نامد، اعتبار یافته است. قاعده‌ای برای هویت بخشی به قانون که به عنوان قاعده غایی و نهایی مقامات، به خصوص قضات، در هر نظام حقوقی پذیرفته‌اند. طبق دیدگاه هارت تفهیمات و اعمال شهروندان نمی‌تواند تأثیر مهمی در بنیاد یک نظام حقوقی داشته باشد. فرض هارت مسئله حل‌ناپذیری را برای دستورگرایی (قانون اساسی‌گرایی) توده‌ای^۲ ایجاد می‌کند. چنین ادعایی را دیگر پیروان هارت توسعه داده‌اند.

به‌طور کلی درباره تأثیر شهروندان برای مشارکت در تصمیم‌گیری‌های مبتنی بر قانون اساسی سه نظریه مهم وجود دارد: ۱. وضعیت حقوقی مشارکت شهروندان در تصمیم‌گیری بر پایه قانون اساسی منوط و محدود به تفسیر و استنباط مقامات از اصول حقوقی بنیادین نظام است. اگر این فرض درست باشد، کیفیت توده‌ای و عمومی دستورگرایی، کم‌عمق نشان داده می‌شود. این دیدگاه در واقع نظر اثبات‌گرایانی نظیر هارت است؛ ۲. دیدگاه شهروندان در شکل‌دهی نظام حقوقی بسیار مؤثر است و آنان سهم بزرگی - شاید یک سهم مساوی یا یک سهم غالب - در تصمیم‌گیری‌های مبتنی بر قانون اساسی دارند که در این

۱. Rule Of Recognition - قاعده بازشناسی از نظر هارت نهایی‌ترین قاعده ثانوی است که مقامات به‌عنوان یک عمل

اجتماعی در هر نظام حقوقی آن را پذیرفته‌اند. درباره این اصطلاحات در داخل متن توضیحات بیشتری خواهد آمد.

۲. Popular Constitutionalism - این نوع از دستورگرایی در واقع همچنان که از نام آن پیداست به عقاید و

دیدگاه‌های شهروندان در تصمیم‌گیری‌های مبتنی بر قانون اساسی متوسل می‌شود؛ یعنی به‌جای اینکه قانون را همانند

اثبات‌گرایان ناشی از اعمال مقامات یا قضات بدانند، ناشی از عمل و دیدگاه‌های شهروندان و توده مردم یا عوام‌الناس

درباره قانون اساسی می‌دانند. این نوع دستورگرایی در آثار اساتید حقوق اساسی نظیر کرامر و آکرمن در نظام حقوقی

ایالات متحده پیش برده شده است.

صورت نیز مطابق نظر هارت این ادعا مفهوماً و ضرورتاً غلط است مانند این ادعا که برخی اشکال مربع، دایره‌ای شکل است یا اینکه برخی از مردان مجرد، ازدواج کرده‌اند. این ادعا را دستور گرایان توده‌ای نیز ارائه داده‌اند؛^۳ نوع دیگری از دستور گرایی توده‌ای ادعا دارد که قضات و کارگزاران حکومتی باید در برابر نظریات شهروندان درباره قانون اساسی تمکین کنند که در انتخابات، تظاهرات و دیگر فعالیت‌های سیاسی ابراز شده است. این ادعا را که بعضی از طرف‌داران دستور گرایی توده‌ای بیان کرده‌اند نوع ملایم شده همین دستور گرایی توده‌ای است که به جای اینکه مدعی باشد نظام حقوقی از اعمال توده مردم سرچشمه می‌گیرد و آنها تأثیر بسیاری در تصمیم‌گیری‌های مبتنی بر قانون اساسی دارند را در پیش گرفته و مدعی است که مقامات یا قضات - که در واقع نظام حقوقی از اعمال آنها ناشی می‌شود - باید بر دیدگاه و نظر توده مردم درباره قانون اساسی احترام گذاشته و از آن تمکین کنند.

مسئله حل‌نشدنی که نظریه هارت بر مفهوم دستور گرایی توده‌ای کرامر و آکرمن^۱ تحمیل می‌کند این است که هارت معتقد است مقامات یک قاعده بازشناسی را پذیرفته‌اند که این ادعا مانع می‌شود نظریات شهروندان در موضوعات قانون اساسی که در رأی‌گیری، دادخواهی یا تظلم، ازدحام و اجتماع مردم بیان شده است، مورد توجه مقامات باشد. از این رو، در اینجا اثبات گرایان و دستور گرایان توده‌ای در برابر هم قرار می‌گیرند. هارت در ضمیمه کتاب مشهور مفهوم قانون خود که سی سال بعد از چاپ جلد اصلی آن کتاب صورت گرفت، می‌نویسد: «قاعده بازشناسی درحقیقت به‌عنوان یک قاعده مرسوم قضایی تنها هنگامی وجود دارد که دادگاه‌ها در جریان تعیین و اعمال قانون آن را پذیرفته و به کار گیرند». اما هارت در جلد اصلی اظهار می‌دارد: «قاعده بازشناسی قاعده‌ای است که کلیه مقامات (قانونگذار، مجریان و همچنین قضات) آن را به کار می‌گیرند» (Ibid.: 111-117). این جمله پیشنهاد می‌کند که هر نظام حقوقی به‌طور نهایی مبتنی بر عمل قضایی است و حقوق، تکالیف و غیره، مسائل و موضوعات مفروض شده است که با معیار اعتباری که

1. Kramer and Ackerman

قضات آن را به کار گرفته و می‌پذیرند، از لحاظ قانونی معتبر شده است. ژوزف رز یکی از شاگردان هارت که هم‌اکنون فیلسوف متبحری است به‌صراحت ادعا می‌کند که عمل قضایی - و نه عمل شهروندان یا مقامات - در بطن هر نظام حقوقی زیرساخت‌های (پایه‌های) آن را تدارک می‌بیند. کریس کوتز^۱ نیز اخیراً این نظر دوم را دارد.

بنابراین مشکل فلسفی برای دستورگرایی توده‌ای را می‌توان جامعه‌بازشناسی‌کننده^۲ نامید. نظریه هارت درباره قاعده‌بازشناسی بینش قاطعی را درخصوص قانون مجسم می‌کند، بینشی که همه قانون‌شناسان شهیر بعد از هارت، حتی جریان‌تضد اثبات‌گرایی نظیر رونالد دورکین آن را تصدیق کرده‌اند: «قانون یک واقعه اجتماعی است که به‌وسیله اعمال یک گروه اجتماعی تعیین شده است». دورکین و اثبات‌گرایان درباره این توافق ندارند که اعمال اجتماعی چگونه محتوای حقوقی را تعیین می‌کند. دورکین اصرار دارد که کارویژه عمل اجتماعی درباره قانون، ضرورتاً آمیزش و اختلاط ملاحظاتی اخلاقی است اما اثبات‌گرایان این ادعا را انکار می‌کنند. با وجود این اختلاف، در اینجا یک توافق وسیع بین قانون‌شناسان سنت‌آنگلو - آمریکایی است که با مفهوم قانون هارت شروع شده و تا به حال نیز وجود دارد، کما اینکه دورکین نیز در شمول این توافق بزرگ دست دارد. توافق این است که «اعمال یک گروه قانونی و مشروع در بطن هر نظام حقوقی معین، نقش اساسی را در معتبرسازی قانون آن نظام ایفا می‌کند». پس درباره اینکه قانون به‌عنوان یک

1. Christopher Kutz

۲. Recognitional Community - منظور از این عبارت گروه یا مجموعه‌ای از اشخاص در بطن هر نظام حقوقی است که قانون آن نظام از اعمال این گروه ناشی می‌شود مثلاً در تصور هارت، مقامات جامعه‌بازشناسی‌کننده هستند؛ زیرا همین گروه از نظام حقوقی است که قاعده‌بازشناسی را تصدیق می‌کند؛ یعنی جامعه‌بازشناسی‌کننده در واقع نوع واقعه اجتماعی را که بنیان‌گذار قانون است باز می‌شناسد. دلیل اینکه چرا عبارت جامعه را به‌جای گروه برای اشاره به این موضوع انتخاب کرده‌ایم این است که از این طریق نشان دهیم گروهی که قانون یک نظام حقوقی از اعمال آن ناشی می‌شود به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند یک گروه منحصربه‌فرد مثل گروه مقامات، شهروندان یا قضات باشد بلکه در اندرون هر نظام حقوقی چندین گروه توأمان و باهم می‌توانند قاعده‌بازشناسی مخصوص به‌خود را داشته باشند و در ایجاد قانون آن نظام مشارکت کنند. کلمه جامعه بهتر می‌تواند این تنوع را نشان دهد.

واقعه اجتماعی، ناشی از اعمال یک گروه اجتماعی می‌باشد بین اثبات‌گرایان و دستور‌گرایان و حتی جریان ضداثبات‌گرایی مثل دورکین هیچ اختلافی نیست بلکه اختلاف در این است که اعمال کدام گروه چنین ارجحیتی را داراست که می‌تواند مبنای قانون قرار گیرد.

این گروه که ما آن را جامعه‌بازشناسی‌کننده می‌نامیم، متشکل از اجتماع برخی اشخاص است. اما کدام اشخاص؟ در این حال فرض کنیم این اشخاصی که قانون از اعمال آنها ناشی می‌شود، باید در قید حیات باشند. آیا مثلاً جامعه‌بازشناسی‌کننده برای کشور «الف» ۱. همه اشخاص زنده‌ای هستند که به‌طور کلی در محدوده‌ای قرار دارند که به‌عنوان قلمرو کشور «الف» شناسایی شده است؛ ۲. همه اشخاص زنده‌ای هستند که عموماً به‌عنوان شهروندان کشور «الف» شناسایی شده‌اند؛ ۳. همه اشخاص زنده‌ای هستند که عموماً به‌عنوان مقامات کشور «الف» تصدیق شده‌اند و ۴. همه اشخاص زنده‌ای هستند که در کشور «الف» به‌عنوان قاضی شناخته شده‌اند؟ هارت در کتاب *مفهوم قانون* جواب می‌دهد که این جامعه‌بازشناسی‌کننده همه مقاماتی هستند که در قید حیات‌اند. رز و کوتز جواب می‌دهند این اشخاص همه قضاتی هستند که در قید حیات‌اند. اما دستور‌گرایی توده‌ای پاسخ می‌دهد که این اشخاص همه شهروندانی هستند که در قید حیات‌اند. در هر حال بررسی این امر وقتی مفید است که اگر ما صرفاً یک جامعه‌بازشناسی‌کننده داشته باشیم آیا همه شهروندان را دربرمی‌گیرد یا همه مقامات را، یا فقط همه قضات را شامل می‌شود؟ این مقاله درحقیقت با مسئله فلسفه قانون یعنی جامعه‌بازشناسی‌کننده دست‌به‌گریبان است و قادر است راه‌حل مناسبی را پیشنهاد کند.

در ابتدا به بررسی تعیین جامعه‌بازشناسی‌کننده در اندیشه چند تن از فلاسفه شهیر حقوقی می‌پردازیم تا علت اختلاف در این خصوص بین اردوگاه‌های فکری حقوقی را نشان دهیم. این اختلاف در حالی است که هارت و وارثان اثبات‌گرایش نظیر ژول کلمن و اسکت شاپیرو^۱ مقامات را به‌عنوان جامعه‌بازشناسی‌کننده تعیین می‌کنند و دیگر اثبات‌گرایان نظیر رز و کوتز قضات را به این عنوان می‌شناسند، به‌نظر می‌رسد دورکین و

1. Scott Shapiro

دستورگرایان توده‌ای عموم شهروندان را به‌عنوان گروه بنیادی تعیین می‌کنند که اعمالشان هر نظام حقوقی را بنا می‌نهد.

قسمت دوم و سوم جوابی را برای بحث درباره تعیین جامعه بازشناسی‌کننده ارائه داده و از آن دفاع می‌کند. به‌این ترتیب که هیچ جامعه واحدی، قانون یک نظام حقوقی را تعریف و مشخص نمی‌کند. به‌خصوص هیچ گروه مشروع و قانونی وجود ندارد که اعمالش مبنا و زیرساخت قانون یک نظام حقوقی باشد، بلکه بهتر است تصور کنیم در بطن هر نظام حقوقی چندین گروه متعدد می‌تواند به‌عنوان جامعه بازشناسی‌کننده فرض شود که هر یک با تفسیر و تعبیر خاص خود قاعده بازشناسی مخصوصی دارد. این همان نظریه گروه - نسبی درباره قانون^۱ است که در این مقاله به آن خواهیم پرداخت.

۱ اختلاف میان فلاسفه حقوق در تعیین جامعه بازشناسی‌کننده

اعمال کدام گروه، زیرساخت و مبنای نظام حقوقی است؟ قانون برخلاف اخلاق اساساً اجتماعی است. یک هنجار اخلاقی می‌تواند از یک تابع اعمال شود، حتی اگر - شخص تابع و شخص دیگر - به‌وجود هنجار اخلاقی اعتقاد نداشته باشد یا به‌وجود یک قاعده اخلاقی دیگری اعتقاد داشته باشد که این هنجار اخلاقی از آن ناشی می‌شود (Brink, 1989: 113). وجود هنجارهای حقوقی کاملاً از فعالیت‌های واقعی انسان جدا شدنی نیست. شرط وجودی هنجارهای حقوقی مستلزم عمل اجتماعی واقعی است. هانس کلسن^۲ این امر را انکار می‌کند که قانون اساساً موضوعی اجتماعی است (Green, 1996: 1687, 1691-1692). اما همه قانون‌شناسان متبحر و شاخص آنگلو - آمریکایی از زمان هارت چنین ادعایی را پذیرفته‌اند. همچنان که اینر هیما^۳ خاطر نشان می‌کند: «فرضیه واقعه اجتماعی التزام اصلی یک اثبات‌گرای اساسی می‌باشد که ادعا دارد قانون در ذات خود، تکوین یا اثر تصنعی اجتماعی است.

1. Group-relative Account of law

2. Hans Kelsen

3. Kenneth Einer Himma

رخداد یک واقعه اجتماعی مناسب چیزی است که نهایتاً وجود یک نظام حقوقی را روشن نموده و آن را به صورت یک اثر تصنعی بنیان می‌نهد» (Himma, 2002: 125-126).

مفهوم قانون هارت، تعبیر خاصی از عمل یا واقعه اجتماعی را ارائه می‌دهد که قانون بر پایه آن است. قانون برای هارت از یک قاعده اجتماعی ناشی شده است. او توضیح می‌دهد که رضایت یک گروه از یک قاعده اجتماعی مستلزم «یک برخورد واکنشی انتقادی نسبت به الگوهای خاص رفتاری است که به عنوان معیار مشترک مورد پذیرش قرار گرفته است» (Hart, 1994: 57). قواعد اجتماعی پایه‌گذار قانون، بیشتر آداب، رسوم و عرف‌هاست (Ibid.: 250-255). عرف‌ها و رسوم قواعد اجتماعی یک خاصیت ویژه است، که قبول و رضایت هر شخص از این قواعد؛ منوط به قبول و رضایت عموم مردم است، درست برخلاف موردی که هر فرد در یک گروه قاعده‌ای را قبول می‌کند اما می‌تواند حاضر به انجام آن قاعده باشد حتی اگر دیگر اعضای آن گروه به چنین امری حاضر نباشند. دیوید لوئیس^۱ تحلیل مؤثری را درباره این نوع از قاعده اجتماعی فراهم کرده است که در جای خود به آن اشاره خواهد شد. از این پس اصطلاح لوئیس - عرف برای اشاره به ادعای لوئیس به کار گرفته می‌شود.

از نظر هارت نظام‌های حقوقی پیشین (اولیه) تنها متضمن قواعد اجتماعی اولیه بود. قواعدی که مستقیماً بر اعمال و رفتار حاکمیت داشته و هیچ اشاره‌ای به قواعد دیگر ندارد (Ibid.: 90-94). اما نظام‌های حقوقی کاملاً توسعه یافته متضمن قواعد ثانویه یا قواعد عالی مرتبه است، قواعدی که دیگر قواعد معنا و مفهوم آن را منعکس می‌کند. مثلاً این قاعده که کنگره صلاحیت دارد قواعد تنظیم‌کننده تجارت بین‌الدول را وضع کند یک قاعده

۱. عرف‌ها، آداب و رسوم که دیوید لوئیس مدعی وجود آنهاست به این قرارند که تبعیت و اطاعت یک فرد از این قواعد عرفی، منوط و موقوف به تبعیت و اطاعت دیگر اعضای گروه این قواعد است؛ یعنی اگر دیگر اعضای گروه به این قواعد اعتنایی نداشته باشند تک‌تک اعضای گروه نیز آن قواعد را نادیده خواهند گرفت. در واقع هارت قاعده بازشناسی را یک چنین قاعده‌ای فرض می‌کند و آن را در مفهوم عرف - لوئیس به کار می‌گیرد. البته شاگردان هارت این اقدام او را بنا به دلایلی که خواهد آمد قبول ندارند. برای اطلاعات بیشتر نک. (Lewis, 1969: 45).

ثانوی است که دیگر قواعد به تجارت بین الدول مفهوم و معنای این قاعده را منعکس می‌کند. قاعده بازشناسی یک قاعده ثانوی بسیار ویژه است. همچنان که از عبارات هارت مستفاد می‌شود، این قاعده یک معیار اعتباری را فراهم می‌کند که مستقیم یا غیرمستقیم وضعیت حقوقی دیگر قواعد - اعم از ثانوی یا اولیه - را مشخص می‌سازد، این قاعده معیاری برای این امر که آیا قواعد اولیه و ثانویه مفروض، واقعاً قواعد حقوقی است یا نه؟ تعیین می‌کند (Ibid.: 94-110).

بنابراین قاعده بازشناسی - به خصوص در معنای عرف - لوئیس - یک قاعده اجتماعی ثانوی است که با فراهم آوردن معیار اعتباری و معین کردن این امر که دیگر قواعد نظام حقوقی چه قواعدی است، نظام حقوقی را یکپارچه کرده و قوام می‌بخشد. از نظر هارت قاعده بازشناسی همانند هر قاعده اجتماعی، با فعالیت یک گروه از مردم بنا یافته است؛ یعنی با رفتار، اولویت‌ها، باورها و دیگر علایق آنها شکل گرفته است. اما این گروه از مردم کدام‌اند؟ اگرچه الحاقات هارت در کتاب مفهوم قانون پیشنهاد می‌کند که قضات، جامعه بازشناسی‌کننده‌ای هستند که فعالیت‌هایشان قاعده بازشناسی را بنیان می‌نهد (Ibid.: 250)، اما بحث کامل‌تر او در جلد اصلی کتاب، این سؤال را خیلی بهتر و صحیح‌تر تعبیر می‌کند که این قاعده به‌طور اتفاقی و ناگهانی هم از اعمال مقامات قضایی و هم غیرقضایی عارض شده است (Himma, 2003: 149, 152-156).

در اینجا لازم است بر تفاوت‌گذاری هارت بین پذیرش یک قاعده و رعایت صرف آن تأکید کنیم (Hart, 1994: 110-117). یک گروه خاص قاعده‌ای را می‌پذیرد، اگر اعضای گروه آن قاعده را در رفتارهای خاصی همراه با یک برخورد واکنشی انتقادی به کار گیرند اعضای گروه از معیاری که رفتارشان به آن نیاز دارد، احساس مشترک و به‌طور اصیل و واقعی معتقدند که آن معیار را لازم داشتند. درحالی‌که برخی افراد تنها زمانی از یک قاعده اطاعت می‌کنند که مطابق با معیار باشد؛ یعنی بدون آنکه از مجازات بترسند و یا به رعایت قاعده عادت کرده باشند، آن نیروی هنجاری را قبول ندارند. این

تفاوت بین اطاعت و قبول مستقیماً و از راه شهودی درک می‌شود. اما نکته‌ای که کمتر درک شده و حتی بحرانی نیز است، اینکه محتوای قاعده اجتماعی با اعمال کسانی معین می‌شود که آن قاعده را پذیرفته‌اند و نه کسانی که صرفاً از آن اطاعت می‌کنند (Coleman, 2001: 80). از این رو هارت بر این باور است که در یک نظام حقوقی تکامل یافته، مقامات باید علاوه بر قبول قاعده بازشناسی، محتوای آن را نیز تعیین کنند. قاعده بازشناسی، یک قاعده ثانوی در نهایی‌ترین سطح خود است که مقامات پذیرفته‌اند. شهروندان نیز می‌توانند قاعده بازشناسی را بپذیرند اما ضرورتاً نیازی به چنین پذیرشی از سوی آنان وجود ندارد.

در حقیقت می‌توان گفت که برخی افراد یا حتی بیشتر شهروندان - به دلیل ترس از مجازات یا عادت - فقط قوانین اعتبار یافته با قاعده بازشناسی را رعایت می‌کنند و فهم کاملی از محتوای این قاعده ندارند. «بنابراین برای وجود هر نظام حقوقی دو شرط حداقلی لازم و کافی می‌باشد: در یک طرف ۱. قواعد رفتار که مطابق با معیار اعتبار نهایی نظام حقوقی معتبر هستند، باید به طور عمومی رعایت شود و از طرف دیگر ۲. قواعد بازشناسی آن نظام که معیار اعتبار حقوقی را تعیین می‌کنند، باید به نحو مؤثر به عنوان معیارهای مشترک رفتار عموم مقامات توسط خود مقامات پذیرفته شود. شرط اول تنها شرطی است که رضایت و خرسندی شهروندان در آن لازم است: هر یک از شهروندان ممکن است فقط سهم خود از آن قاعده را به هر انگیزه‌ای که باشد رعایت کنند، هر چند در یک جامعه سالم آنها اغلب این قواعد را به عنوان معیارهای رفتار مشترک می‌پذیرند و نسبت به رعایت آنها تعهد دارند. اما شرط دوم باید باب طبع مقامات نظام حقوقی باشد. آنها باید {قاعده بازشناسی} را به عنوان معیار مشترک رفتار مقامات تلقی کنند و به طور انتقادی انحرافات و خطاها و لغزش‌های خود و همدیگر را ارزیابی کنند» (Hart, 1994: 116-117).

به طور خلاصه می‌توان اظهار کرد وجود یک نظام حقوقی ژینوس دو چهره‌ای است که از یک سو به اطاعت شهروندان عادی ختم شده و از سوی دیگر، به قبول و پذیرش

قواعد ثانوی به عنوان معیارهای انتقادی رفتار مشترک مقامات که به خود مقامات منتهی می‌شود (Ibid.: 117). البته اشکالی که بر این دیدگاه وارد است اینکه نائل شدن به رتبه مقام رسمی خود یک وضعیت حقوقی است. آیا مقامات هر نظام حقوقی که بر یک قلمرو حاکم‌اند، کسانی نیستند که از سوی مردم، شهروندان و تابعان آن قلمرو به چنین عنوانی پذیرفته شده‌اند (Lagerspetz, 1995: 158-160)؟ آیا چنین نیست که شهروندان و تابعان - و نه فقط مقامات - جزئی از ساختار نظام حقوقی را می‌پذیرند؟ اما نظر هارت ممکن است بتواند این اشکال را رفع کند، هارت برای رفع این مشکل معتقد است که: نظام حقوقی محقق خواهد شد اگر: ۱. قاعده بازشناسی موجود باشد، ۲. این قاعده را برخی اشخاص قبول کنند؛ کسانی که ۳. موقعیت مقام رسمی را دارند، این موقعیت به موجب قاعده بازشناسی است که آن را پذیرفته‌اند و ۴. قواعد اولیه اعتبار یافته عموماً مطابق با قاعده بازشناسی باشد (Kutz, 2001: 462). مطابق نظر هارت زمانی که این چهار شرط محقق شود نظام حقوقی ایجاد شده است و نیازی به پذیرش موقعیت مقامات از سوی شهروندان وجود ندارد بلکه موقعیت رسمی آنان به سبب قاعده بازشناسی است که قبول کرده‌اند.

اما چرا هارت عمل مقامات (نه عمل شهروندان و تابعان) را به عنوان زیرساخت و اساس قانون تعیین می‌کند؟ احتمالاً جواب باید با توصیف گرایی هارت ارتباط داشته باشد (Perry, 2001: 311, 319-331). هارت در الحاقیه کتاب مفهوم قانون تأیید می‌کند که «هدف من توصیفی است که در آن اخلاقاً بی‌طرف بوده و اهداف توجیه‌کننده ندارم. این هدف در صدد ستودن زمینه اخلاقی یا دیگر اشکال و ساختارهایی که در فرض عمومی من از قانون به نظر می‌رسند؛ نیست» (Hart, 1994: 240). در حالت عادی مفهوم توصیفی قانون، نظام‌های حقوقی‌ای را شامل نمی‌شود که در آن بسیاری از شهروندان از قواعد اولیه بیگانه و نا آشنا هستند و بدون اینکه آن قواعد را در یک احساس قوی قبول کنند خودشان را با آن وفق داده‌اند. همچنین مفهوم توصیفی قانون نظام‌های حقوقی شهروندان خصوصی را شامل نمی‌شود که مشغول زندگی خود بوده و (یا تسلیم شده نسبت به نخبگان حقوقی)

فقط قواعد اولیه را می‌شناسند و هیچ اطلاعی از قواعد ثانوی ندارند که قواعد اولیه را به عنوان قانون معتبر می‌سازد. «واقعیت قضیه این است که یک بخش عظیم از شهروندان - شاید یک اکثریت - هیچ فهم عمومی و کلی از ساختار حقوقی یا معیار اعتباری آن ندارند» (Ibid.: 114).^۱ تعیین کردن قاعده بازشناسی به عنوان یک قاعده ثانوی نهایی و غایی که شهروندان پذیرفته‌اند ممکن است یک نظام حقوقی را همراه با شهروندان بیگانه و ناآشنا با مفهوم نظام حقوقی نمایان سازد و ظاهراً یک قاعده بی‌مفهوم و خالی از معنی در بطن نظام‌های ناکارآمد ایجاد کند که بیشتر شهروندان منطقاً از موضوعات حقوقی ثانوی غافل هستند. شاید به همین دلیل، هارت مقامات - و نه شهروندان - را به عنوان تصدیق‌کنندگان قاعده بازشناسی معرفی می‌کند.

دورکین یک تعبیر تفسیری از محتوای حقوقی ارائه می‌دهد. این تعبیر بر این اساس مبتنی است: «در هر نظام حقوقی، حقوق و تکالیف واقعی، موضوعاتی هستند که به واسطه جذاب‌ترین و مناسب‌ترین تفسیر از اعمال حقوقی که قبلاً تفسیر شده‌اند، معین گردیده‌اند». او گمان می‌کند که یک تفسیر مانند یک قاعده بازشناسی ساختاری است. چنین برداشتی معیاری را برای اعتبار حقوقی ارائه می‌دهد. اما برخلاف قاعده بازشناسی هارت، این تفسیر

۱. متأسفانه این عبارت هارت به نظام حقوقی کشور صدق می‌کند. قواعد و هنجارهای حقوقی بیشتر در نظام حقوقی کشور ما ویژگی فقهی دارد و این امر باعث شده است که فهم محتوای آن قواعد برای اکثر شهروندان امکان‌پذیر نباشد. آنچه‌آن که یکی از اساتید حقوق اساسی کشور بیان داشته است: «منابع معتبر اسلامی مجموعه دانش‌هایی است که صرفاً و فقط برای اهل علم دین و فقها و آشنایان به منابع فقهی قابل درک و فهم می‌باشد و شهروندان نوعاً (مگر به‌طور استثنا) از تعالیم آن بی‌اطلاع‌اند و در عمل نیز دسترسی به این منابع ندارند. از آنجا که تعالیم و دستورات دینی صرف‌نظر از معلومات عمومی شهروندان معتقد به آن، به عنوان یک دانش پیچیده در اختیار علمای دین و متصدیان امور قرار می‌گیرد این امر راه را بر نظارت عملی مردم و کارایی افکار عمومی می‌بندد. این چنین انحصار علمی که انحصار قدرت را نیز به همراه دارد بدون شک پدیده‌آورنده نوعی چالش بین آرای عمومی و اقتدار حاکم خواهد بود (سیدمحمد هاشمی (پاییز ۱۳۸۴). حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران، میزان، چ اول، ص ۳۱۴ و ۴۵۵). از این رو فهم شهروندان در نظام حقوقی کشور ما از معیار اعتبار حقوقی در سطح حداقلی خود است و با استنباط از گفته هارت نمی‌توان قاعده بازشناسی در نظام حقوقی کشورمان را به شهروندان نسبت داد زیرا آنان هیچ اطلاع دقیقی از محتوای این قاعده ندارند.

شایسته و جذاب نیاز نیست که دقیقاً اعمال واقعی قضات، مقامات، شهروندان یا دیگر جوامع بازشناسی کننده را منعکس کند بلکه فقط اعمال حقوقی را که در گذشته تفسیر شده است باز می‌شناساند. دور کین دو بُعد برای ارزیابی جذاب بودن تفسیر ارائه می‌دهد: ۱. مناسب بودن، ۲. توجیه اخلاقی داشتن. اگر یک تفسیر با اعمال از قبل تفسیر شده مناسبت داشته باشد اما از بُعد توجیه ناکافی (یعنی اخلاقاً توجیه نشود) اخلاقاً تصویر ناپسند و غیرجذاب از سازمان اجتماعی ایجاد می‌کند. این تفسیر در مقایسه با تفسیر دیگری که برعکس، اخلاقاً مناسب و خوب توجیه شده اما گاهی اوقات با داده‌های از قبل تفسیر شده مناسبت کمتری دارد، میزان جذابیت کمتری خواهد داشت. قانون برای دور کین برخلاف اثبات‌گرایان اساساً اخلاقی شده است (Ibid.: 255-256).

اثبات‌گرایان در گروه اثبات‌گرایی ملایم نظیر هارت و کلمن، نیز همانند دور کین این امر را که قاعده بازشناسی می‌تواند ملاحظات اخلاقی را با قانون درهم‌آمیزد به رسمیت می‌شناسند. اثبات‌گرایان در این مسئله با دور کین موافق‌اند. اما تفاوت آن دو در اینجاست که اثبات‌گرایان اصرار دارند که قاعده بازشناسی به چنین کاری نیاز ندارد. اما دور کین معتقد است که قاعده اصلی او برای هر نظام حقوقی ضرورتاً ملاحظات اخلاقی را منعکس می‌سازد؛ زیرا بُعد توجیه اخلاقی ضرورتاً بُعدی برای سنجش و ارزیابی قواعد اصلی مفروض شده است. در تعبیر تفسیری از قانون، قاعده اصلی صحیح برای هر نظام حقوقی ضرورتاً قاعده‌ای است که به‌نحو کافی با اعمال از قبل تفسیر شده آن نظام تناسب دارد. این به همان معناست که دور کین همانند اثبات‌گرایان معتقد است قانون موضوع واقعه اجتماعی است. دور کین با دیدگاه‌های دقیق در کتاب خود پیشنهاد می‌کند که مقصود و غایت تفاسیر باید متناسب با آرای حقوقی و سیاسی گذشته (از پیش تفسیر شده) جامعه باشد (Ibid.: 96, 188, 238-239, 255). وی معتقد است که هر تعبیر و مفهوم‌سازی از قانون (تعبیر تفسیری او یا هر تعبیر دیگر) باید پیوندی با گذشته داشته باشد. «قانون اصرار دارد که اجبار نباید به کار گرفته شود مگر در صورتی که ضروری باشد همچنین اصرار دارد که

به کارگیری اجبار در مواقعی که تجویز شده است نباید دریغ گردد. برای به جریان انداختن حقوق و مسئولیت‌های فردی که از آرای سیاسی گذشته ناشی می‌شود، به کارگیری اجبار جمعی ضروری است. این حقوق و مسئولیت‌های فردی به کارگیری اجبار را تجویز می‌کنند؛ زیرا از تصمیمات سیاسی گذشته از نوع صحیح آن ناشی شده‌اند» (Ibid.: 93).

تصمیمات سیاسی یا حقوقی گذشته به خودی خود گویا نیست. چه چیزی رأی گذشته فلان دادگاه یا مصوبه گذشته فلان پارلمان را که صحیح و درست است از رأی یا مصوبه غلط و بی‌اثر متمایز می‌کند؟ جواب دورکین این است که وقایع گذشته را که تفاسیر باید با آن مناسبت داشته باشد؛ ادراکات و استنباطات فعلی تعیین می‌کند، وقایعی که بخشی از داده‌های حقوقی از قبل تفسیر شده است. برای هر نظام حقوقی، قانون اصیل و واقعی نظام (در هر زمان) یک سری حقوق و تکالیف قانونی است که با یک قاعده بازشناسی ساختاری تعیین شده است که این قاعده خود بیان‌کننده: «ادراکات برخی از اشخاص در زمان حال - درباره آنچه که قانون نظام است - با در نظر گرفتن بُعد توجیه اخلاقی و جنبه متناسب بودن». اما این اشخاص کدام گروه‌اند؟ قضات؟ مقامات؟ حقوق‌دانان؟ شهروندان؟. دورکین در کتاب *فرمانروایی قانون* معتقد است که جامعه بازشناسی‌کننده جامعه‌ای از حقوق‌دانان است. او می‌نویسد: «قانون در هر جامعه به‌عنوان یک اقدام تفسیری رشد و شکوفایی ندارد مگر اینکه توافق اولیه درباره اعمالی که عمل حقوقی هستند - یعنی آنچه که حقوق‌دانان درباره شایسته‌ترین و جذاب‌ترین تفسیر از داده‌های یکسان بحث می‌کنند - وجود داشته باشد. من نمی‌گویم که همه حقوق‌دانان در هر جا باید به‌طور واقعی در مورد اعمالی که به‌عنوان عمل حقوقی است توافق کنند بلکه تنها حقوق‌دانان هر فرهنگی که عقیده تفسیری در آنجا توافق وسیعی را در هر زمان به‌دست آورده است، مدنظر می‌باشد» (Ibid., 1986: 91).

چرا قضات باید در تفسیر هم به‌تناسب و هم به توجیه اخلاقی توجه کنند، به‌جای اینکه فقط جنبه تناسب را در نظر داشته باشند (درحقیقت دیدگاه اثبات‌گرایی را) یا فقط

توجیه اخلاقی را (دیدگاه حقوق طبیعی محض)؟ جواب دورکین به شکل خیلی فشرده و خلاصه‌وار این است: ۱. در هر جامعه سیاسی از نوع صحیح آن (جامعه‌ای که اعضایش بر امر با خبر بودن از احوال یکدیگر و توجه داشتن به همدیگر احساس و مسئولیت مشترک خاصی دارند) تعهدات واقعی اشتراکی یا ائتلافی بین اعضا می‌تواند به وجود آید. این تعهدات اشتراکی، تعهدات اخلاقی است که دست کم در مرحله مقدماتی و ابتدایی تصمیمات جامعه را اخلاقاً برای اعضای آن جامعه الزام آور و آمرانه جلوه می‌دهد و کاربرد اجبار جامعه را اخلاقاً مشروع می‌کند. ۲. جامعه‌ای که متغیر یکپارچگی را قبول کرده و اعمال می‌کند می‌تواند وضعیت تعهد اشتراکی را - که عیناً بیان شد - درک کرده و عملی کند. اتحاد و یکپارچگی مستلزم این است که تصمیمات جامعه چیزی بیش از مصالحه و سازش عملی صرف باشد، بلکه به جای آن حفظ‌کننده سازگاری و ثبات اصولی این تصمیمات، از تصمیمات و آرای گذشته جامعه باشد. آنچه که از گفته دورکین استفاده می‌شود این چنین است: ثبات و سازگاری اصولی بین اعضا، ادراک و استنباط مشترکی از تصمیمات و آرای گذشته جامعه ارائه می‌دهد. ۳. عاملان حقوقی یعنی قضات و دیگران اتحاد و یکپارچگی را فقط با قاعده بازشناسی ساختاری اعمال می‌کنند (Ibid.: 164-258).

این امر انکار شدنی نیست که دورکین دیدگاه تفسیری خود را محتوای حقوقی در یک نوع جامعه سیاسی آرمانی و خیالی قرار داده است، جامعه‌ای که اعضایش در یک طریق اخلاقاً اصولی شده به همدیگر پاسخ گو هستند. پس شرط لازم و ضروری تفسیر فقط پاسخ‌گویی، مسئولیت و توجه به یکدیگر است. «مردم تنها زمانی اعضای یک جامعه سیاسی واقعی هستند که قبول کنند سرنوشت و تقدیر آنها به روش زیر رقم خورده است: آنها قبول دارند که تحت حکومت و انقیاد اصول مشترک هستند؛ نه فقط قواعدی که در مصالحه و سازش سیاسی شکل یافته‌اند. اعضای یک جامعه اصولی قبول می‌کنند که حقوق و تکالیف سیاسی آنها به واسطه تصمیماتی که نهادهای سیاسی آنها اتخاذ کرده‌اند؛ به تحلیل نرفته و از بین نمی‌رود بلکه به‌طور کلی بر طرح و الگوی اصولی که این تصمیمات

آنها را از پیش فرض کرده و تصدیق نموده‌اند؛ بستگی دارد ... چنین جامعه‌ای می‌تواند مدعی داشتن یک جامعه اشتراکی و اتحادی واقعی و لذا می‌تواند مدعی داشتن مشروعیت اخلاقی باشد. به عبارت دیگر، تعهدات جمعی آن جامعه موضوعات تعهد هستند و نه قدرت صرف» (Ibid.: 211-214).

نکته اساسی این است که دفاع دورکین از جامعه اشتراکی یا اتحادی، یک جامعه بازشناسی کننده شامل و فراگیر را نشان می‌دهد. جامعه بازشناسی کننده دورکین باید جامعه همه شهروندان باشد نه فقط حقوق‌دانان، قضات، قانونگذاران یا مقامات. در غیر این صورت ادعای او درباره اینکه قانون مسئولیت و توجه برابر شهروندان به یکدیگر را بیان می‌کند و به این وسیله برای آنها تعهدات اخلاقی اشتراکی و واقعی ایجاد می‌کند و اجبار بر شهروندان را توجیه می‌کند، فاقد پایه و اساس خواهد بود. قانون به مثابه اتحاد و یکپارچگی تنها زمانی شهروندان خصوصی را در یک روش اشتراکی و اتحادی - که دورکین توصیف می‌کند - متعهد می‌سازد که همه شهروندان؛ اعضای جامعه‌ای باشند که اعمال آنها داده‌های از پیش تفسیر شده را تدارک می‌بیند تا تفاسیر با آنها متناسب بوده و توجیه کننده باشد.^۱ در هر حال، اگرچه قرائت فراگیر و مشمول از نظر دورکین آن چیزی

۱. دورکین معتقد است قانون می‌تواند به مثابه یکپارچگی و اتحاد، به کارگیری زور و اجبار را علیه شهروندان و نه فقط قضات یا دیگر مقامات ضروری ساخته و توجیه کند. برای مثال او می‌نویسد: «هر دولت زمانی مشروع است که اعمال و ساختار اساسی آن به گونه‌ای باشد که شهروندان به رعایت آرا و تصمیمات سیاسی که حاکی از تحمیل تکالیف بر آنها می‌باشد متعهد باشند ... من باید این ادعا را مطرح کنم که دولتی که یکپارچگی و تمامیت را به عنوان یک آرمان سیاسی پذیرفته است دستاویز بهتری برای کسب مشروعیت دارد در حالی که دولت دیگر که چنین تمامیت و یکپارچگی را نپذیرفته است این دستاویز را در اختیار ندارد» (Ibid.: 191-92). همچنین دورکین در مطرح ساختن عقیده‌اش درباره جامعه سیاسی - که تعهدات اشتراکی در آن مطرح است - مکرراً شهروندان را به عنوان اعضای آن جامعه توصیف می‌کند که در عمل به یکپارچگی و تمامیت درگیر هستند. برای مثال می‌نویسد: «یکپارچگی و تمامیت اصرار دارد که هر شهروند باید تقاضاهایی را علیه خودش قبول کند و می‌تواند تقاضاهایی را از دیگران داشته باشد که ابعاد اخلاقی تصمیمات سیاسی صریح و روشن را گسترش می‌دهد. تمامیت و یکپارچگی حیات سیاسی و اخلاقی شهروندان را باهم آمیخت می‌دهد» (Ibid.: 189).

نیست که او صراحتاً قصد داشته اما ما آن را به عنوان بهترین قرائت - یا دست کم - به عنوان یک قرائت قابل قبول پیشنهاد می کنیم. در پایان این قسمت ذکر می شود که هارت و برخی وارثان اثبات گرای او جامعه بازشناسی کننده را به مقامات نسبت می دهند^۱ اما هستند برخی اثبات گرایان نظیر رز و کوتز که آن جامعه را بسیار مضیق و محدود (فقط قضات و نه شهروندان) تفسیر می کنند. به این ترتیب به نظر می رسد که دور کین (به طور قابل قبول) جامعه بازشناسی کننده را بسیار فراگیر (شامل همه شهروندان) تفسیر می کند.

۲ نظریه گروه - نسبی قانون

با جستار کوتاهی که در عقاید هارت و دور کین و سایر فلاسفه انجام دادیم، اختلاف نظر فلاسفه (حتی بین فلاسفه اثبات گرا) را در خصوص تعیین جامعه بازشناسی روشن کردیم. اما در اثنای این اختلاف چگونه می توان نظریه ای را در پیش گرفت که عقاید همه این فلاسفه را دربرگیرد. راه حل زیر این قضیه را حل می کند. پیشنهاد این است که قانون یک مقوله گروه - نسبی است.^۲ هر فردی این را قبول دارد که هنجارهای اجتماعی مبتنی بر عمل

۱. چگونه می توان تصور کرد که در یک نظام حقوقی تمام مقامات آن نظام در خصوص یک موضوع - آن هم موضوعی چون مبنای قانون - به اجماع رسیده اند در حالی که ما بیشتر شاهد دسته بندی و واگرایی در بین این گروه هستیم. شاهد مثال این قضیه همین بس که نمونه عینی و عملی آن در نظام حقوقی کشور خودمان (جمهوری اسلامی ایران) چند سال پیش به وقوع پیوسته است. تفسیر رئیس دولت هفتم و هشتم از اصل یک صد و سیزده قانون اساسی کاملاً با تفسیر رئیس قوه قضائیه در مقابل هم قرار داشت تاحدی که روابط بین این دو قوه را به چالش کشیده بود. حال در این گونه موارد که بین دو قوه از دستگاه حکومتی تفاسیر متعددی از قانون اساسی وجود دارد، می توان اذعان کرد که مقامات در هر نظام حقوقی با اتفاق نظر قاعده بازشناسی را پذیرفته اند و آنها پایه گذار قانون در هر نظام حقوقی هستند؟ چنین سؤالی البته به دیگر گروه ها نیز تعمیم می یابد. نه تنها گروه بزرگ مقامات، بلکه قضات و شهروندان نیز نمی توانند به تنهایی نظام حقوقی را بنیان نهند.

۲. البته باید گفت نظریه گروه - نسبی از قانون مورد بی سابقه ای نیست. باید یاد آوری کرد که ژوزف رز به طور مختصر به مفهوم گروه - نسبی از قانون در کتاب خود تحت عنوان مفهوم نظام حقوقی اشاره داشته است. همان طور که قبلاً بحث شد رز در اثر خود قانون را مبتنی بر اعمال دادگاه ها (یا به اصطلاح خودش ارگان های اصلی اعمال کننده قانون) ←

اجتماعی است. درحقیقت قانون یک نوع خاصی از هنجار اجتماعی است. تصور هارت به خوبی روشن کرده است که نارسایی‌های دیدگاه آستین^۱ درباره قانون می‌تواند با تصور هنجارهای حقوقی به عنوان هنجارهای اجتماعی؛ به خصوص هنجارهایی که از یک عمل خاص اجتماعی ناشی می‌شود - یعنی قاعده بازشناسی - اصلاح و جبران گردد. البته کاملاً واضح است که هنجارهای اجتماعی غیرحقوقی، گروه - نسبی است. گروه‌های مختلف می‌تواند هنجارهای غیرحقوقی مختلفی داشته باشد که بر بسیاری از اعمال واحد آنها حاکم است. این امر صحیح می‌باشد؛ زیرا هنجارهای غیرحقوقی به طور ناگهانی بر اعمال و رفتارهای روحی و روانی هر گروه عارض می‌شود و ممکن است از گروهی به گروه دیگر متفاوت باشد. همچنین قلمرو هنجارهای غیرحقوقی یک گروه لازم نیست محدود به اعمال

→ می‌داند. سپس می‌نویسد: «نظام حقوقی شامل همه و تنها همه قوانین به رسمیت شناخته یک ارگان اصلی اعمال کننده قانون می‌باشد که تحت همان نظام ایجاد شده است» (Raz, 1979: 192). رز مدعی است: «اعمال دادگاه‌ها می‌تواند برای تصور وجود یک نظام حقوقی ضروری شناخته شود البته نه به عنوان قوانین به رسمیت شناخته شده توسط تمامی ارگان‌های اصلی اعمال کننده قانون که تحت آن نظام ایجاد شده است بلکه به عنوان یک سری قوانینی که اساساً و کاملاً - و نه به طور جزئی - همدیگر را می‌پوشانند و هر یک به وسیله یک یا چند ارگان ایجاد شده به وسیله آن نظام به رسمیت شناخته شده است و نه تمامی آن ارگان‌ها». پیشنهاد رز این است که گروه‌های متعددی از قضات؛ همدیگر را به عنوان بخشی از نظام حقوقی واحدی می‌شناسند که اعمال آنها محتوای آن نظام را در طرق مختلف و متعدد تعیین می‌کند. به عبارت دیگر، چند نوع قاعده بازشناسی قضایی می‌تواند وجود داشته باشد و چنین نیست که همه قضات در بطن یک نظام حقوقی واحد به آن حد از اتفاق نظر و اجماع برسند که قاعده بازشناسی واحدی را پذیرفته باشند. از این رو، همچنان که می‌بینیم رز یک نظریه گروه - نسبی را البته داخل در گروه خاص قضات به رسمیت می‌شناسد. اما ما این دیدگاه را به طریق زیر گسترش می‌دهیم: گروه‌های مختلف - نه صرفاً قضات - بلکه همچنین مقامات غیرقضایی، شهروندان و حتی تابعان غیر شهروند (بیگانگان) ممکن است در اعمالی که نظام‌های حقوقی را بنا می‌نهند درگیر شوند و قاعده بازشناسی مخصوص به خود را داشته باشند بنابراین محتوای قاعده بازشناسی آنها متعدد و مختلف است. هارت نیز به امکان اینکه قواعد بازشناسی مختلفی در هر نظام حقوقی وجود داشته باشد اشاره می‌کند اما او چنین نظامی را که در آن گروه‌های مختلف از مقامات قواعد بازشناسی مختلف باهم امتزاج داده‌اند را یک نظام حقوقی بیمار، علیل و ناقص می‌پندارد (Hart, 1994: 122-123) در این خصوص همچنین نک. (Lagerspetz, 1995: 161-66).

1. Joun Austin

اعضای آن گروه باشد.^۱ اگر فرض کنیم که درباره رسوم و عادات لباس پوشیدن، خوردن یا رفتار جنسی، قانون واحدی در میان همه گروه‌ها وجود دارد که از لحاظ اجتماعی برای یک فرد معین در یک زمان معین مناسب و مقتضی می‌باشد این امر یک ادعای آشفته و دستخوش اغتشاش است. بایسته‌های اجتماعی را عمل گروه تعریف می‌کنند. ادعا درباره این امر که هر فرد باید چنین یا چنان عمل کند، از لحاظ اجتماعی به‌طور مطلق نه صحیح است و نه غلط، بلکه با فعالیت‌ها، باورها، اظهارات یک گروه یا گروه‌های دیگر تأیید یا رد می‌شود و ممکن است در خصوص یک گروه صحیح بوده اما درباره گروه دیگر غلط باشد. به عبارت دیگر، هنجارهای غیر حقوقی در خصوص هر گروه، یک ویژگی نسبی دارد. ما در اینجا استنباط گروه - نسبی درباره بایسته‌های اجتماعی را از بایسته‌های غیر حقوقی به‌خود قانون تعمیم می‌دهیم.

در این قسمت مدعی هستیم که واقعیات اجتماعی ایجادکننده قانون (اعم از عرف - لوئیس، فعالیت‌های اشتراکی همگانی، قواعد ساختاری و دیگر واقعه‌های اجتماعی) می‌تواند از سوی چندین گروه ابراز شود که در یک قلمرو جغرافیایی واحد قرار دارند و بر یک متن واحد به‌عنوان قانون اساسی متمرکز هستند. اما این گروه‌ها کدام طبقات جامعه هستند؟ اینان می‌توانند گروه‌هایی از قضات، مقامات غیر قضایی و همچنین شهروندان باشند. در این مفهوم هم ادعای اثبات گرایان - که جامعه بازشناسی‌کننده از قضات یا مقامات تشکیل یافته - و هم ادعای دورکین - که جامعه متشکل از شهروندان می‌باشد - هر یک به‌نحو جزئی و نسبی ثابت می‌شود، اما فقط به شکل جزئی و نسبی؛ زیرا فرضی که دورکین و بسیاری از اثبات‌گرایان مبنی بر اینکه جامعه بازشناسی‌کننده واحد و

۱. نه تنها لازم نیست که قلمرو هنجارهای غیر حقوقی یک گروه محدود به اعمال اعضای آن گروه باشد بلکه، گروه‌های مختلف می‌توانند همدیگر را بپوشانند و هنجارهای غیر حقوقی اشتراکی داشته باشند. اخلاقیات نیز به‌مثابه هنجارها، اجتماعی است. آنها با عرف‌ها و آداب و رسوم گروه‌ها تعریف می‌شوند. به این ترتیب می‌توان گفت در عین حال که گروه‌های مختلف عرف‌ها و آداب و رسوم مختلف از هم دارند ولی ما به گروه‌های مختلفی یعنی به بیش از یک گروه تعلق داریم؛ زیرا برخی از هنجارهای غیر حقوقی این گروه‌ها با گروه ما یکسان است. برای اطلاعات بیشتر نک. (Harman, 1977: 113).

منحصربه‌فردی در کارکرد تعیین محتوای حقوقی اولویت و ارجحیت دارد، دقیقاً همان چیزی است که ما آن را انکار می‌کنیم.

۱-۲ جوامع بازشناسی‌کننده به‌مثابه فعالیت‌های اشتراکی همگانی^۱

کدام نوع خاص واقعه اجتماعی قانون را بنا نهاده است؟ همچنان که دیدیم هارت قاعده بازشناسی را به‌عنوان یک عرف - لوئیس معرفی می‌کند. به این معنی که قاعده بازشناسی قاعده‌ای است که هر یک از اعضای یک گروه از آن تبعیت می‌کنند؛ زیرا دیگران چنین تبعیتی را انجام می‌دهند. گرایش کنونی در میان اثبات‌گرایان این دیدگاه را رد می‌کند که قاعده بازشناسی عرف - لوئیس است. مسئله مهم این است که این فرض، قبول و اجابت هر فرد از قاعده بازشناسی به‌عنوان یک قبول و اجابت عمومی فرض می‌شود.^۲ کلمن، شاپیرو و کوتز همگی به مفهوم فعالیت‌های اشتراکی همگانی نظر دارند که میشل براتمن^۳ (Bratman, 1997: 93-161) ارائه داده است. ادبیات فلسفی وسیعی درباره اراده و عمل جمعی وجود دارد (Gilbert, 1989: 213; Miller, 2001: 45; Searle, 1995: 112). براتمن در یک تحلیل مشهور و مؤثر، عمل جمعی واقعی را از یک سری اعمال و مقاصد فردی ایجاد شده بر فعالیت‌های اشتراکی همگانی تحلیل می‌کند که سه شرط پاسخ‌گویی متقابل، تعهد به فعالیت‌های مشترک و به هم پیوسته و تعهد به حمایت و پشتیبانی متقابل را دربرمی‌گیرد:

1. Shared Cooperative Activities

۲. همچنان که شاپیرو مطرح می‌کند: «بیشتر آمریکایی‌ها قانون اساسی ایالات متحده را به‌عنوان راه‌حل اتفاقی نسبت به مطرح شدن مجدد مشکل عمل جمعی نمی‌دانند. من گمان دارم که بسیاری از آنها نسبت به رعایت متنی که توسط نمایندگان مردم ایالات متحده تصویب شده است، تعهد اخلاقی دارند، بدون اعتنا به این امر که هر فرد دیگری آن رعایت اخلاقی را دارد یا نه. بسیاری از مقامات نیز احتمالاً چنین برخورد مشترکی را انجام می‌دهند. اگر بیشتر مقامات به‌طور اتفاقی قانون اساسی ایالات متحده را نادیده بگیرند، این امر موجب نخواهد شد که دیگران نیز عمل مشابه با آن را انجام دهند. برخی ممکن است به آن اعتراض کنند درحالی‌که دیگران به اعمال قواعدی که به‌طور معتبر توسط قانون اساسی ایالات متحده تصویب شده است ادامه می‌دهند». شاپیرو با ادعا تصور هارت درخصوص اینکه قاعده بازشناسی یک قاعده عرف - لوئیس است را رد می‌کند. برای اطلاعات بیشتر نک. (Shapiro, 2002: 387-426).

3. Michael Bratman

« ۱. پاسخ‌گویی متقابل: در فعالیت‌های اشتراکی همگانی هر فاعل مشارکت‌کننده تلاش دارد که نسبت به مقاصد و اعمال دیگران پاسخ‌گو و مسئول باشد، با این آگاهی که دیگران نیز تلاش دارند چنین پاسخ‌گویی و مسئولیتی را درباره او داشته باشند. هر فرد درصدد است تا با یک نگاه اجمالی به رفتار دیگران، رفتارش را کنترل و راهبری نماید، با این آگاهی که دیگران نیز درصدد چنین کاری هستند.

۲. تعهد به فعالیت مشترک و به هم پیوسته: در فعالیت‌های اشتراکی همگانی هر یک از شرکا نسبت به فعالیت مشترک و به هم پیوسته؛ تعهد، التزام متناسب و مقتضی (اگرچه شاید به دلایل متفاوت) دارند و پاسخ‌گویی متقابل آنها دنباله این تعهد و التزام است.

۳. تعهد به حمایت و پشتیبانی متقابل: در فعالیت‌های اشتراکی همگانی هر فاعل به حمایت از تلاش‌های دیگران برای ایفای وظایفشان در فعالیت مشترک و به هم پیوسته متعهد است. مثلاً اگر من باور دارم که شما به کمک من برای یافتن نت پیانو یا قلم نقاشی‌تان نیاز دارید من برای تدارک و تهیه این کمک آماده خواهم شد و شما نیز همین‌طور برای حمایت از من برای ایفای وظایفم آماده هستید. این تعهدات و التزامات برای حمایت همدیگر ما را در یک وضعیتی قرار می‌دهد که فعالیت مشترک و به هم پیوسته را ضرورتاً - حتی اگر ما در طرق خاص نیاز به کمک داشته باشیم - ایفا کرده انجام دهیم» (Bratman, 1997: 94-95).

کلمن، شاپیرو و کوتز به تفکر براتمن در خصوص فعالیت‌های اشتراکی همگانی نزدیک‌اند اگرچه گاهی اوقات این نزدیکی به‌طور مختلف صورت می‌گیرد. کلمن قاعده بازشناسی را به‌عنوان یک فعالیت اشتراکی همگانی مستقیم فرض می‌کند (Coleman, 2001: 96-100). شاپیرو شرط سوم یعنی تعهد به حمایت دوسویه را از قلم می‌اندازد و مدعی است که یک نظام حقوقی می‌تواند به‌وجود آید اگر مقامات به‌طور واقعی نسبت به یکدیگر پاسخ‌گو باشند. او تنها یک تعهد به حمایت متقابل را ادعا دارد و آن هم تعهد متقابل مقامات در برابر یکدیگر است (Shapiro, 2002: 426-432). با این حال کوتز با

تأکید بر شرط دوم براتمن و با بی‌اعتنایی به شروط اول و سوم دیدگاه ضعیف‌تری ارائه می‌دهد (Kutz, 2001: 455-460). همچنین دورکین ضداثبات‌گرا قانون را به‌عنوان یک موضوع مبتنی بر بعضی چیزها نظیر فعالیت‌های مشترک همگانی می‌داند. اما منظور دورکین از جامعه چه می‌تواند باشد؟ اثر دیگر او به نام *جامعه لیبرال* پیشنهاد می‌کند که جامعه مورد نظر دورکین تفاوت زیادی با فعالیت‌های مشترک همگانی ندارد^۱ (Dworkin, 1989: 479-495).

شاپیرو مدعی است که در هر نظام حقوقی، مقامات به‌عنوان یک گروه در فعالیت‌های اشتراکی همگانی برای ایجاد و حفظ نظام متحدالشکل از قواعد درگیر و مشغول‌اند (Shapiro, 2002: 426). مطابق نظر شاپیرو هر مقام رسمی: ۱. قصد دارد که او و دیگر مقامات جمعاً یک نظام متحدالشکل از قواعد ایجاد و حفظ کنند (تعهد و التزام به هم پیوسته و متحدالشکل یعنی شرط دوم براتمن)؛ ۲. قصد دارند که تفسیر و تعبیر خاص آنان از معیار اعتبار قواعد با تعبیر و تفسیر مقرر شده از سوی دیگر مقامات یکسان و یکی باشد (پاسخ‌گویی متقابل یعنی شرط نخست براتمن) علاوه بر این موارد اطلاع و آگاهی مشترکی در بین مقامات وجود دارد. هر مقام رسمی قصد دارد معیارهای واحدی را برای اعتبار حقوقی اعمال کند همان‌طور که دیگر مقامات به‌نحو پاسخ‌گویانه انجام داده‌اند (Ibid.: 417-432).

شاپیرو فرض می‌کند که مقامات به‌عنوان یک کل در فعالیت‌های اشتراکی همگانی^۲ برای شکل‌دهی یک نظام متحدالشکل از قواعد، براساس قانون اساسی درگیر می‌باشند. اما

۱. رونالد دورکین در اثر بعدی خود (Thirty Years (2002). On, 115 HARV.L.REV. 1655, 1662) شدیداً از فرض کلین درباره قانون که مبتنی بر فعالیت‌های اشتراکی همگانی بود انتقاد می‌کند و معتقد است که «این امر که بازیگران در فرایندهای حقوقی یک کشور ترکیبی از دیدگاه‌ها را عرضه می‌کنند و از این طریق یک فعالیت اشتراکی همگانی را تعریف می‌کنند از لحاظ مفهومی به‌سختی قابل قبول است».

۲. البته باید در اینجا خاطر نشان کرد که شاپیرو جزء سوم فعالیت‌های اشتراکی همگانی یعنی حمایت و پشتیبانی متقابل را قبول ندارد و باید در اینجا منظور از فعالیت‌های اشتراکی همگانی را در مفهوم مورد نظر شاپیرو (یعنی همان دو جزء اول آن) مدنظر داشته باشیم.

آیا این ادعا که مقامات به عنوان یک کل در ایجاد قواعد متحدالشکل در گیر هستند می تواند یک موضوع تحقق پذیر تجربی و عملی باشد؟ این امر احتمال دارد که چندین گروه از مقامات به طور هم زمان فعالیت های اشتراکی همگانی جداگانه ای ابراز کنند؛ یعنی مقامات هر گروه در ایجاد فعالیت های اشتراکی همگانی با همدیگر مشارکت کنند اما نه با مقامات گروه دیگر. افراد هر گروه ممکن است با آگاهی مشترک، قصد همکاری با یکدیگر را داشته باشند یا به طور مسئولانه باهم گروهی های خود برای ایجاد یک معیار مشترک اعتبار حقوقی مشارکت کنند که براساس قانون اساسی شکل یافته است (پس هر گروه به طور ارادی یک سری فعالیت های اشتراکی همگانی را درک می کند)، اما این ادعا که دو گروه همراه با اعضای خود یک فعالیت اشتراکی واحد داشته باشند نمی تواند مصداق داشته باشد.

چنین ادعایی در حقیقت با تردید مواجه است؛ زیرا اعضای یک گروه شاید علاقه نداشته باشند که برای توسعه و پیشبرد یک تفسیر خاص درباره حقوق اساسی با اعضای گروه دیگر همکاری مشترک داشته باشند. یا به جهت برخی مسائل، اعضای یک گروه خود را متعهد نمی دانند که تفسیر و تعبیر خود را درباره حقوق اساسی با تعبیر و تفسیر اعضای یک گروه دیگر یکسان بدانند یا اصلاً ممکن است در چنین مواردی آگاهی و اطلاع عمومی و مشترک بین اعضای آن دو گروه وجود نداشته باشد.^۱ اینکه آیا

۱. برای درک صحیح مطلب، نظام حقوقی ایالات متحده را مثال می زنیم. درحقیقت در تاریخ ایالات متحده گروه های مختلفی از مقامات، تفاسیر و تعابیر مختلفی از حقوق اساسی مقرر داشته اند. دست کم چهار تقسیم در بین مقامات براساس موضوعات حقوق اساسی می توان تصور کرد. چهار طریق که در مجموع کلی، مقامات خودشان را در گروه های کوچک تری تقسیم کرده و دیدگاه متفاوتی را مبتنی بر موضوعات حقوق اساسی اخذ کرده اند و شاید فعالیت های اشتراکی همگانی جداگانه ای را تشکیل داده اند عبارت اند از تقسیم اول گروه اداری (Departmental) که از سه شاخه حکومت ملی یعنی ریاست جمهور، کنگره و دیوان عالی متشکل است. تقسیم دوم احزاب سیاسی که در زمان حاضر دو حزب دمکرات و جمهوری خواه را دربرمی گیرد. این دو حزب عمده مدرن تأثیر اساسی در ایجاد معیار اعتبار حقوقی ایالات متحده ایفا می کنند. البته نه فقط در سطح حقوق موضوعه بلکه در سطح خود قانون اساسی نیز چنین تأثیری را ایفا می نمایند. دو تقسیم دیگر عبارت از تقسیمات منطقه ای و ایالتی - فدرالی می باشد. مخصوصاً مقامات شمالی (هم فدرالی و ←

فعالیت‌های اشتراکی همگانی در بین گروه‌هایی از مقامات ناشی می‌شود یا نه؟ یک مسئله تجربی و عملی است و بستگی به تلقی و نگرش واقعی و رفتار مقامات دارد. ادعای ما به‌طور نسبی این است که برخوردها و نگرش‌هایی که فعالیت‌های اشتراکی همگانی ایجاد می‌کند، می‌تواند به‌دست چندین گروه از مقامات مقرر شود. اگر فعالیت‌های اشتراکی همگانی در حقیقت واقعه اجتماعی متفاوتی است که قانون را ایجاد می‌کند پس هیچ‌چیز مانع نمی‌شود که طبیعت و ماهیت آن واقعه اجتماعی در چندین گروه از مقامات - که هم‌زمان باهم هستند - ابراز شود.

پس در اینجا اکنون ثابت می‌شود که فعالیت‌های اشتراکی همگانی در بین گروه بزرگ مقامات می‌تواند متعدد و مختلف باشد، البته باید دید که موضوع درباره شهروندان چگونه است. به‌عبارت‌دیگر آیا گروه‌هایی که به‌طور جزئی یا کلی از شهروندانی تشکیل یافته‌اند که به‌هیچ‌وجه جزء مقامات رسمی نیستند، می‌توانند فعالیت اشتراکی همگانی بنا نهند؟ اگر مثال مقامات رسمی را عیناً بر گروه شهروندان بیان کنیم، جواب مثبت است. بر همگان روشن است که حتی در میان شهروندان یک نظام حقوقی بر سر یک مسئله از

→ هم ایالتی) با مقامات جنوبی درباره مسائل عمیق قانون اساسی در تضاد شدید به سر می‌برند و نهایتاً مقامات ایالتی حداقل گاهی وقت‌ها یک دیدگاه مجزایی را - نه فقط در مورد رویه‌های تجلی‌یافته در قانون ایالتی - بلکه نسبت به حقوق اساسی فدرالی نیز پیش می‌برند. هریک از این دو تقسیم می‌تواند به تنهایی و یا در ترکیب با دیگران چندین فعالیت اشتراکی همگانی را ایجاد کند. البته نباید چنین پنداشت که گروه‌های مقامات در ایالات متحده منحصرأ به چهار گروه: اداری، حزبی، منطقه‌ای و ایالتی - فدرالی تعریف شده است بلکه گروه‌های جزئی بی‌شماری در اندرون آن وجود دارد که ذکر همه آنها در حوصله بحث نمی‌گنجد. در مورد جمهوری اسلامی ایران نیز می‌توان چنین تقسیم‌بندی در میان مقامات انجام داد. البته این تقسیم‌بندی به مانند ایالات متحده نمی‌تواند قطعی و استوار باشد مثلاً تقسیمات منطقه‌ای در کشور ما از سال ۱۳۷۷ تحت عنوان شوراها و شوراهای اسلامی نمود عینی به‌خود گرفته است. هرچند یک تقسیم مجزا از دولت مرکزی است ولی تا به حال نتوانسته فعالیت اشتراکی همگانی مؤثری شکل دهد به‌گونه‌ای که هویت اداری مستقلی در برابر حکومت مرکزی داشته باشد. البته در تاریخ حقوق اساسی جمهوری اسلامی چندبار تقابل و واگرایی بین دو قوه از حاکمیت (در تفسیر اصل یک‌صد و سیزده قانون اساسی) به‌وقوع پیوسته که خود نشان‌دهنده وجود فعالیت اشتراکی مجزا بین این دو قوه از حاکمیت است. در خصوص ایالات متحده نک. (Adler, 2004: 32).

حقوق اساسی تفاسیر و تعابیر مختلفی وجود دارد. نباید چنین پنداشت که مجموع شهروندان در یک نظام حقوقی لزوماً در مورد یک مسئله اجماع دارند.^۱

پیشنهاد ما این است که گروه‌هایی از شهروندان که هیچ تعلق‌ی به مقامات رسمی ندارند - مثلاً گروه‌های مذهبی یا گروه‌های غیرمذهبی که عقیده مشترکی در موضوعی خاص دارند (البته این امر فقط به این گروه‌ها منحصر نمی‌شود) شاید یک فعالیت اشتراکی همگانی ابراز دارند که شاپیرو آن را توصیف می‌کند. شهروندان متعلق به یک گروه خاص ممکن است با اطلاع و آگاهی مشترک، قصد داشته باشند که برای حفظ یا درک یک معیار اعتبار حقوقی خاص باهم همکاری کنند و شاید قصد داشته باشند به هماهنگ‌سازی هرگونه واگرایی و تقارن در دیدگاه قانون اساسی - که ممکن است میان آنها بروز یابد - اقدام کنند. نگرانی عمده در اینجا - به این دلیل عمده که شاپیرو فرض می‌کند فعالیت‌های اشتراکی همگانی

۱. گروه‌های مختلفی از شهروندان در سراسر تاریخ حقوق اساسی ایالات متحده دیدگاه متفاوتی درباره موضوعات قانون اساسی به‌نحو منظم بروز داده‌اند. روبرت کاور می‌نویسد: «بیشتر ادبیات مربوط به فحوا و محتوای قانون اساسی ابتدا بر کارکرد قضات و ثانیاً بر کارکرد دیگر مقامات دولتی متمرکز است. من باید کار خود را با کارکرد افرادی که از زمره مقامات نیستند، شروع کنم و تنها در نتایج خود با طرقتی که در آن مقامات این فحوا و محتوا را خلق یا تخریب کرده‌اند، سروکار داشته باشم» (Cover, 1983: 4, 25). مخصوصاً کاور یک گروه شهروندان را توصیف می‌کند که براساس دیدگاه‌های خاص خود از قانون اساسی در قالب حزب باهم متحد شده‌اند: نهضت‌های مذهبی جزیره‌ای نظیر آمیش و منویت (Amish and Mennoites) و فعالیت‌های اختصاص‌یافته به دگر‌دیدی و دگر‌گونی فحوا و محتوای قانون اساسی نظیر دستورگرایان افراطی مخالف بردگی در دوره پیش از جنگ داخلی از این گروه‌ها به‌شمار می‌آیند. آمیش و منویت از یک قاعده‌بازشناسی مذهبی یعنی قاعده اطاعت از خداوند تبعیت می‌کردند؛ زیرا به باور آنها قانون خدا درحقیقت قدرت و اعتبار مدنی و داخلی را به رسمیت شناخته و متن قانون اساسی را معتبر کرده است. دستورگرایان ضدنظام بردگی نیز، قانون اساسی را به‌عنوان یک سند ضدبردگی تصور می‌کنند. چنین تقسیم‌بندی را همچنین می‌توان در جامعه شهروندان جمهوری اسلامی ایران انجام داد. جامعه روحانیون (به‌اصطلاح جامعه طلاب) گروه بزرگی است که می‌تواند در بین گروه‌های مختلف شهروندان جمهوری اسلامی فعالیت‌های اشتراکی خاص خود را ایجاد کند. دانشجویان نیز می‌توانند چنین فعالیت اشتراکی همگانی را مستقل از دیگر گروه‌های شهروندی اتخاذ کنند (نباید فراموش کرد که تجربه انقلاب اسلامی در ایران حاصل هم‌گرایی و تقارب فعالیت‌های اشتراکی دو گروه بزرگ شهروندی در جامعه ایران بوده است: علمای دینی در حوزه و تحصیل‌کردگان دانشگاهی).

که قانون را بنا می‌نهد باید محدود به مقامات باشد (Eksridge, 2002: 2062, 2072-2194) - این است که هدف این فعالیت‌های اشتراکی همگانی (همان‌طور که شاپیرو مطرح می‌کند) (Shapiro, 2002: 420) ایجاد و حفظ یک نظام قواعد می‌باشد. اما آیا شهروندان - چه به صورت فردی و چه جمعی - می‌توانند این اقدام را انجام دهند؟^۱ البته شهروندان می‌توانند به‌طور فعال بر تحقق تفاسیر و تعابیرشان از قانون اساسی با فعالیت‌هایی نظیر رأی‌گیری، واخواهی و اقامه دعوا، تحمیل نظریات خود بر نمایندگان مجلس و جلسات سخنرانی سیاسی تأثیر بگذارند. آنان قادرند برای تجدیدنظر در قانون تصویب شده‌ای که معتقدند برخلاف قانون اساسی است بر قانونگذاران فشار وارد سازند و نظر خود را بر آنها تحمیل کنند یا با واخواهی این مصوبات را از اعتبار بیاندازند و از دیگر شهروندان بخواهند که در صحنه رقابت مبتنی بر قانون اساسی باهم متحد باشند.

به این ترتیب این نگرانی که موقعیت منفعل و خنثی شهروندان مانع از آن است که فعالیت جمعی شهروندان حداقل برخی قواعد را در پی داشته باشد، با این دلیل از بین می‌رود. و درست همانند اینکه چندین گروه از مقامات می‌توانند فعالیت‌های اشتراکی همگانی مختلف را - که با دیدگاه‌های متقارن درباره اعتبار حقوقی مشخص شده است - صورت دهند، چنین کاری را چندین گروه مختلف از شهروندان نیز می‌توانند انجام دهند.

اما در اینجا اشکال دیگری وجود دارد. هر تفسیر و تعبیری از قانون اساسی نمی‌تواند به‌عنوان یک قاعده بازشناسی تلقی شود. در مورد این مشکل چه می‌توان گفت؟ گروه‌های مختلف - هم شهروندان و هم مقامات - قادرند دیدگاه‌های متقارنی (واگرا) درباره موضوعات خاصی از قانون اساسی داشته باشند، اما همه آنها در کل به یک موضوع، هم‌گرا و موافق‌اند و آن اینکه متن قانون اساسی را به‌طور بدیهی، عالی‌ترین قانون فرض می‌کنند و آن را در راستای فحوا و محتوای آشکار و بدیهی و بنا به اراده و قصد تنظیم‌کنندگان آن

۱. «سودای قانون خلق و اعمال اقتدار است و دست‌اندرکاران آن مقاماتی هستند که اهرم‌های قدرت حقوقی را به کار

می‌گیرند» (Shapiro, 2002: 418).

تفسیر می‌کنند. اگر هارت درست گفته باشد که قضایای حقوقی ضرورتاً با استنباط یک قاعده بازشناسی اعتبار یافته است (Greenawalt, 1987: 624-630)، پس گروه‌هایی که در سطح قاعده بازشناسی باهم هم‌گرا و موافق‌اند، در واقع درباره حقیقت قضایای حقوقی فرعی - مربوط به قانون اساسی یا متون دیگر - باهم واگرا یا متقارن هستند و به‌طور واقعی قادرند نظام حقوقی واحد و یکسانی را ابراز کنند. از این‌رو، اعتبار حقوقی این قضیه که تفتیش عقاید برخلاف قانون اساسی است در دیدگاه هارت بنا به اینکه رویه حقوقی و قصد و اراده تنظیم‌کنندگان آن چه بوده درباره هر دو گروه، هم غلط است و هم درست یا امکان دارد درخصوص هر دو گروه غیرقطعی و نامعین باشد. اما این قضیه فرعی و پیش‌پاافتاده از قانون اساسی نمی‌تواند ماهیت گروه - نسبی داشته باشد (یعنی این امر قابلیت ندارد که هر گروه از شهروندان یا مقامات درباره آن تعبیر خاصی اتخاذ کنند و این تعبیر باعث ایجاد نظام‌های حقوقی مختلف شود)؛ زیرا گروه‌ها قبول دارند که این قضیه یک قضیه غیرغایی بوده و به آنچه که قاعده نهایی و غایی بوده است، توافق دارند (Himma, 2003: 154-158).

در حال حتی اگر گفته هارت درباره اعتبار حقوقی صحیح باشد این امر به‌طور قطع برای گروه‌های مختلف امکان تحقق دارد که قواعد بازشناسی متفاوتی را قبول کنند. فارغ از همه این موارد حداقل برخی از گروه‌ها به یقین قواعد بازشناسی - یعنی همان قاعده‌ای که هارت بر آن باور دارد - متفاوتی را قبول می‌کنند، آنها می‌توانند اصول مختلفی را به‌عنوان اصول بنیادی و اساسی بپذیرند سپس از این طریق راه‌حل ما برای تعیین جامعه بازشناسی‌کننده روشن می‌شود؛ یعنی فرض گروه - نسبی از قانون در اینجا ثابت است.

۲-۲ قواعد ساختاری، عرف - لوئیس و هنجارهای اجتماعی

پرنفوذترین دیدگاه در فلسفه حقوق به‌نظر این است که واقعه اجتماعی قانون را در قالب فعالیت‌های اشتراکی همگانی یا در قالب متفاوت دیگری ایجاد می‌کند. سعی بر این است تا نشان داده شود که چندین گروه - هم از شهروندان و هم از مقامات رسمی - می‌توانند

برای پیشبرد تفسیر و تعبیر خود از حقوق اساسی به طور هم‌زمان فعالیت‌های اشتراکی همگانی متفاوت و جداگانه‌ای را ابراز دارند. از این رو واقعه فعالیت‌های اشتراکی همگانی با یک فرض گروه - نسبی از قانون، پایدار و مقاوم است. اما اگر توجه‌مان را به نوع دیگری از واقعه اجتماعی نظیر قواعد ساختاری یا عرف - لوئیس و حتی هنجارهای اجتماعی معطوف سازیم، این نظریه‌ها چه مبنایی را برای قانون پیشنهاد می‌کند؟

اندری مارمور^۱ همانند کوتز، شاپیرو و کلمن از مفهوم هارت انتقاد می‌کند که قاعده بازشناسی را بر پایه عرف - لوئیس در میان مقامات بنا می‌نهد (Marmor, 1998: 518-531). اختلاف بین فعالیت‌های اشتراکی همگانی و قواعد ساختاری (اصطلاحی که جان سیرل^۲ آن را پیش می‌کشد) در دو زمینه می‌تواند مطرح باشد. سیرل یادآوری می‌کند: اولاً، عمل اجتماعی هویت‌های جدیدی می‌تواند ایجاد کند، هویت‌هایی که بدون این اعمال نمی‌تواند وجود داشته باشد مثلاً بسیاری از ویژگی‌های واقعیات اجتماعی - چه حقوقی یا غیرحقوقی - بدون وجود اراده جمعی نمی‌تواند باشد. واقعیتهایی نظیر پول، ازدواج، کنگره، ریاست جمهور و ... هویت‌هایی است که با عمل اجتماعی ایجاد شده و بدون اراده جمعی برای بازشناسی آنها هیچ‌وقت وجود نخواهد داشت (Searle, 1989: 33-42). ثانیاً اراده جمعی یک پدیده ابتدایی تحلیل‌ناپذیر است (Ibid., 1990: 401).

گاهی اوقات یک گروه از افراد به طور جمعی فعالیتی را برعهده می‌گیرند که دیگر افراد می‌توانند عهده‌دار شوند. گاهی اوقات اراده‌گرایی جمعی، هویت جدیدی را ایجاد می‌کند اما در هر واقعه، اراده‌گرایی جمعی نمی‌تواند درباره یک سری از اراده‌های به هم پیوسته فردی تحلیل شود؛ یعنی کاری که براتمن قصد داشت آن را انجام دهد. سیرل می‌نویسد: «این باور که شما باور می‌کنید که من باور دارم و نظایر آن یا اینکه شما باور دارید که من باور دارم که شما باور دارید، منتج به یک مفهوم جمع یا اجتماع نمی‌شود.

1. Andrei Marmor

2. John Searle

هیچ‌یک از من آگاهی‌ها حتی اگر با باورها و اعتقادات تکمیل شود منتج به ما آگاهی‌ها نمی‌شود. عنصر اساسی در اراده‌گرایی جمعی احساس انجام دادن (خواستن، باور داشتن و غیره) برخی چیزها باهم هست و اراده‌گرایی فردی - که هر فردی چنین اراده‌ای را دارد - از اراده‌گرایی جمعی که آنها ایجاد کرده‌اند؛ ناشی می‌شود. بنابراین (مثلاً در یک بازی فوتبال) من درحقیقت یک اراده منفرد و مخصوص برای نمودار ساختن هدف دفاعی دارم اما من چنین اراده‌ای را تنها به‌عنوان سهمی از اراده جمعی خودمان برای انجام دادن یک بازی قابل قبول دارا می‌باشم» (Ibid.: 24-25).

مارمور به‌طور مفصل توضیح نمی‌دهد که چگونه مفهوم قواعد ساختاری سیرل باید برای ظاهر شدن یک نظام حقوقی به کار گرفته شود، اما به نظر می‌رسد که این امر چنین باشد: یک نظام حقوقی بر پایه اراده‌گرایی جمعی گروهی از افراد به‌وجود می‌آید، کسانی که به‌طور جمعی هویت خاصی را به رسمیت می‌شناسند (که تنها به‌دلیل شناسایی آن افراد وجود دارد) و به‌طور جمعی قصد دارند که سهم خود را برای ایجاد و حفظ یک نظام قواعد انجام دهند. درعین حال چندین گروه از اشخاص - از گروه مقامات یا شهروندان - می‌توانند به‌دلیل باهم عمل کردن در توسعه یک نظام قواعد، یک اراده جمعی - همان‌طور که سیرل در نظر دارد - ایجاد کنند. در اصل منظور این است که اراده‌گرایی جمعی گروه‌های متفاوت - که سیرل مدعی آن است - می‌تواند هویت‌های مشخص و متمایزی را ابراز کند. یک گروه ممکن است دادگاه‌ها، مجموعه قوانین، قانونگذاران یا رؤسای جمهور خاصی را به رسمیت بشناسد که گروه دیگر علاقه‌ای برای تصدیق آن ندارد. بنابراین واقعه اجتماعی قواعد ساختاری نیز همانند واقعه اجتماعی فعالیت‌های اشتراکی همگانی به‌هیچ‌وجه برای ایجاد قانون، یک گروه منحصر و واحد (چه مقامات، شهروندان و قضات) را اقتضا نمی‌کند بلکه برای خلق قواعد ساختاری اراده جمعی لازم است.

در این مرحله اجازه دهید واقعه اجتماعی عرف - لوئیس را بحث و بررسی کنیم (Lewis, 1969: 5-82; Ullmann-Margalit, 1977: 33-74; Sugden, 1998: 453).

انتقاداتی که درباره تصور هارت از قاعده بازشناسی به‌عنوان عرف - لوئیس بیان شده

به‌طور قطع درست است؛ زیرا از یک طرف احتمال دارد برخی عناصر دیدگاه یک شخص معین از حقوق بنیادین، غیرعرفی باشد اما از طرف دیگر ممکن است دیدگاه‌های قانون اساسی که کاملاً ویژه و مخصوص است به‌طور قابل قبول، برخی عناصر عرفی داشته باشد. در اینجا اجازه دهید مورد «الف» را یک سری از قضایای قانون اساسی تصور کنیم که عموماً گروه «ب» پذیرفته است. این مورد خوبی می‌تواند باشد که از یک طرف، هر عضو گروه «ب» می‌تواند مورد «الف» را قبول کند بدون توجه به اینکه باور داشته باشد هر فرد دیگر در گروه «ب» مورد «الف» را پذیرفته است یا نه، از طرف دیگر در این مثال مطابقت مورد «الف» با عرف برای گروه «ب» ذهنی و باطنی است. به این معنی که هر عضو گروه «ب»، هر تفسیر و تعبیری را می‌پذیرد که دیگر اعضای آن گروه قبول کرده‌اند، حتی اگر افراد خارج از گروه کاملاً قبول نکرده باشند. از این امر می‌توان استنباط کرد که گروه «ب» و یک گروه متفاوت دیگر مانند گروه «ج» هر یک از لحاظ عرف باطنی و ذهنی، تفاسیر و تعبیر مشخص و متمایزی از قانون اساسی دارند.^۱ با این واقعه عرف - لوئیس نیز برخلاف تصور هارت یک گروه منحصر و واحد را اقتضا نمی‌کند.

سرانجام احتمال وقوع این امر که واقعه اجتماعی ایجادکننده قانون، می‌تواند یک هنجار اجتماعی باشد باید بررسی شود. هم‌اکنون یک ادبیات رو به رشدی درباره هنجارهای اجتماعی وجود دارد (Adler, 2000: 1363-1373; McAdams & Rasmusen, 2005: 231) هنجارهایی که به‌طور کلی قواعدی است که یک گروه خود را با آن وفق می‌دهد به‌دلیل اینکه بسیاری از اعضای آن با این انطباق و وفاق موافقت کرده‌اند و ناسازگاری با این قواعد را قبول ندارند. در صورتی که بیشتر اعضایش چنین هم‌نوایی را نداشته باشند این انطباق و وفاق

۱. برای مثال در جامعه ایالات متحده احزاب جمهوری خواه و دمکرات هر یک خط‌مشی کلی متفاوتی به تفسیر قانون اساسی دارند که به دو دسته تقسیم می‌شوند: اصالت‌گرا یا غیراصالت‌گرا. قبول هر حزب از نظریه کلی، عرفی و عادت نیست بلکه پذیرش یک تفسیر خاص است. جمهوری خواهان تفسیر خود را قبول دارند؛ زیرا دیگر جمهوری خواهان این چنین قبول کرده‌اند و دمکرات‌ها نیز چنین اقدامی را انجام می‌دهند زیرا دیگر اعضای دمکرات چنین می‌کنند برای اطلاعات بیشتر نک. (Brest, 1980: 204-218).

وجود نخواهد داشت. هنجارها از عرف - لوئیس متفاوت اند اگرچه دو گروه می‌توانند همدیگر را ببوشانند (Lewis, 1969: 97-100). این هنجارها همچنین متفاوت از فعالیت‌های اشتراکی همگانی و قواعد ساختاری است.

با وجود علاقه شدید نویسندگان معاصر به هنجارهای اجتماعی، فلاسفه حقوق هیچ بحثی را ندارند در خصوص اینکه آیا قاعده بازشناسی می‌تواند به‌عنوان یک هنجار اجتماعی درک شود. ممکن نیست هنجار اجتماعی تفسیر شده از قاعده بازشناسی با همان وضعیت یک نوع عمل اجتماعی مداوم و پایدار باشد. آیا افراد بسیاری می‌توانند به پذیرش یک تفسیر ادامه دهند حتی اگر به‌طور عمومی پذیرفته نشده باشد؟ این سؤال در چارچوب بحث ما نمی‌گنجد بنابراین جواب به آن ضروری نیست. نکته‌ای که ما می‌خواهیم ثابت کنیم، یک نکته خیلی واضح است؛ یعنی چندین گروه می‌توانند به‌طور هم‌زمان هنجارهای متفاوت و مشخصی را از تفسیر قانون اساسی دنبال کنند. به این معنی که اعضای هر گروه انطباق و سازگاری با هنجار تفسیری خود را می‌پذیرند درحالی‌که به‌هیچ‌وجه انحراف و سرپیچی را از آن هنجار تفسیری قبول ندارند.

در پایان این بخش امکان یک نتیجه‌گیری مشروط وجود دارد. همچنان که در بررسی واقعیات اجتماعی ایجادکننده قانون ملاحظه کردید، هم فعالیت‌های اشتراکی همگانی، هم عرف - لوئیس و هم دیگر واقعیات اجتماعی که در بالا بررسی شد هیچ‌یک مدعی نیست که یک گروه خاص در یک جامعه سیاسی منحصراً ایجادکننده قانون است و این گروه خاص - مقامات، قضات یا شهروندان - یک اولویت ترجیحی بر این امر دارند که واقعه اجتماعی آنها منحصراً پایه‌گذار قانون باشد. از هیچ‌یک از واقعیات اجتماعی بیان شده - در بالا - چنین نتیجه‌ای به‌دست نمی‌آید بلکه آنچه بیش از همه پذیرفتنی است اینکه در بطن هر جامعه سیاسی، چندین گروه - حتی خرده‌گروه‌هایی که در داخل یک گروه بزرگ‌تر قرار دارند مثل خرده‌گروه‌هایی از مقامات در داخل گروه بزرگ مقامات - درحالی‌که به یک قانون اساسی واحد نظر دارند و در یک قلمرو شناخته شده واحد به سر می‌برند، واقعه اجتماعی هر یک از آنها می‌تواند سهم خود را در ایجاد قانون ایفا کند و هر یک از این گروه‌ها به اصطلاح هارت، قاعده بازشناسی

مخصوص داشته باشد. از این رو فرض گروه - نسبی قانون در اینجا نیز ثابت است.

۳ گفتمان توضیحی قانون، گفتمان هنجاری قانون و نظریه گروه - نسبی

در قسمت دوم بیان کردیم که انواع مختلفی از گروه‌های اجتماعی (قضات، مقامات و شهروندان) می‌توانند به‌طور هم‌زمان و باهم در یک نوع عمل اجتماعی متفاوت و مشخص - نوع عملی که به قانون منجر می‌شود - درگیر شوند و به این ترتیب نظام حقوقی را بنیان نهند. مطابق آنچه در قسمت قبل روشن شد؛ نوع واقعه اجتماعی که قانون از آن ناشی می‌شود می‌تواند به شکل متنوع و متعدد تحقق‌پذیر باشد، بنابراین هنگامی که این نوع واقعه اجتماعی متنوع و متعدد باشد در این صورت ما به‌طور واقعی نظام‌های حقوقی متنوع و کثرت‌گرایی را خواهیم داشت (منظور این است که در بطن یک نظام حقوقی خرده نظام‌های متنوعی خواهیم داشت که هر یک تفسیر جداگانه‌ای از حقوق اساسی دارند).

گفتمان مربوط به قانون در زمینه‌ها و اهداف مختلف انجام می‌شود. در یک سطح حداقلی و بیشتر بنیادی، گفتمان قانون می‌تواند: توضیحی - پیشگویی و هنجاری باشد.^۱ فرض کنیم که در قانون اساسی یک کشور، اصل یا ماده‌ای با این عبارت درج شده است: «براساس قانون اساسی قانون عادی تنها زمانی به تصویب خواهد رسید که اکثریت اعضای پارلمان، آن را قبول کرده و به امضای رئیس‌جمهور نیز برسد» این عبارت هم می‌تواند

۱. ادبیات چشمگیری اخیراً درباره متدولوژی فلسفه قانون و سؤالانی از این قبیل وجود دارد که آیا قانون یک ساختار هنجاری است یا یک ساختار توضیحی. نویسنده بر این باور نیست که مفهومی به نام قانون فقط یک نقش هنجاری یا توضیحی - پیشگویی را ایفا می‌کند. برای مثال یک گفتمان توصیفی از قانون وجود دارد که از هر دو گفتمان توضیحی - پیشگویی و هنجاری متفاوت است. گفتمان توصیفی بر این باور است که قانون احتمالاً اصطلاحی است که ما برای توصیف نوعی از واقعه اجتماعی بدون اینکه چیزی را توصیه یا توضیح دهیم به کار می‌بریم. در حال فرض گروه نسبی که ما از آن دفاع می‌کنیم به عنوان مدلی از دو نوع اصلی گفتمان قانونی یعنی گفتمان توضیحی - پیشگویی و گفتمان هنجاری است نه مدلی که همه انواع گفتمان‌های قانونی ممکن در آن متجلی باشد. در خصوص موضوع نک.

Coleman, 2001: 175-217; Dickson, 2001: 175-217; Perrey, 2001; Leiter, 2007: 355; Waldron, 1989: 410; Greenawalt, 1987: 662-670.

نقش توضیحی و هم پیشگویانه داشته باشد. پیش‌بینی این امر که رفتار بازیگران سیاسی در تصویب یک قانون عادی چگونه است یا توضیح این امر که آنها درخصوص این موضوع چگونه رفتار کرده‌اند. اما این ادعای توضیحی و پیش‌بینی نوعی واقعه اجتماعی را لازم دارد. به‌عنوان مثال برای شناسایی متقابل هویت‌های ریاست‌جمهوری، پارلمان و قانون‌عادی، لازم است اراده‌گرایی جمعی کم‌وبیش نیرومندی از طرف فعالان سیاسی آشکار شود تا این هویت‌ها رسمیت یابد. همچنین اعتقاد متقابلی نیاز است تا این امر که یک قانون عادی معتبر است اگر پارلمان تصویب کرده و به امضای رئیس‌جمهور رسیده به‌دست بازیگران سیاسی شناسایی شود. در صورت وجود این وضعیت، اراده متعهد متقابلی برای مطابقت و وفاق با قوانین عادی ایجاد می‌شود. این واقعه اجتماعی برای مثال می‌تواند توضیح دهد که چرا فعالان سیاسی سعی و تلاش دارند تا با قانون عادی مطابقت و انطباق یابند یا حداقل مخالفت و نارضایتی خود را از آن قاعده کتمان می‌کنند و چرا آنان به‌طور عمومی بر قبول و اطاعت از قانون عادی اصرار داشته و آن رضایت را مفروض می‌دانند درحالی‌که شهروندان از آن رضایت ندارند.

اما همان قضیه قبلی یعنی قانون عادی تنها زمانی به تصویب خواهد رسید که اکثریت اعضای پارلمان تصویب کرده و به امضای رئیس‌جمهور برسد همچنین می‌تواند به‌عنوان یک ادعای هنجاری بیان شود. این مفهوم هنجاری می‌تواند برای توصیه این امر ادا شود که بعضی افراد می‌توانند برخی فعالیت‌ها را انجام دهند یا بعضی افراد از برخی فعالیت‌ها منع شده‌اند. برای مثال شهروندان نباید برخی از قواعد رفتار را نقض کرده و نادیده بگیرند و مقامات حکومتی نیز باید آنها را به‌دلیل رعایت نکردن آن قواعد مجازات کنند؛ زیرا قاعده را اکثریت اعضای پارلمان تصویب کرده و به امضای ریاست‌جمهوری رسیده و از این رو یک قانون عادی است. بنابراین این دو گفتمان - یعنی گفتمان توضیحی - پیشگویی و گفتمان هنجاری قانون - دو بحث متفاوت است. تفکیک آنها کمک می‌کند تا به‌طور روشن درباره این امر فکر کنیم که حقوق اساسی یک موضوع گروه - نسبی است.

در این بخش مدعی هستیم مجموعه‌های حقوقی به‌نحو قابل قبولی با اعمال گروه‌های مختلف اعتبار یافته است، اهمیت توضیحی و هنجاری واقعی دارد و از این‌رو می‌تواند به‌نحو اصیل عنوان قانون بگیرد. دور کین و هارت اقبالی به تعیین گروه‌های مختلف قانونی برای تعیین قانون ندارند؛ زیرا اهداف فلسفی آنان متفاوت است. هدف فلسفی دور کین هنجاری است در حالی که هدف هارت توصیفی یا توضیحی می‌باشد. دیدگاه گروه - نسبی قانون هر دو نوع بحث - یعنی هنجاری و توضیحی - را شامل می‌شود. در ابتدای امر هر یک از واقعه‌های اجتماعی که می‌تواند پایه‌گذار قانون باشد بررسی می‌کنیم تا به این ترتیب مشخص کنیم که در اندرون یک نظام حقوقی واحد، گروه‌های مختلفی در بنیان نهادن قانون آن نظام می‌تواند سهم باشد.

۱-۳ قانون به‌مثابه یک مفهوم توضیحی - پیشگویی

آیا وقایع اجتماعی به‌طور کلی یک تأثیر مشروع در دانش سیاسی و اجتماعی می‌گذارد؟ تنزل‌گرایان نظیر جان الستر درباره توضیح علمی - اجتماعی مدعی است که توضیحات مناسب و بهتر فقط واقعیات فردی مخصوصاً باورها و اولویت‌ها را منعکس می‌سازد (Elester 1989: 3-10).^۱ کلی‌گرایان نظیر فیلیپ پیتیت^۲ با مطلب فوق مخالف بوده و مدعی است که وقایع اجتماعی یک تأثیر توضیحی مشروع دارد. برای مثال واقعیات اجتماعی می‌تواند شبکه پیچیده‌ای از باورها و اولویت‌های فردی را به‌صورت فشرده و مترکم خلاصه کند (Pettit, 1993: 228-283). ادعاها درباره عرف - لوئیس چنین است و ادعاهایی نیز درباره هنجارهای اجتماعی صورت گرفته است. شاید این ادعا تحقق یابد که باورها و اولویت‌های فردی برای توضیح انتخاب فردی نامناسب و ناکافی است و از این‌رو برای تکمیل این توضیح، هویت‌های روان‌شناختی نظیر اراده‌ها، تصمیمات، طرح‌ها یا تعهدات نیز یک نقش توضیحی دارند. واقعیات اجتماعی مانند فعالیت‌های اشتراکی

1. Jon Elester

2. Philip Pettit

همگانی شبکه پیچیده‌ای از این نوع هویت‌های روان‌شناختی است و درحقیقت این هویت‌های مشترک، برخی تأثیرات علمی - اجتماعی را از خود باقی می‌گذارد که اولویت‌ها و باورهای فردی چنین کاری را نمی‌توانند بکنند. از این رو انواع واقعیت‌های اجتماعی به‌طور غیرمترقبه و غیرمنتظره بر اراده‌ها و تصمیمات عارض شده و می‌تواند به‌طور مفید آنها را به شکل خلاصه توضیح دهد.

جامعه‌شناسان، کلی‌گرا هستند درحالی‌که بسیاری از دانشمندان سیاسی با پیش‌زمینه ذهنی اقتصادی، تنزل‌گرا می‌باشند. اما نکته‌ای که در اینجا بیان می‌شود یک مطلب مشروط است: اگر گفته کلی‌گرایان حداقل به‌طور جزئی صحیح باشد و واقعیات اجتماعی یک تأثیر مشروع را در توضیح رفتار بازیگران سیاسی بگذارد؛ هیچ دلیلی برای تصور این امر وجود ندارد که واقعیات اجتماعی درباره برخی گروه‌های قانونی (مقامات، شهروندان یا قضات) ارجحیت توضیحی دارد. بنابراین نمی‌توانیم ادعا داشته باشیم که واقعه اجتماعی درباره یک گروه خاص (مثلاً فقط شهروندان، یا مقامات) بر دیگر گروه‌ها ارجحیت توضیحی دارد. به این ترتیب می‌توان نتیجه گرفت که اگر واقعیات‌های اجتماعی در کل توضیحی است بنابراین: ۱. این واقعیات اجتماعی درباره انواع مختلفی از گروه‌های اجتماعی (مقامات، قضات و شهروندان) می‌تواند توضیحی باشد؛ ۲. این واقعیات اجتماعی که با چندین گروه به‌طور هم‌زمان و باهم محقق می‌شود، می‌تواند توضیحی باشد.

برای مثال دیدگاه کوتز و رز را درباره قاعده بازشناسی که مخلوق قضات می‌دانند بررسی می‌کنیم. در نظر آن دو، جامعه قانونی بازشناسی‌کننده از قضات تشکیل یافته است. این دیدگاه به‌عنوان یک قاعده کلی توضیحی و علم سیاسی فرض شده است. کوتز و رز معتقدند که یک نوع خاص از واقعه اجتماعی درباره قضات (یعنی تفسیر مشترک آنان درباره حقوق اساسی که در قالب‌هایی نظیر فعالیت‌های اشتراکی همگانی، اراده‌گرایی جمعی سیرل، عرف - لوئیس و یا یک هنجار اجتماعی مجسم شده است) درصدد توضیح چیزی است که قضات انجام می‌دهند، درحالی‌که همان نوع خاص از واقعه اجتماعی درباره مقامات غیرقضایی

در صدد توضیح چیزی نیست که آن مقامات انجام می‌دهند. پیشنهاد این است که چنین اصل کلی یک مفهوم پوچ و عبث خواهد بود.^۱ واقعه اجتماعی درباره قضات (هر نوع واقعه اجتماعی می‌تواند باشد) نمی‌تواند در میان واقعه‌های اجتماعی دیگر مقامات غیر قضایی و حتی شهروندان ارجحیت توضیحی داشته باشد؛ زیرا هیچ دلیلی برای این ارجحیت وجود ندارد.

همان‌گونه که هر گروه از قضات در هر جامعه حقوقی می‌توانند بر تفسیر خود از حقوق اساسی پایبند بوده و واقعه اجتماعی خلق کنند، به همان شکل هر گروه از مقامات غیر قضایی یا شهروندان شاید بر برخی تفاسیر حقوق اساسی معتقدند و توافق دارند؛ همان نوع عمل اجتماعی که ایجادکننده قاعده بازشناسی قضایی است (که ممکن است فعالیت‌های اشتراکی همگانی، اراده‌گرایی جمعی سیرل، عرف - لوئیس یا یک هنجار اجتماعی باشد) می‌تواند رفتار و تصمیمات و نیات این گروه غیر قضایی را توضیح دهد همان‌طور که قاعده بازشناسی قضایی نیات و تصمیمات قضات را توضیح می‌دهد.

شاید کوتاه‌تر و رز بر این باور باشند که قضات در میان دیگر مقامات رسمی بهتر می‌توانند مواظب و مراقب حقوق اساسی بوده و از آن دفاع کنند در حالی که دیگر مقامات بیشتر خودخواه و مغرور هستند همچنان که اکثر شهروندان نیز به موضوعات حقوق اساسی جاهل و غافل می‌باشند. بنابراین فقط قضات می‌توانند درباره حقوق اساسی تفاسیر خاصی اتخاذ کنند و به این ترتیب واقعه اجتماعی شکل دهند که این واقعه اجتماعی برای توضیح عملی است که قضات انجام می‌دهند. بنابراین بنا به نظر کوتاه‌تر و رز عمل اجتماعی میان قضات در حقوق اساسی می‌تواند یک تأثیر توضیحی - پیشگویی متحدالشکل قدرتمندی داشته باشد. اما بیشتر

۱. شاید برداشت کوتاه‌تر و رز درباره ارجحیت قضات در جامعه‌ای مثل جامعه حقوقی ایالات متحده تا حدودی مصادق داشته باشد به این دلیل ساده که حداقل دیوان عالی این کشور تأثیر مهمی در تشخیص مطابقت مصوبات کنگره با قانون اساسی (Judicial Review) می‌گذارد اما در جامعه‌ای مثل جمهوری اسلامی ایران که تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی ویژگی سیاسی (شورای نگهبان) دارد و قضات در این خصوص تأثیر مهمی نمی‌گذارند نمی‌تواند پذیرفتنی باشد. بنابراین، ادعای کوتاه‌تر و رز درباره اینکه واقعه اجتماعی قضات به صورت یک اصل کلی در همه نظام‌های حقوقی از وقایع اجتماعی سایر گروه‌های اجتماعی ارجحیت توضیحی دارد با اشکال مواجه است.

دانشمندان سیاسی این تصویر استثناگرا را از قضات تکذیب می‌کنند. همان‌طور که قانونگذاران درباره انتخاب مجدد خود نگران و دلواپس هستند به همان اندازه قضات نیز درباره حفظ موقعیت رسمی خود یا انتصاب به یک شاخه عالی‌تر در نظام قضایی نگرانند و به همین دلیل ممکن است در مراقبت از حقوق اساسی راه خطا پیش گیرند. همان‌طور که قضات اهدافی را برای جلب رضایت عموم دارند، قانونگذاران و به‌خصوص ریاست‌جمهور نیز چنین اهدافی دارد و از این رو نمی‌توان برای ارجحیت توضیحی واقعه اجتماعی قضات گام برداشت.^۱

در هر حال حتی اگر عمل اجتماعی میان قضات درباره حقوق اساسی به‌طور یکسان توضیح‌دهنده رفتار قضایی باشد این امر به‌سختی امکان‌پذیر است که آن را یک واقعه ثابت و اصل کلی فرض کنیم. علم سیاسی مناسب و شایسته باید بر امکان اینکه قضات، مقامات و شهروندان بتوانند ردیفی از انگیزه‌ها و تحرکات داشته باشند، باز باشد و اگر علم سیاسی خوب و شایسته به‌طور جزئی کلی گراست پس باید بر این امر که عرف‌ها، هنجارها یا اراده‌گرایی جمعی منعکس شده در متن قانون اساسی می‌تواند درباره همه گروه‌های اجتماعی تأثیر توضیحی داشته باشد و نه فقط در مورد قضات باز باشد. پس تعیین قضات به‌عنوان جامعه قانونی بازشناسی‌کننده از سوی کوتز و رز^۲ - که به‌عنوان یک اصل کلی از

۱. این نکته اساسی به‌هیچ‌وجه نباید از خاطر یک محقق حقوق اساسی بیرون بماند که اصل تفکیک قوا در حقوق اساسی و علوم سیاسی فلسفه‌ای جز تعادل و توازن قوا ندارد. این اصل درصدد است که طغیان و تجاوز یک نهاد را از حکومت با واگذاری اختیارات مشابه به نهاد حکومتی دیگر خنثی کند. اگر ارجحیت توضیحی واقعه اجتماعی قضات را بپذیریم و اعمال این نهاد را از حکومت در برابر دیگر مقامات، بناکننده قانون بنامیم، خودبه‌خود اصل بزرگی را که تمام تلاش و تکاپوی متفکران سیاسی از زمان لاک، روسو و منتسکیو تا به حال برای استقرار آن صورت گرفته، به یک‌باره زایل می‌کنیم. بنابراین ادعای کوتز و رز درباره ارجحیت توضیحی واقعه اجتماعی قضات می‌تواند در مخالفت با اصل تفکیک قوا انجام شود. این چنین اقدامی نوع جدیدی از استبداد را فتح باب می‌کند. به‌عبارت‌دیگر خوفی که تاکنون متفکران حقوق اساسی از سوی قوه مجریه داشتند این بار به ناحیه قوه قضائیه کشانده می‌شود.

۲. در مورد اینکه رز قضات را به‌عنوان جامعه بازشناسی‌کننده به‌جای مقامات یا شهروندان مدنظر دارد باید اندکی احتیاط کرد؛ زیرا همان‌طور که قبلاً ذکر کردیم ما از گفته رز چنین استنباط می‌کنیم که گروه‌های مختلفی از قضات قواعد بازشناسی مختلف و متعددی می‌پذیرند و این نکته می‌رساند که رز به جامعه بازشناسی‌کننده واحد و منحصر باور نداشته است.

عمل علمی - اجتماعی فرض شده است -، تعیین مقامات به‌عنوان جامعه قانونی بازشناسی کننده هارت و نیز تعیین شهروندان به‌عنوان گروه قانونی بازشناسی کننده دورکین به‌محض اینکه به‌عنوان یک اصل کلی در علم جامعه‌شناسایی فرض شود بنا به همان دلایل مشابه عمیقاً مسئله‌ساز و مشکل‌ساز است.

۲-۳ قانون به‌مثابه یک مفهوم هنجاری

اگرچه هارت اقدام بزرگ خود یعنی مفهوم قانون را یک اثر توصیفی یا حداقل یک اثر غیرهنجاری معرفی می‌کند (وی این اثر را به‌عنوان یک تصنیف درباره جامعه‌شناسایی معرفی می‌کند) (Hart, 1994: 5; Pettit, 1993: 239-240; Perrey, 2001: 312-325) اما بلندپروازی دورکین در تفهیم اوضاعی هنجاری است که تحت آن قانون برای عمل فردی دلایل اصلی ایجاد می‌کند (Dworkin, 1986: 87-113; Perrey, 2001: 349-351; Hart, 1994: 240-244). دورکین و بسیاری از قانون‌شناسان دیگر هم در اردوگاه اثبات‌گرایی و هم در حقوق طبیعی، هنجاریت قانون را - اگر چنین هنجاریتی داشته باشد - به‌عنوان یک نوع هنجاریت اخلاقی می‌پندارند (Himma, 2004: 275-276; Hart, 1994: 202-203). دورکین مدعی است که جوامع بشری برای اعضای خود تعهدات اخلاقی مشترک ایجاد می‌کند و رز نیز مدعی است که قانون - چه به‌طور واقعی اقتدار اخلاقی داشته یا نداشته باشد - ضرورتاً مدعی اقتدار اخلاقی است (Himma, 1994: 276). بنابراین اقتدار اخلاقی می‌تواند در مرکز ثقل توجهات تحلیل ما قرار گیرد.

در خصوص ساختار دلایل اخلاقی که قانون برای عمل فردی ایجاد می‌کند، اختلاف بسیار وجود دارد. آیا قانون همراه با دیگر ملاحظات اخلاقی برای عمل فردی دلایل اخلاقی عادی و دست اول ایجاد می‌کند؟ یا اینکه دلایل اخلاقی ویژه و برتر - به نام دلایل استثنایی - است؟ یا شاید اصلاً این دلایل در کل اساسی نیست؟ احتمال دارد اقتدار اخلاقی قانون به‌جای اینکه عملی باشد، بیشتر نظری است (Hurd, 1991: 1611, 1615-1620). البته ما با روشن ساختن جواب این سؤالات کاری نداریم و فرض می‌کنیم که قانون نوعی از اقتدار اخلاقی

برخوردار است. در بطن نظریه اخلاقی معاصر در خصوص اینکه آیا اخلاق در ساختار اقتدار قانون اثرگرا و دارای اهمیت^۱ است یا خیر بحث بسیاری وجود دارد - (Green, 1998: 125-152) و نظریات نویسندگان قانون نیز به طور مؤثر در دو طبقه جای می‌گیرد: برخی نوعی و کلی است به این معنی که هم به دیدگاه اثرگرایی اخلاقی و هم به دیدگاه عدم اثرگرایی اخلاقی گرایش دارند. برخی دیگر غیرنوعی است. اما نظریات مهم‌ترین مؤلفان غیرنوعی و غیرعمومی براساس مفاهیم عدم اثرگرایی اخلاقی نظیر رضایت، وضعیت منصفانه و تکالیف خاص ترسیم شده است.

دو مثال از مؤلفان کلی و نوعی معاصر در نظریه‌های معرفت‌شناختی^۲ و تطابقی می‌توان نام برد. نظریه معرفت‌شناختی بیان می‌کند که قانونگذاران در برخی طرق مهارت اخلاقی دارند و تکالیف حقوقی و دیگر وضعیت‌های حقوقی به جهت پیگیری ملزومات اخلاقی از پیش موجود مقتدر و دارای اعتبار است (See Raz, 1979: 53-57, 70-80; Hurd, 1994: 1667-1677). اما نظریه تطابقی مدعی است که کارویژه و کارکرد قانون، در حل مسائل و معضلات تطابق و هماهنگی اخلاقی خلاصه می‌شود؛ یعنی هر عضو گروه اخلاقاً باید از قواعدی اطاعت کند که دیگر اعضا از آن تبعیت می‌کنند (Green, 1990: 89-121; Raz, 1979: 49). نظریه تطابقی به طور طبیعی بیشتر با فرض عرف - لوئیس مطابقت دارد. همچنین ممکن است با فروض فعالیت‌های اشتراکی همگانی، قواعد ساختاری یا هنجارهای اجتماعی تطابق داشته باشد. درباره نظریه‌های عدم اثرگرایی اخلاقی در اقتدار قانون می‌توان گفت که مؤثرترین آنها از لحاظ تاریخی نظریه مبتنی بر رضایت است - که از نظریات لاک استنتاج شده است - با این مفهوم برخی از افرادی که تابع قوانین یک گروه سیاسی هستند به تبعیت از این قوانین رضایت دارند و بنابراین به طور واقعی اخلاقاً به انجام و رعایت آنها متعهدند (See Ibid.: 158-187; Ibid.: 80-94). موانع و اشکال این نظریه این است که در

1. Consequentialist

2. Epistemic Account and Cooperative Account

میان افراد غیررسمی یعنی کسانی که از مقامات نظام نیستند، کمتر کسی وجود دارد که در گفتار رضایت خود را به تبعیت از قوانین ابراز کند و نظریه پردازان مدرن به این تفکر گرایش دارند که دیدگاه‌های مبتنی بر رضایت که بیشتر به رضایت فرضی یا ضمنی توجه دارد دچار اشکال است. رضایت تنها زمانی الزام آور است که به‌عنوان یک تعهد یا التزام ارادی باشد. رضایت فرضی مخصوصاً تأیید می‌کند که تعهدات فردی ممکن است ایفا گردد نه اینکه واقعاً باید انجام شود. درحالی که دیدگاه رضایت ضمنی به‌طور اساسی با گسترده قلمرو تعهد به خارج از محدوده رضایت صریح، تنها با تفسیر اعمال آزادی‌های مهم نظیر آزادی رأی دادن یا منع از مهاجرت به‌عنوان تعهداتی برای رعایت آنها موفقیت به‌دست می‌آورد.

نظریه‌های معاصر عدم اثرگرایی اخلاق درباره اقتدار قانون، درصدد است تا - با تعیین وضعیتی که در آن شهروندان ملتزم به رعایت قانون هستند حتی بدون اینکه تعهدی به انجام چنین تکالیفی داشته باشند - بر اشکالات و نارسایی‌های دیدگاه مبتنی بر رضایت غلبه کنند. مهم‌ترین نوع این نظریه‌ها را هارت و راولز تجلی داده‌اند که به تکلیف وضعیت برابر - یعنی تکلیف اخلاقی برای ایفای سهم یک فرد در ترتیبات و امور جامعه برای منافی که قبول داشته است - اشاره دارد (Simmons, 1979: 307). نظریه مشارکتی دورکین مدعی است اعضای یک جامعه سیاسی می‌توانند یک تکلیف ائتلافی و اتحادی برای رعایت هنجارهای تعیین شده به‌عنوان قانون با تفسیر مناسب و جذاب اعمال گذشته جامعه داشته باشند (Dworkin, 1980: 182-215).

بنابراین براساس دیدگاه متعارف، گفتمان هنجاری قانون از ساختار زیر تشکیل شده است: ۱. وجود یک گروه قانونی (شهروندان، مقامات یا قضات) در این مفهوم از قانون لازم می‌باشد؛ ۲. این گروه نوع صحیحی از واقعه اجتماعی عرضه و معرفی می‌کند (که می‌تواند فعالیت‌های اشتراکی همگانی، عرف - لوئیس، اراده‌گرایی جمعی سیرل یا هنجار اجتماعی باشد)؛ ۳. وضعیت حقوقی خاصی باید از این واقعه اجتماعی ناشی شده و

استنباط‌پذیر باشد؛ ۴. این وضعیت حقوقی که از برخی اشخاص (با هر نوع انگیزه اعم از فرض معرفت‌شناختی، تطابقی یا دیدگاه مبتنی بر رضایت، دیدگاه مبتنی بر وضعیت برابر، دیدگاه مشارکتی یا دیگر دیدگاه‌ها) اخذ شده است باید از نوعی اعتبار و اقتدار اخلاقی برخوردار باشد. بنابراین گفتنی است نه تنها انواع مختلف گروه‌های اجتماعی می‌توانند نوع واقعه اجتماعی را - که قانون بنا می‌نهد - ابراز کنند (همان‌طور که در بخش دوم مدلل ساختیم)، بلکه وضعیت‌های حقوقی ناشی از اعمال گروه‌های مختلف می‌تواند به‌طور اصیل برای اشخاصی که در آن وضعیت‌ها قرار می‌گیرند آمرانه و مقتدر باشد. درحقیقت چندین گروه - تمام گروه‌های موجود در یک نظام حقوقی کلان، تفسیر خاص و متمایزی از دیگر گروه‌های موجود در آن نظام برای خود اختیار کرده‌اند - می‌توانند باهم و به‌طور هم‌زمان در آن دسته از اعمالی درگیر شده و مشارکت کنند که وضعیت‌های حقوقی ناشی از آنها اخلاقاً برای همه - کسانی که در آن وضعیت‌ها قرار می‌گیرند - آمرانه و مقتدر است.

آیا این امر صحیح است که تفاسیر گروه‌های مختلف از حقوق اساسی ممکن است اقتدار فراگیر داشته باشد؟ یعنی آیا وضعیت‌های اعتباریافته با تفاسیر هریک از گروه‌ها، عموماً و اخلاقاً برای همه اشخاصی که در آن وضعیت قرار دارند - و نه فقط اعضای هریک از گروه‌ها - مقتدر و آمرانه است؟ شاید چنین نباشد. اقتدار ممکن است جزء جزء^۱ باشد (See Raz, 1979: 74, 77-78, 100). یعنی هر گروه اقتدار خود را داشته باشد. تکلیف «د» شاید برای شخص «الف» مقتدر باشد اما ممکن است برای شخص «ب» آمرانه و مقتدر نباشد. برای مثال اگر شخص «الف» اخلاقاً دارای تخصص و تجربه نبوده به تکلیف «د» رضایت داشته باشد، شاید شخص «ب» اخلاقاً دارای تجربه و تخصص بوده و هیچ رضایتی به تکلیف «د» ندارد. از این رو انواع مختلف گروه‌ها اعتبار و قدرت جزئی خود را داشته و در یک زمان خاص اعتبار و قدرت جزئی و تقسیم شده دارند.

در خصوص احتمال ایجاد تناقض بین تقابلات حقوقی ایجاد شده با تفاسیر گروه‌های مختلف از حقوق اساسی در جایی که تقابلات متعارض همگی در یک زمان و باهم برای افراد واحدی اقتدار و آمریت دارند چه باید گفت؟ این امر از طریق مستقیم و به‌طور شهودی قابلیت تحقق ندارد (Strauss, 2003: 245). تحقق این امر ناممکن است که یک تکلیف حقوقی اجرای عمل «الف» را از شخص «ب» درخواست کند و یک تکلیف متعارض دیگر از اجرای تکلیف «الف» با شخص «ب» ممانعت به‌عمل آورد. در هر حال حتی اگر تعارض تقابل‌های حقوقی به‌طور هم‌زمان و باهم اقتدار اخلاقی را بر فرد واحدی تحمیل کند این امر به‌سختی می‌تواند طرح گروه - نسبی را به تحلیل برد؛ زیرا به همان اندازه که تفسیر یک گروه از حقوق اساسی می‌تواند اعتبار و اقتدار اخلاقی را در خصوص برخی وضعیت‌های حقوقی برای بعضی افراد ایجاد کند، تفسیر گروه دیگر نیز می‌تواند به‌طور هم‌زمان اقتدار اخلاقی در برخی از وضعیت‌های حقوقی بر برخی اشخاص داشته باشد. بنابراین نمی‌توان گفت که فقط تفسیر یک گروه اجتماعی خاص بر عده‌ای از افراد اقتدار اخلاقی دارد.

در نهایت باید یادآوری کرد که حتی اگر فرضیه‌های رضایت، وضعیت منصفانه و تکلیف هماهنگی درباره اقتدار، یک گروه قانونی منحصر به فرد را مقتضی باشد در ترکیب با دیگر فرضیه‌ها نمی‌تواند چنین گروهی را اقتضا کند (See Raz, 1979: 75). این یک نکته عمومی و کلی است. فرضیه‌های اقتدار در اینجا به‌صورت انحصاری و منحصر به فرد پیش نمی‌رود. قانون می‌تواند اقتدار معرفت‌شناختی و یا اقتدار تطابقی داشته و اگر گفته طرف‌داران غیراثرگرای اخلاقی صحیح باشد همچنین اقتدار می‌تواند مبتنی بر رضایت، وضعیت منصفانه و تکلیف هماهنگی داشته باشد.

نتیجه‌گیری

کارل پوپر^۱ در مطلع بخش یکم کتاب *جامعه باز و دشمنان آن* (برای اطلاعات بیشتر نک).

1. Poper Karl

پوپر، ۱۳۸۰) به نقل از پریکلس آتنی^۱ می‌نویسد: «گرچه تنها عده‌ای اندک ممکن است مبدع سیاسی باشند، ما می‌توانیم درباره آن داوری کنیم». این قضیه را درباره مفهوم قانون نیز می‌توان تحلیل کرد. هرچند فلاسفه حقوق هر یک توانسته‌اند مبنای قانون را به طرز جالب تحلیل کنند ولی ما می‌توانیم در خصوص نظر آنها تأمل و داوری کنیم.

در بخش اول این مقاله چنان‌که ملاحظه شد دورکین، هارت و اثبات‌گرایان بعد از هارت نظیر کلمن، شاپیرو، کوتز و مارمور درباره تعیین جامعه‌بازشناسی‌کننده که اعمال و کردار آن پایه‌گذار قانون است (قضات در برابر مقامات و مقامات در برابر شهروندان) و درباره ماهیت دقیق این اعمال (عرف - لوئیس، فعالیت اشتراکی همگانی و قواعد ساختاری) و همچنین درباره اینکه آیا قانون کارویژه این اعمال به‌اضافه ملاحظات اخلاقی است (ادعای دورکین) یا فقط این اعمال زیربنای قانون محسوب می‌شود (اثبات‌گرایان) باهم توافق ندارند. اما در همین حال یک توافق گسترده و فراگیر در خصوص این امر وجود دارد: در هر نظام حقوقی یک جامعه‌بازشناسی‌کننده قانونی منحصر وجود دارد که وقایع اجتماعی، قانون آن نظام حقوقی را ایجاد می‌کند. از آنچه در این بخش بحث شد، نتیجه گرفتیم که ادعای هیچ‌یک از آنان درباره تعیین جامعه‌بازشناسی‌کننده راه صواب نمی‌پیماید؛ زیرا هر کدام اصل کلی را در پیش گرفته‌اند. هارت حلقه جامعه‌بازشناسی‌کننده را به گردن مقامات در معنای وسیع آن می‌آویزد در حالی که شاگردان اثبات‌گرایش (کوتز و رز) خرده‌گروهی از مقامات - یعنی قضات - را شایسته این حلقه می‌دانند. همچنین دورکین ضداثبات‌گرا در مشابهت ضمنی با دستورگرایان توده‌ای، شهروندان را شایسته چنین عنوانی تصور می‌کند. هیچ‌یک از این ادعاها مادام که اصل کلی به‌شمار آید راهی از پیش نخواهد برد.

اما در بخش دوم و سوم به این نتیجه رسیدیم که اگر مبنای قانون را واقعه اجتماعی بدانیم که از اعمال یک یا چند گروه ناشی می‌شود به‌هیچ‌وجه نمی‌توان ادعا کرد که در میان این همه گروه اجتماعی، واقعه اجتماعی یک گروه منحصر پایه‌گذار قانون باشد. باید

اذعان کرد که نه واقعه اجتماعی مخصوص یک گروه خاص (مقامات، قضات یا شهروندان) به تنهایی می‌تواند قانون یک نظام حقوقی معین را بنا گذارد و نه این واقعه اجتماعی دارای اولویت توضیحی یا هنجاری در میان واقعیات اجتماعی دیگر گروه‌هاست. بنای قانون را نمی‌توان کارویژه یک گروه خاص در هر قلمرو معین فرض کرد. شاید اگر قدری مبالغه کنیم، می‌توانیم بگوییم قانون، کارویژه تمام چیزی‌هایی است که در بطن هر سرزمین مشخص وجود دارد. از این رو در این دو بخش نظریه گروه - نسبی قانون را برای حل اختلاف در تعیین جامعه بازشناسی‌کننده و همچنین حل اختلاف بر مبنای قانون مطرح کرده و از آن دفاع کردیم.

در هر جامعه سیاسی امکان این امر تقریباً صفر است که همه اعضای آن جامعه بر یک تفسیر و تعبیر از حقوق اساسی متفق‌القول باشند. بلکه در خصوص یک قضیه حقوق اساسی، شهروندان یک نظام سیاسی درک متفاوت و مختلفی از آن خواهند داشت. این سؤالات را در نظر بگیرید: آیا متن قانون اساسی تنها متن منحصر به فرد حقوق اساسی هر جامعه است؟ آیا اراده و قصد تنظیم‌کنندگان قانون اساسی در تفسیر آن راهگشا می‌باشد؟ آیا فلان نهاد که برای حل مناقشات و مجادلات قانون اساسی ایجاد شده است کلام آخر و نهایی را در این مجادلات می‌زند؟ آیا صلاحیت قاعده‌سازی قانونگذار نامحدود و فراتر از هر گونه قالب‌گیری است یا اینکه این صلاحیت چارچوب خاص خود را دارد و محدود است؟ امکان ندارد که همه افراد و گروه‌های موجود در یک جامعه سیاسی به این سؤالات جواب واحدی دهند. بلکه فراتر از این، جواب سؤالات از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است، و این همان ادعایی است که ما می‌گوییم قانون یک مقوله گروه - نسبی است.

به عبارت دیگر، در یک جامعه سیاسی هیچ جامعه بازشناسی‌کننده واحد و منحصر به فردی وجود ندارد بلکه اعمال هر کدام از گروه‌ها و نهادها می‌تواند مجموعه‌ای از تفاسیر حقوق اساسی بنیان نهد که به عنوان مبنای قانون در آن جامعه سیاسی مدنظر قرار گیرد. دیوان عالی در هر جامعه سیاسی ممکن است یک مجموعه‌ای از تفاسیر مبتنی بر حقوق اساسی ایجاد کند، نهاد ریاست جمهوری نیز در نوبه خود می‌تواند مجموعه‌ای

متفاوت را بنیان گذارد، اعمال قضات، شهروندان و حتی غیر شهروندان (مثلاً بیگانگان) هریک ممکن است برای خود مجموعه‌ای از تفاسیر متفاوتی درباره حقوق اساسی داشته باشند. البته در اینجا نباید چنین فکر کرد که واقعیات اجتماعی درباره یک خرده اجتماع از افراد (مثلاً شهروندان چشم آبی بالای ۵۵ سال) می‌تواند یک مجموعه مشخص و متمایزی را درباره حقوق اساسی تعریف کند. بلکه این گروه برای اینکه بتواند دیدگاه خاص و مستقلی درباره حقوق اساسی داشته باشد باید بعضی معیارهای عمل جمعی یا نظایر آن را برآورده کند تا حسن نیت و جدیت آن برای شناخته شدن به عنوان یک گروه ابراز شود. به علاوه مجموعه مشخصی که گروه درباره حقوق اساسی به رسمیت شناخته است شاید لازم باشد که به نحو مناسب و کافی در فعالیت‌های واقعی اعضای گروه و حتی افراد خارج از گروه تجلی یابد. بنابراین مبنای قانون مقوله‌ای گروه - نسبی است و ما در داخل هر نظام حقوقی کلان، با خرده نظام‌هایی مواجه هستیم که هریک سهم خود را در پی نهادن نظام حقوقی ایفا کرده یا در حال ایفا کردن است.

حال که نظریه گروه - نسبی درباره بنای قانون ثابت شد، اجازه دهید تصویر را اندکی وسیع‌تر کنیم. نظریه گروه - نسبی نه تنها در خصوص مبنای قانون صادق است بلکه می‌تواند در حقوق اساسی و حتی مقوله‌های حقوق بشر نیز صادق باشد. با استناد به دیدگاه گروه - نسبی می‌توان ادعا کرد که حقوق بشر موضوعی گروه - نسبی است و لزوماً باید خود را با چند مدل و تنوع فرهنگی تطبیق دهد. نمی‌توان مدعی شد که فلان قاعده از حقوق بشر که در نظام حقوقی «الف» قابل اعمال است به همان شکل در نظام حقوقی «ب» قابلیت اعمال داشته باشد؛ زیرا هنجارهای حقوقی، ویژگی گروه - نسبی دارد. هنجار حقوقی یا اصلاً نظام حقوقی آن چیزی است که همه خرده گروه‌های موجود در یک نظام حقوقی کلان آن را باور دارند و به آن گردن می‌نهند. بنابراین مقولات حقوق بشر مثل برابری زن و مرد، نظام تفکیک قوا، آزادی تشکل و اجتماعات، آزادی بیان و بسیاری از موضوعات دیگری که در اندرون نظام حقوق بشر تحلیل می‌شود ویژگی گروه - نسبی دارد و نباید انتظار داشت

که مثلاً مقوله آزادی عقیده در دو نظام حقوقی «الف و ب» به یک صورت اجرا شود. نظام حقوقی «الف» که تمام خرده نظام‌های حقوقی موجود در بطن آن چنین نظامی ایجاد کرده است، شاید محدودیت‌هایی را بر این مقوله از حقوق بشر قائل است که نظام حقوقی «ب» چنین محدودیتی را نمی‌پذیرد و این همان ویژگی گروه - نسبی قانون یا حقوق بشر و حقوق اساسی است که می‌تواند دستاویز محکمی بر این امر باشد که حقوق بشر بیش از همه نسبی گراست.

شاید این اشکال پیش آید که نظریه گروه - نسبی نمی‌تواند درباره حقوق بشر در مواردی صادق باشد که یک نظام حقوقی مصداق حقوق بشر را کلاً نفی می‌کند و حال آنکه دیگری آن را قبول دارد. در جواب باید گفت که ما مدعی هستیم حقوق بشر مقوله‌ای نسبی است. همین که یک نظام حقوقی مصداقی را نمی‌پذیرد در حالی که دیگری آن را قبول دارد خود مهر تأیید محکمی است بر نظریه گروه - نسبی حقوق بشر. اگر یک نظام حقوقی مصداقی را از حقوق بشر کلاً نفی کند (به هر دلیل حتی به علت انزوا از جامعه بشریت) آیا نمی‌توان گفت که این نفی مصداق، خود یک واقعه اجتماعی است که از عملکرد اجتماعی خرده گروه‌های موجود در بطن آن نظام حقوقی کلان ناشی شده است؟ علاوه بر آن حقوق بشر به همراه تمامی مصادیق و قواعد خود، یک اصل کلی است ولی نفی یک مصداق از این اصل کلی نمی‌تواند دلیلی بر انکار کل حقوق بشر باشد. همچنان که این اقدام نمی‌تواند نظریه گروه - نسبی حقوق بشر را تحلیل کند بلکه برای اثبات آن گام می‌نهد.

منابع و مأخذ

پوپر، کارل (۱۳۸۰). *جامعه باز و دشمنان آن*، ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران، خوارزمی، چ سوم.

Adler, Matthew D. (2000). *Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview*, 148 U.P.A.L.REV. N. 44.

_____ (2004). *Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law?*, University of Pennsylvania Law School.

Bratman, Michael (1997). *Faces of Intention*, Raimo Tuomela eds.

Brest, Paul (1980). *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U.L.REV.

Coleman, Jules L. (2001). *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Cambridge University Press.

Cover, Robert M. (1983). *Foreword: Norms and Narrative*, 97 HARV.L.REV.

Dickson, July (2001). *Evaluation and Legal Theory*, Cambridge University Press.

Dworkin, Ronald (1986). *Law's Empire*, Oxford University Press.

_____ (1989). *Liberal Community*, 77 CAL.L.REV.

Eksridge, Jr. William N. (2002). *Some Effects of Identity-based Social Movements on Constitutional Law in the Twentieth Century*, 100 MICH.L.REV.

Elester, Jon (1989). *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge University Press.

Green, Leslie (1990). "The Authority of The State", *The Philosophical Review*.

Greenawalt, Kent (1987). *The Rule of Recognition and the Constitution*, 85 MICH.L.REV.

Harman, Gilbert (1977). *The Nature of Morality: An Introduction to Ethics*.

Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*, Oxford University Press, (2d ed.).

Himma Einer, Kenneth (2004). *Law's Claim of Legitimate Authority*, in Hart's Postscript.

_____ (2002). *Inclusive Legal Positivism*, In *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Jules Coleman & Scott Shapiro eds.).

_____ (2003). *Making Sense of Constitutional Disagreement; Legal positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in United States*, 3 J.Law in Society.

Hurd, Heidi M. (1991). *Challenging Authority*, 100 YALE L.J.

Kutz, Christopger (2001). *The Judicial Community*, 11 Phil, Issues 462.

Lagerspetz, Eerik (1995). *The Opposite Mirrors: An Essay on The Conventionalist Theory of Institutions*, Kluwer Academic Publisher.

- Leiter, Brian (2007). *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis*, In Hart's Postscript.
- Leslie, Green (1996). *The Concept of law Revisited*, 94 MICH.L.REV.
- Lewis, David (1969). *Convention: A Philosophical Study*, Oxford University Press.
- Marmor, Andrei (1998). Legal Conventionalism 4 Legal Theory.
- McAdams, Richard H. & Eric Rasmusen (2005). *Norms in Law and Economics*, Forthcoming in Handbook of Law and Economics (A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell ed.).
- Miller, Seumas (2001). *Social Action: A Teleological Account*, Cambridge University Press.
- O.Brink, David (1989). *Moral Realism and The Foundations of Ethics*, Cambridge University Press.
- Perry, Stephen R. (2001). *Hart's Methodological Positivism*, In Hart's Postscript: Essay on the Postscript to the Concept of Law (Jule Coleman ed.).
- Pettit, Philip (1993). *The Common Mind: An Essay on Psychology, Society and Politics*, Oxford University Press.
- Raz, Joseph (1979). *The Authority of Law: Essay on Law and Morality*, Blackwell Publishing.
- Searle, John R. (1995). *The Construction of Social Reality*, Cambridge University Press.
- _____ (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press.
- _____ (1990). *Collective Intentions and Actions, in Intentions in Communication* (Philip R. Cohen et. al. eds.).
- Shapiro, Scott (2002). Law Plans and Practical Reason, 8 Legal Theory.
- Simmons, John (1979). *The Principle of Fair Play*, 8 Phil & AFF.
- Strauss, David A. (2003). *Common Law, Common Ground, and Jefferson's Principle*, 112 YALE L.J.
- Sugden, Robert (1998). *Conventions, in the New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Peter Newman ed.).
- Ullmann-Margalit, Edna (1977). "The Emergence of Norms", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, No. 122 (Jan., 1981).
- Waldron, Jeremy. Normative(or Ethical) Positivism, in Hart's Postscript.