

## تئوری حقوق اساسی چیست؟\*

دیوید استراس

ترجمه: مجتبی همتی و حسین نبی لو\*\*

چکیده: تئوری حقوق اساسی دقیقاً به چه معناست؟ چگونه می توان گفت که تئوری حقوق اساسی (آن گونه که پروفیسور فالون<sup>۱</sup> به درستی می گوید) هم توصیفی<sup>۲</sup> و هم تجویزی<sup>۳</sup> باشد و فرض شود که نتایجی را به بار می آورد که از نظر اخلاقی درست می باشد اما طرفداران تئوری را با مشکل مواجه سازد؟ در پاسخ، پروفیسور استراس استدلال می کند که یک تئوری حقوق اساسی در مقام ترسیم و فراهم کردن مبانی توافقی است که در چارچوب یک فرهنگ حقوقی وجود دارد و در مقام توسعه اصول مورد قبول، در حل مسایل مناقشه آمیز است. برای مثال، در فرهنگ ما، توافقی گسترده هم در مورد اصول انتزاعی - همانند این ایده که متن قانون اساسی مهم است اما همچنین سابقه و رویه قضایی نیز، در تفسیر قانون اساسی مهم هستند - و هم در مورد نکات خاص حقوقی، همانند مشروعیت تصمیم در قضیه براون علیه هیأت آموزشی<sup>۴</sup>، وجود دارد. یک تئوری حقوق اساسی در مقام سازماندهی این مسائل و دیگر مسائل مورد توافق به روشی می باشد که نتایج را در فضایی که هیچ توافقی وجود ندارد، تجویز کند. در این سبک، یک تئوری حقوق اساسی با یک تفسیر از قواعد گرامری یک زبان یا شاید با تئوری واقعیت علمی یا ریاضی قابل قیاس باشد.

### مقدمه

صاحب نظران متعدد - نه تنها قضات و حقوقدانان - نگرش هایی در مورد چگونگی تفسیر قانون اساسی دارند. پروفیسور فالون، در مقاله ای ناقد و معنادار، استدلال می کند که این افراد "حداقل

\* - منبع متن، مجله حقوقی کالیفرنیا، جلد ۸۷، ۱۹۹۹، صص ۵۹۲ - ۵۸۱ می باشد.

\*\* - مجتبی همتی: دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، حسین نبی لو: دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

1- Professor Fallon

2- Descriptive

3- Prescriptive

4- Brown v. Board of Education

فروضات ضمنی<sup>۵</sup> درباره متدولوژی (روش شناسی) مناسب ارائه می‌دهند.<sup>۶</sup> یا به عبارت دیگر، آنها به صورت ضمنی با تئوری حقوق اساسی موافق بوده و از آن حمایت می‌کنند.

صاحب نظران دیگر خیلی مردد بوده، بر این باورند که تئوری حقوق اساسی، حداقل در شکل مرسوم خود، بی حاصل و خود نمایانه<sup>۷</sup> است و برای افراد علاقه‌مند، در تصمیم‌گیری پیرامون موارد واقعی، کمتر قابل استفاده است.<sup>۸</sup> اما به صورت درست و منطقی تئوری حقوق اساسی چیست؟ تبیین روشن فالون از تئوری حقوق اساسی ماهیت متناقض آن را آشکار می‌سازد. تئوری حقوق اساسی تجویزی است - تئوری مزبور در مقام بیان این امر به مردم است که چه چیزی انجام دهند - اما در عین حال این تئوری، توصیفی نیز هست، زیرا نمی‌تواند به کلی از رویه‌های موجود بدور باشد.<sup>۹</sup> فالون به صورت قانع‌کننده‌ای استدلال می‌کند که یک دلیل موجه برای قبول تئوری حقوق اساسی این است که منجر به نتایجی مطلوب می‌گردد.<sup>۱۰</sup> اما او به طور منطقی می‌گوید زمانی که یک تئوری همچنین به برخی نتایجی می‌انجامد که طرفداران آن تئوری را با دشواری مواجه می‌سازد، می‌توانیم در اصولی بودن ایده‌های طرفداران آن تردید کنیم.<sup>۱۱</sup>

مطمئناً پروفیسور فالون درست می‌گوید که تئوری‌های حقوق اساسی، بصورت ماهوی، بر مبنای این که آیا حاکمیت قانون، دموکراسی سیاسی و حقوق افراد را رواج می‌دهند یا نه بایستی پذیرفته یا رد شوند.<sup>۱۲</sup> اما اگر تئوری‌های مزبور تنها ضوابط باشند، سخت است تا تمایز بین تئوری حقوق اساسی و فلسفه سیاسی صرف (که هیچ تلاشی در جهت تثبیت فلسفه سیاسی صرف در قانون اساسی ایالات متحده انجام نمی‌شود) را متمایز سازیم. چگونه می‌توان این تناقضات ظاهری در ماهیت تئوری حقوق اساسی را با هم آشتی داد؟

<sup>5</sup>- Implicit Assumptions

<sup>6</sup>- Richard H. Fallon, Jr., *How to Choose a Constitutional Theory*, 87 CALIF. L. REV. 535, 575 (1999)

<sup>7</sup>- Aride and Pretentious.

<sup>8</sup>- See, e.g., Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 N.Y.U.L.REV. 1 (1998): see also the discussion in Fallon, supra note 1, at 572-74

<sup>9</sup>- See Fallon, supra note 1, at 540-41

<sup>10</sup>- See id. at 538.

<sup>11</sup>- See id. at 540.

<sup>12</sup>- See id. at 539. پروفیسور فالون اظهار می‌دارد که معیار "تناسب" نیز می‌تواند به عنوان عنصر چهارم نقلی

See id. at 550 n.70,

گردد ولی تأکید اصلی وی بر این سه معیار هنجاری است.

## تئوری حقوق اساسی و توجیه آن

من معتقدم، می‌توانیم تئوری حقوق اساسی را بهتر درک کنیم، اگر ما آن را به مثابه توجیه اعمال قدرت تصور کنیم. به صورت خاص، تئوری حقوق اساسی تلاشی است در جهت توجیه یک مجموعه از تجویزات پیرامون این که چگونه در مورد برخی مسایل مناقشه‌آمیز حقوق اساسی بایستی اتخاذ تصمیم شود. مخاطب توجیه، مردمانی هستند که در چارچوب یک فرهنگ حقوقی خاص زندگی می‌کنند (البته، در مورد قانون اساسی ایالات متحده، فرهنگ حقوقی ایالات متحده). تئوری حقوق اساسی تجویزات خود پیرامون مسایل مناقشه‌آمیز را بواسطه ترسیم مبانی توافقی که در چارچوب فرهنگ حقوقی وجود دارد توجیه می‌کند و سعی می‌کند تا آن اصول مورد توافق را در راستای تصمیم‌گیری پیرامون موضوعات جنجال‌برانگیز تسری دهد. این مفهومی از توجیه است که توسط جان رولز در تئوری عدالت ارائه شده است:

"توجیه استدلالی است که مخاطب آن افرادی هستند که با ما موافق نیستند یا مورد خطاب آن خودمان هستیم وقتی که، دارای دو ذهنیت هستیم. آن [توجیه] اختلاف نگرش‌ها بین افراد یا در [دنیای] درونی یک فرد را فرض می‌گیرد و در مقام اقتناع دیگران یا خودمان از عقلانی بودن اصولی است که ادعاها و داوری مان مبتنی بر آنها است. توجیهی که برای آشتی دادن از طریق منطق و خرد و استدلال طراحی شده است، از نقاط مشترک طرف‌های [حاضر] در گفتگو آغاز می‌کند ... استدلال ... از برخی اجماعات شروع می‌شود. این ماهیت توجیه (موجه سازی) است."<sup>۱۳</sup>

موضوعات مورد توافق و مشترک زیادی درون فرهنگ حقوقی آمریکایی وجود دارد. برخی کاملاً انتزاعی بوده، برخی دیگر کاملاً واقعی هستند. هیچ کس انکار نمی‌کند که قوه موسس قانون اساسی اهمیت دارد، در واقع امر هم اهمیت زیادی دارد. همان گونه که فالون تأکید می‌کند، این امر به طور ساده، واقعیتی در مورد فرهنگ حقوقی است.<sup>۱۴</sup> دلیلی که [بر آن اساس] قانون اساسی قانون است، این نیست که آن قانون بودن خودش را اعلام می‌کند، اگر دلیل (ادعای خود قانون اساسی) باشد، هر سندی که اعلام کند قانون است الزاماً می‌توان بدان طریق با آن رفتار کرد.<sup>۱۵</sup> قانون اساسی از یک وضعیت حقوقی در جامعه ما بهره‌مند است که اصول کنفدراسیون-یا، بدان دلیل، اعلامیه استقلال-از

<sup>13</sup>- John Rawls, A Theory of Justice. 580-81 (1971).

<sup>14</sup>- See Fallon, *supra* note 1, at 544.

<sup>15</sup>- See Frederick Schauer, Amending the Presuppositions of a Constitution, in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* 145, 148-54 (Sanford Levinson ed., 1995).

آن بهره‌مند نیست، اما به صورت عمیق‌تر، دلیل امر این هست که فرهنگ ما قبول دارد که با قانون اساسی بدان طریق رفتار نماید.

درفهنگ حقوقی ما پیرامون موضوعات بنیادین دیگری نیز توافق وجود دارد. در سطح انتزاعی، احتمالاً همگان موافق هستند که برای قانونگذار چیزی با اهمیت بوده است، البته اگرچه اختلاف نظرهای زیادی پیرامون این که برای قانونگذاران چه چیزی مهم بوده است، وجود دارد. تقریباً همگان نیز تصدیق می‌کنند که در تفسیر قانون اساسی، رویه قضایی نقش مهمی دارند. همچنین درباره موضوعات نسبتاً عینی نیز توافق وجود دارد. برای مثال، امروزه، همگان موافق هستند که قضاوت در پرونده ی براون علیه هیأت آموزشی<sup>۱۶</sup> به صورت درست و منصفانه بوده است (یا حداقل نظام قضایی عمل غیر قانونی انجام نداده است).<sup>۱۷</sup> به نظر نمی‌رسد کسی بیشتر از این، تردید کند که لایحه حقوق<sup>۱۸</sup> به ایالتها اعمال شود<sup>۱۹</sup>، و برای مثال، توافق عامی در مورد طرح اساسی اولین دکترین اصلاحی وجود دارد: تئوری محدودیت قضایی که قضات را ملزم به تعلیق قانون محدود کننده آزادی بیان می‌کند - تئوری‌ای که توسط قاضی فلیکس فرانک فورتر<sup>۲۰</sup> چند دهه پیش<sup>۲۱</sup> پذیرفته شد - امروز نمی‌تواند مورد قبول باشد.

<sup>16</sup> - 374 U.S. 483 (1954).

<sup>17</sup> - I add this qualification because it may be acceptable within the legal culture to say that the Court should have done something other than invalidate segregation in Brown—for example, that it should have allowed segregation but insisted on genuine equality. For this view, see Louis Michael Seidman, Brown and Miranda, 80 CALIF. L. REV. 673 (1992), But this is an argument that the Court was usurping the power of other branches or was acting wholly outside its authority.

<sup>18</sup> - Bill of Rights

<sup>19</sup> - For the summary of the current law on this subject, see Geoffrey R. Stone et al., Constitutional Law 811-12 (3d ed, 1996). For an important recent discussion, see, Akhil Reed Amar, The Bill of Rights (1998).

<sup>20</sup> - Justice Felix Frankfurter

<sup>21</sup> - See, for example, his separate opinions in *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 517-56 (1951) (Frankfurter, J., concerning), and *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319, U.S. 624, 646-71 (1943) (Frankfurter, J., dissenting). The *locus classicus* of this theory, cited by Frankfurter. Is James B. Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. 7 Harv. L. REV. 129 (1893).

## الف: سه تئوری و چگونگی کارکرد آنها

تئوری حقوق اساسی سعی دارد تا این موضوعات مشترک و مورد توافق را بپذیرد و آنها را در سبکی سازماندهی کند که حداقل دو ضابطه را فراهم خواهد کرد، اول، تئوری مزبور نمی‌تواند هیچ کدام از موضوعات مورد توافق درون فرهنگ حقوقی که کاملاً موضوعات نهادینه شده‌ای هستند را انکار کند، همانند ربط متن قانون اساسی یا اصوله، مشروعیت رای براون. دوم، تئوری مزبور بایستی چیزی در مورد این که چگونه رویکردی به مسایل مناقشه‌آمیز داشته باشد، ارائه دهد. وگرنه، نکات کمی در ارائه یک تئوری وجود دارد. برای مثال تئوری‌های اصالت‌گرا،<sup>۲۲</sup> مبتنی بر توافق بسیار مستحکم در مورد بی‌ارتباطی<sup>۲۳</sup> متن و برداشت اولیه هستند. بسیاری از اصالت‌گرایان همچنین نیاز به مقید کردن قضات را مورد تأکید قرار می‌دهند<sup>۲۴</sup> - طرح دیگری که، حداقل تا حدی، به صورت گسترده در فرهنگ حقوقی ما وجود دارد. اصالت‌گرایان و متن‌گرایان<sup>۲۵</sup> در مقام پذیرش آن نکات مشترک بوده و می‌خواهند آنها را توسعه دهند تا موضوعات مناقشه‌آمیز را پوشش دهد. برای مثال اصالت‌گرایان استدلال خواهند کرد که مجازات مالی<sup>۲۶</sup> احتمالاً نمی‌تواند در چارچوب مفهوم و معنای اصلاحیه هشتم مجازات ظالمانه و غیر معمول باشد زیرا متن قانون اساسی در صدد است که مجازات مالی مورد تأیید خواهد بود: مجازات مالی معمول است و مطابقت آن با قانون اساسی، در زمانی که اصلاحیه هشتم تصویب می‌شد مورد تردید نبود و با این وجود هر رویکرد دیگری نسبت به شرط (Clause) مجازات ظالمانه و غیر معمول اساساً می‌تواند به قضات اجازه دهد تا آن شرط را آن گونه که می‌خواهند تفسیر کنند.<sup>۲۷</sup>

با این وجود، تئوری‌های اصالت‌گرا آشکارا در مورد موضوعات ثابت همانند مشروعیت رای براون عاجز مانده‌اند. بسیاری از صاحب‌نظران بر این باورند که بانیان اصلاحیه چهاردهم معتقد نبودند قانونی بودن<sup>۲۸</sup> تفکیک مدارس عمومی را به چالش می‌کشیدند.<sup>۲۹</sup> در فرهنگ حقوقی ما، تئوری‌ای که بر

<sup>22</sup> - Originalist theories.

<sup>23</sup> - Non-irrelevance.

<sup>24</sup> - See, e.g., Scalia, *supra* note 10, at 863

<sup>25</sup> - Textual theories

<sup>26</sup> - Capital punishment.

<sup>27</sup> - See, e.g., Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* 213-14, 219-20 (1990); Scalia, *supra* note 10, at 863.

<sup>28</sup> - Constitutionality

<sup>29</sup> - For a summary of the evidence, see Stone et al., *supra* note 13, at 525.

مشروعیت رأی براون صحه نگذارد، به دلایل ذکر شده غیر قابل قبول است. بنابراین اصالت گرایان بایستی طرقي را برای تعديل رأی براون پیدا بکنند.<sup>۳۰</sup> متن گرایان و اصالت گرایان حتی با یک مشکل حاد مثلاً (با موضوع بولینگ علیه شارپه<sup>۳۱</sup>)<sup>۳۲</sup> مواجهند، پرونده ای همرديف با براون که تفکیک در مدارس منطقه کلمبیا را بی اعتبار اعلام کرد.

منطقه کلمبیا توسط کنگره اداره می شود و شرط حمایت برابر - شرطی که براون بر آن متکی است - تنها به ایالت ها اعمال می شود.<sup>۳۳</sup> تا آنجایی که من آگاه هستم، هیچ دفاع اصالت گرایانه ای از این تصمیمات و هیچ گزارش متن گرایانه ای از پرونده بولینگ، تا بحال اقبال عمومی را جلب نکرده است. دیگر تئوری های حقوق اساسی می توانند این موضوعات تثبیت شده را تفسیر کنند اما با مشکلات خاص خودشان مواجهند. برای مثال، پرونده های براون و بولینگ، مواردی هستند که به آسانی با تئوری که اهمیت سابقه قضایی را نسبت به متن مورد تأکید قرار می دهد، سازگار بوده و قانون اساسی آمریکا را به عنوان یک نظام اولیه حقوق عرفی تصور می کنند.<sup>۳۴</sup> هم قضیه براون و هم بولینگ می تواند بعنوان نتیجه و پیامد نوع توسعه حقوق عرفی تلقی شود که ویژگی خاص حقوق عرفی است و در آن تغییر و نوآوری در دکتترین مجاز است اگر محصول یک سیر تکاملی باشد و مورد حمایت استدلال های خوب سیاسی یا منصفانه قرار گیرد.<sup>۳۵</sup> رویکرد حقوق عرفی در جهت حمایت از دیگر نگرش ها، در حوزه های مورد مناقشه نیز به کار می رود، برای مثال، بر اساس شروط تجاری و شروط ضرورت و تناسب، درک اصلی و اولیه از حوزه قدرت کنگره هر چه باشد، حالا ما دهه های سابقه قضایی را داریم که به کنگره قدرت کاملاً وسیع و گسترده می دهد. بر اساس رویکرد حقوق عرفی، در این شرایط برداشت های اولیه بسیار کم اهمیت هستند. با این وجود، رویکرد حقوق عرفی به قانون اساسی، مشکلات خاص خودش

۳۰- یک روش محتمل این است که بر خلاف نگرش جنجالی، استدلال کنیم که تفسیر و درک اصیل اصلاحیه چهاردهم واقعاً تفکیک را محکوم می کنند، با این حال این نگرش مقبولیت گسترده ای را کسب نکرده است.

۳۱- *Bolling v. Sharpe*

۳۲- 374 U.S. 497 (1954).

۳۳- See U. S. Const, Amend. XIV.

دادگاه در پرونده بولینگ متکی بر شرط فرآیند مناسب اصلاحیه پنجم بود، اما آن در زمانی تصویب شد که نه تنها تفکیک بلکه بردگی نیز شایع بود و حذف دولت فدرال از شرط حمایت برابر بندرت میتواند غیر عمدی تلقی گردد. شرط حمایت برابر بخاطر جنگ شهری پیش نویس شد، زمانی که پیچیدگی و اغتشاش ایالت ها و دولت ملی مخصوصاً غیر محتمل بود.

۳۴- For a defense of such a view, see David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. Chi.L.Rev.877(1996).

۳۵- See id.at 902-03 & n.61.

را دارد. علی‌الخصوص این رویکرد بایستی در جستجوی روشی باشد تا این واقعیت را تبیین کند که در نظام ما بدون شک متن، مهم و اساسی است؛ قانون اساسی آمریکا تماماً مشتمل بر رویه‌ها نیست.<sup>۳۶</sup> تئوری دیگری که توسط فالون بحث گردید- یعنی تئوری بوروس اکرمین<sup>۳۷</sup> که می‌گوید قانون اساسی به طور مؤثر به موازات بالا رفتن شعور سیاسی<sup>۳۸</sup> توسط مردم اصلاح شده است- یک ویژگی خاص دارد.

تئوری اکرمین گزینه‌ها و پیشنهادهای را مطرح می‌کند که به صورت جهانی درون فرهنگ حقوقی ما پذیرفته شده است و بنابراین تلاش دارد تا آن موضوعات مورد توافق را به مواد خیلی جنجالی تسری دهد. در پرونده اکرمین، موضوعات مورد توافق شامل موضوع خیلی پایه، مشروعیت خود قانون اساسی و یک موضوع تقریباً اساسی یعنی مشروعیت اصلاحات بعد از جنگ داخلی قانون اساسی می‌گردد. نه قانون اساسی اولیه و نه اصلاحات مربوط به جنگ داخلی مطابق با رویه‌هایی که در زمان ایجاد چنین تغییراتی در قانون مشخص شد، تصویب نشدند. ایالت‌های جنوبی به طور مؤثر به پذیرش اصلاحات جنگ داخلی وادار شدند و قانون اساسی اولیه بر اساس رویه‌هایی که در اصول کنفدراسیون مشخص شد تصویب نگردید. اکرمین می‌گوید: هر فردی که مشروعیت قانون اساسی و اصلاحیه‌های جنگ داخلی را پذیرفت- و اساساً هر شخصی می‌پذیرد - بایستی بپذیرد که ماده ۵ قانون اساسی ( که بیانگر چگونگی اصلاح قانون اساسی است)، انحصاری نیست و [نیز باید بپذیرد] که قانون اساسی می‌تواند به طرق دیگری نیز اصلاح گردد. این [امر] اکرمین را قادر می‌سازد تا استدلال کند که بررسی جدید به مثابه بازنگری عمل می‌کند. به صورت کلی‌تر، آن [امر] او را قادر می‌سازد تا نتیجه‌گیری‌های جنجالی حول محور روشی که این اصلاحیه‌های غیر منظم بایستی با هم سازگار باشند، ترسیم کند و [همین طور نتیجه‌گیری‌های جنجالی] درباره شرایطی که در آن قانون اساسی می‌تواند دوباره در این سبک و روش اصلاح گردد را ارائه می‌دهد.

<sup>۳۶</sup>- For an effort to reconcile the common law approach to the Constitution with the importance of the text, see *id.* at 906-24

<sup>۳۷</sup>- Bruce Ackerman

<sup>۳۸</sup>- Political Awareness

<sup>۳۹</sup>- See Bruce Ackerman, 1 *We the People: Foundations passim* (1991); Bruce Ackerman, 2 *We the People: Transformations passim* (1998).

### ب: تئوری حقوق اساسی، توصیفی یا تجویزی؟

چنین برداشتی از تئوری حقوق اساسی - که اذعان می‌دارد تئوری حقوق اساسی با ترسیم پایه‌های توافق‌ی موجود در فرهنگ حقوقی، تلاش در جهت توجیه پاره‌ای نتایج مناقشه‌آمیز دارد - در صد تیبین دو ویژگی توصیفی و تجویزی بودن تئوری حقوق اساسی همچنان که فالون اعتقاد به این دو ویژگی دارد، می‌باشد. به وضوح، تئوری حقوق اساسی تا حدودی تجویزی است. این تئوری صرفاً برای تیبین رویه‌های جاری<sup>۴۰</sup> بوجود نیامده است، بلکه بدین دلیل شکل یافته است که راه حل‌های مفیدی راجع به مقولات مناقشه‌آمیز [راجع به حقوق اساسی م] ارائه دهد. اما در عین حال، یک تئوری حقوق اساسی بایستی تا حدود قابل توجهی در پی [توصیف] رویه‌های موجود نیز باشد. این تئوری در این معنا بایستی توصیفی باشد، چرا که در غیر این صورت هیچ پایه‌ای در جهت تلاش برای حل مقولات مناقشه‌آمیز وجود نخواهد داشت. برای مثال ممکن است گفته شود که اکیداً نایست برداشتی تجویزی از متن قانون اساسی ۱۷۸۹ ارائه داد. استدلال نیز ممکن است این باشد که قانون اساسی ۱۷۸۹ بسیار پیشتر توسط کسانی تدوین شده است که شرایط و احوالشان با شرایط و اوضاع و احوال ما، کاملاً متفاوت بوده است، این قانون اساسی در جامعه‌ای تدوین شده است که در صورتی که با معیارهای امروزی سنجیده شوند، در بسیاری از زمینه‌ها جوامعی غیر دموکراتیک و نابرابر<sup>۴۱</sup> بوده‌اند و غیره.<sup>۴۲</sup> اما هر تئوری حقوق اساسی که به چنین نتیجه‌ای منجر شود، مطلقاً با شکست مواجه می‌شود، چرا که اگر بخواهیم خیلی ساده و به عنوان یک امر توصیفی به مسئله بنگریم، اهمیت داشتن قانون اساسی برای همه اعضای فرهنگ حقوقی ما، یک نکته جا افتاده<sup>۴۳</sup> است. تئوری‌ای که به طور کامل، اهمیت یک متن [قانون اساسی] را انکار کند، به ناچار در فرهنگ حقوقی ما با اقبال عمومی مواجه نمی‌شود و بنابراین نمی‌تواند پایه‌ای برای حل مسائلی که در موردشان اتفاق نظر وجود ندارد، ارائه دهد.

این برداشت از تئوری حقوق اساسی، دلیل صحیح بودن ادعای فالون راجع به نقش نسبتاً متناقضی که استدلال‌های اخلاقی در تئوری حقوق اساسی بازی می‌کنند، را نیز تیبین می‌کند. او عبارت

<sup>۴۰</sup> - (Current Practices)

<sup>۴۱</sup> - (Inegalitarian)

<sup>۴۲</sup> - For these and similar criticisms of the drafters of the Constitution (although not necessarily the conclusion that the next is relevant), see Michael J. Klarman, *Antifidelity*. 70 S. CAL. L. REV. 381 (1997).

<sup>۴۳</sup> - (Fixed Point)



استدلالات اخلاقی را در معنای وسیع خود به کار می‌برد تا این که استدلالهای راجع به انصاف<sup>۴۴</sup> و مصلحت<sup>۴۵</sup> را نیز در بر گیرد. فالون اظهار می‌دارد که استدلالهای اخلاقی نقشی اساسی در تئوری‌های حقوق اساسی بازی می‌کنند، اما در عین حال مناقشه برانگیزند. استدلالهای اخلاقی [در تئوری حقوق اساسی] نقشی اساسی و قاطع دارند، چرا که بنا به گفته وی، نمی‌توان یک تئوری حقوق اساسی را بدون در نظر گرفتن درجه‌ای که در آن حد تئوری حقوق اساسی بایستی با معیارهای اخلاقی همساز باشد و ملزومات آن را فراهم آورد، مورد قضاوت قرار داد.

تئوری حقوق اساسی بایستی به صورت انتزاعی، با معیارهای اخلاقی سازگار باشد، بدین معنا که یک تئوری حقوق اساسی مطلوب بایستی به اندازه کافی، حاکمیت قانون، دموکراسی سیاسی و حقوق فردی را تعالی بخشد.<sup>۴۶</sup> بنا به گفته فالون، می‌توان تئوری حقوق اساسی را با معیاری که طبق آن معیار، این تئوری نتایج اخلاقاً مطلوبی را در مواردی خاص به بار می‌آورد، مورد قضاوت قرار داد.<sup>۴۷</sup> هیچ کس تا آن حد ساده لوح نیست که بدون توجه به احتمال به بار آوردن نتیجه مطلوب، در مجموع، دست به گزینش یک تئوری حقوق اساسی زند.<sup>۴۸</sup>

در عین حال بنا به گفته فالون، استفاده از معیارهای اخلاقی برای ارزیابی تئوری حقوق اساسی، مناقشه برانگیز است. در واقع، اگر یک تئوری حقوق اساسی، از لحاظ اخلاقی، به نتایج بیش از اندازه مطلوبی منجر شود، این امر خود دلیل است که ما نسبت به آن تئوری مشکوک باشیم.<sup>۴۹</sup> به محض گزینش یک تئوری، این تئوری تمام هواداران پایبند به اصول (اخلاقی) خود را حداقل به پاره‌ای نتایج ناشی از آن تئوری پایبند می‌سازد، که در صورت داشتن گزینشی متفاوت، [نه تنها الزامی به پایبندی به آن نتایج احساس نمی‌شد، بلکه] منجر به رد آن نتایج و پیامدها نیز می‌شد.<sup>۴۹</sup> دست کم تمامی این ادعاها در مورد تئوری حقوق اساسی، موجه به نظر می‌رسند و بعضی از این تئوری‌ها نیز، آشکارا صحیح می‌نمایند. حال چگونه می‌توان آنها را توجیه کرد؟ علی‌الخصوص، چگونه بایستی این مفهوم

44 - (Fairness)

45 - (Policy)

46 - See Fallon, *Supranote* 1, at 539.

47 - *Id.*

48 - *Id.*

49 - *Id.*

ظاهراً متناقض نما را توجیه کرد که یک تئوری حقوق اساسی ممکن است به چنان نتایج مطلوبی منجر شود، که این نتایج ما را در مورد حسن نیت طرفداران آن تئوری به تردید اندازد؟<sup>۵۰</sup>

پاسخ این پرسش‌ها، تا حدودی، از تعریفی که برای تئوری حقوقی ارائه داده‌ام، به دست می‌آید. هر چند فرهنگ حقوقی ما با توافقی عام [اتفاق آراء] بر روی بعضی داورهای حقوقی از قبیل مشروعیت قانون اساسی، صحیح بودن رأی براون و غیره شناخته شده است، علاوه بر این، این فرهنگ، با توافقی عام بر روی پاره‌ای اصول اخلاقی نیز شناخته شده است. در سطحی انتزاعی، از قبیل حاکمیت قانون، دموکراسی سیاسی و حقوق فردی، که قانون آنها را مورد شناسایی قرار می‌دهد، اصول استواری هستند که فرهنگ حقوقی ما (و در واقع در جامعه به طور کلی) بر روی آنها متفق‌القول است، البته، مردم در این که چه برداشتی از حاکمیت قانون، بهترین برداشت است و این که دموکراسی سیاسی در عمل به چه معناست و این مسئله که در حفظ حقوق افراد مختلف تا چه اندازه بایستی پیش رویم، اختلاف نظر دارند. اما روی این مسئله توافقی گسترده وجود دارد که این سه معیار، معیارهای بسیار مهمی برای داورى هر ترتیب و تأسیس سیاسی هستند.

در صورتی که یک تئوری حقوق اساسی این معیارها را نادیده بگیرد، نمی‌تواند به هدف خود که عبارتست از فراهم آوردن نقاط مورد توافق به منظور تلاش در جهت حل مقولات مناقشه‌آمیز، نائل آید.

اما در مورد این فرض نادرست چه باید کرد که اگر یک تئوری حقوق اساسی نتواند "طرفدار خود را حداقل به برخی پیامدهایی که در صورت انتخاب [تئوری دیگر] آن را رد می‌کرد"<sup>۵۱</sup>، ملزم کند، از نظر اخلاقی تئوری مزبور خلاف قاعده خواهد بود.

شاید این شعور مفروض همگانی<sup>۵۲</sup> را به طریق ذیل بتوان فهمید: در حالی که در جامعه و فرهنگ حقوقی ما، بر روی پاره‌ای مسائل اخلاقی، مردم تقریباً متفق‌القولند، در عین حال اختلاف نظرهای بسیاری نیز وجود دارد. یکی از دلایلی که ما دارای نظام‌های حقوقی، یا در واقع حکومت به معنی عام

<sup>۵۰</sup> - That view is, of course, not held by Professor Fallon alone. See, for example, Henry P. Monaghan, *Our Perfect Constitution*, for an attack on theories that seek to make the Constitution conform to "current conceptions of political morality," 56 N.Y.U.L.REV.353, 358 (1981) (emphasis omitted). The same notion is in some ways the premise of the entire discussion of constitutional "stupidities" and "tragedies" in *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies* (William N. Eskridge & Sanford Levinson eds., 1998).

<sup>۵۱</sup> - Fallon, *Supra* note 1, at 539.

<sup>۵۲</sup> - (Widely held Intuition)

کلمه هستیم، این است که جامعه بتواند در مورد این که چگونه با مدنظر قرار دادن مقولاتی عمومی مورد مناقشه اخلاقی، تصمیم‌گیری نماید. به طور مثال، شهروندان ممکن است در مورد اخلاقی بودن تبعیض مثبت اختلاف نظر داشته باشند، اما اگر قانونگذار، به مقدار لازم، تبعیض مثبت را مورد قبول قرار دهد و دادگاه‌ها نیز به این نوع تبعیض صحنه گذارند، همگان بر این امر توافق خواهند داشت که این امر تا زمانی که ابطال نشود، یا به طرق دیگر، قانوناً بدان عمل نشود، بایستی به مورد اجرا گذاشته شود.

متعاقب پذیرش یک نظام حقوقی، به کسانی که با ما در یک جامعه زندگی می‌کنند، اعلام می‌داریم که زین پس قصد پافشاری بر این امر را نداریم که همه امور مطابق میل ما باشد. با این عمل، یعنی پذیرش یک نظام حقوقی، وجود اختلاف نظر عمیق در مورد پاره‌ای از مسائل اخلاقی را به رسمیت می‌شناسیم. برای داشتن جامعه‌ای کارآ، پاره‌ای از این مسائل بایستی به شیوه‌ای آمرانه حل و فصل شوند و همه کس بایستی بتواند با اطمینان خاطر در این جامعه زندگی کند. و بایستی متوجه این مطلب بود که نهادهایی را که برای حل و فصل اختلاف ایجاد می‌کنیم، ممکن است گهگاه در حل و فصل اختلافات به نتایجی برسند که آن نتایج برایمان مطلوب نباشد، در تمامی جوامع بزرگ و نامتجانس - یعنی جوامع سرشار از دیدگاه‌های متفاوت که بایستی با مسائل بسیار گوناگونی دست و پنجه نرم کند - تقریباً هر کس بنا به موقعیت خود، به نحوی چیزهایی را از دست خواهد داد.

تئوری حقوقی اساسی بایستی نسبت به تصمیمات اخذ شده توسط یک نظام حقوقی در مورد مسائل مورد مناقشه، بی طرف باشد. اگر این تئوری دائماً منجر به نتایجی شود که در موارد مورد مناقشه، حامیان آن همیشه منتفع شوند، بایستی در مورد رعایت بی طرفی از سوی این تئوری شک کرد. یعنی تردید ما در این زمینه خواهد بود که این تئوری تلاشی جدی برای فرام آوردن همه مبانی جزء به جزء توافق، برای استفاده از این مبانی در حل و فصل مقولات مورد مناقشه، از خود ارائه نمی‌دهد و در عوض، دیدگاه‌هایی را که در راستای اهداف هواداران این تئوری نیستند را مورد بی‌اعتنایی قرار می‌دهد.

### آیا تئوری حقوق اساسی، تئوری‌ای منحصر به حقوق‌دانان است؟

می‌توان به دو روش به برداشت مذکور از تئوری حقوق اساسی خرده گرفت: اولاً: توسل به این واقعیت صرف که توافقی پایه‌ای در روش تفسیر قانون اساسی وجود دارد، دور از ذهن به نظر می‌رسد. حتی در فرض وجود این توافق، این سؤال مطرح می‌شود که چگونه می‌توان آن را کشف کرد. با

فرض قبول وجود توافق مذکور، در صورت از بین رفتن آن، چه پیش خواهد آمد؟ ثانیاً- که این خرده گیری دوم در ارتباط با اشکال اول می باشد- نقطه ثقل یک تئوری حقوق اساسی را، موجه سازی پاره‌ای نتایج مورد مناقشه در فرهنگ حقوقی دانستن، اگر نگوییم مبهم، انحصاری<sup>۵۳</sup> و نخبه گرایانه<sup>۵۴</sup> است. این فرهنگ حقوقی چیست و چرا از چنین رفتار تبعیض آمیزی بهره‌مند است؟

به این قبیل خرده گیری‌ها، به طرق مختلف می‌توان پاسخ داد. همچنان که رالز می‌گوید: اصلی‌ترین دلیل برای توسل و استناد به مبانی موجود مورد توافق این است که روشن نیست که آیا ما به چیز دیگری نیز می‌توانیم توسل جسته و استناد کنیم. در یک مقطع زمانی خاص و در جامعه‌ای خاص، مردم ممکن است مراجعه به منابع دینی، برای توجیح تصمیمات سیاسی را به عنوان معیار برگزینند. اما در یک جامعه لیبرال، اینگونه توسل به منابع دینی را نمی‌توان موجه دانست، هر چند که دین در زندگی عمومی نقشی به سزا و در خور ایفا نماید، با این حال نمی‌توان به سئوالات بنیادین راجع به مبانی اقتدار دولت، با عبارات دینی پاسخ داد.

امروزه، شاید رایج‌ترین جایگزین برای رجوع به اقتدار مذهبی [به منظور توجیه مبانی اقتدار دولت]، رجوع به اراده مردم است. فالون، با دقت تمام این گونه رجوع به منابع دینی را مورد بررسی قرار داده و قاطعانه آن را رد می‌کند.<sup>۵۵</sup> این دیدگاه یادگار شکل قدیمی اثبات گرایی است، با این پیش فرض که، قانون علی‌التعریف فرمان حاکم است که در اشکال جدید اثبات گرایی، طرفداران اثبات گرایی، به سادگی مردم را جایگزین حاکم نموده‌اند. اما همان گونه که اثبات گرایان مؤخر اذعان می‌دارند، نمی‌توان به آسانی و پیروزمندانه، نظام حقوقی یک جامعه بزرگ را ثمره دستورات حاکم دانست.<sup>۵۶</sup> امروزه به جای آن [دیدگاه قدیمی]، برداشت پیشرو اثبات گرایی، حقوق را نتیجه گونه‌ای از قرارداد اجتماعی می‌داند.<sup>۵۷</sup> شاید پایه ریزی اصول حقوقی بر مبنای چیزی غیر از قرارداد اجتماعی گسترده، موجبات آسودگی و فراغ بال را فراهم آورد [ولی] مسئله این است که معلوم نیست که چیز دیگری وجود دارد یا نه؟

اما در مورد این انتقاد که استناد به قرارداد در یک فرهنگ حقوقی مبهم یا نخبه گرایانه یا هر دوی اینها می باشد، چه می‌توان گفت؟ در این که حدود و ثغور فرهنگ حقوقی به صورتی شفاف تعریف

53. (Parochial)

54. (Elitist)

55. See id. at 545-48.

56. See H.L.A Hart, *The Concept of Law*, 18-78 (2d ed. 1994)

57. See id. at 79-123.

نشده است، شکی نیست. و اگر ما کند و کاو خود را برای یافتن قرارداد به فرهنگ حقوقی محدود نماییم، گو این که برای حقوقدانان نیز امتیازی به مانند کشیشان [در تفسیر مسئولیت الهی] نسبت به عموم، قائل شده‌ایم. اما من معتقدم که اگر تئوری حقوق اساسی را با سایر مشاغل نظری مقایسه نماییم، این استدلالها، قوت خود را از دست خواهند داد.

در این زمینه، قواعد گرامر زبان انگلیسی، مثال مفیدی خواهد بود. قواعد گرامری زبان، به همان ترتیبی بوجود آمده‌اند که من برای تئوری حقوق اساسی شرح دادم. بر سر این امر که پاره‌ای از طرق گفتار، بوجود آورنده گرامر صحیح است، قرارداد یا توافقی عام وجود دارد. بنابراین این مبانی توافقی با همدیگر جمع شده و برای ایجاد قواعد حاکم بر مواردی که [این طرق گفتار] متحدالشکل نیست، اعمال می‌گردند. (ممکن است گفته شود که این قرارداد و توافقی عام، بدین دلیل وجود دارد که رویه‌ها و عادات گرامری، منعکس‌کننده صفات ذاتی مغز انسان هستند، اما این گفته، منافاتی با ادعای ما ندارد، بدلیل این که نمی‌توان چنین خصوصیتی را مستقیماً مورد آزمایش قرارداد. قواعد [گرامری] از روی تمرین‌ها و رویه‌های زبانی به دست می‌آیند). برای مثال؛ می‌توان گفت که بین انگلیسی‌زبانان قراردادی وجود دارد که اذعان می‌دارد مفعول یک حرف اضافه، حالت مفعولی به خود می‌گیرد. بنابراین از این قاعده برای گفتن این که عبارت «Between You and I» صحیح نیست، استفاده می‌شود. ما به اشتباه بودن عبارت پی خواهیم برد، اگرچه (عمدتاً ممکن است) بسیاری از انگلیسی‌زبانان بومی این عبارت اشتباه را به جای عبارت «Between You and me» به کار ببرند.

همچنین باید افزود که، تئوری‌های حقوق اساسی بر مبنای داورها و درکی که عامه مردم در مورد نهادها و مقولات حقوقی دارند، بنا نهاده می‌شوند. ما نایستی اجباری در این که هر دیدگاهی را که مردم بدون تأمل در مورد قانون اساسی ابراز می‌دارند، مورد پذیرش قرار دهیم. مخالفت بسیاری از مردم (حتی یک اکثریت) با حکم موردی دیوان عالی - برای مثال در مورد برپایی مراسم دعا در مدارس یا در مورد حقوق مظنونان در امور کیفری - لزوماً به معنی اشتباه بودن آن حکم نیست. مخالفت عامه مردم با حکم دیوان، قابل قیاس با اشتباهات رایج گرامری است. همچنین صحیح تلقی شدن یک حکم ممکن است به این دلیل باشد که آن حکم از اصول جامع‌تر در مورد تفسیر قانون اساسی استنتاج یافته‌اند که خود این اصول مقبولیت عام داشته‌اند، از قبیل اصول راجع به نقش (قاعده) سابقه، یا ارزش‌هایی که پاره‌ای از مقررات قانون اساسی مسئولیت حفاظت از آنها را بر عهده دارند.

هر چند که قواعد گرامری معمولاً بسیار شفاف‌تر از اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی هستند، ولی این امر نافی تشابه آن دو نیست: همان طور که گفته می‌شود، قواعد گرامری از رویه‌ها و عرف‌های فرهنگ زبانی استنباط شده‌اند، در عین حال، همین قواعد گرامری، بکار بردن پاره‌ای از جملات را که بسیاری از مردم به طور عادی بیان می‌کنند و آنها را صحیح می‌پندارند، به دلیل خلاف قاعده بودن آنها، درست نمی‌داند. وضعیت در مورد تئوری حقوق اساسی نیز دقیقاً به این شکل است، یعنی ممکن است گفته شود که تفسیر قانون اساسی بر پایه دیدگاه‌هایی شکل گرفته است که عموماً در فرهنگ حقوقی مورد پذیرش بوده‌اند و در عین حال این دیدگاه‌ها ممکن است، دیدگاه‌های یک اکثریت در مورد یک مقوله خاص را مردود بدانند.

تشبیه [تئوری حقوق اساسی] به گرامر، به پاسخ این انتقاد بر تئوری حقوق اساسی - که این تئوری، ذاتاً تئوری‌ای نخبه‌گرایانه است - کمک می‌کند. در جمع‌آوری قواعد گرامر، نباید نحوه سخن گفتن تمامی انگلیسی‌زبانان را همسنگ انگاشت. لاقط، ارجحیت با انگلیسی‌زبانان بومی است. فراتر از آن، قواعد گرامری که از رویه‌های زبانی ناشی می‌شوند، ممکن است برخی طرق رایج سخن گفتن را به دلیل خلاف قواعد گرامری بودن، صحیح ندانند. انگلیسی‌زبانان ممکن است فوراً متوجه نشوند که چرا این نحوه سخن گفتن خلاف قواعد گرامری است، یا لاقط ممکن است برای توضیح این امر به آنها تلاش زیادی مورد نیاز باشد. ولی این امر بدین معنا نیست که قواعد گرامر بر مبنای چیز دیگری غیر از یک همگرایی [و به تبع آن یک قرارداد] در رویه انگلیسی‌زبانان بومی بوجود آمده است. این قواعد بر مبنای چه چیز دیگری می‌توانستند به وجود آمده باشند؟

ممکن است اظهارات مشابهی در مورد تئوری حقوق اساسی نیز مطرح شود. بایستی مجهز به دانشی خاص برای فهم این مطلب باشیم که چرا برای مثال نمی‌توان به مسائل مورد مناقشه در حقوق اساسی به راحتی و با خواندن متن قانون اساسی پاسخ داد. بنابراین افرادی که وقت زیادی را برای تفکر در مورد آزادی بیان صرف نکرده‌اند، ممکن است از درک این مطلب عاجز باشند که چرا صرف ادای این جمله که «کنگره نبایستی قوانینی وضع کند... که مستلزم نقض آزادی بیان باشد»<sup>۵۸</sup> معمولاً روشی کافی برای حل یک مسئله دربارۀ این که آیا فلان سخنرانی را می‌توان ممنوع کرد یا نه، ارائه نمی‌دهد. اما این امر به تنهایی حقوق اساسی را از قواعد گرامری یا هر آنچه که به نسبت، کمتر از رویه همگرای مردم در یک فرهنگ به طور کلی وجود دارد، نخبه‌گرایانه و انحصاری نمی‌کند.

<sup>58</sup>- U.S. Const. amend. 1.

قیاس دیگری که می‌توان در این زمینه ارائه داد، قیاس [تئوری حقوق اساسی] با نظریاتی در باره ماهیت صدق علمی یا ریاضی است. اگر بخواهیم چنین تئوری‌ای - یعنی تئوری صدق علمی یا ریاضی - ارائه دهیم، معیار ما، اعتقادات عمومی مردم درباره صدق در علوم و ریاضیات نخواهد بود. در بین عموم مردم، شاید عقاید جاری بسیاری در مورد علوم طبیعی و ریاضیات وجود دارد که بدون تردید اشتباهند. اگر بخواهیم در علوم طبیعی یا ریاضیات، نظریه‌ای درباره صدق ارائه دهیم، به رویه یا عرف جوامع حرفه‌ای مربوط - یعنی جوامع متشکل از عالمان علوم طبیعی و ریاضیدانان - نظر می‌کنیم. ما ناگزیر از انجام این کاریم، اگرچه همانند فرهنگ حقوقی، حدود و ثغور این جوامع حرفه‌ای نیز شفاف نیستند و اگرچه این رویکرد ممکن است محدود، انحصاری یا نخبه‌گرایانه به نظر رسد.

بی‌گمان، پاره‌ای مقولات علمی چنان پیچیده یا به وضوح محرمانه‌اند که فقط متخصصان امر در زمینه‌های مذکور می‌توانند صاحب نظر باشند (همین گفته، در مورد مقولات حقوقی نیز ممکن است صادق باشد). اما در مورد بسیاری از مسائل علوم طبیعی و ریاضیات، غیر متخصصان نیز درک‌هایی شفاف یا هر از چند گاهی نظراتی قاطع دارند، که نیابستی در اشتباه بودن آنها شک داشت. برای مثال، این امر در مورد بعضی دیدگاه‌های شدیداً رایج در باره ی آمار و احتمال و بعضی ادعاها در مورد غذاها و داروهایی که نوید بخش نتایج معجزه آسا هستند، نیز صادق است.

اگرچه این قیاس، قیاس کاملی نیست، رابطه بین دیدگاه‌های اکثریت و دیدگاه‌های - آنچنان که بعضی گفته‌اند - نخبه‌گرایانه در حقوق، به نظر نمی‌رسد که متفاوت از رابطه‌ای باشد که در چنین زمینه‌هایی می‌توان یافت.

در پایان باید گفت که مسئله، نخبه‌گرایی نیست بلکه اگر بخواهیم به سادگی عنوان کنیم، نوعی تقسیم کار است. امکان مشارکت همگانی افراد جامعه، در تمامی زمینه‌ها وجود ندارد. مقولات حقوقی نیز ماهیتاً به زیر گروه‌ها یا زیر جوامع خاصی واگذار شده است. البته که هنجارها و اعمال این زیر جوامع نیابستی از دیدگاه‌های مقبول غالب در جامعه محجور افتد. حدود و ثغور زیر جوامع حقوقی، نه تنها در طول زمان، بلکه از مقوله‌ای به مقوله دیگر نیز می‌تواند متغیر باشد. بعضی موضوعات حقوقی، توجه درصد قابل توجهی از مردم را به خود جلب می‌کنند و ما بقی نیز تنها اختصاص به متخصصان دارد. تئوری حقوق اساسی، روشی است معطوف به تلاش در جهت فهم هنجارهای زیر گروه جوامع حقوقی. حال، اندازه و یا وقایعی که این زیر گروه حقوقی از آن متأثر می‌شود، اهمیت چندانی ندارد، و از آن مهم‌تر این تئوری تلاشی است معطوف به موجه سازی نتایجی بدست آمده در مورد مقولات مورد مناقشه - آن هنگام که دستورات منبعث از آن هنجارها شفاف نیستند.

## نتیجه

قیاس مابین تئوری حقوق اساسی و سایر اشکال تئوری، در پایان به تبیین مسئله‌ای که این مقاله با آن شروع شد، کمک می‌کند. آیا تئوری حقوقی اساسی نوعی پیش فرض ضمنی هر حقوقدانان، قاضی یا شهروندی است که استدلال مربوط به حقوق اساسی را مطرح می‌کند؟ یا این که آیا تئوری حقوق اساسی، یک پروژه آکادمیک است که کاربرد بسیار اندکی در جهان واقعی حل و فصل مناقشات دارد؟ شاید هر دوی اینها باشد، محققاً اولی هست و اغلب می‌تواند دومی نیز باشد. تمامی استدلالهای مربوط به علوم طبیعی یا ریاضی، برداشتی از صدق علمی یا ریاضیاتی را پیش فرض می‌گیرد. اگر نخواهیم در مورد مردم عادی که مسائل علمی و ریاضیاتی خود را روزانه و در جریان زندگی عادی حل می‌کنند، سخن بگوییم، دانشمندان بی شماری نیز وجود دارند که وظایفشان را بدون این که حتی به طور ضمنی به تئوری‌های انتزاعی‌تر استناد کنند، با موفقیت انجام می‌دهند. اغلب حتی ممکن است آنها از این که به طور ضمنی، به چنین تئوری‌هایی استناد می‌کنند، آگاهی نداشته باشند. همچنان که اگر قواعد معنا شناختی و گرامری بسیار توسعه یافته نبود، مردم نمی‌توانستند به خوبی آنچه که هم اکنون در زبان انگلیسی و سایر زبان‌ها مصداق دارد، تبادل مفهوم نمایند. اما میلیاردها نفر روزانه با شناخت ضمنی بسیار اندکی از آن قواعد، تبادل مفهوم می‌نمایند. در حقوق نیز، به مانند علوم طبیعی و ریاضیات و گرامر، نوع خاصی از مسائل و مقولات بنیادینی را به پیش می‌کشند که مستلزم رجوع و استناد به تئوری‌های انتزاعی است. به هر حال [چه بخواهیم و چه نخواهیم] چنین مسائلی پیش می‌آیند و برای حل این گونه مسائل ناگزیر از استناد و رجوع به تئوری‌های انتزاعی‌تر هستیم. حتی اگر چنین مسائلی نیز پیش نیاید، آگاهی بر ماهیت و چگونگی آنچه که انجام می‌دهیم، ارزشمند است، هر چند که بدون فهمی کامل از ماهیت آن اعمال نیز، آن اعمال ادامه می‌یابند. تنها بدین دلایل است که تأمل راجع به تئوری حقوق اساسی حائز اهمیت و ارزشمند است.