

تئوری حقوق اساسی چیست؟^۱

"دیوید استراس"

ترجمه از: مجتبی همتی^۲

و حسین نبی لو^۴

چکیده

تئوری حقوق اساسی دقیقاً به چه معناست؟ آیا این امر امکان پذیر است، (همان گونه که پروفیسور فانون به درستی می گوید) که تئوری حقوق اساسی هم توصیفی و هم تجویزی باشد و فرض شود نتایجی را به بار آورد که از نظر اخلاقی درست به نظر می رسد اما همچنین برخی نتایجی را به بار آورد که مؤلفه های تئوریک را غیر قابل قبول می سازد؟ در پاسخ پروفیسور استراس استدلال می کند که یک تئوری حقوق اساسی در مقام ترسیم و فراهم کردن مبنای توافقی است که در چارچوب یک فرهنگ حقوقی وجود دارد و در مقام توسعه آن اصول مورد قبول، در حل موضوعات خیلی بحث برانگیز است. برای مثال، در فرهنگ ما، توافق 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 است - و هم در مورد نکات خاص حقوقی، همانند مشروعیت تصمیم در قضیه براون علیه هیأت آموزشی، وجود دارد. یک تئوری حقوق اساسی در مقام سازماندهی این مسائل و دیگر مسائل توافق به روش و سبکی می باشد که نتایج را در قضایایی که هیچ توافقی وجود ندارد، تجویز می 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 می باشد.

واژگان کلیدی: تئوری حقوق اساسی، تئوری اصالت گرا، تئوری متن گرا، توصیفی، تجویزی

^۱ - تاریخ دریافت: ۱۳۸۵/۶/۱۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۵/۹/۸

^۲ - منبع متن "مجله حقوقی کالیفرنیا، جلد ۸۷ از صفحه ۵۸۱ تا ۵۹۲ می باشد

^۳ - دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

^۴ - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

افراد زیادی - نه تنها قضات و حقوقدانان - نگرش‌هایی در مورد این که چگونه بایستی قانون اساسی تفسیر شود، دارند. پروفیسور فالون، در مقاله‌ای که از نظر ویژگی هم نافذ و هم معنادار است، استدلال می‌کند که این افراد حداقل فروضات ضمنی درباره متدولوژی (روش شناسی) مناسب ارائه می‌دهند. 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^۱ است و برای افراد علاقه‌مند در تصمیم‌گیری درباره موارد واقعی، کمتر قابل استفاده است. اما به صورت درست و منطقی تئوری حقوق اساسی چیست؟ تبیین روشن قانون از تئوری حقوق اساسی ماهیت متناقض آن را آشکار می‌سازد. تئوری حقوق اساسی تجویزی است - آن در مقام این است تا به مردم بگوید چه چیزی انجام دهند - اما در عین حال این تئوری، توصیفی نیز می‌باشد، زیرا آن نمی‌تواند به جدایی اساسی از رویه‌های موجود رأی بدهد. فالون به صورت قانع‌کننده‌ای استدلال می‌کند که یک دلیل موجه برای قبول تئوری حقوق اساسی این است که این تئوری منجر به نتایجی مطلوب گردد. اما او همچنین به طور منطقی می‌گوید که زمانی که یک تئوری همچنین به برخی نتایجی می‌انجامد که مؤلفه تئوری با آن نتایج ناسازگار است، می‌توانیم در اصولی بودن آن مولفه تردید کنیم.

مطمئناً پروفیسور فالون درست می‌گوید که تئوری‌های حقوق اساسی، در شکل اساسی، بر مبنای این که آیا آنها حاکمیت قانون، دموکراسی سیاسی و حقوق افراد را ارتقاء می‌دهد یا نه بایستی پذیرفته یا رد شوند. اما اگر آن تئوری‌ها تنها ضوابط باشند، سخت است تا تمایز بین تئوری حقوق اساسی و فلسفه سیاسی صریح و روشن (که هیچ تلاشی را در جهت استحکام بخشیدن خودش در قانون اساسی ایالات متحده انجام نمی‌دهد) را متمایز سازیم. چگونه می‌توان این تناقضات ظاهری در ماهیت تئوری حقوق اساسی را با هم آشتی دهیم؟

تئوری حقوق اساسی و توجیه آن

من معتقدم، می‌توانیم تئوری حقوق اساسی را بهتر درک کنیم، اگر ما آن را بعنوان مسئله و عمل موجه تصور کنیم. به صورت خاص، یک تئوری حقوق اساسی تلاشی است در جهت توجیه یک مجموعه از تجویزات درباره این که چگونه در مورد برخی موضوعات مناقشه‌آمیز حقوق اساسی بایستی تصمیم اتخاذ شود. توجیه مورد خطاب به مردم در چارچوب یک

^۱ - Aride and Pretentious.

فرهنگ حقوقی خاص است (البته، در مورد قانون اساسی ایالات متحده، فرهنگ حقوقی ایالات متحده) یک تئوری حقوق اساسی تجویزات خود در مورد موضوعات مناقصه برانگیز را بواسطه ترسیم مبانی توافقی که در چارچوب فرهنگ حقوقی وجود دارد توجیه می‌کند و سعی می‌کند تا آن اصول مورد توافق را در تصمیم‌گیری در مورد موضوعاتی که افراد روی آنها توافق ندارند، تسری دهد. این مفهومی از توجیه است که توسط جان رولز در تئوری عدالت ارائه شده است:

"توجیه استدلالی است که مورد خطاب افرادی است که با ما موافق نیستند یا مورد خطاب ما است وقتی که، دارای دو ذهنیت هستیم. آن [توجیه] اختلاف نگرش‌ها بین افراد یا در [دنیای] درونی یک فرد را فرض می‌گیرد و در مقام امتناع کردن دیگران یا خودمان از معقولیت اصولی است که ادعاها و داوری مان مبتنی بر آنها است. توجیه که برای آشتی دادن از طریق منطق و خرد و استدلال طراحی شده است، از آنچه که همه طرف‌های [حاضر] در گفتگو و بحث به صورت مشترک دارند آغاز می‌کند ... استدلال ... از برخی اجماعات می‌آغازد. این ماهیت توجیه (موجه سازی) است!". موضوعات مورد توافق بسیاری درون فرهنگ حقوقی آمریکایی وجود دارد. برخی کاملاً انتزاعی هستند، برخی کاملاً واقعی هستند. هیچ کس انکار نمی‌کند که مقنن قانون اساسی اهمیت دارد، در واقع اهمیت زیادی دارد. همان گونه که فالون تأکید می‌کند، این به طور ساده، واقعیتی در مورد فرهنگ حقوقی است.

دلیلی که [بر آن اساس] قانون اساسی قانون است، این نیست که آن خودش اعلام می‌کند که قانون باشد، اگر آن دلیل باشد، هر سندی که اعلام می‌کند که قانون است الزاماً می‌توان بدان طریق با آن رفتار کرد. قانون اساسی از یک وضعیت حقوقی در جامعه ما بهره‌مند است که اصول کنفدراسیون - یا، بخاطر آن موضوع، اعلامیه استقلال - از آن بهره‌مند نیست، اما به صورت عمیق‌تر، آن دقیقاً به این خاطر است که فرهنگ ما در مقام این است که با قانون اساسی بدان طریق رفتار کند. فرهنگ حقوقی ما در مورد موضوعات بنیادی دیگر نیز موافق است. در سطح انتزاعی، احتمالاً هر فردی موافق است که قانونگذار چیزی را مد نظر داشته، البته اگرچه حجم بیشتری از اختلافات و عدم توافق‌ها در مورد این که آنها [قانونگذاران] چقدر لحاظ می‌کنند، وجود دارد. تقریباً هر کسی نیز تصدیق می‌کند که در تفسیر قانون اساسی، رویه قضایی چیزی را مدنظر قرار می‌دهد. همچنین درباره موضوعات نسبتاً واقعی نیز توافق وجود دارد. برای مثال، امروزه، هر شخصی موافق است که در قضیه براون علیه هیأت آموزشی به صورت درست و منصفانه تصمیم گرفته شد (یا حداقل نظام قضایی عمل غیر قانونی انجام نداده است). به نظر نمی‌رسد کسی بیشتر از این، تردید کند که لایحه حقوق به دولت‌ها اعمال شود، و برای مثال، توافق عامی در مورد طرح اساسی اولین دکترین اصلاحی وجود دارد: تئوری محدودیت قضایی که قضات را ملزم می‌کند قانونی که

آزادی بیان را محدود می‌کند به کلی به تعلیق اندازد - تئوری‌ای که توسط قاضی فلیکس فرانک فورتر چند دهه پیش پذیرفته شد - امروز نمی‌تواند مورد قبول باشد.

الف: سه تئوری و چگونگی کارکرد آنها

تئوری حقوق اساسی سعی دارد تا چنین موضوعات مورد توافق را بپذیرد و آنها را در یک سبکی سازماندهی کند که حداقل دو ضابطه را توجیه خواهد کرد، اول، این تئوری نمی‌تواند هیچ کدام از موضوعات توافق درون فرهنگ حقوقی را انکار کند که کاملاً موضوعات نهادینه شده‌ای هستند همانند ربط متن قانون یا امروزه، مشروعیت براون.

دوم، تئوری بایستی چیزی در مورد این که چگونه رویکردی به موضوعات اختلافی دارد، بگوید. در غیر این صورت، نکات کمی در شکل‌گیری یک تئوری وجود دارد. برای مثال تئوری‌های اصالت‌گرا،^۱ مبتنی بر توافق خیلی سفت و محکم در مورد عدم فقدان ارتباط^۲ متن و درک و برداشت اولیه هستند. بسیاری از اصالت‌گرایان همچنین نیاز به مقید کردن قضات را مورد تأکید قرار می‌دهند - طرح دیگری که، حداقل تا حدی، به صورت گسترده در فرهنگ حقوقی ما وجود دارد. اصالت‌گرایان و متن‌گرایان در مقام پذیرش آن نکات توافق بوده و می‌خواهند آنها را توسعه دهند تا موضوعات بحث برانگیز را پوشش دهد. برای مثال آنها استدلال خواهند کرد که مجازات مالی^۳ 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 و سؤال نبود (چالشی 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.

با این وجود، تئوری‌های اصالت‌گرا آشکارا در مورد موضوعات ثابت همانند مشروعیت براون عاجز مانده‌اند. بسیاری از افراد فکر می‌کنند که بنیان اصلاحیه چهاردهم معتقد نبودند آنها قانونی بودن تفکیک مدارس عمومی را به چالش می‌کشیدند. در فرهنگ حقوقی ما، تئوری‌ای که بر مشروعیت رأی براون صحه نگذارد، به دلایل ذکر شده غیر قابل قبول است. بنابراین اصالت‌گرایان بایستی طرقی را برای تعدیل براون پیدا بکنند.^۴ متن‌گرایان و اصالت‌گرایان حتی با یک مشکل

^۱ - Originalist and textualist theories.

^۲ - Non-irrelevance.

^۳ - Capital punishment.

^۴ - یک روش محتمل این است که بر خلاف نگرش جنجالی، استدلال کنیم که تفسیر و درک اصیل اصلاحیه چهاردهم واقعاً تفکیک را محکوم می‌کنند، با این حال این نگرش مقبولیت گسترده‌ای را کسب نکرده است.

حاد مثلاً (با موضوع بولینگ علیه شاریه) مواجهند، یک پرونده هم‌ردیف با براون که تفکیک در مدارس منطقه کلمبیا را بی اعتبار اعلام کرد.

منطقه کلمبیا توسط کنگره اداره می‌شود و شرط حمایت برابر- شرطی که براون بر آن متکی است- تنها به ایالت‌ها اعمال می‌شود.^۱ تا آنجایی که من آگاه هستم، هیچ دفاع اصالت‌گرایانه‌ای از این تصمیمات و هیچ گزارش متن‌گرایانه‌ای از پرونده بولینگ، تا بحال مقبولیت عمومی کسب نکرده است.

دیگر تئوری‌های حقوق اساسی می‌توانند این موضوعات تثبیت شده را تفسیر کنند اما با مشکلات خاص خودشان مواجهند. برای مثال، پرونده‌های براون و بولینگ، مواردی هستند که به آسانی با تئوری که اهمیت سابقه قضایی را نسبت به متن مورد تأکید قرار می‌دهد، سازگار هستند و آن قانون اساسی آمریکا را به عنوان یک نظام اولیه حقوق عرفی تصور می‌کند. هم قضیه براون و هم بولینگ می‌تواند بعنوان نتیجه و پیامد نوعی از ویژگی توسعه حقوق عرفی تلقی شود که در آن تغییر و نوآوری در دکتترین مجاز است اگر آن محصول یک سیر تکاملی باشد و توسط استدلال‌های خوب سیاسی یا منصفانه حمایت شود. رویکرد حقوق عرفی در جهت حمایت از دیگر نگرش‌ها، در حوزه‌های مورد مناقشه نیز به کار می‌رود، برای مثال، بر اساس شروط تجاری و شروط ضروری و مناسب، درک اصلی و اولیه از حوزه قدرت کنگره هر چه باشد، حالا ما دهه‌های سابقه قضایی را داریم که به کنگره قدرت کاملاً وسیع و گسترده می‌دهد. بر اساس رویکرد حقوق عرفی، در این شرایط برداشت‌های اولیه بسیار کم اهمیت هستند. با این وجود رویکرد حقوق عرفی به قانون اساسی، مشکلات خاص خودش را دارد. مخصوصاً آن بایستی در جستجوی روشی باشد تا این واقعیت را تبیین کند که در نظام ما بدون شک متن، بیان‌کننده و تبیین‌کننده چیزی است؛ قانون اساسی آمریکا تماماً مشتمل بر رویه‌ها نیست. تئوری دیگری که توسط قانون بحث‌گردید- یعنی تئوری بوراس اکرم‌من که می‌گوید قانون اساسی به طور مؤثر به موازات بالا رفتن شعور سیاسی توسط مردم اصلاح شده است- یک ویژگی خاص دارد.

تئوری اکرم‌من گزینه‌ها و پیشنهادهایی 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 تصمیم و گسترش دهد. در پرونده اکرم‌من،

^۱ - 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 پیش‌نویس شد، زمانی که پیچیدگی و اغتشاش، ایالت‌ها و دولت ملی مخصوصاً غیر محتمل بود.

موضوعات مورد توافق شامل موضوع خیلی پایه، مشروعیت خود قانون اساسی و یک موضوع تقریباً پایه مشروعیت اصلاحات بعد از جنگ مدنی (شهری) قانون اساسی می‌گردد.

نه قانون اساسی اصلی و اولیه و نه اصلاحات مربوط به جنگ مدنی مطابق با رویه‌هایی که در زمان ایجاد چنین تغییراتی در قانون مشخص شد، تصویب نشدند. ایالت‌های جنوبی به طور مؤثر به پذیرش اصلاحات جنگ مدنی وادار شدند و قانون اساسی اولیه بر اساس رویه‌هایی که در اصول کنفدراسیون مشخص شد تصویب نگشت. اکرم می‌گوید: هر فردی که مشروعیت قانون اساسی و اصلاحیه‌های جنگ مدنی را پذیرفت - و اساساً هر شخصی می‌پذیرد - بایستی بپذیرد که ماده ۵ قانون اساسی (که مشخص می‌کند چگونه قانون اساسی بناست اصلاح گردد)، انحصاری نیست و [نیز باید بپذیرد] که قانون اساسی می‌تواند به طرق دیگری نیز اصلاح گردد. این [امر] اکرم را قادر می‌سازد تا استدلال کند که ترتیب یا روش جدید، یک چنین اصلاحیه‌ای را انجام می‌دهد. به صورت کلی‌تر، آن [امر] او را قادر می‌سازد تا نتیجه‌گیری‌های جنجالی حول محور روشی که این اصلاحیه‌های غیر منظم بایستی با هم بخوانند، ترسیم کند و [همین‌طور نتیجه‌گیری‌های جنجالی] درباره شرایطی که در آن قانون اساسی می‌تواند دوباره در این سبک و روش اصلاح گردد را ارائه می‌دهد.

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 صدد تبیین دو ویژگی توصیفی و تجویزی بودن تئوری حقوق اساسی همچنان که فالون (Fallon) اعتقاد به این دو ویژگی دارد، می‌باشد. به وضوح، تئوری حقوق اساسی تا حدودی تجویزی است. این تئوری صرفاً برای تبیین رویه‌های جاری^۱ 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 نبایست 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 اوضاع 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

^۱-(Current Practices)

شوند، در بسیاری از زمینه‌ها جوامعی غیر دموکراتیک و نابرابر^۱ بوده‌اند و غیره. 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^۲ 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 تبیین می‌کند. او عبارت استدلال‌های اخلاقی را در معنای وسیع خود به کار می‌برد تا این که استدلال‌های راجع به انصاف^۳ و مصلحت^۴ 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. 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. 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.

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. به محض گزینش یک تئوری، این تئوری تمام هواداران پایبند به اصول (اخلاقی) خود

^۱ - (Inegalitarian)

^۲ - (Fixed Point)

^۳ - (Fairness)

^۴ - (Policy)

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.

دست کم تمامی این ادعاها در مورد تئوری حقوق اساسی، موجه به نظر می‌رسند و بعضی از این تئوری‌ها نیز، آشکاراً صحیح می‌نمایند. حال چگونه می‌توان آنها را توجیه کرد؟ علی‌الخصوص، چگونه بایستی این مفهوم 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؟

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 داوری‌های 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 متنفق القول 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 داوری 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، ملزم کند، از نظر اخلاقی تئوری مزبور خلاف قاعده خواهد بود.

شاید این شعور مفروض همگانی^۱ را به طریق ذیل بتوان فهمید: در حالی که در جامعه و فرهنگ حقوقی ما، بر روی پاره‌ای مسائل اخلاقی، مردم تقریباً متفق القولند، در عین حال اختلاف نظرهای بسیاری نیز وجود دارد. یکی از دلایلی که ما دارای نظام‌های حقوقی، یا در واقع حکومت به معنی عام 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

^۱ - (Widely held Intuition)

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 آمارانه 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 حقیقت 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 می‌باشد - نقطه ثقل یک تئوری حقوق اساسی را، موجه سازی پاره‌ای نتایج مورد مناقشه در فرهنگ حقوقی دانستن، اگر نگوییم مبهم، انحصاری^۱ و نخبه گرایانه^۲ است. این فرهنگ حقوقی چیست و چرا از چنین رفتار تبعیض آمیزی بهره‌مند است؟

^۱-(Parochial)

^۲-(Elitist)

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، توسل بدین شکل 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. این دیدگاه یادگار شکل قدیمی اثبات گرایی است، با این پیش فرض که، قانون علی‌التعریف فرمان حاکم است. در اشکال جدید اثبات گرایی، اثبات گرایان، 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. امروزه به جای آن [دیدگاه قدیمی]، برداشت پیشرو اثبات گرایی، حقوق را نتیجه گونه‌ای از قرارداد اجتماعی می‌داند. شاید پایه ریزی اصول حقوقی بر 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 می‌باشد، چه می‌توان گفت؟ در این که حدود و ثغور فرهنگ حقوقی به صورتی شفاف تعریف 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 مسئول 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 توافق 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 توافق عام، بدین دلیل وجود دارد که رویه‌ها و عادات گرامری، منعکس کننده 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

می آیند). برای مثال؛ می توان گفت که بین انگلیسی زبانان قراردادی وجود دارد که اذعان می دارد مفعول یک حرف اضافه، حالت مفعولی به خود می گیرد. بنابراین از این قاعده برای گفتن این که عبارت «Between You and I» صحیح نیست، استفاده می شود. ما به اشتباه بودن عبارت پی خواهیم برد، اگر چه (عمدتاً ممکن است) بسیاری از انگلیسی زبانان بومی این عبارت اشتباه را به جای عبارت «Between You and me» به کار ببرند.

همچنین باید افزود که، تئوری های حقوق اساسی بر مبنای داوری ها و درکی که عامه مردم در مورد نهادها و مقولات حقوقی دارند، بنا نهاده می شوند. ما نایستی اجباری در این که هر دیدگاهی را که مردم بدون تأمل در مورد قانون اساسی ابراز می دارند، 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 جامع تر در مورد تفسیر قانون اساسی استنتاج یافته اند که خود این اصول مقبولیت عام داشته اند، از قبیل اصول راجع به نقش (قاعده) سابقه، یا ارزش هایی که پاره ای از مقررات قانون اساسی مسئولیت حفاظت از آنها را بر عهده دارند.

هر چند که قواعد گرامری معمولاً بسیار شفاف تر از اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی هستند، ولی این امر نافی تشابه آن دو نیست: همان طور که گفته می شود، قواعد گرامری از رویه ها و عرف های فرهنگ زبانی استنباط شده اند، در عین حال، همین قواعد گرامری، بکار بردن پاره ای از جملات را که بسیاری از مردم به طور عادی بیان می کنند و آنها را صحیح می پندارند، به دلیل خلاف قاعده بودن آنها، درست نمی داند. وضعیت در مورد تئوری حقوق اساسی نیز دقیقاً به این شکل است، یعنی ممکن است گفته شود که تفسیر قانون اساسی بر پایه دیدگاه هایی شکل گرفته است که عموماً در فرهنگ حقوقی مورد پذیرش بوده اند و در عین حال این دیدگاه ها ممکن است، دیدگاه های یک اکثریت در مورد یک مقوله خاص را مردود بدانند.

شبهه [تئوری حقوق اساسی] به گرامر، به پاسخ این انتقاد بر تئوری حقوق اساسی - که این تئوری، ذاتاً تئوری ای نخبه گرایانه است - کمک می کند. در جمع آوری قواعد گرامر، نباید نحوه سخن گفتن تمامی انگلیسی زبانان را همسنگ انگاشت. لااقل، ارجحیت با انگلیسی زبانان بومی است. فراتر از آن، قواعد گرامری که از رویه های زبانی ناشی می شوند، ممکن است برخی طرق رایج سخن گفتن را به دلیل خلاف قواعد گرامری بودن، صحیح ندانند. انگلیسی زبانان ممکن است فوراً متوجه

نشوند که چرا این نحوه سخن گفتن خلاف قواعد گرامری است، یا لاف‌گویی 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 انگلیسی زبانان 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». معمولاً روشی کافی برای حل یک مسئله درباره 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 همگرایی مردم در یک فرهنگ به طور کلی وجود دارد، نخبه‌گرایانه و انحصاری نمی‌کند.

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 ما نبایستی شکی در اشتباه بودن آنها داشته باشیم. برای مثال، این امر در مورد بعضی دیدگاه‌های شدیداً رایج در باره آمار و احتمال و بعضی ادعاها در مورد غذاها و داروهای 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 - نخبه گرایانه در حقوق، به نظر نمی‌رسد که متفاوت از رابطه‌ای باشد که در چنین زمینه‌هایی می‌توان یافت. در پایان باید گفت که مسئله، نخبه گرایی 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 نبایستی 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 که در مورد مقولات مورد مناقشه - وقتی که دستورات منبث از آن هنجارها شفاف نیستند - به دست می‌آید.

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 حقوقدانان یا قضات و یا شهروندانی است که استدلال مربوط به حقوق اساسی را مطرح می‌کنند؟ 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.