

اخلاق منشأ هنجار گذاری قانون اساسی؟^۱

مسعود راعی *

بابک باصری **

چکیده

قانون اساسی پایه‌گذار دولت‌های ملی مدرن است که منبعث از قرارداد اجتماعی میان مردمانی است که فارغ از قومیت، نژاد، رنگ و تعلقات دیگر خواهان همبستگی اجتماعی و زندگی در سایه پرچمی واحد درون مرزهای جغرافیایی مشخص هستند. این قانون در صورتی می‌تواند ضامن آزادی آنان و پاسدار صلح و آرامش باشد که فراتر از هنجارهای اخلاقی گروهی خاص باشد. بدین صورت که قانون اساسی در تراحم‌های اخلاقی موجود در جامعه اسیر نرُم اخلاقی رایج نشود و به عنوان میثاقی ملی حافظ منافع عمومی و مانع تسلط طبقه‌ای خاص بر سایرین شود. همچنین این قانون بایست ضمانت‌های کافی را جهت صیانت از اقلیت در برابر خواست و اراده اکثریت فراهم سازد. بدین جهت اخلاق و به طور اخص اخلاق هنجاری به عنوان منشأ هنجارگذار قانون اساسی مدرن محل تردید است. قانون اساسی مدرن سعی بر تضمین و صیانت از تکثرگرایی داشته و بر اساس اصول دموکراسی، هرگز خواهان تفوق یک اندیشه اخلاقی بر سایرین نیست. بنابراین قانون اساسی مدرن در مسیر رفع مسالمت آمیز تراحم‌های اخلاقی خود نمی‌تواند از اخلاق رایج تغذیه شود. این ایده هرگز به مفهوم ضد اخلاقی بودن قانون اساسی نیست بلکه بدان معناست که ارزش‌های مندرج در قانون اساسی برآمده از اصولی که هنگام تشکیل جامعه سیاسی در اثر کنش بین‌الذہانی و در بستر تاریخی بر آن توافق شده است.

کلید واژگان: قانون اساسی، امر اخلاقی، امر حقوقی، هنجارهای اخلاقی

^۱ تاریخ دریافت ۱۳۹۵/۶/۲۰ تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۹/۱۵

* دانشیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد (نویسنده مسئول مقاله)

masoudraei@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد فیروزآباد

مقدمه

ایمانوئل کانت با تأسی از دیلتای مفهومی از ساختار ارائه می‌دهد که همه اجزای آن در خدمت یکدیگر هستند و هیچ جزئی از اولویت برخوردار نیست. لذا ساختار بدین معنا نیست که علت‌العللی (علت نخستین) وجود داشته باشد و معلولی بدنبال آن، بلکه به مفهوم کنش متقابل اجزا بر یکدیگر است. بنابراین «کانت فرق می‌گذارد میان علیت به عنوان مقوله‌ای صادق در مورد بوده‌ها یا امراحدث که علوم طبیعی با آن‌ها سروکار دارد و اخلاق که به معنای مجموعه‌ای از واقعیت‌های مورد تحقیق در فیزیک (امر واقع) نیست، بلکه یک امر حادث یا بوده^۲ عقل است»^۳. اخلاق امری فردی و در نتیجه فعالیت فاعلان اخلاقی متعدد در قلمرو عمومی است و حکمرانی ماهیتی جمعی دارد که برقراری ارتباط میان افراد از طریق اخلاق صورت می‌گیرد. لذا اخلاق پیوند دهنده فرد به سیاست است. از اینروست که اخلاق همواره مقوله‌ای قابل تأمل در حوزه عمومی بوده است و سیاست را تحت تأثیر خویش قرار داده است. اما این اثرگذاری در دوران مدرن و ظهور قوانین اساسی در پرتو پیدایش دولت-ملت دچار دگرذیسی شده است. قانون اساسی مدرن سعی بر رهنمایدن خویش از مفهوم سنتی اخلاق و جایگزینی هنجارهای نوین بوده است که در این میان عدالت نقش سازنده‌تر را ایفا می‌کند.

نقطه عزیمت مطالعه حقوق اساسی بایست مشابه با نقطه آغازین مطالعات فلسفه سیاسی یا نقش حقوق و حکومت در جامعه باشد.^۴ چرا که در هر دو حوزه فرد نقش محوری و کانون مرکزی محسوب می‌شود که روابط میان افراد و قدرت سیاسی در این بافت مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در تشریح حقوق اساسی آن را در دو مفهوم مضیق و موسع می‌توان مورد بررسی قرار داد. «کاربرد سیستم حقوقی و حکومتی که در آن امور دولت مدرن اداره می‌شود. که در معنای مضیق آن؛ سندی است که به

^۲ FACT

^۳ گادامر، گئورگ، آغاز فلسفه، انتشارات هرمس، ترجمه عزت‌الله فولادوند، چاپ پنجم، ۱۳۹۲، ص ۲۹

^۴A.W. BRADLEY AND K.D. EWING, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW, CONYMAN, 14TH EDITION, 1998,P.3

نظام حقوقی تقدس می‌بخشد و چهارچوب و کارکردهای اصولی سازمان‌ها حکومتی درون حکومت تعیین کرده و اصولی را که تحت آن سازمان‌های دولتی بایست فعالیت کنند را اعلام می‌دارد ... [حقوق اساسی] در مفهوم موسع به سیستم کلی از حکومت در یک کشور اشاره دارد که مجموعه قواعدی مدون، مؤسس یا اداره کننده حکومت را در بر می‌گیرد. در این مفهوم حقوق اساسی سیستم پیچیده و جامعی از ساختار سیاسی قدرتمند در یک حکومت را ارائه می‌کند.^۵ این تعریف علاوه بر آنکه مفاهیم پیشین را در بر می‌گیرد به جنبه‌های تأسیسی و تنظیمی حقوق اساسی نیز اشاره دارد. در حقیقت حقوق اساسی و به طور اخص قانون اساسی، چهارچوبی از قواعد ساختاری و کارکردهای سازمان بشری فراهم می‌سازد که قدرت سیاسی در این چهارچوب فعالیت و حکمرانی می‌کند. «بنابراین حقوق اساسی مرتبط با تعارضاتی میان گروه‌های مختلف است که بر سر قدرت با یکدیگر رقابت دارند و همچنین میان آنانی که در قدرت حضور دارند با افراد (شهروندان) می‌باشد».^۶

وجه سیاسی و قانونی حقوق اساسی بین ربطی است، بدین معنا که قانون در حکم مانیفستی برای سیاست و قدرت سیاسی است که در بردارنده اهداف، کارکردها، سازمان‌ها و تضمیناتی جهت مشروعیت بخشی به قدرت سیاسی و حل و فصل اختلافات در چهارچوبی حقوقی می‌باشد. همچنین استفاده از زور و خشونت علیه افراد را منحصر به قدرت سیاسی کرده و بدان شکل قانونی می‌بخشد تا بدین طریق نظم را در جامعه حاکم سازد. دایسی، استاد بریتانیایی حقوق اساسی در توصیف حقوق اساسی ذکر می‌کند که: «تمامی قواعدی که مستقیماً یا به طور غیرمستقیم بر توزیع و اعمال قدرت حاکم در دولت اثر گذارند».^۷ مارشال نظریه پرداز حقوق اساسی چهار ویژگی را برای آن ذکر می‌کند:

«الف) ترکیبی از قواعد حقوقی و غیرحقوقی که چهارچوب حکومت را ایجاد و

^۵ IBID.P.4

^۶ ALDER, JOHN, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW , 5TH EDITION, PALGRAVE, 2005.P.4

^۷ DICEY , I.N.TRODUCTI ON TO STUDY OF CONSTI TUTI ON LAW ATHE EDI TI ON, CONDON, 1915, P.28

رفتار کنش‌گران سیاسی را تنظیم می‌کند.

ب) ابزار واحدی که در نقطه خاصی از زمان تدوین یافته و با توافقی کلی همراه با آئین خاصی تحت عنوان قانون اساسی یا قانون بنیادین شناخته می‌شود.

ج) کلیت قواعد قانونی... که بر عملکرد حکومت اثر می‌گذارد؛ و

د) لیستی از ابزارها و حالاتی که وضعیت تثبیت شده‌ای داشته و قابل بازنگری

یا حتی جایگزینی تحت تشریفات ویژه‌ای است.^۸

مهمترین بخش حقوق اساسی را نیز می‌توان دومین ویژگی که مارشال ذکر می‌کند، نامید. چرا که مانیفستی از قدرت است که ایده آن مربوط به منازعات قرن هجدهم و بالآخر اواخر آن میان ارتدکس‌های سنتی و بوژرواها که قانون اساسی ۱۷۸۹ فرانسه نمونه برجسته آن می‌باشد.

۲. حقوق بنیادین و موضوعه‌گرایی (پوزیتیویسم)

در برداشت سنتی از قانون اساسی این ادعا نهفته بود که قانون اساسی وضعیت و جایگاهی همانند قانون بنیادین دارد که قانون اساسی به مثابه قوانین، سنت‌ها و رویه‌هایی است که هیئت سیاسی را ایجاد می‌کند. بدین گونه که قانون اساسی به عنوان یک ابزار ساخت دست بشر نبود و حقوق بنیادین است که تجلی باورهای سنتی پیرامون نظم طبیعی امور است. اما در دوران مدرن این برداشت دچار دگردیسی شد.

اما چالشی که در اینجا نیز با آن روبرو هستیم عبارتست از این که چه قدرتی در واژه‌های قانون اساسی نهفته است که آن را همچون قانونی بنیادین ماندگار و مستحکم می‌کند؟ در واقع قدرت الزام‌آوری این قانون در چیست؟

در جهت یافتن به پرسش فوق نخست بایست مفهوم حقوق بنیادین را روشن ساخت. به عبارتی دیگر حقوق بنیادین چه شاخصه‌هایی را در بردارد که از سایر حق‌ها متمایز می‌شود. حقوق بنیادین در مفهوم قدیمی آن به گونه خاصی از حق‌ها اطلاق می‌شود که ضمانت اجرایی اخلاقی و سیاسی دارند و نه ضمانت اجرای حقوقی.

^۸ ALDER, LBID.P.5

این پدیده‌ای است که در حقوق عمومی تحت مفهوم «حق سیاسی»^۹ تجلی می‌یابد. حق سیاسی زیربنای قانون اساسی و در واقع در بردارنده مجموعه اصول و قواعدی است که قانون اساسی دولت را بنا می‌کند. دومین موردی که بایست به آن اشاره کنیم فرایند موضوعه‌سازی (پوزتیویسم) حقوق است. بدین ترتیب که حقوق بنیادین در فرایند تدوین قانون اساسی مدرن و جزء لاینفک آن قرار گرفته‌اند. از این رو وجه الزام‌آوری آنان دیگر محدود به الزام اخلاقی و سیاسی نبود بلکه دارای الزام حقوقی نیز گردید. اما این الزام‌آوری حقوقی از کانال نظارت قضایی^{۱۰} تحقق گردید. به عبارتی دیگر با تطور مفهوم حق سیاسی به حقوق موضوعه این امکان فراهم گردید. لذا در برداشت مدرن، «قانون اساسی مکتوب، قواعد بنیادین قانونگذاری را وضع کرده و مجموعه‌ای از قواعد که نمی‌توانند از طریق فرایند عادی قانونگذاری بازنگری و اصلاح شوند را تحت عنوان حقوق بنیادین ارائه می‌کند»^{۱۱}.

لذا با استقرار قانون اساسی مدرن سازوکار الزام‌آوری جدیدی ابداع شد که فن نظارت قضایی عنصر کلیدی آن است. «رابطه میان نظارت قضایی و حقوق بنیادین در چندین مرحله توسعه یافت. نخست اینکه، قانون اساسی گونه‌ای از حقوق بنیادین را به رسمیت شناخت. دوم آنکه، قوه قضائیه خود را به عنوان مفسر و ملزم کننده این حقوق بنیادین معرفی کرد. و در نهایت قوه قضائیه مدعی شد که پاسدار عالی رتبه قانون اساسی است. چنین تحولاتی موجب گردید که مفهوم حقوق بنیادین در بافت مدرن کاملاً تغییر یابد. چنانکه قانون اساسی جمهوری‌های مدرن منظور و صاحب اقتدار شد، ادعایی که قانون اساسی جایگاه حقوق بنیادین را دارد نه تنها مبین رابطه سلسله مراتبی درون ساختار حقوق موضوعه است بلکه مفهوم مضیق‌تری یافت این ابهام ناشی از گرایش نظام‌های مدرن جهت از بین برون تمایز میان قانون اساسی حکومت^{۱۲} (تنظیم شده توسط حقوق موضوعه) و قانون اساسی دولت^{۱۳}

^۹ droit politique

^{۱۰} Judicial review

^{۱۱} Loughlin, Foundation of Public law, oxford, first edition, 2010, P.288

^{۱۲} constitution of government

^{۱۳} constitution of state

(تنظیم شده توسط حق سیاسی)^{۱۴}. از طریق نظارت قضایی نه تنها مفهوم سنتی قانون اساسی به مثابه حقوق بنیادین محو شده بلکه ایده‌ای که قانون اساسی را شکلی از حق سیاسی می‌دانست نیز دفن شد. در حقیقت قانون اساسی به شکل جدیدی از حقوق موضوعه تغییر یافت و این تطور از کانال نظارت قضایی صورت گرفت. در واقع ادعاهای پیشین مبنی بر اینکه قانون اساسی صرفاً به قواعد مکتوبی، متشکل از ارزش‌ها و اصول بنیادین سیاسی تقلیل یافته، چنانکه این قواعد صرفاً اصول راهنمای عمل عمومی را فراهم می‌سازند و این ادعا که نهاد اصلی اجرای قانون اساسی افکار عمومی است و نه قوه قضائیه، همگی سرنگون شدند. در این برداشت جدید، قواعد بدلیل اینکه حقوق بنیادین بودند در قانون اساسی جایگاهی نیافتند: آنها بنیادین شدند چون در قانون اساسی گنجانیده شدند.^{۱۵} بنابراین در نهایت می‌توان گفت از طریق نظارت قضایی است که قانون اساسی مدون، غیرسیاسی، شخصی‌سازی و قانونی می‌شود. لذا فن اصلی این تغییر نظارت قضایی است.

۳. مطلق‌گرایی اخلاق و قانون اساسی

افلاطون سه منشأ ارزش را نام می‌برد: «عدالت»، «زیبایی» و «حقیقت». وی هماهنگی و انتظام کلی را عدالت می‌داند و بدی و زشتی را نتیجه عدم انتظام و فقدان هماهنگی میان طبیعت و انسان یا انسان با انسان. اما همواره قدرت در این میان مؤلفه‌ای است که می‌تواند این انتظام و هماهنگی را بر هم زند. از اینروست که «کالیکس اعلام می‌کند که اخلاق اختراع ضعف‌است برای خنثی ساختن قدرت نیرومندان»^{۱۶} وی همچنین در کتاب گورگیاس افلاطون ذکر می‌کند که: «اخلاق زنجیری [است] که ضعفا برای دربند کشیدن اقویا ساخته‌اند. به عقیده او اخلاق وسیله‌ای است برای نگاه داشتن مرد برتر در دایره حدود و اقتدار ضعفا. مرد عاقل حد میانه‌ای را برمی‌گزیند که از حدود فضائل و رذائل بالاتر باشد. مرد خردمند امیال و

^{۱۴} Ibid, P.288-289

^{۱۵} Ibid, P.293

^{۱۶} دورانت، ویل، تاریخ فلسفه، ترجمه عباس زریاب خویی، انتشارات علمی و فرهنگی، تهران، ۱۳۹۰، چاپ بیست و سوم، ص ۲۰

خواهشهای نفسانی بالاتری دارد و شریفترین صفات در نظر دو توانائی و شجاعت و مهارت در تحقق دادن به این گونه امیال و خواهشهاست»^{۱۷}.

ارسطو علوم را به دو بخش دانش نظری و دانش عملی تقسیم می‌کند. علوم نظری به مقوله‌هایی می‌پردازد که همواره یا به طور معمول همانگونه هستند و ریشه در تجربه و یا واقعیت دارند حال آنکه دانش عملی غیر قابل پیش‌بینی و موضوع تحقیق آن عمل انسان^{۱۸} است. لذا دانش نظری می‌تواند به حقیقت برسد. «علوم عملی هیچ‌گاه نمی‌تواند به عنوان هدف اصلی خود حقیقت مطلق را برگزیند. حقیقت آنها فقط نسبی است. از آنجا که بالاجبار به این نتیجه می‌رسیم که حقیقت اخلاق فرودست‌تر از حقیقت علمی است، ارسطو زندگی علمی را پائین دست و فرع بر زندگی معرفتی قرار می‌دهد. از دیدگاه ارسطو، اخلاقیات از دنیایی جاویدان یا لایتناهی به جهان صیورت سقوط می‌کند»^{۱۹}.

لذا نگاه ارسطو به قواعد و اصول اخلاقی به عنوان امر آن جهانی یا ما بعدالطبیعه، مطلق است. اموری که از عالم لاهوت به عالم ناسوت هبوط کرده است. لذا تغییر ناپذیر و همیشگی است. اما نه بدین مفهوم که فضایل اخلاقی با ما زاده می‌شوند و ما از لحظه تولد با ما هستند. بلکه وی معتقدست فضایل اکتسابی هستند و نتیجه عادت اند. «ارسطو می‌گوید انسان اخلاق را مطالعه می‌کند نه برای اینکه بداند فضیلت چیست بلکه برای اینکه انسان خوبی بشود»^{۲۰}.

دکارت از منطق ارسطویی یا جدید فاصله می‌گیرد و اساس را بر تشکیک و شک‌گرایی می‌نهد، نتیجه شکاکیت وی جمله معروف «می‌اندیشیم سپس وجود دارم»^{۲۱} است. وی معتقد است «چون ذهن به کلی از قید افکار پیشین رها شد و هیچ معلولی نماند که محل اتکا بوده و مشکوک نباشد متوجه شدم که هر چه را شک

^{۱۷} دورانت، ویل، لذات فلسفه، ترجمه عباس زریاب خوئی، انتشارات علمی و فرهنگی، تهران، ۱۳۹۱، چاپ بیست و سوم، ص ۱۰۲

^{۱۸} Praxis

^{۱۹} چانکار، باربارا، فلسفه ارسطو، ترجمه مهداد ایرانی طلب، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۵، ص ۲۱۱

^{۲۰} همان، ص ۲۲۰

^{۲۱} JE PENSE DONC JE SUSI

کنم این فقره را نمی‌توانم شک کنم. که چون شک می‌کنم پس فکر دارم و می‌اندیشم سپس کسی هستم که می‌اندیشم پس نخستین اصل متقین و معلولی که به دست می‌آمد این است که می‌اندیشم سپس هستم»^{۲۲}. دکارت از قدرت اندیشیدن به آگاهی انسان می‌رسد و از آن به اراده آزاد و مختار وی. از نظر وی فاعلیت اخلاقی انسان نتیجه اختیار و اراده آزاد وی است. «اما این آزادی و اختیار نه آن چنان است که اراده خود با بیشرط بر هر چیز تعلق دهد. یا این که به هر امر اراده کند انجام بگیرد بلکه مقصود این است که اراده انسان قاصر و مانعی ندارد. و لیکن به ترجیح بی مرجح نمی‌گراید و برای اختیارات خود دواعی دارد و همواره می‌خواهد نیکی و صلاح را برگزیند و از بدی بپرهیزد و این قید منافی آزادی نیست و بی طرف بودن اراده انسان را اختیار نمی‌توان گفت بلکه عین سرگردانی است. پس انسان مختار است اما البته در هر مورد آنچه را صواب می‌داند اختیار می‌کند و طرف حق را می‌گیرد مگر اینکه به اشتباه افتد از آن رو که فهمش کوتاه است و در همه حال درک حقیقت نمی‌کند زیرا که بیان اراده انسان و مشیت الهی این تفاوت است که خداوند حق را ایجاد می‌کند و مقرر می‌دارد و انسان موجد حق نیست بلکه باید آن را تشخیص دهد و از آن پیروی نماید»^{۲۳}.

بزرگ‌ترین انقلاب فکری که ایمانوئل کانت در فلسفه بوجود آورد ارائه تعریفی جدید از ایدئالسیسم یا اصالت معنا بود وی بر خلاف تصور عامه مدعی شد که قسمت اعظم هر شیء مخلوق صورتی از درک و فهم ما است. وی با تفکیک نومن از فنومن نشان داد که ذهن فقط آئینه‌ای نیست که بازتاب دهنده اشیاء اطراف باشد بلکه خود دارای قوه فاهمه و درک است. وی در سازگاری آزادی و اجبار و به عبارتی در سازش بین آزادی و قدرت در جامعه سیاسی که به ظاهر نیازمند رها کردن خود آیینی و پذیرش دگر آیینی است، آن دو را نه تنها متمایز بلکه مرتبط و دوروی یک سکه می‌داند. «کانت از این رهیافت روسو شروع می‌کند که جامعه سیاسی در سرشت فرد دگرگونی اخلاقی ایجاد می‌کند. وضع فرد در جامعه سیاسی به عنوان یک فاعل

^{۲۲} فروگی، محمد علی، سیر حکمت در اروپا، انتشارات زوآر، چاپ پنجم، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴

^{۲۳} همان ص ۱۶۸

اخلاقی با وضع او در حالت طبیعی، که مادون اخلاق است به طور کیفی متفاوت است. در جامعه سیاسی فرد می‌تواند عادل یا ناعادل باشد در حالی که در وضع طبیعی این حکم صادق نیست. فرد با ورود به جامعه مدنی آزادی بی‌قانون پیشین را رها کرده و به وضع حقوقی وارد می‌شود. در اینجا او همچنان آزاد است زیرا می‌تواند به خود - قانونگذاری بپردازد و به این ترتیب خود آیین^{۲۴} باشد. برای اینکه ظرفیت خود قانونگذاری فرد به طور کامل تحقق پیدا کند باید از طریق قرارداد اجتماعی در یک تجمع مدنی شرکت کند. خود - قانونگذار فرد در یک کار جمعی و مشترک میسر است».^{۲۵}

کانت بر خود آئینی^{۲۶} و غایت بودن فرد تأکید داشت. وی هر گونه تعهد و تکلیفی را از اراده بشر استخراج می‌کرد و بشدت از اتکاء تصمیمات و تعهدات به طبیعت پرهیز می‌کرد و منشأ آنرا عقل محض می‌دانست. وی عقل را خود بنیاد و مستقل می‌دانست که به راهنمایی انسان می‌پردازد و دوام آن را در نقد می‌دانست از اینروست که کتاب نقد عقل محض را می‌نگارد و از عنصر عقل خود بنیاد نقاد سخن می‌گوید که منشأ اراده اخلاقی بشر است. وی معتقدست که انسان فاعل اخلاقی است و بر اساس معیار خوبی و درستی رفتار می‌کند. لذا هر فردی تابع خود آیینی خویش و فارغ از هر اراده دیگری می‌داند. از اینجاست که جهان شمول بودن اخلاقی را نتیجه می‌گیرد. چنان رفتار کن که بر اساس رفتار تو قانون جهانی تدوین کنند. از اینروست که کانت اخلاق را مطلق و امری جهان شمول می‌شمارد.

کانت بیش از سایرین در جدا ساختن حقوق و اخلاق یا فشاری کرده است. به نظر وی، میزان شناسایی نیکی‌ها «اراده خیر» است. اخلاق صرفنظر از سود و زیان کارها، دستور می‌دهد که از قانون پیروی کنیم و کاری اخلاقی است که به منظور ادای تکلیف باشد نه به خاطر جلب منفعت، ولی حقوق به آثار خارجی اعمال توجه دارد و ارزش آنها را از این جهت معین می‌کند»^{۲۷}.

^{۲۴} autonomous

^{۲۵} پولادی، کمال، از دولت اقتدار تا دولت عقل، نشر مرکز، چاپ سوم، ۱۳۹۱، ص ۲۵۱

^{۲۶} autonomy

^{۲۷} کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم ۱۳۸۵، ص ۵۶۳

هگل از فاعلیت اخلاقی کانت سخت انتقاد می‌کند و آنرا تهی و صوری می‌نامد. بینش اخلاقی کانت بر مبنای این فرض بنیاد شده است که یک وجدان اخلاقی وجود دارد که همواره خواهان تبعیت از تکلیف محض است. اما چنین وجدانی همیشه با طبیعت بیرونی و انضامی در تقابل قرار می‌گیرد. واقعیت بیرونی از قوانینی پیروی می‌کند و وجدان اخلاقی از قوانین دیگری. این دو با یکدیگر هم سنخ نیستند. هگل می‌گوید بنا به ادعای کانت با قبول آزادی و اختیار برای فاعل اخلاقی یا ذات اخلاقی می‌توان امر فی نفسه اراده را با واقعیت بیرونی تطبیق داد، در حالی که متوجه این مسئله نیست که وجدان اخلاقی وقتی وارد چنین عملی شود، خواه ناخواه خود را به مثابه او فی نفسه نفی کرده است، چرا که شخص در مقامی که چنین عملی را انجام می‌دهد جزئی و خاص است و به عنوان جزئی و خاص عملش نمی‌تواند حامل ضرورت باشد. حال اگر قضیه را به این صورت مطرح کنیم که ما به عنوان ذات جزئی باید اخلاقی‌ت را به مثابه امر فی نفسه تلقی کنیم که ما را به سوی کمال فرا می‌خواند در این صورت این اراده ماست که باید با قوانین محض مطابقت کند. اما این بار کمال جنبه محض دارد که در این جهان حسی هیچ موجودی قادر به رسیدن بدان نیست.^{۲۸}

«هگل بینش اخلاقی کانت را مثل کل دستگاه فلسفه او دچار نوعی تضاد درونی چاره ناپذیر می‌دید. در فلسفه کانت اراده همواره چنان خود را با طبیعت بیرونی در تقابل می‌بیند که هر امکان تحقیقی از آن سلب می‌شود. لذا هگل می‌کوشد عقل را از محدوده‌ای که کانت برای آن تعیین کرده است فراتر ببرد تا گرفتار تناقضات نظام کانتی نشود. به این ترتیب بود که هگل عقل یا روح را به عنوان فاعل خلاق سراسر جهان و تاریخ طرح کرد. بنابراین این فاعل خلاق (عقل) به جای آنکه امر کلی را ورای خود و به عنوان یک امر انتزاعی تصویر کند آن را به درون خود می‌کشد و در خود جذب می‌کند. اکنون با این جایگاه عقل دیگر ذات اخلاقی‌ت است که در حال شدن و فعلیت یافتن است».^{۲۹}

^{۲۸} هیپولیت، ژان، پدیدار شناسی روح بر حسب نظر هگل، ترجمه کریم مجتهدی، تهران،

انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۱، ص ۱۹۴

^{۲۹} پولادی، پیشین، ص ۲۷۸

۴. رابطه اخلاق و قانون اساسی

دو گرایش کاملاً برابر در نظریه حقوقی مدرن و فلسفه اخلاق وجود دارد. یکی از آنها وجود نرم‌های اخلاقی جهان شمول را به رسمیت می‌شناسد و دیگری آنرا رد می‌کند. از دیدگاه نمایندگان گروه نخست تفکیکی میان اخلاق و حقوق وجود ندارد اما گروه دوم مدعی هستند که تنها حقوق می‌تواند قانون را توجیه کند و نه هنجارهای اخلاقی. مدافعین نظریه دوم معتقدند که هنجارهای اخلاقی نسبی هستند لذا نمی‌توانند جهان شمول باشند. بنابراین حقوق ضرورتاً نیازی به بازتاب هنجارهای موجود اخلاقی ندارد، چنانکه این امر ممکن نیز نیست.

در فهم حقیقت حقوقی و حقیقت اخلاقی سه گرایش فکری عمده وجود دارد:

نخست طبیعی‌گرایان که طرفدار حقوق طبیعی بوده و منشأ اعتبار هر قاعده حقوقی را در قدرت الزام‌آوری اخلاقی آن می‌دانند. به عبارتی دیگر از نظر آنان اعتبار حقوقی با الزام اخلاقی مرتبط است. لذا از منظر حقوق طبیعی «قانون ناعادلانه، قانون نیست» بدین ترتیب که چنانکه قانون‌گذار قوانینی برخلاف اخلاق و عدالت وضع کرد آن قانون از اعتبار حقوقی برخوردار نیست. آنان به ترتیب وضع قوانین در حکومت‌های توتالیتر و فاشیستی اشاره دارند و آن را یک نظام حقوقی نمی‌دانند و لذا قوانینش را الزام‌آور و معتبر نمی‌دانند. دومین مکتب، اثبات‌گرایان یا پوزیتیویست‌های حقوقی هستند که بر تفکیک امر اخلاقی از امر حقوقی اصرار می‌ورزند. اثبات‌گرایان معتقدند که اعتبار قاعده حقوقی از ترتیبات وضع قانون و قواعد شناسایی عمومی هر نظام حقوق نشأت می‌گیرد و نه عادلانه و یا ناعادلانه بودن آن. لذا آنان بر بی‌طرفی اخلاقی گزاره‌های حقوقی تأکید می‌ورزند. در مکتب تفسیری، دورکین با وارد ساختن هرمونیک حقوقی در اثبات‌گرایی جزء نظریه‌پردازان شاخص این حوزه می‌باشد که در ذیل بدان خواهیم پرداخت.

هارت نظریه‌پرداز فلسفه حقوق، از جدایی حقوق و اخلاق دفاع می‌کند. این

تفکیک مبتنی بر دو مسئله است نخست آنکه هر قاعده حقوقی اعتبار خود را از قاعده شناسایی مختص آن نظام حقوقی دریافت می‌کند و دوم آنکه علم به محتوای قانون

فارغ از نگرش و دیدگاه فرد پیرامون اخلاق است به عبارتی بهتر الزام اخلاقی قانون جزئی از مفهوم قانون نیست.

اچ. ال. ای هارت تأکید دارد که بایست بر دکترین سنتی پوزیتویسم حقوقی جهت تمایز میان «حقوق چنانکه هست»^{۳۰} و «حقوق چنانکه بایست باشد»^{۳۱} را برگزینیم. هارت شدیداً میان عباراتی پیرامون اعتبار حقوقی یک نرم خاص و ارزیابی ما از این نرم تفکیک قائل می‌شود. ارزیابی یک نرم خاص مبتنی بر استانداردهای مختلفی از نقد است که یکی از آنها اخلاق است. برای آنکه بگوئیم قانون معینی وجود دارد، لازم نیست آن را به هر ارزیابی اخلاقی مبتنی کنیم؛ در اینجا اخلاق یک وجه بیرونی از قانون است. در مفهوم پوزیتویسم قانون اعتبار قاعده حقوقی به معنای توجیه آن نیست بلکه شناسایی آن به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور است که بوسیله منابع سنجش در یک نظام حقوقی کارا در معرض امتحان قرار می‌گیرد.

اثبات اعتبار حقوقی یک قانون موضوعی ناشی از واقعیت اجتماعی است. اعتبار حقوقی اینست که بگوئیم یک قانون در یک نظام حقوقی واقعاً وجود دارد بدین معنا که بتواند کارکردهای خویش را در سازماندهی امور اجتماعی ایفا سازد. برای فهم بهتر از مفهوم اعتبار حقوقی در نظریه هارت نخست بهتر است منظور وی از نظام حقوقی را ملاحظه کنیم. نظام حقوقی شامل قواعد اولیه اجبار (الزام) است. اما این قواعد اولیه به تنهایی برای توصیف نظام حقوقی کافی نیستند. بلکه قواعد ثانویه که قدرت را اعطا می‌کنند نیز وجود دارد. قواعد ثانویه قواعد اولیه را سازماندهی می‌کنند. قواعد ثانویه که به این بحث مربوط است قواعد شناسایی است که معیار اعتبار حقوقی را فراهم می‌سازد.

وجود معیار اخلاقی شرط لازم برای اعتبار حقوق موضوعه نیست. بدین معنا که هارت هرگونه ارتباط ضروری میان حقوق و اخلاق را انکار می‌کند. بلکه به منظور معتبر بودن، نرم مجبور است قواعد بنیادین تعریف شده (مشخص شده) از سوی رویه‌های اساسی قانون‌گذاری را رعایت کند به طور مثال قواعد ثانویه. ادعایی که

^{۳۰} Law as it is

^{۳۱} law as it ought to be

قواعد ارائه شده قانون معتبر هستند بدین معناست که قاعده جایگاه حقوقی خویش را مطابق با قاعده مقبول شناسایی بدست می‌آورد. این اعتبار حقوقی از یک دیدگاه درونی اثبات شده است بدین معنا که دیدگاه افرادی که قاعده شناسایی را پذیرفته‌اند.^{۳۲}

هربرت هارت با نقد نظریه جان آستین که قانون را فرمان متکی به زور می‌داند، بر تفکیک مفهوم مکلف بودن^{۳۳} و وظیفه داشتن^{۳۴} اشاره می‌دارد و تکلیف را عنصر حیاتی در الزام‌آوری قانون می‌داند نه مجبور بودن را. وی با رد مفاهیمی از جمله دستور، اطاعت، عادت و تهدید در تکوین قاعده حقوقی، از قانون به مثابه اتحاد قواعد اولیه و ثانوی نام می‌برد. از نظر وی «اگر قرار است حق پیچیدگی نظام حقوقی ادا شود، تفکیک دو نوع قاعده متفاوت اما مرتبط لازم است. براساس یک نوع از قواعد، که به درستی می‌توان گفت نوع اصلی یا اولی است، باید انسان‌ها صرف نظر از میل و خواست خود، افعالی را انجام دهند یا از انجام آن‌ها پرهیز کنند. نوع دیگری از قواعد، نسبت به قواعد اول، به یک معنا فرعی یا قواعد ثانوی‌اند، چرا که براساس این قواعد انسان‌ها می‌توانند، با گفتن یا انجام برخی امور، قواعد جدیدی از قواعد نوع اول وضع کنند، قواعد سابق را فسخ یا اصلاح کنند یا به روش‌های گوناگون قلمرو یا اجرای آن‌ها را تنظیم کنند. قواعد نوع اول تکلیف‌آور هستند و قواعد نوع دوم قدرت‌زا (صلاحیت بخش هستند. اعم از قدرت عمومی یا خصوصی»^{۳۵}. وی قواعد اولیه را متضمن حرکت یا تغییر فیزیکی می‌داند و قواعد ثانوی را علاوه بر آن موجب ایجاد یا تغییر تکالیف و تعهدات نیز می‌داند.

از نظر هارت «قانون اساسی چیزی جز اخلاق موضوعه^{۳۶} نیست»^{۳۷}. قانون اساسی مهم‌ترین قاعده‌شناسایی در هر نظام حقوقی است که قاعده کلی‌ای

^{۳۲} Stephan, Hiawatsch, A seprtion of law and morals , vieven university, 2010, P.3-4

^{۳۳} has an obligation

^{۳۴} to be obligate

^{۳۵} هارت، هربرت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، چاپ دوم: تهران، ۱۳۹۰، ص ۴۱

^{۳۶} positive morality

^{۳۷} همان، ص ۳۲

فعالیت‌های حقوقی را تعریف می‌کند. «در نظام حقوقی مدرن، که منابع گوناگونی برای قانون دارد، قاعده شناسایی نیز به نوبه خود پیچیده‌تر است. معیارهای تشخیصی قانون متنوع‌اند. و معمولاً در برگیرنده قانون اساسی نوشته، مصوبه قانونگذار عادی و رویه قضایی است. در بیش‌تر موارد، مقرراتی برای تعارض احتمالی وضع می‌شود تا این معیارها را از حیث رتبه‌بندی و تقدم دسته‌بندی کند.»^{۳۸} براین اساس است که حتی در نظام‌های حقوق عرفی (کامن لا) رویه قضایی و عرف فرع بر قانون موضوعه هستند.

رونالد دورکین^{۳۹}، فیلسوف سیاسی معاصر، دریچه‌ی جدیدی در رابطه بین حقوق و اخلاق گشود. همانگونه که قبلاً نیز گفتیم دو دیدگاه عمده پیرامون حقیقت حقوقی و حقیقت اخلاقی که یکی دیدگاه اثبات‌گرایان و دیگری حقوق طبیعی وجود داشت. دورکین استاد برجسته فلسفه حقوق و سیاست دیدگاه سومی در ارتباط با رابطه حقوق و اخلاق مطرح می‌کند که رویکردی قابل تأمل در برابر دیدگاه‌های رقیب می‌باشد. وی با ورود مباحث هرمنوتیک به این مقوله رویکردی تفسیری را تبیین می‌نماید. از نظر او در تمایز میان «حقوق آنچنان که هست» و «حقوق آنچنان که باید باشد» حتی طرفداران حقوق طبیعی نیز منکر وجود قوانین ناعادلانه نیستند چنانکه کسی منکر وجود قوانین فاشیستی آلمان نازی نشد. اما در رویکرد تفسیری، قضات می‌توانند تفسیری را برگزینند که حق و تکلیف اخلاقی را بهتر نمایان می‌کند. «در مورد یک مسأله اختلافی اگر چند تفسیر با زبان انتزاعی قانون موضوعه یا با آرای قضایی گذشته جور در بیایند، برای انتخاب میان تفسیرها قضات بایستی ببینند کدام یک (برای نمونه کدام یک از برداشت‌ها از حق نسبت به رعایت تشریفات قانونی یا مسئولیت در برابر صدمات عاطفی) حقوق و تکالیف اخلاقی و حقوقی مردم را بهتر منعکس می‌سازد»^{۴۰}. هارت نیز اذعان داشت که نظام حقوقی باید در جهات خاصی نمایانگر مطابقت با اخلاق یا عدالت باشد. اما این امر هرگز به منزله باز تولید قواعد

^{۳۸} همان، ص ۱۶۸

^{۳۹} Ronald Dworkin

^{۴۰} راسخ، محمد، حق و مصلحت، جلد اول، نشر طرح نو، چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص ۷۶

اخلاقی توسط نظام حقوقی یا ارجاع نظام اخیر به اخلاق یا عدالت نمی‌باشد. دورکین در برابر موجهات تصمیمات سیاسی، حق را دلیل حاکم یا برگ برنده می‌داند. بدین ترتیب که یک تصمیم سیاسی در صورتی موجه است که قول بدهد شهروندان را خوشبخت‌تر کند یا در مقایسه با هر تصمیم دیگری، شمار بیشتری از ترجیحات آنان را به طور میانگین عملی کند. وی با تأسی به اینکه سوداگری می‌تواند یک آرمان سیاسی مهم را تبیین کند، اهداف سودگرایانه را اساساً طوری تأویل می‌کند که «حق بر استقلال اخلاقی»^{۴۱} از آن منتج گردد. اگرچه سود همواره مهم است اما تنها امر مهم نیست و گاه آرمان‌های مهمتر نیز وجود دارند. لذا فهم صحیح سودگرایی و دلیل اهمیت آن به خودی خود حق بر استقلال اخلاقی را موجه می‌سازد.^{۴۲} دورکین در نظریه تفسیری خویش که آن را «تفسیر سازنده»^{۴۳} می‌نامد بهترین تفسیر را تفسیری می‌داند که مبین دو شاخص زیر باشد. مطابقت^{۴۴} و جذابیت^{۴۵}. «معیار مطابقت به توان تفسیر به دربرگیری وجوه غیراخلاقی و قابل مشاهده عرف و عمل، مربوط می‌شود. لزومی ندارد تفسیر از مطابقت کامل برخوردار باشد، اما باید به آستانه معینی از مطابقت کافی برسد. با این حال در محدوده مطابقت باید آن تفسیری را برگزینیم که عرف و عمل را از دید اخلاقی جذاب‌ترین عرف و عمل می‌سازد.»^{۴۶} از این جهت دورکین معتقد است که هر تفسیر حقوقی دارای دو جنبه توصیفی و تجویزی است توصیفی است چرا که بایست منطبق با واقعیات باشد (معیار مطابقت). تجویزی است از این نظر که بایست جذاب‌ترین تفسیر اخلاقی را برگزیند. (معیار جذابیت).

دورکین مدعی است که تکلیف قانونی نه تنها زمانی که حقوقدانان سند یا قانونی خاص را تفسیر می‌کنند بلکه به طور کلی یک عمل تفسیری است. حقوق

^{۴۱} right of moral independence

^{۴۲} راسخ، محمد، حق و مصلحت، جلد دوم، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۲۹۵-۲۹۶

^{۴۳} constructive interrelation

^{۴۴} fit

^{۴۵} appeal

^{۴۶} راسخ، حق و مصلحت، ج ۱، ص ۵۷

عمیقاً از طریق سیاست قابل درک است. حقوق‌دانان و قضات نمی‌توانند از مفهوم موسع نظریه سیاسی دوری کنند. اما حقوق، موضوعی شخصی یا سیاست‌های وطن‌پرستی نیست و نقد حقوقی این تمایزات را درک نمی‌کند. دورکین پیشنهاد می‌کند که ما می‌توانیم درک بهتری از حقوق بواسطه تطبیق تفسیر قانونی یا تفسیر در سایر رشته‌های دانش بویژه ادبیات را داشته باشیم. همچنین انتظار داریم که حقوق زمانی بهتر درک می‌شود که تفسیر کلی از آن بدست آید.^{۴۷}

۵. نقش و جایگاه پوزیتیویسم اخلاقی در تفکیک امر اخلاقی و امر

حقوقی

پوزیتیویسم حقوقی با طرح این مسئله که بایست بین «حقوق آنگونه که هست» و «حقوق آنگونه که باید باشد» به تفکیک میان امر حقوقی و امر اخلاقی جایگاهی مستحکم‌تر می‌بخشد. از منظر اثبات‌گرایان حقوق به هیچ وجه ضرورتی ندارد که حقوقی الزامات اخلاقی را منعکس یا باز تولید کند. اگر هدف اصلی بقا باشد یا به تعبیر توماس هابز صیانت از نفس مهمترین غریزه بشری باشد. آنگاه حقوق و اخلاق هر یک بایست محتوایی خاص داشته باشند. چرا که بدون این تفاوت محتوایی هدف حداقلی بقا انسان میسر نمی‌گردد. انسان‌ها در تشکیل گروه، اتحادیه و انجمن نیاز به همکاری و مساعدت دارند اما این همکاری تا جایی ادامه می‌یابد که به بقا هر یک آسیبی وارد نسازد. در صورت فقدان محتوایی خاص دیگر دلیلی برای انسانها باقی نمی‌ماند که از قواعد مشترک داوطلبانه پیروی کنند و بدون این همکاری داوطلبانه هرگز وادار نمودن افراد به اطاعت ممکن نخواهد بود.

هارت دوتر انحصار منابع و بی‌طرفی اخلاقی گزاره‌های حقوقی را در این زمینه مطرح می‌سازد. در تز انحصار منابع وی معتقد است که اعتبار حقوقی نشأت گرفته از قواعد شناسایی هر نظام حقوقی است و نه به محتوای عادلانه یا ناعادلانه بودن آن و بی‌طرفی اخلاقی گزاره‌های حقوقی مبین این تفکر است که علم به تکالیف حقوقی

^{۴۷} Dworkin, Ronald, law as interpretation, Chicago Journal, vol 9, sep 1982, p.p.179.

هیچ‌گونه ارزیابی اخلاقی را درباره رفتار بشری به دنبال ندارد. برخلاف نظر هارت، آکویناس^{۴۸} مفهوم از اعتبار حقوقی ارائه می‌دهد که ضرورتاً با اعتبار اخلاقی تلاقی دارد. از نظر سنت حقوق طبیعی زمانی می‌گوئیم یک قانون معتبر است که اعتبار آن تنها به اعتبار سیستماتیک قانون بستگی نداشته باشد بلکه بایست معیار اخلاقی خاصی داشته باشد تا ضرورتاً از اعتبار قانونی برخوردار شود. چنانکه سنت آگوستین می‌گوید «قانون ناعادلانه قانون نیست»^{۴۹}. اما هیچ اثبات‌گرایی نمی‌تواند منکر این واقعیت شود که ثبات نظام‌های حقوقی تا حدی به مطابقت با اخلاقی وابسته است. با این وجود این مسئله نیز نمی‌تواند موجب انکار قوانین ناعادلانه و خدشه‌دار ساختن اعتبار حقوقی آنان شود.

بنابراین هارت این گزاره که نظام حقوقی باید در جهات خاصی نمایانگر مطابقت

با اخلاق یا عدالت باشد را به معنای ارجاع ضمنی یا صریح نظام اخلاقی به اخلاق یا عدالت نمی‌داند و معتقد است به هیچ وجه ضرورتی ندارد که حقوق برخی الزامات اخلاقی را باز تولید یا تأمین کند. وی به نکته‌ای اشاره می‌کند که از نظر اکثر اثبات‌گرایان مغفول واقع شده است و آن استخراج بایدهای حاکم بر رفتار انسانی از عقل می‌باشد. آنچه که مورد تأیید نظریه‌های کلاسیک حقوق طبیعی نیز می‌باشد. در این نظریه‌ها آمده است که برخی اصول رفتاری وجود دارد که باید با عقل کشف شود و قوانین موضوعه در صورت مطابقت با آنها معتبر هستند. اندیشه مدرن حقوقی خود را از مسئله رها می‌کند. جان استوارت میل با تفکیک میان قوانین طبیعی (قوانینی که بر طبیعت حاکم هستند مثل حرکت زمین و ستارگان) با قوانین حاکم بر رفتار بشری، نوع اول را توصیف و تبیین واقعیات می‌داند که انسان آن را کشف می‌کند. اما قوانین حاکم بر رفتار بشری که گونه‌ی خاصی از رفتار را الزام می‌کنند جنبه تجویزی یا وضعی دارد^{۵۰}. به عبارتی دیگر در قوانین ممکن است نقض شود در حالی که همچنان قانون است، اما قوانین طبیعی قابل نقض نیستند مثل نیروی جاذبه زمین و یا حرکات ستارگان.

^{۴۸} Thomas Aquinas

^{۴۹} Hlawatsch, Ibid, P.5

^{۵۰} هارت، پیشین، صص ۲۸۸-۲۸۵.

۶. حق و اخلاق در قانون اساسی مدرن

آنچه که قانون اساسی مدرن را بیش از هر چیز دیگری تحت الشعاع قرار داده است مفهوم نوین حق^{۵۱} در دو سده اخیر بوده است. رهیافت حقوق بشر موضوعه در قانون اساسی نیز حاصل قرائت جدید و مستقل از «حق» است که زیربنای حقوق موضوعه مدرن گردیده است. در اواخر سده هجدهم و اوایل قرن نوزدهم بنام و جان آستین تفکیک حق از اخلاق مطرح کردند. مسئله‌ای که مبنای حق را بنیان‌های اخلاقی آن به پشتوانه‌های سیاسی معطوف می‌کرد. «اگرچه برخی منتقدان مدعی هستند که این تفکیک انسان را در دیدن حقایق طبیعی حقوق و ریشه‌های آن در زندگی اجتماعی کور می‌سازد»^{۵۲} همچنین فریدمن مدعی است که جان آستین با تفکیک علم قانونگذاری از علم حقوق عصر جدیدی از پوزیتیویست حقوقی و خودپسندگی^{۵۳} را آغاز کرد که دولت ملی نوظهور قادر گشت ادعا کند که اقتدارش با تشکیک‌های حقوق‌دانان غیرقابل اختلال است»^{۵۴} لذا در دوران مدرن و بالاخص در تدوین قوانین اساسی مفهوم حق چالشی بنیادین اما تعیین کننده یافت. از سویی طرفداران حقوق طبیعی بر اعتبار قوانین براساس عادلانه یا ناعادلانه بودن آن‌ها اصرار می‌ورزیدند و حق را به ذاته و متناسب با کرامت انسانی و فطری می‌دانستند و از طرفی دیگر دولت‌های ملی با قرائتی پوزیتیویستی آن را ناشی از حق سیاسی و همراه با تمشیت قاهرانه می‌پندارند.

در این بخش سعی می‌کنیم که به سه عنصر حق، عدالت و اخلاق در دوران مدرن و با عنایت به نقش صلاحیت بخشی (قدرت‌زا) قانون اساسی با رویکردی تاریخی – تحلیلی بپردازیم.

^{۵۱} right

^{۵۲} Hart, Positivism and separation of law and moral, Harvard law Review, vol 71, No. 4 (Feb 1958) P. 594.

^{۵۳} self sufficiency

^{۵۴} Friedman, legal theory, 3d edition, 1953, P.154.

۱.۶. تطور مفهوم حق در مدرنیته

مدرنیته با سه مؤلفه فردگرایی، دنیاگرایی و عقل‌گرایی تحولات عمیقی رد حیات بشری ایجاد کرد. یکی از مهمترین تحولات در زمینه حقوق بوده است. اگرچه در دوران ماقبل مدرن از رابطه حقوق و اجتماع و تأثیر و تأثر این دو بر یکدیگر سخن گفته می‌شد، در خلال مدرنیته نگاه‌ها بیشتر معطوف به حق و اخلاق گردید. همین تغییر نگرش کافی بود که حق از مقوله‌ای عینی^{۵۵} به مقوله‌ای شخصی^{۵۶} تغییر جهت یابد. «بدین طریق پوزیتوسیم حقوقی ظهور یافت که حقوق را صرفاً تکنیکی برای تحقق بخشیدن به اهداف انسان‌ها تلقی می‌کرد، به دیگر سخن، وسیله‌ای برای نظام بخشیدن به قدرت سیاسی»^{۵۷} لذا برخلاف سده‌های میانی که سنت آگوستین و سایر طرفداران حقوق طبیعی بر لزوم عادلانه بودن قوانین و عدم اعتبار قوانین ناعادلانه تأکید داشته و حق طبیعی انسان به مثابه امتیازهایی که هر فرد به تبع انسان بودن بایستی از آن برخوردار باشد را غیر قابل خدشه می‌دانستند، در دوران مدون اثبات‌گرایان با تأکید بر تفکیک حقوق از اخلاق، افق جدیدی از مفهوم حق را ترسیم نمودند. در این فهم جدید از حق، حق داشتن^{۵۸} در برابر فهم کلاسیک از آن که حق بودن^{۵۹} در برابر باطل قرار می‌گرفت، نشست. «ظاهراً، محوری‌ترین ایده لیبرالیسم در عرصه اخلاق اجتماعی و در نتیجه حقوق بشر، تفکیک بین دو مفهوم «خیر^{۶۰}» و «حق^{۶۱}» است. ایده حق بر خطا بودن به خوبی نمایانگر اهمیت تفکیک بین دو مفهوم «حق بودن» و «حق داشتن» است. مبنای اخلاقی رواداری و تسامح، در تفکیک این دو مفهوم از حق ریشه دارد»^{۶۲}.

^{۵۵} objective

^{۵۶} subjective

^{۵۷} کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخی، نشر طرح نو چاپ،

دوم ۱۳۸۸، ص ۳۳۶

^{۵۸} to have right

^{۵۹} to be right

^{۶۰} good

^{۶۱} right

^{۶۲} قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر، جلد اول، شهر دانش، چاپ سوم،

۲.۶. ارزش قسیم عدالت و اخلاق

در میانه میدان قدرت و اخلاق مسئله اساسی که تزامن آن دو را تا حد ممکن برطرف می‌سازد، تعریف مفهوم عدالت است؟ افلاطون عدالت را هماهنگی کل یا انتظام می‌داند. ساده‌ترین برداشت کلی از عدالت «برابری» است. لذا کلیه نظریه‌های عدالت تفاسیری است از اصل ارزشی برابری. مفهوم اجمالی عدالت^{۶۳} را می‌توان به برابری تقلیل داد اما مفهوم تفصیلی^{۶۴} عدالت، تأویل و تفسیرهای مختلف حول محور آن می‌باشد که می‌توان دامنه آن را از برابری مورد ادعای مارکسیست‌ها تا آزادی مدنظر لیبرال‌ها متغیر دانست. از این روست که تمامی نحله‌های فکری که دغدغه عدالت را دارند می‌توان در حد فاصله این دو در نوسان است.

اگرچه مسئله تعریف عدالت به خوبی با مسئله هنجاری آن ارتباط تجربی دارد، اما معنای هنجاری آن دلالت بر ایده پیوستگی یا مطابقت با ایده یگانگی و تساوی در یک بافت تجربی دارد. این موضوع با مفهوم حقوق موضوعه در ارتباط است که نتیجه آن اینست که حقوق و عدالت دارای مفاهیم نزدیک به یکدیگر شوند.^{۶۵} اگرچه نمی‌توان تعریفی از اصطلاح عدالت به طور دقیق و عملی ارائه کرد، اما فلسفه حقوق تا زمانی که عدالت، موضوع حقوق است نمی‌تواند از این مسئله فرار کند. عدالت یک هدف کلان در فلسفه حقوق است، چنانکه دکتر راسخ استاد فلسفه حقوق می‌گوید: حقوق اقتضای حداقلی عدالت است. «کلسن معتقد است که نمی‌توان دانش صوری عدالت را حتی اگر نظریه عدالت به طور منطقی بنا شده باشد طرح‌ریزی کرد، چرا که براساس فرضیه‌های مهیج استوار شده است. بنابراین به نظر می‌رسد که مفهوم عدالت در راستای تعیین‌پذیری (دیترمینسم) عقلانی غیر قابل اصلاح باشد.»^{۶۶} هیل

۱۳۹۰، ص ۴۱

^{۶۳} concept

^{۶۴} conception

^{۶۵} Barker, Ernest, Principles of social and polizical theory, London: oxford university press, 1967. P. 102.

^{۶۶} M.K. vyas, concept of Justice, JNN, university

استاینر عدالت را نظام توزیع آزادی می‌داند. از نظر وی «عدالت یعنی اصل اعطای سهم هر کس بر خودش، چنین قاعده‌ای است. عدالت قاعده توزیع آزادی است و از این رو، قاعده تخصیص اموال است... اصل عدالت یک نظام توزیع آزادی را میان فرد فردِ فاعلان اخلاقی، و بدین سان، توزیع موارد ترک فعل را تجویز می‌کند.»^{۶۷}

از نظر ایمانوئل کانت آتونومی (خود آیینی) اصل منشأ است. وی معتقد بود که انسان در سلسله علت‌ها و معلومات گرفتار شده است. و راه نجات وی «انسان استعلایی» است که خود پایه گذار ارزش باشد. وی میان خوب^{۶۸} (امر اخلاقی) و حق^{۶۹} (امر قضایی) تفکیک به عمل آورد. از نظر وی امر اخلاقی هم باید ناظر بر نیت خیر و هم اراده آزاد باشد این در حالی است که در امر قضایی تنها لازم است اراده آزاد تضمین شود. نگرش مزبور به کمک مفهوم حق در وجه منظور شده آن آمد (وجهی که در گفتار قبل از آن یاد کردیم). در این قلمرو جدید عدالت معطوف به بایدهای اخلاقاً بی‌طرف گردید. چرا که اساساً عدالت زمانی مطرح می‌شود که توافق اخلاقی وجود ندارد. به عبارتی بهتر زمانی که توافق بر سر موضوعی اخلاقی وجود ندارد و تعهدات اخلاقی متضاد و متعارض بروز می‌کنند و بر سر انجام تکالیف سایه می‌افکنند، مسئله عدالت مطرح می‌شود. مفهوم مخالف آن مبین این امر است که اگر اختلاف اخلاقی پدید نیاید مسئله عدالت نیز هرگز مطرح نمی‌شود. این مسئله را با ذکر مثالی روشن‌تر می‌نماییم. فرض کنید که شخصی در منزلی که از اجداد و نیاکانش به وی رسیده سکونت گزیده و علاقه‌ی وافری بدان دارد اما شهرداری تصمیم می‌گیرد که در راستای رفع معضل ترافیکی و تسهیل عبور و مرور بزرگراهی در همان محل احداث کند که در این صورت منزل وی تملک می‌شود. در اینجا با تزامم دو حق روبرو می‌شویم: حق مالکیت و حق رفت و آمد که هر دو بار اخلاقی خویش را نیز بدوش می‌کشند. در این اختلاف اخلاقی است که عدالت به مثابه توزیع ظهور می‌کند، توزیع حق و رفع تزامم از اختلافات اخلاقی. از اینروست که عدالت ناچاراً بی‌طرف است همان مسئله‌ای که هارت مطرح می‌کرد: گزاره‌های حقوقی اخلاقاً

^{۶۷} راسخ، محمد، حق و مصلحت، جلد دوم، پیشین، ص ۳۳۵

^{۶۸} the good

^{۶۹} the right

بی طرف هستند. لذا امکان دارد که عدالت با ضد اخلاق نیز جمع شود بنابراین عدالت اخلاقی نیست. بلکه عدالت و اخلاقی قسیم یکدیگر هستند. اما چه چیز این دو را از هم قسمت می کند؟ برای پاسخ به این پرسش به بحث ابتدایی این گفتار رجوع می کنیم. مفهوم اجمالی و تفصیلی عدالت. در مفهوم تفصیلی این ایدئولوژی حاکم در جامعه است که ارزش ها را بارگذاری می کند. همانگونه که گفتیم این مفهوم می تواند از آزادی لیبرالیسم، برابری مارکسیستی در نوسان باشد. بنابراین می توان گفت که در تراجم های اخلاقی موجود در یک جامعه، ارزش های حاکم که گاهاً از پشتیبانی قدرت سیاسی نیز برخوردار هستند سلاح عدالت در توزیع آزادی ها به شمار می روند. به عبارتی دیگر ارزش قسیم عدالت و اخلاق است.

در این راستا می توان به ارزش های موجود در مکتب سودانگاری^{۷۰} و قراردادگرا به طور جداگانه اشاره کرد. از دیدگاه سودانگاران (مکتب اصالت) فایده که می توان به نظریات جرمی بنتام و دستورات میل اشاره کرد حکومت بایست بدنبال خیر حداکثری برای بیشترین افراد ممکن باشد. به عبارتی دیگر سود حداکثری، حداکثر مردم باید مدنظر حکومت و نظام عدالت باشد. لذا سودانگاری یک مشرب اخلاقی است. جان استوارت میل از سودانگاری جهت تعیین آنچه اخلاقی است و آنچه ممکن است غیر اخلاقی به نظر طبیعی رسد استفاده کند. در مکتب اصالت فایده نتیجه گرایی، حداکثرسازی و لذت گرایی سه عنصر مؤلف محسوب می شوند. برخی سودانگاران از جمله بنتام منکر امکان شناخت نسبت به درست و غلط اخلاقی نیستند بلکه آنها معتقدند که اصل سود عالی ترین اصل اخلاقی است. «از منظر آنان خبر از وجود یک قاعده حقوقی حکایت از اخلاقی بودن آن ندارد و همچنین از غیر اخلاقی بودن یک قاعده اخلاقی نمی توان نتیجه گرفت که آن قاعده قانون نیست.»^{۷۱} از سوی دیگر کلسن و برخی دیگر از سودانگاران از «اصل امتناع معرفت اخلاقی»^{۷۲} سخن می گفتند و معتقد بودند نرم ها و ارزش های اخلاقی اساساً صدق و کذب بردار نبوده و لذا امکان

^{۷۰} utilitarianism

^{۷۱} راسخ، حق و مصلحت، جلد اول، همان، ص ۵۱

^{۷۲} ethical non – cognitivism principle

معرفت نسبت به این نرم‌ها و ارزش‌ها میسر نیست. اما هارت محتوای حداقلی حقوق طبیعی را مطابق اصول رفتاری که به نحو جهان شمول به رسمیت شناخته می‌شوند را مطرح می‌سازد.

هارت عدالت را بخشی از اخلاق می‌داند که دغدغه فردی ندارد بلکه رویکردی جمع‌گرا دارد یا به عبارتی دیگر به روابط افراد در گروه‌ها، انجمن و جامعه ناظر است. «از نظر وی این ویژگی است که به عدالت جایگاهی خاص در نقد قانون و دیگر نهادهای عمومی و اجتماعی می‌بخشد. عدالت مهم‌ترین فضیلت برای نهادهای عمومی و قانون است. اما اصول عدالت کل مفهوم اخلاق را در بر نمی‌گیرد و تمام انتقاداتی که بر اساس اخلاق از قانون می‌شود به نام عدالت صورت نمی‌گیرد. ممکن است قوانین را صرفاً به این دلیل اخلاقاً بد بدانند که انسانها را به انجام افعالی خاص ملزم می‌کنند که اخلاق انجام آنها را منع کرده است یا به دلیل که آنان را از انجام افعالی باز می‌دارند که اخلاقاً مکلف‌اند آنها را انجام دهند»^{۷۳}

سودانگاری نزدیک به دو سده گفتمان غالب در قلمرو علم اخلاق را به خود اختصاص داد. اما جان رالز با احیای سنت کانتی، قرارداد گرایی جدید را پایه‌گذاری کرد. جان رالز ایده جامعه بسامان را ذکر می‌کند که با برداشتی عمومی از عدالت سامان می‌یابد، برداشتی که مبتنی بر یک قرارداد منصفانه میان اعضای آن است. وی دو قوه اخلاقی برای آزادی و برابری اعضا جامعه بسامان ذکر می‌کند: یکی حس عدالت‌جویی و دیگری قابلیت فهم امر خیر. این دو حس موجب می‌گردد تا افراد به خاطر منافع خودشان به شرایط منصفانه همکاری احترام می‌گذارند. در اینجاست که وی از «عدالت به مثابه انصاف»^{۷۴} نام می‌برد که برداشتی سیاسی از عدالت است. «عدالت به مثابه انصاف حد و مرزهای امر واقع‌گرایانه‌ای آرمانشهر است: عدالت به مثابه انصاف، حد و مرزهای امر واقع‌گرایانه عملی را بررسی می‌کند. یعنی این که در جهان ما (با توجه به قوانین و گرایش‌های) رژیم دموکراتیک تا چه حد می‌تواند ارزش‌های سیاسی مطلوب خود - به تعبیر دیگران، کمال مطلوب- را به طور کامل

^{۷۳} هارت، هربرت، مفهوم قانون، پیشین، ص ۲۶۲

^{۷۴} Justice as fairness

محقق سازد»^{۷۵}.

رالز برای تحقق جامعه بسامان و ایده عدالت به مثابه انصاف که برداشتی سیاسی است ایده موقعیت اولیه^{۷۶} را مطرح می‌سازد. چرا که اگر قرار است توافقی سیاسی رخ دهد و از اعتبار حقوقی نیز برخوردار شود بایست تحت شرایط آزاد و برابر صورت گیرد. لذا وی در راستای شکل‌گیری چنین توافقی «پرده غفلت»^{۷۷} را از ویژگی‌های موقعیت اولیه می‌داند. چرا که شرایط برابر و آزاد زمانی تحقق می‌یابد که افراد از موقعیت آتی خویش در این جامعه بسامان مطلع نباشند و در بی‌خبری به توافق برسند.

در واقع پرده غفلت جلوی دیدگان افراد را نسبت به موقعیت، نژاد، قومیت، جنسیت، هوش و... می‌گیرد و در چنین عدم شفافیت یا نبود اطلاعاتی است که طرفین قرارداد در پس پرده غفلت قرار می‌گیرند. «دلیل این که موقعیت باید فاقد احتمالات و امور محتمل موجود در ساختار اساسی باشد اینست که شرایط توافقی منصفانه میان اشخاص آزاد و برابر درباره اولین اصول عدالت ساختار اساسی باید مزیت‌های ناشی از موقعیت را حذف کنند همان مزیت‌هایی که ناگزیر به مرور زمان در نتیجه گرایش‌های اجتماعی و تاریخی انباشتی در هر جامعه‌ای به وجود می‌آید. اینکه به اشخاص مطابق با مزیت احتمالی (یا قدرت سیاسی بالفعل، یا ثروت، یا مواهب فطری) آن‌ها بدهیم، پایه و اساس عدالت سیاسی نیست، مزیت‌های تاریخی احتمالی و تأثیرات تصادفی حاصل از گذشته نباید بر توافق درباره اصولی تأثیر گذارد که قرار است از این پس ساختار اساسی را تنظیم کند»^{۷۸}. رالز ایده موقعیت اولیه و ویژگی‌های اساسی آن یعنی پرده غفلت را مطرح می‌سازد تا بر ایده‌ای منصفانه درباره اصول عدالت سیاسی در یک ساختار اساسی اجماع شود. لذا موقعیت اولیه وی از دو شرط برخوردار است:

۱- فرضی است ۲- غیر تاریخی؛ فرضی است چرا که تحقق چنین ایده‌ای ممکن

^{۷۵} راولز، جان، عدالت به مثابه انصاف، ترجمه عرفان ثابتی، نشر ققنوس، چاپ سوم، ۱۳۸۸، ص ۳۸

^{۷۶} Original Position

^{۷۷} Veil of ignorance

نیست، غیرتاریخی است زیرا تصور چنین توافقی به طور واقعی غیرممکن است و حتی اگر هم ممکن باشد تفاوتی ندارد. ممکن است با این اعتراض روبرو شویم که با توجه به این شرایط فایده عملی آن چیست؟ «در پاسخ باید بگویم که اهمیت موقعیت اولیه در این واقعیت نهفته که این موقعیت ابزار بازنمایی، یا نوعی تمرین و ممارست فکری برای دستیابی به وضوح شخصی و عمومی است... خلاصه اینکه موقعیت اولیه را باید ابزار بازنمایی دانست موقعیت اولیه باورهای سنجیده ما در مقام اشخاص معقول را الگوسازی می‌کند و برای این کار طرفین را به عنوان افرادی توصیف می‌کند که در شرایط منصفانه به توافقی می‌رسند که تابع قیود مناسب دلایل له اصول عدالت سیاسی است.^{۷۹}

کریس کوک محقق معاصر فلسفه حقوق با انتقاد از رالز، معتقد است که تفاوت عمده‌ای میان عدالت و انصاف وجود دارد. از نظر وی «ضروری است که نگاهمان به عدالت و انصاف به عنوان مفاهیمی متمایز، به طور ذهنی معطوف گردد، آنگاه ممکن است بگوئیم که آنها تعاریف متمایزی دارند. علاوه بر این، عدالت و انصاف در عمل معانی متفاوتی دارند و در اینجا من با جان رالز و دیگر کسانی که انصاف را به عنوان مفهومی از عدالت پذیرفته‌اند و مدعی هستند که اگرچه مفاهیم عدالت و انصاف ممکن است مجزا باشد اما یک جامعه تنها در صورتی می‌تواند عادلانه باشد که منصف باشد»^{۸۰}. از نظر کوک مفهوم عدالت است که انصاف را بوجود می‌آورد و به ذاته اهمیت بیشتری از انصاف دارد. تعریف عدالت تنها به تعهدات اخلاقی^{۸۱} محدود نمی‌شود بلکه برخی از امور دیگر نیز در برمی‌گیرند که در قلمرو اخلاقی ما قرار دارد اما مطمئناً نمی‌توان گفت که بخشی از تعهدات اخلاقی به شمار می‌روند.

۷. قانونی اساسی مدرن و بی‌طرفی اخلاقی

تحولات اجتماعی و جنبش‌های ترقی خواه سده ۱۷ و ۱۸ با تلاش علمای عصر روشنگری موجب پدیداری قوانین اساسی مدرن که نخستین آن قانون اساسی ایالات

^{۷۹} همان، صص ۴۴-۴۵

^{۸۰} Cooke, chris, what is difference between Justice and fairness,

^{۸۱} Moral obligation

متحده در ۱۷۸۷ بود گردید. سپری شدن دوران تاریک قرون وسطی و پایان سلطه کلیسا موجب شکل گیری قرائت جدیدی از مفهوم حق در فصل قبل پیرامون آن سخن گفتیم، شد و همچنین شکل گیری خواست و اراده عمومی بر زندگی مسالمت آمیز و در سایه صلح و دوستی گردید.

یکی از تغییرات اساسی در این دوران تغییر مبانی اخلاقی دولت‌ها بود. دولت‌های سنتی که از یک اخلاق کهن و مذهبی پیروی می‌کرده که مبنی بر عقاید دگم و جزم اندیشه بود. در دولت‌های مدرن با تغییر مبانی مشروعیت حکومت نسبی‌گرایی اخلاقی جایگزین مطلق بودن آن شد. این نسبت‌گرایی دو عنصر مولف دارد. نخست، مصلحت دولت که که متأثر مدرنیسته عقل‌گرایی، دنیاگرایی و مرجعیت علم بود. در واقع تلاش در جهت عقلانی کردن مبانی حکومت و مشروعیت آن و طرد مبانی سنتی، مذهبی و کاریزماتیک دولتهای سنتی موجب پدیداری مصلحت دولت گردید. و دوم آنکه، تکثیرگرایی جوامع در نتیجه جنگ‌های طولانی و بی نتیجه موجب گفتمان «برحق بودن» با «حق داشتن» شد. توجه به حقوق طبیعی و بعدها حقوق بشر موجب تغییر نگرش‌ها به زندگی بشری و انسان گردید. در حقیقت انسان با هو انسان جایگزین صفات عرضی همچون رنگ، پوست، مذهب، جنسیت و ... گردید و کرامت انسانی در اولویت نخست قرار گرفت. لذا کثرت‌گرایی مسالمت آمیز با سلاقت و اعتقادات متفاوت ضرورت اولیه زندگی اجتماعی شد. این در عنصر مولف در سایه قانون اساسی مدرن که پاسخگویی تحولات اجتماعی و سیاسی ممکن پذیر شد.

۱.۷. مصلحت دولت

ماکیاولی را مبتکر مصلحت دولت می‌نامند، اندیشمند قرن شانزدهم میلادی که با نگارش شهریار آغازگر دوران سیاست مدرن لقب گرفت. ماکیاولی در کتاب شهریار که در واقع با هدف دریافت شغل از خاندان مدیچی که بر جمهوری فلورانس فائق گشته بودند و وی را به زندان انداخته بودند، به اهمیت موفقیت سیاسی و اولویت آن در مقابل سایر فاکتورها اشاره می‌کند. ولی به شهریار اندرز می‌دهد که بایست در برابر تندبادهای روزگار که پایه‌های حکومت وی را می‌اندازند صاحب ویرتو باشد. بخت

یا فوراً تا زمانی حکومت شه‌ریار را استوار نگاه می‌دارد که کژیها و ناملا‌یمت‌ها به وی رو نکنند، اما اگر چنین شد، تنها شه‌ریاران صاحب و پرتو (فضیلت) می‌توانند از پس این ناملا‌یمتی‌ها سالم بیرون آیند. این مطلب در حقیقت جان مایه کلام ماکیاولی در شه‌ریاراست که به نبوغ سیاسی، حاکم و ضرورت واقع‌گرایی به جای اتویسیم یا آرمان‌گرایی اشاره دارد. در افکار وی، قدرت شه‌ریار مخلوطی از زور و قانون است، و از این دیدگاه می‌توان او را موجودی شر و نیمه انسان و نیمه حیوان دانست. نیمی انسان است زیرا در چهارچوب قانون عمل می‌کند و نیمی حیوان، زیرا از دایره قانون فراتر می‌رود و پای در عالم زورگویی می‌گذارد»^{۸۲}.

ماکیاولی با ابداع مصلحت‌دولت یا بهتر بگوییم با کشف آن متهم به بی‌اخلاقی و حتی هم‌ردیفی با شیطان شه‌یر می‌شود و ماکیاولیسم مکتبی پر از دروغ و نیرنگ و فریبکاری در سیاست، اما چنانچه دقیق به آثار وی بنگریم بیش از هر چیز ماکیاولی به توصیف جهان واقعی سیاست می‌پردازد و تجویزات وی در راستای تأکید این مسئله است که سیاست، اخلاق مختص خویش را دارد که موفقیت و توفیق سیاسی در صدر آن است و گاه مصلحت‌دولت ایجاب می‌کند که پادشاه دست به خشونت، نیرنگ، تزویر و گاه به بخشندگی، نرم‌خویی و مهرورزی بپردازد. تمامی این اوصاف را ماکیاولی در مفهوم «پورتو» می‌گنجاند که شرط اساسی بقای وی است. وی معتقدست که «صفت ویژه شه‌ریاران براستی «پورتوئوز»، [به معنی] آمادگی ایشان است برای هر کاری که ضرورت ایجاب می‌کند - خواه آن کار اتفاقاً منطبق با فضیلت باشد یا ردیلت - به منظور رسیدن به بالاترین هدفهای خویش پس مدلول دقیق «پرتو» انعطاف‌پذیری اخلاقی در شه‌ریار است. به گفته ماکیاولی، شه‌ریار باید ذهنی داشته باشد آماده چرخیدن به هر سویی که نیسم بخت و تلون امور اقتضا کند»^{۸۳} اما اندیشه مصلحت‌دولت از اصول فهم سیاست شمرده می‌شود به کاربرد هر وسیله‌ای برای حفظ قدرت و ترویج بی‌اخلاقی نیز تعبیر می‌شود آنچه که معروف به توجیه وسیله توسط هدف می‌باشد. برداشتی که قرین به تصویری سخت‌بدبینانه راجع به

^{۸۲} جهان‌بگلو، رامین، ماکیاولی و اندیشه رنسانس، نشر مرکز، چاپ چهارم، ۱۳۸۷، ص ۵۰.

^{۸۳} اسکینر، کوئنتین، ماکیاولی، طرح نو، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، ص ۷۸.

حیات بشری است که فاقد فضیلت اخلاقی و صرفاً بر اساس قدرت طلبی باشد. اما اندیشه مصلحت دولت لزوماً به معنای بدبینی محض نیست. «اهمیت نمایی مصلحت دولت در رفاه و سلامت کل دولت قرار دارد، و همین مستلزم عقلانیت و نفع طلبی در رفتار سیاسی است. اندیشه مصلحت دولت نه بدبینانه، بلکه واقع بینانه است»^{۸۴}

۲.۷. کثرت گرایی^{۸۵}

جامعه متکثر که از قید استبداد و مونولوگ حاکمان مطلقه رها شده بود جهت تضمین تکثرگرایی خویش مستلزم قانونی مکتوب همراه با ضمانت اجراهای مستحکم داشت. لذا قانون اساسی مدرن می‌کوشید تا ضمن پایه ریزی قدرت حکومت به تضمین آزادی‌ها و حقوق تک تک شهروندان بپردازد.

آنچه امروزه قابل انکار نیست زندگی همگی ما در جوامع متکثر است که افراد، گروهها و انجمن‌های مختلف با یکدیگر نیازمند تعامل و تساهل هستند. در واقع نسبیت‌گرایی اخلاقی موجب پیدایش کثرت‌گرایی اخلاقی شده است «کثرت‌گرایی اخلاقی در مفهوم ساده، به معنی شناسایی و تصدیق تنوع غایات و اهداف اخلاقی افراد و گروهها است»^{۸۶} اما کثرت‌گرایی به مفهوم رد و افکار اصول بنیادین اخلاقی نیست بلکه اجماع بر هنجارهای بنیادین جامعه در عین احترام به تفاوت‌ها و دگراندیشی‌ها است.

قانون اساسی مدرن بدون در نظر داشتن تکثر اجتماعی و لحاظ منافع آحاد جامعه هرگز نمی‌تواند به عنوان قراردادی اجتماعی فراگیر و لازم الاجرا شود. لذا در قانون اساسی مدرن افراد و گروه‌های مختلف به یک وفاق ملی دست می‌یابند که تحت ارزشهای ملی قابل تعریف و تبیین می‌باشد. مبانی اخلاقی چنین قانونی نیز متکی به ارزشهای مشترک جمعی به طور مستقل و بی‌طرفانه است. ارزشهایی همچون اصل برائت، حاکمیت فرد بر سرنوشت اجتماعی خویش و خودمختاری که هر یک متضمن کرامت انسانی و جلوگیری از استبداد و خودکامگی است در اصول

^{۸۴} وینسیت، اندرو، نظریه‌های دولت، ص ۱۱۴.

^{۸۵} pluralism

^{۸۶} همان، ص ۲۶۶

آزادی اخلاق منشأ هنجارگذاری قانون اساسی

قانون اساسی تجلی شده است.

نتیجه‌گیری

تطورات مفهوم حق زیربنایی برای پیدایش قوانین اساسی مدرن است که ظرف آن عدالت است و مفهوم عدالت بازتولید شده در قرارداداجتماعی، به محتوای این شکل می‌بخشد. اخلاق هم می‌تواند از محتویات این ظرف باشد، آنچه به قوانین اساسی اعتبار می‌بخشد توافق و قرارداداجتماعی است که پیش از تشکیل جامعه سیاسی مناصب و منابع را سعی می‌نماید به طور عادلانه‌ای تقسیم نماید و نه به طور اخلاقی. قواعد شناسایی قانون اساسی که منابع هنجارگذار قوانین اساسی هستند - همانگونه که هارت نشان داد- نیز ریشه‌ای قراردادی دارند و نه اخلاقی هستند و نه غیراخلاقی، بلکه تنها بی‌طرفند. بنابراین قانون اساسی مدرن نیز در مسیر رفع مسالمت آمیز تزاخم‌های اخلاقی خود نمی‌تواند از اخلاق رایج تغذیه کند. این ایده هرگز به مفهوم ضد اخلاقی بودن قانون اساسی نیست بلکه بدان معناست که ارزش های مندرج در قانون اساسی برآمده از اصولی که هنگام تشکیل جامعه سیاسی در اثر کنش بین‌الادلهانی و در بستر تاریخی بر آن توافق شده است.

منابع

فارسی

- اسکینر، کوئنتین، ماکیاولی، ترجمه عزت‌الله فولادوند، طرح نو، چاپ پنجم، ۱۳۸۷
- پولادی، کمال، از دولت اقتدار تا دولت عقل، نشر مرکز، چاپ سوم، ۱۳۹۱
- جانکار، باربارا، فلسفه ارسطو، ترجمه مهرداد ایرانی طلب، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۵
- جهانبگلو، رامین، ماکیاولی و اندیشه رنسانس، نشر مرکز، چاپ چهارم، ۱۳۸۷
- دورانت، ویل، تاریخ فلسفه، ترجمه عباس زریاب خوئی، انتشارات علمی و فرهنگی، تهران، ۱۳۹۰، چاپ بیست و سوم
- دورانت، ویل، لذات فلسفه، ترجمه عباس زریاب خوئی، انتشارات علمی و فرهنگی، تهران، ۱۳۹۱، چاپ بیست و سوم
- راسخ، محمد، حق و مصلحت، جلد اول، نشر طرح نو، چاپ سوم، ۱۳۸۷
- راسخ، محمد، حق و مصلحت، جلد دوم، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۹۲
- راولز، جان، عدالت به مثابه انصاف، ترجمه عرفان ثابتی، نشر ققنوس، چاپ سوم، ۱۳۸۸
- فروغی، محمد علی، سیر حکمت در اروپا، انتشارات زوآر، چاپ پنجم، ۱۳۸۸
- قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر، جلد اول، شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۰
- کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، نشر طرح نو چاپ، دوم ۱۳۸۸
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم ۱۳۸۵
- گادامر، گئورگ، آغاز فلسفه، انتشارات هرمس، ترجمه عزت‌الله فولادوند، چاپ پنجم، ۱۳۹۲
- هارت، هربرت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، چاپ دوم: تهران،

۱۳۹۰

– هیپولیت، ژان، پدیدار شناسی روح بر حسب نظر هگل، ترجمه کریم مجتهدی،

تهران، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۱

لاتین

A.w. bradley and k.d. ewing, constitutional and administrative law, conyman, 14th edition, 1998

Alder, john, constitutional and administrative law , 5th edition, palgrave,2005

Dicey, introduction to study of constitution law, 8th edition, condon, 1915.

Loughlin, Foundation of Public law, oxford, first edition, 2010.

Stephan, Hiawatsch, A seprtion of law and morals , vieven university, 2010

Dworkin, Ronald, law as interpretation, Chicago Journal, vol 9, sep 1982

Hart, Positivism and sepration of law and moral, Harvard law Review, vol 71, No. 4 (Feb 1958)

Friedman, legal theory, 3d edition, 1953

Barker, Ernest, Principles of social and polizical theory, London: oxford university press, 1967

Cooke, chris, what is difference between Justice and fairness

The normative ethics constitutional law upon moral

Masuod RAEI

Babak BASERI

Abstract

Constitution law arises modern national states that the result of the social contract between people that regardless of ethnicity, race, color and dedication of the people want social cohesion and living in the shadow flag within the geographic boundaries are clear. This law if they can guarantee freedom and peace and tranquility that is beyond the moral norms of a particular group. That constitution in conflict-not common moral and ethical soft captured in society as a covenant to protect the public interest and prevent special stratified dominate the others. The law ought to be enough to protect the minority against the majority. Thus ethics and normative ethics in particular as a source of normative modern constitution is questionable. The modern constitution seeks to guarantee the protection of pluralism and on the principles of democracy, never seeking supremacy over others is a moral idea. So modern constitution in the path of peaceful fix can not be fed from a common morality. The idea of never being immoral concept means that the values enshrined in the constitution but the constitution raised from the principles that the political community formed by the action inter- remembrance and historical context has been agreed upon.

Keywords: constitutional law, The moral, The legal, moral normes