



مرکز پژوهش‌های
مجلس شورای اسلامی

مشخصات گزارش:



دفتر مطالعات حقوقی

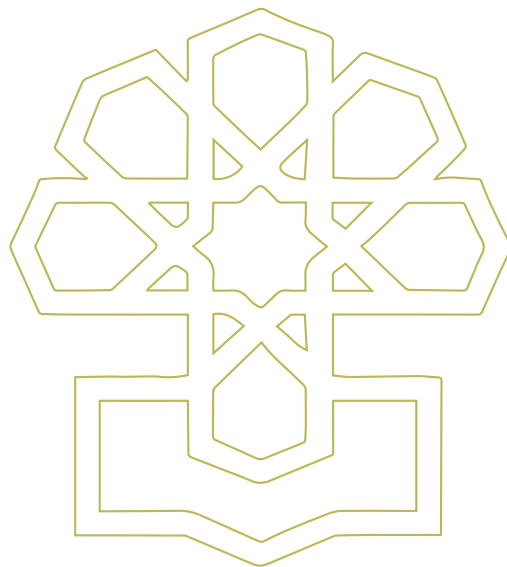
گروه مطالعات فقه و
بنیادین حقوق

نوع گزارش:

- طرح/لایحه
- راهبردی
- نظارتی
- پیش‌نویس قانونی

شماره مسلسل:
۲۱۵۲۵

تاریخ انتشار:
۱۴۰۵/۰۲/۲۷



قانونگذاری در مقام یک علم رهیافت کارل اشمیت به علم حقوق انضمامی



محمدهادی محمودی

Doi: [10.22034/mrc.report.21525](https://doi.org/10.22034/mrc.report.21525)

چکیده

مشارکت علمی در کار قانونگذاری، چنان‌که در یک جامعه از همه دانشمندان علوم انسانی انتظار می‌رود و به‌نیابت از آنها برعهده نهادهای پژوهشی گذاشته شده است، پیش از هرچیز مستلزم درک قانونگذاری به‌عنوان یک کار علمی است. اما انگاره‌های حاکم بر علوم انسانی از ابتدا تصمیم‌گیری را بیرون از حیطه علم نگاه داشته است. آیا امکان عبور از این محدودیت وجود دارد؟ آیا قانونگذاری می‌تواند خود کاری علمی باشد و به‌بیان‌دیگر، آیا علمی هست که بتواند مسئولیت وضع قانون را برعهده گیرد؟ این گزارش، «علم حقوق انضمامی» را از منظر کارل اشمیت در مقام پاسخی مثبت به این پرسش پیش‌رو می‌گذارد. اشمیت حقوق را نه علمی پسینی که کارش صرفاً تبیین واقعیات باشد، بلکه نهادی می‌بیند که هم‌زمان سازنده واقعیات سیاست است. حقوق‌دان تنها به تبیین قوانین بالفعل سیاست اکتفا نمی‌کند، که اگر چنین کند چه‌بسا به‌تدریج دیگر قانونی در سیاست وجود خارجی نداشته باشد، بلکه پیوسته می‌کوشد سیاست را موضوع علم نگاه دارد؛ این‌گونه که هر رفتاری در آن مجاز و ممکن شمرده نشود و روی ندهد. به‌این‌ترتیب، حقوق‌دان یک کنشگر سیاسی عمده است که نه نماینده و کارگزار شخصی خاص یا عموم مردم، بلکه کارگزار و نماینده خود علم در سیاست است.



مشارکت علمی در کار قانونگذاری، چنان که در یک جامعه مدنی از همه دانشمندان علوم انسانی انتظار می‌رود و به نیابت از آنها برعهده نهادهای پژوهشی گذاشته شده است، پیش از هر چیز مستلزم درک قانونگذاری به عنوان یک کار علمی است. تلقی رایج از قانونگذاری در ایران این گونه است که قانونگذاری را کاری سیاسی و حق مطلق نمایندگان مردم می‌داند. دانشمندان می‌توانند تنها نقش بازوهای مشورتی را برای نمایندگان ایفا کنند؛ مسئله‌شناسی، پیامدشناسی، بررسی تطابق یک قانون احتمالی با مجموعه قوانین موجود و در نهایت ارائه راهکارهای بدیل و نو برای مسائل از جمله کمک‌هایی است که دانشمندان در مقام بازوهای مشورتی می‌توانند به قانونگذاران ارائه دهند، اما هرگز نمی‌توانند خود در مقام قانونگذار قرار گیرند. این نه فقط ممنوعیتی تحمیل شده از سوی ساختار سیاسی، بلکه محدودیتی در خود علوم انسانی است. انگاره‌های حاکم بر علوم انسانی از ابتدا تصمیم سیاسی را بیرون از حیطه علم نگاه داشته است. آیا امکان عبور از این محدودیت وجود دارد؟ آیا قانونگذاری می‌تواند خود کاری علمی باشد و به بیان دیگر آیا علمی هست که بتواند مسئولیت وضع قانون را برعهده گیرد؟ این گزارش، «علم حقوق انضمامی» را از منظر کارل اشمیت در مقام پاسخی مثبت به این پرسش پیش‌رو می‌گذارد.

۲. بیان مسئله

کارل اشمیت، حقوق‌دان آلمانی دوران جنگ دوم جهانی و پس از آن، در مقاله‌ای با عنوان «درباره سه گونه اندیشیدن در علم حقوق»^۱، سه گونه اندیشیدن را در علم حقوق از هم متمایز می‌کند؛ سه گونه اندیشیدنی که هر حقوق‌دانی با آنها آشناست، اما تصور او از علم حقوق در نهایت به یکی از آن سه ختم می‌شود: قاعده و قانون موضوعه^۲، تصمیم^۳ و تنظیم و سامان‌دهی^۴. اشمیت دیدگاه هنجاری و صوری به علم حقوق را تنها یک گونه از سه گونه اندیشیدن در علم حقوق می‌خواند؛ آن گونه که حقوق را به قاعده و قانون موضوعه تحویل می‌برد؛ درحالی که دو گونه دیگر نیز در طول تاریخ همواره وجود داشته‌اند. این مطالبه که «قانون باید حکومت کند نه یک انسان» همواره وجود داشته است، اما این به آن معنا نیست که همواره از قانون، قاعده‌ای صوری یا هنجار^۵ فهمیده می‌شده است. درحالی که دیدگاه هنجاری، از «حاکمیت قانون»، حاکمیت هنجار^۶ را در برابر حاکمیت پادشاه^۷ می‌فهمد، قانون در معنای قدیمی کلمه^۸، علاوه بر هنجار عام، فرامین پادشاه، احکام قضات و در کل تدبیر حاکمان و نهادهای حکومتی را نیز دربرمی‌گیرد.

قانون در معنای قدیم یا ناموس، یک نظم تمام‌عیار و فراگیر انضمامی متشکل از نهادهایی است که در عمل حکومت می‌کنند، نه اینکه فقط قواعد لازم را برای حکومت کردن به‌نحوی صوری و صرف‌نظر از اشخاصی که به‌طور مشخص وظیفه اعمال این قواعد را برعهده می‌گیرند، بیان کند. نظم انضمامی همواره چیزی بیشتر از هنجار صوری است و در برابر تبدیل به چنان هنجاری مقاومت می‌کند. قانونگذار جز یکی از این دو، راه دیگری ندارد: یا مفاهیم حقوقی را ضمن نهاد موجود می‌فهمد و می‌پذیرد یا با وضع و تحمیل قواعد صوری به مصاف نابودی آن نهاد می‌رود. هرچند، دیدگاه هنجارگرا نیز خود به یک هنجار موجود مستند است. به بیان دیگر، اگر یک هنجار هیچ نمونه حی و حاضری نداشته باشد که بتواند در مقام نمونه هنجار عام دیده شود، نخواهد توانست هنجار معتبری باشد. مثلاً قواعد هنجاری قضاوت در انگلستان مادامی برقرار خواهند بود که یک موقعیت عادی قضاوت، متشکل از دادگاه، وکیل، دادستان، هیئت‌منصفه، خواهان و خوانده در آن وجود داشته باشد. اگر این موقعیت به هم بخورد، قواعد هنجاری قضاوت نیز دیگر به کار نخواهد آمد.

اشمیت بر آن است که مطالعه انضمامی، به بیان دیگر نگاه کردن به انگاره‌های موجود از علم حقوق در درون علم حقوق، چه بسا زودتر از تتبعات مقدماتی درباره امکان‌های صرفاً منطقی یا شرایط صرفاً صوری یک علم حقوق به‌طور کل به نتیجه برسد. از دل نگاه به انواع اندیشیدن در علم حقوق است که یک موضوع انضمامی علم حقوقی^۸ بیرون می‌آید. این گونه اشمیت امیدوار است که بتوان بر

1 . Regel und Gesetz

2 . Entscheidung

3 . Ordnung und Gestaltung

4 . Norm

5 . lex

6 . Rex

7 . Nomos

8 . Eine konkrete Rechtswissenschaftliche Gegenstand

گسست به قول او پوزیتیویستی میان حقوق و اقتصاد، حقوق و جامعه و مهم‌تر از آنها حقوق و سیاست فائق آمد^۱ اشمیت حقوق را نه علمی پسینی که کارش فقط تبیین واقعیات باشد، بلکه نهادی می‌بیند که هم‌زمان سازنده واقعیات سیاست است. همان‌طور که پیر بوردیو در «درباره دولت» می‌گوید، حقوق‌دانان یکی از ارکان ضروری دولت مدرن‌اند، آن‌هم نه فقط ارکان اداره دولت مدرن، بلکه ارکان تکوین چنین دولتی. «دولت داستانی حقوقی خیالی است که به دست حقوق‌دان‌هایی ساخته شده است که خود آنها با تشکیل دولت به مقام حقوق‌دانی نایل شده‌اند» [۲]. غایت قصای عمل حقوق‌دان نه شکل دادن به یک مجموعه هنجاری سازوار یا یک کد حقوقی کاملاً منسجم، بلکه شکل دادن و ایجاد یک نظم واقعی قدرت از طریق کدهای حقوقی است. از این‌رو هر قدر طبیعتاً نمی‌توان نظم واقعی قدرت را با یک کد حقوقی یکی گرفت، هر قدر طبیعی است که در یک نظم واقعی قدرت تعارض‌ها و تنش‌هایی میان نهادها باشد، طبیعی است که یک کد حقوقی در کار هم نتواند یا حتی نخواهد یکباره بر همه این تعارض‌ها و تنش‌ها غالب شود.

رهیافت اشمیتی کمک می‌کند از نگاهی صوری به علم حقوق به نگاهی انضمامی گذر شود. به بیان دیگر، اشمیت در چشم‌انداز خاص خود به علم حقوق، مرز و ببری میان دانشمند و سیاست‌مدار را می‌پیماید [۳] و از این‌رو، دیدگاه او نه دیدگاهی بدیل علم حقوق هنجاری صوری و علم حکمرانی، بلکه تلاش برای تفسیری متفاوت از علم برای تجدید بنای علم حقوق است. چگونه یک کار سیاسی می‌تواند علمی باشد، بی‌آنکه معنا و میدان سیاسی خود را از دست بدهد؟ واقعیات ناپایدار، گذرا، منفرد و اقتضایی سیاست، چگونه به موضوع علم بدل می‌شوند؟ اندیشه انضمامی حقوق این استفهام را انکاری تلقی نمی‌کند، بلکه درست آن را پی می‌گیرد و پاسخی برای آن دست‌وپا می‌کند. از این‌رو، پرسش از حقوق در مقام علم قانونگذاری، همچنان که می‌کوشد علم بودن علم حقوق را از نو زنده کند، سیاست را بار دیگر از حیثه تاریک رفتارهای بی‌قاعده و شخصی، به حیثه معین موضوعی علمی فرامی‌خواند. قوانین ثابت رفتار در حیثه موضوعی سیاست، از طریق علم حقوق، که حالا می‌توان عنوان دقیق‌ترش را «علم قوانین سیاست» گفت، پدیدار می‌شود. اما پدیدار کردن این قوانین نه فقط بر ملاکردن مقادیر ثابت حرکت‌های فی‌نفسه متغیر در میدان سیاست، بلکه هم‌زمان تلاش برای ثابت نگاه داشتن مقادیری در این میدان است. به بیان دیگر، حقوق‌دان فقط به تبیین قوانین بالفعل سیاست اکتفا نمی‌کند، که اگر چنین کند چه‌بسا به تدریج دیگر قانونی در سیاست وجود خارجی نداشته باشد، بلکه پیوسته می‌کوشد سیاست را موضوع علم نگاه دارد؛ این‌گونه که هر رفتاری در آن مجاز و ممکن شمرده نشود و روی ندهد. اینجاست که حقوق‌دان به معنای راستین کلمه، قانونی را وضع می‌کند. به این ترتیب، حقوق‌دان کنشگر سیاسی عمده‌ای است که نه نماینده و کارگزار شخصی خاص یا عموم مردم، بلکه کارگزار و نماینده خود علم در سیاست است. کدهای حقوقی نیز نه به سادگی برآمده از واقعیات بالفعل سیاست، بلکه بیشتر نقشه پیشینی و ضروری واقعیات آینده آن است. حقوق‌دان در سیاست مداخله می‌کند، ریشه‌ای‌تر از هر سیاست‌مدار دیگری و به خلاف سیاست‌مداران فصلی که می‌آیند و می‌روند؛ زیرا امروز مردمی را نمایندگی می‌کنند و فردا نه؛ او می‌آید و می‌ماند، از آن‌رو که کل صحنه سیاست را پیشاپیش، مدعیانه و مالکانه از آن خود می‌داند. حقوق‌دان دولتی را می‌سازد که سیاست‌مداران به آن وارد و از آن خارج می‌شوند؛ با ضوابطی که او می‌گذارد، اگر این دولت ساختن و این ضابطه گذاردن را عملی یکباره و یکسویه تلقی نکنیم، بلکه پیوسته و تفسیری در نظر بگیریم.

این‌گونه است که اشمیت به عنوان یک حقوق‌دان وارد سیاست می‌شود. پرسش از علم قانونگذاری به حسب رهیافت اشمیت باید بتواند فعالیت سیاسی اشمیت و نیز فعالیت سیاسی هر دانشمند دیگری را مطالعه کند؛ آنگاه که سیاست را چون چیزی از اساس متفاوت با فعالیت علمی ندیده باشد، بلکه کوشیده باشد صحنه سیاست را پیش‌روی علم برپا کند و نگاه دارد، می‌تواند بخشی از مطالعات چنان پژوهشی باشد. آشنایی با انواع دیدگاه‌هایی که بتوان آنها را ناظر به «علم قوانین سیاست» دانست، هر چند به معنای مشخص کلمه «حقوقی» نباشند، می‌تواند در چنین پژوهشی راهگشا باشد؛ به‌ویژه برای ما، اگر سنت‌هایی این‌چنینی در تاریخ اندیشه ما وجود داشته باشد. پرسش محوری چنان پژوهشی این است: چگونه می‌توان قانونی وضع کرد؟ چگونه می‌توان زندگی انسان‌های فراوان را، که عمرها، آگاهی‌ها و توان‌های محدودی دارند، صرف مقاصد بلندتر از عمر و آگاهی و توان محدودشان کرد؟ چگونه انسان‌ها در قالب یک کُل، نظیر قبیله، قوم، شهر، ملت یا حتی یک نوع، سرنوشت واحدی برای خود می‌خواهند و به‌سوی آن گام برمی‌دارند؟ چگونه انسان‌ها به اختیار خود، چه به‌رضای و رغبت و چه به‌اکراه و اجبار، تن به حکمی می‌دهند؟ کی در این تن به حکمی دادن، خود را لحاظ شده چون یک انسان، انسانی که می‌جویند و می‌خواهند باشند، می‌یابند و کی به‌عکس، شأن انسانی خود را لگدکوب و پایمال می‌بینند؟ چرا انسان‌ها برای زندگی شرط و شروط می‌گذارند و زندگی را تنها به شروطی، حال این شروط هر چه باشد، شایسته خود می‌دانند، و چرا همواره بین آن زندگی که باید باشد و این زندگی که هست، فاصله‌ای می‌گذارند و فضایی باز می‌کنند؛ در این فضا و فاصله قانون می‌گذارند و به صدای بلند اعلامش می‌کنند و بهای آن را حتی از جان

۱. منظور از اقتصاد، جامعه و سیاست در این جمله، نه علم اقتصاد یا جامعه‌شناسی یا علوم سیاسی است، بلکه واقعیت انضمامی موضوعات آنهاست.



خویش و دیگران نیز بالاتر می‌برند؟ چرا چندان که این فاصله ناپیمودنی‌تر و آن قانون تخطی‌ناپذیرتر می‌شود، میل به تخطی از آن در آدمیان شعله‌ورتر می‌شود؟ آیا قانون در نهایت رونوشت رفتار و گفتار یک فرد معیار است یا بعکس، هرگونه فردیتی در اطلاق قانون مضمحل می‌شود؟ سرانجام آیا و اگر آری، چرا قانون حتماً باید گزاره‌ای و آن هم گزاره‌ای مکتوب باشد؟ اینها همه شاخه‌های همان پرسش‌اند که «چگونه می‌توان قانونی گذاشت؟» و هر پاسخی به آنها منوط به آن است که در زمان و مکان، محققانه، یعنی با تحقیق در ذات انسان‌هایی معین، از جمله آنکه می‌پرسد و آنکه پرسش با او در میان گذاشته می‌شود، پرسیده شوند. اینجاست که پژوهش علم قانونگذاری به پژوهشی تجربی با معنایی معین بدل می‌شود. پاسخ‌های نظری که می‌کوشند عام و فراگیر باشند؛ هرچند چراغی به راه این پژوهش می‌اندازند، نمی‌توانند قوانین خاص را تبیین کنند. پاسخ‌های نظری که بی‌طرفانه متعهد به تبیین واقعیات بالفعل‌اند، نمی‌توانند زوایای ذهن حقوق‌دانی را بکاوند که متعهد به ساخت واقعیات آینده از طریق وضع قوانین است. واقعیت تنها برای چنین حقوق‌دانی است که بافت و تاریخ و رفتار دارد و چیزی بیش از محتوای گزاره است. هرچند اگر خوب ببینیم، تنها چنین واقعیتی می‌تواند موضوع تبیین باشد؛ موضوعی که هنوز تبیین نشده، که چه‌بسا در برابر تبیین مقاومت می‌کند، برای تبیین داشته باشد. اینجاست که می‌فهمیم پاسخ‌های صرفاً نظری اصلاً پاسخی نیستند و کتاب‌های فراوانی که این‌گونه نگاشته شده‌اند اصلاً چیزی را تبیین نمی‌کنند، بلکه تنها واگویی و سرهم‌بندی مجدد تبیین‌های پیشین‌اند. هر تبیینی تفسیری است و هیچ پاسخی، اگر پاسخی راستین باشد، فقط پاسخی نظری به معنای متداول کلمه نیست، بلکه آنچه تبیین می‌کند، نخست تجربه و سپس تفسیر می‌کند و آن‌گونه که تفسیر می‌کند می‌سازد.

۳. نتیجه‌گیری

رهیافت کارل اشمیت به علم حقوق انضمامی می‌تواند نمونه‌ای از تبیین قانونگذاری در مقام یک علم یا به‌طور خلاصه «علم قانونگذاری» باشد. رهیافت اشمیت برای قانونگذاری علم جدیدی به مجموعه علوم اثباتی نمی‌افزاید، بلکه اولاً معنای غیراثباتی علم حقوق را به یاد می‌آورد و به دنبال آن یادآوری می‌کند که علم حقوق از ابتدا در مقام علمی متولی قانونگذاری دیده شده است. تاریخ تکوین دولت‌های مدرن، از منظر نقشی که حقوق‌دانان در آن داشته‌اند، هم گواه و هم الگویی برای این تولی‌گری است. با این حال، علم حقوق با رهیافت اشمیت، نه علمی در کنار دیگر علوم، بلکه مثال علم است و احتمالاً بر سر راه مشارکت هر یک از علوم انسانی در قانونگذاری شروطی می‌گذارد که به تغییراتی ماهوی در آنها منجر خواهد شد.

منابع و مآخذ

[1] Schmitt, Carl (2023), Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Vierte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin.

[۲] بوردیو، پیر (۱۳۹۹)، درباره دولت، ترجمه سروش قرایی، انتشارات مولی، ص. ۹۷.
[۳] وبر، ماکس (۱۳۸۲)، دین، قدرت، جامعه، ترجمه احمد تدین، انتشارات هرمس، ص. ۹۱.

گزیده سیاستی

توجه به قانونگذاری در مقام یک علم به بازنگری در مناسبات میان نهاد علم و نهاد قانونگذاری منجر می‌شود.