نشرنی

مارتین لاگلین

مفهوم سیاسی قانون

ترجمهٔ محمد راسخ

□

نیکی و محبت و زیبایی
بدون عدالت
قریب به محال‌اند

فهرست مطالب

مقدمهٔ مترجم ۱۱
دیباچه ۱۹
مقدمه ۲۳

۱. حقوق عمومی به‌مثابهٔ مفهوم سیاسی قانون ۳۹
۱. درآمد ۳۹
۲. دگردیسیِ حقوق طبیعی ۴۲
۳. نظریهٔ بُدَن در باب قانون بنیادین ۴۶
۴. مفهوم حق سیاسیِ روسو ۴۸
۵. دانش جدید حقوق عمومی ۵۲

۲. مفهوم سیاسی قانون نزد توماس هابز ۵۷
۱. درآمد ۵۷
۲. نظریهٔ حقوقیِ سیاسی ۵۹
۳. هابز در باب قانون ۶۲
۴. حق طبیعی ۶۵
۵. قانون طبیعی ۶۸

۶. قانون طبیعی و قانون مدنی ۷۱
۷. مفهوم سیاسی قانون نزد هابز ۷۴

۳. میراث برابری‌خواهان ۷۹

۱. درآمد ۷۹
۲. زمینهٔ ایدئولوژیک انقلاب انگلستان ۸۱
۳. شکل‌گیری برابری‌خواهان ۸۵
۴. مسیر جنبش برابری‌خواهان ۸۹
۵. اندیشهٔ حقوق اساسی برابری‌خواهان ۹۷
۶. اصول برابری‌خواهان و رویّهٔ عملی بریتانیا ۱۱۳
۷. نتیجه ۱۲۳

۴. آرای بِرک در باب قانون، انقلاب و قانون اساسی ۱۲۷

۱. درآمد ۱۲۷
۲. قانون اساسی ۱۳۰
۳. حق، اصلاح و انقلاب ۱۳۳
۴. انقلاب در فرانسه ۱۳۶
۵. مقایسهٔ دو انقلاب ۱۳۹
۶. قانون ۱۴۲
۷. نتیجه ۱۴۴

۵. حق سیاسی ۱۴۷

۱. درآمد ۱۴۷
۲. مفهوم «حق سیاسی» ۱۴۸
۳. خاستگاه‌ها ۱۵۱
۴. حق سیاسی در اندیشهٔ روشنگری ۱۵۴
۵. انقلاب در فرانسه ۱۶۰
۶. گفتمان حق طبیعیِ ژاکوبن ۱۶۶

۷. مسئلهٔ قانون اساسی ۱۷۱
۸. تأثیر اثبات‌گرایی و رشد علوم اجتماعی ۱۸۰
۹. میراث‌های پس از جنگ ۱۸۸
۱۰. احیای ژاکوبنیسم؟ ۱۹۱
۱۱. حق سیاسی به‌مثابهٔ نظم نمادین ۱۹۵
۱۲. نتیجه ۲۰۰

۶. قانون به‌مثابهٔ نهاد ۲۰۳
۱. درآمد ۲۰۳
۲. زمینهٔ فکری ۲۰۴
۳. نظریهٔ نهادی اُریو ۲۰۸
۴. نظریهٔ نهادی رومانو در باب قانون ۲۱۲
۵. میراث مبهم نهادگرایی ۲۱۹
۶. نظریهٔ نهادی به‌منزلهٔ گونه‌ای از مفهوم سیاسی قانون ۲۲۳

۷. قانونِ امر سیاسی ۲۲۹
۱. درآمد ۲۲۹
۲. اشمیتِ حقوقدان ۲۳۲
۳. نظریهٔ دولت ۲۳۴
۴. قانونِ امر سیاسی ۲۳۸
۵. نهادگرایی ۲۴۴
۶. ناموس ۲۴۸
۷. مشارکت اشمیت در پولیتونومی (قانون امر سیاسی) ۲۵۱
۸. نتیجه ۲۵۷

۸. خرد دولت / دولتِ خرد ۲۵۹
۱. درآمد ۲۵۹
۲. سرچشمه‌های خرد دولت ۲۶۳

۳. آموزهٔ خرد دولت ۲۶۹
۴. دولت خرد ۲۷۸
۵. «دولت مطلقه» به‌مثابهٔ خرد مدرن دولت ۲۸۳
۶. خرد مشروطهٔ دولت ۲۸۷
۷. خرد دولت مشروطه ۲۹۰
۸. نتیجه ۳۰۱

کتابنامه ۳۰۵

مقدمهٔ مترجم

داستان حقوق، از یک منظر، داستان کلی همهٔ نظام‌های هنجاری یا بایدانگار است. هر نظام هنجاری در زندگی انسانی ــ اعم از اخلاق، حقوق، سیاست، تربیت، آداب و رسوم و مانند آن‌ها ــ دو بُعد متلازم دارد. از یک سو، این نظام دربرگیرندهٔ دستورات عام است. هر حکم، امر، دستور، قاعده و اصلی که در یک نظام بایدانگار وجود داشته باشد بی‌گمان به‌شکل عام بر همهٔ افراد موضوع خود و در همهٔ موارد و موقعیت‌های مشابه صادق و جاری است. از دیگر سو، آن دستورات و قواعد به علل و دلایل عدیده ناگزیر بُعدی خاص می‌یابند. آن‌ها درنهایت خطاب به شخصی خاص، دربارهٔ عملی معین و در زمان و موقعیتی ویژه محقق می‌شوند. در عالَم واقع، عملی که بر اساس یک «باید» انجام می‌شود همواره عملی خاص و منفرد است. بافت و زمینه و تابعان این «باید» نیز همواره خاص و منفردند. بدین سان، عمدهٔ کوشش فلسفه‌های هنجاری همانا به نحوی از انحا «هم‌نشین‌سازی» معنادار و سازگار آن دو وجه عام و خاص بوده است. موفقیت یا عدم‌موفقیت این کوشش‌ها البته در جای خود یک‌به‌یک باید تحلیل و ارزیابی شود. نکتهٔ حائز اهمیت در این‌جا آن است که اگر ویژگی وجه عام نظام هنجاری کاملاً تجویزی می‌نماید، ویژگی وجه خاص آن به‌نظر بسیار توصیفی و تجربی است. ربط میان آن «باید» و این «است» یکی از مشکلات اصلی در هستهٔ سخت نظریه‌پردازی در این قلمرو است.

نظام حقوقی، از میان نظام‌های بایدانگار یا هنجاری، نه‌تنها همواره یکی از اجزای ثابت تصویر بالاست که ویژگی دیگری، منحصر به خود، نیز دارد. نظام حقوقی همواره با قدرت سیاسی گره خورده است. ارتباط حقوق با ساختار و مناسبات قدرت از دو حیث قابل‌توجه است؛ یکم، نظام حقوقی، در همهٔ شعبه‌ها و شاخه‌ها، به‌سبب اتکا به قدرت سیاسی «می‌تواند» قواعد و احکام خود را بدون اقناع و رضایت تابعان این نظام اِعمال و الزام کند. از این رو، حقوق در کلیت خود همواره مستقیماً با قدرت ارتباط دارد: رابطهٔ عام. دوم، بخشی از نظام حقوقی، یعنی شاخهٔ عمومی آن، خود در کار تأسیس و تنظیم نظام قدرت است: رابطهٔ خاص. توجه به این دو نوع رابطه (عام و خاص) بسیار مهم است، زیرا گاه ممکن است تصور شود که دیگر شاخه‌ها و شعبه‌های نظام حقوقی، که با تأسیس و تنظیم قدرت سروکار ندارند، اساساً با قدرت بی‌ارتباط‌اند. باری، رابطهٔ خاص حقوق با قدرت، یعنی آن بخش از حقوق که موضوعش قدرت سیاسی است و از دیرباز زیر عنوان حقوق عمومی شناخته می‌شود، به معمای ذکرشده در بالا شکلی خاص می‌دهد. کوشش نظری در قلمرو حقوق عمومی، درواقع، کوششی دشوار برای ربط و جمع سازگار و قابل‌دفاع میان هنجار مربوط به قدرت و واقعیت قدرت است.

این کتاب جزئی از یک پروژهٔ پژوهشیِ وسیع و طولانی در خصوص کوشش یادشده است. دقیق‌تر، اثر حاضر بیانگر نظریهٔ ابداعی پروفسور مارتین لاگلین، استاد حقوق عمومی مدرسهٔ اقتصاد و علوم سیاسی لندن، در باب حقوق (قانون و نظام حقوقی) است. «مفهوم سیاسی قانون» (نظریهٔ حقوقیِ سیاسی)، به‌تعبیر و تصریح او در متن کتاب و به‌سیاق «مفهوم طبیعی قانون» (نظریهٔ حقوقیِ طبیعی) یا «مفهوم اثباتی قانون» (نظریهٔ حقوقی اثبات‌گرا)، «برآمده» از کوشش‌های نظری طولانی وی در باب چیستی حقوق عمومی است.[۱]

۱. در این ترجمه از معادل «مفهوم سیاسی قانون» و «نظریهٔ حقوقیِ سیاسی» برای «political jurisprudence» استفاده کرده‌ایم، چرا که منظور برداشت و تصور سیاسی از قانون در قلمرو نظریهٔ حقوقی بوده است (در مقابلِ برداشتی طبیعی یا اثباتی از قانون). نویسندهٔ کتاب خود (برای نمونه) در فصل هفتم به‌صراحت عبارت «political concept of law» را به کار برده است. باید افزود که واژهٔ «jurisprudence» در زبان انگلیسی به ←

به‌طور کلی، در مقابله با هنجارگرایی افراطی در حقوق، وی راه برون‌رفت را در توجه به موضوع آن یافته و کوشش نموده است که با تمرکز بر چیستی و پویش موضوع موردنظر لایه‌هایی متفاوت از چیستی حقوق را، در این‌جا حقوق عمومی، به نمایش بگذارد. درواقع، طرح واقع‌گرا یا پدیدارشناسانهٔ وی بر بُعد خاص و تجربی حقوق تمرکز می‌کند تا از افراط در توجه به بُعد عام و هنجاری بکاهد و، بدین سان، نظریهٔ حقوقی را متوازن و معنادار کند. برای نمونه، در اثر ارزشمند **مبانی حقوق عمومی**[1]، تحلیل او از «امر سیاسی» آغاز می‌شود که واقعیتی ثابت در حیات مدنی انسان بوده است. هستهٔ سخت این واقعیت «تعارض» میان آدمیان در این حیات است. سطح نخست حول این واقعیت را «حکومت» معرفی می‌کند که به‌نوبهٔ‌خود واقعیتی است گریزناپذیر که برای مدیریت آن تعارض در حیات مدنی شکل گرفته است. سطح دوم «سنن و رویّه‌های سیاسی» بوده‌اند که حول حکومت پا به عرصهٔ وجود نهاده و کاملاً وابسته به جامعه و تاریخ خاص هستند. در سطح سوم است که نوبت به حقوق می‌رسد[2]، زیرا سنن و رویّه‌ها، درواقع، گوناگون و اغلب متضادند و لذا «ادارهٔ جامعه»، که درحقیقت روی دیگر سکهٔ مدیریت امر سیاسی (تعارض بنیادین در حیات جمعی آدمیان) است، ایجاب می‌کند که یکی از این سنت‌ها الزام‌آور باشد، و الّا اصل نظم و ادارهٔ امور عمومی در معرض ویرانی واقع خواهد شد.

باری، تذکر این نکته لازم است که شکل قانونی یافتن یک سنت به‌معنای رابطهٔ یک‌سویه از سنت به قانون نیست. به دیگر سخن، نظام حقوقی صرفاً ظرف و وسیله‌ای

هرنوع نظریه‌پردازی در باب قانون و نظام حقوقی اطلاق می‌شود و، بسته به زمینهٔ بحث، می‌توان برابرنهادهای «نظریهٔ» حقوقی، «برداشت» از قانون، «مفهوم» قانون، «فکر» حقوقی و نیز «فلسفهٔ» حقوق را در مقابل این واژه قرار داد. از این رو، با توجه به آن‌که مباحث و تحلیل‌های کتاب حاضر حول برداشت و مفهومی سیاسی از قانون می‌گردند و کوششی در ارائهٔ نظریهٔ حقوقی‌ای سیاسی دارند، عنوان کتاب را به «مفهوم سیاسی قانون» ترجمه کرده و در بسیاری موارد در متن نظریهٔ حقوقیِ سیاسی را در کنار آن به کار برده‌ایم.

1. M Loughlin, *The Idea of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003).

این کتاب با مشخصات زیر به فارسی برگردانده شده است: لاگلین، مارتین (۱۴۰۰)، **مبانی حقوق عمومی**، ترجمه و مقدمهٔ محمد راسخ، چاپ هشتم، تهران: نشر نی.

2. See M. Loughlin, *'Constitutional law: the third order of the political'*, N. Bamforth and P. Leyland (eds), *Public Law in a Multi-Layered Constitution* (Oxford: Hart Publishing, 2003), 27-52.

برای حمل سنن و رویّه‌ها نیست. «سنن و رویّه‌ها» ازسوی وجه خاص و تجربیِ عالَم بایدها حرکت کرده‌اند و «قواعد حقوقی» ازسوی وجه عام و هنجاری این عالَم. چنانچه نظام ادارهٔ جامعه بخواهد «کارآمد» و «پیشرو» باشد لازم است که نظام حقوقی مستمراً در رابطه‌ای دیالکتیک با این سنن و رویّه‌ها باشد تا نقطهٔ متوازن در این مسیر رخ بنماید. درحقیقت، دادوستد میان این دو وجه است که باید همچنان برقرار باشد. این «طریق» خود «موضوعیت» دارد.

به‌طور خاص، در اثر حاضر «تاریخ‌گرایی» محور توجه و منشأ رویکرد نویسنده است. برای توجه به موضوع حقوق عمومی و استخراج لوازم نظری آن، سیر تاریخی تقابل و تعامل دو قطب «کشورداری» و «آرمان‌گرایی حقوقی» (مشروطه‌خواهی) در این زمینه به نمایش گذارده شده است. توضیح آن‌که، اروپاییان در اوایل قرون جدید، با میراث‌بری تجربه‌ای تلخ و طولانی طی قرون‌وسطا، سودای حاکمیت ضابطه به‌جای حاکمیت انسان را داشتند. بدین سان، آنان درواقع در پی دوری از ادارهٔ دلبخواهی امور عمومی و ضابطه‌مند (قانون‌مند) کردن آن بودند. برخی از متفکران ایشان، مانند روسو، به‌نیکی دریافتند که همواره انسان است که حکومت می‌کند[1] و تفاوت، درواقع، میان دو نوع حکمرانیِ انسان است: خودسرانه و قانون‌مند. به‌مرور آشکار شد که حکومت مبتنی بر قانون البته به‌نوبهٔ‌خود مستلزم قبول «مردم» به‌منزلهٔ صاحبان قدرت سیاسی و واجدان حق‌های بنیادین است. بنابراین، تفاوت یادشده میان دو نوع حکمرانی به تفاوت در نگاه، باور و ارزش‌داوری انسان‌هایی بازمی‌گردد که حکومت می‌کنند. شکل‌گیری و همه‌گیری نظام حاکمیت قانون حتماً وابسته به شکل‌گیری و عملی شدن نوعی خاص از نگاه، باور و ارزش در میان اکثریت صاحب‌منصبان و مردمان تحت فرمانروایی ایشان است که رفته‌رفته زیر نام «مشروطه‌خواهی» تدوین و مشهور شد. از دیگر سو، خط‌سیر دیگری از تفکر دل‌مشغول اقتضائات مدیریت حیات جمعی بود که در قالب ایدهٔ

۱. نک. فصل ۱، این کتاب؛ و
J. Hampton, J., 'Democracy and the Rule of Law', I. Shapiro (ed.), *The Rule of Law: Nomos XXXVI* (New York: New York University Press, 1994), Ch. 1.

«خرد دولت» ارائه می‌شد. خرد دولت از امر سیاسی و لوازم تجربی آن بحث می‌کرد. بنابراین، از منظری دیگر، این کتاب پژوهشی است در نظریه‌های گوناگونِ متفکران مختلف در کشورهای اروپایی تا مجدداً اهمیت امر سیاسی، در مقابل امر اخلاقی و امر حقوقی، برجسته‌تر شود و نسبت حقوق با امر سیاسی روشن‌تر به میان آید. بااین‌حال، در این‌جا باید افزود که نسبت یادشده میان حقوق و امر سیاسی به‌خودی‌خود نافی یکی‌بودن این دو پدیدار حیات جمعی انسان است. به دیگر سخن، امر سیاسی بی‌گمان بر چیستی قانون اثر می‌گذارد، که مفهوم سیاسی قانون یا نظریهٔ حقوقیِ سیاسی در پی تبیین این اثر است، اما این سخن به‌معنای یکی بودن قانون و سیاست نیست.

به بیانی دیگر، این کتاب جستاری است در ترسیم پیشینهٔ تاریخی کوشش‌های نظری در تحلیل و دفاع از بنیاد نظام حقوقی متناسب با نظام سیاسی مشروع. درواقع، این جستار تصویری است از تاریخ اندیشه در زمینهٔ «بنیاد مشروعیتِ ادارهٔ حیات جمعی آدمیان در عصر مدرن» که بی‌گمان باید همچون خون جاری در نظام هنجاری مربوط، یعنی نظام حقوقی، باشد. دغدغهٔ اندیشه‌ورزان گوناگون در سرزمین‌های متفاوت اروپایی طی سده‌های اخیر در عصر مدرن این بوده است که نظام حقوقی در این میان متصلب نشود و رابطهٔ اصیل‌اش با آن سرچشمه، یعنی ادارهٔ حیات جمعی، حفظ شود. این سرچشمه همواره بافتارمند و تاریخی است و به‌منزلهٔ حد طبیعت بر نظام حقوقی عمل می‌کند.[۱] هنگامی که هابز از بنا نهادن علم مدنی بر طبیعت (طبیعت انسان) سخن می‌گفت، درواقع، به این دقیقه اشاره داشت.[۲] باری، در این چشم‌انداز، «مصدر قدرت» در حیات جمعی و «اهداف موجه» به‌کارگیری این قدرت (دو عنصر جاری و ساری در اندیشهٔ «حق سیاسی») الهام‌بخش تصویر نظام قابل‌دفاعِ سیاسی و ساختار حقوقی مربوط به آن بوده‌اند: «حفظ پویایی جمهوری مدرن». تنش نیز دقیقاً برخاسته از دو منشأ تجربی و تجویزی این قلمرو است. این تنش، به بیان مطرح‌شده در کتاب، میان نظام مشروطه و نظام کشورداری است، میان

۱. نک. فصل ۴، این کتاب، به‌ویژه آرای ادموند بِرک.
۲. نک. فصل ۲، این کتاب.

آرمان و هنر: هنر مدیریت برآمده از / و دارای ربط وثیق با واقعیات اجتماعی‌تاریخی.

در پایان، ذکر اجمالی سیر تحول فکری نویسندهٔ اثر حاضر در این ارتباط مفید می‌نماید. پروفسور لاگلین، طی بیش از سه دههٔ گذشته، در میانهٔ دو قطب «واقعیت» و «هنجار» ابتدا (در اثر گران‌سنگ: **حقوق عمومی و نظریهٔ سیاسی**[1]) سعی در حفظ توازن میان این دو را داشته است. او سپس، در کتاب **مبانی حقوق عمومی**، به واقعیت و تأثیر آن بر چیستی هنجار (در این زمینه، هنجار حقوق عمومی) تمایل بیشتری نشان می‌دهد؛ کفهٔ واقعیت و نگاه پدیدارشناختی در این کتاب وزن بیشتری یافته است.

درمقابل، در این اثر (مفهوم سیاسی قانون)، وی در پی به تصویر کشیدن پویش موجود میان «کشورداری» و «مشروطه‌خواهی» بوده است. این کوشش به مطالعهٔ «خرد دولت» و «نظام مشروطه» می‌انجامد، اولی درواقع تجلی کشورداری است و دومی نمود هنجار. طرفه آن‌که مطالعهٔ حاضر به شرح و بسط برداشت‌های هنجاری از خرد دولت می‌انجامد. این اثر در انتها نشان می‌دهد که در دوران اخیر مدرن «خرد دولت مشروطه» بر دیگر برداشت‌ها از خرد دولت غلبه یافته است. چنین می‌نماید که در این کار پروفسور لاگلین به وجه «بایدانگار» پدیدار حقوق، در مقایسه با وجه «است‌انگارِ» آن، توجه بیشتری کرده است؛ دقیق‌تر، وجه هنجاری حقوق به‌گونه‌ای خود را در مطالعهٔ نظری حقوقی جلوه‌گر ساخته و متفکر معاصر را ناگزیر از جدی گرفتن آن کرده است. این نوبت کفهٔ هنجار وزن بیشتری دارد.

نهایتاً، رقابت میان تفسیرهای مختلف مشروطه، که درواقع از درون ادارهٔ امور عمومی در دولت‌های ملیِ پیشرو در این زمینه سر برآورده و خود را در ایدهٔ خرد دولت نمایان کرده‌اند، موضوع اصلی تحقیق او در آخرین کتابش، **علیه مشروطه‌خواهی**[2]، است. وی در این گام از پژوهش خود ناقد خوانش قضائی و انتزاعی بوده و متمایل به برداشت نزدیک به هستهٔ سخت نظام مشروطه طی چند سدهٔ اخیر است، که گویی در سدهٔ بیستم به محاق رفته است. آن هسته را در عناصر مرکزی حیات فکر مشروطه ــ یعنی قوهٔ مؤسِّس،

1. M Loughlin, *Public Law and Political Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1992).
2. M. Loughlin, *Against Constitutionalism* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2022).

ارادهٔ جمعی، حکومت مقیَّد، آزادی و برابری ــ می‌بیند که باید از زیر آوار تفسیرهای انتزاعی حقوقدانان، به‌ویژه قضات، نجات‌شان داد. به دیگر سخن، آرمان انسان مدرن نباید به عقل حقوقی و قضائی تقلیل یابد. «خاستگاه» آرمان انسان مدرن باید همواره بر نظام هنجاری کلان او (نظام حکومتی و حقوقی) سایه افکند. این خاستگاه همانا مهارت و اصول تدبیر در حکمرانی بوده است. بر این اساس، پروفسور لاگلین علیه برداشت غالب مشروطه در جهان معاصر است، نه اصل مشروطه. در این مقطع نیز همچنان کفهٔ توجه به هنجار سنگین‌تر است.

در پایان، لازم می‌دانم از زحمات بی‌دریغ و صمیمانهٔ آقایان و خانم‌ها: علی تهامی، عطیه جبرانی، ابراهیم دهنوی، عطاءالله رحمت‌الهی، فائزهٔ عامری، بهارهٔ عرب، علی مختاری، دکتر مریم میرمحمدصادقی و دکتر حسن وکیلیان برای مطالعهٔ متن، انجام اصلاحات و ارائهٔ پیشنهادهای بسیار سودمند خالصانه تشکر کنم. مطالعهٔ ایشان بی‌گمان موجب برطرف شدن شمار بسیار زیادی از خطاها شده و به روانیِ نسبی متن کمکی بزرگ کرده است. از آقای حامد پاکیزه‌دل نیز برای قبول زحمت نمونه‌خوانی متن نهایی صمیمانه سپاسگزاری می‌کنم. باری، هرگونه کاستی و خطای باقی‌مانده در کار بر عهدهٔ راقم این سطور است. همچنین، از زحمات و توجهات مدیر محترم نشر نی، جناب آقای جعفر همائی، و همکاران عزیز ایشان حقیقتاً سپاس‌گزارم. نشر نی ازجمله نهادهای فکری و فرهنگی اثرگذار و وزین جامعهٔ ایران است. از خداوند کریم برای این سروران تندرستی، توفیق بیشتر و سربلندی خواستارم.

گفتنی است که در مواردی کم‌شمار، برای کاستن از ابهام احتمالی مطلب، توضیحاتی در پانوشت یا میان قلاب در متن آورده شده‌اند که با «ـ م.» (متعلق به مترجم) علامت‌گذاری شده‌اند.

محمد راسخ
در غبار ۱۴۰۱

دیباچه

نوشته‌های اخیر من در باب قوانین اساسی بوده، اما برخی مطالب مقدماتی همچنان ناگفته مانده است. منظور از این مطالب آن عناصر بسیار بنیادین هستند که اقتدار مقام حکومت را تأسیس می‌کنند. در دو کتاب زیر از عناصر یادشده بحث کرده‌ام: **مبانی حقوق عمومی** که بیانگر اجزای اولیهٔ این موضوع است و **بنیادهای حقوق عمومی** که تاریخچهٔ مفهومی آن را ترسیم می‌کند.[1] اما برخی وجوه را که نمی‌توانستم به‌تفصیل بررسی کنم، بعدها در مقالات گوناگون به برخی از آن‌ها پرداختم. این کتاب گزیده‌ای از آن مقالات را گرد هم می‌آورد تا موضوع بحث را در نظریهٔ سیاسی در باب حقوق جامع‌تر بیان کند.

همهٔ این مقالات، جز یکی از آن‌ها، پیش‌تر منتشر شده‌اند. از آن‌جا که مقالات یادشده به مناسبت‌های مختلف نوشته شده بودند، همگی، با هدف حذف مطالب تکراری یا بهبود بیان استدلال‌ها، بازبینی شده‌اند. از سردبیران و ناشران برای اجازهٔ بازنشر مقالات زیر بسیار سپاسگزارم: «چیستی حقوق عمومی»، «مفهوم سیاسی

1. M Loughlin, *The Idea of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003); id., *Foundations of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

این اثر بر تحلیل ارائه‌شده در آن دو نوشته بنا می‌شود، از این رو، در کل کار به‌ترتیب با دو مخفف (IPL) و (FPL) به آن‌ها ارجاع خواهیم داد.

قانون نزد توماس هابز»، «اندیشهٔ حقوق اساسیِ برابری‌گرایان»، «بِرک در باب حقوق، انقلاب و قانون اساسی»، «حق سیاسی»، «سَنتی رومانو و نظریهٔ نهادیِ حقوق» و «پولیتونومی [قانون امر سیاسی یا نظام حقوقی حاکم بر امر سیاسی]».[1]

مهم‌ترین چالش در انتخاب این مقالات آن بوده است که سهم حقوقدانان یا ایده‌هایی خاص را در شکل‌گیری خط‌فکری مشترکی نشان دهیم. وجوه تمایزبخشِ نظریهٔ سیاسی در باب حقوق در «مقدمه» خواهند آمد، از این رو، در این‌جا چیزی در این زمینه نمی‌گویم. اما در این‌جا باید بر اهمیت قوانین اساسی در تنظیمِ فعالیت سیاسی تأکید کنم. بر این باورم که نقش قوانین اساسی را نمی‌توان بدون توجه به رشته‌ای از گذارهای تاریخی توضیح داد: از حاکم به دولت، از دولت به قانون اساسی، از قانون به قانونیت، و از حق سیاسی به قانونیت مشروطه. نظریهٔ سیاسی در باب حقوق (مفهوم سیاسی قانون) نشان می‌دهد که چگونه تغییر مفهومی بازتاب‌دهندهٔ تغییر سیاسی است، چگونه مفاهیم (به‌مثابهٔ ابزارهایی برای تغییر) در خدمت اهداف سیاسی و نیز معرفتی هستند.

برای انتشار هریک از مقالات وامدار افرادی بسیار بوده‌ام؛ در هریک از آن‌ها از ایشان سپاسگزاری کرده و مطمئنم برای تکرار نکردن آن فهرست‌ها در این‌جا بخشوده خواهم شد. باری، نمی‌توان از ذکر برخی سپاسگزاری‌های عام در این‌جا گذشت. دو مقاله را، در سال تحصیلی ۲۰۱۲–۲۰۱۳، هنگامی نوشتم که از بورسیهٔ کِرین[2] در برنامهٔ حقوق و امور عمومی دانشگاه پرینستون استفاده می‌کردم. برای این فرصت

1. 'The Nature of Public Law' in C Mac Amlaigh, C Michelon, and N Walker (eds), *After Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 11-24; 'The Political Jurisprudence of Thomas Hobbes' in D Dyzenhaus and T Poole (eds), *Hobbes and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 5-21; 'The Constitutional Thought of the Levellers' 2007 *Current Legal Problems* 1-39; 'Burke on Law, Revolution and Constitution' (2015) 29 *Giornale di Storia Constitutionalel J. Of Constitutional History* 49-60; 'Droit Politique' (2017) 17 *Jus Politicum: Revue de Droit Politique* 299-335; 'Santi Romano and the Institutional Theory of Law' in S Romano, *The Legal Order*, M Corce trans. (London: Routledge, 2017), x-xxviii; and 'Politonomy' in J Meierhenrich and O Simons (eds), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (New York: Oxford University Press, 2017), ch. 21.
2. Crane

از کیم شِپِل[1]، مدیر وقت آن‌جا، تشکر می‌کنم. از دِنیس بارانگر[2] و اُلیویر بُد[3] برای دعوت به تصدی کرسی ویلی[4] در دانشگاه پاریس، پانتئون آسا[5]، در بهار سال ۲۰۱۶، که طی آن فصل پنجم کتاب را نوشتم، بسیار سپاسگزارم. اخیراً، در سال تحصیلی ۲۰۱۶–۲۰۱۷، بورسیهٔ ارشد یوریاس[6] در مؤسسهٔ مطالعات پیشرفتهٔ فرایبورگ به من اعطا شد. این مؤسسه محیطی ایده‌آل برای تکمیل کارم فراهم کرد و مایلم قدردانی‌ام را از رئیس آن‌جا، بِرند کورتمن[7]، کارمندانش و از تیم برنامهٔ ماری کوریِ یوریاس در این‌جا ثبت کنم. آخر، باید تشکر خاصم را نسبت به کریس فولی[8] و ساموئل تشورن[9]، که مهارت‌های ویراستاری‌شان در بهبود نسخهٔ نهایی کمکم کرده‌اند، و به تیم ویراستاریِ انتشارات دانشگاه آکسفورد، اکنون جِیمی بِرزین[10] و ایو رایل‌ـهاجِز[11]، برای همکاری بسیار مفیدشان که سال‌های سال ادامه داشته است، ابراز کنم.

مارتین لاگلین
فرایبورگ‌ـایم‌ـبرایسگو
ژوئن ۲۰۱۷

1. Kim Scheppele
2. Denis Baranger
3. Olivier Beaud
4. Villey
5. Panthéon Assas
6. EURIAS
7. Bernd Kortmann
8. Chris Foley
9. Samuel Tschorne
10. Jamie Berezin
11. Eve Ryle-Hodges

مقدمه

هریک از مکاتب نظریِ حقوقی ادعاهایی در باب استقلال و عقلانیت قانون پیش می‌نهد. نظریهٔ سیاسیِ حقوق (مفهوم سیاسی قانون) از این قاعده مستثنا نیست. ادعای این نظریه آن است که باید قانون را وجهی از یک تجربهٔ انسانی فهمید؛ تجربه‌ای که «امر سیاسی»[1] نامیده می‌شود. حقوقدانان معمولاً این ایده را پس می‌زنند. ادعای یادشده ممکن است اختلافی باشد، اما نباید بد فهمیده شود.

قانون به‌مثابهٔ وجهی از امر سیاسی بدان معنا نیست که قانون صرفاً ابزارِ قدرت حاکم است. بدین معنا هم نیست که پرسش‌های حقوقی درواقع پرسش‌هایی سیاسی هستند. مفهوم سیاسی قانون (نظریهٔ حقوقیِ سیاسی) ریشه در این واقعیت دارد که مردمان در واحدهای سرزمینی با مرزهای مشخص سازمان‌دهی شده‌اند، واحدهایی که در هریک از آن‌ها ترتیبات اقتداری مستقری برای حکمرانی وجود دارند. این واقعیت نمایانگر روش متمایزِ زیستن و عمل‌کردن در دنیاست، دنیای «امر سیاسی». امر سیاسی را نباید با «سیاست»[2] اشتباه گرفت. سیاست مجموعه‌ای از رویّه‌ها و سنت‌هاست که تدریجاً برای مدیریتِ تعارض میان افراد یا گروه‌ها شکل گرفته است. درمقابل، امر سیاسی به پدیداری قطعی و بنیادی‌تر اشاره می‌کند، این پدیدار که در

1. the political 2. politics

شکل اولیهٔ واحد سیاسی، یعنی نهاد دولت[1]، ازطریق ساختارهای اقتدار و تبعیت تجسد می‌یابد و آن‌چنان قدرتی دارد که برداشت اعضای خود از عدالت و بی‌عدالتی، درست و غلط، آزادی و بردگی، و خوب و بد را شکل می‌دهد.

از این رو، مفهوم سیاسی قانون (نظریهٔ حقوقیِ سیاسی[2]) بر این ادعاست که قانون وجهی از امر سیاسی است و امر سیاسی رویکردی مجزا و مستقل به دنیاست. بر اساس این مقدمات، بصیرتی مهم در خصوص رابطهٔ قانون و امر سیاسی به دست می‌آید. حقوقدانان سیاسی[3]، آنان که این نوع نظریه را می‌پرورانند، می‌توانند توضیح بدهند که چگونه قانون و نظام حقوقی در راستای استحکام نیروهای همگرای متعلق به امر سیاسی عمل می‌کنند. ممکن است امر سیاسی بر دوگانهٔ ابتداییِ شمول و حذف (و لذا بر هر آنچه که برای حفظ وحدت جمعیِ واحد سیاسی لازم است) بنا شده باشد، اما اقتدارِ جهان‌بینی‌اش با نهادینه‌سازی[4] تقویت می‌شود. از این منظر، قانون یکی از وجوه امر سیاسی است. قانون اما، برای انجام مؤثرِ کارکرد تولید اقتدار، باید نسبتاً مستقل عمل کند. امر سیاسی و امر حقوقی[5] در ربط با یکدیگر عمل می‌کنند، بدون آن‌که یکی به دیگری تقلیل داده شود.

با آن‌که نظریهٔ حقوقیِ سیاسی ندرتاً به‌منزلهٔ نظریه‌ای مستقل شناخته شده است، این نظریه مجموعهٔ غنی معرفتی دربارهٔ چیستی رابطهٔ امر حقوقی و امر سیاسی تولید کرده است. نظریهٔ یادشده همچون یک گفتمان مشترک اروپایی، از آثار بُدَن در سدهٔ شانزدهم تا اشمیت در سدهٔ بیستم، تطور و تکامل یافته است. بسیاری از حقوقدانان نوآور ــ شامل بُدَن، گروسیوس، پوفندورف، مونتسکیو، اُریو[6]، رومانو[7]، هِلِر[8] و اشمیت ــ به حرفهٔ حقوقی مشغول بودند. برخی، مانند همیلتون[9]، بِرک و دو توکویل، تعلیم حقوقی دیدند اما نقش‌های تأثیرگذار دیگری هم ایفا کردند. برخی دیگر ــ ازجمله، هابز، اسپینوزا، روسو و هگل ــ عموماً فیلسوفان سیاسی انگاشته

1. the state
2. political jurisprudence
3. political jurists
4. institutionalization
5. the legal
6. Hauriou
7. Romano
8. Heller
9. Hamilton

می‌شوند. همهٔ آنان مشارکتی مهم در مفهوم سیاسی قانون (نظریهٔ حقوقیِ سیاسی) داشته‌اند. ایشان به این مکتب تعلق دارند چون اصول اقتدار سیاسی را به زبان حق، تکلیف، قدرت و مسئولیت تحلیل کرده‌اند.

پیشرفت‌های فکری این حقوقدانان را در فصل‌های آتی بررسی خواهیم کرد. در این مقدمه، بر آنم که علت تعلق این متفکران به این شاخه از نظریهٔ حقوقی را توضیح دهم. حقوقدانان سیاسی نه فلسفهٔ سیاسیِ مشترکی دارند و نه نظر یکسان در مورد مسائل سیاسی. آنان در گفت‌وگویی دربارهٔ رابطهٔ میان امر حقوقی و امر سیاسی و نیز روش تأسیس اقتدار سیاسی مشارکت دارند.

***

مفهوم سیاسی قانون (نظریهٔ حقوقیِ سیاسی) بر این ادعاست که تأسیس اقتدار سیاسی کلید فهم چیستیِ نظم حقوقی است. این نکته موجب تمایز نظریهٔ یادشده از دیگر نظریه‌هاست. بیشتر نظریه‌ها با مفروض گرفتن اعتبار و اقتدار نظم حقوقی آغاز می‌شوند، چنین پیش‌فرضی در نظریهٔ حقوقی اثبات‌گرا بیش از دیگر نظریه‌ها آشکار است. از نیمهٔ دوم سدهٔ نوزدهم به این سو، مکتب غالب «اثبات‌گرایی حقوقی» بوده است که نوعاً قانون را هنجاری می‌انگارد که دربرگیرندهٔ یک ارزش نیست، بلکه واقعیتی است که باید تبیین تجربی بشود یا به مجموعه‌ای از هنجارهای منطقاً خود ـ اعتبار ـ بخش اطلاق می‌شود. همین‌که اعتبار نظم حقوقی مفروض انگاشته شود و قانون به‌مثابهٔ یک واقعیت یا یک منطق به شمار آید، قلمرو نظریهٔ حقوقی محدود می‌شود. این قلمرو به وظیفهٔ تبیین شکل ساختاری قانون موضوعه محدود می‌شود.[۱]

درک دلیل چنین انتقال نظری‌ای دشوار نیست. اگر نظریهٔ حقوقی دربرگیرندهٔ

۱. این نکته هم در مورد نظریه‌هایی همچون نظریهٔ آستین (نک. سه پانوشت بعدی) صادق است، که قانون را مجموعه‌ای از فرامین (یعنی دستورهای متکی به تهدید) معرفی می‌کند، و هم در خصوص روایت‌های هنجاری (normative) اثبات‌گرایی حقوقی که قانون را به‌منزلهٔ یک طرح تفسیری از وقایع مادی تعریف می‌کنند:
H Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, GL Paulson and SL Paulson trans. Of first edn. [1934] of *Reine Rechtslehre* (Oxford: Clarendon Press, 1992); HLA Hart, *The Concept of Law*, L Green, J Raz and PA Bulloch eds (Oxford: Oxford University Press, 3rd edn. 2012).

پرسش‌هایی دربارهٔ درستیِ شکل‌هایی از حکومت باشد که طی آن‌ها قانون وضع می‌شود، آنگاه اختلاف در خصوص چیستی قانون پایانی ندارد، یا این‌گونه تصور می‌شود. اما، این همهٔ داستان نیست: اگر روش موسع‌تر برگزیده شود، آنگاه هیچ ادعای معتبری مبنی بر آن‌که حقوق شاخه‌ای از معرفت علمی است نمی‌توان پیش نهاد.

یکی از مدافعان اولیهٔ چنین محدودیتی برای قلمرو نظریهٔ حقوقی فردریک کارل فون ساوینی بود. وی در درس‌گفتارهایش در باب روش حقوقی، سال تحصیلی ۱۸۰۲–۱۸۰۳، اعلام کرد که «به‌هیچ‌وجه نمی‌توان حقوق عمومی ــ تبیین نظام‌مندِ اساس دولت ــ را وارد قلمرو نظریهٔ حقوقی کرد».[1] با آن‌که وی بعدها در این دیدگاه تجدیدنظر کرد[2]، حقوقدانان پرشماری از نظر او پیروی کردند و بر این باور بودند که حقوق اساسی جزئی از نظریهٔ حقوقی نیست.[3] دیدگاه رایج در نظریهٔ حقوقی جدید بر مفروض انگاشتن وجود دولت بنا شده است. با اتخاذ چنین موضعی است که دانش حقوقی می‌تواند خود را وقف مجموعه‌ای از پرسش‌های فنی در باب شکل و روش‌های ساختاریِ تفسیر قوانینِ مصوب دولت کند.

حقوقدانان سیاسی این رویکرد را اشتباه می‌دانند، زیرا قلمرو نظریه‌پردازی حقوقدان را چنان محدود می‌کند که درک او را از شکل و کارکرد جدید قانون به انحراف می‌کشاند. رویکرد یادشده به اتخاذ این پیش‌فرض می‌انجامد که حقوق یک نظام خودمختارِ متشکل از قواعد است که مستقل از محیط فرهنگیِ شکل‌دهنده به ویژگی نهادی‌اش است. به باور حقوقدانان سیاسی، حیات قانون نه منطق که **تجربه** است (نک. فصل ۶).

حقوقدانان سیاسی به‌صراحت اثبات‌گرایی حقوقی را رد می‌کنند. بااین‌حال، آنان

1. FC von Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie*, 1802-1842, A Mazzacone ed. (Frandfurt: Klostermann, 2004), 139: 'Auf keine Weise lässt sich aber das Staatsrecht-systematische Darstellung der Staatskonstitution-in den Begriff der Jurisprudenz bringen.'

2. See FC von Savigny, System des heutigen römischen Rechts (Berlin: Veit, 8 vols 1840-1849).
ساوینی سپس این ادعا را پیش نهاد که قانون نه با ارادهٔ مقنن و نه با خرد جهان‌شمول خلق می‌شود، بلکه برآمده از سنت‌های مردم است: نک.
H Kantorowicz, 'Savigny and the Historical School of Law' (1937) 53 *Law quarterly Rev.* 326-43.

3. See, e.g., J Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, WE Rumble ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 216.

این ادعا را، که در بیشتر آثار حقوقدانان معاصرِ مخالف اثبات‌گرایی آمده است، نیز رد می‌کنند که قانون واجد اعتبار ذاتیِ اخلاقی است. در این‌جا، تفاوت‌هایی ظریف وجود دارند، یکی از مهم‌ترین دلایل آن است که حقوقدانان سیاسی می‌پذیرند که تأسیس نظم نهادمدار پیامدهای خوبی خواهد داشت. حقوقدانان مخالف اثبات‌گرایی بر این باورند که خط فارق دقیقی میان **توصیف** (قانون چیست) و **توجیه** (قانون چه باید باشد) نمی‌توان کشید. اما ایشان، از آن‌جا که نظم حقوقی را با نظم درست یکسان می‌انگارند، همچنین مدعی‌اند که قانون واجد کیفیت اخلاقی ذاتی است. آنان نه‌تنها حقوق را موجودیتی تفسیری می‌دانند، بلکه معتقدند که، برای فهم قانون، باید از اختلافات خاص موجود به‌سوی «خوانش اخلاقیِ» نظم اساسی «گامی به بالا» برداشت.[1] حقوقدانان مخالف اثبات‌گرایی همواره یک نظریهٔ حقوقی هنجاری مبتنی بر تعبیری انتزاعی و اخلاق‌مدار از «قانونیت»[2] را ترویج می‌کنند. «قانونیت» خیلی زود به اعتبار محض عقلی متکی می‌شود.[3]

از منظر مفهوم سیاسی قانون، موضع ضداثبات‌گرایی پیش‌گفته موضعی انحرافی است که تحلیل حقوقی را، خواه آزادی‌گرا[4]، آزادی‌خواه [5] یا جمهوری‌خواه[6]، به‌سوی خوانشی الگوگرا از متون سوق می‌دهد. این امر تفسیر حقوقی را به نوعی از استدلال

1. See, e.g., R Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 1996), ch.2; TRS Allan, *The Sovereignty of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

2. legality

3. See, e.g., Allan, ibid. 44:

که می‌گوید اگر بپذیریم حاکمیت قانون همان ایده‌آل بنیادین است، که باید بپذیریم، «فهم‌مان از قانون ربطی نزدیک با ایده‌های عدالت و آزادی می‌یابد».

4. libertarian

۵. liberal؛ تفاوت آزادی‌گرایی و آزادی‌خواهی به ارزش بنیادین آن‌ها بازمی‌گردد. بر اساس تقریرهای دقیق متفکران نیمهٔ دوم سدهٔ بیستم این دو مکتب، ارزش بنیادین لیبرتاریانیسم آزادی و ارزش بنیادین لیبرالیسم برابری معرفی شده است. پسوند «گرایی» و «خواهی» برای تفکیک آن دو ارزش بنیادین انتخاب شده‌اند. آزادی‌گرایی آزادی را بر ارزش آزادی و آزادی‌خواهی آن را بر ارزش برابری بنا می‌نهد، لذا اولی آزادی‌گرا و دومی آزادی‌خواه اما برابری‌گرا است. ـ م.

6. republican

اخلاقی تبدیل می‌کند. اعتبار این روش به تفسیری آرمانی از قانونیت، منتج از اصول موضوعهٔ اخلاقی جهان‌شمول، است. به‌جای توضیح رویّه‌های اغلب آشفتهٔ رژیم‌های واقعی، تحلیل هنجاری[1] تصویری آرمانی از نظم حقوق اساسی برمی‌سازد و سپس این مدل آرمانی را ازطریق یک طرح تفسیری خاص ترویج می‌کند. نقطهٔ آغاز نه دنیای سیاسی و شکل حکومتش که باور به «حاکمیت اخلاقیِ اجتماع موجوداتی عاقل»[2] است.

درمقابل، حقوقدانان سیاسی بر این باورند که عقل می‌تواند ترتیباتی را سازماندهی و ایضاح کند، اما نمی‌تواند به ما بگوید چه باید باشند. از نظر ایشان، ارزش‌ها اموری بدیهی نیستند، باهم در تعارض واقع می‌شوند و تعارض ارزش‌ها نه ازطریق عقل که با اِعمال اراده حل و رفع می‌شود. نظریهٔ حقوقیِ سیاسی، با انکار وجود ارزش‌های جهان‌شمول در این قلمرو، ضدعقل‌گرا و نسبی‌انگار است.

بنابراین، مفهوم سیاسی قانون (نظریهٔ حقوقیِ سیاسی) هم مخالف اثبات‌گرایی حقوقی است و هم نافی ضداثبات‌گراییِ هنجاری. مخالف اولی است، چون قلمرو نظریهٔ حقوقی را با مفروض انگاشتن اعتبار [نظام حقوقی] محدود می‌کند و نافی دومی است، زیرا اعتبار اخلاقیِ قانونیت را پیش‌فرض می‌گیرد. هر دو نظریه تجلی تفکر عصر روشنگری هستند: اثبات‌گرایی مدعی است در تحلیل علمی باید یک پدیدار را، در بحث ما قواعد، به اجزای اولیه‌اش تجزیه کرد و هنجارگرایی اعتقاد دارد که عقلاً می‌توان ضوابط جهان‌شمول اخلاقی را بر همهٔ فرهنگ‌ها و زمان‌ها اِعمال کرد.

اما، حقوقدانان سیاسی بر این باورند که رابطهٔ میان قانون و اعتبار را نه می‌توان مفروض انگاشت و نه می‌توان این رابطه را قطعاً بر مجموعه‌ای از ارزش‌های جهان‌شمول استوار کرد. اعتبار یادشده مخلوق فرایندی سیاسی است که مردم را در یک امر خطیر مشترک گرد هم می‌آورد. در این فرایند، گونه‌ای از قدرت سیاسی،

1. normative
2. I Hunter, *Rival Enlightenments: Civil and Metaphysical Philosophy in Early modern Germany* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), 366.

یعنی پوتستاس[1]، تولید می‌شود. پوتستاس یا «قدرت به»[2] قدرت یک واحد جمعی، «مردم»، است که حول یک طرح مشترک سیاسی گرد آمده و آماده‌اند منافع شخصی آنی خود را فدای خیر عمومی کنند. این قدرت با نهادینه‌سازی استحکام یافته است. درنتیجه، آن قدرتی که قواعد و احکام را تأسیس می‌کند [و] پوتنتیا[3] یا «قدرت بر»[4] را به کار می‌گیرد محصول همان قدرتی است که زیر عنوان پوتستاس تولید شده است. از آن‌جا که «قدرت بر» نمایانگر قدرت استیلا و سلطهٔ جای‌گرفته در قواعد و مقررات حقوقی است، شکل، معنا و نیروی حقوق درواقع بر اساس رابطهٔ شکل‌گرفته میان «قدرت به» (پوتستاس) و «قدرت بر» (پوتنتیا) تعیین می‌شوند.[5] در این معناست که شیوهٔ تأسیس اقتدار سیاسی کلید فهم چیستی نظم حقوقی است.

***

حقوقدانان سیاسی در این نکته که سؤال اصلی همانا سؤال از چگونگی تأسیس اقتدار سیاسی است توافق دارند، اما در پاسخ به آن سؤال توافق ندارند. ایشان، در پاسخ به تحولاتی که به ظهور دولت مدرن انجامید، نظریه‌هایی ناسازگار دربارهٔ چیستی قانون، مبنای اقتدار سیاسی و رابطهٔ میان امر حقوقی و امر سیاسی پیش نهاده‌اند. نقطهٔ مشترک میان آنان نه به راه‌حل که به پذیرش چالش برآمده از گذار از دنیای قرون‌وسطا به دنیای جدید بازمی‌گشت. حقوقدانان سیاسی می‌پذیرفتند که این گذار به پیدایش قلمروِ مستقلِ امر سیاسی می‌انجامد و چالش پیش‌رو همانا ارائهٔ یک زبان مفهومی است که بتواند شکل‌گیری و تأسیس این پدیدار را بیان کند.

طی این دورهٔ خطیرِ گذار، نزاع‌ها نه‌تنها در پارلمان‌ها یا میدان‌های جنگ بلکه در رساله‌های عالمانه هم در جریان بودند. به‌محض آن‌که اعتبار نظم سابق از میان رفت، مجموعه‌ای از اختلافات شدید بر سر اعتبار حقوق عرفی، امتیازات متعلق به حاکم و جایگاه پارلمان، به‌مثابهٔ نمایندهٔ مأذونِ مردمِ حاکم[6] سر برآوردند که باید حل

1. *potestas* 2. power-to 3. potential 4. power over
5. See further Loughlin, FPL, 11-13, 104-6, 164-77, 218, 407-8, 415-16, 459-62.
6. the sovereign people

و فصل می‌شدند.[۱] از نظر حقوقدانان سیاسی، این اختلافات علامت و نشانهٔ بحران نیستند، بلکه ذاتیِ سنت و رویّهٔ سیاست و حقوق مدرن هستند.

روش‌های مدیریت این تنش‌ها بسته به رژیم‌ها و بافت‌ها متفاوت بوده‌اند. مطالعهٔ معنا و موقعیت حق سیاسی در نظریهٔ حقوقی فرانسوی (فصل ۵) و قانونیت مشروطه به‌شکل عام (فصل ۸) نشان می‌دهند که آن تنش‌ها اکنون عموماً در قالب گفتمان انتزاعی مشروطه‌خواهی بیان می‌شوند. این واقعیت که امروزه سرانجام تنش‌های یادشده در دادگاه‌ها و دیگر مراجع رسمی مشخص می‌شود مؤید پیش‌گویی دو توکویل است که در یک دموکراسی مشروطه «به‌ندرت مسئله‌ای سیاسی یافت می‌شود که ... بالاخره به مسئله‌ای قضائی تبدیل نشود».[۲] اما، این واقعیت که این موضوعات، در حال حاضر، به قاضی ارجاع داده می‌شود تا آن‌که ازطریق فرایندهای کمتر رسمی و بیشتر تأملی مدیریت شود بدان معنا نیست که آن موضوعات دیگر سیاسی نیستند.

چالش‌های ناشی از حقوقی‌سازی مسائل سیاسی خود را در موضوع لاینحل تفسیرهای مربوط به قانون اساسی آشکار کرده‌اند. تفسیر قانون اساسی به‌شکلی لاینحل میانهٔ اعتبار نسبیِ متن، رویّه و اصول گرفتار شده است. مشکل آن است که هرچه عالمان حقوق اساسی دقت و ظرافت بیشتری به خرج دهند روش موثق و معتبری برای توزین عوامل مختلف وجود ندارد. حقوقدانان تحلیل‌هایی دقیق را از اصول تفسیر متن، فنون استدلال بر اساس رویّه و روش‌های ایجاد توازن میان اصول کلی، پیش نهاده‌اند. اما، ایشان نتوانسته‌اند روش‌های دقیق توزین اهمیت نسبی عوامل مختلف را تولید کنند. دلیل این ناتوانی آن است که عوامل یادشده نمایانگر برداشت‌هایی متفاوت از قانون هستند. به بیان خلاصه، آن برداشت‌ها را می‌توان «قانون»[۳]، «قانونیت» و «فراقانونیت»[۴] نامید.

۱. ادعاهای فوق به‌ترتیب در فصول مربوط به بِرک (فصل ۴)، هابز (فصل ۲) و برابری‌گرایان (فصل ۳) بررسی خواهند شد.

2. A de Tocqueville, Democracy in America, H Reeve trans., DJ Boorstin intro. (New York: Vintage Books, 1990), vol. 1, 280.

3. law

4. superlegality