

A Survey on Habermas' Legal Discourse as the Logic of Law

Ahmad Deylami¹, **Fatemeh Montazer²**

¹ Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.
a-deylami@qom.ac.ir

² PhD. Student, Baqir al-Olum University, Qom, Iran (**Corresponding author**).
f-montazer@bou.ac.ir

Abstract

The main purpose of the current study is to examine Habermas' legal discourse as the logic of law. In Habermas' theory regarding legal discourse, the process of legal norming is considered as a method for the rationality in the field of legal reasoning, along with formal and material logic. In his regard, modern law is a concept having still needed moral justification, in order to measure the validity of its legal norms. On this occasion, his legal discourse has a direct relation with practical discourses, including moral discourse. Habermas is considered alike those who counted the material logic of law to be rhetorical. In his point of view, the goal and result of legal reasoning is to achieve content & persuasion. Habermas's theory can be regarded as the logic of law; Because its responses can be classified as one of the methodological questions of legal reasoning in the general sense. However, the difference between his view and other legal rhetoricians is toward his believes in a way that to achieve persuasion is to consider legal issues. He insists on the method of dialogue as the only prelude to reaching agreement and persuasion. While the persuasiveness of the legal argument, in the opinion of other rhetoricians, is not necessarily achieved through dialogue. The hidden secret of such difference lies in the legal ecology of Habermas' legal theory. He presents his theory at the level of public rights and especially fundamental rights including the main components of the state and its four formal and material constituent elements. Therefore, he elaborates the founding force of the state, the relationship between the state and the people, basic rights and freedoms, and etc.

Keywords: legal reasoning, practical discourse, legislation, judgment, rational consensus, Jürgen Habermas.

Cite this article: Deylami, A. & Montazer, F. (2023). A Survey on Habermas' Legal Discourse as the Logic of Law. *Philosophy of Law*, 2(2), p.127-146. <https://doi.org/10.22081/PHLQ.2024.67569.1040>

Received: 2023-04-18 ; **Revised:** 2023-06-14 ; **Accepted:** 2023-07-01 ; **Published online:** 2023-09-27

© The Author(s).

Article type: Research Article

Publisher: Baqir al-Olum University



تأملی در گفتمان حقوقی هابرماس به مثابه منطق حقوق

احمد دیلمی^۱، فاطمه منتظر^۲

^۱ دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. a-deylami@qom.ac.ir

^۲ دانشجوی دکتری، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران (نویسنده مسئول). f-montazer@bou.ac.ir

چکیده

هدف پژوهش حاضر بررسی گفتمان حقوقی هابرماس به مثابه منطق حقوق است. فرآیند هنجارسازی حقوقی در نظریه گفتمان حقوقی هابرماس، به موازات منطق صوری و مادی، شیوه‌ای برای عقلانیت استدلال حقوقی تلقی می‌شود. به نظر وی، حقوق مدرن مفهومی است که هنوز نیازمند توجیه اخلاقی است، تا بتواند اعتبار هنجارهای حقوقی خود را بسنجد. بر این اساس، گفتمان حقوقی وی، با گفتمان‌های عملی از جمله گفتمان اخلاقی پیوند وثیقی دارد. هابرماس را می‌توان از جمله کسانی دانست که منطق مادی حقوق را از جنس خطابه می‌داند. یعنی از نگاه وی هدف و نتیجه استدلال حقوقی، دستیابی به اقناع است. نظریه هابرماس را می‌توان در میان دیدگاه‌های مطرح در باب منطق حقوق جای داد؛ زیرا به یکی از پرسش‌های روش‌شناسانه استدلال حقوقی در مفهوم عام پاسخ می‌دهد. لکن، تفاوت دیدگاه وی با سایر خطابه‌گرایان حقوقی در این است که وی راه دستیابی به اقناع را گفتگو در باب مسئله‌های حقوقی می‌داند. وی به روش گفتگو به مثابه تنها مقدمه وصول به توافق و اقناع اصرار می‌ورزد. در حالی که اقناع‌آفرینی استدلال حقوقی در نظر سایر خطابه‌گرایان، الزاماً از مسیر گفت‌وگو به دست نمی‌آید. راز این تفاوت در زیست‌بوم حقوقی نظریه حقوقی هابرماس نهفته است. وی نظریه خویش را در سطح حقوق عمومی و به ویژه حقوق اساسی که متضمن اصلی‌ترین مؤلفه‌های ساخت دولت و عناصر چهارگانه صوری و مادی آن است، ارائه می‌کند. از این‌رو، از نیروی مؤسس دولت، رابطه دولت و مردم، حق‌ها و آزادی‌های اساسی و مانند آن سخن می‌گوید.

کلیدواژه‌ها: استدلال حقوقی، گفتمان عملی، قانون‌گذاری، قضاوت، اجماع عقلانی، یورگن هابرماس.

استاد به این مقاله: دیلمی، احمد؛ منتظر، فاطمه (۱۴۰۲). تأملی در گفتمان حقوقی هابرماس به مثابه منطق حقوق. فلسفه حقوق، ۲(۲)، ص ۱۲۷-۱۴۶.

<https://doi.org/10.22081/PHLQ.2024.67569.1040>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۸؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۳/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۰۹؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۲/۰۷/۰۵

ناشر: دانشگاه باقرالعلوم (ع)

نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان



۱. مقدمه

یکی از مشخصه‌های اساسی یک علم، روش تحقیق در آن علم و به طور خاص تر منطق استدلال در آن است. علم حقوق به عنوان یک علم اجتماعی و به ویژه دولتی که ارتباط تعیین‌کننده‌ای با صلح و نظم اجتماعی دارد، بیش از هر علم دیگری متکی به مرحله اثبات و وابسته به دلیل است؛ زیرا اجرای اجباری قواعد دولتی توسط قدرت مشروع دولت صورت می‌گیرد؛ و این امر مستلزم آن است که مجری قانون حکم حقوقی را با استدلال درست ثابت کند؛ و موضوع آن برای نماینده دولت اعم از قاضی و مانند آن با دلایل معتبر ثابت گردد. وگرنه آن قاعده فاقد اثر حقوقی خواهد بود. از این‌رو، بحث از روش و منطق استدلال حقوقی و قضائی از مهم‌ترین پژوهش‌های بنیادین و به عبارتی فراحقوقی است. بحث از منطق حقوق در ادبیات حقوقی و به ویژه فلسفه حقوقی ایران اگرچه به کلی ناشناخته نیست؛ لکن چندان توسعه‌یافته هم نیست. نظریه گفتمان حقوقی هابرماس در منطق حقوقی معاصر به عنوان نظریه‌ای در مورد منطق حقوق، مورد توجه اندیشمندان واقع شده، و مراجعه به ادبیات رایج در این حوزه نشان می‌دهد که مراد از واژه «منطق» مفهوم خاص و کلاسیک آن است. به ویژه آنجا که بحث در این است که آیا استدلال حقوقی منطق خاص خود را دارد یا نه؟ و هنگامی که از یک دستگاه منطقی جایگزین سخن گفته می‌شود، انتظار آن است که از مؤلفه‌های ضروری برای یک سامانه منطقی برخوردار باشد؛ یعنی دارای قانونی ناظر به ساختار و صورت استدلال حقوقی باشد (منطق صوری)؛ و نیز قانونی ناظر به مواد و مصالح معتبر آن استدلال ارائه کند (منطق مادی). نظریه گفت‌وگوی حقوقی مبتنی بر عقلانیت ارتباطی، به مثابه منطق توجیه و مشروعیت نتایج حقوقی حاصل از این روش مطرح شده است؛ و لازمه آن، این است که درصدد پیشنهاد سامانه‌ای جایگزین برای عناصر سازنده منطق کلاسیک است. از این‌رو، در نوشتار پیش‌رو این نظریه در ترازوی نقد و بررسی قرار خواهد گرفت. بنابراین، مسئله اصلی پژوهش حاضر واکاوی نقش گفتمان حقوقی در منطق استدلال حقوقی است. به عبارت دیگر، آیا دیدگاه هابرماس را می‌توان به عنوان یک نظریه در باب منطق استدلال و تفکر در مفهوم کلاسیک آن و به طور خاص در منطق حقوق دانست؟ برای دستیابی به این هدف، با بهره‌گیری از توصیف به انضمام تحلیل انتقادی، به حل مسئله پرداخته شده است. در این راستا، در ادامه ابتدا ضمن بررسی قواعد و اصول مربوط به تحقق قانون و حقوق گفت‌وگویی، نظریه گفتمان حقوقی هابرماس، در قامت عقلانیت استدلال حقوقی تحلیل می‌شود. سپس با تمرکز بر الزامات این نوع وجیه‌سازی، به ارزیابی منطق استدلال حقوقی با رویکرد گفت‌وگویی پرداخته خواهد شد.

۲. عقلانیت استدلال در گفتمان حقوقی هابرماس

با توجه به این مهم که هابرماس مقبولیت عقلانی استدلال حقوقی را با معیارهای گفتمان عقلانی-اخلاقی و اصول و قواعد گفتمان‌های عملی می‌سنجد، شفاف‌سازی پیرامون چگونگی توجیه عقلانی

استدلال، در نظریه حقوقی وی، در گرو آگاهی از اصول و قواعد گفتمان‌های عملی به طور عام، و نحوه و میزان رابطه‌ای است که هابرماس، میان اخلاق و حقوق به طور خاص برقرار می‌کند.

۲-۱. اصول و قواعد گفتمان عملی

یورگن هابرماس فیلسوف آلمانی، نظریه‌اش در باب استدلال را در دهه ۱۹۸۰ میلادی مطرح کرد، تا شرایط عقلانی بودن یک مباحثه انسانی را نشان دهد. وی در بخش حقوقی نظریه‌اش وابستگی عقلانیت گفتمان حقوقی به عقلانیت گفتمان غیرحقوقی را برجسته می‌کند. به اعتقاد هابرماس، گفتمان‌های عملی مربوط به توجیه هنجارها (اعم از اخلاقی، حقوقی و سیاسی)، تابع اصل گفتمان انتزاعی D هستند که الزام کلی برای اعتبار یا توجیه عقلانی یک هنجار را به طور کلی بیان می‌کند: فقط هنجارهایی می‌توانند ادعا کنند که معتبر هستند که همه افراد تحت تأثیر در مقام شرکت‌کننده در یک گفتمان عملی، بر سر آن‌ها به توافق رسیده باشند. هابرماس این اصل رویه‌ای کلی D را با یک اصل تعمیم‌پذیر اخلاقی U تکمیل یا مشخص‌تر می‌کند. براساس اصل اخلاقی U، یک قاعده زمانی معتبر است که همه افراد تحت تأثیر آن بتوانند تمام پیامدها و عوارضی را که می‌توان در صورت پیروی از آن قاعده برای تحقق منافعشان پیش‌بینی کرد، بپذیرند (و البته این پیامدها نسبت به پیامدهایی که قواعد جایگزین یا رقیب دارند، باید مورد ترجیح باشند) (Habermas, 1990, p.65-66).

مشارکت در یک گفتمان عملی که مطابق با اصل گفتمان عقلانی D باشد، متضمن فرض‌هایی در سطوح مختلف است. هابرماس سه سطح از پیش‌فرض‌های استدلال را از هم متمایز می‌کند: سطح منطقی، سطح دیالکتیکی و سطح خطابی استدلال. پیش‌فرض‌ها در سطح منطقی، مربوط به قواعد یک منطق حداقلی و الزامات سازگاری هستند. قواعد سطح منطقی عبارتند از:

- ۱) هیچ‌کس نباید در سخن خود مرتکب تناقض شود (سازواری منطقی).
- ۲) هر گوینده‌ای که b را برای شیء a اعمال می‌کند، باید آماده باشد تا b را برای تمام اشیاء دیگر شبیه به a در تمام رابطه‌ها (های حقوقی از این نوع) اعمال کند (اصل تعمیم‌پذیری).
- ۳) سخن‌گویان مختلف نباید یک عبارت مشخص را در معانی مختلف به‌کار ببرند (عدم ارتکاب اشتراک لفظی).

در سطح دیالکتیکی، استدلال شامل فرآیندی است که در آن موافقان و مخالفان، از فشارهای عمل‌رهایی یافته و با اتخاذ یک نگرش فرضی نسبت به ادعای مورد بحث، تلاش می‌کنند تا به درک مشترک برسند. قواعد سطح دیالکتیکی عبارتند از:

- ۱) هر گوینده باید فقط آنچه را واقعاً باور دارد، بیان کند (صداقت).
- ۲) فردی که در یک گزاره یا هنجاری که مورد مناقشه نیست و مسلم است، مناقشه می‌کند، باید دلیلی برای تمایل به این کار ارائه دهد (بار اثبات برعهده مدعی خلاف اصل است).

در سطح خطابی، استدلال شامل یک فرآیند ارتباطی با هدف رسیدن به توافق با انگیزه عقلانی است. در این سطح، هابرماس الزامات یک وضعیت گفتاری مصون از سرکوب و نابرابری را بیان می‌کند. قواعد سطح خطابی در واقع پیش‌فرض‌های یک موقعیت گفتاری ایده‌آل را توصیف می‌کنند؛

(۱) هر فردی که صلاحیت صحبت کردن و عمل کردن را داشته باشد، مجاز است که در یک گفتمان شرکت کند (حق مشارکت در گفت‌وگو)،

(۲) هر کس حق دارد هر ادعایی را مطرح کند؛ بدین معنا که با بیان نگرش‌ها، خواسته‌ها و نیازهای خود، هر ادعایی را وارد گفتمان کند (حق طرح موضوع)،

(۳) هرگز نباید گوینده‌ای را به اجبار درونی یا بیرونی از اعمال حقوق خود در بند (۱ و ۲)، منع کرد (حق استیفاء از حق) (Habermas, 1990, p.87-90).

باید توجه کرد که در بحث‌ها و گفتگوهای واقعی، حداکثر می‌توان این شرایط ایده‌آل را به صورت نسبی تحصیل کرد. با این حال، ایده‌آل عقلانیت ارتباطی^۱ یک ساخت نظری صرف یا ایده‌آل آرمانی و خیالی نیست. به گفته هابرماس، ایده‌آل عقلانیت ارتباطی در هر بحثی که در آن شرکت‌کنندگان سعی می‌کنند با استدلال یکدیگر را متقاعد کنند، پیش‌فرض است. بنابراین، ابتدای عقلانیت استدلال حقوقی بر شیوه مباحثه دو طرف در بحث حقوقی، بیانگر اهمیت چیزی غیر از صورت و ماده استدلال برای هابرماس و هم‌فکران وی است. در این نظام دلیل محور گفت‌وگویی، هنجارها زمانی مشروع هستند که شهروندان آزاد و برابر، آگاهانه، به گونه‌ای تصمیم‌گیری کنند که همه بتوانند بدون اجبار یا بدون باورهای تحریف‌شده، با هنجارها موافقت کنند. بر این اساس، اعتبار یک تصمیم به یک «اجماع عقلانی» مربوط می‌شود. بدین معنا که هنجارها در صورتی معتبر هستند که افراد تحت تأثیر بتوانند به عنوان شرکت‌کنندگان در یک اجماع عقلانی با آنها موافقت کنند (Habermas, 1998, p.138). از این‌رو، مشروعیت قانون در نهایت براساس یک مکانیزم ارتباطی خواهد بود، و این نقطه‌ای است که در آن نظریه کنش ارتباطی^۲ و روند مشروعیت هنجارها در نظریه قانون و دموکراسی هابرماس به هم مرتبط می‌شوند. هابرماس در نظریه کنش ارتباطی خود، نظریه گفتمانی^۳ را توسعه می‌دهد که عناصر استدلالی - عقلانی ضمنی در تعامل اجتماعی را به عنوان شکلی از ارتباط کلامی توضیح می‌دهد. چنین ارتباطی شامل تبادل افعال گفتاری است که از طریق آن کنش‌گران اجتماعی تلاش می‌کنند کنش را با ابزارهای زبانی هماهنگ کنند. از این‌رو، کنش ارتباطی به استفاده از زبان برای درک متقابل بستگی دارد. به علاوه، تنها افعال گفتاری که به صورت شفاهی و با هدف درک متقابل بیان می‌شوند، می‌توانند در بحث عقلانی با هدف

1. Communicative rationality
2. Communication action theory
3. Discourse

اجماع عقلانی کارکرد داشته باشند.

۲-۲. نسبت حقوق و اخلاق در گفتمان حقوقی هابرماس

همانطور که پیش‌تر اشاره شد، هابرماس گفتمان حقوقی را با دیگر گفتمان‌های عملی^۱ درهم‌تنیده می‌داند. لذا، با شروع از منظر عقلانیت ارتباطی، نظریه‌ای را توسعه می‌دهد که در آن بر رابطه بین گفتمان اخلاق عقلانی و گفتمان عقلانی در محیط‌های حقوقی تأکید شده است. به اعتقاد وی، نتایج در گفتمان‌های حقوقی علاوه بر اینکه باید بر نظم حقوقی موجود، ساختار آن و رویه‌های تصمیم‌گیری منطبق باشد، همچنین باید استانداردهای اخلاقی-سیاسی و عمل‌گرایانه‌ی یک جامعه خاص را برآورده کنند. با این حال، هابرماس استدلال می‌کند که قانون تابع اخلاق نیست، بنابراین، گفتمان حقوقی تابع گفتمان اخلاقی نیست، بلکه با آن درهم‌تنیده است (Habermas, 1988, p.41-47). در واقع، ملاحظات اخلاقی تا جایی که گفتمان حقوقی مربوط می‌شوند که قرار است نتایج حقوقی، استانداردهای عدالت و بی‌طرفی را برآورده کنند. به علاوه، تا جایی که گفتمان حقوقی باید به مقبولیت اخلاقی هنجارها و تصمیمات حقوقی بپردازد، می‌توان از گفتمان‌های حقوقی به عنوان نهادینه‌سازی خاص گفتمان اخلاقی صحبت کرد (Habermas, 1988, p.241-247). بر این اساس، هابرماس با مکمل دانستن گفتمان‌های اخلاقی و حقوقی می‌کوشد این واقعیت را توضیح دهد که از یک‌سو، اشکال نهادینه شده گفتمانی مانند گفتمان حقوقی، برای تکمیل گفتمان اخلاقی روزمره ضروری است و از سوی دیگر، گفتمان حقوقی باید به الزامات اساسی گفتمان اخلاقی عقلانی پایبند باشد. با اتخاذ این رویکرد، هابرماس پوزیتیویسم حقوقی را که ماهیت قانون و اخلاق را به عنوان دو حوزه جدا از هم تلقی می‌کند، رد می‌نماید؛ زیرا در اندیشه پوزیتیویستی، عقلانیت قانون، نه به معیارهای اخلاقی، بلکه صرفاً به معیارهای حقوقی وابسته است.

هابرماس به طور خاص در مخالفت با پوزیتیویسم ماکس وبر که هرگونه تلفیق حقوق و اخلاق را تهدیدی برای عقلانیت قانون و مشروعیت اقتدار حقوقی می‌داند، روایتی را برمی‌گزیند که شیوه‌های صوری-رویه‌ای و ماهوی عقلانیت را ادغام می‌کند، به‌گونه‌ای که هم جنبه‌های صوری و هم جنبه‌های ماهوی قانون، بُعد اخلاقی ضمنی دارند. براساس این دیدگاه، قانونی بودن، مشروعیت خود را از عقلانیت رویه‌ای می‌گیرد که مبتنی بر این ایده است که فرآیندهای حقوقی باید راه‌حل‌های بی‌طرفانه‌ای ارائه دهند که بتوانند برای همه افراد ذی‌نفع، اعتبار داشته باشند. این شکل از عقلانیت نشان از پیوند گفتمان حقوقی، اخلاقی-عملی و نهادی دارد، و در آن فرآیندهای استدلال عملی-اخلاقی از طریق رویه‌های حقوقی نهادینه می‌شوند (Habermas, 1988, p.220-228). تحلیل رابطه تکمیلی بین حقوق و اخلاق در اندیشه هابرماس از دو جهت قابل پیگیری است:

یک. بحث‌های اخلاقی روزمره فقط تا حدی الزامات عقلانیت ارتباطی را برآورده می‌کنند. بدین معنا که عقلانیت رویه‌ای گفتمان اخلاقی، که معیاری برای سنجش درستی یک هنجار معرفی شده، از عدم قطعیت‌هایی چون: ابهام نتیجه، عدم تضمین خطاناپذیری و عدم تضمین نتیجه در بازه زمانی مناسب، رنج می‌برد. لذا، هابرماس معتقد است در همه حوزه‌های عملی که در آن تعارضات و فشارها برای تنظیم مقررات، تصمیم‌های بدون ابهام و به موقع و الزام‌آور را می‌طلبد، هنجارهای حقوقی باید موارد احتمالی که در صورت واگذاری امور به رهنمودهای کاملاً اخلاقی به وجود می‌آیند را جبران کنند. در همین راستا، هابرماس به وضوح تکمیل اخلاق با قانون قهری را از نظر اخلاقی قابل توجیه می‌داند (Habermas, 1988, p.245). نظام حقوقی، گفتمان اخلاقی - عملی را به چهار طریق نهادینه و محدود می‌کند: اول، این گفتمان به صورت روش‌مند محدود است؛ زیرا با قانون معتبر کشور گره خورده است؛ دوم، از نظر ماهوی، با موضوعات قابل رسیدگی و تقسیم بار اثبات، محدود می‌شود؛ سوم، از نظر اجتماعی، با شرایط مشارکت و تقسیم نقش‌ها محدود می‌شود؛ چهارم، با محدودیت‌های زمانی که بر دادرسی تحمیل می‌شود، از نظر زمانی محدود می‌شود (Habermas, 1988, p.247).

دو. طرف دیگر رابطه تکمیلی حقوق و گفتمان اخلاقی به مسئله مقبولیت عقلانی حقوق که با معیارهای گفتمان عقلانی - اخلاقی، اخلاقی - سیاسی و مانند آن سنجیده می‌شود، مربوط می‌شود. اگر به طور خاص بر مقبولیت اخلاقی قانون تمرکز شود، سؤال این است که آیا رویه‌های حقوقی می‌توانند نتایجی را ایجاد کنند که با پیامدهای رویه‌ای اصل اخلاقی U و پیش‌فرض‌های عمل‌گرایانه اساسی آن مطابقت داشته باشد. یکی از این پیامدها عبارت است از اینکه رویه‌های حقوقی بی‌طرف هستند. این بی‌طرفی در دادگاه، با نقش قاضی به عنوان یک داور، و با نگاه بدون تبعیض به دو طرف، با قواعد تقسیم بار اثبات، و با الزام قاضی به توجیه تصمیم خود تضمین می‌شود. پیامد دیگر این است که قوانین، به ویژه آن‌هایی که بر مسائل اساسی عدالت تأثیر می‌گذارند، از یک فرآیند دموکراتیک تصمیم‌گیری مشورتی ناشی می‌شوند که توسط ایده مشارکت آزاد و برابر همه شهروندان اداره می‌شود. به عقیده هابرماس، الزام تصمیم‌پذیری در مورد قوانین نیز تا جایی که حاوی قواعد و اصولی هستند که عموماً قابل اجرا می‌باشند، اعمال می‌شود. در چنین مواردی، بهترین راه برای تعیین مقبولیت قوانین، نیاز به بحث‌های بدون مانع در مورد موضوع است که در اختیار همه طرف‌های ذی‌نفع قرار می‌گیرد و به سمت دستیابی به اجماع (تا حد امکان) سوق داده می‌شود. از نظر هابرماس، طرح اجماع احتمالی در مورد یک قانون در میان همه شهروندان که تابع قانون هستند، پیش‌شرط مشروعیت است (Habermas, 1988, p.243,275).

با توجه به ایده‌آل اجماع عقلانی که در اصول عقلانیت ارتباطی فرموله شده است، ضرورت دارد بین بحث‌هایی با هدف توجیه هنجارها به عنوان قانون معتبر (فرآیند دموکراتیک قانون‌گذاری) و بحث‌هایی با هدف کاربرد یک هنجار معتبر معین در یک مورد و پرونده خاص (رویه‌های قضایی) تمایز ایجاد شود.

هابرماس ضمن تأکید بر این تمایز معتقد است عقلانیت ارتباطی نه تنها در فرآیند توجیه هنجارها، بلکه در کاربست آن‌ها نیز اجرایی خواهد بود؛ برای توجیه هنجارها، اصول گفتمان عقلانیت ارتباطی، از آزمون «عام بودن منافع» استفاده می‌کنند. در حالی که برای به کار بستن هنجارها، عقلانیت ارتباطی به «درک منسجم و کامل قضات» از حواشی قواعد مختلف حقوقی وابسته است (Habermas, 1988, p.277).

۳. ارزیابی گفتمان حقوقی هابرماس

نظریه گفتمان حقوقی از زوایای مختلف توسط هابرماس پژوهان به نقد کشیده شده، بنابراین، در این نوشتار به جنبه‌هایی که کمتر مورد ارزیابی منتقدان قرار گرفته، پرداخته می‌شود.

۳-۱. نقد معرفت‌شناختی به مشروعیت قانون در گفتمان حقوقی

شاید لازم باشد پیشاپیش توضیح داده شود که این نقد مبنائی است. نقد مبنائی، نقد به منطق مادی و به طور خاص متوجه بنیادهای کبرای استدلال است. همانطور که نقد مبنائی متوجه صورت و ساختار استدلال می‌شود. و نقد براساس نتایج و کارکردهای غیرقابل قبول، گونه‌ای از نقد ماهوی است. هر کدام از این نقدها اگر به درستی صورت گیرد، برای ابطال یک دیدگاه کفایت می‌کند. به ویژه اگر در نظریه‌ای معیاری که برای سنجش درستی سایر هنجارهای فرعی ارائه می‌شود، خود موجه نباشد، گریزی از نقد مبنائی نیست. چنانکه در مورد نظریه هابرماس چنین می‌نماید. با تولد منطق گفت‌وگو در دامان منطق خطابی و افراط در وزن‌دهی به امر گفت‌وگو در استدلال عقلانی، برخی از مدافعان این منطق، عقلانیت و مشروعیت را به سطح مقبولیت عمومی تنزل دادند. البته این موضوع در بیان پوزیتیویست‌های اجتماعی حقوق هم سابقه دارد؛ زیرا به اعتقاد این دسته از پوزیتیویست‌ها، افکار عمومی، خوب و بد را درست می‌کند. مثلاً درست یا نادرست بودن هم‌جنس‌گرایی را در گرو مقبولیت عمومی می‌دانند. ظاهر استدلال‌ها این است که اگر اقتناع و مقبولیت ایجاد شد، مشروعیت هم ایجاد می‌شود. هرچند نظم و صلح برآمده از اقتناع عمومی یک مصلحت مهم برای جامعه است؛ اما خلط بین امر حجّیت و اعتبار و اینکه در جامعه چه چیزی باید اجرا شود تا سر از نزاع و مقاومت خشن درنیآورد، با آن چیزی که درست و مشروع است و باید قانون باشد، از اشتباهات اساسی در گفتمان حقوقی هابرماس است که با معلق دانستن امر مشروعیت به معقولیت، و سپس تنزل معقولیت به مقبولیت، معیار صحت و درستی را به ذهن فاعل شناسا و افکار عمومی می‌سپارد.

هابرماس علی‌رغم تمایل به برقراری ارتباط میان اخلاق و حقوق، با فروکاست مشروعیت به مقبولیت، گفتمان حقوقی خویش را با مشکل معرفت‌شناختی مواجه می‌کند؛ زیرا اگر بر مبنای دیدگاه کانتی بنگریم، هنجارهایی از حکمت عملی وجود دارند که اعتبارشان را از عقل عملی می‌گیرند، بدون اینکه به فهم و پذیرش افراد بستگی داشته باشند. براساس موازین سودگرایانه و غایت‌گروانه نیز خوبی و

بدی، یا مشروعیت و عدم مشروعیت یک امر به غایات یا کارکردها یا نتایج آن وابسته است. البته ممکن است اقبال یا ادبای مردم در کارکردها مؤثر باشد، ولی همه چیز نیست. در نظام اخلاقی فضیلت مدار نیز فضایل اخلاقی، ملکات نفسانی هستند و هر کدام خروجی های خاصی دارند؛ مثلاً یک انسان حلیم، مهربان و خیرخواه، رفتارهای خاصی را انجام می دهد که از فضائل اخلاقی وی تراوش می کند. به طور کلی، معیار مشروعیت و عدم مشروعیت رفتار در این ساختار، مشروط به این است که رفتار انسانی از فضائل اخلاقی یا از رذائل اخلاقی نشأت گرفته است. بنابراین، اعتبار امور در اینجا نیز وابسته به پذیرش یا فهم فاعل شناسایی نیست. لذا، با توجه به مبانی معرفت شناختی مکاتب مختلف، منطقاً موجه بودن الزامات حقوقی، مشروط به اقتناع طرفین نیست. پس، باید گفت تأکید هابرماس بر اقتناع در الزامات حقوقی به مصلحت عملی برمی گردد، نه مشروع بودن. در واقع، مهم ترین اشتباه هابرماس و همفکرانش این است که مقبولیت را تمام علت برای مشروعیت تلقی می کنند. در صورتی که مشروعیت مبتنی بر موازین و پیشینه معرفت شناسانه است و به رویکردهای اصلی یعنی دیدگاه وظیفه گروی کانتی یا به اخلاق سودگروانه و یا به اخلاق فضیلت و... بازگشت دارد. مگر اینکه گفته شود مشروعیت حقوقی ربطی به مشروعیت اخلاقی ندارد. البته حتی در این صورت که درستی و نادرستی را از هنجار اخلاقی جدا کنیم و مشروعیت سیاسی را از مشروعیت اخلاقی تفکیک نماییم، باز هم مشروعیت سیاسی یا دولتی، به منافع ملی وابسته است. بدین معنا که مهم ترین کارکرد و غایت برای دولت ها در حوزه حقوق خارجی، منافع ملی و در حوزه حقوق داخلی، رفاه یعنی منافع مردم و عدالت اجتماعی و توسعه اقتصادی است. از این رو، این پرسش مطرح می شود که آیا مشروعیت غایات مذکور متوقف بر اقبال عمومی است؟ مثلاً اگر حاکمی امور کشور را در چارچوب منافع و مصالح عمومی پیش برد، ولی اقبال عمومی وجود نداشت و فقط تمکین عمومی برقرار بود، آیا می توان گفت عملکرد وی مشروع نیست؟!

حقیقت این است که دولت موفق و مشروع الزاماً دولتی نیست که همه تصمیماتش برای مردم اقتناع ایجاد کند. از سوی دیگر، ممکن است برخی تصمیمات نادرست و نامشروع دولت ها مورد رضایت و اقتناع عموم افراد جامعه باشد. بر این اساس، هرچند نمی توان نقش مقبولیت، مشارکت و همراهی مردم را در اقتدار دولت نادیده گرفت، ولی الزاماً مشروعیت تصمیمات دولت که در قالب قانون اعلام می شود، وابسته به اقتناع عمومی نیست. لذا، ممکن است در مواقعی دولت تصمیم مشروعی اتخاذ کند، ولی با عدم اقبال عمومی مواجه شود و به خاطر رفع معارضه، ناگزیر از کنار گذاشتن تصمیم درست باشد، اما هرگز با این کار، مشروعیت تصمیم درست از بین نخواهد رفت. بنابراین، باید معلوم کرد که ممکن است دولت ها به دلیل مصلحت بزرگ تر، به دنبال اجرای تصمیمات مورد وفاق باشند، اما این مدلی از روی ناچاری است، و نه یک استاندارد مشروع مورد انتظار. اذعان به این مطلب باعث می شود که حرکت اجتماعی و حقوقی اصلاح شود؛ زیرا همواره ملاک و الگوی مشخصی وجود دارد که می توان میزان

انحراف یا مطابقت رفتار اجتماعی را با آن سنجید، اما اگر گفته شود هر چیزی که نتیجه گفت‌وگو بود و اقتناع ایجاد کرد، درست هم می‌باشد، در این صورت دیگر نمونه‌ی الگو و ایده‌آلی نداریم تا حرکت اجتماعی را اصلاح کنیم، و تحولات اجتماعی به هر شکلی که صورت گرفت، مشروع تلقی می‌شود (عرفی شدن).

توجه افراطی هابرماس به گفتگو و ایده‌آل اقتناع عمومی در منطق گفتمان حقوقی، معیار منطق حقوقی و مشروعیت حقوقی را در گفت‌وگوی عقلانی ارتباطی - اجتماعی منحصر می‌کند. اما آنالیز این گفت‌وگو و تحلیل نقش آن در ساختمان استدلال حقوقی نشان می‌دهد که گفت‌وگو پیش‌نیاز رسیدن به یک منطق صوری و مادی درست است و اساساً شأن منطق بودن ندارد. بلکه از معدّات و شروط منطق حقوقی است، و نه یک منطق مستقل.

۳-۲. غفلت از ابعاد فرهنگی در گفتمان حقوقی

بدون تردید تفسیر مرحله‌ای مهم، و بلکه مهم‌ترین مرحله از استدلال حقوقی است؛ زیرا منابع حقوق عمدتاً با تفسیر فهمیده می‌شوند، و ادله اثبات دعاوی نیز غالباً لفظی‌اند. از این‌رو، هر نظریه‌ای در باب منطق حقوق، ناگزیر دارای دیدگاهی در مورد تفسیر خواهد بود. هابرماس نظریه خویش را منطقی‌عام برای حلّ همه مسائل حقوقی می‌داند. از مهم‌ترین مسائل حقوقی که حلّ آن‌ها نیازمند منطق است، اختلاف و نزاع بر سر تفسیر منابع عام و خاص حقوقی است. منطق گفت‌وگوی حقوقی هابرماس مستلزم تفسیر غایت‌گرا و بر محور دستیابی به اقتناع عمومی بوده و از نظریات تفسیری جدا نیست. اولین عنصر حیاتی در نظریه هابرماس، به‌کارگیری اصل گفتمان در مشروعیت بخشیدن به هنجارهای حقوقی است. اما وی، اصل گفتمان را بدون در نظر گرفتن تخصصی بودن زبان حقوقی یا معانی و پیامدهای حقوقی متنوعی که یک کلمه در فرهنگ‌های مختلف می‌تواند داشته باشد، در حوزه حقوق به‌کار می‌گیرد.

گفتمان حقوقی با ویژگی‌های متمایزی چون دقت، ابهام، اصطلاحات خاص، پیچیدگی و محافظه‌کاری (Jopek-Bosiacka, 2008) موانعی در ترجمه، تفسیر و به‌کارگیری متون حقوقی ایجاد می‌کند. این پیچیدگی و عدم قطعیت عمیقاً تحت تأثیر ادیان، اخلاق، فلسفه و فرهنگ یک ملت خاص است (Northcott & Brown, 2006). به اعتقاد بسیاری از محققان، فرهنگ نقش حیاتی در تفسیر گفتمان حقوقی ایفا می‌کند. از این‌رو، اگر بخواهیم منظور مردم را از طریق، و گاهی علی‌رغم کلماتشان بفهمیم، باید فراتر از ابزارهای زبانی نگاه کنیم. در واقع، معانی نه‌تنها در زبان، بلکه در ارزش‌های اجتماعی، باورها، روابط اجتماعی و ساختار خانواده و سازمان اجتماعی جامعه، دیده می‌شوند (Duranti, 1997, p.277). به علاوه، هر فرهنگ - اعم از اجتماعی و حرفه‌ای - نه‌تنها شیوه ساخت و تفسیر متون حرفه‌ای و انضباطی و اقدامات اجتماعی مرتبط را شکل می‌دهد، بلکه به شیوه‌های حرفه‌ای که این امور در آن‌ها گنجانده شده‌اند نیز اشاره می‌کند (Bhatia & Bhatia, 2011, p.493). بنابراین، تفسیر گفتمان حقوقی، باید

زمینه‌های فرهنگی که در آن شکل می‌گیرد، تفسیر می‌شود، استفاده می‌شود و برای دستیابی به اهداف سیاسی - اجتماعی مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد را در نظر بگیرد.

اگرچه برخی از محققان این واقعیت را نادیده می‌گیرند که قانون وابسته به فرهنگ است، اما تفتن عمیق‌تر اندیشمندان این حوزه نشان می‌دهد که ارتباط نزدیکی بین حقوق و فرهنگ وجود دارد، و تأکید می‌کنند که اسناد حقوقی آستن فرهنگ هستند (Obenaus, 1995, p.249). بدون شک، درک فرهنگ حقوقی، یعنی عقاید، انتظارات و نگرش‌های ارزشی نسبت به قانون و نهادهای حقوقی، که برخی مردم دارند، یک عامل راهبردی است که هم بر ترجمه و تفسیر و هم بر کاربرد متون حقوقی تأثیر می‌گذارد. اهمیت فرهنگ در گفتمان حقوقی از این رو است که هدف اصلی ترجمه حقوقی، ایجاد مجموعه‌ای از متون موازی است که از نظر قدرت، کارکرد و وضعیت حقوقی متن ترجمه شده، سیستم حقوقی و محیط‌های فرهنگی که متن ترجمه شده در آن‌ها خوانده و یا مورد استفاده قرار خواهد گرفت، از زبان منبع تا زبان هدف برابر باشند؛ زیرا نظام‌های حقوقی بیان فرهنگ هستند و در جوامع چندزبانه با تاریخچه فرهنگی متنوع، ترجمه عبارات یا اصطلاحات خاص، ممکن است یک معضل دشوار برای مفسران و مترجمان باشد، چون برخی مفاهیم یا نهادها ممکن است در فرهنگ منبع وجود داشته باشند، اما در فرهنگ هدف ناشناخته باشند.

نمونه‌ای از مواردی که فرهنگ‌های حقوقی با آن مواجه می‌شوند، پرونده‌ای است که بحث در مورد نقش عوامل بین فرهنگی، اجتماعی - سیاسی و ایدئولوژیک در تفسیر قانون در هنگ کنگ را برعهده دارد. این پرونده ریشه در برخی رویدادهای تاریخی این منطقه دارد، بازگشت هنگ کنگ به جمهوری خلق چین و ایجاد هنگ کنگ به عنوان منطقه ویژه اداری جمهوری خلق چین که به یک کشور و دو سیستم معروف است، یک رویداد تاریخی با زمینه خاص است که در آن سه زبان (انگلیسی، چینی، کانتونی)، و دو فرهنگ و نظام حقوقی متفاوت (هنگ کنگ - نظام حقوقی مشترک، چین - نظام حقوق مدنی) با هم همزیستی دارند، و همه آن‌ها در تفسیر قوانین و مقررات در ترجمه‌های مقاصد حقوقی مشکلاتی ایجاد کرد. این پرونده به تفسیر بخش‌های خاصی از قانون اساسی دولت هنگ کنگ در سال ۱۹۹۰ اشاره می‌کند. قانونی که قانون اساسی منطقه ویژه اداری هنگ کنگ محسوب می‌شود و حق سکونت در هنگ کنگ را به تمام افراد با ملیت چینی که خارج از هنگ کنگ متولد شده‌اند و والدین آن‌ها ساکنان دائمی هنگ کنگ هستند، می‌دهد. با این حال، قانون اساسی تصریح نمی‌کند که آیا برای هر یک از والدین تعهدی وجود دارد که در زمان تولد کودک وضعیت اقامت دائم داشته باشند یا خیر. براساس قوانین مهاجرتی پیش از این انتقال، بچه‌ها حق سکونت در هنگ کنگ را نداشتند. اما، بسیاری از آن‌ها به صورت غیرقانونی به هنگ کنگ نقل مکان کردند و بعدها طبق قانون اساسی حق اقامت خود را مطالبه نمودند. این پرونده بحث‌برانگیز به دادگاه‌های استیناف نهایی دولت هنگ کنگ، دادگاه تجدیدنظر نهایی ۱۹۹۹،

یعنی بالاترین دادگاه در هنگ کنگ فرستاده شد و این دادگاه اظهار داشت که حق اقامت در هنگ کنگ ممکن است به اتباع چینی اعطاء شود، اگر:

- آن‌ها قبل یا بعد از انتقال حاکمیت در هنگ کنگ متولد شده باشند. یا،
- آن‌ها برای یک دوره مستمر، حداقل هفت سال قبل یا بعد از این تحول در هنگ کنگ اقامت داشته باشند. یا،

- آن‌ها در خارج از هنگ کنگ از افراد تحت پوشش دو دسته فوق متولد شده باشند.
تفسیر دادگاه تجدیدنظر نهایی بسیار گسترده بود و تا مدت‌ها توسط دولت و مرجع قانون‌گذاری مستقر در پکن به چالش کشیده می‌شد. اقدامات دولت پکن بیشتر ناشی از زمینه اجتماعی-سیاسی در حال ظهور (یعنی مشکلات اجتماعی و اقتصادی ناشی از ورود گسترده افراد واجد شرایط از سرزمین اصلی چین به هنگ کنگ) نسبت به عبارت مواد مذکور از خود قانون اساسی بود. بررسی این پرونده مؤید این واقعیت است که برای درک مقاصد حقوقی در فرهنگ‌های مختلف، نه تنها معانی کلمات، بلکه ارزش‌های اجتماعی، باورها و فرهنگ را باید در نظر گرفت. در چنین شرایطی آیا هنجارسازی حقوقی مبتنی بر اجماع عقلانی در فرهنگ مبدأ، از کارایی لازم در فرهنگ مقصد برخوردار خواهد بود؟

نمونه دیگر از فرهنگ‌های حقوقی متفاوت و تأثیر آن بر تفسیر و کاربرد قانون، پرونده یک شهروند لهستانی به نام جاکوب تی^۱ است که در دادگاه سلطنتی انگلستان به جرم تجاوز به عنف و وارد آوردن صدمه بدنی شدید مجرم شناخته شد. در ۲۹ ژانویه ۲۰۰۸، وی به جرم تجاوز به عنف به حبس ابد محکوم شد و مقرر گردید که او باید حداقل نه سال از حبس را بگذراند تا بتواند از عفو برخوردار شود. متهم همچنین، برای جرم ایجاد آسیب بدنی شدید، به حبس ابد محکوم شد، با این قید که وی باید حداقل شش سال حبس را تحمل کند تا واجد شرایط درخواست عفو شود. با چنین احکامی شهروند لهستانی در انگلستان به دو بار حبس ابد محکوم شد. در ۲۲ ژوئیه همان سال، متهم برای گذراندن دوران محکومیتش به لهستان منتقل گردید.

اگرچه یک دادگاه منطقه‌ای در لهستان با اصل اعتماد متقابل و به رسمیت شناختن احکام مفروض در حقوق اتحادیه اروپا، اعلام کرد احکامی که باید در جمهوری لهستان اجرا شود، احکام حبس ابد است که طبق قوانین انگلستان صادر شده است، و تصمیم گرفت که متهم، پس از گذراندن حداقل نه سال زندان، واجد شرایط درخواست آزادی مشروط در هر دو مجازات باشد. اما، براساس قوانین لهستان، حداکثر مجازات برای تجاوز به عنف، دوازده سال حبس است، و جرم ایجاد آسیب بدنی، حداکثر ده سال زندان دارد. بنابراین، اگر مجازات ترکیبی اعمال شود، متهم می‌تواند به دوازده سال زندان محکوم شود و

پس از گذراندن نیمی از دوران محکومیت، یعنی پس از شش سال زندان، با عفو عمومی آزاد گردید (Sierocka, 2014, p.189-196). بررسی که با بررسی چنین پرونده‌ای مطرح می‌شود، این است که؛ اگر قوانین حقوقی اتحادیه اروپا برآمده از اجماع عقلانی در گفتمان حقوقی باشد و منجر به نتیجه پرونده فوق در گذار میان فرهنگی شود، هابرماس چگونه قضاوت منصفانه یک شهروند لهستانی توسط (مثلاً) یک سیستم قضایی انگلیسی که براساس فرهنگ حقوقی متفاوت شکل گرفته را تضمین می‌کند؟ به نظر می‌رسد هابرماس علی‌رغم ادعای جهان‌شمولی گفتمان حقوقی، با غفلت از ابعاد فرهنگی این گفتمان، راه‌حلی برای این مشکل ارائه نمی‌دهد.

۳-۳. عدم تمایز روش‌شناختی بین مقام قانون‌گذاری و قضاوت

اگرچه یورگن هابرماس به درستی میان دو مقام حقوقی یعنی مقام قانون‌گذاری و مقام قضاوت تفاوت می‌گذارد، اما تأکید می‌کند گفتمان حقوقی وی در هر دو مقام مذکور به طور یکسان توصیه می‌شود. لذا، با ترجیح روش‌شناسی پلورالیستی و دیالکتیکی در هر دو عرصه حقوق، رویکردی کثرت‌گرایانه در نظریه حقوقی خویش اتخاذ می‌کند. عطف توجه به فعالیت حقوقی متمایز در مرحله قانون‌گذاری و قضاوت نشان می‌دهد حتی اگر پلورالیسم روش درست قضاوت دانسته شود، بدون شک، کثرت‌گرایی در همه سطوح حقوق قانون‌گذاری قابل دفاع نیست؛ زیرا آنچه در امر قانون‌گذاری اهمیت دارد، اولاً، تشخیص حقوق کلی انسان است و قانون باید در بنیادی‌ترین حقوق انسانی به روشی انحصارگرایانه پایبند باشد. ثانیاً، قانون‌گذاری بیش از آنکه فعالیتی حقوقی باشد، کاری سیاسی و استراتژیک است. لذا، قانون باید در اتخاذ نهادهای کلان حقوقی، روشی انحصاری در پیش گیرد و رفتارهای مقابل را با جدیت، باطل و ناهنجار به‌شمار آورد. مثلاً در تردید قانون میان جواز شکنجه و نفی آن، قانون یا باید شکنجه را مطلقاً مجاز بداند، یا باید آن را مطلقاً رد کند. انتخاب یکی از این دوگانه به نوعی از انحصارگرایی^۱ قانونی می‌انجامد. بدین معنا که اگر قانون به شکلی انحصارگرایانه به رد شکنجه باور داشته باشد، باید از میان دوگانه شکنجه و نفی آن، دومی را انتخاب کند، و هر روش نسبی‌گرایانه‌ای که هم شکنجه را مجاز بداند و هم مجاز نداند (کثرت‌گرایی حقوقی)، در عمل به چیزی جز به رسمیت شناختن جواز شکنجه نخواهد انجامید. بنابراین، درباره مفاهیم اساسی حقوق انسانی هرگز دو وجه متضاد را نمی‌توان در قانون‌گذاری اعمال کرد و مدعی شد که هر دو وجه، بهره‌ای از حقیقت دارند (جعفری‌تبار، ۱۳۹۹، ص ۱۵۹-۱۵۵).

در مقام قضاوت که فعالیت حقوقی معطوف به تشخیص حقوق جزئی انسان و رأی دادگاه است، حتی اگر قانون، نقض حریم خصوصی را بی‌استثنا ممنوع بداند، مانع از آن نیست که قاضی بتواند حریم خصوصی را در یک مورد خاص، به دلیل تراحمش با حقی دیگر، با حکم قضایی نقض کند. بنابراین،

هرچند قانون باید انحصارگرایانه رفتار کند و فقط حرمت حریم خصوصی را بپذیرد، لکن قاضی می‌تواند کثرت‌گرایانه عمل کند و به عنوان مثال، در یک قضیه خاص که شخصی در خانه خود در حال قتل دیگری است، با ترجیح حق حیات بر حق حریم خصوصی، دستور به نقض حریم خصوصی وی را بدهد. پس، فرق است میان قانون‌گذاری کلی درباره حریم خصوصی و قضاوت جزئی در یک مورد خاص از مسئله حریم خصوصی. در واقع، قانون‌گذار باید حق کلی شهروندان را پاس دارد، ولی قاضی مجاز است حق یک شهروند خاص در باب حریم خصوصی را به خاطر وزن بودن حق حیات دیگری نقض کند. بر این اساس، پذیرش تکثر در قضاوت، ضرورتی برای پذیرش تکثر در قانون ایجاد نمی‌کند، و بالعکس، پذیرش یک نظر در قانون، نباید با وحدت رویه در قضاوت ملازمه داشته باشد (جعفری تبار، ۱۳۹۹، ص ۱۶۵-۱۶۳).

رویکرد گفتمانی هابرماس با غفلت از اهمیت تمایز روشی میان دو مقام قانون‌گذاری و قضاوت، به پلورالیسم حقوقی^۱ در قانون‌گذاری منتهی می‌شود؛ زیرا به اعتقاد هابرماس، هر کس می‌تواند خواسته‌های خود را در معرض گفت‌وگو قرار دهد و نتیجه‌ای که به صورت اجماع از این توافق به دست می‌آید، مبنای قانون‌گذاری دانسته می‌شود. افزون‌بر این، وی مدعی است که دیالوژی او از دخالت در محتوای آنچه مورد گفت‌وگو قرار می‌گیرد، مبرا است. یعنی، محتوا، در گفتمان حقوقی هابرماس به سبک زندگی گفت‌وگوکنندگان و جهان زندگی آن‌ها واگذار می‌شود.

۳-۴. ضعف اجماع عقلانی به عنوان تنها منبع اعتبار هنجار

در این نقد فرض می‌کنیم گفتمان حقوقی از نقد اول به سلامت عبور کرده، با این حال، محدود کردن اعتبار هنجار به اجماع عقلانی با شرایطی که هابرماس در نظر می‌گیرد، قابل‌خدا خواهد بود. نظریه گفتمان، یک نظریه شناخت‌گرای مبتنی بر هنجار اعتباری است. شهودهای هنجاری اساسی را توضیح می‌دهد، ادعاهای هنجاری را مشابه ادعاهای حقیقت دانسته و دیدگاه اخلاقی را بی‌طرف می‌داند. به نظر هابرماس، کفایت یک نظریه شناخت‌گرا به این بستگی دارد که چگونه پتانسیل شهودهای هنجاری را به خوبی توضیح می‌دهد. نظریه گفتمان آن‌ها را برحسب یک رویه توضیح می‌دهد، که مستلزم حل مسائل اخلاقی با اجماع بدون قید و شرط بین همه طرف‌های ذی‌نفع به عنوان شرکت‌کنندگان در گفتمان عملی است (Habermas, 1991, p.19, 72-73). این اصل که همان اصل گفتمان عمومی D است که قبلاً به آن اشاره شد، در واقع، معنای بی‌طرفی در قضاوت‌های عملی را توضیح می‌دهد (Habermas, 1996, p.107). به اعتقاد هابرماس، D شکل یک اصل جهانی به خود می‌گیرد و اصل اخلاقی تعبیه شده در آن به عنوان یک قاعده استدلال عمل می‌کند (Habermas, 1996, p.109). وی همچنین تأکید می‌کند که برای

معتبر بودن یک هنجار اخلاقی «در اصل، دلایل قاطع^۱ (تعیین کننده) باید برای همگان قابل قبول باشد» (Habermas, 1996, p.108).

بر اساس اظهارات هابرماس، معنای اعم اعتبار که در D تجسم یافته، نشان می دهد که چگونه نظریه گفتمان اساساً شهود شناخت گرا را توضیح می دهد. لذا، درک هسته نظریه گفتمان به درک معنای اعم اعتبار هنجاری آن بستگی دارد. از آنجا که این امر در یک رویه گنجانده شده که خواستار اجماع است، بسیار مهم است که این رویه اجازه چه نوع اجماعی را می دهد. برای هابرماس، تنها منبع اعتبار هنجاری، اجماع با انگیزه عقلانی است. او تمایز اساسی میان اجماع عقلانی و مصالحه^۲ قائل است: «در حالی که، یک اجماع با انگیزه عقلانی بر دلایلی استوار است که همه طرف ها را به یک شکل متقاعد می کند، مصالحه (سازش) می تواند بین طرف های مختلف با دلایل متفاوت ایجاد شود» (Habermas, 1996, p.166).

هابرماس در کتاب «بین حقایق و هنجارها»، صریحاً بیان می کند که اجماع عقلانی بر دلایل یکسان استوار است (Habermas, 1996, p.339). مشکل نسخه ای که وی از اعتبار هنجاری ارائه می دهد، این است که بیش از حد قوی است، و برخی موارد که در ادامه با یک مثال مشخص می شوند را به عنوان یک مصالحه عقلانی پوشش نمی دهد. به نظر می رسد برای رفع این مشکل، هابرماس باید علاوه بر اجماع عقلانی، نوعی مفهوم انعطاف پذیرتر از اجماع هنجاری را نیز به عنوان منبعی برای اعتبار به معنای اعم، به رسمیت بشناسد. در چنین «اجماع هم پوشانی»^۳ طرف های ذی نفع، نتیجه را به دلایل مختلف می پذیرند، و یک نتیجه اغلب از دیدگاه های مختلف قابل استدلال است.

با مجاز دانستن دو نوع اجماع عقلانی و هم پوشان به عنوان منابع اعتبار هنجاری، در واقع می پذیریم که بی طرفی هنجارهای اخلاقی باید به اجماع گره بخورد، اما نه لزوماً به اجماع عقلانی برای همه انواع هنجارها (Grimen, 1997, p.47-61). به طور مثال، A و B و C توافق دارند که یک هنجار (N) معتبر است. اگر بین دلایل قاطع (تعیین کننده) و حمایتی تمایز قائل شویم، بدین معنا که یک دلیل قاطع، یک مسئله را برای یک فرد به شیوه ای خاص حل کند، ولی یک دلیل حمایتی مسئله را حل نمی کند، بلکه استدلال ضعیف تری برای حل و فصل به شیوه ای خاص ارائه می دهد. در این صورت، دلایل قاطع و حمایتی با هم کار می کنند، اما، تنها یک یا برخی از آن ها مسئله را حل و فصل می نمایند. وقتی مردم هنجارها را می پذیرند، ممکن است دلایل زیادی وجود داشته باشد. اما تنها برخی از آن ها تعیین کننده هستند. فرض کنید که هر کدام یک دلیل قاطع و سه دلیل حمایتی دارند. این امر زنجیره ای از انواع مختلف اجماع هنجاری را با نوعی اجماع عقلانی در یک سو، و نوعی اجماع هم پوشان در سوی دیگر باز می کند:

1. Decisive
2. Compromise
3. Overlapping consensus

(۱) A و B و C همگی یک دلیل قاطع و دلایل حمایتی یکسان برای پذیرش N دارند.

(۲) A و B و C همگی دلیل قاطع یکسانی دارند، اما دلایل حمایتی متفاوتی برای پذیرش N دارند.

(۳) A و B و C همگی دلایل حمایتی یکسانی دارند، اما دلایل قاطع متفاوتی برای پذیرش N دارند.

(۴) A و B و C دلایل قاطع و حمایتی متفاوتی برای پذیرش N دارند.

موارد (۱) و (۲)، متناسب با مفهوم اجماع عقلی هابرماس است؛ زیرا وی تنها خواستار آن است که دلایل قاطع برای همه افراد تحت تأثیر یکسان باشد. این امر با دلایل حمایتی مختلفی سازگار است. به عبارتی، اجماع عقلانی در مفهوم هابرماس، می‌تواند تفاوت‌ها را در دلایل حمایتی پنهان کند. موارد (۳) و (۴)، انواعی از اجماع هم‌پوشان هستند؛ زیرا دلایل قاطع در آن‌ها متفاوت است. البته مورد ۴، یک مورد افراطی است که در آن A و B و C هیچ دلیل مشترکی برای پذیرش N ندارند.

مورد (۳)، یک مشکل رایج را بیان می‌کند که براساس آن می‌توان در مورد دلایل حمایتی به توافق رسید. با این حال، می‌توان در مورد دلایل تعیین‌کننده، اغلب (اما نه همیشه) اختلاف نظر داشت. باید توجه داشت که عدم توافق در مورد دلایل در موارد نوع (۳)، با اختلاف نظر در ترجیحات و منافع در سازش صرف، متفاوت است. در مورد (۳)، اختلاف در قاطعیت دلایل است. بنابراین، با انعطاف‌پذیری در مفهوم اجماع، این مورد می‌تواند مصداقی برای مصالحه عقلانی باشد؛ زیرا در اینجا طرفین دلایل حمایتی یکدیگر را می‌شناسند، و اختلاف نظر در دلایل قاطع با این واقعیت سازگار است که طرفین در بحث فکر می‌کنند و رفتار معقولی دارند. اما در مصالحه، اختلاف نظر در مورد ترجیحات و علایق ضرورتاً معقول نیست، بلکه می‌تواند ناشی از عوامل دیگری مانند عدم آگاهی، خودخواهی یا اراده باشد.

به عنوان مثالی از مورد (۳)، که هم از منظر حقوقی و هم از منظر اخلاقی قابل بررسی است، فرض کنید که سقط جنین انتخابی مثلاً به دلیل سندرم داون، از نظر اخلاقی نادرست است. با این حال، اجماع همپوشان بین مسیحیان و سوسیالیست‌ها قابل تصور است. آن‌ها می‌توانند توافق کنند که سقط جنین انتخابی نادرست است، اما به دلایل مختلف. مسیحیان می‌توانند به تقدس زندگی اشاره کنند، همه انواع سقط جنین از جمله سقط جنین انتخابی را نادرست بدانند. سوسیالیست‌ها می‌توانند به رفتار برابر جنسیتی با جنین اشاره کنند، و در حالی که سقط جنین را می‌پذیرند، اما سقط انتخابی را نپذیرند. بنابراین، یک مسیحی می‌تواند اهمیت رفتار برابر را ببیند، و یک سوسیالیست می‌تواند اهمیت تلقی زندگی به عنوان یک امر مقدس را درک کند. اما، یک مسیحی نمی‌تواند بپذیرد که رفتار برابر باید تعیین‌کننده باشد و بالعکس، یک سوسیالیست نیز تعیین‌کنندگی مقدس بودن زندگی را عدم جواز سقط جنین انتخابی نمی‌داند. در واقع، برای یک مسیحی، رفتار برابر در بهترین حالت می‌تواند حمایت‌کننده باشد. همانطور که تقدس زندگی برای یک سوسیالیست می‌تواند فقط جنبه حمایتی داشته باشد. پس، آنچه دو طرف را از هم جدا می‌کند، اختلاف نظر در مورد قاطعیت دلایل است. چنین اختلاف نظری زمانی می‌تواند به وجود

آید که اصل اخلاقی (U) هابرماس، اعمال شود. یک حالت زمانی اتفاق می افتد که اختلاف نظر در مورد وزن آثار و عوارض مختلف انطباق جهانی یک هنجار، از دیدگاه افراد مختلف دیده می شود. در این صورت، اختلاف می تواند عمیق باشد و سوسیالیست نیازی به سنجیدن تأثیرات و عوارض جانبی مسیحی نبیند، اما، تا زمانی که N منافع قابل پیش بینی هر یک از طرف های ذی نفع را بر آورده می کند، اختلاف در مورد وزن دلیل اخلاقی یا حتی حقوقی، توجیهی برای خروج هیچ یک از طرفین از آنچه هنجار تجویز می کند، نیست (Grimen, 1997, p.47-61).

بر اساس آنچه تاکنون بیان شد، اگر اجماع عقلانی و اجماع همپوشان به عنوان دو منبع مجاز برای اعتبار هنجاری تلقی شوند، موارد دشوار پیش گفته نیز نه تنها به عنوان یک سازش، بلکه به مثابه یک مصالحه عقلانی، توجیه پذیر خواهند بود. یکی دیگر از فواید معقول دانستن اجماع همپوشان این است که اگر «الف و ب»، موافقت که مثلاً تحقیق در مورد جنین باید ممنوع باشد؛ اما، هر یک این هنجار را با ارجاع به یک اصل قوی، متفاوت از اصل مورد استناد دیگری توجیه کنند. این نوع اجماع، هر چند ممکن است درک اخلاقی مشترک را تقویت نکند، اما، با مشخص شدن تعهداتی که هر یک از «الف و ب» برای حمایت از موضع خود به آن ها متوسل می شوند، به طرف های ذی نفع می گوید چه اطمینانی می توانند به این توافق داشته باشند. مثلاً اگر «الف» به «اصول» استناد کند، «ب» می تواند نسبتاً از حمایت «الف» از توافق مطمئن باشد، حتی اگر ترجیحات و روابط قدرت تغییر کند، تا زمانی که «الف» صادق باشد و در معرض ضعف اراده قرار نگیرد، این توافق اطمینان آور است. در حالی که، اگر «الف» به «دلیلی سیاسی» استناد کند، «ب» می تواند نسبتاً مطمئن باشد که وقتی وضعیت تغییر کند، «الف» دیگر متحد نیست. بنابراین، اینکه چه تعهداتی متقابلاً مورد استناد قرار می گیرند، به شرکت کنندگان می گوید که چه اطمینانی می توانند در یک اجماع داشته باشند (Grimen, 1997, p.47-61).

۴. نتیجه گیری

در پارادایم گفتمان حقوقی هابرماس، هنجارهای حقوقی مطابق با قواعد و اصول گفتمان عملی، طی فرآیند کنش ارتباطی، عقلانیت و اجماع، برساخته می شوند. در واقع، هابرماس با پی ریزی حقوق گفت و گویی شهروندمحور، برای دستیابی به یک نظم قانونی دموکراتیک، توجیه عقلانیت استدلال حقوقی را به معیارهای عقلانیت ارتباطی گره می زند. بر این اساس، هنجار حقوقی، نوعی اجماع عمومی است که با بی طرفی اخلاقی، و در تطابق با اصول گفتمان عمومی و اخلاقی (U و D)، وجه عقلانی می یابد. این مفهوم از عقلانیت، اعتبار هنجار حقوقی را با فروکاست مشروعیت و معقولیت به مقبولیت، مشروط به اقبال عمومی می کند، که در حقیقت متضمن نوعی مصلحت گرایی عملی در الزامات حقوقی است، نه مشروعیت عقلانی و نه حتی الزاماً عقلانی. حتی اگر از این ایراد معرفت شناختی چشم پوشی کنیم و توجیه عقلانیت استدلال حقوقی در گفتمان هابرماس را بپذیریم؛ با این حال، محدود کردن

اعتبار هنجار به اجماع عقلانی، هابرماس را از پذیرش موارد دشواری از مصالحه عقلانی که در آن افراد تحت تأثیر، نه تنها با دلایل قاطع یکسان، بلکه، به مدد برخی دلایل حمایتی به وفاق رسیده‌اند، ناتوان می‌سازد.

همچنین، مواجهه روش‌شناختی یکسان هابرماس، با دو مقام متفاوت قانون‌گذاری و قضاوت، بدون توجه به اقتضائات این دو عرصه، قانون‌گذاری بر مبنای حقوق بنیادین انسانی را گرفتار ابهام حقوقی می‌کند. افزون بر این، آنچه جهان‌شمولی در نظریه هابرماس را به خطر می‌اندازد، غفلت از زبان و فرهنگ‌های حقوقی متفاوت، و تأثیر این تنوع در ترجمه، تفسیر و اجرای حقوق، در گذار میان فرهنگی است. لذا، با توجه به اشکالات وارد بر عقلانیت هابرماسی، گفتمان حقوقی، بدیل مناسبی برای منطق صوری و مادی، به مثابه اجزاء یک منطق حقوقی نبوده، و از شرایط لازم برای تشکیل یک دستگاه مستقل منطقی و به طور خاص منطق حقوق برخوردار نیست؛ زیرا، چنانکه گفته شد، یک دستگاه منطقی باید به منطق صوری و مادی استدلال پاسخ دهد، یعنی روشن کند که مثلاً ساختار استدلال حقوقی قیاسی، استقرائی یا تمثیلی است؟ همچنین، روشن کند که از جهت ماهوی مواد و مصالح استدلال حقوقی از جنس کدام یک از مواد قضایا یعنی: قطعیات، مشهورات و یا مانند آن است؟ و منطق تعاریف حقوقی چگونه است؟ لکن در نظریه هابرماس به این امور پاسخ داده نشده است. تلاش او برای ارائه فرمولی جهت استقرار نظم و صلح اجتماعی ارزنده است، لکن، عمل‌گرایی افراطی در این نظریه، ارزش‌های پیشینی اخلاقی و انسانی، عدالت و حتی عقلانیت را فدای توافق و اجماع فراگیر کرده است.

منابع

- جعفری تبار، حسن (۱۳۹۹). منطق حیرانی در باب استدلال حقوقی. تهران: فرهنگ نشر نو.
- Bhatia, V.K. & Bhatia, A. (2011). Legal discourse across cultures and sociopragmatic contexts. *World English*, 30(4), p. 481-495.
- Duranti, A. (1997). *Linguistic Anthropology*. Cambridge University Press.
- Grimen, H. (1997). Consensus and normative validity. *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of philosophy*, 40(1), p. 47-61.
- Habermas, J. (1988). *Law and Morality (K. Baynes, Trans)*. In: S.M. Mc Murrin (Ed). The Tanner Lectures on human values. Salt Lake City: University of Utah Press.
- Habermas, J. (1990). *Moral consciousness and communicative action*. Cambridge: The MIT Press.
- Habermas, J. (1991). *Erlautungen zur Diskursethik*. Frankfurt a.M. Suhrkamp.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*. Cambridge: The MIT Press.
- Habermas, J. (1998). *Between Facts and Norm: contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Boston: MIT Press.
- Jopek-Bosiacka, A. (2008). *Przekład Prawny i Sadowy*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Northcott, J. & Brown, G. (2006). Legal translator training: Partnership between teachers of English for Legal Purposes and Legal specialists. *English for Specific Purposes*, no. 25, p. 358-375.
- Obenaus, G. (1995). The Legal Translator as information broker. In: M.Morris (Ed). *Translation and the law*, p. 247-259.
- Sierocka, H. (2014). Cultural Dimensions of Legal Discourse. *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 38(51), p.189-196.