

در باب الگویی جدید از قطعیت حقوقی^۱

فاطمه قنواتی^{۲*}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۰۱ تاریخ چاپ: ۱۴۰۴/۰۸/۳۰

چکیده

در این مقاله من با دیدگاهی نقادانه دو تئوری جایگزین قطعیت حقوقی را مطرح می‌کنم. برای شروع، من دیدگاه اثبات‌گرایانه را معرفی می‌کنم، که توضیح داده خواهد شد: از حیث تاریخی دارای اهمیت و از منظر علمی خردمندانه است اما هم‌چنین بر فروض غیرقابل اطمینانی استوار است و جنبه‌های کلیدی قطعیت حقوقی را بدون توضیح باقی می‌گذارد. این مساله صحبت از یک رویکرد متفاوت به قطعیت حقوقی را توجیه می‌کند، دیدگاهی که بر پایه انگاره‌های اصلی چیزی که این‌جا تئوری تعریف استدلال محور حقوق نامیده می‌شود، توسعه یافته است. این دیدگاه جایگزین، ابعادی از قطعیت حقوقی که توسط رویکرد اثبات‌گرایانه یا کاملاً نادیده گرفته شده‌اند یا مورد عنایت کمتری قرار گرفته‌اند، پیش روی قرار می‌دهد. به طور خاص، من بحث می‌کنم که پذیرفتن تعریف استدلال محور حقوق، ما را وادار به پذیرش یک نظریه نظام‌یافته و منطقی از قطعیت حقوقی که دارای ارتباط پیچیده (و دوگانه) با یک ایده آل اساسی حقوقی یعنی عدالت است، می‌کند.

واژگان کلیدی

قطعیت حقوقی، اثبات‌گرایی، غیراثبات‌گرایانه، تئوری استدلال حقوقی، استدلال، عدالت.

^۱ کارشناس ارشد حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی تهران، تهران، ایران. fateme.ghanavati.law@gmail.com

^۱ ترجمه مقاله 25-45, *Legisprudence* 2, 2008, "Towards a New Paradigm of Legal Certainty", S.Bertea است.

الف) مقدمه

قانون و قطعیت به طور گسترده به گونه‌ای مفهومی باهم در ارتباط هستند. با محدود کردن رفتار به استانداردهای هنجاری، کاهش دادن احتمال وقوع اجتماعی و منطبق کردن یک قانون بر روابط انسانی، قانون محدودی رفتارهای مجاز را مرزبندی می‌کند، که در غیر این صورت روابط انسانی کمتر قابل پیش‌بینی و حتی به طور بالقوه آشفته خواهد بود. پس اقدام برای تنظیم احکام حقوقی، از میان چیزهای دیگر، انعکاس نیاز برای قطعیت است.^۲ در مجموع، به عنوان نمونه‌ای از صلاحیت اجرایی، نظام‌های حقوقی بخشی از مشروعیت خود را مدیون توانایی ایمن ساختن ساختارها از طریق افزایش قطعیت روابط اجتماعی، می‌باشند. از آنجایی که غیاب بندهای قانونی، پیش‌بینی کردن اقدامات دیگران را سخت‌تر و توانایی ما را در هماهنگی با یکدیگر کاهش می‌دهد، قانون می‌تواند به عنوان یک ابزار، شناخته شود که چارچوبی کلی از توقعات ایجاد می‌کند و از آن حمایت می‌کند و طبق آن اعضای جامعه می‌توانند به یک درجه‌ی منطقی از قطعیت فکر کنند.^۳ قطعیت، بدین گونه، فقط یکی از ایده‌آل‌هایی که اعمال حقوقی می‌توانند طبق آن ارزیابی شوند، نیست؛ بلکه یک ارزش اساسی از قلمرو حقوق است. هیچ سیستم خوب توسعه یافته از قوانین نمی‌تواند همه‌ی اصل قطعیت حقوقی را انکار کند، زیرا هیچ نظم حقوقی‌ای نمیتواند وظایف اساسی خود را انجام دهد و مشروعیت داشته باشد مگر اینکه همه الزامات آن یا (یا بخش اصلی آن‌ها) قطعی باشد. یک ویژگی شاخص حقوقی قطعیت این است که توجه بسیاری از محققان با متفاوت‌ترین پیش‌زمینه‌های نظری را جلب کرده‌است. با این وجود بازخورد عمده‌ای که قطعیت حقوقی وجود دارد، دوگانه است. از یک سو ما مدیون تلاش‌های محققان زیادی هستیم که حالا آگاهی بهتری از مفهوم، حوزه و ویژگی‌های اصلی و محدودیت‌های قطعیت حقوقی داریم و از سوی دیگر سخت است که قطعیت حقوقی را بدون روبرو شدن با برخی سوالات تعریف کرد، زیرا هیچ نظریه‌ی عمده‌ای از قطعیت حقوقی وجود ندارد، بلکه طیف گسترده‌ی تعریف‌ها از قطعیت حقوقی در ادبیات، منجر به سوالاتی در خصوص قطعیت مانند: احتمال دانستن محتوای دقیق مقررات حقوقی، یکی بودن قیود حقوقی، قابل پیش‌بینی بودن حکومت قانون، احتمال از پیش‌آگاهی داشتن از این که چگونه تصمیمات حقوقی گرفته شده‌اند، ثبات قانون در طول زمان (یا استمرار قانون)، جواز قانون در طول زمان از حقایق و اوضاع و عدم عطف به ما سبق شدن قانون، می‌شود. این لیست که حتی کامل هم نیست، کافیت تا نشان دهد که قطعیت چه ابعاد مفهومی نامتجانس از مسائل حقوقی، که اهمیت آن با توجه به هر مکتب حقوقی فرق میکند، را پوشش می‌دهد.

ارزش‌های گوناگون قطعیت حقوقی واضحاً در آثار یورگن هابرماس ظهور میکند: برای نمونه بحث شده است در حالیکه برخی از تئوری‌های حقوقی مانند آن‌هایی که در پیش‌فرض‌های هرمنوتیک و اثبات‌گرایی حقوقی مشترک هستند، اهمیت قطعیت حقوقی «از منظر واقع‌گرایی حقوقی، مکتب آزاد حقوق، هیچکس نمی‌تواند بیش از این قانون و سیاست از لحاظ

^۲ Z Bańkowski, *Living Lawfully: Love in Law and Law in Love* (Dordrecht, Kluwer, 2001), at 39–42. See also E Christodoulidis, “The Irrationality of Merciful Legal Judgement: Exclusionary Reasoning and the Question of the Particular” (1999) 18 *Law and Philosophy*, 233–236, and N MacCormick, “Ethical Positivism and the Practical Force of Rules” in T Campbell (ed), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism* (Aldershot, Ashgate, 2000), 47.

^۳ L Green “Law, Legitimacy, and Consent” (1989) 62 *Southern California Law Review*, 804–808, among others.

ویژگی‌های ساختاری متمایز کند» تا جایی که «دیگر منطقی نیست که بپذیریم که تصمیمات ثابت بر اساس یک سیستم از هنجارهای مقرر مناسب قطعیت حقوق را تضمین می‌کند».^۴ دیدگاه هابرماس نشان می‌دهد که برای برخی مکاتب تفکر حقوقی، نه تنها بحث کردن از قطعیت حقوقی بی‌فایده است بلکه یک درک اشتباه از طبیعت و کارکرد قانون را نشان می‌دهد. مطالعه قطعیت حقوقی، بنابراین، نباید توجه نظریه‌پردازان حقوق را جلب کند و باید کاملاً رها شود. اظهارات سابق دلایلی را فراهم می‌کند تا باور کنیم که یک تعریف توافقی از قطعیت حقوقی - یک مفهوم مشترک میان تئوری‌های حقوقی مختلف - تا حد زیادی غیر واقعی است. قطعیت حقوقی باید به عنوان یک مفهوم نظری صرفاً ذهنی در نظر گرفته شود، که باید در ارتباط با تئوری‌های دیگر بحث شود و نباید به عنوان یک ایده‌ی نظری با سابقه در نظر گرفته شود. کاری که من قصد دارم در این مقاله انجام دهم، این است که با نگاهی انتقادی معرفی می‌کنم و به طور مقایسه‌ای (قطعیت نه بدین گونه بلکه نسبتاً) به دو تئوری از قطعیت حقوقی اشاره می‌کنم. بحث من به این شرح ادامه پیدا می‌کند: در بخش دو من تئوری سنتی قطعیت را ارائه و بحث می‌کنم. هدف از بازسازی رویکرد سنتی به قطعیت حقوقی به صورت دو لایه پیش می‌رود. نیتنا قصد معرفی کردن موفقیت‌ها و قصور الگوی سنتی به خواننده را دارم بلکه قصد ایجاد شفافیت در نقاط آغازینی که یک نمونه جایگزین و در حال گسترش را به وجود آورده است، را دارم.^۵

به این دلیل که در بسیاری از کشورهای غربی، اثبات‌گرایی حقوقی، برای حداقل چندین قرن موثرترین برداشت از قانون بوده‌است و تفکر حقوقی مدرن را عمیقاً تحت تأثیر قرار داده است تا حدی که بخشی از مسلمات عمومی محققان حقوق، است. منظور من از «تئوری سنتی قطعیت حقوقی»، برخوردی است که قطعیت حقوقی در اثبات‌گرایی حقوقی پشت سر می‌گذارد.^۶ توجه خاص و دقیق به رویکرد اثبات‌گرایانه قطعیت حقوقی با دو دلیل اصلی توجیه می‌شود. برای شروع، از لحاظ تاریخی، قطعیت به یک مساله اصلی در نظریه حقوقی تبدیل شده است. به خصوص، از زمانی که اثبات‌گرایی حقوقی خود را به عنوان یک ایده‌ی پیشگام در حقوق و هم‌چنین در ظهور قانون‌گذاری نوین تثبیت کرده است.

علاوه بر این، اثبات‌گرایی حقوقی قطعاً بخشی از ویژگی‌های اصلی قطعیت حقوقی مانند ابعاد دانش شناختی، ویژگی ایده‌آل و مداخله در حفاظت از حقوق شهروندان در برابر بسیاری از سواستفاده‌های آشکار صاحبان قدرت را روشن می‌سازد. به طور تاریخی مهم و از لحاظ نظری هوشمندانه، همانطور که مسلم است، رویکرد اثبات‌گرایانه بر فروضی که جای پرسش دارند، بنیان گرفته است و جنبه‌های کلیدی از قطعیت حقوقی را بدون توضیح باقی می‌گذارد. این مساله، معرفی یک رویکرد دیگر به قطعیت حقوقی را توجیه می‌کند. رویکردی که می‌تواند از طریق ساختن اصول اساسی پی ریزی شده که اینجا تعریف استدلال محور حقوق نامیده می‌شود.

^۴ J Habermas, *Between Facts and Norms* (Cambridge, Polity, 1992), 201.

^۵ هدف چندگانه از این بازسازی طولانی بودن آن را نیز توجیه می‌کند: یک مقدمه به خصائل اساسی دیدگاه سنتی قطعیت حقوقی که محدود به ویژگی‌های مورد نقد قرار گرفته رویکردهای جایگزین نیست، به تصریح متن می‌افزاید. اگرچه دربردارنده نکاتی است که به طور غیرمستقیم به بحث اصلی مرتبط هستند و در این مقاله مطرح شده‌اند.

^۶ بنابراین، از این جا به بعد اصطلاحات اثبات‌گرایانه و سنتی تقریباً هم معنی به کار می‌روند.

این دیدگاه جایگزین، که بر اساس دیدگاه استدلال اختیاری، استدلالی که کاملاً تحت تاثیر قوانین حقوق نیست، یک بخش معرف از حقوق است و پس وارد مفهوم حقوق میشود (که بیاید آن را رویکرد استدلالی بنامیم)، ابعادی از قطعیت حقوقی را مطرح می کند که یا کاملاً مورد بی توجهی قرار گرفته یا در رویکرد سنتی کمتر مورد عنایت قرار گرفته است. این دیدگاه از قطعیت حقوقی که میتواند ناشی از پذیرفتن تئوری استدلالی باشد، در بخش سوم بحث می شود، جایی که من قصد دارم نشان دهم پذیرفتن تعریف استدلال محور ما را مجبور به یک نظریه نظام مند و منطقی از قطعیت حقوقی که دارای ارتباط پیچیده (و دوگانه) با یک ایده اصلی حقوق، به نام عدالت، می کند. این بحث مسیر را برای برخی ملاحظات ویژه (بخش چهار) سنگفرش می کند که قصد بر ایجاد یک وابستگی احتمالی با تاکید میان دیدگاه تحلیل حقوقی که تعریف استدلال محور و بینش اصلی قانون گذاری، ایجاد کنند.

(ب) تئوری سنتی قطعیت حقوقی

برای دو قرن اخیر دیدگاه غالب در تئوری حقوق غربی، اثبات گرایی حقوقی بوده است. در انواع مختلف آن، امکان دارد اثبات گرایی حقوقی معاصر گفته شود که بر دو اصل استوار است: ایده جدایی و ایده واقعیت اجتماعی. دیدگاه جدایی میتواند به عنوان یک اظهار حقوقی سلبی قاب بندی شود، همان نظری که هرگونه ارتباط مفهومی محتوا میان استانداردهای حقوقی و اخلاق انتقادی را رد می کند.^۷ همان طور که هربرت هارت توضیح می دهد، «این در هیچ مفهومی یک حقیقت ضروری نیست که قوانین نیازهای مشخصی از اخلاق را بازتولید و یا اقناع می کنند»^۸ تئوری حقیقت اجتماعی، استدلال را به صورتی ایجابی، ادعایی علمی برای وجود قانون، می داند و می گوید که قانون از حقایق اجتماعی سرچشمه می گیرد. با مثال زدن دیدگاهی که معیار اعتبارات حقوقی اختیارات خود را از حقایق اجتماعی می گیرد، تئوری حقیقت اجتماعی قانون به عنوان یک دستاورد مفهومی تغییر می کند: یک ساخت اجتماعی به جای یک مدل طبیعی.^۹ دیدگاه جدایی و حقیقت اجتماعی با هم آمیخته شده اند تا دیدگاه اثبات گرایانه از استقلال قانون را پایه ریزی کنند: قانون به حوزه مستقلی از دلایل عملی مربوط می شود و بیشتر متشکل از کتابچه راهنمای نیازمندی هایی است که محصولی شایسته در نتیجه بررسی صحیح اصول حقوقی است.^{۱۰}

⁷ J Coleman, *The Practice of Principle* (Oxford University Press, 2001), 151–152, and K E Himma “Inclusive Legal Positivism” in J Coleman and S Shapiro (eds) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Oxford University Press, 2002), 135–136.

دیدگاه جدایی از هسته «اثبات گرایی سلبی» تشکیل می شود. برای مطالعه نظریه اثبات گرایی سلبی و تمایز میان اثبات گرایی سلبی و ایجابی ببینید: J Coleman, “Negative and Positive Positivism” (1982) 11 *The Journal of Legal Studies*, 139–164.

⁸ H L A Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 2nd edn, 1994), 185–186.

⁹ K E Himma, “Inclusive Legal Positivism”, *supra*, n 6, 126–129.

^{۱۰} این ایده که قانون مستقل از سایر حوزه های منطق عملی است بخش محوری تئوری های اثبات گرایی است. پافشاری اثبات گرایی بر استقلال به طو جدی در اثر

J Waldron, “The Irrelevance of Moral Objectivity” in R P George (ed), *Natural Law Theory* (Oxford University Press, 1992), 160,

اوج می گیرد. برای مثال او ادعا می کند «قانون می تواند در عبارات و استانداردهایی که اعتبار آنها ناشی از منشا آنها در برخی منابع انسانی، به طور جامعه شناختی تعریف شده است و می تواند به قانون در آن منشا شناخته شود. بنابراین بیانات در خصوص این که قانون چه چیزی است – چه برای تعریف یک نظام حقوقی، پیشنهاد یک راه حل و یا دور انداختن موارد گوناگون – می تواند بدون اعمال اخلاق یا قضاوت سنجشی انجام شود.»

در این روش، اثبات گرای حقوق، قانون را به عنوان یک واقعیت نهادی در نظر می‌گیرد که توسط رهنمودهایی که ما به آسانی با می‌توانیم با نگاه کردن به قانون شناسایی یا پذیرفته شده در اجتماع شناسایی کنیم و بدانیم کدام اعمال می‌توانند مشروعا قانون بسازند. اگرچه اثبات گرای حقوقی نمی‌تواند تنها به این ادعاهای اصلی کاسته شود زیرا یک دیدگاه واقعا پیچیده را زیادی سهل می‌گیرد.^{۱۱} این اشتباه نیست اگر اثبات گرای حقوق را به تئوری قطعیت حقوقی مطرح شده توسط محققان که این اصول اساسی را قبول دارند، نسبت دهیم. چنین تئوری‌هایی از قطعیت حقوقی می‌توانند اجمالا در بندهای ذیل بازسازی شود. در تعریف اثبات گرایانه، قطعیت حقوقی به عنوان احتمال از پیش دانستن عواقب حقوقی که رفتار یک نفر به دنبال دارند، تعریف شده‌است.

عموما یک سیستم حقوقی قطعیت را با توانمند کردن شهروندان در دانستن رهنمودهای حقوقی هشدار می‌دهد. وقتی آن رهنمودها مهم‌ترین استانداردها را برای حل اختلافات حقوقی، شکل می‌دهند، دانستن آن‌ها شهروندان را آگاه می‌سازد که از پیش بدانند که صاحبان قدرت چگونه از اختیارات قهری خود با معانی پیامدی برای رفتار فردی استفاده می‌کنند. بنابراین قانون، در صورتی قطعی است که محتوای قوانین اساسی حقوق قابل از پیش دانستن هستند و مقامات رسمی عمومی، قوانین را به طور بدون تبعیض، مستمرا اعمال می‌کنند تا حدی که تصمیمات حقوقی می‌توانند تقریبا قابل پیش‌بینی باشند.^{۱۲} قطعیت حقوقی با رفتار یکسان، منظم و قابل پیش‌بینی همراه است: قانونی می‌تواند به اندازه‌ی کافی قطعی باشد که بتواند کلیاتی که در مورد متفاوت بعضی موضوعات فردی عاجز هستند، را یکسان‌سازی و ایمن کند. این تعریف، قطعیت حقوقی را در ابتدا به عنوان یک مشکل شناختی قاب بندی میکند. احتمال دانستن محتوای اظهارات هنجاری حقوقی کلی و مختصر – مانند آن،

^{۱۱} قطعا دیدگاه‌های گوناگون از اثبات گرای حقوقی ادعاهای بیشتری را وارد این دیدگاه می‌کند، ادعاهایی که همگی سازگار نیستند: تئوری گوه بودن بر منشاء، تئوری تفاوت‌های عملی، تئوری قراردادی (هم در نمونه ضعیف و هم قوی) و تئوری همکاری. تئوری منشا در میان سایر تئوری‌ها ادعا می‌کند «قانون است و مساله‌ای از حقیقت اجتماعی نیست»

J Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford University Press, 1979), 37 این بستگی قرارداد اجتماعی دارد: قانون برای اعتبارش کاملا وابسته به منابع قراردادی است و به همین دلیل بر پایه منابع است. دیدگاه تفاوت عملی می‌گوید: هنجارهای حقوقی باید بتوانند در آزادی عملی به عنوان افراد تغییری ایجاد کنند: آن‌ها باید بتوانند ما تشویق کنند متفاوت از آن‌چه باید رفتار کنیم، رفتار کنیم. تئوری قراردادی ضعیف می‌گوید که معیارهای اعتبار حقوقی مخصوصا توسط قرارداد اجتماعی که در میان مقامات رسمی یک جامعه شناخته شده‌است، شکل گرفته است: استانداردهای حقوقی، حقایق اجتماعی هستند، پس قراردادی هستند. تئوری قراردادی قوی می‌گوید که این قرارداد – قانون شناسایی – می‌تواند تعهدی برای رفتار بر آن بوجود آورد. و در نهایت ما تئوری همکاری را داریم: که می‌گوید معیارهای اعتبار حقوقی ممکن است دربردارنده‌ی استانداردهای اخلاقی باشد، شمول آن‌ها با این وجود، می‌تواند فقط یک احتمال باشد که در منابع ذیل نام برده و تعریف شده‌اند:

J Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis" (1998) 4 *Legal Theory*, 381–425 and Id, *The Practice of Principle*, supra, n 6; S Shapiro, "On Hart's Way Out" in J Coleman (ed), *Hart's Postscript* (Oxford University Press, 2001), 149–191, K E Himma "Inclusive Legal Positivism", supra, n 6, 125–165, and A Marmor "Exclusive Legal Positivism" in J Coleman and S Shapiro (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Oxford, Oxford University Press, 2002), 104–124.

^{۱۲} Raz, *The Authority of Law*, supra, n 10, 210-214, L Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica* (Torino, Giappichelli, 1986), 155-169, and L Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Roma-Bari, Laterza, 1989), 80-87.

یک احتمال است که در مرحله شناختی گسترش می‌یابد- یک شرط اساسی است اگرچه این یک ویژگی مناسب برای قانون نیست که قطعی باشد.

قطعیت درک شده از رویکرد سنتی به عنوان یک قابلیت از نظام قوانین در طول زمان در نظر گرفته می‌شود. برخلاف آنچه که یک ویژگی اظهارات حقوقی مستقل ممکن است در یک نقطه‌ی مشخص از زمان نشان دهند بحث هانس کلسن در مورد قانون و قطعیت به این گزینه نظری، روشنی می‌بخشد. در تئوری محض او از حقوق، کلسن با قطعیت حقوقی در بخش مرتبط با تئوری جنبه‌ی پویای قانون سروکار دارد.^{۱۳} با در نظر گرفتن اینکه قانون در حال حرکت است، او رویه‌های قضایی را از این منظر که چه قانونی به وجود آمده، به کار گرفته و اجرا شده است، مورد موشکافی قرار می‌دهد. در این بخش قانون از یک سیستم هر می که در طول زمان در حال تغییر است، به دست آمده، یک ساختار سلسله مراتبی از مقررات که لایه‌های مختلف حقوقی را در بر می‌گیرد و ب طور متفاوتی درجه‌بندی می‌شود.

(برخی، به طور خاص، رهنمودهای مادون شروط کلی از نظم بالاتر دیگر)

باتوجه به دیدگاه سنتی، پس قطعیت باید با استفاده از یک رویکرد تاریخی و سیستمی بررسی شود. بنابراین این معیارهای اصلی تاثیر بر قطعیت حقوقی مرتبط به سیستم و وابسته به زمان هستند، مانند کیفیت، مدت و سبک قانون‌گذاری، تداوم این که چگونه این شروط حقوقی تعدیل میشود، تعدد و برخورد دستورات حقوقی و ثبات داخلی، ارتباط، پیچیدگی و استقلال داخلی نظام حقوقی. در میان ملاحظات قطعیت حقوقی توجه خاصی به زبان حقوقی می‌شود. یک ساخت اجتماعی بودن که از دید زبان‌شناختی این دیدگاه را گسترش می‌دهد که حقوق بخشی از ویژگی‌های خود را به زبانی که از آن استفاده می‌کند، می‌گیرد. وابستگی زبانی قطعیت حقوقی در تئوری هارت یک تعریف معین پیدا می‌کند.

هارت ادعا می‌کند بطور ذاتی در هر اصطلاح زبانی درجه‌ای از عدم قطعیت حقوقی وجود دارد، زیرا زبان دارای بافت باز است. اصطلاحات زبان شناختی یک هسته توافقی شده دارند، که معنای آن محل بحث نیست و یک حوزه‌ی پیرامونی یا حاشیه‌ای حدود وجود دارد که کمتر تثبیت شده‌اند و بیشتر نامعین هستند.

به همین دلیل، «موارد ساده‌ی زیادی وجود دارند که اصطلاحات ملی با محتواهای یکسان واضحاً قابل به کارگیری هستند» و «هم‌چنین موارد وجود دارند که واضح نیست این اصول کلی قابل اعمال هستند یا نیستند»^{۱۴} ارتباط میان قانون و زبان هشدار می‌دهد که خصلت‌های زبان به حقوق انتقال پیدا کرده‌اند که بعداً حوزه‌های ثبات یافته بیشتر و حوزه‌هایی که مقررات حقوقی نیازمند اعمال اختیاری زیادی برای این که به کار گرفته، نشان می‌دهد. بنابراین، «هنوع ابزار، رویه‌ی قانونگذاری، برای ارتباط استانداردهای رفتاری انتخاب شده است، این‌ها، هرچند که به راحتی برای حجم زیادی از موضوعات معمولی به کار می‌آیند برای برخی مسائل، در مرحله‌ی کاربرد آن‌ها محل بحث است، بنظر نامشخص می‌رسند»^{۱۵}

¹³ H Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 2nd edn, 1967), 67.

¹⁴ Hart, *The Concept of Law*, supra, n 7, 126.

¹⁵ Ibid, 127-128.

از آنجایی که در نظر گرفتن حدود معنایی فقط یک مساله منطقی یا به کارگیری اصول کاربردی تفسیر که به طور گسترده و مستمر استفاده شده‌اند، نیست، نتیجه‌ی عملکردهای اختیاری نمی‌تواند از قبل در نظر گرفته شود.

در چارچوب فکری هارت، بنابراین قطعیت یک ویژگی اصلی از نظام‌های حقوقی موجود نیست، بلکه هدفی است باید برای آن تلاش کنند. این بدین معنا نیست که قانون لزوماً غیرقطعی است یا قطعیت حقوق یک افسانه است. این نظر به علت بافت باز قانون نباید این حقیقت را نادیده گرفت که «عمر قانون متشکل است از حد گسترده‌ای از راهنمایی‌های هم مقامات رسمی هم افراد خصوصی، با قوانین لحاظ شده که برخلاف عملکرد استانداردهای متفاوت نیازی به قضاوت جدید از موردی به مورد دیگر ندارند. این حقیقت نمایان از زندگی اجتماعی ثابت باقی می‌ماند حتی اگر عدم قطعیت می‌تواند در هنگام کاربرد هر قانونی (چه قانون نوشته چه رویه‌ای) در یک موضوع بوجود بیاید.»^{۱۶}

برخورد متعادل شکاک نسبت به احتمال دست یافتن به قطعیت حقوقی، میان نظریه‌پردازانی که رویکرد سنتی را به کار می‌-بندند، مشترک است. کلسن برای مثال، قطعیت را یک ایده‌آل حقوقی می‌داند، نه یک خصلت که سیستم‌های حقوقی لزوماً دارای آن هستند: حتی سیستم‌های حقوقی با کارکرد عالی، قطعیت را در میان آمال خود محسوب می‌کنند تا جزو عناصر واقعی خود.

قطعا برای کلسن ادعای اینکه قطعیت از ملزومات نظام‌های حقوقی شکل گرفته است نشان‌گر یک اختلاف جدی و یا ایدئولوژیک است که سرچشمه آن «از نیاز تصور قانون به عنوان یک سیستم ثبات یافته که تمام ابعاد رفتار انسانی را هدایت می‌کند به خصوص فعالیت ارگان‌های اعمال قانون بالاتر از همه‌ی دادگاه‌ها است.»^{۱۷} یک سیستم حقوقی، می‌تواند قطعیتی را فقط تا آنجایی فراهم کند که وجود حقوق کاملاً متمرکز شده باشد. با این وجود در سیستم‌های حقوقی واقعی حداقل بخشی از قانون توسط قاضی ساخته شده است.

نظم حقوقی موجود، پس، یک فضای میانی بین سیستم‌های حقوقی کاملاً متمرکز شده و سیستم‌های غیررسمی را پر می‌کند: «بین این مدل از تعهد قضایی بین قانون‌گذاری دولت و یک سیستم قضایی فارغ از قانون دولت آن مدل‌هایی هستند که یک نوع مرکزی از ارگان قانون‌گذاری، شکل گرفته است و با این وجود دادگاه‌ها مختارند که تنها هنجارهای فردی را در چارچوب هنجارهای کلی نظام قانون‌گذاری بلکه هنجارهای فردی خارج از این چارچوب را، بسازند: و آن سیستم که در آن دادگاه‌ها مختار به ایجاد هنجار حقوقی کلی به صورت یک تصمیمات رویه‌ای هستند.»^{۱۸} در مجموع، سیستم‌های حقوقی موجود، به «درجات متفاوتی از تمرکز و یا عدم آن را در عملکردهای قانونگذاری و درجات متفاوتی از فهم اصول انعطاف قانون که در جهت مقابل با اصول امنیت حقوقی یا قطعیت حقوق است، ارائه می‌دهند.»^{۱۹} نتیجه بحث این است که، قطعیت به عنوان یک ایده‌آل متناظر به یک مفهوم خاص از طبیعت و کارکرد قانون است.

¹⁶ Ibid, 135.

¹⁷ H Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Oxford University Press, English translation of the original German edn, 1992), 84.

¹⁸ Kelsen, *Pure Theory of Law*, supra, n 12, 254.

¹⁹ Ibid, 254

اشارات کلسن در ادامه پیشنهاد می‌کند که قطعیت قانون یک منطق همه یا هیچ را دنبال نمی‌کند، بلکه بیشتر یک ویژگی است که نظام‌های حقوقی در درجات متفاوتی ارائه می‌دهند. این نکته توسط هارت باز طرح شده است که ادعا می‌کند «در حقیقت همه‌ی سیستم‌ها به طرق متفاوتی بین دو نیاز اجتماعی به توافق می‌رسند. نیاز برای قوانین قطعی که بتواند حجم زیادی از رفتار را توسط افراد خصوصی برای خودشان، بدون راهنمایی رسمی جدید و سنجش مسائل اجتماعی، به کار گرفته شوند و نیاز دیگر، نیاز برای باز بودن مسیر توافقات بعدی توسط یک انتخاب رسمی و آموزنده که فقط زمانی می‌تواند به طور مناسب مورد قدردانی و کاربرد قرار گیرند که در یک موضوع واقعی نمود پیدا کند. در برخی سیستم‌های حقوقی در برخی دوره‌ها ممکن است مسائل زیادی قربانی قطعیت حقوق شوند. در برخی سیستم‌های دیگر و یا دوره‌های دیگر ممکن است بنظر برسد موارد زیادی دائما لاینحل و قابل برگشت در رویه هستند.»^{۲۰}

ادعای ویژگی غیرمطلق قطعیت حقوقی به معنای انکار اهمیت قطعیت در حقوق نیست. در دیدگاه سنتی قطعیت باارزش و شایسته‌ی حمایت است، بخصوص به دلیل اینکه با توانمند ساختن افراد با از پیش دانستن عواقب رفتارشان می‌تواند نقش کلیدی در حمایت کردن از مردم در برابر سواستفاده‌های صاحبان قدرت اعمال و اجرای قانون ایفا کند.^{۲۱} یک ارتباط، بنابراین بین قطعیت از یکسو و فردگرایی، حاکمیت قانون و ایدئولوژی لیبرال از سوی دیگر وجود دارد. این ارتباط با جزئیات توسط لوییجی فراجولی در یک کار سخت که در آن یک تئوری حقوق کیفری بر پایه‌ی بازطرح انتقادی از اصول لیبرالیسم و روشنگری حقوق ساخته، بررسی شده است. فراجولی خردورزی شناختی (که طبق آن حقایق به طور عینی، قابل شناخته شدن هستند) و اصول اخلاقی ناشناخته (دیدگاهی که هیچ دانش عینی نسبت به ارزش‌ها نداریم) را ترکیب می‌کند. یک رویکرد شکل گرفته شده توسط آن دیدگاه تقریباً هر استفاده کاملاً ارزیابی شده از قدرت را در خارج از قلمرو کنترل قرار می‌دهد. قطعیت حقوقی و همینطور حمایتی که قطعیت حقوقی می‌تواند برای افراد تضمین کند از طریق اعمال قدرت مستلزم ارزیابی در معرض ریسک قرار می‌گیرد. بنابراین آرمان قطعیت حقوقی نیازمند این است که کاربرد قانون به طور مستقل از ملاحظات واقعی ادامه پیدا نکند، که از طریق ویژگی واقعی بودن خود، بتوانند به صورت عینی بررسی شوند و بدین وسیله قابل کنترل باشد. در اصطلاح عملی، این بدان معناست فقط برخی از انواع قدرت اختیاری، سازگار با قطعیت تضمینی حقوقی هستند. با تمرکز ویژه بر فعالیت‌های قضایی، فراجولی ادعا می‌کند که فقط استفاده اختیاری از قدرت به قصد اثبات شواهد، در پی فراهم کردن شرایط لازم برای حقایق، توافق در ضمانت اجرا برای اعمال نقض قانون اصول قطعیت حقوقی سازگار هستند. از آنجایی که این استفاده‌ها از قدرت تقریباً مورد ارزیابی قرار می‌گیرند، آن‌ها یک مولفه شناختی متمایز را ارائه می‌دهند و می‌توانند تابع کنترل باشند.^{۲۲} در مقابل هر موقع قضات دارای اختیار پر کردن فضاها یا خالی قانون یا

²⁰ Hart, *The Concept of Law*, supra, n 7, 130.

^{۲۱} این بعد از قطعیت حقوقی در

Raz, *The Authority of Law*, supra, n 10, 219. See also F A Hayek, *The Constitution of Liberty* (London, Routledge, 1960), 208

که ادعا می‌کند «اهمیتی که قطعیت قانون برای اداره کارآمد و راحت یک جامعه آزاد دارد بزرگنمایی شده است. احتمالاً هیچ معیاری مانند قطعیت نسبی قانون که در این جا بیان شده است به کامیابی غرب کمک نکرده است.

²² L Ferrajoli, *Diritto e ragione*, supra, n 11, 148.

دادن محتوای دقیق به اصلاحات کلی با پایان باز شده‌اند، آن‌ها اشکالی از قدرت اختیاری را به کار می‌بندند که کاملاً از ملاحظات واقعی جدا شده‌اند و بنابراین غیرقابل کنترل هستند. به همین دلیل، هیچ سیستم قانونی که به قضات مجوز چنین صلاحیت‌های اختیاری را می‌دهد، به همین دلیل، نمیتواند قطعی در نظر گرفته شود.^{۲۳}

همه‌ی این ویژگی‌ها که تعریف سنتی در برمی‌گیرد، ابعاد مرکزی قطعیت حقوقی را تشکیل می‌دهد. اهمیت نگاه اثبات-گرایانه برای فهم صحیح از قطعیت حقوقی می‌تواند، بنابراین بسیار تاکید می‌شود. با این وجود، شناخت توصیفی سنتی از قطعیت حقوقی دارای ایراد است زیرا از پرداختن توجه کافی به ارتباط میان قطعیت حقوقی و استدلال در حقوق جا می‌ماند. این قصور در دیدگاه اثبات‌گرایانه عموماً به خاطر طبیعت استدلالی آن است که فقط به طور فرعی، مطالعه‌ی سیستمی از صور ارزیابی استدلال‌هایی که در حقوق جای می‌گیرند، مشغول است. زیرا هر نوع صلاحیت اختیاری از استدلال را به عنوان استدلالی در نظر می‌گیرد که از کنترل خارج شده است. اما یک بررسی که فقط توجه محدودی به استدلال اختیاری در قانون می‌پردازد و آن را به طور چاره‌ناپذیری خودسرانه می‌پندارد، قانون را به عنوان یک مدل ناقص ارائه می‌دهد. قوانین و استدلال‌های کلی کنترل شده توسط قوانین کلی فقط یک زیرمجموعه از قلمرو حقوق است و تبدیل قانون به عمل نیازمند این است که ما مبادرت به استفاده از اشکال اختیاری استدلال کنیم. با در نظر گرفتن آن اشکال اختیاری به عنوان ورای کنترل، زیرا، آن‌ها کاملاً منظم نیستند، بخش‌های بزرگی از حقوق را غیرقابل نفوذ در تلقی منطقی می‌دانند. این یک ضربه مهم به تئوری تعریف برپایه‌ی استدلال برای تعریف قانون به عنوان قلمرو خودمختار که فقط بهای تعریف می‌تواند به عنوان محصولی از سیاست ارائه شود، است.

مشکل رویکرد سنتی می‌تواند به شکل ذیل باز طرح شود. هنگامی که برخی اثبات‌گرایان معاصر وجود استدلال‌های اختیاری را به رسمیت می‌شناسند آن‌ها موفق نمی‌شوند که یک بررسی که مارا فراتر از این شناسایی ساده که استدلال حقوقی جزئی از حقوق است، ارائه دهند.^{۲۴} اما این که به سادگی وجود استدلال‌های مباحثه برانگیز در قانون را بپذیریم کافی نیست تا به یک تصویر مکفی از قلمرو حقوق و قطعیت مرتبط با آن دست یابیم. به جای آن، به یک رویکرد معنادهنده به استدلال حقوقی، به عنوان یک تمرین که بتواند به طور منظم از تصمیم‌گیری خودسرانه متمایز شود، نیاز داریم. برای این هدف ضروریست به تمرکز خود را بر شروطی بگذاریم که از طریق آن‌ها استدلال‌های اختیاری میتوانند منطقی باشند حتی اگر این شروط کاملاً قوانین موجود محدود نشده‌اند. این مستلزم به پذیرفتن نیاز برای تحقیق دوجانبه‌ای است که در آن روش تصمیم‌گیری (در سطح تحلیلی) و روشی که تصمیمات اصولاً باید گرفته شوند (در سطح هنجاری) بررسی شود.

بنابراین، بدین منظور بیان کردن یک تئوری مناسب از حقوق و قطعیت حقوقی، ایجاد یک چارچوب نظری که بتواند ارزیابی میزان صحت تصمیم‌گیری را انجام دهد و همینطور صلاحیت قضایی را کنترل کند به همان اندازه اهمیت دارد که بررسی ساختار مقررات حقوقی مهم است. هیچ تعریف جامعی از قطعیت حقوقی نمیتواند شکل بگیرد مگر آنکه اشکال استدلال اختیاری در حقوق نه فقط شناخته شوند، بلکه با دقت بررسی شوند و معانی آن‌ها با جزییات توضیح داده شود.

²³ See *ibid*, 12.

²⁴ Kelsen, *Pure Theory of Law*, *supra*, n 12, 348-356 and Raz, *The Authority of Law*, *supra*, n 10, 180-209 are only two of several positivist studies of legal reasoning.

تا زمانی که ارتباط قطعیت و استدلالی که کاملاً محدود به قوانین نیست، در حقوق به طور عمیق بحث نمی‌شود تعریف ما از قطعیت ناچاراً ناقص است. از زمانی که دنیای حقوق نه فقط از قوانین، بلکه فعالیت های استدلالی، معیارهای هدایت‌گر استدلالی و اصول ساختاری متفاوت با قوانین تشکیل می‌شود، قطعیت حقوقی یک متغیر از تمام آن معیارهاست. به عبارت دیگر، ساختار نظم حقوقی و زبان بیانات حقوقی فقط ملاحظات اصلی از قطعیت حقوقی نیستند، به جای آن شدیداً بر روندهای استدلالی در حقوق وابسته هستند. به طور مشابه، تضمین قطعیت حقوقی فقط یک مساله محدود به خلاهای حقوقی یا منابع کلی، اصطلاحات و عبارات مبهم همانطور که تئوری سنتی ادعا می‌کند، نیست. بلکه ترجیحاً، نیازمند وابسته کردن استدلال حقوقی به کنترل منطقی است تا صلاحدید به کار گرفته شده در کاربرد و اجرای قانون موجود بتواند متمایز از استفاده‌ی خودسرانه قدرت باشد. این اشارات نیاز برای یک رویکرد تازه به قطعیت حقوقی به منظور به دست آوردن بخش‌هایی از آنکه تعریف سنتی در برنمی‌گیرد، مطرح می‌کند. در بخش بعدی این رویکرد تازه بحث می‌شود.

تعریف استدلال محور

در سال‌های اخیر، تئوریسین‌های حقوقی رویکردهای متفاوتی برای استدلال اختیاری در قانون به کار گرفته‌اند. برای اهداف خاص این مطالعه، رویکردهای معاصر برای استدلال حقوقی می‌توانند - هرچند به طور خام و با نادیده گرفتن برخی جزئیات - به دو دسته‌ی متعادل و آرمانی تقسیم می‌شوند. رویکرد متعادل (میان‌رو) توسط آن متخصصانی به کار گرفته می‌شود که استدلال اختیاری را به عنوان یک مولفه پیرامونی از قلمرو حقوق در نظر می‌گیرند. در این دیدگاه تئوری حقوقی باید لزوماً یک تعریف از استدلال حقوقی داشته باشد؛ اما قادر به توضیح دادن قانون تا حد زیادی بدون ملاحظه به دستاوردهای اصلی رویکرد اختیاری خواهد بود.^{۲۵} در حالیکه رویکرد متعادل می‌پذیرد که بسیاری از کارکردهای قانون قابل بحث هستند و استدلال نقش اساسی در اعمال حقوقی بازی می‌کند. نقش موثر استدلال به اندازه کافی درک نمی‌شود تا بتواند بر روشی که طبق آن که قانون را مفهوم‌گذاری می‌کنیم، اثر بگذارد. مفهوم قانون می‌تواند به طور مستقل از پیشرفت‌های به دست آمده در بررسی استدلال‌های حقوقی دقیقاً تعریف شود. به این علت استدلال اختیاری یک عمل حقوقی موجود - که در تمام قلمرو حقوقی گسترش می‌یابد - در نظر گرفته نمی‌شود بلکه به عنوان یک مولفه خاص از قانون در نظر گرفته می‌شود.^{۲۶} در مقابل: رویکرد آرمانی استدلال اختیاری را به یک تئوری کامل و جامع قانون قمار می‌کند و تأکید می‌کند که استدلال‌های عملی که کاملاً توسط مقررات حقوقی محدود نشده‌اند، مفاهیم اساسی حقوق را شکل می‌دهند. در اینجا استدلال حقوقی در میان سایر تئوری‌های حقوقی به عنوان یک خصلت حقوقی تعریف نمی‌شود بلکه ترجیحاً یک کشف همه‌جانبه و فراگیر است که منجر به پایه‌گذاری مطالعات مسائل حقوقی شده است. این دیدگاه باعث می‌شود تا قدردان باشیم که موضوعات استدلال

²⁵ R Dworkin, *Law's Empire* (London, Fontana, 1986), at VI, R Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (Oxford University Press, English translation of the original German edn, 1989), 231-232, N MacCormick, "Donoghue v. Stevenson and Legal Reasoning" in P Burns (ed), *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence* (Vancouver, Continuing Legal Education of British Columbia, 1991), 211, Id, "Argumentation and Interpretation in Law" (1993) 6 Ratio Juris, 16, and R Alexy, "Interpretazione giuridica" in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. V. (Roma, Istituto dell'enciclopedia italiana, 1996), 66.

²⁶ J Raz, *Practical Reason and Norms* (London, Hutchinson, 1975); Id, supra n 10; Id, "The Nature of Law" (1996) 82 Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1-25.

اختیاری زمانی به کار می‌روند که به دنبال یافتن راه‌حل‌های مناسب برای موارد واقعی بخش و قسمتی از قانون هستند نه یک جز خارجی از آن و به همین دلیل کمتر از یک عنصر اصلی از طبیعت قانون که قوانین کلی و مختصرند، نیستند و قابل توجه است، که با رویکرد آرمانی مفهوم قانون باید بر اساس تئوری استدلال حقوقی ساخته شود تا زمانی قانون به عنوان یک قلمرو استدلالی در نظر گرفته شود.^{۲۷} اگر ما این دیدگاه را دنبال کنیم، در نهایت قانون را به عنوان یک عمل استدلالی اجتماعی که هدف آن پیدا کردن راه‌حل‌های منطقی برای موضوعات حقوقی است، تعریف کرده‌ایم. این دیدگاه قانون را به عنوان یک نظم پویا از دلایل قابل تجدیدنظر تعریف می‌کند و همینطور عملی اساساً آماده در برابر تأثیرپذیری خارجی تا حدی که که قانونی بودن به طور واضح از مسائل غیرقانونی، تشخیص داده نمی‌شود.^{۲۸} پس رویکرد آرمانی که پیامد آن را تعریف استدلال محور بنامیم در قانون به عنوان یک سیستم قطعی از قوانین کلی و موخر که رفتارهای خاص را کنترل می‌کنند، نگاه نمی‌کند. همینطور، در شیوه دیدگاه سنتی، فقط زمانی به استدلال اختیاری مراجعه می‌کنیم که رهنمودهای حقوقی کافی نیستند. در مقابل، در این دیدگاه، تابعان حقوق بنا به ضرورت از استدلال اختیاری هر موقع که نیاز دارند در خصوص یک موضوع تصمیم‌گیری کنند، استفاده می‌کنند. با این نتیجه که استفاده از استدلال اختیاری برای یافتن راه‌حل - های مناسب موضوعات واقعی به اندازه مقررات حقوقی برای دستیابی ذات حقوق لازم هستند.^{۲۹} قابل توجه است که تعریف منطقی حقوق چیزی را تأیید می‌کند که آن را نظریه منطقی می‌نامیم. مثلاً دیدگاهی که در مجموع به مراحل خاص بر توسعه - ی یک سیستم حقوقی اثر می‌گذارد، استدلال حقوقی و همینطور قانون را به عنوان یک مجموعه، به طرز موثری تحت تأثیر قرار می‌دهد، تا جایی که به عنوان یک عنصر حقوقی در نظر گرفته می‌شود.

²⁷ A Aarnio, R Alexy and A Peczenik, "The Foundation of Legal Reasoning" (1981) 21 *Rechtstheorie*, 133-158, 259-273, and 423-448. C Perelman and L Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation* (Notre Dame, Notre Dame University Press, English translation of the original French edn, 1969), 22; Dworkin, *Law's Empire*, supra, n 24; Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, supra, n 24; Id, *The Argument from Injustice* (Oxford University Press, English translation of the original German edn, 2002), T Viehweg, *Topics and Law* (Frankfurt am Main: Lang, 1993); N MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* (Oxford University Press, 2005).

²⁸ دورکین قصد دارد که مجوز برای حوزه مفهومی استدلال مشورتی از طریق «یک مفهوم تفسیری» از قانون تحت این که «قضات با تفسیر عمل بقیه قضات که بر تصمیم این که قانون چیست تصمیم بگیرند که قانون چه چیزی است.» اینجا، قانون با عمل استدلالی ابتدایی، بوجود آمده است. «قانون ساخته شده از دفترچه راهنمایی از قوانین و قواعد یا اصولی نیست که هر کدام بر حوزه مشخصی از رفتار تسلط دارند، یا هر دستور کاری از مقامات رسمی و قدرت‌های هر کدامشان بر بخشی از رفتار ما. امپراطوری قانون با نگرش تعریف شده است نه با قلمرو یا قدرت یا جریان... قانون تفسیری است، نگرشی خود انعکاسی است که در سیاست در گسترده‌ترین مفهوم خود مطرح شده است.» در برداشت مشابه، الکسی قانون را به عنوان «مجموعه‌ای هنجاری که در ادعای درستی وجود دارد، مشمول تمامیت هنجارهایی است که متعلق به یک ساختار بزرگ و کارآمد اجتماعی که به طور افراطی غیرعادلانه نیست، می‌باشند و همان‌طور تمامیت هنجارهایی که در انطباق با این ساختار شکل گرفته‌اند، هنجارهایی که حداقلی از تأثیر اجتماعی یا دورنمایی از تأثیر اجتماعی را آشکار می‌سازند و خود به طور افراطی غیرعادلانه نیستند، و در نهایت متشکل از اصول و سایر مباحثات هنجاری که رویه و روند کارکرد قانون برای اقناع ادعای درستی خود، بر پایه‌ی آن‌ها شکل گرفته یا باید شکل گرفته باشد، است.» این تعریف قانون فقط مشمول قوانین نیست بلکه دربردارنده‌ی مباحثات و رویه‌های هنجاری کاربرد قانون می‌باشد و این عناصر - مباحثات هنجاری و اعمال کاربردی - نیازمند است که ما مبادرت به استدلال مشورتی بپردازیم.

²⁹ واضح است که این اشارات مقدماتی به سختی می‌توانند تعریف استدلال محور را توجیه کنند، علاقمندان به ارائه‌های جزئی‌تر از عناصر متمایز این تعریف و تفاوت‌های آن با دیدگاه سنتی می‌توانند به این کتاب مراجعه کنند.

برای خلاصه کردن نکات اصلی مطرح شده تا الان و به جلو پیش رفتن، یک شتاب نظری در تایید دیدگاه منطقی وارد می-شود زیرا این تایید ما را به پذیرفتن تعریف استدلال محور که به طور خاص متفاوت با تعریف سنتی است، وا میدارد. به عنوان نتیجه، دیدگاهی که تعریف استدلال محور را ترویج می دهد باید مسائل حقوقی اصلی را مجدداً بازبینی کند.^{۳۰}

در میان آن‌ها، قطعیت حقوقی است، بنابراین، زمانی که نظریه منطقی و تعریف استدلال محور مطرح می شود قطعیت حقوقی دچار برخی تغییرات می شود. این تغییرات تعریف دقیق قطعیت حقوقی را شکل می دهند. در یک تعریف بر اساس توسط تئوری استدلالی حقوقی و تعریف استدلال محور، قطعیت، به عنوان یک مولفه خاص پرسش از اشکال و محدودیت‌های استدلال اختیاری وارد می شود. تعریف استدلال محور تنها قانون بلکه قطعیت را به عنوان متغیری از استدلال‌های اختیاری و همینطور یک شاخصه اعمال حقوقی، تعریف می کند. این یک تغییر دیدگاه ماهیتی است زیرا قطعیت سنت‌های استدلالی به طور خاص متفاوت از قطعیت اظهارات هنجاری است. سنت درجه‌ای متفاوتی از مقدرات است که محدودتر از اظهارات هنجاری و از لحاظ ساختاری متفاوت با مقدرات شکل دهنده قانون است.

ما می توانیم قدردان این تفاوت‌های حدودی باشیم اگر برای یک لحظه دعاوی حقوقی را کنار بگذاریم و توجهمان را کاملاً به سمت رویه‌ها ببریم. فکر کنید برای مثال رویه‌های قضایی درگیر به بودجه‌های شغلی از تبلیغات پیشنهادی، ما این فرآیند منجر به تخصیص شغلی را قطعی در نظر بگیریم، اگرما از قبل شرایط لازم معیارهای انتخاب کاندیدای موفق، را بدانیم. در این موضوع، قطعیت به عنوان توانایی پیش آگاهی از محتوای فرآیند یا نتیجه حقیقی به حساب نمی آید. قطعاً، همان از پیش دانستن روند و نتایج چنین فرآیندی، نقص این روند به حساب می آید، در واقع برخلاف قطعیت آن است. همین موضوع بر قانون زمانی که به عنوان یک عمل استدلالی برداشت می شود، بار می شود. این تئوری قطعیت الهام گرفته از پذیرش نظریه استدلالی، قطعیت حقوقی را، از احتمال از پیش دانستن نتیجه دعاوی حقوقی متمایز می کند. در دیدگاه استدلال محور، قانون زمانی به اندازه کافی قطعی است که از قبل روند به کار رفته در قضاوت دعاوی و مانند این‌ها را تعیین کرده باشد و از پیش اقدامات و استانداردهای منطقی حاکم بر استدلال اختیاری منجر به تصمیمات خاص را، تثبیت کند.

قانون قطعی است، با توجه به این دیدگاه قانون تا حدی قطعی است که شهروندان از قبل بتوانند فعالیت‌های استدلالی حقوقی مانند این که کدام قانون تصویب، اعمال و اجرا شده را ببینند تا از ابتدا اشکالی که طبق آن‌ها قانون اعمال می شود را بشناسند. آنچه حتی در نظام‌های حقوقی آگاه از اصول قطعیت حقوقی معین باقی می ماند، مراحل مربوط به عبور از قوانین کلی و موجز به مقررات واقعی و خاص است. محتوای چنین مقرراتی، به جای آن، باید دست نیافتنی باقی بماند: ما قادر نخواهیم بود که حتی طبق شرایط شکل گرفته توسط اصل قطعیت آن‌ها را از پیش بدانیم. به عبارت دیگر، هدف قطعیت حقوقی یک عمل استدلالی است و روال قانونی مانند قانون واقعی، نتیجه‌ی عمل استدلالی نیست. قطعیت حقوقی به طور خاص یک اندیشه مربوط به رویه قضایی است، اساساً مرتبط به تصمیم‌گیری بی طرفانه است تا تصمیم‌گیری با توجه به محتوا.

³⁰ S Berteau "Legal Argumentation Theory and the Concept of Law" in F H van Eemeren, J A Blair, C A Willard and A F Snoeck Henkemans (eds), *Anyone Who Has a View. Theoretical Contributions to the Study of Argumentation* (Dordrecht, Kluwer, 2003), 213-226.

من قصد دارم که در این مسیر با فراهم کردن یک تصویر از این که چگونه برخی مفاهیم کلیدی از تئوری حقوقی - مانند، آن‌هایی که در منابع حقوقی، اعتبار حقوقی، هنجار حقوقی - که باید نقادانه در پرتو دیدگاه‌های عمیق تعریف استدلال محور بازبینی شوند، پیش روم.

این بعد از قطعیت حقوقی می‌تواند از با توسل دیدگاه هابرماس بیشتر روشن شود. از آنجایی که هابرماس در ابتدا توجهی به مفهوم قانون نشان نمی‌دهد و نیازی به دیده شدن به عنوان مدافع تعریف استدلال محور نمی‌باشد، در یک بحث انتقادی از تئوری حقوقی دورکین، موافق با اصولی است که از تعریف قطعیت حقوقی بر اساس تئوری استدلالی، دفاع می‌کند. برای همین، برای رد کردن انتقادات متفکران مکتب مطالعات انتقادی مبنی بر اینکه ترکیب متناقض سیستم‌های حقوقی واقعی محکوم به تئوری قانون است، مانند تئوری دورکین، دچار بلاتکلیفی افراطی می‌شود. هابرماس، مفهوم «کلاسیک قطعیت حقوقی» را به چالش می‌کشد. به طور خاص او، بحث می‌کند «درجه‌ی قابل پیش‌بینی بودن به طور سنتی در ارتباط با قطعیت حقوق بر گرفته از مفهوم سیستم حقوقی به عنوان نظم متشکل از فقط مقررات است که همان هنجارهای بوجود آمده از رویه‌های عملی، می‌باشد».^{۳۱} این مفهوم گذاری از قانون به سختی قابل دفاع است و باید با مفهومی از سیستم حقوقیکه به عنوان نظم «از مقررات، اصول و سیاست‌ها»^{۳۲} ساخته شده است، عوض شود. در چارچوب جایگزین تعریف سنتی از قطعیت حقوقی به عنوان قابل پیش‌بینی بودن، غیرقابل دفاع است و باید با نظریه‌ای رویه‌ای جایگزین شود. قطعیت رویه‌ای از قطعیت نتیجه تشکیل نمی‌شود بلکه شیوه‌های مجاز احتمالی برای رسیدن به شفافیت استدلالی از وقایع مرتبط و سوالات حقوقی است.

در دیدگاه هابرماس قانون قطعی است اگر «طرفین تحت تاثیر آن بتوانند مطمئن باشند که در روند تصمیم‌گیری قضایی فقط دلایل مرتبط و نه خودسرانه، تعیین‌کننده خواهند بود. اگر ما قانون موجود را به عنوان یک سیستم ایده‌آل از هنجارهای مرتبط در نظر بگیریم پس این قطعیت وابسته به رویه‌های قضایی می‌تواند توقعات جامعه حقوقی مربوط به تمامیت آن و مایل به سمت اصول مانند آن که حقوق افراد تضمین شده است، را برآورده کند».^{۳۳}

بنابراین رویه قضایی بعد کلیدی تعریف قطعیت حقوقی آمیخته از دیدگاه استدلالی است که آن تعریف را کامل نمی‌کند. به طور سنتی اهداف به کار گرفته توسط قطعیت حقوقی - حفاظت از توقعات مشروع، حمایت در برابر احتمالات سواستفاده از قدرت، حمایت از حقوق فردی - از طریق رویه‌ای که از قبل تعیین شده‌اند مورد تملق قرار گرفته است، زیرا ممکن است در حال گسترش در ابعاد خودسرانه باشند. این مساله پیشنهاد می‌دهد که ما باید منبعی که برای غیاب خودسرانگی در تعریف قطعیت حقوقی ضمیمه کنیم. خودسرانگی تنها یک نظریه رویه‌ای نیست بلکه باید به جای آن به عنوان یک علت خاص غیرمنطقی شناسایی شود: رویه‌های قضایی غیرخودسرانه هستند تا جاییکه یک ساختار منطقی ارائه می‌دهند. عقلانیت در اینجا عقلانیت استدلالی است. عقلانیت استدلالی متمایز از هم عقلانیت منطقی (استدلالی) و عقلانیت بدیعی است. عقلانیت استدلالی نیازمند موافقت طرفین با قوانین عقل کلاسیک، استقرایی و دوگانه است. عقلانیت بدیعی به عنوان سودمندی مجاب‌کننده برای سامان دادن ظرفیت رسیدن به یک اتفاق نظر است.

هیچکدام از عقلانیت استدلالی یا بدیعی ناخودسرانگی در قانون را تعریف نمی‌کند. مفهوم منطقی از عقلانیت برای نشان دادن استدلال به کار می‌رود اما استدلال حقوقی منحصرآشکار نیست. به این دلیل، یک تعریف صرفاً منطقی نمی‌تواند به

³¹ Habermas, *Between Facts and Norms*, supra, n 3, 220.

³² Ibid.

³³ Ibid.

تنهایی تمام منطق حقوقی را توصیف کند. مفهوم بدیعی نیز به کار نمی‌آید، از آنجایی که استانداردهای عقلانیت بدیعی نسبی هستند. به این دلیل که در اصول ممکن است انواع زیادی از عقلانیت حقوقی، به تعداد افرادی که روی زمین وجود دارند وجود داشته باشد. هیچ مفهوم گذاری مانع توسعه خودسرانگی شود، وجود ندارد: یک رویه می‌تواند قانع کننده یا موثر در بدست آوردن اتفاق نظر باشد و با این حال خودسرانه باشد.^{۳۴}

به همین دلیل استانداردهای عقلانیت استدلالی یک شکل از عقلانیت گویا است. عقلانیت استدلالی به بحث‌هایی از این قبیل و سنی که یک دیدگاه معین با ارائه دلایل حمایت شده است، اشاره می‌کند و متشکل از تعدادی از اصول متقابل است. - معیاری که تعامل استدلالی برای دستخوش تحول قرار دادن یک دیدگاه به آزمون انتقادی مانند ارتباط، کلی‌گرایی، کاربردی بودن، قابل آزمون بودن، قابلیت پذیرفتن عواقب و صداقت را ممکن می‌سازد.^{۳۵} این معیارها نه از دیدگاه عقلانی الزام شده اند و نه لزوما در دیدگاه بدیعی موثر هستند. با این وجود، به طوری که برای تعریف ویژگی‌های بحث عملی حداقل تا همان اندازه که بحث کردن یک استراتژی عقلانی برای حل اختلافات در نظر گرفته می‌شود، منطقی به حساب می‌آیند. این ارتباط که در میان قطعیت و ناخودسرانگی یا عدم حضور استدلال غیرمنطقی قرار می‌گیرد و منجر به این نتیجه‌گیری می‌شود که قطعیت حقوقی تا زمانی که فعالیت‌های استدلالی اختیاری در قانون یک ساختاری که هم مقدر شده و در تضاد با سایر اصول عقلانیت استدلالی نیست، وجود دارد.

قطعیت حقوقی بنابراین، یک مولفه رویه ای-اشکالی از تصمیم گیری قانونی که نیاز به اصلاح دارند-دربردارد و همین طور یک بخش منطقی که استدلال اختیاری در قانون نباید از استانداردهایی که الگوی استدلالی از عقلانیت را مطرح می-کنند، جدا شود.

در واقع عاملی که قانون راقطعی می‌سازد فقط یک مولفه نیست بلکه مجموعه‌ای از آن‌هاست. این بدین معناست که زمانی که استدلال حقوقی آشکارا از ساختارهای پیش ساخته شده مستقل می‌شود و حتی زمانی که فعالیت‌های مناقشه برانگیز در قانون در اشکال مغایر استدلال منطقی پیش می‌روند، قطعیت حقوقی در معرض ریسک قرار نمی‌گیرد.^{۳۶}

برای خلاصه، یک تعریف کامل استدلال محور، قطعیت حقوقی را به عنوان منطق استدلالی از پیش تعیین کننده و منطقی همراه با خلق بکارگیری و اجرای قانون تعریف خواهد کرد. قطعیت حقوقی از طریق وجود تکرار در استدلال حقوقی که

³⁴ F van Eemeren and R Grootendorst, "Rationale for a Pragma-Dialectical Perspective" (1988) 2 *Argumentation*, 274-279.

³⁵ N MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford University Press, 1978), 100-194; A Aarnio, R Alexy and A Peczenik, "The Foundation of Legal Reasoning" (1981) 21 *Rechtstheorie*, 266-270; A Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (Dordrecht, Reidel, 1987), 185-229; Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, supra, n 24, 177-208; and A Peczenik, *On Law and Reason* (Dordrecht, Reidel 1989), 47-212.

³⁶ بنابراین، در صورت یکسان بودن سایر عوامل، هرچه اشکال استدلال حقوقی منطقی تر می‌شوند کمتر سیستم حقوقی که این اشکال در آن جای می‌گیرند، قطعی می‌شود. واضح است، قطعیت ارزشی است که ابعاد متفاوتی از کامیابی را ارائه می‌کند. بنابراین، هر تخطی از رویه‌های منطقی لزوما منجر به یک انکار از قطعیت حقوقی نمی‌شود. استدلال حقوقی می‌تواند گاه در اشکال کمتر منطقی جای گیرد بدون این که قطعیت قانون از بین ببرد، اما جدایی از مدل منطقی اثری نسبتاً تضعیف کننده در میزان قطعیت حقوقی خواهد داشت.

ساختار آن از پیش قابل شناخت است و استانداردهای عقلانیت استدلالی را نقض نمی‌کند، ممکن شده است. اما، در حالی که قطعیت یک نظریه مرتبط به رویه است مفاهیمی برای محتوای قانون هم دارد. نتایج عقلانیت اختیاری درون یک سیستم از قوانین قطعیت را میان ویژگی‌هایی که لزوماً از منظر حقیقی عادلانه یا جالب نیستند به شمار می‌آورد. ساختارهای بحث منطقی نمی‌توانند به تنهایی قابلیت پذیرش اساسی نتایج حقوقی را تضمین کنند. با این وجود، تا زمانی که قانون قطعی است نتایج استدلال اختیاری مرتبط با سایر قوانین نظم حقوقی، در خطر هستند. پس قطعیت به عنوان یک قابلیت از پیش تعیین شده و منطقی تضمین می‌کند که قوانین حقوقی منطقاً منعطف هستند و کاملاً به بخش‌های باقیمانده سیستم حقوقی وصل نشده‌اند هر چقدر شدید غیرعادلانه ممکن است بشوند، تصمیماتی که به عنوان قانون ایده‌آل حقوقی نائل شده‌اند به سیستم گسترده‌تری پایه‌گذاری می‌شوند. بنابراین این تصمیمات باید به طور عقلانی در پرتو قوانین، اصول و سیاست‌های موجود در نظام حقوقی قابل دفاع باشند.

در بیان دیگر قطعیت حقوقی تضمین می‌کند و نتایج استدلال‌های اختیاری در قانون به طور منطقی ممکن است، اگرچه هر اعمال قدرت منطقه‌ای ضروری و دقیق نیست. چیزی که منطقاً ممکن است یک حوزه تخصصی با آنچه می‌تواند بدون ناسازگاری با استانداردهای عقلانیت استدلالی، توجیه شود پس در میان اینکه چه چیزی منطقاً ضروری است و چه چیزی منطقاً ممکن است، قرار می‌گیرد. به همین دلیل، هنگامی که در روابط نتایج استدلال اختیاری قطعیت قانون به گونه‌ای سلبی - به عنوان بلا تکلیفی به جای سیستم کامل معین - فهمیده می‌شود، منطقی است که ادعا کنیم که نظریه قطعیت از طریق پذیرش تئوری استدلالی، مرتبط با ایده ملاحظه حقوقی تا جایی که عواقب حقوقی که منطقاً ممکن هستند، است. این برداشت در حال توسعه شفاف می‌سازد که قطعیت اساساً محدود است، محدودیت‌های ساختاری آن مانع از خدمت قطعیت به برخی از اهداف که در میان آنها حفاظت آشکار در مقابل سوء استفاده از قدرت توسط صاحبان آن است، می‌شود. قطعیت نمی‌تواند به عنوان یک حمایت قاطع از شهروندان به حساب آید و این محدودیت به علت این است که چارچوب‌های نظری کمتری به مطالعه قطعیت در مقایسه با مطالعه توانایی قطعیت را به عنوان یک ارزش پرداخته‌اند. ارزش‌ها همان ساختار از اصول و ایده‌های تنظیم‌گری را ارائه می‌دهند: آنها به شیوه‌ی دستورات بهینه ساز عمل می‌کنند: تا از طریق فرامین قطعی و خاص.

این تمایز میان اصول و فرامین قطعی توسط رابرت الکسی مطرح شد که در رویکردش به نظریه‌ی هنجاری حقوقی ادعا می‌کند: استانداردهای حقوقی می‌تواند شکل فرامین بهینه ساز مانند اصول و فرامین قاطع مانند قوانین به خود بگیرند.^{۳۷} منظور الکسی از فرامین بهینه‌ساز، یک استاندارد «فرمانی است که در بالاترین درجه از لحاظ واقعی و حقوقی ممکن است» شناخته شود.^{۳۸}

^{۳۷} R Alexy, "On the Structure of Legal Principles" (2000) 13 Ratio Juris, 294-304, and Id, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press, English translation of the original German edn, 2002), 44-69.

^{۳۸} Id, "On the Structure of Legal Principles", 294-295. Id, *A Theory of Constitutional Rights*, 47-48.

در مقابل، فرمان قاطع یک رهنمون به وجود می آورد که باید با آن موافقت بشود یا نشود، برای نظم دادن، نیازمند این است که مخاطبان آن، دقیقاً چیزی را که دستور می دهد انجام دهند. تا آنجایی که قطعیت به عنوان یک ارزش در نظر گرفته می شود مانند یک اصل عمل می کند، نه یک قانون: این یک فرمان بهینه ساز که لزوماً نباید تماماً عملی شود اما باید مرتبط به مسیر محتوا و احتمالات و همچنین تایید شدن تا حد معینی باشد.^{۳۹} قطعیت بنابراین یک استاندارد انعطاف ناپذیر که قانون باید در یک شیوه همه یا هیچ دنبال شود، نیست. اما معیاری است که طبق آن قوانین باید تا بالاترین حد ممکن درک شوند. در ملاحظه‌ی این دیدگاه ویژگی اصل بودن قطعیت، ابزاری برای روند سنجش و تعادل است. و این ویژگی سنجیدن و برقراری تعادل قطعیت حقوقی است که منبع نهایی و کاربردی قطعیت در فراهم کردن حمایت در برابر سوء استفاده های صاحبان قدرت، است.

استانداردهای قابل سنجش می توانند حمایت ناکامل را تضمین کنند. مهم نیست چگونه یک رویکرد حقوقی قطعیت را تعریف و توصیف می کند، کارکرد حمایتی که فقط قطعیت می تواند ایجاد کند توسط قانون محدود است. بنابراین آرمان جلوگیری سواستفاده در اعمال قدرت پاسخ مناسبی با تکیه خاص بر قطعیت حقوقی پیدا نمی کند. به جای وابستگی سخت به چارچوب نظری تایید شده، ارتباط ماحصل میان قطعیت و ارزش حقوقی اساسی دیگر، یعنی عدالت به تصویر کشیده می شود.^{۴۰} که به طور مهمی، در احترام به تئوری قطعیت شکل گرفته بر تعریف استدلال محور، بهتر از دیدگاه سنتی پیش می رود.

در دیدگاه سنتی ارتباط میان قطعیت حقوقی و عدالت به طور خاص در فرم بحران یا تعارض به تصویر کشیده می شود و از سوی دیگر قطعیت با رفتار یکسان، نظم و قابل پیش بینی بودن -قانون تا حدی قطعی است که یکسان بودن و نظم فراهم کند- مرتبط است از سوی دیگر، عدالت حساس به موارد خاص است و سازگار به معرفی استثناعات قانون کلی و یکسان می باشد.

درحالی که قطعیت نظم یکسان بودن را یادآور می شود، عدالت به دنبال سازگاری و انعطاف تلاش می کند. این دو ایده آل (سازگاری و انعطاف) دارای پتانسیل تعارض و ناسازگاری هستند که نمی توانند کاملاً در یک زمان به کار گرفته شوند و از

^{۳۹} یک اخطار باید در اینجا مطرح شود. اصول موکد سخن گفته شده، بیانات اخلاقی ای هستند که تجویز می کنند که یک فرد چه باید انجام دهد و چه نباید انجام دهد. برعکس، قطعیت یک طبیعت ارزیابی دارد، که شامل یک بیان اخلاقی مربوط به چیزی که خوب است یا خوب نیست، می باشد. این تفاوت اصول و ارزش ها را به طور افراطی متمایز نمی کند زیرا «اصول و ارزش ها بترتیب فقط از طریق ویژگی های فلسفی و اخلاقی شان متمایز می شوند» (Alexy, A Theory of Constitutional Rights, supra, n 36, 92) بنابراین، در نهایت توسل به اصول از لحاظ ساختاری متفاوت با توسل به ارزش ها نیست و گذار از اصول به ارزش ها و برعکس، کاملاً قابل پذیرش است بنابراین ما می توانیم از اصول و ارزش ها به جای هم استفاده کنیم.

N MacCormick, "Coherence in Legal Justification" in W Krawietz and H Schelsky (eds), *Theorien Der Normen* (Berlin, Duncker & Humblot, 1984), 40-41.

^{۴۰} منظور از «ارزش اساسی حقوقی» ارزشی است که فقط یکی از چند ارزش های به کار رفته برای ارزیابی قواعد حقوقی و نظام ها نیست بلکه یک ارزش به طور مفهومی به قانون متصل شده است. من قطعیت و عدالت را اساسی تلقی می کنم زیرا یک نظام حقوقی به عنوان نمونه هم نیاز برای قوانین اجرایی تثبیت شده از طریق رویه های غیرشخصی برای حل منازعات و هم نیاز شهروندان برای یافتن این قواعد، رویه ها و راه حل ها فقط. از همان رو که موقعیت کلیدی قطعیت و عدالت در هر نظام حقوقی وجود دارد. برای مطالعه بیشتر به منبع زیر مراجعه شود، هرچند که او در این دیدگاه تنها نیست.

Habermas, *Between Facts and Norms*, supra, n 3, 194-197

آن جایی که هردو ارزش‌های اساسی در نظم حقوقی در نظر گرفته می‌شوند هر سیستم حقوقی باید تعادلی میان نیاز به قطعیت یعنی امنیت و استحکام از یکسو و نیاز به عدالت از قبیل ساختارهای منطقی و منعطف از سوی دیگر برقرار کند. بنابراین در دیدگاه سنتی اینکه تا چه حدی اصول قطعیت و عدالت می‌تواند احقاق شوند، سوال از میزان است: آن‌ها می‌توانند فقط در اندازه مشخصی برآورده شوند و در مسیر مقابل آن، تلاش برای نظم حقوقی شکل گرفته از ایده‌آل‌های انعطاف و عدالت به معنی فاصله گرفتن از برابری و قطعیت است و برعکس.

تصویر این دو ارزش اساسی بر اساس اینکه اعمال حقوقی ناشی از پذیرفتن دیدگاه تعریف استدلال محور حقوق است، متفاوت می‌باشد.

در چارچوب برگرفته از تئوری استدلالی در استدلال اختیاری عدالت متغیر از منطق است - احتمال نتایج منصفانه حقوق تا جایی تحت تاثیر قرار گرفته‌اند که هیچ منبع دیگری برای تصحیح سنت‌های استدلالی در قانون وجود ندارد - که باز هم پای قطعیت در میان است - قطعیت وابسته به اشکال ناصحیح یا ناخودسرانه یا غیرعقلانی از استدلال است. بنابراین در چارچوب این دیدگاه یک هم‌پوشانی جزئی بین قطعیت و عدالت ایجاد شده است تا هر دو بر استانداردهای استدلال منطقی تکیه کنند. برای تصویر تقارب جزئی بین قطعیت و عدالت، با در نظر گرفتن این مسئله که استدلال‌های اختیاری در قانون مجبور به دنبال کردن اشکال نامناسب است و سودمند بر عدالت نیست: قطعیت قانون هم باید تحت تاثیر قرار بگیرد. بنابراین در فرض برابر بودن همه عوامل، قطعیت با افزایش عدالت در استدلال نیز بیشتر می‌شود. در مجموع به علت عقلانیت تصمیم‌گیری یک شرط تعریف کننده از قطعیت حقوقی است و از آن جایی که عمل استدلال اختیاری تا زمانی که با معیارهای عقلانیت استدلالی هم‌راستا شود منصفانه نیست، حداقل یک راه مهم وجود دارد که در آن قطعیت و عدالت می‌توانند از طریق تقارب همراه باشند و نه اختلاف.^{۴۱}

در مقابله با حالت سنتی که قطعیت و عدالت را به عنوان اصول ناسازگار در حال متعادل شدن می‌بیند که هر کدام باید راه دیگری را باز کند، دیدگاه تعریف استدلال محور ایده‌ی ارتباط مفهومی بین عدالت و قطعیت را مطرح می‌کند. در حالی که قطعیت و عدالت ممکن است زمانی که به عنوان ویژگی‌های سیستم حقوقی قاب بندی می‌شوند به جای همراهی، دچار اختلاف شوند، با در نظر گرفتن تعریف استدلال محور نشان داده می‌شود، دیدگاه سنتی در تعریف کامل ارتباط موجود، ناکامل، کم دقت و ناتوان، می‌باشد.

نکات نتیجه گیری: تعریف استدلال محور و قانون‌گذاری

در این مقاله من دو تئوری قطعیت حقوقی را مقایسه کردم. اول، من انگاشته‌های اساسی از یک رویکرد مستحکم و به طور گسترده مطالعه شده - دیدگاه مورد دفاع مکتب اثبات‌گرایانه از تفکر حقوق - را معرفی کردم. در آن بخش، هدف من ما

^{۴۱} این هم‌پوشانی مفهومی میان قطعیت و عدالت صرفاً ناقص است و به این معنا نیست که این دو بر هم منطبق می‌شوند: قطعیت استدلال مقدماتی و منطقی در قانون است و عدالت ماحصل مباحثه منطقی در کنار سایر چیزها می‌باشد. در این تصویر کشیده شده در اینجا، بنابراین، این دو مفهوم مرتبط هستند اما یکی نیستند زیرا ارتباط مفهومی متفاوت با مطابقت است. البته این تئوری که قطعیت و عدالت در منطق و غیرقابل تمایزند در منبع زیر بحث شده است

A Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (Dordrecht, Reidel, 1987), 1-8, and A Peczenik, *On Law and Reason* (Dordrecht, Reidel 1989), 31-35.

اساساً بازتولید است: من اجمالاً دیدگاه قطعیت حقوقی ظهور یافته در آثار برخی از متفکران تعریف سنتی را ارائه دادم. همچنین مطرح کردم که این دیدگاه تا حد زیادی واضح و منطقی است، با این وجود می تواند نهایتاً جزئی و یک طرفه نشان داده شود. من، بعد از آن به یک تعریف از تئوری قطعیت حقوقی که زمانی که تئوری استدلالی به طور منسجم پذیرفته شده است، گذر داشته‌ام. در این بخش نتوانستم روی یک چارچوب فکری منظم حساب کنم. زیرا، برداشت‌های وسیعی از نظریه استدلالی مطالعه قطعیت حقوقی بررسی نشده باقی مانده است. بحث من به طور قابل توجهی غیر قطعی بوده است و نتایج من که می‌توانند خلاصه در تعریف قطعیت حقوقی به عنوان یک ترکیب از پیش بینی رویه قضایی و عدم بی منطقی، ذکر خصوصیات محدودیت‌های ذاتی قطعیت حقوقی و تصویر ارتباط میان قطعیت حقوقی و عدالت در تعریفی نه لزوماً متعارض - بلکه پنداشتن آن‌ها به عنوان همانند در توسعه - شوند. بحث در چشم‌پوشی از کفایت، برای نشان دادن تمرکز بر استدلال حقوقی هرچند ممکن است مشروط به عوامل دیگر باشد، گسترش یافت تا ما قادر به فهم ویژگی‌های قطعیت حقوقی که تئوری سنتی نادیده نگرفته یا فقط بخشی از آن را درک می‌کند، شویم.

با این توضیح، در خصوص تعریف استدلال محور می‌توان گفت یک دید عمیق کلی بر قطعیت قانون را می‌پذیرد و دلایل بیشتری برای این فکر فراهم می‌کند تا بپذیریم تعریف استدلال محور یک دیدگاه خردمندانه و جامع جایگزین بر دیدگاه سنتی تئوری حقوقی است. درست است که این مطالعه را با توضیحاتی در خصوص ارتباط میان دیدگاه تعریف استدلال محور و به همین ترتیب جایگزین آرمانی معاصری برای تئوری سنتی حقوق، نتیجه‌گیری کنیم.

ارتباط میان تعریف استدلال محور و قانون‌گذاری در مرحله سطحی آشکار می‌باشد. فلسفه قانون‌گذاری می‌تواند به عنوان «یک تئوری عقلانی از قانون‌گذاری» تعریف شود که متشکل از «شرح ایده آزادی به عنوانیک اصل بنیادین» است که ادعا می‌کند به یک تئوری منظم از مطالعه‌ی قانون‌گذاری رسیده است.^{۴۲} بدین فلسفه قانون‌گذاری هدف تمایز قانون‌گذاری از سیاست را دارد، سیاست الگوییست که تابع استانداردهای عقلانی قلمرو حقوق نشده و همینطور برای عرضه قانون‌گذاری به عنوان رویکرد نظری، در نظر گرفته نشده است. در عقیده مورد دفاع مدافعان فلسفه قانون‌گذاری، قانون‌گذاری می‌تواند می‌تواند ارزش منطقی داشته باشد: نه تنها توسط هنجارهای ابزارهای تئوری حقوقی بررسی می‌شود، بلکه هم‌چنین به عنوان یک مسئله اساسی از تئوری حقوقی در نظر گرفته می‌شود.

فلسفه قانون‌گذاری به عنوان یک تلاش کلی برای گسترش افق تئوری حقوقی توضیح می‌دهد که تاکنون بیشتر بر فعالیت‌های قضایی تمرکز کرده است و به همین دلیل نقش قانون‌گذار را نادیده گرفته است. این اشارات کوتاه که برای توضیح کامل ویژگی نوآورانه فلسفه قانون‌گذاری دچار کاستی است^{۴۳}، برای نشان دادن اینکه تعریف استدلال محور قانون به سختی می‌تواند به عنوان یک حرکت فکری منجر به فلسفه قانون‌گذاری باشد کافی است. مخصوصاً اگر ما بر نتایج واقعی به دست آمده توسط مدافعان تعریف استدلال محور تمرکز کنیم، ممکن است وسوسه شویم که به آن تعریف به عنوان یک باز طرح الگویی از مرکزیت قضاوت در قلمرو حقوق، نگاه کنیم.

⁴² L Wintgens, "Legisprudence as a New Theory of Legislation" (2006) 19 Ratio Juris, 10.

⁴³ Id, *Legisprudence: a New Theoretical Approach to Legislation* (Oxford, Hart, 2002), and Id, *"Legislation in Context: Essays in Legisprudence"* (Aldershot, Asghate, 2007).

اما، همانطور که این تفسیر ممکن است به طور ضمنی متقاعد کننده و برگرفته از مواد نوشته باشد، ممکن است به قیمت بازبینی ارتباط کمتر واضح اما عمیق تر میان افق نظری تعریف استدلال محور و فلسفه قانونگذاری، تمام شود. این استنباط، زمانی در بیشترین اندازه مورد قدردانی قرار می گیرد که کسی کمتر توجه ای به نتایج واقعی تعریف استدلال محور تا منطق شکل دهنده آن پردازد.

این برنامه تحقیقی قصد دارد که حوزه منطق کاربردی را توسعه دهد و از آن برای فراهم کردن یک روش منطقی گفتمان ارزش گذاری استفاده کند که به طور سنتی برای توصیف یک حوزه غیرعقلانی، یا حداقل آن، حوزه ای که تابع همان استانداردهای عقلانیت بحث نظری نیست، در نظر گرفته شود.

در دیدگاه غالب بر حقوق، زمانی که پیشگامان تعریف استدلال محور در اصل برنامه تحقیق خود را شروع کردند، استدلال اختیاری را به عنوان یک فعالیت رویه ای مستقل از ملاحظات نظری و طرحی که قابل تقلیل به ساختارهای عقلانی است، در نظر گرفته شده بود. هدف اصلی از تعریف استدلال محور بنابراین در توسعه ای حوزه ی مباحثات منطقی می تواند اجازه دادن به ورود ملاحظات نظری به حوزه های سنتی استدلال و برخورد نظری که قبلا غیر قابل نفوذ دانسته می شدند، باشد. این حقیقت که تعریف استدلال محور این هدف را با تمرکز بر انواع استدلال های اختیاری به کار گرفته شده توسط قضات برخلاف سایر بازیگران حقوقی مانند قانونگذاران دنبال کرده است نباید پیوند اهداف تعریف استدلال محور با اهداف فلسفه قانونگذاری را کمرنگ کند.

هم تعریف استدلال محور و هم فلسفه قانونگذاری قصد توسعه قلمرو منطقی به حوزه هایی را دارند که از طریق استدلال قابل تأمل در نظر گرفته می شوند و همچنین قصد گسترش محدوده ای را دارند که در برآورد قلمرو سیاست ها و قواعد، منطقی است.

در مجموع این تئوری- تمرکز بر دیدگاه تعریف استدلال محور که استدلال اختیاری معیارهای خاص از عقلانیت را دنبال می کند و بنابراین غیر قابل تقلیل به اعمال خودسرانه است از مسائل بسیار مهم فلسفه قانونگذاری است: به هر حال، قانون- گذاری یک فعالیت جمعی است که فقط توسط قوانین سابق محدود نشده است: و تا آنجایی که قانون گذاری مشروع می تواند به عنوان یک نوع خاص از استدلال جمعی متمایز در درجه و نه در نوع، از تولید قانون توسط قاضی در نظر گرفته شود.

پیشرفت تعریف استدلال محور می تواند برای مصالحه قانونگذاری و شکل دادن یک نقطه شروع از یک پروژه گسترده فلسفه قانونگذاری به کار گرفته شود و نه این حقیقت که مدافعان تعریف استدلال محور واضح است وقتی که اصول خود را به عنوان مانع نشان دادند به این نکته توجه نکردند. از آنجایی که گاه موضوع، چارچوب فکری است، پتانسیل تعریف استدلال محور تبدیل به چیزی فراتر از آن چه که مدافعان اولیه آن تصور می کردند، شد.

در رویکرد نظری، ابزار و ساختارهای به کار گرفته شده توسط حامیان تعریف استدلال محور برای کاهش صلاحیت مستقیمی که قضات در هنگام اعمال قوانین حقوقی و عملی کردن مقررات حقوقی اصول و سیاست ها به کار می برند می تواند به مدافعان فلسفه قانونگذاری کمک کند این که قانون گذاری ساختاری، فعالیت عقلانی است را نشان دهند. در مجموع،

فلسفه قانونگذاری، نباید به تعریف استدلال محور به عنوان یک دشمن بلکه به عنوان یک متحد در نبرد برای گسترش صورت ثنوری حقوقی سنتی نگاه کند. در حالی که ظاهراً چیزی که در این بخش بحث کرده‌ام نباید به عنوان تلاشی برای کم اهمیت جلوه دادن خواستگاه فلسفه قانونگذاری به نظر برسد، بنظر من ارتباط میان فلسفه قانونگذاری و تعریف استدلال محور مهم‌تر از تفاوت هایشان است. به همین دلیل یک مکالمه نزدیک‌تر بین این دو سنت معاصر از تفکر حقوقی توصیه می‌شود و در نهایت به سود هم مطالعه قانونگذاری و هم فهم بهتر استدلال قضایی است.

TOWARDS A NEW PARADIGM OF LEGAL CERTAINTY

Stefano Berteau*

Abstract

In this essay I critically address and compare two alternative theories of legal certainty. To begin with, I introduce the positivist theory, which will be argued to be historically important and theoretically insightful but also based on questionable assumptions and leaving central aspects of legal certainty unexplained. This justifies the discussion of a different approach to legal certainty, one that can be developed by building on the fundamental tenets underpinning what is here called the argumentation-based account of law. This alternative view brings forward dimensions of legal certainty that are either completely neglected or underexposed in the positivist treatment. In particular, I argue that embracing the argumentation-based account of law forces upon us a procedural and rationalist notion of legal certainty which has a complex (and bivalent) relation with another fundamental legal ideal, justice.

Keywords

Legal certainty, positivism, non-positivism, theory of legal reasoning, argumentation, justice.

* S.Berteau, "Towards a New Paradigm of Legal Certainty", *Legisprudence* 2, 2008, 25-45