

تقنین حقوق بشر*

تام کمپبل**

ترجمه: سمیه عالی***

تاریخ دریافت ۸۶/۱۰/۱۰ تاریخ پذیرش ۸۷/۲/۷

در این مقاله به شرح و بسط مفهوم تقنین حقوق بشر پرداخته شده است. نویسنده سعی دارد به پرسش‌هایی از این قبیل پاسخ دهد؛ تقنین حقوق بشر چیست؟ وجوه ممیزه آن کدام است؟ چه مشخصه‌ای آن را از سایر اسناد حقوق بشر متمایز می‌کند؟ چگونه می‌توان این مفهوم را نهادینه کرد؟ چنین پرسش‌هایی مفاهیم متعدد سیالی را پیش رو می‌گشاید که به منظور ارائه پاسخ‌های صحیح لازم است تعاریف واضح و دقیقی برای آن مفاهیم فراهم شود. مراد از عبارت «تقنین حقوق بشر»، وضع منشورهای حقوق بشر برای بیان اصول کلی اخلاقی با هدف جهت‌دهی به تفسیر قضایی یا ایجاد نظام کنترل قضایی سایر قوانین مصوب نیست، بلکه مراد از «تقنین حقوق بشر»، قانون‌گذاری‌هایی است که حقوق بشر را با شیوه تقنین ارتقا می‌بخشد. این امر به وسیله تصویب مقررات خاص و شفاف که می‌توان از آنها تبعیت کرد و بدون استفاده از استدلال اخلاقی به کار بست، محقق می‌شود. این مدل هنجاری قانون‌گذاری و فضیلت کلی زمامداری قانونمدار همراه با آن، از نظریه اثبات‌گرایی تجویزی منتج می‌شود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

* مشخصات مقاله به شرح ذیل است:

Campbell, T. (2005), "Legislating Human Rights", in Luc J. Wintgens (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*, Ashgate, Aldershot, pp. 219-238.

** پژوهشگر مرکز فلسفه کاربردی و اخلاق عمومی (CAPPE)، دانشگاه چارلز استوارت، کانبرا.

*** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی. بر خود لازم می‌دانم مراتب سپاس و قدردانی خود را از استاد گرانمایه، جناب آقای دکتر محمد راسخ، که با بزرگواری و حوصله بسیار، پیش‌نویس متن را مطالعه و اشکالات آن را گوشزد نموده و در معادل‌یابی اصطلاحات دشوار، راهنمای من بودند، ابراز کنم.

E-mail: somayeh_apl@yahoo.com

کلیدواژه‌ها: تقنین حقوق بشر؛ قانون‌گذاری؛ منشورهای حقوق بشر؛ قانون اساسی؛
حقوق بنیادین؛ عدالت رویه‌ای؛ حقوق و آزادی‌های فردی



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

حتی سرسخت‌ترین مدافعان منشورهای بنیادین حقوق بشر^۱ نیز پذیرفته‌اند که جایگاهی برای تقنین در مورد حقوق بشر وجود دارد. هدف اولیه این تقنین، حمایت از حق‌های بشری و اجرای آنهاست. باید گفت که منشورهای حقوق بشر، رافع نیاز به تقنین درباره تبعیض نژادی، فرصت‌های برابر یا حقوق مربوط به زمین^۲ نیست. قانون‌گذاری در موارد یادشده، برای افرادی که به حقوق بشر کاملاً وفادارند، اما نسبت به منشورهای بنیادین حقوق بشر به دیده تردید می‌نگرند (به‌ویژه نسبت به آن دسته منشورهایی که حاکم بر مصوبات قوه مقننه دمکرات است) واجد اهمیت بیشتری است. زیرا این قانون‌گذاری هسته اصلی مشارکت دولت را در حمایت از حقوق بشر و گسترش آن تشکیل می‌دهد.

مراد از عبارت «تقنین حقوق بشر»، وضع منشورهای حقوق بشر برای بیان اصول کلی اخلاقی با هدف جهت‌دهی به تفسیر قضایی^۳ یا ایجاد نظام کنترل قضایی سایر قوانین مصوب^۴ نیست. مراد از «تقنین حقوق بشر»، نوعی از قانون‌گذاری است که باعث ارتقای حقوق بشر با شیوه تقنین خواهد شد. این امر با تصویب مقررات خاص و شفاف محقق می‌شود^۵ که می‌توان از آنها تبعیت کرده و بدون استفاده از استدلال اخلاقی آنها را به کار بست. این مدل هنجاری قانون‌گذاری و فضیلت کلی زمامداری قانونمدار^۶ همراه با آن، از نظریه اثبات‌گرایی تجویزی^۷ منتج می‌شود (Campbell, 1996).

در این مقاله، با فرض اینکه دلایل قانع‌کننده‌ای برای کنار گذاشتن منشورهای حقوق بشر یا ایجاد محدودیت‌های جدی بر آن وجود دارد، به بررسی ایده اعطای جایگاه ویژه به

1. Constitutional Bills of Rights

2. Land Rights

۳. مانند قانون منشور حقوق بشر ۱۹۹۰ نیوزیلند.

۴. مانند قانون منشور حقوق بشر ۱۹۹۸ بریتانیا.

۵. برای ارائه مثال خوبی در این باره، می‌توان از قانون منع تبعیض نژادی استرالیا ۱۹۷۵ و سایر مصوبات مختلف ایالتی هم‌عرض آن نام برد. جالب اینکه، همه این مصوبات به‌طور کلی، با عنوان منشور حقوق بشر در استرالیا، شناخته می‌شوند (Atkinson, 1999).

6. Virtues of Rule-governance

7. Democratic Theory of Prescriptive Legal Positivism

تقنین حقوق بشر می‌پردازم؛ جایگاهی که نمایانگر اولویت بالایی است که به یک منفعت، در صورت شناسایی به مثابه حق بشری، اعطا می‌شود. هدف من این است که برای حقوق بشر، نقشی شبه - قانون اساسی^۱ فراهم آورم که تا حدی شأن نزول منشور حقوق بشر را نشان دهد. به این معنا که بتوان قیودی بر نتایج غیراخلاقی روش‌های تحریف شده دمکراتیک، تحمیل کرد. در واقع، این روش‌ها باید راهکارهایی ارائه کنند که خواست تمام شهروندان را منعکس ساخته و در خدمت آنها قرار گیرد؛ در حالی که به دلیل تحریف، تأمین‌کننده ترجیحات خاص اکثریت آماری یا منافع اقلیت ممتاز یا قدرتمند است.

در اینجا، منظور از نقش شبه - قانون اساسی که برای تقنین حقوق بشر مدنظر است، شیوه متعادلی است که به وسیله آن در هنگام بروز تضاد واقعی یا ظاهری، میان قوانین حقوق بشر از یک سو و قوانین موجود، قوانین بعدی یا قوانین عرفی، از سوی دیگر، به قوانین حقوق بشر اولویت داده می‌شود. بنابراین فرض اینکه پارلمان در قانون‌گذاری قصد نقض اصول بنیادین حقوق عرفی را ندارد با فرض دیگری مبنی بر اینکه پارلمان در قانون‌گذاری قصد کاهش نیروی الزام یا کاربرد قوانین حقوق بشری موجود را ندارد، تکمیل یا جایگزین می‌شود. فرض دوم فقط در صورتی قابل رد است که قانون‌گذاری‌های بعدی به صورتی کاملاً صریح و بدون هر گونه ابهام، جایگزین قوانین حقوق بشری موجود شوند. شاید مناسب باشد که در تقنین حقوق بشر، هر گونه حکم یا اصلاحی را تنها به شرط استفاده از عباراتی خاص که قابل مقایسه، با عبارت «با وجود اینکه»^۲ در منشور کانادایی حقوق و آزادی‌هاست امکان‌پذیر بدانیم.^۳ این ساختار اعطای موقعیتی شبه - قانون اساسی به حقوق بشر، معادل پیشنهاد لاز^۴ و

1. Quasi-constitutional role

2. Notwithstanding

۳. چیزی شبیه به این، از این ایده که بعضی مقررات موجود در یک قانون «حکم به معنی اخص» است، قابل استفاده است. عبارتی که در قانون‌گذاری‌ها برای نشان دادن مقررهای که صرفاً می‌تواند به صورت صریح مورد تجدیدنظر قرار گیرد، یا براساس ضرورتی که وجود یک راهکار قوی‌تر را برای تغییر «محتوا یا شکل» اجتناب‌ناپذیر می‌نماید، به کار رفته است. همان گونه که در قانون استرالیا، مصوب ۱۹۸۶ و بریتانیا مورد استفاده قرار گرفته است (Goldworthy, 2004).

4. L. J. Laws

همانند منطق قضیه «فاکتور تیم»^۱ (Laws, 1991) است که قانون جوامع اروپایی بریتانیا، مصوب ۱۹۷۲ را قانونی «با موقعیت قانون اساسی»^۲ می‌داند که به صورت ضمنی غیر قابل ابطال است. بر اساس نظر لاز «چه بسا قوانین عادی»^۳ به صورت ضمنی ابطال شوند؛ اما این امکان برای قانونی با ارزش قانون اساسی وجود ندارد. برای اینکه ابطال یکی از اصول قانون اساسی یا نسخ یک حق بنیادین در قوانین موضوعه، معتبر باشد، محاکم باید اطمینان حاصل کنند که آیا اراده واقعی قانون‌گذار - و نه اراده احتمالی یا اراده منسوب به او - تأثیر واقعی این ابطال یا نسخ را برمی‌تابد یا خیر و به نظر من این اطمینان تنها در شرایطی حاصل می‌شود که قصد قانون‌گذار در قانون لاحق با عبارات صریح یا با عباراتی خاص که استتاج قصدی غیر از قصد واقعی قانون‌گذار از آن غیر ممکن است، بیان شده باشد. قاعده نسخ ضمنی چنین اطمینانی را ایجاد نمی‌کند. از این رو، بر قوانینی با ارزش قانون اساسی (شبه - قانون اساسی) قابل اعمال نیست»^۴. در مورد قانون حقوق بشر بریتانیا، مصوب ۱۹۹۸، رویکرد مشابهی را می‌توان مشاهده کرد. این رویکرد حتی در مورد حق‌های مندرج در قوانین موضوعه خاصی که در قانون‌گذاری‌های عادی به تصویب رسیده و به نوعی واجد ارزش بنیادینی شده‌اند نیز قابل اتخاذ است.^۵

فرا تر از این، حتی می‌توان به تقنین حقوق بشر از حیث رویه، ارزشی شبه - قانون اساسی اعطا کرد؛ به گونه‌ای که تصویب و نسخ یا اصلاح آن با تشریفات ویژه امکان‌پذیر باشد که فقط با تشریفات اصلاح قانون اساسی قابل مقایسه است. چه بسا این تشریفات ویژه

۱. "Factortame Case"، پرونده‌ای مربوط به اختلافات ارضی در بریتانیا است که برتری قانون اتحادیه اروپا بر قوانین داخلی انگلستان را مورد تأیید قرار داد - م.

2. Constitutional Statute

3. Ordinary Statute

۴. لاز معتقد است: «قانون موضوعه مبتنی بر قانون اساسی تنها به روشی قابل اصلاح یا تغییر است که مشخصاً مقررات موجود در آن تحت تأثیر حق‌های بنیادین یا حق‌های مربوط به روابط بین افراد با دولت قرار گیرند. این کار باید با کلمات و عبارات بدون ابهام صورت گیرد تا در قوانین موضوعه بعدی، اختلالی ایجاد نشود» (Laws, 2002).

5. R v Home Secretary Ex p Leech [1994] QB 198 and R v Lord Chancellor Ex p Whitham [1998] QB 575.

هم به پیچیده‌تر شدن فرایند تقنین حقوق بشر و هم به ساده‌تر شدن آن منجر شود. دلیل پیچیده‌تر ساختن تشریفات پیش‌گفته این است که، برای نمونه با لزوم به‌دست آمدن اکثریتی بیش از اکثریت ساده آرای اخذ شده، حق‌های بشری از تصمیم نادرست اکثریت خودخواه یا نادان پارلمان محفوظ بماند و دلیل ساده‌تر ساختن آن تشریفات است که شرایطی برای اقلیت آسیب‌پذیر فراهم شود تا بتوانند بر قانون‌گذاری‌های حقوق بشر نظارت ممتازی داشته باشند. برای مثال، می‌توان به مجلس دوم - که اعضای آن براساس نظام انتخاباتی نمایندگی تناسبی برگزیده می‌شوند - صلاحیت تصویب قوانین حقوق بشری را بدون نیاز به رضایت مجلس اول که اعضای آن براساس نظام انتخاباتی اکثریت ساده انتخاب می‌شوند، اعطا کرد.

راه دیگر [تقویت] قوانین حقوق بشری، به همه‌پرسی گذاردن آنهاست. البته استفاده از این روش به آگاهی کافی از متغیرهای مختلف جمعیتی، سیاسی و حقوقی نیازمند است تا مشخص شود آیا این روش به حمایت بیشتر از آن قوانین در برابر اقلیت قدرتمند و اکثریت خودخواه می‌انجامد یا خیر؟ اما این رویکرد از این قابلیت بالقوه برخوردار است که قوانین حقوق بشری را حتی در صورت وجود ناسازگاری آشکار میان این قوانین و قوانین عادی لاحق، بر قوانین عادی حاکم می‌سازد.

درواقع تشریفات الزام‌آور کم‌سروصداتری نیز وجود دارد که بتواند به قوانین حقوق بشری ارزشی همانند اصول قانون اساسی اعطا کند؛ به گونه‌ای که باعث تشویق اکثریت قوی سیاسی به توجه بی‌طرفانه و غیرمغرضانه به حقوق بشر و در نهایت فراهم کردن حمایت بیشتر برای اقلیت آسیب‌پذیر شود. برخی از این موارد از قانون حقوق بشر بریتانیا، مصوب ۱۹۹۸، قابل اقتباس است؛ مانند الزام وزیرای کابینه به اظهار صریح عدم مغایرت لوایح پیشنهادی با قوانین موجود حقوق بشر، هم‌زمان با تقدیم لایحه به پارلمان.^۱ به‌طور خاص، کمیسیون حقوق بشر در پارلمان، می‌تواند نقش‌های گوناگونی ایفا

۱. همچنین نک: قانون معیارهای قانون‌گذاری کوئینزلند، ۱۹۹۲.

کند. این کمیسیون که ممکن است از نظر ترکیب، درصد بالاتری از نمایندگان اقلیت‌های آسیب‌پذیر را دربرگیرد، چنان قدرتی کسب خواهد کرد که می‌تواند دولت را مجبور کند نه تنها دلایل موجهی برای لوایح پیشنهادی - که مضمن تهدید آشکار نسبت به حقوق بشر هستند - اقامه کند، بلکه در واقع می‌تواند شکل خاصی از قوانین حقوق بشری را مطرح سازد یا اصلاحاتی را برای قوانین حقوق بشری موجود درخواست کند تا نقایص مربوط رفع شود. در سطحی پایین‌تر، کمیسیون مزبور می‌تواند در قوه مقننه، تصویب لوایحی را که ناقض قوانین موجود حقوق بشری می‌داند، به تأخیر اندازد.

به چنین راهکارهای حقوق اساسی می‌توان از دید تداوم بسط و گسترش صلاحیت‌های استنطاق و ایجاد مانع از سوی کمیسیون‌های پارلمان نگریست. یک نمونه از این کمیسیون‌ها، کمیسیون دائمی رسیدگی به لوایح قانونی در مجلس سنای استرالیا است. از جمله وظایف و اختیارات این کمیسیون این است که وزیر مربوط و سپس سنا را از وجود مقرراتی در لوایح که به نظر می‌رسد ناقض «حقوق و آزادی‌های فردی» است، آگاه کند. بر همین اساس، این کمیسیون در دومین گزارش سالیانه خود در سال ۲۰۰۳، اعلام کرد نظر وزیر مهاجرت و امور بومی و چندفرهنگی را به این واقعیت معطوف داشته است که در لایحه اصلاح قانون مهاجرت ۲۰۰۲ (شماره ۱)، دلیلی برای وجود عبارات عطف به ماسبق‌کننده موجود در آن ارائه نشده است و به این دلیل «از وزیر سؤال شد: چرا این مقررات نسبت به گذشته نیز مؤثرند و اینکه آیا به کسی زیان خواهند رساند یا خیر؟» و اضافه می‌کند: «تا زمان دریافت پاسخ از سوی وزیر، کمیسیون توجه سناتورها را به این مقرر معطوف داشت که می‌تواند تجاوزی ناروا به حقوق و آزادی‌های فردی و ناقض ماده (۱) (a) آیین‌نامه وظایف و اختیارات کمیسیون باشد».^۱

در گزارشی مشابه، در مورد نقض مقررات عدالت رویه‌ای در رابطه با یک لایحه قانونی دیگر، قید شده است: «مقررات عدالت رویه‌ای در طی سال‌های طولانی تکامل یافته‌اند تا

۱. شامل منشور اصلاح قانون‌گذاری در مورد مهاجرت (شماره ۱) ۲۰۰۲ و دستور شماره ۳ به وزیر مهاجرت و امور

افراد بومی و مسائل مربوط به چندفرهنگی، ص ۶۳.

کاربرد منصفانه قانون را تضمین کنند. نادیده گرفتن این مقررات برای اجتناب از «دشواری‌های عملی» بسیار نامعمول است. بنابراین، کمیسیون از وزیر می‌خواهد که دلایل مخالفت خود را با مقررات موجود اعلام نموده و بیان نماید که چرا چنین اصلاح بزرگی از نظر ایشان ضروری است.^۱ درحالی که کمیسیون آشکارا از پاسخ وزیر راضی نشده بود اعلام کرد: «کمیسیون از وزیر به دلیل این پاسخ تشکر کرده و می‌پذیرد که به‌رغم وجود دلایل ماهوی در این باره برای نقض مقررات عدالت رویه‌ای، مقررات مزبور هسته اصلی حقوق فردی هستند و فقط در شرایط استثنایی ممکن است بتوان آنها را نادیده گرفت. فقدان انصاف رویه‌ای در این مقررده، نقض آن حق‌هاست؛ اما کمیسیون تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا اوضاع و احوال، توجیه‌کننده این نقض است یا خیر را به سنا واگذار می‌کند».^۲

کمیسیون در گزارش دیگری، به موضوع گسترش ضمان قهری در قانون کیفری، رسیدگی کرده است. بند فرعی پیشنهادی جدید در لایحه قانونی که مقرر می‌دارد: «اگر کسی برای نشان دادن اینکه دو نفر عملاً زندگی مشترک دارند، ترتیباتی فراهم کند، درحالی که می‌داند یا احتمال معقول می‌دهد که آن دو، چنین زندگی‌ای ندارند، عملی خلاف قانون انجام داده است»، از نظر ایشان قانون را به‌نحوی تغییر می‌دهد که موجب ضمان قهری می‌شود، به طوری که دادستان، دیگر در اثبات علم به مقررات پیچیده و فنی قانون در این باره، تکلیفی ندارد.

کمیسیون علاوه بر وظیفه اظهار نظر در مورد پیامدهای حقوق بشری لوایح قانونی پیشنهادی، در تلاش است با الزام پیشنهادکنندگان به ارائه توضیحات کامل و روشن درباره مقررات پیشنهادی، به‌ویژه زمانی که امکان تأثیر این مقررات بر حقوق فردی و رویه‌های دموکراتیک وجود دارد، در ساختار ارائه لوایح قانونی تغییراتی ایجاد کند: «کمیسیون تأکید می‌کند که مقدمه توجیهی باید دربرگیرنده توضیحات کاملی در مورد پیش‌زمینه لایحه

۱. کمیسیون دائمی سنا در مورد تدقیق در منشورها، گزارش دوم، ۲۰۰۳، ص ۶۴.

۲. همان، ص ۶۶.

پیشنهادی و نیز اهداف ارائه آن باشد. این مسئله به‌ویژه درباره لوایحی که حقوق فردی و رویه رسیدگی پارلمان را متأثر می‌سازد، از اهمیت بیشتری برخوردار است. مقدمه توجیهی باید بیش از یک معرفی مختصر بوده و شامل توضیح ماده به ماده لایحه باشد که عموماً بازگویی همان مواد موجود در لایحه است. در واقع هدف اصلی از ارائه مقدمه توجیهی، مساعدت نمایندگان در تصویب آن و راهنمایی کسانی است که به نوعی از مقررات پیشنهادی متأثر خواهند شد. بنابراین افزون‌بر توضیح ماده به ماده، لایحه معمولاً باید حاوی نکات پیش‌گفته نیز باشد.

چنین تمهیداتی، چه آنهایی که در واقع موجودند و چه آنهایی که پیشنهاد شده‌اند، اهداف مختلفی را به‌ویژه در موارد زیر دنبال می‌کنند:

۱. ارتقای کیفیت و جهت‌گیری مذاکرات به‌نحوی که موجب کاهش تأثیر سوء اکثریت‌گرایی ناآگاهانه و تسخیر پارلمان از سوی اقلیت‌های قدرتمند شود؛
۲. حمایت از منافع اقلیت‌های آسیب‌پذیر شناخته شده و سایر افراد با مورد سؤال و تردید قرار دادن و به تأخیر انداختن تصویب قوانینی که ممکن است سهواً تهدیدی برای حق‌های بنیادین باشند و نیز با تشویق وضع قوانین حقوق بشری که به‌منظور حمایت از موارد یادشده طراحی شده‌اند؛

۳. فراهم کردن روشی نهادینه برای توجیه تقدم و برتری تقنین حقوق بشری.

البته راهکارهای پیش‌گفته ما را از فرهنگ سیاسی مورد نیاز در این زمینه بی‌نیاز نمی‌کند؛ فرهنگی آگاهانه که در آن اکثریت رهبران، فعالان و رأی‌دهندگان، با تعهدی صادقانه و مبتنی بر حسن‌نیت در پی اتخاذ تصمیماتی هستند که یا در جهت نفع برابر تمام شهروندان بوده یا دربرگیرنده توجیهی اخلاقی برای انحراف از معیارهای موجود است. به‌هرحال، این راهکارها را می‌توان در راستای ارتقای این فرهنگ به‌شمار آورد؛ بدون اینکه موجب تضعیف حق‌های دمکراتیک شوند؛ آن‌گونه که منشورهای حقوق بشر دادگاه - محور، موجب می‌شوند.

به‌ویژه، نقش نظارتی کمیسیون‌های پارلمان را می‌توان با وضع قوانین جامع حقوق

بشر، ارتقا داد. این قوانین را می‌توان بیان مقتدرانه و روشن «حقوق و آزادی‌های فردی» دانست که در مقررات حاکم بر کمیسیون دائمی سنا برای رسیدگی به لوایح مبهم و نامشخص رها شده‌اند. درحقیقت، مقررات مزبور و نیروی سیاسی نظرات و توصیه‌های این‌گونه کمیسیون‌ها را می‌توان با تصویب قوانین حقوق بشری تقویت کرد. این قانون به شکلی مختصر و شیوا، حق‌هایی را بیان می‌کند که باید از سوی کمیسیون، حمایت و تقویت شوند، حق‌هایی که در دادگاه قابل اعتراض و رسیدگی نیستند. در جایی که مقررات موجود، امکان کنترل قضایی و ابطال قوانین عادی را فراهم می‌آورد، بررسی‌های کمیسیون به منزله پیش‌بینی آراء و تصمیمات احتمالی دادگاه‌هاست نه ارزیابی مستقلی از بهترین نوع قانون‌گذاری برای تعیین مصداق حق‌های انتزاعی. البته این فرایند از این قابلیت برخوردار است که به دلایل حقوقی کمتر متوسل شده و بیشتر متضمن استدلالات و مباحث اخلاقی است که معنای واقعی و عملی حق‌های انتزاعی را روشن می‌سازد. در این زمینه، امکان طرح آنچه «منشور دمکراتیک حقوق»^۱ نامیده می‌شود، وجود دارد. منشوری غیرقابل اعتراض و رسیدگی در دادگاه که حق‌های بنیادین را بیان می‌کند. این حقوق به روش‌های گوناگون به منظور تأثیرگذاری بر دستور جلسات و نتایج فرایند قانون‌گذاری به کار گرفته می‌شوند و هدف از آن جلب توجه بیشتر به مسائل حقوق بشری و عدم نیاز به ضرورت اعطای قدرت به قوه قضائیه برای ابطال یا تفسیر افراطی قوانین است.

۱ تقنین حقوق بشر

با در نظر داشتن مطالب پیش‌گفته، می‌توان به شرح و بسط مفهوم تقنین حقوق بشر پرداخت. تقنین حقوق بشر چیست؟ وجوه ممیزه آن کدام است؟ چه مشخصه‌ای آن را از سایر اسناد حقوق بشری متمایز می‌کند؟ چگونه می‌توان این مفهوم را نهادینه کرد؟ چنین پرسش‌هایی، مفاهیم متعدد سیالی را پیش روی ما می‌گشاید که به منظور ارائه

پاسخ‌های صحیح، لازم است تعاریف واضح و دقیقی برای آن مفاهیم فراهم آوریم. در مورد مفهوم «تقنین»، باید توجه داشت که این عبارت را می‌توان هم در معنای «نوع خاصی از قانون‌گذاری» و هم در معنای «نوع خاصی از قانون» به کار گرفت.

تقنین در معنای «نوع خاصی از قانون‌گذاری»، فرایند پیچیده‌ای است که به موجب آن یک مقام یا گروه ذی‌صلاحی از مقامات، یعنی قانون‌گذاران، مجموعه‌ای به هم پیوسته از مقررات و اصول را براساس تشریفات و رویه خاصی تصویب می‌کنند که نتیجه نهایی آن در قلمرو حقوقی لازم‌الاجرا تلقی می‌شود. تقنین نوعاً دربرگیرنده فرایند و تشریفات رسمی است که به موجب آن تصمیمات و نظرات سیاسی براساس قانون اساسی به مقرراتی لازم‌الاجرا (محکمه‌پسند)، تبدیل می‌شود. در دمکراسی‌ها (فقط نوع حکومت که ایده تقنین حقوق بشر در آن قابل طرح است) این کار در صلاحیت تعداد زیادی از نمایندگان منتخب در مجلس یا مجالس قانون‌گذاری است.

تقنین در معنای «نوع خاصی از قانون» (در برابر نوع خاصی از قانون‌گذاری)، مجموعه‌ای است از مقررات و اصول نوشته که از پیش و به‌طور عام مشخص می‌کند در قلمرو حقوقی چه چیزی قانونی و چه چیزی غیرقانونی است. تقنین در این مفهوم، از تصمیمات متخذه تابعان قانون در هنگام اجرا یا اعمال مقررات و اصول، متمایز است؛ حتی آراء و تصمیمات دادگاه‌ها، اگر کارکرد دادگاه را اجرا و اعمال قانون بدانیم.

این تعاریف به گونه‌ای ارائه شده‌اند که تمایز روشنی میان تقنین و قضاوت ایجاد کنند؛ یعنی میان تصویب قانون و اجرای آن. چنین تمایزی به‌طور کامل در هنگام برخورد با یک قانون مصوب خاص و بدون ابهام – که قابلیت اعمال بر موارد خاص را بدون نیاز به هرگونه تفسیری فراتر از فهم بافت‌مند زبان قانون‌گذار دارد – آشکار است (Naffine et al., 2001, pp. 291-293). این تمایز هنگامی که فرایند قانون‌گذاری به جای ایجاد مقررات بدون ابهام، اصولی کلی را تصویب می‌کند که معنای عملی آن بیشتر با ارجاع به ارزش‌های کلی معلوم می‌شود تا با توصیف دقیق یک رفتار خاص، وضوح کمتری می‌یابد. در این مواقع، اعمال و اجرای قوانین

مصوب در یک موقعیت خاص به دلیل میزان ابتکاری که در تطابق آن اصول بر یک موقعیت واقعی خاص به کار رفته است، به خودی خود می‌تواند نوع خاصی از قانون‌گذاری تلقی شود. این قانون‌گذاری قضایی،^۱ چه در طی فرایند و چه در نتیجه حاصله فی‌نفسه تقنین محسوب نمی‌شود، مگر اینکه به‌طور صریح یا ضمنی، مقررهای ایجاد کند. همان‌گونه که با اعمال یک اصل ممکن است رویه خاصی برای کاربردهای بعدی ایجاد شود. در این حالت یک اصل کلی به مقرر قانونی معینی تبدیل می‌شود.

در چنین مواردی، بهتر است به جای وضع قضایی قانون به معنای عام^۲ از وضع قضایی قانون به معنای خاص^۳ [همان تقنین به معنای دقیق کلمه] سخن بگوییم. هرچند صحیح‌تر بود که وضع مقررات قانونی در فرایند به کارگیری اصول جزئی از فرایند وضع عام و نه وضع خاص به‌شمار می‌رفت. منظور از وضع خاص این است که قواعد، فارغ از فرایند تصمیم‌گیری درباره قانونی بودن موقعیتی خاص، خلق یا وضع شوند. نمی‌توان به‌درستی به صدور احکام و قواعد ناشی از فرایند یادشده، عنوان «تقنین» داد؛ زیرا نتیجه اقدام نهاد قانون‌گذار - یعنی نهادی که صلاحیت اجرا و اعمال مصوبات خود را ندارد - نیست. با این همه، تقنین را می‌توان به‌گونه‌ای مورد استفاده قرار داد که مقررات ناشی از دادگاه‌ها را نیز شامل شود. من ترجیح می‌دهم دامنه مفهوم را با این روش گسترده نکرده و بر اهمیت اصل تفکیک قوا تأکید کنم. نتیجه اینکه موقعیت و ارزش هنجاری مقررات قضایی در تراز مقررات تقنینی نیست. البته این به معنای انکار نقش عملی دادگاه‌ها در ایجاد قوانین نیست؛ بلکه به معنای اذعان به این اصل دمکراتیک است که تقنین (وضع خاص قانون به‌دست قوه مقنن) بر هر گونه صلاحیت قانون‌گذارانه دادگاه‌ها غالب است.

درواقع، برای خارج کردن وضع قضایی قانون از عداد مصادیق تقنین [به معنای دقیق کلمه] دلایل مفهومی و عملی متعددی وجود دارد؛ اول اینکه، وضع قضایی قانون باید در

-
1. Adjudicative Law-making
 2. Law Making
 3. Legislation

حین فرایند قضاوت انجام گیرد؛ یعنی در زمان تعیین قانونی بودن یا نبودن یک وضعیت خاص؛ دوم اینکه، وضع قضایی قانون با روش و قالبی کاملاً متفاوت با تصویب قانون به دست قوه مقنن انجام شود؛ چرا که این قوه، قوانین را در شرایطی انتزاعی به منظور اعمال آنها در شرایط جزئی خاص تصویب می‌کند.

به این ترتیب، دستگاه مفهومی مطرح در این مقاله، ما را قادر می‌سازد تا به نحو صحیح در مورد تقنین منشورهای حقوق بشری بحث کنیم. در حقیقت این کار در هنگام سنجیدن مصوبات قوه مقننه با منشور حقوق بشر انجام می‌گیرد. بنا به تعریف، منشور حقوق بشر، نتیجه فرایند عادی قانون گذاری است و نه نتیجه رویه‌های خاص تصویب قانون اساسی یا وقایع تاریخی انقلابی. چنین منشورهای تقنینی را می‌توان از مصوبات عادی قانون گذاری تا حدی به دلیل تفاوت محتوایی آنها (یعنی به علت نوع قانونی که تصویب می‌شود) و تا حدی به سبب کارکرد آنها (یعنی به دلیل نقشی که در نظام حقوقی و سیاسی همچون راهنمایی برای تفسیر، ایفا می‌کند) متمایز دانست.

منشور حقوق بشر، از حیث محتوا، به طور مشخص اصولی کلی را در قالبی انتزاعی بیان می‌کند، که معمولاً دارای محتوایی اخلاقی بوده و مفاهیم کلیدی آن بار ارزشی دارد و مدعی اولویت برای پاره‌ای از منافع خاص و راهکارهایی نهادی برای حمایت از آنهاست. منشورهای حقوق بشر نوعاً، از حیث ماهوی، مختصر، مؤثر و الهام‌بخش‌اند و به آزادی، برابری، عدالت، حریم خصوصی و حیات - فی نفسه - می‌پردازند. این منشورها از حیث محتوای رویه‌ای، به صورت انتزاعی، حقوق مشارکتی را از جمله حق رأی دادن، بیان و انجمن، بنیاد می‌نهند.

همچنین از حیث کارکرد، شیوع فزاینده مدل آمریکایی کنترل قضایی، اعتقاد به این فرض را القا می‌کند که منشورهای حقوق بشر در قالب نظام کنترل قضایی با هدف اعلام انطباق یا عدم انطباق مصوبات قوه مقننه با قانون اساسی، عمل می‌کنند. این فرض از نظر تاریخی دقیق نبوده و به طور کلی، کارکرد تعریف شده ضروری‌ای برای منشورهای حقوق

بشر وجود ندارد (Tushnet, 1999). در واقع، نقش منشورهای حقوق بشری موضوعه، معمولاً به نقشی تفسیری محدود شده است که دادگاه‌ها را ملزم می‌کند در تفسیر مصوبات قوه مقننه، اقتضائات این منشورها را در نظر بگیرند؛ به گونه‌ای که (شاید) آن مصوبات را با محتوای آنها سازگار سازند. در این باره، منشور حقوق بشر موضوعه نیوزیلند، نمونه خوبی است. نمونه پیچیده‌تر در این باره، قانون حقوق بشر ۱۹۹۸ انگلستان است که طیف گسترده‌تری از کارکردها را برای این منشور در نظر می‌گیرند، از جمله قدرت «اعلام عدم انطباق»^۱ در مواردی که مصوبه با هیچ تفسیری قابلیت سازگاری و انطباق با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌ها را ندارد.

بدیهی است اگر قوای مقنن کشورها بتوانند منشور حقوق بشر وضع کنند، فارغ از اینکه حقوق بشر تقنینی را چه بدانیم، قطعاً شامل این منشور خواهد شد. در حقیقت، به نظر می‌رسد این مصوبه مثل اعلامی تقنین حقوق بشر باشد. اما من بر پایه این فرض بحث نخواهم کرد؛ نه به دلیل اینکه منشور یادشده به حقوق بشر ربطی ندارد، بلکه به این دلیل که منشورهای حقوق بشر اساساً بر مدل هنجاری من از تقنین، منطبق نیستند. بدیهی است منشورهای حقوق بشر موضوعه، نتیجه عمل قوه مقنن و مصداق تقنین به معنای دقیق کلمه‌اند، نه اینکه به روش تصویب قانون اساسی وضع شده یا تفسیر دادگاه‌ها از قانون اساسی بر آنها دلالت ضمنی داشته باشد. با این حال، این منشورها از نظر محتوا یا شکل همانند قوانین عادی مصوب قوه مقنن نیستند؛ چرا که غالباً بیان‌کننده اصول انتزاعی اخلاق‌اند و نه احکام و مقررات قانونی خاص. اگر تقنین را نوعی وضع قانون بدانیم که نوعاً به وسیله قوه مقنن انجام می‌شود، در این صورت بی‌تردید این قوه است که منشور حقوق بشر را وضع می‌کند. منشور حقوق بشر می‌تواند نتیجه فرایند قانون‌گذاری باشد. اما اگر از منظر نوع قانون به تقنین بنگریم، در این صورت منشور یادشده به درستی زیر عنوان تقنین نخواهد گنجد.

دست کم، دو دلیل جدی علیه دسته‌بندی منشور حقوق بشر موضوعه، زیر عنوان تقنین وجود دارد. دلیل اول و کمتر مناقشه‌آمیز، این است که این منشورها از حیث کارکرد، با عموم قوانین تفاوت دارند. آنها یا نوعاً مبنای تصمیم دادگاه‌ها در اعلام بی‌اعتباری قوانین عادی قرار می‌گیرند یا اینکه برای دادگاه‌ها مجوزی می‌شوند تا براساس اصول اخلاقی به وضع قوانین جدید، اقدام کنند. حتی در حالی که این منشورها به‌ظاهر با نقشی تفسیری محدود شده‌اند، دادگاه‌ها مایلند از آنها به‌عنوان ابزار کنترل غیررسمی قضایی مصوبات قوه مقننه استفاده کنند. این به معنای آن است که منشور حقوق بشر نه تنها تقنین عادی نیست، بلکه به‌عنوان نوع خاصی از قانون، اصلاً تقنین محسوب نمی‌شود.

البته، چنان‌که اشاره شد، منشورهای حقوق بشر ممکن است از نقش‌های دیگری نیز برخوردار باشند. بنابراین، چه بسا دادگاه نتواند منشور را به‌طور مستقیم به اجرا درآورد؛ اما به‌منزله راهنمای قوای مجریه و مقننه عمل کند. برای نمونه، پیشتر گفته شد که منشور حقوق بشر موضوعه، می‌تواند به‌عنوان محکی برای کمیته رسیدگی حقوق بشر، مورد استفاده قرار گیرد؛ کمیته‌ای که قانون‌گذاری نمی‌کند. کمیته مشترک حقوق بشر در انگلستان چیزی شبیه به این است که موضوع فعالیت آن، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است. این کنوانسیون به وسیله قانون حقوق بشر ۱۹۹۸، وارد بریتانیا شده است که اهداف محدودی را مانند رسیدگی‌های پیش‌گفته، دنبال می‌کند. اما حتی با این مورد آشکار نیز نمی‌توان منشور را به لحاظ مفهومی، مصداقی از تقنین دانست.

دلیل دوم و اصلی برای قانون (به معنای درست کلمه) تلقی کردن منشور موضوعه حقوق بشر، این است که از نمونه ایدئال «تقنین خوب»^۱ بسیار فاصله دارد و به این دلیل به‌نحو موجه نمی‌توان آن را قانون دانست. این ادعا از نظر مفهومی قابل بحث است؛ چرا که بر مفهوم «تقنین خوب» استوار است (البته در اینجا مفهوم شکلی مدنظر است نه مفهوم ماهوی آن) تا معنای بی‌طرف «تقنین» به لحاظ ارزشی.

ملاحظات ارزشی خاصی در پی این ادعا وجود دارد که برخی از اشکال تصمیم‌گیری سیاسی را از حوزه قانون خارج کنیم. بنابراین نظام زمامداری‌ای که به اشخاص خاصی، صلاحیت لازم برای اتخاذ تصمیمات الزام‌آور را در شرایط خاص اعطا می‌کند، به یقین به دلیل فقدان مقررات عامی که افراد را به آگاهی از چگونگی رفتار خود توانا سازد (یعنی اینکه در آن نظام سیاسی چه باید بکنند یا نکنند) یک نظام حقوقی نخواهد بود. براساس این دیدگاه، قضاوت زیر «درخت نخل»^۱ قضاوت حقوقی^۲ نیست؛ چرا که مقررات حاکم بر آن به شماری از قواعد رویه‌ای محدود است که صرفاً مقرر می‌دارد چه کسی حق قضاوت دارد؛ اما محدودیت شکلی یا محتوایی بر این تصمیمات اعمال نمی‌کند. در قیاس با چنین شرایط افراطی، شاید بتوان گفت، مبتنی بر خطوط روشن و بدون ابهامی که از نظریه لون فولر (Fuller, 1969) به دست می‌آید، قانون‌گذاری تابع تعدادی هنجارهای درونی است. این هنجارها مقتضی انطباق قانون‌گذاری با معیارهایی چون وضوح، عام بودن، سازگاری، قابلیت اجرا، کلی بودن و نظارت آینده است. این معیارها تجویزی، اما در حقیقت عناصر مقوم قانون و به طور خاص تقنین، هستند.

این مدل از «تقنین»، بخشی اساسی از نظریه‌های اثبات‌گرا درباره حاکمیت قانون بوده و با نظریه دمکراسی در هماهنگی کامل است که برای قانون‌گذاری دمکراتیک اهمیت ارزشی قائل است. بر این پایه، جرمی والدرون^۳ در کتاب *نظریه حقوقی تقنین*^۴ (Waldron, 1996) بر این باور است که شأن و جایگاه تقنین، مستلزم احترام به مصالحه‌های مندرج در مصوبات آن است. مصالحه‌هایی که در نتیجه توجه به نظرات دیگران از طریق مذاکرات عمومی شفاف درباره موضوع مورد نظر به دست آمده است (و نه اینکه از متون مقدس به ارث رسیده باشد). مصوبات قانونی را باید محترم دانست؛ چرا که نتیجه رویه‌های معقول

1. Palm Tree Justice

۲. کنایه از روش‌های رسیدگی مورد به مورد در گذشته - م.

3. Jeremy Waldron

4. *Jurisprudence of Legislation*

در شرایط ناسازگاری‌های عمیق اجتماعی هستند. دادگاه‌ها نباید قوانین موضوعه را به راحتی کنار بگذارند؛ حتی اگر این قوانین آشکارا جامع و مانع نباشند. والدرون، قانون را متنی می‌داند که متضمن تصمیمات سیاسی «مورد توافق» است. تصمیماتی که همه طرف‌های مربوط در آن مشارکت داشته‌اند. نتیجه این مشارکت به وسیله فرایندی حاصل شده است که در آن به انتخاب همه طرفین درگیر، واجد ارزشی برابر تلقی می‌شود.^۱

برخی ایدئال‌های «تقنین خوب» که می‌تواند در نمایاندن گوهر مفهومی آن مورد استفاده قرار گیرد، در «قانون معیارهای قانون‌گذاری کوئینزلند ۱۹۹۲»^۲ مطرح شده است. این قانون، «اصول بنیادی قانون‌گذاری» را به منظور دستیابی به «بالاترین استاندارد» تقنین در کوئینزلند بیان می‌کند. دفتر مشورتی پارلمانی کوئینزلند^۳ موظف است این اصول را گسترش دهد. اصول پیش گفته، عبارت‌اند از: «اصول مرتبط با تقنین در دمکراسی پارلمانی مبتنی بر حاکمیت قانون» (...). که در آن «تقنین به: الف) حقوق و آزادی‌های فردی، ب) نهاد پارلمان، توجه کافی مبذول داشته است».^۴ نمونه‌های متعددی از این اصول وجود دارد که دربرگیرنده موارد زیر است: اجتناب از وابستگی غیرضروری به صلاحیت اداری، تضمین عدالت رویه‌ای، محدود کردن تفویض صلاحیت اداری، ابقای اصل «البینه للمدعی»

1. Wintgens (2002);

این اثر، درباره «فلسفه قانون‌گذاری» (Legisprudence) بحث می‌کند. رویکردی به مطالعه قانون‌گذاری که بیشتر بر تدقیق در مورد معیارهای «قانون‌گذاری عقلانی» متمرکز است. این معیار از معیارهایی نظیر سازگاری (Consistency)، تکالیف قانون‌گذاران به ملاحظه واقعیات موجود، ارزیابی جایگزین‌ها، محاسبه پیامدها و محاسن و معایب قوانین و آمادگی قانون‌گذاران برای اصلاح قانون در پرتو تجربه جدید، فراتر می‌رود. (گفتنی است که دو مقاله از این مجموعه با مشخصات زیر ترجمه و منتشر شده است:

انگ، سوین، «تورم قانون‌گذاری و کیفیت قوانین»، ترجمه حسن و کیلیان، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره ۵۴، زمستان ۱۳۸۵، ص ۲۷۴-۲۵۹ و کارلو، توری، «قانون‌گذاری: امری میان سیاست و حقوق»، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره ۵۵، بهار ۱۳۸۶، ص ۱۹۱-۲۱۰-م.

2. Legislative Standards Act 1992

3. Queensland Parliamentary Counsel

۴. قانون معیارهای قانون‌گذاری ۱۹۹۲ (Qld)، بند «۴».

در پرونده‌های کیفری، اعمال محدودیت‌های شدید در مورد احکام بازرسی، اجتناب از خوداتهامی و اقرار، ممنوعیت عطف به ماسبق، وجود ضرورت برای اعطای مصونیت، جبران خسارت عادلانه برای تملک قهری، بذل توجه و احترام کافی به سنت‌های بومی و مهم‌تر از همه، الزام تقنین به «شفافیت و اینکه به‌نحوی روشن و دقیق نوشته شود»^۱ این قانون، مستلزم این است که لوایح باید دربردارنده ارزیابی مختصری از سازگاری با اصول بنیادی قانون‌گذاری و در صورت وجود ناسازگاری، ارائه دلیل باشند.

هر تعداد از معیارهای «تقنین خوب» را که بپذیریم و این معیارها را به هر شکل که در مفهوم تقنین وارد کنیم، در هر حال، آشکار است که برخی از آنها در منشورهای حقوق بشر یافت نمی‌شوند. بنابراین از داخل کردن این منشورها در طبقه‌بندی «تقنین حقوق بشر» خودداری کرده‌ام؛ زیرا در آنها دستیابی به اهداف حقوق بشر به‌نحوی انجام می‌گیرد که ناقض اصول قانون‌گذاری، از جمله رعایت فرایند دموکراتیک قانون‌گذاری است. این امر، زمینه منطقی طرح مفهوم تقنین حقوق بشر را به‌مثابه جایگزینی مناسب برای این منشورها (یا حتی ضمیمه و تکمله‌ای برای آنها) ایجاد می‌کند. در این باره میان منشورهای موضوعه و غیرموضوعه تفاوتی وجود ندارد.

توجه سیاسی موضع پیش‌گفته، دارای همان دشواری‌های متعدد و آشنایی است که در رابطه با منشورهای حقوق بشر به‌عنوان مصداق صحیح قانون، وجود دارد. منشورهای حقوق بشر از حیث شکلی، دربردارنده ادعاهای اخلاقی مبهمی هستند که برای راهنمایی رفتار، رفع اختلاف و تسهیل همکاری‌ها، مناسب نیستند. البته مشکلات دیگری نیز در رابطه با نقش ضد دموکراتیک این منشورها وجود دارد، به‌ویژه هنگامی که دادگاه‌ها را قادر می‌سازد تا قوانین مصوب مجالس قانون‌گذاری منتخب مردم را ابطال کنند. مشکل اول (مشکل شکلی) با قانون اساسی نه در مغایرت است و نه در موافقت؛ اما برای استیفای عدالت و کارآمدی زمامداری قاعده‌مند - که به‌نوبه خود می‌تواند در خدمت اهداف حقوق بشری قرار گیرد - مشکل

۱. همان، بند «۳» k.

بنیادی ایجاد می‌کند. حق‌های مبهم، عملاً حق محسوب نمی‌شوند.

مشکل دوم، یک مشکل حقوق اساسی است. به این معنا که منشور بر مفهوم دموکراسی صحنه می‌گذارد؛ اما به افراد نیز رسماً در مورد اینکه چه چیزی باید قانون شود، حقی برابر می‌دهد. در این رویکرد اخیر، چه منشورهای حقوق بشر، قانون (به معنای دقیق کلمه) محسوب شوند و چه محسوب نشوند، به یقین مجالس منتخب مردم در هنگام وضع آنها، مسئولیت دموکراتیک آینده خود را نقض می‌کنند و تفکیک قوا را نیز نادیده می‌گیرند. بنابراین، با در نظر گرفتن دو اشکال پیش گفته، دلایل حقوق بشری برای اجتناب از وضع منشورهای وجود دارد که بالقوه از نظر شکلی غیرمنصفانه و واقعاً غیردموکراتیک هستند.

این منشورها، بالقوه غیرمنصفانه (و ناکارآمد) هستند، چرا که این امکان همیشه وجود دارد که یک منشور حقوق بشر از نظر شکلی، یک قانون خوب باشد. بنابراین، حق بر عدم محکومیت به مجازات اعدام در هر شرایطی، تا حدی که به نحو عقلانی انتظار می‌رود، آشکار، بدون ابهام، قابل اجرا و معطوف به آینده است. اما منشورهای حقوق بشر، معمولاً این گونه نیستند. آنها اغلب، از مجموعه‌ای از ادعاهای انتزاعی در قالب زبانی اخلاقی، تشکیل شده‌اند. درحقیقت، چه بسا این امر برای کارکرد آنها ضروری باشد؛ چرا که قضات را قادر می‌سازد با توسل به ارزش‌های بنیادین اخلاقی، مصوبات مقننه را در راستای حمایت از اقلیت‌های آسیب‌پذیر، نادیده گرفته و به این وسیله، قدرت اقلیت نخبگان و اکثریت عوام‌سالار را محدود کنند. در هر حال، از آنجا که منشورهای حقوق بشر با ضوابط فولر^۱ برای زمامداری قانونمدار مطابقت دارد، در واقع نمونه‌ای از قانون حقوق بشری محسوب می‌شود.

پرسشی که در مرحله بعد مطرح می‌شود این است که کارکرد نهادی تقنین حقوق بشر، چیست؟ اولین و ابتدایی‌ترین پاسخ باید این باشد که قانون اساسی مقتضی تقنین حقوق بشر است، یا باید چنین چیزی را لازم آورد، تا در نهایت، اهداف حقوق بشری،

نادیده انگاشته نشده و در نظام حقوقی، اهمیت فرعی نیابد. بنابراین مطالبه وجود منشور حقوق بشر در همه دولت‌ها با مطالبه وجود تقنین جامع حقوق بشر در آنها، جایگزین می‌شود. این امر به دلیل اینکه به قوانینی خاص و بنیادی منتهی می‌شود، واجد قابلیت ایجاد مقرراتی کارآمدتر از آن است که در نتیجه تفسیر قضایی از ارزش‌های بنیادین اخلاقی یا موارد نادر نسخ قضایی قانون به دست می‌آید.

درواقع تقنین حقوق بشر، ضرورتاً کارکردی و رای تحقق اهداف خاص مندرج در خود ندارد. اگر اجرای چنین مصوباتی به حقوق بشر خدمت کند، این امر به خودی خود، توجیهی کافی برای آن مصوبات خواهد بود. قانون حقوق بشری به طور مستقیم بر رفتار کسانی حاکم است که به موجب آن موظف به انجام تکالیفی هستند، از جمله نهادهای مختلف حکومتی، سازمان‌های خصوصی و هریک از شهروندان.

اما بسیاری از استدلال‌ات طرف‌دار منشورهای حقوق بشر، نکات مهمی را در مورد نیاز به اجتناب از پیامدهای منفی حقوق بشری مطرح می‌کنند که نتیجه طبیعی ضعف‌های نوعی موجود در نظام‌های انتخاباتی دموکراسی‌هاست. حتی اگر راه‌حل ارائه شده در منشورهای حقوق بشر پذیرفتنی نباشد، چه به دلیل عدم سازگاری آنها با بسیاری از حق‌هایی که در صدد حمایت از آنهاست، و چه به دلیل عدم کارایی نهایی آنها در محدود کردن قدرت مستقر، در هر حال این مسئله باعث تضعیف نقدهای وارد بر دموکراسی‌های انتخابات - محور، نیست. بلکه فقط موجب تردید در راه‌حل‌های پیشنهادی می‌شود. بنابراین، یکی از اهداف حقوق بشری مناسب، می‌تواند این باشد که ببینیم آیا نقص‌های دموکراسی را می‌توان با سازوکارهایی جبران کرد که برای قوانین حقوق بشری گونه‌ای اولویت بنیادی قائل‌اند؛ قوانینی که در برابر نقدهای مطرح علیه جنبه‌های غیردموکراتیک منشورهای حقوق، قرار نمی‌گیرند.

این مسئله ما را به مسائل مربوط به قانون اساسی که در مقدمه این مقاله مورد اشاره قرار گرفت، بازمی‌گرداند؛ یعنی این ایده که قوانین حقوق بشری بر قوانین عادی حاکم‌اند و در تفسیر آنها نقش ایفا می‌کنند. شاید قوانین حقوق بشری به روش‌هایی مشخص، تصویب یا

حمایت می‌شوند که به آنها موقعیتی مستحکم می‌بخشد، بدون آنکه مانع تحول مترقیانه آنها شود.

۲ قانون برتر^۱

این پیشنهاد که نوع خاصی از قانون‌گذاری، یعنی تقنین حقوق بشر، موقعیتی خاص یا موقعیتی شبه-قانون اساسی دارد، تا حدودی یادآور ایده «قانون برتر» است که از سوی اسکریج و فیرجان (Eskridge and Ferejohn, 2001) مطرح شده است.

بر اساس نظر اسکریج و فیرجان: «الف) قانون برتر عبارت است از قانون یا مجموعه‌ای از قوانین که: ۱. در پی ایجاد یک چارچوب جدید هنجاری یا نهادی برای سیاست دولت است تا ۲. رفته‌رفته در فرهنگ عمومی نفوذ کند؛ به گونه‌ای که ۳. این مصوبه و اصول نهادی هنجاری آن بر قوانین عادی تأثیر گسترده‌ای داشته باشد، تأثیری فراتر از مرزهای متن قانون برتر. قوانین برتر، نوعاً پس از مذاکرات هنجاری طولانی در مورد یک مشکل پیچیده اجتماعی یا سیاسی به تصویب می‌رسند. اما قانون عادی فقط با مذاکرات سخت و طولانی به قانون برتر، تبدیل نمی‌شود. مصوبه حاصل همچنین باید در طول زمان، یک راه‌حل قوی، یک معیار یا یک هنجار ارائه دهد، چنان که انتقادهای اولیه‌ای که بر آنها وارد شده، از درجه اعتبار ساقط و سیاست‌ها و اصول مربوط به آن در فرهنگ عمومی، بدیهی تلقی شود» (Eskridge and Ferejohn, 2001, p. 1215).

مواردی که اسکریج و فیرجان ارائه کرده‌اند عبارت‌اند از: «قانون ضد تراست شرمن ۱۸۹۰»،^۲ «قانون حق‌های مدنی ۱۹۶۴»^۳ و «قانون گونه‌های در خطر ۱۹۷۳».^۴ هریک از این قوانین، به شیوه خاص خود «در حوزه «قوانین بنیادین» قرار می‌گیرد، اصولی بنیادین که مردم

۱. "Super-statute"؛ قانونی که از قانون عادی برتر، ولی از قانون اساسی پایین‌تر است. شاید همان که به قانون ارگانیک مشهور است، قانون بنیادین، یا چیزی شبیه به آنها - م.

2. Sherman Antitrust Act of 1890

3. The Civil Rights Act of 1964

4. Endangered Species Act of 1973

فرض را بر این می‌گذارند که حقوق و تکالیف آنان بر پایه این اصول معین می‌شود و مفسرین براساس آنها، قوانین عادی را تفسیر می‌کنند». امروزه ممکن است این‌گونه قوانین را «شبه - قانون اساسی» به‌شمار آورند که همانند قانون اساسی، بنیادی بوده و بر دیگر قوانین حاکم‌اند؛ اما بسیار موقتی‌تر از قانون اساسی و قابل‌نسخ یا جایگزین شدن از سوی قانون‌گذار یا قضاات و مقامات اجرایی است (Eskridge and Ferejohn, 2001, pp. 1216-1217).

ایده قانون برتر از برخی جهات برای نظریه‌من در مورد تقنین حقوق بشر، مدل خوبی است. قانون برتر در نظام حقوق اساسی، نسبت به قوانین عادی و روزمره موقعیت بالاتری دارد که تغییر آنها را دشوار می‌کند و در تفسیر قوانین عادی به‌کار بسته می‌شود. به‌طور خاص، این جنبه که قوانین بعدی نمی‌توانند قانون برتر را نقض کنند، مگر اینکه در آنها به‌صراحت به این تغییر اشاره شود، همان جنبه محوری‌ای است که من برای تقنین حقوق بشر قائل هستم.^۱ قانون حقوق بشری، همانند قانون برتر، به‌صورت ضمنی قابل‌نقض و ابطال نیست.

اما از سایر جهات، قانون برتر با تقنین حقوق بشر متفاوت است. موقعیت خاص قانون برتر، برآمده از حمایت‌های سیاسی گسترده‌ای است که در طول زمان فراهم شده است.^۲ قوانین حقوق بشری، به‌دلیل تصویب رسمی (وضع قانون) به جایگاه خویش دست می‌یابند. بی‌شک، خوب است این قوانین نیز از حمایت گسترده و باثباتی برخوردار شوند؛ اما قانونی که برای مثال در حمایت از اقلیت‌ها طراحی شده، ممکن است از نظر حقوقی موقعیت قانون حقوق بشری را داشته باشد، اما بدون حمایت‌های سیاسی گسترده و عمیق از آن نوع که در تعریف قانون برتر می‌گنجد.

۱. دادگاه بارها حکم صادر کرده است که «نسخ قوانین ضد تراس است به‌صورت ضمنی به‌وسیله یک قانون موضوعه کاملاً بی‌اعتبار است و تنها در موارد مغایرت میان قوانین ضد تراس و مقررات موضوعه مشاهده شده است». به نقل از پرونده ایالات متحده علیه بانک ملی فیلادلفیا، ۳۷۴، ۳۵۰، ۳۲۱، ۵۱ (۱۹۶۲).

(US. Eskridge and Ferejohn, 2001, p. 1235)

۲. «این موضوع در فرهنگ عمومی پذیرفته شده است و آن را نه می‌توان الزامی کرد و نه از روش دیگری تحصیل نمود. تنها راه موجود، استفاده از روش آزمون و خطاست که اگر با موفقیت توأم باشد، زمینه‌های مورد نیاز خود را ایجاد خواهد کرد» (Eskridge and Ferejohn, 2001, p. 1230).

این گونه هم نیست که تصویب قوانین حقوق بشری، همیشه نمایانگر تغییر بزرگی در سیاست‌ها و هنجارهای ملی باشد.^۱ در واقع، تقنین‌های بیشتری از این گونه ممکن است به‌منظور پیرایش و یکدست کردن حمایت‌های موجود از حقوق بشر در نظام حقوق عرفی وجود داشته باشد. بنابراین هیچ تغییر پارادایمی یا کلی از تقنین حقوق بشر، مورد انتظار نیست.

مطابق نظریه اسکریچ و فیرجان، یکی از ویژگی‌های قانون برتر، تفسیر لیبرالی آنها براساس برداشتی مترقیانه از اصول مبنایی و اهداف‌شان است؛ مانند تجارت آزاد، برابری نژادی یا حمایت از گونه‌های در حال انقراض. از این رو، گفته می‌شود «قوه قضائیه پس از دوران بازسازی»، «قانون حقوق مدنی ۱۸۶۶»، «را به‌طور مضیق تفسیر کرده است تا به اجماع سیاسی در مورد تبعیض و جداسازی نژادی خدشه‌ای وارد نکند» و فقط هنگامی به یک قانون برتر تبدیل شده است که «جنبش حقوق مدنی دوران پس از جنگ دوم جهانی، این علاقه را احیا کرده و دادگاه وارن^۲ با تفسیرهای لیبرال خود در دهه ۱۹۶۰، حیات تازه‌ای در آن دمیده است» (Eskridge and Ferejohn, 2001, pp. 1225-1226). «قرائت (به‌اصطلاح) پویا»^۳ در واقع ویژگی عمومی بسیاری از رویکردهای قضایی به منشورهای حقوق بشر است، که البته با مبنای دمکراتیک تقنین حقوق بشر در تضاد قرار می‌گیرد که طی آن مجالس قانون‌گذاری در پی تعیین دقیق و صریح حوزه و محدوده حق‌ها هستند.

این به معنای آن نیست که قوانین حقوق بشری باید به‌نحو مضیق تفسیر شوند، (Eskridge and Ferejohn, 2001, p.1226) یا اینکه، اگر قضات برای توسل به استدلال‌ات گسترده قضایی دلیل خوبی دارند، نباید به اصول موجود قانون‌گذاری یا اصول

۱. «اولین ضابطه ما برای قانون برتر این است که آنها ماهیتاً جایگزین‌های مناسبی هستند و می‌توانند برای قوانین موضوعه بعدی به‌صورت اصل یا سیاست‌گذاری، پایه و اساس مناسبی محسوب شوند» (Eskridge and Ferejohn, 2001, p. 1230).

2. Warren Court

۳. در اینجا این عبارت برای مشخص کردن روش‌های سودمند، قابل توسعه، رو به پیشرفت و لیبرال تفسیر قضایی به‌کار رفته است: «قانون برتر باید به صورتی کاملاً لیبرال و به روش‌های مشخص حقوق عرفی تشکیل شده باشد؛ اما در پرتو اهداف تعریف شده برای اصول بنیادی و سایر قوانین موضوعه» (Eskridge and Ferejohn, 2001, p. 1247).

مأخوذ از حقوق عرفی متوسل شوند. وقتی خلأ قانونی وجود دارد، برای کنار نهادن اصول مندرج در تقنین از قلمرو استدلالات قضایی مرتبط، دلیلی وجود ندارد. البته این وظیفه تقنین حقوق بشر نیست که مبنایی برای ابتکارات جدید قضایی فراهم کند؛ بلکه باید ادامه راه منشور حقوق بشر دنبال شود.^۱ ویژگی تقنین حقوق بشر صرفاً بیان اصول کلی به منظور فراهم آوردن زمینه تقنین قضایی نیست. اصول مورد نظر در تقنین حقوق بشر، اصولی هستند که چارچوبی برای تفسیر این قوانین فراهم می کنند؛ نه اینکه مبنای تفویض قانون گذاری به دادگاه باشند. به طور کلی تقنین خوب نه تنها باید به تبیین اهداف کلی پردازد؛ بلکه باید مشخص کند این اهداف چگونه و در چه موردی باید به دست آیند. این امر با ارائه قواعدی میسر می شود که ویژگی ها و مشخصات امر درست مورد نظر قانون گذار را ترسیم می کند. اولویت تقنین حقوق بشر با متقدم دانستن این مقررات در هنگام تزامم با سایر مصوبات یا آرای حقوق عرفی، عملی می شود.

سه موضوع دیگر باقی مانده است که حل آنها، استراتژی حمایت از حق های بشری را به وسیله تقنین حقوق بشر ممکن می سازد: ۱. آیا می توان تقنین حقوق بشر را از تقنین عادی متمایز کرد؟ ۲. آیا امکان فرو کاستن حقوق بشر به مقررات خاصی وجود دارد که بدون توسل به قضاوت های مناقشه آمیز اخلاقی و غیر اخلاقی قابل اجرا باشند؟ ۳. آیا اعطای جایگاه ویژه به تقنین حقوق بشر بدون ایجاد مخالفت های مبتنی بر «ضد دمکراتیک» بودن این تقنین، ممکن است؟

۳ آیا می توان تقنین حقوق بشر را از تقنین عادی متمایز کرد؟

به سادگی می توان تقنین حقوق بشر را با قید اولویت هایی در قانون اساسی، متمایز ساخت.

۱. مؤلفان، قانون حقوق بشر بریتانیا، مصوب ۱۹۹۸ را به عنوان مثالی برای قانون برتر بیان کرده اند که دارای جایگاه شبه - قانون اساسی است و متذکر شده اند: «فرضیه های قضایی مانند قوانین موضوعه باید به صورتی کاملاً لیبرال و بی طرف تفسیر شوند» (Eskridge and Ferejohn, 2001, p. 1265).

اما این امر مشخص کننده این نیست که کدام تقنین باید از این اولویت برخوردار شود. این کار را می‌توان به سادگی به روش زیر انجام داد:

قوانین حقوق بشری، قوانینی هستند که برای ایجاد و به‌طور مشخص اجرای تعهدات بین‌المللی برآمده از معاهدات حقوق بشری بین‌المللی، تدوین و تصویب می‌شوند. به این ترتیب، تقنین حقوق بشر از خلال خاستگاه‌های آن در حقوق بین‌الملل معین می‌شود. در این باره یک نمونه خوب استرالیایی با عنوان قانون تبعیض نژادی وجود دارد. این قانون در ایالت‌های متعدد در راستای اجرای میثاق منع کلیه اشکال تبعیض نژادی^۱ به تصویب رسیده است.

این رویکرد، به‌رغم سادگی، قادر نیست تقنین حقوق بشر را به نحوی جامع و مانع مشخص کند. این طور نیست که هر یک از مواد اعلامیه جهانی حقوق بشر^۲ یا دو میثاق حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، خود به معاهده تبدیل شده و بسیاری از کنوانسیون‌های دیگر مانند کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان، به‌منظور تکمیل یا تفسیر و تبیین آنها تدوین شده باشند.

اما، اگر با دیدی موسع، هر قانون موضوعه‌ای را که در صدد تقویت اهداف حقوق بشری مندرج در اعلامیه حقوق بشر است، تقنین حقوق بشر محسوب کنیم، در این صورت بالقوه، تمام مقررات موضوعه مربوط به حمایت از حیات، تمامیت جسمانی، اموال و رفاه پایه‌ای را در موضوع وارد کرده‌ایم. با این دید، تقریباً هر قانونی، دست‌کم به‌طور جزئی، در حوزه تقنین حقوق بشر قرار خواهد گرفت (Kinley, 1998). قطعاً هر دولتی که به اصول مندرج در اعلامیه حقوق بشر احترام می‌گذارد، می‌تواند مقررات پایه‌ای قوانین کیفری خود را بخشی از تقنین حقوق بشر به‌شمار آورد. حق حیات، دست‌کم مستلزم منع مجازات قتل است و در یک قرائت موسع از اعلامیه حقوق بشر، می‌توان حقوق کیفری را اجرای گسترده حق‌های بشری به صورتی خاص و با حمایت بهتر دانست. چنین رویکردی را می‌توان در هر یک از حوزه‌های حقوق اتخاذ کرد و مرز میان حقوق بشر و قوانین عادی

1. Covenant Against All Forms of Racial Discrimination

2. UDHR

را بی‌اثر ساخت؛ به‌ویژه اگر برای حق‌های اجتماعی و اقتصادی و سایر حق‌های مدنی و سیاسی که به‌طور سنتی و کلی اولویت یافته‌اند، جایگاهی برابر قائل شویم.

علاوه‌بر در نظر گرفتن تمام مقررات یک قانون در محدوده تقنین حقوق بشر، می‌توان بخش یا مواد خاصی از یک قانون را که بیشتر در ارتباط با موضوعات حقوق بشری هستند، مشخص کرد و به‌این ترتیب، جایگاه خاص آن را به‌عنوان بخشی از تقنین حقوق بشر، نشان داد. بنابراین، در مورد قانون جزا، می‌توان بخشی از مواد آن را که مربوط به اقتضائات عدالت رویه‌ای مندرج در میثاق حقوق مدنی و سیاسی است، مانند حداقل تأمین برای متهمین - که در بند «۳» ماده (۱۴) به‌عنوان بخشی از حق برخورداری از دادرسی منصفانه فهرست شده است - بخشی از تقنین حقوق بشر دانست.

درواقع این‌گونه گزینش و انتخاب‌ها، پیچیده و مناقشه‌آمیز است و فقط در صورتی ارزشمند است که منافع آن مشخص و مهم باشد. این به معنای آن است که عاقلانه‌ترین راه، عقب‌نشینی به موضعی اثبات‌گرایانه است که فرایند گزینش را بر آن دسته از توافقات بین‌المللی دولت مبتنی می‌سازد که بی‌تردید به حقوق بشر مربوط می‌شوند. این به معنای پذیرش تمام منابع حقوقی بین‌المللی، مانند رویه‌های ناشی از اجرای منشورهای حقوق بشری در کشورهای مختلف، به‌عنوان معیار تعیین‌کننده حقوق بشر نیست. البته می‌توان از این منابع در گزینش اخلاقی و سیاسی قوانین حقوق بشری - که مبتنی بر معاهدات نیستند - بهره برد.

همچنین پذیرش اقتدار بیرونی معاهدات حقوقی بشری بین‌المللی یا دیدگاه‌های قضایی در مورد اینکه مصادیق حقوق بشر چیست و چگونه باید در تقنین حقوق بشر مورد توجه قرار گیرد، آشکارا ناکافی به‌نظر می‌رسد. محتوا و مرزهای حقوق بشر سؤالاتی ماهیتاً اخلاقی و سیاسی‌اند که در مورد آنها اختلاف‌های عقلانی وجود دارد. اختلاف‌هایی که براساس اصول حقوق بشر، باید در یک فرایند دمکراتیک حل و فصل شوند. هر قلمرو سیاسی (کشور) باید برای خود مشخص کند که چه چیزی را حق بشری به‌شمار می‌آورد و به‌شمار آوردن چیزی در عداد مسائل حقوق بشری، به چه معناست. این امر جزئی از ایده تقنین حقوق بشر، به‌جای

منشور حقوق بشر است که به کشورهای مستقل امکان می‌دهد محتوای قابل اجرا در این باره را با استفاده از فرایندهای تأملی دموکراتیک تعیین کنند. این واقعیت که «ممکن است اختلافات معقولی در مورد اینکه چه چیزی باید به عنوان یک حق بشری شناخته شود وجود داشته باشد»، مانع از این نمی‌شود که جوامع سیاسی برای خود نسبت به این مسائل دیدگاهی دست و پا کنند و به مرور آن را تغییر دهند؛ یا قوانینی شفاف در مورد اینکه چه چیزی تقنین حقوق بشر محسوب می‌شود و چه چیزی محسوب نمی‌شود، وضع نکنند. پذیرش مسئولیت‌های حقوق بشری دولت‌های ملی، مانع از تعیین خارجی مصادیق حقوق بشر نیست.

۴ آیا امکان فروکاستن حقوق بشر به مقررات خاصی که بدون توسل به

قضایات‌های مناقشه‌آمیز اخلاقی و غیر اخلاقی قابل اجرا باشند وجود دارد؟

اگر حقوق بشر به معنای حمایت از منافع بنیادینی باشد که باید در همه کشورها از اولویت برخوردار باشند، در این صورت به نظر می‌رسد این حمایت، حمایتی ارزشی است. این امر برای مفهوم تقنین حقوق بشر مشکلاتی به وجود می‌آورد که عمدتاً عبارت‌اند از: ۱. جایگاه اخلاقی حقوق بشر؛ ۲. صورت‌بندی انتزاعی بسیاری از ادعاهای حقوق بشری؛ ۳. فقدان تعیین حقوق بشر در رابطه با وظایف متلازمی که از گفتمان حقوق بشر ناشی می‌شود (Campbell, 1996).

۴-۱ جایگاه اخلاقی حقوق بشر

در مورد جایگاه اخلاقی حقوق بشر، می‌توان گفت این حقوق تصدیقاتی اخلاقی‌اند که نمی‌توان آنها را در قالب مقررات مشخص و شفافی گرد آورد؛ به‌ویژه زمانی که بخواهیم آنها را بدون داوری اخلاقی نسبت به محتوایشان اجرا کنیم. برای نمونه، حق داشتن زندگی شرافتمندانه، دربردارنده شرط اخلاقی «شرافتمندانه بودن» است که در عمل شرطی مبهم بوده و به داوری در مورد عناصر تشکیل‌دهنده زندگی — که از نظر اخلاقی برای انسان‌ها در

اقتصادهای مختلف پذیرفتنی باشد - وابسته است. از این دیدگاه، موضوع تقنین حقوق بشر به طور کلی به بی‌راهه می‌رود. چرا که حقوق بشر، اصول کلی اخلاقی خواهد بود، نه مقررات واقعاً اجرا شدنی.

یک پاسخ به این ایراد این است که برخی از حق‌های بشری، محتوای دقیق و عملی یافته‌اند. از جمله مثال‌های روشن در این باره - که پیشتر به آن اشاره شد - لزوم عدم وجود مجازات اعدام است. ضرورت اعطای دو هفته مرخصی با حقوق، از دیگر مصادیق دقیق الزاماتی است که در اعلامیه حقوق بشر آمده است. با این حال، چنین تصریح دقیقی در حوزه حقوق بشر، معمول نیست و چنین مقرراتی در مورد لزوم وجود دو هفته مرخصی با حقوق، به شدت مورد انتقاد قرار گرفته است؛ دقیقاً به دلیل ویژگی خاص بودن که آنها را از جهان‌شمول بودن و در این مورد خاص از دارا بودن اهمیت یک اصل حقوق بشری، خارج می‌کند (Cranston, 1962, p. 42).

در هر حال، طرح چنین مثال‌های نقضی، بیانگر این است که مشکل جدی و مهمی در ارائه مصادیق دقیق حقوق بشر و بی‌طرفی اخلاقی در محتوای معیارها برای تعیین مصادیق حق‌ها، وجود ندارد. در مورد تعیین مصادیق مجازات اعدام، اختلاف بسیار اندک است و برای تعیین دقیق مصادیق فراغت در «حق بر فراغت»، وضوح و دقت کمی وجود دارد؛ اما در اینکه دو هفته مرخصی در سال در زمره این مصادیق قرار دارد، اختلافی نیست. به علاوه، توسعه حقوق بشر را پس از انتشار اعلامیه جهانی حقوق بشر، می‌توان به‌عنوان فرایند فزاینده تعیین دقیق مصادیق این حق‌ها به وسیله امضای اسناد بین‌المللی و گسترش رویه قضایی در نظر گرفت.

البته، تعیین مصادیق حقوق بشر در قالب دسته‌بندی‌هایی که از نظر اخلاقی بی‌طرف هستند، خود می‌تواند به‌عنوان قانونی‌سازی ناموجه حقوق بشر، مورد انتقاد قرار گیرد. به یقین، اگر حقوق بشر فقط در قالب قوانین موضوعه ارائه شود (حتی در قالب مقررات موضوعه حقوق بشری بین‌المللی) دلیلی برای مخالفت وجود دارد؛ به ویژه اگر این امر در جهت مجموعه قوانین خاص رفتاری، حرکت کند. همیشه این نیاز وجود دارد که حقوق

بشر به عنوان مبنایی اخلاقی برای نقد چنین قوانین موضوعهٔ مصداقی، مورد استفاده قرار گیرد تا نشان داده شود آن قوانین از معیارهای حقوق بشری دور شده‌اند.

حال در گفتمان حقوق بشر با معمایی مواجه می‌شویم. اگر دولت‌ها، اصول کلی حقوق بشر، مانند حق بر حیات یا حق بر برابری را در مقابل قانون بپذیرند، اما در عین حال به رغم وجود مجازات اعدام یا عدم ارائه معاضدت حقوقی به متهمین، منکر نقض آن حقوق شوند، در این صورت به نظر می‌رسد بیان دقیق الزامات حقوق بشر، ضروری خواهد بود. بنابراین تعیین موارد دقیق و معین، لازم است. اما به نظر می‌رسد تعیین مصداق یک حق بشری با جزئیات خاص، مانند ارائه یک رژیم حقوقی خاص برای سقط جنین، نقش انتقادی گفتمان حقوق بشر را از میان ببرد.

می‌توان گفت راه حل موجود عبارت است از تصدیق ارزش‌های حقوق بشر، مانند ارزش برابر، احترام به اشخاص، کرامت انسانی و خودآیینی (و شاید ارائه آنها در یک منشور حقوق بشر دمکراتیک - که دادگاه‌ها حق تغییر آنها را نداشته باشند - در ترکیب با تعیین اقتضائات این ارزش‌ها در شرایط واقعی جوامعی که در آنها اجرا می‌شوند، در عین بازنگری و توسعه مستمر این اقتضائات). این امر مستلزم ایجاد احکام و مقررات حقوق بشری است؛ مقرراتی که در توجیه‌پذیری براساس ارزش‌های حقوق بشر، مشترک‌اند. همچنین این امر حاکی از آن است که حقوق بشر مستلزم حمایت از برخی منافع در قالب قانون و فراقانون است، با قید اینکه قانون فقط یکی از راهکارهای حمایت و گسترش این حق‌هاست. همین راهکارها، و نه حق‌های بشری است که باید به عنوان تقنین حقوق بشر مورد توجه و شناسایی قرار گیرد. هم‌زمان، مبنای پایه تمام گفتمان حقوق بشر، همچنان مجموعه‌ای از ارزش‌های سیاسی و اخلاقی است.

این رویکرد در بردارندهٔ مزیت‌های بسیاری است؛ اول اینکه، گفتمان حق، مبنای نقد تمام قوانین، از جمله قانون اساسی است. دوم اینکه، رویکرد پیش گفته یکی از مشکلات قدیمی مفهوم حقوق بشر (یعنی جهان‌شمولی ادعایی این حق‌ها در برابر تفاوت‌های آشکار

میان نظام‌های فرهنگی و اجتماعی) را تا حدی حل می‌کند. این راه‌حل به این صورت است که ارزش‌های حقوق بشری، جهان‌شمول‌اند، اما مقررات حقوق بشری، متناسب با نوع جامعه (یعنی متناسب با نظام اقتصادی و وضعیت عام‌تر اجتماعی) وضع می‌شوند.

به‌هرحال، مسلم است که محتوای گفتمان حقوق بشر، از جهان‌شمولی ارزش‌ها فراتر می‌رود و دست‌کم برای برخی از مقررات حقوق بشر نیز مدعی جهان‌شمولی است. حق بر حیات، به‌یقین مستلزم ممنوعیت عام قتل است. بی‌تردید، ارزش برابر، مستلزم ممنوعیت عام اتخاذ معیارهای تبعیض نژادی در قوانین موضوعه است. احترام به اشخاص، در تضاد آشکار با انکار آزادی بیان است. کرامت انسانی، مستلزم غیرقانونی اعلام کردن هر نوع برده‌داری است. خودآیینی، از برخی حق‌های دمکراتیک خاص در رابطه با آزادی اجتماعات و اجازه شرکت در انتخابات، جداشدنی است.

اینکه در مورد احکام و مقررات حقوق بشری، اتفاق نظر وجود ندارد و همچنین به همان اندازه، اینکه گفتمان حقوق بشر به دنبال فراتر رفتن از ادعاهای انتزاعی در مورد ارزش‌ها و عینیت بخشیدن به آنها در شرایط خاص اقتصادی و سیاسی در تمام جوامع است، غیرقابل انکار است. نقش اخلاقی حقوق بشر، حمایت اخلاقی از تقاضاهای مقاومت‌ناپذیر برای حمایت دقیق از منافع بنیادین انسانی است. الزام به پیروی از مقررات خاص که بتوان در عالم واقع آن را مشخص ساخت، بخش اساسی برنامه حقوق بشر است. بنابراین هر فردی حق دارد تقنین حقوق بشر را انتظار داشته باشد. اما حتی این موضع قوی مستلزم این نیست که قانون حق‌های بشری را تعیین می‌کند.

۲-۴ انتزاعی بودن حقوق بشر

با توجه به مسئله دوم، در مورد فروکاستن حقوق بشر به مجموعه‌ای از مقررات، چرا باید به‌نظر برسد حقوق بشر اساساً انتزاعی است؟

این فرض، به همراه این ادعا که حق‌های بشری، امور انتزاعی اخلاقی‌اند، تا حدی

ناشی از خاستگاه حقوق طبیعی حقوق بشر است که در اعلامیه‌های صادر شده در جنبش‌های انقلابی بیان می‌شد تا با اقتدار سیاسی حاکم مقابله کند یا آن را براندازد. از آنجا که حقوق بشر همچنان دارای این نقش است، بنابراین برای تمرکز بر ادعاهای اخلاقی انتزاعی دلیلی وجود دارد، اگرچه این ادعاها نیز ممکن است با تقاضاهایی معین، از جمله «مالیات فقط از طریق نمایندگان مردم»، ترکیب شود. در هر حال، اصرار بر این فرض که اساس حقوق بشر ادعاهای اخلاقی انتزاعی است، این باور را تقویت می‌کند که کارکرد اصلی حقوق بشر، مسلح کردن دادگاه‌ها با اصولی اخلاقی برای اصلاح آن گروه از قوانین است که از نظر آنها در تعارض با این ارزش‌ها قرار دارند. از این رو اغلب فرض می‌شود که به منشورهای حقوق بشری‌ای نیازمندیم که ادعاهای کلی ارزشی را دربرمی‌گیرند و حقوق بشر را با هیچ‌یک از مقررات قانونی خاص، یکسان نمی‌دانند.

با کنار گذاشتن این فرض است که راه برای صورت‌بندی دقیق‌تر حق‌های بشری به‌عنوان بخشی از اقدامات لازم برای حمایت از آنها، باز می‌شود. با وجود این، یکسان دانستن حقوق بشر با این صورت‌بندی‌های دقیق، خطرناک است؛ زیرا از گفتمان حقوق بشر برای نقد قوانین موجود و در حال تصویب، استفاده می‌شود و این به معنای آن است که باید دائماً رابطه‌ای دیالکتیک میان ارزش‌های انتزاعی حقوق بشر و موارد دقیق آنها – که در رابطه با اوضاع و احوال خاص معین شده‌اند – برقرار کرد.

۳-۴ وظایف متلازم باز^۱

سومین دلیل مطرح شده برای اینکه چرا احکام و مقررات حقوق بشری را نمی‌توان در بردارنده همه حق‌های بشر دانست، باز بودن راه برای کشف یا تحمیل تکالیف جدید متلازم با حق‌هاست. حال به جنبه‌ای از هنجارهای حقوقی برخورد می‌کنیم که در هر

دو حوزه قوانین موضوعه و حقوق عرفی، ساری و جاری است. حقوق عرفی انگلو - آمریکایی، نظامی است که بر جبران خسارت و اسباب اقامه دعوی تأکید دارد. بنابراین حق‌های قانونی به تکالیف قانونی پیشین وابسته‌اند. تکالیفی که نادیده گرفتن یا نقض آنها، برابر با خطایی است که براساس آن از نظر قانونی، می‌توان مدعی جبران خسارت یا در صورت ارتکاب جرم، مدعی مجازات شد.

در مقابل، چیزی که به‌عنوان اخلاق حق - محور شناخته می‌شود، از یک ادعای بنیادین، مبنی بر اینکه افراد یا اشخاص واجد مجموعه‌ای از حقوق هستند، آغاز می‌شود. یعنی آنها منافی دارند که مورد حمایت قانون است یا باید مورد حمایت قانون باشد (در مورد حق‌های قانونی). بر این پایه، این مسئله که چه کسی مکلف است یا اینکه دقیقاً چه تکالیفی ممکن است به دنبال آن مطرح شود که برای حمایت و گسترش آن حق‌ها لازم است، باز و نامتعیین می‌ماند (MacCormick, 1977).

در مورد حقوق بشر، معمولاً دولت‌ها را حاملان اصلی تکالیف حقوق بشری می‌دانند. تکالیفی که متلازم با حقوق بشر هستند. البته وجود فرض قوی دیگری بیانگر این است که چنین تکالیفی بر عهده تمام افراد و گروه‌های انسانی نیز قرار دارد. باوجود این، فرض می‌شود که دولت‌ها تکالیف اصلی مراقبت از رعایت تکالیف جهان‌شمول حقوق بشری را، به فرض وجود، بر دوش دارند. اکنون، لازم است این تکالیف با تعهدات فعالان غیردولتی، مانند شرکت‌های چندملیتی، تکمیل شود. حتی در جایی که حاملان حقوق نسبتاً به‌طور کامل مشخص هستند، چیز زیادی در مورد طبیعت و محدوده تکالیف متلازم با آن حقوق وجود ندارد. بنابراین، حکومت‌ها ممکن است بپذیرند که در رابطه با حق بر توسعه تکالیفی دارند، اما دیدگاه‌های آنها در مورد اینکه این تکالیف مثبت‌اند یا منفی و اینکه اصلاً این تکالیف چه چیزهایی می‌توانند باشند، بسیار متفاوت است. منطق رویکرد حق - محور این است که حقی پایه‌گذاری می‌شود، سپس به دنبال این می‌رویم که چگونه اعمال آن را تأمین و تضمین کنیم.

بر اساس این دیدگاه، تقنین حقوق بشر می‌تواند در پی تعیین حق‌های خاصی باشد، که همان حق بر موارد و شرایط خاص است؛ اما در مورد اینکه تکالیف متلازم با آن حق‌ها کدام‌اند، مسئله را باز می‌گذارد. حال، از آنجا که بر اساس هنجارهای «تقنین خوب»، تقنین حقوق بشر به دلیل عدم ارائه مبنایی برای تنظیم تعاملات انسانی به روشی پیش‌بینی‌پذیر، ناقص است، بنابراین چه بسا گفته شود که در ایده تقنین حقوق بشر، ناسازگاری وجود دارد.

این ادعا را می‌توان با این استدلال رد کرد که در مسیر توسعه حقوق بشر، از این مرحله تاریخی عبور کرده‌ایم و دریافته‌ایم که حمایت‌های مؤثر از حقوق بشر به تعیین تکالیف متلازم به نحوی وابسته است که حمایت از منافع مورد نظر را تضمین کند. اگر حقوق بشر باید چیزی بیش از شعارهای دلخوش‌کننده باشد، پس مصادیق آن را باید با قانون مشخص کرد و در مورد تکالیف متلازم نیز باید صریح بود؛ به‌ویژه با توجه به این نکته که حکومت‌ها تنها نقض‌کنندگان حقوق بشر نیستند. هر مقاومتی در برابر این پیشرفت را می‌توان میل به احاله تصمیم‌گیری در مورد این تکالیف به قوه قضائیه دانست.

باین حال، می‌توان تا حدی از ایده رویکرد حق - تکالیف‌های آزاد به اخلاق و حقوق، دفاع کرد؛ با پذیرش این نکته که می‌توان مفهوم حق را به صورتی مفید برای تعیین منافع اصلی استفاده کرد که با تکالیف گوناگون، اما مشخص حمایت می‌شوند. به‌علاوه، انتظار می‌رود که محتوای این تکالیف باید به‌طور مداوم قابل تجدیدنظر باشد؛ چرا که آن منافع ممکن است از راه‌های جدید مورد تهدید قرار گرفته یا روش‌های جدید جبران خسارت در دسترس قرار گیرند. اما این مسئله فقط در مورد تجدیدنظرهای دائمی و پایدار از تقنین حقوق بشر قابل اعمال است؛ به‌ویژه در رابطه با جایگاه و سایر جزئیات مربوط به تکالیف متلازم که در این معنا مستلزم رد مفهوم تقنین حقوق بشر نیست. در حقیقت، این موضوع باعث تقویت و توسعه تقنین حقوق بشر می‌شود تا بتوان مشخص کرد در اوضاع و احوال خاص، چه کسی تعهدات متلازم را بر عهده دارد.

۵ آیا اعطای جایگاه ویژه به تقنین حقوق بشر بدون ایجاد مخالفت‌های مبتنی بر «ضد دمکراتیک» بودن این تقنین، ممکن است؟

سومین مشکلی که گذار به پذیرش ایده تقنین حقوق بشر را دشوار می‌کند این است که هر جایگاه خاصی که به چنین شیوه تقنینی اعطا شود، تضعیف دمکراسی‌ای است که باید از آن حمایت کند. این به معنای آن است که این کار درست به‌اندازه منشور حقوق بشر قضایی، نقض حقوق بشر است. ترجیح تقنین حقوق بشر بر منشورهای حقوق بشر که دادگاه‌ها آن را اجرا می‌کنند، تا حدی بر ایده دمکراسی مؤثر بنا شده است. این امر فی‌نفسه، برای طرح پرسش در مورد ایده تقنین حقوق بشر، کافی است؛ چرا که بخش عمده گفتمان حقوق بشر بر انتقاد از دمکراسی مبتنی بوده، که شامل تخفیف ارزش قانون‌گذاری است؛ به این دلیل که براساس روابط و معاملات میان فعالان سیاسی در سیاست دمکراتیک شکل می‌گیرد.

مسئله یادشده یکی از عناوینی است که جرمی والدرون در کتاب نظریه حقوقی تقنین به آن می‌پردازد (Waldron, 2000). والدرون در پی بازسازی چیزی است که آن را «شأن قانون‌گذاری» می‌نامد؛ با این استدلال که نمایندگان منتخب در قوه مقننه صرفاً به این دلیل مستحق احترام‌اند که در نتیجه فرایندی انتخاب شده‌اند که در پی نهادینه کردن این باور است که نظر و عقیده هر فردی، از ارزشی برابر با دیگران برخوردار است و باید مورد احترام قرار گیرد. استدلال‌های رایج در دفاع از منشورهای حقوق بشر قضایی، به‌نحو نظام‌مندی باعث تضعیف دمکراسی می‌شود. درست با این استدلال که این منشورها برای حمایت از دمکراسی، الزامی است (Ely, 1980). از این‌رو، معیار دوگانه‌ای در برخورد با دمکراسی ارائه داده و هم‌زمان آن را ترفیع و تخفیف می‌دهند. همان‌گونه که والدرون معتقد است به‌راحتی می‌توان نشان داد، مدل‌هایی از دمکراسی وجود دارد که کاملاً از کاریکاتور اکثریت منفعت-محور متفاوت است؛ دیدگاهی که در منشور حقوق بشر قضایی مفروض انگاشته می‌شود (Campbell, 1998 and Waldron, 1999).

با وجود این، همان گونه که پیشتر گفته‌ام، لازم است از گرایش دموکراسی‌های موجود به چنین مدل‌های انحرافی‌ای ممانعت کنیم که در آنها افرادی که منافعشان با منافع اکثریت هم‌سو نیست و فقط به دلیل این تصادف ساده که در زمره اقلیت‌اند، منافعشان فرودست نشانده می‌شود. در اینجا مسئله این است که چگونه با این گرایش مقابله کنیم که امتیازات ویژه‌ای به اقلیت ندهیم، همان گونه که در منشورهای حقوق بشر قضایی این اتفاق رخ می‌دهد.

یکی از اجزای اصلی در راستای دموکراتیک‌تر کردن دموکراسی و حفظ آن به این صورت، پرورش فرهنگی است که در آن رأی دادن بر خیر عمومی و عدالت اجتماعی بی‌طرف مبتنی باشد، نه بر منافع شخصی افراد یا گروه‌های مختلف. این موضوع با استفاده از آراء به‌عنوان منبع اصلی قدرت، برای حمایت از پاره‌ای از منافع منافاتی ندارد. اما این منافع باید براساس اهمیت قابل توجه آنها انتخاب شوند و نه به دلیل اینکه به‌طور تصادفی منافع رأی‌دهندگان بوده‌اند. این فرهنگ را می‌توان به روش‌های مختلفی نهادینه کرد. برخی از این روش‌ها، بر حمایت از حق‌های مدنی و سیاسی مانند آزادی بیان و برخی دیگر بر حق‌های اجتماعی و اقتصادی مانند حق بر آموزش، مبتنی است.

ورای این پیش‌نیاز عام اجتماعی که برای یک دموکراسی کارآمد ضروری است، تمهیدات خاصی مبتنی بر قانون اساسی وجود دارد که می‌تواند به‌طور نهادی بر کسانی که به خیر عمومی توجه نمی‌کنند، فشار وارد آورد. این کار با هدایت برنامه‌ها و رویه‌های مربوط در جهت درست دموکراتیک، قابل انجام است. برخی از این تمهیدات، منشورهای حقوق بشر را تنها تا آن اندازه موجه می‌دانند که برای پابرجا ماندن شرایط دموکراتیک، مفیدند و در پاسخ به آن گروه از اعتراضات مبنی بر ضد دموکراتیک منشورهای حقوق بشر، راهکارهایی پیشنهاد و اتخاذ می‌شود که قوه مقننه را نسبت به حقوق بشر و کمتر به منافع جناحی، پاسخگو می‌سازد. همان گونه که دیدیم، این موارد شامل کمیسیون‌های بازبینی حقوق بشری و تعلق در اعمال قدرت مجالس دوم است.

منشورهای حقوق بشر دادگاه-محور، به‌طور کلی راه‌حلی بدتر از مشکل محسوب

می‌شوند. اما شاید بتوان گفت تمهیدات کمتر افراطی برای سست کردن گرایش اکثریت در اقدام براساس منافع نامشروع‌شان، در مجموع تمهیداتی ضد دمکراتیک نیستند؛ البته اگر به دمکراسی به‌عنوان مدلی از حکومت نگریسته شود که برای ابقای قدرت برابر سیاسی در یک نظام متعهد به عدالت و حقوق بشر، طراحی شده است. در این مدل، اگر قانون اساسی به اقلیت‌های آسیب‌پذیر قدرت می‌دهد تا بتوانند در تعیین برنامه‌ها، بحث و گفت‌وگوها و به تأخیر انداختن برخی مسائل که برخلاف منافع آنهاست نقش مؤثرتری ایفا کنند، نباید آن را نقص دمکراسی دانست. درحقیقت، چنین رویه‌هایی را می‌توان به‌عنوان راه‌های مؤثری برای تقویت منزلت قانون‌گذاری و احترام به حاکمیت قانون در نظر گرفت.

در اینجا شاید معیار اصلی این باشد که تا چه حد این تمهیدات به‌وسیله قانون اساسی یا عرف‌های حقوق عرفی تحمیل می‌شود - به‌گونه‌ای که فراتر از قدرت یک قوه مقننه دمکراتیک برای تغییر آن است - و اینکه تا چه حد براساس اراده و تصویب مقننه علیه خود تصویب شده‌اند. مسلم است که از نظر دمکراتیک، شق دوم ترجیح دارد، اگرچه ممکن است فقط در مواردی قابلیت اعمال داشته باشد که فرهنگ حقوق بشری وجود دارد. چالش اصلی، تقویت و توسعه این فرهنگ بدون تضعیف آن گروه از حق‌های بشری است که بر بنیاد ایده حقوق بشر دمکراتیک شهروندان بنا شده است. به این منظور، بهتر است به تقنین حقوق بشر، جایگاهی شبه - قانون اساسی اعطا کرد تا اینکه آنها را تابع قوه قضائیه قرار داد.

منابع و مأخذ

- Atkinson, R, 16 September 1999. "Are Anti-Discrimination Statutes a Model for a Bill of Rights?", Public Lecture-University of Queensland.
- Campbell, T, 1996. *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot.
- Campbell, T, 1998. "Legal Positivism and Deliberative Democracy", *Current Legal Problems*, Vol. 15.
- Cranston, M, 1962. *Human Rights Today*, Ampersand, London.
- Ely, J.H, 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Ma).
- Eskidge, W. N. and Ferejohn, J, 2001. "Super-statutes", *Duke Law Journal*, Vol. 50.
- Goldsworthy, J, 2004. "Parliamentary Sovereignty and Statutory Interpretation" in Bigwood, R., *The Statute: Making and Meaning*, LexisNexis, Wellington.
- Fuller, L. L, 1969. *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.
- Kinley, D, 1998. (ed.), *Human Rights in Australian Law*, Federation Press, Sydney.
- Laws, J. In *Thoburn v Sunderland City Council* 2002, 3 WLR 247 at 281.
- MacCormik, D.N, 1977. "Rights in Legislation" in P. Hacker and J Raz (eds) *Law, Morality and Society*, Clarendon, Oxford.
- Naffine, N., Owens, R. and Williams, J, 2001. (eds.), *Intention in Law and Philosophy*, Dartmouth, Aldershot.
- R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd (No 2)* 1991, 1AC 603.
- Tushnet, M, 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton.
- Waldron, J, 1999. *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford.
- Waldron, J, 2000. *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Wintgens, L. J, 2002. (ed.), *Legisprudence: a New Theoretical Approach to Legislation*, Hart, Oxford.