

نظریه‌ی اصولِ حقوقی

اومبرتو آویلا

ترجمه:

علی شجاعی

تهران

۱۳۹۷



سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)

پژوهشکده‌ی تحقیق و توسعه‌ی علوم انسانی

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	سخن مترجم
۶	سپاس‌گزاری
۸	پیش‌گفتار چاپ آلمان
۱۱	پیش‌گفتار چاپ برزیل
۱۵	فصل اول: ملاحظه‌های نخستین
۲۲	فصل دوم: هنجارها: اصول و قواعد
۲۲	۱-۲ تمایزهای نخستین
۲۲	۱-۱-۲ متن و هنجار
۲۴	۲-۱-۲ توصیف، ساختن و بازسازی
۲۸	۲-۲ مروری بر تحول تمایز اصول از قواعد
۳۵	۳-۲ معیارهای تمایز اصول از قواعد
۳۵	۱-۳-۲ جنبه‌ی فرضی-شرطی
۳۵	۱-۱-۳-۲ محتوا
۳۶	۲-۱-۳-۲ تحلیل انتقادی
۴۰	۲-۳-۲ قالب نهایی کاربرد
۴۰	۱-۲-۳-۲ محتوا
۴۱	۲-۲-۳-۲ تحلیل انتقادی
۵۰	۳-۳-۲ [حل] تعارض هنجارها
۵۰	۱-۳-۳-۲ محتوا
۵۱	۲-۳-۳-۲ تحلیل انتقادی
۶۶	۴-۲ پیش‌نهادی برای تمایز اصول از قواعد

صفحه	عنوان
۶۶	۱-۴-۲ بنیادها
۶۶	۱-۴-۲ توجیه تمایز
۶۷	۲-۱-۴-۲ تمایز انتزاعی
۷۲	۳-۱-۴-۲ تمایز آروینی
۷۳	۴-۱-۴-۲ تمایز بر مبنای روی کرد شمولی
۷۶	۲-۴-۲ معیارهای تمایز
۷۶	۱-۲-۴-۲ ماهیت رفتار توصیف شده
۷۹	۲-۲-۴-۲ ماهیت توجیه لازم
۸۳	۳-۲-۴-۲ میزان نقش آفرینی در تصمیم گیری
۸۶	۳-۴-۲ تعریف پیش نهادی برای قواعد و اصول
۹۳	۴-۴-۲ پیامدهای استفاده‌ی ناهماهنگ از تمایز گذاری کمینه‌ای میان قواعد و اصول
۹۷	۵-۴-۲ پیامدهای استفاده‌ی ناهماهنگ از تمایز گذاری بیشینه‌ای میان قواعد و اصول
۱۰۳	۶-۴-۲ رهنمودهایی برای تحلیل اصول
۱۰۷	۷-۴-۲ مثالی برای اصل اخلاقیّت
۱۱۰	۸-۴-۲ کارایی اصول
۱۱۰	۱-۸-۴-۲ کارایی درونی
۱۱۰	۱-۱-۸-۴-۲ محتوا
۱۱۱	۲-۱-۸-۴-۲ کارایی درونی مستقیم
۱۱۱	۳-۱-۸-۴-۲ کارایی درونی غیرمستقیم
۱۱۴	۲-۸-۴-۲ کارایی بیرونی
۱۱۴	۱-۲-۸-۴-۲ محتوا
۱۱۴	۲-۲-۸-۴-۲ کارایی بیرونی عینی
۱۱۸	۹-۴-۲ کارایی قواعد
۱۱۸	۱-۹-۴-۲ کارایی درونی
۱۱۸	۱-۱-۹-۴-۲ کارایی درونی مستقیم
۱۱۹	۲-۱-۹-۴-۲ کارایی درونی غیرمستقیم
۱۲۶	۲-۹-۴-۲ کارایی بیرونی
۱۲۶	۱-۲-۹-۴-۲ کارایی انتخابی
۱۲۶	۲-۲-۹-۴-۲ کارایی استدلال‌ورزانه
۱۳۲	۳-۹-۴-۲ العا پذیري قواعد

صفحه	عنوان
۱۳۲	۱-۳-۹-۴-۲ استدلال فرمان‌بری از قواعد
۱۳۵	۲-۳-۹-۴-۲ شرایط الغا پذیری
۱۴۳	فصل سوم: کلان‌هنجارها: بن‌انگاره‌های هنجارین
۱۴۳	۱-۳ مقدمه
۱۴۶	۲-۳ بن‌انگاره‌های تفسیرشناختی (یا هرمنوتیکی)
۱۴۶	۱-۲-۳ مرور
۱۴۷	۲-۲-۳ بن‌انگاره‌ی انسجام
۱۴۷	۱-۲-۲-۳ از پایگان (یا سلسله‌مراتب) تا انسجام
۱۵۵	۲-۲-۲-۳ انسجام ماهوی
۱۵۵	۱-۲-۲-۲-۳ توجیه بر مبنای پشتیبانی
۱۵۷	۲-۲-۲-۲-۳ توجیه دوسویه
۱۵۹	۳-۳ بن‌انگاره‌های کاربردی
۱۶۴	۴-۳ پیامدهای کاربرد ناهماهنگ‌هنجارها و کلان‌هنجارها
۱۶۷	۵-۳ رهنمودهایی برای تحلیل بن‌انگاره‌های هنجارین کاربردی
۱۷۰	۶-۳ انواع بن‌انگاره‌ها
۱۷۰	۱-۶-۳ جنبه‌های کلی
۱۷۱	۲-۶-۳ بن‌انگاره‌های نامشخص
۱۷۱	۱-۲-۶-۳ سنجش
۱۷۴	۲-۲-۶-۳ هم‌سازی عملی
۱۷۵	۳-۲-۶-۳ منع افراط
۱۸۰	۳-۶-۳ بن‌انگاره‌های مشخص
۱۸۰	۱-۳-۶-۳ برابری
۱۸۱	۲-۳-۶-۳ معقولیت
۱۸۱	۱-۲-۳-۶-۳ مرور
۱۸۳	۲-۲-۳-۶-۳ برداشت‌ها
۱۹۳	۳-۳-۶-۳ تناسب
۱۹۳	۱-۳-۳-۶-۳ مرور کلی
۱۹۵	۲-۳-۳-۶-۳ کاربردپذیری

صفحه	عنوان
۱۹۹	۳-۳-۳-۳ آزمون‌های ذاتی تناسب
۲۰۹	۳-۳-۳-۴ شدت نظارت قوه قضایی بر دیگر قوا
۲۱۲	۳-۳-۳-۷ پیامدهای نبود تمایز گذاری میان بن‌انگاره‌ها
۲۱۷	فصل چهارم: نتیجه‌گیری
۲۲۱	کتاب‌شناسی
۲۲۷	واژه‌نامه
۲۳۱	نمایه‌ی اسامی
۲۳۲	نمایه‌ی موضوعی

سخن مترجم

الف) درباره‌ی کتاب و جای‌گاه بحث

کتاب پیش‌رو بر یکی از موضوع‌های بحث‌انگیز در فلسفه‌ی حقوق، یعنی گونه‌شناسی هنجارهای حقوقی و تمایزگذاری میان آن‌ها، تمرکز دارد. نویسنده بحث را از همان آغاز به مسأله‌ی تفسیر حقوقی گره می‌زند و پیوندی ناگسستنی میان این دو مقوله برقرار می‌کند. به بیان دیگر، نویسنده مسأله‌ی تمایزگذاری میان هنجارهای حقوقی را در چارچوب فعالیت تفسیری می‌بیند و بیرون از تفسیر فقط متن یا مقرر را به رسمیت می‌شناسد. به گمان وی، این تفسیرکنندگان متن‌اند که هنجارها را از متن‌ها بیرون می‌کشند یا استنباط می‌کنند و هنجارزاده‌ی فعالیت تفسیری‌ست. به همین منظور، نویسنده بحث را با ارائه‌ی تعریفی از تفسیر، به‌ویژه با نگاهی ویتگنشتاینی و هایدگری، می‌آغازد و تفسیر را نه توصیف معنا بلکه ساختن و بازسازی معنا می‌داند.

نویسنده‌ی کتاب بحث تمایزگذاری میان هنجارهای حقوقی را کاری فقط در سطح نظری و بدون اثر عملی نمی‌داند و دو هدف برای این کار برمی‌شمرد. وی هدف نخست از این تمایزگذاری را پیش‌بینی ویژگی‌های هنجارهای حقوقی می‌داند تا از این گذر کار دادرسان در تفسیر و کاربرد قانون آسان‌تر شود. هدف دوم نیز از دیدگاه وی آن است که با ساختاربندی هنجارهای حقوقی می‌توان وظیفه‌ی دادرسان را در استدلال‌ورزی سبک‌تر کرد.

سنت غالب در فلسفه‌ی حقوق هنجارهای حقوقی را در دو دسته‌ی اصول و قواعد جا می‌دهد. این کتاب بحث خود را با مرور آراء اندیش‌مندانی هم‌چون اسیر، لارنر، کاناریس، دُورکین و آلکسی می‌آغازد. این مرور بر این مسأله دلالت دارد که در فلسفه‌ی حقوق تاکنون از سه معیار «جنبه‌ی فرضی-شرطی»، «قالب نهایی کاربرد» و

«روش [حل] تعارضِ هنجارها» برای جداسازیِ اصول از قواعد استفاده شده است. نویسنده، پس از مرور انتقادی این آراء و معیارهای یادشده، با آوردن مثال‌هایی به‌ویژه از حقوق عمومی و مالیاتی برزیل نشان می‌دهد که این معیارها با هر دو دسته هنجار، یعنی اصول و قواعد، سازگارند و نمی‌توانند متمایزکننده‌ی آنها از یک‌دیگر باشند. بر همین اساس، وی معیارهای دیگری را برای تمایزگذاری میان اصول و قواعد پیش‌نهاد می‌کند.

به باور نویسنده، اصول و قواعد را می‌توان بر مبنای سه معیار «چه‌گونگی توصیف رفتار»، «ماهیت توجیه لازم» و «میزان نقش‌آفرینی در تصمیم‌گیری» از یک‌دیگر بازشناخت. بر پایه‌ی معیار اول، قواعد به «توصیف بی‌واسطه‌ی رفتارها» در حالی که اصول به «تعیین بی‌واسطه‌ی هدف‌ها» می‌پردازند و بر همین اساس، قواعد را هنجارهای *باید/انجام* (یا هنجارهای *گذشته‌نگر*) و اصول را هنجارهای *باید‌بود* (یا هنجارهای *آینده‌نگر*) تعریف می‌کند. بر پایه‌ی معیار دوم، در قواعد باید «هم‌خوانی ساختار مفهومی امور واقع با ساختار مفهومی هنجار» در حالی که در اصول باید «هم‌بستگی هدف با رفتار لازم برای تحقق آن» ارزیابی شود. و بر پایه‌ی معیار سوم، نقش اصلی قواعد ارائه‌ی راه‌حل‌های قطعی و پایان‌دهنده‌اند، در حالی که نقش اصلی اصول تکمیل‌کنندگی دیگر دلیل‌هاست.

سرانجام، نویسنده، در سطحی فراتر از اصول و قواعد، دسته‌ی دیگری از هنجارهای حقوقی را به نام بن‌انگاره‌ها به این دو دسته می‌افزاید. وی زیر این عنوان به هنجارهایی هم‌چون انسجام، سنجش، هم‌سازی عملی، منع افراط، برابری، معقولیت و تناسب اشاره می‌کند. به باور این نویسنده، بر مبنای این بن‌انگاره‌هاست که دادرسان باید اصول و قواعد را به کار گیرند؛ یعنی، بن‌انگاره‌ها هنجارهایی روشی‌اند که چه‌گونگی کاربرد اصول و قواعد را برای دادرسان مشخص می‌کنند.

ب) درباره‌ی ترجمه

ترجمه، به‌مثابه‌ی برگرداندن یک متن به زبانی دیگر، در نخستین گام خود گونه‌ای

فعالیت تفسیری است. زیرا، مترجم در آغاز باید متن اصلی را معنا (یا تفسیر) کند تا سپس بتواند این معنا را در قالب زبانی دیگر هنرمندانه بازآفرینی کند. ترجمه هیچ گاه نمی تواند جای متن اصلی را بگیرد، بلکه می تواند به متن اصلی نزدیک تر یا دورتر باشد. بر همین اساس، تا جای ممکن ترجمه باید به طور مستقیم از متن اصلی صورت بگیرد. زیرا، وقتی متن اصلی به زبانی دیگر ترجمه می شود و سپس این متن دوم به زبان سوم برگردانده می شود، بخشی از معنا در این فرایندهای تفسیری از دست می رود. در این صورت، کار مترجم حساسیت دوچندان می یابد و باید نقش بیش تری برای بافتار قائل شود و اصطلاح ها و عبارت ها و جمله ها را در پرتو معنای کل کتاب معنا کند.

متن اصلی این کتاب به زبان پرتغالی است که به انگلیسی ترجمه شده و انتشارات اشپرینگر آن را چاپ کرده است. ترجمه ی پارسی از متن انگلیسی انجام شده است. دلیل انتخاب کتاب برای ترجمه از متن انگلیسی (با وجود آن که باور دارم ترجمه باید تا جای ممکن از زبان اصلی صورت گیرد) اهمیت محتوای کتاب است. به نظر مترجم، نویسنده ی این کتاب با اشراف بالایی که به بحث گونه شناسی هنجارهای حقوقی داشته است توانسته دیدگاه های موجود را به خوبی واکاوی و نقد کند و ایده ها و نکته سنجی های بسیاری در متن ارائه کرده است که می توانند برای علاقه مندان به پهنه ی فلسفه ی حقوق و حتا برای دادرسان و وکیلان بسیار سودمند باشند.

برای نزدیک تر کردن ترجمه ی پارسی به متن اصلی، مترجم کوشیده است تا واژگان و اصطلاح هایی را که مترجم انگلیسی به کار برده است در بافتار کل کتاب در نظر بگیرد. بر همین اساس، گاهی ممکن است برابرنهاده ای که برای برخی از واژگان و اصطلاح های انگلیسی به کار رفته است در نگاه نخست نادرست (یا نه چندان دقیق) به نظر برسد و فقط بر مبنای بافتار کلی کتاب و بحث توجیه پذیر باشد. البته، مترجم برای درک درست تر متن در موردهایی نظر نویسنده ی کتاب را با رایانامه جویا شد و در این موردها توضیح نویسنده برای مترجم بسیار راه گشا بود و اگر این توضیح نمی بود، ترجمه ی متن فقط بر اساس ترجمه ی انگلیسی به خطا می رفت.

برای مثال، در متن انگلیسی از دو دسته واژگان *weighing* و *balancing* و *outweighing* و *outbalancing* استفاده شده است. بر مبنای توضیح نویسنده در رایانامه، مترجم متوجه شد که هر دو دسته واژگان بسان دو روی یک سکه‌اند و به یک مطلب اشاره دارند. ولی، اگر قرار می‌بود فقط متن انگلیسی معیار قرار گیرد، هر دو واژه‌ی *outweighing* و *outbalancing* می‌بایست به «اهمیت بیش‌تر داشتن» یا «اعتبار بیش‌تر داشتن» ترجمه می‌شد که مشکل ماهوی در متن ایجاد کرده و متن را گرفتار تناقض می‌کرد.

ج) نسبت این کتاب با جامعه‌ی ایران

ترجمه نوعی فعالیت فرهنگی است و راه را بر گفت‌و‌شنود علمی با دیگر فرهنگ‌ها می‌گشاید و بر همین اساس به‌خودی‌خود فعالیتی میمون و مبارک است. به بیان دیگر، اصولاً هیچ ترجمه‌ای نیست که در بلندمدت دست‌آوردی نیکو برای جامعه نداشته باشد. ولی، با توجه به مشکلات موجود و کم‌بود منابع در جامعه‌ی ایران، مناسب‌تر آن است که مترجمان اولویت‌سنجی کنند و آثاری را برای ترجمه انتخاب کنند که بتوانند دست‌آورد مستقیمی برای جامعه داشته باشند.

این کتاب یک کتاب نظری صرف که فقط مطالبی را به اندوخته‌های حقوقی ما بیفزاید نیست، بلکه می‌تواند پیامدهایی عملی در حوزه‌ی تفسیر قانون (که یکی از فعالیت‌های بسیار مهم دادرسان، وکیلان، استادان و پژوهش‌گران حقوقی به‌طور کلی است) داشته باشد. ترجمه‌ی این کتاب به‌تنهایی برای فعال کردن اندیشه‌های بنیادین این کتاب در ذهن حقوق‌دانان ایرانی کافی نیست. به سخن دیگر، مترجم فراهم‌کننده‌ی خوراک فکری برای جامعه‌ی خود است و از آن پس وظیفه‌ی پژوهش‌گران آن حوزه است که بر مبنای این خوراک فکری برای جامعه‌ی خود ایده‌سازی کرده و راه‌حل ارائه کنند. در واقع، مترجم گشاینده‌ی مسیر است و میان دو فرهنگ پل می‌زند، ولی اثرگذاری کار مترجم در جامعه نیازمند درگیر شدن دست‌اندرکاران آن حوزه با متن ترجمه‌شده و کاربردی کردن آن متناسب با نیازها و وضعیت جامعه است.

کاربردی کردن اندیشه‌های این کتاب نیازمند آن است که این اندیشه‌ها به سامانه‌ی حقوقی ایران پیوند بخورند. برای انجام این کار، پژوهش‌گران حقوقی در هر یک از شاخه‌های دانش حقوق باید مدل پیش‌نهادی نویسنده‌ی کتاب را، اگر توجیه‌پذیر می‌دانند، در آن شاخه‌ها به کار گیرند و در هر یک از این پهنه‌ها به شکل نظام‌مند هنجارهای حقوقی را دسته‌بندی کنند و مصداق‌بن‌انگاره‌ها، اصول و قواعد را روشن کنند تا مسیر برای استفاده‌ی دست‌اندرکاران حقوقی از این دسته‌بندی برای تفسیر قانون گشوده شود. در سوی دیگر، پژوهش‌گران حقوقی می‌توانند با نقد اندیشه‌های زیربنایی این اثر، به‌ویژه در چارچوب سامانه‌ی حقوقی ایران، به کارآمدتر کردن مدل پیش‌نهادی نویسنده برای جامعه‌ی ایران کمک کنند.

به‌پایان‌رسیدن این ترجمه مرهون لطف بزرگوارانی است که از همه‌ی آنان سپاس گزارام: نویسنده‌ی کتاب دکتر اومبرتو آویلا برای پاسخ‌گویی گشاده‌روانه به پرسش‌های مترجم درباره‌ی متن؛ استاد فرزانه دکتر حسن جعفری‌تبار برای مطالعه‌ی بخش آغازین ترجمه و هم‌راهی و هم‌دلی‌شان با مترجم؛ دوست گرامی دکتر قاسم محمدی، مدیر گروه حقوق سازمان سمت، برای نهایت هم‌راهی در چاپ کتاب و ارائه‌ی پیشنهادهای سودمند و مؤثر به مترجم برای بازنگری در ترجمه و روان‌تر کردن متن؛ دست‌اندرکاران سازمان سمت، به‌ویژه سرکار خانم شجاعی (کارشناس گروه حقوق)، برای پی‌گیری همیشگی و هم‌راهی در انجام کارهای مربوط به چاپ. امیدوارام که این اثر بتواند برای جامعه‌ی حقوقی ایران سودمند باشد.

علی شجاعی

دی‌ماه ۱۳۹۶

سپاس‌گزاری

هر کاری، هر چند کم‌حجم یا بلندپروازانه باشد، به پشتیبانی و تشویقِ تنی چند از افراد بستگی دارد. این کار نیز مستثنا از این امر نیست. از این رو، از افرادِ زیر [برای پشتیبانی و تشویقِ شان] سپاس‌گزارام:

- هم‌سرامِ آنا پاولا^۱ برای حمایتِ همیشگی‌اش از کوشش‌هایِ دانش‌گاهی من و نیز به‌خاطرِ خوانشِ انتقادی و دقیق‌اش از متنِ اصلیِ این اثر؛
- دوست و استادامِ ژوزه سوتو مایور بورژه^۲، از دانش‌پژوهانِ تحسین‌برانگیز که از استقلال و باورهایِ خود به‌خاطرِ موفقیتِ آسان و کم‌مایه دست نمی‌کشد، برای تشویقِ آغازین و همیشگیِ وی؛
- «کوچولوهای» عزیزترین‌ام جورجیا^۳ و آندره^۴، که مرا سرشار از خوش‌حالی می‌کنند، به‌خاطرِ معنادادن به کوشش‌های‌ام؛
- استادانِ آلمیرو دو کوتو اِ سیلوا^۵ و ریکاردو لوبو تورس^۶ که نه با زور بلکه با دانش به استادی رسیده‌اند و الگوهایِ فضل، انسانیت و سخاوت‌اند و چاپِ برزیلیِ این اثر به آنان پیش‌کش شده است؛
- استاد اروس روبرتو گراو^۷ به‌خاطرِ حمایتِ فراگیر و سخاوت‌مندانه‌اش از حرفه‌یِ دانش‌گاهیِ من؛

-
1. Ana Paula
 2. José Souto Maior Borges
 3. Geórgia
 4. André
 5. Almiro do Couto e Silva
 6. Ricardo Lobo Torres
 7. Eros Roberto Grau

● استاد فردریک شوآر^۱، فیلسوفِ حقوقِ صاحب‌نام، برای استقبالِ سخاوت‌مندانه‌اش در دانش‌گاهِ هاروارد از پژوهشِ پسادکتری‌ام و توصیه به چاپِ آن به انگلیسی.

متنِ اصلیِ این کتاب را، که به زبانِ پرتغالی‌ست، ژورژ تودسکینی^۲ به انگلیسی ترجمه کرده است که برای این ترجمه‌ی بسیار خوب از وی سپاس‌گزارام. چند تغییرِ جزئی را نگارنده در متن انجام داده‌ام و چند مورد را نیز استاد فردریک شوآر پیش‌نهاد داده است.

1. Frederick Schauer
2. Jorge Todeschini

پیش‌گفتار چاپ آلمان

در چند دهه‌ی گذشته، مهم‌ترین حرکت پیش‌گام در حوزه‌های نظریه‌ی حقوقی و فلسفه‌ی حقوق به‌طور عمده از سپهر حقوقی انگلیسی-امریکایی برآمده است. این مسأله به‌ویژه درباره‌ی درون‌مایه‌ی اصول کلی حقوقی صادق است. در این حوزه، در پی آثار رتالد دورکین، تمایز قواعد از اصول راه‌خود را به سپهر حقوقی آلمانی‌زبان باز کرد و، با وجود برخی تغییرها و تحولات در برخی جنبه‌ها، طرف‌داران بسیاری یافته است. این مسأله که چنین درون‌مایه‌ای در سپهر حقوقی امریکای اسپانیایی-پرتغالی‌زبان^۱ نیز به‌شدت مورد بحث بوده هنوز به اندازه‌ی کافی در آلمان مطرح نشده است.

بنابراین، ما خوش‌شانس‌ایم که اومبرتو برگمان اویلا، با دانش ژرف خود درباره‌ی علم حقوق آلمان و تسلط عالی‌اش بر زبان آلمانی، «نظریه‌ی اصول حقوقی» خود را به‌عنوان یک رساله در آلمان هم ارائه کرده است. وی (زاده‌ی ۱۹۷۰) استاد حقوق مالیاتی، حقوق امور مالی، حقوق اقتصادی و حقوق اساسی در دانش‌گاه فدرال در ریوگرانده دو سول^۲ و وکیل در شهر پورتو آلگره^۳ برزیل است. اویلا به‌ویژه به‌خاطر رساله‌ی دکتری خود با عنوان «محدودیت‌های ماهوی قانون اساسی در مورد قدرت مالیاتی در قانون اساسی برزیل و حقوق بنیادین آلمان» (که در دانش‌گاه لودویگ ماکسیمیلیان^۴ در مونیخ ارائه و در سال ۲۰۰۲ در شهر بادن-بادن^۵ چاپ شد) به علم حقوق آلمان پیوند خورده است.

-
1. Ibero-American
 2. Rio Grande do Sul
 3. Porto Alegre
 4. Ludwig-Maximilians
 5. Baden-Baden

وی، با وجود گشودگی [ذهنی] نسبت به دیدگاه‌هایی که تاکنون ارائه شده‌اند و با وجود تمایل اش به لحاظ کردن و حفظ دیدگاه‌های سودمند دیگر نویسندگان، نگاه آشکارا مستقل و برداشت اصیل خود را در این کار حک کرده است. بر پایه‌ی یکی از نظریه‌های آغازین این کتاب که اهمیتی اساسی دارد، تقابل قاعده و اصل را (که هر دو به یک اندازه در جای‌گاه هنجار قرار می‌گیرند) نمی‌توان تقابلی باهم‌گردنیامدنی دانست، بلکه یک هنجار حقوقی می‌تواند [هم‌زمان] هم به‌عنوان قاعده و هم به‌عنوان اصل عمل کند. وانگهی، نویسنده‌ی این کتاب ویژه‌بودن اصول را از این جهت که [فقط] آن‌ها را می‌توان و باید به ترازش در آورد و [فقط] آن‌ها وزن دارند نمی‌پذیرد، بلکه نشان می‌دهد که این مسأله به‌طور بنیادین در مورد قواعد نیز درست است. در نتیجه، وی تمایز قواعد از اصول را در جای دیگر می‌جوید و آن را نخست در این می‌بیند که قواعد توصیف‌کننده‌ی مستقیم رفتار یا دهنده [یا اعطاکننده‌ی] صلاحیت‌اند که فقط مقصود غیرمستقیم‌شان تحقق یک هدف است، در حالی که اصول به‌طور مستقیم در پی تحقق هدف‌اند و فقط به‌طور غیرمستقیم بر رفتار یا صلاحیتی که برای دستیابی به چنین هدف‌هایی ضروری‌اند اثر می‌گذارند. با توجه به این پس‌زمینه، نویسنده‌ی این کتاب معیارهای دیگری ارائه می‌کند و پیش‌نهادی متفاوت و خاص خود برای تمایز‌گذاری میان اصول و قواعد به دست می‌دهد.

در مرحله‌ی بعدی، نویسنده برداشت خود را با طرحی دیگر گسترش می‌دهد و بن‌انگاره‌ها را به قواعد و اصول می‌افزاید. وی در انجام این کار معیارهایی هم‌چون تناسب، معقولیت و نیز قطعیت و کارایی حقوقی را در ذهن دارد؛ معیارهایی که به‌طور معمول اصول نامیده می‌شوند بی‌آن‌که در بیش‌تر موردها اندیشه‌ی چندانی پشت آن باشد. نویسنده کاربرد دیگری از زبان و شیوه‌ی دیگری از اندیشه‌ورزی را می‌پذیرد و استدلال می‌کند که مقصود بن‌انگاره‌ها، که با اصول در معنایی محدودتر متفاوت‌اند، تحقق مستقیم یک هدف نیست بلکه به‌عکس کارکرد متمایز آن‌ها

عبارت است از توصیه و هدایت برخی فرایندهای اندیشه‌ورزی و استدلال‌ورزی و از این رو ساختاریابی شیوه‌ی کاربرد قواعد و اصول. از این رو، بن‌انگاره‌ها با قواعد و اصول هم‌سطح نیستند، بلکه در کلان‌سطح واقع‌اند و به همین دلیل است که نویسنده آن‌ها را هنجارهای درجه‌دوم یا هنجارهای کاربرد می‌نامد.

با وجود سطح انتزاع بالا و فشردگی زبان و استدلال‌ورزی در بخش عمده‌ای از کتاب، مطالب با دقت بسیار و هم‌راه با مثال‌هایی عملی از حقوق برزیل و آلمان و به طور عمده از حقوق اساسی و حقوق مالیاتی (با توجه به تمرکز کار علمی نویسنده بر حقوق ماهوی) ارائه شده‌اند. این امر پیوند «علاقه‌ی وی به نظریه‌ی حقوقی» را با یک بنیاد گسترده‌ی قانونی-عملی نیز نشان می‌دهد؛ تلفیقی که باز هم پرباری خود را در این اثر نمایان می‌سازد.

به همین دلیل، امیدوارم که این کتاب در فضای بحث‌اندیش‌مندان آلمانی درباره‌ی نظریه‌ی حقوق آن‌گونه که شایسته‌ی آن است مورد توجه قرار گیرد.

استاد دکتر اچ. سی. مولت. کلاوس و ویلهلم کاناریس^۱

استاد حقوق مدنی و روش‌شناسی علم حقوق در دانش‌گاه مونیخ آلمان

دکتر افتخاری در دانش‌گاه‌های لیسبون^۲، مستقل مادرید^۳، آتن^۴ و گراتس^۵

مونیخ، آگوست ۲۰۰۵

1. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris

2. Lisbon

3. Autonomous of Madrid

4. Athens

5. Graz

پیش‌گفتار چاپ برزیل

به محض خواندن نسخه‌ی اصلی کتاب، به اومبرتو تلفن کردم تا تحسین صادقانه‌ی خود را برای این اثر فکری به او ابراز کنم.

اومبرتو اثر بسیار مهمی را در آن‌چه پاک‌سازی^۱ فلسفه‌ی حقوق می‌نامم ارائه کرده است. در همایشی که به تازگی در آن حضور داشتم، بحث تمایزگذاری میان روش‌های تفسیر (دستوری^۲، فرجام‌شناختی^۳ و مانند آن) مطرح شد. من ناگهان دریافتم که سخن‌ران بالای دویست سال سن دارد؛ به‌واقع جسدی به‌خاک سپرده‌نشده با صدای بلیروی راول^۴....

اومبرتو، به بیان ژوزه رژیو^۵، عاشق فاصله و سراب، پرت‌گاه، تندآب و بیابان است. هنگامی که روح کوچک نیست (به نقل از رژیو خطاب به پسونتا^۶)، با شگفتی فریاد می‌کشیم که «من از این مسیر نمی‌روم، من فقط مسیر خود را می‌روم». این همان چیزی است که به اومبرتو گفتم: «کتاب تو مسیریست متکی به گام‌های خودات». این کتاب به شخص او تعلق دارد.

به همین دلیل است که این کتاب جای‌گاهی بنیادین دارد و روند کلیشه‌سازی اصول را قطع می‌کند و زمین «نابعه‌های خودخوانده»^۷ را به لرزه درمی‌آورد. این همان

۱. nettoyage؛ تصفیه.

2. grammatical

3. teleological

۴. Ravel's Bolero؛ قطعه‌ای ارکستری از آهنگ‌ساز فرانسوی موریس راول - م.

5. José Régio

6. Pessoa

7. self-geniuses

چیزی است که این افراد از آن می‌ترسند. اینان وقتی مورد پرسش قرار می‌گیرند هم‌چون فردی واکنش نشان می‌دهند که یک عمر مبارزه می‌کند تا نجات‌بخش باشد. مشکل این افراد آن است که یک تک‌حلقه‌ی نجات دارند که به کتاب‌شناسی سده‌های گذشته بسته شده است ... [ولی] آنان [همان] اهالی معمولی شهراند بدون یک کتاب‌شناسی بگذارید ماجرای را بگویم. در واپسین روز رقابت برای گرفتن استاد تمامی در لارگو دو ساون فرانسیسکو^۱، به محض اعلام نتایج، استاد دیگری که از ایالت دیگری آمده بود و اتفاقی آن‌جا حضور داشت، به من سلام کرد و گفت: «این عالی‌ست! حالا می‌توانی کتاب‌های خود را بفروشی!» هنوز نمی‌دانم این حرف را به شوخی زد یا خیر. ولی، من دریافته‌ام که برخی از استادان کتاب‌های خود را مدت‌ها پیش فروخته‌اند و خریداران اکنون می‌توانند از کتاب‌های قدیمی دست‌نخورده‌ای که هرگز خوانده نشده‌اند لذت ببرند

کتاب او مبر تو مرا افسون می‌کند. کتاب وی این باورهای مرا تأیید می‌کند که تفسیر به معنای تفسیر/کاربرد متن‌ها و امور واقع است و این که ترازش یکی از سازه‌های اصلی در تفسیر/کاربرد قانون است.

پیش‌نهاد تمایز آروینی^۲ میان قاعده و اصل (و بن‌انگاره) و «روی کرد شمولی»^۳ بسیار غنی‌اند. هم‌چنین، این مدل سه‌بخشی (قاعده، اصل و بن‌انگاره‌ی هنجارین کاربرد) تاریکی وحشت‌ناکی را روشن می‌کند که می‌دانیم چه کسانی در آن گم شدند. آزمون بن‌انگاره‌ی تناسب واقعاً عالی‌ست.

این متن، همواره به معنایی مثبت چندلایه و چندجانبه است. شرح اصل اخلاقیّت باید نخستین قسمتی باشد که «فلسوفان حقوق» خامی باید آن را بخوانند که فکر می‌کنند اخلاقیّت اخلاق دیگری را به جای قانون‌مندی موضوعه می‌نشانند در تقابل با قانون‌ها ... چیزهایی که برخی درباره‌ی این مسأله گفته‌اند تأسف بار است.

1. Largo de São Francisco

۲. heuristic؛ مکاشفه‌ای.

3. inclusive alternative

به همین دلیل، در گفتن این مسأله به او مبر تو پیش قدم شدم که بسیار مشتاقام پیش‌گفتار کتاب را بنویسم. زیرا، در آن صورت من به طور غیرمستقیم در سهم چشم‌گیر این کتاب در اندیشه‌ی حقوقی‌مان مشارکت خواهم داشت. بودن در کنار وی موجب می‌شود که من اصالت فکری داشته باشم.

استاد دکتر اروس بوبرتو گراو^۱

استاد تمام حقوق اقتصادی در دانش‌گاه ساون پائولو

دادرسی دیوان عالی برزیل