

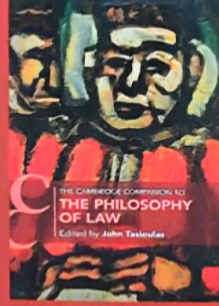


تحرير: جون تاسيولاس

دليل كامبريدج لفلسفة القانون

ترجمة: د. عبد الله الركب





دليل كامبريدج
لفلسفة القانون

يوفر هذا الكتاب مقدمة ميسرة وشاملة للموضوعات الرئيسة في فلسفة القانون، وذلك عبر طرح عدد من المقالات التي كتبها مجموعة من أمهر الباحثين والمتخصصين في هذا المجال؛ وعليه فإن هذا الكتاب يُعدّ مرجعاً تعليمياً استثنائياً يوفر مقدمة مهمة لراهن حقل فلسفة القانون.



جون تاسيولاس

جون تاسيولاس: أستاذ السياسة والفلسفة
والقانون، ومدير مركز السياسة والفلسفة
والقانون بكلية ديكسون بون للقانون، في كينجز
كوليدج لندن بالمملكة المتحدة.

د. عبد الله بن حمد الراكف
محام، ومستشار شرعي وقانوني. حاصل على
الدكتوراة في مجال الدراسات الإسلامية.

**دليل كامبريدج
في فلسفة القانون**

تحرير: جون تاسيولاس
كينجز كوليدج لندن

دليل كامبريدج في فلسفة القانون

ترجمة:

أحمد شكري

منشورات نادي الكتاب

دليل كامبريدج: في فلسفة القانون

تحرير: جون تاسيولاس

كينجز كولييدج لندن



الطبعة الأولى - 2024

ردمك: 1-4275-04-603-978

رقم الإيداع: 1444/9395

هذا الكتاب ترجمة لـ The Cambridge Companion to
the Philosophy of Law

جميع حقوق الطبع وإعادة الطبع والنشر والتوزيع محفوظة للناشر



منشورات نادي الكتاب

المملكة العربية السعودية - الرياض
طريق الملك عبد العزيز - مجمع الفناء الخلفي
publications@club-book.com

يُمنع نسخ أو إرسال أي جزء من هذا الكتاب بأي وسيلة تصويرية أو إلكترونية بما في ذلك التسجيل الفوتوغرافي والتسجيل على أشرطة أو أقراص مقروءة أو أي وسيلة أخرى بما فيه حفظ المعلومات أو استرجاعها دون إذن خطي من الناشر.

يمكنك شراء الكتاب من الموقع

www.club-book.com

@BC__Pub



(جميع آراء المؤلف الواردة في هذا العمل وخلافه تُعبر عنه وحده وليست مسؤولية دار النشر أو أي جهة أخرى متصلة بها من الجهات والهيئات الثقافية التنظيمية أو المانحة وغيرها)

إحياء لذكرى جون جاردنر (1965-2019)

المحتويات

- قائمة الكُتاب 11
- مقدمة جون تاسيولاس 15

القسم الأول: النظرية العامة

- الفصل الأول
- المنهجية جرانت لاموند 37
- الفصل الثاني
- طبيعة القانون جون فينيس 67
- الفصل الثالث
- المنطق القانوني مارثا سي نوسباوم 97
- الفصل الرابع
- القانون والعيش الرغيد تيموثي ماكليم 125
- الفصل الخامس
- العلوم الاجتماعية وفلسفة القانون فريدريك شاور 149

القسم الثاني: القيم

- الفصل السادس
- سيادة القانون جون تاسيولاس 179
- الفصل السابع
- العدالة بدون أخلاقيات، هل هي بدعة القرن العشرين؟ أونورا أونيل 205

الفصل الثامن
الحقوق وحقوق الإنسان جيرمي والدرون 231

الفصل التاسع
المساواة والتمييز صوفيا موريو 258

الفصل العاشر
السلطة والمشروعية كريستوف كليترز وماسيمو ريتزو 287

الفصل الحادي عشر
غايات القانون وحدوده جون ستانتون-إيف 311

القسم الثالث: النظرية الخاصة

الفصل الثاني عشر
السببية والمسؤولية ريتشارد هولتون 351

الفصل الثالث عشر
العقوبات كريستوفر بينيت وكيمبرلي براونلي 373

الفصل الرابع عشر
القانون الدستوري ميتشل ن. بيرمان 398

الفصل الخامس عشر
الحقوق المدنية والحريات شريف جرجيس وروبرت بي جورج 427

الفصل السادس عشر
القانون الجنائي أنتوني دوف 459

الفصل السابع عشر
العقد دانييل ماركوفيتس 485

الفصل الثامن عشر
قانون الأضرار ونظريته جون جاردنر 515

الفصل التاسع عشر

545 لاريسا كاتز..... قانون الملكية

الفصل العشرون

571 غولييلمو فيرديرام..... القانون الدولي

قائمة الكُتاب:

- كريستوفر بينيت: أستاذ الفلسفة بقسم الفلسفة، جامعة شيفيلد بالمملكة المتحدة.
- ميتشل ن. بيرمان: أستاذ الفلسفة والقانون بليون ميلتزر بكلية القانون، جامعة بنسلفانيا بالولايات المتحدة الأمريكية.
- كيمبرلي براونلي: أستاذ الفلسفة بقسم الفلسفة، جامعة وارويك بالمملكة المتحدة.
- أر. أ. داف: أستاذ سابق في الفلسفة بقسم الفلسفة، جامعة ستيرلنغ بالمملكة المتحدة.
- جون فينيس: الأستاذ الفخري في القانون والفلسفة القانونية بجامعة أكسفورد بالمملكة المتحدة، وهو كذلك أستاذ القانون بجامعة نوتردام بالولايات المتحدة الأمريكية.
- جون غاردنر: كان كبير الباحثين بكلية أول سول بأكسفورد، وكان كذلك أستاذًا للقانون والفلسفة بجامعة أكسفورد بالمملكة المتحدة.
- روبرت ب. جورج: أستاذ فقه القانون، ومدير برنامج جيمس ماديسون للقيم والأنظمة الأمريكية بجامعة برينستون بالولايات المتحدة الأمريكية.
- شريف جرجس: باحث دكتوراه بقسم الفلسفة جامعة برينستون بالولايات المتحدة.

- ريتشارد هولتون: أستاذ الفلسفة بكلية الفلسفة جامعة كامبريدج، وعضو بيترهاوس في كامبريدج بالمملكة المتحدة.
- لاريسا كاتز: أستاذ مشارك، ورئيسة كرسي أبحاث نظريات القانون الخاص بكلية القانون جامعة تورنتو بكندا.
- كريستوف كليتسر: محاضر في القانون بكلية ديكسون بون للقانون في كينجز كولييدج لندن بالمملكة المتحدة.
- جرانت لاموند: محاضر في الفلسفة القانونية بكلية القانون جامعة إكسفورد بالمملكة المتحدة، وزميل فيليكس فرانكفورتر في القانون بكلية باليول أكسفورد بالمملكة المتحدة.
- تيموثي ماكليم: أستاذ القانون والفلسفة بجامعة كوين ماري لندن بالمملكة المتحدة.
- دانيال ماركوفيتس: أستاذ كرسي جويدو كالابريسي القانوني بكلية الحقوق جامعة ييل، ومؤسس ومدير مركز أبحاث في القانون الخاص بجامعة ييل بالولايات المتحدة الأمريكية.
- صوفيا مورو: أستاذة القانون والفلسفة بكلية الحقوق والفلسفة جامعة تورنتو بكندا.
- مارثا سي نوسباوم: أستاذ القانون والأخلاق بكلية الفلسفة والقانون جامعة شيكاغو بالولايات المتحدة الأمريكية.
- أونورا أونيل: أستاذة الفلسفة سابقًا بكلية الفلسفة جامعة كامبريدج، وعضو مجلس اللوردات بالمملكة المتحدة.
- ماسيمو رينزو: أستاذ السياسة والفلسفة والقانون بكلية ديكسون بون للقانون في كينجز كولييدج لندن بالمملكة المتحدة.

- فريديك شاور: أستاذ كرسي ديفيد وماري هاريسون بكلية القانون جامعة فيرجينيا بالولايات المتحدة.
- جون ستانتون إيف: محاضر في القانون بكلية ديكسون بون للقانون في كينجز كوليذج لندن بالمملكة المتحدة.
- جون تاسيولاس: أستاذ السّياسة والفلسفة والقانون، ومدير مركز السّياسة والفلسفة والقانون بكلية ديكسون بون للقانون، في كينجز كوليذج لندن بالمملكة المتحدة.
- غولييلمو فيرديرام: أستاذ القانون الدّولي بقسم الدراسات الحربية في كينجز كوليذج لندن بالمملكة المتحدة.
- جيرمي والدرون: أستاذ بكلية الحقوق جامعة نيويورك بالولايات المتحدة.

مقدمة:

جون تاسيولاس

إنّ البحث في طبيعة القانون بصفته شكلاً من أشكال التنظيم الاجتماعي - بما في ذلك القيم التي يقوم على حفظها- يرسم مساراً طويلاً ومعقداً ضمن كلاسيكيات الفلسفة الغربية العظيمة. (الجمهورية والقوانين) لأفلاطون، (السياسة والأخلاق النيقوماخية) لأرسطو، (في الواجبات) لشيثرون، (الخلاصة اللاهوتية) للقديس توما الأكويني، (اللفيathan) لتوماس هوبز، (ميتافيزيقا الأخلاق) لإيمانويل كانط، (أصول فلسفة الحق) لهيجل؛ كل ذلك مرتبط بالأسئلة التي تشكل جزءاً من مثل هذا البحث. وعلى الرغم من أنّ العديد من فصول هذا الكتاب تعكس حساسية مفرطة لهذا التاريخ - إذ إنّ بعض المؤلفين يضعون أنفسهم صراحة تحت لواء تيار فلسفي محدد ضمن الفكر الفلسفي - إلا أنهم جميعاً يشتركون في التركيز الصارم على القضايا المعاصرة.

لم يُطلب من المساهمين في هذا الكتاب تقديم لمحات عامة عن تاريخ الأفكار، بل بالأحرى طُلب منهم تحديد الأسئلة الرئيسية التي تهمننا اليوم من وجهة نظرهم، وكذلك أكثر المناهج إقناعاً للإجابة عن هذه الأسئلة المتعلقة بموضوعات مثل: أهداف القانون وحدوده، وما الذي يسهم في إصدار الحكم القانوني السليم، ونطاق العدالة، ومكانة حقوق الإنسان، والمفاهيم والهيكل المؤسسية، والقيم التي تشترك فيها مختلف أقسام القانون؛ مثل: الجرائم، والعقود، والأضرار، وآفاق النظام القانوني العابر للحدود. وهذا التركيز المعاصر

ليس مجرد اهتمام عارض، ولا هو مثال على ضيق الأفق المطلق؛ بل يتعلق جزءاً منه بتاريخ الفلسفة القانونية في اللحظة الراهنة.

شهدت الفلسفة القانونية في الإنتاج العلمي المكتوب باللغة الإنجليزية منذ منتصف القرن العشرين عصرًا فُضِيًا مُشْرِقًا؛ وسمّيناه «فُضِيًا» حتى نترك للقارئ حرية التكهن ببداية العصر الذهبي لفلسفة القانون ونهايته. كان هناك محرران مزدوجان يدعمان هذا التطور؛ الأول هو الظهور الحقيقي للفلسفة القانونية ضمن ما عُرفَ على نطاق واسع بـ «الفلسفة التحليلية» عقب الحرب العالمية الثانية. وهذا التطور مرتبط إلى حدٍّ كبير بالأعمال الفذة التي قدمها هربرت هارت الرائد؛ أستاذ علم فقه القانون البارز بجامعة إكسفورد من عام (1952) إلى عام (1969) - لا سيما نصه الفريد (مفهوم القانون)⁽¹⁾ والذي نُشر عام (1961) - ثم تابع هذا التطور تلامذته ومحاوروه الذين أصبحوا شخصيات قيادية، مثل: رونالد دوركين، وجوزيف راز، وجون فينيس.

أما المحرك الثاني، فهو الظهور الجديد للفلسفة السياسية بصفتها نظامًا مُزدهرًا بعد فترة سُباتٍ طويلة، بدا خلالها أن التشكيك في البحث الموضوعي - الذي يختص بمسائل القيمة، والمرتبط إلى حدٍّ كبير بمدرسة الوضعية المنطقية - قد أفل نجمه.

كانت الشخصية المهيمنة في هذا السياق: (هارفارد جون راولز) الذي وضع أطروحة عظيمة بعنوان: (نظرية العدالة)⁽²⁾1971

تلك التي أعادت إحياء العدالة السياسية بوصفها موضوعًا للتحقيق الفلسفي، وهذا الموضوع تناوله الفلاسفة السابق ذكرهم، فضلًا عن فلاسفة سياسيين، مثل: روبرت نوزيك، مايكل والزر، سوزان مولر، أوكين وجورجيا كوهين، أمارتيا سين، إليزابيث أندرسون.

H.L.A. Hart, The Concept of Law, 3rd ed. (with Intro. by L. Green) (Oxford University Press, 2012). (1)

J. Rawls, A Theory of Justice, rev. ed. (Harvard University Press, 1999). (2)

وتعود أهمية هذا المحرك الثاني إلى الصلة بين السياسي والقانوني، لدرجة أن الأول يُعد مظهرًا من مظاهر الأخير عند النظر إليه من مفهومه الأوسع، كما تشكل هذه الأعمال نقاطًا مرجعية لا غنى عنها للمقالات المضمنة في هذا الكتاب.

ومع ذلك، يعكس التركيز على القضايا المعاصرة -جزئيًا- الاستجابة الحتمية للثقافة الفلسفية السليمة؛ نظراً للظروف التاريخية والاحتياجات المتغيرة للزمان. إذ إن الشواغل والأساليب والمذاهب الفلسفية القانونية السائدة تتطور حيثياتها حسب التطورات الفلسفية بشكل عام، فضلاً عن الأفكار الجديدة والتحديات والفرص التي تثيرها عمليات التحول: (الثقافي، والسياسي، والعلمي، والتكنولوجي) المستمرة. ولذلك؛ فإنَّ الأسئلة التي نرى أنها مُلحّة في يومنا هذا مثل: مشروعية أشكال السيادة القانونية العابرة للحدود، وأثر التقنية الرقمية على سيادة القانون، وتوجه لغة حقوق الإنسان إلى استيعاب ميادين كاملة من الخطاب السياسي وما إلى ذلك؛ بالكاد أمكن إثارتها بالإلحاح نفسه الحاصل عام (1971) = (تاريخ نشر نظرية العدالة)، فضلاً عن عشرة أعوام قبل ذلك = (تاريخ نشر مفهوم القانون).

بدلاً من الانهماك في عرض مقدمة مفصلة لمجموعة رؤى ثرية مطروحة في ثنايا فصول هذا الكتاب؛ فإننا سننتقي ثلاثة مواضيع رئيسة يمثلها هذا الكتاب، ونتعرض لها بنقاش مُسهب نوعاً ما، هذه الموضوعات يجمعها أنها ترمز إلى الطرق التي تطورت من خلالها الفلسفة القانونية، وهي:

(1) تراجع أهمية المنافسة التقليدية بين القانونيين الوضعيين ومنظري القانون الطبيعي.

(2) الانشغال المتزايد بالأسئلة الأخلاقية السياسية المتعلقة بأي قانون من قوانين القيم التي يجب أن يُحكم على أساسها، وهو ما يعكس التأثير الفلسفي الأخلاقي والسياسي، والحاجة للاعتماد على تعدد القيم (تلك الحاجة التي قد تكون متضاربة).

(3) ظهور الفلسفة القانونية «الخاصة/ الجزئية» أو «المعينة» التي تركز على القضايا المفاهيمية والمعيارية المتعلقة بميادين محددة من القانون، مثل: قانون العقود أو القانون الدولي العام، والأفكار القانونية المحددة، مثل: العقوبة أو المسؤولية، في مقابل الفلسفة القانونية «العامّة» التي تُعنى بظاهرة القانون في ذاتها.

يركز الموضوع الأول على الحد من التعارض بين نظريات «الوضعية القانونية» ونظريات «القانون الطبيعي»؛ ذلك التعارض الذي نشأ في العقود الأخيرة. وقد تعلّم كثير من الطلاب في الآونة الأخيرة الفلسفة القانونية من خلال المنظور الذي تطرحه هذه المنافسة الفلسفية، ويفترض أنها على قدر كبير من الأهمية لفهم فلسفة القانون، وقد أوضح أحد أبرز فلاسفة القانون خلال الخمسين عامًا الماضية -توني أونوريه- هذا الموضوع في صورة حية قائلًا:

«يقف الوضعيون في مواجهة أنصار القانون الطبيعي في نهاية كأس العالم عقدًا تلو الآخر... يتناوب الفريقان على الفوز، لكن حماس اللاعبين والمشاهدين على حدّ سواء يضمن أن الفريق الخاسر سوف يتقم». (3)

ولكنهم شرعوا بالفعل في فقدان إطار الحقيقة التي تحملها هذه العبارة بعد مرور ما يربو على العقد بقليل من نشر هذه الكلمات (في مقال عام 1973). كان التقليل من أهمية هذا النقاش -إلى حدّ ما- نتيجة لعملية الانفصال، فكما لاحظ هارت في (مفهوم قانون) أنّ الوضعية القانونية -تاريخيًا- ليست اسمًا يطلق على مذهب واحد، بل هو وسم يعبر عن أطروحات متعددة ومختلفة تمامًا. (4)

ومن المنطوق نفسه، من يوصفون بكونهم «قانونيين وضعيين» و«رجال

A.M. Honoré, Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical (Oxford University Press, 1987), 33. Hart, Concept of Law, 302. (3)

Hart, Concept of Law, 302. (4)

القانون الطبيعي» لم يتناولوا ببساطة سؤالاً واحداً، بل مجموعة من الأسئلة غير المترابطة والمتباينة جداً.

ركزت هذه الأسئلة بشكل عام على القانون والأخلاق والعلاقة بينهما، وتضمنت الآتي:

- (1) هل هناك أي قيم أخلاقية موضوعية يمكن للعقل اكتشافها؟
 - (2) هل يتمتع أي قانون أو نظام قانوني -بحكم وضعه- ببعض القيم الأخلاقية المطلقة؟
 - (3) ما الذي يجعل القانون جيداً بشكل عام أو ما يتعلق بقسم محدد منه، مثل القانون الجنائي؟
 - (4) متى يُوجد سبب حقيقي للامتثال للقانون -لو وجد- بحيث يرتقي إلى مستوى فرض التزام أخلاقي بالطاعة؟
 - (5) ما دور الاعتبارات القانونية والأخلاقية في إصدار الحكم القانوني المناسب؟
 - (6) كيف يُحدّد وجود القانون النافذ ومحتواه؟ وهل للحكم الأخلاقي دور حاسم في هذه العملية؟
- بمجرد فصل هذه الأسئلة المتميزة -وغيرها- يظهر أن الوضعيين القانونيين الذين يقال: إنهم تيار واحد وشامل؛ يعدّون غالب مذهبهم -إن لم يكن كله- إجابة على السؤال السادس فقط.⁽⁵⁾
- إذ يرى الوضعيون أنّ وجود القانون ومحتواه كان محض نتاج واقع

See, for example, J. Gardner, 'Legal positivism: 5½ myths', American Journal of Jurisprudence 46 (2001), 199-227 and L. Green, 'Legal positivism' in E.N. Zalta (ed.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Stanford University, 2003), https://plato.stanford.edu/entries/legal_positivism/.

اجتماعي - في صورته النهائية على الأقل - ولذلك لم يتطلب تعريفهم للقانون النافذ إصدار حكم أخلاقي، فقد عُدَّ القانون صناعة اجتماعية، أو أنه يتعلق بما سنته هيئة تشريعية بوصفه حكمًا ملزمًا، أو قرارًا صادرًا عن المحكمة، أو ممارسة عرفية في مجتمع، وهكذا دواليك. كل هذه الأمور متعلقة بالواقع الاجتماعي الذي لا يتطلب أي حكم أخلاقي لإدراكها. لكن «مُنظري القانون الطبيعي» عارضوا هذا الادعاء، وأصروا على أن الحكم الأخلاقي لا غنى عنه بصورة ما لتعريف وجود القوانين وتحديد محتواها.

قلّلت هذه التوجهات أهمية النقاش وحدّته بين الوضعيين وأنصار القانون الطبيعي لأسباب عدة:

أولاً: من حيث النطاق؛ وذلك لأن الوضعية القانونية تتناول سؤالاً واحدًا من عددٍ هائل من الأسئلة المثارة في فلسفة القانون - وليس هو أهمها - وهو السؤال السادس. وإلى هذا الحد لا يمكن للوضعية القانونية أن تدّعي أنها نظرية قانون «كاملة»، على عكس الطموحات الأكثر شمولًا لأغلب مُنظري القانون الطبيعي. فضلًا عن ذلك، حتى ما يتعلق بالسؤال السادس، يميل كلٌّ من الوضعيين ومعارضيه من أنصار القانون الطبيعي إلى قبول صورة أو أخرى من الأطروحة التأويلية - التي أحسن صياغتها هربرت هارت - التي ترى أن نظرية القانون الطبيعي يجب أن تولي أهمية كبرى لوجهة النظر «الداخلية» لمن يقبلون المعايير القانونية باعتبارها أسبابًا ودوافع أصيلة للسلوك. وبذلك تختلف منهجية الفلسفة القانونية جذريًا عن منهجية العلوم الطبيعية؛ لأن الذرات أو الكواركات (على سبيل المثال) ليس لها وجهة نظر ينبغي أخذها بالحسبان عند تفسير سلوكها.

قدم العديد من نقاد الوضعية القانونية - مثل: دوركين وفينيس - آراءهم المناهضة للوضعية القانونية النابعة من جهدٍ مُستفيض للاهتمام بوجهة النظر «الداخلية» المتعلقة بنفس نقطة التنظيم القانوني.

ثانيًا: اكتشف الوضعيون -بتناولهم الأسئلة مثل (1) و(5) المذكورة أعلاه- أنهم مؤيدون لمنظري القانون الطبيعي في مسائل مثل ما إذا كانت القيم الأخلاقية موضوعية، وكذلك الصفات التي تجعل القانون جيدًا أو ملزمًا أخلاقيًا.

وأخيرًا، لم تحظ الأطروحة الوضعية القائلة بأن القانون هو بناء اجتماعي (مشيد بمهارة عالية) بالتأييد من مختلف رؤى القانونيين الوضعيين وحسب، بل أكدها أيضًا على مستوى عام -ويظهر ذلك في فكرة أن القانون يعتمد في وجوده على الواقع الاجتماعي، مثل: قوانين الهيئات التشريعية أو القرارات الصادرة من المحاكم؛ وفي هذا السياق لا يمكن أن تعتمد على الأحكام القيمة وحدها- منظرو القانون الطبيعي البارزون من الأكوييني إلى جون فينيس. وفي ضوء هذه الحالة؛ ربما لا تُستغرب استجابة أهم وأقوى «الوضعيين القانونيين» لمحاولة أخرى من أجل تنفيذ هذا المذهب بالإشارة إلى أنه «ربما لم يحن وقت تنفيذ الوضعية القانونية، بل هو وقت إغفال المسميات، والنظر في آراء مختلف الكتاب ضمن هذا التقليد بشروطهم الخاصة».⁽⁶⁾

كان التداخل المعقد -مع عدم التركيز على نقاش الوضعية القانونية والقانون الطبيعي- بمثابة تشكيك في فكرة أن التساؤلات المتعلقة بالقانون الطبيعي يجب صياغتها -سواء أكان كلها أم غالبها- على أنها ممارسات تتعلق بالتحليل المفاهيمي، وقد تناول جرانت لاموند هذا الموضوع في أحد فصول الكتاب.

يُعد التحليل المفاهيمي إرثًا بارزًا لمدرسة الفلسفة التحليلية التي اشتهرت بتركيزها على اللغة، وبالتالي فقد قدم رواد الوضعيين القانونيين أبحاثهم في طبيعة القانون بصفته شكلاً من أشكال التحليل المفاهيمي لتعيين السمات الأساسية لمفهومنا عن القانون، ومن ثمَّ تعريف تلك السمات المتوافرة في كل الأنظمة القانونية، وتَشكُّل جوهرها.

J. Raz, *The Authority of Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2009), 335.

(6)

ويشكل ادعاؤهم بأن بعض أطروحات الوضعية القانونية -مثل أن وجود القانون ومحتواه يمكن تعريفه بمعزل عن الحكم الأخلاقي- إحدى أهم السمات المميزة للقانون⁽⁷⁾.

شكك بعض النقاد -باسم المنهج الطبيعي للفلسفة القانونية التي تحاول محاكاة أساليب العلوم الطبيعية- في فكرة البحث الموضوعي في مفهوم القانون،⁽⁸⁾ كما شكك الذين يعدّون القانون مفهومًا تفسيريًا -محملاً بالقيم بطبعه- في جدوى التحليل المفاهيمي⁽⁹⁾. لكن لا يزال هناك نقاد آخرون أكثر اعتدالاً يرون أن التحليل المفاهيمي ليس إلا عنصرًا من عناصر البحث في طبيعة القانون، وأنه يجب إخضاعه -أو على الأقل تكميله- لتفسير موضوعي للقيمة الأخلاقية للقانون،⁽¹⁰⁾ أو بتحقيق تجريبي في الحقائق المتغيرة ثقافيًا وتاريخيًا المتعلقة بكيفية عمل القانون⁽¹¹⁾.

الموضوع الثاني العام المشار إليه سابقًا: هو زيادة الانشغال بالأسئلة المتعلقة بالقيم الأخلاقية التي يجب أن يعززها القانون، والتي يُحكم عليه من خلالها، بدلًا من الانشغال بأي مشروع مفاهيمي أو وصفي بحت. لا شك أنّ التأثير الأكبر هنا؛ كان إحياء الفلسفة الأخلاقية والسياسية التي تتناول الأسئلة المعيارية -ما هو صحيح وما هو خاطئ أخلاقيًا، والأمور المتعلقة ببعض المشكلات الأخلاقية ك: الإجهاض، أو عقوبة الإعدام- في مقابل الأسئلة ما فوق الأخلاقية التي تتناول: الميتافيزيقيا، أو نظرية المعرفة، أو دلالات الادعاءات الأخلاقية، أو غير ذلك من الأسئلة المفاهيمية البحتة.

كان أحد العوامل التي تفسر الحالة المشرقة للأخلاق المعيارية والفلسفة

J. Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* (Oxford University Press, 2009), chs. 2-3. (7)

B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence* (Oxford University Press, 2007). (8)

R. Dworkin, *Justice in Robes* (Harvard University Press, 2009), chs. 6-8. (9)

J. Finnis, 'The nature of law', in this volume. (10)

F. Schauer, 'Social science', in this volume. (11)

السياسية في العقود الأخيرة؛ هو إحياء النظرة الموضوعية المتعلقة بالأحكام الأخلاقية -على نطاق واسع في سبعينيات القرن الماضي- التي تصير الأحكام الأخلاقية وفقها سارية وصائبة، ومن الممكن الوصول إليها، بصرف النظر عن تفاوت الأطر الاجتماعية والنظرية، ومن اللافت للنظر في هذا الصدد أن جوزيف راز -أبرز «الوضعيين القانونيين» في يومنا هذا- وجون فينيس -أبرز «أنصار القانون الطبيعي»- متجاوران في المعسكر الموضوعي للفلسفة الما فوق أخلاقية، حتى وإن كانا يختلفان بدرجة كبيرة في بعض الأسئلة المعيارية التي يتناولها كل منهما. بدأ هذا الإحياء للنظرة الموضوعية عقب مدة من هيمنة الآراء الذاتية للأخلاق، وبالأخص آراء المدرسة الوضعية المنطقية التي حصرت ميدان الحقيقة الموضوعية بشكل كبير في مجال التحقيق التجريبي، وفي العلوم الطبيعية بشكل نموذجي.

ومن الجدير بالذكر أنّ هارت وراولز سعيا إلى تجنب تبني الموضوعية الأخلاقية بطرق مختلفة، فقد انجذب هارت خلال حياته المهنية لرأي هيوم الذاتي عن الأخلاق، وجمع معه اعتقاد وجوب أن يظل المرء محايدا فيما يتعلق بالأسئلة ما فوق الأخلاقية، عند صياغة نظرية عامة عن طبيعة القانون⁽¹²⁾. وفي هذه الأثناء، جادل راولز في نهاية حياته المهنية بأن التبرير السياسي هو ممارسة في المنطق العام، واعتمد على القيم والأفكار المتضمنة في التقاليد الديمقراطية الليبرالية، وتجنب تماما التداخل مع العقائد: الأخلاقية، أو الفلسفية، أو الدينية «الشاملة»، مثل تلك المتعلقة بموضوعية القيم التي يختلف فيها العقلاء حتماً⁽¹³⁾.

(12) تجد تأييد هارت للموقف المحايد من الميتا أخلاقي في فلسفة القانون العامة في Concept of Law, 168. وتعاطفه الموضوعي في الفلسفة الأخلاقية في: H.L.A. Hart, 'Who can tell right from wrong?', New York Review of Books, July 17 (1986).

(13) J. Rawls, Political Liberalism (1993); see also the discussion in J. StantonIfe, 'The ends and limits of law', in this volume.

من الواضح أن مواقف هارت وراولز غير الموضوعية المتتابعة لم تمنع أيًا منهم من الانشغال ببعض أعمق الأسئلة الأخلاقية المتعلقة بالقانون، من الالتزام بالطاعة إلى تبرير العقوبات، أما إن كانت هذه المواقف نابعة من انشغالهم بهذه الأسئلة، فهذا أمر آخر.

وتجدر الإشارة أيضًا في أثناء تناول هذا الموضوع إلى الحساسية المتزايدة تجاه تعددية القيم التي ينبغي أخذها بالحسبان في أثناء تقييم القانون. جزء من السياق هو أن كتاب (نظرية العدالة) لراولز كان حاسمًا في إعادة تأهيل المناهج الأخلاقية على نطاق واسع للفلسفة الأخلاقية والسياسية، فعلى عكس المناهج النفعية السائدة السابقة التي رأت أن الأخلاق معنية بالأساس بتعظيم الوصول لأقصى درجة من الرفاهية العامة؛ سعت المناهج الأخلاقية إلى توضيح معايير: (العدالة والمساواة والإلزام والحقوق) التي لا تقوم أسسها على الرفاهية أو تعظيمها. من جهة أخرى، دمج رونالد دوركين هذين الاتجاهين من التفكير بوصفه الشهير للحقوق بأنها مناورات للانتصار على السعي وراء المنفعة العامة.

يُعد مقال هارت «بين المنفعة والحقوق» بيانًا مميّزًا للجدل بين هاتين النظريتين، وقد نشر أول مرة عام (1973)⁽¹⁴⁾. لكننا شهدنا منذ ذلك الحين ظهور النظريات الأخلاقية التي تتجاوز ثنائية النفعي الأخلاقي، بما في ذلك تطوير بعض الفلاسفة -مثل: فيليبيا فوت وألستير ماكتاير- أخلاقيات الفضيلة المستوحاة من أفلاطون وأرسطو، والأخلاق والفضائل الشخصية اللازمة لعيش حياة مرفهة. تتمحور مناقشة مارثا نوسباوم للمنطق القانوني في هذا الكتاب حول التفريق بين المناهج النفعية ومناهج القانون العام، حيث تعد الأخيرة شكلاً من أشكال «العقلانية الأرسطية» التي تركز على أهمية إصدار حكم كل حالة على حدة في ظل خلفية التقليد الذي يجسد الحكمة المتوارثة جيلاً بعد

H.L.A. Hart, 'Between utility and rights' in H.L.A. Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy (Oxford University Press, 1983). (14)

جيل، فضلاً عن ذلك؛ قد طُورت أشكال أكثر شمولية من التعددية التي تعترف بمجموعة متنوعة من القيم - غالباً ما يكون لها أساس في المصالح البشرية أو الاحتياجات الماسة - لكنها غير قابلة للاستيعاب التام ضمن إطار نفعي أو أخلاقي أو إطار الفضيلة الأخلاقية. وقد تدعم هذا النوع من التعددية - الذي يرى أن القيم مثل المعرفة والصدقة والصحة؛ لا يمكن قياسها، وبالتالي، فهي غير قابلة للتعظيم - فصل الحقوق المدنية والحريات بقلم شريف جرجس وروبرت ب. جورج في هذا الكتاب⁽¹⁵⁾.

الجزء الثاني من هذا الكتاب معنيّ بتفصيل بعض القيم الأخلاقية والسياسية المرتبطة بتقييم القانون، مثل: العدالة، والشرعية، والاستقلالية، والحقوق، وسيادة القانون. والقيمة المركزية هنا هي العدالة؛ لأنّ ارتباطها الوثيق بالقانون هو السمة السائدة لدى منظري القانون بوجه عام. ومع ذلك، إذا افترضنا أن العدالة ليست مرادفة للفضائل الشخصية كافة، يصبح التساؤل هو: "المجموعات الثانوية" من المعايير الأخلاقية التي تشملها هو الأصعب. يعرض فصل أونورا أونيل وصفاً للعدالة من حيث اشتغالها على الإلزامات الأخلاقية التي تطبق من خلال القانون، ويستكملة بفكرة أن معايير العدالة الأساسية هي الإلزامات «الأساسية» المستحقة لبعض أصحاب الحقوق المعينين. لم تكشف حقيقة أنّ إحياء الفلسفة السياسية حدث بدافع «نظرية العدالة» لراولز؛ الغموض المتعلق بحدود مفهوم العدالة. ومع ذلك؛ فالحصول على رؤية واضحة لهذه الحدود ضروري لمعالجة اثنين من الشواغل الرئيسية:

الأول: هو تحديد مدى تعارض العدالة مع القيم الأخرى، مثل: الرحمة، أو الازدهار الاقتصادي، إذ قد يجب التنازل عنها من أجل هذه القيم⁽¹⁶⁾.

(15) هناك 15 فيلسوفاً آخرين، مثل: جون فينيس، وجيمس جريفين، وأمارتيا سين، وبرنارد ويليامز، وسوزان وولف يدعون إلى هذا الاتجاه التعددي.

(16) تجدر الإشارة هنا إلى نقد جيرالد كوهين لمبدأ الاختلاف لراولز بوصفه ليس مبدأً حقيقياً =

والثاني: هو إلى أي مدى قد تعتمد العدالة نفسها -لتحديد مطالبها وتحققها بنجاح- على نطاق أوسع من الإلزامات والمثل الأخلاقية التي هي ليست من العدالة في شيء، مثل: معايير التحضر، أو الخدمة العامة؟ وهذا هو الموضوع الأساسي في فصل أونورا أونيل.

إنَّ الاهتمام برسم حدود للمفاهيم الأخلاقية المتصلة بالقانون قد يكون مهمًّا بالنسبة للحقوق (بما في ذلك حقوق الإنسان خاصة). فعندما كتب هارت (مفهوم قانون)، لم يكن لفكرة «الحق الفردي» وجود ملحوظ في توضيحه مفاهيم العدالة والأخلاق. لكن خطاب حقوق الإنسان اليوم أصبح الوسيلة المهيمنة لصياغة المطالب الأخلاقية ذات الصدى السياسي في الثقافة العامة الأوسع، لدرجة أن التقليل من شأن خطاب حقوق الإنسان يتسبب في إثارة مخاوف كثيرة؛ نتيجة لهذا الانتشار الهائل لادعاءات حقوق الإنسان.

في الفصل الثامن يسعى جيرمي والدرون إلى زيادة التَّدقيق في هذا الميدان؛ بتوضيح الحقوق من جهة الإلزامات المبررة ببعض السمات النافعة (مثل: المصلحة) للفرد وحده (ليس بوصفه جزءًا من مجموع مع أفراد آخرين)⁽¹⁷⁾؛ بينما حقوق الإنسان هي التي يتمتع بها الجميع بحكم إنسانيتهم، وينبغي -من حيث المبدأ- تقريرها بالقانون.

تنشأ من هنا قضية مماثلة متعلقة بسيادة القانون، ويدور الفصل الذي كتبه حول هذا الموضوع؛ وهو المنافسة بين المفاهيم «الصلبة» و«المرنة» لهذا النموذج.

للعدالة؛ لأنه يقوض المساواة اللازمة للعدالة لمراعاة اعتبارات أخرى، مثل: الازدهار. انظر:

G.A. Cohen, *Rescuing Justice and Equality* (Oxford University Press, 2008), ch. 7.

(17) للاطلاع على إيجابيات وسلبيات نظريات «المصلحة» و«الإرادة» المتنافسة المتعلقة بالحقوق، والأطروحة التي تنص على نتيجة مفادها: أن الحقوق تعتمد على الصالح العام لا المصالح أو الخيارات الفردية: انظر: «الحقوق المدنية والحريات» لشريف جرجس وروبرت بيتر جورج في الفصل 15 من هذا الكتاب.

كان هارت نفسه مُؤيدًا وجهة نظر المفهوم المرن التي تتشكل سيادة القانون بمقتضاها من معايير شكلية وإجرائية محددة، مثل: الوضوح، والدعاية، ومبدأ عدم الرجعية، التي -مع ذلك- تتوافق مع ظلم القانون البالغ من جوانب أخرى. ولكن أطروحات سيادة القانون «الصلبة» التي تعدّه شاملًا لجميع القيم المتجلية في القانون النافذ قد اكتسبت انتشارًا واسعًا.

تركز هذه الفصول الثلاثة على مسألة ضريبة هذا التوسع، وما قد نخسره عندما نحاول دمج الأخلاقيات القانونية شبه الشاملة في مفهوم واحد، مثل: العدالة، أو حقوق الإنسان، أو سيادة القانون.

وعلى النقيض من ذلك، لا يواجه موضوع شرعية القانون تحدي إيقاف التوسع غير الضروري فقط، لكنه يواجه أيضًا الغموض المنهجي المتعلق بمعنى «الشرعية» في سياق محدد؛ حيث إنه يختلف باختلاف القراءات التجريبية البسيطة للمفهوم الذي تراه يشير إلى اعتقاد عام، أو قبول للاستحسان الأخلاقي، أو التزام بالقانون بين جمهور محدد، إلى القراءات المعيارية التي تشمل على سبيل المثال: الامتثال للقانون مع بعض القواعد الشكلية والإجرائية (مثل: سيادة القانون)، أو وجود أسباب وجيهة لوضع قانون أو نظام قانوني، والحفاظ عليه، أو عدم عرقلة عمله.

اشترك كل من: كريستوف كليتسر، وماسيمو رينزو في النقاشات الأخيرة حول هذا الموضوع في فصلهما المتعمق تاريخيًا، وركزوا على الشرعية بوصفها حق الحكم الذي يفرض إلزامًا بالطاعة على أولئك الذين تزعم السلطة حكمها عليهم. إحدى السمات الواضحة لهذه النقاشات: هي أن الفكرة الشائعة بأن حق السلطة في الحكم يستمد مصدره من موافقة الرعية؛ قد رفضتها كثير من نظريات الشرعية السائدة اليوم.

إذا كنا ملزمين بالامتثال للقانون -بطبيعة الحال- فهذا بالكاد يستنفد أسئلة التقييم الأخلاقي التي يطرحها. حتى وإن كنا مجبرين على الامتثال لقانون

محدد، فهذا لا يعني أنه لا عيب فيه فيما يتعلق بتحقيق غاياته «المشروعة»، مثل: العدالة، أو زيادة الرفاهية الفردية. وسواء أ كنا مواطنين عاديين أم مسؤولين، فإننا بحاجة إلى المبادئ الأخلاقية لترشدنا لمجالات الأنشطة التي قد تخضع للتنظيم القانوني، وكيفية تحسين جودة القوانين التي تحكم تلك المجالات. هناك اهتمام فلسفي منذ زمن بعيد بالحدود الأخلاقية لتدخل القانون في الاختيارات الفردية - خاصة أشكال الإكراه- بما في ذلك العقوبات الجنائية. وكان هذا الاهتمام أكثر مجالات النقاش نشاطاً في العقود الأخيرة، وقد تُبعت معالمه في فصل جون ستانتون.

يظهر مجددًا موضوع تعددية القيم؛ حيث يوضح الفصل كيف أن «مبدأ الضرر» لجون ستيوارت ميل مفتوح على التأويلات المتعددة، بالاعتماد جزئيًا على إذا ما كان التركيز على دفع الضرر أم تعزيز الاستقلال. فضلًا عن ذلك، قد ظهرت مناهج أخلاقية تؤكد إمكانية التوفيق بين تطبيق الأخلاقيات خلال القانون، وبين تأكيد ميل على الحرية الفردية. والأكثر راديكالية هو تبني التعددية الراديكالية التي تهمل البحث عن مبدأ أساسي للتحكم في حدود التدخل القانوني القسري، وتؤكد - بشدة- الحساسية تجاه أوضاع العالم الحقيقي التي تحد بشكل مبرر من استخدام القانون لتعزيز أهداف أخلاقية محددة⁽¹⁸⁾. سوف يُثار حتمًا السؤال عما إذا كان التعقيد المتزايد والمعقولة الحدسية لمثل هذه الآراء التعددية تؤمن على حساب المبالغة في عدم التحديد لآثاره العملية.

الموضوع الرئيس الثالث الذي أود أن أسلط عليه الضوء: هو أهمية الفلسفة القانونية «الخاصة» المتزايدة التي تتناول قضايا مفاهيمية ومعيارية متعلقة بأقسام محددة من القانون، مثل: قانون العقود، أو القانون الدولي، أو مفاهيم قانونية محددة، مثل: السببية والمسؤولية. زاد الانشغال بهذه الفلسفة القانونية

(18) انظر أيضًا مناقشة مبدأ الضرر بصفته أساسًا للتجريم في «القانون الجنائي» لآرثر ردا في

«الخاصة» بشكلٍ هائل في العقود الأخيرة، وبالطبع هارت هو رائد هذا المجال الآن بكتابه الثرية في: السببية، والعقوبة، والمسؤولية، وحدود القانون الجنائي، ومع ذلك؛ ازدهر النشاط في هذا المجال منذ ثمانينيات القرن الماضي، لا سيما فيما يتعلق بأقسام القانون الخاص -مثل: الضرر والعقود- وبالقانون الدولي الآن بشكل متزايد. وهذا النظام كان راکدًا من الناحية الفلسفية حتى وقت قريب، بالرغم من -وربما بسبب- العناية به في الفصل الختامي لـ«مفهوم قانون» المتشائم إلى حدٍّ ما. يمكن تخمين تفسير ظهور الفلسفة القانونية الخاصة. أحد الأسباب هو أن لها -بلا شك- علاقة معقدة مع تحول التركيز بعيدًا عن مناقشة ثنائية القانون الطبيعي والوضعية القانونية، وربما عن الفلسفة القانونية العامة بشكل عام. وقد يكون نتاجًا لحقيقة تزايد العلماء الأكفاء في كل من قانون المبادئ، والفلسفة.

وأخيرًا، مما لا شك فيه أن الإحياء العام للفلسفة الأخلاقية والسياسية له دور أيضًا؛ لأن العديد من الأسئلة التي تشغل الفلسفة القانونية الخاصة، مثل: هل من الأفضل تصور قانون العقود باعتباره وسيلة لتعظيم المنفعة، أم وسيلة قانونية لدعم واجبات الوفاء بوعود محددة معيارية في الأساس؟

تُثير هذه السمة الأخيرة لعلم فقه القانون سؤالًا مهمًا بشأن علاقته بالفلسفة الأخلاقية. يميل أولئك الواقعون في قبضة نظرية أخلاقية مجردة، مثل: النفعية، إلى تبني نهج تنازلي تفسّر فيه أقسام محددة من القانون -طالما كانت مشروعة- على أنها وسائل مؤسسية مميزة لتعزيز الهدف الأساسي لتعظيم الرفاهية. في حين كان المشككون في آفاق مثل هذه النظرية الأخلاقية العامة - بالرغم من عدم تشكيكهم في الأخلاقيات- سيميلون إلى تبني نهج «تصاعدي» يعد أهمية كل قسم من أقسام القانون الخاصة تُستمد من طريقة مميزة للانفعال بقيمة أو مجموعة من القيم المحددة.

تتبنى بعض أثرى الأعمال في الفلسفة القانونية الخاصة اليوم نهجًا

«تصاعدياً»، وعادة ما تولي اهتماماً بالغاً لمعالم المبادئ القانونية. ومع ترك المجال مفتوحاً أمام احتمالية وجود نقص أخلاقي كبير في ميادين واسعة من المبادئ القانونية، فإنها تميل إلى المضي - على أساس افتراض مسبق - بأن هذا النقص ليس عاماً، وأن معظم أقسام القانون تجسد جوهر الحكمة فيما يتعلق ببعض أبعاد التنظيم القانوني للحياة الاجتماعية، حتى وإن كانت هناك مجالات في المبادئ بحاجة إلى تنقيح كبير. وبالفعل قد تتحدى بعض المراجعات المتأنية الأهمية القصوى للانقسامات الشائعة بين أقسام القانون، مثل: العقود، والملكية، والضرر⁽¹⁹⁾. لكن حتى بالنسبة لهذه المناهج «التصاعدية» لا تزال أسئلة مثارة حول مدى إمكانية فهم مجال محدد من القانون بالاستناد إلى أحد الشواغل التنظيمية أو مجموعة منها؛ وفي حالة الأخير، كيف يمكن دمج تعددية القيم في مجموعة متسقة، بحيث تطرح توجيهاً فعالاً لتطوير المبادئ، لا سيما إذا كانت القيم معرضة لمعالجة مشكلات متفاوتة أو للتعارض فيما بينها.

يوضح فصل صوفيا مورو - عن قانون التمييز - العديد من القضايا المطروحة هنا، فهي تسلط الضوء على الطريقة التي سعى من خلالها منظرون مختلفون إلى تفسير قانون التمييز وتبريره بالإشارة إلى بعض الاعتبارات الأساسية - مثل: احترام المكانة الاجتماعية المتساوية، أو حماية الحريات، أو تعزيز الرفاهية (خاصة تلك الأسوأ حالاً)، وتناقش إمكانية وجود نظرية تعددية تعترف بأن لمثل هذه الاعتبارات أسباباً وجيهة لحظر التمييز. ولبعض هذه الاعتبارات - من وجهة نظر تعددية - دور أكبر بالنسبة لبعض أنواع التمييز من غيرها، أو تفضي إلى عواقب أخلاقية مختلفة مقارنة بغيرها. مثال على هذه الظاهرة الأخيرة: تبدو حماية الناس من التمييز الذي يلحق بالمكانة الاجتماعية

(19) انظر على سبيل المثال، ما كتبه دانيال ماركوفيتس في «العقود» الفصل 17، ولاريسا كاتز: في «قانون الملكية» الفصل 19 من هذا الكتاب، التي تناقش النظريات التي تميل إلى استيعاب العقود والممتلكات، بصفتها تمثل التزاماً برفع الضرر وعدم الأذى.

المساوية، أو الحرية الفردية أمرًا متعلقًا بتأكيد واجباتهم المستحقة بصفته مسألة حق، في حين كان الهدف من القضاء على التمييز: هو تحسين وضع الأسوأ حالاً، وربما لا ينتج هذا واجبات شخصية قائمة على الحقوق.

وبالمثل يؤكد جون جاردنر مزايا نظرية قانون الضرر التي يمكنها التغلب على المواجهة بين المناهج الاقتصادية التي تعدّه يتعامل مع مشكلات التخصيص الناجمة عن الأنشطة المتنافسة على الموارد النادرة، وبين المناهج الأخلاقية التي تعدّه يركز على بعض الأمور غير المشروعة، من خلال الإحاطة بالحقائق المهمة التي يقرها كل من النهجين. لكن نظرية التعددية - كما يلاحظ مورو- تظهر بصورة «اعتباطية»؛ لعدم وجود قيمة شاملة تربط القيم الأخرى معاً في مجموعة مُتسقة، وتساعد في إقامة علاقات بينها في توجيه تطوير المبدأ القانوني. هل يمكن تحقيق هذا التماسك والتوجيه من خلال دراسة أكثر تفصيلاً للقيم المعنية والعلاقات بينها والمشكلات التي تعالجها دون اللجوء إلى قيمة رئيسة؟ أم أنه يجب أن نقلل الطموحات الكبيرة تجاه النظرية التوجيهية للممارسة، ونلجأ بدلاً من ذلك إلى التركيز الأرسطي على الحكمة العملية غير القابلة للتعديل؟

وفي الختام، تجدر الإشارة إلى صحوة فلسفة القانون الدولي بعد سُببات طويل منذ فصل هارت الختامي في (مفهوم القانون)، وكتابات هانز كيلسن العظيمة في هذا الموضوع. ربما واجهت المشاركة في فلسفة القانون الدولي عائقاً مزدوجاً، فهناك -من جهة- تقليد راسخ من التشكيك في إذا ما كان قانوناً بالفعل، بالمعنى المركزي على الأقل. يرى جين أوستن أنّ العامل الحاسم كان غياب السيادة العالمية التي تدعم مطالبها بالعقوبات، بينما ركزت شكوك هارت الدقيقة على الغياب المفترض للقواعد الثانوية لتحديد القواعد الأولية وتغييرها والبت فيها.

ومن جهة أخرى، هناك شكوك راسخة -مرتبطة بمختلف المدارس

«الواقعية» في العلاقات الدولية- حول إمكانية إخضاع العلاقات الدولية- التي يعد القانون الدولي جزءاً منها بالضرورة- لأي شكل من أشكال التقييم الأخلاقي (الحقيقية مثلاً)⁽²⁰⁾.

لكن النقاش قد تجاوز كلاً من العائقين، كما يوضح فصل غوليلمو فيرديرام⁽²¹⁾. والآن هناك أعمال فلسفية جارية بشأن الأسئلة النظرية العامة، فضلاً عن مجالات قانونية محددة، مثل: حقوق الإنسان، وقانون النزاعات المسلحة، والقانون البيئي الدولي، والقانون الجنائي الدولي، وكذلك مبادئ قانونية محددة، مثل: السيادة، وحق تقرير المصير. وهذا يعكس جزئياً الدرجة المتفاقمة للعولمة الاقتصادية، وأشكال العولمة الأخرى، وتداخل الأنظمة القانونية المحلية والدولية وما يترتب عليها، خاصة أن الأخيرة تتخلل مجالات أكثر في حياتنا قد تُركت سابقاً لتقدير الدول بشكل فردي.

السؤال الرئيس الذي يقابلنا هو: إلى أي مدى يمكن توسيع نطاق أفكار طبيعة الأنظمة القانونية المحلية وغاياتها عالمياً، أو ما إذا كانت هناك حاجة إلى نهج أكثر تفصيلاً؟ إن الاختلاف الجوهرى بين الأنظمة القانونية المحلية والدولية - كما يشير فيرديرام- هو غياب المحكمة ذات الاختصاص الإلزامي، وآليات التنفيذ الفعالة في حالة الأولى.

حاول رونالد دوركين في آخر مقالاته المنشورة أن يتغلب على هذه الصعوبة بصياغة نظرية في القانون تقوم على ما سماه بـ: «توهم» وجود مثل هذه الحكومة،⁽²²⁾ لكن هذه خطوة جريئة جداً.

See 'Introduction' in S. Besson and J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010).

(21) وهو الفصل 20 من هذا الكتاب.

R.M. Dworkin, 'A new philosophy of international law', *Philosophy and Public Affairs* (2013).

بالنسبة لغايات القانون الدولي، ينكر فيرديرام بصورة مقنعة وجوب تفسير القانون الدولي على أنه تابع لأي قيمة شاملة، لكنه يسلط الضوء أيضًا على القضية الأعمق التي تواجهها اليوم: كيف يجب أن يستجيب القانون الدولي للتعددية الإيديولوجية الراديكالية الواقعية الموجودة في العالم؟ وما الدور الذي ينبغي أن تضطلع به مؤسسة سيادة الدولة في هذه الحالة؟ هل يستطيع القانون الدولي - بوصفه آلية للعولمة- أن يتعدى على السيادة بدون المجازفة بشرعيته؟ نحن لا زلنا في مرحلة مبكرة من معالجة هذا السؤال الكبير، لكن التطورات السياسية الأخيرة مثل شيوع الاستياء من عواقب العولمة الاقتصادية في الديمقراطيات الناضجة وتصاعد الاستبداد حول العالم، ستجعله أكثر إلحاحًا في السنوات القادمة.

كان عليّ أن أكون انتقائيًا بشكلٍ كبير في التركيز على هذه الموضوعات الرئيسية الثلاثة. سيكتشف القراء في هذا الكتاب المزيد من الأسئلة والتوجهات الفكرية التي تستحق التأمل، وعندها نأمل أن ينضموا إلى المناقشة المطولة التي تُعد فصول هذا الكتاب مجرد إسهاماتٍ فيها.

القسم الأول

النَّظَرِيَّةُ الْعَامَّةُ

الفصل الأول

المنهجية

جرانت لاموند

مقدمة

يثيرُ التأمل في القانون أسئلةً منهجيةً عديدة، بعضها يتعلق بالمبادئ القانونية؛ من حيث أفضل السبل لفهم وتفسير وتبرير مجالات، مثل: قانون العقود، أو القانون الإداري، أو الإجراءات الجنائية. لكن هذا الفصل سيركز على كيفية فهم «القانون بشكل عام» أو «طبيعة القانون».

يُعد القانون في هذا السياق نوعًا من الممارسة الاجتماعية الخاصة التي تتسم ببعدين: بُعد مؤسسي يشمل الهيئات مثل هيئات التشريع والمحاكم، وبُعد معياري يشمل المعايير والاعتبارات الأخرى التي تحددها تلك الهيئات وتطبقها ("القانون"). كيف نبدأ في فهم هذه الممارسة الاجتماعية؟ وما الطريقة المناسبة لتناولها؟ لفهمنا المعاصر للقانون ثلاث سمات تعزز النقاش المنهجي:

(أ) فكرة أن القانون نوعٌ من الممارسة الاجتماعية العامة نشأت في ثقافات وأزمنة مختلفة.

(ب) فكرة أن القانون بناء اجتماعي يعتمد وجوده على معتقدات وأفعال موحدة بين الجهات الاجتماعية الفاعلة.

(ج) فكرة أن القانون ممارسة تفسيرية، أي: إننا نفهمه بالوعي الذاتي

بوصفه ممارسة اجتماعية مميزة وخاصة، ونحدد من خلاله سمات عالمنا الاجتماعي ونفهمها.

يُوجد عدد من الأساليب المنهجية البارزة في النقاشات الفلسفية الحالية:

- (1) التحليل المفاهيمي (2) بناء النظريات (3) أسلوب الحالة المركزية (4) التأويلية (5) المذهب الطبيعي.

ستتناول ثلاث قضايا من خلال هذه المناهج المختلفة:

- (1) هل من الأفضل توصيف القانون في ضوء امتلاكه للسمات الضرورية؟
- (2) هل يجب أن يقترن توصيف القانون بتقييم أخلاقي له؟
- (3) الكيفية التي يجب أن تكون عليها نظرية قانون عالمي.

1- التحليل المفاهيمي:

نقطة بداية التحليل المفاهيمي هي مفهومنا الحالي عن القانون: ما الذي نعدّه قانوناً؟ وكيف نميزه عن باقي الممارسات الاجتماعية؟ ينبغي عدم التسوية -كما يحدث أحياناً- بين التحليل المفاهيمي والتحليل اللغوي، أي: تحليل استخدام كلمة: «قانون». ولهذا الخطأ ثلاثة أسباب رئيسة:

الأول: هو أنّ الممارسة الاجتماعية -وهي محور البحث- يمكن الإشارة إليها بأي مصطلح آخر غير «القانون» (مثل: «الممارسة القانونية» أو «الأنظمة القانونية»)، وبأي لغة أخرى غير الإنجليزية، (مثل: *droit* بالفرنسية أو *Recht* بالألمانية).

والثاني: هو أنّ كلمة «قانون» تشيرُ إلى أشياء كثيرة بخلاف الممارسة الاجتماعية التي هي محور الفلسفة القانونية، مثل: قوانين الطبيعة، أو المنطق، أو الكريكت.

أخيراً: حتى إذا قَصَرنا اهتمامنا على (ما قد يُسمى) المعنى «القانوني» لـ

«القانون»، فإننا لا نُبالي بما يمكن أو لا يمكن قوله لغويًا بشأن القانون، لكننا مهتمون بفهم طبيعة الممارسة التي نشير إليها عند الحديث عن «القانون»⁽¹⁾.

يتوافق التحليل المفاهيمي في الفلسفة القانونية بشكلٍ عام مع الخطوط التي رسمها فرانك جاكسون للفلسفة عمومًا، «تحليل مفاهيمي متواضع».

يجدر أن نبدأ في البحث الفلسفي ببعض الأسئلة أو القضايا التي تشغلنا، والتي يمكن وصفها بطريقةٍ ما، فتحديد موضوع البحث عن (س) يجب أن يكون باستخدام المصطلحات التي نستطيع أن نفهمه بها، أي: من حيث مفهومنا عن (س). لذلك إذا أردنا أن نبحث في إمكانية حرية الإرادة؛ فيجب أولاً أن نفهم ما نسميه بـ: «الإرادة الحرة»، ولماذا نعتقد أنها مهمة.

تم هذه الطريقة بالتأمل في أحكامنا الحدسية ومدى ملاءمتها، وما إذا كان من المناسب عد مختلف الحالات الحقيقية أو الافتراضية أنها تنطوي على (س). متى يوجد (س) ومتى يغيب؟ هل سيظل (س) ثابتًا حتى عند افتقاره إلى الميزة (ص)؟ إننا لدينا مفهوم مشترك عن (س) بقدر توافق أفكارنا عن هذه الحالات بشكل عام، وإذا وُجد اتفاق كافٍ، فيمكننا أن نبني ما قد نسميه بـ: «النظرية الشعبية» لـ (س)، أي: أن ندرك ما هو (س)، وكيفية فهم علاقته بجوانب أخرى من العالم، ولماذا نعتقد أنه مهم. يجب أن تبدأ نظرية (س)، عند أتباع هذا النهج، بتحليل مفاهيمي معتدل؛ لأن أي نظرية يجب أن تحدد موضوع البحث.

إن نظرية (س) التي تقوم على أساس مغاير تمامًا لأساس نظريتنا الشعبية لـ (س) ليست نظرية لـ (س) على الإطلاق، لكنها نظرية لشيء آخر له علاقة بـ

(1) أعني بـ: «طبيعة» القانون في هذا الفصل مجموعة السمات التي تميّز هذه الممارسة (أو على الأقل أمثلتها النموذجية).

F. Jackson, From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis (Oxford University Press, 1998).

(س) أو يشبهه. وبناءً عليه؛ يهدف التحليل المفاهيمي إلى توضيح ما ينطوي عليه فهمنا الجمعي لموضوع ما. هناك ثلاثة اعتراضات أساسية على استخدام التحليل المفاهيمي في الفلسفة القانونية:

(1) التعددية (2) عدم التحديد (3) ضيق الأفق.

يناقش الاعتراض الأول بأنه: حتى لو قصرنا اهتمامنا على القانون بمعناه القانوني، فهناك تنوع في الظواهر التي يشار إليها بمصطلح «قانون» أكثر مما يقر به التحليل المفاهيمي.

يشير مؤيدو التعددية القانونية إلى وجود تنوع كبير في الممارسات القانونية، مثل: القانون العرفي، والقانون الديني، وقانون الدولة، والقانون الدولي، والقانون العابر للحدود (مثل: قانون التجار *lex mercatoria*)⁽²⁾، والقانون الطبيعي⁽³⁾.

تجاهل أكثر نظريات القانون المعاصرة تأثيرًا هذا التنوع بالتركيز على قانون الدولة كنموذج للقانون. ونتيجة لذلك، فإنهم يعانون لتفسير أنواع الممارسات القانونية الأخرى التي ظهرت في التاريخ البشري.

ويمكن القول، بالنسبة لهذا الاعتراض: إن القانون الموجود في الدول الحديثة يبدو أنه نوع مميز عن الأنواع المعدودة سابقًا، ومختلف عنها ومرتبطة بها⁽⁴⁾. حقيقة احتمالية وجود «قانون» ذي رتبة أعلى ينتمي إليه هذا النوع من

(2) هو عرف وممارسات تجارية كان يمارسها التجار في جميع أنحاء أوروبا في طرق التجارة الرئيسة دون الخضوع لقانون دولة واحدة.

(3) B.Z. Tamanaha, A General Jurisprudence of Law and Society (Oxford University Press, 2001); W. Twining, General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective (Cambridge University Press, 2008).

(4) أقول «القانون الموجود في الدول الحديثة» عمدًا؛ لأن هذا النوع من القانون ليس مقصورًا على الدول (وبالتالي لا ينبغي وصفه بـ «قانون الدولة»؛ فقد تملك بعض المجتمعات السياسية التي لا جنسية لها هذا النوع من القانون (مثل قانون الاتحاد الأوروبي، والقانون الدولي).

القانون لا تنافي تطوير نظرية (ما يمكن أن نسميه) قانون المجالس البلدية، فضلاً عن نظرية من رتبة عليا. لا يوجد سبب يمنع تطوير نظريات لكليهما، ولا يمكن ادعاء أن إحدى النظريتين هي نظرية القانون الصحيحة، ولا أن لإحدى النظريتين أولوية على الأخرى. والاعتراض الثاني على التحليل المفاهيمي يتعلق بأنه ليس لدينا مفهوم للقانون محدد بشكل كافٍ، بحيث يسمح ببناء «نظرية شعبية» متينة، حتى إن اقتصرنا على الأنظمة القانونية للمجتمعات السياسية.

يجادل البعض أنّ فهمنا للقانون مفتوح وشديد الغموض، وأن أي نظرية شعبية قد نتوصل إليها ضعيفة وغير محددة. ويظهر أنّ اعتقادنا عن القانون غير متماسكة داخلياً، وبالتالي؛ عند صياغة أي نظرية في القانون، يجب أن نتجاوز أي فهم مشترك وأن نقرر وفق فهمنا العادي؛ أيّ الأجزاء يجب تقديمها (وإكمالها)، وأيها يجب استبعادها أو رفضها.

يُعد التحليل المفاهيمي -من هذه الرؤية- بسيطاً لدرجة أنه لا يزيد على تحديد ميادين الحياة الاجتماعية. حتى نبني نظرية قانون ينبغي أن نلجأ إلى مصادر أخرى⁽⁵⁾. يمكن الرد على ذلك بأن الفلسفة القانونية ليست معنية بالفهم «الشعبي» للقانون؛ فالقانون ممارسة اجتماعية مُعقدة لا يمكن لأحد أن يفهمها بشكل صحيح إلا خبراء هذا المجال، أي أولئك الذين يمارسونه أو درسه بالتفصيل («المحامون»). كما أننا لا نعتمد على فهمنا العادي البسيط لـ «الأنواع» أو «التطور» في فلسفة علم الأحياء، فكذلك لا نؤسس فلسفة القانون على الآراء «الشعبية». تنشأ فلسفة القانون (بشكل أساسي) من وجهات نظر المحامين تماماً كما تنشأ فلسفة علم الأحياء من وجهات

J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2011), 278-9; L. Murphy, 'Concepts of law', *Australian Journal of Legal Philosophy*, 30 (2005), 1, 7-8; and R.M. Dworkin, *Justice in Robes* (Harvard University Press, 2006), 228.

نظر علماء الأحياء⁽⁶⁾. ومع ذلك، فهذا مجرد دفاع جزئي.

قد يقال: إنَّ المعرفة البيولوجية الحالية تحت تصرف علماء الأحياء -وهي: الفهم الأمثل لمختلف أشكال الحياة الموجودة- لكن المحامين خبراء في أنظمتهم القانونية فقط، وليست لديهم خبرة خاصة في مختلف أشكال الممارسات القانونية التي وُجدت في أماكن وأزمنة مختلفة، وبالتالي، فهم محدودون بشكل أكبر من علماء الأحياء⁽⁷⁾.

الاعتراض الثالث: ينبي على حقيقة أن تحليلنا المفاهيمي المتواضع مقصور على كشفنا لرمزية (س) -أي: كيف نرى نحن (س)- الناتجة عن أحكامنا الجمعية بشأن مختلف القضايا الواقعية والافتراضية⁽⁸⁾.

وحتى لو قيدنا أنفسنا بالرؤية التي يتبعها المحامون، فإنَّ ذلك لا يستلزم أن يسير العالم وفق المنهج الذي يتبعونه. يمكن أن تكون رؤانا خطأ، بحيث يفشل العالم في أن ينسجم معها، ومن هنا يجب القول بأن ما تسعى إليه الفلسفة القانونية ليست بفهم رؤيتنا للقانون، بل باستيعاب الممارسات المجتمعية التي تجري تحت سقف القانون. قد يكون مفهومنا عن القانون خطأ ولا يتماشى مع تلك الممارسات.

أهم وظيفة لفهمنا هي الوصول إلى تصنيف مبدئي لبعض الممارسات بوصفها ممارسات «قانونية». وما يجعل تلك الممارسات قانونية يجب أن يكون مبنياً على أساس دراستنا لها في ذاتها، لا على تصورنا عنها.

(6) تختلف الفلسفة القانونية عن فلسفة علم الأحياء من حيث إن بعض آراء غير القانونيين لا تزال مهمة وإن كانت بدرجة أقل من أهمية آراء القانونيين.

(7) One response to these concerns is found in 'theory construction', Section 2 below.

(8) بالطبع يثير هذا سؤال: ما المقصود بـ «نحن» في هذا التحقيق؟ سأفترض أن هناك تشابهاً مقنعاً في آراء المحامين المعاصرين، أولئك الذين تدرّبوا أو عملوا في أنظمة البلديات القانونية الحديثة. بالطبع هذا افتراض قابل للنقاش.

ردًا على ذلك الاعتراض يمكن القول بأن القانون يختلف جذريًا عن كثير من الأمور في هذا العالم. القانون بناءً اجتماعي: تتألف لبناته من مبادئ وإجراءات منتظمة ومتناسقة في أوجه عديدة.

تشكل هذه الطريقة في التفكير أساس اتجاه هارت المشهور في كتابه: «مفهوم القانون»⁽⁹⁾، حيث يرى هارت أن الهدف من الفلسفة القانونية هو فهم القانون من وجهة نظر المشاركين في الممارسة القانونية، أي: استيعاب ما يفكرون فيه ويقولونه ويفعلونه عادةً عند الانخراط في الممارسة. وبالتحديد استيعاب «وجهة النظر الداخلية»، أي: وجهة نظر هؤلاء المشاركين الذين قبلوا بالممارسة طواعيةً.

في ضوء ذلك؛ هناك فرضية تقول: إنَّ (وجهة النظر الداخلية) هي أفضل تفسير لعمل المحامين والأسباب الدافعة لما يفعلونه. طريقة إدراك المحامين لأفعالهم الشخصية بوصفها جزءًا من ممارسة اجتماعية محددة ذات هيكل وأسلوب مميزين هي أفضل تفسير -بشكل عام- للطريقة التي تسير عليها الممارسة. إذًا، فالممارسة «في ذاتها» هي ما استقر في ذهن المشاركين فيها. في أثناء ترسيخ مفهومنا عن الممارسة، فإننا نرسخ في الوقت ذاته فهمنا للممارسة ذاتها. لقد أثبتت هذه الطريقة في التفكير أنَّ لها تأثيرًا هائلًا عند الفلاسفة القانونيين المتأخرين⁽¹⁰⁾، لكنه لم يخلُ من منتقديه. شكك بعض المنظرين الاجتماعيين في الأهمية المتعلقة بوجهة النظر الداخلية⁽¹¹⁾، وتساءل آخرون -متأثرين بالتحول الطبيعي في الفلسفة التحليلية المعاصرة- عن المنهجية المتبعة فيها⁽¹²⁾.

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2012). (9)

See, for example, Raz's detailed elaboration of this line of thought: 'Can there be a theory of law?' in J. Raz, ed., *Between Authority and Interpretation* (Oxford University Press, 2009). (10)

E.g. N. Luhmann, *Law as a Social System*, trans K. Ziegert (Oxford University Press, 2004). (11)

(12) انظر رقم 5 من هذا الفصل.

2- بناء النظرية:

على الرغم من أن هارت ومعظم فلاسفة القانون الآخرين قد شاركوا في ذلك النوع من التحليل المفاهيمي المذكور أعلاه، إلا أن ذلك ليس الباب الوحيد لفهم منهجهم.

يمكن بدلاً من ذلك النظر إلى (تحليل المفاهيم) بوصفه مجرد مدخل لتطوير نظرية يمكن تطبيقها على الممارسة الاجتماعية التي نحن بصدددها. وتجنباً للالتباس سأشير إلى ذلك المدخل بأنه «بناء نظرية» بالرغم من أنه يمكن تسميته ببساطة: «إعادة بناء منطقية»، أو «تفسير مفاهيمي».⁽¹³⁾

لا يرى معظم فلاسفة القانون (التحليل المفاهيمي البسيط) أكثر من كونه مجرد تعريف للمواد في إطار نظري. على سبيل المثال: يستعرض شايبرو هذا المنهج من حيث امتلاكه جملة متنوعة من «بديهيات» القانون، أي: تلك التي تبدو واضحة، مثل: إن القانون يضع اللوائح، وإن المحاكم قد ترتكب أخطاء عند تطبيق القانون⁽¹⁴⁾.

تُوجد مجموعة متنوعة من البديهيات المتاحة أمام الباحث الذي يسعى إلى بناء نظرية تجعل من تلك البديهيات أكثر منطقية، وتفسر السبب وراء التسليم بصحتها. على الرغم من أن المنظر عند شايبرو هو مَنْ يسعى إلى إدراك ما هو ضروري لكي تصبح الممارسات قانونية، فإن البديهيات ليست -بالضرورة-

(13) أظهرت صورة التفاوت تلك بين التحليل المفاهيمي وبناء النظرية، مع تشابههما في بعض الأمور، بشكل مثير للاهتمام تحت عنوان: (التحليل المفاهيمي في مقابل التحليل الوصفي).

See: N. Stoljar, 'What do we want law to be? Philosophical analysis and the concept of law' in W. Waluchow and S. Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law* (Oxford University Press, 2013). See also M. Guidice, *Understanding the Nature of Law* (Edward Elgar Publishing, 2015)

S. Shapiro, *Legality* (Harvard University Press, 2011), 15.

(14)

صحيحةً في ذاتها. لكنها تُعد (ولو لم يُشر إليها شابيرو بذلك المعنى) أفضل الأدلة على طبيعة القانون، وهي كذلك أدلة مشروطة، ويمكن الطعن فيها.

بعض البديهيات - شأنها شأن الأدلة - يمكن الطعن فيها بسهولة، وبعضها لا يمكن - بشكل ما - الطعن فيها. بديهيات - مثل أن المحاكم تعد جزءاً من النظام القانوني، أو أن الهيئات التشريعية قادرة على تغيير القانون - مركزية للغاية في فهمنا للقانون للدرجة التي تستحيل معها نظرية القانون تجاهلها. أو - ولنكون أكثر دقة - لا تستطيع أن تتجاهلها دون الاستناد إلى نظرية لشيءٍ آخر (غير القانون).

يجبُ في نظرية القانون أن تكون تفسيراً للممارسات الاجتماعية (بحسب تعبير جاكسون) بشكل يقترب نسبياً من تصورنا البسيط عن القانون⁽¹⁵⁾. وإلا فلا جدوى من عدّها نظرية قانون⁽¹⁶⁾.

إذاً هناك أمران حاصلان بشأن البديهيات:

1) قد يكون بعضها مركزياً للغاية في فهمنا للقانون إلى الحد الذي يجعل أيّ نظرية تتجاهلها لا تُعد نظرية قانونية.

2) لكن هناك بديهيات أخرى مؤثرة ومركزية بشكلٍ ما في فهمنا للقانون، قد يستغنى عن بعضها، وتظل النظرية القانونية على حالها كما هي.

كلما ازدادت البديهيات التي تتناولها النظرية - مع تساوي العوامل الأخرى -

Jackson, From Metaphysics to Ethics, 31.

(15)

(16) وإنه من الممكن دائماً القول: بأنه لا توجد نظرية مُرضية و«قريبة بشكل مناسب» من مفهومنا البسيط، في هذه الحالة قد نحتاج إلى «تغيير مادة» تحقيقاتنا النظرية. يُنزل بعض علماء الطبيعة هذا الرأي على فروع الفلسفة الأخرى (انظر رقم 5 من هذا الفصل) ولمزيد مناقشة يمكن مراجعة:

Leiter, 'The demarcation problem in jurisprudence: a new case for scepticism', Oxford Journal of Legal Studies 31 (2011), 663-77.

كانت النظرية أفضل. وبطبيعة الحال يقودنا ذلك للسؤال عن السبب الذي يجعل بعض البديهيات أكثر «مركزية» من أخواتها. يمكن القول عمومًا: إن السبب إما:

(أ) النظر إليها من قبل المشاركين في الممارسة القانونية على أنها من الأساسيات والمحاور الأساسية المكونة لها، أو:

(ب) أنها تقدم تفسيرًا عميقًا لمجموعة مهمة أخرى من البديهيات.

يمكن أن تكون بعض البديهيات مركزية للمشاركين لأسباب عدة؛ إما أنها على سبيل المثال: تُغير من تأثير ووظيفة الممارسة، أو لأهميتها الاجتماعية، أو أهميتها التقويمية⁽¹⁷⁾.

باختصار؛ تتقاطع البديهيات المركزية مع التأثيرات والسمات الهيكلية للممارسة القانونية ومع الأهمية التقويمية الأساسية لها في نظر المشاركين فيها. وبما أن القانون ممارسة اجتماعية، فإنّ نظرية القانون مهمة بطريقة عمل القانون وماهيته (عند المشاركين) داخل إطاره الاجتماعي. وعليه فإنّ المنظر لا يسعى إلى بناء نظرية منطقية بما يكفي من البديهيات وحسب، بل نظرية تسعى إلى تقديم تفسير للحقائق البديهية وإظهار كيف تتناسب معًا. ما ينطوي عليه هذا هو بناء نظرية موضوع الدراسة. وكما جادل مارمور، فإن مثل هذه النظريات غالبًا ما تكون اختزالية في جوهرها، بمعنى أنها تحاول تفسير الظواهر القانونية من منظور الظواهر غير القانونية وهذا يساعدنا في فهم طبيعة القانون⁽¹⁸⁾. لذلك تشرح نظرية هارت القانون من خلال «قاعدة اجتماعية» أساسية، (قاعدة الاعتراف) حيث تفسر طبيعة الشرعية القانونية وتشرح الدور الخاص للمسؤولين في النظم القانونية الحديثة. ويشرح راز في عمله السابق (المعايير القانونية) من

See J. Dickson, *Evaluation in Legal Theory* (Hart Publishing, 2001), ch. 2. (17)

A. Marmor, 'Farewell to conceptual analysis (in jurisprudence)' in W. Waluchow and S. Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law* (Oxford University Press, 2013), 214-17. (18)

حيث «الأسباب الإقصائية»، و(النظم القانونية) من حيث الدور المميز لـ «المؤسسات الرئيسية المطبقة للمعايير».⁽¹⁹⁾ بينما يقدم شايبرو القانون باعتباره شكلاً من أشكال الخطط الاجتماعية المنظمة⁽²⁰⁾. تحاول جميع هذه النظريات والعديد من النظريات الأخرى بناء نموذج رائد للقانون من المكونات المستمدة من جوانب أخرى من الحياة الاجتماعية. وبالتالي؛ فإن مثل هذه التركيبات النظرية تتجاوز التحليل المفاهيمي. من المحتمل أن تكون المراجعة تنقيحية بطريقتين. بادئ ذي بدء؛ إنها لا تسعى إلى الحفاظ على البديهيات السابقة للنظرية حول القانون، بل قد تنطوي على رفض بعض الحقائق البديهية المركزية نسبياً. وبدلاً من ذلك؛ تسعى إلى الحفاظ على قدر كافٍ من البديهيات، حتى لا تخرج النظرية عن إطار نظرية القانون. ثانياً: إنها تهدف إلى توفير فهم نظري يكون في ذاته عقلانياً ويستند إلى فهم واقعي ودقيق للعالم الاجتماعي. لكن النظريات تختلف من حيث نوع النموذج المقدم، ودرجة سعيها لتبرير معتقدات المشاركين في الممارسة. تنعكس هذه الاختلافات في الطرق التي تُراجع من خلالها الحقائق البديهية المرتبطة بالقانون بواسطة النظرية⁽²¹⁾. نتيجة لهذه التعقيدات تصبح المقارنة بين مزايا النظريات المختلفة عسيرة للغاية، ويصعب أيضاً الوصول إلى تقييم شامل لمدى قدرتها على تفسير بديهيات القانون بصورة مقنعة، وإلى أي درجة يكون التفسير الذي تقدمه النظريات لهيكل القانون ووظائفه مقنعاً.

(19) J. Raz, *Practical Reason and Norms*, 2nd ed. (Princeton University Press, 1990), 73-84, 132-7.

(20) Shapiro, *Legality*, chs 5-7.

(21) هذه إحدى الطرائق لفهم ادعاء ستيفن بيري باعتبار أن «الالتزام القانوني» يجب أن يكون مطالبة داخلية تتناول ما إذا كان الناس لديهم مثل هذه الالتزامات وتحت أي ظروف، وما هي أنواع الأسباب التي تدفعهم إلى اتخاذ الإجراءات.. ولا يعني ذلك أنه يجب أن تلتزم النظرية القانونية بذلك، وإنما هو طموح محتمل للنظرية.

See: S. Perry, 'Hart's methodological positivism', *Legal Theory* 4 (1998), 427, 446-50.

من المنظور الخاص ببناء النظرية؛ فإنَّ الأسئلة التي تبحث عن أي سمة من سمات القانون هي «رئيسة» أو «ضرورية» لوجود القانون ليست هي الشغل الشاغل، وينصبُّ التركيز بدلاً من ذلك على نموذجٍ نظري بمقدرته تفسير البديهيات المتعلقة بالقانون. يستطيع النموذج أن يصل بالنظام القانوني-الذي لديه كل السمات التي تتناولها النظرية- إلى الحالة المثالية، لكنه نموذج مُعقد دائماً بمكوناته الكثيرة.

وكما أنَّ بعض بديهيات القانون أكثر أهمية من غيرها، فإنَّ بعض مكونات النموذج النظري أكثر جوهرية من غيرها، وبالتالي؛ يمكن أن تكون هناك ممارسات اجتماعية تفتقر إلى بعض المكونات -كعدم وجود هيئة «تشريعية» مثلاً- لا تزال تُعد بحق نظاماً قانونية.

يميل المنظرون إلى أن يكونوا أقل اهتماماً بالمنطقة الفاصلة (غير المحددة تماماً) بين ما هو قانوني وما هو غير قانوني، وبأي المكونات التي لا غنى عنها حتى تُعد الممارسة ممارسة قانونية⁽²²⁾. وبدلاً من التركيز على الحد الأدنى من السمات الضرورية للقانون، ينصب كل التركيز على الحالة النموذجية التي تمتلك جميع السمات المميزة للقانون، والتي يتناولها النموذج النظري⁽²³⁾.

أحد مجالات الخلاف المهمة في البناء النظري يتعلق بالمساعي التي يُطمح في الوصول إليها من أجل نجاح النماذج.

من المتفق عليه عمومًا أن تلك المساعي تشمل ما يمكن تطبيقه على جميع الأغراض النظرية الأخرى، أغراض مثل: البساطة، والوضوح، والشمولية،

(22) غالبًا ما يقول المنظرون إنهم يبحثون عن الميزات الضرورية للممارسة الاجتماعية كي تكون ممارسة قانونية، لكن نظرياتهم عادةً ما تتجاوز مثل هذا الاعتبار.

(23) يمكن وصف المثال النموذجي بأنه «الحالة المركزية» للقانون، ولكن بمعنى مختلف عما نُوقِش في القسم 3 من هذا الفصل.

والتجانس، وتوافق الأدلة التفسيرية، (التي يمكن وصفها بأنها: «أغراض متجاوزة للنظرية»⁽²⁴⁾ أو «القيم المعرفية»⁽²⁵⁾).

تتضمن تلك المساعي أيضًا أهمية الحفاظ على جزءٍ كافٍ من وجهة نظر المشاركين، إما باعتبارها قيودًا إضافية،⁽²⁶⁾ وإما باعتبارها جزءًا من الاعتبارات الحالية (على سبيل المثال: القيمة المعرفية «لصلاحية الأدلة»⁽²⁷⁾). ومع ذلك تنقسم الآراء حول أهمية الاعتبارات الأخلاقية في بناء النظرية.

بالنظر إلى أن منهجية بناء النظرية تسمح لنا بمراجعة آرائنا السابقة للنظرية، فهل تعد حقيقة أن النظرية التي تتبنى قانونًا يمتلك بعض القيم والأوجه الأخلاقية هو أمر يحسب لصالح تلك النظرية؟ يجادل بعض المنظرين بأن نظرية القانون تسعى ببساطة إلى فهم طبيعة القانون كما هي. لذا فإن الشكل الأخلاقي الذي تتبناه النظرية لا علاقة له بنجاحه⁽²⁸⁾.

يشير منظرون آخرون إلى أن امتلاك النظرية بُعدًا أخلاقيًا يُعد أمرًا مشروعًا (وإن اختلفت منطلقاتهم)⁽²⁹⁾ يجب التأكيد على أن وجهة النظر التي تتبنى هذا المستوى المنهجي لا تقف عائقًا أمام نوعية نظريات القانون الموضوعية التي تدعمها.

Dickson, Evaluation, ch. 2. (24)

B. Leiter, Naturalizing Jurisprudence (Oxford University Press, 2007), 167-8. (25)

Dickson, Evaluation, ch. 2. (26)

Leiter, Naturalizing Jurisprudence, 172-5, 194-6. (27)

Dickson, Evaluation; A. Marmor, Philosophy of Law (Princeton University Press, 2011), ch. 5; Shapiro, Legality, ch. 1. (28)

E.g., N. MacCormick, 'A moralistic case for a-moralistic law?' Valparaiso University Law Review, 20 (1985), 1-41; Perry, 'Hart's methodological positivism'; J. Coleman, The Practice of Principle (Oxford University Press, 2001), 210; and Murphy, 'Concepts of law', 9. An alternative view is that the use of moral considerations involves a different project to theory construction, viz. the creation of an 'ameliorative' concept of law: see Stoljar, 'What do we want law to be?', 237-9, 247-51. (29)

يستخدم ماك كورميك -على سبيل المثال- اعتبارات أخلاقية لدعم فهمه
الوضعي للقانون⁽³⁰⁾

من جهة أخرى، فإن النظرية التي تسند القيمة أو الغرض أو المحتوى
الأخلاقي إلى الأمثلة النموذجية للقانون؛ لا تُستبعد على أساس الرغبات غير
الأخلاقية⁽³¹⁾.

في النهاية هناك مجموعة كبيرة من البديهيات المتعلقة بالقانون التي تدعم
تفسيرًا أخلاقيًا لطبيعة القانون، وتتفق مع الصورة المستحسنة «للقانون» في
العديد من اللغات الأوروبية (Recht, droit, ius)⁽³²⁾، ولاستعمال القانون
لمفاهيم الحقوق والواجبات والأفعال غير المشروعة، والارتباط الوثيق بين
القانون والعدالة، ودعاوى القانون بشأن ولائنا... إلخ.

إذًا؛ فإن بناء النظرية متوافق مع كثير من أنواع النظريات الموضوعية
للقانون، وسيكون من الخطأ الاعتقاد بأن تناول الاعتبارات الأخلاقية على
مستوى منهجي سيؤدي حتمًا إلى نظرية غير وضعيّة للقانون، أو أن رفض
الاعتبارات الأخلاقية على المستوى المنهجي مرتبط بالنظرية الوضعيّة للقانون.

3- تحليل الحالة المركزية:

نجد توجهًا مختلفًا تمامًا في عمل جون فينيس،⁽³³⁾ حيث يعترض فينيس

MacCormick, 'A moralistic case'. Similarly, Coleman's philosophical pragmatism (30)
leads to a positivistic theory of law: Coleman, Practice of Principle, part 2.

It will be suggested in Section 4 below that Dworkin's interpretive theory of law might (31)
be understood in this way.

Cf. lex, loi, Gesetz. (32)

See Natural Law and Natural Rights, 3-22, 278-9, 417-19, 426-36; 'Describing law (33)
normativity' in Philosophy of Law: Collected Essays Volume 4 (Oxford University
Press, 2011); 'Grounds of law and legal theory: a response', Legal Theory 13 (2007),
315-21; 'Introduction' in Philosophy of Law, 1-9. For discussion see Dickson,
Evaluation, ch. 4; Leiter, Naturalizing, ch. 6; J. Gardner, 'Nearly natural law' in Law as
a Leap of Faith (Oxford University Press, 2012); and V. Rodriguez-Blanco, 'Is Finnis
wrong? Understanding normative jurisprudence', Legal Theory 13 (2007), 257-83.

على المنهجية المبنية على التحليل المفاهيمي،⁽³⁴⁾ ويستبدل بها نوعاً آخر يعتمد على «مركزية» الممارسة الاجتماعية أو الثقافية. فمن وجهة نظر فينيس؛ لا يوجد مفهوم أوحده للقانون، بل مفاهيم مختلفة تعتمد على نوعية التحقيق والمدخل والبحث الذي يُسعى إليه. فالمؤرخ قد يتبنى -بطريقة مشروعة- مفهوماً غير الذي يتبناه الفيلسوف القانوني⁽³⁵⁾.

تهتم الفلسفة القانونية -بوصفها فرعاً عن النظرية الاجتماعية أو علم الاجتماع⁽³⁶⁾- ببناء نظرية قانون عامة يمكن تطبيقها على ثقافات متنوعة في عصور مختلفة،⁽³⁷⁾ وتشكيل مفهوم يمكن استخدامه كتفسير عام للأوضاع الإنسانية بطريقة توضيحية وتفصيلية،⁽³⁸⁾ وأن تنتقل من قضايا محددة من الممارسات القانونية لتصبح نظرية قانون عامة تتبنى بالضرورة حكماً تقييمياً أخلاقياً⁽³⁹⁾.

تسم طريقة الحالة المركزية بالصفات الآتية:

تبدأ أولاً بتصنيف الظواهر التي تُستخدم بطريقة روتينية، باعتبارها أمثلة للممارسات القانونية،⁽⁴⁰⁾ ثم يُطرح سؤال المغزى من تلك الممارسات، أي: لماذا هناك حاجة إنسانية مجتمعية (إن وجدت) إلى مثل هذه الممارسات؟⁽⁴¹⁾

وذلك ليس مجرد سؤال حول ما يظنه المشاركون بشأن المغزى من

Finnis, *Natural Law*, 278-9. (34)

Finnis, 'Grounds of law', 318; *Natural Law*, 430. (35)

See *Natural Law*, 3, 4, 16, 17, 18, 19, 417, 418, 426, 428-9, 430-1, 434, 435. (36)

Natural Law, 4, 9, 18, 426, 428-9, 431, 434 n. 14, 436. (37)

Natural Law, 428-9, 430-1; 'Grounds of law', 319. (38)

(39) بالنسبة لفينيس فإنّ المعنى الدقيق للكلمة ينطوي على استخدام أحكام «المعقولة العملية»، والتي تعد الأخلاق أهم أشكالها، انظر فصل القانون الطبيعي.

Natural Law, 3-4, 278-9, 428. (40)

Natural Law, 3, 14, 16, 278-9, 432 n. 13, 434. (41)

الممارسة أو الاحتياجات التي يظنون أن الممارسة تليها.

يجب على المنظر تحديد الاحتياجات الإنسانية الحقيقية التي تليها تلك الممارسات، وماهية الحقوق والمبادئ الإنسانية التي تبقى ببقائها وتزول بزوالها⁽⁴²⁾.

ثانيًا: طرح تفسير لصورة الممارسة يتناول الاحتياجات التي تليها الممارسة على نحو شامل وكاف، ويحتوي أيضًا على المعنى المحوري للمفهوم العام، ويشير إلى الأمثلة داخل الممارسة المكونة لحالتها المركزية، ومع ذلك؛ فإن المفهوم العام له معنى ثانوي يقصد به تلك النوعية من الممارسات التي تُعد - بدرجات متفاوتة - حالات جانبية، وتعني ذلك الشكل من الممارسة الذي تكون بعض سمات الحالة المركزية أقل تمثيلًا ووجودًا فيه، أو غائبة تمامًا⁽⁴³⁾.

استُوحى هذا النوع التفسيري للممارسات الاجتماعية والثقافية من مناقشة أرسطو حول المشترك اللفظي،⁽⁴⁴⁾ فيفصل أرسطو عند تفسيره للصدقة بين الصدقة الحقيقية (الكاملة) وبين أشكال الصداقات الأخرى، مثل اللواتي لا يخرجن عن إطار المنفعة، (مثل: صداقات العمل) أو الصداقات لمجرد المتعة⁽⁴⁵⁾.

الزعم ينطلق هنا من أن العلاقات والممارسات الاجتماعية والثقافية تكشف عن نمط مشترك، تتخذ فيه بعض أشكال العلاقة أو الممارسة أشكالًا جوهرية، وثمة أشكال أخرى تعتمد على الجوهر دون أن تتسم بجميع مميزاته، ولكي نفهم تلك العلاقات والممارسات بشكل صحيح، يجب أن نركز على الجوهرية منها، لأنه منها تنشأ العلاقة أو الممارسة بشكل كامل، ومنه نفهم الحالات التابعة بصفتها نسخًا ناقصة مشتقة من الشكل الجوهرية.

Natural Law, 3, 11-18 (especially 15, 16, 18), 433. (42)

Natural Law, 9-11, 429-30, 431-2. (43)

Natural Law, 9-11. (44)

Aristotle, Nicomachean Ethics, VIII.3. (45)

وبناءً عليه؛ لكي نفهم القانون يجب على المُنظر أن يحدد الاحتياجات الإنسانية التي يليها القانون بحق، والتي لا يمكن أن تُلبى بدونه، وبعد شكل النظام القانوني الذي يتناول تلك الاحتياجات بصورة كاملة -وكما ينبغي- هو قضية القانون المركزية. والمعنى المحوري لمفهوم القانون هو التفسير الذي يوضح حاجتنا إلى ممارسة اجتماعية بها ذلك النوع من الهيكلة الداخلية والنظام الإجرائي الموجود داخل الحالة المركزية.

ارتأى فينيس فكرة أن أي مجتمع متقدم راقٍ سيحتاج إلى نظام إداري قادر على اتخاذ قرارات مجتمعية -باسم المجتمع- مُلزِمة لأفراده⁽⁴⁶⁾ ويكون ضروريًا لتعزيز «المصلحة العامة» للمجتمع وحمايتها، والمصلحة العامة هنا هي زمرة من الأوضاع تمكن الأفراد -سواء فرادى أو بالشراكة- من عيش حياةٍ نافعة ذات معنى أخلاقي، وتقود المجتمع بأكمله إلى الازدهار⁽⁴⁷⁾.

إنَّ الحاجة إلى نظام إداري يتوافق مع المصلحة العامة ويعززها هو الذي يعطي الحالة المركزية للقانون هيكلها الخاص وطريقة عملها⁽⁴⁸⁾.

قد يعترض ذلك الاتجاه المنهجي العديد من الشكوك، مثلًا: هل يقدر دائمًا على الوصول إلى الحالة المركزية لممارسات المجتمع المتقدم؟ خذ عندك أنظمة الملكية، حيث يحتاج كل مجتمع إلى سن بعض القوانين حول من يمكنه التحكم في الموارد ومتى وكيف. وذلك في سبيل الحد من الصراع حول التحكم في الموارد ومنافعها، وضمان الاستخدام العادل النافع لها والحفاظ على القليل القيم منها، لذلك هناك مجموعة مختلفة من الوظائف التي يقوم بها أي نظام ملكية.

من الواضح الآن أن كل مجتمع يحتاج إلى نوع من أنظمة الملكية، لكن

Natural Law, ch. 9. (46)

Natural Law, ch. 6, especially 154-6. (47)

Natural Law, ch. 10. (48)

تلك الأنظمة يخلف بعضها عن بعض بشدة، وأي نظام يقع عليه الاختيار سيكون مبنياً على الظروف التاريخية التي يواجهها المجتمع، فما أثبت منها جدارته في عصور أوروبا المتوسطة ربما لا يتماشى مع عصر التكنولوجيا الرقمية في الهند. إذا؛ كل مجتمع يحتاج إلى وضع قوانين تحكم كيفية استخدام الموارد، وبالمثل يحتاج أيضاً إلى وضع قوانين بشأن اتخاذ القرارات المجتمعية. لكن تلك الصورة المنشودة قد تختلف اختلافاً كبيراً من مجتمع متقدم لآخر. يمكن القول حينئذ أنه لا توجد حالة مركزية للممارسة بمعنى شكل الممارسة التي-حتى عند أعلى درجات تجريد الواقع- تتكيف مع الظروف المتباينة لمجتمعات مختلفة، ولكن يوجد عوضاً عنها مجموعة متنوعة من الوظائف تليها الممارسة، ومجموعة أساسية من المكونات التي تليها ممارسات مختلفة.

تحديد الشكل الذي يمكنه تحقيق المصلحة العامة للمجتمع هي مسألة شديدة التباين، ولا يوجد شكل مطلق على مستوى مجرد يمكنه استيعاب كل هذه الأمور. لذا قد يبدو في الواقع أن طريقة الحالة المركزية لا يمكنها تقديم قضية مركزية موحدة، ولكنها عوضاً عن ذلك قد توضح ببساطة الاحتياجات التي تتناولها الممارسة وما هو مفيد لها من عناصر.

أمر آخر وهو ما إذا كانت طريقة الحالة المركزية ملزمة بطرح تفسير كامل، وشرح دقيق ومفصل للقيم والمبادئ البشرية.

قد يتمثل الخيار البديل في بناء حالة مركزية لممارسة اجتماعية محددة على أساس تفسير أضعف بكثير للقيم البشرية؛ تفسير مبني على أفكار واسعة الانتشار، وليست محل نزاع بخصوص الأشياء التي يراها البشر ذات قيمة من منظور عالمي واسع. ويمكن بذلك إنشاء أرضية مشتركة للمنظرين ينطلقون منها لتطوير تفسيرات للصورة الأخلاقية المثلى من القانون⁽⁴⁹⁾.

See N.E. Simmonds, 'Philosophy of law' in N. Bunnin and E.P. Tsui-James (eds.), (49) *The Blackwell Companion to Philosophy*, 2nd ed. (Blackwell, 2002), 417-18.

لا يزال ذلك النهج التفسيري الضعيف يعتمد على الجانب التقييمي الأخلاقي في وضع تفسير عام للقانون، لكنه لا يملك أن يطرح تفسيرًا شاملًا لحالة القانون المركزية، ويمكن القول على سبيل المثال: إن هذا ما كان يصنعه هارت بالفعل في كتابه «مفهوم القانون» في تفسيره لوجود سمات محددة مشتركة بين الأنظمة القانونية، بالرغم من معارضته لحيادية القيمة⁽⁵⁰⁾. تلك الافتراضات ضعيفة جدًا وواسعة الانتشار؛ لدرجة أن وصفها بأنها تقييمات من أجل المصلحة العامة يجعلها تمر مرور الكرام دون أن يلاحظها أحد.

أخيرًا؛ حاجتنا إلى أي تقييم أخلاقي يمكن أن يرد عليه بالطريقة الآتية:

حيث من الممكن دائمًا عند مراجعة الأمثلة المختلفة للممارسات الاجتماعية المصنفة معًا في بداية البحث أن نجد إجماعًا (أو على الأقل اتفاقًا واسع النطاق) بين المشاركين في تلك الممارسات حول الهدف منها - أو من وظيفتها - أو إجماعًا بشأن الوظائف التي يقوم بها القانون بالرغم من تباين الوظائف الأخرى المرتبطة به.

إذا كانت تلك الوظائف تطرح أساسًا عقليًا يمكن منه تحديد سمات للممارسة القانونية على أنها السمات الرئيسية لها؛ فإنه من المحتمل أن يكون لدينا صورة عامة للممارسة لا تستلزم وجود تقييم أخلاقي للتقييم والمبادئ البشرية الحقيقية التي تغطيها الممارسة، حيث يمكن بكل بساطة الرجوع إلى ما كان يعتقد غالبًا المشاركون في الممارسة بشأنها.

See, Hart's Concept, 41-239.

(50)

على الرغم من أن هارت هنا يتجنب تبرير المؤسسات القانونية، ويجب ألا تسعى النظرية التي تعتمد على التقييم الأخلاقي إلى تبرير القانون بصفته مؤسسة اجتماعية، تشير ببساطة إلى تلك السمات التي تجعل الممارسة ذات قيمة إنسانية وتشرح سبب وجوده - مع أخذ كل الأشياء بالحسبان - وإن لم يكن له ما يبرره أخلاقيًا.

4- التأويلية:

ثمة مقارنة أخرى تُعد التقييم الأخلاقي أمرًا لا غنى عنه في فهم طبيعة القانون؛ وهي تأويلية دوركين كما جاءت في كتاب «إمبراطورية القانون».⁽⁵¹⁾ يرى دوركين أنّ القانون ممارسة مجتمعية قابلة للتأويل، وينطلق من ذلك إلى أنّ أي تفسير لتلك الممارسة يجب أن يقدم مبررًا له، لماذا؟ الممارسة الاجتماعية «التأويلية» هي التي يُظهر فيها المشاركون «موقفًا تأويليًا»، حيث:

(أ) يرون أنّ الممارسة لها غاية ما (هدف أو قيمة) يمكن سردها بشكل مستقل عن المعايير التي تنتهجها الممارسة.

(ب) ويرون أنّ دواعي الممارسة لا تشترط بالضرورة وعلى وجه السرعة أن يكون لها وجود في الوقت الحاضر، بل يجب أن تكون متأثرة بهدف الممارسة، حيث يجب استيعاب تلك الدواعي -أو تطبيقها- أو توسيع نطاقها، أو التعديل عليها، أو تأهيلها، أو حصرها في إطار تلك الغاية⁽⁵²⁾. وفوق كل ذلك، فإن الممارسة التأويلية قادرة بشكلٍ مميز على أن تكون حمالة لتفسيرات عدة بشأن غايتها أو هدفها، مما يخلق منافسة بين تلك التفسيرات وتبعًا لذلك ينخرط المشاركون (في الممارسة التأويلية) في سجال هادف حول ما تتطلبه الممارسة فعلاً، وأي تفسير يعد التفسير الأفضل، مع أخذ كل شيء بالحسبان.

يجادل دوركين بأنّ القانون ممارسةٌ تأويلية بهذا المعنى⁽⁵³⁾. وبناءً عليه لا يقدر المنظر على طرح تفسير لممارسة محايدة من الجهة الأخلاقية؛ لأنه عند

Harvard University Press, 1986. Dworkin's later views depart from the account in (51) Law's Empire, as will be noted below: see Justice in Robes, Introduction and ch. 8. On the methodology of Law's Empire see J.M. Finnis, 'Reason and authority in Law's Empire' in Philosophy of Law; Raz, 'Two views of the nature of the theory of law' in Between Authority; and Dickson, Evaluation, ch. 6.

Law's Empire, 47. (52)

Law' Empire, 87. (53)

إسناد بعض الأهداف أو القيمة إلى الممارسة؛ يتخذ المنظر جانبًا من ذلك النقاش -الجدليّ بطبيعته- حول ما يعطي الممارسة قيمتها، ولا يستطيع تقديم شرح لسّمات الممارسة الأساسية أو الضرورية.

ينبعث محتوى كل ممارسة تأويلية خاصة بسياقها الثقافي -ببساطة- مما يراه المشاركون في الممارسة جزءًا منها. فحصيلّة الممارسة هي في تأويلات المشاركين فيها⁽⁵⁴⁾. محتوى الممارسة عُرضة للتغيير بمرور الوقت، ولا توجد سمات أساسية تُبقي على هويتها بمرور الوقت⁽⁵⁵⁾. لذلك عندما نتحدث عن «نوع» محدد من الممارسة الاجتماعية، فإننا بكل بساطة نستقرئ من الممارسة الجارية في الوقت الحالي، ونحكم على بعض الممارسات الأخرى لتكون متشابهة بدرجة كافية حتى يمكن وصفها بالمصطلحات نفسها.

لكن الارتباط بين الممارسات المختلفة هو مجرد أحد أوجه التشابه المتداخلة: حيث لا يوجد «جوهر» للممارسة يشتركون فيه جميعًا.

حتى لو سلّمنا -جدلاً- أنّ القانون هو ممارسة تأويلية بحسب دوركين، فهل يترتب على ذلك أنه لا يمكن أن يوجد تفسير وتقييم أخلاقي لهذه الممارسة؟ وأنه لا توجد لها سمات أساسية؟ من الواضح أنّ ذلك سيُخرج لنا مُنظرًا لا يستطيع طرح تفسير غير ملتزم بما تتطلبه الممارسة من أولئك الذين يستعينون بها، (أي: تفسيراً غير ملتزم «بالقانون»)، لكن هذا في ذاته لا يحكم باستبعاد فهمنا للممارسة نفسها فهمًا غير مشروط بالتبرير.

لا يزال بإمكان المنظرة أن تقول -على سبيل المثال- بأن المجتمع لديه ممارسة اجتماعية (س)، فهي إما:

1- لديها (تقريبًا) محتوى محدد (المحتوى الذي يعده أعضاء المجتمع - عمومًا- أنه فيها). وإما:

Law's Empire, 65-6.

(54)

Law's Empire, 69-70.

(55)

2- ممارسة «تفسيرية» بسبب مواقف الأعضاء تجاه (س). وإما:

3- (في الوقت الحاضر) أن يتفق الأعضاء

أ- بشكل عام على أن الهدف من (س) هو (ص)، أو:

ب- لكل منهم وجهة نظره الخاصة فيما يتعلق بالهدف من (س) أو:

ج- حالة بين (أ) و (ب) على سبيل المثال: هناك وجهتا نظر أو ثلاث سائدة، أو وجهة نظر واحدة سائدة وثلاثة آراء جانبية مؤثرة... إلخ.

4- أن تكون وجهات النظر بشأن الهدف من (س) عرضة للتغيير بمرور الوقت.

يمكن فهم الممارسة في الحيز من (1) إلى (4) دون أن يقترح المنظرّون أنفسهم قيمة أو هدفاً للممارسة.

ثمة ادعاء أكثر إثارة للاهتمام، وهو: أن الممارسات التأويلية ليست لها سمات أساسية. ينبثق ذلك من وجهة نظر دوركين، حيث يوجد مرجع أولي للممارسة التأويلية (س)، وأن النظائر الأخرى لـ (س) تُعرّف من خلال أوجه التشابه (المختلفة) مع ذلك المرجع الأولي، نظرًا لأنه بمرور الوقت يمكن أن تتغير الممارسة المتمثلة في المرجع الأولي بشكل جذري، فإنه سيكون من الخطأ الاعتقاد أن لها أي سمات محددة، وأن الممارسات الأخرى (بما في ذلك المراحل المبكرة والمتأخرة من المرجع الأولي)، يُشار إليها على أنها (س)؛ لأنها تشاركها تلك السمات⁽⁵⁶⁾. ومع ذلك؛ فإن هذه الحجة ذاته لا تستبعد أنه في نقطة محددة من الزمن قد يرى المشاركون في ممارسة ما أن لها سمات أساسية محددة، وينطلقون في معالجة الممارسات في الثقافات الأخرى بوصفها من النوع نفسه؛ لأنها تشترك في السمات ذاتها. وإذا كان (لممارسة محددة) الحق في أن تكون المرجع الأولي لـ (س)، فيمكن أن تكون تلك

الممارسة في تلك النقطة من الزمن هي المرجع الأولي أيضًا. بيد أن هذا يجعل السؤال عما إذا كان المشاركون يرون في الممارسة (س) أنها تمتلك السمات الأساسية سؤالاً عرضيًا في نقطة محددة من تاريخ (س). من الممكن ألا ينظر المشاركون إلى (س) بهذه الطريقة: قد ينظرون ببساطة إلى عددٍ من الممارسات الاجتماعية على أنها حالات واضحة لـ (س) دون اشتراكها في مجموعة من السمات.

يشير هذا تساؤلًا أكثر عمومية حول ما إذا كان ينبغي أن نعد الممارسات القانونية متصلة مع بعضها من خلال سمات أساسية ومقنعة يشتركون فيها جميعًا (مع وجود بعض الحالات الجانبية أو الهامشية التي لا تمتلك جميع تلك السمات)، أو ما إذا كان ارتباطها بسبب تشابه مجموعاتها ببعضها⁽⁵⁷⁾.

فبالنسبة لوجهة النظر الأخيرة تلك فإننا نرى ممارستنا للقانون باعتبارها حالةً نموذجية، ونعترف بحالات قانونية أخرى واضحة، لكننا لا نفعل ذلك على أساس مشترك من السمات الأساسية، بل مجرد مجموعة من السمات التي تتداخل في بعض الحالات.

توجد بعض السمات الضرورية التي تشترك فيها جميع الممارسات القانونية، لكنها ليست كافية للتمييز بين القانون والممارسات الأخرى (غير القانونية). هذه النظرة إلى القانون هي خيار مثير للاهتمام، على أنها لا تُظهر أنّ نظرية القانون يجب أن تقيّم القانون أخلاقيًا؛ ولو كان القانون في نظرها مفهومًا يعتمد على التشابه بين أفراد المجموعة، لا على تقييم أخلاقي.

See L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, 4th ed. (Wiley-Blackwell, 2009), 65- (57) 77, and for discussion R.J. Fogelin, *Wittgenstein*, 2nd ed. (Routledge & Kegan Paul, 1987), 133-8 and M. Forster, 'Wittgenstein on family resemblance concepts' in A. Ahmed (ed.), *Wittgenstein's Philosophical Investigations: A Critical Guide* (Cambridge University Press, 2010).

يذكر دوركين في بعض النقاط أنّ تحديد ما إذا كانت الممارسة تأويلية هو ذاته سؤال تأويلي، أي: إنّ توصيف الممارسة يعتمد على وجهة النظر التي تُظهر الممارسة في «أفضل» صورة، وبالتالي، فهي أخلاقية بطبيعتها،⁽⁵⁸⁾ لكن يبدو أن هذا الادعاء يستفيد من وجهة النظر التي تعطي معنى أفضل لما يفكر فيه المشاركون ولما يفعلونه ويقولونه⁽⁵⁹⁾.

إن القول بأن أفضل تأويل لممارسة ما: هو أنها ممارسة تأويلية؛ لا يعني أنّ هذه هي وجهة النظر التي تُظهر الممارسة في أفضل صورة؛ فقط من أجل القول: إنّ ذلك يُظهر أسلوب المشاركين ليكون أكثر تماسكًا وفهمًا وذا قيمة من وصف الممارسة بشيء آخر.

بعد كل هذا يرى دوركين أنه يمكن فهم الممارسة بشكل أفضل على أنها ممارسة تأويلية، على الرغم من عدم وجود تأويل جيد لها، أي: على الرغم من حقيقة أنه لا توجد قيمة كافية في الممارسة لإثبات أنها تستحق التنفيذ⁽⁶⁰⁾.

حقيقة أنّ أفضل تأويل لممارسة تأويلية - هو ما يسميه دوركين تأويلًا متشككًا⁽⁶¹⁾ لا تمنع الممارسة في ذاتها من أن تكون ممارسة تأويلية.

في عمله الأخير؛ يتحول تركيز دوركين بشكلٍ خاص إلى فهم «القانون» بمعنى فهم الحقوق والواجبات القانونية الموجودة داخل إطار الممارسة الاجتماعية للقانون⁽⁶²⁾.

See, e.g., R.M. Dworkin, Justice for Hedgehogs (Harvard University Press, 2011), (58) 160-3.

E.g., Dworkin, Justice in Robes, 12. (59)

Law's Empire, 66. (60)

Law's Empire, 78-9. (61)

In Justice in Robes, for instance, Dworkin seems to abandon some of the claims in Law's Empire about interpretive practices by introducing the idea that there is a 'sociological' concept of law - law in the sense of a social practice - that is 'imprecisely criterial', as opposed to a 'doctrinal' concept of law, i.e., 'the law' of a jurisdiction, which is interpretive: 2-4. (62)

يمكن القول: إنَّ الأمر لم يعد يحتوي منهجية خاصة، بل بالأحرى يحتوي وجهة نظر موضوعية مميزة لطبيعة الممارسة القانونية. ففي النهاية حجة توصيف القانون بأنه تأويلي: هي أنه يستوعب بعض السمات الأساسية للممارسة القانونية بشكل أفضل، ولا سيما الخلافات الموضوعية حول أسس القانون والقوة الأخلاقية للدعايات القانونية⁽⁶³⁾.

إذا كان أفضل توصيف للقانون هو أنه ممارسة تأويلية، فإنَّ هذا يستلزم النظر إلى طريقة معرفة الحقوق والواجبات القانونية وطريقة تحديد جوانب الممارسة الاجتماعية المهمة التي تساعد (وتحدد طريقة المساعدة) في معرفة تلك الحدود والواجبات على أنها تُعد دائماً جزءاً من سؤال أخلاقي⁽⁶⁴⁾. لكن الحجة القائلة بأن القانون ممارسة تأويلية؛ لا تحتاج في المقام الأول إلى الاعتماد على الجاذبية الأخلاقية لهذا التوصيف، بل قد تعتمد بدلاً من ذلك على فهم هذه الممارسة بشكل أفضل من أي توصيف آخر. عندها قد يفهم ذلك على أنه شكل من أشكال بناء النظرية يُنتج تفسيراً أخلاقياً لطبيعة القانون معتمداً على معايير غير أخلاقية.

5- الطبيعانية (المذهب الطبيعي):

إنَّ المذهب الطبيعي في الفلسفة القانونية مُستوحى من العمل في الفلسفة التحليلية العامة التي تشكك في: استخدام الفلاسفة «للحدس» في بناء حججهم، وفكرة أنَّ الطرق الفلسفية قادرة على تحديد السمات الأساسية للظواهر⁽⁶⁵⁾.

Law's Empire, 1-44, 108-13. (63)

See N. Stavropoulos, 'Interpretivism' in E.N. Zalta (ed.), Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2014 ed.). (64)

Leiter, Naturalizing Jurisprudence, 175-81. See Naturalizing Jurisprudence, part II, which contains the most sustained discussion of the possible relevance of philosophical naturalism for legal philosophy. For discussion see Finnis, 'Describing = law'; J. Dickson, 'On naturalizing jurisprudence', Law and Philosophy, 30 (2011), 477- (65)

أما بشأن مسألة الحدس، فإن المذهب الطبيعي يقف في منتصف المسافة (محايدًا) بشأن النقاش المذكور في القسم الأول، حول ما إذا كانت لدينا مجموعة محددة ومحكمة من الحدوس بشأن القانون. ويسلط الضوء بدلًا من ذلك على فكرة أن سؤالنا بخصوص وجهة النظر السليمة - هو نفسه سؤال تجريبي، أي: مبني على التجربة، ولا يوجد أحد من المشاركين في النقاش قد أجرى أي تجربة بحثية سليمة لإثبات وجهة نظره؛ لذا يجب أن نتوقف عن التسليم بالنتائج المتطرفة التي نصل إليها عند التفكير «حدسيًا» حول القانون، على الأقل بعيدًا عن النقاط الواضحة التي قد تكون غير كافية لتأسيس أي نوع من النظريات، أما بخصوص مسألة «مفهومنا» عن القانون، فالأمر كالتالي؛ إن التحليل المفاهيمي سيكشف لنا في أحسن الأحوال عن «مفهومنا» عن القانون، أو ما نراه هو القانون. لكن المفاهيم ليست ثابتة، ويمكنها أن تتغير - وهي تتغير بالفعل - استجابةً للتغيرات الحادثة في رؤيتنا للعالم. وحتى لو أصبحت بعض أوجه فهمنا للعالم شروطًا ضرورية لكي تكون الممارسة ممارسة قانونية؛ فإن ذلك يمكن أن يتغير بمرور الوقت. فأفضل التحليلات المفاهيمية يمكنها أن تعطينا إحاطة (إثنوجرافية محلية) حول قدر (جدوى) مفاهيمنا الحالية، لكنها لا تقدر على تقديم حقائق متجاوزة للزمن وخالدة بشأن طبيعة العالم.

بالطبع كما هو مذكور أعلاه قد يسلم بعض الفلاسفة القانونيين بفكرة أن مفهومنا عن القانون محدود، لكنهم سيستوردون حول مدى أهميته لإدراك الطريقة التي نفهم بها عالمنا الاجتماعي⁽⁶⁶⁾.

لا نتطلع للوصول إلى حقائق «خالدة»، بل إلى حقائق حول فهمنا لذاتنا، وفهم أيضًا ما هو جوهر في مفهومنا الحالي للقانون حتى نستطيع تقييم هذا

97; and B. Leiter, 'Naturalized jurisprudence and American legal realism revisited', Law and Philosophy, 30 (2011), 499-516.

Raz, 'Can there be a theory of law?', 31.

(66)

الفهم الذاتي، ونرى ما إذا كان فاسدًا أو لا. قد يختلف المنظرون الآخرون مع ذلك بقولهم: إنَّ أهمية مفهومنا الحالي للقانون تكمن ببساطة في وضعه لقيود حول بناء نظرية يُرجى منها - بأي معنى - أن تكون نظرية قانون. لكن ثمة نقطة أكثر عمقًا في نقد المذهب الطبيعي - كما سبق الذكر - وهي أحد أكثر إسهامات هارت تأثيرًا في الفلسفة القانونية تمثلت في تأكيده على فهم «وجهة النظر الداخلية»، بمعنى: فهم القانون من وجهة نظر المشاركين في العملية القانونية، ومن قبلوا بها. لكن إسهامه ذلك لم يكن مجرد محاولة لفهم الذات؛ ما افترضه هارت في نظريته هو أن وجهة النظر الداخلية لها أولوية تفسيرية: حيث وُصِفَ سلوك المشاركين بكفاءة على أساس ما يعتقدون أنه الواجب فعله في أثناء الممارسة.

هذا الافتراض هو موضع التساؤل - ومرة أخرى - ليس لأنه خطأ بالضرورة، بل لأنه يجب إثبات صحته من خلال البحث التجريبي بدلًا من الأحكام الحدسية المبنية على أحاديث المجالس حول طريقة عمل القانون، وقد يُظهر البحث التجريبي - على سبيل المثال - أنَّ سلوك المسؤولين يمكن التنبؤ به وتفسيره بشكل أفضل من خلال عوامل أخرى غير المعايير القانونية التي يزعم المسؤولون أنهم يتبنونها.

يقترح المذهب الطبيعي أنه بدلًا من الاستناد إلى أحكامنا الظنية وعلى تصورنا المفاهيمي عن القانون، يجب أن نُقبل على العلوم الإنسانية لنرى أي مفهوم للقانون يحظى باهتمامها. ماذا تقول أكثر العلوم دقة عن دور القانون في المجتمع؟ في الواقع؛ هل يرى أفضل علم للقانون مكانًا داخل تفسيره لكيفية عمل المجتمع؟ وإذا كان الأمر كذلك، فما أفضل مفهوم للقانون يتبناه هذا العلم؟ على ضوء هذا؛ يجب على الفلسفة القانونية أن تتجاوب مع العلوم الإنسانية كما فعلت الفلسفة البيولوجية مع العلوم الطبيعية تمامًا. حيث يُعد كل من القانون والبيولوجيا جانبيين من جوانب هذا العالم، ودور الفلسفة يتمحور في أن تعمل في إطار أفضل النظريات التجريبية لإثراء فهمنا لهذه الجوانب.

في المقابل، يمكن أن نلاحظ أن العلوم الإنسانية ليس لها باع مثل العلوم الطبيعية في قوتها التفسيرية وعمقها النظري⁽⁶⁷⁾. حيث تعد الفيزياء والكيمياء والبيولوجيا مناهج بحثية ناجحة للغاية، وتتمتع بقوة تنبؤية عظيمة، وتميل العلوم الإنسانية في المقابل إلى أن تكون لها قيمة جزئية وقدر من النفع ونصيب من العمق. محاولة فهم البشر بوصفهم مواد ثقافية أثبتت حتى الآن أنها مهمة مُستعصية. ومن غير الصحيح أن العلوم الإنسانية تتطلب من المنظرين لها التخلي عن مناهجهم الخاصة، بل إنها قد تستفيد من المناهج الأخرى. بيد أن المقصد من ذلك هو أن مفهومنا الحالي للقانون قد يكون خطأ. إنه عرضة للبحث التجريبي الذي يُقوّض الأهمية التفسيرية لمعتقدات المشاركين حول سبب قيامهم بما يفعلونه، وسبب عزوهم قيمة محددة إلى الممارسة. ربما يكون فهمنا لذاتنا ناقصاً؛ ولكن نظراً لنوعية النشاط شديد الوعي بالذات الذي تتسم به الممارسة؛ سيكون من المفاجئ أن يكون منظور المشاركين معيياً بشكل منهجي.

يمكن للبحث العلمي الاجتماعي أن يفاجئنا ويُقوّض وجهة النظر القانونية، ولكن عند غياب ذلك، فإن الافتراض المعقول أن هذا ليس هو ما نريده، وبالتالي؛ لا يحتاج الفلاسفة القانونيون بعد إلى التخلي عن أساليب عملهم المختلفة.

وبعد؛ قد يدفع الفلاسفة الطبيعيون (كما فعل منظرو الحالة المركزية) بالسؤال التالي: إذا كانت نظرية القانون تعتمد - بشكلٍ أو بآخر - «على مفهومنا الحالي للقانون»، فلماذا تخضع للدراسة الفلسفية؟ قد تبدو محط اهتمام إنثروبولوجي وثقافي كبير - خاصة لنا - لكن لماذا تحظى باهتمام فلسفي؟⁽⁶⁸⁾ قد تكون أحد سبل الإجابة للرد على هذا السؤال؛ في أن مفهومنا المعاصر للقانون

As Leiter himself recognises: *Naturalizing Jurisprudence*, 192.

(67)

Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, 177.

(68)

متأثر بشدة بممارسات الأنظمة القانونية الحديثة للبلديات التي نعيش تحت حكمها ونعرفها حق المعرفة. إلى جانب أنها متشابهة إلى حد ما مع بعضها مع بعض؛ نتيجة الظروف التاريخية التي أخرجت النظام القانوني الإنجليزي إلى العالم (غالبًا عن طريق الغزو والاستعمار) من القرن الخامس عشر فصاعدًا.

وإحدى السمات الرئيسية للقانون البلدي الحديث هي طبيعته التأويلية، أي: إنه يتشكل جزئيًا من خلال تصورنا الذاتي له بصفته ممارسة اجتماعية مميزة، لذلك؛ فإن فهم القانون الحديث هو جزء من استيعابنا لمفهوم القانون.

يبدو الآن أن مفهومنا عن القانون يرتبط في المقام الأول بنوع مُحدد من التكوين الاجتماعي يتعلق بأصل تاريخي دقيق، لكن الفلسفة لا تقتصر على دراسة سمات العالم والبشر الكلية والمتعدية للزمن، وبدلاً من ذلك يمكن للدراسة الفلسفية أن تكون مناسبة لمساعدتنا في فهم أي مجال يستعصي علينا من مجالات الخبرة البشرية التي صعب على سبل الدراسات الأخرى أن تستوعبه. في ظل الأهمية الكبرى للقانون في الحياة المعاصرة وجميع التساؤلات الدائرة حوله يمكن القول: إن الدراسة الفلسفية مناسبة تمامًا لهذا الوضع.

الفصل الثاني

طبيعة القانون

جون فينيس

شملت الأعمال الأخيرة المنشورة حول فلسفة القانون العديد من المناقشات حول «طبيعة القانون» أو «ماهية القانون» التي تُعد من خصائص القانون الضرورية، أو على الأقل خصائص مهمة ونموذجية تُكون سمات للقانون ذاته أينما وجد⁽¹⁾. (أو التي تساعد في تفسير كيف ولماذا يمكن عد القانون مجالاً مستقلاً، وأنَّ القوانين والأنظمة القانونية أمثلة له أو تجسده). ويرى بعضهم أن القانون ليس له طبيعة؛ فالطبيعة تكون للأجسام الطبيعية فقط، ويكون القانون على هذا شيئاً صناعياً لا طبيعياً.

ويجب آخرون بأنَّ ثمة أنواعاً مختلفة من الأشياء المصنوعة تختلف في طبيعتها عن بعضها، فمشابك الورق مثلاً تختلف في طبيعتها عن برامج تشغيل الطابعة، وقطعة جبنه طرية يُستبعد أن تكون قصاصة ورق، يُستبعد أن تكون شيئاً من هذا النوع أو الطبيعة، ويتحول الاهتمام بصورة مشجعة إلى نماذج مصنوعة لها صلة أكبر بالقانون من مشابك الورق، كالأدعاءات على سبيل المثال⁽²⁾.

J. Gardner, 'Law in general' in J. Gardner, *Law as a Leap of Faith: and Other Essays on Law in General* (Oxford University Press, 2012) 270, 279, 301. (1)

Exemplars besides Gardner include Raz, 'The problem about the nature of law' (1983) (2) in J. Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford University Press, paperback ed. 1995); = Raz, 'On the nature of law' (1994/6) and 'About morality and the nature of law'

إنَّ المناقشات حول طبيعة القانون تحتاج إلى جرد أفضل للأصناف، ونماذج الأوصاف، والتفسيرات، وأنواع الطبائع.

تأمل قائمة توما الأكويني (ما زالت قابلة للتحسين) التي بدأ بها تعليقه على أخلاقيات أرسطو⁽³⁾. لقد حدد أربعة أنواع من النماذج، ومثلها من التفسير (التحليلي والتركيب) العلمي. كل منها مميز بشكلٍ لا يمكن اختزاله بالرغم من وجودها في الحياة وطبيعة البشر وجماعاتهم.

المجال الأول: الأنماط (والأشياء المقولبة أو موضوعات الاستقصاء)
والأنظمة المستقلة عن تفكيرنا بطبيعتها. إن الحقائق في مجال الطبيعة تُستقصى عن طريق العلوم الطبيعية، حيث الأنواع الطبيعية والقوانين الطبيعية، (مثل: القانون الثاني للديناميكا الحرارية) تتميز عن غيرها، ومن ثم؛ فإنه من المتوقع أن تكون التجارب قابلة للتكرار في أماكن مختلفة وفي أوقات متفرقة.

المجال الثاني: الأنماط أو أنظمة التفكير التي تجعل من طريقة تفكيرنا مُتسقة ومثمرة بدون مُغالطات منطقية. هذا منطق وليس مجرد شكليات أو رمزيات. توما الأكويني وضع المهارات اللسانية واللغوية في هذا المجال، ولكنها تندرج بشكلٍ أكبر في المجال الرابع: (المصنوعات).

(2003) in J. Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford University Press, 2009); F. Schauer, 'On the nature of the nature of law', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 98/4 (2012), 457-67; B. Leiter, 'The demarcation problem in jurisprudence: a new case for skepticism', *Oxford Journal of Legal Studies* 1 (2011) 663-77; essays by Murphy, Flores and Marmor in W. Waluchow and S. Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law* (Oxford University Press, 2013); M. Murphy, 'Two unhappy dilemmas for natural law jurisprudence', *American Journal of Jurisprudence* 60 (2015) 121-41; and L. Burazin, 'Can there be an Artefactual Theory of Law?', *Ratio Juris* 29 (2016) 385-401.

Finnis, Aquinas (1998), 20-3; *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. (2011), 136-8, (3) 457; J. Finnis, 'Reflections and responses' in J. Keown and R.P. George (eds.), *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis* (Oxford University Press, 2013), 459-584, 462 n. 14.

الدعاوى -على سبيل المثال- باعتبارها أفعالَ اتصال لغويّ؛ هي أعمال مصنوعة، وكان يمكن أن تُبنى تفاصيل كل منها بشكلٍ مختلف. ومع ذلك، فهي تنتمي إلى نفس منطق العقلانية والبنى الجوهرية للخطاب، وتنتقل من التساؤلات حول المعطيات من خلال الرؤى بصفاتها فرضيات حول الأسباب التي تجعل المعطيات كما هي، (وبالتالي حول ما تصل إليه، أو تدل عليه)، إلى إصدار الأحكام التي تؤكد أن الحالة كذا وكذا، أو ليست كذلك.

المجال الثالث: الترتيب (النمط) الذي يمكن للمرء أن يدخل في مداولاته لتحقيق غايات عن طريق الآفاق المفتوحة من حياته (بصفته فردًا أو مجموعة).

هذه العقلانية العملية، بأشكالها المتقدمة، ترقى إلى مستوى الفضيلة أو الأخلاقيات السلوكية، وتحدد أنواع الاختيار، والتصرف، والعمل؛ هل هي جيدة أم سيئة؟ صحيحة بطريقة مقبولة أم خاطئة بحكم معقوليتها أو عدم معقوليتها في ذلك الأفق المفتوح؟

المجال الرابع: هو نوع النمط الذي يمكن للمرء أن يفرضه على المادة (الأشياء والمواد الخام، بما في ذلك أجزاء الجسد وعملياته) مع نوع الوسائل التي تضع حدًا للعقلانية العملية التي تهتم بتصنيع المصنوعات -بأوسع معانيها- والعمل معها، بما في ذلك الفنون والحرف والتقنيات، وكما ذكرنا من قبل (اللغة واستخدامها).

فكل مصطلح من هذه المصطلحات: «الطبيعة» (من هذا النوع)، أو «الجوهر» («جوهريًا»،...)، أو «النوع» («من نوع مختلف»)، أو «الهوية» («متطابق»، أو «مشابه»،...) وما إلى ذلك؛ قابل للاستخدام بشكلٍ صحيح في كل مجال من المجالات الأربعة. ولكن المعنى الدقيق لكل مصطلح يتغير إلى حدٍ ما بشكلٍ منهجي، مع تغير استخدامه بين المجالات، فهي مصطلحات مُتشابهة، وليست مصطلحات أحادية المعنى أو مبهمّة.

مصطلح القانون - لا يفهم منه ما يفهم من مصطلح «القانون الثاني

للديناميكا الحرارية»، ولكن يفهم منه ما يفهم من عنوان هذا الكتاب: دليل كامبريدج في فلسفة القانون الذي يطابق «قانون/قانوني»- ينتمي إلى كل من المجالات الأربعة. والتفكير في طبيعة القانون يجب أن يستحضر هذا التعقيد، ويتجنب توصيف القانون أو شرحه بشكلٍ مختزل، كما لو كان يتعلق أساسًا بمجال واحد (أو اثنين، أو ثلاثة) فقط من هذه المجالات.

إنَّ الخصائص الضرورية المطلوبة لتشكيل قانونٍ ما وتأسيس طبيعته بشكلٍ كامل تتضمن خصائص من كل المجالات الأربعة، وإن فقدان خاصية في مجال واحد -على سبيل المثال- دون المجالات الأخرى؛ لا يعني أن القانون أو النظام القانوني أصبح ناقصًا لدرجة ألا يُعد قانونًا. إنَّ فقد الأطراف لا يسلب الإنسان إنسانيته، والحجة الضمنية تبقى حجة، (وإن كانت ضعيفة ومشكلة). لا ينبغي للخوف أن يقضي على المعقولة العلمية والفضيلة. إنَّ المركبة العاجزة عن تغيير مسارها تبقى سفينة، والمواطنة التي تمنح حق التصويت فقط دون حق الانتخاب هي مواطنة، ولكن (كما هو الحال مع الأمثلة الأخرى) هذه الأوصاف لا تؤثر في الشيء (في حقيقته)، ولا تمثل المعنى المركزي لهذه المصطلحات. إنَّ الأمثلة الناقصة والمتغيرة والمحددة، لا تؤثر في الأطروحات القائلة: إنَّ القانون له طبيعة، تصفها النظريات القانونية وتشرحها بشكلٍ صحيح أو ناقص أو بقدر ما خاطئ.

ينبغي للنظريات أن تركز على (أنواع من) القضايا المركزية للقانوني الذي تجسد طبيعته على أكمل وجه -أو بشكلٍ كافٍ- كما ينبغي أيضًا تحديد القضايا غير المركزية في بنية موضوعات القضايا المتشابهة، وهذا التحديد لا يتم عن طريق النماذج الإحصائية، بل وفق معايير كل مجال ذي صلة بالتفسير الجيد (الحقيقي).

في هذا الفصل عددنا القانون مُضمَّنًا في كل مجال من المجالات الأربعة، وإنَّ أفضل ما يفسر سمات القانون هو الجمع بين المجالات الأربعة معًا، مثبتًا

أنَّ طابعه الاستجابة للمجتمعات البشرية ذات الاحتياج الملح أخلاقياً؛ للوصول إلى نوعٍ من العدالة لا يتيحها بشكلٍ منهجي إلا القانون.

1 القانون والطبيعة والتاريخ:

إنَّ قوانين الطبيعة (مثل القانون الثاني للديناميكا الحرارية بين أمثلة لا حصر لها) تشترك في بعض الخصائص مع موضوعات الفلسفة القانونية، فهي واضحة بشكلٍ عام (عالمية) حول أنماط نشاط كيان الجسد البيولوجي المتوقعة⁽⁴⁾ ضمن ظروف محددة.

ولكنها تفتقر إلى خصائص النظام القانوني المتعلق بالمجالات الثلاثة الأخرى من جهة الواقع والتفسير، ولا تتشابه مع معنى القانون المذكور في عنوان هذا الكتاب إلا بشكلٍ ضعيف. ولكن قبل أن نترك هذا المجال الأول، يجب علينا أن نلاحظ أن تقارير توما الأكويني تحتاج إلى التنقيح والتعديل مرةً أخرى؛ لتتوافق مع المعرفة التاريخية أو الاجتماعية، فيما يتعلق بالحقائق كما هي مستقلة عنا بصرف النظر عن تفكيرنا عنها وكيفيتها، ولا يعني هذا توافقها مع الاحتياجات الطبيعية لقوانين الطبيعة أو القابلية لتكرار الأمثلة من الأنواع الطبيعية، وإنما مع الاحتياجات المختلفة التي كان عليها كل شيء في الماضي، بحيث لا يمكن أن يصل للحال التي هو عليها الآن لو لم يكن كذلك. وبالتالي؛ فهي تنتظر: الاكتشاف، والوصف، والتفسير. وأي بيان لطبيعة القانون لا بد أن يستحضر هذا الجانب من المجال الأول، لماذا؟

السبب الأول: أن القوانين لا بد أن تنتمي إلى نظام قانوني موجود؛ بمعنى أن تكون «فعالة» إلى حدٍّ كبير ومُعترف بها، وتطبقها -عملياً- العديد من الفئات التي وجد هذا النظام وقوانينه من أجلهم. ثم إنَّ صيغة المضارع هنا هي

(4) المتوقع هنا يعني هو توقع تنبؤي ليس مبنياً على: التمني، أو التوجيه، أو المعيارية (دليل عملي مباشر).

إشارة إلى الماضي، الماضي القريب على الأقل. ففي العديد من الحالات التي وجدت في العقود أو القرون الماضية تميزت الشعوب عن غيرها عن طريق استقرار الأنظمة القانونية واستمرارها. بالرغم من أن القانون الروماني الذي أصدره جستنيان في (529-534م)، والنظام القانوني في روسيا القيصرية أمثلة على القانون ويوضحان بصورة جلية طبيعة القانون، -وتناقش اليوم بصفتها تحتوي حلولاً لمشكلات قانونية واضحة كما لو كانت فعالة اليوم - إلا أنها لم تعد تملك طبيعة القانون، يمكننا القول: إنها في أحد أهم الجوانب الحاسمة ليست قادرة على تأمين العدالة لأي شخص.

السبب الآخر، يحتاج النظام القانوني إلى أن يتضمن العديد من القواعد والتنظيمات التي تنتمي إليه فقط؛ لأنها قد أنشئت من قبل واضعي القوانين في الماضي. كل من هذه الخصائص القانونية ضرورية (ولازمة)، بمعانٍ وطرق تشمل المجالات الثلاثة الأخرى.

2 القانون ومنطق افتراضاته:

القانون بحكم طبيعته هو قانون يحكم مجموعة (مجتمعاً) بشكلٍ أو بآخر. فقانون المجموعة يمكن أن نسميه النظام القانوني الاجتماعي أو التعليمات القانونية. في المقام الأول؛ يُعد مثل هذا النظام أو التعليمات مجموعة من القوانين، كل منها يتضمن افتراضاً كلياً. والقانون بهذا الاعتبار مجموعة من افتراضات قانونية، ينص كل منها على ما لا يجوز فعله من الناحية القانونية وفق قانون المجموعة (محظور، يجب ألا...)، أو على ما يجوز فعله (مسموح به)، أو على ما يجب فعله (إلزامي، مطلوب، يجب أن...؛ أو ما الصلاحيات الممنوحة وفق القانون لبعض الأشخاص أو جميعهم، (السلطة، القدرة) للتأثير في طريقة تطبيق المسائل القانونية، أو أن يتحمل هؤلاء الأشخاص وغيرهم مسؤولية ما يفعلونه، وما يجب أن يفعلوه أو ألا يفعلوه.

تُعد افتراضات القانون كلفة من حيث إنها تطبق على الأشخاص بجميع

فئاتهم، والأفعال بجميع درجاتها، فجميعهم يشملهم الافتراض بصرف النظر عن سعة هذه الفئات أو ضيقها.

إنَّ الافتراض القانوني الصحيح لا ينتقي فئة من الأشخاص (مثل: «رئيس الدولة»)، وإنما ينتقي شخصاً محدداً (ويليام ك. براون المولود في 16 سبتمبر 1943م)، وأفعالاً محددة من ذلك الشخص نفسه (وصيته كُتبت في 26 يونيو 2011م، وملحق الوصية كُتب في 27 إبريل 2013م)، هذه ليست قضية مركزية في «القانون».

ومن جهة ثانية، فإنَّ النظام القانوني مجموعة من: الأشخاص، والأنظمة، والممارسات. وبالرغم من أنَّ النظام القانوني باعتباره مجموعة من الافتراضات لا يمكن أن يُقال عنه -على سبيل المثال- إنه مزدهر أو فاسد، فإنَّ النظم القانونية في هذه الجهة لها ارتباط زمني وأخلاقي وثيق الصلة بالتاريخ.

إنَّ جوهر القانون بصفته مجموعة من الافتراضات هو المنطق الذي حلله كاملاً لأول مرة، هوهفيلد⁽⁵⁾.

لنفترض أنَّ ثمة قانوناً يحدد أنَّ على الأشخاص من فئة (ص) واجب عدم القيام بأعمال من الفئة (أ) - أو واجب القيام بأعمال من الفئة (ب) - وأن هذا التخصيص فيه مصلحة لكل شخص من فئة (س)، أو أنَّ لكل شخص من فئة (س) -أو من يمثلهم- سلطة إنفاذ هذا الواجب أو التنازل عنه، ويلزم من ذلك أن كل (س) لديه حق-بموجب القانون المفترض نفسه - مرتبط بالواجب ذي الصلة، وهذا الحق يخوله أن يلزم كل شخص من فئة (ص) بالامتثال أو الامتناع عن التصرف. إنَّ هذا يجسد بطريقة أو بأخرى الارتباط الذي يستلزمه

W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Ed. (5) W.W. Cook (Yale University Press, 1923); J. Finnis, 'Rights: their logic restated' in J. Finnis, *Collected Essays of John Finnis [CEJF]* (Oxford University Press, 2011, paperbacked. 2013), Vol. IV (Philosophy of Law), 18.

كل واجب أو سلطة محددة بقانون مُقترح فعّال في نظام قانوني محدد، ولكن فضلاً عن حقوق (الفئة س) المرتبطة بواجبات (الفئة ص)، توجد حقوق أخرى (قد تكون لأفراد من الفئة س) بموجب بعض القوانين المقترحة): حقوق في الأشياء أو عليها، حقوق الملكية والممتلكات. وبطبيعة الحال، فإنّ هذه الحقوق في الأشياء أو عليها تتماشى (ليس عن طريق التوريث، ولكن بموجب القواعد القانونية) مع سلطة (فئة س) لنقل هذه الحقوق إلى (ي)، ولفرض الواجبات أو التنازل عنها من قبل (ص)، والامتناع عن استخدام الأشياء، وما إلى ذلك. وعلى نحو مماثل إلى حدّ ما. كما توجد أيضاً حقوق (لأفراد من الفئة) (س) ليست ملازمة ولا مناقضة لأي واجب، ولكن (يمكن أن يقال) حقوق «للحياة»، أو «الحياة الخاصة»، أو «للتجمعات الحرة»، وما إلى ذلك.

وهذه الحقوق ذات الفترتين ترتبط بالواجبات؛ ليس عن طريق المنطق، وإنما عن طريق قواعد قانون النظام التشريعي وأحكامه.

إنّ المجال الرابع الفني والمصطنع يفترض أنّ النظام القانوني مُكتمل وخالٍ من الثغرات؛ عندما يحتوي إجابة قانونية صحيحة عن كل المسائل المتعلقة بالسلوك داخل نطاق سلطته التشريعية، ويجعل من المقبول التفكير في أن كل حق من الحقوق ذات الفترتين يمكن «من حيث المبدأ» أن يعلن بشكلٍ شامل في مجموعة واسعة من الحقوق ذات الفترات الثلاث التي يستلزمها القانون. بناءً على هذا الأساس، فإنّ كلمة «يجب» في الحقوق ذات الفترتين مثل حق حرية التعبير؛ لا بد أن تكون قابلة للتعبير بشكلٍ واسع عن مقاصد القانون. ومن جهة الحقوق ذات الفترات الثلاث، مثل: حق (أ) في أن (ب) و(ج) و(د)...، لا يملكون الحق في اعتراض مكالمته الهاتفية. (أ) يملك الحرية في إجراء المكالمات الهاتفية، و(ب) و(ج) لا يملكون الحق في منعه من ذلك، (أ) لديه السلطة ليمنح (ب) الحرية التعاقدية التي تخوله للاستماع إلى محادثات (أ) الهاتفية. (أ) يملك الحصانة في عدم حصول (ب) على هذه الحرية من أي مصدر آخر للسلطة... إلخ.

أحد الأنواع المحددة للحقوق ذات الفترتين؛ هو السلطة العامة والصلاحيّة لسن القوانين، في المقام الأول وضع قواعد القانون، وفي المقام الثاني إعطاء حقوق وواجبات قانونية محددة عن طريق إصدار تشريعات أو أنظمة شبيهة، وبشكلٍ مماثل توجد صلاحيات خاصة لإنشاء حقوق وواجبات عن طريق التعاقد، أو عن افتراضات الالتزام للقوانين الخاصة. فكرة التحقق من الصلاحيّة مضمّنة في التأكيدات حول صلاحيّة افتراضات القانون، وتستند إلى فكرة الصلاحيّة المنطقية (للجدل العلمي أو البرهان في المنطق والهندسة، وما إلى ذلك).

ولكن معناه القانوني يضيف فكرة مفادها: أن الافتراض تُحقّق منه عن طريق ممارسة السلطة العامة أو صلاحيّة إنشاء القوانين، أو عن طريق ممارسة سلطة خاصة في: التعاقد، والتعيين (وكلاء)، وخلق (الثقة)، وما إلى ذلك. يمتد هذا المعنى القانوني للصلاحيّة إلى أبعد من ذلك ليشمل طرقاً أخرى صالحة لإدخال القوانين الجديدة، (و/ أو) الافتراضات القانونية إلى النظام التشريعي عن طريق عمليات تشكيل العُرف، والإغلاق، وحق التقادم، وما إلى ذلك. العمليات الموثوقة التي لا تعتمد على -أو تتضمن- ممارسة أي شخص للسلطة، أو الصلاحيّة لإدخالها⁽⁶⁾.

عندما تصبح الافتراضات القانونية مُتحققاً منها عن طريق مثل هذه التطبيقات والعمليات، فإنّ عملية التحقق من صلاحيّة منح السلطة، أو قواعد الاعتراف الأخرى لا تكون في المقام الأول على الافتراض ذاته، وإنّما على العبارات الواردة في النصوص التشريعية التي اعتمدت وصادقت الجهات الرسمية عليها.

See further M. Kpcke, Legal Validity: The Fabric of Justice (Hart Publishing, 2019); (6) and A Short History of Legal Validity: Foundations of Private and Public Law (Hart Publishing, 2019).

إنَّ التمييز بين العبارات عند قولها في حديث، أو صياغتها في نص، والافتراضات التي تعبر عنها (أو أي طريقة أخرى تنقل بها)، ليس خاصاً بالنصوص القانونية فقط، بل سمة عامة للمجال الثاني وعلاقته بالمجال الرابع (التي تنتمي إلى اللغات، بصفتها أساليب للتعبير، والأشكال التقليدية الأخرى كالمصنوعات اليدوية على سبيل المثال). ومع ذلك، فإنَّ الفروقات في النظم القانونية ومشكلات التفسير التي تسببها لها أهميتها الخاصة.

النظم القانونية تسعى بشكلٍ مباشر وغير مباشر للتحقق من الافتراضات العامة جدًا للقانون عن طريق تقديم آلية لتفسير نصوص القانون، وتنظيم كل من العمليات التي تُصبح فيها النصوص التشريعية (لنقل) معتمدة وذات حجية، وكذلك العمليات والتقنيات التي بموجبها تُفسر النصوص القانونية، والافتراضات الناتجة عن تطبيق القانون. إن القانون بطبيعته انعكاسي، يسعى إلى: تنظيم عملية إصداره، وتفسيره، وتطبيقه⁽⁷⁾. لماذا لا يكون الأمر كذلك؟ ولماذا تُعد سمات المجال الثاني - الأخرى للقانون المذكورة أعلاه - من خصائص القانون؟ يُصبح الأمر أكثر وضوحًا عندما نفحص خصائص المجال الثالث. لكن الفجوة التي لا يمكن سدها بين العبارات النصية وبين افتراضات القانون؛ هي نتيجة لحقيقة في المجال الأول مفادها: أن البشر لا يمكنهم التواصل فيما بينهم عن طريق التفكير فقط (قراءة العقل من النوع غير المجازي)، وإنما يجب عليهم أن يشاركوا أفكارهم بالقدر الذي يمكنهم من ذلك، عن طريق إشارات الجسد وعمليات الاتصال. هذه العمليات تنتشر وتعتمد بشكلٍ كامل تقريبًا على صنع الإنسان؛ على ما نسميه اللغة وكيفية نطقها، فضلًا عن براعة الحديث والنص.

إنَّ القانون بطبيعته لا بد أن يصدر (يعلن عنه)، وفي حال صدوره قد يكون غير مُكتمل، أو غير ناجح في الوصول إلى ما كان مقصودًا أو مرادًا من إصدار القانون ذاته.

This was fundamental to H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, 1945), 124, 126, 132, 198, 354.

3- القانون وعقلانية السعي وراء المصالح البشرية:

في الحقيقة يمكن فهم القانون من خلال السؤال عن سبب وجود نماذج أو تمثيلات بالشكل التي هي عليه. ولنكون أكثر واقعية؛ فإنه يمكن فهم القانون عن طريق النظر في سمات المشكلات البشرية التي تجعل من المعقول -بشكل واضح- أن هذه التظاهرات نوع استجابة لتلك المشكلات. كل من هاتين الطريقتين في الاستقصاء تخرج بنتيجة مُشتركة (سبق ذكرها)، وهي: أن سمات المجال الثالث للقانون أو عناصره هي التي تفسر -بشكل أكبر- سمات المجالات الأخرى والعناصر المميزة له. إذ إن ازدهار الأفراد والجماعات يضعف، أو يتضرر، أو يُدمر؛ بسبب أنواع مختلفة من الخطر، وهذه التهديدات أو المخاطر يمكن أن تخفف أو يُتغلب عليها في كثير من الأحيان بتنسيق إيجابي أو سلبي يهدف إلى تجنبها، والتنسيق والتعاون اللذين يمكن بدورهما أيضًا إتاحة أنواع مختلفة من العناصر في الازدهار البشري التي لا تتوافر -لولا ذلك- ويمكن تنفيذ خطط وطرائق التعاون وجعلها فعّالة من خلال قواعد القانون ومؤسساته التي تجعلها موثوقة وإلزامية، ويمكن التحقق من حالات الخروج عن أساليب التعاون المطلوبة بصورة رسمية وتقييمها وتصحيحها بقواعد قانونية للتعويض أو العقوبة، وهي قواعد تطبق بعد المحاكمة وفق القانون.

إنَّ المحاكمة وفق القانون هي ذاتها شكل من أشكال التعاون الموجه نحو تفادي الخطر والضرر الذي يتمثل في الحرمان الجائر من الحرية أو الملكية أو الفرصة، سواء أكان بالقوة الخاصة والظلم اللذين لا يحكمهما القانون، أم بأوامر عامة لا تنبني على معطيات -حقيقية- عن الذنب أو المسؤولية، بل على ادعاءات كاذبة (و/ أو) دعاوى قضائية علنية زائفة ناجمة عن: الخوف أو الرشوة أو غيرها من المحاباة.

إن إدراكنا الواضح بأن طبيعة القانون لا بد أن (توصف/ تُفسر) بوصفها

نظامًا من المؤسسات والقواعد اللازمة لتلبية الاحتياجات البشرية، فإنَّ الفصول المركزية من مفهوم هارت للقانون (1961) سعت بالرغم من ذلك إلى تقديم التقييمات الضمنية في تحديد «الحاجة» أو («معالجة عيب») بوصفها غير أخلاقية. (وشكك هارت فيما إذا كان من الممكن أن تكون المقترحات الأخلاقية صحيحة)⁽⁸⁾.

وعلى هذا؛ فقد قدّم القواعد ومؤسسات التحكيم حسب الحاجة إلى «الكفاءة» في حل النزاعات؛ وعرض مؤسسات سن القوانين وقواعد التغيير حسب الاقتضاء من أجل تحقيق الكفاءة في الاستجابة لتغير الظروف (و/ أو) الأفكار المتعلقة بالغايات (و/ أو) الوسائل. وفي مرحلة أخرى من تفسيره للقانون؛ زعم أن الحاجة الأساسية الوحيدة (أو القيمة الأساسية أو الغاية النهائية) التي ينبغي أن يفترض فيها هذا التفسير؛ هي البقاء (ولم يبين إن كان للفرد أم لمجموعتنا). وعلى الرغم من أن هذه الاحتياجات قد قُدمت بصفقتها محتوى واقعيًا لموقف أو وجهة نظر يمكن ملاحظتها بين أولئك الذين يشكل امتلاكهم لهذا (الموقف/ وجهة النظر الداخلية) مجموعة من القواعد وهي بدورها تمثل قانونًا؛ فإنَّ هارت كان يتوقع بوضوح من القراء أن يشاطروا وجهة النظر فيما يتعلق بأي نظام قانوني قد يُتصوّر كونهم رعايا فيه أو مسؤولين.

وعلى هذا، فإنَّ وصف الفيلسوف «بعيد إنتاج»⁽⁹⁾ هذا الموقف الداخلي - بوصفه موقفًا من قبول القواعد في الجمع بين هذه القواعد والأنظمة القانونية المتميزة- يشكل في نظر هارت معيارًا أساسيًا للوصف والتفسير القانوني الفلسفي/ النظري السليم، وكان ذلك في الواقع تقدمًا في نظرية القانون (الفقه القانوني)، فهي قد حددت القانون بوضوح في حياة العقل العملي، وتفهم القواعد القانونية بوصفها نوعًا مميزًا من الأسباب التي تدعو لاتخاذ إجراء.

See Collected Essays, CEJF IV, 254; Raz, *Between Authority and Interpretation*, 52. (8)

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2012, orig. published 1961), 90. (9)

تتعلق أسباب اتخاذ إجراء بالمجالين الثالث والرابع -ولكن بشكل أساسي في المجال الثالث، لأن أسباب الاهتمام بهذا النوع من ترتيب الوسائل لتحقيق غاية تشكل أداة المجال الرابع (النهج/التكنولوجيا) في التحليل الأخير دائماً ما تكون أسباباً من الدرجة الثالثة - أسباباً لنشر هذا النهج أو استخدام تلك الأداة في بعض السلوك المختار لإسهامها في الحياة المفتوحة بكليتها للفرد (أو مجموعته)، أي: أسباب مهمة أخلاقياً لاتخاذ إجراء. وعلى هذا، فإن منهجية هارت كانت سبباً في فتح باب التحقيق في طبيعة القانون على نحو مُنتظم أمام فلسفة المعقولة العملية التي نطلق عليها: الأخلاق، أو الفلسفة الأخلاقية، أو الأخلاق العقلانية.

فلا يوجد أحد ملزم بصورة عقلانية بقبول اقتراح هارت الضمني -بخفض أو تقييد- تفسير الفصل القضائي لاعتبارات الكفاءة في «فض المنازعات»، بصفته مختلفاً عن الحاجة لاستدعاء جهة محايدة («قضائياً») لإيجاد الحقيقة حول الأخطاء التي ارتكبت أو لم ترتكب، والإخلاص في تطبيق القوانين التي تحدد التزامات الأطراف وحقوقها وقت ارتكاب الفعل (الضرر، أو الجريمة، أو انتهاك الثقة..). حين يستدعي الأمر ذلك، ولا يمكن تفسير قيم مثل: الحقيقة، والأمانة، والوفاء للالتزامات والتوقعات الماضية تفسيراً كاملاً من حيث تعزيز البقاء، بدلاً من ذلك؛ يجب التعبير عنها بوصفها جوانب من الاهتمام بالعقلانية العملية لمصلحتها، وبوصفها كذلك خيراً جوهرياً للإنسان تماماً كما هو الحال بالنسبة للبقاء على قيد الحياة والصحة -فهي جوهريّة أو «أساسية»- والمعرفة لذاتها، والصداقة والوثام بين الأشخاص، وتقديم الحياة والتعليم والإنجاب والتربية للزوجين. يحتوي مفهوم القانون على فصل خاص بالعدالة على أنها الاستعداد للتعامل مع القضايا المتشابهة على حد سواء والقضايا المختلفة بشكل مغاير، ومن الواضح أنّ هذه العدالة هي جانب مركزي أو ضمني للخير الناتج عن كونك منطقيّاً عمليّاً، وخير الانسجام بين الناس، والحقيقة حول الخيريات البشرية الأساسية: أنها جلية النفع في حياة الآخرين كما هي في حياتي.

إنَّ الأخلاق ليست أكثر من اسم آخر للاهتمام -المعقول تمامًا- بازدهار البشرية في جوانبها الأساسية كافة والتي يُنظر إليها بشكل متكامل (من دون تقليص الاهتمام بشكلٍ تعسفي بالمنافع الأساسية، أو الأشخاص الذين قد تُزهق حياتهم). لذا، فعلى الرغم من أنَّ دراسة هارت -الخاصة بطبيعة القانون- ظلت من خلال القيود غير الأخلاقية، فإنَّ أسلوبه دعا إلى الاستكشاف غير المقيد للأسباب الكامنة وراء التحرك كمجموعة، بشأن وضع القوانين والأنظمة القانونية والحفاظ عليها. وهذا يعني أن أسلوبه يدعو إلى استكشاف شامل للقانون بوصفه واقعًا أو (واقعًا محتملاً) في المجال الثالث⁽¹⁰⁾.

وأسباب المجال الثالث التي تعطي القانون شكله المميز وطبيعته؛ هي أسباب تجعله يتمتع بالصفة التي يملكها، كمشاركته في مجالات التفسير: الأول، والثاني، والرابع، باعتباره واقعًا طبيعيًا يحكم الحقائق الطبيعية (البشر)، بوصفه كيانًا منطقيًا، أي: النطاق الافتراضي للصلاحيات والارتباطات بـ: الواجب، والسلطة، والحق، وباعتباره أداة مُعقدة للإشارات والمؤسسات والأنشطة - فرضية تخضع لقانون وضعي.

من الأمور المركزية لطبيعة القانون؛ أن القانون يربط القرارات الحالية، ليس فقط لتحقيق الفوائد المستقبلية (كما تفعل أي خطة عقلانية)، ولكن أيضًا للقيام بذلك من خلال احترام الالتزامات السابقة العامة والخاصة، وذلك لأن المجتمع يحتاج في العدالة إلى ربطها. التشريع شكل من أشكال الالتزام العام: للتعامل مع مسائل معينة بالطريقة المحددة مسبقاً في قانون التشريع (الدستور، القانون، إلخ).

يُعد الحكم من خلال تطبيق القانون اعترافًا عامًا معقدًا وشاملاً -ومتابعته-

On these issues in Hart, see J. Finnis, 'How persistent are Hart's "persistent (10) questions"?' in L.D. d'Almeida, J. Edwards and A. Dolcetti (eds.), Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law (Hart Publishing, 2013), 227-36; CEJF IV, essays 10 and 11.

لتلك الالتزامات والالتزامات المماثلة (العرفية والأسبقية).

إن أعمال التعهد بالالتزامات الخاصة هي التزامات بالعمل في الحاضر المتنقل بإخلاص لتلك الأفعال السابقة حتى عندما يمكن تعزيز رفاهية الفرد في المستقبل في مناح أخرى من خلال إهمال تلك الالتزامات.

لذلك لا يمكن اختزال القانون وسيادة القانون في نموذج التخطيط⁽¹¹⁾؛ لأن هذا النموذج يشمل -ربما بشكل نموذجي- أنشطة الجنود والمهندسين المعماريين والمهندسين الذين ينحصر تفكيرهم في رفاهية المستقبل، حيث يمكن تعزيزها أو حمايتها بدءًا من الآن بما هو في متناول اليد الآن. القانون «تخطيطي» من حيث كونه وفيًا (بشكل قابل للتطوير) للقوانين السابقة.

وغيرها من المصادر التاريخية (الحقائق الاجتماعية) للقانون والالتزام أو الاستحقاق (الحقوق المكتسبة)؛ وقد اعتمدت الخطة آنذاك، وهي تطبق الآن (على نحو افتراضي) ليس من أجل وعدها بالمنفعة بقدر ما تطبق من حيث صلاحيتها بوصفها قانونًا وضعيًا (مفترضًا)، (وبالتالي، بوصفها التزامًا سياسيًا من جانب المجتمع). والفرضية المنطقية المعقولة تمامًا للاعتراف بالقانون الوضعي باعتباره سببًا للعمل الآن (قاضيًا، أو مديرًا، أو في أي مجال آخر) هي فرضية أخلاقية، فإن العدالة بصفاتها جانبًا أساسيًا من جوانب تعزيز الصالح العام لمجتمعي السياسي تتطلب مني -حسب الافتراض- احترام الالتزامات المنصوص عليها في قواعد قانوننا ومؤسساته.

والواقع: أن المبادئ التي تُوجه هذا الاستعداد المطلوب (أو الاستدعاء) للعمل عن حق يُطلق عليها تقليديًا «القانون الطبيعي» (ويرادفها، «الحق الطبيعي»).

Cf. S. Shapiro, *Legality* (Harvard University Press, 2011), 194: 'the law is simply a (11) sophisticated apparatus for planning in very complex, contentious, and arbitrary communal settings'.

إنَّ مبادئ القانون الطبيعي أي: المعقولة العملية التي لم يفسدها التحيز غير المنطقي أو التجاهل؛ لا توجهنا إلى اتخاذ كل اختياراتنا بما يتفق مع مبادئ وقواعد العدالة المحددة المختلفة فحسب، بل أيضًا إلى تعزيز هذه المبادئ وحمايتها من خلال إنشاء القوانين، والقوانين الوضعية، ثمَّ من خلال التعرف على قواعد هذا القانون الوضعي والحفاظ عليها وتطبيقها وفق مضمونها، أي: بالمعنى الذي ينص عليه مضمونها الخاص، ومضمون قواعد الصلاحية ومبادئ التفسير (وشروط الاتساق مع القواعد الوضعية الأخرى في النظام) التي ينبغي أن تكون متماسكة (وفق المبادئ الأساسية ذاتها للقانون الطبيعي للعدالة)، متسقة وممكنة التطبيق وقابلة للامتثال، (وبالتالي ليس بأثر رجعي)، مستقرة نسبيًا، واضحة للأشخاص الذين تُعنى بهم، والتقيّد بها فعليًا من قبل أولئك الذين يسميهم هذا النظام القانوني بصفتهم موظفين لديه. وحيثما تتوافق قواعد النظام القانوني ومؤسساته وممارساته بالقدر الكافي مع هذه المظاهر البنيوية/الإجرائية المرغوبة أخلاقيًا؛ فإنَّ المجتمع السياسي⁽¹²⁾ الذي يحكمونه يمكن أن يقال (في أعقاب مناقشة أرسطو حول هذه المسألة): إنه يوافق سيادة القانون⁽¹³⁾.

ماذا عن محتوى هذه القواعد المنظمة قانونًا؟ إن قواعد العدالة المحددة

(12) يمكن أن يكون لمجتمع غير الدولة نظام قانوني بمعنى قريب من التنسيق، وعلى هذا؛ فقد ذكرت لجنة البابا بول الثالث للتحقيق في أسباب الإصلاح أن بعض الباباوات (نُصح بشكل خاطئ من قبل محامين كنسيين) يحكمون كما يحكم مالكو القطاع الخاص أملاكهم، وينحون جانبًا حكم القانون الذي أثنى عليه في سياسة أرسطو، فيحكمون الكنيسة بالطريقة التي تناسبهم، ومن أجل ذلك (كما من حصان طروادة) جاءت الأمراض اليباسية التي أصابت الكنيسة 1537.

Consilium de Emendanda Ecclesia (Rome, Anthony Bladus, 1538), Aii-iv.

See N. Simmonds, *Law as a Moral Idea* (Oxford University Press, 2007), s.v. 'rule of law'; J. Finnis, 'Law as idea, ideal, and duty: a comment on Simmonds, *Law as a Moral Idea*', *Jurisprudence* 1 (2010) 247-53.

كما تحددها أخلاقيات سليمة، تحتاج أيضًا إلى أن تُدرج في أيّ نظام قانوني، كثيرًا ما يطلق عليها الآن «القواعد الآمرة». وهذه القواعد آمرة بحكم مضمونها -معقوليتها المتأصلة- وليس فقط بحكم صدور هذه القواعد أو اعتمادها وفق عرف (و/ أو) سابقة قضائية، أو تحريم الخيارات الخاصة، أو العامة للقتل، أو الأذى بقصد إنهاء الحياة، أو الإضرار بوحدة الجسد على وجه التحديد، أو الاغتصاب، أو الخداع عن طريق تأكيد مسألة يعرف صاحبها أنها خاطئة. فضلًا عن مثل هذه القواعد السلبية التي لا تستند إلى مبدأ الاستثناء؛ فإنّ المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الطبيعي تتضمن توجيهات وضعية يعتمد تطبيقها على الظروف المناسبة (بما في ذلك المحتوى المعقول لأجزاء أخرى من النظام القانوني بعينه)، ونظرًا لما تقوم به الأخلاق السليمة، والفلسفة السياسية السليمة، وتؤكدته تجربة المحامين والباحثين في كثير من القرون حول هذه «الظروف الملائمة»، فإنّ التفويض الأساسي للمبادئ المثبتة، يعطي توجيهات واسعة في تأسيس:

1 المؤسسات الدستورية وغيرها من مؤسسات التشريع والمقاضاة.

2 حقوق الملكية (سواء أكانت ملكية أو حق حيازة أو حق انتفاع) في أجزاء من موارد العالم (باستثناء الأشخاص العاملين في مجال حقوق الإنسان)، مع صلاحيات مستأجرة مثل: البيع، والحقوق مثل الميراث، وتخضع جميعها لمسؤوليات توزيع المقتنيات التي تتجاوز الاحتياجات المعقولة للمالك.

3 الحق في وضع وإنفاذ الالتزامات التعاقدية وغيرها من الالتزامات المفترضة طوعًا، مثل: زواج شخصين يمكن أن يكونا معًا والد وأم أطفالهما، علاقة مهمة بالقانون من أجل العدالة (للطفل/الأطفال) ولدعم الشعب نفسه الذي يعد هذا كله قانونه.

4 استحقاق التعويض عن الخسائر الناجمة عن خطأ ارتكبه شخص آخر.

5 الالتزامات المتعلقة بالعقاب على الجرائم المحددة المخلة بالقانون.

6 الاستحقاقات المشروطة لكسب العيش في ظروف من العوز الشديد أو الفقر غير المستحق وما إلى ذلك.

وهذه المبادئ والتعاليم (السلبية أو الإيجابية) والمؤسسات القانونية التي اعتمدت بشكل ملموس في جميع النظم القانونية أو في كثير منها هي مبادئ يُطلق عليها تقليدياً؛ قانون الشعب⁽¹⁴⁾:

إنَّ الطبيعة العامة غير المحددة التي تتسم بها هذه المسؤوليات الواسعة النطاق التي يتحملها المشرعون وغيرهم من الأشخاص المسؤولين عن رفاة مجتمعاتهم وكل أعضائها أي: (من أجل الصالح العام) تستلزم وجود قواعد قانونية وضعية تعمل على بلورة هذه المبادئ بوصفها التزامات قانونية، وحقوقاً، وقوى كاملة، إلى آخر ذلك. وقد أطلق على هذا التبلور أو التماثل وصف التحديد، للتمييز بينها وبين العملية الأكثر استنباطية المتمثلة في الاعتراف - ومنح القانون الوضعي التأثير القانوني - بالحقيقة الأخلاقية للقواعد - خاصة القواعد السلبية «الناهية»- والقانون الأخلاقي الطبيعي. ولكن في إطار نظام قانوني وضعي، حتى في ظل هذا القانون الطبيعي الذي ذكر مؤخرًا؛ تحتاج مبادئ وقواعد آمرة إلى بعض التحديد. إن المنافع الأخلاقية التي تنطوي عليها العدالة، مثل: المنافع المهنية التي يتضمنها تطبيق القانون بشكل بارع، تتطلب: الاستقرار، والوضوح، والشفافية، والقدرة على التنبؤ بتطبيقها (سيادة القانون) حتى تصبح المصطلحات المحددة القابلة للتطبيق مشتركة ومتناسكة مع مفردات النظام ومؤسساته.

لذا فمن الممكن -على سبيل المثال- تعريف جريمة القتل بحيث تميّز

(14) See CEJF IV at 182 n. 37, 183 nn. 40-1; CEJF II at 101-3.

والقانون الدولي، بوصفه القانون الذي ينظم العلاقات بين الشعوب، مسألة مختلفة تمامًا (انظر القسم 5 من هذا الفصل)، حتى وإن كان يتضمن عنصرًا مهمًا من عناصر القانون الطبيعي، حيث يمكن أن يُسمى: «قانون الأمم».

هذه الجريمة بوصفها جريمة قتل جنائية، ومن الممكن الإعلان (فرضًا) عن جنائية قابلة للسجن طوال الحياة، أو تنحية من المنصب أو التصويت -وما إلى ذلك - ولكن في كل هذه التفاصيل كان من المعقول تعريف جريمة القتل هذه بشكلٍ مختلف مع حوادث أو عواقب قانونية مختلفة بعض الشيء⁽¹⁵⁾.

باختصار؛ سيكون النظام القانوني الملائم لاحتياجات الإنسان ذا طبيعة معقدة: كل شيء وضعي يتعلق جزء منه بالقانون الطبيعي، وجزء آخر (وفي الواقع إلى حد كبير) هو مسألة قواعد «وضعية بحتة».

القواعد من هذا النوع الأخير لها علاقة بمبادئها المبررة التي هي غير محددة أو قابلة للنزاع، بحيث لا يمكن وصف القواعد بأنها إعلانات (أو حتى تطبيقات) للمبادئ أو استنتاجات منها.

كل ما قيل في الفقرات الأربع الأخيرة يمكن ذكره بشكل دقيق وكامل دون الحديث عن «القانون الطبيعي»، أو «الحق الطبيعي»، (أو قانون الشعب).

لطالما تعرضت هذه اللغة التقليدية لسوء الفهم، وربما يتأكد ذلك بشكلٍ خاص اليوم، عندما لا يكون تاريخها الفلسفي معروفًا على نطاق واسع، ونجاح العلوم الطبيعية يثير أو يعزز الفكرة القائلة بأن التفسير والوصف وفكرة «طبيعة (X)» ذاتها تقع بشكل صحيح في المجال الأول ونماذجه للواقع والتفسير. لكن مبادئ القانون الطبيعي - ذات الصلة بفهم وتبرير السلطة وقوانين المجتمعات المنظمة قانونًا - هي مبادئ في المجال الثالث (على الرغم من الافتراض المسبق لحقائق محددة في المجالين الأول والثاني). المعرفة بها هي ثمرة بحث لإضفاء النظام والمعقولة على اختيارات وأفعال الفرد والجماعات؛ إنها مبادئ أخلاقية. وتلك التي لها صلة مباشرة بالتوجيه الملائم لسن القوانين والامتثال

As to what positive law adds in (say) mala in se offences, see J. Finnis, *Natural Law (15) and Natural Rights* (Oxford University Press, 1980, 2nd ed. 2011), 282-3.

للقانون هي مبادئ للعدالة، أي: متطلبات المعقولة العملية (لمن يختارونه) التي تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر في مصالح البشر الآخرين.

وعلى الرغم من الشكوك التي تحيط بطرح هارت وآخرين لا حصر لهم؛ فإنه توجد بالفعل مثل هذه المبادئ والمعايير المؤسسة للعقل العملي.

لسوء الحظ؛ فإن المفاهيم الفلسفية والدفاع عنها قد عانى تقلبات كثيرة، من بينها: النفعية التي طورها بينثام، لكنه فشل في جعلها متماسكة، فضلاً عن كونها معقولة، والبديل الذي اقترحه كانط لإنقاذ الأخلاق من اختزال النفعية لعقلانية المجال الثالث إلى المجال الرابع، والمنطق التكنولوجي.

بالنسبة لجهود الإنقاذ التي بذلها كانط؛ فقد ارتكب خطأ مماثلاً تمثل في البحث عن نموذج العقلانية الأخلاقية في المجال الثاني - الاحتفاظ من المجال الثالث بقليل من فكرة إضفاء النظام على الخيارات الحرة للفرد، أي: «الاستقلالية» - ونمذجة كل الحجج الأخلاقية حول مهمة المنطق للتخلص من التناقض.

لقد فشل في الاعتراف بأي مبدأ من المبادئ الأولى للعقل العملي (كل منها في الحقيقة يوجهنا إلى نفع إنساني موضوعي، مثل: الحياة، والمعرفة، والصدقة... إلخ)، باستثناء منفعة المعقولة العملية ذاتها، وهي بالفعل منفعة، لكنه منذ ذلك الحين جردها من موضوعها، وعدّ المعقولة لا تتعلق إلا بالتماسك المنطقي. هيمنت هذه الاختزالات - الفاشلة - للأخلاق في مجالات غير ملائمة، على الفلسفة الأخلاقية الحديثة كما شُرِحت في الواقع، وهي لم تقدم سوى القليل من المساعدة لفلاسفة القانون⁽¹⁶⁾.

(16) إنَّ فلسفة القانون التي تبناها دوركين (e.g. in R. Dworkin, Law's Empire, Harvard University Press, 1986) تتلخص - في الأساس - في الحد من المنافع التي يحتاج القانون من أجلها إلى المساواة والاستقلال، وما يترتب على ذلك من تركيز على القسر والفصل (بدلاً من التركيز على الصالح العام الموضوعي العادل الذي يشكل الهم الرئيس للمُشرعين).

يمكن التعبير عن الفلسفة الأخلاقية السليمة التي طورت أفكار: أفلاطون، وأرسطو، والأكويني، ليس على أنها: «طبيعية» أو «قانونية»، ولكن باعتبارها مبادئ وقواعد للعقل (العقلانية) إلى الفهم والسعي بشكل متماسك لازدهار جميع البشر والمجتمعات مع إعطاء الأولوية المعقولة والاحترام الأساسي للأشخاص في كل جانب أساسي من جوانب ازدهارهم في كل منفعة إنسانية أساسية. ومع ذلك، فمن خلال فهم ازدهار الإنسان بالطريقة الوحيدة التي يمكن فهمها بشكل كافٍ (على وجه التحديد، من خلال الفهم والتبرير العملي)؛ نفهم أيضًا الطبيعة البشرية بالقدر الكافي. إذ إن طبيعة أي واقع ديناميكي كما يؤكد الإكويني - والتي تغاضى عنها العديد من خلفائه - لا يمكن فهمها إلا من خلال فهم قدرات (إمكانات) هذا النوع من الأشياء. وهذه القدرات لا يمكننا فهمها إلا من خلال فهم الأنشطة التي تجعلها واضحة، ولا يمكن فهم الأنشطة بشكل جيد إلا من خلال فهم ما تتجه إليه «أغراضها». وموضوعات الأفعال البشرية هي أولاً المنافع الأساسية: (الاحتياجات، والغايات، وعناصر رخاء الإنسان)، ثم الوسائل (أنواع العمل) التي تتطلبها، إذا نظرنا إليها بشكل متكامل.

وعلى هذا، فإنَّ الفهم الكافي للمجال الثالث لطبيعة القانون يربط القانون بكل مميزاته بالاحتياجات الإنسانية، سواء أكانت غايات جوهرية: (المنافع البشرية الأساسية، أو العناصر الجوهرية، أو جوانب الازدهار البشري) أم باعتباره وسيلة تجريبية فعالة ومحترمة أخلاقياً لتحقيق هذه الغايات الجوهرية والمنافع والعناصر الأساسية للرفاهية.

نحن بحاجة إلى الصالح العام والعدالة؛ ومن أجل ذلك نحتاج إلى الأحكام الأخلاقية والمؤسسات القانونية اللازمة لجعل هذه الغايات البالغة التعقيد (والمبادئ التي توجهنا حولها وإليها) ملموسة في حياة مجتمع متطور في شكل وجود وعمل سياسي.

ولكن ماذا عن القوانين التي بطريقة طرحها أو بمضمونها تُوضَع دون

اهتمام، أو دون احترام الصالح العام (سواء عمداً أو جهلاً) (و/ أو) من أجل العدالة؟

إنها تفتقر إلى شرطٍ مُسبقٍ أساسي للمطالبة بالسلطة التي هي جزءٌ من طبيعة القانون، والسلطة (وببساطة أكثر: الهيمنة) التي تستلزم من جانب رعايا القانون التزاماً قانونياً صارماً وبحثاً (مثل: المسند «قانونياً»)، وكذلك تستلزم من الجهة الافتراضية التزاماً أخلاقياً بشكل قابلٍ للتحقيق. أيضاً التزام أخلاقي. (الالتزام ليس مستحقاً لأصحاب التشريع أو السلطة التنفيذية، ولكن لأشخاص آخرين من القانون).

قد يكون من الخطأ أخلاقياً فعل ما يزعمون منعه (رغم أنهم يفعلون ذلك من منظور قانوني)؛ لأن مثل هذا السلوك قد يكون له تأثير جانبي له آثار من غير العدل أن يفرضها على زملائه من الأشخاص. ولكن من وجهة النظر الأخلاقية التي تشمل -على سبيل المثال لا الحصر- معايير النظام القانوني الخاصة بالصلاحيات والتفسير؛ فهذه قوانين (كل منها في ذاته) غير مدعومة بنقطة تنظيم أساسية في القانون (الأساس المنطقي، الغرض).

إذا؛ فإن من دلالات وضعية القانون والمفهوم -بشكل كافٍ من حيث أغراضه المبررة- أنّ القانون الوضعي الظالم بشكل خطير؛ معيب جذرياً إلى حد أنه مثل حجة مقنعة، ولكنها خاطئة منطقياً، فهي «ليست حجة»، أو كصديق قديم يتضح أنه خائن فهو ليس «بصديق»، لذا فإنّ «القانون الظالم ليس قانوناً». أو كما فضل الأكويني دائماً أن يقول: «ليست قضية مركزية في القانون»، أو «لا تخلو من صفة قانون» (بل بالأحرى نوع من فساد القانون - قانون معيب).

تختلف العبارات الاصطلاحية، لكن المقترحات المطروحة ينبغي ألا تكون مثيرة للجدل. إنها لا تنطوي على إنكار أو عدم اهتمام بالحقائق المحزنة لفساد الإنسان والقانون الفاسد. بدلاً من ذلك؛ فهم يلفتون الانتباه إلى مغزى هذا الفساد (الظلم) مثل: حرمان فعل من أفعال الحكم البشري من كل حقٍّ عادل،

ويُنظر على أنه يغير الالتزامات الأخلاقية لرعاياه بالطريقة التي يُنظر بها إلى القانون -بطبيعته- على أنه تغيير لهم، أي: بالطريقة و(افتراضياً، قابلة للدفاع) إلى الحد الذي يغير فيه الالتزامات القانونية لهؤلاء الأشخاص⁽¹⁷⁾.

تؤكد بعض الأعمال الحديثة في الفلسفة القانونية أن اعتبار «القانون الجائر ليس قانوناً» أمر خاطئ، فإن «القانون الذي لا يدعي الشرعية الأخلاقية ليس قانوناً، فيقال: «إن مفهوم القانون» ذاته يستلزم ذلك من الجهة المفاهيمية. تدعي جميع القوانين (غالبًا بشكلٍ خاطئ) أنها شرعية وإلزامية أخلاقياً⁽¹⁸⁾.

يجب أن نجيب على أن فلسفة القانون ليست في الأساس دراسة للمفاهيم و«الضرورات المفاهيمية»، ولكنها دراسة لما يجب أن يكون عليه القانون في كل مجال من المجالات الأربعة التي يمكن فهمها والاعتراف بها وطرحها، وفهم هذه الشروط المسبقة الطبيعية، والضرورات المنطقية، والاحتياجات ذات الأهمية الأخلاقية. والحاجة (كما سنرى) لأنواع من التقنيات والمؤسسات الواقعية، وما إلى ذلك؛ هو ما ينتج عنه من مفاهيم:

(i) المفاهيم تم تبريرها واستخدامها من قبل الأشخاص والمجتمعات التي فُهمت بشكلٍ غير فلسفي إلى حدٍّ ما -أو مع فلسفة الفطرة السليمة- تلك الاحتياجات واستجابت لهذا الفهم من خلال إنشاء أنظمة قانونية والحفاظ عليها (سواء أكان ذلك بموجب مصطلحات «القانون» واللغة الأجنبية المتعارف عليها أم لا).

(ii) المفاهيم الأكثر ملاءمة وتماسكًا وتفسيرية لفلسفة القانون التي عادة

See J. Finnis, 'Law as fact and as reason for action: a response to Robert Alexy on law's "Ideal Dimension"', *American Journal of Jurisprudence*, 59 (2014) 100-9.

Raz, *Between Authority and Interpretation*, 180; R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism* (Oxford University Press, 2002), 36; Gardner, *Law as a Leap of Faith*, 125-45; contrast CEJF IV, 8 n. 18; Finnis, 'Reflections and responses', 538, 553-6; 'Law as fact and as reason for action', 91-3.

ما تكون غير مؤطرة بشكل حصري في المصطلحات المستعارة من الحياة العملية لـ: المشرعين، والقضاة، والمستشارين القانونيين، والمواطنين. لذلك يجب أن نفهم أنّ كلاً من «القوانين الجائرة ليست قانوناً»، و«القوانين التي لا تدّعي أنها عادلة ليست قانوناً» كعناصر في انعكاس فلسفي حول ما يجب أن يكون عليه القانون. أخلاقياً (أي: بشكل معقول تماماً)، يجب أن يطمح القانون إلى أن يكون عادلاً (شرعياً أخلاقياً، وما إلى ذلك)، ويجب أن يدعي أنه عادل (ملزم أخلاقياً، وما إلى ذلك)، والأهم من ذلك؛ يجب أن يكون عادلاً. القوانين المعيبة في الطموح أو الشكل أو المحتوى؛ معيبة بشكل خطير لدرجة أنها من منظور حاسم تخفق في أن تكون قانوناً. - لكنها بالطبع تظل قانوناً يُصدّر ويُنفذ كما فُعِلت تاريخياً في وقت ومكان محددين، حيث تتوافر مصنوعات البشر، مثل الأدوات الأخرى، لإساءة الاستخدام، وكذلك الاستخدام المناسب.

من هذه الناحية لها؛ لا يختلف القانون عن العديد من الحقائق والمفاهيم الأخرى التي يجب أن تتصالح معها الفلسفة الاجتماعية (السياسية والقانونية وما إلى ذلك)، والتي يجب أن تسعى إلى تسليط الضوء على تفسير: دقيق، ومرن، وغير متعصب.

4 القانون بوصفه «مصنوعاً»

من أجل أن يكون شكلاً عادلاً وفعالاً ومصدرًا لأشكال وحالات التنسيق الاجتماعي الفعال في تعزيز الازدهار البشري في إطار احترام الحقوق الطبيعية (حقوق الإنسان)، يجب أن يتمتع القانون باستقرار العمل الحرفي المتاح للجمهور ضمن إطار عمل مؤسسات سن القوانين وإدارة القانون والفصل في إنفاذ القانون.

إنّ فكرة الصلاحية التي تميز القانون الوضعي هي مظهر أساسي وأداة لعمليات وطبيعة القانون باعتباره مجالاً رابعاً، نوع واقعي من الواقع والطموح

الذي يستجيب لتلك الحاجة (وهي على هذا النحو متميزة عن الصلاحية المنطقية/ الجدلية).

المؤسسات متنوعة، مثل: الدستور، والسلطة التشريعية، والسلطة القضائية، والقانون العام، وقانون الملكية وداخله قانون الملكية العقارية وأي قانون يترتب عليه، أو قانون العقود... كلها أدوات مصطنعة لمنطق قانوني، (انظر: القسم 2)، ومؤثرة تاريخياً، (انظر: القسم 1)، ومشروع أخلاقي منظم قانونياً، (انظر: القسم 3).

ذُكرَ العديد من هذه في مخطط القسم 3 للاحتياجات الأخلاقية التي تبرر وتطلب القواعد والمؤسسات القانونية. كما ذكرنا أيضاً؛ فهي مثل غيرها من المؤسسات المصنوعة في وجود وضوح كبير وواقع. ببساطة، مثل: الأدوات، أو التقنيات، أو الخطط التي يمكن أيضاً استعمالها بنجاح (وبالتالي أيضاً دون جدوى) من أجل خدمة أهداف غير أخلاقية إلى حد ما أو مقاصد غير أخلاقية.

وهذا يعني أنه يمكن دراستها بدقة باعتبارها تقنيات منفصلة عن منطقتها الأخلاقي، ويمكن تقليدها بشكل أو بآخر من أجل المبررات غير الأخلاقية، مثل: ثروة، أو قوة مخترعيها، أو مصمميها، أو مستخدميها الرئيسيين (أو الثانويين).

وهذا يعطي فرصة لفلسفات «الوضعية (القانونية)» التي تدّعي أنه من الأفضل تعريف طبيعة القانون بعيداً عن الأخلاق قبل أي تحقيق في الأغراض الأخلاقية التي قد تُوضع من أجلها أو المعايير الأخلاقية التي يمكن من خلالها تقييم قوانين محددة أو التي بموجبها إذا كانت القوانين الوضعية تتيح ذلك، فقد تُمنح القواعد صلاحية؛ بسبب سلامتها الأخلاقية. ولكن لا يوجد سبب لمحاولة تعريف القانون (بخلاف النص الشرطي أو المعجمي) قبل فهم أسباب وجود القانون على الإطلاق، وبعض هذه الأسباب من المجال الثالث عندما تطرح

بالكامل، فإنها تكون أسبابًا أخلاقيةً مهمةً بالمنافع البشرية الجوهرية، وبالمساواة الأساسية بين البشر، وكلنا قد استفدنا من تجسيد مثل هذه المنافع، ولا يحق لأيّ منا الحصول مسبقًا على الأولوية في التوزيع الخاص أو العام لتلك المنافع بناءً على الهوية القائمة على التمييز، لأنها منفصلة عن تلك القائمة على الأسباب والمسؤوليات.

تساعدنا المفردات (التعريف المعجمي)⁽¹⁹⁾ على رؤية أننا نتحدث عن نوع الموضوع ذاته على نطاقٍ واسع،⁽²⁰⁾ ولكن أي تعريف توضيحي⁽²¹⁾ يجب أن يعبر عن نتائج التفكير في طبيعة هذا الموضوع، وهي طبيعة مفهومة على أنها: ما عبّر عنه في إجابة كافية على أسئلة «ما هو؟» والتي تظهر في جميع المجالات الأربعة التي يعيش فيها الإنسان (متميزًا عن أشكال الحياة والوجود اللاعقلانية).

Most recently, Gardner, *Law as a Leap of Faith*, 275-7 (in the idiom of 'classification' (19) rather than 'definition'); contrast *ibid.*, 175: 'the study of the nature of law can and must begin, in a certain sense, with the central case of law as morally successful law'.

(20) انظر -على سبيل المثال- الجملة الأولى من الفقرة قبل الأخيرة من القسم التمهيدي.

(21) أي: «التعريف» (التعريف الذي يلخص تفسيرًا لشيء ما محل التساؤل، بدلًا من الإبلاغ أو النص على استخدام الكلمة)

R. Robinson, *Definition* (Oxford University Press, 1952), (Hart, *Concept of Law*, 279).

مثال: يقترح الأكوييني ويحتج لتعريف القانون: بأنه مرسوم عقلائي من أجل الصالح العام للمجتمع، صادر عن الشخص أو الهيئة المسؤولة عن العناية بهذا المجتمع. [Summa Theologiae I-II, q. 90 a. 4c]، ولكن في تكميل هذا التعريف وتفكيكه، يشدد الأكوييني على أن القانون ينطوي على وصف (الأمر) لأسباب عملية لحكم المجتمع، وأن «القواعد» هي قضايا شاملة للتوجيه والعمل.

Finnis, Aquinas, 255-6) Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 276-9, 472; J. Finnis, 'Aquinas and natural law jurisprudence' in G. Duke and R.P. George (eds.), *Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (Cambridge University Press, 2017), 17-55.

إذا: التعريفات الذاتية «الوضعية» للقانون تعسفية إلى حد ما لدرجة أنها تسبق تقييماً أخلاقياً للحاجة إلى القانون والمؤسسات القانونية، وتحاول وصف طبيعة القانون وخصائصه دون الاستفادة من فهم تلك المجموعة من الاحتياجات، تلك المجموعة من الأسباب التأسيسية للأسباب المفصلة (الافتراضات) حول الإجراءات التي نسميها بشكلٍ معقول: «قوانين»⁽²²⁾.

لا يمكن قول أي شيء كافٍ فلسفياً، ولا مقنع تفسيرياً عن القانون دون فهمه كما هو بطبيعته، وعلى الرغم من أنه في كثير من أشكاله وحالاته المعيبة

(22) تجاهل راز وصف النظريات القانونية بالـ (الوضعية) أو (ا غير لوضعية)؛ والواقع أن نظريته في طبيعة القانون في هذا السياق ليست نظرية «وضعية»، ولكنه في «المشكلة المتعلقة بطبيعة القانون» (1983) يطبق مصطلح (الوضعية) على أي معيار قائم على المصدر؛ فهو يرى أنّ أي معيار يمكن التحقق منه دون اللجوء إلى حجة أخلاقية (أو أي حجة تقييمية أخرى). - وهي المعايير التي يسميها المقال الحالي - مثل أغلب المنظرين - القانون الوضعي أو القانون الذي يفترض فيه ذلك. وهو يقرر (في ذلك المقال وفي مقالة: «السلطة، والقانون، والأخلاق» (1985)) أنه يتعيّن على مذهب طبيعة القانون أن يكون تقييمياً (لأهمية الخصائص المختلفة التي تتسم بها المنظمات الاجتماعية)، والمقصود منها وثمرتها لا توضح مدى ما إذا كان القانون مطلوباً أخلاقياً أو مناسباً، ولكن بدلاً من «توضيح» مفهوم القانون باعتباره «جزءاً من ثقافتنا»، من خلال اختيار الأفكار التي تعتبر أساسية ومركزية للطريقة التي يؤدي بها المفهوم دوره في فهم الناس للمجتمع: (Ethics in the Public Domain 205-9, 211-12, 237;)؛ والواقع أنّ مقاله الذي نشر في عام 1994/6 بعنوان: (حول طبيعة القانون) لا يبتعد عن هذا الرأي؛ لذا فعلى الرغم من أن مقاله الذي نُشر في عام 2003 (حول الأخلاق وطبيعة القانون) يجعل قبول «التومائية» (نسبة إلى توما) «مسألة أخلاقية لوجود سلطة قانونية»، (Between Authority and Interpretation, 173)، إلا أنّ مذهبه حول طبيعة القانون؛ لا يشبه الأجزاء الأخرى من فلسفته في القانون (بما في ذلك المفاهيم القريبة من هذا المفهوم مثل: «مفهوم خدمة السلطة») وقد قيّم - بشكل مقصود - تقييماً أخلاقياً منهجياً للحاجة إلى وجود القانون والمؤسسات القانونية، إنّ تفسيره للتقييم يتضمن اختزالاً لطبيعة استقرارات المجال الثالث لأسباب عملية، ويظل قاصراً إلى حد كبير عن وصف الثقافة التي تمثل المجال الأول للثقافة التاريخية أو الاجتماعية.

لا يفي بالغرض (بشكل مركزي)، فإنه يتجاوب مع الأغراض ذات الأهمية الأخلاقية للتعامل العادل بين أفراد المجتمع على مر العصور. والحقائق المرحب بها أو غير المرحب بها حول القانون بأشكاله المعيبة وحالاته الشريرة، والحقائق التي يصممها الوضعيون القانونيون بحق لمواجهتها واستكشافها؛ كلها عادلة أيضاً، أو بصورة أفضل؛ كُشِفَ عنها (وهي قابلة للوصف والتفسير بشكل غير مرتبك) في إطار العمل البحثي الأخلاقي الذي وُلِدَ تاريخياً الفكرة الفلسفية لـ: «القانون الوضعي»⁽²³⁾، وهو إطار مستمر مع التّفكير العملي للمجال الثالث لأولئك الذين بنوا أنظمة التنسيق المعياري والتوجيه التي أطلقوا عليها (ثم سميناها جميعاً) «قانونية».

5 القانون وطبيعة الأشخاص والجماعات:

تتبع طبيعة القانون الطبيعة البشرية، وتلك الطبيعة البشرية تنزع إلى أن تكون مناسبة لمساعدة الكثيرين واحترام الجميع وحب البعض بدرجات متفاوتة. إن وجود القانون - في المقام الأول - في ذهن (تصورات وتصديقات) الشخص أو الأشخاص الذين يقبلون المسؤولية عن خدمة الصالح العام لمجتمع قادر - من حيث المبدأ - على تلبية جميع أنواع الاحتياجات العالمية؛ لها وجودها في المقام الثاني، ولكن الأهم من ذلك في أذهان كل من يفهم ويوافق على ماهية مقترحات القانون التي يعتزم المشرع إدخالها في مجموعة الافتراضات التي تشكل قانون ذلك المجتمع (نظامه القانوني).

قد يندم العديد من هؤلاء، بل يستاءون من قانون واحد أو أكثر، لكنهم يمثلون لها من أجل الحفاظ على النظام القانوني لمجتمعهم، وهو أمر يعتمد في عدالته - بل ووجوده أيضاً - على استبعاد كل أنواع الانتقاء والاختيار. باستثناء ما تفرضه المسؤولية الأخلاقية المتنافسة الجادة والحقيقية؛

Finnis, 'The truth in legal positivism', in CEJF IV, 174-88

(23)

سيخالف بعض أعضاء أيّ مجتمع، وبعض -وربما العديد من- الأشخاص في مجتمعات أخرى -أو في أعمال قرصنة لصوئية عديمي الجنسية- متطلبات القانون عن سبق إصرار وترصد. لذا فإنّ مسؤولية المشرعين تتضمن واجباً مهماً للغاية يتمثل في التطبيق الصارم للقانون على هؤلاء الأشخاص، وعقابهم، وردع وقمع الجرائم المستقبلية. إنّ تكليف الحكام بسلطة استخدام القوة هذه له وجاهته، وإن كان في ذاته محفوظاً بالمخاطر أيضاً.

داخل مجتمع سياسي منظم جيداً يتحد إلى حدّ كبير من خلال: التاريخ المشترك، والذاكرة، والثقافة، والثقة المتبادلة؛ يمكن لسيادة القانون المنصوص عليها دستورياً أن تقي في كثير من الأحيان من إساءة استخدام السلطة القانونية والفعالية من قبل الحكام إلى مستويات مقبولة. ولكن كما هو الحال بين الدول التي يجب أن تشارك الأرض وتحترم الصالح العام للبشرية، فإنّ العديد من هذه الشروط المسبقة لا يتم الحصول عليها. لذلك من المعقول الحكم بأنّ القانون الدولي العام - على الرغم من الحاجة إليه بوضوح (بوصفه مسؤولية أخلاقية) - لا يشارك بشكل كامل. وينبغي في المستقبل المنظور ألا يُنظر إليه على أنه يشارك مشاركة كاملة، في طبيعة القانون بوصفه أحد أشكال القانون المركزية. إنّ القانون الدولي، كما هو مطلوب أخلاقياً؛ هو قانون وضعي، لكنه يُنشأ بشكل مباشر أو غير مباشر من خلال الاتفاقات بدلاً من الحكام المخول لهم سلطة فرض طاعة القانون ومعاقبة العصيان⁽²⁴⁾.

إنّ الحكم السليم حول طبيعة الموضوع هنا -كما في أي مكان آخر في هذه التأمّلات- له تقييمات وأحكام سليمة حول المسؤوليات والاستحقاقات الأخلاقية: أخلاقيات وفلسفة سياسية سليمة ومستنيرة تاريخياً-كواحد من شروطه الضرورية.

(24) وثمة شرط آخر ضروري (كما هو الحال في جميع الاستدلالات العملية) هو الفهم الدقيق للحقائق المتعلقة بالظروف التي ستنفذ فيها هذه المسؤوليات (بما في ذلك العواقب المحتملة التي ستترتب عليها)، والمستحقات الممنوحة (أو المعترف بها)، وما إلى ذلك.

الفصل الثالث

المنطق القانوني

مارثا سي نوسباوم⁽¹⁾

إنَّ المنطق القانوني يشكل موضوعًا واسعًا، ومن حيث المبدأ فإنه يشمل التبرير المنطقي للمحاميين والقضاة، بل حتى المشرّعين، في كل مجال من مجالات القانون، من قانون الأسرة إلى العقود، ومن القانون الجنائي إلى القضاء الدستوري. وهي عالمية تمامًا، وتشمل إتفاقيات وطنية وإقليمية مختلفة إلى حدٍ كبير.

إنَّ قصر المنطق على مجرد قول أي شيء مفيد؛ يعني استبعاد معظم ما يتعلق به، وبناءً على ذلك؛ سيقصر هذا الفصل على الدول التي لديها نظام قانوني عام، وسيكون تركيزه الرئيس على المنطق القضائي، وستنتقى معظم أمثله من مجالين فقط من مجالات القانون، وهما: القانون الجنائي، والقانون الدستوري. وستركز حجته على الأسس الفلسفية لمناقشة مستمرة بين المدافعين عن المنطق القانوني للقانون العام، ومجموعة متنوعة من المتحدين النفعيين.

الاستدلال القانوني في رأيي (كما في رأي جوزيف راز⁽²⁾) ليس نوعًا مميزًا

(1) أنا ممتنة ل: ديفيد شتراوس، وكاس سانشتاين، وجون تاسيولاس للمشورة القيمة، ول: نيكول بريودي، وروث طومسون؛ للمساعدة البحثية الممتازة.

(2) J. Raz, Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics (Clarendon Press, 1995)

من التّفكير؛ بل إنه تفكير عملي في موضوع متميز. إنّ هذا النوع من التّفكير المعياري هو الذي يترك حيزًا كافيًا للمنطق الأخلاقي، مع أنه ينطوي في بعض الأحيان على اعتبارات تقنية ومؤسسية خاصة.

1 القانون العام:

عادة ما يكون المنطق القانوني في تقاليد القانون العام تدريجيًا وتقليديًا. وهو يستخدم إطارًا من المبادئ والسوابق التي أرستها الأجيال الماضية - مستفيدًا منها- ونادرًا ما يحيد عنها. ولكن ما الأساس المنطقي الأكثر عمقًا للحكم على القانون العام؟

تشير بعض التصريحات التي أدلى بها بورك والمدافعون الأوائل عن القانون العام (مثل: السيد ماثيو هيل) بأنّ أساس القانون العام هو شكل من أشكال اللاعقلانية: القانون العام ذو قيمة لأنه قديم جدًا، ولأنه إرث أو تراث من أسلافنا، ولأنه «لنا»، وهي الطريقة التي يحدد بها الإنجليز هويتهم.

يتحدث بورك أيضًا في بعض الأحيان عن حكمة الطبيعة، كما لو أنّ ثمة قوى تعمل داخل النظام على مستوى ما قبل الوعي، وهذا النوع المهيّب من الغموض يشجع الشك. لماذا يجب أن يكون الشيء حسنًا فقط لأنه قديم وجزء من هويتنا الوطنية؟ وفيما يتعلق خاصة بالقرن الثامن عشر؛ وهو الوقت الذي كان فيه الطعن في المظالم المتأصلة في الماضي باسم حقوق الإنسان، فإنّ اللجوء إلى العرف الصريح لا يبدو مقنعًا للغاية. ويشكل أكثر عمومًا؛ توجد حاجة ملحة في أي عصر إلى تحدي التسلسل الهرمي الجائر للسلطة، والقضاة من بين أولئك الذين لديهم وظيفة (أو هذا ظن الكثيرين) في الانفصال عن الانفاقيات غير المشروعة وتصحيح الأخطاء القديمة.

قدم بورك في نصوص أخرى حجة أقوى بكثير للقانون العام، كما قدم

تفصيلاً فلسفياً أيقناً في عمل المُنظّر المعاصر ديفيد شتراوس⁽³⁾.

وبعد سرد شتراوس الواضح، ربما نقول: إنّ المنطق القانوني العام ليس شكلاً من أشكال العقلانية، بل هو شكل من أشكال العقلانية الأرسطية، وهو ذو وجهين: وجه منفتح وناقذ، ووجه متمسك بالتقاليد. ويدافع عن التقليدية على أساس أن القانون العام يجسد حكمة كثير من العقول التي تواجه -بحسن نية وذكاء- العديد من المواقف المختلفة على مدى مرحلة طويلة من الزمن. وقد نجت أفكارها من العديد من الاختبارات (أو رُوِّجَت عندما لم تصمد أمام التحدي).

وهذا النوع من الحكمة المتركمة هو -إجمالاً- أكثر موثوقية من أي عقل وحيد. يجب على القضاة أن يعتمدوا على الماضي ككل بدلاً من إصدار تصريحات مجردة، ليس هذا من قبيل الاحترام المطلق للماضي، بل من التواضع والشعور بالعقلانية الخالصة لكل شخص.

أما العنصر الآخر في القانون العام -وفق رأي شتراوس- فهو التقليدية. فبمجرد تسوية بعض الأمور يصبح من المفيد أن نتبع الحل الذي وُضِعَ بدلاً من أن نرى كل شيء متاحاً لمن يرغب في الاستيلاء عليه في كل لحظة.

يؤكد شتراوس أنّ قضاة القانون العام يحتفظون بحكمهم الأخلاقي النقدي ويستخدمونه، وينبغي ألا يكون الخروج عن التقاليد ميسوراً، قد يتطلب الأمر أحياناً حدوث خطأ واضح، وعلى هذا؛ فإنّ القانون العام عملية تطويرية مستمرة، حيث تؤدي التقاليد دوراً رئيساً، ولكن الشعور بالظروف الحالية وإدراك القاضي العاكس للمعايير الأخلاقية أيضاً يسهمان في ذلك. على الرغم من أنّ منظري تقاليد القانون العام كثيراً ما يركزون على آراء القضاة؛ فإنّ من هذا التقليد أيضاً

D.A. Strauss, 'Common law constitutional interpretation', University of Chicago Law Review, 63 (1996), 877-935; D.A. Strauss, 'Does the Constitution mean what it says?', Supreme Court Foreword, Harvard Law Review, 129 (2015), 1-61.

أن ننظر إلى ما هو أبعد من السوابق القضائية في كل من النظم الأساسية والتطورات الأوسع في المجتمع.

وعلى هذا؛ فإن نسخة شتراوس من القانون العام ليست معادية لتقاليد القانون الطبيعي التي كثيرًا ما تتناقض معها، وتتناقض ضمنيًا مع القانون من جانب بورك،⁽⁴⁾ بهجومه على أفكار الثورة الفرنسية. وتقاليد القانون الطبيعي (التي لها جذور في فكر: شيشرون، والأكويني، وغروتيوس، وآخرين) تتطلب من القضاة أن يكونوا على علم بالحقائق الأخلاقية الموضوعية المستقلة، وأن يُقيّموا هذه القوانين في مقابل الحقائق الأخلاقية الموضوعية المستقلة.

يؤكد غروتيوس أنه عندما تُوجد فجوات في القانون الوضعي (كما هو الحال في المجال بين الدول)، فلا توجد فجوة في الأخلاق، والمعايير الأخلاقية تربطنا أينما كنا. وبالرغم من أن نسخة بورك من القانون العام كانت شديدة المعارضة لتجريدات القانون الطبيعي في القرن الثامن عشر، فليس ثمة من الأسباب ما قد يمنع القانون العام في ذاته. خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يتضمن الدستور -وخاصة ميثاق الحقوق- العديد من الخلاصات الأخلاقية، لا خيار أمام قاضي القانون العام سوى أن يطبقها بأفضل شكل ممكن -عادة في ضوء التفسير التراثي والأسبقية- ولكن أحيانًا يُخرَج بشكل مُبدع من هذا التراث من أجل تحقيق القيمة المجردة بشكل كامل.

ليس من المستغرب بالنسبة لمن ينظر إلى القانون العام على هذا النحو أن يشمل فكر (بلاكستون) رجل القانون البريطاني العظيم، على كل من القانون العام، وعناصر القانون الطبيعي.

J.G.A. Pocock, 'Burke and the ancient constitution: a problem in the history of ideas' (4) in J.G.A. Pocock (ed.), *Politics, Language, and Time: Essays on Political Thought and History* (University of Chicago Press, 1960), 202-32.

وليس من المستغرب أيضًا أن يكون رونالد دوركين⁽⁵⁾ الذي يمكن تصنيفه بسهولة بوصفه مُنظرًا طبيعيًا للدور الذي تؤديه القواعد الأخلاقية الموضوعية في تصوره عن المنطق القضائي من بين أنصار نظرية القانون العام أيضًا، الذي يضع المنطق الأخلاقي في إطار عملية تطويرية مستمرة. وهو يرى أن المطالبات القانونية هي أحكام تفسيرية تجمع بين العناصر التقدمية والنظرة إلى المستقبل. وفي استعارة شهيرة؛ يُقارن القاضي الجيد بشخص يكمل سلسلة روائية، حيث يجب على مؤلف الفصل التالي من هذه الرواية أن يسعى إلى ملاءمة فصلها مع ما مضى، ولكي يفعل ذلك؛ يجب عليه أولاً أن يفسر ما حدث من قبل.

لا يلزم أن يكون التطابق دقيقًا، ولكن لا بد أن تكون له قوة تفسيرية عامة. وفي الوقت ذاته، ينبغي له أيضًا أن يحاول جعل العمل أفضل ما يمكن، مفاضلاً بين أيّ تكملة محتملة، تلك التي تحقق المعايير المناسبة (في الحالة القضائية، عادة ما تتضمن مبادئ: العدالة، والإنصاف، والأصول القانونية المتأصلة في تراث الأمة).

إنّ الصعوبة التي تواجه أفضل صيغ الاستدلال القضائي في القانون العام تتلخص في أنّ القانون العام، في مثل هذه التفسيرات (على سبيل المثال: تفسير شتراوس)؛ يمنح القاضي قدرًا كبيرًا من السلطة التقديرية إلى الحد الذي يجعل من الصعب معه تحديد أي رأي من الرأيين المتعارضين تمامًا يمثل التحاكم «الجيد» في القانون العام.

دعونا ننظر في قضيتين، واحدة من كل مجال من المجالات القانونية. كثيرًا ما يولّد الفقه الدستوري للتعديل الرابع عشر نتائج متناقضة؛ اعتمادًا على مستوى العمومية الذي يختاره القاضي للفصل في مطالبات الحقوق. وهكذا في قضية باورز ضد هاردويك (478 الولايات المتحدة 186) الذي أيد قانون اللواط

R. Dworkin, Law's Empire (Harvard University Press, 1986); R. Dworkin, 'Darwin's (5) new bulldog', Harvard Law Review 111 (1998), 1718-38.

في ولاية جورجيا ضد أي طعن من جانب رجل مثلي الجنس، فقد أدركت الأغلبية والآراء المؤيدة السؤال القانوني الذي يدور حول ما إذا كانت فقرة الإجراءات القانونية الواجبة في التعديل الرابع عشر تحمي الحق في «اللوواط المثلي». (على الرغم من أن قانون جورجيا تضمن في الواقع اللواط بالجنس الآخر، وكذلك اللواط من نفس الجنس، فقد صُرف زوجان من جنسين مختلفين طعنًا أيضًا في القانون؛ لعدم وجودهما، على أساس أنهما ليسا في خطر الملاحقة القضائية). والاحتجاج على أن تراثنا لا يعطي أي أساس للاعتراف بهذا الحق، فإن الأغلبية أيدت قانون جورجيا.

في قضية لورنس ضد تكساس (539) الولايات المتحدة (558) (2003)؛ نقضت المحكمة الحكم على باورز، وألغت قانون اللواط في تكساس (وقوانين مماثلة في ثلاث عشرة ولاية أخرى) زاعمةً أن باورز فهم مصلحة الحرية بشكل ضيق للغاية: من المفهوم بحق أنها مصلحة توافقية في نشاط جنسي حميم، وأن المصلحة محمية بموجب بند الإجراءات القانونية الواجبة (ووفق تقليد قديم يحد من تدخل الحكومة في العلاقة الحميمة بين البالغين). والآن يشعر أغلب الأمريكيين بأنه من الخطأ ومن عدم المساواة في الحقوق أن يُفصل «اللوواط المثلي» عن الممارسات الجنسية الأخرى القائمة على الرضا، وأن يُعد فعلاً شائناً.

ولكن هل يوجد أي شيء في التفسير النظري للقانون العام يبيّن لماذا أحد الآراء يُعد جزءًا جيدًا من القانون العام الذي يحكم عليه، والآخر ليس بهذا القدر من الجودة؟

يستخدم قضاة القانون العام حكمهم الخاص، وهذا هو مكن قوة الطريقة وضعفها الكبير في نظر الذين يعتقدون أن العقلانية تتطلب شيئًا أكثر في المنهجية القانونية.

وعندما تنتقل إلى القانون الجنائي، يمكن بسهولة العثور على نوع الصراع

ذاته، وفي بعض الأحيان يبدو أن مُنظري القانون العام أنفسهم يُطبقون رؤى مماثلة بشكلٍ مختلف.

يستشهد ديفيد شتراوس -في إطار توضيح الإمكانيات التقدمية للقانون العام- بالتطور التدريجي لحقوق المُدعى عليهم في الجرائم، وخاصة حق المُدعى عليهم المعوزين في الاستعانة بمحاميين قانونيين -جدعون ضد وينرايت- (372) الولايات المتحدة (335) (1963).

يستخدم شتراوس هذه الحالة لتوضيح الطريقة التي قد يؤدي فيها أحياناً الربط العرضي لنص دستوري - عن طريق إصدار حكم ذكي في القانون العام- إلى ظهور تقليد جديد ومهم للغاية للاعتراف بالحقوق.

يوضح إدوارد ليفي⁽⁶⁾ -وهو مدافع رئيس آخر عن المنطق القانوني العام- إمكانياته الخلاقة في مجال القانون الجنائي بطريقةٍ مُختلفة تماماً، مُستشهداً بالفقه التدريجي لقانون مان.

كان قانون مان قد أقره الكونغرس في عام (1910م) لمعالجة حالة من الذعر الواسع النطاق حول «العبودية البيضاء»، الخطف والاستعباد (المزعوم) للنساء البيض في البغاء. فقد جعل نقل شخصٍ ما عبر حدود الدولة جريمة؛ لأغراض البغاء أو الفجور، أو لأي غرض آخر غير أخلاقي.

من المرجح أن قاضي القانون العام التقدمي قد يشعر بالفزع إزاء العنصرية التي يتسم بها التشريع ذاته (الذي كان مصدر إلهامه واضحاً، وهو المخاوف بشأن النساء البيض فقط، ولعلها على الأرجح مُستلهمة تحديداً من الغضب إزاء الزواج بين الأعراق للملاكم الأمريكي الإفريقي جاك جونسون الذي أُدين بموجب القانون في عام 1912 لسفره مع زوجته).

ومن المؤكد أن القاضي التقدمي سيسعى إلى تفسير التشريع بأضيق طريقة ممكنة، بوصفه حظراً للاختطاف والاتجار بالبشر.

E. Levi, An Introduction to Legal Reasoning (University of Chicago Press, 1948). (6)

والواقع: أن التاريخ البغيض لهذا القانون لم يذكر في وصف ليفي، ثم يذهب ليفي إلى استعراض الكيفية التي وسع بها قضاة القانون العام فكرة «الغرض غير الأخلاقي» في قضية كامينيتي الولايات المتحدة (242) الولايات المتحدة (470) (1917)، لكي تشمل مجموعة متنوعة من الأنشطة الجنسية التي تتم بالتراضي، بما في ذلك الجنس بين الأعراق، والجنس قبل الزواج، وخارج نطاق الزواج بين البالغين الراضين. وبالرغم من أن المحكمة وجدت أن تصرفات كامينيتي التي كانت بالتراضي مع النساء تندرج ضمن «فحوى» النظام الأساسي، فإن القاضي التقدمي ربما يخالف ذلك.

إنَّ هذا التسلسل المقلق للأحداث الذي شهدت فيه الولايات المتحدة الأمريكية -تدرجيًا- شبكة مُتزايدة الاتساع من الرقابة الحكومية على الحياة الجنسية للأشخاص المكروهين وتتحيز ضدهم الأغلبية؛ يبين أن القانون العام الذي يذعن للتقاليد الأمريكية من أكثر أنواعها كراهة: العنصرية، والتحيز الجنسي (تُجاهل موافقة المرأة)، ومحاولة فرض الآراء الأخلاقية والدينية على الغير.

والواقع: أن التشريع ذاته مُزعج بالفعل، ولكن تمديده من قبل المحاكم كان سببًا في إلحاق المزيد من الضرر بالعديد من الأمريكيين.

وهنا نجد أن ليفي نفسه يعتمد التمديد القضائي لقانون مان -بموافقة واضحة وبالتأكيد بدون رفض- باعتباره مثالاً نموذجيًا للقانون العام في أثناء عمله.

ما الذي يفهمه المرء من هذا؟ من المغربي أن نستنتج أن ما يروق لمنطق شتراوس، وما يقلق بشأن رؤية ليفي؛ ليس له شأن في ذاته بمنهجية القانون العام، بل إنه يرتبط إلى حد كبير بنوعية الحكم الأخلاقي الذي يظهره كل منها.

كيف يمكن للمحامي العام الرد على هذا النقد؟ ثمة سبيل واعد جدًا للدفاع، ينطوي على تقديم بيان أكثر تنظيمًا ووصفًا للمنطق القائم على القياس،

وهو جزء مهم من منهجية القانون العام. ويزعم معارضو القانون العام أن التفكير القائم على القياس - وهو إمكان مقارنة أي شيء بآخر - ليس أكثر من دعوة إلى الهوى والنزوة. سكوت بروير⁽⁷⁾ بالاعتماد على أرسطو؛ يبنى نموذجًا مفيدًا جدًا لهذا المنطق، يتضمن الاستنباط (الانتقال من الأمثلة إلى القاعدة) - تأكيد أو إبطال من قبل الضبط الانعكاسي - والتطبيق على القضية. وعلاوة على ذلك، يرى أن قضاة القانون العام يتبعون هذه العملية بالفعل.

وثمة سبيل آخر للدفاع يتمثل في العودة إلى دوركين⁽⁸⁾ والقانون الطبيعي. ذلك أن هرقل دوركين لا تقيده سلسلة روايات الماضي فحسب، بل أيضًا «الأخلاق السياسية الموضوعية»، وخاصة «الفضائل المكونة للأخلاق السياسية... العدالة والإنصاف»، والواقع: أن النظرة المعقدة الجذابة لدوركين تتطلب معالجة أكثر تفصيلًا من كل ما نستطيع أن نمنحه هنا. ومع ذلك؛ ينبغي أن نسأل عما إذا كان الرأي في نهاية المطاف مختلفًا اختلافًا جوهريًا عن الآراء التقليدية - للقانون العام - التي تدعو القضاة بالتأكيد إلى التشاور مع القيم الأخلاقية باعتبارها جزءًا من نسيج الخبرة؛ إما بمتابعتها، وإما باستخدامها لانتقاد السوابق التي تُعد غير عادلة. هل يؤدي استدعاء القيم الأخلاقية المجردة (المفتوحة أيضًا لقاضي القانون العام) إلى تقليل أو تقييد عدم التحديد المتأصل في القانون العام إلى حد كبير؟

2. التحدي النفعي:

بالنسبة للنفعيين الأوائل؛ فإن القانون العام أصبح فوضى. وعلى نحو غير معقول؛ إنهم يظنون أنّ التفسيرات القياسية للقضاء بالقانون العام لا تعطي توجيهًا محددًا أو واضحًا، وبالتالي؛ هي مجرد دعوات إلى القضاة للقيام بكل

(7) S. Brewer, 'Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal arguments by analogy', Harvard Law Review, 109 (1996), 923-1028.

(8) Dworkin, Law's Empire; Dworkin, 'Darwin's new bulldog'.

ما يريدونه. وهم يرون أيضًا أن هذه الفوضى غير العقلانية ليست حميدة تمامًا، فهي تتسم عادةً بقدر كبير من التشكك في التراث، ويرون فيها لغزًا حيث التحيز والمحابة التعسفية لبعض المجموعات والأفراد على حساب الآخرين.

من المهم أن نضع في حسابنا أن الفلاسفة الثلاثة الرائدة في مذهب المنفعة كانوا جميعًا متطرفين في مجالات كثيرة.

دافع جيرمي بينثام⁽⁹⁾ (1748-1832) عن عدم تجريم اللواط وحقوق الحيوانات غير البشرية؛ وقد كتب جون ستوارت ميل⁽¹⁰⁾ (1806-73) واحدًا من أفضل الأعمال الفلسفية في مجال المساواة بين المرأة والرجل على الإطلاق، وقدم أول مشروع قانون خاص بحق المرأة في التصويت في البرلمان البريطاني، كما دافع عن حقوق الحيوان وترك ثروته لهذه القضية.

وقد شن هنري سيدجوك⁽¹¹⁾ (1838-1900) -ولو أنه من بعض المناحي أكثر تقليدية من أسلافه- حملة ناجحة للغاية من أجل تعليم المرأة العالي، كما أنشأ (بالاشتراك مع زوجته إينور) كلية نيونهام (1871)، وهي ثاني كلية نسائية في كامبريدج. كما كشفت منحة دراسية مؤخرًا أن سيدجوك كان رجلًا مثليًا منغلقة، وربما كان عزبًا، تظهر مواقفه الملتوية بشأن قضايا الأخلاق الجنسية من حياة داخلية مؤلمة. وبدلاً من النظر إلى القانون العام بوصفه حكمة ناشئة عن التقاء العديد من العقول بشكل مستقل تعمل بحسن نية؛ فإن كل هؤلاء الرجال ينظرون إليها غالبًا بوصفها نتاجًا للعقول بسوء نية، وهم عازمون على إنكار الادعاءات الأخلاقية العادلة للآخرين. وحقيقة أن القانون العام فوضى غير

J. Bentham, Introduction to the Principles of Morals and Legislation (Hafner Press, 1948 (original publication 1789)) (9)

J.S. Mill, The Subjection of Women, Ed. S.M. Okin (Hackett, 1988 (original publication 1869)) (10)

H. Sidgwick, The Methods of Ethics, 7th ed. (Dover Publications, 1966 (original publication 1902.)) (11)

عقلانية تجعل الأمور أسوأ كثيرًا؛ الأمر الذي يجعل الكشف عن سوء النية أكثر صعوبة. ويلخص ميل: «من أجل تأليه المنطق استبدلنا الغريزة بذلك؛ صرنا نُسمي كل شيء لا نستطيع تتبع مسار عقلائي له = غريزة».

الواقع، أنّ اتهام ميل لعصره -بالرغم من كونه عامًا- قد يخدم أيضًا في تلخيص الاستجابة النفعية للقانون العام. وفي محل هذه الفوضى؛ يقترح أصحاب هذه الفوضى نهجًا علميًا متعلقًا. ويزعم بينثام أولًا أنّ النهاية اللائقة للسلوك (ومن ثم القانون والسياسة) تتلخص في تعظيم المتعة الخالصة. وعلى الرغم من أن كل شخص يسعى بطبيعة الحال إلى تعظيم المتعة الشخصية؛ فإن النهاية العقلانية للسلوك البشري عمومًا تتلخص في تعظيم المتعة الإجمالية (أو المعتدلة).

ويعتقد بينثام بوضوح أن القانون يزود التنسيق اللازم لتحقيق هذا الهدف، وعلى هذا؛ فإنّ القانون لا بد أن يعزز رفاهية أفراد المجتمع كافة، باستخدام حسابات غير مُتحيزة وواضحة للعيان، فلا تزر وزارة وزر أخرى.

إنّ وظيفة القانون بناءة وتطلعية وانتقادية حازمة. كان من الواضح (في نظر أهل نظرية المنفعة) أنّ أغلب النَّاس لا يتعاملون مع متع أفراد المجتمع على قدم المساواة، حتى ولو كان المرء يقتصر على أفراد من البشر (بينثام وميل يضمنون الحيوانات أيضًا، ولو أنهم لا يخبروننا كيف).

لقد كان بينثام مصممًا بشكلٍ كبير على التخلص من القانون العام لصالح مُدونة قانونية واضحة وكاملة، بحيث حاول دون نجاح إقناع الرئيس جيمس ماديسون في عام (1811) بالسماح له بإعداد مُدونة قانونية كاملة للولايات المتحدة.

وعلى الرغم من أنّ بينثام نفسه فضّل التشريع الشامل على السلطة القضائية التقديرية، فإن المدونات التي تصورها لم تتحقق، وعلاوة على ذلك؛ فإن أي قانون يترك مجالًا للتفسير، وهو ما يعني -ولا بد- دورًا في اتخاذ القرار

القضائي. ومن ثم؛ فإن مذهب المنفعة يحتاج إلى نظرية الفصل. وفي العديد من الحالات، حكمَ القضاةُ بروحٍ نفعيةٍ. كان القانون الجنائي هو محور التركيز الرئيس للنفعيين الأوائل.

ويجد جميع المفكرين النفعيين أنّ المجتمع كان خاضعًا مدة طويلة لأفكار الانتقام والثأر. وهذه الأفكار غير عقلانية؛ لأنّ إلحاق الأذى بمرتكب الجريمة لا يؤدي إلى تراجع الجريمة. وهي تتصاعد على نحو بالغ القسوة وبصورة هدامة، وهو ما من شأنه أن يدفع المجتمعات إلى خسارة رأس المال البشري القيم. إنّ أفضل طريقة لفهم عقوبة الجريمة ليست من منظور انتقامي، وإنما برؤية استشرافية؛ فأهدافها المشروعة هي (كبح الجناة والردع المحدد والردع العام والإصلاح).

وإذا نظرنا إلى العقوبات مع وضع هذه الأهداف العملية في الحسبان؛ فقد نختار في بعض الأحيان عقوبات قاسية، ولكن مع مبرر عقلائي، ليس فقط لأنه يلبي المشاعر الانتقامية غير العقلانية. يتفق النفعيون على أنّ أشد العقوبات قسوة -التعذيب وعقوبة الإعدام- لا يمكن تبريرها منطقيًا.

وحتى قبل بينثام، كان سيساري بيكاريا⁽¹²⁾ (1737-93) قد دعا بالفعل إلى الإصلاح الجنائي في حدود النفعية. وفي كتابه: حول الجرائم والعقوبات (1764)، يقول بيكاريا: «إنّ الهدف المناسب من العقاب ليس الانتقام، بل خلق مجتمع أفضل».

ومن أجل ضمان العقلانية في العقوبات؛ يجب أن تصدر هذه العقوبات في قواعد تشريعية واضحة، لا يضعها تقدير القضاة. (وبالتالي؛ فإنه يتفق مع بينثام في عدم ثقته في القضاة) ويناقش التعذيب مطولًا، ويخلص إلى أنه غير مفيد ولا يعزز المصادقية. وهو يزعم أيضًا أن عقوبة الإعدام غير فعالة.

C. Beccaria, On Crimes and Punishments and Other Writings, Ed. R. Bellamy (12) (Cambridge University Press, 1995.)

هذه القضايا مبحوثة بقدر أكبر من التفصيل وبصرامة أكبر من قبل بينثام، سواء أكانت في كتاباته المبكرة «الأساس المنطقي للعقاب» (1775) أو «مقدمة لمبادئ الأخلاق والتشريعات» (1789)، وفي أعمال لاحقة، مثل: عقوبة الإعدام (1831).

تزعم الحجة العامة التي ساقها بينثام أنه من الغباء أن تركز المجتمعات أغلب اهتمامها على العقوبة اللاحقة، بدلاً من التركيز على منع الجريمة قبل وقوعها. وينبغي لهذه المهمة الأخيرة أن تشغل أغلب اهتمام النفعية، وذلك لأن السعادة الاجتماعية تحظى بتشجيع أكثر فعالية من خلال جعل الناس أقل ميلاً إلى اختيار حياة الجريمة، بدلاً من إلحاق «العقوبة» بهم بعد أن أخطأوا، وغالباً هذه الأخطاء بسبب الفقر والإهمال.

وعليه؛ فإن العمل الأساسي في معالجة الجريمة لا يتعلق بالنظام القانوني على الإطلاق، بل بسياسات الرعاية الاجتماعية التي تعزز: التغذية، والصحة، والتعليم، والتوظيف. ومع ذلك؛ فإن بينثام الذي تعمق في النظام القانوني، والذي ينتقد بشدة هذا النظام، يكرس قدرًا كبيرًا من الاهتمام للعقاب، حيث إنه يعتقد أن الإصلاح في هذا المجال ينبغي له ألا ينتظر قرار المجتمعات بمعاملة المحرومين معاملة حسنة. وينبغي للإصلاح ألا ينتظر تبني المجتمعات لقواعد مدونة: فالقضاة -لعدم وجود خيار أفضل- قادرون على تنفيذ التوصيات النفعية. إن تفاصيل خطة بينثام المعقدة للعقوبات ينبغي ألا تثير قلقنا، ما ينبغي أن يثير قلقنا هو عقلنتها العامة فقط. ينبغي أن يرفض القضاة الاسترشاد بمشاعر الجماهير الانتقامية غير العقلانية، وهنا كما حدث في أماكن أخرى من العالم؛ يسخر بينثام من فكرة أن التراث يجسد الحكمة الأخلاقية. وبدلاً من ذلك؛ ينبغي أن تكون عقوباتها موجهة إلى المستقبل، وأن تحسب بالمنطق لتحقيق نتيجة محددة.

إن كل عقاب مؤلم، لذا فإن السؤال لا بد أن يكون دائماً: ما السعادة التي قد تتحقق للمجتمع نتيجة هذا؟ وهذا يعني -بوجه عام- أنه ينبغي تخصيص قدر أكبر من الألم لأعظم

الجرائم ضرراً، حيث إن الردع بهذه الطريقة سيُرفع إلى أقصى حد، فإذا عُوقب الناس بالقدر ذاته على الجرائم الكبيرة والصغيرة، فمن المرجح أن يختاروا الجريمة الأكثر خطورة، وهذه الملاحظة بالغة الأهمية في الحجج المعقدة التي ساقها بينثام ضد عقوبة الإعدام وقد أعاد التأكيد عليها -على التغييرات التي طرأت عليها طيلة حياته المهنية - حيث كان استخدام عقوبة الإعدام في بريطانيا في ذلك الوقت في كل الجرائم كبيرها وصغيرها.

إنَّ حجته ضد عقوبة الإعدام في جرائم القتل لا تذكر بوضوح على الإطلاق، ولكن يبدو أنَّ الاعتبار الأول هو عدم إمكان نقض العقوبة وما يترتب على ذلك من احتمال أن يعاقب الأبرياء. (يقر بينثام بأنَّ عقوبة الإعدام تخدم المنع والردع المحدد بشكل جيد للغاية).

وفيما يتعلق بالمواضيع التي تعامل اليوم (وخاصة في الولايات المتحدة) بوصفها تنتمي إلى القانون الدستوري، فإنَّ بينثام لديه الكثير ليقوله، وهو مرة أخرى ينتقد التراث بحدّة، ومن الأمثلة الجيدة لهذا النهج: معالجته لموضوع تناولناه بالفعل، وهو عدم تجريم اللواط المثلي.

كتب بينثام في أربعة أعمال وإبلاً من الحجج المقنعة في كثير من الأحيان لصالح عدم التجريم، هذه الأعمال نشرت ما بين (1785) إلى (1818)، ويشكل خاص في الكتاب الرائع: «ليس بولس بل يسوع» (جزء منها نشر أثناء حياة بينثام تحت اسم مستعار، ولكن الكتاب الثالث وهو أهمها لم ينشر إلا عام (2013) من قبل مشروع بينثام في كلية لندن الجامعية).

أورد بينثام العديد من أنواع الحجج، بعضها يتضمن التفسير الإنجيلي الراديكالي (وهو يجادل بلغة عالية بأنَّ يسوع وافق على السلوك الجنسي المثلي، بل مارسه بنفسه)⁽¹³⁾. فلنركز على الحجج الأساسية المتعلقة بالضرر

(13) وهذه إساءة لا يقبلها مؤمن فضلاً عن باحث جاد، فالله قد اصطفى الأنبياء وفضلهم على خلقه، وميزهم بخصال وصفات عظيمة.

الذي يلحق بالمجتمع؛ هل تسبب الأفعال الجنسية ذاتها في إحداث ضرر من خلال الحد من الإنجاب؟

وهنا يزعم بينثام أنّ الأفراد المثليين كثيرًا ما تزوجوا وأنجبوا أطفالًا، ويُلاحظ أنّ التكاثر لا يستغرق الكثير من الوقت، وهذا يترك فسحة كبيرة من الوقت للعلاقات غير الإنجابية، بعضها جنسي (كما منحه بسهولة عندما تكون الأفعال الجنسية بين الجنسين المغايرين موضع تساؤل). فضلًا عن ذلك؛ فقد أظهر مالتوس أننا لا بد أن نشعر بالقلق إزاء النمو السكاني، وليس الانحدار السكاني. هناك قلق أكثر خطورة يتمثل في كون الأزواج الذكور سوف يحرمون النساء من الأطفال ومن الرفقة. (بالرغم من أنّ بينثام يعترف بوجود مثلية جنسية بين الإناث، وهو ليس ممنوعًا قانونيًا في بريطانيا، وهو يفترض أنّ عدد السحاقيات ربما أقل من عدد الرجال الشاذين). وهنا يقدم بينثام استجابة لافتة للنظر، فهو يقول: إنّ ما يلحق الضرر بالمرأة هو التبعية القانونية، و«بلاء القيد الذي يخضعن له». وهذا القيد بدوره ليس راجعًا بكل تأكيد إلى المثلية الجنسية، وإنما إلى العلاقة بين الجنسين، أو إلى «ضخامة القيمة التي يضعها أسيادهم الهمجيون على محاسنهن». وهو يرى أنّ أداء النساء عمومًا أفضل في الدول التي لديها نسبة أعلى من المثليين جنسيًا، أي: إنّ هذا أفضل في إيطاليا مقارنة ببريطانيا، أما في فرنسا؛ فالأمر فيها متوسط نسبيًا.

وبشكل عام فإنّ بينثام يضع في كل أعماله حصارًا للإيديولوجية الفيكتورية بالكامل، المتمثلة في الملذات «الأعلى» و«الأدنى»: المتعة هي المتعة، والفتحة الجسدية المستخدمة لا تحدث أي فرق عقلائي على الإطلاق.

قد تبدو العقلانية القانونية النفعية كأنها شعاع من الضوء يضيء الظلام المتعجرف الذي يكون قمعياً غالبًا في العصر الفيكتوري (وما قبل العصر الفيكتوري). وبالرغم من هذا، فإنّ وجهة النظر هذه تواجه العديد من الصعوبات:

الصعوبة الأولى: عدم معقولية نهايته المقترحة، فإن المتعة -وفق تصور بينثام أنها مشاعر تختلف فقط من حيث الشدة والمدة- ليست مرشحًا جيدًا للنهاية المناسبة لكل السلوك البشري كما أدرك مباشرة جون ستيوارت ميل، وهو أعمق فلسفيًا.

نستطيع أن نرى لماذا اختاره بينثام؛ لأن الأخلاق البريطانية بدت عازمة على إنكار صلاح الجسد وتجاربه المبهجة، وبالرغم من هذا؛ فإن ترقيته إلى مرتبة الصالح الوحيد تبدو قصر نظر. وحتى لو كان المرء يحب اقتراح بينثام، فإنه يخلق مشكلات لا يمكن تجاوزها حتى الآن فيما يتصل بكيفية عمل المقارنات الشخصية المطلوبة للرفاهية (المشكلات التي تفاقمت سواءً بفعل اهتمام بينثام البارز بالحيوانات غير البشرية).

ولكن من الصعب أن نتقبل حل بينثام بمجرد أن يدرك المرء أن ازدهار الإنسان يتألف من النشاط، فضلًا عن المشاعر وعن الأنشطة أيضاً من أنماط عديدة مختلفة، من حيث الجودة وليس من حيث الكمية وحسب. حتى إن أيّ واحد يتفق إلى حدّ كبير مع الانتقاد النفعي للقانون العام من المرجح أن يتساءل ما إذا كان ذلك النظام الفوضوي -بكل ما يشتمل عليه من عيوب واضحة- لا يتتبع عن كثب تنوع السلع الحقيقية التي وجد البشر أنها تستحق الترويج لها.

ومن الجدير بالملاحظة أن حجج السياسة الفعلية التي ساقها بينثام فيما يتصل بكل من الجريمة والجنس تتسم بقدر أعظم من المرونة مقارنة بنظريته الرسمية، وبالتالي؛ فهو يعد سعادة الفقراء والنساء على نحو لا يقتصر على النظر في نوعية الشعور البدني (ولو أنه ربما تصور أن هذا الاختزال قد يحدث في نهاية المطاف).

تمثل إحدى محاولات الحفاظ على التزام النفعية والمساواة (أقصى قيمة فردية) مع استبعاد مشكلة المقارنات بين الأشخاص؛ مقترح القاضي ريتشارد

بوزنر⁽¹⁴⁾ بجعل تعظيم الثروة هدفًا للنظام القانوني. وفي بعض المجالات، يؤكد بوزنر أن النظام القانوني -والاستدلال القضائي على وجه الخصوص- يعزز بالفعل زيادة الثروة إلى أقصى حد. أما في مجال القانون الدستوري، فهو ينتقده على ابتعاده عن هذا المعيار. وهو لا يطبق أبدًا فكرته على القانون الجنائي.

إنَّ النقد النفعي للقانون العام له عدد من الجوانب المميزة. قد يسعى المرء إلى اتباع نهج: استشرافي ونقدي وعملي تجاه القانون دون تبني التزام بينثام بمذهب المنفعة والمساواة، وبالتالي يتبع حجج سياسة بينثام بدلًا من نظريته الرسمية.

ابتعد بوزنر -على سبيل المثال- بشكلٍ مُتزايد عن تعظيم الثروة، وتبنى نوعًا من البرجماتية. والواقع: أن النهج الذي يتبناه يشترك كثيرًا مع الطريقة التي يتعامل بها بينثام فعليًا مع القوانين السيئة: في محيط يزدري النفاق والتوسل الخاص، ومع التأكيد على الحجة الواضحة للعيان التي تهدف إلى السعادة الاجتماعية.

أحد الأمثلة المفيدة هي قضية باسكن ضد بوغان 766 [ف.] [3د] 648 (2014) التي قلبت القوانين في إنديانا ووسكنسن التي حظرت الزواج المثلي. والواقع: أن بوزنر يقدم تنفيذًا ساحرًا ومدمرًا لكل من الحجج التي تسوقها الولايات؛ بأن رفاهية الأطفال تُعزَّز بموجب الحظر. والواقع: أن المقارنة بين رأيه في هذه القضية ورأي القاضي كينيدي في قضية أوبرجفيل ضد هودجز (576) الولايات المتحدة (2015) -وهي القضية التي أجازت زواج المثليين على مستوى الدولة- تشكل وسيلة جيدة لرؤية الفارق بين منطق القاضي النفعي وقاضي القانون العام (مع جرعة ليبرالية للقانون الطبيعي)، حيث يتناول كل

R.A. Posner, *The Economics of Justice* (Harvard University Press, 1981); R.A. (14) Posner, 'The problematics of moral and legal theory', *Harvard Law Review* 111 (1998), 1637-710.

منهما المسألة ذاتها في الإطار القانوني والدستوري ذاته.

كانت نبرة بوزنر متشككة ولاذعة وغير متسامحة مع النفاق. أما نبرة كينيدي فكانت جدية ومهيبية. ويعالج بوزنر قضايا محددة تتعلق بالرفاه، في حين يسوق كينيدي تجريدات الأخلاق العالية، والكرامة والمساواة. إنّ بوزنر ثقيل في مسائل الجدل، أما كينيدي فضفاض وانطباعي. قد يبدو من الظلم أن نعد كينيدي النموذج الأصلي لقاضي القانون العام؛ وذلك لأنه لم يعرف بالفصاحة أو قوة الحجة.

ولا افترض أنّ القضاء بالقانون العام لا يقدم شيئاً أكثر من ذلك، وبما أنّ بوزنر يتواصل بوضوح مع بينثام (حتى دون الحاجة لقراءة ليس بولس بل يسوع، حتى بعد كتابته ذلك الرأي)، فإن المقارنة لا تخلو من أهمية. (إنّ براغماتية بوزنر القضائية، في روح هولمز، أكثر انضباطاً وجاذبية من نظرية النسبية والذاتية لمحاضرات هولمز التي انتقدها دوركين ونوسباوم⁽¹⁵⁾ وآخرون على أنها غير متسقة وغير مكتملة).

3. آراء مختلطة:

وبما أنّ كلاً من النفعية والقانون العام يتمتعان بمزايا بارزة؛ فليس من المستغرب أن يحاول الحقوقيون والفلاسفة -على حدّ سواء- الجمع بينهما. على جانب الفلسفة الأخلاقية؛ يعترف هنري سيدجويك،⁽¹⁶⁾ -وهو يحترم العرف أكثر من بينثام، ويؤمن بالحدسية الفلسفية (الشكل المغربي والمفصل للمعتقدات الأخلاقية المشتركة)- بطريقة مشروعة للأخلاق. وبالرغم من بعض الاضطراب فإنه يصدق على أغلب آرائه، بما في ذلك تلك المتصلة بالملاءمة الجنسية

M.C. Nussbaum, 'Still worthy of praise: comments on Richard Posner', *Harvard Law Review* 111 (1998), 1776-95.

Sidgwick, *Methods of Ethics*

(16)

والعقاب. واعتراضه الأولي على المعتقدات العادية (وبالتالي، إذا كان سيعالج موضوعنا، على القانون العام) هو الافتقار إلى النظام والترتيب. فلا تُوجد مبادئ لحل الصراعات بين الفضائل المختلفة، أو حتى بين المزايم المختلفة داخل كل منها. وعلى هذا؛ فإن سيدجويك يزعم أن الحدسي (المحامي العام) يضطر بفعل العقلانية ذاتها إلى الانتقال إلى النفعية؛ لكي يجد في هذا النموذج الشكل الكامل من الحكمة المتجسدة في المبادئ العادية. وبالتالي فهو ينسب الفضل في الأساس المنطقي التقليدي للقانون العام، معترضاً فقط على عدم كفايته الرسمية.

ثمة رأي مختلط مرتبط بذلك، وهو وجهة نظر أوليفر ويندل هولمز للقانون العام⁽¹⁷⁾. هولمز يرفض الادعاء بأن القانون العام مُتفوق على أساس التقاليد أو حكمة الزمن: «من المثير للاشمئزاز ألا يكون لديك سبب أفضل لسيادة القانون من أنه وُضِعَ في زمن هنري الرابع».

ينبغي للقضاة أن ينظروا إلى مواد القانون العام بوصفها نقطة انطلاق لأسباب عملية، ولكن ينبغي لهم أن يتحملوا المسؤولية للتطلع إلى الأمام وليس العودة، وسد الثغرات في القانون مع التركيز على ما هو أفضل بالنسبة للمجتمع. ومثل سيدجويك، فإنه يرى الماضي نقطة انطلاق، ولكنه يحتاج إلى الاكتمال من خلال توجه عملي في المستقبل. ولكن الحس العملي الذي يتمتع به هولمز أقل مرونة من نظريته التي تفتقر إلى التركيز على التكافؤ وتسوية النزاعات.

كانت آراء هولمز⁽¹⁸⁾ مقدمة أولية للواقعية القانونية التي لا يمكن مناقشتها

O.W. Holmes Jr, *The Common Law* (Dover Publications, 1991 (original publication (17) 1881)).

O.W. Holmes Jr, *The Essential Holmes*, Ed. R.A. Posner (University of Chicago Press, 1997); O.W. Holmes Jr, *The Path of the Law* (Martino Publishing, 2012 (originally published in *Harvard Law Review* 10 (1897))).

هنا؛ بسبب حدود المساحة. ومن بين القرارات التي تتسم بقدر أكبر من الود للقانون العام، قرار القاضي بنيامين كاردوزو⁽¹⁹⁾ في طبيعة العملية القضائية. يؤكد كاردوزو أن القاضي يعمل في إطار مستمر للسوابق والقوانين. وإذا كان ثمة نظام أساسي واضح يحكم القضية فإن القاضي يطبقه، وإذا لم يكن الأمر كذلك، فلا بد من الرجوع للسابقة، وإذا كانت السابقة واضحة، فإن القاضي سوف يطبقها مرة أخرى. ولكن في كثير من الأحيان يكون هذا غير واضح، وعليه يجب على القاضي أن يستخلص المبدأ الأساسي من السابقة (السوابق)، وأن يحدد الاتجاه الذي سيتطور فيه الحكم. وهذا أمر غامض، ويجب على القاضي أن ينظر في قضايا، مثل: التقدم المنطقي، والتطور التاريخي، والرعاية الاجتماعية، وأيضاً العدالة والأخلاق. في كثير من الأحيان، يجب على رفاهية المجتمع أن «تحدد مسار» تطور المبادئ.

إن الاتساق أمر طيب عادة، ولكن ليس عندما يكون «اتساق القمع». وفي مثل هذه الحالات، يجب على القضاة أن يتشاوروا مع القواعد الأخلاقية، بل حتى إن يتعدوا عن السوابق. وكل هذا لا بد أن يتقرر وفق حكم القاضي ذاته. فالقضاة لا يشرعون إلا بشكلٍ بيني، ولكن «العملية في غاية تجلياتها ليست الاكتشاف، بل الصناعة»، وهنا وصلنا إلى صورة ديفيد شتراوس الجذابة لقاضي القانون العام، ولكن بصورة مغايرة (ولو على نحو قضاة) من أنصار النفعية، ومما لا شك فيه أن بينثام سوف يرد عليها، «بالضبط: ولماذا ينبغي لنا أن نتق بك؟».

4. الأسئلة الحالية:

إنَّ الجدل بين القانون العام والنفعية سيستمر مدة طويلة، حيث يؤدي القانون الطبيعي دور المتحدث في النسخ المعتدلة من كل منهما. وكما رأينا،

B.N. Cardozo, The Nature of the Judicial Process (Dover Publications, 2005 (original (19) publication 1921)).

فإنَّ القانون العام والنفعية يتداخلان على أكثر من نحو، ولكن توجد مسألتان تعصفان بالمناقشة برمتها في حين نمضي فيها قُدماً، ألا وهما:

أ: حدود الدور القضائي:

المسألة الأولى تتعلق بالدور القضائي. يدافع كثير من القضاة -بما في ذلك كبار المنظرين في القانون العام والنفعي في الولايات المتحدة- عن دور كبير لهم باعتبارهم مفسرين للدستور، ومحكمين في المسائل الحاسمة في القانون الجنائي (وكل مجال رئيس آخر من مجالات القانون). ولكن العديد من المنظرين من وجهات النظر المختلفة منزعين من حقيقة أنَّ القضاة -وإن كانوا مسؤولين بصورة غير مباشرة أمام الشعب، وجزء كبير من معظم الديمقراطيات الدستورية الحديثة- لديهم مؤهلات ديمقراطية مشكوك فيها إلى حد ما، وقد يؤكد بعضهم ببساطة أنهم غير ديمقراطيين (باستخدام مفهوم الأغلبية للديمقراطية كما يزعم).

ولقد ظل جيرمي والدرون⁽²⁰⁾ مدة طويلة يعارض بقوة المراجعة القضائية استناداً إلى مثل هذه الأسس، ولو أنه استند إلى الافتراضات (وخاصة «التزام من جانب أغلب أعضاء المجتمع وأغلب مسؤوليه في التعامل مع فكرة حقوق الأفراد والأقليات») التي تناسب بريطانيا المثالية بعض الشيء أفضل من الولايات المتحدة، حيث لم تكن معارضة دول بأكملها لحقوق الإنسان الأساسية سبباً في اندلاع الحرب الأهلية فحسب. بل مؤخراً أيضاً؛ الاضطرابات التي شهدتها حركة الحقوق المدنية أو الهند، حيث حوّلت السياسة -القائمة على الأغلبية- السلطة إلى مجموعة متواطئة في جرائم الإبادة العرقية ضد أقلية عرقية، وكثيراً ما تبدو المحكمة العليا آخر معقل للحقوق الأساسية للمواطنين.

J. Waldron, 'The core of the case against judicial review', Yale Law Journal (20) 115(2006), 1346-406.

وتشيرُ شكوى أخرى -ضد المراجعة القضائية- إلى أنّ القضاة ليسوا دائماً محكمين موضوعيين، بل هم على درجة عالية من السياسة، وكثيراً ما تعكس مواقف حزب الرئيس الذي عينهم. (من الواضح أنّ ثمة حدوداً؛ وذلك لأنّ مواقف الأحزاب قد تتغير إلى حدّ كبير في أثناء ولاية القاضي الطويلة، وكذلك الحال بالنسبة لمواقف القاضي. وعلى هذا يتفاجأ أغلب الأمريكيين حين يسمعون أنّ القضاة الليبراليين المشاهير -هاري أ. بلاكمون وجون بول ستيفنز- عينهم الجمهوريون).

وأخيراً؛ قد يذكر المرء اعتراض بينثام: فالقضاة مفكرون فوضيون غالباً، وعاجزون عن التحديد الدقيق لمعالم الرفاهية الاجتماعية. بعض النقاد -على سبيل المثال والدرون- يفضلون تجنب المراجعة القضائية لدستور مكتوب، وحصر دور القاضي في مجال أكثر تواضعاً في القانون العام.

ويذهب آخرون إلى ما هو أبعد من ذلك، حيث أوصى بينثام بالتخلص من قاضي القانون العام بالكامل، لصالح القوانين المدونة -وحتى في الولايات المتحدة الأمريكية- حيث سيكون هذا الموقف راديكالياً جداً، فإنّ التحدي القوي من هذا النوع قد صدر من قبل أدريان فيرميول⁽²¹⁾.

إحياءً لوجهات نظر جيمس برادلي ثاير (1831-1902)؛ يحث فيرميول على التواضع القضائي واحترام الأغلبية التشريعية. ويتسم انتقاده بقيمة خاصة؛ لأنه يواجه أقوى الحجج التي قدمت لصالح دستورية القانون العام. والواقع: أن فيرميول يؤكد النقطة القيّمة التي مفادها: أنّ الحجج التي تسوقها «العقول الكثيرة» من ذلك النوع المستخدم في الدفاع عن القانون العام لا تتمتع بأوراق اعتماد قوية، وخاصة عندما لا يستطيع المرء -كما هو الحال هنا- أن يثبت أن كل قاضٍ يسهم بشكلٍ مستقل في النظرة المتطورة، وهو يقترح أنه من الأفضل أن يُدعّن للمشرعين؛ لأنهم يتمتعون على ما يبدو بمؤهلات معرفية متفوقة،

A. Vermeule, Law and the Limits of Reason (Oxford University Press, 2009).

(21)

وبالتالي فإنَّ الحجج ذاتها التي استخدمت لدعم دستورية القانون العام -في رأيه- تنقلب عليها في واقع الأمر. ولا يمكن الرد على مثل هذه الحجج بصورة مجردة، ومن الواضح أنَّ كل دولة لا بد أن تقيّم موقفها السياسي بنفسها، فضلاً عن أوراق الاعتماد المعرفية التي يتمتع بها قضاؤها والمشرعون، ولكن ينبغي لمنتقدي المراجعة القضائية أن يحذروا من المقارنة بين القضاة الفعليين بكل عيوبهم، وبين المفهوم المثالي للسياسة التشريعية.

فيرميول كتب في الولايات المتحدة الأمريكية (2009)، يصف المناقشة التشريعية بطريقة يبدو أنها لا ترتبط إلا قليلاً بالواقع الحالي. ومن المرجح على الأقل أن يؤمن أغلب قضاة الاستئناف بالمنطق والاستنتاجات العلمية والسمات المرغوبة التي قد يفتقر إليها المشرعون. وهم فضلاً عن ذلك يحترمون التقاليد الآخذة في التطور ببطء في ديمقراطيتنا على النحو الذي لا يحترمه -بكل تأكيد- العديد من المشرعين الحاليين الذين تلهمهم وجهات النظر المتطرفة المناهضة للحكومة، وربما يعطينا هذا التوقيت غير الملائم سبباً للإبقاء على القضاة مدة أطول قليلاً.

ومن المؤكد أنه من غير الممكن أن يتوقع من القضاة في هذه الحقبة التي تعتمد على العلم أن يفهموا كل ما يحتاجون إلى معرفته من أجل الحكم بشكل جيد على الأمور المعقدة التي تنطوي على البيئة، أو حتى الاقتصاد. ولكن هذا يقودنا في اتجاه مختلف تماماً عن اتجاه فيرميول. والواقع أن المبدأ الدستوري المتمثل في مراعاة تفسيرات الهيئات الإدارية للقوانين في مجالها (الذي اشتهر باسم: «مراعاة شيفرون») كان حكيمًا؛ فهو يؤدي إلى الابتعاد عن مراعاة الهيئات التشريعية والاعتماد بشكل أكبر على الخبرات العلمية المستنيرة.

لقد اتخذ كاس سانشتاين موقفًا أكثر وضوحًا، مشابهًا لفيرميول⁽²²⁾

C.R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (22) (Harvard University Press, 2001); C.R. Sunstein, *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment* (Cambridge University Press, 2004).

سانشتاين - وهو مدافع جاد عن الدولة الإدارية (والرئيس السابق لمكتب المعلومات والشؤون التنظيمية في إدارة أوباما) - بالدفاع بقوة عن تحليل التكاليف والفوائد القائمة على أسس علمية الذي أجرته الهيئات الإدارية، أعلى من الأحكام غير الموثوقة التي يصدرها الجمهور بشأن مسائل المخاطر. ويقتصر دفاعه عن «التبسيطية القضائية» على مجال القانون الدستوري الأساسي. وهو يرى أن القضاة الذين يبتون في القضايا المعقدة التي تشتمل قيمًا متنازعًا عليها لا بد أن يتقدموا على نحو تدريجي و«حالة واحدة في كل مرة»، بدلًا من الإدلاء ببيانات جريئة حول القيم المجردة. - وهو بذلك يعارض جزء ممارسة القانون الذي يتداخل مع القانون الطبيعي، مما يجعل المفاهيم الأخلاقية الكبيرة تؤثر في التقاليد والسوابق.

بيد أن الأساس المنطقي الذي استند إليه سانشتاين في النظر إلى تبسيطه القضائي ليس حجة فيرميول المعرفية التي ساقها. ويبدو في المقام الأول أن الأمر برمته شكل من أشكال الحذر البرغماتي. ونظرًا لأن القضاة يرون أن مؤهلاتهم الديمقراطية موضع خلاف؛ فينبغي لهم أن يتقدموا تدريجيًا - قضية فأخرى - خشية أن توجد ردة فعل شعبية، كما حدث دون شك في مجال حقوق الإجهاض.

لا يزال يوجد نقاد آخرون للقانون العام يحكمون على الأصالة أو النصية بصفتها طرقًا لإدخال الثبات والحد من التفكير القضائي. وهكذا يطور القاضي أنتونين سكاليا⁽²³⁾ أولًا نقدًا عامًا جدًا للقانون العام لصالح فقه القواعد والمبادئ العامة: «لدينا سيادة القانون فقط بقدر ما يكون لدينا «قانون الأحكام»؛ لأن القدرة على التنبؤ وبالتناسب هي السمات المميزة لسيادة القانون». ثم يذهب إلى الدفاع عن نهج نصي بوصفه أفضل طريقة لتحديد الثبات المطلوب.

A. Scalia, 'The rule of law as the law of rules', University of Chicago Law Review, 56 (23)

(1989), 1175-88.

في استجابة لنقد سكاليا العام، يجب علينا أن نتحول إلى المعاملة الأنيقة للقواعد في مفهوم القانون لهيربرت هارت⁽²⁴⁾. حيث يزعم هارت أنه لا توجد وسيلة لتجنب السرية في السلطة القضائية؛ وذلك لأنّ قواعدنا تتسم دائماً بأنها بدون حدود واضحة. بيد أنّ هذا الدور للسرية لا يستتبع أن يكون المجتمع غير خاضع للقانون وخاضعاً لنزوات السلطة القضائية.

أما عن البديل المفضل لدى «سكاليا»، فإنّ طرق العرض المستندة إلى النص تواجه العديد من المشكلات، فالنصوص تحتاج دائماً إلى تفسير، ويبدو أنه لا نيات المؤسسين (الأصلائية)، ولا المعنى المشترك للمصطلح وقت صياغة النص (النصية) قادرة على التفوق على الحكم المسؤول لشخص حي، وخاصة فيما يتصل بالمفاهيم المجردة، مثل: «الحرية» و«المساواة».

وكما يقول شتراوس: فإن النص يصبح في غاية القوة حين يكون ملموساً إلى حدّ كبير، وفي مثل هذه الحالات تكون المخاطر منخفضة إلى حدّ كبير عادة، وبالتالي فلا أحد يفضل التفسير المبدع لنصوص الدستور بشأن عمر الرئيس، ولكن أغلب أحكام الدستور ليست على هذا النحو، فقد تغيرت هذه الأحكام على نطاق واسع على مدار سنوات من السوابق القضائية، والواقع أن قلة من المتمسكين بالأصالة يريدون التخلص من كل هذا التاريخ. (وعلى هذا، فمن النادر أن نجد موقفاً متطرفاً يرفض إدراج ميثاق الحقوق، وهذا يعني تطبيقه على أفعال الدولة والحكومة المحلية -فضلاً عن الحكومة الفيدرالية- على الرغم من أن المؤسسين رفضوا صراحة الدمج عندما اقترح ماديسون ذلك، والأساس المنطقي النصي للإبقاء على أن التعديل الرابع عشر لما بعد الحرب الأهلية ينطوي على غموض وعدم يقين).

وأخيراً؛ قد تكون الأصالة والنصية ذاتية التقويض، فثمة كثير من الأدلة التي

H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 2012 (original (24) publication 1961)).

تشير إلى أن نية واضعي الدستور كانت خلق نص مفتوح يمكن أن تعيد الأجيال المتعاقبة تفسيره، وأن معنى المصطلحات المجردة الأساسية وقت الصياغة مفتوح جدًا أيضًا، بمعنى أن آلاف السنين من النقاش الفلسفي حول هذه المفاهيم قد جعلتها بالفعل مفاهيم متنازعًا عليها.

ب: استخدام القضايا الأجنبية باعتبارها سوابق:

متى ينبغي لقضاة القانون العام - إن وجد - أن ينظروا إلى القانون وتوجهات الدول الأخرى؟ وفي عالمنا المتزايد الترابط لا يمكن تجاهل هذه المسألة. والغريب في الأمر أن بعض جوانب هذه المسألة لا جدال فيها، وبالتالي فإن محاكم الولايات المتحدة تعتمد بشكل روتيني على القانون العام البريطاني باعتباره مصدرًا لكل من المبدأ والسابقة.

ولكن في حين أن العديد من الدول تشعر بالحرية في الاعتماد على أحكام محاكم دول أخرى - فضلًا عن القانون الدولي واتفاقيات حقوق الإنسان (تعد محاكم الاستئناف في الهند أبرز مثال في هذا الباب) - فإن الولايات المتحدة كانت حذرة للغاية، حيث رفضت منح سوابق قضائية للأحكام الأجنبية، وحتى فيما يتصل بالاستخدام الأكثر عمومية للأحكام الأجنبية، لتوضيح القضية ووضعها في سياق أوسع، فثمة جدل عميق. وفي المحكمة العليا الأمريكية اليوم أصبح القاضيان جينسبرج وبرير⁽²⁵⁾ معروفين باهتمامهما بالقانون غير الأمريكي. في حين كان القاضي الراحل سكاليا خصمًا عنيدًا لهذه الممارسة، وقال مرارًا: «إن هذه الممارسة تفتح الباب أمام التفكير القضائي التعسفي والعمدي، حيث إن القضاة ملزمون باختيار الممارسات الأجنبية التي تتفق مع ما يرغبون في قوله وتجاهل الأخرى التي لا يحبونها». من الواضح أن هذه مشكلة حقيقية.

S.J. Breyer, *The Court and the World: American Law and New Global Realities* (25) (Knopf, 2015).

بيد أن أنصار ممارسة الطعن في القانون الأجنبي لا يدافعون عن هذه الممارسة بصورة عشوائية، وهكذا في قضية روبر ضد سيمونز⁽²⁶⁾، فيما يتعلق بعقوبة الإعدام للأحداث، جرى النظر في قانون المعاهدات الدولية في سياق قانوني محدد.

والواقع أن فقه التعديل الثامن يوجه القضاة بالفعل إلى الإشارة إلى «معايير الآداب المتطورة التي تميز تقدم المجتمع الناضج» من أجل تحديد العقوبات «القاسية وغير العادية».

يجب على المحكمة أن تستخدم حكمها المستقل الخاص بها، ولكن من المناسب أن تحيط علمًا بالتطور الاجتماعي. وقد رأت المحكمة أن (30) ولاية تحظر بالفعل إعدام الأحداث، وأن هيئات المحلفين في الولايات الأخرى نادرًا ما تصدر هذه العقوبة. وعلى هذا؛ فإن الإشارة إلى المعاهدات الدولية كانت بمثابة الترويج لهذا، وهو الذي أدى إلى مزيد من التأكيد على حكم المحكمة.

لم يُستخدَم القانون الأجنبي باعتباره سابقة ملزمة، بل باعتبارها دليلًا إضافيًا على تطور اجتماعي كان شديد الوضوح في الولايات المتحدة أيضًا. وكما أكد القاضي ستيفنز في رأيه الذي لقي تأييدًا، فإن النقطة الرئيسية هي أن التعديل الثامن يجب ألا ينظر إليه على أنه يشمل معنى ثابتًا بكل التفاصيل وقت الصياغة (وفي هذه الحالة يمكن قانونًا تنفيذ حكم الإعدام على طفل في السابعة من العمر)، بل على أنه عمل قيد التقدم، تُستمد مفاهيمه (المجردة) المعنى المتغير من الأحكام المتطورة والمحكمة على أساس راسخ هنا، فاستخدام الأحكام الأجنبية المختارة استخدامًا محدودًا في سياق هذا التحقيق مفيد.

في كتابه الصادر عام (2015) بعنوان: «المحكمة والعالم»⁽²⁷⁾، يقدم القاضي

Roper v. Simmons 543 U.S. 551 (2005) (26)

Breyer, The Court and the World. (27)

ستيفن بريير حجة أوسع نطاقًا ليس فقط للمحكمة، بل أيضًا لضرورة التعامل مع القانون الأجنبي في عالم متشابك. إن بريير لا يهتم بالتجريد البشري الضخم الذي ينطوي عليه التعديل الثامن بقدر ما يهتم بمجموعة من القضايا التي تكون أحيانًا تخصصية إلى حد كبير، تتراوح بين الأمن القومي والملكية الفكرية إلى إدارة التجارة الدولية، وهذا يتطلب من محاكم الولايات المتحدة أن تتعلم وتتعامل مع الأحكام القانونية الصادرة عن دول أخرى، وهو يزعم أن العولمة جعلت الارتباط بالقانون الأجنبي أمرًا لا مفر منه.

تظهر قائمة الحالات الغنية التي لدى بريير أن الاهتمام بالأجانب ليس مجرد وسيلة لاكتساب ميزة غير مشروعة لوجهات نظر المرء الأخلاقية (وهذا في جوهر نقد سكاليا)، ولا يمكن تفاديه ببساطة في عالم تسببت فيه التطورات التقنية في أن نتشاطر عالمًا واحدًا، فقد زعم أن قاضي القانون العام في المستقبل لا يستطيع أن يتحمل تبعات أن يكون انعزاليًا.

الفصل الرابع

القانون والعيش الرغيد

تيموثي ماكليم

1. الحياة الرغيدة وكيف تُعاش؟

نحن بصفتنا بشرًا نسعى إلى العيش الرغيد؛ لنعيش حياة غنية وذات مغزى وقيمة حقيقية (كما نعبر عن ذلك أحيانًا). إننا ملزمون بفعل ذلك وفق شروط وجودنا ذاته.

إنّ هذا الشعور بالهدف الرئيس لما يحفزنا بشكل أساسي؛ ليس عملاً للحالة الإنسانية أو قدرتها على التأمل والعمل، وإن كان قد يبدو كذلك في بعض الأحيان، ولكن على العكس، يمتد ليشمل كل ما يمكن أن يقال: إنّ له وجودًا، سواء أكان ذلك حيوانات أخرى، أم كائنات حية أخرى، أو حتى معالم العالم، مثل: الصخور، والشلالات التي تزدهر أو تفشل، تكون ذات قيمة أو تفشل في ذلك رغم أنها لا تؤدي دورًا نشطًا سواء أكان متأنياً أم غير ذلك- في تأمين ازدهارها أو قيمتها⁽¹⁾. غني عن القول: إننا -بصفتنا بشرًا- لنا علاقة مميزة، وربما أطلق عليها علاقة خاصة بهذا الهدف المشترك، وهو ما نشأ عن قدرتنا المتميزة على إدراك المسؤوليات الكثيرة والمعقدة المتمثلة في العيش

(1) See T. Macklem and J. Gardner, 'Human disability', King's Law Journal 25 (2014), 60.

الرغيد والوفاء بها. لذا فإن الحياة الطيبة مشروع إنساني، لكنه لا يقتصر على ذلك. إن جمع هذه الحقائق - وحقيقة أخرى أنها في حالة توتر فيما بينها - يؤدي إلى مطالبتين متميزتين ومألوفتين لكل منا في إدارة حياتنا:

أولاً: كل ما قد يكون صحيحاً في لحظة محددة على مدار الحياة؛ لا يمكننا أن نعيشه بشكل جيد إلا بالتضافر مع العالم وتتضافر بعضنا مع بعض. إن الحياة الطيبة هي نتاج النجاح في كل الظلال المتنوعة لوجودنا بصفتنا وكلاء، تلك التي تميزنا، وتلك التي نشاركها مع الآخرين، وبالتالي لا يمكن تحقيقها إلا بالاعتراف الكامل والاحترام والتعاون مع الآخرين الباحثين عنها⁽²⁾. وهو ليس بالأمر الذي نستطيع أن نتقنه من تلقاء أنفسنا، أو شيء نستطيع تحقيقه إما على حساب الآخرين أو على حساب تجاهل أنفسنا.

ثانياً: بوصفنا كائنات بشرية وبالتالي كائنات تتمتع بقدرة عالية على التفكير والتأمل (أو هكذا يبدو)؛ لدينا مجموعة من المسؤوليات المعقدة والمتضاربة غالباً إلى حد غير عادي، فيما يتصل بالمشروع المشترك للعيش الرغيد.

إن الحياة الطيبة هي مسألة إدارة هذين المطلبين بنجاح: أن يكون العيش في حالة جيدة بطريقة متميزة وغير مميزة في آن واحد، من حيث حالة الفرد بوصفه إنساناً بشكل عام، وبوصفه إنساناً محددًا بشكل خاص، وهو ما يتمثله كل منا من وقت لآخر؛ وهي إعطاء مصداقية كاملة لجميع أطراف الوجود المختلفة، بدلاً من إعطاء الأولوية لواحد على الآخر، أو البحث عن حل فيما بينها.

ومع أخذ ذلك في الحسبان؛ جلبنا إلى العالم -بوعي ودون وعي-

(2) وهذا لا يعني أن الحياة الرغيدة تحتاج إلى أبعاد متعددة إذ من الممكن أن نعيش حياة رغيدة من خلال التركيز على مجموعة محددة من القيم.

See J. Gardner and T. Macklem, 'Value, interest and well-being', *Utilitas* 18 (2006), 362

مجموعة واسعة من الأشكال والممارسات الاجتماعية، تتسم بالسيولة، وكذلك مختلفة دائماً، لتوجيهنا ودعمنا في تحقيق حياة طيبة لنا ولرفاقنا. وقد ثبت أن بعض هذه الأشكال والممارسات الاجتماعية كانت مثمرة للغاية، في حين أثبتت أخرى أنها لم تكن كذلك. ومن المحزن أن عددًا أكبر بكثير مما نحرص على الاعتراف به قد ثبت أنه منحرف، مما يقوض ازدهار البشرية بدلاً من دعمه، فضلاً عن كل شيء آخر في العالم يقدر أو يستحق التقدير.

ومن أبرز ممارساتنا الاجتماعية -على الأقل في العالم الذي نعيش فيه الآن- القانون. إن مخطط القانون -في أشكاله ومؤسسته- يساعد في تنظيم سعينا إلى تحقيق حياة طيبة، سواء على المستوى الفردي أم المجتمعي. أين هو إذاً موضعه من حيث الثمرة؟ لماذا نحتاج إليه؟ كيف تساعدنا هذه الطريقة على العيش الرغيد؟ وما الدور الذي يؤديه هذا الجانب المدرك للذات بشكل غير عادي في تحقيق المثل الأعلى، أي: في مشروع جعل حياتنا طيبة فعلاً؟ وعلى نطاق أوسع، وبالعودة خطوة إلى الوراء قليلاً؛ ما طبيعة العلاقة بين الحياة اليومية والمظهر المثالي؟ ونحن نعرف شيئاً -وربما يكون كثيراً- عمّا ينبغي للمثل الأعلى أن يُعلّمه للحياة اليومية؛ لأنّ هذا القدر مدمج في مفهوم المثل الأعلى ذاته. في المقابل؛ ماذا يمكن أن تعلّم الحياة اليومية المثل الأعلى إن كان ثمة شيء يستحق التعليم؟ هل يوجد شعور حقيقي بأنّ كلا منهما لديه ما يتعلمه من الآخر؟ إذا كان الأمر كذلك، فما الذي قد يخبرنا به عن القانون؟ هل نحتاج إلى معرفة القانون لمعرفة ما يجب أن يكون عليه القانون في بعض النواحي على الأقل؟

ربما تكون الأسئلة المطروحة هنا مألوفة أكثر من حيث العلاقة بين القانون والأخلاق، وليس من حيث القانون والعيش الرغيد. ولا يوجد إشكال في التحدث بهذه الطريقة المألوفة -أو على الأقل ينبغي ألا يوجد- ولكن يبدو لي أن المرء يحتاج إلى توخي شيء من الحذر في القيام بذلك؛ لأن فكرة الأخلاق كثيراً ما تكون مؤطرة برؤية محددة لما تعنيه الحياة الطيبة، وأحياناً بمجموعة

محددة من المذاهب، وإن لم تكن بالضرورة دينية في كثير من الأحيان، وفي بعض الأحيان قد يكون الاهتمام خاصًا برفاهية زملاء، وليس الذات؛ بحيث يصبح في تناقض واضح مع الأخلاق والحصافة، وفي بعض الأحيان مع الاهتمام بالأخلاق وليس الجمال على سبيل المثال. وكما أرى، فإن كل هذه الأمور تشكل سمات لا مفر منها لحياة طيبة. ولذلك، عند الحديث عن العيش الرغيد؛ فإنني أتبنى وجهة نظر أخلاقية تحتضن وتتجاوز هذه الطرق لتضييق فكرة الحياة الطيبة أو تركيزها؛ لأكون منفتحًا أمام كل ما يمكن أن يجعل الحياة تسير على ما يرام، وأمام أنواع الإسهام التي قد يقدمها هذا القانون إلى مثل هذا المشروع⁽³⁾.

وسأفترض أيضًا -دون أن أسعى إلى إثبات- أن العالم الأخلاقي -العالم الذي نستفيد منه الموارد؛ لكي نعيش حياة طيبة- عالم متنوع في جوهره، بحيث إن المطالب التي يفرضها علينا والموارد التي يقدمها لنا ليست معقدة فحسب، بل متناقضة في كثير من الأحيان، وربما تكون كذلك على نحو مميز. بعض القضايا التي تواجهنا هي قضايا يمكن تسويتها -بالإشارة إلى وزن الأسباب- إلى حقيقة أن مسار عمل ما يجب أن يقال عنه أكثر من الآخر، ولكن لا يمكن تسوية الكثير من الأمور الأخرى إلا عن طريق حقيقة القرار. فالأسباب تنبئنا دائما بما يجب علينا فعله وما لا ينبغي لنا فعله، ولكنها في الجملة لا تخبرنا أي مطالباتها تفضله على الآخر. فالأسباب لا تختلف من حيث النوع والدرجة فحسب لمجرد أنها متميزة وإلى الحد الذي يميزها، بل إنها -باستثناء بعض الحالات الخاصة- لا تجسد أي مورد ينبئنا أي نوع أفضل من الآخر. علينا ببساطة أن نقرر، حتى يكون حقيقة اتخاذ القرار هي التي تمنح أي أولوية لسبب على آخر في تشكيل حياتنا؛ وذلك لأن واقع حياتنا هو الذي

On the absence of any deep divide between the prudential and the moral see J. Raz, (3) 'The central conflict: morality and self-interest' in his Engaging Reason (Oxford University Press, 1999), 303.

يجعل هذه الأسباب والقيم التي تعطيها، في تصادم فيما بينها. إنها ذاتها - ما دام لم يُتعامَل معها-- يمكن أن يكون بعضها في تناقضٍ مع بعضٍ دون أن تدخل في صراع. في الواقع، فإن العديد من الاحتمالات لتحديد أولوياتها هي جزء من ثراء الموارد التي تقدمها لنا.

إن الصراع العملي بينهما - مهما كانت التكاليف والمكافآت التي قد تنجم عنها- يولد من حقيقة أن حياتنا حقيقية ومحدودة ومؤطرة، بحيث إنَّ التزام شكلٍ واحد من أشكال العيش الرغيد بدلاً من آخر واجب علينا وعلى رفاقنا الكثيرين من المسافرين في سبيل العيش الرغيد. ذلك الصراع هو من صنعنا، بصفتنا كائنات محدودة وزمانية، وهو العبء الخاص الذي نتحملة لحله.

2. المثالية والشك:

ويرى بعضهم وأبرزهم رونالد دوركن، أنه لا ينبغي تحديد القانون بالشكل الذي يتخذه فيما يبدو في المذاهب القانونية الخاصة في ولايات قضائية محددة. والواقع أن هذه المذاهب ليست أكثر من الظلال التي لا يمكن التعويل عليها، وهي ما قد يسعى المسؤولون القانونيون إلى تتبعها حتمًا، ولكن بشكلٍ غير مكتمل.

وإذا ما كان لنا أن نأخذ القانون كما هو محدد لما هو القانون حقًا، فإننا سنخفق في التفريق بين اليومي والمثالي، وكذلك الأمر بين الممارسة الأخلاقية والطموح الأخلاقي. وليس من المنطقي أيضًا أن نُحدِّد أي جانب من جوانب الأخلاق مما يَعده النَّاس كذلك، من وقتٍ إلى آخر. نحن لا نعد الأمانة ما يمارس باعتباره أمانة، ونزاهة مع ما يُعد نزاهة، وعدالة مع ما يطلق عليه العدالة، ولا ينبغي لنا بعد الآن أن نعد القانون ما يمارس بوصفه قانونًا⁽⁴⁾. بل على العكس من ذلك، فإنَّ القانون يفهم بحق على أنه الأخلاق الجماعية

See R. Dworkin, Law's Empire (Harvard University Press, 1986) at 47ff.

(4)

لمجتمع سياسي محدد. هو طموح مشترك يسعى إليه جميع المواطنين بحق، قريب من تناول اليد دائمًا، ينادينا.

إن ترسم الحدود المستمر -على الرغم من نواقصه- يشكل مسألة فلسفة أخلاقية بسيطة. لا يمكننا أبدًا أن نكون واثقين تمامًا من معرفتنا به، أو أن نؤكد إنجازنا له، ومع ذلك يمكننا أن نكون على دراية كافية حتى تتمكن من الاعتماد عليه باعتباره دليلًا لنا.

إن معالم هذا الرأي واضحة، وخاصة فيما يتصل بالفهم الذاتي للمحامين والقضاة الذين أصبح دورهم في استخدام حكمتهم الأخلاقية للتعبير عن التطلعات السليمة لمجتمعهم. وبالرغم من هذا، فإن المكانة البارزة التي يُسند إليها القانون في حياتنا الجماعية ذات أسس غامضة. بعض هذا الغموض له تفسير داخلي؛ كيف يمكننا أن نأمل في تمييز القانون عن الجوانب الأخرى لما يعنيه أن تكون حياة طيبة مشتركة مع الزملاء دون مساعدة نظرية للدولة، وهي التزامات دقيقة بالقدر الكافي لانتقاء مسؤولياتنا القانونية وتمييزها عن أعرافنا الاجتماعية الأوسع نطاقًا، والتعهدات المشتركة التي تُنبئنا -على سبيل المثال- إلى أي مدى قد تمارس المجاملة بيننا؟ أتى لنا أن نسترشد بالقانون، حتى لو كان من يحدد هويته أولئك الذين يُعترف بهم خبراء رسميين؟ هذا أمرٌ لا يمكن الاعتماد عليه. وإذا كان لكل منا أن يحدد القانون لنفسه بالطريقة الأخلاقية - كما يبدو- انطلاقًا من حقيقة مفادها: أننا نفتقر إلى سببٍ كافٍ للاعتماد على حكم المسؤولين القانونيين، فما الأساس لدينا لمنح هويتنا الشخصية أي مصداقية محددة؟ وكيف يمكننا أن نأمل في أن نشاطر ما حددناه مع الآخرين الذين حددوا هويات مختلفة، كما يجب أن يكون القانون قادرًا على وضع إطار مشترك لمشروع العيش الرغيد؟ بعض الغموض ذو تفسير خارجي. لماذا نحافظ على أشكال وممارسات القانون ونواصل العمل بها إذا لم تكن لها أي أهمية بالنسبة لنا غير البيانات التفسيرية المسبقة؟ لماذا لا نتعامل مع الأخلاق بشكل مباشر، على طريقة مجتمع ما قبل القانون؟

إذا كان الجواب هو أنه: لا يمكن القيام بذلك في ظروف مجتمع كبير معقد وحديث؛ فلا بد أن يتمتع القانون بحياة مستقلة إلى الحد الذي يسمح له بالإدراك الأخلاقي المباشر للقيام بالعمل المتوقع منه في مثل هذا المجتمع المعقد، وهو مستوى من الاستقلال تنكره حسابات دوركن. والأمر الأكثر عمقاً هنا هو: كيف يمكن معادلة الحياة اليومية بالمثالية، حتى يتسنى لنا أن نفهم حياتنا بوصفها الأشياء التي ينبغي أن تكون عليها؟ وإذا نحينا مشكلة القصور الأخلاقي جانباً، فهل تكفي موارد المثل الأعلى لإيضاح الحياة اليومية أم أن المثل الأعلى يعتمد على موارد الحياة اليومية في حالة عدم الاستقرار؟

ويرى آخرون -وأبرزهم كيلسن وهربرت هارت- أن شكلاً من أشكال التشكك الأخلاقي يبدو كأنه يغني عن هذه الصعوبات، وإن كان ذلك بثمن باهظ⁽⁵⁾ يميّز كل من كيلسين وهارت -بشكل صحيح قطعاً- مشروع القانون الذي يروونه ممارسة اجتماعية -من واقع الأخلاق- وهو المعيار الذي تُطبّق به الممارسات من أجل التمييز. مثل كل الأعمال الأخرى الاجتماعية والطبيعية أو على نطاق أوسع كما أصفها -كل الموجودات الأخرى- يعمل القانون في عالم الخير، العالم الذي نسعى فيه إلى صنع قيمة مماثلة باعتباره جزءاً من مشروع العيش الرغيد، عالم لا بد منه، فمن المحتم أن يعترف المرء بوصفه غير معصوم من الخطأ أخلاقياً كحال الذين يمارسون عملهم داخل هذا العالم، وهذا اعتراف لا بد منه، وبالتالي يجعل هذا العالم على ما هو عليه الآن، وهو ما طبعه بضعفهم. ومن وجهة نظر هذه المسألة، فإن القانون شيءٌ والأخلاق شيءٌ آخر. أو هكذا يتردد كثيراً. ومع ذلك؛ فإن هذا الرأي -شأنه في ذلك شأن العديد من هذه الطرق للتعبير عن الأفكار بعبارات لافتة للنظر للغاية- هو رأي من المحتمل أن يُساء فهمه، وقد حصل ذلك على نطاق واسع.

(5) في وصف كيلسين وهارت بالمشككين أخلاقياً، هنا وفيما بعد، أعني أنهم متشككون في الواقعية الأخلاقية، وليس أنهم متشككون في إمكانية وجود الأخلاق ذاتها.

إنَّ القانون لا ينفصل بأي معنى حقيقي عن الأخلاق -بطبيعة الحال- أكثر من أي منتج آخر صُنِعَ أو استدعي مع وضع مشروع العيش الرغيد في الحسبان. بل إنَّ الأمر ببساطة هو أنه يجب ألا يتماهى بعضهم مع بعضٍ.

القانون هو مشروع أخلاقي، والهدف من تمييز المشروع وإلهامه الأخلاقي هو -جزئيًا- إدراك أن المشروع يمكن أن يُجهض بسهولة، وهذا ما يحدث عادة. بيد أن هذه النقطة المباشرة -على الأقل المعبر عنها- لا بد أن تؤخذ في الحسبان بعناية. وعلى القدر ذاته من التكرار والعمق الذي يمكن أن يكون به إجهاض العدالة؛ من الصعوبة -وربما يكاد يكون من المستحيل- أن نتصور نظامًا قانونيًا دون شيء من القيمة الأخلاقية على الأقل. وحتى لو وُجد نظام قانوني لا يتمتع بأي قيمة أخلاقية، فلن يكون كافيًا إثبات الفصل بين القانون والأخلاق، بل إنها ستثبت ببساطة وجود نظام قانوني غير أخلاقي.

ومع ذلك يبدو لي أن ثمة سببًا لسوء الفهم، وهو يوجد في وجهة النظر المميزة للالتزام -أو على نطاق أوسع- بعدم الشذوذ في هذا الرأي من القانون. فكل من كيلسن وهارت -بطرق مختلفة إلى حد ما- ينظران إلى تطبيع القانون بوصفه نوعًا من المعيارية يختلف تمامًا عن ذلك الذي يُشكل المبادئ الأخلاقية، فهما -بصفتهم متشككين أخلاقيًا- ملتزمان بفكرة مفادها: أن العالم يشمل العديد من المعياريات، تمامًا كما يوجد مراقبون ومشاركون أخلاقيون.

إنَّ ما نتكلم عنه بوصفه وجهة نظر أخلاقية -بالنسبة لهم- إنما هو وجهة نظر لا تخضع للمساءلة إلا للناظر، وكما عبّر عنه كثيرون -فإنَّ الأمر مجرد رأي- وإن كان نوعًا خاصًا جدًا من الرأي، وهو الرأي الذي يكون مسؤولًا عنه الشخص الذي يعتد به وليس موضوعه. والفارق بين تشكك هارت وتشكك كيلسين، هو فارق مهم⁽⁶⁾.

For a helpful presentation and analysis of Kelsen's account see J. Raz, 'Legal validity' (6) in *The Authority of Law* (Clarendon Press, 1979) 146.

في نظر كيلسن فيما يتصل بأيّ هدف؛ لا يمكن أن يوجد سوى وجهة نظر واحدة لأيّ شخص في أيّ لحظة بعينها. لذا عندما نمتلك وجهة نظر أو نقبل بها، فإننا نمتلك أو نقبل ما يرافق ذلك من معيارية. وكما يرى؛ فإن الشذوذ القانوني يعد مُسلّمة منطقية، قد يلتزمها المرء و ربما لا يفعل وفق رؤيته الأخلاقية. بوسع المرء -بوصفه مسؤولاً قانونياً على سبيل المثال- أن يلتزم بمعيارية القانون عمومًا أو القوانين بشكلٍ خاص، في حين قد يرفض المرء في اللحظة التالية بصفته من عامة النَّاس القانون بشكل عام أو بشكل خاص.

ومن هذا المنظور، فإن المرء يضع قبعته القانونية، ومن وجهة النظر هذه يخلص إلى ضرورة الالتزام بحدود السرعة وعدم تناول العقاقير المحظورة، ولكن حينها يخلع قبعته القانونية -ومن وجهة النظر هذه- فقد يتوصل إلى استنتاجات عكسية.

ثمة نوع واحد فقط من المعيارية -تحديدًا المعيارية الأخلاقية- ولا توجد سوى وجهة نظر واحدة يستطيع الشخص أن يأخذ بها في لحظة محددة. وبالرغم من هذا؛ فإن مزاعم المعيارية تتوقف دائمًا على وجهة نظر، ولو أن هذا سوف يختلف من شخصٍ إلى آخر، ومن وقتٍ إلى آخر. توجد كثير من القبعات التي يستطيع المرء أن يرتديها، لكنه لا يستطيع أن يضع على رأسه أكثر من قبعة في وقت واحد.

ولكن بالنسبة لهارت؛ فإن المعيارية القانونية ليس وظيفة للمعيارية الأخلاقية، بل نوع من المعيارية في ذاته، على الرغم من أنه مسؤول في النهاية عن النظرة الأخلاقية للفرد. ويترتب على ذلك أنه يمكن لشخص أن يشترك في أكثر من نوع من المعيارية فيما يتعلق بالشيء ذاته في الوقت ذاته، بحيث يكون ملتزمًا من الجهة القانونية، ولكنه غير ملتزم أخلاقيًا بحكم قانوني محدد. ومن هنا يمكن قبول الفكرة القائلة بأنَّ القانون ومعياريته منفصلان عن الأخلاق ومعياريتهما.

كان هارت مثله في ذلك مثل أي شخص آخر يرى -على نحو سهل وإن كان خاطئًا - أنَّ القانون كان مُشبعًا بالأخلاق، ومسؤولاً عنها، ولو أنَّ هذه الأخلاقية قد فهمها هو بنفسه من منظور متشكك. إلا أنَّ هذا يوضح السبب الذي جعل من الخطوة نحو فكرة الفصل بين القانون والأخلاق خطوة مفهومة.

وينشأ الخطأ فيه من تفسير صورة متشككة أخلاقيًا بعبارات واقعية أخلاقيًا، بحيث نتحدث عن فصل القانون عن تلك التي تُعد معيارية حقًا. لم يؤمن هارت بمثل هذا الفصل، ولا ينبغي لأحد أن يؤمن به. مع ذلك؛ هناك صعوبات عميقة في محاولة فهم المعيارية القانونية -والمعيارية بشكل عام- من خلال الشك، بالرغم من أننا تعلمنا أمورًا قيّمة منها، على الأقل في حالة عمل كيلسن على يد جوزيف راز.

من الواضح أنَّ المتشكك لا يشرح أكثر مما يفعله دوركين، لماذا يجب على أولئك الذين يسعون للعيش الرغيد اللجوء إلى القانون للحصول على التوجيه بدلًا من التعامل مع الأخلاقي مباشرة.

3. حدود التوجيه الأخلاقي:

كان الخلاف بين المثاليين والمتشككين حول تحديد القانون وطبيعة معياريته اشتهر -كما قد يردد بعضهم بلا هوادة- عندما يتعلق الأمر باحتمال وجود قوانين سيئة. هل القانون الجائر قانون حقًا؟ للمثالي؛ من الواضح أنه ليس كذلك. إنَّ الممارسات التي لا تنجح في الالتزام بالإلهام الأخلاقي ببساطة ليست حالات لما تدعي أنها كذلك.

إنَّ الممارسة القانونية التي لا ترقى إلى مستوى ما يجب أن يكون عليه القانون لا تكون قانونًا بالقدر الذي تنقص به، وقد تكون جزئية أو كاملة، بأكثر من مجرد ممارسة لا تكون آمنة في قضية أمانة، فالممارسة التي لا تظهر النزاهة هي قضية نزاهة، والتقسيم الذي لا يقوم على العدل هو قضية عدالة.

إن مفهوم الممارسة نفسه معجب بالتطلع الذي يسعى إلى تحقيقه، والأمر الأكثر أهمية هنا هو أن الفعل غير الأخلاقي ليس عملاً، أو بعبارة أكثر وضوحاً؛ الفعل غير العقلاني ليس عملاً. تصبح الأفكار والمثل العليا واحدة - بالنسبة للمتشكك الأخلاقي - بالطبع، لم يكن أي من ذلك.

إن العالم شيء سابق على أي مثل، يجب استثماره مع مواقف أولئك الذين يتعاملون معه، وبالقدر الذي يروونه مناسباً. ومن وجهة النظر المتشككة - إذا لم يكن من الممكن أن توجد ممارسة إلا من حيث المثالية- فإن كثيراً - بل ربما كل العالم- قد يأتي إلى الوجود فقط كما يتصوره كل منا بتصورنا للخير كما نريده؛ لأنه بالضرورة سيسكن مختلف البشر في عوالم مختلفة فعلياً. ومن شأن التشكك الأخلاقي أن يتحول إلى (الذاتوية).

يبدو لي أحياناً أن الأمر أعمق في هذا الاتجاه بالذات من فهم الخلاف بين المثاليين والمتشككين. وبعيداً عن القضايا الخاصة، يتفق الطرفان على ضرورة التمسك بالقوانين السليمة أخلاقياً، ورفض القوانين غير السليمة أخلاقياً. وفي هذه الحالة؛ فإن كلا الطرفين عرضة للاستجابة للقانون بالطريقة ذاتها للسبب ذاته، أي: بوجود القيمة الأخلاقية أو عدمه، سواء أكانت هذه القيمة مثالية أم شكية. بأي معنى -إذا- تكمن أهمية ما إذا كانوا بذلك يتصرفون أو لا يتصرفون بموجب وصف القانون؟

كل من الجانبين يلتزم الصمت إزاء هذا السؤال، لماذا لا نفعل الشيء الجيد -أياً كان- بوصفه شيئاً جيداً؟ وبالتالي نعد المطالب المعيارية الأخرى إما غير ضرورية وإما مشتتة للانتباه (عندما تعمل على تعزيز ما تدعونا إليه الخيرية لكن نفعله أو لا نفعله)، أو فاسدة وقادرة على الدلالة التحوطية فقط (عندما تتعارض مع ادعاءات الخير)؟ لماذا تتبع القانون على الإطلاق؟⁽⁷⁾

For similar concerns see D. Enoch, 'Is general jurisprudence interesting?' (2015) (7) ssrn.com/abstract=2601537.

يلبس المثاليون حيال القانون ثوب القانون باعتراف ضمناً بالمنافع التي يمكن أن يعود بها الثوب عند لبسه، دون أن يأخذوا بالحسبان وجود الثوب على محمل الجد بما يكفي لتقديم أي تفسير له، ودون تقديم أي تفسير للقيمة التي قد تنشأ من ارتدائه، ولكن إحقاقاً للحق بطبيعة الحال؛ لم يكن بوسعهم أن يفعلوا ذلك دون تفويض الأسس التي تقوم عليها حساباتهم الخاصة. مع هذا؛ فإنّ هذه الحقيقة لا تخبرنا إلا بأنّ الأسس تحتاج إلى إعادة النظر، على أساس عدم الاتساق مع ممارستهم. لا يقدم المتشككون بدورهم أي تفسير لأولوية الأخلاق التي يعترفون بها عادة أو ذات الأهمية البديلة للمعيارية القانونية.

لماذا لا يكون أحد أنواع المعيارية على القدر ذاته من الأهمية لنوع آخر بالنسبة للمتشككين - من حيث المبدأ على الأقل - بمعنى ألا يكون أحد هذه الأنواع هو وجهة النظر الشخصية للمتشكك، وفي هذه الحالة؛ فإنّ هذا الرأي هو الرأي الوحيد الذي قد يشكل أهمية كبرى فيجعل المعيارية القانونية متناقضة؟ يبدو أن المعيارية القانونية عند المشككين إما أن تكون معيارية شخص آخر، وإما أنها لا توجد إلا من الجهة النظرية، ما لم تكن لدى المتشكك أي آراء بشأن هذه المسألة.

وقد حُلّت هذه القضايا إلى حدّ ما من خلال المزيد من وجهات النظر التي تحقق في القانون، والتي قد يقال: إنها متوسطة إلى حدّ كبير بين المثالي والمتشكك.

بالنسبة لجون فينيس فإنّ القانون مثالي وغير مثالي في الوقت ذاته. ولا يوجد القانون إلا لأنه يفى بالغرض الأخلاقي وبالقدر الذي يتحقق فيه ذلك، ولكن حقيقة وجوده - بما في ذلك الحقيقة الحاسمة غير المثالية التي مفادها: أنه يمكن تحديد القانون دون التدرع بإجابات مشكلات العيش الرغيد التي وجد لحلها - تعني أنّ القانون قادر على أداء مهمتين ضروريتين للعيش الرغيد، لكن هذه الأخلاق كما تفهم بشكلٍ مباشر؛ ليس لها القدرة الخاصة بها على

الوفاء. لا تستطيع الأخلاق أن تساعدنا في العيش الرغيد من دون درجة من المواصفات التي تعجز عن تقديمها بمفردها؛ وذلك لأنّ الأخلاق عامة في مصطلحاتها، في حين أن الحياة بالغة الدقة.

يمكن للقانون أن يساعد في جعل الأخلاق واقعية وملموسة، وذلك لجعلها بتفاصيل كافية لتكون عملية باعتبارها دليلاً للحياة اليومية وبصيغة يمكن التعرف عليها بشكل كافٍ لجعلها مفهومة لجمهورها المقصود وتتوافق بشكل عام مع التصورات المنافسة للالتزام الأخلاقي في المجتمع المعني، مما يساعد في تكوين ثقافة أخلاقية متناغمة ومُستدامة بشكل معقول.

وثانيًا: لا تملك الأخلاق القدرة على حل الصراعات العديدة التي تظهر بسبب وجودها، وهي تحتاج إلى دعم القرار لكي تحدد تطبيقها بالكامل، كما أنّ العمل بالنظام القانوني هو طريقة تداولية ذاتية الوعي بشكلٍ خاص لتجسيد القرار الاجتماعي. وبهذه الطريقة يُمحص القانون أولاً، ثم يختار من بين التوقعات الأخلاقية. وهو يفعل ذلك بطرق تسترشد بالأخلاق، ولكنها لا تحدها. وهذه هي الخدمة التي يمكنه تقديمها للأخلاق، ولكنه لا يقدمها إلا إذا كان هدفه أخلاقياً حقاً.

بالنسبة لجوزيف راز؛ فإنّ دور القانون أكثر انفتاحاً وغموضاً من الجهة الأخلاقية، فالقانون كما يرى هو جدير بالثقة في جوهره، والسلطة -أيًا كان نوعها- هي مساعدة لحياتنا العقلانية إذا ما مكنتنا من تحسين أدائنا في مشروع العيش الرغيد، مما يمكننا أن نفعله ببساطة من خلال ممارسة حكمنا الخاص. بطبيعة الحال قد نقرر بالرغم من ذلك أن نمارس حكمنا الخاص، على الرغم من قصوره -وهو أمر مبرر- لمجرد أنّ الممارسة الذاتية للحكم تشكّل -هي ذاتها- جانباً من جوانب العيش الرغيد، وهو جانب غير قابل للتعايش مع الحكم الأفضل الذي قد تأخذ مكانه. ومع ذلك؛ فإذا كنا على استعداد -وبقدر ما نكون مستعدين- للتنازل عن جوانب من استقلالنا الذاتي في ظروف محددة

وفي أوقات محددة لممارسة اجتماعية تتفق عمومًا مع حالتنا ككائنات مستقلة؛ فإن القانون يتيح لنا طريقة لحل أنواع من الصعوبات المختلفة. وكثيرًا ما يساعد تنسيق حياتنا مع حياة الآخرين في وجود قاعدة تعسفية أخلاقيًا من مناح كثيرة، وهي قاعدة تخبرنا أن نقود على أي جانبي الطريق -على سبيل المثال- أو ما هي السرعة التي يمكن القيادة بها بأمان. وقد يجسد القانون أيضًا الخبرات التي يصعب أو يستحيل علينا اكتسابها من تلقاء أنفسنا، سواء أكانت من حيث الخبرة الفنية -كما هي واردة في معايير الصحة والسلامة- والخبرة الأخلاقية، كما هو منصوص عليها في القوانين التي تحظر أنواعًا محددة من التداول الداخلي.

يبدو من الواضح أنّ وجهتي النظر هاتين أكثر تبشيرًا من سابقتيهما؛ لأنهما تقترحان السبل التي قد يساعد بها القانون مشروع العيش الرغيد من خلال تقديم توجيه من النوع الذي تعجز الأخلاق عن تقديمه بنفسها. ومع ذلك، فإن كلاً من وجهتي النظر لا تجيب عن السؤال الجوهرى حول ما إذا كان القانون (والخبرة البشرية عمومًا) يملك أي قدرة على تعزيز مضمون الأخلاق وتوسيع نطاقها عن طريق خلق قيم جديدة يمكن أن تخدم عوامل أخلاقية أخرى. وفي حالة فينيس، ربما يتعلق هذا بالمبادئ، بما يعده تبعية مفاهيمية من الاعتيادي للمثل الأعلى. وفي حالة راز؛ فإنّ السبب في ذلك هو توخي الحذر الفكري، وليس الغرض منه أن يبيّن أي شيء يتجاوز الطرق التي تتوافق بها سيادة القانون مع مشروع العيش الرغيد في ثقافة ملتزمة بالاستقلال الذاتي، كما يحدث في كثير من أنحاء العالم كما نعرفه.

وبالرغم من هذا، فإنّ الحذر يترك احتمالات دقيقة بشكل كبير على الطاولة مقارنة بما لفت الانتباه إليه قسم كبير من الأدبيات، وعلى وجه الخصوص، فإنّ الفكرة المثمرة للغاية المتمثلة في وجهة النظر التي اقترحها أولاً كيلسن، مع ما ينطوي عليه من دلالة متشككة من أنّ وجهة النظر قد

يكون لها دور في البناء وتحقيق القيمة؛ لا تحظى بأي وزن في تفسير فينيس، ومن المفهوم أن يكون لها مكان مركزي في تفسير راز⁽⁸⁾.

أما فكرة وجهة النظر عند راز، فهي مضمنة في مفهوم خدمة السلطة، وما الذي يرى أن السلطة لها ما يبررها متى ما مكنتنا من الامتثال على نحو أفضل للأسباب التي تنطبق علينا⁽⁹⁾. ولكن ما هذه الأسباب بالضبط؟ وما المعتبر في شكلها الحالي؟ إلى أي مدى -إن وجد- تملك السلطة ووجهة النظر التي تجسدها القدرة على إعادة تشكيل الأسباب التي تنطبق علينا لولا ذلك؟

ويوضح راز أن ادعاء القانون بأنه خلق أسباباً وجاهة؛ لا بد أن يفهم بوصفه بياناً من وجهة النظر، أليست وجهة النظر هذه لا تعدو أن تكون المنظور الذي يعد القانون من خلاله ناجحاً في إنشاء سلطة مبررة، أو أنه يساعد أحياناً في الإسهام في ذلك النجاح؟ والاحتمال الأول يدعم ممارسة الشك المعتدل التي تتساءل عما إذا كان هناك شيء ما حقاً. والاحتمال الأخير يدعم شيئاً يشبه أشكال الشك الجذرية، حيث تساعد وجهة النظر في تقديم شيء ما، بحيث يمكن أن يكون للحياة اليومية دور مهم تؤديه في بناء المثل الأعلى، إن لم يكن الدور الجذري الحقيقي، سمة للشك الأخلاقي العميق، كونه أرضاً لها كلها.

4. الإبداع والوجود:

في معرض توضيح فكرة بيان وجهة، يقدم راز مثالاً مفيداً من الحياة اليومية⁽¹⁰⁾. يذكر الباحث الكاثوليكي في العقيدة اليهودية صديقه اليهودي غير

(8) See Raz, 'On the autonomy of legal reasoning' in *Ethics in the Public Domain* (Clarendon Press, 1994) 326.

(9) For Raz's most recent rendering of that account see J. Raz, 'The problem of authority: revisiting the service conception' in *Between Authority and Interpretation* (Oxford Scholarship Online, 2009) 126.

(10) See his 'Legal validity' in *Authority of Law* 146 at 156-9.

الملتزم أن يفعل أو ألا يفعل شيئاً وفق العقيدة اليهودية. وهذا التذكير يجب أن يفهم -كما يشرح راز- بوصفه بياناً معيارياً مستقلاً، بياناً من وجهة نظر ينفصل عنها العالم الكاثوليكي؛ بسبب عقيدته الكاثوليكية، ولكن صديقه اليهودي يلتزم به بالقدر ذاته.

هذا جيد حتى الآن، ولكن ما الذي يجعل العقيدة اليهودية -بكل تعقيدها- تعتمد في قسم كبير منها تاريخياً على وجود الذين أدت حياتهم إلى نشأتها، وهو أمر يمكن الالتزام به بعقلانية؟

بالنسبة لراز؛ يصل المرء إلى نتيجة باستقراء موقفه من السلطة عموماً ومن سلطة القانون بشكل خاص، ولا بد أن يكون أمراً أشبه بحقيقة مفادها: أن العقيدة اليهودية تمكن المؤمنين من القيام بما هو أفضل من حيث الأسباب التي قد تنطبق عليهم لولا ذلك مقارنة بما كانوا ليفعلوه لو فكروا بأنفسهم.

ولكن ما هذه الأسباب بالضبط؟ وما الذي يشكل مضمونها وتطبيقاتها؟ وكيف يمكن بالتالي أن يعتنقوا الدينين الكاثوليكي واليهودي؟ أي: إن هذه هي المعايير التي يجب على السلطات في تلك الأديان أن تخضع لها لاختبار العقلانية؛ هل هي الأسباب ذاتها التي كانت موجودة قبل أن تكون هناك اليهودية أو الكاثوليكية؟

النقطة هنا ليست أي علاقة بالطابع الخاص للدين، بل هي تنطبق بالقوة نفسها على الالتزامات العلمانية المترتبة على الثقافة اليومية. وأي تقييم لما إذا كان أحد مسارات السلوك سيمكنا من القيام بما هو أفضل من مسلك آخر، يجب أن يأخذ في الحسبان كامل إمكانيات القيمة في أي من المسارين، ولا يمكن أن يؤخذ في الحسبان الكامل؛ إلا بتسجيل كل مسار بكل ثرائه الذي أرسى البشر الكثير منه على نحو يتفق -كما أكد فينيس- مع المتطلبات العامة جداً (والمتضاربة) للأخلاق، ولكنه لما يحدّد بالكامل بعد، بواسطة المتطلبات العامة والمتضاربة للأخلاق، وبالتالي فإن ذلك يدين بالكثير من شكلها الحالي

- وإمكانياتها للقيمة- لحقيقة حياتنا، أو على وجه الدقة؛ لحقائق حيوات أولئك المسؤولين عن شكلها الحالي.

واسمحوا لي أن أرجع إلى الوراء قليلاً، قد ينظر المرء في وجهة النظر المتشككة -على غرار كيلسن- أو اللا أدريّة، على غرار راز. الأمر المهم هنا هو أن كل اعتبار يعتمد في عقلانيته -ولو كان جزئياً على الأقل- على إمكانية أن تكون وجهة النظر، والوجود الذي يؤدي إليها، قادرين على تحقيق الأهمية الأخلاقية، وهذا هو جوهر مفهوم الخدمة للسلطة، ولكن ما لا يسترعي مفهوم الخدمة الانتباه إليه -ومع ذلك، فإن المبرر الطبيعي للسلطة يجب أن يستشهد به- هو أن الأهمية الأخلاقية المعنية قد تكون أو لا تكون هي المفهوم الذي كان موجوداً قبل الثقافة، وهي وجهة النظر المتفق عليها، وما يترتب عليه من التزام يجري تقييمه من خلال ضوابطه. ولم يتطرق مفهوم خدمة السلطة إلى هذه المسألة، وهو أمر يتناسب مع أي الأمرين. وكما أرى؛ فإن هذا يرجع إلى أن كلا الاحتمالين واقعي على المستوى الأخلاقي.

وأي وجهة نظر تزعم أنها وقائية بشكلٍ ما، وإلى هذا الحد تدعي أنها ذات حجية؛ من المحتم أن تقيم وفق شروط التبرير المعتاد للسلطة من قبل راز إذا كان لها أن تنجح في التجميع العقلاني. ومع ذلك؛ فإن السبب الذي يجب في إطاره تقييم قدر كبير من الخبرة البشرية بهذه الطريقة هو سبب ما كان يمكن أن يكون موجوداً في الشكل الذي كان عليه لولا وجود بعض: الدين، أو الثقافة، أو الممارسة الاجتماعية، أو النظام القانوني، أو غيرها من أشكال التجربة البشرية. ويترتب على ذلك أن كثيراً من الأسباب التي ينبغي الحكم على أساسها هي الأسباب التي كان لنا يد في صنعها.

من الواضح أن المرء يجب أن يمضي على حذر هنا، فالأسباب لا تعطي ولا تسلب القيمة بأي شكل من الأشكال، على الرغم مما أكده العديد من الناس، وكذلك لا تشكل ما يعنيه أن تعيش حياة طيبة أو تفشل في ذلك -لا

تملك الشكل الذي تتمتع به- وذلك ببساطة؛ لأننا كنا لنجعلهم يفعلون ذلك، فهي ليست وظائف لإرادتنا، أو أيًا كانت النوعية المقابلة في أي شكل من الأشكال الأخرى التي تنطبق عليها الأسباب والقيمة، ومع ذلك، فإن القيمة التي يبرزونها ما كانت لتملك الحدود التي تملكها تمامًا لولا واقع وجودنا. إن الأخلاق لا مفر منها؛ تحمل بصمة وجود أولئك الذين مارسوها.

يمكن التعبير عن الادعاء بشكلٍ أكثر سهولة من حيث الحياة اليومية، لسببٍ بسيط هو أن ما يصفه هو سمة من سمات الحياة اليومية.

عندما نمضي في المشاغل اليومية من أجل العيش الرغيد -أو بشكلٍ أكثر دقة- في محاولة العيش بشكلٍ رغيد، فإننا نضع أعمالاً فنية لحياتنا، ونصنعها كذلك بالسلع والممارسات المختلفة التي نعيشها. فأعمالنا للقيمة الجمالية -على سبيل المثال- تتخذ شكل: الموسيقى، والرقص، والرسم، والنحت، والأدب، والأفلام، والتصوير، والكثير غير ذلك، إلى جانب ممارساتهم المرتبطة.

وبهذه الطريقة طورنا موسيقى: الجاز، والباليه، والتكعيبية، والفن المفاهيمي، والروايات، والشعر، وما إلى ذلك، كلها لها جذور في الاهتمام بالمطالب المجردة للقيمة الجمالية التي اعتمدت كلها على تمثيلها -كما يشير فينيس- على أشكال من الأرضيات التي هي مستلهمة من القيمة، ولكنها غير محددة تمامًا بها. ولكن بمجرد وجودها، فإن التقدير السليم لها هو تقدير الاندماج بين ما يمكن استخلاصه منه أخلاقياً وما لا يمكن، بحيث يصبح تقدير إنجازاتها الأخلاقية وإرث ذلك الإنجاز هو دالة للقيم الأخلاقية التي ألهمتها، وحقائق الظروف التي جلبتها إلى الوجود، والتي بدونها لن تبدو تمامًا كما هي عليه، أو لن تمتلك -تمامًا- القيمة التي تمتلكها⁽¹¹⁾.

See Raz, 'Moral change and social relativism' and 'The value of practice' in his (11) *Engaging Reason* (1999) 161, 202. See also, more radically and since my writing this, 'Can moral principles change?' at ssrn.com/abstract=3024030.

إنَّ ما يصدق على الأبعاد الجمالية للحياة الطيبة لا يقل صدقًا عن الأبعاد الأخرى للحياة الطيبة. وقد أكدت منذ البداية أن العيش الرغيد هو مشروع مشترك، مشروع يعتمد بشكلٍ لا مفر منه على الممارسات والمؤسسات الاجتماعية، بعضها بديهي وغير رسمي، مثل: المشاريع التي تؤدي إلى إحساس بالمجتمع والمعايير المجتمعية، وبعضها واعٍ بذاته ومتداول، مثل: القانون.

وقد أدى القانون إلى ظهور مجموعة واسعة من الممارسات التي أصبحت جزءًا من مفردات حياتنا، (ممارسات مثل: العقد والثقة)

ثم عكست تلك الممارسات فرصها للقيمة التي أدى بعضها إلى وجودها، فعادت إلى عالم الإمكان الأخلاقي عمومًا.

نحن نعمل -كما أننا نكتشف- سبلًا جديدة للحياة الطيبة، ويساعدنا القانون في تحقيق هذه الغاية، وبمجرد أن يتم ذلك تصبح سبل المعيشة هذه جزءًا من العالم الأخلاقي الذي يتمدد بالتالي، ويتغير شكله، ويكتسب التفاصيل، بفضلنا. وبالتالي؛ فإنَّ الحياة الجيدة هي مشروع إبداعي أساسًا، وليست مجرد مشروع إدراكي وحاسم أو تفسيري.

ولو كان الأمر خلافًا لذلك؛ فإن الأشكال والممارسات الاجتماعية التي تحدد حركات ثقافية محددة سوف تكون مقبولة أخلاقيًا (في أفضل حالاتها)، ولكنها ليست ذات أهمية أخلاقية، لمجرد أننا لا نستطيع أن نفعل ما هو أفضل من ملاحقة حركات ثقافية دون أخرى. إن الحياة ستكون مسألة استكشاف الاحتمالات الأخلاقية القائمة والتوفيق بينها. ولكن في الواقع، فإن أساليب كينونتنا تزداد أهميتها؛ لأنها تثير احتمالًا مفاده: أننا قد نفعل ما هو أفضل في تطويرها وملاحقتها مما كان مضمون الأخلاق سيفعله.

كل هذا قديم ومألوف، ويتفق مع ما تمسك به أرسطو، أننا نفهم الفضيلة من خلال التعلم من ممارستها. وبمجرد الاعتراف بأن الأخلاق تكون في كثير من الأحيان -وربما على نحو خاص- مشربة على نحو واقعي، يصبح من

الواضح أن فهم المرء للأخلاق بشكل كامل لا بد أن يستوعب تجلياتها بشكل أفضل، حتى يتسنى لنا أن نعرف كيف يعيش المرء حياة طيبة يجب أن نعرف كيف يبدو لنا العيش على خير ما يُرام، ومن ثم معرفة كيفية ممارسة القانون على نحو جيد (سواء أكان بوضعه أم تطبيقه أم متابعته) يجب أولاً أن يفهم المرء ممارسات القانون.

وقد يكون من الممكن القياس على التنوع البيولوجي. يعتقد بعضهم أنّ هذا التنوع كان موجوداً إلى حدّ ما منذ البداية، سواء أكان بتوجيه من الخالق أم غير ذلك، ومن المعتقد على نحو أكثر شيوعاً أنّ هذا التنوع تطور بمرور الوقت نتيجة الطفرات المستمرة؛ لأنها كانت متوافقة مع البقاء، بل مع درجة من التوافق المثمر، أي: مع الحياة الطيبة. يمكن -من حيث المبدأ على الأقل- تتبع التنوع البيولوجي الموجود في العالم اليوم إلى نقطة انطلاق بيولوجية واحدة أو أكثر، ومع ذلك؛ فإن تفاصيل هذا التنوع ليست تفاصيل يمكن تحديدها تماماً من حيث شروط نقطة البداية تلك، ولكن بمجرد أن ظهرت هذه الاحتمالات إلى الوجود، فإنّها كانت تشكل جزءاً من الاحتمالات البيولوجية، وما يترتب على ذلك من إمكانيات للعيش -أيضاً- بشكلٍ لا يقل عن أي شيءٍ آخر.

ماذا يخبرنا ذلك عن القانون وعن الدور الذي يجب أن يقوم به في مشروع العيش الرغيد؟

يتحدث كثيرون عن القانون الطبيعي بطريقة تُوضّح أنّ له طابعاً أخلاقياً، وأنّ الإنسان يسعى إلى أن يتمثل هذا الطابع في ممارساته الاجتماعية، ومن بين تلك التي يمارس عليها القانون أن تُقيّم ليس فقط على أساس نجاحه بصفته مساعداً على الحياة الطيبة، بل على أساس وجوده -هو ذاته- في نهاية المطاف.

بيد أن هذا من شأنه أن يسيء فهم العلاقة بين الأخلاق والوجود، بين المثالي والحياة اليومية، ولا ريب أنه سيكون مؤثراً في كلا الاتجاهين، الأفضل والأسوأ على حدّ سواء.

قد يتكلم المرء عن كل هذا بوصفه أمرًا طبيعيًا، بالطريقة ذاتها التي يتكلم بها المرء عن العالم الطبيعي، ولكن في كل من الحالتين؛ يكون مضمون الطبيعة هو محتوى يساعد فيه الوجود الماضي والحاضر على تشكيل إمكانيات وجود المستقبل، حُسناً وسُوءًا. ويتجاهل أولئك المثاليون أو حتى شبه المثاليين بشأن القانون هذه الحقيقة الحاسمة، ويتجاهلون بالقدر ذاته الكثير من أهمية القانون، بل الكثير من مسعى البشر وغيرهم من المشاركين في مشروع العيش الرغيد.

إن كون القانون قد أرساه البشر -مهما كان ناقصًا- يساعد بمرور الوقت -من خلال تراكمات النجاح المتقن- على أن يشكل بالضبط ما ينبغي أن يكون عليه القانون، وعلى نطاق أوسع؛ ما نريده أن يكون عليه، وهذا جزء مما يعني أنه لا يوجد فصل بين القانون والأخلاق.

لقد حاولت أن أصف بعض الطرق⁽¹²⁾ التي يكمل بها القانون جذبه العقلاني بقوى غير عقلانية، وأن أحدد الموارد الرئيسية التي يدعو إليها لكي يفعل ذلك، وأبرزها الإرادة، وهو ما يمكننا من التمسك باستنتاجات معقولة ولكنها غير محددة عقلياً، والخيال الذي يمكننا من توليد ممارسات جديدة وطرق جديدة لمتابعة الممارسات المألوفة، وعلاوة على ذلك؛ يمكننا من استثمار خيار مؤهل بعقلانية مع شكل من الجذب المسبق الذي يجعل هذا الخيار يبدو رشيداً بارزاً بشكل عقلائي، والواقع أنّ مجرد الالتزام بهذا الخيار، يساعد في تأمين التفوق العقلاني الذي كان يتظاهر به. كما أنني سعيت إلى الاعتراف بالطرق التي يمكن أن تعمل بها أيضاً قوى غير عقلانية كهذه بدلاً من القانون أو جنباً إلى جنب، في شراكة ضمنية بين السلطة الثقافية والسلطة القانونية؛ شراكة تتوازن فيها مكوناتها، أحياناً بشكلٍ تعسفي، وأحياناً بلا تعسف. ومن ثقافة إلى ثقافة؛ فإنّ هذا يساعد في تمييز المجتمعات وعصورها.

T. Macklem, Law and Life in Common (Oxford University Press, 2015).

(12)

5. مفاهيم القانون:

ما الذي يخبرنا به هذا عن مفهوم القانون؟

من الواضح أن القانون ليس فريدًا في قدرته على جعل متطلبات المعيشة على نحو جيد في هيئة قابلة حقًا للحياة، وفي قدرته على مساعدة العقل ليصبح عمليًا حقًا.

هناك العديد من الممارسات الاجتماعية غير المدركة إلى حد كبير التي تؤدي عملاً مماثلاً فضلاً عن عددٍ قليل من الممارسات الواعية. ومما لا شك فيه أن هناك ممارسات أخرى لا ندرك أنها لا تشكل جزءًا من تاريخنا الثقافي، ولا يتضح إن كانت قريبة -إذا جاز التعبير- حتى يمكننا التعرف عليها باعتبارها قانونًا؛ لأن جهلنا بها يعني أنها بحكم التعريف خارج نطاق تأملنا الحالي. القانون فكرتنا، حيث تشير كلمة «فكرتنا» إلى تقليد ثقافي محدد.

قد تكون هناك ثقافات (سواء أكانت في العالم بدون أن نكون على علم بها أم في عالم ما من الماضي أو المستقبل)، إما بدون قانون، وإما مع ظواهر تشبه القانون من بعض النواحي ولا تشبهه في أخرى، وقد يعتقد أن تلك الظواهر هي قانون وربما لا يكون ذلك.

من المؤكد أن البدائل الحقيقية وحالات الغموض المثيرة للاهتمام -التي يمكن القول بأن عدم الدقة يمكن من فهمها بشكلٍ أكثر وضوحًا على أنها اختلاف- هي بالتأكيد أقل من ذلك.

ومع ذلك؛ فإن الاقتراح الرامي إلى فهم القانون الذي لا يأخذ في الحسبان الطرق التي تتغذى بها ممارسة العيش من جديد على فكرة العيش الرغيد سيفشل في إدراك الكثير من ثراء تلك الفكرة. وفي وضع القانون؛ فإن الكثير من أهمية القانون بوصفه ممارسة جماعية تساعدنا على بناء المشروع المشترك المتمثل في العيش الرغيد.

وإذا ما نظرنا إلى الأمر من منظور معاكس؛ فلسوف يفشل مثل هذا الاقتراح في إدراك حقيقة مفادها: أن طبيعة الأخلاق -كما تفهم بصورة مثالية- تتلخص في أغلب الحالات في منع التحامها لتصبح قانونًا. الأمر الأكثر عمقًا هو أنها تتجاهل أهمية الخلق، وخاصة أهمية الحالة الإنسانية وغيرها من أمثالها، باعتبارها تجسيدات-غير متوقعة للإمكان الأخلاقي التي قد تؤدي هي ذاتها إلى نشوء ما يترتب على ذلك من تمثيلات غير متوقعة بشأن الإمكان الأخلاقي، سواء أكان في القانون أو في أي مكانٍ آخر- من شأنها أن تجعل الكون الأخلاقي أكبر مما أمكن التفكير فيه مسبقًا، سواء أكان من قبل خالق إلهي أم من خلال قوة العقل⁽¹³⁾.

(13) لاحظ أن هذا سبب لوجود البشر وغيرهم. إنَّ عالما من الحكمة اللامتناهية، والخير اللانهائي، والحياة الأبدية، أو الخالق الإلهي معزول عن أبعاد الخير الذي يعتمد في وجوده على ظروف متناهية. وهذا قد يدعونا إلى الاعتماد على الذات من الناحية الأخلاقية على النحو الذي ربما لا نرغب في أن نكون عليه، ومع ذلك؛ فنحن لا نؤدي دور الإله، بل على العكس من ذلك تمامًا.

الفصل الخامس

العلوم الاجتماعية وفلسفة القانون

فريدريك شاور

مقدمة:

هل العلوم الاجتماعية جزء كبير من فلسفة القانون أم جزء صغير منها أم لا صلة بينه وبينها؟ السؤال مهم، وأهميته قد تبرز -ربما بسخرية- في تأكيد قوي وجازم وبارز من جوزيف راز؛ يقول راز: «إن علم اجتماع القانون» يتيح سعة من المعلومات التفصيلية في تحليل وظائف القانون في بعض المجتمعات، ويجب على الفلسفة القانونية أن تَقنع بتلك المظاهر القليلة التي تمتلكها كل الأنظمة القانونية بالضرورة⁽¹⁾.

وقد يفهم تصريح راز بوصفه مجرد تمييز بين شكلين مختلفين من أشكال النظرية القانونية، أو -إن شئت- من النظرية التشريعية⁽²⁾.

(1) J. Raz, The Authority of Law: Essays on Law and Morality (Clarendon Press, 1979), 104-5.

(2) كثيرًا ما تُستخدم كلمة «النظرية التشريعية» هذه الأيام باعتبارها مرادفةً لفلسفة القانون؛ ولكن نظرًا لوجود مجالات معروفة بالتشريع التاريخي، والتشريع الاجتماعي، وما إلى ذلك منذ أمد طويل؛ ونظرًا للاستخدام الشائع لكلمة «تشريع» للإشارة إلى مجال المبادئ القانونية، كما في (نظرية الحق) -على سبيل المثال- أو حتى في «قانون طب الأسنان»، إلا أنّ كلمة «تشريع» ما زالت غامضة. ومع ذلك؛ فإنه من المهم عدم قبول الفكرة التي ترى أنّ أي =

وسيكون أحد الأشكال هو المجال الكامل للدراسة العلمية الاجتماعية لظاهرة القانون، بما في ذلك تلك التي تكون مطلعة على علم الاجتماع ومتأصلة فيه، وأيضاً تلك التي تنطلق من منظور وأساليب: العلوم السياسية، وعلم النفس،⁽³⁾ والأنثروبولوجيا، والتصنيف الإيكولوجي التجريبي،⁽⁴⁾ والتاريخ، وغيرها من العلوم.

تمحيص نظري؛ فإنه يُعد من قبيل التشريع، أو أنه يجب أن يكون فلسفياً في الأسلوب أو التركيز.

(3) بما في ذلك علم الاقتصاد السلوكي، مع أنّ الشخصية الرائدة دانيال كانيمان تعمل في هذا المجال، ولقد فاز بجائزة نوبل في الاقتصاد، ولقد أخذت: تعاليمه، ودراساته، وطريقته مكانة عالية في تعاليم علم النفس التجريبي.

(T. Gilovich, D. Griffin and D. Kahneman, *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Cambridge University Press, 2002)

(4) القانون الحديث والاقتصاد مثل الاقتصاد بشكل عام، له جانبه الشكلي، يستخدم التقنيات والنماذج الرياضية لمعرفة الآثار المترتبة على الافتراضات الأولية، هذا الجانب ينبغي تمييزه عن الاقتصاد التجريبي الصريح الذي يستخدم الإحصاء والاقتصاد القياسي للشرح والتوضيح، مع التركيز على القضايا المسببة والظواهر الموجودة في العالم. التمييز بين الجانبين ليس سهلاً، وينبغي ألا يكون كذلك، لكن هذا المدخل يجب أن يكون مفهوماً؛ أنّ الإحالات على التحريات التجريبية تشمل بلا شك ما يقوم به علماء الاقتصاد بتقنيات اقتصادية، فضلاً عما يقوم الآخرون به في العلوم الاجتماعية الأخرى.

أحد فروع القانون والاقتصاد يهدف إلى تفسير نشوء القانون ووجوده وطريقة عمله، (أحياناً حتى في فروع محددة من القانون، مثل: الملكية، والعقد، والتقصير) من خلال وجهة: نظرية الألعاب، ونظرية القرار، ونظريات الاقتصاد السياسي.

(G.K. Hadfield and B. Weingast, 'A coordination model of the characteristics of legal order', *Journal of Legal Analysis* 4 (2012), 471-515)

مما لا شك فيه أنّ هذه التحقيقات تُعد فلسفية ومن قبيل النظرية التشريعية، بالمفهوم الواسع للتشريع والفلسفة، ولكن لأنّ القانون والاقتصاد أصبح كل منهما مجالاً للبحث قائماً بذاته، ولأنه قد نوقش هذا الموضوع بشكلٍ موسع في مكانٍ آخر من هذا الكتاب، فإننا نكتفي بالإشارة إلى التحليل الاقتصادي للقانون ومكوناته هنا إشارة عابرة.

ولكن حتى لو حصرنا الخلافات حول ماهية المناهج النظرية التي تستحق لقب «النظرية التشريعية» وأي توجه من التوجهات النظرية تستحق عنوان: «الفقه القانوني»؛ فإن مجموعة من القضايا تظل قائمة؛ أحدها: هو التمييز المعترف به من راز بين الاستنتاجات بشأن بعض أو حتى جميع النظم القانونية الفعلية - وهو البحث والاستقصاء الذي كثيراً ما يوصف بأنه نظرية تشريعية جزئية - والنظرية التشريعية العامة التي تسعى إلى تقديم بيانات تفسيرية ليست فقط صحيحة بالنسبة لجميع النظم القانونية الفعلية فحسب، ولكنها تصدق أيضاً بالضرورة على كل الأنظمة القانونية الممكنة في كل عالم ممكن.

بالنسبة إلى راز⁽⁵⁾ وغيره (على سبيل المثال: كولمان، وديكسون، ومارمور، وشابيرو، وتور⁽⁶⁾)، يهدف الفقه العام إلى تحديد الحقائق المتعلقة بمفهوم القانون، ومن ثم يركز على تحديد الحقائق اللازمة عن القانون ذاته وتحليلها، متى وأينما ظهر القانون. غير أن المسألة الرئيسية ليست مجرد التمييز بين النظرية التشريعية الخاصة والعامة، وعلى القدر ذاته من الأهمية تأتي مسألة الدور الذي تؤديه الحقائق التجريبية المشروطة في تحديد الحقائق العميقة حول القانون وفي تفسير الجوانب الأكثر اعتماداً على القوة الثقافية وتاريخياً فيما يتصل بكيفية عمل القانون. وبقدر ما تكون هذه الحقائق التجريبية المشروطة مهمة في تحليل مفهوم وتطبيق القانون؛ هناك المزيد من

(5) J. Raz, 'On the nature of law', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 82 (1996), 1-25; J. Raz, 'Can there be a theory of law?' in M.P. Golding and W.A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Basil Blackwell, 2005), 324-42.

(6) J.L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford University Press, 2001); J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory* (Hart Publishing, 2001); A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2005); S. Shapiro, *Legality* (Harvard University Press, 2011); R.H.S. Tur, 'What is jurisprudence?', *The Philosophical Quarterly* 28 (1978), 149-61.

الأسئلة حول دور العلوم الاجتماعية في تحديد هذه الحقائق التجريبية وشرحها.

وبالنسبة لراز وغيره ممن لديهم توجه منهجي مماثل؛ فإن ما يجعل فلسفة القانون ذات طابع فلسفي هو -على وجه التحديد- عدم اعتمادها على أنواع المعلومات التجريبية العارضة والمؤقتة حول النظم القانونية المختلفة التي قد يطورها علماء الاجتماع، وعلماء النفس، وعلماء السياسة، وعلماء الأنثروبولوجيا، وخبراء الاقتصاد، وغيرهم من ذوي الخبرة العملية ذات الصلة⁽⁷⁾.

وبالتالي، فإنَّ السؤال الشائع -وأحد مواضيع هذا الفصل- هو العلاقة بين العلوم الاجتماعية التجريبية وأنواع التحقيقات المرتبطة هذه الأيام بتقليد قانوني تحليلي يرجع إلى هارت⁽⁸⁾، وربما إلى إسهامات جيرمي بينثام⁽⁹⁾ وأوستن⁽¹⁰⁾؛ لذا على الرغم من قلة الشك في أنَّ هناك الكثير مما يمكن أن يتعلمه علماء الاجتماع عن النظم القانونية الخاصة (أو مجموعات النظم القانونية) في أماكن محددة في أوقات أو فترات زمنية محددة، فمن المسائل المُلِحَّة؛ ما إذا كان هذا التعلم ذا صلة بفرع واحد من فروع فلسفة القانون المعاصرة أو ضروريًا.

(7) يُسلم راز بأنَّ المفاهيم ذاتها تعتمد على الحقائق التجريبية غير المتوقعة التي تصدر عن الأفراد والثقافات التي تستخدم هذه المفاهيم، وبالتالي، تكون عند الأفراد المختلفين والثقافات المختلفة مفاهيم مختلفة عن القانون، ولكن مفهوم القانون عند أي مفرد أو مجتمع - حسبما يراه راز- هو مفهوم ينطبق على جميع الأنظمة القانونية في جميع العوالم الممكنة.

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed., Eds. P.A. Bulloch, J. Raz and L. Green (8) (Clarendon Press, 2012, orig. published 1961).

J. Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Ed. P. Schofield (9) (Clarendon Press, 2010), 1780-2.

J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Ed. W.E. Rumble (Cambridge University Press, 1995, originally published 1832). (10)

1. مقال في علم الاجتماع الوصفي:

وفي معرض الحديث عن مفهوم القانون، كان العمل مفهومًا على نطاق واسع أنه يمثل بداية التقليد الحديث في فلسفة القانون، وقد وصف هارت مشروعته بأنه: «مقال في علم الاجتماع الوصفي»⁽¹¹⁾.

وكان هذا المقال مثيرًا للجدال مدة طويلة، ويرجع هذا إلى حد كبير إلى أن القليل في كتاب هارت يشبه علم الاجتماع الأكاديمي المتعارف عليه في عام (1961)، وكان أقرب كثيرًا إلى ما يمارس الآن، ولا يبدو أن الكتاب يحمل قدرًا كبيرًا من الانجذاب إلى أي من العلوم الاجتماعية الأخرى، سواء الموجودة آنذاك أم الآن.

وعلى الرغم مما يبدو من غموض في استخدام مثل هذا الوقف في تقديم كتاب كان -ولا يزال- فلسفيًا بشكل صريح، إلا أن هناك ثلاثة تفسيرات محتملة لما كان من الواضح أنه ادعاء جرى التفكير فيه بعناية:

أولاً: وهو التفسير الأكثر اتساقًا مع طريقة هارت ومع ما بدا؛ -وكان المقال ذاته يبينه- هو أن التأمل المتأن في اللغة العادية يشكل -هو ذاته- منهجًا اجتماعيًا (سوسولوجيًا)، إلى الحد الذي تستطيع عنده اللغة والتأمل أن يخبرانا بالأشياء عن العالم الذي توجد فيه اللغة.

ويقتبس هارت⁽¹²⁾ هذا المقال من كلام أوستن (عرب مقارنة اعتماد اللغة العادية في التعامل مع الفلسفة) حين قال: إننا نستطيع أن نستخدم «وعيًا شحذته الكلمات من أجل شحذ وعينا بالظواهر»⁽¹³⁾. وبقدر ما يكون هذا الافتراض

Hart, The Concept of Law, v.

(11)

Ibid., vii.

(12)

(13) لم يقتبس هارت النص بشكل دقيق من الكتاب:

'A plea for excuses', Proceedings of the Aristotelian Society 57 (1957) 1-30, 8.

في النص الأصلي كانت عبارة أوستن أدق، وتحدث عن «التصورات» بدلًا من «الوعي» بالظواهر الفعلية.

سليماً،⁽¹⁴⁾ فإن فلسفة اللغة العادية -هي ذاتها- علم اجتماع وصفي، فهي شأنها شأن الأشكال الأخرى من مناهج البحث في العلوم السوسولوجية أو الاجتماعية، تسعى إلى اكتشاف حقائق تجريبية عن العالم. إن دراسة اللغة - بالنسبة لفيلسوف اللغة العادية- هي المنهج، ولكن الهدف منها هو تقديم استنتاجات عن العالم وليس (فقط) عن اللغة.

لقد تضاعف تأثير فلسفة اللغة العادية منذ ظهرت في إكسفورد وضواحيها الفكرية في الأربعينيات والخمسينيات، ولكن ينبغي علينا على أي حال ألا نبالغ في تقديم الكثير من ادعاءات هارت المتأثرة بالمنهجية الأوستينية، فعلى الرغم من أن هارت يعترف بفضل أوستين عن طريق اقتباسه؛ فإن تحليل اللغة العادية باعتبارها أسلوباً فلسفياً فلسفي -بدلاً من فلسفة أوستن وفلسفة اللغة المتأثرة بفيثغنشتاين- لا يظهر بشكلٍ متكرر في كتاب مفهوم القانون.

وتتضح هذه المنهجية أكثر عندما يستخدم هارت تمييزاً مفترضاً بين أن يُلزم المرء من الخارج، وأن يكون لديه التزام داخلي⁽¹⁵⁾ لمناقشة فكرة الالتزام القانوني ومفهوم وجهة النظر الداخلية، ولكن المنهجية نادراً ما تظهر في أماكن أخرى، بل ربما أسياً استخدامها حتى في هذه الحالة⁽¹⁶⁾، وهي ليست ضرورية لدعم حجة هارت الرئيسية، وبالتالي، فمن المفيد -حتى ولو كان بعيداً بعض

An interesting contemporaneous challenge to this assumption is F. Waismann, (14) 'The linguistic technique' in B. McGuinness (ed.), *Philosophical Papers* (Reidel, 1977), 150-65.

Hart, *Concept of Law*, 82-3. (15)

(16) وهذا يعني أنه بالكاد للغة العادية أن تميز بين الملتزم وبين وجود الالتزام، على العكس هي تعامل الاثنين على أنهما مترادفان، وللحصول على أمثلة تقوض ادعاء هارت بخصوص الاستخدام.

See F. Schauer, 'Was Austin right after all? On the role of sanctions in a theory of law', *Ratio Juris* 23 (2010), 1-21.

الشيء عن نيات هارت المحتملة-أن نضع في حسابنا ما كان يعنيه هارت في تقديم زعمه بأنه كان يمارس علم الاجتماع الوصفي.

وعلى هذا، فإن التفسير الثاني المحتمل لادعاء هارت (بأنه كان يقدم إسهاماً في علم الاجتماع الوصفي)؛ هو أن هارت انخرط في منهج كثيراً ما يظهر في أيامنا هذه تحت مسمى: «ملاحظة المشارك». وعلى عكس معظم المنظرين القانونيين الذين لديهم خبرة محدودة في القانون؛ عمل هارت محامياً مدة تسع سنوات، قبل أن ينخرط في الحياة الأكاديمية أستاذاً متفرغاً⁽¹⁷⁾. وبالتالي؛ فإن ادعاءه بأن عمله يوضع تحت مسمى علم الاجتماع الوصفي قد يفهم -وإن كان بشكل أقل وضوحاً- أنه ادعاءً بتأكيداته تأكيداً تجريبية بشأن القانون، ولا سيما بشأن القواعد القانونية، ووجهة النظر الداخلية وفكرة قاعدة الاعتراف، على أساس خبرته العملية الطويلة نسبياً والتصورات المستمدة منها. وهي حجة تستفيد من المزايا المعرفية لمنظور الشخص الأول أو منظور المطلع الداخلي. وهذا النهج -بوصفه منهجية اجتماعية- مفتوح أيضاً للنقد.

إن أهل المجال (من هم داخله) والمطلعين كثيراً ما يعرفون ويرون أموراً لا يعرفها الغرباء عن الحقل العلمي، ولكن منظور المطلعين لا يزال منظوراً محتملاً من بين منظورات أخرى، وغالباً ما يرى الغرباء أموراً يتجاهلها المطلعون من الداخل لأسباب عديدة معقدة، أو يسيئون وصفها، أو يبالغون في تقديرها، أو يستخفون بها، فالمطلعون من الداخل (القضاة وكاتبوهم القانونيون، على نحو أكثر وضوحاً) على قرارات المحكمة العليا في الولايات المتحدة - على سبيل المثال- كثيراً ما يؤكدون أهمية المبادئ القانونية - النصوص الدستورية، والسوابق القانونية، والقواعد المستمدة منها- في تحديد النتائج، ولكن مجموعة طويلة من البحوث العلمية الاجتماعية الجادة حول محددات

N. Lacey, A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream (Oxford (17) University Press, 2004).

هذه النتائج خلصت إلى أن الدور السببي لهذه المصادر في تحديد النتائج أقل كثيراً مما يفترض عادة⁽¹⁸⁾.

وهذا لا يعني أن أحد المنظورات أفضل بالضرورة من منظور آخر، لكن يعني أن من غير الواضح على الإطلاق ما إذا كانت أطروحات الشخص الأول مؤهلة بوصفها مُسهمّة في علم الاجتماع، وحتى لو كان الأمر كذلك؛ فإن هذه الأطروحات تكون بطريقةٍ ما فريدة، أو ربما حتى موثوقة نسبياً⁽¹⁹⁾.

وكما زعم كاتب سيرة هارت (نيكولا لاسي):⁽²⁰⁾ فإن المعنى الثالث لادعاء هارت أنه قدم إسهاماً في «علم الاجتماع الوصفي»، بالرغم من أنه ربما يكون أقلها استمداداً من نص هارت نفسه؛ هو أنّ ذلك النوع من التحليل المفاهيمي الذي قدمه هارت - وقد زاد عليه سابقوه- يُعد مقدمة ضرورية، أو على الأقل ملحقةً مهمّةً للتحقيق التجريبي الأكثر منهجية في: ظاهرة القانون،

S. Brenner and H.J. Spaeth, *Stare Indecisus: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992* (Cambridge University Press, 2006); J.A. Segal and H.J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (Cambridge University Press, 2002).

The unreliability of first-person accounts has been the subject of literary theory - W.C. Booth, *The Rhetoric of Fiction* (University of Chicago Press, 1961); philosophy - F.J. Varela and J. Shear, 'First-person methodologies: what, why, and how?', *Journal of Consciousness Studies* 6 (1999), 1-14; and psychology - T. Gilovich, *How We Know What Isn't So: The Fallibility of Human Reason in Everyday Life* (Free Press, 1991), among others, with each, in different ways, asking us to question the widespread assumption that an account coming from someone who was 'there' is in some way epistemologically superior.

N. Lacey, 'Analytical jurisprudence versus descriptive sociology revisited', *Texas Law Review* 84 (2006), 945-82; N. Lacey, 'The path not taken: H.L.A. Hart's Harvard essay on Discretion', *Harvard Law Review* 127 (2013), 636-51; D. Sugarman, 'Hart interviewed: H.L.A. Hart in conversation with David Sugarman', *Journal of Law and Society* 32 (2005), 267-93; W. Twining, 'Schauer on Hart', *Harvard Law Review Forum* 119 (2006), 122-30.

وسماتها، وأسبابها، ونتائجها. ولكي نفهم حقًا ظاهرة القانون، علينا أن نفهم ما هو القانون، وكيف يعمل القانون، وما هو الغرض منه، وكيف يفهمه الناس، وكل هذا هو نوع التحقيقات التجريبية التي تتطلب تحليلًا مفاهيميًا أوليًا في تقليد «هارت» من أجل جعل المشروع التجريبي يُحلّق في الآفاق النظرية. ومن أجل النظر؛ نحتاج أولًا إلى طرح وتحليل جيدين لما نبحت عنه (جرين⁽²¹⁾ قارن مع شاور)⁽²²⁾. ويبدو هذا الفهم لدعوى الإسهام في علم الاجتماع الوصفي متوافقًا مع نظرة لايسي، على الرغم من أسفها أن هارت الذي كان في وقت سابق من حياته المهنية الأكاديمية ربما تصور أمرًا على هذا النحو؛ سرعان ما فقد الاهتمام بالمشروع التجريبي، وأصبح ضيق الأفق على نحو مُتزايد في فهمه للكيفية التي يمكن بها تفسير فكرة القانون.

وتتعرّز تكهنات لايسي حول أهداف هارت السابقة -التي أجهضت في مآهات العلوم الاجتماعية- بفعل لغة أخرى في مفهوم القانون، وخاصة شكوى هارت من أن سرديّة أوستن لطبيعة القانون لم تكن «متلائمة مع الحقائق»⁽²³⁾،⁽²⁴⁾

والأسئلة بعد ذلك هي:

أولًا: ما الحقائق التي يجب أن تتلاءم معها نظرية القانون؟

ثانيًا: كيف لنا أن نتحقق من هذه الحقائق؟ ولكن من أجل متابعة هذه القضايا، سوف يكون من الضروري أن نبتعد عن عمل هارت، وأن ننظر على

L. Green, 'The forces of law: duty, coercion, and power', Ratio Juris 29 (2016), (21) 164-81.

F. Schauer, The Force of Law (Harvard University Press, 2015). (22)

Hart, The Concept of Law, 78. (23)

See also Hart, The Concept of Law, 91. (24)

يتهم هارت كلاً من أوستن وآخرين أنهم يقدمون تفسيرات لا تتعامل بشكل عادل مع «الحقائق المعقدة» عن مفهوم الأنظمة القانونية الحديثة.

نطاق أوسع إلى مشروع تطوير نظرية القانون ذاته.

2. الأبعاد التجريبية للتحليل المفاهيمي:

كثير من فلاسفة القانون الذين يدعمون أو ينخرطون في التحليل المفاهيمي لمفهوم القانون يميزون إسهامهم عن البحث في العلوم الاجتماعية حول القانون - كما يتضح من الاقتباس الأولي من جوزيف راز في هذا الفصل - ولكن الأبعاد التجريبية للتحليل المفاهيمي ذاته لا تزال محل اعتراض، ويُصِرُّ بعض الفلاسفة على أن التحليل المفاهيمي هو المهمة الفلسفية الأساسية⁽²⁵⁾، في حين يزعم آخرون بالحماس نفسه أن شكل التحليل المفاهيمي الذي يدافع عنه جاكسون ومكجين وغيرهم، إن لم يكن عدم الجدوى، فهو على الأقل يعتمد على الحقائق التجريبية المشروطة، وأكثر أنصار التحليل المفاهيمي حماسًا على استعداد للاعتراف بذلك⁽²⁶⁾. وهذه المناقشات تتكرر في فلسفة القانون. راز وبعض الآخرين المذكورين أعلاه (على سبيل المثال: كولمان، وديكسون، ومدرمو، وشابيرو) قد دافعوا في أعمالهم أو افترضوا - مسبقًا - وجود مشروع التحليل المفاهيمي لمفهوم القانون، في حين أصرَّ آخرون⁽²⁷⁾ إما على أن هذا النهج يخفي ما هو في الحقيقة مجموعة من التأكيدات التجريبية المشروطة، وإما على أن البحث عن الخصائص الضرورية أو الأساسية لخلل بشري مشروط مثل القانون هو أمر مستحيل بالنسبة لجميع الأغراض العملية⁽²⁸⁾.

F. Jackson, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis* (Oxford University Press, 1998); C. McGinn, *Truth by Analysis: Games, Names, and Philosophy* (Oxford University Press, 2012).

G. Harman, 'Doubts about conceptual analysis', *Philosophy in Mind - Philosophical Studies Series* 60 (1994), 43-8.

B. Leiter, 'The naturalistic turn in legal philosophy', *APA Newsletter on Philosophy of Law* (Spring 2001), 142-6; B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford University Press, 2007).

إن هذه المناقشة بشأن أهمية التحليل المفاهيمي لمفهوم القانون وإمكانية اعتماده على التجربة أمر مهم، ولكن ينبغي ألا يغيب عن بالنا أنه؛ حتى أنصار التحليل المفاهيمي يعترفون بأن الافتراضات التجريبية المشروطة تشكل حتى أكثر التحليلات المفاهيمية تجريدًا.

عندما يجادل راز-على سبيل المثال- ويقول: إن ادعاء السلطة (ولكن ليس بالضرورة السلطة الفعلية) هو من بين السمات الضرورية والمهمة⁽²⁹⁾ لمفهوم القانون⁽³⁰⁾، فهو يبني هذا الاستنتاج على تصوره الشخصي للقانون، أو تصوره الخاص لكيفية إدراك الثقافة التي يُنظر إلى القانون من خلالها، وعلى نحو مماثل؛ عندما يتحدث هارت عن القانون بصفته ينطوي بالضرورة على اتحاد القواعد الأولية والثانوية⁽³¹⁾، يخبرنا بأن حكم الحاكم المطلق (غير المقيد بوجود قواعد ثانوية) لن يُعد في واقع الأمر نظامًا قانونيًا على الإطلاق.

ولكن هذه الاستنتاجات مشروطة، فعلى الرغم من أنها قد تكون صحيحة في مفهومنا للقانون -كما قال راز- وبالتالي فإن مفهومنا لكل قانون أينما وكلما ظهر؛ ربما لا يكون صحيحًا في مفهوم ثقافة أخرى للقانون أينما وكلما ظهر. ومن ثم؛ فمن المحتمل أن يكون لدى راز اعتراض على أولئك (مثل: تاماناها

R. Dworkin, 'Thirty years on', *Harvard Law Review* 115 (2002), 1655-87. (28)

(29) إن الذين يُدافعون عن مشروع التحليل المفاهيمي لمفهوم القانون يبحثون عن تلك الخصائص التي ليست أساسية فحسب، بل مهمة أيضًا؛ نظرًا لوجود خصائص أساسية، ولكنها غير مهمة للقانون، (ديكسون، التقييم). ومن وجهة النظر التي قاومها فلاسفة القانون الأكثر التزامًا بالتحليل المفاهيمي، فإن فلسفة القانون يجب أن تتضمن تحليل تلك الخصائص المهمة غير الأساسية.

see F. Schauer, 'On the nature of the nature of law', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 98 (2012), 457-67; Schauer, *The Force of Law*

Raz, *Authority of Law*; J. Raz, *The Morality of Freedom* (Clarendon Press, 1986). (30)

Hart, *The Concept of Law*, 77-9. (31)

وتوينج)⁽³²⁾ وهو أن تنوع النظم القانونية يسمح بتحليل مفهوم مفرد واحد للقانون. ويقول: إن مجتمعات أخرى قد تكون لها مفاهيم أخرى للقانون، ولكن مجتمعنا لديه مفهوم واحد محدد للقانون، مفهوم له خصائص أساسية، مفهوم يمكننا من تقييم ما إذا كان ما تعتقده المجتمعات الأخرى باعتباره قانونًا يتفق أو لا يتفق مع مفهومنا للقانون.

ولكن حتى لو كان راز على حق، فإن نهجه لا يزال يفترض مسبقًا التقييم التجزيبي الذي لا يمكن اختزاله للنظرية أو للكيفية التي يفهم بها الناس في بعض الثقافات فكرة -أو مفهوم- القانون ذاته، وفيما يتعلق بهذه المسألة، يمكن أن يكون استقصاء العلوم الاجتماعية الحقيقي مساعدًا، وقد يكون هذا التحقيق لغويًا (جزئيًا) ولكنه لا يحتاج بالضرورة إلى ذلك كليًا أو حتى إلى حد كبير، وقد يكون من الجهة النفسية جزئيًا، أو محاولة تحديد الكيفية التي يفهم بها الناس فكرة القانون، وليس مجرد معنى كلمة «قانون» من خلال الأساليب التجريبية، أو غير ذلك. ولكن بمجرد أن نفهم أن التحليل المفاهيمي يحاول أن يفعل الشيء ذاته عن الثقافة التي يعيش فيها، يمكننا أن نفهم أنه لا يوجد سبب للاعتقاد بأن الاستقصاء الحقيقي للعلوم الاجتماعية ربما لا يكون ملحقاتًا مفيدًا للتحليل المفاهيمي كما هو مفهوم على نطاق واسع حتى من قبل مؤيديه وممارسيه.

3. ما وراء التحليل المفاهيمي:

ركزت المناقشة السابقة على الأبعاد التجريبية للتحليل المفاهيمي، وهو مشروع قد يكون فيه مجال للعلوم الاجتماعية أكبر مما كان يعترف به تقليديًا الممارسون المعاصرون للتحليل المفاهيمي، ولكن دور العلوم الاجتماعية في

B.Z. Tamanaha, 'Understanding legal pluralism: past to present, local to global', (32) Sydney Law Review (2008), 375-411; W. Twining, Globalisation and Legal Theory (Cambridge University Press, 2000).

فلسفة القانون لا يقتصر على عملية التحليل المفاهيمي، وإذا فهمنا فلسفة القانون على نطاق أوسع؛ فإنَّ مكان العلوم الاجتماعية يتسع بشكل متناسب.

ولنتأمل هنا -على سبيل المثال- المنظور المعروف على نطاق واسع بالتعددية القانونية⁽³³⁾، ويتجنب العديد من القانونيين التحليل المفاهيمي، ويتحرون البحث عن السمات الضرورية أو الأساسية للقانون أو مفهوم القانون، بل إنها تميل بدلاً من ذلك إلى تبني مفاهيم شاملة وغير واضحة لما ينبغي أن يُعد قانونًا، وهم يزعمون أنَّ القانون قد يشمل أبعادًا مختلفة، بل حتى خصائص محددة متباينة في الأنظمة المختلفة، وقد يتضمن القانون أشكالًا مختلفة من الترتيب الاجتماعي القائم على القواعد والسيطرة الاجتماعية، وهي أشكال لا ترتبط بالدولة إلا بشكل فضفاض، أو حتى لا ترتبط بها مطلقًا. وبالنسبة للتعددية القانونية، فإن هذه الكيانات الشبيهة بالقانون تخضع على النحو الصحيح للتحقيق النظري، وهو تحقيق تجريبي بقدر ما هو فلسفي.

إنَّ دراسة الأشكال المختلفة لما تعتقده الثقافات المختلفة بوصفه (قانونًا) يمكن أن يشكّل -هو ذاته- جزءًا من فلسفة القانون. إنَّ دراسة هذه الأشكال تتطلب الأدوات التحليلية للفيلسوف، ولكنها تعتمد أيضًا على فهم المجتمعات المختلفة ذاتها. وهنا يصبح الاستقصاء تجريبيًا بالضرورة، وهو ذلك النوع من الاستقصاء التجريبي الذي يضم موطنًا للعلوم الاجتماعية، أو على الأقل يعتمد بشكلٍ كبير على العلوم الاجتماعية. وكما أن القانون المقارن هو ذاته مشروع مهم؛ فإن هذا قد يكون أيضًا نظرية قانونية مقارنة، لو أتى برابط يربطها بما قبلها كان أفضل يسعى إلى التحقيق في الأسس المعيارية والمفاهيمية للقانون في أوقات وأماكن مختلفة، ويسعى أيضًا لمعرفة ما يمكن تعلمه مما يراه

U. Baxi, C. McCrudden and A. Paliwala, Law's Ethical, Global and Theoretical (33) Contexts (Cambridge University Press, 2015); B.Z. Tamanaha, A General Jurisprudence of Law and Society (Oxford University Press, 2001); Twining, 2000.

الممارسون والمنظرون على السواء من القضايا النظرية والفلسفية المهمة داخل مجتمعاتهم الخاصة. ومرة أخرى؛ يبدو أن الانخراط في هذا الاستقصاء فقط - من دون الاستفادة من العلوم الاجتماعية الجادة- خطأ واضح.

وقد يكون العلم الاجتماعي النوعي ذا صلة، أو يدرس ثقافات قانونية محددة وجذورها الفلسفية بعمق، أو قد يكون بدلاً من ذلك (أو أيضًا) كميًا، ويحاول تصنيف الأسس المعيارية والمفاهيم المفاهيمية حسب أنواع النظام القانوني، ومحاولة دراسة العلاقات بين أنواع القانون والنظم القانونية والافتراضات الفلسفية التي تولدها تلك الأنواع أو تعكسها. وحتى التعددية القانونية لا تستنفد أنواع المسائل التجريبية التي يمكن أن تعلق على التحقيقات النظرية بشأن طبيعة القانون وآثاره.

ولنتأمل هنا -على سبيل المثال- نطاق وجهات النظر التي تسعى إلى تفسير الحاجة إلى تشغيل القانون من حيث الأغراض التي يهدف القانون إلى خدمتها. وبالنسبة للبعض -وخاصة أولئك الذين يتخرجون من القانون والاقتصاد الحديث- يُعد القانون مؤسسة تعمل على تعظيم الكفاءة أو الرفاه⁽³⁴⁾.

وبالنسبة لآخرين؛ ومرة أخرى غالبًا (ولكن ليس بالضرورة⁽³⁵⁾) من المنظور الاقتصادي أو السياسي) يشكل القانون وسيلة لتحقيق التعاون الاجتماعي وحل معضلة السجناء وغير ذلك من مشكلات التنسيق⁽³⁶⁾.

D.D. Friedman, *Law's Order: An Economic Account* (Princeton University Press, (34) 2000); S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Harvard University Press, 2004).

See G. Postema, 'Coordination and convention at the foundations of law', *Journal of Legal Studies* 11 (1982), 165-202. (35)

D.G. Baird, R.H. Gertner and R.C. Picker, *Game Theory and the Law* (Harvard University Press, 1994); R.H. McAdams, 'Beyond the prisoners' dilemma: coordination, game theory, and law', *Southern California Law Review* 82 (2009), 209-58. (36)

وآخرون على رأسهم لون فولر يجسد القانون مساعي العقل البشري. وبالنسبة لآخرين -مثل: سكوت شابيرو- مؤخرًا⁽³⁷⁾ القانون هو الطريقة التي يمكن للمجتمع من خلالها أن يصمم خطته وينفذها.

وهذا ليس المكان الذي يمكن فيه مناقشة كل هذه المنظورات بعمق، إلا أننا نلاحظ أنها كلها تتعلق بظاهرة القانون وليس فقط بالقانون هنا أو هناك، وأنها كلها تستند إلى البحث التجريبي، وربما كان ذلك أكثر وضوحًا فيما يتعلق بفولر،⁽³⁸⁾ الذي ادعى -مع اعترافه بالطابع التجريبي لهذا الادعاء- أن المؤسسات التي أُسِّست على أصول نظريته (الإجرائية) القصدية في الشرعية ستصبح أكثر ميلًا إلى «الخير» من «الشر»، ولكن هل هذا صحيح؟ إذا كنا نفكر في القانون ذاته أو في الفكرة الأضيق لسيادة القانون بوصفها المتغير المستقل، وبعض التصور الأول للخير بوصفه المتغير التابع، فهل ينتج عن المزيد من القانون أو سيادة القانون المزيد من الخير؟

بالكاد يوجد بحث ركز على السؤال بهذه الطريقة تمامًا، ولكن يمكن للمرء أن يتصور تجارب طبيعية أو تجارب مختبرية قد تركز على هذا السؤال، أو فلنتأمل المتغير المستقل ذاته، ولكن بدلًا من ذلك في الكفاءة أو النمو الاقتصادي بوصفه المتغير التابع، وهنا تركز بعض البحوث على النظر في مدى ميل القانون، إن كان يميل على الإطلاق إلى النمو الاقتصادي أو غير ذلك من النتائج المرجوة اقتصاديًا،⁽³⁹⁾ ولكن هناك الكثير الذي ينبغي فعله.

وفلسفة القانون كما هي موجودة الآن؛ مليئة بالمزاعم بشأن: الهدف، أو

(37) Shapiro, 2010.

(38) L.L. Fuller, 'Positivism and fidelity to law - a reply to Professor Hart', Harvard Law Review 71 (1958), 630-72, 636.

(39) T. Ginsburg, 'Does law matter for economic development', Law & Society Review 34 (2000), 829-56; S. Haggard and L. Tiede, 'The rule of law and economic growth: where are we?', World Development 39 (2011), 673-85.

الغاية، أو الوظيفة القانونية. ولكن أغلب هذه المزاعم مفيدة إلى حد كبير، وبالتالي؛ فإنها تفترض وجود علاقة تجريبية حتمية بين القانون بوصفه المتغير المستقل (أو السبب) وبعض الأمور بوصفها المتغير التابع (أو التأثير). وقد شهدنا في بعض المجالات جهودًا لاستخدام العلوم الاجتماعية لاختبار هذه الادعاءات وقياسها، ولكن في فلسفة القانون القائمة ما نراه في المقام الأول هو تأكيدات بسيطة مع القليل من الدعم التجريبي، وهنا -كما هي الحال في أماكن أخرى- قد يكون من المفيد أن يدرس العلم الاجتماعي المزاعم التجريبية التي انتشرت حتى الآن في ممارسة فلسفة القانون.

4. دور القانون في صنع القرار:

من السمات البارزة في الكثير من الفلسفة القانونية الحديثة الادعاء بدور القانون في إصدار الأحكام والتوصل إلى استنتاجات. وباعتباره جزءًا من حجته ضد سرديّة القهر والهيمنة التي ساقها أوستن للقانون والالتزام القانوني؛ -على سبيل المثال- لقد أشار هارت في وصفه الشهير لـ «الإنسان الحائر»⁽⁴⁰⁾.

وهذا التعبير يُساق في معرض الانقلاب على «الإنسان الشرير» لدى أوليفر ويندل هولمز⁽⁴¹⁾ الذي تعتمد مصلحته في القانون على التكهن بما قد يحدث له إذا انخرط في هذا المسار أو ذلك، ولكن على الرغم من أن صياغة هارت تستبعد صياغة هولمز، فإن هدف هارت أقرب إلى أوستن منه إلى هولمز، ويقترح هارت -على عكس أوستن- أن تفسيرًا مرضيًا لطبيعة القانون -تفسير يتناسب مع الحقائق- هو ذلك الذي يعترف بوجود الإنسان الحائر الذي يحفزه (ليس التهديد بفرض عقوبات) لفعل الشيء القانوني، فقط إذا كان بإمكانه معرفة ما هو الشيء القانوني.

Hart, The Concept of Law, 40.

(40)

O.W. Holmes Jr, 'The path of the law', Harvard Law Review 10 (1897), 457-78, 459.

(41)

ويقول لنا هارت: إنَّ عدم وجود هؤلاء الأشخاص الحيارى هو تقديم وصف غير دقيق (تجريبيًا) لطبيعة القانون والدور الذي يؤديه القانون في المجتمعات البشرية والمداومات البشرية.

وهارت لا يخبرنا كمَّ النَّاس الحيارى، بهذا المعنى فقط، لا بد أن يكونوا في مجتمعٍ ما حتى يتسنى لمداوماتهم التي تعتمد على القانون أن توضح بوصف مرض طبيعة القانون، ولكن منظرين آخرين كانوا أكثر وضوحًا. سكون شايبرو -على سبيل المثال- يفترض صراحة أن هناك «الكثير» من هؤلاء الناس في مجتمعات حقيقية،⁽⁴²⁾ ومن ثم؛ فإن من المهم أن تأخذ النظرية المقبولة نقطة مركزية في الحسبان وهي أن كثيراً من النَّاس يرون أن وجود القانون اللازم هو سبب للفعل وسبب لاتخاذ القرار.

بالنسبة إلى هارت -كما هو بالنسبة لشايبرو، وآخرون- فإن جزءًا مما يريدون شرحه، وجزءًا مما يعتقدون أن أوستن وهولمز - بشكل أبرز- لم يفسروه؛ هو (الدور التجريبي للقانون بصفته دافعًا فعليًا للسلوك البشري)، و ربما لا يكون ذلك مهمًا بشكلٍ خاص إذا كان الهدف الوحيد هو شرح كيفية ممارسة القانون لدوره التحفيزي، ولكن هارت وشايبرو-إلى جانب آخرين- يتشاركان الدفاع عن قوة القانون الفعلية وليس القوة المحفزة المحتملة فحسب؛ فقد زعم هارت أن طرح أوستن لم يكن متلائمًا مع الحقائق. ويذهب شايبرو إلى ما هو أبعد من ذلك في الزعم بأن أهل التحديث يتعاملون مع القانون الأساسي بوصفه محفزًا بالفعل، ولكن هذه هي المزاعم التي يمكن -بل ينبغي- اختبارها تجريبيًا، حتى ولو أنها قُدِّمت في كتابات كل من هارت وشايبرو بوصفها حقيقة لا يمكن إنكارها بدلاً من كونها فرضيات قابلة للاختبار، قد يثبت زيفها. ولكن من أجل فهم المزاعم وربطها بفكرة نظرية القانون؛ فمن الأهمية بمكان أن نميز بين السلوك القائم

Shapiro, Legality, 69.

(42)

على القانون، وبين السلوك القائم على دوافع أخلاقية.

صحيح بالطبع أن كثيرًا من الناس غالبًا ما يفعلون الأشياء لأسباب تتعلق بالمصلحة الذاتية فقط، وهؤلاء هم الذين كان هولمز يشير إليهم باستخدام صورته المبالغ فيها بعض الشيء عن الإنسان السيئ. ولكن حتى لو نحينا الإنسان السيئ جانبًا، وحتى إذا نحينا -على نطاق أوسع- المصلحة الذاتية المحضة جانبًا؛ فسنجد أنه من خلال الكثير من الأبحاث الجادة في علم النفس الاجتماعي -معظمها تجريبي- أن كثيرًا من الناس كثيرًا ما يتصرفون بإيثار، أي: إنهم يفعلون ما يعتقدون أنه التصرف السليم لصالح آخرين أو لصالح المجتمع الذي يعيشون فيه حتى ولو لم يكن التصرف الأفضل لتحقيق مصالحهم الخاصة⁽⁴³⁾.

ولأن ظاهرة السلوك الإيثاري حقيقية وواسعة الانتشار بكل المقاييس؛ فإنَّ مهمة تحديد دور القانون تصبح أكثر تعقيدًا. ولنضرب مثلاً متطرفًا؛ فإنَّ الأشخاص الذين يمتنعون عن ارتكاب جريمة قتل أنانية أو سرقة ذات اهتمام ذاتي، حتى في الظروف التي تكون فيها إمكانية فرض جزاءات قانونية غير موجودة بالفعل، قد يفعلون ذلك؛ لأن القتل والسرقة ضد القانون، ولكن ربما يفعل ذلك لأنهم يعتقدون أن القتل والسرقة خطأ، بصرف النظر عما يقوله القانون أو لا يقوله. والمهمة التجريبية الصعبة إذاً تتلخص في التمييز بين السلوك الذي تحركه الأخلاق والسلوك الذي تحركه دوافع القانون، أو على نحو أكثر دقة، الأسباب الأخلاقية والأسباب القانونية؛ لأن القانون لا يحتل دورًا في صنع القرار البشري إلا إذا كان الأخير من العناصر المهمة في العمل البشري -بعيدًا عن العقوبات- وهو ما لا يمكن تفسيره بعبارات مستقلة عن القانون.

R.C. Barragan and C.S. Dweck, 'Rethinking natural altruism: simple reciprocal (43) interactions trigger children's benevolence', Proceedings of the National Academy of Sciences 111:48 (2014), 17071-4; C.D. Batson, The Altruism Question: Toward a Social Psychological Answer (Erlbaum, 1991).

ولدينا هنا مثال مهم للتقاطع بين العلوم الاجتماعية وفلسفة القانون؛ لأننا نرى الآن أن واحدة على الأقل من الادعاءات الرئيسية لبعض الفلاسفة القانونيين تعتمد على وجود حدٍ ملموس من السلوك البشري الذي يحفزه القانون. ولكن تبين بالرغم من ذلك أن الأبحاث العلمية الاجتماعية ضئيلة للغاية فيما يتصل بهذا الموضوع مباشرة، والواقع أن بعض البحوث هناك - وأبرزها تلك التي أجراها عالم النفس الاجتماعي توم تايلر-أقل نفعًا مما قد تكون عليه؛ لأن تايلر لا يميز السلوك غير المدفوع بالمصلحة الذاتية الذي يحفزه القانون، عن السلوك غير المدفوع بالمصلحة الذاتية الذي يحفزه الحس الأخلاقي.

والآن -بطبيعة الحال- أصبحت كثير من السلوكيات غير المدفوعة بالمصلحة الذاتية والمدفوعة بالحس الأخلاقي متماهية مع التي دافعها القانون - تجنب القتل والسرقة مثلاً- ولكن دون التمييز بين السلوك المحفز أخلاقياً الذي تصادف أنه متوافق مع القانون، والسلوك الذي تحركه دوافع القانون، سينتهي الأمر بتيلر⁽⁴⁴⁾ وغيره إلى أنه لن يكون لديهم سوى القليل جداً ليقولوه عن التأثير السببي أو (الفعلي) للقانون، وبالتالي: حول مدى وجود الدافع القانوني بوصفه دافعاً قانونياً في الواقع.

وبالرغم من أن أساليب تايلر تستند في المقام الأول إلى دراسات استقصائية، فإن أبحاث العلوم الاجتماعية الأخرى ذات الصلة بمسألة دور القانون في تقديم أسباب للعمل كانت تجريبية. وهنا مرة أخرى نقول: هناك بحوث أقل تركيزاً واطلاعاً على الجهة القانونية مما قد يكون مطلوباً، ولكن في بعض المواضيع التجريبية على الأقل التي كانت تعتقد أن الاعتبارات الأخلاقية، أو الإيثارية، أو المؤيدة للمجتمع، أو السياسات تشير في اتجاه القانون الإيجابي في اتجاه آخر، تنوي -في ظل غياب العقوبات- اتخاذ القرارات التي

T.R. Tyler, Why People Obey the Law, revised ed. (Princeton University Press, 2006). (44)

ترى أنها صحيحة استنادًا إلى جميع الأمور، بخلاف الأسس التي ينظر فيها القانون، بدلًا من القرارات التي أشار إليها القانون الإيجابي⁽⁴⁵⁾.

وهذا ليس المكان الذي يمكن فيه دراسة جميع البحوث التي أجريت أو التي يمكن إجراؤها بشأن مسألة الدوافع القائمة على القانون -أو على نطاق أوسع- بشأن الحقائق التجريبية للالتزام القانوني. ومع ذلك، ولأن السؤال حول ما إذا كان هناك التزام ظاهر الوجهة بالامتثال للقانون قد جرى تناوله بصفته مسألة معيارية منذ زمن سقراط وحتى الوقت الحاضر؛⁽⁴⁶⁾ فمن المستغرب أن يكون البحث الذي يجري حول ما إذا كان الناس يتصرفون فعليًا كسقراط ومؤيديه من بعده. في ظل وجود هذا الالتزام كما ينبغي أن يتصرفوا؟ أم أنهم يتصرفون كما طرح جون سيمونس⁽⁴⁷⁾ وغيره ممن يسمون: «الفلاسفة اللاسلطويين»، وبالتالي؛ يجعلون ما يعتقدون أن ما يرونه هو القرار الصائب، بقطع النظر عن القانون. هذه هي القضية التي ألمح إليها هارت مع تشبيه الإنسان الحائر، ولكن حتى الآن ما زلنا غير متأكدين -في أفضل الأحوال- ما إذا كان هناك الكثير جدًا من البشر الحائرين الذين اعتقد هارت أنهم مهمون في تقديم وصف فلسفي واقعي لظاهرة القانون. وقد تُبني الأبحاث العلمية الاجتماعية الجيدة -بأكثر مما نعلم- بالتأثير السببي للقانون في عملية صنع القرار البشري، وبالتالي يصبح بوسعنا أن نخبرنا ما إذا كان يوجد -وإلى أي مدى- ما افترضه أو أكده العديد من الفلاسفة القانونيين في واقع الأمر.

J. Furgeson, L. Babcock and P.M. Shane, 'Behind the mask of method: political orientation and constitutional interpretive method', *Law and Human Behavior* 32 (2008a), 502-10; J. Furgeson, L. Babcock and P.M. Shane, 'Do a law's policy implications affect belief about its constitutionality?', *Law and Human Behavior* 32 (2008b), 219-27. Other studies are cited and described in Schauer 2015, 200-1.

W.A. Edmundson, 'State of the art: the duty to obey the law', *Legal Theory* 10 (46) (2004), 215-59.

A.J. Simmons, *Moral Principles and Political Obligations* (Princeton University Press, (47) 1981).

5. مسألة الامتثال القانوني:

يمكن فهم الكثير مما سبق على أنه تحقيق في مسألة الامتثال القانوني؛ هل يلتزم الأشخاص أو المسؤولون بالقانون؟ وإذا كان الأمر كذلك، فإلى أي مدى؟ وتحت أي شروط؟

المسألة فلسفية جزئياً - أو مفاهيمية - من حيث إننا لا نستطيع أن ندرس مدى الامتثال القانوني وظروفه دون أن نكون أولاً واضحين بشأن ما هو مجرد الامتثال لقانون ما، وبالتالي، يمكن فهم جزء كبير من المناقشة أعلاه على أنها موجهة ليس فقط إلى توضيح طبيعة الامتثال القانوني، بل أيضاً إلى التمييز بين الامتثال والاتساق، وهو تمييز حاسم إذا كنا مهتمين بالعواقب السلبية للقانون.

كان التمييز بين الالتزام أو الطاعة والاتساق في الأعوام الأخيرة موضوعاً لقدر كبير من الجدل بين علماء القانون الدولي.

هناك رأي شائع كثيراً ما يفسر باستخدام أدوات نظرية الألعاب الحديثة: وهو أن الجهات الفاعلة الدولية (الدول في الأساس) ربما تكون لديها أسباب وجيهة للامتثال للقانون الدولي، والواقع: أنها تفعل ذلك بشكل متكرر. ولكن آخرين أصروا على أن الدول لا تتصرف على نحو متسق مع متطلبات القانون الدولي إلا عندما يكون لديها دافع مستقل عن القانون للانخراط في السلوك ذي الصلة، الأمر الذي يجعل القوة المحفزة للقانون الدولي أقل كثيراً مما يبدو للوهلة الأولى. وتتكرر المناقشة في القانون الدولي في سياقات محلية عديدة، ولكن في كل من السياقين المحلي والدولي لا يشكل التوضيح المفاهيمي سوى الخطوة الأولى.

وبمجرد إرساء الأساس المفاهيمي، يجب إجراء تحقيق تجريبي في مدى وجود القوة السببية أو المحفزة في القانون الموصوفة للتو. وقد يستخدم هذا الاستقصاء أدوات القياس الاقتصادي الحديث لعزل الأثر السببي للقانون، أو قد يبحث عن تجارب طبيعية يختلف فيها القانون، في حين تظل عوامل أخرى

ثابتة، أو قد يستخدم تجارب مع أشخاص «اصطناعيين» لمحاولة عزل تأثير القانون مرة أخرى. أو قد تستخدم حتى دراسات حالات أو نُهج نوعية أخرى قد تشير -حتى وإن لم تُحدد بشكلٍ قاطع- إلى أثر القانون.

وكما هي الحال الآن، فإنّ المؤلفات المتعلقة بالامتثال القانوني لا ترتبط إلى حدّ كبير بالمؤلفات المتعلقة بالفقه القانوني، ولكن ليس هناك من الأسباب ما قد يجعلنا نقبل هذا الوضع، وبمجرد أن نفهم أنّ الفقه القانوني يهتم على نحو سليم بما هو أكثر بكثير من التحليل المفاهيمي، أو حتى أكثر بكثير من البحث عن تعريف القانون أو طبيعته؛ فإنّ العديد من جوانب ظاهرة القانون مفتوحة لكل من الاستقصاء الفلسفي والتجريبي. ومما لا شك فيه أن الامتثال هو من بين هذه المجالات، بل إن مسألة الامتثال قد تكون من بين المجالات الأكثر إثارة التي يساعد فيها مزيج من التوضيح المفاهيمي والتجريبي في الكشف عن حقائق مهمة بشأن تطبيق القانون.

6. العلوم الاجتماعية الكامنة وراء الفصل القضائي:

ترتبط مسألة الإنسان الحائر ارتباطاً وثيقاً بالدور الذي يؤديه القانون الإيجابي في القرارات القضائية والحجج القانونية

- وبقدر اعتقاد بعض -لا جميع- الفلاسفة القانونيين⁽⁴⁸⁾ أن إعطاء الرواية الفلسفية للفصل القضائي أمر بالغ الأهمية في الفلسفة القانونية، إذ إن الأبعاد التجريبية تصبح أكثر بروزاً، ويصبح دور العلوم الاجتماعية أكثر وضوحاً.

وعلى الرغم من أن الواقعيين القانونيين الأمريكيين كانوا -في أفضل

(48) جوزيف راز في (سلطة القانون: الجانب الأخلاقي من الحرية) يميّز بين القانون والمنطق القانوني، متصوراً أنّ مهمة الفيلسوف القانوني تلخص في تقديم بيان للسابق، ولكن ليس في مقام التفسير الفلسفي والتجريبي.

الأحوال- قد نفذ صبرهم على فكرة استكشاف طبيعة القانون باعتباره مسألة مفاهيمية أو حتى فلسفية أوسع نطاقًا، إلا أن الأمر بالنسبة لهم، في المقام الأول: أننا مدينون بسلسلة من الفرضيات حول دور القانون الإيجابي-سيادة القانون المعترف به- في صنع القرار القانوني. وعلى هذا؛ فبالرغم من أن العديد من الفلاسفة القانونيين يبذلون قصارى جهدهم في الإصرار على أنه ليس من الممكن تسوية كل النزاعات بالاستئناف ضد القانون القائم، وعلى أن السلطة القضائية تشكل جزءًا حتميًا من الحياة القانونية، فإنهم كثيرًا ما يؤكدون أيضًا -كما فعل هارت- أن مثل هذه السلطة التقديرية غير عادية. ويعتقد العديد من الفلاسفة القانونيين أن المسائل القانونية في السياق العادي للأمور، يمكن الإجابة عنها مباشرة تقريبًا إذا جعلت القواعد القانونية الواضحة إلى حد ما معترفًا بها بهذه الصفة من خلال قاعدة اعتراف يُصدَّق عليها بدورها بواسطة قاعدة الاعتراف المطلقة⁽⁴⁹⁾.

ولكن هل هذا صحيح؟

لقد زعم القانونيون الواقعيون الأمريكيون -ببهرجة في كثير من الأحيان- العكس، معتقدين أن مجموعة كاملة من العوامل غير القانونية كانت أكثر أهمية -وخاصة في الحالات المتنازع عليها- في تحديد النتائج القانونية، مما أصر عليه العديد من المنظرين القانونيين منذ مدة طويلة⁽⁵⁰⁾.

B. Leiter, 'Explaining theoretical disagreement', University of Chicago Law Review 76 (49) (2009), 1215-50, 1228.

(50) من الواضح أنّ البيان في النص ينطوي على مفارقة تاريخية، حيث كتب جيروم فرانك، وكارل ليوبلين، وهيرمان أوليفانت، وغيرهم من رواد المذهب الواقعي، وانتشرت كتاباتهم من أواخر العشرينيات إلى أواخر الأربعينيات، قبل أن يبدأ هارت في تنفيذ المشروع الذي بلغ ذروته مع مفهوم القانون. ومع ذلك، فإنه من المفيد، في الوقت الحاضر على الأقل، أن نرى كتابات هارت، خاصة ما كتبه في الفصل السابع من كتاب: مفهوم القانون، وأنصار الواقعية القانونية على أنهم يمثلون موقفين معارضين بشأن الأهمية السببية لقواعد الاعتراف، وهو قانون وضعي مُعترف به في تحديد النتائج القانونية.

والواقع أنّ الواقعيين، وشخصية القاضي، وآراءه السياسية، والحقائق الخاصة بقضايا بعينها، كانوا أكثر أهمية في تحديد النتائج من الأنظمة الأساسية، وقرروا القضايا والمبادئ القانونية التي عدتها ليلين في مجموعها «قواعد ورقية»⁽⁵¹⁾،⁽⁵²⁾

ويبدو أن هذه الآراء المعارضة، التي تُكذّب طيفاً من أهمية القانون الإيجابي في عملية الحجة والقرار، تقدم فرضية تجريبية قابلة للاختبار، ولكن هذه الفرضية مثيرة للاهتمام وقابلة للاختبار فقط في ظل وجهة نظر محددة حول طبيعة القانون ذاته. ويقدر ما نفهم القانون بشكل واسع، سواء أكان في نظر دوركون⁽⁵³⁾ حول دور المبادئ الأخلاقية والسياسية -باعتباره جزءاً من القانون وليس بوصفه تمييزاً له- أم من خلال وجهات نظر أكثر تقليدية في مجال القانون الطبيعي، أو حتى في ظل بعض وجهات النظر الحديثة التي ترى السياسة جزءاً من القانون؛ يصبح من الصعب -إن لم يكن من المستحيل- تحديد دور القانون الإيجابي -الأفعال الرسمية التي تفعلها الهيئات التشريعية وغيرها من الهيئات الرسمية وقرارات المحكمة- الذي يؤديه في الحجة القانونية وصنع القرار، والذي بالكاد يُدرك! ربما لا يهمننا بالطبع، ولكن مثل هذه النظرة منافية للمنطق، ذلك أن الأمور التي تبدو كأنها قانون بالمعنى الضيق والتقليدي -تشير روث جافيسون⁽⁵⁴⁾ بشكل مفيد إلى هذا

Leiter, Naturalizing Jurisprudence; F. Schauer, Thinking like a Lawyer: A New (51) **Introduction to Legal Reasoning** (Harvard University Press, 2009), ch. 7; F. Schauer, 'Legal realism untamed', *Texas Law Review*, 92 (2013), 749-80; W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd ed. (Cambridge University Press, 2014).

K. Llewellyn, The Theory of Rules, Ed. F. Schauer (University of Chicago Press, (52) 2011), 11-14, 17-23.

R. Dworkin, Taking Rights Seriously (Duckworth, 1977); **R. Dworkin, Law's Empire** (53) (Harvard University Press, 1986).

R. Gavison, 'Comment' in R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal* (54) **Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart** (Oxford University Press, 1987), 16-21.

القانون بوصفه «المرحلة الأولى»- تبدو كأنها تتمتع بنوعٍ محدد من البروز يجعل من دراسة أهميتها النسبية مهمة مفيدة. ولعل نتيجة هذا الفحص هي أن مثل هذه المواد تخلف تأثيرًا سببيًا ضئيلاً نسبيًا، أو على الأقل أقل من الصورة القياسية، وهذا هو الاعتقاد الذي صدق به العديد من الواقعيين وغيرهم - لون فولر (فولر ورونالد دوركين)⁽⁵⁵⁾ بطرق مختلفة على سبيل المثال، أو ربما يبين الفحص أن القوانين والقضايا التي تبت فيها والمبادئ القانونية البحتة للتفسير والبناء هما القوة المهيمنة في صنع القرارات القانونية، كما يعتقد العديد من المحامين والقضاة ومعظم كليات الحقوق، ولكن بدون نظرة محدودة تمامًا للقانون، يكون مفهومًا متسقًا - إلى حد ما - مع رأي ما يُسمى بـ: «الموثقين الموضوعيين الحصريين»، سيكون من المستحيل حتى محاولة دراسة المسألة⁽⁵⁶⁾.

وهذا ليس المكان المناسب لدراسة كل أبحاث العلوم الاجتماعية الفعلية التي خرجت بشأن هذا السؤال، وقد اعترف الواقعيون بهذه القضية، وحثوا على المزيد من البحوث العلمية الاجتماعية حول محددات القرارات القضائية وغيرها من القرارات القانونية. وبالرغم من أن بعضهم - لعل أبرزهم أندرهيل مور⁽⁵⁷⁾ - كانوا يلاحقون مثل هذه التساؤلات؛ فإن أساليبهم كانت غير محررة وفق معايير اليوم، ولكن الآن بعد أن أصبحت المنهجية التجريبية أكثر صرامة وتطورًا، أصبح دور العلوم الاجتماعية في دراسة تأثير القانون الإيجابي أعظم. ويوجه بعض هذه البحوث إلى تحديد الإسهام النسبي للقانون مقارنة بالسياسات والسياسة والإيديولوجية والأخلاق - في كثير من الأحيان - ولكن ليس حصريًا

Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1986. (55)

Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*; F. Schauer, 'Official obedience and the politics of defining "law"', *Southern California Law Review* 86 (2013), 1165-94. (56)

J.H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science* (University of North Carolina Press, 1995). (57)

في سياق المحاكم الدستورية⁽⁵⁸⁾. وتركز بحوث أخرى على العلاقة بين التغيير القانوني والتغير السلوكي، ولأن التغييرات التي تطرأ على القانون لن تكون بديهية تمامًا، فإن هذا من شأنه أن يؤدي إلى تغييرات متناسبة في السلوك الذي يسعى القانون إلى تنظيمه. ومع ذلك، تركز بحوث أخرى بشكل مباشر أكثر على علم النفس المتعلق بالحكم وصنع القرار القانوني، وكثيرًا ما تستخدم أساليب تجريبية لتحديد طريقة تفكير القضاة والمحلفين ومنطقهم، ولمعرفة مقدار، وتحت أي ظروف، يؤدي القانون دوره في تلك العملية⁽⁵⁹⁾.

7. ملاحظة حول تأثير التحديد:

القضاة من الشخصيات المهمة في القانون، ولكنها ليست الشخصيات المهمة الوحيدة في القانون، وبالتالي؛ فإذا كنا مهتمين بالواقع المبرر وراء القانون ويتأثر القانون على السلوك البشري، فإن مما يشكل أهمية بالغة هو الاعتراف بأن هناك ما ينبغي النظر فيه أكثر من مجرد كيفية اتخاذ القضاة للقرارات.

والواقع أن هارت أدرك هذه الحقيقة عندما انتقد الواقعيين لتضخيم الدور الذي يؤديه الحكم على الحالات الصعبة في تقييم حتميه وأهمية القانون،(الفصل السابع)⁽⁶⁰⁾.

تعرضت قراءة هارت للواقعيين للانتقاد على النحو الصحيح، ليس لأنه كان مخطئًا؛ بل لأن القراءة المتأنية للواقعيين، وحتى تلك التي أشار إليها هارت

(58) Brenner and Spaeth, Stare Indecisus; Segal and Spaeth, The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited.

(59) A.J. Wistrich, C. Guthrie and J.J. Rachlinski, 'Can judges ignore inadmissible information: the difficulty of deliberately disregarding', University of Pennsylvania Law Review 153 (2005), 1251-325.

Hart, The Concept of Law, ch. 7

(60)

على وجه التحديد، تُظهر بما لا يدع مجالاً للشك؛ أنهم أدركوا تمامًا ما زعم هارت أنهم تجاهلوه - أي: إنهم إذا حكموا بشكل عام، وبالحكم على القضايا الصعبة بشكل خاص - ليس أكثر من عينة صغيرة وموجة من القانون في العمل على وجه التحديد؛ لأنّ جميع تطبيقات القانون المباشرة تقريبًا، هي من قبيل ما يُسمى القضايا السهلة، التي لن ينتهي بها المطاف في المحاكم على أية حال.

وهذه الملاحظة، التي اعترف بها كارل ليويلين في المقال نفسه الذي اعتاد هارت أن يتهمه بتجاهله،⁽⁶¹⁾ ولدت دراسات علمية اجتماعية خاصة بها، قسم كبير منه أداره الاقتصاديون، وباسم «الأثر الانتخابي»،⁽⁶²⁾ عندما تكون هناك أحداث قد يفوز فيها أحد طرفي النزاع بشكل واضح بحكم القانون المقرر ويخسر الطرف الآخر بوضوح. ومن الواضح أن الحزب الذي لا تتاح له فرصة الفوز لن تكون لديه عادة أي حافز للتقاضي، وبناء على ذلك؛ سيُسَلَّم بهذه المسألة أو تُسَوَّى. والنتيجة الطبيعية البالغة الأهمية لهذه الحقيقة هي أن القضايا التي ينتهي بها الأمر إلى المحاكم - النزاعات التي لا يعترف بها أو تُسوى - تشكل عينة غير تمثيلية من الأحداث القانونية، وهي مجموعة من الأحداث حيث الأطراف المتعارضة، وكل من يحمل وجهات نظر متنافية حول القانون أو حول تأثير القانون على وقائع النزاع، فإن كلاً منهما يعتقد أن لديه فرصة معقولة للفوز. ولأن هذا نادرًا ما يكون صحيحًا - مع تنحية الوهم الذاتي - عندما تكون الحقائق واضحة والقانون واضحًا، فإن القضايا التي يُتقاضى بشأنها سوف تكون أغلبيتها قضايا لا يعرف فيها القانون، أو الحقائق غير واضحة، أو كلا الأمرين. وهذه الظاهرة نفسها موجودة، بل أكثر من ذلك، مع تقدم المنازعات عن طريق المحاكم وترقي سلم الاستئناف، وعلى هذا فليس من

K. Llewellyn, *The Bramble Bush - On Law and Its Study* (Columbia University Press, (61) 1930).

G.L. Priest and B. Klein, 'The selection of disputes for litigation', *Journal of Legal Studies* 13 (1984), 1-55. (62)

المستغرب أن تكون القضايا التي تقررها المحكمة العليا في الولايات المتحدة -قراءة سبعين في العام من أصل ثمانية آلاف تقريبًا- يجب على المحكمة أن تبت فيها- قضايا يكون فيها تأثير القانون الإيجابي، أو يكون القانون الصلوم فيها صغيرًا بشكل غير متناسب. وهذه النتيجة لتأثير التحديد مهمة، ولكن ربما لا تكون بالقدر نفسه من الأهمية؛ أن مثل هذه الحالات تنبثنا بالكثير عن القانون في عمله اليومي مقارنة بما كان يفترض كثيرون.

وبالتالي، إذا كنا مهتمين -كما ينبغي لنا أن نكون- بالبحوث العلمية الاجتماعية الجادة حول تأثير القانون الإيجابي في السلوك البشري، فإنّ قرارات المحاكم العليا ليست فقط الأماكن الأولى التي ينبغي لنا أن ننظر إليها، بل ربما ينبغي أن تكون الأخيرة.

القسم الثاني

القيَم

الفصل السادس

سيادة القانون

جون تاسيولاس

1. الوجوه العديدة لسيادة القانون:

لقد نال نموذج يُطلق عليه: «سيادة القانون» بالثناء منذ العصور القديمة من مجموعة متنوعة من المتحمسين ما بين أرسطو وجون لوك إلى الأمين العام السابق للأمم المتحدة كوفي أنان، وهذا الإجماع الواضح الذي يربط بشكل مؤثر بين الانقسامات الزمنية والثقافية والإيديولوجية، يعكس جزئيًا حقيقة واضحة مفادها: أن عبارة «سيادة القانون» تعني أمورًا مختلفة لأشخاص مختلفين⁽¹⁾ ويمكن للمرء -بلا مخالفة لغوية- استخدام هذه العبارة للإشارة إلى عددٍ من الأفكار المهمة بالرغم من اختلافها، أو في الواقع لا يشير إلى شيء مطلقًا. ولكي نحرز تقدمًا؛ يجب علينا أن نفرص بين بعض هذه الأفكار قبل أن

(1) For the sceptical claim that the expression 'has become meaningless thanks to ideological abuse and general over-use', see J.N. Shklar, 'Political theory and the rule of law' in A.C. Hutchinson and P. Monahan (eds.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology* (Carswell, 1987), 1. For a more upbeat take on the contestability of the rule of law idea, see J. Waldron, 'Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)?', *Law and Philosophy* 21 (2002), 137-64. For a helpful general survey of evolving ideas of the Rule of Law, see B.Z. Tamahana, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge University Press, 2004).

نحاول تحديد وتفصيل أكثر نسخ سيادة القانون إقناعًا أو ثمرة. على أوسع تفسير؛ يشير تعبير «سيادة القانون» إلى سيادة القانون الصالح. وهذا يشمل كل المنافع، ويمر بكامل النطاق من العدالة مرورًا بالعمل الخيري إلى الكفاءة، وينبغي لهذا القانون أن يجسدها أو يعززها بمثالية. ومن المفترض ألا يقع كل ما نتقنه بحق ضمن النطاق المشروع للمشاكل القانونية.

إنَّ بعض المنافع لا تشكل عملاً قانونيًا؛ إما بسبب أسباب حاسمة لمبدأ هذا الاستبعاد -على سبيل المثال: قد تؤدي اعتبارات الاستقلال الشخصي إلى استبعاد القانون الذي يعالج التقسيم العادل للعمل المنزلي) أو لأنَّ القانون أداة فظة أو هدامة للنهوض بها. وعلى أساس منطقي أقل عمومية إلى حدِّ ما؛ قد يُعتقد أن سيادة القانون تعني أن جميع الشروط يجب أن تكون مستوفاة لكي يكون القانون شرعيًا، أي: في الواقع ملزم أخلاقيًا لرعاياه المفترضين.

قد تشمل هذه الشروط التوافق مع الإجراءات الديمقراطية أو حقوق الإنسان الأساسية⁽²⁾. وهذا يسمح بإمكانية أن يمثل النظام القانوني لسيادة القانون، ومع ذلك؛ فهو قاصر في بعض الجوانب الحيوية الأخرى.

يمكن القول: إنه شيء يقارب هذا المعنى الواسع لسيادة القانون -في أي متغيّر من هذين المتغيرين- الذي لقي استحسانًا بين عدد كبير من المؤسسات الدولية، مثل: الأمم المتحدة،⁽³⁾ واللجنة الدولية للحقوقيين،⁽⁴⁾ واللجنة الأوروبية

(2) D. Beyleveld and R. Brownsword, Law as a Moral Judgment (Sweet & Maxwell, 1986), chs. 7-9.

(3) تقرير الأمين العام عن سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع وما بعد الصراع، وثائق الأمم المتحدة (2004) S/2004/616 الفقرة 6 «يتضمن الاتساق مع «المعايير والقواعد الدولية لحقوق الإنسان» باعتبارها جزءًا من سيادة القانون.

(4) إعلان دلهي عام 1959 يصف سيادة القانون بأنها مفهوم ينبغي عدم استخدامه فقط لحماية الحقوق المدنية والسياسية للفرد في مجتمع حر، ولكن أيضًا لتهيئة الظروف الاجتماعية، =

للديمقراطية (لجنة البندقية)،⁽⁵⁾ من خلال القانون وكذلك بين الكتاب المؤثرين، مثل: اللورد بينغهام⁽⁶⁾. ومع ذلك؛ فإنَّ التفسيرات الواسعة تواجه اعتراضات قوية: الأول - أنَّ سيادة القانون تفقد بريقها عندما تواجه الفكرة المنتشرة بشكل واسع، وهي أنَّ سيادة القانون ليست سوى قيمة واحدة من قيم القانون الأخرى.

الخطأ هنا مُشابه لتعريف منظمة الصحة العالمية المنتقد على نطاقٍ واسع للصحة على أنها «حالة من الرفاهية الجسدية والعقلية والاجتماعية الكاملة وليس مجرد غياب المرض أو العجز»⁽⁷⁾. هذا التعريف المتضخم يساوي بين عنصر (الصحة) ومجمل الرفاهية، ومن ثم؛ فإنه يغفل عن السمة المميزة للصحة بصفاتها عنصرًا واحدًا فقط من عناصر الرفاهية، مع عناصر أخرى (مثل: المعرفة، والإنجاز، والصدقة) واحتمال حدوث صراعات بين عناصر الرفاهية هذه على سبيل المثال: عند مواجهة السؤال عما إذا كان يجب التضحية بالصحة من أجل تحقيق هدف قيم).

وعلى نحو مماثل؛ هناك اعتراض على أن سيادة القانون تتضمن قيمة واحدة مهمة تؤثر في القانون والمؤسسات القانونية، ولكنها لا تشمل أي شيء

والاقتصادية، والتعليمية، والثقافية التي قد تتحقق في ظلها طموحاته وكرامته المشروعة.
<http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/1959/01/Rule-of-law-in-a-free-society-conference-report-1959-eng.pdf>.

(5) اللجنة الأوروبية للديمقراطية من خلال القانون (لجنة البندقية)، تقرير عن سيادة القانون المعتمد، في دورتها العامة السادسة والثمانين (البندقية، آذار/ مارس 2011)، الذي يتضمن التشريع الديمقراطي واحترام حقوق الإنسان بوصفهما من عناصر سيادة القانون.

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e),

(6) تتضمن مبادئه الثمانية المتعلقة بسيادة القانون «الحماية الكافية لحقوق الإنسان الأساسية» والامثال للالتزامات القانونية الدولية.

T. Bingham, *The Rule of Law* (Allen Lane, 2010)

Constitution of the World Health Organization, 1946, preamble.

(7)

مثل المجموع الكلي لتلك القيم. المنظمات المكلفة بتعزيز سيادة القانون، أو الصحة، قد تستسلم لإغراء تبني تفسيرات شاملة لتلك القيم - سواء أكان من خلال القلق من تغطية كل القواعد أم التمويه في تحرك المهام البيروقراطية.... إلخ، ولكن هذا أمر يجب علينا -بصفتنا مفكرين نقديين ومواطنين- أن نحترس منه.

الآن هذه هي النقطة التي أقرها البديل الثاني للتفسير الواسع، والتي بموجبها تكون سيادة القانون هي سيادة القانون الشرعي. لكن هذا البديل يطرح السؤال عن سبب حاجتنا للإشارة على وجه التحديد إلى سيادة القانون بالنظر إلى أن لدينا بالفعل فكرة الشرعية في متناول اليد. بدلاً من أن تكون قيمة مستقلة بقوة؛ تصبح سيادة القانون مجرد طريقة أخرى للإشارة إلى شرعية القانون، وإلى هذا الحد؛ تبدو زائدة على الحاجة.

هناك مشكلة أخرى تتعلق بتفسير الشرعية، وهي أن مؤيديها يفشلون عادةً في تحديد الطبيعة الدقيقة للعلاقة بين تلك المتطلبات التي نفكر فيها عادةً باعتبارها جزءاً من سيادة القانون وحالة الشرعية. هل هذه المتطلبات -مجتمعة- شرط كافٍ للشرعية، أم شرط ضروري، أم كلاهما؟

لذلك ليس من المستغرب أن العديد من الفلاسفة الذين تأملوا بجدية في سيادة القانون كان لديهم شيء مختلف في أذهانهم عن الاهتمام الشامل بسيادة القانون. الصالح أو القانون الشرعي. لقد سعوا -عادة- إلى التعبير عن المثل الأعلى لسيادة القانون بطريقة تنضوي تحت قيدين منهجين:

أولاً: «قيد التعددية» سيادة القانون هي معيار تقييمي واحد فقط -من بين معايير أخرى- لتقييم القوانين والمؤسسات القانونية. فهو لا يرقى إلى أي شيء يقترب من نظرية معيارية شاملة للقانون، ويجب ألا يُعادل بمفهوم سياسي مُستقل، مثل: الشرعية.

ثانياً: «قيد التماسك» يجب أن تكون المطالب المختلفة لسيادة القانون

تعبيراً عن اهتمام أخلاقي أساسي أو مجموعة متماسكة من الاهتمامات وليس مجرد جدول زمني جمع بشكلٍ تعسفي من الرغبات. بالنظر إلى قيود التعددية؛ لا يمكن أن يتمثل هذا القلق الأساسي في مجرد الحد الأدنى للغاية من الاهتمام بالتقييم الأخلاقي للقانون بشكل عام أو لشرعيته على وجه الخصوص.

ومن المعروف أن المفكرين الفقهاء قد طوروا مفاهيم «أكثر كثافة» و«أرق» لسيادة القانون، غالباً ما تُسمى الأولى «الأساسية»، والثانية «رسمية/إجرائية»، ولكن على الرغم من الاختلافات الكبيرة بين هذه المفاهيم، فإنها تسعى جميعاً عادةً إلى تلبية رغبات التعددية والتماسك.

رونالد دوركين - مؤيد مؤثر للمنهج الكثيف - يصف سيادة القانون بأنه: «حكم بمفهوم عام دقيق للحقوق [الأخلاقية] الفردية»⁽⁸⁾. بما أنه ليست كل القيم ذات صلة بتقييم القانون، كالرخاء الاقتصادي، أو حماية البيئة أو رفاهية الحيوان؛ فتلك مسألة تتعلق بتأمين الحقوق الأخلاقية الفردية. يبدو أن قيد التعددية موافق لهذا الرأي. وفي الوقت ذاته؛ يُضمّن التماسك من خلال الفكرة المنظمة للحقوق الأخلاقية التي تُعزّز بشكلٍ مناسب عن طريق القانون، ومع ذلك؛ فإن وجهة نظر دوركين تبدو مفرطة في التوسع من حيث إنها تساوي بين سيادة القانون والعدالة بشكل عام، على الأقل إلى الحد الذي تؤثر فيه هذه الأخيرة في القانون؛ هذا لأنّ تقليداً فكرياً جديراً بالاحترام - وهو التقليد الذي يتضمن: غروتوس، وهيوم، وكانط، وميل - يفسر مفهوم العدالة على أنه انتقاء فقط لتلك الواجبات الأخلاقية التي ترتبط بالحقوق الأخلاقية، والتي - على الأقل بشكل مثالي - يجب تكريسها قانونياً أو بشكلٍ قابل للإنفاذ.

يخفق تحليل دوركين عند عقبة مماثلة لتلك التي أطاحت بفكرة سيادة القانون باعتبارها قاعدة للقانون الشرعي: إنه يُهدد بجعل سيادة القانون مثالية

R.M. Dworkin, A Matter of Principle (Harvard University Press, 1985), 11-12.

(8)

زائدة على الحاجة لمثالية أخرى-في هذه الحالة: العدالة-وبالتالي؛ الإخفاق في تلبية قيود التعددية على النحو المناسب. وبالتالي؛ يمكن تنحية سيادة القانون باعتبارها قاعدة للقانون العادل جانباً لأغراضنا في هذا الفصل، تماماً كما وضعنا جانباً في وقت سابق سيادة القانون باعتبارها قاعدة للقانون الصالح أو للقانون الشرعي.

يمكننا الآن أن نبدأ في تقدير الدافع لاعتماد تفسير «رقيق» لسيادة القانون، وهو الذي يتكون من سلسلة من المتطلبات الشكلية والإجرائية. لا تُوجد قائمة نهائية لهذه المتطلبات، ولكن عادةً ما يُقبل ما يلي على أنه من بين هذه المتطلبات:

- (1) إن القوانين مستقبلية وليست رجعية في تأثيرها.
- (2) بشكل عام يمكن لمخاطبيها الامتثال لها.
- (3) أُصدِرَت مسبقاً لأولئك المخاطبين.
- (4) إن معناها واضح بصورة مقبولة.
- (5) إن بعضها متسقٌ مع بعض، بحيث لا يمنع الامتثال لقانون واحد الامتثال للآخرين.
- (6) إنها مستقرة بدرجة كافية بمرور الوقت، بحيث يمكن توجيه الناس بشكلٍ موثوق من خلال معرفتهم بها.
- (7) إن أي أوامر قانونية مُوجهة إلى أفراد أو مواقف مُحددة يُتَحَكَّم فيها وتُبرَّر من خلال قوانين مصوغة بعبارات عامة تفي بالمتطلبات السابقة.
- (8) إن المسؤولين المكلفين بسن القوانين والفصل فيها وتنفيذها يفعلون ذلك وفق معنى هذا الأخير، وأيضاً مع أي قوانين أخرى تحكم أنشطتهم⁽⁹⁾.

(9) Influential formulations of rule of law standards along these lines are to be found in

إنَّ النطاق المحكم لسيادة القانون، والمفهوم بشكل سطحي، يعني أنَّ النظام القانوني يمكنه من حيث المبدأ تلبية مطالبه على الرغم من أوجه القصور فيما يتعلق بالقيم الأخرى، مثل: العدالة، أو حقوق الإنسان، أو الديمقراطية.

في الواقع؛ هذا نتيجة الطريقة التي تُواجه بها قيود التعددية من خلال تفسيرات «رقيقة». من جهة أخرى؛ يتمثل تماسك الرؤية الخفيفة في حقيقة أنَّ متطلباتها الشكلية والإجرائية تشيد بالاستقلالية العقلانية لأولئك الخاضعين للقانون، وهو بُعد حيوي لكرامة الإنسان -أو قيمته الأخلاقية الجوهرية- وذلك لأن سيادة القانون تحترم قدرة الأفراد الخاضعين للقانون على اختيار ومتابعة المسارات عبر الحياة من خلال تقييم الأسباب وتوقع كيف يمكن للقانون أن يتعدى على قراراتهم المحتملة من خلال استيعاب محتوى القانون. كما في الصياغة الدراماتيكية للون فولر: «كل انحراف عن [سيادة القانون] هو إهانة لكرامة الإنسان بصفته وكيلاً مسؤولاً»⁽¹⁰⁾ على الرغم من أنه من المهم أن ندرك في هذا الرأي أن هناك إهانات لكرامة الإنسان -مثل: الفقر أو التعذيب- غير محظورة بسيادة القانون. يستثني الأخير فقط الإهانات التي تنتهك المتطلبات الشكلية والإجرائية التي تمكن القانون من أداء دوره في توجيه الوكلاء العقلانيين.

يمكن إضافة متطلبات أخرى إلى القائمة الواردة في الفقرة السابقة، بشرط أن تكون متسقة مع مضمونها العام: تحديد المتطلبات الإجرائية والشكلية على

L.L.Fuller, *The Morality of Law*, rev. ed. (Yale University Press, 1965), ch. 2; J. Raz, 'The rule of law and its virtue' in *The Authority of Law* (Oxford University Press, 1979), 214-8; J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2011), 270-1; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2018), 119-22; M.J. Radin, 'Reconsidering the rule of law', *Boston University Law Review* 69 (1989) 781.

Fuller, *The Morality of Law*, 162; See also Raz, 'The rule of law and its virtue', 221 (10) and Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 273.

نظام قانوني احتراماً لاستقلالية رعاياه العقلانية. ومع ذلك؛ يجدر التمييز بين المتطلبات المعيارية المجردة ذاتها والترتيبات المؤسسية الخاصة التي قد تكون مفيدة -أو حتى ضرورية- في أي وقت ومكاناً لضمان الوفاء بها. إحدى هذه المؤسسات في المجتمعات المعاصرة هي مهنة قانونية مستقلة، وبعض المساعدة القانونية للمتقاضين هي من أجل ضمان الوصول المناسب لأعضائها إلى خدمات الخبراء.

بالنظر إلى الحاجة الواضحة والحجم الهائل للقانون المطلوب لتنظيم المجتمعات الكبيرة والمعقدة والمتقدمة تقنياً، فمن غير الواقعي للغاية افتراض أن المواطنين العاديين ستتاح لهم الفرصة أو القدرة على اكتساب المعرفة بجميع الأحكام القانونية التفصيلية التي يحتمل أن تنطبق عليهم، يبدو أن هذا يهدد تحقيق الرغبات -كتلك المذكورة أعلاه- التي يبدو أنها مبنية على إمكانية قيام المواطنين العاديين الملتزمين بالقانون بتطبيق هذه المعرفة في ممارسة السبب العملي لتنظيم حياتهم. ومع ذلك؛ قد تُخفف الصعوبة بطرق مختلفة مثل: التأكد من أن محتوى القوانين-وخاصة تلك التي قد يؤدي انتهاكها إلى عقوبات جنائية- لا ينحرف بشكل مفرط عن معايير الحس المشترك للسلوك المعقول، ولكن هناك طريقة أخرى لا تقل أهمية؛ وهي الحفاظ على مجموعة من المهنيين القانونيين الذين قد يعتمد المواطنون العاديون على مشورتهم دون تكبد أعباء مالية باهظة أو غيرها من الأعباء.

يمكن أيضاً العثور على ترتيبات مؤسسية أخرى ضرورية بشكل متكرر أو ذات قيمة في تأمين سيادة القانون، مثل: القضاء المستقل،⁽¹¹⁾ فصل السلطات الحكومية،⁽¹²⁾ أو -بشكل أكثر إثارة للجدل- مؤسسة قوية للملكية الخاصة

A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885) (11) (Macmillan, 1982), 114.

C. Montesquieu, The Spirit of the Laws (1748) (Cambridge University Press, 1989), (12) Bk II, ch. 6.

تحدد نطاقاً من الأشياء يحق للأفراد السيطرة عليها واستبعاد الآخرين⁽¹³⁾.

وتتعلق بعض أكثر النقاشات حيوية حول سيادة القانون بأنواع المؤسسات والممارسات القانونية التي تليها مطالبها على أفضل وجه، على سبيل المثال: ما إذا كان سيُحقَّق ذلك في المقام الأول من خلال سن أنظمة شاملة للقواعد القانونية أو تطور المبادئ القانونية من خلال التراكم التدريجي للقرارات القضائية التي تبلور المعتقدات السائدة بشكل عام حول ما هو عادل (اشتهر بينام بالأولى، في حين غير ف. حايك وجهة النظر بين الطريق إلى العبودية، والقانون، والتشريع، والحرية)⁽¹⁴⁾. من الجدير بالذكر أن نضيف أنه لا يوجد سبب أولي لافتراض وجود أفضل ترتيب مؤسسي لتأمين سيادة القانون.

يمكن أن يؤدي عدم تسجيل هذه النقاط إلى أن تكون سيادة القانون المثالية متساوية بشكل ضيق مع الترتيبات التفصيلية المعمول بها في ولاية قضائية محددة - مثل الولايات المتحدة أو الاتحاد الأوروبي - التي «تُصدَّر» بعد ذلك ببساطة إلى الولايات القضائية التي تفتقر حالياً إلى تلك الترتيبات الدقيقة⁽¹⁵⁾. كما ورد أعلاه؛ تفرض سيادة القانون في المقام الأول متطلبات على أجهزة الحكومة لضمان ألا تكون عملياتها فوق القانون. بالنظر إلى التفاوت الهائل في السلطة الذي يوجد عادةً بين الدولة ورعاياها، فإن هذا التركيز على كبح سلطة الحكومة التعسفية أمر مفهوم تمامًا. ومع ذلك؛ فإن مطالب سيادة القانون تتجاوز مؤسسات الحكومة.

F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1 (University of Chicago Press, 1973), (13) 108-9.

F.A. Hayek, *The Road to Serfdom* (1944) (University of Chicago Press, 1972) and (14) F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1, 116.

(15) وفيما يتصل بالمخاطر التي تحيط بفكرة «تصدير» سيادة القانون عموماً. See T. Ginsburg, 'In defence of imperialism? The rule of law and the state-building project' in J. Fleming (ed.), *Getting to the Rule of Law* (New York University Press, 2011).

يمكن أيضًا أن ينتهك الأفراد سيادة القانون -على سبيل المثال- عندما ينخرطون في أعمال القصاص المدني التي تستبق عمل نظام العدالة الجنائية، أو من قبل الشركات -على سبيل المثال- عندما يرشون المسؤولين من أجل الخروج عن القانون، ولكن أيضًا عندما يفشل هؤلاء الوكلاء في الامتثال لنظام قانوني؛ يكون هو نفسه متوافقًا مع متطلبات سيادة القانون. يؤكد هذا النطاق المعزز لسيادة القانون حقيقة أن تأمينها ليس مجرد مهمة لأخلاق سياسية ضيقة، تستهدف حصريًا المسؤولين والمؤسسات، ولكن أيضًا للأخلاقيات الأوسع التي تحيي مواقف وسلوك الأفراد والجماعات داخل المجتمع عمومًا.

2 فضيلة سيادة القانون:

يشكو أنصار المفاهيم «الكثيفة» لسيادة القانون من أن المفهوم الرسمي الإجرائي الخفيف ضعيف ولا يمكن إقراره، ولذلك، يذكر اللورد بينغهام:

إنّ الدولة التي تقمع أو تضطهد بشراة قطاعات من شعبها؛ لا يمكن أن تُعد في رأي دولة تحترم سيادة القانون، حتى إذا كان نقل الأقلية المضطهدة إلى معسكر الاعتقال أو العرض الإجباري للأطفال من الإناث في سفح الجبل موضوع قوانين مفصلة تسن على النحو الواجب وتُتبع بدقة. وعلى هذا؛ فإنّ التمسك بهذا من شأنه أن يُجرّد -في اعتقادي- «المبدأ الدستوري القائم المتمثل في سيادة القانون»... كثيرًا من فضائله⁽¹⁶⁾.

في نظر أنصار المفهوم الخفيف؛ يبدو اعتراض «بينغهام» أشبه بالإصرار على أن كون المرء في صحة جيدة يجرده من قدر كبير من الفضيلة ما لم تكن لديه أيضًا: المعرفة، والصدقة، والإنجاز، والعديد من العناصر الأخرى لحياة إنسانية طيبة.

Bingham, The Rule of Law, 67.

(16)

هناك قيمة كبيرة للصحة - في حالة من دون مرض أو أنواع مختلفة من الخلل البدني أو النفسي - حتى ولو لم يكن هذا بالضرورة يجلب معه جوانب أخرى من الرفاهية. فما السبب الذي دفعنا به «بينغهام» إلى افتراض أن التفسير الخفيف لسيادة القانون أكثر ضآلة مما ينبغي، باستثناء سبب اللجوء إلى السؤال الذي يجعل من الممكن جعلها أكثر جاذبية من خلال تصنيف قيم أخرى داخلها؟ فما دما نقبل سيادة القانون بصفاتها فضيلة قانونية من بين فضائل أخرى؛ فإن هذا من الممكن دائماً أن يتحسن حين تضم معه قيمة أخرى، ولكن هذا لن يبرر لنا حين نخلص إلى أن القيمة الأخيرة تشكل حقاً جانباً من جوانب سيادة القانون. ويلزم تقديم أساس مبدئي لرسم خط بين القيم التي تشملها سيادة القانون التي لا يشملها، وهو أساس يحترم رغبة التعددية والتماسك⁽¹⁷⁾.

في غياب هذا الأمر؛ فإننا نخاطر بفقدان المزايا المهمة لوجهة النظر الخفيفة؛ من جهة الاتساق النظري للتفسير الموحد لسبب عدم وجود سوى المتطلبات الرسمية - الإجرائية المدرجة في إطار سيادة القانون - ومن جهة أخرى؛ فإن الفائدة العملية المترتبة على القدرة على تقديم الحجة تكون لصالح سيادة القانون - وخاصة لصالح المجتمعات التي لا تقبلها بالفعل أو المرتابة فيها - دون أن تثقل كاهل الدفاع عن القيم الإضافية الأكثر تطلباً - مثل: حقوق الإنسان أو الديمقراطية - باعتبارها جزءاً من صفقة ديمقراطية ليبرالية واحدة.

ومع ذلك، فقد يُسلم المرء بأن بعض المدافعين عن وجهة النظر الخفيفة كانوا مبالغين في حماسهم بعض الشيء في الإصرار على توافق سيادة القانون مع عيوب أخلاقية خطيرة في نظام قانوني. والواقع أن بعضهم لا ينظرون إلى سيادة

(17) وفي هذا الصدد، وصف بينغهام سيادة القانون بأنه «أقرب إلى دين علماني عالمي»، وهو ما يشير إلى مثالية قانونية شاملة، وليس مبدأ يلي القيد المتمثل في التعددية.

القانون بوصفها فضيلة أخلاقية، بل بوصفها أداة مُحايدة أخلاقياً لتحقيق مجموعة متنوعة من الأهداف - أشبه بسكين حادة، يمكن أن تحول من هدف أخلاقي إلى غير أخلاقي⁽¹⁸⁾ - ولا يقل عن هدف خدمة غايات الأنظمة القانونية القمعية والأهداف القانونية المناسبة. ووفق وجهة النظر هذه، فإن سيادة القانون إحدى فضائل القانون - بل إنها في واقع الأمر الميزة الخاصة بالقانون، حيث يمكن الامتثال للقانون: القانون من أداء وظيفته الأساسية في توجيه العمل - ولكنها ليست فضيلة أخلاقية بطبيعته⁽¹⁹⁾. ولكن يمكن القول بأن هذا يذهب بعيداً جداً ويولّد طبيعة الحال نوعاً من ردود الفعل السلبية التي تجسدها الفقرة التي قدمها بينغهام. ومن شأن تفصيل أكثر دقة للتفسير الخفيف لسيادة القانون أن يؤكد على أنه - هو ذاته - يتمتع بقيمة أخلاقية كبيرة، وأن له صلات وثيقة بقيم أخرى مهمة، مثل: حقوق الإنسان، والديمقراطية، وعلى هذا لم يفهم على النحو اللائق بوصفه مجرد أداة تنظيمية لا تختلف في جوهرها عن الأنظمة النزيهة والقمعية. ويعد هذا النهج بحل قدر كبير من الاعتراض الذي تبناه بينغهام.

وكما جرى التنويه سابقاً، فإن القيمة الأساسية التي تؤمنها المتطلبات الرسمية الإجرائية لسيادة القانون هي الاحترام الواجب للاستقلال الرشيد للبشر. فالبشر يملكون القدرة على فهم الأسباب المعيارية لمختلف مسارات السلوك وعلى التوصل إلى اتخاذ القرارات في ضوء تقييمهم للتوازن العام لهذه الأسباب. هذه قدرة فريدة موجودة بين البشر - بالتأكيد في مجالاتها العليا - حيث تنطوي على التداول حول أنماط الحياة الكاملة وتصورات عن الخير، وهي

(18) Raz, 'The rule of law and its virtue', 225-6.

(19) ومن هنا يذهب راز إلى أن: «نظام قانوني غير ديمقراطي يقوم على: إنكار حقوق الإنسان، والفقر المدقع، والفصل العنصري، والتفاوت الجنسي، والاضطهاد الديني قد يتوافق من حيث المبدأ مع متطلبات سيادة القانون بشكل أفضل من أي نظام من الأنظمة القانونية في الديمقراطيات الغربية الأكثر استنارة».

"The rule of law and its virtue", 211

تعتمد اعتمادًا كبيرًا على القدرة -التي مكنها منها اكتساب اللغة- على الاعتماد على مخزن للمفاهيم في صياغة الأفكار والتواصل والطعن فيها بشأن أسباب العمل. وفي السعي إلى تنظيم عملية اتخاذ القرار بشأن رعاياه؛ يجب على النظام القانوني أن يحترم قدرتنا على التداول العقلاني من خلال الالتزام بالمتطلبات الإجرائية والرسمية لسيادة القانون، وذلك لأنه بهذا يتعامل مع هذه المواضيع بوصفها عوامل عقلانية قبل لحظة اتخاذ القرار، وتزويدهم بمدخلات إضافية من أسباب أخرى - مصبوبة في هيئة قواعد قانونية - يمكنهم الاستفادة منها في مداولاتهم.

يمكن زيادة توضيح قيمة هذا الاحترام للحكم الذاتي الرشيد من حيث قيمة الحرية، أو الضمان الذي تتيحه بيئة اجتماعية يمكن التنبؤ بها على الرغم من ضرورة توخي الحذر في كلا الحالين، لذا -فعلى سبيل المثال- على الرغم من أنّ سيادة القانون تشكل بكل تأكيد حاجزًا أمام أنواع محددة من التدخل التعسفي من قبل الدولة في حياة رعاياها -شكل من أشكال احترام الحرية السلبية- فإنها لا تستنفد بأي حال من الأحوال جميع جوانب الأبعاد القانونية السياسية للحرية، ومن بينها سبل الحماية الأخرى للحرية السلبية، مثل: حظر التعذيب، وكذلك التدابير الإيجابية التي ينبغي أن تتخذها الدولة لتعزيز الاستقلال الشخصي، بما في ذلك تقديم: التعليم، أو الرعاية الصحية، أو الممارسات الثقافية القيمة⁽²⁰⁾. على النقيض من ذلك، يمكن بسهولة تفسير

(20) إنّ زعم هايك بأنّ «أي سياسة تهدف إلى تحقيق عدالة موضوعية مثالية التوزيع لا بد أن تؤدي إلى تدمير سيادة القانون» يبدو مدانًا باستيراد تفسير كامل (وقابل للنقاش) للحرية إلى سيادة القانون، وهو تفسير يتجاوز قائمة الرغبات الرسمية الثماني ويصر على أن محتوى القواعد القانونية يجب أن يكون أيضًا «رسميًا»، أي: لا يجسد خيارًا بين غايات أو أشخاص محددين،

See The Road to Serfdom, 78, 82. For criticism, see Sunstein, Legal Reasoning and Political Conflict, 136-8.

القدرة على التنبؤ على أنها أساس غير مبرر لسيادة القانون؛ لأن ما يتطلبه هذا الأخير ليس مجرد أن يكون تدخل القانون في حياتنا متوقعًا، بل أن يكون متوقعًا بطريقة محددة، أي: إنَّ التدخل يجسد احترام طبيعتنا العقلانية الذي يظهره التمسك بمتطلباته الرسمية الإجرائية.

التنبؤات بالعواقب القانونية المترتبة على العمل بقراراتنا التي تُتخذ على أساس امتثال القانون لسيادة القانون؛ هي بالتالي تختلف تمام الاختلاف عن قدرة الكلب على التنبؤ بموعد ضربه من قبل صاحبه⁽²¹⁾.

عندما يتصرف المسؤولون استنادًا إلى تخوفهم العقلاني من القواعد القانونية - والمواطنون العاديون قادرون على توقع الكيفية التي قد يتمكن بها المسؤولون من المساس بأنشطتهم من خلال فهم مماثل لتلك القواعد ذاتها- سيكون هناك تأمين شكلٍ قيمٍ متميزٍ من أشكال القدرة على التنبؤ؛ يستند إلى عملية متبادلة ذات طابع رشيد يملكها المسؤولون والمواطنون على حدٍ سواء.

تُظهر القيمة المتأصلة لسيادة القانون - باعتبارها طريقة لاحترام الاستقلالية العقلانية- خطأ تصورهما من منظور أداتيٍّ بحت، مع كون قيمته الأخلاقية هي وظيفة قيمة الغايات القانونية التي يجب أن يخدمها، وهذا يسمح بإمكانية نشر متطلبات سيادة القانون بواسطة نظامًا قانونيًا شرير باعتباره وسيلة فعالة لتحقيق أهدافه. وإلى هذا الحد؛ فقد ننظر إلى سيادة القانون بوصفها مماثلة للفضيلة الشخصية المتمثلة في الشجاعة.

يمكن أن يكون الأفراد الصالحون والسيئون على حدٍ سواء شجعانًا، ولكن هذا لا ينفي أن الشجاعة هي فضيلة أخلاقية، أو أن قيمة إظهار هذه الشجاعة حساسة لقيمة الأهداف التي تستخدم في السعي إليها في أي مناسبة محددة.

The reference here is to Jeremy Bentham's critique of 'dog law' made by 'Judge & (21) Co', see J. Bentham, Of Laws in General, Ed. H.L.A. Hart (Athlone Press, 1970), 152-3 and 184ff.

ولو قُدر وجود هدف شنيع بالقدر الكافي، مثل: ارتكاب هجوم إرهابي؛ فقد نتجنب الكلام عن الشجاعة أو إلحاق أي قيمة أخلاقية لمواجهة الخطر الذي يتجلى في تحقيق هذا الهدف، وبالمثل: قد يكون ذلك الامتثال الدقيق لسيادة القانون في سياق معسكر الموت -إذا كُننا على استعداد للاستمتاع بمثل هذا المثال الخيالي تمامًا- يفتقر إلى أي قيمة أخلاقية تعويضية على الإطلاق. باختصار، سيادة القانون لها قيمة أخلاقية جوهرية تكون -بطرق معقدة- مشروطة بقيمة الأهداف التي يسعى القانون أو النظام القانوني إلى تحقيقها؛ إنها ليست مجرد أداة محايدة أخلاقياً لتحقيق تلك الأهداف⁽²²⁾.

يمكن تعزيز هذه النقاط حول القيمة الأخلاقية المتأصلة لسيادة القانون من خلال تتبع بعض الروابط التي تحملها لقيم أخرى، مثل: حقوق الإنسان والديمقراطية. هناك فائدة محدودة -على سبيل المثال- في تكريس حقوق الإنسان في القانون، أو في إنشاء القوانين بالوسائل الديمقراطية بشكل عام إذا فشل المسؤولون القانونيون في تطبيق هذه القوانين بانتظام بشكل غير متحيز وفق معناها الحقيقي. بصرف النظر عن هذه النقطة الحاسمة إلى حد كبير؛ فإن سيادة القانون تحمل المزيد من الروابط التأسيسية لحقوق الإنسان والديمقراطية. كما هو معروف تمامًا، فإن حقوق الإنسان من حيث الأخلاق غالبًا ما لا تكون محددة جيدًا فيما يتعلق بكل من محتوى الواجبات المرتبطة بها وإسناد هذه الواجبات إلى مسؤولين معينين عنها. غالبًا ما تكون هناك حاجة إلى القانون لسد هذه الثغرات التي خلفها التفكير الأخلاقي الخالص حول حقوق الإنسان.

يساعد الامتثال لمتطلبات سيادة القانون في تحديد محتوى واجبات حقوق

(22) للاطلاع على دفاع عن الادعاء بأن سيادة القانون قيمة جوهرية مشروطة، فضلًا عن كونها قيمة مفيدة.

See C.M. Murphy, 'Lon Fuller and the moral value of the rule of law', Law and Philosophy 24 (2005), 239-62.

الإنسان وتخصيصها للمسؤولين بطريقة فعالة، ويمكن الدفاع عنها أخلاقياً عبر القانون. ومن بين القوانين التي تنطبق عليها هذه النقطة؛ القوانين التي تهدف إلى ضمان الحق في المشاركة السياسية الديمقراطية؛ مثل: القوانين التي تحدد شروط الأهلية للتصويت أو الترشح للانتخابات، وعلاوة على ذلك: فإنَّ بعض مطالب سيادة القانون تشكل حقوق الإنسان. ومن أبرز هذه المطالب؛ الحق في عدم المعاقبة على فعلٍ لم يكن محظوراً جنائياً وقت فعل المتهم. وفي هذا الصدد -على الرغم من أنَّ سيادة القانون متوافقة مع العديد من انتهاكات حقوق الإنسان- فمن غير الصحيح التأكيد على أنها متوافقة معها جميعاً.

ومع وجود هذه الملاحظات؛ فمن المشكوك فيه أنَّ الأنظمة المعتدلة أو العادلة عموماً لا تتمتع بصلةٍ أكبر نحو الانضمام إلى سيادة القانون مقارنة بالأنظمة الاستبدادية، بالنظر إلى أنَّ سيادة القانون ليست مجرد قائمة من الرغبات التي تُعد تقنيات فعالة لتحقيق الأهداف الحكومية من أي نوع، ولكنها -بدلاً من ذلك- تجسد خيطاً واحداً من احترام كرامة الإنسان، يبدو من المرجح أنَّ الدولة المتوافقة مع هذه الاعتبارات ستكون -مع افتراض ثبات باقي المتغيرات- ملتزمة بسيادة القانون، وأنَّ تمتد عملها بالطرق المناسبة، وتلتزم بمطالبها عندما تتوافر وسائل أخرى أكثر ملاءمة لتحقيق أهداف الدولة.

وكما لاحظ جون فينيس:

إنَّ الاستبداد المُخَصَّص لغايات خبيثة ليس لديه سبب مكتفٍ ذاتياً لإخضاع نفسه لنظام العمل المتسق من خلال عمليات القانون المتطلبية، مع التسليم بأن النقطة العقلانية لمثل هذا الانضباط الذاتي هي قيمة المعاملة بـ: المثل، والإنصاف، والاحترام للأشخاص المفترض أن يحترهم الطاغية⁽²³⁾.

وقد تقدم بعضهم الآن إلى أبعد من هذه النقطة ليدعي أن أي نظام

Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 273.

(23)

قانوني-بقدر ما هو حقًا نظامًا قانونيًا- يمثل بالضرورة لسيادة القانون بشكلٍ ما، ويفضل هذا الامتثال؛ فإنَّ له شيئًا من القيمة الأخلاقية، حتى وإن لم تكن شرعية كاملة⁽²⁴⁾. وبالرغم من أنه ليس بدون مصلحة؛ فمن المشكوك فيه أن يكون إجراء تحقيق مفاهيمي في طبيعة القانون أفضل إطار للتعبير عن فهم كامل لسيادة القانون باعتباره قيمة قانونية، ولذلك يمكننا أن نترك هذا التخمين جانبًا، وأن نختم هذا الجزء بملاحظتين:

أولاً: إنَّ الامتثال لسيادة القانون هو مسألة درجة، وليس مسألة إما الكل وإما لا شيء. غالبًا ما يكون النظام القانوني، أو القانون الفردي، أقل مما يمكن تحقيقه بشكل معقول من حيث الامتثال، ولكن من المهم أيضًا الاعتراف بأن سيادة القانون تستلزم المقايضات. المقايضات بين أطرافه الثمانية عندما تتعارض، مثل: ما بين الاستقرار وإمكانية الامتثال، وكذلك عمليات المقايضات التي يقوم بها أولئك الذين يرغبون في مواجهة رغبات أخرى، مثل: الديمقراطية أو العدالة⁽²⁵⁾. ربما لا يمكن تجنب مثل هذه المقايضات، ومن ثم؛ فإنها تستلزم دون الحد الأقصى من الامتثال لسيادة القانون. ومن الطبيعي أن يختلف مدى هذا الأمر من مجتمعٍ إلى آخر، حسب ظروفهم الفردية.

ثانيًا: تختلف الأسباب الأخلاقية للامتثال لسيادة القانون اختلافًا كبيرًا في طابعها.

وعلى الرغم من أنَّ سيادة القانون تُعد مطلبًا للعدالة⁽²⁶⁾ إذا ما أخذنا تفسيرًا دقيقًا للعدالة على أنها مسألة حقوق فردية، إذًا؛ لن تكون جميع

A key issue in the Hart/Fuller debate: H.L.A. Hart, 'Positivism and the separation of law and morals', Harvard Law Review 71 (1958), 593-629 and L.L. Fuller, 'Positivism and fidelity to law - a reply to Professor Hart', Harvard Law Review 71 (1958), 630-72.

Fuller, *The Morality of Law*, 44-6. (25)

Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 273. (26)

الانحرافات عن سيادة القانون انتهاكات للحقوق. قد تكون بعضها انتهاكات للواجبات المنقوصة الموجهة نحو تعزيز وصون المنافع المشتركة التي لا يستطيع أحد أن يدعي أنه يتمتع بحق فردي بها.

قد يكون بعضهم وربما معظمهم،⁽²⁷⁾ قاصراً عن التطلعات المثالية التي تجسدها سيادة القانون. لذلك -على سبيل المثال- من الرائع أن يسعى المشرعون للوصول إلى مستويات من الوضوح وإمكانية الوصول في اللغة القانونية التي تتجاوز أي شيء يحق للمواطنين المطالبة به، أو أي شيء يجب على المشرعين تأمينه؛ بمعنى أنه يمكن لومهم بحق حيث فشلوا في القيام بذلك. وبهذه الطريقة؛ فإن سيادة القانون هي مثالية زائدة قد نطمح إليها وليست فقط مسألة عدالة أو واجب.

3. التحديات والحدود:

بدأنا بملاحظة أن سيادة القانون قد حظيت بدعم كبير من مختلف الأوساط الإيديولوجية عبر التاريخ، لكن لديها أيضاً أعداء أشداء، مثل: الماركسيين الذين ينظرون إلى مطالبها الشكلية والإجرائية على أنها واجهة يمكن أن يزدهر من خلالها الاستغلال والاضطهاد الطبقي دونما إزعاج. الاختلافات عميقة هنا، ولكن أحد الردود التي يمكن أن يقدمها مؤيد المفهوم الخفيف هو أن سيادة القانون مجرد فضيلة قانونية من بين فضائل أخرى، لذلك ينبغي عدم التعامل معها على أنها كافية بشكل عام لمنح موقف أخلاقي جيد للقانون. ومع ذلك؛ قد يستمر الاعتراض على أنه لا يمكن أبداً صياغة أي مجموعة من القواعد القانونية التي أُصدِرَت مسبقاً، والتي صيغت بشكل عام وطُبِّقَت باستمرار بما يتماشى مع معناها بطريقة تضمن بشكل موثوق النتائج المقبولة أخلاقياً، وبدلاً من ذلك: فإن ما هو مطلوب بشكل مثالي هو ممارسة سياقية

According to Fuller, The Morality of Law, 42-3.

(27)

بدرجة كبيرة للحكم على كل حالة -على حدة- تستند إلى فضيلة غير قابلة للتدوين بطبيعتها من الحكمة العملية. وبوسعنا أن نميز أشكالاً مختلفة من هذا الانتقاد من أفلاطون إلى المنتقدين من أنصار النسوية المعاصرة الذين يُبدون تشككاً في التفكير الأخلاقي والقانوني القائم على القواعد.

المحاولة الأكثر أهمية تاريخياً لمعالجة هذا القلق حول قيود الحكم القائم على القانون هي التي قام بها أرسطو. لقد دعا إلى وضع شكل من أشكال سيادة القانون مع الاعتراف بقيوده، فالتطبيق الصارم للقواعد القانونية العامة التي سُتت مسبقاً يمكن أن يؤدي إلى حالات ظلم في حالات محددة، إما عن طريق السكوت، وإما عدم التحديد في المسألة المتناولة، وإما من خلال المطالبة بشكل إيجابي بنتيجة معيبة أخلاقياً. وهكذا؛ فإن وجود قاعدة قانونية سليمة أخلاقياً عموماً، مثل: قاعدة تقتضي إغلاق بوابات المدينة في منتصف الليل؛ سيؤدي إلى ظلم إذا طُبّق تطبيقاً صارماً في جميع الظروف؛ على سبيل المثال: المطالبة بإغلاق البوابات في وجه جيش مُتراجع يدافع عن المدينة⁽²⁸⁾.

وبالنسبة لأرسطو؛ كانت هذه الظاهرة مُستوطنة في أي نظام قانوني مصوغ في إطار قواعد عامة صدرت مسبقاً وتطبق باستمرار وفق معناها⁽²⁹⁾. وهذا لأن أي مُشرّع -مهما كان دافعه قوياً لتعزيز الصالح العام- يمكنه أن يتوقع، من خلال القواعد القانونية، كل الاحتمالات المستقبلية التي قد تؤثر في التنظيم السليم أخلاقياً لحالات بعينها. ويرجع هذا العجز في المقام الأول إلى عاملين اثنين:

Aquinas, Summa Theologiae, IaIIae.96.6.

(28)

(29) وسيتوقف مدى توطئه -بطبيعة الحال- على نظرية التفسير القانوني التي نعتمدها، وتتراوح هذه بين تلك التي لا تسمح لأي حكم أخلاقي للتأثير في تحديد وجود المعيار القانوني ومحتواه (راز) إلى تلك التي تعد أن أي قرار من هذا القبيل يجب أن يتضمن في نهاية المطاف مثل هذا الحكم بشدة (دوركين).

أولاً: عدم إمكانية التنبؤ بالتطورات المستقبلية التي لا حصر لها -على سبيل المثال- في التكنولوجيا، والتنظيم الاقتصادي، وأنماط الحياة الاجتماعية، وما إلى ذلك، وبالتالي؛ في المجموعة الهائلة من الظروف ذات الأهمية الأخلاقية التي قد تنشأ.

وثانياً: حتى لو كان من الممكن توقع بعض هذه الحالات الطارئة في المستقبل، فهناك حد للمدى الذي يمكن التعامل معه بشكل قانوني من دون وضع قواعد مفصلة إلى الحد الذي يجعلها أدلة غير فعالة إلى حد كبير للعمل، الأمر الذي يشكل استخفافاً بمتطلبات سيادة القانون المتمثلة في التعميم وإمكانية الوصول. ولكن بالنسبة لأرسطو؛ فإن هذا لا يعني رفض سيادة القانون، بل يعني تخفيف ذلك من خلال الإنصاف، حيث يكون القاضي مُرَخَّصاً له بأن ينحرف عن التطبيق الصارم لقاعدة قانونية عامة؛ بغية تجنب ظلم خطير بما فيه الكفاية في حالات محددة⁽³⁰⁾.

والنتيجة هي محاولة تحقيق التوازن بين سيادة القانون والإنصاف على حدٍ سواء؛ استناداً إلى فكرة أنهما وسيلتان لتحقيق العدالة (بالمعنى الواسع للأهداف الأخلاقية الملائمة للقانون)، ومع ضرورة نشر الحكم بشأن الحالات التي يكون فيها الخروج المنصف عن تطبيق القانون «كما ينص على ذلك الشرط (8)» مضموناً⁽³¹⁾.

وتكشف تقاليد الإنصاف -في الفلسفة والمبادئ القانونية على حدٍ سواء- عن بعض الاعتبارات المتعلقة بكيفية موازنة سيادة القانون والإنصاف، بما في ذلك ما يلي⁽³²⁾:

(30) Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1137b26-27.

(31) For discussions of a topic rather neglected in contemporary legal philosophy, see J.R. Lucas, *The Principles of Politics* (Oxford University Press, 1966), 139-43, 212-22; M.C. Nussbaum, 'Equity and mercy', *Philosophy and Public Affairs* 22 (1993), 83-125; and F. Schauer, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (Harvard University Press, 2006), ch. 1.

(32) J. Tasioulas, 'The paradox of equity', *Cambridge Law Journal* 55:3 (1996), 463-6.

- (1) لا يمارَس الإنصاف بصورة مشروعة إلا من قِبَل محكِّمين مأذون لهم رسمياً ووكالات إنفاذ القانون بدلاً من الأفراد الذين يتصرفون من جانب واحد.
- (2) ينبغي أن يسعى الإنصاف إلى تحقيق الغرض الأساسي الحقيقي للقاعدة القانونية حتى وهي تختلف عن شروطها الصارمة.
- (3) ينبغي للأحكام المنصفة أن تتبع الأسباب الأخلاقية الموضوعية للبعد عن القانون، بدلاً من مجرد التعبير عن التفضيليات الذاتية للمحكم.
- (4) وينبغي أن يكون الظلم الذي يعالج بالإنصاف خطيراً بما يكفي لتبرير الانحراف عن شرط سيادة القانون لتطبيق القانون القائم وفق شروطه الصارمة.
- (5) الإنصاف ليس له ما يبرره بسهولة في مجالات القانون والحياة الاجتماعية حيث القيم التي تخدمها سيادة القانون، مثل: القدرة على التنبؤ - لها وزن كبير بشكل خاص - وتميل الاختلافات في الحقائق البارزة إلى أن تكون أقل تواتراً، على سبيل المثال: السياقات التجارية والجنائية، في مقابل المجالات الأخرى التي ربما لا تمثل هذه السمات بالقدر نفسه، مثل: الخلافات بين أفراد الأسرة.
- (6) الانحرافات المنصفة عن القانون التي تكون مُتساهلة في الواقع - لا سيما في سياق القانون الجنائي - يمكن تبريرها بسهولة أكبر من تلك التي تؤدي إلى تفاقم وضع الأطراف بموجب القانون الحالي⁽³³⁾.

(33) إنَّ التقدير المنصف - كما نُوقش هنا - هو شكل من أشكال صنع القرارات غير التشريعية؛ إنَّ الحكم الأخلاقي الذي يصحح القانون القائم لا يتحول - هو ذاته - إلى قانون جديد يضيف إلى القانون القائم أو يعدله. ومع ذلك؛ فإنَّ ممارسة الإنصاف أدت تاريخياً إلى صياغة مبادئ ومذاهب من شأنها أن تكتسب قوة قانونية. ولكن في صياغة هذه الاعتبارات المنصفة في هيئة قواعد قانونية، ينشأ الخطر المتمثل في تطبيقها عملياً على النحو الذي يفضي إلى الظلم في حالة بعينها. وهي الظاهرة التي يُطلق عليها «انحطاط الإنصاف».

see H. Maine, *Ancient Law*, new. ed. (London, 1930), 73-5 and R. Pound, 'The decadence of equity', *Columbia Law Review* (1905) 25.

ولكن، حتى لو نحينا جانبًا الهجمات العامة على سيادة القانون التي تهجم لها تقاليد الإنصاف موارد للرد عليها، فقد نختم بالإشارة إلى تحديين رئيسيين يواجهان سيادة القانون في العالم المعاصر: الابتكار التقني وتدويل الحكم⁽³⁴⁾.

وينشأ التحدي الأول من ظهور أشكال مُتزايدة من التطور التكنولوجي، ولا سيما تكنولوجيا الحاسوب المرتبطة بالتطورات في الذكاء الاصطناعي وعلم الروبوتات.

وهناك إغراء مفهوم لتسخير هذه القدرات التكنولوجية المتزايدة على النهوض ليس فقط بسيادة القانون، بل أيضًا بأهداف اجتماعية قيمة أخرى، مثل: الرخاء الاقتصادي، والديمقراطية، والصحة العامة، والأمن.

فالبشر في نهاية المطاف كائنات غير معصومة، ويمتد انعدام العصمة من الخطأ إلى الامتثال لسيادة القانون. فعلى سبيل المثال: وجدت البحوث أن طول مدة الأحكام التي يفرضها القضاة يتوقف على الوقت من اليوم وما إذا كانوا جائعين⁽³⁵⁾. ومع ذلك، فإن هذه الحلول التكنولوجية قد تُلحق ضررًا بالغًا بهذه القيم ذاتها.

من بين المشكلات التي تواجه هذه التقنيات؛ أنها كثيرًا ما تُعاني عيوبًا أثناء تشغيلها. فعلى سبيل المثال: تبين أن نظم الذكاء الاصطناعي المستخدمة في صنع القرار في مختلف المجالات من التأمين إلى الشرطة تعمل على أساس خوارزميات تكرر وتضخم التحيزات البشرية القائمة ضد النساء

(34) بطبيعة الحال، هناك العديد من التحديات التي يمكن مناقشتها هنا، بما في ذلك إقرار سيادة القانون بمستويات عالية من السلطة البيروقراطية التقديرية الضمنية في الدولة الإدارية الحديثة،

see e.g., R.A. Epstein, *Design for Liberty: Private Property, Public Administration, and the Rule of Law* (Harvard University Press, 2011).

S. Danziger, J. Levav and L. Avanim-Pesso, 'Extraneous factors in judicial decisions', (35) *Proceedings of the National Academy of Science* 108 (2010), 6889-92.

ومجموعات الأقليات. الأمر الأكثر أهمية هنا هو أن هناك سؤالاً خطيراً حول ما إذا كان من الممكن ترجمة القواعد القانونية بالقدر الكافي إلى قواعد برمجية يمكن استخدامها بالاستعانة بالذكاء الاصطناعي.

وحتى لو كان بوسع المرء أن يفعل ذلك، فإنَّ الخوارزمية الناتجة قد تظل غير قادرة على تسجيل كل الاعتبارات التي لا يمكن التنبؤ بها التي تعتمد على السياق، والتي تنشأ في حالة محددة بشكلٍ كافٍ، ولا سيما تلك التي يمكن أن تؤدي إلى حالة من الإنصاف بسبب الخروج عن التطبيق الصارم للقانون القائم⁽³⁶⁾. ولكن، حتى لو استطعنا تصحيح الأخطاء التشغيلية والقيود؛ لا تزال نواجه تحديات خطيرة. ولنتأمل هنا -على سبيل المثال- أشكال الحكم التكنولوجي التي «تزاحم» مجال حرية الفرد في اختيار ما؛ إذا كان ينبغي له أن يتصرف بطرق محددة أو لا.

وقد يكون هذا إما لأنها تجعل مثل هذه الأشكال من السلوك مُستحيلة بشكل محسوس، وإما لأنها تحد بشكل كبير من الحرية الفعالة للفرد من خلال تقنيات مختلفة، مثل: أساليب التعرف على الوجه، والمراقبة الرقمية، وأساليب عديدة من المراقبة «التنبؤية».

إنَّ مثل هذا التدخل من جانب التكنولوجيا في الحكم يُهدد بتآكل قيمة الكرامة الإنسانية ذاتها التي تشكل جوهر سيادة القانون، وفكرة الإنسان بوصفه عاملاً عقلياً يقوم بشكلٍ مُستقل على تشكيل حياته من خلال خيارات متعاقبة. وبدلاً من ذلك: ينبغي النظر في استخدام الذكاء الاصطناعي للاستعاضة عن صنع القرار الرسمي من قِبَل البشر فيما يتصل بأمور؛ مثل: احتجاز المشتبه بهم، وإصدار حكم على المجرمين المدانين. وربما يتفوق القاضي الروبوت على

F. Pasquale, 'A rule of persons, not machines: the limits of legal automation', (36) University of Maryland Francis King Carey School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2018-08 <http://ssrn.com/abstract=3135549>.

قُضاة البشر العاديين في التطبيق المتسق للقانون ذي الصلة بفضل حصانته من التحيزات والضعف، مثل: التعب أو الجهل اللذين يُبتلى بهما البشر العاديون. وفي هذا الصدد؛ فإنَّ شرط سيادة القانون المتمثل في التطابق بين القانون القائم والإجراءات الرسمية سيتحقق على نحو أفضل .

ولكن ألم يضع شيئًا بالغ الأهمية؛ ذلك النوع من المعاملة بالمثل بين المسؤولين والمواطنين العاديين الذي يتسم به المجتمع الذي يحترم سيادة القانون عندما يخضع البشر «لقرارات» قائمة على الخوارزمية من صنع آلات لا تتقاسم طبيعتها العقلانية المستقلة؟

فهل يكفي إعطاء أولئك الخاضعين لعملية اتخاذ القرار الآلي «الحق في التفسير» من خلال ضمان الشفافية فيما يتعلق بالأساس الخوارزمي للقرار أم أن الأعمال الأعمق لسيادة القانون يتطلب أن يتولاه بشري مثلنا، يمارسون سلطاتهم في الاستقلال العقلائي، ويتحملون المسؤولية عن الحكم الصادر في حالة محددة، مع قُصر الذكاء الاصطناعي على دور مساعدة صانع القرار البشري؟

ومن المسائل المهمة التي نحتاج إلى مواجهتها: كيف يمكن إدماج الابتكارات التكنولوجية في نظام قانوني بطريقة تُعزز سيادة القانون أو على الأقل تحترمها بدلًا من تقويضها؟

الأمر الأكثر جذرية هو أننا سوف نضفي على مواجهة التساؤل حول ما إذا كانت الفوائد التي وعدت بها التقنيات الجديدة - على سبيل المثال: تعزيز الأمن ضد الأوبئة أو الهجمات الإرهابية - تبرر التضحية بالتزامنا بسيادة القانون، وإذا كان الأمر كذلك؛ فإلى أي مدى وتحت أي ظروف؟⁽³⁷⁾

For a helpful discussion of such concerns, see R. Brownsword, 'Technological (37) management and the rule of law', Law, Innovation and Technology 8 (2016), 100-40.

وثمة تحدٍّ آخر مُلِحٌ يتعلق بمدى تطبيق سيادة القانون فيما يتعلق بالأشكال المتزايدة من الحكم الدولي التي ظهرت في نصف القرن الماضي أو نحو ذلك، وذلك إلى حدٍّ كبير؛ استجابة للطابع العالمي المتزايد لكثيرٍ من المشكلات التي تواجه البشر. ولقد أنكر بعضهم أنَّ سيادة القانون تنطبق على المستوى الدولي بأي شكل من الأشكال على نحو مماثل لمكانتها البارزة في المستوى المحلي.

وتتبع هذه الشكوك أحياناً من مفهوم مُفرط في المطالبة بسيادة القانون - على سبيل المثال- بوصفه تجسيداً لمتطلبات الحكم الديمقراطي⁽³⁸⁾.

وقد تشهد هذه الشكوك -دون قصد- على مزايا النظرية الخفيفة لسيادة القانون في تحديد القيمة التي تؤثر في القانون الدولي والتي تختلف عن القيم الأخرى، بما في ذلك الديمقراطية. وأشار آخرون إلى أن تطبيق سيادة القانون على القانون الدولي يتأثر بكون الدول هي الراعي والرعية (بمن فيهم منشئو القانون الدولي)، وأنه بخلاف البشر الأفراد؛ فكرامتهم وحریتهم ليس لها قيمة أخلاقية مطلقة⁽³⁹⁾.

وأخيراً؛ يزعم بعضهم أنَّ هناك تفاوتاً هائلاً في السلطة في المجال الدولي، مُقترناً بعدم وجود آليات تنفيذ مركزية وفعالة، يشكل عقبة منهجية أمام تحقيق سيادة القانون⁽⁴⁰⁾.

ولعل من بين الأمثلة الأكثر فظاعة لهذا القلق؛ أنَّ المدعى عليهم الذين يُمثلون أمام القضاء في جرائم دولية؛ يأتون في غالبيتهم من الجنوب العالمي

J. Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law* (AIL-Pocket, (38) 2014), chs. XI-XII.

J. Waldron, 'Are sovereigns entitled to the benefit of the international rule of law', (39) *European Journal of International Law* 22 (2011), 315-43.

E. Posner, *The Perils of Global Legalism* (University of Chicago Press, 2009). (40)

وليس من الديمقراطيات القوية في شمال الأطلسي، ومثل هذه الحالات لا تُعامل حتمًا على حدٍ سواء⁽⁴¹⁾.

وهناك شكل أكثر اعتدالًا من الشك الذي يرى أنه حتى لو كانت الرغبة في سيادة القانون تنطبق على القانون الدولي، فإنَّ الوزن الذي تتحمّله هذه الدّول لا يقترب كثيرًا من الوزن الذي تمتلكه محليًا؛ لذا: فيما يتعلّق بالقانون الجنائي الدولي على الأقل -على سبيل المثال- في حالة محاكمات الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية فقد وضع أحد المنظرين تخمينات بأنَّ اعتبارات سيادة القانون قد قللت الوزن لسببين:

أولاً: وعلى النقيض من السياق المحلي؛ لا تُوجد دولة عالمية مركزية تحتاج ممارستها التعسفية للقوة الهائلة إلى كبح جماح القانون.

ثانيًا: لأنَّ الجرائم ضد الإنسانية شريرة للغاية إلى الحد الذي يجعل من غير الضروري توجيه إشعار مسبق لمرتكبي الجرائم المحتملين بإمكانية المحاكمة الجنائية والمعاقبة عليها⁽⁴²⁾.

وتُثار هنا أسئلة معقدة بشأن مقايضة الامتثال لسيادة القانون ضد تحقيق العدالة الموضوعية، وبشأن إمكانية تحقيق نظام قانوني دولي على المدى الطويل يظهر قدرًا أكبر من الاحترام لسيادة القانون قد يتطلب بعض الاستعداد لتجاوز مطالبه على المدى القصير.

M. Osiel, 'The demise of international criminal law', *Humanity Journal* (10 June (41) 2014).

D. Luban, 'Fairness to rightness: jurisdiction, legality, and the legitimacy of (42) international criminal law' in S. Besson and J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010), 583-7.

الفصل السابع

العدالة بدون أخلاقيات، هل هي بدعة القرن العشرين؟

أونورا أونيل

لقرون كانت مناقشات العدالة والأخلاق مرتبطة بشكل وثيق في الفكر والثقافة الأوروبية، ولكنها أصبحت الآن مُتباينة ومتشعبة ومثيرة للانزعاج.

فقد كانت التقاليد الأوروبية تنظر إليها بوصفها إسهامًا في تقديم إجابات متميزة، ولكنها موازية للسؤال الكلاسيكي «ما الذي يجب علينا فعله؟»⁽¹⁾. كان يُنظر إلى واجبات العدالة على نطاق واسع بوصفها متطلبات؛ سواء أكانت على الأفراد أم على المؤسسات التي قد تكون مدعومة في العديد من الحالات بالعقوبات القانونية-وغالباً يجب أن تكون كذلك- ويمكن أن تحدد أيضاً في بعض الحالات الحقوق المقابلة.

فالواجبات الأخلاقية يُنظر إليها على نطاقٍ واسعٍ على أنها شروط تفرض على الأفراد، وعلى بعض المؤسسات التي لا تحتاج إلى أن تكون -بل ينبغي

(1) وقد تميزت واجبات العدالة عن الواجبات الأخلاقية بطرق مختلفة في أوقات مختلفة. إنَّ العديد من الفروق الكلاسيكية (مثل: الواجبات الضيقة أو الصارمة مقابل الواجبات الواسعة؛ الواجبات المثالية مقابل الواجبات المنقوصة؛ الواجبات للنفس مقابل الواجبات إلى الآخرين) لا تزال مفيدة، ومع ذلك؛ لن أقول في هذه الورقة إلا القليل عن الصيغ المختلفة لهذه الفروق.

ألا تكون لها في الواقع آراء كثيرة- مدعومة بجزءات قانونية ولا تحدّد الحقوق المقابلة، لكن مع بداية القرن الحادي والعشرين، كانت المزاعم القائلة بأن العدالة والأخلاق هي مجالات واجب متكاملة ومترابطة -على الرغم من أنها لا تزال متأصلة بعمق في اللغات والثقافة الأوروبية- غالبًا ما كانت موضع تساؤل أو تجاهل أو حتى رفض صريح. وكانت هذه تغييرات هائلة، ولم تكن العواقب المترتبة عليها واضحة؛ لذا فإنني أبدأ بتذكير بسيط ببعض التغييرات التي دفعت الكثيرين الآن إلى التّفكير في معايير محددة للعدالة بوصفها معايير أساسية وعالمية، ولكن معايير أخلاقية باعتبارها مخلوقات لثقافات مُحددة أو ذات اختيار أو تفضيل فردي. وسأعلق بعد ذلك على الفجوة المتسعة بين المبررات المقترحة حاليًا لواجبات العدالة والواجبات الأخلاقية، وسأسأل عن مدى اكتمال الفصل وإقناعه، وأنظر فيما إذا كان من الممكن تحقيق العدالة في الواقع دون أخذ الواجبات الأخلاقية ومبرراتها على محمل الجد.

1. الواجبات والحقوق:

كانت المفاهيم الفلسفية والشعبية للعدالة والأخلاق تركز تقليديًا على ما ينبغي لنا أن نفعله، وليس على ما ينبغي لنا أن نتلقاه، وبالتالي: على الواجبات، أو المتطلبات، وليس على الحقوق، أو الاستحقاقات في عمل الآخرين. وفي أوروبا؛ كانت الواجبات أساسية في المناقشة المعيارية منذ العصور القديمة، وقد أدت دورًا كبيرًا في تشكيل المناقشات الدينية والفلسفية والشعبية حول كيفية تشكيل المؤسسات وكيفية حياة الناس.

وقد صيغت واجبات العدالة من منظور الوكلاء، وحددت ما ينبغي أن يفعلوه بعبارات صارمة أو ضيقة نسبيًا يمكن فرضها من حيث المبدأ.

كما حددت بعض واجبات العدالة حقوق الآخرين في اتخاذ إجراءات عادلة من نوع محدد (حيث يشكل ذلك الإجراء عادة جزءًا من علاقة أو معاملة

محددة)؛ وكان آخرون صامتين بشأن الحقوق⁽²⁾. وباستخدام مصطلح حديث؛ قد نميز واجبات العدالة بأنها تُبين ما ينبغي فعله دون أن نؤكد بالضرورة أن بعض أصحاب الحق لهم الحق في القيام بذلك. وكانت الواجبات الأخلاقية -مثل: الإحسان، والولاء، والتحضر، والشجاعة، وغير ذلك كثير- يُنظر إليها بوصفها واجبات واسعة وليست صارمة؛ الأمر الذي ترك للوكلاء قدرًا أعظم من حرية التصرف في الحكم على متى وما إذا كان عليهم أن يتصرفوا، وما مقدار ذلك؟ ولذلك؛ فإن الواجبات الأخلاقية لا تعرف الحقوق المقابلة، وهي توصف أحيانًا بأنها واجبات الفضيلة؛ لأنها تعتمد على الطابع والثقافة، بدلًا من الامتثال للمتطلبات القابلة للإنفاذ. وعلى هذا؛ فقد كان تحولًا كبيرًا في أواخر القرن العشرين حين كان ينظر إلى الحقوق وليس الواجبات بوصفها أساسية للعدالة. فالحقوق يجب أن تكون لها واجبات مقابلة، في حين لا تحتاج الواجبات إلى حقوق مقابلة.

إن المنطق العملي التقليدي الذي ركز على الواجبات؛ قد قدم منظورًا أوسع مما يمكن التوصل إليه من خلال عد الحقوق أساسية.

والواقع أنه بمجرد عد الحقوق أساسية؛ هُمُشت واجبات العدالة التي تفتقر إلى الحقوق المقابلة والواجبات الأخلاقية الأوسع نطاقًا، مما يؤدي إلى إغراء تفضيل التفسيرات الموسعة للحقوق التي يمكن أن تشمل بعض ما كان يمكن أن يكون قد عُطِّي من قَبْلِ باعتبارها واجبات.

(2) فعلى سبيل المثال: لا يمكن أن تكون لواجبات الذات حقوق مقابلة، ولكن بعضها واجبات صارمة أو ضيقة (مثال: واجب عدم الانتحار)، وفي بعض الاعتبارات؛ يمكن أن تكون هناك واجبات عدالة غير مستحقة، ولا يمكن أن يطالب بها أفراد لأنهم لا يتمتعون بحقوق مقابلة.

For some examples see my 'Enactable and enforceable: Kant's criteria for right and virtue', Kant-Studien 107:1 (2016), 111-25.

إنَّ الخطاب المعاصر حول حقوق الإنسان يسمح عادةً بتفسير واجبات العدالة التي تقابلها حقوق الآخرين، ولكنه صامت إزاء جوانب أخرى من العدالة وحول (بقية) الأخلاق. إن بعض المناقشات المعاصرة حول العدالة ترى في هذا أمرًا لا يمثل مشكلة، بل إنها تأمل في أن يؤدي التركيز على الحقوق إلى توسيع أو تعزيز -بدلاً من تقييد- تفسيرات ما ينبغي فعله. ومع ذلك؛ ففي حين أنَّ معاملة الحقوق بوصفها حقوقاً أساسية قد تدعم ادعاءات أقوى بشأن الجزاءات والإنفاذ، فإنَّ المنطق الذي يعامل الواجبات على أنها أساسية من المرجح أن يدعم طائفة أوسع من المطالبات بشأن ما ينبغي عمله؛ لأنه لن يشمل فقط كامل نطاق واجبات العدالة، بل أيضاً واجبات تفتقر إلى الحقوق المقابلة، بما في ذلك الواجبات الأخلاقية.

2. انحذار الخدمة:

وفي السياق الرئيس لهذا التحول الهائل في وجهات النظر بشأن الواجب هناك ظاهرة شهدتها القرن العشرين، ولكن كانت هناك علامات سابقة تشير إلى عدم الارتياح.

كان الواجب لا يزال بارزاً في المناقشات التي دارت حول ما ينبغي فعله في بداية القرن التاسع عشر، عبر طيف من فلسفة إيمانويل كانط؛ كانت العملية المتأخرة إلى فلسفة وردزورث في عام 1805 «قصيدة الواجب»، مع موازنته الواثقة بين الواجب مع الأمر الإلهي:

يا ابنة صوت الرب الصارمة

أيها الواجب! إذا كنت تحبين ذلك الاسم

من كان ضوءاً مرشداً، عصا

تحقق من الأخطاء وعاتب

أنت النصر والقانون

عندما يدب الرعب بسبب المخاوف الفارغة

حرريها من الشهوات الفارغة

ويخمد الصراع المتعب للإنسانية الضعيفة!⁽³⁾

ولكن بحلول منتصف القرن التاسع عشر، كانت مطالبات الواجب سببًا في إثارة حالة من عدم الارتياح من حينٍ إلى آخر، بل وصل إلى العداء. كان بعضهم يخشى تقويض الحقائق اليقينية الأخلاقية والوضوح، في حين أن آخرين كانوا حريصين بشكلٍ إيجابي على خفض مستوى الواجب.

إنّ الخوف يحتل مكانة عليا في نصاب ماثيو آرنولد الحزين إزاء تضاؤل الإيمان المسيحي، وانحسار الواجب:

بحر الإيمان

كان مرة، أيضًا، مليئًا، ومحيطًا بشاطئ الأرض

مسترخٍ كطيات منق لا مع

ولكنني الآن أسمع فقط

هديره الحزين والطويل والمتلاشي

يتراجع إلى نفس

الرياح الليلية، أسفل الحواف الشاسعة الكآبة

والألواح العارية من العالم...

آه أيها الحب، فلنكن صادقين

Cf. William Wordsworth's 1805 'Ode to Duty'.

(3)

بعضنا لبعضٍ! من أجل العالم، الذي يبدو

مُستلقٍ أمامنا كأرض الأحلام

مختلف جدًا، جميل جدًا، جديد تمامًا

ليس فيه فرح ولا حب ولا نور

ولا يقين ولا سلام ولا مساعدة على الألم

ونحن هنا كما على سهل قاتم

اجتاحته أمارات حرب وتولُّ

حيث تشتبك الجيوش الجاهلة ليلاً⁽⁴⁾.

ولكن بعد أقل من ثلاثين عامًا لم يرَ فريدريك نيتشه أي شيء غير

المكسب في القيام بأي عمل بلا واجب:

ما عساه يدمر الإنسان بسرعة أكبر من: (العمل، والتفكير، والشعور بلا

ضرورة داخلية دون أي رغبة شخصية عميقة، وبدون متعة) كأتمتة للواجب؟⁽⁵⁾

وعلى الرغم من أن مواقف كل من آرنولد ونيته إزاء تدهور أداء الواجب

بينهما تتسم بالتباعد؛ فإنهما يريان البديل في هذا تأكيدًا متزايدًا على المعايير

والاهتمامات الشخصية والذاتية.

والواقع أن المزاعم بأن الاختيارات الشخصية والذاتية هي خلف لادعاءات

الواجب؛ اكتسبت قدرًا مذهلاً من الأهمية.

على سبيل المثال: في بداية القرن العشرين، كان كتاب جي. إي. مور:

(المبادئ الأخلاقية⁽⁶⁾) ينتهي بفصل مؤثر إلى حدٍّ مدهش يؤيد رؤية مخصصة

M. Arnold, 'Dover Beach', 1867

(4)

F. Nietzsche, The Antichrist (Alfred A. Knopf, Inc., 1895), Part II.

(5)

G.E. Moore, Principia Ethica (Cambridge University Press, 1903).

(6)

للأخلاقيات تركز على الخبرات الفردية في الجمال، والمتعة، والصدقة
والمعرفة، ولكنها لم تعد تتناول: الأسر، والمؤسسات، والمجتمعات، أو الأمم،
أو عملها، فضلاً عن الواجب.

3. فاصل زمني: الواجب الوطني

غير أن انحدار الواجب كان بطيئاً وغير متكافئ، وحقيقة أن قلة من الكتاب
والمفكرين شكوا في الواجب فإن هذا لا يُقوّض أخلاقيات الواجب في الحياة
اليومية. والواقع أن النداءات المطالبة بالواجب اكتسبت أهمية جديدة عند كثير من
الناس في أثناء الحرب العالمية الأولى، في هيئة إصرار واسع الانتشار -ومتحمس
في بعض الأحيان- على أن الواجب يتطلب الاستعداد للخدمة، وأن تقتل أو تقتل
في سبيل بلدك. بطبيعة الحال: كان أغلب الناس ينظرون إلى الواجب للملك (أو
القيصر) والدولة -بوصفها الوجه العام للواجب- على أنها تُحترم، كما هو الحال
مع واجبات: الرب، والأسرة، والأصدقاء، والجيران، والفقراء.

وبالرغم من ذلك؛ فإن الاعتقاد بأن الواجب الوطني يتمتع بأهمية متميزة -
بل حتى طاغية- انتشر بشكل واسع لمدة وجيزة. ومن الحكمة أن نتذكر
الحماس الذي استقبل به اندلاع الحرب في عام (1914)، ومدى اتساع نطاق
القتل من أجل قضية وطنية، ليس فقط باعتباره واجباً، بل باعتباره واجباً نبيلاً.

حتى إن بعضهم كانوا يمثلون (أو يسيثون تمثيل) الواجب الوطني بوصفه
أخلاق تضحية⁽⁷⁾. وأولئك الذين قُتلوا في الصراع-بما في ذلك المجندون الذين
لم يكن لديهم خيار غير الخدمة-كانوا ينظرون إليهم بوصفهم ضحوا «التضحية

(7) Cf. the pre-war patriotic version of Cecil Spring-Rice's verse (rewritten after 1918 as the Christian hymn 'I Vow To Thee My Country'), which runs: 'I heard my country calling, away across the sea/Across the waste of waters, she calls and calls to me./Her sword is girded at her side, her helmet on her head,/And around her feet are lying the dying and the dead;/I hear the noise of battle, the thunder of her guns;/I haste to thee, my mother, a son among thy sons.'

العظمى». كانت فكرة أن يُقتل شخصٌ ما في سبيل قضيةٍ أو يقتل من أشكال «التضحية بالدم» النبيلة سائدة.

وقد وصف بعض أنصار عيد الفصح (1916) الذين قاموا ضد الحكم البريطاني في إيرلندا، وفقدوا أرواحهم في الهجمات التي نفذوها بأنهم شهداء⁽⁸⁾. ولا تزال هذه المصطلحات شائعة في بعض الأوساط، ولا سيما في الوقت الحاضر في خطاب ما يُسمى: «الدولة الإسلامية». ويدافع الشهداء كلاسيكيا عن قضية نبيلة أو مبدئية، ويقتلهم آخرون لفعل ذلك. وهناك شيء يثير الدهشة حين يوصف أولئك الذين يقتلون أنفسهم لسببٍ ما (مثل: المضربين عن الطعام)، أو الذين يقتلون آخرين لا يشكلون تهديداً لهم لسببٍ ما (مثل: المفجرين الانتحاريين) بأنهم شهداء، ويبدو لي أنّ هذا يشكل دليلاً حياً على تقليد أخلاقي في حالة من الفوضى.

ولم يكن التركيز المبالغ فيه على الواجب الوطني والتضحية في السنوات الأولى من الحرب العالمية الأولى مشتركاً على مستوى العالم، حتى بين هؤلاء القريبين من القضايا الوطنية والمتعاطفين معه. ولقد رفض و.ب. بيتس صراحة في قصيدته أثناء الحرب «طيار إيرلندي يتنبأ بوفاته»، ولكنه أيضاً يضع الخيارات الشخصية للقتال والمجازفة بالحياة في مرتبة أعلى من الواجب للقيام بذلك:

أعرف أنني سأقابل مصيري

في مكانٍ ما بين السحب أعلاه

أولئك الذين أحاربهم لا أكرههم

(8) Disagreement whether the leaders of 1916 should be seen as martyrs has persisted. See recently F. Flanagan, *Remembering the Revolution: Dissent, Culture, Nationalism in the Irish Free State* (Oxford University Press, 2015) and L. Kennedy, *Unhappy the Land: The Most Oppressed People Ever, the Irish?* (Merrion Press, 2016).

أولئك الذين أحرسهم لا أحبهم
بلدي هو كيلتارتان كروس
أبناء وطني، فقراء كيلتارتان
ما عسى أن تودي بهم أي نهاية إلى خسارة
أو تتركهم أكثر سعادة من ذي قبل.
لا القانون ولا الواجب دفعاني للقتال
ولا جماهير الرجال ولا الحشود الهاتفة
دافع فرح وحيد
قاد إلى هذا الصخب في السحب
لقد وازنت كل شيء، واستحضرت في الذهن
بدت السنوات القادمة مضيعة للأنفاس،
إهدار للأنفاس في الأعوام الخالية
وفي موازنة مع هذه الحياة، مع هذا الموت⁽⁹⁾.

لقد كانت الحشود التي هلت في عام (1914) تشعر بخلاف ذلك، ولكن
من غير المستغرب أن يتضاءل الحماس للواجب الوطني بعد أن أثبتت الحرب
أنها أشد وحشية وتدميراً إلى حد الكارثة مما كان متوقعاً، أو حتى متخيلاً.
تصاعد العداء لمفهوم ضيق للواجب العام بوصفه وطنية في زمن الحرب.

وقد أصبح موضوعاً رائداً للعديد من القصائد في الحرب العالمية الأولى،
وهو هدف إي إم فورستر في الأثر الذي أُثِرَ عنه واستشهد به كثيراً: «لو كان

W.B. Yeats 'An Irish Airman Foresees His Death', written in 1918, but not published (9)
until after the war in 1919.

عليّ أن أختار بين خيانة بلدي وخيانة صديقي، فأتمنى أن تكون لدي الشجاعة الكافية لخيانة بلدي»⁽¹⁰⁾.

كان الاعتقاد بأن الولاءات الشخصية والتفضيلات الشخصية أكثر أهمية من الواجب الوطني، وقد تردد صدى هذا الاعتقاد وانتشاره إلى تساؤلات أوسع نطاقاً وانتقاداً لكل الواجبات.

4. تراجع عن التبرير:

بين الحربين، في مستهل الأمر -في دوائر أكاديمية محدودة فقط- نشأ تراجع أكثر تطرفاً عن الواجب. الانتشار الواسع لمذهب المنطقية الوضعية الذي يقطع بأنّ الادعاءات التحليلية التي يمكن التحقق منها تجريبياً فقط هي ادعاءات ذات مغزى، وأنه يجب بالتالي التخلي عن: الأخلاقيات، والجماليات، والميتافيزيقيا، واللاهوت بوصفها «لا معنى له»، وذلك رفضت واجبات العدالة، والواجبات الأخلاقية.

ولم تقدم الوضعية المنطقية حججاً مُقنعة لهذه الادعاءات، وسرعان ما شكك في تلك التي: قدمتها، أو رفضتها، أو صرفتها.

ومع ذلك، فقد انتشر نفوذها من دوائر فلسفية ضيقة في برلين وفيينا، ويرجع هذا جزئياً إلى أن العديد من أنصار هذه الدوائر الأوائل قد طُردوا إلى المنفى في أنحاء العالم، ولكن في حين فشلت الوضعية المنطقية في إثبات أن المزاعم بشأن العدالة أو ما يقارب (بقية) الأخلاق كانت «بلا معنى حرفياً»، فإنها نجحت في نشر عدم اليقين بشأن مبرراتها.

فالعامل دون اعتبار للواجب -ولا سيما بدون اعتبار للعدالة- له تكاليف واضحة. في مواجهة الكوارث الأخرى التي وقعت في الحرب العالمية الثانية؛

E.M. Forster, Two Cheers for Democracy.

(10)

أُتفق على نطاق واسع على أن المعايير العالمية للعدالة مهمة، وينبغي إعادة وضعها، ولكن يجب صياغتها الآن من حيث الحقوق، وليس من حيث الواجبات.

لقد تبنت الدّول الأعضاء في الأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في عام 1948، كما تبنى مجلس أوروبا الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في عام 1950. وترى الوثيقتان أن الحقوق أساسية للعدالة، وتفرقان عن التعاريف السابقة للعدالة بطرق واضحة.

إنّ إعطاء الأولوية للحقوق لا يلغي الواجب؛ لأن الحقوق تتطلب من الآخرين أن يضطلعوا بالواجبات المقابلة ذات الصلة. غير أن الإعلانات لا تحتاج إلى تحديد هذه الواجبات بوضوح، أو منحها وكلاء مختصين، وتصمت إعلانات الحقوق أيضًا عن الواجبات الأخلاقية، وبطبيعة الحال لا تقول شيئًا عن التبرير. وفيما يتعلق ببعض الآراء؛ فإن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليس سوى كلام خطابي أو وعظي، وفي أيامه الأولى كان يوصف أحيانًا بازدراء على أنه يشجع على «بيان الحقوق». ومع ذلك؛ ومع توقيع الدّول على الإعلان، وبعد ذلك على العهدين لعام (1966) اللذين كان المقصود منهما تقديم دعم مؤسسي أكبر لحقوق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ حظيت حقوق الإنسان بدعم السلطة.

إنّ دعم السلطة يقدم تبريرات مشروطة، ولكن فقط لأولئك الذين يقبلون السلطة ذات الصلة. ومع ذلك؛ فمن المرجح أنّ العديد من الذين يقبلون أنّ يُنظر إلى العدالة من حيث الحقوق الفردية لا يرون في الطعون المقدمة إلى السلطة مبررًا كافيًا، وعلى الرغم من الشكوك بشأن أسئلة التبرير الأكثر عمقًا، فإن العديد من الذين يخسرون حقوق الإنسان والقانون الدولي -وعلى نطاق أوسع بسيادة القانون، من خلال التنظيم المفصل والمطالبة بمعايير المساءلة- ربما يتصورون أنّ هناك مبررًا أكثر عمقًا لمعايير حقوق الإنسان يلزم ذلك، بيد

أنها تجد -لأغراض يومية- أن من الضروري-على ما يبدو- أن تكون كافية (أو ربما ملائمة وحسب) للجوء إلى السلطة وتجاهل المطالب المتعلقة بالتبرير الأعمق⁽¹¹⁾.

5. استعادة جزئية:

إن ما ظهر بعد الحرب العالمية الثانية لم يكن نسخة منقحة، أو مستعادة لأخلاقيات الواجب برمتها، أو حتى وصفًا منقحًا لجميع واجبات العدالة. لقد كان التزامًا علنيًا ضيقًا بحقوق محددة للإنسان، ولكن هل هذا كافٍ؟ على الرغم من أن كلاً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمركز الأوروبي لحقوق الإنسان، يبدو أن ظاهرًا كما لو أنهما يطرحان وصفًا لواجبات محددة من العدالة التي هي مجردة بشكل جيد من الافتراضات اللاهوتية والميتافيزيقية المسبقة؛ إلا أن الواقع أقل وضوحًا وأكثر إزعاجًا على أكثر من نحو. وتنشأ بعض الصعوبات الواضحة عندما ينفصل حساب العدالة عن أشكال التبرير الأعمق وعن أي وصف للواجبات الأخلاقية.

أولاً: بما أن الإعلانات والاتفاقيات ليست في إطار تبرير أعمق؛ فمن غير الواضح الوزن المعياري الذي ينبغي أن يربطه بالمعايير التي يعلن عنها. مما لا شك فيه أن التعامل مع الإعلان العالمي والاتفاقية الأوروبية بوصفهما سلطتين

(11) وأرى أن التبريرات الأعمق للمطالبات والمبادئ المعيارية -بما في ذلك تلك التي هي أساسية للعدالة والأخلاق- قابلة للتنفيذ، ولا تحتاج إلى الطعن في التفضيلات الذاتية أو في الاتفاق المشروط أو الافتراضي. بعض المناهج الأرسطية الواسعة النطاق تستدعي مفاهيم الخير للإنسان والمصالح الإنسانية والازدهار، بينما تناشد بعض المناهج الكانطية على نطاق واسع الظروف الضرورية لإمكانية وضع مبادئ ذات نطاق عالمي، ولقد حددت ما أرى أنه يمكن قوله فيما يتصل بالنهج الأخير في:

O. O'Neill, *Constructing Authorities: Reason, Politics and Interpretation in Kant's Philosophy* (Cambridge University Press, 2016).

أساسيتين؛ يعني أنّ حقوق الإنسان من الممكن أن تحظى بالدعم في العديد من السياقات -ولكن ليس كلها- من خلال استحضار هذه الوثائق وحقائق حقيقة أنّ العديد من الدول صدقت عليها. ولكن الجانب السلبي هنا يتلخص في أنّ هذه المبررات «الإيجابية» لها وزن محدود، فهي لا تستطيع أن تقدم الأسباب للدول التي لم تُوقّع على الاتفاقية حتى الآن، وهي تلتزم الصمت بشأن الواجبات التي تفتقر إلى الحقوق المقابلة.

ثانيًا: إنّ الحقوق المعلنة في عام (1948) لا ترتبط بأي بيان واضح بتخصيص الواجبات النظرية اللازمة لوكلاء أكفاء، ويبدو هذا أمرًا غير مُشكل؛ حيث يجب على الجميع أن يتمسكوا بالواجبات المقابلة. الحق في عدم التعرض للتعذيب أو عدم الاسترقاق -على سبيل المثال- يتطلب من الآخرين كلهم أداء الواجبات «السلبية» المقابلة. مهما كانت الواجبات الأخرى التي تدعم حقوق الحرية -بما في ذلك واجبات إنفاذ أو حماية تلك الحقوق- يجب أن تكون من قبل وكلاء محددين بدلًا من جميع الوكلاء، كما يجب أن تكون واجبات «تحقيق» الحقوق الاجتماعية والاقتصادية.

ولا يتضح من الذي يجب عليه أن يفعل ما يلزم ولمن؛ إلا إذا حُصصت هذه الواجبات لوكلاء أكفاء معينين⁽¹²⁾. ولا يؤدي الإعلان عن الحقوق دون تحديد الواجبات المقابلة اللازمة وتخصيصها إلى أصحاب المهام الأكفاء إلى عدم وضوح الإجراءات المطلوبة منهم.

وقد استشهدت صياغة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنّ الواجبات المقابلة تقع على عاتق الدول، ولكنها أشارت أيضًا إلى: الأمم، والدول، والشعوب بطرق مختلفة، وهي تفتقر إلى القدرات المتكاملة اللازمة للعمل

The point has been emphasised for many years. See for example H. Shue, Basic (12) Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy (Princeton University Press, 1980, second edition 1996).

واتخاذ القرارات اللازمة للوكالة، فضلاً عن الاضطلاع بواجبات معقدة لاحترام أو إعمال الحقوق المعلنة.

وليس من المستغرب أن يشتكي بعضهم من أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لم يعلن سوى حقوق البيان العام، وأنه يفتقر إلى التطبيق العملي الواضح على نحو كافٍ. وقد عُولجت هذه الثغرات إلى حد ما في العهدين الدوليين الخاصين بالأمم المتحدة لعام (1966)، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والثقافية اللذين يهدفان إلى إسناد الواجبات ذات الصلة إلى الدول التي صدقت على هذه الوثائق. بيد أن العهود لا تنص في الواقع على الواجبات التي يجب الوفاء بها لضمان حقوق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان للدول الموقعة. بل إنها تنتدب واجبات من الدرجة الثانية لتلك الدول لتخصيص وإنفاذ بعض أنواع الواجبات التي تكفل احترام الحقوق الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي ستدعم إعمال الحقوق في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والثقافية.

على سبيل المثال: تنص المادة (2) من اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية على:

تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد بأن تتخذ -منفردة ومن خلال المساعدة والتعاون الدوليين، ولا سيما على الصعيدين الاقتصادي والتقني- أقصى ما يمكن من مواردها المتاحة؛ بغية تحقيق الأعمال التدريجي للحقوق المعترف بها في هذا العهد بجميع الوسائل المناسبة، إعمالاً كاملاً، بما في ذلك -بصفة خاصة- اعتماد تدابير تشريعية⁽¹³⁾.

"تحقيق الأعمال الكامل تدريجياً... الحقوق... بالوسائل المناسبة كافة:

Article 2 CESCR at http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_cescr.htm.

(13)

«هي مسألة ضمان قيام آخرين غير محددين - أفراد لم يُتعرّف عليهم، ومؤسسات ربما لم توجد (بعد) - بتسريح مجموعة معقدة من الواجبات اللازمة لتأمين تلك الحقوق. فالمادة (2) تقتضي ببساطة من الدّول أن تنشئ المؤسسات وأن تفوض المهام وتُخصصها لضمان عزو بعض المهام المقابلة لضمان توزيع فعال.

وهكذا؛ ففي حين أنّ المناقشات التقليدية بشأن واجبات العدالة ركزت على واجبات الإنسان تجاه الآخرين، فإنّ الحديث عن حقوق الإنسان غير مباشر على نحو مضاعف فيما يتعلق بالمهام، وأشارت إلى واجبات من الدرجة الثانية التي تؤدي إلى تخصيص بعض الواجبات من الدرجة الأولى التي من شأنها -إذا ما لوحظت- أنّ تكفل حقوق الإنسان التي أُعلن عنها. وعلى الرغم من هذا القيد، فإنّ عهد عام (1966م) التي تجاوزت الآن عامها الخمسين؛ كانت تقدماً في المطالبات غير المحددة من قبل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وذهبت بعض الشيء لمعالجة الاتهام بأنّ حقوق الإنسان ليست سوى بيان حقوق. وينبغي النظر إلى حقوق الإنسان على أنها حقوق تقوم الدّول الموقعة عليها (وليس دولاً أخرى) بتعيين واجبات من الدرجة الثانية؛ بهدف ضمان احترام الحقوق أو إعمالها من جانب الذين تُسند إليهم هذه الحقوق.

6. الدّول بوصفها ضامنة للحقوق:

هل كان من المفيد أنّ تخصص واجبات الدرجة الثانية المعقدة للدول؟ قد تكون إحدى الإجابات على هذا التساؤل هو أنّ هذه الفكرة فكرة جيدة، على الأقل في ذلك الوقت؛ لأنّ الدّول وحدها لديها سلطات كافية لضمان احترام وإعمال الحقوق من قبل الآخرين.

قد تكون الإجابة الثانية -والأكثر تشاؤماً- هي أنّ تعيين مهمة ضمان احترام وإعمال كل المؤسسات لحقوق الأقوياء هو ذاته أمر مُشكّل؛ فهو أشبه بتعيين الإشراف لثعالب على قن الدجاج، وثمة مثال على ذلك هو أنّ بعض

الدّول تُعدّ منتهكة رئيسة ومستمرة لحقوق الإنسان. قد يكون الجواب الثالث هو أنّ الحل الذي يستهدفه العهذان قد عفا عليهما الزمن.

كان عام (1966) علامة واضحة على قوة الدّولة، فقد كانت الإمبراطوريات الاستعمارية الغربية آخذة في التفكك؛ وبدا أنّ عالم وستفاليا من الدّول المستقلة آخذ في الظهور، فقد تبين أنّ كلّاً من الدّول القديمة والجديدة كانت لها حدود واضحة المعالم - وكان بعضها يتمتع بها في بعض الأحيان مسبقاً - وكان بوسع بعض هذه الدّول أن تمارس القوة بشكلٍ فعالٍ داخل هذه الحدود، ولكن منذ ذلك الوقت نجحت العولمة في تحويل وإعادة تكوين القوة على النحو الذي يزيد صعوبة ضمان احترام وإعمال حقوق الإنسان بالنسبة للدول.

إنّ عالمنا لا يقتصر على مجموعة من الدّول المارقة والدّول الفاشلة التي لن تتمكن على التوالي من تأمين الحقوق لسكانها، بل إنه عبارة عن عالم من الحدود المليئة بالثغرات، حيث تجد العديد من الدّول قوتها في تأمين الأعمال الكافي للحقوق المقيدة من قِبَل جهات فاعلة قوية غير تابعة لدولة بعينها.

تشير هذه التغييرات إلى أنه قد يكون من الأقل جدوى الآن أنّ تكون الدّول الأطراف في المواثيق الدّولية هي المسؤولة الوحيدة والمحورية عن واجبات الدرجة الثانية لضمان احترام الآخرين وإعمال جميع الحقوق⁽¹⁴⁾.

وعلاوة على ذلك؛ فحتى في الحالات التي يمكن فيها تخصيص واجبات الدرجة الأولى لاحترام وإعمال حقوق الإنسان على نحو فعال لوكلاء مختصين؛ فإنّ الواجبات الأخلاقية قد تكون مهمة أيضاً في إعمال واجبات العدالة. وفي حين أنّ إعلانات الحقوق لا مفر لها من الصمت إزاء الواجبات دون أنّ تكون لها حقوق مقابلة - بما في ذلك الواجبات الأخلاقية - فإنه ليس من الواضح

S. Caney Justice beyond Borders: Global Political Theory (Oxford University Press, (14) 2005); O. O'Neill, Justice across Boundaries: Whose Obligations? (Cambridge University Press, 2016)

على الإطلاق ما إذا كان يمكن تطبيق معايير حقوق الإنسان دون الاعتماد أيضًا على الواجبات الأخلاقية وتعزيزها.

إنّ معاملة الحقوق بدلًا من الواجبات بوصفها أساسية ربما لا تترك العدالة ولا الأخلاق دون تغيير: التكاليف الثقافية المترتبة على إعطاء الأولوية للاستفادة على العمل، والحقوق على بالواجبات، بما في ذلك النظر إلى البشر بوصفهم مطالبين أو ضحايا محتملين، قد يعطي أولوية لا لزوم لها للردود السلبية والتفاعلية، مثل: الاستياء، والحقد، وإلقاء اللوم⁽¹⁵⁾. سأعود للنظر فيما إذا كانت العدالة بدون أخلاقيات عملية وكافية في القسم الثامن.

7. مبررات أعمق لمبادئ العدل:

ومع ذلك؛ فإنّ المشهد المعاصر له أيضًا ملامح مشجعة. من الواضح أنّ التبريرات الأعمق لمبادئ العدالة لم تعد مستحيلة، والحجج الصادرة عن السلطة لا تهيمن على مناقشات العدالة، ففي خمسينيات القرن العشرين كان العديد من النّاس ما زالوا يفترضون أنّ الوضعية المنطقية كانت سببًا في تقويض واجبات العدالة فضلًا عن الواجبات الأخلاقية، وأنّ المزاعم التي تدعي أنّ «الفلسفة السياسية ماتت» كانت شائعة ومناقشتها على نطاق واسع⁽¹⁶⁾.

(15) وبوسعنا أن نجد انتقادات الكتابة الأخلاقية التي تركز بشكلٍ ضيق على هذه الاستجابات والاستجابات المماثلة في فريدريك نيتشه،

The Genealogy of Morals, Part III, Section 15, and more recently in Bernard Williams, Ethics and the Limits of Philosophy,

وغير ذلك من الأعمال التي تسلط الضوء على النّاس بوصفهم ضحايا ومتلقين إلى حدٍ كبير. للاطلاع على التوضيح التاريخي،

see L. Kennedy, Unhappy the Land, 2016.

(16) ويرجع هذا إلى بيتر لاسليت الذي زعم أنّ «الفلسفة السياسية في الوقت الحالي على أي حال قد ماتت» في مقدمة سلسلة الكتب المحررة الأولى، الفلسفة والسياسة والمجتمع (بازل بلاكويل، 1950)، وقد نُوقش الموضوع على نطاق واسع لوضع سنوات.

ولكن الحال تبدلت الآن، ومنذ السبعينيات ازدهرت الفلسفة السياسية من جديد وتقر تفسيرات العدالة، بدءًا بتلك التي اقترحها: جون راولز، وروبرت نوزيك، ويورغن هابرماس، وقد توسعت منذ ذلك الحين وطُورت من قِبَل كثيرين آخرين، تقرر بأهمية تبرير معايير العدالة بدلًا من الاعتماد على الطعون في الإعلانات والمواثيق⁽¹⁷⁾.

ومع ذلك؛ ففي حين أنّ المجموعة الواسعة من الكتابات المعاصرة في الفلسفة السياسية تسعى إلى التبريرات العميقة لواجبات العدالة أكثر مما يمكن أن تتيحه الطعون في سلطة الإعلانات والاتفاقيات؛ فإنّ الكثير منها لا يزال يتجاهل أيضًا مسائل أخلاقية أوسع نطاقًا. وخلافًا للمناقشات السابقة حول الواجب، فإنّ الكثير من الفلسفة السياسية المعاصرة لا تركز إلا على العدالة، ولا تقول شيئًا عن العديد من الواجبات الأخلاقية (الأخرى) التي كانت تشكل تقليديًا جزءًا من الإطار المعياري للمجتمعات الأوروبية. وبالرغم من أن الفلسفة السياسية المعاصرة تتناول جوانب من العدالة تتجاوز معايير حقوق الإنسان، فإن الكثير منها يتجاهل قضايا أخلاقية أوسع نطاقًا.

الواقع: إن الاعتقاد بأننا قادرون على تقديم المبررات الكافية لمبادئ العدالة -ولكن ليس للمبادئ الأخلاقية (الأخرى)- يشكل أهمية مركزية في عمل جون رولز اللاحق.

في مقاله الذي نُشر في عام 1985 تحت عنوان: «العدالة بوصفها إنصافًا سياسيًا لا ميتافيزيقيًا»، وفي كتابه الذي صدر في عام 1993 تحت عنوان: «الليبرالية السياسية»، وفي عددٍ من مقالاته اللاحقة؛ تؤكد هذه بوضوح أن

(17) ومع ذلك، ففي حين أنهم تجنبوا التوسل بالمرجعية، فإنّ المناقشات المعاصرة للعدالة تفترض في كثيرٍ من الأحيان أنّ الاتفاق - أو على الأقل الاتفاق الذي يتم التوصل إليه في ظل شروط محددة- يمكن أن يقدم تبريرًا كافيًا، وهذا ليس بالأمر الواضح؛ فالترتيبات الجائرة تحظى أحيانًا باتفاق واسع النطاق.

التبريرات الأكثر عمقاً من شأنها أن تدعم مبادئ العدالة فقط، ومن غير الممكن أن تمتد إلى مبادئ أخلاقية (أخرى)، كما اقترح في كتابه السابق نظرية العدالة⁽¹⁸⁾. وبالرغم من أن العمل المتأخر الذي قام به رولز لا يختزل العدالة في الحقوق - فلا توجد حقوق فردية تتفق مع مبدأ الاختلاف - فإنه يهدف إلى تبرير مبادئ العدالة فقط. وهو يرفض أشكال الليبرالية الشاملة التي تجادل عن المعايير الأخلاقية والعدالة، لصالح شكل من أشكال الليبرالية السياسية التي تلتزم الصمت فيما يتصل بالواجبات الأخلاقية.

وهناك تركيز مماثل على العدالة بدون روابط وثيقة بالأخلاقيات يمكن أن يلاحظ في عمل بعض المُسهِّمين الرئيسيين الآخرين في الفلسفة السياسية المعاصرة. يرسخ هابرماس صراحة الحجج المبررة في إمكانية التوصل إلى اتفاق عبر خطاب عام شامل، بينما تدعم حجج نوزيك التحررية مجالاً خاصاً أقصى يُنظر فيه إلى خيارات الأفراد وتفضيلاتهم على أنها حاسمة لقد ساق أهل الاقتصاد الكلاسيكيون الجدد الحجج لصالح استنتاجات مماثلة. إن الكثير من الفلسفة السياسية المتجددة في العقود الأخيرة تركت الواجبات الأخلاقية، وتركت تبرير هذه الواجبات بعيداً.

8. المبررات: المبادئ الأخلاقية

إن فكرة دعم المبررات المعايير السياسية وليس الأخلاقية تتماشى مع بعض المفاهيم الليبرالية للعدالة، حيث إنها تحمي بوضوح الاختيار والتفضيل الفردي، ولكن هذا بعيد عن القصة بالكامل.

لا أحد يعتقد أن اختيار الأفراد لا يهم، أو أن كل الخيارات لا بد أن تكون محمية، ولكن إذا كانت المبررات قد تدعم مبادئ العدالة فقط، فإن

See my 'The method of A Theory of Justice' in O. Hffe, (ed.), John Rawls: Eine (18) Theorie der Gerechtigkeit (Akademie Verlag, 1998), 27-43.

الخيارات الوحيدة التي قد يجد أنصار هذه المبادئ سببًا لانتقادها أو فرض العقوبات عليها، أو منعها؛ ستكون على ما يبدو تلك التي تنتهك بعض متطلبات العدالة، على سبيل المثال: من خلال انتهاك حقوق آخرين، وهو الاستتاج الذي يُرحَّب به الليبراليون التحرريون، ويرون أنه حاسم. ويبدو لي أنه من غير المعقول أن نتصور أن تقديم رواية مقنعة للعدالة يمكن أن يكون غير مُبالٍ بكل ما هو غير عادل، وهناك المزيد على المحك، وبعض الخيارات أكثر قيمة من غيرها.

وكثيرًا ما يحجب هذا الأمر الاستخدام غير الشرعي لمصطلح «القيمة» لوصف أي اختيار أو تفضيل للفرد، وهو ما يجعل من غير الواضح على الإطلاق ما إذا كانت المطالبات التجريبية أو المعيارية على المحك، وحيثما تُقدِّم مزاعم تجريبية بشأن اختيارات أو تفضيلات الأفراد، فلن يكون هناك سبب عام يجعلنا نرى أي شيء (فضلاً عن كل شيء) يختاره أو يفضله الوكلاء قيماً، ذلك أن الكثير الذي يُختار أو يُفضَّل قد يكون عديم القيمة أو سيئاً.

يختار بعض الأفراد إثراء الذات أو التعامل السادي مع الآخرين، ولكن هذا لا يُظهر أن الإثراء الذاتي والسادية قيم، وحقيقة أن بعض الناس يختارونها أو يتابعونها لا تجعلها قيماً؛ فالإشارة إلى أي شيء يختاره الأفراد بوصفه «قيماً» تخلط بين المزاعم التجريبية بشأن التفضيلات والمطالبات المعيارية حول ما هو قيم، وبالتالي، خلط المطالبات الذاتية والأخلاقية.

وسوف تكون ثلاثة أمثلة كافية لتوضيح مثل هذه الالتباسات:

أولاً: يُقال على نطاق واسع: إنَّ الاستقلال الفردي (المفهوم بطرق مختلفة الذي يختلف تمامًا عن تصور كانط لمفهوم الاستقلال) يشكل «قيمة» ليبرالية مهمة، وبالرغم من هذا؛ فإنَّ الاستقلال الفردي من الممكن أن يُستخدم لتبني مبادئ وقرارات بغيضة ومثيرة للإعجاب، وليس من الواضح سبب استحقاق الأمر أن يُجعل قيماً إذا لم يكن هناك تمييز قوي بين الأخلاقي القِيم

والأخلاقي غير المقبول لاستخدامات الاستقلال الذاتي.

ثانياً: إنَّ مناقشة الخيارات والتفضيلات التي يختارها الأفراد تُشكِّل أهمية مركزية في العديد من النظريات الاقتصادية والإيديولوجيات الاستهلاكية. ولكن إذا حُسِبَت التفضيلات الفعلية للأفراد تلقائياً بوصفها «قيماً»؛ فإنَّ الزعم المعياري المستتر وغير المدعوم كان يقدم على أساس مزاعم ذاتية: الترويج للتفضيلات بوصفها قيماً مضللة ببساطة.

ثالثاً: إن المناشدة في الهوية الفردية تتجاهل المصطلحات الأقدم والأكثر دقة التي تميز بين شعور الشخص بالهوية (مسألة ذاتية) وهويتها (ليس مسألة ذاتية). وكثيراً ما تُستخدم هذه الخطوة لاقتراح أنَّ أيّاً ما يختاره الأشخاص، فإنه يعرف «من هم»، ولا بد أن يكون ذا قيمة. هذا يبدو مضللاً.

إنَّ الهوية بالمعنى القديم للمصطلح ربما تكون ثقيلة حقاً، وقد تُحدد مَنْ هو الشخص، ولكنها ليست مسألة اختيار، بل هي في واقع الأمر سبب يعطى عادة للتفكير في أهمية هذه الهوية بالمعنى القديم للمصطلح واستحقاقه الحماية. ومع ذلك؛ فإنَّ حواس الهوية التي يمكن اختيارها أو التخلص منها أقل ثقلاً، ومن الواضح أنها لا تحدد من هو الشخص، كما يتضح من حقيقة اختيارها، وبالتالي؛ يمكن تغييرها. إذا كان بإمكان الأفراد اختيار وتعريف وإعادة تعريف «القيم» و«الهويات»، فسُتبدل الادعاءات الأخلاقية بادعاءات ذاتية.

9. هل يمكن أن تكون لدينا عدالة بلا أخلاق؟

كل من يتصور أنَّ المعايير الأخلاقية -خلافًا لمعايير العدالة- تشكل مسألة اختيار فردي؛ فمن المرجح أن يتصور أنَّ هذه المعايير ومبرراتها -إن وُجِدَت- غير ذات صلة بالعدالة. ولكن يبدو لي أنَّ هذا خطأ؛ فإن التوصل إلى كيفية تحقيق العدالة يتطلب منا أن ننظر إلى معايير أخلاقية أوسع فضلاً عن معايير العدالة. ويتطلب تحقيق معايير العدالة -بما في ذلك أي حقوق تحددتها- أكثر

من مجرد وضع دساتير وقوانين عادلة، وأكثر من مجرد الامتثال للمتطلبات وإنفاذها. والواقع أن متطلبات العدالة سوف تقيد العمل العادل، ولكنها لا تقدم سوى توجيهات غير محددة.

لا يعد الامتثال لهذه المعايير مسألة اتباع تعليمات كاملة للعمل -حتى لو عُرِّزَت الوثائق القانونية بلوائح أكثر تحديداً- واستكمالها بتوجيهات أكثر خطابية ودعمها بأشكال محددة ومتطلبية من المساءلة؛ فإن تكاثر القواعد لا يمكن أبداً أن يحدد بشكل كامل ما ينبغي فعله تماماً -أو لا ينبغي فعله - إذا كان للعدالة أن تحترم وتحقق.

مما لا شك فيه أن تقديم إجراءات أكثر وضوحاً لنشر القواعد وتطبيقها له مكانه، ولا سيما في إجراءات المحاكم والهيئات القضائية، للتحكيم والإدارة. ويمكن أن يساعد القيام بذلك السلطات القائمة في اتخاذ قرار بشأن كيفية المضي قدماً، ويمكن أن يبين ما إذا كانت السلطة المُشكَّلة حسب الأصول قد توصلت إلى قرار باستخدام إجراء مناسب. ولكن على الرغم من أن هذه الإجراءات يمكن أن تخلق نموذجاً يوضح اتباع الإجراءات القانونية الواجبة؛ فإنها لن تكون كافية لتحديد ما إذا كانت القرارات المتخذة أو الإجراءات المتخذة مثالية أو حتى مقبولة في الحالات الفعلية.

إن مبادئ العدالة -مثل: جميع مبادئ العمل- غير محددة، وعدم التحديد يستمر «على طول الطريق». وهذه النقطة ليست جديدة ولا تافهة. وقد أشار كل من كانط وفيتنغنشتاين إلى أن القواعد المعيارية من جميع الأنواع: (المبادئ، والمعايير، والقوانين، واللوائح، والمبادئ التوجيهية) غير كاملة في جوهرها، وأنه لا يمكن القضاء على عدم التحديد بإضافة مزيد من القواعد، والمزيد من المتطلبات، والمزيد من اللوائح التنظيمية، أو المزيد من التوجيهات. وليس هناك سبيل لتوسيع أدوات الحياة المؤسسية التي ستكون صارمة بين الامتثال والمخالفات لكل حالة.

إن محاولة تقديم قواعد أو تعليمات أو توجيهات «كاملة» أمر مستحيل من حيث المبدأ، فضلاً عن كونه مثبطاً للهمم أو محبطاً بالنسبة للذين يفترض أن يسعوا إلى تحقيق هذه الغاية، والذين قد يستنتجون أن حتى الالتزام يتطلب أكثر مما ينبغي، ثم ينتهي بهم الحال إلى التجاهل أو الاستهزاء بالمطالب، أو «التلاعب» بالنظام. هناك بطبيعة الحال استجابة قياسية لهذه النقطة.

سوف يقال: إنَّ هناك حاجة إلى الحكم العملي والحس السليم لصياغة العمل الذي يناسب معايير العدالة في سياقات محددة، ومع ذلك: لا يمكن أن تكون هناك قواعد كاملة - لا خوارزميات - للحكم العملي.

إنَّ الحكم العملي يتلخص في الجمع بين الشعور الواضح بما ينبغي وما يمكن فعله - من المبادئ والقواعد والمعايير التي لا بد من احترامها - وبين إدراك الموقف الذي ينبغي أن يتم فيه العمل، من النتائج التي قد تترتب على مختلف أنواع العمل، ومن نطاق غير محدد من الاعتبارات الأخرى التي تؤثر في العمل في الظروف الفعلية. فعلى سبيل المثال: قد يحتاج الوكلاء أيضاً، في معيشتهم حتى مستويات العدالة، إلى أن يأخذوا في الحسبان إمكانية التنفيذ والنتائج والقدرة على تحمُّل التكاليف والمقبولية الاجتماعية لطرق مُحددة لتنفيذ أو التعايش مع تلك المعايير في المواقف الحقيقية.

ومع ذلك: فإنَّ مراعاة هذه الاعتبارات في سياقات محددة لا يقتصر على الاعتماد على: الحدس، أو التفضيل الفردي، أو الاختيار الذاتي لاختيار طريقة أخرى مفضلة للعمل ليست غير عادلة.

ويستند الحكم العملي أيضاً إلى شبكات معقدة من الاعتبارات الثقافية وغيرها من الاعتبارات، ويمكن الاطلاع عليها من خلال التفاعل والتواصل مع الآخرين الذين يتحسسون تجاه العوامل العملية والثقافية التي تتشكل - هي ذاتها - وفق معايير أخلاقية.

إن مجرد التوافق مع متطلبات العدالة قد يضمن اتخاذ الإجراءات التي تتفق مع «نص القانون»، ولكنها لا تكفي لتقرير كيفية التصرف بشكل عادل.

وبطبيعة الحال؛ لا يمكن للثقافات أن تختار تفسيرات فريدة أو محددة كليًا لأفضل طريقة لسن متطلبات العدالة في حالة معينة، بل تطرح ضوابط تكوينية يمكن أن تدعم النظر في طرق تفسير الحالات ومقترحات العمل والاستجابات بشأنها. وبما أن العمليات الثقافية تفاعلية؛ فإنها تفتح آفاقًا عملية للتدقيق والتحدي من جانب الآخرين وباعتبارات أخرى، وبالتالي للتكيف والاعتدال. ويمكن استخدام الأعراف الثقافية لاستجابات الحالات وللوصول إلى وجهة نظر بشأنها ولتقديم مقترحات للعمل لا تحترم متطلبات العدالة فحسب، بل طائفة أوسع من الاعتبارات⁽¹⁹⁾.

وهي بذلك تستطيع أن تشكل حكمًا يمثل لمبادئ العدالة -ولكنه لا يحدده تمامًا- فهي قادرة على عدم -لا ضمان- التقارب بشأن السبل الممكنة والميسورة والمقبولة اجتماعيًا للعمل والتي تكمن في إطار مطالب العدالة، وبوسعها أن ترفض المقترحات الخاصة بالعمل العادل التي لا يمكن تحقيقها، أو لا يمكن تحملها، والتي لن تحظى بالدعم الكافي، أو التي سوف تفشل بطرق أخرى. فالثقافة المشتركة لا تحتاج فقط إلى تفويض معايير العدالة، أو سيادة القانون، أو الاستقامة المؤسسية، أو التهديد بها، بل يمكنها أيضًا أن تمكن من التقارب بشأن سبل محددة لاحترام مبادئ العدالة التي لا يمكن أن ينص عليها أي قدر إضافي من انتشار القانون والتنظيم والمساءلة.

ومع ذلك؛ هناك مشكلة، فكما أشار العديد من أنصار العدالة، فإن بعض الثقافات والثقافات الفرعية قد تتآكل أو تقوض العدالة.

وقد تكون فاسدة، أو مُدمرة، أو مسببة للشقاق، أو غير نزيهة، وقد تعزز

G. Tett, *The Silo Effect* (Simon & Schuster, 2015).

(19)

المواقف المهينة والقمعية، أو تضر بقدرة من يعيشون أو يعملون في داخلها على المشاركة والتواصل مع الآخرين، بما في ذلك قدرتهم على التفكير والعمل، ولكن الثقافات الأخرى لا تفشل بهذه الطرق.

إنّ التهميش غير المبالي للمعايير الأخلاقية والمبررات الأخلاقية التي أيدتها كل من وجهات النظر الوضعية والذاتية للأخلاقيات - بل حتى المقبولة في بعض الحالات - لا بد أن يشكل تحديًا طوال عقود من الزمان إذا كان لنا أن ندرك متى وكيف ينبغي لنا أن نستخدم المعايير والعمليات الثقافية في صياغة العمل العادل، ولماذا قد تعمل الثقافات والعمليات الأخرى على تعزيز وترسيخ الظلم؟

لذا؛ فإنّ المحاولات الرامية إلى تقسيم المطالبات المعيارية بصورة شاملة إلى تلك التي قد تفرضها أو يجب أن تفرضها مؤسسات وعمليات عادلة، وتلك التي هي ببساطة مسائل اختيار أو تفضيل فردي تحتاج إلى إعادة نظر وتحديث، و(كما أرى) مراجعة. العديد من النسخ من الليبرالية الحديثة - بما في ذلك تلك التي تحظى بشعبية بين بعض مؤيدي حقوق الإنسان، وتلك التي تتبع الكتابات اللاحقة لجون رولز وتتبنى أشكالاً من الليبرالية السياسية (البحثة)، تلك التي تدعو إلى التحررية أو تعتمد فقط على مبادئ الاختيار «العقلاني» - قد وضعت أو تجاهلت مسائل أوسع نطاقاً ذات تبرير أخلاقي، وعاملت المعايير الأخلاقية بوصفها آراء ذاتية أو خاصة دون مبرر أعمق.

ولا يكفي تطبيق وإنفاذ قوانين وتنظيم ونظم مساءلة عادلة لتحقيق العدالة، كما أنّ العدالة تحتاج إلى دعم الثقافات والثقافات الفرعية الجديرة بالثقة والفعالة التي تمكن الذين يسكنونها من تقديم معايير أخرى - بما في ذلك المعايير الأخلاقية - من أن يُضطروا إلى الاضطلاع بمهام فهم ما هو على المحك، ووضع ما ينبغي عليهم فعله. معايير الأمانة والموثوقية، ومعايير السرية والإنصاف، ومعايير الجدارة بالثقة والسرية، والعديد من المعايير الأخلاقية

الأخرى ليست مقطوعة عن العدالة، ولا يمكن الاستعاضة عنها بصياغة أكثر تفصيلاً ل: القانون، والتنظيم، والتوجيه.

من قرن مضى تحول الكثير من الخطاب العام للمجتمعات الليبرالية بعيداً عن الأسئلة الأخلاقية والتبرير الأخلاقي، وافترض أنّ معايير العدالة كما تجسدت في: القانون، والتنظيم، والمساءلة ستكون كافية للمجال العام، في حين يمكن النظر إلى كل شيء آخر على أنه مسألة تفضيل أو اختيار ذاتي. وأعتقد أنّ تقسيم العمل هذا غير كافٍ، إذا كانت العدالة ذات أهمية، فلا يمكننا ألا نكثر بالمعايير الأخلاقية أو بتبريرها.

الفصل الثامن

الحقوق وحقوق الإنسان

جيرمي والدرون

ما الذي يجعل شيئاً ما حقاً من حقوق الإنسان؟ إذا ما انطلقنا من مجال القانون الوضعي، فقد نعرف حقوق الإنسان بصورة أو أخرى عن طريق التمثيل لها، فهي حقوق مُدرجة في بعض المعاهدات والاتفاقيات متعددة الأطراف في القانون الدولي، مثل: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

لا يوجد خطأ في التعريف بالتمثيل؛ حيث لا تتوافر أي طريقة تعريف أخرى لمصطلحات محددة، مثل: أسماء الألوان البسيطة. ولكن «حقوق الإنسان» عبارة معقدة، ويجب علينا أن نتوقع سردية حول مدى تعقيدها، وتبين لنا كيف تعمل المصطلحات التي تحتويها - حقوق، الإنسان - معاً لكي تشكل معناها الحقيقي.

1. الشق الأول: الحقوق:

إنّ حقوق الإنسان هي حقوق، وهذا هو أول شيء يجب علينا أن نشرحه. والحق القانوني هو حكم بهدف للحماية والتقييد في آن واحد. فهو يهدف إلى حماية (أو تعزيز) بعض المصالح الفردية، ويفعل ذلك بفرض واجبات على من يحتمل أن تهدد أفعالهم أو إهمالهم المصالح المعنية.

أعتقد أنّ التوضيح الأكثر فائدة لفكرة الحق يقدمه جوزيف راز، وهو لا يخلو من مشكلات؛ كما أن هناك أطروحات بديلة تؤكد أهمية الفعالية الشخصية والاحترام وليس المصالح⁽¹⁾.

ولكنني أرى أنّ طرح راز مفيد باعتباره نقطة انطلاق؛ لأنه الأكثر شمولاً. يقول راز: «إن التصريح بأن الشخص يملك حقاً» يعني أن مصلحة ذلك الشخص كافية لمطالبة شخص آخر بواجب تجاهه⁽²⁾. قد تكون المصلحة بالغة الأهمية؛ بسبب أهميتها المادية، أو بسبب صلتها بالحرية أو الكرامة. ولا يعتمد طرح راز على أي تصور ضيق للمصلحة بالرغم من أنه يفترض أن المصالح هي اهتمامات فردية. وبالمثل؛ قد ينطوي عنصر الواجب على اشتراط اتخاذ إجراء يخدم المصلحة أو تجنب اتخاذ إجراء ما من شأنه أن يؤثر تأثيراً سلبياً فيها. ومرة أخرى، فإنّ الصياغة مفتوحة. الأمر المهم هنا هو أنّ الحديث عن الحقوق يشكل وسيلة للحديث عن الأسس التي يقوم عليها الواجب: يبني المرء تصريحه بأنّ للشخص حقاً بالإشارة إلى مصلحة تخصه، وإلى الأسباب التي تجعله يؤخذ على محمل الجد⁽³⁾.

وعلى الرغم من هذه المزايا، فإنّ تحليل راز معقد، فإذا كنا نعمل في مجال الحقوق القانونية، فإنّ العلاقات ذات الصلة القائمة على أساس ومبرر مثل هذا يجب أن تفهم على أنها ذات طابع قانوني؛ حيث إنّ المبرر الأخلاقي لا يكفي، فالمبررات المعترف بها في نسيج القانون هي التي تؤدي عملاً قانونياً، لا مجرد عمل سياسي أو أخلاقي.

قد يكون الحديث عن التبرير القانوني منطقياً إذا قبلنا -على حد تعبير

See, for example, F. Kamm, *Intricate Ethics: Rights, Responsibilities, and Permissible Harm* (Oxford University Press, 2006), 237ff. (1)

J. Raz, 'Legal rights', *Oxford Journal of Legal Studies* 4 (1984), 1, at 14. (2)

Ibid., 5. (3)

راز- أنّ القواعد القانونية تتداخل في بعض الأحيان هرمياً في هياكل مبررة،⁽⁴⁾ حيث تبرر بعض القواعد القانونية بعضها الآخر، وقد يكون التبرير مباشراً ومقنعاً؛ بحيث تهيب قاعدة قانونية سبباً حاسماً لإبقاء قاعدة يُفترض أنها صحيحة من الجهة القانونية - وإن لم تكن حقاً كذلك - أي: حتى لو لم يكن المبرر القانوني - هو ذاته - صحيحاً، ومع ذلك؛ فمن المحتمل أن يكون هناك شيء يمكن تعريفه باعتباره مبرراً قانونياً «يهيب سبباً لتغيير القانون حتى يصبح البيان المبرر صحيحاً»⁽⁵⁾. أو يُعد حجة مقنعة في التحكيم لتفسير قاعدة محددة بطريقة ما - وكما قال راز- من أجل تطوير القانون بطرق محددة⁽⁶⁾. فالقانون - على أي حال- لا يشمل القواعد فحسب، بل يشمل أيضاً مبادئ أعمق؛ المقاصد والسياسات المتضمنة في كامل نسيج نظام قانوني محدد⁽⁷⁾.

ومن ثم؛ فإنّ الفهم بأن مصلحة محددة لها أهمية في القانون، وأن هذه الأهمية ترتبط بقاعدة تفرض واجباً يمكن أن يكون مفيداً في تحديد أبعاد الواجب ومختلف الاستثناءات الممكنة إلى ذلك. فالواجب القائم قانوناً على مصالح الفرد قد تكون له معايير مختلفة، ويتفاعل بصورة مختلفة مع الاعتبارات المعيارية الأخرى مع واجب يقوم على تحقيق أقصى قدرٍ من الثروة أو المنفعة العامة على سبيل المثال.

يمكن أيضاً استخدام مثل هذه المعلومات من الجهة الإجرائية لتحديد أشياء، مثل: القدرة على رفع دعوى قضائية أمام محكمة أو المثل أمامها، أو الحق في ذلك، وفيما يتعلق بالواجبات المحددة بهذه الطريقة قد نقول -على سبيل المثال- إن الشخص الذي تكون مصلحته هي أساس الواجب، لديه فقط

Ibid., 6. (4)

Ibid., 11. (5)

Ibid. (6)

The best known account is that of R. Dworkin, 'The model of rules' in his book (7) Taking Rights Seriously (Harvard University Press, 1977), 14, at 22ff.

القدرة على رفع دعوى لإنفاذها لصالحه. لذا؛ فإننا نتحدث عن الحقوق عندما تكون الواجبات مُبررة قانونًا (بهذه الطرق المعقدة) بالإشارة إلى مصالح فردية محددة يتعهد القانون بحمايتها، ونتيجة لذلك؛ فإنَّ الحديث عن الحقوق كثيرًا ما ينطوي على تبيان مُعقد بين الصياغات من حيث الواجبات والصيغ التي تشبه إلى حدٍّ أبعد تحديد المصالح المميزة قانونًا.

وفي بعض الأحيان تحدد الحقوق (وحقوق الإنسان) الواجبات مباشرة، وقد يقولون -على سبيل المثال- لا يجوز إخضاع أحد لـ: التعذيب، أو المعاملة السيئة، أو العقوبة: القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة». (المادة 7,1 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية).

لاحظ أن هذه الصياغة لا تستخدم كلمة «حقوق»، خلافًا -على سبيل المثال- لعبارة: «لكل إنسان الحق الأصيل في الحياة» (المادة 6,1 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية). فالمادة 6,1 لا تخبرنا في ذاتها بالواجبات ذات الصلة، والواقع: إن هذا يحدد حقًا مصلحة بالغة الأهمية، أو على وجه التحديد المصلحة الفردية في عدم التعرض للقتل.

غير أنَّ بعض الواجبات المذكورة في المواد الفرعية التالية من المادة (6)، مثل: «عقوبة الإعدام»؛ لا تُنفَّذ على النساء الحوامل (المادة 6,5 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية)، ولكن الحق المحدد في المادة (6) قد يُستخدم باعتباره أساسًا لاستنتاج واجبات أخرى أكثر تحديدًا أيضًا. وفي أي حكم من الأحكام التي ذكرتها؛ لم يحدد لنا بوضوح مَنْ الذي يؤدي الواجبات الضمنية أو المحددة. هناك بعض الأشياء التي يجب أن تحدث أو لا تحدث، أي: مضمون الواجبات ذات الصلة، وغالبًا ما يكون بوسعنا أن نتوصل إلى استنتاج واضح وصريح فيما يتصل بأصحاب الحقوق.

يقع الواجب المحدد في المادة (6,5) على عاتق من يكون مسؤولًا عن تطبيق نظام العدالة الجنائية في بلدٍ يسمح بعقوبة الإعدام.

ومن المفترض أن يقع الواجب المحدد في المادة (7) على عاتق أي شخص قد يكون في وضع يسمح له بإلحاق التعذيب أو غيره من أشكال المعاملة المحظورة.

ولكن قد يكون هناك أيضًا من يؤدون واجبهم: الأشخاص الذين عليهم واجب التحقيق في ادعاءات التعذيب وتقديم المسؤولين إلى العدالة، وكذلك الأشخاص الذين يدرّبون قوات الشرطة والأمن، ويمكنهم تنظيم الأمور، بحيث يصبح التعذيب أقل احتمالاً⁽⁸⁾. وكثيراً ما يقال: إنّ الحقوق من هذا القبيل هي حقوق ضد الدولة. وهذا أمر منطقي؛ فالدول القومية تمثل رسمياً الأطراف الملزمة بالمعاهدات، مثل: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. ولكن يوجد للدول دور مزدوج أو ثلاثي فيما يتعلق بهذه الحقوق:

أولاً: الدول أو مسؤولو الدول قد يشكلون تهديداً على المصالح التي تحميها هذه الحقوق.

ثانياً: تعد الدول عادةً مسؤولة بشكل أساسي عن الدفاع عن هذه الحقوق وحمايتها من الانتهاك.

ثالثاً: الدول هي الأطراف التي تجعل موافقتها وتصديقها المعاهدة المعنية مصدرًا قانونيًا صحيحًا، ولا يُوجد تناقض هنا؛ فالدول كيانات ضخمة ومعقدة، وهي تنطوي على واجبات متشابكة من أنواع متعددة. والواقع أن مفهوم راز مفيد بشكل خاص في فهم ما يُسمى بـ: «الحقوق الإيجابية أو الاجتماعية الاقتصادية».

وهناك حكم مثل المادة (7,1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وهو في المقام الأول حكم سلبي، فهو ينص على أنه ينبغي عدم

(8) Elsewhere I have referred to these as 'waves of duties' associated with a given right, like the right assumed in Article 7.1 of the ICCPR. See J. Waldron, 'Conflicts of rights', *Ethics* 99 (1989), 503, reprinted in *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991* (Cambridge University Press, 1993).

فعل أشياء محددة. غير أن أحكامًا أخرى تتعلق بالحقوق تفرض شروطًا إيجابية. ولنتأمل هنا المادة (12,1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق: الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية التي تنص على أن الدول الأطراف في هذا العهد تعترف بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى يمكن بلوغه من الصحة البدنية والعقلية. وتتطرق المادة (12) إلى بعض الأمور الخاصة التي يجب فعلها، مثل: خفض معدل وفيات الرضع، وتحسين النظافة الصحية الصناعية، والوقاية من الأمراض الوبائية، وضمان تقديم الخدمات الطبية للجميع.

مما لا شك فيه أن هناك أشياء أخرى أيضًا غير محددة ينبغي فعلها على طريق الرعاية الصحية والصحة العامة، ويمكن أن تُعد المادة (12,1) أساسًا قانونيًا للزعم بأنه ينبغي أن يتم ذلك أيضًا، ولكن على من تقع مسؤولية فعل هذه الأمور أو تقديمها؟ المادة لا تقول. ومع ذلك؛ فمن خلال الالتزام بأهمية الرعاية الصحية، وبإثبات أن هذا الاهتمام ضروري بما فيه الكفاية لتبرير فرض الواجبات، فإن المادة (12) تُعد سببًا يدعونا إلى معرفة من هو في وضع يسمح له بفعل هذه الأمور، والتعرف على من ينبغي أن يكون عليه واجب القيام بها عادة. وبهذا المعنى؛ يكون الحق أمام الواجب، وعلى حدّ تعبير راز؛ فإنّ المرء قد يكون على علم بوجود حقّ من دون أن يعرف من الملزم بفعل الواجبات التي تقوم على هذا الحق⁽⁹⁾.

وقد أخذت أمثلي من معاهدات حقوق الإنسان: أردت أن أوضح الطرق التي تفي بها حقوق الإنسان بالمنطق الأساسي للحقوق، وكيف يساعدنا الفهم لهذا المنطق في استيعاب الأشكال النصية المختلفة التي تقدم بها حقوق الإنسان نفسها⁽¹⁰⁾. لكن كل ما قلته للتو يمكن أن يقال عن الحقوق القانونية

J. Raz, 'On the nature of rights', Mind 93 (1984), 194, at 211. (9)

Here I follow J. Raz, 'Human rights in the emerging world order' in R. Cruft et al. (eds.) Philosophical Foundations of Human Rights (Oxford University Press, 2015), 217, at 219-23 (10)

بشكل عام - وليس فقط عن حقوق الإنسان- وهو ينطبق أيضًا على حقوق الملكية والحقوق الناشئة عن العقود والعلاقات القانونية الأخرى.

والحق في الأملاك في منزل محدد يولد مجموعة قياسية من الواجبات (وحملة المهام) التي تهدف إلى حماية مصلحتي في البيت. ومن واجب (س) أن يمتنع عن الدخول إلى هذا البيت، فإن هذا الأمر يتعلق بمصالح تحميها حقوقي في الملكية يميزها (وتداعياتها) عن واجبات مماثلة تستند إلى سبل أخرى، مثل: الواجب المفروض باعتباره شرطًا لإطلاق سراح مشروط، على سبيل المثال: إن تبرير الواجبات بالإشارة إلى أهمية المصالح الفردية شيء متميز يفعله القانون في المجالات كافة - بعيدًا عن غيرها من الأمور التي يقوم بها - وحين نعتمد المصلحة أساسًا لحقوق الإنسان، فإننا نهتم بهذا النوع من الأمور.

2. الحقوق الفردية:

تشارك حقوق الإنسان الحقوق بجميع أنواعها التزامًا بأهمية مصالح فردية محددة، ونحن نتوقع أن تكون كل القواعد القانونية مُبررة بالإشارة إلى المصالح الاجتماعية عمومًا - وبشكلٍ نفعي غالبًا- في البحث عن أعظم مصالح لأكبر عدد من الناس في المجتمع.

بيد أن الحقوق موضع تساؤل عندما نكون على استعداد للإقرار بشكلٍ ثابت بأن مصلحة شخصٍ واحد فقط كافية لتبرير إلزام الآخرين بواجباتهم. (قد تكون المصلحة أن يشترك كل شخص مع الآخرين، ولكن يظل تشكل الحقوق ليس وليد الأهمية التراكمية لمصالح الجميع، وإنما - وبالطريقة ذاتها بالنسبة للجميع - بسبب النظر لأهمية المصلحة في كل حالة على حدة).

إن الحقوق تعمل على تفويض المصلحة العامة، فهي تُرغم الناس على النظر فيما قد تتطلبه حماية المصالح الفردية، حتى ولو كانت حماية هذه

المصالح لا تعزز المصالح الأعظم للجميع. بطبيعة الحال؛ لا نتعامل مع كل مصلحة فردية بهذه الطريقة، أي: بفضله عن المصلحة العامة ومنحها حماية مخصصة. نحن نختار ونتقي، وهذا هو السبب في أن الحقوق هي فئة خاصة؛ لأنها تحدد نطاق المصالح الفردية التي نحن على استعداد لمنحها الأولوية بهذه الطريقة⁽¹¹⁾.

في العديد من مجالات القانون الخاص؛ يمكن أن تحتفظ كيانات مثل الشركات بالحقوق. ومن الجهة الرسمية، فإن المنطق البنيوي هو ذاته. ونحن نتعامل مع الشركة بوصفها كياناً فردياً أو متميزاً عن المصلحة الاجتماعية الكلية، ونحن نبين عزمنا على تبرير واجباتنا (على الشركات الأخرى وعلى الأفراد الطبيعيين) لإرضاء أو احترام مصالح محددة تحتفظ بها الشركة. والواقع أن

(11) وقد سعى جوزيف راز في عمله اللاحق إلى التوفيق بين الاهتمام بالحقوق، وبين الاهتمام بالمصالح العام، فالحقوق يجب ألا تقف دائماً في علاقة عدائية مع المصالح العام عن طريق وضع فكرة المصلحة الفردية التي تكون لها قوة أخلاقية بصرف النظر عن أثرها في المصالح الأخرى. وفي بعض الأحيان، يكون هذا الأمر قد اهتمَّ به من خلال حقيقة أنّ الحقوق قابلة للتعميم. إذا كان لـ «س» الحق في «ب»، فإن «ص» و «ع» لهم الحق أيضاً، حتى وإذا كانوا في الوقت الحاضر، يتحملون واجبات تتأثر مصالحها بالحقوق. فالحقوق بهذا المعنى هي خير مشترك بين: «س»، و«ص»، و«ع»، لكن «راز» يأخذ هذا الأمر إلى أبعد من ذلك؛ باقتراح -أنه في الحالة العادية- أن السبب وراء الاحتفاظ بمصلحة «س» على قدرٍ كافٍ من الأهمية لتبرير احتفاظ «ص» و«ع» بواجبهم، هو أنّ «ص» و «ع» سيستفيدان عادة من مصلحة «س» التي يتعامل معها بهذه الطريقة.

See J. Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford University Press, 1995), 45ff.

وأنا على يقين من صحة هذا في بعض الحالات، ولكنني لا أتبع راز في الاعتقاد بأنّ هذا ضروري، ويجب أن نكون على استعداد للدفاع عن الحقوق في وقت تكون فيه المصلحة ذات الصلة مهمة بما فيه الكفاية للشخص نفسه، بصرف النظر عن آثار ذلك على مصالح الآخرين.

حقوق الإنسان تشارك في نفس الفردانية البنيوية؛ التمييز بين عناصر فردية من الكل الاجتماعي. ومع ذلك، أعتقد أنه في حالة حقوق الإنسان؛ فإن الفردية جوهرية وليست شكلية فحسب. وحقوق الإنسان هي حقوق يحتفظ بها أشخاص طبيعيون - رجال، ونساء، وأطفال - تُعد بعض مصالحهم الفردية ذات أهمية قصوى حتى عندما تكون متميزة عن الكل الاجتماعي.

إنّ فكرة حقوق الإنسان -بعبارة أخرى- متأصلة في نوع من الفردانية الأخلاقية أو المعيارية التي تعد الفرد البشري أهم كيان موجود في العالم⁽¹²⁾. وعلى نطاق واسع؛ فإن حقوق الإنسان هي حقوق يحتفظ بها أفراد طبيعيون.

والاستثناء الوحيد اللافت للنظر هو وجود حق تقرير المصير في بداية كل معاهدات حقوق الإنسان، ويبدو بالضرورة أن الشعوب هي التي تحتفظ بها وليس الأفراد⁽¹³⁾.

ومن الممكن أيضًا أن يُصنّف هذا الأمر، بحيث يكون حق تقرير المصير الذي يتمتع به شعبٌ ما مشتقًا في نهاية المطاف من حق من حقوق الاستقلال الذاتي يتمتع به أفراد طبيعيون. (ويمكن القول قياساً على ذلك: بأنّ حقوق حرية التعبير في شركة ما يمكن أن تُعامل في نهاية المطاف بوصفها مجرد مجموعة من الحقوق التي يجب على الأفراد الطبيعيين تنظيمها؛ لكي يتكلموا بحرية وبصوت واحد في إطار شركة محددة،⁽¹⁴⁾ ولكن هذا التفسير سيكون مقيدًا. من الأفضل الاعتراف بحق تقرير المصير؛ بوصفه مشاركة للفردية فقط بالمعنى الهيكلي الذي ذكرته سابقًا الذي بموجبه يعامل كل فرد على أنه كيان منفصل ينفصل عن المجتمع الأكبر (في هذه الحالة، عن العالم ككل).

For the varieties of individualism, see S. Lukes, *Individualism* (Basil Blackwell, 1973) (12)

See ICCPR Art. 1.1 and ICESCR Art. 1.1. (13)

Compare the debate about corporate speech in US constitutional law: see *Citizens United v. Federal Election Commission* 558 US 310 (2010). (14)

3. حقوق الإنسان والحقوق الدستورية:

هل تعد الحقوق الواردة في المعاهدات الدولية فقط هي حقوق الإنسان؟ وإذا كان الأمر كذلك، فإن هذه مشكلة؛ لأن أحد الالتزامات التي تقع على عاتق الدول بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية -على سبيل المثال- هي ضمان إدراج أحكام لهذه الحقوق في قوانينها الوطنية.

ففي المادة (2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تتعهد كل دولة ليس فقط باحترام وضمّان الحقوق المعترف بها في هذا العهد لكل الأفراد الموجودين داخل أراضيها والخاضعين لولايتها القضائية، بل أيضًا ضمان هذه الحقوق إذا لم تكن قد نصت على ذلك بالفعل تدابير تشريعية أو تدابير أخرى قائمة -اتخاذ الخطوات اللازمة- وفق عملياتها الدستورية. اعتماد ما قد يلزم من قوانين أو تدابير أخرى لإعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد.

وهذا يعني أنه ينبغي لنا أن نتوقع العثور على حقوق الإنسان في الهيئات القانونية الوطنية أيضًا، بعضها في التشريعات أو في البيانات الدستورية الجديدة المعتمدة عملاً بالمادة (2)، وبعضها قد يكون موجودًا بالفعل قبل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية سنوات عديدة، وأظن أننا قد نقول: إن الحق يغير من طابعه من كونه حقًا من حقوق الإنسان إلى كونه حقًا دستوريًا -على سبيل المثال- عندما يتغير مكانه على هذا النحو. ومع ذلك؛ أعتقد أن هذا سيكون أمرًا مؤسفًا، باعتباره نهجًا للتصنيف؛ ولأن بعض الأنظمة الأساسية التي تنص على أحكام في إطار نظام قانوني لإدارة الحقوق على المستوى الوطني، والتي تنص عليها أيضًا معاهدة دولية لها عناوين، مثل: «قانون حقوق الإنسان»⁽¹⁵⁾. ولا أعني هنا عدم وجود فارق بين الحقوق كما صيغت في القانون الدولي لحقوق الإنسان والحقوق المنصوص عليها في الدساتير الوطنية.

(15) يجول في خاطري القانون البريطاني الذي صدر عام 1998م.

وكثيرًا ما تكون هناك اختلافات كبيرة حتى عندما تكون الأخيرة على غرار الأولى،⁽¹⁶⁾ ولكن هذا لا يعني أنّ المشرعين لا يحاولون تحديد حقوق الإنسان فيما تضمنه موثيقهم الوطنية⁽¹⁷⁾.

4. الشق الثاني: البشر الذين يتمتعون بهذه الحقوق:

يجب علينا الآن أن نركز على «الإنسان» في مجال حقوق الإنسان، والشيء الواضح الذي يمكن قوله هو: أن حقوق الإنسان هي حقوقٌ يتمتع بها الناس بحكم كونهم من البشر، أينما كانوا، أيًا كان مصدر وضعهم كأحكام قانونية، وهي حقوق يفترض أن جميع البشر يملكونها. أعتقد أن هذا صحيح، ويبدو أن أدوات مثل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تجسد هذا الفهم. لقد أصبح العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عالقًا بلغة مثل: «كل إنسان»، و«كل شخص». ويقول التقرير: إن «الجميع» يستحقون هذه الحماية أو تلك، و«لا أحد» يُعامل بهذه الطريقة أو تلك، ولا أحد يستطيع أن ينكر أن بعض الحقوق مشروطة، وتنص المادة (9,3) على الآتي:

ويحضر فورًا إلى القاضي أي شخص يُلقى القبض عليه أو يحتجز بتهمة جنائية، ويحق له أن يحاكم في مدة معقولة، أو أن يفرج عنه، ولكن شرط الاعتقال أو الاحتجاز من الممكن أن يحققه، كما يقول الحكم: «أي شخص»، وينطبق الشرط على كل إنسان ينتمي إلى هذه الفئة. وليس ذلك فحسب؛ بل

For a fine discussion of this 'dual positivisation', see G. Neuman, 'Human rights (16) and constitutional rights: harmony and dissonance', *Stanford Law Review* 55: 203 (2003), 1863.

(17) ولنظرة معاكسة، انظر جيه. راولز، «قانون الشعوب»، (مطبعة جامعة هارفارد، 2001)، 79، التي تميز بشكلٍ حاد بين حقوق الإنسان من جهة، والحقوق الدستورية أو حقوق المواطنة الديمقراطية الليبرالية من جهة أخرى. وسوف تظهر أسباب رأي راولز في القسم 6 من هذا الفصل.

ينص العهد صراحة، في المادة (2,1) على أن الحقوق التي ينص عليها ينبغي أن تطبق على «جميع الأفراد.. دون تمييز من أي نوع، مثل: العرق، واللون، والجنس، واللغة، والدين، أو الرأي السياسي، أو غيره من الآراء، أو الأصل القومي، أو الاجتماعي، أو الملكية، أو المولد، أو أي وضعٍ آخر.

هل يعني هذا أننا أخطأنا عندما قلنا: إنه قد تكون هناك حقوق إنسان في دستور وطني أو في معاهدة حقوق إنسان؟

لا، الأمر ليس كذلك؛ إن الدستور الوطني، مثل: إعلان الحقوق الأمريكية، ينطبق عادة على جميع الأشخاص وليس فقط على مواطني الولايات المتحدة⁽¹⁸⁾.

وتنص المادة (2,1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن تتعهد كل دولة باحترام الحقوق وضمّان احترامها لجميع الأفراد الموجودين داخل أراضيها والخاضعين لولايتها القضائية مُعترف به في المعاهدة الحالية، دون تمييز من أي نوع.

وهذا هو ما تفعله وثيقة الولايات المتحدة (التي فعلت قبل مدة طويلة من صياغة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية). وأظن أن الاستثناء الوحيد يتلخص في أن الدساتير الوطنية تعمل عادة على تقييد حق الانتخاب الديمقراطي، بحيث لا ينطبق الدستور الأمريكي -على سبيل المثال- على التعديلات الخامسة عشرة والتاسعة عشرة، على أنها حقوق إنسان. ولكنها تفعل ذلك بشكل غير مباشر.

موقف العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية هو أن أي شخص

(18) في بعض الحالات تستخدم وثيقة الولايات المتحدة لغة «حق الشعب» (على سبيل المثال، في التعديلين الثاني والرابع)، ولكن يبدو أن هذه الحقوق تفهم بوصفها حقوقاً فردية تنطبق على أي شخص، وليس بوصفها حقوقاً مُستحقة على الشعب الأمريكي ذاته.

من مواطني دولة ما له الحق في المشاركة في حكومتها (المادة 25). هذا حق من حقوق الإنسان؛ إنه حق لهم لأنهم من البشر، ولكن هذا ينطبق على الجميع، بغض النظر عن جنسياتهم، هل هناك أي صعوبة فلسفية في الزعم بأن حقوق الإنسان هي حقوق يتمتع بها جميع البشر؟

قد يقدم شخص ما الاعتراض الآتي:

لقد تطور البشر بصفاتهم كائنات حية منذ آلاف السنين، ولا يعقل أنه في تلك المراحل كانوا يحظون بالحقوق، ومن المؤكد أنهم في تلك المراحل لم يفكروا بهذه المصطلحات. فضلاً عن ذلك؛ فإذا كان من الممكن أن يقال: إنَّ البشر الذين يعيشون قبل عشرة أو عشرين ألف سنة -على سبيل المثال- يتمتعون بأي حقوق، فإنَّ هذا من شأنه أن يختلف تمامًا في طابعه عن الحقوق التي يعتقد البشر الآن أنهم يتمتعون بها. والواقع أنَّ سبل معيشتهم أو أساليبهم في العمل الإنساني كانت مختلفة تمامًا عن أساليبنا.

أعتقد أنَّ هذا الاعتراض مهم، ولكن يمكن الإجابة عليه. إنَّ تركيزنا على حقوق الإنسان بصفاتها حقوقًا قانونية يعني أنَّ مصلحتنا الأساسية مستقبلية أو استشرافية. من الموثيق والعهود إلى الطرق التي قد يتعامل بها البشر مع بعضهم في المستقبل⁽¹⁹⁾. ما قد يكون أو لا يكون منطقيًا كما هو مُطبق على مجتمعات العصر الحجري ينفصل عن شواغلنا المعيارية الحالية بما أسماه برنارد ويليامز: «نسبية المسافة»⁽²⁰⁾، ومن المؤكد أن أهميتها الوحيدة في هذه المناقشة سوف تشكل سببًا للشك في تطبيق حقوق الإنسان كما نفهمها الآن لبعض السبل الحالية التي قد تؤدي إلى كون المرء إنسانيًا في العالم، أو يعيش في مجتمع إنساني.

Cf. Raz's claim in 'Human rights in the emerging world order', 225, that 'human (19) rights are synchronically universal, meaning that all people today have them'.

B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Harvard University Press, 1985), (20) 160-5.

وصحيح أنّ البشر يعيشون الآن على أكثر من نحو، وهم يعيشون وسط البيئات: الاجتماعية، والثقافية، والاقتصادية، والسياسية، والقانونية المختلفة إلى الحد الذي يجعل مهمة تحديد مجموعة مشتركة من الحقوق على أساس أن «قالبًا واحدًا يناسب الجميع» يبدو أحياناً أمراً لا يمكن تجاوزه، ولكن هذا لا يعني أن مؤسسة حقوق الإنسان عاجزة عن تحقيق أي مغزى، لمجرد أنها مصممة وفق تصور كوني. إنّ البشر متشابهون في العديد من النواحي المهمة، تماماً بحكم إنسانيتهم، كما يختلفون في العديد من النواحي بفضل تنوع أساليب حياتهم وطرق معيشتهم في المجتمع.

إنّ مشروع قانون حقوق الإنسان هو محاولة تحديد المصالح الأساسية التي يتمتع بها جميع البشر، والتي هي مهمة وتحتاج إلى الحماية من تهديدات قياسية محددة. ولا يمكننا أن نستبعد مسبقاً وجود مثل هذه المصالح بمجرد الإشارة إلى مجموعة متنوعة مُحيرة من الطرق التي قد تؤدي إلى كون المرء إنسانياً.

وقد تكون الطريقة الخاصة التي تُحدّد بها مصالح المرشحين موضع اهتمام، ذلك أن إعلاناتنا تتحدث عن «التعليم الفني والمهني»، و«الاقتراع العام المتكافئ»، والحق في «العطلات مع الأجر»⁽²¹⁾.

ومثل هذه الشروط والأفكار مألوفة عندنا، ولكن من بين العناصر العملية المفهومة في إعلانات حقوق الإنسان أننا ننظر إلى ما هو أبعد من هذه المواصفات الخاصة بالمصالح الإنسانية العالمية التي تخدمها⁽²²⁾.

وقد يكون من الأصعب القيام بذلك في بعض الحالات أكثر من

Universal Declaration of Human Rights (UDHR), Articles 26.1, 21.3 and 24. (21)

For an attempt to do this in the case of the UDHR's right to holidays with pay, see J. Waldron, Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Man (Methuen, (1987), 180. (22)

غيرها⁽²³⁾. ولكن حقيقة أننا لا نستطيع دائماً أن نجد صيغة من الصيغ إذا جاز القول، فإنّ الحياد بين مختلف العواقب: الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية؛ لا يعني أنه لا توجد مصالح مهمة وعالمية تستند إليها هذه التعبيرات بالذات. وفي القسم الثامن، سأذكر المزيد عن كيفية قيام المجتمع الدولي بتحديد الحقوق الفردية التي ينبغي أن تكون لها الامتيازات بهذه الطريقة.

ومن المغربي بالنسبة للفيلسوف أن يقول: إننا ينبغي أن نحدد أولاً بعض القيمة الرئيسية، مثل: الاستقلال الذاتي، أو الكرامة، أو المساواة، ثم نستخلص حقوق الإنسان الفردية من ذلك، ولكن هذا ينطوي -في اعتقادي- على مبالغة في وحدة إعلاناتنا عن الحقوق. وغالباً ما تُقدّم باعتبارها قوائم وليست نظريات، وقد تكون هناك اعتبارات عدة مختلفة تتعلق بأهمية الحرية الفردية والرفاه، وهي اعتبارات يدّعي بعضهم أنها تؤخذ في الحسبان عند وضع هذه القائمة.

إنّ تحديد المصالح الإنسانية ذات الأهمية الخاصة والشمولية هو عمل جارٍ، وأعتقد بأنه من الخطأ الإصرار بشكلٍ دوغمائي على مصدرٍ واحد للحقوق لمجرد إعطاء القائمة تماسكاً أو إقفالها نهائياً.

5. المستجيبون البشريون:

ومن المحتمل ألا يشير مصطلح «الإنسان» في «حقوق الإنسان» إلى أصحاب هذا الحق (ومختلف جوانب إنسانيتهم)، بل إلى طبقة من الناس الذين تشكل انتهاكات هذه الحقوق بحق مصدر قلقٍ لهم.

وقد يُعتقد أنّ بعض الحقوق ينبغي أن تكون من المسائل التي تهم البشر

See the discussion of specification in D. Miller, 'Joseph Raz on human rights', in (23) Cruft et al. (eds.) *Philosophical Foundations of Human Rights*, 232, at 239.

بصفة عامة، وعلى حد تعبير إيمانويل كانط: «إنّ انتهاك الحق في مكانٍ واحد من الأرض يشعر به الجميع»⁽²⁴⁾.

فالفكرة هي أنّ هناك طبقة من الحقوق لا ينبغي لأي إنسان أن يكون غير مبالٍ بانتهاك أي حق منها تجاه تلك الطبقة، وهذه الحقوق يطلق عليها مُسمى: «حقوق الإنسان»؛ لأنّ البشر في مجموعهم مدعوون لدعم هذه الحقوق، وقد رأى كانط ذلك تغييرًا في طابع المجتمع العالمي.

في تسعينيات القرن الثامن عشر؛ كانوا يعتقدون أنّ العالم كان أكثر ترابطًا من حيث الاهتمام الأخلاقي مما كان عليه سابقًا. وبطبيعة الحال، بعد 220 عامًا نعتقد أنّ الأمر أبعد من ذلك، وأكثر كثيرًا. ونحن الآن في وضع يسمح لنا بأن نأخذ الحقوق معًا مأخذ الجد في العالم، لأسباب ليس أقلها نمو مؤسسات حقوق الإنسان ذاتها. وكما عبر جوزيف راز عن ذلك؛ فإن أهم التحولات التي جلبتها متابعة حقوق الإنسان هي تمكين الناس العاديين، وظهور شبكة قوية من المؤسسات غير الحكومية والمؤسسات المنشأة بموجب معاهدات تضغط على الدول والشركات... باسم الحقوق الفردية⁽²⁵⁾. ولكن ربما كان من الأفضل أن ننظر إلى هذا بوصفه مكملًا، وليس منافسًا للاقتراح القائل بأن حقوق الإنسان هي حقوق يحتفظ بها جميع الأشخاص بحكم إنسانيتهم. وربما كان الاقتراح الأخير ضروريًا لشرح سبب كون هذه الحقوق أيضًا ذات اهتمام إنساني عالمي، ولماذا تكون هذه الممارسات والمؤسسات منطقية في سياق القانون الدستوري الدولي، وكذلك القانون الدستوري الوطني؟

6. حقوق الإنسان باعتبارها حدودًا للسيادة:

يرى بعض المنظرين في الآونة الأخيرة أنّ أهم شيء في مجال حقوق

I. Kant, 'Toward perpetual peace', Ed. M. Gregor, Practical Philosophy (Cambridge University Press, 1996), 330 (8: 360).

Raz, 'Human rights in the emerging world order', 226. (25)

الإنسان هو أنها تفرض قيودًا على السيادة. الفكرة هي أنه يمكننا تحديد فئة من الحقوق، بحيث لا يتطلب احترام سيادة دولة أخرى الإقرار بأن انتهاكات هذه الحقوق ليست من عمل أي شخص باستثناء الدولة التي يحدث فيها الانتهاك. فالبشر يعيشون في مجتمعات سياسية منفصلة، وعادةً ما يحدث انتهاك لحقوقهم داخل تلك المجتمعات على أيدي الدولة المحلية. وعادةً تكون سيادة الدولة ترفض أي انتقاد رسمي أو إدانة لسياساتها من قبل الأجانب، ولكن هذا الأمر لا ينطبق على حالة انتهاك حقوق الإنسان لمواطنيها.

وتتفوق هذه الحقوق على السيادة، وتعمل على تمكين الأجانب من التدخل -في الحالات القصوى من خلال العقوبات أو بالقوة- في دعم الحقوق المعنية، ويطلق على هذا في بعض الأحيان المفهوم «السياسي» لحقوق الإنسان.

وأشهر أنصار هذا الرأي جون راولز -في قانون الشعوب- رغم أن راولز يُفضّل الحديث عن سلطات شعوب بأكملها بدلاً من سيادة الدول⁽²⁶⁾. يقول راولز: إن دور حقوق الإنسان هو وضع حدود لمبدأ عدم التدخل المرتبط بسلطات شعب يملك أراضي محددة، فعندما تُنتهك حقوق محددة في مثل هذه المجتمعات، يفقد الشعب وحكومته أي موقف يشتكي من تدخلات الحكومات الأخرى التي تهدف إلى تبرير الحقوق المعنية.

والواقع أن «إعمال هذه الحقوق» يشكل شرطاً أساسياً لشرعية النظام، وهو «كافٍ أيضاً لاستبعاد التدخل المبرر والقوي من قبل شعوب أخرى، ولنقل من خلال العقوبات الاقتصادية، أو في الحالات الخطيرة بواسطة القوة العسكرية»⁽²⁷⁾.

Rawls, *The Law of Peoples*, 80. (For the emphasis on peoples rather than state (26) sovereignty, see *ibid.*, 25-6.) See also J. Raz, 'Human rights without foundations' in S. Besson and J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010), 321, at 336-7.

Rawls, *The Law of Peoples*, 80.

(27)

هناك شيء ما في وجهة النظر هذه، وهو ليس شيئاً ذا بال، وهو إذا كان بوسعي أن أضع النقطة في لغة السيادة، فمن المؤكد أنّ حقوق الإنسان تشكل مبادئ تفوق السيادة على أي دولة. وهي كذلك؛ لأنها تحول دون أي توبيخ رسمي أو تنديد قائم على السيادة.

ولكن إذا كان من المفترض أن نذهب أبعد من ذلك، إلى احتمال فرض عقوبات عسكرية، وتدخل مسلح، فإنّ هذا يعني أنّ التفسيرات على طول هذا الخط قد تجاوزت حدودها⁽²⁸⁾.

كان راولز يدرك بشكل جيّد أنّ معياره الخاص للأهمية قد يميل إلى حجب مجموعة فرعية من الحقوق التي عادة ما ت يتم وصفها بـ«حقوق الإنسان» (أشار راولز إلى أنه من بين الحقوق الثلاثين المدرجة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ فإنّ الحق في الحياة، والحق في عدم التعرض للتعذيب، فقط هي الحقوق الواضحة في حقوق الإنسان، أما المواد رقم 4 (مناهضة العبودية)، و7 (عدم التمييز)، و9 (الحماية من الاعتقال التعسفي)، و10-11 (الإجراءات القانونية الواجبة)، فقد تندرج أو لا تندرج ضمن حقوق الإنسان، وتكون من «القضايا المتعلقة في التفسير»، في حين أنّ الأحكام المتبقية، بما في ذلك الأحكام الاجتماعية الاقتصادية تُعد «طموحات ليبرالية» وليست حقوقاً للإنسان⁽²⁹⁾. ويعترض الناس أحياناً على انتشار المطالبات المتعلقة بالحقوق، ولكنني لا أعتقد أنّ ذلك يبرر اجتزاء القائمة. وأنا أخشى أيضاً أن تعمل الحدونية (نظرية الحد الأدنى) التي يتبناها راولز على التقليل من الحقوق الفردانية، من الأهمية القصوى لحق كل فرد، بصرف النظر عما يحدث لأفراد

Cf. R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press, 2011), 333. (28)

Rawls, *The Law of Peoples*, 80n. A page or so earlier (79), Rawls offered an even more restricted list: 'a special class of urgent rights, such as freedom from slavery and serfdom, liberty (but not equal liberty) of conscience, and security of ethnic groups from mass murder and genocide' (29)

آخرين. ولنتأمل هنا حقًا محددًا يقبله الجميع تقريبًا لا بد أن يكون حقًا من حقوق الإنسان، وهو الحق في عدم التعرض للتعذيب. (العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة (17)،)) فإن هذا ينتهك حقًا من حقوق الإنسان. ولكنني لا أعتقد أنّ أحدًا يعتقد أنه عندما يتعرض شخص واحد فقط للتعذيب، فإنّ التدخل الإنساني من قِبَل قوات خارجية له ما يبرره لوقف ذلك التعذيب أو معاقبته، ولا وجود لأي تدخل إنساني على الإطلاق لتبرئة حق شخص واحد فقط. ولكن هل يعني هذا أنّ الانطباع العام بأنّ المادة (7,1) حق من حقوق الإنسان خطأ واضح، وفق رأي راولز؟

وأعتقد أنه يجب علينا أن نرفض ذلك، وكما رأينا في الفرع الثالث؛ فإنّ الميزة البارزة لحقوق الإنسان كانت دائمًا الطريقة التي تفرض علينا بها التركيز على الأخطاء الفردية، والأخطاء التي ارتكبت للأفراد، بدلًا من تقييم المجتمعات على أساس الطريقة التي تعامل بها أعضاؤها على نحو إجمالي. صحيح أنّ الرأي الذي نناقشه لا يتبنى أسوأ نوع من التجميع أو المقايضة ما بين خطأ انتهاكات الحقوق بالمزايا المحتملة التي قد تعود على المجتمع من خلالها. هو تجميع بمعنى أنه يلخص عددًا كبيرًا من انتهاكات الحقوق باعتباره شرطًا مُسبق ليحددها باعتبارها نوعًا من انتهاكات حقوق الإنسان، ولكن «الإنسان» يتبع الآن تدابير قانونية خاصة تعد استجابة بشكل عام، وليس الحق ذاته الذي كان مفهومًا دائمًا على أنه حق فردي.

وما من شك في أنه إذا تعرض مئات أو آلاف الأشخاص للتعذيب، فإنّ هناك احتمالًا لرد دولي قوي. وعلى هذا؛ فإنّ التّفكير في حقوق الإنسان بحكم ملاءمة التدخل الدولي يكون أكثر منطقية عندما يُطبّق على مجموعات كبيرة من الحقوق الفردية.

وربما كان هذا يشكل تقييدًا معقولًا لما أصبح الآن يُعرف باسم «التدخل الإنساني»، وعلى حد تعبير راولز، فإن الانتهاك والنظام البحث لهذه الحقوق

هو الذي ينسخ السيادة، فالمبدأ الطبيعي لعدم التدخل لا ينطبق على الدول، حيث تتوطن الانتهاكات «الجسيمة لحقوق الإنسان»⁽³⁰⁾.

ويقول تشارلز بيتز: إنَّ فشل أي مجتمع في احترام حقوق شعبه على نطاق واسع بالقدر الكافي قد يشكل سبباً يدفع الجهات الخارجية إلى القيام بشيء ما⁽³¹⁾. ولكن هذه القيود العملية والمعقولة على التدخل الإنساني ينبغي ألا تستخدم لتضييق فهمنا لحقوق الإنسان ذاتها.

وقد صرح ديفيد ميلر بالاعتراض النهائي على المفهوم الراولزي، عندما يتدخل المجتمع الدولي - بشكل رسمي أم بقوة- ضد الانتهاكات في دولة محددة؛ فإنَّ هذا التدخل يكون مبرراً عادة على أساس أن حقوق الإنسان هي التي تُنتهك من قِبل الدولة المعنية، والشكوى من انتهاك حقوق الإنسان ليست مجرد وسيلة للتخويف من التدخل، بل هي وسيلة لتبرير التدخل على نحو خاص، ولكن لا بد أن يكون هناك بعض المحتوى المتميز الذي يجلبه الحديث عن حقوق الإنسان على الطاولة التبريرية البراقة، ويجب أن يكون المرء قادراً على ذكر الأسباب التي تجعل انتهاك حقوق الإنسان خطأً، وأن يُستخدم هذا البيان لتقديم تبرير موضوعي للتدخل، فالأولى ليست مجرد وسيلة لتلميع الأخير. وعلى حد تعبير ديفيد ميلر؛ فإن الحجة «تبدأ بانتهاكات حقوق الإنسان، وتنتهي بأسباب التعدي على السيادة»⁽³²⁾.

يجب علينا أن نعرف ما نستطيع أن نُعوّل عليه بوصفه من حقوق الإنسان من أجل التوصل إلى الحجة السياسية الجارية الآن، ولا بد أن يكون ذلك أمراً

J. Rawls, 'The law of peoples' in the Belgrade Circle (ed.), *The Politics of Human Rights* (Verso, 1999) 32 (my emphasis) and Rawls, *The Law of Peoples*, 38 (my emphasis).

C.R. Beitz, *The Idea of Human Rights* (Oxford University Press, 2009)105-6 (my emphasis) (31)

Miller, 'Joseph Raz on human rights', 235 (emphasis in the original). (32)

يتعلق بالحقوق التي تجعلنا نعتقد أنّ التدخل هو الإجراء المناسب، ويبدو أنه ليس لدينا بديل، سوى أن نؤيد فهمًا لحقوق الإنسان على غرار ما قدمناه في القسم الرابع.

7. حقوق مهمة:

لاحظ جوزيف راز أنه لا يوجد ضمان بأنّ حقوق الإنسان مهمة إذا ما فهمت على غرار المادة (4): «لا كونها عالمية، يضمن أنّ هذه الحقوق سيتمتع بها الجميع، ولا كونها متأصلة في إنسانيتنا يضمن أنها مهمة»⁽³³⁾.

ولا بد أن يكون جزء من استجابتنا لهذا هو أن نقول: إنّ ضمان أهمية حقوق الإنسان ينبع في الأساس من كونها حقوقًا - أي: أن يأتي ذلك من تحديد المصالح الفردية التي تكفي أهميتها لتبرير تحميل الآخرين واجبهم. ولا يمكن لأي اعتبار تافه أن يجتاز هذا الاختبار.

والأمر هنا ليس أنّ الواجبات لها ما يبررها بهذه الطريقة فحسب؛ بل أيضًا أنها مبررة على أساس أهمية المصالح الفردية، (بصرف النظر عن الرغبة الكلية) النفعية مثلًا في حمايتها، والواقع أنّ الواجبات التي تنشأ على هذا النحو قد تكون لها الأولوية على الواجبات الناشئة عن اعتبارات كلية. ومن الشائع القول إن الحقوق تفوق المنافع: ولل فرد الحق عندما تكون بعض مصالحه الخاصة به مهمة بما يكفي، أن يبرر فرض واجب حمايتها حتى ولو كان ذلك على حساب ما يُعد عادة مراعاة لمصلحة الجماعة⁽³⁴⁾ وإذا كان الحق الفردي على هذا النحو، فمن المحتمل أن يكون مهمًا بدرجة كافية ليكون له حضور في القانون الذي يجسده.

Raz, 'Human rights without foundations', 323

(33)

This way of putting the point is adapted from R. Dworkin, Taking Rights Seriously (34) (Harvard University press, 1977), 191-2.

ومع ذلك؛ قد نتفق مع راز على أن موثيق حقوق الإنسان تتضمن -على نحو خاص- حقوقاً يعدّها المجتمع العالمي مهمة، ولا يلزم أن تكون هذه الحقوق محسومة، ومع ذلك؛ قد يكون الأمر أقرب إلى البراغماتيين في التشريع وفي صياغة العهد. ونحن نستثمر الطاقة في وضع مشاريع قوانين للحقوق وفي التماس الدعم من المجتمع الدولي؛ بغية تسليط الضوء على الواجبات الأكثر إلحاحاً التي تقع على الحكومات، من أجل تركيز المصالح الفردية الأكثر أهمية التي تقوم عليها هذه الواجبات، ولفحص الاهتمام بالحقوق والمصالح الفردية التي أظهر الزمن والخبرة أنها ضعيفة بشكل خاص، وأن القانون الدولي والدستوري قادران على القيام بشيء ما.

أعتقد أنّ راز مُخطئ في رؤية أهمية حقوق الإنسان على أنها ليست أكثر من رد فعل إزاء اللامبالاة بالعقوبات المرتبطة بانتهاكات الحقوق، فيقول: «حقوق الإنسان مهمة أخلاقياً حتماً، وإذا لم تكن كذلك، فما كان لها أن تستدعي التدخل في سيادة الدولة»⁽³⁵⁾. إنّ أهميتها لها بعد سياسي، لكنها سياسات تطير الموثيق الحقوقية والتصديق عليها وليست سياسات التدخل في السيادة.

8. الحقوق الأخلاقية

لقد مضيت قُدماً في هذا الفصل على أساس أنّ حقوق الإنسان هي فئة فرعية من الحقوق القانونية، تتميز بنطاق تطبيقها، أو أهميتها، أو وسائل الانصاف المرتبطة بانتهاكها. وفي كل هذا، فهل من الخطأ أن أهمل وجهة النظر القائلة بأن حقوق الإنسان -في المقام الأول- حقوق أخلاقية - معترف بها من قبل الأخلاق؟

والميزة التي تتمتع بها وجهة النظر هذه هي أنها تشير إلى وجهة نظر

Raz, 'Human rights without foundations', 337

(35)

مثالية شكلية يمكن من خلالها تقييم ميثاق قانوني محدد - مثل: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، أو قانون حقوق الإنسان في المملكة المتحدة؛ سواء أكان لما يتضمنه أم ما يتركه من الخارج.

فالحقوق الأخلاقية من شأنها أن تتخذ الشكل ذاته الذي تتمتع به الحقوق القانونية، وعلى هذا؛ فمن السهل أن نقارنها. وبالتالي؛ كان من الممكن أن نلجأ إلى قائمة بالحقوق الأخلاقية، ونرى ما إذا كانت قائمتنا القانونية قد أصبحت في حالة من الأخطاء⁽³⁶⁾.

بالأحرى؛ ما دامت الحقوق الأخلاقية لن تكون كلها حقوق تُعزى إلى الناس على أساس إنسانيتهم، فإننا سنعمل مع قائمة بحقوق الإنسان الأخلاقية باعتبارها معيارًا لاختبار مدى كفاية قائمتنا لحقوق الإنسان القانونية. ويفعل جيمس جريفين هذا في كتابه عن حقوق الإنسان؛ فهو يبني قائمة بالحقوق الأخلاقية، ثم يستخدمها لتسليط الضوء على «التناقضات» بين قائمته والقوائم الواردة في وثائق مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والثقافية⁽³⁷⁾. ومن المؤكد أننا نحتاج إلى مثل هذا المعيار؛ لأن أي قانون إيجابي لا يبرر نفسه. إن قانون حقوق الإنسان حسب وصف بعض الحقوقيين لديه جانب فوق إيجابي متميز، ويضعها جيرالد نيومان على هذا النحو:

A. Buchanan talks (critically) of the 'mirroring view' in his book, *The Heart of Human Rights* (Oxford University Press, 2013), 17-23. See also A. Buchanan, 'Why international legal human rights?' in Cruft et al. (eds.) *Philosophical Foundations of Human Rights*, 244, at 245-9. For a response to this critique, see J. Tasioulas, 'Human rights' in A. Marmor (ed.), *The Routledge Companion to the Philosophy of Law* (Routledge, 2012), 348.

J. Griffin, *On Human Rights* (Oxford University Press, 2008), 194.

(37)

غالبًا ما ينظر إلى الحقوق الأساسية الوضعية المجسدة في النظام القانوني على أنها انعكاس للمبادئ غير القانونية التي لها قوة معيارية مستقلة عن تجسيدها في القانون، أو حتى تفوق النظام القانوني الوضعي، ويمكن أن تشمل النظم المعيارية البديلة: القانون الطبيعي، والتقاليد الدينية، أو القيم الأخلاقية الأساسية لثقافة محددة.

وفي بعض الأحيان توصف الحقوق القانونية بأنها إيجابية أو واقعية للمعايير فوق الإيجابية الموجودة من قبل، أو أنّ الأحكام القانونية تفسّر على أنها مجرد اعتراف بالحقوق المسبقة الإيجابية، وتُعد القوة الاستيعابية للمعايير مصدرًا واحدًا للشرعية في إنفاذ القواعد القانونية، والإشارة إلى المضمون المفترض للقواعد الإيجابية يمكن أن يُعد مصدرًا من مصادر التوجيه في تفسير القواعد القانونية⁽³⁸⁾.

ولكنني أتساءل عما إذا كان من الضروري هنا أن أُبين حقوق الإنسان الأخلاقية، أو حتى الحقوق الطبيعية بوصفها حقوقًا إيجابية لحقوق الإنسان القانونية، ولا توجد صعوبة منطقية خاصة في القيام بذلك، وإذا كان بوسعنا أن نتحدث عن الواجبات الأخلاقية، فبوسعنا أن نتحدث عن الحقوق الأخلاقية، وبالرغم من هذا؛ فإنّ الأمر يستحق النظر في بعض الأمور التي قيل عنها في خطاب جيرمي بينثام الشهير المناهض للحقوق الطبيعية بصفتها «جعجعة دون طحن»، يقول بينثام:

و بالتناسب مع الطموح في تحقيق السعادة الناجمة عن الرغبة في الحصول على الحقوق، هناك سبب للرغبة في وجود أمور مثل الحقوق، ولكن الأسباب الداعية للرغبة ليست -في ذاتها- حقوقًا، كما أنّ السبب وراء الرغبة في تأسيس حق محدد ليس هو الحق نفسه، فالرغبة ليست هي ما يصنع أساسًا لهذه الحقوق، كما أنّ الجوع ليس هو ما يصنع الخبز⁽³⁹⁾

Neuman, 'Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance', 1868. (38)

J. Bentham, 'Anarchical fallacies' in Waldron, Nonsense upon Stilts, 46, at 53. (39)

ومن الممكن لنا أن نطور نظرية أخلاقية لحقوق الإنسان تتألف من أسباب تدعونا إلى الاعتقاد بأنه ينبغي لنا أن نصوغ ونعلن قواعد محددة بوصفها حقوقاً قانونية من حقوق الإنسان دون أن نفكر بالضرورة في تلك الأسباب بوصفها حقوقاً بحد ذاتها.

مما لا شك فيه أننا لا بد أن نتردد؛ حين أشار بينثام إلى أنّ هذه الأسباب سوف تكون ذات طابع نفعي عادة، فهو يقول إنّ المهمة اللائقة تلخص:

ليس في التساؤل: عن حقوقنا الطبيعية، بل يجب أن تكون حقوقنا القانونية في كل حالة مبنية على مبدأ المنفعة، أي: يجب أن ينشأ القانون من أجل إسعاد المجتمع، وما الوسائل التي ينبغي توظيفها لنضمن الحصول على هذه المنفعة⁽⁴⁰⁾.

وبما أننا نعتقد - رغم أنّ بينثام لم يعتقد ذلك - أنّ الحقوق وحقوق الإنسان لديها عمل كبير يجب فعله، وعليه فلن نتطلع إلى تبريرها على أساس الاعتبارات النفعية، لكن هذا لا يعني أن الاعتبارات الأخلاقية الوحيدة التي يُعمل عليها هي نفسها التي يجب عدّها حقوقاً.

وربما ينبغي لنا أن نقول: إنّ أي اعتبار أخلاقي يحتج بشكل مباشر لصالح حق قانوني من حقوق الإنسان لا بد أن يكون بالضرورة حقاً أخلاقياً من حقوق الإنسان، ليس لدي فكرة واضحة عن هذا، وكل ما أعرفه هو أنه إذا كانت هناك اعتبارات أخلاقية تدعو إلى إدراج حق قانوني اعتباري للإنسان، فإنه لا يمكن تمثيله - في ذاته - باعتباره حقاً أخلاقياً، وينبغي لنا أن نولي اهتماماً لهذا الحق بالرغم من ذلك. وأهم ما في الأمر هو أن ندرجها في موثيق الحقوق، تلك الحقوق التي يوجد سبب وجيه لتضمينها، وليس فقط الحقوق التي يمكن تمثيلها باعتبارها حقوقاً أخلاقية.

J. Bentham, 'Supply without burthen or escheat vice taxation' in Waldron, Nonsense (40) upon Stilts, 70, at 75n.

وفي نهاية القسم الرابع؛ لاحظت أن الفلاسفة مهتمون بإمكانية أن تستمد حقوق الإنسان من أهمية قيم، مثل: المساواة، أو الكرامة، أو الاستقلال الذاتي. (جيمس جريفين -على سبيل المثال- يسعى إلى إثبات أن النظرية الكاملة لحقوق الإنسان يمكن أن تستمد من أهمية الإنسان والمبدأ المرتبط به المتمثل في الاستقلال الذاتي)⁽⁴¹⁾. ولا يوجد خطأ في هذا المشروع: وهذه القيم المجردة مهمة للغاية، ومن المفيد جدًا تتبع آثارها، ولكن حقوق الإنسان - بوصفها مجموعة من القوانين والممارسات- مسألة ذات أهمية سياسية.

إنَّ المقترحات التي ترد في وثائق مثل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق: الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية تمثل استنتاجات مجموعة متنوعة من الحجج المقبولة عمومًا في العالم بشأن السبل التي يمكن بها للحكومات أن تشكل تهديدًا و/أو حماية آمنة للمصالح الفردية التي لدينا ما يبرر أن نعدها مهمة.

والآن أصبح الأفراد من البشر كيانات معقدة، وكذلك علاقاتهم مع الحكومات، وهناك جوانب عديدة مختلفة لضعفهم، والعديد من الأشياء المختلفة التي قد يأملونها أو يتوقعونها من أولئك الذين في السلطة عليهم، ونحن نحاول أن نبين هذه الأمور المختلفة في الحجج المعيارية. وبعض هذه الحجج تشر عن افتراضات أخلاقية يمكن ذكرها بشق في شكل من أشكال الحقوق؛ وتتطلب فقرات أو أطروحات أخرى. ولكن هذه الحقوق الأخيرة قد تكون من الحجج المؤيدة لحقوق الإنسان القانونية بقدر ما قد تكون من الحجج المؤيدة لحقوق الإنسان. وتصريحاتنا في مجال الحقوق تتمثل في شكل من الاستنتاج المتراكم لمثل هذه الحجج الذي جاء إلينا في مراحل متعاقبة من الاهتمام السياسي. في بعض الأحيان يكون هذا الاهتمام متعلقًا بالألم؛ وبعضه يتعلق بأمور الممتلكات. بعض هذا الاهتمام وليد الليبرالية، وأحيانًا الديمقراطية،

Griffin, On Human Rights, 149ff

(41)

وقد يكون وليد الاشتراكية. هناك اهتمام من جميع الأنواع عبّرنا عنها في تقاليدنا بعدة طرق مختلفة.

لقد قلت في وقتٍ سابق: إنّ حقوق الإنسان تأتي إلينا في شكل قوائم، وأعتقد أنه ينبغي لنا أن نحترم طريقة العرض هذه. ويبدو أنه لا يوجد سبب مُحدد وراء كون الحق في عدم التعرض للتعذيب هو المادة (7) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة (5) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ولا يوجد سبب لتأجيل حرية الدين إلى المادة (8) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، في حين أنها مدرجة في المادة (4) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

إنّ الحقوق في مشاريع القوانين والعهود ليست أكثر من شيء معلوم بعد الآخر، إنها جميعًا حقوق للأفراد، ولكن كل منها يمثل اهتمامًا خاصًا. والقوائم التي تظهر عليها وثائق عملية: عندما نواجه انتهاكًا أو انتهاكًا مزعومًا، علينا أن نركز اهتمامنا على الحق الخاص المعني وأهميته الخاصة بالنسبة للأفراد الذين يفترض أن يتحملوا هذا الحق، دون المساس بإمكانية المضاربة في اشتقاق هذه المواد من قيمة أخرى شاملة توحد بينها مع بنود أخرى مدرجة في القائمة.

الفصل التاسع

المساواة والتمييز

صوفيا موريو⁽¹⁾

منذ نشر نظرية في العدالة لجون رولز في عام 1971؛ ناقش الفلاسفة الأنجلو أمريكيين طبيعة المساواة ومكانتها في نظرية العدالة التوزيعية⁽²⁾. لقد طرحوا التساؤل عما إذا كانت المساواة -هي ذاتها- قيمة، أم الأولوية لا بد أن تكون لأولئك الأسوأ حالاً، أم العمل على ضمان حصول كل شخص على الحد الكافي⁽³⁾. كما تساءل الناس عن «عملة» العدالة والمساواة: ما الذي ينبغي توزيعه بالتساوي؟ هل هي الرعاية الاجتماعية، أو الموارد، أو الفرص، أو ربما كما أطلق عليه أمارتيا سن 'الكفاءات'⁽⁴⁾؟

-
- (1) التعليقات مفيدة على المسودات السابقة، أشعر بالامتنان لجماهير مدرسة الحقوق في بيركلي وجامعة تورنتو، وخاصة ل: جشوا كوهين، ونيكو كولودني، وفيرونيك مونوز داردي، وجون ناسيوول. شكراً جزيلاً لآندي يو للمساعدة البحثية المفيدة.
 - (2) J. Rawls, A Theory of Justice (Harvard University Press, 1971).
 - (3) D. Parfit, 'Equality or priority?' Ratio 10:3 (1997), 202-21; H. Frankfurt, 'Equality as a moral ideal' in The Importance of What We Care About (Cambridge University Press, 1988), 134-58; M. Otsuka and A. Voorhoeve, 'Why it matters that some are worse off than others: an argument against the priority view', Philosophy and Public Affairs 37 (2009), 171-99.
 - (4) See, for example, G.A. Cohen, 'On the currency of egalitarian justice', Ethics 99 (1989)906-44; R. Dworkin, 'Equality of welfare' and 'Equality of resources' in = Sovereign Virtue: Equality in Theory and Practice (Harvard University Press, 2000);

إجابة على ذلك؛ زعم فلاسفة -مثل: إليزابيث أندرسون، وصامويل شيفلر، وجوشوا كوهين- أنه من الخطأ أن نفكر في قيمة المساواة من منظور التوزيع فقط⁽⁵⁾. بدلاً من ذلك -في إطار مجتمع ديمقراطي- يجب علينا أن نسعى إلى تحقيق المساواة العلائقية؛ بمعنى العلاقات ذات المكانة المتساوية، حيث لا يخضع أي شخص بشكل غير عادل لآخرين، وتتطلب المساواة الارتباطية إعادة توزيع سلع محددة، لذا؛ فإن هذا لا يرتبط بالمساواة في التوزيع، ولكن من وجهة نظر المساواة العلائقية الأهداف التوزيعية الخاصة لا تشكل أهمية إلا بقدر ما تساعدنا في تحقيق مجتمع لا يُحال فيه أحد إلى مرتبة مواطن من الدرجة الثانية.

ولتحقيق هذا المجتمع، علينا أن نولي اهتمامًا خاصًا ليس لكيفية توزيع السلع المختلفة فقط، بل أيضًا للعبارات غير الملائمة تجاه مجموعات محددة، وتوجيه اللوم على آخرين، إن السياسات والهياكل التنظيمية قد تهمل فئات محددة -دون قصد- وتجعلها غير قادرة على رؤية نفسها بصفاتها شركاء كاملين ومتساوين في المجتمع. يبدو هذا الوصف للمساواة العلائقية أشبه كثيرًا بوصف لأهداف قانون التمييز.

تشير معظم الديباكات المتعلقة بالتشريعات المناهضة للتمييز إلى أن الغرض من هذه التشريعات هو منع الخضوع غير العادل لبعض أفراد المجتمع، وتهيئة

A. Sen, 'Equality of what?' in Choice, Welfare and Measurement (MIT Press, 1982), 353-69; A. Sen, Inequality Reexamined (Harvard University Press, 1992).

See E. Anderson, 'What is the point of equality?', Ethics 109 (1999), 287-337; and (5) Anderson, 'The fundamental disagreement between luck egalitarians and relational egalitarians', Canadian Journal of Philosophy, Supp. Vol. 36 (2010), 1-23; J. Cohen, 'Democratic equality', Ethics 99 (1989), 727-51; S. Scheffler, Boundaries and Allegiances: Problems of Justice and Responsibility in Liberal Thought (Oxford University Press, 2003). See also K.L. Rasmussen, Relational Egalitarianism (Cambridge University Press, 2018).

مناخ يعترف فيه بعض الناس لبعضٍ علناً بالمساواة في استحقاق الاحترام.

ولا تنطبق قوانين التمييز على الدولة فحسب -من خلال الحقوق الدستورية أو التشريعات التي تفرض عدم التمييز من قبل الحكومة- بل تنطبق أيضاً على الأفراد العاديين، وبشكلٍ خاص على الأفراد الذين يملكون سلطة على قدرة الآخرين في الوصول إلى المؤسسات الاجتماعية الأساسية، مثل: أماكن العمل والتعليم، وموفري السلع والخدمات. وعلى هذا؛ فإنّ هذه القوانين تهدف، ليس فقط إلى ضمان معاملتنا باعتبارنا أنداداً، بل أيضاً إلى معاملة بعضنا بعضاً على قدم المساواة، ومنح الجميع القدرة على الوصول إلى هذه المؤسسات الاجتماعية الأساسية دون إظهار احترام غير مبرر لبعض الفئات، أو الاستنكار بلا مبرر على آخرين. ويهدف قانون التمييز أيضاً إلى تصحيح بعض أوجه الظلم في التوزيع، سواء أكان بين الأفراد أم بين الجماعات. أما أولئك الذين حُرِّموا بشكلٍ غير عادل من سلع محددة؛ فتُعطى لهم، أو ما يعادلها نقداً. وعادة ما يُطلب من الظالم تعديل سياساته، بحيث نضمن عدم تكرار ظلم مماثل في المستقبل، وفي بعض الأحيان يُفرض نظام المحاصصة لصالح المجموعة الأكبر، التي لديها أساس محدد من التمييز.

ولذلك؛ قد يبدو من المستغرب أنّ التمييز وقانون التمييز لم يكن جزءاً من مناقشاتنا الفلسفية الرئيسية بشأن المساواة⁽⁶⁾. وعُوملت هذه المفاهيم بصفقتها

(6) كانت هناك لحظة اهتمام من قبل الفلاسفة في العمل التصحيحي في منتصف السبعينيات: see for instance T. Nagel, 'Equal treatment and compensatory discrimination', *Philosophy and Public Affairs* 2:4 (1973), 348-63, J.J. Thomson, 'Preferential hiring', *Philosophy and Public Affairs* 2:4 (1973), 364-84 and R. Dworkin, 'Reverse discrimination', ch. 9 in *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977), 223-39

ولكن هذه المقالات لم تكن مشغولة بالسؤال الأوسع حول ماهية التمييز، ولماذا هو خطأ، بل ركزت على المسألة الأضيق المتمثلة فيما إذا كان التوظيف التفضيلي غير عادل؛ لأنه يبدو أنه يتعد عن تكافؤ الفرص.

مجالاً لا يهم كثيراً الفلاسفة الذين يعملون على مناقشات أوسع حول طبيعة المساواة وقيمتها. ومؤخراً فقط؛ كان فلاسفة الأخلاق والسياسة يهتمون بالتمييز، كما شرعوا في مناقشة حول الأسباب التي تجعل هذا التمييز خطأ أو غير عادل والغرض من قانون التمييز.

لِمَ هذا؟ ولماذا تغير الموقف؟ كيف ترتبط المناقشات الحالية بين الفلاسفة الذين يعملون في مجال قانون التمييز بالمناقشات حول التوزيع والمساواة العلائقية التي ذكرتها للتو؟ وما أكثر القضايا إلحاحا التي لم تحل حالياً في فلسفة التمييز؟ هذه هي الأسئلة التي سأتناولها في هذا الفصل.

وأظن أنّ السبب الرئيس وراء ضآلة الاهتمام الفلسفي بالتمييز مدة طويلة هو أنّ أغلب الفلاسفة ينظرون نظرة ضيقة إلى مكونات التمييز، قد نطلق عليها «متابعة لتارونابه خيطان» أي: «المفهوم العامي» للتمييز؛ وهو وجهة لا يزال العديد من أفراد المجتمع يعتنقونها حتى يومنا هذا⁽⁷⁾. فهو يضرب بجذوره في قوانين التمييز القديمة في ستينيات وسبعينيات القرن العشرين. ومن وجهة النظر هذه، يميز المفوض بشكل خطأ عندما يحرم مجموعة محددة من الأشخاص؛ لأنه يحمل موقفاً أو اعتقاداً غير مقبول تجاههم، ومن وجهة النظر هذه، فإن ما يجعل التمييز خطأ هو الحالة العقلية التي تحفزه. لقد كانت بعض التفسيرات الأولى التي عرضها الفلاسفة للتمييز؛ هي في الأساس مجرد توضيح أكثر دقة لهذا المفهوم العامي الأساسي، تتبع الخطأ الأخلاقي للتمييز إلى بعض الحالات العقلية غير المقبولة⁽⁸⁾.

T. Khaitan, A Theory of Discrimination Law (Oxford University Press, 2015) (7)

For Richard Arneson, it was an attitude of 'unwarranted animus or prejudice'; on (8)
Larry Alexander's view, it was 'a bias premised on the belief that some people are morally worthier than others'; for Matt Cavanagh, it was 'unwarranted contempt'. See R. Arneson, 'What is wrongful discrimination?', San Diego Law Review 43 (2006), 775; L. Alexander, 'What makes wrongful discrimination wrong?', University of Pennsylvania Law Review 141 (1992), 149-219 M. Cavanagh, Against Equality of Opportunity (Clarendon Press, 2002).

إذا كان هذا هو كل ما ينطوي عليه التمييز، فمن غير المستغرب أن يتصور أن مناقشات الفلاسفة محدودة بالمناقشات حول المساواة، وإذا كان التمييز خطأ بسبب دوافع المفوض، وليس بسبب كيفية توزيعه لأي منفعة بعينها؛ فيبدو أنه ليست له علاقة كبيرة بعدالة التوزيع، وعلاوة على ذلك، يبدو المفهوم العامي للتمييز ذا صلة محدودة حتى بالمساواة العلائقية.

قد تسلط القوانين - مثل قوانين جيم كرو - الضوء على أشع حالات الفشل في معاملة الآخرين على قدم المساواة، كتلك الحالات التي يستبعد فيها الناس الآخرين بدافع الازدراء أو الاعتقاد بدونيتهم، ولكن هناك العديد من السبل التي تستطيع بها تصرفاتنا وسياساتنا أن تعمل على حرمان الآخرين من المساواة في المكانة، حتى ولو لم يكن لدينا عداوة تجاههم، ولم يكن لدينا أي اعتقاد بأنهم أقل منزلة من غيرهم.

المفهوم العامي للتمييز، والتفسيرات الخاصة بالحالة العقلية المبكرة التي طوّرت منه، ينظر إليها الآن عمومًا بوصفها غير كافية، حتى من قبل الفلاسفة الذين دافعوا عنها في الأصل⁽⁹⁾. يجدر بنا أن نفهم السبب وراء ذلك، تخبرنا الأسباب إلى أي مدى توسع مفهومنا للتمييز منذ الستينيات والسبعينيات من القرن الماضي، وتشير إلى بعض الصعوبات التي تواجه محاولات التنظير حول التمييز.

فأولاً: بات أغلب علماء الاجتماع والمشرعين يتقبلون الآن أن قدرًا كبيرًا من التمييز الذي يحدث في مجتمعاتنا ينطوي على «التحيز الضمني» ضد

(9) See L. Alexander, 'Review: Philosophical Foundations of Discrimination Law' in *Ethics* 125:3 (2015), 872-9, who explicitly recants his earlier view; and R. Arneson, 'Discrimination, disparate impact and theories of justice' in D. Hellman and S. Moreau (eds.) *Philosophical Foundations of Discrimination Law* (Oxford University Press, 2013). Arneson does not explicitly renounce his earlier view, but endorses a different prioritarian view in this later article.

جماعات بعينها، بدلاً من احتقار هذه الجماعات أو الاعتقاد في الدونية التي تعانيها. فبوسع المرء أن يتصرف انطلاقاً من التحيز الضمني حتى عندما يعتقد مخلصاً أن المرء يبدي الاحترام اللائق؛ كما يفعل القضاة -على سبيل المثال- عندما يعتقدون أنهم يعاملون كل الذين أدينوا بجرائم من المستوى ذاته من الجدية بالطريقة ذاتها، ولكن الحكم على الأمريكيين الأفارقة الذين يتمتعون بسمات أكثر بروزاً متمحورة حول السمات الإفريقية كال البشرة الداكنة؛ والأنف الأفطس، والشفاة الغليظة، حيث يطولها قدر أكبر من الأحكام⁽¹⁰⁾.

والسبب الثاني الذي يجعل المفهوم العامي للتمييز غير كافٍ؛ هو أن العديد من الأفعال التمييزية تبدو مزعجة أخلاقياً لأسباب بعيدة تماماً عن الحالة العقلية للفاعل، فالظلم يتعلق أحياناً بما يعبر عنه الفعل.

إن السياسة العامة لوضع مداخل للمباني العامة التي يمكن الوصول إليها بالكرسي المتحرك بعيداً عن الأنظار عند مؤخرة المبنى؛ تقول شيئاً عن مكان الأشخاص ذوي الإعاقة في مجتمعنا وعن القيمة التي نعتقد أنهم يحملونها. وهو يعبر عن رسائل محددة: لا يشكل إلزام المعوقين بأن يأخذوا وقتاً إضافياً للالتفاف حول مؤخرة المبنى عبثاً لا مبرر له عليهم؛ لأنهم أقل إنتاجية من بقيتنا، ومن الجيد إعطاء الأولوية للجماليات على احتياجات هذه المجموعة،

See I. Blair, C. Judd and K. Chapleau, 'The influence of Afrocentric facial features in (10) criminal sentencing', *Psychological Science* 15:10 (October 2004), 674-9.

وهذا التمييز غير المشروع يمكن أن ينشأ عن التحيز الضمني وهو معترف به في العديد من الجهات القانونية، والواقع، إن المملكة المتحدة عندما صاغت مشروع قانون المساواة (2010 ج.15)، اختارت تعريف التمييز المباشر دون إشارة صريحة إلى النية، وتنص على أن شخصاً ما يميز عندما «أ» يعامل «ب» معاملة أقل تفضيلاً مما لو عامل أناساً آخرين؛ بسبب خاصية محددة، مما يسمح للمحاكم والقضاة بالنظر في عوامل أخرى غير النية، أو المعتقدات التي أعلنها في تحديد ما إذا كان قد عامل شخصاً آخر بشكل أقل تفضيلاً بسبب خاصية محددة.

وأن الأشخاص ذوي الإعاقة «مختفون» بالمعنى الحرفي.

وتعبر السياسة عن هذه الرسائل بصرف النظر عما إذا كانت تعكس نيات أو معتقدات الأفراد الذين تبنا هذه السياسة؛ ذلك أن الأهمية المعبرة للسياسة لا تعتمد على الحالة العقلية للعامل، بل على عوامل، مثل: الأعراف الاجتماعية والتأثيرات المادية المترتبة على أفعال وقواعد محددة⁽¹¹⁾.

ثالثًا: إنَّ المفهوم العامي للتمييز يثير إشكالات؛ لأنه ليس لديه الكثير مما يمكن قوله عن آثار الأعمال التمييزية على ضحايا التمييز.

لا أحد يجيب إذا ما سُئل عن أهمية منع التمييز بقوله: «إنهم القوقازيون المحضيون ودوافعهم»، ويتمثل شغلنا الشاغل في تصحيح الظلم الواضح الذي يتعرض له الأفراد المستبعدون، وعلى نطاق أوسع، الفئات الاجتماعية التي تستبعد لأسباب تمييزية محظورة. لذا فإن تقديم وصف لهذا الظلم الذي لا يشير إلى أي آثار على هذه الجماعات يبدو أمرًا إشكاليًا.

إنَّ استبعاد الأشخاص من: الوظائف، أو السلع والخدمات، أو المؤسسات العامة؛ بسبب: العرق، أو الجنس، أو الميل الجنسي، له آثار حقيقية وضارة جدًا. إنه يحرمهم من المساواة في المكانة في المجتمع، ويقلل رفايتهم، ويتنكر لبعض حرياتهم السلبية، ويمنعهم من تحقيق الاستقلالية، ويقلل من

(11) إنَّ كون هذه المعاني المعبرة وثيقة الصلة بما إذا كانت سياسة ما تمييزية تُعد ظلمًا، أصبح الآن معترفًا به قانونًا في العديد من الولايات القضائية، والواقع أنَّ حتى تدابير الحماية الضيقة نسبيًا التي عرضها التعديل الأمريكي الرابع عشر؛ قد فُسرَت بوصفها تحظر -ليس فقط الاستثناءات المزعجة بسبب نية الدولة، بل أيضًا- التصنيفات التي تثير الانزعاج بسبب موقفها أو ما تعبر عنه.

See the discussion of the Equal Protection Clause in E. Anderson and R. Pildes, 'Expressive theories of law: a general restatement', *University of Pennsylvania Law Review* 148:5 (2000), 1504, esp. at 1533-44; and see F. Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, and in particular ch. 5, 'The women of the Virginia Military Institute' (Belknap Press, 2006).

تقديرهم لذواتهم. من المسائل المشكّلة على الفلاسفة الذين يناقشون مسألة التمييز اليوم: كيف ينبغي لنا أن نفكر في الصلة الأخلاقية لهذه التأثيرات المختلفة وكيفية دمجها في نظرية متماسكة تفسر الأسباب التي تجعل التمييز خطأ؟ لا أحد ينكر الآن أنهم على قدر كبير من الأهمية، والسؤال هو: كيف؟

وثمة مشكلة رابعة تتعلق بالمفهوم العامي للتمييز، وهي تتعلق بزيادة توسيع فهمنا القانوني للتمييز، فعلى مدى السنوات العشرين الماضية، اعترفت معظم الولايات القضائية بأن إخضاع فئات اجتماعية محددة لا يكون مدعومًا بأعمال الاستبعاد المتعمد أو العنصري فحسب، ولكن من خلال مجموعة متنوعة من السياسات والممارسات المؤسسية التي تهدف العديد منها إلى تحقيق أهداف تافهة، ولكنها تفرض في النهاية مساوئ أكبر على أعضاء هذه الجماعات من دون قصد وتعزز القوالب النمطية حول هذه الجماعات، فإن معظم الولايات القضائية تعترف الآن بشكّلين من أشكال التمييز؛ فهناك النوع الذي كنت أناقشه حتى الآن، وهو أمر مقصود أو صريح غالبًا؛ الذي نسميه «التمييز المباشر» (أو في الولايات المتحدة الأمريكية «المعاملة المتباينة»)، في حالات التمييز المباشر، يستبعد الشخص بسبب صفة محددة، ويكون الاستبعاد صريحًا أو «ظاهريًا» بشكل عام (على ظاهر السياسات) ومعترفًا به من قِبَل الفاعل، حتى إذا لم يكن مرغوبًا به أو تمّ بسبب سوء النية. ولكن هناك أيضًا شكل ثانٍ من أشكال التمييز المعترف به قانونًا، وهو ما يُسمى: «التمييز غير المباشر»، ويحدث عندما يكون شخص أو مجموعة محرومين بشكلٍ غير مباشر بسبب صفة محمية. في حالات التمييز غير المباشر، عادة ما تعتمد السياسة التي تسبب الضرر لأسباب غير ذات صلة، وغالبًا ما تكون تافهة، كما أنّ كون هذه السياسة لها هذا الأثر غير الجيد على أفراد وجماعات محددة لا يعرف عادةً مقدمًا⁽¹²⁾. يبدو جليًا أنه

(12) حاولت في هذه الفقرة تقديم تعاريف واضحة نسبيًا للتمييز المباشر وغير المباشر؛ ولكن الحدود بينهما من الممكن أن تُطمس، على النحو الذي يجعل التوصل إلى تعريف دقيق من الجهة القانونية ومقنع أخلاقيًا نوعًا من التعامل مع «أوبلك» (المادة المصنوعة من نشا =

ليس كل السياسات التي لها آثار سلبية بشكل غير مباشر على المجموعات المحمية مثيرة للقلق من الجهة الأخلاقية: ففي بعض الحالات تكون هذه السياسات ضرورية، ولا ترقى إلى مستوى التمييز غير العادل، ومع أنه أمر مؤسف فله ما يبرره. وقد نقول: إن أثره على هذه الأقلية مجرد سوء حظ ولكنه ليس ظلمًا؛ ونظرًا لأن التمييز غير المباشر يكون أحيانًا مبررًا من الجهة الأخلاقية؛ فإن معظم النظم القانونية تسمح بوجود بعض المبررات المتاحة في حالات التمييز غير المباشر. وإذا نجح مميز مزعوم في تقديم مثل هذا التبرير؛ يمكنه الاستمرار في استخدام السياسة المعنية، ولكن لكي ينجح في تحقيق هذه الغاية فيجب عليه أن يثبت أن الضرر مُتناسب مع الهدف الإجمالي المشروع للسياسة، مع الوضع في الحسبان كل المصالح المتضررة. والحقيقة أنه يصعب التنظير للمفهوم الموسع للتمييز بطريقة متماسكة، وهو يثير عددًا من الأسئلة الصعبة، وهي الأسئلة التي جذبت الفلاسفة الذين يكتبون حاليًا عن التمييز، ولكنهم لا يزالون مختلفين عليها .

ولعل السؤال الأكثر جوهرية حول ماهية السمات المقلقة أخلاقيًا للأعمال والسياسات التمييزية، وهي التي تجعل هذه الأعمال والسياسات غير عادلة. هل

الذرة والمياه، وهي في بعض الأحيان صلبة، ولكنها تتحول إلى سائل عندما تحاول الإمساك به بإحكام بين أصابعك). عادة ما ينطوي التمييز المباشر على سياسة تستبعد صراحة أو «ظاهريًا» مجموعة محمية؛ ولكن السياسة قد تحدد مجموعة من سمات محددة ليست -هي ذاتها- صفة محمية، ولكنها مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بسمه محمية، حتى أننا نتعامل معها بموجب القانون بوصفها تمييزًا مباشرًا، ولكن هل نفعل هذا لأننا في مثل هذه الحالات ننظر إلى الاستبعاد بوصفه أمرًا يقوم به فاعل التمييز المباشر، باعتبارها جزءًا من عمله، وهل يكمن الفارق بين التمييز المباشر وغير المباشر في «القرب» بين التأثيرات غير المفيدة وبين ما قام به الفاعل؟ وإذا حدث ذلك، فإن الفرق بين شكلي التمييز يبدو مسألة درجة وليس نوعًا.

see the papers in T. Khaitan and H. Collins (eds.), *Foundations of Indirect Discrimination Law* (Hart Publishing, 2018).

هي الرسائل المهينة التي يعبرون عنها؟ أم فشلهم في إبداء الاحترام المناسب للآخرين؟ أو التأثير على حرية الضحايا؟ أو على الحياة الكريمة للضحايا؟

إن إجابات الفلاسفة المختلفين على هذا السؤال الجوهرى تنطوي على تبعات حول ما إذا كان التمييز -فيما يتصل بأرائهم- يمثل مشكلة تتعلق بعدالة التوزيع أو في المقام الأول مشكلة مرتبطة بعدم المساواة العلائقية.

إن الذين ينظرون إلى التمييز بصفته ظلماً بسبب الأضرار التي يتسبب بها لرفاهية الناس؛ يميلون إلى النظر إليه بوصفه أداة لعدالة التوزيع، ولكن الآخرين الذين يركزون على الطبيعة المهينة أو غير المجرمة للأفعال التمييزية وبعض الذين يركزون على الحرية التي يسلبها الضحايا؛ يرون أن التمييز في المقام الأول فشل في التواصل مع الآخرين على النحو الصحيح.

والواقع أن السؤال الجوهرى حول الأسباب التي تجعل التمييز خاطئاً = مُعقداً؛ لأن الفلاسفة طرحته لغرضين مختلفين تمام الاختلاف، ويبحث بعض الفلاسفة -ولا سيما علماء القانون- عن سمة خاصة للتمييز من شأنها أن تفسر الطريقة المميزة التي تكون بها الأفعال التمييزية غير مشروعة أو غير عادلة، وأن تبرر على الأقل الخطوط العريضة الأساسية لقوانين التمييز التي نعمل بها، وعلى النقيض من هذا؛ يحمل فلاسفة آخرون، خاصة القائلين بنظرية «الأولوية المتوافقة مع الصحراء»⁽¹³⁾ وهي نظرية أخلاقية عامة، حيث يُعد أي تصرف خطأ؛ فقط إذا فشل في تعظيم القيمة الأخلاقية في العالم. إن كان هذا صحيحاً فلا حاجة إلى نظرية خاصة للتمييز. ويهدف هؤلاء الفلاسفة من هذا إلى تبيان أننا نستطيع تفسير خطأ التمييز باستخدام نظريتهم الأخلاقية الأكثر عمومية.

(13) هي نظرية تعتمد على مبدأ تجنب الخسارة، معتمدة على عوامل مقدار الرفاهية، والبقاء، ودرجة الاستحقاق، فالحقوق لها أولوية حسب الاحتياج العادل لا حسب المساواة، فالمساواة هنا -في ذاتها- ليس لها قيمة أخلاقية، وهي تختلف عن النفعية، حيث تهتم بالأخلاق الجوهرية وليست فقط أدواتية.

وبقدر ما تتعارض نظريتهم الأخلاقية العامة مع مذاهب محددة في إطار قانون التمييز، فإنّ هذا يدل -في رأيهم- على أنّ القانون لا يتبع دائماً الحقيقة الأخلاقية بشأن التمييز.

وفي هذه المناقشات التي تدور حول ما يجعل التمييز خطأ أو غير عادل؛ هناك أيضًا مجموعة صعبة من التساؤلات حول العلاقة بين التمييز المباشر وغير المباشر. لقد افترض العديد من الفلاسفة الذين شرعوا في الكتابة عن التمييز ببساطة: أنّ مجموعة البيانات ذات الصلة لا تتضمن سوى حالات التمييز المباشر -أي: الاستثناءات التي تحدث على أساس صفة محمية- التي تكون: ظاهرة، أو ضمنية، أو معروفة من قبل المفوض. ولكن بعض نظرياتهم تنطبق أيضًا على الأقل على بعض حالات التمييز غير المباشر، وهذا يعني الحرمان الذي ينتج بشكل غير مباشر عن السياسة، ويؤثر في جماعات بعينها؛ لأنها تمتلك صفة محمية. لذا؛ يجب علينا أن ننظر -ليس فقط إلى ما تفترض النظرية أنه موضوع لها، بل أيضًا- إلى ما تنطوي عليه في واقع الأمر من حالات التمييز المباشر وغير المباشر.

تشير بعض النظريات إلى أنه على الرغم من أنّ حالات التمييز المباشر وغير المباشر ليست جميعها خاطئة - وعندما تكون كذلك فعلاً- فإنّ هذا يكون بالأسباب نفسها، وهناك نظريات أخرى كذلك، ولكنها تنطبق على التمييز المباشر فقط. ويزعم أنصار هذه النظريات أنّ التمييز غير المباشر غير عادل بطريقة ثانوية أو مختلفة، أو أنه ليس ظلمًا على الإطلاق، وإنما مجرد أمر سيئ، قد يكون من المفيد تصحيحه، ولكنه ليس شيئًا يطالب أي فرد أو جماعة الآخرين بتصحيحه.

2 نظريات وقانون التمييز:

عدد من النظريات البارزة التي تناقش الأسباب التي تستدعي اعتبار التمييز عملاً غير مشروع، أو عملاً فيه ظلم؛ تحتكم إلى نوع محدد من عدم الاعتراف

في الأفعال التمييزية. وتتعلق بعض هذه النظريات على وجه التحديد بالقيمة التعبيرية للأعمال التمييزية، فقد زعم أندرسون بلايدز -على سبيل المثال- أن الأفعال التمييزية تفرض «أضرارًا معبرة»، وترسل رسائل: الازدراء، أو العداوة، أو الوصاية غير اللائقة بشأن مجموعات محددة⁽¹⁴⁾.

تجمع ديورا هيلمان بين هذا التركيز على البعد التعبيري للأعمال التمييزية وبين شرط يقضي بأن الفعل أيضًا يؤدي فعليًا إلى الحط من وضع الشخص، فهي تقترح أن الأفعال التمييزية «تحط قدر» المجموعات التي تتميز بصفات محمية، بمعنى خاص أنها ترسل رسالة مفادها: أن هؤلاء الأشخاص أدنى مرتبة، وأن يكون لهم أيضًا الأثر الفعلي لحط قدرهم⁽¹⁵⁾.

وهناك منظرون آخرون، مثل: جون غاردنر، لا يركزون على القيمة التعبيرية للفعل التمييزي بشكل كبير، وإنما يركزون على فشل الفاعل في الاعتراف بفعله، وما يفعله ذلك بالعلاقة بين المميز والمميز⁽¹⁶⁾. فيما يرى بن إيدلسون أن التمييز -في ذاته- غير مشروع؛ لأنه لا يعترف أصلًا بالكمال الإنساني للشخص بصفته إنسانًا⁽¹⁷⁾.

يقدم هؤلاء الفلاسفة نظرياتهم على أنها تفسيرات لعدم المشروعية أو عدم الإنصاف فيما يتعلق بالتمييز المباشر فقط، وليس بوصفها تفسيرات للتمييز غير

Anderson and Pildes, 'Expressive theories of law: a general restatement'. (14)

D. Hellman, When Is Discrimination Wrong? (Harvard University Press, 2011) (15)

J. Gardner, 'On the ground of her sex(uality)', Oxford Journal of Legal Studies, 18 (1998) 167-87; "Liberals and unlawful discrimination", Oxford Journal of Legal Studies 9 (1989) 1-22; 'Discrimination as injustice', Oxford Journal of Legal Studies 16:3 (1996) 353 (16)

B. Eidelson, Discrimination and Disrespect (Oxford University Press, 2015). (17)

إيدلسون لديه تفسير مُعقد لما ينبغي أن يتم للاعتراف بمكانة شخص ما كاملًا بصفته إنسانًا، ولكن هذا يتطلب على أقل تقدير، أن نعامله بصفته شخصًا يجب أن تُعطى مصالحه اهتمامًا مناسبًا، وكذلك يجب احترام استقلالته.

المباشر، ليس لأسباب فلسفية؛ بل لأنها تبدأ من التعريف القانوني للتمييز المباشر وتقدم تفسيرها بصفته مفهومًا يشرح خطأ التمييز، هكذا تصوروا. غير أن الافتقار إلى الاعتراف الذي يجعل التمييز المباشر غير مشروع في وجهات نظرهم؛ كثيرًا ما يكون حاضرًا في حالات التمييز غير العادل وغير المباشر أيضًا. تأمل هذا المثال؛ (تتطلب بعض أنظمة الرعاية الصحية الوطنية إثبات العنوان حتى يتمكن المرضى من التسجيل لدى الطبيب أو التسجيل في المستشفى). ولنفترض أن مثل هذا البلد شهد لتوه تدفقًا هائلًا من اللاجئين من أقلية عرقية محددة في دولة مجاورة، ولنفترض أيضًا أن هناك عددًا كبيرًا من الغجر المتجولين. سوف تزيد هذه السياسة من صعوبة حصول هذه الأقليات العرقية على الرعاية الصحية، وهذا يشكل تمييزًا عنصريًا غير مباشر.

هل ينطوي هذا على فشل في التعرف، يكون محل اعتراض وفق نظريات مثل نظريات: أندرسون، أو هيلمان، أو إيدلسون؟ قد يكون ذلك. ونتوقع من حكومة عادلة أن تدرك محنة هذه المجموعات العرقية وأن تدرجها في مداولاتها، وأن الفشل في القيام بذلك من شأنه أن يدل على الفشل في عد مصالحهم ومكانتهم -بصفتهم شعبًا- على محمل الجد.

إن فحوى الرسالة التي تبعث بها هذه السياسة؛ هي أن هؤلاء الناس يمكن التخلص منهم، ولا يستحقون الرعاية الصحية المناسبة، يبدو أيضًا تحتقرهم وتحافظ على حالتهم المتدنية. وإذا كنتُ على حق، فإن بعض التمييز غير المباشر، أو كثير منه- يُغطى بهذه الروايات القائمة على الاعتراف بخطأ التمييز. هذه ليست المشكلة -وإن كان ينبغي الاعتراف بها- فهو يتفق مع الممارسة المتبعة في أنظمتنا القانونية التي تقضي بمعاملة هذا التمييز بوصفه «تمييزًا مباشرًا»، مع أنه من المفترض أن تكون تمييزًا غير مباشر لولا ذلك، حيث تستبعد مجموعة ما، استنادًا إلى وجود سمة ترتبط ارتباطًا وثيقًا بسمة الاستبعاد.

من غير الواضح ما ينبغي لأنصار التفسيرات القائمة على الاعتراف أن

يقولوا عن بقية أشكال التمييز غير المباشر - تلك الحالات التي لا تنطوي على فشل الاعتراف بهذا النوع من التمييز. قد يزعمون - كما حاول هيلمان- أن هذه الأشكال من التمييز غير المباشر تشمل في أغلب الأحوال على ظلم مشتق يعتمد على «مضاعفة» الظلم الواقع على حالات تجريم التمييز المباشر في الماضي⁽¹⁸⁾.

أو ربما يزعمون - كما فعل جون جاردنر وبين إيدلسون - إذا لم تعترف حالة من حالات التمييز بأشخاص آخرين بالطريقة المناسبة، فإنها لا تعد غير مشروعة أو غير عادلة؛ إذ قد يكون هناك سبب ما يمنعه بشكل قانوني، ولأجل ضمان حصول الفئات المحرومة على حصة أكبر من الموارد والفرص⁽¹⁹⁾.

والواقع أن كل النظريات التي جمعتها معًا هنا بوصفها نظريات قائمة على الاعتراف؛ تعبر عن أن ما يتعلق بالتمييز هو حدس أخلاقي. وهذا يعني أن الأمر لا يشمل فقط الفشل في منح بعض الأمور للناس -الموارد، والوظائف، والفرص، بل حتى الزيادات في الرفاهية- بل يشمل أيضًا الفشل في الاعتراف بمكانتهم المتساوية بصفتهم شركاء في المجتمع.

وأعتقد أن هذا هو أكثر ما يغضبنا إزاء الأعمال التمييزية، وهو نوع من الغضب الذي يمثل استجابة تمييز إلى حد ما على أعمال التمييز، وهناك العديد من الأفعال التي ننظر إليها بوصفها مرفوضة؛ لأنها توزع سلعةً محددة بشكل غير عادل، وتعطي بعض الناس أقل من غيرهم، أو أقل مما يستحقون، ولكن عندما نرى صورًا فوتوغرافية لكو كلوكس كلان، أو عندما نسمع في بعض الأنظمة القانونية أن شهادة المرأة تعادل نصف أو ثلث شهادة الرجل، فإننا نشعر بنوع مميز من الغضب. نحن نشعر أن بعض الناس يفشلون في الاعتراف

D. Hellman, 'Indirect discrimination and the duty to avoid compounding injustice', (18) ch. 5 of Foundations of Indirect Discrimination Law, 105-22.

See Gardner, 'On the ground of her sex(uality)' and Eidelson, Discrimination and (19) Disrespect.

بالآخرين بشكل مناسب، ويفشلون في منحهم مكانة اجتماعية كاملة أو متساوية.

هناك على الأقل صعوبتان تواجههما التفسيرات القائمة على الاعتراف:

الأولى: أنها تفتقر إلى وصف تفصيلي للتبعية الاجتماعية، وإذا كنت محققاً في أن الحدس الأخلاقي الأساسي الذي تستند إليه هذه النظريات هو أن الأفعال التمييزية تعمل بشكل غير عادل على خلق أو إدامة فكرة وجود فئات مختلفة من الناس في المجتمع - فهم يدينون لنا بتفسير أكثر تفصيلاً لما تتألف منه هذا التبعية غير العادلة، ولا يكفي أن نتحدث بشكل مجرد عن «خفض منزلة شخص ما» - وكأن من الممكن أن نعرف منزلة شخص ما بالسهولة ذاتها التي نستطيع بها أن نعرف لون شعره.

نحن بحاجة إلى نظرية أكثر تفصيلاً عن التبعية الاجتماعية، وعن ماهية وضع الأفراد والجماعات في المجتمع، وعن كيفية تخفيض هذه المنزلة على وجه الدقة، وعن الحالات التي يُعد فيها هذا الخفض تبعية غير عادلة⁽²⁰⁾. ومن بين الصعوبات الأخرى التي تواجه التفسيرات القائمة على الاعتراف؛ أنها تتجاهل بعض جوانب شكاوى الضحايا. ضحايا التمييز لا يريدون أن يُعترف بهم على قدم المساواة، ويُمنحون مكانة اجتماعية متساوية وحسب؛ بل يريدون أيضاً الحصول على الخدمات التي هي موضع البحث في حالات محددة من التمييز: الترقيات، والمعاشات التقاعدية، ومؤسسة الزواج. وهم يريدون حرية القدرة على الاختيار وتشكيل حياتهم من دون القلق بشأن التكاليف التي تلزمهم

(20) إن وضع تفسير صارم للتبعية أمر شديد الصعوبة، ومن الواضح أن التبعية تنطوي على التعامل بوصفه شخصاً أدنى من غيره، ولكن ليس كل تقليل من شأن الناس يُعد تبعية، فإذا كانت مجموعة أقل مهارة حقاً في جانب محدد، فيتصور المرء أن الاعتراف بهذا والتعامل معه لا يُعد إخضاعاً لهم، ولكن قد يكون هذا من قبيل الإخضاع لهم، إذا كان السبب وراء افتقارهم لهذه المهارة بسبب حرمانهم بشكل غير عادل من بعض الموارد، وبعض الفرص التعليمية.

بها افتراضات أشخاص آخرين حول سمات محددة، مثل: عرقهم، أو جنسهم. لماذا لا نفترض أن هذه أيضًا تشكل مصدرًا حقيقيًا لعدم عدالة التمييز، كما يتصور الضحايا؟

وهناك مجموعة أخرى من نظريات التمييز التي تركز على جانب واحد فقط من جوانب التمييز، وهي نظريات «أولوية الحقوق»، وهي تستند إلى الأولوية في إعطاء الحقوق، والتي وضعها مؤخرًا كاسبر ليبيرت راسموسن، وريتشارد أرنيسون.

إنّ هذه النظريات تضع في الواجهة؛ التأثير التوزيعي للتمييز، وليس الافتقار إلى الاعتراف الذي قد يظهره. ويؤيد أنصار هذه المقترحات نظرية أخلاقية عامة مفادها: أن العمل السليم هو العمل الذي يعمل على تعظيم القيمة الأخلاقية، وهم أيضًا يتمسكون بأن القيمة الأخلاقية كثيرًا ما تزيد إلى أقصى حد عندما نرفع مستوى رفاه أولئك الذين هم في أسوأ الأحوال، في ظروف يستحقون فيها ذلك⁽²¹⁾. هم لا ينافحون عادة عن هذه النظرية في كتاباتهم بشأن التمييز؛ بل إنهم يعدّون أنفسهم من أنصار هذا الرأي الأخلاقي، ثم يطبقون هذا الرأي على التمييز.

ومن المهم ملاحظة عمق الخلاف بين أنصار نظريات أولوية الحقوق، وبين أنصار النظريات القائمة على الاعتراف بالمساواة، فهم لا يختلفون على أي جانب من جوانب التمييز يشكل أولوية أخلاقية وحسب، بل كل منهما يعتمد نهجًا مختلفًا تمامًا إزاء القانون، وعلاقته بالأخلاق.

إنّ ليبيرت راسموسن وأرنيسون يشرعان من نظرية عامة حول القيمة

K. Lippert-Rasmussen, *Born Free and Equal: A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination* (Oxford University Press, 2014); Arneson, 'Discrimination, disparate impact and theories of justice' in *Philosophical Foundations of Discrimination Law*.

الأخلاقية، ويقترحان أن حدسنا بشأن التمييز له ما يبرره أخلاقياً ما دام هذا الحدس متوافقاً مع هذه النظرية، وعلى النقيض من هذا؛ يفعل المنظرون الذين يستندون إلى الاعتراف بالمساواة بشيئاً مختلفاً، فهم يقدمون نظرتهم للتمييز بوصفه التفسير الأفضل لمفهوم التمييز الذي تقوم عليه قوانيننا، أي: إنها تبدأ من مفهوم تقريبي لهيكل قواعدنا القانونية التي تحيط بالتمييز وأهدافها -وهي قواعد يبدو أنها تحظر الأفعال غير العادلة بطريقة مميزة- ثم يطالبون بنوع من الاعتراف لا تنطوي عليه بعض الأعمال والسياسات؛ من أجل شرح ما يتشكل منه هذا النوع المميّز من الظلم.

إنّ نظريات أولوية الحقوق تنطوي على بعض المشكلات المحتملة:

المشكلة الأولى: هي مشكلة منهجية تؤدي بدورها إلى مشكلة في محتوى النظرية، وفي اعتقادي أنّ هناك مشكلة ما بشأن النهج القائم على أولوية الحقوق، يتلخص ببساطة في التعامل مع نظرية أخلاقية محددة، بوصفها من الأمور المُسلّم بها، وتطبيقها على سياق التمييز، وبافتراض أنه بقدر ما تكون قوانيننا في حالة تعارض مع مضامين هذه النظرية الأخلاقية، فإنّ قوانيننا هي التي يجب تنقيحها، بصرف النظر عن نوع الظلم الذي تضمنه التمييز؛ يبدو لي أنّ فهمنا لها قد شكّله نظمنا القانونية لتنظيمه، وفي هذا الصدد، يُقال: إنّ التمييز يختلف عن بعض الأخطاء الأخلاقية الأخرى، مثل: الفشل في الوفاء بالوعود أو القتل.

قد نظن أننا نطور تصوراً مفصلاً ودقيقاً لطبيعة الوعد، ولماذا من المهم أخلاقياً أن نفي بالوعود حتى دون الرجوع إلى قانون العقود، أو بدون فهم عميق لجريمة القتل، ولماذا هي خطأ أخلاقي دون النظر إلى بنية الحظر الجنائي على القتل.

يمكن القول: إن وجهات نظرنا العامة المشتركة حول ماهية التمييز ولماذا يعد ظلماً؛ قد صيغت إلى حد كبير بواسطة قوانين التمييز المحلية والدولية على

مدى الخمسين عامًا الماضية، لذا فأنا لستُ على يقين من الكيفية التي يتوقع بها أن يكون وصف التمييز وإجحافه دقيقًا من دون النظر في حقائق محددة حول الحظر القانوني للتمييز.

من بين هذه الحقائق أن في إطار القانون -بنظرية الأولوية أو المساواة-، فإن المعنى الأخلاقي الجوهرى، لا علاقة لها بالحق القانوني للفرد، أو الجماعة في عدم التمييز. ولا تُوجد مرحلة في التحليل القانوني لدعوى تمييز نسأل فيها عما إذا كان المطالب مستحقًا بوجه عام، أو مستحقًا للمنفعة المحددة موضع البحث.

وعلى نحو مماثل، فإنَّ الاعتراف بسمّة ما بوصفها صفة «محمية» بموجب القانون لا يعتمد على ما إذا كان الأشخاص الذين يمتلكون مثل هذه الصفات مستحقين؛ بل يعتمد على أنواع أخرى من الحقائق بشكلٍ كامل، مثل ما إذا كان أولئك الذين يمتلكون مثل هذه السمات عاجزين عن تغيير الصفة، أو ما إذا كان الذين يملكون هذه الصفة قد تعرضوا تاريخيًا للاستبعاد والتبعية الاجتماعيين على أساس هذه الصفة.

وهناك أيضًا شيء ما حول فكرة التقييم الموضوعي لقيمة شخصٍ ما التي تتعارض بشدة مع روح قانون التمييز. أيًا كانت نظرية قانون التمييز التي نؤيدها؛ فأنا أعتقد أننا لا نستطيع أن ننكر أن جزءًا من الهدف من هذه القوانين يتلخص في تجنب وضع بعض الناس في موقف يُسمح لهم فيه رسميًا بالتصريح لأشخاص آخرين أنهم لا يستحقون برنامجًا محددًا لإعادة التوزيع؛ وذلك لأنَّ سوء حظهم هو خطأهم، ومن غير الواضح ما إذا كانت نزعة أولوية الحقوق قد تتجنب القيام بهذا.

ولكن ماذا عن المكوّن «الأولوية» في مبدأ أولوية الحقوق؟ ألا نستطيع أن نعد هذا العنصر وصفًا معقولًا لسبب أهمية القضاء على التمييز، في حين نرفض في الوقت ذاته عنصر الاستحقاق في هذه النظريات؟ يبدو أنّ جزءًا مما

يُنَجَز بحظر التمييز هو رفع المستوى النسبي لرفاه بعض الفئات الأكثر حرمانًا في المجتمع، ومع ذلك، فإن مجرد كون شيء ما أثرًا لمحظورات التمييز؛ لا يعني أنّ هذا هو غرضها النهائي، أو أنه أساسي من الجهة الأخلاقية. وإذا كان هدفنا النهائي هو إعطاء الأولوية للمجموعات الأسوأ حالًا؛ فإنّ قانون التمييز يبدو طريقة خرقاء وغير مكتملة لمحاولة القيام بذلك، لماذا نستثني مجموعات محددة بدلًا من غيرها، ونحمي فقط أولئك الذين استُبعدوا بسبب صفات محددة؟ لا توجد سلطة قضائية تعترف بالفقر بوصفه أساسًا محظورًا للتمييز، ألن يكون هذا هو الشيء الواضح الذي ينبغي أن نفعله إذا كان هدفنا إعطاء الأولوية للأسوأ؟ لماذا يجب علينا أن نحمي سمات، مثل: العرق، والجنس، والتوجه الجنسي فقط؟

يميل المرء للإجابة: لأنّ هذه السمات تميّز الجماعات التي عانت نوعًا من القمع أو التبعية، ولكن من الواضح أنّ هذا ليس جوابًا مفتوحًا للأولوية التي يتلخص اهتمامها الوحيد في توزيع السلع، وليس الطريقة التي وُزعت بها، فضلًا عن ذلك؛ فمن غير الواضح على أي نموذج قائم على الأولوية ما الذي قد يجعلنا في أي وقت نطلب من الأفراد بصفته الشخصية - أصحاب العمل، ومقدمي السلع والخدمات، والمؤسسات التعليمية- أن يغطوا تكاليف التمييز. أو بالأحرى؛ ليس من الواضح كيف يمكننا تبرير ذلك، لماذا أنا بصفتي صاحب عمل مسؤول عن تحمل تكاليف رفع مستوى رفاهيتك، فضلًا عن رفاهيتك النسبية لمجموعتك، مقارنة برفاهية المجموعات الأخرى؟ ألن يكون الأمر مبررًا أكثر إذا ما غطينا التكاليف معًا من خلال الأموال العامة؟

وتظهر معضلة المساواة هذه في كتاب تارونابه خيطان الجديد «نظرية في قانون التمييز»⁽²²⁾ يحشد خيطان تفسيره تبعًا لنظرية الأولوية، ويبيّن سبب رفض التمييز المنهجي، ويضيف مبيّنًا أنّ أفعال التمييز الفردية بمثابة أخطاء شخصية،

T. Khaitan, A Theory of Discrimination Law (Oxford University Press, 2015).

(22)

والأخطاء التي يرتكبها شخص ضد شخص آخر من النوع الذي يتطلب نوعاً من التصحيح، ويحق للدولة أن تُحمّل الشخص عبء القضاء على التمييز.

يزعم خيطان أن الغرض من قانون التمييز -على المستوى النظامي- هو القضاء على الأضرار النسبية بين الفئات الاجتماعية، بحيث يكون لدى الجميع ما يكفي من خدمات أساسية محددة.

وهذا التفسير «كفائي» بالمعنى الدقيق للكلمة، حيث إنه ينص على أن الهدف النهائي لقانون التمييز يتلخص في ضمان حصول الجميع على القدر الكافي من هذه الخدمات من أجل تحقيق الاستقلالية، ولكن كما يلاحظ خيطان؛ فمن أجل ضمان حصول الجميع على القدر الكافي؛ يجب علينا أن نركز على المجموعات الأسوأ حالاً. وعلى هذا؛ فإن وجهة نظره فيما يتصل بالتمييز الشامل قريبة إلى حد كبير من مذهب الأولوية. لذا من الجهة العملية؛ فإن نظرتة للتمييز المنهجي قريبة جداً من الأولوية. ومع ذلك؛ فهو يرى أن أفعال تمييز محددة ترقى إلى مرتبة الأخطاء الشخصية ضد ضحايا محددين؛ ليس لأنهم فشلوا في إعطاء الأولوية للأسوأ حالاً، ولكن لأنهم «يفرضون تكاليف على عضوية الجماعات التي لا تشكل عضويتها أهمية أخلاقية»⁽²³⁾.

لم يخبرنا خيطان عن الكيفية التي يفترض أن يتوقف فيها بيانه الإضافي عن التمييز بوصفه خطأ شخصياً، مع بيان الأولوية للتمييز المنهجي، أو لماذا يكون التفسير التكميلي ضرورياً في المقام الأول؟ وأتساءل عما إذا كان ضرورياً له؛ لأنه يشكك فيما إذا كانت أنواع الأضرار الجماعية التي يحتج بها التفسير الأولوي كافية لتوليد واجب شخصي على المميّز بعدم التمييز. ولكن إذا كان هذا صحيحاً؛ فإن التفسير الإضافي يُجازف باحتلال الحيز الأخلاقي بالكامل ودفع التفسير القائم على الأولوية. وإذا كان هذا هو التفسير التكميلي الذي يفسر حقاً سبب وجود واجب شخصي على المميزين تجاه ضحايا محددين

بعدم التمييز، فمن غير الواضح؛ لماذا نحتاج إلى أي تفسير آخر لسبب خطأ التمييز أو ظلمه.

أعتقد أنّ الصعوبة لا تكمن في نظرية خيطان فحسب، أعتقد أنها ظهرت؛ لأنه أمين بما فيه الكفاية لتصوير مسارين في فكرنا وقوانيننا -عن التمييز- تجعلنا في اتجاهات مختلفة. صحيح أنّ التمييز -كما يقترح أصحاب نظرية الأولوية - يقود مجموعات مُحددة إلى حالةٍ أسوأ من غيرها، وأنّ جزءًا مما نهتم به هو هدف إعادة التوزيع المتمثل في إعطاء سلع محددة لهذه المجموعات المحرومة، ولكننا ننظر أيضًا إلى التمييز بوصفه خطأ شخصيًا، يشمل إساءة معاملة شخصٍ ما من قبل شخصٍ آخر. وهنا يجادل أصحاب نظرية الاعتراف بالمساواة بالدور الذي يؤديه الاعتراف. ما يجعل التمييز خطأ شخصيًا كما يقولون؛ هو أنه يفشل في منح شخصٍ آخر مكانة مساوية في المجتمع، من دون تبعية.

في اعتقادي أن هذا يشير إلى أننا قد نحتاج إلى تفسيرات تعددية للتمييز، وهي التفسيرات التي تناشد عددًا من الجوانب المختلفة للتمييز التي ناقشتها، ولكن أي حساب تعددي سوف يكون مدينًا لنا بتفسير للكيفية التي تعمل بها هذه المظاهر المختلفة للخطأ للتمييز، وكيف تترابط، ولعل حق كل شخص في المساواة في المكانة هو الذي يفسر لنا لماذا يقع علينا واجب شخصي في عدم التمييز ضد الآخرين، ولعل الحاجة إلى إعطاء الأولوية لأولئك الأسوأ حالًا؛ تقدم سببًا أخلاقيًا إضافيًا لعدم التمييز، ولكن إذا حدث هذا؛ فكيف تتفاعل هذه الأسباب الأخلاقية المختلفة على وجه التحديد؟ وهل كل من هذه التدابير ثقيلة بالقدر الكافي لتصحيح أي خطأ إذا كانت حاضرة، أم يجب أن يكون كلاهما حاضرًا في جميع حالات التمييز من أجل جعل الفعل أو السياسة خطأ أو ظلمًا؟

وقبل أن أنتقل إلى هذه الأسئلة في الجزء الأخير من الورقة، أود أن أشير

إلى دور عامل آخر في التمييز، وهو عامل لَمَّا ينظر فيه بعد.

إنه أهمية الحريات التي يُحرم منها مَنْ يواجهون التمييز، لقد رأينا كيف تُحدد النظريات القائمة على الاعتراف الخطأ في التمييز في التبعية أو في الافتقار إلى المساواة في المكانة، في حين تميل نظريات الأولوية إلى تحديد مكانه في الفشل في إعطاء الأولوية لهؤلاء الذين هم «أسوأ حالاً»، حيث تكون «أسوأ الحالات» مفهومة غالباً من حيث مستوى الرفاهية الاجتماعية، ولكن عدداً من الفلاسفة الذين يكتبون عن التمييز قد فهموا عدم مشروعيته من حيث قيمة أخرى: الحرية. وكما زعم بعض الفلاسفة السياسيين أننا نستطيع أن نفهم قيمة المساواة ليس باعتبارها قيمة في المنافسة مع قيمة الحرية، بل باعتباره وسيلة لضمان الحرية التي يحق لكل مواطن التمتع بها، وعلى هذا فقد اقترح بعض الفلاسفة الذين يكتبون عن التمييز أن النوع من المعاملة المتساوية التي هي موضع البحث هنا، هو الأكثر فهماً من حيث قيمة الحرية، خيطان أحد هؤلاء.

والواقع، إن تفسيراته الكفائية تختلف عن التفسيرات ذات الأولوية الأخرى التي بحثتها سابقاً، فالأمر بالنسبة له، هو أن المجموعات الاجتماعية «الأسوأ حالاً» بالمعنى ذي الصلة هي تلك التي تفتقر إلى السلع الأساسية - (مثل: احترام الذات، ومجموعة من الأنشطة القيمة التي تختار منها) - الضرورية للاستقلالية، وعلى هذا، فمن منظور خيطان، يعمل قانون التمييز في نهاية المطاف على حماية حق متساوٍ للشروط اللازمة للاستقلالية.

أعتقد أن أهمية حرية التمييز تصبح واضحة عندما نفكر في الطرق الشديدة والمتغلغلة التي يتأثر بها أعضاء المجموعات الخاضعة للتمييز.

التمييز لا يحرمك الوظيفة بسبب العرق فحسب، أو يحرمك فرصة ركوب المواصلات العامة لأنك على كرسي مُتحرك. إنه يلقي عليك وعلى جميع مداولاتك عبئاً ثقيلاً، ويفرض تكاليف أعلى على بعض الخيارات، ويقيد

أخرى، ويطالبك باستمرار بفهم الافتراضات التي يقوم بها الأشخاص الآخرون وسياساتهم عنك؛ أنه نظرًا لأنك مُعاق، فإنّ لديك الوقت الكافي للذهاب إلى خلفية المبنى؛ لأنّ عملك لا يمكن أن يكون مهمًا للغاية على أي حال؛ وإن كنت سوداء وجئت للمدرسة لتقلّي شخصًا ما، فلا بد أنك مربية؛ إن كل شخصٍ لديه زوجة في المنزل لأخذ أطفاله إلى المدرسة عنهم عندما تبدأ اجتماعات العمل في الساعة 30:8 صباحًا.

الأمر الذي يجعل الحياة صعبة ومثبطة إلى هذا الحد بالنسبة لأعضاء الجماعات التي تُعاني التمييز الذي طال أمده، وما يجعلهم غير قادرين على النظر إلى أنفسهم بوصفهم مشاركين مُتساوين في المجتمع، ليس فقط أنهم يحصلون على وظائف وموارد أقل.

بل إن حياتهم -على النقيض من غيرهم من الناس- تتألف من الاضطرار على نحو مُستمر إلى التنقل عبر السياسات والافتراضات التي يتبناها أشخاص آخرون، كما هي الطريقة التي يجب بها على مُستخدم الكرسي المتحرك أن يشق طريقه عبر المطبات على الرصيف.

هذا الحدس هو ما يؤسس لتفسييري السابق للتمييز بوصفه إنكارًا لحرية التداول⁽²⁴⁾.

See S. Moreau, 'What is discrimination?', *Philosophy and Public Affairs* 38:2 (Spring (24) 2010), 143-79; and 'In defense of a liberty-based account of discrimination' in *Philosophical Foundations of Discrimination Law*.

في هذه المواد، جادلت أنه ليس لنا دائمًا الحق في حرية التداول، ولكن هناك تفسير وحيد لتحديد متى يكون لنا الحق في حرية محددة للتداول، ومتى لا يكون ذلك. وأعتقد الآن أنّ شخصًا ما لديه الحق في حرية محددة للتداول عندما ينكر أنّ الحرية سوف تتركها عاجزة عن النظر إلى نفسها بوصفها مشاركًا بالتساوي في المجتمع، وقد حاولت تطوير وجهة النظر هذه في القسم 3 من هذا الفصل.

see Moreau, *Faces of Inequality* (Oxford University Press, 2020)

في هذا الرأي، فإنَّ التمييز خطأ شخصي ما دام يمنعنا من الحصول على القدر الكافي من الحرية في «الحرية التداولية» - أي: القدر الكافي من الحرية في التداول، والعمل أيضًا على الخيارات التي تهمنا - التي تسمح لنا بأن نرى أنفسنا مشاركين بالتساوي في المجتمع.

أعتقد الآن أن هذا التفسير -مثل التفسيرات الأخرى التي استطلعتها هنا- لا يلتقط سوى جزء من الحقيقة، نحن نهتم اهتمامًا كبيرًا بمنح الناس حرية التداول في سياقات محددة؛ ولكننا نهتم أيضًا بالقدر ذاته بالقضاء على التبعية الاجتماعية، وضمان قدرة أولئك الذين هم في أسوأ الأحوال على الوصول إلى بعض الفرص والمؤسسات الأساسية.

وعلى هذا، فإنَّ التفسير القائم على الحرية -مثل: التفسير القائم على أولوية الحقوق- غير كامل. ويبدو أنَّ كلاً منها يركز على بعض أسباب القضاء على التمييز دون الاهتمام الكافي بالأسباب الأخرى.

3. نظرية تعددية في التمييز:

ولكن هل من الممكن أن نقدم تفسيرًا تعدديًا للتمييز وقانون التمييز - الذي يعطي بعض الدور لغياب التبعية الاجتماعية، وبعض الدور لحماية الحريات، وبعض الدور الذي قد يترتب على التمييز في رفاهية الناس، وخاصة رفاهية أولئك الأسوأ حالًا؟

وأعتقد أنَّ هذا أحد الأسئلة الرئيسية بالنسبة لنا، في حين نتجاوز محاولاتنا الأولى لمعالجة التمييز فلسفيًا، أعتقد أنَّ هناك مجالًا لنظرية متماسكة، ولكنها تعددية. وبدلاً من الاحتجاج بأن إحدى هذه القيم أولية أخلاقياً، وأن القيم الأخرى إما غير ذات صلة، وإما ذات صلة فقط باعتباره وسيلة لتحقيق القيمة الأساسية الوحيدة، فإن تفسيرنا لا يشير إلى أنها جميعًا أسباب وجيهة بالقدر ذاته للقضاء على التمييز، وأنها كلها على الأقل بعض الأحيان سمات خطأ لأعمال التمييز؟

كما أشرت أعلاه في القسم 2، فإنّها لا تعطينا أنواع الأسباب ذاتها، وبالتالي، فإنّها لا تعمل بالطريقة ذاتها، من وجهة النظر الأخلاقية.

يبدو أن الحرية والمكانة المتساوية تضعان واجبًا شخصيًا على عاتق القائم بالتمييز تجاه ضحايا بعينهم، في حين أن الهدف العام المتمثل في رفع مستوى الفئات الأسوأ حالًا يعطينا فيما يبدو سببًا أخلاقيًا أكثر عمومية للقيام بأعمال محددة، دون أن تكون هناك بالضرورة مطالبة بأي سلع محددة من جانب أفراد محددين. ولكن هذا لا يبدو مزيجًا غير متماسك من الأسباب، وهو ببساطة يحتاج إلى مزيدٍ من الشرح والتوضيح.

ولكن قد يجادل المرء بأنّ نظرية الخطأ في التمييز هذه لن تكون في واقع الأمر نظرية على الإطلاق، بل إنها مجرد قائمة من تأثيرات التمييز غير المرغوبة فطريًا. أظن أنّ هذا القلق هو ما دفع جزئيًا العديد من الفلاسفة إلى الاحتكام إلى قيمة واحدة، أو حالة واحدة باعتباره مصدرًا للظلم في جميع حالات التمييز، ولكن نفترض أنّ هذا من أجل تعزيز القوة التفسيرية، حيث يجب أن يكون تفسير سبب كون مجموعة محددة من الأفعال خطأ أو وصفها أنها غير عادلة؛ اختزاليًا وأحاديًا، موضحة خطأ تلك الأفعال من خلال تتبعها في جميع الحالات إلى قيمة واحدة إضافية .

لِمَ علينا أن نفترض ذلك؟ إننا لا نطلب هذا من نظريات العدالة السياسية، فالنظرية المتماسكة للعدالة يمكن أن تتألف -كما في العديد من النظريات الليبرالية للعدالة- من خلال مجموعة من المبادئ المختلفة -ولكنها متكاملة- التي لا يمكن أن تُعزى جميعًا إلى قيمة أخرى.

ولا نفترض أيضًا أنّ التفسيرات المتماسكة عن فضائل ورتائل أخلاقية بعينها، لا بد أن تكون أحادية دائمًا، فلا أحد قد يرى أنه من الضروري -على سبيل المثال- تقديم تفسير أحادي للقسوة، مثل: التمييز، فإن بعض أعمال القسوة تكون متعمدة وبعضها بسبب الإهمال؛ ومثل: الأعمال التمييزية، تبدو

الأعمال القاسية شديدة، سواء أكان بسبب حجم آثارها الضارة على الضحية أم بسبب نوع العلاقة التي بينها العميل وبين ضحيته. ولكن لا توجد قيمة أخرى نشعر بأننا مضطرون إلى الاحتجاج بها، من أجل تقديم تفسير مُوحَّد لما يجعل كل أعمال القسوة شديدة. لماذا إذاً ينبغي لنا أن نفترض أن الخطأ أو عدم الإنصاف في التمييز يجب أن يكون من الممكن اختزاله إلى قيمة أخرى واحدة؟ ولعل السبب الرئيس وراء هذا الميل نحو الاختزالية والأحادية يكمن في القلق بشأن التعسف المحتمل.

إن النظريات التعددية وغير الاختزالية للتمييز تواجه خطر الظهور بشكلٍ تعسفي، وبما أنه لا تُوجد قيمة إضافية واحدة يتدعون بها لربط القيم المختلفة التي ينشدونها، فقد يبدو الأمر كما لو أنه لا يوجد في الواقع سبب لمناشدة هذه القيم بدلاً من أي قيم أخرى.

قد يتساءل المرء: لماذا ينبغي لنا أن نتصور أنّ التمييز غير عادل بسبب إخضاع بعض الجماعات والتأثيرات على حرية الضحايا والتأثيرات على رفاهيتهم؟ لماذا لا نعتقد أنّ هذا ظلم لأنه يجعل الضحايا يفقدون الاحترام الذاتي، أو لأنه يسبب لهم الكثير من الألم؟ من بين الاستجابات لهذا القلق بشأن التعسف أنّ نشير إلى أن ذلك النوع من التأثيرات التي استحضرتها الفلاسفة لتفسير السبب وراء خطأ التمييز - وهذا يشكل جزءاً من نظرية تعددية - يعكس سنوات عديدة من الفكر العام المشترك حول التمييز، فضلاً عن سنوات عديدة من التشريع ومن نوع الحجّة السياسية والقانونية التي تدخل في تطوير قانون الدعاوى والقانون التشريعي.

وعلى هذا؛ فإنّ أفكارنا بشأن التمييز ليست تعسفية بمعنى أنها تعكس نزوات أحد الفلاسفة أو فكرة في إحدى المساءات، بل تعكس مداورات العديد من الدول حول هذه القضايا، على مدى سنوات عديدة. هل من الممكن أنّ نُخطئ كلنا مجتمعين بشأن الأهمية الأخلاقية لبعض جوانب التمييز هذه؟

بالطبع، ولكن من بين كل الخيارات المتاحة لدينا؛ إنَّ النظرية التي تحاول أنْ تعبر عن مختلف أشكال التمييز، بكل فوضاها المتشابكة، من المرجح أن تكون صحيحة ومفيدة لنا أكثر من ذلك الذي يعمل على تبسيط الظاهرة إلى حدِّ كبير من أجل التماسك الفلسفي. ولكي تكون نظريتنا قوية ومفيدة لا بد أن تكون أكثر تحديداً من كتابة الفلاسفة حول التمييز حتى هذه اللحظة، على كثير من الأصعدة:

أولاً: كما جادلْتُ سابقاً؛ نحن بحاجةٍ إلى تفسير قوي للتبعية، ماذا يعني إخضاع فئات اجتماعية محددة، والفشل في منحها مكانة متساوية؟

ثانياً: نحتاج إلى تفسير أوضح للحريات الخاصة التي يبدو أنها مُعرَّضة للخطر في حالات التمييز.

ثالثاً: نحتاج إلى تفسير للكيفية التي تتفاعل بها هذه الأسباب الأخلاقية مع الأسباب التي تولدها الحاجة إلى إزالة بعض التفاوتات الحادة والمستمرة في موارد وفرص ورفاه الفئات الاجتماعية الأسوأ حالاً.

كما نحتاج من نظريتنا تقديم وصف أكثر وضوحاً للعلاقة بين التمييز المباشر وغير المباشر، وكما اقترحت من قبل؛ فإن العديد من مُنظري الاعتراف الذين يكتبون عن التمييز، بدأوا ببساطة من التعريف القانوني للتمييز المباشر، وعرضوا تفسيراتهم باعتبارها نظريات عن خطأ التمييز المباشر، دون النظر حقاً في تطبيقها على التمييز غير المباشر، ولقد جادلْتُ في وقتٍ سابقٍ أن هذه النظريات القائمة على الاعتراف تشير في واقع الأمر إلى أن بعض حالات التمييز غير المباشر غير مشروعة للأسباب ذاتها التي قد تؤدي إلى التمييز المباشر.

وعلاوةً على ذلك؛ عندما نركز -كما نركز نظريات الأولوية والنظريات القائمة على الحرية- على آثار التمييز على ضحاياه، فإن التفريق بين التمييز المباشر وغير المباشر يبدو كأنه أداة قانونية ذات أهمية أخلاقية ضئيلة للغاية،

ذلك أن التمييز غير المباشر، مثله كمثل التمييز المباشر، يؤثر حريات الناس، والتمييز غير المباشر يعمل على إدامة المساوى التي يعانها أولئك الذين هم في أسوأ الأحوال بقدر ما يعمل التمييز المباشر في أفعال محددة. لا بد أن يفسر الحساب التعددي إذا ما كان هذا التمييز حقًا يحمل أي أهمية أخلاقية، ولماذا.

ولا أحد يستطيع أن يرى إذا ما كان من الممكن تطوير مثل هذه النظرية، ولكننا نهتم -بحماس- بالقضاء على التمييز لكل هذه الأسباب المختلفة، ويبدو من غير المرجح أن النظرية التي تتقدم على سبب واحد فقط من هذه الأسباب وتغض الطرف عن الأسباب الأخرى يمكن أن تعكس الحقيقة الكاملة بشأن التمييز، ولماذا هو غير عادل.

الفصل العاشر

السلطة والمشروعية

كريستوف كليتزير وماسيمو رينزو

مقدمة:

لنتأمل سببين يوضحان لماذا يُعد وجود السلطات السياسية مشكلة أخلاقية. لا تفكر فقط في السلطات الاستبدادية أو غير العادلة، كتلك التي تضطهد الأقليات، أو تصادر الممتلكات ظلماً، أو تشنّ حروباً غير ضرورية. وجود مثل هذه السلطات يُعد إشكالية أخلاقية لأسباب عدة واضحة لن تُناقش هنا.

ولنتأمل مسألة السلطات السياسية الجيدة = السلطات السلمية التي تحمي حقوق الإنسان، وتحترم الأقليات، وتسنّ سياسات توزيعية معقولة:

أولاً: إن جميع السلطات السياسية -الجيد منها والسيئ- تتدخل بانتظام في حريتنا، مستخدمة الإكراه لمنعنا من التصرف بطرق محددة، وضمنان التصرف بطرق أخرى، ومن الواضح أن هذا أمر إشكالي؛ لأننا نقدر حريتنا، ونعتقد عادة أنه لا يمكن تقييدها إلا عندما نمارسها بطرق غير مشروعة أخلاقياً، ولكن السلطات السياسية لا تتوقف عند هذا الحد. ففضلاً عن استخدام الإكراه؛ فإنها تدّعي الحق في فرض التزامات علينا، وبالتالي فهي لا تتدخل في حريتنا فحسب، بل في استقلالنا الذاتي أيضاً، أي: في قدرتنا على أن نقرر لأنفسنا أفضل السبل للاستجابة للأسباب التي تدفعنا إلى العمل.

قد نعتقد أن هذا الشكل الثاني من أشكال التدخل أكثر مدعاة للقلق؛ لأنه لا يقيد حريتنا في التصرف وفق ما نعتقد أنه صحيح فحسب؛ بل يقيد أيضًا قدرتنا على أن نحدد لأنفسنا كيفية التصرف بممارسة استقلالنا الذاتي. أليست هذه إحدى القدرات التي ينبغي أن نعزز بها أكثر من غيرها، وأن نكون أكثر عزوفًا عن التنازل عنها؟

مما لا شك فيه أن القدرة على تحمل التزامات أخلاقية جديدة تشكل جانبًا مهمًا من قدرتنا على ممارسة وكالتنا المستقلة، فنحن نتحملها -على سبيل المثال- من خلال الوعد بالعمل بطرق محددة، وتوقيع العقود، بل حتى ببساطة بإنشاء علاقات قيّمة مع الآخرين (مثل: العلاقات الرومانسية أو علاقات الصداقة).

وبالتالي فإن تحمل الالتزامات نتاج لقدرتنا على التصرف باستقلالية، وليس عقبة في سبيل ذلك. ولكن الالتزامات التي تفرضها السلطات السياسية علينا (كما يُزعم) مختلفة. يبدو أنهم لا يعتمدون بأي حال من الأحوال على الممارسات السابقة لوكالتنا المستقلة ذاتيًا -عندما نتقدم بطلب لنصبح مواطنين متجنسين في دولة ما، على سبيل المثال- مع وجود استثناءات قليلة.

وهذه التزامات نتحملها بمجرد أن نولد في مكان محدد في وقت محدد، ليس لدينا أي تحكم فيها، وبالتالي قد يساورنا القلق من أنها تشكل عائقًا أمام قدرتنا على ممارسة استقلالنا، وليست تعبيرًا عنها. هذا يشير إلى أن مطالبات السلطات السياسية ينبغي عدم تقييمها وقبولها بعناية إلا إذا ظلت خاضعة لفحص دقيق.

ليس الهدف من هذا الفصل إتمام هذه المهمة، بل توضيح بعض القضايا الرئيسية المطروحة، وإطلاع القارئ على الكيفية التي حاول بها الفلاسفة معالجتها.

1. خلفية تاريخية:

قبل التطرّق إلى أعماق تحليلات السلطة والشرعية؛ يجب أن نلقي نظرة موجزة على الخلفية الفكرية لهذه المفاهيم.

للسلطة دور بارز في الفلسفة القانونية والسياسية المعاصرة، ولكن هل كانت هذه هي الحال دائماً؟ هذا أمر مشكوك فيه. في حين أن فلاسفة العصور القديمة والعصور الوسطى كان لديهم بالتأكيد الكثير ليقولوه عن السلطة، حيث توقعوا بعض القضايا التي تُناقش اليوم، يمكن القول: إنه كان لمفهوم السلطة دور مختلف إلى حدّ كبير في مناقشاتهم.

وقد عالج الأولون -ومعظم ورثتهم الدراسيين- القانون، بما في ذلك سلطته والتزامنا (المحتمل) بالامتثال له، بوصفه مؤسسة واحدة فقط من بين مؤسسات عديدة يمكنها أن تسهم في حياة طيبة، وقد حُقّقَ فيها جميعاً على نحو منعكس في هذا الصدد⁽¹⁾.

ليس لمسألة السلطة أي دور خاص -على الرغم من أهميتها- بل كانت واحدة من العديد من التساؤلات التي زعمت الفلسفة ومعلّمو الكنيسة كفاءتهم في التعامل معها من الولادة إلى دفع الفوائد، ومن النظافة البدنية إلى اللعنة الأبدية، ومن الأنظمة الغذائية إلى سلطة القانون.

نُسجت كل هذه القضايا معاً في نسيجٍ واحدٍ كبير، مُرتبط في نهاية المطاف بفهم محدد جدّاً لله والحياة الطيبة، وتتمثل مهمة الفلسفة في وضع اتفاق بشأن هذه المفاهيم والحفاظ عليه⁽²⁾. ومقارنة بهذه الصورة؛ فقد منحنا

(1) Aristotle, *Nicomachean Ethics* (Hackett, 2014); Aristotle, *The Politics* (Oxford University Press, 2009); T. Aquinas, *Political Writings* (Cambridge University Press, 2002)

(2) N.E. Simmonds, 'Protestant jurisprudence and modern doctrinal scholarship', *Cambridge Law Journal* 60 (2001), 275ff.

الفلسفة المعاصرة مساحة بارزة للغاية للسلطة، لماذا هذه هي الحال؟ يمكن أن تساعدنا ثلاثة عناصر في فهم الدور الخاص للسلطة، كما تعطينا فكرة أولية عن طبيعة السلطة:

أولاً: وقبل كل شيء؛ أصبحت السلطة في العصر الحديث مفهومًا دينويًا على نحو مُتزايد، وما إن لم يعد شاغلنا الرئيس هو اتفاق حياتنا مع المثل الأعلى الشامل؛ -بل يتحول إلى صعوبة العيش مع أناسٍ آخرين في عالمٍ يتسم فيه كل من العمل والحياة بالاختلاف الشديد- تصبح السلطة أمرًا أساسيًا بطبيعة الحال. وكلما تعايشنا مع الآخرين بالتفاعل معهم والاعتماد عليهم، زادت مركزية مشكلة السلطة. فضلًا عن ذلك -وهذا العنصر الثاني الذي يستحق التأكيد عليه- فإن السلطة تصبح أكثر بروزًا حين يكون لزامًا علينا أن نعيش جنبًا إلى جنب مع أشخاص نختلف معهم جوهريًا. تقل أهمية السلطة عندما نعيش مع أشخاص تتشاطر معهم النظرة ذاتها فيما يشكل حياة طيبة، وإذا انسقنا جميعًا إلى مسار واحد بهدف مشترك؛ فبوسعنا أن نعتمد على هذا الانسحاق لتسوية الخلاف والصراع. ومع ذلك، لا يشكل تباين الرأي وحده القصة بالكامل.

لفهم أهمية السلطة في النقاش الحديث والمعاصر؛ يجب أن نولي اهتمامًا لحقيقة أنه فضلًا عن التعايش الوثيق مع أشخاص نختلف معهم؛ لا نعتقد أننا نستطيع دائمًا إقناع المنشقين بالاتفاق، وهذا يعني أننا لا نعتقد بوجود -أو إمكانية وجود- سرد قانوني عما يشكل حياة طيبة⁽³⁾. وهذا هو السبب الثالث وراء مركزية السلطة. ومن ثم؛ فإنَّ لشروط اكتساب السلطة دورًا رئيسيًا في المناقشة الفلسفية هي كالتالي:

تصبح السلطة مركزية من الجهة الفلسفية عندما نعيش في مجموعات ضخمة من الناس الذين نعتمد عليهم، ونختلف معهم في قضايا جوهريّة، ولا

J. Rawls, Political Liberalism (Columbia University Press, 2005).

(3)

نريد بالرغم من ذلك أن نهيمن عليهم، ببساطة؛ لأننا نقدر ذاتيتهم واستقلالهم.

من نقاط الخلاف المهمة في المناقشات الفلسفية مدى عمق الخلاف ومدى دفعه لقيمة الذاتية. ولقد زعم مؤلفون ليبراليون في وقت مبكر -مثل: هوجو غروتوريوس- أنه على الرغم من غياب الرؤية العالمية الموضوعية المشتركة، التي تتحدّد وفق وجهات نظر دينية وميتافيزيقية وأخلاقية مختلفة جذرياً؛ فإنّ كل البشر يتقاسمون القدرة البشرية على التفكير الأخلاقي.

يمكن أن تنشأ بعض الأفكار الدنيا ويُدافع عنها «حتى إن افترضنا عدم وجود إله»⁽⁴⁾ (وهو ما لا يمكن افتراضه إلا بأدنى درجات الفساد)، أي: حتى وإن لم نعتمد على مصدر واحد مطلق للحقيقة الميتافيزيقية.

زعم غروتوريوس أن هذه الرؤى الاختزالية لا تستند إلا إلى مزاعم لا يرفضها أي شخصٍ عقلائي، مثل: الادعاء بأن كل شخص لا بد أن يتمتع بحق الحفاظ على ذاته. لا يمكن أن ينكر ذلك أحد، أيّاً كانت نظرتة الموضوعية الميتافيزيقية. ولأنه وفق غروتوريوس، لا بد أن ينتهي حق كل شخص في الحفاظ على نفسه إلى حيث يبدأ حق الآخر، فإنّ فكرة هذه الحقوق تزودنا بنظام أساسي للاستحقاقات غير المتداخلة لكل شخص. وفي حدود الحصّة القليلة التي يحصل عليها كل شخص، سواء أكان رجلاً أم امرأة؛ له أن يتمتع بالحرية في متابعة فكرته عن ماهية الحياة الجيدة.

تستمد سلطة الدولة وقوانينها من قدرتها على تنفيذ هذا النظام الأساسي للاستحقاقات غير المتداخلة، وبالتالي فالهدف من السلطة حماية نظام معقول للسلام، متاح من حيث المبدأ للجميع. وهناك مؤلفون آخرون لديهم تقدير مختلف وأقل تفاؤلاً لمدى الاختلاف ودور العقل، وهكذا توصلوا إلى استنتاجات مختلفة تماماً بشأن دور السلطة.

H. Grotius, Rights of War and Peace (Liberty, 2005), 1748.

(4)

زعم هوبز في مقولته الشهيرة؛ أن الاختلاف يبلغ مداه إلى العقل أكثر مما سمح به غروتوريوس. بدأ من افتراضات مماثلة لافتراضات غروتوريوس: على الرغم من التزاماتنا الأخلاقية والميتافيزيقية المختلفة، لم يكن بوسع أحد أن ينكر أن لكل شخص الحق في الحفاظ على الذات.

ولكنه اختلف مع غروتوريوس في جانب بالغ الأهمية؛ ففي نظر هوبز لا يمكن قياس حدود حقنا في الحفاظ على الذات بموضوعية، باللجوء إلى العقل ببساطة؛ لأن الناس سوف يختلفون حتماً حول هذه الحدود، ولا توجد وجهة نظر حاسمة متاحة لنا للفصل في مثل هذه الخلافات، وبناءً على ذلك؛ يجب على كل شخص أن يقرر بنفسه أين تكمن حدود حقوق الحفاظ على الذات.

ومن المحتمل أن يكون لكل شخص الحق في كل شيء، «حتى في جسد غيره»⁽⁵⁾ إذا كان يعتقد أنه ضروري للحفاظ على ذاته. وبعيداً عما يؤدي للسلام، فهذا المنطق -هو ذاته- يفضي إلى الصراع، وفي نهاية المطاف إلى «حرب شاملة ضد الجميع». وعلى هذا -وفقاً لهوبز- فإننا لا نحتاج إلى السلطة لمراقبة الحالة السلمية التي نستطيع تأمينها على نحو مستقل من خلال العقل، بل لإنشاء حالة سلمية في المقام الأول، وبما أن قدرتنا على التفكير قد تكون متواطئة في تعزيز الصراع، بل حتى الحرب؛ فإن السلطة وحدها هي التي يمكن أن تضمن السلام. لا نستطيع أن نُغالي في تقدير تأثير هوبز. فمن الجوانب التي يُغفل عنها أحياناً أنه قاد بعض مسارات الاستقصاء الفلسفي بعيداً عن المسائل المعيارية إلى تحليل أكثر واقعية للسلطة.

هذا التقليد له أسلاف من بعض السفسطائيين القدامى، ومكيافيلي،⁽⁶⁾ وفي شكله الحديث يعود على الأقل إلى عمل فيشته المميز. في حين أن كانط كان يعتقد أنه قادر على التوفيق بين رؤى هوبز وغروتوريوس في نظام واحد من

T. Hobbes, *Leviathan* (Cambridge University Press, 1996), 91 (5)

N. Machiavelli, *The Prince* (Cambridge University Press, 1988). (6)

الحقوق الطبيعية على المستوى الاجتماعي، ولكن يحددها العقل في الوقت ذاته؛ في حين أنه في عمل فيشته، يمكن للمرء أن يجد لأول مرة الفكرة التامة بأن الفلسفة الأخلاقية والسياسية مجالان منفصلان وغير مرتبطين إلى حد ما في مجالات البحث⁽⁷⁾. وتستند فلسفته السياسية إلى فهم الحق الذي يطوّر مباشرة من التأمّلات في طبيعة الوعي الدّاتي والحرية دون أي تحويلة سابقة عبر القانون الأخلاقي.

وهذا قرّبه إلى شكلٍ ما من أشكال الواقعية السياسية؛ هذه الفلسفة السياسية غير الأخلاقية الغربية وجدت تعبيرًا أكمل في عمل علماء الاجتماع، مثل: ماكس فيبر الذي حاول السيطرة على السلطة دون الاعتماد على أي افتراضات أخلاقية⁽⁸⁾.

اكتفى فيبر ببساطة بوصف النماذج المثالية المختلفة التي يميل إليها الناس للحصول على السيطرة على أنها شرعية، ولم يلتزم بشأن ما إذا كانت هذه المعتقدات تستند إلى أسس معيارية.

2. التوضيحات المفاهيمية:

إذا، ما مفاهيم السلطة والشرعية التي لها مثل هذا الدور البارز في النقاشات المعاصرة؟

توجد مفاهيم عدة:

لنبدأ أولاً بالنظر في دولة لا تحاول حتى تبرير سلطتها، بل إنها تتحكم في رعاياها باللجوء إلى القوة الغاشمة وحدها. لنفترض أن هذه الدولة لا تدّعي امتلاكها للسلطة، ولا تعترف بأن لها سلطة على من يخضع لها، وعلى الرغم من أنه من الممكن أن يقال: إنّ مثل هذه الدولة تمارس السلطة السياسية؛ فليس لها أي مظهر من مظاهر الشرعية. ومن الأهمية بمكان أن ندرك

J.G. Fichte, Foundations of Natural Right (Cambridge University Press, 2008). (7)

M. Weber, Economy and Society (University of California Press, 1979), 212ff. (8)

مدى ندرة هذا النوع من الدول، وحتى الطغاة المستبدون بوحشية لا يتمكنون عادة من الاحتفاظ بسيطرتهم على نطاقٍ واسع ما لم يعتقد -على الأقل- بعض أتباعهم -أكثر مسؤوليهم ولاء- أن لديهم سلطة. وهذا ما يفسر كيف يمكنهم البقاء في السلطة على الرغم من حقيقة أنه يمكن أن يطيح بهم من حولهم بسهولة، إذا كانت سلطتهم تعتمد بالكامل على قدرتهم على استخدام القوة الغاشمة. وعلى هذا؛ فإن ما يبدأ بمجرد ممارسة القوة الغاشمة = يتحول عادة إلى شيء أكثر موضوعية، ألا وهو: ممارسة السلطة السياسية الفعلية.

فالشخص الذي يتمتع بسلطة سياسية فعلية، إذا قرنها بالنفوذ السياسي، فإنه يدعي أن له الحق في القيام بذلك، أو على الأقل يرى أغلب رعاياه أن له هذا الحق، ولا تشكل دوافع هذا القبول أو أسبابه أهمية لوجود السلطة الفعلية. سواء أكان سبب طاعة الحاكم اعتقاد رعاياه (مصيبين في ذلك أم مخطئين) أن له سلطات عليا، أم اعتقادهم أنه يميل إلى فعل الشيء الصحيح أخلاقياً، أم اعتقادهم أن طاعته واجب أخلاقي؛ لا يهم فيما إذا كان الحاكم يملك سلطة فعلية. ومع ذلك؛ يدعي جوزيف راز -على سبيل المثال- أن النظام لا يملك سلطة فعلية إلا إذا كانت له سيطرة فعلية على السكان، فضلاً عن ادعاء أن له سلطة شرعية. وبما أن مثل هذا الادعاء بالسلطة الشرعية ضروري للطبيعة الموثوقة للقانون، فإن سلطات الأمر الواقع هذه هي وحدها التي يمكن أن تصدر القانون، وأن يكون لها نظام قانوني، كما يجادل راز.

تعد سلطة النظام السياسية قانونية إذا كان له -فضلاً عن ممارسة السلطة السياسية- الحق الفعلي في القيام بذلك (مقابل حق مدعى أو مفترض)؛ لأنه يستوفي الشروط المعيارية التي تؤدي إلى وجود هذا الحق⁽⁹⁾.

قد استحضرننا حتى الآن مفهوم السلطة في أشكاله الفعلية والقانونية، ولكن

J. Raz, *The Morality of Freedom* (Clarendon Press, 1986), 26; L. Green, *The Authority of the State* (Clarendon Press, 1988), 60. (9)

ماذا يعني امتلاك السلطة؟ كيف يمكننا تفكيك هذا المفهوم وتحليله؟ تسود في الدراسات ثلاثة مفاهيم للسلطة، فعادة ما تُفهم على أنها:

أ- الإذن (أو الحرية) بإكراه الخاضعين للسلطة.

ب- أو ادعاء الحق في قيادة الخاضعين للسلطة.

ت- أو القوة الأخلاقية لتغيير الوضع المعياري لأولئك الخاضعين للسلطة.

والمفهوم الأدق هو الذي يتمتع بموجبه كل صاحب سلطة بالحرية في القهر، وهذا يعني ببساطة أنه يجب عليه عدم الامتناع عن إكراه الخاضعين لسلطته.

هذا هو المفهوم الأدق للسلطة، إذ إنه لا يهدف حتى إلى إحداث أي آثار معيارية في الخاضعين للسلطة أو أي شخص آخر. ووفق هذا المفهوم؛ فإن حقيقة أن شخصًا ما يمتلك السلطة لا تكشف شيئًا عن الوضع المعياري للناس خارج منظور صاحب السلطة -على سبيل المثال- أو الرعايا أو دول أخرى. ولا تنطوي هذه الحقيقة بذاتها على أي واجبات أو التزامات⁽¹⁰⁾.

ويرفض كثيرون هذا المفهوم الدقيق للسلطة؛ لأنه يعني أنه ليس من واجب الدول الأخرى -على سبيل المثال- الامتناع عن التدخل مع أي شخص له سلطة في الإقليم المعني⁽¹¹⁾.

عند تكثيف مفهومنا للسلطة بدرجة واحدة؛ فإننا نحصل على مفهوم لا ينطوي على مجرد حرية القهر، بل على ادعاء الحق في القيادة، وتأتي المطالبة بالحقوق بواجبات مقابلة تنطبق على الخاضعين للسلطة وعلى الأطراف الثلاثة

R. Ladenson, 'In defense of a Hobbesian conception of law', *Philosophy and Public Affairs* 9 (1980), 134-59; A. Ripstein, 'Authority and coercion', *Philosophy and Public Affairs* 32 (2004), 2-35.

J. Simmons, 'Political obligation and authority' in R. Simon (ed.), *Blackwell Guide to Social and Political Philosophy* (Wiley, 2009), 19.

المحتملة على حدٍ سواء. لذا؛ فإذا كانت للدولة سلطة قانونية -مفهومة بأنها الحق في القيادة- فإن هذا يعني أن على الدول الأخرى (أو المؤسسات الدولية) واجب عدم التدخل في ممارستها المشروعة للقوة السياسية، وأن على مواطنيها واجبات خاصة تجاهها. وهذه الواجبات تُفهم عادة على أنها متطلبات أخلاقية عامة للامتثال للقوانين وللدعم المؤسسات السياسية للدولة المعنية، ولكن يمكن فهمها بقدر أكبر من الاعتدال بوصفها واجبات عدم التدخل في ممارستها للقوة السياسية.

يزعم بعض المنظرين أن أي مفهوم دقيق للسلطة ينطوي بالفعل على مفهوم أكثر كثافة، فإذا ما فهم أن السلطة تتضمن الإذن بالقهر؛ فإن هذا الإذن لكي يكون ذا مغزى، يجب أن يشمل أيضًا واجبًا على الرعية؛ ألا تتدخل على الأقل في ممارسة القسر.

يتجاوز المفهوم النهائي للسلطة كل ذلك، ويتصور أن السلطة القانونية ليست مجرد قوة فرض التزامات أخلاقية، بل إنها بوجه عام قوة تشكيل الحالة المعيارية للرعية، بتغيير: واجباتها، وحرّياتها، وحقوقها من جانب واحد⁽¹²⁾.

لاحظ أن هذا المفهوم للسلطة يمكن عدّه مكملاً للمفهوم الثاني للسلطة الذي نُوقش أعلاه وليس بالضرورة متعارضًا معه⁽¹³⁾.

ومع مفهوم السلطة القانونية، نكون دخلنا بالفعل منطقة تبرير السلطة. والآن يضيف مفهوم الشرعية مستوى إضافيًا من التعقيد إلى هذه المناقشة، ولا يوجد اتفاق يُذكر حول ما تشير إليه الشرعية بالضبط وكيف ترتبط بالسلطة، فحسب إحدى القراءات؛ تتلخص الشرعية ببساطة فيما يحول السلطة الواقعية

D. Copp, 'The idea of a legitimate state', *Philosophy & Public Affairs* 28:1 (1999), 3- 45; S. Perry, 'Political authority and political obligation' in L. Green and B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Vol. II (Oxford University Press, 2013), 1-74.

Ibid

(13)

إلى سلطة قانونية. ووفق هذا الرأي؛ تعدّ السلطة شرعيةً عندما يكون لها الحق في ممارسة السلطة الواقعية، ومن ثم -فضلاً عن تصوّر أن السلطة المعنية لها الحق في إكراه (و/ أو) فرض التزامات على مواطنيها- فإن لها الحق في ذلك في الواقع، بيد أن آخرين أكدوا استقلال فكرة الشرعية عن السلطة، وعدّوا الأولى هي الفكرة الأكثر جوهرية، فهم ببساطة يعدّون الشرعية إشارةً إلى المبرر الأخلاقي للحق في ممارسة النفوذ السياسي، «حيث يُعدّ النفوذ السياسي محاولة لممارسة الاحتكار داخل حدود السلطة القضائية في أثناء عملية: سنّ القوانين، وتطبيقها، وإنفاذها». في حين تشمل السلطة -فضلاً عن هذا النفوذ- على «حق طاعة الخاضعين لها»⁽¹⁴⁾. وبقدر ما نشير بوضوح إلى كيفية استخدام هذه التسميات؛ فإن هذا لا يتوقف كثيراً على هذا الاختيار، وبوسعنا الآن أن نتنقل إلى مناقشة مبررات السلطة السياسية.

3. تبرير السلطة السياسية:

إنّ الطريقة الطبيعية للتفكير في تبرير السلطة السياسية للدول تتلخص في النظر إلى الفوائد التي تقدمها عادة لرعاياها؛ فالدول بأدائها لوظائفها: التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، تزود مواطنيها بمستوى النظام والأمن الذي نعدّه عموماً ضرورياً لتهيئة حياة مقبولة.

ومن الصعب أن نتخيل كيف يمكننا مواصلة خطط حياتنا إذا لم تؤمّن هذه الفوائد، لذا فاستحضار هذه الفوائد استراتيجية واعدة. ولكن مجرد الإشارة إلى هذه الفوائد ليست كافية، يجب علينا أن نفسر سبب حقيقة أن تقديم الدول لهذه الفوائد يمنحها الحق في الحكم بالقسر أو فرض التزامات على رعاياها. الطريقة المباشرة لتفسير ذلك هي النظر في فكرة موافقة المواطنين على الخضوع لسلطة الدولة مقابل الفوائد محل البحث.

A. Buchanan, 'Political legitimacy and democracy', Ethics 112 (2002), 689-90

(14)

ترجع هذه الفكرة إلى محاورة «كريتون» لأفلاطون، ولو أنّ الصيغة القانونية لها هي تلك التي عرضها جون لوك في القرن السابع عشر، ومن السهل أن نرى آثارها هنا⁽¹⁵⁾. من الجائز أخلاقياً (بحدود) أن يعاملنا الآخرون بطرق من شأنها أن تكون غير مقبولة أخلاقياً إذا قبلنا ذلك. وهذا يقدم تفسيراً صريحاً لعدم خطأ الدول عندما تلزمننا بالتصرف على نحو ما، وتدعم مطالبها بالتهديد بالعقوبات إذا وافقنا بذلك. وعلاوة على ذلك؛ فإننا نقبل عادة أن نعطي الآخرين السلطة الأخلاقية اللازمة لفرض التزامات أخلاقية علينا عندما نرضى بخضوعنا لسلطتهم.

وهذا يفسر لنا لماذا يجوز للدول أن تسن قوانين تفرض التزامات أخلاقية على مواطنيها، إذا وافق الأخير على الخضوع لسلطتها.

مما لا شك فيه أن الموافقة ملزمة ما لم تكن نتاجاً للإكراه أو الخطأ، ولكن ما دامت ليست كذلك، فإن قدرتها على فرض ذلك النوع من الواجبات أو الالتزامات التي نناقشها تبدو واضحة بما فيه الكفاية، ولكن الأمر المثير للجدال بالرغم من ذلك هو فكرة أن مواطني الدول الحديثة من الممكن وصفهم -بقدر معقول من المصادقية- بأنهم مستجيبون للدولة.

وإذا فكرنا في الموافقة الفعلية التي تشتمل على وجود نية قبول سلطة الدولة (صراحة أو ضمناً)؛ سنجد أن قلة قليلة من الناس يمكن القول: إنهم قبلوا بذلك.

متى وافقنا؟ وكيف؟ وعلى ماذا بالضبط؟ يُقترح أحياناً أن مجرد العيش في إقليم الدولة يُعد موافقة على سلطتها، ولكن يبدو هذا غير محتمل لثلاثة أسباب على الأقل:

Plato, 'Crito' in Five Dialogues (Cambridge University Press, 2002); J. Locke, Second (15) Treatise of Government (Hackett, 1980).

أولاً: لا يمكن عد أداء (س) طريقة للموافقة على (ص) إلا إذا كان من المعقول أن يُتوقع أننا نعلم أنه بأداء (س)، فإننا نوافق على (ص). ولكن ليس من الواضح أن يُتوقع منا بشكلٍ معقول أن نعرف أنه حينما لا نغادر إقليمًا ما؛ فإننا بهذا نوافق على خضوعنا لسلطة الدولة.

ثانيًا: حتى لو كان منتظرًا منا أن نعرف هذا؛ فلا يمكن عدّ عدم المغادرة طريقة للموافقة إلا إذا لم يكن الرحيل باهظ التكاليف. (قارن: لا يمكن أن تكون عدم مغادرتك الغرفة تعبيرًا معقولًا عن موافقتك على الاستمرار في صحبتي إلا إذا كان خيار المغادرة متاحًا لك بتكلفة معقولة، أما إذا كانت الغرفة مغلقة، أو كان بالمرح حريق، أو كانت والدتك المريضة لا يمكنها الانتقال من الغرفة، فإن بقاءك في الغرفة لا يمكن أن يكون مثالًا حقيقيًا على الموافقة على البقاء في صحبتي)، لكن خيار مغادرة إقليم الدولة التي نعيش فيها مكلف ماليًا إلى حدٍ كبير، ومن حيث العلاقات والمشاريع الشخصية التي سيتحتم علينا أن نضحى بها من أجل المغادرة.

ثالثًا: حتى لو كنا على استعداد لتحمل هذه التكاليف، فلا نعرف إلى أين قد نذهب؛ حيث لا توجد في واقع الأمر أجزاء من العالم لا تدّعي أي دولة السلطة عليها.

والطريقة الثانية التي قد يُقال: إننا بأدائها نوافق على سلطة الدولة هي (التصويت) ولكن هذا الاقتراح أيضًا إشكالي.

إن أفضل طريقة لفهم عملية التصويت تتلخص في أنها (اختيار من ينبغي له أن يحكم)؛ وذلك لأن اختيار حاكم أمر لا بد أن يكون، وليس باعتباره وسيلة لتفويض شخصٍ ما بالحكم.

ولوجود دولة تصدر القوانين وتفرضها على المنطقة التي أعيش فيها؛ فلديّ إذا أسباب لفعل ما بوسعي لاختيار الحاكم الأفضل أو الأقل سوءًا، ولكن القيام بهذا لا يمكن أن يُعد وسيلة للموافقة على إجراء الحكم عليّ. (قارن: إذا كنت

هدف مجموعة من رماة السكين، ويمكنك اختيار أي منهم سيستهدفك، فإن لديك أسبابًا لاختيار أمهرهم، لكن لا يمكن تفسير هذا الاختيار بأي حال من الأحوال بأنه موافقة على استهدافك).

وفي مواجهة هذه المشكلات، فقد نقرر أن الموافقة ليست ضرورية على أي حال، وحتى لو لم نوافق على طاعة القانون ودعم الدولة في مقابل الفوائد التي تقدمها، فإن عدم أداء ذلك سيكون مجحفًا.

بما أن الدولة تزودنا بهذه الفوائد، ولن يتسنى لنا التمتع بهذه الفوائد إلا بامتثال عددٍ كافٍ من الناس للقانون ودعمهم للدولة؛ فإن عدم طاعة القانون ودعم الدولة سوف يكون خطأ أخلاقيًا، كما أنه من الخطأ أن نستقل الحافلة دون أن ندفع الأجرة.

نحن في كل من الحالتين نركب بحرية بناءً على إسهامات الآخرين للحفاظ على خطة تعود علينا بالفائدة، ونحن نستفيد من جهودها الرامية إلى الحفاظ على المخطط دون تحمل نصيبنا من التكاليف المرتبطة ببقاء هذه الجهود⁽¹⁶⁾.

ويبدو هذا الرأي جذابًا؛ لأنه يحافظ على فكرة أن واجبنا في طاعة القانون والحفاظ على الدولة يستند إلى بعض الخدمات المهمة التي تقدمها، دون الحاجة إلى تحديد عمل يمكن أن يقال: إننا قد وافقنا الدولة عليه. ومع ذلك؛ قد يساورهم القلق من أن وجهة النظر تتحول بسرعة كبيرة من منطلق أن الدولة تزودنا بخدمات مهمة؛ إلى غاية أن علينا واجب الإسهام في إنتاجها. والمشكلة هي أن أعضاء الدول الحديثة لا تتاح لهم الفرصة لعدم تلقي هذه الفوائد.

بطبيعة الحال؛ من المسموح أخلاقيًا أن نقدم لشخصٍ ما بعض الفوائد إذا

H.L.A. Hart, 'Are there any natural rights?', *Philosophical Review* 64 (1955), 175-91; (16)

J. Rawls, 'Legal obligation and the duty of fair play' in *Collected Papers* (Harvard University Press, 1999), 117-29.

لم يُنتظر مقابل لها. لكن إن ارتبطت هذه الفوائد بتكاليف؛ فإننا نعتقد عادة أن الأمر متروك للمتلقي ليقرر ما إذا كان سيستقبلها ويتكبد التكاليف المرتبطة بها أو لا⁽¹⁷⁾.

هذه ليست الطريقة التي تعمل بها الدول الحديثة، مع ذلك؛ فهي تزود كل من يعيش على أراضيها بخدمات، مثل: الأمن، أو سيادة القانون، وتلتزم الجميع بالإسهام في إنتاجها.

نتيجة لذلك؛ اقترح بعضهم وجود شيء خاص بشأن الخدمات التي تقدمها الدولة: بما أن الخدمات -مثل: الأمن، أو سيادة القانون- ضرورية لتقديم الحد الأدنى من الحياة المقبولة، فيمكننا أن نفترض أن الجميع يريدونها، بصرف النظر عن أي شيء آخر يريدونه، وبالتالي نتوقع أن تكون لكل شخص التزامات ذات صلة بالدولة⁽¹⁸⁾. ومع ذلك؛ فإن هذه الخطوة مثيرة للجدل؛ حتى لو كان لديك ما يبرر افتراض أنني أريد الحصول على الفائدة لأهميتها، فمن المحتمل ألا أحصل عليها (بشكل غير معقول).

وإذا حدث ذلك، فيبدو أنه لا يجب أن أتحمّل الالتزامات التي ترتبط بها عادة، دفع هذا آخرين إلى استنتاج أن أولئك الذين يقبلون الخدمات هم من يمكن أن يُقال: إنهم خاضعون لسلطة الدولة، حيث يتطلب القبول أن نفي ببعض الشروط النفسية (أو أننا قد نفعل ذلك في ظل بعض الظروف المثالية)، ويجب أن نفهم مصدر هذه الخدمات وتكلفتها، ونريد أن نتلقاها بتكلفة مناسبة⁽¹⁹⁾. يبدو هذا الرأي معقولاً، ولكنه لا يمكن أن يؤدي إلى استنتاج أن

R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (Blackwell, 1974), 90-5. (17)

G. Klosko, *Political Obligations* (Oxford University Press, 2005); R. Dagger, *Civic Virtues* (Oxford University Press, 1997). (18)

J. Simmons, *Justification and Legitimacy* (Cambridge University Press, 2001), chs. 1-2; M. Renzo, 'Fairness, self-deception and political obligation', *Philosophical Studies* 169, (2014). 471. (19)

جميع الذين يعيشون في أراضي الدولة يخضعون لسلطتها، فلا يخضع لسلطتها إلا الذين قبلوا المزاي التي هيئتها لهم، فهل ينبغي لنا أن نستنتج أن كل من سواهم خارج السلطة؟ ربما لا، يمكننا أن نفكر بطريقة أخرى في العلاقة بين الخدمات التي تقدمها الدولة وواجبنا في دعمها والالتزام بالقانون.

فكر في عالم لا توجد فيه دول تهيئ لنا هذه الخدمات، هذا عالم لا يمكن فيه ضمان الامتثال العام لمجموعة من القواعد الموثوقة اللازمة لضمان السلم واحترام حقوق الإنسان، والواقع: أننا قد نتصور أن احتمالات احترام حقوق الآخرين والعدل في هذا العالم - نستطيع أن نطلق عليها: «حالة الطبيعة» - غائبة تمامًا؛ وذلك لأن مضمون الحقوق والواجبات منقوص. وعلى نحو مماثل؛ قد نختلف حول ما تتطلبه العدالة⁽²⁰⁾. إذا كان الأمر كذلك، ومن المعقول أن يكون علينا واجب منع هذه المخاطر بإنشاء دول والامتثال لتوجيهاتها⁽²¹⁾.

لاحظ كيف يتجنب هذا النهج المشكلة الرئيسية التي تواجهها نظريات الموافقة، ونظريات اللعب النزيه. مشكلة هذه النظريات أنها أقل شمولاً فيما يتصل بفئة الأفراد الذين يخضعون بشكل بدهي لسلطة الدولة، وبما أن عددًا قليلًا فقط من الذين يعيشون على أراضي الدولة يتقبلون الخدمات التي تقدمها - فضلًا عن الموافقة الصريحة عليها- فإن من يقع عليهم واجب دعم دولتهم والامتثال لقوانينها، عدد محدود من الرعية التي تدعي الدول سلطتها عليهم.

إن نظريات الواجب الطبيعي لا تُعاني المشكلة نفسها؛ وذلك لأن الجميع

(20) A. Stilz, *Liberal Loyalty* (Princeton University Press, 2009).

(21) J. Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1999); Buchanan, 'Political legitimacy and democracy'; C. Wellman, 'Samaritanism and the duty to obey the law' in C. Wellman and J. Simmons (eds.), *Is There a Duty to Obey the Law?* (Cambridge University Press, 2005), 3-89; M. Renzo, 'State legitimacy and self-defence', *Law and Philosophy* 30 (2011), 575-601.

لا بد أن يكون لزامًا عليهم إنشاء المؤسسات العادلة ودعمها لمنع المخاطر التي تفرضها حالة الطبيعة. لكن يبدو أن هذه النظريات تعاني مشكلة معاكسة؛ ألا وهي: الإفراط في الشمولية.

يبدو أنها غير قادرة على تبرير فكرة أن الدول تتمتع عادة بالسلطة على مجموعة محددة من الأفراد (مواطنيها)، وأن هذه السلطة ترتبط بواجب معين، وهو أنه يجب على هؤلاء الأفراد أن يطيعوا دولتهم ويدعموها بشكل خاص⁽²²⁾.

وإذا كان أساس واجب الطاعة هو حقيقة أن دولتنا تؤدي بنجاح المهام المطلوبة لضمان العدالة واحترام حقوق الإنسان؛ ألا ينبغي أن نستنتج أن الواجب ذاته يقع على الجميع؟ ألا ينبغي لنا أن نتحمل الواجب ذاته تجاه أي دولة أخرى تؤدي الوظائف ذاتها؟

وتتلخص النظرية التي تعد بتجنب كلتا المشكلتين في التركيز على المسؤوليات الخاصة التي تقع على عاتقنا بصفتنا أعضاء في مجتمع سياسي، بدلًا من التركيز على الخدمات التي تقدمها الدولة.

وفق هذا الرأي؛ -حتى وإن لم تُكتسب طوعًا- فإن العضوية في مجتمع سياسي من شأنها أن تولد التزامات خاصة لدعمها، تمامًا كالعضوية في أشكال أخرى من الشراكة ذات القيمة في جوهرها، مثل: الأسرة، أو الصداقات.

والواقع، إن رونالد دروكين، أول من صاغ وجهة النظر هذه في المناقشة المعاصرة، يطلق عليها: «الالتزامات الترابطية»⁽²³⁾.

إن الطعن في الالتزامات الترابطية يشكل خروجًا كبيرًا عن الحسابات التي

Simmons, *Justification and Legitimacy*, ch. 7; M. Renzo, 'Duties of Samaritanism and political obligation', *Legal Theory* 14 (2008), 193-217. (22)

R. Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1988), 196 (23)

ناقشناها حتى الآن، من حيث إنه يرفض الافتراض بأنه ينبغي أن يوجد مبدأ أخلاقي مستقل، (مثل: الموافقة، أو الإنصاف، أو واجب العدالة الطبيعي) قادر على تبرير السلطة السياسية. بل المطلوب بدلاً من ذلك؛ بذل جهد تفسيري للكشف عن الكيفية التي تشكل بها التزاماتنا تجاه مجتمعنا السياسي -أساس هويتنا- بصفتنا أعضاء في المجتمع. وبمجرد أن ندرك أن واجبنا هو «الوفاء بمسؤولياتنا بموجب الممارسات الاجتماعية التي تحدد المجموعات وتولي مسؤوليات خاصة للعضوية؛ فبوسعنا أن نرى أن الالتزامات الترابطية -بعيداً عن الحاجة إلى تبرير- هي التزامات مبررة بنفسها⁽²⁴⁾.

وإذا نجحت هذه الرؤية، فإن هذا من شأنه أن يجنبنا مشكلتي الإفراط في الشمولية وعدم الشمولية، من حيث إنها تبرر الادعاء الصحيح بداهةً بأن فرنسا -على سبيل المثال- تتمتع بسلطة سياسية على كل أعضاء المجتمع السياسي الفرنسي فقط، ولكن هل من الصحيح أن علاقتنا بأعضاء مجتمعنا السياسي قيمة في جوهرها، مثل: العلاقات الأسرية، وعلاقات الصداقة؟

إذا لم يكن الأمر كذلك؛ فينبغي ألا نتوقع منها أن تولد التزامات كالعلاقات الأخرى⁽²⁵⁾. وحتى لو كانت قيمة في جوهرها، فهل من الصحيح أن الحسابات الترابطية تمنع مشكلة عدم الشمولية؟

على أي حال؛ في حين أن دوركين محق في أنه عندما لا أختار صداقتك (الصداقة تتطور تلقائياً)، أو ألا أظل أحد أفراد عائلتي،⁽²⁶⁾ فإن هناك شعوراً بأنني أتولى هذه الأدوار طوعاً. إذا توقف كل منا عن التعامل مع الآخر، فلا تُعد صداقتنا قائمة، ولا يُعد أي منا مديناً للآخر بالواجبات المرتبطة بهذه العلاقة. وعلى نحو مماثل (ربما أكثر إثارة للجدل)، إذا نبذت علاقتي مع

Dworkin, *Law's Empire*, 197-8; J. Horton, *Political Obligation* (Macmillan, 2010). (24)

S. Perry, 'Associative obligations and the obligation to obey the law' in S. Hersowitz (ed.), *Exploring Law's Empire* (Oxford University Press, 2008), 183-206. (25)

Dworkin, *Law's Empire*, 197-8. (26)

والدّي «وأنكرتهما»، فإن الالتزامات المرتبطة بهذا الدور سوف تنخفض إلى حدٍ كبير، إن لم تُلغ تمامًا.

وينطبق الأمر ذاته على علاقتي بالمجتمع السياسي، وعلى الرغم من أننا لا نختار أن نكون أعضاء في المجتمع السياسي الذي وُلدنا فيه، فإن هذا الدور طوعي، بمعنى: إننا نستطيع الخروج منه إذا لم نُؤيده؛ وعندما تكون هذه هي الحال، نمتنع عن تحمل الالتزامات المرتبطة بهذا الدور، وإذا كان الأمر كذلك، فإن «الترابطية» تناضل أيضًا مع «عدم الشمولية»؛ لأن بعضنا ربما لا يكون لديه المواقف ذات الصلة تجاه بقية المجتمع السياسي⁽²⁷⁾.

بطبيعة الحال، لا يمثل عدم الشمولية مشكلة إلا إذا كنا نعتقد أن الدول لا بد أن تتمتع بالسلطة السياسية على كل الأفراد الذين تعدهم مواطنين فقط - أو هؤلاء الذين يعيشون على أراضيها عادة، ولكن لماذا نعتقد ذلك؟ لنفترض أننا نتعامل بجدية مع فكرة أن السلطة السياسية تستند إلى بعض الفوائد المهمة التي تقدمها الدول لرعاياها. قد نعتقد أن أهم فائدة هي تمكين رعاياهم من القيام بما لديهم دافع لأدائه.

وعلى هذا؛ باتباع «مفهوم خدمة السلطة» المؤثر لجوزيف راز، ربما نزعّم أن «الطريقة الأولية لإثبات أنه لا بد أن يُعترف بسلطة شخصٍ على آخر تشتمل على إثبات أن الشخص المزعوم من المرجح أن يمثل للأسباب التي تنطبق عليه، إذا قَبِلَ توجيهات السلطة المزعومة بوصفها مُلزمة قانونًا، وحاول اتباعها، لا أن يحاول أن يتبع القيم التي تنطبق عليه مباشرة»⁽²⁸⁾.

M. Renzo, 'Associative responsibilities and political obligation', *Philosophical Quarterly* 62 (2012), 120.

J. Raz, *Ethics in the Public Domain* (Clarendon Press, 1994), 214. See also Raz, *The Morality of Freedom*, chs. 2-4; J. Raz, 'The problem of authority: revisiting the service conception' in *Between Authority and Interpretation* (Oxford University Press, 2010), 126-65.

لكن إن كان الأمر كذلك، فينبغي ألا نتوقع من الدول أن تكون لها السلطة ذاتها على جميع الذين يعيشون على أراضيها، حيث إن هناك -دون شك- رعايا مختلفة في حاجة -تكثر أو تقل- إلى اتباع توجيهات دولهم فيما يتعلق بمختلف مجالات السلوك.

قد تكون خيرًا كيميائيًا ولا تحتاج إلى أي توجيه من الدولة بشأن المواد التي يجب أن تمتنع عن تناولها، في حين قد أكون سائقًا ماهرًا ولا أحتاج إلى أي توجيه بشأن السرعة التي يجب أن أحافظ عليها عندما أقود السيارة.

إذاً قد يكون كلانا خاضعًا لسلطة الدولة فيما يتعلق بأمر مختلف، وإذا كان الأمر كذلك في كل مجالات السلوك، ستبذل قصارى الجهد للامتثال للأسباب التي تنطبق عليك من خلال التداول من دون اتباع توجيهات الدولة، إذاً قد أخضع لسلطة الدولة دونك.

هكذا ينبغي أن يكون الأمر إذا اعتمدنا مفهوم الخدمة. ولم يعد الإفراط في الشمولية يمثل مشكلة؛ لأن وجهة نظر راز «تدعو إلى نهج مُجزأ في التعامل مع مسألة سلطة الحكومات، وهو ما يفضي إلى استنتاج مفاده: أن نطاق السلطة الحكومية يختلف من فردٍ إلى آخر، وأنه محدود أكثر من السلطة التي تطالب بها أغلب الحكومات لنفسها كما هو الحال الغالب⁽²⁹⁾.

قد يبدو هذا المعنى الضمني غريبًا في البداية (أغلب الناس لا ينظر إلى سلطة الدولة بهذه الطريقة)، ولكن فكرة راز تستحق الدراسة المتأنية، حيث إنها تتناول جانبًا مهمًا من تبرير السلطة، فالسلطات لها ما يبررها في المقام الأول بحكم الخدمة التي تقدمها إلى الأشخاص الخاضعين لها. ليس من المستغرب إذاً أن تحظى وجهة نظر راز بشعبية بالغة، لكنها تلتقت عددًا من الانتقادات أيضًا.

Raz, *The Morality of Freedom*, 80.

(29)

من الاعتراضات البارزة أنه: في حين أن مفهوم الخدمة يفسر سبب أن الدّول قد تكون لها قوة أخلاقية لتحديد ما ينبغي أن نفعله (في مجالات محددة)؛ فليس من الواضح أنه يمكن أن يفسر سبب امتلاكها قوة للمطالبة بالامتثال لتوجيهاتها⁽³⁰⁾.

وقد زعم بعضهم أنّ فكرة راز تعمل على طمس التمييز بين الخضوع لسلطة شخصٍ ما وبين مجرد تلقي المشورة من خبير.

عندما تخبرني بأنه يجب ألا أقود بسرعة تزيد على (40) ميلاً في الساعة على طريق محدد، فيبدو أنه لا فرق فيما يتعلق بمفهوم الخدمة، سواء أكنت مسؤولاً حكومياً أم سائقاً خبيراً يعطيني نصيحة ودية. في كل من الحالتين؛ ينبغي أن أفعل ما تقول إذا كان اتباع توجيهاتك في أمور القيادة سيمكّنني من الامتثال بشكل أفضل للأسباب التي تنطبق عليّ، بدلاً من التداول بشأن ما ينبغي فعله بطريقةٍ أخرى. ولكن هذه ليست الطريقة التي نفكر بها عادة في التوجيهات الصادرة عن السلطات السياسية. فنحن نعتقد عادة بوجود فارق بين التوجيه الآتي من سلطة شرعية تحاول فرض التزام علينا، وبين نصيحة الخبير.

يُعتقد عادة أن السلطات الحقيقية تتمتع بالقوة الأخلاقية اللازمة -لفرض التزامات علينا- التي تتضمن قوة المطالبة باتباع توجيهاتها، وقوة محاسبتنا عند إهمالها. أما الخبراء الذين ينشرون معارفهم بيننا، فلا يتخذون هذا الموقف، وفي حين أنه قد يكون من الحماسة عدم اتباع توجيهاتهم؛ فإنهم لا يستطيعون أن يطالبوا باتباعها أو أن يفرضوا عقوبات عند رفضها⁽³¹⁾.

استنتج بعضهم من هذه الحجج أن وجهة نظر راز غير قادرة على تبرير السلطة السياسية، وفي حين أننا قادرون على تبرير وجود أسباب خاصة -بل

S. Perry, 'Law and obligation', American Journal of Jurisprudence 50 (2005), 263-95. (30)

Ibid.; S. Darwall, Morality, Authority, and Law I (Oxford University Press, 2013), (31) chs. 8-9.

ربما واجبات- للتصرف كما تطالب الدولة، فالفكرة قد انتقدت؛ لأنها غير قادرة على تبرير حق الدولة في المطالبة بأن نتصرف على النحو الذي تقتضيه قوانينها، أو أن نعاقب على عدم أداء ذلك، ومع هذا؛ لاحظ أن بعض الافتراضات التي تستند إليها هذه الحجج هي نفسها مثيرة للجدل، على سبيل المثال: هل ينبغي أن نفترض ببساطة أن أفضل فهم للسلطة السياسية يتلخص في الجمع بين قوة فرض الالتزامات والقوة اللازمة لفرض العقوبات على عدم الامتثال لها؟

ويمكن القول: إن هناك حاجة إلى حجة منفصلة لهذا الرأي. وفق تقرير راز الأوسع؛ قد أشار إلى أنه ما إذا كان يحق للدول ممارسة كل من القوتين = سيعتمد في نهاية المطاف على ما إذا كانت خاضعة لسلطة تتمتع بهذه الميزة (مقابل السلطة التي يمكنها فرض التزامات دون العقوبات) التي تمكننا من الامتثال بشكل أفضل للأسباب التي تنطبق علينا⁽³²⁾.

ولنفترض الآن أننا ما زلنا غير مقتنعين بالحجج التي نُوقشت، وإذا كان الأمر كذلك، فيجب علينا أن نستنتج أن الدول تفتقر إلى الحق في ممارسة سلطتها، وأن أولئك الذين تمارس عليهم هذه السلطة المزعومة بشكل روتيني يفتقرون إلى واجب الالتزام بها.

إن تبني هذا الرأي يرقى إلى تبني شكل من أشكال اللاسلطوية، ومع ذلك؛ ينبغي أن نكون واضحين بشأن ما يستلزمه ذلك بالضبط.

يرتبط مصطلح «اللاسلطوية» عادة برأي مفاده: أن الدول مؤسسات قمعية لا بد من الإطاحة بها⁽³³⁾. ولكن لا شيء من هذا يأتي من الرفض البسيط للحجج التي نُظِرَ فيها حتى الآن. في النهاية؛ قد تؤدي الدول وظائف قيّمة،

J. Raz, 'On respect, authority, and neutrality: a response', Ethics 120 (2010), 300. (32)

(33) تسمى وجهة النظر هذه (الفوضوية السياسية)، وهي تتباين عادة مع «الفوضوية الفلسفية»، وهي وجهة النظر التي نتحدث عنها في بقية هذا القسم.

حتى وإن لم يكن لها الحق في إخضاعنا لسلطتها، وعندما تكون هذه هي الحال؛ فربما يكون لدينا من الأسباب الوجيهة ما يجعلنا ندعمها ونتصرف كما تقتضي.

وهذا لا يرجع إلى أن الدول تمتلك القوة الأخلاقية اللازمة لفرض الواجبات علينا بحكم سلطتها المشروعة، بل لأن الامتثال لما تفرضه هو أفضل السبل لأداء واجباتنا الأخلاقية التي نوليها بشكل مستقل. (قارن: في حين أنني لست خاضعاً لسلطتك، قد يكون اتباع توجيهاتك واجباً عليّ إذا كان ذلك أفضل طريقة لأداء بعض الواجبات الأخلاقية المستقلة، مثل: إنقاذ حياة شخصٍ ما، أو إخلاء سفينة غارقة من دون تعريض الآخرين للخطر⁽³⁴⁾).

والواقع، إننا نستطيع أن نتخيل الحالات التي قد يُسمح فيها للدول باستخدام الإكراه لفرض مثل هذا الواجب، مثلما قد يُسمح لك بتنفيذ بعض واجباتي (على سبيل المثال: واجب تنفيذ عملية إنقاذ سهلة لا أرغب في تنفيذها لأسباب عقيمة).

وكما عبر جون سيمونز عن ذلك: «قد تكون الدول متنمرة، وتقيد استقلالنا دون أمر قضائي، لكنها قد تكون متنمرة نافعة، وقد تكون مقاومتها تهوِّراً وإضراراً بمن يعتمد عليها»⁽³⁵⁾.

ومع وضع هذا في الحسبان؛ فقد يكون بوسعنا أن نرى أن مسألة الشرعية -على الرغم من أهميتها- ليست المسألة الوحيدة التي يجب علينا أن نتصدى لها في تحديد كيفية التعامل مع السلطات السياسية.

R.P. Wolff, In Defense of Anarchism (University of California Press, 1998), 15-16. (34)
But see D. Estlund, Democratic Authority (Princeton University Press, 2008), ch. 7.
for the suggestion that in this case I am under your authority in virtue of the fact that
I should have consented to being under your authority (even if I didn't consent).

J. Simmons, Political Philosophy (Oxford University Press, 2007), 63. (35)

الفصل الحادي عشر

غايات القانون وحدوده

جون ستانتون-إيف

كثيرًا ما كان يُنظر إلى غاية القانون، من الجهة التاريخية، باعتبارها شيئًا من هذا القبيل: ضمان تحقيق الأهداف الأخلاقية أو تعزيز رفاهة الأشخاص.

يستند القانون (أو ينبغي أن يستند) إلى ما قد يصفه الخصم المعروف لمثل هذه النظرة «جون راولز» بأنه «مبدأ أخلاقي شامل». وعلى حد تعبير راولز؛ فإن المفهوم الأخلاقي الشامل «يتضمن مفاهيم لما هو ذو قيمة في الحياة البشرية، والمثل العليا للطابع الشخصي، فضلًا عن المثل العليا للصدقة والعلاقات الأسرية والترابطية، وغير ذلك مما يثري سلوكنا في حدود حياتنا ككل»⁽¹⁾ لقد كان يدور في ذهنه العديد من المذاهب الأخلاقية والفلسفية التي تحدد الكيفية التي يجب أن يعيش ويتصرف بها المرء. والافتراض بطبيعة الحال هو: أن القانون هو الأهداف الأخلاقية الصحيحة أو الرفاه الحقيقي للأشخاص الذين يجب تأمينهم.

سوف أسمى هذا الرأي -دون تعميم- «الأخلاقيات القانونية».

اعتقد أرسطو -على سبيل المثال- أن المجتمعات السياسية لا بد أن

J. Rawls, Political Liberalism (Columbia University Press, 2011), 13

(1)

تستهدف مصلحة أعضائها عند وضع القوانين «على وجه التحديد، إدراك سلطاتها بوصفها كائنات اجتماعية تفكر وتشعر»⁽²⁾

أكاديمية اليوم لا تختلف كثيراً عن الكتاب من ذوي التفكير المماثل (بشكل عام) الذين -على النقيض من راولز- يرون أن القانون ينبغي أن يعزز الغايات الأخلاقية أو رفاة الإنسان أو كليهما، مثل: مايكل مور،⁽³⁾ جوزيف راز،⁽⁴⁾ وأنتوني دوف⁽⁵⁾.

على سبيل المثال: وفق راز: إن مهمة القانون -بشكل تجريدي- تتلخص في تأمين وضع تتحقق فيه الأهداف الأخلاقية، حيث إن الهدف الأخلاقي المعني «من غير المرجح أن يتحقق من دونه»، ولا يمكن أن يكون إنجازه هداماً، وذلك بالنظر إلى الوضع الاجتماعي الحالي في الدولة التي أصدرت هذا القانون⁽⁶⁾.

بشكل أكثر تحديداً:

الغرض الرئيس من الحكومة هو مساعدة الناس -ولا سيما رعاياها- على أن يحيوا حياة ناجحة وموفقة، أو بعبارة أخرى: حماية وتعزيز رفاة الناس⁽⁷⁾.

ولأن القانون -شأنه في ذلك شأن الناس والمؤسسات عموماً- قابل للتقييم أخلاقياً، فإن غاياته لا بد أن تحدد وفق القواعد الأخلاقية المعمول بها، لا

(2) هناك جدال حول مدى ملاءمة مصطلحات، مثل: «الأخلاق» لرؤية أرسطو للعالم، ولكن أعرضت عن هذا، ووضعت الرؤية الأرسطية في الحسبان، وأنا أكتب.

R. Kraut, Aristotle (Oxford University Press, 2002) viii, 478 and throughout.

M.S. Moore, Placing Blame (Oxford University Press, 1997), 662. (3)

J. Raz, Morality of Freedom (Oxford University Press, 1986). (4)

R.A. Duff, 'Towards a modest legal moralism', Criminal Law and Philosophy (2014), 217. (5)

morality and the nature of law', ch. 6 in Between Authority and Interpretation (Oxford University Press, 2009), 178 (6)

باستبعاد اللجوء إلى ما يسميه راولز «مبادئ شاملة» في المقام الأول. ويقابل هذا -كما سنرى بمزيد من التفصيل أدناه- تقليد آخر من الفكر الذي نستطيع أن نسميه: «الليبراليًا» (مرة أخرى بتوسع).

إن وجهات النظر الليبرالية لا ترفض عادة الافتراض القائل بأن القانون لا بد أن يحقق أي أهداف أخلاقية، إلا أنها تسعى إلى اقتطاع مجموعة من الأسباب الأخلاقية التي يمكن للقانون أن يعتمد عليها بشكل مشروع، أو إلى الحد من الوسائل المتاحة للقانون حيثما يسعى إلى تحقيق أهداف أخلاقية، وبالتالي، فإن راولز يسعى إلى استبعاد المفاهيم الأخلاقية الشاملة، ويحد «مبدأ الضرر» الذي أقره ميل من استخدام الإكراه القانوني في سياقات وطرق محددة.

كثيرًا ما كانت آراء أرسطو الخاصة بهذا الموضوع تُتهم بالأبوية غير المقبولة، بل حتى الاستبداد⁽⁸⁾. خاصة إذا كان القلق يتعلق بالحرية أو الاستقلال الذاتي للأشخاص بموجب القانون، فإن وجهة النظر السائدة عمومًا هي أن القوانين لا يمكن أن تسمح بهذه السلطات الأخلاقية بشكل مشروع؛ إن تكلفة حرية الإنسان باهظة للغاية. مما ناقشه ميل في كتابه في الحرية «مجال السيطرة القانونية الشرعي»، زاعمًا أن القانون ينبغي له ألا يسعى إلى إرغام شخص على القيام بامرٍ ما، أو الامتناع عنه؛ لأنه سوف يكون من الأفضل له أن يقوم به؛ لأنه سيجعله أكثر سعادة، ولأنه يرى آخرون أن من الحكمة فعله، أو حتى من الصواب⁽⁹⁾. ولا بد أن يكون القانون -كما يرى ميل- محدودًا في استخدامه للقسر، وأن الفكرة المقيدة الرئيسية تتلخص في منع الضرر. «مبدأ الضرر» الذي

(7) J. Raz, 'Liberty and trust' in R.P. George (ed.), *Natural Law, Liberalism and Morality* (Oxford University Press, 1996), 113.

(8) For example, J. Barnes, 'Aristotle and political liberty' in R. Kraut and S. Skultety (eds.), *Aristotle's Politics: Critical Essays* (Rowman & Littlefield, 2005), ch. 8. 185-202

(9) J.S. Mill, *On Liberty and Other Essays* in J. Gray (ed.), *World's Classics Edition* (Oxford University Press, 1991), I.9.

يقيد الإكراه المشروع بمنع إلحاق الضرر بالآخرين؛ هو التقليد الذي لا يزال أكثر الاستجابات تطورًا لمسألة غايات القانون وحدوده⁽¹⁰⁾. بيد أن ما يرقى إليه الأمر -كما سنرى- هو مسألة تثير بعض الجدل⁽¹¹⁾.

يعد «مبدأ السيادة» أحد البدائل لمبدأ الضرر الذي تبناه ميل. ولقد حاول آرثر ريبستين صياغة مبدأ مشابه في الهيئة لمبدأ ميل، لكنه أفضل كما زعم. يجادل ريبستين -الذي يستند جزئيًا إلى فكرة أن ميل كان مكملًا لمبدأ الضرر الذي يستند إليه-؛ أن السلوك ينبغي ألا يكون قسرًا قانونًا إذا لم يكن يتعارض بشكل غير مشروع مع سيادة الآخرين.

وفق وجهة نظر ريبستين؛ فإن فكرة السيادة، أو «الاستقلال المتبادل بين الأشخاص»،⁽¹²⁾ تتمتع بالقدر الكافي من القوة لتحل محل مبدأ الضرر لميل،

This is especially true in relation to Joel Feinberg's four-volume study of (10) criminalisation: J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (4 volumes: *Harm to Others*, 1984; *Offense to Others*, 1985; *Harm to Self*, 1986; *Harmless Wrongdoing*, 1988) (Oxford University Press, 1984 and subsequent years). On criminalisation see also A. Simester and A. von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs* (Hart, 2011). Also pertinent, albeit not restricted to a defence of the harm principle cf. the ambitious criminalisation project directed by the quintet of Antony Duff, Lindsay Farmer, Sandra Marshall, Massimo Renzo and Victor Tadros; for the launch volume, see R.A. Duff, L. Farmer, S.E. Marshall, M. Renzo and V. Tadros, *The Boundaries of the Criminal Law* (Oxford University Press, 2010). Among studies of other areas of the law where the harm principle looms large, see e.g. on contract: S.A. Smith, *Contract Theory* (Oxford University Press, 2004) and D. Kimel, *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract* (Hart Publishing, 2003); on taxation J.K. Lieberman, *Liberalism Undressed* (Oxford University Press, 2012), J. Stanton-Ife, "'Must we pay for the British Museum?'" taxation and the harm principle' in M. Bhandari (ed.), *Philosophical Foundations of Tax Law* (Oxford University Press, 2017).

J. Edwards, 'Harm principles', *Legal Theory* 20 (2014), 253, Simester and von Hirsch, (11) *Crimes, Harms and Wrongs*.

A. Ripstein, 'Beyond the harm principle', *Philosophy and Public Affairs* 34:3 (2006), (12) 215-45, 231, On Ripstein's sovereignty principle see V. Tadros, 'Harm, sovereignty and prohibition', *Legal Theory* 17:1 (2011), 35-65

وليست مجرد تكملة للمبدأ. وكما سنرى أن علاقة الاستقلال في المناقشة تضطرب غالبًا مع فكرة منع الضرر. سنفحص في الآتي مبدأ الضرر، وسنسى إلى الفصل بين اثنين من مساراته التي يمكن تمييزها في البداية في نسخة ميل. ونحن نعد ذلك أيضًا محاولة مثيرة للاهتمام للتوفيق بين ما نسميه الأخلاقي القانوني والجوانب الميلية للمناقشة حول غايات القانون وحدوده. وكما ذكرنا سابقًا، فإن طريقة أخرى لرفض النزعة الأخلاقية القانونية بدأت في السنوات الأخيرة تزداد انتشارًا. هذه هي فكرة العقل العام التي نشأت في كتابات جون راولز.

يحث راولز قراءه على تجنب «الحماس لتجسيد الحقيقة كاملة في السياسة»⁽¹³⁾ من الأنظمة القانونية المعاصرة التي نظر راولز فيها - الديمقراطيات الغربية في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، فضلًا عن الديمقراطيات في الهند وإسرائيل وغيرها يجب أن تهتم جميعها بتطوير فكرة مناسبة للعقل العام، شكل متخصص من أشكال التفكير فيما يتصل بالأساسيات الدستورية للديمقراطيات الحديثة. وستناول وجهات النظر من هذا النوع في نهاية الفصل.

تجدر الإشارة إلى أن معظم الكتابات عن غايات القانون وحدوده قد افترضت أن المناقشة تدور مركزياً حول الاستخدام المشروع للإكراه من جانب النظام القانوني، وعلى هذا، فإن مبدأ الضرر الذي يستند إليه ميل يحد من استخدام الإكراه، ولكن لا يحد من استخدام وسائل غير جبرية. وبالنسبة لراولز، فإن أحد العناصر الأساسية في «البنية المحددة» للعقل العام هو تطبيقه في المناقشات حول القواعد الجبرية التي يجب سنها في هيئة قانون شرعي لشعب ديمقراطي»⁽¹⁴⁾. ومع أهمية التحقيق في الاستخدام المشروع للقسر، فمن

J. Rawls, *The Law of Peoples (with 'The Idea of Public Reason Revisited')* (Harvard University Press, 1999), 132-3.

Rawls, *The Law of Peoples*, 133.

(14)

المؤسف أيضًا أن هذه المسألة قد برزت في المناقشات المتعلقة بطبيعة القانون وحدوده.

كان من بين الأحداث الرئيسية التي شهدتها الفلسفة القانونية في القرن العشرين نشر كتاب هارت «مفهوم القانون». يذكر في جملة أسباب أخرى، إنكاره القوي؛ لأن القانون ينبغي أن يفهم على نحو مختزل، ومن خلال الإكراه باعتباره مبدأً أساسياً⁽¹⁵⁾.

وإننا لنتمنى أن تشهد السنوات المقبلة المزيد من التأكيد على قضايا غايات القانون وحدوده التي تتجاوز مسألة استخدام القانون للقسر. وعلى نحو مماثل، سأفترض أدنى الاحتمالات، وهو أن استخدام القانون للقسر هو التساؤل المطروح الآن، هذا إن لم يكن بشكل كامل!

1. مبدأ الضرر: نوعان من الاختزال:

أ- مبدأ منع الضرر أم مكافحة الضرر؟

كان جون ستيوارت ميل أول من ابتكر مبدأ الضرر عام (1859)، وكانت صياغته القانونية التي استشهد بها كثيرًا كالتالي:

"إن الغرض الوحيد الذي يمكن من أجله ممارسة السلطة بحق على أي فرد في مجتمع متحضر رغماً عنه هو منع إلحاق الأذى بالآخرين". زعم ميل أن «هذا مبدأ بسيط للغاية»⁽¹⁶⁾ بعد ما يزيد قليلاً على مائة عام، اقترح اللورد ديفلين -قياساً على البيولوجيا- أن مبدأ ميل قد خضع للانقسام الاختزالي = انقسام خلوي.

H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961) (15)

Mill, *On Liberty and Other Essays*, I.9; cf. D.E. Miller, *J.S. Mill (Polity)*, 2010, 114: (16)
'Mill may never be so far wrong as when he describes the liberty principle as "very simple".'

وإذا وُجد مبدأ ضرر واحد، -كما أكد ميل- فإن ديفلين يعتقد أنه انقسم في ستينيات القرن العشرين⁽¹⁷⁾.

اقترح ديفلين، عندما غير استعارته، أن «بعض أفراد الطاقم الذين يبحرون تحت علم حرية ميل» تمردوا في مرحلة محددة، ورفعت «الأبوية فوق السارية»⁽¹⁸⁾.

قبل أن نعود في القسم التالي إلى التمرد المناصر للأبوية ضد ميل -إذا كان هذا ما حدث- فيجب علينا أن نلاحظ طريقة أخرى لم ينتبه لها اللورد ديفلين، حيث ينقسم بها مبدأ الضرر الميلي إلى وجهات نظر منفصلة، ومتنافسة في كثير من الأحيان. يظهر هذا الانقسام بوضوح في كتابات ميل ذاته.

إن الصياغة التقليدية التي وضعها ميل لمبدأ الضرر الذي استشهد به في بداية هذا القسم هي ما نستطيع أن نصفه بمبدأ منع الضرر⁽¹⁹⁾.

ولا يجوز القسر القانوني ضد سلوك محدد إلا إذا كان لمثل هذا الإكراه تأثيرات محددة، وهي هنا منع إلحاق الضرر بالآخرين، ربما لا يكون المرء -على سبيل المثال- من يلحق الأذى بغيره، ولكنه يظل بالرغم من ذلك مكرهاً باستمرار على صياغة ميل القانونية في محاولة لإنقاذ آخرين بحكم حقيقة أن الآخر سيتضرر (بسبب شخص أو شيء آخر). وعلى النقيض من ذلك، قد يكون المبدأ مبدأ «مكافحة الضرر» حتى لا يكون الإكراه إلا على سلوك من نوع محدد (السلوك الضار هنا).

يتحدث ميل في بعض الأحيان في كتابه في الحرية كأنه يعني أن مبدأ

P. Devlin the Enforcement of Morals (Oxford University Press, 1965), 132 (17)

Ibid., 132 (18)

D.O. Brink, Mill's Progressive Principles (Oxford University Press, 2013), 184. See (19) also V. Tadros, Wrongs and Crimes (Oxford University Press, 2016), 91-107, especially at 92, who draws a similar distinction between an 'effect-focused' principle and a 'conduct-focused' principle

الضرر هو هذا النوع من المبادئ، وعلى هذا؛ -لتبرير [الإكراه والعقوبات] أو السلوك المرغوب في ردعه- لا بد من احتساب أنه سيفضي إلى الشر بالنسبة لشخص آخر⁽²⁰⁾.

إذا كان مبدأ الضرر مبدأ مكافحة للضرر حقًا، فلا بد من نشره لمنع إلحاق الضرر بالآخرين، وحظر الضرب أو السرقة وما إلى ذلك من أفعال تضر بالآخرين، أو تخاطر بإلحاق الضرر بهم.

وإذا كان -على النقيض من ذلك- مبدأ لمنع الضرر، فإنه على هذا ليس محددًا فيما يتصل بالسبل، وكما يزعم ديفيد ليونز بقدر معقول من المصادقية، فإن الشرط الذي يقضي بأن يدلي المرء بشهادته في المحكمة -الذي استشهد به ميل ذاته على أنه نشر شرعي لمبدأ الضرر- ليس مشروحا على أساس أن عدم القيام بذلك يضر بالآخرين أو يعرضهم للخطر: «لأنه ليس الغرض من هذه القاعدة التدخل في السلوك الذي يمكن أن يوصف بشكل مستقل بأنه ضار أو يُعرض الآخرين للخطر، بل توجيه السلوك بحيث يساعد في خلق ممارسة اجتماعية من شأنها أن تساعد في منع الضرر، أو الحفاظ عليها.»⁽²¹⁾ مرة أخرى؛ لا يوجد ما يلزم بمنع القيام بأي نشاط بسبب الحاجة إلى دفع ضرائب إلزامية بوصفه سلوكًا ضارًا؛ ولأنني مضطر قانونًا إلى دفع الضرائب من أجل القيام بدوري لتمويل المدارس والمستشفيات، إلى آخر ذلك، فإن العطلة الأكثر تكلفة التي أتمناها ليست في تناول يدي. ولكن الإجازة التي أتخلى عنها ليست ضارة أو خطيرة لأي شخص آخر.

من الواضح إذاً أنه إذا عُدَّ مبدأ الضرر مبدأ مكافحة للضرر،⁽²²⁾ فمن

Mill, On Liberty and Other Essays, I.9. (20)

D. Lyons, Rights, Welfare and Mill's Moral Theory (Oxford University Press, 1994), (21)
94-5. Lyons anticipated the current debate on this ambiguity in Mill in his work in the 1970s reprinted in his 1994 collection of essays.

L.W. Sumner, 'Criminalizing expression: hate speech and obscenity' in J. Deigh and (22)
= D. Dolinko (eds.) The Oxford Handbook of the Philosophy of Criminal Law (Oxford

المرجح أن يكون نطاقه محدودًا بدرجة أكبر، وربما يقتصر على السلوك الخطير. وإذا عُد من جهة أخرى مبدأ لمنع الضرر،⁽²³⁾ فقد يبدو كأنه تقييد متساهل على الحكومة والقانون، وبشرط إمكانية الإشارة إلى بعض الضرر الجسيم، تُتخطى عقبة رئيسة؛ مما قد يرخص الإكراه القانوني.

ب- هل الأبوية مبدأ الضرر أم مبدأ إلحاق الضرر بالآخرين؟

سواء أكان مبدأ الضرر لميل مبدأ مكافحة الضرر أم مبدأ منع الضرر، فمن الواضح أن المقصود منه كان استبعاد استخدام الإكراه ضد السلوك غير الأخلاقي أو غير المشروع في ذاته، فضلًا عن استخدام الإكراه على الطريقة الأبوية. مبدأ ميل هو «إلحاق الضرر بالآخرين»، لا «مبدأ الضرر» ببساطة. قد يبدو أحد أشكال ما يُسمى أحيانًا «الأبوية الناعمة» متوافقًا مع وجهات نظر ميل فيما يتصل بكل هذا، يفهم جويل فينبيرج أن الأبوية الناعمة تسمح للدولة من خلال قانونها «بالحق في منع السلوك الضار المتعلق بالذات، لكن عندما يكون هذا السلوك غير طوعي إلى حد كبير، أو عندما يكون التدخل المؤقت ضروريًا لإثبات ما إذا كان طوعيًا أو غير طوعي»⁽²⁴⁾.

إن مبدأ ميل يستبعد الإكراه ضد إرادة الشخص المكره، إلا على أساس منع إلحاق الضرر بالآخرين، ويبدو أن ملحقي فينبيرج - فيما يتعلق بالسلوك

University Press, 2011), 17, understands the harm principle as requiring 'conduct' that 'causes or threatens harm to others'. Simester and von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs*, 35, formulate it thus: 'the state is justified in intervening coercively to regulate conduct only when that conduct causes or risks harm to others'. For critique see R.A. Duff and S.E. Marshall, 'Remote harms' and 'Two harm principles' in A. Simester, U. Neumann and A. Du-Bois Pedain (eds.) *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas Von Hirsch* (Hart Publishing, 2014), 205-23.

(23) إن جاردنر وشوت يناصران مبدأ الضرر بوصفه مبدأ يركز على التأثير في «خطأ الاغتصاب»،

reprinted in J. Gardner, *Offences and Defences* (Oxford University Press, 2008).

Feinberg, *Harm to Self*, 12

(24)

الذاتي غير الطوعي، والظروف المعينة التي لا تعرف فيها الإرادة الحقيقية للشخص المكره- لا يتعارضان مع إرادة الشخص المكره. بعيداً عن هذه الأبوية الناعمة، هل من المشروع أن يسعى القانون إلى منع الضرر لصالح الشخص المكره؟

زعم اللورد ديفلين، فيما يتعلق بهذا السؤال، أن بعض أتباع ميل البارزين تمردوا عليه.

كان ديفلين يضع في الحسبان هربرت هارت على وجه الخصوص، والواقع أن هارت في أثناء دفاعه عن مبدأ الضرر لميل يقدم تفسيراً يتفق تماماً مع تفسير ميل القانوني من مناح عدة، خاصة رفضه النزعة الأخلاقية القانونية بصفتها أساساً مشروعاً للإكراه القانوني، ولكنه يرفض بوضوح (الأبوية القانونية). يُعد هارت الأساس المنطقي المعقول لتجريم إمدادات الهيروين - على سبيل المثال- يتلخص في «حماية المشتريين المحتملين من أنفسهم»،⁽²⁵⁾ وأعلن احتجاجات ميل على التدخل في حرية هؤلاء المشتريين المحتملين «المتطرفة»⁽²⁶⁾ و«الخيالية»⁽²⁷⁾.

وعلاوة على ذلك؛ تناول ديفلين موضوع محل الموافقة من القانون الجنائي. وبالرغم من الاعتراف بأن الموافقة بطبيعة الحال أمر أساسي في جرائم محددة، مثل: الاغتصاب، فإنها ليست مقبولة-خاصة في العديد من الولايات القضائية في مجال القانون العام- باعتبارها دفاعاً عن القتل أو الاعتداء بما يتجاوز درجة محددة من الخطورة⁽²⁸⁾. تأمل الافتراض التالي. الشخص (د)

Hart, Law, Liberty and Morality, 32.

(25)

Ibid., 33.

(26)

Ibid., 32.

(27)

(28) على سبيل المثال في إنكلترا وويلز، لن يعد القانون الموافقة على الاعتداء صحيحة على

مستوى «الضرر البدني الفعلي»، إن كان أقل من «الضرر البدني الخطير»، ما لم يكن هذه

الممارسة المذكورة في قائمة قصيرة من الفئات الاستثنائية، كالرياضة، والجراحة، وما إلى ذلك.

R v. Brown [1992] UKHL 7; Hart, Law, Liberty and Morality, 30.

يمارس العنف ضد الآخرين، ويتفق مع (ف) أنه سيضرب (ف) بقسوة بمضرب
بيسبول.

يوافق (ف) على الضرب في مقابل مبلغ كبير من المال، فضلاً عن دفع
كل فواتير المستشفى الخاصة الناتجة عن ذلك. ستدين العديد من الأنظمة
القانونية (د) وتعاقيه بصرف النظر عن موافقة (ف). ويبدو أن ديفلين وهارت
متفقان على أن القانون سيكون على حق في القيام بذلك.

أما اختلافهم؛ ففي تبرير هذه النتيجة المتفق عليها. باختصار؛ يقول ديفلين:
إن هذا التبرير أخلاقي، ويقول هارت: إنه أبوي، أما ديفلين؛ فيرى أن القانون
سوف يتخذ مثل هذا الموقف؛ لأنه «يفرض مبدأ أخلاقياً.. ولا شيء آخر»⁽²⁹⁾.

وعلى النقيض من هذا؛ يقبل هارت أن «تعديل مبادئ ميل ضروري» إذا
كان هذا النوع من القضايا يقوم على أساس «حماية الأفراد من ذواتهم»؛ كما
يبدو أنها رؤيته⁽³⁰⁾. من مواطن الصعوبة الشديدة هنا أنه لا يتضح على الإطلاق
كيفية الفصل بين الأخلاقية والأبوية. لمزيد من التأمل في هذا الأمر، قد يُطرح
هذا التساؤل: هل (ف) الذي يعاني هجوم مضرب البيسبول يحتاج إلى الإنقاذ
من نفسه لموافقته على الضرب؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تتطلب النظر في رفاهية (ف)، ومعرفة أين
تكمن مصالحه الفضلى. بتبني التقسيم الثلاثي لنظريات المصلحة الذاتية⁽³¹⁾
لدريك بارفيت، من المرجح أن تشير نظرية تحقيق الرغبة إلى أن سياسة (ف)،
وهي «خذ المال وتعافي» من مصالحه الفضلى. صحيح أن مثل هذه النظريات
تهتم بتحقيق الرغبة في الحياة بأكملها، أو في جزء كبير منها، وهذا لا ينبع هذا
من حقيقة أن (ف) يريد أن يُضرب الآن، ولن يندم على القرار لاحقاً في

Devlin, *The Enforcement of Morals*, 7. (29)

Hart, *Law, Liberty and Morality*, 31. (30)

D. Parfit, *Reasons and Persons* (Oxford University Press, 1986), 499. (31)

حياته. لكل هذا فقد تكون لديه رغبات راسخة ومستقرة في الحصول على المال وما سيدفع ثمنه، رغبات قوية بالقدر الكافي لتجاوز عدم رغبته في الضرب. وعلى نحو مماثل -وفي حين قد تعد نظرية المتعة آلام الضرب سلبية- فإنها يمكن تعويضها بمتعة أخذ المال وآثاره بعيدة المدى. قد تختلف الأمور في النوع الثالث من نظرية بارفيت، وهي نظرية قائمة الموضوعية التي تنص على أن «أشياء محددة طيبة أو سيئة بالنسبة للناس» سواء أكان الناس راغبين في الحصول على الأشياء الطيبة أو تجنب الأمور السيئة، أو لم يرغبوا في ذلك. يقول بارفيت: إن «الأشياء الطيبة قد تتضمن الخير الأخلاقي والنشاط العقلاني وتطوير قدرات المرء» وما إلى ذلك، «في حين أن الأمور السيئة -قد تتضمن... والحرمان من الكرامة»، وبناءً على هذه النظرية، قد نستنتج أن الضرب ليس في مصلحة (ف)؛ لأنه غير أخلاقي ومهين، وبالتالي -وفق النظرية- فإنه ضار بـ (ف).

يبدو الأمر إذاً كأن كل من هارت وديفلين على حق، ولو بطريقة أكثر ضرراً إلى حد ما بحجة هارت. في أول نوعين من النظريات (تحقيق الرغبة والمتعة) لا يحتاج (ف) إلى الإنقاذ من نفسه؛ لأنه ربما لم يخطئ في مصلحته الذاتية في المقام الأول.

بطبيعة الحال؛ قد يقول المرء إنه لا بد أن تكون لديه رغبات مختلفة، ولكن هذا يبدو مثيراً للشكوك -أشبه بإصدار حكم أخلاقي- وبالتالي، تجاوز نظريات تحقيق الرغبة والمتعة. وعلى النقيض من قائمة الموضوعية الثالثة، التنوع، نستطيع أن نتصور أن هذا الضرب لا يصب في مصلحة (ف)، لذا تنشأ على الأقل مسألة إنقاذ (ف) من نفسه. ومع ذلك؛ فالسبب في ذلك على الأرجح أنه يكشف عن السوء الأخلاقي وعدم الكرامة في حياته، وهو ما يضر به.

ولكن التحليلات الأخلاقية والأبوية تبدو متشابكة تشابكاً لا ينفصم، وإذا

كان هذا صحيحًا؛ فيبدو أن لدينا حالة يُستخدم فيها القانون لفرض الأخلاق، وهي الحالة التي تعمم بلا أدنى شك العديد من الحالات الأخرى، ولو أن النزعة الأبوية والأخلاقية متقاربتان، بحيث لا يمكن أن يقع فصل مقنع بينهما.

ج- راز حول مبدأ الضرر والأبوية:

يتبع رفض هارت لفكرة ميل عن الأبوية مفكرون بارزون يؤيدون مبدأ الضرر.

استشهد براز في بداية هذا الفصل بوصفه نصيرًا لوجهة نظر أرسطية شهيرة مفادها: أن غايات القانون تتضمن تحقيق الأهداف الأخلاقية ورفاهية الإنسان. غير أنه يعتقد -خلافًا للمفكرين الآخرين الذين استشهد بهم- أنه يمكن التوفيق بين وجهة النظر هذه ومبدأ الضرر الذي يؤيده⁽³²⁾. سنعود لاحقًا إلى مسألة مدى إمكانية التوفيق بين وجهات النظر. يعد راز أن «إيذاء شخص هو تقليص آفاقه، والتأثير سلبيًا في إمكانياته⁽³³⁾ فضلًا عن ذلك؛ فمن الواضح أنه جاء في أعقاب رفض هارت للنزعة المناهضة للأبوية التي يتبناها ميل وصفه بأنه «تبني المقاييس الأبوية المختلفة»، كما يشير إلى أنه «لا معنى لصياغة استنتاج عام مناهض للأبوية»⁽³⁴⁾.

وفق فهمه مبدأ الضرر؛ فهو يعدّ منع إلحاق الضرر بأي شخص (بما في ذلك الشخص المكره) الأساس الوحيد المبرر للتدخل الإجمالي ضد أي شخص⁽³⁵⁾.

Raz, *Morality of Freedom*, 400-29. (32)

Ibid., 414. On various senses of harm J. Stanton-Ife, 'Horrible crime' in R.A. Duff, L. Farmer, S.E. Marshall, M. Renzo and V. Tadros (eds.), *The Boundaries of the Criminal Law* (Oxford University Press, 2010), 138-62, 159ff.; Stanton-Ife, 'Taxation and the harm principle'; Tadros, *Wrongs and Crimes*, 175-200. (33)

Raz, *Morality of Freedom*, 422. To the same effect: Simester and von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs*, Part IV (34)

Raz, *Morality of Freedom*, 412-13. (35)

إن تفسير راز للأبوية معقد بعض الشيء، فقد تطور في عمله الكلاسيكي الذي كان يتسم بالليبرالية الكاملة (أخلاقيات الحرية)، وأيضاً في ورقة لاحقة بعنوان: «الحرية والثقة»⁽³⁶⁾.

والواقع، إن وجهات نظره في العمل السابق كانت تدور في مستهل الأمر على تمييز مثير للاهتمام بين الأبوية باعتبارها غايات والأبوية باعتبارها وسائل لتحقيق هذه الغايات.

وفي ظل الظروف الحالية للدول الغربية الحديثة على الأقل؛ يجب على الحكومات أن تحاول تزويد الجميع بمجموعة كافية من الخيارات القيّمة. سيكون لكل شخص غايات قيّمة مختلفة، على سبيل المثال: أن يكون ممرضاً، أو مزارعاً، أو والدًا ناجحًا. ثم علينا أن نميز بين السلوك والقرارات المتعلقة بهذه الغايات من جهة، وبين السلوك والقرارات المتعلقة بوسائل تحقيق هذه الغايات من الجهة الأخرى. والفكر الأولي الأساسي هنا هو أن القيود الأبوية المقيدة للاختيار فيما يتعلق (بالوسائل) السابقة؛ أكثر سهولة في التبرير مقارنة بتقييد الاختيار المتعلق بالآخر (الغايات).

وبوجه خاص؛ فإن النزعة الأبوية التي تؤثر في المسائل التي يعدها الجميع ذات قيمة أدائية لا تتعارض مع الاستقلال الذاتي إذا كان أثرها تحسين السلامة، مما يزيد احتمالية تحقيق أهداف الأنشطة المتأثرة. هناك فرق بين الرياضات الخطرة، على سبيل المثال: حيث يشكل الخطر جزءاً من هدف النشاط أو منتجاً ثانوياً محتوماً لهدفه وغرضه، وبين استخدام سلع استهلاكية شائعة غير آمنة. المشاركة في الأنشطة الرياضية أمر ذو قيمة في جوهره، والسلع الاستهلاكية تستخدم عادة لأسباب مفيدة⁽³⁷⁾.

ومن هنا؛ فإن القوانين التي تفرض استخدام أحزمة الأمان في المركبات

Raz, Morality of Freedom, 'Liberty and trust'.

(36)

Raz, Morality of Freedom, 422-3.

(37)

الآلية تتسم بطبيعة أبوية، لكن بالمعنى المتعلق بالوسائل فحسب بكل تأكيد. وإذا ما وضعنا في الحسبان السبب الذي يجعل الناس يقودون السيارات بشكل رائع - للذهاب إلى العمل، أو لرؤية الأسرة، أو الذهاب في عطلة - فمن الصعب أن نرى القيمة الجوهرية التي قد تتعرض للخطر إذا ما كان لزاماً عليهم أن يرتدوا أحزمة الأمان؛ فضلاً عن ذلك، فإن تعزيز السلامة يشكل مساعدة محتملة للقيمة الجوهرية المعرضة للخطر، والعلاقات الأسرية، إلى آخر ذلك. وستختلف الأمور بناءً على تفسير راز، إذا كان الخطر الذي تسعى الحكومة إلى إزالته أو تقليله على الطريقة الأبوية جزءاً من أهداف النشاط. ومن المفترض أن يتغير تسلق الجبال في طبيعته - فلا يعد الخيار ذاته ذا القيمة - إذا كان يُبَالِغ في الأخذ باحتياطات الصحة والسلامة.

وفي حين يلتزم متسلقو الجبال بمعايير صارمة للحذر، فإن جزءاً من قيمة النشاط وهدفه يكمن في الاستجابة - بمهارة - للمخاطر التي لا يواجهها المرء في المدينة وأماكن أخرى في الحياة العادية. وعلى هذا؛ فإن الحظر الأبوي لتسلق الجبال أو تقييده بشدة يبدو كأنه أبوية مرتبطة بالنهاية، وبالتالي؛ فهو غير شرعي في الحساب الجاري النظر فيه، في حين أن تفويض أحزمة الأمان يُعد أمراً أبوياً مرتبطاً بالسبل، وبالتالي فهو شرعي، والأمور الأخرى متساوية. لن يكون من السهل دائماً تطبيق هذا التمييز.

تبدو للوهلة الأولى القوانين التي تتطلب -على سبيل المثال- النظافة الغذائية؛ متعلقةً بالوسائل مباشرة. يجب على المستهلكين شراء الطعام الذي خضع لاختبارات مختلفة، وفي معايير محددة للسلامة الغذائية، وعادة ما تُمرَّر تكاليف الاختبارات الإلزامية إلى المستهلكين الذين لا يُتاح لهم عمومًا الاختيار بين دفع مبلغ أقل في مقابل الغذاء الذي لم يُختَبَر، ودفع المزيد في مقابل الغذاء الذي خضع للاختبار، ولكن الغذاء الأكثر أماناً عمومًا لا يؤثر الغايات الجوهرية ذات القيمة. ومع ذلك؛ قد يجد الذواقون وغيرهم من أصحاب الذائقة العالية أن أفضل المأكولات، مثل: السمك، تتطلب منتجات يتم الحصول

عليها مباشرة من سفينة صيد الأسماك، وهي طازجة، أكثر من الأسماك التي تم اختبارها، ولكنها أيضًا أقل أمانًا.

ومن ثم؛ فإن استبعاد مثل هذه الاحتمالات قانونًا -بقوانين النظافة الغذائية الإلزامية- قد يتعارض مع القيم المتأصلة في المأكولات الراقية. ومع ذلك، فحقيقة أن التمييز بين الأبوية المرتبطة بالوسائل والأبوية المرتبطة بالغاية سيكون من الصعب تطبيقه أحيانًا لا يظهر أن التمييز ليس ذا قيمة.

في الواقع، ما زال تطويره مستمرًا، في الإنتاج العلمي الحالي حول «التنبه nudge»⁽³⁸⁾. قد يتردد المرء في قبول هذا التمييز؛ لأنه لا يركز -فيما يبدو- إلا على جانب واحد مهم من جوانب الاستقلال الذاتي.

فالأبوية مقبولة، فهي تُذكر بشكل فعال، إذا تركت الخيارات القيمة (الغايات) للأشخاص متاحة بلا تدخل، في حين تترك الوسائل ذات القيمة الأدائية (الوسائل) -على الرغم من التدخل فيها- الفاعل أفضل حالًا من حيث متابعتها لخياراتها القيمة، أو على الأقل لا تتركه في حال أسوأ. ولكن في حين تعالج مسألة كفاية الخيارات القيمة للأشخاص؛ فيبدو أنه لا يقول شيئًا عن استقلالنا في الاختيار.

كان الاستقلال -كما ذكر آنفًا باختصار- أحد أفكار ميل المحفزة. ربما لا يؤثر إجبار الأشخاص على ارتداء أحزمة الأمان في أي خيار من خياراتهم القيمة، بل قد يمنحهم يومًا آخر في الحياة حتى يحققوا أهدافهم القيمة. لكن هؤلاء السائقين لم يتمكنوا من الاختيار باستقلالية، أليس هذا جانبًا مهمًا آخر من جوانب الاستقلالية؟

See the development of the idea of means-related paternalism in J. Le Grand and B. (38) New, Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend? (Princeton University Press, 2015), 27-30 and generally. Cf. C.R. Sunstein, Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism (Yale University Press, 2014).

يؤكد راز - كما في مواضع أهمية الاستقلالية في اتخاذ القرار المستقل - على أنّ الاستقلال لا يعني إما كل شيء أو لا شيء،⁽³⁹⁾ وأنه على الرغم من صعوبة تبرير فقدان درجة كبيرة من الاستقلال؛ فإن فقدان قدر صغير منه لا يتطلب تبريراً.⁽⁴⁰⁾ والتوسط بينهما يُعد فقداناً جزئياً للاستقلال بلا شك.

إذاً، فما الأبوية -بناءً على تفسير راز- التي لا ترتبط بالوسيلة، لكن بالغاية؟ إن أي قانون أو سياسة من هذا القبيل -وفقاً لقوله- يجب أن يتوافق مع احترام الاستقلالية وأن «يقتصر على وضع شروطها»⁽⁴¹⁾. وبما أن مناهضة الأبوية ليست -هي ذاتها- جزءاً من مبدأ الضرر الذي يفترضه، فإن هذه النزعة الأبوية المرتبطة بالغايات «يجب أن تحترم تقييد الإكراه الذي يفرضه مبدأ الضرر، فضلاً عن القيود المشابهة المفروضة على التلاعب»⁽⁴²⁾. بعبارة أخرى، في محاولة إكراه الأشخاص على منع إيذاء أنفسهم، فإن تبرير القانون ينبغي ألا يسعى أخلاقياً إلى ضمان تصرف هؤلاء الأشخاص على نحو أخلاقي أو غير أخلاقي. وقد سبق لي أن أعربت عن شكوكك بشأن إمكانية انفصال هذه الأسباب الأبوية والأخلاقية عن بعضها.

يضيف راز في مقال لاحق شرطاً آخر، ألا وهو «حظر الطوارئ»، وهو أن الإكراه الأبوي يصدر عن شخصٍ يثق به المكره، ويضيف أن شرط الثقة هذا «يفسر الطريقة التي قد تكون بها الموافقة وثيقة الصلة بتبرير الإكراه، يمكن أن تعبر عن علاقة ثقة أو تؤسسها»⁽⁴³⁾ وهذا منطقي بكل تأكيد فيما يتصل بأنواع محددة من العلاقات بين الأشخاص، حينما تكون ناجحة، مثل: مقدم الرعاية ومتلقيها. ثم يربط راز حالة الثقة بتفسير المواطنة، فالمواطنة تُعد وضماً يجعل

Raz, 'Liberty and trust', 121.

(39)

bid., 122.

(40)

Raz, *Morality of Freedom*, 423.

(41)

Ibid., 423.

(42)

Raz, 'Liberty and trust', 122.

(43)

من الممكن -منطقيًا- أن يُعد النَّاسُ أنفسهم منتمين تمامًا إلى المجتمع السياسي⁽⁴⁴⁾. وفي حين أن شخصًا يتمتع بالمواطنة الكاملة قد يخضع بصورة مشروعة إلى أبوية قسرية حيثما يكون القسر مبررًا أيضًا لسبب صحيح. إن وضع المواطنة الكاملة شاقة من هذه الجهة، لا يمكن هنا استكشاف الموضوع بكل تعقيداته، ولا تتضح العواقب التي قد تترتب على هذين النوعين من الحالات التي نُوقشت فيما يتصل بتأييد هارت للنزعة الأبوية، وتجريم الهيروين لإنقاذ الأشخاص من أنفسهم، ورفض الاعتراف بالموافقة باعتباره وسيلة للدفاع عن أعمال العنف أو القتل الخطيرة. ويكفي أن نلاحظ نقطتين:

أولاً: إذا نحينا جانبًا وصف راز المنطقي للأبوية المرتبطة بالوسائل والقيود المنطقية، والمرتبطة أيضًا بالأبوية الناعمة المشار إليها أعلاه؛ فإن وجهات نظر راز بشأن الأبوية المرتبطة بالغايات تبدو أقرب إلى وجهات نظر ميل (وأقل تمرّدًا من وجهات نظر هارت).

ثانيًا: لكل هذا؛ ينضم إلى هارت في إسقاط العنصر المناهض للأبوية من مبدأ الضرر الذي يؤيده، وبما أن تفسيره للأبوية يقدم خارج نطاق مبدأ الضرر، فإن هذا يشير تساؤلًا حول ماهية مبدأ الضرر. الإجابة الواضحة هي أن مبدأ الضرر موجود هنا لاستبعاد الأخلاق. فلنتقل الآن إلى هذا الموضوع.

د- الأخلاقيات القانونية:

وفق أحد أساليب تفكير راز التي أشرنا إليها آنفًا، فإن الحكومة بقانونها «لا تواجه أي منع جوهرى قائم على المبادئ من التصرف لأي سبب أخلاقي مشروع»⁽⁴⁵⁾ «مرة أخرى؛ من غير المنطقي أن نقول عن حالة أنها جيدة، ولكن هذا ليس سببًا للقيام بأي شيء حيالها»⁽⁴⁶⁾ ومن المفترض بالمنطق ذاته أنه

Ibid., 124.

(44)

J. Raz, 'Facing up', Southern California Law Review 62 (1989) 1153, 1230. Emphasis added.

(45)

Ibid

(46)

عندما تكون الحالة سيئة، فهناك سبب يدعونا إلى القيام بشيء حيال ذلك أيضًا، سواء أكان بالنسبة للقانون أم الحكومات، أو أي شخص آخر. إذًا بالانتقال إلى مستوى أدنى، ووفق المسار الميلّي التي يتبعه فكر راز - تأييده لمبدأ الضرر (المعدل) - فإنه يجب ألا يستخدم القانون الإكراه لدفع الناس إلى التصرف أخلاقياً أو لا أخلاقياً.

هذه هي الوظيفة الرئيسية لمبدأ الضرر، ولكن كيف يمكن إسكات الأسباب الأخلاقية التي كانت صالحة في المرحلة الأولية المذكورة أعلاه في المرحلة الميلّيّة؟ كيف تثبت الحجّة؟

بالطبع لا يؤيد راز أي شيء يمكن وصفه بأنه أخلاقي على المستوى الأعلى الذي يتمحور حول قيمة الاستقلال الذاتي للجميع. تستند الحجّة المستمدة من مبدأ الضرر إلى طبيعة الإكراه والتهديد الخاص الذي يشكّله على الاستقلالية، فهو يؤيد على وجه التحديد «أخلاقيات الحرية» التي تتناسب مع الظروف المعاصرة السائدة في الدّول الحديثة.

يعتقد راز أن هناك سمتين من مظاهر الإكراه يسمحان باشتقاق مبدأ الضرر من الاعتبارات المتصلة بالاستقلالية:

الأول: يتعلق بأثر الإكراه على الخيارات أو تهديده لها.

الثاني: يتعلق بالطريقة التي يقيد بها الإكراه الاختيار:

أولاً: «يشكل الإكراه بالعقوبات الجنائية غزواً عالمياً وعشوائياً للاستقلالية»⁽⁴⁷⁾.

ثانياً: «ينتهك الإكراه شرط الاستقلال»، و«يعبر عن علاقة هيمنة وعدم احترام الفرد المكرّه».

Raz, *Morality of Freedom*, 418.

(47)

لذا؛ يستبعد الإكراه -إذا فرض على أساس مزعوم لأسباب أخلاقية- حتى تلك الأسباب التي تعد صحيحة بصورة مستقلة قبل احتمال استخدام الإكراه لإنفاذها، ومن هنا يقال: إن المسارات الأولية والميلية متوافقة.

عند تناول هذه الحجج بدورها، يبدو أن الأولى تواجه صعوبتين، من المنطقي بالتأكيد القول: إن السجن كثيراً ما يكون غزواً عالمياً وعشوائياً للاستقلالية. يمكن توسيع نطاق هذه الحجة على نحو مفيد في حالات كثيرة لتشمل الاحتجاز الإلزامي للأشخاص المصابين بأمراض عقلية بموجب القانون المدني، ولكن العديد من العقوبات الجنائية الأخرى لا تؤثر في قدرة الشخص على الاختيار بين مجموعة كافية من الخيارات القيمة.

قد تكون الغرامات والتوسيم الإلكتروني وأوامر الخدمات المجتمعية مزعجة ومكلفة بطرق مختلفة، ولكنها بالكاد «عالمية وغير مميزة»⁽⁴⁸⁾. وربما لا تمس بالخيارات القيمة المتاحة لشخص ما. ومن ثم؛ يبدو أن الحجة لا تستبعد النزعة الأخلاقية عمومًا، حتى فيما يتعلق بالتجريم، شريطة ألا تكون العقوبات غزوات عالمية وعشوائية للاستقلالية.

ثانيًا: لا يزال من غير الواضح لماذا يستبعد هذا الاعتبار القائم على الاستقلالية الأخلاقية بوجه عام، كما يقتضي مبدأ الضرر؟ يجب أن نتذكر - وفق راز- أن ما يهم هو كفاية مجموعة الخيارات القيمة، بكلماته الخاصة:

«لا تشكل كل القيود المفروضة بالإكراه قيداً على استقلالية المكره، ليست الحياة المستقلة قيمة إلا بقدر المشاركة في أنشطة وعلاقات قيمة».

إن ضياع فرصة للقتل لا يقلل من فرص المرء في الحصول على ذلك النوع من الحياة المستقلة ذات القيمة، وبالتالي لا يفوت شيء عند عدم وجود

J. Stanton-Ife, 'The limits of law' in E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/lawlimits/>.

فرصة القتل، ذلك أن استقلال المرء بمعنى قدرته على الحياة الذاتية القيمة؛ لا يقيد غيابه ذلك الخيار⁽⁴⁹⁾.

ويبدو أنه يتبع ذلك بشرط أن يكون إكراه القانون موجهًا حقًا نحو شيء غير أخلاقي، والضرر الذي سيلحق بالفرصة لا يشكل سوى الضرر غير ذي صلة بنشاط لا قيمة له، وبالتالي لا تستبعده قيمة الاستقلالية، أو النزعة الأخلاقية القانونية بدورها.

فلنفرض جدلاً أنّ (المقامرة عالية الرهان) أمر غير أخلاقي، فإنّ تجريم هذا النوع من المقامرة على هذا الأساس الأخلاقي يبدو أنه لا ينتهك استقلالية راز. من الجهة الواقعية؛ قد يجد المرء صعوبة كبيرة في تجريم القمار. وقد يكون النشاط سرّيًا، وقد تتعرض خيارات قيمة أخرى للهجوم في وقت واحد. يمكن أن تجعل هذه الاعتبارات تجريم المقامرة لا مبرر له، بيد أنّ ذلك سيكون لأسباب مستقلة عن مبدأ الضرر كما هو متصور حاليًا. وهذا من شأنه أن يجعل معظم عبء إثبات اشتقاق مبدأ الضرر لحجة راز الأخرى -المذكورة أعلاه- مستندًا إلى تهديد الإكراه للاستقلالية. بيد أنّ هذا يعيدنا إلى قضية الأبوية التي كانت معارضة -كما رأينا -، وقد اتبع راز هارت في استبعادها من مبدأ الضرر.

إذا استبعدنا الأبوية الناعمة، والأبوية المرتبطة بالوسائل، فقد تبيّن أنّ مناهضة راز للأبوية أهم من مناهضته للأخلاق التي يبدو أنها لم تستمد حجة الإكراه بشكل جيد من الأرسطية الأولية أو (كالمالية الموقف). وإذا كان السبب الأخلاقي صحيحًا في المستوى الأعلى، فلم يتبيّن كيف يفقد صحته على المستوى الأدنى. وفيما يتعلق بمبدأ الضرر، يبقى لدينا تذكير مهم بالضرر الذي يمكن أن يلحق باستقلالية الأشخاص جراء السجن طويل الأجل والاحتجاز المدني الإلزامي. بيد أن هذه النقطة -مع أهميتها البالغة من الناحية العملية- لا

Raz, 'Liberty and trust', 120. Emphasis in the original.

(49)

يبدو أنها تحتاج دعمًا من مبدأ الضرر، ويبدو أنّ حجة الاستقلال/ مناهضة الأبوية بمعزل عن مبدأ الضرر الذي يصفه راز.

وفي نهاية المطاف؛ قد يتساءل المرء عما إذا كان هناك أي شيء مكتسب من الاحتجاج بمبدأ الضرر بناءً على تفسير راز؟

لقد بدأنا الفصل باقتباس كلمات راز عن نهاية القانون، ومن الجدير بنا أن نقتبسها مرة أخرى: «إن مهمة القانون، بشكل تجريدي، تتلخص في تأمين موقف تتحقق فيه الأهداف الأخلاقية، «فبالنظر إلى الوضع الاجتماعي الحالي في الدولة التي أصدرت هذا القانون، فالهدف الأخلاقي المعني «من غير المرجح أن يتحقق من دونه»، و«لا يمكن أن يكون إنجازه بالقانون هدامًا»⁽⁵⁰⁾ لا يشير هذا البيان إلى مبدأ الضرر، ولكنه يشير إلى نوع مختلف من الاعتبارات: احتمالية أن يكون تحقيق هدف أخلاقي ما ذا نتائج هدامة. وإذا كان الأمر كذلك، مهما كان السبب الأخلاقي وجيهاً، فقد يكون هناك سبب أقوى أن يمنع القانون هذا الهدف. توجد شروط جزائية متنوعة سوف تكون مقبولة عالمياً بكل تأكيد، أيًا كانت وجهة النظر القائمة على المبادئ التي يتبناها الشخص بشأن غايات القانون وحدوده.

ربما لا يقدر المرء على سن تشريعات ضد سلوك غير مشروع محدد دون الإكراه على سلوك ذي قيمة أو محايد، وربما لا يملك المرء الموارد اللازمة لفرض القوانين ضد سلوك آخر غير مشروع، وقد يؤدي التشريع في مثل هذه الحالات إلى المجازفة بجعل القانون «فزاعة»، إذا لم ينفذ تحول إلى مكان اطمئنان بدلاً من ردع وتخويف⁽⁵¹⁾. طبقاً لمايكل مور؛ فإن أحد أنواع هذه الحالات هو السلوك الذي -كما تعلمنا من التجربة- سينضوي حتماً فيما إذا كان القانون يتدخل أو لا. أما فيما يتعلق بالسلوك الذي سيقع في أي حال

Raz, *Between Authority and Interpretation*, 178.

(50)

Shakespeare, *Measure for Measure*, Act II, Scene 1.

(51)

حتى إذا صدر تشريع ضده، فسيكون هناك أثر غريب للحظر؛ ألا وهو رفع أسعار المنتجات أو الخدمات اللازمة لهذا السلوك. وهذا بدوره قد يزيد أرباح تقديم هذه الخدمات أو المنتجات التي تدعم بدورها الأنشطة الإجرامية المنظمة.

يعرف هذا عادة باسم «تعريفة الجرائم». فالبغاء -على سبيل المثال- لا يختفي بتشريع مخالف، كما أثبتت تجارب كل المجتمعات. بيد أنه بتجريمه يصبح مقتصرًا بصورة مصطنعة على الراغبين في ارتكاب أعمال إجرامية، وكذلك تكون الأسعار والأرباح من قبيل جذب الأنشطة الإجرامية المنظمة⁽⁵²⁾. وهكذا دواليك. ولذلك فإن أحد الآراء القانونية الأخلاقية سيؤكد أن غاية القانون ينبغي أن تسعى لتحقيق الأهداف الأخلاقية أو إلى تعزيز رفاهية الأشخاص، ولكن مع فهم متطور للتغلب على ظروف من هذا. سوف يسعى إلى إيجاد فهم متطور وواقعي لما يمكن تحقيقه بالقانون، وما لا يمكن تحقيقه

عندما يفكر المرء فيما يريد راولز أن يراه مُستبعدًا تحت عنوان: «مبادئ شاملة» «تصورات لما هو قيم في الحياة البشرية، المبادئ الشخصية، فضلًا عن مبادئ علاقات الصداقة، والعلاقات الأسرية والترابطية، وما إلى ذلك؛ يستطيع الأخلاقي القانوني أن يزعم أنّ هناك بديلًا للاستغناء تمامًا عن هذه الأفكار المهمة والجذابة، أو على وجه التحديد العمل بالاستعانة بفكرة مستنيرة نفسيًا وواقعية عن مدى احتمالية مساعدة القانون في تأمين مثل هذه الأفكار، ومتى لا يساعد في ذلك. من المرجح أنّ ينجح تعزيز رفاهية الناس، حين تتوافر الظروف، والبيئة الملائمة، والرغبة في تبني خطط الحياة، أكثر من أي محاولة لإكراه الناس على الازدهار .

المحنا إلى مبدأ السيادة لرييستين أعلاه، وهو البديل الذي اقترحه لمبدأ الضرر الذي افترضه ميل. اقترح رييستين بهذه النظرية أنّ «الوسيلة الوحيدة لنقد

Moore, Placing Blame, 664.

(52)

مبدأ عريق هي تقديم بديل متفوق⁽⁵³⁾. ولعله الدرس المستفاد من الصعوبات الهائلة التي واجهت مبدأ الضرر ليس أنّ البديل الأعلى هو مبدأ بديل متفوق، بل إنه شكل من أشكال الأخلاق القانونية من دون أي مبدأ رئيس شامل، ولكنه يتسم بالحساسية، مثل: الشروط الجزائية المحتملة التي تخضع لها أي من الأخلاق القانونية. وعلى هذا؛ فإنّ أغلب أنصار النزعة الأخلاقية القانونية يرون في واقع الأمر أنّ المرء لا بد أن يقطع -بطريقة ما- الأسباب الأخلاقية ذات الصلة التي قد يعتمد عليها القانون بشكل مشروع.

لا يعد معظم (الأخلاقيين القانونيين) كل عمل غير مشروع سبباً للإكراه القانوني (حتى ولو كان الشخص عرضة للهزيمة)، فعلى سبيل المثال: يمكن استبعاد الأفعال غير المشروعة التافهة⁽⁵⁴⁾ أو الأفعال غير المشروعة الخاصة⁽⁵⁵⁾. ومن المعتقد أن هذه المجالات من مجالات الأخلاق القانونية، وليست من اختصاص القانون ببساطة، ويجري حالياً تطوير هذا النوع من الآراء⁽⁵⁶⁾.

2. العقل الجمعي:

وضحنا بإيجاز في المقدمة مساراً آخر من الأفكار المتعلقة بمسألة غايات القانون وحدوده، وهذه فكرة راولز التي تستلزم وجود «سبب عام» متخصص،

Ripstein, 'Beyond the harm principle', 215. Tadros, 'Harm, sovereignty and (53) prohibition',

يجادل على نحو معقول في أن مبدأ السيادة الذي قرره ريبستين يفسر بعض حالات الضرر بشكل أفضل من مبدأ الضرر، والعكس صحيح أيضاً، فمبدأ الضرر يفسر بشكل أفضل حالات أخرى.

Tadros, *Wrongs and Crimes* (54)

R.A. Duff, 'Legal moralism and public wrongs' in K.K. Ferzan and S. Morse (eds.) (55) *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore* (Oxford University Press, 2016)

Ibid. (56)

على الأقل فيما يتصل بالضرورات الدستورية ومسائل العدالة الأساسية. ينبغي ألا نلجأ إلى الحقيقة الأخلاقية بوصفها جزءاً لا يتجزأ من عقيدة أخلاقية شاملة، أو بمعنى فهم أخلاقي، أو قيمي أو ديني لما يجعل الحياة: طيبة، أو شريفة، أو مُجدية، كما رأينا أعلاه. وعلى هذا؛ فإن فكرة العقل الجمعي تنطوي على رفض الفكرة الأخلاقية القانونية التي تؤكد أن غاية القانون هي تحقيق الأهداف الأخلاقية المحددة على نحو مستقل.

الفكرة الأساسية هي «ضرورة تبرير قوانيننا ومؤسساتنا السياسية، بالرجوع إلى بعض وجهات النظر المشتركة، على الرغم من اختلافنا الشديد و(57) اختلافاتنا العميقة».

بدلاً من التساؤل عن ماهية الحقيقة؛ نتساءل كيف يمكن تبرير القانون لأولئك الذين يخضعون له. في صياغة راولز المعقدة إلى حد ما؛ لا بد أن يقدم النظام القانوني «أسباباً قد نتوقعها منطقياً، قد يقبلها المواطنون الأحرار والمتساوون أيضاً»⁽⁵⁸⁾.

وعلاوة على ذلك:

ما لا يمكننا أن نفعله في العقل الجمعي هو أن نمضي مباشرة من عقيدتنا الشاملة أو جزء منها إلى مبدأ أو مبادئ عدة وقيم سياسية، وإلى المؤسسات الخاصة التي تدعمها، وبدلاً من ذلك؛ يُطلب منا أولاً العمل على الأفكار الأساسية لمفهوم سياسي كامل، وبعد ذلك وضع مبادئه ومثله، واستخدام الحجج التي تقدمها⁽⁵⁹⁾.

J. Quong, 'On the idea of public reason', in J. Mandle, and D.A. Reidy (eds.), A (57) Companion to Rawls (Wiley, Blackwell, 2014), 265. For critique see D. Enoch, Against Public Reason (Oxford University Press, 2015)

Rawls, The Law of Peoples 138. (58)

Ibid., 145-6 (59)

يجب أن يُستمد العقل الجمعي من مجموعة من المفاهيم السياسية المعقولة للعدالة. أحد هذه المفاهيم السياسية المعقولة -يصر راولز أنه واحد فقط- المفهوم الذي يزعم راولز نفسه أنه سيتم اختياره في «الموقف الأصلي»⁽⁶⁰⁾ في حين تشكل مذاهب الكاثوليكية الرومانية مثلاً نموذجياً لما يسعى العقل الجمعي إلى منعه، يذكر راولز أن «وجهات النظر الكاثوليكية عن الصالح العام والتضامن المشترك عندما يتم التعبير عنها من حيث القيم السياسية» من الممكن أن تشكل الأساس الذي يقوم عليه المفهوم السياسي الذي يعطي مضمون العقل الجمعي، كما قد تصور هابرماس «مفهوم خطاب الشرعية (يقال في بعض الأحيان: إنه ديمقراطي راديكالي أكثر منه ليبراليًا)».

يؤكد راولز أن «الاختلافات الجديدة» والمفاهيم السياسية المعقولة قد تُقترح من حينٍ إلى آخر، وربما لا يتم تمثيل المفاهيم الأقدم. ومن ثم؛ فإن المفاهيم السياسية التي يتوخى منها مبادئ العقل الجمعي لا تحدد في الوقت المناسب وستبقى بقدرٍ من السيولة، مما يتيح المجال لمطالبات الفئات والمصالح الناشئة عن التغيير الاجتماعي⁽⁶¹⁾.

وفي الإصرار على أنه ينبغي ألا نمضي مباشرة من المذاهب الأخلاقية الشاملة، يؤكد راولز تعددية المذاهب والمفاهيم الأخلاقية المعاصرة عن تصورات الحياة الطيبة وتناقضها.

يزعم أن هذه التعددية والتناقض -يعني ضمناً أن هذه المفاهيم- لا يمكن عملياً أن تشكل الأساس للاتفاق «أو حتى مقاربة التفاهم المتبادل»⁽⁶²⁾. وهو لا يعني فحسب أن المفاهيم المعقولة للحياة الطيبة ستتعارض مع المفاهيم غير المعقولة، بل يعني أن المذاهب المعقولة نفسها عديدة، ولا يمكن التوفيق بينها،

Rawls, Political Liberalism, lecture I, sec. 4, 22-8. (60)

Rawls, The Law of Peoples, 142. (61)

Rawls, The Law of Peoples, 132. (62)

ولذلك يجب علينا أن نتحاشى هذه المسائل، وأن نعزل الجوانب المركزية للقانون عن مسائل القيم والأخلاقيات واللاهوت العامة بتنمية مراعية للعقل العام بالطريقة المبينة أعلاه بإيجاز. إن العقل الجمعي شيء يستطيع أن يفهمه ويقدره ويؤيده كل الخاضعين للقانون، وهذا - كما يرى راولز - يختلف عن أي مذهب أخلاقي حزبي شامل.

من المستحيل في عمل بهذا الطول أن نقرب من التمثيل العادل لتفسير راولز المفصل والدقيق وعلاقته بمجموعة أعماله الواسعة في مجال العدالة والليبرالية السياسية، وهو ذاته يلخص «البنية المحددة» للسبب العام بأن لها خمسة جوانب مختلفة:

- (1) المسائل السياسية الأساسية التي تنطبق عليها.
- (2) الأشخاص الذين تنطبق عليهم (الموظفون الحكوميون والمرشحون للمناصب العامة).
- (3) مضمونها كما تقدمه مجموعة من المفاهيم السياسية المعقولة للعدالة.
- (4) تطبيق هذه القواعد في المناقشات المتعلقة بالقواعد الجبرية التي يجب سنها في شكل قانون مشروع لشعب ديمقراطي.
- (5) تحقق المواطنين من أن المبادئ المستمدة من تصوراتهم للعدالة تفي بمعايير المعاملة بالمثل⁽⁶³⁾.

وهنا لا يمكننا أن نعلق إلا بشكل انتقائي للغاية.

من مجالات الجدل (بما في ذلك من داخل مجموعة المؤلفين المتعاطفين مع العقل الجمعي لراولز) تقييد نطاق فكرة العقل الجمعي. يذكر راولز أن العقل الجمعي هو سبب المواطنين المتساوين والأحرار، وموضوعه «الصالح

Ibid., 133.

(63)

العام» مركب من نوعين: «الأساسيات الدستورية، ومسائل العدالة الأساسية»⁽⁶⁴⁾.

يقول: «إنّ الأساسيات الدستورية تتعلق بالتساؤلات حول ما قد تتضمنه الحقوق والحريات السياسية في دستور مكتوب، عند افتراض أنّ الدستور يمكن أن تفسره محكمة عليا، أو هيئة مماثلة». تتعلق مسائل العدالة الأساسية بالبنية الأساسية للمجتمع، أي: مسائل العدالة الاقتصادية والاجتماعية الأساسية، وغيرها مما لا يشمل القانون.⁽⁶⁵⁾ وبطبيعة الحال؛ يؤكد راولز وجوب عدم تطبيق العقل الجمعي على أجهزة الإعلام - الصحف، والمراجعات، والإنترنت - لأنّ هذا من شأنه أن يضر بحريات الفكر والتعبير⁽⁶⁶⁾.

كما يقول: إنه ينبغي ألا يطبق على ما يسميه «ثقافة الخلفية»، ومؤسسات التعليم، والمجتمعات العلمية وغيرها، والكنائس والجمعيات بأنواعها المختلفة⁽⁶⁷⁾.

يعترض جوناثان كونغ - بالرغم من تعاطفه مع فكرة العقل الجمعي - على وجود مجال واسع يمكن أن تمارس فيه السلطة السياسية بين مسألتين متماثلتين في أساسيات الدستور ومسائل العدالة الأساسية - من جهة - وأعمال وسائل الإعلام والكنائس والجامعات - وما إلى ذلك - من جهة أخرى⁽⁶⁸⁾. ومن وجهة نظره؛ فإنّ راولز أكثر تساهلاً بشأن المذاهب الشاملة للحياة الطيبة أو قيم «الكمال». على سبيل المثال: يقول راولز:

«لا يتبع ذلك أنه لا يمكن التماس قيم الكمال بأي شكل من الأشكال، مثلاً في الأسئلة المحددة بصورة مناسبة التي يجب على المشرعين أن ينظروا فيها، أو في بعض المسائل المتعلقة بالسياسة».

Ibid., 133 (64)

Ibid., 133, n. 7. (65)

Ibid., 134. (66)

Ibid., 134. (67)

J. Quong, Liberalism without Perfectionism (Oxford University Press, 2011). (68)

النقطة الرئيسية هي أنه ينبغي أن يكون هناك التزام -بِحُسن نية- بعدم التماسها لتسوية الأساسيات الدستورية والمسائل الأساسية المتعلقة بالعدالة. يجب تحقيق العدالة الأساسية أولاً. وبعد ذلك يمكن للناخبين الديمقراطيين أن يكرسوا موارد ضخمة للمشاريع الكبرى في الفنون والعلوم إذا ما اختاروا ذلك⁽⁶⁹⁾.

يتصور كونغ حالة -لتطوير اعتراضه- حيث ترغب مجموعة من المواطنين في بناء معرض فني بأموال عامة من أجل تكريم جمال الفن الراقي، أي: لدعم مذهب شامل يتعلق بما يجعل الحياة جديرة بالاهتمام. هناك بالفعل معرض فنون في المدينة، ولكن لا يُوجد ملعب كرة قدم. ويقدم أنصار ملعب كرة القدم على النقيض من هذا، ما يبدو كأنه مجموعة من الأسباب العامة التي تؤيد بناء الأستاد بدلاً من المعرض.

ويستشهدون بقضية الإنصاف في ضوء حقيقة أنه بالفعل معرض فني، ويقدمون أدلة على أن الأستاد سيحفز الاقتصاد الأوسع، على عكس معرض الفنون الإضافي وما إلى ذلك. ولكن على حد وصف راولز، فمن الواضح أننا «لن نجد سبباً للانزعاج إذا ما فاز اقتراح المعرض الفني في تصويت إجرائي عادل»⁽⁷⁰⁾.

وبما أن هذه الأمور ليست من الأساسيات الدستورية أو القضايا الأساسية للعدالة؛ فمن الواضح أن النظرة الشاملة للحياة الطيبة مسموح بأن يكون لها تأثير كبير.

Rawls, 'Justice as fairness', 152. Quoted in Quong, *Liberalism without Perfectionism*, (69) 281.

J. Quong, *Liberalism without Perfectionism* (Oxford University Press, 2011), 280. Cf. (70) J. Stanton-Ife, 'Must we pay for the British Museum?', taxation and the harm principle' in M. Bhandari (ed.), *Philosophical Foundations of Tax Law* (Oxford University Press, 2017)

والأسوأ من هذا كثيرًا بالنسبة لتفسير راولز للسبب العام في نظر كونغ؛ أنه يعتقد أن مثل هذه الأمثلة لا بد أن تدفعنا بعيدًا عن رأي راولز ونحو تأييد «الرؤية العريضة» التي وفقها «ينبغي تطبيق فكرة العقل العام كلما أمكن على كل القرارات التي يمارس فيها المواطنون سلطتهم السياسية بعضهم على بعض»⁽⁷¹⁾. إن ما يحرك العقل الجمعي فيما يتصل بالأساسيات الدستورية والمسائل المتعلقة بالعدالة الأساسية؛ لا بد أن يحركه في مجال السلطة السياسية عمومًا.

إذا ما ابتعدنا عما قد يعدّه بعضهم حالات هامشية من التنظيم القانوني المشروع، شكك آخرون -الأقل تعاطفًا مع العقل الجمعي لراولز- في قدرة المنطق العام لراولز على التفسير الكامل أو المرضي لمجالات مركزية محددة يشرع فيها الإكراه القانوني بوضوح.

على سبيل المثال: بعيدًا عن الحكم -غير المثير للجدال- بأن النظام القانوني لا بد أن يجرم الاغتصاب أو الاعتداء الجنسي الخطير، تنشأ تساؤلات كثيرة حول المضمون المناسب لقوانين الجرائم الجنسية. تعد بعض الآراء وبعض الأنظمة القانونية الاغتصاب اعتداءً على الاستقلالية الجنسية (فالجماع دون موافقة اغتصاب)، بصرف النظر عما إذا كان العنف موجودًا أم لا. بينما ترى آراء أخرى وأنظمة قانونية أخرى أنه يلزم استخدام القوة أو العنف لإدانة الاغتصاب، ربما بسبب أثر هذه التجربة المؤلمة على الحياة.

ويزعم فيكتور تادروس أن القضايا من هذا النوع قد تنقلب إلى «وجهات نظر مثيرة للجدال بشأن سمات الشخص التي قد تكون سببًا في أهميته الأخلاقية»⁽⁷²⁾. ويبدو أنه لم تعد توجد احتمالات لحل هذه المظاهر العميقة في

Quong, *Liberalism without Perfectionism*, 274. Emphasis added. (71)

V. Tadros, 'Fair labelling and social solidarity' in L. Zedner and J.V. Roberts (eds.) (72) *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice* (Oxford University Press, (2012) 67-80, 77. Cf. J. Rubinfeld, 'The riddle of rape-by-deception and the myth of sexual autonomy', *Yale Law Journal* 122 (2013), 1372.

وقتٍ أقرب من الاختلافات القائمة بين المذاهب الشاملة والتفاهمات الأخلاقية التي شاهدنا راولز يؤكدُها.

إن الأنظمة القانونية تختار بين هذه التفاهمات الأخلاقية الأساسية المختلفة كما ينبغي، ومن الواضح أنها بذلك تكسر حدود العقل العام، مما يشكك في قدرة وجهة النظر على التفسير الكافي للحالات التي لا يشك أحد في أنها موضوعات صحيحة من الحظر القانوني. وفي الآونة الأخيرة؛ اتخذ تادروس هذا الشكل من أشكال انتقاد العقل الجمعي، بناءً على عجزه عن التعامل المناسب مع بعض أخطر الأخطاء التي يتعامل معها القانون.

يعتقد تادروس أن من المزايا المهمة لرأي العقل الجمعي أنه يأخذ استقلال الأشخاص على محمل الجد⁽⁷³⁾. غير أنه يزعم أن قيمة الاستقلال لا ترتبط بالأخطاء الضارة الخطيرة، ولا سيما تلك التي يتعلق بها القانون الجنائي. ذلك أن مضمون الأخطاء الجسيمة ونطاقها «لا يتحدد وفق الطموح إلى ضمان قبول الذين يتمتعون بآراء أخلاقية أساسية مختلفة للقانون».

يتابع تادروس: إن الذين يرفضون نطاق القانون بسبب آرائهم الخطأ، في مثل هذه الحالات ليس لديهم اعتراض على تدخل الدولة لمنعهم من التصرف خطأ، وقد يشعرون بالغرابة عن دولتهم، ولكن أي استخفاف بنفورهم يفوقه أو يبطله أهمية ضمان عدم حدوث المخالفات الخطيرة⁽⁷⁴⁾.

يستنتج تادروس -فيما يتعلق بحالات التجريم الأساسية على الأقل- أن حقيقة الاختلاف المعقول بين الناس بشأن الخطأ ليست مسألة ذات أهمية كبيرة، ومن المؤكد أنها ليست اعتبارًا حاسمًا⁽⁷⁵⁾.

Tadros, Wrongs and Crimes, ch. 8.

(73)

Ibid., 156.

(74)

Ibid., 157; cf. J. Stanton-Ife, 'Horrible crime' in R.A. Duff, L. Farmer, S.E. Marshall, M. Renzo and V. Tadros, (eds.), *The Boundaries of the Criminal Law* (Oxford University Press, 2010), 138-62.

(75)

ولكن ربما كان الشكل الأكثر شيوعًا للاعتراض على تفسيرات العقل الجمعي يركز على التقسيم بينه وبين السبب الخاص.

زعم رونالد دوركين أن راولز ذاته يبين ضعف اقتراحه.

عند سؤال راولز عن تفسيره للسبب العام: «كيف من الممكن - أو هل من الممكن - أن يصادق المؤمنون، فضلًا عن اللادينيين (العلمانيين) على نظام دستوري حتى عندما لا تزدهر مذاهبهم الشاملة في ظل هذا النظام، بل حتى في واقع الأمر يمكن أن تنهار؟»⁽⁷⁶⁾. ولنتأمل هنا ما أطلق عليه دوركين: «الانقسام حول الدين في أمريكا».

يقترح أننا نرى أن القنوات الدينية التي يستند إليها العديد من الأمريكيين مبادئ سياسية، وليس أمرًا يمكن تمييزه في نهاية المطاف عن المبادئ السياسية، ويقتبس من حديث المحافظ الديني نيوت جينجريتش: «يجب علينا أن نعيد ترسيخ أن حقوقنا تأتي من خالقنا، وأن أمريكا التي دفعت الرب إلى خارج الساحة العامة، في الطريق إلى الاضمحلال والهزيمة»⁽⁷⁷⁾.

إن محافظي دوركين الدينيين لا يقبلون الاحتفال الخاص كبديل للتأييد الديني العام، فهم لا يريدون أن يحتفلوا بالهيم كعباد فحسب، بل باعتبارهم مواطنين أيضًا. فضلًا عن ذلك؛ فهم لا يعتقدون أن الدين غير قابل للوصول إلى الملحدين، بل يعتقدون أن هؤلاء الناس يغلقون قلوبهم عن الحقيقة عنادًا وعن عمد، فضلًا عن إنكار الإمكان النفسي المتمثل في مطالبة المواطنين المعنيين بفصل قناعاتهم الأخلاقية أو الدينية عن قناعاتهم السياسية على النحو الذي تطالب به فكرة العقل الجمعي. يشكك دوركين أيضًا في الرغبة في القيام بذلك. ألم يحتج مارتن لوثر كنج الابن - رجل صاحب عقيدة - بديانته للتنديد بالتحيز بقدر عظيم من التأثير؟

Rawls, Law of Peoples (with 'The Idea of Public Reason Revisited'), 149 (76)

Dworkin, Is Democracy Possible, 64. Cf. the discussion in C. Taylor, A Secular Age (77) (Belknap Press, 2007), 42

والواقع أن انتقادات دوركين لراولز تتجاهل إلى حد ما على الأقل ما يسميه الأخير «الشرط» لفكرة العقل الجمعي.

ينص شرط راولز على أنه: يمكن طرح المذاهب الشاملة المعقولة -الدينية أو اللادينية- في المناقشات السياسية العامة في أي وقت، شريطة أن تقدم في الوقت المناسب أسباب سياسية سليمة -وليس مجرد أسباب تعولها مبادئ شاملة- تكفي لدعم أي مبادئ شاملة يقال: إنها داعمة⁽⁷⁸⁾.

يؤكد راولز أنه لا توجد قيود على كيفية التعبير عن المذاهب الدينية أو العلمانية، لا يلزم -على سبيل المثال- أن تكون «حسب بعض المعايير صحيحة منطقيًا، أو يمكن دعمها بوضوح»⁽⁷⁹⁾.

كما يوضح راولز أنه من الممكن النظر إلى الحجج الدينية التي ساقتها حركة الحقوق المدنية التي كان مارتن لوثر كنج الابن رمزًا قياديًا لها، بوصفها تتفق تمامًا مع فكرته عن العقل الجمعي.

وعلى الرغم من الجذور الدينية للعديد من حجج الحقوق المدنية؛ «فقد دعمت هذه المذاهب القيم الدستورية الأساسية -كما أكدت ذاتها- وأيدت بهذا المفاهيم المعقولة للعدالة السياسية⁽⁸⁰⁾. ومن المؤكد أن دوركين كان محقًا عندما قال: إنه من غير الواقعي أن نطالب المواطنين الدينيين -الذين يتحدث عنهم- أن يمتنعوا تمامًا عن الصلاة من أجل مساعدة أعمق قناعاتهم الدينية عند الانخراط في التفكير السياسي، ولكن راولز ينكر أن فكرته عن العقل الجمعي تتطلب ذلك.

قد يستشهد المواطنون المؤمنون المذكورون في المثال الذي ساقه راولز بإنجيل السامري الصالح، شريطة ألا يتوقفوا عند ذلك، بل يقدمون تبريرًا عامًا

Rawls, The Law of Peoples, 152. Emphasis added.

(78)

Ibid., 153.

(79)

Ibid., 155.

(80)

لاستنتاجات هذا المثال من حيث القيم السياسية⁽⁸¹⁾.

قد يتساءل المرء عن مدى النجاح العملي للسبب العام من خلال هذا الفهم، فكيف للمرء في مثل هذا المناخ الذي يعج بالمذاهب الدينية واللا دينية الشاملة أن يضبط مدى تقديمها أسبابًا عامة «كافية» أيضًا؟ وأن يميز القوة المقنعة النسبية لهذه الأسباب العامة (التي لا بد أن تكون حاسمة في نهاية المطاف) مقارنة بالمذاهب الشاملة (ولا بد من استبعاد هذا في النهاية)؟

وربما يكفي أن نقول مع راولز: «إن التفاصيل الخاصة بكيفية استيفاء هذا الشرط لا بد أن يتم التوصل إليها من خلال الممارسة العملية، وليس من الممكن أن تخضع بشكل معقول لمجموعة واضحة من القواعد التي تم إعطاؤها مسبقًا⁽⁸²⁾».

بدلًا من ذلك؛ قد يرغب المرء في أن يؤكد بمزيد من الجدية على جدوى (و/ أو) الرغبة في فصل الأسباب العامة عن أسباب وجود مذاهب شاملة معقولة، وقد تعمل أنواع محددة من النظرية على نحو أفضل مع فكرة العقل الجمعي مقارنة بغيرها. يصف جيرمي والدرون فكرة العقل الجمعي بأنها: «بحث عن أرضية مشتركة تحدد وتعزل عناصر محددة في مجموعة الأسباب التي يقدمها شخصٌ لقضية عامة، وانفصالها عن عناصر في مجموعة الأسباب يقدمها شخصٌ آخر إلى نفس القضية العامة أو مطابقتها لها»⁽⁸³⁾.

يعتقد والدرون أن هذا قد يتوافق مع بعض الآراء العواقبية؛ حيث تتلخص مجموعة الأسباب التي يقدمها شخصٌ ما إلى القضية العامة هي تجميع بسيط للعناصر المتميزة: «إن تقديم اقتراح بعينه من شأنه أن يعزز هذه المصلحة

Ibid., 155. (81)

Ibid., 153. (82)

J. Waldron, 'Isolating public reasons' in T. Brooks and M.C. Nussbaum, Rawls's (83) Political Liberalism (Columbia University Press, 2015), 113-37, 135.

شيء، وأن يعزز من شأن مصلحة أخرى شيء آخر، وهكذا»، ولكنه يزعم أن هذا النموذج لا يصلح في حالة النظريات المستندة إلى الحقوق والأخلاقية، حيث «تعد الأسباب غالبًا كنظام وتأخذ شكلها وأهميتها من سياقها، أي سبب من أسباب أخرى جوارها من حزمة أسباب قدمها شخص محدد».

والأهم هو أن عددًا من منتقدي العقل الجمعي تمسكوا بالمثالية التي ينطوي عليها هذا النهج⁽⁸⁴⁾. عندما نسأل عما هو «مقبول إلى حدٍ معقول عند المواطنين المتساوين والأحرار»، فإن هذا لا يعني على وجه التحديد ما قد يقبله المواطنون الفعليون في واقع الأمر؛ لأنهم ربما لا يقبلون بشكل معقول.

ينبغي أن يكون المواطنون مثاليين إلى حدٍ ما؛ ولا بد من وضع قيود المعقولة على ما يمكن أن يقبلوه، ولكن يبدو أنه يوجد خطر انهيار القبول «المعقول» وتحوله إلى مجرد قبول الحقيقي. وإذا كان الأمر كذلك، فمن الممكن ألا يوجد بديل حقيقي «للحماس لتجسيد الحقيقة كاملة في السياسة»⁽⁸⁵⁾. والأسوأ من ذلك أن الذين يزعمون أنهم يجادلون من وجهة نظر العقل الجمعي سيستخدمون -على نحو غير مشروع- إجراءً محايدًا مزعومًا، وهو في واقع الأمر ليس من ذلك النوع.

كما يوضح راز الأمر: «ربما لا توجد وسيلة متوسطة بين الاتفاق الفعلي (بما في ذلك الاتفاق الضمني) والتبرير المنطقي»⁽⁸⁶⁾.

إن نجاح نهج العقل العام في التغلب على مثل هذه الاعتراضات يتوقف جزئيًا على مدى نجاح تطويره؛ من خلال التطوير الدقيق لدراسات الحالة والتطبيقات الواقعية لوجهة النظر.

J. Raz, 'Facing diversity: the case of epistemic abstinence', *Philosophy & Public Affairs* 19:1 (1990), 3-46, Enoch, *Against Public Reason*

Rawls, *The Law of Peoples*, 132-3. (85)

Raz, 'Facing diversity: the case of epistemic abstinence', 46. (86)

إن الطموح إلى إيجاد أرضية مشتركة في القانون والسياسة طموح جدير.

خلاصة القول:

بينما يكتب بعض المؤلفين كما لو كانت هناك نسخة واحدة فقط من مبدأ الضرر،⁽⁸⁷⁾ فقد أكد تنوع هذه المناهج - ولا سيما جذب الانتباه إلى التوتر الذي ساد في النسخة الأصلية لميل بين منع الضرر والاستقلال، وقد اعترفت كمحور للخلاف بمكانة الأهداف الأخلاقية ورفاهة الأشخاص في بلادنا- فهنا لغايات القوانين.

يرى كثيرون أن مثل هذه الأهداف الأخلاقية لا بد أن تخضع لمبادئ محددة، وأشهرها مبدأ الضرر ذاته، ولقد بحثت بشيء من التفاصيل في محاولة راز التوفيق بين الموضوعات الأخلاقية القانونية وموضوعات ميل.

يُعد مجرد استحضار «الأخلاق الحقيقية» لعنة في نظر الآخرين، ولا بد من الاستعاضة عنه بسبب عام متخصص للمسائل القانونية ذات الأهمية المركزية. كما أكدت أن حتى أشد أنصار الأخلاق القانونية لا بد أن يعترفوا بمجموعة كبيرة من القيود المفروضة على تأمين الغايات الأخلاقية من خلال القانون.

سيكون من المهم أن نرى تطوير مناهج الأخلاقيات القانونية التي تتجنب أي مبدأ رئيس، سواء أكان مبدأ الضرر، أم السيادة، أم أيًا كان، وتضع مفاهيم متطورة لما يمكن ولا يمكن تحقيقه عن طريق أساليب التنفيذ القانونية. ولتحقيق هذه الغاية، من المهم أن نركز أكثر -من الماضي- على أساليب تنفيذ القانون بعيداً عن الإكراه.

J. Wolff, *Ethics and Public Policy: A Philosophical Inquiry* (Routledge, 2011) 37-60, (87)

في دراسة للتنظيم القانوني للمقامرة ومجالات السلوك الأخرى، ومع ذلك، قد يبدو أنه يرفض «مبدأ الضرر» على أساس أنه يمكن استيعابه في صيغ أخرى من المبدأ.

ومن الحماسة بالطبع أن ننكر أهمية الآليات الجبرية للقانون، ومن أبرزها السجن والغرامة، ولكن يوجد عدد من الآليات الأخرى. وقد عرّف هارت البطلان بوصفه أداة أخرى لتحقيق غايات القانون، فأكد خلافاً لكيلسن أنه لا يمكن اختزالها بعقلانية إلى الإكراه⁽⁸⁸⁾.

يضيف روبرت سامرز أن من بين أجهزة التطبيق الأخرى المتاحة للقانون: «الجهد التعليمي، والمكافآت، وغير ذلك من الحوافز، والنشر الرمزي للأشكال القانونية، والدعاية (إيجابية أو سلبية)، والإشراف المستمر، والعلامات والإشارات العامة، والحالات والكيانات المعترف بها» و«المنح مع شروط مرفقة»⁽⁸⁹⁾. سيستفيد فحص غايات القانون وحدوده من الاهتمام الوثيق بكل هذه التقنيات التنفيذية.

كانت هذه المناقشات منذ مدة طويلة أساسية لفهمنا للقانون، وستظل كذلك، نأمل أن يجري المزيد من العمل على غايات القانون وحدوده على نطاق واسع ودون الإفراط في التركيز على تبرير الإكراه القانوني.

Hart, Concept of Law, 33ff.

(88)

R.S. Summers, 'Naïve instrumentalism and the law', in P.M.S. Hacker and J. Raz, (89) Law, Morality and Society (Oxford University Press, 1977), 119, 126. For a recent study see R.H. McAdams, The Expressive Powers of Law: Theories and Limits (Harvard University Press, 2015)

سجل المظن مسير

النسوية واسمها

القسم الثالث

نظرية خاصة

الفصل الثاني عشر

السببية والمسؤولية

ريتشارد هولتون

مفهوما السببية والمسؤولية متداخلان بقوة في القانون. هناك سؤالان محوريان حول المسؤولية في أي نظام قانوني:

(1) أي عواقب أفعالك تكون مسؤولاً عنها؟

(2) أي فعل من أفعالك ذاتها تكون مسؤولاً عنه؟ سيكون تركيزنا الرئيس على الأول، ولكن العلاقة السببية تؤدي دورًا أساسيًا في كل من الأمرين.

ما المسؤولية المطروحة هنا؟ هي ليست مسؤولية أخلاقية، بل قانونية. وكما يختلف الالتزام القانوني عن الالتزام الأخلاقي؛ فإن المسؤولية القانونية تختلف عن المسؤولية الأخلاقية، فقد يكون لدى المرء مسؤوليات أخلاقية غير قانونية، وباستثناء مسؤولية أخلاقية عامة للخضوع للقانون؛ قد تكون لديه مسؤوليات قانونية غير أخلاقية. وبالمثل، ينبغي ألا تساوى المسؤولية القانونية مع الجرم القانوني؛ قد تكون لي مسؤولية قانونية في مجال لا جرم لي فيه، ربما لم أفعل شيئًا غير قانوني ولو ظاهريًا، أو ربما فعلت لكن عندي مبرر أو عندي عذر. يمكننا أن ننظر إلى المسؤولية القانونية على أنها شيء مثل: تحمل المسؤولية، أنا مسؤول قانونيًا

عن تلك الأمور التي يجب أن أتحمّل مسؤوليتها قانونياً⁽¹⁾.

وعلى هذا النحو؛ فإن أهمية السببية في تحديد أي العواقب المترتبة على أفعالي أكون مسؤولاً عنها قانونياً ستغدو واضحة.

والواقع أن فكرة العاقبة ذاتها فكرة سببية، فبشكل عام، الأشياء التي يتحمل المرء المسؤولية عنها، سواء أكان في القانون الجنائي أم في الضرر، هي تلك التي تصدر سببياً من أفعال المرء. في بعض الأحيان؛ يُشار صراحة في القانون إلى العنصر السببي، وأحياناً يكون ضمنياً في المصطلحات السببية التي يستخدمها القانون.

إن مفاهيم مثل: «القتل»، أو «الضرب»، أو «الإهمال» كلها تنطوي على علاقات سببية: من الشروط الضرورية للقتل هو أن يكون المدعى عليه قد تسبب في موت الضحية. هل ينبغي لنا إذاً أن نفهم العلاقة السببية بصفتها شرطاً ضرورياً للمسؤولية عن النتائج؟ هذا بالأحرى يعتمد على الكيفية التي نفهم بها العلاقة السببية، ولنتأمل -على سبيل المثال- حالة من الإفراط في التحديد، فأنت وأنا نفعل شيئاً كان ليكفي وحده لإحداث الأثر.

قد يبدو كلانا مسؤولاً عنه ولا بد، ولكن بالأخذ ببعض الاعتبارات الشائعة عن العلاقة السببية - وأبرزها تلك التي تزعم أن السبب هو شيء ما كان التأثير ليحدث بدونه - فلا أحد منا يبدو كأنه السبب. لذا فإما أن نتخلى عن فكرة أن العلاقة السببية ضرورية للمسؤولية، أو يجب علينا أن نعطي تفسيراً بديلاً للسببية.

For different ways of developing this approach, see A. Duff, *Answering for Crime: (1) Responsibility and Liability in the Criminal Law* (Hart Publishing, 2007); J. Gardner, *Offences and Defences* (Oxford University Press, 2007); J. Gardner, 'Relations of responsibility' in R. Cruft, M. Kramer and M. Reiff (eds.), *Crime, Punishment and Responsibility* (Oxford University Press, 2011) 87-102.

لقد كرس قدرًا كبيرًا من المناقشة هنا لمحاولة صياغة تفسير بديل يؤدي الغرض. وهناك مسألة ثانية تتعلق بما إذا كان التسبب بنتيجة ما كافيًا لكي يكون مسؤولًا عنها قانونيًا. ومن المؤكد أن هذا الزعم مبالغ فيه في صيغة غير مؤهلة، وقد يتدخل أشخاص آخرون - أو أحداث هائجة - في تسلسل الأحداث، وهذا قد يؤثر المسؤولية، وعلاوة على ذلك؛ إذا كانت السببية كما يعتقد كثيرون فكرة انتقالية - بحيث إذا تسبب «أ» في «ب»، و«ب» في «ج»، فهذا يعني أن «أ» تسبب في «ج» - فإن العواقب المترتبة على تصرفات المرء تمتد إلى ما لا نهاية إلى المستقبل. هل نحن مسؤولون عنها جميعًا أم عن بعضها فقط، تلك القريبة بدرجة كافية من الفعل، ويكون قربها ضروريًا؟

وإذا أخذنا المسار الأخير، فكيف نميز «القريبة بدرجة كافية»؟ ولكن هل ينبغي لنا أن نصف هذا في ذاته من خلال الميتافيزيقا في العلاقة السببية - من حيث «السبب الفعلي» كما يطلق عليه غالبًا - أم أنها مسألة معيارية ينبغي تسويتها بالرجوع إلى عوامل أخرى بشأن ما ينبغي أن نتحمل مسؤوليته؟ وقد ركز كثير من النقاش حول المفهوم القانوني للسببية على كيفية رسم الحدود هنا. وإذا انتقل إلى دور السببية في تحديد الأفعال التي نتحمل مسؤوليتها، نجد أن هناك مسائل موازية تبرز.

تعترف معظم الولايات القضائية بنوع من الدفاع بسبب الجنون، إذا قُتل شخص ما في أثناء إصابته بفصام زوراني، فربما لا يكون مسؤولًا قانونيًا عن فعله. ولكن في أغلب الولايات القضائية، لا يكفي أن يقتلوا وأن يُعانوا من المرض: فلا بد من إثبات أن المرض كان متداخلًا بشكل وثيق في القتل. والطريقة الطبيعية لفهم هذا مرة أخرى، من خلال السببية: لا بد أن يكون هناك تأثير سببي للمرض على القتل. وإذا كان الأمر كذلك؛ فإن العديد من القضايا التي نشأت في تحديد المسؤولية عن النتائج - القضايا المحيطة بالاستباق، والإفراط في التحديد، والقرب - سوف تكون لها أوجه تشابه هنا. بدورنا سوف ننظر إلى هاتين القضيتين، مع تركيزنا على المسؤولية عن النتائج، ولكن من

المفيد أولاً دراسة سبل فهم الإطار الميتافيزيقي المحيط بمفهوم السببية.

1 الإطار الميتافيزيقي:

إن الدراسات الفلسفية المتعلقة بالسببية هائلة وتزداد تعقيداً، يستحيل تلخيصها. ومع ذلك، يمكن تحديد أطروحتين تكفيان لتنظيم النقاش. تدور الأطروحة الأولى حول أي نوع من العلاقات يجسد جوهر العلاقة السببية.

هناك فكرتان متميزتان تعززان الكثير من تفكيرنا اليومي:

الفكرة الأولى: أن السبب كافٍ لأثره؛ فالسبب هو كل ما يلزم لإحداث الأثر.

أما الفكرة الثانية: فهي أن السبب ضروري لأثره، ففي غياب السبب ما كان الأثر ليحدث.

إنّ التحليلات الفلسفية للسببية - تلك التفسيرات التي تسعى إلى تعريف السببية بمصطلحات لا تذكر السببية ذاتها - عادة ما تأخذ إحدى الفكرتين باعتبارها أساساً لها.

لسنوات عديدة - وخاصة في ظل نفوذ ديفيد هيوم - كانت النظريات الفلسفية تركز على جانب الكفاية. ولكن منذ سبعينيات القرن العشرين تحولت الفلسفة التقليدية جذرياً، حتى إن أغلب التفسيرات تركز الآن على الضرورة، فالأسباب هي تلك الأشياء التي ما كان التأثير ليحدث بدونها.

ويرتبط جزء من تفسير هذا التحول بالأطروحة الفلسفية الكبرى الثانية حول السببية التي تتعلق بالآلية الميتافيزيقيّة التي تستخدم في التفسير.

في توصيف السببية؛ هل ينبغي لنا أن نستخدم المفاهيم النموذجية مع التركيز على مخالفة الواقع، وهي العبارات التي تشير إلى الكيفية التي كانت الأمور لتتحقق بها في ظل ظروف أخرى، أم أن مثل هذا الحديث غير مشروع من الناحية الفلسفية؟

وهنا أيضًا يلقي عمل هيوم بظلال قاتمة. كان هيوم مرتابًا في الحديث الذي لا يتعلق بكيفية ملاحظة كينونة الأشياء، ومالت المفاهيم النموذجية إلى الوقوع فريسة لهذا الشك، وعلى هذا؛ فقد صيغت نسخته من ادعاء الكفاية من حيث الانتظام، يمكن تقريبها كالتالي (ج) تسبب (د) فقط إذا كانت الأشياء من نفس نوع (ج) تتبعها دائمًا أشياء من نوع (د).

لا يذكر مثل هذا الشرح كيف يمكن أن تكون الأشياء (مع أن هيوم كان يقول بشكل غريب، إن هذا يعادل صياغة مغايرة للواقع).

وبعد هيوم، أدرك العديد من الناس أن مثل هذا الشرح مُعرّض إلى أنواع مختلفة من الأمثلة المضادة؛ ماذا لو كانت (ج) هي الوحيدة من نوعها؟ ماذا لو كانت (ج) و(د) آثارًا لسبب مشترك؟ ماذا لو كانت (ج) قد تبعتها دائمًا (د) نتيجة لمصادفة كبيرة؟

وهكذا في وقت لاحق عادة ما استُخدمت التفسيرات التجريبية - من ميل إلى ماكي - فكرة القانون الطبيعي - (ج) يسبب (د) إذا كانت هناك بعض تنظيم يشبه القانون الذي يربط بين (ج) و (د) - حيث لا تكون فكرة القانون هي ذاتها محددة بحدود مخالفة للواقع.

وعلى النقيض من كل هذا، فإن التفسيرات التي تركز على ضرورة السبب للأثر صيغت عادة باستخدام آليات مضادة صريحة. وأعظمها أثرًا ما قدمه ديفيد لويس الذي صيغت تفسيراته للسببية من حيث دلالات الوقائع المضادة التي طوّرها، ومرة أخرى يمكن تقريبها كالتالي؛ الصيغة المغايرة للواقع، «لو كان الأمر أن (ح) فسيكون كذلك (ط)» وهذا صحيح فقط حالة أقرب عالم ممكن (أي: أقرب إلى العالم الحقيقي)، حيث يحصل السؤال (ح) هو عالم حيث يحصل السؤال (غ). (يجب فهم التقارب من حيث التشابه). وباستخدام هذا الحساب، حدد لويس مفهوم الاعتماد السببي: (د) يعتمد بشكل سببي على (ج) فقط إذا: (1) إذا كان (ج) سيحدث، و(2) إذا لم يحدث (ج)، فإن (ه) أيضًا لن يحدث.

ثم قام لويس بتحليل الرابطة السببية نفسها من حيث سلسلة من التبعيات

السببية⁽²⁾. الأسباب «هـ» في حالة اعتماد أي من السببية مباشرة على «ج»، أو وجود سلسلة من التبعيات بين الأحداث التي تمتد أكثر أو أقل من «هـ» إلى ج. يضمن هذا أن تكون العلاقة السببية فكرة انتقالية⁽³⁾. غير أن هذا الربط بين الكفاية وتفسيرات الانتظام - وبالضرورة مع التفسيرات المخالفة للواقع - هو إلى حد كبير حادثة تاريخية. وكما رأينا للتو؛ فإن لويس يُعرّف التبعية السببية من خلال شرطين، ففي حين أن الشرط الثاني (إذا فشل ج) في الحدوث، فإن (هـ) - سوف يفشل في الحدوث) يشكل بوضوح شرطاً ضرورياً، فإن الشرط الأول (إذا حدث «ج»، فإن (هـ) سوف يحدث) يبدو كأنه شرط كفاية. في الواقع؛ بناءً على تفسير لويس للواقع المغاير، يتم استيفاء هذا الشرط بشكلٍ تافه عندما يحدث كل من (ج) و (هـ) (أقرب عالم إلى العالم الحقيقي - حيث يحصل «ج» - هو العالم الفعلي ذاته، وهذا العالم هو العالم الذي يحصل فيه «د»)، ولكن في تفسيرات أخرى مخالفة للواقع - تلك التي ترفض «المركزية القوية» - لن يكون الأمر كذلك. في مثل هذه التفسيرات (ج) كافية ل (هـ) فقط في كل عالم قريب من العالم الفعلي الذي يحدث فيه (ج)، و(هـ) - وهنا تتم الاستعاضة عن تكميم هيوم للأحداث الفعلية المختلفة بتكميم لحالات مختلفة للحدث نفسه في ظروف محتملة مختلفة. أو، وهذا أرجح، لأن معظم الأسباب ستتطلب وجود عوامل أخرى إذا أريد لها أن تكون كافية، قد نقول: إن شيئاً ما هو السبب فقط إذا كان عضواً غير زائد عن الحاجة في مجموعة من الشروط التي تكفي لتحقيق الأثر، وسوف نعود إلى مثل هذا التفسير الذي يطرحه ماكي، وفي الكتابات القانونية التي يقدمها رايت⁽⁴⁾ - قريباً.

(2) D. Lewis, 'Causation', *Journal of Philosophy* 70 (1973), 556-67

(3) Lewis came to refine his account in significant ways, but this will not concern us here.

D. Lewis, 'Causation as influence', *Journal of Philosophy* 97 (2000), 182-97.

(4) .L. Mackie, 'Causes and conditions', *American Philosophical Quarterly* 2 (1965), 245-

64. R. Wright, 'Once more into the bramble bush: duty, causal contribution, and the = extent of legal responsibility', *Vanderbilt Law Review* 54 (2001), 1071-132; R. Wright,

ولن نتناول المزيد من تفسيرات الانتظام هنا، أو إزاء الوازع التجريبي الذي يحفزها. محاولات الاستغناء عن كل الكلام النموذجي واستبداله بمفاهيم الانتظام الشبيه بالقانون أو التضمين - وهذه بدورها لا يتم استخدامها في الحديث النموذجي - لم تكن ناجحة تمامًا⁽⁵⁾. وعلاوة على ذلك، فإن الدعاة التجريبيين أبعد ما يكونون عن الطبيعي. والكلام العادي مليء بالمباني المضادة للوقائع، كما هي الحال مع أغلب الممارسات القانونية والمنظر القانوني. لذا فإن التركيز هنا سوف ينصب على ما إذا كانت شروط الضرورة أو الكفاية لا بد أن تكون مركزية - أو ما إذا كنا في حاجة إلى مزيج من الاثنين - حيث يفهم كل من هذين الشرطين بعبارات صريحة مضادة للواقع. وقبل أن نفحص كيف كان أداؤها في القانون، دعونا أولاً نتفحص المشكلات التي يواجهها المنهجان.

2. مشكلات التفسيرات:

أ - مشكلات تفسيرات الضرورة:

المشكلة الأولى التي تواجه تفسيرات الضرورة هي أنها تفتقر للأسباب؛ بسبب كيفية معالجتها لحالات التكرار: الحالات التي توجد فيها أسباب أخرى قد تؤدي إلى التأثير - إذا لم يتم السبب المعني بذلك - وتنقسم هذه الحالات عادة إلى نوعين:

(1) حالات استباقية؛ حيث يتضح بديهياً أن هناك عاملاً واحداً هو السبب - السبب الاستباقي - ولكن عندما يحدث شيء آخر نفس التأثير (أو تأثيراً شديداً الشبه) ما لم يكن السبب الاستباقي قد قام ذلك فعل: القاتل (أ) يطلق النار

'The nightmare and the noble dream' in M. Kramer, C. Grant, B. Colburn and A. Hatzistavrou (eds.) *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy* (Oxford University Press, 2007), 165-77.

على (ف) قبل أن يمكن للقاتل (ب) القيام بذلك. وتنقسم هذه الحالات أيضًا إلى حالات استباقية مبكرة، حيث يوقف السبب المسبق أو يقاطع السبب البديل - بسماعه طلقة (أ) فإن (ب) لا يطلق النار، وحالات استباقية متأخرة، حيث لا يقاطع السبب البديل، ولكن يحدث ببساطة بعد فوات الأوان - فطلقة (أ) تقتل (ف) قبل أن تصيبه طلقة (ب).

(2) حالات الإفراط في التحديد، حيث يوجد تكرار، ومع ذلك هناك تجانس، بحيث يبدو كل سبب من الأسباب المفترضة كأنه يسهم بشكل بدهي في التأثير، وتنقسم هذه أيضًا إلى حالات كفاية من الإفراط في التحديد، حيث يكون كل سبب كافيًا بنفسه، ومن ثم، فإن كلاً منها متكرر (القتلة (أ) و (ب) يطلقان النار معًا؛ أيًا منهما يكفي للقتل)، أو حالات عدم كفاية الإفراط في التحديد، حيث تكون الأسباب - وإن كانت مكررة فريدًا - غير كافية على المستوى الفردي؛ لأن عددًا منها وليس كلها مستلزم للأثر (القتلة (أ) و (ب) و (ج) جميعهم يطلقون النار في آنٍ واحد على (ف)، هناك حاجة إلى طلقتين للقتل).

ومن الواضح أنّ تفسيرات الضرورة سيئة للغاية في كل حالات التكرار هذه، فهي في أبسط صورها سوف تخلص إلى عدم وجود سبب؛ وذلك لأن في كل حالة من الحالات لا يوجد عامل واحد ضروري.

وهناك مشكلة أخرى في تفسيرات الضرورة تتعلق بتضخيم حجم الأسباب. فكل ما هو ضروري من أجل حصول التأثير لم يتسبب به أحد أسبابه لوحده: ليس من تسبب في الحريق إشعال الثقاب، ولكن أيضًا وجود الأوكسجين، وليس عمل والديها هو من تسبب في حملها، وهكذا أصل الكون. والأمر أكثر تعقيدًا من ذلك، فقد تبدو بعض حالات عدم الوجود أسبابًا، قد تكون هذه

L.A. Paul and N. Hall, Causation, A User's Guide (Oxford University Press, 2013), (5) 42-3.

الأسباب بعيدة للغاية، وعليه، فإنّ السبب ليس فشل ضابط الشرطة في التحقق مما كان يفعله منفذ الحريق، ولا عدم وجود نظام للرش، ولكن أيضًا فشل اللص في سرقة سيارتها، وبالتالي منعها من الوصول إلى الموقع، والسبب الأبعد من ذلك هو فشل الخطاب الآخرين من منع والديها من الحمل بها.

الفلاسفة يميلون إلى عدم المبالاة بمثل هذه المخاوف، ويسعدهم أن يقولوا: إنه بمجرد أن نتوقف عن الحديث عن السبب لواقعة ما، ونبدأ في الحديث عن أسباب، فإن كل ذلك مُرْحَبٌ به؛ ولكن في العالم القانوني؛ حيث يجلب السبب المسؤولية، فإن مثل هذا التحرر يمثل مشكلة.

ب. مشكلات الكفاية في التفسير

تواجه كفاية التفسيرات مشكلات كبيرة، بعضها مشكلات خاصة بها، وبعضها تتقاسمها مع تفسيرات الضرورة، ويتعلق الأول بكيفية فهم معنى الكفاية. ومن الواضح أنّ ما نعتقده سببًا؛ ليس كافيًا في ذاته: سحب الزناد ما كان ليتسبب في إطلاق النار، ما لم يكن هناك أوكسجين ليتفاعل مع المتفجرات الموجودة في الخرطوش، وعلى هذا؛ فإنّ الخطوة الأولى، -كما هي الحال مع تفسيرات الضرورة- تتلخص في التّفكير من منظور أنه لا يوجد سبب وحيد، بل مجموعة أسباب.

وقد نحاول صياغة ذلك بالقول: إنّ شيئًا ما هو سبب؛ إذا كان أحدًا مجموعة من العوامل التي تكفي لإحداث الأثر. ولكن هذا فيه مرونة أكثر مما ينبغي، كل عامل من عوامل المجموعة كان من الأفضل له أن ينجح في القيام بشيء ما. وإذا أضفنا قائلين: إنّ شيئًا ما هو سبب إذا كان عضوًا ضروريًا في مجموعة من العوامل التي تكون كافية معًا لتكون السبب، فسنصل إلى نوع التّفكير الذي تم إدخاله في النظرية القانونية من قبل هارت وأونوري⁽⁶⁾ وقد كان

H.L.A. Hart and T. Honoré, Causation in the Law, 2nd ed. (Clarendon Press, 1985). (6)

ماكي⁽⁷⁾ من أكثر النَّاس دفاعًا عنه في الدراسات الفلسفية (تحت العنوان INUS: جزء غير كافٍ، ولكنه ضروري من شرط غير ضروري، ولكنه كافٍ)، وهذا بالطبع مبني على عناصر الضرورة، وكذلك الكفاية، وبدافع تجريبي حاول ماكي أن يفسرهما من ناحية القانون، وكان يمكن تحليلهما بشكل طبيعي من خلال الواقع المضاد.

كيف يكون تفسير مختلط كافيًا في هذه الحدود مع مشكلات التكرار التي تعصف بتفسير الضرورة؟ في حالات الاستباقية - حيث يطلق (أ) النار ويقتل (ف) قبل أن يحظى (ب) بفرصة القيام بذلك - ستكون هنا مشكلة صورة المرأة. لا يواجه تفسير الكفاية أي صعوبة في تصنيف إطلاق (أ) النار على شخصٍ ما بكونه سببًا للوفاة (ف): (أ) عضو في مجموعة من العوامل الكافية لذلك.

تأتي مشكلته مع الحدث الاستباقي، فيما أن إطلاق النار على (ب) يشكل أيضًا عضوًا في مجموعة من العوامل التي تكفي لوفاة (ف)؛ فإنه سيعد سببًا بشكل خاطئ. (هناك بعض الجدل حول هذا الأمر - حيث زعم بعضهم⁽⁸⁾ أنه لن يعد سببًا، حيث إن (ف) لن يكون على قيد الحياة حتى يقتل، ولكن من أجل إجابة وافية؛ انظر ماسلين⁽⁹⁾ عندما يتعلق الأمر بالإفراط في التحديد، فإن تفسيرات الكفاية تكون أفضل. في حالات الإفراط في التحديد الكافي (أ) و (ب) أطلقا النار في آن واحد؛ كل طلقة كافية لوفاة (ف)، وكل من إطلاق نار (أ) و (ب) يُعد سببًا، ذلك أن كلاً منها يشكل جزءًا ضروريًا من مجموعة كفاية:

Mackie, 'Causes and conditions'. (7)

M. Strevens, 'Mackie remixed' in J. Campbell, M. O'Rourke and H. Silverstein (eds.), (8) Causation and Explanation (MIT Press, 2007); M. Moore, Causation and Responsibility (Oxford University Press, 2009)

C. Maslen, 'Regularity accounts of causation and the problem of pre-emption: dark (9) prospects indeed', Erkenntnis 77 (2012), 419-34.

(أ) جزء من مجموعة لا تتضمن مجموعة (ب)، و(ب) من التي لا تشمل مجموعة (أ).

كما أنها تقوم بعمل جيد في حالات عدم كفاية التحديد المفرط - على سبيل المثال - لو أن: ((أ) و(ب) و(ج) كلهم سيطلقون النار، وأي رصاصتين منها سوف تكونان كافيتين لوفاة (ف))، فكل رصاصة منها تُعد سبباً من ذلك الوقت، لأنّ إطلاق النار من قبل (أ) يشكل عضوًا ضروريًا في مجموعة كافية تحتوي فقط إطلاق النار من قبل (أ)، وإطلاق النار من قبل (ب)، وهكذا بالنسبة للآخرين.

وفيما يتعلق بمسألة عد كل شيء في التاريخ السببي لحدث ما بوصفه سببًا، فإن الكفاية على طريقة INUS تشبه كثيرًا تفسيرات الضرورة، ذلك أنّ أي مجموعة تحتوي الأسباب الكافية؛ لا بد أن تحتوي كل الظروف اللازمة لتحقيق النتائج، كما أنّ الظروف البعيدة جدًا سوف تحسب كذلك؛ ولأنّ تفسيرات الضرورة تنكر السببية عادة في حالات التحديد المفرط؛ فإنّ الكفاية في التفسيرات سوف تميل إلى ضم المزيد من الأشياء إليها. (إنّ احتواء هذا المفهوم على كل ما هو موجود مما سقط سهوًا أو لم يكن موجودًا وله صلة، يتوقف تمامًا على مدى فهم الكفاية، فإذا ما صيغت في إطار مضاد للواقع، فسوف يتم تضمينها، أما إن صيغت وفق القوانين الطبيعية، فسيتوقف السؤال على ما إذا كانت القوانين ذات الصلة بحاجة إلى ذكرها).

إنّ الدراسات الفلسفية التي تنظر إلى سبل تجنب هذه المشكلات من أجل التفسيرين هائلة، ويمكن أن نقول مطمئنين: إنه لا يوجد حل متفق عليه⁽¹⁰⁾. وكما هو الحال مع العديد من القضايا الفلسفية، ينشأ الاعتقاد بأنه ربما لا يكون هناك تحليل لمفهوم السببية.

For a recent review of options see Paul and Hall, Causation, A User's Guide

(10)

ربما تكون الفكرة بدائية، ففي نهاية المطاف لا بد أن تعاني بعض المفاهيم آلام النكوص، وإذا كان الأمر كذلك، فقد يُنظر إلى التفسيرين على نحو أفضل بوصفهما استدلالات وليس تحليلات؛ وبوسعنا أن ذلك في سياق الممارسة القانونية.

3. تفسيرات السببية في القانون:

إن الرواية المنتشرة للسببية في القانون، التي كثيرًا ما تُستحضر في قاعات المحكمة، وفي الكتابات القانونية، هي منهج الضرورة: الذي يعتمد على اختبار «لكن من أجل»، أو اختبار الشرط اللازم، ولكن في ضوء المشكلات التي سبق ذكرها، أصبح من المعترف به على نطاق واسع عدم كفايتها: «لقد بات من المقبول عمومًا الآن - كما أعتقد - أن اختبار «ولكن من أجل» لا يقدم اختبارًا شاملًا أو حصريًا للسببية في قانون الضرر»، كما قال اللورد بينجهام في قضية تشيستر ضد أفسار (2005) الذي ذهب إلى الاستشهاد بكل من قضيتي تقليل عدد الأسباب، وزيادته.

ما الذي يجب أن يحل محله إذا؟ وقد ركزت الكثير من الكتابات الأكاديمية، وبشكل أقل في قاعة المحكمة، على تفسيرات الكفاية، لا سيما كما قدمها ريتشارد رايت في صياغته NESS (عنصر ضروري من مجموعة كافية)، وهو يتبع تفسير ماكي «جزء غير كافٍ، ولكنه ضروري من مجموعة غير ضرورية، ولكنها كافية» بشكل قريب جدًا⁽¹¹⁾. ولكن مرة أخرى - وكما رأينا - فإن الكفاية في التفسيرات تعاني مشكلات تتعلق بالتكرار، وعلى الرغم من حجم العمل المُكرس لتنميتها؛ فمن غير الواضح على الإطلاق ما إذا كانت قادرة على العمل بمفردها.

For discussion of the differences, and responses to criticisms, see R. Wright, 'The (11) NESS account of natural causation: a response to criticisms' in R. Goldberg (ed.), Perspectives on Causation (Hart Publishing, 2011), 285-322.

إحدى الإجابات تتمثل في وضع تفسير جديد من خلال رفض ضم المتنافسين: شيء ما يُعد سببًا إذا نجح في اجتياز الاختبار «ولكن من أجل»، أو اختبار العنصر الضروري من مجموعة كفاية⁽¹²⁾.

وهذا يساعد إذا كان أحد الاختبارات دقيقًا -ولكن الآخر ينقص العدد- كما هو الحال مع الإفراط في التحديد، ولكنه لا يساعد إذا كان أحدهما يزيد عن العدد، كما يحدث في المرحلة الاستباقية، حيث إن اختبار الضرورة إيجابي لكل من السبب الأولي الاستباقي والسبب الاستباقي المحتمل، فسوف يصنف التفسير المنفصل كلاهما كأسباب. والواقع أن النهج الأكثر دقة يستفيد من انتقائية الاختبارات: استخدام واحد أو آخر، يتم تعديله بشكلٍ مناسب إذا لزم الأمر، في الحالات، حيث يكون لدينا من الأسباب ما يجعلنا نعتقد أنها ستعمل بشكل جيد. قارن استخدامنا اختبارات الحس العام في مجالات أخرى.

قد نختبر وجود الماء على الطريق من خلال التحقق مما إذا كان ملمسه رطبًا، ولكن إذا كانت درجة الحرارة أقل من درجة التجمد؛ فلن ينجح هذا الاختبار، والآن نتحقق مما إذا كانت زلقة. في الواقع؛ إذا كان ملمسه رطبًا في مثل هذه الحرارة، فإن هذا يشكل سببًا مرجحًا للاعتقاد أن هذا السائل الموجود -أيًا كان- ليس ماء. وعلى العكس من ذلك، إذا لم نكن متأكدين من درجة الحرارة، ولكننا واثقون من أن السائل على الأرض ماء، فقد نستخدم الإحساس به لتقدير درجة الحرارة. وإذا كنا نعلم أن هناك عوامل متداخلة -ربما تسبب شخصًا ما في نشر الملح على الطريق- فإن الأمور تتغير مرة أخرى. نحن نستخدم الاختبارات بطريقة مرنة وقابلة للإبطال، مع تعديل معتقداتنا بشأن نتيجة الاختبارات التي نقوم بنشرها، ولكن أيضًا نقوم بتعديل الاختبارات التي نقوم بنشرها على أساس معتقداتنا.. وبالمثل؛ فمن المعقول أن معايير الضرورة

See Steel for a proposal along these lines. S. Steel, Proof of Causation in Tort Law (12) (Cambridge University Press, 2015).

والكفاية ينبغي النظر إليها على أنها اختبارات قابلة للإبطال للسببية.

في حالة الإفراط في التحديد؛ فإن اختبار الكفاية سوف يعمل على نحو أفضل من اختبار الضرورة، وفي حالة الاستباق؛ لن ينجح أي اختبار من الاختبارين على نحو جيد، لذا فسوف يكون لزاماً علينا أن ننظر إلى اختبارات أخرى؛ غير أن كون اختبارات الضرورة والكفاية تعطي نتائج متباينة، هذه في ذاتها إشارة إلى أن هناك استباق⁽¹³⁾.

وعلى هذا النهج لا يمكننا تحديد السبب من خلال أحد هذه الاختبارات، حيث لا يمكن استخدامها للتعريف بمفهوم السببية إلى شخص لا يفهمها. إن فهمنا المسبق لفكرة السببية يجعلنا نرى كيف يمكن توظيف الاختبارات بشكل مفيد، ولكن هذا لا يعني أن الاختبارات ليست لها وظيفة.

قد تنجح -كما رأينا- كأساليب بحثية لتمكيننا من تحديد حالات السببية في العديد من الحالات الملموسة، وهذه هي الكيفية التي قد تستخدمها هيئة المحلفين، وعلاوة على ذلك؛ قد تساعدنا في توضيح أسباب التوصل إلى استنتاجات في حالات محددة، ومن ثم بناء مجموعة من السوابق لمعالجة الحالات المستقبلية⁽¹⁴⁾.

ماذا لو كانت المشكلة حساب كل شيء في التاريخ السببي لحدث ما باعتباره سبباً بصفة متساوية، بصرف النظر عن بعده عن الحدث، أو مدى ضآلة إسهامه؟ نحن نركز أولاً على المسألة الثانية منهما، وهي الحاجة إلى تقدير

To get an idea of the kinds of further tests that may help here, see Paul and Hall, (13) Causation, A User's Guide, though there they are formulated as candidate analyses.

For an approach along these lines, see J.J. Thomson, 'Some reflections on Hart and Honoré, causation in the law' in M. Kramer, C. Grant, B. Colburn and A. Hatzistavrou (eds.) The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy (Oxford University Press, 2007) 143-er they serve to articulate our implicit reasoning and make them useful for future application, see J. Dewey, 'Logical method and law', The Philosophical Review 33 (1924), 560-72.

درجة الإسهام الذي يقدمه عامل محدد في نتيجة ما.

وقد حجت سمتان من سمات الممارسة القانونية، الحاجة القانونية لمثل هذا الاختبار. أولاً: في العديد من الولايات القضائية، لا ترتبط درجة الإسهام السببي بالمسؤولية الجنائية، فحتى الشخص الذي لا يقدم سوى المساعدات، أو التحريض على ارتكاب جريمة ما يكون مسؤولاً بقدر مسؤولية الجاني الرئيس. ثانياً: في إطار الأضرار: يعني المبدأ المطبق على نطاق واسع المتعلق بالمسؤولية المشتركة والمتعددة؛ أن كل مُدعى عليه سيكون مسؤولاً عن كامل مقدار الالتزام، ويجوز للمُدعى أن يسترد تعويضات من أي مُدعى من المدعى عليهم تاركاً استرداد الحصة المستحقة من الآخرين للمُدعى عليه، وقد أسفرت هذه المبادئ عن نتيجة مفادها: أن تحديد درجة الإسهام السببي كان أقل أهمية إلى حد ما مما كان متوقعاً، ولكن الإسهام السببي ليست منفكة من الناحية القانونية. في البداية، ليست كل الولايات القضائية تتحمل المسؤولية المشتركة والمتعددة، وحتى أولئك الذين يحتاجون إلى طريقة ما لمعالجة تقسيم المسؤولية بين المدعى عليهم إذا استمر أحدهم في مقاضاة الآخرين. ونحن نركز على حالات عدم كفاية الإفراط في التأكيد.

والواقع أن مثل هذه الحالات حقيقية في قانون الضرر والقانون الجنائي، فالتلوث من قِبَل العديد من المصنعين يتسبب في المرض أو الضرر، ولكن لا يلزم إسهام ملوث واحد؛ فأعضاء مجلس إدارة أي شركة يصوتون بالإجماع على عدم استدعاء منتج خطير، حيث كانت الأغلبية البسيطة كافية لحمل هذه السياسة⁽¹⁵⁾. وهنا تميل المحاكم إلى الحديث عن «الإسهام» بدلاً من السبب، أو فكرة مُتدرجة وليس كلها، أو لا شيء؛ ولكن كيف لنا أن نفهم هذا؟

في الحالات التي تنطوي على قوى مادية مباشرة، يمكننا قياس الإسهام

See J. Stapleton, 'Unnecessary causes', Law Quarterly Review 129 (2013), 39-65 and (15) Steel, Proof of Causation in Tort Law, for a discussion of such cases.

من حيث تلك القوى، إذا دفع كل من (أ) و(ب) و(ج) سيارة إلى الهاوية، أو أمسكوا شخصًا، فبوسعنا أن نقيس إسهاماتهم المادية، حتى ولو كانت القوة الإجمالية أكبر من المطلوب⁽¹⁶⁾.

وربما كان بوسعنا أن نطبق نفس المنطق على الملوئين: بوسعنا أن نقيس حجم الملوث الذي أدخله كل من المتهمين، ولكن من الصعب أن نفعل هذا مع أصوات المجلس، فلا توجد قوى مادية مشاركة هناك. إذا كان أعضاء المجلس يتمتعون جميعًا بقوة التصويت ذاتها؛ فمن الطبيعي أن نفكر في إسهاماتهم على قدم المساواة، ولكن لا ينبغي أن يكون هذا هو الحال، فقد يتم تخصيص أصوات لبعض الأعضاء أكثر من غيرهم، وسوف يكون تقييم حالات أخرى أكثر صعوبة: قد يكون الانتحار مفرطًا في تأكيد سببية التمر والمضايقات التي أدت إليه، ومع ذلك؛ فإن إسهامات المتورطين قد تختلف.

وقد اقترح نهجان: ينطوي أحدهما على مخالفة للواقع: محاولة لقياس حجم الإسهام الذي يقدمه كل عامل في التغيير من العالم الذي لم يحدث فيه التأثير، مقارنة بالعالم الذي حدث فيه التأثير⁽¹⁷⁾.

أما الآخر، فيشمل الاحتمالات: ما حجم الأثر الذي يحدثه كل عامل على احتمال حدوث التأثير⁽¹⁸⁾. مرة أخرى؛ على الرغم من أن فرص تقديم تحليل اختزالي للفكرة تبدو حالكة. إن التفسيرات المخالفة للواقع تتطلب أفراد كل حالة سابقة للأحداث ذات الصلة إذا أريد أن يكون لها دور، فهي أكثر ملاءمة لقياس الإسهامات في حالة التصويت على الانتحار.

Stapleton, 'Unnecessary causes'. (16)

For different approaches, see H. Chockler and J. Halpern, 'Responsibility and blame: a structural-model approach', *Journal of Artificial Intelligence Research* 22 (2004), 93-115; M. Braham and M. van Hees, 'Degrees of causation', *Erkenntnis* 71 (2009), 323-44. (17)

A. Kaiserman, 'Partial liability', *Legal Theory* 23 (2017), 1-26. (18)

إن تفسيرات الاحتمالية تتجنب هذه المشكلة، ولكنها تواجه أخرى.

وبصفة عامة، يمكن للعامل أن يتسبب في نتيجة ما على نحو اعتباطي حتى وإن كان يقلل فرصة حدوث تلك النتيجة⁽¹⁹⁾؛ وبالمثل، ستكون هناك حالات يمكن فيها أن يشارك عامل -بشكل غير متكرر- في التسبب في نتيجة ما حتى وإن كان يقلل من فرصة تلك النتيجة. ولكن مرة أخرى؛ هذا لا يظهر أن هذه التفسيرات ليس لها مكان، فهو يقترح أن يُستخدم باعتباره اختبارات يمكن الدفاع عنها للإسهام في السببية، بدلاً من استخدامه باعتباره مختزلاً لها. وقد تساعد هذه التفسيرات أيضاً في تسليط بعض الضوء على المشكلة الأخرى التي تواجه كلاً من تفسيرات الضرورة والكفاية، حيث يمكن رسم الخط الفاصل بين الأسباب القريبة بدرجة كافية من أن يكون صاحب القضية مسؤولاً عنها، والأسباب التي لا يتحمل مسؤوليتها.

وهذه المسألة (مسألة القرب والبعد) -وهي فكرة أن البعد يقلص المسؤولية إلى حد ما- لا تزال موضع جدل قانوني حاد. ومن الواضح أنه ينبغي لنا ألا نأخذ فكرة القرب المكاني أو الزماني بالمعنى الحرفي للكلمة.

إن المدعى عليه الذي يتصرف -مستخدمًا التكنولوجيا المناسبة من مسافة بعيدة؛ لا يتفادى المسؤولية. المدعى عليه الذي يضع قنبلة على طائرة، بحيث تنفجر على الجانب الآخر من الكرة الأرضية، أو يلبسك فتيلًا بطيئًا، بحيث ينفجر بعد أشهر عدة؛ هو مسؤول بالقدر ذاته الذي يتحمله من يفجره هنا والآن. كما أن تعقد العملية السببية في ذاتها لا يحدث فرقًا، ذلك أن استخدام مفجر متطور يشمل عددًا من المراحل السببية؛ لا يختلف عن الإشعال المباشر لفتيل بسيط، ويجب أن تكون المسافة مسافة سببية بدلاً من ذلك.

هناك منهج يطبق فكرة درجة السببية هنا مباشرة، فإذا جاءت الأسباب

C. Hitchcock, 'The mishap at Reichenbach Fall: singular vs. general causation', (19) *Philosophical Studies* 78 (1995), 257-91.

بدرجات فربما نتصور أنّ المسؤولية لا ترتبط إلا إذا كان الإسهام السببي للفاعل كبيرًا بالقدر الكافي، وقد نفكر في درجة سبب من الأسباب على أنه يتراجع إلى الصفر بعد درجة كافية من الخطوات، وهذا يعني إنكار انتقاله⁽²⁰⁾. أو يمكننا أن نحافظ على فكرة أن السبب هو مفهوم انتقالي، بينما نقول: إن وجود تأثير سببي كبير ليس كذلك، وما نحتاج إلى فعله هو قياس الحجم المطلوب للمسؤولية.

يأخذ النهج البديل (ربما الأكثر انتشارًا) وجهة نظر مفادها: أن السببية المباشرة تهتم بقضايا أخرى، بحيث تتناقض مع أنواع القضايا الميتافيزيقية التي نظرنا إليها حتى الآن، وهذا يعني أنه ليس نوعًا من «السبب في واقع الأمر»، بل هو مفهوم قانوني محدد⁽²¹⁾. ويجب علينا أن نميز بين طريقتين مختلفتين في توضيح هذه الحقيقة:

الطريقة الأولى: إن تسمية العلاقة السببية القريبة غير دقيقة؛ فهي لا علاقة لها على وجه الخصوص بالسببية - كما يفهم عادة - على الإطلاق. بل هو يتعلق بمسألة أخرى، بالأحرى أمر يتعلق بنية المتهم أو ببصيرته.

الطريقة الثانية: هي أنّ العلاقة السببية القريبة تُعنى في جوهرها بالعلاقة السببية، ولكنها تنطوي على قيد معياري تتحمل بموجبه السلاسل السببية المسؤولية، وقد تكون هذه القيود - هي ذاتها - بحاجة إلى الاستفادة من الفروق السببية؛ ولكنها ليست فروقًا تنبع - بطبيعة الحال - من اعتبارات ميتافيزيقية بصرف النظر عن أهميتها المعيارية.

وفي النهج الأول؛ تنتهي المسؤولية إذا لم يكن الفاعل ينوي - أو لم يكن بوسعه - التنبؤ بالنتائج المترتبة على تصرفه (ستعتمد التفاصيل هنا على القصد

Moore, Causation and Responsibility

(20)

J. Stapleton, 'Choosing what we mean by "causation" in the law', Missouri Law Review 73 (2008), 433-80.

الجنائي المرتبط بجريمة محددة). أو إذا كانت النتيجة متوقعة، سواء أتت بالبطريقة، أم كان «الضرر في نطاق الخطر».

ومحاولة القتل لن تكون جريمة قتل ناجحة إذا أسفرت وفاة الضحية - على نحو غير متوقع تمامًا- عن انتحاره ردًا على المحاولة⁽²²⁾. بيد أنه بمجرد فهم القرب بهذه الطريقة، ينشأ السؤال عما إذا كانت هناك حاجة إليه كفتة منفصلة، لِمَ لا ندع شرط النية الإجرامية يؤدي العمل كاملًا؟

أما عن النهج الثاني؛ فإنَّ القرب يفهم من حيث الأنواع المحددة للسلاسل السببية اللازمة للمسؤولية القانونية. ومن الاعتبارات الأساسية هنا تلك التي استلها هارت وأونوري من مناقشتهما لمجموعة كبيرة من الاجتهادات القضائية: وهي أنّ هذه المسؤولية يتم منعها إذا حل وكلاء آخرون -أو بعض الأحداث الغريبة- مكان السبب الأول. خذ أحد أمثلتهم: افترض أن (د)، يهدف إلى قتل (ف)، يسقطه على الأرض، حيث يقتل بسبب السقوط الغريب لشجرة، أو بفعل طرف ثالث يرى (ف) عاجزًا على الأرض، فيسقط الشجرة عليه بخبث، (د) لن يكون المسؤول عن وفاة (ف)، يتعامل هارت أونوري مع هذا لكي يظهروا أن (د) في مثل هذه الظروف ما كان ليتسبب في وفاة (ف)، ولكن هذا أمر غير معقول. ولكي ترى ذلك؛ لاحظ أنه في كلتا الحالتين، لا يزال الافتقار إلى النية من جانب (د) مطلوبًا إذا كان (د) يريد تجنب المسؤولية. ولو كانت خطة (د) تنطوي على الشجرة الساقطة، أو توقعات بتورط الطرف الثالث في الأمر، فإنَّ هذه ستظل قضية قتل. ولكن كيف تكون مسألة ما إذا كان (د) قد تسبب في وفاة (ف) أو أنه لم يكن كذلك أن تتحول إلى قضية تتعلق بمعتقدات (د)⁽²³⁾؟ هناك تصور أكثر قبولًا: هو أن العلاقة السببية حاضرة في كل الحالات، ولكن هناك أنماط محددة فقط من العلاقة السببية تكفي للمسؤولية.

ويمكن تطبيق أفكار مماثلة على مسألة التواطؤ، في الحالات التي تكمن

الأهمية في كونه متواطئًا وليس مسؤولاً رئيسياً، لا يفهم الفرق من خلال أن المسؤول الرئيس هو سبب الاعتداء، في حين لا يكون الشريك كذلك. وإذا لم يكن لدى الشريك المحتمل أي تأثير سببي؛ فإنه لا يكون شريكاً متواطئاً (على الرغم من أن التأثير قد يكون مبالغاً في تحديده، وقد يتم تقييمه بشكل سيئ باستخدام اختبارات الضرورة)، بل إن الشريك هو الذي يتسبب في أن يكون الشخص الرئيس هو الذي ارتكب الجريمة، وليس العكس⁽²⁴⁾.

هذه النقطة معقولة بالقدر ذاته في حالات الإغفال -وكما رأينا- فإن كلاً من تفسيرات الضرورة والكفاية تجد صعوبة في التمييز بين (القوة السببية للأفعال وبين قوة الإغفال) كلاهما يميل إلى أن يُعد سبباً بالقدر ذاته، ومن الصعب أن نرى كيف يمكن تجنب هذا (بالرغم من ذلك، انظر مور⁽²⁵⁾ للاطلاع على محاولة جريئة).

ومع ذلك؛ فإن القانون الأنجلو أمريكي بصفة عامة لا يرغب في الملاحقة القضائية؛ بسبب الإغفال، باستثناء تلك التي تتعارض مع واجب ثابت للعمل (للاطلاع على المناقشة العامة هنا، انظر أليكساندر)⁽²⁶⁾.

وفي حين أن المحاولة الفلسفية لتحديد المبادئ العامة التي تميز الأفعال عن الإغفال (أو التمييز بين الفعل والسماح، من الواضح أنهما أمران مختلفان) لم تصل إلى الإجماع⁽²⁷⁾، فإن أغلب المناهج تبدو كأنها تُنشئ أنواعاً مختلفة

Thomson, 'Some reflections on Hart and Honoré, causation in the law'. For a (23) broader criticism to the same conclusion see Wright, 'The nightmare and the noble dream'

See J. Gardner, *Offences and Defences* (Oxford University Press, 2007), ch. 3. (24)

Moore, *Causation and Responsibility*. (25)

L. Alexander, 'Criminal liability for omissions: an inventory of issues' in S. Shute and (26) A. Simester (eds.) *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (Oxford University Press, 2002), 121-42.

See Steinbock and Norcross for a sense of the difficulties. B. Steinbock and A. (27) Norcross (eds.) *Killing and Letting Die*, 2nd ed. (Fordham University Press, 1994).

من السلاسل السببية، بدلاً من تجاهل التصنيف بوصفه أساساً غير سببي. المحاولات الحديثة الرامية إلى التمييز بين حالات الإغفال ذات الصلة وغير ذات الصلة تفسيرات متناقضة: التفسيرات التي تشير إلى بدائل بارزة بين تلك التي كان يمكن أن تحدث لو لم يحدث السبب والنتيجة (شافير)⁽²⁸⁾.

4. ما الأفعال التي نتحمل مسؤوليتها؟

حتى الآن تفحصنا دور السببية في إسناد المسؤولية اللاحقة إلى المفوض الفاعل، والآن؛ ندرس بإيجاز دوره في المسؤولية السابقة.

لتأكيد الأفكار؛ فلنتأمل حالة الإرهابي اليميني أندرس بريفيك. ففي عام 2011م فجر قنبلة في أوسلو أسفرت عن مقتل ثمانية أشخاص، ثم أطلق النار على (69) شاباً من مؤيدي رابطة شباب العمال في معسكر صيفي على الجزيرة، وقد وجد تقييم نفسي أولي أنه مجنون بسبب الشيزوفرينيا. وبموجب القانون النرويجي كان ذلك كافياً للدفاع عنه، رغم عدم تقديم أي دليل على أن الجنون كان سبباً وزاءً أفعاله، فلم يزعم أحد -على سبيل المثال- أنه كان يعتقد أن الأطفال كانوا يحاولون قتله. (توصل تقييم نفسي ثانٍ إلى نتيجة مختلفة، حيث حكم عليه بأنه يعاني من اضطرابات في الشخصية، ومن ثم فمرضه ليس ذهانياً، وعليه؛ فلا يُعد مجنوناً وفق القانون النرويجي؛ وقد أيدت المحكمة ذلك).

في النهج النرويجي؛ تشكل دفاعات الجنون شكلاً من أشكال وضع الذريعة، مثل: تلك التي يخولها القانون الأنجلو أمريكي للأطفال دون سن السابعة الذين يُعدون غير قادرين على تحمل المسؤولية الجنائية. وفي هذا النهج -ببساطة- لا يُعد الجنون من العوامل الأخلاقية في المقام الأول، ولا تدخل فيه مشكلات السببية.

J. Schaffer, 'Contrastive causation in the law', Legal Theory 16 (2010), 259-97.

(28)

ومثل هذا النهج غريب جداً على معظم التفسيرات الأنجلو أمريكية للجنون⁽²⁹⁾. وذلك لأن المنهج المعياري هو الاعتقاد بأن المرض يجب أن يكون متورطاً سببياً في الفعل إذا كان يراد منه أن يزيل المسؤولية. (وينطبق الشيء نفسه عادة على المبررات والأعذار، ومن ثم لا يكفي أن يكون الدفاع الجزئي عن الاستفزاز هو الذي يحرض المتهم على قتل شخص ما، يجب أن يكون الاستفزاز سبباً في فقدانهم لسيطرتهم الذاتية، وهذا بدوره يسبب القتل⁽³⁰⁾. ونظراً لذلك؛ قد نرى الكثير من القضايا التي نُوقشت حتى الآن تظهر هنا.

ماذا لو كان الفعل مبالغاً في تحديده بسبب المرض أو أي شيء آخر؟ ماذا لو كانت الآثار السببية للمرض غير قريبة؟ وربما يتبين لنا أن مثل هذه القضايا لم تُبرز -في المقدمة في السياقات القانونية- مدى صعوبة تحديد الآثار السببية الناجمة عن الأحداث العقلية. ومع تطور التصوير العصبي، فقد نبدأ في رؤيته بشكل أكبر.

hough see Moore for a contrary view. M. Moore, 'The quest for a responsible (29) responsibility test: Norwegian insanity law after Breivik', *Criminal Law and Philosophy* 9 (2015), 64-93.

R. Holton and S. Shute: 'Self-control in the modern provocation defence', *Oxford (30) Journal of Legal Studies* 27 (2007), 49-73.

الفصل الثالث عشر

العقوبات

كريستوفر بينيت وكيمبرلي براونلي⁽¹⁾

مقدمة:

العقاب هو جزاء يفرضه مفوض لديه سلطة ذات صلة -عمدًا- على شخصٍ آخر، ردًا على سلوك قام به الشخص سابقًا⁽²⁾.

قد يرى المفوض أن السلوك خطأ في نفسه، أو خطأ لمجرد أنه ينتهك قاعدة سلطوية، ولكن العبء المفروض على مرتكب الخطأ المفترض؛ المقصود منه عادة هو إبلاغ الإدانة المبررة للخطأ محل التساؤل من جانب المعاقب، فالمفوض المعاقب لا يملك القدرة على فرض المعاملة القاسية ردًا على السلوك فحسب، بل إنه يزعم عادة أنه يملك السلطة -الحق - للقيام بذلك. ويزعم أن المعاقب مسؤول عن الخطأ (المفترض)، بمعنى الوفاء بالشروط التي من شأنها أن تجعل فرض العقوبة عادلاً أو مناسباً أو لازماً في حالات أخرى -

(1) نحن ممتنان جداً لجولز هولرويد وجون تاسيولاس على تعليقاتهما المفيدة على مسودة هذه الورقة.

(2) See N. Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values* (Routledge, 1988), ch. 1, for a discussion of the assumptions built into this kind of conception. See also D. Boonin, *The Problem of Punishment* (Cambridge University Press, 2008), ch. 1

ولو أنه في واقع الأمر ربما لا يكون مسؤولاً عنه. وهذه الملامح - التي تبرر العقوبة، وأن للوكيل المعاقب السلطة ذات الصلة، وأن أولئك الذين يعاقبون مسؤولون- تشكل مصادر أغلب القضايا الفلسفية التي تنشأ فيما يتصل بالعقاب، ونحن ندرس هذه القضايا بتفاصيل أكثر في هذا الفصل.

ويفرض بعض الناس عقوباتٍ على بعضٍ في سياقات وأشكال مختلفة لأسباب مختلفة، فعلى سبيل المثال: يجوز للوالدين أن يستخدموا العقوبات أسلوب تربية لأطفالهم لتأديبهم، ولتعليمهم السلوك المقبول. وقد استخدمت الجمعيات العقائدية، مثل: الكنيسة المسيحية في بعض الأحيان عقوبات قاسية، مثل: الحرمان الكنسي أو التشهير العلني لإدانة الأعضاء الذين لا يمكن أن يتسامحوا مع سلوكهم، وكثيراً ما يستخدم أصحاب العمل العقوبات - مثل: الحرمان، والترقيات أو الفوائد، أو التكليف بمهام غير مرغوبة؛ للسيطرة، أو التعبير عن رفض الموظفين غير المتعاونين. وفي العلاقات الودية مع: الأصدقاء، وأفراد الأسرة، والشركاء، والأزواج، يستجيب الناس غالباً للسلوك الذي لا يُقرن بمعاملة مثل: اللوم، والاستياء، والسخط، والغضب، والتعير، والتجنب.

غير أن مجال العقاب الذي يركز عليه هذا الفصل هو العقاب القانوني. إن الأشكال المحددة التي تميل عقوباتنا القانونية إلى اتخاذها يمكن النظر إليها بخلفية الاستجابات الجزائية المتنوعة على نطاق واسع التي نتخذها ضد بعضنا في السياقات غير القانونية المشار إليها سابقاً، وتتيح لنا هذه الاستخدامات غير القانونية للعقاب من قبل أرباب: العمل، والأصدقاء، والجمعيات، والأسر - مهما كانت مرفوضة وجدلية - مجموعة تقريبية من النقاط المرجعية التي يمكننا من خلالها الحكم على مصداقية مؤسسات العقاب القانونية وقوتها.

وتتصل هذه النقاط المرجعية بدوافعنا وأهدافنا في مُعاقبة بعضنا لبعض، وفرصة معاقبة بعضنا بالطرق التي نحقق بها أهدافنا المنشودة، مزايا أو عيوب الاستجابات البديلة للتجاوزات.

تختلف ممارسات العقاب اختلافًا كبيرًا عبر الاختصاصات القضائية في مدى قسوة هذه الممارسات أو اعتدالها. على سبيل المثال: تختلف نظم العقاب في شدة العقوبات التي ينص عليها القانون الجنائي لذلك الاختصاص (مثل: الخدمة المجتمعية، والغرامات، والسجن، والنفي، والحبس الانفرادي، التعذيب، أو حتى الإعدام)، قسوة هذه العقوبات التي يدرجها مسؤولون في ذلك القضاء، والمرونة، أو الجمود في ممارسة إصدار الأحكام لتتوافق أو لا تتوافق مع السمات الخاصة للقضية⁽³⁾. غالبًا ما يُقال: إن الأنظمة الأنجلو أمريكية أفسى وفق معظم المقاييس من الأنظمة الأوروبية القارية الأكثر تقدمًا⁽⁴⁾. تسمح بعض أنظمة العدالة الجنائية -الأقل قسوة- للأشخاص باختيار الوساطة، والتحكيم، ورد الضحايا، والعدالة التصالحية غير العقابية.

تميل أنظمة العقاب القاسية، التي تفرض عقوبات، مثل: السجن طويل الأجل، أو الحبس الانفرادي إلى خلق مشكلات أخلاقية خاصة، مرتبطة بتفريغ الفضلات يدويًا، والحبس في أقفاص، والعنف الجنسي، والمرض، والصدمات النفسية، ودعم آليات البقاء على قيد الحياة⁽⁵⁾.

بطبيعة الحال؛ تعتمد مصداقية مؤسسات العقاب القانونية لدينا أيضًا على عوامل أخرى، مثل: مستوى الأضرار الجانبية التي يمكن أن تحدثها هذه المؤسسات للأشخاص المعالين الذين أساؤوا إلى جانب خطورة أي مظالم اجتماعية موجودة مسبقًا، حيث يتأثر بعض الأشخاص والمجتمعات المحرومة بالفعل بشكلٍ غير متناسب بنظام العقوبة.

J.Q. Whitman, *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe* (Oxford University Press, 2005). (3)

N. Lacey, *The Prisoner's Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies* (Cambridge University Press, 2008). (4)

R.A. Duff, 'Punishment, dignity, and degradation', *Oxford Journal of Legal Studies* 25:1 (2005), 141-55. (5)

نظرًا لمشكلات أنظمة العقاب، يجب أن نواجه بعض الأسئلة الأساسية حول ما إذا كنا بحاجة إلى العقاب، وما إذا كانت أشكال العقاب لدينا مناسبة للغرض أو يجب استبدال بدائل بها. سنقوم بتشكيل هذا الفصل حول هذه القضايا التي يمكن التقاطها بثلاثة أسئلة حول التبرير العام للعقوبة القانونية:

(أ) لماذا نعاقب؟

(ب) من الذي يحق له أن يعاقب بشكل قانوني؟

(ج) من الذي يجوز أن يعاقب قانونيًا؟ ولأي غرض؟ وإلى أي مدى؟

سنرى أن الإجابات على هذه الأسئلة تعتمد على النهج الفلسفي الذي يتخذه المرء لتبرير العقوبة بشكل عام.

1. لماذا نعاقب؟

في هذا القسم؛ نلقي نظرة على المسارات الرئيسية التي يحاول المنظرون من خلالها تبرير ممارسة العقوبة القانونية.

هذه ليست سوى مبررات محتملة، أي: الظروف التي طرحها المنظرون التي بموجبها يمكن تبرير إنزال المجتمع المعاملة السلطوية القاسية والمتعمدة على البشر.

يجب أن نكون حذرين من قبول هذه الشروط لسببين:

أولاً: يجب أن نكون على دراية بميلنا إلى التحيز تجاه الوضع الراهن؛ نظرًا لأننا على دراية بممارسة العقوبة، فقد نميل إلى الاستنتاج بسرعة كبيرة أنها ضرورية، ويمكن الدفاع عنها.

ثانيًا: نظرًا لأن ما يترتب على العقوبة قاسٍ جدًا، يجب أن نولي اهتمامًا خاصًا لصلاحية ادعاءات المنظرين؛ لأنهم بينوا أن هذه الممارسة مقبولة أخلاقيًا.

يمكننا أن نبدأ تصنيف الآراء التي تبرر العقوبة على أنها ذات: نظرة تطلعية، أو نظرة للوراء، أو مزيج من الاثنين. نظريات العقاب إما نقيّة؛ ومن ثم تكون تطلعية بحتة، أو نظرة بحتة للوراء، أو مختلطة؛ وفي هذه الحالة تحتوي مزيجًا من التبريرات التطلعية والورائية.

وتشتمل المبررات التطلعية محاولات تبرير العقوبة من خلال الزعم بأن بعض الخير في المستقبل يتحقق على أفضل نحو (يترجح وقوعه) من خلال العقاب. وعلى النقيض من ذلك؛ تزعم الآراء الورائية أن هناك شيئًا ما يتعلق بالعمل الإجرامي أو غير المشروع نفسه، عندما ننظر إليه مرة أخرى، نجده يتطلب العقوبة ردًا مناسبًا على ذلك، بصرف النظر عما إذا كانت العقوبة هي أفضل وسيلة متاحة لتحقيق شيء من الخير في المستقبل.

يتمثل الاختلاف الجوهرى بين هذين النوعين من الآراء في أن التبريرات التطلعية تتطلب دليلًا على أن العقوبة هي أفضل وسيلة متاحة لتحقيق غاية مرغوبة، مهما كانت هذه الغاية، وتتطلب التبريرات الورائية بدلًا من ذلك حجة ما؛ بأن العقوبة بطريقة ما مناسبة بطبيعتها كرد فعل على جريمة أو مخالفة. على سبيل المثال: الادعاء بأن العقوبة مبررة لأنها تردع الجريمة، وبالتالي تقلل الضرر، وتجعل الناس أكثر أمنًا؛ هو تبرير تطلعي. لإظهار أن العقوبة يمكن تبريرها بهذه الشروط، سنحتاج إلى النظر فيما إذا كانت هناك طرق أكثر فاعلية وأقل ضررًا لزيادة سلامة الناس من العقاب (ك: الإجراءات الوقائية، مثل: زيادة الشرطة، وتحسين التعليم، والحد من عدم المساواة الاجتماعية، أو أن يصبح مجتمعًا أقل شرهًا).

على النقيض من ذلك، فإن الرأي القائل: إن العقوبة مبررة؛ لأنّ الأخطاء التي ارتكبت على شخص واحد تحتاج إلى الانتقام من الجاني بنفس الطريقة والقدر (شيء مثل: «العين بالعين») هو تبرير خلفي؛ لأنه يعتمد على ادعاءات قانونية حول الضرورة والطريقة المناسبة للانتقام من التجاوزات، بدلًا من الأدلة

العملية حول مدى احتمالية أن تؤدي العقوبة إلى حالة مستقبلية مرغوبة.

قد يبدو أنّ للمبررات الوراثية غايتها الخاصة نصب أعينها، أي: هدفها التّطوعي، وهو الثأر للضحية أو الانتقام من المخطئ. السبب في أن مثل هذه الآراء توصف بدقة بأنها خلفية؛ أن الخطأ المرتكب هو النقطة المرجعية الأساسية التي يمكن من خلالها تحديد نوع الاستجابة العقابية التي يمكن تبريرها.

إذا نظرنا عن كثب إلى المبررات التّطوعية، يمكننا أن نسأل: ما أنواع الغايات المهمة التي يمكن النظر إليها على أن العقوبة تخدمها؟ لقد رأينا بالفعل أن إحدى الإجابات هي الردع، وإسهامه في الأمن.

هذه في الواقع هي الإجابة الأكثر شيوعاً؛ أنّ العقوبة ضرورية بسبب إسهامها في: السلام، والأمن، وقدرة الناس على التخطيط لحياتهم في المستقبل دون تهديد من أولئك الأقوى منهم. الغايات الأخرى ذات الصلة التي غالباً ما تحدّد هي: إعادة التأهيل، والتعليم، والمصالحة، والتسامح. يمكننا ملاحظة عدد من الانتقادات الشائعة للنظريات التّطوعية.

بادئ ذي بدء، لا يُعتقد عادةً أنه من المشروع إلحاق المعاناة بالناس من أجل تعزيز غايات اجتماعية مهمة. بالأحرى يُعتقد أنّ للناس حقوقاً صارمة في عدم التدخل وتقرير المصير. إذا كان هذا صحيحاً فسنحتاج إلى إثبات أنه؛ حتى يُسمح بالعقاب، يجب أن يكون شخصٌ ما قد فُقد، أو صُوِّدِرَ حقه في عدم التدخل أو عدم العقاب، ولكن، هذا يعني أنّ الآراء التّطوعية يجب أن تتضمن شيئاً يتطوع إلى الوراثة، مما يوضح سبب أنّ هؤلاء الأشخاص الذين ارتكبوا أخطاء محددة يفقدون حقوقهم أو تصادر منهم.

يشير هذا إلى أنّ النظريات ذات العنصر التّطوعي قد تكون نظريات هجينة، وقد تكون أمثلة هذه النظريات الهجينة هي تلك التي تهدف إلى وضع نموذج للعقاب المبرر على الدفاع عن النفس وعن الآخر، حيث يوجد بالمثل ادعاء أنه

عند شن هجوم غير مبرر على شخصٍ آخر، يغير المرء حصانته الأخلاقية إلى رد عدواني.

ثانيًا: واستنتاجًا من ذلك؛ قد يُقال: إنه بدون عنصر النظر للخلف، لن تتمكن النظريات التُّطعية من تفسير سبب أهمية معاقبة المذنب فقط. إذا كان من الممكن -في بعض الظروف- تعزيز الغاية الاجتماعية القيمة ذات الصلة بشكل أكثر فاعلية من خلال معاقبة شخص بريء، وإذا كان السعي الفعال لتحقيق تلك الغاية الاجتماعية القيمة يكفي لتبرير العقوبة، كما تشير الآراء التُّطعية؛ فإن عقوبة شخص بريء سيكون لها ما يبررها. ومع ذلك؛ بالنظر إلى أننا يجب أن نرفض هذه النتيجة - من المؤكد أن معاقبة الأبرياء غير مقبولة - لا بد أن الافتراضات خطأ.

ثالثًا: نظرًا لأن التبريرات التُّطعية -في النهاية- رهينة الأدلة العملية حول فعالية العقوبة في تحقيق أهداف محددة -مقارنة بالطرق البديلة لتحقيق تلك الأهداف- فهناك دائمًا مجال للنقد؛ أن نتيجة الأدلة على خلاف ذلك.

على الرغم من أنه يبدو من البديهي أن نقول: -على مستوى ما- إنه إذا هددنا الوكلاء العقلانيين بنتيجة سيئة إذا قرروا اختيار إجراء محظور؛ فإن ذلك سيقبل من احتمالية قيامهم بهذا الإجراء، الدليل على أن العقوبة رادعة أمرٌ في غاية الغموض⁽⁶⁾. علاوة على ذلك، كما يشير مؤيدو العدالة غير الرسمية، لم يبلغ عن عددٍ كبير من الأعمال القابلة للتجريم - ربما أكثر بكثير مما يتم الإبلاغ عنه - وبالتالي يتم التعامل معها داخل المجتمعات والأسر دون وصفها رسميًا على أنها جرائم، إذا كان هذا صحيحًا، فإنه يكذب الرأي القائل بأن التهديد بالعقاب ضروري للحفاظ على النظام الاجتماعي.

ننتقل الآن إلى انتقادات التبريرات الوراثة. كما توحى التسمية؛ فإن

D. Nagin, 'Deterrence in the twenty-first century: a review of the evidence', Crime and Justice 42:1 (2013), 199-263. (6)

التبريرات الورائية لا تدعي أنها تجلب أي خير مستقبلي، وبالنسبة لكثير من الناس، فإنّ هذا هو بالضبط وجه ضعفها⁽⁷⁾.

يبدو أن هذه التبريرات تشير إلى أننا نجعل شخصًا ما يعاني - في الواقع؛ لأننا نصب مبالغ ضخمة من المال العام في الحفاظ على المؤسسات الاجتماعية باهظة الثمن لجعل أعداد كبيرة من الأشخاص المحرومين بالفعل يعانون - بلا نهاية جيدة. لهذا السبب، غالبًا ما يتم تصوير الآراء الورائية على أنها همجية وعلى أنها تنفيس عن جانب قاسٍ أو انتقامي من الطبيعة البشرية يجب أن نتطلع إلى التغلب عليه، أو أنها مُتجذرة في كوزمولوجيا عفا عليها الزمن من: الخير والشر، والجنة والجحيم. لمضاعفة المشكلة، يعتقد الكثيرون أن هذه التبريرات المخيفة لن تكون منطقية إلا إذا كانت لدى البشر إرادة حرة. على كل حال، إذا لم يكن البشر أحرارًا في الامتثال للمعايير الأخلاقية؛ لسبب كونهم مجبورين سببًا على التصرف كما يفعلون، فكيف يمكن معاقبتهم بإنصاف على عدم الامتثال؟⁽⁸⁾ ومع ذلك؛ هناك العديد من المنظرين الذين ما زالوا يرون أنّ المبررات الورائية للعقاب لها بعض الصدى.

الطرق التي حاول هؤلاء المنظرون من خلالها توضيح التبرير الخلفي القائل بأن العقوبة هي استجابة مناسبة بطبيعتها للتجاوز تنقسم إلى ثلاث فئات. بادئ ذي بدء: هناك مَنْ يدعي أن هناك مبدأ أخلاقيًا مجردًا والذي بموجبه تجب إقامة العدل ضد المتجاوزين - باسم المظلومين - وتحديدًا أن إقامة العدل تتطلب عقابًا موجهًا إلى الإرادة الشريرة للظالم لأخذ حق الضحية⁽⁹⁾.

V. Tadros, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law* (Oxford University Press, 2011), ch. 1. (7)

N. Levy and M. McKenna, 'Recent work on free will and moral responsibility', *Philosophy Compass* 4 (2009), 96-133; B. Vilhauer, 'Persons, punishment, and free will skepticism', *Philosophical Studies* 162 (2013), 143-63. (8)

I. Kant, *The Metaphysics of Morals*, M. Gregor (trans.) (Cambridge University Press, 1991, orig. published 1797). Cf. R. Shafer-Landau, 'The failure of retributivism', (9)

في حين أن هذا المسلك له فضيلة ربط العقوبة بالجدية الأخلاقية - التمسك بالمعايير الأخلاقية وإبداء الاهتمام بحقوق ومكانة الضحية بوصفه الشخص الذي ينبغي ألا يقع له ذلك - فالشيء الحاسم هو ما إذا كانت وجهات النظر هذه يمكن أن تظهر حقًا أن مثل هذه الجدية الأخلاقية تتطلب العقاب، وأن عدم الرغبة في العقاب ينطوي بطريقة ما على التغاضي عن الفعل غير المشروع الأولي أو الإذعان له بعدم الوقوف مع الضحية.

ثانيًا: هناك مَنْ يدعون أن العقاب - أو وجود نظائر قريبة للعقاب - موجود في العلاقات الشخصية اليومية عندما نتقد ونلوم ونغضب من بعضنا، ونتمسك عمومًا بما نعتقد من معايير أخلاقية مهمة للسلوك والاهتمام⁽¹⁰⁾.

وهكذا قد يزعم بعضهم أن لدينا حدسًا راسخًا في داخلنا مفاده: إن الانتقاد الأخلاقي، والندم، والاعتذارات استجابات مناسبة للتجاوزات، وهذا ليس مقتصرًا عندما تكون هي الوسيلة الأكثر فعالية لتحقيق بعض الخير في المستقبل، ولكن لأسباب خلفية، من أجل الإقرار على النحو المناسب بخطورة التجاوز⁽¹¹⁾. ومع ذلك؛ فإن ممارسات المساءلة هذه نادرًا ما تستهدف بوصفها قاسية أو همجية. قد يزعم الناقد بالرغم من ذلك أن ممارساتنا في تحمل المسؤولية غير مقبولة في واقع الأمر، أو أن الأنماط الرسمية من العقوبة أبعد ما تكون عن تلك الممارسات إلى الحد الذي يجعلها مبررة قياسًا عليها.

وثالثًا: هناك من يسلكون طريقًا سياسيًا - على وجه التحديد - في محاولة جعل النظرة الوراثة احتمالًا معقولًا، وهم يزعمون أن العقاب ضروري باعتباره

Philosophical Studies 82 (1996), 289-316; and 'Retributivism and desert', Pacific Philosophical Quarterly 81 (2000), 189-214.

See P.F. Strawson, 'Freedom and resentment', Proceedings of the British Academy 48 (10) (1962), 187-211; T.M. Scanlon, Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame (Harvard University Press, 2008).

C. Bennett, The Apology Ritual: A Philosophical Theory of Punishment (Cambridge University Press, 2008). (11)

جزءًا من المجتمع السياسي، على سبيل المثال؛ باعتباره جزءًا من سلطة الدولة في سن قانون ووضع حدود للإجراءات المسموح بها. لو لم يكن هناك ما يمكن أن يعد عقابًا على انتهاك هذه الحدود لأمكن القول: إن سلطة الدولة ليست لها قيمة⁽¹²⁾. ولذلك؛ فإن الدولة بحاجة إلى حق المعاقبة من وجهة النظر هذه، ليس لصيانة حقوق الضحية، ولكن لصيانة حقوقها كوكيل له الكلمة الأخيرة في الكيفية التي يسمح بها للمواطنين بالتصرف.

2. من له الحق في العقاب؟

يزعم بعض المنظرين أنه لتبرير العقاب لا يكفي أن نثبت أن العقاب يجلب بعض الخير، مثل: السيطرة على الجريمة، أو يستجيب على نحو مناسب للتجاوزات بفرض الجزاء المستحق. بل من الضروري أيضًا إثبات أن الطرف المعاقب لديه الحق في معاقبة الشخص المعاقب. وهناك جانبان لهذا الحق:

أولاً: يجب أن يكون هناك شيء ما ينطبق على الطرف المعاقب، ليس الأمر أن أي شخص يستطيع أن يعاقب أي مُخطئ إذا أتيحت له فرصة القيام بذلك.

ثانيًا: يجب أن يكون هناك شيء ما ينطبق على الشخص المعاقب، -وكما أشير لذلك- بشكل عام؛ فللناس حق في رفض استغلالهم دون موافقتهم، حتى لو كان استغلالهم سيجلب بعض الخير؛ لأن الناس لهم حقوق قوية في تقرير المصير، وعدم التدخل، وبالتالي، يجب أن يكون الشخص المعاقب قد فقد، أو خسر بعض الحقوق بسبب تجاوزه.

سنركز على السمات الضرورية للمُعاقب في القسم الحالي، وعلى الميزات

G.W.F. Hegel, *Philosophy of Right* (various editions), 101. See also H. Fingarette, (12) 'Punishment and suffering', *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* 50:6 (1977), 499-525.

الضرورة للمُعاقب في القسم الثالث. والواقع أنّ المُنظِّرين الذين يزعمون أنّ الدولة والمسؤولين الرسميين الذين يتمتعون بحق - حق حصري - العقاب؛ لا بد أن يجيبوا عن عددٍ من الاعتراضات. ومن بين هذه الاعتراضات؛ أنّ الدول تنخرط عادةً في سلوك أسوأ من ذلك الذي تسعى من أجله، وهو تحميل مواطنيها المسؤولية عن تصرفاتهم، وإذا كانت الحجج التي تستخدم مُغالطة التوسل بالنفاق جديرة بالتصديق؛ فإنّ الدولة ومسؤوليها ليسوا في موقف يسمح لهم بإدانة النَّاس؛ بسبب قيامهم ببعض ما تقوم به الدولة ذاتها.

وهناك اعتراض ثانٍ: هو أنّ الدولة والمسؤولين فيها يفتقرون إلى الحق في المعاقبة⁽¹³⁾. تقول أمثل حجة من هذا الاعتراض: لا يوجد إنسان أو مؤسسة لها الحق في معاقبة إنسان آخر على حد تعبير هيرمان بيناشي:

إنّ الاعتقاد بأنّ إنسانًا بالغًا يجب أن يكون له حق -أو واجب- في معاقبة إنسان بالغ آخر؛ هو خطيئة أخلاقية، ولا يمكن لهذه الظاهرة أن تصمد أمام أي اختبار أخلاقي⁽¹⁴⁾.

وفي هذا النوع من النظر، فإنّ الانتقام، والتهديدات العقابية لو كانت تنتمي إلى شخص؛ لكانت تنتمي للإله وحده، ولذلك؛ فإنّ الإله وحده هو الذي يملك الحق في إدانة النَّاس ومعاقتهم على سلوكهم.

وهناك صيغة من الاعتراض أقل حدة تنص على أنّ الانتقام يمكن أن ينتمي إلى البشر على النحو الصحيح، ولكنه ينتمي إلى الضحايا وأتباعهم وليس للدولة، ولذلك فإنّ من حق الضحايا وحدهم أن يعاقبوا النَّاس الذين يسيئون

Cf. R.A. Duff, *Answering for Crime* (Hart, 2006); and J. Gardner, 'The mark of (13) responsibility', *Oxford Journal of Legal Studies* 23 (2003), 157-71.

H. Bianchi, 'Abolition: assensus and sanctuary' in R.A. Duff and D. Garland (eds.), (14) *A Reader on Punishment* (Oxford University Press, 1994), ch. 15. See also H. Bianchi, *Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control* (Indiana University Press, 1994).

إليهم. وبوسع الضحايا أن يفوضوا هذا الحق لطرفٍ ثالث مثل الدولة، ولكنهم ليسوا بحاجة إلى ذلك.

وهناك صيغة ثالثة من الاعتراض تنازع في حق الضحية الحصري في العقاب، وتنكر أن للدولة الحق الحصري، وترى وجهة النظر هذه أن للجميع الحق التنفيذي الطبيعي في معاقبة النَّاس على التجاوز، وهنا «الجميع» يشمل الدولة، ولكن الدولة ليست الطرف الوحيد الذي يحق له أن يدعو النَّاس إلى تحمل المسؤولية عن ارتكاب مخالفات جنائية، في نطاق ولايتها القضائية⁽¹⁵⁾.

وبعض الردود على هذه الاعتراضات اختيارية، وبعضها غير اختيارية. إن المنظرين الذين يسوقون حجة اختيارية لصالح حق الدولة الحصري في العقاب، إما أن يزيلوا الترتيبات التعاقدية الصريحة أو الضمنية التي أبرمها النَّاس مع الدولة، والتي تنقل إليها الحقوق التي لولاها لكانوا بطبيعة الحال سيعاقبون بعضهم على ارتكاب أيِّ تجاوز، أو على نحو أقل إلحاحاً؛ فإنها تزيل جذور هذا الحق في تأييد المواطنين الديمقراطي المستمر لممارسات العقاب التي تطبقها الدولة⁽¹⁶⁾. والواقع أن المُنظرين الذين يعطون تفسيراً غير اختياري يجذرون حق الدولة الحصري في العقاب على المنافع العامة، المستمدة من الدولة التي تتمتع بحق حصري.

يجادل بعضهم في أن الدولة لا بد أن يكون لها الحق الحصري في العقاب؛ لأنَّ هذا الترتيب فقط هو الذي يقيم الصلة بين حكم الدولة بأنَّ بعض الأفعال خطأ، وبين ملاءمة فرضها عقوبات محددة على الشخص المتجاوز⁽¹⁷⁾.

(15) For a defence of this Lockean view, see C.H. Wellman, *Rights Forfeiture and Punishment* (Oxford University Press, 2017), ch. 3.

(16) Cf. R. Dagger, 'Social contracts, fair play, and the justifications of punishment', *Ohio State Journal of Criminal Law* 8 (2010-11), 341-68

(17) A. Harel, 'Why only the state may inflict criminal sanctions: the case against privately inflicted sanctions', *Legal Theory* 14 (2008), 113-33.

وآخرون ينص تركيزهم على الفعالية النسبية للدولة، وقدرتها على البحث عن الحقيقة في مجال العدالة الجنائية. وهم يدعون أنّ العمليات، والإجراءات الرسمية والمؤسسية - في ظروف محددة - أكثر موثوقية من ممارسات الحكم الخاصة. ولهذا السبب؛ ينبغي لكل من مسؤولي العدالة الجنائية، والمواطنين العاديين أن يتبعوا قواعد العقاب القانوني، حتى عندما تصل عملية العدالة الجنائية المؤسسية أحياناً إلى النتيجة الخطأ⁽¹⁸⁾. والواقع أنّ الرأي الأكثر عمومية لحق الدولة الحصري في العقاب؛ يضرب بجذوره في الأهداف المميزة للعقاب القانوني التي تتضمن، كما نُوقش سابقاً:

(1) العدالة الجزائية.

(2) الردع العام.

(3) التعليم الأخلاقي.

(4) التعبير عن قيم مجتمعية محددة.

(5) استعادة الضحايا.

(6) إطلاق التوترات الاجتماعية الهدامة.

ويزعم بعضهم أنّ الهدف الأكثر بروزاً هو الردع، فالظروف قد تتدهور بسرعة إذا لم تهتم الدولة بهذه الأهداف الستة، وبشكلٍ خاص هدف الردع⁽¹⁹⁾. بطبيعة الحال؛ حتى لو كانت الدولة قادرة على تحقيق هذه الأهداف على أفضل وجه؛ فإنّ هذا لن يمنحها بالضرورة حقاً حصرياً في العقاب.

يجادل بعضهم أنّ ما يعطيها هذا الحق هو أهمية الأهداف محل النظر، وهذا يعني أنّ العدالة الجنائية والعقاب، في ضوء المخاطر الجسيمة والعالية

D. Estlund, 'On following orders in an unjust war', *Journal of Political Philosophy* 15 (18) (2007), 213-34.

Wellman, *Rights-Forfeiture*, ch. 3.

(19)

التي يتعرض لها كل من الناس والمجتمع، مختلفان عن القضايا السياسية الأخرى، وهذا يفسر السبب الذي يجعل من حق الدولة في الرد أن يكون أرفع من حقوق الأفراد في الرد على بعض الأخطاء التي ارتكبت في حقهم⁽²⁰⁾.

ولكن بوسعنا أن نزعم أننا قادرون على تقديم ادعاء مماثل فيما يتصل بتنشئة الأطفال، أو على وجه التحديد أنه من الأهمية بمكان أن نقدمه على النحو الصحيح؛ لأن المخاطر مرتفعة والمجازفات بالغة الخطورة. ولكن هل يبرر هذا تخصيص حقوق تنشئة الأطفال بشكل حصري للأشخاص الذين هم في وضع أفضل ل تربية الأطفال تربية حسنة الذين ربما لا يكونون غالبًا الآباء البيولوجيين؟

قطعًا لا. إن خطة إعادة توزيع تربية الأطفال تعمل على نحو مُنافٍ للحدس إلى حدٍ كبير. لذا، فقد نتساءل، قياسًا على هذا، ما إذا كانت الأهمية كافية لمنح الدولة (الشرعية) حقًا حصريًا في العقاب.

فضلاً عن ذلك؛ وحتى لو كانت الدول في أفضل وضع من حيث المبدأ لتحقيق الأهداف المهمة للعقاب، فإنها لا تحقق بالضرورة تلك الأهداف على أفضل وجه، أو بشكل جيد من خلال الممارسات العقابية التي تستخدمها حاليًا، وخاصة في الأنظمة الأنجلو أمريكية، حيث يمارس العقاب على نحوٍ قاسٍ يشمل الغرامات، والخدمة المجتمعية، والتشهير، والحبس، والأحكام الإلزامية الدنيا، والأحكام بالسجن مدى الحياة، والسجن المؤبد دون إفراج مشروط، وفي بعض الولايات القضائية، الحبس الانفرادي، والإجهاد البدني الشديد، والإعدام. وهذه هي الممارسات المعترف صراحة بأنها جزء من نظام العقاب القانوني. تأتي معها مجموعة من الأعباء العرضية، والحادثة، والمتهورة وغير الملحوظة، مما يجعلها تبدو جزءًا من العقوبة:

Wellman, Rights-Forfeiture, ch. 3.

(20)

أولاً: كثيراً ما تحرم الممارسات العقابية الناس من حرية ممارسة حياة أسرية عادية والحفاظ عليها، كما هو حال الحق في رعاية الآخرين، والحق في الخصوصية، وممارسة درجة معقولة من التحكم المشترك.

ثانياً: نتيجة لذلك؛ فإن الممارسات العقابية تضر بالمُعالين والشركاء الذين أسئ إليهم بقطع روابطهم الاجتماعية.

ثالثاً: كثيراً ما تشوّه الممارسات العقابية سمعة الناس المعتدين، وتلومهم وتجردهم من إنسانيتهم، وتصم هؤلاء بأنهم محتالون، أو مساجين، أو مجرمون، تعرضهم لـ: مخاطر الأمراض، والإصابات، والعنف، والاعتداء الجنسي، تستخدمهم باعتباره وسيلة للعمالة الرخيصة أو المجانية؛ وتحرمهم من التحكم بذواتهم والاحترام واحترام الذات.

وعلى الرغم من أنّ بعض المنظرين والسياسيين يرون أنّ أعباء -مثل الوصم بالعار والمصادرة الشاملة لـ.. الحقوق هي جوانب أساسية للعقاب المشروع؛⁽²¹⁾ فإنّ العديد من المنظرين يرغبون في أن يُرى العقاب يُمارس بطرق إنسانية، ويمكن تقريب المنافع التي ترمي التدابير القاسية إلى تحقيقها أو تحقيقها فعلاً أو تحسينها من خلال مزيد من خلال إجراءات أكثر إنسانية⁽²²⁾. واتباع ممارسات. عقابية أكثر اعتدالاً أو مؤسسات غير عقابية، مثل: (الوساطة، والتحكيم، والتعليم، والصحة، والسكن، والعمل) قد تؤمن هذه الأهداف على نحو أفضل من ممارساتنا الحالية للعقاب. ويدرك أغلب المفكرين أيضاً أن الفوائد المزعومة المترتبة على أي شكل من أشكال المعاملة القاسية العقابية قد

(21) C.W. Morris, 'Punishment and loss of moral standing', *Canadian Journal of Philosophy* 21 (1991), 53-79. See also D. Kahan, 'What do alternative sanctions mean?', *University of Chicago Law Review* 63 (1996), 591-653.

(22) الرأي القائل: إنّ المجتمعات التي لديها نظم عقاب أكثر اعتدالاً، تميل إلى أن تكون مستويات الجريمة، والعودة إليها أقل، انظر: Whitman, *Harsh Justice*.

تكون أقل أهمية من الفوائد الأخرى التي نستطيع تأمينها من خلال إعطاء الأولوية لأهداف أخرى. وهناك تساؤلات إضافية أكثر عمومية حول موقف الدولة من العقاب، وتشمل الآتي:

هل تستطيع أي دولة أن تفرض حقًا حصرًا في المعاقبة، أو يجب عليها أن تلبى معايير محددة من السلطة الديمقراطية الليبرالية المشروعة والسلطة القانونية اللازمة لسن القانون الجنائي؟ هل يجب أن يتطابق قانونها الجنائي مع درجة معقولة من المعايير الأخلاقية الصحيحة موضوعيًا؟ وهل يجب أن يُخدم جميع مواطنيها على قدم المساواة، مما يمنحهم فرصة حقيقية جيدة -على الأقل- لتجنب خرق القانون؟ وهل يجب أن تعاقب بإنصاف وعدل؟

إن المنظرين الذين يرغبون في الدفاع عن استخدام العقوبة كما تمارس في مجتمعات مثل مجتمعاتنا؛ لا بد أن يشرحوا لماذا لا تحتاج الدولة إلى تلبية كل هذه المعايير؛ لأن قلة من الدول -إن وجدت- هي التي تفعل ذلك حقًا.

3. من الذي يعاقب بشكل مشروع؟ ولماذا؟ وما حجم العقاب؟

يتعلق الشرط الثاني المتعلق بحق الدولة في العقاب بسمات الشخص الذي سيتعرض للعقاب. حتى لو كان للدولة حق حصري في العقاب؛ فإن ذلك لا ينطوي على حق في معاقبة كل من يخطئ في ارتكاب الجريمة ويمكن معاقبته عليها.

يجب على منظري العقاب الإجابة عن أسئلة عدة، مثل: من المعرض للعقاب؟ وما شروط الإدانة؟ وهل يمكن أن تُعاقب على فعل فقط، أو على العواطف والفكر أيضًا؟ هل يمكن معاقبتنا على الأفعال (الفعل الإجرامي) وحدها، أو فقط مع مصاحبة حالات عقلية (النية الإجرامية)؟⁽²³⁾

(23) للاطلاع على مناقشة القضايا ذات الصلة، انظر الفصل الذي كتبه هولتون عن «السببية والمسؤولية»، في هذا الكتاب.

إن الإجابات على هذه الأسئلة سوف تكون مختلفة اعتمادًا على ما نعتقد أنه الغايات التي يسعى العقاب إلى تحقيقها على النحو اللائق. وفيما يتعلق بالنموذج التّطوعي البحت لمكافحة الجريمة، مثل: رأي الردع، فإن العقاب بوصفه طريقة فعالة للحد من الجريمة هو شرط كافٍ لتبرير ذلك، ولكن يبدو أن هذا يعني عدم وجود شرط المسؤولية الفردية.

قد يكون وجود قدرٍ ضئيل من المسؤولية -أو حتى انتفاؤه تمامًا- متوافقًا مع إمكانية التعرض للعقاب، فهو يعتمد على أكثر شيء فعالية. ولهذا السبب فإن وجهة النظر التّطوعية تتفق مع المسؤولية الصارمة (الفعل الجرمي فقط)، أو حتى -كما رأينا أعلاه- مع معاقبة الأبرياء (أي: ليس حتى فعلاً إجرامياً).

إن أسباب الاعتقاد بأن المسؤولية الفردية مع النمط المألوف من الأعدار تكون بالضرورة من الأسباب العملية، أي: إن قصر العقاب على بناء محدد لعقوبة فردية يخدم أهداف الحد من الجريمة على أفضل نحو. وقد تكون هذه هي الحال -على سبيل المثال- إذا تابعنا جيرمي بينثام في أن احتمالية كون الأشخاص الذين يرتكبون الجرائم دون قصد تقل احتمالات خطورتهم، وبالتالي أقل احتياجًا إلى الردع، مقارنة بأولئك الذين يرتكبونها عمدًا.

وعلى النقيض من هذا؛ فمن وجهة النظر الوراثة التي ترى في التجاوزات الفردية ضرورة كافية لتبرير العقاب في ظل ثوابت العوامل الأخرى، فمن الضروري أيضًا تبرير الشرط اللازم للعقاب بأن يرتكب الفرد تجاوزًا (أخلاقيًا). لذا فإن الخطأ لا مناص منه، فلا يمكن أن تكون المسؤولية صارمة. من وجهة النظر هذه؛ يجب على هذا الفعل أن يظهر شكلاً ما من سوء النية أو الفشل الأخلاقي في التعامل مع الفاعل - عدم احترام القانون، أو المعايير الأخلاقية، أو مصالح ضحايا الفعل - حتى تصبح العدالة في هذه الحالة هي التي تتطلب العقاب.

وهذا بدوره يتطلب نوعًا ما من حرية الإرادة؛ لأنّ الفعل لا بد أن يمثل

إرادة الشخص حقًا، وليس ببساطة أثرًا لحادث أو مرضًا عقليًا أو جهلاً مبررًا، وكل هذا يتوافق مع توجه الفاعل نحو المعايير الأخلاقية ذات الصلة التي لا تشوبها شائبة.

توجد مساحة من وجهات النظر فيما يتصل بما يعنيه فعل الفاعل في تمثيل مواقفه، وأنواع الاعتلال التي يجب علينا أن نتقبلها في تجاهل بعض مواقف الفاعل بوصفها منتجات أقرب إلى الظروف من «داخل نفسه»⁽²⁴⁾. مجمل القول: إن تبرير العقاب في النظرة الوارثية يتطلب تصورًا للمسؤولية الأخلاقية يفسر الشروط التي يجب على المؤسسة أن تضمنها لكي تكون العقوبة استجابة مناسبة بطبيعتها.

هناك نوعان من النظريات الهجينة التي يمكننا ملاحظتها بسرعة:

النوع الأول: هو في الأساس وجهة نظر تطلعية، ولكنه يعترف بالقيم الأخلاقية بخلاف الضرورة لتعظيم الصالح الاجتماعي العام. على سبيل المثال: إذا كانت هناك قيود أخلاقية من نوع ما تستبعد معاملة الأفراد على أنهم مجرد وسيلة لتحقيق غاية، فلعل الأشخاص الذين أساءوا يجب أن يكونوا مذنبين أخلاقيًا قبل أن يسمح باستخدام عقابهم لردع الآخرين.

والواقع أن هذه التركيبة من المسؤولية الأخلاقية والأهداف التطلعية تُعد من سمات «القصاص السلبي» - وجهة النظر القائلة بأن التجاوز من جانب الفرد يجعل الشخص عُرضة للعقاب، ولكنها تنكر أن مثل هذه العقوبة مناسبة بطبيعتها؛ وإذا كان لنا أن نعاقب، فلا بد أن يكون ذلك راجعًا فقط إلى أن العقاب يخدم أغراضًا تطلعية.

أما النوع الثاني: فيستند إلى موقف هارت في ورقته الكلاسيكية «المسؤولية القانونية والأعذار»⁽²⁵⁾.

S. Wolf, Freedom within Reason (Oxford University Press, 1993). (24)

H.L.A. Hart, Punishment and Responsibility (Oxford University Press (2008, orig. published 1958). (25)

هنا تتلخص الفكرة في أنّ الإدانة الفردية أمر مهم، ليس لأن ترك الجزاء يشكل أهمية كبرى، ولكن بالأحرى؛ لأنه يسمح لمؤسسة ذات نظرة تطلعية أساسًا لمكافحة الجريمة بأن تفسح المجال لحرية الفرد؛ عن طريق ضمان أن يكون للفرد نوع من السيطرة على ما إذا كان عرضة للعقاب.

يجادل هارت بأنّ أهمية شروط المسؤولية غير الصارمة -التي تتطلب فعليًا بعض الإجراءات التطوعية لتحمل المسؤولية- هي أنه يجب على المرء أن يتصرف طواعية لتحمل المسؤولية، وبالتالي؛ الاحتفاظ بحرية تجنب العقوبة. إذا كانت المسؤولية صارمة؛ فلا يمكن للمرء أن يحدد ما يمكن أن يحدث الذي سيُجلب خطر العقوبة.

يرى هارت أنّ هذا الاحتمال يمثل قيدًا غير مبرر على الحرية الفردية. لذلك يدعم نموذج هارت المسؤولية غير الصارمة دون الموافقة على الادعاء الجزائي بأنه من خلال ارتكاب خطأ يغير الشخص بطبيعته مسؤوليته الأخلاقية حتى يتعرض للأذى.

لتكون معقولة؛ يجب التوفيق بين النماذج المذكورة أعلاه مع مختلف البديهيات حول المسؤولية عن العقوبة. على سبيل المثال: هناك حدس منطقي مفاده: إنّ الأطفال الصغار والأشخاص الذين يعانون إعاقات إدراكية شديدة والأشخاص الذين لم يرتكبوا أي جريمة؛ ليسوا معرضين للعقاب. هناك أيضًا مجموعة ثابتة من المبررات والأعذار، مثل: الدفاع عن النفس والاستفزاز/ فقدان السيطرة والإكراه وما إلى ذلك مما يستبعد العقوبة تمامًا.

هناك حدس منطقي آخر مفاده: إنّ الأشخاص الذين يتوبون ويعتذرون ويسعون إلى التعويض عن أخطائهم قبل أن يُعاقبوا ينبغي ألا يُنظر إليهم بنفس النظرة للأشخاص غير النادمين على أخطائهم؛ إذا كان من الممكن التخفيف من شدة الخطأ من خلال التوبة والإصلاح، وإذا كانت العقوبات ترمي إلى تتبع الأهداف العامة التي تسعى إلى تبريرها، فعندئذٍ -غالبًا- يجب أن نعاقب التائبين

بشكل أقل من الحالات الأخرى، بل ربما لا نعاقبهم أبدًا؛ لأن معظم الأهداف المعلنة للعقاب ستكون قد تحققت قبل معاقبتهم.

حدس آخر لدى الكثيرين؛ هو أنّ الأشخاص الذين يعيشون في ظروف إجرامية - مثل: الاضطهاد، أو الفقر، أو البيئات التي يكون فيها العنف بين الشباب هو القاعدة - بسبب الظلم البنيوي أو ظلم التوزيع هم أكثر عرضة لارتكاب جرائم نتيجة ذلك، وهم أقل ذنبًا من الأشخاص الذين ارتكبوا الجرائم ذاتها، ولكنهم لم يعيشوا الظروف ذاتها، وبالتالي، يجب عد الأول أقل عرضة للعقاب⁽²⁶⁾.

كما قلنا في مُستهل هذا القسم، تنسجم آراء المسؤولية مع الآراء من الهدف العام للعقاب. تتمثل إحدى طرق الحكم بين مختلف وجهات النظر - المتطلعة للأمام، والوراثية التي تنظر للخلف،- المتعلقة بالعقاب تتمثل في أيهما الذي يعطي الإجابة الأكثر منطقية على سؤال؛ ما الذي يبرر العقوبة، ويتعلق به أيضًا وجهة النظر اللازمة عن شروط المسؤولية، على سبيل المثال: إذا كان لدينا حدس مفاده: إن الندم أو التنشئة الإجرامية؛ ذات صلة بالحد من المسؤولية، فهل يمكن أن يكون ذلك لأن -كما هو الواقع- معاقبة مثل هؤلاء الأشخاص من غير المحتمل أن يقلل من الجريمة، أم أنه مجرد حدس راسخ أن مثل هؤلاء الأشخاص يستحقون عقابًا أقل؛ لأن أفعالهم لا تظهر مثل هذا التجاهل الصارخ للقانون والأخلاق كما كانوا سيظهرونه لو تم تنفيذها في غياب الندم أم التنشئة الإجرامية؟

4. بدائل العقاب:

ونتهي هذا الفصل بالنظر إلى بدائل العقاب، وبالرغم من أننا اتبعنا الخطوط العريضة للمناقشات الأخلاقية التقليدية حول العقاب من خلال النظر

V. Tadros, 'Poverty and criminal responsibility', Journal of Value Inquiry 43 (2009), (26) 391-413.

إلى الكيفية التي يمكن بها تبرير العقوبة وليس ما إذا كان ذلك مبررًا؛ فإننا نود أن نوضح أن السؤال المطروح هو: هل يمكن تبرير العقوبة؟ هذا احتمال يجري التفاوض عنه، على الرغم من أن الفلاسفة سيقولون في كثير من الأحيان: إن محاولاتهم لتبرير العقوبة؛ يضعونها كبناء افتراضي مُسبق بأن مثل هذه المحاولات قد تفشل. يتم بذل جهد فكري أكثر بكثير لتبرير العقوبة بدلًا من الخروج ببدائل واقعية.

ولهذا السبب؛ لا يُوجد ما يشبه الكتابات المتقنة ذاتها عن بدائل العقاب، بيد أننا نود أن نعرض الاستراتيجيات الجدلية المفتوحة أمام دعاة إلغاء الرق، وما ينبغي أن يعرفوه لإنجاح قضيتهم، فبعضهم يرفض العقاب وبدائله. وهو يفعل ذلك؛ لأنهم يعتقدون أن العقوبة لا يمكن تبريرها أبدًا، على الأقل ليس للبشر مثلنا. ويرى آخرون أنّ العقاب غير مبرر بسبب الطريقة التي يتم بها تنظيم المجتمع والأشكال الخاصة به من العقوبة في الوقت الحالي، وقد يتغير هذا.

وقد يقارن هذا الرأي الأخير، الأقل راديكالية، بما يُسمى: «المسالمة المشروطة» الرأي القائل بأن المسالمة مطلوبة، ليس لأن استخدام القوة المميتة في الدفاع عن النفس غير مبرر دائمًا، ولكن لأن وقائع الحرب الحديثة تعني أنه لا توجد طريقة للتمييز بواقعية بين الأبرياء وغير الأبرياء، أو ببساطة رفض هجوم غير مبرر، وفيما يتصل بالعقاب، فإن هذه النزعة «إلغاء الرق المشروط» قد تكون وجهة النظر القائلة بأنه؛ نظرًا للتداخل بين الصناعة والسجن والصلة، وبين السياسات الديمقراطية والنظام العام، لا توجد طريقة واقعية يمكن بها تنفيذ العقوبة بطريقة مبررة في مجتمعاتنا.

كيف يمكن للمرء أن يجادل في الاستنتاج الأقوى بأنّ العقوبة غير مبررة من حيث المبدأ؟

تميل الحجج المؤيدة لبدائل العقوبة إلى أن تعكس محاولات التبرير التي

سلطنا عليها الضوء سابقًا. وكما رأينا؛ فإنه ليكون هناك مبرر لعمل محدد من أعمال عقوبة الدولة؛ فيجب أن يحقق العقاب هدفًا مهمًا، وألا توجد طرق أفضل وأقل ضررًا لخدمة هذا الهدف، وإن من حق الوكالة التي تنفذ العقوبة أن تفعل ذلك، وإن قدرة المفوض على المعاقبة تجعل العقوبة عادلة أو مستحقة أو حتى مبررة. هذه الشروط ضرورية وكافية بمجموعها، وهذا يعني أنّ مؤيد بدائل العقوبة يحتاج إلى إظهار أن الحجة لصالح العقوبة ضعيفة لأي أساس من هذه الأسس؛ من أجل إظهار أن هناك حاجة إلى بديلٍ ما.

هل إجراءات العقاب النشطة ضرورية حقًا لمجتمعات مثل مجتمعاتنا لتنتقل بفعالية أن سلوكيات محددة محظورة، وأن الأشخاص الذين ينخرطون فيها يجب أن يتعهدوا بالتوبة والاعتذار واستعادة العلاقات، أم أن هناك آليات أخرى ذات مصداقية أو ذات مصداقية أكبر لتصحيح الأخطاء وإصلاحها، مثل: تعويضات الضحايا؟ فضلًا عن ذلك؛ هل تُوجد آليات أقل تكلفة للتأثير في سلوك النَّاس وتوجيههم مقارنة بالتهديد بالعقاب؟

وتشمل بعض الاحتمالات التي يستكشفها المنظرون حاليًا: التنبيه، والضغط الاجتماعي، والوضع، والمعايير الثقافية⁽²⁷⁾. يمكن لمثل هذه التأثيرات الاجتماعية أن تمس الكيفية التي ننظر بها إلى مطالب القانون؛ لأن المطالبة بـ: معيار، أو حكم، أو قانون ليس مقدارًا ثابتًا، بل هو مرن ويعتمد إلى حدٍ كبيرٍ على ظروفنا، أو ما يسميه علماء النفس (الموقفية)⁽²⁸⁾.

نحن نميل إلى الرغبة فيما عند النَّاس حولنا وما يريدونه، ومن ثم؛ فإنَّ المطالبة باتباع القانون، أو الاعتذار عن خطأ ما وتصحيحه عندما نخالفه، يمكن

See, for example, R.T. Thaler and C.R. Sunstein, *Nudge: Important Decisions about Health, Wealth and Happiness* (Yale University Press, 2008). (27)

J. Lichtenberg, *Distant Strangers: Ethics, Psychology, and Global Poverty* (Cambridge University Press, 2014), 122ff. (28)

أن يتضاءل لدينا عندما تدعم بنيتنا الأساسية المحيطة واعتيادنا واهتماماتنا بشأن منزلتنا الالتزام بالقانون.

باختصار؛ إذا كان بوسعنا أن نغير الأعراف الاجتماعية والتوجهات ذات الصلة بالقانون؛ فبوسعنا أن نجعل اتباع القانون أقل تطلبًا.

إنَّ الاهتمام بموقفنا الحالي يولد استجابة للمنظرين الذين يجادلون بأن اللوم والاستياء هما استجابات طبيعية ومناسبة للسلوك غير المشروع. إذا كانت هذه الاستجابات طبيعية (أي: معتادة) ومناسبة، فهي ليست الردود الوحيدة الطبيعية والملائمة. التعاطف والتسامح واللفظ والرحمة؛ هي أيضًا ردود طبيعية ومناسبة على المخالفات، خاصة عندما نتذكر أننا جميعًا بشر غير معصومين من الخطأ وغير عقلانيين بشكلٍ يمكن التنبؤ به، ومن المرجح أن نستجيب بطرق عدوانية أو شرهة، أو نسعى لحماية أنفسنا عند مواجهة أنواع محددة من الضغوط. لتقدير مدى ملاءمة الردود المتعاطفة، سنحتاج إلى تعديل أعرافنا الاجتماعية المحيطة بالجريمة والعقاب.

في مجتمعنا الحالي؛ فإنَّ مثل هذا التعديل من شأنه أن يرقى إلى نوعٍ من الثورة الأخلاقية، ولكن هذه الثورات الأخلاقية في بعض الأحيان قد تحدث بسرعة، وكما يلاحظ كوامي أنثوني أביاه؛ فقد تخلت الصين في غضون جيل واحد عن ممارسة ربط الأقدام، وتخلت الإنجليز النبلاء عن المبارزة باعتبارها وسيلة من وسائل الدفاع عن شرفهم. وفي كل من الحالتين، اهتمت المجتمعات المعنية بالكيفية التي تظهرهم بها هذه الممارسات، وأصبح ينظر إلى تقييد القدمين بصفته وصمة عار على الشرف الوطني للصين، وبدأت المبارزة سخيفة للأرستقراطيين باعتباره وسيلة للدفاع عن شرفهم⁽²⁹⁾.

وقد تكون ثورة أخلاقية مماثلة ممكنة في استجابتنا للفعل الإجرامي غير

K.A. Appiah, Honor Code: How Moral Revolutions Happen (Norton, 2011).

(29)

المشروع إذا نظرنا إلى ممارساتنا المعاصرة على أنها مشينة. قد تتخذ مثل هذه الثورة أشكالاً مختلفة. أحد الخيارات هو التخلص من كل ما يرتبط بالعقاب، وكما سبقت الإشارة، اعتمدت بعض المجتمعات المحلية -بما في ذلك بعض الجهات القانونية- استجابات تصالحية وغير عقابية مثل: طقوس الشفاء، والوساطة، والوضع تحت المراقبة التصالحية، ومؤتمرات المجموعات الأسرية⁽³⁰⁾.

وهناك خيار آخر يتمثل في محاولة إيجاد أشكال مؤسسية من العقاب، تعمل على تحقيق العدالة على نحو أفضل لروح تلك الاستجابات للانتهاكات التي نجدها مهمة في العلاقات الشخصية العادية، مثل: التعليم، وإذاعة المظالم المشروعة، واستعادة العلاقات، وتحسين التعاون، والترابط. وأفضل التدابير التي يمكن أن تدعم هذه الأهداف هي الإدانة الرسمية دون المعاملة العقابية القاسية، ورد الحقوق الإجباري، والملاذ والخدمة المجتمعية، ومع ذلك؛ فقد يجب علينا، في التحرك نحو هذا النهج أن نحفظ بمجموعة من التدابير الصارمة للرد على الأشخاص «الخطرين» الذين سيكون الاحتجاز الوقائي ضرورياً في حقهم. يتوقف الأمر -جزئياً- على نياتنا في عدّ هذا الاحتجاز عقوبة أم لا، وثمة بديل آخر له صلة بذلك هو استبعاد القضاء الجنائي تماماً، والاستعاضة عنه بمجموعة من تدابير القانون الخاص والوساطة، والاحتفاظ بقدر ضئيل من موارد الاحتجاز الوقائي، لتفعيله ضد العدد القليل نسبياً من الأشخاص الذين يعتدون باستمرار، ولا يمكن أن نتوقع منهم أن «يستقيموا» بمجرد تجاوزهم أوائل العشرينيات من أعمارهم.

خلاصة القول:

في هذا الفصل قمنا باستقصاء الاعتبارات الرئيسية التي يتم التعريف بها

J. Braithwaite, 'Repentance rituals and restorative justice', *Journal of Political Philosophy* 8 (2002), 115-31.

كأهداف مشروعة يسعى إليها نظام العدالة الجنائية، ويشمل ذلك: الردع، والعجز، والإصلاح، والقصاص، والعدالة التصالحية للضحايا، والأمن، والتعليم الأخلاقي، والتعبير عن قيم مجتمعية محددة، وإطلاق التوترات التخريبية.

وقد لاحظنا بعض الاعتراضات الرئيسية على الرؤى التطلعية، والوراثية لتبرير العقوبة، كما عيّننا شروطاً محددة يجب أن يستوفيهها كل من المعاقب والمعاقب؛ لكي تكون العقوبة مشروعة.

الفصل الرابع عشر

القانون الدستوري

ميتشل ن. بيرمان

القانون الدستوري هو موضوع مترامي الأطراف، يشمل العديد من الموضوعات المتعلقة بالجانب القانوني والفلسفي.

يتناول هذا الفصل عددًا من أهم القضايا الأساسية التي نُوقشت على نطاق واسع، وقد قُسم إلى ثلاث مجموعات:

أولاً: ما القانون الدستوري؟ وما سماته أو وظائفه الأساسية أو الضرورية؟

ثانيًا: ما الدور المناسب للسلطة القضائية في إنفاذ القانون الدستوري؟

ثالثًا: كيف ينبغي تفسير الدساتير؟ تحت هذه العناوين، يتناول الفصل بالدراسة من بين أمور أخرى: لغز الدساتير «غير المكتوبة»، والفروق بين «الاتفاقيات» الدستورية والقانون الدستوري، والعلاقة بين نظريات التفسير الدستوري والتفسيرات الفقهية العامة لطبيعة أو محتويات القانون.

إن معظم المسائل التي تتعلق بالحقوق الدستورية بصفة خاصة تقع خارج نطاق هذا الفصل.

1. المفاهيم والمصطلحات والميزات والوظائف:

ما القانون الدستوري؟ لئن كان هذا هو السؤال الطبيعي الأول الذي ينبغي أن نطرحه؛ فإن الإجابة عن هذا التساؤل متساوية من حيث الطبيعة، فالقانون

الدستوري هو قانون الدستور، أو ما يتصل به. والواقع أن هذا الرد بالرغم من كونه صحيحًا إلى حدٍّ معقول؛ ليس مثريًا إلى حدٍّ كبير؛ لأنه يثير السؤال الإضافي: ما «الدستور»؟ ولهذا السؤال إجابتان على الأقل.

المعنى الأول للدستور يرجع إلى أرسطو الذي عرّفه على نطاق واسع بأنه: «تنظيم المناصب في الدولة الذي يتم من خلاله توزيعها بطريقة ثابتة، وتكون السلطة السيادية فيه حازمة، وطبيعة النهاية التي تسعى الهيئة إلى تحقيقها، وكل أعضائها مقررة»⁽¹⁾.

وبمعنى أرسطي فضفاض؛ يشكل دستور الدولة مجموعة من: القواعد، والمعايير، والمبادئ، والممارسات الأساسية التي تحكم توزيع السلطة السياسية وممارستها. ولكن في كثير من الأحيان، عندما يتحدث الناس عن دستور دولة ما؛ فإنهم لا يشيرون إلى الطرق المركزية لترتيب السلطة السياسية وممارستها، بل إلى أداة مكتوبة محددة تهدف إلى تأسيس هذه الترتيبات الأساسية.

النماذج التاريخية هي دستور الولايات المتحدة الذي تم التصديق عليه في عام (1789) وما زال ساريًا، والدستور الفرنسي الذي لم يدم طويلًا في عام (1791)، وعلى الرغم من وجود سيل من كتابة الدساتير في القرن التاسع عشر؛ فإن العصر الحقيقي للدساتير المكتوبة يرجع إلى النصف الثاني من القرن العشرين، وهو نتاج لموجات متعاقبة من صنع الدساتير بعد الحرب العالمية الثانية، وإنهاء الاستعمار، والتحول الديمقراطي في أمريكا اللاتينية، وسقوط الاتحاد السوفيتي.

اليوم، وبإحصاء حديث؛ تتباهى (203) دولة بالمواثيق الدستورية، وكما يفعل عددٌ متساوٍ أو أكبر من الكيانات السياسية دون الوطنية مثل: الولايات الأمريكية والولايات الألمانية⁽²⁾.

Aristotle, Politics, Book III.

(1)

(2) لا يوجد دستور مكتوب متخط للحدود القومية معترف به عمومًا، في عام 2004 صيغت =

أغلب هذه الوثائق يُطلق عليها رسميًا «الدستور» - كما هو الحال في «دستور جمهورية جنوب إفريقيا» - ولكن الدستور بوصفه وثيقة أساسية، ينبغي لنا ألا نسميه «الدستور»؛ لكي يصبح مؤهلًا. من الواضح أن «القانون الأساسي» الألماني دستور.

ولكي يظل هذان المعنيان لـ «الدستور» واضحين؛ يميز العلماء أحيانًا بين دساتير «العصور القديمة» والدساتير «الحديثة»، أو بين الدساتير «بحرف (C) صغير» والدساتير «بحرف (C) كبير». يشير الدستور «القديم» أو «بحرف (C) صغير» إلى البنية الأساسية للدولة أو تنظيمها، ويشير الدستور «الحديث» أو «بحرف (C) كبير» إلى «الأداة الدستورية» أو «الميثاق الدستوري».

وبالرغم من أن الصكوك الدستورية تختلف في تفاصيل لا حصر لها، فإن العديد من المظاهر تكاد تكون منتشرة في كل مكان. إليك أربعة منها:

أولاً: تنص الصكوك الدستورية في مختلف أنحاء العالم تقريبًا على أن القانون الذي تنشأ منه؛ متفوق قانونًا على القانون «العادي»، حيث يتم حل التعارض بين القواعد القانونية للوضع الدستوري، وغير الدستوري لصالح القانون الأول، وليس لصالح التشريع الأخير على سبيل المثال.

ثانيًا: من الصعب عمومًا تغيير الصكوك الدستورية.

ثالثًا: تخول هذه الصكوك، أو تعترف بشكلٍ روتيني بالحقوق الدستورية، مثل: حقوق حرية التعبير والمعتقد، والحق في المساواة في المعاملة أو عدم التمييز، والحماية الجنائية - الإجرائية.

رابعًا: كثير من الدساتير المكتوبة تتضمن لغة - خاصة فيما يتعلق

«معاهدة لإنشاء دستور لأوروبا»، ولكن لم يصادق عليها. إن التمسك بالدستورية فوق القومية، والدستور الوطني يشكّلان موضوعًا ذا أهمية علمية متزايدة، ولكنها تقع خارج نطاق هذا الفصل.

بالحقوق- تكون أكثر غموضًا، أو عموميةً من خصائص النصوص ذات الحجية القانونية في ذلك النظام القانوني.

كلها تثير قضايا ذات اهتمام فلسفي، أما رابعًا، فتتعلق بهوية التفسير الدستوري وكيفيته، كما سيلاحظ في الفروع اللاحقة، وتستحق الملامح الأخرى تعليقًا موجزًا هنا. إنَّ العاملين الأولين: التفوق، والترسيخ، متشابكان بشكل وثيق، فالصكوك الدستورية تعتمد دائمًا -تقريبًا- بوسائل صارمة إلى حدٍّ غير عادي، بما في ذلك عن طريق الاستفتاء العام، أو بواسطة هيئات تمثيلية مؤقتة أحادية الغرض. وكثيرًا ما يكون الأساس المنطقي لهذه الطريقة مغلفًا بهذه الطريقة، فالقانون العادي تسنه الحكومة لتنظيم الشعب، في حين يتبنى الشعب الدساتير لتنظيم الحكومة. ويترتب على ذلك أن التشريعات ينبغي أن تكون خاضعة قانونًا للدستور، وأن الدستور لا يمكن تنقيحه بالتشريع العادي، وإلا فإن الهيئات التشريعية قد تتمكن بسهولة من الإفلات من أي قيود يفرضها الدستور. أما فيما يتعلق بالحقوق؛ فيقال أحيانًا: إنَّ الحماية الدستورية للحقوق ليست مجرد معيار أو أمرًا مستحسنًا، بل هي أساسية على نحوٍ ما.

يبدو أن هذا شرط غير لازم إذا قُرئ كادعاء بشأن السمات الضرورية من الجهة المفاهيمية لدستور ما، أو بشأن مفهوم وجود دستور، وربما تخلط مثل هذه المزاعم بين الدساتير (والقانون الدستوري) مع الدستورية.

ووفق أحد التعريفات المؤثرة؛ فإن «الدستورية لها سمة أساسية واحدة؛ وهي قيد قانوني على الحكومة، وهي مضادة للقانون التعسفي، وعكس ذلك هو الحكومة الاستبدادية، وحكومة الإرادة بدلًا من القانون،⁽³⁾ بعبارة أخرى؛ الدستورية مثال للأخلاق السياسية ذات الانتماءات الوثيقة لـ «سيادة القانون»، فهي الممارسة والسبل اللازمة لفرض القيود على السلطة الحكومية والحفاظ

C.H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Cornell University Press, (3) 1940), 21.

عليها وإنفاذها، ومثل سيادة القانون، فإن الدستورية صفة متدرجة وليست ثنائية، فالدولة قادرة على تثبيت قيمة الدستورية بدرجةٍ تزيد أو تنقص، ومع ذلك؛ فمن المعقول أن الدولة لا تسوغ التسمية التشريعية «الدستورية» ما لم تحترم الدستورية إلى حدٍ أدنى يصعب تحديده، ومن المعقول أيضًا - وإن كان مثيرًا للجدل - أن تتطلب هذه الدرجة الدنيا أن يكون للنظام دستور مكتوب يحمي بعض الحقوق المحددة. وحتى لو كان هذا صحيحًا؛ فيجب علينا أن نتوخى الحذر من اللبس المشترك، فتعبير «الدولة الدستورية» أو «النظام الدستوري» ينطبق على وصف دولة أو نظام إذا كان أحد اثنين (أ) يحترم الحد الأدنى من متطلبات الدستورية، أو (ب) يمتلك دستورًا مكتوبًا. (هناك احتمالات أخرى أيضًا).

وقد يستنتج المرء - غير المعتاد على هذا الغموض - من حقيقة مزعومة مفادها: أن الدولة لا تجسد بشكلٍ مُرضٍ قيم الدستورية، وبالتالي فإنها ليست «دستورية» بالمعنى الأول، بل إنها ليست «دستورية» أبدًا. ويشير هذا الاستنتاج الخاطئ إلى أن الدستور المفترض (بالمعنى الذي يدل عليه حرف C كبير) ليس دستورًا مفهومًا كما ينبغي، أو «بالمعنى الدقيق»، إذا لم يضمن حقوقًا أو حريات محددة. مثل هذا الادعاء يولد قدرًا من الارتباك أكثر من الوضوح: ما إذا كانت الدولة (أو إلى أي مدى) تلتزم بقيم الدستورية هو أمر، وما إذا كانت لديها أداة دستورية أو لا هو أمر ثانٍ، وما إذا كانت (أو إلى أي مدى) تتبع المتطلبات القانونية التي يمكن اشتقاقها من هذا الصك هو أمر ثالث.

وأيًا كانت السمات والوظائف المركزية للصكوك الدستورية، فإن الفشل في الفصل بين القديم والحديث، و(c) بالحرف الصغير و(C) الكبيرة، أو مفاهيم الدستور، كانت سببًا في تأجيج الشكوك في أنّ بريطانيا العظمى التي يُقال إنها تتمتع بدستور «غير مكتوب»، لديها دستور على أية حال.

الآن، دستور التقاليد البريطاني «غير المكتوب» بعيد كل البعد عن كونه

غير مكتوب في الواقع، إنه لا يستند على الممارسة والعادات القديمة وحسب، بل أيضًا على العديد من الآراء القضائية المكتوبة إلى حد كبير، ومجموعة من النصوص القانونية. ومن الأمور المثيرة للجدل؛ هو تحديد الأجزاء من النصوص التي لها وضع دستوري - وهذا أمر لا بد منه في الدول التي ليس لديها صك دستوري - ولذلك حددت اللجنة المشتركة لمجلس العموم البريطاني، ومجلس اللوردات في عام 2003 أكثر من عشرين قانونًا أساسيًا، أسهمت في «الخليط القانوني للدستور البريطاني»⁽⁴⁾ تتراوح هذه بين الوثائق القديمة، مثل: ماغنا كارتا (1297)، ووثيقة الحقوق، وقانون الاعتراف بالتاج والبرلمان الذي توج الثورة المجيدة عام (1688)، ومرسوم الاتحاد من القرن الثامن عشر، وبالتشريعات الأخيرة، مثل: قانون حقوق الإنسان عام (1998)، وقانون مجلس اللوردات عام (1999). وعلى هذا؛ فإنّ المعلقين يشيرون على نحو مُتزايد إلى الدّستور البريطاني (أو دستور المملكة المتحدة، يُستخدَم المصطلحان عمومًا بالتبادل) بوصفه «غير مُدوّن» وليس «غير مكتوب»، أيًا كان الأمر؛ مما لا شك فيه أنّ الدّول القليلة التي ليس لديها صكوك دستورية، مثل: (إسرائيل، ونيوزيلندا، فضلًا عن بريطانيا) لديها دساتير بحرف (C) صغير.

نظرًا؛ لا بد لكل دولة من دستور = (بالمعنى الأرسطي). وبطبيعة الحال -ولإعادة التأكيد- من المحتم أن تكون الحدود غير واضحة ويمكن التنافس عليها. واليوم يحظى المعنيان المتميزان للدستور بالتقدير، لكن لا يحظى بالتقدير ذاته أيضًا أن هذين المعنيين للدستور يقترحان بطبيعة الحال معنيين للقانون الدّستوري: القانون الدّستوري كما هو مدمج في الصك الدّستوري أو يمكن استخلاصه منه، والقانون الدّستوري بوصفه القانون الذي يتعلق بالدّستور بحرف (C) الصغير، أي: القانون الذي يحكم الترتيبات المركزية أو الأكثر جوهرية فيما يتصل بممارسة سلطة الدولة.

Joint Committee on Draft Civil Contingencies Bill - First Report (2003): [https://](https://publications.parliament.uk/pa/jt200203/jtselect/jtdcc/184/18402.htm) (4)

إنّ هذه المفاهيم المختلفة للقانون الدستوري تنشأ من القضية المعتادة (الدول التي تمتلك صكوكًا دستورية). ولنتذكر أننا قمنا في وقت سابق بتعريف الدستور بحرف (C) كبير بوصفه الأداة التي تهدف إلى إنشاء المؤسسات الأساسية للدولة، ووضع القواعد الأكثر جوهرية التي تحكم عملها.

إنّ كان مثل هذا الصك لا يتعلق إلا بما يمكن وصفه على نحو فضفاض (بالأسس المنظمة فقط) وإذا كانت جميع القواعد القانونية التي تتعلق بهذه الأسس مستمدة من الصك، فإنّ هذين التعريفين للقانون الدستوري يتطابقان، وسيكون القانون الدستوري على قدم المساواة، هو القانون النابع من الصك الدستوري، والقانون الذي يحكم الترتيبات الأساسية المتعلقة بممارسة سلطة الدولة، ولكن لا يتحقق أي شرط من هذين الشرطين.

أولاً: الكثير من الدساتير مليئة بالجزئيات، ومن المرجح أن يتم تضليل طلاب القانون الدستوري الأمريكي في هذه النقطة.

إنّ دستور الولايات المتحدة ليس أقدم دستور وطني قائم وحسب، بل إنه يشكل أيضًا الأقصر بـ (7500) كلمة فقط. ويتعلق عدد قليل من أحكامه بمسائل ليست محورية، ولكن الأمور مختلفة حتى في الولايات الأمريكية. على سبيل المثال: يبلغ دستور ولاية ألاباما (376،000) كلمة، (أكثر من 100،000 كلمة أطول من يوليسيس)، ويتضمن أحكامًا منفصلة لتجريم البغاء في جزء من مقاطعة جيفرسون (التعديل 688)، ولتحويل الهيئة التشريعية لتعزيز صناعة فول الصويا (التعديل 315).

أطول دستور وطني - وهو الدستور الهندي - ينص بشكل خاص (المادة 268) على فرض الرسوم على مستلزمات النظافة.

ثانيًا: في أغلب الدول التي تتمتع بصكوك دستورية، فإنّ بعض الترتيبات القانونية على الأقل، والتي تكون جوهرية بديها، أو تنتمي إلى الدستور بحرف (C) صغير، لا تستمد من الصك الدستوري.

ومن أمثلة الولايات المتحدة الأمريكية، قانون الإجراءات الإدارية عام 1946، الذي يحكم العمليات الأساسية للوكالات الإدارية (الفرع الرابع للحكومة). ولكل من هذين السببين؛ فإن ما هو موجود في الدول التي لديها صكوك دستورية؛ يتوقف على الكيفية التي يتم بها تصور فكرة القانون الدستوري ذاتها.

وإذا كان القانون الدستوري يتألف من مجموعة من القواعد القانونية التي تتعلق بالبنية الأساسية للدولة وتعهداتها؛ فإن القواعد القانونية مدمجة في صك دستوري، ولكنها هامشية لن تعد قانوناً دستورياً، وبعض القواعد القانونية التي تستمد من تشريع قانوني عادي سوف تكون كذلك. وبدلاً من ذلك؛ إذا كان القانون الدستوري هو القانون الذي يمكن إرجاعه إلى الصك، وإذا كان الصك يتناول بعض المسائل اليومية، فإن بعض القوانين الدستورية لن تتعلق بقضايا أساسية أو جوهرية، ولن تكون بعض الترتيبات القانونية الأساسية «دستورية».

تعبّر النظرية الدستورية الألمانية هذا المأزق المتواضع من خلال التمييز بين القانون الدستوري «الرسمي» (القانون الذي يتتبع القانون الأساسي)، والقانون الدستوري «الفعلي» (القانون الذي يتعلق بدستور حرف C الصغير).

إن النظرية الدستورية الأمريكية التي لا تعترف بالتمييز الألماني تتعامل ببساطة مع كل القانون النابع من الصك (وبالتالي، راسخة ومتفوقة قانونياً على المعايير الأخرى) بوصفه «قانوناً دستورياً» مهما كان تافهاً⁽⁵⁾.

هذا خيار معقول، ولكنه يدعو إلى التساؤل عما إذا كانت هناك أي جوانب تنبغي فيها معاملة القانون التشريعي الذي يعد، من جهةٍ ما أساسياً أو

(5) أعني أن أكون شاكاً قدر الإمكان فيما يتعلق بفكرة «الاستنباط» من الصك، سنبحث بعض الاحتمالات في القسم الثالث من هذا الفصل، والنقطة المهمة الآن هي استبعاد القواعد القانونية التي تستند إلى نص قانوني، أو مدمجة فيه.

دستورياً، على خلاف القانون التشريعي العادي والقواعد الأكثر شبهاً التي تستمد من الصك الدستوري.

وربما -على سبيل المثال-: ينبغي تفسير التشريعات التي تؤثر بشكلٍ كبير في دستور (C) الصغيرة على نحو أشبه بالمواثيق الدستورية وأقل شبهاً بالتشريعات العادية؛ إذا كان تفسير النوعين من الصكوك مختلفاً عمومًا في المقام الأول⁽⁶⁾.

ما القانون الدستوري في الدول التي تفتقر إلى الصكوك الدستورية؟ لا يمكن للقانونيين في هذه الدول أن يتصوروا القانون الدستوري كما هو مدمج أو مشتق من صك قانوني. وبدلاً من ذلك؛ فقد يفكرون بطبيعة الحال في القانون الدستوري بوصفه القانون الذي يتعلق بما يمكننا أن نطلق عليه: «الترتيبات الدستورية».

ليست كل السمات الأساسية والثابتة التي تصف توزيع سلطة الدولة وممارستها «قانونية»، أو تنتمي إلى «قانون» دستوري. إن بعض الترتيبات ليست أكثر من «ممارسات» اعتيادية وليست معيارية، ومع ذلك؛ فإن الأخرى التي تنطوي على طاعة للقواعد ربما لا تشمل القانون، فالقواعد يمكن أن تكون قواعد أخلاقية أو آداب سلوكية على سبيل المثال. إن المطلوب إذن هو وسيلة لإحياء الجزء القانوني من دستور (C) الصغيرة.

قدم المُنظَر الدستوري البريطاني الشهير إيه. في. دايسي اقتراحًا واحدًا. لقد أكد أنّ القانون الدستوري بالمعنى الدقيق لا يتضمن سوى تلك «القواعد التي تفرضها المحاكم (سواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة، سواء أتم إقرارها بموجب قانون أم مستمدة من: العرف، أو التقاليد، أو الثوابت من عمل قاضٍ، والمعروفة بالقانون العام)».

W.N. Eskridge and J. Ferejohn, A Republic of Statutes: The New American (6) Constitution (Yale University Press, 2013).

وهذه تتباين مع «القواعد التي تتألف من: اتفاقيات، أو تفاهمات، أو عادات، أو ممارسات، والتي على الرغم من أنها قد تنظم سلوك العديد من أعضاء السلطة السيادية في الوزارة، أو مسؤولين آخرين؛ ليست في الواقع قوانين على الإطلاق؛ لأن المحاكم لم تفرضها»⁽⁷⁾. يطلق ديسي على الأخيرة «الاتفاقيات الدستورية» أو «الأخلاقيات الدستورية». فطبق معاهدة دستورية نيابية في بريطانيا تنص على أن «يجوز لمجلس الوزراء، عندما يتم التصويت عليه على أي مسألة حيوية؛ أن يستأنف مرة واحدة للدولة عن طريق الحل»⁽⁸⁾ يتمثل العرف الدستوري الأمريكي في أن أعضاء المجمع الانتخابي سوف يدلون بأصواتهم للمرشح الذي التزموا به دون تحفظ أو مداولات.

وبالرغم من أن العديد من المعلقين لا زالوا يتذرعون بتمييز ديسي؛ فإن طريقته في صياغة الأمر مشكوك فيها. من بين المخاوف التي يعبر عنها كثيرون أن ديسي يجمع بين العديد من الأشياء المتباينة المختلفة، مثل: «الاتفاقيات الدستورية»، و«الاتفاقيات»، و«التفاهمات»، و«العادات»، و«الممارسات»، و«العادات»، و«الأعراف»، و«المبادئ»، و«المفاهيم»، إن «المبادئ»⁽⁹⁾ - وعلاقتها «بالقوانين»، أمور غامضة. عند ديسي: إذا كان من الممكن أن تتألف القاعدة من عادة أو «مفهوم»؛ فمن غير الواضح نوع القانون قوته المعيارية. باختصار؛ بخلاف أنه من الضروري ألا تفرض قضائياً، فإن ماهية «الاتفاقيات الدستورية» لا تزال غامضة (مثلاً مارشال⁽¹⁰⁾). وهناك اعتراض شديد العمق يتعلق بالجانب القانوني فيما يتصل بالتمييز بين الاتفاقيات والقوانين.

A.V. Dicey, *Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (7)
(Oxford University Press, 1959), 24

Ibid., 420. (8)

Ibid., 417 (9)

G. Marshall, *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political* (10)
Accountability (Oxford University Press, 1984).

يعد دايسي القانون الدستوري مجموعة فرعية من مجموعة أكبر تتألف مما نسميه: «الترتيبات الدستورية»، ولكن هذه المجموعة الفرعية من الممكن أيضًا أن تمثل التقاطع بين مجموعتين: مجموعة الترتيبات الدستورية، ومجموعة القواعد القانونية.

وهذا يعني أن القانون الدستوري يتألف من تلك الترتيبات الأساسية التي هي القانون والقوانين التي تتعلق بالترتيبات الأساسية. ومن ثم، فإن فصل الاتفاقيات التي هي قوانين عن الاتفاقيات التي لا تخضع لمعيار ما إذا كانت قابلة للتنفيذ قضائيًا؛ هو الإبقاء على أن إنفاذ القانون شرط ضروري من شروط القانون، وهو ادعاء فقهي بالغ الطموح، وحتى عندما يتعلق الأمر بمنح يزعم بعضهم أنه لا يوجد نظام قانوني من دون مؤسسة «قضائية» معترف بها ومخولة لفرض القواعد القانونية؛ فإن الأمر مُنفصل حول ما إذا كان أي معيار بعينه لا بد أن يكون قابلاً للتنفيذ قضائيًا حتى يصبح مؤهلاً بوصفه معيارًا لذلك النظام.

ففي النظام القانوني الأمريكي، سوف تعقد المحاكم بعض النزاعات «غير القابلة للمقاضاة» -ولا تجتمع لحل قضائي- على أساس أن الحكم القانوني الذي يستشهد به لا يقدم معيارًا «قابلاً للإدارة قضائيًا». غير أنه وفق الفهم الأمريكي التقليدي، لا تزال الجهات الفاعلة التابعة للدولة ملزمة قانونًا بالامثال لهذه القواعد الدستورية التي لا تخضع لنظر القضاء⁽¹¹⁾.

وحتى إذا كان الاقتراح الذي تقدم به دايسي بعينه خطأ؛ فهو الإجابة الخطأ على السؤال الصحيح، والسؤال الآن هو: إن لم تكن كل القواعد والممارسات التي تشكل دستور الدولة الصغير تشكل جزءًا من قانونها الدستوري، فما الذي يحدد أن أي قاعدة من هذه القواعد والممارسات ليست مهمة؟ وبصفة أعم؛ فإن السؤال هو: ما الحقائق أو المبادئ العامة التي تثبت أو تشكل قواعد

L.G. Sager, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice* (11) (Yale University Press, 2006), ch. 6.

قانونية؟ إن الإجابة عن هذا السؤال هي المهمة الأساسية للفقهاء العام.

2. القانون الدستوري والدور القضائي:

سنعود إلى أهمية الفقه القانوني في القانون الدستوري في نهاية هذا الفصل. وفي الوقت الراهن؛ دعونا نستكشف فكرة إنفاذ القواعد الدستورية من جانب القضاء.

وتتعلق المسألة المركزية بتوزيع السلطة للبت في المسائل الدستورية بين السلطة القضائية وغيرها من فروع الحكومة، ولا سيما السلطة التشريعية. ومن المتفق عليه عمومًا أنه ينبغي للمحاكم أن تنفذ القانون الدستوري ضد الإجراءات التنفيذية، والأمر الأكثر إثارة للجدال؛ هو ما إذا كان من الواجب أن يتمتع الجهاز القضائي بسلطة إسقاط، أو إنكار التأثير الذي قد يخلفه التشريع على أساس أنه ينتهك القواعد الدستورية - سواء أكان من الواجب على المحاكم أن تتمتع «بسلطة المراجعة القضائية» - وإذا كان الأمر كذلك؛ فهل ينبغي لهذه السلطة القضائية أن تكون «قوية» أم «ضعيفة»⁽¹²⁾،⁽¹³⁾

إن سلطة المراجعة القضائية تتبع تقليديًا قرار المحكمة العليا في الولايات المتحدة عام (1803) في قضية ماربوري ضد ماديسون. وفي ذلك القرار فسرت المحكمة قانون الكونغرس؛ بحيث يمنح المحكمة العليا الاختصاص القضائي بشأن فئة من الدعاوى القضائية التي تجاوزت ما يسمح به الدستور في قرار المحكمة، وعلى الرغم من أن دستور الولايات المتحدة لم يأذن للمحاكم

M. Tushnet, 'Alternative forms of judicial review', Michigan Law Review 101 (2003), (12) 2781.

(13) إن أي نظام يتمتع بأي شكل من أشكال المراجعة القضائية لا بد أن يقرر ما إذا كان سيكلف المحاكم العادية بهذه السلطة، أم سيكلف فقط «محكمة دستورية» مركزية، وهذه المسألة لا يعالجها هذا الفصل.

صراحة (ولا زال لا يأذن بذلك) بأن تبطل التشريعات على أنها مخالفة للقواعد الدستورية؛ فقد رأت المحكمة أنه لا يمكن أن يسري مفعول القانون؛ لأنه «بالتأكيد واجب الإقليم والدائرة القضائية أن تقول: ما القانون؟»، كان رئيس المحكمة جون مارشال يقول: «إذا تعارض قانونان مع بعضهما، فيجب على المحاكم أن تقرر تفعيل كل منهما. إن نطاق قوة المراجعة القضائية المتوخاة في ماربوري، وقوة هذه السلطة على وجه التحديد غير واضحين؛ لأن النظام الأساسي - قيد النظر - يتعلق بصورة خاصة بالسلطة القضائية، ولم يقل مارشال بشكل واضح أن الفروع الإحدائية كانت في كل الحالات تحترم القرار القضائي بعدم دستورية بعض التشريعات، ما يعني أنها باطلة. وبالتالي كان من الممكن أن يقف ماربوري في صف شكلٍ من أشكال «المشاركة المختلفة»، حيث لا يتمتع أي فرع بسلطة تفسيرية نهائية، أو فروع مختلفة بسلطة نهائية على أنواع مختلفة من القضايا، ولكن أيًا ما كان في الذي فكر فيه مارشال، فإن القوة التي وُلد بها ماربوري أصبحت أكثر قوة على مدى القرنين التاليين، وقد أوضحت المحكمة العليا هذا بوضوح عندما واجهت، بعد أكثر من (150 عامًا) من ماربوري، «مقاومة جماهيرية» في الولايات الجنوبية، في قضية براون ضد مجلس التعليم، بأن العزل العنصري في المدارس العامة غير دستوري. ماربوري قال محكمة بالإجماع في قضية كوبر ضد أرون. (1958)

أعلن المبدأ الأساسي بأن السلطة القضائية الاتحادية هي العليا في معرض قانون الدستور، وأن هذا المبدأ قد لقي احترامًا منذ ذلك الحين من قبل هذه المحكمة والبلد بوصفه سمة دائمة لا غنى عنها في نظامنا الدستوري. ويترتب على ذلك أن تفسير [الدستور] الذي أعلنته هذه المحكمة في قضية براون هو القانون الأعلى للأرض.

يجسد كوبر الشكل القوي من أشكال المراجعة القضائية التي كثيرًا ما توصف بالتفوق القضائي، وبالرغم من كونه مناسبًا في عموم الأمر، فإن هذا الوصف مبالغ فيه في جانب، ومضلل من جانب آخر، مضلل؛ لأن المحاكم

الفيدرالية في الولايات المتحدة (كتلك في أستراليا على سبيل المثال، وخلافًا للمحاكم في كندا)، لا تمارس المراجعة القضائية إلا في نزاعات «الالتماس»، وليست «المجردة»؛ حيث إن قواعد «أهلية التقاضي» تضمن عدم حصول العديد من نزاعات الالتماس الفعلية على أي محاكمة قضائية، إن فروع السياسة لديها الكلمة الأخيرة في العديد من القضايا الدستورية، هذا الوصف فيه مبالغة نوعًا ما؛ لأنه عندما تُصدِر المحاكم أحكامًا دستورية - فإن مقتضيات عدم الدستورية فقط هي التي تلزم الجهات الحكومية الأخرى، واعتقاد أن بعض التشريعات مطعون فيها دستوريًا لن يمنع المشرعين -الذين يعتقدون غير ذلك- من السعي إلى إلغاء التشريع على هذا الأساس بوجه التحديد. ولكن مع مراعاة هذه المتطلبات؛ يصح القول إن المراجعة القضائية على الطريقة الأمريكية تعطي المحاكم سلطة مطلقة لتفسير القواعد الدستورية وإنفاذها.

وهناك أسباب عدة لاستثمار المحاكم التي تتمتع بسلطة مراجعة قضائية قوية، ومن أبرز هذه العوامل، أن القضاة -بفضل مدة ولايتهم الطويلة (حتى مدة ولايتهم، في بعض الولايات القضائية) - معزولون ضد الضغوط السياسية بشكل أفضل من الجهات الفاعلة التي تخضع للمساءلة الانتخابية، مثل: المشرعين.

ويقدر ما تكون الوظيفة المركزية لصك دستوري؛ تدوين القيود التي تسمح بالأغلبية السياسية بالقيام بها، يبدو من المرجح أن يتم إنفاذ هذه القيود بأمانة أكبر من جانب الوكلاء الذين لا يعتمد استمرار عملهم (أو لا يعتمد على نحو أقل إحكامًا).

بناء على تفضيلات تلك الأغلبية ذاتها. ومن المعقول، فضلًا عن ذلك، أن تختلف مصادر الترضية عن الوظائف والمركز المهني، بطرق ذات صلة، بالنسبة للمشرعين والقضاة، وربما يكتسب المشرعون الرضا والهيبة في الأغلب الأعم من تكديس قدر أعظم من القوة السياسية الفعالة وزيادة القوة، في حين قد

يعتمد رضا القاضي وهيبته بشكل أكبر على تصديها لنفسها، وعلى اعتقاد آخرين منها بأنها ترأس التزاماتها السياسية بحكم الأمر الواقع فيما يتصل بما يحتاج إليه القانون، وحتى إذا كان الحافز لدى المشرعين والقضاة أساسًا للمقارنة يتلخص في فرض القواعد الدستورية بإخلاص (ك: التحدي الذي يواجه الاعتبارين الأولين)؛ فقد يكون القضاة أفضل تجهيزًا لجعل هذه القواعد صحيحة - وخاصة إلى الحد الذي يجعل التعليل الدستوري مماثلًا لأشكال أخرى من التعليل القانوني.

يتمتع القضاة بالتدريب والخبرة في مجال العمل، ويستفيدون من الحجج المناوئة، وينضبون لأنهم مطالبون بأن يصوغوا أسبابهم في آراء مكتوبة، وبقدر ما تعيد النظر في التشريعات على النحو المطبق عليها، فقد يكون بوسعهم في نزاعات ملموسة أن يتمكنوا من الوصول إلى الحقائق الدستورية ذات الصلة (مثل: شخصية وحجم تأثير النظام الأساسي في المصالح المحمية دستوريًا) التي لم تكن معروفة عندما صوّت المشرعون. باختصار؛ قد يتمتع القضاة بمزايا: تحفيزية، وظرفية، وإدراكية على المشرعين ذات الصلة بالإفراز الدستوري.

وقد وجدت اعتبارات -من هذا القبيل- صدى لدى مصممي الدستور في أنحاء العالم، وينص كل صك دستوري حديث -تقريبًا يشكّل دستور هولندا استثناء واضحًا- صراحة على شكل ما من أشكال المراجعة القضائية، وكما يؤكد العديد من المنظرين أن التمسك بالمبادئ الدستورية يتطلب تدوين الحقوق، فإن بعضهم يصر على ضرورة إنفاذ هذه الحقوق الدستورية قضائيًا، وفي تطور يعكس حماسًا كبيرًا للغاية للمراجعة القضائية، فإن المحاكم في بعض الدول، التي تتبع المحكمة العليا في الهند، ألغت بعض التعديلات الدستورية بوصفها مخالفة للبنية الأساسية أو السمات الأساسية للدستور.

على الرغم من الانتشار العالمي للمراجعة القضائية، إلا أن تقليدًا قديمًا يتحدى هذه الممارسة، فيقدم ما أطلق عليه ألكسندر بيكل وصف: «الصعوبة

ذات الأغلبية المضادة»، وعندما تعلن المحكمة عدم دستورية الإجراء التشريعي أو التنفيذي، أوضح بيكل أنه «يحبط إرادة ممثلي الشعب الفعلي هنا والآن، فهي تمارس السيطرة، ليس لصالح الأغلبية السائدة، بل ضدها»⁽¹⁴⁾. بيكل كان من المنظرين الدستوريين الأمريكيين الذين كتبوا قبل أكثر من نصف قرن من الزمان، ولكن اعتراضه كان صدى بين منتقدي المراجعة القضائية في دول أخرى، وفي يومنا هذا.

يمكن قول الكثير من الأشياء ردًا على اعتراض بيكليان، ولعل أوضح ما في الأمر هو أنه لا يمكن منح الأغلبية المطلقة للنواتج التشريعية؛ ونظرًا لتعاليم نظرية الاختيار الاجتماعي التي تثير إشكالية فكرة وجود إرادة شعبية أو ذات أغلبية، فضلًا عن سمات لا حصر لها للديمقراطيات التمثيلية الفعلية التي تجتمع معًا للسماح للأثرياء بنفوذ سياسي غير متناسب إلى حد كبير، ولا يمكننا أن نفترض بكل سرور أن أي تشريع بعينه يحظى بتأييد شعبي أكبر من ذلك الذي يحظى به الإعلان القضائي الذي لا يستطيع التشريع أن يصمد فيه، ولكن حتى منح تلك القرارات القضائية، كما هو غير مؤكد؛ التشريع المبطل هو قانون مناوئ للأغلبية في كثير من الأحيان، وهذه الحقيقة لا تنص بوضوح على اعتراض سليم على المراجعة القضائية.

ولكي نرى لماذا لا ينبغي لنا أن نميز بين تفضيلات السياسات (ما يريد بعض الأفراد أو الجماعات أن تفعله الدولة، أو تسعى إلى انتهجه)، وبين الأحكام الدستورية المسموح بها دستوريًا أو المطلوبة (التي يخلص إليها بعض الأفراد أو الجماعات)، وأن نلاحظ أنه في أغلب حالات تقليد الصعوبة ذات الأغلبية المضادة، المراجعة القضائية مرفوضة؛ لأنها تحبط الأفضليات ذات الأغلبية، فالأحكام ذات الأغلبية المطلقة غير واضحة. في الفقرة المذكورة

Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (14) (BobbsMerrill, 1962), 16-17.

أعلاه، على سبيل المثال: يتحدث بيكل عن «إرادة» الممثلين، وفي أماكن أخرى يصف المراجعة القضائية بأنها: «سلطة تطبيق وتنسيق الدستور في الأمور التي تمر بها اللحظة الأعظم ضد رغبات الأغلبية التشريعية»⁽¹⁵⁾.

وإذا وضعنا في الحسبان التمييز (غير الدقيق) بين الأفضليات والأحكام، فلنفترض أن السلطة القضائية في الولاية القضائية تفتقر إلى السلطة لإبطال التشريعات، ولكن السلطة التشريعية تأخذ على محمل الجد مسؤوليتها عن الامتثال للمتطلبات الدستورية. وكتجربة فكرية، تخيل أن الهيئة التشريعية تتبع إجراء من خطوتين عند النظر في أي مشروع قانون:

أولاً: يصوت المشرعون على مشروع القانون على افتراض أنه دستوري، ثم إذا نجح مشروع القانون في فرض أغلبية في المرحلة الأولى؛ فإن النواب يدققون في هذا الافتراض، وإذا قررت الأغلبية التشريعية في هذه المرحلة الثانية أن التشريع ليس دستورياً، فإن القانون لا يصدر. ومن المعقول أن يقوم الممثلون في المرحلة الأولى بتلبية الأفضليات التأسيسية، ويمارسون حكماً دستورياً مستقلاً في المرحلة الثانية. ولا توجد مراجعة قضائية في هذه الصورة، ولكن هناك معادلة للمساواة، ذلك أن أي مشروع قانون يجتاز العقبة الأولى، يفشل في العقبة الثانية، ويهزم على الرغم من «رغبات الأغلبية التشريعية».

الدرس المستفاد هنا هو أن أي طاعة مخصصة للقواعد الدستورية - وخاصة القواعد التي تعترف بالحقوق بوصفها قيوداً على نتائج الانتخابات (الانتخابات) - منافية للأغلبية السائدة من الناخبين والمشرعين أو كليهما.

إن احترام الحقوق الدستورية يأتي في هيئة منافية للأغلبية بصرف النظر عن الجهة التي تُنفذ ذلك الحكم، ما دام هذا التنفيذ حقيقياً.

وحتى لو لم تنجح «المساواة في الحكم» في إدراك مشكلات التي تنطوي عليها المراجعة القضائية (الفصل في مبدأ المساواة، لإعادة صياغة الأمور، يتم

Ibid., 20, emphasis added.

(15)

مخطوطها في إطار نظام دستوري يحمي الحقوق الفردية، مع أو بدون مراجعة قضائية)، فإن فرض القواعد الدستورية من قبل هيئة قضائية غير مُنتخبة ليس بالأمر الذي قد يخلو من القلق.

تتلخص أشد المخاوف تطرفاً في «الطغيان القضائي». وتحت ستار فرض القواعد الدستورية؛ قد يسعى القضاة ببساطة إلى تحقيق مصالحهم الضيقة، ولكن حتى إذا ما مارس القضاة المراجعة القضائية بحُسن نية؛ فإن حيازتهم هذه السلطة قد يولد اللامبالاة وعدم المسؤولية من جانب الشعب وممثليهم المنتخبين، ولقد أطلق جيمس برادلي ثاير هذا الإنذار منذ أكثر من قرن من الزمان، مُحذراً من أنه يميل إلى اللجوء المشترك والسهل إلى هذه الوظيفة العظيمة [التمثلة في المراجعة القضائية]. سوف يقزم القدرة السياسية للشعب، ويقوض إحساسه بالمسؤولية⁽¹⁶⁾.

وعلاوة على ذلك؛ عندما يتعلق الأمر بإنفاذ الحقوق الدستورية (على النقيض من القواعد الدستورية التي تحكم توزيع السلطة -على سبيل المثال- بين الحكومات الوطنية وحكومات الولايات أو الحكومات المحلية)، فإن الفرضية التي وضع عليها العلم في وقت سابق بأن التفسير الدستوري أشبه كثيراً بالتفسير القانوني «العادي» قد تكون خطأ. ولقد زعم جيرمي والدرون أن أعمال الحقوق الدستورية يعتمد على المنطق الأخلاقي وليس على أي شكل من أشكال المنطق القانوني المقوم بالشكل اللائق، وأن منطق القضاة أفضل من الممثلين المنتخبين في التفكير في هذه الأمور. بل على العكس من ذلك، يقول والدرون، إن المقارنة الدقيقة للطرق التي تصدت بها الهيئات التشريعية والمحاكم لمطالبات الحقوق الفعلية تشير إلى أن المشرعين كثيراً ما يؤكدون الحقوق الأخلاقية بطريقة دقيقة ومسؤولة في حين تنخرط المحاكم غالباً في جزء منطقي قانوني، وإذا لم تكن للمحاكم ميزة موضوعية على المجالس

J.B. Thayer, John Marshall (Houghton Mifflin, 1901), 106-7.

(16)

التشريعية، فإن المجالس التشريعية لها بوضوح ميزة إجرائية على المحاكم، فهي أكثر: شرعية، وتشاركية، ومساواة⁽¹⁷⁾.

وعلى الرغم من تنامي الشكوك الأكاديمية بشأن المراجعة القضائية، إلا أنّ العديد من المنظرين الدستوريين، أو أغلبهم ما زالوا غير مقتنعين. بداية؛ إنّ الخوف من أنّ أيّ شيء يمكن وصفه إلى حد ما أنه «استبداد قضائي»، فيه مبالغة، لأنّ المحاكم تفتقر إلى قوة السيف أو المال، ويستبعد أن يكون لديها الأدوات اللازمة لمعارضة الإرادة الشعبية القوية في العديد من القضايا على مدى زمن طويل. ومن الواضح كما أظهرت دراسة حديثة،⁽¹⁸⁾ أنه حتى المحكمة العليا في الولايات المتحدة في مرحلة الستينيات والسبعينيات من القرن العشرين، لم يكونوا من اليمين السياسي فقط كما كان يعتقد كثير من النقاد - ولم يكن بعيداً عن التحالف الذي كان مهيمناً على الكونجرس. ويرى العديد من المعلقين أيضاً أنّ والدرون وغيره من المتشككين في المراجعة القضائية، أشد تهاؤلاً مما ينبغي فيما يتصل بقدرة المشرعين، أو دوافعهم في الانخراط في المزاعم الأخلاقية؛ نظراً للقيود الساحقة التي يفرضها الوقت، وللمنطق الذي تستند إليه السياسة الانتخابية.

وعلى أي حال، فإنّ الاعتقاد الشائع بأنّ استثمار المحاكم التي تتمتع بسلطة المراجعة القضائية للحقوق الدستورية لا يمكن الدفاع عنه، إلا إذا تمكنت من التأكد من هذه الحقوق على نحو أكثر دقة، مما قد يحدث مع الهيئات التشريعية، لسببين مختلفين:

أولاً: كما أوضح ريتشارد فالون،⁽¹⁹⁾ فإنّ تبرير المراجعة القضائية قد يكون

J. Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999). (17)

L.A. Powe, *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008* (Harvard University Press, 2009); B. Friedman, *The Will of the People* (Farrar, Straus and Giroux, 2009). (18)

R.H. Fallon Jr, 'The core of an uneasy case for judicial review', *Harvard Law Review* (19) 121 (2008), 1693. (19)

راجعًا إلى افتراض أكثر اعتدالا إلى حد كبير مفاده: إنَّ الحقوق الدستورية مهمة بالقدر الكافي لتبرير طبقة مزدوجة من الحماية، ولنتذكر ملاحظة سابقة؛ فحتى في الولايات المتحدة، بما تتمتع به من «تفوق قضائي»، فإنَّ القرارات القضائية التي تحظر بعض الإجراءات التشريعية، أو التنفيذية بواسطة الدستور هي التي تلزم الفروع الأخرى، وإذا قررت المحاكم أن بعض الإجراءات مسموح بها دستوريًا؛ فإنَّ المشرعين الذين يستنتجون غير ذلك يتمتعون بحرية التصويت ضد التشريع محل البحث⁽²⁰⁾. وعلى هذا، فحتى لو لم تكن المحاكم أفضل من الهيئات التشريعية في تحديد الحقوق الدستورية بشكل صحيح - بل حتى لو كانت الأمور أسوأ من ذلك؛ فإن استثمار المحاكم التي تتمتع بسلطة إبطال التشريعات التي تستنتج أنها تنتهك الحقوق من شأنه أن يزيد الحماية الإجمالية التي يتمتع بها النظام للحقوق الدستورية «الحقيقية» إلى الحد الأقصى؛ وذلك لأن المطالبة بالحقوق تصبح مبررة إذا قبلتها إما أغلبية تشريعية وإما المحكمة العليا.

وفي الحالة الأولى؛ لن يتم سن التشريع الذي يفترض أنه ينتهك الحقوق. وفي هذه الحالة الأخيرة؛ سيتم سن هذا القانون، ولكنه سيُبطل.

ثانيًا: يدافع بعض العلماء عن المراجعة القضائية على أساس لا يعتمد على فرضية أن هذه الممارسة سيكون لها أي قيمة مفيدة، على سبيل المثال: يرى آلون هاريل أن المراجعة القضائية مبررة ببساطة؛ لأنها تحترم حق الفرد في عقد جلسة استماع.

وعلى هذا؛ فإن تبرير المراجعة القضائية «يستند إلى حجة» ليس في النوعية الممتازة للقرارات الناجمة عن المراجعة القضائية، ولكن في الاستعداد لسماع

(20) وعلى نحو مماثل، فإنَّ السلطة التنفيذية التي تقرر أن التشريعات التي سُنت، وتجاوزت المراجعة القضائية غير دستورية، وقد ترفضها، رغم أن حرية السلطة التنفيذية في القيام بمثل هذا محدودة.

المظالم الفردية، هي التي تنظر فيها ومن حيث السلامة، ومعالجة هذه المظالم بحُسن نية، والعمل وفق نتائج المداولات⁽²¹⁾.

وحيثما تكمن الحقيقة في هذه المناقشة؛ فإن الحيز متاح للتوصل إلى تسوية بين المراجعة القضائية القوية على الطريقة الأمريكية والتقاليد البريطانية المتمثلة في السيادة التشريعية، وقد قامت كندا بدور رائد في استكشاف هذا الميدان الأوسط الواسع النطاق في المادة (33) من ميثاق الحقوق والحريات التي تنص على أنه يجوز للبرلمان أو الهيئة التشريعية في مقاطعة ما أن تُعلن صراحة في قانون برلماني أو هيئة تشريعية -حسبما يكون الحال- أعمال هذا القانون أو أي حكم منه على الرغم من الحريات الأساسية المنصوص عليها، وكذلك الحقوق القانونية، وحقوق المساواة. وأي إعلان من هذا القبيل ينتهي بعد خمس سنوات، ولكن يمكن إعادة إصداره إلى أجل غير مُسمى.

يزعم ستيفن جاردبوم أنه بعيداً عن الإبداع المنعزل؛ فإن السلطة الكندية «بالرغم من ذلك» تجسد نهجاً في المراجعة القضائية يجد قبولاً متزايداً في مختلف أنحاء الكومنولث البريطاني، في نيوزيلندا، ولاية فيكتوريا الأسترالية، والمملكة المتحدة، وعندما تنضم إلى شرط يقضي بأن تراجع الفروع الانتخابية رسمياً أي تشريع مقترح ليتوافق مع الحقوق الدستورية، فإنها تطرح وسيلة تحرص على حماية الحقوق مع احترام الديمقراطية في الوقت ذاته⁽²²⁾.

3. التفسير الدستوري:

ولكن كيف ينبغي لنا أخيراً أن نفسر دستور أي أمة؟ أو كيف يمكن للسلطة القضائية أن تفسر وتنفذ صكاً دستورياً؟

A. Harel, *Why Law Matters* (Oxford University Press, 2014), 2; Sager, *Justice in Plainclothes*, ch. 10.

S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice* (Cambridge University Press, 2013).

في العديد من الدول، يتسم الأدب الذي يتناول «نظريات التفسير الدستوري» بقدر كبير من الضخامة والتدقيق، ومن الضروري أن تكون مناقشتنا عامة ومختصرة.

في البداية؛ يجب علينا أن نكون واضحين فيما يتصل بنظرية التفسير الدستوري، للتبسيط هناك نوعان (أو جانبان) من النظريات، والتميز بينها: يمكن أن تقدم النظرية سردًا لكيفية قيام المحكمة (أ) بالتحقق من ماهية القانون، أو (ب) من ممارسة سلطتها القضائية مراجعة، خذ نظرية (مثلًا نظرية جون إيلي) والتي تنصح المحاكم بإنفاذ القواعد الدستورية ضد الهيئة التشريعية فقط عند الضرورة لتصحيح العيوب في آليات المساءلة السياسية⁽²³⁾. و تقديم سرد من هذا النوع يتعلق بالحالات التي ينبغي فيها للمحاكم أن تتدخل، وليس كيف ينبغي للمحاكم أن تتبين مضمون القواعد الدستورية، بل هي نظرية من النوع الثاني، وليس الأول، أو فكر في النظريات التي تتناول ما إذا كان ينبغي للمحاكم أن: تصنع، أو تنقح، أو تصقل المبدأ القانوني إما '1' عندما لا يكون هناك قانون على هذا النحو (لأن المصادر ذات الصلة، على سبيل المثال: متناقضة أو مبالغ في تقديرها). أو '2' عندما لا يكون القانون القابل للاكتشاف بشأن النقطة مناسبًا تمامًا للتنفيذ القضائي⁽²⁴⁾. ومرة أخرى؛ فإن التوجيهات المتعلقة بهذه المسائل تتعلق بما ينبغي للمحاكم وما لا ينبغي لها أن تفعله عند ممارسة سلطتها في المراجعة القضائية، ولكنها لا تتعلق بكيفية استخلاص القواعد القانونية من الصك الدستوري.

J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980) (23).

(24) تتناول الأدبيات المتزايدة الموضوع '2- 'أهلية المحاكم في تنقيح أو استكمال القواعد الدستورية المشمولة بالدستور، مع مبادئ من صنع القضاة، التي توفر قدرًا أكبر من التحديد، أو يسرًا في التنفيذ القضائي.

See R.H. Fallon Jr, *Implementing the Constitution* (Harvard University Press, 2001);

M.N. Berman, 'Constitutional decision rules', *Virginia Law Review* 90 (2004), 1.

باختصار؛ نستطيع أن نطلق على نظرية «المراجعة القضائية» أو «نظرية التحكيم الدستوري» - كما نستطيع أن نطلق على نظريات النوع (ب)، أن تكون أقل من، أو أكثر- نظرية التفسير الدستوري الصحيح، كما أسمى نظريات النوع (أ).

يناقش باقي هذا الفصل نظريات التفسير الدستوري الصحيح. ومن المستحيل هنا أن ندرس بعمق أكثر من حفنة ضئيلة من مثل هذه النظريات، لذا يجب ألا نركز على نظريات واضحة بالكامل، بل على المكونات التي تدخل في هذه النظريات، وكما تُبين دراسة حديثة مثرية (غولدسوورثي)، فإن المحاكم والمنظرين في مختلف الدول يستخدمون عمومًا نفس أنواع الاعتبارات، حتى وإن كان فهرس الاحتمالات يختلف من سرد إلى آخر⁽²⁵⁾. وهنا قائمة تحتوي عوامل أكثر، مقطعة إلى شرائح أكثر من القاعدة: والمعنى الذي يمكن عزوه إلى نص من قبل قارئ معاصر (حيث «المعنى» هو مفهوم لغوي، أو دلالي، أو تواصلية مختلف)، معنى الحكم كما يفهم عند التشريع؛ المعنى الذي قصد المؤلفون أو المصدقون إيصاله، النتائج المحددة أو التغييرات القانونية التي صادق عليها واضعوه، أو يصادقون على فقرة يُقصد بها تحقيق ذلك من خلال سن القانون، أو «أغراضها» الأكثر عمومية، السوابق القضائية، والممارسات التاريخية للفروع السياسية، والمبادئ الهيكلية التي يقوم عليها الدستور بحرف (C) الصغير (مثل: الفيدرالية والديمقراطية)، المبادئ الأخلاقية التي يلتزم بها المجتمع، والمبادئ الأخلاقية الحقيقية الظاهرية، واعتبارات عملية أو مفيدة. إن ما يميز النظريات هو الاعتبارات التي تدعو إليها، في أي موازنة، وما تستبعده.

غالبًا ما يصنف المعلقون المناهج في مجموعات واسعة، مثل: نظريات التفسير «الصارم»، أو «الفضفاض»، أو نظريات المعنى «الثابت» أو «المتطور»،

J. Goldsworthy (ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study* (Oxford (25) University Press, 2006).

أو النظريات «الأحادية» أو «التعددية». بشكلٍ تقريبي؛ فإن النظريات التي تُوصف بأنها «صارمة» (أو «قانونية») تؤكد المعاني النصية والنيات المحددة نوعًا ما، تستدعي النظريات الفضفاضة (أو «الإبداعية») المبادئ البنيوية والأخلاقية جنبًا إلى جنب مع الأحكام «البراغماتية» حول ما الذي «يعمل».

تنظر النظريات الثابتة (المعروفة عادةً باسم «الأصلانية») إلى الحقائق التي تم الحصول عليها في لحظة التشريع، بينما تؤكد النظريات المتطورة (تسمى أحيانًا: «الدستورية الحية») على السوابق القضائية أو الممارسات التاريخية الأخرى، وتغيير الالتزامات الأخلاقية للمجتمع.

معظم الأصلانيين أحاديون؛ فهم يعتقدون أن هناك هدفًا تفسيريًا محددًا (على الرغم من اختلافهم حول ماهية هذا الهدف)، وغالبًا ما يكافحون حتى لاستيعاب السوابق القضائية، أما غير الأصلانيين، فهم غالبًا تعدديون.

يميل المدافعون عن النظريات المختلفة إلى تقديم حجج تتعلق بالولاية القضائية أكثر من كونها عامة. إن حججهم متنوعة ومعقدة للغاية، بحيث لا يمكن تلخيصها بسهولة، لكنهم غالبًا ما يعتمدون على الافتراضات المتعلقة بمدى استمرار التفسير الدستوري مع التفسير القانوني، وكذلك على الحقائق المفترضة حول الصكوك الدستورية لتلك الولاية القضائية أو حول ثقافتها القانونية.

على سبيل المثال؛ في الولايات المتحدة، يؤكد الأصلانيون عادةً أن جميع التفسيرات القانونية - سواء أكان للقوانين أم للدساتير (وأحيانًا حتى للعقود والوصايا) - تسير بشكلٍ صحيح وفق القواعد نفسها، وتؤكد أيضًا التزام الأمة بالسيادة الشعبية، وعدم التوافق المفترض لمثل هذا الالتزام مع الأساليب الإبداعية في التفسير من قبل سلطة قضائية غير منتخبة. في حين يجادل غير الأصوليين بأن الغموض غير المعتاد وعمومية دستور الولايات المتحدة، إلى جانب تمسكه غير العادي بالتعديل الرسمي، يفسر ويبرر اللجوء القضائي إلى

عوامل أكثر إبداعًا وتطورًا. في وقتٍ سابقٍ وُصفت نظريات التفسير الدستوري السليم بوصفها نظريات تتعلق بالكيفية التي ينبغي بها للمحاكم أن تتحقق من القانون الدستوري.

إن وضع الأمر بهذه الطريقة يوحي بأن النظرية ستبدو في النصيحة المعرفية أو العملية، هكذا بالفعل تناولتها التفسيرات المختلفة. الأصلائي الأمريكي الشهير روبرت بورك، على سبيل المثال: يصر على أنه «يجب أن يظل القاضي قريبًا من النص والتاريخ [الدستوري] وأثارهما العدالة»⁽²⁶⁾

ويحث قاضي المحكمة العليا الأمريكية البراغماتي ستيفن براير⁽²⁷⁾: «يجب على القضاة استخدام الأدوات القانونية التقليدية، مثل: النص، والتاريخ، والتقاليد، والسوابق، والأغراض، والعواقب ذات الصلة، للمساعدة في العثور على إجابات قانونية مناسبة.

لكن نظرية التفسير القضائي التي تصوغ الأشياء من منظور ما يجب على القضاة فعله تحجب جوهر الخلاف.

صحيح أن الخط الفاصل بين ما يسميه جوزيف راز تفسيرات «محافظة»، وأخرى «مبتكرة» ضبابي. إلا أنه - كما يؤكد راز أيضًا⁽²⁸⁾ - غالبًا ما يوجد هذا الخط الفاصل بسبب وجود بعض القوانين الدستورية، أي: إن التصريحات ذات الشكل «يحظر القانون الدستوري» مناسبة للحقيقة، وبعضها على الأقل صحيح قبل مداوات المحكمة.

R.H. Bork, 'Neutral principles and some first amendment problems', *Indiana Law Journal* 47 (1971), 8.

S. Breyer, *Making Our Democracy Work: A Judge's View* (Harvard University Press, 2010), 73-4.

J. Raz, 'On the authority and interpretation of constitutions: some preliminaries', in L. Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press, 1998), 181-2

التفسير في مثل هذه الحالات هو نشاط لمحاولة معرفة ماهية القانون، ونتيجة لذلك؛ فإن نظرية التفسير التي تُفهم على أنها نظرية تتعلق بكيفية تفسير القضاة للدستور هي نظرية متطفلة على ما يُحدّد أو يشكّل القانون في تلك الولاية القضائية.

أدرك رونالد دوركين ذلك، على حد وصفه⁽²⁹⁾: أن على القضاة تحديد المبادئ الأخلاقية التي تناسب التاريخ المؤسسي للنظام القانوني وتبرره؛ لأنّ تلك المبادئ هي التي تحدد ماهية القانون. وبالمثل؛ يُؤكد موضوع مركزي بين التابعين المعاصرين للأصلانية أنه يجب علينا أن نركز بدرجة أقل على ما يجب أن يفعله القضاة، وبدرجة أكثر على ما يصنع القانون الدستوري. كما أوضح اثنان من أتباع الأصلانية الأمريكية البارزين: «لا يعطي أتباع الأصلانية أولوية للمعنى المعجمي البسيط لنص الدستور؛ لأنهم يحبون قواعد النحو أكثر من التاريخ، إنهم يعطونها الأولوية؛ لأنهم يعتقدون أنها هي وحدها القانون»⁽³⁰⁾. يبدو أنّ هذه وجهة نظر القاضي أنتونين سكاليا أيضًا.

على الرغم من أنه يراوغ بين الادعاءات حول ما يجب أن يفعله القضاة، وحول ماهية القانون⁽³¹⁾ - يمكن القول: إنّ احتضان الأصلانية من هذا التفسير البسيط والمباشر للقانون، يفسر جزئيًا نجاحه في السوق السياسية؛ لأنّ الادعاء بأنّ ما يعنيه النص أو يقوله هو القانون أمر بديهي للغاية.

لكن إذا كانت هذه الصيغة، والمدافعة عن الأصلانية - يجب على القضاة اتباع المعنى الأصلي للنص الدستوري، لأنّ المعنى الأصلي للنص يصنع القانون - تُكسب النظرية قدرًا من المعقولية في نظر رجل الشارع، فإنها تفقد

R. Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986). (29)

S.G. Calabresi and S.B. Prakash, 'The President's power to execute the laws', *Yale Law Journal* 104 (1994), 541, 552. (30)

M.N. Berman, 'Judge Posner's simple law', *Michigan Law Review* 113 (2015), 777, 801-5. (31)

نفس القدر من المعقولة في نظر فلاسفة القانون.

لا توجد نظرية عامة للقانون يدافع عنها، أو يناقشها فلاسفة قانونيون = تؤكد أنه عندما يكون هناك نص قانوني موثوق به، فإن القانون هو بالضرورة المحتوى التواصلي لذلك النص؛ لذلك إذا كان معنى الصك الدستوري «وهو وحده» القانون، فلن يكون ذلك حقيقة فقهية عامة، ولكنه سيكون صحيحًا بحكم الحقائق الأخرى التي هي نفسها ذات صلة بحقيقة فقهية عامة.

للتوضيح، تأمل في نظرية هربرت هارت الشهيرة⁽³²⁾. كما هو مفهوم تقليديًا، أكد هارت أن القانون هو مجموعة من المعايير التي تم تحديدها أو التحقق من صحتها من خلال ممارسة متقاربة بين المسؤولين أطلق عليها هارت «قاعدة الاعتراف»، لذلك إذا كانت الممارسة المتقاربة في ولاية قضائية محددة تنص على أن المعنى المعجمي للأحكام الدستورية هو القانون، فإن الأصالة ستكون صحيحة بالنسبة لتلك الولاية القضائية، حتى لو لم تكن بالضرورة صحيحة في أي مكان آخر.

لكن معظم المعلقين (انظر المقالات في آدر وهيما) يعتقدون أنه من الواضح أن ممارسة الاعتراف في الولايات المتحدة تعددية وليست أصيلة⁽³³⁾. ورفض الأصالة بين المسؤولين القانونيين هو أكثر شمولًا في العديد من الولايات القضائية الأخرى، مثل: كندا.

خلاصة القول:

غالبًا ما تُفهم نظريات التفسير الدستوري الصحيح (على عكس نظريات المراجعة القضائية أو الحكم الدستوري) بشكل أفضل؛ ليس كتفسيرات لما

H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961). (32)

See the essays in M.D. Adler and K.E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the US Constitution* (Oxford University Press, 2009). (33)

يجب أن يفعله المفسرون، ولكن كتفسيرات حول ماهية القانون (الدستوري)، على هذا النحو؛ يجب أن تتوافق مع نظرية المحتوى القانوني.

تواجه المنظرة الدستورية التي تُقدّر هذه الحقيقة خيارًا: إما أن تشرح كيف يتناغم تفسيرها الخاص المتعلق بالولاية القضائية لمحتوى القانون الدستوري مع تفسير عام موثوق به لمحددات أو مكونات المحتوى القانوني، أو ليعترف بأن ما نسميه «التفسير الدستوري» هو سن للقوانين، وليس اكتشافًا للقانون جملة وتفصيلاً. في كل من الحالتين؛ سيجد المنظرون الدستوريون أنه من المفيد إيلاء اهتمام أكبر للفقهاء العام، وفي الوقت ذاته: يجب على الفقهاء العام أن يجد للقانون الدستوري أرضية خصبة خاصة في اختبار نظريات القانون وتنقيحها.

الفصل الخامس عشر

الحقوق المدنية والحريات

شريف جرجيس وروبرت بي جورج

إنَّ أي أطروحة نظرية معيارية ملائمة، أو فلسفة للحقوق والحريات المدنية؛ لا بد أن تستوعب -من بين معايير أخرى- تلك المعايير المنصوص عليها في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن (1789)، وميثاق حقوق الإنسان في الولايات المتحدة (1791)، وأول إحدى وعشرين مادة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948). وتشمل نماذج الحق في: الحياة والسلامة البدنية، والأمن، والخصوصية، والملكية، ومحاكمة عادلة، وحرية الدين، والتعبير، والحركة، والعقود، وتكوين الجمعيات أو التجمعات.

وقد اتسع نطاق قائمة هذه الحقوق بمرور الوقت، وفي الولايات المتحدة في القرن التاسع عشر، كانت الحقوق المدنية تشمل تقريباً تلك المذكورة أعلاه، وكان الأجانب والنساء الحرائر غير المتزوجات -فضلاً عن الرجال- يتمتعون بها - وكان ما يُسمى «الحقوق السياسية» كالتصويت والعمل في هيئات المحلفين مقتصرًا على المواطنين الذكور البالغين. فالمرأة غير المتزوجة في بوسطن، والرجل الفرنسي الذي يقضي إجازة في نيويورك؛ يستطيعان أن يتحدثا ويمارسا شعائرهما الدينية بحرية، وأن يبرما العقود، وأن يستحوذا على الأملاك، وأن يرفعا الدعاوى القضائية، ولكن المواطنين الذكور البالغين فقط هم من يمكنهم الاقتراب من صناديق الاقتراع أو الجلوس في صناديق

المحلفين، أو في الكونغرس، أو في المكتب البيضاوي⁽¹⁾.

وبما أن هذه الطريقة في رسم الخط المدني السياسي كانت غير عادلة إلى حد كبير؛ فإن بعض المنظرين قد يمحوها تمامًا، فيحددون الحقوق المدنية بـ «الفئة العامة من الحقوق الأساسية اللازمة للحصول على الجنسية الحرة المتساوية»⁽²⁾، ولكن إلى ما هو أبعد من هذه البيانات الموجزة، وما يُعرف الحقوق المدنية - في مقابل: الحقوق الأخلاقية، أو الإنسانية، أو القانونية - لم يتحصل إلا على قدرٍ ضئيل من الاهتمام الفلسفي.

والمخلص الذي ورد للتو موضع شك، وهذا يعني ضمناً أنه من المحير ببساطة أن نتحدث عن انتهاك الحقوق المدنية لغير المواطنين، ومع ذلك، فإن قانون الولايات المتحدة، على سبيل المثال: يضمن الإجراءات القانونية السارية على الأشخاص غير المواطنين، وهو ما يبدو متماسكاً وعادلاً⁽³⁾. ومن جهة أخرى، فهو يحرم غير المواطنين من حق الاقتراع، ولا يعتقد أحد أن ذلك يشكل انتهاكاً للحقوق المدنية.

وربما تتبع تصنيفاتنا إذا ما أطلق عليه رونالد دوركين الحقوق السياسية، حيث يثق الأفراد في مساعي مجتمعاتهم السياسية للمصالح الجماعية⁽⁴⁾. وبالرغم من هذا؛ فإن الحقوق المدنية لا تحكم العلاقات بين الحكومة

A.R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction* (Yale University Press, 1998) 48. Thus, even after the Fourteenth Amendment to the US Constitution guaranteed the 'privileges and immunities' of American citizens, the Fifteenth Amendment was still needed to guarantee blacks the right to vote.

A. Altman, 'Civil rights' in E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2013 ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/civil-rights/>.

(3) يستطيع المرء أن يجيب عن هذا بأن الإجراءات القانونية الواجبة (أو الإجراءات القانونية الواجبة في حالة غير المواطنين فقط) هي حق من حقوق الإنسان، وليست مدنية على وجه التحديد، ولكن يبدو أن هذا ينطوي على استدعاء للتاريخ.

R.M. Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press, 2011), 329. (4)

والأحزاب الخاصة فحسب، بل - في بعض الأحيان - فيما بين الأحزاب الخاصة أيضًا، ولا يتم انتهاكها فقط عندما تحدد الحكومة من حقل في التعاقد بسبب عرقك، ولكن عندما يكون صاحب الفندق حرًا في منعك من الحصول على غرفة للسبب ذاته، وهو أمر محظور بموجب قانون الحقوق المدنية لعام 1964.

ثم مرة أخرى؛ بالرغم من أن هذه ممارسة تعسفية بالقدر ذاته، ولكن ليس من الواضح أنها انتهاك للحقوق المدنية؛ لأنه من الممكن أن يقال: إن صاحب الفندق هو الذي يحسدك على مظهرك الجميل -على سبيل المثال- لذا فربما تكون الصلة الخاصة في بعض الولايات القضائية بين تحيز الحقوق المدنية والعنصرية (و/ أو الجنس، أو... غيرها) يستند إلى تاريخ الظلم الذي ارتكبه الدولة (أو أشكال أخرى من الظلم)، وربما تشكل سبل الحماية ضد التمييز الخاص الغادر حماية للحقوق المدنية حين يكون المقصود منها عكس التأثيرات الاجتماعية المترتبة على إنكار الدولة للحقوق المدنية الأكثر تقليدية.

وفي النهاية، فإننا نشك في أنّ أي تحليل مقنع للحقوق والحريات المدنية سوف يتبنى الفكرة الأرسطية عن القضايا المحورية والأكثر هامشية⁽⁵⁾. افترض أنّ الحقوق بشكل عام هي ادعاءات معيارية يمتلكها شخص ما ضد شخص آخر، فيما يتعلق ببعض المواضيع: الأفعال، والموارد... إلخ. ثم في أول تصريح، يمكن أن نحدد الحالة المحورية للحق المدني بوصفه الحق الذي يحوزه '1' في مواجهة الحكومة، '2' من جانب الأشخاص الموجودين في ولايتها القضائية⁽⁶⁾ موضوعهم الرئيس هو المعاملة الحكومية (مثل: الحقوق ضد

On this sort of analysis, see J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. (5) (Oxford University Press, 2011), 9-11.

(6) إن كل شخص عمومًا لديه الحق في عدم جعله مطلقًا، أو غير محدود. راجع القسم الرابع من هذا الفصل.

الرقابة، أو الإعدام بإجراءات موجزة)، أو مواردها المؤسسية (مثل: الحق في التعاقد، أو المحاكمة العادلة).

ثم تنشأ حقوق غير مركزية (قد نقول: «مماثلة»)، وهي الحقوق التي تشترك في بعض هذه الميزات فقط⁽⁷⁾.

وبعض هذه الحالات يشمل الموضوع ذاته (حكومي)، والموجه إليه (حكومة)، ولكن لا يكون واجبًا تلقائيًا لكل شخص في الولاية القضائية، ومن الأمثلة على ذلك؛ الحق في المشاركة في الوظائف: التشريعية، والتنفيذية، والقضائية للحكومة من خلال التصويت، والتمهيد لشغل المناصب، والجلوس في هيئات المحلفين.

ولقد شهدنا بالفعل مجموعة أخرى من الحالات المماثلة: الحماية ضد أشكال محددة من التمييز الخاص الغادر، وقد يكون بعضهم الآخر هو ما يسميه: «الجيل الثاني» من الحقوق المدنية⁽⁸⁾، ولكن بعض المصادر التاريخية تعالج تحت العناوين المنفصلة للحقوق: الاقتصادية، أو الاجتماعية، أو الثقافية: ضمانات بنصيب أدنى من الموارد غير الحكومية في الأساس⁽⁹⁾.

وسنعود إلى التحليل المفاهيمي للحقوق والحريات المدنية بعد مناقشة مبرراتها، لأسباب منهجية ستظهر، وحتى هذا التحليل المؤقت يسمح لنا في الوقت الحالي بمعالجة قضايا مهمة، فأى شيء قد يميز الحقوق والحريات المدنية، ما بنيتها الأساسية بوصفها حقوقًا؟ وما الذي يبررها؟

(7) «غير مركزي» لا يعني أنه «أضعف» أو «أقل أهمية»، يعني أنّ الحق لا يشارك إلا بعض سمات الحقوق المدنية النموذجية، ومع هذا فيجب ألا يقلل من قدر السمات المتباينة مثل: من يتوجه إليه الحق، أو موضوعه الأساسي، ومن قيمتها الأخلاقية ولو بمقدار أوقية.

(8) Altman, 'Civil rights'.

(9) United Nations General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966.

وبمراجعة المعالجات المهمة لكل من السؤالين؛⁽¹⁰⁾ سنرى أن كلاً منهما يتداخل مع الآخر، وأن الحد الفاصل بين طبيعة الحقوق المدنية وأساسها مرن. والواقع أن نظرتنا إلى الأمرين سوف تدعو إلى سؤالين آخرين طال أمدهما، حول القوة (أو ما يُسمى أحياناً «الصرامة/ القسوة») والنطاق: هل ثمة حقوق مدنية مطلقة؟ وهل تشمل حرياتنا المدنية، في مجالات محددة، الحق في أن ترتكب خطأ أخلاقياً؟

1. تحليل: حوادث هوهفيلد:

بغض النظر عن أي أمر آخر؛ فإن الحقوق والحريات المدنية هي بالطبع حقوق وحريات. لذلك من المتوقع أن يشاركوا شيئاً ما مع الحقوق والحريات التي من الواضح أنها ليست «حقوقاً مدنية» - على سبيل المثال: الحق الأخلاقي للزوج في عدم التعرض للخيانة، أو الحرية القانونية للرئيس في إبقاء المحادثات مع مساعديه سرية.

إذا ما الذي يميز الحقوق على هذا النحو؟ يقدم آلان بوكانان مراجعة نقدية للعديد من المقترحات البارزة، بما في ذلك فكرة أن حقوق «الأكثرية» تناشد المنفعة العامة، وأن انتهاكها يستدعي التعويض، وأنها تعبر عما يجب على شخصٍ ما⁽¹¹⁾. بالتأكيد الاقتراح الأخير هو جزءٌ من الإجابة. الحقوق هي معايير موجهة، أي: يمتلكها شخصٌ ما - (عادةً على الأقل) - وتكون موجهة إلى - أو ضد- شخصٍ ما.

كم عدد الأشكال التي يمكن أن يتخذها هذا الهيكل؟ تأتي الإجابة الأكثر تأثيراً في فلسفة اللغة الإنجليزية من ويسلي هوهفيلد⁽¹²⁾. ستعطينا مراجعة

(10) أحياناً من خلال تكييف العلاجات الفلسفية للحقوق بشكل عام.

(11) A. Buchanan, 'What's so special about rights?', *Social Philosophy & Policy* 2:1 (1984).

(12) W. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, Ed. W. Cook (Yale University Press, 1919).

مخططة، ومطبقه لأدوات دقيقة، لتحديد الحقوق والحريات المدنية المحتملة من خلال الأجزاء المكونة لها.

أظهر هوهفيلد أنه يمكن تقسيم الحقوق القانونية إلى أربعة عناصر: المطالبات، والامتيازات (أو الحريات)، والسلطات، والحصانات. يتم تعريف الأولين من حيث الواجبات:

يدّعي جونز أنّ سميث يفعل (س) إذا، فقط إذا كان من واجب سميث تجاه جونز أن يفعل (س).

جونز لديه الحرية (فيما يتعلق بسميث) في القيام بـ (س) إذا، فقط إذا لم يكن لدى جونز واجب (تجاه سميث) للقيام بـ (س).

باختصار؛ المطالبات هي واجبات مستحقة لشخص ما، والحرية هي عدم وجود أي واجب مخالف. على الوالدين واجب رعاية أطفالهم؛ لذلك يحق للأطفال مطالبة والديهم بإطعامهم، لكن للآباء الحرية في حرمان أطفالهم من زيارة عالم ديزني؛ ليس عليهم واجب اصطحابهم إلى هناك. الجميع ملزم بعدم التعذيب، لذلك لديك ادعاء ضد أي شخص آخر أنه لا يعذبك، وليس لأحد الحرية في فعل ذلك.

الحادثتان الأخريان من تحليل هوهفيلد هما (الصلاحيات والحصانات):

يتمتع جونز بالسلطة (فيما يتعلق بسميث) إذا - فقط إذا - كان بإمكان جونز تغيير حوادث (سميث) الهوهفيلدية بموجب نظام القواعد المعني.

يتمتع جونز بحصانة ضد سميث إذا - فقط إذا - لم يتمكن سميث من تغيير حوادث جونز الهوهفيلدية بموجب نظام القواعد المعني.

وبالتالي فإن السلطات والحصانات هي حوادث «من الدرجة الثانية»، يتم تعريفها من حيث الآخرين - المطالبات أو الحريات، أو حتى السلطات أو الحصانات الأخرى.

تتضمن حرية العقد سلطات هوهفليديّة. من خلال إبرام عقد مع السباك، فإنك تمارس سلطة لتغيير واجباتك والمطالبات بموجب القانون، ولكن لأن الآخرين يفتقرون إلى القدرة القانونية على استعبادك لإنشاء مطالبات قانونية ضدك لفعل ما يحلو لهم، أو حرمانك من الصلاحيات القانونية لتعيش حياتك من خلال الزواج. إبرام اتفاقياتك التعاقدية الخاصة -وما إلى ذلك - لديك حصانة قانونية ضد الاسترقاق من قبل أي شخص.

والآن لا تتطابق معظم الحقوق والحريات المدنية المألوفة مع حادث هوهفليدي واحد، بل مع مجموعة منها⁽¹³⁾. ملكيتك مباشرة لهاتف آيفون تغطي حقل في:

(أ) رفع دعوى ضد الشركة عند تصدع شاشة هاتفك.

(ب) حرية القيام بذلك بنفسك، إن سمحت.

(ت) سلطة إعطاء هذا الادعاء والحرية لصديقك (عن طريق البيع أو الهدية).

(ث) الحصانة ضد الحكومة التي تحرمك من هذه الحقوق دون مراعاة الأصول القانونية.

الحرية الدينية قد تشمل:

«1» الحريات للاستفسار، الموافقة، العبادة والإدلاء بالشهادة - أو لا -

كما ترى مناسباً.

(13) وينبغي أن نلاحظ أنّ هذا الرأي مثير للجدل، يعتقد بعض الفلاسفة، مثل: جيرمي

والدرون، وجوزيف راز، أنّ الحقوق لا تؤدي إلا إلى واجبات، مثل: عدم التدخل.

J.Waldron, 'A right to do wrong', Ethics 92 (1981), 21-39; J. Raz, 'Legal rights', Oxford Journal of Legal Studies 4 (1984)

ويرى آخرون أنّ الحصانات ليست أجزاء من أيّ حق، بل هي حماية للبعض، ونعتقد أنّ وجهة النظر الأكثر طبيعية هي أنّ ما نسميه الحقوق والحريات هي مجموعات من عدة وقائع هوهفليديّة.

- «2» الادعاءات بعدم معاقبة الحكومة لمجرد ممارسة تلك الحريات.
- «3» صلاحيات نقل الأموال أو الممتلكات الأخرى إلى مجتمعك الديني.
- «4» الحصانات من الالتزام قانونًا (مثلًا من جانب الهيئات التشريعية أو المحاكم) بالتمسك بأي دين.

ولكن إذا كانت الحقوق والحريات المدنية عبارة عن تكتلات من حوادث هوفيلديّة؛ فمن المؤكد أنه ليس صحيحًا أن كل هذه التكتلات تشكل حقًا، فضلًا عن حق مدني، ماذا يلزم أيضًا؟

2. تحليل: نظرية الإرادة أم المصلحة؟

بدأنا في استكشاف هذا السؤال في المقدمة من خلال طرح سؤال: ما الذي يجعل الحق «مدنيًا»؟ ولكن سيكون من المفيد هنا طرح سؤال أكثر عمومية حول الحقوق المدنية لطالما أزعج منظري الحقوق من المسلم به أن الحقوق هي معايير ذات «توجيه» - يمتلكها شخص ما، وموجه إلى شخص ما - ماذا يفعلون لأصحاب الحقوق؟ هل هي لصالح هذا الشخص، كما يحمل «منظرو الفائدة»؟ أم أنها تعمل ببساطة لحماية خياراته في مجالات محددة، خاصة فيما يتعلق بأفعال الآخرين؟

كان هيربرت هارت من المؤيدين الرئيسيين لنظرية «الاختيار» أو «الإرادة» الأخيرة. بالنسبة إلى هارت؛ فإن الوظيفة المحددة للحقوق هي جعل صاحب الحقوق «سياديًا على نطاق صغير»⁽¹⁴⁾. أن يكون لك الحق يعني: إما أن تكون حرًا في القيام بشيء ما أو لا -ربما جنبًا إلى جنب مع الحصانات التي تحمي ذلك التحرر- أو أن تتحكم في واجب شخص آخر تجاهك.

H.L.A. Hart, 'Legal rights' in H.L.A. Hart (ed.), Essays on Bentham (Clarendon (14) Press, 1982), 162 - 182, 93.

لا تغطي حقوق الملكية الخاصة بك على جهازك الآيفون فقط حريتك في تدميره ورفع دعوى ضد الآخرين الذين يقومون بذلك؛ ولكن أيضًا سلطة على هذا الادعاء، لاختيار تطبيقه أو إلغائه. لذا؛ فإن الحقوق دائمًا تتعلق بالحرية: الحريات الخاصة لصاحب الحق، وقدرته على رفع دعاوى ضد الآخرين أو إسقاطها. هذه هي الطريقة التي تشكّل بها الحقوق «فرعًا من فروع الأخلاق».

إنهم «مهتمون على وجه التحديد بتحديد متى يمكن تقييد حرية شخص ما بواسطة شخص آخر»⁽¹⁵⁾. وفي منطق الحقوق؛ لا علاقة لهذا التحديد بالفائدة المزعومة لصاحب الحقوق من الإجراء الذي يحق له تنفيذه.

بالأحرى؛ يُنظر إلى صاحب [الحق الأخلاقي] على أنه يمتلك مبررًا أخلاقيًا لتقييد حرية الآخر... ليس لأن الفعل الذي يحق له أن يطلبه من شخص آخر له بعض الصفات الأخلاقية، ولكن ببساطة؛ لأنه في هذه الظروف سيتم الحفاظ على توزيع محدد لحرية الإنسان إذا سُمح له باختياره بتحديد كيفية تصرف ذلك الآخر⁽¹⁶⁾. يعتقد هارت أن وجهة النظر المعاكسة تؤدي فقط إلى انهيار فئة الحقوق وإعادتها إلى بقية الأخلاق. إذا كانت الحقوق تعمل فقط من خلال خدمة مصالح حاملها-كما يفترض- فلا شيء يمكن أن يميزها عن المعايير الأخلاقية الأخرى. لن يكون هناك شيء مميز عنهم.

لكن هذا التحليل ضيق للغاية،⁽¹⁷⁾ حيث يحد بشكل مصطنع من نطاق الحقوق الممكنة وأصحاب الحقوق المحتملين، إنه يشير إلى أن المطالبات غير

(15) H.L.A. Hart, 'Are there any natural rights?', reprinted in J. Waldron (ed.), *Theories of Rights* (Oxford University Press, 1984), 77-90, 79

Ibid., 80. (16)

See N. MacCormick, 'Rights in legislation' in P.M.S. Hacker and J. Raz (eds.) *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart* (Oxford University Press, 1977), 189-209, 197. N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy* (Oxford University Press, 1982), 154-66. (17)

القابلة للنقض لا يمكن أن تكون حقوقاً، إنه خطأ مفاهيمي أن تعتقد أنه يمكن أن يكون لك الحق في عدم التعرض للتعذيب -على سبيل المثال- (مع العلم بأنه لا يمكنك التنازل عن المطالبات المرتبطة). وهذا يعني أن الرضع وذوي الإعاقات المعرفية الشديدة لا يمكن أن يتمتعوا بحقوق؛ لأنهم لا يستطيعون ممارسة التكم.

تم استكشاف هذه الانتقادات بإسهاب، وسيقدم المنظرون ردودهم⁽¹⁸⁾. لكن هارت نفسه قدم الأول⁽¹⁹⁾. وقد سمح بأن تحليله ينطبق فقط على الحديث عن الحقوق ضمن «عمل القانون» العادي». في مناقشة الحقوق الدستورية، اعترف بأن «جوهر الفكرة» ليس «الاختيار الفردي»، بل «الاحتياجات الفردية الأساسية أو الضرورية»⁽²⁰⁾. هذا يبدو بالتأكيد صحيحاً فيما يتعلق بالحقوق والحريات المدنية، على الرغم من أن نظرية الإرادة ليست خالية تماماً من الجاذبية حتى هنا - وسيتم مناقشة المزيد لاحقاً⁽²¹⁾.

تُعزى النظرية المنافسة الرئيسية لوظيفة الحقوق -أو النسخة المبكرة لها- إلى جيرمي بينثام. بالنسبة لبينثام (النفعي)، تتطلب الأخلاق اختيار أي خيار ينتج عنه أفضل توازن بين المتعة على الألم؛ لذا فإن الحقوق⁽²²⁾ -مثل المبادئ أو المؤسسات الأخرى- هي لتعزيز المصالح بشكل إجمالي. لكن هذا يجعل الحقوق رهينة حسابات المنفعة. وفق وجهة نظر نفعية متسقة،

quick recent summary of the dialectic, see L. Wenar, 'The nature of rights', (18) *Philosophy & Public Affairs* 33 (2005), 223-53

As for the second, he thought the will theory could accommodate children's rights by (19) reference to the choice or discretion of their representatives. Hart, 'Legal rights', 184.

Ibid., 185-6, 192-3 (20)

(21) انظر القسم 5 من هذا الفصل.

(22) كان بينثام رافضاً بشدة لفكرة الحقوق الأخلاقية الطبيعية، وقد قدم تحليلاً وظيفياً للحقوق القانونية، وهو تحليل نأخذ به فيما يتعلق بالحقوق والحريات المدنية.

See J. Bentham, *Of Laws in General*, Ed. H.L.A. Hart (Athlone Press, 1970).

يجب أن يعتمد حرك القانوني في مناهضة التعذيب على وجود بدائل أخرى لتعذيبك التي تعد بفائدة أكبر، سوف تظهر الحقوق وتختفي مع أدنى تغيير في الظروف المحيطة، مما يجعل الحقوق هشة، بل زائلة.

ومن المؤكد أن أبطال نظرية المصلحة اليوم - على سبيل المثال: جيرمي والدرون، وجوزيف راز، وماثيو كرامر - ليسوا نفعيين. في الواقع؛ يُطلق على وجهة نظر بينشام أحياناً اسم «نظرية المنفعة» على وجه التحديد عن طريق التناقض مع نظرية «الفائدة» التي خلفتها. كما كتب والدرون، «جوهراً ما يسمى ب: «نظرية الفائدة» للحقوق هو اتخاذ «أهداف فردية كأساس لتوليد قيود أخلاقية أصيلة وكاملة، في حين أن النظريات النفعية لا تفعل ذلك»⁽²³⁾. في صياغة جوزيف راز، على سبيل المثال: يمتلك الشخص «س» حقاً إذا، فقط إذا كانت «الأشياء الأخرى متساوية، فإن جانباً من رفاهية س (مصلحته) هو سبب كافٍ لجعل شخص (أشخاص) آخر تحت الواجب»⁽²⁴⁾.

بالطبع تواجه نظرية الفائدة الجديدة والمحسنة حالاتها الصعبة الخاصة. هناك حقوق يبدو أنها لا تفيد حاملها، ولكن تفيد أطرافاً ثالثة. المثال الكلاسيكي: «أ» يقدم وعداً لـ «ب» بمساعدة «ج». ترجع المنفعة إلى «ج»، لكن «ب» هو من لديه مطالبة بشأن «أ» الحقوق المرتبطة بأدوار اجتماعية محددة - مثل: حرية القاضي في رفض الدعاوى القضائية الزائفة - يبدو أنها تمتلك توزيع المنافع على المجتمع ككل، وليس أصحاب الحقوق. وهلم جرا.

استجاب منظروا المصلحة بردود موسعة ومتقنة بشكل متزايد. (لماثيو كرامر جهد حديث معقد بشكل خاص⁽²⁵⁾. لكن آخرين أعلنوا أن المسابقة

J. Waldron, *The Right to Private Property* (Oxford University Press, 1988), 79. (23)

J. Raz, 'On the nature of rights', *Mind* 93 (1984), 195 (24)

For his latest articulation, see M.H. Kramer, 'Refining the interest theory of rights', (25) *American Journal of Jurisprudence* 55 (2010), 31-9. For a sophisticated debate among will and choice theorists, see M.H. Kramer, N.E. Simmonds and H. Steiner, *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries* (Oxford University Press, 1998).

وصلت إلى طريق مسدود واستكشفتوا طرقًا للجمع بين النهجين أو تجاوزهما⁽²⁶⁾.

كما سيظهر تعاطفنا أقرب إلى نظرية المصلحة؛ لكننا نتفق على أن هذا النقاش حول الحقوق قد توقف لأسباب من شأنها أن تساعد في استكشافنا للحقوق والحريات المدنية هنا. الخطأ - في رأينا - هو الاعتقاد بأنه يمكن للمرء تطوير تحليل مفاهيمي للحقوق (المدنية أو غير ذلك) دون الرجوع إلى مبرراتها.

تبعًا لأرسطو؛ نعتقد أنه عندما يتعلق الأمر بالظواهر الاجتماعية - الظواهر التي تشكلت جزئيًا عن طريق المداولات البشرية، والحكم، والاختيار، والعمل - إن سؤال ماذا يعني سؤال عن لماذا، ولأي هدف.

في الواقع؛ كان الإسهام العظيم لهارت في إعادة هذه النقطة بالذات في مجال النظرية القانونية، وأوضح أن القوانين والنظم القانونية لا يمكن فهمها إلا بالرجوع إلى وجهة نظرها العملية. لا يكفي الانتقال إلى أنظمة فعلية مختلفة، ومراقبة وتسجيل ميزاتها المتكررة إحصائيًا في قائمة محضة: القواعد، وعامة في النطاق، ومدعومة بالتهديدات... إلخ.

ستفشل هذه «النظرية» في تفسير سبب تطور الناس؛ الأنظمة القانونية في المقام الأول: وفي هذه العملية - سوف تفقد بعض ميزاتها البارزة. لا يجب على المنظرين القانونيين - كما جادل هارت - أن يفترضوا المنظور الداخلي لأولئك الذين يستخدمون القانون، وأن يروا أسبابًا للقيام بذلك. يمكنهم التقاط - وشرح بطريقة موحدة - السمات المميزة للقانون فقط إذا كانوا يهتمون بأغراضه المتداخلة: بقاء المجتمع الذي يدعو إلى حل مشكلات التنسيق، والتي

See e.g., R. Cruft, 'Rights: beyond interest theory and will theory?', *Law and Philosophy* 23 (2004), 347-97; E. Mack, 'In defense of the jurisdiction theory of rights', *Journal of Ethics* 4 (2000), 71-98; Wenar, 'Nature of rights'.

تتطلب نظامًا من اللوائح وطرقًا منظمة لتعديلها بمرور الوقت - والتي بدورها تستدعي قواعد ثانوية، وهكذا. (27)

فيما يتعلق بهذه النقطة المنهجية، جادل جون فينيس، تلميذ هارت، بأنها كانت سليمة، ولكنها غير كاملة⁽²⁸⁾. نعم، عند القيام بالنظرية القانونية، يجب أن نميز بين المنظورين «الخارجي» و «الداخلي» للقانون، وأن نأخذ هذا الأخير. سيساعدنا القيام بذلك على تطوير نظرية أكثر اكتمالاً للقانون؛ نظرية يمكن أن تشرح بشكل أفضل لماذا يجب أن يكون لدى المجتمعات قانون على الإطلاق.

ولكن على المنوال ذاته؛ يجب أن نميز بين وجهات النظر الداخلية. فيما يتعلق بوجهة نظر الناس فقط لإشباع رغباتهم الخاصة، يجب أن نأخذ وجهة نظر أولئك المعنيين من أجل الصالح العام (وبالتالي، أكثر حرصًا على الحفاظ على نظام للتنسيق الاجتماعي في المقام الأول). وضمن هذه الفئة الأخيرة، يجب أن نفضل منظور أولئك الذين لديهم رؤية منطقية أكثر لهذا الصالح العام، وستظل تفسيراتهم لنقطة القانون ووجوده أكثر قوة⁽²⁹⁾.

ويخلص فينيس إلى أنه من وجهة النظر هذه؛ فإن حالة القانون المركزية ستشمل فقط قواعد التنسيق -القواعد التي تخدم حقًا الصالح العام- وبالمثل: نعتقد أن النظرية الجيدة للحقوق باعتبارها ظواهر اجتماعية -وللحقوق المدنية والحريات على وجه الخصوص- لا يمكن أن تستند إلى تحليل مفاهيمي خالٍ تمامًا من القيم، لن يعالج فقط وظيفتهم بالمعنى غير أخلاقي -كما تحاول نظرية هارت- ولكن أرضيتهم أو تبريرهم. في الواقع؛ إذا كان تطوير فينيس لبصيرة هارت صحيحًا؛ فإن أي محاولة لإغلاق التحليل المفاهيمي عن

H.L.A. Hart, Concept of Law (Clarendon Press, 1961), 96. (27)

Finnis, Natural Law, 13-15. (28)

Ibid. (29)

التبرير يجب ألا تكون خطأ فحسب، بل غير مستقرة⁽³⁰⁾.

وهذا هو بالضبط ما تظهره مراجعة الدراسات المتعلقة بنظريات المصلحة والاختيار. تحولت هذه التحليلات للحقوق تدريجياً إلى تفاسير لمبرراتها مراراً وتكراراً. بينام مثال واضح، ولكن هذا هو الحال مع راز - كما رأينا؛ فإنه يحدد الحقوق من حيث المصالح التي في الواقع أساس الواجبات الأخلاقية - مما دفع أحد المعلقين إلى الاعتقاد بأن هذا مجرد خطأ واضح يجب إصلاحه قبل الانخراط بجديّة في وجهة نظر راز⁽³¹⁾.

في الواقع؛ بينما يدّعي هارت نفسه أنه يعرف الحريات التي تشكل حقوقاً دون أن تلجأ إلى «الصفة الأخلاقية» للأعمال المرتبطة بها؛ إلا أنه يتردد في هذه النقطة حيث يعرف الحقوق أحياناً من خلال مصطلحات إجرائية بحتة، على أنها ناشئة عن «معاملة أو حالة سابقة»، وأحياناً أخلاقياً، من حيث «توزيع الحرية» الذي تحدده «مبادئ الإنصاف»⁽³²⁾، لاحظ ليف وينار نمطاً مشابهاً. لقد أخطأ منظرو الإرادة والمصلحة في تطوير «تحليلات مؤطرة لتفضيل التزاماتهم في النظرية المعيارية»، مما أدى إلى «تحويل النقاش بينهم إلى تمثيل» لخلافاتهم الأخلاقية من الدرجة الأولى، يوبخهم وينار على أساس أن «نزاعهم المعياري لا يمكن حله من خلال تحليل مفاهيمي للحقوق»⁽³³⁾. لا، لكننا نعتقد أن شيئاً قريباً من العكس صحيح: يمكن حل النزاعات حول التحليل الصحيح للحقوق، جزئياً، من خلال النقاش المعياري؛ النقاش حول الأسس السياسية والأخلاقية لحقوقنا وحرّياتنا، المدنية أو غير ذلك. لذلك سوف نعلق السؤال المفاهيمي بينما ننظر في المزيد من المعالجات المباشرة لمبررات الحقوق والحريات الأساسية.

(30) هذا لا يعني نفي تطلع علماء القانون إلى الدقة الوصفية، الخالية من تحريف أحكامهم المعيارية حول الظواهر الموصوفة.

Cruft, 'Rights', 275. (31)

For criticism along these lines, see Mack, 'Jurisdiction theory', 89. (32)

Wenar, 'Nature of rights', 224 (33)

3. المبررات:

إذا كان التحليل السابق سليماً؛ فلا يوجد تمييز دقيق وسهل بين وظيفة وأساس (أو تبرير) الحقوق المدنية. قد تكون الوظائف التي ركز عليها المنظرون القانونيون مرشحة لغرض (ربما وسيط) من أحد الحقوق، أساسه هو غرضه النهائي (أو المحدد بالكامل).

والسؤال هو ما إذا كان الأخير سيُحدّد مع المصلحة أو اقتراح نظرية الاختيار للأولى، هذا يعيد صياغة النقاش في ضوء البصيرة المنهجية لفنيس: هل حماية اختيار الفاعلين هي المبرر الأساسي للمعايير التي نسميها الحقوق المدنية؟ هل هو ترويج لمصالحهم أم شيء آخر؟ غرست أطروحة جيمس جريفين قيمة الاختيار في صلب الأساس التبريري؛ إنه يؤسس الحقوق على قيمة الشخصية وممارستها الفعالة.

تتضمن هذه القيمة المؤلفة من ثلاثة أجزاء الاختيار الحر لرؤية الحياة الجيدة، ومتابعتها دون تدخل قسري، وامتلاك الحد الأدنى من الموارد للقيام بذلك بشكلٍ فعال. تسهم ممارسة هذه القدرات الشخصية في رفاهيتنا - من وجهة نظر جريفين - وبالتالي فهي أساس حقوقنا⁽³⁴⁾.

في هذا الصدد الأخير؛ يجب أن نتوقف قليلاً لنلاحظ أن حجة جريفين تختلف عما يُسمى بالمبررات «القائمة على الحالة» للحقوق التي تركز أيضاً على فعاليتنا واستقلاليتنا، ولكن، بعد كانط؛ تأخذ هذه المسؤولية لتأسيس واجبات الآخرين تجاهنا مباشرة..

بناءً على هذه الآراء، لا تركز الحقوق على ما يخدم رفاهيتنا، بدلاً من ذلك؛ فهي تعكس المواقف الوحيدة التي من المناسب اتخاذها تجاه الكائنات العقلانية، وانتهاكها هو فقط يعني الفشل في احترام الناس. كتب فرانسيس كام

J. Griffin, On Human Rights (Oxford University Press, 2008), 27-44.

(34)

أن «الحق في الكلام» قد يكون ببساطة الطريقة الوحيدة المناسبة لمعاملة الأشخاص ذوي العقول الخاصة بهم والقدرة على استخدام الوسائل للتعبير عنها⁽³⁵⁾.

تواجه الآراء القائمة على الحالة صعوبة في شرح -عند الضغط عليهم- لماذا يجب علينا احترام حقوق الناس كما أنه من غير الواضح كيف يمكن لشيء ما مثل: الاحترام -حتى مع استكمالها مناشدة قدرتنا على الكلام- أن يفسر سبب أهمية حرية الكلام والصحافة في الخطاب السياسي أكثر من كتابة كتيبات التعليمات، أو كيف يمكن للنداء إلى استقلاليتنا أن يفسر سبب أهمية الاختيار في اختيار الأصدقاء أو الزوج أكثر من اختيار أي جانب من الطريق للقيادة عليه.

على عكس هؤلاء المنظرين، يُعد جريفين ممارسة «قيم الشخصية» مثل: الاستقلالية والحرية جزءًا مهمًا من حياة مزدهرة. إنها قيمتهم -قيمتهم وحدهم- التي يعتقد أنها تؤسس حقوقنا، على الرغم من أنه يؤكد أن لدينا مصالح أخرى - مثل: المعرفة - التي يمكن في بعض الأحيان أن تبرر تقييد الحقوق.

لكن هل القيم الشخصية كافية؟ إنها تعني (كما يقر جريفين)⁽³⁶⁾ أن البشر غير القادرين على اتخاذ الخيارات يفتقرون إلى الحقوق. ومن خلال استبعاد الاحتكام إلى المصالح الأخرى - مثل: المعرفة أو الترفيه - فإن وجهة نظر جريفين تفرض تبريرات معقدة للحقوق المألوفة من حيث آثارها المزعومة على قدرتنا على الاستقلالية والاختيار، مثل: هذا التبرير -كما يشير جون تاسيولاس- «محفوف بالمخاطر» و«دوار»⁽³⁷⁾. إنه ضيق للغاية. وواسع جدًا! كما

F. Kamm, *Intricate Ethics* (Oxford University Press, 2007), 247. (35)

Griffin, *Human Rights*, ch. 4. (36)

J. Tasioulas, 'Human rights' in A. Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (Routledge, 2012), 256. (37)

نعتقد أن تمارين الاستقلالية بالمعنى الذي يشعر به جريفيين ليست -في ذاتها- ذات قيمة دائماً. نعم، الاختيار الحر جزء لا يتجزأ من بعض المصالح الإنسانية الأساسية. لا شيء يستحق اسم «الصدّاقة»، أو له قيمته الأساسية، ما لم يتم تكوينه والحفاظ عليه بحرية. حتى عندما يتعلق الأمر بالمنافع (مثل: المعرفة) التي لها قيمة سواء اخترناها أم لا، فمن الأفضل إدراكها بالاختيار بدلاً من المصادفة أو القوة.

لكن الحكم الذاتي في ذاته لا يكفي. إذا حكم جونز بحرية أن الحياة الجيدة تتمثل في قطع الكرة الأرضية لحرق النمل من كل قارة تحت عدسة مكبرة، فإن هذا لا يصبح بالنسبة له «غاية يعزز تحقيقها قيمة [حياته]»⁽³⁸⁾.

إنها ليست مجرد قيمة مغلوبة لا قيمة لها؛ ذلك لأن تمارين الحرية لها قيمة في ذاتها عندما يكون لما نسعى إليه قيمته الخاصة، ولكن ليس بخلاف ذلك. بالتركيز على الاستقلالية مع استبعاد المصالح الأخرى؛ لا يكفي جريفيين بالغاء أكثر الأسس الطبيعية لبعض الحقوق، كما أنه يخطئ فهم تلك التي يتبناها.

لذا؛ ففي حين تتمتع وجهة نظر جريفيين القائمة على المصلحة بمزايا لا يتمتع بها الرأي المعتمد على وجهة النظر الكانطية؛ فإن نظرية راز -التي تسمح لأي مصلحة إنسانية مهمة بالتسبب في الحقوق- أفضل كثيراً.

ومع ذلك؛ فقد انتقد التقرير بوصفه غير مستقر، ويزعم إيريك ماك أنّ أي نظرية للفائدة تجازف بالانجراف مرة أخرى إلى نظرية المنفعة (العواقبية) التي كان من المفترض أن تتفوق عليها، إذا كانت مصالح سميث ملزمة لأي مفوض، وليس مجرد سميث - كما تتطلب نظرية المصالح في الحقوق - ألا يكون لها قيمة محايدة من قبل المفوض؟ ولكن إذا تصور ماك أنه

Griffin, Human Rights, 58.

(38)

من الممكن تجميع اهتمامات الأشخاص المختلفين ومقارنتها وتصنيفتها⁽³⁹⁾.

وإذا كان ذلك بوسعها، فما الذي يمنع المسؤولين من حرمان شخصٍ ما من الاحتجاز التعسفي؟، على سبيل المثال: إذا أدى ذلك حقاً إلى تحقيق فائض في المصالح الإنسانية التي تخدمها هذه الحرية في أنحاء المجتمع؟ وبالرغم من هذا، فإن هذا ليس أكثر من حجة، ربما كان من المفترض أن تتجنبها نظريات المصلحة، مثل: نظريات والدرون أو راز.

وتُظهر حجة ماك أن نظرية الفائدة تتطلب المصالح التي تثبت حق شخصٍ ما في أن تكون قيمة بشكلٍ غير متناسب مع تلك التي تقوم على أساس حقوق شخصٍ آخر، بهذا نعني أن لا فائدة تحتوي (أقل بكثير من تحتوي وتفوق) كل القيمة الأساسية للآخر.

وعلى هذا؛ فإن كلاً منهما لا يقدم قيمة أكبر -ولكنها أيضاً لا تتساوي قيمة كل منهما- فهما مختلفان تماماً، ولا يمكن إلغاء خسارة واحدة بمكاسب في الأخرى؛ لأنها لا يمكن مقارنتها على أساس واحد من القيمة الإجمالية في المقام الأول.

في الواقع؛ يؤكد راز بعض أشكال التعايش، وهو كذلك يمنح أن المهن في الفلسفة والطب -على سبيل المثال- غير قابلة للتعايش في قيمتها⁽⁴⁰⁾. ولكن إذا كان ماك محقاً، فإن ذلك لا يكفي⁽⁴¹⁾. من أجل مصلحة نظرية العمل، يجب

(39) [1] ليس من الصعب فهم السبب، إذا كانت I و II يجسدان القيمة المحايدة ذاتها للعامل، فإن قيمتهما النسبية ليست مجرد مسألة من حيث حجمها النسبي.

Mack, 'Jurisdiction theory', 82

J. Raz, 'Incommensurability', ch. 13, The Morality of Freedom (Oxford University Press, 1986).

He thinks what is needed is 'incommensurability among instances of the same type of valuable condition'. Mack, 'Jurisdiction theory', 79

أن تكون المعرفة الفلسفية في شخصٍ ما غير قابلة للتعايش حتى مع النوع ذاته من المعرفة في شخصٍ آخر.

ومن المفارقات، يؤكد زميل راز فينس (على أسس مستقلة) على هذه الفرضية الأقوى لعدم التعايش، ولنطلق على هذا التوجه التعددية الكاملة⁽⁴²⁾، وهي نظرية سياسية كاملة تستند إلى التعددية الكاملة، فقد تشكل بالتالي الأرضية الأكثر ثراءً والأشدّ ضماناً، (وبالتالي؛ النظرية العامة الأكثر قوة) للحقوق والحريات المدنية، وعند استعراض الطريقة، سنعتمد على نسخة طورها فينس وعدة متعاونين (بما في ذلك واحد منا⁽⁴³⁾) على مدى سنوات عدة.

4. المصالح الجمعية والتعايش:

إنّ الكمال التعددي الشامل الذي يطبق على الحقوق والحريات المدنية

J. Finnis, *Fundamentals of Ethics* (Georgetown University Press, 1983), 86-90. (42)

وفي مقابل هذا النوع من طرق العرض، يسأل ماك كيف يمكن أن يكون مثيلين من النوع نفسه غير قابلين للقياس. ومن جهة أخرى، إذا كانت معرفة سميث، ومعرفة جونز غير قابلة للقياس، فهل ينبغي لنا ألا نقيس كل منهما بمقياسين مختلفين: القيمة مقابل سميث، والقيمة مقابل جونز؟ وتكون هذه القيم ذات عامل نسبي، وليست ملزمة للآخرين؛ لأنها لا بد أن تكون أساساً للحقوق.

وما ينكره ماك إذاً هو احتمال وجود مثيلين من نوع القيمة ذاتها، ولكنهما يعدّان عاملاً محايداً. وهو بهذا يتجاهل احتمالاً آخر.

يمكن أن تنتمي معرفة سميث، ومعرفة جونز إلى النوع نفسه من القيمة دون أن يكونا أمثلة من النوع المحدد ذاته بشكل كامل، قد يكون هناك نوعان من المعرفة، سميث وجونز، وفي الواقع نوعان من القيمة، لكن كلاهما تصور العامل بشكل محايد. يبدو أنّ هذا التحليل يتناسب مع رؤية فيناس، - ورؤيتنا الخاصة - للمكونات التعددية، غير القابلة للقياس للمصالح العام، مع منع بعض الحقوق الفردية.

See generally R.P. George, *In Defense of Natural Law* (Oxford University Press, 1999). (43)

يطرح بديلاً عن أساليب التبريرات والتسبب في ذلك -وعلى النقيض من الأول-؛ فهو كمال، ويرى أن الأخلاق (السياسية) تدور حول الاهتمام بالصالح الإنساني والعمل عليه. وخلافاً للحال الثانية؛ فإن هذا يعني أن المنافع البشرية الأساسية غير قابلة للتعايش في قيمتها (كما هي الحال في أشخاص مختلفين من الفئة الواسعة ذاتها من المنافع الجيدة). وعلى هذا؛ فإن القواعد الأخلاقية والسياسية من غير الممكن أن تدور ببساطة حول تعظيم القيمة.

ولكن ما تطالب به هذه الرؤية بدلاً من ذلك هو الاستجابة والانفتاح على كل المصالح الأساسية التي تأثرت.

فهو يتطلب العمل لسببٍ وجيه، فاستناداً إلى تقديرنا العقلاني للمنافع أو المصالح الإنسانية الأساسية لا تشوهها المشاعر، مثل: الانحياز أو العداوة التي قد تجعلنا نستبعد بعضاً منها.

الناس أو المصالح الأساسية على المحك، ويُعتقد أن المنافع أو المصالح الأساسية تشمل المعرفة والحياة والصحة والخبرة الجمالية والأداء البارِع لمختلف الأنواع، فضلاً عن منافع عدة تنطوي بطبيعتها على الاختيار: التكامل الشخصي، أو الدستور الذاتي، والصداقة، والزواج، والدين⁽⁴⁴⁾.

وهنا يجب علينا أن نتوقف قليلاً لكي نلاحظ ضمناً أهمية بالغة، وإذا كانت الأخلاق تتطلب ملاحقة بعض المنافع بشكل معقول مع الحفاظ على المراعاة الواجبة لكل منفعة من هذه المنافع في كل فرد، وإذا كانت منافع الناس المختلفة غير قابلة للتعايش؛ فمن الخطأ دائماً أن نعتمد إلحاق الضرر بأي منفعة أساسية حتى لو كانت وسيلة للآخرين لتحقيقها، ولن يتسنى لهذا أن يستجيب للخير البشري في الإجمال (على سبيل المثال: بشكل تكاملي) إلا إذا

(44) Finnis, *Natural Law*, 81-133, 448; *Fundamentals*, 66-78. One of us has explained and defended the claim that religion is a basic human good. See R.P. George, *Conscience and Its Enemies* (Intercollegiate Studies Institute, 2013), ch. 11 (esp. 118-19).

حقق ببساطة قدرًا أعظم من الخير - إذا أدى الضرر المستهدف إلى زيادة صافية في القيمة - ولكن في مثل هذه الحالات لم يكن ذلك ليحدث، وتحديدًا لأن عمليات إعادة تنظيم الناس المختلفة للمنافع الأساسية غير قابلة للتعايش⁽⁴⁵⁾.

فضلاً عن ذلك؛ فإن السياسة في هذا الإطار، تتدفق من نفس المنافع غير المقيدة بمصلحة الإنسان، ولا يستطيع الأفراد أن يلاحقوا المنافع الأساسية بشكل جيد (أو في بعض الحالات على الإطلاق) دون غيرها. فنحن في احتياج إلى الصداقة، والأسرة، والتخصّص، وانقسامات العمل التي تجعل الشبكات الأوسع، مثل: الأحياء؛ ممكنة. ولكن حتى هذه المجتمعات تعجز عادة عن تحقيق الاكتفاء الذاتي على النحو الذي يبرر أو يحد قوة الدولة، فالمجتمعات المحلية تحتاج - على سبيل المثال - إلى قرارات مقبولة على نطاق واسع لمشكلات التنسيق، وقواعد النظام الثاني لتغيير هذه المشكلات إلى حد ما مع مرور الوقت، والطرق العادلة لتقديم المساعدة لمن يعجزون عن مساعدة أنفسهم أو العثور على مساعدة أخرى، والدفاع ضد المعتدين من الداخل أو الخارج، وعقاب عادل للأخطاء. إن المجتمع الأوسع نطاقًا القادر على تلبية هذه المتطلبات الأبعد أثرًا من النفع البشري هو نظام حكم «المجتمع الكامل»، وقواعده هي القانون الوضعي، والجهاز المؤسسي للدولة⁽⁴⁶⁾.

وكذلك هناك أيضا أن تؤدي الدور الداعم الذي وُصِف للتو: حماية المصالح التي تبرر إقامة دولة ما، ولنطلق على هذا الهدف المناسب «الصالح العام السياسي» ويمكن شرحه ب: الظروف التي يستطيع فيها الناس ومجتمعاتهم المحلية أن يلاحقوا صالحهم بالكامل بالقدر الكافي، بل وحتى بغنى⁽⁴⁷⁾.

ومن جانبهم؛ لا بد أن تستند الحقوق والحريات المدنية إلى القواعد

For an elaboration of this point, see Finnis, *Fundamentals*, 124-7.

(45)

Finnis, *Natural Law*, 147-50.

(46)

Ibid., 155.

(47)

الأخلاقية التي تحكم إجراء الدولة، والذي يحدد متطلبات خدمة الصالح العام ذاته. ولكن لاحظ أن الشيء ذاته ينطبق على جميع المؤسسات السياسية في هذه الكمالية التعددية التي تسير على الطريق الرئيس.

إن الحدود الأخلاقية لكل القوانين والسياسة لها أرضية مشتركة في الصالح العام، صحيح أن هذه المؤسسات تعتمد لوجودها على حقائق اجتماعية مختلفة؛ ولكن المقصود منها جميعاً أن تعمل على تفعيل بُعد أو آخر من الصالح العام ذاته. لذا فمن التعسف بعض الشيء؛ كيف يرسم المرء الخط بين القواعد العامة القائمة على المصلحة العامة لعمل الدولة «العادية» (القانون والسياسة)، والمعايير التي تتوافق مع الحقوق والحريات المدنية؟

إنها جميعاً لها الأرضية النهائية ذاتها، ولكن إذا كان التصنيف أمراً لازماً، فإنه من الصواب أن بعض الطرق التي ترسم الخط الفاصل قد تكون أفضل لاعتبارات محددة، حسناً، ما الذي يفسر الخط التاريخي الذي رسمناه؟ ما الفائدة من الاعتراف بفئة مستقلة من الحقوق والحريات المدنية بأية حال؟

لعل الغرض من ابتكار القواعد هو التعبير عن أكثر القيود الأخلاقية عمومية على الأنشطة العادية للنظام القانوني - وهي القواعد التي تنطبق بالتالي على العديد من مجالات عمل الدولة حتى إشعار آخر في المستقبل، ومن خلال استحضار الإطار التعددي الكمالي، نستطيع أن نقول: إن الحقوق والحريات المدنية المقصود منها تسليط الضوء على مجموعة متنوعة من المصالح الأساسية التي لا بد أن تكون الدولة العادلة في الأساس قادرة على الالتفات إليها دائماً.

فهي تعمل على تثبيت انتباه المسؤولين على الجوانب الأساسية العديدة للمنفعة العامة، وتأطيرهم من منظور المستفيدين إلى تقويض الإغراءات التي قد تدفع بعضهم إلى مهاجمة الآخرين باعتباره وسيلة لغيرهم⁽⁴⁸⁾.

وفي بعض الأحيان؛ ينتقي هؤلاء المصالح الأساسية مباشرة بالاحترام والترقية، ولتوضيح الأمر؛ فلنتأمل الحقوق الدينية للحرية. كخير إنساني طبيعي، وفق النظرية الأخلاقية التعددية التي طورها فينس وجورج وآخرون، يتألف الدين من التناغم مع أي مصدر (مصادر) نهائي للمعنى قد يكون هناك. ومثل: الصداقة، فإنَّ عمليات إعادة تحقيق هذه الديمقراطية قيِّمة بطبيعتها بالنسبة لشخصٍ ما فقط عندما يتم اختياره بحرية. لذا؛ يجب على الدولة -في إطار التمسك بالشروط التي يستطيع الأفراد والمجتمعات في ظلها أن يلاحقوا رفاهيتهم الخاصة- أن تمتنع عن استهداف الإكراه أو حظر الأعمال الدينية. فالسياسات التي تتطلب أو تمنع عملاً لمجرد صبغة الديني⁽⁴⁹⁾ تنطوي، في نهاية المطاف، على وجه مباشر من إعاقة المصلحة الإنسانية الأساسية، وهذا خطأ عندما يفعل أي شخص ذلك، ويخطئ عندما يفعل ذلك تجاه أي شخص (مواطن أو غيره). ومن ثم: فهو خطأ للدولة، وهو محدد على مستوى عام للغاية، وعلى هذا؛ فإن الحرية المدنية قائمة لاستبعادها.

ماذا عن الأعباء العرضية على الدين؟ إن العقائد الدينية -على أي حال- تدعو عادة إلى مجموعة من العروض الخاصة والعامة التي تهدف إلى بناء الانسجام مع القدسية، وقد تتعارض بعض هذه التدابير مع إجراءات الدولة الرامية إلى تعزيز أجزاء أخرى من الصالح العام. وهنا سوف تتطلب المصلحة الأساسية أو مصلحة الدين أن تتجنب الدولة هذه الأعباء إذا تمكنت بشكل معقول من تحقيق غاياتها بطرق أخرى. إن عدم القيام بذلك يعني الفشل في وضع المصلحة الأساسية في الحسبان؛ فقط ما تستتبعه هذه الكمالية التعددية.

ولكن (فضلاً عن حماية المصالح الأساسية ضد عمل الدولة) فإن الحقوق والحريات المدنية من الممكن أن تؤدي وظيفتها النهائية من خلال الوظيفة

(49) على أرض الواقع، لنفترض أنها صحيحة أو خاطئة من وجهة نظر الدولة، أو غير ملائمة بسبب القوة التي تمنحها للمتدينين، أو المؤمنين بأديان محددة.

الوسيلة المتمثلة في حماية الظروف التي تحرك الدّول، ولنتأمل هنا حالة الخطاب؛ إن التواصل بين: المعتقدات، والرغبات، والمشاعر، والنيات ليس من المصالح الأساسية، بل هو أمر حاسم بالنسبة لهم جميعًا. وبدون حرية التواصل؛ فإن الصداقة لا تنزل أبدًا عن الأرض. ففي غياب الأفكار الجديدة والمعارضة الحرة، تقلص المعرفة وينمو تفكير القطيع. فالسلطات السياسية لا تلبى احتياجات وأهداف من ينبغي أن يخدموا، وهكذا. وعلى هذا؛ فإن أي دولة محددة بالجوانب العديدة للمصلحة العامة ستحترم حرية قوية في الخطاب والتعبير⁽⁵⁰⁾. وبما أن المصالح الأساسية غير قابلة للتعايش، فسوف تكون هناك العديد من المخططات المعقولة للقواعد العامة لحمايتهم من إجراءات الدّولة وتسوية المقايضات العارضة. وما يُستبعد هو الاستخفاف المتعمد أو المستهتر بالمصالح الإنسانية الأساسية، أو شروطها الأساسية العامة، أو المستفيدين المحتملين منها.

وعلى هذا؛ فإن الوظائف المتوسطة والنهائية للحقوق والحريات المدنية واضحة، حتى ولو كان التعايش يجعل حوافها غير واضحة. ولكن التعايش ذاته -أو التعددية الكاملة- يعطي بعض الحقوق أيضًا نواة مطلقة، ومرة أخرى؛ نظرًا لأن حالات المنافع الأساسية في مختلف النَّاس غير قابلة للتعايش؛ فإن قصد إلحاق الضرر الأساسي بشخصٍ ما لا يمكن تبريره باعتباره وسيلة لمجرد تحقيق قدرٍ أكبر من الخير، أي: زيادة دون خسارة أساسية.

وعلى هذا؛ فإن المصلحة الأساسية المتمثلة في السلامة الشخصية تشكل حقًا مطلقًا ضد أيّ تصرف الدّولة يهدف إلى كسر إرادة الشخص، وجوهر الحق في عدم التعذيب سيكون حقًا مطلقًا. والمصلحة الأساسية للحياة سوف تقوم على حق مطلق، في المحافظة عليها لئلا تكون ضحية في جرائم

For extended defences of these civil liberties, see R.P. George, *Making Men Moral* (50) (Oxford University Press, 1993), 192-208, 219-28.

قتل»⁽⁵¹⁾. ويحاول ألان جيوراث أن يستمد كلا الحقين وفق الشروط الكانطية ليتجنب معاملة الآخرين «وكان لا حقوق لهم أو لا كرامة لهم»، وهو يعتقد أنه على خطأ دائماً؛ لأن الحقوق والكرامة هما «الافتراضات الأساسية للأخلاق ذاتها»⁽⁵²⁾. ولكن عندما يكون السؤال على وجه التحديد هو ما إذا كان الحق في عدم القتل يشمل استثناءات - أو ما إذا كانت الكرامة الإنسانية تتطلب عدم القتل عمدًا (الأبرياء) - فمن المثير للجدل أن نناشد بشكل عام أهمية الحقوق والكرامة. إن تفسيرنا الكمالي يسمح للمصالح الأساسية الموضوعية بترسيخ هذه الحقوق الموضوعية، وتفسر أطروحتها غير القابلة للقياس حقيقتها المطلقة.

5. إعادة النظر في التحليلات والمبررات:

والآن بات بوسعنا أن نعيد النظر في تحليل الحقوق والحريات المدنية، ولقد رأينا في المقدمة أن هذه المبادئ في الحالة المركزية تعكس القواعد الأكثر عمومية لعمل الدولة وتقديم مواردها، نحو كل ما هو داخل ولايتها القضائية، ولكن هل المقصود منها على نحو خاص حماية مصالح أصحاب الحقوق أم الخيارات؟ والإجابة عن هذا السؤال هي كلاهما - ولا شيء منهما.

إن تحليل المؤسسات الاجتماعية، مثل: الحقوق والحريات لا بد أن يشمل في النهاية على أرضية هذه المؤسسات، ولكن هذه الأرضية هي الصالح العام الذي يتنوع. ولا يمكن تحقيق بعض مكوناتها - مثل: الصداقة، والدين؛ إلا باختيارها بحرية. وتتطلب مجالات أخرى، مثل: المعرفة، باعتباره

(51) نحن نختلف مع جيوراث حول ما يستثنيه الحق، هو يعتقد أن نية سميث لا صلة لها بتحديد ما إذا كان سميث قد جعل شخصاً ما «الضحية المقصودة لمشروع القتل»، ونحن نعتقد أن ذلك ضروري.

A. Gewirth, 'Are there any absolute rights?', *Philosophical Quarterly* 31 (1981), (52) 1-16, 9.

شرطاً مسبقاً نطاقاً واسعاً من الخيارات ضمن مجالات محددة (مثل: الكلام). لذا؛ نعم، هناك العديد من الحريات المدنية التي تحمي الخيارات في مجالات محددة، ولكن منطري اختيار الوتيرة مثل هارت، لا يمكننا أن نحدد الخيارات المحمية بعيداً عن المصالح البشرية. وهذا الكمال التعددي -إذا- يجسد جاذبية نظرية الاختيار، وهو يفسر لماذا كثيراً ما يكون الاختيار على مستوى العمومية الذي يتم فيه طرح الحقوق والحريات المدنية، ولكن على النقيض من نظرية الاختيار، فإنها تتسم بالتمييز حول أي أنواع الخيارات يهتم، أي: تلك التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمصلحة أساسية، وعلاوة على ذلك؛ فإن هذا من شأنه أن يؤدي إلى ترسيخ أهمية الاختيارات في المصالح التي يمكن تحقيق بعضها حتى من دون اختيار، لا يعرض حقوق الأطفال للخطر، أو الحقوق التي لا يمكن التنازل عنها، ومن خلال بناء الحقوق والحريات على الخير الإنساني، فإنها في وضع أفضل يسمح لها بالرد على من يتساءل: لماذا ينبغي له أن يحترمها على الإطلاق؟ ومن جهة أخرى؛ فإن هذا يعني ضمناً أن كلاً من الجانبين في المناقشة الطويلة من الخطأ أن يركزا على الاختيار الفردي أو المصلحة فقط. إن المصالح العام هو المصالح العام للأفراد والمجتمعات التي يشكلونها ويتصلون بها.

إن بعض الحقوق والحريات المدنية تخدم شروطاً مشتركة؛ من أجل الفوائد التي تعود على المجتمع بالكامل وليس فقط على أصحاب الحقوق. وحرية الصحافة تمنح المجتمع ثقافة سياسية قوية، ليس من أجل إعطاء الصحفي قصة ساخنة. وهكذا، عن طريق التأسيس و(بشكل معجل) إن نهجنا الذي يحدد الحقوق والحريات المدنية من حيث المصالح العام- الفردي والجماعي- يجنبنا أمثلة مضادة لنظرية المصلحة التي تستغل تركيزها على أصحاب الحقوق، ومن جهة أخرى؛ يحافظ هذا على ميزة منطري المصالح مقارنة بالنظريات التي لا توجه أكثر من جاذبية إلى المثل المجردة.

6. الحق في ارتكاب خطأ:

هل كلف الأمر أشياء لا يمكن تحملها؟ ولنتذكر أن هارت انتقد نظريات المصلحة لانهايار التمييز بين الحقوق وبقية الأخلاق، وقد يبدو أننا أسأنا الآن سماع هذا الاعتراض كنصيحة.

إن النهج الذي رسمناه جعل الحقوق والحريات المدنية على المصالح الإنسانية نفسها التي (من وجهة نظرنا) أرهقت كل الأخلاق، وعلى الصالح العام ذاته الذي نعتقد أنه يؤسس للأخلاق السياسية بشكل خاص. ونحن لا نرى حرجاً في ذلك، بل إنه يتفق مع التطور التاريخي للخطاب المتعلق بالعدالة والحقوق، فلدى مفكري القرون الوسطى مثل: الإكويني، كان القانون يشير ببساطة إلى الواجب: متطلبات العدالة. وبحلول المرحلة الحديثة المبكرة - التي كتبت فيها سواريز - أصبح من الممكن تحديدها بوصفها شيئاً يملكه الأفراد: أو قوة أخلاقية. ومن غروتوس إلى هوبز، وهما سلف لمنظري الاختيار المعاصرين، تم التعرف عليها بصورة متزايدة بالحريات بصفة خاصة⁽⁵³⁾

إن الطريقة التي قمنا بها بتقطيع الحقوق من معايير أخرى؛ تشكل استجابة مشروطة للمخاوف التاريخية - التي تم استعراضها في المقدمة - للحد من السلطة الرسمية، فهو يمثل طريقة مشروعة لتقسيم الحيز الذي تحتاج إليه الأخلاق، طريقة تسلط الضوء على المستفيدين من بعض القواعد، وخاصة حريتهم. على الأقل هذا التاريخ يقوض الحس «الهارتي» بأن هناك فرقاً عميقاً وجوهرياً بين الحقوق، وغيرها من المبادئ السياسية والأخلاقية.

ومع ذلك؛ فإنه يجدر معالجة القلق من أن الربط الوثيق بين الحقوق وبقية الأخلاق والنفع الإنساني يقلل - على نحو ما - استقلاليتها وقيمتها، وسوف نركز على تعبير واحد عن هذا التخوف في المناقشات الفلسفية حول الحريات

Finnis, Natural Law, 206-8; cf. Griffin, Human Rights, 9-14.

(53)

المدنية بشكل خاص؛ وهو أن قيمة الحريات المدنية تعتمد جزئياً على حماية حقها في القيام ببعض الأخطاء الأخلاقية، وهو الحق الذي قد تبدو الكمالية تهديداً له.

وفيما يتصل بالنظرة «السياسية» لحقوق الإنسان التي ينظر لها دوركين، فإن الأخيرة تعطي الأفراد «فترات الركود» على السياسات التي كانت مبررة لولا ذلك بوصفها تعزز المصلحة الجماعية، ولا تستند هذه المخاوف إلى المصالح الإنسانية أو الاستقلال، بل إلى الحق في المساواة في الاهتمام والاحترام⁽⁵⁴⁾. ولا يتطلب الاهتمام بالقدر ذاته عدم هضم مصالح الناس بسبب ما هم عليه، أو تعذيبهم لمجرد المتعة، ويتطلب الاحترام المتساوي احترام قدرتهم ومسؤولياتهم لتحديد ما يجعل حياتهم طيبة وجديرة. ويأخذ دوركين الأمر ليؤسس للحريات الدينية، والكلام، والصحافة - وما أسماه: «الحق في الاستقلال الأخلاقي»⁽⁵⁵⁾

ففي جزء عن زعم الحق في ارتكاب الخطأ، «هل هناك حق في المواد الإباحية؟»، كان يقول هذا بوصفه حقاً للناس في عدم المعاناة من الحرمان في توزيع المنافع والفرص الاجتماعية، ولكن على أرض الواقع، يرى المسؤولون عنهم أو رفاقهم المواطنون أنّ آراءهم بشأن الطريقة الصحيحة التي ينبغي لهم أن يقودوا بها حياتهم كانت نبيلة أو خطأ⁽⁵⁶⁾.

ولكن الحكم الذي يختاره شخص ما، ويرى أنه مسيء له؛ يجب ألا يكون سبباً في احتقاره، أو يقع أدنى قدر من التجاهل، بل إنّ الأمر على العكس من ذلك تماماً، وقد يكون مدفوعاً بشعوره بقيمته وكرامته العظيمة، وهو الشعور الذي لطخته خيارات حياته (كما يعتقد)، ولا ينكر دوركين أنّ هذا الاعتقاد يمكن أن يكون صحيحاً، وهو في الحقيقة يمنح أنّ الأدب الإباحي

Dworkin, Justice, 329ff. (54)

R.M. Dworkin, A Matter of Principle (Harvard University Press, 1985), 353. (55)

R.M. Dworkin, 'Is there a right to pornography?', Oxford Journal of Legal Studies 1 (56) (1981), 177-212, 194.

ليس أكثر من خطأ الحط بالكرامة -الإضرار بالمجتمعات التي يزدهر فيها وليس فقط بطابع المستهلكين- وما ينكره هو أن مثل هذه الأحكام تشكل أسباباً وجيهة لفرض الحظر القانوني عليها.

ولا يجوز أن يكون اعتراضه على المواطنين الذين يتصرفون استناداً إلى آراء تتعلق بحياة أشخاص آخرين، كما قرأ هارت ذات يوم لدوركين وهو يلمح إلى هذا ضمناً، ويتفق دوركين على أن «هذا الموقف» سوف يُؤكّد بشكل كبير، فهو يستبعد التصويت لبرامج الرعاية الاجتماعية، أو المساعدات الخارجية⁽⁵⁷⁾. ولكن إذا كان بوسعنا أن نتصرف وفق قيمنا الصادقة، أو وفق أحكامنا الأخلاقية بشأن ما الذي قد يجعل حياة الآخرين أفضل، فما الذي يمنعنا من التصرف على النحو الذي قد يجعلها أسوأ؟

عند الضغط على هذه النقطة؛ يعمل دوركين على نقل التركيز برقة، وفي هذا التوضيح؛ فإن اعتراضه على حظر استغلال المواد الإباحية وما شابه من قوانين «التحديث» لا يعني أن مثل هذه القوانين تستند إلى ما قد يجعل حياة شخصٍ آخر تسير على ما يُرام. كلا، إن ما يدينه هو في واقع الأمر «أي عملية سياسية تفترض أن الناس لديهم مثل هذه (الآراء الأخلاقية) هي ذاتها جزء من الحجة في الأخلاق السياسية لما يفضلون⁽⁵⁸⁾».

ونحن نوافق على أن ما يحط من شأن الآخرين، الاعتقاد بأن الحقيقة المطلقة المتمثلة في أحقية أن يكون لديك رأي، هي سبب لمحاولتك تقديس رأيك بالقانون، فبعض الآراء يكون لها أهمية عندك لمجرد أنها لك، بصرف النظر عن قيمتها الموضوعية، ورغم هذا، فإن القوانين الأخلاقية ينبغي لها ألا تستند (ولا تستند إليها عادة) إلى هذه الفكرة على الإطلاق.

إنّ من يدعمهم من شأنه أن يروج لبعض القيم على أرض الواقع التي

Ibid., 209.

(57)

Ibid.

(58)

تستحق، وليس أنها قيم خاصة بهم، وعلى هذا؛ فإن حق دوركين في الاستقلال الأخلاقي ليس متطلبًا للمساواة في الاحترام⁽⁵⁹⁾. ولا يتطلب هذا المثال الأخير من حسابنا للحريات المدنية أن نمنح كيانًا خاصًا للحق في القيام بالمظالم الأخلاقية.

لقد جادل والدرون بأن هناك شيئًا آخر يقوم به: أهمية النزاهة الشخصية، وجود «خيارات» للتمكن من «تحديد الشخص الذي يجب أن يكون»، على الأقل فيما يتعلق بالسياسة والعلاقات الحميمة والتعبير عن الآراء والخيارات المهنية وما إلى ذلك⁽⁶⁰⁾. لماذا؟

فهو يعتقد أنه لو كان بوسعنا (حتى من حيث المبدأ) أن نحصر من حرية الناس في التصرف على نحو خاطئ في هذه المجالات، فلن تصبح لديهم خيارات إلا فيما يتصل «ببوميات الحياة ومشاغلها»، وسوف يكون لزامًا عليهم أن يوحّدوا هويتهم من خلال «القرار».

سيكون عليهم اتخاذ قرار بدأ الحلاقة من الذقن وليس الخد، والاختيار بين آيس كريم الفراولة أو الموز⁽⁶¹⁾ يصبح من غير المعقول على الإطلاق أن نتوقع من الأخلاق ألا يكون لها ما تقوله عن عالم الحياة الأكثر أهمية المذكور أعلاه.

والنهج الذي نتبناه يسمح مرة أخرى بأن يكون هذا الاختيار ضروريًا لتحقيق منافع محددة، ولا تستطيع الدولة أن تجبركم على الزواج بشخص ما، حتى على اعتقاد صادق مفاده: إن زواجكم من ذلك الشخص يعد في ظل

For a detailed presentation of the argument, we have here summarised against (59) Dworkin's derivation of an alleged 'right to moral independence', see George, *Making Men Moral*, ch. 3.

Waldron, 'A right to do wrong', 34. On Waldron's view, see George, *Making Men Moral*, ch. 4.

Ibid., 36.

(61)

الظروف الحالية الأفضل على المستوى الأخلاقي؛ لأن النتيجة سوف تكون زائفة.

إن إرغام «المحاجر» ينتهك شرطاً مسبقاً لتحقيق هذه المصلحة الأساسية، وهو ما يستثني نهجنا. ولا يحمل الشيء ذاته كل المصلحة الأساسية بطبيعة الحال. وسوف تظل صحة الجهاز التنفسي جيدة بالنسبة لك، وهو جزء من اهتماماتك الأساسية بالحياة والصحة، حتى ولو لم تترك لك الولاية خياراً يسمح لك بالتدخين، وبالرغم من هذا؛ فإننا نتفق على أن الناس يُقدرون قيمة صياغة هوياتهم؛ من خلال اختيارهم لمهنتهم، وتوجههم السياسي، إلى آخر ذلك. وما ننكره هو أنه ليس للأخلاق أي رأي، فإن هذا من شأنه أن يخنق كل الخيارات المجدية. قد يكون هذا صحيحاً إذا كانت المنفعة حقيقية، ولكن على الأساس الذي رسمناه للحقوق والحريات المدنية، فإن الخير البشري يتنوع ويتميز بالتعايش العميق.

صحيح أن الأخلاق تستثني الظلم، والأذى المباشر بالمنافع الأساسية، إلى آخر ذلك. ولكن الدستور الذاتي المهني لم يتوقف قط على حرية الأفلام الإباحية على أي حال؛ إن تقرير المصير السياسي لا يتوقف على حرية الحملات الانتخابية لصالح الاشتراكيين الوطنيين.

إن الأخلاق تسوّر عن أرضٍ قاحلة، وإن الحقول التي يترك فيها المجال مفتوحاً لتشكيل أنفسنا خصبة ولا تنضب: قادرة على النمو المتنوع إلى ما لا نهاية.

بطبيعة الحال- في العالم الحقيقي- يجب على القانون أن يترك دائماً عدداً لا يُحصى من الخيارات غير الأخلاقية؛ بسبب تكاليف فرض القانون، أو التهديد بالانتهاكات السياسية، أو أي شيء آخر. ولعل جماعة محددة مُتزمته إلى الحد الذي قد يجعل المسؤولين عنها يلاحقون إنتاج واستخدام المواد الإباحية يرسلون فنانيين حقيقيين إلى الاختباء، أو قد يكون استخدام المواد الإباحية

متشراً ومستعملاً إلى الحد الذي قد يؤدي إلى توليد الازدراء للقانون، ثم هناك حق دوركين في استهلاك المواد الإباحية، ولكن في ظل شعور مخفف في إطار عملنا، ولن تكون هذه القاعدة قاعدة عامة، أو قائمة على مصلحة الفرد أو حتى مصلحة المجتمع بشكل مباشر، وسيكون ذلك من الآثار المحلية والعرضية وغير المباشرة لهذه الأخيرة.

ولكن حتى في ظل هذا الوضع غير الثابت لأي حق مزعوم في القيام بخطأ أخلاقي؛ فإن النهج الذي رسمناه لم يعد يشكل خطراً يتمثل في الحد من الحرية أو التنوع الذي يشكل -على أي وجهه نظر معقولة- ضرورة أساسية لكي يزدهر الناس ومجتمعاتهم. وتعددية قيمه الأساسية تضع هذه القيم على أرض صلبة حقاً.

خلاصة القول:

وبالتالي؛ فإن تعددية الاهتمامات والمصالح والمنافع البشرية وتعسرها على هذا الرأي تشكل العمود الفقري لها؛ فهو يعطي نهجنا مزايا واضحة على محاولات سحب مجموعة غنية من الحقوق من مثال واحد مجرد للاحترام؛ فهو يسمح بأساس من الحقوق في المنافع القادرة على تحفيز الانضمام- من دون ترخيص العواقب التي قد تفكك كل هذه المنافع- وهو يفسر إعفاء بعض الحقوق مع مراعاة تنوعها الملحوظ عند الأطراف عبر نظم عادلة أساساً، وهو يفسر الأهمية المحورية للاختيار بين بعض المنافع الأساسية دون إهمال المنافع الأخرى، ويتعالى هذا القلق الذي دفع نظريته في الاختيار منافسين وأبطال الحق في الخطأ، والخوف من أن الحقوق المدنية لن تتيح إلا قدرًا ضئيلاً من الحماية ضد الضغوط القاسية التي تفرضها الحياة المشتركة على الهوية الفردية في غياب الاستقلال الذاتي عن بقية الأخلاق وصالح الإنسان.

الفصل السادس عشر

القانون الجنائي

أنتوني دوف

مقدمة:

إن النظريات الفلسفية (التي تختلف عن النظريات الاجتماعية أو التاريخية) للقانون الجنائي تُظهر أبعادًا تحليلية ومعيارية على حدٍ سواء، فمن الجهة التحليلية؛ فإنها تضطلع بتحليل السمات المميزة للقانون الجنائي، بوصفه نوعًا مميزًا من القانون. أما من الجهة المعيارية؛ فتدرس الهيكل الدقيق للقانون الجنائي وأهدافه ممثلة بـ: ما المبادئ التي ينبغي أن تحكم هذا القانون؟ وما الأهداف التي ينبغي أن يُوجّه نحوها؟ ولماذا يجب علينا أن نحافظ على نظام للقانون الجنائي؟

إن القول بأن البحث الفلسفي يختلف عن البحث الاجتماعي والتاريخي لا يعني أنه لا توجد صلة مهمة بينهما؛ فالأطروحات الفلسفية يجب أن تعتمد على هذه التخصصات الأخرى:

فأولاً: لا بد من التعرف على النظريات التحليلية للقانون الجنائي بوصفها أطروحات لهذه المؤسسة، مؤسسة ذات تاريخ (بل تاريخ مختلف في أماكن مختلفة)، وتحتل مكانًا متميزًا في البنية السياسية.

ثانيًا: يجب على النظريات المعيارية أن تتناول العلاقة بين النظرية والممارسة القائمة.

إن النظرية المعيارية تقدم لنا صورة لما ينبغي أن يكون عليه القانون الجنائي، كما تُقدِّم لنا نموذجًا نستطيع من خلاله تقييم قوانيننا القائمة. ومما لا شك فيه أن الممارسة الفعلية أقل كثيرًا مما ينبغي لها -وفق النظرية- أن تكون، ولكن بالرغم من أن هذه الحقيقة لا تقوض النظرية، فإنها تتطلب من المنظر أن يشتبك مع كيفية الانتقال من هنا (النظرية) إلى هناك (التطبيق)، وكيف ينبغي لنا أن نتعامل مع واقع ممارستنا الحالية؟

وهناك تساؤلات أكثر عمقًا حول تأثير مثل هذه التخصّصات الأخرى على التنظير الفلسفي⁽¹⁾. هل نستطيع أن نطمح إلى نظرية عالمية- سواء أكانت تحليلية أم معيارية- فيما يتصل بالقانون الجنائي في ذاته، في كل الأزمنة والأمكنة؟

إذا أخذنا بالحسبان الاحتمالات: التاريخية، والسياسية، والاجتماعية لخصائص النظم القانونية المختلفة، فلا يسعنا إلا أن نطمح: من الجهة التحليلية؛ إلى إعطاء وصف محلي أكثر تواضعًا للقانون الجنائي في هذا النوع من النظام السياسي، أو من الجهة المعيارية؛ أن نعي موقع نظامنا الخاص للقانون الجنائي وغيره من الأنظمة التي تشبهه بالقدر الكافي؟ وسوف تكون المناقشة هنا متواضعة نسبيًا ومحلية، أي: إنها ستكون معنية بوصف القانون الجنائي في الديمقراطيات الليبرالية الحديثة، مع ترك مسألة مدى توسيع مثل هذا الطرح ليشمل أنواعًا أخرى من النظام السياسي⁽²⁾.

كما يجب أن تعتمد الأطروحات الفلسفية للقانون الجنائي على فروع

See N. Lacey, 'Institutionalising responsibility: implications for jurisprudence', (1) *Jurisprudence* 4:1 (2013); L. Farmer, *Making the Modern Criminal Law. Criminalization and Civil Order* (Oxford University Press, 2016).

See R.A. Duff and S.P. Green, 'Introduction: searching for foundations' in Duff and Green (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law* (Oxford University Press, 2011), 1.

الفلسفة الأخرى؛ فيجب أن تستند إلى الفلسفة السياسية، فنظرًا لأن القانون الجنائي جزء من الهيكل السياسي للمجتمع، فإن أي سرديّة عن القانون الجنائي يجب أن تعتمد على سرديّة أخرى عن المجتمع السياسي، وعلى العلاقة بين الدولة والمواطن⁽³⁾. ويجب أن يستند إلى فلسفة أخلاقية؛ إذ إن القانون الجنائي يهدف إلى تحديد أنواع محددة من الخطأ وإسناد المسؤولية عنها⁽⁴⁾. ويجب أن تستند هذه الأنواع إلى فلسفة الممارسة الأخلاقية؛ لأن القانون الجنائي يهتم بشكل مركزي بالأفعال والسلوكيات ومسؤوليتنا عنها⁽⁵⁾. وسوف نستكشف هنا كلاً من المسائل التحليلية والمعيارية. إن هذين النوعين من الأسئلة يتداخلان حتمًا. فالقانون الجنائي مؤسسة معيارية تدّعي سلطة توجيه سلوكنا والحكم عليه، وأي تحليل للقانون الجنائي يجب أن يتناول دعاواه المعيارية.

كما لا يمكن أن يكون هذا تحليلًا بسيطًا لما هو موجود بالفعل بالنسبة لنا؛ حيث إن أي نظام قائم للقانون الجنائي هو نتاج فوضوي للقوى المتحولة التي حددت تطوره التاريخي، ولا بد أن يكون التحليل عبارة عن ممارسة لـ «إعادة البناء العقلاني»⁽⁶⁾. ويجب عليها أن تحاول إيجاد فهم معياري لمجموعة من المبادئ والقوانين والممارسات التي تُشكّل القانون الجنائي؛

See P. Pettit. 'Criminalization in Republican theory' in R.A. Duff, L. Farmer, S.E. (3) Marshall, M. Renzo and V. Tadros (eds.), *Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law* (Oxford University Press, 2014), 132; S. Dimock, 'Contractarian criminal law theory and mala prohibita offences' in Duff et al., *Criminalization*, 151; M. Matravers, 'Political theory and the criminal law' in Duff and Green, *Philosophical Foundations*, 67; V. Chiao, *Criminal Law in the Age of the Administrative State* (Oxford University Press, 2019).

See e.g., S.P. Green, *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime* (Oxford University Press, 2005). (4)

See e.g., M.S. Moore, *Act and Crime* (Oxford University Press, 1993); R.A. Duff, (5) *Answering for Crime* (Hart Publishing, 2007).

See D.N. MacCormick, 'Reconstruction after deconstruction: a response to CLS', (6) *Oxford Journal of Legal Studies* 10 (1990), 539.

لُتلائمها في قالب معياري منظم بشكل عقلاني يعبر عن أهداف وقيم متماسكة، ويتكيف مع السعي وراء غايات محددة، ولكن عند القيام بذلك، يجب أن تعيد البناء بدلاً من الاقتصار على مجرد الوصف، والتعرف على مسببات فشل أنظمتنا القائمة في التوافق مع القيم التي يُفترض أنها تبنيتها.

يزعم بعض المنظرين أن مثل هذه المحاولات للبناء العقلاني ستفشل لا محالة، فالقانون الجنائي ليس ممارسة عقلانية؛ وذلك لأن المبادئ التي يفترض أنه مبني على أساسها لا تخدم النظام، بل تعمل على إخفاء القوى السياسية التي تحدد طريقة عمل النظام، والصراعات التي تقوض سعيه إلى العقلانية⁽⁷⁾. وأفضل وسيلة لتنفيذ هذه الانتقادات هي إظهار الكيفية التي يمكن بها تنفيذ عملية إعادة البناء العقلاني، في حين ندرك أن القانون الجنائي المتماسك من الممكن أن يتضمن صراعات بين أهدافه ومبادئه.

1. ما القانون الجنائي؟

قد تبدأ المقاربة التحليلية بسؤال «ما القانون الجنائي؟»، على أمل العثور على إجابة تحدد على الأقل السمات البارزة في نماذج القانون الجنائي. وعادة ما يكون لنظم القانون الجنائي ثلاثة أبعاد:

أولاً: يُعرّف القانون الجنائي الموضوعي مجموعة من الجرائم؛ فهو يحدد أنواع السلوك التي تُعد إجرامية، والشروط التي يُعد الشخص بها مرتكباً لجريمة، والدفاعات التي يمكن من خلالها أن يتجنب الشخص الذي يرتكب الجريمة الإدانة.

ثانياً: إن البعد الإجرائي للقانون الجنائي يحدد الإجراءات التي يطبق من

See e.g., M. Kelman, 'Interpretive construction in the substantive criminal law', (7) *Stanford Law Review* 33 (1981), 591; A.W. Norrie, *Crime, Reason and History*, 3rd ed. (Cambridge University Press, 2014).

خلالها القانون الموضوعي: وهي تشمل أنشطة الشرطة في التحقيق في الجريمة، وأنشطة المدعين العموميين في تقديم القضايا إلى المحكمة (أو التصرف فيها بطريقة أخرى)، وطريقة المحاكم في محاكمة المدعى عليهم.

ثالثًا: يحدد بُعدُ الجنائي العقوبات التي ستفرض على المدنيين بارتكاب جرائم، والعمليات التي تطبق بها هذه العقوبات.

ولن نناقش العقوبة هنا؛ لأنها تناقش في مكانٍ آخر في هذا الكتاب⁽⁸⁾. ومع ذلك: يجدر التساؤل عما إذا كان العقاب سمة أساسية من سمات القانون الجنائي، فهل يمكن عد النظام الذي يفتقر إلى هذا البُعد نظامًا للقوانين الجنائية، يرى بعض المنظرين أن العقوبة هي أبرز سمات القانون الجنائي.

فهم يرون أن العقوبة هي هدف وغاية القانون الجنائي⁽⁹⁾ أو يعتقدون ذلك بالنظر إلى شدة العقوبة - وعندما نسأل عن ماهية السلوكيات الإجرامية، فيجب أن نسأل عن أنواع السلوك التي ينبغي أن يعاقب الناس عليها عند ارتكابهم لها⁽¹⁰⁾. والآن عندما يفرض القانون نظام عقوبات (صارم في كثير من الأحيان) على الإدانة الجنائية، يجب أن نسأل عن مُبرر هذه العقوبات، واستحضار أن المسؤولية الجنائية من المرجح أن تؤدي إلى العقاب، ولكن يجب علينا ألا نصبح مهوسين بالعقوبات بوصفها مركز ثقل القانون الجنائي. ولنفترض أن نظامًا قانونيًا يُعرّف الجرائم بنفس الطريقة التي تعرف بها نظم القانون الجنائي الأخرى، وينص على إجراء محاكمة تؤدي - كما في الأنظمة الأخرى - إلى الإدانة الرسمية للذين ثبتت إدانتهم بارتكاب جرائم، ولكنه لا ينص على

(8) انظر ما كتبه بينيت وبراونلي، في فصل «العقوبات»، في هذا الكتاب.

(9) See e.g., M.S. Moore, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law* (Oxford University Press, 1997), ch. 1.

(10) See e.g., D.N. Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (Oxford University Press, 2008).

معاقتهم، وربما كانت الخطوة التي تلي الإدانة هي العلاج (علاج الخلل الذي دفع المجرم للجريمة)، أو اشتراط الالتزام بعملية العدالة الإصلاحية. وقد نتساءل حول ما إذا كانت هذه العقوبات قد تشكل «عقوبات» حقًا، وما إذا كانت هذه الاستجابات كافية من الناحية المعيارية، وما إذا كان مثل هذا النظام لا بد أن يُعد «عقائياً» كنظام للقانون الجنائي، ولكنه سيتقاسم سمات مهمة مع القانون الجنائي، وسوف نرى أننا نستطيع أن نقدم سردًا معقولاً لبعض الأغراض الصحيحة للقانون الجنائي، دون الإشارة إلى العقوبات باعتبارها نتيجة حتمية للإدانة. بالتركيز على البعدين الأولين للقانون الجنائي: الموضوعي، والإجرائي؛ يمكننا أن نسأل عما يميز القانون الجنائي عن أنواع القانون الأخرى.

بوسعنا أن نتعرف بشكل أكثر وضوحًا على مفهوم الجريمة (كما يعرفها القانون الجنائي الموضوعي) من خلال المقارنة بين القانون الجنائي، وأنواع النظم الأخرى؛ فبعض النظم القانونية تميّز القانون الجنائي عن اللوائح غير الجنائية التي لا يُعد انتهاكها جريمة، فالقانون الألماني يميز بين الجرائم الجنائية (Straftaten)، والجرائم الإجرائية (Ordnungswidrigkeiten)⁽¹¹⁾ وحتى عندما لا يتم وضع مثل هذا التمييز رسميًا، فإن المحاكم والمُنظِّرين يميّزون في بعض الأحيان بين الجرائم «الإدارية»، والجرائم «الجنائية»⁽¹²⁾.

ومثل هذه الفوارق غير واضحة فضلًا عن ألا تكون مثيرة للجدل، ولكن الطريقة التي يتم بها رسم هذه الأشكال تكشف عن شيء مهم في مجال القانون الجنائي، فمن بين السمات الرئيسية للمخالفات غير الإجرامية (أو شبه الإجرامية) أنها لا تستحق اللوم الذي تنطوي عليه الإدانة الجنائية؛ فإن خرق

See M.D. Dubber and T. Hrnle, *Criminal Law: A Comparative Approach* (Oxford (11) University Press, 2014), 96-7.

See the judicial dicta cited in Simester, 'Is strict liability always wrong?' in A.P. (12) Simester (ed.), *Appraising Strict Liability* (Oxford University Press, 2005), 21, 23-4.

أحد الفاعلين قاعدةً ما، ثم تعرض للعقوبة عليها، فكونه خالف قاعدةً ما، وتلقى عقاباً لقاء ذلك، لا يستلزم معاملته كمجرم⁽¹³⁾. وبالتالي؛ يمكننا القول: إنّ القانون الجنائي المتعلق بالمخالفات: يعرّف نوعاً من السلوك بوصفه سلوكاً إجرامياً، ويصوره على أنه خطأ يستحق اللوم، أو الإدانة الشكلية.

وقد يبدو أنّ هذا يصدق على الجرائم الأساسية، مثل: الاعتداءات على الأشخاص أو الممتلكات، إلا أنه لا يصدق على كثير من الجرائم الجنائية المعاصرة، وقد يصدق هذا القول على الجرائم «في ذاتها» التي تتألف من سلوك غير مشروع بشكلٍ مستقل عن تجريم هذا السلوك (غير مشروع في ذاته)، ولكن الأمر لا ينطبق على «الشر الممنوع»، وهو الجرائم التي تتألف من سلوك غير مشروع فقط؛ لأنه ينتهك تنظيمًا قانونيًا.

ولكن العديد من الجرائم في النظم القانونية المعاصرة لا تُعد من هذا القبيل، وليست شرًا في ذاتها،⁽¹⁴⁾ لذا قد يبدو من قبيل التضليل القول بأنّ القانون الجنائي يتعلق بالمخالفات. ولكن يجب علينا:

أولاً: أن نسأل أنفسنا ما إذا كان القانون الجنائي (وليس التنظيمات غير الجنائية) يستخدم على نحو مناسب مثل هذه المجموعة الواسعة من المخالفات المحظورة، ربما كان هذا أحد السبل التي تم بها توسيع نطاقه إلى حدٍ كبير.

ثانياً: إنّ وصف القانون الجنائي بأنه يعالج الأخطاء يمكن أن يحكم على المخالفات المحظورة، إذا كانت تشكل انتهاكاً للائحة قانونية علينا طاعتها، ومن ثم: فإنها تكون خطأ؛ لأنها مخالفة لها، و ربما لا يكون هناك خطأ في ذاته في عدم دفع نسبة محددة من دخلي لحكومتني؛ فهي ليست شرًا في ذاتها، ولكن

(13) On 'punishments' and mere 'penalties', see J. Feinberg, 'The expressive function of punishment' in *Doing and Deserving* (Princeton University Press, 1970) 95, 96-8.

(14) See J. Horder, 'Bureaucratic "criminal" law: too much of a bad thing?' in Duff et al. (eds.), *Criminalization*, 101; on mala prohibita as wrongs, see D.N. Husak, 'Malum prohibitum and retributivism' in D.N. Husak, *The Philosophy of Criminal Law* (Oxford University Press, 2010), 410; Duff, *Answering for Crime*, 89-93, 166-74.

إذا ما قمنا بتطبيق نظام ضريبي (عادل)، مع فرض التنظيمات بشأن حجم الإسهام التي يجب على المواطنين أن يسهموا بها في تمويل المؤسسات المدنية التابعة للنظام السياسي، فلا بد أن نلزم بالامتثال لهذه التنظيمات، وإننا نرتكب خطأ إذا تجاهلناها، ويمكن أن تصبح هذه الانتهاكات إجرامية.

وسنعود إلى هذه السمة من القانون الجنائي قريباً، ولكن يجب أن نلاحظ أولاً أنها ليست فريدة من نوعها في التعامل مع الأخطاء: قانون الضرر -على سبيل المثال- يهتم أحياناً أيضاً بالأخطاء⁽¹⁵⁾. وقد يكون من المغري إرساء تمييز حاد بين قانون الضرر، والقانون الجنائي بأن ننص على أن القانون الجنائي يتعلق بالأخطاء والمخالفات، وأنه يكون مسؤولاً عن توجيه اللوم (والعقاب) عليها، بينما قانون الضرر يتعلق بالضرر، ومن ينبغي أن يعد مسؤولاً عن دفعه؛ فقانون الضرر لا يتعلق بتوجيه اللوم إلى مرتكب الفعل غير المشروع، بل هو تخصيص لتكلفة الضرر الذي حدث.

ولكن ذلك سيكون بسيطاً للغاية، ففي بعض الأحيان يكون الهدف من قضية الضرر هو السعي إلى الانتصاف من خطأ بدلاً من التعويض عن ضرر، فهو يعني تحميل الشخص الذي أساء لي تكلفة الضرر الذي أصابني، بدلاً من أن نحوله إلى شخص آخر⁽¹⁶⁾. وللتمييز بين القانون الجنائي وقانون الضرر، ينبغي لنا أن ننظر إلى مختلف الإجراءات القانونية التي ينطوي عليها كل منهما.

يرفع المدعي قضية الضرر ليقاضي آخر على خطأ أو ضرر لحق به، ويقرر المدعي ما إذا كان سيرفع دعوى تنتهي بعقوبة أو تسويتها، وإذا وصل الأمر

(15) وفيما يتعلق بقانون الضرر، انظر ما كتبه غاردنر، في فصل: «قانون الضرر»، في هذا الكتاب.

For a nice example, see *Ashley v. Chief Constable of Sussex Police* [2008] 1 AC 962; (16) see further J. Goldberg and B. Zipursky, 'Torts as wrongs', *Texas Law Review* 88 (2010), 917; M. Dyson (ed.), *Unravelling Tort and Crime* (Cambridge University Press, 2014).

إلى المحكمة وانتهى بكسب الدعوى، فهل ينبغي له أن يطبق ما حكمت به المحكمة، وهنا تكون القضية مدرجة في قائمة قضية [المدعي] ضد [المدعى عليه]، إنها في النهاية قضية تخص المدعي. على النقيض من هذا؛ فإن التحقيق في القضية الجنائية لا يخضع لسلطة الضحية الفردية (عندما تكون هناك قضية)، بل يخضع للمتابعة من قبل سلطة الادعاء العام. وعلى سلطة الادعاء أن تقرر ما إذا كانت ستتابع القضية، وما إذا كانت سترفع القضية إلى المحكمة أو لا، وهذه القضية مدرجة تحت قائمة «المجتمع ضد المجرم»، وإذا أدين المدعى عليه، فإن هذا الحكم يطبقه مسؤولون حكوميون، وليس للضحية أن تفعل ذلك كما لا يمكنها أن تقرر عدم توقيع العقوبة⁽¹⁷⁾.

وعلى هذا؛ ففي حين أن الضرر يشكل جريمة بحق فرد محدد، فإن الجرائم عبارة عن انتهاك لحق المجتمع العام⁽¹⁸⁾. فالضرر يقع على عاتق المدعي المتظلم، ويمكنه أن يستخدم إجراءات عامة لمتابعة قضيته، وسوف تصرح الدولة علناً عن الجريمة بناءً على طلبه، ولكن يجب عليه تقرير ما إذا كان سيلاحق هذا الخطأ أو لا، والعلاج هنا له بوصفه الطرف المتظلم. وعلى النقيض من هذا، فإن الجريمة تخص عامة الناس، ونظام الحكم وليس الضحية الفردية. وعلى الرغم من أنه لا بد من ذكر المزيد حول فكرة الخطأ/ الجريمة «بحق المجتمع العام» وخاصة في مواجهة الاتهام بأننا عندما نتعامل مع الجرائم بوصفها أخطاء عامة نكون ضحاياها⁽¹⁹⁾ فيجب علينا أن نقول هنا فقط: إن

(17) وهذه الصورة مبسطة بشكل حاد: فهي تتجاهل مختلف السبل التي يمكن بها للضحايا أن يكون لهم رأي رسمي، أو غير رسمي فيما يحدث؛ ولكن النقطة الأساسية لا تزال قائمة.

See, classically, W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England (Clarendon (18) Press, originally published 1765-9), Bk IV, ch. 1.

See N. Christie, 'Conflicts as property', British Journal of Criminology 17 (1977), 1; in (19) response, see S.E. Marshall and R.A. Duff, 'Criminalization and sharing wrongs', Canadian Journal of Law & Jurisprudence 11 (1998), 7; for complications, see A.Y. Lee, 'Public wrongs and the criminal law', Criminal Law & Philosophy 9 (2015), 155

الجرائم خطأ عام؛ لأنها تتعلق «بعمامة الناس»، ونظام الحكم ككل. وحتى لو كان الخطأ قد وقع بشكل مباشر على ضحية فردية، فإننا نجعله همنا الجماعي؛ بوصفه خطأ ينبغي لنا أن نستجيب له بشكل جماعي.

وبالتالي؛ فإن ما يميّز القانون الجنائي هو أنه يركز على الأخطاء/الجرائم العامة، فهو يحدد في بُعده الموضوعي مجموعة من الأخطاء «العامة» من حيث إنها جرائم قد يشكل نظام الحكم استجابة عامة رسمية لها، بينما ينص -في بعده الإجرائي- على العقوبات التي تبلغ ذروتها في المحاكمة الجنائية. والمسألة المعيارية الرئيسية الآن هي: لماذا ينبغي لنا أن نحافظ على مثل هذه المؤسسة؟ وإذا كنا سنفعل ذلك، فما نطاقه وهيكله؟ بيد أنه قبل أن نعالج هذه المسألة، ينبغي إجراء المزيد من التحليل للهيكل الداخلي للقانون الجنائي الموضوعي، والعملية الجنائية.

2. الهياكل الداخلية للقانون الجنائي الموضوعي:

إن الرؤية التحليلية للقانون الجنائي الموضوعي قد تأمل في القيام بما هو أكثر من مجرد القول بأنه يحدد مجموعة من الأخطاء/الجرائم العامة: أو أن نقول شيئاً عن هيكله المنطقي (بالرغم من أننا لا بد أن نتذكر الخطر المتمثل في أننا لن نحلل إلا قانوننا الجنائي المحلي). ومن الممكن توضيح بنية القانون الجنائي من خلال الاهتمام بعددٍ من الفوارق، وفي كل حالة: يجب أن نسأل عما إذا كان التمييز مجرد مسألة ملاءمة تفسيرية، أو أنه يكشف عن شيءٍ أعمق، هل يتيح ببساطة طريقة أكثر عدالة لوصف القانون، أم أنه يظهر لنا شيئاً مهماً عن منطق القانون الجنائي؟

التمييز الأول: بين «الجزء العام» و«الجزء الخاص» من القانون الجنائي.

يتمثل الجزء الخاص في تعريف جميع الجرائم المحددة، ويتضمن الجزء

العام مبادئ عامة، ومذاهب تنطبق على نطاق من الجرائم على الأقل، إن لم يكن على جميع الجرائم،⁽²⁰⁾

يشمل ذلك جملة أمور، منها المبادئ المتعلقة بشروط المسؤولية، على سبيل المثال: المسؤولية الجنائية تتطلب «عملاً»⁽²¹⁾ وتعريفات للمسؤولية الرئيسية مثل: مصطلحات: «خطأ» و«القصد»،⁽²²⁾ ومواصفات الدفوع التي تنطبق على العديد من الجرائم،⁽²³⁾ والأوضاع الثانوية للمسؤولية (مثل: نية المحاولة والتآمر)⁽²⁴⁾.

أما التمييز الثاني: فهو بين «المخالفات» و«الدفوع». على سبيل المثال: نستطيع أن نتعرف جزئياً على جريمة «الجرح العمد» بأنها تؤدي إلى إصابة شخص آخر عمداً⁽²⁵⁾. وحتى إذا ثبت أنني ارتكبت هذه الجريمة؛ فبوسعي أن أتجنب الإدانة بتقديم الدفاع، أي القول: إنني تصرفت -على سبيل المثال- دفاعاً عن النفس، أو تحت الإكراه.

يزعم بعضهم أن هذا مجرد مهرب تفسيري، وبدلاً من أن نضطر إلى إدراج كل عنصر يتحمل المسؤولية عن كل جريمة، يمكننا أن نحدد السمات الخاصة للجرم في الجزء الخاص، ثم نحدد في الجزء العام الشروط التي تنطبق على جميع الجرائم أو معظمها، بدلاً من أن يحدد في كل تعريف للجرم،

See G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Little, Brown & Co., 1978), 393-408; N. Lacey, 'Philosophy, history and criminal law theory', *Buffalo Criminal Law Review* 1 (1998), 295; J. Gardner, 'On the general part of the criminal law' in R.A. Duff (ed.), *Philosophy and the Criminal Law* (Cambridge University Press, 1998), 20; V. Tadros, 'The system of criminal law', *Legal Studies* 22 (2002), 448

E.g., the American Model Penal Code 2.01 (but see at n. 30 below). (21)

E.g., Model Penal Code 2.02. (22)

E.g., Model Penal Code Articles 3, 4; M. Bohlander, *The German Criminal Code: A Modern English Translation* (Hart Publishing, 2008), 20-21, 32-35. (23)

E.g., Model Penal Code Article 5; German Criminal Code 22-31. (24)

Offences Against the Person Act 1861, s. 18. (25)

وكون المدعى عليه يجب ألا يكون قد تصرف تحت ضغط مُبرئ، يمكننا أن نحدد الإكراه كدفاع عام في الجزء العام⁽²⁶⁾. ويزعم آخرون أن التمييز له أهمية جوهرية⁽²⁷⁾. ويحدد الإكراه على ارتكاب جريمة ما خطأ يجب أن يقدم عليه مرتكب الجريمة دليلاً، فإذا أثبت الادعاء أنني ارتكبت الجريمة، فلا بد لي من الرد على هذه الدعوى، ولكن بوسعي أن أجيب عن هذا التساؤل على نحو يؤدي إلى اقتناع راسخ، من خلال تقديم حجة الدفاع. ويمكن التمييز بين مختلف جوانب الجرائم، وبين مختلف أنواع الدفاع على السواء.

غالبًا ما تُميّز كتب القانون العام «الفعل الإجرامي» عن «النية الإجرامية» بوصفهما وجهين لأي جريمة، مستندة إلى الشعار القديم القائل: (الفعل لا يجعل الشخص مذنبًا ما لم يكن قد أضر نية الجريمة وهو واعٍ بها)، ومن ثم يقال: إن أي جريمة تنطوي -أو ينبغي أن تشمل- على فعلٍ ونية على حدٍ سواء، وهنا يؤدي الجانب التحليلي بسرعة إلى المعياري⁽²⁸⁾.

ما هو صحيح في هذا الشعار هو أنّ الفعل الإجرامي عادةً ما يتضمن (ويجب أن يتضمن) انخراطًا نشطًا في العمل (الفعل الإجرامي) من قبل فاعل يظهر نوعًا من الخطأ (النية الجرمية) في الانخراط في ذلك. ومع ذلك؛ تنشأ الالتباسات عند التمييز بين «عنصرين» منفصلين للجريمة، يتألف أحدهما من «فعل» فضلًا عن الظروف والعواقب ذات الصلة، والآخر هو «الحالة العقلية» المرتبطة بهذا الفعل⁽²⁹⁾.

See G. Williams, 'Offences and defences', Legal Studies 2 (1982), 233. (26)

See J. Gardner, Offences and Defences (Oxford University Press, 2007) papers 4, 7; (27) Duff, Answering for Crime, ch. 9.

See A.T. Smith, 'On actus reus and mens rea' in P.R. Glazebrook (ed.), Reshaping the Criminal Law (Stevens, 1978) 95; Duff, Answering for Crime, 202-7. (28)

(29) وهذا يثير التساؤل عما إذا كان من الممكن تبرير «المسؤولية الجنائية» دون إثبات خطأ لا يمكن تبريره.

See Simester (ed.), Appraising Strict Liability.

يؤدي هذا إلى الخلافات والالتباسات حول ما يمكن عدّه «فعلًا» إجراميًا، وما إذا كانت المسؤولية الجنائية تنطوي على فعلٍ أو يجب أن تنطوي عليه دائماً⁽³⁰⁾ وحول كيفية تحديد الحالات العقلية ذات الصلة وإثباتها.

وفيما يتعلق بالدفع، أصبح من الشائع الآن التمييز بين المبررات والأعذار⁽³¹⁾. وببساطة؛ هناك مبرر يدعي أنّ ارتكاب الجريمة كان في ظل الظروف السائدة صحيحًا، أو على الأقل مسموح به، بينما يعترف أحد الأعذار بأنّ ارتكاب الجريمة كان خطأ، ولكنه يدّعي أنه نظرًا للخصائص الخاصة للحالة أو للفاعل، فمن الظلم إدانته.

وهكذا؛ فإنّ الدفاع عن النفس مبرر، فمسموح لي باستخدام القوة اللازمة، بل حتى القاتلة، للدفاع عن نفسي ضد الهجوم، وإنّ كان ذلك ينطوي على ارتكاب جريمة الجرح أو القتل. وعلى النقيض من ذلك، فإنّ الإكراه عادة ما يكون عذرًا؛ بمعنى أنه كان عليّ ارتكاب الجريمة، حتى أتجنب الضرر الذي يهددني، ولكن لا ينبغي إدانتي؛ بسبب أنني دفعت هذا التهديد⁽³²⁾. ومن ثم، فإن القانون يخبرنا -في الظروف المحددة- بأننا قد نرتكب الجريمة أو ينبغي أن نرتكبها، وفي النص على عذر، فإنه لا يصل إلى الادعاء بأننا كان ينبغي أن نرتكب الجريمة، بل يخبرنا بأننا لن نُدان إذا ما ارتكبت في ظل الظروف المحددة⁽³³⁾.

See D.N. Husak, 'Does criminal liability require an act?' in *The Philosophy of Criminal Law*, 17; Duff, *Answering for Crime*, ch. 5.

See J.L. Austin, 'A plea for excuses' in Austin, *Philosophical Papers* (Oxford University Press, 1961) 123, 125; Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, ch. 10; V. Tadros, *Criminal Responsibility* (Oxford University Press, 2005) chs. 10-12; Duff, *Answering for Crime*, ch. 11; Gardner, *Offences and Defences*, papers 5-6. For sceptical discussion, see K. Greenawalt, 'The perplexing borders of justification and excuse', *Columbia Law Review* 84 (1984), 1897.

See J. Dressler, 'Exegesis of the law of duress', *Southern California Law Review* 62, (32) (1989), 1331.

For further ramifications, see P. Alldridge, 'Rules for courts and rules for citizens', *Oxford Journal of Legal Studies* 10 (1990), 487.

ويذهب بعض المنظرين إلى ما هو أبعد من هذا المخطط الذي يستند إلى جزئي التبرير والعدر، للتمييز بين الأعذار والإعفاءات⁽³⁴⁾.

في هذا الرأي؛ فإنّ تقديم العذر إقرار بالمسؤولية عن الجريمة، بوصفها خطأ يجب أن أجيب عنه، ويحاول تبرئة نفسه مستنداً إلى أسباب عملية، بينما الإعفاءات على النقيض من ذلك، فهي تلغي المسؤولية؛ فالشخص الذي يدفع بالجنون -على سبيل المثال- لا يرد على جريمته بطريقة تبرئه، وهو يدعي أنه نظراً لحالته السيئة في ذلك الوقت، لم يكن مسؤولاً وعليه فلا يمكن محاسبته على سلوكه.

وهذه الفوارق هي مسائل تتعلق بالهيكل وليس بالمضمون الموضوعي؛ فهي لا تخبرنا بما ينبغي أن يكون عليه القانون؛ أي نوع من المسؤولية الجنائية «الفعل» (إن وجدت) ينبغي أن يتطلبها؟ أو ما نوع «الخطأ» أو «القصد الجنائي» الذي ينبغي طلبه عموماً، أو بالنسبة لأنواع محددة من الجرائم؟ أو ما الدفاعات التي ينبغي أن يعترف بها القانون؟⁽³⁵⁾ وهي تهدف إلى مساعدتنا على فهم بنية القانون الجنائي ومنطقه، وبالتالي؛ تحديد نطاق الأسئلة المعيارية التي يجب طرحها حول محتواه. كما أنها لا تخبرنا فعلاً عن أنواع السلوك التي ينبغي تجريمها، ولكن قبل أن نتقل إلى هذا الموضوع، يجب أن نخرج بإيجاز على المحاكمة الجنائية.

3. المحاكمة الجنائية:

قد يكون من المغري أن نفهم المحاكمة الجنائية بعبارات أداتية بحتة، من حيث إنها العملية التي تربط الجريمة بالعقاب. إنّ الهدف من المحاكمة تحديد

See Gardner, Offences and Defences, paper 6; Tadros, Criminal Responsibility, 124-9; (34) Duff, Answering for Crime, 284-91.

On which see A.J. Ashworth and J. Horder, Principles of Criminal Law, 7th ed. (35) (Oxford University Press, 2013); Tadros, Criminal Responsibility.

هُوية الذين يتعيّن معاقبتهم، من خلال تحديد هوية الذين ارتكبوا جرائم. وإذا كنا نهتم بما إذا كان النظام الجنائي يلي الحد الأدنى من شرط العدالة الذي يقضي بمعاقبة المذنبين فقط، فإنّ الهدف من المحاكمة سوف يكون «اتخاذ القرار الدقيق»⁽³⁶⁾: تحديد المذنبين، وتبرئة الأبرياء.

مما لا شك فيه أنّ العديد من مظاهر عمليتنا الجنائية القائمة - وخاصة في الأنظمة التي تحافظ على عملية «الخصومة»- التي تجعل الملاحقة القضائية ضد الدفاع (منفصلة عن أنظمة «التحقيق القضائي»، حيث تكون العملية قيد التحقيق من قبل قاضٍ)،⁽³⁷⁾ تبدو غير ملائمة لهذا الهدف، وبعيداً عن المطالبة الصارمة بتبرئة المدعى عليه إذا لم يكن بوسع الادعاء أن يُثبِت إدانته «بما لا يدع مجالاً للشك»؛ فإنّ العديد من القواعد الإجرائية - وخاصة تلك التي تسمح أو تشترط استبعاد أنواع محددة من الأدلة- لا يمكن تبريرها ظاهرياً بوصفها تخدم الحقيقة، فالأدلة التي تم الحصول عليها بشكل غير قانوني، على سبيل المثال: قد تستبعد من المحاكمة حتى ولو كانت قد تسهم بشكل كبير في إثبات ذنب المدعى عليه⁽³⁸⁾.

ويمكن تفسير مثل هذه السمات للمحاكمة - من منظور أداتي- بوصفها قيوداً جانبية على السعي إلى الحقيقة: القيود التي تهدف إلى ضمان عدالة المحاكمة، واحترام حقوق المدعى عليه، وقد يقال بعد ذلك: إنّ المحاكمة لها غرضان: «تحديد ما إذا كان شخص ما قد ارتكب جريمة جنائية محددة أو لا»⁽³⁹⁾.

A.J. Ashworth and M. Redmayne, *The Criminal Process*, 4th ed. (Oxford University Press, 2010) 321: they describe this only as 'a primary function'.

See M. Damaka, 'Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure', *University of Pennsylvania Law Review* 21 (1973), 506.

See further P. Roberts and A. Zuckerman, *Criminal Evidence* (Oxford University Press, 2004), especially chs. 1-4, 9, 11.

Ashworth and Redmayne, *The Criminal Process*, 23

(39)

وهناك وجهات نظر بديلة للمحاكمة لا تربط هذه المحاكمة بالعقوبة، ولكنها تعطيها أهمية جوهرية أكثر كاستجابة للجرائم (المزعومة)، ومن وجهة النظر هذه أن المحاكمة تعد على أفضل وجه؛ عملية استدعاء إلى المحاكمة⁽⁴⁰⁾.

فالمواطن المتهم بارتكاب خطأ جنائي يُدعى إلى الرد على مواطنيه من خلال المحكمة الجنائية، يُستدعى عليه ليرد على الاتهام إما ببراءته من الاعتراف بالذنب أو عدمها، وإذا اعترف بأنه مذنب اعترف بمسؤوليته عن ارتكاب الجريمة، ويجب عن الخطأ الذي اعترف به⁽⁴¹⁾.

وإذا دفع بأنه غير مذنب، ولم يستطع الادعاء إثبات الجرم؛ فإنه لا يملك أي إجابة عن ذلك، وقد بُرئ. ومع ذلك؛ إذا أثبت الادعاء أنه ارتكب الجريمة، فإنه يُدعى أن بإمكانه رد هذه التهمة، وقد يجب بتقديم دفاع يؤدي نجاحه إلى تبرئة نفسه، ولكن إذا لم يقدم أي دفاع ناجح، فسوف يحكم عليه، وسوف يعد مذنبًا بارتكاب جريمة، والأساس المنطقي الرئيس لهذا الرأي من المحاكمة هو أنه يعكس مفهومًا معقولًا لكيفية معاملة نظام الحكم الديمقراطي لأعضائه، فتجب معاملتهم باعتبارهم مواطنين مسؤولين، ومعاملة شخص ما بوصفه فاعلاً مسؤولاً هو- في جملة أمور- يعني معاملته كشخص يمكن أن يتوقع منه أن يبرر سلوكه الخاص، ومن ثم؛ فإننا نحترمهم باعتبارهم مواطنين عندما ندعو من يزعم أنهم مجرمون إلى تقديم مبرراتهم.

See R.A. Duff, L. Farmer, S.E. Marshall and V. Tadros, *The Trial on Trial* (3): (40) *Towards a Normative Theory of the Criminal Trial* (Hart Publishing, 2007); on which see M. Redmayne, 'Theorizing the criminal trial', *New Criminal Law Review* 12 (2009), 287. See also A.W. Dzur, *Punishment, Participatory Democracy, and the Jury* (Oxford University Press, 2012).

(41) وفي أنظمتنا الحالية، حيث يعترف أغلب المدعى عليهم بالذنب، يُساوَم العديد للإقرار بالذنب، وهذا لا يمثل الاعتراف الصريح بالذنب.

See further R.L. Lippke, *The Ethics of Plea Bargaining* (Oxford University Press, 2011)

لا يمكننا أن نناقش المحاكمة هنا أكثر من ذلك، ولكن يجب أن نتقل بدلاً من ذلك إلى سؤالين كبيرين، لماذا ينبغي لنا أن نحافظ على نظام للقانون الجنائي، وما نطاقه؟

4. أهداف القانون الجنائي، ونطاقه: (42)

يتمثل الدور المميز للقانون الجنائي أولاً في تحديد مجموعة من الأخطاء العامة التي تستحق استجابة عامة مميزة (وتحديد مبادئ المسؤولية عن ارتكاب مثل هذه الأخطاء).

ثانياً: أن ينص على ذلك الرد العام - من خلال عملية جنائية تنتهي في محاكمة جنائية - تكون نتيجته إما أن تتم تبرئة الشخص المتهم بارتكاب جريمة من تهمة ما بوصفه شخصاً لا يزال يفترض براءته، وإما إدانته (وتوقيع العقاب) بوصفه من مرتكبي الفعل غير المشروع، ولكن لماذا يجب على نظام الحكم أن يحافظ على مثل هذه المؤسسة؟ وماذا ينبغي أن يكون نطاقه، ما أنواع السلوك التي ينبغي أن يعرفها بوصفه إجرامياً؟

أي إجابة على السؤال الثاني من هذه الأسئلة سوف تعتمد على إجابة على السؤال الأول: فإلى أن نحدد الأهداف الصحيحة للقانون الجنائي؛ لن تكون لدينا أي فكرة عن النطاق الذي ينبغي أن يكون عليه، لكن أي إجابة على السؤال الأول يجب أن تكون قائمة على نظرية سياسية للدولة؛ فالقانون الجنائي جزء من جهاز الدولة، وإن سرد أهدافه اللائقة لا بد أن يكون سرداً للكيفية التي يسهم بها في تحقيق أهداف الدولة أو النظام السياسي الذي تشكل الدولة الجهاز المؤسسي له، ولا يمكننا أن نشرع في هذه المهمة هنا، ولكن ينبغي لنا أن نلاحظ ثلاث طرق يمكن بها التعبير عن أهداف القانون الجنائي.

(42) انظر أيضاً ما كتبه ستانتون إيف، في فصل: «غابات القانون وحدوده» في هذا الكتاب.

الطريقة الأولى: محض أداتية: إنّ تأسيس القانون الجنائي له ما يبرره من حيث إنه وسيلة فعالة لتحقيق قدر أكبر من المصالح للدولة، وتقدم النظريات المختلفة روايات مختلفة عن هذه المصالح الكبرى،⁽⁴³⁾ ولكن الإسهام المتميز للقانون الجنائي في أيّ مصلحة من هذا القبيل من المرجح أن تكمن في كفاءته باعتباره وسيلة لمنع السلوك الذي يلحق الضرر. ومن وجهة النظر هذه؛ فإنّ القانون الجنائي هو أحد الأساليب الأخرى المتاحة لمراقبة السلوك (ومما لا شك فيه أنّ العقوبة حاسمة بالنسبة لهذا النمط من التحليل)، ولذلك ينبغي لنا أن نقرر أنواع السلوك التي يجب تجريمها، بسؤال القانون الجنائي عن أيّ أنواع قد يكون من المفيد تجريمها من أجل حماية الصالح العام، ويتناسب هذا النهج مع مبدأ الضرر الذي تبناه ميل الذي هيمن على المناقشات الأخيرة حول نطاق القانون الجنائي، فإذا كان الهدف الأساسي للدولة منع إلحاق الضرر بأعضائها، فقد نتفق على أنّ «الغرض الوحيد الذي يمكن من أجله ممارسة السلطة بحق على أيّ عضو من أعضاء المجتمع المتحضر ضد رغبته هو منع إلحاق الضرر بالآخرين»،⁽⁴⁴⁾ وقد نطبق هذا المبدأ على القانون الجنائي، حيث يكون السبب الوحيد المناسب لتجريم السلوك هو منع إلحاق الضرر بالآخرين⁽⁴⁵⁾. وبالنسبة إلى الأدوات البحثية، فإنّ استخدام القانون

For an ambitious consequentialist account, see J. Braithwaite and P. Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice* (Oxford University Press, 1990).

J.S. Mill, *On Liberty* (Parker, 1859), ch. 1, para. 9. (44)

See J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (4 volumes: Harm to Others, 1984; Offense to Others, 1985; Harm to Self, 1986; Harmless Wrongdoing, 1988) (Oxford University Press, 1984). (45)

وبمجرد أن ندرك أنّ الضرر قد يلحق بالمصالح الجماعية والفردية، فبوسعنا أن نربط هذه الفكرة بالفكرة القديمة التي تؤكد أنّ الوظيفة الرئيسية للقانون الجنائي تتلخص في حماية السلم المدني.

See A.E. Bottoms, 'Civil peace and criminalization' in Duff et al. (eds.), *Criminalization*, 232

الجنائي، ومتى ينبغي لنا أن نستخدم ذلك القانون؛ يتوقف بشكل كامل على فعاليته المؤثرة.

كأي طرف من أنصار «التركيز على النتائج»، فإنّ (الأداتيين) يواجهون الاعتراض المألوف الذي يشير إلى فشلهم في الاهتمام بالقدر الكافي بشرعية الوسائل التي يستخدمونها لتحقيق غاياتهم. على سبيل المثال: إنهم على استعداد لتجريم السلوك الذي لا يستحق مثل هذه المعاملة إذا كان القيام بذلك من شأنه أن يخدم الأهداف بكفاءة منع الضرر، أو تحقيق السلم المدني. ومن بين الاستجابات المألوفة لمثل هذه الاعتراضات تقديم طرح أداتي مقيد.

يكون استخدام القانون الجنائي مبررًا الآن عندما يكون:

أولاً: وسيلة فعالة لتحقيق الغايات المحددة.

ثانيًا: لن ينتهك استخدامه أي قيود جانبية مشروعة غير قابلة للانتهاك - القيود التي تستند -على سبيل المثال- إلى حقوق الذين يفترض أن يطبق القانون عليهم. ويمكن اقتراح قيود مختلفة -بما في ذلك القيود التي أخذتها فكرة سيادة القانون-⁽⁴⁶⁾ ولكن يمكننا التركيز هنا على قيود من شأنها أيضًا أن تقودنا إلى نوعٍ مختلفٍ من الأطروحات.

هذا هو قيد «عدم المشروعية» الذي يجب ألا نجزم السلوك الذي لا يستحق الإدانة بوصفه سلوكًا غير مشروع؛ أن السلوك الإجرامي يجعل أولئك الذين ينخرطون فيه عرضة ليس فقط للعقاب، بل للإدانة المعبر عنها في إدانة جنائية، ويعربون عن هذا السلوك بأنه غير مشروع بعيدًا عن العمل⁽⁴⁷⁾. وهذا يعطينا عندئذٍ نسخة سلبية من «الأخلاق القانونية»: والفرضية القائلة: بأنه لا

(46) انظر ما كتبه تازيولاس، في فصل: «سيادة القانون»، في هذا الكتاب.

See D.N. Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (Oxford University Press, 2008), 72-6; A.P. Simester and A. von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation* (Hart Publishing, 2011), 19-30

ينبغي تجريم السلوك غير المشروع⁽⁴⁸⁾. وقد تفودنا أيضًا إلى صيغة مختلفة من مبدأ الضرر.

وتركز صياغة جون ستيوارت مل لهذا المبدأ مثل غيره من المبادئ⁽⁴⁹⁾ على التأثيرات الوقائية ضد الضرر المترتبة على تجريم (أو إكراه) نوع من السلوك، فهو لا يتطلب تجريم السلوك في ذاته، بيد أن العديد من المنظرين الذين يناقشون «مبدأ الضرر»، يرون أن المبدأ الذي يستبعده هو تجريم السلوك غير الضار في ذاته، وقد تبدو هذه النسخة أكثر جاذبية إذا كنا مهتمين لمنع تجريم السلوك الذي لا يستحق مثل هذا الرد الجبري من جانب الدولة.

إن مجرد تجريم نوع من السلوك من شأنه أن يساعد في منع الضرر؛ لا يبدو سببًا وجيهًا لتجريمه، ما لم يكن السلوك ذاته ضارًا أو على الأقل خطيرًا باعتباره مصدرًا محتملًا للضرر، وإذا أضفنا القيد المتمثل في عدم المشروعية، فإننا نصل إلى الموقف المألوف الذي مفاده: إنه لا يجوز لنا أن نجرم بشكل مشروع نوعًا من السلوك، إلا إذا كان هذا السلوك ذاته ضارًا (أو خطيرًا)⁽⁵⁰⁾.

ويشير هذا الرأي أسئلة عدة، فما يسمح لنا بتجريمه يتوقف على الكيفية التي نفهم بها «الضرر»، بوصفه الشر أو الشر الذي يستهدف القانون الجنائي برمته منه،⁽⁵¹⁾ وعلى مدى قرب الصلة بين السلوك والضرر إذا كان للسلوك أن يجرم، ولكن أيًا كان بيان الضرر؛ فإن مثل هذه الآراء تواجه نوعين من الاعتراض، وهو ما يشكل معضلة، فمن جهة؛ إذا قدم مبررًا معقولًا لتحديد الضرر، سيقال: إن مبدأ الضرر أضيق من أن يخدم باعتباره مبدأ وحيد هو

See R.A. Duff, *The Realm of Criminal Law* (Oxford University Press, 2018), 55-8. (48)

See e.g., Feinberg, *Harm to Others*, 26. (49)

On these two versions of the Harm Principle, see R.A. Duff and S.E. Marshall, (50) "‘Abstract endangerment’, two harm principles, and two routes to criminalization", *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 3 (2015).

See Feinberg, *Harm to Others*, chs. 1-3; Simester and von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs*, ch. 3. (51)

التجريم، لدينا سبب وجيه لتجريم أنواع من السلوك -غير المشروع- التي لا تسبب ضرراً ولا تهدد بالضرر. انتهاكات غير ضارة لكرامة الآخرين- على سبيل المثال- أو السيادة، أو الحقوق⁽⁵²⁾.

ولكن إذا قمنا بعد ذلك بتوسيع فكرة الضرر لتشمل مثل هذه الحالات - ربما من خلال عد انتهاكات الكرامة على أنها أضرار- ونحن نخاطر بجعل فكرة الضرر أوسع حتى تصبح مجرد فراغ، حتى يمكننا أن نعول على أي نوع من أنواع السلوك «الضار» نعتقد أن لدينا سبباً لتجريمه⁽⁵³⁾. (وهناك مشكلة مماثلة تواجه أي محاولة لتحديد مبدأ واحد بوصفه المبدأ الذي يجب علينا أن نقرر بموجبه ما الذي ينبغي أن يجرمه، فإذا كان محدداً بما فيه الكفاية للقيام بعمل كبير في توجيه قرارات التجريم، فإنه ضيق للغاية، وإذا أعطي معنى واسعاً بما فيه الكفاية لتجنب هذه التهمة، يصبح من غير المحدد القيام بعمل موضوعي). ومن الجدير بالملاحظة أيضاً أنه حتى لو نظرنا إلى الضرر بوصفه محور تركيزنا؛ يمكننا أن نرى سبباً وجيهاً لتجريم بعض التصرفات التي ليست -هي ذاتها- مضرّة أو خطيرة.

وبوسعنا أحياناً أن نمنع الأذى بأكبر قدرٍ من الكفاءة من خلال وضع تنظيمات صارمة تحظر بعض السلوك الآمن إلى حدٍ كبير فضلاً عن السلوك الخطير، وينطبق هذا -على سبيل المثال- على حدود السرعة، وقوانين قيادة المشروبات التي تحدد نسبة قصوى من الكحول في دم السائق، وإذا كانت هذه اللوائح مبررة، كخدمة فعالة للسلامة العامة دون فرض أعباء غير معقولة على

See e.g., A. Ripstein, 'Beyond the harm principle', *Philosophy and Public Affairs* 34, (52) (2006) 215 (on sovereignty); M. Dan-Cohen, 'Defending dignity', ch. 5, *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self and Morality* (Princeton University Press, 2002), 150 (on dignity); H. Stewart, 'The limits of the harm principle', *Criminal Law & Philosophy* 4 (2010), 17 (on rights).

For a related line of criticism, see B.E. Harcourt, 'The collapse of the harm principle', (53) *Journal of Criminal Law and Criminology* 90 (1999), 109.

أولئك الذين لهم التزام بها، يمكننا أن نقول: إن علينا جميعًا واجبًا مدنيًا يتمثل في إطاعة هذه اللوائح، حتى عندما يمكننا انتهاكها دون التسبب في ضرر، وإن من يكسرها يتصرف على نحو غير صحيح حتى وإن لم يكن تصرفه خطيرًا، ولذلك؛ فإن لدينا سببًا وجيهًا لتجريم سلوكها بوصفه انتهاكًا غير مشروع للائحة يجب عليها أن تطيعها⁽⁵⁴⁾.

ركزنا حتى الآن على الأطروحات الأدائية (إما المحضة، أو المقيدة بجانب) لأهداف القانون الجنائي ونطاقه المناسبين. ومن الصعب إنكار أنّ مثل هذه الاعتبارات الأدائية ذات صلة بالأسئلة المتعلقة بالتجريم: من المؤكد أنّ وجود إصلاح مكلف وقمعي، مثل القانون الجنائي لا يمكن تبريره إلا إذا جلب بعض المنافع المهمة، أو أدى إلى تجنب بعض المفاصد الكبرى، ولكن بعض المنظرين ينكرون هذا على وجه التحديد، أو ربما زعموا - بتواضع أكبر - أنّ هذه الاعتبارات الأدائية لا تحدد أهداف القانون الجنائي، بل تحدد فقط القيود الجانبية، فمبرره الإيجابي لا يكمن في فوائده المترتبة، بل في بعض القيمة غير الأدائية التي يخدمها؛ ولكن لا يجوز لنا أن نستخدمه في خدمة هذه القيمة إلا إذا كان بوسعنا من خلال القيام بذلك أن نحقق أيضًا منفعة كبيرة لاحقة، أو على الأقل لن نتسبب في ضرر جسيم ذي عواقب.

ماذا يمكن أن تكون هذه القيمة؟ تأخذنا إحدى الإجابات المألوفة إلى نظرة كلاسيكية يُنظر إليها بوصفها الخصم الرئيس لمبدأ الضرر؛ وهي النزعة الأخلاقية القانونية، وهذه ليست أخلاق قانونية سلبية تمنعنا فقط تجريم السلوك

See further Duff and Marshall, 'Abstract endangerment'; and text preceding n. 15 (54) above. Note that we are talking here of what can give us good reason to criminalise. Good reasons might not be conclusive, and there is a large step from 'We have good reason to criminalise X' to 'We ought to criminalise X all things considered': see J. Schonsheck, *On Criminalization* (Kluwer, 1994); Duff, *The Realm of Criminal Law*, ch. 7.

غير المشروع، بل نزعة قانونية إيجابية يشكل بموجبها نوع السلوك سبباً إيجابياً لتجريمه. وإذا سألنا كيف يمكن أن يكون هذا؛ فإنّ إجابة أخرى مألوفة سوف تستدعي نظرية العقاب الانتقامية.

تتلخص وظيفة القانون الجنائي في إقامة العدالة الاسترجاعية من خلال مُعاقبة كل من يستحق العقاب أخلاقياً في القيام ببعض الأفعال غير المشروعة أخلاقياً، ولذلك ينبغي أن نجزم جميع الأعمال غير المشروعة أخلاقياً فقط، عدم تحقيق شيء من الخير المترتب على ذلك خارج نطاق القانون الجنائي، بل إقامة العدالة الاسترجاعية الداخلية للقانون الجنائي (التي تفهم على أنها نظام يركز على العقاب)، أو القيام بواجبنا في إقامة مثل هذه العدالة على مَنْ يستحقونها⁽⁵⁵⁾.

وهناك مشكلات مختلفة في هذا الرأي، وهو يعتمد على نوع محدد من أنواع إعادة المحاكمة التي بموجبها يستحق مرتكبو الأفعال غير المشروعة أن يعذبوا بنوعٍ من المعاناة، كما أنه من الواجب على الدولة أن تفرض عليها هذه المعاناة: وحتى الذين يقبلون المطالبة الأولى ينبغي أن يترددوا قبل قبول المطالبة الثانية⁽⁵⁶⁾. بيد أن ما يمكننا قوله: هو أن الغرض الأساسي لنظام القانون الجنائي هو تحديد مجموعة من الأخطاء العامة وتقديم رد مناسب عليها: ليس لأن هذا من شأنه أن يحقق المزيد من المنافع المترتبة بكفاءة؛ بل لأنه من المناسب رسمياً الاعتراف بمثل هذه الأخطاء والاستجابة لها على هذا النحو، لماذا يعد ذلك مناسباً؟ لأن المجتمع السياسي ينبغي أن يأخذ قيمه المحددة على محمل الجد؛ إن التعامل مع قيم المرء بجدية هو ضمن جملة أمور:

أن يكون مستعداً للاستجابة بشكلٍ مناسب لانتهاكات تلك القيم. والقانون

See Moore, *Placing Blame*, ch. 1 (the quote is from 35), and ch. 18. (55)

See Bennett and Brownlee, 'Punishment', in this volume; also D.N. Husak, 'Why (56) punish the deserving?' in *Philosophy of Criminal Law* (2010), 393.

الجنائي هو أحد الطرق التي يميز بها النظام السياسي هذه الانتهاكات ويستجيب لها. وعلاوة على ذلك؛ إذا كان لنا أن نتعامل مع بعضنا بعضًا كعملاء مسؤولين، فيجب أن نكون مستعدين لتبرير أخطائنا دون أن يُحمّل بعضنا بعضًا حساب هذه الأخطاء، وهذا هو ما يفعله القانون الجنائي في تقديم عملية جنائية يُدعى من خلالها إلى الرد على الجناة المزعومين. وبالتالي؛ فإن أي نظام للقانون الجنائي ينصف قيم النظام السياسي من خلال الانتباه رسميًا إلى انتهاكه -بالنسبة لضحايا الجريمة- بما أن الطريقة المناسبة للاعتراف بالانتهاكات التي يعانيها الضحايا (كأخطاء وليست كأضرار) هي محاسبة مرتكبيها (المجرمين) بما أننا بحاجة إلى تقديم بيان عن جرائمهم نعاملهم بوصفهم أعضاء مسؤولين في المجتمع السياسي. ولكن يظل هذا محل تساؤل كبير: ما أشكال الخطأ التي لدينا -من الأسباب- يدعوننا إلى تجريم مثل هذه الأفعال؟

وفي إطار نسخة طموحة من النزعة الأخلاقية القانونية مثل نزعة مور، لدينا من الأسباب ما يجعلنا نجرم كل نوع من المخالفات الأخلاقية التي يمكن ارتكابها، ولو أنه تبين لنا في نهاية المطاف أننا بعد أن نضع في الحسبان الأسباب التعويضية ذات الصلة، يجب علينا أن نمتنع عن تجريم العديد من الأخطاء⁽⁵⁷⁾. ولكن هذا يبدو غير قابل للتصديق. فهناك أخطاء خطيرة يمكن أن نرتكبها، مثل: (خيانة الثقة في علاقاتنا الحميمة) لا يوجد لدينا بالتأكيد سبب لتجريمها، فهي تنتمي إلى مجال خاص، وليس مجال عمل القانون⁽⁵⁸⁾.

تتلخص إحدى الاستجابات لهذه المشكلة في العودة إلى فكرة الجرائم بوصفها أخطاء عامة، بمعنى عدم ضرورة أن تكون هذه الجرائم مجرد أخطاء

See Moore, Placing Blame, ch. 18.

(57)

J. Wolfenden, Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution (58) (HMSO, 1957), para. 61.

هناك مشكلة مماثلة تنشأ فيما يتصل بمبدأ الضرر: فمن المؤكد أن العديد من الأضرار التي قد تلحق بالأفراد لا تشكل عملاً من أعمال القانون الجنائي.

تؤثر بشكل مباشر في عامة الناس (نظام الحكم ككل)، ولكن يجب أن تكون هذه الأخطاء هي التي تشكل عملنا الجماعي باعتبارنا أعضاء في نظام الحكم⁽⁵⁹⁾. وهذا من شأنه أن يحول السؤال إلى؛ ما الذي يجعل الخطأ محل اهتمامنا جميعاً؟ وهو المكان الذي يجب فيه على نظرية القانون الجنائي أن تستدعي النظرية السياسية، وبدلاً من النظر في إطار نظرية القانون الجنائي إلى مبدأ ما يمكن أن يؤسس قرارات بشأن التجريم؛ فيجب علينا أن نبدأ بطرح حول المجال العام - «الرأي العام»: ذلك المجال من الأهداف والأنشطة والمؤسسات التي تشكل الحياة المدنية لنظام الحكم، الحياة التي يكون فيها أعضاؤه يمارسون حياتهم باعتبارهم مواطنين.

والواقع أن صياغة هذه الأطروحة تشكل مسألة مداولات سياسية لأعضاء نظام الحكم. فبمجرد التعبير عنه بوضوح، سوف نتمكن أيضاً من تحديد مجموعة من الأشكال المختلفة من الأخطاء التي تعد «عامّة» بمعنى أنها تقع ضمن ذلك المجال العام (تماماً كما، بمجرد أن يصبح لدينا تصور لحياة مؤسسة أكاديمية، يصبح بوسعنا أن نحدد أنواع الأخطاء التي تُعد أخطاء أكاديمية، والتي هي بالتالي من أعمال المؤسسة). وستكون هذه أخطاء لدينا أسباب لتجريمها⁽⁶⁰⁾.

ولا يمكننا أن نتبع هذا الخط من التفكير هنا، إلا أن نلاحظ أنه من غير المرجح أن يسفر عن أي مبدأ واحد من مبادئ التجريم: فهناك أنواع مختلفة من الخطأ، تتضمن قيماً مختلفة، ولدينا من الأسباب ما يجعلنا نجرم هذا المبدأ، بيد أنه ينبغي لها أن تعزز نقطة سبق ذكرها؛ وهي أن فلسفة القانون الجنائي يجب أن تعتمد اعتماداً كبيراً على الفلسفة السياسية.

Blackstone, Commentaries on the Laws of England; Duff, The Realm of Criminal Law, ch. 2 (59)

(60) وعند أخذ كل شيء في الاعتبار؛ فينبغي علينا عدم تجريمهم.

الفصل السابع عشر

العقد

دانييل ماركوفيتس

مقدمة:

تتضمن العقود بطبيعتها اتفاقيات خاصة، ومن هنا ينظر إلى قانون العقود سواء أكان على نحو اصطلاحى أم دقيق، بوصفه قانون الاتفاقيات.

ويمكن تحديد الدور الرئيس الذي تؤديه الاتفاقيات في قانون العقود من خلال ظاهر العقود التي تُبنى على الطريقة التقليدية، أي: من خلال: العرض، والقبول، والنفاذ. ووفق المؤسسات الأمريكية المسؤولة عن إعادة صياغة القانون (US American Restatement)، فإن العرض «هو مظهر من مظاهر الاستعداد للدخول في صفقة رابحة، ويُصاغ بطريقة تسوغ للطرف الآخر قبوله ليفهم أن موافقته على هذه الصفقة مطلوبة لإتمامها»⁽¹⁾ أما القبول -بدوره- فينطوي على «إظهار الموافقة على شروط العرض» التي قدمها مقدم العرض بصورة⁽²⁾.

ومن ثم؛ فإن كل العقود التقليدية -العقود الناشئة عن العرض والقبول- تحتوي اتفاقيات. ولكن ليس كل الاتفاقيات تؤسس عقودًا. والأمر الأكثر بروزًا⁽³⁾

(1) Restatement (Second) of Contracts 24 (1981).

(2) Restatement (Second) of Contracts 50 (1981).

(3) هناك مجموعتان إضافيتان مختلفتان جدًا من المذاهب تزيد من تقييد الاتفاقيات التي قد =

هو أن القانون العام يفرض أيضًا على كل العقود النافذة أن تكون مدعومة بالنفاد.

وهو ما يعني (على النسخة الحديثة من القانون) أن الوعد بالأداء أو العائد لا بد أن يكون محل مقايضة، بمعنى أن أحد الطرفين يسعى إلى هذا النفاذ، في مقابل ما سيتحصل عليه من الطرف الآخر⁽⁴⁾.

وعلى هذا؛ فليس من الكافي -بموجب العقد التقليدي- أن يبرم الطرفان اتفاقًا، كما قد يحدث عندما يقدم الطرف المتعاقد هدية، ويقبل الطرف المتعاقد معه (الهدية ذاتها والشروط التي قد تحوزها بموجبها)⁽⁵⁾.

بدلاً من ذلك؛ لا بد من تحفيز أطراف العقد إلى الاتفاق، بمعنى أن كلاً

تؤسس العقود. فمن جهة، تصر المذاهب المتعلقة ب: الاحتيال، والإكراه، والعجز على ضرورة إبرام الاتفاقيات التي تستند إلى عقود صحيحة عن علم وبحرية، ومن جهة أخرى، فإنّ المذاهب التي تنكر الاعتراف التعاقدية بالاتفاقات غير القانونية، أو على نطاق أوسع، الاتفاقات التي تنتهك السياسة العامة؛ تمنع من تقديم معونة للمشاريع التي يعدّها النظام القانوني الأوسع غير مقبولة.

يمكن تفسير المجموعة الأولى أنها تدعم الدور المركزي للاتفاقات في قانون العقود، شريطة أن تكون الاتفاقيات في صميم العقود الصحيحة. أما المجموعة الثانية، فإنها تخضع إلى قيم تأتي من خارج أخلاقيات الاتفاقيات.

Restatement (Second) of Contracts 71 (1981). (4)

(5) يتجسد هذا التمييز في متشرد ويليستون الذي يقول له أحد المارة الطيبين: اذهب إلى أحد محلات الملابس القريبة، واختر معطفًا على حسابي.

See Williston and Jaeger, A Treatise on the Law of Contracts, 3rd ed., Vol. 1 (Baker, Voorhis, 1957), 112.

وسواء تم هذا الوعد أم لا، فإنّ هذا يتوقف على نيات الطرفين. فإذا كان المحسن يريد حث المتشرد على اقتناء معطف، وكان يريد شراء المعطف له، فهذا التزام، أما إذا كان المحسن فقط يعرض الشراء، والمتشرد يقرر فقط قبول العرض من عدمه، فلا يوجد التزام هنا.

منها لا بد أن يسعى إلى الحصول على موافقة الطرف الآخر على الاقتراح التعاقدية. وبالتالي؛ فإن شرط النفاذ يعمل على مضاعفة أو تعميق الدور الذي تؤديه الاتفاقيات في القانون العام للعقود، من خلال إعطاء اهتمام قانون العقود بالاتفاقيات بنية متدرجة.

مما لا شك فيه أن النظام التقليدي لا يستند قانون العقود، ففي الولايات المتحدة على سبيل المثال: قد تضمن مذهب العقد -على الأقل منذ إعادة الصياغة- (أولاً) العقود الأكثر توسعاً في الصيغة الجديدة (ثانياً) القاعدة التي تقول: «الوعد هو ما يجب أن يتوقعه الواعد بشكلٍ معقولٍ للحث على اتخاذ إجراء، أو تحمل من جانب المتعهد به؛ أو شخص ثالث، يؤدي إلى مثل هذا الإجراء أو التحمل يكون ضامناً، إذا كان من غير الممكن تجنب الظلم إلا من خلال تنفيذ الوعد»⁽⁶⁾.

ولكن حتى المبدأ الوعدي الحكمي هذا يعمل في الممارسة القضائية على النحو الذي يجعل الاتفاقيات قريبة من جوهر العقد. ولذلك؛ أصرت المحاكم المبكرة على أنه قد تنشأ مسؤولية العقود بموجب مبدأ الوعد الحكمي فقط؛ عندما يكون هناك اعتماد على وعد مكتمل (بل في الواقع، في جميع الحالات تقريباً، فيما يتعلق بتبادل الوعود)، ومن ثم فإن العقد التقليدي لا يفشل إلا بسبب التفاصيل الفنية لمبدأ النفاذ، وبالتالي فإن الاعتماد على مجرد العرض - حتى في الحالات التي يتمتع فيها الطرف المتلقي بسلطة قبول العرض، ولكنه لم يمارس ذلك الحق - لم يكن كافياً صراحة للحفاظ على المسؤولية⁽⁷⁾. وعلاوة على ذلك؛ عندما حررت المحاكم المسؤولية بموجب إخلال بالوعد الحكمي، فقد فعلت ذلك بناء على حجج مذهبية أشارت ضمناً إلى اتفاقيات مكتملة التنفيذ لضمان مزاعم المدعين (على سبيل المثال: من خلال تقديم

Restatement (Second) of Contracts 90 (1981).

(6)

See, e.g., James Baird Co. v. Gimbel Bros, 64 F.2d 344 (2d. Cir. 1933).

(7)

وعود ثانوية بمنح الخيارات التي جعلت العروض الأولية غير قابلة للإلغاء⁽⁸⁾.

أخيراً؛ بالرغم من أن بعض المحاكم فرضت التزامات قائمة على الاعتماد في غياب أي اتفاق كامل، واستناداً ببساطة إلى البيانات الاستغلالية (ولكن ليست خطأً دستورياً) التي قُدمت في أثناء المفاوضات السابقة للتعاقد،⁽⁹⁾ لم تجتذب هذه القرارات أي متابعة جوهرية. وتستمر وجهة النظر المهيمنة بشكلٍ ساحق في الإصرار على أن التفاهمات السابقة للتعاقد من غير الممكن أن تتعهد بالتزامات تعاقدية إلا في حالة وجود «اتفاق شامل» للدخول في العقد الملزم⁽¹⁰⁾.

وعلى هذا؛ ففي حين كان بوسع جرانت جيلمور أن يقلق من أن الإذعان الوعدي كان يشكل نوعاً من «معاداة العقد»،⁽¹¹⁾ وهو ما قد يتلعب العقد التقليدي برمته، فإنّ هذا المبدأ لم يكن على النحو الصحيح. وحتى الخروج عن النموذج التقليدي الذي يتلخص في: (العرض، والقبول، والتنفيذ) لا يزال يضع الاتفاقيات في مقدمة مجموعة العقود، بل في مركز الصدارة.

1. فهم قانون العقود بوصفه قانون الاتفاقات:

إن المكان المركزي للاتفاقات في القانون يجعل من المغربي أن نفترض أن قانون العقود ينفذ -ببساطة وبشكلٍ مباشر- أخلاقيات الاتفاقيات، وحتى يتسنى للمرء أن يفهم هذا المجال من القانون؛ عليه أن يدرس أولاً -وبشكلٍ

See, e.g., *Drennan v. Star Paving, Co.*, 333 P.2d 757 (Cal. 1958) (8)

See, e.g., *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, 133 N.W.2d 267 (Wisc. 1965). (9)

See, e.g., *Teachers Ins. & Annuity Assoc. v. Tribune Co.*, 670 F. Supp. 491, 497 (S.D.N.Y. 1987). For a systematic survey of the US American decisions, see A. Schwartz and R. Scott, 'Precontractual liability and preliminary agreements', *Harvard Law Review* 120 (2007), 661-707, 672. (10)

G. Gilmore, *The Death of Contract* (Ohio State University Press, 1974), 61. (11)

حصري- هذا الفرع من الأخلاق. ولكن مثل هذا المنطق خطأ على الرغم من أنه مُغري.

أولاً: (الالتزام القانوني) هو من صنع القانون وليس الأخلاق، وبالتالي فإنَّ أسباب كل التزام قانوني يجب أن توجد في اعتبارات تعكس القيم القانونية. وكما قالت إحدى المحاكم بشكلٍ ملحوظ؛ فإن الالتزام بالعقد لا يسري في الاتفاق نفسه من تلقاء نفسه، بل في القانون المنطبق على الاتفاق، أي: في القانون الملزم للطرفين بتنفيذ وعده. عندما يقال: «إنَّ مَنْ يدخل في اتفاقية» فما يقصد به حقًا هو أنَّ القانون يفرض عليه الواجبات القانونية عند الاضطلاع بالتعهد، فالعقد ليس قانونًا ولا ينص على قانون، فالاتفاق -فضلاً عن القانون- هو الذي يجعل العقد العادي التزامًا واجب النفاذ⁽¹²⁾.

وهكذا؛ وعلى الرغم من أن قانون العقود قد يشير إلى أخلاق الاتفاقات في تجلي عقائدها، فإن هذا هو الخيار الذي ينبغي أن يقرره القانون، ويجب أن يقدم القانون تبريرات قانونية لأي خيار تشريعي يقوم به. وعلاوةً على ذلك؛ هناك أسباب وجيهة لقانون العقود تجعله على مسافة كافية من أخلاقيات الاتفاقات.

فبادئ ذي بدء؛ هناك أحد المبادئ الأساسية للقيم السياسية الليبرالية التي تهيمن على الدّول، حيث يزدهر قانون العقود الذي يرى أن قوانين المجتمع ربما لا تفرض مُثلاً أخلاقية مثيرة للجدال، ويستلزم هذا المبدأ أن الأفكار الأخلاقية المثيرة للجدال بشأن الاتفاقيات -بما في ذلك على وجه الخصوص الأفكار المألوفة، ولكنها المتنازع عليها حول الالتزام الأخلاقي بالحفاظ على الوعود- ليست الأسس المناسبة للعقيدة القانونية. وكما لاحظ جوزيف راز، فإنَّ الخير الأخلاقي المتمثل في فرض الاتفاقيات «ليس في ذاته هدفًا مناسبًا لقانون العقود»؛ لأن تبني هذا الهدف يتلخص في «فرض الأخلاق من خلال فرض

Groves v. John Wunder, Co., 286 N.W. 235 (Minn. 1939)

(12)

الواجبات القانونية على الأفراد»⁽¹³⁾. وبالفعل، وكما يقول راز أيضًا: قانون العقود الذي يفرض بشكل مباشر أخلاق الاتفاقات؛ لا يختلف عن التجريم القانوني للمواد الإباحية⁽¹⁴⁾.

فضلاً عن ذلك؛ فحتى أولئك الذين يعتقدون أنّ قانون أيّ مجتمع عليه أنّ يعكس التزاماته الأخلاقية، أو يعززها على النحو اللائق؛ ينبغي لهم ألا يتبنوا وجهة النظر القاصرة، التي ترى أنّ القانون لا بد أن يفعل ذلك بشكل مباشر من خلال تنفيذها. ويوضح أوليفر ويندل هولمز هذه النقطة بقوة، كان هولمز يعتقد أنّ القانون هو الشاهد والإيداع الخارجي لحياتنا الأخلاقية،⁽¹⁵⁾ وحتى من خلال مُراعاة هذه السمة من القانون؛ فإنّ طالب القانون قد يربط موضوعه بالكون، ويلتقط صدى اللانهائي، وهي لمحة من العمليات التي لا يمكن فهمها، وتلميح إلى القانون العالمي،⁽¹⁶⁾ ولكنه أيضًا تبني وجهة نظر غير أخلاقية للعقد، فلاحظ أنّ الواجب المتمثل في الإبقاء على العقد في إطار القانون العام؛ يعني التكهن بضرورة دفع التعويضات إذا لم تحتفظ به، ولا شيء آخر.

وفي هذا الصدد رفض «أولئك الذين يعتقدون أنه من المفيد أن يضعوا في القانون أكبر قدر ممكن من الأخلاق»⁽¹⁷⁾. وهذا يعني إحكام الاتفاق الأخلاقي، ولكن على حذر⁽¹⁸⁾. وعلى هذا؛ فإن نظرية قانون العقود لا تستطيع أن تتبنى ميكانيكيًا طرحًا مفضلًا أو آخر للالتزامات الأخلاقية المرتبطة بالاتفاقيات، أو الوعود التي تنشأ من خلالها العقود عادة، أو تقلد طرحًا مفضلًا أو آخر.

J. Raz, 'Promises in morality and law', Harvard Law Review 95 (1982), 916, 937 (13)
(reviewing P. Atiyah, Promises, Morals, and the Law).

Ibid. (14)

O.W. Holmes, 'The path of the law', Harvard Law Review 10 (1897), 457-78, 459. (15)

Ibid. (16)

Ibid. (17)

Ibid. (18)

بل إن تفسير أو تبرير مكانة الاتفاق المركزية في قانون العقود يتطلب إجراء تحقيق مستقل في القيم السياسية، بل حتى القانونية المميزة التي يُرَوِّج لها هذا المجال من المبادئ، بما في ذلك من خلال فرض الاتفاقيات. وكما يحدث؛ فإن أبرز نظريات قانون العقود تسيّر جميعها على هذا النحو. فهي تنطلق من أطروحات متميزة (متداخلة أحياناً، وأحياناً متنافسة) لنقطة العقد، بل من التأكيد على ضرورة تنفيذ الاتفاقيات. وقد تُصنّف النظريات بشكلٍ فضفاض بالرجوع إلى أطروحات الغرض من العقد.

إن التصنيف غير كامل بالضرورة؛ حيث يجب تفسير النظريات قبل أن تعيّن إلى الفئات، وهي في كل الأحوال ليست متجانسة كما تفترض الفئات، وبالرغم من ذلك، فإن حتى الإطار التنظيمي المنقوص يساعد في فهم قانون العقد ونظريته، وخاصة لأنه يكشف عن أنّ العديد من أبرز أساليب العقد تختلف ليس فقط عند هوامش العقد، بل أيضاً على العكس من ذلك، فهم هذه المجموعة من القوانين بطرق مختلفة جوهرياً.

إن إحدى فئات النظريات التي تتضمن كلاً من الأطروحات الاقتصادية للعقد والنظريات الفلسفية التي تسعى إلى ربط العقد بأخلاقيات الضرر؛ تفهم قانون العقود بعبارات خاصة، بمعنى أنه آلية لتوزيع الفوائد والأعباء على الأشخاص. وتفهم فئة ثانية من النظريات العقد من منظور تكاملي، وهذا بحكم العلاقات بين الأشخاص الذين ينشئون العقود. وتوجد أيضاً اختلافات داخل كل فئة -بطبيعة الحال- ويكشف الاهتمام بهذه الاختلافات عن المرونة الداخلية للنهج والتخصيص والتكاملية في التعاقد والفوارق الهيكلية العميقة التي تفصل بينها.

2. نظريات تخصيص العقد:

من أبرز نظرتي التوزيع لقانون العقود؛ الطرح المستند إلى الكفاءة الذي أصبح يهيمن على الدراسة الأكاديمية للعقد في الولايات المتحدة، والنظرية

القائمة على الضرر التي تسعى إلى استيعاب العقد مع الأخلاق الأوسع نطاقًا للإصابات، والأضيق في القانون الضرر.

(أ) قانون العقود والكفاءة الاقتصادية:

ولنبداً بدراسة الأطروحات القائمة على الكفاءة لقانون العقود، ويوصفها التحليل الاقتصادي لقانون العقود الذي يفسر قدرًا كبيرًا من نجاح الحساب القائم على الكفاءة، وخاصة في الولايات المتحدة.

وكما لاحظ هيوم: «لقد علمتنا التجربة أن إدارة الشؤون البشرية كانت لتحقيق مصلحة مشتركة، لو كانت هناك رموز أو إشارات محددة التي قد يعطي بموجبها كل منا الآخر قدرًا من الأمان فيما يتصل بسلوكنا في أي حادث بعينه»⁽¹⁹⁾ وفق وجهة النظر الاقتصادية؛ يؤسس الرموز أو العلامات المطلوبة، ربما استعار بعض من الممارسة الأخلاقية للوعد، ويضيف شكليات وإنفاذ طرف ثالث، وهذه الإضافات - وخاصة الإنفاذ - تعمل بشكل كبير على زيادة الخير الاجتماعي - فضلًا عن الوعود التي يقدمها هذا العقد - الذي يمكن إنجازها؛ ولأن الإنفاذ القانوني «يسمح للأفراد بربط أنفسهم بمسار للسلوك في المستقبل، الذي يعني تقديم التزامات ذات مصداقية، فإن العقد «يجعل من الأسهل على الآخرين ترتيب حياتهم بالاعتماد على ال(وعد)»⁽²⁰⁾.

وبالتالي، ينبغي لنا أن نفهم العقد بوصفه تكنولوجيا لتعزيز التنسيق الفعال. والواقع؛ قد يجادل المحامون الاقتصاديون أن هناك حجة مفادها: أن العقود ينبغي ألا تنفذ إلا بقدرٍ وبطريقة محددة تضع حوافز مُثلى للاعتماد على

D. Hume, A Treatise of Human Nature, at bk. III, pt. II, sec. V, 522, L.A. Selby- (19) Bigge (ed.), (1978), (emphasis removed).

R. Craswell, 'Contract law, default rules, and the philosophy of promising', Michigan Law Review 88 (1989), 489, 496. (20)

العودة، وبالتالي تزيد المكاسب المشتركة من التجارة التي ينتجها التنسيق التعاقدى إلى أقصى حد⁽²¹⁾.

وعلى هذا؛ فإن إعادة البناء الاقتصادي الشامل لقانون العقود من شأنه أن يجعل من التنسيق الأمثل وتحقيق أقصى الفائض المشترك في نهاية العقد أمرًا في حكم الممكن. ولقد استوعب بعض علماء العقد -المتأثرين بالاقتصاد- هذا الدرس، وخاصة في القانون التجاري. وهكذا؛ فإن أحد الآراء البارزة، بعد أن اقتصر نطاق تطبيقه على العقود التي تضم أطرافًا تجارية متطورة في كل من الجانبين يسعى بوضوح إلى إعادة بناء مبدأ العقد بهدف وحيد الفكر، وهو «تيسير قدرة الشركات على تعظيم الرفاهة الاجتماعية (وهو ما يعني في هذا السياق فائضًا تعاقديًا مشتركًا)»⁽²²⁾ عندما تكون هذه المساعي الرامية إلى تحقيق الفائض المشترك ذات التفكير المنفرد مبررة بتركيز النظرية على الشركات التجارية -ولأن الشركات ليست أشخاصًا طبيعيين- فإن قانون العقود التجارية

See, e.g., A. Schwartz and R. Scott, 'Contract theory and the limits of contract law', (21) Yale Law Journal 113 (2003), 541, 556.

طور بعض المنظرين أطروحات مماثلة وفقًا لقانون العقود لا تزيد من الكفاءة وإنما تزيد من الاستقلال الذاتي، واختيار الأطراف (مفهوم كالـدور هيكس للكفاءة في أصل النظرية الاقتصادية يبني كفاءة اختيار الأطراف، وهو ما يفسر تقارب القياس). وللمتمثيل لهذه النظرية انظر:

J. Kraus, 'The correspondence of contract and promise', Columbia Law Review 109 (2009), 1603.

ويرى بعضهم أن وجهة نظر تشارلز فريد في قانون العقود التي فصلها في كتابه: «العقد بصفته وعدًا»، تمتلك هذه البنية.

C. Fried, Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation (Oxford University Press, 1981). See, e.g., E. Weinrib, The Idea of Private Law, revised ed. (Oxford University Press, 2012), 50-1.

وهناك تفسير يتعامل مع وجهة نظر تشارلز فريد بوصفها نظرية تكاملية، وليست نظرية تخصيصية.

ينبغي ألا ينظر في قيم مثل: الاستقلال والاعتراف (حتى ولو كانت هذه القيم تشكل على النحو الصحيح في أخلاقيات الوعد)، ولأن الشركات مملوكة بالكامل - كما يفترض النهج الاقتصادي - لحاملي أسهم متنوعين بشكل كامل (ومن ثم يمتلكون مصالح متساوية على كل من جانبي كل عقد تجاري)، فإن قانون العقود التجارية يجب عليه ألا ينظر في عدالة تصحيحية أو توزيعية.

وتكشف هذه الملاحظات عن أن التحليل الاقتصادي للعقد يتمتع بقدر كبير من التطرف، والأهداف (التأسيسية) أقل من أجل إعادة بناء المبادئ القانونية التقليدية، وأكثر من ذلك فيما يتصل بإصلاح القانون. ومن الشائع أن نلاحظ أنه حتى عندما يقوم التحليل الاقتصادي بإعادة تمويل المواضيع الفقهية التقليدية - كما هي الحال في الدفاع الاقتصادي عن علاج التوقعات المرتبط بنظرية النقض الفعالة⁽²³⁾ - فإن الفئات التقليدية من القواعد الأخلاقية الوعدية (الوفاء على سبيل المثال) أو أن الفكرة التي تستند إلى الاتفاق، والتي تلخص في تأمين المنفعة التي تعود على المخالف الشرعي من مساومته) « لن تؤدي أي دور [مستقل] في التحليل الذي أدى إلى الاستنتاج (الذي توصل إليه) بأن القانون لا بد أن يفرض الوعود⁽²⁴⁾. (كما تصور بعض الباحثين، والسبب أن هذا النهج الاقتصادي يجعل من «المحير» أن نقول بقدر معتدل: إن القانون يفرض الوعود بسهولة أكبر من التعهدات الأخرى»⁽²⁵⁾.

والواقع أن تطرف التحليل الاقتصادي لقانون العقود يذهب إلى ما هو أبعد

Schwartz and Scott, 'Contract theory and the limits of contract law' at 556 (22)

For an early statement of this theory aimed at academic lawyers, see R.L. (23) Birmingham, 'Breach of contract, damage measures, and economic efficiency', Rutgers Law Review 24 (1970), 273.

R. Craswell, 'Against Fuller and Perdue', University of Chicago Law Review 67 (24) (2000), 99, 107.

J. Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine (Oxford (25) University Press, 1991), 235. A similar point is made in P. Atiyah, Promises, Morals, and the Law (Clarendon Press, 1981), 50-1.

من ذلك. ومن المبادئ الأساسية لقانون العقود التقليدي -التي تفهم على أنها قانون الاتفاقات- أن العقود تحدد التزامات بين طرفين منفصلين، ولكن البنية العميقة للحجة المذكورة آنفاً -حقيقة مفادها: أن التحليل الاقتصادي يحقق بساطته الأنيقة عندما يتصور أن كل العقود في نهاية المطاف تعود بالفائدة على مساهم كامل التنوع- تكشف عن أن النهج الاقتصادي في التعامل مع العقد يفكر في طرف واحد فقط.

والواقع أن قانون العقود -بشأن وجهة نظر التخصيص هذه- ربما يكون من الأفضل ألا يفهم بوصفه (نظرية التزام) على الإطلاق، بل بوصفه (إدارة للمعاملات) يكلف الاقتصاد -بل ربما بشكل أكثر تحديداً- تكاليف نظرية الشركة. كما اقترح رونالد كواس، ويحدد نطاق الشركة -الحد الفاصل بين تنسيق النشاط الاقتصادي داخل الشركة من خلال الملكية والسيطرة الإدارية وتنسيق النشاط الاقتصادي بين الشركات عن طريق التعاقد- التوازن بين تكاليف المعاملات لكل آلية تنسيق⁽²⁶⁾.

ويمكن تفسير النهج الاقتصادي للعقد كمحاولة لخفض تكاليف المعاملات المتعلقة بالتنسيق التعاقدية عبر حدود الشركة، نتيجة تخفيض الحجم الأمثل للشركات، وأخيراً زيادة كفاءة التنسيق الاقتصادي عمومًا.

(ب) قانون العقود والضرر:

تُشكل الفئة الثانية من نظريات التخصيص في العقود تحديًا هيكليًا جذريًا للمفاهيم العقائدية التقليدية في العقود - هذه المرة من خلال السعي إلى تفسير قانون العقود من حيث القانون والأخلاق المرتبطة بالضرر. إن هذه النظريات ترفض الفهم التقليدي بأن العقد يتعلق أساسًا بالالتزامات الطوعية أو المختارة، وتسعى -بدلاً من ذلك- إلى فهم العقد بوصفه من حيث الجذور تفصيلاً

See R. Coase, 'The nature of the firm', *The Firm, The Market, and the Law* 33 (26) (1988), 43-4.

خاصًا للواجب العام وغير المختار بعدم إلحاق الضرر بالآخرين. وتسعى هذه النظريات (في تعبيراتها المذهبية) إلى استيعاب العقد للمسؤولية المدنية. تعود بعض نسخ هذه الأطروحات التعاقدية القائمة على الضرر إلى أصول اقتصادية، وبالتالي؛ فإنها تقترب من الفئات المذهبية الأساسية للقانون من خلال موقف إصلاحي صريح، وهناك أطروحات اقتصادية لقانون العقود تقترح تخفيف الخسائر، وهي فكرة شبيهة بالتعويض الفوري، بوصفها أصل نظرية شاملة للعقد⁽²⁷⁾.

فقانون العقود -وفق هذه التوجهات- مجرد حالة خاصة لواجب الضرر الأوسع نطاقًا بعدم فرض تكاليف غير معقولة على الآخرين، وبتكليفها مع الظروف الخاصة التي تنطوي فيها آليات فرض التكاليف على استحداث التوقعات والاعتماد على السلوك في المستقبل وتكنولوجيات تجنب الخسارة، فإنها تشمل بشكلٍ مركزي المعلومات المتبادلة بين الأطراف التي هي في اتصال بالفعل⁽²⁸⁾.

وتشكل هذه الحجج حالة خاصة من التحليل الاقتصادي لعامة القانون تتجاهل الفئات المذهبية، و هو ذاته نتيجة طبيعية ومباشرة للالتزام المنهجي بتوجيه النظرية القانونية نحو تفسير نتائج الحالات والتعامل مع التصريحات المذهبية المستندة إلى قواعد القانون بوصفها مجرد تصريحات استثنائية⁽²⁹⁾.

See C. Goetz and R. Scott, 'The mitigation principle: toward a general theory of (27) contractual obligation', Virginia Law Review 69 (1983), 967.

For a judicial application of this approach, per Judge Richard Posner, see *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 672 F.2d 951 (7th Cir. 1982). (28)

See J. Kraus, 'Philosophy of contract law' in J. Coleman and S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford University Press, 2002), 687. (29)

يزعم كراوس أنّ التحليل الاقتصادي للقانون يرفض أهمية الفروق التقليدية بين مجموعات القوانين المختلفة ظاهريًا (699)، مثل: قانون العقود وقانون الضرر، بالإضافة: أنه لا يأخذ دعاوى المبادئ القانونية، وإعادة الصياغة على أنها بيانات قانونية يجب شرحها (692)، =

ولكن هناك أطروحات أخرى للعقود قائمة على الضرر -بما في ذلك تلك التي اقترحها مفكرون من فئة مختلفة- مثل: باتريك عطية، ومارجريت جان رادين، والتي اقترحها مفكرون فلسفيون، مثل: سكانلون؛ لقد سعت إلى استيعاب عقد الضرر في حين، وعلى الرغم من، احترام الفئات المذهبية والأخلاقية التقليدية⁽³⁰⁾.

ولا ترفض هذه التوجهات الجديدة أي تمييز تشريعي-كما ترفض وجهة النظر الاقتصادية- بل إنهم يقترحون بدلاً من ذلك إعادة بناء القواعد القانونية على النحو الأفضل والأعمق، فالممارسة تتطلب إعادة تقييم الفئات المذهبية التي بالرغم من أنها تبدو كبيرة في العقائد غير العاكسة لمهنة المحاماة، فإنها في الواقع مجرد تدليل على سطح الظواهر التي تدعي أنها تصفها.

والواقع أنّ هذه الجهود الرامية إلى استيعاب عقد الضرر -لأنها تسعى على وجه التحديد إلى تفسير بدلاً من التخلي عن المبادئ المذهبية والقانونية المألوفة - سرعان ما تواجه عقبتين مذهبتين وبنويتين هائلتين:

أولاً: يفرض قانون العقود مسؤولية صارمة بدلاً من الالتزامات القائمة على الخطأ؛ فربما كان من الممكن أن يمارس أي إخلال تعاقدى رعاية معقولة سواء أكان في الوفاء بوعدها أم في محاولة إبقائها، ولكنه يظل مسؤولاً في حالة انتهاكها، وعلى النقيض من هذا؛ تتطلب الجرائم المتعلقة بالتضليل عمومًا أن

ولكن بدلاً من ذلك يركز انتباهه على شرح مخرجات التقاضي. قدم إرنست واينريب نقطة مماثلة.

See E. Weinrib, *The Idea of Private Law*, revised ed. (Oxford University Press, 2012).

For genealogical arguments, see, e.g., P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) and M.J. Radin, 'Market inalienability', *Harvard Law Review* 100 (1987), 1849. For philosophical arguments, see, e.g., T.M. Scanlon, *What We Owe to Each Other* (Harvard University Press, 1998), 295-327 and 'Promises and contracts' in P. Benson (ed.), *The Theory of Contract Law: New Essays* (Cambridge University Press, 2001), 86, 93-4

يكون المدعى عليهم قد فشلوا في ممارسة قدرٍ معقول من الرعاية في الإدلاء بتصريحاتهم الزائفة، فضلاً عن المطالبة بالاعتماد المبرر كعنصر من عناصر ادعاء المدعي⁽³¹⁾.

والواقع أن بعض المذاهب - على سبيل المثال، فيما يتعلق بالتضليل الاحتمالي - تضيف صراحة أن المسؤولية عن الضرر تتطلب أن يكون الطرف الذي يؤكد المسؤولية قد اعتمد تحديداً على حقيقة التمثيل الذي تستند إليه المسؤولية المدعى بها، وبدلاً من الاكتفاء بتصوير مفاده: إن صانع البيان الكاذب سوف يتحمل المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن زيفه⁽³²⁾ مرة أخرى، فإن الغنائم التي يرفضها قانون الضرر يشكل جوهر العقد.

وثانياً: ينص قانون العقود على التزامات آجلة - وليست رجعية، وبالتالي؛ فإن تعويضات العقد تبرر صراحةً مصلحة توقع المتعهد: «بمحاولة وضعه في مكان جيد كما كان لو تم تنفيذ العقد»،⁽³³⁾ أي: من خلال تأمين «منفعة الصنفقة» للمتعهد به⁽³⁴⁾. مرة أخرى؛ يتخذ الضرر مساراً متبايناً. بشكل عام: تُقصر أخطاء التحريف في استرداد المدعي على الخسائر التي تكبدها بسبب التحريف، أي: إلى المبلغ المطلوب لوضع المدعية في الوضع الذي كانت ستشغله لو لم يتم تقديم التحريف على الإطلاق⁽³⁵⁾.

See, e.g., Restatement (Second) of Torts 552,

(31)

المعلومات التي تقدم بلا مبالاة أثناء توجيه الآخرين (الشخص الذي يكون أثناء عمله أو مهنته، أو غيرها، ويقدم معلومات خاطئة لتوجيه الآخرين في معاملاتهم التجارية، يخضع للمسؤولية عن الخسارة المالية الناجمة عن اعتمادهم «المبرر» على المعلومات التي قدمها لهم، خاصة إذا لم يتم عمله على بالشكل المطلوب)

See Restatement (Second) of Torts 548 (1977). (32)

Restatement (Second) of Contracts 344 (1981). (33)

Restatement (Second) of Contracts 344 (1981). (34)

See Restatement (Second) of Torts 552B (1977). An exception to this principle exists (35) for certain frauds, established (in part) to prevent promisors from being able reduce = the extent of their liability by arguing that their breaches are not innocent but

ويخاطب بعض المفكرين الذين يعيدون بناء طاقاتهم التفسيرية والنظرية مباشرة لشرح هذه المذاهب القانونية -أو على الأقل عقلنتها- ويزعم هؤلاء المفكرون -بطرق مختلفة- أن التمييز الاسمي بين العقد والضرر الذي جرى التمرن عليه للتو مجرد أوهاام، حتى على مستوى فقهي. وهم يجادلون أن أفضل سرد فقهي بحث لقانون العقود يستوعب مباشرة العقد بالضرر.

وفيما يتعلق بالتمييز الواضح الأول بين العقد والضرر -المتعلق بالمسؤولية الصارمة وليس المسؤولية القائمة على الخطأ - يؤكد هؤلاء المفكرون أن اعتبارات المعقولة تتم من خلال مبدأ العقد وتعمل على نحو يؤدي إلى ثني العقد في اتجاه المسؤولية القائمة على الخطأ⁽³⁶⁾.

والواقع أن المبادئ التي تحكم تكوين العقود التقليدية تجعل الالتزامات التعاقدية لا تقوم على النيات الفعلية أو الذاتية لدى الأطراف، بل على ما يُسمى بـ: «المفاهيم الموضوعية الوعدية»؛ حيث تحدد الصيغة الأمريكية الجديدة العرض مرة أخرى بوصفه «مظهرًا من مظاهر الاستعداد للدخول في صفقة»، وعلى هذا؛ فإن تبرير شخص آخر بفهم حقيقة مفادها: أن موافقة الآخرين على هذه الصفقة مرغوب وسوف يبرمها⁽³⁷⁾.

fraudulent. Compare *Reno v. Bull*, 124 N.E. 144 (N.Y. 1919) with *Morse v. Hutchins*, 102 Mass. 439 (1869) and see, e.g., *Restatement (Second) of Torts* 549 (2).

For a recent general argument assimilating contract and tort, see M. Gergen, (36) 'Negligent misrepresentation as contract', *California Law Review* 101 (2013), 953.

Restatement (Second) of Contracts 24 (1981) (emphasis added) (37)

تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن هذا التعريف يستدعي النيات لتحمل الالتزامات، إلا أنه لا يلزم أن تكون الالتزامات المتوقعة قانونية بموجب القانون الأمريكي، وعلى هذا؛ فإن الصيغة الجديدة تضيف أن «النية الحقيقية غير الواضحة في كون الوعد ملزمًا قانونيًا ليست ضرورية لإنشاء العقد، ولكن إظهار النية بأن الوعد لن يؤثر في العلاقات القانونية قد يمنع من إنشاء العقد».

= ' *Restatement (Second) of Contracts* 21 (1981).

وعلى نحو مماثل - تربط المبادئ المتعلقة بتفسير العقود خطأ مضمون الالتزامات التعاقدية بالتفاهات المعقولة بين الأطراف، فالصيغة الجديدة -على سبيل المثال- تخصص خطر الخطأ فيما يتصل بالافتراضات التي يقوم عليها عقد ما أو معنى شروطه استنادًا إلى أطروحات مشابهة بشكل واضح للتكاليف النسبية التي يتكبدها الطرفان لتجنب الخطأ⁽³⁸⁾.

أما فيما يتصل بالتمييز الواضح الثاني بين العقد والضرر - فيما يتصل بالمحتوى الآجل وليس الرجعي للالتزام التعاقدي - فإن هؤلاء المفكرين يزعمون أن التمييز أقل وضوحًا من الجهة النظرية وأقل احترامًا من الجهة العملية مقارنة بأولئك الذين يتباهون بتمييز العقد، وحيثما تكون الأسواق كثيفة، يمكن إعادة تحديد كل توقع تعاقدية من حيث الفرص الضائعة للتعامل مع طرف مقابل بديل، وبالتالي؛ كتكلفة اعتماد. وحيث الأسواق غير كثيفة إن أي عدد من المذاهب - مثل: تلك التي تحد من التعافي بحيث لا يتجاوز التوقعات التي كان من الممكن وضعها عند الانكماش،⁽³⁹⁾ أو تلك التي تُخضع المدعين لعبء إثبات قيمة توقعاتهم مع التأكد⁽⁴⁰⁾؛ تعمل فعليًا على الحد من الأضرار

يأخذ قانون العقود الإنجليزي وجهة نظر مختلفة ويتضمن نية إنشاء علاقات قانونية بين العناصر المطلوبة لإنشاء عقد قابل للتنفيذ.

See e.g., *Balfour v. Balfour* [1919] 2 K.B. 571, 579.

يعترف القانون الإنجليزي أيضًا بافتراض قوي مفاده: أن النية لازمة في السياقات التي تنطوي على اتفاقات تجارية، وكما لاحظ باتريك عطية، فإن هذا الافتراض يستلزم في الممارسة العملية لأغلب الحالات التجارية، عدم وجود نية إيجابية للدخول في علاقات قانونية.

P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed. (Clarendon Press, 1995), 153

See *Restatement (Second) of Contracts* 154 (1981). (38)

See, e.g., *Hadley v. Baxendale*, 156 Eng. Rep. 145 (Court of Exchequer, 1854). (39)

See, e.g., *Rombola v. Cosindas*, 220 N.E.2d 919 (Mass. 1966). Some cases even make reliance an express element of a claim for breach of contract and refuse to award = damages for lost expectations that cannot be recast as reliance. See, e.g., *Overstreet v.*

الناجمة عن الخرق، بحيث لا تتجاوز شيئًا مثل: استرداد التكاليف المترتبة على الاعتماد على العقد الذي تم انتهاكه⁽⁴¹⁾.

وأخيرًا؛ فإن صعود الحكم الوعدي بوصفه أرضية غير تقليدية للالتزام التعاقدية (غير تقليدية ويقدر ما لا يتجاهل مبدأ العرض والقبول)⁽⁴²⁾ وصعود مبدأ التطفيف والإذعان⁽⁴³⁾ باعتباره وسيلة يمكن بها للمحاكم أن تضيف مفاهيم موضوعية للعدالة على الصفقات، دعوة أولئك الذين قد يستوعبون العقد وفق منطق مبدأ الضرر، إلى التعامل مع الخسارة المعتمدة بوصفه ليس ضروريًا فحسب، بل يكفي أيضًا للالتزام التعاقدية. ولقد ذهبت هذه التطورات وغيرها إلى حد دفع عطية إلى اقتراح أنه من الأفضل إعادة بناء قانون العقود. في تطوره التاريخي الكامل؛ تقل أهمية الالتزام الاختياري، ونموذج الاتفاق المبني على الوعد، لصالح الاعتقاد بأن قانون العقود ينسق السلوك - كما كان الاعتماد العقلاني المثمر اجتماعيًا على الوعود- ليس استنادًا إلى إرادة فردية خاصة، بل على قواعد عامة مشتركة - على حد تعبير عطية-؛ على «الأخلاق الاجتماعية والقانونية لمجموعة من الأشخاص»⁽⁴⁴⁾. وكان آخرون يُنظرون بقدر

Norden Laboratories, Inc. 229 F. 2d 1286 (6th Cir. 1982). But these cases are probably outliers, and other opinions take the opposite view. See, e.g., Texaco, Inc. v.

Pennzoil, Co., 729 S.W. 2d 768 (Tex. App. Hous. (1 Dist.) (1987).

These points have been familiar for some time. See L.L. Fuller and W.R. Perdue Jr, (41)

'The reliance interest in contract damages: 1', Yale Law Journal 46 (1936), 52.

(42) مرة أخرى؛ فإن المسار المذهبي الذي تم به تناول هذه النتيجة يسير على مراحل: أولاً:

الحصص القديمة التي تصر على أنّ الإلزام يمكن تطبيقه بشكل صحيح فقط، في ظل الوعود المكتملة (تلك التي تشمل العرض والقبول على حد سواء، وتفتقر إلى التزام فقط)، see, e.g., James Baird Co. v. Gimbel Bros., 64 F.2d 344 (2nd Cir. 1933)

وقد استعوض عنها بحصص طبقت حقًا إلزاميًا في غياب أي وعد مقبول صريح، أي: مجرد العروض.

See, e.g., Drennan v. Star Paving Co., 333 P.2d 757 (Cal. 1958).

ثانيًا: ذهب عدد قليل من الآراء إلى تطبيق الإلزام حتى في الحالات التي لا يوجد فيها =

أقل من إيجابية إلى التطورات المذهبية ذاتها. على سبيل المثال: أبدى كل من: بروننت جيلموري،⁽⁴⁵⁾ وتشارلز فريد⁽⁴⁶⁾ ازدراء صريحًا لذلك؛ لأنّ المشرعين كانوا راضين عن القواعد العامة ذات الصلة والأخلاق القانونية -على الأقل لعقود المستهلك- وربما ما هو أبعد من ذلك. ولنتذكر أنّ جيلمور ذهب إلى حدّ أن أطلق على الإذعان الوعدي: «قانون مكافحة العقد»⁽⁴⁷⁾ وما زال يخشى أن يؤدي ذلك الحق إلى فتح طبقة من الالتزام القائم على الاعتماد على الذات الذي أشبه بالالتزام الذي كان من شأنه ذات يوم أن يتلغ عقدًا كاملًا.

يعالج مفكرون آخرون المسألة بتركيز حججهم في مسائل أعمق أو أكثر تأصيلًا، ولا يكتفي هؤلاء المفكرون بإعادة تفسير مبادئ العقود؛ لكي يُظهروا أنّ المفاهيم الشبيهة بالضرر تفسر العملية الفعلية لقانون العقود، تحت ستار رقيق من تحرير الوعود أو الاتفاقيات، بل إن هؤلاء المفكرين يسعون بدلًا من ذلك إلى تأسيس وحدة أساسية بين العقد والضرر على الأسس الأخلاقية والسياسية التي تقوم عليها هذه الممارسات، ويسعى هؤلاء المفكرون بشكل خاص إلى إعادة صياغة وعدهم بوصفه حالة خاصة من حالات الضرر الأخلاقية. النصير المعاصر الرئيس لهذا الرأي هو تي. إم. سكانلون الذي يزعم أولاً أنه ينبغي فهم الالتزام الوعدي في ضوء واجب تجنب إلحاق الضرر بالآخرين.

وعد أو حتى عرض مكتمل، وإنما بناء على استغلال الإقرارات (ليس بطريقة احتيالية) التي قدمت في أثناء المفاوضات السابقة للتعاقد.

See Hoffman v. Red Owl Stores, Inc., 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965)

(43) عقود تتضمن شروط مجحفة وغير عادلة في حق أحد الأطراف، لصالح الطرف الذي يتمتع بسلطة تفاوضية أكبر، وهذه الشروط غالبًا ما تتعارض مع الصالح العام.

Atiyah, Promises, Morals, and the Law, 121 (44)

See Gilmore, The Death of Contract (45)

See Fried, Contract as Promise. (46)

Gilmore, The Death of Contract, 61 (47)

ثانيًا: ينبغي فهم هذا العقد على أنه يستورد المبادئ الأخلاقية التي تحكم الوعد بالدخول في القانون⁽⁴⁸⁾.

ويقترح سكانلون أن الأسس التي يستند إليها واجب إصدار ضمانات وعدية موجودة في مبادئ أخلاقية ما قبل إذنية تمنع بعض أشكال التلاعب بالآخرين، كما تشترط على الأشخاص أن يمارسوا الرعاية الواجبة في دفع الآخرين إلى تكوين توقعات محددة⁽⁴⁹⁾.

ويقترح سكانلون هذه المبادئ ما قبل الوعدية؛ لشرح عدم المشروعية عن بذل الوعود الكاذبة أو الإهمال.

ومن ثم؛ يدافع سكانلون عن مبدأ أوسع نطاقًا للخيارات من مقدمي الوعود⁽⁵⁰⁾ بالإشارة إلى أن متلقي الوعود قد يثقون بشكل معقول في مقدمي الوعود لتجنب هذه الأخطاء الأضيق⁽⁵¹⁾.

ويعترف سكانلون بأن وجهة نظره لا بد أن تضع في الحسبان السبل التي يحيد بها الوعد والتعاقد عن المعايير الشبيهة بالضرر التي تحكم عمومًا

See T.M. Scanlon, What We Owe to Each Other, 295-327 and T.M. Scanlon, (48) 'Promises and contracts' in The Theory of Contract Law: New Essays, 93-4.

See T.M. Scanlon, What We Owe to Each Other, 298-300. (49)

(50) هذا هو مبدأ (ف) لسكانلون الذي ينص على الآتي:

إذا: (1): أدي «أ» تطوعًا وعمدًا إلى توقع «ب» أن «أ» سوف يفعل «س» (ما لم يوافق «ب» على عدم قيام «أ» بذلك)؛ (2): «أ» يعرف أنّ «ب» يريد أن يضمن ذلك؛ (3): «أ» أفعاله تهدف إلى تقديم هذا الضمان، ويعتقد بوجهة أنه قد قام بذلك؛ (4) «ب» يعرف أنّ «أ» لديه النيات التي وصفت للتو؛ (5): ينوي «أ» أن يعرف «ب» ذلك، ويعلم أنّ «ب» يعرف؛ (6): يعرف «ب» أنّ لدى «أ» هذه المعرفة والقصد، وفي حالة عدم وجود مبرر خاص، يجب على «أ» تنفيذ «س» ما لم يوافق «ب» على عدم القيام بـ «س».

Ibid. at 304.

See ibid. at 308-9.

(51)

أخلاقيات وقانون الضرر، ويدافع سكانلون عن هذه المبادئ فيما يتعلق بالوعد والتعاقد من خلاله⁽⁵²⁾.

وتشمل بوجه خاص المسؤولية الصارمة والطابع الآجل للالتزامات التعاقدية. يدافع سكانلون عن هذه المبادئ للوعد والعقد من خلال أساليب النظرية الأخلاقية الأوسع نطاقاً التي يسميها: «التعاقدية»⁽⁵³⁾. فهو يقارن بين

(52) يقول سكانلون: من المعقول أن نرغب في مبدأ الوفاء الذي يتطلب الأداء بدلاً من التعويض، وأنه بمجرد إنشاء التوقعات، فإننا لا نعترف بتنبهات عدم الوفاء، بصفتها حماية من الخسارة، حتى لو أتت التنبهات قبل اتخاذ أي قرار آخر على أساس التوقعات.

Scanlon, *ibid.* at 304.

وعلاوة على ذلك، يدافع سكانلون عن مبدأ قانون العقود الذي يدعو إلى استخدام (الإلزام بالوفاء) الذي ينص على الآتي: يجوز قانوناً إنفاذ سبل الانتصاف من خرق العقد الذي يتجاوز التعويض عن الخسائر المعتمدة، شريطة: ألا تكون سبل الانتصاف هذه متجاوزة، وألا تطبق إلا في الحالات التي ينص فيها على الشروط الآتية: (1): «أ» يكون الطرف الذي سيطبق ضده سبل الانتصاف، في حالة عدم وجود قيود غير مقبولة، وفي ظل الفهم الكافي (أو القدرة على اكتساب مثل هذا الفهم) لموقفه؛ قد أدى هذا عن قصد إلى دفع «ب» إلى أن يتوقع أن «أ» سوف يفعل «س» ما لم يوافق «ب» على عدم قيام «أ» بذلك؛ (2): كان لدى «أ» سبب للاعتقاد بأن «ب» يرغب في ضمان ذلك؛ (3): تصرف «أ» بهدف تقديم هذا الضمان، وأشار إلى «ب» أنه يتعهد بالتزام قانوني للقيام بـ «س»؛ (4) أشار «ب» إلى أنه فهم أن «أ» قد تعهد بهذا الالتزام؛ (5) يعرف كل من «أ» و«ب»، أو يمكن أن يحددا بسهولة، نوع سبل الانتصاف التي يحق لـ «ب» الحصول عليها قانوناً إذا انتهك «أ» هذا الالتزام؛ و(6): فشل «أ» في تنفيذ «س» دون أن يعفى من قبل «ب» من هذا الالتزام، وبدون تقديم مبرر مقبول.

Scanlon, 'Promises and contracts', at 105

ويعتقد سكانلون أن حجته تثبت فقط أن مثل هذا الإلزام القانوني للعقود متاح، ولا يعني هذا أنه مطلوب.

See Scanlon, *ibid.* at 106.

(53) وفقاً لنظرية «التعاقدية»، يكون الفعل «خطأ» إذا كان أداؤه في ظل الظروف غير مسموح به من قبل أي نظام من أنظمة قواعد التنظيم العام للسلوك، وهذا ما لا يمكن لأحد أن يرفضه كأساس للاتفاق العام الاختياري.

الفوائد التي تجنيها القواعد، بالأعباء التي تفرضها، ويجادل بأنه نظرًا للتوازن بين هذه القيود، فمن غير المعقول أن يتحمل متلقو الوعود الأعباء لرفض القواعد، وأن يصروا على فوائد هذه القواعد.

على سبيل المثال: يجادل سكانلون بأنّ الفوائد التي تعود على متلقي الوعود من حماية التوقعات كبيرة، وأنّ الأعباء التي تفرضها هذه القاعدة على مقدمي الوعود ضئيلة؛ نظرًا لشروط المعرفة المتبادلة -وما إلى ذلك- التي تشكل جزءًا من الطرح العام للوعد⁽⁵⁴⁾.

وبالمثل فيما يتعلق بالعقد: يذهب سكانلون إلى أنّ الفوائد المترتبة على الإنفاذ القانوني للتوقعات التعاقدية كبيرة،⁽⁵⁵⁾ في حين أن تكاليف قابلية الإنفاذ أقل أهمية بكثير⁽⁵⁶⁾. ولا يمكن لمتلقي الوعود أن يرفضوا

T.M. Scanlon, 'Contractualism and utilitarianism' in A. Sen and B. Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond* (Cambridge University Press, 1982) 103, 110

(54) تشمل هذه المزايا النفسانية الثقة التي تعززها هذه الحماية، فضلًا عن الفائدة المباشرة في زيادة احتمالية الوفاء بالوعد.

Scanlon, *What We Owe to Each Other* at 302-3.

سكانلون أضاف الفوائد المرتبطة بتشجيع الاعتماد على هذه الصيغة في اعتبارات النفعية والاقتصادية للوعد والعقود. ويعتقد سكانلون أنّ الأعباء طفيفة؛ لأنّ الشخص يستطيع دائمًا أن يتجنب الالتزام بتلبية التوقعات ببساطة؛ من خلال الحذر من تقديم أي وعود. (55) علاوة على ذلك، فإنّ هذه الفوائد لا تعود على الوعود التي تتلقاها بشكل مباشر فحسب، بل أيضًا على الوعود التي ترغب في الحصول على ضمانات صارمة من أجل زيادة قيمتها، وبالتالي؛ معرفة ما يمكنهم المطالبة مقابلها.

See Scanlon, 'Promises and contracts', at 108.

(56) يؤكد سكانلون أنّ تكاليف الخطأ التي تتراكم عندما يصدر أمر تنفيذ قانوني ضد شخص لم يبرم عقدًا واجب النفاذ، هي تكاليف صغيرة بموجب الشروط الصارمة والرسمية إلى حدّ ما اللازمة لإبرام العقود.

See Scanlon, *ibid*,

كما أنّ تكاليف الامتثال التي تتراكم عندما يجب الوفاء بالتوقعات التي أنشئت من خلال الوعد الذي تراجع عنه، لا تحظى إلاّ بقدر ضئيل في الحسابات التعاقدية، لأنه يمكن

بشكلٍ معقول النظام الأخلاقي أو القانوني⁽⁵⁷⁾.

بهذه الطريقة تسعى نظرية سكانلون إلى إعادة بناء العقد من حيث المبادئ التي تتعلق بتخصيص الفوائد والأعباء - أخلاقيات الضرر - من خلال الحجج التي تخترق سطح المبدأ القانوني وتذهب مباشرة إلى أعماق الجذور التي يستخلص منها العقد والوعد حيويتها للاستئناف. وبالتالي؛ فإنَّ نظرية سكانلون في العقود قد تستند إلى الضرر في جذورها -حتى بالرغم من تقبلها- بل تشجعها في واقع الأمر؛ للتمييز المذهبي الأكثر سطحية بين العقد والضرر.

3. النظريات التكاملية للعقد:

ولا تسعى فئة ثانية من النظريات إلى فهم العقد من خلال -أو على الأقل لا تجعل هذه الطريقة جوهر نظرها- الطريقة التي يخصَّص بها قانون العقود الفوائد والأعباء الفردية عبر الأشخاص، بل من حيث العلاقات بين الأشخاص الذين ترسي العقود ويدعمها قانون العقود.

ومرة أخرى؛ تأتي نظريات العقود التكاملية هذه في نوعين رئيسين، فالنوع الأول يفهم العقد بوصفه موقعًا للعلاقات المتينة على غرار المثل العليا في الدقة والثقة، والمجموعة الثانية من النظرية التكاملية تنظر نظرة ثقيلة إلى العلاقة التعاقدية التي تفهم بوصفها علاقة تفتقر إلى الود والألفة، لا يؤسس لها سوى حُسن النيات.

أ- نظريات تكاملية كثيفة:

تشارك النظريات التكاملية الكثيفة مع النظريات القائمة على الأذى في ميل

تجنبها مسبقًا، بالامتناع عن تقديم وعود تعاقدية، ويمكن تفاديها بعدم إهمال الالتزام الأخلاقي، الذي يفرضه مبدأ الوفاء بالوعد، وهذه ليست تكلفة يمكن أن يحتج بها سببًا لرفض الإلزام بالوفاء بالتوقعات التعاقدية.

See Scanlon, *ibid*

Scanlon, *ibid.*, at 304-5.

(57)

كليهما إلى استيعاب العقد مع مجموعة مجاورة من القوانين - وفي هذه الحالة؛ ليس إلى الضرر، بل إلى القانون الإسنادي- ويشرح هؤلاء المنظرون بالتفصيل ما يسمونه أحياناً: «المفاهيم القوية للواجب التعاقدى»⁽⁵⁸⁾ التي بموجبها تُقيم الأطراف المتعاقدة علاقات الثقة المتبادلة، والدقة، وغير ذلك من الأمور الإيجابية. تبدأ النظريات التكاملية الكثيفة عادة من أطروحات الالتزام الوعدي التي تقترح أن تثبت الوعود الوفاء وحتى المساواة بين الأطراف التي تصنعها وتلقاها⁽⁵⁹⁾. ثم تستورد النظريات مفهومها عن الوفاء بالوعد في قانون العقود، إذا زعموا أنّ القانون لا بد أن يعترف بالوفاء وما يرتبط به من مثل أخرى - التي بُنيت لتشبه المثل العليا لـ الولاء - كما هي الحال بين الأطراف المتعاقدة، ويقدر ما يخرج المبدأ الحالي عن مبادئ الولاء الوعدي، ويتطلب من الأطراف المتعاقدة أن تظهر ليس الولاء الإسنادي، بل فقط النيات الحسنة التعاقدية، فإن هذه النظريات ترثي ما وصفته بتباعد العقود والوعد⁽⁶⁰⁾.

وبالتالي؛ فإن نظريات التكامل الكثيفة تميل (كما كانت نظريات التخصيص المجحفة اقتصادياً)، نحو التوصية بإصلاح القانون.

وتتقدم الأجندة الإصلاحية للنظريات التكاملية الكثيفة على جهات عدة، ولعل الأمر الأكثر شهرة هو أنّ أولئك الذين يفهمون أنّ الالتزامات التعاقدية تنطوي على الوفاء أو الولاء شبه الضماني يعترضون على تقديم القانون العام لتعويضات التوقعات عن انتهاك العقد⁽⁶¹⁾ ويفضلون أداءً محددًا، أو الرد (وغير

R.R.W. Brooks, 'The efficient performance hypothesis', Yale Law Journal 116 (2006), (58) 568, 573.

e, e.g., S.V. Shiffrin, 'Promising, intimate relationships, and conventionalism', (59) Philosophical Review 117 (2008), 481.

S.V. Shiffrin, 'The divergence of contract and promise', Harvard Law Review 120 (60) (2007), 708.

See, e.g., Restatement (Second) of Contracts 344 (1981). (61)

ذلك من الأضرار التي قد تستند إلى المكسب)، أو حتى التعويضات العقابية، ويرى هؤلاء المنتقدون أنّ علاج التوقع لا يعاقب عليه، بل يقتصر على انتهاك الأسعار، كما يحدد سعر الخرق بما يكفي التدني (على مستوى يمكن الشركة المخترقة من الاستفادة من مخالفتها) لتشجيع انتهاكات الالتزامات الوعدية التي ينص عليها قانون العقود على الاعتراف بها وإنفاذها.

(تعترف النظرية المعروفة عن الانتهاك للعقد صراحة بهذا العيب الأخلاقي المزعوم في المبادئ، بل تحتفل به)، ويقول المنتقدون: إنّ القانون، من خلال التسعير والتشجيع على الانتهاك، يقوض الشذوذ الذي أصبح وشيكًا بالالتزام التعاقدية، ويتسبب في توتر مُثبط للروح المعنوية ومدّمّر بين القانون والأخلاق⁽⁶²⁾.

وتؤدي المذاهب الأخرى (التي كثيرًا ما تتفاعل مع علاج التوقعات في الممارسة التعاقدية) إلى تفاقم المشكلة؛ فمبدأ التخفيف -على سبيل المثال- يدعم علاج التوقعات من خلال إلزام الشركات غير الشرعية بالاستجابة للانتهاك من خلال اتخاذ الخطوات اللازمة للحد من خيبة الأمل التعاقدية. وهذا الشرط، الذي يثير قلق نظريات التكامل الكثيفة، يخول الواعدين صلاحية صياغة وعودهم لكي تخدمهم، ولا سيما من خلال إلزام متلقي الوعود بممارسة المبادرة من أجل الحد من الأضرار التي يمكن أن تلحق بمقدمي الوعود من القيام بها⁽⁶³⁾.

Various of these claims appear in, for example, D. Friedman, 'The efficient breach (62) fallacy', *The Journal of Legal Studies* 18 (1989), 1; S.V. Shiffrin, 'Could breach of contract be immoral?', *Michigan Law Review* 107 (2009), 1551; S.V. Shiffrin, 'The divergence of contract and promise', 708; R.R.W. Brooks, 'The efficient performance hypothesis', 568.

S.V. Shiffrin, 'Must I mean what you think I should have said?', *Virginia Law Review* (63) 98 (2012) 159.

فالمثل الأعلى الوحيد يعمل على تحريك هذه الشكاوى العديدة وتوحيدها، وهذا هو المبدأ الذي تتألف منه وجهة النظر التكاملية الكثيفة، أي: إن الوعود والعقود تعيد توجيه المواقف التي تتصل بها الأطراف فيما بينها بشكلٍ جوهري. وقبل التعاقد، يبقى الطرفان على حذر، وبالتالي؛ فإنه قد يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة الضيقة - شريطة عدم استغلال أحد الطرفين للآخر بالقوة أو الاحتيال- ولكن الوعد التعاقدي يحول هذه العلاقة إلى علاقة ثقة متبادلة وتأكيدها مع مراعاة أمور أخرى، وهو ما من شأنه أن يستغله بطريقة غير مشروعة مقدموا الوعود المهتمون بمصالحهم الخاصة بشكلٍ ضيق، (بما في ذلك حتى لو التزموا بمصالحهم الذاتية وفق الشروط المنصوص عليها في العقود).

ولا يمكن تبرير الوفاء التعاقدي -وفق وجهة نظر التكاملية الكثيفة- بمجرد احترام التقسيم السابق للفائض الذي أنشأه العقد، وبدلاً من ذلك؛ يتطلب الوفاء التعاقدي ميلاً إيجابياً إضافياً لتقاسم الوظائف السابقة، بما في ذلك بطرق لم يتوقعها العقد.

إنّ المعالجات فوق التعويضية التي تفضل النظريات التكاملية الكثيفة تطبيقه على وجه التحديد بعد تقاسم الوظيفة: تتطلب هذه العلاجات، عند تنفيذها، أن يتفاوض الطرفان على العقود في مواجهة الإغراءات التي قد تؤدي إلى الخرق، وفي حين يفهم المدافعون عن المبدأ التقليدي أنّ إعادة التفاوض تفرض تكاليف المعاملات التي تتحملها الأطراف، والقانون، التي يمكن تجنبها،⁽⁶⁴⁾ تنظر النظريات التكاملية الكثيفة إلى إعادة التفاوض من حيث نوع المعاملات التي تفيد مصاحبة ذلك هو جعل قانون العقود يتماشى مع أخلاقيات الوعد والاعتبار الإيجابي الآخر الذي تتطلبه الأخلاق، بينما يحقق مناصرو التكامل

Cf. D. Markovits and A. Schwartz, 'The myth of efficient breach: new defenses of the (64) expectation interest', Virginia Law Review 97 (2011), 1939.

التعاقدية الكثيف هذه الغايات الأخلاقية بإدراج قواعد ائتمانية في قانون العقود⁽⁶⁵⁾.

ب. النظريات تكاملية الخفيفة:

وهناك فئة ثانية من النظريات التكاملية للعقد تحتفظ بالاعتقاد بأنه ينبغي فهم العقود من حيث العلاقات التي تقيمها بين الأطراف فيها، ولكنها تصرّ على أن تكون هذه العلاقات ضعيفة، حيث يدرك الطرفان بعضهما البعض، ويحترمان ليس بوصفه عداً، لكنهما يبقيان على حذر، وكما لاحظ تشارلز فريد، فإنه حتى في ظل العقود التي تنطوي على الثقة بين الطرفين وتتذرع بها، فإن الثقة التعاقدية لا تؤسس للعلاقة الودية، بل تخدم «غايات رتيبة: نحن نحدد المواعيد ونشتري ونبيع»⁽⁶⁶⁾.

إن بعض النظريات التكاملية الخفيفة التي يستند إليها قانون العقود تربط نفسها بوجهات نظر أخلاقية تفهم حتى الوعود الشخصية بوصفها تُرسي علاقات رقيقة بين الأطراف التي تظل -في الداخل ومن خلال وعودها في واقع الأمر- على حذر⁽⁶⁷⁾.

وتقترح نظريات تكاملية خفيفة أخرى أن قانون العقود -وبالاستعاضة عن الثقة التي تكمن في صميم الوعود الشخصية بالإنفاذ الخارجي- تقيم علاقات بناءة بين الأطراف التي لا تزال غير مستقلة عن بعضها⁽⁶⁸⁾.

Cf. D. Markovits, 'Sharing ex ante and sharing ex post' in A.S. Gold and P. Miller (eds.), *The Philosophical Foundations of Fiduciary Law* (Oxford University Press, 2014), 209-24.

Cf. Fried, *Contract as Promise*, 8. (66)

See, e.g. D. Markovits, 'Promise as an arm's length relation' in H. Sheinman (ed.), *Promises and Agreements: Philosophical Essays* (Oxford University Press, 2010) and D. Markovits, 'Contract and collaboration', *Yale Law Journal* 113 (2004), 1417. (67)

See, e.g., D. Kimel, *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract* (Hart, 2003). (68)

وبصرف النظر عن خلافاتها الداخلية؛ فإن جميع النظريات التكاملية الخفيفة تتشاطر أن المشاركة التعاقدية تكون محببة، سابقة، وبموافقة الأطراف، وبالتالي؛ فإنها تختلف - من الناحيتين البنيوية والكيفية - عن وظيفة المشاركة المفتوحة التي تفكر فيها التزامات ائتمانية.

إن النظريات التكاملية الخفيفة تحدد مسارها بملاحظة مفادها: أن «السمات المميزة للقانون العام هي أنه ليس لديه مذهب إساءة استخدام الحقوق، وإذا كان للمرء الحق في القيام بعملٍ ما، فبوسع المرء، بشكلٍ عام، أن يقوم بذلك لأي سبب يرغب فيه»⁽⁶⁹⁾ وهذا يستتبع «مبدأ» عندما تكون الأطراف المتعاقدة أيضًا في علاقة ائتمانية، فإنَّ المصلحة الذاتية مسموح بها، والواقع: إن القاعدة في ممارسة الحقوق التعاقدية⁽⁷⁰⁾. وعلى هذا، فإن النظريات التكاملية الخفيفة تتبنى مبادئ العقد - علاج التوقعات على سبيل المثال، ومتطلب التخفيف- التي تدينها النظريات التكاملية الكثيفة، وفيما يتعلق بالمعالجات، فإنَّ النظريات التكاملية الخفيفة تتبنى الطرق التي تعمل بها التوقعات على تشجيع مقدمي الوعود لتجنب الصفقات التي تكون المكاسب فيها متجاوزة لتكاليف الأداء.

الواقع أن النظريات الخفيفة تشيد بهذه الممارسة المتمثلة في «الانتهاك الفعال»، ليس فقط، بل ليس ذلك أساساً؛ لأنها تزيد من الفائض التعاقدية المتاح للأطراف المشاركة، والأمر الأكثر أهمية هو أن النظام القانوني الذي يسمح بخرق العقد على نحو فعّال يسمح لمقدمي الوعود (ومتلقيها) بإصلاح حدود علاقاتهم التعاقدية عند تكوين العقود، وبالتالي؛ تنسيق التصرف مسبقاً، بعيداً عن أي مخاوف من أن يطلب منها إجراء تعديلات إضافية، أو إبداء قلقٍ إضافي تجاه وظيفة أخرى سابقة. وعلى هذا؛ فإنَّ المفهوم الخفيف للعقد يدعم

J. Beatson, 'Public law influences in contract law' in J. Beatson and D. Friedmann (69) (eds.) Good Faith and Fault in Contract Law (Clarendon Press, 1995), 263-88, 266-7.

Ibid. at 267.

(70)

التنسيق بين الأطراف التي تحمل كل منها النيات التعاقدية الأخرى في قيمتها الاسمية، ولا تسأل ولا تقلق بشأن المصالح والدوافع الكامنة وراءها. وهذا من شأنه أن يجعل العقد مناسباً بشكلٍ خاص لدعم الطلب الخاص في المجتمعات العالمية المفتوحة؛ حيث يتقاسمها التجار قليلاً خارج إطار الالتزام المشترك باحترام الشروط المتفق عليها في تجارتهم.

وعلى هذا: فإنَّ النظريات التكاملية الخفيفة تقترح أنَّ القيمة الأساسية للعقد ليست الثقة، أو الوفاء، أو الولاء، أو أي مثال آخر، بل الإيمان بحُسن نية. ولقد أصبح المدير بالوكالة «مستعيناً» بمعاملة مدير شركته كما لو كان المدير،⁽⁷¹⁾ إلا أن حُسن النية على النقيض من ذلك، «لا يعني أن الطرف المناط به حق واضح ملزم بممارسة هذا الحق على حساب مصلحته الخاصة لغرض إفادة طرف آخر في العقد،⁽⁷²⁾ بدلاً من الولاء للطرف المقابل التعاقدية، فإنَّ حُسن النية يتطلب «الوفاء بنطاق العقد وهدفه»⁽⁷³⁾. وعلى هذا -وكما شرح أحد القضاة البارزين بوضوح أكثر- فإنَّ شروط عقد الطرفين كانت تتلخص في: «الصدق، والنزاهة في الواقع، والالتزام بالمعايير التجارية المعقولة للتعامل العادل»⁽⁷⁴⁾. ولا يُلزمك أن تصبح من أصحاب الإيثار تجاه الطرف الآخر⁽⁷⁵⁾. ولا يتطلب حُسن النية من الأطراف المتعاقدة أن تتبنى حتى موقفاً يتسم بالنزاهة

Mkt. St. Assocs. Ltd. P'ship v. Frey, 941 F.2d 588, 593 (7th Cir. 1991) (71)

Rio Algom Corp. v. Jimco Ltd., 618 P.2d 497, 505 (Utah 1980). (72)

ASB Allegiance Real Estate Fund v. Scion Breckenridge Managing Member, L.L.C., (73)
50 A.3d 434, 440-1 (Del. Ch. 2012) aff'd in part, rev'd in part on other grounds, 68
A.3d 665 (Del. 2013). I owe this reference to Andrew Gold.

Uniform Commercial Code 1-201, 2-103 (74)

Mkt. St. Assocs. Ltd. P'ship v. Frey, at 594 (7th Cir. 1991) (Posner, J.). Not every (75)
court has always adopted this approach. See, e.g., Parev Prods. Co. v. I. Rokeach &
Sons, Inc., 124 F.2d 147 (2d Cir. 1941), which comes close to taking a fiduciary duty
view of contractual obligations, seeking 'the really equitable solution' as opposed to 'a
limited rule of good faith' (at 150).

الموضوعية بين مصالحها التعاقدية ومصالح شركائها المتعاقدين، ولا يسعى القانون، باسم حُسن النية، إلى جعل كل موقع على عقد حفظ أخيه⁽⁷⁶⁾ والواقع: أن واجب حُسن النية في الأداء لا ينشئ عملية منفصلة، وإن واجب العدالة والمعقولة الذي يمكن انتهاكه على نحو مستقل،⁽⁷⁷⁾ يتسم بحُسن نية بشكلٍ أو بآخر في الالتزامات التعاقدية.

إنه يحدد موقفًا إزاء الالتزامات التعاقدية: إنَّ حُسن النية يدعم التسوية التعاقدية بين الأطراف، ويعمل على «تفعيل نيات الأطراف، أو حماية توقعاتها المعقولة»⁽⁷⁸⁾.

وعلى هذا؛ فإن هذا يشكل في الأساس موقفًا يحترم العلاقة التعاقدية، وقياس حُسن النية هو العقد ذاته. وبشكلٍ خاص: يَحُول حُسن النية دون استخدام الحيز الحتمي للمناورة التي تنشأ في كل عقد من العقود، كما تحول نقاط الضعف الاستراتيجية التي يخلفها العقد ذاته دون «استعادة الفرص التي لم يعد لها وجود في أثناء الأداء» عند التعاقد⁽⁷⁹⁾.

ومن ثم؛ فإن واجب حُسن النية في الأداء يسمح للأطراف بأن تظل مهمة بنفسها في إطار عقودها كما هي بدون هذه العقود، إلا أنه يجب عليها أن تحترم شروط تسوياتهم التعاقدية بوصفها قيودًا جانبية على مصلحتها الذاتية.

إن تحمل هذا الواجب بوصفه إدراك القيمة الأساسية للعقد هو ما يجعل النظريات التكاملية الخفيفة ضئيلة.

Mkt. St. Assocs. Ltd. P'ship v. Frey, at 593. (76)

Uniform Commercial Code 1-304 [cmt. 1] (2003). (77)

S.J. Burton, 'Breach of contract and the common law duty to perform in good faith', (78) Harvard Law Review 94 (1980), 369, 371. For cases see, e.g., Sessions, Inc. v. Morton, 491 F.2d 854, 857 (9th Cir. 1974); Ryder Truck Rental, Inc. v. Cent. Packing Co., 341 F.2d 321, 323-4 (10th Cir. 1965); Perkins v. Standard Oil Co., 383 P.2d 107, 111-12 (Or. 1963) (en banc).

Burton, 'Breach of contract and the common law duty to perform in good faith', 373. (79)

خلاصة القول:

ينبغي الاعتراف بأن قانون العقود هو قانون الاتفاقات، ومن ثم؛ يضع تفاهمات لقانون العقود، ولكنه لا يملأ الإطار بمحتوى محدد، وبدلاً من ذلك: قد يخدم إنفاذ القانون للاتفاقات أنواعاً مختلفة تماماً من الأغراض، وقد يخدم أغراضاً محددة مختلفة جداً في كل نوع.

وعلى هذا؛ فقد كان من المتصور أن قانون العقود يعمل على نحو متنوع على تعزيز التخصيص الفعال للموارد الاقتصادية، أو الحماية ضد الأضرار الناجمة عن اعتماد الوعود على الوعود. وكان من المتصور أن قانون العقود يقيم علاقات سليمة وآمنة بين الأطراف المتعاقدة، أو يؤسس للتنسيق القائم على الاحترام المتبادل بين بعض الأطراف التي تبقى متحفظة من بعضها. وهكذا تطورت نظرية العقود إلى مرونة تحاكي تنوع الممارسة التعاقدية.

الفصل الثامن عشر

قانون الأضرار ونظريته

جون جاردنر

أصيب التأمل النظري في قانون الأضرار بالانقسام بين النهجين: «الاقتصادي» و«الأخلاقي» على مدى الانقسام الأعظم من خمسين عامًا، لقد تحول الانقسام إلى هاجسٍ بين الكثيرين ممن يصطفون مع الجانب الأخلاقي.

يكتب العديد عن الجانب «الأخلاقي» في موقف دفاعي خجول كأنّ مهمتهم الرئيسية تتلخص في استبعاد التهديد الاقتصادي. والواقع أنّ أنصار الجانب «الاقتصادي» إنّ تفاعلوا؛ فهم يميلون إلى التعامل بفوقية. وكما يشير هذا الكاريكاتير؛ فإنّ خبراء الاقتصاد يحتفظون بنفوذ ثقافي أعظم، وهذا من شأنه أنّ يمنحهم نوعًا من الغطرسة في عملهم، يفتقر إليها عموم خصومهم. ويقولون هذا؛ فإنني أستحضر الولايات المتحدة في الأساس، وعلى وجه الخصوص في المناخ الفكري المتعجل في العديد من كليات الحقوق في الولايات المتحدة.

تحظى التحليلات الاقتصادية للقانون -بما في ذلك قانون الضرر- بقدر أقل من الاهتمام والمكانة في باقي أنحاء عالم القانون العام. بيد أن هذا ليس بسبب أي اعتبار أكبر مرتبط بالنهج «الأخلاقي»، ويرجع هذا إلى أن فكرة التفسير الموحد لقانون الضرر، أو أي مجال آخر من مجالات القانون العام، تميل إلى النظر إليها بقدر أعظم من الشك.

في مسقط رأسي لا تترك المقولة السائدة: «لا يقوى على نظرية إلا نظرية مثلها»، وعادة ما تُعزى إلى ريتشارد إيبستين،⁽¹⁾ يتم التخلص من النظريات بسهولة أكبر من ذلك بكثير. ليس الأمر كذلك، السبب الرئيس وراء أهمية الانقسام الكبير في التفكير النظري بشأن قانون الضرر بالنسبة لبقية الناس هو أنّ كلية الحقوق في الولايات المتحدة هي المكان الذي ولدت فيه نظرية الضرر الحديثة، وحيث تم أولاً كشف أهم الألباز النظرية في هذا الموضوع. أعمال: جودو كالدينيس،⁽²⁾ وريتشارد بوسنر،⁽³⁾ وريتشارد إيبستين،⁽⁴⁾ وجورج فليتشر،⁽⁵⁾ وجولز كولمان،⁽⁶⁾ وستيفن بيرري،⁽⁷⁾ و(على الحدود الشمالية مباشرة) إرنست وينزيب⁽⁸⁾

من بين الكتابات الرئيسية الخاصة بالموضوع، وفي كل منها الانقسام واضح، بل هو ظاهر جداً، ويمكن القول: إنّ هذا الموضوع كان مستقطباً منذ ولادته. وبالرغم من أنّ نفس الاستقطاب يؤثر الآن بشكل كبير في المعاملة النظرية لمجالات القانون الأخرى، أو على الأقل القانون الخاص، فإنه رسخ هنا في المقالات العظيمة «لنظرية الضرر» في سبعينيات وثمانينيات القرن العشرين. أنا أتحدث عن الاستقطاب بصفته بلوى؛ لأنه على الرغم من الخدمة

Its first appearance in print seems to be in Epstein, 'Common law, labor law, and reality: a rejoinder to Professors Getman and Kohler', Yale Law Journal 92 (1983), 1435 at 1435 (1)

The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis (New Haven, 1970); with A.D. Melamed, 'Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral', Harvard Law Review 85 (1972), 1089. (2)

'A theory of negligence', Journal of Legal Studies 1 (1972), 29. (3)

'A theory of strict liability', Journal of Legal Studies 2 (1973), 151. (4)

'Fairness and utility in tort theory', Harvard Law Review 85 (1972), 537. (5)

The morality of strict tort liability', William and Mary Law Review 18 (1976), 259; (6)

'Corrective justice and wrongful gain', Journal of Legal Studies 11 (1982), 421.

'The moral foundations of tort law', Iowa Law Review 77 (1982), 449. (7)

'Toward a moral theory of negligence law', Law and Philosophy 2 (1983), 37. (8)

العظيمة التي قدمتها الانقسامات الأصلية بالمساعدة في تحييد الألباز وبعث الحياة في النقاشات؛ إلا أنهم شجعوا أيضًا الأنماط الأصولية الفكرية التي قُدر لها أن تصبح أعداء الفكر المنفتح، واليوم كثيرًا ما يظهر الانقسام الأصلي في مغالطة رجال القش، والالتباس اللفظي، والثالث المرفوع، والرنجات الحمر، وغير ذلك من المغالطات الجدلية. كما أدى، - وهذا متوقع، - إلى انقسامات فرعية في كلا الطرفين.

أدت المعتقدات التقليدية المتنافسة إلى انقسام المعتقدات الأخلاقية بشكل خاص. وأرى - بعيدًا عن التقليدية - أن كل الأطراف في هذه المنافسات، سواء أكانت اقتصادية أم أخلاقية، تتبنى بعض الحقائق المهمة حول قانون الضرر، وأن رفض تأييد هذا الاحتمال كان العدو الرئيس للتقدم في هذا الموضوع. وعلى هذا فإنني - على تخوف - أضع نفسي هنا ناظرًا بعين الشك، إلى مهمة استكشاف بعض النقاط الرئيسية التي قسمت خبراء الاقتصاد عن الأخلاقيين في تفكيرهم بشأن قانون الضرر، وأخطر بتفاهم الأمور سوءًا بفعلي هذا. ولكن مما يدعو للأسف؛ أنني لا أرى بدءًا من المخاطرة بجعل الأمور أسوأ من خلال القيام بذلك، ولا أجد طريقة أخرى لإظهار مدى الخطأ الذي حدث؛ دون شرح لكيفية حدوثه، وبالتالي دون إعطاء المزيد من الأهمية لبعض أمراض الفكر المنهكة التي يجب أن نعمل جميعًا - في رأيي - على التخلص منها.

1. الشرح:

الكتاب في تقاليد اقتصاديات القانون يأتون أحيانًا في ثوب الأبرياء في مواجهة مُنتقديهم «الأخلاقيين»، فهم يقولون: ليست لدينا طموحات معيارية - خلافًا لكم-، ونحن نحاول فقط تفسير قانون الأضرار⁽⁹⁾ إنَّ التباين الذي يجري رسمه هنا غامض.

E.g., Posner, *Economic Analysis of Law*, 2nd ed. (Little, Brown & Co., 1977), 17-19; (9)

= Coleman, 'Efficiency, utility, and wealth maximisation' *Hofstra Law Review* 8 (1980),

فتعبير «معياري» في هذا السياق؛ عبارة عن مصطلح تخصصي، ولا يعني ذلك «التعامل مع المعايير» أو «استخدام المعايير». وهو ما يعنيه حرفيًا، بل إنه يعني شيئًا يشبه «التبريري»، ويزعم خبراء الاقتصاد الذين ينكرون الطموحات المعيارية أنهم لا يشاركون في إظهار قانون الضرر أو أي جانب من جوانب قانون الضرر؛ ليكون مبررًا أو غير مبرر. والأمر الأقل وضوحًا هو (أي نوع من التفسير الذي يزعمون أنهم يقدمونه بدلًا من ذلك)؛ هل هو تاريخي (كيف صار قانون الضرر هكذا)، أو نفسي (ما الذي يحفز القضاة وصناع السياسات)، أو بالمبادئ (كيف ترتبط القواعد القانونية) أم ماذا؟ الإجابة الواضحة - وإن كانت غير مفيدة إلى حد ما - هي أن خبراء الاقتصاد يقدمون تفسيرًا اقتصاديًا.

هل يمكن جعل هذه الإجابة أكثر فائدة؟ يكشف الفحص الدقيق أنّ ممارسي هذا التفسير الاقتصادي؛ يعدونه تفسيرًا عقلائيًا نوعًا ما، بمعنى أنه تفسيرًا لقانون الضرر من حيث الأسباب التي تعمل من الجهة الاقتصادية لصالحه وضده. بيد أنّ هذا يعني بالفعل أن الطموح لا يمكن أن يكون تبريريًا، ولا يمكن أن يكون الهدف - إن كان ثمة واحد -، سوى إظهار ما إذا كان قانون الضرر قد ذهب إليه من حيث الاعتبارات الاقتصادية.

بيد أنّ عبارة: «من حيث الاعتبارات الاقتصادية» تتيح فسحة (لخبراء الاقتصاد) للابتعاد بأنفسهم عن الاستنتاجات التي خلصوا إليها. وقد يقولون - على نحو معقول - إنهم غير ملتزمين شخصيًا بتلك الاستنتاجات أو الاعتبارات التي قدمت دعمًا لهم. إنهم يقدمونها بطريقة منفصلة فقط، بصرف النظر عن قيمتها، وقد يقولون: إنهم - بصفتهم خبراء اقتصاد - لا يعدون أن يكونوا علماء نزيهين يظهرون ما قد يكون مبررًا في قانون الضرر إذا كانت مُسلّمات محددة في نظامهم الفكري صحيحة.

509 at 547; D. Friedman, 'A positive account of property rights', *Social Philosophy and Policy* 11 (1994), 1 at 15.

ولعلمهم يضيفون أن هذا يميزهم عن الأخلاقيين الذين لا يمكن أن يتحلوا
بالقدر ذاته من النزاهة.

إنّ تقديم الحجة الأخلاقية لصالح أي شيء؛ هو أن نعطي هذه الحالة
تأييدًا شخصيًا.

إنّ جزءًا من فكرة الأخلاق مفادها: أن الاعتقاد بأنّ شيئًا ما (له ما يبرره
أخلاقيًا) هي في واقع الأمر اعتقاد: إنّ هذا -مع بقاء العوامل الأخرى ثابتة-
مبررٌ.

وفي حين أنّ الاعتقاد بأنّ شيئًا ما له ما يبرره على المستوى الاقتصادي
مثل: الاعتقاد بأنه مبرر قانونًا، أو مبرر فلكيًا، أو مبرر شامانيًا؛⁽¹⁰⁾ يتماشى مع
الاعتقاد بأنه لا جدوى منه بأي حال من الأحوال، حتى مع بقاء العوامل
الأخرى ثابتة.

وربما كان المبرر في هذه الحالات يستند إلى الافتراضات الخاطئة عن
نظام فكري فاسد، وإذا كان مثل هذا الشيء غير القابل للإصلاح، مثل: (قانون
الضرر مبررًا من الجهة الاقتصادية)؛ فإنّ الخبير الاقتصادي الجريء قد يقول:
إذا؛ فالأمر أسوأ بكثير على المستوى الاقتصادي. وعلى النقيض من ذلك؛ فلا
يمكن للأخلاقي الجريء أن يقول بلغة واضحة: إنّ الأمر «أسوأ بكثير على
المستوى الأخلاقي»، وإذا استنتج المرء أنّ قانون الضرر له ما يبرره أخلاقيًا،
فإنه يستنتج أنّ قانون الضرر ليس قابلًا للإصلاح على أي حال.

هناك حيز حقيقي أمام خبراء الاقتصاد في مجال قانون الأضرار للبعد
بأنفسهم عن المشروع الذي التزم به أنصار الأخلاق. أما عما إذا كان العديد
من خبراء الاقتصاد في مجال قانون الضرر يشغلون ذلك الحيز بالفعل، فهذه
مسألة أخرى.

(10) نسبة إلى الشامانية وهي مذهب له طقوس ومعتقدات، تتضمن شيئًا من السحر والشعوذة.

والواقع أنّ العديد ممن يكتبون في تقاليد قانون الاقتصاد يتخلون عن التزامهم الشخصي بحقيقة المسلمات التي يتمسكون بها. فهم ينظرون إلى ما يبرره على المستوى الاقتصادي -على الأقل مع ثبات العوامل الأخرى- يعدونه مبرراً، أو ربما عدوه كذلك وحسب، وينظرون إلى الاقتصاد بوصفه مرشداً معقولاً -على الأقل في ظل ثبات العوامل الأخرى- للمبادئ القانونية والسياسة القانونية⁽¹¹⁾.

والواقع أنّ مختلف خبراء الاقتصاد في القانون يتبنون مُسلمات مختلفة، وبالتالي؛ فإنهم يعطون توصيات مختلفة، فالكتّاب في مدرسة القانون والاقتصاد «السلوكية» اليوم، على سبيل المثال: يرفضون صورة البشر بوصفهم حاملي ومتبعي مجموعة متسامية من القيم أو («التفضيلات»)، باعتبارها صورة كانت ولا تزال بديهية فيما يُسمى غالباً قانون الاقتصاد «الكلاسيكي»⁽¹²⁾. ومع ذلك؛ فإنّ بعض البديهيات أكثر رسوخاً من غيرها، فمن الصعب أن نتخيل شخصاً يُعد خبيراً اقتصادياً من رجال القانون -على سبيل المثال- إذا لم تتعامل معه بديهياً بأنّ القيمة تعتمد على التقييم: إنّ قيمة أي شيء، - بما في ذلك أي شيء يستطيع القانون أن يزودنا بقيمته -، تتركز على تقييم الناس له. سنعود في الوقت المناسب لما يتعلق بمتابعة قانون الضرر للقيمة.

2. التفسير:

لقد تحدثت عن أولئك الذين لديهم نظريات حول قانون الضرر بطموحات

See e.g. Calabresi, 'About law and economics: a letter to Ronald Dworkin', Hofstra (11) Law Review 8 (1980), 553; Posner, 'Utilitarianism, economics, and legal theory', Journal of Legal Studies 8 (1979), 103, softened a bit in 'Wealth maximization and tort law: a philosophical inquiry' in D. Owen (ed.), Philosophical Foundations of Tort Law (Clarendon Press, 1995); B. Johnsen, 'Wealth is value', Journal of Legal Studies 15 (1986), 263; L. Kaplow and S. Shavell, 'Fairness versus welfare', Harvard Law Review 114 (2001), 961.

C. Jolls, C. Sunstein and R. Thaler, 'A behavioral approach to law and economics' in (12) Sunstein (ed.), Behavioral Law and Economics (Cambridge University Press, 2000).

مبررة، كهؤلاء الذين يعملون على إظهار قانون الضرر أو أي جانب من قانون الضرر، إما أن يكون مبرراً وإما غير مبرر، ولكن في واقع الأمر يميل منظرو قانون الضرر «الاقتصادي» و«الأخلاقي» على حدٍ سواء؛ إلى الانجرار بقوة إلى الخيار الأول المتمثل في إظهار قانون الضرر، أو على الأقل بعض الجوانب الرئيسية منه، ليظهر مبرراً في مقابل غير مبرر، وبعبارة أخرى؛ فإنهم يتعاملون مع القانون القائم بوصفه (وسام شرف لقاء عملهم) وهذا أمر غريب في الظاهر، ومن المؤكد أنه ليس شرطاً أساسياً -للتأمل النظري اللائق في قانون الضرر- أن ينتهي المرء إلى البحث على أي شيء يُقال لصالحه⁽¹³⁾.

ومن المؤكد أن الاستنتاج بأن قانون الضرر لا قيمة له هو أيضاً احتمال ممكن، فاللاسلطويون ليسوا فاشلين كمنظرين لمجرد أنهم يرون أن كل القانون سيء وخطأ، ومن جهة أخرى؛ قد يجد اللاسلطويون أنفسهم في وضع جدلي شديد وغير مُواتٍ، ذلك أن كثيراً من قرائهم لا يشاركونهم وجهة النظر المظلمة عن القانون.

إحدى التفسيرات الطبيعية لسبب عد الملاءمة مع قانون الأضرار -بمثابة إرادة منظري الضرر من مشارب كثيرة ومتنوعة- هو أنهم يتخيلون مجموعة من القراء المحتملين الذين يأخذون بالفعل قانون الضرر ليكون مبرراً على نطاق واسع. وهكذا إذا تبين أن أي خط فكري قادر على تبرير قانون الضرر؛ فإنه سيحسن الحديث عن ذلك الخط من التفكير. وهذا في ذاته ليس فكرة مجنونة.

إن الفلاسفة الأخلاقيين يتعاملون مع هذا بشكل روتيني على أنه رغبة في النجاح في التنظير الأخلاقي الذي يتوصلون إليه، (ما يتخيلون أن قراءهم سيتخذونه) هو الجانب الصحيح في التطبيقات الملموسة. يهدف معظم النفعيين في الفلسفة الأخلاقية، على سبيل المثال: إلى إظهار أن آراءهم لا تجبرهم على

For discussion see A. Slavny, 'Nonreciprocity and the moral basis of liability to (13) compensate', Oxford Journal of Legal Studies 34 (2014), 417

الوصول إلى أحكام بغيضة في حالات افتراضية.

قد يتخيل المرء أنه: إذا كانوا نفعيين جادين؛ فإنهم يعتقدون أنّ نفور الحكم سيعتمد فقط على ما إذا كان يمكن الدفاع عنه باستخدام مبدأ المنفعة⁽¹⁴⁾. ومن المفهوم -نظرًا لما قد يكون في غير ذلك من عيوب جدلية شديدة- أنّ النفعيين كثيرًا ما يأخذون الاتجاه المعاكس في الحجة، فهم يسيرون كما لو أنّ مبدأ المنفعة يتوقف قبوله على ما إذا كان قادرًا على تجنب أحكام محددة سبق أن وُصمت بأنها بغيضة -بصرف النظر تمامًا عن مبدأ المنفعة- وعلى المنوال ذاته تقريبًا، يُفترض أنّ منظري الضرر يأخذون الأمر كحكم منفرد، على الأقل بين القراء المحتملين، بأنّ قانون الضرر ليس أكثر من هراء. لذلك، هم يتعاملون معه على أنه يضيفي مصداقية على موقفهم النظري، بكونهم قادرين على إنقاذ قانون الإضرار كما نعرفه، ولديه تطابق جيد مع المسؤولية التقصيرية.

ولكن ماذا يعني ذلك بالضبط؟ ما الذي يُعد «قانون الضرر» لهذه الأغراض؟ إنّ العديد من التقاليد الاقتصادية المرتبطة بالقانون مهتمون حرفيًا بالأحكام. فهم ينظرون إلى قانون الضرر -بالمعنى المناسب- بوصفه قائمة طويلة بنتائج القضايا الممثلة بشكلٍ ثنائي في صورة «انتصارات» أو «خسائر» - باعتبارها استحسانًا أو استهجانًا غير نمطي إلى حدٍّ ما يستدعي التمييز.

إنّ ما جاء في أنّ المحاكم، والمحامين الحرفيين (الملتزمين بالنص)، قد سلّموا بالفعل لهذه الأحكام، (من حيث مجموعة: القواعد القانونية، والروابط القانونية للمنطق القانوني، والسلطة القانونية) يُعد لهذه الأغراض (غرضًا جانبيًا)، أو ربما كان الأمر في كثيرٍ من الأحيان مجرد تمويه، أو غطاء.

Known in the trade as 'outsmarting', after utilitarian philosopher J.J.C. Smart who (14) preferred simply to embrace the apparently repugnant conclusions. See D. Dennett and A. Steglich-Petersen, *The Philosopher's Lexicon*, 9th ed. (Aarhus, 2008), www.philosophicallexicon.com/.

التفسير المذهبي الذي يقدمه المسؤولون القانونيون أنفسهم والمدافعون عنهم لا ينتمي إلى التفسير، بل إلى الفولكلور الظلامي الذي تم فيه إخفاء التفسير الصحيح، لقانون الضرر الحقيقي.

في هذا يرث اقتصاديو القانون عباءة «الواقعي القانوني» لـ أو. هولمز⁽¹⁵⁾. لماذا هذا العباءة الرثة جذابة؟ جزء من السبب يعود لأنّ الخبرة الاقتصادية تجمع بين أهدافها التبريرية (وهذا أمر منطقي، وذاك غير منطقي)، وبين صورة ذاتية لعالمية تجريبية (معروفة لمن هم خارج المجال بـ: «حسد الفيزياء»)⁽¹⁶⁾.

ويعتقد أن العالمية التجريبية تبحث عن القدرة التنبؤية في فرضياتها، ومن المعروف أن القواعد المزعومة في أي نظام قانوني تتمتع بسلطة تنبؤية غير مكتملة فيما يتصل بأحكام المحكمة التي تعد ذات صلة ظاهرية بها، وكل هذا من شأنه أنه سيجعل المحامين المختصين يختلفون (وهم كذلك الآن) حول الأحكام التي تصدر عن هذه القواعد في مجموعة واسعة من القضايا.

لذلك - يفكر الاقتصادي - من الأفضل أن نبحث عن شيء يتمتع بقدر أعظم من القوة التنبؤية مقارنة بالقواعد الظاهرة. وفي التفسير الذي يتمتع بأكثر قدر ممكن من القوة التنبؤية سوف نجد ما أطلق عليه كارل ليويلين القواعد «الحقيقية»⁽¹⁷⁾.

بيد أن هذا التحرك يطرح السؤال ضد القواعد القانونية المزعومة بافتراض أنها وضعت لتكون مؤشرات جيدة لقرارات المحاكم. لماذا نريد أو نتوقع منهم أن يكونوا كذلك؟ وبدلاً من مؤشرات التوقع الجيدة؛ فما الذي يمنعنا من أن نريدها أو نتوقع منها أن تكون -على سبيل المثال- أدلة يمكن الاعتماد عليها

From his 'The path of the law', Harvard Law Review 10 (1897), 457 (15)

D. Farber, 'Toward a new legal realism', University of Chicago Law Review 68 (16) (2001), 279 at 295

Llewellyn, 'A realistic jurisprudence - the next step', Columbia Law Review 30 (1930), (17) 432 at 448.

في حالات أكثر بساطة، ولكنها أدوات مرنة قد تجعل خيارات الحكم مفتوحة في الأكثر تعقيداً؟ لِمَ لا تكون هناك قيمة -بقدرٍ ما- للقوة التنبؤية السيئة في القواعد القانونية؟ بل لماذا لا تكون هناك قيمة اقتصادية في بعض الأحيان بدرجّة ما للقوة التنبؤية السيئة؟ فالحسم القانوني له تكاليفه، ويجب على خبيرة الاقتصاد في القانون أن تسأل ما إذا كانت التكاليف تستحق أن تتكبدها. هنا هدفت الخبيرة الاقتصادية للقانون إلى جعل كل شيء -يتعلق بالقانون على مستوى التّدقيق العقلاني- يهدد بالاصطدام بصورتها الذاتية بصفتها عالمة تجريبية للقانون تكون قضايا المحاكم بالنسبة لها هي التجارب ذات الصلة، وأحكام المحكمة في تلك القضايا هي نقاط البيانات ذات الصلة.

وأياً كان الأمر، فإن «القضايا» و«الأحكام» هي ذاتها نتاج القانون، ولا توجد إلا بموجب القواعد القانونية التي تشكل هذه القواعد وتفردها. وعلى هذا، فإنّ خبيرة الاقتصاد في قانون الضرر لا تتجنب -بالرغم من المظاهر الأولى- التعميط المذهبي المسبق لبياناتها، وهي لا تعامل -باستمرار- القواعد القانونية المزعومة باعتبارها عَرَضاً جانبيّاً أو ستار دخان، وهي تفعل ذلك لبعض القواعد القانونية، ولكن ليس لأخرى.

وقد نتساءل: لماذا لا يخضع «الحكم» أو «المحكمة» لنفس الشكوك الوجودية التي يخضع لها «الضرر»، و«الواجب»، و«الانتهاك»، و«القضية»، وما إلى ذلك؟ وحتى هذه الحالات -عند فحصها عن كثب- لا توضع إلا بصورة انتقائية جدّاً تحت الريبة في عدم وجودها.

وبوجه عام؛ فإن الحالات المجمعة معاً من أجل التحليل الاقتصادي تحفظ في أسرها القانونية المتعارف عليها، مع تمييز حالات الضرر عن حالات انتهاك العقود، وحالات الإزعاج عن حالات التعدي، وهكذا⁽¹⁸⁾.

See e.g., Kaplow and Shavell, 'Economic analysis of law' in A. Auerbach and M. Feldstein (eds.), Handbook of Public Economics (Elsevier, 2002).

إن السمات التي جمعت فيها هذه الحالات رسميًا معًا بموجب القانون - سماتها ذات الصلة قانونيًا - كثيرًا ما تحل محلها سمات أخرى، وكثيرًا ما تكون بطرق تجعل التحليل الاقتصادي أكثر جاذبية منذ البداية.

ولعل أهم التغييرات من هذا النوع في النظرية الحديثة حول الضرر هو الاستعاضة عن الأنشطة: (القطارات الجارية، والمواشي الراحية، والمحاصيل الزراعية، وصهر الحديد) بالأفعال (جرح حصان شخص ما، وإلحاق الضرر به، وإثارة أزمة ربو لديه، وتلويث بيرته بالزنجبيل) لأنها محط اهتمام قانون الضرر.

وفي المذهب القانوني، يُعد الضرر عملاً يقوم به شخصٌ على آخر، على سبيل المثال: إرسال شريرٍ من مدخنة قاطرة في أثناء مرور سائق قطار البخار، أشعل النار في حقل ذرة مزارع، وبعد مقال محوري من ر. ه. كواس⁽¹⁹⁾ رفض اقتصاديون في قانون الضرر هذا الأمر. وضع تصور غير متناسق (حيث يأخذ المدعى عليه موقف المدعى)، لصالح مفهوم تماثل (يشترك فيه المدعى والمدعى عليه على حدٍ سواء في أنشطة تتداخل مع بعضها، ومن المحتمل أن تتعارض فيما بينها).

إن عملية تشغيل السكك الحديدية تخلق مخاطر الخسارة بالنسبة لقطاع زراعة الذرة، ولكن ببساطة من خلال إعادة تخصيص التكاليف (عن طريق قانون الضرر أو غيره) يمكننا أن ننظر بالقدر نفسه إلى عملية زراعة الذرة بوصفها تخلق مخاطر خسارة لعملية تشغيل السكك الحديدية.

إن التأثير الذي قد يخلفه هذا التصور ليس إلغاء قانون الضرر، بل إزالة الفكرة القائلة بأن قانون الضرر «حقًا» يتعلق بالأضرار. وهو يتعلق «في الواقع» بتخصيص التكاليف بين الاستخدامات المتنافسة (والمستخدمين المتنافسين) للموارد.

¹⁹The problem of social cost', Journal of Law and Economics 3 (1960), 1.

والواقع: أن وصف أي شيء بأنه «ضرر» ليس أكثر من وسيلة فاخرة للإعلان عن الحكم بأن التكاليف سوف تخصص لنشاط ما وليس غيره. لذا فإن الحالة ليست كما يوحي المفهوم المذهبي لقانون الضرر؛ وهي أن يتحمل المرء بعض التكاليف لارتكابه بعض الأخطاء؛ بل يقال: إن المرء «يرتكب خطأ»؛ لأن أحدهم اختار- لأسباب ما- أن يكون مسؤولاً عن تحمل تكاليف أفعال محددة.

وعلى الرغم من أن فكرة حدوث ضرر في واجهة نشاطين قد تبدو لأول وهلة كأنها تحافظ على الفكرة القانونية القائلة بأن التعذيب هو أشياء يقوم بها أشخاص (بشر أو شركات)، فإن هذا وهم. على النظرة الكواسية البحتة؛ التعذيب هو الأشياء التي تحدث في حين تُفعل أشياء أخرى. وهذا يفسر الإغراء الذي يدفع خبراء الاقتصاد إلى إعادة صياغة قانون التعذيب بوصفه «قانون الحوادث». والحوادث هي أشياء تحدث. فالضرر - كما هو مفهوم قانوناً- لا يمكن أن يكون حادثاً.

صحيح أن الضرر - كما هو مفهوم قانوناً- يمكن أن يكون سبباً للحوادث أو سبباً عنها، ولكن هذه فكرة أخرى تمامًا. ومن الواضح أن السبب والمناسبة خلافًا للحوادث، هي أنواع لأشياء يقوم بها الناس.

ولنتأمل هنا القياس، إن الانفجار أمر يحدث، إلا أن التسبب في انفجار ما هو عمل، وهو ما يحدث نتيجة حدوث انفجار. (مصطلح: «نتيجة»، هو مصطلح فني بين الفلاسفة للحصول على نتيجة تشكل أحد مكونات العمل المكتمل، حيث إن الموت نتيجة للقتل، وعلى النقيض من ذلك، توصف النتيجة التي لا تشكل مكوناً للعمل بأنها «عاقبة»).

وحيث إن جميع أنواع الضرر - كما هو مفهوم قانوناً- لا تنطوي على أسباب في وقوع الحوادث، أو توجد الظروف لها؛ (فإن العديد من أنواع الضرر ليست لها نتائج أساسية على الإطلاق. أما الضرر الآخر؛ فيتضمن التسبب في نتائج غير عرضية، أو التسبب في نشوء هذه النتائج)، والحقيقة أن معارضي

التحليل الاقتصادي يسارعون إلى الانتقال من جديد إلى وصف قانون الضرر على أنه «قانون المسؤولية التقصيرية» باعتباره خطأ بسيطاً في النطاق، وهو خطأ في اعتباره جزء من قانون المسؤولية التقصيرية ككل. ويعامل قانون الإهمال كما لو كان كل قانون الضرر تقريباً، كما يقول النقاد، بينما أضرار التعدي، والخداع، والتحريف، والتشهير، والتحويل، وخرق العقد، والحبس الباطل، والملاحقة الضارة، وغير ذلك الكثير؛ يتم تجاهلها⁽²⁰⁾.

بيد أن هذا الاعتراض يقلل شأن الطموح المتطرف لاقتراح خبراء الاقتصاد. واقتراحهم -ويمكن اعتباره اقتراحهم المميز- هو أنه حتى عندما يصبح من الواجب إعادة تصور مفهوم هذا الضرر وفق القانون بوصفه حادثاً، في تحليل نظري سليم.

والواقع أن الطريقة التي تحطم الأوهام في التفكير في كل هذه الأمور - حتى عندما تمتد إلى: التخريب، والتعذيب، والمذابح، والخطف- هي الأمور ذاتها التي تحدث عندما تتنافس أنشطة مختلفة على الموارد ذاتها. وسواء أكانت هذه الأمور يقوم بها شخص ما، أم كانت تنطوي بالضرورة على أشياء، فإنها ليست ذات صلة بما إذا كانت ترمي إلى التخلص من ذلك النوع من مشكلة تخصيص التكاليف التي تجعلها مناسبة لاهتمامات قانون الضرر.

إذا كان هذا هو الاقتراح المميز لاقتصادي القانون، فإن رفضه هو بالتأكيد ما حرك أولاً، وما زال يوحد خصومهم «الأخلاقيين». في قولي هذا، أنا أكشف المزيد عما يجب أن يعنيه مصطلح «أخلاقي» في هذا السياق⁽²¹⁾..

J. Goldberg and B. Zipursky, 'Torts as wrongs', Texas Law Review 88 (2010), 917 (20)

Including the works of Epstein, Coleman, Perry and Weinrib cited in notes 4, 6, 7 and 8 above; also, Coleman's later Risks and Wrongs (Cambridge University Press, 1992), T. Honoré, Responsibility and Fault (Hart Publishing, 1999), A. Ripstein, 'Philosophy of tort law' in J. Coleman and S. Shapiro (eds.), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law (Oxford University Press, 2002), and the recent work of Goldberg and Zipursky, such as 'Torts as wrongs'.

التقييم الأخلاقي - كما يستخدم التعبير هنا- هو تقييم الأشياء التي يفعلها بعضنا لبعض، حيث إن مجرد كون هذه الأشياء هي أشياء يفعلها بعضنا لبعض -بدلاً من الأشياء التي تحدث بيننا تلقائياً- هو أمرٌ جوهري.

إن الانتقاد الأخلاقي الرئيس لكتابات الاقتصاد الاقتصادي الذي يبرر ظاهرياً قانون الضرر عائد من فكرة مفادها: أن خبراء الاقتصاد يغيرون الموضوع خلسة من خلال إعادة النظر في قانون الضرر بوصفه قانون الحوادث، وهي لا تبرر قانون الضرر على الإطلاق، وهم يبررون الاستعاضة بالجملة عن قانون الضرر، حيث لا توجد -عند تفتيش أدق- أضرار. صحيح أن أحكام المحاكم في النظام الجديد تميل إلى الخروج بالطريقة ذاتها التي ظهرت بها في النظام القديم، ولكن -يتساءل الأخلاقيون- هل هذا ليس إلا جزء من الخداع الاقتصادي التقليدي؟ ولكن أليس من المنطقي أن يستند كل شيء وضده إلى منطق اقتصادي أكثر ضماناً إذا كنت تعرف كيف تصل إلى ذلك على النحو الصحيح؟ ولكن، حتى لو لم يكن هناك خداع، فهناك مشكلة أكثر جوهرية. أسباب الأحكام في النظام الجديد تختلف تماماً عن تلك الموجودة في النظام القديم.

إن قانون الضرر ليس مجموعة من أحكام المحاكم -ولنقل على سبيل المثال: ما هو إلا أتباع الأخلاق - ولا حتى مجموعة من القواعد التي تحكم مثل هذه الأحكام. وهي مجموعة من السوابق القضائية، تعززها التشريعات، تستخدم فيها القواعد المقيمة، وتُعاد صياغتها وإعادة صياغتها في الحجج، وتكشف تكراراً عن الأسباب التي تجعل القواعد -في القانون- كما هي.

إن تفسير قانون الضرر ليس أكثر من تفسير لقانون الضرر -وفق أنصار الأخلاق- إذا كان صحيحاً مع التفسير الذاتي للقانون الذي يقدم على هذا النحو. وعلى وجه الخصوص؛ يجب أن يوضح التفسير كيفية عمل الحجج النموذجية التي يسوقها محامو الضرر كحجج، وقد يكشف المرء بطبيعة الحال

في هذه العملية أن العديد من هذه الحجج ناقصة، ولكن هذا يختلف تمامًا عن الزعم بأنها غير واضحة، ومن ثم ينبغي عدم تقييمها -أو لا يمكن تقييمها- وفق مصطلحات خاصة بها. وفي حالة قانون الضرر؛ فإن تقييمه من حيث شروطه يعني تقييمه أخلاقيًا، فهي في الأساس حجج موجهة نحو تحديد وتقييم ما فعله المدعى عليه بالمدعي، سواء أتسبب في خسارتها ذات الصلة، أم ما إذا كان قد خرق واجبه في القيام بذلك، أو ما إذا كان إخلاله بواجبه ينتهك أيضًا حقوقها، وسواء أكان قد دفع بالفعل كل ما كان ينبغي له أن يدفعه عن الخسارة، أو ما إذا كان الانتهاك مستمرًا، إلى آخر ذلك - والحجج بشأن هذه الأمور هي ذاتها حجج أخلاقية⁽²²⁾.

وبوسعنا أن نعرض حالة مختلفة للنتيجة ذاتها، وهي النتيجة التي تقدم المزيد من التنازلات للاقتصادي.

ولنفترض هنا، جدلاً؛ أن قانون الضرر مجرد قائمة من الأحكام القضائية في قضايا الضرر -ولتكن هذه الأحكام محددة مسبقًا، بحيث تناسب أي ذوق اقتصادي تعني به-. ولنفترض أننا نفرض كل الشكوك في الخداع، ونتفق على أن التحليل الاقتصادي الجيد يُظهر أن الأحكام -التي تكتمل برسومات هذه الأحكام- مبررة إلى حد كبير. وبالرغم من ذلك، فإن الخبرة الاقتصادية ليست في المكان الذي ينبغي أن تكون فيه.

إن إظهار الأحكام التي يمكن تبريرها ليس هو نفسه إظهار ما يبررها، ويجب ألا يكون من المعقول الوصول إلى الحكم فحسب لتبرير ذلك، ولا بد أيضًا من التوصل إلى هذه الاتفاق على نحو رشيد.

ولا يكفي أن تكون الأسباب المقدمة لدعمها قد أيدتها بالفعل، إذا لم يتم

I am here distilling common themes from E. Weinrib, *The Idea of Private Law* (22) (Harvard University Press, 1995) and J. Coleman, *The Practice of Principle* (Oxford University Press, 2001), also echoed by several other writers.

التوصل (لواحد أو أكثر) من هذه الأسباب، قياسًا على هذا، لو كنت أتعرض لهجوم قاتل؛ فمن المبرر أن أقتل مهاجمي القاتل، ولكن ماذا لو قتلها ليس لأنها قاتلة، بل لأنني على سبيل المثال: لا أحب سياستها؟ إذا فإنَّ القتل المبرر غير مبرر⁽²³⁾. وإن ملاحظة ذلك يمكننا من أن نرى -بشكلٍ أكثر وضوحًا- في أي معنى يمكن أن يعد المبرر نوعًا من التفسير، فهو يعطي سببًا كافيًا للقيام بعمل ما هو أيضًا السبب الكافي وراء فعله.

إن النقطة نفسها تمكنا أيضًا من أن نرى بشكلٍ أكثر وضوحًا لماذا أن المحللين الاقتصاديين لقانون الضرر حريصون للغاية على إظهار قدر من التأثير الاقتصادي على أحكام المحاكم، فضلًا عن إمكانية التنبؤ الاقتصادي الجيد بها. ويوجد العديد من النَّاس قدرًا كبيرًا من الراحة⁽²⁴⁾ في حسابات الإهمال للقاضي ليرند هاند في قضية «كارول توينق»،⁽²⁵⁾ على سبيل المثال: حتى بالرغم من أن كلمات «هاند» ببساطة لا تربط خطورة الإصابة بكلفتها الاقتصادية، وبالتالي، يمكن المطالبة بها بالقدر ذاته بالنيابة عن العديد من وجهات النظر الأخلاقية المتنافسة.

إن الهدف من المطالبة بهذه الحقوق في القانون والاقتصاد يتلخص في إثبات أنه على الرغم من ستار دخان الحكمة القانونية التي تلقى عادة، والتي تمنعها من الرؤية؛ فإن الأسباب الاقتصادية هي الأسباب «الأوراقية» التي قد تجعل القضاة يتصرفون وفق قانون التقاضي، بحيث لا تكون أحكامها مبررة اقتصاديًا فحسب، بل لها ما يبررها من الجهة الاقتصادية أيضًا.

At this point I am drawing on ideas presented at greater length in my book *Offences (23) and Defences* (Oxford University Press, 2007), especially ch. 5.

E.g., R. Posner, *The Economics of Justice* (Harvard University Press, 1981), 5; J. (24) Macey, 'The pervasive influence of economic analysis on legal decisionmaking', *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17 (1994), 107.

F 2d 169 (1947) at 173. 159

(25)

إن الضغوط التي تمارس على أي شخص مهتم بتبرير الأحكام القضائية لحملها على فحص الحجج القضائية الداعمة -وتقييمها من تلقاء ذاتها- هائلة. وفي هذه المهمة يجد الاقتصاديون أنفسهم في وضع غير مواتٍ بالقدر ذاته، ومن الواضح أن المصطلحات العادية للمجدل القضائي هي مصطلحات أخلاقية.

غالبًا ما يُنسى أنّ ليرند هاند كان يشرح العوامل التي تؤثر على انتهاك المدعي عليه لحقوق المدعي، بالنسبة لهاند كان المؤثر هو التصور الأخلاقي.

3. وضع الأدوات

وعند هذا الحد، أصبح لدى خبراء الاقتصاد موقف تراجع طبيعي، وهو الموقف الذي يمررونه أحيانًا دون أن يلاحظه أحد.

هناك واجبات في قانون الضرر بعد كل شيء، قد يقولون، -وهي كذلك كما يقول القانون -، واجبات للعناية، أو: واجبات عدم التسبب في خسائر، أو: واجبات دفع تعويضات ..إلخ. هذه الواجبات مُستحقة على المدعى عليهم للمُدَّعين الذين يحملون بالتالي حقوقًا مرتبطة.

إذًا، فإنّ قانون الضرر هو حقًا ما هو محدد في الكتب المدرسية، وما يستخدمه ويطوره المحامون، والقضاة في حججهم القانونية.

وبناءً على ذلك، فإنّ هذه الحجج واضحة من حيث صوابها، وهي قادرة على تقييم الحجج التي لا غنى عنها، والنقطة الوحيدة هنا هي أنّ كل الحقوق والواجبات التي تظهر في هذه الحجج لها مبررات اقتصادية سليمة.

بل إنّ المبررات الاقتصادية قد تمتد إلى الأفكار الأكبر التي يفضلها المحامون في بعض الأحيان وأصدقاؤهم المعتمدون في سبيل ربط مختلف الحقوق والواجبات بخطة قانون الضرر. هل هي العدالة التصحيحية أم اللجوء

المدني؟ وهذه مواصفات أكثر تجريدًا للترتيبات المعيارية الموجودة في قانون الضرر، أو بعض الجوانب الواضحة منها.

(المسؤولية والجبر المعقول) هذه مفاهيم يتم الاحتجاج بها في العديد من قواعد قانون الضرر. وكما هو الحال مع كل شيء آخر فيما يتصل بقواعد قانون الضرر، فإن السيناريو البديل؛ سيناريو الخبير الاقتصادي القانوني، ويتلخص في تقبل الدفاع الاقتصادي، وهو جزء مما ينبغي أن تدافع عنه أي «نظرية ضرر»، والاقتصاديون هناك لتقديم الدفاع⁽²⁶⁾.

والواقع أن خبراء الاقتصاد الذين يدافعون عن قانون الضرر بهذه الطريقة أخذوا معركتهم مع أنصار الأخلاق إلى الفناء الخلفي لأنصار الأخلاق، والآن أصبحوا من بين أعضاء القاعدة (الذين يؤمنون بفائدة وجود القواعد واستخدامها).

وبطبيعة الحال، تواجه هذه الدول القائمة المعتادة من التحديات التي يواجهها القائمون على سيادة القانون في الفلسفة الأخلاقية. ولكن في سياق نظرية الضرر لا يواجهون التحدي الأكثر شيوعًا في الحكم، فهم لا يواجهون التحدي المتمثل في أن القاعدة ذات المنفعة الأعظم لا بد أن تأتي في نهاية المطاف في مواجهة الحالة المتطرفة التي قد يكون تجاوزها أكثر جدوى، وفي اعتقادي أن هذا على أي حال يشكل خطأ غير مقنع من الهجوم على النفعية العامة.

إن السماح بتضاؤل الاحتفاظ بالقواعد عند حدودها يشكل فضيلة وليس رذيلة لأي تفسير لمكانة القواعد في الفكر العملي، ولكن قانون الضرر ربما لا يكون اختبارًا جيدًا للاعتراض؛ وذلك لأن قانون الضرر يعجز بالقواعد التي تتناسب تمامًا مع الظروف الجديدة وغير المتوقعة، وأيا كان الأمر، فإن

This is the line taken by Posner in 'The concept of corrective justice in recent theories (26) of tort law', Journal of Legal Studies 10 (1981), 187

مؤهلات مثل: «معقول»، و«عادي»، و«واجب» المستخدمة في صياغة العديد من قواعد قانون الضرر تدعو مستخدم القواعد إلى الرجوع إلى المزايا الأساسية للقضية⁽²⁷⁾.

وحتى عندما لا تكون القواعد مُعدّة بالفعل بمثل هذه التقنيات المعروفة في القانون العام، مثل: يمكن استخدام «تمييز» الحالات السابقة، أو إنشاء تأهيل «منصف» للقاعدة لتعديل هذه الحالات بشكلٍ خاص إلى التوافق مع الأسس الموضوعية.

قانون الضرر مطواع يسير حيث سارت أنظمة القواعد. لذا فإن أولئك الذين يقدمون الدفاع النفعي عن قانون الضرر ليس لديهم ما يخشونه تجاه التهمة الموجهة إليهم - إذا كانوا يريدون حقًا التعامل معها بوصفها تهمة - وهي أن أخلاقياتهم لا يمكنها أن تقلل من القدرة على إذعانها في القواعد.

وقد يتصور المرء أن أمرًا مماثلًا قد يصدق على تحدٍ آخر لنظرية المنفعة في الحكم، أو على وجه التحديد التحدي المتمثل في ضرورة بسط القواعد بالكامل، أو بمعنى آخر ألا تحكم عليها إلا من خلال العواقب المترتبة على امتلاكها واستخدامها. فما قواعد قانون الضرر، إن لم تكن أدوات لتحسين ما يفعله الناس، أي: بمنحهم الامتثال لتلك القواعد بالذات؟

وقد يبدو أنه حتى لو كان الدفاع النفعي عن بعض القواعد الأخلاقية يمكن انتقاده بسبب الإفراط في استخدام الأدوات، فينبغي ألا يمتد هذا النقد إلى الدفاع النفعي للقواعد القانونية، بل ربما كان من المتصور أن المنفعة الأساسية بوصفها عقيدة أخلاقية تتلخص على وجه التحديد في نمذجة القواعد الأخلاقية - في هذا الصدد - أكثر مما ينبغي على القواعد القانونية. ومع ذلك،

I have discussed this point at length in 'The many faces of the reasonable person', (27) Law Quarterly Review 131 (2015), 563.

فإن أفضل نقد أدبي معروف للدفاع الاقتصادي عن قواعد قانون الضرر يستهدف في المقام الأول ضد تقسيم هذه القواعد إلى أجزاء منفصلة منها، وهذا هو النقد الكانطي الذي يرتبط في أغلب الأحيان مع إرنست وينريبو⁽²⁸⁾ وتطوره آرثر ريبشتاين،⁽²⁹⁾ الذي يقضي بالدفاع عن قانون الضرر بوصفه نظامًا للحقوق والواجبات المتبادلة التي تمثل الأطراف في قضايا الضرر على قدم المساواة في القانون وأمام القانون. وأنا شخصيًا لا أميل إلى تمثيل الناس باعتبارهم متساوين قانونيًا، وهو ما يكمن في صميم هذا الرأي.

ولكن إذا كان الأمر كذلك؛ فليس من الواضح لماذا يجب علينا أن نفكر في الدفاع عن قانون الضرر بوصفه شخصيات اعتبارية، مع الدفاع عن قواعد قانون الضرر بوصفها أدوات تدفع الناس إلى العمل على نحو أفضل.

لماذا لا تكون قواعد قانون الضرر أدوات تحمل القضاة وغيرهم من المسؤولين على الالتزام بقواعد قانون الضرر، مما يجعل الأطراف أمامهم متساويين من الناحية القانونية؟ وبما أننا وصلنا لهذا الحد، فلماذا لا تكون قواعد قانون الضرر أيضًا أدوات تحمل الأطراف المحتملة على تجنب ارتكاب الضرر في المقام الأول، وبالتالي (كما يفترض) يتصرفون أمام القانون بشكل متساوٍ. العمل على قدم المساواة القضائية؟

وبما أن تطبيق الحقوق والواجبات الأساسية لقانون الضرر يجعل جميع الأطراف على قدم المساواة، لماذا يكون دفع الضرر ليس أفضل حالاً من تصحيحه - بقدر ما يتعلق الأمر باعتبارات كانطية - من تصحيح الضرر، من الصعب رؤية كيف يمكن لكانط أن يعفي نفسه من الحقيقة التحليلية التي تقول إن الوقاية خير من العلاج، ولذلك فمن المحير أن يعارض الكانطيون

Weinrib, *The Idea of Private Law*, 80-3, 132-3. (28)

Equality, Responsibility, and the Law (Cambridge University Press, 1999), esp. ch. 3. (29)

في عالم نظرية الأضرار بشدة الدفاع الأداتي لقواعد قانون الأضرار.

وربما يكمن حل اللغز في أنّ القانون عمومًا -بما في ذلك القانون الخاص- يُعد في رأي الكانطية وسيلة للإجبار. وبما أنّ الإكراه يستلزم الامتثال (من دون امتثال، فهو مجرد محاولة إكراه)، فلعل أهمية قانون الضرر -كأداة للامتثال لقواعدها الخاصة- لا يتم إنكارها باسم (كانط)، بقدر ما تعد من الأمور المُسلّم بها.

ولأنه متغلغل في فكرة قانون الضرر؛ فإنّ الالتزام يشكل جزءًا آخر من الهدف الذي يجب الدفاع عنه كما قد يكون لدى خبراء الاقتصاد. وإذا كانت هذه هي الفكرة؛ فإنّ الاستجابة الصحيحة تتلخص في الوقوف مع خبراء الاقتصاد، وإنكار أنّ قانون الضرر يعمل على تغيير ما يفعله الناس في المقام الأول بالإكراه، ويمكن استخدام الإجبار في بعض المناسبات، ولكن قانون الضرر يكفل في كثير من الأحيان الامتثال لقواعده، عندما يفعل ذلك بوسائل أخرى. ولكن من جهة أخرى؛ ينبغي للمرء أن يقف مع الكانطيين، ضد خبراء الاقتصاد (أو العديد منهم)، في إنكار إمكانية خفض الوسائل المستخدمة لتقديم الحوافز للامتثال، من خلال وضع تحول التكاليف في المستقبل. وهذه القصة تسقط تميّز القانون تمامًا من الصورة.

إنّ قانون الضرر -شأنه في ذلك شأن أيّ مجموعة قواعد أخرى- يعمل من خلال تقديم التوجيه (وإن لم يكن توجيهًا محددًا إلى حدّ كبير) بشأن ما ينبغي أن يتم، وفي حالة القانون فإنّه من المقرر أن يكون بمنزلة التوجيه لسلطة شرعية أخلاقيًا.

وعلى هذا النحو -وكما يقول هارت- فإنّ كل آلية من آليات الجبر والإكراه، وتأثير التحفيز الناتج عن وجودها؛ «هي ترتيبات ثانوية للانقياد في حالة عدم قبول (أو العمل ب-) الأسباب الأساسية المعمول بها بشكل نهائي، [هنا، القواعد والأحكام التي تحدد أي أفعال هي أضرار، وأي أفعال تعتبر

ملائمة للتغلب على الأضرار] كما هي⁽³⁰⁾. ربما يكون من غير المتسامح تصوير الكانطيين على أنهم يلمعون أداة قانون الضرر بهذه الطريقة المفتعلة. سيكون من الأفضل قراءتها على أنها معارضة، ليس لجميع المدافعين عن قانون الضرر، ولكن فقط لأولئك الذين يصورون قانون الضرر كأداة للسلع المستقلة، حيث لا يعتبر ضمان الامتثال لقواعد قانون الضرر الخاص مستقلاً في المعنى المناسب⁽³¹⁾. ولكن ما هو المعنى المناسب؟ ولتعد إلى الفكرة التي تشكل أهمية مركزية في الصورة الكانطية التي ترى أنّ قانون الضرر يشكل جانباً من جوانب علاقاتنا الأخلاقية.

ويضبط التركيز الكانطي الخاص على المساواة؛ دعونا ننظر في الاقتراح القائل: بأنّ قانون الضرر يشكل جزءاً من علاقاتنا الأخلاقية، وخاصة الواجبات الأخلاقية التي ندين بها لبعضنا، وهذا صحيح تمامًا بالنسبة لي.

إنّ جزءاً من الحجّة الأخلاقية التي تدفعنا إلى تطبيق القانون من الأساس تتلخص في رغبتنا بالتعامل مع عدم التحديد الأخلاقي من خلال توفير إرشادات موثوقة أخلاقياً حول ما يجب فعله. وعندما يتم تقديم هذه التوجيهات بطريقة مناسبة، تصبح بالتالي ملزمة أخلاقياً، فإنها تجعل القواعد الأخلاقية أكثر حتمية من حالها في غياب القانون، ولقد لاحظنا بالفعل أنّ العديد من القواعد في قانون الضرر تترك قدرًا كبيرًا من عدم التحديد الأخلاقي بلا حل -أحيانًا عمدًا- وهي تتضمن العديد من الخدمات، مثل: «معقول» و«واجب» التي تعيدنا إلى الاعتبارات الأخلاقية الأساسية، ومع ذلك؛ فإن قواعد قانون الضرر هي

H.L.A. Hart, 'Commands and authoritative legal reasons' in his *Essays on Bentham* (30) (Oxford University Press, 1982), 254. In tort law we might prefer to say that the coercive mechanisms are 'tertiary provisions' since the remedial rules and rulings may already be thought of as the 'secondary' ones.

Thus Weinrib objects only to seeing tort law as the servant of 'purposes external to (31) itself': *The Idea of Private Law*, 50.

قواعد قانونية، فهي ليست خالية تمامًا من التوجيه الرسمي. على كل حال، يأخذ قانون الضرر فئات مختلفة من الإجراءات التي لدينا أسباب أخلاقية لعدم فعلها، والتي بصرف النظر عن القانون ستتحدى التصنيف المحدد باعتبارها انتهاكات للواجب، ويصنفها بشكل محدد على أنها انتهاكات للواجب. هذا يظل إضافة مهمة من الحتمية الحازمة حتى عندما تكون فئات الإجراءات المتأثرة غير محددة تمامًا..

متى تكون هذه الإضافة مهمة بما يكفي لتكون مشروعًا أخلاقيًا؟⁽³²⁾
السيناريو الكلاسيكي (لا أقول: إنه الوحيد) هو سيناريو التنسيق.

وهذا هو السيناريو الذي قد يختلف فيه الناس (ذوي الحكم الأخلاقي السليم) فيما بينهم في ضوء عدم التحديد الأخلاقي الأساسي، فيما يتصل بالكيفية التي قد يتفاعلون بها مع موقف بعينه، وفق مناهجهم الخاصة. المشكلة هي أن ردود أفعالهم المختلفة تميل إلى أن تكون متناقضة فيما بينها، مما يخلق مشكلات إضافية لأنفسهم (و/ أو) للآخرين: كالتأخير الإضافي، والخطر الإضافي، والضرر الإضافي، والاضطراب والقلق الإضافيين. إن التصعيد الإضافي للصراع، والأعباء الإضافية المفروضة على الآخرين للمساعدة، والإغراءات الإضافية التي قد تدفع الآخرين إلى الانحياز إلى أي جانب، وما إلى ذلك، من الأفضل في هذا السيناريو أن يتم إلزام الجميع والحكم عليهم من خلال معيار مشترك، أيًا كانت المعايير المؤهلة أخلاقيًا.

وبهذه الطريقة قد تكون كل التوقعات مشتركة فيما يتصل بسلوك الآخر، إلى الحد الذي قد يسمح بتجنب أو وأد المشكلات الناشئة - من ذلك النوع المدرج للتو- في مهدها.

In this paragraph and the next I sketch an argument developed at greater length in my (32) 'What is tort law for? Part 1. The place of corrective justice', Law and Philosophy 30 (2011), 1.

إن قانون الضرر يفعل قدرًا كبيرًا - من هذا النوع - من التنسيق، وحتى عندما تقوم بمهمة بسيطة نسبيًا وهي تنسيق أعمال المدعين والمدعى عليهم المحتملين في وقت تفاعلهم الأصلي (كما في قانون الإهمال)، فإنها لا تزال تقوم بعملٍ كبير لتسيق التوقعات بشأن ما سيأتي بعد ذلك، بمجرد وقوع ضرر، وعندما ينجح هذا في أداء واجباته، فإنه يشكل جزءًا (من خلال تقديم المزيد من التحديد) من الواجبات الأخلاقية التي ينطوي عليها الأمر، وخاصة من خلال تحديد أن هذه الواجبات هي في واقع الأمر واجبات.

من السهل إلى حدٍّ ما أن نرى كيف أن الفكر يجب أن يكون معيارًا مشتركًا يمكن أن يتحول إلى الاعتقاد بأنه يجب أن يكون، بمعنى ما - معادلة - كما يقول الكانطيون. ولكن هذا - للتأكيد - ليس الدرس الذي يهمننا. والدرس الذي يهمننا هو أن الاعتراف بالدور الذي يشكل العلاقات الأخلاقية في قواعد قانون الضرر لا يتعارض مع تقديم حجة مفيدة جزئيًا على الأقل لوجودها.

والواقع: أن السيناريو الأول يعتمد بشكلٍ إيجابي على الأخير في ظل سيناريو التنسيق، إن لم يكن في كل السيناريوهات. ولا يرجع ذلك إلا إلى أن قانون الضرر أداة جيدة لتأمين إجراءات أفضل تنجح في إضافة الحقوق والواجبات الأخلاقية لهؤلاء الخاضعين له أو تشكيلها.

وهنا فإنَّ الخير الذي يخدمه قانون الضرر بطبيعته ليس مستقلاً عن قانون الضرر بالمعنى المناسب، ومن الخير أنَّ قانون الضرر يساعد أيضًا في تشكيله، أي: خير النَّاس الذين يؤدِّون واجبه بعضهم تجاه بعضٍ. ويساعد قانون الضرر في تشكيل هذا الخير من خلال تحديد ما يُعد أداة جيدة للتوافق مع الواجب، حين يشكل ذلك القانون أيضًا أداة مفيدة في القيام بواجبه.

ولكن ليس من الواضح مع ذلك كيف قد يكون لهذا الخط من الفكر أي فائدة في إرسال أنصار سيادة القانون، بما في ذلك خبراء الاقتصاد الذين يقومون بتحركات نفعية. فليس من الواضح لماذا يجب على أتباع القواعد

النفعية - أكثر من منتقديهم الكانطيين- أن يقدموا قانون الضرر بوصفه أداة للخير مستقلة بالمعنى المناسب عن قانون الضرر.

إن الكثير من الضرر -للتذكير- عبارة عن أفعال تأتي كاملة بنتائج تأسيسية، وهي -على وجه التحديد- أفعال سببية أو مهیئة لخسارة لآخرين. وحتى تلك التي لا تشكل نتيجة تعالج -في العادة- بقياس الخسارة الناتجة، أو بعضها.

وهذا ما قامت به لجنة الضرر الأخرى، فلماذا لا تساعد القاعدة النفعية نفسها في التفكير الطبيعي بأنّ قانون الضرر يهتم بهذه الخسائر، وخاصة في تحديد خسائر مختلفة لأشخاص مختلفين باعتبارها جزءاً من مخطط جدير بالثقة لتنسيق الإجراءات الناجمة عن التسبب بالخسارة والتهيئة للخسارة من قبل الناس، فضلاً عن تدابير تخفيف الخسائر التي تعقب ذلك؟ وعندما يكون التنسيق جيداً، فإن هذا المخطط يساعد أيضاً في تحديد ما يُعد واجباً على المرء تجاه الآخر (فيما يتصل بمجموعة من الأفعال التي قد تؤثر في الخسارة)، وهو ما يساعد بالتالي في تشكيل علاقاتنا الأخلاقية مع بعضنا بعضاً. بطبيعة الحال؛ هناك مناقشات كبرى تدور حول كيفية صرف الأموال النقدية بالضبط عن الحالة التي ينبغي أن تكون فيها هذه الحالة جيدة التنسيق.

هل يعادل تنسيق الإجراءات التي تؤثر في الخسائر، أو حتى يقارب -إلى حدّ ما- التقليل إلى أدنى حد من الخسائر ذاتها؟ وهل الخسائر ذاتها يجب تحليلها من الجهة الاقتصادية؟ أو هل ينبغي تحليلها بعبارات أخرى (من حيث الحرية، أو المتعة، أو الأمن مثلاً) والتي تشكل القيمة الاقتصادية فيها مجرد توكيل في اللحظة المؤسفة التي تُحسب فيها الأضرار الناجمة عن الضرر بمبالغ نقدية؟

وهذه القضايا تمثل قضايا عميقة وصعبة في الرياضيات الأخلاقية، فهي تتعلق على التوالي بالحسابات ومقياس النجاح الأخلاقي، سواء أكان نجاح قانون الضرر أو أي شيء آخر، ولكن لا يبدو أن أي خلاف قد ينشأ بين المرء

والنفعية - بشأن حسابات النجاح الأخلاقي أو قياساته - قد يكون واضحًا في الزعم بأن أنصار سيادة القانون مخطئون في نظر قانون الأدوات، وقد يكون المرء أداة كاملة في قانون الضرر (كما أشعر بالفخر حقًا لكوني أنا شخصيًا) في حين يصر على أن ما يشكل أداة من أدوات قانون الضرر هو - وهذه مجرد أمثلة - تجنب الظلم، وأداء الواجب الأخلاقي، وتصحيح الأخطاء، الحفاظ على المعاملة بالمثل، أو الحفاظ على المساواة القانونية، أو كل هذه الأمور في آن معًا (وأكثر).

وتساعد هذه الملاحظات في كشف ما يمكن عدّه خطأ استراتيجيًا في الطريقة التي انطلقت بها الانتقادات الأخلاقية للتحليل الاقتصادي لقانون الضرر، وتستمر حتى الآن في تقديم نفسها، وكان - ولا يزال - من الشائع أن نتناقض بين «الكفاءة» و«العدالة» في النظر في الأهداف المحتملة لقانون الضرر⁽³³⁾. ولكن الكفاءة ليست هدفًا ممكنًا لقانون الضرر ما لم يكن لقانون الضرر أيضًا هدف آخر يفترض أن يكون في الخدمة بكفاءة. فالكفاءة ليست سوى تجنب الهدر، وأتمنى ألا يكون أحد في مؤيداً للهدار.

إن كل الخلافات تدور حول هذا، أي: الخدمات، من الأهمية بمكان ألا تهدر؛ لأنها السلع الأكثر أهمية، ويضيق خبراء الاقتصاد قائمة السلع المهمة، بحيث تقتصر على السلع المصبوبة من الجهة الاقتصادية الخالصة. وبطبيعة الحال؛ تعطي هذه الدول الأولوية للكفاءة في خدمة تلك السلع المتخصصة.

إنّ الاستجابة المعقولة هنا لا تزعم أن المرء لا يفضل الكفاءة، وبالتالي يسمح لخبراء الاقتصاد بفخر بالمطالبة باحتكار تجنب الهدر. تتلخص الاستجابة

See e.g., G. Stigler, 'Law or economics?', *Journal of Law & Economics* 35 (1992), 455 (33) at 461; G. Fletcher, 'Corrective justice for moderns', *Harvard Law Review* 106 (1993), 1658 at 1659.

المعقولة في رفض تحديد الخدمات من الناحية الاقتصادية الخالصة -أو بعبارة مقتضبة- رفض فكرة أن كل القيمة قيمة اقتصادية.

إن الهدف ليس رفض الكفاءة، بل رفض الانشغال بمجرد الكفاءة الاقتصادية، والكفاءة نسبة إلى الخدمات الاقتصادية فقط، وما ينبغي للقانون أن يكون فعالاً في قول المنتقد الأخلاقي، ليس فقط زيادة الثروة أو تخصيص الموارد، بل أيضاً إقامة العدل، ومنع الأخطاء، وحماية الحقوق، وتخفيف حالة انعدام الأمن، وتمكين اللجوء، ضمان الحرية، أو المساعدة على المصالحة، أو... يمكنك إدراج أي خدمة يمكن تخيلها هنا.

4. قيمة:

كنت قد قلت في وقت سابق: إننا سوف ننتقل في الوقت المناسب إلى وجهة نظر الخبير الاقتصادي التي ترى أن قيمة الردود على عمليات التقييم التي تتلخص في أن قيمة أي شيء دالة على تقييم الناس لهذا الأمر. ويتجاوز حدود هذه الورقة المختصرة -للأسف- أن أُبين مدى الخطأ في وجهة النظر هذه عندما تكون معمة تماماً، ولماذا يقدم الالتزام بها أساساً معيياً (وبشكل خاص غير ليبرالي بغض) للسياسة العامة والمبادئ القانونية⁽³⁴⁾.

ولكنني أتمنى لو قلت ما يكفي لإقناعك بأن الدراسة النظرية لقانون الضرر تنتهي حتماً في الفلسفة العامة للقيمة. وقد زعمت أن السؤال ليس ما إذا كان قانون الضرر لا بد أن يكون فعالاً، بل ما القيم التي ينبغي أن يخدمها بكفاءة؟ والسؤال ليس ما إذا كانت هناك فائدة من وجود واستخدام قواعد قانون الضرر، بل ما فائدتها على وجه التحديد؟ أي السلع التي يمكنها حمايتها والعائد؟ والسؤال ليس ما إذا كان قانون الضرر أداة، بل هو أداة لأي شيء؟ إن تقييماتنا

Although overstated in places, R.M. Dworkin's critique in 'Is wealth a value?', (34) Journal of Legal Studies 9 (1980), 191 hits many homes run

لقانون الضرر، كما هو الحال مع كل شيء آخر، تجيب على القيمة التي يتمتع بها باستثناء تقييم أي شخص له، ولا مفر من السؤال النهائي حول القيمة التي هي على وجه التحديد هذه القيمة.

ولقد اقترحت بالفعل أن منتقدي التحليل الاقتصادي لقانون الضرر قد انحرفوا على الخطأ في سبعينيات وثمانينيات القرن العشرين في السماح لخبراء الاقتصاد باستعراض أنفسهم بوصفهم الأوصياء الحقيقيين للكفاءة والمنفعة والأداة في قانون الضرر. وكان بوسعنا أن نضيف إلى القائمة «العقلانية» و«الرفاهية الاجتماعية»، وكان الفشل في الانخراط بشكل مباشر مع نظرية القيمة التي يتبناها الخبير الاقتصادي؛ يعني الفشل في الوقوف في صف حقيقة مفادها: أن رفاهية المرء (أو عيشه الرغيد) تعتمد أولاً على تقييم المرء لأشياء من أجل قيمتها بشكل مستقل تمامًا عن تقدير أي شخص لهذه القيمة، بما في ذلك مصلحتنا الخاصة. وكان ذلك يعني أيضًا الفشل في دعم حقيقة مفادها: أن قدرتنا على استكشاف مثل هذه القيمة المستقلة، وبالتالي، ملاحظته - ليس فقط من دون قصد لاحقتها تحت عنوان التفضيل - هي التي تجعلنا مخلوقات عقلانية.

إن رفض كل من هذين الحقلين يجعل من خبراء الاقتصاد التقليديين والسلوكيين على حدٍ سواء؛ أكثر أنصار العقلانية نشاطًا، وفي كثير من الأحيان يكونون الأعداء الألداء لرفاهتنا، لماذا إذا لم تكن هذه هي خطوط المعركة الأولى من نظرية الضرر؟

ومن غير المستغرب أن يحاول منتقدو «التحديث» الأوائل -الذين دفعوا بالفعل في الدفاع الثقافي- الإبقاء على كفاحهم مع التحليل الاقتصادي لقانون الضرر على التضاريس التي تُعد بها أسهل، فضلًا عن المزالق الفلسفية، ولكن في هذه العملية صنعوا العديد من المساوئ الجديدة لأنفسهم وورثتهم الفكريين، فقد استهدفوا هجومهم إلى حدٍ كبير على أقوى نقاط التحليل

الاقتصادي في حين سمحوا عملياً بعدم استهداف أضعف النقاط التي يدافع عنها في الأساس كلام واهن. ولا تزال نظرية الضرر تعاني اليوم العواقب العديدة لهذه الأخطاء المفهومة، فالمنتقدون يُسلمون غالباً بالمفاهيم القوية المتمثلة في: الكفاءة، والعقلانية، والجدوى، والرفاهية لخبراء الاقتصاد، حتى بالرغم من أن خبراء الاقتصاد لا يملكون أي ادعاء خاص بشأنهم (بل إنهم يتحملون حقاً ذنباً خاصاً للتدخل المغرض معهم)، وفي الوقت ذاته -كما رأينا- يواصل المنتقدون توجيه الانتقادات غير الناجمة التي تؤكد أن قانون الضرر لا يشكل في الأساس، أداة من أدوات السياسة العامة السليمة، وكذلك لا يمكن الحكم عليه، -أو ليس في الأساس- كما لو كان واحداً. فالمرء يتمنى لو يركزون بدلاً من ذلك على شرح السياسة العامة السليمة، وما هو إسهام قانون الضرر الذي قد يقدمه لها، في عالم أصبح فيه خبراء الاقتصاد -الذين أخطأت أسعار القيمة- أقل تأثيراً في الثقافة؟

الفصل التاسع عشر

قانون الملكية

لاريسا كاتز⁽¹⁾

هل الملكية، بصورةٍ ما، أساسية لحياتنا الأخلاقية؟

يعتقد الكثيرون ذلك، بالنسبة إلى أرسطو، تفترض الفضائل الأخلاقية، مثل: الليبرالية، فكرةً ما عن الملكية؛ لأنه لا يمكن للمرء أن يظهر التحرر إلا فيما يتعلق بما هو خاص به.

وعند كانط، الملكية هي مطلب الحرية في العالم الخارجي. أما لوك، فالملكية التي يتم تخصيصها وفق مبادئ العمل والجدارة، هي أساسية لفكرة العدالة التي تهدف مؤسساتنا السياسية إلى تأمينها، وقد أنكر آخرون أن الملكية أساسية بهذا الشكل، مشيرين إلى أن الملكية هي استراتيجية متاحة لنا لتلبية مطالب نظرياتنا العامة للعدالة، ولكنها ليست أساسية أخلاقياً بحد ذاتها⁽²⁾.

في هذا الفصل، أريد أن أبين ماذا يقول الكتاب عن بروز الملكية الأخلاقي.

(1) وأنا ممتن بشكل خاص ل: كريس إسرت، وهانوش داغان، وأفيفا دورفمان، وأرثر ريبستين، وجون تاسيولاس، ومالكولم ثوربرن على التعليقات.

(2) Rawls for instance was non-committal about property's place in the basic structure. See J. Rawls, A Theory of Justice (Harvard University Press, 1971).

إن الاستقصاء الفلسفي من هذا النوع -كما أقتراح- ينطبق على ثلاثة مستويات:

المستوى الأول: نسأل عن المقصود بالملكية، بصفته مسألة مفاهيمية. وسنرى أن علاقات الملكية تتوسطها أمور محددة⁽³⁾. والعلاقة الوسيطة ليست مجرد علاقة بين شخص وشيء، بل هي علاقة بين الناس فيما يتعلق بأمور محددة. ومن بين الطرق العديدة التي قد يرتبط بها الناس فيما يتصل بالأشياء، فإن فكرة الملكية أساسية من الناحية المفاهيمية.

الملكية هي الأساس للعديد من أشكال علاقات الملكية الأخرى التي نجدتها في المجتمعات الليبرالية الحديثة، حيث يمكن للمالكين اقتطاع مصالح ثانوية في الأشياء للآخرين: حقوق الارتفاق، والمصالح الأمنية، والأرباح، ومصايد الأسماك، وعقود الإيجار، وعقود الودائع، والصناديق الائتمانية، والتراخيص... إلخ. ولكن كل هذا ممكن فقط ضمن الإطار الذي تحدده الملكية.

فجوهر الملكية المفاهيمي هو التملك، والأساس المفاهيمي للتملك هو فكرة أن الشخص مسؤول عن شيء ما بالنسبة للآخرين.

إن هذا النوع من «المسؤولية» أقل ما يمنح المالك الحقوق الحصرية وإمكانية الانفصال عن المالك، وعلى هذا؛ فإن الموارد السائبة، مثل: الهواء، أو المياه، والأفكار المتدفقة، لا يمكن امتلاكها؛ لأننا لا نستطيع التعامل مع الآخرين من خلال هذه الموارد على النحو الذي يميز الملكية، فهي موارد لا يستطيع أحد أن يسيطر عليها بشكل حصري.

(3) إن «حجر الأساس» في القانون أن حقوق الملكية لا وجود لها مجردًا «في الهواء»، بل فقط فيما يتصل بأمور محددة بشكل خاص.

See Lord Mustill in *In Re Goldcorp Exchange Ltd* [1995] 1 AC 74

إن أجزاء من أجسامنا -حتى الأجزاء التي قد تكون ذات قيمة للآخرين- مثل: كُلائنا، لا يمكن امتلاكها؛ لأن الملكية ممكنة فقط فيما يتعلق بالأشياء المنفصلة عنا.

ما وراء هذا الجوهر الأساسي هو مسألة اختيار سياسي حول كيفية تشكيل حالة الملكية والسلطات المعيارية والامتيازات والمسؤوليات المرتبطة بها. إذاً هناك مستوى ثانٍ من البحث الفلسفي يتعلق بمكان الملكية في نظرياتنا العامة للعدالة، غالبًا ما تكون الملكية في قلب التفكير الثوري حول النظام الاجتماعي؛ لأنها تنظم نمطًا أساسيًا لا مفر منه للتفاعل البشري، كيف نتصرف فيما يتعلق بالأشياء. هناك دائمًا حاجة للفلسفة السياسية للتفكير وإعادة التفكير في الطرق التي يمكن للناس من خلالها الارتباط بالأشياء.

يمكننا أن نتخيل مجتمعًا يترك لأصحابه -لأسباب تتعلق بالحرية أو المنفعة- القوة الكاملة للربح وتعزيز خطط حياتهم بأي طريقة ممكنة من خلال موقعهم.

قد يمنح نظام تعظيم المنفعة الملكية مجالًا واسعًا لاستخدام مناصبهم كمالك فقط أو باعتبارها ورقة مساومة؛ لسحب الآخرين في معاملات تعزيز النفعية. يمكننا أيضًا أن نتخيل مجتمعًا لديه التزامات دينية أو إيديولوجية تؤدي إلى قيود أخرى على ما يمكن لمالكي الأجندات تحديده فيما يتعلق بموضوع ما الذي يعلق واجبات واسعة على الملكية.

وهناك أيضًا مستوى ثالث من التفكير الفلسفي في الملكية، الذي يتعلق بتوزيع الحقوق اللازمة للاحتفاظ بالملكية، وعلى هذا المستوى من التحقيق نطرح مجموعة أكبر كثيرًا من الأسئلة حول مدى عدالة توزيع السلع الأساسية في المجتمع.

وفي هذا السياق، وفي حل مسائل عدالة التوزيع، قد تكون لدينا شكوك في أن الملكية في ذاتها هي طبقة أخلاقية منظمة. وبوسعنا أن نهتم بالتوزيع

العادل للسلع الأساسية التي يحتاج إليها الناس، أيًا كانت أهدافهم في الحياة، من دون أن نخشى جلب هذا التوزيع باعتباره ملكية، وقد نتفق على قيمة المساواة في الوصول إلى السلع الأساسية دون تبني فكرة أن هذه السلع الأساسية تتخذ شكل ممتلكات. ولقد زعم كثيرون -بقدر معقول من المصداقية- أن أدوات العدالة الاجتماعية الأخرى، مثل: الضرائب، ومخططات النقل، أو نظام السكن العام، أو حقوق الاستخدام؛ أكثر ملاءمة لمعالجة هذا النوع من الظلم في التوزيع.

يركز هذا الفصل على أول نمطين من البحث الفلسفي، وهما: الأسلوبان الأكثر اهتمامًا بالحدود المفاهيمية والمعيارية للملكية في القانون. سأبدأ ببعض الاتفاقات والخلافات الأساسية بين مُنظري الملكية المعاصرين حول كيفية فهم الملكية بصفته مسألة مفاهيمية.

سأستمر في تطير الحسابات السائدة للملكية اليوم من حيث ما يقوله كل طرف عن مكان الملكية ضمن ترتيباتنا المؤسسية الأكبر.

1. ما المقصود بالملكية؟

يبدأ التحليل المفاهيمي للممتلكات بفكرة الملكية.

تُبنى الملكية باعتبارها موقفًا سلطويًا بالنسبة للآخرين، ما يعنيه بالنسبة لي أن أمتلك شيئًا ما هو أنني أنا، ولست أنت، المسؤول عن وضع أجندته. لا نحتاج إلى استدعاء فكرة الملكية لشرح كوننا مسؤولين عن أنفسنا: الأفكار عن الهوية -بدلاً من الملكية- تفعل ذلك⁽⁴⁾.

الملكية تصف نوع العلاقة «المسؤولة» التي قد تكون لدينا فيما يتعلق

(4) إن منظري الملكية اللوكينية الذين يستمدون مبرر الملكية من الملكية الذاتية لا يرون الأمور على هذا النحو.

بالأشياء التي لا يوجد اتصال ضروري لها مع أي واحد منا. يمكننا أن نفترض ملكية الأشياء التي يمكن فصلها عنا فقط، بحيث يمكن لأي كان على الإطلاق أن يقف بصفته مالكًا بدلًا منا دون أي تغيير معياري للموقف ذاته⁽⁵⁾.

يجب أن نفهم هذه النقطة رسميًا، بالطبع قد يحدث كل الاختلاف في العالم لرفاهيتي، وشعوري بهويتي، وما إلى ذلك؛ أنني، لست أنت، أملك منزلي المحبب. ومع ذلك؛ فإن الهيكل الرسمي للملكية هو نفسه سواء أكنت أنت أم أنا المالك، وبهذا المعنى؛ فإن البيوت هي أشياء قابلة للانفصال، ويمكن تملكها.

مركز الملكية له المكونات المعيارية ذاتها - والسلطة الحصرية ذاتها لاتخاذ القرارات بشأن الشيء بالنسبة للآخرين - بصرف النظر عمّن يشغل هذا المنصب. على النقيض من ذلك؛ لا يمكن لأي شخص أن يتولى مسؤولية شخص آخر بالطريقة ذاتها التي يمكن بها أن يكون الشخص مسؤولًا عن ذاته ببساطة بحكم كونه هو نفسه.

بصفته مسألة أخلاقية وقانونية؛ يمكن للناس بالطبع تولي مناصب الثقة والمسؤولية فيما يتعلق بالآخرين الذين يفتقرون إلى القدرة على رعاية أنفسهم. فكر في الآباء أو القائمين على الأشخاص المعاقين عقليًا، ولكن عندما نتقل من موقف يكون فيه شخص ما مسؤولًا عن نفسه إلى موقف يكون فيه شخص آخر مسؤولًا عنها، فهناك أيضًا اختلاف مفاهيمي وقانوني في الموقف القانوني للشخص المسؤول.

يفرز معيار الفصل العالم إلى (أشياء يمكن أن تكون أغراضًا للملكية وأشخاصًا لا يمكن أن يكونوا كذلك). التمييز بين الشخص والشيء يؤطر الحدود الخارجية للملكية. النقطة التي أوضحها هنا هي نقطة أساسية، نحن -

See J.E. Penner, *The Idea of Property in Law* (Oxford University Press, 1997). We (5) find the idea of separability in Aristotle's treatment of property (in *Politics*).

ككائنات مُتجسدة- لا نستطيع الدخول في علاقة خارجية، المالك- المملوك، مع أنفسنا.

لا يترك التمييز بين الشخص والشيء مجالاً للنظر في اعتبارات أخرى، مثل: تفضيلاتنا أو منفعتنا، لمعاملة أجزاء الجسم باعتبارها ممتلكات طالما أنها تظل جزءاً منا⁽⁶⁾.

أجزاء الجسم في حين تظل جزءاً من الشخص؛ تقع خارج نطاق الملكية. حتى لو كانت ساقاي تعني لي أقل من فنجان الشاي الذي تركته لي جدتي، فيمكنني، عند الحاجة، نقل الملكية في فنجان الشاي الخاص بي، ولكن ليس ساقاي. على النقيض من ذلك، فإن أجزاء الجسم التي بُترت بالفعل عن الشخص هي على الأقل مرشحة لإدراجها في نظام الملكية الخاص بنا. العوائق المفاهيمية للممتلكات غير موجودة فيما يتعلق بأجزاء الجسم المبتورة بالفعل (مثل: شعري المقصوص).

يُحدّد ما إذا كانت أجزاء الجسم يمكن امتلاكها بعد الفصل على أسس السياسة العامة، بعيداً عن أي شيء يمكن لفكرة الملكية نفسها أن تعدّه لنا من الجهة المفاهيمية. حتى لو كنا نعتقد على أساس الحرية أنه من المبرر لنا معاملة أجزاء الجسم باعتبارها ممتلكات في سياق التفاعلات الطوعية، فإن هذه البديهيات تتعرّض بالتأكيد عندما نفكر في كيفية تأثير الملكية في أجزاء الجسم في سياقات أخرى.

من الخطأ الاعتقاد بأن الملكية تُعرّف فقط من منظور دورها في معاملاتنا الطوعية مع الآخرين.

تسمح الملكية بطبيعتها بالعديد من أشكال التوريث، بعضها طوعي كما هو الحال عندما نبيع الأشياء، أو نتركها للآخرين بإرادتنا، بينما بعضها الآخر لا إرادي، كما هو الحال عندما يغصب شخص آخر ممتلكاتنا، أو يُعيّن مالِكاً

See M. Radin, *Contested Commodities* (Harvard University Press, 1996).

(6)

بموجب القانون، كما هو الحال في الإفلاس أو المصادرة،⁽⁷⁾ إذا أمكن جعل ساقى في موضع الممتلكات، فسندطر إلى السماح لها أيضًا أن تكون ممتلكات في الظروف التي تتوافر فيها الأشياء التي تخصني، سواء أعجبتك ذلك أم لا، لإرضاء الدائنين⁽⁸⁾. يعد التمييز بين الشخص والشئ، الذي يحافظ عليه شرط قابلية الفصل؛ مهمًا للحماية من الخسائر غير الطوعية.

يقدم معيار الفصل تكملة مفاهيمية معتدلة للقضية الأخلاقية ضد الرق (الرق شنيع بصفته مسألة أخلاقية) كما أن حيازة الإماء هي أيضًا معيبة باعتبارها شكلاً من أشكال الملكية⁽⁹⁾. النقطة المفاهيمية هي كالتالي:

علاقة السيد بالأمة هي علاقة حالة قد يشغلها عددٌ كبير من الناس دون تغيير قانوني، ولكن ليس من قبل أي شخص على الإطلاق. الموقف القانوني للسيد بالنسبة للأمة لا يمكن أن تشغله الأمة نفسها.

هناك دائمًا شخصٌ ما يكون «أ» بالنسبة له دائمًا شخصًا فقط، ولا يكون شيئًا أبدًا: (أ) نفسها. حتى أولئك الذين يجدون فكرة الملكية الذاتية مقنعة بالتأكيد لا يدعون تكافؤًا قانونيًا بين الملكية الذاتية وهيمنة الآخر على نفسه⁽¹⁰⁾.

ممارسة الرق لا تؤسس إمكانية اقتناء الأشخاص⁽¹¹⁾. إن الذين يستعبدون

(7) وقد تكون لدينا أسباب تتعلق بالقانون العام تسمح للمدينين بحماية بعض الأصول من الدائنين رغمًا عن منطق الملكية.

(8) ولتأمل هنا مطالبة شيلوك برطل لحم من أنطونيو، في تاجر البندقية.

(9) Cf. J. Waldron, *The Right to Private Property* (Oxford University Press, 1988) 33 n. 15 (making the case that there are ethical, not conceptual, problems with slavery. See Aristotle, in *Politics*, 1253b1 (concerning slave as 'an instrument of action, separable from the possessor).

(10) Cf. A. Ryan, *Property* (University of Minnesota Press, 1987) at 58-9.

(11) إن الرق معقول من الجهة المفاهيمية ليس باعتباره ملكية في هيئة إنسان، بل بوصفها مطالبة بالسيادة على حرية آخر، في تراث القانون الطبيعي، كان المعتقد أن الحرية والملكية =

النَّاس يضعون أنفسهم في فئة خطأ - معاملة النَّاس كأشياء - وهذا في الوقت ذاته غير أخلاقي البتة. تتعلق الملكية بالأشياء وليس الأشخاص، لكن هل القابلية للانفصال تفسر بشكل كامل طبيعة تشييء الملكية؟ هل هناك أمر آخر، مثل المادية، يؤدي دورًا عندما يتعلق الأمر بالسماح بأن تكون بعض الأشياء موضعًا للتملك، وبعضها الآخر ليس كذلك؟

كما سنرى لاحقًا، فإن بعض الأسباب القانونية للتملك على الإطلاق مقنعة بشكل خاص فيما يتعلق بالموارد المادية، مثل: الأرض، التي تشكل مكان الحياة البشرية والنشاط. ومع ذلك، فإن المادية ليست مطلوبة من الجهة المفاهيمية للممتلكات.

المهم هو أن يكون الشيء، المادي أو غير ذلك، مستقلًا عن الأشخاص، بحيث يمكن لأي شخص على الإطلاق أن يأخذ الملكية دون أي تغيير قانوني للموقف نفسه. خذ -على سبيل المثال- حق الدائن في استرداد التزام الدين. هذا هو حق رفع دعوى من أجل استرداد مبلغ من المال.

في الواقع؛ يتعامل مع دعاوى الديون في القانون باعتبارها نوعًا من الممتلكات غير المادية. من وجهة النظر الأساسية للملكية باعتبارها حقًا حصريًا لشيء قابل للفصل، يمكننا أن نرى سبب ذلك بشكل صحيح، ويمكن فصل دعوى الديون عني، الدائن الأصلي، كما أن التفاحة منفصلة عني، ولا يشكل أي مصدر من المصدرين ذاتي (على الأقل حتى أكل التفاحة)، ويمكن لأي شخص أن يكون مكاني بصفته مالكًا التفاحة أو الدين دون أي تغيير قانوني للوضع؛ نظرًا لأن إجراء الدين قابل للفصل، ويمكن أن يكون «شيئًا»، ويمكن تملكه للآخرين.

قادرتان على السيطرة البشرية، على النقيض من الحياة، التي كان من المعتقد أنها ليست مسألة قانون طبيعي، ومن الواضح أن العبودية بشعة أخلاقيًا أيًا كان شكلها المفاهيمي.

See e.g., Suarez, Disp XIII, 'On war' in Selections from Three Works of Suarez (Liberty Fund, orig. trans. 1944) at 845.

الآن؛ قارن بين دعوى دين مع دعوى ضرر لاسترداد تعويض عن إصابة بسبب الإهمال، لنفترض أنك كنت تقود بسرعة عالية بشكلٍ متهور ودهستني في تقاطع، مما أدى إلى كسر ساقِي يحق لي رفع دعوى ضدك بسبب الإهمال، ويشرح شرط قابلية الفصل سبب عدم إمكانية تعيين أفعال الضرر الشخصي، كما يمكن أن تكون إجراءات الديون، هناك علاقة خاصة بين ذاتيتي والفعل الذي يهدف إلى جعلي كاملاً مرة أخرى، ويمكن فهم عدم إمكانية رفع دعوى تهدف إلى جعلي كاملاً مرة أخرى قياساً بعدم إمكانية ساقِي للتصرف أو الترخيص لإلحاق الضرر بها⁽¹²⁾.

أ. التفرد:

الملكية، بصفتها موقعاً للمسؤولية عن الأشياء في العالم، تتضمن أيضاً تفرد الموقع نفسه.

يتناول معظم مُنظري الملكية اليوم التفرد للإشارة إلى حق استبعاد الآخرين من شيء ما.

من الواضح أن هناك بعض الأشياء غير قابلة للاستبعاد بهذا المعنى الأساسي، خذ فكرة، مثل: فكرة قصة. الفكرة، بمجرد مشاركتها علناً - يمكن فصلها عني - لم تعد موجودة فقط في ذهني، وقد يفكر بها الآخرون دون المساس بشخصي. ومع ذلك، لا يمكن امتلاك الأفكار؛ لأنها، عند استيفائها متطلبات القابلية للفصل، لم تعد في الحال قادرة على التفرد.

إذا أخبرتك بفكرتي لقصة ما - في أفضل الأحوال - كل ما يمكنني فعله هو أن أطلب منك عدم تكرارها أو استخدامها لتحقيق الربح أو نسخ الطريقة التي عبرت بها عن ذلك، ولا يمكنني طرد الفكرة نفسها من أفكارك بشكلٍ

(12) نحن نرى على وجه التحديد هذا التردد في السماح بملكية الإجراءات القانونية في القواعد

القانونية التاريخية ضد التسوية والصيانة.

مناسب؛ لكي أحتفظ بها حصريًا لنفسِي. لذلك هناك مشكلات مفاهيمية في النظر إلى الأفكار على أنها «أشياء» يمكن امتلاكها.

الموارد الأخرى قابلة للفصل عنا، ولكنها غير قادرة على التفرد؛ لأنها تفتقر إلى الحدود التي قد يُستبعد منها الآخر. يمكنني استبعادك من عمودٍ من الفراغ مليء بالهواء، لكن لا يمكنني استبعادك من الهواء نفسه الذي يتحرك ولا يُحتوى. الهواء هو أحد الأشياء التي يطلق عليها بلاكستون: «الموارد الهاربة» التي تتحدى الاحتواء داخل حدود ثابتة.

وبالمثل؛ لا يمكنني استبعادك من المياه الجارية، على الرغم من أنني قد أكون قادرًا على استبعادك من وعاء يحتوي الماء، أو عمود من الفراغ فوق أرض مغمورة تتدفق المياه عبرها.

ب. الملكية باعتبارها مكتبًا:

هل هناك ما يُضاف للمفهوم الأساسي للملكية غير الحق في فصل الشيء واستبعاده؟

أظن ذلك: هناك السلطة المعيارية فيما يتعلق بذلك الشيء القابل للانفصال الذي تشير إليه فكرة التفرد، ولا يمكننا أن نفهم فكرة الملكية دون أن نفهم طبيعة الموقع وهيكلته التي يشغلها أصحابها حصريًا داخل حدود الشيء⁽¹³⁾.

تأمل قضية الأرض، تسمح الأرض بوضوح لكل من القابلية للفصل والاستبعاد، في حين يجب أن نقف دائمًا في مكانٍ ما؛ لا يزال بإمكاننا أن نرى كيف يمكن فصل مساحة محددة على الأرض عن أي واحد منا، لا يوجد سبب شخصي يجعل قطعة أرض محددة ليست ملكك تمامًا كما أنها يمكن أن تكون ملكي، يمكنني امتلاك الأرض واستبعاد الآخرين بقدرٍ ما لديهم مكان

See L. Katz, 'Exclusion and exclusivity in property law', University of Toronto Law Journal, 8 (2008), 275.

ينتقلون إليه بعد استبعادهم. لكن يبدو أنّ ملكية الأرض تعني شيئاً أكثر عن طبيعة المكانة التي أشغلها حصرياً بصفته مالكا، وهو الشيء الذي لا يُستفاد منه فقط من حيث الإقصاء. قد يكون لكل من: الحاكم، والمالك الخاص، وواضع يده، والمستأجر، وصاحب الترخيص، حقوق الاستبعاد فيما يتعلق بقطعة الأرض ذاتها. عند ممارسة حقوقهم في الاستبعاد، قد يتصرفون بطرق متشابهة جداً، على سبيل المثال: بناء الأسوار، ورفض الدخول، وما إلى ذلك. ومع ذلك؛ فإننا نستدعي أنواعاً مختلفة من سلطة اتخاذ القرار عندما نصف صاحب الحق في الاستبعاد بأنه مالك، وأخرى بأنه دولة، وأخرى بوصفه مجرد صاحب ترخيص.

المالكون مسؤولون عن تنظيم النشاط الخاص فيما يتعلق بالأشياء لأسباب تخصهم، الدول التي تمارس سلطة إقليمية على تلك الأرض نفسها هي المسؤولة عن اتخاذ القرارات نيابة عن كل شخص يخضع لمتطلبات التبرير العام⁽¹⁴⁾.

يمكننا بالمثل التمييز بين المالكين وغيرهم ممن لديهم حقوق خاصة لاستبعاد شيء ما، مثل: ضيف ليلة، أو من يعثر على شيء ما. المالكون هم المسؤولون بطريقة لا يتحملها المرخص له أو من يعثر عليه الترخيص بطبيعته هو صلاحية محدودة لاستخدام شيء محدد. يحق للشخص المرخص له في سكن منزل ليلاً أن يستبعد القادمين تلك الليلة، ولكن ليس لديه القدرة على تحديد طريقة شغل هذا العقار بشكل عام، أو إخلاء منصبها وتعيين خلف لها،

See L. Katz, 'Property's sovereignty', *Theoretical Inquiries in Law* 18 (2017) 299, and (14) A. Ripstein, 'Property and sovereignty: how to tell the difference', *Theoretical Inquiries in Law* 18 (2017) 243, on differences in the kinds of authority that states and owners have. See J. Waldron, 'Settlement, return, and the supersession thesis', *Theoretical Inquiries In Law* 5 (2004), questioning the state's right to exclude outsiders.

أو إعطاء حقوق ملكية أخرى أقل للآخرين، مثل: حق المرور للجار أو الرهن العقاري للبنك.

وبالمثل؛ فإن الشخص الذي يجد قلاذتي له الحق في استبعاد غير المالكين الآخرين، لكن ما نعينه بمن يعثر عليها -على عكس اللص- هو الشخص الذي يستحوذ على شيء بقصد إعادته إلى صاحبه، وليس شخصاً يشرع في اغتصاب دور المالك.

ما الذي يميز بعد ذلك موقف المالك من منصب المرخص له أو من يعثر على شيء أو حتى الحاكم السياسي الذين قد يكون لهم جميعاً الحق في استبعاد الشيء نفسه؟ إنها الطبيعة المميزة للسلطة المعيارية التي يمتلكها كل طرف.

يُحدّد موقع المالك من خلال نوع السلطة التي لديها لوضع برنامج الشيء، ما يعنيه الشيء الخاص بي، بمعنى: إنني أملكه، هو أن سلطة اتخاذ القرار لدي هي العليا بين الجهات الفاعلة الخاصة.

بالنظر إلى سلطتها الحصرية والدور الذي تمنحه المالكين، ربما يكون من الأفضل التّفكير في الملكية على أنها مكتب من نوع ما: موقع غير شخصي ومستقر ودائم للسلطة مكلف على الأقل بوضع برنامج للأشياء، مما يسمح خلافة أصحاب المناصب عن طريق: المنح، أو الاستيلاء، أو التعيين من قبل الدولة⁽¹⁵⁾.

التّفكير في الملكية باعتبارها مكتباً يمثل أيضاً ميزة أخرى للملكية: مجموعة متنوعة من الطرق التي يمكننا تصور امتلاك الملكية دون تغيير الطريقة

L. Katz, 'Moral paradox of adverse possession: sovereignty and revolution in property law', McGill Law Journal 55 (2010), 47; L. Katz, 'Governing through owners', University of Pennsylvania Law Review 160 (2012), 2029; C. Essert, 'The office of ownership', University of Toronto Law Journal 63 (2013), 418.

التي تعمل بها الملكية باعتبارها مكتبًا بالنسبة لأطراف ثالثة، أي: غير المالكين.

وقد يكون مكتب الملكية ذا طابع فردي بدرجة كبيرة، كما هو الحال في حالة الملكية الخاصة، أو قد يحتفظ به بصورة جماعية، كما هو الحال في حالة الملكية المجتمعية التي بموجبها تشترك مجموعة من الناس في عملية صنع القرار.

وبوسعنا أن نستعرض النقطة الأساسية ذاتها بشأن تنوع الطرق التي يمكن للمالكين أن يرتبطوا بها لتوزيع الفوائد والأعباء التي تنضم إلى مكتب الملكية، على سبيل المثال: بين: أصحاب المصالح الحاليين، والمستقبليين، والشركات، والمساهمين، والوسطاء، والمستفيدين.

إن الفكرة الأساسية للملكية بصفقتها مكتبًا تسمح للملاك بإجراء مجموعة متنوعة من اختيارات التوزيع داخل المكتب من دون أي تغيير معياري إلى العلاقة «المسؤولة» الأساسية بين الملاك حيال آخرين. ويحدد مكتب الملكية الإطار لأنواع الأمور التي يمكن لبقية الجهات الفاعلة الخاصة أن تقوم بها فيما يتعلق بهذا الأمر، ومن وجهة النظر هذه، لا يهم هيكل الإدارة الداخلية القائم لإدارة هذا المنصب، أو من يقف إلى الذي حصل على أي قيمة تحدث للتدفقات منه.

وحتى الملكية العامة، كما هي الحال عندما تمتلك الدولة الأشياء، تستفيد من الفكرة الأساسية ذاتها للملكية كمكتب. إن إمكانية الملكية العامة لا تُقوض التمييز الذي قمت به أعلاه بين الملكية وسيادة الدولة. وعندما تتصرف الدولة كمالك، فإنها تتخذ قرارات لا تُعزى إلى سلطتها العامة المتميزة، بل إلى سلطتها في الملكية. إذاً هناك تمييز بين سلطة الملكية وغيرها من أشكال السلطة العامة، على الرغم من أن الدولة، مثل: الوصي، ستكون لديها قيود إضافية مشددة لممارسة سلطتها في الملكية من أجل المصلحة العامة.

وقد تفشل الدولة في مراعاة هذا التمييز بطبيعة الحال، وفي حالة عدم

مراعاة التمييز بين الملكية والسلطة العامة، فإن الدولة تتصرف ببساطة متجاوزة حدود السلطة.

أعتقد أنّ هذا كان محل اهتمام اللورد مانس في قضية ضد وزارة الخارجية البريطانية، في أعقاب الإبعاد القسري لسكان جزر تشاغوس، قبل تأجير جزيرتهم للجيش الأمريكي⁽¹⁶⁾. وادّعت الحكومة أنها تمارس سلطتها الخاصة بالنسبة لإقليم المحيط الهندي البريطاني، ولكنها تصرفت -وفق اللورد مانس- كما لو أنها تمارس سلطة اتخاذ قرارات بشأن الأرض الجرداء.

من وجهة نظر المالك؛ بوصفه الجهة التي تضع أجندها على الأرض، فإن الدولة كانت تنظر إلى السكان بوصفهم مجرد إزعاج، وقد تبين أنها اتخذت وجهة النظر الخطأ. وتتمثل إحدى طرق التمييز بين الملكية العامة والسلطة الإقليمية في تطبيق فرضية الانفصال في الملكية العامة.

لا يمكن للدولة أن تتصرف كمالك فيما يتعلق بأشياء مغلفة بهويتها الخاصة، مثل: أراضيها. يجب أن يكون هذا النوع من سلطة اتخاذ القرار الذي يمكن للدولة من حيث المبدأ أن تنقله إلى شخص آخر دون أن تحلّ مكان ذلك الشخص أو الكيان.

تلك الأشياء التي تمتلكها دولة ما، يمكنها أن تنقلها إلى دولة أخرى دون تفويض وضعها كدولة، تلك الأشياء التي تجعل الدولة دولة، على سبيل المثال: أراضيها، ولا يمكن اقتطاعها ونقلها إلى دولة أخرى بالطريقة ذاتها⁽¹⁷⁾.

Bancoult v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, [2008] (16) UKHL 61

(17) عندما تمنح الدولة حقوق الملكية الخاصة، فإنها لا تتخلى عن سلطتها السياسية على الأراضي المملوكة للقطاع الخاص. فهي مجرد إعطاء سلطة خاصة لأصحاب الأراضي، شريطة أن تخضع دائماً لسلطتها العامة لتنظيم هذه الأراضي، بل وحتى حق مصادرة هذه الأراضي للأغراض العامة.

2. مكان الملكية في النظام القانوني:

في صميم قانون الملكية يُفهم عمومًا أن فكرة التملك هي طريقة لإلحاق الحقوق الحصرية بالموارد النادرة.

تعطي اعتبارات التبرير السياسي وجهات نظر مختلفة حول كيفية عمل الملكية ضمن نظامنا القانوني، وتقود المنظرين إلى تطوير مفاهيم مختلفة بشكلٍ دقيق عن الملكية. تقع نظرية الملكية اليوم تقريبًا على ثلاث طرق للتفكير حول كيفية ترتيب الملكية ضمن النظام القانوني:

الطريقة الأولى: ترى الملكية على أنها عرضية للتعاقد: حقوق الملكية مجرد أوراق مساومة نبدأ بها عندما نفكر في التعاقد فيما بيننا⁽¹⁸⁾.

يعكس هذا الترتيب، الذي نمر بموجبه بالململكات للتعاقد، اعتبارات نفعية على نطاق واسع. وجهة نظر ثانية ترى الملكية في المقام الأول من خلال عدسة الضرر، هنا يُزعم أن حقوق الملكية عامة فيما يتعلق بالشيء، مما يعطي حقًا مطلقًا في الاستبعاد لأي سبب على الإطلاق، ويُقيّد في مرحلة لاحقة باعتبارات القانون العام، وبالتالي، فمن الخطأ دائمًا أن يستخدم الآخرون أي شيء، أو يتلفوه بأي شكل من الأشكال دون موافقة المالك.

عادة ما يكون الدافع وراء هذا الرأي هو فهم الحرية الفردية التي يعدها مؤيدوها أساسية من الجهة المفاهيمية لفكرة الملكية، ويجب أن يكون لكل شخص الحق في فعل ما يحلو له بما يخصه، مقيدًا فقط باعتبارات تجاوز القانون العام⁽¹⁹⁾. الملكية مهمة بقدر ما تحدد طرقًا إضافية قد يتجاوز بها الآخرون علينا. هنا أيضًا يبدو أن الملكية تحتل مكانًا داخل نظامنا القانوني وهو

See H.E. Smith and T.W. Merrill, "What happened to property in law and (18) economics?", Yale Law Journal 111 (2001) at 357.

A. Ripstein, Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy (Harvard (19) University Press, 2009).

في طريقه إلى مكانٍ آخر، أي: قانون الأضرار. وفق هذه الآراء؛ يُعد قانون الملكية معبراً لقانون العقد أو الأضرار، وله تأثير قانوني صغير جداً داخل النظام القانوني.

وجهة نظر ثالثة تأخذ علاقات الملكية إلى الاهتمام بشريحةٍ أوسع من التفاعل البشري من علاقاتنا التوافقية أو التعاقدية.

في وجهة النظر هذه، الملكية ليست قنطرةً لهذه الأنماط الأخرى من التفاعل، بدلاً من ذلك، فإنها تتيح نوعاً مميزاً من التفاعل البشري الذي شكلته سلطة الملكية نفسها⁽²⁰⁾. وقد وصفت هذه القوة المعيارية من حيث سلطة المالك في وضع برنامجٍ لشيءٍ ما.

هناك تفسيرات أخرى أقدم بكثير للوضع القانوني للمالكين من حيث: الإشراف، والسلطة، والمسؤولية عن رعاية الأشياء⁽²¹⁾. مكانة مميزة في نظامنا القانوني. الآن دعونا نأخذ كل وجهة نظر على حدة، مع التركيز على شرح الدوافع السياسية لكل منها.

أ. الممتلكات بوصفها وسيطاً للتعاقد:

سأبدأ بفكرة أن الممتلكات فقط تمهد لقانون التعاقد، فكرة أن الملكية هي قنطرة للعقد.

(20) تقع وجهة النظر هذه بين رؤية أو. هولمز لقانون الممتلكات ووجهة نظر مايتلاند، إذ إنّ نظرة هولمز إلى قانون الملكية بوصفه قانوناً فنياً وفلسفياً غالباً غير مثيرة للاهتمام، ووجهة نظر مايتلاند التي كتبت أنّ نظامنا القانوني بالكامل يبدو - في بعض الأحيان - وكأنه ملحق بقانون الملكية العقارية.

See Maitland, *The Constitutional History of England* (Cambridge University Press, 1920) at 538; O.W. Holmes, *The Common Law* (Little, Brown & Co., 1881)

For a contemporary treatment, see J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. (21) (Oxford University Press, 2011).

ومن هذا الرأي، فإن الطلبات الخاصة أمور تتعلق بالتعاون على نطاق صغير، أو الاتفاق الطوعي بين الجهات الفاعلة الخاصة. فالملكية ببساطة هي المبادرة (مبادرة إلى حد كبير، إذا كان السوق يعمل على النحو الصحيح). تخصيص حقوق النقص فيما يتعلق باستخدام الموارد الشحيحة التي نتساوم بشأنها بعد ذلك من أجل توزيع الحقوق على النحو الأمثل⁽²²⁾.

ولا يعتقد العديد من الاقتصاديين أن هناك مبدأ عاماً يحدد من ينبغي أن يكون لديه الحق في الاستبعاد قبل أي تعارض بشأن الاستخدام. وفي عالم لا تُوجد فيه تكاليف للمعاملات، يمكن تخصيص الحق على أي جانب من جانبي الصراع، وسوف نتوصل إلى نتائج فعّالة. خذ مثلاً صراعاً بين صاحب المصنع، (أ) يفرغ الملوثات التي تنجرف إلى أسفل مجرى النهر على أرض المزارع (ب)، و (ب) له الحق في التلويث أو دفعه.

وفي حين أن صاحب مصنع ينتج التلوث ومزارع مجاور قد يهتمان كثيراً بنفسه بمن يبدأ بالحق في الاستبعاد، فإنه لا يهم من منظور أفضلية الكفاءة على الإطلاق ما دام لا يوجد عائق أمام المساومة. ومن خلال العقد، ينتقل الحق إلى المستخدم الأعلى قيمة.

والنتيجة الطبيعية لفكرة التعاقد المفضية إلى الملكية هي النظر إلى الملكية كحزمة من الحقوق، حيث تحول تكاليف المعاملات دون التداول في أسواق حرة، يجب على القضاة ترتيب الاستحقاقات فيما بين (أ) و(ب) لتحقيق النتائج المفضلة لدينا التي تعزز عادة المنفعة أو الكفاءة الاجتماعية.

ومن هذا الموقف، فإن الملكية لا تتخذ شكلاً محددًا، مثل: الحق العام في الاستبعاد، بل هي بالأحرى جزمة من الحقوق المرنة.

For R. Coase and his followers, private ordering is primarily about voluntary (22) transactions. See G. Calabresi and A.D. Melamed, 'Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral', Harvard Law Review 85 (1972), 1089.

تمثل كل عصا في الحزمة الحق في استخدام آخر أو استبعاده من الاستخدام بالنسبة لشيء ما، وقد يتم تصميم هذه الحزمة ذاتها، بحيث تلبي متطلبات المنفعة الاجتماعية أو الكفاءة الاجتماعية في كل حالة على حدة.

ب. الملكية بوصفها وسيطاً للضرر:

تذكر الآن الفكرة الثانية، أن الملكية تمهد الطريق للضرر. الملكية -في هذا الرأي- تحدد فئة من المخالفات التي تتميز بتجاوز الحدود غير المصرح به. من وجهة النظر هذه، يتمتع المالكون بسلطة مطلقة لاستبعاد الآخرين فيما يتعلق بشيء ما، بحيث يكون من الخطأ دائماً أن يدخل الشخص ممتلكات شخص آخر دون موافقته. الملكية هي ببساطة ما ينتج عن حق عام ضد عبور الحدود غير المصرح بها الذي يمكن التنازل عنه بالرضا.

أولئك الذين يضعون الممتلكات على عتبة الضرر يصرون على أن الحق في الاستبعاد هو إسهام ثابت في التفكير القضائي حول الملكية. في النزاع بين المزارع وصاحب المصنع، حق المزارع في استبعاد المنشآت تحليل المسؤولية التقصيرية، من الخطأ للوهلة الأولى، في هذا الحساب، إرسال مواد عبر خط الحدود لممتلكات شخص آخر دون موافقتها.

تبدأ النماذج الكانطية لهذا النهج بفكرة الحرية على أنها عدم سيطرة التي بموجبها لا يخضع أحد لاختيار آخر. الملكية هي امتداد لفكرة مجانية الأشياء في العالم. من خلال الملكية؛ نحن مسؤولون عن الأشياء بالطريقة ذاتها التي نحن مسؤولون بها عن أنفسنا بشكل عام.

يعد تأسيس الملكية الخاصة باعتبارها حقاً عاماً بالنسبة للأشياء شرطاً ضرورياً للحرية الفردية. في الآونة الأخيرة، طور آخرون نظريات مفيدة للممتلكات بوصفها قنطرة للضرر. على هذا الاعتبار أيضاً، تعد الملكية حقاً في استبعاد المعنيين في المقام الأول بالخطأ المتمثل في عبور الحدود غير المصرح به. أحد هذه النظريات هو تطبيق مفهوم جوزيف راز للسلطة بالنسبة

للملكية كمجال منفصل من القانون، يتم تمييزه من خلال اهتماماتنا القيّمة في استخدام الأشياء.

وبالتالي؛ فإنّ اهتمامنا بالاستخدام يبرر واجب الآخرين باستبعاد أنفسهم، وعليه، ينتج عنه فكرة الملكية باعتبارها حقاً ضد المعابر الحدودية غير المصرح بها⁽²³⁾. في جوهرها، تستند هذه النظرة القائمة على الاهتمامات للملكية إلى ادّعاء تجريبي بأنها سمة عرضية، ولكنها ثابتة للحياة البشرية، بحيث لا يمكننا استخدام الموارد النادرة بشكلٍ فعّال دون استبعاد الآخرين.

تضع حسابات الذرائع الأخرى الملكية على عتبة الضرر باعتبارها جزءاً من استراتيجية غير مباشرة لتعزيز كفاءة النظام⁽²⁴⁾. والهدف هو تمكين التعاون على نطاقٍ صغير بتكلفة اجتماعية مُنخفضة على النحو الأمثل، والالتزام بالحق العام في الاستبعاد.

يُنظر إليه على أنه أفضل طريقة بشكلٍ عام لتمكين الملكية من القيام بهذه المهمة ضمن النظام القانوني الخاص. من خلال استخدام قواعد واضحة، مثل: «تجنب الأشياء التي تخص الآخرين»، نحقق قدرًا أكبر من الكفاءة: عبور الحدود غير المصرح به -مثلاً- يحدد تجاوزًا يفرض تكاليف معلومات أقل من تحديد الحقوق والواجبات المرتبطة بها كل حالة على حدة.

يُقَدّم هذا النهج النفعي غير المباشر باعتباره إجراءً تصحيحياً للنظريات الاقتصادية التقليدية التي تتخذ نهج «القنطرة إلى التعاقد»، والتي بموجبها تُعد الملكية مجموعة من الحقوق تُجمع حسب الحاجة.

ج. النطاق الداخلي للممتلكات:

ويقودني هذا إلى مجموعة ثالثة من نظريات الملكية التي تفسر الملكية من

See Penner, The Idea of Property in Law

(23)

(24) إن هنري سميث وتوماس ميريل من الدعاة البارزين لوجهة النظر هذه.

حيث أصحاب السلطة القانونية، وليس فقط من حيث الحق في استبعاد السلطات القانونية الأخرى، مثل: سلطة التعاقد أو الموافقة التي يمكن ممارستها.

تقدم حسابات الإشراف على الممتلكات مطالبات الملكية الأكثر طموحًا واتساعًا بوصفها موقفًا قانونيًا محددًا من حيث صلاحياتها الداخلية أو هدفها.

تنشق العديد من هذه الروايات عن الملكية الخاصة من الفكرة الكتابية القائلة بأن الأرض منحة مشتركة لنا جميعًا⁽²⁵⁾.

للمالكين سلطة خاصة على موارد محددة بصفتهم وكلاء للبشرية. المبرر الأساسي للملكية الخاصة هو قيمتها في تنسيق رعايتنا للأرض، فنحن قادرون بشكل أفضل على رعاية الأشياء من خلال مناصب إشراف شديدة الفردية. هناك، بشكل متصل، نظريات فضيلة الملكية، وهي تهدف إلى تعزيز الفضائل، مثل: التواضع، والصناعة، والعدالة⁽²⁶⁾.

كيف لنا تصور الملكية بصفتهما مؤسسة هادفة؟

هناك مسافة كبيرة بين حسابات الإشراف على الممتلكات، التي تدعي وجود هدف داخلي ثري للممتلكات، وحسابات الملكية بوصفها مجرد حق لاستبعاد الآخرين التي تخبرنا بما تفعله الملكية (أي: إنشاء حراس بوابات مع حقوق الاستبعاد)، ولكن ذلك ينفي أن قانون الملكية يهدف إلى أي شيء آخر في القيام بذلك. في هذا الفضاء؛ وجدت مجالاً لمفهوم الملكية باعتبارها مكتبة

(25) تشير بعض قراءات لوك إلى أننا من خلال تقديم الكفاية والقيود المفروضة على النفايات، نصل إلى قيود تنظيمية على السلطات القانونية للملاك.

See e.g., G. Sreenivasan, *The Limits of Lockean Rights in Property* (Oxford University Press, 1995).

E. Penalver and G. Alexander, 'Properties of community', *Theoretical Inquiries in Law* 10 (2008); E. Penalver, 'Land virtues', *Cornell Law Review* 94 (2009) 821.

خاصًا مكلف بوضع برنامج للأشياء بالنسبة للآخرين.

تحل الملكية باعتبارها مكتبًا لسلطة وضع برنامج مشكلة أخلاقية أساسية حول المكانة لتحديد ما يجب فعله مع الأشياء التي لدينا جميعًا مصلحة في استخدامها بإنتاجية وبلا تعارض. هناك مشكلة في الموقف؛ لأن لا أحد منا لديه التصريح الأخلاقي المتأصل لفرض وجهات نظره الخاصة على الآخرين حول ما يجب فعله بشيء ما (كما نفعل مع أجسادنا). كما أنه ليس لدينا موقف لاتخاذ قرارات بشأن الأشياء فقط بحكم شيء، مثل: الخبرة أو الجدارة. الحاجة - كما رأينا - قد تبرر حقًا أقل في استخدام أو استهلاك شيء ما، ولكن ليست القوة الأكبر لوضع برنامج بالنسبة للآخرين.

لمعرفة سبب ذلك؛ ضع في حسابك مواقفنا الأخلاقية فيما يتعلق بيننا وبين بعضٍ قبل أن يكون أي شخص مسؤولاً عن الأشياء.

تواجه الخطوة الأولى - لأخذ شيء ما على أنه لي - مشكلة في الموقف: لماذا أنا؟

لا يمكنني تبرير تولي مسؤولية الأشياء فقط على أساس أنني بذلك أصنع لنفسي مجالًا لا أخضع فيه لاختيارات آخر. ولا يمكنني تحمل المسؤولية على أساس أنني أعرف أفضل ما يجب فعله. هذا لأنني -بتولي هذا الشيء- أزيح الحالة التي لا يخضع فيها الآخرون لاختياراتي، والتي يكون فيها لآراء الآخرين حول ما يجب فعله مع هذا الشيء الوزن الأخلاقي ذاته لرأيي⁽²⁷⁾. نحن لا نواجه مشكلة الموقف بالنسبة لحقوقنا تجاه ذواتنا: آراؤك وآرائي حول ما يجب فعله بجسدي ليست على قدم المساواة منذ البداية.

تحل الملكية مشكلة اتخاذ الموقف عن طريق تعيين مكاتب خاصة غير

See L. Katz, 'Spite and extortion: a jurisdictional principle of abuse of property right', (27) Yale Law Journal 122 (2013) at 1444.

شخصية وفردية، تكون من خلالها للأشخاص سلطة تولي الأمور. فالملكية التي ينظر إليها على أنها حل لنوع واحد من المشكلات الأخلاقية، لا تنطوي على سلطة أكبر بكثير تحكم جوانب أخرى من الشؤون الإنسانية أو لتجنيد الآخرين في خدمة برامج أعمالنا. ولهذا السبب؛ فإن الملكية تنظم أنشطة الآخرين بشكلٍ سلبي فقط، وذلك بتمكين المالكين من تحديد الشروط التي يمكن أن يستخدمها الآخرون، ولكن ليس لدفعهم إلى المضي قدمًا في أجندتها. وبالتركيز على القوة القانونية للمالكين، فإننا نركز أيضًا على الشعور الذي تتعلق به الملكية بتعاملاتنا مع الآخرين، فيما يتعلق بشيء ما.

لقد عبر إي. إم فورستر عن هذه النقطة بسخرية حين وصف محاولاته الرامية إلى البحث عن العزلة والوحدة في «غابته».

لقد وجد بدلًا من ذلك أن الملكية تعني تعاملات مستمرة ومعقدة مع الآخرين، الصبية الذين يلقون الحجارة، والجيران، والمتجولين، بل حتى الطيور التي قدمت نفسها، كما أنها تطلب منه اتخاذ قرارات اجتماعية أكثر عوضًا عن كونها أقل⁽²⁸⁾.

إن فكرة الملكية أقل أهمية (وأقل بدهاءة في العمل) فيما يتصل بالأمور التي لا تدعو إلى نفس شدة التعامل مع الآخرين، وذلك مثل: تفاحتي، أو كلينكس للاستخدام مرة واحدة، قلمي الذي يمكن التخلص منه.

إن كانت هناك أهمية للملكية فيما يتعلق بهذا النوع من الأشياء، فهي في أن ننجح في حل مشكلة الموارد الشحيحة، أو المصالح المتنافسة في الاستخدام: منديل واحد، أنفان رشحان، كل ما يمكننا فعله هو تخصيص حق لاستبعاد شخص أو آخر.

بطبيعة الحال، يشكل الاستبعاد في بعض الأحيان أهمية كبرى فيما يتصل

E.M. Forster, 'My wood', The New Leader (1926).

(28)

بفرز المطالبات المتنافسة باستهلاك الأشياء في سياق السلع النادرة، ولكن بوسعنا أن نرى كيف يمكن حل هذه المخاوف باقتدار وببساطة من خلال تخصيص الحقوق للاستهلاك أو الاستخدام التي تحميها حقوق الاستبعاد المجردة.

الملكية الكاملة مهمة، حيث يجب على المالكين العمل على مواءمة الطرق العديدة التي قد يستخدمها الأشخاص للأشياء مع مرور الوقت. يفعل الملاك ذلك من خلال وضع برامج للشيء لإنشاء إطار لحقوق وامتيازات الملكية الأقل.

إذا لم يكن الأمر -كما اعتقد هيوم- أن الندرة التي تجعل الملكية على هذا القدر من الأهمية - مجرد الحق في الملكية من الممكن أن تتعامل مع تخصيص الموارد النادرة كما هي الحال بين المتنافسين - ولكن تعقيد النشاط البشري فيما يتصل بشيء ما على مدى مرحلة من الزمن أو المساحة التي تتطلب وجود شخص مسؤول عن رسم الخطط لهذا الأمر.

إن هذا التحول من الندرة إلى التعقيد باعتباره محفزاً على الملكية يناسب حدسنا اليومي فيما يتصل بما هو جذاب وخطير بالنسبة للملكية اليوم: الحق الحصري في امتلاك بعض المساحة تحت سقف مرتفع يستجيب لحاجتي إلى المأوى في ظل ظروف الندرة.

إلا أن الملكية الكاملة تضعني في موقفٍ يسمح لي بالقيام بما هو أكثر من مجرد إرضاء مصلحتي الشخصية في المأوى أو حتى مصلحتي الفردية في امتلاك ما هو أكثر مما أحتاج إليه، فهي تسمح لي بتحديد العلاقات التي قد تكون بين الآخرين فيما يتعلق بهذا الأمر على نطاق أوسع بكثير.

ولقد لفت س. مكفرسون انتباهنا إلى الفرد الحيازي الذي كانت مصلحته في الملكية قائمة على الاستهلاك. يعني أن نلقت الانتباه إلى كيف أن الملكية ترضى بمصلحة إنسانية مختلفة جداً، مصلحتنا في أن نتولى زمام الأمر، الملكية

تقدم قدرة جديدة للنشاط الذاتي، لا تقتصر على الاستهلاكية أو تتميز بالفردانية الحيازية. من الواضح أن حياتنا -بصفتنا مستهلكين- محدودة، فقد كانت هناك مرحلة في حياتي لا أستطيع أن أضع على لباس آخر، وألبس حذاءً آخر، وأستخدم سريرًا آخر في أحد منازل الأخرى. لا أستطيع ببساطة أن أتوسع أكثر في ظل كثرة الأشياء، وبالرغم من هذا، فإن المجال متاح دائمًا لوضع برامج أكبر وأكثر طموحًا للنشاط الخاص فيما يتصل بالأشياء التي نملكها.

وهذه النظرة إلى الملكية باعتبارها مكتبًا خاص تؤدي دورًا أساسيًا دستوريًا للجهات الفاعلة الخاصة دون إلغاء دور الدولة التي تعمل من خلال المسؤولين العموميين.⁽²⁹⁾ مكتب الملكية مكلف بتنظيم جانب واحد من حياتنا المشتركة، في حين تكلف المكاتب العامة بتنظيم مجالات أخرى للتفاعل البشري.

إن كونك مسؤولاً عن جانب واحد من خطة لا يعني فقط اتخاذ القرارات الموكلة إليك، ولكن أيضًا ترك الأمر للآخرين لاتخاذ تلك القرارات المنوطة بهم. إن التخلص من هذا الجانب من شغل المناصب الخاصة - السماح لتلك الملكية هو مجرد حق في الاستبعاد، وليس سلطة قانونية لوضع برنامج - قد يكون -على عكس الحدس- إبعاد الجهات الفاعلة الخاصة إلى مستوى أقل أهمية بكثير في المجال الخاص، وهو المجال الذي يُنقلون فيه إلى الاهتمام بأنفسهم فقط مع وضع أهدافهم الخاصة، وحرية التصرف بشكل استراتيجي في كل منعطف، و«التقلب» كما تملئ مصالحتهم الخاصة.

تشكل الملكية، من منظورها هذا، جزءًا من النظام الدستوري، «الخطة الرئيسية» التي تخصص السلطة في المجتمع لصانعي القرار في القطاعين

(29) لاحظ أنّ شبكة من المكاتب الخاصة من المرجح أن يعاد توظيفها لأداء مهام أخرى في الإدارة العامة أيضًا، وهي ظاهرة أسميها: «الحكم من خلال الملاك».

See L. Katz, 'Governing through owners', University of Pennsylvania Law Review 160 (2012), 2029. See R. Ellickson, 'The affirmative duties of owners' (Yale Law & Economics Research Paper No. 499, 10 July 2014).

الخاص والعام⁽³⁰⁾. (على حد تعبير باربرا ووتون خارج السياق)، لا يتعلق الأمر
أبدأ بما إذا كان يجب التخطيط، ولكن السؤال من يخطط؟⁽³¹⁾

يؤدي اتحاد الملاك إلى حالة لا توجد فيها أشياء بلا برنامج: كل الأشياء
التي يمكن امتلاكها تخضع للوكالة البشرية إن لم يكن للاستخدام البشري
الفعلي.

إن ما يسميه هولمز «الاتجاه العام لقانوننا... لتفضيل الاستيلاء، ورفض
غياب حقوق الملكية أو الحيابة باعتبارها نوعاً من الفراغ» يعكس في اعتقادي
قلقاً بشأن الشواغر في مكتب الملكية⁽³²⁾.

كذلك الأمر عند وجود قيود عامة على التخلي، فإنها تجعل من الصعب
للغاية إخلاء المكتب دون أن يكون لديك أولاً شخص مستعد للوقوف بدلاً
منك⁽³³⁾.

من وجهة نظر التفويض الداخلي للممتلكات؛ يمكننا أن نرى لماذا يكره
القانون المركز الشاغر: مكتب الملكية مسؤول عن وضع «الأجندة» للأشياء.
وهكذا يمكننا أن نفهم الجوانب الأساسية الأخرى، والمحيرة لقانون الملكية،
مثل: الحيابة بدون وجه حق من وجهة نظر تفويض الملكية. مثل: الحيابة
المعاكسة، من وجهة نظر تفويض الملكية. لا يمكن أن يتحمل شخص ما
منصب الملكية بعد فقدان السلطة الفعلية لشخص آخر لمجرد أن سلطة الأمر
الواقع ضرورية للوفاء بالدور الأساسي للمالكين في الواقع لوضع خطط
للأشياء.

S.J. Shapiro, *Legality* (Harvard University Press, 2011), ch. 6. (30)

See B. Wootton, *Freedom under Planning* (University of North Carolina Press, 1945) (31)
(responding to Hayek).

O. Holmes, *The Common Law* (Harvard University Press, 1991) at 237. (32)

هذه الفكرة -في اعتقادي- سليل حديث لما أطلق عليه مايتلاند مبدأ القانون القديم
الذي يخول التاج خدمة رعاياه.

See E. Penalver, 'The illusory right to abandon', *Michigan Law Review* (2010). (33)

خلاصة القول:

هل قانون الملكية بارز من الجهة الأخلاقية إذا؟

يقترح هذا الفصل سبلاً يمكن أن نتخذها من خلال اختياراتنا السياسية، ربما تجعله كذلك. الملكية هي مؤسسة مرنة، أظهر التاريخ أنها قادرة على التسلل إلى حد ما في حياتنا: الأخلاقية، والاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية. إن عمل المنظر القانوني هو مجرد الكشف عن ماهية الملكية في القانون، وكيف وبأي شروط يمكن تبريرها في تنظيم علاقاتنا؛ لأنها تتعلق بالأشياء في العالم.

الفصل العشرون

القانون الدولي

غولييلمو فيرديرام

كان القانون الدولي موضع اهتمام للفلاسفة منذ أوائل العصر الحديث إلى عصر التنوير، من المدرسين الإسبان وغروتيوس إلى: كريستيان وولف، وإيمانويل كانط. ولكن مع استثناءات قليلة (وأبرزها: جيرمي بينثام، وهانز كيلسين)، لم تكن هذه القضية موضوعًا رئيسًا للتحقيق الفلسفي معظم القرنين الماضيين، لماذا؟ لعل أحد أسباب قلة الاهتمام الفلسفي بالقانون الدولي يتعلق بتسلسل التحقيق في الفلسفة السياسية. يبدأ الفلاسفة السياسيون عادةً بالتساؤلات حول النظام المحلي، ثم ينتقلون إلى التساؤلات المتعلقة بالنظام الدولي في وقت لاحق، إن حدث ذلك.

تبع هذا التسلسل أكثر المفكرين تباينًا، فقد ختم جان جاك روسو كتابه العقد الاجتماعي بملاحظة مفادها: أنه بعد وضع أسس الدولة، يمكنه أن يفكر في تعزيز هذه الأسس بالنظر في: «قوانين الشعوب، والتجارة، وحق الحرب والغزو، والحق العام، والرابطات، والمفاوضات، والمعاهدات»، غير أنه رأى أن هذا الموضوع واسع جدًا؛ بحيث لا يمكن استقصاؤه في العقد الاجتماعي، ولم يعد إليه قط على النحو الواجب⁽¹⁾. وتطرق هيغل إلى القانون الدولي في ختام

(1) J.J. Rousseau, 'Of the social contract' in V. Gourevitch (ed.), *The Social Contract and Other Later Political Writings* (Cambridge University Press, 1997), Book IV, ch. 9.

فلسفة الحق، وترك العديد من الأسئلة بلا إجابة، أو أجابها بغموض!⁽²⁾ حتى كانط الذي كتب إحدى أشهر وأمتن المقالات حول النظرية القانونية والسياسية الدولية، لم يتناول هذا الموضوع إلا في نهاية حياته⁽³⁾. وكذلك فعل جون راولز الذي: «سار على خطى كانط»⁽⁴⁾ في هذا الشأن، ورونالد دوركين... الذي تُوفي قبل مدة وجيزة من استكمال المراجعة النهائية لإسهامها الرئيسي في فلسفة القانون الدولي⁽⁵⁾

يبدو أنّ طرح أسئلة عن النظام الدولي بعد معالجة مسائل أخرى ينطوي- أو ينتج على أي حال- على تفضيل معياري للنظام المحلي، بمجرد أن تصبح القيم السياسية الأساسية - مثل: الحرية الفردية والسياسية أو المساواة - جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني والسياسي للدولة، ينتهي الأمر إلى تصور القانون الدولي بوصفه قانوناً بين الدول.

سيرفض العالميون هذا التسلسل من المحلي إلى الدولي، وسيفضلون تأسيس قيم سياسية وأخلاقية جوهرية في ظل نظام عالمي، وتحديد الوحدات السياسية لذلك النظام فيما بعد، بطريقة تخضع لكل من تلك القيم والطابع العالمي العام للنظام السياسي الذي يدعون له⁽⁶⁾.

G.W.F. Hegel, 'Elements of the philosophy of right' in A.W. Wood (ed.), Elements of the Philosophy of Right (Cambridge University Press, 1991), 320-41. (2)

I. Kant, 'Toward perpetual peace' in M.J. Gregor (ed.), Practical Philosophy (Cambridge University Press, 1996), 311-51; I. Kant, 'Idea for a universal history with a cosmopolitan aim' in G. Zoller and R.B. Loudon (eds.), Anthropology, History and Education (Cambridge University Press, 2007), 107-20. (3)

J. Rawls, The Law of Peoples: With the Idea of Public Reason Revisited (Harvard University Press, 1999), 10. (4)

R. Dworkin, 'A new philosophy for international law', Philosophy and Public Affairs 41 (Winter, 2013), 3-30. (5)

This seems to be the approach adopted by P. Allott, 'The concept of international law', European Journal of International Law 10 (1999), 31-50. (6)

سأتناول في هذا الفصل الروايات الفلسفية التفسيرية والمعيارية للقانون الدولي التي تقبل بالدولة بوصفها الوحدة السياسية الرئيسية في النظام الدولي، ولذلك سأستبعد النظريات العالمية. قد يرى بعضهم أن قبول الدولة على هذا النحو تجريبي، ويراه آخرون معيارياً، لكنه مجرد تعبير عن كيفية تحديد ميدان فلسفة القانون الدولي بصورة عامة.

سأركز على ثلاثة أنواع من الأسئلة في هذا المجال:
أولاً: «الأسئلة المفاهيمية» التي تتناول طبيعة القانون الدولي بوصفه قانوناً، و«وجود معايير ومضمونها»⁽⁷⁾.

ويتعلق النوع الثاني «بصياغة المعايير الأخلاقية لتقييم القانون الدولي العام»⁽⁸⁾.

ويركز الثالث الذي يمكن عدّه تابعاً للثاني من الجهة التحليلية، على الحجة المعيارية للعلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني - أو بعبارة أخرى- بين الدولة ذات السيادة والنظام/ الأنظمة الدولية (أو فوق الوطنية). وفي بعض الأحيان يُنظر إلى النوع الأول من الأسئلة بوصفها حكرًا على الفلسفة القانونية، في حين كان الفلاسفة الأخلاقيون والسياسيون يميلون إلى التركيز على النوعين الثاني والثالث على التوالي، غير أنه لا ينبغي التعامل مع هذه الفروق بصرامة؛ إذ إن التحقيق الفلسفي في القانون الدولي غالبًا ما ينطوي على عناصر: مفاهيمية، وسياسية، وأخلاقية.

1. مفهوم القانون الدولي:

هل القانون الدولي له طابع القانون؟

تتوقف الإجابة عن هذا السؤال على فهمنا لطبيعة القانون: من يؤيد رأي

S. Besson and J. Tasioulas, 'Introduction' in S. Besson and J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010), 2. (7)

Ibid., 13.

(8)

جون أوستن بأن القانون لا وجود له إلا في وجود سلطة سيادية قادرة على إصدار الأوامر المدعومة بالعقوبات، سيستنتج أن القانون الدولي، بهيكله الحالي، ينبغي ألا يُعد قانوناً⁽⁹⁾.

إن حجة أن القانون الدولي غير مكتمل إلى حد ما، وأنه ليس قانوناً إلا بالمعنى البدائي في أفضل الأحوال، ترتبط في المقام الأول، في اصطلاح ما بعد الحرب، بكتاب مفهوم القانون⁽¹⁰⁾ لهيربرت هارت. ينتقد هارت في البداية نظرية القانون لأوستن على أنها معيبة ومحدودة؛ لأنها لا تأخذ القواعد في الحسبان، مثل: قواعد منح السلطة التي لا تُصاغ باعتبارها أوامر، لكنها تشكل بالرغم من ذلك جزءاً مهماً من ظاهرة القانون.

يرفض هارت أيضاً وجهة النظر القائلة: بأن القانون يقوم بطريقة ما على فكرة أن السيادة هي السلطة المطلقة.

كل الأمور على ما يرام فيما يتعلق بالقانون الدولي حتى الآن، فما دامت تعدّ المفاهيم -مثل: قيادة الحاكم أو السيادة- عناصر ضرورية لفكرة القانون، يبدو استنتاج أنّ القانون الدولي ليس قانوناً لا مفر منه.

ظهرت مشكلة القانون الدولي مجدداً؛ بسبب المفهوم الشهير للقانون الذي تصوره هارت؛ حيث عدّه اتحاداً لمجموعتين من القواعد: القواعد الأولية التي تفرض التزامات أو تنشئ سلطات، والقواعد الثانوية المتعلقة بكيفية تحديد تلك القواعد الأولية وتغييرها والبت فيها⁽¹¹⁾.

يناقش هارت كيفية اتساق القانون الدولي مع هذا المفهوم في الفصل

(9) J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Weidenfeld & Nicolson, 1954).

(10) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2012).

(11) القواعد الثانوية هي المتعلقة بالقواعد التي «تحدد الطرق التي يمكن بها التحقق بصورة قاطعة من: القواعد الأولية، ووضعها، وإلغائها، وتباينها، وحقيقة ثبوت انتهاكها»

(Ibid., 94).

العاشر من كتاب «مفهوم القانون»، ويستنتج أنّ للقانون الدولي قواعد أولية، وأنها تُراعى في الممارسة العملية إلى حدّ كبير، وأنّ الدّول تعدّها ملزمة، ولكن هارت يرى أنّ القانون الدولي يفتقر إلى القواعد الثانوية، فهو يجادل -على وجه الخصوص- بأنّ القانون الدولي يفتقر إلى القاعدة الثانوية التي تهيئ الأساس المطلق للنظام القانوني، سيادة الاعتراف.

ومن ثمّ؛ فإن القانون الدولي ليس قانوناً بالمعنى الحديث الأكثر تطوراً للنظام القانوني الذي يحدده اتحاد القواعد الأولية والثانوية، بل ما هو إلا قانونٌ بالمعنى البدائي أو غير المكتمل، وفق ما ذكره هارت.

من الردود الشائعة على انتقادات هارت التساؤل عما إذا كانت هذه القضايا المفاهيمية ذات أهمية. للتوضيح: لِمَ علينا أن نهتم؟ قد يكون الاقتراح صحيحاً بالطبع حتى وإن لم نهتم به؛ لأننا -على سبيل المثال- نعدّه غير منطقي. لكن كما أدرك هارت ذاته، فإن عدم تصوّر الظاهرة الاجتماعية التي نصفها عادة بالقانون الدولي يشكل أهمية كبرى؛ وذلك لأنه يعوق التحريات النظرية... [و] المداولات الأخلاقية⁽¹²⁾. نحن بحاجة إلى فهم ما يعنيه أن نتحدث عما إذا كنا راغبين في تعزيز الحجج الأخلاقية والسياسية للقانون الدولي.

لا تفتقر دراسات القانون الدولي اليوم إلى «المنظرين» الذين لديهم «أجندات نقدية» مزعومة، بل تفتقر إلى أجندة نقدية حقيقية، وليس مجرد «نقدية» بمعنى الاحتفاء بالذات، حيث استولى مُنظروا ما بعد الحداثة الغامضون على هذه الكلمة، مما يستلزم إجراء تحقيق مفاهيمي.

وكذلك من الخطأ أن نرد بأن حجة هارت لم تسفر إلا عن خلاف عقيم حول التعريفات؛ لأننا بذلك نغفل الفرق بين الخلاف الاصطلاحي والمفاهيمي.

قد نقرر توسيع معنى كلمة «طاولة»، بحيث يشمل الأشياء التي نصفها عادة

بي: «كراسي»، لكن الاختلافات المفاهيمية بين الطاولات والكراسي ستنجو من هذه الفوضى اللغوية الحديثة.

إن انتقاد هارت المفاهيمي للقانون الدولي ليس نزاعًا عقيمًا حول معنى كلمة «قانون»، فهو يدفعنا إلى مواجهة مسائل حاسمة بشأن الطابع القانوني للقانون الدولي، لكن هل كان محققًا في اعتقاد أن القانون الدولي له طابع قانوني بدائي في أفضل الأحوال؟

والغريب في هذا الوصف هو أن السمة المميزة للقانون البدائي -على حد تعبير هارت- هو أنه لا يعمل بنجاح إلا في «مجتمع صغير محبوبك بشكل وثيق بروابط القرابة والمشاعر المشتركة والمعتقد، في بيئة مستقرة»⁽¹³⁾.

لا يمكن أن يختلف السياق الذي يعمل فيه القانون الدولي عن ذلك، فكيف إذا يمكن عد القانون الدولي مجرد قانون بدائي؟

لم يعالج هارت هذا السؤال قد تساعدنا تحفظاته في القانون الدولي في تحديد بعض الشواغل المهمة بشأن الطابع القانوني للقانون الدولي، ولكن يبدو أن استيعاب القانون الدولي للقانون البدائي يفتقر إلى أمر مهم.

من المفيد أن نرجع خطوة إلى الخلف، وأن نفكر في التفسير المذهبي للقانون الدولي الذي يستند إليه تحليل هارت المفاهيمي.

تشكل التفسيرات المذهبية أهمية للتحقيق المفاهيمي (والتحقيق الفلسفي عمومًا).

وإذا كان لنا أن نقيّم ما إذا كان القانون الدولي يتناسب مع فكرة أوسع عن القانون، فيجب علينا أن نقدّر طبيعة القانون الدولي ووظيفته كما يفهمها واضعو القانون: (الحكومات، والقضاة، والأكاديميون، والمحامون الممارسون، وما إلى ذلك).

Hart, The Concept of Law, 92.

(13)

بعبارة أخرى: يجب أن ينتقل تحليل الطابع القانوني للقانون الدولي بالضرورة من سلسلة من التفاهات بشأن كيفية عمل القانون الدولي.

كانت أحد التفاهات المركزية في حالة هارت فكرة أن القانون الدولي يعتمد على موافقة الدول، ولم يكن الفيلسوف القانوني الوحيد الذي سار على هذا الأساس، فقد أقرّ دوركين أيضًا- في إسهامه في القانون الدولي الذي قُدّم بعد وفاته، في أثناء عرض بعض التناقض في التفسير المذهبي للقانون الدولي القائم على الموافقة- أقرّ بصلاحيته المذهبية، وكتب: فكرة أن الدولة لا تخضع للقانون الدولي إلا بقدر ما توافق على الالتزام به تعبر عن «نظرة إيجابية راسخة للقانون الدولي... [التي] تبدو مقبولة بوجه عام بين ممارسي القانون الدولي وعلماء القانون الدولي»⁽¹⁴⁾.

هل هذا التفسير المذهبي الطوعي للقانون الدولي صحيح؟

من الصعب أن ننكر أن هذا تفسير نموذجي، بل ربما التفسير النموذجي، لكيفية تشكيل القانون الدولي وعمله، بما في ذلك تشكيل العديد من المحامين الدوليين له، لكن على نجاح هذا التفسير، فإنّ له عيوبًا عدة:

العيب الأول: كما لاحظ هارت أيضًا،⁽¹⁵⁾ هو أنّ الموافقة لا يمكن أن تهيئ الأساس للالتزام القانوني للدول المستقلة حديثًا التي تصبح ملزمة بقواعد القانون الدولي العام التي لم تتح لها قط فرصة الموافقة عليها. والأهم من ذلك، أن الطوعية لا تفسر الجوانب الرئيسية لمصادر القانون الدولي.

تستند المعاهدات بطبيعة الحال إلى الموافقة الطوعية للدول الأطراف، وكما تنص اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بين الدول، لا يمكن أن تفرض المعاهدات «التزاماتٍ أو حقوقًا لدولة ثالثة دون موافقتها»⁽¹⁶⁾. «ولكن المصادر الأخرى للقانون الدولي تعمل على نحو لا يمكن وصفه بأنه قائم على

Dworkin, 'A new philosophy for international law', 5.

(14)

Hart, The Concept of Law, 226.

(15)

الموافقة إلا بتمديد معنى الموافقة إلى ما هو أبعد من نقطة الانهيار/ الحسم
.breaking-point

فهناك أولاً مفهوم القواعد الآمرة، أي: القواعد القطعية للقانون الدولي، يؤكد دوركين، زعمًا أنه بالاستناد إلى اتفاقية فيينا: أن القواعد الآمرة أيضًا تأتي «تحت مظلة الموافقة»⁽¹⁷⁾، لكن لم يأت في تعريف القواعد الآمرة في اتفاقية فيينا يشير إلى الموافقة⁽¹⁸⁾.

كما أن الموافقة لا تختلف في التعريف المعياري للقانون الدولي المتعارف عليه بوصفه «ممارسة عامة مقبولة باعتبارها قانونًا»⁽¹⁹⁾. القبول والموافقة مفهومان متباينان. ويمكن أن تعتمد الدولة المخالفة على الدليل الإيجابي لمعارضة قاعدة محددة من قواعد العرف، على أساس مبدأ الاعتراض المستمر (وليس غير المثير للجدل تمامًا). غير أن الأدلة الإيجابية على الموافقة ليست شرطًا لإنشاء قاعدة العرف وتنفيذها لمواجهة الحالة التي يُحتج بها ضدها.

ولعل محكمة العدل الدولية ذاتها أيّدت فكرة أنّ الموافقة من أسس القانون الدولي، كما وصفتها في إحدى الحالات بأنها -إلى جانب السيادة- «الأساس الذي يقوم عليه القانون الدولي»⁽²⁰⁾، لكن أسلوبها في التحقق من

Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, in force 27 January 1980, 1155 UNTS 331; (1969) 8 ILM 679; UKTS (1980) 58, Article 34.

Dworkin, 'A new philosophy for international law', 6. (17)

(18) تعريف القواعد القطعية للقانون الدولي الوارد في المادة (53) من اتفاقية فيينا: «... القاعدة القطعية للقانون الدولي العام هي قاعدة مقبولة ومُعترف بها في المجتمع الدولي ككل، لا يُسمح بالإخلال بها، ولا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العام التي لها الطابع نفسه».

Statute of the International Court of Justice, Ch. II Competence of the Court, Article 38(1). (19)

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, 226 at para. 21. (20)

العرف لا يُظهر أي دليل على الالتزام بالطوعية الصارمة، وقد أثبتت المحكمة بانتظام وجود قاعدة للعرف، حتى في حالة عدم وجود أي موافقة محددة من الدّول المعنية.

كما أن تفسير القانون الدّولي القائم على الموافقة لا يصلح مذهبيًا؛ لأنه لا يمكن أن يقدم تفسيرًا معقولًا للتغيير في القانون الدّولي العرفي لا يمس بطابعه القانوني، ولا بد من تفسير الاستعاضة عن قاعدة من قواعد العرف بقاعدة مخالفة (على سبيل المثال: الالتزام بالتصريح) باعتبارها نتيجة لسحب الدّول لموافقتها علنًا، أو ربما نتيجة تصرف الدّول بسوء نية أو خطأ، كما لاحظ جون تاسيولاس، مثل: هذا التّفسير «يشوّه شرعية القانون الدّولي العرفي»،⁽²¹⁾ ويقوّض كلّاً من المصدقية الأخلاقية والنظامية للقانون الدّولي.

من الممكن أن يقال المزيد حول ما إذا كان التّفسير المذهبي غير الكافي للقانون الدّولي، ربما يكون قد أفاد - أو بالأحرى شوّه - نقد هارت المفاهيمي للقانون الدّولي⁽²²⁾.

ونؤكد؛ إنصافًا لهارت: أنّ العديد من المحامين الدّوليين اعتنقوا هذه

J. Tasioulas, 'Customary international law: a moral judgment-based account', (21) *American Journal of International Law* 108 (2014), 331. See also by the same author: 'Custom, jus cogens, and human rights in C. Bradley (ed.), *Custom's Future: International Law in a Changing World* (Cambridge University Press, 2016), 95-116.

See, for example, M. Payandeh, 'The concept of international law in the jurisprudence of H.L.A. Hart', *European Journal of International Law* 21 (2010)

يزعم أنّ التغييرات التي طرأت على «التشريع الدّولي»، و«الأحكام القضائية الدّولية» حلت محل التقييم الختامي منذ نشر مفهوم القانون لهارت، لكن يبدو لي بالرغم من ذلك أنه من المضلل بعض الشيء أن أتحدث عن «التشريع الدّولي»، فالعرف والمعاهدات، وهما المصدران الرئيسان للقانون الدّولي، مختلفان عن النظم الأساسية، ولكن هذه الاختلافات لا تحول دون وصف القانون الدّولي بأنه نظامًا قانونيًا.

الطوعية المذهبية، على الرغم من عدم تقديمها تفسيرًا صحيحًا للكيفية التي يعمل بها القانون الدولي في الواقع. أفضل ما يمكن أن يقال عن هذه الطوعية: إنها تطرح طريقة اختزالية للتفكير في الالتزام القانوني الدولي، لكن هذا لا يعني أن الموافقة غير ذات أهمية - بل هذا خطأ فادح أيضًا-، فالموافقة أمر مهم في صياغة قواعد القانون الدولي، ولكنها ليست الطريقة الوحيدة التي ينشأ بها الالتزام القانوني الدولي، ولا يمكنها أن تصنع أساسًا موثوقًا به لنظام القانون الدولي (إذا كان كذلك).

وإذا ما ابتعدنا عن الطوعية الصارمة، هل توجد طريقة يمكن بها عد القانون الدولي قانونًا بالمعنى الحديث؟ كانت لتحفظات هارت الرئيسية - كما دُكر - علاقة بغياب القواعد الثانوية، وخاصة قاعدة الاعتراف.

لم يكن هارت إلزاميًا في شكل قاعدة الاعتراف: «ربما - كما في القانون المبكر للعديد من المجتمعات - لم تكن أكثر من قائمة موثوقة أو نص للقواعد التي قد تُوجد مكتوبة في وثيقة أو منحوتة على نصب تذكاري عام»⁽²³⁾.

هل توجد مجموعة من قواعد القانون الدولي يمكن أن يقال: إنها قاعدة أساسية أو قاعدة اعتراف أساسية للنظام بأكمله؟

رفض هارت وآخرون - محقّين - إمكانية أن يكون العقد شريعة المتعاقدين، أو أن تكون الموافقة قاعدة أساسية؛ القول: إن «القانون الدولي هو ما وافقت عليه الدول»، أو «يجب تنفيذ التزامات القانون الدولي» لا يكاد يضيف أي شيء جوهري.

ربما يكون من بين المرشحين الأكثر خطورة اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ويمكن القول: إن الاتفاقية، بوصفها معاهدة بشأن المعاهدات، قد أصبحت تؤدي وظيفة نظامية فيما يتعلق بالقواعد التي تحكم اعتماد المعاهدات،

Hart, The Concept of Law, 94.

(23)

ودخولها حيز التنفيذ، وتعديلها، وتفسيرها. لكن المعاهدات ليست سوى مصدر واحد من مصادر القانون الدولي.

سيجيب المشككون بأن اتفاقية فيينا لا تُعنى بالمعاهدات أكثر مما يُعنى القانون التجاري الموحد في الولايات المتحدة أو القانون المدني في فرنسا بالعقود. إنها -بعبارة أخرى- مجموعة من القواعد الأولية التي تمكن بعض الوعود من تحقيق تأثير قانوني. أما القانون التجاري الموحد والقانون المدني، فلهما قواعد أخرى توضح كيف يكون لهما أثر قانوني، ولا يمكن أن يقال الشيء نفسه عن اتفاقية فيينا.

والمرشح الآخر لمنصب القاعدة الأساسية أو القاعدة الثانوية هو المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. المادة 38 هي حكم تعاهدي لا يتجاوز -بالمعينة الأولية- تحديد القانون المطبق في المنازعات التي تُعرض على المحكمة. فالأحكام القانونية الواجبة التطبيق ليست نادرة على الإطلاق في المعاهدات التي تنص على التسوية القضائية للمنازعات،⁽²⁴⁾ وقد يبدو أن وجودها ذاته يدعم الطبيعة غير النظامية والعرضية للقانون الدولي، إذا: كيف يمكن القول: إن المادة 38 قاعدة أساسية؟ لقد أخذت المادة 38 مجرى خاصاً بها، وتجاوزت حدود الشكل الذي يحتويها إلى حد كبير.

يشير التعليق الرئيس على النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إلى أنه منذ اعتمادها النظام الأساسي السابق لمحكمة العدل الدولية (المحكمة الدائمة للعدالة الدولية) عام 1920: «صار لهذه القاعدة تأثير لا يرقى إليه الشك في تطوير القانون الدولي وقانون التحكيم الدولي»⁽²⁵⁾.

E.g., International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention, (24) Regulations and Rules Article, Section 3 Powers and Functions of the Tribunal, Article 42.

A. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat and C.J. Tams (eds.), The Statute (25) of the International Court of Justice: A Commentary, 2nd ed. (Oxford University Press, 2012), 691.

قد تكررت هذه القاعدة أو أشير إليها في معاهدات أخرى بشأن تسوية النزاعات،⁽²⁶⁾ وهي تُردّد بالكامل أو جزئيًا في عددٍ لا يُحصى من الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية والوطنية، وكذلك في قرارات المحاكم الدولية.

لا مجال للشك في أن المادة 38 تعد بيانًا موثوقًا بشأن مصادر القانون الدولي. ومع ذلك؛ فإن المادة 38 قد تكون أساسية بالمعنى التفسيري، لكنها ليست كذلك بالمعنى التأسيسي.

إذا كنا نبحث عن القواعد الثانوية بوجه عام، أي: القواعد التي تنبثنا عن كيفية «التحقق بشكلٍ قاطع من القواعد الأولية، وتقديمها، وإلغائها، وتنوعها»، فإن النتائج تصبح أكثر تبشيرًا، وخاصة فيما يتصل بالمعاهدات. وفيما يتعلق بالعرف، تمثل العقبة الرئيسية في استمرار مذهب الطوعية الذي لا يقدم تفسيرًا أخلاقيًا ومنظمًا موثوقًا لهذا المصدر. وفضلًا عن ذلك - كما رأينا - ففكرة أن الموافقة هي الأساس الشامل للالتزام القانوني لا تصح مذهبًا، حتى قبل تأسيسها فلسفيًا.

وحتى لو تجاوزنا هذه العقبات، فإننا ما زلنا بحاجة إلى قبول أنه على الرغم من تطور القانون الدولي إلى نظام قانوني، فإنه يظل مختلفًا في جوانب مهمة عن النظم القانونية المحلية. والفارق الرئيس هنا ليس غياب القواعد الموثوقة لتحديد الهوية والتغيير. وليس من الممكن أيضًا أن نتحلى ببراعة في استيعاب القانون الدولي للقانون البدائي.

يكمن الفارق الرئيس في ميدان التحكيم - على الرغم من انتشار المحاكم الدولية والمحتكمين - في أنه لا يوجد حتى الآن نظام عام للفصل في الأحكام الإلزامية.

تبنّت العديد من أنظمة المعاهدات - مثل: منظمة التجارة العالمية أو

معاهدات الاستثمار الثنائية - آليات وإجراءات معقدة ومتطورة لتسوية المنازعات، ولكنها على الرغم من ذلك متفرقة وليست منهجية، وتخضع لموافقة الدول.

وبوسع الدول أن تنسحب منها (وكذلك يحدث). إن الخروج من الولاية القضائية امتياز لا يُمنح للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين في النظام القانوني المحلي.

يسعى بعضهم إلى التقليل من شأن هذه الخلافات بحجة أنه «ليس كل قضية تنشأ بموجب القانون الدستوري يمكن الفصل فيها في أي منتدى قضائي»⁽²⁷⁾. ففي الولايات المتحدة على سبيل المثال: «سيمنع مبدأ الأسئلة السياسية صدور قرار قضائي موثوق» في حالة نشوب نزاع بين فروع الحكومة⁽²⁸⁾. لكن يوجد فرق بين مبدأ ضبط النفس القضائي في ممارسة السلطة القضائية القائمة، وغياب السلطة القضائية في المقام الأول.

أما مسألة ما إذا كان ينبغي وصف اختلافات التحكيم هذه بين القانون المحلي والقانون الدولي بأنها نقطة ضعف، فهي مسألة تقييم معياري. وكما سنرى أدناه؛ قد توجد أسباب وجيهة لعدم تطور القانون الدولي إلى نظام قانوني بالمعنى المحلي.

2. الجانب الأخلاقي من القانون الدولي:

سأركز هنا على أخلاقيات فكرة القانون الدولي، لا أخلاقيات مبادئ محددة (مثل: المساواة في السيادة أو تقرير المصير)، أو مؤسسات قانونية، (مثل: النظام القانوني المتعلق بمسؤولية الدولة)، أو مجالات موضوعية (مثل:

Payandeh, 'The concept of international law in the jurisprudence of H.L.A. Hart', (27) 986.

Ibid.

(28)

قانون الصراعات المسلحة، وحقوق الإنسان، وحماية الاستثمار، وهكذا)،⁽²⁹⁾ مع مراعاة أن أخلاقيات نظام القانون الدولي (إذا كان كذلك) تتوقف أيضًا على أخلاقيات الأجزاء المؤلفة له.

ومن الطرق الفجة لتقييم الأخلاقيات النظامية للقانون الدولي أن نعزو إليه هدفًا أخلاقيًا عامًا نرجع إليه لحل الصراعات بين القيم.

ومن الأمثلة على ذلك حجة أنطونيو كاسيسي بأن مشروعية التدخل الإنساني تعتمد على أي مجموعة من القيم الأخلاقية - السلام الدولي، أو حقوق الإنسان والعدالة التي يعطيها القانون الدولي الأولوية⁽³⁰⁾. وهذا من مناهج المصادرة على المطلوب، لا يفيد المذهب القانوني، ولا الأخلاقيات القانونية.

يجب عدم عد القانون الدولي، شأنه في ذلك شأن القانون المحلي، يقوم على غرض أخلاقي واحد دون غيره. يمكن القول: إن القانون الدولي أحد السبل الرئيسية التي تعزز بها المجتمعات البشرية قيمة أخلاقية محددة، مثل: حفظ السلم الدولي ومنع الحرب. ومن جهة أخرى: يمكن ادعاء أن هذه العلاقة الوظيفية لقيمة السلم أو القيم الأخرى، تعطي مبررًا أخلاقيًا لتجاوز القانون الدولي عن الشواغل الأخلاقية الأخرى. بل على العكس من ذلك؛ بقدر ما تُستخدم هذه العلاقة كورقة رابحة في دعم بعض النتائج القانونية، فقد تشكل عيبًا أخلاقيًا؛ لأنها تجعل النظام أعمى أو غير مهتم بالقدر الكافي بالمخاوف الأخلاقية الأخرى.

والأهم من ذلك أن النهج الذي يتبناه من ينكر هذه القيم والأهداف الأخلاقية يتعارض مع الممارسة العملية.

See, for example, the various chapters in S. Besson and J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010). (29)

A. Cassese, 'Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?', *European Journal of International Law* 10 (1999), 23. (30)

ومن الأمثلة على ذلك الادعاء الكاسح بعدم إمكانية وجود السلام دون العدالة، وقد أصبح ذلك تقريباً مسألة إيمان في الكتابات التي تتناول القانون الجنائي الدولي والعدالة الانتقالية؛ فهو يساعد كثيرين في تجنب واستبعاد القضايا الأخلاقية والقانونية الصعبة التي تنطوي على صراع بين السلام والعدالة، مثل: استصواب العفو العام في حالات ما بعد الصراع.

ومن المسائل المركزية المتعلقة بالأخلاقيات النظامية: شرعية القانون الدولي، تُفهم الشرعية عمومًا على أنها الصفة التي تتمتع بها السلطة عندما يكون لها الحق في الحكم⁽³¹⁾. ومن المهم التمييز بين المعنى الاجتماعي للشرعية والمعنى المعياري⁽³²⁾.

تركز التحقيقات الاجتماعية في الشرعية على طبيعة المعتقدات الاجتماعية التي يحق لمؤسسات أو أفراد محددين أن يحكموها.

تتوافر مجموعة صغيرة ولكنها مُتزايدة من الكتابات الأكاديمية عن الشرعية الاجتماعية للقانون الدولي أو بعض مجالاته،⁽³³⁾ ولكن كثيرًا من المسائل المفاهيمية تستند إلى استفسارات تزعم أن التجربة لَمَّا تستكشف بعد إلا القليل.

من ينبغي أن تكون معتقداته ذات أهمية: الدول، أم المجتمع الدولي؟ وإذا كان الأمر كذلك، فكيف يُشكّل هذا المجتمع؟ ومن أعضاؤه؟ أما التحقيقات

See e.g., A. Buchanan's definition of political legitimacy: 'An entity has political (31) legitimacy if and only if it is morally justifying in exercising political power' in Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundations of International Law (Oxford University Press, 2004) 233.

A. Buchanan, 'The legitimacy of international law' and J. Tasioulas, 'The legitimacy (32) in international law' in S. Besson and J. Tasioulas (eds.), The Philosophy of International Law (Oxford University Press, 2010), 79-80 and 97-116.

Two examples are: M. Finnemore and M.N. Barnett, Rules for the World: (33) International Organisations in Global Politics (Cornell University Press, 2004); Simmons, Mobilising for Human Rights: International Law in Domestic Politics (Harvard University Press, 2009).

المعيارية في الشرعية، فهي تتعلق بالمعايير والشروط التي يجب الوفاء بها لكي يكون هذا الحق في الحكم مبرراً. يجب ألا يكون البعد الاجتماعي للشرعية غير ذي صلة بالبعد المعياري، لكن لا بد أن تكون العلاقة بين الاثنين منظرًا على النحو الصحيح.

سيتوقف ما إذا كانت الاعتبارات الاجتماعية مهمة، وإلى أي مدى إن كانت كذلك، على معايير الشرعية التي نعتمدها.

أما بيان ما ينبغي أن تكون عليه هذه المعايير - أي: نظرية جديدة للشرعية - فليس من نطاق هذا الفصل، وسوف أركز بدلاً من ذلك على مشكلات الشرعية، وبالتحديد الخاصة بالقانون الدولي.

يلزم أولاً التساؤل عما إذا كان ينبغي أن نتحدث عن شرعية القانون الدولي أم المؤسسات التي تقوم عليه، وعلى حد تعبير ألين بوكانان «لا تعد القوانين الدولية شرعية إلا إذا صدرت من مؤسسات شرعية»⁽³⁴⁾. تبدو هذه النظرة معقولة تمامًا، لكن العلاقة بين المؤسسات الحاكمة والقانون مُعقدة بفعل عاملين حاسمين.

أولاً: كثير من القانون المعمول به اليوم - الدولي أو المحلي - هو من وضع المؤسسات السابقة، هل عدم شرعيتها يشوه القوانين التي سنتها؟

ثانياً: وهذا مصدر قلق القانون الدولي، ليست المؤسسات وحدها ما تسنّ كل القوانين.

للمؤسسات الدولية -بصفة خاصة- دور محدود للغاية في صياغة قواعد القانون الدولي، وهذه المؤسسات نفسها من إنشاء قواعد القانون الدولي، ونادراً ما تضع قوانين.

Buchanan, 'The legitimacy of international law', 80.

(34)

تظل الدول مشرّعة القانون الدولي، وإن لم يكن بطرق التشريع، هل يعني هذا أن القانون الدولي الصادر عن دول شرعية فحسب ينبغي أن يُعد مشروعًا؟

إذا كان الأمر كذلك، فإن مساحات شاسعة من القانون الدولي - من ميثاق الأمم المتحدة إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق: الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار - لا بد أن تكون غير شرعية؛ لأنها كانت (أو هي كذلك) نتاج دول لم تفِ ببعض معايير الشرعية.

ثالثًا: وربما الأهم: مسألة الموافقة؛ إذا كانت شرعية القانون الدولي تعتمد على موافقة الدول، ألا يعيدنا ذلك إلى وجهة النظر الطوعية القاحلة التي نوقشت في القسم السابق، ولم تصح مذهبًا حتى قبل اختبارها فلسفيًا.

إن القول بأن مفهوم القانون الدولي لا يستلزم الموافقة، ولكن شرعيته تستلزم ذلك، يعطينا فكرة خاطئة وغير قابلة للتطبيق في نهاية المطاف عن القانون الدولي.

من محاولات تفادي هذه الصعوبات، وخاصة مسألة الموافقة، تطبيق مفهوم الخدمة للسلطة الشرعية على القانون الدولي لجوزيف راز⁽³⁵⁾.

سيكون القانون الدولي على هذا مشروعًا فيما يتعلق بدولة إذا كان من المرجح أن تمثل تلك الدولة للأسباب التي تنطبق عليها بصورة مستقلة بأن تأخذ القانون باعتباره دليلًا لها، بدلًا من إصدار حكمها الخاص على ميزان الأسباب.

(35) See Tasioulas, 'Human rights, legitimacy and international law'; S. Besson, 'The authority of international law - lifting the state veil', *Sydney Law Review* 31 (2009), 343-80. On the service conception see: J. Raz, *Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986) 23ff. and, by the same author, 'The problem of authority: revisiting the service conception', *Minnesota Law Review* 90 (2006), 1003-44.

على سبيل المثال: في حالة انتشار وباء عالمي، يمكن تبرير شرعية منظمة الصحة العالمية على النحو الآتي:

توجد أسباب موضوعية مستقلة عن القانون الدولي، وعن منظمة الصحة العالمية لاحتواء وباء عالمي، وهي تنطبق بوضوح على الدول المحترمة أيضًا. ويمكن للدول أن تسعى على نحو أفضل إلى الامتثال لهذه الأسباب باتباع توجيهات سلطة تنسيق مركزية، مثل: منظمة الصحة العالمية، بدلًا من السعي إلى إصدار توجيهات مماثلة من خلال سلسلة أعمال تنسيق ثنائية ستكون بالضرورة أكثر فوضوية.

هذا تفسير هش للشرعية، كما قيل راز نفسه⁽³⁶⁾.

ربما لا تُبرّر «طبيعته الجزئية» -على سبيل المثال- الشرعية النظامية للقانون الدولي ككل⁽³⁷⁾. وعلى هذا؛ قد تكون بعض القوانين والمؤسسات الدولية شرعية، والبعض الآخر لا، وفضلاً عن ذلك، قد تكون الشرعية صفة مؤقتة. تأمل مثلاً هيئة السلطة الدولية لقاع البحار بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

يخضع استغلال المعادن البحرية في قاع البحر إلى إذن هيئة قاع البحار وتنظيمها، قد توجد أسباب وجيهة لا تعتمد على القانون للامتثال لتوجيهات هيئة قاع البحار، لكن تخيل أن دولة قد اكتشفت طريقة لاستغلال موارد قاع البحر بكفاءة لدرجة تمكّنها من حل مشكلات الطاقة التي تعانيها دون أي آثار سلبية مرتبطة بهذه الأنشطة، مترتبة على الحياة البحرية مثلاً، ومع ذلك تُحرم رخصة التعدين، لِمَ على هذه الدولة أن تتبع توجيهات السلطة في هذا الشأن؟

بعيداً عن رفض هذا المثال؛ فقد يجادل أنصار مفهوم الخدمة بأن أي مؤسسة تستحق أن تفقد شرعيتها في هذا النوع من المواقف بالتحديد، وإذا

Raz, 'Problem of authority', 1003. (36)

Besson, 'The authority of international law', 352. (37)

كانت توجيهات الهيئة الدولية لقاع البحار غير عقلانية ولا مبرر لها، فلماذا نزل
نعد سلطتها مشروعة؟

قد تكون مشكلة مفهوم الخدمة أنه لا يهتم كثيرًا بالعلاقة بين الأفراد
والمجتمعات من جهة، والمؤسسات والسلطة من جهة أخرى.

قد يفضل الناس الخضوع للتوجيهات الأقل عقلانية لمؤسسة يرون أنها
لهم، بدلاً من التوجيهات العقلانية تمامًا لمؤسسة يرون أنها بعيدة، أو الأسوأ
من ذلك التي يفرضها غيرهم عليهم.

أحد العيوب التي تشوب المشاريع العابرة للحدود الوطنية افتراض أن
مصادقيتهم العقلانية/ التكنوقراطية ستتج شرعية كافية.

قد تجادل بأن المؤسسات التي لا تستحق أن يقبل بها مجتمع محدد
بسهولة قد اكتسبت الحق في الحكم بالمعنى الاجتماعي، لا المعياري. ولكن
سواء أكننا نعدّها تحت مظلة الشرعية أم تحت فئة أخرى، فإن العلاقة بين
الحكام والمحكومين تخلف عواقب عميقة على فلسفة القانون الدولي، بل على
مستقبل القانون الدولي.

سنبحث في هذه القضايا في القسم الآتي.

3. مشكلة السيادة:

سأشير إلى المشكلة التي ذكرتها في نهاية القسم السابق بـ: مشكلة السيادة،
وليس في نيتي هنا أن أستكشف الصعوبات المفاهيمية في فكرة السيادة
(حاولت إتمام ذلك في موضع آخر)⁽³⁸⁾، ولكنني أركز بدلاً من ذلك على
الحجج المعيارية بشأن إضعاف سيادة الدولة، وتوسيع نطاق القانون الدولي
والمؤسسات الدولية.

G. Verdirame, 'Sovereignty' in J. D'Aspremont and J. Sahib (eds.), Concepts for (38)
International Law - Contributions to Disciplinary Thought (Edward Elgar Publishing,
2019).

هل إضعاف الدولة أمر مستحسن؟ ما المبادئ التي ينبغي أن تحكم نقل السلطات والمهام من الدول إلى المجال الدولي؟

قد يكون من المفيد البدء ببعض الملاحظات بشأن تطور القانون الدولي في العقود الأخيرة. ليس من قبيل المبالغة وصف عملية إنهاء الاستعمار السريعة التي أعقبت نهاية الحرب العالمية الثانية بأنها ثورة سياسية عالمية لم تُقوّض النظام الدولي الذي أسسه ميثاق الأمم المتحدة، بل حدث ذلك في ظله، والمبدأ الرئيس الذي سمح بوقوع هذه الثورة في إطار القانون الدولي، وليس ضده، هو تقرير المصير.

احتل هذا المبدأ مكانة بارزة في مبادئ الرئيس ويلسون الأربعة عشر، لكنه لم يتبلور باعتباره مبدأ من مبادئ القانون الدولي في سنوات ما بين الحربين العالميتين. وبإدراجه في المادة (1) من ميثاق الأمم المتحدة بوصفه أحد مقاصد الأمم المتحدة، فإن وضعه القانوني لم يعد موضع نزاع، ولكن ما أعطى حق تقرير المصير مضموناً وهدفاً قانونياً؛ كان إنهاء الاستعمار، ربما لم يقدم تقرير المصير في البداية سوى ما يزيد قليلاً على المفردات السياسية، ولكنه سرعان ما تطور إلى إطار قانوني دولي اعتمدت عليه الشعوب المستعمرة في دفع تطلعاتها السياسي إلى الحكم الذاتي وإقامة دولة مستقلة. أشرف القانون الدولي -الذي مكن من إنشاء إمبراطوريات استعمارية في العقود الماضية- على القضاء على تلك الإمبراطوريات في الخمسينيات والستينيات.

فضلاً عن تقرير المصير، تبنى القانون الدولي أيضاً معنى خاصاً لفكرة السيادة (السيادة الشعبية) كان له دور مركزي في السياسات الغربية لقرون من قبل⁽³⁹⁾. ظل القانون الدولي متمركزاً حول الدولة، ولكنه لم يعد حامل فكرة

Ibid. On the origins of popular sovereignty see E. Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America* (W.W. Norton & Company, 1988).

السيادة التي تركز بالكامل على الدّول، بل قبل بدلاً من ذلك-دون حجج كافية، لكن بمقياس ذي مغزى- أن تكون للشعوب أيضاً سيادة بطريقة ما.

وليس من المستغرب مع نهاية الحرب الباردة أن يتوقع بعض المحامين الدّوليين، وأبرزهم توماس فرانك،⁽⁴⁰⁾ أن يتخذ القانون الدّولي خطوة أخرى في هذا الاتجاه، وأن يتبنى بالكامل فكرة السيادة الشعبية، بتطوير تقرير المصير إلى مبدأ عام للحكم الديمقراطي.

ولكن لماذا لم يحدث هذا؟ لعل أحد الأسباب هو أن حماس المحامين الدّوليين لهذه الحجة لم يكن يُذكر، بل بوجه أعم، حماسهم للحجج المعيارية، حيث إن التشكك المعياري والحدائث القاحلة قد أحكمت قبضتها على المناقشات النظرية في هذا الميدان عقدين من الزمان على الأقل. لكن أهم سبب هو التحول المستمر، والعميق أيضاً، في دور القانون الدّولي في السنوات الثلاثين الماضية أو نحو ذلك.

يعد القانون الدّولي الآن الأداة الرئيسية لتنظيم العولمة، ومع الحديث عن التدهور الحتمي للدولة، أصبح العديد من النّاس يعدّون القانون الدّولي ومؤسساته مؤسسات حكومية، مقدراً لها أن تحل محل الدّول في النهاية. لم تكن هذه العملية في أوروبا خفية أو سرية، فقد تنازلت الدّول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، وخاصة تلك التي انضمت إلى الاتحاد النقدي، عن قدرتها على تنظيم السوق الداخلية، من خلال نقل هائل للقوى التي كانت تُعد ذات سيادة جوهرية إلى أجهزة الاتحاد الأوروبي. وبعد ذلك، أدت النزعة فوق الوطنية على غرار الاتحاد الأوروبي إلى هيمنة دولة واحدة، هي ألمانيا، وهذا جانب مهم من القصة، لكن سنتطرق إليه لاحقاً⁽⁴¹⁾.

T. Franck, 'The emerging right to democratic governance', *The American Journal of International Law* 86 (Jan. 1992), 46-91. (40)

But see: P. Lever, *Berlin Rules: Europe and the German Way* (I.B. Tauris, 2017); H. Kundnani, *The Paradox of German Power* (Hurst and Co., 2016). (41)

قليل من النَّاس مَنْ يقدر أن الصراع الثقافي ليس بين القومية والقوى الاقتصادية والتكنولوجية التي لا يمكن وقفها، أو على الأقل ليس الصراع الوحيد.

تُعدُّ الدولة -بوصفها الوحدة الرئيسية للحكم الذاتي والحرية السياسية- إنجازًا غير عادي، وهو الإنجاز الذي اعترف به القانون الدولي أيضًا، كما رأينا من قبل، من خلال مبدأ تقرير المصير.

السؤال الآن: هل يمكننا حماية هذا الإنجاز الأخلاقي والسياسي، مع إسناد دور حكومي أكبر إلى القانون الدولي مع مواصلة العولمة في اتخاذ خطوات واسعة؟

وبالرغم من اتهام مَنْ يسمون بـ: «الشعبيين» غالبًا بتقديم حلول سهلة، فإن الرد الأكثر شيوعًا على هذا السؤال - للتأكيد على الحتمية المزعومة للعولمة - لا يرقى حتى إلى مستوى الحل. بل هي كليشيه كسولة لا يمكنها معالجة المشكلة الأساسية للأخلاقيات السياسية التي نواجهها. يجادل داني رودريك أننا نواجه معضلة ثلاثية: العولمة، والدولة، والديمقراطية، ولا يمكن أن يكون لدينا سوى اثنتين على الأكثر، ولكن ليس الثلاثة معًا في الوقت ذاته⁽⁴²⁾.

وإذا كان هذا صحيحًا، فربما تكون الإجابة الأفضل؛ أن نجعل الديمقراطية عالمية، وأن نحافظ على فوائد العولمة مع معالجة العجز الديمقراطي للمؤسسات الدولية.

ربما، ولكن فكرة الديمقراطية العالمية ليست سهلة أيضًا. على سبيل المثال: يجادل توماس كريستيانو أن «الديمقراطية العالمية من غير المرجح أن تنجح؛ نظرًا لضعف المجتمع المدني العالمي، ومن غير المرجح إلى حد كبير

D. Rodrik, The Globalisation Paradox: Why Global Markets, States and Democracy (42) Can't Coexist (Oxford University Press, 2011), esp. 184-206.

أن تكون شرعية؛ ولتفاوت مخاطر قراراته؛ للفرصة الكبيرة التي تتمتع بها الأقليات الدائمة»⁽⁴³⁾.

قد تقول: امنحها بعض الوقت؛ لتستخدم وسائط الإعلام الاجتماعية والتكنولوجيات الجديدة سحرها، سيُعاد تشكيل المجتمع المدني وهوياته تدريجيًا، وستغلب على العقبات التجريبية التي تحول دون تحقيق المثل الأعلى للديمقراطية العالمية. ولكن ربما لا تكون كل العقبات تجريبية، وتتميز عقبتان -على وجه الخصوص- ببعيد أخلاقي.

أولاً: كما ذكر في نهاية القسم السابق، يميل الناس إلى تفضيل حكامهم على حكام الآخرين، وليس لأنهم يعتقدون أفضلية حكامهم بالضرورة.

ربما يتفق أغلب الإيطاليين على أن حكم ألمانيا أفضل من إيطاليا، ولكن إذا سألتهم عما إذا كانوا يريدون أن يحكمهم حكام ألمان، حيث إنهم أفضل كما يُفترض، فمن المرجح أن يكون الرد: «كلاً».

ومن الخطأ أن نتجاهل هذا التفضيل بوصفه تعبيرًا عن التعصب القومي؛ إذ إن له قيمة أخلاقية ينبغي ألا نقلل من شأنها، فهو جزء من الأفكار الأخلاقية لاحترام الذات والملكية الذاتية التي تنطبق على الأفراد فضلًا عن المجتمعات السياسية.

إن للقرار الخاطئ الذي اتخذناه من قبل صفة أخلاقية لا تتوافر في القرار السليم التي يتخذها الآخرون من أجلنا، وهذا من قبيل الحكم الذاتي، ويجعل من تحسين الذات أمرًا ممكنًا.

إن سبب مركزية الحزبيين في أوروبا، وحركات التحرير في المستعمرات

See, for example, T. Christiano, 'Democratic legitimacy and international institutions' (43) in S. Besson and J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010), 119 at 137.

الأوروبية السابقة في التواريخ الوطنية والأيقونات، أنه على الرغم من محدودية دورهم العسكري الملموس، فإنهم ساعدوا في استعادة الشعور بالاحترام الجماعي للذات بعد المهانة الوطنية.

أما العقبة الثانية، فقد وصفها كانط في فقرة مهمة في مقاله عن «السلام الدائم»:

إن فكرة حق الأمم تفترض انفصال العديد من الدول المتجاورة والمستقلة عن بعضها؛ وعلى الرغم من كون هذا الشرط في ذاته شرطاً للحرب (ما لم يحل اتحاد فيدرالي بينهما دون اندلاع الأعمال العدائية)، فإن هذا أفضل مع ذلك، إلا أن هذا أفضل منطقيًا من أن تدمجها قوة واحدة تتغلب على باقي الدول، وتتحول إلى ملكية عالمية، ومع توسع نطاق الحكم تفقد القوانين قوتها تدريجيًا، فيحدث الاستبداد الذي دمر بذرة الخير، ثم يدخل النظام في حالة من الفوضى⁽⁴⁴⁾. يمكن للمرء أن يعد هذا مشكلة طارئة وتجريبية، ولكن حتى لو كان الأمر كذلك، فقد نحتاج إلى وقتٍ أطول، لتطوير حل، أكثر مما تسمح به وتيرة العولمة. وربما لا تكون هذه الحجة حجة ضد محاولة الديمقراطية العالمية على الإطلاق، ولكنها قد تكون حجة مناسبة ضد الاندفاع إليها الآن.

كل هذا يبرر أخلاقيًا قدرًا عظيمًا من ضبط النفس في نقل الوظائف السيادية من الدول إلى المؤسسات الإقليمية أو العالمية، ولا بد أن يحكم هذان المبدأان عمليات النقل هذه: الأولى تتعلق بالحرية الفردية، والثاني بالحرية السياسية.

أولاً: في ممارسة هذه الوظائف، يجب أن تكون المنظمات الدولية قادرة على احترام حقوق الإنسان الأساسية بالدرجة ذاتها التي تحترم بها الدولة الناقلة هذه الحقوق، وينبغي للدولة ألا تعمل على تمكين المؤسسات التي لا تستطيع أن تضمن حقوق الإنسان، على أقل تقدير، بالدرجة ذاتها التي تلتزم بها.

ثانيًا: ينبغي أن تحتفظ الدولة بالرقابة السيادية على المهام التي من شأن

نقلها أن يُضعف الحرية السياسية، أو إمكانياتها، بتوليد شعور الغربة واحتقار الذات بين أعضاء مجتمعها السياسي.

ماذا عن الدول التي لا تحمي الحرية؟ ألا ينبغي علينا أن نشجعهم على الأقل على تسليم كل وظائفهم السيادية إلى حكم دولي أكثر اعتدالاً؟ وبعيداً عن حقيقة أن الدول الاستبدادية أكثر عزوفاً عن تعزيز القانون الدولي ونقل السلطات إلى المؤسسات الدولية، فلا يزال المبدأ الثاني مجرد حدّ.

خلاصة القول:

من مجالات المناقشة التي لم يتطرق إليها هذا الفصل موضوع سيادة القانون. تنبع الصعوبات الفقهية في توسيع سيادة القانون لتشمل القانون الدولي، بالأساس، من الخلط المفاهيمي حول سيادة القانون ذاتها، ومن غياب الدولة، فتزايد المؤلفات الغنية التي تتناول هذه المشكلات⁽⁴⁵⁾. ما أود الإشارة إليه هنا أنّ ممارسة القانون الدولي بشأن سيادة القانون آخذة في التطور، مما قد يضيف تحدياً تفسيرياً إلى التحديات المفاهيمية والمعيارية التي تطرحها سيادة القانون بالفعل.

في عام 2012، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً بشأن سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي، وهو يعترف بعددٍ من السمات الأساسية لسيادة القانون (مثل: القدرة على: التنبؤ، والشرعية، والمساواة في

I. Kant, 'Toward perpetual peace' in M.J. Gregor (ed.), *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant in Translation: Practical Philosophy* (Cambridge University Press, 1999), 311-51 at 336. (44)

See for example: S. Beaulac, 'The rule of law in international law today' in G. Palombella and N. Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law* (Hart Publishing, 2009) 197-223; J. Crawford, 'International law and the rule of law', *Adelaide Law Review* 24 (Jan. 2003) 3-12; J. Waldron, 'Are sovereigns entitled to the benefits of the international rule of law?', *European Journal of International Law* 22 (May, 2011) 315-43. (45)

الخضوع والحماية بموجب القانون) إلى جانب سمات أخرى محل خلاف (مثل: كون القوانين «عادلة ومنصفة»)⁽⁴⁶⁾. وعلى النقيض من ذلك، قبل عشرين عامًا، لم تساعد دوائر الاستئناف في المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية تاديتش، في أحد أحكامها الأولى، لأجل سيادة القانون الدولي، إذ رأت أن «مبدأ إنشاء محكمة بموجب القانون؛ مبدأ عام من مبادئ القانون يفرض التزامًا دوليًا لا ينطبق إلا على إدارة العدالة الجنائية في بيئة محلية»⁽⁴⁷⁾.

ولو كانت تصريحات كهذه، بدلاً من الانتقادات الشديدة، قد حددت الممارسة المقبولة عمومًا للقانون الدولي؛ لاقتصرت مهمة الفيلسوف على استكشاف ما إذا كانت سيادة القانون الدولي يمكن تصورها من الجهة المفاهيمية، ومطلوبة باعتبارها طموحًا أخلاقيًا، ولكن كان من الصعب ألا نستنتج أنها لا تشكل أي جزء من ظاهرة القانون الدولي.

وقد انتقلنا لحسن الحظ من تلك الخطوة الأولى، ويعد حكم تاديتش هفوة فادحة، وكما كتب القاضي كروفورد؛ فإن الالتزام بسيادة القانون لا بد أن يكون «مهنة القيم» و«هدفًا أساسيًا» للمحامين الدوليين⁽⁴⁸⁾. ومن التساؤلات المهمة كيفية ممارستها العملية، وكيفية اختلافها عن سيادة القانون على المستوى الوطني واتصالها بها. ولكن من الصعب أن نرى كيف أن التساؤلات التي فحصناها من قبل - حول مفهوم القانون الدولي، وشرعيته، والعلاقة مع الدولة - يمكن أن تتقدم من دون اعتقاد مشترك بأن القانون الدولي لا بد أن يستوعب، على أقل تقدير، الأفكار الأساسية لعدم: التعسف، والشرعية، والخضوع المتساوي للقانون.

UN General Assembly Resolution 67/1, 30 November 2012.

(46)

Prosecutor v. Tadić (Jurisdiction), Appeals Chamber, 2 October 1995, International

Law Reports 105 (1997) 472-3.

(47)

J. Crawford, 'The rule of law', 12

(48)



ما طبيعة القانون باعتباره صورة من صور النظام الاجتماعي؟ ما تأثير قيم مثل العدالة وحقوق الإنسان وسيادة القانون في فهمنا للقانون؟ ما القيم التي يجب أن يخدمها القانون، وما الحدود التي يجب أن يحترمها في هذا الإطار؟ هل نحن دائماً ملزمون أخلاقياً بالالتزام بالقانون؟ ما هي المشكلات الفلسفية الواقعة في مجالات محددة من القانون؛ كالقانون الجنائي وقانون الضرر، وحتى قانون العقود والقانون الدولي العام؟ يطرح هذا الكتاب مقدمة ميسرة وشاملة للموضوعات الرئيسة في فلسفة القانون، وذلك بمشاركة مجموعة من أبرز الباحثين المتخصصين في هذا المجال، منهم: جون فينيس ومارثا نوسباوم وفريد شاور وأونورا أونيل وأنتوني داف. يُعد الكتاب مرجعاً تعليمياً استثنائياً يوفر مقدمة مهمة لراهن حقل فلسفة القانون.

BC_PUB

ISBN 978-603-04-4275-1
9 786030 442751 >



CLUB-BOOK.COM

QAWAM
قوام القانونية

