

چهار گفتار دربارهٔ حقوق و تاریخ^۱

نویسنده: پُل فین^۲

مترجم: علی شایان^۳

چکیده

این مقاله به نقش تاریخ در حقوق می‌پردازد. امروزه، دادرسان به چهار روش غالب به تاریخ می‌پردازند. نخستین روش به فرایند واقعیت‌یابی مربوط است؛ یعنی، کشف واقعیت‌های مورد بحث در یک رسیدگی یا کشف واقعیت‌های مربوط به واقعیت‌های مورد بحث از سوی دادگاه. دومین روش در جایی است که دادرسان به خواست خود به واقعیت تاریخی استناد می‌کنند یا در شکل‌دهی یا اعمال کامن‌لا یا تفسیر قانون‌های موضوعه پیش‌فرض‌هایی تاریخی به دست می‌دهند. سومین روش^۳ تاریخ را به‌مثابهٔ داستان نشان می‌دهد. در این روش، تاریخ در معنایی داستانی و برنامه‌ریزی شده از رهگذر آموزهٔ رویهٔ قضائی در مورد کامن‌لا مورد استناد قرار می‌گیرد و در مورد قانون‌های موضوعه تاریخ در قالب مسألهٔ «بافت» خود را نشان می‌دهد و اهمیت می‌یابد. در چهارمین روش، دادرسان آگاهانه به مطالب تاریخی برای هدف‌های قیاسی استناد می‌کنند.

واژگان کلیدی

تاریخ، واقعیت تاریخی، واقعیت‌یابی، استدلال حقوقی، تفسیر، بافت، قیاس

1. ANZLH-E-Journal [2005]

2. Paul Finn : داور عالی استرالیا

۳. عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی اسلام‌شهر

مقدمه

درون مایهٔ این همایش دربارهٔ حقوق در تاریخ است. ولی، من دربارهٔ عکس آن یعنی تاریخ در حقوق سخن می‌گویم و این کار را به دلیل خاصی انجام می‌دهم.

درک می‌کنم که به علت مسیر نامعمول حرفهٔ خود برای سخنرانی در اینجا دعوت شدم. بیست و یک سال فردی دانشجویی بودم و علاقهٔ خاصی نیز به تاریخ حقوق داشتم؛ هر چند این علاقه به هیچ روی به تاریخ آموزه‌ای منحصر نبود. به علت نبودن توصیفی بهتر، [باید چنین بگویم که] کانون اصلی توجه من تاریخ حقوق و حکومت به طور عمده در استرالیا مستعمره‌نشین بود. ده سال پیش، مسأله‌ای به کلی نامنتظره رخ داد. با وجود اینکه هرگز در معنای دقیق کلمه در استرالیا به کار و کالت مشغول نبودم، به منزلهٔ دادرسی دیوان فدرال استرالیا گماشته شدم.

ناگزیر مجبور بودم که مهارت به کلی تازه‌ای را فرا گیرم. با وجود لحظه‌های اضطراب — که شمار آنها را کم ارزیابی نمی‌کنم —، اکنون که به گذشته نگاه می‌کنم، متوجه می‌شوم که این نقطه ضعف مزیتی نیز داشت. از آنجا که مجبور بودم از نو فراگیرم، فرصتی داشتم که دربارهٔ تجربهٔ طولانی عملی دیگران تأمل کنم. بیان این مطلب سرآغاز ارائهٔ روایتی از خودزندگی نامهٔ ام به منزلهٔ یک حقوق دان نیست، بل اظهار این مطلب است که متوجه شدم در مقام دادرسی اغلب ملزم می‌شوم که نظرگاه آشنای خود را دربارهٔ حقوق و تاریخ تغییر دهم.

کار قضائی و فرایند محاکمه وضع را تغییر داد. این تغییر موجب شد که آزادی فکری خود را به طور گسترده‌ای از دست دهم. نتیجه‌گیری‌های من دیگر نمی‌توانستند موقتی یا مشروط باشند. غریزه، ویژگی فردی یا کنجکاوی من دیگر نمی‌توانست هدایت‌گر مطالبی باشد که در نظر می‌گرفتم. موضوع دغدغه‌هایم

1. legal history

2. See e.g. *Law and Government in Colonial Australia* (1987, OUP); "A Road Not Taken: The Boyce Plaintiff and Lord Cairns' Act" (1983) 57 ALJ 493 and 571.

3. autobiography



دیگر نمی‌توانستند کلی یا انتزاعی باشند. از نظرگاه هدف‌های مورد نظر در اینجا، نکته مهم این است که پژوهش‌های من دیگر درباره حقوق در تاریخ نبودند. در عوض، نگاهم متوجه تاریخ در حقوق می‌شد. جهان قضائی محدود است به موضوعی عینی و خاص، دلایل مربوط به موضوع‌های مورد بحث، و نیز رأی نهایی که پس از صدور و سپری شدن مهلت تجدیدنظر^۱ تغییرناپذیر است. فکر می‌کنم که سخن گفتن درباره چگونگی برخورد یک پژوهشگر دانشگاهی حقوق یا تاریخ با موضوع پژوهش خود در این جمع بی‌فایده است؛ در عوض، سخن گفتن درباره روی کرد دادرسان آن گونه که من آنان را درک کرده‌ام می‌تواند آموزنده باشد. این روی کرد اختلاف آنان را با پژوهشگر دانشگاهی بیش‌تر به‌منزله موضوعی فرعی باقی می‌گذارد.

مطلب خود را با انکارهای معمول درباره خطرهای تعمیم آغاز می‌کنم، ولی به نظر می‌رسد که دادرسان امروزه به چهار روش غالب به تاریخ می‌پردازند. بخش عمده آنچه را درباره این روش‌ها خواهم گفت پیش‌پاافتاده‌اند؛ ولی شاید گفتن آنها ضرورت داشته باشد. نخستین روش جزء ذات وظایف روزمره دادرسان در امور مدنی است. این روش به فرایند واقعیت‌یابی^۱ مربوط است. دومین روش شکلی از ویژگی فردی دادرسان خاص را بازتاب می‌دهد که هم به اندازه کافی شایع است و هم مهم، که توجه به آن را توجیه می‌کند. این روش در جایی است که دادرس — بدون الزام به انجام این کار به علت امور مورد اختلاف در پرونده‌ای خاص — به خواست خود به واقعیت تاریخی استناد می‌کند یا در شکل‌دهی یا اعمال کامن‌لا یا تفسیر یک قانون موضوعه پیش‌فرض‌هایی تاریخی به دست می‌دهد. من این کاربرد تاریخ را رکنی پیش‌بینی‌نشده در استدلال حقوقی^۲ توصیف می‌کنم. سومین روش احتمالاً شناخته‌شده‌ترین شیوه است؛ هر چند این شیوه در اغلب موارد تاریخ را به‌مثابه داستان نشان می‌دهد. [همچنین]، به مجراهای معمولی استدلال قضائی برای تشخیص و اعمال رویه

1. fact finding = کشف حقیقت، کشف امور موضوعی

2. legal reasoning

قضائی یا تفسیر قانون موضوعه اشاره می‌کنم. سرانجام، در برخی از موارد، وقتی دادرس در منطقه‌ای بدون رویه قضائی^۱ پرسه می‌زند، آگاهانه به مطالب تاریخی برای هدف‌های قیاسی استناد می‌کند.

۱. واقعیت‌یابی

در اینجا می‌خواهم به اجمال دربارهٔ دو موضوع، یکی کلی و دیگری خاص، سخن بگویم. نخستین موضوع دربارهٔ روش‌های مورد استفاده در واقعیت‌یابی معمول است. دومین موضوع به جنبه‌ای از فرآیند کشف «واقعیت‌های تاریخی» در دعوایی که خواهانان بومی بر پایهٔ قانون مالکیت بومیان^۲ مصوب ۱۹۹۳ اقامه می‌کنند مربوط است. منظور من از واقعیت‌یابی کشف واقعیت‌های مورد بحث در یک رسیدگی یا کشف واقعیت‌های مربوط به واقعیت‌های مورد بحث از سوی دادگاه است. طرفی که در پی اثبات چنین واقعیتی است تکلیف اثبات آن را بر عهده دارد. در پرونده‌های مدنی، این تکلیف بر پایهٔ هم‌ترازی احتمال‌ها^۳ است. هیچ امر مطلقاً در اینجا وجود ندارد. نمی‌توان اهمیت تکلیف اثبات را کم ارزیابی کرد. در بسیاری از موارد، پرونده بر تکلیف اثبات مبتنی است.

واقعیت‌یابی معمول

آنچه باید بگویم پیش‌پاافتاده است؛ ولی برای درک چرایی اقدام دادگاه‌ها مهم است. نخستین و بنیادی‌ترین موضوع این است که وظیفهٔ دادگاه‌ها تعیین اختلاف‌های موجه است. این امر «از رهگذر پی بردن به واقعیت‌ها، اعمال ملاک‌های قانونی و در صورت اقتضاء اجرای اختیار قضائی^۴» صورت می‌گیرد.^۵ وقتی درمی‌یابید که — زیر لوای حکومت قانون — حل اختلاف در سامانه‌ای توافقی روی می‌دهد که طرف‌ها نه‌تنها شرایط اختلاف خود را تعریف می‌کنند

1. precedent-free zone.

2. Native Title Act

3. balance of probabilities = توازن احتمالات

4. judicial discretion

5. See *Wilson v Minister for Aboriginal and Torres Strait Islander Affairs* (1996) 189 CLR 1 at 11.



خواه با لایحه دفاعی و خواه به شکلی دیگر) که در مورد مطالب واقعی‌ای که به طور گزینشی به دادگاه ارائه می‌کنند نیز مسؤولیت دارند، با شکل به کلی متمایزی از حل اختلاف روبه‌رو می‌شوید. به این مسأله قواعدی را بیفزایید که دلایلی را که می‌توان به دادگاه داد محدود کرده و شکل می‌دهند^۱ و می‌توان به گونه‌ای معقول نتیجه‌گیری کرد که خود واقعیت‌یابی می‌تواند یک بنیاد استنادی برنامه‌ریزی شده داشته باشد.

شگفت‌آور نیست که وضعیت دلایل در دعوایی خاص می‌تواند به «حکمی که کل حقیقت مسأله نیست و به تجربه می‌دانیم که نیست» بینجامد^۲. وانگهی، همان گونه که یکی از دادرسان انگلیسی شرح داده است، وظیفه دادگاه محقق کردن عدالت میان طرف‌ها و رؤیت‌پذیر کردن آن ... است هیچ تکلیف بالاتر یا اضافی برای درک نوعی حقیقت مستقل وجود ندارد^۳.

ماهیت محیطی را که واقعیت‌یابی بدین علت در آنجا روی می‌دهد شرح و بسط می‌دهم. واقعیت‌هایی که دادرسان می‌بایند واقعیت‌های تاریخی‌اند؛ بدین معنا که، به اعمال، کنش‌ها، روی‌دادها، وضعیت‌های امور و ... گذشته مربوط اند. ممکن است آن واقعیت‌ها به تازگی روی داده باشند یا به زمان‌های دورتر مربوط باشند^۴. امکان دارد که این واقعیت‌ها به روی‌دادی جدا و محدود شده یا به روابط و کنش‌هایی که طی سال‌ها امتداد می‌یابند مربوط باشند^۵. ولی، صرف‌نظر از ویژگی و دامنه این واقعیت‌ها، آنها پیشینه تاریخی مسلمی را از موضوع مورد اختلاف برای هدف‌های حل آن اختلاف در اختیار طرف‌ها قرار می‌دهند. این گونه واقعیت‌های تاریخی ویژگی متمایزی دارند. آنها «واقعیتی»^۶

۱. در مورد دیوان فدرال، اینها در قانون دلایل مصوب ۱۹۹۵ آمده‌اند.

2. *Wilk Peoples v Queensland* (1996) 187 CLR 1 at 184.

3. *Air Canada v Secretary of State for Trade* [1983] 2 AC 394 at 438.

4. See e.g. *Anheuser-Busch Inc v Budejovický Budvar, Národní Podnik* (2002) 56 IPR 182 at [33] ff (هفت سده پیشینه شراب‌سازی در شهر بوهمیا).

5. See e.g. *GEC Marconi Systems Pty Ltd v BHP Information Technology Pty Ltd* (2003) 128 FCR 1 (تدارکی حکومتی که بیش از ۱۰ سال به طول انجامید).

6. reality

را فراهم می‌کنند که قانون برای هدف‌های مربوط به آن رسیدگی در مورد آن اعمال می‌شود. ولی، اگر همین واقعیت‌ها یا واقعیت‌های مشابه در رسیدگی بعدی دیگری میان طرف‌های دیگر مورد بحث بوده یا مناسبت داشته باشند، به طور معمول باید دوباره نزد دادگاه در آن رسیدگی بعدی بر پایه دلایل ارائه شده اثبات شوند (اگر در آن هنگام بتوان آنها را اثبات کرد).^۱

سامانه توصیف‌شده ضرورت‌های خاص خود را دارد. این سامانه ایجاب می‌کند که نسبت به واقعیت‌های مورد اختلاف دیدگاهی نهایی اتخاذ شود و دادگاهی از نوع کمیسیون سلطنتی سیار را نیز ملزم نمی‌کند که به پی‌جویی دلایل بپردازد. این کار تکلیف طرف‌های اختلاف است، ولی پیش از هر چیز هدف آن حلِ بسامان اختلاف است.

نکته کوتاهی که می‌خواهم در مورد کل این مسأله بر آن تأکید کنم آن است که، از بسیاری جهات روشن، دادگاهی که در مقام واقعیت‌یاب ایفای نقش می‌کند در جهانی متفاوت با جهان یک تاریخ‌دان به سر می‌برد که در پی جدا کردن، درک، و مرتبط کردن گذشته با حال است. این تفاوت شاید به شکل بسیار حادی در سطحی شخصی احساس شود؛ یعنی، هنگامی که تاریخ‌دان در مقام یک کارشناس فراخوانده می‌شود تا دلایل مربوط به واقعیت‌های تاریخی را ارائه کند فقط برای آنکه هم در دسر پرسش‌گری دوسویه^۲ را تجربه کند و هم درک این مسأله را که نظر کارشناسی وی را باید فردی ناتاریخ‌دان یعنی دادرس ارزیابی کند و نظر تاریخ‌دان در آن رسیدگی فقط نقش دلیل را دارد.

مطلب مورد تأکید من آن است که سامانه توصیف‌شده می‌تواند نوعاً توهم‌هایی را در مورد یک حقیقت یا واقعیت ایجاد کند؛ توهم‌هایی که احتمالاً در جهانی

۱. به استثنای (۱) پرونده‌های نادری که در آنها واقعیت‌های یافت‌شده به اندازه‌ای معروف اند که بدهت قضائی [judicial notice] را می‌توان در مورد آنها یافت. در مورد بدهت قضائی، بنگرید به:

J. D. Heydon; Cross on Evidence; Ch 2 (2004, 7th Ed);

یا (۲) جایی که قانون به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد که در تاریخی بعدی به آنها استناد کنند (برای نمونه، بنگرید به: ماده ۸ قانون مالکیت بومی مصوب ۱۹۹۳).

2. cross-examination = پرسش‌وپاسخ دوسویه



آرمانی وجود ندارند و در برابر آزمون‌گری جدی‌تر مقاومت می‌کنند.

دادخواهی درباره مالکیت بومیان

تصمیم‌گیری درباره ادعاهای مربوط به مالکیت بومیان در استرالیا نخست و پیش از همه بر واقعیت‌یابی تاریخی مبتنی است. این امر یکی از پیامدهای امور موضوعی آغازینی است که قانون مالکیت بومیان مصوب ۱۹۹۳ مطرح کرده است.

(۱) بر پایه قانون‌ها و عرف‌های سنتی مورد رعایت مدعیان در مورد موضوع ادعا، چه حق‌ها و منفعت‌هایی وجود دارند؟^۱ و

(۲) آیا آن حق‌ها و منفعت‌ها بر پایه قانون‌ها و عرف‌های سنتی در زمان حاکمیت انگلستان به افراد داده شده و آیا آن قانون‌ها و عرف‌های سنتی و حق‌های دارا شده بر پایه آنها از زمان حاکمیت موجودیت و اعتباری پیوسته داشته‌اند؟^۲

البته، دادگاه‌ها دلایل را از افراد بومی می‌گیرند و معمولاً به ادعاها در محل رسیدگی می‌کنند. ولی، دغدغه کنونی آن است که در پاسخ به این پرسش‌ها، کارشناسانی که طرف‌های ادعای مالکیت بومیان ناگزیر به آنان تکیه می‌کنند — یعنی انسان‌شناسان، باستان‌شناسان، تاریخ‌دانان و زبان‌شناسان — مجبور بوده‌اند که با سامانه دلایل که به آن اشاره شد رویارو شوند. اکنون، نوشتگان چشم‌گیری وجود دارد حاکی از آنکه این امر برای برخی یک رویارویی درگیرانه بوده است.^۳ بخشی از این نوشتگان خودبینی حقوق را مبنی بر اینکه «گذشته

1. Commonwealth v Yarmirr (2001) 208 CLR 1 at [15].

2. Members of the Yorta Yorta Aboriginal Community v Victoria (2002) 214 CLR 422 at [50] ff.

۳. اکنون، نوشتگان کمابیش گسترده‌ای این مسأله را نقل می‌کنند. بنگرید به:

McCalman & McGrath (eds), Proof & Truth (2003, AAH); Toussaint (ed), Crossing Boundaries (2004, M.U.P.); Choo & Hollbach, History and Native Title (2003, UWA); Paul and Gray, Through a Smoky Mirror: History and Native Title (undated, AIATSIS); Reilly, "The Ghost of Truganini: Use of Historical Evidence as Proof of Native Title" (2000) 28 Fed L Rev 453; Reilly and Genovese, "Claiming the past: Historical Understanding in Australian Native Title Jurisprudence" (2004) 3 Indigenous L Jo 19.

را می‌توان به‌شیوه‌ای قطعی اعلام کرد» و نیز این پیش‌فرض قانون‌ها را که «گذشته را می‌توان بدون پرسش، شرح و تفسیر شناخت» به چالش می‌کشند.^۱ درست در همین نقطه است که تفاوت میان کارکرد و دیدگاه حرفه‌ای، به‌فرض، تاریخ‌دان یا انسان‌شناس از یک سو و دادرس از سوی دیگر به بهترین شکلی مشخص است. بخش عمده‌ای از انتقاد مطرح‌شده نسبت به فرایندهای دادگاهی روش‌های خاص حقوق — ادعای مزیت دلایل نوشتاری بر دلایل شفاهی، قاعده گواهی بر دیده/شنوده^۲، تکلیف اثبات و موارد دیگر — را به چالش می‌کشد. ولی، در نهایت، من چنین می‌فهمم که این انتقاد در اغلب موارد به اندازه کافی تحت تأثیر این برداشت (از نظر من به‌حق) قرار می‌گیرد که دادگاه‌ها نمی‌توانند ابزار مناسبی برای رسیدگی به ادعاهای مالکیت بومیان و موضوع‌های ماهوی تأثیرگذار بر آنها باشند.^۳

با وجود این، در وضعیت کنونی، گواه کارشناس و دادرس باید تا هنگامی که پارلمان به گونه‌ای دیگر مقرر می‌کند با یکدیگر سر کنند. اگر این وضعیت نیازمند درک قضائی دغدغه‌ها و روش‌های رشته علمی گواه کارشناس است، این مسأله را نیز ایجاب می‌کند که تاریخ‌دان کارشناس یا هر کس دیگری خود را با ماهیت کاری که انجام آن در پرونده‌های مالکیت بومیان از دادرس به‌تنهایی خواسته می‌شود وفق دهد. به همین دلیل، بر عبارت «دادرس به‌تنهایی» تأکید می‌کنم. بر پایه ترتیبات قانون اساسی استرالیا، هیچ مجالی برای حضور تاریخ‌دانان همراه با دادرس در صدور حکم درباره مالکیت بومیان وجود ندارد.^۴

دادرس رابرت نیکلسون^۵ در اظهارات زیر (که بیان جزء‌به‌جزء مطالبی است که

1. See Reilly and Genovese, above, at 35 and 39.

2. hearsay rule

3. See e.g. Wootten, "Conflicting Imperatives: Pursuing Truth in the Courts" in McCalman and McGrath, Proof & Truth, 33 ff.

۴. بر پایه فصل سوم قانون اساسی، اختیار قضائی را فقط دادرسان گماشته‌شده بر پایه اصل ۷۲ می‌توانند در دادگاه‌های فدرال اعمال کنند.

5. Robert Nicholson



پیش‌تر گفتم) به ضرورت چنین برداشتی از سوی تاریخ‌دانان اشاره می‌کند:^۱ تاریخ‌دانان باید ماهیت کار در دادگاه و ویژگی آن را به‌منزله نوعی رسیدگی کشمکش‌ی برای درک روی‌کرد اتخاذی به رشته خود از سوی کسانی که در پی متزلزل کردن یا کنار گذاشتن اثر گواهی ایشان اند، به طور کامل درک کنند. صدور رأی عبارت است از تعیین وجود مالکیت بومیان برای همیشه، منوط به اعمال موفقیت‌آمیز هر گونه حق مربوط به تجدیدنظر. جلسه رسیدگی همایش نیست که در آن بتوان دیدگاه‌هایی را ابراز کرد و دیگران بتوانند آنها را با گذشت زمان بررسی کنند. این جلسه لحظه‌ای تعیین‌کننده در تعیین حق‌های قانونی است. به همین دلیل است که، درست به اندازه هر بخش دیگری از دلایل در پرونده مورد نظر، تاریخ نیز مورد بررسی موشکافانه قرار می‌گیرد.

بی‌گمان، یکی از علت‌های ناکامی واقعی در مورد تاریخ‌دان یا انسان‌شناس کارشناس این است که در حالی که گزارشی را برای یک جلسه رسیدگی در زمینه مالکیت بومیان آماده کرده است، دریابد که بخش‌های مهمی از این گزارش به علت پیروی نکردن از الزام‌های مربوط به دلایل نوع اظهارنظر کارشناس مندرج در قانون دلایل مصوب ۱۹۹۹ نپذیرفتنی اعلام شده است. با کمال تأسف، این مسأله پدیده‌ای متداول است و مسؤولیت واقعی آن با وکیلانی است که کارشناسان را وارد ماجرا می‌کنند و نه با خود کارشناسان.

صرفاً برای تشریح مسأله نمونه‌ای را ذکر می‌کنم. در پرونده هرینگتون-اسمیت^۲ علیه ایالت استرالیای غربی (شماره ۷)^۳، از دادرس لیندگرن^۴ خواسته شد که در مورد ۱۴۲۰ اعتراض مطرح‌شده نسبت به مفاد ۳۰ گزارش که ۱۵ نویسنده مختلف داشت حکم دهد. وکیلانی که این کارشناسان (متشکل از تاریخ‌دانان،

1. R. D. Nicholson, "The Use of History in Proving Native Title: A Judge's Perspective", pp 2-3 in *Early Days Journal: Proceedings of the Royal Western Australian Historical Society (Inc)*(2004).

2. Harrington-Smith

3. (2003) 130FCR 424.

4. Lindgren

انسان‌شناسان، زبان‌شناسان، یک باستان‌شناس و یک گیاه‌شناس قومیتی^۱) را درگیر کرده بودند در نوشتن گزارش‌ها دخالتی نداشتند و [فقط] در مورد محتوا مشاوره دادند و گزارش «به شیوه‌ای که آن افراد صلاحیت‌دار در آن رشته‌های خاص عادت به نوشتن داشتند» نوشته شد^۲.

لیندگرن در عبارتهایی که در شماری از پرونده‌های بعدی در مورد مالکیت بومیان آنها را تکرار کرد چنین اظهار داشت^۳:

وکیلان باید در نوشتن گزارش‌هایی که کارشناسان می‌نویسند دخالت کنند؛ البته نه در مورد مفاد گزارش‌ها (به‌ویژه در بیان اظهارنظرها)، بلکه در مورد شکل آنها تا تضمین کنند که آزمون‌های قانونی قابلیت پذیرش مورد توجه قرار می‌گیرند. قانون نیز نمی‌گوید که قابلیت پذیرش فقط با نوشتن گزارش مطابق قواعد حوزه خاص دانش یک کارشناس به دست می‌آید. تا هنگامی که دیوان در رسیدگی و تصمیم‌گیری درباره درخواست‌هایی مانند مورد کنونی به قواعد دلیل آن گونه که پارلمان در ماده ۸۲-۱ قانون مالکیت بومیان مقرر کرده ملزم است، الزام‌های ... قانون دلایل در مورد قابلیت پذیرش دلایل از نوع اظهارنظر کارشناس تعیین‌کننده خواهند بود.

باید تأکید کنم که این وضعیت محصول گزینشی آگاهانه از سوی پارلمان فدرال است. قانون مالکیت بومیان در شکل آغازین خود مقرر می‌داشت که دیوان به قواعد دلیل محدود نیست^۴. در سال ۱۹۹۸، این وضعیت برعکس شد^۵. در مقایسه با — برای نمونه — دادگاه‌های کانادا، دادگاه‌های ما در زمینه ادعاهای مربوط به بومیان استرالیا در حوزه استنادی نرمش‌پذیر نیستند^۶. این مطلب را نه به‌منزله توجیهی

1. ethno-botanist

2. At [18]

3. At [19]; see also e.g. Jango v Northern Territory of Australia (No 2) [2004] FCA 1004 at [9].

4. Section 82(3) of the 1993 Act.

۵. هر چند دیوان به آن اندازه محدود نیست که «به گونه‌ای دیگر دستور دهد». به ماده ۸۲-۱ قانون کنونی بنگرید.

6. Minister of National Revenue v Mitchell (2001) 199 DLR (4th) 385 (S.C.C.).



قضائی، که به مثابه شناختی از تعهد دادگاه به قانون اساسی در یک دمکراسی نمایندگی بنیاداً صرف نظر از دیدگاه‌های خودِ دادرسی بیان می‌کنم.

۲. تاریخ به منزله رکنی پیش‌بینی نشده در استدلال

در این گفتار، به استفادهٔ دادرسان خاص از اطلاعات تاریخی یا پیش‌فرض‌های تاریخی اشاره می‌کنم که در آنجا، «مطلب» تاریخی موضوع دلایل در جلسهٔ رسیدگی نیست، واقعیت مورد بحثی نیست که یافته‌ای باید دربارهٔ آن مطرح شود، و طی توافق‌های صورت گرفته هرگز به طرف‌های دعوا ارائه نشده یا از سوی آنان مطرح نمی‌شود. ولی، این مطلب می‌تواند تأثیری قوی و پیش‌بینی نشده بر استدلال قضائی در شکل‌دهی و اعمال کامن‌لا یا در تفسیر قانون موضوعه داشته باشد.

با توجه به آنچه در اینجا مورد بحث این‌جانب است، باید سخن خود را با گوشزد دادرسی سلوی^۲ فقید آغاز کنم^۳:

هر چند ممکن است استفاده از تاریخ در استدلال حقوقی رویهٔ متداول باشد، خطرهای روشن زیر نیز در انجام این کار وجود دارند: دسترسی احتمالی محدودِ دادرسی به سندهای دست‌اول و حتی منابع دست‌دوم؛ ماهیت چندپهلوی بخش عمده‌ای از سندهای تاریخی؛ دغدغه‌هایی دربارهٔ درستی^۴ منابع دست‌دوم؛ هدف‌های مختلف تاریخ‌دانان و وکیلان برای استفاده از تاریخ؛ دغدغه‌هایی دربارهٔ اهمیت یا پیامدهای احتمالی تاریخ؛ ناتوانی وکیلان یا دادرسان در درک شایستهٔ تاریخ (از جمله، محدودیت‌های آن)؛ و مواردی از این قبیل.

نخستین جلوهٔ این رویه که باید به آن اشاره کنم استفاده از تغییری مفروض در اوضاع و احوال در طول زمان است؛ یعنی، این ادعا که شرایط کنونی آنچنان با

1. representative democracy

2. Selway

3. Selway, "The Use of History and Other Facts in the Reasoning of the High Court of Australia" (2002) 20 U Tas L R at 148.

4. accuracy

شرایط تاریخی متفاوت اند که نوعی تغییر یا تحول در حقوق را توجیه می‌کنند. هر چند استناد به شرایط تغییر یافته یا «شرایط متغیر جامعه»^۱ یکی از سرآغازهای شعارگونه^۲ متداول برای تغییر قانون است، موضوع‌های واقعی مقایسه و اختلاف، و واقعیت و اهمیت تغییر مورد ادعا معمولاً شرح و بسط داده نمی‌شوند.^۳ از رهگذر آنچه دربارهٔ اکنون گفته می‌شود — و اغلب یک ویژگی بسیار کلی دارد —، گذشته مفروض و ویژگی متفاوت بودن به خود می‌گیرد و بنا بر این، باید نادیده گرفته شود. این رویه را «سرآغازی شعارگونه» برای تغییر توصیف کرده ام که می‌تواند بدون طول و تفصیل به غریزه، شک یا باوری دربارهٔ گذشته — صرف نظر از بنیاد آن — متوسل شود و پشتیبانی را برای تغییر قانونی مورد دلالت برانگیزاند. ولی، این رویه خطرهای ذاتی دارد؛ مانند آنچه دادرسی کالینان^۴ در یکی از پرونده‌ها تشخیص داده است^۵:

دادرسان گاهی پیش‌فرض‌هایی را دربارهٔ شرایط کنونی و جامعهٔ امروزین به‌منزلهٔ مبنایی برای تصمیم خود مطرح می‌کنند. توجه گسترده‌ای هنگام انجام این کار ضرورت دارد. پیش‌فرضی از این نوع می‌تواند نامطمئن باشد. زیرا، دادرسی که این پیش‌فرض را ارائه می‌کند ناگزیر این پیش‌فرض پیشین‌تر را مطرح می‌کند که وی به اندازهٔ کافی آگاه بوده یا در معرض آن قرار داشته است که بتواند پیش‌فرضی را دربارهٔ آن مطرح کند.

نمی‌خواهم دربارهٔ این رویه تفصیل بیش‌تری بدهم. فقط باید بگویم که طرح پیش‌فرض یا ادعا دربارهٔ واقعیت‌ها (معاصر^۶ یا تاریخی) امری متداول است و، به نظر من، یکی از جنبه‌های استدلال حقوقی است که نباید تشویق شود. این

1. Wason v Walter (1968) LR 4 QB 73 at 93.

2. rhetorical preludes

3. For a contrary example where the contrast is elaborated see Brodie b Singleton Shire Council (2001) 206 CLR 512.

4. Callinan

5. Australian Broadcasting Corporation v Lenah Game Meats Pty Ltd (2001) 208 CLR 199 at [252].

6. See e.g. L Shaddock & Associates Pty Ltd v Parramatta City Council [No 1] (1981) 150 CLR 225 at 252 in the alleged availability of insurance.



رویه رضایت‌بخش نیست.

رویه‌ای کاملاً متفاوت و کمتر متداول برای دادرسان عبارت است از تکیه به مطالب تاریخی (که معمولاً ولی نه صرفاً در آثار چاپ‌شده رسمی مستند می‌شوند) به منظور فراهم‌سازی بافتی برای ملاحظه خود درباره امری حکمی که در یک رسیدگی مطرح می‌شود. نمونه‌ای ساده از این کاربرد را می‌توان در یکی از پرونده‌هایی که دادرس گامو^۱ به آن رسیدگی کرد^۲ یافت. این دادرس در آنجا به مثال‌هایی درباره استفاده گسترده حکومت‌های استعماری از شرکت‌های تشکیل‌شده بر پایه قانون به منظور فراهم کردن گستره وسیعی از خدمات برای جامعه و نیز درباره دلایل چنین استفاده‌ای اشاره کرد و اینها را ملاحظه‌هایی مهم برای این نتیجه‌گیری خود انگاشت که این گونه شرکت‌ها از «مصونیت‌ها و استثناءها»ی قوه مجریه بهره نمی‌برند^۳.

مطلب تاریخی مورد استفاده واقعی مورد بحث در آن پرونده نبود. این مطلب «دلیل» نبود، بلکه فقط جنبه‌ای از استدلال دادرس بود؛ هر چند در نتیجه‌گیری حقوقی به دست‌آمده تأثیرگذار بود. اگر قرار بود اعتراضی نسبت به این کاربرد خاص مطرح شود، می‌توانست فقط در مورد روش استدلال مورد استفاده باشد^۴. موضوع دیگری که باید یادآور شوم این است که معمولاً نیازی نیست به طرف‌ها اعلام شود که دادرس به چنین مطلب تاریخی تکیه کرده است.

میزان استفاده دادرسان خاص از این ابزار (اگر هرگز استفاده‌ای در کار باشد) احتمالاً بازتاب‌دهنده منافع تاریخی نامتعارفی^۵ بیش از یک روش‌شناسی معمولاً اعمال‌شده است. همان گونه که پیش‌تر یادآور شدم، آنچه در این باره اهمیت دارد آن است که معمولاً از این روش جهت فراهم‌سازی بافتی تاریخی برای

1. Gummow J.
2. Re Residential Tenancies Tribunal (NSW); Ex parte Defence Housing Authority (1997) 190 CLT 410.
3. At 472.
4. See Selway, op cit, 147.
5. indiosyncratic = خاص، فردی

پدیده‌ای استفاده می‌شود که پاسخ، یا تحولی در حقوق در پرونده مورد بحث برای آن خواسته می‌شود. در ادامه، مطالب بیش‌تری درباره اهمیت بافت تاریخی در استدلال حقوقی خواهم گفت. آنچه باید در اینجا درباره این رویه تأکید کنم آن است که درست به علت استفاده از آن برای هدف‌های بافتاری است که این رویه می‌تواند بسیار تأثیرگذار باشد.

باید بیفزاییم که شرایط نوعی که نمونه‌هایی از این مسأله را باید در آنجا یافت محیطی است که در آن، خود پدیده خاص مورد بررسی در پرونده‌ای معین گذشته‌ای «عمومی» دارد که در طول زمان در آثار چاپ‌شده رسمی، قانون‌های موضوعه، گزارش‌های پارلمانی و مواردی از این قبیل تأیید شده است که آن هم به‌نوبه خود منابع اولیه اصلی مورد اتکاء را فراهم می‌کند. صرفاً با آوردن مثالی به پرونده‌هایی که به شکل‌های گونه‌گون دربردارنده تاریخچه حق اختراع^۱، حق نشر^۲، رازداری رسمی^۳ و نظام‌های اشتغال کارکنان دولت^۴، نیروهای پلیس در استرالیا^۵، بانک‌داری اباتلی^۶ و به گونه معمول‌تری اجرت مدیران تصفیه^۷ اند اشاره می‌کنم.

فقط می‌توان در این مسأله تأمل کرد که آیا تأثیر این کاربرد دست‌کم در برخی از پرونده‌هایی که از آن استفاده شده تعیین‌کننده بوده است یا خیر. گمان می‌کنم که چنین بوده است.

۳. استدلال حقوقی مرسوم^۸

تمایزگذاری میان استدلال قضائی در اعمال و تحول کامن‌لا از استدلال قضائی

1. Bristol-Myers Squibb Co v F H Faulding & Co Ltd (2000) 46 IPR 553 at 586ff.
2. Telstra Corporation Ltd v Desktop Marketing Systems Pty Ltd (2000) 51 IPR 257 at 265 ff.
3. official secrecy
4. Bennett v Human Rights and Equal Opportunity Commission (2004) 204 ALR 119; McMadus v Scott-Charlton (1996) 70 FCR 16.
5. Anderson v Sullivan (1997) 78 FCR 380 at 395.
6. Victoria WorkCover Authority v Andrews [2005] FCA 94.
7. Re Korda [2004] FCA 1682.
8. orthodox legal reasoning = استدلال سنتی، استدلال متداول



در تفسیر قانون موضوعه ضرورت دارد. در حالی که تاریخ در معنایی داستانی^۱ و برنامه‌ریزی‌شده^۲ از رهگذر آموزهٔ رویهٔ قضائی در مورد کامن‌لا مورد استناد قرار می‌گیرد، در مورد قانون‌های موضوعه اکنون در حال به دست آوردن نوعی نیرومندی و اهمیت مشخص است و این امر به علت اهمیتی است که اکنون به مسألهٔ «بافت» در تفسیر قانون موضوعه داده می‌شود.

استدلال در مورد کامن‌لا

قصد ندارم از قلمرو به کلی کهنه و شناخته‌شدهٔ آموزهٔ رویهٔ قضائی^۳ یا اصل نزاکت^۴ عبور کنم که بر پایهٔ آنها، دادرسان دادگاه از تصمیم‌های تشخیص‌ناپذیر هم‌کاران خود پیروی می‌کنند مگر آنکه قانع شوند که آن تصمیم‌ها به روشنی نادرست اند.^۵ هدف هر دوی اینها تأمین هماهنگی در طول زمان، نظم و کارامدی در تصمیم‌گیری است. و همان‌گونه که استاد انید کمبل^۶ به‌اجمال بیان می‌کند، «پیروی از رویهٔ قضائی»^۷ قضاوتی را دربارهٔ مناسبت واقیعت‌های مشخص تاریخی برای دغدغه‌های زمان حال مفروض می‌گیرد و وانگهی، دربارهٔ کاربرد داده‌های ناشی از تجربه — یعنی تجربهٔ قضائی — اظهارنظر می‌کند.^۸

البته، این مطلب که تاریخ و نه اصول جزمی^۹ است که تصمیم‌های کنونی مبتنی بر رویهٔ قضائی را توجیه می‌کند داستان است. در بهترین حالت، می‌توان گفت که فهم و به‌کارگیری رویهٔ قضائی مستلزم نوعی بازسازی گزینشی گذشته برای هدفی برنامه‌ریزی‌شده است. این امر نیازمند هیچ‌گونه نمایش پیشاپیش

1. fictional
2. contrived
3. See *Telstra Corporation Ltd v Trdloar* (2000) 102 FCR 595 at 602.
4. comity
5. See *Bank of Western Australia Ltd v Commissioner of Taxation* (1995) 55 FCR 233 at 255. On both precedent and comity see generally MacAdam & Pyke, *Judicial Reasoning and the Doctrine of Precedent* (1998); Cook et al, *Laying Down the Law*, Chs 5 and 7 (5th ed 2001); Stone, *Precedent and Law* (1985).
6. Enid Campbell
7. stare decisis
8. Campbell, "Lawyers' Uses of History" (1968) 6 UQ LJol at 1.
9. dogma

حقیقتی مستقل نیست. روش به کار رفته — به‌ویژه در مورد «بشرساخته‌های حقوقی» دورتر (اگر بتوان آنچه را پیش‌تر مطالب حقوقی توصیف کرده ام با این عبارت بیان کرد) — در اغلب موارد به اندازه کافی تحت هدایت نیازهای زمان حال و نه فرمان‌های^۲ گذشته قرار دارد. مایل ام که این موضوع اخیر را در ادامه با نمونه‌ای معاصر شرح دهم.

بررسی نکردن جنبه‌های تاریخی استدلال در مورد کامن‌لا از جهاتی دیگر حاکمی از بی‌اهمیتی مسأله نیست. برای نمونه، بسیاری از بخش‌های کامن‌لا فقط در پرتو تاریخ‌شان توجیه‌پذیر و فهم‌شدنی اند. این مسأله در حوزه حقوق مربوط به زمین، حقوق شبه‌وقف^۳ و بخش‌هایی از حقوق بازرگانی که از «حقوق عرفی اروپایی در زمینه مسائل بازرگانی و دریایی در سده‌های میانه»^۴ ناشی شده اند روشن است.^۵ همچنین، همان گونه که پیش‌تر بیان شد، جدایی مورد تصور میان شرایط برانگیزاننده خطی از رویه قضائی و درخواست‌های مربوط به شرایط معاصر معمولاً به‌منزله بخش توجیهی انحراف از آن خط رویه قضائی مورد استناد قرار می‌گیرد.^۶

اکنون، اجازه دهید که به توضیح موضوعی که به آن اشاره کردم برگردم. مسأله آن است که چگونه نیاز کنونی می‌تواند توسل به گذشته را به شیوه‌هایی که به بازیابی گزینشی مطالب قدیمی می‌انجامد موجب شود.

مثال من مثالی کمابیش گسترش‌یافته است. بنا بر این، اندکی درنگ کنید. از سده سیزدهم تا آغاز سده نوزدهم، مجموعه چشم‌گیر و متمایزی از حقوق مدنی و جنائی وجود داشت که کارگزاران دولتی را برای اقدام‌های رسمی ناشایست

1. legal artefacts
2. dictates
3. trust = تراست
4. law merchant

۵. این موضوع به تفصیل در اثر زیر بررسی شده است:

Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 54 ff (1928).

6. See e.g. *Brodie v Singleton Shire Council* (2001) 206 CLR 512; *Burnie Port Authority v General Jones Pty Ltd* (1994) 179 CLR 520.



مسئول می‌انگاشت و در مورد آسیب به اشخاصِ مسؤولِ پرداخت خسارت می‌دانست. در اینجا، فقط اظهارات دادرس وایلد^۱ در یکی از پرونده‌ها^۲ را شرح می‌دهم:

هر گاه کارگزاری اقدامی را خلاف سمت و وظیفه رسمی خود انجام دهد و در پی آن خسارتی به دیگری وارد شود، دعوایی مطرح می‌شود. بخش عمده‌ای از این حقوق بازتابی بود از سازمان اجتماعی و ترتیبات اداری انگلستان پیشاصنعتی و پاسخی بود به آن. تا اندازه بسیاری، با پیدایش صنعتی‌گری^۳، پدیداری خدمات رفاهی عمومی با استفاده از فناوری‌های جدید، و اصلاحات اداری ژرف که پدیداری قوه مجریه را ردیابی می‌کرد، این مجموعه درهم‌ریخته و متروکه شد^۴.

با وجود این، یک سده بعد و با پدیداری دولت اداری، درخواست یافتن ابزاری برای مسؤول انگاشتن کارگزاران دولتی و دولت برای آسیب وارد شده از رهگذر اقدام رسمی اداری نادرست که در قلمرو «نقض تعهدهای ناقراردادی»^۵ — به‌ویژه بی‌احتیاطی^۶، تعدی^۷ و غصب^۸ — قرار نمی‌گرفتند، دوباره مطرح شد. به این درخواست در سال ۱۹۵۹ در رأیی از دیوان عالی ویکتوریا پاسخ داده شد که در آن، دو مأمور پلیس برای خسارت‌های ناشی از تعطیل کردن آگانه‌یک هتل بدون مجوز قانونی مسؤول شناخته شدند^۹. در اینجا بود که یک «نقض تعهد ناقراردادی» با عنوان «سوءاستفاده مأمور دولتی از اختیارهای قانونی»^{۱۰}

1. Wylde

2. Turner v Stirling (1671) 2 Vent 25 at 26.

3. industrialization

۴. روایتی خلاصه از این دگرگشت را می‌توان در اثر زیر یافت:

Law and Government in Colonial Australia, Ch 2.

5. torts

6. negligence

7. trespass

8. conversion

9. Farrington & Bridgland v Thomson [1959] VR 286.

10. misfeasance in public office

ایجاد شد. نظر این دادرسی رسیدگی کننده که در پایان سده هجدهم و ابتدای سده نوزدهم از سوی مرجع انگلیسی تثبیت شده و در چکیده نامه کامینز^۱ و خلاصه نامه بیکن^۲ مستند شد این بود که:

... اگر کارگزاری دولتی اقدامی کند که می‌داند به سوءاستفاده از سمتش می‌انجامد و در پی آن به دیگری خسارت بزند، دعوایی از نوع «نقض تعهد ناقراردادی» برای سوءاستفاده از اختیارهای قانونی به درخواست آن شخص علیه وی اقامه می‌شود.^۳

طنین این عبارت‌های دادرسی وایلد به اندازه کافی روشن است. تنها تفاوت این است که آنچه در سال ۱۶۷۱ مثالی بود از مسؤولیتی گسترده‌تر، پس از تفسیر این «نقض تعهد ناقراردادی» در سال ۱۹۵۹ به یک مورد مشخص و قطعی از این مسؤولیت تبدیل شد. در این فرایند، تاریخ پیچیده حقوق تضعیف شده است. دیگر جلوه‌های پردردسر ولی از دیرباز تثبیت شده مسؤولیت رسمی^۴ رد یا نادیده گرفته شدند.^۵ اکنون در استرالیا یک «نقض تعهد ناقراردادی» عمدی (به معنای آگاهانه) داریم که مأموری دولتی را که می‌خواهد به دیگری آسیب برساند یا به دیگری آسیب می‌رساند یا آگاهانه بیش از اختیار خود عمل می‌کند مسؤول می‌شناسد. دیوان عالی — به نظر من خردمندانه — اذعان کرده که محدوده دقیق این «نقض تعهد ناقراردادی» هنوز تعریف نشده است.^۶

در جهت تکمیل مطلب، باید یادآور شوم که این «نقض تعهد ناقراردادی» در انگلستان نیز پدیدار شده است (نمی‌گویم احیاء شده است).^۷ به نظر من، آنچه جای تردید ندارد این است که نیازی آشکار در زرادخانه کامن لای امروزین

1. Comyns' Digest (4th ed, 1800)

2. Bacon' Abridgement (7th ed, 1832)

3. Farrington & Bridgland at 293.

4. official liability

5. See Notthern Territory v Mengel (1995) 185 CLR 307 at 345.

6. Sanders v Snell (1998) 196 CLR 329 at 345; see also Porter v OAMPS Ltd (2005) 215 ALR 327 at 351.

7. Three Rivers District Council v Bank of England [2003] 2 AC 1 at 190.



درست برای چنین «نقض تعهد ناقرار دادی» به منظور جبران سوءاستفاده‌های صورت گرفته از قدرت رسمی وجود داشت. در این معنا، استفاده گزینشی از گذشته و از این رو گزاره پیشین من هم درک شدنی و هم به یک معنا توجیه پذیر است. مشکلی که در این زمینه وجود دارد آن است که برخی از اطلاعات قدیمی به طور گزینشی برای تولید فرآورده‌ای امروزی بازایی می‌شوند. این مطلب را به‌اجمال توضیح می‌دهم.

از دیدگاه تاریخ‌دان حقوقی، غرابت^۱ تاریخی در «نقض تعهد ناقرار دادی» از نام آن مشخص است. این امر بر ابزاری دسته‌بندی‌کننده^۲ مبتنی است. تا آغاز سده نوزدهم، هم در انگلستان و هم در ایالات متحد امریکا^۳ امری کمابیش متداول بود که وکیلان قانون‌شکنی^۴ (خواه قانون‌شکنی کارگزاران و خواه قانون‌شکنی دیگران، و خواه برای هدف‌های حقوق جنائی^۵ و خواه برای هدف‌های حقوق مدنی) را بر پایه شیوه ارتکاب آن ویژگی‌شماری می‌کردند: آیا این قانون‌شکنی متضمن «کوتاهی»^۶ در انجام وظیفه قانونی^۷ (یا بی‌توجهی یا بی‌احتیاطی) بوده است؛ یعنی، انجام ندادن کاری که شخص می‌بایست انجام می‌داد؟ آیا این قانون‌شکنی متضمن سوءاستفاده از اختیارهای قانونی (یا فریب^۸) بوده است؛ یعنی، انجام کاری که شخص نمی‌بایست انجام می‌داد؟^۹ در مورد اعمال کارگزاران و به‌ویژه کسانی که وظایف اجباری^۹ داشتند، این دسته‌بندی‌ها در مورد قانون‌شکنی یکسان آشکارا دقیق نبودند. برای نمونه، ویژگی‌شماری برگرداندن نادرست یک قرار از سوی کلانتر به هر یک از سه شیوه پیش گفته امکان‌پذیر بود. بنا بر این،

1. anomaly
2. classifier
3. Cf Mechem, Public Offices and Officers (1890) §616 ff; §645 ff; Perkins and Boyce, Criminal Law, 544 ff (3rd ed, 1982).
4. wrongdoing
5. E.g. Finn, "Official Misconduct" (1978) 2 Crim LJ 307.
6. nonfeasance
7. deceit
8. See e.g. Bell v Josselyn 69 Mass 309 (1855) at 311.
9. mandatory duties

شگفت‌آور نیست که برای نمونه در چهارمین ویراست چکیده‌نامه کامینز در سال ۱۸۰۰، گونه‌های یکسانی از قانون‌شکنی را می‌توان زیر دو یا سه دسته‌بندی زیر یافت: «اقامه دعوا بر مبنای فریب»^۱، «اقامه دعوا بر مبنای کوتاهی در انجام وظیفه قانونی»^۲، و «اقامه دعوا بر مبنای بی‌احتیاطی»^۳.

این پدیده شگفت‌آور نیست. دسته‌بندی‌های مختلف در معنای دقیق کلمه اجزاء گونه‌های «نقض تعهد ناقرار دادی» را که در چهارچوب آن چیزی قرار می‌گیرند که من گونه قانون‌شکنی رسمی می‌نامم تعریف نمی‌کنند. این اجزاء نه تنها از گذر آنچه انجام می‌شد یا انجام نمی‌شد که از گذر ماهیت وظیفه ایفا شده از سوی مأمور در آن هنگام نیز مقرر می‌شد. آیا این وظیفه وظیفه‌ای قضائی بود که بر مبنای آن مصونیتی مطلق از دادخواهی به دادرسان «دادگاه‌هایی که همه روی دادها در آنها ثبت می‌شوند»^۴ داده می‌شود؟^۵ آیا این وظیفه وظیفه‌ای اختیاری^۶ بود (برای نمونه، دادن یک مجوز) که بر پایه آن، اگر مأمور به دلایلی اقدام کرده بود که ناشایستگی آنها مشخص است (برای نمونه، با «سوءنیت»^۷)^۸ مسؤول می‌بود، ولی در صورتی که صادقانه عمل کرده بود حتی اگر از روی بی‌احتیاطی می‌بود، مسؤول نبود؟ آیا وظیفه‌ای وزارتی^۹ بود که بر اساس آن، مأمور در برخی از موارد در صورتی که در آن شرایط به گونه‌ای معقول عمل نکرده بود به طور مطلق مسؤول شناخته می‌شد؟^{۱۰}

1. Vol 1 at 226.
2. At 274.
3. At 279.
4. courts of record
5. See Floyd and Barker' Case (1607) 12 Co Rep 23 and the Case of the Marshal-
sea (1612) 10 Co Rep 68b.
6. discretionary
7. maliciously
8. See e.g. Cullen v Morris (1819) 2 Stark 577.
9. ministerial
10. See e.g. Irving v Wilson (1791) 4 TR 485; Fitzgeald v Boyle (1861) QSCR 19
at 27.



در نتیجه، در پرونده‌ای^۱ مربوط به نیو ولز جنوبی در سال ۱۸۷۵، شورای رایزنان سلطنتی^۲ توانست آنچه را در آن هنگام اظهارنظری کاملاً مرسوم بود — هر چند اکنون اظهارنظری بدعت‌گذار^۳ انگاشته می‌شود^۴ — در مورد کلانتری که مرتکب برگرداندن نادرست یک قرار شده بود مطرح کند:

کلانتر مورد نظر در این پرونده برای کوتاهی در انجام وظیفه قانونی خود در اجرای اختیاریهایی که از رهگذر قانون به وی واگذار شده بود و در ادای وظیفه خود به منزله یک مأمور وزارتی دولتی مقصر بود و در مورد این کوتاهی در انجام وظیفه قانونی، با وجود اینکه اثبات نشد که وی با انگیزه‌های سوء اقدام کرده است، برای دعوای خسارت ناشی از اقدام خود مسؤول است. صرف کوتاهی در انجام وظیفه قانونی و خسارت ناشی از آن به علت قرار توقیف اموال صادر شده بر پایه این برگرداندن به مثابه دلیل قطعی علیه خواهان خسارتی کافی بود برای خواهان تا دعوایی را علیه این کلانتر برای آن کوتاهی در انجام وظیفه قانونی و جبران خسارت ناشی از آن اقامه کند.

بنا بر این، ما — به اندازه کافی برای هدف‌ها و نیاز خود، ولی به گونه‌ای بی‌اعتماد به مجموعه‌های قوانین که وانمود می‌کنیم به آنها باور داریم — چیزهایی را از گذشته گرفتیم و می‌گیریم. و کیل همیشه عمل‌گرا می‌پرسد که آیا این مسأله اهمیتی دارد یا خیر. شاید اهمیتی نداشته باشد.

تفسیر قانون موضوعه

تحول — و به قول برخی انقلاب — اخیر در اصول حاکم بر تفسیر قانون موضوعه در کامن‌لا هم به منشأ^۵ قانون موضوعه‌ای که قرار است تفسیر شود اهمیت داده است و هم به هدف یا هدف‌های تشخیص‌دانی آن. به بیان دیگر،

1. Brasyer v MacLean (1875) LR 6 PC 398 at 406.

2. Privy Council

3. heterodox

4. See Northern Territory v Mengel (1995) 185 CLT 307 at 346.

5. prevenance

متن قانون موضوعه پیش از تفسیر شدن باید «در بافت نهاده شود»^۱. پیشامد اصلی در اینجا عبارت است از روی کرد «لفظی»^۲ به تفسیر که ایجاب می‌کند ابتدا زبان مایه^۳ قانون بررسی شود و اگر معنای معمولی و طبیعی آن روشن و بی‌ابهام بود، بدون بررسی بیش‌تر به آن معنا اثر داده شود.

پرفسور کارلو گینزبرگ^۴ در رساله خود با عنوان «واریسی دلایل: دادرسان و تاریخ‌دانان»^۵ اظهار داشت که «هیچ متنی را نمی‌توان بدون ارجاع به واقعیت‌های برون‌متنی^۶ درک کرد»^۷. به نظر می‌رسد که این مطلب به تدریج بر قوه قضائیه دست‌کم در برخورد خود با قانون‌های موضوعه در حال آشکار شدن است.

هر چند قانون‌های موضوعه مربوط به تفسیر قانون احتمالاً برخی انگیزتارها^۸ را برای این تغییر در کامن‌لا فراهم کردند، خود این تغییر احتمالاً آن قانون‌ها را دست‌کم از این جهت غافلگیر کرده است. آن گونه که دیوان عالی اکنون در شماری از پرونده‌ها^۹ تکرار کرده است،

... روی کرد مدرن به تفسیر قانون موضوعه (۱) بر این مسأله پافشاری می‌کند که از ابتدا — و نه صرفاً در مرحله‌ای بعدی هنگامی که ابهامی ممکن است مطرح شود — بافت در نظر گرفته شود و (۲) از «بافت» در گسترده‌ترین معنا استفاده می‌کند تا مواردی مانند وضعیت موجود قانون و نیز ضروری^{۱۱} را دربرگیرد

1. contextualized

3. literal

3. language = بیان، زبان

4. Carlo Ginzburg

5. Checking the Evidence: The Judge and the Historian

6. extratextual realities

7. (1991) 18 Critical Inquiry 79 at 84.

8. stimuli = محرک‌ها

۹. از جهت پافشاری آنها بر «تفسیر هدف‌مند» و اجازه محدود برای توسل به اطلاعات بیرونی در تفسیر یک قانون موضوعه، بنگرید به:

E.g. Acts Interpretation Act 1901 (Cth) ss 15AA and 15AB.

10. See *CIC Insurance Ltd v Bankstown Football Club Ltd* (1995) 187 CLR 384 at 408; *Network Ten Pty Ltd v TCN Channel Nine Pty Ltd* (2004) 205 ALR 1 at [11].

11. mischief



که کسی ممکن است از رهگذر ابزار مشروعی مانند موارد پیش گفته تشخیص دهد که این قانون موضوعه می‌خواسته آن را جبران کند.

هر چند با قطعیت کامل نمی‌دانیم که از عبارت «بافت» در گسترده‌ترین معنای خود» به طور کامل چه چیزی فهمیده می‌شود، موارد زیر را به روشنی دربرمی‌گیرد: (۱) آثار چاپ‌شده رسمی و تاریخی که هم مبدأ و هم (در صورت مربوط بودن) تحول تباری و تاریخی قانون موضوعه مورد بحث را روشن می‌کنند؛^۱ (۲) توسعه تاریخی حقوق به‌ویژه در پرتو آنچه ممکن است درباره هدف قانون موضوعه مورد بحث آشکار کند؛^۲ و (۳) آن گونه که به طور فزاینده‌ای متداول است، در جایی که قانون موضوعه بازتاب‌دهنده توافقی بین‌المللی است یا دربرگیرنده چنین توافقی است، تاریخ و پس‌زمینه آن توافق و تفسیر آن در دیگر سامانه‌های حقوقی^۳.

نمونه‌ای عالی از سومین مورد، که خلاصه کردن آن در اینجا بسیار دشوار است، رأی دیوان فدرال با حضور همه دادرسان است که ماده 1F کنوانسیون مربوط به وضعیت مهاجران (۱۹۵۱) را تفسیر می‌کند.^۴ این ماده مقرر می‌دارد که:

مقررات این کنوانسیون درباره کسانی که دلایلی مهم مبنی بر موارد زیر علیه آنان وجود دارد، اعمال نمی‌شود:

(الف) مرتکبان جنایت علیه صلح، جنایت جنگی، یا جنایت علیه بشریت آن گونه که در سندهای بین‌المللی تعریف شده اند.

برای تفسیر این ماده، دیوان مجبور شد که تحول حقوق بین‌المللی کیفری و مسؤولیت کیفری از زمان جنگ جهانی دوم و علل تغییرهای صورت گرفته در طول زمان را بررسی کند. این مورد اخیر از رهگذر دفاع «دستور مقام بالادست»^۵

1. E.g. *Rieson v SST Consulting Services Pty Ltd* [2005] FCAFC 6 at [9]-[24].
2. E.g. *Griffin v Pantzer* (2004) 207 ALR 169 at [80]-[168].
3. E.g. *Toben v Jones* (2003) 129 FCR 515.
4. *SRYYY v Minister for Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs* [2005]FCAFC 42.
5. defence of superior orders

که تجدیدنظرخواه بر آن تکیه داشت مورد تأکید قرار گرفت. احتمالاً عادلانه است که بگوییم اگر مسأله از دیدگاه تاریخ‌دانان در نظر گرفته شود، قالب بررسی تاریخی مورد نیاز قالبی تنگ است که بیش‌وکم به منابع ثبت رسمی پای‌بند است. ولی، این قالب بازنمود پیشرفتی چشم‌گیر نسبت به رویه گذشته است. مهم‌ترین نکته این‌که، این قالب و کیلانی را که در پی تفسیر قضائی قانون موضوعه اند به ارائه لایحه‌هایی ملزم می‌کند که نه تنها به آنچه قانون موضوعه می‌گوید که به آنچه این قانون درباره آن است نیز آگاهانه توجه کنند.

۴. پرسه‌زنی در منطقه‌های بدون رویه قضائی

متداول‌تر از آنچه در وهله نخست تصور می‌کنید، از دادرسان خواسته می‌شود که بدون رویه قضائی مستقیم و الزام‌آور درباره موضوع‌ها حکم صادر کنند.^۱ هر چند ممکن است گزینه‌های گشوده به روی دادرسان چشم‌گیر باشند، خلأ حقوقی معمولاً با یک فرایند استدلال حقوقی قیاسی و/یا تطبیقی پر خواهد شد. موارد مشابهی که بر آنها تکیه می‌شود گاهی به زمان‌های نزدیک مربوط اند و گاهی به زمان‌های دور. برای مثال، به‌تازگی در پرونده‌ای در برداشت نخست چنین حکم دادم که دولت فدرال وظیفه‌ای انتقال‌ناپذیر برای مراقبت از یک بیمار روانی دارد که در بازداشتگاه ویژه مهاجران به طور نامعین بازداشت شده است.^۲ در صدور این رأی، بی‌هیچ شگفتی رویه قضائی را از رهگذر قیاس در مورد روابط میان بیمارستان و بیمار و میان زندانبان و زندانی که به وجود چنین وظیفه‌ای برای هر دو حکم داده شده است اعمال کردم.^۳

استدلال قیاسی دارای ویژگی تاریخی در جایی می‌تواند مناسبی خاص داشته باشد که تغییر یا توسعه‌ای آشکار در شیوه عمل اجتماعی^۴ به گونه‌ای رخ داده است که اگر قرار باشد شیوه عمل جدید یا توسعه‌یافته در معرض شیوه‌ای

1. Cf Huges Aircraft Systems International v Air Services Australia (1997) 76 FCR 151.
2. S v Minister for Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs [2005] FCA549.
3. At [209]-[210].
4. social practice



از سامان‌دهی کامن‌لا قرار گیرد، آموزه حقوقی معاصر کمک چندان مؤثری نمی‌کند. به‌منزله مثالی معاصر، پدیده خصوصی‌سازی آنچه را فقط می‌توان خدمات عمومی اساسی توصیف کرد یا بیرون‌سپاری^۱ توزیع خدمات به جامعه به پیمان‌کاران خصوصی را در نظر بگیرید. در اینجا، وظایف و مسؤولیت‌هایی را در اختیار کنشگران خصوصی می‌یابیم؛ هر چند ایفای تعهد یا انجام وظیفه آنان از جمله موضوع‌های مورد منفعت یا دغدغه عمومی است یا چنین منفعت یا دغدغه‌ای باقی می‌ماند.

استفاده من از زبان‌مایه «عمومی» و «خصوصی» احتمالاً به علل این مسأله اشاره دارد که چرا به نظر می‌رسد آموزه معاصر هنگام روبه‌رو شدن با استعاره‌هایی از آن نوع که باز نمود بیرون‌سپاری و خصوصی‌سازی است تزلزل نشان می‌دهد. به گونه‌ای نسنجیده، به‌ویژه طی سده گذشته، به مفهومی بیش از اندازه محدودکننده از آنچه از رهگذر رده‌شناسی^۲ خود در مورد حقوق عمومی / حقوق خصوصی درک می‌شود، باور داشته ایم. همیشه چنین نبود. تا ابتدای سده نوزدهم، حقوق انگلستان در برخی از حوزه‌ها نگرشی بسیار قاطعانه‌تر نسبت به آنچه باید موضوع منفعت یا دغدغه عمومی انگاشته شود — و بر آن مبنا سامان‌دهی شود — و آنچه خصوصی است به نمایش می‌گذاشت^۳.

اکنون اجازه دهید که به تمرینی کوتاه و لذت‌جویانه^۴ پردازم تا به شیوه‌ای عملی نشان دهم که چگونه دادگاه — اگر اهمیتی به این کار دهد — می‌تواند گذشته حقوق را برای هدایت وضعیت کنونی در حوزه‌های بیرون‌سپاری و خصوصی‌سازی به یاد آرد.

می‌توان به انواعی از نمونه‌های گذشته اشاره کرد که در آنها، کنشگری

1. outsourcing

2. taxology

۳. جنبه‌های مختلف این مسأله را در مقاله زیر بررسی کرده‌ام:

“Public Function-Private Action: A Common Law Dilemma” in Benn and Gaus (ed), Public and Private in Social Life (1983).

4. self-indulgent

ناحکومتی درست بدین دلیل که وظیفه، شرایط یا مسؤولیت‌های آن شخص — اگر بخواهیم با عبارت‌های پس از سده هفدهم بیان کنیم — دارای «منفعت عمومی» یا «دغدغه عمومی» بودند در معرض چیزی قرار گرفته است که من آن را سامان‌دهی عمومی^۱ می‌نامم. باید بیفزاییم که آن سامان‌دهی شکل‌های مختلفی به خود می‌گرفت. برای نمونه، این امر می‌توانست از گذر قرارهای فراعادی^۲ (به‌ویژه قرارهای انجام وظیفه قانونی^۳)، پی‌گردهای کیفری، یا دعوای «نقض تعهد ناقرارادی» انجام شود.

بگذارید این مسأله را توضیح دهم. نخست، از زمان مرگ سیاه^۴، گستره متغیری از حرفه‌های خدماتی وجود داشته است که به اندازه‌ای برای کارکنندگی^۵ جامعه پیشاصنعتی حیاتی انگاشته می‌شدند که به عموم مردم منفعتی را در عمل کرد آنها می‌داد و به همین ترتیب، سامان‌دهی آنها را از سوی عموم تضمین می‌کرد. تنها بازماندگان این دسته حرفه‌ها امروزه شرکت‌های حمل‌ونقل و مهمان‌سراهای عمومی‌اند. باید یادآور شوم که در هر یک از این موارد، سامان‌دهی کاملاً بدین شکل اعمال می‌شد که این حرفه‌ها می‌بایست خدمات مربوط خود را بی‌تبعیض و با نرخی متعارف فراهم کنند^۶.

دسته‌ای دوم از این حرفه‌ها در جایی بود که ماهیت مسؤولیت شخص به علت سکونت، محل و ... چنان بود که به منفعتی عمومی در ادای آن مسؤولیت می‌انجامید (برای نمونه، تعمیر جاده‌ها، محافظت از دیواره ساحلی و ...)^۷.

بزرگ‌ترین دسته از این حرفه‌ها در جایی بود که از رهگذر اساس‌نامه، قانون موضوعه یا به شکلی دیگر به شخصی ناحکومتی امتیاز یا حق انحصاری داده

1. public regulation

2. prerogative writs

3. mandamus

4. Black Death = همه‌گیری طاعون در سده چهاردهم میلادی

5. functioning

6. See e.g. Constantine v Imperial Hotels Ltd [1944] KB 693.

7. See e.g. Mayor and Burgesses of Lyme Regis v Henley (1834) 8 Bli N S 690 at 714.



می‌شد که بنا به ماهیت یا در آن شرایط دارای چنان ویژگی‌ای بود که هم منفعت یا دغدغه‌ای عمومی را در آن ایجاد می‌کرد و هم گونه‌ای از سامان‌دهی عمومی را جذب می‌کرد. بر عبارت «گونه‌ای از» تأکید کرده و به آن بازمی‌گردم. ساده‌ترین نمونه آن به لنج مسافربری^۱ مربوط است. بر پایه نخستین ویراست قانون‌های هلزبری^۲ انگلستان^۳،

لنج مسافربری که [داشتن آن] حقی انحصاری است نه برای منفعت مالک لنج که برای منفعت عموم مردم داده می‌شود تا مردم از یافتن وسیله‌ای برای عبور از رودخانه مطمئن باشند. در ازای این حق انحصاری، مالک لنج باید در زمان‌های مناسب حضور داشته باشد، قایقی را به گونه‌ای مناسب نگه دارد، و عوارض بگیرد (البته، عوارض معقول).

جدای از این مثال، موارد بسیار متفاوتی مطرح شدند که در آنجا، حق انحصاری داده‌شده در مورد خدمت خاص تنها موردی بود که عموم مردم برای استفاده در دسترس داشتند (برای نمونه، جرثقیلی در اسکله عمومی، انبار گمرک و ...)^۴. ظاهراً این پیوستگی حق انحصاری خصوصی و نیز نیاز عمومی بود که موجب شد این موضوع «تحت تأثیر منفعتی عمومی قرار گرفته و فقط به حقی خصوصی مربوط نباشد»^۵. برخی از شما احتمالاً می‌دانید که مبنایی در این زمینه در یکی از آموزه‌های کامن‌لا در ایالات متحد آمریکا یافت شد که تسهیلات عمومی را سامان‌دهی می‌کرد؛ آموزه‌ای که متأسفانه در استرالیا رد شد.^۶

از نظرگاه هدف‌های کنونی، آنچه باید درباره این آموزه امریکایی و گذشته آن در انگلستان بازشناخت این است که — مانند شرکت‌های حمل‌ونقل و مهمان‌سراهای عمومی — سامان‌دهی تحمیل‌شده کامن‌لا بر دارنده حق

1. ferry

2. Halsbury' Laws

3. "Ferries" at par 1253.

4. See e.g. Allnutt v Inglis (1810) 12 East 527 at 530.

5. Hale, De Portibus Maris, 77 (c 1670).

6. Bennett & Fisher Ltd v Electricity Trust of Suoth Australia (1962)106 CLR492.

انحصاری تکلیفی بود برای فراهم کردن خدمات بی تبعیض و با نرخ متعارف. دلیل چنین تکلیفی بدیهی است. ولی، باید بر این مطلب تأکید کنم که آن نوع سامان‌دهی فقط بازنمود زیرمجموعه خاصی است از آنچه می‌توان بر دارندگان امتیازها و حق‌های انحصاری اعمال کرد.

چشم‌گیرترین شکل امتیاز داده شده دولتی امتیاز تشکیل شرکت بود که از رهگذر اساس‌نامه به طور مستقیم با قانون موضوعه یا بر پایه قانون‌های کلی از نوع قانون شرکت‌ها صورت می‌گرفت. داستان سامان‌دهی عمومی در اینجا داستان قرار انجام وظیفه قانونی^۱ و به‌تازگی داستان قرار منع^۲ است.

در اینجا، باز هم کانون توجه قرار انجام وظیفه قانونی عبارت بود از تضمین انجام مناسب وظایف تعیین شده از رهگذر امتیاز یا حق انحصاری تا جایی که مسأله به منفعت یا دغدغه عمومی برمی‌گشت که این امر در ماهیت وظایف و اختیارهای شرکت در جایگاه خود بازتاب می‌یافت. ظاهراً همین ویژگی اخیر بود که ماهیتی عمومی به طبیعت مسأله می‌داد و از این رو، پاسخ‌پذیری^۳ آن را در برابر قرار انجام وظیفه قانونی ایجاب می‌کرد. شمار بیش‌تری از پرونده‌ها به اجرای وظایف اجباری شرکت‌های راه‌آهن و ساخت آبراهه مربوط بودند که از رهگذر قانون‌های ایجادکننده چنین شرکت‌هایی یا بر پایه چنین قانون‌هایی اعمال می‌شد^۴. قرارهای انجام وظیفه قانونی و منطبق زیربنای آنها به طور عمده نادیده گرفته می‌شوند که در اینجا مجال پرداختن به این قرارها نیست.

شاید فکر کنید که آنچه درباره آن سخن می‌گویم احتمالاً نوعی علاقه احتمالی

1. On which are generally Shortt, Informations, Mandamus and Prohibition (1887); Short & Mellor, The Practice of the Crown Office, 197 ff(2nd ed, 1908).

2. injunction

3. amenability

۴. ولی، برای دیدن پرونده‌ای که میزان آماده شدن دادگاه‌ها برای تأیید تعرض به امور شرکت‌ها را نشان می‌دهد، ر.ک.:

R. v The Victoria Park Company (1841) 1 BQ 288.

در این پرونده، نشان داده شد که می‌توان از قرار انجام وظیفه قانونی علیه شرکتی قانون‌شکن برای وادار کردن آن به درخواست از سهام‌داران خود به منظور صرف وجوهی برای پرداخت به افرادی که به حکم دادگاه طلب‌کار شناخته شده اند استفاده کرد.



باستان‌پژوهانه^۱ است. ولی، پرسش این است که این مسأله امروزه احتمالاً چه چیزی را می‌تواند به ما بیاموزاند. به نظر من، مطلب بسیاری برای ما دارد. در مواردی که گفته شد، به‌سادگی می‌توان درون‌مایه‌ها و دل‌مشغولی‌های کافی و همیشگی را یافت. من بر اینها متمرکز می‌شوم. نخست، هر چند معمولاً گفته می‌شد که «منفعت عمومی» است که سامان‌دهی عمومی را نسبت به آنچه در غیر این صورت فعالیت‌ی خصوصی انگاشته می‌شد به سوی خود می‌کشد، این منفعت یک منفعت عمومی انتزاعی و بی‌روح نبود. در همه این موارد، فرد به فراهم کردن یا ایفای خدمتی اساسی در یک محیط تاریخی خاص یا به اجرای یک حق انحصاری داده شده از سوی حکومت می‌پرداخت. عواملی را که به منفعتی عمومی انجامیدند باید در این شرایط یافت.

دوم، سامان‌دهی عمومی خاص اعمال شده از یک نوع یک‌پارچه نبود. در عوض، این سامان‌دهی دلایل مربوط به منفعت عمومی را برای سامان‌دهی مجموعه مورد بحث بازتاب می‌داد. فقط باید آنچه را درباره شرکت حمل‌ونقل و مهمان‌سرای عمومی گفتم تکرار کنم.

سوم، رویه قضائی هیچ‌گونه دغدغه‌ای را در این باره که آیا کارکرد مورد بحث ویژگی حکومتی داشته یا خیر نشان نمی‌دهد. دغدغه رویه قضائی عبارت بود از اهمیت آن کارکرد برای جماعتی که منفعت آن کارکرد یا حمایت از آن را می‌خواست یا به آن کارکرد وابسته بود. در مواردی که نهادی دارای حق انحصاری بود، گفته می‌شد که این حق انحصاری را تقریباً همیشه حکومت می‌دهد.

از جمله درس‌هایی که با پیدایش انقلاب صنعتی آموختیم این بود که آموزه‌های حقوقی پی‌ریزی شده برای جامعه‌های پیشاصنعتی اگر بخواهند در شرایط جدید برای همه سودمند باشند باید با هم سازگاری چشم‌گیری داشته باشند.^۲ در اغلب موارد، شگردهای قانون موضوعه‌ای پرظرافت‌تری جانشین شکل‌های خاص

1. antiquarian

2. See generally P Finn, "A Road not Taken: The Boyce Plaintiff and Lord Cairns Act" (1983) 57 ALJ 493.

سامان‌دهی مورد اشاره شده اند. ولی، الهام آنها با ما باقی است. بنا بر این، برای به پایان بردن مثال عملی خود، باید بگوییم که برای سامان‌دهی مشارکت‌کنندگان ناکومتی در ترتیبات بیرون‌سپاری و خصوصی‌سازی (اگر قصد انجام این کار را داریم) – و برای سامان‌دهی آنها تا جایی که و بدان علت که وظایف‌شان «تحت تأثیر منفعتی عمومی قرار می‌گیرد» – ، کامن‌لا مفاهیم و روشی را در دسترس دارد. عبارت «اگر قصد انجام این کار را داریم» را به دلیلی روشن به منزله یک شرط می‌افزاییم. گزینه سیاسی واقعی کوچکی را باید در نظر بگیریم؛ گزینه‌ای که نقشی را که در واحد سیاسی خود به حقوق دادرسی ساخته^۱ نسبت می‌دهیم بازتاب می‌دهد. ولی، این همان گزینه‌ای است که باید آن را انتخاب کنیم. همان گونه که یکی از دادرسان انگلیسی به تازگی اظهار داشته است، پاسخی که باید به خصوصی‌سازی و قراردادی^۲ حکومت بدهیم، «یکی از مهم‌ترین مسائل امروزی حقوق عمومی است».



1. judge-made law = حقوق ساخته دادرس
2. contractualisation