



University of Tehran Press

Proposing a Normative Framework for Legislation and Interpretation Based on Kelsen's Pure Theory of Law*

Ayat Mulaee¹ | Seyyed Mohammad Taqi Alavi²

Seyyed Hossein Malakooti Hashjin³ | Masoud Ahmadi⁴

1. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran. Email: alavi@tabrizu.ac.ir
2. Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran. Email: amulaee@tabrizu.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran. Email: malakooti@tabrizu.ac.ir
4. Corresponding Author; PhD Candidate, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran. Email: masoudahmadi@tabrizu.ac.ir

Article Info	Abstract
Article Type: Research Article Pages: 1-24 Received: 2024/04/06 Received in Revised form: 2025/03/01 Accepted: 2025/05/05 Published online: 	Kelsen's pure theory of law is considered the most complete expression of legal positivist philosophy. Kelsen calls it "pure" because removes all non-legal elements by providing a hierarchical legal structure. However, the inability to encompass the fundamental norm and the assumption of its validity expose the theory to criticisms. Part of the criticisms directed at this theory stem from neglecting the objective of it (understanding legal systems). By taking into account the goal of the theory, assuming the validity of the fundamental norm can be justified. In this research, based on a descriptive and analytical method, it is suggested that the claim of the "purity" of this legal theory should be reconsidered and replaced with a more appropriate title that reflects the hierarchical structure. Furthermore, a plan has been presented for legislation and interpretation based on this theory. Based on this plan, firstly, legislation must follow a chain-like and hierarchical structure to reach one of the constitutional principles or the fundamental norm. Secondly, to avoid potential deadlocks that may arise from excluding non-legal elements in legislation, the idea of the necessity of a soft constitution has been proposed. Finally, the requirements for legal interpretation and the establishment of judicial precedent have been explained.
Keywords: <i>Pure Theory of Law, Legislation guided by criteria, Constitutional Interpretation, Hierarchical Structure, Soft Constitution.</i>	
How To Cite	Mulaee, Ayat; Alavi, Seyyed Mohammad Taqi; Malakooti Hashjin, Seyyed Hossein; Ahmadi, Masoud (2025). Proposing a Normative Framework for Legislation and Interpretation Based on Kelsen's Pure Theory of Law. <i>Public Law Studies Quarterly</i> , -- (--), 1-24. DOI: https://doi.com/10.22059/jpls.2025.374298.3503
DOI	10.22059/jpls.2025.374298.3503
Publisher	The University of Tehran Press.



* This article is derived from the PhD theses of Masoud Ahmadi.



ارائه طرحی برای تقنین و تفسیر ضابطه‌مند بر مبنای نظریه حقوقی ناب کلسن*

آیت مولائی^۱ | سید محمدتقی علوی^۲ | سید حسین ملکوتی هاشجین^۳ | مسعود احمدی^۴۱. دانشیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: alavi@tabrizu.ac.ir۲. استاد، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: amulaee@tabrizu.ac.ir۳. دانشیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: malakooti@tabrizu.ac.ir۴. نویسنده مسئول؛ دانشجوی دکتری، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: masoudahmadi@tabrizu.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: پژوهشی	نظریه حقوقی ناب کلسن را کامل‌ترین بیان فلسفه حقوقی پوزیتیویستی دانسته‌اند.
صفحات: ۲۴-۱	کلسن این نظریه را ناب می‌داند، چراکه با ارائه ساختار سلسله‌مراتبی حقوقی تمامی
تاریخ دریافت:	عناصر غیرحقوقی را از آن حذف می‌کند، ولی عدم امکان پوشش هنجار بنیادین و
۱۴۰۳/۰۱/۱۸	مفروض دانستن اعتبار آن، این نظریه را با نقدهایی مواجه می‌سازد. بخشی از
تاریخ بازنگری:	نقدهای وارد بر نظریه حقوقی ناب کلسن ناشی از بی‌توجهی به هدف این نظریه
۱۴۰۳/۱۲/۱۱	(شناخت نظام‌های حقوقی) است. با لحاظ کردن هدف نظریه، مفروض دانستن
تاریخ پذیرش:	اعتبار هنجار بنیادین توجیه‌پذیر است. در این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی
۱۴۰۴/۰۲/۱۵	انجام شده، پیشنهاد شده است ادعای ناب بودن این نظریه تقلیل یابد و عنوانی
تاریخ انتشار برخط:	مناسب با ساختار سلسله‌مراتبی جایگزین شود؛ افزون بر این پس از بررسی ابعاد
-----	مختلف نظریه، طرحی برای قانونگذاری و تفسیر قوانین بر اساس نظریه حقوقی
کلیدواژه‌ها:	ناب کلسن ارائه شده که بر اساس آن اولاً قانونگذاری باید از یک ساختار زنجیره‌ای
تقنین ضابطه‌مند، تفسیر قانون اساسی، ساختار سلسله‌مراتبی، قانون اساسی نرم، نظریه حقوقی ناب.	و سلسله‌مراتبی پیروی کند تا به یکی از اصول قانون اساسی یا هنجار بنیادین
استناد	برسد؛ ثانیاً برای رهایی از بن‌بست‌های احتمالی که به دلیل بستن راه ورود عناصر
DOI	غیرحقوقی در تقنین ممکن است ایجاد شود؛ ایده لزوم وجود قانون اساسی نرم ارائه
ناشر	شده و در نهایت الزامات تفسیر قانون و ایجاد رویه قضایی تشریح شده است.
	مولائی، آیت؛ علوی، سید محمدتقی؛ ملکوتی هاشجین، سید حسین؛ احمدی، مسعود
	(۱۴۰۴). ارائه طرحی برای تقنین و تفسیر ضابطه‌مند بر مبنای نظریه حقوقی ناب
	کلسن. مطالعات حقوق عمومی، — (—)، ۱-۲۴.
	DOI: https://doi.com/10.22059/jpls.2025.374298.3503
	10.22059/jpls.2025.374298.3503
	
	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

* این مقاله، مستخرج از رساله دکتری مسعود احمدی می‌باشد.

۱. مقدمه

در زندگی بشر اموری مثل عدالت اجتماعی، اخلاق، نظم عمومی، امنیت، توسعه و ترقی همه‌جانبه از اساسی‌ترین مسائل به‌شمار می‌آیند که برای نیل به آنها وجود نظام حقوقی متناسب با نیازها و علایق هر جامعه لازم است. اینکه نظام حقوقی باید چگونه باشد و بر چه اصولی استوار باشد موضوع فلسفه حقوق است؛ به بیان دیگر می‌توان گفت علم حقوق محصول تفکرات، اعتقادات و ارزش‌هایی است که یک جامعه بدان معتقد است. نوع نگاه انسان به خود و جهان و اهداف و همچنین آرمان‌های او، مکتب حقوقی وی را به‌وجود می‌آورد و از دل این مکاتب حقوقی، نظام حقوقی و قوانین زاده می‌شوند (خوئینی، ۱۳۹۳: ۲۰ و ۱۹). متفکران فلسفه حقوق نظریات مختلفی در این خصوص ارائه کرده‌اند و مکاتب و به‌تبع آن نظام‌های حقوقی در جهان بر اساس این نظرها شکل گرفته‌اند.

در علم حقوق دو مکتب اصلی که از اندیشه‌های فلسفی به‌وجود آمده‌اند عبارت‌اند از مکتب حقوق طبیعی و مکتب حقوق موضوعه (اثبات‌گرایی). به‌طور خلاصه می‌توان گفت مکتب حقوق طبیعی معتقد است در نظام طبیعت به‌مثابه امور طبیعی و فیزیکی که قوانینی ثابت و معین (مثل قانون جاذبه) دارد، قوانینی برای بهتر زندگی کردن هم وجود دارد که باید آنها را کشف و استفاده کنیم (خوئینی، ۱۳۹۳: ۶۷)؛ اما مکتب حقوق موضوعه حق را امری قراردادی^۱ می‌داند و اختیار شناسایی، تعریف، تفسیر، تحدید و تعطیل آن را کلاً به نظام حاکم محول کرده است، به‌نحوی که متناسب با تغییر اهداف نظام مسلط، تغییراتی را وضع و مستقر سازد (دارابکالایی، ۱۳۹۱: ۸۸). این اختلاف در شناخت حق، از گذشته وجود داشته و منشأ بسیاری از تفاوت‌ها در نظام‌های حقوقی جهان شده است؛ در همین زمینه شناخت ساختار نظام‌های حقوقی موجود در جهان و تلاش برای ضابطه‌مند کردن هنجارهای حقوقی اقدام مهمی است که در ادامه توسعه مکاتب حقوقی انجام می‌گیرد؛ چراکه نظام‌های حقوقی موجود در جهان و یا نظام‌های سابق حقوقی الزاماً بر اساس یک مکتب حقوقی و یا یک نظریه تأسیسی در نظام حقوقی ایجاد نشده‌اند، ولی از آنجایی که باید پاسخگوی نیازهای دولت و ملت باشند، لازم است بتوانند در قالب یک ساختار حقوقی بیان شوند. علت اشاره به مطالب مربوط به تفاوت مکاتب حقوقی این است که نظریه حقوقی ناب در اردوگاه مکاتب اثبات‌گرایی ارائه شده است و باید در هر نقد و تحلیلی خاستگاه نظریه مورد توجه قرار گیرد؛ اگرچه مفاهیم ارائه‌شده در این نظریه و طرحی که در این تحقیق بدان پرداخته می‌شود، می‌تواند در مواردی در نظام‌های حقوقی مبتنی بر حقوق طبیعی هم استفاده شود.

یکی از متفکران مطرح در مکتب حقوق موضوعه (اثبات‌گرایی) هانس کلسن^۲ است که در نظریه

1. Conventional Matter

2. Hans Kelsen

حقوقی ناب^۱ تفسیری متفاوت از روش فهم قانون ارائه داد. وی در تلاش بود هر آنچه را که از علوم دیگر وارد علم حقوق شده است، از حقوق جدا کرده و علمی مستقل برای حقوق ایجاد کند؛ در واقع وی حقوق را آن گونه که هست و نه آن گونه که باید باشد توصیف کرد (رحمت‌الهی، ۱۳۹۹: ۱۹۸)؛ از آنجایی که کلسن یکی از متفکران با آثار مؤثر در فلسفه حقوق است و همچنین نظرهای وی در طول حیات علمی دچار تغییراتی شده است، برخی محققان قائل به دوره‌بندی نظرهای وی شده‌اند و با توجه به سیر تحول آثار و نظریات کلسن دوره‌هایی ترسیم کرده‌اند. برای نمونه هایدمن نظرهای کلسن را به چهار دوره به شرح زیر تقسیم کرده است:

دوره نخست اندیشه‌های کلسن از سال ۱۹۱۱ شروع می‌شود که کلسن ارکان نظریه خود را به صورت تمایز بین «هست» و «باید»، هنجاری بودن حقوق، توجه به دانش حقوق موجود به عنوان نقطه آغاز تحقیق در حوزه حقوق، مطرح کرد، افزون بر این وی ایده واحد مستقل حقوقی^۲ را به صورت «اگر الف روی دهد آنگاه ب توسط دولت روی خواهد داد» مطرح می‌کند (Heidemann, 2013: 251).

هایدمن دوره دوم نظرهای کلسن را دوره نئوکانتی می‌نامد که وی در بازه زمانی دهه ۲۰ تا ۴۰ قرن بیستم، نظریه عام دولت و ویرایش اول نظریه حقوقی ناب خود را ارائه داد. در این دوره وی به صورت جدی از فلسفه نئوکانتی اثر پذیرفته بود. هایدمن دوره دوم را دوره واقع‌گرایی می‌نامد (Heidemann, 1999: 348). وی معتقد است کلسن در مرحله سوم از سیر تحول فکری خود دچار گسست جدی از نظریه شناختی نئوکانتی شد و ویرایش دوم نظریه حقوقی ناب را ارائه کرد. در نهایت کلسن در دوره چهارم به نظریه «هنجارگرایی ناخرد گرایانه»^۳ و این بار هنجارها در پیوند با اراده تحلیل و پیوند آنها از طریق احکام شناختی را رد می‌کند. نظریه عام هنجارها^۴ مهم‌ترین اثر وی در این دوره است. تقسیم‌بندی که با واکنش انتقادی پائلسون مواجه شده، چراکه معتقد است همه عناصر فلسفه وی لحاظ نشده و فقط بود یا نبود این‌همانی بین هنجارها و احکام حقوقی لحاظ شده است (Paulson, 1998: 154).

کلسن نظام حقوقی را به صورت سلسله‌مراتبی یا هرمی تصور می‌کند که در رأس آن، یک هنجار اصلی یا هنجار بنیادین وجود دارد و منبع مشروعیت تمام قواعد و هنجارهای حقوقی است. وی در توضیح مبنای اعتبار هنجارهای حقوقی می‌گوید: «اعتبار هنجارهای حقوقی از مفادشان ناشی نمی‌شود. هرگونه مفادی می‌تواند حقوق باشد؛ هیچ رفتار انسانی نیست که صرفاً به موجب محتوایش نتواند به مفاد یک هنجار حقوقی تبدیل شود. اعتبار یک هنجار حقوقی را نمی‌توان به این دلیل که مفادش با نوعی

1. Pure theory of law

2. Autonomous legal unit

3. Norm-Irrationalismus-Theorie

4. Allgemeine Theorie der Normen

ارزش ذاتی از پیش مفروض (برای مثال یک ارزش اخلاقی) مطابق نیست زیر سؤال برد. یک هنجار به عنوان هنجار حقوقی صرفاً به این دلیل معتبر است که به شیوه خاصی به دست آمده است؛ یعنی مطابق با یک قاعده معین ایجاد شده یا به یک شیوه خاص صادر یا وضع شده است» (کلسن، ۱۳۹۱: ۹۸).

نظریه حقوقی ناب کلسن که مبتنی بر هرم هنجاری است، در نهایت به هنجار بنیادین می‌رسد که کلسن در مورد خصوصیات این هنجار و مبنای اعتبار آن می‌گوید: «اعتبار هنجار اصلی به این دلیل نیست که یک هنجار حقوق موضوعه است؛ زیرا از طریق یک فرایند حقوقی ایجاد نشده؛ یعنی وضع یا صادر نشده است، بلکه به این دلیل است که شرط از پیش مفروض تمام فرایندهای حقوق موضوعه است. نظریه حقوقی ناب با تدوین هنجار اصلی، درصدد معرفی شیوه جدیدی برای حقوق‌شناسی نیست؛ بلکه صرفاً درصدد است کاری را که تمام حقوقدانان (اغلب ناآگاهانه) انجام می‌دهند، به سطح آگاهی ارتقا دهد، هنگامی که آنان در تبیین مفهومی موضوع تحقیقشان حقوق طبیعی را به عنوان مبنای اعتبار حقوق موضوعه نمی‌پذیرند و در عین حال حقوق موضوعه را به عنوان یک نظام معتبر قبول نمی‌کنند؛ یعنی به عنوان هنجار و نه صرفاً به عنوان احتمالات واقعی مربوط به انگیزش می‌شناسند. «نظریه حقوقی ناب» به کمک آموزه هنجار اصلی، فرایند واقعی شیوه دیرینه شناخت حقوق موضوعه را، با تلاش در جهت آشکار ساختن شروط منطق استعلایی این شیوه، تحلیل می‌کند (کلسن، ۱۳۹۱: ۱۰۱). در مورد نظریه حقوقی ناب کلسن تحلیل‌های مختلفی ارائه شده است که در بخش دوم این مقاله، متناسب با موضوع و فضا به تعدادی از آنها اشاره خواهیم کرد. مبنای نظریه حقوقی ناب بر چند اصل مهم استوار است، که در این تحقیق به نقد و بررسی دو اصل از این اصول می‌پردازیم. اصل اول ناب بودن نظریه است که از ساختار سلسله‌مراتبی قوانین که کلسن مطرح کرده ناشی می‌شود و اصل دوم مفروض دانستن اعتبار هنجار بنیادین است؛ چراکه هنجار بنیادین مبنای دیگر هنجارهای دیگر است و اگر نتوان مفروض دانستن اعتبار هنجار بنیادین را در این نظریه توجیه کرد، نمی‌توان اعتبار هنجارهای دیگر را هم تأیید کرد و نظریه با چالشی بنیادین مواجه می‌شود. در این تحقیق تلاش می‌شود به سؤالات زیر که حول دو اصل بنیادین نظریه حقوقی ناب کلسن مطرح می‌شود در قالب پرسش‌های زیر پاسخ داده شود:

۱. آیا امکان ارائه نظریه حقوقی ناب وجود دارد؟
 ۲. مفروض دانستن اعتبار هنجار بنیادین در نظریه حقوقی ناب، در چه شرایطی توجیه‌پذیر است؟
 ۳. ابتدای نظام حقوقی بر نظریه حقوقی ناب کلسن چه آثاری در تقنین و تفسیر قوانین دارد؟
- تحقیق حاضر از نظر هدف و ماهیت جزو تحقیقات بنیادی و کاربردی است و از لحاظ روش در زمره تحقیق‌های کیفی بوده، روش کار توصیفی-تحلیلی است؛ اطلاعات مورد نیاز از طریق مطالعات کتابخانه‌ای و اسنادی جمع‌آوری شده است. نویسندگان این مقاله ابتدا با توصیف دو اصل بنیادین نظریه حقوقی ناب و بیان نکات قابل استنتاج از آنها و همچنین بحث بر روی ماهیت علم حقوق، به تحلیل تأثیر

ابتدای نظام‌های حقوقی بر این دو اصل نظریه مذکور پرداخته‌اند. شایان ذکر است تحقیق حاضر بر اساس نقد و بررسی نظرهای ارائه‌شده کلسن در دوره دوم اندیشه‌ورزی‌اش (طبق تقسیم‌بندی هایدمن) انجام شده است.

۲. سیر طرح نظریه حقوقی ناب و تحلیل برخی نقدهای مطرح‌شده بر آن

فضای علمی قرن نوزدهم میلادی به‌علت غلبه تفکرات علم‌گرایی و پیشرفت‌هایی که در عرصه علوم مختلف فنی و تجربی حاصل شد؛ حقوقدانان را به تلاش برای نزدیکی به آنچه علم واقعی تصور می‌کردند، ترغیب کرد. به‌طور مشخص در این دوره علم فیزیک را به‌عنوان الگوی علم واقعی می‌دانستند. این تلاش سبب قدرت‌گیری پوزیتیویسم حقوقی شد و حقوق طبیعی و همچنین تلقی‌های اخلاقی از حقوق را به‌شدت زیر سؤال می‌برد. در آلمان به علت مسئله قانون‌نویسی، جریان حقوقی نوینی ایجاد شده بود که سعی داشت علم حقوق را به‌عنوان علمی مفهومی و انتزاعی با رویکرد نوین مطرح کند (Moriya, 2003: 52). متعاقب این مباحث و در راستای تلاش حقوقدانان برای ارائه نظریه‌ای که علم حقوق را مستقل از علوم دیگر ارائه کند؛ در قرن بیستم، نظریه حقوقی ناب ارائه شد. نظریه حقوقی ناب کلسن از جمله مباحث چالش‌برانگیز در فلسفه حقوق است و نقدهای بسیاری برای آن نوشته شده است و هریک از محققان در تلاش بوده‌اند که از زاویه‌ای این نظریه را تحلیل و ارزیابی کنند. در این خصوص می‌توان به موارد زیر اشاره کرد.

کلسن بر این اعتقاد است که دولت پیش از هر چیز، نظمی مبتنی بر الزام و انقیاد است و این نظم حقوقی است که این الزام و انقیاد تابعان حقوق را سازماندهی می‌کند؛ پس دولت به‌عنوان سازمانی سیاسی، همان نظم حقوقی است. در نقد آموزه کلسن باید گفت که این‌همانی میان دولت و نظم حقوقی به‌مثابه این‌همانی عناصر ماهوی، شکلی و ساختاری است که به‌یقین با یکدیگر تفاوت دارند. به‌عبارت‌دیگر کلسن عناصر اساسی دولت و نظم حقوقی را به الزام و انقیاد کاهش داده است و از این‌رو آن دو را مترادف می‌شمارد (ویژه، ۱۳۹۰: ۱۶۲).

کوشش کلسن برای ارائه نظریه حقوقی ناب مستلزم استقلال حقوق از اخلاق است؛ چراکه نبود این استقلال می‌تواند حقوق را وابسته متافیزیک و فلسفه کند. از زمان‌های قدیم وجود مفاهیم مشترک در اخلاق و حقوق سبب شد که در طرح برخی مسائل و تعریف برخی مفاهیم حقوقی از مسائل و مفاهیم مشابه اخلاقی الگوبرداری شود. برای نمونه پیوند میان مسئولیت حقوقی و اخلاقی، حقوق را به بسیاری از مفاهیم سنتی اخلاق مثل آزادی عمل و یا نقطه مقابل آن یعنی دترمینیسم پیوند می‌زند (کوفمن، ۱۳۹۶: ۶۲۹-۶۲۸). اینکه چگونه می‌توان حقوق و اخلاق را از هم جدا کرد یا اصلاً این دو جداشدنی نیستند،

مبحثی جداگانه است و راه‌حلهایی هم ارائه شده است. برای مثال برخی معتقدند کلسن با هدف ارائه نظریه حقوقی ناب، در جست‌وجوی صورت ایده‌آلی از علم حقوق است که هیچ پیوندی با عوامل اخلاقی نداشته باشد؛ چون معتقد است به این شکل می‌توان استقلال حقوق را از اخلاق تضمین کرد که در این زمینه وی نظریه الزام حقوقی را ارائه می‌کند. در همین خصوص کلسن در تلاش برای جدایی حقوق از علوم طبیعی تلاش کرد مفهوم «باید» در علیت و «باید» در حقوق را از هم جدا کند (مهرآرام، ۱۳۹۰: ۲۳).

به‌طور خلاصه می‌توان گفت نظام حقوقی که ریشه اخلاقی دارد؛ اگرچه وابسته به اخلاق است، ولی باید قالب‌بندی حقوقی داشته باشد و ارزش‌های اخلاقی در این قالب‌بندی به‌صورت ضابطه‌مند بتوانند وارد حقوق شوند.

در مقابل برخی معتقدند در آثار کلسن توجه بیش‌ازحدی به نظام‌مندی و جزم‌گرایی و بی‌اعتنایی به عدالت و ارزش‌ها شده است؛ زیرا حقوقی که وی ابداع کرده حقوقی بدون روح است که از انسان‌ها توقع دارد تنها نگران اجرای قاعده مورد احترام دولت باشد، خواه این کار به عدالت منتهی شود و خواه خیر (صادقی، ۱۳۸۵: ۶).

کتاب *نظام‌ها و نظریه‌های حقوقی* نیز به نظریه حقوقی ناب کلسن پرداخته و معتقد است، اعتباری دانستن ماهیت حقوق و قطع هرگونه رابطه میان قانون و واقعیت‌ها و ارزش‌ها، حقوق را چنان سیال و انعطاف‌پذیر کرده و به آن مفهومی نسبی می‌بخشد که امکان هرگونه ارزیابی و توصیف قاعده حقوقی به نیک و بد را موضوعاً منتفی می‌سازد؛ به همین دلیل و از سوی دیگر، زمینه را برای سوءاستفاده حکومت‌ها و خودکامگی‌ها فراهم می‌کند، زیرا معیاری پیشین و فرازین برای درستی و حقانیت تصمیم‌ها و قوانین ساخته دولت‌ها وجود ندارد و به اعتقاد برخی نویسندگان، همین دیدگاه مبالغه‌آمیز موجب ظهور دولت‌های جنایتکاری همچون فاشیسم در ایتالیا و نازیسم در آلمان شده است (خسروشاهی، ۱۳۹۱: ۴۲ و ۴۳). اگرچه نقد ایشان جالب توجه است، ولی در ظهور فاشیسم و نازیسم در ایتالیا و آلمان عوامل اقتصادی، اجتماعی و سیاسی با تأثیرات بیشتر وجود داشته‌اند و شاید عده‌ای بخواهند از نظریه حقوقی ناب رده برای توجیه مشروعیت حکومت‌های مذکور استفاده کنند (الهیاری، ۱۳۸۹: ۶-۱۸). افزون بر این نظریه حقوقی ناب کلسن (به‌طوری‌که در ادامه شرح داده خواهد شد) نظریه‌ای است که به شناخت نظام‌های حقوقی موجود می‌پردازد و به دنبال تأسیس نظام حقوقی نیست.

برخی منتقدان به لزوم ارزیابی نظام‌های حقوقی پرداخته‌اند و معتقدند نظام‌های حقوقی باید با ابزارهای غیرحقوقی ارزیابی شوند برای مثال در کتاب *درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی* به نظریه حقوقی ناب کلسن پرداخته شده و ادعای ناب بودن نظریه حقوق را مورد نقد قرار داده و این سؤال را مطرح می‌کند که آیا ممکن است عناصر اجتماعی و سیاسی را از حقوق بیرون کنیم؟ نویسنده در ادامه بیان می‌کند، کارآمدی نظام حقوقی که در متن نظریه حقوقی ناب مورد تأکید کلسن است فقط از طریق

عناصر جامعه‌شناختی قابل ارزیابی است؛ یعنی همان عناصر که کلسن آن را از نظام حقوقی خود بیرون می‌کند (ابدالی، ۱۳۹۳: ۲۰۴). چنین استنباط می‌شود که ایشان حذف عنصر ارزیابی‌کننده از نظام حقوقی به علت ماهیت جامعه‌شناختی آنها توسط کلسن را به عنوان یک ایراد در آن نظام می‌داند؛ بدیهی است استفاده از این عناصر در داخل نظام‌های حقوقی هم به عنوان تناقض در نظریه حقوقی ناب کلسن به شمار خواهد آمد. البته شاید بتوان طرحی پیشنهاد کرد که نظام‌های حقوقی با ابزارهای غیرحقوقی از خارج نظام حقوقی ارزیابی شود و این نقص یا تناقض رفع گردد.

برخی منتقدان موضع نظریه حقوقی ناب در مورد رویه قضایی را اساس نقد و سؤال خود از این نظریه قرار داده و بیان کرده‌اند، در کشورهایی که نظام‌های حقوقی آنها بر مبنای حقوق موضوعه است؛ قانون، محور تصمیمات قضایی است و هر تغییر و اصلاحی در قانون باید توسط قوه مجریه صورت گیرد؛ ولی این رویه به تدریج تغییر یافت و تلقی اینکه برای درک و فهم حکم قانون فقط باید به الفاظ توجه کرد کمرنگ شد و به موازات آن دادگاه‌ها در اعمال قوانین به مقتضیات و شرایط و اوضاع و احوال زمان اجرای قانون توجه می‌کردند (مدنی، ۱۳۹۲: ۸۵) توسعه این امر به نهادینه شدن رویه قضایی در کشورهای با نظام حقوقی موضوعه انجامید؛ از آنجایی که یکی از عناصر مهم شکل‌گیری رویه قضایی توجه به مقتضیات زمان است، باید بررسی شود که نظریه حقوقی ناب کلسن چه موضعی در مورد رویه قضایی دارد و آیا امکان حفظ رویه قضایی در نظام حقوقی در کنار نظریه حقوقی ناب کلسن وجود دارد یا نه؟

برخی از متفکران و منتقدان آثار کلسن معتقدند بی‌توجهی به ملاحظات اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و اخلاقی سبب می‌شود که قواعد حقوقی پس از مدتی به قواعدی کهنه تبدیل شوند. عوامل اقتصادی، اجتماعی و سیاسی و همچنین اصول حقوق طبیعی چنان با حقوق درآمیخته‌اند که حتی خود کلسن نتوانسته اندیشه‌هایش را به طور کامل از این عوامل جدا سازد. برای نمونه در سال ۱۹۲۰ (در زمان تدوین پیش‌نویس قانون اساسی اتریش)، وی بر گنجاندن برخی از اصول حقوق طبیعی در ابتدای قانون اساسی تأکید کرده و در بسیاری از سخنرانی‌های خود بر اصول حقوق بشر اشاره کرده است (Templeman, 2000: 86-109). به عقیده نویسندگان مقاله، این نقد بر نظریه حقوقی ناب ایرادی وارد نمی‌کند، چرا که کلسن در صدد است عوامل اقتصادی، اجتماعی و سیاسی و همچنین اصول حقوق طبیعی را از هنجارهای حقوقی درجه دو و بالاتر پاک کند، ولی برای تأثیر عوامل غیرحقوقی در هنجار بنیادین محدودیتی قائل نشده است.

کتاب *فلسفه حقوق* خود به نقدهای وارده بر نظریه حقوقی ناب کلسن اشاره و بیان می‌کند به باور مدافعان سنتی حقوق برتر عدالت طبیعی، نظریه حقوقی ناب کلسن اوج اثبات‌گرایی غیرانسانی است و معتقد است، نظریه مذکور بایان انعطاف‌ناپذیر صورت‌گرایی خود در جست‌وجوی انتزاعی‌ترین الگوها در حقوق بوده، عملاً همه عوامل اجتماعی را طرد می‌کند، این نظریه به وضوح در انتهای گروهی از نظریات

واقع‌گرایی حقوقی آمریکایی قرارداد. از سوی دیگر اردوگاه اثبات‌گرایان هم به سبب پندار دوگانه این نظریه درباره ماهیت بی‌ارزش علوم دستوری و همچنین به دلیل بازگشت این نظریه به همان دیدگاه حقوق طبیعی که تصور می‌شود باید ریشه‌کن شود، مورد انتقاد قرار گرفته است (تیبِت، ۱۳۸۴: ۷۵). از نظر نویسندگان اگرچه نظریه حقوقی ناب کلسن، محدود به شرح نظام‌های حقوقی مبتنی بر پوزیتیویسم نیست، چراکه در این نظریه ساختاری را که یک هنجار می‌تواند حقوقی تلقی شود، شرح می‌دهد که می‌تواند در حوزه نظام‌های حقوقی مبتنی بر حقوق طبیعی هم بیان شود؛ با این حال این نظریه درصدد بازگشت به دیدگاه حقوق طبیعی نیست و با ارائه ساختار سلسله‌مراتبی برای نظام‌های حقوقی از ورود و تأثیرگذاری عناصر غیرحقوقی به هنجارهای حقوقی جلوگیری می‌کند، ولی نمی‌تواند این ساختار را به هنجار بنیادین یا همان قانون اساسی بسط دهد که در این تحقیق راه‌حلی برای این مسئله ارائه خواهد شد.

۳. نظریه حقوقی ناب کلسن در جست‌وجوی چیست؟

هدف نظریه حقوقی ناب، صرفاً شناخت موضوع یا متعلق آن است. این نظریه می‌کوشد به پرسش‌های مربوط به چیستی حقوق و چگونگی ایجاد آن پاسخ دهد، نه پرسش‌های مربوط به اینکه حقوق چه باید باشد یا چگونه باید ایجاد شود. «نظریه حقوقی ناب»، علم حقوق است و نه سیاست حقوقی (کلسن ۱۳۹۱: ۴۹)؛ پس کلسن در این نظریه در جست‌وجوی ایجاد یک نظام حقوقی نیست. وی می‌خواهد نظام‌های حقوقی موجود را بشناسد و برای این شناخت ملزومات و روشی ارائه می‌دهد.

این نظریه خود را به عنوان نظریه حقوقی «ناب» توصیف می‌کند، چراکه که هدفش شناخت معطوف به صرف حقوق است و نیز به این دلیل که می‌خواهد هر چیزی را که به موضوع شناخت که دقیقاً حقوق است، تعلق ندارد از این شناخت خارج کند؛ به بیان دیگر «نظریه حقوقی ناب» درصدد است علم حقوق را از همه عناصر خارجی برهاند. این امر (رها ساختن علم حقوق از عناصر خارجی)، اصل روش‌شناسانه اساسی این نظریه است. کلسن در ادامه بیان می‌کند که این اصل ممکن است روشن به نظر برسد، اما نگاهی اجمالی به علم حقوق سنتی در قرون نوزدهم و بیستم نشان می‌دهد حقوق‌شناسی، به‌طور کاملاً کورکورانه‌ای گرفتار، روان‌شناسی، زیست‌شناسی، اخلاق و الهیات شده است (کلسن، ۱۳۹۱: ۴۹). کلسن در این بخش ملزومات شناخت نظام حقوقی را تفکیک عناصر غیرحقوقی از حقوق می‌داند؛ به بیان دیگر وی می‌خواهد همچون یک متخصص آناتومی که اسکلت بدن انسان را بدون عضلات می‌بیند و تحلیل می‌کند، نظام حقوقی را بدون روان‌شناسی، زیست‌شناسی، اخلاق و الهیات ببیند و تحلیل کند. وی برای رسیدن به این تحلیل روش زیر را ارائه می‌دهد.

کلسن معتقد است مجموعه متعددی از هنجارها در صورتی یک واحد، یک نظام یا یک نظم را

تشکیل می‌دهند که بتوان منشأ اعتبار آنها را به یک هنجار، به عنوان مبنای نهایی اعتبار، بازگرداند. این هنجار اصلی به عنوان منبع مشترک، یگانگی تمامی هنجارهای متعدد تشکیل‌دهنده یک نظام را تأمین می‌کند. تعلق یک هنجار به یک نظام معین، صرفاً از این واقعیت ناشی می‌شود که می‌توان منشأ اعتبار آن هنجار را به هنجار اصلی سازنده آن نظام، بازگرداند؛ بر این اساس کلسن معتقد است اعتبار هنجارهای درجه دوم (هنجار پس از هنجار بنیادین) و به تبع آن هنجارهای درجه سوم تا آخر از مفادشان ناشی نمی‌شود و اعتبار یک هنجار حقوقی را نمی‌توان به این دلیل که مفادش با نوعی ارزش ذاتی از پیش مفروض، برای مثال یک ارزش اخلاقی، مطابق نیست، زیر سؤال برد. یک هنجار حقوقی صرفاً به این دلیل معتبر است که به شیوه خاصی به دست آمده، یعنی مطابق با یک قاعده معین ایجاد شده، یا به یک شیوه خاص وضع یا صادر شده است (کلسن، ۱۳۹۱: ۹۷ و ۹۸). در واقع کلسن می‌خواهد تحلیل ساختار سلسله‌مراتبی نظام حقوقی را به منزله روش شناخت نظام حقوقی ارائه دهد، البته این ساختار باید از تمامی عناصر غیرحقوقی تفکیک شود.

در این زمینه وی تفسیر را فعالیتی فکری می‌داند که فرایند ایجاد حقوق را هنگام حرکت از هنجار سطح بالا به هنجار سطح پایین را که تحت حاکمیت آن قرار دارد، همراهی می‌کند (کلسن، ۱۳۹۲: ۱۱۹)، یعنی وی تفسیر را ابزاری برای حفظ ساختار سلسله‌مراتبی حقوق می‌داند.

۴. امکان‌سنجی ارائه نظریه حقوقی ناب

ابتدا با هدف پاسخ به این پرسش که آیا امکان ارائه نظریه حقوقی ناب وجود دارد یا خیر، بررسی می‌کنیم که علم حقوق چه جایگاهی در تقسیم‌بندی علوم دارد و ارتباط این علم با علوم دیگر چگونه است؛ به روش‌های تقسیم‌بندی علوم می‌پردازیم.

وحدت معرفت، موضوعی است که با تاریخ علم پیوند دارد. متون و ایده‌های برجای‌مانده تاریخ اندیشه و دانش، حاکی از آن است که انسان از اوان تلاش برای تحصیل معرفت، آن را بسان مجموع‌های واحد در نظر داشت؛ اما به تدریج و در پی گسترده‌ی دانش‌ها، این تصور حاصل شد که دستیابی به همه علوم، ناممکن است. از اینجا بود که تقسیم‌بندی علوم مطرح شد (بحرانی، ۱۳۹۲: ۲). دسته‌بندی‌های مختلفی برای علوم و فلسفه ارائه شده است که به برخی به شرح زیر اشاره می‌کنیم:

ارسطو در تقسیم‌بندی که از فلسفه ارائه می‌دهد، فلسفه را به سه بخش تقسیم می‌کند. بخش اول فلسفه نظری است که در آن معرفت از این حیث که معرفت است غایت موردنظر است و هیچ غرض عملی مدنظر نیست و شامل فیزیک، ریاضیات و مابعدالطبیعه است. بخش دوم فلسفه عملی است که

اصولاً با علم سیاسی سروکار دارد؛ ولی علم لشکرکشی^۱، اقتصاد^۲ و خطابه را به عنوان رشته‌های کمکی و فرعی نیاز دارد، زیرا غایاتی که در این علوم موردنظر است وابسته به غایت علم سیاسی و در حکم کمک و متمم آن است و در نهایت بخش سوم فلسفه همان نظریه هنر^۱ است (کاپلستون، ۱۳۷۵: ۳۱۹ و ۳۲۰). همان‌طور که در تقسیم‌بندی ارائه شده

توسط ارسطو مشاهده می‌شود، در علوم سیاسی که مرتبط با فلسفه عملی است؛ یعنی علم در خدمت عمل و اداره زندگی بشر است، رشته‌های کمکی و فرعی به کمک رشته اصلی آمده و آن را در رسیدن به هدف خود همراهی می‌کند؛ بر این اساس این علم نمی‌تواند از لشکرکشی (استراتژی)، اقتصاد و فن خطابه مستقل باشد و به صورت ناب عرضه شود؛ چراکه ماهیت عمل با نظر، از حیث امکان تفکیک دلخواه، متفاوت است؛ بدیهی است حل مسائل زندگی بشری چه در حوزه علوم ریاضی، چه در حوزه‌های تجربی یا انسانی باید با استفاده از جمیع علوم مربوط به آن مسئله انجام شود و بدون توجه به تمام علوم و معارف مربوط به هر مسئله، حل مسئله به صورت جامع امکان‌پذیر نخواهد بود. در ادامه برای بررسی دقیق‌تر موضوع در دو بخش بررسی ماهیت حقوق و بنیادی یا کاربردی بودن حقوق به امکان‌سنجی ارائه نظریه حقوقی ناب می‌پردازیم.

۱.۴. بررسی ماهیت علم حقوق

در خصوص ماهیت علم حقوق مباحث مختلفی مطرح است، پیروان مکتب تحقیقی حقوق را علم دانسته و همانند رومیان حقوق را هنر دادگری نامیده‌اند و برخی صاحب‌نظران در کنار علم حقوق به معنی تجزیه و تحلیل حقوق و ریشه قواعد به فن حقوق که همان دادرسی و وکالت است، قائل‌اند؛ به هر حال حقوق را چه علم بنامیم و چه هنر یا فن، در ارتباط با علوم دیگری همچون جامعه‌شناسی، اقتصاد سیاسی، علوم سیاسی و علوم طبیعی و ریاضی است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۹-۸۱)؛ البته فلسفه و تاریخ هم ارتباط گسترده‌ای با حقوق دارند و بسیاری از قواعد حقوقی ریشه در علوم مذکور دارند.

در خصوص اینکه حقوق دانش مستقلی است یا نه نظرهای متفاوتی وجود دارد. عده‌ای مانند صورت‌گرایان و اثبات‌گرایان حقوقی و طرفداران نظام حقوقی خودساخته به حقوق از داخل نگاه می‌کنند و به دلیل اینکه حقوق را دانش مستقلی می‌دانند، استدلالات حقوقی و تصمیم‌گیری‌های حقوقی را از سایر استدلالات و تصمیم‌گیری‌ها (اقتصادی، اخلاقی و غیره) متمایز می‌دانند (بادینی، ۱۳۸۵: ۱). ایشان معتقدند اظهارنظر در امور حقوقی فقط کار حقوقدانان است (Posner, 1978: 765-766). در مقابل واقع‌گرایان

1. Strategy
2. Economics

حقوقی، تحلیل گرایان اقتصادی حقوق و طرفداران مطالعات حقوقی انتقادی به علم حقوق از خارج و از دیدگاه سایر علوم می‌نگرند و معتقدند نقش حقوق تنها جنبه امری دادن به مطالعات سایر دانش‌ها مانند علوم سیاسی، اقتصاد، جامعه‌شناسی، اخلاق، روانشناسی و تاریخ است، این نظریه‌ها بر خلاف نظریه‌های قبلی به‌جای توجه به ماهیت حقوق، به هدف و کارکردهای اجتماعی و اقتصادی آن توجه می‌کنند (یادینی، ۱۳۸۵: ۱). با توجه به تشت نظرها در مورد ماهیت حقوق در این تحقیق به‌منظور اینکه برداشت واحدی از ماهیت و کارکرد حقوق، مبنای نقد و بررسی نظریه حقوقی ناب قرار گیرد به کارکرد این علم در جامعه بشری پرداخته و به این موضوع می‌پردازیم که آیا علم حقوق به‌عنوان یک علم بنیادی در خدمت علمی که به‌طور مستقیم بازندگی بشری در ارتباط هستند است و یا ماهیت این علم کاربردی است و سعی دارد بر دوش علوم دیگری چون فلسفه، اخلاق، جامعه‌شناسی و تاریخ ایستاده و به‌عنوان یک علم کاربردی در متن زندگی نوع بشر جریان داشته باشد؟ در پاراگراف بعدی به این موضوع می‌پردازیم.

۱.۱.۴. بنیادی یا کاربردی بودن علم حقوق

در یک دسته‌بندی کلی علوم به دو بخش کلی بنیادی یا پایه و کاربردی تقسیم می‌شود. در مقابل علوم پایه، دانش و پیش‌بینی‌های علمی را اغلب در علوم طبیعی و همچنین در سایر علوم تجربی توسعه می‌دهد که به‌عنوان پایه علمی برای علوم کاربردی استفاده می‌شود. علوم پایه اطلاعات را برای پیش‌بینی پدیده‌ها و شاید برای درک طبیعت توسعه و ایجاد می‌کند، علم کاربردی بر توسعه فناوری و تکنیک‌ها و استفاده از یافته‌های علوم پایه تمرکز دارد و از بخش‌هایی از علوم پایه برای توسعه مداخلات از طریق فناوری یا تکنیک برای تغییر رویدادها یا نتایج استفاده می‌کند (McCromick, 2001: 3-6). علوم بنیادی در یکی از شاخه‌های خود به مطالعه بنیادی طبیعت و کشف قوانین طبیعی می‌پردازد. این شاخه شامل علوم فیزیک، شیمی، زیست‌شناسی و زمین‌شناسی است. شاخه دیگری از علوم بنیادی به تبیین روش اندیشیدن و ابتدای اندیشه بر منطق متمرکز است که این شاخه شامل ریاضیات، فلسفه و منطق است و در نهایت علوم بنیادین در شاخه سوم به مطالعه انسان و کشف اسرار حاکم بر خلقت و زندگی این موجود می‌پردازد که شامل الهیات، روانشناسی و برخی دیگر از رشته‌های مرتبط است. در طول علوم بنیادین علوم دیگری وجود دارند که با استفاده از قوانین کشف‌شده و یا ابداع‌شده توسط علوم بنیادین سعی دارند پاسخگوی نیازهای زندگی بشری باشند. برای مثال مهندسان با استفاده از علوم ریاضی، فیزیک و شیمی ابزارآلات مورد نیاز بشر را طراحی کرده و می‌سازند و یا پزشکان و داروسازان با استفاده از علوم زیست‌شناسی و شیمی بیماری‌های بشری را می‌شناسند و برای آنها داروی متناسب ساخته و تجویز می‌کنند. در این میان، حقوق هم علمی کاربردی است که با استفاده از علوم دیگر

همچون فلسفه، جامعه‌شناسی، تاریخ، الهیات و اخلاق، قوانین مورد نیاز زندگی بشری را تدوین می‌کند؛ در جدول ۱ نمایی از ارتباط بین علوم کاربردی و بنیادین ارائه شده است؛ بنابراین با توجه به توضیحات ارائه شده، صحبت از ناب بودن حقوق در شرایطی که پایه‌های علم حقوق بر علوم دیگر استوار است، نقض غرض است، ما چگونه می‌توانیم حقوق را بدون پایه‌ها و اصول آن تصور کنیم؟ در آن صورت با انبوهی از مسائل لاینحل و سخت مواجه خواهیم شد که حول این موضوع متمرکز می‌شوند که هر قانون چرا باید باشد؟ و چرا باید قوانین به این صورت (شرایط فعلی) وجود داشته باشد؟ علت اختلاف قوانین در کشورها و فرهنگ‌های مختلف چه طور توجیه می‌شود؟ پس می‌توان ادعا کرد که امکان ارائه نظریه حقوقی ناب (به معنای واقعی کلمه) وجود ندارد و این ادعای کلسن نیازمند تعدیل است.

جدول ۱. نمایی از ارتباط بین علوم کاربردی و بنیادین

علوم کاربردی	مهندسی	پزشکی و پیراپزشکی	حقوق
علوم بنیادین	ریاضی، فیزیک، شیمی	شیمی، زیست‌شناسی	فلسفه، تاریخ، جامعه‌شناسی، الهیات، منطق

۵. هنجار بنیادین در نظریه حقوقی ناب کلسن

یکی از مباحث چالش‌برانگیز حول نظریه حقوقی ناب کلسن، ایده وی در خصوص ماهیت هنجار بنیادین است. کلسن اعتبار هنجار بنیادین را امری مفروض می‌داند و هیچ خصوصیتی برای آن ذکر نمی‌کند. مفروض دانستن هنجار بنیادین در نظریه حقوقی ناب کلسن می‌تواند از جنبه‌های مختلف قابل بررسی باشد. بسیاری از نقدهایی که بر نظریه حقوقی ناب کلسن وارد شده به سبب هنجار بنیادین است؛ چراکه کلسن با مفروض دانستن هنجار بنیادین و عدم پوشش نظریه حقوقی ناب بر هنجار بنیادین، زمینه را برای برداشت‌های مختلف و شاید متضاد از نظریه حقوقی ناب باز کرده است که به دو مورد از این نقدها اشاره می‌نمایم.

نظریه حقوقی ناب بر فرضیه هنجار پایه (بنیادین) استوار است. هنجارها هر کدام اعتبار خود را از هنجاری بالاتر می‌گیرند تا اینکه به هنجار پایه می‌رسد. این هنجار پدیده‌ای مفروض است که وجود آن را اعتباربخشی به نظام حقوقی ایجاب کرده است. یکی از ایرادهای اساسی این نظریه، اتکای آن به فرضیه‌ای است که وجود ندارد (دفتر مطالعات بنیادین حکومتی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۴۰۱/۰۷/۲۹). این نقد بهتر است به این صورت بیان شود که کلسن اعتبار هنجار بنیادین را مفروض می‌داند، یعنی هنجار بنیادین موجود در نظام‌های حقوقی را قبول می‌کند نه اینکه فرضیه‌ای غیرموجود را مبنای نظریه خود قرار دهد.

کلسن اعتبار هر قاعده حقوقی را به قاعده حقوقی عالی (هنجار بنیادین) منتسب می‌کند، اما مشخص نمی‌سازد که قانون اساسی که در رأس این هرم قرار دارد، خود اعتبارش را از چه منبعی کسب می‌کند. او

از پاسخ دادن به این پرسش که چرا هنجار بنیادین، بشر را ملزم ساخته و مبنای آن چیست، عاجز بوده و بدان پاسخی نداده (صادقی، ۱۳۸۵: ۲۶۱). اگر نظریه حقوقی ناب به دنبال خلاقیت حقوقی بود و سعی می کرد به این پرسش پاسخ دهد که نظام حقوقی چه باید باشد، هنجار بنیادین مفروض ایراداتی زیادی بر این نظریه وارد می کرد، ولی همان طور که در بخش «شرح کلی نظریه حقوقی ناب» اشاره شد، کلسن درصدد پاسخگویی مربوط به چیستی حقوق و چگونگی ایجاد آن است، نه اینکه حقوق چه باید باشد؛ پس نظریه حقوقی ناب یک نظریه توصیفی است نه خلاقانه و باید از این زاویه نقد و بررسی شود.

۶. آثار ابتنای نظام حقوقی بر نظریه حقوقی ناب کلسن

از نظر کلسن، اعتبار هر هنجار حقوقی منوط به برقراری رابطه اسنادی آن هنجار با هنجار بالادستی اش است؛ به طوری که در صورت نبود این رابطه آن هنجار معتبر نیست و در صورت وجود چنین رابطه ای، آن هنجار بدون نیاز به هیچ عامل دیگری و مستقل از اخلاق، جامعه شناسی، سیاست و الهیات معتبر است. این نوع بیان کلسن از اعتبار هنجارهای حقوقی به

هرم کلسنی مشهور است، رأس هرم کلسنی را هنجار بنیادین تشکیل می دهد که کلسن اعتبار آن را مفروض می داند و در نظام های حقوقی معاصر آن را قانون اساسی می نامند. کلسن در مورد خصوصیات قانون اساسی و بهره مندی آن از علوم دیگر سخن چندان نمی گوید و بدیهی است که قانون اساسی باید ریشه های غیرحقوقی هم داشته باشد؛ چرا که هرم حقوقی کلسن به رأس خود رسیده و استفاده از ریشه های غیرحقوقی برای تدوین قانون اساسی امری اجتنابناپذیر است. با این توضیحات نظریه حقوقی کلسن را که در آن اعتبار هر هنجار حقوقی به هنجار بالادستی آن وابسته است، نمی تواند به معنای واقعی کلمه نظریه حقوقی ناب باشد، زیرا رأس این هرم وابسته به عناصر غیرحقوقی است. افزون بر این مفروض دانستن اعتبار هنجار بنیادین که در رأس هم کلسن قرار دارد ممکن است سبب شود برخی از حکومت ها که قائل به هنجار فرا قانون اساسی هستند، رأس هرم حقوقی کلسن را در نظام حقوقی خود را همان هنجار فرا قانون اساسی بدانند و اراده حاکم را در رأس هرم حقوقی کلسن قرار دهند، امری که شاید موردنظر کلسن نبوده باشد؛ بنابراین بهتر است نظریه حقوقی کلسن یا از ادعای ناب بودن خود صرف نظر کرده و یا ویژگی های خاصی برای قانون اساسی معین کند که فقط ریشه حقوقی داشته باشد (اگرچه بسیار سخت به نظر می رسد). با این وصف این سؤال مطرح می شود که نظریه حقوقی ناب کلسن دارای چه خصوصیتی است که می تواند مورد توجه و نقد قرار بگیرد؟ برای توضیح بهتر این خصوصیات طرح کلسنی هنجارهای حقوقی (شکل ۱) را با طرحی که در سنت حقوق طبیعی و تا حدی در حقوق موضوعه مورد توجه است و وی درصدد نقد آن است (شکل ۲) مقایسه می شود. در شکل ۱ عناصر غیرحقوقی فقط از طریق هنجار بنیادین می توانند وارد نظام حقوقی شوند، ولی در شکل ۲ این عناصر هم از طریق هنجار بنیادین و هم از طریق دیگر هنجارها قابلیت نفوذ در نظام حقوقی را دارند.

جامعه‌شناسی، تاریخ، اخلاق، الهیات

هنجار بنیادین

هنجار درجه ۲

هنجار درجه ۳

هنجار درجه ۴

شکل ۱. طرح کلسنی هنجارهای حقوقی

جامعه‌شناسی، تاریخ، اخلاق، الهیات

الهیات

اخلاق

تاریخ

جامعه‌شناسی

هنجار بنیادین

هنجار درجه ۲

هنجار درجه ۳

هنجار درجه ۴

الهیات

اخلاق

تاریخ

جامعه‌شناسی

شکل ۲. طرح هنجارهای حقوقی مورد نقد کلسن

اگر اخلاق و الهیات و روانشناسی و جامعه‌شناسی فقط در اعتباردهی به هنجار بنیادین مؤثر باشند و سپس اعتبار تمامی هنجارهای حقوقی به هنجار بالادستی مربوط شود، در آن صورت نظریه حقوقی ناب کلسن تا حدی تعدیل و توجیه می‌شود؛ چراکه هم هنجار بنیادین از حالت ابهام تا حدی خارج شده و هم عدم تأثیرگذاری مستقیم عناصر غیرحقوقی بر هنجارهای درجه ۲ به بعد تا حدی توجیه می‌شود؛ به این ترتیب که حقوق از وابستگی به عناصر غیرحقوقی رها می‌شود و استقلال خود را تا حدود زیادی حفظ می‌کند. شایان ذکر است روش کلسنی در نگاه به نظام سلسله‌مراتب حقوقی مشابه روش به کار گرفته شده در استنباط احکام در اصول فقه است که سلسله‌مراتب آن به ترتیب، قرآن، سنت، اجماع و عقل است؛ علمای علم اصول به اتفاق سنت پیامبر(ص) را حجت دانسته‌اند (شهابی، ۱۳۲۱: ۱۰۹) و دلایلی از قرآن، اجماع قولی و عملی مسلمان و عقل برای این ادعا ارائه داده‌اند (حکیم، ۱۴۱۸ق: ۱۱۹-۱۲۳) از دلایل قرآنی می‌توان به آیات ۵۹ سورة نساء^۱ و ۷ سورة حشر^۲ اشاره کرد.

به‌نحوی که حجیت سنت وابسته به اتصال دقیقش به هنجار بنیادین (قرآن کریم) منبع هنجار بنیادین (خداوند متعال) است علوم مختلف نمی‌تواند حجیت سنت را زیر سؤال ببرند یا در آن تغییری ایجاد کنند. تأثیرات این نگرش بر نظام حقوقی از جهات زیر می‌توان بررسی کرد:

۱. مقننین غیراساسی در تدوین قوانین نمی‌توانند به عناصر غیرحقوقی توجه کنند؛ چراکه زنجیره ارتباطی قوانین باید حفظ شود. به بیانی دقیق‌تر هر هنجار حقوقی زمانی قابل وضع است که ارتباط سلسله‌مراتبی آن با هنجار بالاتر حفظ شود و به چیزی غیر از هنجار مافوق استناد نشود؛ بر این اساس بسیاری از قوانین مصوب پارلمان‌ها یا آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های دولتی در کشورهای مختلف که در نظام‌های حقوقی غیر کلسنی با استناد به شرایط زمانی و مقتضیات جامعه وضع می‌شوند، امکان وضع مقررات در نظام حقوقی کلسنی را نخواهند داشت؛ چراکه سلسله‌مراتب قوانین بر سلسله‌مراتب مقننین در نظام حقوقی کلسنی تفوق و ارجحیت دارد و مقنن نمی‌تواند ولو با اختیارات قانون‌گذاری یک هنجار

۱. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَ الرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَ أَحْسَنُ تَأْوِيلًا. ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اطاعت کنید خدا را و اطاعت کنید پیامبر خدا و اولوالامر (اوصیای پیامبر) را و هرگاه در چیزی نزاع داشتید، آن را به خدا و پیامبر بازگردانید (و از آنها داوری بطلبید) اگر به خدا و روز رستاخیز ایمان دارید! این (کار) برای شما بهتر، و عاقبت و پایانش نیکوتر است.

۲. مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِدَى الْقُرْبَى وَ الْيَتَامَى وَ الْمَسَاكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ كَى لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَ مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ مَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ. آنچه خدا از [دارایی] ساکنان آن قریه‌ها عاید پیامبرش گردانید از آن خدا و از آن پیامبر [او] و متعلق به خویشاوندان نزدیک [وی] و یتیمان و ینوایان و در راهمندگان است تا میان توانگران شما دست‌به‌دست نگردد و آنچه را فرستاده [او] به شما داد آن را بگیرید و از آنچه شما را بازداشت بازایستید و از خدا پروا بدارید که خدا سخت کیفر است.

حقوقی وضع نماید که ریشه در هنجار بالاتر ندارد؛ به بیان دقیق‌تر مصوبات مقنن غیراساسی نه تنها باید با هنجار بالاتر تناقض نداشته باشد، بلکه باید ریشه در هنجار مافوق داشته باشد و اگر هنجاری حقوقی در هنجار بالاتر ریشه نداشته باشد قابل وضع نیست؛ بر این اساس باید روش قانونگذاری و تدوین آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های دولتی با ساختار سلسله‌مراتبی نظریه حقوقی ناب کلسن هماهنگ باشد؛ بافزون بر این دادگاه قانون اساسی که کلسن خود از مبتکرین و نظریه‌پردازان آن بوده است (گرچی از ندریانی، ۱۳۹۳: ۳۱ و ۳۲) و وظیفه نظارت بر انطباق قوانین با قانون اساسی را بر عهده آن گذاشته بود، باید در کنار ساختار سلسله‌مراتبی حقوقی مدنظر وی شکل گرفته و به‌طور مداوم بر هنجارگذاری حقوقی، مقننین غیراساسی نظارت داشته باشد.

۲. یکی دیگر از تأثیرات ابتدای نظام حقوقی بر نظریه حقوقی ناب کلسن، تأثیر این نظریه بر رویه قضایی است؛ دادگاه‌ها در چهار مورد به اجبار به رویه قضیه متوسل می‌شوند که این موارد عبارت‌اند از: الف) نقص قانون، ب) سکوت قانون، ج) اجمال قانون و د) تناقض قانون (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۵۰). توسل به رویه قضایی و نحوه استفاده از آن در نظام‌های حقوقی متفاوت است، برای نمونه رویه قضایی حاکم بر دیوان عالی آمریکا، بر اساس صیانت از حقوق و آزادی بنیادین اشخاص شکل گرفته و مقیاس سنجش آن تنها متن قانون اساسی نیست، بلکه حقوق اشخاص معیار سنجش قوانین است (امامی و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۶). در برخی از نظام‌های حقوقی دیگر هم احکام قضات و به تبع آن رویه قضایی، ممکن است بر اساس منابع دینی که در قانون وجود ندارد شکل بگیرد (اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)؛ به‌هرحال رویه قضایی یکی از مواردی است که به‌شدت تحت تأثیر نظریه حقوقی ناب کلسن قرار می‌گیرد و اگر بخواهیم رویه قضایی را در چارچوب نظریه حقوقی ناب کلسن به رسمیت بشناسیم باید در شرایطی که تأثیر عناصر غیرحقوقی بر هنجارهای غیربنیادین لحاظ نمی‌شود، در محاکم قضایی، استدلال‌ات قضات و تفاسیر ارائه‌شده از قوانین با استفاده از علوم غیرحقوقی، به‌صورتی انجام شود که این استدلال‌ات حول یکی از اصول قانون اساسی باشد؛ چراکه ورود عناصر غیرحقوقی به تفسیر هنجارهای درجه دوم و سوم و غیره بر اساس نظریه حقوقی ناب ممکن نیست؛ بر این اساس توسعه یا تضییق معنایی قوانین بسیار محدود می‌شود و قضات از رویه نسبتاً ثابتی در صدور احکام تبعیت خواهند کرد و شاید در بسیاری از موارد نتوان از راه‌حل ایجاد رویه قضایی برای حل مشکلات و معضلات حقوقی استفاده کرد که جای دارد در این نظریه برای این مسئله راه‌حلی ارائه شود در همین زمینه نویسندگان در بند ۴ نتیجه‌گیری به این موضوع پرداخته و روشی ارائه کرده‌اند.

۳. عدم امکان ورود عناصر غیرحقوقی که از الهیات، روانشناسی، تاریخ، جامعه‌شناسی و غیره نشاءت می‌گیرند، به حقوق و بحث تدوین قوانین، سبب می‌شود قوانین از نیازهای جامعه فاصله بگیرد و بسیاری از نیازهای مربوط به زمان و مکان را نتوان با تدوین یک هنجار حقوقی، به رسمیت شناخت و برای

تأمین آن قاعده‌ای وضع کرد؛ همچنین می‌توان گفت ساختار سلسله‌مراتبی حقوق و وابستگی هنجارهای جزئی به هنجارهای بنیادین سبب می‌شود که پاسخ نظام حقوقی به نیازهای فوری که ریشه آن نیازها در هنجار بنیادین و یا هنجارهای کلی پیش‌بینی نشده، کند باشد؛ چراکه در ابتدا باید هنجار بالادستی (شامل هنجار بنیادین و هنجارهای کلی) تدوین شود و سپس هنجارهای جزئی و هنجارهای جزئی‌تر بر اساس هنجار بنیادین ایجاد شوند که جهت رفع این مشکل باید امکان تغییر راحت قانون اساسی وجود داشته باشد. به بیانی دیگر اگر اعمال آزادانه نظرهای نمایندگان مردم بر قوانین (با توجه به هرم سلسله‌مراتب حقوقی کلسن) با محدودیت بزرگ عدم تأثیرپذیری از عناصر غیرحقوقی همراه باشد؛ در مقابل قانون اساسی باید انعطاف‌پذیر باشد تا بتواند متناسب با نیازهای هر عصری تغییر کند.

۴. ساختار سلسله‌مراتبی نظام حقوقی کلسنی راه را برای توسعه نهادها و روش‌های قانونگذاری می‌بندد؛ چراکه در بسیاری موارد روش‌های جدید قانونگذاری بنا به ادعای نهادی که مجوز آن را صادر می‌کند، به‌منظور پاسخگویی به نیازهای اضطراری و فوری شکل می‌گیرد که نظام حقوقی کلسنی این راه را مسدود می‌کند و نظام حقوقی را از انشعابات طولی بدون ضابطه رها می‌سازد. این تأثیر می‌تواند مسیر دیکتاتوری و استفاده ابزاری از قانون را مسدود کرده و حاکمیت قانون را به معنای واقعی کلمه محقق سازد.

۷. نتیجه

نظریه حقوقی ناب کلسن، نظریه‌ای در حقوق‌شناسی بوده که در تلاش است نظام‌های حقوقی موجود را به‌صورت ضابطه‌مند تشریح کند؛ از آنجایی که هدف این نظریه، شناسایی نظام حقوقی به‌صورت ناب است، در تلاش است عناصر غیرحقوقی را از این شناخت حذف کند و تنها ملاک گنجانده شدن یک هنجار در نظام حقوقی را، نشأت گرفتن آن هنجار از هنجار بالاتر و کلی‌تر می‌داند. این نظریه نمی‌تواند دلیلی برای اعتبار هنجار بنیادین بیان کند؛ چراکه این هنجار از هیچ هنجار حقوقی بالاتر نشأت نگرفته و منشأ آن می‌تواند دین، اخلاق، اصول کلی علم حقوق، جامعه‌شناسی، روانشناسی یا موارد دیگر باشد. عدم شمول هنجار بنیادین در این نظریه و مفروض دانستن اعتبار آن، که همان‌طور که در بندهای بالا به‌تفصیل توضیح داده شد، فقط با لحاظ کردن هدف نظریه (حذف عناصر غیرحقوقی از حقوق) توجیه‌پذیر است؛ ناب بودن نظریه حقوقی کلسن را زیر سؤال می‌برد و به اعتقاد نویسندگان، از آنجایی که نظریه حقوقی کلسن نمی‌تواند هنجار بنیادین را در سلسله‌مراتب هنجاری همانند هنجارهای دیگر توجیه کند و اعتبار آن را مفروض می‌داند، بهتر است از ادعای ناب بودن صرف‌نظر کند؛ چراکه ناب بودن یک علم در شرایطی که پایه اصلی آن از علوم دیگر ارتزاق می‌کند ادعایی قابل دفاع نیست، تئوریسین این نظریه می‌تواند بر ضابطه‌مند شدن نظام حقوقی مدنظر خود تأکید کند و برای نمونه نظریه خود را نظریه حقوق

سلسله‌مراتبی بنامد. مضاف بر این، برخی از اعمال حقوقی در اجتماع، بدون توسل به ریشه و نحوه شکل‌گیری هنجار بنیادین انجام می‌شود و بررسی ریشه‌های این هنجار به‌طور معمول در تفسیر قانون اساسی مورد نیاز است، می‌توان گفت که نظریه حقوقی ناب کلسن تا حدود زیادی ناب بودن (در غیر هنجار بنیادین) و ضابطه‌مند بودن خود را در شناخت نظام‌های حقوقی به منصفه ظهور می‌گذارد و می‌تواند از دخالت عناصر غیرحقوقی در بسیاری از امور حقوقی جلوگیری کند. این عدم دخالت مطلق اگرچه با مبانی حقوق طبیعی همخوانی ندارد و روشی برای اعمال مطمئن‌تر حقوق موضوعه است، ولی دامنه فواید کارکردی آن فراتر از حقوق موضوعه است؛ چراکه عدم استقلال حقوق و وابستگی آن به دیگر عوامل و علوم، هستی علم حقوق را در معرض خطر قرار می‌دهد و در صورت ادامه این روند، چه‌بسا علم حقوق به روشی برای تلفیق و تلاقی نظریات علوم دیگر بدل شود. در جمع‌بندی می‌توان گفت نظریه حقوقی ناب کلسن با اعمال تغییراتی می‌تواند کارایی بیشتری داشته و از نقدهایی که یا در اثر عدم درک صحیح آرای کلسن در این خصوص و یا در اثر غرض‌ورزی‌های سیاسی نشأت می‌گیرد تا حدود زیادی در امان می‌ماند و در این زمینه آنچه تحقیق حاضر را از تحقیق‌های گذشته در این حوزه که در بند ۲ به مطالعه و بررسی آنها پرداخته شد، حداقل در کشور ما متمایز می‌کند، نگاه از درون به این نظریه مهم در فلسفه حقوق است؛ چراکه محققان سابق هر کدام از موضعی به نقد این نظریه پرداخته بودند و ضمن بیان ایرادات، راهکار یا طرحی جامع برای رفع ایرادات در کنار حفظ روح کلی نظریه و بهره‌مندی از آن، ارائه نداده بودند؛ ولی نویسندگان مقاله حاضر با مطالعه نقدهای وارده بر نظریه حقوقی ناب کلسن آنها را به دو بخش نقدهای بلا وجه و نقدهای صحیح تقسیم کرده، برای پاسخ دادن به انتقادهای صحیحی که از این نظریه شده بود، طرح اصلاحی ارائه کرده‌اند. بر اساس طرح ارائه‌شده که ریشه در تحلیل خود نویسندگان از نظریه حقوقی ناب کلسن دارد، بهره‌مندی از مزایای ارزشمند این نظریه در نظام‌های حقوقی مختلف جهان ممکن است.

طرح مذکور با عنوان طرحی عملی برای تقنین و تفسیر ضابطه‌مند بر اساس نظریه حقوقی ناب کلسن است که در واقع به سؤال سوم این تحقیق که بیان می‌کند نظام‌های حقوقی برای اینکه در چارچوب نظریه حقوقی ناب کلسن فهمیده شوند باید چه الزاماتی را رعایت کنند. پاسخ می‌دهد؛ این طرح در چهار قسمت با عناوین الزامات قانونگذاری عادی و بخشنامه و آیین‌نامه‌نویسی، اقدامات لازم در قانونگذاری اساسی، تفسیر قوانین اساسی و عادی و در نهایت نحوه صحیح ایجاد رویه قضایی، به شرح زیر ارائه می‌شود:

۱. شاید بتوان گفت مهم‌ترین بخش طرح پیشنهادی، لزوم اتصال زنجیروار هنجارهای حقوقی به‌صورت سلسله‌مراتبی و در نهایت متصل شدن به هنجار بنیادین یا قانون اساسی است؛ بر این اساس هر هنجار حقوقی در هر قالبی اعم از قانون یا آیین‌نامه‌ای، بخشنامه و غیره در نظام حقوقی همچون شاخه و برگ درختی است که ریشه آن، یکی از اصول قانون اساسی است و اگر این ارتباط سلسله‌مراتبی

و زنجیروار ایجاد نشود، نمی‌توان هنجار حقوقی جدیدی ابداع کرد به بیانی دقیق‌تر و ظریف‌تر نظام‌های حقوقی برای حفظ روح و ماهیت ساختار کلی خود که ریشه در هنجار بنیادین یا قانون اساسی دارد، باید به‌جای بررسی مغایرت قوانین و مقررات جدید با قانون اساسی، ارتباط سلسله‌مراتبی هنجار جدید را تا رسیدن به یک یا چند اصل قانون اساسی بررسی کرده و اثبات کنند و در غیر این صورت اجازه ورود چنین هنجاری به نظام حقوقی را ندهند.

۲. در حوزه الزامات هنجار بنیادین (قانون اساسی) این طرح می‌گوید: اگرچه نظریه کلسن یک نظریه شناختی است و وی در صدد پایه‌گذاری نظام حقوقی در هیچ کشوری نیست، ولی نظریه وی زمانی می‌تواند مبنای نظام‌های حقوقی باشد که بتواند به نیازهای فوری و نیازهایی که وابسته به زمان و مکان خاصی هستند نیز پاسخ دهد، کلسن نظریه حقوقی خود را ارائه می‌دهد ولی به این موضوع نمی‌پردازد که این نظریه در عالم واقع چگونه می‌تواند عملی شود؟ آیا نظام‌های حقوقی حاکم بر جوامع انسانی (که به سرعت در حال تحول هستند) می‌توانند بر پایه نظام سلسله‌مراتبی غیرقابل انعطاف کلسن فهمیده شوند و در عین حال این نوع فهم از آن نظام‌ها، پاسخگوی نیازهای اجتماع باشند. کلسن به این موضوع در نظریه حقوقی ناب خود نپرداخته است و شاید چنین دغدغه‌ای نداشته، ولی هر نظریه‌ای زمانی ارزش واقعی می‌یابد که امکان عملیاتی شدن هم داشته باشد. پیشنهاد نرم بودن قانون اساسی و امکان تغییر آن متناسب با شرایط زمانی شاید نظریه حقوقی ناب کلسن را از این بن‌بست اجرایی خارج کند و در این صورت کلسن باید هنجار بنیادین را از نظر ماهوی مفروض بداند و تأکید کند که شکل آن باید نرم و انعطاف‌پذیر باشد. افزون بر این این نظریه باید در کشوری مبنای شناخت و فهم نظام حقوقی و راهنمایی برای تقنین باشد که دادگاه قانون اساسی با اختیارات کافی وجود داشته باشد؛ چراکه پیش‌بینی می‌شود با توجه به مرجعیت و اهمیت بیش از پیش قانون اساسی در نظام‌های حقوقی که این نظریه و نتایج حاصل از آن را قبول کرده‌اند، اختلافاتی حول تفسیر از قانون اساسی ایجاد شود که لازم است دادگاه قانون اساسی به این اختلافات رسیدگی کند.

۳. از آنجایی که تفسیر قوانین در واقع ادامه و مکمل تقنین است، روش‌های ارائه‌شده در این مقاله برای تقنین ضابطه‌مند بر اساس نظریه حقوقی ناب کلسن در تفسیر هم کاربرد دارد؛ پس به دلیل اینکه ورود عناصر غیرحقوقی به قانون‌نویسی در هنجارهای حقوقی غیر از هنجار بنیادین بر اساس نظریه حقوقی ناب کلسن ممکن نیست؛ این طرح در حوزه تفسیر قانون و قانون اساسی راهکارهایی به شرح زیر دارد:

در تفسیر قوانین عادی باید روش اصالت متن (متن‌گرا) در اولویت باشد؛ چراکه امکان نفوذ عناصر غیرحقوقی در تفاسیری که با اولویت قرار دادن قصد مقنن یا روش‌های دیگری که هدف از آن جوابگویی به نیازهای مجری بوده و در قیدوبند متن و قصد نیست زیاد است؛ اما در تفسیر قانون اساسی مقید بودن به روش تفسیر متن‌گرا لازم نیست؛ چراکه عوامل غیرحقوقی می‌تواند در هنجار بنیادین وارد شود؛ در

همین زمینه و بر اساس تعریف کلسن از تفسیر که در بند ۳ متن به آن اشاره شد (فعالیتی فکری که فرایند ایجاد حقوق را هنگام حرکت از هنجار سطح بالا به هنجار سطح پایین که تحت حاکمیت آن قرار دارد را همراهی می‌کند)؛ مدل ارائه شده در این تحقیق، تفسیر قانون اساسی را زمانی صحیح و دقیق می‌داند که ریشه‌های تدوین قانون اساسی با تفسیر صحیح آن به هنجار پایین تر که همان قوانین عادی و سایر هنجارهای سطح پایین تر است وصل شود، اگر این ارتباط به وسیله تفسیر بین هنجارهای سطح پایین و هنجارهای بنیادین برقرار شود، خلأ و مشکل مربوط به عدم اجازه ورود عناصر غیرحقوقی به هنجارهای پایین دست تا حدود زیادی رفع می‌شود؛ چراکه این عناصر که در تدوین قانون اساسی مؤثر بوده‌اند از طریق تفسیر قانون اساسی که باید با توجه به این عناصر باشد در قانونگذاری‌های سطح پایین تر هم تأثیر خواهد داشت. شایان ذکر است در تفسیر قوانین عادی هم اگرچه اولویت با روش اصالت متن است ولی اگر بنا به دلایلی در مورد قانون خاصی این روش تفسیری به طور مستقیم جوابگو نبود، ابتدا باید اصل قانون اساسی که هنجار سطح بالاتر این قانون است با لحاظ کردن ریشه‌های تدوین قانون اساسی تفسیر شود و سپس تفسیر قانون عادی بر اساس تفسیر اصل قانون اساسی باز به روش اصالت متن تفسیر شود.

۴. رویه قضایی یکی از منابع حقوق در نظام‌های حقوقی مختلف است که در چهار مورد نقص، سکوت، اجمال و تناقض قوانین مورد استفاده دستگاه‌های قضایی قرار می‌گیرد؛ اگرچه قانون نیست، ولی برای محاکم لازم‌الاتباع است؛ به همین دلیل باید در طرح ارائه شده برای انطباق رویه قضایی با نظریه حقوقی ناب کلسن هم چارچوبی لحاظ شود.

اولین بخش از این چارچوب این است که نهاد ایجادکننده رویه در صورت اینکه رأی حول یک مقررۀ قانونی غیر از قانون اساسی باشد تا جایی که می‌تواند باید متن قانون را بر قصد مقنن و نیاز مجری در اولویت قرار دهد؛ چراکه حرکت به سمت قصد مقنن و نیاز مجری عناصر غیرحقوقی را وارد نظام حقوقی می‌کند. در بخش دوم، از آنجایی که در مواردی متن قانون نمی‌تواند با هیچ تفسیری پاسخگوی نیازها باشد و در برخی از نظام‌های حقوقی من جمله نظام حقوقی ایران (طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی) قضات نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعا و صدور حکم امتناع ورزند نهاد صادرکننده آرای وحدت رویه باید بتواند رویه قضایی را در راستای هنجار حقوقی مافوق قرار دهد؛ برای رسیدن به این هدف باید در خلأ متن، قصد مقنن را بر نیاز و خواست مجری قانون برتری دهد تا ارتباط سلسله‌مراتبی بین هنجارهای حقوقی به واسطه توجه به قصد مقنن برقرار شود؛ در جمع‌بندی این بخش از طرح می‌توان گفت رویه قضایی باید بر اولویت متن قانون و سپس قصد مقنن ایجاد شود.

منابع

۱. فارسی

- ۱- قرآن کریم. ترجمه مهدی الهی قمشه‌ای، جامعه مدرسین قم.
۲- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

الف) کتاب‌ها

۱. ابدالی، مهرزاد (۱۳۹۳). درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی. چ دوم تهران: مجد.
۲. تیبیت، مارک (۱۳۸۴). فلسفه حقوق. حسن رضایی خاوری (مترجم)، چ اول، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۳). مقدمه عمومی علم حقوق. چ نهم، تهران: گنج دانش.
۴. خسروشاهی، قدرت‌الله (۱۳۹۱). نظریه‌ها و نظام‌های حقوقی. چ اول، تهران: جنگل.
۵. خوئینی، غفور (۱۳۹۷). فلسفه حقوق. چ دوم، تهران: مجد.
۶. دارابکلایی، محمدحسین (۱۳۹۱). سیری در حاکمیت (حقوق طبیعی قراردادگرایی و حاکمیت). چ اول، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت.
۷. رحمت الهی، حسین؛ آقامحمدآقایی، احسان (۱۳۹۹). حقوق طبیعی و حقوق موضوعه و آثار آن بر ساختار قدرت و حقوق عمومی. چ دوم، تهران: مجد.
۸. شهایی، محمود (۱۳۳۱). تقریرات/اصول. چ هفتم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
۹. کاپلستون، فریدریک چارلز (۱۳۸۰). تاریخ فلسفه. جلال‌الدین مجتبوی (مترجم)، چ چهارم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی (سروش).
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. چ نودوپنجم، تهران: سهامی انتشار.
۱۱. کلسن، هانس (۱۳۹۱). نظریه حقوقی ناب: مدخلی به مسائل نظریه حقوقی. اسماعیل نعمت‌الهی (مترجم)، چ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۲. کوفمن، آرنولد اس (۱۳۹۶). «مسئولیت اخلاقی و حقوقی»، انشاء... رحمتی (مترجم)، در دانشنامه فلسفه اخلاق، چ اول، تهران: سوفیا.
۱۳. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۳). دادگاه‌های قانون اساسی. چ دوم، تهران: میزان.
۱۴. مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۹۲). رویه قضایی. چ بیست و دوم، تهران: پایدار.

ب) مقالات

۱۵. صادقی، محسن (۱۳۸۵). جستاری نقادانه در اندیشه‌های هانس کلسن. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، (۷۴).
۱۶. مهرآرام، پرهام (۱۴۰۰)، تمایز حقوق از اخلاق در نظریه الزام حقوقی هانس کلسن. تأملات فلسفی، ۱۱(۲۶)، ۳۷۹-۳۳۹.
doi: <https://doi.org/10.30470/phm.2020.127555.1793>

۱۷. الهیاری، فریدون؛ بیژنی، طاهره (۱۳۸۹). رویکردی تحلیلی تاریخی بر زمینه‌های ظهور و هژمونی فاشیسم ایتالیا بعد از جنگ جهانی اول. فصلنامه علمی پژوهشی تاریخ، ۳(۱۸)، ۷-۲۶.
۱۸. امامی، علیرضا؛ طاهری، محسن؛ آقای بیجستانی، مریم (۱۴۰۱). صیانت از حقوق و آزادی‌های صنفی در رویه قضایی ایران و آمریکا. ماهنامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، ۵(۱۱)، ۴۷۰۰-۴۷۲۲. doi: https://doi.org/10.30510/psi.2022.294237.1972
۱۹. بادینی، حسین (۱۳۸۵). آیا حقوق دانش مستقلی است. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۷۴(۰)، ۱-۴۵.
۲۰. بحرانی، مرتضی (۱۳۹۲). رشته، میان‌رشته و تقسیم‌بندی علوم. فصلنامه مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی، ۵(۲)، ۳۷-۵۹.
۲۱. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۲). تحلیلی بر دولت و نظم حقوقی. مطالعات حقوقی، ۵(۱)، ۱۴۷-۱۶۳. doi:10.22099/JLS.2013.1570

ج) اسناد الکترونیک

۲۲. مبانی وضعی بودن قانون، نقد نظریه حقوقی ناب کلسن، دفتر مطالعات بنیادین حکومتی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، مشاهده در ۱۴۰۱/۰۷/۲۹: fa/report/show/۹08020 <https://rc.majlis.ir>

۲. عربی

الف) کتب

۱. حکیم، محمدتقی بن محمد سعید (۱۴۱۸ق). اصول العامه فی الفقه المقارن. چ دوم، قم: مجمع جهانی اهل بیت.

۳. انگلیسی

A) Books

- Heidemann, C. (1997). *Die Norm als Tatsache: Zur Normentheorie Hans Kelsens*. erste Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- Templeman, L. (1997). *Jurisprudence: the Philosophy of Law*, London: Old Bailey.

B) Articles

- Heidemann, C. (2013). Facets of 'Ought' in Kelsen's Pure Theory of Law. *Jurisprudence*, 4(2), 246-262. DOI:10.5235/20403313.4.2.246.
- Heidemann, C. (1999). Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S. L., Paulson. *Oxford Journal of Legal Studies*, 19(2), 345-350.
- James McCormick (2001). Scientific medicine fact of fiction The contribution of science to medicine. *Occasional Paper (Royal College of General Practitioners)*, 36(80), 3-6.
- Paulson, S. L. (1998). Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, 18(1), 153-166.
- Posner, R.A. (1987). The Decline of law as an Autonomous Discipline: 1962-1987, *Harvard Law Review* – February 1987, 100(2), 761-780.

۴. آلمانی

1. Moriya, K. (2003). Die Struktur der Frage: Wozu Rechtsgeschichte?, Rechtsgeschichte (Legal History). *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, 3(3).49-57. <http://dx.doi.org/10.12946/rg03/049-057>.

References In Persian:

- Holy Quran.
- Constitution of the Islamic Republic of Iran.
- 1. Abdali, M. (2014). *An Introduction to the Philosophy of Law and Legal Theories*. Tehran: Majd, Second Edition ([In Persian](#)).
- 2. Badini, H. (2006). Is the Science of Law an Independent Discipline?. *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, (74) ([In Persian](#)).
- 3. Bahrani, M. (2013). Discipline, Interdiscipline, and Classification of Sciences. *Quarterly Journal of Interdisciplinary Studies in Humanities*, 5(2) ([In Persian](#)).
- 4. Copleston, F. C. (2001). *History of Philosophy*. translated by Jalaluddin Mojtawbi, Tehran: Scientific and Cultural Publishing Company (Soroush), Fourth Edition ([In Persian](#)).
- 5. Darabkalayi, M. H. (2012). *A Journey Through Sovereignty (Natural Law, Contractualism, and Sovereignty)*. Qom: Research Institute of Seminary and University & Samt, First Edition ([In Persian](#)).
- 6. Elahiyari, F. & Bijani, T. (2010). An Analytical Historical Approach to the Grounds of the Rise and Hegemony of Fascism in Italy after World War I. *Quarterly Scientific-Research Journal of History*, 5(18) ([In Persian](#)).
- 7. Emami, A., Taheri, M., & Aghaei Bajestani, M. (2022). Protection of Rights and Trade Union Freedoms in the Judicial Practice of Iran and the USA. *Monthly Scientific Journal of Political Sociology of Iran*, 5(11) ([In Persian](#)).
- 8. Gorji Azandriani, A. A. (2014). *Constitutional Courts*. Tehran: Mizaan, Second Edition ([In Persian](#)).
- 9. Hakim, Mohammad Taqi bin Mohammad Said (1997). *Al-Usul al-Aama Fi al-Fiqh al-Muqaren*. Qom: World Assembly of Ahl al-Bayt, Second Edition ([In Persian](#)).
- 10. Jafari Langarudi, Mohammad Jafar, (2004) *General Introduction to the Science of Law*. Tehran: Ganj Danesh, Ninth Edition ([In Persian](#)).
- 11. Katouzian, N. (2014). *Introduction to the Science of Law and Study in the Iranian Legal System*. Tehran: Sahami Enteshar, Ninety-Fifth Edition ([In Persian](#)).
- 12. Kelsen, H. (2012). *Pure Theory of Law: An Introduction to Legal Theory Issues*. translated by Esmail Nematollahi, Qom: Research Institute of Seminary and University, Second Edition ([In Persian](#)).
- 13. Khoeini, G. (2018). *Philosophy of Law*. Tehran: Majd, Second Edition ([In Persian](#)).
- 14. Khosroshahi, Ghodratollah, (2012), *Legal Theories and Systems*, Tehran: Jungle, First Edition ([In Persian](#)).
- 15. Koffman, A. S. (2017). *Moral and Legal Responsibility*. translated by Sophia, First Edition ([In Persian](#)).
- 16. Madani, S. J. (2013). *Judicial Procedure*. Tehran: Paydar, Twenty-Second Edition ([In Persian](#)).
- 17. Mehraram, P. (2021). *The Distinction Between Law and Morality in Hans Kelsen's Theory of Legal Obligation*. Philosophical Reflections ([In Persian](#)).
- 18. Rahmat Elahi, H., & Aghamohammad Aghaei, E. (2020). *Natural Law and Positive Law and Their Effects on Power Structure and Public Law*. Tehran: Majd, Second Edition ([In Persian](#)).
- 19. Sadeghi, M. (2006). A Critical Study of Hans Kelsen's Thoughts. *Journal of the Faculty*

-
- of Law and Political Science, (74) (In Persian).
20. Shahabi, M. (1942). *Lectures on Principles*. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance, Organization for Printing and Publication, Seventh Edition (In Persian).
21. *The Foundations of the Positivity of Law: A Critique of Kelsen's Pure Theory of Law*, Office for Fundamental Governmental Studies, Research Center of the Islamic Consultative Assembly (Parliament of Iran), <https://rc.majlis.ir/>, last accessed: October 21, 2022 (In Persian).
22. Tibet, M. (2005). *Philosophy of Law*, translated by Hassan Rezaei Khavari, Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences, First Edition (In Persian).
23. Vizheh, M. R. (2013). An Analysis of the State and Legal Order. *Legal Studies*, (8) (In Persian).