

تحلیل انتقادی رویکردهای اثباتی به قانون بررسی موردی دیدگاه‌های هانس کلسن و هربرت هارت

سید محمدمهدی غمامی^{۱*}، حسین عزیزی^۲

چکیده

اثبات‌گرایی حقوقی از جمله مکاتب حقوقی است که داشتن نظریه‌ای اخلاقاً بی‌طرف توصیفی یا مفهومی از حقوق را هم ممکن می‌داند و ضروری. بر پایه این مکتب، قوانین اثباتی، قوانینی است که دولت‌ها آن را تصویب می‌کنند و متفاوت از اصول اخلاقی مکتب حقوق طبیعی است که دائمی تلقی می‌شوند و حتی بنابر بعضی از نظریات، ریشه الهی دارند. اثبات‌گرایی حقوقی در دوران معاصر، اغلب خود را با نظرهای هانس کلسن و هربرت هارت معرفی کرده و به شدت متأثر از این دو اندیشمند بوده است، به گونه‌ای که نمی‌توان از اثبات‌گرایی سخن به میان آورد و از تبیین نظری آن دو سخن نگفت. کلسن با نظریه ناب حقوقی، سعی در معرفی رویکرد اثبات‌گرایانه خالص و تند دارد، در حالی که هربرت هارت دارای مذاقی معتدل است و رویکردی فایده‌گرا را در میان اثبات‌گرایان حقوقی دنبال می‌کند، البته نظریات هر دو در مبانی و اصول اثبات‌گرایی ریشه دارد؛ اصولی که هم خود به تنهایی و هم در حوزه حقوق با برداشت‌هایی که کلسن و هارت ارائه می‌دهند، علاوه بر تناقضات متعدد، بیش از گذشته با کارکردهای حقوق در جامعه انسان اجتماعی ناهمخوانی دارد و در صورت اجرا با نتایج ناخواسته روبه‌رو می‌شود.

کلیدواژگان

اثبات‌گرایی، قانون، قاعده تشخیص، هانس کلسن، هربرت هارت، هنجار بنیادین.

۱. استادیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران (نویسنده مسئول).

Email: ghamamy@isu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران.

Email: hosein.azizi313@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۶/۲۳، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۸/۳۰

مقدمه

اثبات‌گرایی یا پوزیتیویسم حقوقی بر این ادعاست که داشتن یک نظریه اخلاقاً بی‌طرف توصیفی یا مفهومی در مورد قانون هم ممکن بوده و هم ارزشمند است و در نتیجه با این بیان در تقابل آشکاری با مکتب حقوق طبیعی به ارایه نظریه می‌پردازند. در واقع بر خلاف تأکید حقوق طبیعی مبنی بر اینکه سرچشمه اصلی حقوق، قواعد و ارزش‌های برتر و جهانشمولی است که در طبیعت و فطرت انسان وجود دارد و باید آنها را شناخت و به کار گرفت، تکیه و تأکید پوزیتیویسم بر قوانین موضوعه یا حقوق موجود، محقق و محصل است. از نظر طبیعیون، در هر نظام حقوقی، انطباق با حقوق طبیعی شرط ضروری برای «اعتبار قانون» است و با در نظر گرفتن ارزش‌های اخلاقی و تأثیر آنها در حقوق، اعتبار قانون را تنها به صرف وضع واضعان آن محدود نمی‌کند (Schockenhoff, 2003: 11).

عصاره ادعاهای اثبات‌گرایان حقوقی در «چیستی قانون» است. سخن آنان این است که برای فهم چیستی قانون نباید به محتوای قانون و مبانی پیشاوضعی ارجاع داد و قانون را صرفاً باید براساس مشخصه‌های صوری تحلیل کرد؛ یعنی باید به مکانیسم‌های خارج از قانون توجه کرد که قانون چگونه شکل می‌گیرد؟ و چه کسی وضع آن است؟ اولین رویکردهای مدرن اثبات‌گرایی را در حقوق می‌توان به جرمی بنتام^۱ با ایده «بی‌خود و مهمل بودن»^۲ حقوق طبیعی و جان آستین^۳ با ایده «عدم اهمیت شایستگی قانون»^۴ نسبت داد. جان آستین که در گروه رادیکال اثبات‌گرایی حقوقی قرار می‌گیرد، عنوان می‌داشت که قانون چیزی نیست جز: «فرامین شخص یا هیأت حاکم در یک جامعه سیاسی مستقل» و تابعان تکلیف دارند که از تمامی فرمان‌های حاکم پیروی کنند؛ قانون یعنی فرمان حاکم؛ فرمان کسی که به صورت عادت‌وار از او تبعیت می‌شود» (Austin, 1390: 251).

اثبات‌گرایی، گروه وسیعی از متفکران و آرا و نظریات را در خود جای داده است و از این رو پرداختن به همه این نظرها و نقد آنها در یک مقاله، امکان‌پذیر نیست. دیدگاه اثبات‌گرایی حقوقی اصرار می‌ورزد که «استدلال حقوقی» تماماً با واقعیت بیرونی ارتباط دارد. از این رو برای تعیین اینکه چه چیزی قانون است، «صرفاً» باید دید چه چیزی از طرف مقامات، قانون اعلام شده است. مقامات مزبور آنانی هستند که در چشم مردم به‌طور مشروع صاحب اقتدار لازم برای چنان اعلامی شده‌اند. همچنین می‌توان به واقعیت‌های تاریخی از جنس یادشده مراجعه کرد، به این معنا که ببینیم در گذشته صاحبان مشروع قدرت چه چیزی را قانون اعلام کرده‌اند (La Torre, 2007:)

1. Jeremy Bentham
2. nonsense upon stilts.
3. John Austin
4. Unimportant of merit of law.

13-14). دیدگاه نخست هیچ چیز دیگری را برای تشخیص «قانون» لازم نمی‌داند. براساس این نظر اگرچه باورهای اخلاقی رایج در یک جامعه به احتمال بسیار زیاد بر فرایند قانونگذاری تأثیر گذارده‌اند، رابطه ضروری میان حقایق حقوقی و اخلاقی وجود ندارد. همین‌طور ملاحظات انتزاعی اخلاقی در تعیین اینکه حقوق «چیست»، هیچ نقشی بازی نمی‌کنند. مبتنی بر این مکتب حقوقی امکان توسل به اخلاق و قواعد کلی طبیعی و فطری وجود ندارد و صرفاً وضع واضح که در برخی رویکردهای اثبات‌گرایی ممکن است به فواید مادی اخلاق و دین در قالب آداب عرفی ختم شود، اعتبار الزامات حقوقی را فراهم می‌آورد. در این مقاله نگارندگان با تبیین اصول این مکتب، آرا و نظرهای هانس کلسن و هربرت هارت به‌عنوان دو تن از تأثیرگذارترین چهره‌های اثبات‌گرایی حقوقی (Tebbit, 2005: 36-43) که نظریاتشان گستره‌ای از مبانی و اصول این مکتب حقوقی را در حل مسائل به‌کار گرفته است (La Torre, 2007: 13)، البته مورد استقبال برخی حقوقدانان غربی و بخش عمده‌ای از استادان حقوق ایرانی قرار گرفت، به نقد اصول و آرای ایشان به‌منظور درک بهتر کاستی‌های این مکتب و فحول آن در فهم اعتبار قانون و وضع و تفسیر قواعد حقوقی پرداخته‌اند.

اصول و اقتضائات عمومی اثبات‌گرایی

ریشه لغوی پوزیتیویسم به واژه «Positum» برمی‌گردد که ناظر بر حقوق از آن منظر است که وضع یا ایجاد شده است (وکس، ۱۳۹۲: ۲۸). این واژه اصطلاحی فلسفی است که در قرن نوزدهم توسط آگوست کنت^۱ فیلسوف و جامعه‌شناس فرانسوی، ساخته و به‌کار رفته شد (پین، ۱۳۸۳: ۱۹۶). کنت بر این باور بود که جبریت تاریخی، بشر را به سمتی خواهد برد که نگرش دینی و فلسفی از بین رفته و تنها شکلی که از اندیشه باقی می‌ماند، متعلق به اندیشه قطعی و تجربی علم است. در این عصر جدید تاریخی، نهادهای اجتماعی مربوط به دین و فلسفه از بین خواهد رفت یا باید در تصمیم‌گیری‌های اجتماعی – سیاسی فاقد ارزش تلقی شوند (Horwitz, 2011: 237-240).

نگاه‌های پوزیتیویستی به حقوق، به‌طور معمول نتیجه و برابند مکاتب اصالت تجربه و پوزیتیویسم فلسفی و منطقی است. این دیدگاه که اعتبار هر قانون را می‌توان براساس منبعی که به لحاظ عینی اثبات‌شدنی است، ارزیابی کرد، هسته اثبات‌گرایی حقوقی را تشکیل می‌دهد (وکس، ۱۳۹۲: ۲۸). علاوه بر این اثبات‌گرایان حقوقی اغلب ادعا می‌کنند که بین حقوق و اخلاق، ارتباط ضروری وجود ندارد و تحلیل مفاهیم حقوقی، فی‌نفسه ارزشمند بوده و از پژوهش‌های جامعه‌شناسانه و تاریخی و بررسی‌های انتقادی جداست (همان، ۲۸-۲۹).

از عوامل پیدایش نهضت پوزیتیویسم در غرب، تجربه‌گرایی و به‌طور خاص تجربه‌گرایی دیوید هیوم بود (صنمی، ۱۳۸۱: ۹۰). جریان تجربه‌گرایی در عالم جدید، اثرپذیرفته از بیکن است. این فلسفه بر این اصل استوار است که هر آنچه شایسته شناخت است، از تجربه آمده است. در نتیجه، پاره‌ای اصول عقلانی و گزاره‌های عقلی در این بررسی از دایره معناداری پوزیتیویست‌ها خارج می‌شود، چه اینکه پوزیتیویست‌ها بر این باورند که آنچه نتواند در تجربه حسی و در خارج وجود داشته باشد، امری بی‌معناست و نمی‌توان با آن دادوستد معناداری کرد (همان، ۹۲). اهمیت و اثرگذاری هیوم بر پوزیتیویست‌ها از نظر نگرش تجربه‌گرایانه وی، انکارناپذیر است. هیوم در زمینه الهیات نیز بر این باور است که هر آنچه نتوان آن را در تجربه یافت، بیهوده است، البته در اینجا پوزیتیویست‌ها نیز به بی‌معنا بودن احکام دین عقیده دارند که در مورد امور غیرتجربی گفته شده است. البته پوزیتیویست‌های قرن بیستم از این فراتر رفتند، از نظر آنها وقتی می‌گوییم (P) قضیه نیست، به معنای این است که جمله‌ای که حاکی از (P) است بی‌معناست، همان‌طور که در مثل قضیه (غار می‌خندد) بی‌معناست. قضایای متافیزیکی نیز چنین هستند. براساس بینش پوزیتیویستی، مابعدالطبیعه جایی در هندسه معرفت علمی ندارد. آنان مدعی‌اند که احکام مابعدالطبیعه بی‌معناست، زیرا نمی‌توان درستی با نادرستی گزاره‌هایی از این دست را با تجربه تحقیق کرد. به بیانی دیگر، آنان علم را از هر گونه تفکر غیرتجربی (دین، متافیزیک، اخلاق و فلسفه و ...) بی‌نیاز می‌دانند (کچوئیان، ۱۳۸۵: ۳۸-۳۷). میشل تروپر تأثیر این رویکرد را بر حقوق چنین توضیح می‌دهد که پوزیتیویسم حقوقی معتقد است مطالعات حقوقی مبتنی بر گزاره‌هایی اصیل و صلب همانند علوم تجربی بنا نهاده شده است و براساس این اشتیاق فراوان می‌خواهد از حقوق علمی همانند علوم طبیعی بسازد (Tropper, 1997: 36).

از دیگر ویژگی‌های اصلی پوزیتیویسم، اعتراض به فلسفه رایج در آن قرن‌ها بود، چراکه به عقیده کنت، آلوده به خیال‌بافی و تصورات دور از واقعیت شده بود و واقعیت‌گریز بود. واقعیت‌گریزی آن هم از این جهت بود که از تفکرات و تصورات خود، نتیجه اخلاقی می‌گرفت و با اخلاق که کنت آن را هم پدیده‌ای بی‌اعتبار و متکی بر خیال می‌دانست، پیوند خورده بود. پس در نظر کنت، هر دو پدیده فلسفه و اخلاق - و از اینجا پدیده دین هم - گمراه‌کننده و غیرقابل اعتماد بود و پوزیتیویسم به قصد کنار زدن این مقوله‌ها از ساحت اجتماع و علم، مطرح شد (تنهایی، ۱۳۷۲: ۹۲). پوزیتیویست‌ها مدعی‌اند که طرفداران حقوق طبیعی، قدرت حقوق را تابعی از قدرت اخلاق قرار داده‌اند، چون قاعده‌ای را حقوقی می‌دانند که واجد خصیصه اخلاقی باشد و لزوم اطاعت از قاعده حقوقی را به اخلاقی بودن آن نسبت می‌دهند یا موکول می‌کنند. بر این اساس «اقتدار حقوق» حشو زائد «اقتدار اخلاق» است (کیوانفر، ۱۳۸۸: ۳۲۵)، البته انکار نمی‌کنند که ممکن است بین اخلاق اجتماعی و قانون، انطباق زیادی وجود داشته باشد؛ بسیاری از ضروری‌ترین اقتضائات اخلاقی به‌عنوان قانون تصویب می‌شوند.

پایه تفکر پوزیتیویسم را می‌توان در این جمله خلاصه کرد که «میان آنچه حقوق هست، با آنچه حقوق باید باشد تفاوت وجود دارد» (Hart, 1983: 2). این عقیده محوری را پوزیتیویست‌ها با ارجاع مشروعیت قانون به منبع اجتماعی آن (به‌طور مثال مجلس قانونگذاری) و از طریق تفکیک میان حقوق و اخلاق توضیح می‌دهند. بر این اساس و مطابق تعبیر راز از پوزیتیویسم حقوقی، موفقیت در یک آزمون اخلاقی، هرگز شرط اعتبار یک قاعده حقوقی نیست. معیار مشروعیت قانون یا قاعده حقوقی، وضع و تصویب آن توسط یک مرجع معتبر اجتماعی است (Raz, 1979: 37-52).

با وجود متفاوت بودن آرا و نظریه‌های اثبات‌گرایان و وسیع بودن طیف اثبات‌گرایی حقوقی، همه آنها در یک چیز مشترک‌اند و آن این است که در مطالعات و تحلیل‌های خود بین «امری که باید باشد» و «امری که هست» تمایز روشن قائل می‌شوند (وکس، ۱۳۹۲: ۲۹). محتوای فرضیه انفکاک فقط این است که اخلاقی بودن را نمی‌توان خصیصه ضروری یک قاعده حقوقی دانست و آشکار است که چنین حکمی به‌منزله منع یا انکار تطابق عملی برخی قواعد حقوقی با قواعد اخلاقی نیست (Bix, 2002: 31) مسئله جداسازی اعتبار رسمی از بایستگی اخلاقی، با شکست آلمان و فروپاشی دولت نازی، از سال ۱۹۴۵م به بعد، مورد توجه همه‌سویه قرار گرفت. معروف است که مهم‌ترین دفاعیه در محاکمات نورنبرگ، در برابر اتهام ارتکاب جنایات جنگی و جنایت علیه بشر، این بوده است که «متهمان با اجرای دستورهای معتبر مافوقشان و برابر قوانین موجود، در حال ایفای وظیفه بوده‌اند» (تبیث، ۱۳۸۴: ۷۰-۶۹). به این ترتیب خصوصیات عمده رویکردهای اثبات‌گرایانه حقوقی در درک قانون و قانونگذاری عبارت‌اند از:

۱. اهمیت مفاد شکلی و مادی قانون بدون توجه به شایستگی‌های آن (فورمالیست بودن)؛
۲. اعتبار قانون به وضع واضح انسانی؛
۳. فارغ بودن از طبیعت و فطرت و اخلاق و دین.

انتقادهای عمومی ناظر بر اثبات‌گرایی

ایرادهای مذکور را می‌توان به رویکرد اثبات‌گرایی حقوقی به قانون وارد کرد:

۱. اثبات‌گرایی حقوقی خود را فارغ از همه واقعیت‌ها و ارزش‌ها محکوم به وضع واضعی می‌کند که مصالح مادی و معنوی انسانی را ممکن است بی‌پروا نقض کند. به این ترتیب که حتی قانون موضوعه‌ی یک دیکتاتور هر اندازه هم که ظالمانه باشد، باید متبوع شود. البته اثبات‌گرایان بی‌پروا ابراز می‌دارند که برای آنها ارزشی جز مفاد مندرج در قانون معتبر نیست. آغاز اثبات‌گرایی را

معمولاً با کتاب تحدید حدود فلسفه حقوق^۱ (۱۸۳۲) قرین می‌انگارند. آستین در این کتاب اذعان می‌دارد: «وجود قانون یک چیز است، شایستگی یا ناشایستگی آن چیز دیگر. خواه اینکه آن [قاعده] شود یا دیگری. خواه آن [قاعده] مورد سؤال باشد یا نه. خواه آن عمل مبتنی بر یک استاندارد باشد یا نه» (Austin, 1832: 157). در واقع آستین قانون را آن‌گونه که هست تحلیل می‌کند نه آنکه قانون باید چه ابتدایی داشته باشد و از این نظر رقیب نظریات حقوق فطری و طبیعی است.

۲. نتیجه گرفتن قانون از واقعیت‌های مادی موجود و منحصر دانستن آن به «آنچه هست»، حقوق را به دانشی پیرو که فاقد هر گونه ایده و آرمان است، تبدیل کرده و عدالت را برای همیشه از صحنه جامعه حذف می‌کند. تلاش برای هماهنگ ساختن واقعیت‌های ثابت و پایدار و واقعیت‌های عینی ناپایدار نیز به دلیل ناشناخته بودن این واقعیت‌ها و نیز معلوم بودن رابطه دقیق آنها، راه به جایی نبرده است (خسروشاهی، ۱۳۹۱: ۴۴). شاید این ایراد وارد شود که اثبات‌گرایی دغدغه آرمان‌خواهی و عدالت ندارد که خود را ملزم به پیروی از آرمان بیابد و به اصطلاح چنین نقدی درباره آنها سالبه به انتفای موضوع است. اگر چنین گزاره‌ای صادق باشد، خود ایرادی دیگر بر پیکره پوزیتیویسم به‌شمار می‌آید (Campbell, 2004: 114).

۳. اگر انسان را موجودی ذی‌حق برای تعالی و رشد بدانیم که نگاه دینی به انسان به‌عنوان خلیفه‌الله چنین است، آنگاه پاسخ به این پرسش که آیا این انسان از امکانات مادی و معنوی لازم برای رشد برخوردار است یا خیر، اهمیت خود را نشان خواهد داد. در این نگاه، حقوق به‌مثابه ابزاری برای رساندن انسان به جایگاه حقیقی خویش است و این در حالی است که پوزیتیویسم حقوقی فاقد چنین ظرفیتی است، چراکه درکی در مورد مطلوبیت‌های انسانی اعم از مادی و معنوی ندارد. البته به‌واسطه تجربه‌گرایی پوزیتیویسم، اساساً معنویت و فراماده برای آن قابل شناخت نیست. البته باید گفت که چنین نقدی نسبت به پوزیتیویسم، کاملاً برون‌گفتمانی است و بیشتر در رویکرد دینی قابل طرح است تا در رویکرد حقوقی.

۴. اثر اخلاق، تنها در تهیه قواعد حقوقی نیست، بلکه در اجرا و تفسیر آن نیز اثر دارد. پس اخلاق را نباید یکی از مبانی ساختن حقوق برشمرد. قانون اخلاق، عامل اصلی ایجاد حقوق و نیرویی است فعال که آن را هدایت می‌کند و توانایی از بین بردن قواعدش را دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۹۱). اخلاق در پی اصلاح فرد است، ولی نتیجه مستقیم آن تأمین نظم عمومی است؛ زیرا در اجتماعی که اعضای آن پرهیزکار و راستگو باشند نظم نیز آسان‌تر به‌دست می‌آید. بسیاری از قواعد اخلاقی نیز هدف اجتماعی دارند؛ برای مثال تکلیف امین در رد مال امانت و غاصب در جبران زیان‌های مالک به‌سبب حفظ صلح در جامعه مقرر شده است و چگونه می‌توان ادعا کرد که در این‌گونه امور، نفع عمومی و حق زیان‌دیده ملحوظ نبوده است؟ پس نمی‌توان دنیای درون

را از عالم خارج جدا کرد و سعادت اجتماع را هدف اخلاق ندانست (پیشین، ۱۳۷۷: ۴۱۰). از نظر علمی و اجرایی نیز معلوم است که ارزش قانون در عملی شدن و به کار بستن آن است؛ اگر قانونی عملی نشود یا پیوسته با توسل به حیل و تشبثات قانون، تأثیر قاطع آن خنثی شود، اثر و نتیجه مطلوب به آن مترتب نخواهد بود و چنین قانونی، در حکم بی قانونی درخواهد آمد. نیز معلوم است که برای عمل شدن به قانون، تنها وجود ضمانت‌های اجرایی، کافی نیست، بلکه آنچه قانون را در سطح فرد و جامعه و در حال مراقبت و عدم مراقبت و نیز در احوال گوناگون دیگر منشأ اثر می‌سازد، وجود نیروی اخلاقی و تعهد فردی و جمعی است در عمل کردن به قانون.

۵. اگر پذیرفته شود که منبع مستقیم حقوق، اراده دولت است و قاعده‌ای وصف حقوقی می‌یابد که دولت از اجرای آن پشتیبانی کند، باز هم معیار ارزش آن در اخلاق است. مردم در وجدان خویش، قاعده تضمین شده را ارزیابی می‌کنند و در برابر آن موضع مناسب می‌گیرند. از این رو، ریپر استاد معروف فرانسوی، در همان حال که حقوق را ناشی از اراده دولت می‌داند، اعلام می‌کند: «مهارت حکمرانان در این است که از نیروی اخلاقی به سود خود استفاده کنند، زیرا قانونی که با آرمان‌های اخلاقی مردم همساز باشد به آسانی، اجرا می‌شود. احترام به چنین قانونی، بر پایه اجرای ارادی و دلخواه تکلیف است و بر عکس، قانونی که با آرمان اخلاقی برخورد کند، جز به طور ناقص اجرا نمی‌گردد» (منتهایی، ۱۳۸۱: ۴۸). قدرت اخلاق و ارزش‌های اخلاقی، عامل عمده‌ای است در اجرای دقیق قوانین و مقررات و نشر و گسترش حقوق و اجرای نظم و عدالت (پیشین، ۱۳۸۱: ۵۱). اگر حقوق به اصلاح اخلاقی مردم نپردازد، تنها به زور پلیس و ژاندارم نمی‌توان نظم برقرار کرد. هدف حقوق، استقرار عدالت است و اقامه عدل بیش از هر چیز جنبه اخلاقی دارد.

۶. آن گونه که شهید مطهری می‌فرماید: «حکما، حکمت را تقسیم می‌کنند به حکمت عملی و حکمت نظری. حکمت نظری دریافت هستی است، آنچنان که هست، و حکمت عملی دریافت خطمشی زندگی است، آنچنان که باید. این «باید»ها نتیجه منطقی آنچنان «هست»ها است» (علوی‌نژاد، ۱۳۷۷: ۱۲۲).

۷. نقدهای رونالد دورکین^۱ ناظر بر اثبات‌گرایی حقوقی، نقدهای جدی‌ای در گفتمان حقوق لیبرال است. دورکین این ادعای پوزیتیویست‌های حقوقی را که در بررسی اعتبار قانون، محتوای آن را نباید در نظر گرفت، درست نمی‌داند. محتوای هنجارهای قانونی در اعتبار حقوقی آنها مؤثر است. به علاوه تفکیک بین قانون و اعتبار حقوقی آن از اخلاق و ارزش‌های اخلاقی نیز از نظر او پذیرفته نیست (به نقل از سایت تبصره مورخه ۱۳۹۱/۰۱/۲۸).

۸. یکی از نقایص این رویکرد، این است که به مسائلی چون هدف خلقت، هدایت انسان، ارزش‌های اخلاقی پاسخ نمی‌دهد و به مذهب نیز اعتقاد ندارد و تنها به دنبال توصیف جامعه است.

1. Ronald Myles Dworkin, FBA

از سوی دیگر، شناخت صحیحی از انسان ندارد و او را تنها موجودی یک‌وجهی می‌پندارد که متشکل از گوشت، پوست و استخوان است. درحالی‌که قبل از ساختن هر فرهنگ و تمدن و مکتبی باید انسان را شناخت، زیرا اگر تمدنی بر مبنای شناخت انسان نباشد، با همه عظمتش ممکن است انسان را مسخ کرده یا نسخه‌های ویرانگر و دهشت‌بار مانند رژیم‌های پلیسی و دولت‌های حاصل از تقدیر الهی را تجویز کند.

۹. اثبات‌گرایی در زمینه سؤالات بنیادین مطرح در برابر نظام حقوقی ساکت است؛ یعنی اگر سؤالات نسبت به بنیان‌های حقوقی باشد، یک نوع «لادری‌گری»^۱ دارد و با تأکید بر سکولار بودن ماهوی می‌گوید من نمی‌دانم. اگر از اثبات‌گرا بپرسیم چرا باید قانون و نظام حقوقی داشته باشیم؟ چرا باید از نظم قانونی تبعیت کنیم؟ قانون چه نقشی در قضاوت دارد؟ اینها از سؤالات بنیادین در هر نظام حقوقی است، اما پاسخی در مورد آنها ندارد.

تحلیل انتقادی مفهوم قانون از نگاه کلسن

بررسی نظریه حقوقی کلسن

هانس کلسن^۲ (۱۸۸۱-۱۹۷۳)، حقوقدان اتریشی، بی‌شک از تأثیرگذارترین شخصیت‌های اثبات-گرایی معاصر محسوب می‌شود. در قرن بیستم هیچ‌کس چون هانس کلسن تحلیل روشنی از فرایند حقوقی ارائه نداده و به تحقیقات روشنگرانه‌ای از معنا، ساختار و اعتبار حقوقی دست نیافته است (خسروشاهی، ۱۳۹۱: ۱۸۸). نظریه ناب او که تحت عنوان «نظریه ناب حقوقی»^۳ مطرح شد، به انجیل پوزیتیویست‌ها معروف است (بیکس، ۱۳۸۹: ۲۹۳). هدف کلسن ارائه یک نظام حقوقی خودبسنده و مستقل بود. وی معتقد است که باید دامن حقوق را از هر امر غیرحقوقی پاک کرد و از این نظر به‌شدت به حقوق طبیعی می‌تازد. از نظر او، نظام حقوقی باید به‌نحوی طراحی شود که مستقل از هر نوع امر خارج از خود باشد. حقوق، خود یک ارزش است و ابزار ارزش‌های دیگر نیست. وی تأکید دارد که برای فهم حقوق، باید آن را به‌عنوان نظامی از «بایدها» یا هنجارها^۴ در نظر گرفت (کلسن، ۱۳۸۷: ۹۱-۹۰). کلسن همانند آستین، ولی متفاوت با هارت، «تقلیل‌گرا» است؛ به این معنا که سعی می‌کند همه هنجارهای قانونی را تعبیری گوناگون از یک نوع گزاره معرفی کند (آستین را به معنای دیگر نیز می‌توان تقلیل‌گرا شمرد، به این دلیل که شاید بتوان گفت تلاش می‌کند پدیدارهای هنجاری را به گزاره‌های تجربی فرو بکاهد، اما بی‌شک کلسن به این معنا تقلیل‌گرا نیست). از دید آستین، همه هنجارهای قانونی را باید در قالب فرمان

1. Agnosticism.
2. Hans Kelsen
3. Pure theory of law
4. Norms

حاکم فهمید. از دید کلسن این هنجارها را باید در قالب اعطای اقتدار به مقام رسمی برای اعمال مجازات (در صورت عدم رعایت معیارهای تعیین شده) درک کرد (بیکس، ۱۳۸۹: ۲۹۴).

کلسن سعی دارد حقوق را به صورت تخصصی بررسی و نظریه‌ای ارائه کند که مربوط به نظام حقوقی معین نباشد و قابلیت استفاده در هر زمان و مکان را داشته باشد. به نظر او اثبات‌گرایانی که پیش از وی بوده‌اند، همگی سعی داشته‌اند تا حقوق را با اموری مثل زیست‌شناسی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی، اخلاق و ... به گونه‌ای ارتباط دهند، از این رو حقوقدان برای رسیدن به معنای واقعی حقوق مجبور به مطالعه علوم دیگر باشد. در صورتی که با این حالت، دیگر از خود حقوق، فی‌نفسه، چیزی باقی نمی‌ماند (کلسن، ۱۳۸۷: ۹۰).

رکن اصلی تحلیل هانس کلسن از قانون، «هنجار بنیانی»^۱ است. قواعد و احکام حقوقی، همگی هنجار است، به این معنا که گزاره‌هایی است که بیان می‌کند شهروندان، چه افعالی را باید و چه افعالی را نباید انجام دهند. بر پایه تفکیک میان «هست» و «باید» - که معمولاً آن را به دیوید هیوم نسبت می‌دهند - گزاره‌های هنجاری حقوقی خاص را تنها می‌توان بر هنجارهای بنیانی تر یا کلی تر بنا کرد. اگر فرض بر این باشد که هنجارهای خاص با هنجارهای کلی یا بنیانی تر موجه می‌شود، در این صورت برای پرهیز از تسلسل سلسله توجیه‌کننده هنجاری ناگزیر باید جایی توقف کند. باید هنجاری وجود داشته باشد که اعتبار آن مفروض باشد نه اینکه اعتبارش از هنجاری دیگر ناشی شود. کلسن نظام حقوقی را نظامی از هنجارها می‌داند و هنجار پایه‌ای این نظام را «هنجار بنیانی» نام می‌نهد (همان، ۳۰-۲۵). اهمیت اصلی هنجار بنیانی در این است که نظام‌های حقوقی، مانند همه نظام‌های هنجاری (از جمله اخلاق و دین)، بر هنجاری پایه‌ای استوار می‌شود که بنابر تعریف، متکی بر دلیل یا اساس دیگری نیست. از آنجا که اعتبار هنجار اصلی را نمی‌توان به هنجار دیگری وابسته دانست، بنابراین اعتبار آن را باید مفروض گرفت. هنجار پایه وجود دارد، ولی تنها در «وجدان حقوقی»^۲. بنابراین اعتبار هنجار پایه، یک فرض^۳ است؛ مفهومی کاملاً صوری.

وی با اثبات‌گرایان پیش از خود نیز هماهنگ نیست، بلکه نظام حقوقی را مجموعه‌ای از هنجارها می‌داند که به صورت «بایدها» بیان می‌شوند، ولی این بایدها کاملاً عاری از اخلاق است و هیچ‌گاه رویکردهای حقوق طبیعی - مطابقت با معیار برتر و متافیزیک - در آن راه ندارد. این هنجارها با ظهور قواعد، نمود می‌یابند؛ یعنی هنگامی که حقوق از همه عناصر «اخلاقی» و «واقعیت‌های اجتماعی» خالی شد، مجموعه‌ای از هنجارها باقی می‌ماند که ساختار آنها شبیه هرم است و به گونه عقلانی، با هم ارتباط دارند. این هنجارها، به صورت «بایدهای حقوقی» در نظر گرفته می‌شود که هم از «باید اخلاقی» جداست و هم از قواعد حقوقی. قواعد حقوقی به‌عنوان

1. Grundnorm
2. Juristic Consciousness
3. Hypothesis

قواعد، دارای پیوندهای منطقی نیستند. هنجارهای حقوقی، بایدهایی هستند که قواعد حقوقی، مظاهر آنها به‌شمار می‌روند (تبیث، ۱۳۸۴: ۷۳).

نظریه ناب حقوق که می‌توان آن را «پالایش دانش حقوق از عناصر غیرحقوقی» نیز نامید، در اصل انقلابی بود بر ضد آن دسته از سخن‌های اخلاقی و عقیدتی دانش حقوق و به تفکیک اخلاق و حقوق همت گماشت و اقدامی را که از مدت‌ها پیش توسط برخی حقوقدانان دنبال شده بود، تئوریزه و مستدل ساخت.

کلسن بر این اعتقاد است که دولت پیش از هر چیز نظامی 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. به‌عبارت دیگر کلسن عنصر اساسی دولت و نظم حقوقی را به الزام و انقیاد کاهش داده است و از این‌روی، آن دو را مترادف می‌شمارد (ویژه، ۱۳۹۰: ۱۶۲).

در مورد ارتباط حقوق و دولت، کلسن رهیافت «یگانگی» را برگزیده است. در رهیافت یگانگی که او هوادار آن است، حقوق و دولت، مفاهیمی جدای از یکدیگر نیستند، بلکه عین یکدیگرند. به نظر کلسن، نظم حقوقی نظامی مبتنی بر الزام و اجبار است و نه مبتنی بر قرارداد (کلسن، ۱۳۸۷: ۴۱). سیاست نیز در نزد کلسن به دولت فروکاسته می‌شود. همه اینها در اثر این است که نزد فیلسوفان آلمانی و اتریشی، دولت در جایگاهی قرار دارد که نیرو در فیزیک و روح و روان در روان‌شناسی؛ بدین معنا که دولت در مرکز تمامی نظریه‌های فیلسوفان آلمانی قرار دارد (ویژه، ۱۳۹۰: ۱۶۳-۱۶۲). آموزه یگانگی حقوق و دولت از سویی به قانونمندی دولت و از سوی دیگر به دولتی شدن حقوق می‌انجامد. در نقد این آموزه کلسن می‌توان گفت که دولت می‌تواند منبع بسیاری از هنجارهای حقوقی باشد، اما تنها منبع نیست، زیرا هنجارهایی مانند هنجارهای مربوط به اخلاق حرفه‌ای از این قلمرو خارج هستند. در عین حال، مبنای بسیاری از هنجارهای حقوقی نیز اراده دولت نیست و مبنای دیگری مانند هنجارهای دینی، اخلاقی و ... می‌توانند برای هنجارهای حقوقی مطرح شوند.

انتقادهای وارد بر رویکرد کلسن به قانون

به این ترتیب انتقادهای وارد به کلسن عبارت‌اند از:

۱. اولین مورد انتقاد به خود «ناب» بودن نظریه است؛ به‌راستی آیا ممکن است عناصر اجتماعی و سیاسی را از حقوق بیرون کنیم؟ حتی شاید بتوان چنین استدلال کرد که مفهوم «کارامدی» که کلسن در تحلیل نظر خود این همه بر آن توجه دارد، فقط از طریق ملاحظات

جامعه‌شناختی که وی بر خروج آنها از حوزه حقوق نظر دارد قابل اندازه‌گیری است (ابدالی، ۱۳۸۸: ۲۰۴).

۲. اعتبارگرایی افراطی و حقوق را صرفاً زاده اراده دولت دانستن، سبب جدایی حقوق از اخلاق و ارزش‌های متعالی و از جمله «عدالت» شد و هدف حقوق را تنها به ایجاد نظم اجتماعی در راستای منافع مادی فرو کاست. درحالی‌که بدیهی است این سخن افراطی درست نیست؛ زیرا بالوجدان، هیچ‌کس قانونی را که مسلماً ناعادلانه باشد به صرف اراده و اعتبار دولت، مشروع و الزام‌آور به‌شمار نمی‌آورد (خسروشاهی، ۱۳۹۱: ۴۳-۴۲).

۳. اعتباری دانستن ماهیت حقوق و قطع هر گونه رابطه میان قانون و واقعیت‌ها و ارزش‌ها، حقوق را چنان سیال و انعطاف‌پذیر می‌کند و به آن مفهومی «نسبی» می‌بخشد که امکان هر گونه ارزیابی و توصیف قاعده حقوقی به نیک و بد را موضوعاً منتفی می‌سازد و 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 همان‌طور که پیشتر اشاره شد، به اعتقاد برخی نویسندگان، همین دیدگاه مبالغه‌آمیز موجب ظهور دولت‌های جنایتکاری همچون فاشیسم در ایتالیا و نازیسم در آلمان شد (خسروشاهی، ۱۳۹۱: ۴۳).

۴. کلسن اعتبار هر قاعده حقوقی را به قاعده حقوقی عالی 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 قاعده حقوقی عالی، بشر را ملزم ساخته و مبنای آن چیست، عاجز بوده و بدان پاسخی نداده است و از جست‌وجو در اساسی‌نمایی قوانین امتناع ورزیده است (صادقی، ۱۳۸۵: ۲۶۱).

۵. از نظر کلسن، کارآمد بودن کل نظام حقوقی، شرط لازم برای اعتبار هر کدام از هنجارهایی است که درون آن نظام وجود دارند؛ به عبارت دیگر، او معتقد است که در صورت کارآمد بودن کل نظام و رعایت عموم قوانین نظام حقوقی، می‌توان برای هر کدام از هنجارهای آن، قائل به اعتبار بود و آلا فلا (ویژه، ۱۳۹۲: ۱۵۲). بنابراین در ذات هر نظام حقوقی این واقعیت نهفته است که قوانین آن عموماً رعایت می‌شوند، ولی این امر بسیار محل تأمل است. چگونه می‌توان دانست که آیا قوانین واقعاً رعایت می‌شوند یا نه؟ چگونه می‌توان دریافت که آیا قانون، آن‌گونه که کلسن گفته، در مجموع کارآمد است یا خیر؟ شایان ذکر است که در جواب نمی‌توان به تجربه تمسک کرد، چراکه نظریه ناب حقوق، بررسی‌های جامعه‌شناسانه‌ای از این قبیل را کنار می‌گذارد.

۶. محدودیت‌هایی بر «ناب بودن» در نظریه ناب کلسن به‌نظر می‌آید. نظریه او به‌طور کامل از امور تجربی عاری نبوده است. برای نمونه، از نظر کلسن، وجود یک نظام حقوقی (و تغییر از یک هنجار بنیانی به هنجاری دیگر در یک انقلاب) تا حدی بسته به کارآمدی

آن نظام است (پیشین: ۱۵۲) و در واقع، امری تجربی را معیاری برای یک نظام حقوقی در نظر گرفته است.

۷. کلسن در ترسیم هرم خود از وجود یک اصل و هنجار بنیادین قبلی خبر می‌دهد، درحالی که در انقلابات، دولت تغییر می‌کند. نظام حقوقی جدید بر هیچ اصل پیشینی استوار نیست و ناچار باید به پدیده‌های اجتماعی متوسل شد. همچنین بر ارزش‌های والای انسانی مانند آزادی و امنیت، اصل و قاعده بالاتری قرار ندارد تا این ارزش‌ها اعتبار خود را از اصول عالی‌تر کسب کنند (صادقی، ۱۳۸۵: ۲۶۱).

۸. تأکید بیش از حد او بر قاعده‌مندی و جزم‌گرایی، از حقوق پیشنهادی او، نظام بی‌روحی ساخته که عاری از ارزش‌های والای انسانی، اخلاقی و اجتماعی است. او می‌خواهد جوهر حقوق را صرف نظر از عوامل سیاسی، اقتصادی و اجتماعی بشناسد، غافل از اینکه همین عوامل، مبنای سازنده قواعد حقوق بوده و از ماهیت آن جداشدنی نیستند. تهی کردن حقوق از ارزش‌ها و بایدهای انسانی - اجتماعی، نیروی تعدیل‌کننده اراده دولت را از بین می‌برد و افراد جامعه را در برابر نهادی سرکش قرار می‌دهد که غیرعادلانه و خودسرانه بودن آن باید در هر حال محترم شمرده شود (صادقی، ۱۳۸۵: ۲۵۳-۲۵۲).

۹. نظام حقوقی کلسن بر مبنای زور و اجبار شکل گرفته است؛ و رای هنجارهای حقوقی، زور قرار دارد (وکس، ۱۳۹۲: ۴۳) و اجباری بودن هنجارهای حقوقی، و ماهیت قانونی آن به هیچ منبع و منشأ فوق بشری به مانند خدا، طبیعت، شخص حاکم یا ملت بستگی ندارد. در واقع در نظام حقوقی کلسن، زور از بیرون بر انسان تحمیل شده است و انسان، سایه قدرت و اجباری بیرونی را بر سر خود احساس می‌کند و از ترس آن، به تبعیت از قوانین می‌پردازد. مشخص است که در چنین نظام‌هایی که تقدس یا اعتقاد درونی، در پیروی از قوانین جایگاهی ندارد، نظام حقوقی بسیار شکننده خواهد بود و مردم، هر لحظه که خود را رها از استیلائی حکومت ببینند، دیگر لزومی به تبعیت از هنجارها و قوانین نمی‌بینند و آنها را زیر پا خواهند گذارد.

تحلیل انتقادی مفهوم قانون از نگاه هارت

بررسی نظریه حقوقی هارت

«جریان غالب اثبات‌گرایی حقوقی انگلیسی زبان، آشکارا از اندیشه‌های اچ. ال. آ. هارت (۱۹۲-۱۹۰۷)^۱ پیروی کرده است» (بیکس، ۱۳۸۹: ۵۶). هارت اغلب به‌عنوان کسی که با اعمال فنون فلسفه تحلیلی به‌خصوص فلسفه زبان‌شناسی در مطالعات حقوقی به ترسیم قلمرو نظریه حقوقی مدرن پرداخته است، شناخته می‌شود. روش‌شناسی او در فلسفه حقوق، مبتنی بر «تحلیل

1. Herbert Lionel Adolphus Hart.

مفهومی^۱ است. هارت با پیروی از رویکرد زبان‌محور جدید، سعی کرد به مطالعه کاربرد و ظاهر واژگان مورد استفاده در حقوق بپردازد تا به فهمی که مردم و اجتماع از آن واژه دارند، دست یافته و واقعیت حقوقی را بهتر دریابد.

وجوه مهم نظریه هارت از رهگذر نقد مهم‌ترین متفکر پیش از خود، یعنی جان آستین، سر بر آورده و در همان قالب بیان شده است. وی در کتاب مفهوم قانون^۲ نظریه خود را در تقابل با نظریه فرمان آستین بنا کرد و نکته‌های اصلی نظریه‌اش - همانند فولر - را بر مبنای توسعه و ارتقای نکته‌هایی که در نظریه آستین ناقص مانده بود، توجیه کرد. آستین همه قوانین را به فرمان حاکم تقلیل داد، اما هارت بر تنوع قوانین پافشاری کرد. از دیدگاه هارت تلقی قانون به‌مثابه فرمان، تمامی قسمت‌های مورد نیاز یک نظام حقوقی را تأمین نمی‌کند. وی نظریه فرمان را ناقص می‌داند و معتقد است که واقعیت هیچ نظام حقوقی با این نظریه نشان داده نمی‌شود. او حقوق را نوعی خاص از نظام قواعد اجتماعی می‌داند و در واقع، حقوق را با مفهوم «قواعد»^۳ بررسی می‌کند نه «فرامین»^۴. دیدگاه او از قانون، مشتمل بر «یکپارچگی قواعد اولیه»^۵ و ثانویه^۶ است. قواعد اولیه، نقش تعیین تکالیف را به‌صورت مستقیم به‌عهده دارند، اما قواعد ثانویه به مرحله اجرا و تعارض قواعد اولیه مربوط می‌شوند (هارت، ۱۳۸۴: ۱۶۱). از نظر او، نظام‌های حقوقی هم دربردارنده قواعدی است که مستقیماً شهروندان را خطاب قرار می‌دهد (قواعد اولی) و هم قواعدی که به مقامات رسمی می‌گوید چگونه قواعد اولی را شناسایی، اصلاح و اجرا کنند (قواعد ثانوی). هدف قواعد اولیه، تنظیم رفتار افراد در اوضاع و احوال مختلف است (موحد، ۱۳۸۱: ۲۵۹) و این قواعد تکلیف‌آور، هیچ‌گاه نمی‌توانند پاسخگوی همه نیازهای یک نظام حقوقی باشند، زیرا نظام حقوقی متشکل از قواعد اولیه به‌تنهایی یا براساس الگوی آستین با سه مشکل مواجه است: عدم قطعیت قواعد، ایستا بودن جامعه و ناکارآمد بودن نظام حقوقی. وی بیان می‌کند که حقوق تنها متشکل از اوامر حاکم و ضمانت اجرای ناشی از نقض آن نیست، بلکه حقوق یک «نظام» یا «سیستم» است که اجزای متفاوت با کارکردهای متفاوت دارد.

او مفهوم قاعده را به‌کار می‌گیرد تا براساس آن، بین «مجبور بودن»^۷ و «تعهد داشتن»^۸ تمایز قائل شود و نشان می‌دهد که تئوری‌های حقوقی مبتنی بر ضمانت اجرا، میان مکلف بودن و مجبور بودن به انجام یک فعل متمایزی قائل نیستند. از نظر وی هنگامی که فرد مکره به انجام کاری می‌شود، صرفاً مجبور به انجام آن کار است، ولی هیچ تعهدی برای آن ندارد (هارت، ۱۳۹۰:

1. Conceptual analysis
2. The concept of law
3. Rules
4. Orders
5. Primary rules
6. Secondary rules
7. Being obliged
8. Having an obligation

۶۱-۵۹). در واقع ممکن است به دور از نظارت خاصه در نظام‌های تمام دید پلیسی، اثر عمل خود را نیز از بین ببرد و به کلی منکر آن شود.

بر خلاف قواعد اولیه، قواعد ثانویه ناظر بر استانداردهای مستقر رفتار نیستند، زیرا این قواعد محتوایی خاص خود ندارند. آنها قواعدی درباره قواعد هستند و بر مواردی همچون قانونگذاران و دادگاه‌ها تأکید دارند (هارت، ۱۳۹۲: ۱۵۹). بنیادی‌ترین قواعد ثانوی، آنهایی هستند که «قواعد شناسایی»^۱ نامیده می‌شوند. اعتبار همه قواعد نخستین به قاعده شناسایی باز می‌گردد. همین قاعده مهم‌ترین منبع اعتبار حقوقی است که اعتبار قوانین، مقررات یا اسناد حقوقی، مشروعیت دادگاه‌های قانونی و محاکمات این دادگاه‌ها و همه اعمال مقررات قضایی سرانجام از آن ریشه می‌گیرد. هارت می‌گوید این قاعده بنیادی، می‌تواند به هر گونه ظاهر شود، می‌تواند نوشته یا نانوشته، شفاهی یا کتبی باشد (هارت، ۱۳۹۰: ۱۵۹).

قاعده شناسایی دربردارنده ضوابطی است که می‌توان براساس آنها مشخص کرد کدام قواعد جزئی از نظام حقوقی است و کدام نیست. این قاعده، آخرین گام در زنجیره استدلال هنجاری است. قاعده شناسایی همان نقشی را در نظام هارت ایفا می‌کند که هنجار بنیانی در نظریه حقوقی کلسن دارد. «قاعده شناسایی» معیاری است که امکان می‌دهد مجریان حقوق، قواعد حقوقی را از سایر قواعد تشخیص دهند. بر این اساس، قواعد اخلاقی نه به اتکال ارزش اخلاقی خود بلکه صرفاً از جهت تطبیق با شرط پیش-بینی‌شده در قاعده شناسایی می‌توانند وارد قلمرو حقوق شوند. قاعده شناسایی اعتبار خود را از پذیرش درونی قضات و سایر مقامات رسمی کسب می‌کند و سایر قواعد حقوقی از قاعده شناسایی کسب اعتبار می‌کنند (کیوانفر، ۱۳۸۸: ۳۳۱-۳۳۰).

همان‌گونه که گفته شد، اثبات‌گرایی هارت فرقی‌های زیادی با تصویر اغلب سرکوب‌گرایانه آستین از حقوق دارد. هارت حقوق را یک پدیده اجتماعی می‌داند که تنها از طریق شرح عملکردهای واقعی اجتماعی می‌توان آن را فهمید. از نظر هارت، جامعه برای بقا، نیازمند یک سری قواعد بنیادی است. وی این قواعد بنیادی را «محتوای حداقلی حقوق طبیعی» می‌نامد؛ قواعدی چون «آسیب‌پذیری بشری»^۲، «تساوی تقریبی»^۳، «نوع‌پرستی محدود»^۴، «منابع محدود»^۵، «فهم محدود و قوه اراده»^۶ (هارت، ۱۳۹۲: ۳۰۰-۲۹۷) و بر این ادعاست که حقوق بدون در نظر داشت محتوای حداقلی حقوق طبیعی اصلاً تحقق نمی‌یابد، زیرا نظام حقوقی، نظام دستوری تنظیم‌کننده رفتار بشر است و باید چنین ملاکی را دارا باشد (ا.شینر، ۱۳۸۳: ۹۳). برای مثال، این یک واقعیت است که امکانات و منابع موجود به‌وفور در دسترس نیستند و باید در

-
1. Rules of recognition
 2. Human vulnerability
 3. Approximate equality
 4. Limited altruism
 5. Limited resources
 6. Limited understanding and strength of will

طبیعت پرورش داده شوند یا از آن تحصیل شوند یا با کار و زحمت ساخته شوند. این واقعیات به تنهایی شکل‌هایی حداقلی از نهاد مالکیت و نوع خاصی از قواعد را که مستلزم احترام به مالکیت‌اند، ضروری می‌سازند. ساده‌ترین شکل‌های مالکیت را باید در قواعد دید که به‌طور کلی ورود به ملک، استفاده از آن، برداشتن اشیای مادی یا مصرف آنها را بدون اذن مالک «ممنوع» کرده‌اند. یا «آسیب‌پذیری انسان» در برابر حملات فیزیکی و جسمی، لزوم وضع قواعدی دربارهٔ منع خشونت و قتل را توجیه می‌کند.

از نظر او، دولتی مشروع است که قدرت‌ش را بر رویکرد حداقلی حقوق طبیعی استوار سازد و معتقد است که این مفاهیم، مقیدات حقوقی دولت خواهد بود و چنانچه دولتی اینها را رعایت نکند، فاقد مشروعیت است و در واقع این مفاهیم را اصول زیربنایی حکومت‌ها می‌داند و مخالفت با آنها را حرکت در جهت خلاف طبیعت انسانی به‌شمار می‌آورد. وی به‌رغم حمایت از ماهیت حداقلی حقوق طبیعی، اما به‌عنوان یک پوزیتیویست به‌هیچ‌وجه بر آن نیست که میان امر حقوقی و امر اخلاقی الزاماً ارتباطی مفهومی یا تعریفی وجود دارد، اگرچه انکار هم نمی‌کند که در برخی موارد اخلاق بر حقوق تأثیر گذارده است، اما این حوزه‌ها را به‌طور دقیق روشن نساخته است (هارت، ۱۳۹۲: ۳۱۰).

رویکرد معتدل هارت، در بحث محتوای حداقلی حقوق طبیعی، به‌خوبی مشهود است. او در این رویکرد بر این اعتقاد است که با آنکه نباید مفاهیم حقوق طبیعی را وارد حقوق کرد و بین آن دو ملازمه برقرار کرد، اما اذعان می‌دارد که برخی از این مفاهیم - که از آنها به‌عنوان «هستهٔ حقوق طبیعی» یاد می‌کند - لازمه و ضرورت هر نظام حقوقی است و حقوق نمی‌تواند آنها را نادیده انگارد و بر خلاف آنها وضع هنجار کند. او در این رویکرد به‌روشنی، از جزم‌گرایی کلسن فاصله می‌گیرد و برخی از مفاهیم حقوق طبیعی را وارد حوزهٔ حقوق می‌کند. این رویکرد هارت، اثبات‌گرایی را که پس از محاکمات نورنبرگ رو به افول گراییده بود، جانی دوباره بخشید.

در رابطهٔ حقوق و اخلاق نیز می‌توان رویکرد اعتدالی هارت را جست‌وجو کرد. هارت به‌عنوان یک پوزیتیویست، به تمایز میان حقوق و اخلاق، به‌عنوان فرضیهٔ مرکزی پوزیتیویسم حقوقی التزام دارد لکن منکر آن هم نیست که همپوشانی شایان ملاحظه‌ای بین قانون و اخلاق وجود دارد. هارت قائل به تمایز بین «اخلاق واقعی»^۱ و «اخلاق انتقادی»^۲ در جامعه است. تفاوت بین «اخلاق متعارف» و «اخلاق انتقادی» تفاوت میان آن چیزی است که مردم یک جامعه معتقدند اخلاقاً درست است و آنچه در حقیقت درست است. اولی عبارت است از باورهای اخلاقی مستقل از فکر و اندیشه‌ای که جامعه در یک مقطع از زمان به آن معتقد می‌شود، و دومی متشکل است از مجموعهٔ باورهای اخلاقی که جامعه پس از بررسی اخلاق واقعی و موارد دیگر، همانند هماهنگی

1. Real morality
2. Critical morality

و صحت تصورات با واقعیات به آن دست می‌یابد و بر این اعتقاد است که حقوق باید از معیارهای «اخلاق انتقادی» تبعیت کند (هارت، ۱۳۸۹: ۵۰). هارت از این تفاوت در «قانون، آزادی و اخلاق»^۱ سخن به میان می‌آورد.

از نظر او، جامعه حق دارد اعضای خود را از آسیب رساندن به خودشان، همچون صدمه رساندن به دیگران باز دارد، اما حق ندارد آنان را به همراهی با معیارهای اخلاقی جمعی وادار کند. نمونه ویژه‌ای که وی در اینجا در ذهن دارد، ممنوعیت فروش و استفاده از مواد مخدر است که بر پایه دلایل پدرسالارانه توجیه‌پذیر است. میل به نام آزادی، با هر گونه دخالت دولت در این‌گونه کارها مخالفت کرد، اما هارت محدودیت جدیدی برای «اصل عدم صدمه» ایجاد کرد که در واقع تفسیر دقیق‌تری از این عبارت بود. استدلال او این بود که قلمرو دقیق قانون، مرز آسیب محسوس - به خود یا دیگران - است، درحالی‌که از نگاه میل این قلمرو، آسیب رساندن به دیگران است. آنچه هارت در دیدگاه میل تأکید می‌کند، دفاع میل از انتخاب شیوه زندگی فرد توسط خود اوست و آنچه را رد می‌کند، پافشاری میل بر این پایه است که این حق هیچ محدودیتی ذاتی ندارد. از نظر او، دولین خطا می‌پندارد که هر جامعه‌ای در صورتی که اخلاقیاتش تهدید شود، خودبه‌خود دارای حق دفاع از خود خواهد شد، بی‌توجه به اینکه این اخلاق تا چه حد ناقص یا نادرست بوده است (همان، ۶۵-۶۰).

او با پذیرش اصل «عدم صدمه» جان استوارت میل و توسعه آن، به تفسیر دقیقی از رابطه اخلاق و حقوق پرداخت و ورود هنجارهای اخلاقی به حقوق را با در نظر گرفتن اصل مزبور، جایز دانست. در واقع بر خلاف کلسن که معتقد به پالایش حقوق از همه عناصر غیر حقوقی و عدم مداخله آنها در حقوق بود و تنها اراده دولت را برای وضع قانون کافی می‌دانست، هارت پذیرفت که دولت می‌تواند، هنجارهای اخلاقی را با در نظر گرفتن اصل عدم مداخله، به هنجارهای حقوقی تبدیل کرده یا - حداقل آنکه - برای نقض هنجارهای اخلاقی جامعه، وضع مجازات کند.

نظریه اثبات‌گرایانه هارت، پیشرفتی مهم در طرز فکر اثبات‌گرایان در دو مورد مرتبط به وجود آورده است: اول اینکه او به نتیجه‌گیری‌های دلبخواه آستین و دیگران در مورد مکتب اثبات‌گرایان پایان می‌دهد، یعنی دیدگاه اثبات‌گرایانه هارت وابسته به ادعای بحث‌برانگیزی که وجود و قدرت هنجاری قانون را وابسته به خواست حاکم مطلق می‌داند، نیست؛ ثانیاً، هارت توضیحی جدید راجع به «بایست» حقوقی می‌دهد. با نگاهی دقیق به این «بایست»، مشخص می‌شود که نه اخلاقی، نه محتاطانه و نه منفعت‌جویانه است. این در واقع، یک «بایست» براساس رسوم اجتماعی پیرو قانون بوده و این مانند «بایست» قوانین یک بازی است و تا زمانی که قانون هستند، قدرت هنجاری برای افرادی دارند که مایل به بازی هستند. آنها بازی می‌کنند چون قوانین بازی وجود دارد (ریدی، ۱۳۹۲: ۳۵).

انتقادهای وارده بر رویکرد هارت به قانون

به این ترتیب انتقادهای وارده بر هارت عبارت‌اند از:

۱. یکی از انتقادهای اصلی بر هارت، عدم شناسایی منافع معنوی و روانی جامعه است که مذهب یا اخلاق به آن تصریح کرده و تصور تحقق جامعه و روابط اجتماعی و انسانی بدون آن ممکن نیست. در واقع، هارت نیز مانند جرمی بنتام منفعت‌گرا^۱ است که اخلاق و مذهب را در حد منافع مادی عرفی قبول می‌کند. از نظر هارت، قلمرو دقیق قانون، مرز آسیب محسوس - به خود یا دیگران - است. در واقع هارت هم مانند بسیاری دیگر از حقوقدانان و فلاسفه غرب، چیزی به نام «اصل اخلاقی» را به رسمیت نمی‌شناسد؛ یعنی از نظر او، اصول اخلاقی توهمی بیش نیستند.

یکی از تفاوت‌های عمده هارت با کلسن این است که کلسن نافی مثلث «طبیعت، اخلاق و دین» بود، اما هارت رویکرد معتدل‌تری نسبت به این امور اتخاذ کرد. هارت نافی دین است، اما در قبال اخلاق موضع معتدل‌تری را اتخاذ می‌کند و اخلاق مبتنی بر منفعت را، بر مبنای دیدگاه بنتام، می‌پذیرد. هارت هم مانند برخی دیگر از حقوقدانان و فلاسفه غرب، چیزی به نام «اصل اخلاقی» را به رسمیت نمی‌شناسد؛ یعنی از نظر او، اصول اخلاقی توهمی بیش نیستند. آنچه در زمینه اخلاق عمومی جامعه می‌بایست ملاک قرار گیرد، سودمندی و منفعت آن رفتار برای جامعه است و به عبارت صحیح‌تر، «عدم ضرر آن رفتار برای جامعه و خود فرد» ملاک پذیرش و عدم پذیرش رفتارها در جامعه است و اخلاق بما هو اخلاق مبنایی برای الزامات دولت نیست. از نظر او چیزی که به گزاره‌های طبیعی ارزش می‌دهد، ارزش مادی آنهاست. اگر ارزش محسوسی داشته باشند آنها را می‌پذیریم.

۲. انتقاد مهم دیگری که بر هارت وارد است، این است که او اگرچه اعتبار نظام حقوقی را به «قاعده شناسایی» بر می‌گرداند، همان انتقاداتی که بر کلسن در این زمینه وارد است بر او نیز وارد است و مشخص نیست که اعتبار این قاعده شناسایی به چه چیز برمی‌گردد. از نظر هارت، اعتبار همه قواعد اولیه ناشی از قواعد ثانویه است که قواعدی درباره قواعد هستند و اعتبار همه قواعد ثانویه هم به قاعده شناسایی بر می‌گردد و به وسیله آن اعتبار قوانین را توجیه می‌کند، اما مشخص نیست که اعتبار قواعد شناسایی موجود خود از چه چیز ناشی می‌شود و بر چه مبنایی است که قوانین قانونگذار جدید، معتبر تلقی می‌شود؟

۳. انتقاد دیگر جدی بر ایشان آن است که وی اگرچه تلاش می‌کند تا با مفهوم «محتوای حداقلی حقوق طبیعی» تا حدودی از دیکتاتوری قوانین و قانونگذاران جلوگیری کند، این مهم هیچ‌گاه محقق نخواهد شد. اینکه بخواهیم محتوای قوانین را با تعداد بسیار اندکی از معیارهای

حقوق طبیعی، مراقبت کنیم، چندان وجهی ندارد. اگرچه او با وارد کردن این مفاهیم به حقوق اثباتی تا حدودی از خشکی و جمود نظام حقوقی کلسن فاصله گرفته است، با حد ایده‌آل بسیار فاصله دارد و نظام حقوقی وی هم، به راحتی می‌تواند به دیکتاتوری قوانین و قانونگذاران منجر شود.

مقایسه نظریه کلسن و هارت

نظریه کلسن شباهت‌های زیادی به نظریه هارت دارد، اما بر مبنای نظری کاملاً متفاوتی بنا شده است و بیش از آنکه مانند نظریه هارت، ترکیبی از وقایع اجتماعی، تحلیلی تأویلی و فلسفه زبان متعارف باشد، منشأ نوکانتی دارد. کلسن در پی به کارگیری چیزی شبیه به «استدلال استعلایی» کانت^۱ در حقوق است. بهترین تعبیر از نظریه او، این است که آن را کوششی بدانیم برای تعیین پیامدهای این واقعیت که گاه مردم، اعمال و سخنان عده‌ای دیگر (مقام‌های قانونی) را هنجارهایی معتبر می‌انگارند. نظریه کلسن را می‌توان متکی بر منطق تفکر هنجاری انگاشت. نتیجه‌گیری‌های هنجاری از یک مقدمه هنجاری کلی‌تر و پایه‌ای‌تر سرچشمه می‌گیرد. این مقدمه پایه‌ای می‌تواند در قالب گزاره‌ای کلی ارائه شود یا ممکن است در قالب تعیین نوعی اقتدار باشد. بسیاری از مفسران، شباهت‌هایی را میان هنجار بنیانی کلسن و «قاعده شناسایی» هارت مطرح کرده‌اند: هر دو نقش هنجار پایه‌ای را در نظام حقوقی ایفا می‌کند. با این حال، احتمالاً در بیان شباهت‌ها اغراق شده است، زیرا این دو مفهوم در ساختارهای نظری کاملاً متفاوتی جای گرفته‌اند (در تحلیلی نوکانتی). اگر شهروندان، نظام حقوقی را هنجاری می‌دانند (نظامی که برای آنان وظایف الزام‌آور تعیین می‌کند)، باید هنجار بنیانی کلسن را پیش‌فرض بگیرند. در مقایسه، قاعده شناسایی هارت از اعمال مقام‌های نظام حقوقی در تفسیر و اعمال قوانین آن نظام استنباط می‌شود (بیکس، ۱۳۸۹: ۴۰۵). همانندی‌های مسلمی میان «قاعده تشخیص» هارت و «هنجار بنیادین» کلسن وجود دارد. هر دو قاعده برای تفسیر اثبات‌گرایانه از دیدگاه نظام حقوقی، تأکید دارند. قاعده تشخیص همچون هنجار بنیادین، به‌منزله محوری است که به نظام یکپارچگی می‌بخشد و همه قواعد دیگر باید به آن بازگردد. این دو قاعده، همچنین تفاوت‌های مهمی دارند. قاعده بنیادین هارت، یک قاعده ثانوی است نه به‌گونه هنجار یا گزاره امری کلسن؛ از این رو قاعده بنیادین، یک واقعیت اجتماعی است نه هنجار فرضی که در همه فعالیت‌های حقوقی، مسلم دانسته شود. این قاعده، همچون یک واقعیت اجتماعی و یک قاعده حقوقی، بخشی از نظام حقوقی شمرده می‌شود، در حالی که هنجار بنیادین مورد نظر کلسن بیرون از نظام قرار می‌گیرد. همچنین دلایل اعتبار این قاعده که آن را خدشه‌ناپذیر کرده، گوناگون است.

1. Imanuelli kant

جمع بندی

از جمله مکاتب حقوقی شایان توجه در عصر حاضر، مکتب پوزیتیویسم (حقوق اثباتی) است. تأثیر رویکردهای پوزیتیویستی بر حقوق کنونی جهان و البته نقش مخرب آنها در ممانعت از تعالی و پیشرفت حقوق به هیچ وجه انکارپذیر نیست. در واقع با وجود خدماتی که این مکتب ناخواسته در به نمایش گذاشتن کاستی‌های رویکرد تجربی به جامعه نشان داد، می‌توان به ویژگی‌های این مکتب به ناقص بودن، غیرقابل اعتماد بودن، جزم‌گرا بودن و امکان سوء استفاده از ایده‌های این رویکرد توسط رژیم‌های استبدادی و فارغ از اخلاق اشاره کرد.

پوزیتیویست‌های رادیکال همانند کلسن که حقوق را مانند ریاضیات تصور می‌کرد، قواعد حقوقی را گزاره‌های انشایی محضی می‌دانند که صرفاً در اراده و خواست دولت ریشه دارد و از هیچ واقعیت و آرمانی حکایت نمی‌کند. «کلسن»، برای اثبات دیدگاه خود و انکار حقوق طبیعی، بر تفکیک حوزه بایدها از هست‌ها و عدم امکان استنتاج حقوق از واقعیت‌ها تأکید می‌ورزد و آن را از لحاظ علمی ناممکن می‌داند.

پوزیتیویسم معتدل که خود را با هارت می‌شناسد، اگرچه در نفی و انکار واقعیت‌های ثابت به عنوان مبنای حقوق، با پوزیتیویست‌های رادیکال مشترک‌اند، اما واقعیت‌های ملموس و متغیر اجتماعی را مطمح نظر قرار می‌دهند و حقوق را برابند تحولات تاریخی ملت‌ها یا وجدان عمومی اجتماع می‌دانند. آنها درک می‌کنند که جدایی از قواعد ثابت حقوق را به ورطه استبداد می‌کشاند. در نتیجه ایده لزوم ابتنا بر «محتوای حداقلی حقوق طبیعی» را طرح می‌کنند. با وجود این نه توضیح دقیقی از محتوای حداقلی حقوق طبیعی ارائه می‌دهند و نه به اعتبار قاعده‌ای پیشاوضعی معین و غیرملموس اعتقاد دارند. این دسته اعتبار اخلاق و اعتقادات را نیز به واسطه فایده‌ای می‌دانند که ممکن است در هر زمان و به هر میزان متفاوتی (نسبی‌گرایی) به جامعه اعطا شود و آن را به سبب تطبیق با شرط پیش‌بینی شده در قاعده شناسایی توجیه می‌کنند.

منابع

الف) کتاب‌ها

۱. ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۸)، فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، تهران: مجد.
۲. بیگس، برایان (۱۳۸۹)، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
۳. تبیت، مارک (۱۳۸۴)، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، مشهد: مؤسسه فرهنگی قدس.
۴. تنهایی، حسین ابوالحسن (۱۳۸۷)، درآمدی بر نظری‌های جامعه‌شناسی، تهران: نشر خردمند.

۵. خسروشاهی، قدرت الله (۱۳۹۱)، نظریه‌ها و نظام‌های حقوقی، تهران: جنگل.
۶. ری‌دی، دیویدای (۱۳۹۲)، فلسفه حقوق، ترجمه حسن خسروی، تهران: مجد.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. کلسن، هانس (۱۳۸۷)، نظریه حقوقی ناب، ترجمه سعید نعمت‌اللهی، تهران: نشر پژوهشکده حوزه و دانشگاه.
۹. مالوری، فیلیپ (۱۳۸۳)، اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: نشر آگه.
۱۰. مرکز مالگیری، احمد (۱۳۸۵)، حاکمیت قانون، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۱. موحد، محمدعلی (۱۳۸۱)، در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: نشر کارنامه.
۱۲. وکس، ریموند (۱۳۹۲)، فلسفه حقوق، ترجمه باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چ دوم، تهران: جنگل.
۱۳. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: انتشارات جنگل.
۱۴. هارت، هربرت لیونل آدولفوس (۱۳۸۹)، آزادی، اخلاق، قانون، ترجمه محمد راسخ، چ دوم، تهران: طرح نو.
۱۵. ----- (۱۳۹۲)، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، چ سوم، تهران: نشر نی.

ب) مقالات

۱۶. ا. شینر، راجر (۱۳۸۳)، «حقوق و اخلاق»، ترجمه عبدالحکیم سلیمی، معرفت، ش ۸۲.
۱۷. راغبی، محمدعلی (۱۳۸۱)، «رابطه حقوق و اخلاق»، پژوهش‌های مدیریت راهبردی، سال دهم، ش ۲۷.
۱۸. صادقی، محسن (۱۳۸۵)، «جستاری نقادانه در اندیشه‌های هانس کلسن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷۴.
۱۹. صنمی، علی اصغر (۱۳۸۱)، «فلسفه‌های پوزیتیویسم؛ باورها و ارزش‌ها»، حوزه، سال نوزدهم، صدونهم و صدودهم.
۲۰. علوی‌نژاد، سید حیدر (۱۳۷۷)، «باید و هست در نگاه قرآن»، پژوهش‌های قرآنی، ش ۱۳ و ۱۴.
۲۱. کیوانفر، شهرام (۱۳۸۸)، «اخلاقی بودن وظیفه اطاعت از قانون»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، ش ۳.

۲۲. منتهایی، عباس (۱۳۸۱)، «حقوق و اخلاق»، کانون، ش ۳۲.
۲۳. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۲)، «تحلیلی بر دولت و نظم حقوقی»، مطالعات حقوقی، ش ۸.
۲۴. هارت، هربرت (۱۳۸۴)، «مسائل فلسفه حقوق»، ترجمه بهروز جندقی، فقه و حقوق، ش ۷.

ج) لاتین

25. Austin, John (1832), *The Province of Jurisprudence Determined*, London: John Murray..
26. Bix Brian H., (2005), "Legal Positivism", Martin P. Golding and William A. Edmondsin, *Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell.
27. Campbell, Tom (2004), *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Psychology Press.
28. Chockenhoff, Eberhard (2003), *Natural Law & Human Dignity: Universal Ethics in an Historical World*, CUA Press.
29. Hart H.L.A, (1983), *Essays on Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
30. Horwitz, Paul (2011), *The Agnostic Age: Law, Religion, and the Constitution*, Oxford University Press.
31. La Torre, Massimo (2007), *Constitutionalism and Legal Reasoning: A New Paradigm for the Concept of Law*, Springer Science & Business Media.
32. Raz J. (1979), *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press.
33. Tebbit, Mark (2005), *Philosophy of Law: An Introduction*, New York: Psychology Press.
34. Troper, Michel; Hamon, Francis (1997), *Droit Constitutionnel*, 25th edn, Paris: LGDJ.