

اصلاحات» موسوم گشته است در هر نظام حقوقی بیش از پیش تحت تأثیر ملاحظات اخلاقی و مقتضیات وجدان بشری قرار می‌گیرد.

گو اینکه اصل مقاله پروفسور هارت در سال ۱۹۵۸ در «مجله حقوقی هاروارد» منتشر شده است ولی بعنوان شاهکاری در فلسفه حقوق، به مناسبت‌های مختلف و در آثار گوناگون بارها به چاپ رسیده است. امید آنکه ترجمه این مقاله در تبیین و تنویر مفهوم و قلمرو واقعی «روند اصلاحات» از منظر فلسفه حقوق، در جامعه ما مفید باشد.

در اواخر قرن هیجدهم و اوایل قرن نوزدهم بود که برخی متفکران نامدار انگلیسی در مورد مسائل حقوقی و اجتماعی، و پردازش اصلاحات وسیع، به مکتب اصالت نفع متمایل شدند. دو تن از آن اندیشمندان یعنی «بنتام» و «آستین» همواره بر لزوم تمایز اثباتی و آشکار میان «قانون» چنین که هست و چنان که باید باشد اصرار می‌ورزیدند. اینان علمای حقوق طبیعی را به علت نادیده گرفتن این تمایز ساده-ولی مهم و حیاتی - مورد انتقاد قرار دادند. با وجود این، در زمان معاصر نیز هنوز برخی بر این باورند که جدایی قانون و اخلاق از یکدیگر، خطا و ناصواب است. اینان معتقدند که جداسازی قانون از اخلاق باعث می‌شود که انسانها از ماهیت واقعی حقوق و ریشه‌ها و مبانی آن غافل بمانند.^۲ برخی دیگر پنداشته‌اند که این امر نه تنها از لحاظ فکری گمراه کننده است بلکه در عمل به فساد و تباهی می‌انجامد زیرا در بدترین حالت، مقاومت در برابر استبداد و خود کامگی دولت را سست و شکننده می‌کند و در اوج اعتبار خویش، قانون را در ورطه بی‌وجهی و عدم احترام گرفتار می‌سازد. واژه تحقیر آمیز پوزیتیویسم حقوقی، مانند بسیاری دیگر از عباراتی که در مجادلات نظری به مثابه ترفندی فریبنده مورد استفاده قرار می‌گیرد، برای توجیه خطاهای مختلف تمهید شده است. یکی از آنها گناه واقعی یا فرضی، اصرار بر تفکیک قانون موجود (چنین که هست) از قانون مطلوب (چنان که باید باشد) است؛ همان گونه که آستین و بنتام چنین کرده‌اند.

اگر حقیقت این است، علت وارونگی این روند چیست؟ اشتباهات نظری این تفکیک کدام است؟ آیا این تمایز دارای پیامدهای سوء عملی و توالی

ریشه جدایی اخلاق و حقوق را باید در آثار ارسطو فیلسوف یونانی باز جست. ارسطو حکمت را به سه شعبه اخلاق، تدبیر منزل و سیاست مَدُن تقسیم کرد. در اخلاق، راه رسیدن به سعادت و معنای فضیلت انسان مطرح است. ولی تدبیر منزل و سیاست از روابط افراد، خانواده، اجتماع و دولت (یعنی آنچه امروز حقوق نامیده می‌شود) گفتگو می‌کند. هر چند قدرت عادات و رسوم، و اجباری بودن قواعد مذهبی، مدتها مانع جدایی حقوق و اخلاق بود، لیکن در قرن هیجدهم میلادی انفکاک حقوق و اخلاق پیروان زیادی پیدا کرد و تأمین آزادی عقیده و مذهب سبب شد که اندیشمندان این عصر، درباره استقلال اخلاق و حقوق اصرار ورزند.^۱ بر این اساس، مکاتب فلسفی مختلفی پدید آمد. پوزیتیویستهای حقوقی (اثبات‌گرایان) با پیروی از «اگوست کنت» که بشر را از درک مطلق حقایق عاجز می‌دانست و برای کشف روابط میان پدیده‌ها، اهرم مشاهده و استدلال را کافی تلقی می‌کرد، میان حقوق و قدرت سیاسی دولت پیوندی ناگسستنی برقرار ساختند. به زعم آنان، هر قاعده حقوق موضوعه معتبر است، هر چند ناعادلانه و مغایر موازین اخلاقی باشد. به واقع «پوزیتیویسم حقوقی» که در قرن نوزدهم در دکتترین و آموزه‌های علمی اروپایی شکل گرفت و توسعه یافت به منزله واکنشی تهاجمی به آمال و اهداف برجسته حقوق طبیعی بود که در قرن هفدهم در اوج شکوفایی قرار داشت. پوزیتیویسم حقوقی هر آنچه را بعنوان بخشی از حقوق موضوعه تلقی نشود طرد می‌کند و حقوق را در معنای محدود و مضیق خود مد نظر قرار می‌دهد.^۲

پروفسور «هارت» در مقاله خود تحت عنوان «پوزیتیویسم و جدایی حقوق و اخلاق» معتقد است که «پوزیتیویسم حقوقی» باعث نامعین شدن مرز میان حقوق (آنچه هست) و اخلاق (آنچه باید باشد) گشته است. وی ضمن نقد و ارزیابی نظرات «جان آستین» و «جرمی بنتام» بر این باور است که حقوق و اخلاق کاملاً از هم بیگانه و مستقل نیستند، و حتی نوعی تعامل و تأثیر متقابل میان آنها وجود دارد.

پر واضح است که کاستن یا در نور دیدن فاصله میان «قانون موجود» و «قانون مطلوب» که به «روند

پوزیتیویسم و جدایی حقوق و اخلاق*

نوشته:

پروفسور اچ. ال. ای. هارت

ترجمه و تلخیص:

دکتر سید قاسم زمانی

فاسد بوده است؟ آیا بایست همچنان به چنین تمایزی دل بندیم یا اینکه بهتر است آن را به کنار نهیم؟ برای بررسی این پرسشها، باید به فلسفه اجتماعی تأکید بر اصالت سودمندی نظر افکنیم که به موازات این تمایز به پیش رفته است. «بنتام» و «آستین» هر چند بر مبنای اصالت نفع، ولی به صورتی اثباتی به همه اصول لیبرالیسم جایگاهی ویژه در قانون و دولت اختصاص دادند. هیچ کس به زیبایی و ظرافت طرفداران مکتب اصالت نفع، جریانه‌های اصلاح طلبانه قانونمند (همراه با احترام به قانون) را با شناسایی لزوم کنترل سوءاستفاده از قدرت - حتی زمانی که قدرت در دست اصلاح طلبان باشد - ترکیب نکرده است. در آثار «بنتام» می‌توان عناصری از حکومت قانون و اصول تمهید شده برای دفاع از حقوق طبیعی را یافت؛ نکاتی که امروزه از شأن و جایگاهی رفیع برخوردار است: آزادی بیان، آزادی مطبوعات، حق تشکیل انجمن و اتحادیه، لزوم انتشار قوانین و اطلاع از آن، ضرورت کنترل دستگاه‌های اداری، فقدان مسئولیت کیفری بدون تقصیر، و اصل قانونی بودن جرم. گرچه برخی این برداشت سیاسی و اخلاقی مکتب اصالت نفع را بسی ساده و سطحی یافته‌اند اما نباید فراموش کرد که این سادگی حتی با افکار عمیق دیگر اندیشمندان نیز قابل قیاس است. برای مثال «بنتام» در مورد بردگی بیان می‌دارد: مهم نیست که بردگان در مورد وضع خود چه می‌اندیشند، بلکه مسئله اصلی آن است که از این حالت در نجاتند. آیا نظر «بنتام» در مورد بردگی این اندیشه را به چالش نمی‌طلبد که به زعم برخی، انسانهایی وجود دارند که به لحاظ ساختار فقط باید بعنوان ابزار و آلت دست دیگران زندگی کنند؟ اگر بحث در این مورد و گرایشهای مشابه آن در حوزه سیاست اجتماعی رنگ باخته است، این دستاورد را بیش از هر کس دیگر مرهون «بنتام» هستیم.

نیک پیداست که «بنتام» و «آستین» تحلیل‌گران متحجری نبودند که با دلخوش شدن به تفاوت‌های سطحی یاه‌سرایبی کنند. آنان طلایه‌دار حرکتی بودند که تلاشی سخت و طولانی را می‌طلبید و می‌توانست برای جامعه و حقوق موفقیتهای زیادی به ارمغان آورد. اگر حقیقت این است، پس علت چیست که آنان بر جدایی قانون چنان که هست و آن گونه که باید باشد اصرار می‌ورزیدند؟

منظورشان از این امر چه بوده است؟

بیا بیا ابتدا به مضمون اندیشه آنها گوش فرا دهیم. «آستین» نظریه خود را این گونه بیان داشته است: حقوق موجود را با برداشت نیک و بد از آن نباید اشتباه گرفت. حکم کردن به وجود یا عدم چیزی، موضوعی معین است؛ ولی این که آن چیز با منطوق و معیار قابل قبول منطبق است مسئله دیگری است. قانونی که فعلاً وجود دارد قانون است هر چند آن را دوست نداشته باشیم، یا محتوای آن متفاوت از چیزی باشد که به آن تمایل داریم. زمانی که این حقیقت رسماً بعنوان امری انتزاعی اعلام شود، چنان ساده و روشن می‌نماید که تأکید بر آن لغو و بیهوده است. با وجود این سادگی، از آنجا که قانون در قالب عبارات مجرد و انتزاعی تبلور می‌یابد، احصاء نمونه‌های فراموش شده رو به افزایش می‌نهد. برای مثال «سر ویلیام بلك استون» می‌گوید که قوانین الهی در ایجاد و التزام، بر ترو اولی از دیگر قوانین است و هیچ قانون بشری نباید آنها را مخدوش سازد یا مغایر آنها باشد. به زعم وی، منشأ اعتبار تمام قوانین خداوند است. اگر منظور «بلك استون» آن است که همه قوانین بشری باید با قوانین الهی مطابقت داشته باشد و قانون گذاران به قوانین الهی ملتزم هستند، کاملاً با وی موافقم. لیکن به نظر می‌رسد مقصود وی آن باشد که هر قانون بشری مغایر با قانون الهی تعهدآور نیست و اصلاً واجد وصف قانونی قلمداد نمی‌شود.

اعتراض «آستین» به مبهم شدن مرز تمایز میان آنچه قانون است و آنچه باید قانون باشد، کاملاً کلی می‌نماید. قطع نظر از ضابطه مورد نظر ما در مورد آنچه باید باشد و بدون ملاحظه متنی که بدان وسیله مارضایت یا عدم رضایت خود را ابزار می‌داریم، وی دچار اشتباه شده است. با وجود این، مثالهای وی همیشه آمیزه‌ای است از قانون، چنان که هست و قانون بعنوان اخلاق (یعنی آن گونه که باید باشد). می‌توان برای «آستین» اصول بنیادی اخلاقی را نمونه آورد که هر چند جزو فرامین خداوند است، ولی سودمندی صفت مشخصه آنها تلقی می‌شود. گذشته از این، ما با اخلاق مقبول یک گروه اجتماعی یا اخلاق مثبت نیز مواجه هستیم که موجودیتی عینی یافته‌اند.

«بنتام» برای قائل شدن چنین تمایزی، بی آنکه در توصیف و تبیین اخلاق به خداوند متکی باشد،

○ پوزیتیویسم حقوقی

باعث نامشخص شدن مرز میان حقوق (آنچه هست) و اخلاق (آنچه باید باشد) گشته است. حقوق و اخلاق نه فقط یکسره از هم بیگانه و مستقل نیستند، بلکه نوعی تعامل و تأثیر متقابل میان آنها وجود دارد.

○ کاستن یا در نور دیدن
فاصله میان «قانون موجود»
و «قانون مطلوب» که به
«روند اصلاحات» موسوم
شده است، در هر نظام
حقوقی بیش از پیش
تحت تأثیر ملاحظات
اخلاقی و مقتضیات
وجدان بشری قرار
می گیرد.

فقط به اصول فایده‌مندی توسل می‌جوید. در
اصرار و تأکید بر این تمایز، هدف این دو اندیشمند
آن است که انسان را قادر سازند رهیافت و دیدگاهی
استوار و با صلابت در مورد قوانینی که از منظر
اخلاق «بد» تلقی می‌شود اتخاذ کند و ماهیت
خاص اقتدار نظام حقوقی را درک نماید.
دستور العمل کلی «بنتام» برای زندگی در پناه قوانین
دولت بسیار ساده است: تبعیت محض - قضاوت و
انتقاد آزادانه. با وجود این «بنتام» خود به این نکته
واقف بوده که بر اثر انقلاب فرانسسه، این
دستور العمل کافی شمرده نمی‌شود؛ به واقع در هر
جامعه ممکن است زمانی فرارسد که اوامر و نواهی
قانونگذار آنچنان بدو نامناسب باشد که مقاومت
دیگران را برانگیزد. در آن صورت، نمی‌توان به این
مسائل به دیده اغماض نگریست و آنها را در پرده
ابهام قرار داد. این امر دقیقاً حاکی از آمیختگی
قانون و اخلاق است. «بنتام» دریافته که این اختلاط
و آمیختگی در دو جهت متفاوت گسترش یافته
است: از یک سو باید آنارشستی را مورد توجه قرار
داد که مدعی است قانون نباید اینگونه باشد و در
نتیجه وصف قانون برانده آن نیست و از این رو وی
آزاد است که نه فقط به انتقاد از آن بپردازد بلکه
می‌تواند آنرا نادیده گیرد. از سوی دیگر «بنتام» با
این الهام و ندای عقلی مواجه بوده که این قانون
است، یعنی همان چیزی است که باید باشد و با تولد
آن انتقاد باید از میان برود. «بنتام» معتقد بود که
«بلک استون» با ارائه نظریه خود دچار دو اشتباه شده
است: یکی این اظهار نظر جسورانه و غیر محتاطانه
که قوانین بشری در صورت تعارض با قوانین الهی
بی اعتبار است. از طرف دیگر، روح تبعیت محض
و متملقانه که در نوشته‌های وی نمایان است به
دشواری به وی اجازه می‌دهد میان آنچه هست و
آنچه باید باشد تمایز قائل شود. در حقیقت به نظر
«بنتام» این نوعی بیماری است که حقوقدانان بدان
مبتلا شده‌اند: از دید ایشان - از ساده لوحی آنان
سخن نمی‌گویم - مثل عامه غیر حقوقدان، «آنچه
هست» و «آنچه باید باشد» هر دو یکی است. نیک
پیداست که خطر اصلی آن است که احتمالاً قانون
فعلی، اخلاق را بعنوان محک و میزان نهایی رفتار از
میدان خارج کند و بدین وسیله خود را از انتقادات
مصون بدارد.
نباید از نظر دور داشت که مقصود طرفداران

مکتب اصالت نفع، تأکید بر جدایی قانون از اخلاق
نبوده است. آنان قطعاً نکات بسیاری را پذیرفته‌اند
که می‌توان آنها را نقطه تلاقی قانون و اخلاق قلمداد
نمود. اولاً ایشان هرگز منکر این نبوده‌اند که بعنوان
واقعیتی تاریخی، توسعه و پیشرفت سیستمهای
حقوقی سخت متأثر از اندیشه‌های اخلاقی بوده
است و در مقابل، ضوابطی اخلاقی وجود دارد که
عمیقاً از قانون تأثیر پذیرفته است به نحوی که
مظروف بسیاری از قواعد حقوقی، قواعد یا اصول
اخلاقی است. هر چند در عالم واقع همیشه
نمی‌توان به سادگی این رابطه علی تاریخی را به
تصویر کشید، اما قطعاً «بنتام» مهبای پذیرش آن
بوده است. به همین صورت «آستین» از تعامل
مستمر میان حقوق موضوعه و اخلاق سخن به میان
آورده و امتزاج و آمیختگی قانون و اخلاق را ناشی
از این واقعیت دانسته است.

ثانیاً «بنتام» و پیروان وی منکر آن نیستند که
اصول اخلاقی ممکن است از طریق مقررات
صریح قانونی به درون یک سیستم حقوقی وارد شود
و بخشی از قواعد آنرا تشکیل دهد، یا اینکه محاکم
ملزم باشند بر اساس آنچه آنرا «منصفانه» یا
«بهترین» تلقی می‌کنند تصمیم بگیرند. «بنتام»
مانند «آستین» این امر را به رسمیت می‌شناسد که
حتی قانونی برتر ممکن است تابع محدودیت‌های
ناشی از قانون اساسی قرار گیرد و منکر آن نشده که
اصول اخلاقی مثل اصلاحیه پنجم ممکن است
محتوای چنین محدودیت‌های قانونی قانون اساسی را
تشکیل دهد. البته «آستین» بر این باور است که قید
و بندهای مرجع عالی قانونگذاری نمی‌تواند اعتبار
و اقتدار حقوقی داشته باشد بلکه شأن آن در حد
نظارتهای صرفاً سیاسی یا اخلاقی است. با وجود
این، برای مثال، وی قانونی را که به تفویض اختیار
قانونگذاری مبادرت می‌کند و قلمرو آن اختیار را با
توسل به اصول اخلاقی محدود می‌سازد مورد
شناسایی قرار می‌دهد.

آنچه این بزرگان بر آن اصرار داشتند دو مطلب
ساده بود: اول آن که در فقدان نکته‌ای صریح در
قانون اساسی یا قانون عادی، صرف این واقعیت که
قاعده‌ای ناقض ضوابط اخلاقی است این نتیجه را
نمی‌دهد که آن قاعده، قاعده حقوقی نیست، و
برعکس به لحاظ این حقیقت که قاعده‌ای اخلاقاً
مطلوب است نمی‌توان نتیجه گرفت که آن قاعده،

قاعده‌ای حقوقی است.

بویش تاریخی این اندیشه در قرن نوزدهم چنان طولانی و بغرنج است که نمی‌توان آن را در اینجا به تصویر کشید. کوتاه سخن، بعد از آنکه «آستین» این نظریه را به جهانیان عرضه کرد، نظریه‌وی در رویه قضایی دادگاههای انگلستان از برجستگی خاص برخوردار شد و بخش عمده‌ای از بررسی‌ها و تحلیل‌های گوناگون راجع به رویه قضایی را به خود اختصاص داد. در هر يك از آن آثار، تفكيك قانون و اخلاق که طرفداران مکتب اصالت نفع بدان ایمان داشتند عاملی بود که حقوقدانان را قادر می‌کرد به دیدگاهی روشن و جدید نایل گردند. در ایالات متحده، مردان زیادی چون «جان گرین»، «گری» و «هلمز» این نکته را مورد توجه قرار دادند که تأکید بر این تمایز، درك و شناخت قانون بعنوان ابزار کنترل اجتماعی، فتح بایی جدید و سودمند است. بدیهی است که این تمایز یکی از موضوعات اصلی است که «هلمز» در مشهورترین مقاله خود یعنی «مسیر حقوق» بدان پرداخته است، اما جایگاه آن دکتربین نزدیک نویسندگان آمریکایی را به بهترین وجه ممکن می‌توان در آنچه «گری» در اوایل قرن بیستم تحت عنوان «در ماهیت و منابع حقوق» نگاشته است مشاهده نمود. وی می‌نویسد: عمده‌ترین دستاوردی که علم حقوق در مفاهیم بنیادین خود در قرن گذشته داشته است شناسایی این حقیقت بوده که قانون مصوب دولت کمال مطلوب نیست بلکه چیزی است که بالفعل وجود دارد. آن قانون چیزی نیست که باید باشد بلکه چیزی است که هست. تشبیت جایگاه این حقیقت در علم حقوق کاری است برجسته، که «آستین» انجام داده است.

هرچند این دکتربین زمانی در اوج موفقیت بوده، اما انتقادهایی نیز بر آن وارد است. بی‌تردید زمانی که «بتنام» و «آستین» بر تمایز میان قانون، چنان که هست و آن گونه که باید باشد اصرار می‌ورزیدند، قوانینی خاص را در نظر داشته‌اند، یعنی قوانینی که مفهوم آنها روشن و غیر قابل تردید بوده، و به زعم ایشان، چنین قوانینی حتی اگر از منظر اخلاق جسارت‌آمیز بوده‌اند باز هم قانون قلمداد می‌شده‌اند و به لحاظ تعارض با اخلاق و صف قانونی آنها سلب نمی‌شده است. با وجود این، در ملاحظه ایراداتی که بعداً افزایش یافته، ضروری

است بیشتر به انتقاداتی توجه کنیم که پایه و اساس آن دکتربین را هدف گرفته‌اند. حتی اگر آنچه طرفداران مکتب اصالت نفع در این مورد خاص گفته‌اند حقیقت داشته باشد، باید این ایراد را مورد نظر قرار دهیم که اصرار ایشان شکافی عمیق میان «آنچه قانون است» و «آنچه باید قانون باشد» ایجاد نموده و نقاط تلاقی آنها را در سایر جوانب در هاله‌ای از ابهام فرو برده است. از این رو، در سطرهای بعد نه فقط به انتقادهای وارد بر این نکته خاص مورد نظر طرفداران مکتب اصالت نفع خواهیم پرداخت بلکه از این دریچه به موضوع می‌نگریم که برای تفسیر و اجرای قوانین در قضایای معین، ارتباطی اساسی میان قانون و اخلاق پدید می‌آید، و اگر دیدگاه خود را بدین صورت بسط دهیم که اگر نه هر قاعده خاص قانونی، بلکه کل سیستم حقوقی باید اجابت‌کننده حداقل ضوابط اخلاقی باشد تا شایسته وصف «سیستم حقوقی» گردد، این ارتباط مجدداً برقرار می‌شود.

از سوی دیگر، باید به خاطر داشت که طرفداران مکتب اصالت نفع با اصرار بر جدایی قانون از اخلاق، دو آموزه مشهور اما متمایز را در هم آمیخته‌اند، یکی این حقیقت مهم که مطالعه صرفاً تحلیلی مفاهیم حقوقی - مطالعه‌ای که هدف آن پرداختن به معانی متمایز و جداگانه حقوق باشد - برای درك و شناخت ما از ماهیت قانون بعنوان مطالعات تاریخی و جامعه‌شناختی حیاتی است. هرچند که این امر نمی‌تواند جایگزین آنها شود. آموزه دیگر، این تئوری مشهور است که قانون اساساً يك فرمان است.

این سه آموزه گو این‌که با هم تفاوت دارند ولی به هر حال اسلوب مکتب اصالت نفع را در علم حقوق تشکیل می‌دهند. می‌توانیم از جدایی و انفکاک قانون و اخلاق حمایت کنیم و تحقیقات و تبعات تحلیلی در مورد معنای تصورات حقوقی را راجع نهمیم و در عین حال بر این اندیشه باشیم که تلقی قانون بعنوان فرمان، خطا و نابخاست. منشأ ابهام و سردرگمی در نقد جدایی قانون و اخلاق این اعتقاد است که نادرستی هر يك از این سه آموزه مکتب اصالت نفع، گویای خطا بودن دو دکتربین دیگر نیز می‌باشد؛ بدتر آن است که این سه آموزه را بعنوان آموزه‌های جداگانه و متمایز از هم تلقی ننماییم. استفاده کورکورانه و یکسان از برچسب

○ از دید بنتنام، حقوقدانان به گونه‌ای بیماری مبتلا شده‌اند: در چشم آنان - مانند مردمان غیر حقوقدان - «آنچه هست» و «آنچه باید باشد» هر دو یکی است. بدین سان، این خطر وجود دارد که قوانین موجود، اخلاق را بعنوان محك و معیار نهایی رفتار از میدان خارج کند.

○ مقصود طرفداران
مکتب اصالت فایده، تأکید
بر جدایی قانون از اخلاق
نبوده است. آنان بی گمان
نکاتی را پذیرفته‌اند که آنها
را می‌توان نقطه تلاقی قانون
و اخلاق دانست.

«پوزیتیویسم»، برای معرفی ابهام‌آمیز این سه آموزهٔ مختلف شاید بیشتر باعث این پیچیدگی و سردرگمی شده باشد.^۴ با وجود این، برخی از متقدمین آمریکایی که آموزهٔ «آستین» را به نقد کشیده‌اند این موضوع را به نحو تحسین‌آمیزی روشن ساخته‌اند. برای مثال «گری» پس از تمجید از «آستین»، اضافه می‌کند که وی ممکن است در توصیف قانون مصوب دولت بعنوان فرمان حکمران به خطارفته باشد و نکاتی را خاطر نشان می‌سازد تا ناقص بودن تئوری فرمان را اثبات کند. لیکن دیگر انتقادات از دقت و صراحت کافی برخوردار نیست. برخی نیز به غلط پنداشته‌اند که ظهور تدریجی نقایص تئوری فرمان برای اثبات نادرست بودن جدایی قانون و اخلاق کافی است.

این اشتباهی طبیعی است. برای درک طبیعی بودن این اشتباه باید قدری دقیقتر به نظریه و تئوری فرمان نظر افکنیم. این تئوری مشهور که «قانون یک فرمان است» بخشی از یک ادعای وسیعتر و جاه طلبانه‌تر را تشکیل می‌دهد. به زعم «آستین»، مفهوم فرمان کلید علم حقوق و اخلاق است و تلاشهای معاصر برای بیان احکام و قضاوت‌های اخلاقی در قالب عبارات امری یا دستوری، تجلی این ادعای جاه طلبانه می‌باشد. اما نیک پیداست که تئوری فرمان حتی برای توضیح سرشت قانون، جوهر اخلاق را طرد می‌کند و به علت این نقص و سطحی‌نگری، گرهی از مشکلات نمی‌گشاید. حتی در ابتدایی‌ترین سیستم حقوقی، توصیف قانون بعنوان فرمان، چهره‌ای نامیمون خواهد یافت. با وجود این، به اعتقاد طرفداران مکتب اصالت نفع اگر مفهوم فرمان، با عادات به پیروی از آن قرین گردد می‌تواند پایه و اساس سیستم حقوقی را تحت تأثیر قرار دهد. حال باید به این پرسش پرداخت که فرمان چیست؟ به نظر «آستین» فرمان، دستور شخصی است که شخص دیگر را به کاری امر می‌کند یا از کاری باز می‌دارد، همراه با تهدید به مجازات و تنبیهی که معمولاً نتیجهٔ نافرمانی است. فرمانها در صورتی قانونی است که واجد دو شرط باشد. نخست آنکه باید کلی و مجرد از خصوصیت‌های فردی باشد (یعنی قاعده به وجود آورد و با یک بار اجرا شدن از بین نرود)؛ دوم، همان گونه که «آستین» و «بنتام» مدعی هستند، فرمانها باید مطابق با آنچه در هر جامعهٔ سیاسی

ریشه دارد صادر شده باشد یعنی به صورتی که شخص یا گروهی از اشخاص که به تبعیت از جامعه خو گرفته‌اند به آن گردن نهند هر چند چنین اطاعتی را نتوان از دیگران انتظار داشت. اشخاص اخیر حکام جامعه هستند. از این رو قانون، فرمان غیر فرمانبرداران جامعه است. ارادهٔ مطلق العنان حاکم، بنا به تعریف، خارج از سیطرهٔ قانون قرار می‌گیرد. بی‌تردید چنین سیستم حقوقی بیش از حد متحجر می‌نماید. نیک پیداست که نقص تئوری مذکور از قطع و انکار ارتباط مهم سیستم حقوقی با اخلاق نشأت می‌گیرد. فرمان حاکمی که به زور بر ملتی حکمرانی می‌کند با فرمان هفت تیربندی که به قربانی خود می‌گوید پول یا زندگی‌ات را به من بده، از جهت اتکای به زور و مغایرت با اخلاق یکسان است. تنها تفاوت در این نکته است که در مورد سیستم حقوقی، مخاطب هفت تیربند تعداد زیادتری از مردم هستند که به تسلیم شدن در برابر وی خو گرفته و عادت کرده‌اند. یقیناً قانون به مثابه شخص هفت تیربند نیست و نظم حقوقی صرفاً در عنصر اجبار خلاصه نمی‌شود.

با وجود مشابهت روشنی که میان قانون و فرمان وجود دارد، پندار فوق برخی از مهمترین خصایص قانون را نادیده می‌گیرد. بهتر آنست که قدری بیشتر در این مسئله تأمل کنیم. اگر بر این باور باشیم که قانون‌گذار همواره با گروهی از اشخاص مواجه است که بنا به عادت از قانون تبعیت می‌کنند، به خطارفته‌ایم. این پندار ساده و سطحی فقط در مورد سلطان و پادشاهی که مدتهای مدید حکمرانی کرده است مصداق دارد زیرا در مورد وی تبعیت و فرمانبرداری به صورت عادت در آمده است. حتی اگر از این نکته چشم‌پوشیم، به واقع قانون‌گذاران در وضع قانون کاری انجام نمی‌دهند جز آنکه در راستای قواعد بنیادین پذیرفته شده گام بردارند و از طریق آیینهای مهم قانون‌گذاری اقدام نمایند. این امر حتی در سیستمی مثل بریتانیا که قانون اساسی ساده‌ای دارد مصداق پیدا می‌کند. قواعد بنیادین مورد قبول، ترسیم‌کنندهٔ اقداماتی هستند که مقنن برای وضع قانون باید انجام دهد. این قواعد فرمانهایی نیستند که بنا به عادت از آنها پیروی شود و نمی‌توانند بعنوان عادات فرمانبرداری اشخاص قلمداد گردند. قواعد مذکور ریشه در سیستم حقوقی ذریبط دارند. آنچه در مکتب اصالت نفع

و اگذار شده‌اند در حالی که در حقوق کیفری چنین نیست. «کلسن» نقش قوانین تکمیلی را تا آن حد تنزل می‌دهد که در نورمها و مناطهای حقوقی فقط به آن قواعدی دل بسته است که از طریق اجبار، وضعی خاص را بر انسانی که تحت شرایط معین قرار گرفته است تحمیل می‌کنند.

با وجود این، اصرار بر این نکته واقعاً جزئی، به منزله کنار نهادن بخشی از سیستم حقوقی است تا از این تئوری صیانت شود که لزوم ضمانت اجرا، (مثل تئوری فرمان «آستین») جوهر و سرشت قانون است.

«سالموند»، یکی از نخستین حقوقدانانی که به مقابله با تئوری «آستین» برخاست، مدعی شد که تحلیل قوانین در قالب فرمانها، مفهوم حق را بی‌قیدوبند می‌سازد. اما در این مورد به خطا رفته بود. او در وهله اول به درستی مدعی شد که اگر قوانین صرفاً فرمان باشند دشوار می‌نماید که بتوانیم از امتیازات و اختیارات قانونی اعطا شده توسط قانون یا منبعث از آن سخن گوئیم؛ اما سپس در نتیجه‌گیری به خطا می‌رود و اشعار می‌دارد که قواعد هر سیستم قانونی باید لزوماً با قواعد اخلاقی یا اصول عدالت مرتبط شود و فقط بر این اساس است که می‌توان امتیازات قانونی را توضیح داد. «سالموند» بر این اندیشه است که به نحوی دیگر ناچار از اذعان به این مطلب هستیم که امتیازات قانونی و اخلاقی به صورت لفظ به لفظ منطبق بر هم بوده و پیوندی ناگسستنی دارند. «هاگراشتروم» اصرار می‌ورزد که اگر قوانین فقط اوامر و فرمانها باشند، مفهوم «حق فردی» حقیقتاً غیر قابل توجیه می‌گردد، زیرا به زعم وی فرمانها چیزی هستند که یا مورد اطاعت واقع می‌شوند یا مورد نافرمانی. فرمانها و اوامر، اعطا کننده امتیازات نیستند. وی نتیجه می‌گیرد که اخلاق، یا به دیگر سخن حس مشترک و مفهوم عدالت باید در تحلیل هر ساختار حقوقی لازمه اعطای امتیازات تلقی شود.

معهد این استدلالها به صورتی اشتباه ارائه شده است. قواعد اعطا کننده امتیازات - گرچه با اوامر و نواهی تفاوت دارند - ضرورتاً نباید اخلاقی یا مطابق با اصول اخلاق باشند. مقررات ناظر به تشریفات، بازها و امتیازات ناشی از آنها، و بسیاری دیگر از عرصه‌ها بوسیله قواعدی تنظیم شده‌اند که با مسئله عدالت، یا چنان که قانون باید باشد، بیگانه و

جای آن خالی است تحلیل چیزی است که بخاطر آن یک گروه اجتماعی و افراد زیر مجموعه آن، چنین قواعدی را می‌پذیرند. این مفهوم - و نه آن فرمانی که «آستین» ادعا می‌کند - کلید علم حقوق یا دست کم یکی از کلیدهای آن است.

سایر انتقادهای نقایص بیشتر و مهمتری را در نظریه فرمان هویدا کرده‌اند، اما نقص عمده به استنکاف از اصرار بر ارتباط مهم میان قانون و اخلاق بازمی‌گردد. این نقص اساسی به شرح زیر است: تصویری که تئوری فرمان از زندگی در پناه حکومت قانون ترسیم می‌کند اساساً رابطه حاکم با محکوم، و مافوق با مادون است. رابطه بین فرمانروایان یا واضعان قانون - که فرض شده اساساً خارج از سیطره قانون هستند - و آنهايي که فرمانبردار و تابع قانونند، رابطه‌ای عمودی است. در این تصویر به تفاوت میان انواع قواعد حقوقی که به واقع اساساً متمایز از هم هستند هیچ توجهی معطوف نشده یا به این اختلاف فقط مقامی تصادفی یا تبعی داده شده است. برخی قوانین انسانها را ملزم می‌کنند که به شیوه‌ای معین عمل کنند یا از اقدامی خاص خودداری نمایند. قانون جزا عمدتاً شامل قواعدی از این دست است. از قانون جزا مانند فرمانهای صادره یا صرفاً تبعیت می‌شود یا تخطی. اما دیگر قواعد حقوقی به صورتی کاملاً متفاوت به جامعه عرضه شده‌اند و نقشهای کاملاً متفاوتی بازی می‌کنند. آن قواعد کم‌وبیش تسهیلاتی برای افراد فراهم می‌آورند تا با تنظیم حقوق و تکالیفشان، برای آنها زندگی در پناه قانون را به ارمغان آورند. اینها قواعدی هستند که افراد را به عقد قرارداد و تشکیل تراست قادر می‌سازند و در کل، روابط حقوقی آنها را با دیگران نظم می‌دهند. چنین قواعدی برخلاف قوانین کیفری، آنهايي نیستند که برای مبارزه با آمال و گزینه‌های ضد اجتماعی به وجود آمده‌اند. برعکس، این قواعد تسهیلاتی برای عینیت یافتن خواسته‌ها و سلايق افراد فراهم می‌آورند. آن قواعد، چون فرمانها به رغم میل افراد به انجام کار امر نمی‌کنند بلکه راه انجام کارها را مشخص می‌سازند. بر اساس این قواعد ما اختیار اتمان را اعمال می‌کنیم، دعاوی خود را مطرح می‌سازیم و مدعی حق می‌شویم (قواعد تکمیلی). اینها خصایص اساسی قوانینی است که معطی امتیازات و اختیارات هستند و به اراده افراد

○ «تئوری فرمان» حتی

برای تبیین سرشت قانون، جوهر اخلاق را طرد می‌کند و در سایه همین نقص و سطحی‌نگری نمی‌تواند گرهی از مشکلات بگشاید. توصیف قانون بعنوان فرمان، حتی در ابتدایی‌ترین نظام حقوقی، چهره‌ای نامیمون خواهد یافت.

بی ارتباط هستند. نیازی نیست که قوانین اعطاکننده امتیازات، قواعدی منصفانه یا اخلاقاً خوب باشند.

این انتقادات به واقع نارسایی مفاهیم ساده فرمان و عادت به تبعیت را در تحلیلهای قانونی آشکار می‌سازد. در بسیاری از نکات این امر روشن است که پذیرش اجتماعی يك قاعده یا معیار اقتدار آن (حتی اگر انگیزه آن ترس باشد) باید مورد تحلیل قرار گیرد و نمی‌تواند در حد دوواژه ساده تنزل داده شود. با وجود این، هیچ چیز در اینجا نشان نمی‌دهد که اصرار و تأکید مکتب اصالت نفع بر تمایز میان نفس قانون، و خوب بودن آن، نادرست باشد.

اینکه به يك نقد آمریکایی دیگر در مورد تمایز قانون موجود از قانون مطلوب می‌پردازیم. این نقد از مطالعه تحلیلی رویه قضایی که نظام حقوقی آمریکا گلاً متنگی بدان است ناشی می‌شود. شاکاگترین این نقادان بیش از حد سطحی نگر - که رآیستهای دهه ۱۹۳۰ نامیده می‌شوند - چارچوب علوم طبیعی را برای توصیف قانون و تحلیل قاعده راهنمای عمل کافی تلقی کرده است؛ قاعده‌ای که سیستم قانونی موجود دست کم در بخشی شامل آن می‌شود. آنان دیدگان بشر را به روی حقیقتی گشودند که به واقع هنگام تصمیم‌گیری دادگاهها رخ می‌دهد و تقابلی که میان حقیقت يك تصمیم قضایی و عبارت‌پردازی سنتی در توصیف آن تصمیم وجود دارد. اگر عملکردی کاملاً منطقی باشد معمولاً روشن کننده است. به همین علت با وجود اغراق و مبالغه‌ای که در دیدگاه رآیستها موج می‌زند، آنها ما را دقیقاً از ویژگی معمول زبان و فکر بشری آگاه می‌سازند، که تأکید بر آن نه فقط برای شناخت قانون، بلکه در عرصه‌های فلسفی و خارج از محدوده علم حقوق حیاتی است. تبلور این اندیشه را می‌توان در مثال زیر به تصویر کشید: يك قاعده حقوقی شمارا از راندن ماشین خود در داخل پارک عمومی منع می‌کند. قطعاً این قاعده راندن اتوموبیل را ممنوع کرده است، اما در مورد دوچرخه، کفش غلتک دار و اتومبیلهای اسباب بازی تکلیف چیست؟ در مورد هواپیماها چه؟ آیا اینها از نظر قاعده مورد بحث ماشین نامیده می‌شوند؟ اگر ما بایکدیگر ارتباط برقرار کنیم و اگر مثل

ابتدایی ترین شکل قانون، از رهگذر بیان قصد خویش رفتاری ویژه را بوسیله قواعد به نظم در آوریم، در آن صورت عبارات عام و کلی مورد استفاده - مثل ماشین در مورد فوق - باید نمونه‌ای استاندارد داشته باشد که هیچ تردیدی در شمول قاعده بر آن وجود نداشته باشد؛ لیکن مصادیقی وجود دارد که صدق عبارات قانونی در مورد آنها روشن نیست و آن موارد آشکارا نیز از قلمرو آن قاعده قانونی کنار گذاشته شده‌اند. هر چند این مصادیق حاوی خصایصی مشترک با نمونه استاندارد هستند اما فاقد تمام ویژگیهای آن می‌باشند یا دارای مشخصاتی هستند که در مورد آن استاندارد وجود ندارد. اختراعات انسانی و جریانه‌های طبیعی پیوسته چنین تنوع و کثرت مربوط به هم را دامن می‌زند. نیک پیداست که مصادیق واقعی منتظر نمی‌مانند تا ما بر چسبهایی بر آنها بزنیم. در اعمال قواعد حقوقی، انسان باید مسئولیت تصمیم‌گیری در این مورد را با تمام آثار و نتایج عملی آن به عهده گیرد تا در باید که عبارات قاعده مورد بحث مصادیق مذکور را پوشش می‌دهد یا نه.

می‌توانیم مسائلی را که خارج از نقطه ثقل نمونه‌های استاندارد یا معنای مسلم آن قرار می‌گیرند «مصادیق مبهم» یا موارد مشتبه، (Problems of the penumbra) بنامیم. آنها همیشه نزدیک ما هستند، چه در مورد امور جزئی مثل نحوه استفاده از پارکهای عمومی یا در مورد مسائل کلی و پیچیده قانون اساسی. اگر شبحی از عدم قطعیت و تردید همه قواعد حقوقی را احاطه کند، در آن صورت اجرای آن قواعد در موارد خاص نمی‌تواند به کمک قیاس و استنتاج منطقی امکانپذیر گردد و چنین برهان تحلیلی که برای تکمیل استدلالهای انسانی ارائه می‌شود نمی‌تواند بعنوان مدلل و الگویی برای قضات یا بواقع هر شخص دیگری که باید در قالب قواعد عام، موارد خاص را مورد نظر قرار دهد به کار آید. نیک پیداست که در این عرصه انسان نمی‌تواند با اتکالی محض به قیاس به حیات خویش ادامه دهد. نتیجه آنکه اگر قرار است استدلالها و تصمیمات قانونی راجع به مسائل مبهم و موارد مشتبه، عقلانی باشد، عقلانیت آنها باید بر چیزی غیر از ارتباط منطقی با کبری یا صغری قضایا متکی باشد. در این صورت

○ تصویری که «تئوری فرمان» از زندگی در پناه قانون ترسیم می‌کند اساساً گویای رابطه حاکم با محکوم و فرادست با فرودست است. بر پایه این تئوری، رابطه فرمانروایان یا واضعان قانون - که فرض شده یکسره خارج از سیطره قانون هستند - و کسانی که فرمانبردار و تابع قانونند، رابطه‌ای عمودی است.

اگر برای تصمیم‌گیری مناسب و منطبق با اهداف این قاعده بر آن شویم که یک هوایما در مفهوم قاعده مذکور «ماشین» قلمداد نمی‌شود، این تصمیم بدون اینکه منطقاً وحی منزل باشد باید درست یا معقول تلقی گردد. در این حالت آن چیست که چنین تصمیماتی را درست، یا دستکم بهتر از دیگر تصمیمات جلوه می‌دهد؟ حقیقت آن است معیاری که چنین تصمیمی را درست و مناسب می‌نماید آن است که قانون چه باید باشد. در اینجا ناچار از گفتن این مطلب هستیم که در این مورد حکمی اخلاقی حاکم است؛ و درست در همین نقطه است که با تعامل قانون و اخلاق مواجه می‌شویم؛ نکته‌ای که خود مثبت نادرستی و فریبندگی ماهیت مکتب اصالت نفع در مورد جدایی قانون از اخلاق است. یقیناً «بتنام» و «آستین» به علت جهل نسبت به این مصادیق مشتبه، فقط توانسته‌اند چیزی را بنگارند که با آن مواجه بوده‌اند.

این نگرش رویه قضایی بسی نادرست است که مصادیق مشتبه را نادیده می‌گیرد. نتیجه این نگرش آن است که تصمیمات ذریط به لحاظ اتکای بیش از حد به استدلال قیاسی، اغلب بعنوان اشتباه یا خطای فرمالیسم یا تفسیر لفظی مورد خدشه قرار می‌گیرند. اینک پرسش آن است که چگونه و تا چه حد توضیح این اشتباه، تمایز مورد نظر حامیان مکتب اصالت نفع را نادرست یا فریبنده جلوه می‌دهد. موضوعات متفاوتی وجود دارد که در مورد آنها اشتباه رخ داده است، اما من فقط می‌توانم از برخی از آنها رفع اشکال کنم. نقش فورمالیسم در سطح نظریه‌پردازی پوزیتیویسم حقوقی و دادگاهها هر دو مطرح شده است لیکن در هر مورد این نقش متفاوت بوده است. از لحاظ تئوری حقوقی در مورد ماهیت تصمیم قانونی اشتباه نظری محقق شده است. چنین پنداشته شده که استدلال و عقلانیت در استنباط قضات یا تصمیم‌گیری آنها هیچ نقشی بازی نمی‌کند. «آستین» در این اشتباه بی‌تقصیر است. درک نادرست از فلسفه تحلیلی باعث اتخاذ این نظر شده است که حقوق یک سیستم منطقی بسته است که در آن قضات تصمیمات خود را از صغری و کبری قضیه استنباط می‌کنند. با وجود این «آستین» با وقوف بر ماهیت زبان، ابهام یا ماهیت وسیع آن، بر این باور بوده است که قضات در وضعیتهای مبهم و مشتبه، باید ضرورتاً به وضع

قانون بپردازند. وی به همین علت قضات در سیستم «کامن‌لا»، را به علت عجز و واهمه از قانون‌گذاری، و استناد کور کورانه به قیاسهای واقعی یا صوری با قضایای گذشته سرزنش می‌کند. قضات باید تصمیماتشان را با نیازهای رو به رشد جامعه، که در پرتو ضوابط اخلاقی فایده‌مندی مبرهن می‌گردد منطبق سازند. شیادانی که قاضی را ماشینی خودکار تلقی می‌کنند، اندیشمندان طرفدار مکتب اصالت نفع نیستند. مسئولیت این امر متوجه متفکرانی چون «بلك استون» و پیش از آن «منتسکیو» است؛ ریشه این مصیبت، اشتغال ذهن به تفکیک قوا، و فرض کودکانه «بلك استون» است مبنی بر آنکه قضات فقط قانون را می‌یابند و هرگز خالق آن نیستند.

اما ما با فرمالیسم بعنوان گناه قضات مواجه هستیم و نه حقوقدانان. دقیقاً چه می‌شود که قاضی به ورطه این اشتباه سقوط می‌کند؟ گفته شده است که در اشتباه شکلی و فرمالیستی، محاکم از منطق فوق‌العاده خشک و انعطاف‌ناپذیر بطور افراطی استفاده می‌کنند یا در استفاده از روشها و شیوه‌های تحلیلی جانب افراط در پیش می‌گیرند. نیک پیداست که منشأ اشتباه قاضی، دست یازیدن به واژه عام «تفسیر» است؛ واژه‌ای که نسبت به ارزشهای اجتماعی و آثار و نتایج آن نایبناست. اما علم منطق، تفسیر نابخردانه یا شاید عاقلانه‌تر واژگان را تحمیل نمی‌کند. علم منطق فقط به شما نشان می‌دهد که برای مثال اگر تفسیر خاصی از یک واژه را در نظر بگیرید، در آن صورت نتیجه‌ای معین حاصل می‌آید. منطق در مورد طبقه‌بندی خواص و ویژگیهایی که نقطه ثقل یک تصمیم قضایی هستند ساکت است. قاضی باید قاعده حقوقی را در مورد معین به کار بندد. ولی در موارد مشتبه، به جای آنکه در پرتو اهداف اجتماعی قاعده گام بردارد معنای آن قاعده را به نحوی متفاوت ثابت می‌کند. وی درمی‌یابد که واژه‌ای خاص، آیا در قالب معمول غیر حقوقی آن برای انسانهای عادی ارائه شده است، یا لغتی است که در قالب حقوقی دیگری عرضه شده، یا بدتر از آن به مورد استناد دارد می‌اندیشد و سپس خودسرانه برخی خصایص آن را تعیین می‌کند. مثلاً در مورد ماشین مقرر می‌دارد که: (۱) معمولاً بر روی زمین استفاده می‌شود، (۲) قابلیت حمل انسان را دارد، (۳) به صورت خودکار مورد استفاده قرار

○ هاگراشتروم: اگر قوانین فقط در قالب دستور و فرمان باشد، مفهوم «حقوق فردی» به راستی غیر قابل توجیه می‌گردد. دستور و فرمان اعطاکننده امتیازات نیست و اخلاق یا به دیگر سخن مفهوم عدالت در هر ساختار حقوقی باید معیار اعطای امتیازات باشد.

از تصمیم‌گیری در این گونه موارد باید قانونگذاری کنند و به یک انتخاب خلاق میان گزینه‌ها دست زنند. ما بر این باوریم که سیاستهای اجتماعی است که قضات را در چنین انتخابی راهنمایی می‌کند. تقنینی از این دست، مرز اساسی میان موارد صریح و روشن اعمال قواعد، و تصمیمات مشتبه را کم‌رنگ می‌کند. هر چند تردید دارم که این شیوه صحبت خوشایند باشد، اما برای اجتناب از پیچیده شدن مطلب، امری بدیهی را خاطر نشان می‌سازم. پر واضح است که در مقابل تصمیمی که به صورت کور کورانه و به شیوه‌ای فورمالیستی یا لفظی اتخاذ شده است، تصمیمی قرار می‌گیرد که آگاهانه و در پناه مفهوم «آنچه باید باشد» گرفته شده است و در اینجا ما با نقطه تلاقی و پیوند قانون و اخلاق مواجه می‌شویم.

باید از تفکر سطحی در مورد لغت «باید» احتراز کرد. این محافظه‌کاری بدان لحاظ نیست که هیچ تفاوتی میان قانون «آنگونه که هست» و «چنان که باید باشد» وجود ندارد؛ بلکه به علت تمایزی است که باید میان آنچه هست و آنچه با توجه به دیدگاههای مختلف بایست باشد قائل شویم. لغت «باید» صرفاً انعکاس حضور نوعی استاندارد نقادانه است که یکی از آنها اخلاق می‌باشد. پر واضح است که همه مناطق و ضوابط به اخلاق ختم نمی‌شود.

یک مثال این نکته را روشن می‌سازد. به علت نقش مجازات در پرونده‌های کیفری، این امر بدیهی تلقی می‌شود که از قاضی بخواهیم قضاوتی اخلاقی داشته باشد. در اینجا عناصری وزین وجود دارد که عوامل اخلاقی قلمداد می‌شود: جامعه نباید مورد تعرض عمدی قرار گیرد، رنج و عذاب بیش از حد نباید متوجه مجرم یا اقوام وی شود، باید در این جهت کوشید که وی زندگی بهتری در پیش گیرد. قاضی در این عرصه با قضاوت اخلاقی و طبق صلاحدید خویش میان این خواسته‌ها و ضرورتها نوعی موازنه ایجاد می‌کند. از این رو در اینجا تصمیم منطقی و عقلانی تحت تأثیر ملاحظات اخلاقی قرار می‌گیرد. قطعاً قوانین کامل نیستند و ما باید در موارد مبهم و مشتبه به صورت منطقی با توجه به اهداف اجتماعی و روح قانون تصمیم‌گیری کنیم.



سومین نقدر ارجع به تفکیک قانون و اخلاق،

می‌گیرد. و این سه ویژگی را همواره برای استفاده در تمام موارد مربوط به لغت «ماشین» قطع نظر از آثار اجتماعی این تفسیر، لازم و کافی قلمداد می‌کند. این گزینه غیر معقول قاضی را وامی‌دارد تا اتومبیل اسباب بازی را تحت سیطره آن قاعده قرار دهد و دوچرخه و هواپیما را از قلمرو آن قاعده خارج کند.

تصمیماتی که کور کورانه در این مورد اتخاذ می‌شود، شایسته نام «تصمیم» نیست. با وجود این، اساساً جای تردید است که تصمیمات قضایی (حتی در انگلستان) بدین صورت یکسره اتوماتیک وار اتخاذ گردد. تفاسیر اتوماتیک وار منتج از این عقیده است که در یک قانون جزایی، منصفانه تر آن است که معنایی اتخاذ شود که به ذهن انسان معمولی خطور می‌کند، حتی اگر این امر به قیمت مغلوب گشتن سایر ارزشها تمام شود؛ و این خود یک سیاست اجتماعی، یا تفسیری مکانیکی یا اتوماتیکی است که در پر تویک هدف اجتماعی صورت می‌پذیرد. به یقین بسیاری از تصمیمات دیوانعالی در این قرن که اینگونه انگشت نما شده است، مبین گزینه‌هایی روشن در عرصه‌هایی مبهم، برای اثر بخشیدن به یک نوع سیاست محافظه کارانه است.

پرسش آن است که چگونه نادرست بودن قضایایی که به شیوه‌ای اتوماتیک وار و مکانیکی مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند، و درستی و حقانیت تصمیماتی که بر اساس اهداف اجتماعی گرفته شده‌اند، حاکی از اصرار مکتب اصالت بر تمایز میان آنچه قانون است و آنچه باید قانون باشد خطا و نادرست می‌نماید. یقیناً کسی که نمی‌خواهد از این نقایص شکلی بعنوان دلیل مبین اشتباه بودن تمایز میان آنچه هست و آنچه باید باشد استفاده کند، منکر آن نیست که چنین تصمیمات کلیشه‌ای در سیستمی حقوقی گرفته شده است. مسلماً وی ابراز خواهد داشت که آنها قانون هستند، اما قانون بد؛ و در نتیجه باید از بیکره قوانین حذف شوند. اما این امر مستلزم پای بندی به آن تمایز است، نه انکار ورد آن. البته «بنام» و «آستین» از این امر برای حمله به قضاتی استفاده کرده‌اند که از تصمیم‌گیری در قضایای مبهم و مشتبه، بر طبق نیازهای رو به رشد جامعه استنکاف ورزیده‌اند.

نباید به گفتن این مطلب اکتفا کنیم که پدیدار شدن مسائل مبهم و مصادیق مشتبه مبین نقص اساسی قواعد حقوقی است و قضات به علت عجز

○ قوانین قطعاً کامل نیستند و قاضی ناگزیر است در برخورد با موارد مبهم و مشتبه به گونه منطقی و با توجه به اهداف اجتماعی و روح قانون تصمیم‌گیری کند. در این جا تصمیم منطقی و عقلانی قاضی تحت تأثیر ملاحظات اخلاقی قرار می‌گیرد.

ناظر به تفاوت ماهیت آنهاست. این نقد مشتمل بر تصدیقی است که از «هل» و «اولیسیس» یا «دانتیه» بعنوان پیامی خطاب به افراد بشر رسیده است. فقط در این مورد، دوزخ نه زیر زمین و نه بر فراز آن، بلکه روی آن بوده است. این نقد توسط آن دسته از اندیشمندان آلمانی ارائه شده است که در زمان رژیم نازی زندگی کرده و در مورد توالی فاسد آن برای سیستم حقوقی تأمل نموده اند. «رادبروش»، یکی از این متفکران، تا زمان جنایات نازی به دکتورین اثبات گرا پای بند بود، اما پس از آن موضع خود را تغییر داد. آنچه در مورد این نقد مهم می نماید آن است که نقد اخیر به واقع با نظر خاصی که «بنتام» و «آستین» در تأکید بر تفکیک قانون موجود «آنگونه که هست» از قانون مطلوب «چنان که باید باشد» اتخاذ کرده اند، مقابله می کند.

«رادبروش» پیش از تغییر عقیده ابراز می داشت که مقاومت در برابر قانون مسئله ای است که به وجدان شخص مربوط می شود. در اینجا فرد از زاویه اخلاق به آن قانون می نگرد. اثبات این امر که شرایط و لوازم آن قانون اخلاقاً بد است، یا حتی مبرهن بودن این نکته که تأثیر رعایت قانون بدتر از نتیجه نافرمانی و عدم تبعیت از آن است، نمی تواند نافی اعتبار آن قانون باشد. می توان بر آن بود که هدف نظریه «آستین» محکومیت و رد کسانی است که به زعم آنان قوانین بشری در صورت تعارض با اصول بنیادین اخلاق، دیگر قانون تلقی نمی شوند. این نکته بی نیاز از توضیح است که شنیع ترین قوانین که مخالف اراده خداوند هستند، پیوسته بعنوان قانون توسط محاکم قضایی اجرا شده و می شوند. بعید نیست که عملی بی ضرر، یا حتی مفید، از جانب حاکم مستوجب مجازات مرگ اعلام شود. اگر دست به چنین کاری بزنم، محاکمه و محکوم می شوم. در این مورد، دادگاه قاطع نبودن استدلال مرا با به دار کشیدنم بر اساس قانونی که به اعتبار آن اعتراض کرده ام، به تصویر خواهد کشید. «آستین» و «بنتام» بر این باور بودند که اگر قوانین به درجه ای معین از بی انصافی رسیدند، در آن صورت مقاومت در برابر آن قوانین و عدم تبعیت از آنها به تعهدی اخلاقی مبدل می شود. با وجود این، «رادبروش» استفاده رژیم نازی از صرف فایده مندی و مصلحت گرایی قانون را مبنا قرار داد و از ناکامی سیستم حقوقی آلمان برای اعتراض به شرارت های استفاده کرد که تحت نام قانون اجرای

آنها لازم شمرده شده بود. تأملات و اندیشه های وی باعث اتخاذ این نظریه شد که اصول بنیادین اخلاق بشری بخشی از مفهوم حقوق یا عنصر مشروعیت است و هر قانون موضوعه در صورت مغایرت با اصول اساسی اخلاق بی اعتبار است. این نظریه بدان معناست که هر قاضی یا وکیلی نه فقط باید قوانین ناقض این اصول اساسی را بعنوان قوانین غیر اخلاقی نادرست قلمداد کند، بلکه باید آن قوانین را فاقد هر گونه ماهیت حقوقی تلقی نماید. به واقع مصوباتی که بر این اساس پای به عرصه وجود نهاده باشند فاقد وصف قانون هستند و نباید از منظر حقوق مورد توجه قرار گیرند.

پس از جنگ، برداشت «رادبروش» از قانون مشتمل بر اصول اخلاقی و انسانی در دادگاه های آلمان از شأن و مقامی ویژه برخوردار شد. اهمیت چشمگیر دعوی مطروحه در این محاکم در این نکته نهفته بود که متهمان مدعی شدند آنچه را قبلاً انجام داده اند بر اساس قوانین مجرا در آن زمان غیر قانونی نبوده است. این ادعا با این پاسخ مواجه شد که قوانین مورد استناد آنها به علت مغایرت با اصول اساسی اخلاق، بی اعتبار بوده است.

برای مثال در سال ۱۹۴۴ زنی برای رهایی از قید زوجیت همسر خود، به مقامات آلمانی اطلاع داد که شوهر او نسبت به هیتلر فحاشی کرده است. هر چند این عمل ناقض قوانین رایش سوم بود، ولی این زن هیچ تکلیف قانونی برای گزارش دادن این اقدام نداشت. بر اساس قانون فوق، شوهر وی باید اعدام می شد. با وجود این حکم اعدام در مورد او اجرا نگردید و در عوض به جبهه نبرد فرستاده شد. سپس در سال ۱۹۴۹ این زن به علت ارتکاب جرم سلب آزادی فرد در يك دادگاه آلمان غربی مورد تعقیب قرار گرفت. طبق قانون جزای سال ۱۸۷۱ عمل وی قابل مجازات تلقی می شد. این زن در مقام رفع اتهام از خود مدعی گردید که زندانی شدن شوهر وی طبق قوانین آلمان نازی بوده است و از این رو وی مرتکب جرمی نشده است. دادگاه استیناف این زن را مجرم تلقی کرد زیرا به اعتقاد دادگاه قانون مزبور با وجدان سلیم و درک عدالت توسط همه ایهای بشر مغایر و در نتیجه بی اعتبار بوده است. این استدلال طبق دکتورین حقوق طبیعی و برای براندازی پوزیتیویسم در دعوی بسیاری مورد پیروی قرار گرفت. با وجود این، قبول بی قید و شرط نتیجه این رأی تا اندازه ای مورد

○ آستین و بنتام بر این باور بودند که اگر قوانین به درجه ای معین از بی انصافی برسند، مقاومت در برابر آن قوانین به تعهدی اخلاقی مبدل می شود.

مجرد مورد توجه قرار می‌گیرند و یک نظام حقوقی در کلیت خود در مورد ارتباط میان مفاهیم اخلاقی قانون (چنان که باید باشد)، و قانون در این معنای گسترده‌ترش، عاری از حقیقت نباشد. نظریه «آستین» مبنی بر اینکه هر نظام حقوقی پیشرفته شامل مفاهیم بنیادین معینی است که حیاتی بوده و ریشه در طبیعت مشترک بشری دارد، دقیقاً به همین نکته باز می‌گردد.

باید از بیهوده‌گویی در مورد تعریف نامناسب و مفهوم‌پردازی چندپهلوی و مغلق دربارهٔ یک نظام حقوقی پرهیز کرد. مجادلات راجع به ماهیت اساسی یا ضرورت کل یا عنصر واحد، به منزلهٔ اختلاف در این مورد است که آیا شطرنج می‌تواند بدون مهرهٔ پیاده باشد. باید توجه داشت که از رهگذر این تردید که یک نظام حقوقی برای «حقوقی بودن» باید مطابق با ضوابط اخلاقی یا دیگر ضوابط باشد، نظم برهم می‌خورد. مسلم است که هر نظام حقوقی به شکلی در پی آن است که به کل شیوه‌های تفسیر و اجرای قواعد در مورد قضایای خاصی رنگ عدالت دهد. به واقع اگر این امر محقق نگردد هیچ کس دلیلی جز ترس برای تمکین در مقابل آن نظام نخواهد داشت. از این رو ارتباط میان قانون و ضوابط اخلاقی و اصول عدالت برای پیوند میان قانون و ضمانتهای اجرایی لازم و ضروری است و بی‌گیری این سؤال که آیا ضرورت، منطقی است یا صرفاً واقعی، یا ناشی از رابطهٔ علی، می‌تواند بعنوان یک سرگرمی بی‌ضرر به فیلسوفان سپرده شود.

باید توضیحاتی در مورد آن دسته از مقرراتی بدهم که در نظام حقوقی «لازم و ضروری» هستند. جهان و ما انسانها که در آن زندگی می‌کنیم می‌توانند به انحاء مختلف تغییر یابند، و اگر این تغییر به اندازهٔ کافی ریشه‌ای و بنیادین باشد، نه فقط تجلیات واقعی خاصی که اینک حقیقی هستند غیر واقعی می‌نمایند، بلکه همهٔ شیوه‌های تفکر و اسلوبهای سخن گفتن که اسباب تصور عمومی فعلی ما را تشکیل می‌دهند و از طریق آن، جهان و یکدیگر را می‌شناسیم از دست خواهند رفت. ناگزیریم فقط این نکته را مورد ملاحظه و بررسی قرار دهیم که درک فعلی ما از کل حیات اجتماعی، اخلاقی و حقوقی به این واقعیت بستگی دارد. گرچه این واقعیت ممکن است روزی تغییر یابد، اما در حال حاضر ساختار اصلی اندیشه، و اصول عملی حیات

تردید است. اگر نظر «رادبروش» را بپذیریم و همگام با وی و محاکم آلمان، اعتراض خود نسبت به قوانین بدرادر قالب این ادعا بیان داریم که برخی قوانین نمی‌توانند به علت بی‌عدالتی اخلاقی شان «قانون» باشند، به لحاظ سطحی نگرایی دچار اشتباهی عظیم شده‌ایم. اگر با حامیان مکتب اصالت نفع همگام شویم، ابراز می‌داریم که قوانین بد نیز قانون هستند و، باید از آنها تبعیت شود. این محکومیتی اخلاقی است که هر کس می‌تواند آن را درک کند و نگاهها را متوجه اخلاق سازد. از طرف دیگر اگر اعتراض خود را با این فریاد نشان دهیم که این چیزهای بد «قانون» نیستند، در اینجا ادعایی کرده‌ایم که اکثر مردم اعتقادی بدان ندارند.

تلاش من بر این بود که نشان دهم علیرغم تمام آنچه از نوشته‌های مکتب اصالت نفع آموخته و تجربه شده و با وجود ایرادهای دیگر نسبت به بخشهای دکرین آنها، انتقادشان از ابهام و اختلاط آنچه قانون است و آنچه باید قانون باشد، واجد ارزش اخلاقی و معنوی نیز هست. با وجود این، شایان ذکر است که گرچه به کار بستن این تمایز در مورد یک سیستم حقوقی خاص معتبر و حیاتی می‌نماید، اما دست کم تلاش برای استفاده از آن در مورد «قانون» به معنایی که در یک سیستم حقوقی وجود دارد گمراه کننده است. طبیعی است اگر بخواهیم بر حقیقتی خاص و ناچیز اصرار ورزیم این امکان وجود دارد که واقعیتی عظیم در پس پردهٔ ابهام قرار گیرد. نیک پیداست که بسیاری چیزها اگر تنها و بصورت مجرد در نظر گرفته شود، در هیأت قوانین تصنعی جلوه‌گر می‌شود؛ اما ملاحظهٔ آنها در کلیت یک نظام حقوقی به آنها و جبهه‌ای مهم و حقیقی می‌دهد. برای مثال، پیوند میان قانون و مجازاتها، و رابطهٔ بین قانون و اثربخشی آن باید در این بستر کلی تر درک شود. یقیناً بحث آن نیست که در نظام حقوق داخلی، هر قانونی باید ضمانت اجرا داشته باشد؛ اما دست کم این امر قابل بررسی است که یک نظام حقوقی برای آنکه شایستهٔ این عنوان باشد باید برای برخی قواعد خود ضمانت اجرایی مقرر دارد. نیز می‌توان گفت که هر چند یک قاعدهٔ حقوقی در مواردی محدود به اجرا درآید، حیات آن قاعده همچنان بر دوام تلقی می‌شود. لیکن نمی‌توان این امر را به کلیت یک نظام حقوقی تسری داد. شاید تفاوتها میان قوانینی که جداگانه و بطور

○ گری: بزرگترین دستاوردی که علم حقوق در زمینهٔ مفاهیم بنیادین خود در سدهٔ نوزدهم داشت، شناخت این حقیقت بود که قانون مصوب دولت کمال مطلوب نیست بلکه چیزی است که بالفعل وجود دارد. آن قانون چیزی نیست که باید باشد بلکه چیزی است که هست.

می‌گردد آن است که بی‌عدالتی اخلاقی قوانین مذکور را عریان می‌نماید.

یادداشت‌ها

* Hart. H.L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", In Joel Feinberg and Jules Coleman (Eds), **Philosophy of Law**, Wadsworth, 2000, pp. 59-76.

۱. دکتر کاتوزیان. ناصر: فلسفه حقوق، جلد اول، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۵. صص ۴۶۶-۴۶۴.

2. Ago. R. "Positivism", *EPIL*, 1984. Vol. 7, p.385.

۳. در این میان «فریدمان» اظهار می‌دارد که «آستین» با تمایز و انفکاک اکید و غیر قابل انعطاف خود میان علم قانون‌گذاری و علم حقوق، عصری را در پوزیتیویسم حقوقی می‌گشاید که به دولت امکان طرح این ادعا را اعطا می‌کند که اقتدار آن فارغ از هر قید و بند حقوقی است. با وجود این تردیدی نیست که استقرار پوزیتیویسم تحلیلی، در بستر وجود دولت برتر و سازمان یافته، بعنوان شرطی سیاسی جهت انقیاد بی‌قید و شرط شهروندان امکان‌پذیر می‌باشد. بر این اساس مشکل بتوان دریافت که کدامین مرغ و کدام تخم مرغ قلمداد می‌شود؛ پوزیتیویسم تحلیلی یا شرط سیاسی وجود دولت برتر. ر. ک:

Friedmann., **Legal Theory**, 3rd edn. 1953, pp.163, 416.

۴. شاید ارائه پنج تعریف زیر از پوزیتیویسم در علم حقوق معاصر بتواند ما را در این زمینه یاری کند.

الف- قوانین ساخته و پرداخته (فرامین) افراد بشر هستند.

ب- هیچ ضرورتی به ارتباط میان قانون و اخلاق، یا قانون «آنطور که هست» و «آنگونه که باید باشد» وجود ندارد.

پ- تحلیل مفاهیم حقوقی ارزشمند است و باید از تبعات تاریخی در مورد اسباب یا مبانی قوانین، تحقیقات جامعه‌شناختی راجع به رابطه قانون با دیگر پدیده‌های اجتماعی، و از نقد قوانین در پرتو اخلاقیات، اهداف اجتماعی، اشتغالات یا غیره متمایز شود. ت- سیستم حقوقی یک سیستم منطقی بسته است که در آن تصمیمات درست قانونی می‌تواند با استفاده از شیوه‌های منطقی، از قواعد حقوقی از پیش معین شده، بدون استناد به اهداف اجتماعی، سیاسی و استانداردهای اخلاقی اخذ شود. ث- قضاوت‌های ارزشی و اخلاقی بر خلاف بیان واقعیتها، نمی‌تواند از رهگذر استدلال یا دلیل منطقی اثبات شود.

اجتماعی ما را تشکیل می‌دهد. فرض کنید انسانها در قبال تعدیات یکدیگر آسیب‌ناپذیر بودند و شاید مانند خرچنگهای زمینی ملبس به پوسته‌ای سخت، می‌توانستند غذای مورد نیاز خود را بدون اتکا به دیگران با یک فرآیند شیمیایی درونی تهیه کنند. در چنین شرایطی لزومی به قواعد ممنوع کننده استفاده خودسرانه از زور و قواعد پاسدار مالکیت نبود. اینک و تازمانی که چنین تغییرات اساسی پدید آید، چنین قواعدی آنقدر بنیادی هستند که اگر یک نظام حقوقی فاقد آنها باشد جایگاهی برای دیگر قواعد آن نظام نمی‌توان تصور نمود. چنین قواعدی با اصول اخلاقی بنیانی مثل نفی قتل و آدم‌کشی و تجاوز و سرقت به هم می‌پیوندند؛ و بدین نحو می‌توانیم به راستی ابراز داریم که تمام نظامهای حقوقی در واقع از درجه اخلاق در چنین نکات حیاتی همساز و هم‌آوا می‌شوند. در این صورت چرا نتوانیم آنها «ضرورت طبیعی» بنامیم؟ انسانها و برای حداقل اشتراکات، تعارضات زیادی در حیات اجتماعی دارند و به همین علت نیازمند مجموعه‌ای کاملتر از قواعد حقوقی و ضوابط اخلاقی هستند.

جنبه دیگر این موضوع جالب توجه است. اگر به نظام حقوقی، این مفهوم حداقل را منتسب کنیم که آن نظام باید مشتمل بر قواعد «عام» و «کلی» باشد. عام در این معنا که به نوع روابط و نه به مصادیق منفرد و مجرد، و به نوع انسان و نه فرد خاص دلالت داشته باشد. این امر به قرار دادن وضعیتهای مشابه در قالبی یکسان اشاره دارد، گرچه این معیار که چه موقع قضایا متشابه هستند، بر اساس عناصر عام آن قواعد معین می‌شود. با وجود این، واقعیت آنست که عنصر اساسی عدالت، اصل بر خورد یکسان با قضایای مشابه است. این عدالت در اجرای قانون است و نه قانون عادلانه. بر این اساس، قانون مشتمل بر قواعد عام، در مقام عمل ما را از برخورد جزئی با اصول اخلاقی مصون می‌دارد مشروط بر آنکه چنین قانونی کاملاً بیگانه از اخلاق نباشد. هدف این اصول تضمین اعمال قواعد برای تقلیل نابرابریهاست.

کوتاه سخن آنکه قوانین موجب بی‌عدالتی‌های اخلاقی، هنوز عنوان قانون را یدک می‌کشند. تنها نتیجه‌ای که از تمایز میان وضع موجود (آنچه هست) و وضع مطلوب (آنچه باید باشد) حاصل

○ ارتباط میان قانون و ضوابط اخلاقی و اصول عدالت برای پیوند میان قانون و ضمانتهای اجرایی آن لازم و ضروری است. اگر قوانین و شیوه‌های تفسیر و اجرای آنها رنگ عدالت نداشته باشد، هیچ کس دلیلی جز ترس برای تمکین در برابر نظام حقوقی نخواهد داشت.