

نقش واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی

منوچهر توسلی نائینی^۱

مهدی شهبابی^۲

مرضیه نیکوئی^۳

چکیده

تا اواخر قرن نوزدهم، حقوق طبیعی و ارزشهای موجود در آن (اراده الهی یا عقل فطری) مبنای تشکیل قاعده حقوقی شناخته می‌شد. لذا یک امر، زمانی صورت قانونی می‌یافت که با ارزشها (اراده الهی یا عقل)، هماهنگ باشد. ولی از پایان قرن نوزدهم، رویکرد دیگری از حقوق مطرح شد که در آن نظام حقوقی بر مبنای واقعیتها و هستها تشکیل می‌شود، برتری می‌یابد. بدین ترتیب، به جای بایدها و نبایدهای حقوق طبیعی و ارزشهای آن، مسئله «هستها و نیستها» مطرح است که از آن با عنوان «پوزیتیویسم حقوقی» یا «تحقق گرایی حقوقی» یاد می‌شود.

نظم خودجوش تاریخی و وجدان اجتماعی که از جانب پیروان مکتب تاریخی و مکتب جامعه‌شناسی حقوقی مطرح گردیدند، تعبیر دیگری از توجه به واقعیت، به عنوان مبنای تشکیل قواعد حقوقی محسوب می‌شوند؛ هر چند هیچکدام موفق به ایجاد نظام حقوقی قابل اجرا نشدند. در کنار این دو مکتب، نقش عمده دولتها نیز در ایجاد قاعده حقوقی در قالب مکتب دولتی مطرح گردید. مکتب اخیر معتقد است که دولتها در عین حال که می‌توانند مبنای قواعد حقوقی قرار گیرند، قدرت ایجاد یک نظام حقوقی را نیز دارند. اما مشکل مکتب اخیر این است که دولتها ممکن است حقوق را در جهت منافع و مقاصد خود به کار گیرند. نظریات متفاوت مطرح شده در پاسخ به این سؤال که آیا واقعیتها مبنای نظام حقوقی هستند، نشان می‌دهد که

Email: tavassoli2000@hotmail.com

۱ - استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

۲ - استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

۳ - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان

واقعیت‌ها به تنهایی نمی‌توانند مبنای ایجاد قواعد حقوقی باشند و در کنار آنها، محتوای حداقلی حقوق طبیعی را نیز باید به عنوان عنصر ضروری تشکیل دهنده نظام حقوقی متشکل از قواعد پذیرفت. به عبارت دیگر، مجموع ارزشها و واقعیت‌ها برای ایجاد نظام حقوقی ضروری است و واقعیت، منهای ارزش، نمی‌تواند نظام حقوقی کارآمدی را نتیجه دهد.

واژه‌های کلیدی: واقعیت، حقوق طبیعی، قاعده حقوقی، تحقق گرایی، دولت، ارزش.

مقدمه

تا قرن نوزدهم، حقوق طبیعی و ارزشهای موجود در آن نقش گسترده‌ای در ایجاد قاعده حقوقی داشتند. لیکن بدلیل ذهنی بودن این ارزشها و فقدان تجربه‌گرایی، به تدریج به عنوان ابزاری در دست حکومتها و منافع شخصی درآمدند. لذا جوامع از این ارزشها روی گردان شده و به سمت امور تجربی و مادی گرایش یافتند. از این دوران به بعد است که «واقعیت» نقش عمده‌ای در ایجاد قاعده حقوقی پیدا می‌کند و تحت تأثیر کسانی چون آستین، بنتام و دیگران رویکرد دیگری از حقوق که در آن نظام حقوقی، بر مبنای واقعیتها و هسته‌هاست، شکل می‌گیرد. بنابراین، به جای بایدها و نبایدهای حقوق طبیعی و ارزشهای آن، مسئله «هست‌ها و نیست‌ها» مطرح می‌شود. در دیدگاه جدید که از آن با عنوان تحقق گرایی حقوقی یاد می‌شود، واقعیت و تعبیرهای مختلف آن مبنای قواعد حقوقی به شمار می‌رود. واقعیت در اینجا به معنای امر تجربی، عینی و ملموس است به گونه‌ای که متافیزیک در آن راه نداشته باشد. همانطور که در حقوق طبیعی، «ارزش» مبنای تشکیل قاعده حقوقی، قرار می‌گیرد، و به صورتهای مختلفی (اراده الهی، عقل) ظاهر می‌شود، در تحقق گرایی حقوقی نیز، «واقعیت»، گاهی به معنای نظم خودجوش در طول تاریخ و گاهی به معنای وجدان اجتماعی مطرح می‌شود.

مفهوم اول، در قالب مکتب تاریخی و مفهوم دوم، تحت عنوان مکتب جامعه‌شناسی حقوقی مطرح می‌شود. این دو مکتب به تنهایی نتوانستند نظام حقوقی ایجاد نمایند. زیرا عملاً نظم خودجوش یا وجدان اجتماعی به تنهایی، یک نظام حقوقی با قواعد حقوقی را تشکیل نمی‌دهد. لذا مکتب دیگری در اثبات گرایی با عنوان مکتب دولتی مطرح می‌شود. در

این مکتب دولت، نقش عمده‌ای در ایجاد قاعده حقوقی می‌دهد و عملاً می‌تواند به ایجاد قاعده حقوقی بپردازد.

بر اساس مکتب اخیر، بررسی نقش و جایگاه دولتها در ایجاد و تحول قواعد حقوقی در هر نظام حقوقی، امری ضروری می‌باشد. زیرا دولتها، به عنوان مهمترین ارگان و نهاد سازماندهی کننده روابط جمعی و قوانین جامعه می‌باشند. به علاوه، «دولتها»، متمایز کننده قواعد حقوقی از قواعد اخلاقی نیز می‌باشند.

با عنایت به موارد فوق، در این مقاله ابتدا به تبیین واقعیت و سپس نقش آن در ایجاد قاعده حقوقی از دید اثبات گرایان پرداخته و آن گاه، جایگاه دولت در نظام حقوقی مبتنی بر واقعیت، بررسی می‌شود و مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

۱- جایگاه واقعیت در قاعده حقوقی

پس از کنار گذاشتن حقوق طبیعی و ارزشهای موجود در آن و روی کار آمدن اثبات گرایان، بررسی نقش واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی ضرورت یافت. اما این واقعیت در اندیشه‌های حقوقی در یک معنا خلاصه نشده و نقش یکسانی نیز پیدا نمی‌کند؛ در برخی از اندیشه‌ها، استنتاج واقعیت و هست از بایدها، خالی نمودن حقوق از هر ایدئولوژی تلقی گردیده و بدین ترتیب، واقعیت عنصر انحصاری شکل دهنده نظام حقوقی می‌شود. در برخی اندیشه‌های دیگر، ارائه نظامی از قواعد که حداقلی از حقوق طبیعی را نیز قبول نموده و به نوعی تعامل میان ارزش و واقعیت را مطرح می‌نماید، مطلوب تلقی می‌شود. در ذیل، مصادیق هر یک از دو دیدگاه فوق را مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

۱-۱- انکار حقهای طبیعی

در قرن هجده در همان زمانی که «لاک» و «روسو»، براساس حقوق طبیعی، بر حقوق انسان تأکید می‌نمودند و مبنای نظرات، براساس حقوق طبیعی و قرارداد اجتماعی بود، «جرمی بنتام»، ضمن مخالفت با حقوق طبیعی و حقهای طبیعی، در پی عقلانی کردن

حقوق^۱ بود و سعی در اصلاح نظام حقوقی در پرتو عقل داشت. گرچه قبلاً با اندیشه‌ها و نظرات «هیوم»، حقوق طبیعی مورد انتقاد واقع گردیده بود، ولی افول نظریه حقوق طبیعی، دقیقاً با حمله بنتام، به ویژه بر دیدگاه‌های «ویلیام بلکستون»^۲ آغاز گردید.

بلکستون در کتابی تحت عنوان «یادداشتهایی درباره حقوق انگلستان»^۳ اراده الهی را به عنوان قانون برتر بیان نموده و معتقد بود که قانون بشری اگر با معیار برتر هماهنگ نباشد، هیچ اعتباری ندارد (Einari, 1999:71). اما بنتام، در کتاب «قطعه‌ای پیرامون حکومت»^۴، ادعاهای او را نادرست و حتی بی‌معنا دانست. به ویژه منشاء قرارداد فرضی جامعه و اعتبار قانون برتر را مورد حمله قرار داد (Bentham, 1996:54). وی معتقد بود که حقوق طبیعی و نظام حقوقی مبتنی بر آن و قرارداد فرضی اجتماعی، سلاح‌هایی هستند که در برابر دولت به کار می‌روند. زیرا با استفاده از این سلاحها، همیشه می‌توان به بهانه‌ای از دولتها و قوانین دولتی، سرپیچی نمود. به علاوه، طرفداران حقوق طبیعی، هر جا که قانون خلاف ارزشها باشد، مردم را به مخالفت با دولت و قانون تحریک می‌نمایند (تبییت، ۱۳۸۴: ۱۶۰). بنابراین، حقوق طبیعی و ارزشها اموری مبهم و غیر واقعی‌اند، نه امری ملموس و تجربی که همیشه به گونه‌ای در کمین دولت و قانون نشسته و آماده نقض آنند. لذا بزرگترین دشمن عقل و عامل مخرب دولت هستند (موحد، ۱۳۸۱: ۲۷۰).

بنتام، حقوق طبیعی و غیرقابل نقض را نیز یک ادعای بی‌معنای جدلی می‌داند؛ چیزی بی‌معنا که بر پای چوبین ایستاده است (Bowring, 1823:11.501). وی معتقد است که مفاهیم مبهم و غیر قابل درک حقوق طبیعی که برای مخالفت با آنها مجازات و کفاره، در نظر گرفته شود، به اجبار و امری مادی تبدیل می‌گردند (تبییت، ۱۳۸۴: ۱۶۰). وی، انسان را موجودی خودخواه و حقوق طبیعی بشر را تنها، اموری می‌داند که موجب ارضای احساسات قوی خودخواهانه بشر و عدم انجام فداکاری برای منفعت عمومی می‌شود.

۱- دوری جستن از مفاهیم انتزاعی و مبهم حقوق طبیعی که به صورت ارزش مطرح می‌شوند و به جای آن روی آوردن به واقعیتها و آنچه هست و وجود دارد. پس عقل، یعنی عقل تجربی و امری ملموس

2 - Sir William Blackstone

3 - Commentaries in the laws of England

4 - Fragment on Government

او گرچه به رد و انکار حقوق طبیعی می‌پردازد، ولی مفاهیمی چون آزادی، عدالت و مالکیت در حوزه اندیشه تحلیلی او جای دارند (ابدالی، ۱۳۸۸: ۱۶۶). به این ترتیب که وی برای تکالیف، ضمانت اجرا مقرر می‌نماید تا الزام به انجام تکلیف در برابر ضمانت اجرا، امنیت و خوشبختی را برای مردم به ارمغان آورد. این امنیت در مقابل قتل، حبس، سلب مالکیت و ... صورت می‌گیرد. ولی نباید ضمانت اجرای موجود را ناشی از حق های طبیعی و انتزاعی حیات، آزادی یا مالکیت بدانیم. بلکه به این دلیل است که تکالیف دارای ضمانت اجرا، امنیتی را به ارمغان می‌آورد که منتهی به خوشبختی مردم می‌گردد. این وضعیت، مردم را قادر می‌سازد تا در محدوده‌ای (از تکالیف دارای ضمانت اجرا) که برای آنها مقرر شده است، تلاش نمایند تا حداکثر خوشبختی را برای خود فراهم نمایند (Bentham, 1996: 206).

۲-۱- شناخت قواعد در پرتو نظریه سودانگارانۀ بنتام

بنتام در کتاب «اصول اخلاق و قانونگذاری»^۱ اصلی را تحت عنوان «اصل منفعت یا سود» مطرح نمود و در آنجا به تفصیل بیان کرد که هر قاعده حقوقی را باید با معیار منفعت سنجید. به این ترتیب، یک ترازوی واقعی و تجربی، جهت تشخیص قوانین و قواعد درست از نادرست وجود دارد، بدون اینکه پا به عرصه بی‌انتهای مغالطه و امور واهی و مبهم-منظور معیارهای موجود در حقوق طبیعی است- گذاشته شود (Bentham, 1823: 50). در این اصل، منفعت، همانا شادی، لذت و رنجی حسی^۲ است (Frey, 2000: 165). شادی و لذت حسی نیز شامل ثروت، قدرت، شهرت، علم، معرفت، دوستی، و درد و رنج شامل فقر، ناتوانی، بدنامی، جهل، دشمنی، ترس، بی‌آبرویی و ... می‌شود.

از آنجایی که انسان موجودی خودخواه است، در جهت دستیابی به خویش و به عبارت دیگر «منفعت» برای خود می‌باشد. نتیجه مهم این اصل، به عنوان یک نظریه اخلاقی، جدا کردن درستی یا نادرستی یک عمل از خوبی یا بدی فاعل آن عمل است (مجتبوی،

1 - Principle of Moral and Legislation

2 - Sensual

۵۲:۱۳۸۴). بنّام در تحلیل نظریه خود به تبیین ماهیت حقوق‌های حقوقی^۱ براساس نظریه سودانگاران می‌پردازد. به این صورت که او بیان می‌دارد که هر حقی برای فرد منجر به تکلیف برای دیگری می‌گردد و در یک نظریه سودانگاران^۲، رابطه حق و تکلیف وجود دارد. نتیجه این امر اجبار مکلف جهت منتفع شدن و به حق رسیدن محق است. اما هر نفعی، ایجاد حق نمی‌کند. بلکه از دید بنّام - که یک اثبات‌گرا است- نفعی که از سوی دولت و قانون‌گذار حمایت شده باشد، ایجاد حق و به دنبال آن ایجاد رابطه حق و تکلیف می‌نماید.

۳-۱- نظریه فرمان حاکم و قانون

بنّام، نظریه سودانگاران را به عنوان معیاری برای تشخیص قواعد ارائه نموده و سپس به تعریف قانون، در قالب نظریه فرمان می‌پردازد. وی با انکار ارزشهای حقوق طبیعی، قانون را فرمان صادره از جانب حاکم می‌داند. این فرمان، برای کسانی صادر می‌شود که عادت به پیروی از حاکم دارند و بنابراین قانون، صرف «اراده حاکم» است. جامعه‌ای را نیز که در آن فرمان حاکم، قانون باشد جامعه مستقل سیاسی می‌نامند. این قانون، با ضمانت اجرا، همراه است و لذا اگر فرامین حاکمیت فقط با ضمانت اجرای مذهبی یا اخلاقی نیز همراه شد، عنوان قانون خواهد داشت (Bentham, 1996: 236, 239). به علاوه، قوانینی که تعهدات یا حقوقی را تحمیل نمی‌کنند یا برای آنها ضمانت اجرایی فراهم نشده است (قوانین مدنی)، قوانین کاملی نبوده بلکه فقط حاوی بخشی از قانون هستند.

پس از روشن شدن مفهوم قانون از نگاه بنّام، باید گفت که وی اصلاح حقوق را مستلزم روشن شدن علل فساد و هرج و مرجی می‌دانست که در پایان قرن نوزدهم، حوزه عرفی را تصرف کرده بود و لازمه این روشن‌سازی نیز، تفکیک دو حوزه حقوق و اخلاق بوده و بعدها تحت عنوان «اثبات‌گرایی سخت» نمود یافت (ابدالی، ۱۳۸۸: ۱۶۵-۱۶۶).

1 - Legal Rights

2 - Utilitarianism

۴-۱- قانون در پرتو اصل فایده

جان آستین (۱۸۵۹-۱۷۹۰)، یکی از نظریه پردازان و حقوقدانان انگلیسی است که نظریه اثبات گرایی حقوقی نوین، متأثر از آثار اوست. وی، نظرات خود را در پرتو نظریه فرمان بیان نمود. اگر واقعیت را امر فیزیکی، عینی، ملموس، تجربی و خالی از متافیزیک بدانیم، آنگاه در پرتو نظریه آستین باید گفت که «حکم حاکم» که همان «قانون» است تعبیری از واقعیت است. به عبارتی، «واقعیت» از دید وی این گونه تبیین می‌شود. اما در مورد اینکه حکم چیست، باید گفت که حکم دارای سه عنصر است: اول، محتوا، یعنی اینکه موجودی عاقل از موجود عاقل دیگری انجام یا عدم انجام کاری را می‌خواهد؛ دوم، صورت، یعنی اظهار صریح یا ضمنی خواسته از طریق کلمات و اشارات یا نشانه‌ها؛ سوم: ضمانت اجرا که همان پیامد تخلف از خواسته برای متخلف می‌باشد. «حکم» یا «فرمانی» که دارای این سه عنصر است و توسط حاکم بیان می‌شود، قانون است. حاکم نیز کسی است که مردم برحسب عادت از وی اطاعت می‌نمایند. ولی خود حاکم، عادتاً از کسی اطاعت نمی‌کند. جامعه‌ای که چنین حاکمی داشته باشد، «جامعه سیاسی مستقل» و فرمانروای آن «حاکم» است (موحد، ۱۳۸۱: ۲۴۹).

وی با بیان این نظریه، در واقع می‌خواهد حقوق را از هر آنچه در ظاهر حقوق نامیده می‌شود، ولی معنای واقعی آن را ندارد، خالی نماید. وی، قوانین الهی را نیز گرچه قانون می‌داند، ولی چون مبنای آنها اخلاق سودگرایی نمی‌باشد، از قلمرو حقوق خارج می‌کند.

از مواردی که او آستین در تشریح معنا و مفهوم قانون، به آن توجه نموده است، بحث ضمانت اجراست که وی آن را به عنوان عنصر حکم می‌داند، و فرمان بدون ضمانت اجرا را قانون نمی‌داند. به علاوه، بنابر نظر او، هر قانونی که حقی را برقرار می‌کند، در همان حال تکلیفی نیز برای دیگری مقرر می‌دارد. زیرا حق و تکلیف، با یکدیگر ملازم دارند و امکان وجود حق برای یکی، بدون ایجاد تکلیف برای دیگری ممکن نیست (همان: ۲۵۱).

آنچه که موجب گردیده چنین نظریه‌ای به عنوان واقعیت و نه ارزش ذکر شود، این است که ماهیت اصلی قانون، به عنوان فرمان بشری، دارای منبع روشنی از نظریه حقوقی و

نیروی طبیعی می‌باشد که ریشه در جامعه دارد. یعنی فرمان بشری، امری تجربی و عینی است که موجب گردیده در چنین نظریه‌ای، قانون به عنوان یک واقعیت تجربی قلمداد گردد. آنچه حائز اهمیت است، این است که وی پیشگام شکل تحلیلی فلسفه حقوق اثبات‌گرایی و نخستین نویسنده‌ای بود که ارائه یک نظام حقوقی به عنوان ساختاری از قوانین به معنای صحیح کلمه را، بدون توجه به خوبی یا بدی آنها، پیشنهاد کرد (کلی، ۱۳۸۲: ۴۶۲). در واقع، محور اصلی بحث در شاخه تحلیلی، چستی حقوق و نسبت آن با حوزه‌های هم‌جوار مانند اخلاق است. یعنی، حقوق را به عنوان یک نظام هنجاری که متمایز از نظام هنجاری اخلاق است، در نظر می‌گیرد؛ اینکه وجه ممیزه حقوق و قانون از دیگر نظام‌های ارزشی و هنجاری چیست و چه چیز باعث می‌شود که یک قاعده را قاعده‌ای حقوقی یا قانون بدانیم، در فلسفه تحلیلی بحث می‌شود (راسخ، ۱۳۸۷: ۱۲). آستین نیز تلاش نمود تا حقوق را فارغ از وجوه تاریخی، اجتماعی، اقتصادی یا اخلاقی که مورد توجه دیگر مکاتب هستند، تبیین نماید.

۵-۱- حقوق فارغ از هرگونه امر غیر حقوقی

هانس کلسن، حقوقدان اتریشی (۱۹۷۳-۱۸۸۱)، در پی آن است تا حقوق را از علوم طبیعی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی و ... خالی نموده و بیکره عریان آن را بررسی نماید. در این زمینه، وی به ارائه نظریه حقوقی ناب پرداخت که بررسی آن برای تبیین نقش واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی مناسب خواهد بود.

۱-۵-۱- نظریه حقوقی ناب

کلسن، سعی دارد حقوق را به صورت تخصصی بررسی نموده و نظریه‌ای ارائه نماید که مربوط به نظام حقوقی معین نبوده و قابلیت استفاده در هر زمان و مکان را داشته باشد. او معتقد است که اثبات‌گرایی که پیش از وی بوده‌اند همگی سعی داشته‌اند تا حقوق را با اموری مثل زیست‌شناسی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی، اخلاق و ... به گونه‌ای ارتباط دهند و لذا 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 (موحد، ۱۳۸۱: ۱۳۸۱).

۲۵۷). لذا او در پی خالی نمودن حقوق از علوم دیگر و ایدئولوژی‌هاست تا بتواند «حقوق بما هو حقوق» را بشناسد و موضوع آن را خالص نماید. به علاوه، در تحقیق نیز آزاد از هرگونه ایدئولوژی و خالی از هرگونه تأیید یا مخالفت نسبت به آن بوده و به این ترتیب در تحقیق و روش‌شناسی نیز عاری از هرگونه ناخالصی غیرحقوق باشد. بنابراین نباید آن را با سیاست، اجتماع، اخلاق و ... مربوط دانست (تیبیت، ۱۳۸۴: ۷۲ و ۷۳).

او با حقوق طبیعی به مخالفت می‌پردازد. زیرا حقوق طبیعی با اخلاق در ارتباط بوده و لذا غیرحقوقی است. آنچه در اخلاق بسیار مطرح است، عدالت می‌باشد که در توضیح مفهوم آن تاکنون، نتیجه‌ای حاصل نگردیده است (Kelsen, 1983:7). به علاوه «عدالت» امری غیرمادی و اخلاقی است که هیچ‌گاه قابل مشاهده و تجربه نبوده است (کلسن، ۱۳۸۷: ۵۰).

کلسن متافیزیک را نپذیرفته و در همه موارد سعی نموده تا نظر خود را مبتنی بر عقل تجربی نماید. لذا باید وی را یک اثبات‌گرا و واقع‌گرا نامید که هرگز اندیشه‌های حقوق طبیعی را نمی‌پذیرد. بنیاد نظریه ناب حقوقی کلسن بر تفکیک میان «هست» و «باید» قرار دارد که البته ریشه آن به نظریات کانت و هیوم باز می‌گردد. هیوم به عدم امکان استنتاج «باید» از «هست» معتقد بوده و با این روش، به رد حقوق طبیعی پرداخت. باید گفت که کلسن نیز به این امر معتقد بوده و از آنجایی که حقوق را نظامی از «بایدها» می‌داند، نه «هست‌ها»، لذا نظریه وی از اثبات‌گرایانی که تا آن زمان، بنیان نظام حقوقی را بر وجدان اجتماعی یا نظم خودجوش می‌دانستند، کاملاً جدا می‌باشد. این امر، خود موجب شهرت وی در ارائه یک نظر با بنیانی جدید گردید.

وی با اثبات‌گرایان پیش از خود نیز هماهنگ نبوده، بلکه نظام حقوقی را مجموعه‌ای از هنجارها می‌داند که به صورت «بایدها» بیان می‌شوند ولی این بایدها کاملاً عاری از اخلاق بوده 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 می‌مانند که ساختار آنها شبیه هرم بوده 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 به عنوان قواعد، دارای پیوندهای منطقی نیستند. هنجارهای حقوقی، بایدهایی هستند که قواعد حقوقی، مظاهر آنها به شمار می‌روند. (تبیست، ۱۳۸۴:۷۳). به عبارتی دیگر، هنجارهای حقوقی با ظهور قواعد نمود می‌یابند. بنابراین ارتباط، انسجام و پیوند نظام حقوقی از طریق هنجارها صورت می‌پذیرد، نه قواعد.

همان‌طور که بیان شد، هنجارهای تشکیل دهنده نظام حقوقی کلسن شبیه هر می است که هنجارها در آن دارای سلسله مراتب می‌باشند. به عبارت دیگر در پایین هرم یک سری هنجارهایی است که اعتبار خود را نه از اخلاق و حقوق طبیعی و نه از «هست‌ها» می‌گیرند؛ بلکه اعتبار آنها از هنجارهای بالاتر از خود می‌باشد. مثل ممنوعیت پارک ماشین در محل توقف ممنوع که اعتبار خود را از هنجار بالاتر یعنی اختیاری که مقنن به دولت در وضع آیین‌نامه‌ها یا امور اجرایی داده است می‌گیرد و به همین ترتیب، اعتبار هر هنجار، بسته به هنجار بالاتر است، تا اینکه به رأس هرم برسیم. در رأس هرم، ممکن است قانون اساسی مکتوب یا نامکتوب، قواعد برآمده از تصمیم یا تصمیمات قضایی، قواعد حقوقی عرفی و غیره قرار داشته باشند که مبنای اعتبار سایر هنجارها که پایین‌تر از آنها هستند، قرار بگیرند.

کلسن اشاره می‌نماید که اگر هرم را از بالا به پایین، بررسی نماییم با «عینی شدن تدریجی حقوق» روبرو خواهیم شد که نهایی‌ترین مصداق آن در مثالی ساده یعنی جریمه پلیس برای پارک در محل توقف ممنوع، نمود می‌یابد. در نظر وی، هنجار بنیادین، توجیه حقوقی ندارد. زیرا پدیده‌ای تاریخی است که به قدرت سازمان مسلط بر کشور بستگی دارد و این پدیده تاریخی در قلمرو حقوق نیست تا بتوان یک توجیه حقوقی برای آن بیان نمود.

کلسن، در مباحث خود، یک پیش‌فرض بنیادین مطرح می‌نماید. به این ترتیب که باید از نظامی که یک جامعه معین را کنترل می‌نماید، پیروی نمود. وی، این پیش‌فرض را «ترم بنیادین» می‌نامد و آن را فاقد هرگونه توجه به واقعیت‌های اجتماعی و ارزش‌های اخلاقی می‌داند.

کلسن در پاسخ به این سؤال که در داخل چارچوب اصلی نظام حقوقی، قواعد حقوق چگونه ایجاد می‌شود، می‌گوید: اجرای اصل برتر که همان قانون اساسی یا قاعده‌ای است

که در رأس هرم قرار دارد، یک قاعده الزام‌آور در پایین هرم ایجاد می‌نماید، و اجرای آن قاعده نیز خود منجر به شکل‌گیری قاعده دیگری در قسمت پایین‌تر هرم می‌شود. بنابراین ایجاد حقوق با اجرای حقوق صورت می‌گیرد. افزون بر این، دادگاه نیز علاوه بر اختیار اجرای قانون، می‌تواند به وضع قانون نیز بپردازد. زیرا دادگاه، ضمن رعایت اصول قانونی برای اشخاص، الزام حقوقی به وجود می‌آورد. اما قانونی که به دست قاضی وضع می‌گردد، تنها برای دو طرف دعواست و چهره عمومی ندارد. بنابراین قانون، عرف، رویه قضایی و هر مقام یا نیرویی که سرچشمه الزام باشد، می‌تواند منبع حقوق باشد؛ چه الزام شخصی باشد یا همگانی، و مقام یا نیرویی که سرچشمه الزام است، نیز ممکن است اصلی یا فرعی باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶:۳۳۲). البته این امر، به این معنا نیست که عرف یا رویه قضایی به عنوان یک امر اجتماعی و غیرحقوقی در ایجاد حقوق و قانون موثرند؛ بلکه از این جهت که ناشی از هنجارهای حقوقی موجود در نظام حقوقی بوده و الزام حقوقی ایجاد می‌نمایند، به عنوان منبع حقوق می‌توانند به شمار آیند.

کلسن در نظام حقوقی، به ضمانت اجرا نیز اهمیت داده و در صورت تخلف از هنجار، آن را قابل اجرا می‌داند که این ضمانت اجرا می‌تواند به صورت مدنی یا کیفری باشد (کلسن، ۱۳۸۷: ۱۱۰ و ۱۱۱). آنچه نظر وی را از دیگر نظریات متفاوت می‌کند این است که تحمیل ضمانت اجراها نتیجه وجود سلسله مراتب در هنجارهاست (ابدالی، ۱۳۸۸:۱۹۳). به عبارت دیگر، اثبات گرایهای پیش از کلسن، در قالب نظریه فرمان، قانون را امر حاکم می‌دانستند که دارای ضمانت اجرا می‌باشد. این شیوه از تحلیل، تحویل‌گرایی^۱ نامیده شد.

به نظر کلسن، نباید کارکرد قانون را تنها در اعمال ضمانت اجرا دانست، بلکه کارکردهای آن بسیار مهم‌تر و وسیع‌تر از آن است. از این جهت، کلسن سعی نمود تا ایراد تحویل‌گرایی را از بین ببرد. لذا الزام قانونی را ناشی از قاعده بنیادین دانست نه به خاطر اعمال ضمانت اجرا (Simmonds, 1998:6). نظام حقوقی مورد نظر کلسن، دارای آثاری است که در ذیل به آنها اشاره می‌نماییم:

۲-۵-۱- آثار هر م حقوقی کلسن

در نظریه حقوقی ناب، هر قانونی به اندازه قوانین دیگر خوب است و همه قوانین، حلقه‌های متعدد زنجیره‌های هنجارها هستند. پس مفاهیمی چون «حق»، «حق شخصی» و «حق عینی» کاملاً از بین می‌رود. به عبارت دیگر، از آنجایی که «حق» معنای خود را در نظام حقوقی کلسن از دست می‌دهد، مفاهیمی که مرتبط با حق هستند نیز مثل حق شخصی و حق عینی، معنایی نخواهند داشت. در واقع باید گفت که کلسن معتقد است اگر نظام حقوقی، بتواند همه الزامهای اجتماعی را دربرگیرد، در این صورت مفهوم «حق» انکار می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۳۴) زیرا «حق» صرفاً «تدوین ویژه و بیان شخصی شده حقوق عینی است که صرفاً همان هنجار یا گروهی از هنجارهاست که دیگران را به منع مداخله، به هر روش، در امور فرد مزبور، مکلف می‌سازد» (کلی، ۱۳۸۲: ۵۶۱).

با انکار «حق»، مفهوم «شخصیت حقوقی» نیز از بین می‌رود. به عبارتی نظریه «شخص» صرفاً وسیله کمکی است که تحت تأثیر ایده‌های انسان‌محور ایجاد شده است (همان). پس مفهوم «شخص» و «شخصیت» زمانی کاربرد دارد که مفهوم «حق» در نظام حقوقی وجود داشته باشد تا براساس آن بتوان اشخاصی را که دارای شخصیت هستند، معلوم کرده و حقوق و تکالیفی را بر آنها محول نماییم.

یکی دیگر از آثار نظام حقوقی مدنظر کلسن، این است که تفکیک حقوق عمومی و حقوق خصوصی از بین می‌رود. زیرا نظام حقوقی، مجموعه‌ای از هنجارهاست که دارای ارتباط منطقی با یکدیگر می‌باشند و هیچ کدام از قواعد و قوانین نسبت به دیگری، دارای ارزش خاصی نیست و هر قانونی به اندازه سایر قوانین ارزشمند است. در واقع هر دو، به یک اندازه، بیانگر مفروضات سیاسی یک جامعه‌اند و به نوعی تداعی کننده ایدئولوژی جدایی دولت و حقوق است. پس علت رد تقسیم‌بندی حقوق به خصوصی و عمومی، ایدئولوژیک بودن آن است (کلسن، ۱۳۸۷: ۶۰). به عبارت دیگر، علت واقعی رد این تقسیم‌بندی در اندیشه کلسن، عدم تفکیک دولت و حقوق در نظریه کلسن است. در واقع کلسن، هیچ تفاوتی بین حقوق و دولت قائل نمی‌شود و دولت را همان حقوق می‌داند. پس تفکیک حقوق به عمومی و خصوصی هم جایگاهی نخواهد داشت.

۶-۱- نظام حقوقی، مجموعه ای از قواعد

در سال ۱۹۶۱ اچ.ال.ای. هارت^۱، اثری تحت عنوان «مفهوم حقوق»^۲ منتشر نمود که در میان نوشته‌های اثبات‌گرایان جایگاه مهمی یافت و نظریات اثبات‌گرایی ابتدایی را دستخوش تحول نمود. روش شناسی او در فلسفه حقوق، مبتنی بر «تحلیل مفهومی»^۳ است. وی سعی نمود به تحلیل موقعیت‌های گوناگون واژه‌های حقوق پرداخته و آنچه را که دارای کاربرد متعارف است ارائه دهد. هارت، با پیروی از رویکرد زبان محور فلسفه جدید، سعی نمود به مطالعه کاربرد و ظاهر واژگان مورد استفاده در حقوق بپردازد تا بتواند به فهمی که مردم و اجتماع از آن واژه دارند دست یافته و واقعیت حقوقی را بهتر دریابد.

در این روش، وی ضمن تقدیر از اثبات‌گرایان ابتدایی به ویژه آستین که سعی در نشان دادن نقاط ضعف حقوق عرفی سنتی و نظریه حقوق طبیعی داشتند، به انتقاد از آنها، به ویژه در مورد «نظریه فرمان» می‌پردازد و آن را مانع مهمی در راه شناخت دیگر قسمتهای حقوق می‌داند. به همین دلیل او، عنوان کتاب خود را «جستاری در جامعه شناسی توصیفی»^۴ انتخاب نمود و منظور وی این بود که با مطالعه و بررسی موقعیت‌ها و روابط اجتماعی، به هر چه بیشتر روشن شدن مفاهیم حقوقی نیز کمک نماید. او به ارائه تعریف خاصی از حقوق نپرداخته، بلکه بیشتر سعی نموده تا به مسائلی در زمینه مفهوم ضمانت اجرا و تهدید، تعهدات حقوقی و اخلاقی، قاعده و قانون و ... بپردازد و بر این اساس یک نظام حقوقی ارائه نماید (Hart, 2006: 997).

۶-۱-۱- انتقاد هارت از نظریه فرمان

هارت معتقد است «نظریه فرمان» که توسط بنتام و به ویژه آستین مطرح گردید، ممکن است تنها بخش محدودی از حقوق را دربرگیرد، ولی حقوق، نیاز به فهم گسترده‌تر دارد که باید در پرتو واژه‌های دیگری نیز بیان گردد. لذا وی حقوق را با مفهوم «قواعد» مورد بررسی

1 - H.L.A, Hart

2 - The Concept of Law

3 - Conceptual analysis

4 - An Essay in Descriptive Sociology

قرار می‌دهد نه «فرامین». هارت می‌گوید اینکه ما قانون را فرمان و امر بدانیم، نمی‌تواند همهٔ قسمتهای مورد نیاز یک نظام حقوقی را تأمین نماید. وی نظریهٔ فرمان را ناقص می‌داند و می‌گوید که واقعیت هیچ نظام حقوقی با این نظریهٔ نشان داده نمی‌شود. همچنین با اصلاح نیز بازسازی نمی‌شود. او حقوق را نوعی خاص از نظام قواعد اجتماعی می‌داند. به این معنا که هر جامعه‌ای دارای قواعدی اجتماعی است. به نظر وی، اگر بخواهیم براساس مدل آستین، یک نظام حقوقی ترسیم نماییم، در این صورت بخش عمده‌ای از حقوق بدون پاسخ خواهد ماند. وی «قواعد» را به جای «فرمان» به کار می‌برد؛ زیرا همیشه امور حقوقی در قالب تکلیف ارائه نمی‌شوند و لذا «قواعد» می‌تواند محدودهٔ گسترده‌تری را دربرگیرد. وی قواعد را به دو بخش قواعد ابتدایی یا اولیه و قواعد ثانویه تقسیم نموده و در نهایت دیدگاهی از قانون را ارائه می‌کند که مشتمل بر یکپارچگی قواعد ابتدایی و ثانویه است:

۱-۶-۱- قواعد اولیه (Primary Rules)

به نظر هارت در جامعهٔ ابتدایی یک دسته قواعد انشایی وجود دارد که تکالیف و تعهداتی را بر اعضای جامعه تحمیل می‌نمایند.^۱ به عبارت ساده‌تر، قواعد اولیه، نقش تعیین تکلیف را به صورت مستقیم به عهده دارند. هدف این قواعد تکلیف‌آور، تنظیم رفتار افراد در اوضاع و احوال مختلف است (موحد، ۱۳۸۱:۲۵۹). این قواعد ممکن است جنبهٔ ایجابی یا سلبی داشته باشند. بنابراین مانع ارتکاب رفتارهای ضد اجتماعی شده و حجم وسیعی از قوانین وضعی را که شاکلهٔ اصلی نظام حقوقی هستند، تشکیل می‌دهند. مثل پرداخت مالیات، منع دزدی و خشونت (Hart, 1961:79-80). وی اشاره می‌کند که قواعد اولیه شامل آن اصول اساسی است که هر سیستم قضایی برای تضمین نظم و قاعده باید آن را داشته باشد. قواعد بنیادی اولیه، طبیعت ثابتی دارند که با توسعهٔ نهادهای قانونگذاری که قدرت لغو قواعد و تدوین قواعد جدید را دارند، از بین می‌روند. به نظر هارت، نظام اجتماعی که تنها دارای قواعد اولیه باشد دارای کاستیهای گوناگونی از جمله عدم انعطاف پذیری و ناکارآمدی خواهد بود. از همه مهمتر اینکه اگر درجه‌ای از پیچیدگی در این نظام باشد احتمالاً دربارهٔ قلمرو و محتوای قواعد اولیه قطعیت زیادی نشان داده نخواهد شد (Fuller, 1958:635, 641, 642L.).

1 - primary duty-imposing rules

وی اشاره می‌کند که در جوامع ابتدایی، نظام های قضایی دربردارنده قواعد اولیه ساده‌ای بودند که فاقد روندی بود که بتواند با تغییر شرایط، قواعد را تغییر دهد. این جوامع، برای تقویت اطاعت افراد روش‌های رسمی نداشتند و بنابراین این کار با گسترش فشار جمعی بر افراد صورت می‌گرفت. در نتیجه، در این جوامع، وسیله‌ای برای تعیین اعتبار نهایی قانون وجود نداشت حل و فصل اختلافات اغلب به افرادی واگذار می‌شد که فاقد جایگاه و مرکزیتی بودند و لذا در نهایت هارت معتقد بود که اعمال قواعد اولیه اعطای قدرت نیاز به یک سیستم پیچیده تنظیم رفتار داشته و این مسأله فقط با کشف یا به احتمال بیشتر، با تکامل قواعد ثانوی می‌توانست مرتفع شود (J. Waluchow, 1985: 47, 48).

۲-۱-۶-۱- قواعد ثانویه (Secondary Rules)

قواعد اولیه هیچ‌گاه نمی‌توانند پاسخگوی همه نیازهای یک نظام حقوقی باشند. زیرا نظام حقوقی متشکل از قواعد اولیه به تنهایی یا بر طبق الگوی آستین با سه مشکل مواجه است: اول، عدم قطعیت قواعد؛ دوم، ایستا بودن جامعه^۲ و سوم، ناکارآمد بودن نظام حقوقی.^۳

هارت در جهت رفع این سه مشکل، بحث قواعد ثانویه را درپرتو سه قاعده شناسایی، تغییر و قضاوت، مطرح می‌نماید. به نظر وی برخلاف قواعد اولیه، قواعد ثانویه ناظر بر استانداردهای مستقر رفتار نیستند. زیرا این قواعد، محتوای خاص خود ندارند. آنها قواعدی درباره قواعد^۴ هستند و تأکیدشان بر اموری همچون قانون‌گذاری و قضاوت است. قواعد اخیر، قواعد اعطای قدرت عمومی و خصوصی هستند. هارت آنها را مجموعاً قواعد ثانوی نامیده و نقش آنها را با توجه به وضع قواعد اولیه تعیین می‌کند. این قواعد به مرحله اجرا^۵ و تعارض قواعد اولیه مربوط می‌شوند. قواعد اخیر اساساً در نوع با قواعد اولیه متفاوت بوده و باعث وضع مقررات نخستین می‌شوند.

-
- 1 - Uncertainty
 - 2 - Static
 - 3 - Inefficiency
 - 4 - rules about rules
 - 5 - secondary power-conferring rules

در یک جامعه ابتدایی، بدون اینکه دارای قواعد شناسایی، قضاوت و تغییر باشد، مجموعه‌ای از قواعد، مثل منع دزدی، کشتار و ... وجود دارد. هارت می‌گوید، اجبار این قواعد، ضعیف است و بر اساس فشارهای اجتماعی ایجاد شده‌اند. پس نباید این قواعد را حقوقی بدانیم. از این نظر، در این جامعه ابتدایی، ما یک دسته قواعد اولیه داریم، بدون اینکه نظام حقوقی وجود داشته باشد. حال اگر در جامعه، یک نظام حقوقی به همراه قواعد ثانویه ایجاد شد، در این صورت، قواعد اولیه، بر اساس قواعد ثانویه، می‌توانند صورت حقوقی به خود بگیرند. لذا می‌گوییم که اولاً، قواعد ثانویه، دارای تقدم وجودی نسبت به قواعد اولیه هستند. یعنی باید قاعده ثانویه را برای تغییر، قضاوت و بالأخص، شناسایی یک قاعده داشته باشیم تا بتوانیم وصف حقوقی را به قواعد اولیه بدهیم. ولی در صورت نداشتن قواعد ثانویه، قواعد اولیه، صورت حقوقی به خود نمی‌گیرند. ثانیاً، قواعد اولیه را از این جهت ابتدایی می‌نامند که در یک جامعه فاقد ارگانهای قضاوت، تقنین و تغییر هم وجود دارند.

به نظر می‌رسد قواعد ثانویه، اهمیتی به مراتب، بیشتر از قواعد اولیه دارند و حتی نسبت به قواعد اولیه، دارای اولویت وجودی هستند. هارت استدلال می‌نماید که وضع قواعد ثانویه، نشانه انتقال از جامعه پیش از حقوق، به نظام حقوقی است. در ذیل به بررسی سه قاعده مطرح در قواعد ثانوی می‌پردازیم:

قواعد ثانویه، شامل سه قاعده است:

اول، قاعده شناسایی (Rule of Recognition) که یک قاعده بنیادین است که تشخیص و تعیین قواعد اولیه را تسهیل می‌کند و براساس آن مردم قادر می‌شوند قانون را از غیر قانون بازشناسند. قاعده بنیادین شناسایی، در واقع ایراد عدم قطعیت در قوانین اولیه را برطرف می‌نماید. به نظر هارت، گرچه می‌توان حقوق را از اخلاق در تفسیر نظام حقوقی، جدا نمود، ولی معتقد است که اگر قاعده شناسایی، بیانگر این مطلب باشد که قانون برای کسب اعتبار باید با قوانین اخلاقی هماهنگ باشد، ایرادی نخواهد داشت.

دوم، قاعده تغییر (Rule of Change) است که اختیارات شهروندان برای اعمال اراده در قالب قراردادهای خصوصی وصیت و.... را فراهم نموده و اختیارات مقنن، برای وضع و اصلاح قوانین را تعیین می‌کند.

سوم، قواعد ناظر بر تحاکم و دادرسی (Rule of Adjudication) است که به قوه قضائیه اختیار حل و فصل دعاوی را داده و مرجعی تحت عنوان دادگستری را ایجاد می‌نماید. به طور کلی دادگاهها، هنگام رفع خصومت و اختلاف، به اعمال و اجرای قواعد حقوقی می‌پردازند. به نظر هارت، واژگان، دارای یک «هسته معنایی جاافتاده یا مستقر» می‌باشند و لذا قطعیت کامل ندارند. پس باید به دادگاهها «اختیار» داد تا بتوانند آن هسته معنایی جاافتاده یا مستقر را بیان نمایند.

در مورد قاعده شناسایی باید توجه نماییم که تمام کسانی که نظام را اداره می‌کنند، باید این قاعده را پذیرفته باشند. این امر نوعی خاص از دلیل را برای قضات در مقام قضاوت و نمایندگان مجلس در مقام مقنن، و مقامات اجرائی در اجرای قوانین ایجاد می‌نماید که از آن به عنوان «دلیل تعبدی حقوقی» یاد می‌شود. قاعده شناسایی یک «روش حقوقی»^۱ ایجاد نموده و قاضی را از معنی شناسی و تفسیر اخلاقی حقوق فارغ می‌نماید (جعفری تبار، ۱۳۸۸:۷۳). پس اگر مقامات دولتی در جامعه، قاعده شناسایی را بپذیرند، این پذیرش، معیار اعتبار قاعده حقوقی گردیده و شکل ایجاد و روش حقوق را مورد توجه قرار می‌دهد (ابدالی، ۱۳۸۸:۱۷۳). به علاوه در مقام قضاوت، تقنین و اجرا نیز یاری کننده مردم و مقامات دولتی خواهد بود. بنابراین همه افراد جامعه ضمن یافتن قدرت تشخیص قانون از غیرقانون، می‌توانند در صورت تعارض قوانین نیز، قانون معتبر را بیابند و از نتیجه اعمال خود آگاه شوند.

البته باید توجه داشت که برای مهار اجتماع لازم است قبلاً در مورد امور خلاف مقررات هشدار داده شود وگرنه مجازات مردم، به موجب قانونی که بعداً تصویب می‌شود صحیح

1 - Discretion
2 - Authoritative Legal Reason
3 - Syntax ° text individuation

نیست. به علاوه، اگر ضابطه‌ای برای محاکمه نباشد، با هواخواهی حاکم روبرو شده و این امر یعنی در واقع، نظام حقوقی، وجود ندارد (موحد، ۱۳۸۱:۲۷۶).

مجموعه آنچه را که تحت عنوان قاعده شناسایی، قواعد تغییر و قضاوت بررسی گردید باید در مجموعه بزرگتری، تحت عنوان «حقوق ثانوی» یا «قواعد ثانوی» هارت قرار داد. این حقوق- همانطور که پیش‌تر هم ذکر آن رفت- نشانه انتقال از جامعه ماقبل حقوقی- به نظام حقوقی است و نقش آنها، تشخیص و مشروعیت بخشیدن به مقررات یا قواعد اولیه است (ابدالی، ۱۳۸۸:۱۸۴). در پرتو قواعد ثانویه، اولاً، مردم می‌توانند قانون را بشناسند؛ ثانیاً، اختیارات خود را می‌دانند و از عقود و ایقاعات استفاده نموده و حقوق جدیدی ایجاد می‌نمایند. به علاوه اختیارات قوه قانون‌گذاری نیز برای وضع و اصلاح قوانین وارد میدان می‌شود. ثالثاً، مرجعی برای حل و فصل منازعه یعنی دادگستری - که جامعه مدرن امروری را از جوامع ابتدایی جدا می‌سازد - ایجاد می‌شود. پس هدف قواعد ثانویه را باید دادن اختیارات، تلقی نمود (موحد، ۱۳۸۱:۲۶۲).

۷-۱- محتوای حداقلی حقوق طبیعی (Minimum Content of Natural Law)

محتوای حداقلی حقوق طبیعی، عنوانی است که هارت به بخش دوم از فصل نهم کتاب «مفهوم حقوق» خود داده است. وی مدعی است که می‌توان اصول اخلاقی را تعیین کرد که محتوای حقوق طبیعی را به نحو حداقلی بنا کنند. وی برخی اصول رفتاری خاص را که ریشه در واقعیات اولیه انسان، طبیعت و اهداف طبیعی انسان دارد تعیین نموده و معتقد است که «هسته معنای خیر» را حقوق طبیعی یا به عبارت دیگر محتوای حداقلی حقوق طبیعی به وجود می‌آورد (Hart, 1961:192-194). هارت معتقد است که اگر قوانین بخواهند نقش خود را در جامعه به مثابه قانون حفظ نمایند، باید حداقلی از محتوای اخلاقی را در خود جای دهند. زیرا برخی ویژگی‌های انسانها در همه اعصار و مکانها ثابت است. یعنی یک ویژگی ذاتی دائمی در انسان است که به دنبال آن، برخی نیازمندها را در وی ایجاد می‌نماید و در نتیجه اگر یک نظام حقوقی نتواند به این نیازمندها پاسخگو باشد، دوام نمی‌آورد. زیرا نیازهای اساسی جامعه متشکل از انسانها را بی‌پاسخ گذاشته است. او در توضیح این نظریه

خود بر پنج نکته تکیه می‌نماید که آنها را در قالب «کلیات^۱» یا «نمونه‌های بسیار روشن^۲» بیان می‌کند. این پنج نکته عبارتند از:

(الف) انسانها نسبت به همدیگر آسیب پذیرند؛ (ب) تقریباً دارای اختیارات برابرند؛ (ج) عموماً دارای انگیزه‌های نوع‌دوستی محدود هستند؛ (د) از جهت منابع و (ه) از جهت فهم و نیروی اراده، محدودیتهای روشنی دارند (Hart, 1961: 189-194). ادامه حیات انسان در شرایط واقعی کنونی امور، مستلزم نوعی از قواعد است که از افراد در مقابل یکدیگر و نسبت به ضعف جسمانی و ذهنی آنان حمایت کند. به علاوه مستلزم نوعی رژیم است که برای مدیریت و حفظ منابع محدود زمین، محافظت و توزیع مناسب را انتخاب نماید. اینها در واقع همان «محتوای حداقلی» حقوق طبیعی است.

گفته شده است که اگر نظریه واقعیت - بنیاد هارت تعداد دیگری از حقایق را دربرمی‌گرفت، ممکن بود فهرست محتوای حداقلی، توسعه قابل توجهی یافته و احتمالاً با دیدگاههای سنتی حقوق طبیعی همگرا تر شود (کلی، ۱۳۸۲: ۶۰۷).

یکی از مسائلی که در پی طرح محتوای حداقلی حقوق طبیعی هارت مطرح گردیده این است که گفته شده، هارت با این نظریه، در واقع از اثبات‌گرایی روی گردانیده و تسلیم حقوق طبیعی شده است. ولی باید گفت که استفاده وی از تعبیر حقوق طبیعی فقط به این معناست که بخشی از نظریه وی ناظر بر ابعاد از حقوق است که برای کارکردهای جامعه ضرورت دارد، ولی نمی‌توان به این موارد ضروری، ویژگی‌های اخلاقی را ضمیمه کرد. در نتیجه به کار بردن تعبیر حقوق طبیعی، توسط وی، فقط کوششی است که ثابت نماید موضوع مورد نظر او شأنی اخلاقی دارد. از این امور باید دریافت که وی یک اثبات‌گراست. از این رو، می‌توان بین نظریات او، آستین و کلسن مقارنه برقرار نمود، گرچه نظریات آنها قابلیت انطباق را در بسیاری موارد ندارند.

«رویکرد اثبات‌گرایی حقوقی هارت، متضمن دو تعهد به نظریه اثبات‌گرایی است: اول اینکه میان حقوق و اخلاق (از حیث مفهومی) باید جدایی افکند و دوم اینکه تجزیه و تحلیل

1 - Generalization

2 - Truisms

مفاهیم حقوقی و وظیفه اصلی فلسفه حقوق است» (Hart, 2003: 57,58). در واقع او از حقوق طبیعی فاصله گرفته است و بنابراین و باید او را یک اثبات‌گرا دانست. اما نه یک اثبات‌گرای ابتدایی بلکه یک اثبات‌گرای نرم (اثبات‌گرایان ابتدایی، حقوق طبیعی با مبنای الهی یا عقل فطری را کاملاً رد می‌نمایند. ولی اثبات‌گرایان معتدل یا نرم، تا حدودی، برخی از امور حقوق طبیعی را می‌پذیرند؛ مثل هارت که محتوای حداقلی حقوق طبیعی را بیان می‌نماید. در واقع، اثبات‌گرایان نرم در نظرات خود، تعدیل یافته اثبات‌گرایان ابتدایی می‌باشند). این امر با پذیرش حداقل محتوای حقوق طبیعی در نظریه وی، آشکار می‌شود.

به علاوه چون او هسته حقیقت حقوق طبیعی را واقعیات اجتماعی می‌داند، بنابراین وی معتقد به یک نظام حقوقی با رویکرد اثبات‌گرایی معتدل است که حقوق و قانون در قالب قواعد اجتماعی هنجاری تعریف می‌شود. این قواعد دارای نقش محوری در نظریه حقوقی وی بوده و موجب انسجام نظام حقوقی خواهند شد.

۲- جایگاه دولت در نظام حقوقی مبتنی بر واقعیت

دولت، نهاد متمایز کننده قواعد حقوقی از قواعد اخلاقی است. به علاوه در همه ادوار، دولت‌ها، در قالبها و اشکال مختلف، به تنظیم و سازماندهی روابط جمعی، ایجاد صلح، نظم و امنیت اجتماعی می‌پردازند. بنابراین، دولت گرچه یک مفهوم اثبات‌گرایانه است، ولی حتی در نظام‌های حقوقی مبتنی بر ارزش نیز وجود دارد و بالتبع، در نظام حقوقی مبتنی بر واقعیت، ضرورت وجود آن بیشتر احساس می‌شود. رویکردهای مختلف تحقیقی و حتی مکاتبی چون مکتب تاریخی که حقوق را ساخته نظم خود جوش می‌داند؛ یا مکتب جامعه‌شناسی حقوق که وجدان اجتماعی را مبنای قواعد حقوقی قرار می‌دهد، به جایگاه شایسته دولت در نظام حقوقی واقفند. حتی گاهی این اهمیت، حالت افراطی یافته و بحث اتحاد حقوق و دولت مطرح می‌گردد. باید در نظر داشته باشیم که مکتب تاریخی و جامعه‌شناسی حقوقی، به تنهایی و با حذف دولت، امکان تشکیل یک نظام حقوقی را در عمل نخواهند داشت. بنابراین، مفهوم دولت و نقش آن در نظام حقوقی مبتنی بر واقعیت، اهمیت زیادی دارد.

۱-۲- حاکمیت تقسیم پذیر

قانون در نظر بنتام به عنوان فرمان یک حاکم، خطاب به کسانی است که عادتاً از وی پیروی می‌نمایند و در صورت نافرمانی با تهدید به مجازات پشتیبانی می‌شوند. بنابراین دو عنصر «فرمان» و «حاکم» اهمیت می‌یابد. «فرمان» در قسمت قبل توضیح داده شد ولی در مورد حاکم، نیاز به ذکر مطالبی است.

بنتام در تعریف حاکم می‌گوید: «شخص یا جمعی از اشخاص که کل جامعه سیاسی، صرف نظر از دلیل پیروی، ملزم به پیروی از آنها هستند (Bentham, 1996:230)». چنین تصویری از حاکم در تئوری قانون بنتام، ارائه نقش محوری به حاکم می‌باشد. بنتام، حاکمیت را تقسیم پذیر و محدود می‌داند. لذا می‌توان حدهای حقوقی را بر قدرت حاکمیت تحمیل نمود.

به نظر او، وظیفه عادی قوانین، توضیح آن چیزی است که مردم باید انجام دهند و وظیفه فوق عادی قوانین، توضیح آن چیزی که حاکم باید انجام دهد. به عبارت دیگر، وظیفه عادی قانون، تکلیف مردم و وظیفه فوق عادی آن، تکلیف حاکم را معین می‌نماید. به علاوه قدرت قانون‌گذاری آمرانه نیز باید تقسیم شود. یعنی قانون‌گذار، خود، محدود به وضع قوانین کلی است؛ اما این قوانین ممکن است به اشخاص اختیار دهند که در مواردی درباره اشخاص یا اشیایی قانون وضع کنند (Bentham, 1996:236). بنابراین، قدرت حاکمیت تقسیم پذیر خواهد بود و بنتام معتقد بود که قضات نباید به قاعده سازی بپردازند، بلکه این امر در صلاحیت قانون‌گذار است. زیرا اگر قاضی به وضع قانون بپردازد، در واقع تعیین مجازات بعد از انجام عمل است. به عبارتی دیگر همانا قبل از انجام عمل، هیچ مجازاتی برای آن در نظر گرفته نشده ولی بعد از آن، قاضی، قانون، وضع کرده و به مجازات فرد می‌پردازد که این اقدامی ناصحیح است. به علاوه، تقنین قضایی بر استنباطات سلیقه‌ای قضات مبتنی است. یعنی کیفیت و ماهیت تصمیم قضایی با اعمال سلايق و نظرات شخصی آنان صورت می‌گیرد و ماهیت تصمیم قضایی با اعمال سلیقه آنان قوام می‌پذیرد. در حالی که این حالت، موجب تضعیف بنیان نظام حقوقی که تقنین آن بر عهده قانون‌گذار است می‌گردد (ابدالی، ۱۳۸۸:۱۶۶).

۲-۲- منفعت عمومی در پرتو نظریه سودانگاری

بنتام به جای قانون برتر، نظریه سودانگاری را به عنوان معیاری برای تشخیص صحت یا عدم صحت قواعد حقوقی ارائه نمود. این اصل، از آنجایی که متضمن حکومت دموکراتیک به عنوان یک نهاد سیاسی است، فلسفه سیاسی دانسته شده است (مجتبوی، ۱۳۸۴: ۵۲). بنابراین اگر قواعدی با اصل منفعت تطابق داشته باشد، اگر با حمایت حکومت همراه گردد، در این صورت می‌توان عنوان «قانون» بر آن نهاد. لذا وی به رد «قرارداد اجتماعی» پرداخت که نظریه غالب در آن زمان بود. او، انسان را موجودی خودخواه دانسته که در پی کسب منفعت است و منفعت را نیز همان خوشی، شادکامی، ثروت، علم، آبرو، دوستی و ... می‌داند (ادگاربودنهام، ۱۹۶۷: فصل ۱۷). از سوی دیگر، برای جامعه، حاکم یا هیئتی را تصور می‌نماید که به وضع قانون برای مردم می‌پردازد و معیار صحت قانون، همان «اصل منفعت»^۱ است. منتها منفعت مدنظر حکومت، منفعت جمعی است نه فردی. یعنی «بیشترین خوشبختی برای بیشترین تعداد» که اصل «حساب خوشبختی»^۲ نامیده می‌شود (کلی، ۱۳۸۲: ۴۲۴). بنتام نخستین کسی بود که به بررسی نظام حقوقی براساس منفعت عموم و مصلحت پرداخت. البته، باید عواملی مثل گرایشهای بشردوستانه، ترس از انقلاب، اشتیاق به دفع آن با پذیرش اصلاحات و دین (به ویژه مذهب پروتستان) را نیز در کنار نفوذ بنتام در عصر اصلاح قانون مؤثر دانست.

بنابراین بنتام، اصل منفعت را در تئوری منفعت عمومی و مصلحت نیز وارد نمود. به این ترتیب که با کنار هم گذاردن و جمع کل گرفتن از منافع فردی موجود در جامعه، منفعت عموم را نیز در نظر گرفت و مصلحت جامعه را در واقع همان جمع منافع اعضای متعددی دانست که آن را تشکیل می‌دهند (Bentham, 1823). به نظر وی، جهت گیری نظام حقوقی در صورتی موجه خواهد بود که نفع را به حداکثر و ضرر را به حداقل ممکن برساند. به عبارت بهتر، نظام حقوقی موجه، نظامی است که بیشترین نفع را متوجه بیشترین افراد جامعه نماید. نتیجه ملاک قرار دادن نفع اکثریت در قلمرو قانون‌گذاری، محوریت نفع و

1 - Principle of utility

2 - Felicific calculus

مصلحت عمومی^۱ خواهد بود. پس در صورتی که نفع اکثریت در نادیده گرفتن حقوق بنیادین اقلیت باشد، این نقض حقوق، موجه خواهد بود. به دیگر سخن، اگر منفعت اکثریت در بردگی یا حتی نسل کشی اقلیت باشد، توجیه خواهد شد.

این نگاه می‌تواند، در مواردی توجیه‌گر نظامهای نژادپرستی یا حتی فاشیستی باشد، مشروط بر اینکه سیاست قانون‌گذاری آنها بر مبنای نفع اکثریت باشد. لذا نظریه نفع اکثریت می‌تواند در مواردی به نقض حقوق بشر نیز بپردازد (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۲: ۱۲۲ و ۱۲۱). به علاوه، همیشه منفعت فردی با منفعت اکثریت، یکی نیست. به عنوان نمونه، منفعت فردی در خریدن جنس ارزان‌تر، عدم پرداخت مالیات و ... است. در حالی که، سیاست گذاری‌های دولت با ملاک منفعت اکثریت گاهی اوقات خلاف منفعت فردی قرار می‌گیرد. یعنی ارائه اجناس با قیمت بالاتر، پرداخت مالیات و ...

بنتام هدف عالی حکومت را در محدود کردن احساسات خودخواهانه و ترغیب به فداکاری برای منفعت عمومی می‌دانست. ولی اعلام «حقوق طبیعی» بشر در نظریه وی تنها این احساسات را زیاده از حد قوی می‌نمود (کلی، ۱۳۸۲: ۴۱۰). ایده «خوشبختی» او نیز در زمان ما ممکن است بی‌ارزش جلوه نماید، چون ممکن است منفعت عمومی و مصلحت را معیار پوچی بدانیم که به راحتی می‌توان با ارزشهای مشکوک، آن را پر نمود. ولی در واقع، نظریه ارزیابی قوانین (موجود یا بالقوه) با توجه به شمار مردمی که این قوانین، آنان را خوشبخت می‌کنند، در قرن هجدهم، نظریه فوق‌العاده‌ای بود (همان: ۴۲۶). به علاوه در این سده، با رشد علوم مختلف و سازمانهای دولتی آنچه بیشتر مطرح می‌گردید، بحث چپستی و کارکرد دولت‌ها و نه «قرارداد اجتماعی»، به عنوان منشأ ایجاد دولت بود.

به طور خلاصه، باید گفت که بنتام در قالب نظریه فرمان به توضیح قانون پرداخت و اصل منفعت را نیز به عنوان معیار صحت قانون ارائه نمود. وی اولین کسی بود که نظام حقوقی را در پرتو منفعت عمومی و مصلحت ارزیابی نموده و در پرتو نظریه سودانگاری، منفعت عمومی را تبیین و تشریح کرد.

از آنجایی که سود انگاری- همان طور که پیش‌تر تبیین گردید- در نظر وی امری واقعی و تجربی است، لذا منفعت عمومی نیز یک امر مادی و اثبات‌گرایی خواهد بود. بنتام در جایی بیان می‌نماید که «هر کس بایستی یک، و هیچ کس نبایستی بیش از یک، به شمار آید» (کلی، ۱۳۸۲:۴۶۸). این امر توضیحی برای ارزش «برابری» در نظر بنتام می‌باشد که ممکن است در ابتدا به عنوان نمونه نقضی برای نظام حقوقی وی به شمار آید. ولی او «برابری» را نه به عنوان یک ارزش ناشی از حقوق طبیعی بلکه به خاطر منفعت عمومی و مصلحت براساس نظریه سودانگاری که منجر به ایجاد رابطه حق و تکلیف می‌گردد، بیان می‌نماید.

۲-۳- حاکمیت تقسیم‌ناپذیر

پیش‌تر دریافتیم که جان آستین، به عنوان یک اثبات‌گرا و فردی که پیشگام در ارائه شکل تحلیلی فلسفه حقوق اثبات‌گرایی است، در فلسفه حقوق، جایگاه ویژه‌ای دارد. وی، قانون را حکم حاکم دانسته به علاوه، حاکمیت را محدودیت‌ناپذیر و غیرقابل تجزیه می‌دانست. حاکمیت محدودیت‌ناپذیر است، چون حاکم به خودش فرمان نمی‌دهد. یعنی خودش را محدود نمی‌کند و اگر بخواهد از حاکم دیگری نیز تبعیت نماید، در این صورت حاکم محدود شده را نباید حاکم خواند، بلکه حاکم محدود‌کننده، حاکم است. حاکمیت غیرقابل تجزیه است، چون حاکمیت در جامعه مستقل سیاسی وجود دارد. یعنی در یک جامعه مستقل سیاسی، یک حاکم داریم و مردم عادتاً از همان حاکم پیروی می‌نمایند. حال اگر بگوییم که اطاعت قابل تجزیه است، یعنی حاکمیت‌های متعدد و به دنبال آن جوامع سیاسی مستقل متعدد نیز خواهیم داشت. در نتیجه باید گفت که تجزیه حاکمیت در جامعه مستقل سیاسی ممکن نیست، چون نیازمند جوامع سیاسی متعدد است (Austin, 1996:255).

در پاسخ به آستین باید گفت که ایجاد محدودیت توسط حاکم برای خودش امری غیرمنطقی نیست و بسیاری از افراد برای خود به دلایل مختلف ایجاد محدودیت می‌نمایند. بنابراین نباید آن را غیرمنطقی بدانیم. در مورد تجزیه‌ناپذیر بودن نیز باید گفت که هیچ اشکالی ندارد که مثلاً در امور مدنی از دولت و در امور مذهبی از کلیسا تبعیت شود (موحد،

(۱۳۸۱:۲۵۰). لذا تجزیه‌ناپذیری حاکمیت مورد قبول واقع نشده است. چون در جوامع مدرن، پیچیدگی حوزه حقوق عمومی به اندازه‌ای است که نمی‌توان تنها یک حاکم یا هیئتی را مقنن قرار داده و مردمی را نیز تصور نمود که از وی عادتاً پیروی می‌نمایند بلکه امروز حوزه دولت بسیار گسترده شده به طوری که بخشها و ارگانهای دولتی و غیردولتی مختلفی در جهت وضع، اجرا و نظارت بر اجرای قانون وجود دارند که البته در صورت تخلف هم توسط ارگان دیگری مورد نظارت و قضاوت قرار می‌گیرند. حتی خود ارگان قضاوت کننده نیز ممکن است تخلف نموده و توسط مرجعی دیگر مورد نظارت قرار گیرد و حتی با محدودیت مواجه باشد. بنابراین بحث حاکمیت تجزیه‌ناپذیر و محدودیت‌ناپذیر در الگوی حاکمیت آستین با واقعیت در جوامع مدرن همخوان نبوده و با مشکل مواجه می‌شود. به علاوه «حاکمیت فرمانبرداری عادت وار، جنبه حقوقی حاکمیت را با وضعیت بالفعل و واقعی درآمیخته است» (ابدالی، ۱۳۸۸:۱۷۱) افزون بر این، حاکمیت، نهاد سیاسی و حقوقی در حیات اجتماعی انسان و دارای قدرت نهایی است، اما هیچ ایرادی ندارد که حکم منطقی یا ضرورت دیگری، آن را تقسیم پذیر نماید.

برخی معتقدند آستین قصد داشته حقوق را بر امری که خارج از قلمرو حقوق باشد مبتنی نماید پس آن را بر واقعیت یعنی فرمانبرداری عادت وار توده مردم مبتنی نموده است. اما، باید توجه داشت که استقرار قدرت واقعی در جوامع مدرن، مستلزم جستاری کاملاً جامعه‌شناسانه است و با مسأله استقرار حاکمیت حقوقی تفاوت دارد (همان: ۱۷۲).

یکی از دلایل دیگری که نظریه وی مورد انتقاد واقع شده، نارضایتی از مبحث حاکمیت است. هارت آن را صحیح نمی‌داند چون معتقد است پیروی عادت وار از یک حاکم، موجب می‌گردد که بعد از فوت حاکم و تا زمانی که مجدداً حاکم دیگری مورد اعتماد مردم قرار گیرد و مردم بتوانند از وی اطاعت نمایند، هرج و مرجی ایجاد شود. از طرف دیگر، محدودیت حاکم برای خودش غیرمنطقی نبوده بلکه با جوامع مدرن سازگارتر است.

۲-۴- اتحاد حقوق و دولت

کلسن با بیان نظریه حقوقی ناب، همه قوانین رادارای یک ارزش دانسته و لذا تفکیک میان حقوق عمومی و خصوصی را رد می‌کند. در نظریه وی گروه‌بندی‌های دوگانه حقوقی که بر پایه حوزه کارکرد آنها طبقه‌بندی شده بودند از بین می‌رود و ارزش حقوق خصوصی به اندازه حقوق عمومی خواهد بود. بنابراین، عدم تفکیک میان حقوق و دولت، موجب عدم تفکیک میان حقوق عمومی و خصوصی می‌شود. زیرا دولت، مجموعه‌ای از هنجارهاست که در گزاره «بایدانگار بودن» از سایر قواعد موجود در حقوق چیزی کمتر یا بیشتر ندارند. هنجارهایی که منجر به ایجاد حقوق می‌گردند، دولت را نیز ایجاد می‌نمایند که از لحاظ ارزشی با دیگران در سطحی برابر قرار دارد، لذا در نظام حقوقی کلسن، دولت همان حقوق و قانون خواهد بود (کلی، ۱۳۸۲: ۵۱۷).

در نظام حقوقی کلسن، مفهوم «شخصیت حقوقی» وجود ندارد، لذا دولت نیز که همان حقوق است شخصیت حقوقی ندارد. کلسن تلاش نموده تا نظام حقوقی خالی از هرگونه ناخالصی غیرحقوقی ارائه نماید و تنها حقوق را به عنوان حقوق، نه علم آمیخته با سایر دانشها بررسی می‌نماید؛ به گونه‌ای که در هر زمان و مکان و در هر جامعه‌ای قابلیت اجرایی داشته باشد. لذا خاستگاه نظم حقوقی از نظر وی می‌تواند حکومت دموکراتیک یا اراده یک فرد مستبد باشد و ارتباطی به حقوقدان ندارد. در واقع، دولت، همان قانون یا نظام رفتاری و یک نظام اجبارگر اجتماعی است. اما باید توجه داشت که گرچه کلسن، دولت را همان نظام قواعد می‌داند ولی در حقیقت، امر را عوض نمی‌کند. یعنی او نیز حقوق را دولت و اراده دولت می‌داند؛ گرچه سعی می‌نماید به گونه‌ای دولت و قانون را یکی بداند و از نظریه آستین که قانون را حکم حاکم می‌داند، فاصله بگیرد، ولی باز به همان نظر برمی‌گردد، با این تفاوت که «نظریه فرمان آستین»، زورمدار^۱ ولی نظریه کلسن، قاعده مدار^۲ است (موحد، ۱۳۸۱: ۲۵۸).

وضع قانون، به دلیل ضرورت‌های ناشی از زندگی اجتماعی است و قانون نتیجه پیروزی نیرویی است که در مبارزه میان نیروهای مختلف پیروز شده است. در نتیجه نمی‌توان حقوق

1 - Coercive character

2 - Normative character

را تنها به دولت نسبت داد و منشأ اجتماعی و اسباب واقعی ظهور آن را منکر شد. حقوق و مقنن، دارای اهدافی هستند که مطالعه قواعد حقوق به تنهایی، آن اهداف را به ما نشان نمی‌دهند. اگر دولت و نظام حقوقی پیشین در اثر انقلاب از بین برود، تا قبل از تشکیل دولت و حکومت جدید، قاعده بنیادینی برای حقوق که داخل هرم حقوقی باشد، وجود نخواهد داشت و لذا باید بر امور اجتماعی تکیه کرد. این امر خلاف نظام حقوقی کلسن و نقض آن است.

۲-۵- دولت در نظام قواعد

همان طور که پیشتر ذکر شد، هارت یک اثبات‌گرای نرم یا معتدل است که به ارائه یک نظام حقوقی در قالب «قواعد» پرداخته و آنها را به دو دسته تقسیم نمود. قواعد اولیه که با هدف تحمیل تکالیف و تعهدات ایجاد گردیده و قواعد ثانویه که با هدف دادن اختیارات، وضع گردیده‌اند.

با توجه به آنچه هارت از یک نظام حقوقی ارائه می‌دهد، بدون اینکه دولت خاصی را مدنظر قرار دهد، می‌توان گفت که از آنجایی که انسان یک موجود اجتماعی است و سازماندهی و تنظیم روابط اجتماعی نیازمند مکانیزم دیگری است، لذا جهت تنظیم روابط اجتماعی به دولت نیازمندیم. اما هارت، گونه خاصی از دولت را ارائه نمی‌دهد، بلکه در پرتو نظام حقوقی او می‌توان دریافت که دولت در هر صورت باید قاعده شناسایی را بپذیرد. زیرا در غیر این صورت، به نظر می‌رسد که قادر به تنظیم سایر قوانین در پرتو قاعده شناسایی و ایجاد نظم حقوقی نخواهد بود. همچنین دولت باید انسجام حقوقی را در پرتو نظریه «قواعد» ایجاد نموده و محتوای حداقلی حقوقی طبیعی را نیز رعایت کند. به این صورت که ضمن تنظیم قوانینی در قالب قواعد اولیه و ثانویه، جهت پاسخ‌گویی به ضرورتها و واقعتهای اجتماعی، شرایطی را فراهم نماید تا افراد جامعه به اهدافی چون بقا، حفظ خود از آسیب، مدیریت و حفظ منابع زمین، محافظت و توزیع آنچه که در اختیار ما قرار داده است، برسند. پس اگر دولت، بتواند به این اهداف دست یابد و انسجام نظام حقوقی را نیز در پرتو «قواعد» ایجاد و حفظ نماید، به هر شکلی که باشد، به نظر می‌رسد مشکلی ایجاد نخواهد

شد. زیرا تا آنجا که بررسی گردیده، هارت شکل خاصی از حکومت و دولت را ارائه ننموده و مدنظر قرار نداده است.

هارت معتقد است که حاکمان امروز، محکوم قواعد حقوقی خود می‌باشند. به عبارت دیگر، براساس نظام حقوقی تنظیم شده از سوی هارت، قواعد موجود، تنها مخصوص مردم نیست، بلکه برای حاکمان و دولت نیز قواعدی را مقرر می‌نماید. به نظر هارت، اگر یک قاعده شناسایی برای تشخیص و قطعیت قوانین داشته باشیم می‌توان با تفکیک میان مثلاً دو مقام «عضو پارلمان» در نقش قانون‌گذار و «شهروند خصوصی»، حاکم را ملزم به پیروی از قانون بدانیم. اما این تفکیک، تنها در صورت پذیرش یک قاعده شناسایی که قابل صورت بندی در پیکره فرمان نیست، امکان پذیر است (کلی، ۱۳۸۲: ۵۸۵). از سوی دیگر، مردمان امروز، حاضر به اطاعت از حاکمان و قوانین پیشین نیستند. یعنی در قالب نظریه فرمان نمی‌توان گفت که حکم حاکم، حتی برای بعد از او نیز باقی می‌ماند. همچنین هارت معتقد است که نظریه فرمان، قادر به ارائه تفکیکی دقیق میان قدرت ناشی از قاعده حقوقی عادلانه یا معتبر نیست. به عبارت دیگر بین اجبار و تکلیف یا الزام و التزام نمی‌توان تفاوتی قائل شد، زیرا دارای رویکردی بیرونی هستند (جعفری‌تبار، ۱۳۸۸: ۶۱).

همان‌طور که پیشتر نیز ذکر شد هارت اعتبار قانون را از اعتبار اخلاقی جدا می‌داند. ولی راه نافرمانی و عدم اطاعت مدنی را برای اصلاح قانون بازمی‌گذارد. پس گرچه، در نظر وی، اعتبار قانون از اخلاق جداست ولی او پیوند قانون را با اخلاق می‌پذیرد.

در نهایت، برای بیان جایگاه دولت در نظام حقوقی مبتنی بر واقعیت از دیدگاه هارت، باید گفت که وی اساس کار خود را در ارائه یک نظام حقوقی قرار داده است تا بتواند از ایرادات و نقایص اثبات‌گرایان ابتدایی و افراطی به دور ماند. هارت ضمن اینکه به اثبات‌گرایی پای‌بند است ولی یک اثبات‌گرایی افراطی نیست. زیرا برخی از پوزیتیویستهای افراطی، دولت و حقوق را یکی دانسته‌اند و به عبارت دیگر، اتحاد حقوق و دولت را مطرح می‌نمایند (مثل کلسن) و گاه، قانون را در قالب نظریه فرمان، تبیین می‌نمایند (بتنام و آستین) و بعضی دیگر نیز، قانون را تابع وجدان و اراده عمومی دانسته یا آن را تابع یک نظم خودجوش می‌دانند (پیروان مکتب جامعه‌شناختی یا تاریخی). به نظر وی، اثبات‌گرایی و ارائه

یک نظام حقوقی که بتواند از نقایص و ایرادات پیشینیان خود به دور ماندو در عین حال محتوای حداقلی حقوق طبیعی را نیز بپذیرد و این امر توسط دولت حاکم رعایت شود، می‌تواند انسجام حقوقی را ایجاد نماید. به علاوه، براساس قاعده شناسایی که وی در قالب قواعد ثانویه ارائه نموده، ممکن است در یک نظام حقوقی که مبنای اخلاقی می‌یابد، دولت نیز به تبع آن اخلاقی گردد. بنابراین براساس نظر وی، در شکل حکومت با رعایت نظام «قواعد» هارت محدودیتی وجود نخواهد داشت.

نتیجه‌گیری

همان‌طور که ملاحظه شد، تحقق گرایان سعی نمودند تا در ایجاد قاعده حقوقی به واقعیت‌ها نقش داده و امور متافیزیک و ناملموس را در ایجاد قاعده حقوقی بی‌تأثیر کنند و به این ترتیب، حقوق با واقعیت‌ها ارتباط یافت و امری ملموس شد. اما حقوق تجربی، گرچه برخی از مشکلات موجود در حقوق طبیعی را حل نمود، ولی خود با مسائل جدیدی روبه‌رو گردید. برای مثال در حقوق تجربی، رعایت اخلاقیات مطرح نبود و این امر به معنای کنار گذاشتن ارزشها و اصول اخلاقی از حقوق بود. به علاوه، واقعیات اجتماعی، مرتب در حال تغییرندو زمانی که این واقعیات، معیار تشکیل قاعده حقوقی قرار گیرند، با تغییر آنها، حقوق و قواعد حقوقی نیز تغییر می‌یابند.

بنابراین، گرچه درحقوق طبیعی، ثبات دائمی، موجب ناکارآمدی حقوق می‌شد، اما تغییر پذیری زیاد و سریع حقوق تجربی نیز بحث کارآمدی قواعد حقوقی را به چالش می‌کشید. به علاوه، برخی از واقعیات اجتماعی مثل نظم خود جوش (مبنای قواعد حقوقی در مکتب تاریخی) و وجدان اجتماعی (مبنای قواعد حقوقی در مکتب اجتماعی)، زمانی که مبنای قاعده حقوقی قرار بگیرند، نمی‌توانند نظام حقوقی ایجاد نمایند. دولتها نیز، زمانی که مبنای تشکیل قواعد حقوقی قرار بگیرند (مکتب دولتی)، ممکن است حقوق را، ملعبه دست خود ساخته و در جهت منافع و مقاصد خود از آن بهره‌گیرند. بنابراین، نظام حقوقی، به هدف خود دست نمی‌یابد.

در واقع، مجموع این امور نشان می‌دهد که واقعیات به تنهایی نمی‌توانند به ایجاد قواعد حقوقی بپردازند. همان‌طور که هارت، به این نتیجه دست یافت که در کنار واقعیتهای، بایستی محتوای حداقلی حقوق طبیعی را به عنوان عنصر ضروری تشکیل دهنده نظام حقوقی متشکل از قواعد پذیرفت. به عبارت دیگر، هارت گرچه برای واقعیتهای نقش عمده قائل بوده، ولی محتوای حداقلی حقوق طبیعی را نیز در نظام حقوقی پذیرفته و مجموع ارزش و واقعیت‌ها را برای ایجاد نظام حقوقی ضروری می‌داند. مجموعه مباحث فوق نشان می‌دهد که واقعیت، منهای ارزشها، نمی‌تواند نظام حقوقی را کارآمد نماید.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

- ۱- ابدالی، مهرزاد. (۱۳۸۸)، *درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه های حقوقی*، تهران، انتشارات مجد.
 - ۲- پاپکین و استرول، ریچارد و آوروم. (۱۳۸۴)، *کلیات فلسفه* (مترجم: سید جلال الدین مجتوبی)، تهران، انتشارات حکمت.
 - ۳- تیبیت، مارک. (۱۳۸۴)، *فلسفه حقوق* (مترجم: حسن رضایی خاوری)، مشهد، مؤسسه فرهنگی قدس.
 - ۴- جعفری تبار، حسن. (۱۳۸۸)، *فلسفه تفسیری حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار*.
 - ۵- راسخ، محمد. (۱۳۸۷)، *حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش)*، تهران، طرح نو.
 - ۶- قاری سید فاطمی، محمد. (۱۳۸۲)، *حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر اول: درآمدی بر مباحث نظری (مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع)*، تهران، مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
 - ۷- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷)، *فلسفه حقوق، جلد اول، تعریف و ماهیت حقوق*، تهران، شرکت سهامی انتشار.
 - ۸- کلسن، هانس. (۱۳۸۷)، *نظریه حقوقی ناب: مدخلی به مسائل نظریه حقوقی*، (مترجم: اسماعیل نعمت اللهی)، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت).
 - ۹- کلی، جان. (۱۳۸۲)، *تاریخ مختصر تنوری حقوقی در غرب* (مترجم: محمد راسخ)، تهران، طرح نو.
 - ۱۰- موحد، محمد علی. (۱۳۸۱)، *در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر*، تهران، نشر کارنامه.
- 11- Austin, John (1996), *The Province of Jurisprudence Determined*, At Intrudction to Jurisprudence, By M.D.A, Freeman, Sweet and Maxwell, 6th ed
 - 12- Bentham, Jeremy (1823), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Ch. I, iv

- 13- Bentham, Jeremy (1996), *of Laws in General, in Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, M.D.A., Freeman (ed), 6th. Ed. London, Sweet and Maxwell
- 14- Bowring, Jhon (1823-43), *Bentham's Anarchical Fallacies*, 11 vols, London: Edinburgh
- 15- Frey R.(2000), *Act-Utilitarianism, Oxford: Blackwell Publisher*
- 16- H.L.A., Hart (1961), *The Concept of law*, Op Cit., London, New York
- 17- H.L.A., Hart (1992), "*Essays on Bentham*", Oxford, Oxford University Press, 2nd. Ed.
- 18- Hart, A.L.A. (2003), *Positivism and the Separation of Law and Morales, in Philosophy of Law*, ed Patterson, Dennis, Black well
- 19- Ian, p.Farrell (2006), *H.L.A.Hart and the Methodology of Jurisprudence*, Texas Law Review, Mar , vol. 84:4
- 20- Kelsen, Hanse (1983), "*What Is Justice?*", 2 nd,ed., London, University of California Press
- 21- Kenneth Einar, Himma (1999), *Judicial Discretion and Concept of Law*, in Oxford Journal of Legal Studies, Vol.19
- 22- L. Fuller, Lon (1958), *Positivism and Fidelity to law: Areply to professor Hart*, in. Harvard law Review, vol. 71. N° 4, pp. 630-672
- 23- Simmonds, N.E.(1998), *Philosophy of Law*, in The Blackwell Companion to Philosophy, ed. By N. Bunnin and E. p. Tsui-James, Oxford; Oxford Blackwell, Ch. 12.
- 24- Wacks, Raymond (2009), *Philosofy of Law*, A Very Short Introduction, Oxford Unioersity Press
- 25- Wilfrid J. waluchow,(1985), *Hart, Legal rules and palm tree justice*, In. Law and philosophy, vol. 4, N° 1, pp. 41-70