

# A Critical Study of the Essence of the Rule of Recognition

(Type of Paper: Research Article)

Babak Baseri\*

## Abstract

Herbert L. Hart considers the rule of recognition as the ultimate criterion for the validity of a legal system and its rules. Doubts about the validity of a rule in a primitive legal system-which has only primary rules- due to lack of a formal and valid criterion for recognition, leads to the “uncertainty issue”. But in a matured legal system, secondary rules – rules on recognition, change, and supervision – remove the system’s uncertainty, instability and inefficiency. The purpose of this research is to analyze and identify the rule of recognition as a criterion for determining the validity of other rules in a legal system. Criticisms of the recognition rule have been divided into four categories; the first critique is related to the essence of the legal system meaning that its scope determines its autonomy. The second critique is lack of normative features in the rule of recognition. The third critique is its incompatibility with the ultimate criteria of legal validity. Finally, the fourth critique is hermeneutical. However, some, using Hart's positivist methodology, believe that the rule of recognition lacks the characteristics of a rule and suggest "the idea of recognition" instead.

## Keywords

positivism, soft positivism, rule of recognition, ultimate criteria of legal validity.

---

\* Assistant Professor at the Public and International law Department, Law and Humanitarian Faculty, Islamic Azad University, Shiraz Branch, Shiraz, Iran. Email: baseribabak@gmail.com  
Received: August 17, 2019 - Accepted: February 17, 2020



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.

## مطالعه انتقادی چستی قاعده شناسایی در نظام حقوقی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

بابک باصری\*

### چکیده

هربرت ال. هارت - فیلسوف حقوق معاصر - قاعده شناسایی را معیار غایی اعتبار نظام حقوقی و قواعد آن می‌داند. در صورت تشکیک در اعتبار قاعده در هر نظام حقوقی بدوی - که تنها دارای قواعد اولی هستند، به دلیل نبود معیاری رسمی و معتبر برای شناسایی آن، ایراد «عدم قطعیت» به وجود می‌آید. اما در نظام حقوقی بالغ، قواعد ثانوی - قاعده شناسایی، تغییر و نظارت - نقصان عدم قطعیت، ایستایی و ناکارآمدی را برطرف می‌سازد. هدف از این پژوهش بررسی و تحلیل قاعده شناسایی به مثابه معیاری برای تعیین اعتبار سایر قواعد در نظام حقوقی یا پوچی آن است. مطالعات انتقادی قاعده شناسایی را به چهار دسته تقسیم کرده‌ایم؛ نقد نخست مربوط به درون مایه نظام حقوقی است، بدین معنا که دایره شمولش خودبستگی آن را تعیین کند. نقد دوم به فقدان خصیصه دستوری قاعده شناسایی بازمی‌گردد. سومین نقد، ناسازگاری آن با معیار غایی اعتبار نظام حقوقی را اماره‌ای بر فقدان قاعده شناسایی می‌داند. در نهایت نقد قاعده مزبور از دیدگاه هرمنوتیک است. اگرچه برخی نیز با نقد روش شناسی پوزیتیویستی هارت، قاعده شناسایی را از اساس فاقد خصیصه قاعده می‌دانند و «ایده شناسایی» را در مقابل آن مطرح می‌کنند.

### کلیدواژگان

پوزیتیویسم، پوزیتیویسم نرم، قاعده شناسایی، معیار غایی اعتبار حقوقی.

\* استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شیراز، شیراز، ایران.  
Email: baseribabak@gmail.com

## مقدمه

در زندگی اجتماعی این پرسش همواره در ذهن جاری است که چرا باید از قواعد و مقررات حقوقی تبعیت کنیم؟ در مقاطع مختلف از این قواعد انتقاد می‌کنیم و گاهی آنان را عادلانه یا ناعادلانه، منطقی یا غیرمنطقی و مقبول یا مردود می‌خوانیم. قوه ادراک قوانین و قواعد حقوقی را پیوسته مورد قضاوت ارزشی قرار می‌دهد، حاصل چنین ارزش‌گذاری به‌طور عینی در اعتراضات و تجمعات یا نافرمانی در برابر قانون و حتی نقض قانون قابل مشاهده است. در تحلیل این قضیه با دو مسئله منشأ هنجارگذار قاعده که کارویژه آن ارزش‌بخشی یا اعطای اعتبار به آن است و کارکرد قاعده در نظام حقوقی مواجهیم. این نوشتار به دنبال آن است تا با تفکیک کارکرد قاعده در نظام حقوقی از منشأ هنجارگذار آن به تحلیل چیستی قاعده شناسایی<sup>۱</sup> در نظام حقوقی بپردازد. در این زمینه نخست بر چیستی قاعده تمرکز شده است؛ قاعده حقوقی چیست و کارکرد آن در نظام حقوقی کدام است؟ خط فاصل قاعده حقوقی با سایر قواعد کجاست؟ و در نهایت معیار غایی قاعده چیست؟

در راستای چارچوب مفهومی بحث، به چیستی قاعده با متدولوژی پوزیتیویستی و حقوق طبیعی نیز پرداخته خواهد شد. چنانکه بپذیریم قاعده شناسایی معیاری برای سنجش اعتبار یا بطلان سایر قواعد حقوقی است، آنگاه با این پرسش مواجه می‌شویم که اعتبار آن منوط به چیست؟ هارت معتقد است، کارکرد قاعده شناسایی در نظام حقوقی تنها اعطای اعتبار به سایر قواعد است و خود نه باطل است و نه معتبر. در بخش دوم قاعده شناسایی در سنت قراردادگرایی بررسی می‌شود. هدف از این مطالعه جستن نقطه اتکایی برای طرح قاعده شناسایی به مثابه معیار غایی اعتبار نظام حقوقی در بخش سوم مقاله است. ایده قاعده شناسایی به مثابه معیار غایی اعتبار محل طرح مباحث متعددی است که از دیدگاه موافقان و مخالفان بدان پرداخته می‌شود. این ایده تزی است که آنتی‌تز مستدلی را به وجود آورده است. این آنتی‌تز را می‌توان در پنج دسته مطالعه کرد: ۱. دایره شمول قاعده شناسایی، ۲. فقدان خصیصه هنجاری قواعد اجتماعی، ۳. ناسازگاری با معیار غایی اعتبار، ۴. پوچی قاعده شناسایی و ۵. نفی قاعده شناسایی در بافت هرمنوتیک حقوقی. بخش چهارم به پوزیتیویسم فراگیر یا نرم اختصاص یافته که می‌کوشد با تعدیل تز قاعده شناسایی در برابر انتقادهای مزبور، سنتزی ارائه کند. در پایان نیز نتیجه‌گیری تحقیق نگاشته شده است.

## چیستی قاعده حقوقی

برای درک چیستی قاعده نخست باید آنها را در «نهاد حقوقی» بررسی کنیم. نهاد، سازمان اجتماعی است که نظامی مستقل از اشیای آفریننده خود دارد. هر نهادی برای ادامه حیات خویش مستلزم هنجارهای درونی، سازوکارها و تشریفات اجرایی است. نهاد حقوقی نیز از این امر استثنا نبوده و به موتور محرکی نیازمند است و این موتور پیشبرنده در نهاد حقوقی، «قاعده» است. قاعده می‌کوشد تا میان هنجارهای درونی نهاد سازش ایجاد کند و راهکاری برای اجرایی کردن ارزش‌ها بیابد، بنابراین قاعده واجد وصفی تجویزی<sup>۱</sup> است. به عبارت دیگر قاعده امری انضمامی است که از همراهی سوژه (فاعل شناسا) با ابژه (موضوع شناسایی) یا از ترکیب ذهن و عین به وجود می‌آید. برخلاف «امر مطلق»<sup>۲</sup> که مستقل از عین وجود دارد و نیازمند اثبات علی نیست، قاعده مشروط و ناشی از ضرورت شرط بیرونی و نتیجه انتسابی است. مانند اینکه «اگر شهادت دروغ بدهی مجازات می‌شوی» که قاعده‌ای حقوقی است و گزاره «هرگز دروغ نگو» که امری مطلق یا اخلاقی است. قاعده حقوقی انطباق امر عینی با امر ذهنی است. به دیگر سخن، از انضمام ابژه (موضوع شناسایی) بر سوژه (عامل شناسا) - روابط بین‌الذهانی میان کنشگران اجتماع هدف - قاعده حقوقی شکل می‌گیرد. از آنجا که در ایده آلیسم عین مستقل از ذهن نیست و هر شناختی محصول شیء فی‌نفسه و ادراکات عقلانی از آن است، قاعده حقوقی نیز محصول شناخت ضروریات اجتماعی است، از این‌رو قضیه‌ای است شرطی و نه گزاره‌ای حمله‌ای؛ شرطی است از این‌رو، «که در آن حکم به ثبوت یا سلب نسبتی کرده باشیم به شرط تحقق نسبتی دیگر» (خوانساری، ۱۳۹۰: ۱۰۱). مانند «اگر مرتکب قتل عمد شوی، قصاص می‌شوی». اما امر مطلق یا اخلاقی قضیه‌ای حمله‌ای است، چراکه در آن چیزی را بدون هیچ قید و شرطی به چیز دیگر اسناد می‌دهیم. درک این مهم ما را در فهم استقلال قاعده شناسایی - که گزاره‌ای شرطی است - از گزاره‌های اخلاقی، که مطلق و غیرشناختی<sup>۳</sup> هستند، یاری می‌کند.

فردریک شوئر<sup>۴</sup> - استاد فلسفه حقوق دانشگاه ویرجینیا - در تحلیل قواعد، ادعای تعمیم‌پذیری<sup>۵</sup> آنها را مطرح می‌کند. براساس نظر وی، تعمیم‌کنش ارتباطی با گروه خاصی است که ویژگی‌های منحصر به فردی داشته یا حداقل در زمینه‌ای ممتاز باشد. وی تعمیم را به دو دسته تقسیم می‌کند: تعمیم توصیفی<sup>۶</sup> و تعمیم تجویزی<sup>۱</sup>. تعمیم توصیفی، فعالیتی احتمالی

1. Normative
2. Categorical imperative
3. Non-cognitive
4. Schauer
5. Generalization
6. descriptive generalization

است که گزینه را خلق می‌کند. اشیا را می‌توان به مقولات مختلف مرتبط کرد و انتخاب یک مقوله در پایان، به تعمیم منجر می‌شود (SCHAUER, 1994: 17). تعمیم تجویزی یک مقوله خاص را با دسته‌ای از صفات مرتبط می‌سازد تا به ما بگوید که مقوله‌ای متمایز است (هرچند کم‌اهمیت باشد)، به طوری که این مقوله خاص حداقل با یک مقوله خاص دیگری اشتراک دارد. برای مثال، شیرد، نژاد سگ است، از این رو شیرد را به دسته‌ای (سگ‌ها) وارد کردیم. عمل تعمیم بدین معناست که دسته سگ‌ها نمایان شده‌اند. چراکه حداقل یک دسته خاص دیگری است که با دسته شیرد به اشتراک گذاشته شده است. اما مرتبط کردن چیزی به یک دسته، مانند این مثال، تعمیم تجویزی است که مستلزم/انتخاب است. شیرد در دسته سگ‌ها جای گرفت، چراکه قوی‌ترین توجیه در این زمینه به نظر می‌رسد (Sebok, 2014: 1541). قاعده، سنتز تعمیم توصیفی و تجویزی است. از منظر شوئر، هر قاعده‌ای دو بخش دارد؛ یک اسناد واقعی (مانند اگر X) و یک نتیجه که واقعیت را اقناع می‌کند. در قاعده تجویزی اسناد واقعی ربط علی برجسته‌ای است که تعمیم تجویزی چارچوب آن را تعیین می‌کند و نتیجه آنچه را که پس از تحقق واقعیت رخ می‌دهد، تجویز می‌کند. اسناد واقعی و نتیجه محصول تعمیم تجویزی نسبی‌اند (SCHAUER, 1994: 23). در این چارچوب، قاعده رابطه میان «گزاره امر واقع» و توجیه<sup>۲</sup> آن در حالتی است که گزاره امر واقع در برابر توجیه مقاومت کند. این مقاومت در برابر توجیه، از حیث ایجاد «تعمیمی ادراکی»<sup>۳</sup> است. مقاومت در پاسخ به تقاضای اجتناب‌ناپذیر توجیه جهت بازنویسی گزاره امر واقع رخ می‌دهد. همواره فشاری بر مجری قاعده جهت بازنگری آن است، چراکه گزاره امر واقع به طور تغییرناپذیری عبارتی مطلوب برای توجیه قاعده است (Sebok, 2014: 1543). توجیه بر مبنای اسناد واقعی قاعده، انتخاب شده است و این ویژگی قواعدی است که اسناد واقعی قادر به کم یا زیاد کردن توجیه نیستند (Sebok, 2014: 1554). شوئر نظریه قواعد را واجد پاسخگویی به حقیقت جهان به یکی از این دو روش می‌داند؛ نخست، انتخاب تقاضای بازنگری در «تعمیم توصیفی» یک قاعده در هر زمانی که کشف شود، «تعمیم تجویزی» فاقد تکیه‌گاه توجیهی شده است؛ دوم آنکه، انتخاب/امتناع از بازنگری در تعمیم تجویزی یک قاعده زمانی است که قابل اعمال باشد، حتی اگر تعمیم در توجیه اصولی خود ناتوان باشد. شوئر آنها را «الگوی تثبیت» می‌نامد، چراکه براساس این رویکرد تعمیم‌های [تجویزی] ادراک و تثبیت می‌شوند و واقعیت این است که آنها از توجیه اصولی خویش ناتوان‌اند (Sebok, 2014: 1543).

اما هارت قواعد را به طور کلی متشکل از دو بخش الگوی رفتاری و پذیرش آن می‌داند.

1. Prescriptive generalization
2. Justification
3. Entrenched generalization

الگویی رفتاری که در مرور زمان توسط اعضا گروه به نظم کشیده شده‌اند و اکنون مورد پذیرش دیگران قرار گرفته‌اند، از این و وصف اجتماعی برای آن قائل است. در این زمینه به تبیین چیستی قاعده در نظام حقوقی براساس روش‌شناسی پوزیتیویستی و حقوق طبیعی پرداخته می‌شود. از منظر پوزیتیویسم هر قاعده حقوقی اعتباری وضعی دارد و قاعده شناسایی با ارجاع به سبک پیدایش قاعده آنها را معتبر یا باطل اعلام می‌کند. ساده‌ترین مثال آن می‌تواند ارجاع قاعده شناسایی به قالب وضع قانون باشد، مانند اینکه پارلمان آنها را وضع کرده باشد. در این بافت، قاعده شناسایی به ظرف قاعده می‌نگرد و نسبت به محتوای آن بی‌طرف است. از سوی دیگر، طرفداران حقوق طبیعی معتقدند قاعده حقوقی برای رفع ضرورت اجتماعی و نیازهای جمعی شکل می‌گیرد و نشأت گرفته از طبیعت و سرشت بشری است. به‌طور نمونه ضرورت مالکیت خصوصی ایجاب می‌کند تا دزدی منع شود یا عدالت ایجاب می‌کند تا قاعده جبران غرامت یا مسئولیت در نظام حقوقی شکل بگیرد، بدین‌سان که ریشه هر قاعده‌ای در ضرورتی باشد. «در حوزه این اندیشه، دولت خالق قاعده نیست، بلکه مفسر قاعده یا واسطه میان قاعده و جامعه است. در نتیجه قاعده حقوقی مستقل از دولت است و دولت در پدیداری آن مداخله ندارد. این بدان معنا است که عامل ایجاد حقوق در بیرون از قلمرو دولت قرار دارد» (فلسفی، ۱۳۹۱: ۵۸). درحالی‌که در پوزیتیویسم حقوقی مقامات رسمی و دادگاه‌ها قاعده حقوقی را شناسایی یا کشف می‌کنند و حتی ممکن است در پاره‌ای اوقات، واضع قاعده باشند، اما این پایه‌گذاری باید با قواعد بنیادین آن نظم حقوقی سازگار<sup>۱</sup> باشد.

## ۱. رویکرد پوزیتیویستی

پوزیتیویست‌ها بر این باورند که شکل‌گیری قواعد حقوقی می‌تواند ملهم از طبیعت باشد، اما اعتبار قواعد حقوقی وضعی است و ناشی از انطباق آن با قوانین طبیعی نیست. به‌عبارت دیگر، منشأ اعتبار قاعده امکان اثبات‌پذیری آن است. از نظر آنان «حوزه معرفت یکسره در تصرف علم است و معتقد بودند که علم جهان را توصیف می‌کند؛ یعنی تنها جهان موجود، همین جهان پیرامون ما؛ و قلمرو دیگری وجود ندارد که فلسفه بخواهد به آن مشغول شود. پس فلسفه بایست تنها به تحلیل و نقد سنجش نظریه و مفهومی‌های علمی بپردازد. پس علم از این در وارد شد. منطبق هم چون ابزار لازم را فراهم می‌کرد، وارد میدان شد» (مگی، ۱۳۸۹: ۲۰۸). هر گزاره‌ای که به‌طور علم قابل اثبات نباشد، از نظر آنان مهم و بی‌معناست. «هارت دو تز انحصار منابع و بی‌طرفی اخلاقی گزاره‌های حقوقی را در این زمینه مطرح می‌سازد. در تز انحصار منابع، وی معتقد است که اعتبار حقوقی نشأت گرفته از قاعده شناسایی

نظام حقوقی است و نه محتوای (عادلانه یا ناعادلانه بودن) آن و بی‌طرفی اخلاقی گزاره‌های حقوقی مبین این تفکر است که علم به تکالیف حقوقی هیچ‌گونه ارزیابی اخلاقی را درباره رفتار بشری به‌دنبال ندارد» (راسخ، ۱۳۸۷: ۴۹). وی چهار ویژگی بنیادی را برای تمایز حقوق از اخلاق مطرح می‌کند: اول اینکه یک قاعده حقوقی زمانی که لغو شود، دیگر اهمیتی ندارد. درحالی‌که قاعده اخلاقی همواره باور مهمی است. دومین تمایز به تصویب قوانین و اجماع همپوشان موازین اخلاقی بازمی‌گردد. قواعد حقوقی باید از سوی مراجع ذی‌صلاح تصویب شود، اما قواعد اخلاقی یا اصول تابع تغییرات گفت‌وگومحور تقنینی نیستند. سومین وجه افتراق این دو به ضمانت اجرای آنان بازمی‌گردد. مجازات‌های اخلاقی خصیصه اجباری و تهدیدآمیز ندارند، اگر فردی قاعده‌ای را غیرعمدی نقض کرد، به موجب مسئولیت اخلاقی متهم نمی‌شود. اما در حقوق نظام مسئولیت مطلق است و تفاوت میان فشارهای اخلاقی با فشارهای حقوقی آخرین وجه تمایزی است که هارت برمی‌شمارد؛ فشارهای اخلاقی درخواستی جهت احترام به قواعد هستند، اما فشارهای حقوقی درخواستی با زور و تهدید همراهند (Payne, 1976: 296).

اما لان فولر اعتبار قواعد حقوقی را منوط به محتوای آن نمی‌داند، بلکه شرایط شکل‌گیری، انتشار و اجرای قاعده باید اخلاقی باشد. از این رو وی به رویه اخلاقی قاعده باور دارد و نه محتوای آن (سیدفاطمی، ۱۳۹۰: ۱۲۹).

هارت این گزاره را که نظام حقوقی باید در جهات خاصی نمایانگر مطابقت با اخلاق یا عدالت باشد، به معنای ارجاع ضمنی یا صریح نظام اخلاقی به اخلاق یا عدالت نمی‌داند و معتقد است به هیچ‌وجه ضرورتی ندارد که حقوق برخی الزامات اخلاقی را بازتولید یا تأمین کند. وی به نکته‌ای اشاره می‌کند که از نظر بیشتر اثبات‌گرایان مغفول واقع شده است و آن استخراج بایدهای حاکم بر رفتار انسانی از عقل است؛ آنچه مورد تأیید نظریه‌های کلاسیک حقوق طبیعی نیز است. در این نظریه‌ها آمده است که برخی اصول رفتاری وجود دارد که باید با عقل کشف شود و قوانین موضوعه در صورت مطابقت با آنها معتبرند. اندیشه مدرن حقوقی خود را از مسئله رها می‌کند. جان استوارت میل با تفکیک میان قوانین طبیعی (قوانین حاکم بر طبیعت، مثل حرکت زمین و ستارگان) با قوانین حاکم بر رفتار بشری، نوع اول را توصیف و تبیین واقعیات می‌داند که انسان آن را کشف می‌کند. اما قوانین حاکم بر رفتار بشری که گونه خاصی از رفتار را الزام می‌کنند، جنبه تجویزی یا وضعی دارند. به عبارت دیگر، در قوانین ممکن است نقض شود، درحالی‌که همچنان قانون است، اما قوانین طبیعی قابل نقض نیستند، مثل نیروی جاذبه زمین یا حرکات ستارگان (هارت، ۱۳۹۰: ۲۸۸-۲۸۵). این رویکرد اخیر هارت تکیه‌گاه‌های استدلال حقوقی وی را به حوزه پوزیتیویسم نرم منتقل می‌کند که در بخش پایانی بدان پرداخته می‌شود.

## ۱.۱. نقد هارت به قرائت پوزیتیویستی بنتام و آستین

هارت می‌کوشد مفهوم حقوق از مکتب سودانگاری<sup>۱</sup> را طی سه نظریه بررسی کند: ۱. تز بی‌طرفی اخلاقی گزاره‌های حقوقی که طی آن مطالعه توصیفی-تحلیلی مفاهیم حقوقی اهمیت حیاتی دارد و هر گونه روشی باید با اجتناب از قضاوت ارزشی گزاره‌های حقوقی صورت گیرد؛

۱. تز تفکیک قانون و اخلاق، بدین معنا که قوانین ساخته دست بشرند و ضرورتاً ارتباط مفهومی با اخلاق ندارند؛

۲. تز قانون به مثابه فرمان حاکم.

تز اول و دوم در قسمت قبل بررسی شد و این بخش به ایده قانون به مثابه دستور حاکم اختصاص می‌یابد. هارت می‌کوشد در مقابل نظریه بنتام که ایده مزبور را طرح می‌کند و آنها را علت مؤثر غایی رفتار یا تبعیت در جامعه سیاسی می‌داند، ایده بی‌چون و چرایی را که دلایل ماهوی مستقلی دارند، مطرح سازد و آنها را «ایده قواعد اجتماعی» می‌نامد.

از نظر جان آستین هدف اصلی فلسفه حقوق «تبیین مرزهای قلمرو حقوق در آنجایی است که تعارضاتی جدی وجود دارد». از منظر وی «مفهوم کلی حقوق بر قواعدی اطلاق دارد که راهنمای موجودی هوشمندند و از سوی موجود هوشمند دیگری که بر وی سلطه دارد، وضع می‌شوند» (Kronman, 1975: 602)، البته باید در نظر داشت که تعریف آستین تنها محدود به قاعده نیست، بلکه به عنوان بخشی از مفهوم حقوق به کلی شامل ایده «خرد»<sup>۲</sup> یا «هوش»<sup>۳</sup> نیز است که با مفهوم «نگرش انعکاس انتقادی»<sup>۴</sup> که هارت در تمایز میان قاعده رفتاری حاکم از عادت به کار می‌گیرد، شبیه نیست. افراد در زندگی روزمره و رفتارهای منظم روزانه از قانون پیروی نمی‌کنند و منتظر هدایت و راهنمایی قواعد حقوقی نیستند، بلکه این اتفاق تنها زمانی روی می‌دهد که هدف چنین امری قرار گیرند یا به وسیله یک امر قانونی به پذیرش امری قانونی خوانده شوند. همچنین اینکه «قوانین یا قواعد گونه‌ای فرمان هستند...»، کل سپهر حقوقی را پوشش نمی‌دهد. یک فرمان دستوری است که راهنما موجودی هوشمند است که از طرف موجود هوشمند دیگری که بر وی اقتدار دارد، صادر می‌شود و با سایر دلالت‌های اخلاقی متمایز است و نه تنها به اراده دلالت ندارد، بلکه از روی زور و قدرت است (Kronman, 1975: 603). از طرف دیگر، برخی قواعد یا قوانین که از سوی افرادی برای اشخاص دیگر وضع می‌شوند، اقتدار سیاسی آنان را مستقر می‌سازند. «براساس نظریه آستین برتری سیاسی که

1. Utilitarianism

2. reason

3. Intelligence

4. Critical reflective attitude



حاکمیت نامیده می‌شود، بر استقلال جامعه سیاسی دلالت دارد که از سایر برتری‌های و اشکال جوامع دیگر متمایز است و از دو ویژگی مهم برخوردار است؛ نخست نسبت افراد و گروه‌هایی که عادت به اطاعت از برتری رایج و مقدر (حاکمیت) دارند. دوم، افراد معین و گروه‌های مشخصی از افراد که عادت به اطاعت از این برتری انسانی مقدر ندارند (Kronman, 1975: 605). بنابراین آستین نظام حقوقی را مجموعه‌ای از قواعد راهنما برای هدایت انسان می‌داند که از طریق افراد یا گروهی وضع و با انحصار خشونت توسط اقتدار سیاسی و به‌کارگیری ابزار مجازات فیزیکی الزام‌آور می‌شود. اما هارت این توصیف آستین از نظام حقوقی را تأکیدی افراطی بر قواعد تکلیف‌آور نظام حقوقی و برجسته کردن بیش از حد قواعد جزایی و در نهایت غفلت از سایر قواعد نظام حقوقی که وصفی صلاحیت‌زا دارند، می‌داند. از همین رو وی با طرح دیدگاه درونی قواعد و وجه بیرونی آنان می‌کوشد خصیصه‌ای اجتماعی برای قواعد بیاید.

هارت اعتراض آستین به محو تمایز میان «آنچه حقوق هست» و «آنچه باید باشد» را مخالفتی تمام و کمال نمی‌پندارد. اینکه هر آنچه استاندارد و مطلوب ماست حتماً پایست به متنی تبدیل شود که مورد توافق قرار گیرد یا نه، اشتباه است. به هر حال مثال‌های آستین همواره سردرگمی میان قانون به‌مثابه آنچه هست و قانون به‌عنوان آموزه اخلاقی را که نیاز است، باشد، ایجاد می‌کند. از نظر وی اصول بنیادین اخلاق اوامر الهی‌اند که شاخص خیر بوده‌اند و در کنار این، اخلاق واقعی مورد پذیرش گروه‌های اجتماعی یا «اخلاق موضوعه»<sup>۱</sup> وجود داشته است. (Hart, 1958: 597).

اما بنتام بر این تمایز بدون ارجاع اخلاق به امر الهی پافشاری می‌کند و آن را به اصل سود<sup>۲</sup> مرتبط می‌سازد. دستورالعمل کلی بنتام برای زندگی تحت حکومت قانون ساده است: «اطاعت دقیق؛ انتقاد آزادانه». اما وی به‌عنوان شاهد ناراحت انقلاب فرانسه خوب می‌داند که این دستورالعمل کافی نیست. این وضعیت زمانی که قوانین بسیار بدی صادر شوند در هر جامعه‌ای ممکن است رخ دهد و مقاومت در برابر قانون را گریزناپذیر سازد. از سویی این سردرگمی بین قانون و اخلاق را بنتام از دو حیث مدنظر قرار می‌دهد: از سویی ادعای آنارشیست‌ها که مدعی‌اند، «این بایدها قانون نیستند و بنابراین نه تنها آزادیم از آنان انتقاد کنیم، بلکه حتی می‌توانیم آنها را نادیده بگیریم». از طرف دیگر، وی به اندیشه مرتجعانی که مدعی‌اند: «این قانون است، بنابراین باید از آن تبعیت کرد» توجه دارد (Hart, 1958: 597). بنتام خطای هر دو گروه را در اندیشه بلک‌استون که خلط قواعد عرفی با قوانین الهی است، می‌داند. بی‌ملاحظگی وی این بود که قوانین بشری را در صورت مغایرت با قانون الهی نامعتبر می‌دانست (Hart, 1958: 598)، اما از نظر هارت دو خطر در تفکیکی که بنتام به‌دنبال آن است، وجود دارد: خطری که

1. Positive morality  
2. Principle of utility

قانون و اقتدار آن ممکن است در مفهوم بایدانگار قانون مستحیل شود؛ و خطر دیگر این است که قانون حاکم، اخلاق را به عنوان معیار نهایی رفتار ممکن است از ریشه برکند و در نهایت از هرگونه انتقادگرایی فرار کند (Hart, 1958: 598).

## ۲. رویکرد حقوق طبیعی

از دیدگاه حقوق طبیعی با شناسایی قواعد طبیعت و سایر حواس می توان به معرفت دست یافت. از این رو شناخت قوانین طبیعت مبنای نظام حقوقی است. به عبارت دیگر، نظام حقوقی باید منبث یا ملهم از قوانین طبیعت باشد. روش شناسی مکتب طبیعی بر مطالعه «آنچه باید باشد» استوار است. بنابراین تفسیر در این روش حق و آزادی را ملهم از طبیعت می داند و به دنبال تغییر وضعیت از «هست» به «باید» های اخلاقی است. در این روش عقل تنها منبع معرفت شناسی نیست و تجربه گرایی نقش برجسته ای دارد. در این بافت، فلسفه ارزش از بایدها و نبایدها پرسشگری می کند و قاعده حقوقی مورد ارزش گذاری یا تفسیر ارزشی قرار می گیرد. بدین معنا که آیا این قاعده حقوقی، اخلاقی است یا خیر؟ ایراد منطقی به این ادعا در گزاره هیومی «امتناع استنتاج باید از هست» نهفته است. همچنین پوزیتیویست ها معتقدند که گزاره های حقوقی بی طرف اند و نباید مورد تفسیر ارزشی قرار گیرند. البته جان فینیز<sup>۱</sup> نظری متفاوت دارد و معتقد است این ادعا که مکتب طبیعی می گوید: «قانون ناعادلانه، قانون نیست»، مغلطه ای است که پوزیتیویست ها به منظور رد نظریات طبیعی مطرح کرده اند و «حقوقدانان مکتب طبیعی هرگز واقعاً نخواستند که اعتبار قواعد ناعادلانه یا غیر اخلاقی را انکار کنند. بلکه هدف آنها کاوش در سرزمینی بوده است که روش هارت بدان اشاره دارد. به دیگر سخن، آنها معتقدند که یک تئوری حقوقی سازگار تنها می تواند بیان و نتیجه یک تئوری عمیق تر اخلاقی و سیاسی باشد. فینیز بر این ادعاست که در واقع با فهم اینکه چگونه قانون برای مسئله مربوط به عقل عملی راه حل واقع می شود، چیستی حقوق را درک کنیم» (راسخ، ۱۳۸۷: ۵۴). اما مهم ترین تمایز میان پوزیتیویست ها و ضدپوزیتیویست ها رابطه میان اخلاق و محتوای هنجاری حقوق است. آیا هنجارهای حقوقی به گزاره های اخلاقی و غیر اخلاقی توجه دارند؟ دیدگاه فینیز در این زمینه پیچیده تر است. وی معتقد است «الگوی حقوقی خردورزی عملی»<sup>۲</sup> یا باید در یک «بافت حقوقی محدود» یا «بافت اخلاقی نامحدودی» قرائت شود (Perry, 2006: 1207). به نظر می رسد فینیز در پی حوزه ای فراحقوقی باشد که نخست حقانیت قواعد در آنجا اثبات و آنگاه بر دولت تحمیل شود. این نگرش را در فلسفه استعلایی کانت می توان ردیابی کرد، آنجایی که

1. Finnis

2. Legal practical reasoning scheme

امر مطلق را نیازمند ایده‌خدایی می‌داند و غایت بودن انسان را از آن منتج می‌کند. در این نگرش غایت بودن انسان در فضایی خارج از سپهر قدرت عمومی، ابتدا اثبات و سپس بر دولت تحمیل می‌شود. مشابه این ادعا در طرفداران جهان‌شمولی حقوق بشر نیز یافت می‌شود. البته طبیعت‌گرایی در عصر روشنگری و متأثر از اندیشه ژان ژاک روسو بر بنیان‌های قرارداد اجتماعی استوار شد که آن را به سوی فردگرایی و عقلانیت سوق داد. «عنصر طبیعی در مفهوم روشنگرانه حقوق طبیعی یک استاندارد عقلانی، امر اخلاقی<sup>۱</sup> یا اخلاق عرفی<sup>۲</sup> نیست که به مثابه خود قانون طبیعی باشد، بلکه ضرورتاً استاندارد توصیفی یا تجربی است که بر گزاره طبیعی باقی مانده است، به طوری که پیش از ورود مردم به قرارداد اجتماعی به طور فرضی وجود داشته است. این تغییر در باور و ادراک حقوق طبیعی، در افزایش کاربرد عبارت «قانون طبیعی»<sup>۳</sup> به جای «حقوق طبیعی»<sup>۴</sup> انعکاس یافت. در دوران روشنگری تفکرات در خصوص حقوق طبیعی از ایده متافیزیکی عینی<sup>۵</sup> به یک نظریه سیاسی صوری<sup>۶</sup> تغییر کرد و جزئی از یک ایدئولوژی شد که در پی توجیه و فروکاستن تغییر است» (Hall, 2001: 273).

## سنت قراردادگرایی و قاعده‌شناسایی

وجود قاعده‌شناسایی و به تبع آن پیدایش کلیت نظام حقوقی در بافتی قراردادگرا تحقق می‌یابد. «قراردادگرایی» به سنت فکری توماس هابز، ژان ژاک روسو و ایمانوئل کانت در خصوص اخلاق تعلق دارد. ایده‌ای که هنجارهای اخلاقی را زمانی معتبر می‌داند که موضوع توافق فرضی باشند و از طریق فرایند معامله ذی‌نفعان حاصل و به کار گرفته شوند. قراردادگرایی نوین دو هدف نظری بنیادی دارد: «نخست، تأمین بدیل موجه برای نظریه پیامدگرایان<sup>۷</sup> در خصوص قضاوت‌های اخلاقی؛ برخلاف پیامدگرایان، اینان معتقدند که رفتار یک شخص چنانکه مغایر با روشی باشد که او باید رفتار می‌کرد، به طور اخلاقی خطاست، حتی اگر وی بهترین مشارکت را در ارتقای رفاه جمعی داشته باشد. دومین هدف، بررسی ماهیت انگیزه‌های اخلاقی است. بر این اساس اندیشه‌ای که انگیزه‌های اخلاقی را یک سبک خاص از رفتار شخصی می‌داند که اخلاقاً بر خطا هستند، نوعی دانایی غامض نیست که شخص به دلیل متفاوت بودنش سرزنش شود (Kumar, 2010: 490-1). فرض نخست این است که قاعده‌شناسایی در خارج از نظام

1. Ethical
2. Moral
3. Law of Natural
4. lex naturalis or ius naturale or Natural law
5. Objective metaphysical idea
6. Nominalist political theory
7. Consequentialism

حقوقی شکل می‌گیرد و مقبولیت می‌یابد، از این رو قاعده‌ای اجتماعی است. بنابر این فرضیه، نظام حقوقی مولد قاعده شناسایی نیست، بلکه بر کلیت نظام حقوقی مستولی می‌شود. فرض دوم آن است که قاعده شناسایی طی سازوکاری قراردادی - یا به تعبیر یورگن هابرماس محصول کنش ارتباطی است - مورد قبول کلیت نظام حقوقی قرار می‌گیرد. شاید تمایز این دو مقوله در نگاه نخست دشوار باشد، اما با موشکافی در خواهیم یافت در فرض نخست قاعده شناسایی به مثابه قاعده‌ای بنیادین نخست در خارج از قلمرو حقوق تعمیم می‌یابد و آنگاه بر دولت الزام‌آور می‌شود. اما در فرض دوم، قاعده شناسایی، قاعده‌ای بنیادین محسوب می‌شود، زیرا قاعده‌ای اجتماعی است، به عبارت دیگر قاعده شناسایی محصول قرارداد است و به طور پیشینی حقانیت یا درستی آن اثبات نشده است. مسئله اصلی در این میان یافتن جایگاه قاعده شناسایی است؛ آیا قاعده شناسایی اعتباربخش است، به دلیل آنکه از سوی هنجارهای برتر جامعه، قاعده‌ای بنیادین محسوب می‌شوند؟ به دیگر سخن، آنکه جایگاه و درستی قاعده شناسایی در خارج از نظام حقوقی شکل می‌گیرد - در حوزه اخلاق یا عرف - سپس در نظام حقوقی الزاماً گنجانیده می‌شود. یا آنکه این قاعده جایگاه بنیادین پیدا کرده است، چرا که در قانون اساسی است؟

در دوران مدرن، توانایی ارتباطی فقط به بیان جملاتی در قالب دستور زبانی منحصر نیست، بلکه برقراری ارتباط با ایزه‌ها (موضوع شناسایی) به منظور نیل به معرفت است. در این بافت معرفت یقینی جایگزین شناخت حقیقت می‌شود. در واقع متدولوژی یا روش شناسی معطوف به معرفت یقینی است و معرفت حقیقت در سطح انتولوژی (هستی‌شناسی) مطرح می‌شود. این مسئله ریشه در روش راهبری عقل دکارت دارد که معتقد بود برای شناخت هر پدیده باید حیثیات مختلف آن را تفکیک و از طریق استقرا اثبات کرد. همچنین به دلیل برخورد سوژه با ایزه و سعی بر حصول شناخت یقینی، اختلافات به پیدایش دعاوی اعتباری منجر می‌شوند. «دعوی اعتباری مربوط به صدق آنچه درباره جهان عینی بیان می‌داریم، یا دعوی مربوط به حقانیت، مناسبت و مشروعیت گفتار خود در خصوص ارزش‌ها و هنجارهای مشترک در زیست‌جهان اجتماعی؛ یا دعوی مربوط به اصالت و صداقت آنچه از نیت‌ها و احساس‌های ما بروز پیدا می‌کند» (هابرماس، ۱۳۹۴: ۸). از این رو یک هنجار اجتماعی زمانی به یک قاعده تبدیل می‌شود که تقاضای مصرانه‌ای برای اعمال آن باشد و کسانی که آن را نقض یا تهدید به نقض آن می‌کنند، تحت فشار اجتماعی قرار می‌گیرند. در نظریه هارت، قاعده دو مؤلفه رفتاری<sup>۱</sup> و شناختی<sup>۲</sup> دارد. عنصر رفتاری به معنای وجود الگوی همگرایی برای رفتارهای مشابه است و عنصر شناختی (ادراکی) جایی است که اعضای جامعه نگرشی انعکاسی - انتقادی نسبت به هنجارها داشته باشند و هر گاه هنجاری از سوی فردی در جامعه نقض شود، بدان واکنش نشان می‌دهند (Himma, 2003: 149). این مقوله

1. Behavioral  
2. cognitive

بخشی از ماهیت قراردادی قاعده است، جایی که همنوایی بخشی از خرد عمومی مورد پذیرش اعضا جامعه قرار دارد. در این بافت قاعده شناسایی بر بنیان‌های قرارداد اجتماعی یا به عبارت دقیق‌تر عقل سلیم<sup>۱</sup> بنا شده است و نه ارزش‌های اخلاقی قراردادمحور. اما هارت با تکیه بر دیدگاه درونی افراد و به‌ویژه مقامات عمومی در رفع نقض عدم قطعیت قواعد اولی، قاعده شناسایی را شرط ضروری برای وجود نظام حقوقی مدون می‌داند و از دیدگاه وی این قاعده، قاعده برتر و غایی نظام حقوقی است، درحالی‌که معیاری برای اعتبار آن وجود ندارد. «تبیین هارت از ماهیت حقوق<sup>۲</sup> بر سنگ بنای اخلاق یا توصیفات هنجاری قرار ندارد، بلکه از نظر وی حقوق مجموعه‌ای از قواعد رفتاری و نیازمند آن است تا تابعان و مقامات رسمی براساس استانداردهای تعیین‌شده اجتماعی مشخصی رفتار کنند. نقض این استانداردها در معنای اخلاقی خطا نیست، به‌ویژه آنکه از دیدگاه بیرونی به قواعد نگریسته شود» (CAREY, 2009: 1161). از منظر هارت نظام حقوقی مدرن بدون قاعده شناسایی نمی‌تواند شکل بگیرد، تنوع قوانین و سبک شکل‌گیری آنان ما را با این سردرگمی مواجه می‌کند که قادر نخواهیم بود واقعیت‌های سیاسی را از قوانین یا عرف تشخیص دهیم. بنابراین قاعده شناسایی از دو منظر باید نگریسته شود: «یکی از آنها در بیان بیرونی واقعیت نهفته است که قاعده یادشده در عمل و رویه‌های جاری نظام حقوقی موجود است و دیگری در قالب بیان‌های درونی مربوط به اعتبار، از سوی کسانی که آن قاعده را برای شناسایی قانون به کار می‌گیرند، بروز می‌یابد» (هارت، ۱۳۹۰: ۱۸۳).

### ۱. قاعده شناسایی؛ معیار غایی اعتبار نظام حقوقی

مطابق مطلب مذکور هر نظام حقوقی ضرورتاً از یک قاعده شناسایی -تنها یک قاعده- برخوردار است که معیاری معتبر برای اعتبار نظام حقوقی است و سایر قواعد حقوقی در سازگاری یا ناسازگاری با آن معتبر یا باطل تشخیص داده می‌شوند. هارت نظام حقوقی را متشکل از دو نوع قاعده می‌داند، قاعده اولیه که بیانگر حق و تکلیف است و قواعد ثانویه که مربوط به قواعد اولیه و جهت جبران نقایص آن ضروری است. وی با وجود پذیرش عرفی قواعد در جوامع بدوی، مدعی است عدم قطعیت هنجاری<sup>۳</sup> در جوامع بدوی کوچک به سبب قرابت نسبی و سببی مسئله‌زا نیست و همزیستی پایداری را نیز به وجود می‌آورد. اما در گروه‌های بسیط و غیرمتجانس<sup>۴</sup> یا زمانی که شرایط محیطی سیال باشد، عدم قطعیت تکثیر شده و این فن بسیار هزینه‌زا و کم‌اثربخش خواهد شد. در چنین وضعیتی سازوکار حل و فصل اختلافات مورد تشکیک

1. Common sense  
2. Nature of Law  
3. Normative Uncertainty  
4. Heterogeneous

قرار می‌گیرد و جامعه از عدم توافق رنج می‌برد و حتی ممکن است فلج شود. عدم قطعیت هنجار (قاعده) نه تنها مسئلهٔ چنین جوامعی است، بلکه قواعد عرفی از ویژگی ایستایی<sup>۱</sup> نیز برخوردارند که ابزارهای معیوبی را برای تنظیم کوچک‌ترین جوامع بشری عرضه می‌کنند (Hart, 1983: 92). همچنین «ناکارایی» از دیگر معایب قواعد عرفی است. فرض کنید که یک قاعدهٔ آشکار در خصوص تملک زمین وجود داشته باشد، قاعده‌ای عرفی که هر کس برای نخستین بار زمینی را تحجیر کرد، مالک قانونی آن می‌شود؛ اما بر سر این مسئله که نخستین فرد چه کسی بوده است، اختلاف شود، آنگاه سازوکاری برای تعیین اجرا یا نقض قاعده وجود ندارد (Hart, 1983: 94). از نظر هارت، قواعد بنیادین نظام‌های حقوقی معایب مختلف جوامع عرفی ماقبل حقوقی را برطرف می‌کنند. مسئلهٔ عدم قطعیت با وضع قواعد الزام‌آور که وی آن را قاعدهٔ شناسایی می‌نامد، برطرف می‌شود. «این قاعده وجه یا وجوه خاصی را مشخص می‌کند که اگر قاعدهٔ مدنظر، واجد آن باشد، نشانه‌ای اثباتی و قطعی بر این امر خواهد بود که این قاعده از جمله قواعد [مورد پذیرش] گروه اجتماعی است و گروه باید با همان نیروی اجتماعی‌ای که در اختیار دارد، از آن حمایت کند» (هارت، ۱۳۹۰: ۱۵۹). «قاعدهٔ تغییر»<sup>۲</sup> بر ویژگی ایستایی هنجارهای عرفی غلبه می‌کند. قاعدهٔ تغییر به مقامات و مراجع عمومی صلاحیت ایجاد، تغییر و اصلاح قواعد متفاوت را می‌بخشد و همچنین آیین‌ها و صلاحیت اجرایی آنها را مشخص می‌کند. در نهایت مسئلهٔ ناکارایی با قاعدهٔ نظارت<sup>۳</sup> حل می‌شود. این قاعده به نهادهای مشخصی صلاحیت تشخیص اعمال قاعده را اعطا می‌کند تا مشخص شود که یک قاعده اجرا یا نقض شده است (Hart, 1983: 97). قواعد ثانویه در این بافت از دو حیث محل تأمل است؛ نخست اینکه مقامات باید دیدگاه مشترکی از قواعد ثانویه داشته باشند و قواعد را بپذیرند؛ دوم آنکه دیدگاه آنان در خصوص قاعدهٔ ثانویه متحدالشکل باشد (Hart, 2012: 258).

هارت مدعی است، قاعدهٔ شناسایی اعتبار سایر قواعد را مشخص می‌کند و ناظم سلسله‌مراتب حقوقی است. از سویی، قاعده‌ای اجتماعی است. اجتماعی است به دو معنا؛ نخست اینکه قاعدهٔ شناسایی وجود دارد و وجودش تنها به دلیل واقعیت‌های اجتماعی معین است؛ به‌ویژه آنکه اعضای گروه، که وجه درونی دیدگاه آنان در خصوص یک استاندارد رفتاری بر گروه حاکم است، ماهیت قاعدهٔ شناسایی را شکل می‌دهد و معیاری برای اعتبار رفتاری و هنجاری گروه است، بنابراین قابلیت اینکه «قاعده‌ای غایی» باشد را داراست. غایی از آن حیث که وجود آن معلول سایر قواعد نیست، بلکه وجودش معلول پذیرش و تکلیف اجتماعی است. برخلاف آن، قواعد اولی نظام حقوقی غایی نیستند، چراکه وجودشان معلول قاعدهٔ شناسایی است و این

1. Static character  
2. Rule of change  
3. Rule of adjudication

قاعده به آنان اعتبار می‌بخشد، اما خود معتبر نیست (Shapiro, 2009: 4-5). هارت بر این باور است که قاعده شناسایی، ملاک اعتبار و الزام‌آوری قواعد اولی در نظام حقوقی است و در صورت تردید به قطعیت و اعتبار هر قاعده، قاعده شناسایی ملاک و معیار اعتباربخشی است. اما قاعده شناسایی خود نه معتبر است و نه باطل. «قاعده شناسایی در نظام حقوقی شبیه به قاعده محاسبه و ثبت امتیاز در بازی است. قاعده کلی‌ای که فعالیت‌هایی را تعریف می‌کند که موجب به‌دست آوردن امتیاز می‌شود» (هارت، ۱۳۹۰: ۱۶۹). در نظام حقوقی توسعه‌یافته قاعده شناسایی با پذیرش یک متن معتبر مدون مانند قانون اساسی متفاوت است و همین امر موضوع را پیچیده می‌کند. قاعده شناسایی به‌جای استناد به یک متن، ویژگی‌های کلی را که قواعد باید دارا باشند تا معتبر تلقی شوند، در نظر می‌گیرد، مانند اینکه نهادی که صلاحیت لازم را دارد، آن را وضع کرده باشد یا عرف موجد آن باشد یا رویه قضایی منبع آن باشد. «قواعد جدید برای حکومت بر قضایای جدید، تنها از اصول و قواعد حقوقی موجود استنتاج می‌شوند، نه از ارزش‌های مفروض» (قاری سیدفاطمی و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۱۶۶). در این رویکرد قاعده شناسایی کوشش می‌کند تا قواعد جدید را براساس معیارهای حقوقی موجود بسنجد و اعتبار یا بطلان آن را اعلام کند و این امر مستقل از ارزش‌های فراحقوقی صورت می‌پذیرد.

سارتورز<sup>۱</sup> مدعی است اگرچه قیاس منطقی هارت این است که وجود قاعده شناسایی سنگ بنای یک نظام حقوقی است، اما وی بودن این قاعده را برای وجود یک نظام حقوقی ضروری نمی‌داند. از دیدگاه هارت جوامع ابتدایی تنها تحت قواعد اولی زندگی می‌کنند و می‌توان یک جامعه را بدون دادگاه، قوه قانونگذار و مقامات رسمی را که تنها تحت قواعد اولیه زیست می‌کنند، تصور کرد، اما سارتورز محتوای حداقلی حقوق طبیعی را معیار تعیین‌کننده و ضروری برای وجود یک نظام حقوقی نمی‌داند. در کنار این شرط، وی اتحاد قواعد اولی و ثانوی و همچنین تمایز میان حقوق و اخلاق را شروط ضروری و کافی برای وجود نظام حقوقی نمی‌پندارد (Payne, 1976: 297). اگرچه به‌نظر می‌رسد این نقد سارتورز ناشی از خطا در فهم «مفهوم حقوق»<sup>۲</sup> هارت باشد. وی پنداشته است که هارت به‌دنبال ارائه تعریفی دقیق از قانون است، در حالی که نظریه مزبور در پی تبیین مفهوم «نظام حقوقی»<sup>۳</sup> و برجسته کردن تمایز قانون و نظام حقوقی است.

## ۲. پوچی قاعده شناسایی

برخی ماهیت «قاعده بودن» قاعده شناسایی را زیر سؤال می‌برند. نظریه تلفیق‌گرایی<sup>۴</sup> با طرح

1. Sartorius  
2. Concept of law  
3. Legal system  
4. Incorporationism

این مسئله که قاعده شناسایی در نهایت بازتاب اصول اخلاقی است، از این رو مورد پرسشگری اخلاقی قرار می‌گیرد، آن را تخطئه می‌کند. براساس این نظریه، اگر قاعده شناسایی اصول اخلاقی را از طریق بیان این گزاره که «هیچ هنجاری نمی‌تواند بخشی از نظام حقوقی باشد، اگر دادرسی عادلانه، حمایت برابر یا پژوهش‌خواهی منصفانه را نقض کند»، وارد نظام حقوقی کند، آنگاه مخاطب نظام حقوقی به آزمایش قوانین فرضی در برابر جنبه اخلاقی ذکر شده از سوی قاعده شناسایی محدود می‌شود (Coleman, 2003: 305). به عبارت دیگر، بازتاب اصول اخلاقی از سوی قاعده شناسایی نکته‌ای برای سنجش اعتبار قاعده بر مبنای جنبه‌های اخلاقی تلقی می‌شود. از طرف دیگر، کلمن<sup>۱</sup> ادعای جوزف رز را مبنی بر اینکه تلفیق‌گرایی همواره نیازمند پرسش اخلاقی ماهوی درباره مبنای دلایل توجیهی نظام حقوقی است، به چالش می‌کشد. براساس این ادعا، رز دچار اشتباه شده است، چراکه حضور یک هنجار اخلاقی ضرورتاً به ورود کل هنجارهای اخلاقی - که آن هنجار نیز عضو آن است - منجر نمی‌شود. از این رو کلمن مفهوم «انزوای نظام‌مند»<sup>۲</sup> را در این زمینه مطرح می‌کند. این مسئله به دلیل جایگاهی است که حضور یک هنجار اخلاقی در قاعده شناسایی به ورود پایان‌ناپذیر تمامی هنجارهای آن در جامعه منجر نمی‌شود. بنابراین اگرچه تلفیق‌گرایی به قاعده شناسایی اجازه می‌دهد که برخی هنجارهای اخلاقی اجتماعی را وارد کند، اما بدین معنا نیست که قاعده شناسایی تمامی هنجارهای اخلاقی و اجتماعی را وارد نظام حقوقی کند (Coleman, 2003: 306).

هارت قاعده شناسایی را به عنوان معیار منبع-محوری می‌بیند که روی مقامات عمومی تمرکز کرده است. برای یافتن معیار غایی اعتبار نظام حقوقی باید از میان مجموعه وسیعی از قواعد اجتماعی صلاحیت‌زا، یکی را که از سوی مقامات رسمی پذیرفته شده و آماده اجرا به عنوان قواعد حقوقی است، یافت. این معیار که مقامات رسمی آنها به عنوان ممیز اعتبار نظام حقوقی پذیرفته‌اند، معیار صلاحیت اعتبار نظام حقوقی را به ما می‌دهد (Allen, 2015: 519). اما لاری الکساندر<sup>۳</sup> بدیلی را مطرح می‌کند که معیار فهم قاعده شناسایی از سوی شهروندان به خوبی مقامات رسمی چیست؟ در جوامع مختلف شهروندان چگونه ممیز اعتبار نظام حقوقی را بپذیرند؟ در حالی که عامه مردم زمانی که یک قاضی عالی‌رتبه در تفسیر قانون اساسی از معنای پیشینی آن عدول می‌کند، سکوت می‌کنند و تسلیم می‌شوند، حال چگونه چنین معیاری را می‌توان جست؟ (Allen, 2015: 519). اینجاست که می‌توان پی برد قاعده شناسایی مفهومی سیال است، البته از منظر هارت هر انتخابی هزینه‌هایی دارد و ما ناگزیر به انتخاب هستیم. از منظر شوئر، گزاره «قاعده شناسایی معیار غایی جهت شناسایی یک قاعده است» نمی‌

1. Coleman

2. Systemic Isolation

3. Larry Alexander



تواند با نظریه ساختاری قواعد سازگار باشد. از این رو وی از جایگزینی «ایده شناسایی»<sup>۱</sup> به جای «قاعده شناسایی» نام می‌برد. شوئر معتقد است «در خصوص معرفی قاعده شناسایی به‌مثابه معیار غایی اعتبار، هارت ممکن است ما را گمراه کرده باشد. دلیلی وجود ندارد که فرض کنیم منابع غایی حقوق، نیاز دارند کاملاً شبیه چیزی مثل یک قاعده باشند، خواه ساده یا پیچیده یا حتی مجموعه‌ای از قواعد. در این صورت، منبع غایی حقوق بهتر است به‌عنوان یک تکلیف توصیف شود تا اینکه برخی چیزها جزء نظام حقوقی محسوب شوند، درحالی‌که نیستند (Schauer, 1994: 150-1). دلیل اصلی شوئر برای نقد قاعده شناسایی از دیدگاهی پوزیتیویستی، این است که اگر قاعده شناسایی یک قاعده باشد، آنگاه شکاف عمیقی میان هنجارهای متضمن قاعده شناسایی و هنجارهای غیرحقوقی که قاعده شناسایی را توجیه کردند، وجود دارد. از سوی دیگر، دورکین نیز این موضوع را ناشی از نادیده انگاشتن نقش «اصول» در شناسایی و اعتبار قواعد حقوقی به‌ویژه در قضایایی می‌داند که حکم آن در قانون تعیین نمی‌شود و قاضی ناگزیر به یافتن قواعد معتبر جدید است که در بخش هرمنوتیک و قاعده شناسایی بیشتر بدان می‌پردازیم.

### ۳. نگاه انتقادی به چیستی قاعده شناسایی

براساس ادعای هارت، قاعده شناسایی تردیدها و عدم توافقات درون‌گروهی را در خصوص عدم قطعیت هنجاری حل می‌کند. از این نظر، وی نظریه جان آستین را مبنی بر اینکه عادات نامتقارن تبعیت، حاکمیت حقوقی ایجاد می‌کند و حاکم کسی است که اتباع از وی تبعیت می‌کنند، درحالی‌که وی از هیچ‌کس دیگری تبعیت نمی‌کند، به چالش می‌کشد. هارت مدعی است که «عادت به تبعیت» نمی‌تواند حاکمیت را خلق کند، چراکه اولاً، عادات دستوری نیستند. آنها قادر به تولید حق‌ها یا تعهدات نیستند؛ ثانیاً، عادات نمی‌توانند پیوستگی اقتدار حقوقی را ایجاد کنند. برای مثال، رکس دوم-جانشین رکس اول- از زمانی اختیارات وی را بر عهده می‌گیرد، حاکم است، درحالی‌که تابع تبعیت از عادات سابق است؛ سوم اینکه، عادات نمی‌توانند مسئله ایستایی قانون را حل کنند. قانون رکس اول پس از مرگ وی نیز معتبر است، با وجود این واقعیت که از مرده نمی‌توان عادتاً تبعیت کرد (Hart, 1983: 53-55). در عوض هارت مدعی است که قواعد، حاکمیت را خلق می‌کنند و نه عادات. قواعد دستوری هستند و قابلیت اعطای حقوق و تحمیل تکالیف را دارند. علاوه بر این قواعد نمی‌توانند پیوستگی اقتدار حقوقی را به وجود آورند. جانشین پادشاه متوفی، اختیار وضع قانون را از لحظه مرگ پادشاه فقید دارد، چراکه نظام حقوقی حاوی قاعده ثانوی تغییر است که به وی صلاحیت وضع قانون را می‌دهد.

در نهایت، قواعد می‌توانند ایستایی قانون را توضیح دهند، حتی با وجود مرگ پادشاه، قاعده شناسایی قضات را ملزم به اجرای قواعد وضع شده در زمان پادشاه سابق می‌کنند (Shapiro, 2009: 9).

### ۱. دایره شمول قاعده شناسایی

همان‌گونه که بیان شد، مطابق نظریه هارت، قاعده شناسایی درون‌مایه نظام حقوقی را تعیین می‌کند. منتقدان بر این گزاره خرده می‌گیرند که هر نظریه‌ای که مدعی توصیف درون‌مایه نظام حقوقی است، باید اطمینان یابد که کلیت و هنجارهای متعلق به نظام خود را توصیف می‌کند. حال آنکه، نظریه هارت برای بسط دایره شمول نظام حقوقی کافی نیست. از نظر وی قاعده شناسایی تنها به دلیل اینکه یک قاعده است، درون‌مایه نظام حقوقی را ترسیم می‌کند. اما جان فینیز این نقد را وارد می‌کند: هارت توضیح کافی نمی‌دهد که چگونه قاعده شناسایی قواعد دیگر را تفتیش و سپس آن را شناسایی می‌کند (Finnis, 1973: 65). هارت در رفع ابهام از این قضیه می‌کوشد تا پذیرش قواعد را از دو دیدگاه درونی و بیرونی تبیین کند. «دیدگاه بیرونی قواعد مربوط به آنچه از سوی دیگران دیده می‌شود، یا به عبارتی مطابقت رفتار با قاعده است. اما دیدگاه درونی به نگرش افراد در خصوص قاعده و نحوه فهم و پذیرش آنان مرتبط است» (Hart, 2012: 60). هارت مدعی است که میان شهروندان عادی و مقامات رسمی در بررسی دیدگاه درونی و بیرونی یک تفاوت وجود دارد: تبعیت بیرونی از قواعد باید از سوی هر دو گروه صورت گیرد. اما وجود دیدگاه درونی قواعد تنها نیازمند تبعیت مقامات رسمی است (Hart, 2012: 116). اما نکته قابل تأمل، تخطی مقامات از قاعده است که پیش‌فرض این نظریه است. در خصوص دیدگاه درونی، اگر مردم از دیدگاه درونی کارمندان اداری و مقامات رسمی آگاه شوند و دریابند که آنان گاهی اوقات از قانون سرپیچی می‌کنند، آنگاه موقعیت آنان به شدت متزلزل می‌شود (Howarth & Stark, 2017: 3).

### ۲. قواعد اجتماعی فاقد خصیصه دستوری هستند

همان‌گونه که گفتیم هارت نظریه عادت عام به تبعیت آستین را رد می‌کند و قاعده را خالق حاکمیت می‌داند. از نظر وی این قواعد هستند که توان ایجاد حق یا تحمیل تکالیف را دارند. اما وی نمی‌تواند روشن سازد که صلاحیت قانونی حاکم بدون توجه به عادت تبعیت دیگران چگونه شکل می‌گیرد. از این گذشته، قواعد ثانوی نظام حقوقی فقط و تنها فقط زمانی وجود دارند که از دیدگاه درونی پذیرفته شده و بدان عمل شود. از این رو قاعده شناسایی نیازی به پذیرش اخلاقی ندارد، بلکه تنها باید از آن تبعیت شود. در این صورت، چگونه قضات باید از

قواعد مشخصی که توسط اندیشه سایر قضات دیگر (رویه قضایی) شکل گرفته‌اند، تبعیت کنند؟ چگونه عادات نمی‌توانند تکالیف را تحمیل و صلاحیت اعطا کنند (Shapiro, 2009: 13). همچنین هارت قاعده شناسایی را قاعده هنجاری اجتماعی می‌داند که مورد توافق اکثریت اعضای گروه است و از دیدگاه درونی به قواعد احترام می‌گذارند و آن را رعایت می‌کنند. رونالد دورکین در نقد نظر وی، این مسئله را مطرح می‌کند که شناسایی یک تکلیف صرفاً دلیل صحه گذاشتن بر آن نیست. از سوی دیگر، یک قاعده هنجاری ضرورتاً دلایل منطقی برای عمل تجویزی مطرح می‌کند. برای مثال، ما از فردی که قاعده ممنوعیت استعمال دخانیات در امکان سرپوشیده را نقض کرده، انتقاد می‌کنیم. اما ادعای ما این نیست که بیشتر افرادی که در محل سرپوشیده دخانیات استعمال نمی‌کنند، از عمل آنان انتقاد می‌کنند، بلکه مبنای انتقاد این است که استعمال دخانیات در مکان سر بسته عملی اشتباه است، زیرا یک قاعده دستوری علیه آن وجود دارد (Dworkin, 1978: 50-51)، حتی اگر کسی اعتراض هم نکند. همچنین دورکین حق حاکم در وضع قاعده یا تکلیف قضایی به اجرای قانون را مبنای منطقی و کافی برای وجود قواعد اجتماعی نمی‌داند. دومین چالش نظریه هارت، انکار اعطای حق یا تحمیل تکالیف از سوی قواعد ثانوی نیست، بلکه مسئله این است که قواعد ثانوی، ماهیتاً اجتماعی نیستند و تنها از قدرت هنجاری برخوردارند، چراکه منبعث از دیدگاه درونی افراد جامعه و مقبول آحاد تابعان هستند. بنابراین زمانی قواعد ثانوی توان اعطای حق یا تحمیل تکلیفی را دارند که بر مبنای واقعیات اخلاقی باشند (Shapiro, 2009: 14). البته هارت نیز به گونه‌ای متوجه این ایراد می‌شود و با طرح اینکه قاعده حقوقی باید حداقل درون مایه حق طبیعی را دارا باشد، بدون پرداختن به ایراد پوزیتیویستی خلق قاعده، سعی نافرجامی در رفع آن دارد.

### ۳. ناسازگاری یا ناهمدلی با معیار غایی اعتبار

از نظر هارت قواعد ثانوی از جمله قاعده شناسایی، تغییر و نظارت ناشی از اجماع هستند. اما دورکین این معیار اعتبار نظام حقوقی را به شدت محل اشکال می‌داند، چراکه مخالفت وسیع با این معیار به شدت مسئله‌زاست. از آنجا که معیار قانونی بودن از طریق توافق حاصل می‌شود، هر گونه مخالفت فراگیر در خصوص محتوای آن، بیانگر فقدان اجماع است و در نتیجه فقدان واقعیت معیار اعتبار نظام حقوقی است. آشکارترین نمونه مخالفت با معیار مزبور، اختلاف در روش شناسی تفسیر است (Shapiro, 2009: 14). همچنین گاردنر در نقد قاعده شناسایی هارت، آنها را غیرتجربی می‌داند. وی مدعی است نظریه هارت تنها به چپستی نظام حقوقی می‌پردازد و توضیح می‌دهد اگر به دنبال ساخت گزاره‌های حقوقی هستیم، چگونه آنها را بیابیم (Gardner, 2012: 107). رز در نقد قاعده شناسایی هارت به تفکیک وی از قواعد صلاحیت‌زا و قواعد تکلیف‌آور توسل

می جوید و معتقد است قواعد صلاحیت‌زا نمی‌تواند ضرورتاً درون نظام حقوقی و بخشی از آن محسوب می‌شوند، قاعده شناسایی از این حیث که درون نظام حقوقی قرار دارد، نمی‌تواند صلاحیت‌زا باشد. «هارت قواعد اولی را قواعدی تکلیف‌آور می‌داند، درحالی‌که احتمالاً قاعده شناسایی تعهدی تحمیل نمی‌کند و صلاحیت‌زاست. این فرضیه با این جمله هارت قوت می‌یابد: «قاعده صلاحیت‌زا، قاعده شناسایی است». همچنین هارت می‌افزاید که قوانین تکلیف‌آور می‌توانند قوانین عرفی باشند. براساس این نظریه این بدان معنا نیست که قوانین صلاحیت‌زا نمی‌توانند قوانین عرفی باشند، اگر بخشی از یک نظام حقوقی به‌شمار روند که در این صورت دیگر قاعده شناسایی نخواهند بود» (Pay, 1976: 307) از نظر رز هدف هارت این است که قاعده شناسایی به‌عنوان یک قاعده عرفی تکلیف‌آور تفسیر شود. وی می‌افزاید که اگر قاعده شناسایی یک قاعده تکلیف‌آور باشد، آنگاه نمی‌تواند یک قاعده تابع نظام حقوقی در ابعاد وسیعی باشد، چراکه مردم عادی تکلیفی برای شناسایی قوانین مشخص ندارند (Pay, 1976: 308).

#### ۴. قاعده شناسایی و هرمنوتیک

رونالد دورکین قاعده شناسایی را در بافتی هرمنوتیک نقد می‌کند. وی به‌طور تلویحی از خلط مفهوم قاعده و اصل در تئوری هارت انتقاد می‌کند و معتقد است، وی از نقش قانونگذاری مقامات رسمی - مانند قضات - در قضایایی سخت از طریق تفسیر قواعد حقوقی غفلت ورزیده است. قاضی باید بکوشد که قانون را در اخلاقی‌ترین شکل ممکن تفسیر و اجرا کند. «دورکین عدم توجه به کارکرد هنجارهای اخلاقی در نظام حقوقی را موجب بروز مسئله در قضایای سخت می‌داند. جایی که تصمیم قوانین موضوعه واضح نیست و به‌عبارتی نظام حقوقی به سر حد خویش می‌رسد. از این رو قاضی ناگزیر به «وضع قانون»<sup>۱</sup> است. بنابراین، نه قضات و نه مقامات عمومی، هیچ‌کدام نقش قاضی را به‌عنوان دارنده صلاحیت قانونگذاری در قضایای سخت در نظر نمی‌گیرند. در عوض دورکین مدعی است که طرفین دعوا معتقدند قضات توسط قانون محدود شده‌اند، اما قانونی که بر هنجارهای شدید اخلاقی بنا شده و هارت این موضوع را نادیده گرفته است. دورکین این هنجارهای قانونی را «اصول»<sup>۲</sup> می‌نامد. وی بر این باور است که اصول متمایز از قواعد هستند، از این نظر که اصول هرگز به‌طور رسمی از طریق هر گونه آیینی که از سوی معیار اعتبارسنجی ایجاد می‌شوند، وارد نظام حقوقی نمی‌شوند، بلکه به‌سادگی، به‌عنوان قانون عام وجود دارند. علاوه بر این، برخلاف قواعد که «همه یا هیچ» هستند، اصول «وزن» دارند. از این نظر که در قضایای سخت، مسئولیت‌هایی بر هر طرف تحمیل می‌شود» (CAREY, 2009: 1168-1169). کاربرد همه یا هیچ قاعده، بدین‌معناست که اگر دو قاعده با یکدیگر تضاد داشته

1. make law  
2. Principles

باشند، یکی از آنها نمی‌تواند قاعده معتبری باشد. برای مثال، اگر قاعده معتبری مبنی بر حداکثر سرعت ۶۰ کیلومتر بر ساعت وجود داشته باشد، همزمان قاعده دیگری که حداکثر سرعت مجاز را ۳۵ کیلومتر بر ساعت بداند، نمی‌تواند معتبر باشد. از سوی دیگر، اصول ابعدی دارند که قاعده فاقد آن است- مانند بعد وزن [اهمیت] آنان. اصول تعارضات را براساس وزن نسبی هریک برطرف می‌کنند. قواعد تعیین‌کننده‌اند، اما اصول اولویت‌بندی می‌کنند (Parvon, 2014: 2). دورکین در تمایز قاعده و اصل در موارد تعارض بیان می‌دارد: وقتی قواعد متعارض‌اند، یکی حاکم و دیگری نامعتبر می‌شود، چنانکه تلفات اجتناب‌ناپذیرند، اما زمانی که اصول تعارض پیدا می‌کنند، به‌سوی یکدیگر متوازن می‌شوند و مستعد حل قضیه متناسب با وزن نسبی یکدیگر می‌گردند و هر دو مجموعه اصول ممکن است به‌طور کامل باقی بمانند، زمانی که حاکم نشوند (Dworkin, 1978: 35). البته پذیرش این ادعا کمی دشوار است، چراکه ممکن است قاعده‌ای در قضیه‌ای پوچ باشد، اما در سایر قضا صادق باشد. رز به‌خوبی به این نکته اشاره می‌کند: اگر قاعده‌ای در رقابت با قاعده‌ای دیگر کنار گذاشته شود، مانند اصل اعتبارش باقی است و ممکن است در قضایای دیگر تعیین‌کننده و پیروز باشد (Raz, 1972: 833).

دورکین مدعی است در یک نظام حقوقی، آنچه مقامات رسمی واقعاً انجام می‌دهند، تکلیفی است از یک فرایند، که وی آن را «تفسیر سازنده»<sup>۱</sup> می‌نامد. بدین‌طریق که آنها به داده‌های ماقبل تفسیر (قوانین موضوعه و اصول) به‌منظور اخذ بهترین تصمیم در قضیه وزن و بها می‌دهند. بهترین تفسیر حاوی دو ملاحظه «مطابقت»<sup>۲</sup> و «توجیه»<sup>۳</sup> است؛ خواه تصمیم به اندازه کافی با رویه قضایی مطابقت داشته باشد یا سایر داده‌های ماقبل تفسیر به‌طور اخلاقی بهترین توجیه‌گر تصمیم باشد، به‌طوری‌که ملاحظات عدالت، انصاف و آیین دادرسی منصفانه را ارائه کند. دورکین معتقد است این تصویر بهتری از تکلیف اجتماعی واقعی نسبت به نظریه هارت است، چنانکه قضا تلاش کنند قانون را به بهترین نحو ممکن تفسیر کنند، درحالی‌که پیوسته ملاحظات آنان از طریق قانون محدود شده است، حتی زمانی که حقوق موضوعه به پایان می‌رسد (CAREY, 2009: 1169).

## پوزیتیویسم فراگیر<sup>۴</sup>

پوزیتیویسم فراگیر یا «نرم» به‌دنبال توصیف موجهی از حداقل‌های اخلاقی در نظام حقوقی است که از طریق قاعده شناسایی به رسمیت شناخته می‌شود و از این طریق وارد نظام حقوقی

1. constructive interpretation
2. Fit
3. justification
4. Inclusive positivism

می‌شود. پوزیتیویست‌های نرم مدعی‌اند قاعده شناسایی قادر به گنجاندن هنجارهای اخلاقی در یک نظام حقوقی واقعی است. در بافت پوزیتیویسم نرم یا فراگیر، مناظره دورکین و هارت در مرکز ثقل مباحث قرار دارد. از نظر آنان، هارت می‌کوشد الگویی توصیفی برای مفهوم حقوق ارائه دهد. در این الگو می‌کوشد به پرسش «حقوق چیست؟» پاسخ دهد. برخلاف وی دورکین تلاش دارد تا الگویی دستوری که بسیار پیچیده‌تر است، با این پرسش که «حقوق چه باید باشد؟»، ارائه کند. از این رو طبعاً پاسخ‌های متفاوتی نیز داده می‌شود. در هر صورت، پاسخی اجباری در کار نخواهد بود؛ چراکه اولاً دورکین ادعا دارد که نظریه هارت از حیث توصیفی و هنجاری ناقص است. از این حیث که در نظریه وی جایی برای نقش هنجارهای اخلاقی که جایگاه مهمی در تصمیمات قضایی دارند، در نظر گرفته نشده و الگوی هارت نتوانسته است آنچه را که دورکین ویژگی ضروری هر نظام حقوقی می‌داند، برآورده سازد. بنابراین الگوی وی از منظر جامعه‌شناختی و فلسفی ناقص است؛ ثانیاً فراگیری و شمولیت دیدگاه درونی در نظریه هارت حداقل مستلزم طرح چند پرسش در خصوص تأثیرات هنجارهای حقوقی بر افرادی است که دیدگاه درونی به قواعد در نظام حقوقی مشخصی دارند. به عبارت دیگر، نظریه هارت حداقل باید اثبات کند، افراد متعهد در یک نظام حقوقی چگونه شناسایی می‌شوند تا دیدگاه درونی به قواعد داشته باشند (CAREY, 2009: 1170).

«پوزیتیویسم نرم»<sup>۱</sup> یا فراگیر می‌کوشد انتقاد دورکین را با تبیین هنجاری اخلاق طوری پاسخ دهد که هنجارهای اخلاقی شرط ضروری برای وجود یک نظام حقوقی نباشند. در این دیدگاه به طور نظری ممکن است نظام‌های حقوقی وجود داشته باشند که در آنها معیار قانونی بودن، هنجارهای اخلاقی ماهوی را از جهات ذیل وارد سیستم کرده باشند: رضایت از این هنجارها یک ضرورت باشد؛ یا شرط کافی برای تبدیل به یک گزاره حقوقی را دارا باشند (Himma, 2005: 1). شکل افراطی‌تر آن این است که اخلاقی بودن می‌تواند یک شرط قانونی بودن باشد؛ بدین معنا که اعتبار قانونی هنجارها به شایستگی‌های اخلاقی ماهوی آنان بستگی دارند و نه منبع اجتماعی یا سلسله‌مراتب حقوقی آنان (Coleman, 2003: 99). پوزیتیویست‌های نرم به این ادعای هارت وفادار می‌مانند که ارتباط میان حقوق و اخلاق ضروری نیست؛ اما استدلال قوی‌تری مبنی بر اینکه رابطه‌ای میان این دو نمی‌تواند باشد را رد می‌کند.

بیشتر پوزیتیویست‌های نرم با تغییراتی «نظریه تلفیق»<sup>۲</sup> را که معتقد است به‌طور نظری این امکان وجود دارد که نظام‌های حقوقی معیار معتبری شامل هنجارهای اخلاقی ماهوی داشته باشند (Himma, 2003: 136)، می‌پذیرند. نظریه تلفیق از دو جزء برای توصیف اعتبار هنجارها که می‌تواند به محتوای اخلاقی آنان بستگی داشته باشد، تشکیل شده است: عنصر

1. Soft positivism  
2. Incorporation thesis

کافی بودن و عنصر ضرورت. در نظام حقوقی یک شرط کافی برای اعتبار قانونی یک هنجار، وجود دارد که محتوای اصل اخلاقی را بازتولید می‌کند. این مسئله ممکن است به‌عنوان نسبت مطابقت دیده شود؛ بدین معنا که یک هنجار قانوناً معتبر است، اگر مطابق با هنجار اخلاقی براساس قاعده شناسایی باشد. این ادعا مستقیماً پاسخی به «مسئله نخستین»<sup>۱</sup> دورکین است؛ اگر عنصر کافی بودن درست باشد، آنگاه یک هنجار مانند «هیچ‌کس نباید از خطایش سود ببرد»، اعتبار قانونی دارد - بدون اینکه نیاز به آزمایش اصالت آن باشد - جایی که یک هنجار اخلاقی مشابه از طریق قاعده شناسایی نظام حقوقی وارد شده باشد (CAREY, 2009: 1171).

## نتیجه‌گیری

نظریه قاعده شناسایی به‌عنوان معیار غایی نظام حقوقی مباحث و مناظرات بسیار زیادی را در میان فلاسفه حقوق به‌وجود آورده که خود گواه آن است که این نظریه تزی بسیار قوی بوده است که آنتی‌تزه‌های مستدل و محکمی را نیز به‌وجود آورده است. آنتی‌تزی که بر پوچی قاعده شناسایی پافشاری دارد و آن را فاقد خصیصه دستوری و معیار اعتباربخش قواعد حقوقی می‌داند. اما حاصل برخورد این دو نظریه متعارض سنتزی که می‌توان آن را پوزیتیویسم نرم یا فراگیر نامید. بزرگ‌ترین نقد وارد بر قراردادگرایی قواعد ثانوی، در مثال آلمان نازی می‌تواند قابل درک باشد. اگر مقامات رسمی از دیدگاه درونی به قاعده شناسایی باور داشته باشند که مغایر با اصول اخلاقی باشد و حتی از پشتیبانی اکثریتی مردم نیز برخوردار باشد، آیا هر گونه جنایتی قانونی است؟ اینکه قاعده شناسایی خود نه باطل است نه معتبر و تنها اعتبار سایر قواعد را مشخص می‌کند، بدون در نظر گرفتن حداقل‌های اخلاقی غیرممکن است. اما رویکرد فولر به سمت رویه و نحوه شکل‌گیری قاعده است تا محتوای آن. البته پوزیتیویست‌های نرم می‌کوشند تا با این استدلال که اگر چند هنجار اخلاقی از طریق قاعده شناسایی وارد نظام حقوقی شد، بدان معنا نیست که کل هنجارهای اخلاقی وارد نظام حقوقی خواهند شد یا قواعد حقوقی اعتبار خویش را از مطابقت با هنجارهای اخلاقی دریافت می‌کنند. به‌عبارتی دیگر رابطه ضروری بین حقوق و اخلاق وجود ندارد، اما نمی‌توان منکر ارتباط میان آن دو نیز شد. اما شناخت قاعده شناسایی در نظام حقوقی موضوعی پیچیده و مبهم است. معرفت قاعده پژوهش مستقلی است که امکان آن در یک نظام حقوقی - به‌طور مثال نظام حقوقی ایران - می‌تواند موضوع تحقیق آتی باشد.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. خوانساری، محمد (۱۳۹۰)، *منطق صوری*، چ بیستم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲. راسخ، محمد (۱۳۸۷)، *حق و مصلحت*، ج ۱، چ سوم، تهران: نشر نو.
۳. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۱)، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، تهران: فرهنگ نو، ویرایش سوم.
۴. قاری سیدفاطمی، سید محمد (۱۳۹۰)، *حقوق بشر در جهان معاصر*، ج ۱، تهران: شهر دانش.
۵. مگی، برایان (۱۳۸۹)، *مردان اندیشه*، ترجمه عزت‌الله فولادوند، چ پنجم، تهران: طرح نو.
۶. هابرماس، یورگن (۱۳۹۴)، *کنش ارتباطی*، ترجمه کمال پولادی، چ دوم، تهران: نشر مرکز.
۷. هارت، هربرت (۱۳۹۰)، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، چ دوم، تهران: نشر نی.

#### ب) مقالات

۸. قاری سیدفاطمی، سید محمد؛ پیری، حیدر؛ محمودی سید هادی (۱۳۹۸)، «کشف قاعده حقوقی از طریق قیاس توسط دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۹۴، ش ۲، تابستان، صص ۱۱۴۹-۱۱۷۰.

### ۲. انگلیسی

#### A) Books

1. Allan, James (2015), *The glorious evolution and the rule of recognition*, University of Minnesota Law School.
2. Coleman, Jules (2003), *Authority and reason in autonomy of law, essays on legal positivism*.
3. Dworkin, Ronald (1977), *Taking right seriously*: Cambridge, MA: Harvard University press.
4. Gardner, John (2012), *Law as a leap of faith: Essay on Law in general*, Oxford: Oxford university press.
5. Hart, H.L.A (1983), *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Oxford university press.
6. ----- (2012), *The concept of Law*, Oxford: Oxford university press, 3<sup>rd</sup> edition.
7. Kumar, Rahul, Contractualism (2010), *The Routledge Companion to Ethics*, Routledge.
8. Raz, Joseph (1992), *Practical reasons and norms*, 2<sup>nd</sup> ed. Princeton University Press.
9. Schauer, Fredrick (1994), *Amending the presuppositions of a constitution to imperfection*, Sanford levinson.
10. V.CAREY, Stephen (2009), *What is Rule of Recognition in the United State?*



J.D. Candidate, University of Pennsylvania Law School: B.A

**B) Articles**

11. Anthony J. Sebok (2014), "Is the rule of recognition a rule?" *Notre Dame Law Review*, Vol. 72, Issue 5, Feb, pp. 1539-1563.
12. Finnis, John (1973), "Revolutions and continuing of law", *Oxford studies in*
13. Hall, Stephan (2001), The persistent spectre: Natural law, international order and limit of legal positivism, *EJIL*, Vol. 12, No.2, pp. 269-307.
14. Hart, H.L.A (1958), Positivism and separation of law and moral, *Harvard law Review*, Vol.71, No.4, Feb, pp. 593-629.
15. Himma, Kenneth Einar (2003), "Making sense of constitutional disagreement: the conventional Rule of Recognition in the United State", *4J.I SOC`Y*, pp. 149-218.
16. Howarth, David & Stark, Shona (2017), "H.L.A. Hart's secondary rules: what do 'officials' really think", *International Journal of Law in Context*, Cambridge University Press, <https://doi.org/10.1017/S1744552317000192>, pp. 61-84.
17. Kronman, AT (1975), Hart, Austin and the concept of a legal system: the primacy of sanction, *Yale law journal*, volume 84, issue 3, pp. 284-607.
18. Payne, Michael (1976), "Hart's concept of a legal system", *William and Marry law review*, Vol. 18, issue.2/4, pp. 287-319.
19. Perry, Stephen (2006), "Hart on social Rules and foundation of law", *Fordham Law Review*, Vol. 75, Issue 3, pp. 448-454.
20. Raz, Joseph (1972), "principles and limits of the law", *Yale LJ* 823, No 81, pp. 823-854.
21. Scotty, Shapiro (2009), "What is the rule of recognition", *Oxford University Press*, paper no. 181, pp. 1-34.