

فلسفه حقوق (۲): علم حقوق

(۱- فلسفه حقوق چیست؟*)

میشل تروپر**

برگردان: مجتبی واعظی***

علم حقوق

پرسش از وجود یک علم حقوق، پرسشی بسیار کهن است و پاسخهای آن مبتنی بر تعاریف متفاوتی است که از دو تعبیر «علم» و «حقوق» ارایه می شود. از نظر میشل ویله تعریف علم حقوق عبارت بود از «علم حقوق کلاسیک رم که مبتنی بر رسالت بیان اخباری روابط عادلانه ای است که خود [علم حقوق] آنها را در بطن اندام اجتماعی کشف می کند» (ویله، ۱۹۷۵، ص ۹۷)

این مفهوم قویا مرتبط با معرفت گرایی اخلاقی است به معنای ایده ای که بر اساس آن، ارزشهایی (مانند عادلانه یا زیبا) دارای وجودی عینی و قابل شناخت هستند. واضح است که این برداشت، از نظر مخالفان معرفت گرایی و نیز آن دسته که در عین پذیرش معرفت گرایی قایل به تفکیک بین حقوق و [امر] عادلانه اند مورد پذیرش نیست.

در هر حال علم مجموعه ای از دانشهاست و حقوق بعنوان مجموعه ای از رویه های عملی^۱ نمی تواند علم باشد.

با این حال اگر حقوق خود فی نفسه یک علم نیست اما علمی را می توان تصور کرد که در عین تمایز از حقوق، بدان بعنوان موضوع خود پردازد به این معنا که وظیفه اش شرح حقوق باشد. چنین علمی در عین حال با معرفت گرایی اخلاقی و نیز مخالفان آن قابل جمع و سازگار است. با معرفت گرایی سازگار است با این فرض که حقوق مجموعه ای از ارزشهای عینی است و علم حقوق

*- «فلسفه حقوق» عنوان کتابی است از مجموعه «چه می دانم»:

Michel Troper, *Philosophie du droit*, collection « Que sais-je ? », Universitaires Presses France, 2003.

** - Michel Troper.

*** - دانشجوی دکتری حقوق، دانشگاه پل سزان (اکس مارسی ۳).

به شرح این ارزشها می پردازد اما بدون آنکه در خلق این ارزشها مشارکت و یا کمترین داوری اخلاقی نسبت بدانها داشته باشد.

با مخالفان معرفت‌گرایی نیز قابل جمع است اگر بعکس حالت قبل فرض بر آن باشد که حقوق مجموعه‌ای از ارزشها نیست بلکه حاصل رویه‌ها یا قواعد اعلامی توسط بشر است.

با اینحال در هر دو صورت علم حقوق از اساس متمایز از خود حقوق است چرا که آن را [صرفاً] بعنوان موضوع تلقی کرده و به شرح آن بسنده می‌کند.

۱ - تمایز حقوق و علم حقوق

این تفکیک که یکی از عناصر مفهوم اثبات‌گرایانه علم حقوق را شکل می‌دهد مبتنی است بر تفاوت‌گذاری بین کارکردهای چندگانه و سطوح متنوع زبان، و به مفاهیم متفاوتی از علم حقوق رهنمون می‌شود.

۱. توصیف‌ها و تجویزها

زبان برساخته از عبارتهایی با کارکردهای چندگانه است. در خصوص آنچه که مرتبط با مساله علم حقوق است می‌توان به کارکردهای اخباری (یا توصیفی) و تجویزی آنها بسنده کرد. از طریق کاربرد توصیفی به تبادل اطلاعات و تشریح جهان، و بوسیله کاربرد تجویزی، به امر هدایت‌گراانه با توسل به دستورات، پندها و توصیه‌ها می‌پردازیم.

بوسیله زبان توصیفی بیان می‌کنیم که چیزی هست، و با ابزار زبان تجویزی، چیزی که باید باشد. کیفیت تشریحی یا تجویزی گزاره‌ها مرتبط با شکل دستوری (زبان) آنها نیست. با بیان جمله «هوا سرد است» می‌توان، بر اساس زمینه خارجی و روش بیان جمله، منظور خود را رساند خواه در جهت بیان دما، خواه با هدف نشان دادن تمایل خود به بستن پنجره. بنابراین جمله مذکور بهمان اندازه که شرح یک چیز می‌تواند باشد بهمان میزان نیز می‌تواند حامل یک دستور باشد.

بعکس، متون حقوقی که بیانگر اوامرند غالباً بصورت اخباری نگاشته می‌شوند. در نتیجه، ماده دهم قانون اساسی سال ۱۹۵۸ فرانسه که بیان می‌دارد: «رییس‌جمهور قوانینی را که به تصویب نهایی رسیده، ظرف مدت ۱۵ روز پس از ارسال به دولت، (جهت اجرا) توشیح می‌کند»، یک عادت مقرر را وصف نمی‌کند بلکه به دارنده مقام مذکور امر صادر می‌کند. بنابراین برای تعیین ماهیت گزاره‌ها قبل از هر چیز به کاربرد یا معنای آنها توجه می‌کنیم.....

تمایز مذکور همان تقابل حقوق و علم حقوق است چرا که حقوق متشکل از گونه ای ویژه از تجویزها یا قواعد است حال آنکه علم حقوق حاصل گزاره های اخباری است. بنابر این تجویزها و توصیف ها در موارد بسیار مهمی [نسبت به یکدیگر] متفاوت می شوند.

اول آنکه، توصیف ها قابل ارزیابی بصورت درست یا نادرستند بر خلاف عبارتهای تجویزی. این کیفیت بدین معنا نیست که ما همواره از درستی یا نادرستی آنها باخبر یا حتی امیدوار به دانستن آن باشیم که تنها بدین مفهوم است که منطقی این امکان وجود دارد. بنابر این عبارت «یک زندگی دیگر پس از این زندگی وجود دارد» درست یا غلط است همانگونه که «آب در دمای صد درجه به جوش می آید».

بمکس، عبارات تجویزی نه می توانند درست باشند نه نادرست. در دستور «سیگار نکشید» نمی توان پاسخ داد این حرف نادرستی است اما فقط می توان گفت من از شما اطاعت نمی کنم یا اینکه شما حق صدور چنین دستوری را نسبت به من ندارید.

در نتیجه، اگر علم مجموعه ای از دانسته هاست یعنی مجموعه ای از گزاره های اخباری محمول بر صحت، و اگر حقوق عبارت از مجموع تجویز هاست، حقوق بهیچ وجهی نمی تواند یک علم باشد. با این حال برخی بر آنند که قواعد می توانند درست یا نادرست باشند. از نظر ایشان عدم امکان درستی یا نادرستی صرفاً راجع است به گزاره های امری یا سبکی «سیگار نکشید» و سایر انواع گزاره ها را در بر نمی گیرد. به عبارت دقیق تر هرچند که نمی توانیم در مورد جمله «سیگار نکشید» بگوییم این جمله نادرست است اما در عوض در مقابل گزاره «سیگار کشیدن ممنوع است» می توانیم پاسخ دهیم «ممنوعیت سیگار واقعیت ندارد»

درواقع این نظر مبتنی است بر یک خلط رایج بین مفهومی که بیان شده و گزاره ای که آن مفهوم را بیان می کند. و در این بین، فقط خود مفاهیمند که قابل ارزیابی درست یا نادرستند، نه عبارات حاوی آنها. عبارات «سیگار نکشید» و «سیگار کشیدن ممنوع است» دو شکل متفاوت بیانند که حاوی یک مفهوم واحدند و حتی به شکلهای دیگر هم قابل بیانند مانند: «نباید سیگار کشید».

بنابر این همین عبارات هم می توانند حامل یک مفهوم تجویزی باشند و هم حاوی یک معنای اخباری. به عبارت دیگر هنگامی که ما از آنها مفهوم یک دستور را دریافت می کنیم بویژه زمانی که از ناحیه شخصی دارای اقتدار مانند مقنن صادر شده باشد، آنها امریند و در این حالت است که امر مذکور نمی تواند موضوع ارزیابی درست یا نادرست قرار گیرد.

اما همین عبارات چنانچه توسط شخص فاقد هرگونه اقتدار یا فردی که صرفاً موظف به انتقال و گزارش دستورات دیگران است بیان شود به عنوان گزاره ای خبری تلقی می شود. بنابراین اگر یک شهروند عادی بگوید «سیگار کشیدن در اماکن عمومی ممنوع است» این عبارت به خودی خود باعث ممنوعیت سیگار کشیدن نبوده و حتی می تواند حاکی از تاسف بخاطر این ممنوعیت باشد به عبارت دیگر چنین جمله ای صرفاً خبر از وجود قاعده ای مبنی بر ممنوعیت می دهد.

همچنین فقط گزاره ای که خبر از وجود قاعده مذکور می دهد می تواند مشمول داوری «درست» یا «نادرست» قرار گیرد نه خود قاعده. بدین معنا که گزاره خبری می تواند درست باشد اگر آن قاعده موجود باشد و نادرست است در صورتی که چنین قاعده ای وجود نداشته باشد.

همانگونه که برخی بیانهای دارای شکل اخباری، مفاهیم تجویزی را انتقال می دهند بهمان نسبت، بعضی گزاره های ظاهراً تجویزی بیانگر مفاهیم توصیفی اند. بنابراین نباید جملاتی را از نوع «برای جوشاندن آب، باید دمای آنرا به صد درجه رسانده» با گزاره های تجویزی خلط کرد. برغم وجود یک فعل دستوری، جمله مذکور فاقد معنای تجویزی بوده و فقط بیانگر یک قاعده فنی بسیار متفاوت با قاعده ای واقعی است. در واقع این عبارت بهیچ چیز خاصی امر نمی کند و صرفاً رابطه بین درجه حرارت آب و جوشیدن را شرح می دهد. در نتیجه جمله مذکور جمله ای اخباریست که قابلیت درست یا نادرست بودن را دارا بوده و می توان آنرا بدون بکاربرد فعل امری نیز بیان کرد مانند: آب در دمای صد درجه به جوش می آید.

در عوض هرچند که عبارات تجویزی قابلیت درست یا نادرست بودن را ندارند اما می توانند مشمول حالات «اطاعت شده - سرپیچی شده» و یا «معتبر - غیرمعتبر» واقع شوند. گفتن اینکه قاعده ای معتبر است در اینجا بدین معناست که توسط مقامی صالح و مطابق قاعده ای دیگر وضع شده که رعایت آن الزامی است. به عبارت دیگر قاعده مذکور به نظام هنجاری مشخصی تعلق دارد که در بطن آن دارای موجودیت است.

گاهی اوقات خواسته شده که با نادیده گرفتن تفاوت بین گزاره های توصیفی و تجویزی، حالت «اعتبار» را در مورد یک جمله تجویزی، معادل حالت «صحت یا درستی» در مورد گزاره اخباری قرار دهند. ایده ای که البته مواجه با شکست شده است. صحت یک عبارت خبری بسته به رابطه آن با دنیای خارج است: چنین عبارتی در صورتی صحیح است که موضوعی که از آن خبر می دهد وجود داشته و دارای همان صفات شرح داده شده باشد.

در مقابل، اعتبار یک گزاره تجویزی هیچ بستگی به امری در دنیای خارج ندارد. در نتیجه، خبر اینکه «همه قوها سپیدند» به محض یافتن فقط یک قوی سیاه، نادرست واقع می‌شود. و امر به اینکه «همه دزدان باید مجازات شوند» حتی بفرض آنکه برخی از آنان از مجازات رهیده باشند، اعتبار خود را از دست نخواهد داد. همچنین، حتی زمانی که هیچ دزدی به مجازات نرسیده باشد خیر از وجود قاعده معتبر «دزدان باید مجازات شوند» نادرست نخواهد بود.

از این گذشته، چنانچه بتوان منطقاً گزاره ای خبری را از متن گزاره ای دیگر از همین نوع استنباط کرد و یا در چارچوب برخی تئوریه‌ها، گزاره ای تجویزی را از گزاره تجویزی دیگر، اما در مقابل، هیچگاه امکان تولید گزاره ای تجویزی از بطن گزاره ای خبری وجود ندارد. این عدم امکان که غالباً به نام «قانون هیوم»^۲ خوانده می‌شود به آسانی قابل فهم است. از هستن، بایستن بر نمی‌آید و بنابر این با ملاحظه این که انسانها دروغ می‌گویند نمی‌توان به این نتیجه رسید که آنان نباید دروغ بگویند یا بعکس. مگر آنکه متوسل به پیش فرضهایی بین خبر و نتیجه فوق‌الذکر شویم. پیش فرضهایی که از یک داوری ارزشی «دروغ گفتن بد است» و یک تجویز «نباید مرتکب بدی شد» مشکل هستند.

در نتیجه، استدلالاتی که بوسیله آنها قصد استخراج گزاره های تجویزی از دل عبارات خبری می‌شود علیرغم تلاشهای زبردستانه مانند آنچه که در فلسفه گری طبیعت گرا^۳ وجود دارد مورد انتقادات فراوان واقع شده است. دلیل این نامگذاری آن است که یکی از مقدمات نظام استدلالی مذکور موضوعش یکی از امور ناشی از طبیعت است و نیز نحوه استدلالش دارای ویژگی برخی از دکترینهای حقوق طبیعی است.

بنابر این، علم، که از طریق عبارات توصیفی به تبیین جهان می‌پردازد در هیچ صورتی نمی‌تواند به تجویز روی آورد. به تعبیر دیگر بیان آنچه که هست، نه آنچه که باید باشد. علم حقوق هم، مانند سایر علوم، قادر به صدور گزاره های تجویزی نیست. در واقع این علم به بیان گزاره های موسوم به «گزاره های حقوق» بسنده می‌کند گزاره هایی که قواعد دارای وجود عینی مستقل از علم حقوق را شرح می‌دهند حال آنکه خود حقوق بر ساخته از همین قواعد است.

همچنین این علم باید سره یا ناب از هرگونه داوری ارزشی باشد. آرمان «نابی»^۴ که در علوم اجتماعی با نام *wertfreiheit* یا بیطرفی ارزشی معرفی شده بیانگر نامی است که هانس کلسن به

^۲- Loi de Hume

^۳- Sophisme naturaliste

^۴- Pureté

آموزه خود «تئوری ناب حقوق»^۵ داده است. ویژگی نابی به خود تئوری [حقوقی] باز می‌گردد نه به خود حقوق که کاملاً ناسره است. عدم امکان داوری ارزشی بر آمده از ایده ای است که قابل به عدم امکان شناخت ارزشهاست به نوعی که داوریهای ارزشی را مبتنی بر گزاره های تجویزی [قواعد] می‌داند نه بعکس آن: یک دستور وضع نشده بدلیل آنکه خوب است بلکه خوب است به جهت قاعده ای که آنرا وضع کرده است.

بعلاوه، می‌توان برای علم حقوق ویژگی فرازبانی قابل شد بدلیل آنکه موضوع این علم، «حقوق» است که خود یک زبان به حساب می‌آید. چنین معرفی، اجازه فهم این امر را می‌دهد که چگونه با وجود آنکه حقوق بر ساخته از «تجویز ها» است، علم حقوق می‌تواند حاوی گزاره های توصیفی باشد. به عبارت دیگر، زبان راجع به حقوق دارای ویژگیهای متفاوت از زبان خود حقوق است.

۲. علم و فرا علم

نظام استدلالی بهره مند از اصطلاحات فرازبانی، ما را به دریافت سطح سومی از گفتمان راهبرد می‌دهد یعنی زبانی که راجع است به علم حقوق. به عبارت دیگر بنابر «شناخت شناسی حقوقی» همچنانکه علم حقوق یک فرازبان برای خود حقوق محسوب است بهمان ترتیب این زبان سوم که راجع است به علم حقوق، یک فرا- فرا زبان به شمار می‌آید.

نوربرتو بویو به درستی بر آنست که در نظام فکری کلسن ماهیت زبان به تناسب سطح آن دچار تغییر می‌شود. [بویو، ۱۹۹۸، صص ۱۸۵] اگر زبان حقوق تجویزی و زبان علم حقوق توصیفی است. در عوض، زبان سطح سوم یک زبان تجویزی است بدلیل آنکه وجودش مبتنی است بر امر به ساخت یک علم توصیفی ناب. به عبارت دیگر، این زبان سوم «توصیف کردن را تجویز می‌کند».

با این حال، بویو چنین رویکردی را مورد انتقاد قرار می‌دهد: به پندار وی از طرفی شناخت شناسی حقوقی، که وی آن را «فرا علم» می‌نامد، از شناخت شناسی علوم طبیعی فاصله می‌گیرد چرا که این نوع دوم با خودداری از هرگونه تجویز، فقط به شرح شیوه هایی بسنده می‌کند که از طریق آنها علوم به تولید دانش می‌پردازند.

از طرف دیگر این شناخت شناسی حقوقی، کارکرد نویسندگان حقوقی همچون اساتید دانشگاه را به درستی مورد توجه قرار نمی‌دهد چرا که آنان فقط به شرح حقوق بسنده نکرده و به توصیه ها و داوری های ارزشی [مبنی بر تقد و اصلاح قوانین] نیز می‌پردازند.

⁵. Théorie pure du droit

اعتراضی که بر بحثهای مذکور می توان وارد کرد آن است که چنانچه مباحثات راجع به حقوق نتواند خود را به صورت یک مجموعه از داده های علمی معرفی کند، فراعلم از عهده شرح روشی که علم حقوق بوسیله آن داده های علمی راجع به حقوق را تولید می کند برنخواهد آمد. به عبارت دیگر فراعلم فقط در خصوص مباحثی که خود را به صورت علم بروز می دهند قابل حصول خواهد بود. علاوه بر این نمی توان گفت که این فرا علم، تجویز توصیف است بلکه عبارت است از بیان ویژگیهایی که علم حقوق باید دارا باشد در صورتی که بخواهد بر اساس نمونه ملهم از علوم طبیعی ایجاد شود. بدون تردید مبحثی دیگر و جدای از علم حقوق وجود دارد که راجع است به مباحث راجع به حقوق و آن عبارت است از مبحث دکماتیک حقوقی که دارای نفع اجتماعی آشکار است. فراعلم بدون آنکه به این مبحث دیگر بپردازد صرفاً در خصوص امکان تحقق یک علم حقوق واقعی تحقیق می کند. با این حال اختلافات زیادی در مورد روش مناسب درک و شرح این علم وجود دارد.

۳. دوگانه گرایی و یگانه گرایی

نخستین پرسش آنست که بدانیم، برای داشتن یک علم واقعی، آیا علم حقوق باید خود را با یک الگوی روش شناسی واحد که در علوم طبیعی است تطبیق دهد یا اینکه بعکس می توان وجود یک روش شناسی ویژه را برای آن تصور کرد. هر دو گزینه در واقع بازتاب الحاق فلسفه حقوق به مفاهیم عامتر فلسفه علوم هستند [ویلا^۱ ۱۹۹۱] به عبارت دیگر دو جریان فکری را در اینجا می توان از یکدیگر باز شناساند: یگانه گرایان و چند گانه گرایان.

بر اساس دیدگاه یگانه گرایی، تمامی شاخه های علمی باید الزاماً روش شناسی علوم طبیعت و در درجه اول روش شناسی علم فیزیک را برگزینند که به بررسی تجربی گزاره ها می پردازد. در مقابل، یک چند گانه گرایی روش شناسانه نیز وجود دارد. نویسندگان دارای این دیدگاه، ایده یگانگی علوم را رد نمی کنند. و بر آنند که این یگانگی بر آمده از آنست که علم در کلیت خود وظیفه بررسی داده های تجربیات ملموس را داشته و باید علاوه بر محدود شدن به شرح موضوع خود، بتواند گزاره ها را از راه تجربی ارزیابی کند. اما آنها می پندارند که بسته به هر حوزه، مفاهیم متفاوتی از آنچه که تجربه را می سازد وجود دارد، مانند مفهوم ارزیابی پذیری تجربی.

در نتیجه یک چندگانگی در روش پدید می آید بدون آنکه هیچ علمی بتواند نقش یک نمونه را برای دیگر حوزه ها بازی کند آنگونه که برخی آن را برای فیزیک قایلند. علاوه بر این برخی حتی معتقدند که علوم طبیعت گاهی می توانند از علوم انسانی الهام بگیرند.

درباره علم حقوق قابل فهم است که بحث به دو نکته باز می گردد: آیا می توان در حقوق معادلی برای افعال تجربی یافت و اگر آری چگونه می شود گزاره های علم حقوق را بررسی کرد؟

بدیهی است که این بحث در نزد آنهایی که تمایز بین حقوق و علم حقوق را رد می کنند موضوعیت ندارد. یا کسانی که علم حقوق را به عنوان یک دانش هنجارین که قادر به نشر هنجارهاست تلقی نمی کنند. [کالیفسکی ۱۹۶۹]

بنابر این بحث تنها در متن جریان اثبات گرایی و در بین دارندگان دو مفهوم از هنجارها جریان دارد. این دو مفهوم را از آن جهت که نمایندگان ماهیت هنجارها به شمار می آیند می توان به عنوان هستی شناسی شناخت. بر اساس نخستین برداشت که موسوم به هیلتیک^۷ (مادی) است، هنجارها ذاتهای ایده آلی هستند که با تمایز و جدایی از دنیای «هست»، به سپهر «باید - هست» تعلق دارند.

به پندار طرفداران دومین مفهوم که گاهی اکسپرسیو^۸ (اظهارگرا) خوانده می شوند هنجارها فقط دسته ای از افعال هستند که بیانگر اراده انسانند.

در فلسفه حقوق معاصر جلوه ای از نخستین برداشت را می توان در جریان هنجارگرا^۹ دید و نمودی از برداشت دوم را در نزد جریان واقع گرایی.

۴. برداشت هانس کلسن

اراده ساخت یک علم حقوق بر اساس الگوی علوم تجربی با این دشواری قابل ملاحظه روبروست که موضوع مطالعه همه دانشهای تجربی، واقعیتهای [خارجی] است حال آنکه حقوق مجموعه ای است از هنجارها، و نه داده های تجربی. با وجود چنین دریافتی، به نظر می رسد که دو گزینه بیشتر وجود ندارد که البته کلسن هیچیک را بر نمی گزیند: ساخت یک علم ویژه که بجای پرداختن به وقایع بیرونی، فقط به ارزشها و هنجارها بپردازد، یا فروکاستن حقوق به وقایع^{۱۰}. اما کلسن گزینه نخست را که همان حقوق طبیعی گرایی است از اساس رد می کند بدلیل آنکه وی بر آنست که ارزشها قابل

7- Hylétique

8- Expressive

9- Normativiste

10- faits

شناسایی نیستند و طرفداران حقوق طبیعی گرای بدون آنکه قادر به شرح و بیان ارزشها و هنجارهای دارای یک وجود عینی باشند فقط از پس بیان ترجیحات ذهنی خود بر می آیند.

همچنین وی نمی تواند همسان سازی هنجارها را به وقایع بپذیرد آنگونه که اثبات گرایی سستی می کرد و هنجار حقوقی را یا یک دستور مبتنی بر تهدید به یک مجازات می پنداشت و یا بیانگر امکان شیوه مشخصی از رفتار انسانها.

همسان سازی هنجار با یک فرمان، پذیرفتنی نیست چرا که فرمانها لزوماً [از نظر حقوقی] الزام آور نیستند. هارت این نکته را بعدها با روشنی بیشتری بیان می کند: فرمان دزد سرمایه یا جان تفاوت چندانی با دستور یک مامور وصول مالیات ندارد و چنانچه شما در مهلت تعیین شده مبلغ یا مالیاتتان را نپردازید با یک جریمه روبرو خواهید شد.

در هر دو حالت ما با یک دستور مبتنی بر تهدید به یک مجازات روبرویم. با اینحال در حالت اول ما تعهدی به دادن پولمان نداریم بلکه مجبور بدان هستیم. اما در حالت دوم ما هم متعهد و هم مجبور به پرداخت خواهیم بود. حتی اگر «ده فرمان [موسی]» از سوی خدا آمده باشد الزامی به اطاعت از آن نیست مگر آن که یک هنجار عام وجود داشته باشد مبنی بر اینکه «باید از ده فرمان خداوند پیروی کرد.» بنابر این هدف یک دستور [تحقق] یک عمل است اما این عمل برابر با یک هنجار نیست.

همچنین نمی توان یک هنجار را به یک رفتار فرو کاست آنچنان که جامعه شناسان حقوقی در پی آنند. کلسن نمی تواند چنین خوانشی را از اثبات گرایی بپذیرد آنچنانکه حقوق طبیعی گرایی را نیز با همین دلایل (که بر آمده از جداسازی «هست» و «باید - هست» است) رد می کند:

بیان اینکه «چیزی هست» یا اینکه «چیزی باید باشد» هم معنا نیست. بنابر این گفتن اینکه شخص «الف» تعهد به پرداخت پولی به شخص «ب» دارد، برابر با این نیست که بگوییم یک بخت یا احتمال قوی وجود دارد که «الف» این پول را بپردازد. به راحتی می توان تصور کرد که «الف» حتی بدون آنکه تعهدی داشته باشد این پول را بپردازد و یا بعکس حتی در صورت داشتن تعهد، پول را نپردازد.

کلسن با رد اثبات گرایی حقوقی با مفهوم سستی آن و نیز حقوق طبیعی گرایی، در پی یافتن راه میانه ای بر می آید. وی از حقوق طبیعی گرایی این را بر می گزیند که حقوق مجموعه ای از هنجارهای اجبار آمیز است و نه مجموعه ای از وقایع و افعال. و از اثبات گرایی این پندار را می پذیرد که علم باید به شرح و بیان موضوع خود بسنده کرده و از داوری ارزشی بپرهیزد. علم حقوق بدلیل ناتوانی از صدور دستور، یا شرح وقایع، باید به شرح و بیان آنچه که باید باشد (و نه آنچه که هست) بسنده کند.

این باید - هست که علم حقوق باید به شرح آن پردازد یک باید - هست عینی است، مستقل از اراده و ترجیحات کسی که بر اساس حقوق به شرح آن می پردازد. چنین است موضوع گزاره های حقوقی.

وی بر آن است که با این حال نظریه ناب حقوق یک آموزه اثبات گرایانه است. علم حقوق آنچنان که وی در می یابد دارای تمامی عناصر یک علم تجربی است بدون آنکه موضوع آن تجربی باشد: این علم از موضوع خود متمایز است، به شرح یک واقعیت عینی می پردازد چرا که موضوعش حقوق موضوعه است و نه چیز دیگر. مرکب از گزاره های اخباری است گزاره هایی که بنا به اصل حقیقت - همخوانی^{۱۱} درست یا نادرستند. بدین معنا که بر اساس این اصل، درستی یک گزاره بسته به آنست که هنجار بیان شده در آن، وجود خارجی داشته باشد.

در واقع وی از حقوق طبیعی گرای، بجز این اندیشه که حقوق یک باید - هست است، تمام آن را رد می کند. به دلیل آنکه او وجود یک حقوق طبیعی را نمی پذیرد و بر آنست که علم حقوق تنها به شرح و بیان هنجارهای الزامی می پردازد و اطاعت از آنها را درخواست یا امر نمی کند.

با این حال این رویکرد شناخت شناسانه - قایل به یک علم بسنده به توصیف که دارای یک موضوع ویژه هنجاری^{۱۲} است - با دشواری فراوانی دوام می آورد تا آنجا که کلسن با نقد های فراوانی روبرو می شود که برخی از آنها بجا و دسته ای دیگر بی پایه است.

بر پایه یکی از رایجترین این انتقادات، که از سوی دیگر نویسندگان اثبات گرا مطرح می شود، تفاوت چندانی بین این بیان که یک دستور همچون دستور مامور وصول مالیات، یک هنجار معتبر یا الزامی را بیان می کند و یک توصیه به پیروی از این دستور وجود ندارد.

آلف روس^{۱۳} همچنان بر آنست که گزاره «دستور یک مامور وصول مالیات به پرداخت مالیات، یک هنجار معتبر و الزامی است» برابر است با این توصیه که «باید مالیات را پرداخت»، که یک هنجار اخلاقی است.

کلسن ارتباط خود را با اصل اثبات گرایانه ای که خود اعلام داشته بود قطع کرده است (روس ۲۰۰۲) وی تنها یک شبه اثبات گراست بدین معنا که درواقع یک حقوق طبیعی گراست. بهمین صورت

11- Vérité- correspondance

12- Normativité

13- Alf Ross

برای راز^{۱۴}، یک گزاره هنجارگذار^{۱۵}، که راجع است به یک بیان اخلاقی یا حقوقی، «بیانگر باور در وجود یک هنجار است و یک هنجارنیز سازنده یک ارزش است» بنابر این کلسن یک معرفت گراست. در واقع چنین نقدی به هیچ روی موجه نیست. این نقد در واقع مبتنی است بر یک خلط بین الزام اخلاقی که می تواند مطلق باشد، و الزام حقوقی (یا اعتبار)، که فقط نسبی است.

چه تفاوتی وجود دارد بین دستور یک مامور وصول مالیات که الزام آور است و فرمان یک دزد که فاقد این جنبه است؟ نمی توان به این پرسش پاسخ داد مگر از طریق ارجاع به یک هنجار، متفاوت با دستور مامور مالیات و مافوق بر آن، که امر به اطاعت از خود و پرداخت مالیات می کند. این هنجار همان قانون مالی است یا همان قانون بودجه. روشن است که هیچ هنجار شبیه آن برای دزد وجود ندارد. امر مامور مالیات فقط به این دلیل دارای اعتبار یا الزام آور است که به طور نسبی مبتنی بر همان هنجار مافوق خود است. و ورای آن هیچ الزام اخلاقی به اطاعت از آن در کار نبوده و حتی می توان یک نظام اخلاقی را تصور کرد که امر به نپرداختن مالیات کند در صورتی که این مالیات در خدمت امور نا عادلانه در آید. اما حتی اگر به این اخلاق مومن باشیم، از نظر حقوقی ملزم به پرداخت مالیات هستیم.

بنابر این انتظار صدور «تجویز» از علم حقوق که [تنها] بیانگر آنست که یک هنجار دارای اعتبار است انتظار دقیق و بجایی نیست.

در نتیجه بیان اینکه یک هنجار الزام آور است بدین معنا نیست که مطلقاً یا اخلاقاً باید از آن پیروی کرد بلکه تنها به این معناست که بطور نسبی و بر مبنای یک هنجار عالیتر الزام آور است. و فقط همین الزام نسبی است (و نه هیچ چیز دیگر) که کلسن از آن به عنوان «عینی»^{۱۶} نام می برد. چرا که این الزام به وسیله یک هنجار عالیتر، قانون، که دارای وجودی عینی است وضع می شود نه توسط یک اراده شخصی مانند مامور مالیات که آن را نشر می دهند. با اینحال باید (آنچنان که کلسن هم تاکید بسیار بر آن دارد) خاطر نشان کرد که چنانچه هنجارها بطور عینی الزام آورند اما خود حقوق هیچگاه در کلیت خود نمی تواند دارای چنین ویژگی باشد.

بعکس، نظریه ناب حقوق در پی آنست که مفهوم هزارساله حقوق را به عنوان «نظامی از هنجارهای دارای اعتبار هنجارین عینی»، که در این دیدگاه اشتباهی بیش نیست ریشه کن کند.

14. Raz

15. Normative

16. Objective

در باره گزاره هایی که بوسیله آنها علم حقوق به شرح هنجارها می پردازد کلسن بر آن است که این گزاره ها صرفاً به وسیله یک فعل امری^{۱۷} قابل توضیح اند.

بنابر این هنجار «دزدان باید مجازات شوند» فقط از طریق گزاره ای حقوقی با همان شکل زبانی «دزدان باید مجازات شوند» می تواند بیان شود. در حالت اخیر بحث راجع است به گزاره ای اخباری، نه یک هنجار. گواه آن اینست که گزاره مذکور قابل ارزیابی به درست یا نادرست است. درست است اگر و فقط اگر در نظام حقوقی مورد نظر، هنجار آمر به مجازات دزدان وجود داشته باشد و نادرست است در صورت نبود چنین هنجاری.

برای همین است که مدرس حقوق که چنین گزاره ای را بیان می کند در مقام بیان اراده خود مبنی بر مجازات دزدان نیست. وی همچنین الزام آوری چنین هنجاری را مطلق نمی داند و فقط به بیان این می پردازد که اگر بخواهیم به قانون کشورمان عمل کنیم دزدان باید مجازات شوند.

در عوض، ایده کلسن با دشواریهای جدی برخاسته از مفهوم مادی^{۱۸} وی از هنجارها روبروست. در اینجا تنها به دو نمونه از آنها خواهیم پرداخت.

اولین مشکل راجع به روابط با منطق است. اگر یک گزاره خبری درست است می توان گاهی به طور منطقی از آن گزاره خبری درست دیگری استخراج کرد. بنابر این اگر این گزاره درست است که همه پستانداران مهره دارند و نیز اگر این نیز درست است که فیل پستاندار است در نتیجه باید این عبارت هم درست باشد که فیل هم مهره دار است. اما با همین شیوه نمی توان یک گزاره حقوقی را از گزاره حقوقی دیگر استخراج کرد. از عبارت عام «بر اساس قانون فرانسه تمامی دزدها باید کیفر ببینند» نمی توان به این نتیجه خاص رسید که «فلان شخص (که دزد است) باید مجازات شود» به دلیل آنکه هنجار واسطه (صغرای قضیه) در حقوق جاری وجود ندارد چرا که هنوز توسط قاضی وضع نشده است. و امکان اینکه هرگز وضع نشود نیز وجود دارد تا آنجا که گزاره حقوقی باوجود اعتبار منطقیش نادرست در آید.

دشواری دوم به ساختار یک علم بر می گردد. تمامی علوم باید بتوانند شرایطی را که بر مبنای آن گزاره هایشان درست در می آیند بیان کنند. بنابراین، گزاره حقوقی که یک هنجار را بیان می کند درست است اگر هنجار واسطه در حقوق جاری وجود داشته باشد. با اینحال علم حقوق توانا بدان نیست که بگوید این هنجار وجود دارد یا نه. در واقع اگر «اعتبار»، یک کیفیت تجربی نیست نمی تواند

17- Déontique

18- Hylétique

موضوع مشاهده و تصدیق قرار گیرد. بدون تردید به پندارکلسن یک هنجار معتبر است زمانی که منطبق با هنجار برتر وضع شده باشد. در نتیجه باید این هنجار برتر نیز وجود داشته باشد اما پرسش این است که چگونه می توان مشخص کرد که این هنجار وجود دارد؟ پرسش را می توان به مراحل بعد حواله داد اما نه تا بی نهایت. هنجار برتر به خودی خود معتبر است اگر منطبق با یک هنجار برتر از خود وضع شده باشد به همین شیوه تا قانون اساسی. بنابر این اعتبار قانون اساسی نمی تواند با همین شیوه به دست آید، به دلیل آنکه دیگر هنجار برتر از آن وجود ندارد.

کلسن در پایان زندگی خود مفهوم مادی هنجارها را وا نهاده و به برداشت اظهارگرایانه واقع گرایان تمایل یافت.

۵. برداشتهای تجربه گرا

موفق ترین تلاش برای ایجاد یک علم واقعی تجربی از حقوق (ونه تنها یک علم براساس الگوی علوم تجربی به شیوه کلسن) را باید از آن واقع گرایان دانست. این علم باید برساخته از گزاره های قابل بررسی باشد. گزاره هایی که علاوه بر «باید - هست» به «هست» ها نیز برگردند به عبارت دیگر به فعل های قابل مشاهده.

از دید آلف روس، یکی از نمایندگان مهم جریان واقع گرایی، این فعلها از گونه روانی - اجتماعی^{۱۹} هستند که قبل از هر چیز به رفتار قضات بر می گردند. هنجارها جز در زمانی که اعمال می شوند دارای وجود واقعی نیستند. شرح و بیان حقوق جاری صرفاً شرح و بیان هنجارهایی است که توسط قاضی اعمال می شوند. چنین برداشتی باید به علم حقوق امکان تولید بیان های پیش گویانه درباره رفتار قضات را بدهد.

بر اساس فرمول مشهور یکی از واقع گرایان مشهور آمریکایی ابتدای سده بیستم، *واتدل هولمز*^{۲۰}، «پیشگویی اینکه دادگاهها چه خواهند کرد تمام آن چیزی است که من از حقوق می فهمم و اراده می کنم و نه هیچ چیز بیش از این».

مشکل از آنجا بر می خیزد که چنانچه این علم کاملاً تجربی باشد تمام ویژگی خود را [به عنوان حقوق] از دست داده و در نهایت قابل تمیز و تفکیک از جامعه شناسی و روانشناسی نخواهد بود. و چنانچه راجع باشد به بیان و پیشگویی رفتار واقعی قضات، باید نه تنها به بررسی قواعدی که وی اعمال می کند پرداخت بلکه حزب سیاسی را که وی عضو آن است یا کلیسایی را که بدان رفت و آمد

¹⁹ - Psychosocial

²⁰ - Wendell Holmes

می کند نیز شناخت. با اندکی بزرگنمایی حتی می توان گفت که تصمیمات قاضی به خلق و خوری و نحوه کارکرد دستگاه هاضمه اش نیز بستگی جدی دارد.

مشکل دیگر به هنجارها بر می گردد بدین معنا که چنانچه آنها توسط دادرسان اعمال می شوند بنابر این باید پیش از اعمال، دارای هستی بوده و (چنانکه روس نیز می پذیرد) ویژگی الزام آوری آنها مورد پذیرش واقع شده باشند. اما در برابر این پرسش که چرا آنها الزام آور شناخته می شوند باید پاسخ داد به دلیل آن که با یک هنجار برتر مطابقت دارند و در همین جاست که دوباره به رویکرد کلسنی رهنمون می گردیم.

اما در نزد دیگر واقع گرایان، اگر حقوق یک موضوع تجربی است به این جهت است که مجموعه ای است از نوشتارها یا بیان ها، مانند قانون اساسی، مجموعه قوانین یا تصویب نامه ها. این بیانات دارای کارکردی تجویزی اند اما معنای آنها بدانها وابسته نیست. این معنا بدانها اختصاص می یابد به لطف فعالیت های حقوقدانان به ویژه در هنگام یک کارکرد تفسیری. متون به عنوان کارکرد حقوقدانان همان فعل ها هستند تا آنجا که علم حقوق به شرح این فعلها می پردازد و گزاره های حقوق تنها همان احکام قضایی در عالم واقع محسوب می شوند.

۱۱. - موضوع علم حقوق و تعریف حقوق

از آنجا که علم حقوق باید موضوع خود را که همان حقوق است شرح دهد لازم است که با تعریف حقوق بیابازیم. در نزد نویسندگان که صرفا به ساخت یک علم می اندیشند تعریف حقوق در بردارنده جوهره آن نیست نه ناظر بر رابطه آن با عدالت است و نه ارتباطی به کارکرد اجتماعی آن دارد.

تعریف حقوق برای ایشان صرفا عبارت است از تعریف آنچه که در پرتو یک علم ویژه قابل مطالعه است.

باید خاطر نشان کرد که دلیل آنکه تعاریف حقوق چنین پرشمار و گونه گون است آن است که در جهان تجربی هیچ واقعیت مستقیمی قابل مشاهده ای وجود ندارد که بتوان بدان کلمه حقوق یا معادلی در زبان دیگر را نسبت داد. فقط رفتارهای انسانی وجود دارد که گاهی می توان آنها را از زاویه دید حقوقی نگریست و گاه دیگر با دیدگاهی دیگر.

این امر طبعاً در باره دیگر موضوعات نیز صدق می‌کند. به طور مثال نمی‌توان مذهب را با شیوه‌ای یکسان از دیدگاه یک دیندار، و یک جامعه‌شناس یا قانونگذار مصمم به حذف برخی آیینهای فرقه‌ای تعریف کرد.

با این حال می‌توان پنداشت که حقوق‌داری این ویژگی است که می‌تواند خود را تعریف کند با استدلالی بدین شرح:

[تصور کنید] گروهی از مردان و زنان در جایی نشسته‌اند. برخی از آنها آغاز سخن کرده و دیگران بدانها پاسخ می‌دهند. پس از گذشت اندکی از زمان، یکی از مردان زنگوله‌ای را تکان می‌دهد برخی از مردان دستان خود را بلند می‌کنند و برخی دیگر نه. از دیدگاه زبانی می‌توان درباره شکل چنین گفتگویی پرسید، از نگاه یک جامعه‌شناس در باره ترکیب اجتماعی - حرفه‌ای آن، و از نظرگاه یک روانشناس از احساسات متقابل آنها. اما از دیدگاه حقوقی همه این موارد بی‌تاثیر است. در عوض از این دیدگاه می‌توان [از مجلس مذکور] روند رأی‌گیری را در یک مجلس قانونگذاری استنباط کرد. از طریق شناخت چستی گفتار یا احساسات متقابل اعضاء گروه امکان نشان دادن اینکه یک قانون به تصویب رسیده یا نه وجود ندارد. چنین استنباطی (تصویب قانون) تنها پس از کاوش در آنکه آیا این رفتارها در انطباق با مواد قانون اساسی ناظر به وضع قوانین صورت گرفته یا نه امکان دارد.

تنها در صورت انطباق، ما می‌توانیم بگوییم که تصمیمی بوسیله اکثریت اتخاذ شده، و این تصمیم حقوقی و دارای اعتبار یک قانون است. در نتیجه، این خود حقوق است که یک رفتار انسانی را به عنوان خالق حقوق و حاصل آن (یعنی قانون) را به عنوان یک هستی حقوقی تعریف می‌کند. بنابر این می‌توان به این نتیجه رسید که علم حقوق نیازی به تعریف موضوع خود ندارد و می‌تواند به باز تولید تعاریف خود حقوق بسنده کند.

علاوه بر این، تعریف قانون به وسیله قانون اساسی نه دارای ماهیت یک «توصیف» ویژگی‌های اصلی قانون است و نه واجد شیوه‌ای که به وسیله آن کلمه قانون را در زبان عادی به کار می‌گیریم. در واقع تعریف مذکور، یک تجویز است.

به عبارت دیگر قانون اساسی امر به در نظر گرفتن و نامیدن «قانون» برای قاعده‌ای می‌کند که توسط آیین و مرجع مشخصی به تصویب رسیده باشد. همچنین علم حقوق که هنجارها را به کمک گزاره‌های حقوقی تشریح می‌کند می‌تواند قانون را به وسیله یک گزاره تعریف کند آن هم درحین بیان قاعده دستوری^{۲۱} تعریف‌کننده قانون.

21- La norme constitutionnelle

با این حال غیر ممکن است که به همین اندازه بسنده شود. می توان تصور کرد که یک گروه از مردان یا زنان (هرچه که باشند) بازیکنان یا افراد بستری در یک درمانگاه روانی، گرد هم آمده و متن یک قانون اساسی را نوشته و تصویب کنند سپس قواعد [مادون] دیگری را در انطباق با آیین پیش بینی شده در قانون اساسی خود نوشته و تصویب کنند. این قواعد دارای عنوان قانون در چارچوب قانون اساسی مذکور خواهند بود. اما آیا علم حقوق نیز باید آنها را قانون بنامد؟ پاسخ قطعا منفی است. قواعد نامبرده به همان دلیل «قانون» نیستند که بر اساس آن، پولهای [کاذب] بازی مونوپولی از نظر اقتصاد دانان «پول» محسوب نمی شوند.

بنابر این باید قانون اساسی که به تعریف قانون می پردازد یک قانون اساسی واقعی باشد و نه صرفا یک قانون ادعایی. اما قانون اساسی واقعی چیست؟ نمی توان همانگونه که در باره قانون با ارجاع به هنجار برتر، عمل می شود به این پرسش در باره قانون اساسی پاسخ داد. به دلیل آن که هنجار برتر از قانون اساسی وجود ندارد. بنابر این علم حقوق قادر نیست پیش از آن که بتواند ارزش هنجاری قواعد را تعیین کند به شرح آنها بپردازد همچنین نمی تواند به یک تعریف در داخل خود حقوق بسنده کند. در نتیجه نمی توان از کنار تعریفی که نسبت به موضوع حقوق، خارجی و مستقل از انواع مختلف هنجارهاست بی اعتنا گذر کرد و این تعریف نه توسط علم حقوق، که تنها از طریق فراعلم یا همان فلسفه یا تئوری عمومی حقوق فراهم می شود.

باید اقرار کرد که پرشماری و گونه گونی چشمگیری در تعاریف حقوق وجود دارد و ما در ادامه فقط به آن دسته که فلسفه حقوق معاصر آنها را پذیراتر بوده است خواهیم پرداخت.