

تحلیل انتقادی بر تعاریف قانون در فلسفه حقوق

پوزیتیویستی

مسعود الماسی^{۱*}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۲۴

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1648.1517

چکیده

هرچند فلسفیدن، در مفهوم قانون، تاریخی به قدمت تاریخ فلسفه و تاریخ حقوق دارد، سؤال از چیستی قانون به‌ویژه در قرون معاصر از مباحث محوری فلسفه حقوق به‌ویژه در سنت پوزیتیویستی آن بوده است. اهمیت فلسفه قانون به دلیل نقش ویژه قانون در تحولات اجتماعی-سیاسی جوامع بشری و گذار از حقوق سنتی و حقوق دینی به حقوق مدرن و پسامدرن ارزیابی می‌شود زیرا قانون ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربست آخرین اراده عمومی تلقی می‌شود که خود ناشی از شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از همان قرارداد اجتماعی است. این پژوهش درصدد مقایسه تطبیقی پرسش از ماهیت قانون در اندیشه فیلسوفان حقوق در «سنت پوزیتیویستی» آن و پاسخ به این پرسش مهم است که آیا با شکل‌گیری جوامع مدرن و مدرنیته حقوقی می‌توان گریزی از قانون و حکومت قانون یا بدیلی برای آن یافت. یافته این پژوهش مبین آن است که قانون و حاکمیت آن به عنوان نماد بارز اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی در اندیشه فیلسوفان حقوق در سنت پوزیتیویستی آن دارای چه وجوه اشتراک و افتراقی است و نتیجه این پژوهش مبین آن است که با شکل‌گیری جوامع مدرن و مدرنیته حقوقی تاکنون گریز یا بدیلی برای قانون ارائه نشده است و پارادایم قانون و حاکمیت آن همچنان پارادایم غالب است.

واژگان کلیدی: حاکمیت قانون، فلسفه قانون، قانون‌گرایی، ماهیت قانون، مفهوم قانون.

۱. دکترای فلسفه حقوق دانشگاه باقرالعلوم، قم، ایران

* Email: masaudalmasy@gmail.com



مقدمه

شمار اندکی از پرسش‌ها در جامعه بشری به اندازه پرسش از «قانون چیست» به شکل پایدار مطرح بوده‌اند و به این پرسش به شیوه‌های گوناگون و حتی متناقض پاسخ داده شده است (هارت، ۱۳۹۳: ۳۱). عبارت یادشده از هربرت هارت بیانگر دشواری ارائه یک مفهوم از قانون است. زیرا این مفهوم دارای تنوع و تکثری به طول تاریخ بشریت است.

ژوزف رز^۱ در همین خصوص بیان داشته ما واژه قانون را در مواردی چون قوانین علمی، قوانین ریاضی، و قوانین الهی به کار می‌بریم. بنابراین باید تصور خود را از این مفهوم مشخص کنیم تا امکان تفکیک این مفاهیم متعدد به وجود آید (ابدالی، ۱۳۹۳: ۱۷۴). به راستی قانون، که ما با آن زندگی می‌کنیم و ما را شهروند و کارمند و زوج و مالک اشیا می‌کند، چیست (Dworkin, ۱۹۸۶: VII) و چه چیز در قانون وجود دارد که کسانی را که از ماهیت قانون پرسیده‌اند یا سعی در پاسخگویی داشته‌اند در حیرت فروبرده است (هارت، ۱۳۹۳: ۳۷) و چرا فلسفیدن در ماهیت قانون چنان در فلسفه حقوق معاصر اهمیت یافته که هر یک از فیلسوفان حقوق مستقلاً در این باب به اظهار نظر و تألیف کتب و مقالات متعدد پرداخته‌اند.

در پاسخ به این سؤال و به شکل عام می‌توان گفت گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن، که ناشی از شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از قرارداد اجتماعی بود، موجب شد قانون ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربری آخرین اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی تلقی شود و از این پس قانون به عنوان ابزاری جهت تضمین ارزش‌های حقوق مدرن و مدرنیته حقوقی بر همه شئون فردی و اجتماعی حاکم شد که می‌توان از آن با عنوان حکومت قانون^۲ تعبیر کرد.

این پارادایم، که متأثر از اندیشه‌های افرادی چون کانت و هابز و لاک است، با تکیه بر آزادی و استقلال فرد انسان، جامعه مدرن را پی ریخت که مبتنی بر قرارداد اجتماعی و اراده‌های مستقل افراد انسانی به عنوان شهروندان دولت-ملت است.

بدین ترتیب گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن موجب شکل‌گیری حکومت قانون و التزام به قانون به عنوان یگانه تجلی اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی شد و بر این اساس می‌توان گفت قانون‌خواهی و التزام به قانون، که با هدف محدود کردن قدرت حاکمان آغاز شد، برای رسیدن به قوانین عادلانه ادامه یافت (Sellers, ۲۰۱۰: ۱-۲).

بدین اعتبار هرچند گفته می‌شود به لحاظ تاریخی حاکمیت قانون را نخستین بار آلبرت ون دایسی^۳ به عنوان ویژگی نهادهای سیاسی در انگلستان، در اثر معروفش، مقدمه‌ای بر مطالعه حقوق اساسی^۴، به کار برد، می‌توان اندیشه حاکمیت قانون را حتی در دوره یونان باستان یافت؛ یعنی دوره‌ای که مردم می‌توانستند برای خود قوانین عرفی وضع کنند که پیروی از آن را آزادی

تلقی می‌کردند (کلی، ۱۳۹۸: ۴۵). حکومت قانون البته در دوران حقوق مدرن از نظر برخی اندیشمندان از ملزومات دموکراسی تلقی می‌شود (Habermas, ۱۹۹۹: ۳۲۷-۳۲۸) که بر این اساس حاکمیت قانون امری ایدئولوژیک و متأثر از نظام سیاسی و متفاوت از دوره پیشامدرن باید تلقی شود.

به هر روی، دایسی بیان داشت بر اساس حاکمیت قانون هیچ فردی برتر از قانون نیست، بلکه قانون برتر از هر چیز است و هیچ‌کس را نمی‌توان جز بر اساس تخلف از قانون به طور غیر قانونی مجازات بدنی یا مالی کرد (Dicey, ۱۹۶۰: ۱۸۳-۱۹۹). بر این اساس می‌توان حاکمیت قانون بر همه افراد و همه شئون جامعه را مهم‌ترین مبنا برای فلسفه قانون در فلسفه حقوق تلقی کرد که موجب گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن و شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از قرارداد اجتماعی می‌شود که قانون در آن ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربست آخرین اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی و ابزاری جهت تضمین ارزش‌های حقوق مدرن و مدرنیته حقوقی می‌شود.

در این پژوهش برای فلسفیدن بیشتر در چرایی حاکمیت قانون و به عبارت دیگر برای کنکاش در فلسفه قانون ناچار از کنکاش در مفهوم‌شناسی عام قانون و سپس کنکاش در مفهوم‌شناسی فنی این واژه در فلسفه حقوق به‌ویژه در سنت پوزیتیویستی آن هستیم. ضرورت این امر به‌ویژه بدان دلیل است که در بررسی سابقه این پژوهش نمی‌توان به مقالات یا کتبی دست یافت که به شکل منقح و یکپارچه به جمع‌آوری آرای فیلسوفان حقوق در باب ماهیت قانون و چرایی حاکمیت قانون پرداخته باشند و آنچه در این باب وجود دارد عمدتاً به شکل مجمع‌الجزایر متفرقه‌ای است که مسئله مطمح نظر ایشان فلسفه قانون و کنکاش از چرایی حاکمیت قانون نبوده است. بر این اساس ما در پژوهش حاضر نخست به مفهوم‌شناسی عام قانون و سپس مفهوم‌شناسی فنی آن در سنت پوزیتیویستی فلسفه حقوق خواهیم پرداخت تا در ادامه به اقتراح در حاکمیت قانون بپردازیم.

۱. مفهوم‌شناسی عام قانون

غالباً در مفهوم‌شناسی عام قانون گفته می‌شود این واژه معرب واژه «*canon*» است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۷۳۹۵) و برخلاف استظهار صاحب کتاب شرح مطالع، که آن را لفظی سریانی دانسته، اصلاً یونانی است و به معنای راه باریک و بعداً به استعاره در معنای قاعده اعلی استعمال شده است (غیایی، ۱۳۱۷: ۳۷۲) و به همین اعتبار واژه «*canon law*» از ریشه لاتین «*juscanonicum*» به مجموعه قوانین وضع شده توسط مقامات کلیسایی در کلیساها اطلاق می‌شود.

هرچند البته مفهوم‌شناسی این واژه دشواری‌های فراوانی دارد، دشواری مفهوم‌شناسی قانون به‌خصوص هنگامی بیشتر رخ می‌نماید که حتی در روش‌شناسی دستیابی به مفهوم قانون اختلاف نظر وجود دارد. زیرا درحالی‌که تعریف لفظی نشان‌دهنده کاربردهای این واژه نیست (هارت، ۱۳۹۳: ۴۹) هر یک از پژوهشگران عرصه حقوق نیز با روش خاصی به ارائه مفهوم قانون پرداخته‌اند. مثلاً هربرت هارت در عرصه فلسفه حقوق با اعلام ناکارآمدی و بصیرت‌زا نبودن روش‌های مبتنی بر ارائه جنس و فصل برای تعریف قانون (هارت، ۱۳۹۳: ۵۰) با استفاده از روش‌های تحلیلی مبادرت به تحلیل مفهوم قانون کرد. اما شاگردش، دورکین، بر آن بود که برای دستیابی به مفاهیم حقوقی باید از رویکرد تفسیری استفاده شود (Dworkin, ۱۹۸۶: ۴۶).

تعریف قانون با روش‌های رهیافت تاریخی^۵، مکتب جامعه‌شناختی^۶، مکتب کارکردی^۷، مکتب غایت‌شناسانه^۸ نیز از دیگر روش‌های متفاوت ارائه تعریف برای مفهوم قانون است. بر این اساس درحالی‌که روش رهیافت تاریخی در پی ارائه مفهوم قانون بر پایه چگونگی شکل‌گیری تاریخی مفهوم قانون با معیارهای تمدنی و فرهنگی یک جامعه است، مکتب جامعه‌شناختی، چون قانون را نمودی از هنجارهای مورد پذیرش یک جامعه تلقی می‌کند، به تعریف مفهوم قانون بر پایه ارتباط قانون با نهادهای اجتماعی می‌پردازد.

در مقابل این دو رویکرد، مکتب کارکردی چون بر هماهنگ کردن رقابت‌های نهادهای جامعه و مهندسی اجتماعی تأکید دارد با غفلت از رویکرد تاریخی و جامعه‌شناختی و با نگرشی عمدتاً سیاسی به تعریف مفهوم قانون پرداخته و مکتب غایت‌شناختی نیز عمده توجه خود در تعریف قانون را به اهداف عقلانی انسان معطوف کرده و قانون را محصول فرهنگ و ابزاری برای دستیابی به مفاهیمی چون عدالت به عنوان یک غایت تلقی می‌کند.

اما، صرف نظر از دشواری‌های روش‌شناختی در ارائه تعریف قانون، دشواری دیگر در این خصوص عام بودن استعمال این واژه در تمدن‌های مختلف با عناوین متفاوت است که حاکی از تطور تاریخی تعریف و ماهیت این واژه در طول تاریخ و در تمدن‌های گوناگون است.

بر این اساس تعریف قانون به عنوان امری کشفی و اسطوره‌ای در تمدن‌های باستانی آریایی و آسیای شرقی و تفکر یونانی دارای همان ابهام‌زایی‌هایی است که تعریف این واژه بر پایه مکاتب حقوق طبیعی و پوزیتیویسم حقوقی دارد. به دلیل همین دشواری‌ها و با توجه به اهمیت مفهوم‌شناسی این واژه، در بخش بعد به مفهوم‌شناسی تاریخی واژه قانون در دوره پیشامدرن پرداخته می‌شود تا بتوان گزارشی اجمالی از مهم‌ترین آرای فیلسوفان حقوق در باب چیستی قانون در دوره مدرن و در سنت پوزیتیویستی آن به دست داد.

۲. مفهوم قانون در دوره پیشامدرن

می‌توان گفت مفهوم قانون در دوره پیشامدرن، به معنای نظم پایدار جهان‌شمول و نیز سامان‌بخشِ جوامع انسانی، در مفهوم کلمه ودایی «رتا»^۹ و کلمه اوستایی «آسا»^{۱۰} در تمدن آریایی و «ساماوایا»^{۱۱} در هند و «شوتوکو»^{۱۲} در ژاپن وجود داشت (Nakamura, ۱۹۸۶: ۴۵, ۳۲۶) و نیز، به حکایت مورخان تاریخ حقوق، قوانین آتن که قرن پنجم قبل از میلاد مسیح توسط حکاکان^{۱۳} بر سنگ حک می‌شده به «nomoi» موسوم بوده که ریشه واژه «nomos» در مفهوم «law» به معنای قانون بوده است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱).

این قوانین که از کدهای دراکو^{۱۴} اقتباس شده بود یک قرن بعد توسط سولون^{۱۵} بازنگری شد و به گفته ارسطو^{۱۶} تحت عنوان قوانین سولون^{۱۷} بر الواح چوبی و سنگ نگاشته شد (Letwin, ۲۰۰۵: ۱). بر این اساس کهن‌ترین مرحله قانون‌گذاری یونانی با نام افرادی چون دراکو و سولون در آتن، لیکورگوس در اسپارت، کارونداس در کاتانا، و زالثوکوس در لوکری همراه بود و این قانون‌گذاری دموکراتیک به گسترش معنای نوموس منجر شد به گونه‌ای که واژه نوموس علاوه بر معنای عرف معنای قانون، یعنی قانون موضوعه، را نیز در بر گرفت (کلی، ۱۳۹۸: ۲۰).

در حقیقت می‌توان از این طرز تلقی از قانون به مثابه «قانون متصل به نظم کیهانی»^{۱۸} تعبیر کرد که در تفکر افلاطون و ارسطو و سیسرو قابل ملاحظه است (Letwin, ۲۰۰۵: ۹-۴۲). مثلاً ذات قانون در تفکر افلاطون از یک سو معطوف به نظم کیهانی و از سوی دیگر نوعی نظم بشری برای حفظ نظم در جهان ممکن الوقوع انسانی است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۵). او در رساله جمهوری از زبان سقراط بیان می‌دارد که قانون اصلی عقلانی^{۱۹} در حیات دولت شهر است و بر این اساس قانون^{۲۰} را مشتق از عقل^{۲۱} مطرح می‌کند (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۵-۱۶). قانون بر همین اساس از نظر ارسطو باید عقل رها از هوس باشد^{۲۲} که بنیان هر نظامی در زندگی انسان را سامان بخشد (Aristotle, ۱۹۴۶: ۱۴۶) و عام‌ترین جنبه قانون نیز قانون اساسی^{۲۳} است که سازمان اداره حکومت را تعیین می‌کند (Aristotle, ۱۹۴۶: ۱۵۸). می‌توان گفت در این دو ایده که از یونان باستان به ما رسیده قانون از یک سو وسیله‌ای برای حفظ صلح میان اعضای ناهمگون^{۲۴} و از دیگر سو وسیله‌ای برای رسیدن به کمال است (Letwin, ۲۰۰۵: ۴۱).

مفهوم قانون اما نزد سیسرو^{۲۵} از بن و اساس متفاوت شد. زیرا او علاقه‌ای به ثبات قانون نشان نمی‌داد و به همین دلیل از اصطلاحات Lex و Ius استفاده کرد که به معنای اعلان یک تصمیم و بنیاد این اعلان است (Letwin, ۲۰۰۵: ۴۲-۴۳).

همین دیدگاه از نظر آبابی کلیسا، همچون آگوستین، به گونه‌ای دیگر مطرح شد. زیرا از نظر آگوستین قانون زمانمند^{۲۶} فقط در صورتی معتبر بود که برگرفته از قانون ابدی باشد و هر نوع قانونی که فاقد این ویژگی باشد از نظر وی اصولاً قانون نبود (Augustine, ۱۹۹۳: ۱۳-۱۵). آکویناس^{۲۷} (۱۹۴۸: ۱۷۷)، از دیگر آبابی کلیسا، نیز قانون را فرمان عقل می‌داند^{۲۸} که از سوی کسی که مراقب جامعه است صادر و اعلان می‌شود. او چهار نوع قانون ازلی، قانون طبیعی، قانون انسانی، و قانون الهی را از یک‌دیگر تفکیک کرد (Aquinas, ۱۹۴۸: ۱۸۷). آکویناس تلاش کرد با آشتی دادن مفهوم ارسطویی قانون به عنوان عامل قوام‌دهنده اجتماع، که چون قانون است باید از آن اطاعت شود، و قانون به عنوان یک امر مطلق اخلاقی، که چون ظهور حقیقت ابدی است باید از آن اطاعت شود، قانون را تعریف کند (Letwin, ۲۰۰۵: ۸۶). آنچه گذشت گزارشی مختصر از مفهوم عام قانون در دوران پیشامدرن بود تا مقدمه‌ای برای بررسی مفهوم قانون در دوره مدرن باشد.

۳. مفهوم قانون در دوره مدرن

با گذر از دوران پیشامدرن می‌توان دوره مدرن را دوره جدا شدن از تلقی قانون به مثابه قانون متصل به نظم کیهانی با رویکرد مابعدالطبیعی و نزدیک شدن به مفهوم قانون بر اساس اصول مدرنیته دانست که از جمله آن اصول انسان‌محوری، سودگرایی، ماده‌باوری، و لیبرالیسم بود. این اصول عمدتاً متأثر از اندیشه‌های اصحاب قرارداد اجتماعی- نظیر توماس هابز، جان لاک، روسو، مونتسکیو- بود که از طرفداران قانون طبیعی در مفهوم ماده‌باورانه آن بودند. از نظر ایشان قانون طبیعی را باید با به‌کارگیری اصول عقلی بر داده‌های حسی مکسب از ادراکات حسی کشف کرد. مثلاً قانون از نظر هابز فعل یا ترک فعلی را معین و عمل بدان را الزام‌آور می‌کند که به موجب یک حق انسان آزاد در انجام دادن آن یا ترک آن است (Hobbes, ۱۶۵۱: ۸۰). هابز این قانون را قانون طبیعی^{۲۹} می‌نامد و آن را قانونی معرفی می‌کند که شروط مناسب صلح را پیش روی آدمیان قرار می‌دهد (Hobbes, ۱۶۵۱) که وضعیت مقابل وضع طبیعی است که از نظر او وضع جنگ است.

جان لاک نیز یک قانون اخلاقی طبیعی را تصدیق داشت که به عقل مکشوف می‌شود (کاپلستون، ۱۳۸۲: ۱۴۵). در حقیقت اندیشه لاک در باب مفهوم قانون بسط آموزه آگوستین و با خلق نسخه مدرن نظریه قانون طبیعی بود که بیش از آکویناس به سیسرو شبیه است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۰۸).

منتسکیو نیز قانون طبیعی را مقدم بر حیات انسانی می‌دانست و معتقد بود پیش از همه قوانین این عالم قوانین طبیعی وجود داشته است و چون اشتقاق آن‌ها از ترکیب ساختمان

وجود ماست، آن‌ها را قوانین طبیعت می‌نامیم (مونتسکیو، ۱۳۴۹: ۸۷). او به قوانین طبیعی مانند حفظ خویشتن، میل به زندگی اجتماعی، صلح، جست‌وجوی غذا، میل جنسی، و سه دسته قوانین مدنی و اخلاقی و مذهبی در طول تاریخ بشر اشاره کرده است. روسو نیز ماهیت قانون را بر اساس نوعی مشارکت اجتماعی تعریف می‌کند و در پاسخ به سؤال «می‌خواهیم بدانیم قانون چیست» بیان می‌دارد اگر به معنای متافیزیکی این کلمه اکتفا کنیم مدت‌ها بدون گرفتن نتیجه بحث خواهیم کرد و اگر لغت قانون را به مفهومی که علمای فیزیک و تاریخ طبیعی استعمال می‌کنند در نظر بگیریم باز هم نخواهیم فهمید قانون دولتی یعنی چه (روسو، ۱۳۴۱: ۷۷). در ادامه، وی بیان می‌دارد قوانین به منزله شرایط و مقررات شرکتی است که از اجتماع افراد بشر تشکیل یافته است و بدیهی است که فقط شرکا حق دارند شرایط مشارکت را تنظیم کنند (روسو، ۱۳۴۱: ۸۰).

بنابراین قانون از نظر روسو حاصل تصمیم همه ملت برای همه ملت است و مردم با ورود در یک قرارداد اجتماعی اراده جمعی به وجود می‌آورند که آن اراده قانون را ایجاد می‌کند. آنچه گذشت بیان مختصری از مهم‌ترین آرای معطوف به مفهوم‌شناسی قانون در دوران پیشامدرن و مدرن بود و از این به بعد با ورود در دوران معاصر به مفهوم‌شناسی قانون در پارادایم پوزیتیویستی خواهیم پرداخت.

۴. مفهوم قانون در پارادایم پوزیتیویستی حقوق

هرچند واژه پوزیتیویسم یا مکتب تحصیل‌گرایی با نام آگوست کنت، پدر جامعه‌شناسی نوین، و آن تفکر فلسفی قرن نوزدهم و بیستم میلادی گره خورده که معتقد بر یگانگی و حاکمیت روش تجربی برای تحصیل دانش بشری است، این واژه در دانش حقوق معانی متفاوتی دارد.

در حقیقت، می‌توان آغاز جریان پوزیتیویسم حقوقی را با نوشته‌های جرمی بنتام^۳، فیلسوف و حقوقدان انگلیسی، دانست (۱۶: ۲۰۱۶، Tebbit) که معتقد به اصالت سود^۴ و اصلاح حقوق عرفی از طریق جدایی اخلاق و حقوق بود.

پیروان این مکتب حقوقی عمدتاً معتقدند نظام حقوقی، در عین حال که با اخلاق و مذهب پیوند دارد، نظامی مستقل از آن‌هاست؛ چنان که جوزف رز بیان داشته اصول مربوط به قانون‌گذاری و دادرسی و تفسیر قوانین از مختصات نظام حقوقی است و بیرون از عالم حقوق همانندی برای آن‌ها نمی‌توان یافت (میرزایی، ۱۳۹۹: ۳۱۳). ویژگی‌های عام این جریان فراگیر حقوقی را می‌توان در قالب این دکترین حقوقی بیان کرد که قوانین حاصل قرارداد و امر و نهی انسان‌ها هستند و هیچ پیوندی میان حقوق و اخلاق وجود ندارد.

گفتنی است در مقابل پوزیتیویست‌هایی که با برداشت صوری از مفهوم قانون آن را شامل قواعد یا اصول می‌دانند طبیعت‌گرایان قرار می‌گیرند که حقوق را با توجه به اصول اخلاقی طبیعی تبیین می‌کنند و مدعی‌اند می‌توان با شناخت قوانین حاکم بر طبیعت انسان به شناخت قانون دست یافت.

هرچند پوزیتیویست‌های نرم و شمول‌گرا، نظیر هارت و دورکین، به محتوای حداقلی حقوق طبیعی^{۳۲} و اصل‌های اخلاقی معتقدند که بدون آن نمی‌توان هدف حداقلی بقا را برای انسان‌ها تأمین کرد (هارت، ۱۳۹۳: ۲۹۷)، به طور کلی، می‌توان گفت پوزیتیویست‌ها در مقابل طبیعت‌گرایان دست‌کم یکی از سه ادعا را رد می‌کنند: الف) یک نظام اخلاقی طبیعی وجود دارد؛ ب) نظام اخلاقی طبیعی برای بشر قابل فهم است؛ ج) مفهوم قانون را باید با توجه به نظام اخلاقی طبیعی درک کرد (موراوتز، ۱۳۹۱: ۵۲).

با بیان این مقدمات در مورد پارادایم پوزیتیویستی حقوق شاید مناسب‌ترین نقطه شروع برای بررسی مفهوم قانون در این رویکرد همان نقطه آغازی باشد که هارت در کتاب مفهوم قانون از آن نقطه آغازید.

هارت در بخش پرسش‌های پایدار کتاب مفهوم قانون با طرح این سؤال که چرا پرسش از مفهوم قانون از پرسش‌های پایدار در فلسفه حقوق محسوب می‌شود نقطه آغازین تحلیل خود از مفهوم قانون را با انتقاد از نظریه فرمان‌جان آستین و جرمی بنتام آغاز می‌کند. هارت اعلام کرد نظریه آستین بیانگر این ادعاست که کلید فهم قانون را باید در مفهوم ساده دستور متکی به تهدید یافت (هارت، ۱۳۹۳: ۵۳). زیرا قانون از نظر آستین صرفاً قاعده‌ای برای هدایت یک موجود باهوش بود که توسط موجود باهوش دیگری که بر او قدرت دارد^{۳۳} وضع شده است (Austin, ۱۹۹۵: ۱۸).

هابس بیان کرده بود که موجود باهوش با قدرت که قانون‌گذار است آن کسی نیست که قوانین در ابتدا بر اساس اقتدار او وضع شده‌اند، بلکه کسی است که قوانین بر مبنای اقتدار او هنوز اعتبار قانونی دارند (Hobbes, ۱۶۴: ۱۶۵۱) و آستین نیز همین نظر را منعکس می‌کند (هارت، ۱۳۹۳: ۱۱۷).

این نظریه را هرچند در آغاز ژان بودن^{۳۴} با عنوان «نظریه فرمان»^{۳۵} مطرح کرد، بعدها به نقطه عزیمت بسیاری دیگر از فیلسوفان حقوق، نظیر آستین و بنتام، تبدیل شد. مثلاً جرمی بنتام تعریف خود از قانون را بر اساس همین نظریه ارائه کرد و بیان داشت مجموعه‌ای از نشانه‌ها^{۳۶} که بیانگر اراده حاکم است یک قانون است و هر فرمانی به هر شکلی که از حاکم صادر شود قانون است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۵۸). البته بنتام بعدها تعریف خود از قانون بر مبنای ماهیت امرانه قانون^{۳۷} را

کنار گذاشت و نظریه الزام را با نظریه پذیرش عقلانی^{۳۸} جایگزین کرد (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۷۸) و اعلام کرد ادامه و استمرار یک قانون وابسته به عقل است؛ زیرا قدرت فقط تا زمان معینی می‌تواند به یک قانون موجودیت دهد (Bentham, ۱۹۷۷: IV۳۱۰).

هارت نیز، چنان که گذشت، نقطه آغازین تحلیل خود از مفهوم قانون را با انتقاد از نظریه فرمان و انتقاد از تعریف قانون بر حسب اوامر و فرمان‌ها آغاز کرد و بیان داشت الگوی ساده قانون به مثابه دستورهای اجباری از سوی حاکم توانایی توضیح ویژگی‌های برجسته نظام حقوقی را ندارد (هارت، ۱۳۹۳: ۱۳۹) و در این صورت طیف گسترده‌ای از عقود و ایقاعات در یک نظام حقوقی - شامل قراردادها، قواعد انتقال مالکیت، وصیت‌نامه‌ها، قوانین معطوف به ازدواج - تحت مفهوم قانون گرد نمی‌آیند.

هارت بر آن بود که ریشه اصلی ضعف و ناتوانی یادشده این است که عناصری که نظریه فرمان بر آن‌ها بنا شده است - یعنی مفاهیم دستور، اطاعت، عادت، تهدید - مفهوم قاعده را در بر نمی‌گیرند و با ترکیب آن‌ها نیز نمی‌توان این مفهوم را به دست آورد؛ مفهومی که بدون آن نمی‌توان امید داشت بتوان حتی ابتدایی‌ترین شکل‌های قانون را توضیح داد (هارت، ۱۳۹۳: ۱۴۱). مفهوم قاعده اجتماعی که هارت معتقد بود مفهوم قانون باید بر اساس آن تعریف شود نوعی عادت اجتماعی است. هارت این عادت اجتماعی را، که آن را قاعده اجتماعی می‌نامید، هم واجد جنبه‌های خارجی نظیر نظم و وحدت رفتاری هم واجد جنبه التزام درونی افراد اجتماع به تبعیت از آن می‌دانست (هارت، ۱۳۹۳: ۱۰۸).

بر این اساس، هارت بیان داشت مفهوم قانون نه بر اساس فرمان حاکم که باید در قالب قاعده اجتماعی بیان شود که یک مفهوم ساده نیست و اگر قرار است حق پیچیدگی نظام حقوقی ادا شود تفکیک دو نوع قاعده اولی و ثانوی لازم است (هارت، ۱۳۹۳: ۱۴۱). زیرا قانون از نظر هارت به مثابه اتحاد قواعد اولی^{۳۹} و ثانوی^{۴۰} است.

دورکین، اما، در انتقاد به این تعریف هارت از مفهوم قانون بیان داشت توصیف هارت از قانون به مثابه قاعده اشتباه است. زیرا حقوق مشتمل بر معیارهایی است که به صورت قاعده عمل نمی‌کنند، بلکه عملکردهای متفاوت، مانند اصول و سیاست‌ها و دیگر انواع معیارها، دارند (موراوتز، ۱۳۹۱: ۴۶). او مفهوم حقوق را از مفهوم یک قاعده یا مجموعه‌ای از قواعد تفکیک و استدلال کرد این اصول جزء حقوق هستند؛ اگرچه قواعد اولیه و ثانویه نیستند و اگرچه به موجب قاعده شناسایی شناخته نشده‌اند (موراوتز، ۱۳۹۱: ۴۷). دورکین بر معیارها^{۴۱} در یک نظام حقوقی تأکید می‌ورزید و آن را شامل سیاست‌ها^{۴۲} و اصول^{۴۳} می‌دانست. او توضیح می‌داد که سیاست نوعی معیار است که هدف بهبود در سیمای اقتصادی یا سیاسی یا اجتماعی جامعه

را سامان می‌دهد و اصل معیاری به عنوان لازمه عدالت یا انصاف یا سایر ابعاد اخلاق است (Dworkin, ۱۹۶۷: ۲۳).

این تعریف پوزیتیویستی از مفهوم قانون البته با انتقادات فراوانی مواجه شد. ژوزف رز بیان داشت توصیف دورکین و هارت از مفهوم قانون هر دو صوری است و حتی می‌توان آن‌ها را با هم جابه‌جا کرد (Dworkin, ۱۹۶۷: ۵۰). از نظر جوزف رز، اعتبار قانون باید بر پایه اقتدار قانون تعریف شود. او به عنوان یک پوزیتیویست سخت^{۴۴} با تعریفی کارکردگرایانه از مفهوم قانون بیان می‌دارد قانون آن چیزی است که قابلیت هدایت رفتار^{۴۵} تابعانش را داشته باشد. از نظر جوزف رز این قابلیت قانون ناشی از سرشت قانون به عنوان نوعی نهاد اقتدارگرا است که صلاحیت تصاحب قدرت را دارد (Raz, ۱۹۷۹: ۲۱۷-۲۱۸).

چنان که گذشت طبیعت‌گرایان در مقابل پوزیتیویست‌ها به یک نظام اخلاقی طبیعی قابل فهم برای بشر باور دارند که باید مفهوم قانون را بر پایه آن نظام اخلاقی طبیعی درک کرد. این یادآوری نقطه عزیمتی برای بررسی مفهوم قانون از نگاه طبیعت‌گرایان معاصر نظیر فولر است که بر آن بود که حقوق باید به حکومت قوانینی منجر شود که واجد جنبه‌های اخلاقی درونی هستند (Fuller, ۱۹۶۹: ۵۳). از نظر وی قوانین باید واجد عمومیت^{۴۶} باشند، به صورت رسمی اعلام شوند^{۴۷}، تا حد ممکن عطف بما سبق نشوند^{۴۸}، واضح و درک‌شدنی باشند^{۴۹}، متناقض نباشند^{۵۰}، اطاعت از آن‌ها ناممکن نباشد^{۵۱}، اثبات باشند^{۵۲}، مطابقت در به‌کارگیری و اعلام داشته باشند^{۵۳} (Fuller, ۱۹۶۹: ۴۶-۸۱). بر این اساس مفهوم قانون از نظر فولر با معیارهای صوری اشاره‌شده تعریف و تحدید می‌شود که معیارهای شناخت حقوق طبیعی از نگاه فولر نیز هستند.

با معرفی هشت قاعده یادشده، فولر این شکل از حقوق طبیعی را حقوقی طبیعی شکلی^{۵۴} نامید (Fuller, ۱۹۶۹: ۱۸۴) که در تقابل با نظریه‌های مسیحی و نیز نظریه‌های عقل‌گرایانه حقوق طبیعی بود که پیش‌تر توماس هابز و جان لاک و منتسکیو اعلام کرده بودند.

این نگاه شکلی به حقوق طبیعی عمدتاً ادامه سکولاریزه شدن حقوق طبیعی از همه عناصر دینی یا ماوراء طبیعی و نیل به اخلاق آرمانی^{۵۵} سکولار است که در حقیقت اخلاق زندگی خوب^{۵۶} در سایه متابعت قانون از قواعد و حکومت قواعد^{۵۷} است. فولر این حقوق طبیعی را متابعت رفتار انسان از حکومت قواعد^{۵۸} معرفی کرد که نه در آسمان‌هاست و نه قوانین الهی (Fuller, ۱۹۶۹: ۹۶) بلکه صرفاً زمینه‌ساز زندگی خوب انسان در اجتماع است.

از نظر جان فینیس نیز حقوق طبیعی تعریفی مشابه دارد. زیرا وی حقوق طبیعی را مجموعه اصول معقول عملی برای نظم دادن به حیات انسان و جامعه بشری می‌داند که نقش آن ارزیابی

قوانین موضوعه و اعتباردهی به آنهاست (ابدالی، ۱۳۹۳: ۲۲۰ - ۲۲۱). از نظر وی مفهوم قانون باید در مطابقت با قواعد حقوقی تعریف شود که دارای محدوده معین و اعتبار مؤثر برای یک جامعه کامل هستند (Finnis, ۱۹۷۹: ۲۷۶) و با اصول اخلاقی که موضوع معقول بودن عینی هستند هدایت شود.

به باور فینیس اصول اولیه حقوق طبیعی از خیرهای اصیل انسان استنتاج می‌شود و خیرهای اصیل از نظر فینیس هفت خیر هستند که آدمی در پی دستیابی به آنهاست. به عبارت دیگر از دیدگاه فینیس این هفت خیر اصیل غایت یا دلیل کار عاقلانه برای انسان است. این هفت خیر، که فینیس به شکل استقرایی آنها را احصا کرده است، عبارت‌اند از: حیات^{۵۹}، دانش^{۶۰}، بازی^{۶۱}، تجربه زیباشناختی^{۶۲}، معاشرت‌پذیری^{۶۳}، عقلانیت عملی^{۶۴}، مذهب^{۶۵} (Finnis, ۱۹۷۹: ۸۶-۸۹). در این بخش اما لازم است نگاهی به شکل‌گراترین تعریف از مفهوم قانون بپردازیم که بر پایه عناصر صوری معرفت‌شناختی و با وام‌گیری از نظام معرفت‌شناسی ایمانوئل کانت به بررسی مفهوم قانون پرداخته است. این دیدگاه کاملاً صوری به مفهوم قانون متعلق به هانس کلسن است که در مقام یک فیلسوف نئوکانتی با تفکیک عناصر صوری تعریف قانون از همه عناصر محتوایی دیگر نظریه حقوقی ناب^{۶۶} را مطرح کرد. نظریه حقوقی ناب با جدا ساختن کامل مفهوم هنجار حقوقی از مفهوم هنجار اخلاقی می‌کوشد توصیف مفهومی قانون را از عنصر ایدئولوژیک اخلاق رها سازد (کلسن، ۱۳۹۱: ۶۵). کلسن سعی می‌کند قانون را با تحلیل مفهوم «باید» به عنوان یک «مقوله پیشین‌نسبی»^{۶۷} تعریف کند (کلسن، ۱۳۹۱: ۶۶). او مفهوم «باید» را معرفت‌مقوله صوری هنجار^{۶۸} می‌داند (کلسن، ۱۳۹۱: ۶۸) که از نظر کلسن معنای ذاتی اوامر و نواهی قانون‌گذار را تشکیل می‌دهد (کلسن، ۱۳۹۱: ۷۶). بدین ترتیب تعریف صوری کلسن از مفهوم قانون بر اساس مفهوم هنجار صورت می‌پذیرد و نظام حقوقی نیز مجموعه متعددی از هنجارها تلقی می‌شود که هر هنجار اعتبار خود را از هنجار دیگر اخذ می‌کند.

نظام هنجارها از دیدگاه کلسن هرم‌شکل است و در این هرم همه هنجارها نهایتاً اعتبار خود را از رأس هرم، یعنی هنجار پایه^{۶۹}، اخذ می‌کنند. از نظر وی مجموعه متعددی از هنجارها در صورتی یک واحد و یک نظام یا یک نظم را تشکیل می‌دهند که بتوان منشأ اعتبار آنها را به این هنجار پایه به عنوان مبنای نهایی اعتبار بازگرداند (کلسن، ۱۳۹۱: ۹۷).

با بررسی اجمالی مفهوم‌شناسی قانون در پارادایم پوزیتیویستی اکنون می‌توان به مفهوم‌شناسی قانون در پارادایم‌های انتقادی در زمینه سنت پوزیتیویستی حقوق، یعنی مفهوم‌شناسی قانون در جنبش مطالعات حقوقی انتقادی و واقع‌گرایی حقوقی، پرداخت.

۵. مفهوم قانون در پارادایم‌های انتقادی در زمینه سنت پوزیتیویستی حقوق

۵-۱. مفهوم قانون در جنبش مطالعات حقوقی

چنان که اشاره شد در دوران معاصر پارادایم انتقادی پوزیتیویستی شکل گرفت که موسوم به جنبش مطالعات حقوقی انتقادی^{۷۰} (به اختصار CLS) شد و بیشتر به چالش با مبانی تئوریک و لایه‌های زیرین و بنیادین پوزیتیویسم حقوقی پرداخت. رهبران اصلی جنبش افرادی نظیر پتر گابل^{۷۱}، مورتون هورویتز^{۷۲}، دانکن کندی^{۷۳}، کارل کلر^{۷۴}، مارک توشنت^{۷۵}، روبرتو آنگر^{۷۶} بودند (Hutchinson & Monahan, ۱۹۸۴: ۲۰۱). نظریه‌پردازان نخستین جنبش هویت خود را در جریان‌های چپ تعریف می‌کردند که شعارشان «حقوق خود سیاست است» بود و بر این اساس علاقه چندانی به پیگیری مباحث کلاسیک فلسفه حقوق، نظیر سؤال از چیستی حقوق یا ارتباط حقوق با اخلاق، نداشتند (۸۰: ۲۰۰۵، Tushnet) بلکه عموماً به نقد نرم‌افزارهای نظام طبقاتی موجود، از جمله حاکمیت قانون لیبرالی به عنوان ابزار قدرت سرمایه‌داری، می‌پرداختند.

از نظر ایشان حقوق در مفهوم خاص لیبرالی، که در قالب قانون شکل یافته، نظامی متناقض و ایدئولوژیک است که در خدمت منافع و باورهای لیبرالیسم فلسفی-سیاسی قرار گرفته است. ایشان بر آن‌اند که شاکله اصلی قانون‌نویسی، که تکیه آن بر آرمان‌های لیبرالیسم در مفهوم رایج و کلاسیک آن است، عدالت‌محور نیست، بلکه بیشتر در جهت تثبیت نظم طبقاتی موجود است که یک نظم سرمایه‌داری محسوب می‌شود. از نظر ایشان نظام حقوقی لیبرال، به عنوان نظامی متناقض و ایدئولوژیک، بی‌عدالتی و طبیعت ظالمانه جامعه را بازتولید می‌کند و حاکمیت قانون در خدمت منافع ایدئولوژیک و باورهای سیاسی و اجتماعی قانون‌گذار و قضات قرار می‌گیرد. بر این اساس مجموعه‌ای از فرایندها با عنوان حقوق و انقیاد و سلطه بر انسان را بازتولید می‌کند (۴۳: ۱۹۸۶، Hunt)؛ مجموعه فرایندهایی که حتی نمی‌تواند یک شاخه علمی مجزا و یک نظام تلقی شود، بلکه امری مبهم و نامشخص و نامتعین^{۷۷} است (۲: ۱۹۸۶، Unger).

بدین ترتیب دکترین حقوقی حاوی دیدگاه‌های متضادی است که نمی‌توان هیچ‌یک را غالب دانست. زیرا اولاً تضاد بین اصل‌ها^{۷۸} و ضد اصها^{۷۹} بر هیچ اصل بنیادی تری استوار نیست و ثانیاً هیچ‌یک از اصل‌ها و ضد اصها دارای چنان قطعیت و فراگیری منسجمی نیست که استدلال حقوقی بر آن استوار شود و توسل به هر یک از آن‌ها همانند توسل به قرعه است (Collins, ۱۹۸۷: ۳۹۲). مثلاً در دکترین حقوقی اصل آزادی قراردادی^{۸۰} در مقابل ضد اصل انصاف^{۸۱} هیچ‌یک به تنهایی نظریه‌ای کامل و غالب محسوب نمی‌شود (۶۶: ۱۹۸۶، Unger).

بنابراین در نظام‌های حقوقی لیبرال می‌توان قانون را تلاش برای دستیابی به نتایجی دانست که بیشینه‌سازی مجموعه‌ای از اغراض و ارزش‌های متعارض است و عموماً از طریق نوعی قاعده‌سازی عقلانی و اعمال مکانیکی آن قواعد صورت می‌پذیرد که می‌توان آن را فرمالیته حقوقی^{۸۲} نامید (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۵۱-۳۵۸).

از نظر کندی کاربست قاعده حقوقی و قانون باید به شکل مکانیکی باشد (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۵۹) و اعمال‌کننده قاعده نباید تحت هیچ شرایطی به هیچ قاعده دیگری عمل کند. زیرا در این صورت تصمیمی که برآمده از ارزش‌ها و امیال اکثریت افراد جامعه است و به شکل فرمالیته حقوقی تبلور یافته از میان می‌رود و به تبع آن نظم لیبرالی حاکم نیز نابود می‌شود. به عبارت دیگر تصمیم در ماهیت معقول، که تبدیل به قاعده شده است، برای آنکه دقیق اجرا شود لازمه‌اش فرمالیته حقوقی است و اگر هر گونه ملاحظه دیگری اعمال شود دیگر به آن قاعده عمل نشده است و دولت دیگر مشروع قانونی نخواهد بود، بلکه دولت شخصی خواهد بود.

از نظر کندی دولت مشروع قانونی در مقابل دولت تئوکراتیک یا ایدئولوژیک دولت ابزار محاسبه و سنجش امیال افراد و انتخاب اکثریت سود برای اکثریت افراد است و فقط این دولت مشروع است که می‌تواند چنین کاری را انجام دهد نه هیچ دولت دیگر. نکته بسیار مهم آن است که از نظر کندی محصول آن تصمیم در ماهیت عقلانی و قاعده حاصل از آن، یعنی قانون، چیزی است که صرفاً آشتی و مصالح بین ارزش‌های متفاوت افراد را برقرار می‌کند و لزوماً این محصول اخلاقی یا عادلانه نیست (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۷۰). بدین ترتیب از نظر کندی این مصالح هیچ‌گاه ارزش استقلال‌ی ندارد و به محض آنکه افراد یک جامعه بر قاعده حقوقی مصالح نداشته باشند قاعده مشروعیتش را از دست می‌دهد، ولو آنکه عادلانه یا اخلاقی باشد.

کندی بر آن است که در نگاه لیبرالیستی به قانون مراد از بیشینه‌سازی تأمین خودمختاری فرد است (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۷۱)؛ یعنی هر فرد بتواند آگاهانه در مورد سرنوشت خود تصمیم بگیرد و اگر این تصمیم آگاهانه نیز نباشد یا مبتنی بر شرایط پیش‌بینی‌پذیر نباشد از نظر کندی خودمختاری فرد محقق نشده است.

۲-۵. مفهوم قانون در واقع‌گرایی حقوقی

واقع‌گرایی حقوقی را می‌توان به دو گروه امریکایی و اسکاندیناوی تقسیم کرد؛ تقسیمی که صرفاً معطوف به جنبه‌های صوری یا جغرافیایی نیست. می‌توان گفت به لحاظ ماهوی واقع‌گرایان امریکایی در حوزه سنت فلسفه تجربی انگلیسی عمل‌گرا و شکاکان به قاعده^{۸۳}

هستند و واقع‌گرایان اسکاندیناوی با سنت اروپایی فلسفه در ارتباط‌اند و بیشتر به مبانی متافیزیکی حقوق حمله می‌کنند و شکاکان به متافیزیک هستند (ابدالی، ۱۳۹۳: ۲۴۲). در دو بخش بعد به توضیح مفهوم قانون در این دو نوع واقع‌گرایی حقوقی پرداخته می‌شود.

الف) مفهوم قانون در واقع‌گرایی حقوقی امریکایی

واقع‌گرایی امریکایی به عنوان مهم‌ترین جنبش فلسفه حقوق در ایالات متحده آمریکا در قرن بیستم، که هم بر مطالعات آکادمیک فلسفه حقوق هم بر شیوه قضاوت تأثیر گذارد، برخلاف گونه اسکاندیناوی، از متفرعات نظریات معناشناسانه یا معرفت‌شناختی معطوف به حقوق نبود و بیشتر آن واقع‌گرایان نه فیلسوف که حقوقدان و در موارد معدودی جامعه‌شناس بودند (Leiter, ۲۰۰۶: ۵۰). گروهی که عموماً می‌توان آن‌ها را واقع‌گرا تلقی کرد افرادی نظیر کارل لولین^{۸۴}، جروم فرانک^{۸۵}، والتر کوک^{۸۶}، فلیکس کوهن^{۸۷}، هرمان اولیفانت^{۸۸} هستند (Steven Green, ۱۹۱۹: ۲۰۰۶). سه نظریه مهم واقع‌گرایان امریکایی را می‌توان در قالب انکار قواعد حقوقی^{۸۹}، نظریه تصمیم در مورد حقوق^{۹۰}، نظریه پیشگویی در مورد حقوق^{۹۱} بیان کرد (Steven Green, ۱۹۳۶: ۲۰۰۶). بر اساس دیدگاه نخست، یعنی انکار قواعد حقوقی، حقوق عاجز از برآوردن مطالبات و نیازهایش است و بر اساس دیدگاه دوم فقط تصمیمات عینی دادگاه‌ها حقوق هستند و بر اساس نظریه سوم جملات در مورد حقوق معادل پیشگویی‌ها در خصوص تصمیمات دادگاه‌ها در حوزه قضایی هستند (Steven Green, ۲۰۰۶).

بدین ترتیب واقع‌گرایان امریکایی چون استفاده از روش‌های قیاسی پیشاتجربی در قالب نظریه‌های مفهوم‌گرایانه را نفی می‌کنند بر آن‌اند که حدس‌های نظری در مورد مفهوم قانون را باید به تصمیم‌گیری قضات در حوزه عمل موکول کرد؛ هرچند پیش‌بینی‌پذیری آینده در قالب آنچه قبلاً به عنوان یک رویه در دادگاه‌ها مطرح بوده را نفی نمی‌کنند. بر این اساس ایشان ادعا می‌کردند ملاحظه تجربی بر عملکرد دادگاه‌ها نشان می‌دهد دادگاه نه بر اساس قانون که بر اساس حسی که درباره انصاف دارد تصمیم می‌گیرد (Steven Green, ۲۰۰۶). مثلاً والتر کوک بیان داشت اینکه فلان قاعده حقوقی در انگلستان قانون تلقی می‌شود در صورتی درست است که از یک پدیدار در گذشته بتوان در مورد آینده پیشگویی کرد (Steven Green, ۱۹۳۴: ۲۰۰۶). این پیش‌بینی یا پیشگویی البته پیش‌بینی آن چیزی است که قضات در عمل انجام خواهند داد. زیرا آنچه حقوق را می‌سازد از نظر واقع‌گرایان امریکایی، به‌خصوص پیشگامان واقع‌گرایی امریکایی، نظیر اولیور وندل هلمز، چیزی است که توسط دادگاه‌ها تعیین می‌شود (Holmes, ۲۰۰۹: ۸). هلمز مدعی بود علم واقعی حقوق عبارت از استقرار اصول موضوعه آن در قلمرو خواسته‌های اجتماعی^{۹۲} و نه سنت است (Wacks, ۲۰۰۶: ۹۴). او بر

آن بود که اگر بخواهیم قانون را بشناسیم باید با نگاه یک انسان بد^{۹۳}، که فارغ از ارزش‌های اخلاقی است و فقط بر اساس نتایج مادی قادر به پیش‌بینی است، به مطالعه قانون بپردازیم. زیرا چشم‌اندازهای انسان نیک مبتنی بر دلایل دیگری است که بعضاً جنبه اخلاقی دارند و برای رفتارشان دلایل خود را دارد؛ چه داخل حقوق چه خارج از آن (Holmes, ۲۰۰۹: ۷). اما چون توجه به رویکرد جامعه‌شناختی یا کارکردگرایی قانونی که در آثار افرادی نظیر کارل لولین و در قالب کار-حقوق^{۹۴} مطرح شد (Wacks, ۲۰۰۶: ۹۴) نقش مهمی در شناخت مفهوم قانون نزد واقع‌گرایان امریکائی دارد در این بخش اشاره مختصری خواهیم داشت به کار-حقوق‌ها از منظر لولین که برای پاسخ به نیازهای جامعه به قانون صورت‌بندی شده‌اند. رویکرد جامعه‌شناختی یا کارکردگرایی معطوف به قانون در قالب کار-حقوق‌ها از نظر کارل لولین عبارت‌اند از (Llewellyn, ۱۹۴۰: ۱۳۷۳):

الف) تعدیل و تنظیم دعاوی سخت؛^{۹۵}

ب) پیشگیری سامان‌مند و بازجهت‌دهی به رفتارها و توقعات برای جلوگیری از مشکلات؛^{۹۶}

ج) اختصاص قدرت و نظم به رویه‌هایی که کنش به شکل خودکار را مشروعیت می‌بخشند؛^{۹۷}

د) سازمان دادن شبکه‌ای گروه یا جامعه به شکل یک کل به منظور فراهم آوردن جهت‌گیری و انگیزه.^{۹۸}

او اعلام کرد برای تحقق کار-حقوق‌ها باید از مهارت‌های حقوقی^{۹۹} استفاده کرد (Llewellyn, ۱۹۴۰: ۱۳۶۳) که در حقیقت حرفه‌های حقوقی نظیر قضاوت و وکالت هستند. بازشناسی مفهوم قانون نزد واقع‌گرایان حقوقی امریکایی منوط به توضیح بیشتر در زمینه نظریه انکار قطعیت نزد ایشان نیز هست و به همین دلیل در پایان این بخش نگاهی گذرا و مختصر به تئوری تشکیک در واقعیت و عدم قطعیت در حقوق جروم فرانک خواهیم داشت. فرانک تلقی از حقوق به مثابه مجموعه‌ای ثابت از قواعد معین را خودفربیی شگفت‌آور می‌خواند و بر آن بود که اندیشه قطعیت در حوزه حقوق بسیاری از ابعاد نظریه حقوقی را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد. زیرا قطعیت حقوق نیاز روان‌شناختی مهمی را از میان می‌برد (Llewellyn, ۱۹۴۰: ۲۴۹). از نظر فرانک عدم قطعیت در مورد بیشتر حقوق و تکالیف قانونی مربوط به تصمیماتی می‌شود که در هر دعوی حقوقی در آینده اتخاذ خواهد شد که خود متأثر از سه عنصر است: الف) بیشتر قواعد حقوقی بی‌سامان یا مبهم‌اند^{۱۰۰}؛ ب) برخی قواعد حقوقی واضح و دقیق‌اند، اما حدس قاضی یا هیئت منصفه در مباحثات و مشاجرات یک دعوی قابل حدس زدن نیست؛ ج) واکنش قاضی یا هیئت منصفه به حدس‌هایشان پیش‌بینی‌ناپذیر است (Frank, ۱۹۳۱: ۴۸). فرانک نیز واقع‌گرایان را به دو گروه اهل تشکیک در قاعده و اهل

تشکیک در مبانی متافیزیکی حقوق تقسیم می‌کرد. بر اساس همین تقسیم‌بندی، که نویسندگان حقوقی دیگر نیز بدان اشاره کرده‌اند، اکنون نوبت به بررسی مفهوم قانون نزد واقع‌گرایان حقوقی اسکاندیناوی می‌رسد که اهل تشکیک در مبانی متافیزیکی حقوق هستند.

ب) مفهوم قانون در واقع‌گرایی حقوقی اسکاندیناوی

پیشگامان واقع‌گرایی حقوقی اسکاندیناوی که با بی‌اعتمادی به مفاهیم متافیزیکی شکل‌گرفته افرادی نظیر اکسل هگرستروم^{۱۱}، آلف راس^{۱۲}، کارل اولیور کرونا^{۱۳}، آندرس ویلهلم لاندستد^{۱۴} بودند و برخلاف واقع‌گرایان امریکایی، که عملگرا و رفتارگرا و اهل تشکیک در قاعده^{۱۵} بودند، ایشان اهل تشکیک در مبانی متافیزیکی^{۱۶} حقوق بودند (Wacks, ۲۰۰۶: ۱۱۰). ایشان مبانی متافیزیکی در باب طبیعت قانون، طبیعت انسان، و مفاهیم حقوقی نظیر عدالت را انکار کردند. زیرا تأکید ایشان بر به‌کارگیری روش‌های تجربی بود.

هگرستروم بنیان‌گذار واقع‌گرایی اسکاندیناوی با این نگاه که مفاهیم حق و تکلیف در حوزه تجربه قرار نمی‌گیرند و بقایای حقوق کهن هستند حق و تکلیف را اصولاً بی‌معنا دانست و انکار مفاهیم حقوقی به مثابه چیزهایی که فقط تخیلات ذهنی است در قانون اندیشه آلف راس، کرونا، لاندستد قرار گرفت (ابدالی، ۱۳۹۳: ۲۵۰).

آلف راس در توضیح این مطلب از مثال بازی شطرنج استفاده می‌کند. او می‌گوید فرض کنید دو نفر شطرنج بازی می‌کنند و فرد سومی که شطرنج نمی‌داند بازی آن‌ها را تماشا می‌کند. فرد سوم چون از قواعد بازی بی‌اطلاع است فقط نظاره‌گر حرکات مهره‌های شطرنج است که برای او معنایی ندارد. زیرا رابطه حرکات را نمی‌داند (Ross, ۲۰۱۹: ۲۰). راس در پاسخ به این سؤال که چگونه می‌توان تعیین کرد چه قواعدی بر بازی شطرنج حاکم است بیان می‌دارد باید به حوزه حاکمیت قواعد بازی و کاربرست قواعدی که در آن حوزه استفاده می‌شود توجه کرد و اکتفا به تخیلات ذهنی بدون توجه به روش درون‌نگرانه^{۱۷} کافی نیست. او بر آن است که بر اساس روش درون‌نگرانه وظیفه ما کشف آن است که بینیم چه قواعدی واقعاً توسط خود بازیگران شطرنج به لحاظ درونی الزامی تلقی می‌شوند و کدامیک از قواعد اولیه شطرنج (مثل آنکه سرباز فقط باید به سمت جلو حرکت کند) برای آن‌ها الزامی در نظر گرفته می‌شود (Ross, ۲۰۱۹: ۲۳).

بنابراین ما باید توضیح دهیم اینکه یک قاعده شطرنج به لحاظ علمی معتبر^{۱۸} است یعنی آنکه در یک اجتماع خاص (مثل اجتماع خاصی که دو بازیکن یک بازی واقعی مثل شطرنج بازی می‌کنند) یک قاعده واقعاً مورد توافق است. بر این اساس مفهوم اعتبار علمی شامل دو

عنصر می‌شود که اولی بازگشت به تأثیر واقعی^{۱۰۹} قاعده دارد که خود مبتنی بر نگرش بیرونی^{۱۱۰} است و دومی بازگشت به الزام اجتماعی قاعده دارد (Ross, ۲۰۱۹). به هر تقدیر می‌توان گفت پوچ‌انگاری در قاعده چنان که مقتضی واقع‌گرایی اسکاندیناوی است و تشکیک در قواعد^{۱۱۱} چنان که مقتضی واقع‌گرایی امریکایی است بزرگ‌ترین چالش عینی در مفهوم‌نگاری قانون در عصر حاضر محسوب می‌شود که به علاوه اعتبار حقوق به مثابه یک نهاد و مجموعه‌ای از قواعد حاکم را سست کرد.

نتیجه

مقایسه تطبیقی اندیشه فیلسوفان حقوق در پرسش از مفهوم و ماهیت قانون مبین طیف گسترده‌ای از وجوه اشتراک و افتراق است؛ به نحوی که در یک سر این طیف نفی روش‌های قیاسی پیشاتجربی و مفهوم‌گرایانه ملاحظه می‌شود که مآلاً به نفی حدس‌های نظری در مورد مفهوم قانون و پوچ‌انگاری معطوف به مفهوم‌نگاری قانون در واقع‌گرایی اسکاندیناوی و نگاه‌های پراگماتیستی واقع‌گرایان امریکایی می‌انجامد و در سر دیگر این طیف نگاه‌های فیلسوفان تحلیلی ملاحظه می‌شود که سعی دارند با روش‌های تحلیل زبانی و روش‌های تفسیری مفهوم قانون را تبیین کنند.

اما منشور طیف‌نگار بررسی تطبیقی اندیشه فیلسوفان حقوق طیف دیگری از اندیشه‌های فلسفی معطوف به قانون را آشکار کرد که بر آن است حقوق در مفهوم خاص لیبرالی، در قالب قانون شکل‌یافته و نظامی متناقض و ایدئولوژیک، را تولید کند که کاملاً در خدمت منافع و باورهای لیبرالیسم فلسفی-سیاسی قرار گرفته است.

ایشان بر آن‌اند که مفهوم رایج و کلاسیک قانون در مفهوم خاص لیبرالی به نحوی است که می‌توان گفت شاکله اصلی قانون‌نویسی عدالت‌محور نیست، بلکه بیشتر در جهت تثبیت نظم طبقاتی موجود و بیشینه‌سازی سود برای بیشترین افراد جامعه است که لزوماً اخلاقی یا عادلانه نیست.

به هر تقدیر به‌رغم تضاد گسترده‌ای که در اندیشه‌ورزی فیلسوفان حقوق در باب فلسفه قانون ملاحظه می‌شود به نظر می‌رسد با شکل‌گیری جوامع مدرن و مدرنیته حقوقی تا کنون گریز یا بدیلی برای قانون ارائه نشده است و پارادایم قانون و حاکمیت آن تا حیات مدرنیته حقوقی باقی خواهد ماند. آنچه مطمح نظر این پژوهش بود تمهید مقدمه‌ای برای کنکاش در مفهوم قانون در نظام قضایی ایران و بررسی امکان شیفت پارادایمی از نظام قانون‌محور به نظامی دیگر بود که در مقالی دیگر بدان خواهیم پرداخت.

یادداشت‌ها

1. Joseph Raz
2. rule of law
3. Albert Van Dicey (1832-1911)
4. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885)
5. historical school
6. sociological school
7. functional school
8. teleological school
9. rta
10. asa
11. samavaya
12. shotoku
13. inscribers or anagrapheis
14. Draco's Code
15. Solon
16. in the Athenian Constitution
17. Solon's laws
18. law anchored to a cosmic order
19. rational element in the life of the polis
20. nomos
21. nous
22. reason free from all passion
23. constitution
24. heterogeneous associates
25. cicero
26. lex temporalis
27. Aquinas
28. Law is nothing other than a certain ordinance of reason for the common good, promulgated by the person who has the care of the community.
29. lex naturalis
30. Jeremy Bentham (1748-1832)
31. utilitarianism
32. minimum content of natural law
33. a rule laid down for the guidance of an intelligent being by an intelligent being having power over him
34. Jean Bodin(1530-1596)
35. command theory of law
36. an assemblage of signs
37. peremptory nature of law
38. rational assent
39. primary rules
40. secondary rules
41. standards
42. policies
43. principle
44. hard positivist
45. guide action
46. generality
47. promulgation
48. non retroactive
49. clarity of laws

50. non contradictive
51. non requiring the impossible
52. constancy of the law
53. congruence between official action and declared rule
54. procedural or institutional kind of natural law
55. morality of aspiration
56. morality of the Good Life
57. governance of rules
58. subjecting human conduct to the governance of rules
59. life
60. knowledge
61. play
62. aesthetic experience
63. sociability (friendship)
64. practical reasonableness
65. religion
66. pure theory of law
67. relative a priori category
68. norm
69. basic norm
70. critical legal studies
71. Peter Gabel (born 1947)
72. Morton Horwitz (born 1938)
73. Duncan Kennedy (born 1942)
74. Karl Klare (born 1947)
75. Mark Victor Tushnet (born 1945)
76. Roberto Mangabeira Unger (born 1947)
77. indeterminate
78. principles
79. counterprinciples
80. the principle of freedom to contract
81. counterprinciple of fairness
82. legal formality
83. rule-sceptics
84. Karl Llewellyn
85. Jerome Frank
86. Walter Wheeler Cook
87. Felix Cohen
88. Herman Oliphant
89. rejection of legal rules
90. decision theory of law
91. prediction theory of law
92. social desires
93. bad man
94. law-jobs
95. adjustment of the trouble-casc
96. The preventive channeling and the reorientation of conduct and expectations so as to avoid trouble
97. The allocation of authority and the arrangement of procedures which legitimize action as being authoritative
98. The net organization of the group or society as a whole so as to provide direction and incentive
99. legal crafts

100. unsettled or vague
101. Axel Hägerström (1868–1939)
102. Alf Ross (1899–1979)
103. Karl Olivecrona (1897–1980)
104. Anders Vilhelm Lundstedt (1882–1955)
105. rule-sceptics
106. metaphysics-sceptics
107. introspective method
108. scientifically valid
109. actual efficacy
110. external observation
111. rule-scepticism

منابع

الف) فارسی

۱. ابدالی، مهرزاد (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، تهران: مجد، چ ۲.
۲. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷)، لغت‌نامه (دوره جدید)، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ ۲، ج ۱۱.
۳. روسو، ژان ژاک (۱۳۴۱)، قرارداد اجتماعی، مترجم: غلام‌حسین زیرک‌زاده، تهران: انتشارات سهامی چهر، چ ۴.
۴. غیبایی، عبدالحمید (۱۳۱۹)، «تعریف قانون و شریعت قانون»، مجموعه حقوقی، دوره ۱۵۹، شماره ۱۳.
۵. کاپلستون، فردریک (۱۳۸۲)، تاریخ فلسفه، مترجم: امیر جلال‌الدین اعلم، تهران: سروش، چ ۴، ج ۵.
۶. کلسن، هانس (۱۳۹۱)، نظریه حقوقی ناب، مترجم: اسماعیل نعمت‌اللهی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۲.
۷. کلی، جان موریس (۱۳۹۸)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، مترجم: محمد راسخ، تهران: نی.
۸. موراوتز، توماس (۱۳۹۱)، فلسفه حقوق، مترجم: بهروز جندقی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۲.
۹. مونتسکیو، شارل (۱۳۴۹)، روح القوانين، مترجم: علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر، چ ۶.
۱۰. هارت، هربرت (۱۳۹۳)، مفهوم قانون، مترجم: محمد راسخ، تهران: نی، چ ۴.

ب) انگلیسی

- 1- Aquinas , St.Thomas(1948), Summa Theologiae, Trans. by Fathers of the English Dominican Provinc, Five Volumes, QUESTION 90. OF THE ESSENCE OF LAW, Newyork , Christian classics, Volume I
- 2-Aristotle(1946),The Politics of Aristotle III 1287a , Trans. Ernest Barker,1st Edition , Oxford, Clarendon Press

- 3-Augustine(1993), Augustine On Free Choice of the Will, Trans by Thomas Williams, Indianapolis/Cambridge, Hahett publishing company
- 4-Austin, John(1995), The Province of Jurisprudence Determined 1832, edited by Wifrid E. Rumble, United States of America New York, Cambridge University Press
- 5-Bentham, Jeremy(1977), The Collected Works of Jeremy Bentham (A Comment on the Commentaries And a Fragment on Government), ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart, London, Clarendon Press, 1977, Works "Judicial Establishment"
- 6-Collins, Hugh (1987), Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement, Journal of Law and Society, Vol. 14, No. 4
- 7-Dicey, Albert Van(1960), Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th edition, London and New York, 1960, pp183-199
- 8-Dworkin, Ronald M. (1967), The Model of Rules, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Vol. 35:14
- 9-Dworkin, Ronald M. (1975), Hard cases, Harvard Law Review, Vol. 88, No. 6
- 10-Dworkin, Ronald(1986), Law's Empire, United States of America, Harvard University Press
- 11-Finnis, John(1979), Natural Law and Natural Rights, New York, Oxford University Press, Second Edition
- 12-Frank, Jerome N. (1931), Are Judges Human, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 80, No. 1
- 13-Fuller, Lon L. (1969), The Morality of Law, New Haven, Yale University Press, second edition
- 14-Habermas, Jurgen(1999), On the Internal Relation Between Rule of Law and Democracy, in: Philosophical perspectives on law and politics, edited by Patrick Hayden, New York, Peter Lang Publishing
- 15-Hobbes, Thomas(1651), Leviathan, London, printed for Andrew Crooke at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard
- 16-Holmes, Oliver Wendell, (2009), The Path of the Law, Auckland, The Floating Press
- 17-Hunt, Alan(1986), The Theory of Critical Legal Studies, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6, No. 1, pp. 1-45
- 18-Hutchinson, Allan C & Monahan, Patrick J. (1984), Law Politics and Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought, Stan Law Rev., No. 36, 1984, P. 201
- 19-Kennedy, Duncan(2016), Legal Formality THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES. Volume 45, Number S2, University of Chicago Press journals
- 20-Leiter, Brian(2006), American Legal Realism, in: Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, Blackwell Publishing, 3th.ed
- 21-Letwin, Shirley Robin(2005), On the History of the Idea of Law, Edited By Noel B. Reynolds, New York, Cambridge University Press
- 22-Llewellyn, Karl(1940), The Normative The Legal and The Law Lobs: The Problem of Juristic Method, The Yale Law Journal, Vol. 49, No. 8, pp. 1355-1400(45 pages)

- 23-Unger,Roberto Mangabera(1986), the Critical Legal Studies Movement,United States of America, Harvard university press
 24-Nakamura ,Hajime(1986) A comparative history of Ideas, Second revised edition, London: Kegan Paul International & Routledge
 25-Raz,Joseph(1979), The authority of law, New York, Oxford University Press, First published
 26-Ross, Alf, (2019), On Law and Justice, Translated by Uta Bindreiter, United Kingdom, Oxford University Press
 27-Sellers,Mortimer (2010) An Introduction to the Rule of Law in Comparative Perspective, in: The Rule of Law in Comparative Perspective, , Edited by Mortimer Sellers and Tadeusz Tomaszewski, London, Springer
 28-Sтивен Green,Michael(2005), Legal Realism as Theory of Law,William & Mary Law Review , Volume 46, No. 6
 27-Tushnet,Mark V. (2005) Critical Legal Theory,in: The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory,Edited by Martin P. Golding and WilliamA.Edmundson,Blackwell Publishing
 28-Wacks,Raymond(2006), Philosophy of Law: A Very Short Introduction, Oxford New York, Oxford University Press

References

1. Abdaly, Mehrzad (2014), Philosophy of law and legal theories, Tehran: Majd Publications, second edition. (In Persian)
2. Dehkhoda, Aliakbar (1998), Dictionary of the new period, Tehran: Tehran university Publications, second edition, 11th volume. (In Persian)
3. Jean-Jacques Rousseau (1962), Social contract, translated by Zirakzadeh Ggolamhosein, Tehran: chehr Publications, 4th edition. (In Persian)
- 4.Ghiaby,Abdolhamid (1942), Definition of law and sharia law, quarterly of Legal collection, No. 159, Issue 13. (In Persian)
5. Copleston, Frederick (2003), history of philosophy, translated by Aalam Amirjalalodin, Tehran: soroush Publications, 5th volume, 4th edition. (In Persian)
6. Kelsen, Hans (2012), Pure legal theory, translated by Nematolahy Esmail, Qom: Research institute of the Howzeh and university Publications, second edition. (In Persian)
7. Kelly, John (2019), A Short History of western legal theory, translated by Rasekh Mohammad, Tehran: Ney Publications, 4th edition. (In Persian)
8. Morawetz, Thomas (2012), The Philosophy of Law: An Introduction, translated by Jandaghy Behruz, Qom: Research institute of the Howzeh and university Publications, second edition. (In Persian)
- 9.Charles-Louis de Secondat (1972), De l'esprit des lois (The Spirit of Law), translated by Mohtadi Aliakbar , Tehran: Amirkabir Publications, 6th edition. (In Persian)
10. Hart ,Herbert (2014), The concept of Law, translated by Rasekh Mohammad, Tehran: Ney Publications, 4th edition. (In Persian)