

تاریخ ارسال: ۱۴۰۰/۵/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۶/۵

## حقوق عمومی در مفهوم قانون<sup>۱</sup>

محمد حسنونند<sup>۲</sup>

زهره حق پناهان<sup>۳</sup>

### چکیده

این مقاله از طریق به‌کارگیری روش رایج «تحلیل مفهوم‌گرا» و با رویکرد «غیر ذات‌گرا» در پی شناخت مفهوم حقوق عمومی از دیدگاه هارت و بر اساس اثر ارزشمند وی، کتاب «مفهوم قانون» است. رویکرد غیر ذات‌گرا، به جای جستجوی مجموعه‌ای از شرایط و ویژگی‌های بایسته برای وجود قانون در کلیت مجموعه، ویژگی‌های فراگیر نظام‌های حقوقی واقعی را مورد تأمل و بررسی قرار می‌دهد. این مقاله بر روی حقوق اساسی و اداری متمرکز بوده و تعاریف استانداردهای پیشرفته‌ی حقوق عمومی را با فهرست سه‌گانه به شدت تأثیرگذار هارت از انواع «بایسته‌ی» «قواعد ثانویه» عمومی که شامل قواعد شناسایی، تغییر و قضاوت است، تطبیق می‌دهد. مطلب این است که روش‌شناسی غیر ذات‌گرا، نه تنها یک بیان توصیفی غنی از ویژگی‌های بنیادین خاص سیستم‌های حقوقی پیشرفته را به دست می‌دهد، بلکه در مورد شیوه فهم و تصور از قانون در بسیاری از جوامع معاصر نیز بینش‌های نظری قابل‌توجهی را ارائه می‌نماید. همچنین از آنجا که تعریف به‌دست‌آمده عمیقاً در تجارب و رویه‌های واقعی اجتماعی و قانونی ریشه دارد، نسبت به رویکرد هارت که مبتنی

---

۱. این مقاله ترجمه‌ای است از "Public law in concept of law" نوشته پیتر کن (Peter Cane) پروفیسور دانشکده حقوق دانشگاه ملی استرالیا.

۲. دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی. (نویسنده مسئول)

md.hasanvand@gmail.com

Z.haghpanahan@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی قم.

بر روایت‌های فرضی درباره چگونگی امکان توسعه قانون است، نظریه‌ای را با تفصیل بیشتر و انتزاع کم‌تر ارائه و مطرح می‌نماید.

**کلیدواژگان:** اچ. ال. ای هارت، تئوری حقوقی، حقوق اداری، حقوق عمومی، روش‌شناسی فلسفه قانون، قدرت و صلاحیت سیاسی، قدرت و صلاحیت قانونی.



## مقدمه

بحث بنیادین مقاله حاضر این مطلب است که در نظام‌های حقوقی حقوق عرفی<sup>۱</sup> معاصر، حقوق عمومی نه تنها «حوزه‌ای از قانون» یا «مقوله‌ای از اندیشه‌ی قانون» به شمار می‌رود بلکه مرکز یا محوریت شناخت هر چه بیش‌تر ما از چیستی قانون است؛ یعنی برای «مفهوم» یا «نظریه‌ی» ما از قانون، مرکز یا محور بشمار می‌آید. در سطح اول، این گزاره ممکن است بدیهی یا حتی پیش‌پافتاده و به طور حتم غیراصیل به نظر برسد. موفق‌ترین تعریف پیشرفته یا مدرن از ماهیت قانون که توسط اچ. ال. هارت در کتاب مفهوم قانون ارائه شده است در گذار از یک دنیای پیشاقانونی به دنیای قانونی در توسعه‌ی «قواعد ثانویه»<sup>۲</sup> است. قواعدی که شامل قواعد شناسایی یا رسمیت بخشیدن، تغییر و قضاوت بوده و در خلق و ایجاد نهادهایی نظیر نهاد قانون‌گذار، دادگاه‌ها و در تمایز بین مقامات و صاحب‌منصبان اداری عمومی با شهروندان، حاکمان و افراد تحت حاکمیت مؤثر بوده و تعریف می‌شود. از نظر هارت، دقیقاً چیزی که یک نظام قانونی را از یک مجموعه هنجارهای اجتماعی غیرقانونی یا پیشاقانونی متمایز می‌کند، وجود عناصری از آن چیزی است که ما اکنون آن را «حقوق عمومی» می‌نامیم. با این حال رویکرد هارت و تعریفی که خلق می‌کند، دو ویژگی مرتبط دارد که آن‌ها را به طور قابل ملاحظه‌ای از رویکرد و مطلب پیش رو متمایز می‌سازد؛ این دو ویژگی عبارت است از: ویژگی روش‌شناسی و ویژگی ماهوی.

۱. نظام‌هایی که از نظام انگلوساکسون مشتق شده‌اند.

۲. به لحاظ پذیرش، شکل‌گیری و مورد بحث گسترده.

Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

کتاب «مفهوم قانون» در سه نسخه یعنی نسخه اول و اصلی در سال ۱۹۶۱، نسخه دوم ۱۹۹۴ و نسخه سوم ۲۰۱۲ چاپ شده است. طرح و متن اصلی کتاب مفهوم قانون که توسط هارت هرگز مورد تجدیدنظر قرار نگرفت، در هر سه نسخه یکسان است و فقط در چاپ دوم نوشته‌ای از جوزف رز و پنه لویه بولوچ و در چاپ سوم، به علاوه از یادداشت لسلی گرین تجدید چاپ گردیده است. از این پس در هر مورد ارجاع به این کتاب، صرفاً به Hart، اشاره می‌شود.

4. secondary rules: rules of recognition, change and adjudication.

### الف. روش

با تمرکز بر روش‌شناسی چنین به نظر می‌رسد که هارت مطالعه خود را عمدتاً به عنوان تجزیه و تحلیل «مفهوم» قانون «از نقطه نظر فلسفی» پنداشته است. هارت ادعان داشت از آن جا که قانون به نحوی که او شناخته بود، یک آفریده انسانی و یک پدیده اجتماعی است، تأمل فلسفی بر مفهوم قانون، الزاماً مبتنی بر مشاهده و توصیف از مجموعه‌ای از ممارست‌ها یا رویه‌های انسانی-اجتماعی بوده و در نهایت باید آن تأمل فلسفی، پاسخگو باشد. می‌توانیم بگوییم او درگیر همان چیزی بوده است که ادنا اولمان مارگلیت آن را «بازسازی عقلانی» می‌خواند. اولمان مارگلیت در کتاب «ظهور هنجارها» این رویکرد «فلسفی» را از طریقی که «جامعه‌شناس یا روانشناس اجتماعی» ممکن است به موضوع مشابه نزدیک شود، متمایز می‌کند؛ او می‌گوید:

یک بازسازنده عقلانی «به این موضوع که چه اتفاقی ممکن است بیفتد بیش تر از آنچه که در واقع اتفاق افتاده است، علاقه‌مند است ... نظریه‌های علمی، فرضیات تجربی که مبتنی بر یک بازسازی عقلانی هستند و آن‌هایی که متداول بوده و مورد قبول عام است حقیقت مسلم و بدیهی محسوب می‌شوند. انتظار نمی‌رود یک بازسازی عقلانی واقعیت‌های تجربی جدیدی را کشف و یا پیش‌بینی کند؛ در عوض هدف آن، فراهم نمودن شناخت بهتری از یک شاکله باورهای معین و متداول و مورد قبول است، این شناخت بهتر از طریق توصیفی نظام‌مند که در آن مفاهیم مبهم از دیدگاه‌های مورد قبول و رایج عام با مفاهیم دقیق آن‌ها مبادله شده است، حاصل می‌گردد.»<sup>۴</sup>

1 Perry, Stephen R. "Hart's Methodological Positivism" in Jules Coleman (Ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, 2001.

۲. برای بحثی سودمند در مورد رابطه‌ی میان شیوه‌های نظری و تجربی در قبال حقوق، رجوع شود به:

Galligan, DJ. "Legal Theory and Empirical Research" in Peter Cane and Herbert M Kritzer (Eds), *the Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP, 2010.

3 Ullmann-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford: Clarendon Press, 1977: 2.

4 Ullmann-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford: Clarendon Press, 1977: 2-3.

این نقل قول به ما کمک می‌کند تا روش هارت و ساختار اساسی مباحث در کتاب «مفهوم قانون» را درک کنیم. وی با شناسایی «ویژگی‌های برجسته» «موارد استاندارد واضح» از نظام‌های قانونی مانند مواردی از «انگلستان ... فرانسه یا ایالات متحده یا روسیه شوروی» آغاز می‌کند. ویژگی‌هایی که از هر انسان تحصیل کرده‌ای می‌توان انتظار داشت بتواند آن‌ها را شناسایی کند و از موضوعات «دانش مشترک» هستند.<sup>۱</sup> هارت این ویژگی‌های برجسته را چنین فهرست می‌کند:

- ۱- قواعدی که با تکیه بر مجازات، انجام برخی از انواع رفتار را امر یا نهی می‌کند؛ ۲- قواعدی که افراد را ملزم به جبران خسارت کسانی می‌کند که به نحو خاصی بدان‌ها ضرر وارد کرده باشد؛ ۳- قواعدی که شرایط تنظیم وصیت‌نامه‌ها، قراردادها و دیگر ترتیباتی را که موجب حق و تکلیف‌اند، مقرر و معین می‌کند؛ ۴- دادگاه‌هایی که تعیین می‌کنند قواعد قانونی چه هستند و چه زمانی نقض می‌شوند و مجازات یا جبران خسارتی را تعیین می‌کنند؛ ۵- قانون‌گذاری که قوانین جدید را وضع و قوانین قدیمی را منسوخ می‌نماید.<sup>۲</sup>

بر اساس این بنیان مشاهده‌ی تجربی، هارت برحسب یک حداقل مجموعه<sup>۳</sup> شرایط لازم برای وجود یک نظام قانونی، مفهومی از قانون را ایجاد می‌کند. در این فرایند هارت راجع به اینکه چگونه ممکن است یک نظام قانونی پدید آید، روایت و فرضیه‌ای را بیان کرده و استادانه عناصر گوناگون از

---

1 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 3.

۲ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 3.

۳. هارت مجموعه‌ی کاملی از شرایط لازم را ارائه نمی‌کند. برای مطالعه بیشتر ر. ک:

Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edition, OUP, 2011: ch. 1;

Dickson, Julie. *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2001.

۴. پیتر هکر (Peter Hacker) روش هارت را «ژنتیکی - تحلیلی» می‌خواند. وی می‌گوید: «مهم است که درک

کنیم که این روش دربردارنده‌ی «تحلیل مفهومی است» نه «انسان‌شناسی مجلسی». چگونه به بهترین نحو رابطه‌ی میان شیوه‌ی اجتماعی مورد تحلیل و تحلیلی که مسئله‌ی اسلوب شناختی بنیادی در نظریه‌ی حقوقی به شمار می‌رود را درک و تفسیر کنیم.» در:

Hacker, PMS. “Hart’s Philosophy of Law” in PMS Hacker and J Raz (Eds), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of HLA Hart*, Clarendon Press, 1977: 11-12.

فهرست پیش‌نظریه‌ی هر فرد تحصیل‌کرده‌ای را در مورد ویژگی‌های برجسته‌ی نظام قانونی، توسعه داده و نظام‌مند می‌کند. مؤلفه‌های نظریه‌ی قانون حاصل‌شده، کم‌وبیش انتزاعی بوده و چیزی بیش‌تر از قاعده‌شناسایی نیستند. با وجود این هارت در مورد تعمیم‌پذیری برداشت خود از حقوق طفره می‌رود؛ آیا نظریه او یک مجموعه شرایط حداقلی لازم را برای یک نظام قانونی استاندارد مانند آنچه که در انگلستان و ایالات متحده امریکا هست، به طور برجسته و مختصر بیان می‌کند یا اینکه یک مجموعه‌ی ضروری برای وجود هر نوع یا همه انواع نظام قانونی را در هر مکان و هر زمانی تبیین می‌کند؟

برای مثال، مطلب هارت در مورد حقوق بین‌الملل که در فصل ده کتاب مفهوم قانون آمده است، منطقاً می‌تواند به این عنوان مورد مطالعه قرار گیرد که حقوق بین‌الملل یا اصلاً قانون نیست و یا موردی از استاندارد قانونی، آن‌چنان که در «نظام‌های قانونی کشورهای پیشرفته» شناخته می‌شود، نیست. روش پژوهش حاضر به تعبیر اولمان مارگلیت، فلسفی نیست بلکه جامعه‌شناختی و مبتنی بر علم جامعه‌شناسی است؛ همان چیزی که شوور آن را رویکردی «غیر ذات‌گرا» برای نظریه‌پردازی راجع به قانون می‌خواند. رویکردی که بر ویژگی‌های فراگیر و عام نظام‌های قانونی واقعی که منطقاً

1 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 3.

2 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 3.

۲. احتمالاً منظور هارت از «کشور» چیزی گسترده‌تر از «دولت ملت» بود. برای مطالعه بیشتر ر.ک:

1; Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edition, OUP, 2011: ch. 1;

Dickson, Julie. *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2001.

3 Frederick Schauer.

۴. همچنین ر.ک:

گاهی، هارت از زبان استفاده می‌کند که ممکن است نشان بدهد وی درگیر پروژه‌ی غیر ماهیت‌گرایی تبیین ویژگی‌های موارد محوری قانون است؛ برای نمونه؛ 56-155، 81، 68، HART، با این حال، حرف وی غالباً به عنوان تلاش برای شناسایی ماهیت اصلی یا ذاتی قانون تعبیر می‌گردد. چنانچه قرائت اول پذیرفته شود، تعریف نگارنده به جای اینکه محصول روش‌شناسی متفاوتی باشد، مستقیماً در رقابت با تعریف وی خواهد بود. همچنین ر.ک:

Schauer, Frederick. *The Best Laid Plans*, Yale Law School, 2010; See also Schauer, Frederick. *Necessity, Importance and the Nature of Law*, Dordrecht: Springer, 2013.

و مستدلاً قابل توجه<sup>۱</sup> محسوب شده‌اند، متمرکز است، حتی اگر به طور عام شناخته نشده و ارزش‌گذاری نشده باشند. صرف نظر از اینکه آیا آن‌ها نسبت به برخی از توصیفات پیش‌نظریه‌ای نظام قانونی از قبیل آنچه که هارت در لیست ویژگی‌های برجسته ارائه می‌دهد، «ضروری» باشند یا خیر،<sup>۲</sup> نتیجه چنین رویکردی، تعریفی از ماهیت قانون در یک یا چند جامعه خاص و در یک زمان یا زمان‌های خاص به شمار می‌آید. رویکردی که نه بسیار انتزاعی<sup>۳</sup> است و نه از نظر زمانی و مکانی، موقتی و «جهانی» یا «عام» محسوب می‌شود.

ممکن است این ایراد وارد شود که چنین رویکردی نمی‌تواند تعریفی از قانون را که هم «نظری» و هم «مفهومی» باشد، خلق کند؛ به عنوان نمونه<sup>۴</sup> دی ام پترسون در مروری بر «مرزهای قانونی:

---

۱. البته همانطور که ممکن است تعاریف ذات‌گرای رقیب و معایر موجود باشند، تعاریف غیر ذات‌گرای رقیب و معایر هم ممکن است وجود داشته باشند. با این حال، معیارهای انتخاب از بین تعاریف رقیب بین دو دسته از تعاریف متفاوت خواهند بود. تعاریف ذات‌گرای «فلسفی» رقابت می‌کنند تا اظهاراتی در مورد ماهیت قانون صورت دهند که تا حدودی عیناً («بطور معمول») صحت دارند. بر عکس، موفقیت تعریف «جامعه‌شناختی» غیر ذات‌گرا را می‌توان به صورت مناسبی بر طبق ظرفیت آن برای جلب رضایت و تصویب افرادی قضاوت کرد که راجع به شیوه‌ی خاص مورد تحلیل آگاه باشند (خواه شرکت‌کننده باشند یا نباشند). چنانچه [نظر] هارت به گونه‌ای تعبیر گردد که تعریف غیر ذات‌گرایی را ارائه کند (رجوع شود به شماره ۱۴)، تست موفقیت تعریف من حدی خواهد بود که تا آن حد افراد آگاه آن را برایش بهبود تلقی می‌کنند، از این لحاظ که باز نمودی گویاتر را از سیستم‌های قانونی حقوق عرفی و مدرن فراهم می‌کند. پیش‌فرض چنین قضاوتی این خواهد بود که این شیوه برای مقاصد معین وجود دارد و ارزش‌های معینی را ترویج می‌کند (که فرد قضاوت‌کننده ممکن است در آن سهیم باشد یا نباشد) اما این امر مانع از آن نمی‌شود که آن به گونه‌ی مهمی «عاری از ارزش» باشد، در:

Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edition, OUP, 2011: 426–28.

۲. گزاره‌ای که نشان می‌دهد X ضرورتاً عنصری از پدیده‌ی Y است، شناسایی قبلی پدیده را بر حسب مجموعه‌ای از عناصر واقعی فرض می‌کند که ممکن است پس از بازسازی منطقی، ضروری از آب در نیایند.

۳. در مقابل فردی، مجرد و غیرقابل تعمیم به دیگر نظام‌ها.

تألیفی در فلسفه حقوق» از کیت کلور و میکائیل گوایدیس، استدلال می‌کند که به منظور «شناسایی ماهیت قانون» باید نشان داد که ویژگی‌های معینی از نظام‌های قانونی واقعی برای تبیین «ماهیت قانون»، «ضروری یا بایسته» هستند. وی اظهار می‌کند که در غیر این صورت هر دستاوردی که از تعریفی از قانون حاصل شود، «تحلیلی نبوده و توصیفی» است. این تمایز بین تحلیل و توصیف، عمیقاً مورد تردید و غیر قابل اطمینان است. ادعاهای توصیفی بسیار بی‌شماری می‌تواند در طول زمان در مورد قانون و نظام‌های قانونی شکل گرفته باشد. با وجود این اکثر چنین ادعاهایی پیش‌پاافتاده یا ناخوشایند هستند و هرگونه توصیف ارزشمند از چنین ممارست یا رویه اجتماعی پیچیده‌ای، به ناچار انتخابی و به همین معنا حداقل «تحلیلی» خواهد بود.<sup>۲</sup> عزیمت هارت از فهرستی از ویژگی‌های برجسته‌ی سیستم قانونی به سوی نظریه قانون، گذار از توصیف به سوی تحلیل نیست؛ بلکه چنانچه مارگلیت بیان می‌کند یک فرایند ارائه «توصیف نظام‌مندی است که در آن مفاهیم مبهم ... با مفاهیم دقیق‌تر مبادله می‌شود»، یا اینکه به صورت جایگزین، فرایند مبادله تحلیل قانون از سوی یک «عقل سلیم» یا «هر انسانی» برای موردی است که آگاهانه‌تر، پالایش‌شده‌تر و متفکرانه‌تر باشد. هم «تعریف ناپخته اولیه» و هم متعاقباً «بازسازی عقلانی»، همان‌هایی هستند که ممکن است آن‌ها را «توصیفات تحلیلی»، «تحلیل‌های توصیفی» یا احتمالاً «تفسیرهایی» از ممارست‌ها یا رویه‌ها و سنت‌های اجتماعی بنامیم.<sup>۳</sup>

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
 رتال جامع علوم انسانی

1 Culver, Keith and Michael Giudice, *Legality's Borders: An Essay in General Jurisprudence*, OUP, 2010.

۲. این فشار اصلی (Finnis, ch 1) است. نقطه نظر وی آن نیست که چنین شرح‌هایی نمی‌توانند «عاری از ارزش» باشد.

۳. من از واژه‌ی «تفسیر» برای صرف اشاره به روش‌شناسی نظری استفاده می‌کنم. قصد ندارم که با نظریه‌ی تفسیری رونالد دارکین (Ronald Dworkin) که در مورد حقوق شرح داده شده است درگیر شوم. برای مطالعه نظریه ر.ک:

Ronald Dworkin's interpretive theory of law expounded in *Law's Empire* (Fontana Press 1986).



به هر حال معنای «بایسته» چیست؟ هارت به عنوان نمونه ظاهراً دو گونه بایسته را شناسایی کرده است؛ هارت بایسته اول را «بایسته ماهوی» نامیده است و با وجود اینکه برای گونه دیگر نامی ننهاده است ما می‌توانیم به آن، عنوان «بایسته مفهومی» بدهیم. بر اساس نظر هارت عناصر بایسته‌ی ماهوی قانون به واسطه قدرت و مزیت ویژگی‌های مقرر خاص وضعیت انسانی که ممکن است به غیر از این باشند، ضروری هستند. در حالی که در ادامه به نظر می‌رسد که برای هارت عناصر بایسته‌ی مفهومی قانون از آن رو ضروری محسوب می‌شوند که به دلیل قدرت و مزیت ویژگی‌های مقرر جهانی نمی‌توانند غیر از این باشند. هارت چنین ویژگی‌هایی را معین نمی‌کند و یا ملاکی برای شناسایی آن‌ها ارائه نمی‌دهد. همچنین مشخص نیست ویژگی‌های وضعیت انسانی مانند «آسیب‌پذیر بودن انسان و شناخت محدود و قدرت اراده» که هارت در بحث خود در مورد عناصر بایسته‌ی ماهوی قانون مشخص می‌کند، در کدام معنا می‌تواند غیر از این باشد. در هر صورت دلیلی وجود ندارد که فکر کنیم هارت محتوای حداقلی بایسته‌ی ماهوی قانون را بخشی از نظریه‌ی خودش راجع به قانون تلقی نمی‌کرده است یا تصور می‌نموده که هیچ «تحلیل» قابل توجهی از قانون را آشکار نساخته است. دیدگاهی که ظاهراً پترسون آن را تأیید می‌کند این است که تنها نوع موفقیت «تحلیلی» ممکن در نظریه‌ی حقوقی، تشخیص و شناسایی عناصر بایسته مفهومی قانون است. دیدگاهی که به صورت ناخوشایندی دشوار و غیرمنعطف محسوب می‌شود. برای الزام به این شرط که تنها معیار موفقیت نظریه‌ی حقوقی و تحلیل ماهیت قانون، یک مفهوم کلی عام از «حقیقت در کل عالم امکان» است، هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد. در واقع برای نظریه‌پردازانی که در جستجوی شناختی از ممارست‌ها و رویه‌های اجتماعی هستند، دلیل بسیار خوبی است که این مسیر را طی نکنند؛ زیرا در انتهای آن، ممکن است چیزی اصیل‌تر و ذاتی‌تر از این عقیده که «قانون همان چیزی است که مردم آن را قانون می‌دانند» نیابیم. ادعاها و نظریات راجع به قانون و نظام‌های قانونی به منظور اینکه بیش

از توصیفات صرف باشند، حتی در فرض ممکن بودن، لازم نیست که جهان‌شمول یا «مفهومی» باشند. این موضوع در ارتباط با آنچه که بعضاً «فلسفه‌ی قانون خاص یا ویژه»<sup>۱</sup> یا «مبانی فلسفی قانون» نامیده می‌شود، بسیار شناخته شده است. فلسفه‌ی قانون از این نوع، یعنی فلسفه‌ی قانون خاص به تحلیل و تشریح ماهیت نظام‌های قانونی واقعی یا حوزه‌های خاص از قانون از قبیل قانون کیفری یا قانون مسئولیت مدنی، علاقه‌مند است؛ یعنی فلسفه قانون خاص با «فلسفه‌ی قانون عام» که به موضوعاتی از قبیل اینکه «قانون چیست؟» و «یک سیستم قانونی چیست؟»<sup>۲</sup> علاقه‌مند است، مقایسه شده و مغایر و متفاوت است. متداول‌ترین روش‌های مورد استفاده فلسفه‌ی قانون خاص، غیر ذات‌گرا هستند.

یک اختلاف عمده بین بازسازی عقلانی وفق تعریف اورلمان مارگلیت با غیر ذات‌گرایی در این است که دومی به طور نظام‌مند و تا حد امکان به تشریح برخی از ویژگی‌های مهم ممارست‌ها یا رویه‌های اجتماعی مورد تحلیل می‌پردازد. در حالی که هدف در اولی یعنی بازسازی عقلانی، تشریح ممارست‌ها یا رویه‌های اجتماعی از حیث حداقل عناصر ممکن<sup>۳</sup> است. در باب اینکه چرا نوعی از غیر

Tamanaha, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society*, OUP, 2001; Himma, Kenneth Einar. "Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law" *OJLS* 24, 2004: 717.

۱. می‌توان میان فلسفه قانون خاص که با قانون نظام‌های حقوقی ویژه سر و کار دارد و فلسفه‌ی قانون ویژه که با «حوزه‌های قانون» یا «موضوعات حقوقی» سر و کار دارد، تمایز قائل شد. با این حال، برای اهداف فعلی من، این تمایز اهمیتی ندارد.

۲. طبق نظر نیکولا لیبسی (Nicola Lacey)، این مضحک است که دست‌اندازی‌های خود هارت در فلسفه قانون خاص، راه را برای میل به احیا شدن «بنیان‌های فلسفی حقوق عرفی» هموار ساخت و اکنون در قلب حیطه‌های بالنده‌ی حقوق جزا، نظریه مسئولیت مدنی و قرارداد در بریتانیا، امریکای شمالی، استرالیا و زلاند نو قرار دارد. ر.ک:

Lacey, Nicola. "Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited" *Tex L Rev* 84, 2006: 945, 960; *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Clarendon Press 1968) and *Causation in the Law* (with Tony Honore, Clarendon Press 1959)

۳. واژه‌ی «عام» در واژه‌ی «فلسفه‌ی قانون عام» به صورت متفاوت نسبت به عبارت «نظریه‌ی حقوق عمومی» به کار می‌رود. در مورد اول، آن به موضوع اصلی تحت مطالعه اشاره دارد، در حالی که در مورد دوم، به حیطه‌ی نظریه نسبت به دیگر نظریات با همان موضوع اصلی اشاره دارد.

ذات‌گرایی مبتنی بر مشاهده غنی و دقیق از نظام‌های قانونی واقعی، بر خلاف مجموعه‌ای اجمالی، پیش‌نظری و قراردادی از ویژگی‌ها که برای عوام بدیهی محسوب می‌شوند، باید برای فلسفه قانون خاص یک روش‌شناسی قابل‌پذیرش باشد ولی برای فلسفه قانون به طور عام قابل‌پذیرش نباشد، هیچ دلیل روشنی وجود ندارد. روش این مقاله شکلی از روش‌شناسی غیر ذات‌گرا به شمار می‌آید که شامل شناسایی ویژگی‌های فراگیر حقوق عمومی از نظام‌های قانونی واقعی است؛ با این فرض که چنین ویژگی‌هایی به ما در خصوص منفعت و اهمیت ماهیت قانون در حوزه‌ی اقتدارشان مواردی را توضیح می‌دهد. این تفاوت روش‌شناسی بین رویکرد هارت و پژوهش پیش رو، یک تفاوت ذاتی یا ماهوی ایجاد می‌کند.

#### ب. ماهیت (محتوا)

عناصر حقوق عمومی یعنی قواعد قضاوت، قواعد تغییر و قواعد شناسایی یا رسمیت‌بخشی که هارت آن‌ها را برای وجود یک نظام قانونی «بایسته» می‌داند، تعریفی از حقوق عمومی را ارائه می‌کند که نه تنها در قرن بیست‌ویکم، بلکه در میانه قرن بیستم نیز که در آن هارت مشغول نوشتن کتاب مفهوم قانون بود، به طور قابل ملاحظه و معناداری با تعاریف استاندارد حقوق عمومی در نظام‌های قانونی عرفی متفاوت است.

از نقطه نظر هارت، نخست حقوق عمومی موضوعی از قواعد، شامل قواعد قضاوت، تغییر و شناسایی یا رسمیت‌بخشی است. وی قواعد را برخلاف «دستورهای رسمی-فردی» به عنوان «ضوابط یا استانداردهای عام» توصیف می‌کند.<sup>۱</sup> مقاله حاضر اینطور استدلال می‌کند که دستورهای رسمی خاص، کم‌وبیش یک شکل فراگیر از حقوق عمومی هستند. دوم بر اساس تعریف هارت نهادهای عمومی اصلی، قانون‌گذاران و دادگاه‌ها هستند. شاخه‌ی اجرایی حکومت و مقامات اداری که در نظام‌های قانونی پیشرفته بسیار برجسته هستند، در کتاب مفهوم قانون تنها به صورت گذرا و در سایه ظاهر

---

1Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 21.

می‌شوند.<sup>۱</sup> سوم هارت بر نقش حقوق عمومی در ایجاد و اعطای قدرت و صلاحیت یا اقتدار به صاحب‌منصبان یا مقامات اداری متمرکز است و هیچ‌گونه نقش یا فضای را به عنوان محدودکننده قدرت و صلاحیت، برای حقوق عمومی قائل نیست. پیروان هارت از جمله جوزف رز، این بخش اخیر از حقوق عمومی را بیش‌تر از اینکه از منظر «مفهوم قانون» بشناسند، از حیث و ذیل «حاکمیت قانون» می‌شناسند.<sup>۲</sup> چهارم اینکه هارت از برخی جنبه یا جنبه‌های مهم، حقوق عمومی را در یک شکل ثانویه قانون و حقوق خصوصی شامل قرارداد، مسئولیت مدنی، اموال و غیره و نیز حقوق کیفری را در شکل اولیه قانون، مفهوم‌سازی می‌کند.<sup>۳</sup> پنجم، آنچه که در تعریف هارت محوری بوده و انتزاعی محسوب می‌شود، قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی است که در تعاریف استاندارد از حقوق عمومی پیشرفته جایی ندارد، اما در پی جستجوی هارت برای یک مفهوم عام از قانون، ساخته‌وپرداخته شده است.

استدلال پژوهش حاضر این است که توجه ویژه به تعاریف استاندارد حقوق عمومی و مذاقه در تفاوت‌های آن تعاریف، با آن تصویر از حقوق عمومی که در نظریه هارت نفوذ پیدا کرده و مستقر شده است، نه تنها در مورد ماهیت حقوق عمومی در نظام‌های قانونی پیشرفته و حقوق عرفی می‌تواند برخی از جنبه‌های مهم نظری را به صورت مطول به ما بگوید، بلکه همچنین می‌تواند ماهیت قانون در چنین نظام‌هایی را هم به کفایت بازگو کند.

1Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 30-31, 93-94, 131.

2Raz, Joseph, *The Rule of Law and Its Virtue' in The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979.

۳. با این حال، توجه کنید که فرقی که هارت بین قواعد اولیه و قواعد ثانویه قائل می‌شود، با اختلاف بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی همسویی ندارد. در واقع، هر دوی این اختلافات پیچیده و چند شکلی هستند. برخی از قوانینی که هارت آن‌ها را ثانویه طبقه‌بندی کرد -از قبیل قوانین اعطاکننده قدرت برای انجام قراردادها و وصیت‌نامه‌ها- به عنوان بخشی از حقوق خصوصی طبقه‌بندی خواهند شد. از سوی دیگر، در نظام‌های حقوق عرفی، قوانینی که هارت آن‌ها را اولیه طبقه‌بندی می‌کرد، از قبیل قوانین حقوق مسئولیت مدنی و حقوق قرارداد در مورد نهادهای عمومی و مقامات اداری صادق هستند و از آن لحاظ، بخشی از حقوق عمومی هستند. صرف نظر از اینکه هارت آن‌ها را ثانویه یا اولیه طبقه‌بندی کرده باشد، توجه اصلی این بند به قوانینی است که مقامات اداری یا نهادهای عمومی را توانمند و محدود می‌سازند.

اینک بپذیرید که رابطه بین تعریف هارت از حقوق عمومی و وجود قانون، یک بایستگی و ضرورت است و اینکه ویژگی‌های تعریف استاندارد از حقوق عمومی که در فوق مشخص شده‌اند و با جزئیات بیشتری متعاقباً مورد بحث قرار می‌گیرند، نه برای وجود قانون و نه برای بخش ذاتی از ماهیت قانون، یعنی برای هیچ‌کدام ضروری نیستند. با این حال، دقیقاً مثل آنچه در دیدگاه شوور<sup>۱</sup> دیده می‌شود، این واقعیت که مثلاً اجبار یا زور که یک ویژگی موجود در همه‌ی نظام‌های قانونی محسوب می‌شود، حتی اگر بخش ذاتی قانون هم نباشد، مواردی را از اهمیت نظری راجع به ماهیت قانون برای ما بازگو می‌کند. همچنین استدلال می‌شود که تفاوت‌های بین تعاریف استاندارد از حقوق عمومی با تعریف هارت، به ما در مورد اهمیت نظری ماهیت قانون مواردی را گوشزد می‌کند که شناخت و ادراک هارت از قانون، در تحصیل و ضبط آن‌ها در مانده است.

گرچه هدف پژوهش پیش رو این نیست ولی احتمالاً بتوان گامی فراتر از این برداشت. در روایت هارت از چگونگی ظهور و پیدایش قانون، یک گروه اجتماعی از حیث اندازه و پیچیدگی تا زمانی که سیستم‌های اجتماعی اولیه‌اش که از طریق ممارست‌ها یا رویه‌های غیررسمی ناشی از پذیرفتن استانداردهای رفتاری و از واکنش منفی نسبت به خروج و رد آن‌گونه استانداردها پایدار و ماندگار شده است، از کاستی‌های خاصی که او به عنوان عدم قطعیت، «ویژگی ایستا»<sup>۲</sup> و ناکارآمدی یاد می‌کند، آسیب ببیند و رنجور و متأثر شود، رشد می‌کند.<sup>۳</sup> در تحلیل هارت قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی، عدم قطعیت را بهبود بخشیده و برطرف می‌کند، قواعد تغییر، ایستایی را از طریق «تعیین افرادی که اختیار قانون‌گذاری دارند»<sup>۴</sup> بهبود می‌بخشد و قواعد قضاوت با «اعطای اقتدار به اشخاص برای اتخاذ ... تصمیمات مقتدرانه در واقعیت نقض قواعد اولیه»<sup>۵</sup> ناکارآمدی را کاهش داده،

---

<sup>۱</sup> Schauer, Frederick. *Necessity, Importance and the Nature of Law*, Dordrecht: Springer, 2013.

<sup>۲</sup> Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 92.

<sup>۳</sup> Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 91-99.

<sup>۴</sup> Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 96.

<sup>۵</sup> Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 96-97.

جبران و برطرف می‌سازند. این تحلیل به طور قابل قبولی با فرض اینکه یک مجموعه‌ای از هنجارهای اجتماعی غیررسمی، در یک گروه اجتماعی با همان اندازه و پیچیدگی که هارت متصور است، از «نقصانی» که ما آن را می‌توانیم «فقدان اثربخشی» بنامیم نیز رنج می‌برد، ممکن است تکمیل شود. در یک گروه اجتماعی بزرگ و پیچیده می‌توانیم فرض کنیم مقامات اداری یا صاحب‌منصبانی صلاحیت‌دار پیدا خواهند شد که نه تنها معطوف بر گذشته، در زمانی که هنجارهای عام نقض می‌شوند قدرت تصمیم‌گیری دارند بلکه حداقل در شرایط موارد خاص برای تعیین و تشخیص چنین هنجارهایی به صورت آینده‌نگرانه نیز دارای قدرت و صلاحیت هستند.<sup>۱</sup> همچنین می‌توانیم تصور کنیم که مقامات اداری و صاحب‌منصبانی پیدا خواهند شد که این کارکرد برای محکوم کردن انحراف از رفتارهای استاندارد پذیرفته‌شده را که در تعریف هارت از قواعد اجتماعی پیشاقانونی محوری به شمار می‌آید، به عهده می‌گیرند.<sup>۲</sup> در نظریه هارت چاره و علاج نقص فقدان اثربخشی می‌تواند «قواعد اعمال و اجرا» نامیده شود که به صاحب‌منصبان یا مقامات «اجرایی» یا «اداری» برای اعمال قواعد عام از جهات خاص با نظر بر آینده و در موارد خاص، الزام به تبعیت و مجازات عدم تبعیت، صلاحیت و قدرت اعطا می‌کند.

به هر حال در مورد اجرا و مجازات، در پیروی از هارت بسیاری می‌پذیرند که زور یا اجبار یک ویژگی بایسته مفهومی از قانون نیست؛ زیرا حداقل در چارچوب تخیل و آرمان بشری وجود یک «جامعه فرشتگان» که در آن تبعیت داوطلبانه و جهانی است، «امکان‌پذیر» است.<sup>۳</sup> با این وصف،

همان‌طور که هارت در بحث خود راجع به «زمینه آزاد قانون» مشخصاً بیان می‌کند (ibid p124-36)، نهادهای قضایی همچنین کارکرد قانون‌گذاری خلاق را انجام می‌دهند که فرع بر کارکرد مقتدرانه تشخیص نقض قانون است. ۱. هر چه هنجار کم‌تر مشخص بوده و با دقت و جزئیات کم‌تر باشد، به هنگام به کارگیری آن نیاز بیش‌تری به تعیین و تشخیص دقیق آن دارد. به همین دلیل است که «صلاحیت» شاید مسئله اصلی در حقوق اداری باشد. دقیقاً مانند دادگاه‌ها که به طور ضمنی در هنگام رسیدگی حقوقی معطوف بر گذشته، به کارکرد خلق و وضع قانون می‌رسند، چنین مقامات اداری هم با نگاهی بر آینده به طور ضمنی به کارکرد وضع و خلق قانون می‌پردازند.

2Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 85-87.

۳. به عقیده هارت، اجبار به صورت طبیعی ضروری است اما به لحاظ مفهومی ضروری نیست.

همچنین باور رایج و متداول آن است که «قانون» که در برداشت هارت به عنوان اتحاد قواعد اولیه‌ی رفتار و قواعد ثانویه‌ی شناسایی یا رسمیت‌بخشی و قضاوت و تغییر شناخته شده است، در یک جامعه فرشتگان بزرگ و پیچیده برای حل «مشکلات سازگاری» مرتبط با مثلاً جابه‌جایی یا رفت‌وآمد ایمن، لازم و بایسته خواهد بود. این پژوهش فراتر رفته و استدلال می‌کند که در جوامع بزرگ و پیچیده، قواعدی که آن‌ها را «قواعد اجرا» می‌نامیم که سازگارکننده‌ی قواعد عام با شرایط خاص هستند، دقیقاً به همان اندازه‌ی «قواعد تغییر» هارت، نقش مهمی در ایجاد سازگاری زندگی اجتماعی ایفا می‌کنند.

ممکن است ایده هارت برخلاف آن به نظر برسد. از نقطه‌نظر وی «دستورهای رسمی فردی...! ... صاحب‌منصب یا مأمور اداری» مانند دستور رسمی توقف افسر راهنمایی و رانندگی به یک موتورسوار خاص یا برگه تشخیص که برای پرداخت از سوی بازرس مالیاتی برای مؤدی مالیاتی خاص صادر شده است، ویژگی‌های استثنایی یا فرعی یا ثانویه قانون هستند. با وجود این به نظر می‌رسد این دیدگاه مبتنی بر این فرضیه باشد که قاعده دستورهای رسمی فردی به منظور تضمین تبعیت کردن و مجازات عدم تبعیت از قواعد عام است. چنانچه دستورهای عام اولیه به وسیله فرد معینی مورد اطاعت قرار نگیرند و تبعیت نشوند، هارت می‌گوید: «مقامات رسمی ممکن است به او تذکر دهند و خواهان تبعیت از آن‌ها شوند... [کذا] یا ممکن است این نافرمانی رسماً شناسایی و ثبت شود و دادگاه مجازات

HART, pp199-200. با این حال توجه کنید که بنا بر تعریف هارت، جامعه‌ای که قانون در آن رشد می‌یابد، جامعه فرشتگان نیست. فاصله گرفتن و انحراف از استانداردهای اجتماعی و مجازات کردن چنین انحرافات و ویژگی‌های سازنده این نظریه قواعد اجتماعی او هستند (ibid pp86-87). به علاوه، وی فقدان صلاحیت اجرای رسمی را «نقص» می‌شمارد، گرچه آن را نقصی کم‌اهمیت‌تر از فقدان صلاحیت قضاوت رسمی می‌داند؛ ibid p91. جالب است که وی به جای تعمق، با اشاره به تاریخچه ابتدایی نظام قضایی رومی‌ها این نتیجه‌گیری را تأیید می‌کند؛ ر.ک:

note to p 91 at 244 of the 1st edn, 291-92 of the 2nd and 3rd edns of *The Concept of Law*.

2. Official Individuated Directions.

2Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 21.

اعلام شده را اعمال کند».<sup>۱</sup> در اینجا به نظر می‌رسد هارت این‌گونه مفهوم‌سازی می‌کند که دستورات رسمی فردی به عنوان الزامات اجرا محسوب می‌شوند و از آنجا که تصور می‌کند که زور یا اجبار یک ویژگی بایسته مفهومی از قانون نیست، چنین نتیجه می‌گیرد که دستورات رسمی فردی هم ویژگی بایسته مفهومی، یا حداقل به عنوان ویژگی محوری قانون به شمار نمی‌آیند. برعکس پژوهش حاضر استدلال می‌کند که دستورات رسمی فردی در اغلب موارد به عنوان الزامات کاربرد قواعد عام در شرایط معین، مستقل از هرگونه موضوع الزام به تبعیت یا مجازات عدم تبعیت و خارج از متن قضاوت، عمل می‌کنند؛ مثلاً اعمال اختیار یا قدرت به منظور اعطای مزیت‌های رفاهی یا به منظور تحمیل الزامات تنظیم‌گرا بر هر یک از شهروندان، ممکن است به یک مقام اداری برای تعیین و تشخیص قواعد عام حاکم بر استحقاق مزایا تبعیت مقرر لازم یا صدور اجازه در ارتباط با شهروندان خاص در شرایط خاص، نیاز داشته باشد. بدین ترتیب مشخص شد که «دستورهای رسمی» فردی یا «هنجارها» یک ویژگی محوری قانون در جوامع پیچیده‌ی بزرگ هستند.

آنچه تلویحاً در این استدلال وجود دارد این است که بین اجرا و قضاوت تمایز وجود دارد.<sup>۲</sup> در تصویر ذهنی هارت از یک سیستم قانونی، دادگاه‌ها دستورهای رسمی فردی می‌دهند و احکام شخصی شده صادر می‌کنند.<sup>۳</sup> همان‌گونه که در بخش قبل نقل شده هارت اذعان می‌کند، دادگاه‌ها ممکن است این کار را به عنوان بخشی از فرایند الزام به تبعیت از قانون انجام دهند. به هر حال چون وی می‌اندیشد که زور یا اجبار یک ویژگی بایسته مفهومی از قانون نیست، بنابراین از نظر او نمی‌تواند این مهم‌ترین زمینه یا شرط یا مهم‌ترین هدفی که دادگاه‌ها دستورهای رسمی فردی (شخصی شده) می‌دهند، محسوب شود. در نگرش هارت، کارکرد اساسی دادگاه‌ها، مشارکت در اجرای قانون نیست، بلکه بیش از آن حل‌وفصل و رفع مخاصمات و عدم قطعیت راجع به چستی قانون و تعیین مقتدرانه

1Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

۲. ر.ک:

Cane, Peter, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Hart Publishing, 2009: 6–16.

۳. حکم و رأی دادگاه، احکام شخصی شده یا فردی محسوب شده و صرفاً نسبت به طرفین دعوا یا شکایت لازم‌الاجرا

است و حکمی است که اجرای آن ناظر بر عام نیست. م.



آن است که مستقل از اجرای آن به شمار می‌آید. «قضاوت» عنوان متداولی است که به فرایند حل و فصل اختلافات راجع به چستی و تعیین قانون با اعمال هنجارهای عام نسبت به شرایط خاص اطلاق می‌شود و در پرتو ایده سنتی تفکیک قوا، این کارکرد، کارکرد اصلی دادگاه‌ها و نهادهای مشابه و همان کارکردی است که به نظر می‌رسد هارت آن را به دادگاه‌ها نسبت داده باشد. همان‌طور که در مورد آن شرح داده شده، اجرا نیز فرایند اعمال هنجارهای عام در شرایط خاص است. در هر حال برعکس قضاوت، اجرا شامل حل اختلاف و منازعه راجع به چستی قانون معطوف به گذشته نیست، بلکه در عوض تعیین ناظر بر آینده‌ی این مسئله است که چگونه قانون بر موارد فردی به کار برده شده و اعمال می‌شود؛ یعنی اینکه قانون، در این موارد معطوف به آینده چیست. در نظریه‌ی کلاسیک تفکیک قوا، کارکرد اصلی مقامات اداری، اجرای قانون است. همراه با الزام و اجراء، این کارکرد و قواعد حمایت‌کننده از آن، همانی است که این پژوهش به روایت هارت از چگونگی امکان‌پذیری و ظهور قانون اضافه نموده است.

با وجود این هدف مقاله حاضر این نیست که استدلال کند در هر حال الزام و اجرا از ویژگی‌های بایسته قانون است. در عوض از طریق شناسایی اختلافات میان تعریف هارت از قواعد ثانویه و تعاریف پیشرفته استانداردها و ضوابط حقوق عمومی، در ذهن‌خطور می‌کند که حقوق عمومی در آن معنای استاندارد برای شناخت ماهیت قانون و شناخت نظام قانونی دست کم در دنیای حقوق عرفی، کامل و یکپارچه است.<sup>۱</sup>

---

۱. نسبت به سیستم‌های حقوق عرفی، سیستم‌های حقوقی مدون به صورت متمایزتری میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی تفاوت قائل می‌شوند. درک حسی من نشان می‌دهد که این اختلاف به طور معناداری استدلال بنیادی این مقاله را متأثر نخواهد کرد. با این حال، همانند هارت، من هم از حقوق عرفی و بالأخص از زاویه دید «انگلیسی» (در تقابل با ایالات متحده) می‌نویسم.

## گفتار یکم. حقوق عمومی به مثابه قواعد

در بخش قبلی استدلال شد که هارت در تعریف خود از هنجارهای قانونی خطاب به شهروندان، جایگاه نارسا و ضعیفی به دستورات رسمی فردی می‌دهد. در این بخش استدلال خواهد شد که او همچنین در تعریف خود از هنجارهای حقوقی خطاب به نهادها و مقامات رسمی نیز جایگاه ضعیف و نارسایی به هنجارهای فردی می‌دهد؛ نخست شایان ذکر است که مسیر استدلال هارت تا حصول نتیجه، این است که یک نظام قانونی لزوماً یا اساساً «قاعده‌محور» است.<sup>۱</sup> او مطلب را با برداشتی از قانون به عنوان «دستورات متکی به تهدید» در موقعیت سارق مسلح در تراز بالاتر، آغاز می‌کند. وی با تشریح کاستی‌های گوناگون این مفهوم، ایده دستورات متکی بر تهدیدات را با قواعد متکی به پذیرش عام ممارست‌ها یا رویه‌های اجتماعی، تبعیت و اطاعت گسترده و مجازات سرپیچی یا عدم تبعیت، جایگزین می‌نماید. در این تعریف جدید قواعد، وجه مشخصه‌ی هنجارگرایی<sup>۲</sup> (تجویزگرایی) قانون است.<sup>۳</sup> آن‌ها «استانداردهای عام» محسوب می‌شوند.<sup>۴</sup> هارت اظهار می‌دارد که عام بودن دو جنبه دارد و یا از دو حیث عام است؛ نخست اینکه قاعده خطاب به یک فرد بیان نمی‌شود، بلکه خطاب به یک گروه بیان می‌شود؛ یعنی بر طبقه‌ای عام از اشخاص اعمال می‌شود و نیز رفتاری را که بدان اشاره می‌شود یک رفتار خاص نیست، بلکه نوعی از اعمال است؛ یعنی بر نوع عام عمل، دلالت دارد. همان‌طور که قبلاً اشاره شد، هارت یک قاعده را از «دستور رسمی فردی چهره به چهره»<sup>۵</sup> مانند فرمان توقف پلیس به یک موتورسوار یا فرمان ترک محل توسط پلیس به یک بی‌خانمان یا برگه تشخیص مالیاتی یا حکم دادگاه، متمایز می‌کند. این، پدیده‌ی حقوقی است که ظاهراً هارت زمانی

1Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 13.

2Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: ch. 2.

3Legal Normativity.

4Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 21.

5Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

برای مقاصد فعلی، هیچ نیازی به تمایز بین انواع مختلف استانداردهای عام نیست. ر.ک:

MacCormick, Neil, *HLA Hart*, 2nd edition, Stanford University Press, 2008: 55–58.

6 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 21. Official Individuated Face-to-Face Direction.

## دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۱۴۳

سال اول، شماره ۱ و ۲، بهار و تابستان ۱۴۰۰

که اظهار می‌دارد قانون «اصولاً و نه منحصرأ» موضوع قواعد عام است، به عنوان استثنائی در ذهن داشته است.

این موضوع از دو جنبه قابل بررسی است؛ نخست اینکه معمولاً این پدیده‌های متفاوت را به عنوان خود قانون نمی‌پنداریم، بلکه این موارد، نمونه‌هایی از اعمال یا اجرای الزامی قوانین هستند. افسر پلیسی که راننده‌ای را متوقف می‌کند یا بی‌خانمانی را وادار به ترک محل می‌کند و مأموری که برگه تشخیص مالیاتی صادر می‌کند، همگی در حال اعمال یا اجرای قانون هستند و آن را وضع نمی‌کنند.<sup>۲</sup> به همین ترتیب، یک حکم دادگاه که شامل اعمال قواعد و اصولی است که مبنای تصمیم دادگاه در پرونده معین بوده‌اند، دقیقاً جنبه کارکرد قضایی است. البته این احکام و دستورات ممکن است قدرت قانون را داشته باشند ولی همین عبارت قدرت قانون دقیقاً از ارتباط آن احکام با قوانینی که متکی بر آن هستند، برداشت می‌شود؛ یعنی عمدتاً از طریق همان قوانین اقتدار کسب می‌کنند.

دوم دستورات رسمی که در تعریف هارت یا به این دلیل که یک طبقه از افراد را مخاطب قرار نمی‌دهد یعنی بر طبقه‌ای عام از اشخاص اعمال نمی‌شود یا اینکه به گروهی از اعمال مرتبط نمی‌شود، یعنی بر نوع عام عمل دلالت ندارد و یا به هر دو علت که قاعده و قانون محسوب نمی‌شوند،<sup>۳</sup> نه تنها در اعمال قانون بلکه در قانون‌گذاری نیز روش و طریقه‌ی رایجی است. برخلاف احکام و دستورات رسمی که برای اعمال قانون صادر می‌شود، در برخی از حوزه‌ها و انواع قانون برای مثال، قانون کیفری و قانون مالیاتی، عام بودن بسیار ارزشمند است و قوانینی که تعهدات یا مجازات‌هایی را صرفاً بر افراد خاص و معینی تحمیل کنند، مذموم و ناپسند شمرده می‌شود. از سویی دیگر در حقوق عمومی،

---

1 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

۲. پیرو تشخیص مطرح‌شده در زیرنویس ۵ صفحه ۱۳.

۳. قانون از دو حیث عام (عام‌الشمول) است؛ نخست، بر نوع عام عمل دلالت می‌کند و دوم، بر طبقه‌ای عام از اشخاص اعمال می‌شود. بنابراین دستور رسمی پلیس به یک فرد، اگرچه برای اعمال قانون صادر می‌شود اما قانون نیست. در اینجا دستورات رسمی شخصی شده، ثانویه محسوب می‌شود. م. برای مطالعه بیشتر: هارت، اچ‌ال، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، چاپ هفتم، ۱۳۹۸.

قوانینی که بر مقام یا اداره و سازمان دولتی ناظر بوده و اعمال می‌شود یا قوانینی که به یک عمل یا وضعیت معینی مرتبط می‌شود بسیار متداول و رایج بوده و نه تنها بیجا بلکه نامطلوب هم محسوب نمی‌شود؛ نمونه‌هایی از این انواع قانون شامل انواعی از قوانین است که هارت آن‌ها را دقیقاً قواعد «قضاوت و تغییر» نامید؛ یعنی قوانینی که نهادهایی مانند دادگاه‌ها و مجالس قانون‌گذاری را ایجاد و تأسیس می‌کند، مثلاً آنجا که قانون اشعار می‌دارد «باید دیوان عالی وجود داشته باشد»<sup>۱</sup> و به آن‌ها قدرت و تکالیف و صلاحیت دادرسی اعطا می‌کند. قوانین بودجه که منابع عمومی را به منظور اهداف خاص به نهادهای خاص، اختصاص می‌دهد، نیز نمونه‌ی دیگری است. در واقع بخش عمده‌ای از مقررات قانونی در کشورهای پیشرفته، قواعد را در معنای ضوابط و معیارهای عام رفتار، مقرر نکرده‌اند بلکه نهادهای حقوقی را ایجاد کرده، منابع مالی یا بودجه خاص بدان‌ها اختصاص داده، صلاحیت یا اختیارات و قدرت و تکالیف ویژه به آن‌ها اعطا کرده و راجع به روش اعمال و کاربرد آن اختیارات و تکالیف، برای آنان کم‌وبیش دستورالعمل‌های مختص شرایط، صادر کرده‌اند.

بنا به استدلال و اعتقاد ادوارد روبین، در دولت‌های «اداری» مدرن و پیشرفته، یکی از کارکردهای اصلی و شاید کارکرد غالب قانون‌گذاری که خودش به تنهایی شکل غالب از قانون است، صدور دستورات به مقامات اداری یا صاحب‌منصبان و ادارات یا سازمان‌ها و نهادهای حوزه عمومی است.<sup>۲</sup> در مقابل هارت، مفاهیم خود از قواعد و ضوابط عام در بستر و در بافت یک جامعه پیشاقانونی<sup>۳</sup> را بسط و توسعه داد. جامعه پیشاقانونی یعنی جامعه‌ای که در آن قانون‌گذاران، دادگاه‌ها و تشکیلات اداره عمومی وجود ندارد. جامعه پیشاقانونی جامعه‌ای است که قواعد اجتماعی، متوجه ارتباطات بین افراد بوده و دولتی در مفهوم و معنای پیشرفته آن، وجود ندارد. به منظور حل نقایصی که هارت در

۱. فولر مثال پرننگی را از ماده‌ای در قانون موضوعه‌ی ماساچوست ارائه می‌کند «که تأثیر آن این است که چرخریسک امریکایی بایستی پرنده‌ی [نماد] رسمی مشترک‌المنافع» باشد. ر.ک:

Fuller, Lon L, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964: 91.

2Rubin, Edward L, "Law and Legislation in the Administrative State," *Columbia L Rev* 89, 1986: 369.

3A Pre-Legal Society.

نظریه «فرمان قانون»<sup>۱</sup> تشخیص داد، او نه تنها از فرمانده و تهدید به زور فرمانده به عنوان منابع قانون عبور کرد، بلکه فرمان‌ها، احکام و دستورات رسمی فردی را نیز به عنوان اشکال و صور قانون، رد کرد. آدستوارد بزرگ هارت توضیح این مطلب بود که قدرت یا اقتدار قواعد و استانداردهای صادر و مقرر شده به وسیله مقامات و صاحب‌منصبان اداری، به تهدید استفاده از زور بستگی ندارد. آنچه به روشنی به نظر می‌رسد که او بدان پی نبرده باشد، این است که همان کلیدی که برای توضیح این موضوع که چگونه قدرت فرامین، احکام و دستورات رسمی فردی داده شده به وسیله مقامات اداری نیازی به تهدید به زور ندارد، استفاده می‌شود، اینجا نیز کارگشا است. در سیستم‌های قانونی پیشرفته، دستورات رسمی کم‌وبیش ویژه، شکل فراگیر و مشخصه‌ی قانون بشمار می‌آید و در هیچ جایی بیش‌تر از حقوق عمومی اهمیت ندارد. دستوراتی که رسمی استثنائی یا تبعی و فرعی نبوده و یک ویژگی اساسی و بنیادین از آنچه که به عنوان قانون می‌شناسیم، است. البته این بدان معنا نیست که استانداردهای عام، شکل قابل توجهی از حقوق عمومی نیستند. آن‌ها در اجرای نقش محدودکنندگی و نظارت حقوق عمومی بر اعمال قدرت عمومی، بسیار بااهمیت هستند. در هر حال همان‌گونه که تاکنون مورد اشاره قرار داده شد و متعاقباً به جزئیات بیش‌تر پرداخته خواهد شد، این کارکرد حقوق عمومی جایگاه کمی را در تعریف هارت از قانون و نظام قانونی دارد. در عوض او بر نقش حقوق عمومی در ایجاد و تقویت قدرت عمومی که دقیقاً قلمرو غلبه هر چه بیش‌تر دستورات است، متمرکز می‌شود.

### 3. The Command Theory of Law.

۲. از نظر استین گوهر قانون، حکم است. حکمی که از سوی حاکم صادر می‌شود. یکی از ایرادات وارد بر آن این است که با تغییر حاکم، اقتدار قوانین وضع شده تداوم نخواهد یافت. هربرت لیونل آدولفوس هارت در کتاب مفهوم قانون برای حل مشکل، نظریه‌ای جایگزین ارائه نمود. در نظریه وی بجای مفهوم «حکم»، مفهوم «قاعده» محوریت دارد. به همین دلیل است که نظریه هارت، غالباً تحلیل قانون به مثابه قاعده (Rule Theory Of Law) تلقی می‌شود. م.

## گفتار دوم. حقوق عمومی و اداره عمومی

همان‌طور که قبلاً اشاره گردید، مقامات و سازمان‌های اداری، نمود برجسته‌ی اندکی در کتاب مفهوم قانون دارند. ما افسر پلیس را در حال دستور دادن برای عبور و مرور و سرکار داشتن با بی‌خانمان‌ها و مأمور مالیاتی را در حال صادر کردن برگه تشخیص مالیاتی می‌بینیم. قاعده‌سازی اداری یا وضع قاعده از سوی نهاد اداری به طور مختصری مورد توجه است.<sup>۱</sup> در هر حال نه تنها در نظریه‌ی توسعه‌یافته هارت بلکه در فهرست پیش‌نظریه‌ای او با محتوای ویژگی‌های برجسته نیز فقدان قوه مجریه متشکل از مقامات اداری و سازمان و نهادهایی که کشور را اداره می‌کند، به طور عام یا کلی مشهود و قابل توجه است.

یک توضیح احتمالی برای این ویژگی شگفت‌انگیز از تلقی هارت این است که او به عبور از دنیای پیش‌قانونی به سوی دنیای قانونی عمدتاً برحسب «قواعد» و تکالیف حقوقی یعنی قانون‌گذاری و قضاوت و نه از منظر نهادها، فکر کرده و آن را توصیف نموده است. از نظر هارت پیامد مشخص برای قانون، آنجا که می‌نویسد: «برای جامعه به اندازه اختراع چرخ اهمیت دارد»،<sup>۲</sup> «ایجاد قواعدی در جامعه که قانون‌گذاران را به تغییر قواعد و افزودن قواعد تکلیفی توانمند می‌سازد و به قضاوت، قدرت تعیین موارد نقض آن قواعد را می‌دهند»،<sup>۳</sup> یعنی قواعد تغییر و قضاوت بود.<sup>۴</sup>

در این روایت، قواعد بر نهادها مقدم بوده و قانون است که دولت را ایجاد می‌کند. با این حال بیان یک روایت متفاوت راجع به ارتباط بین هنجارها و کارکردها از یک‌سو با نهادها و از سوی دیگر در جایی که صاحب‌منصبان و مقامات اداری که دارای قدرت سیاسی هستند و کشور را مقدم بر قوانینی

1Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 30-31,131.

2Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 42.

3Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 41-42.

۴. قواعد تغییر، ناظر بر سازوکارهایی به منظور پیش‌بینی تغییر قوانین موجود، از طریق قوانین موسس قوه مقننه، قوانین مربوط به اعطای صلاحیت و حدود اختیارات و نحوه فعالیت نمایندگان مجلس و از این قبیل است. قواعد قضاوت نیز به قواعد مربوط به تشکیل قوه قضائیه، آئین‌های دادرسی و از این جمله که کارآمدی نظام حقوقی و رسیدگی را افزایش می‌دهد، بازمی‌گردد. م.

## دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۱۴۷

سال اول، شماره ۱ و ۲، بهار و تابستان ۱۴۰۰

که به فعالیت آنان مشروعیت می‌بخشند، اداره می‌کنند، یعنی جایی که قانون مخلوق دولت محسوب می‌شود، ساده به شمار می‌آید؛ محض نمونه تولد و پدیداری قانون انگلستان را برای روشن شدن امکان چگونگی چنین روایتی در نظر بگیرید. اولین مشکلی که بلافاصله پس از پیروزی، پادشاهان انگلیس با آن مواجه بودند، چگونگی حکمرانی مؤثر در کشور بود. یک روش پیش بردن این هدف، ارتقا یک حقوق «عرفی» برای جایگزین نمودن چهل تکه‌ی قوانین محلی در مناطق خاص و ایالت‌های فئودالی بود. شیوه مرجح برای انجام آن، پیروی کردن و پیوستن به صاحب‌منصبان دربار سلطنتی در قضاوت و رسیدگی به اختلافات، بر اساس قانون پادشاه و به جای بهره‌مندی از قانون محلی یا فئودالی بود. قضاوت به عنوان وجهی از تشکیلات اداره در انگلستان آغاز گردید که در آن به تدریج دادگاه‌های پادشاهی از دربار پادشاه جدا شدند. قرن‌ها پادشاهان در به‌کارگیری و استفاده از دادگاه‌ها کم‌وبیش برای اهداف حکومتی موفق بودند. دقیقاً این موضوع وضعیت را سخت‌تر کرد به نحوی که تالار ستاره یا دادگاه تالار ستاره در قرن ۱۷ ملغی شد. به طور رسمی تا قرن ۱۸ استقلال دادگستری مرکزی از سلطه و کنترل سلطنتی میسر نشد و تا قرن ۲۱ که ریاست از لرد چنسلر صدر اعظم به رئیس کل محکمه استیناف سرانجام انتقال یافت، ارتباط بین دادگاه‌ها و تشکیلات اداری قوه مجریه هنوز فراهم نشده بود. تا قرن ۱۹ مقامات قضایی یعنی قضات صلح یا همان مأموران قضایی دادگاه بدوی یا پایین‌تر که تابع آیین دادرسی یا رویه قضایی بودند، مسئول اکثر تشکیلات اداری محلی که عمده فعالیت اجرایی حکومت را نمایندگی می‌کرد، محسوب می‌شدند.

۱. ر.ک:

Thornhill, Chris, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, CUP, 2011: ch. 1.

۲. شایان ذکر است که در حالی که منتسکیو ۳ نوع قوای حکومتی-مقننه، مجریه و قضاییه- را شناسایی کرد، لاک (Locke) تنها ۲ قوه را مقننه و مجریه شناسایی کرد که قوه‌ی قضاییه، در دومی گنجانده می‌شد؛ به عنوان نمونه ر.ک:

White, Eg Richard, "Separation of Powers and Legislative Supremacy," *LQR* 127, 2011: 456.

3. Star Chamber or Court of Star Chamber.

جنبه مهم دیگری از تجربه انگلستان آن است که مجلس قانون‌گذاری به منظور وضع قانون که دادگاه‌ها می‌توانستند آن را انجام دهند، توسعه نیافت، بلکه به سبب نیاز پادشاه برای افزایش درآمد یا عایدی به منظور حکمرانی بر متصرفات پادشاهی و محافظت متصرفات پادشاهی در برابر دشمنان داخلی و خارجی بود که اساساً توسعه یافت؛ به عبارت دیگر کارکرد اصلی پارلمان به جای قانون‌گذاری و وضع قوانین، در اصل اداری بود. چنین کارکردی تا قرن ۱۹ بدین گونه ادامه داشت تا اینکه در نتیجه پیشرفت‌هایی نظیر توسعه فرانسیز، دولت مسئول، تغییرات سریع اجتماعی، اقتصادی، فن‌آوری مرتبط با انقلاب صنعتی، پارلمان به عنوان منبع اولیه و عمده قانون‌جانشین دادگاه‌ها شد. با این حال این حس که مهم‌ترین کارکرد پارلمان، تأمین مالی یا بودجه دولت است، هنوز هم باقی است. کارکردی که اهمیت آن مستقیماً به اندازه وسعت «تشکیلات اداری دولت» مرتبط بوده و با آن

---

۱. بنا بر ایده رز، تنها نهادهای لازم برای وجود قانون عبارت‌اند از «ارگان‌های اولیه‌ی اعمال قانون ... نهادهایی با صلاحیت و اختیار تعیین وضعیت هنجاری از افراد تعیین‌شده که لازم است با به کارگیری هنجارهای موجود، این اختیارات را اعمال کنند که تصمیماتشان حتی وقتی غلط باشند، الزام‌آور هستند» Raz, pp109-10. از نظر Raz «دادگاه‌ها، محکمه‌ها و دیگر هیئت‌های قضایی مهم‌ترین نمونه‌ی ارگان‌های اولیه هستند؛ اما دیگر مقامات اداری، از قبیل افسران پلیس، نیز می‌توانند از مهم‌ترین مثال‌های ارگان‌های اولیه باشند»؛ ر.ک: Raz, p110. همچنین ر.ک:

Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, 1970: 191.

۲. بر طبق نظر میتلند (FW Maitland) «... خیلی زود پس از قانون اصلاحات مصوب ۱۸۳۲، ... پارلمان با شور درخور توجهی قانون‌گذاری را آغاز می‌کند ... اما حدوداً در همان وقت، تلاش برای اداره کشور را کنار می‌گذارد ...»؛ در نسخه اصلی و اولیه (The Constitutional History Of England, CUP, 1908, 384) پیش از این پیشرفت، قانون‌گذاری خاص بیش‌تر انجام می‌شد نه قانون‌گذاری عام؛ و به جای وضع قواعد، قانون‌گذاری بیش‌تر ماهیت دستورات اداری یا احکام قضایی داشت. نمونه‌ی چنین عملی از سوی قانون‌گذار از کارکردهایی - که حال می‌توان آن‌ها را قضایی یا اجرایی خواند- در ایالات متحده نیز یافت می‌شوند. برای نمونه تا اواسط قرن ۱۹ ادعاهای مربوط به غرامت علیه دولت توسط کنگره و نه توسط دادگاه‌ها اداره می‌شدند. ر.ک:

Shimomura, Floyd D, "The History of Claims against the United States: The Evolution from a Legislative toward a Judicial Model of Payment," *Louisiana L Rev* 45, 1985: 625.



متناسب است. در انتهای قرن ۱۸ نیازهای دولت به عایدی یا درآمد ناچیز بود. در حالی که امروزه این نیازها، بسیار کلان و زیاد است.

پژوهش حاضر از بیان روایت مذکور، قصد ندارد چنین القا کند که تجربه انگلیس در هر صورت یک شاخص محسوب شده و یا قابل تعمیم است. هر چند که آشکارا روایت کننده‌ی چگونگی احتمال وقوع مسائل است؛ زیرا به ما می‌گوید که در توسعه یک نظام قانونی خاص، مسائل به صورت واقعی چگونه حادث شده‌اند. بلکه نکته قابل توجه آن است که چنانچه نسبت به هارت در تعریفی از توسعه قانون، برای نهادها جایگاه مهم‌تر قائل شده و تمرکز کمتری روی قواعد داشته باشیم، ما نیز می‌توانیم جایگاه بسیار مهم‌تر از آن جایگاهی که وی به تشکیلات اداری و مدیران اداری می‌داد، به آن‌ها بدهیم.<sup>۱</sup> به جای اینکه قانون را مؤسس یا به‌وجودآورنده دولت تلقی کنیم، می‌توانیم آن را به مثابه محصول و ابزار قدرت حاکمیتی یا دولتی بدانیم. بیش از آنکه دادگاه‌ها و قانون‌گذاران را به عنوان نهادهای قانونی عمده ببینیم و قاعده‌سازی و اعمال قواعد را به مثابه تکالیف قانونی اصلی مورد نظر داشته باشیم، ممکن است دادگاه‌ها و قانون‌گذاران را به مثابه قوه مجریه تلقی و اداره یا حکمرانی را به مثابه تکلیف قانونی اصلی بینداریم. به جای آنکه قانون را به عنوان مجموعه هنجارهایی برای هدایت رفتار انسانی بدانیم، در عوض دست‌کم می‌توانیم به اندازه صورت و شیوه‌ای از حکمرانی و ابزاری برای «نظارت اجتماعی» تلقی کنیم.

با این وجود که هارت به کارکرد نظارتی و کنترل اجتماعی قانون اشاره‌ی گذرایی نمود،<sup>۲</sup> وی قانون را عمدتاً از منظر نقش آن در استنباط عملی و برحسب تمایز بین نگرش‌های درونی و بیرونی، بین ذهنیت‌ها و طرز تفکر شهروندان خوب و شهروندان بد و در مقام مقایسه بین هنجارها به عنوان

---

۱. در پیروی از این خط مشی تفکر، فرناندا پیری (Fernanda Pirie) استدلال می‌کند که قانون، در عام‌ترین حالت خود، سیستمی از پیشنهادات هنجاری انتزاعی «در مورد چگونگی حصول عدالت و حکم» است... و اینکه این همان چیزی است که آن را به عنوان ابزار دولت، مفید می‌سازد. با این حال، با چنین برداشتی، هیچ ارتباط ضروری‌ای میان قانون و قدرت سیاسی وجود ندارد - از این لحاظ، قانون می‌تواند در جوامع فاقد رهبر وجود داشته باشد. ر.ک:

Pirie, Fernanda, "Law before Government: Ideology and Aspiration." *OJLS* 30, 2010: 14.  
2Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 38.

راهنماها و هنجارها به عنوان محرک‌ها، شناخت. در همان ابتدای کتاب مفهوم قانون، وی سه موضوع مکرر یا پرسش‌های پایدار راجع به قانون یعنی ارتباط آن با «دستور متکی به تهدید»، «تکلیف اخلاقی» و «قواعد» را معین می‌کند. این موضوعات همگی بر حاکمیت قانون در استنباط عملی تمرکز دارند. با این حال رابطه میان قانون و قدرت سیاسی دقیقاً به همان اندازه که رابطه قانون و رفتار فردی برای ماهیت آن محوری محسوب می‌شود، محوری است و هارت به این موضوع توجه اندکی نموده است.

البته هارت سوءاستفاده بالقوه از قانون و قدرت قانون چه بدون قصد و چه با قصد را تشخیص داده و نسبت به آن هشدار داده است.<sup>۳</sup> در حالی که ممکن است دادگاه‌ها و قوای قانون‌گذار عوامل چنین سوءاستفاده‌هایی باشند به همان اندازه در عمل و احتمالاً بیش‌تر از آن‌ها، ممکن است رؤسا و نخبگان قوه مجریه نیز چنین باشند. علاوه بر آن در حالی که ممکن است با هارت موافق باشیم که وضع قانون و قضاوت، تکالیف قانونی اصلی و اساسی هستند، نیازی نیست که قوای مقننه و دادگاه‌ها آن‌ها را اجرا کنند؛ به عبارت دیگر حاکم یا «حکمران» به صورت نظری و غالباً در عمل می‌تواند هر سه این وظایف را انجام دهد. تفکیک قوا مشخصه صورت مطلوب یک نظام قانونی محسوب می‌شود، نه اینکه قانون بدین ترتیب باشد. گویی که در پی جدیتش برای رد و بی‌اعتبار کردن نظریه‌ی قانون به مثابه فرمان حاکم آستین، هارت نه تنها احکام و زور را بلکه همچنین مسند حاکم و تکلیف قانونی اصلی حکمرانی را در نوشته یا سناریو خود حذف کرد. نظریه وی در یک معنای عمده و قابل توجه، نظریه قانون بدون دولت است.<sup>۴</sup>

1Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

۲. به‌طور مشابه پری (Perry) که می‌نویسد: «هر سه مورد جنبه‌هایی از مسئله‌ای کلی‌تر ... در مورد تجویزی یا هنجاری بودن قانون هستند یا شامل راهکارهای احتمالی برای آن هستند.» (perry, p330)

3Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994:117; Waldron, J. 'All We Like Sheep' *Canadian J L & Juris* 12, 1999: 169.

۴. ر.ک:

Cotterrell, Roger, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy* Butterworths, 1989: 11-12; Ross, Hamish, *Law as a Social Institution*, Hart Publishing, 2001: 76-82; also Roberts, Simon, 'After Government? On Representing Law Without the State' *MLR* 68, 2005: 1.

## گفتار سوم. حقوق عمومی و اعطای قدرت و صلاحیت

از نقطه نظر هارت مقامات قانونی عمدتاً از زمره‌ی ایجادکنندگان حقوق (واضعان قانون، تغییردهندگان قانون، اعمال‌کنندگان قانون، مفسران قانون) بوده و صرفاً به طور ثانویه خود به عنوان تابعان قانون ظاهر می‌شوند. هارت در مورد تبعیت خود مقامات قانونی از قانون، دو موضوع را مطرح می‌نماید؛ چگونه قانون‌گذاران می‌توانند موضوع و مضمون قوانینی باشند که خود وضع می‌کنند و چگونه قانون‌گذاری‌ای که توسط «حاکم» انجام می‌شود، می‌تواند خود موضوعی برای محدودیت قانونی باشد. وی پاسخ هر دو موضوع را در مفهوم یک قاعده می‌یابد.<sup>۱</sup> به محض ورود مقامات اداری یا اجرایی در این تصویر، در شرایط روزمره، به نظر رویکردهای متفاوت و بسیار مهم‌تری پدیدار شده و پا بر صحنه می‌گذارند. لوون فولر یکی از رویکردها را از حیث انطباق و تجانس مطلوب بین قانون ابلاغ‌شده و اجرای واقعی آن، بیان نمود. این تقریباً با نخستین مؤلفه تقریر ای. وی. دایسی از حاکمیت قانون منطبق است؛ یعنی هیچ شهروندی از سوی دولت مجازات نمی‌شود مگر اینکه که قانون از پیش به اطلاع رسانده شده را نقض نموده و یا در تبعیت از آن کوتاهی کند.<sup>۲</sup> به هر حال دومین مؤلفه تعریف دای. سی. نه از حیث اینکه شهروندان به مثابه تابعان قانون به شمار می‌آیند، مورد توجه باشد بلکه از جنبه تبعیت خود مقامات عمومی از قانون، مورد توجه قرار گرفته شده است. بخش بدون مجادله این مؤلفه دوم اصل قانونی بودن است که عملکرد مقامات اداری یا صاحب‌منصبان باید مبتنی بر قانون باشد. بخش مجادله برانگیز آن اصل برابری است، بدین مضمون که مقامات اداری یا صاحب‌منصبان به همان اندازه شهروندان باید تابع قانون باشند.

---

1 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 66-71.

2. Fuller, Lon L, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964: 29.

3. Dicey, AV, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th edition with an Introduction by ECS Wade, Macmillan, 1959: 188-95.

در قوانین انگلستان مقامات اجرایی نیز از برخی جهات خاص، تابع حقوق خصوصی هستند؛ اما عمده قانونی که مقامات اداری یا صاحب‌منصبان اجرایی تابع آن بوده و از آن تبعیت می‌کنند، حقوق اداری یعنی حقوق عمومی است. عموماً چنین استدلال شده است که شرایط هشتگانه فولر، از جمله اصل تناسب که در ایده «حاکمیت قانون» خلاصه شده است، شرایطی از یک قانون خوب است. نه اینکه قانون چنین است. اصل قانونی بودن و نیز تبعیت مقامات و صاحب‌منصبان اداری از قانون، آیا صرفاً به عنوان کیفیتی از یک نظام قانونی بسامان محسوب می‌شود یا اینکه بیشتر به عنوان مؤلفه و بخشی از آنچه که ما آن را قانون می‌دانیم، شناخته می‌شود؟

برای هارت مشخص بود تا آنجا که به نهاد تقنینی مربوط می‌شود، اعمال محدودیت در اختیارات قانون‌گذاری به اندازه رفع محدودیت در آن اختیارات، از طریق قانون و در یک سیستم قانونی، سازگار است.<sup>۱</sup> روزگاری که هارت مشغول نگارش کتاب خود بود به طور عام چنین تصور می‌شد که اختیارات قانون‌گذاری پارلمان انگلستان نامحدود است، در حالی که در همان زمان اختیارات کنگره آمریکا به وسیله قانون، محدود شده بود. محدودیتی که امروزه نیز ادامه دارد. نظام‌های قانونی هم متعلق به انگلستان و متعلق به آمریکا هر دو از نقطه نظر هارت موارد استاندارد بشمار می‌آید. نتیجه اینکه نه محدودیت قانونی در اختیارات قانون‌گذاری و نه اختیارات بی‌حد و حصر در وضع قانون، هیچ‌کدام ضابطه‌ی بایسته‌ای از یک نظام قانونی یا به طریق اولی، مؤلفه بایسته از مورد استاندارد برداشت عام از قانون محسوب نمی‌شد. به هر حال در مقابل، اصل قانونی بودن، حداقل در ظاهر جزء جدایی‌ناپذیر قانون انگلستان و قانون آمریکا و یک ویژگی فراگیر از نظام‌های قانونی استاندارد است. اصلی که به طور کلی در قالب و کالبد حقوق عمومی بیان می‌گردد و یکی از کارکردهای آن این است که اقدام

---

1 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 66-71.

البته دایسی (Dicey)، از اصل قانونی بودن که وی قدرت و اختیارش برای تصویب قانون را مستقل از محدودیت قانونی می‌دانست، برای قانون‌گذاری استفاده نکرد.

اداری موضوعی برای نظارت قانونی است؛ بنابراین آیا اصل قانونی بودن، مؤلفه‌ای از قانون است؟ یعنی بخشی از فهم ما از چیستی قانون محسوب می‌شود یا صرفاً کیفیتی از قانون خوب بشمار می‌آید؟<sup>۱</sup> با مذاقه در دیدگاه هارت شاید پاسخی پیدا شود که «اثربخشی»،<sup>۲</sup> قسمتی از ایده یک نظام قانونی است. آیین دیدگاه در برابر این پیش‌زمینه‌ی تمایز بین مقامات اداری یا صاحب‌منصبان با شهروندان بیان شد؛ وفق نظر هارت سهمی که مقامات اداری یا صاحب‌منصبان برای وجود یک سیستم قانونی فراهم می‌آورند، پذیرش قواعد بنیادی آن مانند مشروعیت‌بخشی و الزام‌آوری است. سهم شهروندان فقط اطاعت بی‌چون‌وچرا از قوانینی است که در مورد آنان اعمال می‌شود. در هر حال هارت اذعان می‌دارد تا زمانی که اکثر شهروندان در غالب اوقات بخش عمده‌ای از قانون را رعایت نکنند، این سیستم به عنوان قانون، اثرگذار نبوده و بنابراین هنوز نظام قانونی به وجود نخواهد آمد. چنانچه این استدلال راجع به رابطه بین قانون و اثربخشی پذیرفته شود، برای پاسخ سؤال در مورد اصل قانونی بودن، می‌تواند قابل قبول باشد. حقوق اداری، قانونی است که بر مقامات اداری یا صاحب‌منصبان اعمال می‌شود. حقوق اداری دفاتر و ادارات یا سازمان‌ها را تأسیس می‌کند و به آن‌ها اختیارات، تکالیف و صلاحیت اعطا می‌کند و اقدامات اداری آن‌ها را به صورت محدودکننده و کنترل‌کننده تنظیم می‌نماید. در برابر هنجارهای حقوقی که اعمال قدرت اداری را تنظیم می‌کند و همچنین با توجه به استدلال هارت، شباهت موقعیت یک مقام معمولی اداری با یک موقعیت یک شهروند عادی، بهتر از شباهت یک صاحب منصب اداری با شهروند عادی درک می‌شود. البته بدون شک مقامات ارشد

---

۱. محدودیت قوه مقننه برای حمایت از حقوق بشر هم اکنون به صورت گسترده به عنوان مشخصه‌ای متداول از یک نظام قانونی در قانون‌گذاری مطلوب تلقی می‌گردد.

2. Effectiveness.

3. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 110-17.

4. Legitimate and Binding Rules.

5. Passive Compliance.

۱. برای دیدن دیدگاه متضاد، رجوع شود به:

Tamanaha, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society*, OUP, 2001: 48-143.

سیاسی و انتخابی دولت مورد نظر هارت هستند؛ و اما آنچه لازم است و شاید هم تمام آن چیزی که از اکثر مقامات اداری قابل انتظار است این است که بیشتر اوقات، قوانین اداری را رعایت کنند. نظامی که از فقدان حقوق اداری رنج می‌برد، به سختی می‌تواند به عنوان یک نظام قانونی اثرگذار باشد. به طور مؤثر دیگر نظام از «حاکمیت انسان‌ها» به جای «حاکمیت قانون» محسوب می‌شود، صرف نظر از اینکه تبعیت مقامات اداری از قوانینی که صلاحیت و اختیار آن‌ها را محدود می‌کند، در مفهوم مضیق، یک «بایسته»ی سیستم قانونی هست یا خیر، آفراگیری چنین قوانینی به ما راجع به قانون و شیوه تمایز بین «زور و حق»<sup>۳</sup> را گوشزد می‌نماید. در واقع همان‌طور که تاکنون بیان کرده‌ام، شایسته است جایگاه ارتباط بین قانون و قدرت عمومی به عنوان یکی از «موضوعات مکرر» یا پرسش‌های پایدار در فلسفه قانون، در کنار جایگاه ارتباط قانون با اخلاق، قرار گیرد.

ادوارد روبین نکته مشابهی را به صورت متفاوتی بیان می‌کند. وی استدلال می‌کند که تعریف و بیان شایسته‌ای از اداره، در نظریه‌پردازی در مورد قانون، به یک مفهوم «وضع قانون» مجزا از مفهوم «قانون» نیازمند است. <sup>۴</sup> بر اساس تصور «سنتی» از «قانون» که در نظریه هارت منعکس شده است، قانون «مشکل از قواعد معین به منظور حکمرانی بر رفتار انسانی است»<sup>۵</sup> و منظور روبین از «رفتار انسانی» رفتار انسان به عنوان شهروند و نه در مقام اداری است. روبین بیان می‌کند، این تصویر سنتی از قانون، از بقایای دوره‌ای است که دادگاه‌ها، نهادهای اصلی ایجاد و تغییر قانون بودند و مربوط به

۱. این ادعا متکی به تفسیر خاصی از دیدگاه‌های هارت در مورد ماتیو آلدِر (Matthew Adler) کسی است که اثر «جامعه تشخیصی» را به وجود آورد. ر.ک:

Adler, Matthew D, 'Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground US Law?' *Northwestern L Rev* 100, 2006: 719.

۲. بر طبق نظر جیمز مدیسون (James Madison)، (از نظر هارت) «بایسته ماهوی» است. «اگر انسان‌ها فرشته بودند، هیچ دولتی لازم نبود. اگر قرار بود که فرشته‌ها بر انسان‌ها حکومت کنند، هیچ کدام از کنترل‌های بیرونی و درونی لازم نبودند» در:

Hamilton, Alexander, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, first Published 1788, with an Introduction and Notes by Lawrence Goldman, OUP 2008: 257.

3 Might and Right.

4. Rubin.

5. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 371.

دوره‌ای است که قانون‌گذاری از طریق قوه مقننه اساساً به عنوان یک رشته مداخلاتی در حقوق عرفی تلقی می‌شده است. تا اواسط قرن بیستم به هر حال قانون‌گذاری رسماً به منظور «رهنمودهایی برای سازوکارهای حکمرانی‌ای که خطمشی‌ها یا سیاست‌ها را اجرا می‌کردند»، شکل گرفته بود. اصلی‌ترین کارکرد قانون‌گذاری در دولت‌های اداری، رسمیت دادن یا قانونی کردن خطمشی و مقرر کردن اجرای آن خطمشی توسط سازمان‌ها و ادارات دولتی است. مخاطبان این نوع قانون‌گذاری، مقامات اداری هستند نه شهروندان. در تصویر سنتی مرسوم بر اساس تعریف رایجین، دادگاه‌ها هم خطمشی‌گذاری (در قالب قانون) کرده و هم آن را اجرا می‌نمایند. برعکس در دولت اداری، مجالس قانون‌گذاری سیاست‌گذاری می‌کنند، سازمان‌ها و ادارات دولتی آن را بسط داده و اجرا می‌کنند و دادگاه‌ها بر سیاست‌گذاری توسط قانون‌گذاران، مثلاً برای تطبیق سیاست‌ها با حقوق بشر و تفضیل و اجرا و اعمال سیاست‌ها در ادارات دولتی، مثلاً از طریق بازبینی قضایی و تجدیدنظر تصمیمات اداری، نظارت و کنترل می‌کنند.

توجه عمده رایجین، بررسی ارتباط بین سه قوه سنتی و مرسوم حکومت در آمریکای معاصر است؛ اما نکته اصلی استدلال او، بیش‌تر عام بوده و عمومیت دارد: هنجارهای رفتاری که مخاطبشان مقامات اداری هستند به همان اندازه هنجارهای رفتاری که مخاطبشان شهروندان هستند، بخش محوری فهم ما از قانون و از نظام قانونی محسوب می‌شوند. هارت به چنین هنجارهایی به اندازه‌ای که ارزش دارند، توجه نمی‌کند. او «قواعد» را به دو دسته اولیه و ثانویه تقسیم می‌کند؛ وی قواعد اولیه را به

---

1 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 372.

در سال ۱۹۰۱، ایلبرت (Ilbert) گمان کرد که حاکمیت حقوق عمومی در کتاب قانون موضوعه می‌تواند به مدت‌ها

قبل برگردد. ر.ک:

Sir Courtenay Ilbert, *Legislative Methods and Forms*, Clarendon Press, 1901: 6. On the crucial role of Parliament in creating public law in the Tudor Period, Thornhill, p 97–98.

عنوان قواعد رفتار، عمدتاً خطاب به شهروندان<sup>۱</sup> و قواعد ثانویه یا دست کم قواعد ثانویه عمومی را به عنوان قواعدی «در مورد» قواعد اولیه فرض و تصور می‌کند. آکارکرد قواعد ثانویه در الگوی هارت، تعیین و نظام‌مند کردن قواعد اولیه، ایجاد مجالس وضع قانون و دادگاه‌ها و دادن اختیارات بدان‌ها برای ایجاد و تغییر قانون و قضاوت و حل‌وفصل مخاصمات است. هنجارهای رفتار که خطاب به مقامات اداری هستند، با هیچ‌کدام از این مقوله‌ها و دسته‌بندی‌های قوانین به سادگی متناسب و منطبق نمی‌شوند. حقوق اداری به همان اندازه که از نقطه‌نظر تنظیم رفتار مقام اداری مورد توجه است، در اعطای اقتدار و اختیار دقیقاً به همان اندازه مورد توجه است. حقوق اداری صراحتاً مقامات اداری را مورد خطاب قرار می‌دهد در حالی که قواعد ثانویه عمومی هارت یا دست کم قواعد مربوط به شناسایی و تغییر، به نظر نمی‌رسد احدی را به طور خاص مورد خطاب قرار دهد زیرا برخلاف قواعد اولیه، کارکرد اصلی آن‌ها تنظیم رفتار نیست، ولی در عوض کارکرد اصلی آن‌ها تولید یک نظام قانونی است که در خارج از بطن یک مجموعه صرفاً قواعد عرفی قرار دارد. این حقیقتی است که کارکردهای قواعد حقوق اداری همانند کارکردهای قواعد ثانویه عمومی هارت به شمار می‌آید. کارکردهایی که شامل تأسیس دفاتر و نهادها و سازمان‌های اداری و اعطای اقتدار به آن‌ها به منظور وضع و تغییر قانون و نیز قضاوت در هنگام اختلافات و مخاصمات است. با این حال این فکر که ماهیت حقوق اداری را به تنهایی سازنده و مولد نظام قانونی بدانیم به طور جدی مردود و مورد انتقاد است. در تصویر هارت از سیستم قانونی، مطابق با آنچه که قبلاً هم بود، دو سطح از قواعد یعنی قواعدی که رفتار

۱. تا جایی که حقوق خصوصی و حقوق جزا در مورد مقامات دولتی صادق باشند، هارت احتمالاً آن‌ها را به عنوان قواعد اولیه طبقه‌بندی کرده است. با این حال، بنا بر شیوهی Dicey (که هارت احتمالاً تعلیم‌یافته‌ی آن بود)، حقوق جزا و حقوق خصوصی «عادی» در مورد مأمورین عمومی صادق هستند که این به دلیل چنین صلاحیتی برای آن‌ها نیست، بلکه به عنوان افراد «عادی» برایشان صادق است. از نظر دایسی، به بیان روشن گاردنر (Gardner)، مأمورین «شهروندان یونیفرم‌پوش» بودند. ر.ک:

Gardner, John, 'Criminals in Uniform' in RA Duff and others (eds), *The Constitution of Criminal Law*, OUP, 2012.

2Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 94.

۳. هارت در بحث خود راجع به حقوق بین‌الملل، از فرق میان مجموعه و نظامی از قوانین استفاده می‌کند: *ibid*.



شهروندان را تنظیم می‌کنند و قواعد مولد نظام وجود دارد. در یک بیان روشن‌تر از نظام قانونی استاندارد، حداقل سه سطح از قواعد می‌تواند وجود داشته باشد؛ قواعدی که رفتار شهروندان را تنظیم و کنترل می‌کنند، قواعدی که رفتار مقامات اداری را تنظیم می‌کنند و قواعدی که مولد نظام هستند. در بیانی از قانون، قائل شدن اهمیت بیش‌تر برای هنجارهای رفتار که خطاب به مقامات اداری است، توجه ما را نسبت به رویکرد دیگری راجع به آنچه که مد نظر ما از قانون است، یا به بیان دیگر، راجع به «منابع قانون» جلب می‌نماید. بر حسب اینکه هر یک از هنجارهای معین متعلق به یک نظام قانونی معین، وابسته به این موضوع است که آیا همان‌گونه که قبلاً بوده در آن قرار دارد یا خیر، در تصویر سنتی منسوب به هارت، قانون در یک خط مستقیم جانشینی از هنجار یا هنجارهای شناسایی قانون نهایی مربوط به سیستم، به صورت مضیق، شناخته می‌شود؛ برای نمونه هارت «هر آنچه که ملکه از طریق پارلمان تصویب کند، قانون است» را به عنوان هنجار نهایی شناسایی قانون در نظام قانونی انگلستان مشخص نمود.<sup>۱</sup> بر این اساس هنجارهایی که توسط مقامات اداری یا صاحب‌منصبان و سازمان‌های دولتی در اعمال صلاحیت هنجارگذاری‌ای که به وسیله ملکه در پارلمان بدان‌ها تفویض شده است، ایجاد شده‌اند می‌تواند قانون محسوب شود و هنجارهای وضع‌شده برای اعمال قدرت هنجارساز که رسماً از سوی چنین نمایندگان و مقاماتی (در اعمال قدرت تفویض که از سوی ملکه در پارلمان به آن‌ها اعطا شده است) به دیگر مقامات اداری یا ادارات و سازمان‌های اداری «واگذار می‌شوند»، قانون خواهند بود. در حقوق انگلستان این‌گونه جا افتاده است که دادگاه‌ها نیز در معنای

---

1. Eg ibid 148.

۲. اعطای صلاحیت قانون‌گذاری به مقامات برای وضع قانون، به جای آنکه به منزله‌ی واگذاری قدرت قانون‌گذاری تلقی شود، بیش‌تر به عنوان اعمال آن قدرت تلقی می‌گردد. با این حال، برای سهولت توضیح، من در اینجا از لفظ معمول پیروی می‌کنم. ر.ک:

Posner, Eric A. and Adrian Vermeule, 'Interring the Nondelegation Doctrine', *U Chicago L Rev* 69, 2002: 1721.

مضیق دارای صلاحیت وضع قانون یا قانون‌گذاری هستند. طولی نکشید در واکنش به چنین مطلبی، استدلال شد علاوه بر قانون از این منظر، نظام‌های قانونی حاوی «اصولی» هستند که رابطه آن‌ها با هنجار تشخیص و شناسایی نهایی، «غیرمستقیم» است؛ بدین معنا که عملکرد آن‌ها «عقلانی کردن» هنجارهایی است که می‌توان مستقیماً در هنجار نهایی، بدان‌ها پی برد. استدلال می‌شود چنین اصولی به موجب ارتباطشان با قوانین، حتی زمانی که تصور می‌شود آن‌ها به طور مستقیم توسط هنجار شناسایی نهایی، معتبر شناخته نشده‌اند، در معنای مضیق، قانون هستند. اصول عقلانی‌سازی در این معنای موسع، تنها مقوله‌های قوانین محسوب نمی‌شود. در حقوق عمومی دو تا از بدیهی‌ترین و مهم‌ترین مقوله‌ها، عرف قانون اساسی و حقوق نرم هستند. هر دو مقوله از هنجارهایی هستند که

---

۱. تعریف هارت از نقش قانون‌گذاری (برخلاف اعمال قانون) دادگاه‌ها در بحث وی راجع به «زمینه‌ی باز قانون» و نیاز بعدی به تفسیر دیده می‌شود (HART, p124-36). با این حال قانون‌گذاری قضایی در نظام‌های حقوقی عرفی دست کم صرفاً محصول جانبی فرعی از تفسیر زبان متون قانونی به شمار نمی‌رود. حقوقی عرفی تنها متشکل از تفسیرهای متون نیست، بلکه متشکل از تفسیرهای حجم مستقلی از اصول ایجادشده توسط فرآیند مداوم، استدلالی یا محاوره‌ای استدلال عملی در زمینه‌ی رفع اختلافات در مورد اختیارات، تعهدات، حقوق قانونی و غیره است. همان طور که پیش‌تر گفته شد، در حدود ۸۰۰ سال اول نظام حقوقی انگلستان، دادگاه‌ها مهم‌ترین منبع قانون بودند. به علاوه، در نظام‌های حقوق عرفی، قانون ایجادشده توسط قاضی زمینه عملکرد قانون‌گذاری را فراهم می‌کند؛ زیرا در چنین نظام‌هایی، حقوق عرفی بایستی پاسخ‌هایی را برای آن دسته پرسش‌های حقوقی ارائه کند که به جای حاکم بودن عکس موضوع، قانون‌گذاری آن‌ها را پاسخ نگفته است. از این لحاظ، دادگاه‌ها کارکرد مولد-سیستمی را ایفا می‌کنند که قانون‌گذاران آن را ایفا نمی‌کنند. اختیار (و وظیفه‌ی) تفسیر و به‌کارگیری قانون تعهدی با خود به همراه دارد تا آن را در نظام منسجم منطقی و کاملی گنجانند. این کارکرد ایجادکننده‌ی نظام را نمی‌توان صرفاً به عنوان تعیین‌کننده ماهیت قانون یا ایجادکننده قانون توصیف کرد. با توجه به حقایق مربوط به ظرفیت‌های بشری، (جهل نسبی در خصوص حقایق و بلاتکلیفی نسبی اهداف) که هارت آن‌ها را در تعریف خود راجع به زمینه باز قانون در ترکیب با ماهیت فرآیند قانون‌گذاری و اصل تداوم قانونی (که به محض آن که قانون وضع شد تا زمان وقوع رویداد پایان‌بخش، همچنان به قوت خود باقی است) شرح می‌دهد، تفسیر و اعمال قانون لزوماً شامل اقداماتی است تا کل شاکله قانون را از مجموعه اجزا ضرورتاً کم‌وبیش مجزای آن منسجم‌تر و نظام‌مندتر ساخت. گرچه در سیستم‌های مختلف، نهادهای مختلف ممکن است این کارکرد ایجاد سیستم را انجام دهند، خود عملکرد یک ویژگی ضروری از نظام‌های حقوقی است که در آن چند منبع قانون وجود دارند.

2. MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press 1978: 34-35.

مقامات اداری را مورد خطاب قرار داده و هر دو می‌توانند در پرتو ارتباطشان با قوانین در معنای مضیق، به عنوان «قانون» تلقی شوند.

رابطه بین عرف قانون اساسی و قانون اساسی در تعریف مضیق، می‌تواند از منظر مکمل یکدیگر، قابل شناخت باشد. عرف‌ها یا قراردادهای قانون اساسی شکاف و خلأهای هنجارهای اساسی رسمی سیستم را پر می‌کند. هر چه شکاف‌های بیش‌تری در قانون اساسی رسمی وجود داشته باشد، وجود عرف قانون اساسی احتمالاً دارای اهمیت بیش‌تر است. عرف‌های قانون اساسی با قوانین اساسی در طرق و در اندازه متفاوت است؛ اما اختلاف بنیادی آن‌ها آن است که در هنجارهایی که ادارات و مقامات اداری واضع قانون را تعیین می‌کند، نمی‌توان به طور مستقیم به اثر یا رد عرف‌های اساسی پی برد و مشخص کرد چه چیزی قانون محسوب می‌شود. عرف‌ها محصول فعالیت بازیگران سیاسی هستند نه بازیگران حقوقی و آن‌ها نوعاً به وسیله سیاست اعمال می‌شوند و نه قانون. آن‌ها عرف هستند ولی در تعریف مضیق، حقوق عرفی محسوب نمی‌شوند؛ زیرا دادگاه‌ها یا آن‌ها را رسماً به عنوان حقوق عرفی نمی‌شناسند یا اینکه از نقطه‌نظر هارت به دلیل اینکه هنجار شناسایی نهایی قاعده آن‌ها را حقوق عرفی نمی‌داند، حقوق عرفی به شمار نمی‌آیند. شناخت ماهیت و کارکرد عرف قانون اساسی مستلزم تمایز قانون و سیاست و در عین حال ارزیابی ارتباط تنگاتنگ آنان است. قانون اساسی در تعریف مضیق خود در میان سایر موارد، ابزاری برای مشروع کردن و تنظیم کردن به‌کارگیری قدرت و صلاحیت سیاسی است ولیکن تنها ابزار هم محسوب نمی‌شود. عرف قانون اساسی همچنین در مشروعیت‌بخشی و تنظیم اعمال قدرت و صلاحیت سیاسی، بخش مهمی را ایفا می‌کند. بدین دلیل که قبلاً اشاره کرده‌ایم قانون در معنای مضیق خود می‌تواند به عنوان ابزاری برای به‌کارگیری قدرت و صلاحیت سیاسی شناخته شود، عرف‌های قانون اساسی ارتباط تنگاتنگی با قانون اساسی دارد؛ زیرا مانند مورد اخیر، آن‌ها به‌کارگیری و اعمال قدرت سیاسی را مشروعیت بخشیده و آن را تنظیم می‌کند؛ از جمله وضع قانون را مشروعیت بخشیده و تنظیم می‌کند. دایسی به درست یا غلط

زمانی که استدلال کرد نقضی در عرف، دیر یا زود منجر به نقض قانون می‌شود، نکته مشابهی را مورد اشاره قرار داد.<sup>۱</sup> مرز بین قانون اساسی و عرف قانون اساسی، بین سیاست به عنوان یک رویه یا ممارست تنظیم‌شده و سیاست به عنوان یک رویه یا ممارست خودتنظیم‌گرا، محدودیت اراده یا صلاحیت دادگاه‌ها برای خط‌مشی‌گذاری فرایند سیاسی را نشان می‌دهد؛ اما نیاز نیست که محدودیت‌های قانون را نمایان سازد. فراگیری عرف قانون اساسی در سیستم‌های قانونی پیشرفته در مورد قانون، هم در معنی مضیق و هم معنی موسعش موارد مهمی را به ما گوشزد می‌نماید.

«حقوق نرم» همانند عرف قانون اساسی در معنی مضیق صرفاً ارتباط غیرمستقیم با هنجار یا هنجارهای شناسایی نهایی قانون دارد. واژه «حقوق نرم»، معنای فنی نداشته و برای اشاره به گوناگونی موضوعات یا ایزه‌های متفاوت به کار می‌رود. در این پژوهش از آن برای ارجاع به هنجارهای ایجادشده به وسیله مقامات و نهادهای اداری استفاده می‌شود؛ یعنی آنچه که حقوقدانان اداری گاهی آن را «قانون داخلی اداره» می‌نامند. حقوق نرم در این معنی حتی می‌تواند به وسیله یک فرایند نظیر قانون‌گذاری یا به عنوان نتیجه فرعی اجرای «حقوق سخت» یعنی قانون در معنای مضیق در پرونده‌های موارد فردی، ایجاد شود. حقوق نرم از نوع اخیر قابل قیاس با حقوق عرفی است؛ یعنی از جهات خاص، قانون به عنوان نتیجه فرعی قضاوت، وضع شده است. حقوق نرم از نوع پیشین، برخلاف قانون‌گذاری ثانویه یا تفویضی، در شرایطی که به وسیله قوه مقننه اعمال قدرت و صلاحیتی برای وضع قانون به قانون‌گذاران اعطا شده باشد، ایجاد نمی‌شود. در عوض این یک روش به‌کارگیری کارکرد اداری اجرا از طریق مشروعیت‌بخشی و تنظیم‌گرایی، به صورت پیشرفته‌تر و در معنای عام، اجرای حقوق سخت در پرونده‌های فردی است. بر خلاف حقوق سخت، حقوق نرم نمی‌تواند به طور مستقیم حقوق و تکالیف شهروندان را تغییر دهد؛ کارکرد آن دقیقاً مانند کارکرد عرف قانون اساسی که برای مشروعیت و تنظیم به‌کارگیری قدرت و صلاحیت سیاسی است، مشروعیت دادن و تنظیم نمودن به‌کارگیری قدرت و صلاحیت اداری محسوب می‌شود و حقوق نرم همانند عرف قانون اساسی اثرات قانونی دارد. حقوق نرم مشروط بر اینکه با حقوق سخت تعارض نداشته باشد، به عنوان یک نوع

1 Waldron, Jeremy, 'Are Constitutional Norms Legal Norms?' *Fordham L Rev* 75, 2006: 1707.

مشروعیت بخش تنظیم‌گرا در به‌کارگیری قدرت و صلاحیت اداری شناخته می‌شود. ضروری است تا مدیران اداری حقوق نرم مرتبط را در اجرای وظایفشان در نظر داشته باشند. گرچه حقوق نرم نمی‌تواند به طور مستقیم حقوق و تعهدات قانونی شهروندان را تغییر دهد، اما به هنگام ناامیدی از راهکارهای قانونی که ممکن است در اختیار باشد، می‌تواند موجب «انتظارات مشروع» شود. نادیده گرفتن حقوق نرم بدون دلیل مناسب، اقدام غیرسازگار یا نامتجانسی محسوب می‌شود و ناسازگاری در اجرای قانون، خلاف قانون است. فراگیر بودن حقوق نرم، موضوعات نظری مهمی را در مورد ماهیت قانون در جوامع پیشرفته به ما گوشزد کرده و متذکر می‌شود.

## گفتار چهارم حقوق عمومی به مثابه شکل ثانویه قانون

در نظریه هارت، هسته قانون یعنی سطح اولیه، حقوق رفتار فردی یعنی حقوق کیفری و حقوق خصوصی محسوب می‌شود. در این تصویر حقوق عمومی یعنی حقوق رفتار سیاسی، ثانویه محسوب می‌شود، حقوقی که مربوط به نحوه ایجاد و تغییر قانون اولیه و چگونگی تعیین وجود، معنی و کاربرد آن در موارد اختلاف است؛ یعنی آن‌گونه که هارت تعبیر می‌کند، «قواعد مربوط به قواعد» است.<sup>۱</sup> این شناخت ارتباط بین حقوق رفتار فردی و حقوق رفتار سیاسی، محصولی از روشی محسوب می‌شود که هارت در نظریه‌اش راجع به قانون با بیان روایت‌گذار از یک جامعه بدون دولت، به سوی جامعه‌ای واجد دولت، بسط و توسعه می‌دهد و دست کم روش ساخته شدن و عملکرد واقعی نظام‌های قانونی پیشرفته را مشتبه کرده و به غلط نشان می‌دهد. حقوق عمومی نه به عنوان «قواعد مربوط به قواعد» بلکه در ارتباط با نهادهای عمومی و در رابطه‌ی بین نهادهای عمومی و اشخاص و سازمان‌های خصوصی، بهتر شناخته می‌شود. از این لحاظ و در این معنا با حقوق خصوصی که عمدتاً به اشخاص و سازمان‌های خصوصی به عنوان بازیگران قانونی و روابط متقابل آن‌ها می‌پردازد، می‌تواند مقایسه

---

1 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 94.

شده و متفاوت باشد.<sup>۱</sup> در روایت هارت راجع به ظهور و پدید آمدن قانون، حقوق خصوصی صرفاً از این جهت در معنای خام، اولیه است که نسبت به حقوق عمومی اسبق و مقدم محسوب می‌شود. به عکس در نظام‌های قانونی پیشرفته هم حقوق خصوصی و هم حقوق عمومی هر دو اجزای اصلی سازنده نظام و نظم حقوقی است. مفهوم‌سازی «قواعد ثانویه» عمومی به عنوان «قواعد مربوط به قواعد» به همان اندازه که ماهیت قانون و نظام‌های قانونی را آشکار می‌کند، ماهیت قانون و سیستم‌های قانونی را نیز پنهان می‌کند.

### گفتار پنجم. حقوق عمومی و قاعده شناسایی یا رسمیت بخشی

بر اساس نظریه هارت، در هر سیستم قانونی علاوه بر قواعد ثانویه‌ی تغییر و قضاوت قاعده ثانویه «شناسایی یا رسمیت بخشی» نیز وجود داشته و ضروری محسوب می‌شود؛ قاعده‌ای که کارکرد آن اصلاح عدم قطعیتی است که هنجارهای اجتماعی سیستم پیش‌قانونی را مختل می‌کند. قاعده شناسایی یا رسمیت بخشی یکی انتزاعی‌ترین و معمایی‌ترین مؤلفه‌ها از مفهوم قانون هارت است. وی در پاورقی نظر خود در مورد ارتباط بین قاعده شناسایی یا رسمیت بخشی و هنجار بنیادی کلسن، اولی را به مثابه «قاعده‌ای که در آن معیارهای خاص اعتبار مانند تصویب قانون توسط ملکه از طریق پارلمان باید برای شناسایی قانون به کار گرفته شوند»، توصیف کرده است. با این حال هیچ سیستم قانونی پیشرفته‌ای قاعده‌ای را با عنوان «قاعده شناسایی یا رسمیت بخشی»، با چنین محتوایی ندارد؛ زیرا توضیح داده خواهد شد که بدون تردید چنین قاعده‌ای هیچ کارکرد عملی و مفیدی نخواهد داشت.<sup>۳</sup> جدای از مزایای نظری آن، مفهوم یک قاعده شناسایی یا رسمیت بخشی، به همان اندازه که

۱. اما فقط «عمدتاً» بدین خاطر که در نظام‌های حقوقی با حقوق عرفی، حقوق خصوصی همچنین روابط معینی را میان شهروندان و دولت تنظیم می‌کند.

2. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 246 (1st edn), 293 (2nd edn and 3rd edn).

۳. برای نتیجه‌گیری مشابه حاصل شده بر مبنای رویکردی متفاوت، ر.ک:

ماهیت قانون را در نظام‌های قانونی پیشرفته آشکار می‌کند، به همان اندازه نیز پنهان می‌سازد. خود هارت به نامتجانس بودن ایده‌ی قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی، در مورد تجزیه و تحلیل شناسایی یا رسمیت‌بخشی از یک سو بر حسب یک قاعده و از سوی دیگر بر حسب یک رویه یا ممارست، پی برد. او در مفهوم‌سازی شناسایی یا رسمیت‌بخشی به عنوان یک قاعده، در مورد اینکه آیا آن قاعده‌ای جدا از تمامی دیگر قواعد نظام است یا اینکه صرفاً به صورت یک میان‌بر از ارجاع به زیرمجموعه قواعد نظام است یا خیر، طفره رفته و به کلی‌گویی می‌پردازد. همچنین در مورد اینکه آیا قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی شامل یک قاعده نهایی است که اعتبار سایر قواعد نظام از آن مشتق می‌شود و خودش از دیگر قواعد سیستم مشتق نمی‌شود یا خیر و یا اینکه آیا مجموعه‌ای از قواعد به شمار می‌آید که به تعیین چیستی قانون می‌پردازند که یکی از آن قواعد «مثل آن چه که ملکه تصویب کند، قانون است» «نهایی» محسوب می‌شود، بیش‌تر طفره رفته و به صورت مبهم بدان می‌پردازد.<sup>۵</sup> با وجود این هارت بر این موضوع که هر نظام قانونی علاوه بر قواعد تغییر و قضاوت واجد یک قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی بوده و بدان نیاز دارد، پافشاری و اصرار می‌نماید. این پافشاری این سؤال را ایجاد می‌کند که قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی به ترتیبی که شناخته شد، چه کارکردی یا کارکردهایی را دارد که دیگر قواعد ثانویه قادر به انجامش نیستند؟ به بیان دیگر از نظر

---

Waldron, Jeremy, 'Who Needs Rules of Recognition', in Matthew D Adler and Kenneth Einar Himma (eds), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, OUP, 2009.

1. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 110.

۲. (Eg ibid 94)؛ «... در قوانین اولیه‌ی بسیاری از جوامع» قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی ممکن است بیانگر «چیزی بیش از این نباشد که متن یا فهرست معتبر قوانین در سندی مکتوب یافت شود یا روی یادبود عمومی‌ای نقش بسته باشد» (۱۰۱) «در حیات روزمره‌ی نظام حقوقی، نقش شناسایی یا رسمیت‌بخشی آن به ندرت صراحتاً به عنوان یک قانون فرمول‌بندی شده است...»

۳. برای نمونه، در بحث «عدم قطعیت در قاعده‌ی شناسایی یا رسمیت‌بخشی» ر.ک: ibid 147-54.

4. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 106-07.

5. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 107, 148.

هارت چرا برای یک نظام قانونی به جای دو قاعده تغییر و قضاوت، داشتن سه گونه قواعد عمومی و ثانویه یعنی قاعده شناسایی علاوه بر قواعد تغییر و قضاوت، ضروری محسوب می‌گردد؟

هارت در بحث حقوق بین‌الملل بین یک «مجموعه» قانونی و یک «نظام» قانونی تمایز قائل می‌شود و اظهار می‌دارد که حقوق بین‌الملل یک مجموعه حقوقی بوده و یک نظام قانونی محسوب نمی‌شود. او این تمایز را با جزئیات شرح نمی‌دهد اما به نظر می‌رسد چیزی بیش‌تر از بازگویی این گزاره که هر نظام قانونی یک قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی دارد، نباشد. اختلاف بین یک مجموعه و یک نظام نمی‌تواند این باشد که یک نظام ضابطه یا استاندارد عضویت را در نظر می‌گیرد، در حالی که در مورد یک مجموعه چنین نیست، هر دو مجموعه و نظام واجد ضابطه عضویت هستند. هارت نمی‌گفت که حقوق بین‌الملل فاقد ضوابط عضویت است. در عوض ممکن است نظریه او را به عنوان استدلال این موضوع که ضوابط عضویت یک مجموعه قوانین حداقل به دو طریق از عضویت یک نظام یا نظام‌های قانونی متفاوت می‌باشد، تعبیر کرد. نخست ضوابط عضویت در یک نظام قانونی برخلاف ضوابط عضویت در یک مجموعه به تمایز بین کسانی که قانون را وضع می‌کنند، یعنی مقامات اداری یا صاحب‌منصبان و آن‌هایی که قانون در موردشان به کار گرفته و اعمال می‌شود، یعنی شهروندان بستگی دارد. در نظام بین‌المللی حداقل طبق برداشت هارت، واضعان و تابعان قانون هر دو در گروه مشابه یعنی «ملت-دولت‌ها» قرار دارند. به همین ترتیب در ذهنیت هارت از جامعه پیشاقانونی، افرادی که رویه‌ها و ممارست‌هایشان موجب پیدایش قواعد آن مجموعه می‌شوند، همان مردمی هستند که همان قواعد بر آن‌ها اعمال و به کار گرفته می‌شود. البته در یک نظام قانونی، قوانینی که مقامات وضع می‌کنند ممکن است نسبت به خودشان در مقام شهروندان اعمال شوند، با این فرض که دو گروه یعنی مقامات اداری و شهروندان منحصره‌فرد و انحصاری نباشند و برخی از چنین قوانینی ممکن است بر مبنای صلاحیت و اهلیت مقامات اداری و صاحب‌منصبان به مثابه مقام اداری یا صاحب‌منصب، اعمال شوند؛ یعنی به عنوان مثال ممکن است قوانینی وضع کنند که رفتار خودشان را تنظیم و کنترل

1. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 234.

۲. برای نمونه هم‌اکنون نیز افراد می‌توانند تابعان حقوق بین‌الملل، به ویژه حقوق جزای بین‌الملل باشند.



نمایند. با وجود این تمایز بین واضعان و تابعان قانون در برداشت هارت از نظام قانونی، برخلاف یک مجموعه قوانین، ذاتی است. با این حال یک قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی متمایز، برای تفاوت بین مقامات اداری و شهروندان ضروری نیست. تمامی آنچه که ضروری است قوانین مؤسس و به وجود آورنده دفتر واضع قانون و قوانین اعطاکننده قدرت و صلاحیت وضع قانون برای دارنده آن دفتر است.

از نظر هارت، اختلاف دوم بین ضوابط عضویت در یک مجموعه و یک نظام قانونی یا نظامی از قوانین به ترتیب این است که آن‌هایی که متعلق به یک نظام هستند، نسبت به آن‌هایی که متعلق به یک مجموعه هستند، ساده‌تر اعمال و به کار برده می‌شوند. تعیین این (ضوابط) برای عضویت یک نظام نسبت به عضویت یک مجموعه سهل‌تر است. از نظر هارت عدم قطعیت راجع به چیستی قانون در نظام‌های حقوقی عرفی محض، یک نقصان است. این نقصان هر چقدر جامعه بزرگ‌تر شود، مشکل‌سازتر می‌شود و تعاملات اجتماعی مبهم و پیچیده‌تر می‌گردند. زندگی اجتماعی موفق در چنین محیطی به هماهنگی و همکاری منطبق با استانداردهایی بستگی دارد که به صورت معقول برای همگان در دسترس باشد. البته دسترسی به قوانین و قطعیت قوانین نسبی هستند و این ادعا به نظر می‌رسد این‌گونه باشد که قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی موجب می‌شود تا تشخیص قانون ساده‌تر شود ولی نمی‌تواند عدم قطعیت قانون را به طور کامل مرتفع کند. باز هم به هر حال یافتن یک قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی متمایز و مجزا که برای قابلیت دسترسی و قطعیت بیش‌تر قانون، ضروری محسوب شده و یا بتواند به قابلیت دسترسی یا قطعیت بیش‌تر قانون کمک کند، سخت است. آنچه ضروری و لازم است قوانینی هستند که قانون‌گذار را به صورت واضح و خردمندانه شناسایی کند و نیز قوانینی که تعیین کنند که چه مواردی به مثابه وضع قانون هستند و همچنین قوانینی که نسبتاً به سادگی اعمال و به کار برده شوند. قوانین سیستم‌های قانونی پیشرفته، ادارات و نهادهای قانون‌گذاری را به صورت عام تأسیس می‌کنند و آن‌ها را به صورت خردمندانه و آشکار مشخص و شناسایی می‌کنند. آن‌ها همچنین مشخصات آنچه را که به عنوان وضع قانون محسوب می‌شود، به

نحوی که به طور خردمندانه‌ای قطعی بوده و برای اجرا و به‌کارگیری ساده باشند، ارائه می‌دهند. در نظام‌های قانونی عرفی، قوانینی که مربوط به قانون‌گذاری نهاد تقنینی هستند، عموماً قانون‌گذار را بسیار روشن و مشخص‌تر از قوانینی که مربوط به قانون‌گذاری قضایی هستند، شناسایی و معین می‌کنند. بدین ترتیب قوانینی که مشخص می‌کنند چه چیزهایی قانون‌گذاری است، نسبت به قوانینی که قانون عرفی محسوب می‌شوند، عموماً راحت‌تر اعمال و به کار برده می‌شوند.

در نظام‌های قانونی عرفی دست کم تشخیص قانون موضوعه از حقوق عرفی عموماً ساده‌تر است؛ به عبارت دیگر محتوای کتاب قانون موضوعه سیستم قانونی عموماً قطعیت بیش‌تری از مواد قانونی ناشی از آرای قضایی دارند. در نظام‌های قانونی عرفی دست کم دو منشأ اصلی قانون یعنی قانون‌گذاری و حقوق عرفی وجود دارد. حقوق عرفی نتیجه و محصول فرعی قضاوت، عمدتاً از طریق دادگاه‌ها و خصوصاً دادگاه‌های عالی (استیناف) است. قانون در قانون‌گذاری موسوم به «اولیه» می‌تواند توسط مجلس قانون‌گذاری وضع شود و در قانون‌گذاری موسوم به قانون‌گذاری «ثانویه یا تفویضی»، می‌تواند از طریق دیگر مقامات اداری یا نهادهای اداری صلاحیت‌دار که توسط قانون‌گذار اولیه بدان‌ها برای وضع قوانین یعنی آئین‌نامه‌ها اجازه داده شده است، وضع شود. صلاحیت و قدرت و اختیار دادگاه‌ها برای وضع قانون ناشی از قانون‌گذاری اولیه نبوده و نیز حقوق عرفی، تفویضی یا ثانویه محسوب نمی‌گردد. به هر حال قانون‌گذاری اولیه، نسبت به هر دو حقوق عرفی و قانون‌گذاری ثانویه بر حسب اینکه در هر مغایرتی، اولی غالب است، در مرتبه عالی قرار دارد.

بدون مراجعه به یک قاعده مجزا و متمایز شناسایی یا رسمیت‌بخشی کلیه مطالب در دو پاراگراف اخیر می‌توانند به راحتی اظهار شده و فهمیده شوند؛ بنابراین آیا دلیلی وجود دارد برای اینکه بگوییم یک نظام قانونی و نه صرفاً مجموعه‌ای از قوانین، به سبب داشتن برخی از ویژگی‌های مقرر یک قاعده مجزای شناسایی یا رسمیت‌بخشی، بدین ترتیب یک نظام قانونی است؟ علاوه بر ایجاد و لحاظ یک تمایز بین شهروندان و مقامات اداری و ارتقای قطعیت قانون، می‌توانیم با مشاهده و توجه به کارکرد

---

۱. با این حال، قانون‌گذار اولیه یا اصلی معمولاً نمی‌تواند و چنین اختیاری را نیز ندارد که به دیگران برای قانون‌گذاری اصلی اجازه یا اقتدار دهد.

سومی که توسط هارت به قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی برای توضیح اقتدار قانون نسبت داده می‌شود، به این پرسش بپردازیم. یک ویژگی قابل ملاحظه قانون آن است که ایجاد خود را تنظیم و مقرر می‌نماید؛ بدین معنا که یک رویه یا یک ممارست و عملی «بازتابنده» است.<sup>۱</sup> به عنوان نمونه قوانین موضوعه پارلمان انگلیس قانون هستند؛ زیرا که قانون انگلستان چنین اشعار می‌دارد که آن‌ها قانون هستند و قضات این صلاحیت و اختیار را دارند که تصمیم بگیرند چه چیزی قانون است؛ زیرا حقوق انگلیس چنین اشعار می‌دارد که چنین اختیاری را دارند. چگونه می‌توان این فرایند به ظاهر کیمیاگری را شرح داد و چگونه چنین حلقه ظاهری‌ای شکسته می‌شود؟ هانس کلسن ایده هنجار «از پیش پذیرفته‌شده» بنیانی را بیان داشته ولی به نظر می‌رسد این ایده به جای برطرف کردن مسئله، موجب تعمیق و بغرنج شدن راز نهفته آن شده است. راهکار هارت مشروط و منوط به تمایز بین قواعد می‌شود، قواعدی که به دلیل داشتن برخی ویژگی‌های مقرر، ممارست می‌شوند؛ یعنی به دلیل داشتن برخی ویژگی‌های مقرر به طور مستمر بدان‌ها عمل می‌شود و قواعدی که می‌توان گفت مستقل از ممارست‌ها یا رویه‌ها وجود دارند. وی اظهار داشت یک نظام قانونی عمدتاً شامل قواعد دسته اخیر می‌شود اما کلیت سیستم متکی بر قاعده ممارست شده یا متکی بر یک مجموعه پیچیده از آن‌گونه قواعد است. بدین لحاظ برخی از قوانین که تعیین‌کننده قانون‌گذاران و مشخص‌کننده نحوه وضع قوانین هستند، از نوع اول یا قبلی و دیگر قوانین از نوع اخیر محسوب می‌شوند. در سیستم قانونی انگلستان به عنوان نمونه، به نظر می‌رسد قوانین مربوط به قانون موضوعه پارلمان به عنوان قانون‌گذاری اولیه و قوانین مربوط به صلاحیت و اختیار دادگاه‌ها برای وضع قانون، مبتنی بر داشتن برخی از ویژگی‌های مقرر ممارست به شمار می‌آیند. در حالی که به نظر می‌رسد قوانینی که صلاحیت و اختیار وضع قانون را به قوه مجریه اعطا و تفویض می‌کنند، نوعاً از آن قوانین ممارستی که به طور مستمر بدان‌ها عمل می‌شود، مستقل هستند.<sup>۲</sup>

---

۱. همان طور که هارت پذیرفته است. HART, p21...

۲. در حقوق انگلستان، امتیاز انحصاری به عنوان منبعی برای قدرت وضع قوانین اداری استثنایی بر این ادعا است.

کدام ممارست یا رویه‌ای است که این قواعد بنیادین نظام قانونی را حمایت می‌کند؟ آیا این ممارست یا رویه بدون توسل به اندیشه قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی می‌تواند توصیف و شرح داده شود؟ در این خصوص توضیح قابل قبولی توسط جان فینیس ارائه شده است؛ این ممارست یا رویه دو مؤلفه دارد؛ اولین مورد شامل در نظر گرفتن و مواجهه با این واقعیت است که قواعد مورد نظر که مشخص‌کننده و معین‌کننده قانون‌گذاران و آنچه که قانون محسوب می‌شود، هستند در یک جامعه معین ممارست می‌شوند؛ یعنی به طور مستمر بدان‌ها عمل می‌شود که این به عنوان دلیلی برای مشاهده تجربی این ممارست یا رویه در نظر گرفته می‌شود. هر چند که این واقعیت، مشخص است که برای مطالعه تجربی دست کم برخی از دلایل را از شمول مشاهده تجربی خارج یا مستثنا می‌کند. مؤلفه دوم عبارت است از قضاوت بر مبنای ارزش‌های شخصی، توسط افرادی که درگیر یک ممارست یا یک رویه هستند. این مؤلفه برای دانستن این حقیقت که قواعد مورد نظر بر حسب یک دلیل انحصاری برای مشاهده تجربی ممارست، به طور مستمر به کار گرفته شده و عمل می‌شوند، نافع و ارزشمند محسوب می‌شود. تا جایی که مردم ارزش‌های مختلفی داشته باشند، ممکن است تبعیت از ممارست یا رویه را به دلایل متفاوتی ارزشمند بدانند. ما ممکن است این پدیده‌ی منجر به قضاوت کسانی را که درگیر با ممارست یا رویه هستند، یک «واقعیت» بنامیم؛ اما این واقعیتی از نوع خاص است که در ظرفیت منحصر به فرد انسانی برای تفکر سنجش‌گرایانه، در عملی که هنگام گذار از واقعیت‌ها به سوی هنجارها ممکن است معلوم شود، ریشه دارد. هارت این عمل را به عنوان «پذیرش» قواعد توصیف می‌کند. او عمدتاً بر سؤالاتی راجع به اینکه کدام گروه اجتماعی و اینکه چه تعدادی از اعضای گروه اجتماعی مرتبط باید در این ممارست یا رویه برای ایجاد نظام قانونی مشارکت کنند، متمرکز است. او به قضاوت بر مبنای ارزش‌های شخصی که پدیده مذکور را پی‌ریزی می‌کند، نمی‌پردازد.<sup>۲</sup> کارکرد اصلی‌ای که هارت به قانون نسبت می‌دهد، جهت دادن و هدایت و راهنمایی

1. Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2nd edition, OUP, 2011: ch 9.

۲. گرچه وی تأکید می‌کند که این یک قضاوت نیست که رویه یا ممارست در آن مشروعیت «اخلاقی» نهایی داشته

کردن رفتار بشری است. خلاصه اینکه ما حداقل می‌توانیم فرض کنیم که از نظر هارت در جوامع با اندازه و پیچیدگی معین، این یک ارزش است که می‌تواند از ممارست اعطای صلاحیت و قدرت به مقامات اداری یا صاحب‌منصبان و نهادها به منظور وضع هنجارها برای جامعه به عنوان یک کل و تعیین اینکه چگونه آن هنجارهای عمومی می‌توانند وضع شوند، پشتیبانی نماید. برعکس در جامعه پیشاقانونی هارت، جایی که هیچ چنین ممارستی یا رویه‌ای توسعه نیافته است، ایجاد هنجارهای اجتماعی حتی اگر عملاً هم انجام نشود به لحاظ نظری، توسط کلیه اعضای جامعه انجام می‌شود. به نظر تعریفی از بنیان نظام‌های قانونی پیشرفته بر حسب چنان «ممارست یا رویه هنجاری» اقلان‌کننده‌تر از تعریفی است که بنیان آن را قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی قرار می‌دهد؛ و این (تعریف) با فقدان تعاریف استاندارد از حقوق عمومی در چنین سیستم‌های قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی که متمایز از آن قوانینی است که نهادهای قانون‌گذار را ایجاد و شیوه‌های وضع قانون را معین می‌کنند، سازگار است. پس چرا هارت در نظریه قانون خود، چنین جایگاه محوری به قاعده شناسایی یا رسمیت‌بخشی می‌دهد؟ علی‌رغم این حقیقت که پروژه کلسن راجع به توسعه «علم» حقوق خیلی متفاوت از پروژه هارت بود، یک توضیح عبارت است از تأثیرپذیری هارت از کلسن که به وضوح قوی بود. توضیح دیگر ممکن است در نکته‌ای که پیش‌تر بیان شد باشد، اینکه عمدتاً به نظر می‌رسد هارت در درجه اول بر حسب دلایل و هنجارهای کاربردی یا عملی در مورد قانون فکر کرده است و توجه کمی به جنبه‌های نهادی و روابط آن با قدرت سیاسی و کنش اجتماعی مبذول داشته است. جوامع پیشرفته با ممارست‌ها یا رویه‌های هنجاری اجتماعی و نظام‌هایی از انواع مختلف، انبوه هستند. آنچه که بیش از همه قانون چنین جوامعی را از ممارست‌ها یا رویه‌های هنجاری اجتماعی و نظام‌ها به وضوح متمایز می‌کند، چارچوب نهادی خاص آن و ارتباطات عمیق و گوناگون

---

1 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 38-39.

2. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994: 245-46 (1st edn), 292-93 (2nd edn and 3rd edn).

۳. به زیرنویس شماره ۳ از صفحه ۶ رجوع شود.

و متعدد آن با قدرت سیاسی و ممارست یا رویه سیاسی، با حکومت و دولت، با جامعه مدنی و جامعه سیاسی است.



## نتیجه گیری

در این مقاله استدلال کرده‌ام که یک رویکرد «غیر ذات‌گرا» نسبت به نظریه قانون عام که بر روی ویژگی‌های فراگیر سیستم‌های قانونی بیش از انتزاعات، متمرکز است، می‌تواند بینشی را در مورد ماهیت قانون و سیستم‌های حقوقی پیشرفته فراهم آورد. در حالی که یک روش‌شناسی صرفاً «مفهوم‌گرا» یا مفهومی آن را برای ما تنها به صورت مبهم و یا پنهان، نشان می‌دهد. در این پژوهش از روش غیر ذات‌گرا بهره برده‌ام تا استدلال کنم که با تمرکز بر عناصر فراگیر حقوق عمومی در سیستم‌های حقوقی پیشرفته، می‌توانیم جنبه‌هایی از ماهیت قانون و سیستم‌های حقوقی‌ای که رویکرد مفهوم‌گرای هارت نسبت به آن‌ها توجه کمتری مبذول داشته است، تبیین نماییم. از آنجا که برای ایجاد نوعی نظریه حقوقی که ظاهراً هارت به وضوح قصد ارائه آن را داشته است تا از جهت خاص یک نظریه کلی از شرایط لازم و کافی برای وجود یک سیستم حقوقی باشد، تلاشی ننموده‌ام، موفقیت یا شکست این مقاله باید بر اساس معیارهای مناسب و ارزیابی موفقیت یا شکست هارت بررسی و سنجیده شود، اما ترجیحاً، این مقاله ویژگی‌های قابل توجه قانون و سیستم‌های حقوقی مدرن یا پیشرفته را که در بیان کلاسیک هارت ناشناخته و کم‌وبیش نامکشوف مانده است را به خوبی برجسته کرده و شرح می‌دهد.

## فهرست منابع

### A. Books

1. Barber. NW, *The Constitutional State*, OUP, 2011.
2. Cane, Peter, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Hart Publishing, 2009.
3. Cotterrell, Roger, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy Butterworths*, 1989.
4. Dicey, AV, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th edition with an Introduction by ECS Wade, Macmillan, 1959.
5. Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Fontana Press, 1986.
6. F Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2<sup>nd</sup> edition, OUP, 2011.
7. Dickson, Julie. *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2001.
8. Fuller, Lon L, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964.
9. *And Society: Essays in Honour of HLA Hart*, Clarendon Press, 1977.
10. Hamilton, Alexander, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, first Published 1788, with an Introduction and Notes by Lawrence Goldman, OUP, 2008.
11. Hart, H.L.A, Tony Honore, *Causation in the Law*, Clarendon Press, 1959.
12. Hart, H.L.A, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, 1968.
13. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.
14. Ilbert Sir Courtenay, *Legislative Methods and Forms*, Clarendon Press, 1901.
15. McCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press 1978.
16. Raz, Joseph and PMS Hacker, *Law, Morality and Society: Essays in Honour of HLA Hart*, Clarendon Press, 1977.
17. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, 1970.
18. Hamish, Ross, *Law as a Social Institution*, Hart Publishing, 2001.
19. Tamanaha, Brian Z, *A General Jurisprudence of Law and Society*, OUP, 2001.



20. Thornhill, Chris, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, CUP, 2011.
21. Ullmann-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms*, Clarendon Press, 1977.
22. Einar, Himma, *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, OUP, 2009.
23. *The Constitutional History of England*, CUP, 1908.

## B. Articles

24. Adler, Matthew D, 'Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground US Law?' *Northwestern L Rev* 100, 2006.
25. Galligan, DJ. "Legal Theory and Empirical Research" in Peter Cane and Herbert M Kritzer (Eds), *the Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP, 2010.
26. Culver, Keith and Michael Giudice, *Legality's Borders: An Essay in General Jurisprudence*, OUP, 2010.
27. Gardner, John, 'Criminals in Uniform' in RA Duff and others (Eds), *The Constitution of Criminal Law*, OUP, 2012.
28. Hacker, PMS. "'Hart's Philosophy of Law'" in PMS Hacker and J Raz (Eds), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of HLA Hart*, Clarendon Press, 1977.
29. Himma, Kenneth Einar. "Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law" *OJLS* 24, 2004.
30. Lacey, Nicola. "Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited" *Tex L Rev* 84, 2006.
31. Perry, Stephen R. "'Hart's Methodological Positivism'" in Jules Coleman (Ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, 2001.

32. Pirie, Fernanda, "Law before Government: Ideology and Aspiration." *OJLS* 30, 2010.
33. Posner, Eric A. and Adrian Vermeule, 'Interring the Nondelegation Doctrine', *U Chicago L Rev* 69, 2002.
34. Raz, Joseph, *the Rule of Law and Its Virtue* in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979.
35. Roberts, Simon, 'After Government? On Representing Law without the State' *MLR* 68, 2005.
36. Rubin, Edward L, "Law and Legislation in the Administrative State," *Columbia L Rev* 89, 1986.
37. Schauer, Frederick. *The Best Laid Plans*, Yale Law School, 2010.
38. Schauer, Frederick. *Necessity, Importance and the Nature of Law*, Dordrecht: Springer, 2013.
39. Schauer, Frederick, 'Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law' *Ratio Juris* 23, 2010.
40. Shimomura, Floyd D, "The History of Claims against the United States: The Evolution from a Legislative toward a Judicial Model of Payment," *Louisiana L Rev* 45, 1985.
41. Waldron, Jeremy, 'Are Constitutional Norms Legal Norms?' *Fordham L Rev* 75, 2006.
42. Waldron, Jeremy, 'Who Needs Rules of Recognition', in Matthew D Adler and Kenneth Einar Himma (eds), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, OUP, 2009.
43. White, Richard, "Separation of Powers and Legislative Supremacy," *LQR* 127, 2011.