

آموزه‌ی نهادی قانون، آخرین راه‌کار پوزیتیویسم برای نظریه‌ی نظام حقوقی

چکیده

مفهوم «نظام حقوقی» مفهومی به نسبت تازه در حقوق‌شناسی معاصر است و در ادبیات حقوقی سابقه‌ی تاریخی چندانی ندارد، اما به هر صورت برای تحلیل آن ناگزیر باید به یک نظریه‌ی حقوقی مراجعه کنیم. درک ابتدائی ما از قانون آن را به مثابه‌ی یک نظام به تصویر می‌کشد. باین حال، می‌توان به درک متفاوتی نیز قائل بود. تحلیلی دقیق از نظام حقوقی می‌تواند تعیین‌کننده‌ی رویکرد ما نسبت به بنیادی‌ترین مسائل فلسفه‌ی حقوق باشد. تعیین نسبت دقیق میان اخلاق و نظام حقوقی، عادلانه بودن نظام حقوقی و کارایی نظام، جملگی وابسته به درک درست ما از خود نظام حقوقی است. بنابراین آنچه که مهم‌ترین پرسش این پژوهش خواهد بود، عبارت از این است که نظام حقوقی چیست و چگونه می‌توانیم آن را شناسایی کنیم. هدف این پژوهش این است که با روش توصیفی-تحلیلی به واکاوی مفهومی مناسب در مورد بُعد سیستماتیک قانون پردازد. پوزیتیویست‌های متأخر و به ویژه جوزف رز وجه نهادی هنجار حقوقی با ابتنای بر تز «اقتدار» را از سایر وجوه قانون متمایز می‌دانند و آن را نقطه‌ی عزیمت خویش در شناسایی نظام حقوقی معرفی کرده‌اند. برای ایشان شناسایی نظام حقوقی و نسبت آن با اخلاق با توجه به آموزه‌ی نهادی قانون توجیه می‌شود.

واژگان کلیدی: نظام حقوقی، قانون، پوزیتیویسم، معیار شناسایی، آموزه‌ی نهادی

The institutional thesis of law is the last solution of positivism for the theory of the legal system

Abstract

The concept of "legal system" is a relatively new concept in contemporary jurisprudence and it has little historical background in the legal literature, but in order to analyze it, we must refer to a legal theory. Our primitive concept of the law describes it as a system. However, there is a different understanding of such a claim. An accurate conceptual analysis of the legal system determines our approach to the most fundamental issues of the philosophy of law. Determining the exact relationship between morality and the legal system, the fairness of the legal system and the efficiency of the system depend on our knowledge of the legal system. Therefore, the most important question of this paper will be what is the legal system and how can we identify it. The aim of this research is to analyze the appropriate concept about the systematic dimension of the law by descriptive-analytical method. Late positivists, especially Joseph Raz, distinguish the between institutional aspect of the legal norm based on the thesis of "authority" from other aspects of law and make it a point of departure in identifying the legal system. For them, identifying the legal system and its relation to morality is justified according to the institutional thesis of law.

Keywords: legal system, law, positivism, identification criterion, institutional thesis

در اوایل قرن بیست و یکم میان فیلسوفان حقوقی انگلوساکسون بحثی در گرفت که مطالعات حوزه‌ی حقوق‌شناسی را باید کنار گذاشت. ریچارد پوزنر بخش عمده‌ای از اولین سخنرانی خود در سال ۱۹۹۵ در دانشگاه آکسفورد را به این موضوع اختصاص داد و این‌گونه استدلال کرد که حقوق‌شناسی مفهومی نباید انجام شود، زیرا «بی‌فایده، منحرف‌کننده و نشانگر فقر نظریه‌ی حقوقی سنتی است.» او این مشکل را به شرح زیر توضیح می‌دهد؛

من چیزی در برابر تأملات فلسفی ندارم. اما شاید کسی دوست داشته باشد که در این حوزه فعالیت کند. بنابراین باید چیزی در جواب سوال «قانون چیست؟» داشته باشد، البته به شرطی که این سوال ارزش پاسخ دادن توسط افرادی که می‌توانند از وقت خود به روش‌های با ارزش اجتماعی دیگری استفاده کنند، را داشته باشد.^۱

درحقیقت، استدلال پوزنر تا آنجا ادامه پیدا می‌کند که می‌گوید وظیفه‌ی اصلی حقوق‌شناسی تحلیلی این است یا حداقل باید این باشد که به سوال «قانون چیست؟» پاسخ ندهد و نشان دهد که نباید این سوال مطرح شود، زیرا فقط بحث را منحرف می‌کند. نظریه‌ی پوزنر با توجه به این واقعیت که وی توضیح نمی‌دهد چگونه نظریه‌های مفهومی، امور را منحرف می‌کنند، قابل انتقاد است.

با این همه واقعیت آن است که مفهوم قانون به عنوان یک نظام هنجاری به عرصه‌ای برای نزاع میان آموزه‌های پوزیتیویستی و غیرپوزیتیویستی تبدیل شده است. این نزاع به ویژه از زمانی که کتاب مفهوم نظام حقوقی جوزف رز^۲ و کتاب نظام‌های هنجاری اثر آلچورن و بولیژین^۳ در اوایل دهه‌ی هفتاد میلادی منتشر شدند، به اوج خود رسید. مطالعه‌ی نظام حقوقی، به معنای مطالعه‌ی نظام مند ماهیت قانون و بررسی پیش‌فرض‌ها و اشارات نهفته در این حقیقت است که هر قانون ضرورتاً به یک نظام حقوقی تعلق دارد. در این پژوهش به دنبال آن هستیم چیزی را به دست بیاوریم که بتواند به عنوان نظریه‌ی نظام حقوقی معرفی شود. چنین نظریه‌ای

^۱ . Richard Posner, *Law and Legal Theory*, (London, Oxford Clarendon Press, 1996) at 17

^۲ . The Concept of Legal System

^۳ . Normative systems, By Carlos, Alchourron and Eugenio Bulygin

باید استعداد انطباق با همه‌ی نظام‌های حقوقی را داشته باشد. اگر در این امر موفق باشد، مفهوم نظام حقوقی را تا حدودی روشن ساخته است.

در ابتدا و به طور خلاصه باید مد نظر داشته باشیم که از منظر جوزف رز یک نظریه‌ی کامل از نظام حقوقی باید برای این چهار مسئله راه‌حل‌هایی را ارائه کند؛

۱. مسئله‌ی وجود^۴: معیار تشخیص وجود نظام حقوقی چیست؟ ما میان نظام‌های حقوقی موجود و نظام‌هایی که از بین رفته‌اند و یا نظام‌هایی که هیچگاه به وجود نیامده‌اند، باید تمایز قائل شویم. یکی از اهداف نظریه‌ی حقوقی معرفی معیاری برای تعیین صحت و سقم گزاره‌هایی است که آن را معیار وجود نظام حقوقی می‌نامیم.

۲. مسئله‌ی ماهیت^۵ (مسئله‌ی مربوط به عضویت): معیار شناسایی یک نظام حقوقی چیست؟ معیار شناسایی که از آن به عنوان معیار عضویت نیز می‌توانیم نام ببریم، به این پرسش پاسخ می‌دهد که چرا یک قانون خاص به یک نظام حقوقی تعلق دارد.

۳. مسئله‌ی ساختار^۶: آیا برای همه‌ی نظام‌های حقوقی ساختار واحدی وجود دارد؟ آیا الگویی از روابط میان قوانین متعلق به یک نظام وجود دارد که بتوان آن را به کلیه‌ی نظام‌های دیگر نیز تعمیم داد؟

۴. مسئله‌ی محتوا^۷: آیا قوانینی وجود دارد که به هر طریق در تمام نظام‌های حقوقی یا در انواعی از آن تکرار می‌شود؟ آیا محتوایی مشابه در کلیه‌ی نظام‌های حقوقی یا انواع مهم آن وجود دارد؟^۸

تعریف نظام حقوقی تا حد بسیار زیادی وابسته به درک ما از «قانون» است. تمامی نظریه‌های موجود در خصوص نظام حقوقی باید رهیافت مشخصی نسبت به قانون داشته باشند و نظریه‌هایی که به دلیل عدم توجه به این حقیقت شکل گرفته‌اند، تا حدی ناقص‌اند. بر همین اساس است که هربرت هارت در مباحث آغازین کتاب خود پیشنهاد می‌کند، باید ابتدا به

4 . The Problem of Existence

5 . The Problem of Identity

6 . The Problem of Structure

7 . The Problem of Content

^۸ . جوزف رز، مفهوم نظام حقوقی در آمدی بر نظریه‌ی نظام حقوقی، ترجمه علی اکبر سیاپوش، (تهران :

انتشارات شهردانش، ۱۳۹۴) ص ۴۱

دنبال تعریفی دقیق از قانون باشیم. «تعریف همانطور که خود واژه نشان می‌دهد، اصولاً تعیین حد و مرز یا تمییز میان انواع مختلف امری است که زبان با واژه‌ای جدا بر آن دلالت دارد. لزوم تعیین چنین حد و مرزی را غالباً کسانی که بر کاربرد روزمره‌ی واژه‌ی مورد نظر تسلط کامل دارند احساس می‌کنند، زیرا نمی‌توانند مشخصه‌هایی را بیان کنند یا توضیح دهند که نوعی از یک امر را از انواع دیگر آن متمایز می‌سازد. به همین معنا حتی حقوق‌دانانی ماهر احساس می‌کنند به رغم شناخت قانون، مطالب زیادی درباره‌ی قانون و نسبت آن با دیگر امور وجود دارد که ایشان نمی‌توانند آن را توضیح دهند و کاملاً در کشان نمی‌کنند، مانند کسی که می‌داند در شهری آشنا چگونه از یک نقطه به نقطه‌ای دیگر برود اما نمی‌تواند این را برای دیگری توضیح دهد.»^۹

دستوری بودن، قهری بودن و نهادین بودن، سه ویژگی مهم قانون است، دو مورد اول در بین بیشتر نظریه‌های فیلسوفان حقوق مشترک است، اما مورد اخیر را چنانکه خواهیم دید هربرت هارت و به ویژه جوزف رز بیش از دیگران ترویج کرده‌اند. پوزیتیویست‌های متقدم همچون جرمی بنتام، جان آستین و هانس کلسن در مورد ماهیت قانون مطالب بسیاری نوشته‌اند، اما آنها رغبت چندانی به شناسایی مفهوم نظام حقوقی از خود نشان نداده‌اند.

به گفته‌ی جان آستین، در کتاب تحدید حدود فلسفه‌ی حقوق، قانون عبارت است از «فرمان کلی شخص حاکم خطاب به تابعانش». ^{۱۰} نظریه‌ی نظام حقوقی آستین را نیز باید در همین تعریف جستجو کرد. برای تشریح آن باید این تعریف را به سه بخش مختلف تفکیک کنیم که هر یک پاسخی برای مسائل اصلی ما خواهد بود. قانون، (۱) فرمانی کلی است که (۲) توسط فردی صادر شده (۳) که حاکم است. حاکم نیز در بیان آستین به معنای فردی است که عادتاً توسط یک جامعه‌ی مشخص مورد تبعیت بوده و خود عادتاً از کسی تبعیت نمی‌کند. می‌توان از بخش دوم این تعریف معیاری برای ماهیت نظام حقوقی در دیدگاه

^۹ . هربرت هارت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، چاپ پنجم (تهران: انتشارات نی، ۱۳۹۵)،

^{۱۰} . John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, (New York, The Noonday Press, 1954) at 190

آستین پیدا کرد. یک نظام حقوقی مشتمل بر تمام قواعد صادر شده توسط حاکم است. بخش سوم این تعریف حاوی مواردی است که از آن می توان معیاری برای وجود نظام حقوقی را استخراج کرد. نظام حقوقی در جایی وجود دارد که قانونگذار مشترک قوانین آن، یک حاکم است. وقتی فرد یا گروهی از افراد را می توان حاکم نامید که عادتاً توسط دیگران مورد تبعیت قرار گیرد.

از آنجا که آستین به طور مستقیم در خصوص ساختار نظام حقوقی اظهار نظر نکرده است، شاید بتوان با همان تعریف کلی او از قانون، این عقیده را به وی نسبت داد که او وجود رابطه‌ی درونی میان قوانین را ضروری نمی‌دانسته و همین که فرمان‌ها توسط حاکم صادر می‌شده، برای عضویت در نظام حقوقی کافی بوده است. منظور از رابطه‌ی درونی میان قوانین، رابطه میان قوانینی است که وجود آنها به وجود دیگر قوانین منتج می‌شود یا آن را پیش فرض می‌داند. بدین ترتیب آستین به اقوی دلیل هر نوع ساختار درونی خاص که یک نظام حقوقی ضرورتاً می‌تواند دارا باشد را، منتفی می‌داند. اما این برداشت نکته‌ی دیگری را نیز به ما نشان می‌دهد و آن اینکه، نظریه‌ی آستین حول یک مفهوم می‌گردد و آن را پیش فرض می‌داند؛ مفهوم حاکمیت.^{۱۱}

بعدها هانس کلسن با تکیه بر استدلال استعلایی و نوکانتی به جای حاکم، قاعده‌ی بنیادین را نشانده و نظریه‌ی آستین را ارتقاء بخشید. بر همین اساس نظام حقوقی به مجموعه‌ی قوانین و مقرراتی گفته می‌شد که در نهایت اعتبار آنها مستقیم و غیرمستقیم به قاعده‌ی بنیادین می‌رسید.^{۱۲} کلسن نیز به نحوی دیگر به اصل منشأ وفادار است و در نظر او ماهیت یک نظام حقوقی و عضویت یک قانون در آن نظام، تنها با حقایق مربوط به خلق و منشأ آن تعیین می‌شود. نقطه‌ی عزیمت اما نه یک قانونگذار واحد و برتر بلکه یک قاعده‌ی تفویض کننده‌ی اختیار است. قاعده‌ی بنیادین جایگزین حاکم می‌شود و موارد دیگر تغییر نمی‌کند. کلسن اعتبار هنجارهای حقوقی را وابسته به محتوای آنها نمی‌داند، از نظر او هر هنجاری با هر

^{۱۱} . Sovereignty

^{۱۲} . هانس کلسن، نظریه‌ی حقوقی ناب مدخلی به مسائل نظریه‌ی حقوقی، چاپ دوم، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱) ص ۱۰۰

محتوایی می‌تواند هنجار حقوقی باشد و هیچ هنجاری را صرفاً به دلیل عدم مطابقت با اخلاق نمی‌توان بی‌اعتبار دانست. یک هنجار حقوقی معتبر خواهد بود اگر و تنها اگر به شیوه‌ی خاصی تصویب شده باشد، یعنی مطابق با یک قاعده‌ی معینی ایجاد گردیده یا به یک شیوه‌ی خاص صادر یا وضع شده باشد. حقوق صرفاً به عنوان حقوق موضوعه معتبر است، یعنی صرفاً به عنوان حقوقی که صادر یا وضع شده است. تفاوت حقوق موضوعه با حقوق به اصطلاح طبیعی نیز در همین نکته نهفته است.

نظریه‌ی محض حقوق و آموزه‌ی حقوق و دولت مورد انتقادات فراوانی نیز قرار گرفته است. پوزیتیویسم کلسن با دو مسئله‌ی مهم روبه‌رو است. اول آنکه او با ممانعت از هر نوع تحلیل محتوایی از قاعده‌ی حقوقی و به تبع آن قانون و نظام حقوقی، مفهوم قانون را از هرگونه محتوای حداقلی اخلاقی نیز تهی می‌کند. از سوی دیگر کلسن در کتاب نظریه‌ی محض حقوق و دولت، دولت را در نظام حقوقی فرو می‌کاهد و از مجموعه‌ای منسجم و باثبات خبر می‌دهد، اما پویایی اجتماعی و سیاسی و اخلاقی آن چیزی را که حقوق بر اساس آن به وجود می‌آید، نادیده می‌گیرد و در نتیجه به نیروهای تأثیرگذار بر دولت، اهمیتی نمی‌دهد.

البته استنلی پولسن، استاد فلسفه‌ی حقوق دانشگاه واشنگتن که به نوعی می‌توان او را بزرگترین کلسن‌پژوه معاصر نامید، معتقد است که یک نوع دگرگیزی در اواخر عمر کلسن در تفکر او حادث شده بود که به ویژه بر نوشته‌های دهه‌ی ۱۹۶۰ به بعد او تأثیر زیادی داشته و دامنه‌ی این تغییرات بیشتر محدود به کاربرد منطق در قانون بوده است. بر همین مبنا پولسن ادعا می‌کند، کلسن در آخرین دهه از حیات علمی خویش به این نتیجه رسیده بود که باید ساختمان کانتی و استعلائی آموزه‌ی خود را کنار بگذارد.^{۱۳}

گفته شد حقوقدانان متقدم پوزیتیویسم رغبت چندانی به تحلیل خود نظام حقوقی نداشته‌اند، این بی‌رغبتی به مسئله‌ی نظام حقوقی نمی‌تواند بدون دلیل باشد. شناخت نظام حقوقی برای این حقوقدانان اساساً مسئله نبوده است، علت آن هم این است که از اوایل دهه‌ی هفتاد قرن بیستم با ظهور طرفداران جدید حقوق طبیعی نظیر جان فینیس و لون فولر و

¹³ . Stanley Paulson, *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, The Modern Law Review (2017), Vol 80, Issue 5, at 890

انتقادات سهمگین آنها به نظام‌های حقوقی موجود بود که پوزیتیویست‌ها را متقاعد کرد به تعریف نظام حقوقی بپردازند. سرگذشت غم‌انگیز نظام‌های توتالیتار میانه‌ی قرن بیستم و نقدهای جدی طرفداران حقوق طبیعی به ایده‌ی محتوای حداقلی حقوق طبیعی در نظام حقوقی که توسط هربرت هارت ترویج شده بود، اهمیت تعریف و شناسایی نظام حقوقی را برای پوزیتیویست‌ها دوچندان کرد. پوزیتیویست‌ها که موقعیت نظریه‌ی خویش را بیش از گذشته در خطر می‌دیدند تلاش کردند تا با کادرسازی دقیق از مفهوم نظام حقوقی و تئوریزه کردن آن، یکبار دیگر مانع آموزه‌ی اعتبار اخلاقی قانون شوند. در اوایل دهه‌ی هفتاد تردیدهای جدی در آموزه‌ی پوزیتیویسم به وجود آمده بود و مدافعان حقوق طبیعی با داشتن تجربه‌ی نظام‌های حقوقی زمان هیتلر و آفریقای جنوبی بار دیگر مسئله‌ی شرایط اعتبار قانون را مورد بررسی قرار دادند، در نقطه‌ی مقابل پوزیتیویست‌ها و به ویژه جوزف رز برای نجات آموزه‌ی خویش نیاز به بازسازی پوزیتیویسم برای نظریه‌سازی مجدد تفکیک اخلاق از قانون داشتند، آنها این عملیات نجات را از طریق شناسایی مفهومی به نام نظام حقوقی آغاز کردند. در واقع واکاوی و شناسایی مفهوم و ماهیت یک نظام هنجارین نهادی به نام نظام حقوقی، مقدمه‌ای برای تحلیل و توجیه تفکیک قانون از اخلاق است.

از نظر هربرت هارت فیلسوف شهیر انگلیسی نظام حقوقی زمانی وجود دارد که؛

۱. قواعدی با تکیه بر مجازات انجام برخی از انواع رفتار را نهی یا امر کند.
۲. قواعد افراد را ملزم به جبرات خسارت کسانی کنند که به نحوی به ایشان ضرر وارد آورده‌اند.
۳. قواعد شرایط تنظیم وصیت، انعقاد قرارداد یا دیگر ترتیباتی را که موجب حق‌اند را مشخص کنند.
۴. دادگاه‌هایی که مشخص می‌کنند قواعد قانونی کدام‌اند و چه وقت نقض می‌شوند و نیز مجازات یا جبران خسارت را تعیین می‌کنند.
۵. قانونگذاری که قوانین جدید را وضع می‌کند و قوانین کهنه را نسخ می‌کند، وجود داشته باشند.

هارت با آگاهی از ضعف دیدگاه نظریه پردازان پیش از خود به جای معیار آستین و کلسن، مفهوم «قاعده‌ی شناسایی»^{۱۴} را وارد آموزه‌ی خود کرد. این قاعده ویژگی‌هایی را مشخص می‌کند که اگر قانون مورد نظر واجد آن باشد، نشانه‌ای اثباتی و قطعی بر این امر خواهد بود که این قانون از جمله قوانین مورد پذیرش نظام حقوقی است و نظام باید با همان ابزارهای حقوقی که در اختیار دارد از آن حمایت کند.^{۱۵} قاعده‌ی شناسایی یک قاعده‌ی حقوقی است که به نظام حقوقی تعلق دارد. تفاوت آن با دیگر قواعد در آن است که وجود آن به واسطه‌ی معیارهایی که در دیگر قوانین مقرر گردیده است، تعیین نمی‌گردد بلکه عملاً با این حقیقت اعمال می‌گردد که :

«درحالی که قاعده‌ی تبعی یک نظام حقوقی می‌تواند معتبر باشد و در آن معنی موجود باشد حتی اگر عموماً نادیده گرفته شود، قاعده‌ی شناسایی تنها به عنوان رویه‌ی پیچیده اما طبیعتاً متفق دادگاه‌ها، مقامات و اشخاص خصوصی در شناسایی قانون با ارجاع به معیاری خاص وجود دارد. وجود آن یک حقیقت است.»^{۱۶} طبق نظر هارت این قاعده ممکن است شکل‌های مختلفی به خود بگیرد، این شکل‌ها می‌توانند ساده یا پیچیده باشند. برای مثال این قاعده می‌تواند در نظام‌های حقوقی ابتدائی شامل یک فهرست یا متن معتبری از قواعد در سندی مکتوب باشد. این مرحله البته چندان مهم نیست، آنچه بسیار تعیین کننده است پذیرش الزام آور بودن و اعتبار ارجاع به نوشته یا فهرست است، یعنی به مثابه‌ی روشی مناسب برای رفع تردید نسبت به عضویت یک قانون در نظام حقوقی.

در نظام حقوقی یک دولت مدرن، قواعد شناسایی مسلماً پیچیده‌تر خواهند بود. این قواعد به جای آنکه قانون را منحصراً با ارجاع به یک متن یا فهرست شناسایی کنند، این کار را با ارجاع به برخی ویژگی‌های عام و کلی انجام می‌دهند که یک قانون باید واجد آنها باشد. این ویژگی‌ها متنوع است، تصویب از جانب یک نهاد خاص، مراعات عرفی قانون برای مدت نسبتاً طولانی و ارتباط با آرای قضایی می‌تواند از جمله‌ی این ویژگی‌ها باشد. افزون بر

¹⁴ . Rule of Recognition

¹⁵ . هارت، همان، ص ۱۷۰

¹⁶ . Herbert Hart, *The Concept of Law*, (London, Clarendon Oxford Press, 2012)
Edited by Paul Craig, Third Edition, at 92

این اگر بیش از یکی از این ویژگی‌ها ملاک عمل قرار گیرد، احتمالاً می‌بایست مقرراتی برای رفع تعارض احتمالی میان آنها وضع شود که آنها را بر اساس رتبه و برتری تنظیم کند، چنان‌که به طور معمول عرف یا رویه‌ی قضایی را فرع بر قانون موضوعه قرار می‌دهند و قانون موضوعه را «منبع برتر» حقوقی می‌دانند. پیچیدگی قاعده‌ی شناسایی در نظام حقوقی یک دولت مدرن، بسیار متمایز از ارجاع به یک متن یا فهرست ساده خواهد بود. هارت با وارد کردن قاعده‌ی شناسایی در آموزه‌ی خود به دنبال فراهم آوردن ملاکی برای اعتبار و الزام‌آوری قانون است که به همراه خود مفهوم نظام حقوقی را نیز به میان می‌آورد.

تئوری هارت در برخی نقاط حساس بسیار مضیق و البته مبهم باقی ماند و در نتیجه «مشکلات مرزی»^{۱۷} مختلفی همچنان وجود دارد.^{۱۸} در سنت پوزیتیویستی گرایشی وجود دارد که آموزه‌ی هارت را به عنوان نوعی دموکراسی مفهومی در نظر بگیرد که طبق اصول لیبرال همه‌ی نظام‌های حقوقی برابر خلق شده‌اند. به این دلیل که تعریف آسان و مورد توافقی از قانون وجود ندارد، به رسمیت شناختن نظام‌های حقوقی باید بر اساس انطباق با معیارهای کاملاً تدوین شده باشد. اگر معیارهای ما مبهم باشد، باید مجموعه‌ای از معیارهای نامشخص و نامعینی که در هنگام فکر کردن در مورد نظام‌های شبه حقوقی در نظر داریم، به عنوان پایه‌ی مقایسه با نظام‌هایی استفاده کنیم که کم و بیش شبیه معیارهای شهودی هستند. شناسایی یک نظام به عنوان «حقوقی» زمانی میسر می‌شود که ویژگی‌های کافی به عنوان سازنده‌ی نظام حقوقی وجود داشته باشد. بر این اساس کار نظریه‌پرداز زمانی که با یک نظام غیراستاندارد روبرو می‌شود، برجسته کردن ویژگی‌های «حقوقی» نظام و یافتن راه مناسب برای توضیح یا سازگار کردن مشکل عناصری است که در برابر یک سازه‌ی حقوقی مقاومت می‌کنند.

مشکلی که در این روش وجود دارد این است که باعث می‌شود نظام‌هایی مانند حقوق بین‌الملل بسیار ابتدایی و توسعه نیافته به نظر برسند، حتی اگر در واقع آنها از نظر دگرترین

¹⁷ . Boundary Problems

¹⁸ . اینجا درست نقطه‌ای است که شکاکیت به آن استناد می‌کند. نگاه کنید به

Friedrich Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions: on the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs* (London, Cambridge: Cambridge University Press, 1989), at 2

علمی پیچیده باشند. این نقیصه در درجه‌ی اول و مهم‌تر از همه به دلیل فقدان معیارهای کافی و دقیق برای مشخص کردن آنچه قانونی است از آنچه قانونی نیست، به وجود آمده است. مسئله این است که هرچند برخی مفاهیم شناخت قانون میان نظریه پردازان مشترک است، اما ابهام مربوط به آن از نظر تئوری به سختی حل می‌شود. با این حال شاید مفصل‌ترین و بنیادی‌ترین توجیه فرضیات اساسی پوزیتیویسم، نظریه‌ی نهادی قانون باشد که در مبحث مربوط به تئوری ژوزف رز به آن خواهیم پرداخت.

۲ - جوزف رز و تولد پوزیتیویسم نهادی

یکی از اولین کارهایی که تئوری رقیب برای به چالش کشیدن تمایز میان نظام حقوقی و غیرحقوقی باید انجام دهد، تقابل نظری با تئوری پوزیتیویسم نهادی است.^{۱۹} این آموزه تأکید دارد که رژیم‌ها، نظام‌ها و آئین‌نامه‌های حقوقی به عنوان یک «واقعیت» در دنیای ما وجود دارند.^{۲۰} نگرش نهادی به ویژه در آثار حقوقی اواسط قرن بیستم به بعد بیشتر به چشم می‌خورد و در بنیان بیشتر پاسخ‌های پوزیتیویستی به مسئله‌ی شناسایی معیارهای حقوقی وجود دارد. در هیچ‌یک از آثار مشهور هارت نمی‌توان مفهوم یک نهاد را به صراحت پیدا کرد، اما حقیقتاً واژه‌ی نهاد عبارتی کامل برای شناسایی قواعد اولیه، ثانویه و دیگر فرضیات پشتیبان او درباره‌ی ماهیت قانون است. تلاش‌های بعد از هارت با مفهوم نهادینه شده‌ی قانون آغاز شد و این دقیقاً رویکردی است که رز در کتاب عقل عملی و هنجارها از آن استفاده کرده است.^{۲۱} (Coyle, 1999, 389)

برای رز پیدا کردن معیار شناسایی قانون بالاترین سطح اهمیت را دارد. او تأکید دارد برای تعیین معیار شناسایی مشخصاً باید ذهن‌مان را روشن کنیم، «هدف ... اشاره به ویژگی‌های منحصر به فرد قانون است که پس از تأسیس ماهیت نهادینه شده‌ی نظام‌های

¹⁹ . Anthony Carty, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of Law*, European Journal of International Law, (1991) Vol 2, at 67

²⁰ . Iain Scobbie, 1991, *Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism About Sceptical Radicalism*, (London, Oxford University Press, 1991) at 340

²¹ . Sean Coyle, 1999, *Our knowledge of the Legal Order*, Legal Theory (1999) Vol 115, No 5, at 389

حقوقی، اساساً این پردازش تحدید حدود (قانون) است.^{۲۲} او آموزه‌ی نهادی قانون را اینگونه توضیح می‌دهد که، «مهم‌ترین و جنجالی‌ترین قسمت بحث مربوط به شناسایی معیار وجود نظام حقوقی، وصف نهادی قانون است. البته در مورد ماهیت صریح وجه نهادی قانون مباحث اختلافی بسیاری وجود دارد. با این حال یک توافق کلی حتی در میان طرفداران حقوق طبیعی وجود دارد که نظامی از هنجارها، نظام حقوقی محسوب نمی‌شود مگر آنکه این نظام نهادهایی قضایی برپا دارد که این نهادها متصدی تنظیم اختلافات ناشی از اجرای آن هنجارها در نظام باشند. همچنین این توافق وجود دارد که تنها چنین نظامی از هنجارهاست که می‌تواند مدعی اقتدار و تسلط بر جایگاه عالی اجتماعی باشد، بدین معنا که چنین نظامی ادعا می‌کند که حق رفتار قانونی با قانون‌شکنان در همه‌ی زمینه‌های اجتماعی را دارد.»^{۲۳} رز وجه نهادی قانون را به مثابه‌ی وجه اجتماعی آن معرفی می‌کند، یعنی یک نوع نهاد خاص اجتماعی. علی‌القاعده مفهوم نهادی قانون با برخی تئوری‌های حقوق طبیعی ناسازگار خواهد بود و برای این مسئله دو دلیل وجود دارد. اول اینکه نتیجه‌ی پذیرش وصف نهادی قانون، وجود یک سری محدودیت‌ها در نظام حقوقی است. در درجه‌ی اول نظام‌های حقوقی را تنها باید شامل آن دسته از استانداردهایی دانست که از راه‌های خاصی با نهادهای قضایی متصلند. این چیزی است که معنای نهادی قانون را دربر دارد. در درجه‌ی دوم قانون نمی‌تواند شامل هیچ‌یک از استانداردهای موجه اخلاقی شود، همانگونه که نمی‌تواند ضرورتاً تمامی قواعد اجتماعی و عرفی را شامل شود. قانون تنها شامل آن دسته از استانداردهایی می‌شود که با وصف نهادی آن ارتباط دارند. این ایده با دیدگاهی که بیان می‌دارد قانون نمی‌تواند استانداردهای خاص خود را تشکیل دهد، به ویژه با این ادعا که هیچ تفاوتی بین قانون و اخلاق یا بین قانون و اخلاق اجتماعی وجود ندارد، ناسازگار است. دومین اثر و شاید رادیکال‌ترین اثر فهم قانون به مثابه‌ی یک نظام نهادی این باشد که نمی‌توان اوصاف اخلاقی را به مثابه‌ی شروطی برای آن نظام یا قاعده‌ای بالادستی برای حقوق تصور کرد، زیرا نظام حقوقی هیچ واکنشی به اخلاق نخواهد داشت. اگر قانون یک نهاد اجتماعی از یک نوع

²² .Joseph Raz, 1975, *Practical Reason and Norms*, (London, Hutchinson, 1975) at 149

²³ . Joseph Raz, *Authority of Law*, (London, Oxford Clarendon Press, 2009) at 43

خاص است، ناگزیر تمامی قواعدی که متعلق به این مدل اجتماعی اند نیز قاعده‌ی حقوقی اند، هر چند ممکن است که از نظر اخلاقی قابل نقد باشند. شاید قانون دارای برخی وجوه اخلاقی نیز باشد، اما این وجوه اخلاقی تنها آن دسته از وجوهی هستند که در ارتباط با ویژگی نهادی قانون توجیه می‌شوند، نه در ارتباط با اخلاق.^{۲۴}

بعد ساختاری قانون در آموزه‌ی رز در روش او برای تعریف نظام‌های نهادینه شده تأثیر قابل توجهی دارد. وی اظهار می‌دارد، «نظام‌های نهادی به طور کلی از خصوصیات ساختاری آنها مشخص می‌شوند.» و بلافاصله نتیجه می‌گیرد که مفاهیم نهادی خاص (در این مورد نظام حقوقی) از طریق عضویت در سیستم مشخص می‌شوند، زیرا تغییر در نحوه‌ی طبقه‌بندی این مفاهیم به عنوان یک دسته‌ی خاص (یعنی در یک چارچوب خاص) طبقه‌بندی می‌شود.^{۲۵} رز اعتقادی ندارد که «تلاش برای توصیف نظام‌های حقوقی می‌تواند یک موضوع بسیار دقیق باشد.»^{۲۶} با این همه او دلایل شناسایی هارت در نظام‌های حقوقی را به شکلی دقیق و منحصر به فرد توسعه می‌دهد.

خصوصیات مختلفی را می‌توان برای نظام حقوقی برشمرد، هر یک از این خصوصیات در هر یک از نظام‌ها ممکن است درجات مختلفی داشته باشند. ممکن است یک یا دو ویژگی در بعضی نظام‌ها اصلاً وجود نداشته باشد و بعضی ویژگی‌ها نیز در بعضی نظام‌ها تأثیر قابل توجهی داشته باشد، بنابراین تلاش برای تعیین دقیق مرز بین نظام‌های هنجاری که نظام حقوقی‌اند و آنهایی که نیستند، بسیار مشکل خواهد بود. بر همین اساس رز معتقد است هنگام مواجهه با موارد مرزی، بهتر است اعتبارنامه‌های مشکل‌دار آنها را بپذیرید، شباهت‌ها و اختلاف‌های آنها را با موارد معمولی احصاء کنید و آن را در همان زمان و همانجا کنار بگذارید.^{۲۷}

اما به سختی می‌توانیم با رز در این زمینه هم‌دل شویم، زیرا نادیده گرفتن موارد مرزی کل تئوری را با مشکل روبرو می‌کند. گرچه رز در مورد معیار شناسایی نظام حقوقی

²⁴ . Ibid, 44

²⁵ . Joseph Raz, op. cit, 1975, at 155

²⁶ . Ibid, p 150

²⁷ . Ibid, p 151

استدلالاتی را بازگو می‌کند، اما هنوز ابهام موجود در خود این معیارها برطرف نشده است. به دلیل گسترده‌گی بیش از حد ساختار نظام حقوقی، معرفی معیارهایی برای شناسایی نظام حقوقی به عنوان ابزاری مفید در نظریه‌ی حقوقی با مشکل جدی روبرو است. موضوع را با یک مثال پیش می‌بریم.

فرض کنید یک نظام حقوقی استاندارد به نام «الف» و یک نظام حقوقی غیراستاندارد به نام «ب» پیش رو داریم. برای شناسایی نظام حقوقی «الف» یک سری معیارهای مشخصی را داریم، این معیارهای فرضی را معیارهای ردیف «ج» نام گذاری می‌کنیم و نظام «ب» تنها شامل یکی از معیارهای ردیف «ج» است، البته این نظام دارای ویژگی‌های مختلف دیگری است که در بین معیارهای ردیف «ج» قرار نمی‌گیرد. برای جبران این نقص، تصمیم می‌گیریم یک سری معیارهای شناسایی دیگری به نام معیارهای ردیف «د» را به نظام حقوقی مورد اشاره اضافه کنیم. این کار ما باعث آشفتگی پارادایم شناسایی معیارها در نظام حقوقی می‌شود. وجود معیارهای ردیف «ج» برای ما مهم است، به این خاطر که می‌تواند نقش خود را برای مفاهیم حقوقی انجام دهد در حالی که سایر معیارها نمی‌توانند. به عبارت دیگر برای این که اهمیت مفهوم شناسایی نظام حقوقی حفظ شود، نباید از هر معیاری به عنوان معیار شناسایی مفاهیم حقوقی استفاده کنیم یا هر مجموعه‌ای از آن معیارها را گسترش دهیم. نمونه‌ای از این مورد تلقی مقررات یک جامعه‌ی بدوی ذیل عنوان «قانون» است، که از یک سو می‌توان آن را نوعی شناسایی شهودی قانون و در نهایت نظام حقوقی تلقی کرد، اما از طرف دیگر این اقدام ما شناسایی قانون را بر اساس سنجش‌های ارائه شده با عنایت به معیارهای ردیف «ج» به چالش می‌کشد.²⁸

پاسخ اولیه‌ی رز به مسئله‌ی شناسایی نظام حقوقی این بود که عضویت یک قانون در نظام، مفهوم بنیادین در هر نظریه‌ی نظام حقوقی است. وی در مقدمه‌ی کتاب مفهوم نظام حقوقی تشریح کرد که «این کار مقدمه‌ای برای مطالعه‌ی کلی نظام‌های حقوقی است، یعنی مطالعه‌ی ماهیت سیستماتیک قانون و امتحان پیش‌فرض‌ها و پیامدهای این واقعیت که هر

²⁸ . Sean Coyle, Ibid, p 380

قانونی لزوماً متعلق به یک نظام حقوقی است ...». اصرار رز بر این ضرورت، خلاصه‌ای از رویکرد مکتب هارت به ماهیت نظام حقوقی است. رز در ادامه توضیح داد که یک تئوری کامل در مورد نظام حقوقی شامل راه‌حل‌های چهار مسئله‌ی زیر است یعنی؛ وجود^{۲۹}، ماهیت^{۳۰}، ساختار^{۳۱} و محتوا^{۳۲}. طبق نظر رز این اولین و دومین از این موارد است که برای نظریه بسیار مهم است، از آنجا که معیارهای وجود و ماهیت بخشی ضروری از تعریف کافی از یک نظام حقوقی هستند.^{۳۳} اما از نظر مفهومی، این دومین و سومین - ماهیت و ساختار - هستند که اهمیت زیادی دارند. در حقیقت، آنچه از آنها به عنوان «معیارهای شناسایی» نظام حقوقی نام بردیم بیشتر با ساختار ارتباط دارد تا ماهیت.

۳ - تز اقتدار، زیربنای آموزه‌ی نهادی

رز تئوری خود را بر تز اقتدار بنا می‌کند، اراده‌ی نظام حقوقی در تحمیل خواست خود بر بسیاری از کسانی که نسبت به آنها ادعای اقتدار دارد، موثر است.^{۳۴} رز بین اقتدار عملی و اقتدار مشروع تفاوت قائل می‌شود، اقتدار عملی یا ادعا می‌کند که مشروعیت دارد یا تصور می‌شود که چنین است، البته منظور این نیست که همه‌ی اقتدارهای عملی مشروعیت دارند، برخی از اقتدارهای عملی ممکن است بدون داشتن مشروعیت ادعای مشروعیت کنند، مانند آنچه در رژیم‌های توتالیتر فاسد رخ می‌دهد که بطور سیستماتیک حقوق اخلاقی شهروندان را نقض می‌کنند. از نظر رز یک اقتدار عملی وقتی مشروع خواهد بود که ادعای آن مبنی بر داشتن مشروعیت صحیح باشد یا با همان نتیجه شهروندان اعتقاد داشته باشند که اقتدار مشروع آن نظام درست است. مفهوم مشروعیت مربوط به توجیه اخلاقی اقتدار عملی است. اینکه بگوییم یک اقتدار عملی مشروع است، مثل این است که بگوییم این اقتدار از نظر اخلاقی

29 . Existence

30 . Identity

31 . Structure

32 . Content

۳۳ . جوزف رز، همان، ۴۴

34 . Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, (London, Oxford University Press, 1994) at 211

در صدور فرمان‌هایی که به افراد می‌گوید چه کاری باید انجام دهند، موجه است. همانطور که رز به این نکته اشاره می‌کند؛

مقامات مدعی حق حاکمیت هستند، بدین معنا که آنها مقامات اقتدار عملی هستند، آنها مدعی‌اند که حق حاکمیت دارند زیرا در ایجاد و حفظ حکمرانی موفق بوده‌اند. آنها اقتدار مشروع خواهند داشت اگر و تنها اگر ادعای آنها موجه باشد.³⁵

شکل این توجیه مربوط به توجیه اخلاقی است، اگر یک نظام حقوقی فاقد صفات اخلاقی لازم برای تأمین اقتدار مشروع باشد، هیچ‌یک از این ویژگی‌ها را ندارد. برای طرح ادعای اقتدار مشروع، یک نظام باید امکان برخورداری از ویژگی‌های اخلاقی اقتدار را داشته باشد. بنابراین یک اقتدار عملی زمانی مشروع خواهد بود که از نظر اخلاقی در «تحمیل اراده‌ی خود» به شهروندان با صدور فرمان‌هایی که به آنها می‌گوید چه کاری باید انجام دهند، موجه باشد.

مفهوم اقتدار مشروع هم توصیفی و هم ارزشی است، درحالی‌که مفهوم قدرت و اقتدار عملی تنها توصیفی است. برای تعیین اینکه آیا نظام حقوقی اقتدار مشروع نسبت به شهروندان خود دارد، باید تعیین کنیم آیا نظام شرایط هنجاری برای داشتن اقتدار اخلاقی موجه را دارد یا خیر، و این امر مستلزم تحلیلی است که دارای هم عناصر هنجاری و هم عناصر تجربی باشد. نخست باید هنجارهای اخلاقی مناسب را ارزیابی کرد که آیا این اقتدار، مشروع هست و آن ویژگی‌های قابل ملاحظه‌ای که برای مشروعیت لازم است را دارد یا خیر. هر دوی این وظایف به تجزیه و تحلیل هنجاری اخلاق نیاز دارند. دوم باید تعیین کنیم که آیا این اقتدار خصوصیات قابل مشاهده‌ی مربوطه را ایجاد می‌کند یا خیر، و این امر مستلزم یک تجزیه و تحلیل توصیفی - تجربی است. اگر به عنوان مثال یک تحلیل هنجاری از اخلاق به درستی نتیجه‌گیری کند که یک شرط لازم و کافی برای مشروع تلقی کردن اقتدار، این است که شهروندان رضایت معنادار خود را نسبت به اقتدار اعلام داشته باشند، در این صورت باید تعیین کنیم که آیا شهروند به مثابه‌ی یک موضوع قابل ملاحظه‌ی تجربی رضایت خود را

³⁵ . Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, (London, Oxford University Press, 1988) at 21

ابراز داشته یا نه و اینکه آیا این رضایت به عنوان یک امر هنجاری اخلاقی، معنی دار تلقی می‌شود یا نه.

رز با تکیه بر اقتدار عملی مشروع، تزی را طراحی می‌کند که خود نام آن را «تز منابع» می‌گذارد. او می‌نویسد، «من تز اجتماعی قوی را به «تز منابع» نام گذاری می‌کنم. منبع در اینجا به عنوان نوعی مفهوم تکنیکال مورد استفاده قرار می‌گیرد. قانون دارای منشا خواهد بود اگر، بتوان محتوا و وجود قانون را بدون استفاده از استدلال اخلاقی توجیه کرد. منابع قانون شامل آن دسته از واقعیت‌هایی است که به وسیله‌ی آنها قانون معتبر تلقی می‌شود، و چیزی که به وسیله‌ی آن محتوای قانون مورد شناسایی قرار می‌گیرد.»^{۳۶}

۴ - رز و مسئله‌ی عضویت در نظام حقوقی

مسئله‌ی عضویت یا ماهیت یعنی تعیین و شناسایی عضویت یک قانون در نظام حقوقی. «مسئله‌ی ماهیت» یعنی مشکل یافتن ملاک برای تعیین اینکه آیا مجموعه‌ی معینی از عبارات هنجاری توصیف کاملی از یک نظام حقوقی هست یا نه. با اندکی دقت در خواهیم یافت، این موضوع همان مفهوم اساسی در شناسایی است، یعنی نیاز به تعریف متنی یا توصیف مفاهیم حقوقی از طریق عضویت یک قانون در نظام. «مجموعه‌ای از عبارات هنجاری توصیف کاملی از یک نظام حقوقی است، اگر و فقط اگر (۱) هر یک از عبارات هنجاری موجود در نظام حقوقی بخشی از همان نظام را آن‌گونه توصیف کنند، که سایر عبارات هنجاری توصیف می‌کند. (۲) هر عبارت هنجاری که توصیف کننده‌ی بخشی از نظام است، مشمول همان نظام حقوقی باشد. با توجه به اینکه این سیستم یک سیستم حقوقی را مشخص می‌کند، یکی از معیارهای عضویت این است که اگر یک عبارت هنجاری با مجموعه‌ای از عبارات هنجاری همراه باشد، همان سیستمی را شرح می‌دهد که توسط آن مجموعه از عبارات هنجاری توصیف می‌شود.»^{۳۷}

³⁶ . Joseph Raz, *Authority of Law*, Ibid, at 47

³⁷ . جوزف رز، همان، ۳۲

یکی از مهم‌ترین مسائل برای رز مسئله‌ی عضویت در نظام حقوقی است. معیارهای عضویت رز بر این مسئله تأکید داشت که یک نظام هنجاری مشخص، بخشی از نظم حقوقی را توصیف می‌کند. برداشت نگارنده از عبارت پردازی رز که در بالا ذکر شد، این است که وی دو مؤلفه برای معیار عضویت خویش معرفی کرده است. اولین مؤلفه به مبانی تجربی و معنایی برای عضویت در نظام حقوقی می‌پردازد، به عبارت دیگر در این خصوص همبستگی محتوایی هنجارها مورد تأکید قرار گرفته است. دومین مؤلفه به عضویت از طریق شمول در ذیل یک نظام حقوقی می‌پردازد، به عبارت دیگر شناسایی قانون در نظام حقوقی توسط نهادهای اعمال‌کننده‌ی قانون، معیار عضویت از طریق شمول را تشکیل می‌دهد.

به نظر رز همه‌ی قوانین توسط ارکان رسمی خلق قانون ایجاد نمی‌شوند، گرچه اهمیت قانونگذاری به عنوان یکی از روش‌های خلق قاعده خصیصه‌ی نظام‌های حقوقی مدرن است اما نه این روش و نه هیچ روش دیگری برای خلق قاعده خصیصیتی برای یک نظام حقوقی نیست. از سوی دیگر می‌توان گفت در همه‌ی نظام‌های حقوقی این ارکان اعمال قانون هستند که قوانین آن نظام را از طریق شناسایی، نهادین می‌کنند. رز تلاش زیادی کرد تا خود را از دام مولفه‌ی تکراری شناسایی رها کند، بنابراین او با تکیه بر نظر سالموند به یک مولفه‌ی تجربی رسید. این مؤلفه‌ی تجربی به جای تأکید بر ارکان خلق قانون، بر ارکان اعمال قانون تأکید می‌کند. نواقص معیار عضویت آستین و کلسن باعث شد سالموند از آنها پرهیز کند و توضیح دهد که گرچه طرقی گوناگون برای خلق قوانین وجود دارد، اما همه‌ی قوانین به هر صورت که ایجاد شده باشند توسط محاکم شناسایی و اداره می‌گردند، بنابراین برای تعیین ماهیت صحیح قانون باید به دادگاه‌ها و نه به قانونگذار مراجعه کنیم.³⁸ هدف چنین رویکردی تنها نشان دادن تفاوت میان نظام‌های حقوقی و دیگر قواعد و نظام‌های دستوری است. به همین دلیل این رویکرد آمریت قانون را فرض گرفته و تعریف خویش را بر این حقیقت مبتنی می‌کند که نظام‌های حقوقی نهادین هستند. این خصوصیت است که آنها را از دیگر

³⁸ . John William Salmond, *On Jurisprudence*, (London, Sweet and Maxwell Press, 2019) at 41

نظام‌های دستوری متمایز می‌کند. طبق نظر رز ماهیت نهادین قانون در وجود و عملکرد دادگاه‌ها نمایان می‌شود، یعنی ارکان ویژه‌ی اعمال قانون. وی در این مسئله با بنتام، آستین و کلسن متفاوت می‌شود، کسانی که بر اهمیت خلق قانون تمرکز و تأکید می‌کردند.

با توضیحات فوق روشن می‌شود ما به برخی ابزارها برای شناسایی مفاهیم حقوقی نیاز داریم، شناسایی این مفاهیم تنها از طریق نظام حقوقی اتفاق می‌افتد. به همین خاطر دیدگاهی که نگارنده برای تحلیل نظریه‌ی نظام حقوقی و شناسایی مفاهیم حقوقی روی آن تأکید دارد، دیدگاهی است که بر رویه و عرف‌های عادی زبانی تکیه می‌کند. دو رویکرد روش‌شناسی برای پروژه‌ی حقوق‌شناسی وجود دارد، اما متداول‌ترین و از نظر معرفتی قابل‌قبول‌ترین رویکرد، محتوای مفاهیم ما را در رویه‌های عادی زبانی ارائه می‌کند. با توجه به اینکه معنای لغوی یک اصطلاح محتوای مفهوم آن را تعیین می‌کند، هر رویکرد عملی برای تبیین محتوای یک مفهوم باید از معنای لغوی اصطلاح مفهوم مربوطه آغاز شود. البته این بدان معنا نیست که تفاوت معناداری بین روش‌شناسی تحلیل مفهومی و لغت‌شناسی تجربی وجود ندارد. معنای لغوی یک کلمه در تثبیت محتوای یک مفهوم نقش دارد، اما همه‌ی ابعاد آن را دربرنمی‌گیرد. روش تحلیل مفهومی، برخلاف لغت‌شناسی یک واژه، مربوط به شناسایی وجوه فلسفی آن اصطلاح نیز می‌شود.

ادعا در مورد ماهیت یک مفهوم، ادعایی در مورد عناصری است که سازنده‌ی ماهیت آن مفهوم هستند. بدین ترتیب آن عناصر به درستی به عنوان شخصیت متافیزیکی و از این رو فلسفی آن مفهوم فرض می‌شوند. ماهیت یک مفهوم توسط لیستی از عناصری که آن مفهوم باید داشته باشد، تشکیل می‌شود تا به درستی در طبقه‌بندی مفهوم مربوطه جای بگیرد. بنابراین یک تحلیل مفهومی از نظام حقوقی نه فقط به دنبال شناسایی مفهوم عضویت در نظام، بلکه به دنبال تبیین ماهیت نظام حقوقی با نمایش همه‌ی عناصری است که در ساختن نظام موثر است. این خصوصیات صرفاً مواردی را که نظام حقوقی هستند از چیزهایی که نظام حقوقی نیستند متمایز نمی‌کند، بلکه همچنین توضیح می‌دهد، چرا چیزی که از مصادیق نظام

محسوب می‌شود دارای چنین وضعیتی است. الگوبرداری از تمام خصوصیات ضروری مفهومی نظام، چیزی به عنوان نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد.^{۳۹}

پوزیتیویست‌ها نیز بهتر از دیگران می‌دانند که نیاز مبرمی به معناشناسی مفاهیم حقوقی دارند، زیرا ایشان اعتقاد دارند این عملکرد معنایی مفاهیم حقوقی است که آن را از بقیه جهان غیرحقوقی متمایز می‌کند. بنابراین مفاهیم حقوقی نوعی خاص از مفهوم نهادی است.^{۴۰} رز نیز به خوبی آگاه بود، قانون صرفاً اخلاق نهادینه شده نیست،^{۴۱} تحلیل رز از کاربردهای هنجاری زبان در کتاب هنجارها و دلایل عملی، بر این واقعیت تأکید کرده که هیچ چیزی در سطح قواعد صرف و نحو زبانی وجود ندارد تا قواعد حقوقی را از قوانین شطرنج یا هر چیز دیگری جدا کند، بنابراین تنها چیزی که آنها را متمایز می‌کند تنظیمات مربوط به مفاهیم خاص آنهاست. رز در ابتدای کتاب از خود می‌پرسد که چه چیزی است که باعث می‌شود یک قانون، قانون انگلیسی باشد نه به طور مثال قانون فرانسوی؟ پاسخ او هیچ ارتباطی با شرایط معرفتی یا زمینه‌های اعتقادی نداشت.^{۴۲} صرفاً به معیارهای معناشناسی آنها توجه شده بود. درک کاملاً صحیح رز این بود که معیارهای عضویت یک قانون در نظام حقوقی که مفاهیم حقوقی را از انواع دیگر مفاهیم متمایز می‌کند، باید معناشناسانه باشد.

۵ - چالش پیش‌روی آموزه‌ی نهادی

گفتیم که بعد ساختاری قانون از نظرگاه رز در روش او برای تعریف نظام‌های نهادی تأثیر قابل توجهی دارد. از نظر او نظام‌های نهادی به طور کلی از خصوصیات ساختاری آنها مشخص می‌شوند و مفاهیم نهادی خاص (در این مورد نظام حقوقی) از طریق عضویت در سیستم مشخص می‌شوند. پروژه‌ی حقوق‌شناسی مفهومی مربوط به تبیین محتوای آن مفاهیمی است که از نظر تئوریک دارای عملکرد برجسته‌ای هستند و از نظر خصوصیت،

³⁹ . Kenneth Einar Himma, *Morality and the Nature of Law*, (London, Oxford University Press, 2019) at 64

⁴⁰ . Sean Coyle, 2002, *Hart, Raz and the Concept of Legal System*, Law and Philosophy, Vol 21, No 3, 2002, at 286

⁴¹ . Joseph Raz, *Ibid* 1975, at 160

⁴² . *Ibid*, p 9

حقوقی تلقی می‌شوند. این مفاهیم شامل مفهوم قانون^{۴۳}، اقتدار^{۴۴}، اعتبار^{۴۵} و نظام حقوقی^{۴۶} است.

برای اینکه دانش حقوقی چیزی فراتر از صرف توانایی ساخت احکام قضایی باشد، باید شبکه‌ای از مفاهیم در دسترس ما قرار بگیرد که بتوانیم روابط مختلف را از طریق آن مفاهیم شناسایی کنیم و در مورد آنها به بحث و گفتگو بنشینیم. همانطور که گفتیم شناسایی این مفاهیم باید با توجه به خصوصیات معنایی آنها صورت گیرد، که این کار را تنها می‌توانیم با ذکر شکل رفتار آنها با توجه به همه‌ی عناصر سازنده‌ی نظام انجام دهیم.

برای اینکه معیارهای شناسایی مفاهیم حقوقی بتوانند نظام‌های حقوقی را از سایر نظام‌های غیرحقوقی تفکیک کنند، باید قادر باشند به همه‌ی عناصر سازنده‌ی نظام اشاره کنند. تأکید بیش از حد بر شناسایی مفهوم نظام حقوقی براساس عنصر عضویت یک قانون در آن نظام، ما را از سایر عناصر سازنده غافل می‌کند. از عناصر سازنده‌ای همچون مقام‌های نظام حقوقی، نهادهای نظام و تابعان نظام، در آموزه‌ی رز غفلت شده است. برای رز ساختار کلی نظام و همچنین محتوای هنجارهای نظام نیز اهمیت چندانی ندارد. هرچند در «کتاب مفهوم نظام حقوقی» به این موارد اشاراتی داشته است اما آنها را در شناسایی مفهوم نظام حقوقی وارد نکرده است. بنابراین استدلال رز به‌هرحال با مشکل روبرو است. زیرا آموزه‌ی حقوقدان علی‌القاعده با اصل عدم وجود نظام آغاز می‌شود و در این صورت نظام‌هایی مانند حقوق بین‌الملل که فاقد ویژگی‌های مهمی مانند بندهای مجازات یا هرگونه عواقب کیفری است که بتوان آن را به عنوان نظام «حقوقی» نامید. لذا رویکرد ما این است که آموزش حقوق فقط مربوط به آموزش یک سبک استدلال با اصول هنجاری و واقعی نیست بلکه در مورد القاء دانش حقوق است، درست همانطور که معنای آموزش ریاضیات فقط چگونگی اثبات قضایا نیست.

43 . Concepts of law

44 . Authority

45 . Validity

46 . Legal system

تمایز و تشخیص ما از روابط موجود بین مفاهیم مختلف حقوقی نیاز به تئوری‌های فلسفی پیچیده ندارد اما نیاز به استناد به معیارهای بینابینی یا مشترک دارد، بنابراین ما متعهدیم حداقل در بعضی موارد به نتایج مفهومی خاص بر اساس کارکردهای معین در مفاهیم حقوقی بپردازیم. بر همین اساس کنار گذاشتن ایده‌ی شناسایی معیارها، کنار گذاشتن این عقیده است که نظام‌های حقوقی از هر نوع نظام دیگری که دارای روابط هنجارین است، متمایز هستند و به همین ترتیب موضوع اصلی قانون چیزی جز یک بخش غیرقابل تفکیک از موضوعات اصلی ترکیبی همه‌ی این نظام‌ها نخواهد بود. بنابراین از نظر نگارنده نظام حقوقی مورد نظر پوزیتیویست‌ها مطابق معیارهای تشخیص خودشان، به وضوح همان چیزی نیست که آنها فکر می‌کنند ساخته‌اند. آنها مطمئناً نظامی هنجارین را ساخته‌اند، اما آیا این نظام هنجارین دقیقاً همان نظام حقوقی است؟

۶ - آیا معیارهای رز برای شناسایی و ساخت نظام حقوقی کافی است؟

تلاش رز در گفتارهای پایانی «کتاب مفهوم نظام حقوقی» در نهایت برای دستیابی به یک کار نظری دقیق با تأکید بر مدل استاندارد یک نظام حقوقی به ما نشان داد که هنوز هیچ روش واضح و مستقیمی وجود ندارد که بتوان با استفاده از آن، نظام حقوقی را تنها با تکیه بر معیار شناسایی از نظر معنایی مشخص کرد. از دو معیار شناسایی رز که بالا مورد بررسی قرار گرفت، قبلاً شاهد عدم قطعیت ملاک اول (یعنی مبانی معنایی و تجربی عضویت در نظام) برای موارد مرزی بودیم. ملاحظات فوق نشان می‌دهد که معیار دوم (یعنی عضویت از طریق شمول) نیز تفاوتی با مورد اول ندارد. تعدد و تنوع شکل‌های زبانی مورد نیاز برای عبارات حقوقی نشان می‌دهد که تلاش برای محدود کردن انواع تعبیر استفاده شده در عبارات حقوقی، کمک چندانی برای شناسایی معیارها نخواهد کرد. با وجود محدودیت‌هایی که ذکر شد، می‌توانیم بگوییم مطابق با ساختار جوزف رز و تنها با تکیه بر معیار عضویت در نظام، چیز دقیقی وجود ندارد که بتوان از آن به عنوان نظام حقوقی یاد کرد. گرچه وجود معیار عضویت در نظام، ضروری به نظر می‌رسد اما ناکافی است. همانگونه که گفته شد، با

تکیه بر رویه‌های عادی زبانی برای شناسایی مفهومی نظام حقوقی باید به همه‌ی عناصر سازنده‌ی نظام توجه کنیم.

نقد دیگری که می‌توان به آموزه‌ی رز وارد کرد، این است که او پاسخ روشنی برای موارد مرزی نداشت. روش رز در هنگام مواجهه با موارد مرزی همانطور که دیدیم شناسایی یک مورد پارادایم و طبقه‌بندی موارد غیراستاندارد براساس مطابقت با معیارهای مورد پارادایم بود. او اصرار داشت که در چنین شرایطی باید مشکلات را همانجا کنار گذاشت و اعتبارنامه‌ی نظام را تأیید کرد. بالاتر نشان دادیم که این روش تصمیم‌گیری منطقی به حساب نمی‌آید، اما رز تصور می‌کرد این امر منطقی یا حداقل غیرخودسرانه است. این مسئله باعث عدم توانایی رویکرد رز در پاسخگویی به دلایلی می‌شود که چرا باید برخی از نظام‌های دستوری، حقوقی تلقی شوند؟ درحقیقت نظریه‌ی جوزف رز به دلیل ماهیت ابزارهایی که در این مسیر استفاده شده، ناقص است. مفاهیم اصلی شناسایی معیارها مانند عضویت در نظام، تز منابع و غیره که برای تفکیک نظام‌های حقوقی یا کاربرد حقوقی مفاهیم از مواردی که حقوقی نیستند مورد استفاده قرار گرفته، همگی ماهیتاً منطقی‌اند. اما قدرتی که رویه‌های عادی زبانی که در هنگام تکلم با یک زبان در اختیار ما قرار می‌دهد، قادر است که دانش و استدلال ما در مورد مفاهیم حقوقی را به نحو معقولی توسعه دهد،^{۴۷} و این موضوعی است که رز آن را در محاسبات خود وارد نکرده است. هارت که قانون برای وی مفهومی از یک امر منطقی بود، احتمالاً از مشکل آگاه نبوده است. رز از آن آگاه بود، اما تمام پاسخ وی این بود که توصیه کند؛ «هنگام مواجهه با موارد مرزی، بهتر است که وجود مشکل اعتبارنامه‌های آنها را بپذیرید... و آن مشکلات را کنار بگذارید.»^{۴۸} اما همانطور که دیدیم یک پاسخ نسبتاً مضیق آن است که معیارهای پوزیتیویستی هیچ مفهوم بهتری برای توانایی شناسایی ما در موارد «استاندارد» نظام حقوقی نسبت به نظام‌های مرزی ایجاد نمی‌کند. اما در گفتمان پوزیتیویستی این پرسش همچنان بدون پاسخ باقی می‌ماند که آیا در استفاده از مفاهیم حقوقی چیزی وجود ندارد که بتواند به تفکیک مبانی استدلال حقوقی از دیگر اشکال استدلال کمک کند؟

⁴⁷ . Sean Coyle, Ibid, p 295

⁴⁸ . Joseph Raz, Practical, 1975, Ibid, at150

۷ - نتیجه گیری

با توجه به مطالب مطروحه به نظر می‌رسد، آموزه‌ی نهادی قانون از دو بُعد دچار نقصان است. اول این که این تنوری نتوانسته به اندازه‌ی کافی به مسئله‌ی محتوای نظام حقوقی توجه کند و به همین خاطر نیز یک توضیح ناکافی از پویایی نظام حقوقی ارائه می‌دهد. آموزه‌ی نهادی هیچ دلالتی راجع به ماهیت یا ویژگی اخلاقی قانون در نظام حقوقی ندارد. تا آنجا که به آموزه‌ی نهادی مربوط می‌شود، غیرممکن است که محتوای اعتبار قانونی ضرورتاً توسط اصول اخلاقی، محدود شود. بنابراین این تنوری نیازمند مکمل‌های ذاتی اخلاقی و اجتماعی خواهد بود. دوم آنکه عدم توجه کافی به همه‌ی عناصر سازنده‌ی نظام حقوقی، از دیگر ضعف‌های آموزه‌ی رز است. با توجه به اینکه رویکرد ما در این پژوهش تأکید بر رویه‌های عادی زبانی در تجزیه و تحلیل مفاهیم حقوقی است، لذا باید به مجموعه‌ی عناصری تکیه داشت که یک نظام هنجاری نهادی را به عنوان نظام حقوقی توصیف می‌کند. به این ترتیب می‌توان گفت که یک مجموعه شرایط منحصر به فردی وجود دارد که چیزی را به عنوان نظام تشکیل می‌دهد و از این رو رویه‌های عادی زبانی ما، مفهومی از نظام را تعریف می‌کنند که می‌تواند هم شامل شرط عضویت در نظام که مورد تأکید رز بود، باشد و هم شامل سایر خصوصیات ماهوی نظام باشد. از سوی دیگر یک نظام فقط باید به این دلیل در رسته‌ی نظام حقوقی طبقه‌بندی شود که بهتر از هر چیز دیگری حقوقی توصیف می‌شود. رویکرد رویه‌های عادی زبانی به سادگی بیانگر این حقیقت است که در هر جامعه‌ای با یک نظام حقوقی، هنجارهای حقوقی دارای ویژگی‌های خاصی هستند که آنها را به عنوان یک موضوع مفهومی، از هنجارهای سایر نظام‌های نهادی مانند اخلاق که ممکن است برای ارزیابی رفتار افراد در آن جامعه مورد استفاده قرار بگیرند، متمایز می‌کند. بنابراین تأکید بیش از حد بر شرط نهادی بودن ماهیت نظام و نادیده گرفتن سایر عناصر می‌تواند گمراه‌کننده باشد.

منابع

کتاب‌ها

- رز، جوزف، مفهوم نظام حقوقی درآمدی بر نظریه‌ی نظام حقوقی، ترجمه علی‌اکبر سیاپوش، (تهران: انتشارات شهردانش، ۱۳۹۴)
- کلسن، هانس، نظریه‌ی حقوقی ناب مدخلی به مسائل نظریه‌ی حقوقی، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱)
- کلسن، هانس، نظریه‌ی محض حقوق و دولت، ترجمه محمدحسین تمدن جهرمی، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵)
- هارت، هربرت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، (تهران: انتشارات نی، ۱۳۹۵)

References

Books

- Alchourron, Carlos, and Bulygin, Eugenio, *Normative systems*, (London: Springer, 1973)
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, (New York: Noonday Press, 1954)
- Australia, Edwards, *Accommodating Multiculturalism in Law, Studies in Legal Systems* (London: Kluwer, 1996)
- Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government*, (Oxford: Oxford University press, 2012)
- Carty, Anthony, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of Law*, *European Journal of International Law*, Vol 2, (1991)
- Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Edited by Paul Craig, (London: Clarendon press, 2012)
- Himma, Kenneth Einar, *Morality and the Nature of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2019)
- Raz, Joseph, *The Concept of Legal System, An introduction to the theory of legal system*, (Oxford: Oxford University Press, 1980)
- Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press, 1994)
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, (Oxford: Oxford University Press, 1988)
- Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, (London: Hutchinson, 1975)
- Raz, Joseph, *Authority of Law*, (London: Clarendon Press, 2009)
- Kratochwil, Friedrich, *Rules, Norms and Decisions: on the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs* (London: Cambridge University Press, 1989)
- Posner, Richard, 1996, *Law and Legal Theory*, (London: Clarendon Press, 1996)

- Scobbie, Iain, *Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism About Sceptical Radicalism* (Oxford: Oxford University Press, 1991)

Articles

- Coyle, Sean, *Our knowledge of the Legal Order*, *Legal Theory* Vol115 No 5, (1999)
- Coyle, Sean, *Hart, Raz and the Concept of Legal System*, *Law and Philosophy*, Vol 21, No 3, (2002)
- Paulson, Stanley, *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, *The Modern Law Review*, Vol 80, Issue 5, (2017)