

می‌خواست منادی این معنی دوم بود و فرعون در مقام پاسداری از وضع موجود طالب آزادی در معنی اول بود.

گفت فرعونش ورق در حکم ماست دفتر و فرمان و حکم این دم مراست

همان تقابل کهن در میان هواداران حفظ وضع موجود و داعیان اصلاح و دگرگونی است که در هر روزگار شکلی دیگر بر خود می‌گیرد و با شعاری دیگر به میدان می‌آید.

در دوران تازه تا آن زمان که دژ دولت به دست مردم فتح و تسخیر شد آزادی همواره در مخاصمه با دولت بود و از آنگاه که مردم آن دژ را گشودند و کوتوالان کهن را بیرون راندند و اداره آن را به کارگزاران خود سپردند این بحث پیش آمد که آیا اظهار بدبینی و خصومت نسبت به دولت در وضع جدید تا چه حد منطقی است و چرا باید در تضعیف دولتی کوشید که قرار است عامل ما باشد و از سوی ما کار بکند؟ مخالفان می‌گفتند که نفس قدرت در هر دست که باشد فساد می‌آورد و دولت امروزی هم که خود را منتسب به مردم می‌داند اگر می‌خواهد در دعوی خود صادق بماند باید از تمرکز و تورم قدرت بر حذر باشد. پرهیز از مستی قدرت شرط سلامت و لازمه بهداشت دولت است. بحث ما در این باره باز ادامه خواهد داشت.

## فصل ششم

www.ketabfarsi.com

# رویکردهای تازه در حق و قانون

www.KetabFarsi.com



### مروری دوباره بر بحث حقوق و اخلاق

در فصول آغازین این کتاب چند مسئله مهم را روشن کردیم که اول از همه معنی و مفهوم حق بود و معلوم افتاد که عنصر اصلی و جوهری در مفهوم حق سلطه و اختیار است. احساس حق داشتن با احساس سلطه همعنان است و این احساس در وهله اول با آگاهی انسان بر مسلط بودن بر نفس خود پیدا می شود. احساس تسلط بر خویشتن را انسان حتی در حالت جنینی با جنبش و حرکت تجربه می کند. ملازمه حرکت و زندگی چنان است که گویی جنین با جنباندن اندام خود اعلام موجودیت می کند و آن جنبش تعبیری است از حق حیات او، و چنین است که تسلط آدمی بر اعضا و جوارح خود از آغاز زندگی تا پایان آن ادامه می یابد و منشأ حق مالکیت می شود زیرا که ملک ثمره کار و دستاورد حرکت انسان است. آن بشر ابتدایی وقتی که میوه درختی را می چیند و از آن خود می کند یا مفاکی در پای کوه می کند و آن را کنام خود می سازد و دیگری را در آن راه نمی دهد در واقع بر ثمره کار خود مسلط می شود. سپس به مبادله ثمره کار خود با ثمره کار دیگران می پردازد که منشأ حقوق معاملات و پیمان هاست. زناشویی آدمی زاد نیز

توأم با یک مفهوم پیمان است که آن را از جفت‌گیری‌های جانوران دیگر جدا می‌سازد و منشأ حقوق خانواده می‌شود.

آنگاه آدمی زاد برای حفظ حق حیات و بقای خود به تشکیل حکومت تن در می‌دهد. حکومت حراست و پاسبانی جان و مال و خانوادهٔ آدمیانی را که در قلمرو معینی با هم زندگی می‌کنند برعهده می‌گیرد و برای آن که بتواند وظیفهٔ خود را انجام دهد سلطه و اختیاری پیدا می‌کند که از آن به حق حاکمیت تعبیر می‌شود.

این جمله از حقوق به طور طبیعی و خودجوش در میان آدمیان پیدا می‌شود و محتاج آن نیست که از خارج وضع و برقرار گردد. آدمی به صرافت طبع و هوش فطری خود راه‌کارهایی را درگیر و دار زندگی پیدا می‌کند که منشأ حقوق و اخلاق است.

حقوق و اخلاق دو زمینهٔ بحث از قواعد ناظر بر نیازمندی‌ها در زندگی و راه‌کارهای مقابله با آنهاست که به مرور زمان و طی قرون و اعصار اندک اندک پیش رفته و به تدریج نضج پیدا کرده و جا افتاده است. هواداران نظریهٔ حقوق طبیعی و قرارداد اجتماعی معمولاً در بحث‌های خود از آن دوران بسیار طولانی تقلا و تکاپو که بشر پیش از ورود به جامعهٔ مدنی گذرانیده است به سرعت رد می‌شوند و فراموش می‌کنند که بشر از آغاز خلقت دارای این مایه از جلای ذهن و تیزی عقل نبود که امروز در دوران تمدن و فرهنگ از آن برخوردار است. صحبت از مقولاتی چون چراغ عقل و فکرت و رهبری طبیعت و فطرت گاهی این حقیقت را که آدمی برای دستیابی به راه حل‌ها و چیرگی بردشواری‌ها چه مراحل را پیموده و چه زمان‌های طولانی در عالم حیرت و دهشت و وحشت به سر برده است در پردهٔ خفا می‌گذارد. تصویری که در این بحث‌ها از مراحل ابتدایی زندگی بشر ارائه می‌شود ممکن است گمراه‌کننده باشد و این تصور خطا را در ذهن القا کند که گویی همه چیز حاضر و آماده بود. جاده‌ای بود مستقیم و صاف و گرفتاری انسان

تنها آن بود که هوا تاریک بود و در تاریکی نمی شد راه رفت. اما این تاریکی نیز چاره داشت و چاره آن خیلی آسان بود. کافی بود که آدمی زاد دست ببرد و چراغ عقل و فکرت را از طاقچه طبیعت و فطرت برگردد تا بتواند پیش پای خود را خوب ببیند و خرامان خرامان راه زندگی را ببیند. ابر و باد و مه و خورشید و فلک در کاراند / تا توانی به کف آری و به غفلت نخوری! ... چنین تصویری البته از حقیقت دور است و میلیون ها سال تکاپو و تلاش بی وقفه آدمی زاد، و مرارت ها و مصیبت ها و آفت ها و مخافت هایی را که در سر راه این موجود آسیب پذیر - ولی سمج و سرتق - بوده است نادیده می گیرد.

### بازگشت به جدال اصحاب حقوق طبیعی و حقوق موضوعه

آنچه مسلم است، و در خور تأمل و اندیشه است، بحث حقوق طبیعی از بیست و پنج قرن پیش به اشکال مختلف در میان متفکران جریان داشته است. عمده اختلاف میان هواداران حقوق طبیعی و پوزیتیویست ها این است که گروه اخیر حقوق را چیزی جز یک نظام قانونی وابسته به یک جامعه معین نمی دانند و حال آن که گروه اول حقوق را به مثابه آرمان مشترک جوامع بشری تلقی می کنند. البته برداشت بشر از ارزش های اخلاقی در زمان ها و مکان های مختلف فرق می کند. هواداران حقوق طبیعی هم این واقعیت را منکر نیستند اما می گویند آرمان حقوق که برقراری نظمی مقرون به خیر است به رغم این دگرگونی ها در تمام ازمنه و امکانه معتبر و پابرجاست. حالا بگومگوها و احتجاجاتی که در توضیح و توجیه این دیدگاه در میان آمده است در جای خود قابل بحث است اما توجه و دل مشغولی اهل تفکر به نظریه های مبتنی بر حقوق طبیعی، و استمرار آن در طی مدت دراز بیست و پنج قرن، شگفت انگیز می نماید. باید چیزی در این نظریه ها باشد که آدمی زاد همواره در پاسخ به نیازی درونی متوسل به آنها می شود. قوی ترین نیاز آدمی زاد نیاز به امنیت است، ادامه حیات نیازمند حفاظ امنیت است، نیازمند آن است

که تجاوز و تهدید بر عرصهٔ حیات مستولی نگردد. نیاز به امنیت نیز نیاز به آزادی را همراه می‌آورد و این دغدغهٔ امنیت و آزادی است که پاسخ خود را در نظریه‌های مبتنی بر حقوق طبیعی می‌جوید.

### هابز و فهرست بندی قوانین طبیعی

هابز در چند مورد از کتاب لویاتان بر لزوم تفکیک حق طبیعی<sup>۱</sup> از قانون طبیعی<sup>۲</sup> تأکید دارد. معیاری که او برای تفکیک حق از قانون ارائه می‌دهد تا چه حد درست و کارساز است در اینجا مورد نظر ما نیست. اما هابز به دنبال بحث خود نوزده قانون مهم طبیعی را شناسایی می‌کند و شرح کوتاهی در بیان هر یک از آنها می‌آورد که اجمالاً به آن اشاره می‌کنیم:

به گفتهٔ هابز قانون‌های طبیعی احکام یا قواعد کلی هستند که آدمی را از عمل یا ترک عملی که موجب فنای او می‌شود و حیات و موجودیت او را به مخاطره می‌اندازد منع می‌کنند.

احکام نوزده‌گانهٔ قوانین طبیعی هابز عبارت‌اند از: وجوب صلح، وجوب صرف نظر کردن از حق فرد به خاطر حفظ صلح، وجوب حرمت عهد و پیمان، وجوب شکر منعم، وجوب تساهل و مدارا، وجوب عفو کسی که بد کرده و از کردهٔ خود نادم شده باشد، وجوب مکافات، وجوب خودداری از اهانت به غیر، وجوب اجتناب از کبر و غرور، وجوب احتراز از تعدی به دیگران، وجوب رعایت انصاف، وجوب رعایت مساوات با دیگران در مشترکات عامه، وجوب توسل به قرعه در مواردی که استفادهٔ مشترک از مال مشاع یا تقسیم آن متعذر باشد، وجوب رعایت حق تقدم و سبق تصرفات، وجوب تضمین امنیت میانجی‌گران صلح، وجوب تسلیم به حکمیت، وجوب احتراز انسان از داوری دربارهٔ خود، وجوب احتراز انسان از قضاوت در امری که خود در آن ذی‌نفع باشد، وجوب اعتبار قائل شدن به شهادت

<sup>۱</sup> natural right

<sup>۲</sup> natural law

شهود برای فصل دعوی در اختلاف متداعیین.

تأملی در فهرست واجبات یا قوانین طبیعی هابز، از این لحاظ که ببینیم بحث دقیقاً روی چه چیزهاست و قواعد کلی مورد نظرِ داعیان حقوق طبیعی چه بود، بسیار سودمند است. هابز می‌گوید این قانون‌ها فقط در یک جامعه مدنی معنی پیدا می‌کنند. قانون‌های طبیعی تغییرناپذیر و ابدی هستند زیرا بی‌عدالتی، ناسپاسی، تکبر، تعدی و بی‌انصافی را در هیچ جا و در هیچ زمان نمی‌توان مشروع دانست و عدالت، شکر نعمت، تواضع، انصاف و ترحم در همه جا و در هر زمان مطلوب است. بشر این قانون‌ها را به یاری عقل کشف می‌کند. عام بودن و سهل بودن دو صفت اصلی قانون‌های طبیعی است و علم به آن‌ها تنها فلسفه اخلاق راستین و تنها مبنای متقن برای شناخت و تمیز فضایل از رذایل است. <sup>۱</sup>

همین قانون‌های طبیعی هستند که پس از تأسیس دولت در جامعه مدنی جامعه عوض می‌کنند و در کسوت قوانین موضوعه درمی‌آیند و از ضمانت‌های اجرایی برخوردار می‌شوند. پس قانون طبیعی منشأ و منبع قانون وضع شده و رسمیت یافته از سوی دولت است. <sup>۲</sup>

نظریه‌های حقوق بشر سر تا سر قرن هجدهم اروپا را زیر نفوذ خود گرفت. فلاسفه روشن‌اندیشی در فرانسه — و نیز متفکران دیگری همچون کانت در خارج فرانسه — اصول جهانی منبعت از وجدان اخلاقی آدمی زاد را حول همان محور نظریه‌های حقوق طبیعی پی گرفتند. فرق نمی‌کند که این اصول را به وجدان یا اخلاق یا حقوق الهی منتسب بدانیم. این گونه تعبیرات شکل‌های مختلف بیان یک معنی است و آن معنی اگر به هزار زبان سخن می‌گوید یک چیز می‌خواهد، قواعدی جهان شمول برای حکومت بر اعمال بیرونی آدمی زاد را طلب می‌کند، دنبال قانونی می‌گردد که محصول سواد و درس و حتی تجربه نیست و اعتبار خود را در ورای بنیادهای حاکم، اعم از دولت و کلیسا و غیر آن، می‌جوید.



### مشخصات سه گانه حقوق طبیعی

بدین گونه مشخصات سه گانه زیر را در همه تفسیرهای گوناگون حقوق طبیعی که تا کنون پیشنهاد شده است می توان یافت:

(۱) جهانی بودن؛ (۲) ضرورت؛ و (۳) ثبات.

جهانی بودن این حقوق بدان معنی است که اصول آن در همه زمان ها و مکان ها یکسان است و ضرورت آن از این روست که مراعات آن مقتضای طبیعت عقلانی آدمی زاد است و ثبات آن نتیجه وابسته نبودن به هیچ مرجع بشری است.

### حقوق طبیعی در محاق

ناسیونال سوسیالیسم آلمان و فاشیسم برتفوق حقوق موضوعه تأکید می نهادند. این رژیم های تمامت طلب با نظریه های پوزیتیویستی که مفهوم دولت گرایی را ترویج می کرد پیوند نزدیک داشتند. برای چنان رژیم هایی چه بهتر از این که مردم به چیزی بالاتر از قوانین موجود کشور باور نداشته باشند و تصمیمات و مقررات دولت را بی هیچ چون و چرا کار بندند.

با رواج بازار پوزیتیویسم بحث حقوق طبیعی تقریباً در سر تا سر قرن نوزدهم در محاق قرار گرفت. <۲> پوزیتیویست ها بر آن بودند که حقوق طبیعی قابل اثبات نیست یعنی کسی نمی تواند وجود عینی آن را نشان دهد. در واقع تنها حقوقی قابل اثبات است که از نفاذ و قابلیت اجرایی برخوردار باشد. قانونی که با خیال راحت بتوان از آن تخلف ورزید، قانونی که نتواند گریبان متخلف را بگیرد قانون نیست. قاعده های حقوقی منحصرأ توسط دولت می تواند مقرر گردد و دولت در تعیین آن قاعده ها نیازمند هیچ مرجع بالاتری نیست. مکاتب مختلف اثبات گرایی حقوق ریشه در تعالیم ماکیاولی، بوسوئه و هابز دارند، و خصیصه مشترک آن ها را تاریخی گری و نسبی گری می توان دانست. اثبات گرایی در هر حال اعتبار امر حقوقی را در یک واقعیت اجتماعی

می‌جوید که بتوان آن را مشخص کرد و روی آن انگشت نهاد. تجلی‌گاه آن واقعیت به نظر آستین «حکم حاکم» و به نظر کلسن چیزی است که آن را «قاعده بنیادین» نام می‌نهد.

### آستین (۱۷۹۰-۱۸۵۹م) و نظریه حکم

آستین بر آن است که قانون چیزی جز حکم حاکم نیست. او البته یک متفکر پوزیتیویست است و قانون را آنچنان که هست<sup>۱</sup> می‌بیند. تعریف او از قانون که به «نظریه حکم»<sup>۲</sup> معروف است در دو کلمه خلاصه می‌شود: حکم و حاکم. نخست ببینیم «حکم» چیست؟ آستین می‌گوید سه عنصر در حکم قابل تشخیص است: اول محتوا، و آن عبارت است از خواست موجودی عاقل که از موجود عاقلی دیگر می‌خواهد کاری را بکند یا کاری را نکند؛ دوم صورت، و آن عبارات و اشاراتی است که در بیان محتوا به کار گرفته می‌شود؛ سوم ضمانت اجرایی، که پی‌آمد تخلف از محتوا را معلوم می‌کند. آستین می‌گوید: قانون اگر چه حکم است اما هر حکمی قانون نیست. قانون نوع خاصی از حکم است. حکم آنگاه صورت قانون دارد که منتسب به شخص یا مقامی به عنوان «حاکم»<sup>۳</sup> باشد.

اما حاکم کسی است که در یک جامعه سیاسی مستقل ریاست فائده دارد. آستین می‌گوید: اگر جامعه‌ای باشد که قاطبه<sup>۴</sup> مردم آن از سروری اطاعت کنند و آن سرور خود در اطاعت سرور دیگری نباشد آن سرور را «حاکم» و آن جامعه را «جامعه سیاسی مستقل» می‌نامند. سرور ممکن است یک فرد باشد و نیز ممکن است که این عنوان به جمعی متشکل از افراد متعدد اطلاق شود.

### حاکمیت چیست؟

آستین از این تعریف خود دو نتیجه می‌خواهد بگیرد. اول آن که حاکمیت

<sup>۱</sup> as it is

<sup>۲</sup> Command Theory

<sup>۳</sup> sovereign

<sup>۴</sup> bulk

محدودیت ناپذیر است زیرا منطقی نیست که بگوییم حاکم خود خود را محدود می‌کند. اگر قبول کردیم که قانون چیزی جز حکم حاکم نیست نمی‌توانیم بگوییم که کسی برای خود قانون وضع می‌کند؛ و اگر بگوییم که یک حاکم می‌تواند به حکم حاکم دیگری ملتزم گردد در این صورت آن حاکم اول حاکم نخواهد بود و حاکم دوم است که حکومت دارد.

نتیجه دوم که آستین بر تعریف خود بار می‌کند غیر قابل تجزیه بودن حاکمیت است. حاکمیت که ملازمه با وجود جامعه سیاسی مستقل دارد در اطاعت معتاد مردم از یک فرد یا هیئتی از افراد خلاصه می‌شود و اگر بگوییم که این اطاعت قابل تجزیه است ناچار باید قائل به حاکمیت‌های متعدد و جامعه‌های سیاسی مستقل متعدد باشیم. تجزیه حاکمیت در یک جامعه سیاسی مستقل ممکن نیست.

در پاسخ بحث اول آستین گفته‌اند این که حاکم محدودیتی برای خود قائل شود امری غیر منطقی نیست زیرا ما در زندگی فردی نیز چه بسا محدودیت‌هایی برای خود قائل می‌شویم. بسیاری از امور را با اعتقادات وجدانی و باورهای خود منافی می‌یابیم و از ارتکاب آن‌ها خودداری می‌کنیم. کسی از خادم یا زن و بچه خود می‌خواهد که او را از افراط در طعام و شراب بازدارند. او خود حکم می‌کند که از پاره‌ای از احکام او سرپیچی نمایند و مانع زیاده‌روی‌های او گردند. آیا نمی‌توان قانون اساسی و محدودیت‌هایی را که برون آن متوجه حاکمیت یک دولت می‌شود با چنان وضعی مشابه دانست؟ در پاسخ بحث دوم نیز گفته‌اند چه اشکالی دارد که حاکمیت تجزیه شود، به این معنی که مردم در برخی از امور از یک حاکم و در برخی دیگر از حاکمی دیگر تبعیت نمایند؟ آیا نمی‌شود مثلاً مردم در قلمرو امور مذهبی از کلیسا و در قلمرو امور مدنی از دولت اطاعت کنند؟

آستین در نوشته‌های خود دقت می‌کند تا از تعبیرهایی که با مشرب پوزیتیویسم منافی در بیاید پرهیز نماید. مثلاً حاکم را به عنوان کسی که حق فرمانروایی دارد، یا به طور مشروع فرمان می‌راند، معرفی نمی‌کند بلکه

می‌گوید قانون فرمانی است که از سوی یک مقامی که فرمانش روا باشد صادر می‌شود. حاکم زیر فرمان کسی نیست و بخش اعظم جامعه عادهً از او فرمان می‌برند. چنین کسی وقتی چیزی را از مردم — یعنی اتباع خود — می‌خواهد به لسان امر و نهی می‌خواهد، یعنی «حکم» می‌کند و آن «حکم» قانون است. بنابراین تعریف آستین تعریفی عینی و تجربی است.

### آستین و اصل فایده

آستین هم قوانین بشری و هم قوانین الهی را مشمول تعریف خود می‌داند. هر دو نوع قانون شامل احکامی در زمینه رفتار و کردار است. قانون شرع احکامی است که از سوی شارعی عاقل برای افراد عاقل (مکلفین) مقرر می‌گردد و طریق دسترسی به آن احکام گاهی مراجعه به نصوص کتب مقدس است و گاهی باید از راه شهود و الهام به آن احکام دست یافت. آستین خود اصل «فایده» را کلید گنج قانون الهی می‌نامد. اصل فایده می‌گوید: عمل صواب آن است که بیش‌ترین سعادت و خوشی را برای مردم سبب شود. خَيْرُ النَّاسِ مَنْ يَنْفَعُ النَّاسَ. اما آستین بر لزوم تفکیک قانون شرع از قوانین بشری تأکید می‌ورزد و نیز مانند اثبات‌گرایان دیگر موجودیت قانون را از ارزش آن جدا می‌گیرد و بر آن است که بحث قانون نباید با باورهای اخلاقی درهم آمیخته شود.

این جدایی را همهٔ اثبات‌گرایان مهم می‌دانند و بر همان اساس است که بنام علم حقوق را به دو بخش تشریحی یا توضیحی<sup>۱</sup> و انتقادی<sup>۲</sup> تقسیم می‌کند.

### اوصاف قانون

آستین می‌گوید: هر قانونی که حقی را برقرار می‌کند در همان حال تصریحاً یا تلویحاً تکلیفی را نیز مقرر می‌دارد زیرا که حق و تکلیف با یکدیگر تلازم

<sup>1</sup> expository

<sup>2</sup> censorial

دارند. قانونِ موجدِ حق در واقع موجدِ تکلیفی هم هست. اگر حقی برای کسی شناخته می‌شود به این معنی است که تکلیفی بر عهدهٔ کسی دیگر مقرر گردیده است.

اما ضمانت اجرایی که پی‌آمد تخلف از حکم است در کلمهٔ مجازات خلاصه نمی‌شود؛ چه مجازات تنها یکی از اشکالِ ضمانت اجرایی است و ضمانت‌های اجرایی همیشه به یک شکل رخ نمی‌نماید. مثلاً در معاملهٔ خلاف قانون ضمانت اجرایی به صورت بطلان معامله در می‌آید و در مورد کسی که از حق قانونی خود تجاوز نماید ضمانت اجرایی به صورت از میان رفتن تکلیف متقابل آن حق خودنمایی می‌کند.

آستین در کنار قانون تام و تمام به یک رشته مقررات مشابه قانون هم اشاره می‌کند که آن‌ها را قانون به معنی مجازی یا استعاری<sup>۱</sup> می‌داند و مقصود او مقرراتی است از قبیل رسوم و عادات مبتنی بر احساسات عامه مانند طرز پوشیدن لباس و یا رفتارها و تشریفات که در روابط میان آدم‌های متعین رعایت می‌شود. آستین مقررات حقوق بین‌المللی را از این نوع قوانین می‌شمارد؛ چه آن مقررات ناشی از حکم حاکم نیست. در بالاسر<sup>۲</sup> دولت‌ها مرجعی که بر آن‌ها حکم کند وجود ندارد و نیز حقوق بین‌الملل فاقد ضمانت اجرایی است و از این رو نمی‌تواند قانون به معنی تمام کلمه به شمار آید.

### انتقاد هارت

هارت تعریف آستین را از قانون ناقص و معیوب می‌داند. او می‌گوید اولاً باید میان دو حالت فرق گذاشت که در یکی انسان مجبور<sup>۳</sup> به انجام کاری می‌شود و در دیگری مکلف<sup>۳</sup> به انجام آن می‌گردد. اگر مطابق تعریف آستین دآوری کنیم راهزنی که به زور تفنگ پول از ما می‌خواهد قانونی می‌گذارد و

<sup>۱</sup> metamorphical or figurative

<sup>۲</sup> obliged

<sup>۳</sup> obligated

ما مکلف به اطاعت از او هستیم. آن راهزن سرور قوم خود است و قصد خود را به روشنی بیان می‌کند و حکم او ضمانت اجرایی هم دارد که اگر تسلیم نشویم ما را می‌کشد. این‌ها همه اوصافی است که آستین برای قانون برمی‌شمارد. اما همه می‌دانند که حکم راهزن انسان را مقید به هیچ تعهد و تکلیف اخلاقی نمی‌کند. وانگهی تعریف آستین دو خصیصه عمده قانون را که استمرار<sup>۱</sup> و ثبات<sup>۲</sup> است مغفول می‌گذارد. حاکم قدرت قانون‌گذاری را از اسلاف خود می‌گیرد و قانون بعد از درگذشت واضع همچنان در جامعه مطاع و متبع است. فرض کنیم پادشاهی می‌آید و قوانینی می‌گذارد، مردم هم از او فرمان می‌برند و او از کسی فرمان نمی‌برد. تعریف آستین تا اینجا درست درمی‌آید اما او که مُرد چه اتفاق می‌افتد. مردم که از مُرده فرمان نمی‌برند. مُرده بر کسی حاکم نیست تا حکم او قانون باشد. پادشاه بعدی لابد باید دوباره همان احکام شاه گذشته را تنفیذ کند یا از سر نو احکامی دیگر بیاورد. حالا آمدیم پادشاه بعدی در وضعی نبود که چنین کند و مردم اصلاً از او اطاعت نکردند تا در مقام صدور حکم و وضع قانون باشد. پس باید گفت که جامعه بدون قانون می‌ماند و حال آن که عملاً چنین چیزی اتفاق نمی‌افتد و اطاعت مستمر مردم از قانون همچنان ادامه می‌یابد.

### کلسن و نظریه محض حقوق

مکتب اتریشی کلسن حقوق را نظامی از اوامر و احکام قضایی می‌داند که به ترتیب سلسله مراتب و به نحوی بسیار منضبط با هم ارتباط دارد. به نظر کلسن هر جامعه‌ای یک پایه اصلی یا قاعده بنیادین<sup>۳</sup> حقوقی دارد که کل نظام اعتبار خود را از آن می‌گیرد. مثلاً در کشورهای دارای قانون اساسی همین قانون اساسی است که چنین نقشی دارد و اعتبار کلیه قوانین دیگر منوط به موافقت با قانون اساسی است و در حقوق بین‌الملل «قاعده احترام

<sup>۱</sup> continuity

<sup>۲</sup> persistence

<sup>۳</sup> grundnorm

پیمان‌ها در حقوق بین‌الملل»<sup>۱</sup> همین نقش را بر عهده دارد. هانس کلسن واضع نظریهٔ محض حقوق<sup>۲</sup> است. کتاب او به همین نام در سال ۱۹۳۴ م به چاپ رسید. پس از جنگ جهانی دوم نیز او کتاب دیگری به نام نظریهٔ عمومی حقوق و دولت<sup>۳</sup> در سال ۱۹۴۵ م منتشر کرد. او می‌کوشد تا ملاحظات فلسفی، جامعه‌شناسانه و غیره را از مباحث حقوقی جدا سازد و می‌خواهد حقوق را — به اصطلاح خود — از هر گونه ایدئولوژی بپیراید و مانند همهٔ پوزیتیویست‌های دیگر می‌گوید: «است» حقوق از «باید» آن جداست. اما کلسن بر این نکته انگشت می‌گذارد که «است» های حقوق چیزی جز «باید» ها نیست و در نتیجه توصیف حقوق تبدیل می‌شود به توصیف یک رشته از «باید» ها. این «باید» ها از مقوله‌ای مشابه با «باید» های اخلاقی، ولی جدا از آن‌ها، هستند. کلسن بر آستین خرده می‌گیرد که او می‌خواهد «باید» های حقوقی را با «است» ها پیوند دهد، پس در پی شخص یا مقامی می‌گردد که حاکم نامیده می‌شود. شخص حاکم مطاع است و مطیع کسی نیست. اوست که قانون وضع می‌کند و دیگران مجبور به اطاعت از او هستند. بدین گونه در نظریهٔ آستین قانون که از مقولهٔ «باید» است به شخص حاکم که از مقولهٔ «است» است پیوند می‌خورد و از او منتزع می‌گردد و حال آن که در نظریهٔ کلسن هر «باید» منتسب به یک «باید» برتر است. «باید» های حقوقی را کلسن نرم یا قاعده می‌نامد. سلسله مراتبی در میان قواعد حقوقی وجود دارد و هر قاعده اعتبار خود را از قاعده‌ای بالاتر می‌گیرد و در نهایت کلیهٔ قواعد به قاعده‌ای بنیادین که امّ القواعد است منتهی می‌گردد و این امّ القواعد است که انسجام و وحدت کل نظام حقوقی کشور معینی را تضمین می‌کند. هانس کلسن مؤسس مکتب حقوقی وین است. تفاوت اصلی او با آستین در این است که کلسن سخت تحت تأثیر مکتب جدید کانتی قرار دارد و

<sup>۱</sup> *Pacta Sunt Servanda*

<sup>۲</sup> *Pure Theory of Law*

<sup>۳</sup> *General Theory of Law and State*

بر تمایز مقوله علم از مقوله اراده تأکید فراوان می‌گذارد. علم در قلمرو علیت کار می‌کند و از «است» ها سخن می‌گوید ولی کارکرد اراده در قلمرو عقل عملی و حیطة «باید» هاست. نظریه محض حقوقی هم به عنوان علم از قانونی که هست و در حیطة «است» قرار دارد بحث می‌کند و کاری ندارد که قانون چه باید باشد. حقوق یک علم هنجاری است که حتی به درجه کارایی هنجارها نمی‌پردازد. ارتباط نظریه محض حقوق با هر نظام معین از حقوق موضوعه همان ارتباط قوه به فعل است؛ یعنی حقوق موضوعه نظام فعلیت یافته و تحقق پذیرفته همان نظریه است که عناصر اصلی آن در هر کجا، فارغ از خصوصیات زمان و مکان، راست درمی‌آید. وجه امتیاز «باید» حقوقی از «باید» اخلاقی در ضمانت اجرایی است که اولی دارد و دومی ندارد. رابطه ضمانت اجرایی با «باید» حقوقی رابطه ترتب و توالی است یعنی اگر آن «باید» عمل نشود این یکی باید عمل شود. پی آمد تخلف از یک حکم رو به رو شدن با حکمی دیگر است. بی‌اعتنایی به «باید» حقوقی لاجرم واکنش ضمانت اجرایی را به دنبال می‌آورد.

اصولاً نظم حقوقی سلسله مراتبی از «باید» هاست که آستین آن را نظام «حکم» می‌نامد. اما کلسن اطلاق عنوان حکم را در این مورد جایز نمی‌داند چه این عنوان ذهن را از حکم به حاکم و عوامل روان شناختی منتقل می‌سازد و کلسن می‌خواهد نظریه خود را از این عوامل دور نگاه دارد. سلسله مراتب «باید» ها در نظریه کلسن در هر نظام حقوقی به یک مرجع نهایی که ام القواعد است منتهی می‌گردد و فرق نمی‌کند که آن مرجع نهایی یک پارلمان یا قانون اساسی مصوب در مجلس مؤسسان یا شخص یک فرمانروای مستبد باشد. تنها شرطی که کلسن برای این مرجع نهایی قائل است قدرت و اعتبار اوست تا دستورش از روایی و نفاذ لازم برخوردار باشد. از دیدگاه کلسن و هواداران او دولت و قانون یک چیز بیش نیست. دولت چیست جز یک نظام رفتاری و یک نظم اجبارگر اجتماعی؟ نظریه حقوقی محض کاری ندارد به این که خاستگاه یا محتوای نظم حقوقی چیست. ممکن است نظم حقوقی



برخاسته از یک حکومت دموکراتیک یا ارادهٔ یک فرد مستبد باشد. محتوای آن هم هرچه باشد، از دیدگاه کلسن، ربطی به حقوق دان پیدا نمی‌کند.

### توضیح کلسن دربارهٔ قانون و اخلاق

هانس کلسن قانون و اخلاق را دو سیستم هنجارین<sup>۱</sup> یا معیاری می‌داند که هر کدام در قلمرو خاص خود عمل می‌کنند و در آن قلمرو خاص تعارضی در میان آنها متصور نیست. فرض کنید من خطاب به شما می‌گویم: «برخیز و برو.» این یک حکم است. حالا اگر شما این حکم مرا اصلاً نشنیدید، یا شنیدید و اعتنا نکردید، ماهیت حکم مرا عوض نمی‌کند. جمله‌ای که من گفتم هم به لحاظ مفهوم و هم به لحاظ قواعد دستوری زبان یک جملهٔ امریه است. از این لحاظ قانون و اخلاق یکی هستند. هر دو آنها مشتمل بر یک سلسله اوامر و نواهی می‌باشند. فرض می‌کنیم قانونی آمد و گفت: برادر خود را بکش. این یک حکم است، چه به لحاظ مفهومی و چه به لحاظ قواعد دستور زبان. اخلاق هم در این مورد حکمی دیگر دارد که برادرکشی را منع می‌کند. این هر دو «حکم» است و از این جهت که «حکم» است ایرادی بر هیچ یک از آنها وارد نیست. این من مکلف هستم که در برابر دو حکم قرار می‌گیرم: حکمی که از من می‌خواهد کاری را بکنم و حکم دیگری که می‌خواهد همان کار را نکنم. هر یک از دو حکم از مرجعی جداگانه می‌رسد و این منم که باید در آن میان یکی را برگزینم. اما گزینش تابع عوامل و ملاحظات اجتماعی و روان‌شناختی است. در واقع آنچه مطرح هست مسئلهٔ تعارض میان اخلاق و قانون نیست بلکه مسئلهٔ ورود هم‌زمان دو حکم است، از دو مرجع مختلف، به شخصی واحد که وی ناچار یکی از آن دو را برمی‌گزیند. خلاصهٔ مقال آن که به نظر کلسن قانون نیز مانند منطق و اخلاق و گرامر (دستور زبان) مشتمل بر یک رشته قواعد است که مراعات آن لازم تلقی

<sup>۱</sup> normative

می‌شود. بر خلاف علوم طبیعی که وظیفه توصیف و تبیین پدیده‌ها را بر عهده دارد، حکم قانونی و حکم اخلاقی هر دو حکم هستند، منتهی این دومی حکمی قطعی است که اراده مستقل انسانی آن را درمی‌یابد و به اطاعت و فرمان برداری از آن — لافسه، و نه به ملاحظه عوامل و انگیزه‌های بیرونی مانند ثواب و عقاب — گردن می‌نهد و حال آن که اولی، یعنی حکم قانونی، چنان نیست بلکه حکمی است مردّد و مشروط. حکم قانونی می‌گوید اگر فلان کار را بکنی فلان نتیجه بر آن مترتب خواهد بود. پس کسی که آن نتیجه را نمی‌خواهد از آن کار خودداری می‌نماید، و نیز حکم قانونی از مرجعی خارجی به انسان خطاب می‌شود. در حکم اخلاقی خطاب کننده و مخاطب یکی است. انسان خود به خود فرمان می‌دهد و خود از خود فرمان می‌پذیرد ولی در حکم قانونی فرمان از بیرون می‌آید و در صورت نقض حکم هم نتیجه از بیرون بر انسان تحمیل می‌گردد. حقوق عبارت از نظام قواعدی است که دولت مقاصد خود را به وسیله آن اعلام می‌دارد، بلکه دولت از نظر حقوقی چیزی جز همان نظام قواعد نیست. علم حقوق خود را از پرداختن به محتوای قانون فارغ نگاه می‌دارد و آن بحث‌ها را به رشته‌های دیگر علوم حواله می‌دهد.

### انتقاد نظریه کلسن

اما آیا درست است که وظیفه قانون را در پیوند یک نتیجه به شرط خلاصه کنیم؟ نتیجه یا ضمانت اجرایی از نظر قانون‌گذار مقصود بالاصاله نیست. او حکمی داده است که می‌خواهد اجرا شود. اصل مقصود او در همان موضوع حکم نهفته است و نه در ارتباط میان عمل مکلف و ضمانت اجرایی آن. قصد قانون‌گذار نه پیشنهاد امری مشروط بلکه تقریر قاعده‌ای قطعی است و ضمانت اجرایی جنبه تبعی دارد. اگر قانون‌گذار می‌گوید مجازات زنا صد تازیانه است یا مجازات راننده‌ای که محدوده ترافیک شهری را رعایت نکند هزار تومان جریمه است مقصود آن نیست که هر کس بتواند صد ضربه تازیانه را تحمل کند یا هزار تومان جریمه را بپردازد آن جرم‌ها را مرتکب

شود. مقصود بازداشتن مردم از ارتکاب آن عمل‌هاست. از سوی دیگر کافی نیست که بگوییم حقوق عبارت از یک نظام قواعد است، زیرا اجرای حقوق مقتضی پیدا کردن راه‌ها برای مسائل گوناگون زندگی است و این مسائل هر کدام که به طور مشخص و معین ظهور پیدا می‌کند راه حل مناسب خود را از مجرای آن قواعد می‌جوید و لازمهٔ تطبیق قاعده با مصادیق مشخص تفسیر آن است. پس قاعدهٔ قانونی در یک مجموعهٔ عقلانی جای می‌گیرد تا تطبیق آن با واقعیات مشخص امکان پذیر گردد. به عبارت دیگر قاعده چارچوبی است که امکانات مختلفی را می‌تواند پذیرا شود. هر قاعدهٔ حقوقی آستن تفسیرهای گوناگون است و از میان آن‌ها باید یکی ارجحیت یابد و به کار گرفته شود. بنابراین بسنده کردن به چارچوب کلی قانون و چشم پوشیدن از محتوای اخلاقی، اجتماعی یا اقتصادی آن میسر نیست. این نیز با تئوری کلسن وفق نمی‌دهد.

کلسن برای قاعدهٔ بنیادین در هر نظام حقوقی یک حداقل «روایی» را لازم می‌داند. این روایی یا نفاذ و اعتبار از کجا می‌آید؟ آیا شرط حصول آن متابعت اکثریت است یا متابعت اقلیتی برگزیده؟ یا اصلاً صرف زور و قدرت است که آن مایه از اعتبار و روایی را در دست می‌کند؟ پاسخ هرچه باشد ناقض نظریهٔ حقوق محض خواهد بود و بحث از عوامل سیاسی و اجتماعی را ناگزیر خواهد نمود.

تأکید کلسن بر این قول که دولت چیزی جز یک نظام قواعد نیست حقیقت امر را عوض نمی‌کند. او البته اندیشهٔ حقوق درون ذاتی<sup>۱</sup> را که بر ارادهٔ فاعل مبتنی است نفی می‌کند ولی آنگاه که حقوق از محتوای درون ذاتی خالی شد چیزی جز دولت و ارادهٔ دولت باقی نمی‌ماند و این همان تئوری حاکمیت آستین است که کلسن می‌خواست از آن فاصله بگیرد. <۲> نظریهٔ آستین که قانون را چیزی جز حکم حاکم نمی‌داند نظریه‌ای

<sup>۱</sup> subjective

زورمدار<sup>۱</sup> و نظریه کلسن قاعده مدار<sup>۲</sup> است. اثبات گرایان کلاسیک پیروان آستین اند. کلسن نیز در میان اثبات گرایان جدید نفوذ و اعتباری بسیار دارد. در این میان هارت کوشیده است تا خط فکری مستقلی را دنبال کند و ضعف‌ها و کم‌آمدهای آن دو متفکر پیشین را برطرف سازد.

### هارت و مفهوم حقوق

کتاب هارت درباره مفهوم حقوق<sup>۳</sup> که در سال ۱۹۶۱ م چاپ شد تأثیری عظیم داشت و فلسفه حقوق را در قلمرو فلسفه، جامعه‌شناسی و اقتصاد وارد کرد. منظم‌ترین و قوی‌ترین بیان مکتب اثبات‌گرایانه حقوق در کتاب اوست. هارت در پی اندیشه‌های آستین و کلسن رفته و به توضیح و تبیین بسیاری از ابهامات و بکردهای آن دو صاحب نظر توفیق یافته است. آستین می‌گفت که یک نظام حقوقی مجموعه‌ای از پند و اندرز نیست بلکه هدف اصلی قانون و خصیصه بارز آن این است که برخی اقدامات را از حوزه اختیار و پسند فرد خارج سازد. هارت اصولاً این نکته را می‌پذیرد و توضیح می‌دهد که قانون مجموعه‌ای یک رشته قواعد است و احکام قانون جنبه انشایی دارد. حتی جامعه ابتدایی یک رشته قواعد دارد که هدف آن تنظیم رفتار افراد در اوضاع و احوال مختلف است. این قواعد تکالیف و تعهداتی را بر افراد بار می‌کند، مثلاً این که خارج از ایل و قبیله خود زن نگیرند یا مال غیر را محترم بشمارند و به جان و مال کسی تجاوز ننمایند. اما قانون در یک نظام پیشرفته علاوه بر این که مشتمل بر قواعد امره ناظر بر اندیشه تعهد و تکلیف است یک رشته احکام غیر الزامی و ارشادی نیز دارد که فرد را در عمل به آن‌ها مجاز و مختار می‌گرداند. قانونی که سر تا سر آن مشتمل بر تعهد و تکلیف باشد قانون ابتدایی است. هر چه جامعه گسترده‌تر و پیشرفته‌تر باشد بروسعت قوانینی که مشتمل بر احکام خیار و غیر الزامی است می‌افزاید.

<sup>1</sup> coercive character

<sup>2</sup> normative character

<sup>3</sup> *The Concept of Law*

قواعد حقوقی صرفاً برای این نیست که بگویند فلان مجازات در انتظار شماست. بلکه یک قاعده حقوقی باید به مثابه دلیلی عمل کند که بتواند بیانگر و توجیه کننده ضمانت اجرایی خود باشد.

قاعده حقوقی در درجه اول تکالیف و تعهداتی را مقرر می‌دارد که چون معیار و محک، در رد و قبول اعمال، مورد استناد قرار می‌گیرد. در هر جامعه قانون تعیین کننده ضوابطی برای رد یا توجیه اعمال شهروندان است که مورد قبول اکثریت آنها می‌باشد. حالا فرض کنیم جامعه‌ای داریم با یک رشته از قواعد ابتدایی، یعنی قواعدی که تنها تعهداتی را برای افراد مقرر می‌دارد، و آنگاه فرض کنیم که بیش تر یا همه افراد این جامعه از یک منظر درونی در آن قواعد می‌نگرند. چنین جامعه‌ای چه کم و کسری دارد و چرا آن را فاقد نظام حقوقی می‌دانیم؟ چنین جامعه‌ای نمی‌تواند گسترده و بزرگ باشد، افراد آن باید با پیوند خویشاوندی به هم بسته باشند، باید احساسات مشترک و باورهای مشترک داشته باشند. آن جامعه باید در محیط ثابتی قرار داشته باشد تا بتواند به زندگی خود ادامه دهد. اما اگر بخواهیم عناصر پیچیده تری را در این جامعه وارد کنیم، بافت آن عوض خواهد شد و مشکلاتی پیش خواهد آمد که برخورد با آنها از عهده قواعد ابتدایی ساخته نیست. هارت در این زمینه از سه مشکل عمده بحث می‌کند: مشکل عدم قطعیت قواعد<sup>۱</sup>، مشکل ایستا بودن<sup>۲</sup> جامعه و مشکل ناکارآمد بودن<sup>۳</sup> نظام حقوقی. مشکل عدم قطعیت به این معنی است که در یک جامعه ابتدایی نه از وجود قاعده‌ای می‌توان به قطع و یقین اطمینان حاصل کرد و نه می‌توان در موردی که قاعده‌ای با قاعده‌ای دیگر تعارض پیدا می‌کند تصمیم گرفت. هارت از مشکل آنتیگون در نمایش نامه سوفوکل یاد می‌کند. آنتیگون چنان که در افسانه‌های یونانی آمده است دختر اودیپ بود که چون برخلاف اوامر پادشاه کرئون در مراسم تدفین برادر خود پولونیکس شرکت کرد به حکم پادشاه زنده

<sup>1</sup> uncertainty

<sup>2</sup> static

<sup>3</sup> inefficiency

به گور شد. در آنجا دو قاعدهٔ ابتدایی وجود دارد: اول لزوم ادای احترام به خانوادهٔ مرده، دوم لزوم اطاعت امر پادشاه. پس آنگاه که کرئون برادرِ آنتیگون را خائن می‌خواند و شرکت در مراسم تدفین او را، که در جنگ کشته شده بود، منع می‌کند آنتیگون نمی‌داند که چه بکند. >ه<

در بیان مشکل دوم نیز هارت می‌گوید تغییر و تحول در یک جامعهٔ ایستا یا خیلی کند و بطئی است و یا اصلاً نیست، که در هر حال منجر به پوسیدگی و فناى آن می‌گردد. اما مشکل سوم، ناکارآمدی قواعد اولیه است. یعنی اگر در میان دو نفر اختلاف پیدا شد معلوم نیست که چه باید کرد. مرجعی وجود ندارد که فرد متخلف را به رعایت قاعده وادارد و این همان مشکل است که هابز در جامعهٔ اولیه روی آن انگشت می‌گذارد.

هارت می‌گوید برای رفع این نقایص سه‌گانه لازم خواهد بود یک رشته قواعد ثانویه<sup>۱</sup> در کار بیاید. با به کار گرفتن این قواعد ثانویه است که جامعهٔ ابتدایی به یک جامعهٔ منظم سامان یافته تبدیل می‌شود. قواعد اولیه اگر با هدف وضع تکالیف و تعهدات به وجود آمده بود قواعد ثانویه با هدف دادن اختیارات به وجود می‌آید.

اهم قواعد ثانویه هم سه تا است: اول قواعد ناظر بر شناسایی<sup>۲</sup> که تشخیص و تعیین قواعد اولیه را تسهیل می‌کند و مردم را قادر می‌سازد بر این که قانون را از غیر قانون باز شناسند. دوم قواعد ناظر بر تغییرات<sup>۳</sup> است که اختیارات شهروندان در اعمال اراده برای قراردادهای خصوصی و اختیارات قوهٔ قانون‌گذاری برای وضع و اصلاح قوانین را وارد میدان می‌کند. سوم قواعد ناظر بر تحاکم و دادرسی<sup>۴</sup> که اختیارات قوهٔ قضائیه را برای حل و فصل دعاوی شامل می‌شود. بدین سان مردم اولاً در شناخت قانون دچار مشکل نمی‌شوند، ثانیاً مردم اختیاراتی را که دارند از طریق عقود و

<sup>۱</sup> secondary rules<sup>۲</sup> rules of recognition<sup>۳</sup> rules of change<sup>۴</sup> rules of adjudication

ایقاعات مورد استفاده قرار می‌دهند و حقوق و تعهدات جدیدی در میان می‌آید که جواب‌دهی تحول و پویایی جامعه باشد، و ثالثاً مرجعی برای فیصله‌ی منازعات پیدا می‌شود. این سه مشخصه یعنی معین بودن قواعد تعهدات و قابل شناسایی بودن آنها، و اختیارات قوه مقننه و مردم برای ایجاد حقوق و تعهدات تازه و وضع و نسخ قوانین، به اضافه سازمانی به نام دادگستری است که جامعه مدرن امروزی را از جوامع ابتدایی جدا می‌سازد. <۶>

### مکتب رئالیسم یا واقع‌گرایی حقوقی

در اوائل قرن بیستم گروهی از حقوق دانان امریکایی مانند الیور وندل هلمز و جروم فرانک و کارل لولین مکتبی را بنیاد نهادند که به نام واقع‌گرایی حقوقی<sup>۱</sup> شناخته می‌شود. بنیان‌گذاران این مکتب بر آن‌اند که قانون دانشی کارکردی<sup>۲</sup> است و ربطی به منطق ندارد و در قلمرو قانون هیچ قاعده‌ای در کار نیست. اگر قاعده‌ای در کار است، پس این همه اختلاف از کجاست؟ اگر قانون هم مثلاً مانند شطرنج بود، که قواعدی داشت، مردم آن‌ها را به کار می‌گرفتند و اختلاف پیش نمی‌آمد، همچنان که در بازی شطرنج اختلاف پیش نمی‌آید و تکلیف امر برای هر کس روشن است. اما مسئله حقوقی چنین نیست. نتیجه یک دعوی و حکم دادگاه را درباره آن نمی‌توان به یقین پیش بینی کرد. نقش قاضی در مسائل حقوقی بسیار مهم است. می‌شود گفت که حکم کاملاً تابع تشخیص و صلاح‌دید قاضی است. قاضی که حکمی را انشا می‌کند در واقع موجد و آفریننده آن حکم است. او می‌تواند راه‌های مختلفی را برگزیند و راهی که مآلاً برمی‌گزیند برآمد عوامل گوناگون است. مثلاً حالت روانی قاضی، طبقه اجتماعی که به آن وابستگی دارد، باورها و ارزش‌های مورد نظر او تمام در حکمی که او می‌دهد انعکاس

<sup>۱</sup> Legal Realism

<sup>۲</sup> functional

می‌یابد. هر یک از این عوامل سهمی در تصمیم قاضی دارند. «واقع‌گرایی» یعنی بررسی علمی این که دادگاه در موضوع معینی چرا و چگونه تصمیم می‌گیرد. مقصود اصلی نه یک تمرین آکادمیک در چگونگی تصمیمات بلکه بحث و فحص در چرایی آنهاست. به نظر واقع‌گرایان قانون چیزی است که دادگاه تصمیم می‌گیرد نه آن که قواعد اقتضا می‌کند. در حوزه قانون قواعد حکومت نمی‌کنند بلکه اشخاص (قضات) هستند که حکم می‌رانند. شعار اصلی واقع‌گرایان چیزی است که هلمز در مقاله‌ای به سال ۱۸۹۷ م آورده است. او می‌گوید: تبه‌کاری که بیش از همه نگران قانون است کاری به متون حقوقی و آرای نویسندگان ندارد. او به اصول موضوعه نظریه پردازان و قیاسات آنان پرکاهی ارزش قائل نمی‌شود. او تنها می‌خواهد بداند آن کسی که بر مسند قضا نشسته است چه حکم می‌کند و چه می‌خواهد. وقتی او از قانون می‌پرسد صرفاً می‌خواهد بداند که حکم دادگاه چیست. من نیز بر آنم که قانون چیزی جز پیش‌گویی حکم دادگاه نیست. <۷>

### نقد نظر رئالیست‌ها

ممکن است قاضی در تصمیمات خود دست خوش هوا و هوس شود. ممکن است که از نظر اخلاقی یا سیاسی بتوان بر او خرده گرفت. اما این خرده‌گیری‌ها عملاً چه تأثیری می‌تواند داشت؟ از نظر قضایی تصمیم قاضی کار را تمام می‌کند و حرف آخر را او می‌زند.

اما این گفته که قانون همان چیزی است که قاضی در دادگاه تصمیم می‌گیرد خود محتاج تأمل است. اولاً دادگاه چیست؟ این را قاعده معلوم می‌دارد نه چیزی دیگر؛ ثانیاً قاضی که در مقام تفسیر قانون بر می‌آید چه کار می‌کند؟ واقع‌گرایان اصلاً منکر این معنی هستند که قاضی در مقام تفسیر قانون باشد. آنها می‌گویند قاضی در مقام فصل خصومات است و فرق نمی‌کند که او از طریق مراجعه به رویه قضایی تصمیم خود را گرفته باشد یا اخذ رشوه و



انگیزه‌های شخصی در تصمیم او دخالت داشته باشد. اما آیا واقعاً چنین است؟ مسائل حقوقی جملگی در امور ترافعی یعنی خصومات و منازعات خلاصه نمی‌شود. کسی که می‌خواهد شرکتی تأسیس بکند یا وصیت‌نامه‌ای بنویسد یا در مقام تنظیم قراردادی است اختلافی با کسی ندارد. او در درجه اول می‌خواهد بداند قانون چه می‌گوید، از قانون رهنمود می‌خواهد که چه ضوابطی را باید رعایت کند و چه راه‌هایی را برای نیل به مقصودی که در نظر دارد باید برود. او می‌خواهد از راه کارهایی که قانون در پیش پایش گذارده است استفاده کند. پس اگر او از مشاور حقوقی خود می‌پرسد که حکم قانون در این باره چیست، مشاور نمی‌تواند از تصمیمات احتمالی دادگاه‌ها سخن بگوید. او ناچار احکام قانون را — فارغ از هر تصمیم که دادگاه می‌تواند بگیرد — بیان می‌کند.

تحلیل‌های واقع‌گرایان البته از این لحاظ مفید است که معلوم می‌دارد حقوق، برخلاف آنچه بیش‌تر دانشجویان این رشته می‌پندارند، در تطبیق منطقی احکام قانون با مصادیق خلاصه نمی‌شود. درباره مسائلی که به دادگاه ارجاع می‌گردد غالباً یک رشته شبهات موضوعی و یک رشته شبهات حکمی پیش می‌آید. شبهات موضوعی راجع به واقعیاتی است که رخ داده و رأی قاضی درباره آن‌ها خواسته شده است. مقایسه و تطبیق و نتیجه‌گیری از اسناد و مدارک و شهودی که برای اثبات رویدادی ارائه شده یک بخش از کار دادگاه است. مراجعه به متون حقوقی و رویه‌های قضایی و آرای صاحب‌نظران هم بخشی دیگر است و در هر دو بخش هزار مشکل هست. اسناد و مدارک ممکن است تاب تعبیر و تفسیرهای گوناگون داشته باشد. شهود ممکن است در بازگویی قضایا ناخودآگاه دچار آفت‌های نسیان و تخلیط گردند. در تمام این مراحل برداشت‌ها و دیدگاه‌ها و گرایش‌های شخصی قضات دخیل است. حالت روانی قاضی، طبقه اجتماعی که به آن تعلق دارد، اعتقادات و ارزش‌های مورد علاقه او در نظری که اتخاذ می‌کند و حکمی که می‌دهد انعکاس می‌یابد.

### رفتارگرایان حقوقی

واقع‌گرایی حقوقی همزاد با گرایش تجربی و عمل‌گرایانه امریکاست که آثار ویلیام جیمز و جان دیویی را در عالم فلسفه از مظاهر عمده آن باید به شمار آورد. بازتاب همین گرایش در رشته‌های مختلف اقتصاد و تاریخ و غیره نیز نمودار است.

مباحثه‌ها و تحلیل‌های واقع‌گرایان در پیدایش مکتب جدید رفتارگرایی حقوقی<sup>۱</sup> مؤثر افتاده است. رفتارگرایان بررسی‌های گسترده‌ای را دربارهٔ سلوک دادرسان و واکنش‌های آنان با استفاده از تکنیک‌های مطالعات جامعه‌شناسانه انجام می‌دهند. صاحبان این بررسی‌ها بر نکاتی تأکید می‌گذارند که تاکنون کمتر مورد توجه واقع می‌شد — از این قبیل که قضات نوعاً آدم‌های محافظه‌کار و طرفدار دولت هستند و امثال آن — و از این طریق مدعی‌اند که می‌توانند تا نود درصد نتیجهٔ دادرسی‌ها را پیش‌بینی کنند. <۸> رفتارگرایی حقوقی را باید فرزند علوم اجتماعی دانست. در این بررسی‌ها برای هر یک از عوامل مؤثر در تصمیم‌گیری وزنی قائل می‌شوند و جزئیات محاسبات فنی و ریاضی آن‌ها در اشکال بسیار پیچیده، همراه با اصطلاحات نوظهور، عرضه می‌شود که فهم و درک آن‌ها نیازمند اطلاعات ویژه و ورزش فکری بسیار زیاد است و از همین رو برای حقوق‌دانان معمولی غریب و نامأنوس می‌نماید. پیچیدگی این محاسبات و فراوانی اطلاعات ریز و جزئی که باید در آن بررسی‌ها به کار گرفته شود طبعاً پای کامپیوتر و منطق سمبولیک را در میان کشیده و به تأسیس رشتهٔ خاصی که ژوری متریکس<sup>۲</sup> نام گرفته منتهی گشته است. <۹>

### واقع‌گرایان اسکاندیناوی

تقریباً همزمان با ظهور واقع‌گرایی حقوقی در امریکا مکتب دیگری به همین

<sup>۱</sup> Judicial Behaviouralism

<sup>۲</sup> Jurimetrics

نام در کشورهای اسکانندیناوی پدید آمد که از پیشروان نام‌دار آن می‌توان هاگستروم و اولیور کرونا و راس را نام برد. واقع‌گرایان اسکانندیناوی حقوق را به عنوان پدیده‌ای قابل مشاهده در نظر می‌گیرند و هرگونه ملاحظات فراحسی (متافیزیک) را که از زنجیره علت و معلول و واقعیات تجربی خارج باشد مردود می‌دانند و قضایایی را که از طریق مشاهده تجربی قابل اثبات نباشند بی‌معنی تلقی می‌کنند.

این دیدگاه در قلمرو حقوق با اشکالاتی مواجه است، زیرا بسیاری از قواعد حقوقی بر اساس تلقی هنجاری از ارزش‌ها، مانند خوب و بد، حق و عدالت، بنیاد نهاده شده‌اند. این تلقی مخصوص قلمرو «باید» هاست و قلمرو «باید» برخلاف قلمرو «است» از حیطة مشاهده بیرون است و در چنبر حس و تجربه در نمی‌آید. پس اگر بناست که کل اندیشه‌های حقوقی با یک برچسب «متافیزیک» باطله و مهمل خوانده نشود واقع‌گرایان باید راه دیگری را برای تبیین و توجیه آن‌ها ارائه دهند.

واقع‌گرایان اسکانندیناوی می‌گویند هیچ ضابطه عینی برای خوب و بد و عادلانه و غیرعادلانه و امثال آن وجود ندارد. آنچه هست برداشت‌های ذهنی و احساس‌های درونی گوناگون مردم است و خصوصیت هنجارین قاعده‌های حقوقی نیز از همین تأثرات روان‌شناختی و احساسات درونی آدم‌ها برمی‌خیزد. حق چیزی جز شور و احساس قدرت، و تکلیف چیزی جز احساس محدودیت و مجبوریست. راس و اولیور کرونا می‌گویند قضایای هنجاری را باید به عنوان شکل خاصی از زبان در نظر گرفت. در واقع اگر کسی خود را مکلف به انجام امری می‌داند به این معنی است که او چنین احساسی در درون خود دارد؛ یا اگر کسی حقی دارد به معنی آن است که او قدرتی در درون خود احساس می‌کند. بنابراین از نظر واقع‌گرایان اسکاتلندی مفهوم هنجارین و اعتبار و الزام‌آور بودن قانون چون رویدادهایی نفسانی تلقی می‌شود و قانون جایگاهی را که دارد از مسیر روان‌شناسی به دست می‌آورد و این حالت نفسانی در مردم از آنجا پیدا می‌شود که زور

پشتیبان قانون است. در هر حال از این دیدگاه الزام آور بودن قانون واقعیتی است که در ذهن انسان جای دارد.

اولیور کرونا و راس هر دو معتقدند که مخاطب قواعد قانونی در درجه اول شاغلین مناصب قضا هستند و افراد مردم را باید مخاطبان درجه دوم آن شناخت. بنابراین قواعد حقوقی چیزی جز پیش بینی رفتار قضات نیست. در اینجا آرا و عقاید واقع گرایان اسکاندیناوی با عقاید واقع گرایان امریکایی مشابهت پیدا می کند اما اسکاندیناوها برخلاف امریکایی ها قبول دارند که نتیجه دادرسی با مراجعه به قواعد حاصل می شود و پیروی دادرسان از قانون به دلیل الزامی بودن آنهاست؛ یعنی آنجا که امریکایی ها تمام تأکید را روی تجربه و عملکرد می گذارند اسکاندیناوها بر اعمال منطقی قواعد بر مورد دعوی تأکید می ورزند.

### پی آمدهای تعارض قانون و اخلاق

پرونده های قضایی که پس از پایان جنگ دوم جهانی در مراجعی چون دادگاه نورمبرگ و نیز در محاکم داخلی آلمان غربی مطرح شد انواع و اقسام مظالم و مفاسد شرم آور را، از دوران حاکمیت نازی ها، بر ملا ساخت. متهمان برخی از این پرونده ها زنانی بودند که در آن دوران بر ضد شوهران خود به مقامات امنیتی گزارش داده و با علم و اطلاع از عواقب کار خود آنان را به پای اعدام یا زندان فرستاده بودند. نازی ها مردم را تشویق می کردند تا هر اقدام یا اظهاری را که موجب تضعیف نظام یا تزلزل روحیه نیروهای مسلح باشد گزارش دهند. زنانی بودند که از حرف های شوهر خود بوی مخالفت با پیشوا یا نارضایتی از اوضاع را استشمام می کردند و داوطلبانه در محاکم اختصاصی علیه شوهر شهادت می دادند. تعدادی از پرونده ها هم مربوط به متهمانی بود که در چارچوب قوانین و مقررات آن زمان، مستقیم یا غیر مستقیم، در قتل عام یهودیان و زندانیان سیاسی دست داشتند، مانند مأموران حمل و نقل که در اعزام بازداشت شدگان به کوره های آدم سوزی

وظیفه‌ای را که بر عهده آنان محول شده بود انجام داده بودند. متهمان شماری دیگر از پرونده‌ها از کادر قضایی و دادرسان دادگاه‌هایی بودند که با شرکت در تصمیم‌گیری‌ها و صدور احکام وسیله اجرای مقاصد غیرانسانی نظام نازی شده بودند. در بسیاری موارد این متهمان اندک اندک و به تدریج در این ورطه هولناک غلتیده و موقعیت و حیثیت قضایی خود را آلت دست سیاست روزگردانیده بودند. در آن دوران اثبات‌گرایی مطلق بر جو قضایی آلمان مسلط بود. می‌گفتند: قانون قانون است<sup>۱</sup> و باید اجرا شود. حتی برخی از حقوق‌دانان نازی بر آن بودند که اوامر و رهنمودهای پیشوا فراتر از احکام قانون است و تمام سرمایه دانش و هنر خود را بر آن می‌گماشتند که قانون را طوری تفسیر کنند که با آن رهنمودها جور دربیاید. تصمیمات قضایی همه از ایدئولوژی و مصلحت نظام الهام می‌گرفت و پیشوا مظهر و مثل نظام بود و این برداشت به ویژه در اواخر دوران تسلط نازی‌ها مفاسدی عظیم به بار آورده بود.

دیوان عالی جمهوری فدرال آلمان در سال ۱۹۵۱ م پرونده‌ای را رسیدگی می‌کرد که متهم آن یک کارمند سیاسی از مأموران مخصوص «مبارزه با روحیه یأس و تقویت اراده مقاومت» بود. شاکی پرونده زنی بود که با شوهر خود در سال ۱۹۴۵ م به اتهام پناه دادن به یک دختر نیمه یهودی بازداشت شده بود و چون شوهر او قصد فرار داشته است متهم پرونده که مأمور نگهداری بازداشت‌شدگان بود با گلوله او را کشته بود و در گزارش رسمی این طور منعکس شده بود که او در نتیجه سگته ناگهانی فوت کرده است. این متهمان البته اعمالی را مرتکب شده بودند که در حین ارتکاب آن‌ها به موجب قوانین موضوعه حاکم در آلمان نازی جرم شناخته نمی‌شد و اگر رژیم نازی سقوط نمی‌کرد می‌توانستند حتی به گذشته خود افتخار بکنند. اگر هم قانون جدیدی پس از جنگ آن اعمال را جرم می‌شناخت

<sup>۱</sup> Gesetz als Gesetz

عطف به ماسبق کردن قانون جدید با قواعد اخلاقی منافات می‌داشت. پس ناچار می‌بایستی این محاکمات را به نام قانونی فراتر از قوانین موضوعه انجام می‌دادند.

### قانون بی‌قانون

چگونه می‌توان کسی را از بابت عملی که قوانین کشور آن را مجاز می‌دانسته است مجازات کرد؟ رادبروخ که نام دارترین شارحان مکتب فلسفی نسبتِ حقوق به شمار می‌آمد <sup>۱۰</sup> و نظر او مبنای کار بسیاری از محاکم آلمان غربی پس از جنگ بود آن گونه قوانین دوران نازی را «قانون بی‌قانون» می‌خواند؛ قانونی که فاقد هستهٔ عدالت است. آنجا که تجاوز به عدالت به حدی غیر قابل تحمل می‌رسد و قانون بی‌قانونی حکم فرما می‌شود اطاعت از قانون محملی ندارد. ولی مرز میان قانون راستین و قانون بی‌قانون کجاست؟ و چه محک و معیاری برای تشخیص آن می‌توان ارائه کرد؟ این بود نموداری از مسائل و مشکلاتی که زمینهٔ بازگشت و احیای فکر حقوق طبیعی را پس از جنگ جهانی دوم فراهم ساخت.

### قانون برتر از قانون

بیست قرن پیش سیسرون از قانون برتری سخن گفته بود؛ قانون برتری که پیش از پیدایش دولت وجود داشته است و در جمیع اعصار آینده هم وجود خواهد داشت.

بعدها گروسیوس نیز گفته بود که هیچ قانون بشری نمی‌تواند با قواعد آن قانون برتر مخالف باشد. ویلیام بلاکستون (۱۷۲۳ تا ۱۷۸۰ م) حتی تأکید کرده بود که قوانین بشری اعتبار و نفاذ خود را از قانون طبیعت اخذ می‌کنند و در صورتی که با آن ناسازگار باشند اعتبار خود را از دست می‌دهند. چیزی را که قانون طبیعت یا قانون الهی ممنوع کرده است نمی‌توان به حکم قانون بشری مجاز دانست.

### اعتراض بنتام

بنتام اما می‌گوید این سلاخی است که بلاکستون (معاصر کهن سال‌تر بنتام) در اختیار متعصبان گذاشته تا آن را بر ضد دولت‌ها به کار گیرند. اگر این شعار جامه عمل به خود پوشد هیچ دولتی، ولو یک روز، دوام نمی‌آورد؛ چه در قلمرو وسیع مفاهیم مبهم حقوق طبیعی همیشه می‌توان چیزی یافت که با فلان قانون بشری ناسازگار باشد. در این صورت هر کس می‌تواند دستاویزی پیدا کند و به بهانه آن از زیر بار قوانین دولتی در برود. هواداران این مکتب بر آن اند که هر جا حقوق طبیعی در معرض تهاجم قرار گیرد شهروندان باید برپا خیزند و به دفاع از آن پردازند. قانونی که با اصول حقوق طبیعی وفق ندهد نه تنها در خور اطاعت نیست بلکه باید به مخالفت با آن برخاست. بنتام پاسخ می‌دهد در این صورت باید گفت که حقوق طبیعی همواره در کمین قانون نشسته و آماده شکستن حریم و امحای قانون است و از این رو باید آن را بزرگ‌ترین دشمن عقل و وحشتناک‌ترین عامل مخرب دولت به شمار آورد.

### راس و هم‌صدایی با بنتام

راس، فیلسوف و حقوق‌دان واقع‌گرای دانمارکی، که پیش‌تر از او نام برده‌ایم، با بنتام هم‌آواز است. وی می‌گوید:

حقوق طبیعی چون فاحشه‌ای می‌ماند که خود را در اختیار هر کس قرار می‌دهد. هیچ ایدئولوژی نیست که نتوان در هواداری از آن به حقوق طبیعی استناد نمود زیرا که مبنای حقوق طبیعی، در تحلیل نهایی، برمکاشفه و شهود است و مکاشفات اشخاص با هم تفاوت دارد. چرا مکاشفه من به اندازه مکاشفه شما اعتبار نداشته باشد؟»<sup>۱۱</sup>

### زیر و بم سخن بنتام

اما سخن بنتام زیر و بمی دارد که در همه جا با هم نمی‌خواند. او خود در مقاله‌ای که از «تأثیر زمان و مکان در قانون‌گذاری» بحث می‌کند به یک