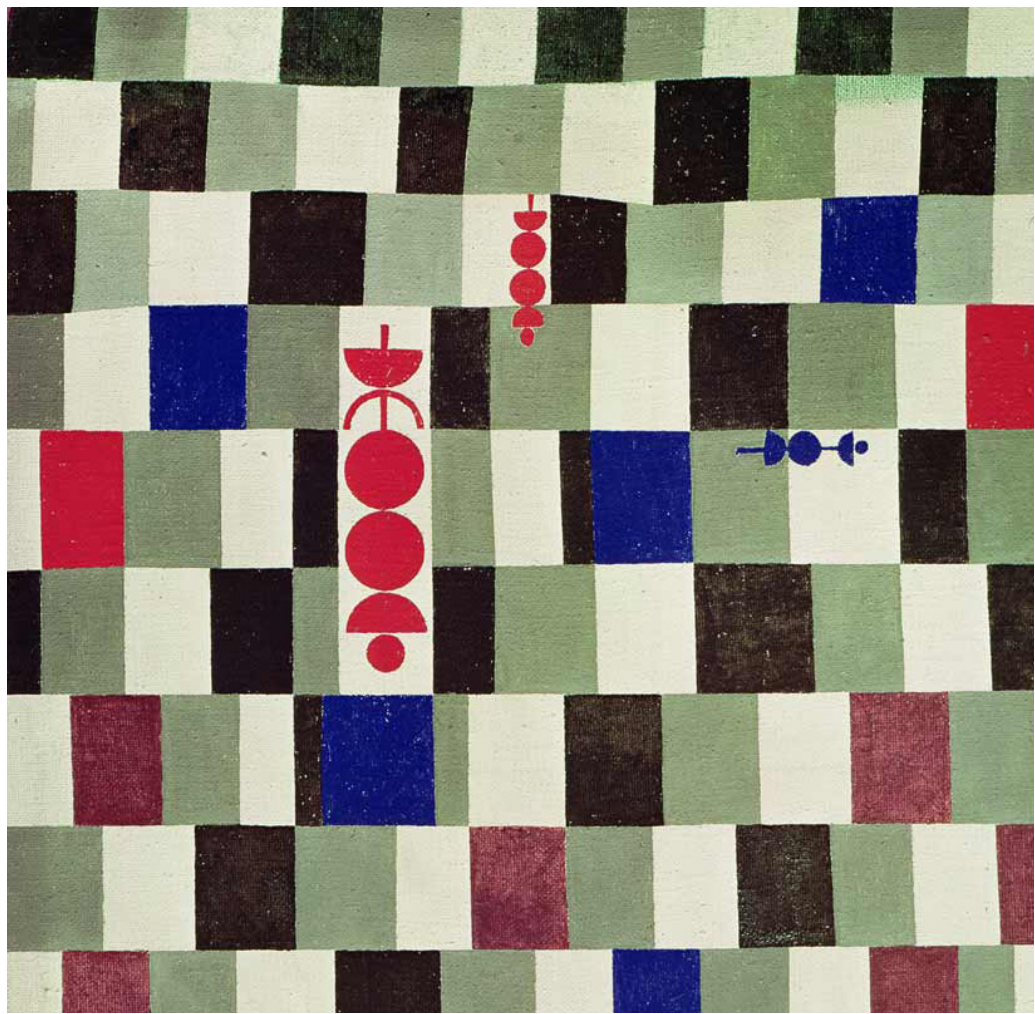




فلسفه حقوق

متن درسگفتار

Download from: aghalibrary.com

مدرس: آرش نراقی



فلسفه حقوق

متن درسگفتار

آرش نراقی





آموزشکده الکترونیکی
برای جامعه مدنی ایران

<http://www.tavaana.org>

پروژه

e-collaborative
for civic education

<http://www.eciviced.org>

فلسفه حقوق (متن درس گفتارها)

ناشر: E-Collaborative for Civic Education

مدرس: آرش نراقی

نقاشی روی جلد: Super Chess اثر پل کله

e-collaborative for civic education

E-Collaborative for Civic Education (ECCE) یک سازمان غیرانتفاعی در ایالات متحده آمریکا، تحت 501c3 است که از فن آوری اطلاعات و ارتباطات برای آموزش و ارتقای سطح شهروندی و زندگی سیاسی دموکراتیک استفاده می کند. ما به عنوان بنیانگذاران و مدیران این سازمان، اشتیاق عمیق مشترکی داریم که شکل دهنده ایده های جوامع باز است. همچنین برای ما، شهروند، دانش شهروندی، مسئولیت و وظیفه شهروندی یک فرد در محافظت از یک جامعه سیاسی دموکراتیک پایه و اساس کار است؛ همان طور که حقوق عام بشر که هر شهروندی باید از آنها برخوردار باشد، اساسی و بنیادی هستند. ECCE دموکراسی را تنها نظام سیاسی قادر به تامین طیف کاملی از آزادی های شهروندی و سیاسی برای تک تک شهروندان و امنیت برابری و عدالت می داند. ما دموکراسی را مجموعه ای از ارزش ها، نهادها و فرآیندها می دانیم که مبشر صلح، توسعه، تحمل و مدارا، تکرارگری و جوامعی شایسته سالار که به کرامت انسانی و دستاوردهای انسانی ارج می گذارند، است. ما پروژه اصلی ECCE یعنی «آموزشگاه توانا: آموزشگاه مجازی برای جامعه مدنی ایران» را در سال ۲۰۱۰ تأسیس کردیم. آموزشگاه توانا در ارائه منابع و آموزش در دنیای مجازی در ایران، یک نهاد پیشرو است. توانا با ارائه دوره های آموزشی زنده در حین حفظ امنیت و با ناشناس ماندن دانشجویان، به یک جامعه آموزشی قابل اعتماد برای دانشجویان در سراسر کشور تبدیل شده است. این دروس در موضوعاتی متنوع مانند نهادهای دموکراتیک، امنیت دیجیتال، حقوق زنان، وبلاگ نویسی، جدایی دین و دولت و توانایی های رهبری ارائه می شوند. آموزشگاه توانا آموزش زنده دروس و سمینارهای مجازی را با برنامه هایی مثل مطالعات موردی در جنبش های اجتماعی و گذارهای دموکراتیک، مصاحبه با فعالان و روشنفکران، دستورالعمل های خودآموزی، کتابخانه مطالب توصیفی، ابزارهای کمکی و راهنمایی برای آموزشگران ایرانی و حمایت مداوم و ارائه مشاوره آموزشی برای دانشجویان تکمیل کرده است.

تلاش ما برای توسعه توانایی های آموزشگاه توانا متوجه گردآوردن بهترین متفکران ایرانی و صداهای محذوف است. به همین ترتیب، به دنبال انتشار و ارتقای آثار مکتوب روشنفکران ایرانی هستیم که ایده های آنان توسط جمهوری اسلامی ممنوع شده است.

یکی از نقاط تمرکز تلاش توانا، ترجمه متون کلاسیک دموکراسی و مقالات معاصر در این باره و نیز ترجمه آثار مرتبط با جامعه مدنی، حقوق بشر، حاکمیت قانون، روزنامه نگاری، کنشگری و فن آوری اطلاعات و ارتباطات است. امید ما این است که این متون بتواند سهمی در غنای فردی هموطنان ایرانی و برساندن نهادهای دموکراتیک و جامعه ای باز در ایران داشته باشد.

سپاسگزار بازتاب نظرات و پیشنهادهای شما

مریم معارصادقی

اکبر عطری

M. Memaradeh

Akbar Attari

فهرست

۹	مقدمه ناشر
۱۳	گفتار نخست: تطبیق روش های عقلی فلسفه در حوزه قانون
۳۳	گفتار دوم: نظریه قانون طبیعی
۵۳	گفتار سوم: پوزیتیویسم قانونی (آستین)
۷۳	گفتار چهارم: پوزیتیویسم قانونی (هارت)
۹۱	گفتار پنجم: نظریه قانون طبیعی (روایت های متاخر)
۱۱۵	گفتار ششم: جلسه ششم: نظریه قانون طبیعی (قرائت های متاخر - لیون فولر)
۱۲۹	گفتار هفتم: واقع گرایی قانون
۱۵۱	گفتار هشتم: قانون به مثابه یک کل منسجم

مقدمه ناشر

آنچه خواهید خواند متن ویراسته درس گفتارهای دکتر آرش نراقی (استادیار دین و فلسفه در کالج مراوین، شهر بتلهم، ایالت پنسیلوانیا) با عنوان «فلسفه حقوق» است. این هشت گفتار به صورت وینار در تابستان ۲۰۱۴ در آموزشکده توانا ارائه شده است. به درخواست علاقمندان، افزون بر فایل صوتی، اینک متن این گفتارها نیز منتشر می‌شود. در ویرایش فنی، جملات و عبارات از شکل گفتاری به صورت نوشتاری تبدیل شده‌اند. همچنین برخی عبارات - که به مقتضای گفتاری بودن درس و گاه به تناسب پرسش‌های مخاطبان - تکرار شده بوده‌اند، حذف شده‌اند و تلاش شده که خواننده با نوشتاری خوشخوان مواجه شود. در ویرایش علمی، برخی اصطلاحات توضیح داده شده و گاه مثال‌هایی به متن افزوده شده است. به هر روی باید توجه داشت بن‌مایه متن حاضر، گفتارهای دکتر نراقی است و با متنی که از اساس به عنوان کتاب تدوین شده باشد، تفاوت‌هایی دارد.

امید است متن حاضر اقدامی شایسته و تاثیرگذار در بیشتر آشنا شدن قضات، وکلا، دانشجویان حقوق، فلسفه و فقه با مبانی قانون و دیدگاه‌های معاصر فلسفی-حقوقی (که یکی از مقدمات ضروری حاکمیت قانون است) تلقی شود. توانا از زحمات ویراستار این متن نیز تشکر و قدردانی می‌نماید.

در معرفی محتوای اثری که در دست دارید می‌توان گفت «چستی قانون» و «نسبت قانون و اخلاق» دو موضوع کانونی آن هستند. درباره ماهیت قانون چند تئوری مهم بررسی می‌شود؛ از جمله نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی با دو خوانش کلاسیک و معاصر آن، همچنین نظریه قانون در مکاتب تحقیقی (پوزیتیویستی) حقوق. خواهید دانست که در خوانش سنتی مکتب حقوق طبیعی، قانون موضوعه عبارت است از ترتیبات و مقرراتی که یک مرکز صاحب اقتدار سیاسی برای تدبیر امور جامعه وضع می‌کند. این مقررات را وقتی می‌توان «قانون» تلقی کرد که با نظم طبیعی جهان سازگار باشند. در این تقریر با اعتقاد به وجود قانون جاودانه، نوعی رابطه مفهومی و ضروری بین قانون و اخلاق ضروری انگاشته می‌شود. از سوی دیگر، در برخی مکاتب پوزیتیویستی حقوق، مثلاً در تحلیل جان آستین این رابطه ضروری میان قانون و اخلاق به طور کلی نفی شده، قانون «حکم صادر شده توسط یک حاکم فرمانروا» تلقی می‌شود که تضمین کننده آن، نوعی مجازات برای متخلفان و نقض کنندگان قانون است. هارت مفهوم «قاعده» را جایگزین مفهوم حکم حاکم فرمانروا کرده، بر آن است که قانون، مجموعه قواعدی است که برای تسهیل مناسبات ما وضع شده‌اند. او از دو دسته قواعد، یعنی قوانین مرتبه اول و قوانین مرتبه دوم سخن می‌گوید و تصریح می‌کند قانون در واقع مجموعه‌ای از این دو دسته قواعد است. در واکنش به نظریه هارت، نظریه پردازان مکتب حقوق طبیعی مواضع خود را به چند صورت تعدیل کرده‌اند. آنان در عین ارایه قرائت معتدل تری از نظریه خود، آموزه محوری آن یعنی رابطه مهم میان اخلاق و قانون را محفوظ داشته‌اند. در موج دوم واقع‌گرایان حقوقی به عرصه آمده‌اند که معتقدند قانون عبارت است از «آنچه که عاملان و حاملان نظام حقوقی یا مقامات رسمی نظام حقوقی انجام می‌دهند». در ادامه این مباحث نظریه دورکین مطرح می‌شود که «قانون عبارت است از تلفیقی از قاعده و اصول».

قرائت‌های مختلف نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی معتقدند که ارتباط عمیقی میان قانون و اخلاق وجود دارد. پوزیتیویسم آستینی بر آن است که میان آن دو هیچ رابطه‌ای نیست. اما پوزیتیویسم هربرت هارت، با اتخاذ رویکردی معتدل‌تر معتقد است دست‌کم در پاره‌ای موارد نوعی رابطه کاملاً حداقلی و عرضی بین اخلاق و قانون برقرار است. موج جدید نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی معتقد است شرط تحقق قانون و قاعده بودن قانون این است که حداقلی از اصول اخلاقی رعایت شود و به این اعتبار است که رابطه ضروری میان قانون و اخلاق به صحنه برمی‌گردد. واقع‌گرایان حقوقی با اتخاذ موضعی رادیکال معتقدند که قانون برای

تصمیم حقوقی نیست؛ قاضی تصمیمات حقوقی خود را متأثر از عوامل فرا حقوقی اتخاذ می‌کند، سپس برای توجیه و مستند کردن تصمیم خود به قانون مراجعه می‌کند. بنابراین در فرآیند قضایی اصولاً این تحلیل‌های ساختاری و منطقی چندان کارآمد نیستند. دورکین در بازگشت منتقدانه و عالمانه‌ای به نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی، معتقد است که اصول مبنایی نظام حقوقی که بخشی از نظام حقوقی به شمار می‌روند، در نهایت نوعی اصول اخلاقی هستند که توسط عاملان و حاملان نظام حقوقی پذیرفته شده‌اند.

ضمن این مباحث اصطلاحات مهمی بررسی و تحلیل شده‌اند؛ مثلاً قانون، حاکمیت قانون،^۱ حقوق تحلیلی، حقوق تجویزی، اعتبار اخلاقی، اعتبار قانونی، قواعد درجه اول،^۲ قواعد درجه دوم،^۳ پدیده‌های هنجاری،^۴ قاعده رسمیت‌بخشی،^۵ قواعد تغییر قانون،^۶ عدالت صوری یا عدالت اجرایی، پوزیتیویسم شامل یا جامع،^۷ پوزیتیویسم مانع یا سخت،^۸ موارد دشوار حقوقی،^۹ منظر بیرونی^{۱۰} و منظر درونی^{۱۱} در فهم ماهیت قانون، نظریه یکپارچگی حقوق^{۱۲}، قواعد^{۱۳} و اصول^{۱۴}، واقع‌گرایی حقوقی^{۱۵} و مکاتب تحقیقی حقوق^{۱۶}.

در این درس گفتارها با آرای برخی از مهم‌ترین فیلسوفان حقوق آشنا خواهید

-
1. Rule of law
 2. Primary rules
 3. Secondary rules
 4. Normative
 5. Rule of recognition
 6. Rule of change
 7. Soft positivism
 8. Hard positivism
 9. Hard cases
 10. External
 11. Internal
 12. Theory of law as integrity
 13. Rules
 14. Principles
 15. Legal realism
 16. Legal positivism

شد، از جمله: جورج مور^۱، جان آستین^۲، رونالد دورکیم^۳، هربرت لیونل هارت^۴، جان
فینیس^۵ و لئون لوئیز فولر^۶.

1. George Edward Moore

2. John Austin

3. Ronald Dworkin

4. Herbert Lionel Hart

5. John Finnis

6. Lon Luvois Fuller

فلسفه حقوق

گفتار نخست:

تطبیق روش‌های عقلی فلسفه در حوزه قانون

گفتار گشایی

موضوع بحث در این جلسات که در موسسه فرهنگی توانا برگزار می‌شود «فلسفه قانون» است. این بحث از جهات مختلفی مهم است، ولی اهمیت ویژه آن از نظر من و دلیل علاقمندی من به طرح آن، خصوصا برای فارسی‌زبانان این است که مفهوم «قانون» مفهوم مهمی در تاریخ فرهنگ ما، بویژه از دوره مشروطه به این سو بوده است. بیش از یک سده است که برای «حاکمیت قانون»^۱ در ایران کوشش شده است. حاکمیت قانون در صورتی می‌تواند به صورت واقعی و ریشه‌دار در جامعه پدیدار و پایدار شود که جامعه ما درک ژرف‌تر و روشن‌تری از مفهوم قانون داشته باشد. فلسفه قانون در واقع عبارت است از «تحلیل عقلانی مفهوم قانون» که به ما درک روشن‌تری از مفهوم قانون می‌دهد. این درک و تلقی روشن به ما کمک کند وقتی برای نیل به حاکمیت قانون تلاش و تکاپو می‌کنیم، بدانیم که مطلوب‌مان چه ویژگی‌ها و خصایصی دارد. البته آثار و فواید دیگری هم بر تحلیل فلسفی مفهوم قانون مترتب و متصور است که در ادامه بحث به آنها اشاره خواهیم کرد. در این جلسه کلیاتی درباره فلسفه قانون مطرح می‌شود و توضیح داده خواهد شد که در این

سلسله بحث‌ها قرار است چه موضوعاتی بحث و بررسی شود. ناگفته نماند گرچه عنوان این بحث «فلسفه قانون» است، ما در حد بحث کلی متوقف خواهیم ماند؛ زیرا همان‌گونه که می‌توانید حدس بزنید فلسفه قانون بحث بسیار پر دامنه‌ای است. خود قانون مفهوم بسیار پیچیده‌ای است و جنبه‌های مختلفی دارد. مفاهیم حقوقی و قانونی را می‌شود از زوایای مختلف تحلیل کرد. در این سلسله گفتار تلاش خواهد شد پاره‌ای از مهم‌ترین نظریات درباره مفهوم قانون بررسی و به چند پرسش اصلی در این موضوع پرداخته شود.

تعریف «فلسفه قانون»

مایلم پیش از طرح پرسش‌های مشخصی در حوزه فلسفه قانون که درباره آنها گفتگو خواهیم کرد، توضیح دهم وقتی که از فلسفه قانون صحبت می‌کنیم دقیقاً چه مضمون و مفهومی را مد نظر داریم. تعبیر فلسفه قانون همان‌گونه که از عنوانش هم بر می‌آید در واقع نوعی تحلیل فلسفی درباره فلسفه قانون است. این ساده‌ترین تعریف ممکن است. به تعبیر دیگر کاری که ما می‌کنیم نوعی استدلال‌های عقلانی است که عمدتاً در حوزه فلسفه به کار می‌رود. می‌خواهیم آن شیوه تحلیل عقلانی را بر مفهوم قانون، مفاهیم قانونی و رویه‌های قانونی تطبیق بکنیم. بنابراین به بیانی بسیار ساده و اجمالی می‌توان گفت «فلسفه قانون عبارت است از اطلاق و تطبیق روش‌های عقلی موجود در قلمرو فلسفه بر حوزه قانون». البته بررسی و ارزیابی خود مفهوم قانون از جهات مختلفی مهم است. ما معمولاً تصور کلی و عامی داریم که البته نوعی ایده‌آل‌سازی نیز در آن مندرج است، اما شما می‌توانید کمابیش فرض کنید در عالم واقع هم این مدلی که الان توضیح خواهیم داد، حاکم و برقرار است. همان‌طور که پیشتر اشاره شد ما مفهومی داریم به عنوان «حاکمیت قانون». این مفهوم در واقع موضوع اصلی فلسفه قانون به شمار می‌رود. مساله بنیادینی که در تحلیل فلسفی حوزه قانون و حقوق مد نظر داریم، عمدتاً تحلیل و فهم مساله حاکمیت قانون است.

ایده حاکمیت قانون

فرض کنید جمعی از انسان‌ها برای زندگانی جمعی گرد هم آمده، جامعه‌ای را تشکیل داده‌اند. در این جامعه مجموعه‌ای از نهادها وجود دارد. نهادهای مختلفی که این افراد تشکیل داده‌اند و یا از بهم پیوستگی نهادهای خردتر تشکیل شده‌اند، نوعی رابطه متقابل، همکاری و تعامل دارند تا از برآیند از این تعاملات، شرایط مطلوب برای همه اعضای جامعه به وجود آید و همگان از دستاوردهای این همکاری‌های

متقابل بهره‌مند شوند. وقتی که افراد و نهادها چنین همکاری متقابلی دارند، لازم است برای تضمین بقا و تداوم این همکاری مجموعه‌ای از قواعد برای ساماندهی مناسبات میان این نهادها و اشخاص وضع شود، به نحوی که تا حد ممکن نتیجه هر کنش و رفتار اجتماعی قابل پیش‌بینی و روشن باشد. همان‌طور که می‌توانید حدس بزنید در چنین شرایطی ناگزیر نوعی به اصطلاح هرم قدرت به وجود می‌آید، کسانی فرا دست و کسانی فرو دست می‌شوند، افرادی نقش حاکم و متبوع را ایفا می‌کنند و کسانی نقش محکوم و اتباع را. البته لزومی ندارد شما فرض کنید که ساختار جامعه لزوماً یک ساختار سیاسی خودکامه است؛ در یک جامعه دموکراتیک هم این اتفاق می‌افتد. البته در اینجا فرا دستان و حاکمان در واقع از طریق مکانیزم‌های رای‌دهی و توسط فرو دستان انتخاب و منصوب می‌شوند، سپس فرادستان و منتخبان به واسطه قدرتی که در جامعه پیدا می‌کنند، می‌توانند مجموعه‌ای از قوانین را برای سامان بخشیدن به این نظام مبتنی بر همکاری متقابل و برای مدیریت این مجموعه تصویب و اعمال کنند. این مجموعه قواعد و مقررات را اصطلاحاً «قانون» می‌گوییم. ناگفته نماند قانون تنها نوع قواعد تنظیم‌کننده در متن یک جامعه نیست؛ بنابراین یکی از سوالات مهمی که ما باید به آن پردازیم این است که تفاوت میان این دسته قواعد که آنها را قواعد قانونی و حقوقی می‌نامیم، با انواع دیگر قواعد تنظیم‌کننده در جامعه چه خواهد بود.

یکی از معانی «حاکمیت قانون» این است که مجموعه قوانین و قواعدی که بناست در حکمرانی و سامان بخشیدن به نهادهای اجتماعی و در تدبیر امور جامعه به کار گرفته شود، باید از ویژگی‌هایی برخوردار باشند:

ویژگی نخست آن است که این قوانین باید به طور واضح و روشن به افراد و جامعه ابلاغ شود.

نکته دوم آنکه مردم باید مهلت کافی برای پیروی از این قوانین را داشته باشند. نکته سوم اینکه افراد باید در پیشگاه این قوانین برابر تلقی شوند. معنای این سخن آن نیست که قانون باید لزوماً با همه یکسان معامله کند؛ زیرا ممکن است در قانون میان مسئولیت‌ها و تکالیف افراد، تفاوت لحاظ شده باشد، اما در محدوده‌ای که خود قانون تعریف می‌کند، قانون باید به نحو یکسان بر افراد تحت شمول، تطبیق داده شود. در جامعه‌ای که چنین باشد، می‌گوییم که حاکمیت قانون - به این معنای خاص - وجود دارد.

موضوع اصلی در فلسفه قانون در واقع تحلیل این ساختار است. یعنی ما می‌خواهیم ببینیم که اولاً این قانون که تنظیم‌کننده مناسبات میان نهادها و قاعده

حکمرانی بر جامعه به شمار می‌رود، چیست و چه ماهیتی دارد و نکته دوم اینکه مبنای اقتدار و جایگاه تجویزی این قوانین، آنچه که این قوانین را الزام‌آور می‌کند، آنچه که به اعتبار این قوانین تکلیف می‌آفریند، چیست؟ چه عاملی باعث پیدایش این دسته خاص قوانین است؟ و نکته دیگر این است که وجه تجویزی و تکلیف‌آور این قوانین از کجا سرچشمه می‌گیرد.

این نمونه موضوعاتی است که در این مجموعه گفتار بررسی خواهد شد.

حقوق تحلیلی، حقوق تجویزی

به طور سنتی وقتی از فلسفه حقوق بحث می‌شود، گاه فلسفه قانون یا حقوق را jurisprudence هم می‌گویند. اصطلاح jurisprudence گاهی به معنای تحلیل فلسفی حقوق و قانون است. معمولاً این فلسفه قانون را تقسیم می‌کنند به دو شاخه. یک شاخه‌اش عبارت است از وجه تحلیلی، یعنی حقوق تحلیلی^۱ و بخش دیگر را حقوق تجویزی^۲ می‌گویند.

تفاوت حقوق تحلیلی با حقوق تجویزی چیست؟ در اینجا توجه ما به قانون آنچنان که در عالم واقع موجود است، می‌باشد. مثلاً در آمریکا یک نظام حقوقی واقعاً و عملاً وجود دارد و دارد کار می‌کند. وجه همت پژوهشگر فهم این است که مفاهیم اصلی تشکیل دهنده این نظام حقوقی چیست؟ می‌خواهد این مفاهیم را تحلیل کند، آن را بدرستی بفهمد، هدف او نیز فقط درک معقولی از این مفاهیم نیست، بلکه مایل است بداند که آیا این مفهوم با سایر مفاهیم در نظام حقوقی مورد مطالعه، سازگار هست یا نه. بنابراین وقتی از حقوق تحلیلی سخن می‌گوییم نکته اول تحلیل مفاهیم حقوقی و قانونی است. یعنی حداکثر تلاش خودمان را به کار می‌گیریم که تفسیری خردپسند، و تحلیلی معقول از مفاهیم محوری در این نظام حقوقی به دست بدهیم. به بیان دیگر منظور از تحلیل مفاهیم حقوقی، تفسیر عقلانی از مفاهیم حقوقی است.

نکته دوم همان‌طور که که اشاره شد آن است که آیا این مفاهیم با سایر مفاهیم نظام حقوقی سازگار هستند یا خیر. سازگاری اجزای نظام حقوقی مهم است؛ زیرا اگر اجزا و عناصر نظام سازگار نباشند، ممکن است که اقتضائات بخشی از نظام حقوقی با اقتضائات بخش دیگر سازگار شود و اگر این ناسازگاری در نظام حقوقی رخ بدهد، کارآمدی نظام حقوقی را خدشه‌پذیر است. پس نکته دوم، بررسی سازگاری

1. Analytical jurisprudence

2. Normative jurisprudence

یا احیاناً ناسازگاری میان مفاهیم و عناصر یک نظام حقوقی است. می‌خواهیم مطمئن شویم که مفاهیم حقوقی در این نظام حقوقی^۱ با هم سازگارند.

در پاره‌ای مواقع وقتی یک نظام حقوقی را تحلیل می‌کنیم، به این جمع‌بندی می‌رسیم که برخی از مفاهیم مفروض در این نظام بدرستی - حداقل آنچنان که توسط حقوق‌دانان و کارشناسان فن فهم می‌شده است - دقیق و قابل دفاعی نیستند؛ یا آن فهم پیشین و رایج منجر به نوعی سازگاری در میان مفاهیم حقوقی می‌شود. بنابراین کار حقوق تحلیلی فقط توصیف مفاهیم آنچنان که در متن قانون موجودند، نیست؛ بلکه نقش سومی هم ایفا می‌کند. در پاره‌ای مواقع تلاش می‌کنیم مفاهیمی را که به طور دقیق در نظام حقوقی تحلیل نشده‌اند، مورد باز فهمی قرار بدهیم؛ در کی و تحلیلی نو از مفاهیم به دست بدهیم که نقایص و کاستی‌های درک پیشین را نداشته باشد. بنابراین در حقوق تحلیلی، وجهی تجویزی هم نهفته است.

در اینجا غرض اصلی ما این است که مفاهیم حقوقی نارسا و ناکارآمد را بازسازی کنیم. این قسمت از حقوق را حقوق تحلیلی می‌گویند. بخش عمده مباحثی را که در این جلسات بتدریج مطرح خواهد شد می‌توان ذیل مفهوم حقوق تحلیلی قرار داد.

پرسش‌های بنیادین

۱- چیستی قانون

اینک ما یلم توجه شما را به دو سوال بنیادی جلب کنم. پرسش اول این است که ماهیت قانون چیست؟ فراموش نکنید در تاریخ معاصر ایران، این سوال همواره و همچنان به عنوان یک سوال بسیار مهم مطرح بوده و هست. از زمان مشروطه که مستشار الدوله در «رساله کلمه» نوشت مشکل اصلی ما قانون است، هنوز این حرف تکرار می‌شود. پیشگامان مشروطیت نیز بر آن بودند که دلیل نابسامانی ایران، فقدان حاکمیت قانون است.

در مفهوم حاکمیت قانون، اقتدار و احترام اجتماعی قانون - گرچه قانونی که دارای نقاط ضعفی است - بهتر از بی‌قانونی و لجام گسیختگی است؛ زیرا حتی در پرتو همان قانون بد نیز مناسبات اجتماعی پیش‌بینی پذیر است. حتی اگر قانون ناعادلانه باشد نیز چون نوعی ثبات و پیش‌بینی‌پذیری در نظام اجتماعی ایجاد می‌کند، مفید است. به هر حال هر کس می‌تواند پیش‌بینی کند که انجام فلان رفتار به

چه پیامدهایی خواهد انجامید؛ اما در جامعه‌ای که حاکمیت قانون وجود ندارد، نظام حقوقی به اصطلاح من‌عندی و دلخواهی می‌شود. معنای دقیق کلمه، به رغم برخی ظواهر، در حقیقت جامعه فاقد نظام حقوقی خواهد بود، بلکه اراده یک نفر یا گروه معدودی حاکم بر سرنوشت مردم خواهد شد. هرچه سلطان اراده فرماید، همان قانون خواهد شد. روزی که اخلاق و احوالات سلطان خوب باشد طرزی حکم می‌دهد و روزی که غضبناک باشد، نحو دیگری حکم و فرمان صادر خواهد کرد. بنابراین آرمان پیشگامان مشروطیت حاکمیت قانون بود. اما حاکمیت قانون و فهم حاکمیت قانون منوط به درک قانون است. پس پرسش نخست این شد که چیزی که ما خواهان حاکمیت آن بر جامعه هستیم، چیست و ماهیتش چیست؟

۲- نسبت میان قانون و اخلاق

پرسش دوم که تا حد زیادی می‌تواند ذیل مفهوم حقوق تحلیلی مطرح شود آن است که نسبت میان قانون و اخلاق چیست؟ میان قانون یا اعتبار قانونی و اخلاق یا اعتبار اخلاقی چه رابطه‌ای وجود دارد؟ خواهیم دید کسانی از قدیم معتقد بوده‌اند که اگر حکم و قانونی عادلانه نباشد اساساً قانون نیست. یعنی معتقد بودند که میان قانون و اخلاق رابطه عمیقی وجود دارد. هم چنان که بیان خواهد شد کسانی در روزگار گذشته و نیز در روزگار معاصر معتقدند که اساساً فاصله‌چندانی میان قانون و اخلاق وجود ندارد.

برای مثال در قانون سنتی در جوامع اسلامی، که شریعت نامیده می‌شد، فرض بر این بود که اولاً قانون عبارت است از حکم خداوند به یک معنای خاص؛ و نکته دوم و مهمتر اینکه تمایز آشکاری میان حکم حقوقی و حکم قانونی وجود نداشت. تبعیت از این احکام خداوند هم اخلاقاً واجب بود و هم به لحاظ حقوقی و قانونی. یعنی در محکمه به اعتبار این قوانین و احکام، در مورد اختلافات تصمیم‌گیری و دعای حل و فصل می‌شد. اگر شما به تفکر سنتی مراجعه کنید مثلاً در نظام فقهی می‌بینید که اساساً این تمایز میان حقوق و قانون در خود آگاه فقیهان ما وجود نداشته است. اما امروزه کسانی معتقدند که اساساً مقوله قانون با اخلاق کاملاً متمایز و متفاوت است و این دو را نباید در هم آمیخت. قانون در ذات خود مستقل از احکام و اقتضائات اخلاقی است.

نظریات مختلف در این باره را بررسی خواهیم کرد. البته من این دو پرسش را با هم بررسی خواهم کرد؛ برای اینکه همان‌طور که خواهید دید به تناسب نظری که

درباره ماهیت قانون داشته باشید، ممکن است رابطه قانون و اخلاق را به نحو متفاوتی ادراک و تحلیل کنید.

حقوق تجویزی در واقع بررسی، نقد و ارزیابی مجموعه رویه‌ها و رفتارهای حقوقی در یک نظام حقوقی است. در هر نظام حقوقی دادگاه‌ها به یک نحو خاص عمل می‌کنند. مثلاً مجرمان مجازات می‌شوند، برای کیفر مجرمان مجازات‌های معینی در زمان‌های مشخصی منظور می‌شود. سوال این است که اگر این رویه‌ها ارزیابی شوند، از این ارزیابی و آزمون سرفراز بیرون می‌آیند؟

من از تعبیری مبهم استفاده کرده‌ام. در غالب موارد وقتی از حقوق تجویزی سخن می‌رود معنایش ارزیابی نظام حقوقی بر مبنای معیارهای اخلاقی است. از سوی دیگر معیارهای اخلاقی گرچه مهم‌ترین هنجارهایی هستند که نظام‌های حقوقی بر وفق آنها تفسیر و ارزیابی می‌شوند، تنها معیارهای هنجارین برای ارزیابی نظام‌های حقوقی نیستند.

معیارها برای ارزیابی قانون

معیارهای دیگری که ممکن است در ارزیابی یک نظام حقوقی به کار گرفته شوند، کدامند؟

نخستین پرسش درباره هر قانون آن است که آیا این مقررات «عادلانه» است یا نه. این نکته ذیل ارزیابی اخلاقی قانون قرار می‌گیرد.

اگر کسی در اخلاق فایده‌گرا و پیرو رویکرد فایده‌انگارانه^۱ باشد، یعنی معتقد باشد که کار خوب کاری است که موجب بیشترین منافع برای بیشترین گروه مردم باشد، وقتی که پارلمان قانونی را وضع می‌کند او از موضع فایده‌گرایانه می‌پرسد آیا این قانون می‌تواند مصلحت عمومی و خیر عمومی را تامین کند نه. اگر واجد این ویژگی باشد، آن تحلیلگر فایده‌گرا می‌تواند بگوید این قانون به لحاظ اخلاقی، قابل قبول و پذیرفتنی است. اما طرز دیگری هم می‌شود این تعبیر را تلقی کرد که در واقع معیار و هنجار ارزیابی ما اخلاقی نباشد. مثلاً در بسیاری از نظامات به این توجه می‌شود که این قانون به لحاظ اقتصادی سودآور است یا خیر. یعنی ممکن است کسی قانون را بر مبنای معیارهای صرفاً اقتصادی ارزیابی کند، مثلاً اینکه این قانون چه میزان برای فضای کسب و کار مفید است و چه حد به رونق بازار، سرمایه و اشتغال کمک می‌کند و امثال این‌ها. یعنی اگر کسی در اخلاق فایده‌گرا^۲

1. Utilitarianism

2. Utilitarian

نباشد، بلکه مصلحت‌اندیش باشد، گاه ممکن است در ارزیابی قانون به ملاحظات و مصالحی توجه کند که با معیارهای اخلاقی سازگار نباشند، اما در عین حال قدرت توجیه‌کنندگی داشته باشند. از منظری این ملاحظات و مصالح حداقل در وادی نظر ممکن است با معیارها و هنجارهای اخلاقی سازگاری نداشته باشند، اما مصلحتی ورای اخلاق را تأمین کنند. مثلاً دیپلمات یکی از کشورهای اسلامی را در نظر بگیرید. یک قاعده اخلاقی می‌گوید وقتی کسی به شما ابراز لطف می‌کند مثلاً دستش را دراز می‌کند تا با شما دست بدهد، ادب اقتضا می‌کند که شما با آن طرف دست بدهید. این نشانه احترام متقابل شما به او است و اگر این کار را نکنید ممکن است مایه شرمساری طرف مقابل در حضور جمع بشود و به لحاظ اخلاقی شرم‌منده کردن کسی کار نادرستی است. فرض کنید من دیپلمات یک کشور اسلامی هستم و وزارت خارجه کشور متبوع من گفته است که آقایان حق ندارند با خانم‌ها دست بدهند. من شغل پردرآمدی دارم، خودم و خانواده‌ام از این منافع این شغل بهره‌مند هستیم. حال فرض کنید در یک جلسه و محفل سیاسی بین‌المللی خانمی به سمت من می‌آید و می‌خواهد به من دست بدهد. اخلاق حکم می‌کند که من به این خانم دست بدهم. منتها ممکن است کسی بگوید در این شرایط، مصلحت و منفعتی که از دست ندادن با این خانم برای من تأمین می‌شود بسی مهم‌تر و بنیادی‌تر است. ممکن است شما بگویید که من به ایشان توضیح می‌دهم و از ایشان عذرخواهی می‌کنم و می‌گویم که من در چه موقعیتی هستم و به این ترتیب شاید رفتار من از لحاظ اخلاقی پسندیده نباشد. ممکن است که ملاحظات ورای اخلاقی، رفتار من را توجیه کند.

البته در مثل مناقشه نیست، می‌خواهم بگویم کسانی اتفاقاً با این نوع مثال‌ها نشان می‌دهند که تنها ملاحظات حاکم بر نوع رفتارهای ما ملاحظات اخلاقی نیست. ما رفتارهایمان را با معیارهای متعددی می‌سنجیم که معیارهای اخلاقی یکی از آنها است و البته به اعتباری شاید مهم‌ترین آنها باشد. به هر حال نکته اصلی من این است که یکی از کارهای ما در حقوق تجویزی^۱ ارزیابی و سنجش رویه‌های حقوقی و قانونی است تا بدانیم آیا تأمین‌کننده مصالح متعدد و لازم هستند یا خیر. البته یکی از مهم‌ترین معیارهای این سنجش، معیارها و ملاکات اخلاقی هستند.

دو پرسش مهم دیگر نیز ذیل حقوق تجویزی قابل طرح هستند.

سوال نخست این است که مبنای توجیه مجازات قانونی چیست؟ مجازات که در نظام حقوقی تعریف می‌شود چیست؟ شخصی تحت شرایط خاص به یک انسان

دیگر زیان و آسیبی وارد می‌کند، دردی تحمیل می‌کند. امید و انتظار ما آن است که مجازات آن شخص، مانع تکرار این رفتار زیان‌بار شود و نقش بازدارنده در جامعه ایفا کند. از منظر دیگر آسیب رساندن و زیان زدن به دیگران، ایجاد درد ورنج کردن برای دیگران رفتار ناپسند و ناشایسته‌ای است. این رفتار تنها در صورتی مجاز و روا است که دلیل به قدر کافی موجهی برای اعمال این درد و رنج وجود داشته باشد؛ در غیر این صورت مجازات هیچ‌گاه معنای قابل قبولی نخواهد داشت. در نظام‌های حقوقی رویه‌ای رایج است که با عنوان مجازات^۱ از آن یاد می‌کنیم. در ذات این مفهوم تحمیل نوعی درد، محرومیت، رنج، زیان نهفته است. بنابراین بنابرین هر نظام حقوقی باید بتواند وجود این مکانیزم در داخل نظام - که گروهی از محکومان این نظام حقوقی را مورد آسیب و درد و رنج قرار می‌دهد - را توجیه کند؛ در غیر این صورت هر چند ممکن است مجازات به عنوان یک حقیقت بیرونی و یک امر واقع در نظام حقوقی وجود داشته باشد، قابل دفاع نخواهد بود.

می‌توان این تحلیل را حتی از این خردتر و جزئی‌تر کرده، پرسید که آیا مجازات اعدام قابل دفاع است یا خیر؟ من البته اینجا نگفتم بر چه مبنای ولی فرض من بر مبنای اخلاقی است و جنبه‌های دیگر آن فعلاً مورد نظر نیست. این هم باز ذیل حقوق تجویزی است. طبق رویه‌ای حقوقی در پاره‌ای از نظام‌های قانونی کسانی را تحت شرایط خاص به مرگ محکوم می‌کنند و می‌گویند که این فرد از این لحظه به بعد از مصونیت در برابر کشته شدن، که پیش از این از جامعه دریافت می‌کرده، محروم است. لذا این فرد را می‌شود کشت. یا این شخص به علت رفتارهایی که انجام داده است، از شأن و کرامت انسانی تنزل کرده است و لذا مجازات اعدام در مورد او عادلانه و قابل قبول خواهد بود. آیا همین‌طور است؟ دلایلی که مدافعان مجازات اعدام مطرح می‌کنند چیست؟ دلایلی که مخالفان مطرح می‌کنند چیست؟ در این زمینه چه نوع داوری می‌توان داشت؟ این دو پرسش اخیر یعنی سوال سوم و چهارم نیز ذیل حقوق تجویزی مطرح و بررسی می‌شود.

قانون و حقوق

در زمینه^۲ بحث ما، من لفظ قانون و حقوق را تقریباً مترادف به کار می‌برم؛ البته درباره نسبت این دو مفهوم نیز باید گفتگو شود. کسانی مثلاً پوزیتیویست‌های حقوقی^۳

1. Punishment

2. Context

3. Legal positivists

معتقدند که مفهوم حق بیرون از یک نظام حقوقی، اساساً معنی ندارد. شما نمی‌توانید از حق پیشا قانونی صحبت کنید. در یک شرایط و وضعیت طبیعی که هنوز یک جامعه شکل نگرفته و هنوز یک دستگاه حقوقی در میان نیست، اصلاً مفهوم حق متولد نمی‌شود. از منظر این گروه، مفهوم حق طبیعی^۱ اساساً معنی ندارد. برای آنها اصلاً حقوق و قانون اصلاً یکی هستند. اما کسانی که معتقدند مفهوم «حق» اعم از حق قانونی است، مثلاً پیروان مکتب حقوق طبیعی^۲ که درباره آنان سخن خواهیم گفت، معتقدند که قانون شما باید با آن حقوق پیشا قانونی تناسب و هماهنگی داشته باشد. البته باید رابطه خود آنچه که حقوق قانونی نامیده می‌شود با قانون نیز بررسی شود. در یک معنای عام شاید شما بگویید که حقوق اعم از قانون است. قانون در واقع بخشی از یک نظام حقوقی تلقی می‌شود. اما در این گفتار، حداقل در این مرحله، من هر دو را به یک معنا به کار می‌برم. هر وقت گفتم قانون شما می‌توانید به جای آن بگویید حقوق؛ وقتی می‌گویم نظام قانونی شما می‌توانید به جای آن نظام حقوقی بگذارید. در اینجا هر وقت می‌گویم «حق» منظورم حقوق قانونی است، یعنی حقوق تجلی یافته که در قالب یک قانون. البته اینکه تلقی شما از قانون چه باشد، مهم است و ما در بحث از ماهیت قانون و رابطه‌اش با اخلاق در این مورد صحبت می‌کنیم.

اگر شما برای مثال یک پوزیتیویست قانونی باشید می‌توانید بگویید که قانونی که در این جامعه معین وجود دارد، واقع قانون است، گرچه ناعادلانه است؛ ولی اگر شما پیرو مکتب حقوق طبیعی باشید، این گزاره برایتان اصلاً معنی ندارد. زیرا از منظر شما قانون در ذات خودش متضمن عادلانه بودن است. شرط قانون بودن تصمیم و مصوبه‌ای، عادلانه بودن است و اگر آن شرط برآورده نشود، اصلاً مصداق قانون نیست. این جمله معروف آگوستین^۳ را به یاد دارید که می‌گوید قانون ناعادلانه اساساً قانون نیست. مهم‌ترین تحول در فلسفه قانون معاصر، نفی این تئوری و پذیرش نظر مخالف آن، یعنی این نکته است که قانون اصولاً مفهومی مستقل از اخلاق می‌باشد. یعنی می‌توان فرض کرد مصوبه‌ای بسیار بد و ناعادلانه باشد، در عین حال اعتبار حقوقی و قانونی داشته باشد. به همین دلیل است که ما از فلسفه حقوق^۴ بحث می‌کنیم. هر جا که من می‌گویم قانون یا حقوق، شما آن را به معنای law تلقی کنید نه به معنای rights و حق‌ها. بگذارید یک قرارداد بگذاریم؛ از این به بعد هر وقت که

1. Natural law

2. Natural law theorists

3. Saint Augustine

4. Philosophy of law

می‌گوییم «حقوق» منظور من law است، اما هر وقت خواستم بگویم rights می‌گویم «حق‌ها».

در مورد این نکته البته مفصل بحث خواهیم کرد، ولی اینک به اجمال یادآوری می‌کنم که پوزیتیویست‌ها می‌گویند که بین دو چیز باید تمایز نهاد یکی چیستی قانون و دیگری ارزیابی قانون. چیزی که یک قاعده یا تصمیم را به قانون تبدیل می‌کند و آن را به لحاظ قانونی معتبر می‌کند، از ملاک اخلاقی بودن یا نبودن آن قاعده و تصمیم متفاوت است. به بیان دیگر اعتبار قانونی، امری متمایز و متفاوت از اعتبار اخلاقی است. فرض کنید که مکانیزم قانونی شدن یک رفتار این است که مجلس آن را تصویب کند. فرآیند تصویب مجلس آن گزاره را به یک قاعده قانونی تبدیل می‌کند، قانون متولد شده است، قانون واقعی است. اما ممکن است شما بعد بگویید اینک می‌خواهیم این قانون را ارزیابی کنیم و ببینم که عادلانه هست یا نیست. پوزیتیویست‌ها می‌خواهند بگویند این‌ها دو سوال متفاوت است. مثلاً در ایران تعدد زوجات قانونی است و تحت شرایطی مرد می‌تواند بیش از یک همسر داشته باشد. این قانونی است و به لحاظ قانونی معتبر هم هست، اما شما کاملاً حق دارید پرسید و به نظر من پرسش کاملاً بجایی است که آیا این قانون عادلانه هم هست یا نه؟ شما ممکن است بگویید این قانونی است که در این مملکت اجرا می‌شود مردم هم محکوم به آن هستند و مزایا و مضرات آن هم به هر حال متوجه آنها می‌شود، اما در عین حال این، قانون بد و ناعادلان‌های است. پوزیتیویست‌ها معتقدند که این‌ها دو سوال متفاوت هستند و نباید آنها را در هم آمیخت. از سوی دیگر همان‌طور که خواهیم دید پیروان مکتب حقوق طبیعی می‌خواهند بگویند که این دو سوال را از هم نمی‌شود جدا کرد. یعنی اگر معلوم شود که قانونی ناعادلانه است، معلوم می‌شود که اعتبار حقوقی هم نداشته است. اعتبار حقوقی منوط به اعتبار اخلاقی است. در این باره بیشتر صحبت خواهیم کرد.

اینک مایلیم که به این دو پرسش دیگر درباره چیستی قانون و رابطه قانون با اخلاق بپردازم و اگر فرصتی باقی ماند سوالات دیگری نیز قابل طرح است.

اهمیت بررسی قانون

پیش از بررسی نظریات مختلف درباره چیستی قانون باید دید اصلاً چرا بررسی قانون مهم است؟ اهمیت بررسی قانون حداقل از زاویه و منظر فلسفی چیست؟ تامل درباره ماهیت قانون چه جذبه‌ای برای یک فیلسوف دارد؟

یکی از دلایلی که ما باید در مورد قانون تامل کنیم این است که قانون با بعضی

مفاهیم نزدیک و قریب است. به یک معنا کار قانون، ابزاری است، بدین معنا که برای تنظیم امور و سامان بخشی جامعه قانون در مواقعی به ما می‌گوید که کارهایی را انجام دهیم و یا از انجام کارهایی اجتناب کنیم. گاه به انجام کاری مایل هستیم، اما قانون ممانعت می‌کند؛ گاه علاقمند به انجام کاری نیستیم، اما قانون ما را به انجام آنها ملزم می‌کند. به نظر می‌آید که مبنای قانون، نوعی باید و نباید است. دست کم در ظاهر به نظر می‌آید که در متن قانون مفهوم باید و نباید نهفته است. این مفهوم «باید» را گاه شما می‌توانید به معنای ought یعنی نوعی تکلیف تلقی کنید، گاه می‌توانید آن را به معنای must و نوعی الزام تلقی کنید. این‌ها با هم فرق می‌کند. به تعبیر دیگر وقتی شما می‌گویید باید این کار را بکنید و این یک تکلیف است، گویی شما دارید به مرزهای اخلاق نزدیک می‌شوید. اما وقتی که می‌گویید باید این کار را بکنید و مجبورید این کار را انجام بدهید، در واقع شما دارید به مفهوم زور^۱ نزدیک می‌شوید. به همین دلیل کسانی که در مقام تحلیل قانون بوده‌اند، گاه گفته‌اند قانون چیزی نیست جز اخلاق؛ و گاه گفته‌اند قانون چیزی نیست جز زور، الزام و فشاری که پشت این قواعد است و شما باید عمل کنید. کار فلسفه قانون توضیح این نکته است که «باید قانونی» با «باید اخلاقی» فرق می‌کند و این‌ها یکسان نیستند؛ البته رابطه‌ای که به نظر رابطه‌ای مستحکم می‌آید، میان این دو وجود دارد. وقتی شما می‌گویید که نباید مرتکب قتل شد، قانونی داریم که آدمکشی را در جامعه ممنوع می‌کند، معنایش این است که اگر کسی مرتکب این رفتار شود مجازات خواهد شد، به زندان فرستاده می‌شود، از آزادی و حتی از حق حیات محروم می‌شود. نوعی فشار و قوه قاهره وجود دارد که ما را به پیروی و تبعیت از این قانون ملزم و مجبور و مقهور می‌کند. به همین علت است که کسانی گفته‌اند ماهیت قانون چیزی به غیر از زور و ضمانت اجرای رسمی نیست. قانون یعنی زور و ضمانت اجرای دولتی، اگر این ویژگی را از قانون سلب کنید چیزی از قانونیت آن باقی نمی‌ماند.

از سوی دیگر کسانی معتقد بودند که قانون زور نیست، قانون در واقع یک نوع تکلیف است. یک رفتار چون درست است آن را انجام می‌دهیم. اگر کسی از ما بپرسد چرا شما هیچ وقت مرتکب قتل نشده‌اید؟ دلیل ما این است که از قانون می‌ترسیم؟ البته ما از قانون می‌ترسیم، ولی دلیل اینکه ما مرتکب قتل نشده‌ایم ترس از قانون نبوده است. یکی از دلایل مهم ما برای عدم ارتکاب قتل، این باور ما است که این کار درست نیست و گویی این باور درونی ما را از انجام این کار باز داشته است.

رابطه میان بایدها و قوانین و بایدها و ارزش‌های اخلاقی رابطه پیچیده‌ای است. مرزهای بین مفهوم قانون و تکالیف اخلاقی و زور و اجبار و الزام، مبهم است. باید سعی کنیم با موشکافی و دقت این ابهامات، دست کم برخی از آنها را بزدا کنیم. بسته به نوع تحلیل شما از قانون ممکن است سخنی کاملاً درست باشد، در عین حال بر اساس تحلیل دیگری ممکن است همان سخن ما را به بیراهه بکشاند. به هر حال نکته این است که زبان قانونی و زبان اخلاقی بسیار شبیه و نزدیک هستند. هم در حوزه اخلاق و هم در قلمرو حقوق از تکلیف، مسئولیت و مجازات سخن می‌رود. زبان این حوزه‌ها بسیار هم‌پوشانی دارد. بنابراین تحلیل مفهوم قانون به ما کمک می‌کند تا درک روشن‌تری از رابطه قانون و اخلاق داشته باشیم، همچنین دو مفهوم بسیار مهم و مرتبط یعنی اخلاق و اجبار را بهتر ادراک کنیم.

امید داریم که در پایان این بحث‌ها تحلیل فلسفه قانون تا حد زیادی برای ما روشن کند که آیا مفهوم قانون به این مفاهیم جنبی قابل تحویل است یا اینکه قانون مفهوماً مستقل است، اما ممکن است با شیوه‌های مختلف با این مفاهیم مربوط و در تعامل باشد.

فرض کنید که در بسیاری نظام‌های حقوقی جهان، در متن قانون حقوق اقلیت‌های جنسی به رسمیت شناخته نمی‌شود. الان بحث مهمی در پیش است که آیا نظام‌های حقوقی به رغم مخالفت افکار عمومی و به این امید که رفته رفته رویکرد جامعه نسبت به این اقلشار آسیب‌پذیر تحول پیدا کند باید قوانین حمایتی از اقلیت‌های جنسی را تصویب کنند، یا نه.

به نظر من پاسخ احتمالاً مثبت است؛ یعنی در چنین مواقعی می‌توان گفت نظام حقوقی باید برای تغییر و اصلاح جامعه پیش‌تاز شود. فرض کسانی که چنین می‌اندیشند این است که وضع این قانون به لحاظ اخلاقی قابل دفاع و خوب است. یعنی پیش از اینکه شما این قانون را برای ترویج اخلاقیات مثبت در جامعه تصویب کنید، فرض‌تان این است که یک اصل اخلاقی وجود داشته که تصویب این قانون در واقع در خدمت آن اصل اخلاقی است. بنابراین حداقل مطابق این تحلیل، قانون اخلاق را نمی‌آفریند، قانون در واقع رویه‌هایی در جامعه تدبیر و تعبیه می‌کند که آن اصل اخلاقی معتبر، در جامعه مقبولیت و شیوع پیدا کند و بخشی از فرهنگ شود.

فرض کنید قانون، چند همسری را برای مرد مجاز می‌داند و برای مردان حق تعدد زوجات را به رسمیت می‌شناسد. پرسش این است که آیا این قانون، اخلاقی و قابل دفاع است؟ صرف اینکه این حق از دل نظام حقوقی بیرون آمده، این موضوع را عادلانه و قابل قبول یا اخلاقاً روا می‌کند؟ احتمالاً نه. اما بر عکس، فرض کنید

در عرف جامعه کرامت جسمانی زنان به رسمیت شناخته نشده است. مثلاً قوانینی در زمینه منع آزار جنسی وجود ندارد، قوانینی عادلانه‌ای در مورد روابط زناشویی وجود ندارد، در عرف جامعه و قوانین حقوق مساوی برای زنان و مردان به رسمیت شناخته نشده است. حالا اگر قانونگذار برای آزار جنسی مجازات‌هایی وضع کرده، تلاش کند تا از طریق نظام حقوقی، فرهنگ احترام به زنان را در جامعه ترویج کند، می‌توان گفت قانون به گسترش فرهنگ اخلاقی جامعه کمک می‌کند؛ اما در اینجا شما پیش از قانون به این نتیجه رسیده‌اید که مساله آزار جنسی یک آسیب و نارسایی اجتماعی است. اگر شما فرض کنید که روابط جنسی اجباری، هرچند در روابط میان همسران، به لحاظ اخلاقی یک ناهنجاری است، شما تلاش خواهید کرد که از طریق نظام حقوقی آن ارزش‌ها را در جامعه ترویج کنید. در اینجا نظام حقوقی نیست که ارزش می‌آفریند، بلکه اخلاق است که مجلس را به قانونگذاری کشانیده است. به بیان دیگر نظام حقوقی چیزی را که پیشاپیش ارزشمند بوده است، در جامعه رواج می‌دهد و برای آن ارزش اخلاقی، ضمانت اجرایی مشخص و عینی ایجاد می‌کند. در ادامه این گفتارها ما در مورد مکانیزم‌های تعامل اخلاق و حقوق بیشتر سخن خواهیم گفت.

ناگفته نماند که هر نظام حقوقی محدودیت‌هایی دارد و چنین نیست که بتواند هر قانونی را وضع کند. مثلاً شما نمی‌توانید در یک جامعه ابتدایی، حتی گاه پیشرفته، هر قاعده‌ای را که اخلاقی می‌دانید به تصویب قانونگذار برسانید. به عنوان نمونه من شخصاً معتقدم که رژیم غذایی گوشت‌خوارانه، حداقل به این شکل و گستردگی که در میان ما رایج است، غیر اخلاقی است. اما تقریباً مطمئن هستیم اگر امروز لایحه‌ای به پارلمان بسیاری از کشورها، مثلاً کنگره آمریکا تقدیم شود که مصرف گوشت، فراتر از حدی معین ممنوع شود، این لایحه هرگز تصویب نخواهد شد. من معتقدم که وضعیت فعلی باید اصلاح بشود؛ یعنی باید تمهیداتی اندیشیده شود که حقوق حیوانات هم در کنار حقوق انسان‌ها مراعات شود، و به حیات آنان نیز حرمت گذاشته شود. اما مساله این است که عرف جامعه کشش چنین قوانینی را ندارد.

چندی پیش در یکی از این کشورهای اسکاندیناوی قانونی تصویب شد که اگر کسی یک گل را پرپر کند جریمه می‌شود. در آمریکا این قانون دستمایه ریشخند و تمسخر بود. برای اینکه ذهنیت بسیاری از افراد نمی‌تواند ادراک کند این گیاه هم باید واجد حقوقی لازم الرعایه باشد. بنابراین صرف اینکه شما بدرستی معتقد باشید که امری اخلاقاً پسندیده است، کافی نیست. برای اینکه این امر اخلاقاً پسندیده در قالب یک قانون تصویب بشود، مکانیزم‌های دیگر هم باید در کار باشند. قوانینی هم وجود دارد که در جامعه اجرا می‌شوند، در حالی که ما می‌دانیم قوانین خوبی

نیستند، اما نمی‌توانیم براحتی این قوانین را ملغی کنیم. بنابراین فرآیند تصویب، تغییر و اصلاح، همین‌طور الغای قانون، مکانیزم‌های پیچیده‌ای هستند.

اینک بازگردیم به نکات قبلی. نکته اولی که من مایل بودم بر آن تاکید کنم این است اولین گام، روشن شدن ذهن ما نسبت به خود مفهوم قانون است. نمی‌خواهم بگویم تقدم قطعی دارد، بلکه منظورم این است که عنصر مهمی که می‌تواند ما را در حل بسیاری مشکلات یاری کند این است که وقتی از قانون سخن می‌گوییم، بدانیم دقیقاً چه معنایی را مورد نظر است. بر مبنای آن معنا و تحلیل است که می‌توانیم رابطه قانون را با اخلاق، همچنین نسبت قانون با زور عریان را توضیح بدهیم و به پاسخ سوالات دیگر نیز زودتر دست یابیم.

قانون توصیفی و قانون تجویزی

نکته دیگر آن است که تحلیل معنای قانون به ما کمک می‌کند که از یک سوء تفاهم و از یک ابهام زبانی مصون بمانیم. مطلب آن است که وقتی ما واژه قانون را به کار می‌بریم منظورمان گاه «قانون توصیفی» و گاه «قانون تجویزی» است. این‌ها دو مفهوم مختلف هستند. قانون توصیفی عبارت است از توصیف رفتار منظم پدیده‌ها آنچنان که در جهان خارج است. مثلاً فرض کنید که ما از قانون جاذبه حرف می‌زنیم؛ یعنی اگر شما در جهان طبیعت، پدیده‌های طبیعی را ملاحظه کنید می‌بینید رفتارشان مطابق نظم و الگوی خاصی تکرار می‌شود. شما اگر یک جرم کوچک را در مقابل یک جرم عظیم قرار بدهید فضای اطراف آن جرم بزرگ منحنی می‌شود و این جرم کوچکتر را به سمت خودش می‌رانند. با ویژگی‌ها و شتاب خاصی که متناسب با جرم و غیره است. در اینجا شما دارید رفتار نظام‌مند پدیده‌های طبیعی را توصیف می‌کنید. بنابراین در اینجا قانون چیزی نیست جز توصیف جهان آنچنان که هست. اما وقتی شما از قانون تجویزی سخن می‌گویید در واقع بیش از آنکه درباره جهان آنچنان که هست سخن بگویید، درباره جهان آنچنان که باید باشد سخن می‌گویید. مثلاً می‌گویید تفتیش عقاید ممنوع است. این یک قانون تجویزی است یعنی شما می‌گویید چنین رفتاری را نباید انجام داد؛ یا می‌گویید باید به قراردادهایی که منعقد می‌کنید، پایبند باشید. تجربه می‌گوید یک رفتارهایی باید انجام بشوند. گاه درک نادرست از مفهوم قانون، موجب خلط این دو مفهوم می‌شود. اینجا وقتی ما از فلسفه قانون سخن می‌گوییم منظورمان از قانون قانون تجویزی است، نه قانون توصیفی.

در پاره‌ای از موارد مثلاً استدلال بسیار مشهوری است که می‌گویند همجنس‌گرایی اخلاقاً قایل است؛ زیرا خلاف قوانین طبیعت است. غیر طبیعی است، یعنی خلاف قوانین

طبیعت است. یعنی در واقع گویی دارند از یک قانون توصیفی سخن می‌گویند، ولی این به چه معناست؟ اگر چیزی خلاف قوانین طبیعت است که رخ نمی‌دهد و واقع نمی‌شود! و اگر واقع شد و اتفاق افتاد معلوم است که قانون اشکال داشته است، توصیف شما خطا بوده است. مثل اینکه شما بگویید رفتار سیارات مطابق فلان قانون است؛ ولی سیاره‌ای شروع کند طرز دیگری رفتار کند. از این وضعیت شما نتیجه می‌گیرید که آنچه تاکنون تصور می‌کرده‌اید قانون است، در واقع قانون نبوده است. توصیف شما از پدیده‌های طبیعی، توصیف درستی نبوده و باید آن را اصلاح کنید. اگر کسی بگوید همجنس‌گرایی خلاف قوانین طبیعت است، یعنی چه؟ یعنی قانون طبیعت مورد نقض پیدا کرده است؟ در این صورت شما باید توصیف‌تان را تغییر بدهید و بپذیرید آنچه را قانون طبیعت می‌پنداشته‌اید، در واقع قانون طبیعت نبوده است. کسانی که می‌گویند همجنس‌گرایی خلاف قانون طبیعت است، بین این دو مفهوم خلط می‌کنند. منظورشان این است که همجنس‌گرایی نباید صورت بگیرد و باید ممنوع شود. در واقع آنها به دنبال یک قانون تجویزی هستند و البته این قانون تجویزی را در بیشتر موارد دارند. قانون تجویزی این است که از منظر متدینان، خداوند گفته است این کار را نکنید. ملاحظه می‌کنید در یک بحث حقوقی چگونه بین مفهوم «قانون توصیفی» و «قانون تجویزی» خلط شده است.

این البته به آن معنا نیست که بین وجه توصیفی و وجه تجویزی قانون رابطه‌ای وجود ندارد. فرض کنید که یک کشور، مثلاً آمریکا یا ایران، یک قانون اساسی دارد که به اصطلاح قانون مادر محسوب می‌شود. اگر در این جامعه هیچ‌کس یا اکثریت قریب به اتفاق مردم اصلاً به قانون اعتنا نکند و هر شخص و نهاد، نظام قضایی، مردم کار خودشان را بکنند، در این صورت باز هم می‌توانیم بگوییم قانون اساسی کشور، مهم‌ترین سند قانونی جامعه است؟ دشوار است در این فرض آن قانون را مهم‌ترین سند حقوقی و قانون کشور دانست. گویی این واقعیت که شمار قابل توجهی از شهروندان خود را به این قانون متعهد می‌دانند، این خود به این قانون اعتبار می‌بخشد؛ یعنی وجه توصیفی. یعنی رفتار جامعه در عالم واقع، که شما می‌توانید به عنوان یک جامعه‌شناس آن را تحلیل، مشاهده کنید و گزارش بدهید، به گونه‌ای پشوانه تجویزی این قانون قرار می‌گیرد.

در عین حال که مایلیم بر این نکته تأکید بکنم که این دو نوع قانون را نباید با هم در آمیخت، می‌خواهم بر این نکته هم تأکید کنم که این دو مفهوم متفاوت، با هم ربط وثیق دارند. بحث و تحلیل درباره فلسفه قانون به ما کمک می‌کند که هم این تمایز را هم بهتر درک بکنیم و هم آن ارتباط را.

سوال این است که تمایز بین یک قانون طبیعی و یک قانون حقوقی کجا متجلی می‌شود؟ برای مثال قانون طبیعی را نمی‌توان نقض کرد. اگر شما یک قانون طبیعی را نقض کنید کشف می‌شود که آنچه قانون پنداشته شده، در واقع قانون نبوده است. اما قوانین تجویزی نقض پذیرند. اساسا چون امکان نقض دارند وضع شده‌اند و برای مقابله با نقض آنها ضمانت اجراهای معین، از جمله مجازات در نظر گرفته شده است. این‌ها نکاتی است که بر اساس نوع تحلیل شما از ماهیت قانون روشن‌تر می‌شود.

یک نکته دیگر که به نظم تحلیل قانون می‌تواند ما را در فهم آن کمک کند، مواردی هست که از آنها با عنوان border line یاد می‌شود؛ یعنی مفاهیم و مقولاتی در این عالم وجود دارد که از بسیاری جهات شبیه قانون است، اما از جهات دیگری هم با قانون متفاوت است و گاه ما در قانون دانستن آنها دچار تردید می‌شویم. مثلا در مورد حقوق بین‌المللی، برخی معتقدند اساسا چیزی به اسم حقوق بین‌المللی وجود ندارد و عبارت قانون بین‌المللی تعبیری مسامحه‌آمیز است. دلیل این افراد آن است که قانون همیشه در متن یک نظام حقوقی مشخص است و نظام حقوقی مشخص هم همیشه در قالب نهادهای آن تعریف می‌شود. شما یک نهاد قانونگذاری دارید، نهادی دارید که قانون را الزام می‌کند، نهادی دارید که در هنگام اختلافات، اختلافات و دعاوی را حل و فصل می‌کند و قوه قهریه هم باید باشد. هر نظام حقوقی دادگاه می‌خواهد، قوه‌ای می‌خواهد که تصمیمات آن دادگاه را اجرا کند و امثال این‌ها. بنابراین در سطح بین‌المللی دست کم تا امروز ما چنین نهادهایی که بتوانیم از آنها به عنوان یک نظام حقوق بین‌المللی، دادگاه‌هایی بین‌المللی که اعتبار همگانی داشته باشد، یا یک پلیس قضایی که بتواند این تصمیمات را اعمال کند و امثال این‌ها نداریم. بنابراین کسانی که معتقدند قانونیت در گرو وجود چنین نهادهایی است و قانون اصولا در بافتار یک نظام حقوقی پدیدار می‌شود، برآنند که نمی‌شود از چیزی به نام قانون بین‌المللی سخن گفت.

اما آیا ضمانت اجرا جزء مقومات اصلی قانون است؟ یعنی قانونیت قانون در گرو ضمانت اجرای آن است یا نه؟ این کاملا برمی‌گردد به اینکه تلقی شما از قانون چیست. همان‌طور که نظر پوزیتیویست‌های حقوقی را مطرح خواهیم کرد، حرف آستین این است که در مفهوم قانون زور نهفته است. رابطه قانون و زور رابطه ضروری مفهومی است. یعنی اگر برای قانون ضمانت اجرای مشخص دولتی (قوای عمومی کشور) در کار نباشد آن قانون، قانون نیست. اگر شما این تفسیر را بپذیرید در تعبیر قانون بین‌المللی دچار اشکال خواهد شد. مثال دیگر جوامع در دوره‌های ماقبل قانون هستند. اگر شما جوامع خیلی بدوی را در نظر بگیرید که فرآیند مشخصی برای وضع

قانون و برای حل خصومات و اعمال قانون وجود ندارد، در اینجا آیا ما می‌توانیم از یک قانون پیشا قانونی سخن بگوییم؟ دوباره به نظر می‌آید از جهاتی مشکل است. ما جوامع بدوی داریم که این نهادها را ندارند، اما گاه ما به یک معنا از قانون در متن و بافتار این جوامع بدوی سخن می‌گوییم. آیا سخن ما استعاری، مسامحی و غیر دقیق است؟ دوباره برمی‌گردد به اینکه شما چه تعبیر و تحلیلی داشته باشید.

و نکته آخر دیگر آن است که یکی از مهم‌ترین فواید فلسفه قانون این است که ما را به تامل درباره پاره‌ای مفاهیم دیگر که اساسا حقوقی نیستند، ترغیب می‌کند، مثلا مفهوم قاعده یا rule که مفهوم مهمی در جامعه‌شناسی و نیز فلسفه است. این مفهوم نقش مهمی در حوزه قانون ایفا می‌کند. تحلیل ما از قانون کاملا ممکن است به تعبیری که در آرای هارت خواهیم دید، به ما درک بهتری از مفاهیمی که بیرون از حوزه قانون و حقوق کاربرد و اطلاق شایع دارند هم کمک بکند. بنابراین فلسفه حقوق از این جهت هم می‌تواند برای ما مفید باشد.

همان‌طور که اشاره کردم بحث در حوزه فلسفه قانون یک خاصیت بومی‌تر هم دارد که برای من مهم است؛ خصوصا اینکه مخاطبین این گفتارها دوستان فارسی زبان هستند. آن ویژگی بومی این است که قانون همیشه یکی از مهم‌ترین مسایل در حوزه‌های سیاسی و اجتماعی جامعه ما بوده است؛ یعنی یکی از دغدغه‌های جامعه ما، از مشروطه به این طرف حاکمیت قانون بوده است. به رغم آنکه اندیشه حقوقی در جامعه ما رشد بسیار چشمگیری داشته، متأسفانه درک جامعه ما از خود مفهوم قانون و مفاهیم بنیادینی که در نظام حقوقی است، چندان گسترده و ژرف نشده است. جامعه ما با تاملات فلسفی درباره قانون آشنایی بایسته و شایسته ندارد و حال که ملت ما در تکیا و حرکت به سمت حرمت نهادن به حقوق بشر و تاسیس یک جامعه دمکراتیک است، درک عمیق‌تر ما از قانون می‌تواند به این پویش و به این کوشش تاریخی ما کمک بکند.

پرسش و پاسخ

سوال:

مفهوم قرارداد که فلاسفه قرون ۱۸ تا ۲۰ از آن استفاده می‌کردند، نسبت خاصی با مفهوم قانون دارد یا خیر؟
جواب:

خواهیم دید در بعضی از این مدل‌ها مفهوم قرارداد هیچ نقشی ندارد، در بعضی مدل‌ها نقش دارد و بعضی مدل‌ها نسبت به این مفهوم بی‌طرف هستند، یعنی مهم

نیست که شما قانون و قرارداد را مربوط بدانید یا خیر. مثلاً بعضی از پوزیتیویست‌های حقوقی مثل هارت نهایتاً معتقدند که ماهیت قانون، قاعده rule است. اما گروهی مثل کسانی که تفسیر «ویکتشتاینی» از قاعده دارند، قاعده را نهایتاً یک نوع قرارداد اجتماعی می‌دانند. هارت اساساً معتقد است که بنیان اصلی نظام حقوقی در واقع نوعی قاعده اجتماعی است که می‌تواند به مثابه قرارداد اجتماعی تلقی شود. آن وقت قرارداد اجتماعی به این معنا نیست که گروهی دور هم جمع می‌شوند و تصمیم می‌گیرند. شما می‌توانید بگویید اگر در یک شرایط فرضی جمع می‌شدند، چنین تصمیم می‌گرفتند.

سوال:

فرق اخلاق با زور یعنی آن بایدی که در جامعه هست، در چیست؟ به نظر می‌رسد هر دوی آنها «باید» باشد. یعنی شما کسی را نمی‌کشید چون آدم خوبی هستید؛ ولی چه آدم خوبی باشید چه نباشید، بالاخره چون زور در جامعه هست کسی را نمی‌کشید. سوال اولیه من این بود که در جامعه ما این جور بار می‌آییم که آدم‌کشی بد است. بعد این‌ها مخلوط هستند. هم یاد می‌گیریم که این اخلاقی نیست و هم یاد می‌گیریم که این قانون این مملکت است. پس در افکار هر فرد این‌ها همراه و در آمیخته هستند. درست است؟

جواب:

تعبیری که شما به کار بردید مهم است؛ زیرا این پدیده مورد اشاره شما را جورهای مختلف می‌شود فهمید. یک طرزش این است که کسانی گفته‌اند نهایت چیزی که در جامعه وجود دارد «باید» و الزام قانونی است، یعنی چیزی از جنس زور، نه چیزی بیشتر از آن. مثلاً نیچه معتقد است که اخلاق یک پنجه آهنین است که شما یک دستکش مخملین روی آن کشیده‌اید. البته بستگی دارد، یک عده معتقدند که اخلاق را طبقات فرا دست ایجاد کرده‌اند. نیچه معتقد است طبقات فرو دست که زورشان به فرا دستان نمی‌رسید، اخلاق را درست کردند که قوی‌ها را ضعیف کنند. کسانی معتقدند که اخلاق در واقع شکل تلطیف شده زور است و قانون شکل تجسد حقوقی زور در جامعه است. نهایتاً پرسش این است آیا شما بالاخره حکم قانونی را به زور تحویل می‌کنید یا نه؟ ممکن است بگویید که حکم قانونی با زور مرتبط است و همان‌طور که شما گفتید بگوییم در ذهن ما این‌ها با هم حاضرند. وقتی می‌گوییم با هم حاضرند یعنی فرض این است که حکم قانونی یک چیز است، زور چیز دیگری است و تکلیف اخلاقی یک چیز دیگر است، اما با هم مربوطند و هر

سه با هم حاضرند. اما کسانی مثل تمام یا دست کم گروهی از پیروان مکتب حقوق طبیعی^۱ معتقدند که حکم قانونی چیزی نیست جز حکم اخلاقی. بعضی از پیروان مکتب تحقیقی حقوق^۲ معتقدند که حکم قانونی چیزی نیست جز زور یعنی نوعی قدرت تحویل گرایانه دارند. سوال این است که آیا این درست است یا نه؟ آیا قانون یک هویت مستقلی دارد که این هویت مستقلش با این مفاهیم پیرامونی مربوط است یا نه باید به آن مفاهیم تحویل داده بشود. این سوالی است که باید به آن پرداخت.

سؤال:

قانون بودنِ قانون منوط به اخلاقی بودن آن است؟

جواب:

این یک پرسش اساسی است که آیا قانون مفهوماً متوقف به اخلاق است یا نه. یعنی اگر چیزی به لحاظ اخلاقی معتبر نبود، از اعتبار قانونی هم ساقط است یا خیر. اگر شما بگویید نه، یعنی تصویر خاصی از قانون دارید و باید معلوم شود که آن تصویر چیست. اگر معتقدید که آری، یک تصویر دیگر از قانون دارید که می‌خواهیم ببینیم چیست. غرض من این نیست که از یک مدل دفاع بکنم، منظورم این است که بررسی کنیم هر موضعی که شما می‌گیرید، چه تحلیلی از قانون شما را به این موضع رسانده است. کار ما در واقع حقوق تحلیلی است، می‌خواهیم ببینیم هر موضعی که شما انتخاب می‌کنید بر کدام مفروضات بنا شده است. ما می‌خواهیم آن مفروضات را آشکار و ارزیابی کنیم و ببینیم نقاط قوت و ضعفش در چیست. اما نهایتاً اینکه کدام موضع را انتخاب کنید، به خود شما مربوط است.

ادامه بحث را برای نوبت دیگر می‌گذاریم.

1. Natural law theorists

2. Legal positivists

گفتار دوم:

نظریه قانون طبیعی

در جلسه نخست کلیاتی درباره مفهوم فلسفه قانون و دلیل اهمیت پرداختن به فلسفه قانون بیان شد. گفته آمد یکی از دلایل اهمیت این بحث، مسائل اجتماعی و تاریخی مربوط به ما ایرانیان و نقش مهمی است که مفهوم قانون در حیات سیاسی اجتماعی ما ایفا می‌کند. چند سده است که مفهوم مدرن قانون و نهادهای حقوقی مدرن کمابیش در جامعه ما ریشه دوانده است، با این وجود پاره‌ای مفاهیم حقوقی، هنوز از وضوح کافی برخوردار نیست و اتفاقاً یکی از مفاهیم حقوقی مبهم، مفهوم قانون است که در این گفتارها به توضیح و ایضاح آن خواهیم پرداخت.

در جلسه گذشته توضیح داده شد که گذشته از مباحث تاریخی اجتماعی، دلایل فلسفی نیز برای جذاب بودن تأمل فلسفی درباره مفهوم قانون وجود دارد. از جمله اینکه وقتی ذهن ما تصور روشن‌تری از مفهوم قانون داشته باشد می‌تواند رابطه قانون و مفاهیم مشابه و مرتبط آن را با دقت بیشتری بکاود. به طور مشخص رابطه قانون و اخلاق از موضوعات مهمی است که در این سلسله گفتار در قانون توجه ما خواهد بود.

تا چند جلسه آینده دو پرسش اصلی موضوع بحث ما خواهد بود: نخست آنکه ماهیت قانون چیست؟ دوم اینکه رابطه قانون و اخلاق را چگونه باید فهم بکنیم؛ البته

پاسخ این پرسش تا حد زیادی به تلقی ما از ماهیت قانون بستگی دارد. اینک مایلیم یکی از مهم‌ترین نظریاتی که درباره قانون و ماهیت رابطه قانون و اخلاق در تاریخ تفکر فلسفی غرب، همچنین در تاریخ تفکر فلسفی الهیاتی اسلامی مطرح شده، یعنی موضوع نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی را بررسی کنیم. البته در اینجا قرائت کلاسیک این نظریه بررسی خواهد شد و تاکید من بویژه بر آرای توماس آکویناس فیلسوف و متاله قرون وسطا خواهد بود. علت اینکه من ترجیح دادم که بحث را با نظریه کلاسیک قانون طبیعی آغاز کنیم این است که اصولاً فلسفه قانون مدرن در نقد و به عنوان واکنشی به نظریه قانون طبیعی خصوصاً خوانش آکویناسی آن، شکل گرفت. بنابراین توجه به این پیشینه می‌تواند به درک ما از نظریات قانون دوره مدرن کمک کند. پیش از توضیح نظریه قانون طبیعی، حداقل خوانش آکویناسی آن، مایلیم درباره نکته‌ای که در حوزه فکر دینی و تحلیل گذشتگان از ماهیت اخلاق مطرح بوده، گفتگو کنیم. برابر توضیحی که در ادامه گفتار ارائه می‌شود، خواهید دید که نظریات قانون بر اساس الگوی نظریاتی که در سنت گذشتگان در تحلیل مفهوم اخلاق و حکم، رایج و مقبول بوده، بازسازی شده است. به عبارت دیگر میان نظریات قانون و نظریات اخلاق، بویژه نظریه اخلاقی بالیده در بستر و سنت دینی، رابطه‌ای تاریخمند وجود دارد.

دوستان کمابیش می‌دانند که یکی از رساله‌های مشهور افلاطون رساله یوطیفورو است. در این رساله آمده که یوطیفورو به سمت دادگاه می‌رود تا علیه پدر خویش در دادگاه شهادت بدهد. در راه به سقراط برخورد می‌کند و گفتگویی میان آن دو صورت می‌گیرد. و سقراط پرسش مهمی را با یوطیفورو در میان می‌نهد که در واقع منشا پاره‌ای از مهم‌ترین مکاتب و خواستگاه نظریه اخلاقی فرا اخلاقی در جهان قدیم بوده است؛ بحثی که دامنه آن به روزگار ما به نیز کشیده شده است. پرسش سقراط این بود: آیا خوب خوب است برای آنکه خداوند به آن فرمان داده؟ یا برای اینکه خوب است، خداوند به آن فرمان داده؟ در واقع سقراط با طرح یک قضیه منفصله می‌پرسد کدام یک از این دو گزاره درست است: «الف خوب است، زیرا خداوند به آن حکم کرده» یا «خداوند به انجام امر الف حکم کرده، زیرا امر الف خوب است». تفاوت این دو موضع روشن است. در موضع اول، حُسن امر «الف» قائم به حکم خداوند است؛ به تعبیر مولانا «هر چه آن خسرو کند شیرین کند» یعنی هر چه که خداوند حکم بدهد، خوب است. امر «الف» از پیش خود نه بد است نه نیک. شما باید منتظر بشوید ببینید که فرمان خداوند چیست. اگر خداوند گفت امر «الف» را انجام بدهید، انجام «الف» نیک می‌شود اگر خداوند گفت امر «الف» را انجام ندهید، انجام

امر «الف» بد می‌شود. بنابراین خوبی و بدی صفت ذاتی «الف» نیست؛ نیکی و بدی، حُسن و قبیح درواقع قائم به حکم خداوند است. خداوند می‌گوید مرتکب قتل عمد نشوید، دروغ نگوئید. بنابراین قتل عمد و دروغ گفتن بد می‌شود. اما اگر فردا نظر و حکم خدا نظر تغییر کرد و گفت از این به بعد اشکال ندارد آدم بکشید، آدمکشی قبیح نخواهد بود. اگر خداوند گفت از این به بعد دروغ بگوئید، دروغ گفتن خوب می‌شود. برای مثال در داستان ابراهیم و قربانی کردن فرزندش اسماعیل، در واقع بسیاری از متکلمان همین را می‌گفتند. اصولاً اخلاق حکم می‌گوید که قربانی کردن یک آدم بیگناه، خصوصاً یک طفل بیگناه کار زشتی است. در اینجا ما فکر می‌کنیم که کشتن فرد بیگناه قبح ذاتی دارد. بنابراین معنی ندارد که خداوند پیامبری را به انجام کاری زشت حکم بدهد؛ اما بسیاری از متکلمان گذشته معتقد بودند که چنین نیست. کشتن انسان‌ها نه خوب است و نه بد. این علت اینکه ما کشتن انسان‌ها را بد می‌دانستیم این بود که خداوند گفته بود که آدم نکشید. یکی از ده فرمان همین بود. اما اگر فردا نظر خدا عوض شد مثل مورد ابراهیم که گفت برو فرزندت را بکش، اگر این فرمان خداوند باشد، کشتن آن فرزند، نه فقط اشکال ندارد، بلکه کار درست همان است.

در نقطه مقابل، موضع دوم می‌گوید که برای مثال کشتن کار انسان‌ها، ذاتاً کار بد و فعلی قبیح است؛ دلیل اینکه خداوند به ما گفته است که انسان‌ها را نکشید، همان قبح ذاتی آن فعل است. بنابراین خوب و بد امور صفت و ویژگی آنها است و حکم خداوند خوب و حکمیانه است، زیرا خوب و بد، حسن و قبح امور را به رسمیت می‌شناسد.

بنابراین در قرائت اول، خوب بودن فعلی یا بد بودن رفتاری تابعی است از حکم خداوند. به همین دلیل است که به این می‌گویند نظریه حکم الهی. برابر نظریه دوم خوب و بد از وحی مستقل بوده، یک حکم / امر طبیعی است. در اینجا طبیعی در مقابل وحیانی است؛ یعنی مستقل از اراده خداوند است. طبیعت امور مقتضی خوب یا بد بودن آنها است. خداوند نیز چون حکیم عادل است همیشه به فعل و رفتاری حکم می‌کند که از پیش خود خوب است و از فعل و رفتاری نهی می‌کند که ذاتاً زشت و قبیح است. به همین دلیل است که به این دومی می‌گویند نظریه قانون طبیعی. در تاریخ تفکر اسلامی حکمای اشعری از نظریه اول جانبداری کرده‌اند. حکیمی مثل غزالی، همچنین بسیاری از عرفای ما می‌گفتند که خوب و بد امور، تابعی از حکم خداوند است و اگر حکم خداوند تغییر کند ناگزیر وجهه اخلاقی امور هم تغییر خواهد کرد. اما حکمای معتزله به گزینه دوم اعتقاد داشتند و بر آن بودند که

قدرت خداوند به اقتضائات اصل عدالت محدود است؛ خداوند بالضرورة عادل است پس نمی‌تواند به امری نادرست، ناپسند و قبیح فرمان دهد؛ زیرا خوب و بد امور مستقل از اراده خداوند است و اراده خداوند مقید است به خوب و بد امور. در الهیات مسیحی نیز همین دوگانگی را داریم. کسانی در نظریه اول معتقد بودند، اما کسانی مثل آکویناس خوب و بد را مستقل از حکم و فرمان خداوند می‌دانستند و معتقد بودند که یکی از نشانه‌های حکمت خداوند این است که به مقتضای علم مطلقش خوب و بد امور را می‌داند و به اقتضای حکمت خیریت خود، همیشه ما را به انجام کار خوب فرمان می‌دهد و از انجام کار بد پرهیز می‌دهد.

اینک با عنایت به این زمینه، سخن را پی می‌گیریم. همان‌طور که من در جلسه گذشته نیز اشاره کردم در نگاه گذشتگان تمایز روشن و قاطعی میان امر اخلاقی و امر قانونی وجود نداشته است. بنابراین می‌توان حدس زد گذشتگان ما هر نظریه‌ای را که در توضیح ماهیت امر اخلاقی انتخاب می‌کردند، در تبیین و فهم امر قانونی نیز به همان نظریه ارجاع می‌داده‌اند. این کاری است که آکویناس هم انجام داده است. مبنا و اساس خوانش کلاسیک نظریه قانون طبیعی که اکنون مایلیم توضیح بدهم چیزی نظیر گزینه دوم است. طی مباحث آتی خواهیم دید در جهان مدرن، سلسله یا یکی از مهم‌ترین نظریه‌پردازان مدرن قانون، صورت سکولار و عرفی شده گزینه اول را مبنا قرار داد و مکتب پوزیتیویسم حقوقی^۱ را بنا نهاد. پس به خاطر داشته باشید این تقسیم‌بندی که نوعی فرا اخلاقی^۲ بود در بستر الهیات اسلامی و مسیحی متولد شد.

اینک به توضیح مختصر تحلیل آکویناس که قرائتی است از نظریه قانون طبیعی می‌پردازیم. منظور از «نظریه قانون طبیعی» چیست؟ همان‌گونه که بیان شد این نظریه نه یک قرائت و تبیین، بلکه قرائت‌های متعدد اعم از کلاسیک و مدرن دارد. قرائت‌های مدرن هم از یک نوع نیستند و گاه تفاوت‌های زیادی با هم دارند؛ اما وجه مشترک تمام نظریات قانون طبیعی، اعم از کلاسیک گرفته تا مدرن این مدعای اصلی است که حکم قانونی/ اعتبار قانونی رابطه‌ای مفهومی و ضروری با مفهوم اخلاق یا اعتبار اخلاقی دارد. این رابطه مفهومی ضروری مهم است. به تعبیر دقیق‌تر و زبان فنی‌تر اینان معتقدند که «اعتبار اخلاقی» حداقل شرط ضروری «اعتبار قانونی» است. یعنی اگر حکمی اعتبار اخلاقی نداشت، اعتبار قانونی هم نخواهد داشت. اعتبار اخلاقی، شرط ضروری یا لازمه اعتبار قانونی است.

این نکته بسیار مهمی است و بدان معنا است که اگر روشن شود یا بتوان ثابت

1. Legal positivism

2. Metaethics

کرد که قانونی اعتبار اخلاقی ندارد، به تعبیر دیگر ناعادلانه است، نتیجتاً آن قانون، از حیث قانونی و حقوقی هم نامعتبر است. این همان گزاره معروفی است که از آگوستین نقل شده که گفته است «قانون ناعادلانه، اساساً قانون نیست». وقتی او وصف ناعادلانه بودن را برای قانونی به کار می‌برد یعنی آن قانون، اعتبار اخلاقی ندارد؛ وقتی اعتبار اخلاقی ندارد، اصولاً نمی‌توان برای آن اعتبار قانونی نیز قائل شد. حال پرسشی اساسی که ما از آکویناس داریم این است که منظور شما چیست؟ الان توضیح خواهم داد که نظر وی چیست. اما از منظر دیگر اینکه شما چه چیزی را قانونی بدانید، مهم نیست. مهم آن است که در عرف جامعه شما چه چیز قانون محسوب می‌شود.

آکویناس البته تحلیل خودش را دارد. ولی سخن او عام است؛ می‌گوید آنچه که در نظام حقوقی شما قانون محسوب می‌شود، در صورتی اعتبار قانونی دارد و الزام‌آور است و در اطاعت از آن بر شما لازم است که اعتبار اخلاقی هم داشته باشد. به تعبیر دیگر، از نظر آکویناس اعتبار اخلاقی در مفهوم قانون ملحوظ است. اینکه تلقی وی از قانون چیست، بحث دیگری است. نکته این است که از نظر وی، هر تلقی و برداشتی که شما از قانون داشته باشید، باید اعتبار اخلاقی در آن منظور شده باشد. مثل اینکه شما در زبان فارسی می‌گویید فلانی مجرد است. منظور از مجرد یک فرد بالغ فاقد همسر یا ازدواج نکرده است. در اینجا در تعریف، بالغ بودن شرط لازم مجرد بودن است. شما مثلاً در مورد یک پسر چهار ساله نمی‌گویید این پسر مجرد است. هنوز وصف مجرد بر او قابل اطلاق نمی‌دانید، زیرا وی هنوز بالغ نیست. مفهوم مجرد بودن چنان تعریف شده که مفهوم بالغ بودن در آن مندرج و نهفته است. یعنی اگر فرد شرط بالغ بودن را نداشته باشد، وصف مجرد بودن بر او قابل اطلاق نیست. حال شما بگویید مجرد بودن یعنی چه؟ معنایش ممکن است علاوه بر بالغ بودن، بسیاری چیزهای دیگر نیز باشد. آکویناس در مورد قانون همین توضیح را دارد. می‌گوید هر تعریفی که شما از قانون ارائه می‌کنید باید این شرط در آن ملحوظ شده باشد. پس تعریف قانون عبارت است از «ایکس به اضافه اعتبار اخلاقی». البته او باید توضیح بدهد این ایکس چیست؛ ولی ایکس هر چه که باشد تغییری در این به وجود نمی‌آورد که مفهوم قانون متضمن مفهوم اعتبار اخلاقی است.

یک نکته این است که تحت چه شرایطی و با طی چه فرآیندی یک گزاره به قانون تبدیل می‌شود. سخن آکویناس اینکه آن است که فرض کنید یک قانون ناعادلانه وجود دارد؛ حال ما باید در برابر این قانون چه واکنشی داشته باشیم؟ باید از آن پیروی کنیم یا باید از آن سرپیچی کنیم؟ گویی تلقی شما این است که این قانون

ناعادلانه، همچنان قانون است. اینک باید تصمیم بگیریم با این قانون ناعادلانه چگونه برخورد کنیم؟ مثلاً چگونه برای تغییر آن تلاش کنیم. شما دارید درباره راهکارهای اصلاح قانون سخن می‌گویید. پیش فرض شما آن است که آن قانون ناعادلانه، از اعتبار قانونی برخوردار است. اما سخن آکویناس درباره تحلیل خود مفهوم قانون است. او می‌خواهد بگوید اگر معلوم شد قانونی ناعادلانه است، یعنی اعتبار اخلاقی ندارد، اصلاً قانون نیست تا نوبت به اصلاحش برسد. شما وقتی می‌خواهید قانونی را اصلاح کنید فرض کرده‌اید که آن، قانون معتبری است ولی نقایصی دارد؛ اینک شما می‌خواهید آن کاستی‌ها و عیب‌ها را برطرف کنید. اما مطابق تعریف آکویناس اگر قانونی فاقد اعتبار اخلاقی باشد، اساساً قانون نیست.

یکی از مهم‌ترین انتقاداتی که پیروان مکتب تحقیقی حقوق^۱ مطرح می‌کردند این است که نظریه آکویناس مناسب شرایط آرمانی ایده‌آل است. گویی او درباره قانون آرمانی صحبت می‌کند؛ اما آنچه در عالم خارج وجود دارد، قانون واقعی است. در مقام واقعیت و عمل، در نظام‌های حقوقی موجود، شرط اعتبار اخلاقی، به عنوان یکی از مقومات مفهوم قانون تلقی نمی‌شود. به همین دلیل است که شما می‌گویید ممکن است قانون ناعادلانه باشد، اما بر مقدرات شما حکم می‌راند و شما بخواهید یا نخواهید، همان قانون روابط و مناسبات جامعه را تنظیم می‌کند. اما همان‌طور که گفتیم آکویناس معتقد است که اگر این شرط برآورده نشود، اساساً این قانون قانونیت ندارد.

معتقدان به نظریه قانون طبیعی در دوران مدرن البته این مدعای محوری را به نحو دیگری تفسیر می‌کنند که من بعداً توضیح خواهم داد. آنها تقریر و تبیین دیگری دارند تا اشکال مذکور بر آنان وارد نباشد. به بیان دیگر آنچه که عملاً در عالم واقع رخ می‌دهد تعریف ایشان را نقض نکند. این نکته‌ای است که بعداً توضیح خواهم داد.

اینک برگردیم به آکویناس. به هر حال او معتقد است که اعتبار اخلاقی شرط لازم اعتبار حقوقی است و اگر هویدا شود آنچه که قانون تلقی می‌شده، ناعادلانه است معلوم می‌شود که آن گزاره، از بیخ و بن قانون نبوده است. اعتبار اخلاقی رابطه مفهومی ضروری ذاتی با اعتبار حقوقی و قانونی دارد. فراموش نکنید پیروان مکتب تحقیقی حقوق می‌گفتند قصد آنان تبیین چیستی قانون است، اما این به معنای غیر قابل نقد بودن قانون نیست. ممکن است شما قانون را نقد اخلاقی کنید و نقد شما هم

1. Legal positivism

کاملاً موجه باشد و حتی نقد شما چندان قوی باشد که افکار عمومی را متاثر کند و مخالفت آنان با آن قانون، یا در نتیجه تغییر نظر حکمران، آن قاعده اصلاح و یا تماماً ملغی شود. خلاصه آنکه سخنان اینان آن نیست که نقد قانون ممکن است یا خیر؛ آنان هم موافقت می‌کنند که قانون از جنبه‌های متفاوت از جمله منظر اخلاقی قابل نقد باشد، اما تأکید اینان آن است که قانونیت قانون در گرو اعتبار اخلاقیش نیست. بنابراین آنها این دو نکته را از هم جدا می‌کنند.

ناگفته نماند بسیاری از نظریه‌پردازان مکتب حقوق طبیعی علاوه بر این مدعای اصلی و ثانویه، مدعای دیگری هم دارند که شما می‌توانید به توضیحی که بیان خواهد شد، آن را مدعای ثانویه آنان بدانید. در این مدعای ثانویه آنان در واقع یک نظریه اخلاقی نیز به تقریر خود می‌افزایند. یعنی نه فقط قانون را برحسب اعتبار اخلاقی تعریف می‌کنند بلکه خود اعتبار اخلاقی را هم به نحوی خاص تعریف می‌کنند. تعریف خاصی که آنان از اعتبار اخلاقی دارند این است که ترتیباتی به اسم نظم اخلاقی وجود دارد که آن نیز جزیی از نظم طبیعی است. آنهایی که معتقدند این نظم اخلاقی ناشی از اراده و مشیت خداوند است، در واقع قرائتی تئولوژیک و الهیاتی دارند. البته کسانی هم هستند که علی‌رغم باورمند نبودن به وجود خداوند معتقدند که نظم اخلاقی بخشی از نظم طبیعی است. مثلاً گروهی در حوزه اخلاق طبیعت گرا و واقع‌گرا هستند یعنی معتقدند «خوب» یا «بد» صفت ویژه امور واقع در جهان طبیعت است. یعنی نظم اخلاقی همانند دیگر ویژگی‌های طبیعی امور مثلاً رنگ و شکل آنان وجود دارد.

بنابراین نظریه قانون طبیعی عمدتاً برآیند دو مدعا است. یکی اینکه قانون را بر مبنای رابطه ذاتی اساسی ضروری با مفهوم اخلاق و اعتبار اخلاقی تعریف می‌کنند؛ دوم اینکه به وجود نظم اخلاقی به عنوان جزیی از نظم طبیعی اعتقاد دارند. همان‌طور که اشاره شد قرائت‌های مختلفی، از جمله الهیاتی در مقابل عرفی از این نظریه وجود دارد.

بعضی از قائلین به نظریه قانون طبیعی مدعای دوم را اساساً قبول ندارند. می‌گویند ما اصلاً کار نداریم نظم اخلاقی چیست. آنچه که در قانون توجه آنان قرار دارد همان مدعای اصلی و محوری است؛ به همین دلیل است که من گفتم مطلب دوم را مدعای ثانویه نامیدم.

به طور سنتی نظریه‌پردازان قانون طبیعی به هر دو مدعا اعتقاد داشته‌اند، اما در دوره معاصر بسیاری از کسانی که خودشان را قائل به نظریه قانون طبیعی می‌دانند، گرچه لزوماً به مدعای دوم درباره ماهیت اخلاق قائل و متعهد نیستند، معتقدند که

مفهوم قانون رابطه ضروری مفهومی ذاتی با مفهوم اخلاق و اعتبار اخلاقی دارد. من دیدگاه‌های پوزیتیویست‌های حقوقی را توضیح دادم تا زمینه برای بیان نظریات فیلسوفان مدرن حقوق مهیا شود. همان‌طور که توضیح خواهم داد قرائت‌های مدرن مکتب حقوق طبیعی لزوماً به مدعای دوم متعهد نیستند، اما وجه مشترکشان این است که مبنای کار همه آنان مدعای اول یا صورتی و وجهی از آن است.

اکنون می‌خواهیم ببینیم که آکویناس چه فهم و تحلیلی از قانون دارد. از نظر او اعتبار اخلاقی شرط لازم برای هر قانون است. او البته تفسیری الهیاتی از نظریه حقوق طبیعی دارد. همان‌طور که می‌توانید حدس بزنید نقطه شروع این است که می‌گوید خداوند در رأس امور است. مهم‌ترین وصف خداوند «حکیم» بودن او است. وقتی که خداوند حکیم جهان را می‌آفریند، در متن خلقت طرح و نظمی که بازتابنده و بیانگر حکمت او است، به ودیعت می‌نهد. در جهان مخلوق خداوند حکیم نظمی با دو ویژگی وجود دارد. یکی اینکه حکیمانه است، یعنی بازتابنده خرد بی‌پایان الهی است. دوم اینکه مثل هر اقدام حکیمانه دیگر معطوف به خیر است. به عقیده او یکی از مهم‌ترین شروط یک طرح حکیمانه همین معطوف به خیر بودن است. اینجا شما انعکاس آرای ارسطو را می‌بینید. آکویناس در واقع قرائتی الهیاتی از ارسطو دارد. از نظر ارسطو نیز نظمی معقول بر جهان حاکم است. همچنین مهم‌ترین غایت خرد رسیدن به خیر و نیکی است. بنابراین وقتی شما به عنوان فردی خردمند نیز نظامی را می‌آفرینید باید غایت و منظورتان تامین یک خیر باشد. حال که معتقد است چنین طرح خیرگرایانه‌ای در جهان وجود دارد، به محض اینکه شما چنین طرح یا نظم حکیمانه معطوف به خیر را در جهان تشخیص بدهید، او اسم آن نظم کشف شده را می‌گذارد «قانون جاودانه».

وی سپس می‌گوید این قوانین جاودانه هم در جهان طبیعت وجود دارند و هم در جهان ماورای طبیعت است. جهان طبیعت هم دو اقلیم و ساحت مجزا دارد. یکی طبیعتی که شامل موجود صاحب اراده یعنی انسان است، یکی هم جهان طبیعت موجود مثلاً کوه و دشت و درخت که فاقد اراده است. آکویناس قوانین جاودانه مربوط به موجودات صاحب اراده را «قانون اخلاقی» می‌نامد. بنابراین از نظر او یک قانون اخلاقی بخشی از ساختار این جهان است. ارزش‌ها بخشی از طرحی هستند که در این جهان نهاده شده است. والاترین بخش نظریه او آن است که انسان صاحب اراده است. قانون جاودانه حاکم بر جهان طبیعت و موجودات فاقد اراده را «قانون طبیعت» یا «قانون طبیعی» می‌نامد، مثل قوانین مطرح شده در فیزیک و شیمی. آنجا که این طرح حکیمانه، قانون جاودانه‌اش را در جهان ماورای طبیعت نشان می‌دهد وی

از اصطلاح «قانون الهی» استفاده می‌کند. این قوانین مقدرند یعنی صورت خارجی و بیرونی حکمت خداوند هستند. به بیان ساده از دیدگاه وی سه نوع قانون در جهان وجود دارد که عبارتند از قانون الهی، قانون اخلاقی و قانون طبیعی. توجه کنید که در این تقریر مشیت خداوند بی‌حد و مطلق نیست. یعنی خداوند در مقام خلق این جهان نمی‌تواند کاری مغایر خیر و خلاف حکمت انجام دهد. به این معنا است که آکویناس به گزینه دوم در قضیه منفصله یوپیفورو قائل است. یعنی قدرت و اراده خداوند مقید است به این خیریت. بنابراین «قانون الهی» قیودی است که خود خداوند هم تابع آنها است و آنها را رعایت می‌کند. خداوند خود خالق این قانون است اما آفرینش او مقید به همان قیود است. یعنی خداوند کار خوب می‌کند، نه که هر آنچه که او بکند خوب می‌شود. این قوانینی که خداوند تدبیر کرده، در جهان طبیعت هم هستند. در اقلیم انسانی وقتی که ما جامعه را ایجاد می‌کنیم برای تدبیر زندگی روزمره و تنظیم مناسبات اعضای جامعه باید قانون وضع کنیم. این قوانین را آدمیان وضع می‌کنند، نه خداوند. آکویناس این گروه چهارم را «قوانین موضوعه»^۱ می‌نامد. واضع سه دسته نخست قوانین دیگر خداوند است. همه آنها قوانین جاودانه‌ای هستند که در واقع تجلی حکمت الهی و معطوف به خیر می‌باشند اما واضع دسته اخیر قوانین انسان‌ها هستند و غایت آن، سامان بخشی امور جاری و تنظیم مناسبات و روابط اعضای جامعه است.

وقتی ما از قانون و چیستی آن صحبت می‌کنیم منظورمان قوانین موضوعه است، یعنی قانونی که ما انسان‌ها می‌آفرینیم. در فلسفه حقوق به بررسی ماهیت و چیست همین قانونی که برای مدیریت جامعه وضع کرده‌ایم، می‌پردازیم. در اینجا آکویناس می‌گوید قانونی که در جامعه وضع می‌شود، باید به منظور تامین خیر همگانی باشد. غایت کل جهان تامین خیر است، لذا وقتی شما برای جامعه قانونی وضع می‌کنید این قانون باید متناسب با این قانون جاودانه باشد. به بیان دیگر قوانین موضوعه باید صورت عینی و تجلی آن قانون ازلی و ابدی الهی باشند. از نظر آکویناس گرچه واضع قوانین موضوعه گروه خاصی از انسان‌ها می‌باشند که واجد اقتدار سیاسی در جامعه هستند، مصوبه آنان در صورتی قانونیت دارد که خیر عمومی را تامین بکند؛ به تعبیر دیگر فقط در صورتی که تصمیم و مصوبه آنان با این قانون جاودانه و حکیمانه و معطوف به خیر عمومی سازگار باشد جنبه قانونیت و الزام‌آور بودن خواهد داشت. بنابراین آکویناس می‌گوید وقتی مرجع اقتدار سیاسی قانونی را وضع می‌کند آن

قانون باید کاملاً روشن بیان بشود به اطلاع عموم رسانده شود و نیز باید خیر عمومی اعضای جامعه تامین کند. از سوی دیگر اعضای جامعه به عنوان انسان‌های مختار و خردورز باید این قوانین را اجرا کنند. مهم‌ترین جایی که انسان می‌تواند اراده و عقلانیت خویش را آشکار کند وضع قوانین و نظامات معطوف به خیر عمومی است. از این رو آکویناس به این پرسش که قانون موضوعه چیست چنین پاسخ می‌دهد که «قوانینی هستند که توسط یک مرجع اقتدار سیاسی که به نحو مشروع و بر حق در قبال جامعه مسئول شده، به طور واضح و روشن تدوین و ابلاغ شده، عقلایی و معطوف به خیر عمومی باشند». به بقیه عناصر تعریف نیز توجه بفرمایید. پس قانون عبارت است از حکمی که از جانب یک مرجع سیاسی مشروع صادر می‌شود، این حکم معقول است و مصلحت عمومی را تامین می‌کند و به معنای الهی‌تر، قانونی است که با قانون جاودانه یعنی آن نظم الهی معقول خیرمداری که خداوند در این جهان نهاده است، هماهنگ و سازگار است. آکویناس در واقع به چیزی قائل هست که گاهی به آن می‌گویند «عقلانیت حداکثری».

به نظر می‌رسد در پاره‌ای موارد مواضع آکویناس از استواری کافی برخوردار نیست. جاهایی معتقد است که به لحاظ هستی‌شناسی^۱ و در عالم خارج گرچه قوانین مخلوق خداوند هستند، اعتبارشان مستقل از خداوند است. برای درک بهتر این گفته به این مثال توجه کنید: سلسله اعداد طبیعی اعداد را ما می‌آفرینیم. ما مفاهیم «یک»، «جمع» و «واحد» را تعریف می‌کنیم. بعد «واحد» را به «یک» اضافه می‌کنیم، می‌شود دو، واحد دیگری به دو اضافه می‌کنیم می‌شود سه، به همین ترتیب تا اعداد بالاتر. ما آن را می‌آفرینیم، در عین حال روابط ریاضی‌ای که بین این اعداد به وجود می‌آید مستقل از ما است؛ اصولاً ما بسیاری از آن روابط را نمی‌شناسیم. اینکه بزرگترین عدد اول وجود ندارد یک واقعیت ریاضی است که وقتی ما سلسله اعداد ریاضی را می‌آفریدیم اصلاً خبر نداشتیم چنین روابطی در بین این‌ها وجود دارند. این همه شگفتی‌های روابط ریاضی که علم ریاضی کشف کرده را به یک معنا ما آفریده‌ایم، اما اعتبار آنها مستقل از ما است. من نمی‌توانم بگویم چون سلسله اعداد طبیعی را من آفریدم از این به بعد تصمیم می‌گیرم بگویم که بزرگترین عدد اول وجود دارد؛ معنی ندارد. درستی یا نادرستی آن قضیه ریاضی به تصمیم من که آفریننده آن سلسله اعداد هستم ربطی ندارد. به همین ترتیب آکویناس هم می‌گوید درست است که خداوند این جهان را آفریده، اما اعتبار اخلاقی امور از آن خودشان است و قدرت

خداوند هم محدود به آن حدود است. یعنی خدا نیز نمی‌تواند آن وضعیت را تغییر دهد. آکویناس معتقد است که این نظم را خداوند آفریده، مثل ما که سلسله اعداد طبیعی را آفریدیم؛ با این تفاوت که ما بسیاری از قوانین موجود در این مجموعه را ما نمی‌دانیم ولی خداوند عالم مطلق است و همه چیز را می‌داند. کاری که خدا می‌تواند بکند این است که برای مثال از طریق وحی، خوب و بد را به ما بیاموزاند. پس از نظر آکویناس خوب و بد مستقل از خداوند است؛ البته ممکن است ما نتوانیم خوب و بد را تشخیص دهیم.

در جاهایی آکویناس معتقد است که در این موارد خداوند از طریق وحی به ما کمک می‌کند که خوب و بد را بدانیم. آکویناس قائل به اثبات است؛ یعنی بر آن است که بعضی چیزها را چنان می‌تواند روشن و بی‌ابهام اثبات کند که هر انسان خردمندی وقتی استدلال او را می‌شنود، آن بپذیرد. از این جهت آکویناس خیلی شبیه به ارسطو است. آنان معتقدند که فیلسوف می‌تواند خوب و بد امور را کشف بکند، و وقتی کشف کرد وظیفه ما پیروی و تبعیت از آن امر خواهد بود.

دو نکته را باید از هم تفکیک کرد. یکی نظریه قانون او است که مبتنی بر تعریف خاصی از خوبی و حُسن است. یکی تعیین مصداق خوب‌ها (محاسن / فضیلت‌ها) و بد‌ها (قبایح / رذیلت‌ها) است. نظریه می‌تواند درست باشد، هر چند که فردی در تعیین مصداق خوب و بد اشتباه کند. نظریه می‌گوید قانون آن است که معطوف به خیر و معقول است. بعداً در مرحله بررسی مصادیق، ممکن است در مورد قانون خاص و معینی شما بگویید که این قانون خوب و ضامن خیر و مصالح عمومی است، کس دیگری بگوید این قانون خوب و معطوف به خیر نیست. این اختلاف نظر بر سر مصداق است، نه در مورد خود تئوری. یعنی اگر فرض کنید من قانع بشوم که حق با شما است می‌گویم خیلی خوب یک قانونی که اعتبار اخلاقی ندارد به لحاظ قانونی هم دیگر قانون نیست یعنی من و شما نظریه قانون‌مان مشترک است. گرچه در مقام تعیین خوب و بد باهم اختلاف نظر داریم.

در اینجا بحث راجع به نظریه آکویناس درباره قانون است. او می‌گوید قانونی معتبر است که اعتبار اخلاقی داشته باشد، مثلاً تأمین‌کننده خیر عمومی باشد. حال ممکن است آکویناس بگوید «الف» خیر است، ولی شما بگویید «ب» خیر است. بالاخره هر قانونی که به هر دلیلی معلوم شود خوب و خیر نیست، معلوم است که دیگر اعتبار قانونی هم ندارد.

شاید بهترین نمایندگان این تفکر در فرهنگ اسلامی، معتزله باشند. در فرهنگ اسلامی میان متفکران معاصر ما متأسفانه اصولاً بحث‌های فلسفه اخلاق و فلسفه قانون

بسیار رقیق بوده است. البته این وضعیت ناشی از دلایل مختلفی است. مهم‌ترین کتاب‌های اخلاقی ما مثل ابن مسکویه تقلید ناقصی از اخلاق نیکوماخوس ارسطو بوده است و بعد از او ما هیچ کتاب جدی درباره نظریه اخلاق نداشته‌ایم. بهترین مباحثات درباره فلسفه اخلاق تا حد زیادی بین متکلمان معتزله و اشعری بوده است. برعکس در مورد اخلاقیات مطالب زیاد گفته و کتاب‌های متعدد نوشته شده است. یکی از دلایلی که در فرهنگ ما بحث‌های متا اخلاق^۱ شکل نگرفت این بود که جامعه رفته رفته یک نوع نظریه حکم الهی را پذیرفت. یعنی نهایتاً معتقد بودند که منشا اخلاق خداوند است. بنابراین ما راجع به آن تحقیق و بررسی لازم نداریم و فقط باید درباره اخلاقیات گفتگو کنیم. به همین دلیل است که در فرهنگ ما تحقیقات و نظریات سامان یافته‌ای در فلسفه اخلاق وجود ندارد. آنچه داریم نیز تقلیدهای بسیار ناقص از مثلاً اخلاق نیکوماخوس ارسطو است. حالا عده‌ای می‌گویند که در فرهنگ اسلامی نظریه اخلاقی متأثر از ارسطو بوده است. به نظر بنده نظریه ارسطو واقعاً هیچ‌وقت در میان ما ریشه ندواند و مخاطب پیدا نکرد. در ایران معاصر نیز این بحث‌ها تقریباً مغفول است.

شما بر مبنای تحلیلی که عرض کردم می‌توانید تحلیل نظریه قانون آکویناس را ادراک کنید. این نظریه معتقد است که قوانین موضوعه وقتی قانونیت دارند که با قانون جاودانه سازگار باشند. از سوی دیگر در دل قانون جاودانه مفهوم خیر اخلاقی مندرج است؛ بنابراین یک رابطه ذاتی بین قانون و قانونیت قانون و خیر اخلاقی وجود دارد. این همان آموزه‌ای است که آکویناس می‌خواهد آن را مستدل کند. اگر قانونی عادلانه نباشد یعنی با این قانون جاودانه ناسازگار است، پس اصلاً قانون نیست. به این اعتبار است که آکویناس این سخن آگوستین را که قانون ناعادلانه اساساً قانون نیست، تأیید می‌کند.

این نظریه‌ای بود که آکویناس مطرح کرد. البته همان‌طور که بیان شد این نظریه از جهات مختلف مورد انتقاد بوده است. آموزه ثانوی یعنی اینکه حکم اخلاقی بخشی از طبیعت است پس نظریه اخلاقی در این قانون طبیعی مندرج بوده، در روزگار معاصر اعتبارش را از دست داده است. پذیرش این تفسیر از اخلاق - که از آن با عنوان «تفسیر غایت‌انگارانه» یاد می‌کنند - در روزگار مدرن، خصوصاً بعد از علم مدرن و در روزگار پسا داروینی، دشوار شده و هواداران زیادی ندارد. در ذهنیت بشر مدرن اصولاً آموزه دوم - یعنی این آموزه که یک نظم اخلاقی در جهان

طبیعت وجود دارد و کار ما چیزی نیست جز کشف این نظم اخلاقی - آموزه چندان مقبولی نیست.

در بیان اشکالات این نظریه می‌توان به اعتبار و حجیت ذهنیت مدرن اکتفا کرد؛ ولی مایلم بجای آن به دلیل کسانی که معتقدند این همان انگاری نظریه اخلاقی با طبیعت پذیرفتنی نیست اشاره کنم. البته این بحث اصالتاً یکی از موضوعات پردامنه و بحث‌انگیز در حوزه فرا اخلاق است و بحث کنونی ما در این حوزه نیست. فقط می‌خواهم اشاره کنم که چرا بعضی افراد این نظریه اخلاقی - یعنی تعریف امر اخلاقی بر مبنای یک ویژگی طبیعی - را نادرست می‌انگارند. این نظریه که اصطلاحاً «طبیعت‌گرایی در اخلاق» نامیده می‌شود نهایتاً «صفت اخلاقی» را به یک «صفت طبیعی» فرو می‌کاهد و آنها را یکی تلقی می‌کند. فرض کنید که می‌گوییم که «الف» خوب و حسن است. پرسش اساسی این است این مفهوم «خوب» و «حسن» را چگونه تعریف می‌کنیم؟ طبیعت‌گراها می‌گویند که این مفهوم «خوب» معادل یک مفهوم طبیعی است، مثلاً «فایده» است. فایده یک پدیده طبیعی است. شما کاملاً می‌توانید آن را محاسبه کنید، محاسبه‌پذیر است، وجهی از وجوه عالم است که قابل مطالعه، بررسی و اندازه‌گیری است. پس «خوب» به عنوان یک صفت اخلاقی چیزی نیست جز فایده. در این بیان یک تفسیر طبیعت‌گرایانه از مفهوم خوبی ارایه شده است. یعنی هر جا که توانستید فایده را بیافزایید، با یک پدیده اخلاقی خوب مواجهید و هر جا که فایده کاهش پیدا کرد شما با یک پدیده بد مواجه هستید. پس طبق فرض طبیعت‌گرایان «خوب» مساوی با یک صفت طبیعی است.

من اینجا از واژه «فایده» استفاده کردم؛ آکوناس عبارت «قانون جاودانه» را به کار می‌گیرد، همان طرح معقول و خیری که خداوند در این جهان نهاده است. برخی فیلسوفان معاصر گفته‌اند اگر «خوب» عین مفهوم «فایده» باشد، وقتی که فایده‌مندی را جایگزین خوبی کنید باید به شما نتیجه واحد بدهد.

جورج مور^۱ فیلسوف انگلیسی معتقد است که این جایگزینی میان مفهوم «خوب» و «فایده» ممکن نیست. اگر از شما پرسیده شود «آیا خوب، خوب است؟» پاسخ شما بی‌تردید مثبت است. اما اگر در این جمله واژه «خوب» را با مفهوم «فایده‌مندی» جایگزین کرده از شما پرسیده شود «آیا خوب فایده‌مندی است؟» پاسخ لزوماً مثبت نیست؛ بلکه بستگی دارد به اینکه ما تعریف «خوب بودن» را به «فایده‌مندی» فرو کاسته‌ایم یا خیر. پس پاسخ این سوال که «آیا خوب، خوب است؟» بدیهی بود، ولی

پاسخ این سوال که «آیا خوب، فایده‌مند است؟» بدیهی نیست، نظری و نیازمند تامل است.

به بیان دیگر پرسش اول حتی ممکن است خردمندانه به نظر نرسد، زیرا پاسخ آن به طور بدیهی معلوم است. ولی پرسش دوم، حتی اگر پاسخش مانند سوال اول مثبت باشد، مطرح کردنش غیر عقلایی نیست. زیرا حداقل نظر برخی افراد «خوبی» و «فایده‌مندی» معانی متفاوتی هستند. پس سوال اول بی‌ربط و بیهوده بود، اما به محض اینکه «خوب» را با مفهوم «فایده‌مند» جایگزین کردید این پرسش، به سوالی جدی با جواب نامشخص و محتاج بررسی و به اصطلاح Open question problem تبدیل شد. مور معتقد است همین تفاوت نشان می‌دهد که میان دو مفهوم «خوبی» و «فایده‌مندی» رابطه این همانی برقرار نیست. مور می‌گوید هر جا که مفهوم خوب را بر مبنای یک صفت طبیعی تعریف کنید، قلمرو معنایی مفهوم «خوب» فراتر از آن صفت طبیعی است.

در ارزیابی این استدلال البته بحث‌های مفصلی مطرح شده که از موضوع سخن کنونی ما خارج است. به هر حال در فلسفه‌های جدید این نوع نظریات اخلاقی که تلاش می‌کنند مفاهیم بنیادی اخلاقی مثل خوبی یا بدی را به مفاهیم طبیعی مثل فایده‌مندی و مضر بودن برگشت دهند، با مشکلات جدی مواجه هستند. بنابراین نظریه اخلاق آکویناس که نهایتاً می‌خواهد امر خوب را با قانون جاودانه تعریف کند اشکالاتی دارد. اشکال به آکویناس را می‌توان با اشاره به دو پرسش پیش گفته چنین تقریر کرد. سوال اول: «آیا خوب، خوب است؟» و پرسش دوم: «آیا خوب همان قانون جاودانه الهی است؟». در پاسخ سوال نخست می‌گوییم، بله قطعاً؛ اما در پاسخ پرسش دوم می‌گوییم نمی‌دانیم، باید فکر کنیم. نهایتاً برخلاف جواب به پرسش اول که همه همداستان بودند، در جواب به سوال دوم ممکن است بعضی بگویند بله، خوب همان قانون جاودانه الهی است و گروهی نیز بگویند خیر، این دو یکی نیستند. به عبارت دیگر سوال اول غیر خردمندانه است ولی پرسش دوم قابل طرح و به اصطلاح Open question problem است. پس قلمرو معنایی «خوب» فراتر از مفهوم «قانون جاودانه الهی» است و نمی‌توان اولی را به دوم فرو کاست. جواب مثبت پرسش دوم و یکی تلقی کردن این دو مفهوم در واقع نوعی مصادره به مطلوب است. یعنی اگر واقعاً خوب همان فایده‌مندی است و میان این دو هیچ فرقی نیست چرا در پاسخ به آن دو سوال، یکسان عمل نمی‌شود؟ حتی کسانی که پاسخ‌شان به هر دو سوال مثبت است نیز عملکردشان با در مواجه با دو سوال، یکسان نیست. سوال اول را بی‌درنگ پاسخ مثبت می‌دهند. اینکه خوب، خوب است امری بدیهی است، نه نظری

و نیازمند اندیشیدن. ولی یکی بودن خوبی و فایده‌مندی، بدیهی نیست، بعد از تامل ذهنی معلوم می‌شود که مثلاً یکی هستند.

من نمی‌خواهم در اینجا نظر نهایی خود را بیان کرده و حکم صادر کنم، بلکه می‌خواهم شما را با اشکالات نظریه اخلاقی آکویناس که مبنای نظریه او در فلسفه حقوق است، آشنا کنم. در هر صورت از نگاه آکویناس بسیاری از نظریات حقوق طبیعی بر یک تئوری درباره امر اخلاقی بنا شده‌اند و آن، برگشت دادن امر اخلاقی به یک امر طبیعی است. طبیعت‌گرایی در حوزه اخلاق یک موضع فلسفی محل مناقشه است. البته برخی از طبیعت‌گرایان و جانبداران نظریه قانون طبیعی با تفسیر الهیاتی آکویناس موافق نیستند و رابطه امر اخلاقی با امر طبیعی را در چارچوب تفسیری عرفی، سکولار و غیر الهی تقریر می‌کنند. بعضی از دیگر قائلین به نظریه قانون طبیعی می‌گویند اصلاً مسأله ما این نیست که خوب و بد (حُسن و قبح) چگونه تعریف می‌شود؛ تفاوت نمی‌کند این دو مفهوم را بر اساس نظریه قانون طبیعی الهیاتی تعریف کنید یا موافق نظریه فایده‌گرایانه یا مثلاً بر مبنای قرارداد اجتماعی. قوام و رکن اصلی تئوری این است که اعتبار قانونی در گرو اعتبار اخلاقی است. شما می‌توانید عدالت را به شیوه‌های مختلف تعریف کنید؛ ولی مهم این است که بلاخره قانون باید مطابق تعریف شما از عدالت، عادلانه باشد. یعنی گزاره دوم را نهایتاً رها می‌کنند. می‌گویند ما اصلاً وارد این مجادلات نمی‌شویم. سخن محوری ما این است که قانون نهایتاً باید عادلانه باشد. مفهوم عدالت و مفهوم قانون جدایی‌ناپذیرند.

بعداً توضیح خواهم داد که مدافعان مدرن چگونه این ایده را توضیح می‌دهند، اما در مورد خود آکویناس انتقاد این است که فرض کنید در جامعه‌ای که یک قانون ناعادلانه وجود دارد، مثلاً قانون جواز چند همسری. برخی افراد به گمان من بدرستی معتقدند که این قانون ناعادلانه است، اما به معنای حقوقی کلمه در این قانون در بعضی جوامع موجود است و فرد بر اساس آن می‌تواند واقعاً چند همسر داشته باشد. وضعیت حقوقی این همسران هم مشخص است. مثلاً اگر این مرد فوت کند همه همسران از او ارث می‌برند. تمام حقوق و مزایای یک به اصطلاح ازدواج قانونی بر ازدواج دوم و سوم و چهارم هم مترتب است. مثال دیگر برده‌داری است. امروز کمتر کسی معتقد است که برده‌داری مثلاً به لحاظ اخلاقی چیز خوبی بوده اما در عین حال همه می‌دانند که مثلاً در آمریکا تا گذشته نه چندان دور برده‌داری بخشی از نظام حقوقی بوده و زندگی مردم را تحت تأثیر خودش قرار می‌داده است. نکته ارزشمند در نظریه حقوق طبیعی این است که میان «قانون» و «زور» فرق گذارده می‌شود. دلیل اینکه ما از قانون تبعیت می‌کنیم این است که قانون خردمندان، حکیمانه و

تامین کننده خیر عمومی است. اگر از شما پرسیده شود چرا آدم نمی کشید؟ چرا از قانونی که قتل نفس را منع می کند پیروی می کنید؟ شما می گوید که قتل نفس کار غلطی است و تصمیم قانونگذار در منع آن، کار درستی است. نمی گوید برای فرار از مجازات قتل، این کار را انجام نمی دهد. نظریه حقوق طبیعی این شهود ما را منظور می کند. یعنی در متن این نظریه قانون و زور دو چیز مختلف هستند. درست است که قدرت عمومی و اقتدار دولت، ضامن اجرای قانون است، یعنی اگر شما تخطی کنید مجازات می شوید، اما این عامل بیرونی و زور، تنها عاملی نیست که ما را به تبعیت از قانون وا می دارد.

ما در این موضوع با نظریات کاملاً متفاوت مواجه هستیم. یکی نظریات برون گرایانه، یعنی تئوری‌هایی که می گویند تبعیت جامعه از قانون، معلول عوامل بیرونی است. در این دیدگاه‌ها برای توضیح علت پیروی مردم از قانون به افکار، باورها، احساسات و تمایلات افراد توجه نمی شود؛ بلکه وجود ضمانت اجرای رسمی مثلاً مجازات نقض کنندگان قانون و به تعبیر دیگر عواملی بیرونی، عامل پیروی افراد از این قانون معرفی می شوند. نظریات دیگری هم وجود دارد که بعداً مطرح خواهم کرد. آنچه که اکنون می‌خواهم تأکید کنم آن است که نظریه قانون طبیعی یک نظریه برون گرا نیست، نظریه‌ای درون گرا است. می گوید مردم از قانون تبعیت می کنند چون آن را مقبول، ضامن خیر همگانی می‌یابند. اینکه شما قانون را مفید تلقی می کنید شما را به پیروی از آن ترغیب می کند. پس برای اینکه بدانید چرا افراد از قانون تبعیت می کنند لازم است بدانید در ذهن آنان چه می گذرد. باور، رویکرد و تمایلات آنها چیست. این‌ها به شما علت پیروی مردم از قانون را بیان می کنند.

البته کاملاً ممکن است یکی از عوامل پیروی مردم از قانون همان ضمانت اجرای رسمی آن باشد. اما سخن آن است که اگر قانون خردمندانه، عادلانه و اخلاقی باشد، یک فرد خردمند و اخلاقی، به دلیل حکیمانه و اخلاقی بودن قانون از آن پیروی می کند. اما در مورد قوانین ناعادلانه و غیر حکیمانه، تنها علت پیروی مردم از آنها، فرار از مجازات و مواجه نشدن با قدرت دولت است. پس میان این دو دسته قانون تفاوت است. مثلاً قانون به شما می گوید که آدم نکشید. شما می گوید این قانون معقولی است. مصلحت عمومی را تأمین می کند، پس من از آن تبعیت می کنم. اما اگر قانون بگوید شما حق ندارید فلان طور لباس بپوشید، یا باید به طرز خاصی لباس بپوشید. شما خواهید گفت لباس پوشیدن من چه ربطی به قانونگذار دارد؟ این قانون اصلاً معقول نیست. قرار است چه مصلحتی را تأمین بکند؟ دلیلی عقلایی برای تبعیت من از قانون وجود ندارد، ولی برای گریز از مجازات، ناگزیر از آن قانون پیروی

می‌کنید. مثلاً در کره شمالی قانون تصویب می‌کنند که همه موهایشان را مثل رهبر اصلاح کنند. مردم می‌گویند این قانون نه مصلحتی را تأمین می‌کند و نه مفسده‌ای را دفع می‌کند. پس دلیل عقلایی برای پیروی از آن نیست؛ تنها انگیزه تبعیت از آن فرار از مجازات است. این می‌شود تفسیر برون‌گرا از قانون؛ یعنی نیروی بیرونی شما را به اطاعت از قانون واً می‌دارد؛ برعکس در تفسیر درون‌گرا، انگیزه درونی و عوامل داخلی افراد را به پیروی از قانون ترغیب می‌کند. نظریه پردازان قانون طبیعی این نکته را به رسمیت می‌شناسند. اما نکته این است که مرز بین اخلاق و قانون چگونه ترسیم می‌شود؟ نظریه پردازان قانون طبیعی بخوبی توضیح می‌دهند که بین قانون و زور فاصله است. در عین حال نتوانسته‌اند مرز بین قانون و اخلاق را بخوبی روشن کنند. نباید فراموش کرد تکالیف اخلاقی و تکالیف قانونی متفاوتند. ما در شرایطی می‌توانیم بر حسب اراده خود تکالیف قانونی خود را تغییر بدهیم. این تغییر تکالیف قانونی هم ممکن است به صورت کلی و برای همه آحاد جامعه صورت بگیرد و هم به صورت خصوصی در روابط دو یا چند نفر. مثال مورد اول آن است که طبق قانون موجود مثلاً همه افراد تکلیف قانونی دارند که فلان مبلغ مالیات بپردازند یا عمل خاصی را انجام دهند. اگر مرجع قانونگذاری این مقررات را ملغی یا اصلاح کند، آن تکالیف قانونی هم ملغی یا متفاوت می‌شوند. مثال مورد دوم درج شرط در قراردادهای خصوصی است. مثلاً طبق قانون فروشنده موظف است کالای فروخته شده فوراً به مشتری تحویل دهد و مشتری نیز باید بهای کالا را نقداً بپردازد؛ اما آنان حق دارند با توافق بر شیوه دیگری از داد و ستد، آن تکالیف قانونی خود را تغییر دهند. مثلاً توافق کنند بهای کالا، نه نقداً، بلکه یک هفته بعد پرداخت شود. اما برخلاف تکالیف قانونی، تکالیف اخلاقی قابل تغییر نیستند. نمی‌توانیم قرارداد کنیم که از امروز دروغ‌گویی و تجاوز به اموال دیگران خوب است. البته بعضی از امور اخلاقی در فرهنگ‌های مختلف متفاوت هستند، اما اصول اخلاقی غیر قابل تغییرند. شکنجه یک کودک بی‌گناه تا سرحد مرگ محض خنده و تفریح رفتاری غیر اخلاقی و ناروا است. فرض کنید عده‌ای توافق کنند که چنین کاری را انجام دهند. آیا توافق آنان موجب تغییر صفت این عمل می‌شود؟ این فرض گرچه عجیب است، اما متأسفانه گاه واقعیت یافته است. داستایفسکی در داستان برادران کارامازوف، در یکی از گفتگوهای بین آلیوشا و ایوان برادرش چنین صحنه دهشتناکی را ترسیم کرده است. داستایفسکی بعضی از این داستان‌ها را از اخبار و اتفاقات واقعی الهام گرفته است. برخی رفتارهای ترکان عثمانی با ارامنه را آنجا آورده است. این‌ها واقعیات تلخی است که در داستان‌های او منعکس شده است. در جنگ‌های یوگسلاوی سابق نیز جهان شاهد چنین فجایعی

بود. به هر صورت کسانی که برای تفریح کودکان خردسال را می‌کشتند ظاهر این کار را ناشایست تلقی نمی‌کردند، ولی آیا اینکه آنها این کار را بد نمی‌دانستند، موجب تغییر واقعیت شده و این رفتار وحشیانه را مجاز و روا می‌کند؟ قطعاً خیر. همه ما معتقدیم که این رفتارها غیر انسانی بوده و مرتکبان آن شایسته مجازات هستند.

پس حداقل در پاره‌ای مواقع احکام اخلاقی منوط و وابسته به تلقی و تصمیم نیست. قبول یا نفی نسبت‌گرایی در اخلاق خود بحث دامنه‌دار و مهمی است که الان مجال طرحش نیست، نکته‌ای که اینک می‌خواهم بگویم این است که حداقل پاره‌ای تکالیف اخلاقی وجود دارند که تکلیفشان منوط به اراده من و شما نیست. تنوع فرهنگی قابل انکار نیست، ولی می‌خواهم بگویم که این تنوع را می‌توان به شیوه‌های مختلف تفسیر کرد. اجازه دهید به این پرسش بیندیشیم که رفتار و انتخاب زنی که تصمیم می‌گیرد خودش را به همراه جسد شوهرش بسوزاند، رفتار و انتخاب درستی است؟ ممکن است شما بگویید نه. معنایش این است که شما می‌گویید از نقطه نظر من این کار غلط و بدی هست. مثال برده‌داری مثال بهتری است. برده‌داری قرن‌ها در جهان جاری بوده است؛ این مطلب را هم برده‌ها پذیرفته بودند و هم برده‌داران. گویی کسی با این مطلب مشکلی نداشت. گروهی از انسان‌های خیلی خوب و اخلاقی هم برده داشتند. برخی از آنها با برده‌هایشان مهربان‌تر از دیگر اربابان بودند، البته تعدادی از آنان هم رفتارهایی می‌کردند که با معیارهای امروزی ما کاملاً قساوت‌آمیز بود. اما عرف جامعه هم اصل برده‌داری و هم آن رفتارها را می‌پذیرفت. عواطف و احساسات کسی را هم بر نمی‌انگیخت. در داستان تام سایر وقتی که تام با آن برده می‌آید و نهایتاً به خاطر آنکه آن برده دروغ می‌گوید تام کاملاً منقلب می‌شود و احساس می‌کند کار بدی کرد که این برده را لو نداده است، داوری ما چیست؟ داوری ما این است که در آن دوران برده‌داری خوب بوده یا می‌گوییم کسانی که حتی آن موقع برده‌داری را خوب می‌دانستند، اشتباه می‌کرده‌اند؟ به هر حال در زمان ما پیشرفت اخلاقی رخ داده و الان ما برده‌داری را محکوم می‌کنیم.

نکته من این است که تغییر و تحول تکالیف اخلاقی دست کم به آن نحوی که تغییر در تکالیف قانونی در اختیار ما انسان‌ها است، در گرو اراده ما نیست. یعنی تغییر تکالیف قانونی بسیار راحت‌تر از تغییر در تکالیف اخلاقی است و خود این نشان می‌دهد که بین این دو دسته تکالیف تمایزاتی وجود دارد. تمام سخن اینان آن بود که اعتبار قانون منوط و مشروط به اعتبار اخلاقی آن یعنی عادلانه بودن آن است. پس اگر معلوم شود قانون عادلانه نبوده است، کشف می‌شود آن زمان و دورانی که فرض می‌کردیم عادلانه بوده است، در خطا بوده‌ایم. مثلاً در مورد قانون برده‌داری ما

قرن‌ها فکر می‌کردیم عادلانه است، یا دست کم خلاف عدالت نیست، بنابراین آن را قانون می‌دانستیم؛ الان که دریافته‌ایم برده‌داری ناعادلانه است در واقع می‌فهمیم که آن قرن‌ها که مناسبات برده‌داری را قانونی می‌دانستیم، در واقع فاقد اعتبار قانونی بوده است. این‌ها تعریف دارند ولی شما ملزم نیستید تعریفشان را بپذیرید. ببینید مثل این می‌ماند شما می‌گویید آب عبارت است از H_2O . فرض کنید که من این تفسیر را بپذیرم بعد از شما می‌پرسم در این لیوان چیست؟ شما می‌گویید نمی‌دانم؛ من فقط می‌دانم تعریف آب H_2O است، ولی نمی‌دانم مایع درون این ظرف آب، الکل یا چیز دیگر است. برای کشف حقیقت باید آزمایش‌هایی انجام دهم. پس ممکن است من و شما در مورد تعریف آب موافق باشیم، ولی برای تعیین این مایع خاص شما امتحان کنید و بگویید آب است، ولی شخص دیگر امتحان کند و بگوید آب نیست. در اینجا نیز این‌ها دارند درباره مفهوم «قانون» سخن می‌گویند. حالا اینکه در عالم خارج آیا امر «الف» مصداق قانون هست یعنی عادلانه هست یا نه، بحث دیگری است. آن بحث در مورد تعیین مصداق خواهد بود، نه تحلیل مفهومی. در مقام تحلیل مفهوم این‌ها معتقدند چنین رابطه ضروری بین اعتبار حقوقی و اعتبار اخلاقی وجود دارد.

این نظریه تا حدودی رادیکالی است؛ یعنی به محض اینکه معلوم شد قانونی عادلانه نیست، خود به خود از اعتبار ساقط است و معلوم می‌شود این مصوبه اساساً قانون نبوده است، بنابراین اصلاح قانون به اعدام و الغای قانون می‌انجامد. در نظریه پوزیتیویسم حقوقی این طور نیست. برابر این نظریه قانون ممکن است ناعادلانه باشد؛ شما بر مبنای اخلاقی آن را ارزیابی می‌کنید و می‌گویید این مصوبه قانون ناعادلانه‌ای است؛ یعنی قانون هست ولی نیازمند اصلاح، باید با موازین عدالت سازگار کنیم. اینجا به محض کشف ناعادلانه بودن قانون، اعتباری قانونی و لزوم اجرایش را از دست نمی‌دهد.

اجازه بدهید که بحث را در اینجا تمام کنیم. خلاصه مطلب این است نظریه کلاسیک قانون طبیعی دو آموزه اصلی دارد. یکی آنکه «اعتبار قانونی منوط به اعتبار اخلاقی است» و دیگر آنکه «امر اخلاقی بر مبنای امر طبیعی تعریف می‌شود». نظریه اخلاقی البته مورد انتقادات جدی بوده است. نظریه ابتدا یا ارتباط قانون و اخلاق هم با پاره‌ای از مشاهدات ما درباره قانون، آن چنان که در عالم واقع وجود دارد، ناسازگار است. جلسه آینده درباره قرائت اول از پوزیتیویسم حقوقی، یعنی نظریه جان آستین صحبت خواهیم کرد که تلاش می‌کند در نقد نظریه قانون طبیعی تلقی متفاوتی از مفهوم قانون ارایه کند.

گفتار سوم:

پوزیتیویسم قانونی

(آستین)

در نوبت گذشته درباره نظریه قانون طبیعی صحبت کردیم و توضیح دادیم این نظریه، دست کم مطابق قرائتی که آکویناس به دست داده دو پیش فرض اصلی دارد. پیش فرض اول اینکه قانون مفهوم قانون به نحو ذاتی ضروری مفهومی متصل و ملازم با مفهوم اخلاق است؛ یعنی اعتبار اخلاقی، شرط لازم اعتبار قانونی است که این گزاره قلب نظریه قانون طبیعی است. پیش فرض دوم نظریه هم تفسیر خاصی درباره ماهیت حکم اخلاقی بود که در جلسه گذشته توضیح دادیم.

درباره اشکالات نظریه قانون طبیعی از جمله در مورد آموزه محوری این نظریه یعنی ابتدای اعتبار قانونی به اعتبار اخلاقی نیز مطالبی بیان شد. از جمله نکاتی که در این خصوص مطرح شد واقعیت قانون در نظام‌های حقوقی واقعی در جوامع بشری بود. توضیح داده شد که در نظام‌های حقوقی معتبر که در کار هستند و امور جامعه را مدیریت می‌کنند و مناسبات اجتماعی را سامان می‌بخشند قوانین بسیاری هستند که گرچه از لحاظ اخلاقی مورد ایراد و اشکال هستند، به لحاظ حقوقی معتبر تلقی می‌شوند. این مشاهده ناظر به قانون آن چنان که هست، در واقع نقطه عزیمت نظریاتی در فلسفه حقوق بوده است که با عنوان مکاتب تحقیقی حقوق^۱ شناخته می‌شوند.

1. Legal positivism

این نظریات که خصوصا در جهان مدرن شکل گرفته، هواداران بسیاری پیدا کردند و اکثشی نسبت به نظریه قانون طبیعی کلاسیک هستند. شاید نخستین قرائت مهمی که از نظریه پوزیتیویسم حقوقی مطرح شد توسط فیلسوف انگلیسی آستین^۱ بود. مدلی که آستین ارائه می کند قرائت سکولار است از چیزی که در نوبت‌های گذشته از آن با تعبیر «نظریه حکم الهی» یاد کردیم.

در نظریه حکم الهی منشا اخلاق، یک مرجع حجیت بود که البته در نظریات کلاسیک عبارت بود از خداوند. در نظریه حکم الهی و فرا اخلاق^۲ فرض بر این بود که امور از پیش خود خوب یا بد نیستند، حُسن و قبح ذاتی در امور وجود ندارد. اینکه از جانب چه کسی به فعلی فرمان داده شود یا از آن نهی شود، می تواند در ماهیت اخلاقی آن فعل تاثیر داشته باشد. به تعبیر روشن تر و دقیق تر اگر خداوند به فعل و رفتاری فرمان دهد، آن فعل و رفتار خوب می شود و اگر خداوند از چیزی نهی کند، آن چیز به لحاظ اخلاقی بد می شود. این مدلی است که در فرا اخلاق مطرح بود و توسط برخی فیلسوفان به عنوان مبنایی برای تحلیل مفهوم قانون تلقی شد.

مهم ترین رکن نظریه آستین این است که گوهر قانون عبارت است از تلاشی برای کنترل و سامان بخشیدن به امور جامعه. کار قانون عمدتا منع کردن است، یعنی به شما می گوید که چه کارهایی را - به رغم میل و اراده تان - نباید انجام بدهید. پس مبنای اصلی قانون عبارت می شود حکم یا فرمان. بنابراین نظریه آستین را می توان نظریه قانون به مثابه حکم یا فرمان تلقی کرد. کار قانون این است که فرمان دهد کارهایی را انجام دهیم یا کارهایی را ترک کنیم. مفهوم قانون را باید در فرمان دادن دید.

ممکن است از او پرسید منظور تان از این حکم یا فرمان چیست؟ شما چه نوع پدیده هایی در این عالم را حکم یا فرمان می دانید؟ اگر شما به دوستی بگویید ممکن است کتابتان را به من امانت بدهید؟ در اینجا فرمانی صادر نشده، تقاضایی مطرح شده است. اما برابر این فرضیه، قانون یعنی «فرمان». اینکه پرسش آن است که «فرمان» یعنی چه؟

پاسخ آستین به این پرسش آن است که حکم یا فرمان دو چهره و وجه مهم دارد. یک وجهش با درخواست مشترک است. یعنی من نیت و تقاضایی دارم و آن را با شما در میان می گذارم. پس وجه اول حکم و فرمان ابراز یک خواست یا تمایل است. اما از کجا حکم یا فرمان به معنای خاص کلمه متولد می شود؟ از نظر آستین حکم یا

1. John Austin

2. Metaethics

فرمان به معنای دقیق و مورد نظر او وقتی است که شما افزون بر اظهار خواست و بیان تمایل خود به طرف مقابل، به او می‌فهمانید که اگر تقاضای شما را برنیآورد دچار پیامدهای سوپی خواهد داشت. یعنی برای او روشن می‌کنید اگر تقاضای شما را اجابت نکند زیان و کیفری را او تحمیل خواهید کرد. پس رکن دوم فرمان، تحمیل مجازات در صورت تخلف از انجام آن است. البته در امور کیفری از واژه مجازات و در امور مدنی از عبارت ضمانت اجرا استفاده می‌کنیم. در هر صورت حکم و فرمان آن است که شخص در صورت سرپیچی از آن با واکنشی از پیش تعیین و اعلام شده مواجه خواهد شد.

ناگفته نماند مدلی که آستین در نظر دارد و بر مبنای آن قانون را تعریف می‌کند، ناظر به امور و قوانین جزایی است؛ لذا تأکیدش بر تحمیل مجازات به شخص نقض‌کننده حکم و فرمان است. گویی پارادایم قانون از نظر آستین عبارت است از قوانین جزایی؛ قوانین مدنی در تحلیل او جایگاه مهمی ندارند. این نکته‌ای است که بعداً به عنوان یکی از نقایص نظریه آستین مطرح خواهیم کرد. آستین در حالی که قوانین جزایی در کانون توجه او هستند، توضیح می‌دهد قانونگذار می‌گوید فلان کار انجام بشود، اما به این گزاره اکتفا نکرده، بلافاصله اضافه می‌کند هر کس از قانون تبعیت نکند، مجازات خواهد شد. از نظر آستین تلفیق این دو عنصر است که یک فرمان را شکل می‌بخشد. قانونگذار برای تنظیم و تدبیر امور اجتماع مایل است که کارهایی در جامعه انجام بشود و کارهایی انجام نشود و برای شهروندان روشن می‌کند که هر کس از تصمیم او سرپیچی کند با مجازات مواجه خواهد باشد. مثل این می‌ماند که قانونگذار روی رفتارهای ما یک برچسب قیمت بزند. هر رفتاری، قیمتی دارد که شما باید پردازید. رفتاری که می‌خواهد قطعاً ما را از او باز بدارد، قیمتش خیلی بالا است و البته این قیمت از قبل اعلام می‌شود. مثلاً اگر شما بخواهید آدمی را بکشید، قیمتش برای شما حبس ابد خواهد بود. از نظر آستین گوهر قانون عبارت است از این حکم و فرمان، همچنین رابطه ذاتی و ضروری قانون با مفهوم مجازات. قانونگذار پیش‌بینی می‌کند اگر از تصمیمات من تخلف کنی من به زور متوسل خواهم شد. مفهوم «حکم» با مفهوم «زور» ارتباط بسیار عمیق و نزدیکی دارد. اما این تعریف در این شکلی که مطرح شد البته اشکالاتی دارد. فرض کنید کسی در حال پیاده‌روی در خیابان است. ناگهان کسی از تاریکی بیرون می‌جهد و اسلحه‌ای به طرف آن رهگذر نشانه می‌گیرد و به او می‌گوید کیف پولت را به من بده. در اینجا نیز آن شخص مسلح خواست و تمایلی دارد، کیف پول آن رهگذر را می‌خواهد و به آشکارترین وجه بیان می‌کند اگر از درخواست او سرپیچی شود، آن

رهگذر آسیب خواهد دید. تعریف آستین از قانون، حکم و فرمان بر سخن آن مرد مسلح هم منطبق است و باید گفت اگر آن رهگذر از فرمان شخص مسلح سرپیچی کرد، در واقع قانون را نقض کرده است. کاملاً روشن است که نمی‌توان به چنین تالی فاسدی پایبند بود و نظریه‌ای که به چنین نتیجه‌ای بیانجامد نظریه قابل قبولی نیست.

آستین برای حل این مشکل مدل و نظریه حکم الهی را به استخدام می‌گیرد و می‌گوید چنین نیست که هر حکم و فرمانی قانون آفرین باشد. آن حکم و فرمانی واجد اعتبار قانونی است که از طرف کسی باشد که مسند حاکمیت را در اختیار دارد. چنین نیست که هر حکم و فرمانی مولد قانون باشد. منبع و منشأ صدور فرمان نیز مهم است. آن مرکز و کانون اقتداری که می‌تواند فرمانی را به قانون تبدیل کند «حاکم فرمانروا» است. در نظریه حکم الهی آن حاکم فرمانروا خداوند بود. وقتی خداوند فرمان می‌داد، همان فرمان الهی کفایت می‌کرد که موضوع آن فرمان را به امر اخلاقی تبدیل کند و به آن اعتبار اخلاقی ببخشد. به یاد دارید که در آن نظریه امور از پیش خود حُسن و قبحی ندارند. اگر خداوند به انجام کاری فرمان دهد، آن کار خوب و حسن می‌شود و اگر از انجام کاری نهی کند، آن کار بد و قبیح می‌شود. آستین همین مدل را برای تحلیل قانون به کار می‌گیرد و می‌گوید امور به خودی خود نه ممنوع هستند و نه لازم. اگر حاکم به انجام کاری فرمان دهد، آن کار لازم‌الاجر و واجد اعتبار قانونی خواهد شد و اگر حاکم از انجام کاری نهی کند، انجام آن کار خلاف خواهد بود و مقتضای قانون ترک آن کار خواهد بود.

حالا ممکن است پرسید حاکم کیست؟ مسند حاکمیت را چگونه باید تعریف کرد؟ چگونه و چه کسی چنان اقتداری پیدا می‌کند که منبع و منشأ صدور حکم یا فرمان قانونی باشد.

آستین در پاسخ می‌گوید برای اینکه ما یک شخص یا گروهی از اشخاص را مصداق حاکم بدانیم باید دو شرط برقرار باشد: شرط اول این است که دست‌کم بخش عمده‌ای افراد جامعه چنین اقتداری را برای آن شخص یا گروه به رسمیت بشناسند. او توضیح می‌دهد بر حسب عادت و معمول، بخش قابل ملاحظه‌ای از افراد جامعه از فرامین حاکم پیروی کنند. جامعه مورد بررسی ما نیز باید واجد این عادت باشد. عبارت «بر حسب عادت» در این بیان آگوستین حاوی نکته مهمی است. یعنی اینکه افراد عاداتاً درباره پیروی از دستورات آن شخص یا گروه حاکم، فکر نمی‌کنند، اتوماتیک این کار انجام می‌شود. مانند کودک خردسالی که عادت دارد از دستورات و سخنان والدین خود پیروی کند. عبارت «بر حسب عادت» معنای دیگری نیز دارد و آن این است که لازم نیست این افراد ذهنیت خود را بیان کنند،

بلکه هر ناظری در بررسی آن جامعه مشاهده می‌کند رویه معمول جامعه پیروی و تبعیت مردم از شخص یا گروه حاکم یا متنفذ است. مثلاً در جامعه‌ای مردم عادت دارند که به حرف‌های اشخاص به اصطلاح ریش سفید و اهل حل و عقد گوش بدهند. یک عادت و سنت در جامعه شکل گرفته که عده قابل توجهی از افراد، از گروه مشخصی از اعضای جامعه پیروی می‌کنند. به عقیده آستین این شرط اول برای فرد یا گروهی از افراد است که قرار است به عنوان حاکم در نظر گرفته شوند.

شرط دوم این است که خود آن فرد یا گروه حاکم به پیروی از کس دیگری عادت ندارد. بنابراین جامعه به دو بخش تقسیم می‌شود: یکی بدنه اصلی جامعه که عادتشان پیروی از نفر یا گروهی از افراد است و فرامین شخص یا گروه حاکم برایشان حجت و لازم‌الرعايه است، و دیگری آن فرد یا گروه معدودی از افراد که حاکمان و تصمیم‌گیران برای خود و سایرین هستند. از نظر آستین حاکم یا فرمانروا در واقع همین فرد یا گروه اخیر است. این مفهومی کاملاً توصیفی است. می‌گوید اگر شما می‌خواهید بدانید حاکم وجود دارد یا نه و اگر وجود دارد چه فرد یا گروهی است، به اجتماع، رفتار مردم، اعمال و رویه‌های رایج در جامعه نگاه کنید. بررسی کنید آیا در جامعه یک عده دارای نوعی مرجعیت فکری و یا عملی هستند؟ آیا کسانی هستند که مورد پیروی مردم باشند ولی آنان در تصمیم‌گیری نه تابع دیگران، بلکه تابع تشخیص خودشان باشند؟ اگر به چنین فرد یا گروهی برخورد کردید، همان فرد یا گروهی حاکم مورد نظر در این بحث است که اگر فرمانی بدهد یعنی خواست یا تمایلی را ابراز بکند و به همراه آن بگوید که سرپیچی از خواست به مجازات خواهید انجامید، در اینجا مفهوم «قانون» عینیت و تحقق یافته است.

آستین نکته‌ای را مطرح کرده که پس از او نیز در فلسفه حقوق نقش مهمی ایفا کرده است و برخی از فیلسوفان حقوق مثل رونالد دورکیم^۱ معتقدند مهم‌ترین خدمتی که آستین در فلسفه حقوق به درک ما از قانون کرد در واقع معرفی همین معنا بود که اگر کسی بخواهد درباره قانونی بودن یا نبودن حکمی داوری کند، باید برود شجره و تبار این حکم را پیدا کند. اگر ریشه این قانون به فرد حاکم برگشت، این حکم در واقع قانون است. بنابراین تشخیص قانونیت یک قانون در گرو ریشه و منبع صدور آن است. سخن اصلی آستین این است که قانونیت هر حکمی باید در این تبارشناسی جستجو شود. نکات دیگری هم هست که توضیح داده خواهد شد. تئوری قانون آکویناس این بود که قانون مساوی است با ایکس به انضمام قاعده

اخلاقی. طراحان مکتب تحقیقی حقوق به تعبیری بر ویرانه‌های آن تئوری، نظریه خودشان را بنیاد می‌گذارند. حال سخن در این است که آنان از چه گزاره‌ها و یا استدلال‌هایی در تئوری آکوناس برای تبیین نظریه خود، یعنی تفکیک کردن اعتبار حقوقی از اعتبار اخلاقی الهام می‌گیرند و استفاده می‌کنند.

توجیه تفکیک اعتبار قانونی از اعتبار حقوقی در مکتب آنان، همان مشاهدات اجتماعی و واقعیات عینی‌ای است که به آنها اشاره شد. یعنی می‌گویند شما به قوانین جاری در جامعه نگاه کنید. حتی در میان نظام‌های معتبر حقوقی قوانینی داریم که به رغم اعتبار حقوقی، به لحاظ اخلاقی معتبر نیستند. حالا این‌ها می‌خواهند توضیح بدهند چگونه این اتفاق می‌افتد. تحلیل آستین به ما نشان می‌دهد که با تحلیلی مطلقا فارغ از ملاحظات اخلاقی، بلکه صرفا مبتنی مشاهدات جامعه‌شناسانه از رفتار و رویه واقع در جامعه می‌توان تعیین کرد آیا حاکم در جامعه وجود دارد؟ اگر وجود دارد، کیست؟ در این تحلیل از هیچ مفهوم اخلاقی استفاده نمی‌شود. مفهوم حاکم یا حاکمیت مطلقا فحواي اخلاقی ندارد. نکته دوم این است که در مفهوم حکم، مفهوم مجازات نهفته است. این‌ها هیچ کدامشان مفهوم اخلاقی نیستند.

ممکن است کسی در نقد تقسیم‌بندی جامعه به این دو گروه بگوید وقتی بحث حاکمیت قانون مطرح باشد، خود فرد یا گروه حاکم نیز محکوم به پیروی از قانون هستند و حق تخلف از قانون را ندارد.

در پاسخ باید گفت این سخن که حاکم هم مشمول قانون است، محل تامل است. مطابق تحلیلی که مطرح شد اگر خود حاکم قانونگذار بگوید که من هم مشمول فرمانی که صادر می‌کنم خواهم بود و تحت حاکمیت قانونی که وضع می‌کنم قرار خواهم داشت، قانون شامل او نیز می‌شود، اما اگر او خود را از قاعده و قانونی که وضع می‌کند استثنا کرد، طبیعتا مشمول آن نخواهد بود. به بیان دیگر حاکمیت قانون بر قانونگذار، صرفا منوط به اراده خود او است. فراموش نکنید طبق تحلیل آستین، حاکم عادت ندارد از دیگران پیروی کند، پس حتی اگر از قانون هم پیروی کند، به این دلیل است که خودش تصمیم گرفته است چنین کند.

پرسش دیگر می‌تواند به این صورت مطرح شود که اساسا منشأ مشروعیت این فرد یا گروه حاکم چیست؟

در پاسخ باید دید منظور از مشروعیت در این سخن چیست؟ اگر منظور مشروعیت در مفهوم تجویزی اخلاقی آن باشد، باید گفت به عنوان یک واقعیت فرد یا گروهی از افراد در جامعه از چنین منزلت و موقعیت برتری برخوردار هستند، یعنی فرامین آنها به اعتبار ضمانت اجرایی که برای آن قرار می‌دهند به صورت قانون

لازم بروز می‌کند.

سوال دیگری که مطرح شده این است که اگر اکثریت جامعه بر حسب عادت کاری را انجام می‌دهند ولی حاکم با آن رفتار موافق نیست، تحلیل آستین چه وضعیتی پیدا می‌کند؟

پاسخ آن است که در تحلیل آستین با بروز چنین وضعیتی، یعنی مخالفت رفتار اکثریت جامعه با خواست و فرمان حاکم، آن فرد یا گروه دیگر حاکم نیستند. آستین در معرفی حاکم گفت او کسی است که مردم بر حسب عادت از فرامین وی، دست کم از بیشتر فرامین او تبعیت می‌کنند. در هر صورت در این تقریر، حاکم بسادگی از مردم نظر و عقیده‌ای را نمی‌پذیرد و از خواست آنان پیروی نمی‌کند. ممکن است حاکم مثلاً به عنوان گرفتن مشورت حرف مردم را بشنود، ولی در هر صورت تصمیم‌گیری از اختیارات او است. او است که ممکن است پیشنهاد یکی از مشاوران را بپذیرد و دستور دهد به صورت قانون در آید.

دوباره تاکید می‌کنم در تحلیل آستین «حاکم» به معنای خاص و طبق تعریف مشخصی به کار می‌رود، یعنی فرد یا گروهی که دو شرط پیش گفته را دارد. در صورت فقدان یکی از آن، طبق تعریف، مفهوم «حاکم» هم منتفی خواهد شد. ممکن است فرد یا گروهی که دیگر مورد تبعیت اکثریت جامعه نیست، همچنان قدرت سیاسی در در اختیار داشته باشد، ولی از نظر آستین، او دیگر حاکم نیست. البته به عقیده بسیاری در این صورت حاکمیت آن فرد یا گروه پایدار نخواهد ماند. به بیان دیگر عادت داشتن اکثریت جامعه به پیروی از فرد یا گروه حاکم، شرط پایداری حاکمیت است. اگر چنین عادت در اکثریت جامعه نباشد، بلکه برعکس افراد بخواهند از حاکم در مورد هر تصمیم او پرسش کنند، حاکمیت او پایدار نخواهد بود. مثلاً در شرایط کنونی کشور سوریه اگر فرض شود که اکثریت مردم عادت به پیروی از بشار اسد را کنار نهاده باشند، از نظر آستین، همین تغییر نگاه جامعه نشانه فقدان حاکمیت بشار اسد است. البته گاه ممکن است وضعیت پیچیده‌ای باشد. مثلاً بشار اسد در بخشی از کشور هنوز حاکمیت داشته باشد، ولی در بخش دیگری نه. مثال دیگر وضعیت‌های بغرنج، دوران انقلاب است. یعنی دورانی که مردم دیگر از حاکم تبعیت نمی‌کنند، بنابراین طبق تحلیل آستین دیگر حاکمیتی وجود ندارد و جامعه در دوره انتقالی است. معلوم نیست چه فرد یا گروهی حکم می‌راند؛ چون مردم هنوز عادت جدیدی را شکل نداده‌اند و هنوز مشخص نیست عادت به پیروی از چه فرد یا گروهی پیدا خواهند کرد.

ممکن است به نظر رسد در درون این تئوری توصیفی که از سوی پوزیتیویست‌های

رفتار گرا مطرح شده، نوعی تئوری تجویزی وجود دارد، زیرا وقتی می‌گویند حاکم فرد یا گروهی است که اکثریت مردم «بر حسب عادت» از او پیروی می‌کنند، گویی می‌خواهند بگویند اگر در استمرار وجود آن عادت تردید به وجود آمد، حاکم مشروعیت خود را از دست می‌دهد. این مقتضای تحلیل آستین است، زیرا بر اساس تحلیل او اگر اختلالی در یکی از دو وصف فرد یا گروه حاکم بروز کند، حاکمیت او خود بخود منقضی خواهد بود.

در پاسخ چنین سخنی باید یادآوری کرد آستین برای پیشگیری از این تصور، مراقب است که از مشروعیت به معنایی که در سخن فوق گفته شد، استفاده نکند. آستین می‌گوید در جامعه، پدیده‌ای به اسم «نظام حقوقی» وجود دارد. او می‌گوید می‌خواهیم تحلیل کنیم خاستگاه این نظام حقوقی کجا است. شما اگر به این جامعه نگاه کنید، در همین مشاهده بیرونی خواهید دید که در جامعه ساختار قدرت و سلسله مراتب قدرت وجود دارد. عده‌ای به اصطلاح افراد و گروه‌های مرجع هستند، مردم به آنان توجه دارند و برای سامان دادن به رفتارها و مناسبات خود از آنان راهنمایی می‌گیرند. ولی آن گروه مرجع از مردم پیروی نمی‌کنند و تصمیمات خود را بر اساس ملاحظات دیگر، و نه رفتار اکثریت مردم، اتخاذ می‌کنند. آستین می‌گوید فرامینی که این گروه صادر کرده، برای نقض آن مجازاتی پیش‌بینی می‌کنند، سازنده نظام حقوقی و قانونی جامعه است. سخن آستین کاملاً جنبه توصیفی دارد. حال چنانچه هر کدام از این شرایط منتفی شود آن جامعه دچار فقدان حاکمیت و گرفتار بی‌قانونی شده است. آستین نمی‌گوید مشروعیت این فرد یا گروه حاکم منتفی شده، بروید فرد یا گروه دیگری برای حکومت پیدا کنید. آنچه در کانون توجه او قرار دارد عبارت است از قانون آن چنان که هست، چیزی که به وسیله انسان‌ها، نه خداوند وضع شده است. پوزیتیویست‌ها می‌خواهند به ما بگویند این قانون موجود و جاری در جامعه، از کجا آمده و منبع و منشا آن چیست. برخلاف تصویری که مطرح شد، در این تقریر وجهه تجویزی^۱ نهفته نیست.

در پاسخ به سوال که در این تحلیل چه جامعه‌ای، مدرن یا سنتی و چه نوع حاکمیتی مورد نظر است باید گفت سخن ارایه‌کنندگان این نظریه آن است که هر جا شما یک نظام حقوقی قانونی با قوانین معتبر یافتید، این نظریه محقق است. ممکن است آن نظام حقوقی مورد مطالعه، نظام بدوی و ابتدایی جامعه‌ای قبیله‌ای باشد که حاکمش شیخ ریش سفید آن قبیله است. نظام حقوقی آن عبارت است از مجموعه

قوانین و فرامینی که از جانب رییس قبیله صادر می‌شود. ممکن است آن نظام حقوقی مورد بررسی نظام حقوقی جامعه پیچیده‌ای مثل آمریکا باشد که نیل به مرجعیت قانونگذاری منوط به طی کردن مراحل متعدد و فرآیندهای طولانی است و تبدیل پیشنهادی به قانون روندی طولانی است. در هر حال آستین می‌خواهد بگوید هر جا شما یک نظام حقوقی کارآمد یافتید، می‌توانید بر اساس مدل پیشنهادی او ساختار آن را تحلیل کنید. پس سخن او ناظر به هر جامعه با نظام حقوقی معتبر و کارآمد است. نکته کانونی در تحلیل آستین این است که در داوری درباره اعتبار قانونی داشتن هر حکم باید تاریخچه و شجره‌نامه آن را بررسی کنید. از نظر او قانون عبارت است از حکم یا فرمان کسی که صاحب این مسند حاکمیت است و مفهوم حکم با مفهوم مجازات تلازم دارد. همچنان که ملاحظه می‌کنید در این بیان هیچ ارتباطی میان حکم اخلاقی و حکم قانونی وجود ندارد. این تحلیل آستین درباره روند تحقق مفهوم قانون است، روندی که کاملاً مستقل از الزامات اخلاقی و اعتبارات اخلاقی است. اما اینک که قانونی در جامعه وضع شده و در حال اجرا شدن و نقش‌آفرینی در اجتماع است، افراد می‌توانند به شیوه‌های مختلف و بر مبنای و از دیدگاه‌های گوناگون آن قانون را نقد و سنجش و ارزیابی کنند. مثلاً می‌توانید قانون را از نظر اخلاقی بررسی کنید و بگویید عادلانه یا ناعادلانه است. اگر آن را ناعادلانه یافتید، می‌گویید این قانون واجد اعتبار قانونی است، اما به دلیل ناعادلانه بودنش اعتبار اخلاقی ندارد. بنابراین در مدل آستین کاملاً معنا دارد که بگویید فلان قانون ناعادلانه است، فلان قانون را باید اصلاح کرد و امثال این‌ها، ولی به هر حال اعتبار اخلاقی ربطی به اعتبار قانونی ندارد. در تحلیل آستین از مفهوم حکم یا فرمان این نکته نیز مهم است که هر سخن و دستور حاکم و فرمانروا «قانون» نیست. اگر حاکم، کسی که دو شرط لازم برای اتصاف به این صفت را دارد، یعنی هم مردم طبق عادت از او پیروی می‌کنند و هم خودش عادت به تبعیت از کسی ندارد، مثلاً داریوش کبیر به خدمتکارش بگوید فلان غذا یا نوشیدنی را برایش بیاورد، این دستور داریوش کبیر عنوان «قانون» ندارد، گرچه خدمتکار می‌داند در صورت تخلف از آن دستور مجازات خواهد شد.

قانون آن احکامی است که واجد دو شرط باشند: نخست آنکه ناظر به امور فردی نباشند یعنی عام باشند؛ ثانیاً ناظر به یک عمل خاص نباشند، بلکه ناظر به نوع خاصی از اعمال باشند. مثلاً آن سخن داریوش کبیر خطاب به خدمتکارش بود و شامل افراد دیگر از ملت نیست. ثانیاً او به کار خاصی یعنی آوردن خوراکی یا نوشیدنی مورد علاقه‌اش دستور داده است. پس دستور و حکمی تبدیل به قانون می‌شود که اولاً عام باشد یعنی شامل گروه وسیعی از افراد شود، ثانیاً به عمل خاص مربوط نباشد، بلکه به

نوع خاصی از رفتارها مربوط باشد. مثلاً حاکم به همه مردم جامعه فرمان می‌دهد که از قتل نفس اجتناب کنند؛ قتل نفس عنوان یک عمل است و نوع این عمل یعنی قتل نفس ممنوع شده است. پس آن حکمی از حاکم منزلت قانونی پیدا می‌کند که دارای دو ویژگی باشد: اطلاقش عام باشد و به جای اینکه معطوف به عمل خاص باشد، به نوع خاصی از اعمال نظر داشته باشد.

این خلاصه نظریه آستین است. حقیقت این است که این نظریه با انتقادات فراوانی روبرو است. یکی از این انتقادات مربوط به نحوه ارتباط میان قانون و مجازات در این مدل است. در بیان آستین مفهوم مجازات بخشی از مفهوم قانون است، یعنی در صورت حذف مجازات قانون نیز محو می‌شود. مجازات، اعمال زور، تهدید به تحمیل زیان در واقع شرط لازمه اعتبار قانونی یک حکم است، اگر شما مجازات را از قانون حذف کنید در واقع قانون قانونیت خودش را از دست می‌دهد. کاملاً آشکار است از نظر آستین نمونه بارز قانون، قوانین جزایی است. غایت این قوانین، بازداشتن افراد از انجام کارهای مشخصی است که به عنوان جرم معرفی می‌شوند.

اگر بپرسید در تئوری آستین بقیه قوانین، مثلاً قوانین مدنی چطور تحلیل می‌شوند؛ پاسخ من آن است که شما از دو زاویه می‌توانید به موضوع بنگرید.

یکی اینکه بگویید این تمرکز بر قوانین کیفری و بی‌اعتنایی به سایر قوانین، نقیصه نظریه آستین است. این سخن کسانی مثل هربرت هارت است که نظریاتش را مطرح خواهم کرد. اینان می‌گویند اشکال نظریه آستین این است که او بخشی از قوانین، یعنی قوانین کیفری را اصل گرفت و مفهوم قانون را بر مبنای همان بخش تعریف کرد و آن را به همه قوانین تسری داد، کاری که در منطق «تعمیم ناروا» و به عنوان یکی از اقسام مغالطه نامیده می‌شود. این یکی از ایرادات کار آستین است. به بیان دیگر مثالی که آستین برای تحلیل قانون برگرفته است، مثال مناسبی نیست و مصادیق متنوع قانون را که در هر نظام حقوقی وجود دارند، نمایندگی نمی‌کند.

نگاه دیگر آن است که مانند مدافعان نظریه آستین بگویید در مباحث علم حقوق ما دو گونه مجازات داریم: یک مجازات تنبیهی همان مجازات‌هایی که در حقوق کیفری^۱ مطرح است، مثلاً حبس و زندان به عنوان مجازات سرقه، نقش این مجازات، تنبیه شخصی است که قانون را نقض کرده است. البته همه قوانین چنین نیستند، بخش وسیعی از مقررات قانونی، قوانین مدنی^۲ هستند. قانون می‌گوید معتبر بودن قرارداد اجاره منوط به وجود این شرایط مشخص است. حال اگر دو نفر بدون

1. Criminal law

2. Civil law

رعایت شرایط مقرر در قانون قرارداد اجاره‌ای را منعقد کنند، آنان را حبس یا جریمه نمی‌کنند، بلکه ضمانت اجرای تخلف اینان از آن قانون این است که آن قرارداد اعتبار قانونی ندارد، قانون و دادگاه آن را به رسمیت نمی‌شناسد. مثال دیگر قوانین مدنی آن است که برای برخورداری از امکان و فرصتی، مثلاً معافیت مالیاتی باید در مهلت و تاریخ معینی فرم‌های مشخصی را تحویل دهید. حال اگر فرم‌ها را بعد از موعد مقرر به اداره و دفتر مربوط تحویل دهید، شما زندانی یا جریمه نخواهید شد، بلکه صرفاً آن فرصت را از دست می‌دهید. هارت می‌گوید که بسیاری از قوانین از این نوع هستند. به بیان دیگر کارکرد اصلی قانون بازداشتن ما از انجام کارهایی معین نیست؛ بلکه نقش اصلی قانون نظام بخشیدن و تسهیل انجام امور است. البته کسانی معتقدند که حتی در قوانین مدنی هم مفهوم مجازات وجود دارد، منتها مجازات در این گروه از قوانین مجازات تنبیهی نیست، بلکه مجازات تحریمی است، یعنی اگر فرد از انجام فرآیند و رویه پیش‌بینی شده در قانون تخلف کرد، خود را از منافع پیش‌بینی شده در قانون محروم کرده است. ضمانت اجرای تخطی از قوانین مدنی، محروم شدن از مزایای مقرر در قانون است.

درباره قانون اساسی و معنای مجازات و تنبیه در صورت نقض مقررات آن باید بیشتر گفتگو کنیم. این که قانون اساسی به چه معنا قانون محسوب می‌شود محل بحث و درنگ است. در ادامه همین مباحث هنگام توضیح دیدگاه هارت، بیان خواهم کرد از نظر او قانون اساسی را باید چگونه باید تحلیل کرد. در بحث کنونی و تشریح اشکالات بر نظریه آستین قانون اساسی عبارت است از تصمیمات حاکم با همان توضیحاتی که بیان شد. به یک معنا ممکن است گفت قانون اساسی عبارت است از همان عاداتی که در متن جامعه جاری بوده است و به اعتبار آن عادات، فرد یا گروهی حاکم می‌شود و سایرین در موضع پیروان قرار می‌گیرند. این رویه‌ها تجلی اجتماعی و تحقق عینی چیزی است که در شرایط آرمانی ایده‌آل در یک متن، یعنی قانون اساسی مکتوب و مدون می‌شوند. یعنی فرض این است که قاعدتاً قانون اساسی، عالی‌ترین آرمان‌ها و فضایل اجتماعی جامعه را صورت‌بندی می‌کند. در مباحث آینده به این موضوع برخواهیم گشت.

دیگر صورت‌بندی ممکن این است که در دفاع از آستین گفته شود چون در نقض قوانین مدنی، فرد متخلف فقط به خود زیان می‌رساند، با ضمانت اجرای محدودتری یعنی محرومیت از مزایای پیش‌بینی شده در قانون، مواجه می‌شود و مجازاتی علیه او اعمال نمی‌شود، ولی در نقض قوانین جزایی چون فرد خاطی به شخص دیگری یا به جامعه آزار و صدمه می‌رساند با مجازات و کیفر مواجه می‌شود.

این نیز یک طور تحلیل ماجراست، ولی در این تقریر مفهوم مجازات توسعه داده شده است.

گفتنی است ممکن است گاه با نقض قانون، زبانی هم به کسی نرسد، ولی آن رفتار جرم شناخته شود. همچنین ممکن است عمل واحدی در قانون یک کشور جرم تلقی شود ولی در کشور دیگر جرم نباشد، شبه جرم معرفی شود یا حتی اساساً عملی مجاز و روا باشد. تمام این نکات درست است، منتها اینجا وقتی ما از زیان صحبت می‌کنیم، منظورمان مجازات است. یعنی اگر شما از قانون سرپیچی کنید، با خسارت و زبانی مواجه خواهد شد. ولی در مورد قوانین مدنی شما اگر آن فرآیند پیش‌بینی شده در قانون را طی نکنید، ممکن است هیچ زبانی به شما اصابت نکند. بحث این است که از مواهب و مزایای ناشی از آن فرآیند، محروم می‌شوید. ممکن است آن محرومیت برای شما هیچ اهمیتی نداشته باشد.

ممکن است بگوییم نقض یک سلسله از قوانین موجب مسئولیت کیفری شخص خاطی می‌شود، ولی تخطی از یک دسته دیگر از قوانین موجب تحقق مسئولیت مدنی او می‌شود. ولی نهایتاً هر دو نوع مسئولیت باعث می‌شود که فرد نقض‌کننده قانون با عواقب و هزینه‌هایی مواجه شود که از معتبر و لازم الاجرا بودن آن قانون نشأت می‌گیرند و تحمیل همین عواقب و هزینه‌ها به متخلفان است که به حاکمیت قانون در جامعه منتهی می‌شود. بلی، این بیان درست است ولی باز تاکید می‌کنم موضوع این است که تعریف شما از مفهوم مجازات چیست. اگر مفهوم مجازات را چندان بسط بدهید که شامل هر دو نوع مجازات تنبیهی و مجازات تحریمی بشود، محرومیت از مزایای یک قرارداد معتبر هم نوعی مجازات خواهد بود.

درباره ضمانت اجرای نقض قوانین باید به این نکته نیز توجه داشت که گاه برای شخص خاطی احکامی مانند دستور به انجام خدمات صادر می‌شود، نه محکومیت به تحمل حبس؛ به بیان دیگر هدف از بعضی مجازات‌ها بازگشت دادن فرد به زندگی اجتماعی است، نه محروم کردن وی از آن. باید توجه داشت این تصمیم‌ها به تشخیص قاضی بستگی دارد. مثلاً در احکام تعلیقی قاضی به شخص نقض‌کننده قانون می‌گوید تو محکوم به فلان مدت حبس هستی، ولی من فعلاً مجازات را به تا این مدت معین به تعویق می‌اندازم. اگر در این مدت معین مرتکب جرم دیگری نشدی، از آن مجازات تعلیقی معاف خواهی شد، ولی اگر مرتکب جرم دیگری شدی، این هم مجازات تعلیقی و هم کیفر جرم دیگر، هر دو بر تو تحمیل خواهد شد. در همه این اوضاع و احوال این موضوع به جای خود باقی است که قانون می‌گوید اگر شما مرتکب این عمل خاص شوید، تحت شرایط معین بیان شده در

قانون تعریف مجازات خواهد شد.

البته امروزه روند حرکت حقوق جزا به سمت معرفی مجازات‌هایی متفاوت از اعدام و حبس و جریمه نقدی است، مجازات‌های جایگزینی که بیشتر جنبه اصلاحی تربیتی دارند. اگر بعداً فرصت شد درباره فلسفه مجازات بحث کنیم باید درباره رویکرد حقوق جزا گفتگو کنیم، ولی فعلاً حداقل در تحلیل قوانین موجودی که ما داریم و در آنها مفهوم کیفر و مجازات مطرح شده است، باید دید این مجازات برای پیشگیری از وقوع جرم در آینده است؟ یا فرد متخلف از قانون را به دلیل اینکه مستحق مجازات است، کیفر می‌دهیم؟ یا انگیزه ما از اعمال مجازات، اصلاح فرد و بازگشت او به جامعه است؟ به هر حال در نظام حقوقی افرادی تلاش می‌کنند در مقابل مفهوم مجازات مجرمان مفهوم درمان آنان را مطرح کنند. فرض اینان آن است ارتکاب جرم نوعی بیماری اجتماعی است که باید مانند هر بیماری دیگر درمان شود، به جای زندان باید جاهایی باشد که مرتکبان جرم و جنایت درمان شوند. درباره این بحث خواهیم کرد، اما به هر حال طبق مقرراتی که فعلاً در قوانین جزایی وجود دارد نقض قانون موجب تحمیل مجازات به شخص می‌شود.

بنابراین یکی از ایرادها به نظریه آستین این است که تحلیل او شامل همه انواع قانون نمی‌شود. برابر تحلیل او مفهوم مجازات وجه ذاتی حکم و قانون است، ولی مشاهده ما این است که در گروه قابل ملاحظه‌ای از قوانین مفهوم مجازات نقش محوری و اساسی ایفا نمی‌کند. این نکته را نیز اضافه کنم که کسانی مثل هارت معتقدند در نظریه آستین میان دو مفهوم «مکلف بودن» و «ملزم بودن» خلط شده است. مکلف بودن یعنی اینکه شما از قانون تبعیت می‌کنید چون قانون را صحیح و عادلانه می‌دانید. ملزم بودن یعنی اینکه شما از قانون تبعیت می‌کنید چون مجبورید، زیرا اگر از قانون پیروی نکنید مجازات می‌شوید. نظام حقوقی پایدار نظامی است که افراد تابع قانون خود را مکلف به اطاعت از قانون بدانند. اگر مردم فقط از بیم مجازات از قانون پیروی کنند، نظام حقوقی جامعه پایدار نخواهد بود. نظام حقوقی استوار و پایدار نظامی است که افراد جامعه، قانون و در مجموع نظام حقوقی را مفید و کارآمد می‌دانند و قواعد موجود را مقرراتی مستدل و کارآ تلقی می‌کنند و به همین دلیل خود را مکلف به پیروی از آن می‌دانند. اما در این جامعه‌ای با نظام حقوقی ناپایدار، افراد ممکن است اساساً اعتقادی به قوانین موجود نداشته باشند، برای گریز از نتایج و مجازات‌های تخلف از قانون، ناگزیر از آن پیروی می‌کنند.

هارت معتقد است که تحلیلی که آستین از مفهوم قانون به دست می‌دهد نهایتاً اطاعت از قانون به صورت اخیر، یعنی ملزم بودن است. تکلیف قانونی از نظر آستین

عبارت است از نوعی ملزم بودن و ناگزیر تن به قانون سپردن، در صورتی که از نظر هارت تکلیف اخلاقی به معنای مکلف بودن است. شما این را تفاوت میان تفسیر درون‌گرا بودن قانون و تفسیر برون‌گرا بودن قانون را ملاحظه می‌کنید. درون‌گرا بودن قانون یعنی آنکه دلیل، انگیزه و محرکی درونی شما را به احترام و پیروی از قانون ترغیب می‌کند؛ برون‌گرا بودن آن یعنی اینکه ضمانت اجرا و قدرتی از بیرون شما را به پیروی از قانون وادار می‌کند. موضوع این نیست که شما ضمانت اجرای بیرونی و مجازات را از قانون حذف کنید، بحث بر این است که هسته اصلی و صفت محوری قانون چیست؟ همان‌طور که در جلسه گذشته بحث کردیم شما اگر از بخش عمده‌ای از مردم پرسید چرا مرتکب قتل نفس نمی‌شوید، خواهند گفت زیرا قتل نفس رفتاری نادرست و نکوهیده است و قانونی که آن را منع می‌کند، قانونی صحیح و حکیمانه است و باید مورد اطاعت باشد. افراد بسیار اندکی خواهند گفت صرفاً به دلیل بیم از مجازات قتل نفس، کسی را نمی‌کشیم. درست است که ما از مجازات قتل نفس می‌ترسیم، اما علت اینکه اکثریت افراد آدم نمی‌کشند این ترس نیست به طوری که اگر مجازات نبود، مرتکب قتل نفس می‌شدند. علت اساسی عدم ارتکاب به قتل نفس آن است که عموم افراد جامعه قانون منع از قتل را قانونی درست و حکیمانه می‌بینند. بنابراین انگیزه‌ای از درون آنها را به تبعیت از این قانون ترغیب می‌کند.

اما مهم‌ترین نقد بر نظریه آستین ایرادی است که هربرت لیونل آدولفوس هارت^۱ یکی از برجسته‌ترین فیلسوفان معاصر حقوق مطرح کرده است.

مطلبی که اکنون از هارت نقل می‌کنم در واقع مقدمه‌ای برای بحث بعدی ما نیز هست. هارت معتقد است نظام حقوقی دو ویژگی مهم دارد که نظریه آستین قادر به توضیح آنها نیست. این دو ویژگی در وضعیت انتقال قدرت رخ می‌دهد. دو موقعیت را فرض کنید: در یک موقعیت حاکم و فرمانروایی وجود دارد و حکم صادر می‌کند. فرض کنید در این شرایط قانونی وضع می‌شود که طبیعتاً قانون آن سرزمین خواهد بود. حال فرض می‌کنیم این حاکم فرمانروا وفات می‌کند و فرد دیگری جانشین او می‌شود. قانون مذکور همچنان معتبر خواهند ماند. پس فرض اول این است که با تغییر حاکم، اعتبار قانون مخدوش نمی‌شود، بلکه حاکمیت آن قانون استمرار دارد. ویژگی دوم این است که حاکم جدید نیز مانند حاکم متوفی، واجد اقتدار وضع قانون است. پس ما با دو پدیده مواجهیم: یکی اینکه اعتبار قانون وضع

1. Herbert Lionel Adolphus Hart

شده در زمان حاکم اول بعد از وفاتش همچنان معتبر است و به اصطلاح قانون تداوم دارد. نکته دوم این است که حاکم جدید نیز دارای اقتدار لازم برای وضع قانون است، پس صلاحیت و اقتدار وضع قانون نیز تداوم دارد.

هارت معتقد است تئوری آستین نمی‌تواند این دو پدیده یعنی «تداوم قانون» و «تداوم اقتدار وضع قانون» را توضیح بدهد. او می‌گوید بیابید شرایطی را فرض کنیم که ما حاکمی داریم مثلاً به اسم داریوش اول؛ او حاکم است یعنی همه عادت دارند که از او پیروی کنند، ولی او عادت به پیروی از کسی ندارد. همه چیز طبق مفروضات تئوری آستین است. بعد این جناب داریوش اول از دنیا می‌رود. دیگر او وجود ندارد که افراد جامعه عادت به پیروی از او داشته باشند. پس داریوش اول از این به بعد حاکم نیست؛ نتیجتاً احکام او نیز از این به بعد حکم قانون را ندارد. طبق فرض، قانون آن مقرراتی است که توسط حاکم فرمانروا وضع می‌شود، ولی با درگذشت داریوش اول حاکمیت او نیز منقضی شده است. با مرگ وی تمام قوانین وضع شده توسط او نیز از میان خواهند رفت. پس موضوع تداوم قانون منتفی است. حال فرض کنید که حاکمیت جانشین وی، داریوش دوم شروع می‌شود. این جناب هم شروع می‌کند به صدور احکام جدید؛ اما آیا این احکام اعتبار قانونی دارند؟ پاسخ طبق تئوری آستین منفی است؛ زیرا تصمیمات داریوش دوم وقتی واجد اعتبار قانونی خواهد بود که او حاکم باشد و طبق تحلیل آستین حاکم شدن شخص منوط به است که مردم یا دست‌کم اکثریت آنان به پیروی از او عادت داشته باشند و فرامین او را بدون پرسیدن از دلایل آن، اجرا کنند. این عادت برای مردم عادت، نه یک شبه، بلکه در طول سال‌ها به وجود می‌آید. بنابراین تا این عادت شکل نگرفته و مستقر نشده، داریوش دوم اصلاً حاکم نیست، پس فرامین او واجد اعتبار قانونی نخواهد بود.

ممکن است بفرمایید ما حاکم را به عنوان یک نهاد در نظر می‌گیریم نه یک فرد. این مطلب متفاوتی است که به آن خواهیم پرداخت، ولی در چارچوب همین مثال، به محض اینکه حاکم از دنیا می‌رود قوانین موضوعه او اعتبار قانونی خود را از دست می‌دهند؛ گویی قانون هم همراه قانونگذار می‌میرد. هارت معتقد است این پیامد غیر قابل قبول است. نکته دوم هم این است که جانشین حاکم در گذشته نیز صلاحیت قانونگذاری ندارد، زیرا هنوز عادت پیروی از او در میان مردم شکل نگرفته است، پس اصل حاکم بودنش مخدوش است و نتیجتاً فرامین او اعتبار قانونی ندارد. او حتی برای تنفیذ احکام حاکم قبلی نیز صلاحیت ندارد؛ زیرا صلاحیت تنفیذ احکام حاکم قبلی مستلزم آن است که این شخص جدید تبدیل به حاکم شده باشد و به دلیل فقدان عادت به پیروی از او در میان مردم، هنوز نمی‌توان او را حاکم دانست.

برای حل مشکل ممکن است بگویید حجیت یا اقتدار^۱ در وضع قانون، مربوط به شخص حاکم نیست که با فوت او این مشکلات بروز کند، در واقع این صلاحیت به آن سمت و مسند مربوط است، سخن از نهاد ریاست جمهوری یا سلطنت است، نه رئیس جمهور یا پادشاه. بنابراین وقتی دوره ریاست جمهوری رئیس جمهور فعلی منقضی شد و رئیس جمهور جدید انتخاب شد یا پادشاه وفات کرد و ولیعهد او به سلطنت رسید، رئیس جمهور و پادشاه عوض شده‌اند، اما ریاست جمهوری و پادشاهی که منشأ صدور احکام و فرامین قانونی هستند استمرار دارند. با انقضای دوره ریاست جمهوری یا درگذشت پادشاه حاکمیت همچنان برقرار است. پس قانون به حیات خود ادامه می‌دهد؛ مسند و شان حاکمیت نیز استمرار دارد، زیرا مردم عادت مردم به پیروی از این مسند، همچنان ادامه دارد. بنابراین رئیس جمهور و پادشاه جدید نیز واجد اقتدار لازم برای وضع قانون و صدور احکام قانونی را دارند.

به نظر شما این پاسخ مناسب و برای تثبیت نظریه آستین کافی است؟ نمی‌دانم نظر شما چیست، ولی هارت معتقد است که این تحلیل برای حل مشکل کافی نیست و نمی‌تواند نظریه آستین را تصحیح کند. هارت می‌گوید ما از ارایه کننده این توضیح می‌پرسیم این مسند حاکمیت، مثلاً ریاست جمهوری یا سلطنت چیست؟ چه کسی این حاکمیت را تعریف می‌کند؟ چه مرجعی مشخص می‌کند حاکم فرمانروا کیست؟ وقتی شما از مسند حاکمیت سخن می‌گویید در واقع بیان می‌کنید یک سلسله قواعد و مجموعه مقررات برای تعریف حاکمیت و تعیین حاکم فرمانروا وجود دارد؛ مثلاً این قاعده که مسن‌ترین مرد حاکم خواهد بود. اما پرسش اساسی این است که خاستگاه و ریشه این قواعد چیست؟ چرا این قواعد باید الزام‌آور هستند؟ شما برای تعریف حاکمیت به یک قاعده استناد می‌کنید، اما مشروعیت قواعد از کجا است؟ از حاکم می‌آید. پس شما برای تعریف حاکمیت و تعیین حاکم به قاعده‌ای استناد می‌کنید که اعتبار خود آن قاعده از حاکمیت و حاکم است. در این دلیل به اصطلاح منطقی دور وجود دارد.

در مورد نظام سیاسی اگر بگوییم مشروعیت نظام سیاسی از سنت است، در واقع از محل بحث یعنی نظریه آستین خارج شده‌ایم. آستین می‌گوید فقط آن دسته از قواعد به لحاظ قانونی لازم الاجرا هستند که توسط حاکم فرمانروا صادر شده باشد. حال شما در مورد قانونی سخن می‌گویید که اعتبارش را از حاکم نمی‌گیرد. ممکن است بگویید اصلاً در فلسفه حقوق تحقیقی، منشأ قانون در کانون توجه

نیست، بلکه تمرکز عمده بر کارکرد قانون است. مثلاً در مورد قانون مجازات توجه اساسی به کارکرد آن است، نه اینکه حاکم صادر کننده آن کیست و منشا حاکمیت او چیست. در پاسخ خواهیم گفت آری در سطوح عملی و حرفه‌ای حقوق همین‌طور است؛ یعنی مثلاً وکلا و قضات به این موضوعات نمی‌پردازند، ولی در فلسفه حقوق و تحلیل مفهوم قانون این موضوعات در قانون توجه ما هستند. ما داریم درباره حقوق تحلیلی حرف می‌زنیم. در حقوق تحلیلی است که ما خاستگاه و ریشه قانون را بررسی می‌کنیم. این تحلیل که توضیح داده شد، دقیقاً در همین راستا است. آستین می‌خواهد ریشه احکام قانونی و شرایط اعتبار قانونی یک حکم و تصمیم را توضیح دهد. بنابراین در این بحث طرح این پرسش که منشا اعتبار قانون چیست، سوال کاملاً مرتبطی است. تاکنون می‌گفتیم منبع اقتدار قانون حاکمیت است. یعنی این حاکم فرمانروا است که قانونیت قانون را تعریف می‌کند؛ ولی حال معلوم شد که خود این قاعده، قائم و متکی به قاعده دیگری است که باید مقدم بر حاکمیت وضع بشود و مشروعیت و الزام‌آوری داشته باشد. اگر چنین باشد، یعنی از این گزاره که «قانون بودن قانون منوط به وضع آن از سوی حاکمیت است» قاعده‌ای ناشی شود که مسند و سمت حاکمیت را تعریف کند، ما از مدل آستین خارج شده‌ایم.

ممکن است بگویید اگر داریوش اول در زمان حیاتش قانونی وضع کند مبنی بر اینکه هر کس بعد از مرگ او در جایگاه حاکمیت قرار گیرد، مانند آن است که قوانین زمان داریوش اول را آن حاکم بعدی وضع کرده است. به بیان دیگر اعتبار قوانین در دوران حاکم بعدی، به اقتدار حاکم قبلی وابسته می‌شود. در این فرض بعد از درگذشت حاکم فعلی، هیچ کدام از اشکالات مطرح شده پیش نخواهد آمد. مثلاً در نظام‌های سلطنتی چنین است. جواب من به این مطلب آن است که منشا این اقتدار و قدرت پادشاه برای تعیین وضعیت بعد از مرگش چیست؟ چه کسی مسند پادشاهی را تعریف کرده است؟ در این مدل گفته می‌شود اساساً داریوش اول اقتدار خویش را از مسند پادشاهی کسب می‌کند. پرسش این است چه کسی مسند پادشاهی را تعریف کرده و به داریوش اول چنین اقتداری داده است؟ یعنی به محض اینکه می‌گوییم این پادشاه نیز برابر نهاد سلطنت است، پرسش آن خواهد بود که این نهاد چیست؟ باید توضیح بدهیم مشروعیت چیست؟ وقتی بخواهیم به این پرسش پاسخ دهیم، عملاً از آن رابطه‌ای که برای قانون تعریف می‌شود خارج می‌شویم. بنابراین می‌توان گفت که منشا اقتدار احکام قانونی مسند حاکم است، نه شخص او؛ اما آرایه چنین پاسخی یعنی خروج از مدل و نظریه آستین.

پس آن اشکال دور منطقی را نمی‌توان با تفویض اختیار از سوی حاکم فعلی به

حاکم بعدی حل کرد. تمام بحث این است که منشا اقتدار داریوش اول برای تفویض اختیار به حاکم بعدی، مسند حاکمیتی او است. پرسش این است که خاستگاه مسند حاکمیتی او چیست؟ برای تعریف آن باید به این قاعده استناد کرد. ولی نمی‌توان با استناد به این قاعده اعتبارش را از خود مسند حاکمیتی گرفت؛ زیرا قرار است که حاکمیت بر مبنای این قاعده شکل بگیرد.

در شرایط انقلاب و تحولات بنیادین در ساختار قدرت سیاسی چنین اتفاقی رخ می‌دهد. در شرایط انقلاب میان لایه‌های نظام حقوقی گسست واقع می‌شود. یعنی نسل جدیدی که حاکمیت جامعه را در اختیار می‌گیرد، اساساً نظام حقوقی قبلی را قبول ندارد. چندین سال فرصت لازم است تا نظام حقوقی جدید ساماندهی شود. اما در شرایط عادی و متعارف چنین نیست؛ یعنی اقتدار وضع قانون از یک حاکم به حاکم بعدی تداوم دارد و اعتبار حقوقی قوانینی که در یک دوره وضع شده‌اند در دوره‌های بعدی استمرار دارد. قوانین تداوم دارند، اما نظریه آستین نمی‌تواند این وضعیت را توضیح دهد. نتیجه نظریه آستین یا این است که با مرگ حاکم فعلی، اعتبار حقوقی قوانین موضوعه او نیز منقضی می‌شود و حاکم بعدی نیز تا مدت‌ها تا که عادت پیروی جامعه از او شکل نگرفته، نه می‌تواند قوانین را قبلی را تنفیذ کند و نه می‌تواند قوانین جدید وضع کند. به بیان دیگر با مرگ هر حاکم فرمانروا، جامعه ناگهان دچار انقلاب و فقدان قانون می‌شود. ممکن است شما بگویید که حاکمیت و اقتدار نه از آن شخص حاکم، بلکه از آن مسند حاکمیت است و چون مسند با مرگ حاکم منتفی نمی‌شود، قوانین که محصول این مسند است به اعتبار خود هستند و چون این حاکم جدید نیز عهده‌دار این مسند می‌شود و اقتدارش را از مسند می‌گیرد بیدرنگ می‌تواند قوانین تازه وضع کند. در این صورت مدل شما مطابق فرضیه آستین نخواهد بود؛ زیرا شما باید مجموعه قواعدی مستقل از حاکمیت را تعریف کنید که بتوانند مفهوم حاکمیت و شخص حاکم را تعیین و تعریف کنند. آنگاه این پرسش مطرح می‌شود که خاستگاه این قواعد اخیر کجاست؟

نکته اصلی هارت این است که اساس قانون، زور یا فرمان نیست، بلکه قاعده است. گوهر قانون، قاعده^۱ است و آستین برای اینکه می‌خواسته تا حد ممکن از خلط قانون و اخلاق پرهیز کند، چنین موضع افراطی‌ای اختیار کرده و تلاش داشته نه فقط قواعد اخلاقی، بلکه اصولاً هر نوع قاعده‌ای را از حیثه قانون بیرون معرفی کند. موضع هارت این است که این خطا بوده است. گوهر قانون را باید در مفهوم

قاعده جستجو کرد و دقیقاً آن چیزی که شما گفتید، یعنی مسند و نهاد است که قانون را تعریف می‌کند؛ اما وجود این مسند و نهاد منوط است به مجموعه‌ای از قوانین و قواعد؛ به همین دلیل هارت معتقد است که مکتب حقوق تحقیقی آستین قابل قبول نیست. البته هارت تلاش کرد که قرائت جدیدی از پوزیتیویسم حقوقی ارائه کند که در نوبت آینده درباره آن گفتگو خواهیم کرد. بنابراین موضوع بحث بعدی مفهوم قاعده^۱ و نقشی که هارت برای آن در تعریف مفهوم قانون قائل است، خواهد بود.

پیش از اتمام سخن اجازه دهید این نکته را نیز توضیح دهم که ممکن است بگویید نظریه آستین می‌تواند این مبنای مفهوم مشروعیت سنتی را توضیح دهد؛ چون خودش می‌گوید مردم بنابر عادت از آن حاکم پیروی می‌کنند. این قید «بنابر عادت» ناظر بر سنت است، مردم بنابر عادت یا بر اساس سنت‌های جامعه از مثلاً پادشاه تبعیت می‌کنند. در واقع اگر سنت را مبنای آن مشروعیت تلقی کنیم، اشکالی در این مدل نخواهد بود. پاسخ بنده به این بیان آن است که شما در واقع گفته‌اید ریشه قاعده در سنت است؛ ولی اگر چنین باشد، مبنای مشروعیت قانون، آن سنت و قاعده است، نه آن‌طور که آستین گفت حکم حاکم. تمام نکته این است که در صورت قبول بیان فوق، منشأ مشروعیت قانون حاکم نخواهد بود؛ چون حاکم هنوز تعیین نشده و نهاد حاکمیت هنوز شکل نپذیرفته است. خواهیم دید این موضعی است که هارت اختیار می‌کند، اما معنایش آن است که مفهوم این قاعده که از دل سنت بر می‌آید، در مقایسه با مفهوم فرمان و حکم حاکم فرمانروا نقش بنیادی‌تری در قانونیت قانون دارد. سوال دیگر آن است که نظریه آستین و تحقق‌گرایی هم در فلسفه سیاسی مطرح است، هم در جامعه‌شناسی و هم در قانون. این نظریه واجد فاکتورهای پوزیتیویسم است، یعنی از سویی دور شدن از اخلاق و تقدس، و از سوی دیگر کارکردگرا شدن. پاسخ من این است که آری این مطالب درست است؛ ولی مایلم بر این نکته تأکید کنم که قلب پوزیتیویسم حقوقی در سیاق بحث ما این است که «اعتبار اخلاقی» شرط لازم «اعتبار قانونی» نیست. استقلال قانون از اخلاق نکته قانونی مدلی است که مکتب تحقیقی حقوق نامیده می‌شود و این، وجه مشترک ایده‌های تحقیقی حقوقی آستین و هارت است.

گفتار چهارم:

پوزیتیویسم قانونی

(هارت)

نوبت گذشته تحلیل آستین درباره مفهوم قانون را بررسی کردیم. بیان شد که از نظر آستین گوهر قانون عبارت است از حکم. به همین دلیل نظریه او تحلیل قانون به مثابه حکم یا فرمان تلقی شده است. همچنین راجع به اشکالات نظریه آستین بحث کردیم. یکی از مهم ترین آن اشکالات به دوره های انتقالی مربوط بود؛ یعنی وقتی حاکمی برکنار می شود، استعفا می کند یا از دنیا می رود و حاکم جایگزینی برمسند او تکیه می زند. ظاهراً در چنین مواردی نظریه آستین نمی تواند تداوم اقتدار وضع قانون از یک حاکم به حاکم دیگر و بقای قوانین دوران حاکم قبلی را در زمان پس از وی توضیح بدهد. به نظر می رسد آستین مجبور است برای تبیین این وضعیت ها منشا قانون را نه «شخص حاکم»، بلکه «مسند و نهاد حاکمیت» بدانند. به توضیحی که در نوبت گذشته عرض کردم ناگزیر باید به قواعدی مقدم بر مسند حاکمیت و شخص حاکم متوسل شد تا اصولاً این مسند، شخص حاکم و کسی که ویژگی های حکومت را مشخص کند، تعیین شود. اما اعتبار خود آن قوانین نمی تواند ناشی از مسند حاکمیت و شخص حاکم باشد. پس این نظریه دچار مشکل است. برای حل این مشکل ناگزیر باید گفت این قوانین نوعی تقدم بر مفهوم و مسند حاکمیت و شخص حاکم دارند، ولی مشکل آن است که در این صورت ما از موضوع مورد

بحث، یعنی نظریه آستین خارج شده‌ایم. یکی از فیلسوفان حقوق که تلاش کرده برای حل مشکلات نظریه آستین نظریه‌ای جایگزین ارائه کند، هربرت لیونل آدولفوس هارت^۱ است. وی احتمالاً مهم‌ترین فیلسوف حقوق معاصر است و کتابی با عنوان *The Concept of Law* نوشته که از حیث اهمیت با نظریه عدالت جان رالز^۲ در فلسفه سیاسی قابل مقایسه است. یعنی همان نقشی را که کتاب جان رالز، تحت عنوان «تئوری عدالت»^۳ در فلسفه سیاسی ایفا کرد و تفکر سیاسی و ادبیات فلسفه سیاسی در مغرب زمین را تغییر داد، کتاب مفهوم قانون هارت در حوزه فلسفه حقوق ایفا کرده است؛ به طوری که پس از وی تمام مباحث فلسفه حقوق در گفتگو با کتاب او شکل گرفت. حداقل بخش عمده‌ای از ادبیات پس از او در تایید، تقویت، تحریر یا رد و نقد نظریات او شکل گرفته است. بنابراین کتاب مفهوم قانون او نقش محوری دارد. خوشبختانه شنیده‌ام اخیراً این کتاب به زبان فارسی هم ترجمه و منتشر شده است. من این ترجمه را ندیدم، ولی ظاهراً ترجمه خوب و معتبری از این کتاب کلاسیک و مهم به زبان فارسی است. دوستان را تشویق می‌کنم از این کتاب بسیار خوشخوان که یکی از مهم‌ترین کتاب‌های فلسفه حقوق در دوران معاصر است، استفاده کنند. بخش قابل توجهی از این کتاب تاملات و در واقع در گفتگوی انتقادی هارت با آستین است. هارت در نقد فلسفه حقوق آستین تلاش می‌کند که صورت‌بندی روشن‌تر و مدونی از نظریه مختارش به دست بدهد. هارت نیز به پوزیتیویسم حقوقی معتقد است و بر آن است که «اعتبار اخلاقی» شرط و لازمه «اعتبار قانونی» نیست. به بیان دیگر باید قانون را مستقل از اخلاق تعریف کرد. پس این آموزه مکتب تحقیقی حقوق در نظریه‌پردازی هارت نیز مفروض است. در عین حال پوزیتیویسم حقوقی هارت دو تفاوت اساسی با نظریه آستین دارد که در نوبت گذشته اشاره‌وار درباره آنها صحبت کردیم.

تفاوت اول این است در نظریه قانون هارت، مفهوم «قاعده» محوریت دارد، نه مفهوم «حکم» و «فرمان». به همین دلیل است که نظریه هارت غالباً تحلیل قانون به مثابه قاعده^۴ تلقی می‌شود. پس نکته اول این است که از نظر هارت ماهیت قانون نه‌ایتاً نوعی قاعده محسوب می‌شود نه حکم و فرمان.

1. Herbert Lionel Adolphus Hart

2. John Rawls

3. *A Theory of Justice*

4. Rule theory of law

تفاوت دوم این است که برخلاف آستین که قوانین جزایی را مدل عالی و آرمانی قانون تلقی می‌کرد و به همین دلیل مفهوم «مجازات» در تحلیل مفهومی او از قانون نقش مهمی داشت، هارت قوانین مدنی را مبنای نظریه پردازی قرار داده است. در نظر آستین ماهیت قانون از جنس «منع» بود؛ قانون از نظر او نیرویی بود که ما را از انجام کارهایی که بعضا مایل به انجام آنها بودیم، باز می‌داشت. این مهم‌ترین نقش قانون از نظر آستین بود. اما هارت نقش اصلی قانون را نه منع و بازدارندگی، بلکه «تسهیل امور» می‌داند. او معتقد است که مهم‌ترین نقش نظام‌های قانونی تسهیل داد و ستدها، کنش و هم کنشی‌های اجتماعی است و این سامان دادن به امور و مناسبات اجتماعی مهم‌ترین نقش و کارکرد قانون است. ایفای این نقش اساسی قانون، عمدتا از قوانین مدنی ساخته است، نه از قوانین جزایی. مهم‌ترین نقش قوانین مدنی نظام بخشیدن، سامان دادن و تسهیل معاملات و قراردادها است. غرض اصلی قانون بازداشتن ما از انجام کارهایی نیست، بلکه منظور اساسی از تدوین قانون، تسهیل و نظام دادن به رفتارهای افراد و نهادهای جامعه است.

در تقریر نظریه هارت باید گفت سخن او به یک تعریف بسیار ساده بر می‌گردد. از نظر هارت قانون عبارت است از مجموعه‌ای هماهنگ از قواعد مرتبه اول و قواعد مرتبه دوم. پس ما یک مجموعه هماهنگ دو جزئی داریم. هارت یک بخش از این مجموعه را قواعد درجه اول^۱ می‌نامد و بخش دیگر را قواعد مرتبه دوم^۲ می‌خواند. هارت معتقد است که قانون همین است و آنچه را که ما به عنوان «نظام قانونی» می‌شناسیم چیزی نیست جز مجموعه‌ای از دو نوع قواعد متفاوت. بنابراین برای فهم مفهوم «قانون» باید به چند نکته اندیشید. یکی اینکه منظور از «قاعده» که تحلیل هارت جایگزین «فرمان و حکم» در نظریه آستین شده چیست؟ گزاره‌ها چگونه به قاعده تبدیل می‌شوند؟ قواعد تحت چه شرایط و فرآیندی شکل و اعتبار قانون پیدا می‌کنند؟ برای فهم نظریه هارت باید این نکات توضیح داده شود.

به طور کلی در تعریف مفهوم قاعده می‌توان گفت «قاعده» چیزی است که به رفتارهای ما جهت و دلیل می‌دهد. وقتی می‌گویید قاعده بازی در شطرنج این است که مثلا «رخ می‌تواند حرکت عمودی کند» این گزاره به شما می‌گوید که وقتی می‌خواهید رخ را حرکت دهید، باید چگونه این کار را انجام دهید؛ یعنی رفتار شما را در صحنه بازی شطرنج جهت می‌دهد. اگر شما رخ را به صورت عمودی حرکت دادید و کسی پرسید که چرا این کار را کردید، شما در توجیه رفتارتان می‌توانید

1. Primary rules

2. Secondary rules

بگویید برای اینکه قاعده بازی این است که رخ حرکت متقاطع عمودی کند و صورت عمودی جلو رود. بنابراین مفهوم قاعده یک مفهوم بسیار عام است.

بسیاری از افراد در تحلیل مفهوم زبان و توضیح رفتارهای اجتماعی و نیز در تبیین بسیاری از پدیده‌های اجتماعی به مفهوم قاعده متوسل شده‌اند. مفهوم قاعده^۱ در فلسفه معاصر نقش بسیار مهمی ایفا می‌کند. برای مثال در فلسفه ویتگنشتاینی متاخر بخش عمده‌ای از تاملات و فلسفه‌ورزی‌ها حول مفهوم «قانون» است. در جامعه‌شناسی هم کسانی تلاش کرده‌اند مفهوم قاعده را برای تحلیل بخش‌های عمده‌ای از رفتارهای اجتماعی به کار گیرند.

هارت معتقد است که قلب قانون مجموعه‌ای از قواعد و اصولی است که به رفتارهای ما جهت می‌بخشد و مهمتر از این، شما می‌توانید برای توضیح رفتارهای خود به آنها استدلال و استناد کنید. یعنی آن قواعد، دلایلی برای رفتار شما فراهم می‌کند. گفتنی است وقتی شما ربط وثیق میان دو مفهوم «قانون» و «قاعده» را مطرح کنید به نوعی درون‌گرایی متوسل شده‌اید؛ گویی پذیرفته‌اید که باورهای فرد و رفتار او، یعنی پیروی او از قانون، در فهم پدیده قانون دخیل است.

در تحلیل هارت از قانون، هم مفهوم قاعده مهم است و هم مفهوم پیروی از قاعده. در واقع هارت «مفهوم پیروی از قاعده» را در مقابل مفهوم آستینی «پیروی از عادت» مطرح می‌کند. از نظر آستین بن‌مایه قانون نهایتاً نوعی پیروی از عادت است. در رفتارهای برخاسته از عادت، در بسیاری از مواقع فرد نمی‌داند چرا کاری را انجام می‌دهد. اصلاً خیلی از مواقع اساساً توجه ندارد که چه می‌کند. اگر از او بپرسید چرا چنین رفتاری دارد، تازه متوجه رفتار خود می‌شود. عادت بیشتر از اینکه ناشی از تحلیل و شناخت باشد، یک الگوی رفتاری مستقر شده در جامعه است که فرد دانسته یا نادانسته، معمولاً حتی ناخود آگاه از آن پیروی می‌کند. شما می‌توانید از بیرون، یعنی با مشاهده بیرونی رفتار افراد، عادت را کشف کنید. می‌توانید الگوهای عادت را در زندگی افراد تشخیص بدهید، استخراج کنید و بشناسید. اما نکته مورد تأکید هارت «پیروی از قاعده» است. هر وقت از شما بپرسند چرا چنین رفتار می‌کنید، می‌توانید به قاعده‌ای تمسک جسته، رفتارتان را به آن مستند کنید. در واقع باورهای شما در توضیح و فهم رفتارهای شما موثر است. برای کشف عادات افراد لازم نیست از آنان بپرسید چرا این طور یا آن شکل رفتار می‌کنند؛ کافی است مثل یک مشاهده‌گر دقیق و هوشیار در بیرون بنشینید و آن رفتارها را

ملاحظه کنید و عادت‌ها را کشف کنید. از سوی دیگر برای کشف قاعده، ممکن است بتوانید از مناسبات و رفتارهای افراد، قواعد را استنباط و استخراج کنید، اما نهایتاً قاعده بخشی از به اصطلاح باورهای فرد است. فرد ابتدا قاعده را می‌شناسد و سپس به دلیل شناخت آن قواعد، رفتارهای خود را سامان می‌بخشد. شما اگر از او پرسید چرا این کار را می‌کنی، می‌تواند به قاعده‌ای تمسک جوید و مانند آن شطرنج باز، رفتار خود توضیح دهد. به دیگر سخن «پیروی از قاعده» نزدیک آن مفهومی است که ما پیشتر با عبارت «مکلف بودن» از آن یاد کردیم. مکلف بودن یعنی اینکه طرف برای توجیه رفتارش دلایلی دارد؛ الگو و قاعده‌ای را پذیرفته و از او پیروی می‌کند. این پذیرش و باور، این رویکرد درونی مهم است. «پیروی از عادت» نوعی الزام و ملزم بودن است. در اینجا رفتارهای فرد لزوماً آگاهانه نیست، بلکه از الگوهایی پیروی می‌کند. پس در فهم نظریه هارت هم مفهوم «قاعده» مهم است و هم مساله «پیروی از قاعده».

موضوع مهم دیگر تفکیکی است هارت میان قواعد قائل شده و آنها را به دو گروه قواعد مرتبه اول و قواعد مرتبه دوم تقسیم کرده است. از نظر او قواعد مرتبه اول، آن قواعد ناظر به اعمال و رفتارهای انسان‌ها است که تکلیف و مسئولیت می‌آفرینند؛ مثل قواعد اخلاقی متعددی که ما داریم. مثلاً راستگو باشید. دروغ نگوئید. راست یا دروغ گفتن، بخشی از رفتارهای ما هستند. این دو قاعده اخلاقی این بخش از رفتارهای ما را تنظیم می‌کند. تعدادی از قوانین حقوقی نیز دارای همین سرشت و کارکرد هستند، مثلاً می‌گویند هنگام تشکیل یک قرارداد باید دو شاهد داشته باشید. این قاعده‌ای ناظر بر رفتارهای ما است. اما قواعد مرتبه دوم، نه ناظر بر رفتارهای ما، بلکه ناظر بر قواعد مرتبه اول هستند. این قواعد، نه تکلیف و مسئولیت، بلکه قدرت و اقتدار^۱ می‌آفرینند.

بنابراین ما با دو سطح و قلمرو مواجهیم. سطح اول که قلمرو اعمال و رفتارهای انسان است. برای تنظیم رفتارها در متن جامعه، مجموعه قواعد داریم که هارت آنها را قواعد مرتبه اول می‌خواند. اما همین قواعد نیز باید نظم و سامانی داشته باشند. قواعد مرتبه دوم، نظاماتی است که برای نظم و سامان دادن به قواعد مرتبه اول وضع شده‌اند. از نظر هارت «قانون» عبارت است از مجموع این دو گروه قواعد. اینک می‌خواهیم بررسی کنیم منظور او از این قواعد دقیقاً چیست و مثلاً چرا ما به قواعد مرتبه دوم نیازمندیم.

گویا دوستان مایلند پرسش‌هایی را مطرح کنند. سوالات حتما در چارچوب بحث است و به روشن شدن زوایای موضوع کمک می‌کند.

یک پرسش این است که قواعد مرتبه دوم قدرت ایجاد می‌کنند یا اقتدار؟^۱ در پاسخ باید بگویم برابر تصویری که هارت ارائه می‌کند مهم‌ترین نقش قواعد رتبه دوم ایجاد اقتدار است؛ البته در عین حال به نوعی ناظر به توزیع قدرت هم هستند. ولی کارکرد مهمتر و اساسی آنها ایجاد اقتدار است.

پرسشگر دیگری خواسته‌اند مثالی برای قواعد مرتبه دوم ذکر شود. سوال بهنگام و مناسبی است. بحث ما در واقع توضیح همین مساله است. هارت برای اینکه مفهوم قاعده مرتبه اول و دوم را توضیح دهد از ما می‌خواهد که جامعه‌ای فرضی را در نظر بگیریم. می‌گویید یک جامعه بدوی را فرض کنید که هنوز فاقد نظام قانونی - حقوقی است. در این جامعه فرضی فقط قواعد مرتبه اول وجود دارد؛ سلسه‌ای از قواعدی که به ما می‌گویند رفتارهای خود را چگونه سامان دهیم و تکالیف و مسئولیت‌های ما چیست. هارت معتقد است که جامعه پیشا قانونی، یعنی جامعه‌ای که در آن فقط قواعد اخلاقی^۲ و تنها هنجارهای اخلاقی برای تنظیم رفتارهای انسانی وجود دارد، ولی قواعد رتبه دوم وجود ندارد، چنین اجتماعی دست کم با سه بیماری مواجه است. به بیان دیگر صرف وجود قواعد مرتبه اول برای تدبیر امور جامعه کفایت نمی‌کند.

بیماری اول ابهام و عدم قطعیت است. یعنی افراد در بسیاری از مواقع به طور واضح نمی‌دانند قاعده مربوط به فلان رفتار خاص چیست. اگر هم قاعده‌ای وجود دارد، درست نمی‌دانند که معنا و تفسیر این قاعده چیست. نمی‌توانند با قاطعیت داوری و پیش‌بینی کنند آیا با انجام رفتار مورد نظر، قاعده نقض شده است یا خیر. یعنی در برخی موارد افراد دچار ابهام و تردید مشکوک می‌شوند و نمی‌توانند دقیقا بفهمند کدام قاعده حاکم است یا معنای قاعده‌ای که تصور می‌شود در این مورد خاص حاکم است، چیست. گاه ممکن است معنای قاعده نیز واضح باشد، اما واضح نباشد این رفتار خاص آن قاعده را نقض می‌کند یا خیر. انواعی از ابهام مطرح است. این وضعیت صد البته اشکال برانگیز است. اگر قرار است همه رفتارها و مناسبات جامعه منظم و طبق قاعده باشد، قواعد باید واضح و عاری از ابهام باشند. پس جامعه به مرکز، کانون و مرجع اقتداری نیاز دارد که توضیح دهد در هر مورد چه قاعده‌ای حاکم است و معنای هر قاعده چیست و بگوید چه رفتارهایی همسو با قاعده است

1. Authority
2. Ethical rules

و چه اعمال نقض کننده قاعده هستند. یعنی جامعه به مرجعی احتیاج دارد که قاعده را توضیح بدهد و ابهامات آن را در مقام نظر و عمل مرتفع کند. اما قاعده و قانونی که قرار است چنین کارکردی ایضاحی داشته باشد، نمی تواند از جنس قواعد و قوانین مرتبه اول باشد. برای اینکه قرار است این قاعده درباره قوانین مرتبه اول باشد، موضوعش این قوانین است. بنابراین ضرورتاً ما به قواعد و قوانین درجه دوم نیاز داریم.

بیماری دوم رکود و ایستایی است. در بسیاری از مواقع قوانین مرتبه اول قواعد و نظاماتی است که در جامعه رایج شده است. طی دهه ها و گاه سده ها، جامعه بتدریج این قواعد را کشف کرده، به آنها خو گرفته، طبق آنها عمل کرده است، نتیجتاً این قواعد در جامعه ریشه دار شده است. از سوی دیگر اقتضانات جامعه مرتب تغییر می کند. شرایط زندگی پیوسته در حال تغییر است. به ویژه در جامعه مدرن سرعت این تغییرات نیز بیشتر است. پس ما با تحولات شتابان اجتماعی مواجه هستیم. شرایط جدید، قواعد و قوانین تازه ای می طلبد. گاه نسخ و الغای قوانین گذشته، یا دست کم اصلاح آنها ضروری است. گاه باید برای تنظیم روابط و مناسبات نو پیدا، قوانین جدید وضع کرد. چگونه می توان به این نیازها پاسخ داد؟ نمی توان منتظر ماند تا جامعه بتدریج و متناسب با شرایط اجتماعی قواعد را تغییر دهد. به بیان دیگر فقدان قواعد رتبه دوم در جامعه، به معنای فقدان پیش بینی راهکارهای لازم برای تغییر و کارآمد کردن قواعد رتبه اول، متناسب با شتاب تحولات جامعه است. بنابراین نظامی که صرفاً مبتنی بر قواعد رتبه اول باشد دچار رکود و ایستایی شده، کارآمدی خود را از دست خواهد داد؛ زیرا توانایی انطباق پذیری با شرایط و نیازهای جدید جامعه را ندارد.

بیماری سوم نیز نوعی خاص از نا کارآمدی^۱ است. نکته مهم در اینجا تعارض قواعد است. قواعد مرتبه اول هر نظام حقوقی را که در نظر بگیرید، در پاره ای موارد میان آن قواعد تعارض و ناسازگاری پیش می آید. پرسش این است که در چنین مواقعی کدام قاعده را باید به دیگری برتری نهاد؟ آیا می توان فارغ از قواعد رتبه دوم، در میان خود قواعد مرتبه اول اولویت بندی کرد؟ ناگفته پیدا است خود قواعد مرتبه اول نمی توانند پاسخ این پرسش را ارائه کرده، به ما بگویند که کدام یک از دو یا چند قاعده متعارض را برتری دهیم. ناگزیر باید برای دستیابی به راه حل تعارض به قواعد رتبه دوم مراجعه کرد. این رهایی از بن بست تعارض میان قواعد

رتبه اول، یکی از وجوه نیاز ما به قواعد رتبه دوم است. در توضیح مطلب اجازه دهید فرض کنیم که من به شما قول داده‌ام که امروز ساعت یک عصر، در فلان رستوران با هم ناهار بخوریم. قاعده رتبه اول می‌گوید چون به شما قول داده‌ام من متعهد و مکلفم که قول خویش را پاس داشته، در موقع مقرر در وعده گاه حاضر شوم. اما فرض کنید در مسیر آمدن به رستوران تصادفی را می‌بینم که چند مجروح در حال مرگ هستند و کسی غیر از من در آنجا نیست. من این فرصت را دارم تا آن مجروحان را به بیمارستان ببرم. یک قاعده رتبه اول وجود دارد که به شما می‌گوید در شرایطی که می‌توانید، شما مکلفید که به کمک و نجات مجروحان نیازمند کمک بشتابید. در این شرایط اگر بخواهم آن افراد را به بیمارستان ببرم قرارم با شما را از دست خواهم داد. اگر بخواهم به قولم وفا کنم، نمی‌توانم آن مجروحان را نجات بدهم. در این شرایط باید کدام یک از این دو قاعده رتبه اول را بر دیگری ترجیح دهم؟ هیچ قاعده رتبه اولی نمی‌تواند به این پرسش ما پاسخ نمی‌دهد. قاعده رتبه اول فقط می‌تواند بگوید در شرایط عادی تکلیف شما چیست. اما در این وضعیت خاص، یعنی تراحم دو قاعده هم رتبه، هیچ قاعده‌ای از همان رتبه نمی‌تواند تکلیف شما تعیین کند.

مثال دیگر آن است که اگر میان دو نفر در تفسیر یک قاعده رتبه اول اختلافی پیش آید، یا مثلاً یکی بگوید من از قاعده رتبه اول پیروی کرده‌ام، دیگری بگوید تو آن را نقض کرده‌ای، هیچ قاعده‌ای از قواعد رتبه اول نمی‌تواند بگوید تفسیر قاعده مورد نزاع چیست و یا نمی‌تواند بگوید برای حل اختلاف خود به چه مرجعی مراجعه کنید.

وقتی شما نتوانید یک نوع اولویت بندی خردمندانه و قابل دفاع در میان قواعد رتبه اول برقرار کنید، وقتی نتوانید تراحم میان قواعد و یا اختلاف درباره اجرا یا نقض قواعد را به طرز خردپسند و موثری حل کنید، یعنی سیستم حقوقی شما ناکارآمد است. در زندگی واقعی زندگی و روابط اجتماعی و مناسبات میان آحاد جامعه تراحم و تعارض امری اجتناب‌ناپذیر است. زندگی پهنه تضاد و تعارض قواعد و حقوق است. اما جامعه فاقد قواعد رتبه دوم، اجتماعی که بخواهد صرفاً با اتکا بر قواعد رتبه اول به حیات خود ادامه دهد، نمی‌تواند بر این مشکلات چیره شود.

پس مطابق نظر هارت، جامعه پیشا قانون سه بیماری مهم دارد: ابهام و عدم قطعیت در قواعد رتبه اول، ایستایی و رکود و جمود قواعد رتبه اول و نهایتاً ناکارآمدی. او معتقد است برای درمان این بیماری‌ها به قواعد رتبه دوم احتیاج داریم. نقش قواعد رتبه دوم درمان بیماری‌های نظام حقوقی‌ای است که فقط

دارای قواعد مرتبه اول است. حال این قواعد مرتبه دوم چه هستند؟ هارت می‌گوید سه نوع قاعده مهم داریم که بنا است مشکلات و بیماری‌های جامعه پیشا قانونی را برطرف کنند.

اولین آنها «قاعده رسمیت‌بخشی»^۱ است. قاعده رسمیت‌بخشیدن یا رسمیت‌بخش، قاعده یا مجموعه‌ای از قواعد است که سلسله‌ای از معیارها برای تفکیک و تشخیص «قاعده قانونی» از «قاعده غیر قانونی» مثلاً قاعده اخلاقی به دست می‌دهد. به بیان دیگر قاعده رسمیت‌بخش به ما می‌گوید یک قاعده تحت چه شرایطی قاعده‌ای قانونی است. ممکن است کسی این قاعده را بپذیرد که در این جامعه هر چه شاه بگوید، همان گفتار ملوکانه می‌شود قانون. این فرمول می‌شود یک قاعده رسمیت‌بخش در آن جامعه. قاعده رسمیت‌بخش به یک گزاره، توافق یا تصمیم‌شان قانونی بخشیده، آن را به قانون تبدیل می‌کند.

بنابراین به کمک قواعد رسمیت‌بخش می‌توان تکالیف قانونی اصیل و واقعی را در متن جامعه شناسایی کرد. اگر کسی بخواهد بداند فلان قاعده قانونی است یا نه، از قاعده رسمیت‌بخش کمک می‌گیرد. قاعده رسمیت‌بخش به ما می‌گوید اگر فلان شرایط مشخص درباره قاعده‌ای محقق باشد، آن قاعده، به قانون تبدیل شده است. آن وقت ما بررسی می‌کنیم که آیا آن شرایط و الزامات قانونی در خصوص آن قاعده محقق شده و نتیجتاً جایگاه قانونی پیدا کرده است یا خیر. بنابراین ابهامی که وجود داشت منتفی می‌شود. همان‌طور که اشاره شد قاعده رسمیت‌بخش، به عنوان یکی از راه‌های تفکیک قاعده قانونی از قاعده فاقد اعتبار قانونی، ممکن است یک قاعده باشد یا مجموعه‌ای از قواعد.

گروه دیگر قواعد رتبه دوم، «قواعد تغییر قانون»^۲ هستند. این سلسله از قواعد، ساز و کارهایی برای پیش‌بینی تغییر قوانین موجود هستند. فرض کنید طبق قانون اساسی کشور تازه استقلال یافته یک قوه مقننه، پارلمان تشکیل شده است. کار قوه مقننه، وضع قوانین تازه، همچنین نسخ یا اصلاح قوانین موجود است. جامعه با داشتن قوه مقننه می‌تواند با سرعت متناسب و با چالاکی بیشتر به تحولات پاسخ مناسب بدهد. جامعه فرآیندهایی را پیش‌بینی کرده و سازوکارهایی اندیشیده که عده‌ای به عنوان نمایندگان ملت بتوانند قوانین جدید تصویب کنند، قوانین موجود را اصلاح و در صورت نیاز ملغی کنند.

قوانین مربوط به تاسیس قوه مقننه و اختیارات نمایندگان پارلمان، در زمره قواعد

1. Rule of recognition

2. Rule of change

مرتبه دوم هستند؛ زیرا برای آحاد ملت تکلیف و مسئولیت ایجاد نمی‌کنند، بلکه می‌گویند چه کسانی و با چه شرایطی می‌توانند قاعده قانونی وضع کنند یا قواعد قانونی موجود را اصلاح یا ملغی کنند. حال این قواعد رتبه دوم که فرآیندهای وضع قوانین لازم و تغییر و اصلاح قوانین موجود را تعیین می‌کنند، به جامعه در غلبه بر بیماری ایستایی و رکود یاری می‌رسانند.

دسته سوم قواعد رتبه دوم، نظامات مربوط به قضاوت و فصل خصومات هستند. جامعه نهادی مثلاً قوه قضاییه را تأسیس می‌کند که در مواقع تعارض میان قواعد رتبه اول، یا در صورت اختلاف میان اعضا جامعه در تفسیر یا اجرای آن قواعد، میان طرفین قضاوت کند. قواعد مربوط به تشکیل قوه قضاییه و آیین دادرسی در محاکم که در واقع شیوه‌های حل تعارض در جامعه را تدوین می‌کنند، کارآمدی نظام حقوقی را افزایش می‌دهند.

بنابراین قواعد رتبه اول قواعد موجد حق و تکلیف هستند، همچنین مقرراتی هستند که می‌توان بر اساس آنها معیارهای جامعه را توجیه، ارزیابی یا نقد کرد و قواعد رتبه دوم منشأ قدرت و اعتبارند؛ یعنی به اعتبار آنها می‌توان قاعده جدیدی وضع کرد، قانونی را اصلاح یا ملغی کرد، در مورد قواعد مورد اختلاف داوری و فصل خصومت کرد.

از نظر هارت نظام حقوقی در حقیقت مجموعه هماهنگی است متشکل از قواعد رتبه اول و مرتبه دوم. قواعد مرتبه دوم خود، سه دسته قاعده و قانون هستند برای حل مشکلات جامعه پیشا قانونی که فقط بر قواعد اخلاقی مبتنی است. اینک می‌خواهیم به این موضوع رسیدگی کنیم که از میان سه گروه قواعد رتبه دوم، کدام یک بنیادی‌تر و مهمتر است؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت قواعد مربوط به «رسمیت‌بخشی» مهمتر هستند؛ زیرا قانون بر مبنای قاعده رسمیت‌بخش متولد می‌شود، در مراحل بعد، مثلاً در تفسیر قانون یا در اجرای آن ممکن است دعوا و خصومت به وجود آید. بنابراین جامعه یک سلسله قواعد رتبه اول دارد. سپس مبنای قاعده رسمیت‌بخش تعیین می‌کند آن قاعده رتبه اول در چه شرایط و به چه ترتیبی به قاعده قانونی لازم الاجرا تبدیل می‌شود. پس به یک معنا منشأ قانون، قاعده رتبه دومی رسمیت‌بخش است و قواعد رتبه دومی مربوط به تغییر و اصلاح قوانین، همچنین قواعد رتبه دومی مربوط به فصل خصومات، همه تابع قواعد رسمیت‌بخش هستند. یعنی خود آن قواعد نیز باید از قواعد رسمیت‌بخش ناشی می‌شوند. به بیان دیگر قواعد رسمیت‌بخش هم قواعد رتبه اول را موضوعیت می‌بخشند و هم منشأ تصویب قوانین نوع دوم و سوم

هستند. به این دلیل است که قواعد رسمیت‌بخش را می‌توان قواعد بنیادی تلقی کرد. پرسش دیگر آن است که قاعده رسمیت‌بخش، خودش یک قاعده قانونی است یا خیر؟

پاسخ آن است که قاعده رسمیت‌بخش نمی‌تواند یک قاعده قانونی نباشد. وقتی به پرسش مذکور پاسخ مثبت دهیم و بگوییم قاعده رسمیت‌بخش خودش یک قاعده قانونی است، این سوال پیش می‌آید که منزلت قانونی قاعده رسمیت‌بخش از کجا ناشی می‌شود؟ چه چیزی این قاعده را قاعده قانونی می‌کند؟ بگذارید سوال را این طور مطرح کنم که به نظر شما یک «قاعده تغییر» می‌تواند قاعده قانونی باشد یا خیر؟ در چارچوب نظریه هارت تحت چه شرایطی این قاعده در یک نظام قانونی به رسمیت شناخته می‌شود؟

پاسخ آن است که وصف و منزلت قانونیت همه این‌ها توسط قاعده رسمیت‌بخش مشخص می‌شود. این‌ها قاعده قانونی هستند؛ زیرا واجد شرایطی که در متن قاعده رسمیت‌بخش تعریف شده، هستند. بنابراین هر قاعده مرتبه اولی را که شما اختیار کنید، اگر شرایط مندرج در قاعده رسمیت‌بخش را داشته باشد، به قاعده قانونی تبدیل می‌شود. پس برخی از قواعد مرتبه اول، یعنی قواعدی که قاعده رسمیت‌بخش آنها را قانون نمی‌داند، قاعده قانونی نیستند و در زمره قواعد اخلاقی باقی می‌مانند. البته برخی از قواعد مرتبه اول، به دلیل واجد بودن شرایط مذکور در قاعده رسمیت‌بخش، به مرتبه قاعده قانونی ارتقا می‌یابند. در مورد قاعده دوم و سوم هم همین است. این قواعد اگر منطبق با معیارهای مطرح شده در قاعده رسمیت‌بخش باشند، اعتبار قانونی دارند.

حال همین سوال در مورد قاعده رسمیت‌بخش نیز مطرح است که آیا این قاعده در شمار قواعد قانونی است یا خیر؟

ممکن است بفرمایید در واقع قاعده رسمیت‌بخش می‌تواند منابع مختلفی داشته باشد، مثلاً ناشی از سنت باشد یا زاده زور حاکم فرمانروا یا نتیجه توافق و قرارداد اجتماعی باشد. اگر چنین پاسخی را مطرح کنید من به شما خواهم گفت شما دارید به من می‌گویید که قواعد رسمیت‌بخش چگونه به وجود آمده‌اند. اما سوال من این است که هر جوری که به وجود آمده‌اند آیا قانونی هستند یا خیر؟

معیار قانونی بودن چیست؟ قانونیت تمام سیستم بر مبنای چه تعریف می‌شود؟ سیستم می‌گوید اگر قاعده‌ای شرایط و ملزومات مندرج در قانون رسمیت‌بخش را داشته باشد، آن قاعده می‌شود قاعده قانونی؛ ولی خودش نمی‌تواند بر خودش تطبیق پیدا کند. به بیان دیگر قرار است قاعده رسمیت‌بخش، قاعده قانونی را تعریف کند؛

پیش از قاعده رسمیت بخش اساساً قانونی متولد نشده است. قانونی بودن یا نبودن هر قاعده با ارجاع به قاعده رسمیت بخش مشخص می شود.

پاسخ درست پرسش مطرح شده این است که قاعده رسمیت بخش، قانونی نیست؛ بلکه فرا قانونی و بیرون قانون است و قانون بر مبنای آن بنا شده است. بنابراین از سه نوع قاعده رتبه دوم، سلسله قواعد مرتبط با تغییر و اصلاح قانون، همچنین سلسله قواعد مربوط به قضاوت و فصل خصومات، قواعد قانونی هستند؛ زیرا با قاعده رسمیت بخش سازگارند. اما قاعده رسمیت بخش موصوف به وصف «قانونی بودن» نمی شود؛ بلکه بیرون از قانون و فراتر از آن است.

منشا این قاعده فرا قانونی چیست؟ ممکن است بگویید این قانون در واقع تجلی رفتارها و هنجارهای جامعه است؛ یعنی اجتماع یک مجموعه تمایلات، رفتارها و هنجارها داشته است که این ها در یک جایی گویا هم پوشانی دارند و به هم می رسند. تجلی بیرونی و خارجی آنها می شود قانون. در شرایط متعارف، قرار است قانون اساسی تفکرات، ارزش ها، هنجارها و الگوهای رفتاری مردم در متن جامعه را بیان کند. اما خود قانون اساسی به یک معنا قانون نیست، بلکه منشا قانون به شمار می رود.

ممکن است شما با این گفته مخالفت کنید و بگویید این سخن ممکن است در مورد مقدمه قانون اساسی درست باشد؛ زیرا مقدمه قانون اساسی آمال و آرزوها و اصول اخلاقی یک نظام سیاسی را بیان می کند، ولی وقتی وارد بیان اصول و مواد می شود، بسیار جزئی تر می شود. مثلاً می گوید نهاد قوه قضاییه از این ارکان تشکیل شده، وظایفش این است، و بسیاری جزئیات دیگر.

بنده در جواب عرض می کنم ببینید اصولاً مجلس موسسان قانون اساسی چگونه تشکیل می شود؟ مثلاً در انقلاب ایران، آیت الله خمینی می گفتند من به پشتوانه مردم مجلس موسسان تشکیل خواهم داد. در واقع حرف ایشان این بود که مجموعه و برآیند جامعه این اقتدار را به من داده است که برای ایجاد نظام جدید، کاری انجام دهم و کاری که من می کنم این است که هیاتی برای تدوین قانون اساسی تشکیل خواهم داد. به بیان دیگر گویی ایشان می گویند یک قاعده رسمیت بخش در بطن جامعه وجود دارد که مردم به من این اختیار را داده اند که هیات تدوین قانون اساسی را تعیین کنم. از اینجا باید شروع کرد؛ زیرا در شرایط انقلاب مشروعیت نظام قبلی کاملاً ویران شده است. حال باید از کجا شروع کرد؟ باید گفت در متن جامعه تقاضای یک الگوی رفتاری شکل گرفته و به من اجازه می دهد تا شورای تدوین قانون اساسی را تعیین کنم. خود آن عمل قانونی نیست؛ زیرا هنوز نظام قانونی جدید

شکل نگرفته است. ایشان نمی‌تواند بگوید من به اعتبار نظام سلطنتی یا مشروطه این کار را می‌کنم. مطابق آن نظام ایشان نقشی ندارد و اقتداری برای منصوب کردن هیات تدوین قانون اساسی ندارد. پس به این اعتبار، آن عمل و شروع تدوین قانون اساسی یک پدیده قانونی نیست. قرار است که بر مبنای قانون اساسی قانون تدوین شود. قرار است قانون اساسی چارچوب‌هایی برای تدوین قوانین جزئی تر تعیین کند. به این اعتبار قاعده رسمیت‌بخش را نمی‌توان قاعده قانونی دانست؛ بلکه قاعده‌ای فرا قانونی است که مثل هر قاعده اجتماعی دیگر برآمده از باورها، رفتارهای درونی و رویکردهای تجویزی جامعه است. قاعده رسمیت‌بخش در واقع در متن جامعه متجسد است و صورت مدون ندارد. گویا بتدریج نوعی هم‌پوشانی در خواسته‌های اجتماعی مردم رخ می‌دهد و نوعی قاعده رسمیت‌بخش را شکل می‌دهد. این قاعده سنگ بنای تشکیل نظام حقوقی است.

بنابراین نظریه هارت را می‌توان به این صورت خلاصه کرد: قانون مجموعه‌ای است متشکل از قواعد مرتبه اول و مرتبه دوم. تمام قواعد از دل یک قاعده اجتماعی و قراردادی بر می‌آید و می‌شود قاعده رسمیت‌بخش. پس نظام حقوقی مجموعه قواعد مرتبه اول و مرتبه دوم را در یک کل واحد که ما به آن نظام قانونی یا حقوقی می‌گوییم سامان می‌بخشد. خود قاعده رسمیت‌بخش البته قاعده قانونی نیست؛ بلکه قاعده‌ای فرا قانونی است که از بطن رفتارها، باورها و رویکردهای اعضا جامعه برآمده است. در واقع تجلی هم‌پوشانی خواسته‌های مردم یک جامعه تلقی می‌شود. همان‌طور که ملاحظه کردید اینجا ما به هیچ مفهوم اخلاقی متوسل نشدیم. شکل‌گیری قانون، تولد مفهوم قانون به هیچ وجه مبتنی بر هیچ مفهوم اخلاقی نبوده است. به این معنا و اعتبار است که شما می‌توانید رویکرد هارت را نوعی پوزیتیویسم حقوقی بدانید؛ زیرا هیچ انکابی بر اخلاق ندارد.

رابطه اخلاق و قانون در نظریه هارت چگونه است؟ هارت به دو نوع رابطه میان اخلاق و قانون معتقد است. او اساساً به استقلال قانون از اخلاق معتقد است، اما این به آن معنا نیست که از نظر وی بین قانون و اخلاق هیچ رابطه‌ای وجود ندارد. او دو نوع رابطه میان قانون و اخلاق را در نظر می‌گیرد. یک روابط عَرَضی، یعنی روابط ممکن اما غیر ضروری؛ و دیگری رابطه ذاتی یا ضروری. همین‌طور که ملاحظه می‌کنید موضع هارت از جهاتی با موضع آستین تفاوت دارد.

روابط عَرَضی میان اخلاق و قانون با اصل محوری پوزیتیویسم حقوقی تعارض ندارد. اما هارت با طرح روابط ذاتی و ضروری میان اخلاق و قانون گویی در حال فاصله گرفتن از آموزه کانونی پوزیتیویسم حقوقی است؛ برای اینکه همان‌طور که

توضیح خواهم داد معتقد است به یک معنای بسیار حداقلی، قانون متکی به اخلاق است. هارت معتقد است این موضوع تعارض و تضادی با پوزیتیویسم حقوقی ندارد؛ زیرا این اتکای حداقلی قانون به اخلاق چندان ریشه‌ای و مهم نیست که به اخلاق نقش تعیین کننده‌ای اعطا کند.

حال قدری بیشتر درباره دو نوع رابطه قانون و اخلاق از نظر هارت صحبت می‌کنیم.

درباره روابط عرضی هارت معتقد است دست کم دو نوع رابطه ممکن ولی غیر ضروری میان اخلاق و قانون وجود دارد. وی اصولاً دو نوع پوزیتیویسم حقوقی را مطرح می‌کند. یکی پوزیتیویسم شامل یا جامع^۱ که نوعی پوزیتیویسم رقیب است و دیگری پوزیتیویسم مانع یا سخت^۲. تفاوت این‌ها در چیست؟ اشخاصی مثل آستین که می‌گویند ملاحظات اخلاقی اصلاً و اساساً نمی‌تواند در مفهوم قانون وارد شود به پوزیتیویسم مانع یا سخت نظر دارند. آنها از بیخ و بن مانع ورود مفاهیم اخلاقی به مفهوم قانون می‌شوند. هارت با این موضع مخالف است. وی نظر خود را پوزیتیویسم شامل یا جامع می‌نامد. یعنی در پاره‌ای مواقع ممکن است که خود قاعده رسمیت‌بخش به عنوان بخشی از تعریف قانون، شرایط اخلاقی را منظور کند. یعنی قاعده رسمیت‌بخش می‌تواند به مفاهیم و قواعد اخلاقی نظر داشته باشد. مثلاً بگوید قانون همان چیزی است که شاه مقرر می‌کند، مگر اینکه تصمیم و اراده او ناقض حقوق اولیه رعایا باشد. بنابراین رعایت حقوق اولیه رعایا یا ملاحظات اخلاقی، بخشی از خود قاعده رسمیت‌بخش شده است. به بیان دیگر قاعده رسمیت‌بخش می‌گوید قانون، قانون نیست مگر اینکه عادلانه باشد. توجه داشته باشید این ابتدای قاعده رسمیت‌بخش به اخلاق، امری ممکن است، نه ضروری. هارت می‌گوید البته می‌توان جوامعی را فرض کرد که در آن قانون رسمیت‌بخش مبتنی بر آن امر اخلاقی نباشد و بگوید هر چه شاه بگوید، صرف نظر از اینکه عادلانه باشد یا ناعادلانه، قانون است. این قاعده رسمیت‌بخش غیر متکی بر اخلاق نیز می‌تواند یک نظام حقوقی کاملاً معتبر به دست دهد. هارت این را Soft legal positivism نامیده است. پس یک راه ورود اخلاق به حوزه مفهوم قانون این است که شما معتقد باشید که قاعده رسمیت‌بخش، مفهوم اخلاقی را در مفهوم قانون منظور کرده است. این موضع خود هارت است. وی می‌گوید اخلاق و قانون می‌توانند به این صورت با هم رابطه عرضی داشته باشند.

1. Soft positivism

2. Hard positivism

نوع دوم رابطه عرضی چیزی است که هارت به آن می‌گوید محتوای حداقلی قانون طبیعی. یعنی اینکه اگر بنا باشد یک نظام حقوقی دوام و استقرار داشته باشد، باید حداقل مصلحت گروهی از انسان‌ها را تضمین کند. اگر نظام حقوقی مصلحت هیچ بخشی از جامعه را تامین نکند نخواهد توانست پایدار بماند. بنابراین اگر می‌خواهید یک نظام حقوقی استوار و با دوام داشته باشید باید آن را طوری تدوین کنید که حداقل منافع و مصالح گروه یا گروه‌هایی از مردم جامعه را تامین کند؛ در غیر این صورت سیستم حقوقی شما ناپایدار خواهد شد. البته رعایت این شرط ضروری نیست، اما برای بقای نظام حقوقی لازم است. بنابراین رعایت منافع دست‌کم بخشی از جامعه که یک اقتضای اخلاقی است، درواقع در مفهوم قانون مندرج شده است. البته رعایت این اقتضای اخلاقی ذاتی و ضروری نیست؛ یعنی می‌توان فرض کرد نظام حقوقی معتبری وجود داشته باشد که مطلقاً پروای منافع و مصالح هیچ فرد یا گروهی در جامعه را ندارد. این نظام حقوقی کاملاً معتبر است، ولی عملاً دوام نخواهد داشت و به سرعت مضمحل خواهد شد. این‌ها دو نوع رابطه عرضی میان اخلاق و قانون در نظریه هارت است.

نکته دیگر برمی‌گردد به نوعی خاص از رابطه ضروری یا ذاتی میان اخلاق و قانون که البته از نظر هارت مهم است و آن تعهد قانون به چیزی است که به آن «عدالت صوری» یا «عدالت اجرایی» گفته می‌شود. هارت معتقد است که ارتباط میان قانون و عدالت صوری یک رابطه ضروری و ذاتی است.

عدالت صوری به معنای آن است که در موارد مشابه باید به نحو مشابه رفتار کرد. توجه کنید که از بطن عدالت صوری این نکته استخراج نمی‌شود که باید با همه انسان‌ها به نحو یکسان برخورد بشود؛ اما از آن بر می‌آید که اگر مواردی مشابه بودند، باید با آنها به نحو مشابه برخورد شود. ممکن است کسی بگوید زن و مرد مشابه هم نیستند، آزاد و برده مشابه هم نیستند، بنابراین لازم نیست که با این‌ها به نحو مشابه برخورد کرد و حقوق یکسان برایشان قائل شد. این یک اختلاف مصداقی و بحث موردی است، اما اگر معلوم شد که «الف» و «ب» با هم مشابهند، باید آنها به نحو یکسان برخورد شود. هارت می‌گوید حتماً باید این حداقل در قانون رعایت شود. اگر قانون به این حداقل ضروری متعهد نباشد، اصلاً قانون نیست. قانونیت قانون منوط به رعایت این اصل است. چرا هارت چنین می‌اندیشد؟

ممکن است شما بگویید زیرا رسالت قانون برقراری عدالت است، اصولاً نظام حقوقی غیر عادلانه قابل استمرار نیست. بنده در نقد پاسخ شما می‌گویم توجه داشته باشید میان دو بحث خلط نکنید. اگر از هارت بپرسید نظام حقوقی غیر عادلانه،

مثلاً نظامی که متضمن عدالت صوری نیست ممکن است بقا داشته باشد؟ او پاسخ می‌دهد خیر؛ اما در عین حال این نظام حقوقی معتبر است و تازمانی که وجود دارد، قانونی است. یادآوری می‌کنم در نظریه هارت عادلانه بودن شرط قانونی قاعده یا نظام حقوقی بودن نیست. شرط قانونی قاعده و نظام حقوقی واجد بودن شرایط و لوازمی است که قاعده رسمیت‌بخش لازم می‌شمرد. اگر قاعده رسمیت‌بخش بگوید عادلانه بودن شرط قانونی بودن است، آن وقت حق با شما است. ولی شما می‌توانید یک نظام حقوقی فرض کنید که قاعده رسمیت‌بخش آن چنین قید و شرطی ندارد.

پاسخ دیگر به این سوال که چرا هارت عدالت صوری را لازم می‌داند، می‌تواند این باشد که یکی از کارکردهای قانون «نظم بخشی» است. اگر قانون و نظام حقوقی عدالت صوری را نپذیرد، به بی‌نظمی اجتماعی منجر می‌شود. پس برای اینکه قانون و نظام حقوقی به نتیجه مطلوب یعنی نظم بخشی نائل شوند باید عدالت صوری را بپذیرند.

این جواب نیز قابل نقد است. جوامعی بوده‌اند و چه بسا باشند که از عدالت صوری در آنها خبری نیست، اما نظم اجتماعی هم داشته و دارند. مگر قرن‌ها حقوق زنان و مردان نابرابر نبوده است؟ مگر الان نظام حقوقی و قانون برخی کشورها با زنان و مردان برخورد متفاوت نمی‌کند؟ مگر برای قرن‌ها برخورد قانون با بردگان و سایر افراد متفاوت نبوده است؟ در همه این موارد عدالت صوری محقق نبوده، اما جامعه دچار بی‌نظمی هم نبوده است. پس ضروری بودن عدالت صوری، برای نیل به نظم اجتماعی نیست. به بیان دیگر نظم اجتماعی منوط به عدالت صوری و برخورد مشابه در موارد مشابه نیست. آری، قانون و نظام حقوقی فاقد عدالت صوری قابل دوام نیست. بالاخره مردم این نظم حقوقی را ویران خواهند کرد. اگر نظام حقوقی به پایداری و بقا می‌اندیشد، باید عدالت صوری را به رسمیت بشناسد. اما موضوع آن است که هارت اینجا می‌گوید اگر قانون، عدالت صوری را نپذیرد، اساساً آن قانون، قانون نخواهد بود. به بیان دیگر قانونیت قانون منوط به عدالت صوری است، نه اینکه بشود قانونی مغایر عدالت صوری را قانون معتبر شمرد، بعد گفت پایداری این قانون منوط به پذیرش عدالت صوری است. توجه داشته باشید که عدالت صوری غیر از عدالت است. ممکن است در یک جامعه کاملاً تبعیض‌آمیز، عدالت صوری رعایت شود.

دوستی می‌گوید در این فرضی که بنده مطرح کردم آنچه وجود دارد عدالت قضایی است نه عدالت قانونی. یعنی وقتی افراد متفاوت در برابر مقام قضایی قرار

گرفتند، او با همه یکسان برخورد می‌کند. حقوق شما را قانون مشخص می‌کند، ولی قاضی‌ای که می‌خواهد آن قانون را اجرا کند، با همه برخورد مشابه می‌کند. حال قانون در مورد افراد متفاوت، مثلاً زنان و مردان احکام متفاوت دارد، مساله دیگری است.

بنده عرض می‌کنم فرمایش شما قبول، ولی حرف هارت این است که اگر قانون عدالت صوری را رعایت نکند، اصلاً قانون نیست. سوال من این است چرا هارت چنین می‌گوید و قانونیت قانون را به رعایت عدالت صوری منوط می‌کند؟ پاسخ آن است که رعایت عدالت صوری اصلاً شرط تحقق قاعده است. قاعده باید به شما بگوید اگر شما این کارها را انجام دهید، این نتایج حاصل می‌شود. قاعده می‌خواهد به شما قدرت پیش‌بینی دهد. می‌گوید اگر رفتار «الف» از شما سر بزند، نتیجه‌اش «ب» است. تحقق این پیش‌بینی‌پذیری در گرو رعایت عدالت صوری است. اگر نظام حقوقی عدالت صوری را رعایت نکند معنایش آن است که ممکن است از کسی رفتار «الف» سر زند، اما نتیجه آن نه «ب»، بلکه «ج» باشد. این پیش‌بینی‌ناپذیری با فقدان قاعده تفاوتی ندارد. پس اگر مبنای قانون، قاعده باشد، که در نظریه هارت همین‌طور است، شرط تحقق قاعده و قانون، تحقق عدالت صوری است. یعنی قاعده وقتی متولد می‌شود که نظام حقوقی در موارد مشابه، برخورد مشابه داشته باشد؛ در غیر این صورت اساساً وجود و عدم قاعده یکسان خواهد بود.

بر این مبنا هارت معتقد است که رعایت عدالت صوری شرط تولد قاعده است. از سوی دیگر چون قاعده مبنای قانون است، رابطه قانون با عدالت صوری رابطه‌ای ذاتی و ضروری خواهد بود. البته همان‌طور که اشاره شد عدالت صوری با مفهوم عدالت متفاوت است. یعنی می‌توان جامعه‌ای عمیقاً تبعیض‌آمیز داشت که در عین حال عدالت صوری را رعایت می‌کند. بنابراین هارت معتقد است که این حد از رابطه ذاتی و ضروری میان قانون و اخلاق وجود دارد. اما این بیان و تحلیل با نظریه حقوق طبیعی که عادلانه بودن را شرط اعتبار قانونی می‌داند، بسیار متفاوت است. خوب این پایان بحث ما درباره نظریه هارت است. ما باید درباره نقد نظریه هارت هم گفتگو کنیم. در گفتار بعدی نقد این نظریه مطرح می‌کنیم و خواهیم دید چگونه از رهگذر نقد آرای هارت، نظریه‌های بعدی قانون‌شناسی در فلسفه جدید حقوق به وجود آمده است.

مقدمتاً عرض می‌کنم دو نقد مهم بر نظریه هارت مطرح شده است: یک نقد معتقد است که فرآیندهای قضایی آن چنان که درعالم واقع وجود

دارد، تابع قانون نیست. واقعیتِ عملِ حقوقی نشان می‌دهد که نظر و تشخیص قاضی نقش مهمتری دارد. آنچه که در دادگاه‌ها عملاً اتفاق می‌افتد، پیروی از این مجموعه قوانین نیست؛ بلکه این تشخیص، شخصیت و روانشناسی قاضی است که نهایتاً امر قانونی و حقوقی را متعین می‌کند. این به اصطلاح «واقع‌گرایی حقوقی» موضوعی است که بسیاری از قضات، وکلا و حقوق‌دانان به آن توجه عمیق دارند. انتقاد دیگر به نظریه هارت برمی‌گردد به پرونده‌های دشوار حقوقی^۱. یعنی مواردی که در متن قانون پیش‌بینی مشخصی برای یک فعل یا ترک فعل نشده است. گاه قاضی با موضوعی مواجه است که قانون مشخص و روشنی در مورد آن وجود ندارد. نظریه هارت در این موارد اشکال برانگیز است و حل آن مشکل ما را به سمت نوع متفاوتی از نظریه قانون می‌برد که رونالد دورکیم از آن سخن گفته است.

قبل از اینکه این دو نقد، یعنی واقع‌گرایی حقوقی و نظریه رونالد دورکیم بر نظریه هارت را توضیح دهم، در نوبت آینده درباره قرائت‌های مدرن و متاخر نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی صحبت خواهم کرد که ببینیم این مکتب چه تحولاتی پذیرفته و چگونه مایل است در برابر انتقاداتی که پوزیتیویسم حقوقی علیه آن مطرح کرده، خود را بازسازی و اصلاح کند. بنابراین من بحث در مورد پوزیتیویسم حقوقی را در اینجا متوقف می‌کنم و در نوبت آینده بازسازی و باز تقریر نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی، در واکنش به انتقادات مکاتب و نظریه‌های مختلف پوزیتیویسم حقوقی را بررسی می‌کنیم، سپس در جلسات بعد بر مبنای انتقاداتی که واقع‌گرایان حقوقی و رونالد دورکیم به نظریه هارت کردند، توضیح می‌دهیم که چگونه این دو انتقاد به دو تلقی متفاوت از قانون انجامیده است.

گفتار پنجم:

نظریه قانون طبیعی

(روایت‌های متاخر)

در نوبت‌های گذشته درباره این پرسش مهم صحبت کردیم که مقصود از قانون چیست؟ تئوری‌های مختلفی را که در تحلیل ماهیت قانون و بویژه رابطه میان اعتبار قانونی و اعتبار اخلاقی مطرح شده بود، به اختصار بحث کردیم. از میان آرای مختلف، بر دو نظریه که در تقابل با یکدیگر تعریف شده‌اند، تمرکز داشتیم: یکی نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی که ما در اینجا نظریه آکویناس را به عنوان یک نمونه بارز از قرائت کلاسیک این نظریه بررسی کردیم و دیگری نظریه پوزیتیویسم حقوقی که در تقابل با نظریه نخست بود. البته این نظریه نیز طرفداران متعددی دارد که به صورت‌های مختلف آن را تقریر کرده‌اند و ما بر تبیین آستین و هارت به عنوان دو فلیسوف مهم حقوق تمرکز کردیم. همان‌طور که بیان شد گفتمان پوزیتیویسم قانونی و مکاتب تحقیقی حقوق تا حد زیادی به عنوان واکنش و نقد نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی شکل گرفته‌اند. به همین دلیل بود که ما بحث را با توضیح درباره نظریه حقوق طبیعی آغاز کردیم.

گفتیم مهم‌ترین اصل و ایده محوری در نظریه حقوق طبیعی این است که رابطه مفهومی ضروری میان قانون یا اعتبار قانونی و اخلاق یا اعتبار اخلاقی وجود دارد. به تعبیری که از آگوستین نقل کردیم اگر گزاره و قاعده‌ای ناعادلانه باشد، اساساً

نمی‌توان آن قانون دانست. مفهوم «قانون»، متضمن مفهوم «عدالت» است، بنابراین در صورت حذف عنصر عدالت از قانون، قانونیت آن از میان رفته است.

در مقابل این نظریه، پیروان مکاتب تحقیقی حقوق معتقدند حتی اگر میان قانون و اخلاق رابطه‌ای وجود داشته باشد، آن رابطه ضروری و مفهومی نیست. تفاوت این دو دیدگاه بیشتر به رویکرد اساسی این دو نظریه به امر «قانون» بر می‌گردد. غالب نظریه‌پردازان مکتب حقوق طبیعی، خصوصاً نظریه‌پردازان کلاسیک در این مکتب نظری آرمانی به قانون دارند، یعنی به قانون آنچنان که «باید باشد» نظر دارند، نه آنچنان که «هست». به همین دلیل است که آنان نظریه‌پردازی درباره قانون را عمده‌تاز می‌دانند. برای مثال در تقریر آکویناس دیدیم که یک بُعد متافیزیکی ورای نظریه قانون او وجود دارد. او بیانش را از امر الهی و از قانون جاودانه‌ای که بیانگر طرح و تجلی طراحی حکمت‌آمیز خداوند در این عالم است، آغاز می‌کند. سپس به این نتیجه می‌رسد که قوانین موضوعه باید ترجمان آن قانون جاودانه در زندگی متعارف اجتماعی و روزانه ما باشند، نه در تعارض و ناهماهنگی با آن. پس در نظریه حقوق طبیعی به قانون در شکل آرمانی یعنی آنچنان که باید باشد نظر می‌شود؛ نظر و نظریه‌پردازی از بالا به پایین صورت می‌گیرد. از سوی دیگر مکاتب تحقیقی حقوق معتقدند ما باید به قانون آنچنان که در واقع هست و وجود دارد، نظر کنیم. نظریه قانون، باید پدیده قانون را آنچنان که در واقع وجود دارد، توصیف و تحلیل کند. آنان می‌گویند ما به قانون واقعی نظر داریم، نه به یک مفهوم آرمانی از قانون؛ لذا در نظریه‌پردازی و تحلیل ما باید ویژگی‌ها و عناصر سازنده قانون آنچنان که به واقع هست و نقش ایفا می‌کند، در کانون توجه باشد. به همین دلیل است که مکاتب تحقیقی حقوق نظریه‌پردازی را از پایین به بالا شروع می‌کنند، یعنی از تحلیل نظام‌های حقوقی واقعی.

با توجه به این زمینه است که مهم‌ترین انتقاد پوزیتیویست‌های حقوقی بر نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی معنادار می‌شود. وقتی شما به مصادیق واقعی قانون در عالم خارج نظر کنید، مشاهده خواهید کرد که در بسیاری از مواقع آنچه قانون محسوب می‌شود، یعنی مقرراتی که در نظام حقوقی جامعه دارای اعتبار قانونی تلقی می‌شود، ممکن است عادلانه نباشد. اگر شما آن مقررات و قواعد را مورد ارزیابی اخلاقی قرار دهید، شاید مقبول و پذیرفتنی نباشند، ولی الان عملاً در جامعه معتبر و مورد پیروی هستند. بنابراین اگر شما قانون را، آنچنان که در واقع هست، مبنای نظریه‌پردازی قرار دهید با این پدیده آشکار و بدیهی مواجه خواهید شد که در بسیاری از نظام‌های حقوقی قوانینی وجود دارد که لزوماً اخلاقی، عادلانه و منصفانه

نیستند. به همین دلیل ادعای مکاتب تحقیقی حقوق این است که اگر از این مبدا آغاز کنید، خواهید دید برخلاف ادعای مکتب حقوق طبیعی، رابطه ضروری و مفهومی میان اخلاق و قانون وجود ندارد.

این مهم‌ترین نقدی است که پوزیتیویست‌های حقوقی بر نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی وارد کرده‌اند. پس از اینکه آنان نقد سلبی خود را بر نظریه حقوق طبیعی مطرح کردند، نوبت به بیان نظریه ایجابی آنان رسید. بسیار خوب، پذیرفیم قانون آن چیزی نیست که مکتب حقوق طبیعی می‌گوید؛ شما بگویید قانون چیست؟ اگر به گفته شما به قانون آنچنان که در واقع است نظر شود، چه تحلیلی می‌توان از ماهیت و چیستی قانون عرضه کرد؟ در این بخش بود که درباره نظریه آستین، همچنین نظریه هارت سخن گفتیم. آستین معتقد است که ماهیت قانون عبارت است از حکم و فرمان حاکم فرمانروا که به پشتوانه یک مجازات، الزام‌آور می‌شود. پس رابطه مفهومی و عمیق میان قانون و زور وجود دارد که در پدیده مجازات متجلی می‌شود. از سوی دیگر هارت قانون را باید بر مبنای قاعده^۱ تعریف می‌کند و معتقد است بیش از اینکه بر زور، به عنوان پشتوانه قانون تمرکز کنیم، باید بر قواعد اتکا کنیم و دلیل پیروی مردم ساکن در قلمرو حاکمیت قانون از قواعد حقوقی را کشف کنیم.

اینها نکاتی بود که کمابیش طرح و بررسی شد. بحث ما در نقد پوزیتیویسم حقوقی متوقف ماند. در گفتارهای بعد ما البته تحلیل انتقادی از نظریه پوزیتیویسم حقوقی بویژه نظریه هارت خواهیم داشت. تاکید ویژه بر هارت به این خاطر است که او شخصیتی محوری در فلسفه حقوق به طور کلی، و پوزیتیویسم حقوقی به طور خاص بوده است و تمام ادبیات فلسفه حقوق پس از هارت در گفتگو با فلسفه و نظریه او شکل گرفته است. ولی ما فعلاً نقد نظریه هارت را متوقف می‌کنیم. اینک می‌خواهیم به گفتگوی میان مکتب تحقیقی حقوق و مکتب حقوق طبیعی در مورد «قانون» برگردیم.

پس از نقدهایی که پوزیتیویست‌های حقوقی بر نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی وارد کردند، طرفداران این مکتب به این جمع‌بندی رسیدند که باید در موضع خود راجع به قانون تجدید نظر کنند. یکی از تحولاتی که در این راستا واقع شد این بود که برخی از این نظریه‌پردازان، آن متافیزیک بسیار غلیظ در تقریر کلاسیک و سنتی نظریه حقوق طبیعی را فرو نهادند. یعنی گفتند برای اینکه شما به رابطه

ضروری میان قانون و اخلاق قائل باشید لزومی ندارد که فرض کنید خداوندی در این عالم هست و او طرح حکمت آمیزی در این عالم در افکنده است؛ اصولاً لزومی ندارد که معتقد باشید امر اخلاقی تابعی از قوانین طبیعت است. ممکن است کسی در حوزه اخلاق نظریات دیگری داشته باشد، اما در عین حال به مکتب حقوق طبیعی معتقد باشد. آنچه از نظر این موج جدید نظریه پردازان مکتب حقوق طبیعی، قلب نظریه قانون در این مکتب تلقی می شود نه آن متافیزیک و نه آن تلقی خاص درباره امر اخلاقی است، بلکه موضوع مهم و کانونی، صرفاً پذیرفتن وجود رابطه ای ضروری میان اخلاق و قانون است. حال شما می توانید هر تفسیری که از اخلاق دارید، داشته باشید.

این سخن نظریه پردازان جدید مکتب حقوق طبیعی در واقع واکنش و دفاعیه ای است در برابر موج انتقادهای کوبنده ای که از جانب پوزیتیویست های حقوقی علیه قرائت کلاسیک از مکتب حقوق طبیعی مطرح شده است. در واقع این نخستین تجدید نظر مدافعان مکتب حقوق طبیعی است که با فروتنی، نظریه خود را زمینی تر کردند و پاره ای ادعاهای کلان متافیزیکی و فرا اخلاق را فرو نهادند.

اما درباره خود آن مفهوم محوری، که همچنان مدعای اصلی مکتب حقوق طبیعی است چه می توان گفت؟ نکته ای که مایلم امروز درباره اش گفتگو کنیم تجدید نظری است که نظریه پردازان مکتب حقوق طبیعی درباره این آموزه محوری انجام داده اند. گفتیم نظریه پردازان جدید مکتب حقوق طبیعی آن متافیزیک سنتی فربه را فرو نهادند، یا دست کم بسیاری از آنان گفتند که همداستانی با ما متضمن پذیرش آن متافیزیک ستر نیست. علاوه بر آن گفتند خود این آموزه اصلی این نظریه نیز به شکلی که پیشتر بیان شده، برای مثال در قرائت آگوستینی که می گفت قانون ناعادلانه اساساً قانون نیست، هم قابل دفاع نیست. آشکار است این سخن و تجدید نظر متأثر از بیانات و ایرادات پوزیتیویست های حقوقی است.

حال پرسش اصلی این است که پس از این تجدید نظرها، نظریه پردازان مکتب حقوق طبیعی، آموزه محوری این مکتب یعنی وجود رابطه مفهومی و ضروری میان اخلاق / اعتبار اخلاقی و قانون / اعتبار قانونی را چگونه تقریر می کنند. یک قرائت که در ادبیات کلاسیک فراوان یافت می شود و می توان آن را قرائت حداکثری نامید همان است که ما پیشتر آن را مطرح کردیم. مثلاً آگوستین می گفت قانون ناعادلانه اساساً قانون نیست؛ ادعای قرائت حداکثری این است که اعتبار اخلاقی شرط لازم و ضروری اعتبار قانونی است. به بیان دیگر قانون فاقد شروط اخلاقی قانون نیست، مسامحتاً آن را قانون می نامیم. این تقریری بسیار رادیکال است. برای

تعدیل این موضع رادیکالی، موج جدید نظریه‌پردازان این مکتب تلاش دارند قرائت محدودتری از این آموزه محوری عرضه کنند که می‌توان آن را قرائت حداقلی نامید. به این بیان که نظریه‌پردازان جدید مکتب حقوق طبیعی گفتند این ادعای مطرح شده در قرائت کلاسیک با مشاهدات ما در عالم واقع ناسازگار است. در جوامع مختلف با نظام‌های حقوقی متفاوت قوانینی وجود دارند که اخلاقی و عادلانه نیستند، در عین حال اعتبار قانونی کامل دارند. در جامعه به عنوان قانون معتبر شمرده می‌شوند، منشا تاثیر هستند، محاکم قضایی بر مبنای آنها تصمیم می‌گیرند و این تصمیمات در زندگی شهروندان تاثیر می‌گذارد. این مقررات به رغم غیر اخلاقی و ناعادلانه بودن، پس از طی مراحل که در خود نظام حقوقی برای تصویب قانون در نظر گرفته شده است و بعد از واجد بودن معیارهای صوری تصویب قانون، از اعتبار قانونی برخوردار هستند. ممکن است در مقام ارزیابی این قوانین ادعا کنیم که این‌ها قوانین خوبی نیستند، اما متصف شدن قانونی به وصف ناعادلانه بودن، غیر از اسقاط اعتبار قانونی آن است. ما می‌خواهیم توضیح دهیم اساسا تحت چه شرایطی قانون به وجود می‌آید، البته وقتی قانونی به وجود آمد، می‌توان و بلکه باید با انواع معیارهای ارزیابی کننده‌ای که در اختیار داریم از جمله معیارهای اخلاقی، آن قانون ارزیابی کنیم.

سرانجام بسیاری از نظریه‌پردازان مکتب حقوق طبیعی این ایراد پوزیتیویست‌های حقوقی را پذیرفتند. پذیرش این ایراد نشان می‌دهد که تحول مهمی در رویکرد آنان نسبت به مفهوم قانون رخ داده است. این تحول آن است که نظریه‌پردازان مکتب حقوق طبیعی نیز همانند مثل پوزیتیویست‌های حقوقی، تحلیل خود درباره مفهوم قانون را نه از مبادی عالی و متافیزیکی، بلکه از خود قانون شروع می‌کنند. یعنی می‌گویند بسیار خوب، در این قسمت از موضوع حق با پوزیتیویست‌های حقوقی است. در مقام تحلیل مفهوم قانون باید به قانون واقعی نظر کرد. وقتی به قانون واقعی نظر کنیم می‌بینیم که تحقق قانون موضوعی غیر از ارزیابی قانون است. ممکن است قانونی تحقق پیدا کند، اما بعدا در مقام ارزیابی و سنجش، آن قانون را به غیر اخلاقی بودن متصف کنیم.

همین موضوع که پیروان مکتب حقوق طبیعی این قرائت حداکثری را مورد پرسش و تردید قرار می‌دهند گواه آن است که اندیشه حقوقی آنان دچار تغییری مهم شده، زمینی‌تر شده است و آنان به امر انضمامی، یعنی به قانون آنچنان که در واقع هست، التفات بیشتری کرده‌اند. قرائت جایگزینی که برای آموزه محوری مکتب حقوق طبیعی عرضه شده همان قرائت حداقلی است. سخن نظریه‌پردازان

کلاسیک این مکتب آن بود که قانونِ ناهماهنگ با ارزش‌های اخلاقی، خصوصاً اصل عدالت و انصاف، دچار چنان نقص و انحراف مهمی است که گویی نقش اصلی خود را از دست داده و اساساً دیگر فاقد اعتبار قانون است. این قانون مانند چاقویی است که تمام مشخصات و ویژگی‌های ظاهری چاقو را دارد، اما آنچنان کند است که هیچ چیز را نمی‌برد. در این فرض شما می‌گویید این چاقو نمی‌تواند نقش و کارکرد اصلی خود را که ایفا کند، لذا گویی این وسیله اصلاً چاقو نیست. این مطلب در پدیده‌های هنجاری^۱ هم می‌تواند رخ دهد. این مفاهیم هم می‌توانند دچار این نقص‌ها شوند. مثلاً خانم و آقای را در نظر بگیرید که به طور رسمی ازدواج می‌کنند، عقدشان را برابر مقررات قانونی ثبت می‌کنند. آنان به لحاظ قانونی زن و شوهر هستند. فرض کنید این شوهر هیچ یک از وظایف خود به عنوان همسر را انجام نمی‌دهد. هیچ احساس تعهدی به همسرش ندارد، هیچ حمایت عاطفی و مالی از همسرش ندارد. بدتر از آن اینکه همیشه دنبال زندگی و کار خودش است، گاه ماه‌ها محل زندگی مشترک را ترک می‌کند. این مرد از لحاظ قانونی شوهر این خانم است، اما به معنای دقیق‌تر شما می‌گویید این چه شوهری است؟ اساساً می‌توانیم بگوییم که او یک شوهر واقعی نیست.

ممکن است کسی بگوید بعضی از ویژگی‌های هر موضوع و پدیده ذاتی آن هستند و شماری از ویژگی‌ها عَرَضی هستند. اگر یکی از ویژگی‌های ذاتی آن موضوع یا پدیده منتفی شود، بقای آن موضوع نیز منتفی می‌شود. حال اگر به هر دلیلی پذیرفتیم که قواعد اخلاقی شرط لازم و ضروری برای تحقق قانون هستند، نتیجه منطقی غیر اخلاقی بودن قانون، منتفی بودن قانون است.

بنده در پاسخ می‌گویم مفهوم «ضروری» را می‌توان به دو گونه فهم کرد: یکی به مفهوم و معنای «ذاتی»، در این صورت همان‌طور که گفته شد اگر یکی از خصوصیات ذاتی یک مفهوم یا پدیده‌ای از آن سلب شود، خود آن مفهوم یا پدیده نیز از میان می‌رود. ولی معنای دیگر ضروری می‌تواند «بسیار مهم» باشد. در این صورت به رغم اینکه مفهوم یا پدیده‌ای یکی از ویژگی‌های ضروری، یعنی بسیار مهم و محوری خود را از دست دهد، همچنان باقی خواهد ماند. به تفاوت دو معنا و کاربرد اصطلاح «ضروری» در قالب این دو مثال توجه کنید:

یکی از صفات ذاتی هر شخص این است که وقتی که پدر و مادر وی با هم آمیزش می‌کردند یک تخمک از جانب مادرش، مثلاً تخمک شماره ده و یک

اسپریم از طرف پدرش، مثلاً اسپریم شماره صد و یک با هم در آمیختند و نتیجه آن اختلاط، بعد طی مراحل، این شخص شده است. حال اگر این تخمک یا آن اسپریم عوض می‌شد، باز هم والدین این شخص صاحب فرزند می‌شدند، ولی آن فرزند دیگر این شخص خاص مورد نظر ما نبود؛ کس دیگری با ویژگی‌های دیگری می‌شد. پس این ویژگی که این حاصل امتزاج این تخمک و اسپریم است، یکی از ویژگی‌های ضروری او است. یعنی به محض اینکه این صفت سلب شود، دیگر او باقی نمی‌ماند. اینجا «ضروری» به معنای «ذاتی» است.

اما فرض کنید که همین شخص دچار سانحه‌ای شود و قدرت تکلم خود را از دست بدهد، یا کسی دچار آلزایمر پیشرفته شود و حافظه خود را از دست دهد، در این دو فرض به یک معنا گویی آن شخص که قدرت تکلم یا حافظه خود را از دست داده، دیگر همان فرد پیش از آن حادثه یا بیماری آلزایمر نیست. چون قدرت تکلم و حافظه از توانایی‌های ضروری برای آدمی هستند، با تمام این اوضاع و احوال، ما باز هم می‌گوییم این شخص سانحه دیده یا بیمار، همان فرد قبل از سانحه و بیماری است. مثلاً اسناد هویتی او همچنان معتبر است. اینجا ضروری به معنای بسیار مهم و محوری است، بنابراین گرچه با منتفی شدن این قدرت تکلم و حافظه، هویت آن شخص همچنان باقی است.

این مثال‌ها در مورد قانون مغایر با قواعد اخلاقی قابل تطبیق است. پیروان مکتب حقوق طبیعی رابطه حقوق و اخلاق را از قبیل مثال اول می‌دانند. می‌گویند وقتی در تدوین قانون تمام معیارهای صوری رعایت شده باشد، مثلاً در پارلمان با اکثریت آرا تصویب شده، رئیس‌جمهور یا پادشاه هم با رعایت موازین قانون اساسی آن را توشیح و تنفیذ کرده، به محاکم قضایی هم ابلاغ شده، در عین حال برخی از ویژگی‌های مهم تجویزی قانونیت را نداشته باشد، این مصوبه در حقیقت منزلت قاعده قانونی را ندارد. مثلاً فرض شده که یکی از نقش‌های مهم قانون اجرای عدالت و ترویج انصاف در جامعه است. حال که این مصوبه فاقد این کارکرد اساسی قانون است، معلوم می‌شود به رغم صورت و ظاهرش، اساساً قانون نیست. به هر حال این اصل مدعا است.

سوال یکی از دوستان این است که مشاهده می‌شود که در حکومت‌های غیر دموکراتیک گاه قوانینی با طی همه مراحل و فرآیندهای حقوقی تصویب می‌شوند، ولی به دلیل فساد ساختاری در حکومت آن قوانین عملاً هیچ اثر مثبتی برای مردم ندارند. ولی در حکومت‌های دموکراتیک و حتی نیمه دموکراتیک گاه قوانین غیر عادلانه تصویب می‌شود، ولی باز از راه‌های قانونی می‌شود همان قوانین ناعادلانه را

اصلاح کرد. به دیگر سخن جامعه برای نیل به عدالت و رعایت قواعد اخلاقی، از مسیر قانون خارج نمی‌شود و مردم نمی‌گویند این قانون اعتبار ندارد؛ بلکه می‌گویند باید این قانون غیر عادلانه را اصلاح بکنیم و مثلاً برای پافشاری بر لزوم اصلاح آن قانون می‌گویند باید به اصول قانون اساسی برگردیم.

پاسخ بنده به این سخن آن است که مراقب باشید میان دو موضوع خلط و اشتباه نشود. یک بحث این است که فرآیندها و ترتیبات تغییر و اصلاح قانون ناکارآمد و مثلاً خلاف قواعد اخلاقی چه باشد. معمولاً در نظام‌های حقوقی مترقی، در خود قانون و مقررات شیوه‌ها و پروسه اصلاح قوانین عادی و حتی قانون اساسی پیش‌بینی شده است. پس می‌توان مطابق شیوه‌ها و ترتیبات درون نظام حقوقی، قانون و نظام حقوقی را اصلاح کرد. گاهی اوقات فشارهایی از بیرون نظام حقوقی، مثلاً افکار عمومی جامعه و حرکتهای مدنی و اعتراضی تغییر و اصلاح را به نظام حقوقی تحمیل می‌کند، البته گاه، مثلاً وقتی در کشوری انقلاب رخ می‌دهد، تقاضای افکار عمومی نه اصلاح، که سقوط نظام حقوقی و برپایی نظامی دیگر به جای آن است. این از موضوع به رغم اهمیتش، البته از بحث فعلی ما خارج است.

بحث ما درباره آرای نظریه‌پردازان مکتب حقوق طبیعی است. سخن آنان این است که اگر قانون ناعادلانه‌ای وجود داشته باشد، این قانون فاقد یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های قانون است و آن ویژگی اساسی عبارت است از بخش تجویزی یا ارزشی یعنی وجه اخلاقی آن. بنابراین گرچه به لحاظ صوری شما آن را قانون می‌نامید، واقعاً فاقد اعتبار قانونی است. در نظام حقوقی گاه در مورد قانونی می‌گویند فلان قانون، تصمیم یا مصوبه با روح قانون ناسازگار است، روح قانون یعنی اخلاق، عدالت و انصاف. یکی از معانی مفهوم «نافرمانی مدنی» این است قانونی در جامعه وجود دارد که با روح نظام حقوقی که عبارت است از تأمین عدالت برای همه شهروندان ناسازگار است. بنابراین کسی که به نافرمانی مدنی اقدام می‌کند، نمی‌خواهد قانونیت قانون انکار کند، ولی می‌گوید این قانون فاقد یکی از مقومات اصلی قانون، یعنی وجه ارزشی آن است. به بیان دیگر این قانون از روح قانون تهی است، به همین دلیل است که خود را مجاز می‌بیند از آن قانون نافرمانی کند. کسانی که نافرمانی مدنی می‌کنند می‌گویند ما با عدم اطاعت و نافرمانی از این قانون خاص، آن را نادیده می‌انگاریم اما همچنان به روح قانون و به این نظام حقوقی وفادار هستیم. به همین دلیل است که در نافرمانی مدنی فرد یا گروهی وقتی که با قانون مخالفت می‌کنند و آن را اجرا نمی‌کنند، عمل خود را پنهان نمی‌کنند، بلکه اعلام می‌کنند ما از این قانون به دلیل مثلاً ناعادلانه بودنش پیروی نمی‌کنیم و

آمادگی تحمل خسارت یا مجازات نقض آن قانون هستیم. البته در نافرمانی مدنی، همه قوانین نقض نمی‌شوند، نظام حقوقی کشور نفی نمی‌شود، بلکه قانون مشخصی که به عقیده اقدام کنندگان به نافرمانی مدنی غیر عادلانه است، مورد مناقشه است. به بیان دیگر فرض آنان این است که نظام حقوقی به مثابه یک کل، اصولاً عادلانه است، ولی قوانین و مقررات ناعادلانه‌ای نیز وجود دارد که جنبش مدنی جاری برای اصلاح همین قوانین و مقررات ناعادلانه است.

ناگفته نماند در این موضوعات یک تفاوت بسیار اساسی بین کشورهای دموکراتیک و غیر دموکراتیک وجود دارد. آن تفاوت این است که در یک نظام حقوقی مبتنی بر اصول دموکراتیک، مسیر اصلاح قوانین ناهماهنگ با موازین اخلاقی مشخص و هموار است، ولی در یک نظام غیر دموکراتیک اصلاح آن قوانین بسیار دشوار است. گاه در نظام حقوقی چنین کشورهایی اساساً راهکاری برای اصلاح قانون پیش‌بینی نشده است و گاه هر تغییر در قوانین به موافقت حاکم فرمانروا منوط شده است. به همین دلیل است که در نظام‌هایی که از لحاظ حقوقی کارآمد نیستند و از نظر سیاسی استبدادی هستند، تقاضای محدودترین اصلاح قوانین نیز به خشونت و گاه انقلاب منجر می‌شود. وقتی گفتگوی ما به نظریه فولر رسید به این نکته برخوایم گشت و خواهیم دید کسانی تحت تأثیر هارت می‌گویند برای تحلیل یک نظام حقوقی نباید بر یک قانون خاص متمرکز شد، بلکه باید نظام حقوقی را به مثابه یک مجموعه منسجم بررسی کرد. این دیدگاه با نکته‌ای که بیان شد بسیار هماهنگ است.

به هر حال نکته‌ای که اینک مورد تأکید من است آن است که در قرائت حداقلی، یعنی بیان نظریه‌پردازان متاخر مکتب حقوق طبیعی، قانون ناعادلانه اعتبار قانونی خود را از دست نمی‌دهد، بلکه فاقد یک وجه بسیار مهم از قانون، یعنی وجه ارزشی و اخلاقی آن است. پس قانون ناعادلانه، قانون هست اما ناقص و به بیراهه رفته و از روح خود تهی شده. به این اعتبار است که گویی قانون، قانون نیست.

درباره تعبیر قانون که در این مباحث به کار می‌بریم دو برداشت مطرح است. منظور گروهی از پژوهشگران و نظریه‌پردازان تک تک قوانین است، ولی مراد بعضی مثل فولر که نظریه‌اش را بحث خواهیم کرد، از قانون کل نظام حقوقی است، نه صرفاً این یا آن قانون خاص. به هر صورت فقدان اعتبار اخلاقی یک قانون موجب نقصان جدی آن قانون است؛ یعنی قانون فاقد اعتبار اخلاقی چنان ناقص است که گویی اساساً قانون نیست. مشاهده می‌کنید که قرائت حداقلی بسیار متواضعانه‌تر است. مانند مثالی که قبلاً گفتیم چاقویی که بُرندگی ندارد، گویی که

اساساً چاقو نیست؛ قانون فاقد اعتبار اخلاقی هم نقضی جدی دارد ندارد و به این اعتبار قانون محسوب نمی‌شود. این قرائت حداقلی کمابیش مبنای جریان‌ات متاخر در مکتب حقوق طبیعی است. پس نظریه‌پردازان این مکتب نیز ممکن است مانند پوزیتیویست‌های حقوقی بگویند قانونی که رعایت شرایط صوری به تصویب نهاد ذی‌صلاح، مثلاً پارلمان رسیده اعتبار قانونی دارد، هر چند که از لحاظ اخلاقی مورد تایید نباشد. به این اعتبار است که قانون ناعادلانه، قانون است، البته قانون ناقص و نیازمند اصلاح.

خلاصه سخن این است که درک معاصر از نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی دو تصحیح مهم در قرائت کلاسیک صورت می‌دهد. یکی آنکه متافیزیک فربه موجود در قرائت کلاسیک و ابتدای تحلیل بر الهیات و متافیزیک درباره امر اخلاقی را تا حد زیادی کنار می‌نهد. دیگر تعدیل مهم این است که آموزه محوری این نظریه یعنی ارتباط قانون و اخلاق را نه بر مبنای قرائت حداکثری، بلکه بر مبنای قرائت حداقلی طرح می‌کند.

دربین کسانی که در روزگار ما از نظریه قانون طبیعی سخن گفته‌اند دو نفر شخصیت‌های کلیدی هستند که خصوصاً در گفتگو با پوزیتیویست‌های حقوقی مشارکت فعال‌تری داشته‌اند و در نتیجه مواضع آنها متقابلاً به جرح و تعدیل‌هایی در مواضع پوزیتیویست‌های حقوقی منجر شده است. در نوبت گذشته بحثی داشتیم راجع به رابطه قانون و اخلاق از نظر هارت. بیان شد که موضع او در مورد رابطه اخلاق و قانون به یک معنا معتدل‌تر از موضع آستین است. آستین معتقد است که هیچ رابطه‌ای میان اخلاق و قانون وجود ندارد و در مقام تعریف، مفهوم قانون از مفهوم اخلاق کاملاً مستقل است. اما هارت موضع محتاطانه‌تری اختیار کرده است. او می‌گوید درست است که رابطه مفهومی ضروری میان قانون و اخلاق وجود ندارد، اما قاعده رسمیت‌بخش می‌تواند اعتبار قانونی قوانین را رعایت معیارهای اخلاقی منوط و مشروط کند. این چیزی بود که ما در نوبت گذشته از آن به عنوان مکتب تحقیقی‌ای که معیارهای اخلاقی را در درون خود گنجانده است، یاد کردیم. البته از دیدگاه هارت این رابطه، امری عرضی و ممکن است، نه ضروری و قطعی. یعنی شما کاملاً می‌توانید یک نظام حقوقی را فرض کنید که قاعده رسمیت‌بخش آن مستقل از هر معیار اخلاقی صورت‌بندی شده باشد. هارت روابط دیگری را هم میان قانون و اخلاق تبیین کرد. وی دو دسته روابط میان اصل اخلاقی و حکم قانونی را بسیار عمیق و از جنس روابط ضروری می‌داند که نوبت گذشته درباره آنها گفتگو کردیم. بعداً هم توضیح خواهیم داد تعدیلات و تصحیحاتی که هارت

صورت داد و پاره‌ای از اصول اخلاقی را در تعریف خود از مفهوم قانون ضروری تلقی کرد در واقع متأثر است از انتقاداتی که خصوصا دو فیلسوف معاصر حقوق بر مکتب تحقیقی حقوق مطرح کردند. یکی از آنها جان فینیس^۱ است. وی در واقع از پوزیتیویست‌های حقوقی آموخت که باید رویکردی پسینی به قانون داشت نه پیشینی. یعنی به جای اینکه در پژوهشگاه و کتابخانه بنشینیم و درباره قانون، به مثابه یک موضوع کاملاً انتزاعی نظریه‌پردازی کنیم باید به پهنه اجتماع رویم، نظام‌های حقوقی و تأثیرات هر یک بر زندگی مردم را بررسی کنیم و بر مبنای مشاهدات عینی، درک خود را از قانون سامان ببخشیم. فینیس در این مورد البته از همین به اصطلاح بصیرت که میراث پوزیتیویست‌های حقوقی بود، بهره برد و بر آن شد با همان روشی که مکاتب تحقیقی حقوق مفهوم قانون را تحلیل کرده‌اند نشان دهد آموزه محوری مکتب حقوق طبیعی، یعنی وجود رابطه ضروری میان قانون و اخلاق، آموزه درستی است. در گام نخستین فینیس گفت که موضوع تامل و تحلیل ما عبارت است از نظام‌های حقوقی واقعی. به بیان دیگر نظام حقوقی و قانون آن گونه که عملاً وجود دارند در کانون توجه ما واقع می‌شوند، نه آن گونه که باید باشند. می‌گویم ما مشاهده می‌کنیم نظام‌های قانونی مختلف و قوانین متفاوتی وجود دارند. حال شما می‌توانید قوانین منفرد و مجزا را مورد بررسی و تحلیل قرار دهید، یا آنکه مطالعه خود را بر نظام حقوقی کشوری خاص به عنوان مجموعه‌ای از قوانین متمرکز کنید. موضوع مشاهده و مطالعه ما هر کدام از این دو باشد، در بررسی خود با بعضی قوانین برخورد می‌کنیم که نمی‌توان با قاطعیت گفت مصداق واقعی هستند یا فقط در ظاهری قانونی دارند. به دشواری می‌توان گفت که آیا نظام مورد مطالعه ما واقعا یک نظام حقوقی مبتنی بر قواعد اخلاقی هست یا چنین نیست.

برای ساده شدن موضوع اجازه دهید میان چند نوع نظام حقوقی و چند گروه قوانین تفکیک کنیم. در مورد پاره‌ای از نظام‌های حقوقی و قوانین، هیچ تردیدی نداریم که از مصادیق آشکار و بارز یک نظام حقوقی یا یک قانون کاملاً موجه هستند. فینیس این‌ها را موارد بی ابهام و مصادیق بارز می‌نامد. می‌گویم ما بررسی خود را از همین جا آغاز می‌کنیم؛ یعنی از یک مورد بی ابهام و یک مصداق بارز از یک نظام حقوقی یا مجموعه‌ای از قوانین که در قانون بودن آن شک و تردید نداریم. ممکن است کسی بگوید من اساساً قانون جواز برده‌داری را قانون نمی‌دانم. فینیس می‌گوید بسیار خوب، ما این مورد را که اعتبار قانونی آن محل تردید است،

یک سو می‌نهم. بحث خود بر این مصادیق اختلافی متمرکز نمی‌کنیم. بلکه قانون یا مجموعه‌ای از قوانین را که تشکیل دهنده نظام حقوقی هستند و ما هیچ تردیدی در اعتبار قانونی آنها نداریم در کانون توجه و محور تحلیل خود قرار می‌دهیم. او می‌گوید وقتی شما همین مصادیق بارز و غیر اختلافی را کنار هم قرار می‌دهید، این الگو واره مصادیق^۱ می‌شود موضوع مطالعه. اگر شما می‌خواهید چیستی قانون را بدانید پوزیتیویست‌های حقوقی می‌گویند بروید مصادیق قانون را بررسی کنید. مصادیق اختلافی را کنار می‌نهم. آنچه را که همگان بر قانون بودن آن همداستان هستند در کانون توجه قرار می‌دهیم.

اینجا فینیس در واقع یک ادعای مهم دارد. می‌گوید در مورد تمام مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون مشاهده می‌کنیم کسانی که در قلمرو این نظام حقوقی زندگی می‌کنند، آن قوانین را به نحو درونی پذیرفته‌اند؛ یعنی این قوانین را باور دارند و معتقدند که دلیل قابل قبولی برای تدوین و حاکمیت این قوانین وجود دارد. پس در تحلیل فینیس گام اول انتخاب مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون است. گام دوم مطالعه و بررسی آن مصادیق است. او می‌گوید در بررسی این مصادیق به این تجربه و مشاهده نائل می‌شویم که اتباع نظام حقوقی، آن قوانین را به نحو درونی پذیرفته‌اند و به اعتبار آن باور دارند. یادآوری می‌کنم اگر شما به خاطر بیم از مجازات و برای گریز از کیفر قانونی را اجرا می‌کنید، در اثر عامل بیرونی، یعنی مجازات، ناگزیر آن قانون را پذیرفته‌اید. اما اگر از قانونی به دلیل اینکه آن را منطقی، عادلانه و مفید می‌دانید پیروی می‌کنید، عاملی درونی شما را به تبعیت از قانون سوق داده است. سخن فینیس آن است که تجربه و مشاهده ما درباره مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون این است که مردم تحت حاکمیت نظام حقوقی، آن قوانین را به صورت درونی پذیرفته‌اند. البته فینیس مثل هارت معتقد است که عنصر زور و بیم از مجازات نیز در پیروی مردم از قانون موثر است، ولی می‌گوید در مورد مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون این عامل، نقش اصلی را ایفا نمی‌کند. وقتی می‌گوید مردم آنها را به نحو درونی پذیرفته‌اند یعنی آنها به دلایلی نظام حقوقی و آن قوانین را پذیرفتنی یافته‌اند.

گام چهارم در تحلیل فینیس این است که چگونه مصادیق بارز قانون برای مردم درونی شده‌اند؟ اعضای جامعه به چه دلایلی این نظام حقوقی را معتبر دانسته، آن را پذیرفته‌اند؟ مثلاً یکی از مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون این است که نباید

آدمی را کشت. قانون منع قتل نفس، یکی از قوانین غیر اختلافی است. حال اگر از افراد جامعه، مثلاً از خود شما دوستان پرسیده شود چند نفر از شما به دلیل ترس از مجازات، مرتکب قتل نفس نمی‌شوید و چند نفر از شما به دلیل اینکه قتل نفس را قبیح و ناروا و غیر اخلاقی می‌دانید، مرتکب آن نمی‌شوید؟ فینیس می‌گوید باید این آزمایش را در خصوص قوانین غیر اختلافی انجام داد. همین‌جا الان اکثر دوستان می‌گویند ما از این قانون منع قتل نفس پیروی می‌کنیم، اما علت اینکه آدم نمی‌کشیم این نیست که عاملی بیرونی ما را از قتل نفس باز می‌دارد. آری قاتل مجازات می‌شود، مجازات به عنوان عامل بیرونی وجود دارد، اما کسانی تحت حاکمیت این نظام حقوقی زندگی می‌کنند و از قانون منع قتل نفس پیروی می‌کنند، حداقل بیشتر این افراد، به دلیل عامل درونی و اعتقادشان به مفید و منطقی بودن این قانون از آن پیروی می‌کنند. به بیان بهتر دلیل اکثریت مردم برای پیروی از این قانون آن است که این قانون را اخلاقی می‌دانند.

ممکن است شما بگویید این باور که قتل نفس قبیح و غیر اخلاقی است، نتیجه وجود قانون هم هست. درست است انگیزه ما برای عدم ارتکاب قتل نفس وجود قانون و مجازات پیش‌بینی شده در قانون نیست، بلکه دلیلش آن است که ما درک می‌کنیم قتل نفس زشت است، ولی منشا این ادراک و باور ما آن است که در سراسر زندگی ما، بلکه در طول تاریخ بشر این قانون وجود داشته است. پس ریشه این ادراک و باور ما، قانون است.

من در پاسخ عرض می‌کنم مطلب شما مبنی بر تاثیر قانون بر ادراک و باورهای ما مطلب صحیحی است؛ منتها اینجا پرسش این است که عده‌ای که تحت حاکمیت این نظام حقوقی زندگی می‌کنند چرا از این قانون تبعیت می‌کنند؟ فرض کنید پدری در مقام تربیت فرزندش به او می‌گوید مراقب باش مرتکب قتل نفس نشوی. فرزند می‌پرسد چرا؟ پدر به او پاسخ می‌دهد زیرا اگر کسی را کشتی، مجازات می‌شوی؟ یا به او می‌گوید زیرا قتل نفس، عملی قبیح و غیر اخلاقی است؟

مشاهده ما آن است که اولیا در مقام تربیت فرزندان به صورت دوم جواب می‌دهند. این نشانه آن است که این قانون منع قتل نفس برای جامعه یا اکثریت افراد جامعه عمیقاً درونی شده است. یعنی آنچه که افراد را به تبعیت از قانون بر می‌انگیزاند، عامل و باوری از درون آنها است. آن دلایل و انگیزه‌های درونی امور مختلفی هستند و می‌توانند باشند. فینیس معتقد است که اگر خوب بکاوید مهم‌ترین این دلایل از جنس دلایل اخلاقی است. این ادعای او است. البته دست‌کم تا این مرحله وی بسیار محتاط است. ادعا نمی‌کند یک قانون اخلاقی عام وجود دارد که

اینکه در این نظام اخلاقی قانونی متجلی شده است. ممکن است چنین باشد و امکان دارد چنین نباشد. اساسا سخن او در نفی و اثبات قانون فراگیر اخلاقی نیست. حرف او این است که وقتی شما مثلا یک نظام حقوقی پارلمانی را مورد بررسی تجربی قرار می‌دهید مشاهده می‌کنید مجموعه‌ای از قوانین آن نظام حقوقی مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون هستند. بعد از کسانی که در قلمرو این نظام حقوقی زندگی می‌کنند دلیل پیروی کردن آنان از قوانین غیر اختلافی را می‌پرسید. دلیل آنان شون در غالب موارد، نوعا از جنس دلایل اخلاقی است.^۱

یعنی صرف نظر از اینکه شما در تبیین ماهیت اخلاق چه مدل و روشی اختیار کنید، آنچه مورد تاکید او است رابطه میان اخلاق، هر طور که شما تصورش می‌کنید، با این نظام حقوقی است. فرض کنید مطابق ارزش‌ها و قوانین یک جامعه قبیله‌ای نوزاد دختر را باید زنده به گور کرد؛ این صد البته از نظر ما بسیار غلط و مذموم است، ولی به هر صورت آن جامعه فرضی چنین اعتقاد و قانونی دارند و طبق آن عمل می‌کنند. این مشاهده نیز با نظریه فینیس سازگار است. او در واقع می‌گوید این هم یک بررسی تجربی است. پوزیتیویست‌های حقوقی می‌گویند باید به قانون آنچنان که در واقع هست نظر کرد. ما هم همین رویکرد را اتخاذ کردیم. در بررسی تجربی آن جامعه قبیله‌ای این قانون غیر اختلافی را مشاهده کردیم. در همین جا هم اگر از اکثر افراد پرسیم چرا با نوزادان دختر چنین رفتاری دارند، پاسخ خواهند داد این رفتار اخلاقی است.

تاکید می‌کنم مشاهده این است که شما در بررسی یک نظام حقوقی از ساکنان آن حوزه قضایی می‌پرسید چرا از قوانین تبعیت می‌کنید. ممکن است دلیل پیروی آنان از قوانین مختلف، متفاوت باشد. ولی دلیل پیروی آنان از برخی قوانین واقعا دلایل اخلاقی است. یعنی آنان این از قوانین به علت ارزش‌های اخلاقی و رای آنها پیروی می‌کنند. به تعبیر دیگر در موارد مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون، قانونیت در گرو اخلاقی بودن آن است.

اجازه دهید مثال را عوض کنیم و ببینیم این تحلیل همچنان جواب می‌دهد یا خیر. به جای قانون منع قتل نفس، درباره قوانین رانندگی صحبت کنیم. فینیس باز هم پیشنهاد می‌کند بررسی و مشاهده خود را از مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون که هسته مرکزی نظام حقوقی هستند آغاز کنیم. فرض کنید منع عبور از چراغ قرمز

۱. ممکن است در بررسی تجربی یک نظام حقوقی دیگر مشاهده کنید در اینجا قوانین متفاوتی و ارزش‌های دیگری وجود دارد. به بیان دیگر ممکن است نسبت‌گرایی اخلاقی صادق باشد. ولی این مطلب با ادعای فینیس مغایرتی ندارد. (یادداشت ویراستار)

یک مصداق بارز و غیر اختلافی قانون است. همه کسانی که رانندگی می‌کنند یا به عنوان عابر از خیابان عبور می‌کنند این قانون را به رسمیت می‌شناسند. حال اگر از شهروندان پرسیم چرا از چراغ قرمز عبور نمی‌کنید، می‌گویند این قانون است. می‌پرسیم چرا؟ خواهند گفت زیرا عبور از چراغ قرمز خطر وقوع تصادف را زیاد می‌کند و تصادف موجب رنج و سلب امنیت و سلامتی است. پس قوانین راهنمایی و رانندگی برای آسان و ایمن کردن تردد شهروندان وضع شده‌اند و هر قانونی که به تامین خیر همگانی و امنیت عمومی کمک کند ارزش اخلاقی دارد. وقتی کسی از محدوده سرعت مجاز تخلف کرده، با سرعت بیشتر رانندگی می‌کند نزد وجدان خود احساس شرمساری دارد؛ زیرا می‌داند محدودیت سرعت وضع شده برای تامین امنیت رانندگان، سرنشینان و عابران است و او با نقض آن محدودیت برای همه خطر ایجاد می‌کند. اگر از همین شخص متخلف پرسید چرا این محدودیت سرعت وضع شده است، خواهد گفت یک عده کارشناس بررسی کرده‌اند و دریافته‌اند که با رعایت این سرعت هم افراد در حداقل زمان به مقصد می‌رسند و هم احتمال تصادف به کمترین حد ممکن می‌رسد. پس افراد برای توجیه قانون منع عبور از چراغ قرمز و قانون محدودیت سرعت دلیل دارند و دلایل آنها پشتوانه اخلاقی، مثلاً تامین و افزایش خیر همگانی دارد.

حالا اگر عده زیادی از مردم به ما جواب دادند دلیل اینکه ما از چراغ قرمز و سرعت مجاز عبور نمی‌کنیم صرفاً ترس از پلیس و جریمه است و نه انگیزه درونی و اخلاقی، فینیس می‌گوید در چنین فرضی این مقررات پارادایم کیس نیستند یا می‌گوید از این پاسخ مردم که کشف می‌شود این قواعد اصلاً این قانون نیستند.

در هر صورت سخن بنیادی فینیس این است که از تحلیل نظام حقوقی موجود، شما می‌توانید رابطه‌ای ضروری مفهومی بین آنچه قانون تلقی می‌شود و ارزش اخلاقی مشاهده کنید. برابر تئوری او هرچه قانون تلقی می‌شود چنین عنصر مهمی یعنی دلیل اخلاقی، پشتوانه آن است. به نظر می‌آید مطابق نظر وی اگر قاعده، مقررات و نظاماتی در کتاب قانون باشد ولی مستندات و پشتوانه اخلاقی نداشته باشد آنها قانون نیستند یا به معنای قرائت حداقلی، قوانین ناقصی هستند. اگر توانستید برایشان توجیه اخلاقی بیارید، اعتبار قانونی آنها را تضمین کرده‌اید، اگر نتوانستید باید در قانون بودن آنها تردید کنید.

ممکن است کسی بگوید در جامعه بسته‌ای مثل کره شمالی، به نظر می‌رسد مردم قانون را درونی کرده‌اند. به تعبیر دیگر می‌توان گفت شستشوی مغزی شده‌اند و واقعا به این قانون باور دارند که باید همیشه سپاسگزار رهبر باشند و نشان دهند به

چه میزان به او عشق می‌ورزند و حاضرند برای او فداکاری کنند. اما درونی شدن این قوانین هیچ ربطی به موازین اخلاقی ندارد. مهم نیست که ما به ارزش‌های جهان شمول اخلاقی معتقد باشیم یا به نسبیّت اخلاق، در هر دو صورت چنین قوانین فرد محوری با هیچ معیار منطقی و خردمندانه قابل توجیه نیستند، در عین حال مشاهده می‌کنیم در کره شمالی برای بسیاری از مردم درونی شده‌اند. در چنین موردی تحلیل فینیس معتبر است؟

پاسخ بنده این است که این مشاهده شما که درست هم هست با تحلیل فینیس تعارضی ندارد. نهایت مطلب این است که مردم آن جامعه در تعیین مصداق دچار اشتباه شده‌اند. فرض کنید آنها معتقدند اگر پدر یا رهبری در جهت منافع خانواده و ملت خود صادفانه تلاش و فداکاری می‌کند، وظیفه اخلاقی خانواده و ملت قدردانی از او است. این اصل اخلاقی یعنی لزوم قدردانی از خادمان خانواده و ملت، بین ما و مردم کره شمالی مشترک است. حال در مقام تطبیق این اصل کلی بر مصداق، آنها می‌گویند آقای فلان مصداق آن رهبر مصلح‌خیرخواه و خادم است، ولی شما ممکن است بگویید نه او، بلکه گاندی و ماندلا مصداق چنین رهبرانی هستند. این اختلاف در مصداق است، ولی اصل اخلاقی لزوم سپاسگزاری از خادمان ملت در این دو نظام مشترک است. اختلاف نظر در تعیین مصداق خادمان ملت خللی در تحلیل فینیس ایجاد نمی‌کند؛ زیرا در هر حال به نظر می‌رسد اعتبار اخلاقی در تعریف در قانونیت قانون منظور شده است.

ممکن است بگویید اگر در جامعه‌ای مثل کره شمالی آن حس درونی نسبت به قانون وجود نداشته باشد، قانون مستقر نخواهد ماند. بنده عرض می‌کنم بله، همین‌طور است. حتی ممکن است شما در جامعه با قانونی مواجه شوید که واجد همه شرایط اعتبار قانونی باشد، با قواعد اخلاقی نیز هماهنگ باشد، ولی به دلایل دیگر پایدار نماند. اما توجه داشته باشید بحث ما الان درباره شرایط بقا و تداوم قانون نیست، بلکه درباره مفهوم و چیستی قانون سخن می‌گوییم.

نظریه فینیس در تحلیل قانون این است که ما قوانین موجود در جامعه، البته به مصداق بارز و غیر اختلافی قانون در هر حوزه و موضوع، مثلاً قوانین واقعی نظر می‌کنیم. مشاهده می‌کنیم این قوانین برای کسانی که در قلمرو حاکمیت آن نظام حقوقی زندگانی می‌کنند، درونی شده‌اند. یعنی آنها این قوانین را باور دارند و برای این باور خود دلایلی عمدتاً از جنس دلایل اخلاقی دارند. بنابراین شما رابطه‌ای ضروری میان اخلاق و قانون مشاهده می‌کنید. این یک امر واقعی است. تا اینجا

بخش توصیفی این نظریه است. در مرحله بعد و بخش تجویزی^۱ این نظریه می‌گوید هر جا این رابطه مشاهده نشد و قانون فاقد این ویژگی بود، کشف می‌کنیم که قانون کامل نیست، ناقص و گمراه کننده است، نتیجتاً باید در قانون بودن آن تردید کنیم. همان‌طور که توجه می‌کنید سخن فینیس، قرائتی فروتنانه‌تر از سخن آگوستین است که می‌گفت قانون ناعادلانه اساساً قانون نیست.

اینک می‌خواهیم ایرادات تحلیل فینیس را بررسی کنیم. اولین اشکال این است چگونه مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون را تشخیص دهیم؟ شما اول باید تصویری از قانون داشته باشید تا بعد بتوانید بگویید قانون «الف» مصداق بارز قانون هست، قانون «ب» مصداق بارز قانون نیست. فینیس ادعا می‌کند در وجهه ایجابی مصادیق بارز قانون، قوانینی هستند که ساکنان آن حوزه قضایی به نحوی درونی آنها را پذیرفته و باور داشته باشند. در وجهه سلبی هم از نظر او هر جا که شما قانونی یافتید که ساکنان آن حوزه قضایی آن را به نحو درونی نپذیرفته‌اند، مصداق بارز قانون نیست. ولی کسی مثل هارت ممکن است بگوید، کما اینکه آستین این را گفته است که هر جا در اثر حکم حاکم فرمانروا شما مجبور باشید کاری را انجام دهید یا کاری را ترک کنید، آن حکم و فرمان قانون است. اصلاً مهم نیست شما به نحو درونی آن را پذیرفته باشید یا نه. پس ملاحظه می‌کنید از سویی فینیس ادعا می‌کند مصداق بارز قانون آن دسته قوانینی هستند که ساکنان آن حوزه قضایی آنها را به نحو درونی پذیرفته‌اند؛ از سوی دیگر کسی مثل آستین می‌گوید که یک دسته قوانین هستند که ساکنان آن حوزه قضایی از آنها پیروی می‌کنند، همین قوانین، فارغ از اینکه مردم آنها را به نحو درونی پذیرفته باشند یا نپذیرفته باشند، مصداق بارز قانون هستند.

حال می‌پرسیم بالاخره کدام یک از این دو گروه مصداق بارز قانون هستند. فینیس می‌گوید آن دسته از قوانین که من می‌گویم. ولی ما حق داریم که بگوییم این، «مصادره به مطلوب»^۲ یا به تعبیر دیگر «تحصیل حاصل» و «پنداشت پرسش» است. یعنی نوعی مغالطه منطقی که در آن حکم استدلال، از پیش در فرض‌های استدلال در نظر گرفته شده است؛ یا در استدلال، آشکارا یا پنهانی گزاره‌ای بدون ارائه کردن شواهد کافی درست پنداشته شده باشد. فینیس می‌گوید مصادیق بارز قانون آنهایی هستند که پیروان نظام حقوقی آن قوانین را به صورت درونی پذیرفته‌اند. بعد انتخاب می‌کند و می‌گوید مصادیق آشکار و بارز قانون این‌ها هستند. این‌ها، همان

1. Normative

2. Begging the question

قوانینی هستند که اتباع نظام حقوقی آنها را به صورت درونی پذیرفته‌اند. ما در نقد این استدلال می‌گوییم این شرط اولی بود که شما بر مبنایش این قوانین را انتخاب کرده‌اید. این سخن، از لحاظ منطقی استدلالی دوری^۱ و مصادره به مطلوب و نتیجتاً غیر قابل قبول است.

در تحلیل نظریه فینیس یکی از دوستان به این نکته توجه کرده‌اند که چه مدت لازم است مردم معتقد به قانونی باشند تا بگوییم آن مردم قانون را به نحو درونی پذیرفته‌اند؟ توضیح سوال این است که ممکن است مردم در مقطعی از زمان قانونی را باور داشته باشند، ولی پس از مدتی متوجه بشوند آن قانون دچار اشکال است، مثلاً مفید و کارآمد نیست، یا غیر عادلانه است. مثلاً پس از انقلاب ایران، طبق قوانین انقلابی، اموال بسیاری از اشخاص ثروتمند مصادره می‌شد. گروهی از مردم نیز این قوانین را درست می‌دانستند. اما بعد از مدتی که آثار اجتماعی و اقتصادی مصادره‌ها و اشتباهات انجام شده آشکار شد، نظر بخشی از همان مردم حامی مصادره اموال ثروتمندان تغییر کرد. در چارچوب نظریه فینیس چگونه می‌توان ارزیابی کرد که مردم ایران به نحو درونی قوانین مربوط به مصادره را پذیرفته‌اند یا خیر؟

جواب آن است که تحلیل فینیس بر اساس قوانین مورد اختلاف نیست. او می‌گوید شما مصادیقی که آنها را قطعاً قانون می‌دانید، آن مصادیق بارز و غیر اختلافی را انتخاب کنید و از مردم بپرسید انگیزه شما در پیروی از این قوانین چیست؟ مردم در پاسخ به شما، از دلایل اخلاقی یاد می‌کنند. اگر شما بگویید نمی‌دانیم مردم قوانین مربوط به مصادره اموال ثروتمندان را باور دارند یا خیر، فینیس می‌گوید این قوانین را کنار بگذارید، زیرا مصداق بارز و غیر اختلافی قانون نیستند. موضوع آزمایش و مشاهده ما مصادیق بارز قانون هستند، نه مصادیق مشکوک و اختلافی.

ممکن است کس دیگری بگوید مردم در پیروی از یک قانون دچار اشتباه شده‌اند. فینیس می‌گوید در تحلیل من مهم نیست که رفتار مردم در تبعیت از یک قانون اشتباه است یا درست، مهم آن است که در بیان دلیل خودشان برای پیروی از آن قانون به دلایل اخلاقی استناد می‌کنند. ممکن است در تشخیص مصداق قانون اخلاقی خطا کنند؛ ممکن است دلیل اخلاقی‌ای که ارایه می‌کنند دلیل موجهی نباشد، اما علت اینکه آنان این قانون را قانون معتبری می‌دانند و از آن به نحو درونی پیروی می‌کنند آن است این قانون را اخلاقی تلقی می‌کنند. همین مطلب ادعای من، یعنی وجود رابطه میان قانون و اخلاق را اثبات می‌کند.

سوال دیگر آن است که آیا نسبی بودن اخلاق باید به عنوان یکی از پیش فرض‌های این تئوری پذیرفته شده باشد؟

در مورد نسبی‌گرایی پاسخ آن است که فرض کنید ما مشاهده می‌کنیم مردم از قانونی پیروی می‌کنند. از آنان می‌پرسیم دلیل این رفتار شما چیست؟ می‌گویند زیرا این قانون حاوی دستورات مفید و اخلاقی است. ممکن است به نظر شما این توضیح آنان نادرست باشد و شما در آن قانون هیچ نکته مثبت و اخلاقی نیابید. حتی ممکن است بعد از مدتی خود آن پیروان قانون تغییر عقیده دهند و قانونی را که الان اخلاقی می‌دانند، بعداً غیر اخلاقی تلقی کنند. این اختلاف نظر شما با آن پیروان قانون و یا تغییر عقیده خود آنان در مورد این قانون هیچ تاثیری بر تئوری فینیس ندارد. او می‌گوید مهم آن است که اتباع این نظام حقوقی قانون مورد بررسی را اخلاقی می‌دانند و به همین دلیل از آن پیروی می‌کنند. آری، ممکن است در تحلیل خود دچار اشتباه باشند، ممکن است درباره رابطه این قانون و اصل اخلاقی دچار توهم باشند. این‌ها مهم نیست؛ مهم آن است که با انگیزه‌ای درونی و به دلیل اخلاقی از آن قانون پیروی می‌کنند. حال این امر اخلاقی ممکن است از فرهنگی به فرهنگ دیگر، از اجتماعی به اجتماعی دیگر متفاوت باشد و ممکن است امر اخلاقی مشترک میان همه فرهنگ‌ها و جوامع باشد. موضوع مورد توجه فینیس این است که از منظر اتباع این نظام حقوقی مستند این قانون متکی به اصول اخلاقی است، گرچه ممکن است آنها دچار اشتباه و توهم باشند.

سوال دیگری که مطرح شده این است که در نظام‌های دیکتاتوری و جوامعی که آزادی وجود ندارد، مردم از ترس حکومت ظاهراً مطابق قانون رفتار می‌کنند، اما پیروی آنان از قانون را نمی‌توان دلیل درونی شدن قانون در جامعه دانست. گواه مطلب هم آن است که هرگاه مردم بتوانند و احساس ترس نکنند، از آن قانون تخطی می‌کنند. اساساً آیا ترس و زور که عوامل بیرونی هستند، می‌توانند باعث درونی شدن قانون بشوند؟

در پاسخ می‌توان گفت در مواقعی که افراد از به خاطر ترس و احساس عدم امنیت دلیل واقعی خود برای پیروی از قانون را بیان نمی‌کنند، در واقع این رابطه وجود ندارد. فینیس می‌گوید چنین قانونی به استناد دلیلی اخلاقی مورد پیروی نیست، بلکه طبق فرض شما به دلیل ترس مورد پیروی است، بنابراین اساساً قانون نیست.

در خصوص درونی شدن قانون به دلیل ترس به این مثال توجه کنید. درباره خود ارضایی قوانینی وجود دارد که این عمل را منع می‌کنند. ولی اگر از موضع

اخلاق و علم پزشکی، حداقل برابر نظر برخی متخصصان، این عمل هیچ اشکالی ندارد، بلکه ممکن است منافع پزشکی هم داشته باشد، حتی ممکن است به لحاظ اخلاقی فوایدی برای این رفتار فرض کنید. اما کسانی هستند که خود ارضایی موجب پریشانی روح و روان آنان می‌شود. این هراس، نگرانی و احساس گناه از این عمل را درونی کرده‌اند. این درونی شدن به معنای مستدل بودن نیست. در واقع پلیس بیرونی را تبدیل به پلیس درونی کردند. این نکته روان شناختی یعنی عاملی روانی که فرد را به کاری بر می‌انگیزاند یا از انجام کاری باز می‌دارد.

در تحلیل فینیس که می‌گوییم مردم از قانون به نحو درونی پیروی می‌کنند، منظور از درونی، باور مدلل و همراه با برهان است. حال ممکن است کسی از رفتاری، مثلاً خود ارضایی بنا به دلایلی که خودش دارد، پرهیز کند. به شما تحلیل می‌دهد، آموزه‌های اخلاقی یا نکات علمی می‌آورد و می‌گوید به این دلیل من از این کار اجتناب می‌کنم. برای او پرهیز از خود ارضایی امری درونی شده است. آن کسی هم که خود ارضایی را بی‌اشکال می‌داند و بر مجاز بودن آن دلیل می‌آورد، جواز این عمل برای او درونی شده است. بنابراین مدام که کسی بتواند در موافقت یا مخالفت با رفتاری دلیل قانع‌کننده اقامه کند، یعنی به نحو موجه به آن مطلب باور داشته باشد، از موضع و منظر درونی هم می‌تواند رفتار خود را توجیه کند و هم می‌تواند رفتار خود را تبیین کند.

حال بر می‌گردیم به بیان اشکالات نظریه فینیس؛ همان‌طور که ملاحظه کردید یکی از مهم‌ترین این اشکالات همین انتخاب نظام حقوقی یا قوانینی است که به تعبیر او مصداق بارز و غیر اختلافی^۱ هستند. فینیس می‌گوید این قوانین آنهایی هستند که مردم به نحو درونی و به دلایل اخلاقی از آنها پیروی می‌کنند. اشکال به حرف این است که اگر کسی قوانینی را که مردم به دلیل ترس و اجبار آنها را اجرا می‌کنند به عنوان مصداق بارز و غیر اختلافی قانون معرفی کرد، چگونه و چه دلیلی می‌توان گفت انتخاب او نادرست است؟ چرا چنین قوانینی مصداق بارز و غیر اختلافی نباشند؟ فینیس می‌گوید این دسته از قوانین مصداق بارز و غیر اختلافی نیستند، زیرا افراد جامعه به نحو درونی شده و مستدل از آنها پیروی نمی‌کنند. اشکال این است که قرار بوده با این مدل و تحلیل آن را اثبات کنید؛ شما نمی‌توانید چیزی را که قرار است اثبات شود، مفروض اثبات شده تلقی کنید. پس نحوه گزینش مصادیق بارز در بیان فینیس نوعی مصادره به مطلوب است که یکی

از انواع مغالطه است، نه برهان.

نکته دوم این است که در اینجا بین «منظر درونی» و «منظر بیرونی» خلط شده است. توضیح مطلب آن است که پرسش اصلی این بود: چرا قانون به وجود آمده است؟ کسانی مثل آستین و هارت پاسخ‌هایی دارند. مثلاً آستین می‌گوید زیرا حاکم فرمانروا حکم داده است. اکنون آن پرسش، به این تبدیل شده که چرا ما از قانون تبعیت می‌کنیم؟ پرسش اصلی این بود که قانون چیست؟ اما گویی فینیس پرسش را به این صورت تغییر داده که چرا مردم از قانون پیروی می‌کنند؟ بعد پاسخ‌هایی را مطرح می‌کند: عده‌ای از قانون به دلیل ضمانت اجرای آن تبعیت می‌کنند؛ گروهی نیز به دلایل اخلاقی قانون پیروی می‌کنند. اما واقعیت این است که شما می‌توانید از منظر بیرونی^۱ پرسش از وجود قانون را مطرح کنید. این موضوع با پرسش از ارزش اخلاقی قانون و دلایلی که شما برای تبعیت از قانون دارید، لزوماً یکی نیست. به نظر می‌رسد که در اینجا فینیس این دو پرسش را با هم در آمیخته و خلط کرده است.

نکته سوم این است که فینیس معتقد است پوزیتیویست‌های حقوقی به موضوع قانون از بیرون نگاه می‌کنند؛ اصلاً برایشان مهم نیست که کسانی پیروان قانون بر چه مبنایی از قانون تبعیت می‌کنند. این فیلسوفان حقوق از موضع یک ناظر بیرونی رفتارهای حقوقی و قانونی مردم را مشاهده، توصیف و تبیین می‌کنند، اما او می‌گوید شما باید برای ادراک مفهوم قانون، موضع درونی اختیار کنید؛ یعنی باید رفتارهای حقوقی را از موضع و منظر عاملان آن رفتارها مشاهده کنید. به همین دلیل است که انگیزه‌های تبعیت از قانون برای او مهم هستند. اما پرسش این است که چرا ما باید موضع درونی را بر موضع بیرونی ترجیح دهیم؟ چه دلیلی برای رها کردن منظر بیرونی و انتخاب منظر درونی داریم؟ و مهم‌تر از همه آیا این دو موضع با هم ناسازگارند؟ یعنی آیا هارت نمی‌تواند به دلایل پیروان قانون هم توجه کند؟ آیا به محض اینکه ما به دلایل پیروان قانون برای تبعیت از نظام حقوقی توجه کنیم بدان معنا است ما از مطالعه نظام حقوقی از منظر یک ناظر بیرونی بی‌نیاز می‌شویم یا اعتبار سخنانی که از آن زاویه و منظر بیان شده‌اند منتفی می‌شود؟

پاسخ آن است که خیر، لزوماً چنین نیست. شما می‌توانید مانند هارت، موضع درونی و بیرونی را باهم جمع کنید. نظریه آستین کاملاً بیرونی است. در تحلیل او اساساً مهم نیست پیروان قانون چگونه فکر می‌کنند و بنا به کدام دلایلی از نظام حقوقی تبعیت می‌کنند. برابر عقیده او به محض اینکه حکمران فرمان داد، قانون

متولد شده است و شما باید آن را رعایت کنید. اصلاً مهم نیست شما به این قانون باور دارید یا خیر؛ برای تبعیت از این قانون دلالی دارید یا خیر. تولد قانون صرفاً منوط به صدور حکم از جانب حاکم فرمانروا است. به محض اینکه حکم صادر شد قانون متولد شده و شما ملزم به تبعیت از آن هستید. باورها، تمایلات، خوشایند و کراهت و نظام ارزشی شما هیچ ربط و تاثیری ندارد. برعکس، نظریه فینیس کاملاً درونی است. در موضع او باور، دلایل و رویکردهای شما به قانون است که قانون را تحقق می‌بخشد.

تحلیل هارت در واکنش به این وضعیت بود. یعنی دومین خدمت مهمی که نظریه پردازان مکتب حقوق طبیعی کردند این بود که به منظر درونی^۱ در فهم ماهیت قانون اهمیت دادند و گفتند برای ادراک چیستی قانون باید به قانون از زاویه کسانی که آن را اجرا می‌کنند، بنگرید. باید قانون را از درون نظام حقوقی نگاه بکنید. هارت فیلسوف زیرکی بود. این نکته را دریافت که این یک بخش مهم از قانون است. ذهنیت پیروان، عاملان و کارگزاران قانون در فهم ماهیت قانون مهم است. به همین دلیل او مفهوم «اصل رسمیت‌بخش» را مطرح کرد که اصل و قاعده‌ای بیرونی است و گفت اگر معیارهای این اصل تحقق پیدا کند، بخواهیم یا نخواهیم قانون محقق شده است. بنابراین قاعده رسمیت‌بخش اصلی کاملاً برآمده از منظر برون‌گرایی است، اصلاً توجه ندارد که شما چه تصویری دارید. اگر قاعده‌ای واجد معیارهای مندرج در اصل رسمیت‌بخش بود، مصداق قانون محقق شده است. البته او می‌گوید شما می‌توانید در اصل رسمیت‌بخش، معیارهای اخلاقی را داخل کنید و مثلاً بگویید آن قواعدی و مقرراتی که حاکم فرمانروا تدوین و ابلاغ می‌کند قانون است، مشروط بر اینکه عادلانه و اخلاقی باشد. بنابراین شما از قانون تبعیت می‌کنید نه صرفاً به دلیل اینکه حاکم فرمانروا حکم داده است، بلکه هم به این دلیل که او حکم داده، و هم به این دلیل که شما حکم او را عادلانه می‌دانید. عادلانه دانستن یعنی نظام ارزشی و باورهای شما در تشخیص قانونیت یک قانون دخالت دارد.

تا اینجا درباره نظریه فینیس صحبت کردیم. ملاحظه کردید او چگونه از هارت تاثیر پذیرفت، اما با معرفی رویکرد درون‌گرایانه یا منظر درونی به بحث تحلیل قانون، عملاً به پوزیتیویست‌های حقوقی هم کمک کرد که نظریه خود را ژرفا بخشند. پوزیتیویست‌های حقوقی به قائلین نظریه حقوق طبیعی کمک کردند که از فضای انتزاعی و منظر پیشینی به قانون، به فضای واقعی و موضع پسینی به قانون منتقل

شوند و به قانون آنچنان که در واقع است نظر کنند. نظریه پردازان حقوق طبیعی به پوزیتیویست‌ها کمک کردند که قدری از موضع برون گرایانه بی طرف و بیرون از نظام حقوقی فاصله گیرند و قانون را از درون نظام حقوقی و از منظر پیروان قانون نیز ببینند و به منظر درونی نیز رسمیت بخشند.

در نتیجه این گفتگوها و مباحثات است که بتدریج نظریه پیچیده تری از قانون در حال شکل گرفتن است و به توضیحی که در گفتارهای بعدی عرض خواهم کرد طبقه بندی و جای دادن فیلسوفان حقوق در این گروه‌ها و مکاتب بسیار دشوار خواهد شد؛ به بیان دیگر در موج‌های اخیر فکری گویی ما با آمیزه‌ای از این نظریات مواجهیم. تکمله‌ای بر توضیح نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی باقی مانده که بحث مختصری است درباره آرای لون فولر^۱ که ان شاء الله در نوبت آینده به آن خواهیم پرداخت.

گفتار ششم:

جلسه ششم: نظریه قانون طبیعی

(قرائت‌های متاخر - لیون فولر)

نوبت گذشته درباره نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی و تقریرهای جدیدتر این نظریه صحبت کردیم و خصوصاً گفتگوی انتقادی متاخر میان فیلسوفان مکاتب تحقیقی حقوق و مکتب حقوق طبیعی درباره مفهوم قانون را پی گرفتیم.

نکته مهم پوزیتیویست‌های حقوقی در نقد مکتب حقوق طبیعی این بود تحلیل شما از بالا به پایین می‌آید و قانون واقعی را، یعنی آنچه که در متن نظام‌های حقوقی و پهنه اجتماع تحقق پیدا کرده است، چندان به رسمیت نمی‌شناسید. فیلسوفان متاخر مکتب حقوق طبیعی تلاش کردند این سخن درست پوزیتیویست‌ها را در صورت‌بندی و تقریرهای جدید نظریه خود منظور کنند. بنابراین قرائت معتدل‌تری از آموزه محوری مکتب خود، یعنی وجود رابطه میان مفهوم قانون و اخلاق، ارائه کردند. مطابق این قرائت تعدیل یافته، هر قانونی که ارزش‌ها و معیارهای اخلاقی را تامین نکند و غیر اخلاقی باشد، به معنای بسیار مهمی ناقص است و به این اعتبار می‌توان گفت که قانون نیست، هرچند که واجد شرایط صوری و غیر ارزشی قانون باشد.

در مقابل، نظریه‌پردازان مکتب حقوق طبیعی توجه نظریه‌پردازان پوزیتیویست را به این نکته مهم جلب کردند که در مقام فهم قانون باید موضوع و منظر پیروی

کنندگان قانون و دیدگاه کارگزاران نظام حقوقی را نیز منظور کرد؛ این همان چیزی است که ما از آن با عبارت «منظر درونی» یاد کردیم. به بیان دیگر برای فهم چپستی و کارکرد باید حتما به قانون از درون، یعنی آنچنان که حاملان و عاملان قانون آن را ادراک می‌کنند، هم نظر کرد. کسانی مثل هارت در تدوین «نظریه پوزیتیویسم شامل» به این نکته توجه کردند و سعی بلوغ کردند تلقی حاملان و عاملان نظام‌های حقوقی را در فهم خود از چپستی قانون منظور کنند. مثلاً موضع پوزیتیویستی‌ای که هارت نهایتاً برگزید در واقع نوعی جرح و تعدیل موضع پیشین او برای مصون کردن نظریه‌اش از انتقادات نظریه‌پردازان مکتب حقوق طبیعی بود. درباره آرای یکی از مهم‌ترین کسانی که در دوران معاصر از نظریه مکتب حقوق طبیعی دفاع کرده در نوبت گشته بحث کردیم. در پیروی از هارت تلاش فینیس این بود که از واقعیت بیرونی قانون غفلت نرزد و مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون را مبنای نظروری خود درباره قانون قرار دهد. او از تحلیل مصادیق بارز قانون و نظام‌های قانونی موجود به این جمع‌بندی رسید که مردم به این دلیل قانونی را قانون دانسته و خود را ملزم به تبعیت از آن می‌دانند که دلایلی عمدتاً از جنس دلایل اخلاقی برای اعتبار آن قانون می‌شناسند. به این ترتیب بر مبنای تحلیل مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون، فینیس معتقد بود رابطه‌ای عمیق، مفهومی و ضروری میان قانون و اخلاق وجود دارد. بنابراین اگر قانونی با معیارهای اخلاقی هماهنگ نباشد، ناقص و فاقد اعتبار قانونی خواهد بود.

یکی دیگر از کسانی که با هارت وارد گفتگوی انتقادی شد و نظرات او هارت و فیلسوفان پس از او را متاثر کرد فیلسوفی است به نام لئون لوئیز فولر^۱. وی که به سال ۱۹۷۸ در گذشته، استاد فلسفه حقوق در دانشگاه هاروارد بود. پس از انتشار نظریه هارت، فولر نظرات و انتقادات خود بر آن را در نشریه حقوقی دانشگاه هاروارد منتشر کرد. انتقادات وی و متعاقب آن گفتگویی که بین او و هارت در گرفت از مباحثات بسیار مهم در فلسفه حقوق معاصر است. فولر علاوه بر اینکه خودش فیلسوف برجسته‌ای بود و نظراتش تأثیرات ماندگاری در درک ما از پدیده و مفهوم قانون بر جا نهاد از جهت دیگری نیز مهم است. او استاد رونالد دورکیم^۲ بود که خود یکی از برجسته‌ترین فیلسوفان معاصر حقوق است. دورکیم، اخیراً در سال ۲۰۱۳ وفات کرد. شما می‌توانید بوضوح تأثیر فولر بر دورکیم را دریابید. دورکیم البته به یک معنای خاص تداوم بخش راه کسانی مثل فولر بود. او به نوعی از نظریه

1. Lon Luvois Fuller

2. Ronald Dworkin

قانون در مکتب حقوق طبیعی دفاع کرد، اما در عین حال چنان‌که بعداً خواهم گفت، به نظر می‌رسد نهایتاً فیلسوفان متاخر دریافته‌اند هر کدام از این نظریات مختلف درباره قانون، به وجه مهمی از قانون توجه می‌کنند و محوریت می‌بخشند. شاید بهتر این باشد که برای دستیابی به یک نظریه متعادل و جامع درباره ماهیت قانون به سمت آمیزه‌ای از نظریات مختلف رفت. دورکیم از جمله کسانی است که تلاش کرد چنین نظریه‌ای را پیشنهاد کند؛ یعنی نظریه‌ای را پیش نهد که شامل نقاط برجسته و مهم همه تئوری‌های پیشین باشد. به همین دلیل است که نهایتاً این سلسله گفتار را با شرح آرای دورکیم، به عنوان کسی که تلاش کرد دستاوردهای نظریات و گرایش‌های متفاوت فیلسوفان حقوق در مورد چیستی قانون را با یکدیگر آشتی دهد و در یک کل تازه فراهم آورد، به انجام خواهیم رساند.

اینک نوبت توضیح نظریه فولر است. وی تا حد زیادی با هارت موافق است که مهم‌ترین نقش و اصلی‌ترین کارکرد قانون، تسهیل روابط اجتماعی و سامان دادن به مناسبات افراد در جامعه است. پس فولر مانند هارت، با آستین که قانون را به عنوان عامل باز دارنده و منع کننده ما از برخی رفتارها می‌دید، مخالف است. از نظر فولر نقش بنیادین قانون و نظام‌های حقوقی این است که رفتارهای اعضای جامعه را چنان سامان بخشد و مدیریت کند که همکاری متقابل میان فاعلان خردمند و مختار امکان‌پذیر و آسان شود. قانون نقشی بسی فراتر از نقش بازدارندگی که آستین برای قانون قائل بود، ایفا می‌کند.

فولر به رغم اینکه منتقد جدی نظریه هارت بود، از دو حیث مهم کاملاً تحت نفوذ وی قرار داشت. فولر دو نکته روش‌شناسانه مهم را از نحوه نظرورزی هارت برگرفت و از آنها در کار خویش استفاده کرد.

نکته اول این است که فولر همچون هارت معتقد بود که در مقام تحلیل فلسفی قانون نباید یک قانون خاص یا یک بخشی خاص از قانون را مبنا قرار داد، سپس تلاش کرد بقیه وجوه آن را فشرده و در آن قالب محدود گنجانند. واحد تحلیل قانون، کل نظام حقوقی است، نه این یا آن قانون خاص. به بیان دیگر به جای پرسش از عادلانه بودن یا نبودن این یا آن قانون خاص، مثلاً قانون برده‌داری، چند همسری یا منع رفتارهای قساوت‌آمیز با حیوانات، باید از عادلانه بودن یا نبودن کل نظام حقوقی پرسید. این پرسش اخیر، بسی مهم‌تر است. فرض کنید با بررسی یک نظام حقوقی عادلانه متوجه می‌شویم درون آن قوانین ناعادلانه‌ای وجود داشته دارد. همچنین در مطالعه یک نظام حقوقی ناعادلانه با قوانین ناعادلانه‌ای مواجه می‌شویم. موضع و رویکرد ما با این قوانین متفاوت خواهد بود. آری، هر دو قانون ناعادلانه

هستند، اما تفاوت این است که در فرض اول این قانون ناعادلانه بخشی از یک نظام حقوقی عادلانه است و در فرض دوم جزیی از نظامی که تماما ناعادلانه است. ولی به هر حال جان تحلیل هارت و فولر این نکته است که در تحلیل قانون باید نظام حقوقی را به مثابه یک مجموعه و یک کل مطالعه کرد، نه این یا آن مصداق قانون را. به بیان دیگر باید کل نگر بود نه جزیی نگر.

نکته دومی که فولر تحت تاثیر هارت در بحث خود مفروض گرفته این است که قانون مجموعه‌ای از قواعد است. بنابراین قانون باید بر مبنای قاعده تحلیل بشود. پس نکته اول این شد که واحد تحلیل «نظام حقوقی» است، نه این یا آن مصداق قانون. نکته دوم هم اینکه عنصر اصلی و گوهر ذاتی قانون «قاعده» است. پیشتر در بحث هارت توضیح دادیم که مقصود او از قاعده چیست.

با مفروض گرفتن این دو نکته، فولر تحلیل خود از قانون و رابطه آن و اخلاق را توضیح می‌دهد. بنابراین پرسش اصلی برای فولر این نیست که آیا قانون ناعادلانه قانون است یا خیر. از نظر او این پرسش درستی نیست؛ برای اینکه کسی این پرسش را مطرح می‌کند واحد تحلیل خود را این یا آن مصداق قانون خاص قرار داده است. نزد فولر پرسش اساسی‌تر این است که آیا قانونی که بخشی از یک نظام حقوقی غیر اخلاقی است، اساسا واجد اعتبار قانونی و قابل قبول است یا خیر.

یعنی اگر شما یک نظام حقوقی عمیقا غیر اخلاقی، مثلا غیر عادلانه را در نظر بگیرید، آیا قوانین درون این نظام حقوقی به معنای واقعی کلمه قانون هستند یا خیر. بنابراین پرسش به اخلاقی بودن یا نبودن کل نظام حقوقی راجع است. اگر نظام حقوقی به طور کلی و در مجموع به نحو عمیقی غیر اخلاقی باشد، پاسخ فولر این است که قوانین مندرج در بطن آن نظام حقوقی عادلانه نخواهد بود، به عبارت صحیح‌تر اصلا قانون نخواهد بود. بنابر این پرسش در مورد عادلانه بودن یا نبودن به جای اینکه معطوف به این یا آن قانون خاص بشود، باید معطوف به کل نظام حقوقی باشد.

بنابراین اگر از فولر پرسیده شود آیا قوانین مندرج در یک نظام حقوقی عمیقا غیر اخلاقی، قانون تلقی می‌شوند یا خیر، می‌گوید چنین مقرراتی را نباید قانون تلقی کرد. فراموش نکنید در اینجا وقتی می‌گوید چنین مقرراتی قانون تلقی نمی‌شوند، شما باید قرائت حداقلی را منظور کنید. یعنی ممکن است این مقررات به لحاظ صوری شرایط قانونیت را احراز کرده باشند، اما چون محتوای قانون با ارزش‌های اخلاقی و معیارهای ارزشی ما ناسازگار است، فاقد یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های قانونیت است. در اینجا معنای ادعای فولر به تعبیری که خواهیم دید این است که

معمولاً چنین قانونی نمی‌تواند مهم‌ترین نقش قانون یعنی مدیریت و سامان بخشی نظام اجتماعی را ایفا کند. پس این قانونی دچار نقصی چنان عمیق است که بودن و نبودن این قانون فرق نمی‌کند. مثل چاقویی که نمی‌برد.

مدعای اصلی این است که رابطه‌ای اجتناب‌ناپذیر، مفهومی و ضروری بین قانون و اخلاق وجود دارد؛ به طوری اگر شرط اعتبار اخلاقی را از نظام قانونی سلب کنیم مجموعه قوانین درون آن نظام حقوقی اعتبار قانونی خود را به یک معنای مهم از دست خواهند داد و قانونیت آنها محل تردید خواهد بود.

حال پرسش این است که استدلال فولر برای اثبات ادعایش چیست. استدلال وی را می‌توان در شکل یک برهان مبتنی بر قاعده رفع تالی صورت‌بندی کرد. فرض اول فولر در واقع همان است که در آرا و اندیشه‌های هارت هم دیدیم. فرض کنید در جامعه‌ای فرضی نظام حقوقی «الف» حاکم است. مطابق تحلیل هارت که فولر نیز با آن موافق است شما می‌توانید بگویید که نظام حقوقی «الف» متشکل است از سلسله قواعد است. این مفروض هارت بود. یعنی اگر معلوم شود که نظام حقوقی‌ای متشکل از قواعد نیست، معلوم می‌شود آنچه نظام حقوقی فرض شده، در حقیقت نظام حقوقی نیست. وجود قاعده شرط ضروری تحقق یک نظام حقوقی است. این مقدمه اول.

در مقدمه دوم به عنوان رکن مهم استدلال فولر، وی ادعا می‌کند اگر نظام حقوقی عمیقاً غیر اخلاقی باشد، آن نظام اساساً نمی‌تواند متشکل از قواعد باشد. حال چند پرسش مطرح است: اول اینکه معنای این سخن چیست؟ دیگر آنکه به چه دلیل فولر چنین نظری دارد؟ فرض کنید که این حرف درست باشد، چه نتیجه‌ای حاصل می‌شود؟

در منطق قاعده‌ای با عنوان «قاعده دفع تالی» مطرح است. مثلاً شما می‌گویید «اگر الف صادق باشد، آنگاه ب صادق است». حال اگر معلوم شد که ب کاذب است، نتیجه خواهیم گرفت که الف صادق نیست. مثال دیگر آن است که «اگر باران ببارد آنگاه خیابان‌ها خیس می‌شود». در نتیجه می‌توان گفت «خیابان‌ها خیس نیست، پس باران نمی‌بارد». به این می‌گویند قاعده رفع تالی. در یک ساختار شرطی دو گزاره داریم: مقدم و تالی. اگر گزاره تالی رفع و نفی شد، گزاره مقدم هم رفع و نفی می‌شود. کمابیش این صورت استدلالی در اینجا هم هست. ما می‌گوییم که اگر «الف» نظام حقوقی باشد، آنگاه «الف» متشکل از قواعد است. مقدمه دوم می‌گوید اگر «الف» غیر اخلاقی باشد، اساساً نمی‌تواند متشکل از قواعد باشد. بنابراین دست کم در مورد نظام‌های غیر اخلاقی این نتیجه حاصل می‌شود که نظام

حقوقی غیر اخلاقی نمی‌تواند یک نظام حقوقی باشد. البته باید در وجه صوری این استدلال دقت کنید؛ ولی منطق اصلی آن «قاعده رفع تالی» است.

یک پرسش مهم آن است که در این دیدگاه اخلاقی بودن نظام به عنوان یک مجموعه یعنی چه؟ و از چه راهی می‌توان فهمید که نظام حقوقی در کلیت خود اخلاقی هست یا خیر؟ به تعبیر دیگر پرسش این است که از کجا و چگونه می‌توان درستی این مقدمه را احراز کرد؟

اینها همان مطالبی است که فولر در صدد تبیین آنها است. پس صورت استدلال او روشن شد. فولر و هارت درباره مقدمه اول استدلال همداستان هستند. یعنی هر دو معتقدند نظام حقوقی، نظامی متشکل از قواعد است. اما به نظر می‌رسد این گزاره برای پوزیتیویست‌های حقوقی، خصوصا در تحلیل آستین، معنی ندارد. در مورد هارت هم بعدا توضیح بیشتری خواهم داد. در واقع هارت پس از نقد فولر بود که موضعش را در این خصوص اصلاح کرد. در گفتگویی که پیشتر داشتیم من صورت اصلاح شده نظریه هارت را مطرح کرده‌ام و حالا من توضیح خواهم داد که اصلاح و تعدیلی که هارت در نظریه صورت داد، حاصل تعامل با فولر بود.

به این پرسش برگردیم که چرا فولر معتقد است که نظام غیر اخلاقی اساسا نمی‌تواند نظام متشکل از قواعد باشد؟ دلیل او این است که اگر بنا است قواعد هدف قانون را برآورده کنند، اگر قواعد بخواهند قانون شوند، باید بتوانند رفتارهای ما سامان دهند. از طرف دیگر حکم صادر شده و قاعده وضع شده در صورتی مصداق واقعی قاعده بوده و خواهد توانست رفتارهای ما را جهت دهد و ما را در جهات معینی هدایت کند که شرطی در آن احراز شده باشد. آن شرط، برخورد مشابه با موارد مشابه است. اگر یک نظام حقوقی فاقد این چنین شرطی باشد نخواهد توانست رفتار مردم را سامان دهد. مثلا دو نفر در شرایط و با انگیزه کاملا یکسان مرتکب جرم مشابهی شده‌اند، اما نظام حقوقی یکی را مجازات کند و دیگری را عفو کند، این نظام حقوقی نخواهد توانست تنظیم کننده رفتار مردم و روابط اجتماعی باشد. به بیان دیگر نمی‌تواند نقش اصلی از قانون را ایفا کند. این مشکل اصلی است.

ممکن است شما بگویید مشکل بنیادی برخورد دو گانه نظام حقوقی با دو نفر که مرتکب جرم مشابه شده‌اند این است که برخورد دو گانه اخلاقی، عادلانه و منصفانه نیست. اما پوزیتیویست‌ها به شما جواب می‌دهند اخلاقی، عادلانه و منصفانه بودن یا

نبودن قانون برای ما مهم نیست.

اشکال اصلی برخورد دوگانه نظام حقوقی آن است که دیگر نمی‌توان گفت این نظام متشکل از مجموعه‌ای از قواعد است. زیرا قاعده است چیزی که در شرایط مشابه و موارد یکسان، به صورت واحد تکرار شود. وقتی می‌توانیم گوئیم قاعده وجود دارد که نتیجه رفتار افراد از قبل قابل پیش‌بینی باشد. اگر قرار باشد در نظام حقوقی به صورت دلخواه عمل شود و با موارد مشابه، برخوردهای متفاوت صورت گیرد، اصلاً قاعده‌ای متولد نمی‌شود. جامعه‌ای بدوی را فرض کنید که هیچ قاعده‌ای ندارد. رفتاری مشابه از دو نفر سر می‌زند، آن جامعه یکی را مجازات می‌کند و دیگری را پاداش می‌دهد. ما در تحلیل این وضعیت می‌گوییم اشکال کار آن است که این جامعه فاقد قاعده است. حال اگر جامعه‌ای تکامل یافت و دارای قاعده شد، ولی عملاً گاه این قاعده اجرا شود و گاه ترک شود، هیچ تفاوت مهمی با آن جامعه بدوی ندارد؛ در هر دو جامعه افراد نمی‌توانند نتیجه رفتارهای خود را پیش‌بینی کنند. بنابراین حداقل شرط تحقق یک قاعده این است که شما با موارد مشابه به نحو مشابه رفتار کنید، به بیان دیگر عدالت صوری محقق شود.

حالا فرض کنید قرار است قاعده به صورت دقیق و نه به نحو دلخواه اجرا شود. اما این قاعده به جامعه ابلاغ و اعلام نمی‌شود. مثلاً پارلمان یا هیأت دولت در جلسه محرمانه قوانین و مقرراتی تصویب کنند، اما آنها را به مردم اطلاع ندهند. اشکال این قوانین و مقررات آن است که مردم نمی‌توانند آنها را رعایت و پیروی کنند. اگر بنا بشود قاعده‌ای رعایت و اجرا نشود، بود و نبود آن قاعده یکی است. پس این هم شرط دوم است که قواعد باید همیشه به طور علنی به همگان اعلان شوند. اگر قرار است که نظام حقوقی متشکل از قواعدی باشد که رفتارهای اجتماعی مردم را نظم و سامان دهند، باید این شرایط، یعنی عدالت صوری و ابلاغ قانون به جامعه محقق شوند؛ در غیر این صورت آن قواعد نخواهند توانست نقش خود یعنی تنظیم رفتارهای اجتماعی را ایفا کنند. به بیان دیگر با فقد این شرایط به یک معنا اصلاً قاعده متولد نمی‌شود. شما قاعده را وضع می‌کنید که مردم به یک نحو خاصی عمل کنند، وقتی قاعده را به جامعه اعلام نکنید مردم نمی‌توانند به آن نحو خاص عمل کنند. این فرض دقیقاً شبیه وضعیتی است که قاعده وضع نشده باشد.

وقتی این مقدمات فراهم شد از دیدگاه فولر این‌ها شرایط تحقق حاکمیت قانون^۱ است. یعنی اگر قانون عبارت از قاعده باشد، اگر ما این قواعد را رعایت

نکنیم اصلاً قاعده متولد نمی‌شود. اگر این شرایط در مقام قانونگذاری رعایت نشده باشد، هیچ قاعده‌ای وجود نخواهد داشت.

حالا فرض کنید که شما قاعده وضع می‌کنید که اگر از امروز به بعد کسی مرتکب فلان رفتار مشخص شد، این مقدار معین مجازات حبس، یا مثلاً جریمه نقدی می‌شود. آیا این حبس و یا جریمه شامل کسانی که قبل از تصویب این قانون مرتکب آن رفتار شده باشند هم می‌شود؟ به اصطلاح قانون عطف بما سبق^۱ هم می‌شود؟ اشکال عطف بما سبق کردن قانون و تسری آن به رفتارهای صورت گرفته پیش از تصویب آن چیست؟ به بیان دیگر سیر قهقرای قانون و تسری دادن قانون به گذشته چه اشکالی وجود دارد؟

اشکال آن است که در آن زمان این قاعده وجود نداشته است. قاعده برای پیش‌بینی رفتارهای افراد در آینده است.

توجه داشته باشید که گاه ممکن است در زمانی که شخصی مرتکب جرم می‌شود قانونی برای مجازات مرتکبان آن رفتار مجرمانه وجود داشته باشد؛ اما در مورد او، به هر دلیل، مثلاً به دلیل نفوذ سیاسی یا اقتصادی او، یا ضعف و مستقل نبودن قوه قضاییه، مجازات اجرا نمی‌شود. بعداً و مثلاً در نتیجه تحولات سیاسی و اجتماعی امکان اجرای مجازات او فراهم می‌شود. در این شرایط بحث عطف بماسبق شدن قانون مطرح نیست؛ زیرا در زمان ارتکاب جرم این قانون موجود بوده است. منتها تاکنون زمینه اجرای قانون و مجازات مجرم فراهم نبوده، اینک این کار قابل انجام است. در واقع مجازات او با تاخیر انجام می‌شود. اینجا موضوع تطبیق و اجرای قانون است.

حالا شما فرض کنید که در یک نظام حقوقی تثبیت شده، مثلاً نظام حقوقی آمریکا زنان تا هفتاد سال پیش حق رای نداشتند. خوب ما معتقدیم این ناعادلانه بوده است. اما آیا امروز زنان می‌توانند علیه فرماندار فلان ایالت طرح دعوا کنند که آن موقع به زنان حق رای نداده است؟ دشوار است؛ زیرا در آن زمان قانونی که حق رای زنان را به رسمیت بشناسد وجود نداشته و فرماندار ایالت قانونی را نقض نکرده بوده است. در پاره‌ای مواقع نظام حقوقی در طول زمان تکامل پیدا می‌کند. رفتارهای غیرعادلانه‌ای که پیشتر غیر قانونی نبوده‌اند، بلکه بعضاً قانونی بوده‌اند مثل برده‌داری، نمی‌توانند مشمول قانون امروز قرار بگیرند. شما می‌توانید مشاهده کنید قانون در سیر تکامل طبیعی خودش به جایی می‌رسد که رفتارهایی که پیشتر از نظر ما

1. Ex post facto law

غیر اخلاقی و ظالمانه بوده‌اند، غیر قانونی هم اعلام می‌شوند. یعنی افزون بر نکوهش اخلاقی و واکنش‌های اجتماعی، مرتکب آن رفتارها مشمول مجازات‌های قانونی هم می‌شود. اما شما ممکن است با نظام حقوقی‌ای مواجه شوید که مظلوم انجام شده توسط قدرتمندان را اصولاً مشمول مجازات قانونی قرار نمی‌دهد. در اینجا کل نظام حقوقی شایسته نکوهش و انتقاد، از جمله انتقاد اخلاقی است. می‌توان گفت قانون برتر از این قوانین این نظام حقوقی وجود دارد که به اعتبار آن می‌توان قدرتمندان ستمگر را مجازات کرد. البته ممکن است کسی درون خود آن نظام حقوقی نتواند آزادانه در این باره نظر دهد. این وضعیت را گاه «موارد دشوار» می‌گویند که ما بعداً درباره آن صحبت خواهیم کرد. موارد دشوار مواردی است که در چهارچوب نظام حقوقی، قانون مشخصی برای حل آنها وجود ندارد. در این موارد قاضی چگونه باید حکم بکند؟ در این مورد بعداً صحبت می‌کنیم.

به نظر می‌آید این قوانین برتر از نظام حقوقی و حاکمیت قانون می‌توانند در استقرار عدالت اجتماعی بسیار کارآمد باشند. بسیاری از حقوق، آزادی‌ها و البته تکالیف و مسؤولیت‌های آحاد جامعه درون نظام حقوقی تعریف می‌شوند، اما یک سلسه حقوق مثلاً حقوق اخلاقی، حقوق و آزادی‌های اساسی بشر، پیشا حقوق‌اند؛ یعنی تحقق و اجرایی شدن آنها منوط و مشروط به وجود نظام‌های حقوقی نیست. حال اینکه ارزش و حقوق مقدم بر نظام حقوقی چگونه ممکن است در تصمیمات حقوقی تأثیر بگذارند، بحث مهمی است. ممکن است در شرایطی مثلاً به این علت که معتقدند این نظام حقوقی از اساس باطل است مردم یک جامعه بخواهند یک نظام حقوقی را از بیخ و بن ساقط و الغا کنند. در چنین شرایطی، یکی از مسائل مهم این است که دست اندرکاران آن نظام ساقط شده را بر اساس چه مبانی و قوانینی می‌توان محاکمه کرد؟

فرض کنید پس از پیروزی انقلاب ایران کسانی گفتند ما این نظام حقوقی را که در رژیم سابق تصویب شده از اساس قانونی نمی‌دانیم. ما قوانینی انقلابی مثلاً منبعث از شریعت داریم و این سران رژیم سلطنتی را بر مبنای آنها محاکمه می‌کنیم. یعنی آن نظام حقوقی تماماً یک سو نهاده شده و یک نظام حقوقی بدیل تعریف شده است. این یک شیوه است که برای تثبیت آن باید مبانی حجیت و دلایل اعتبار این نظام حقوقی جایگزین توضیح داده شود. شیوه دیگر آن است که مانند مشروطه خواهان بعد از پیروزی جنبش مشروطیت گفت این نظام حقوقی و قانون اساسی مورد قبول است. اساساً اعتراض مردم به این خاطر بوده که به این قانون اساسی عمل نمی‌شده است. حال اگر کسی از سران حکومت گذشته مرتکب خطایی شده

است باید در چارچوب همین نظام حقوقی و قوانین و مقرراتش به آن خطا و یا جرم رسیدگی شود و بر پایه قوانین و رویه‌های حقوقی همین نظام درباره آنان تصمیم‌گیری شود. اصطلاح «موارد دشوار»^۱ زمانی مطرح می‌شود که مردم به نظام حقوقی موجود معتقد هستند و نمی‌خواهند از طریق انقلاب، کل نظام حقوقی فعلی را اسقاط و یک نظام حقوقی جایگزین ایجاد کنند. بحث من الان مربوط به این است. یعنی نظام حقوقی مستقر است، ولی مشکل این است که نظام حقوقی فعلی در مواردی راه حل قانونی حل مشکلات را پیش‌بینی نکرده است. در این موارد چه باید کرد؟

پاسخ من به پرسشی که در این مورد مطرح شد اینجا ارایه می‌شود. این مثال بیان شد که یک رهبر سیاسی مرتکب رفتارهای شنیع که مصداق نقض حقوق بشر و خیانت به ملت و سوء استفاده از قدرت هستند، شده است. کاملاً ممکن است که این فرد را در چارچوب نظام حقوقی همان جامعه محاکمه و به مجازات قانونی محکوم کرد؛ زیرا در قوانین همان نظام حقوقی هم مجازات مرتکب چنین خیانت‌ها و جنایت‌هایی بیان شده است. منتها آن رهبر قدرتمند اجازه نمی‌داده است که قانون موجود بر او تطبیق داده شود. حال در شرایطی که مردم این قدرت را دارند، قانون موجود را در مورد آن حاکم ستمگر اجرا می‌کنند.

فرض دیگر آن است که قوانین نظام حقوقی موجود چنین جرایم و مجازات آنها یا محاکم ذی‌صلاح برای رسیدگی به این پرونده‌ها را پیش‌بینی نکرده‌اند. در این صورت اگر بخواهیم این نظام حقوقی را حفظ کنیم، با یک «مورد دشوار»^۲ مواجه هستیم. از سویی می‌خواهیم نظام حقوقی را حفظ کنیم، از سوی دیگر در این نظام قانون و رویه حقوقی‌ای برای چنین محاکماتی پیش‌بینی نشده است. باید بینم چگونه عمل می‌شود.

برگردیم به بحث اصلی؛ گفتیم رعایت عدالت صوری، یعنی برخورد مشابه از سوی نظام حقوقی در موارد مشابه ضروری است. اصل دوم عطف بماسبق نشدن قواعد است. اصل سوم ضرورت ابلاغ قواعد و قوانین به مردم و اطلاع رسانی موثر و بهنگام به جامعه است. نکته بعدی این است که قواعد و قوانین باید از ثبات نسبی برخوردار بوده، از تغییرات مدام مصون باشند. اصلاح و تغییر یا الغای قانون جز در موارد بسیار ضروری نباید انجام شود. دلیل نکته اخیر همان نکته‌ای است پیشتر هم بیان شد. قاعده برای پیش‌بینی پذیر شدن نتایج رفتار افراد وضع می‌شود؛ پس باید

1. Hard cases

2. Hard case

دارای نوعی داوم و ثبات باشد. اگر مرتباً قواعد و قوانین در حال تغییر و بی‌ثباتی باشند، نمی‌توانند نقش اصلی خود در جامعه را ایفا کنند.

شرط پنجم این است که قواعد نباید مبهم و قابل تفاسیر متعدد باشند. هر بیان و متنی، از جمله قواعد و قوانین ناگزیر قابل تفسیر هستند؛ نمی‌توان فهم واحدی از یک عبارت برای همگان ایجاد کرد و راه تفسیر و تاویل را بست. در عین حال اگر تعبیر و واژه‌هایی که قانونگذار استفاده می‌کند زیاده مبهم و مجمل باشند، به طوری که بتوان آنها را به صورت‌های متعدد ادراک و تفسیر کرد، نقض غرض خواهد شد. وضع قاعده برای پیش‌بینی پذیر شدن رفتار افراد است. اگر دایره تفسیر قاعده بسیار فراخ شود نخواهد توانست رفتارهای مردم را جهت و سامان دهد؛ زیرا هر گروه و عده‌ای تفسیری متفاوت از آن قاعده خواهند داشت.

خلاصه آنکه نمی‌توان قوانین و قواعد را چنان واضح تقریر کرد که از هر ابهامی مبرا باشند، بلکه چنان که خواهیم دید در پاره‌ای موارد قانونگذار تعمداً، مثلاً برای محفوظ داشتن امکان ارایه تفاسیر مختلف از قانون، نوعی ابهام در قاعده و قانون می‌گذارد. با همه این احوال نباید مفاهیم کلیدی قانون چنان مبهم باشد که مثلاً قابل تفسیر به معانی متعارض باشد؛ زیرا چنین نخواهد توانست نقش جهت بخشی به رفتارهای مردم را ایفا کند. بنابراین اصل و قاعده آن است تا حد ممکن متن قانون واضح و غیر مبهم باشد.

نکته دیگر این است که قواعد و قوانین نباید به کارگزاران و مجریان قانون، اختیارات گسترده و زیاده از حد دهد؛ به گونه‌ای که مثلاً سرنوشت کسی که در دادگاه مراجعه کرده یا احضار شده، یکسره به دست قاضی باشد. اگر فرد به دلیل متهم شدن به جرم خاصی در دادگاه محاکمه می‌شود او و مثلاً وکیل او باید بتوانند نتیجه دادگاه را پیش‌بینی کنند. در غیر این صورت مشخص می‌شود اشکال و نقصی در نظام حقوقی وجود دارد. چگونگی اجرای قانون نباید در اختیار افراد و وابسته به فهم و تمایلات آنان شود. حسن قاعده و کارکرد اصلی آن این است که به افراد قدرت پیش‌بینی می‌دهد. این ویژگی همواره باید محفوظ بماند. اگر قانونگذار دست مجریان قانون را چنان باز گذارد که آنان بتوانند به هر صورت دلخواه قانون را اعمال و اجرا کنند، سرنوشت افراد پیش‌بینی ناپذیر و یکسره در گرو تشخیص کارگزاران قانون خواهد بود. آشکار است چنین وضعیتی با حکمت وضع قاعده و قانون ناسازگار است.

تمام این شرایط و الزاماتی که فولر بیان کرد، مانند لزوم عدالت صوری، عطف بما سبق نشدن قوانین، لزوم اعلام علنی و ابلاغ موثر قواعد به مردم، همگی اقتضای

قواعد و اصول اخلاقی است. تمام این‌ها مقتضای اصل عدالت و انصاف است. به تعبیر دیگر فولر می‌گوید که اگر این شرایط رعایت نشود، اصلاً قاعده، قاعده نخواهد بود. نظام حقوقی‌ای که عمیقاً غیر اخلاقی است، مثلاً این اصول ششگانه را رعایت نمی‌کند، در واقع اجازه نمی‌دهد که مقررات قانونیش به قاعده، یعنی الگوی جهت دهنده رفتار مردم، تبدیل شوند. اصول ششگانه مذکور جملگی قواعد اخلاقی هستند. نظام حقوقی‌ای که این امور را رعایت نکند، نظامی غیر اخلاقی است و اصولاً قاعده نمی‌تواند در آن تعریف شود؛ زیرا عدم رعایت این قوانین، قاعده را از قاعده بودن اسقاط می‌کند. به این دلیل است که فولر مقدمه دوم استدلالش را صحیح تلقی می‌کند.

اگر شما نیز مقدمه دوم استدلال او را معتبر بدانید، نتیجه خواهید گرفت نظامی حقوقی غیر اخلاقی، اصولاً نمی‌تواند نظام حقوقی باشد. نظامی که این حداقل اصول اخلاقی در آن رعایت نشده باشد، آن نظام اساساً اعتبار قانونی ندارد. بنابراین شما در صورتی می‌توانید یک نظام را حقوقی بدانید که آن نظام قاعده‌مند باشد. از سوی دیگر تحقق قاعده حداقل منوط به رعایت این شش اصل اخلاقی است. بنابراین اگر این اصول ششگانه اخلاقی رعایت نشده باشد، شما قاعده ندارید و نتیجتاً قانون ندارید.

چند نکته درباره این اصول عرض کنم. نکته اول این است که این اصول به ما چارچوب کاری می‌دهند. بیش از آنکه به محتوای قانون مربوط باشند، به ما می‌گویند اگر می‌خواهید قاعده‌ای وضع کنید، در آن فرآیند باید چه اصولی را رعایت کنید. این قواعد آیین کار قانون‌گذاری هستند.

نکته دوم این است که تمام این قواعد اقتضائات عدالت و انصاف هستند. فولر این نوع اصول یا قواعد اخلاقی را که رعایت آنها شرط تحقق قاعده، و به تبع آن شرط تولد قانون است، «اخلاق درونی قانون» نامیده است. او معتقد است که رعایت این حداقل اصول اخلاقی، برای تحقق قانون لازم است.

بعد از این گفتگوها است که هارت در تلقی خود از قانون و اخلاق تجدید نظر می‌کند. نکته‌ای که هارت به تئوری خود اضافه می‌کند قابل توجه است. او ابتدا مثل آستین می‌گفت هیچ رابطه‌ای میان قانون و اخلاق وجود ندارد. بعداً می‌گوید در مواردی رابطه قانون و اخلاق باید ضروری و مفهومی تلقی شود. او پوزیتیویسم را درونی می‌کند و معتقد است وقتی که رابطه اخلاق و قانون از طریق اصل رسمیت‌بخش برقرار شود، رابطه‌ای عَرَضی است، نه رابطه‌ای ذاتی. این بخش از تحلیل وی با موضع پوزیتیویستی او سازگار است. اما بعد دو قید دیگر به تحلیل

خود اضافه می‌کند که رابطه قانون با اخلاق دست کم در آن دو مورد ذاتی خواهد شد و این، کاملاً برخلاف آموزه اصلی پوزیتیویست و کسانی مانند آستین است که می‌گویند هیچ رابطه ضروری مفهومی بین قانون و اخلاق وجود ندارد.

در نوبت گذشته چند اصل و چند نوع رابطه میان قانون و اخلاق را در دیدگاه هارت برشمردیم. یکی همان چیزی است که به آن می‌گویند عدالت صوری؛ یعنی اینکه با موارد مشابه باید برخورد مشابه کرد. دیگری آن است که گفت قانون باید مصلحت حداقل بخشی از مردم را تامین کند. قانون در صورتی می‌تواند نقش قانونیت را ایفا کند که یک حداقلی از مصالح را برای دست کم گروهی از مردم جامعه تامین کند.

هارت معتقد است این روابط، بویژه رابطه دوم، میان اخلاق و قانون ضروری هستند. این انعکاس گفتگویی است که میان هارت و فولر انجام شده است. می‌گویند فرض کنیم که شما درست می‌گویید که قانون یعنی قاعده؛ اما اگر شما این حداقل اصول اخلاقی را رعایت نکنید، اصلاً قاعده‌ای محقق نمی‌شود، بنابراین قانونی هم به وجود نمی‌آید. پس رعایت این اصول اخلاقی، اساساً شرط تحقق قانون است. این حد از اخلاق باید در درون نظام حقوقی و مفهوم قانون مفروض باشد.

در مقام نقد نظریه فولر می‌توان این نکته را طرح کرد که گاه این شرایط ششگانه در نظام‌های حقوقی ناعادلانه یا سیستم‌هایی مثل مافیایی که درون نظام‌های عادلانه نفوذ کرده‌اند، نیز رعایت می‌شوند اما رعایت این شرایط به معنای عادلانه شدن آن نظام حقوقی و سیستم مافیایی نیست. این انتقادی است که به فولر وارد است. به نظر می‌آید چیزی که فولر به نحو قانع‌کننده‌ای نشان داده آن است که رابطه‌ای ضروری میان قانون و اخلاق وجود دارد. پس آموزه اصلی نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی به این معنا درست است. اما پرسش مهم این است که گرچه رعایت این قواعد عدالت صوری را برای قواعد تامین می‌کند، اما آیا به تامین عدالت محتوایی نیز منجر می‌شود؟ مثلاً می‌توان یک سیستم کاملاً مافیایی فرض کرد که تمام آن اصول را رعایت می‌کند، ولی آن سیستم از اساس عادلانه نیست. بنابراین حق با فولر بود که رعایت این حداقل اصول اخلاقی برای تولد قانون و تحقق نظام حقوقی ضروری است. اما رعایت آنها برای اخلاقی و عادلانه بودن یک نظام حقوقی کافی نیست.

به هر حال نقشی که فولر داشت این بود که به یک معنا پوزیتیویست‌های حقوقی را وادار کرد که این حداقل را بپذیرند که استقلال کامل و مطلق اخلاق از قانون با این قاطعیتی که آنها ادعا می‌کنند، حتی بر مبنای خود آنها امکان‌پذیر نیست. البته به

نظر می‌آید که نظریه پردازان مکتب حقوق طبیعی به اثبات رابطه‌ای بسی بیش از این حداقل میان قانون و اخلاق مایلند، ولی استدلالشان وافی به مقصودشان نیست. یعنی حداقل چیزی که از اینجا بر می‌آید آن است که شما می‌توانید یک نظام طبیعی کاملاً مافیایی داشته باشید که به این معنای خاص، اخلاقی هم باشد، اما به معنای ژرف‌تر و گسترده‌تری که مطلوب ما است، نظام حقوقی به مثابه یک کل ناعادلانه و غیر اخلاقی تلقی شود.

در واقع نسل‌های بعدی و کسانی مثل دورکیم مایلند تحلیلی از قانون ارایه دهند که نقش اخلاق در قانون قدری از رعایت این حداقل‌ها، فراتر و گسترده‌تر باشد. در گفتار آینده ما در مورد رویکرد دیگری سخن خواهیم گفت که می‌توان آن را «واقع‌گرایی حقوقی» نامید. واقع‌گرایی حقوقی بر مبنای نقدی بر نظریه پوزیتیویسم حقوقی هارت شروع شد و بتدریج سامان یافت. سپس گفتار نهایی ما در مورد «نظریه قانون به مثابه کل جامعه» خواهد بود که یک تمامیت سازگار و جامع است که توسط دورکیم مطرح شده و آن بر مبنای نقد دیگری بر نظریه هارت بوده است. بنابراین در جلسه آینده موضوع سخن عبارت خواهد بود از یک نقد مهم بر نظریه هارت و نیز نظریه‌ای که بر مبنای این نقد شکل گرفته است. در جلسه بعد از آن، نقد مهم دیگری بر نظریه هارت مطرح خواهیم کرد که منشأ شکل‌گیری نظریه دیگری در تحلیل ماهیت قانون شده است.

گفتار هفتم:

واقع‌گرایی قانون

در جلسات گذشته گفتگوی میان مکتب حقوق طبیعی و مکتب تحقیقی حقوق درباره مفهوم قانون را بررسی کردیم. ملاحظه کردید که انتقادات هر یک از این دو مکتب بر دیگری، نهایتاً به تعدیل هر دو انجامید. در این نوبت مایلیم به واکنش دیگر و تئوری دیگری که درباره ماهیت قانون در فلسفه حقوق مطرح شده است، یعنی «واقع‌گرایی حقوقی»^۱ بپردازیم.

واقع‌گرایی حقوقی هم در گفتگوی انتقادی با مکاتب تحقیقی حقوق شکل گرفته است. به خاطر دارید که در نظریه هارت گوهر قانون عبارت است از یک قاعده. در واقع مهم‌ترین ویژگی تحلیل هارت از قانون این است که او قانون را به عنوان مجموعه‌ای از قواعد می‌شناسد. از نظر او مثلاً مهم‌ترین کار یک قاضی این است که قواعد را بشناسد و تقریباً به نحو مکانیکی قواعد را بر موارد خاص تطبیق دهد. فرضاً در یک صحنه دادرسی ما چند عنصر اصلی داریم. قاضی و هیات منصفه و یک مورد حقوقی که باید درباره آن قضاوت شود. در اینجا دو گروه با هم درباره این مورد حقوقی بحث می‌کنند. کسانی له این موضوع و کسانی علیه این موضوع سخن می‌گویند. کسانی مثلاً وکلای مدافع تلاش می‌کنند از فرد متهم دفاع کنند و

1. Legal realism

کسانی مثلاً دادستان‌ها تلاش می‌کنند علیه متهم اقامه دعوی کنند. در جلسه دادگاه دادستان قرائن، شواهد و مدارک عرضه می‌کند که اثبات کند فرد متهم واقعا مجرم است. وظیفه و کیل مدافع هم این است که نشان بدهد قرائن، شواهد و مدارک ارائه شده علیه متهم برای اثبات مجرم بودن او کافی نیست. بنابراین جلسه دادگاه صحنه گفتگو و مباحثه و کیل مدافع و دادستان است. هدف از این گفتگو نیز این است که هیات منصفه و قاضی قانع شوند که فرد متهم به واقع مجرم است یا نه. یعنی نهایتا بر حسب نظام‌های مختلف آیین دادرسی، این هیات منصفه یا قاضی است که درباره ماهیت امر تصمیم می‌گیرد. یعنی کار هیات منصفه و قاضی ناظر به واقع است؛ آنها باید تصمیم گیرند که واقعیت امر چه بوده است و مبنای تصمیم آنان استماع دقیق و مشاهده بی‌طرفانه مباحثه‌ای است که میان وکیل مدافع و دادستان، له و علیه این شخص خاص صورت گرفته است. وقتی هیات منصفه یا قاضی به نتیجه خاصی می‌رسند، مثلاً فرض کنید هیات منصفه به این نتیجه می‌رسد که فرد متهم مجرم است، بخشی از دادرسی و نقش هیات منصفه تمام می‌شود. از اینجا به بعد کار اختصاصی قاضی شروع می‌شود. ابزار قاضی مجموعه‌ای از قواعد و به بیان دیگر قانون است. قواعد حقوقی قانونی در واقع گزاره‌هایی شرطی هستند. فرضا قاعده‌ای می‌گوید اگر فردی مرتکب قتل عمد شود آنگاه باید به مجازات حبس ابد محکوم شود. در کتاب قانون که راهنما و دستورالعمل این قاضی است یک سلسله قواعد قانونی در قالب گزاره‌های شرطی وجود دارد که اگر کسی مرتکب چنین جرمی شود، فلان مجازات پیش‌بینی شده بر او تحمیل می‌شود. در نظام‌های دادرسی مشتمل بر هیات منصفه‌شان قاضی این نیست که تصمیم بگیرد آیا این فرد مرتکب قتل عمد شده است یا نه. اتخاذ این تصمیم برعهده هیات منصفه است، اعضای هیات منصفه بعد از استماع توضیحات دادستان و دفاعیات متهم یا وکیل او و بررسی شواهد و مدارک مثلاً به این نتیجه می‌رسند که بله این متهم مرتکب قتل عمد شده است. کار قاضی آن است که این دو، یعنی قاعده قانونی و نتیجه‌گیری هیات منصفه را کنار هم قرار داده، حکم دعوا را استنتاج کند. می‌گوید به اعتبار این قضیه شرطی قانون و به اعتبار این تصمیم هیات منصفه این فرد به مجازات حبس ابد محکوم می‌شود. کاری که قاضی می‌کند یک مدعای استنتاجی است. یعنی به شما می‌گوید بنا به فرض قانونی که در اختیار ما است و بنا به فرض تشخیصی که هیات منصفه داده است حکم این مورد خاص عبارت است از این. یک استنتاج صورت می‌گیرد که دو مقدمه دارد: یکی قاعده مذکور در کتاب قانون، دیگری مدعای ناظر به امر واقع که از طریق هیات منصفه به او عرضه می‌شود.

در این تصویر از آیین دادرسی که کمابیش مدل مورد نظر هارت هم هست، کار قاضی دو چیز است. اول آنکه باید قواعد قانونی را بداند. دوم اینکه باید بتواند آن قاعده را به نحو مکانیکی بر مواردی که بر او عرضه می‌شود تطبیق دهد و حکم دعوا را استنتاج کند. پس کار قاضی تشخیص قواعد و تطبیق قواعد است، نه بیش از این. گویی در مدل هارت، نظام حقوقی و فرآیند تصمیم‌گیری قضایی ساختاری کاملاً مضبوط، منطقی و همه چیز از پیش تعیین شده دارد. روابط میان اجزای سیستم کاملاً منظم و منطقی است و همه منتظرند که قاضی قواعد حقوقی را متن کتاب قانون استخراج و اتوماتیک‌وار بر پرونده مطرح شده تطبیق کند. قاضی نقش دیگری مثلاً تعیین نتیجه حکم را برعهده ندارد. وظیفه قاضی فقط تطبیق قانون موجود بر موردی است که هیأت منصفه به او عرضه می‌کند. قاضی صرفاً تطبیق‌کننده مکانیکی قانون بر موارد خاص است.

ناگفته پیداست که این تحلیل، جامع و بی‌نقص نیست و نقد آن است که به دیدگاه واقع‌گرایی حقوقی منجر می‌شود. واقع‌گرایان حقوقی عمدتاً حقوق‌دانان، وکلا و دیگر کسانی بودند که به طور عملی^۱ به مشاغل حقوقی اشتغال داشتند، نه صرفاً فیلسوفان و نظریه‌پردازانی که فقط در دانشگاه و کتابخانه با قانون آشنا شده باشند. مثلاً قضاتی بودند که خودشان در دادگاه حکم صادر می‌کردند؛ وکلای دادگستری بودند که در دادگاه‌ها حضور فعال داشتند؛ دادستان‌هایی بودند که در دادگاه‌ها به عنوان مدعی العموم، از حقوق عمومی دفاع می‌کردند. اینان معتقد بودند که آن تحلیل و تصویر که شخصیت فردی، خُلقیات و دیدگاه‌های مجریان قانون و دست‌اندرکاران امر قضاوت را نادیده یا دست‌کم می‌گیرد، بسیار دور از واقعیت است. حقیقت آن است که در فرآیند دادرسی، قاضی نقش بسیار مهمتری از تطبیق قانون بر مورد خاص ایفا می‌کند و این نقش چندان مهم است که در واقع باید گفت قانون چیزی نیست جز آنچه که مقامات رسمی و دارای صلاحیت، در روند دادگستری، اجرای قانون و دیگر فرآیندهای معمول در نظام حقوقی انجام می‌دهند. به همین دلیل است که این نظریه‌پردازان واقع‌گرا نامیده شده‌اند. آنها می‌گویند این تصویر انتزاعی و بسیط با آنچه عملاً در محاکم قضایی جاری و معمول است، تفاوت اساسی دارد. در آن تحلیل همه چیز از پیش تعیین شده، مرتب و مضبوط انگاشته شده است. اما در فرآیند تصمیم‌گیری قضایی مساله ابعاد مختلف و متنوعی دارد و گاه امور بسیار آشفته و پیچیده است. چنین نیست که در مورد هر

پرونده قضایی، قواعدی کاملاً واضح و غیر اختلافی موجود باشد که بر اساس آنها مثلاً اگر چند قاضی به طور مجزا به آن پرونده رسیدگی کنند، همه به نتیجه مشابهی برسند و حکم یکسانی دهند. به تجربه آشکار است که محاکم مختلف، حتی در یک حوزه قضایی، نسبت به یک دعوا، احکام و آرای مختلف دارند. یک قاضی متهم را مستحق کیفر می‌داند، قاضی دیگر حکم برائت همان متهم را صادر می‌کند. شخصیت قاضی، به عنوان فردی که حکم را استنباط می‌کند در ماهیت حکم صادره موثر است و این تاثیر را باید در تحلیل خود از قانون منظور کرد. بنابراین قانون صرفاً مجموعه قواعد و مقررات موجود در کتاب‌های قانون نیست. بلکه قانون عبارت است از آنچه قضات، وکلا، مقامات رسمی قانونی، حاملان و عاملان رسمی نظام حقوقی در محاکم و فرآیند واقعی تصمیم‌گیری حقوقی انجام می‌دهند. به معنای دقیق کلمه قانون عبارت است از پیش‌بینی عملکرد محاکم.

برای اینکه بتوان عملکرد محاکم را پیش‌بینی کرد باید از رهگذر بررسی دقیق علمی و تجربی دید عوامل تاثیرگذار بر قاضی‌ای که در حال بررسی پرونده و در فرآیند تصمیم‌گیری قضایی و استنباط حکم است چیستند. در بسیاری از مواقع شما می‌توانید تاثیر عوامل روانشناختی بر قاضی را مشاهده کنید. بعضی از قضات آدم‌های خشنی هستند و احکام سختگیرانه‌تری صادر می‌کنند. شخصیت بعضی از قضات به گونه‌ای است که اهل تسامح بیشتری هستند. نتیجتاً در تصمیم‌گیری‌هایشان معتدل‌تر هستند. طبقه اجتماعی قاضی بسیار مهم است. قاضی که خودش در یک جامعه مورد تبعیض رشد کرده است و طعم تلخ تبعیض را چشیده، نسبت به بی‌عدالتی حساس‌تر است. قاضی‌ای که خودش رنگین پوست است یا به صورت به اقلیت‌های اجتماعی یا مذهبی تعلق دارد، نسبت به دعاوی که در آنها حقوق رنگین پوست‌ها یا آن اقلیت نقض شده، حساسیت بیشتری دارد. قاضی که خود در فقر بزرگ شده نسبت به بی‌عدالتی و فاصله طبقاتی حساس‌تر است. حتی شهری یا روستایی بودن قاضی در نگاه او به مسائل موثر است. نقش این عوامل فرا قانونی در تصمیمات قضایی بسی مهم‌تر و موثرتر از الفاظ بی‌جان قانون است. بنابراین در پاسخ به این پرسش که قانون چیست، واقع‌گرایان حقوقی یک پاسخ خیلی روشن و در بادی نظر شگفت‌انگیز دارند. می‌گویند قانون عبارت است از هر آنچه که مقامات و مراجع قانونی می‌گویند و انجام می‌دهند. بنابراین پیش از اینکه یک محکمه قضایی به یک حکم حقوقی برسد، نمی‌توان از قانون سخن گفت. قانون برآیند و مجموع چیزهایی است که این افراد در فرآیند تصمیم‌گیری حقوقی از خود نشان می‌دهند.

اما چرا واقع‌گرایان حقوقی چنین نظری دارند؟ نکته اول این است که وقتی به

واقعیت تصمیم‌گیری‌های حقوقی نظر می‌کنیم متوجه می‌شویم این تصمیم‌گیری‌ها تا حد زیادی متأثر از عوامل روانشناسانه و جامعه‌شناسانه هستند. نکته دوم هم این است که به توضیحی که در ادامه خواهیم گفت، قواعد همیشه به نتیجه واحد نمی‌رسند. آری، قاعده دامنه واکنش‌های ممکن به یک رفتار را محدود می‌کند. اساساً قواعد برای پیش‌بینی پذیر شدن عکس‌العمل نظام حقوقی به رفتار ما وضع می‌شوند. این درست است، اما در عین حال قاعده و قانون تفسیربردار است. معنای اینکه می‌توان یک قاعده را به شیوه‌های مختلف تفسیر کرد، آن است که نسبت به رفتار یکسان، بیش از یک واکنش و پاسخ ممکن وجود دارد. برای پیش‌بینی اینکه قاضی کدام یک از این واکنش‌های ممکن در محدوده قاعده را اختیار می‌کند و بر مبنای آن حکم می‌دهد، باید به عوامل فرا قانونی تأثیرگذار بر شخصیت قاضی توجه کرد. واقع‌گرایان حقوقی می‌گویند قاضی برای صدور حکم هر دعوا باید این مراحل را طی کند. نخست باید واقعیت امر را با دقت کافی بررسی کند. باید واقعیات مربوط به پرونده را دقیقاً مطالعه کند. در این مرحله دیگر دست اندرکاران امر دادگری، مثلاً پلیس، کارشناسان رسمی دادگستری و پزشکی قانونی باید اطلاعات تخصصی خود را در اختیار قاضی قرار دهند. مثلاً اگر در صحنه جنایت خونی پیدا شده، باید تجزیه و تحلیل شود و فرضاً معلوم شود مشابه با گروه خونی متهم هست یا خیر؛ باید تست DNA شود. اگر دست‌نوشته‌ای هست، کارشناسان رسمی دادگستری باید اصالت آن خط و امضا را بررسی کنند. خلاصه اینکه باید واقعیات مربوط به این پرونده که می‌توانند در تصمیم‌گیری قضایی موثر باشند در اختیار قاضی گذاشته شود. بررسی این امور نخستین گام است.^۱

۱. در مرحله دوم قاضی باید تصمیم بگیرد که بر اساس این واقعیت‌ها، این مورد حقوقی را که در برابر او نهاده شده است ذیل چه عنوانی از عناوین حقوقی تحلیل کند؛ در اصطلاح حقوقی به این مرحله «توصیف مورد دعوا» گفته می‌شود. مثلاً اگر شخصی به اموال دیگر تعدی کرده است، قاضی با مطالعه و بررسی واقعیت‌های منعکس شده در پرونده تصمیم می‌گیرد این تعدی به اموال دیگران را تحت کدام یک از عناوین مجرمانه «سرقت»، «غصب»، «خیانت در امانت» یا «اختلاس» بررسی کند. به عنوان مثال دیگر فرض کنید که تصادفی اتفاق افتاده است. شخصی که در این حادثه صدمه دیده به منظور مطالبه جبران خسارات و صدمات به دادگاه مراجعه کرده و طرح دعوا می‌کند. قاضی تمام اطلاعات مربوط به این تصادف و راننده یا رانندگان مرتبط، اطلاعات فنی مربوط به آن اتومبیل یا اتومبیل‌ها را بررسی می‌کند. بعد می‌گوید موضوع این پرونده عبارت است «مطالبه جبران خسارت ناشی از نقص فنی در اتومبیل». در عین حال ممکن است قاضی توصیف دیگری ارائه کند و بگوید موضوع این پرونده عبارت است از «مطالبه جبران خسارت ناشی از بی‌احتیاطی در رانندگی». توصیف سوم ممکن است این باشد: «مطالبه جبران خسارت ناشی از سوء قصد به جان او توسط راننده اتومبیل». پس قاضی بر مبنای مجموعه‌ای از امور، از جمله محتویات پرونده، گزارش فنی پلیس، استماع شهادت شهود، دفاعیات متهم، درک خود از مفهوم عدالت، تجربیات خود از پرونده‌های مشابه، رویه قضایی در حل و فصل این گونه دعاوی، شخصیت و عوامل روانشناختی، جامعه‌شناختی و اجتماعی که در آن رشد کرده است، درباره این پرونده خاص تصمیمی می‌گیرد. (یادداشت ویراستار)

در مرحله سوم برای آنکه بتواند تصمیم خود را به طور مستدل و مستند بیان کند، به متون قانونی مراجعه کرده، تلاش می‌کند از میان اصول و قواعد و قوانین مندرج در کتاب قانون، متناسب‌ترین و هماهنگ‌ترین موارد با تصمیمی را که پیشتر اتخاذ کرده، انتخاب کند و رای خود را با استناد به آنها به صورت موجه و مشروع اعلام کند.

پس طبق تحلیل مکتب واقع‌گرایی حقوقی، قاضی عملاً برای کشف حکم دعوا به کتاب قانون مراجعه نمی‌کند، بلکه برای یافتن پشتوانه قانونی و مبنای حقوقی برای تصمیمی که قبلاً گرفته است به متن قانون رجوع می‌کند.

یک پرسش دقیق در این مقام از بحث این است که در مثال بالا مبنای تصمیم قاضی چیست؟ مطمئناً سنت‌های حقوقی و رویه‌های قضایی که مورد در پرونده‌های مشابه وجود داشته‌اند و قاضی با آنها آشنا است، در تصمیم‌گیری او موثر بوده‌اند. پس چنین نیست که قاضی ابتدا تصمیم‌گیری کند، سپس صرفاً برای پیدا کردن تاییدات و شواهدی برای تصمیم خود به قواعد و به قوانین مراجعه کند. بلکه اطلاع او از همین قواعد و قوانین است که او به تصمیم اتخاذ شده رسانده است.^۱

دقت شود چنین نیست که در نظام رومی ژرمنی، رویه قضایی یا عرف هیچ اهمیت حقوقی نداشته باشند، بلکه این‌ها منابع بعدی حقوق هستند. متن قانون منبع درجه اول و اصلی تلقی می‌شود. به همین صورت، چنین نیست که در نظام حقوق عرفی متن قانون وجود نداشته باشد، قطعاً در کشورهای پیرو این نظام حقوقی قوانین تصویب شده وجود دارند، ولی نکته این است که متن قانون منبع اول حقوق نیست. در هر صورت واقع‌گرایان قانونی می‌خواهند بگویند وجه اشتراک این دو نظام عمده حقوقی معاصر این است که تصمیم قضایی با قاضی است. بعد از اینکه قاضی تصمیم‌گیری کرد نوبت می‌رسد به مستدل کردن این تصمیم. حال اگر این قاضی در نظام حقوقی رومی ژرمنی است که قانون منبع اصلی حقوق تلقی می‌شود، او در قوانین پیشاپیش مدون شده جستجو می‌کند و مصادیقی از قانون را که موافق و موید

۱. توجه کنید دو نظام حقوقی عمده در جهان وجود دارد که قاضی در چارچوب هر یک از آنها، به صورت متفاوتی تصمیم‌گیری می‌کند. یکی نظام حقوقی‌ای که در نوشته‌های فارسی به نظام رومی - ژرمنی معروف است و در انگلیسی civil law legal systems و code jurisdictions نامیده می‌شود. در این نظام حقوقی منبع اصلی حقوق و رفرنس اول قاضی برای صدور احکام قضایی، قانون است. مثلاً فرانسه، آلمان، ایتالیا، بلژیک پیرو این نظام حقوقی هستند. در این نظام، شما مجموعه قوانین مدونی دارید که قاضی باید از آنها تبعیت کند. دیگر نظام حقوقی مهم دنیا، نظام حقوق عرفی common law یا case law است که مثلاً آمریکا، انگلستان، کانادا به استثنای ایالت کبک، استرالیا، هندوستان پیرو آن هستند. در این نظام، رویه‌های قضایی و آرای که قضات قبلاً در موارد مشابه صادر کرده‌اند، منبع اصلی برای رسیدگی‌های قضایی هستند. (یادداشت ویراستار)

تصمیم او هستند، انتخاب کرده، در متن حکم خود به آنها استناد می‌کند. اگر این قاضی در نظام حقوق عرفی است، که احکام قضایی سابق و رویه‌های حقوقی پیشین منبع اصلی حقوق هستند، برای یافتن مویذات تصمیم خود به آنها مراجعه می‌کند و حکم خود با ارجاع و استناد به آنها مستدل می‌سازد.

پس در تحلیل آستین قانون نتیجه و زاده «حکم حاکم فرمانروا» بود. در نظریه هارت این قواعد اولیه و ثانویه بودند که با هم قانون را به وجود می‌آوردند و قانون از نظر او به «قاعده» و نهایتاً به «قاعده رسمیت‌بخش» بر می‌گشت. در نظریه واقع‌گرایی حقوقی قانون متولد از «شم، مذاق و تشخیص حقوقی قاضی» است. پیش از صدور حکم قضایی شما نمی‌دانید قانون در مورد این و آن پرونده خاص چه حکمی دارد. این قاضی است که تصمیم می‌گیرد و وقتی که او تصمیم گرفت و حکم قضایی خود را صادر کرد، همان به قانون این پرونده خاص تبدیل می‌شود. ممکن است گفته شود این تحلیل از قانون که واقع‌گرایان حقوقی ارائه می‌کنند با مشاهدات ما درباره قانون هماهنگ نیست. مثلاً در آمریکا که به نظام حقوق عرفی تعلق دارد و قاعدتاً قانون منبع اصلی حقوق تلقی نمی‌شود، مشاهده می‌کنیم منزلت قوانین مصوب کنگره و سنا بسیار متعالی است و قضات چنان مبسوط‌الید نیستند و اختیاری گسترده ندارند که خلاف قانون حکم کنند. آزادی عمل قضات در محدوده‌ای است که قانون تعیین می‌کند. پس اینکه گفته شود قانون زاده تصمیم و حکم قاضی است، سخن قابل قبولی نیست.

بنده عرض می‌کنم به نکته مهمی توجه کرده‌اید. ولی دقت کنید که من تا اینجا فقط اصل ادعای اینان را مطرح کرده‌ام. هنوز دلیل آنها را بررسی نکرده‌ام. بگذارید من اول دلیل آنها را توضیح بدهم. بعد که نوبت به نقد نظرشان رسید ممکن است که به این نتیجه برسیم که انتقاد شما بر آنها وارد باشد.

پس سخن واقع‌گرایان حقوقی تا اینجا این شد که قاضی ابتدا تصمیم می‌گیرد بعد به برحسب نظام حقوقی کشور، به متون کتاب قانون یا به سنت و رویه‌های حقوقی پیشین مراجعه می‌کند تا تصمیمش را مستدل و موجه کند. یعنی نقش قوانین مدون و رویه‌های حقوقی پیشین تعین‌رایی نهایی قاضی نیست، بلکه کارکرد آنها توجیه‌رایی نهایی قاضی است. قاضی مستقلاً و عمدتاً تحت تأثیر عوامل فرا قانونی تصمیم خودش را اختیار می‌کند، بعد کتاب قانون یا رویه‌های حقوقی پیشین را به استخدام می‌گیرد تا با ارجاع و استناد به آن رای خود را موجه کند.

البته ممکن است شما بگویید این کتاب قانون یا رویه‌های حقوقی هر نظری را توجیه نمی‌کنند. پس چنین نیست که قاضی هر رای که داد بتواند آن را با این

عوامل مشروعیت بخش، موجه و مستدل کند. اما فرآیند تصمیم‌گیری این است که قاضی به اصطلاح مستقلاً، شخصاً به اعتبار شرم و تشخیص قضایی خود حکمی را صادر می‌کند، با این تصور که دانش حقوقی او به وی آسودگی خاطر می‌دهد که می‌تواند این حکم را در این چارچوب حقوقی توجیه کند. بعد می‌رود و توجیهش می‌کند. بنابراین کار کتاب قانون و سنت‌های حقوقی پیشین تعیین حکم حقوقی، یعنی تعیین بخشیدن به تصمیم قاضی نیست، بلکه قاضی مستقلاً تصمیم‌گیری می‌کند، سپس متن قانون یا رویه‌های پیشین را برای توجیه حکم خود به کار می‌گیرد.

پس مدعای اصلی واقع‌گرایان حقوقی دو چیز است. یکی مدعای نهایی ایشان که در عین حال مهم‌ترین مستند آنان نیز هست، یعنی همان چیزی که گاه از آن با عبارت سیال و نامتعیین بودن قانون یاد می‌کنند. ادعای آنان این است که قانون غالباً تفسیر بردار و سیال است. بنابراین قضات برای حل دعاوی حقوقی ناگزیرند بر عوامل فرا قانونی اتکا کنند. برخی از این عوامل فرا قانونی و موثر بر تصمیمات و احکام قضات، فردی و از سنخ عوامل روانشناختی هستند و بعضی از آنها اجتماعی و از جنس عوامل جامعه‌شناختی هستند. سپس بر مبنای این ادعا، آنها ادعای دوم خودشان را صورت‌بندی کرده، می‌گویند حال که قانون در ذات خودش سیال و نامتعیین است، آنچه که نهایتاً قانون را تعیین می‌بخشد تشخیص، شرم حقوقی و رای قاضی است. پس قانون به معنای واقعی کلمه عبارت است از آنچه مقامات رسمی نظام حقوقی یعنی قضات و وکلا می‌گویند و انجام می‌دهند.

این دو ادعای اصلی واقع‌گرایان حقوقی است؛ ولی نکته قانونی نظریه آنان سیالیت یا عدم تعین قانون است. می‌خواهند بگویند چون قانون نامتعیین و سیال است و بعد از حکم قاضی متعین می‌شود، حکم قضایی واجد چنین اهمیتی است که بگوئیم مولد و موجد قانون است. بنابراین اولاً باید تشریح کنند که منظورشان از عدم تعین و سیالیت قانون چیست و ثانياً باید این ادعا را که قانون ذاتاً نامتعیین و سیال است، اثبات کنند. اگر بتوانند این نکته را روشن کنند مدعای اصلی و تئوری آنها درباره قانون معنادار خواهد بود.

بنابراین سوال این است که توضیح آنها برای ادعای اولشان چیست؟ پیش از آنکه دلیل آنان برای آموزه سیالیت قانون توضیح بدهم، لازم است اشاره کنم که سیالیت قانون دو گونه تقریر شده است. یک قرائت را می‌توان «عدم تعین در مقام توجیه یا موجه‌سازی» نامید و دیگری را می‌توان «عدم تعین در مقام تبیین» خواند. پس دو موضوع مطرح است: عدم تعین در مقام توجیه و عدم تعین در مقام تبیین، که گاه تعلیل هم گفته می‌شود.

«عدم تعیین در مقام توجیه» یعنی اینکه وقتی شما این قواعد قانونی را برای توجیه یک مورد خاص به کار می‌برید، از دل آنها، نه صرفاً یک جواب، بلکه چند راه حل در عرض یکدیگرند بیرون می‌آید. یعنی شما به قواعد حقوقی مراجعه می‌کنید تا یک پاسخ و یک راه حل را توجیه کنید، اما آنها می‌توانند همزمان، چند پاسخ را توجیه کنند. یعنی این قواعد صرفاً به یک جواب و نتیجه واحد راهنمایی نمی‌کنند. قواعد حقوقی مربوط به یک مورد خاص، فقط یک جواب را توجیه نمی‌کنند. شما می‌توانید قاعده واحدی را برای موجه ساختن چند جواب به کار گیرید.

ممکن است شما با الهام از تحلیل هارت بگویید اینجا نیز باید نظام حقوقی را به مثابه یک کل دید. برای تشخیص بهتر عدالت نباید به مصادیق قانون به عنوان بخش‌های پراکنده و بی ارتباط نگریست. در این زمینه هم باید کلیت روند دادرسی قضایی را مشاهده کرد، نه فقط تصمیم یک قاضی در مورد این یا آن پرونده خاص را. بر فرض که یک قاضی تصمیم نادرستی گرفت، می‌توان از دادگاه تجدید نظر تقاضای رسیدگی مجدد کرد. قضات دادگاه بالاتر، اشتباه قاضی دادگاه بدوی را اصلاح می‌کنند.

بنده در پاسخ این گفته عرض می‌کنم واقع‌گرایان حقوقی خواهند گفت هر کجا هر کدام از این قضات، چه در دادگاه بدوی و چه در دادگاه تجدید نظر می‌خواهند تصمیم بگیرند، متأثر از همان عوامل فرا قانونی هستند و تحلیل ما جاری خواهد بود. توجه داشته باشید در اینجا فرا قانونی به معنای بالاتر از قانون نیست، بلکه منظور مبانی و عوامل خارج از نظام حقوقی است. در هر صورت مطرح کنندگان این نظریه عمدتاً خود قضات بوده‌اند. آنها می‌گویند ما قضات در هر دادگاه، اعم از بدوی یا تجدید نظر که فعالیت داریم اول به تصمیم و حکم خود می‌رسیم، سپس به قوانین و یا رویه‌های قضایی موجود مراجعه می‌کنیم تا مستنداتی برای توجیه و مستدل کردن تصمیم خود پیدا کنیم.

نکته‌ای که انعطاف‌پذیر بودن حداقل برخی از قوانین را بهتر مشخص می‌کند این است که گاه قانونگذار برای یک جرم، نه یک مجازات خاص، بلکه چند مجازات را تعیین می‌کند مثلاً پنج ماه حبس، یک سال تبعید یا فلان مبلغ جریمه نقدی، آنگاه به قاضی اختیار می‌دهد به تشخیص خود یکی از آنها را انتخاب و به آن حکم کند. در چنین مواردی اهمیت تشخیص و تصمیم قاضی در تعیین قانون بسیار واضح است.

سوال دیگری در مورد سابقه و شخصیت‌های اصلی این طرز فکر است. پاسخ آن است که این نظریه در قرن بیستم مطرح شده و ارائه‌کنندگان آن هم عمدتاً

قضات رده بالای نظام حقوقی در آمریکا و انگلستان بوده‌اند. مثلاً قاضی هولمز^۱ یکی از شخصیت‌های مهمی است که در این زمینه نظریه‌پردازی کرده است. سوال مهم دیگر آن است که این تحلیل که بگوییم تا حکم قاضی صادر نشده، قانون تعین پیدا نمی‌کند چگونه با اصل پیش‌بینی پذیر قاعده و قانون قابل جمع است؟

پاسخ بنده این است که احتمال دارد این، انتقاد وارد و صحیحی باشد. اما اجازه دهید وقتی نوبت به نقد این نظریه رسید به این نکته برگردیم. این‌ها می‌خواهند بگویند در مورد دعاوی بسیط و آسان ممکن است تطبیق قاعده و قانون بر پرونده حقوقی راحت باشد، یعنی همه قضات قاعده را به نحو واحد اجرا کنند. اما همه قواعد چنین نیستند، بلکه بیشتر قواعد قابلیت تفسیر شدن به چند وجه را دارند. بنابراین قضات مختلف، هریک فهم خود را از آن قواعد دارند. حتی ممکن است چند قاضی در مورد یک پرونده، یکسان رای دهند اما با استناد به ادله مختلف. پس هر جا چند قاضی در مورد دعاوی مشابه حکم یکسان می‌دهند، لزوماً علتش این نیست که در مورد آن دعاوی یک قاعده و قانون وجود دارد و همه این قضات آن را یکسان ادراک می‌کنند؛ بلکه ممکن است علت یکسان بودن حکم آن قضات این باشد که تصمیم گرفته‌اند، مثلاً برای ایجاد وحدت رویه، قانون را صورت یکسان اجرا کنند و در مورد این دعاوی حکم مشابه دهند. اگر بعداً نظر بعضی از این قضات عوض شد و به دلایل فرا قانونی به این جمع‌بندی رسیدند که همین قانون را طرز دیگری تطبیق دهند، در پرونده مشابه دیگر، حکم متفاوتی خواهند داد. این حکم متفاوت نیز می‌تواند از لحاظ قانونی معتبر باشد.

در واقع ما با یک فرهنگ حقوقی مواجه هستیم. فرهنگ حقوقی مجموعه‌ای از عوامل روانشناسانه و جامعه‌شناسانه است که مذاق حقوقی و تشخیص قضایی قضات، و کلاً و حقوق‌دانان را شکل می‌بخشد. مثل این می‌ماند که در فلسفه اخلاق ارسطویی گفته می‌شود «کار خوب، کاری است که آدم‌های خوب می‌کنند». ما که نمی‌دانیم کار خوب چیست. باید به آدم‌های خوب نگاه کنیم. هر کاری آنها می‌کنند، کار خوب همان است. در ابتدا ممکن است این نظریه عجیب به نظر آید، در عین حال دقیقاً این شیوه‌ای است که ما اخلاق را می‌آموزیم. یک کودک، چگونه اخلاقی بودن کارها را یاد می‌گیرد؟ به پدر و مادر خویش نگاه می‌کند، آنها به کودک می‌گویند این کار خوب است، آن کار بد است. کودک

به تدریج کارهای آنان را یاد می‌گیرد. یعنی در تعلیم و تربیت اخلاقی شما به فرزندتان شم و بینشی می‌بخشید که وقتی او با موقعیت‌های مختلف مواجه می‌شود، بتواند تشخیص دهد که در این موقعیت، فلان رفتار خوب یا بد است. هیچ قانون کلی وجود ندارد؛ نمی‌توان به کودک یک سلسله دستور العمل داد که مثلاً وقتی در حال بازی با همسالان خود است و می‌خواهد یک مشت به دوستش بزند به او بگوید صبر کن بروم و آن کتابچه قانون را بیاورم و بینم قانون پدر من در اینجا چه می‌گوید. چنین نیست. یک کودک تربیت یافته دارای شم و ذائقه‌ای است که درک می‌کند به مشت زدن دوستش کار بدی است. بتدریج یک شم اخلاقی بسط در او پرورش پیدا می‌کند و تعالی می‌یابد. غزالی در یک از نوشته‌هایش می‌گوید یکی از نشانه‌های بروز عقلانیت در کودکان پیدایش شرم است. او معتقد است شرم نشانه عقل است. بعد شروع می‌کند به تحلیل کردن که وقتی کودکی شرمگین می‌شود، حالا می‌تواند بین خوب و بد تشخیص بدهد. تشخیص و تفکیک خوب از بد، نشانه آن است که جوانه عقل در او شکوفا شده است.

در نظام حقوقی هم همین‌طور است. یک نظام حقوقی چگونه قاضی یا وکیل تربیت می‌کند؟ این‌طور نیست که متقاضی ورود به حرفه‌های حقوقی فقط بنشیند و کتاب قانون بخواند. باید به دادگاه برود. باید در دادگاه و دفتر وکلای دادگستری کارآموزی کند. هرچه بیشتر ممارست کند و خود را در معرض این فرهنگ حقوقی قرار دهد، آن شم و تشخیص قضایی او ورزیده‌تر می‌شود. اجازه دهید تجربه خودم را با شما در میان نهم. بعد از اینکه سال‌ها درباره اخلاق بخوانید، تامل کنید و با موضوعات متنوع اخلاقی مواجه شوید، ممکن است کسی از شما بخواهد یک موضوع کاملاً جدید و بی‌سابقه را از منظر اخلاقی تحلیل کنید. من ممکن است سریعاً بتوانم به شما بگویم نظرم در این باره چیست. هنوز تحلیل نکرده‌ام، اگر شما به من بگویید چرا؟ من ممکن است هنوز نتوانم نظرم را بدرستی صورت‌بندی کنم، اما شم و مذاق اخلاقی من، به من می‌گوید این کار روا و مجاز یا ناروا و قبیح است. واقع‌گرایان قانونی نیز تحلیلی شبیه همین دارند. البته ناگفته پیدا است چنین نیست که تشخیص قاضی همیشه درست باشد. ممکن است در دادگاه تجدید نظر رای این قاضی نقض شود. اما در خیلی از موارد، همان مذاق و شم قضایی مبنای تصمیم و صدور حکم قاضی است. البته او باید بتواند آن تصمیم خود را توجیه کند و آن به طور مستدل و مستند مکتوب کند. منتها جان مطلب اول آن است که همان ذوق و شم قضایی مبنای تصمیم قاضی است. در مثال دیگر فرض کنید کسی ذوق زیبا شناسانه قابل ملاحظه‌ای دارد و منتقد هنری قابل اعتمادی است. وقتی از او

خواسته می‌شود یک تابلوی نقاشی را ارزیابی کند، می‌تواند بگوید این تابلو اثری فاخر و ارزشمند است، یا برعکس فاقد هرگونه نوآوری و ارزش هنری است. اما او به عنوان یک منتقد باید بتواند شما دلایل نظر خود را بیان کند. اگر او دانش آموخته یک مدرسه هنری معتبر باشد، مفاهیم و چارچوب‌هایی برای صورت‌بندی نظر خود دارد و می‌تواند عقیده خود را به طوری که برای دیگران نیز متقاعد کننده باشد، ابراز کند. در غیر این صورت، به رغم داشتن ذوق زیبا شناسانه‌اش، نمی‌تواند به عنوان یک منتقد هنری در جامعه شناخته شود.

تفاوت قاضی با فرد دیگری که مثلاً مطالعات حقوقی نیز دارد، دو چیز است: یکی اینکه شم حقوقی پرورده و بالیده شده‌ای دارد؛ دیگر آنکه می‌تواند با استخدام عناصر مرتبط و مفاهیم به رسمیت شناخته شده در نظام حقوقی کشور، رای خود را به صورت مستند و مستدل بیان کند. بنابراین ادعا، آنچه رخ می‌دهد آن است که ابتدا قاضی به تصمیمی می‌رسد، سپس قوانین و رویه‌های قضایی را برای توجیه نظر خود به کار می‌گیرد.

در مقام توجیه عدم تعین یا سیالیت قانون نیز به این نکته استناد و استشهاد می‌کنند که از بیشتر قواعد می‌توان برای توجیه بیش از یک راه حل، استفاده کرد. بنابراین همیشه این راه برای شما باز است که بین این راه‌های مجاز و راه حل‌های ممکن یکی را انتخاب کنید. پس این قانون نیست که جواب مساله و حکم دعوا را تعیین می‌کند، بلکه قاضی چنین کاری می‌کند. حداکثر نقش قانون، بیان راه حل‌های ممکن است؛ اما اینکه در مورد این یا آن پرونده و دعوای خاص راه حل چه خواهد بود، با تشخیص قاضی معین خواهد شد.

ممکن است بگویید قائل شدن به این اختیارات گسترده برای افراد در مقابل قانون، رویکردی رادیکالی است؛ زیرا در حدود هفتاد یا هشتاد درصد موارد این طور نیست که دست اندرکاران امور قضایی در مواجهه با قانون چنین اختیارات گسترده‌ای داشته باشند. شاید بتوان در برخی محاکم، مثلاً در دادگاه‌های حقوق بشر چنین رویه‌ای را دید، ولی در دادگاه حقوقی در سطح محلی چنین چیزی پدیده رایجی نیست.

بنده عرض می‌کنم ممکن است حق با شما باشد و من نیز با شما همدل باشم. منتها الان من در موضع تشریح این نظریه هستم، نه نقد آن. به مرحله نقد آن که رسیدیم به نکته‌ای که شما گفتید برخوایم گشت. باری، در این مرحله بحث پیشنهاد من این است سعی کنیم سخن آنان ادراک شود. واقع‌گرایان حقوقی، به عنوان عاملان و فاعلان و کارگزاران نظام حقوقی، از بطن تجربه خود به ما می‌گویند نظام

حقوقی آن گونه که هارت می‌گوید ساختاری متصلب و منطقی نیست، بلکه بسیار منعطف‌تر از آن چیزی است که مکاتب تحقیقی حقوق تصور می‌کنند. تشخیص قاضی و حوزه تاثیرگذاری آن، بسی فراخ‌تر از آن است که بتوان آن را فقط تطبیق مکانیکی قانون بر پرونده حقوقی فرو کاست. به تعبیر دیگر می‌خواهند بر شم حقوقی و مذاق قضایی دادرسان تاکید کنند. ممکن است شما بگویید در این تاکید دچار زیاده‌روی شده‌اند. من نیز با شما موافقم. آری، احتمالا زیاده‌روی کرده‌اند. اما الان تلاش من این است که شهودشان را به رسمیت بشناسیم. این‌ها در واقع متوجه این نکته مهم در نظام حقوقی شده‌اند که آن عاملی که نهایتا فیصله بخش و قاطع دعواست لزوما قاعده حقوقی و قانون نیست. قاضی در سامان‌دهی به حکم قضایی نقش بسیار مهمی ایفا می‌کند. این‌ها البته می‌گویند که نقش نهایی و تعیین‌کننده دارد. شما ممکن است این نظریه را رادیکال ارزیابی کرده، با آن مخالف باشید. اما آن مخالفت نباید به این نتیجه بیانجامد که ما یافته آنها یعنی نقش شم حقوقی و تشخیص قاضی را نادیده بگیریم.

ممکن است بگویید آری، این یک واقعیت است که امکان دارد از بطن یک قاعده به چند جواب رسید و دست قاضی در انتخاب هریک از آنها باز است و در نهایت تصمیم قاضی است که اثر بخش خواهد بود. ولی نمی‌توان نظام حقوقی را صرفا بر اساس این نکته تحلیل کرد. زندگی آدمی در صحنه اجتماع جنبه‌های بسیار متنوعی دارد و قانون نمی‌تواند همه موقعیت‌های زندگی بشر را پیش‌بینی کرده، برایشان از قبل حکم تعیین کند. ممکن است دو نفر مرتکب جرم سرقت شده باشند، در عین حال پیش‌بینی مجازات یکسان برای آنها عادلانه نباشد. به همین دلیل گاه قانونگذار برای مرتکب یک جرم، نه یک مجازات قطعی، بلکه یک بازه مجازات تعیین می‌کند، فرضا دو تا پنج سال زندان. در این صورت تعیین مدت حبس، البته در محدوده همین حداقل و حداکثر با قاضی است.

بنده در پاسخ به شما می‌گویم در ادامه گفتارمان ملاحظه خواهید کرد یکی از دلایل واقع‌گرایان حقوقی برای اثبات سیال و نامتعیین بودن قانون این است که گاه قانونگذار تعمدا قانون را به گونه‌ای تقریر و تدوین می‌کند که تاب تفاسیر مختلف را داشته باشد. مثال شما هم درست است، منتها شما دارید می‌گویید که این اجازه و اختیار عمل را خود قانون به قاضی می‌دهد. این‌ها می‌خواهند بگویند حتی اگر چنین چیزی در قانون هم پیش‌بینی نشده باشد، باز هم عملا چنین خواهد بود و غیر از این نمی‌تواند باشد. یعنی همیشه تشخیص قاضی تعیین‌کننده مجازات است. به عقیده اینان اقتضای ماهیت و نحوه اطلاق قانون به گونه‌ای است که همیشه

به این می‌انجامد. حتی اگر فرضاً در زمانی صدور احکام قضایی هم به کامپیوتر سپرده شود، باز هم قانون تعیین‌کننده مجازات نیست و در این فرض، که فعلاً بعید می‌نماید، کامپیوتر به جای قاضی قانون را بر پرونده تطبیق می‌کند. در این مورد توضیح خواهم داد، ولی اینک اجازه بدهید به این پرسش مهم بپردازیم که معنای عدم تعیین در مقام تبیین یا تعلیل چیست؟

معنای آن این است که قوانین و قواعدی مورد استناد در یک استدلال حقوقی، به خودی خود نمی‌توانند پاسخ یا رای قاضی را تبیین کنند. به بیان دیگر وقتی نمی‌توان رای قاضی تماماً و صرفاً با توسل به قواعد قانونی توضیح داد. وقتی از قاضی صادر کننده حکم می‌پرسیم دلیل این حکم قضایی شما چیست، او توضیحاتی ارائه می‌کند. اما هیچ مجموعه‌ای از قوانین برای تبیین حکم او کفایت نمی‌کند. یعنی خود در مقام تبیین این عدم تعیین وجود دارد. در مرحله بعد ملاحظه می‌شود این عدم تعیین در مقام تبیین، متکی بر عدم تعیین در مقام توجیه است. یعنی چون در مقام توجیه نوعی سیالیت وجود دارد، هیچ مجموعه قوانین نمی‌تواند ما را به این جمع‌بندی برساند که قاضی جز صدور این حکم خاص هیچ چاره و گزینه دیگری نداشت. کوتاه سخن آنکه صرف قانون و قاعده محض، نمی‌تواند حکم قضایی را تبیین و تعلیل کند. به هر حال این آموزه و ایده اصلی این است که قانون نامتعیّن و سیال است، هم در مقام توجیه رای حقوقی صادر شده، هم در مقام تبیین آن.

حال سوال مهم این است که چرا؟ عامل و سبب که نامتعیّن و سیال قانون بودن چیست؟ در واقع سخن اصلی این است که چنین عدم تعیینی در ذات خود قانون نهفته است. اما چرا این طور است؟ نکته اول این است که فرآیند بررسی تشخیص واقعیات مربوط به یک دعوای حقوقی همیشه به نتایج یکسان منجر نمی‌شود. یعنی ممکن است قضات مختلف درباره اینکه واقعیت امر چه بوده، تشخیص‌های متفاوتی داشته باشند. بسیار محتمل است آنها اطلاعات خویش را به صورت‌های گوناگونی سازماندهی کنند و در نتیجه تفاوت در تلقی از واقعیات و به سبب بازسازی‌های متفاوت از ماجرا، نتایج مختلفی حاصل و احکام گوناگونی صادر شود. پس نکته اول این شد که ممکن است در فهم، بازسازی ذهنی و تفسیر واقعیات مربوط به پرونده که میان قضات اختلاف نظر وجود داشته باشد.

نکته دوم این است که حتی اگر قضات مختلف درک مشابهی از واقعیات داشته باشند، ممکن است آن واقعیات را ذیل عناوین حقوقی مختلفی طبقه‌بندی کنند.^۱

۱. اگر خاطرتان باشد گفتیم اندراج رفتار یا واقعیتهای را ذیل عناوین حقوقی، اصطلاحاً «توصیف قضایی» می‌گویند. ممکن است قضات موافق و همداستان باشند که زیان و ضرری واقع شده است

ممکن است بگویید چنین فرضیات مختلفی مطرح نخواهد شد؛ زیرا قاضی موظف است صرفاً به ادعای مدعی و خواهان پرونده رسیدگی کند. به بیان دیگر وقتی زیان دیده مثلاً علیه کارخانه تولید کننده اتومبیل طرح دعوا می‌کند، قاضی صرفاً وظیفه دارد تعیین کند که کارخانه مسئول جبران خسارت هست یا خیر؛ ولی نمی‌تواند علیه کسی که خواهان در مورد او تقاضایی نکرده است، اتهامی مطرح کند. پس گویی توصیف قضایی در اختیار مدعی و شاکی است، نه دادگاه و قاضی.

پاسخ بنده آن است که اولاً در بسیاری مواقع خواهان و وکیل او می‌توانند برای مطالبه ضرر و زیان، همزمان در یک پرونده یا چند پرونده موازی علیه چند نفر طرح دعوا کنند. ثانیاً می‌توانند عنوان دعوای خود را تغییر دهند. افزون بر آن، در پاره‌ای مواقع خود قاضی در فرآیند رسیدگی به پرونده و توصیف قضایی اختیارات قانونی دارد که در محدوده‌ای معین، عناوین را تغییر دهد و بگوید که این رفتار مصداق این یا آن عنوان است. البته چنانچه اشاره شد تطبیق هر عنوان بر مورد، به حکم متفاوتی منجر خواهد شد.

اجازه دهید در قالب مثالی واقعی مطلب را بیشتر توضیح دهم. مالکی در حمام خانه‌اش دوربین مخفی نصب کرد. سپس آن خانه را فروخت. خانمی که خانه خریداری کرده بود، بی‌اطلاع از این موضوع از حمام استفاده می‌کرد. مالک قبلی فیلم استحمام این خانم را در اینترنت منتشر کرد. آن خانم بعد از مدتی متوجه شد و از این فروشنده شکایت کرد. به دلیل فقدان پیش‌بینی مجازات این عمل، دادگاه نتوانست عنوان مجرمانه مورد نظر آن خانم را بر عمل ارتكابی اطلاق کند. آری، آن رفتار اخلاقاً زشت بود، اما ارتكاب آن هیچ قانونی را نقض نمی‌کرد و جرم نبود. پس قاضی نمی‌توانست عمل ارتكابی را به صورت مورد نظر شاکی توصیف قضایی کند، در عین حال به برائت فروشنده خانه حکم نداد. می‌خواهم تاکید کنم مقبول نبودن توصیف مورد تقاضای خواهان و شاکی ملازمه‌ای با بری الذمه شدن و مسئول نبودن خواننده دعوا و مشتکی عنه ندارد. مثلاً در همین پرونده قاضی نتوانست عنوان مورد نظر آن خانم را به رفتار فروشنده خانه بدهد، در عین حال او را تبرئه نکرد.

و در این واقعیت اختلافی نداشته باشند. اما یکی بگوید این زیان ناشی از آن است که تعمیر کننده این اتومبیل مثلاً هنگام تعویض لنت ترمز از قطعات نامرغوب استفاده کرده است. قاضی دوم بگوید این تصادف و زیان نتیجه عیب در طراحی این اتومبیل است. قاضی دیگر بگوید ضرر، ناشی از عدم مهارت کافی در رانندگی است. ممکن است نظر قاضی دیگر این باشد که تصادف و خسارت معلول ایراد در طراحی جاده و مثلاً خطا در نصب تابلوهای راهنما است. ناگفته پیداست هریک از این توصیف‌های قضایی، نتیجه خاص خود را دارد. در صورت اول متصدی تعمیرگاه مسئول است، در صورت دوم خود راننده، در فرض سوم کارخانه تولید کننده، در فرض چهارم پیمانکاری که طراحی جاده را بر عهده داشته است، مسئول خواهند بود. (یادداشت ویراستار)

عنوان و توصیف دیگری برای واکنش به رفتار ناپسند او پیدا کرد. مثلاً به دلیل نقض حریم خصوصی آن خانم، او را جریمه کرد. البته در ادامه تأکید بر نقش قاضی در فرآیند قضایی یادآوری می‌کنم که ممکن است دادستان‌ها در چند پرونده مشابه این موضوع از قضات برای مرتکبان چنین رفتارهای غیر اخلاقی تقاضای مجازات کنند، ولی قضات مختلف، احکام متفاوت صادر کنند. خلاصه آنکه عنصر انسانی در طبقه‌بندی موضوع ذیل عناوین مختلف حقوقی نقش تعیین‌کننده‌ای دارد.

یک پرسش آن است که در چنین مواردی نقش هیات منصفه چیست؟ آیا آنان می‌توانند در طبقه‌بندی عمل ارتكابی ذیل عناوین قانونی دخالت کنند؟ اگر چنین باشد قدری از اختیار قاضی که بالاخره یک نفر است و امکان دارد دچار استبداد رای شود، کاسته خواهد شد و به تعبیر دیگر می‌توان به طبقه‌بندی صورت گرفته اعتماد بیشتری داشت. مثلاً اگر هیات منصفه با اتفاق آرا فرد را مجرم بداند، قاضی می‌تواند حکم براءت او را صادر کند؟ آیا می‌تواند او به مجازات بسیار کمتری از مجازات جرمی که هیات منصفه به اتفاق آرا به آن فرد نسبت می‌دهد محکوم کند؟ پاسخ بنده آن است که قاضی در شرایطی می‌تواند رای هیات منصفه را منتفی کند، ولی در غالب موارد تشخیص مجرم بودن یا نبودن با هیات منصفه است. منتها هیات منصفه فقط ذیل عنوانی که در اختیارش می‌گذارند می‌تواند بگوید که این فرد مجرم است یا مجرم نیست. اما اعضای هیات منصفه در این مورد خاص می‌گویند که آن شخص مرتکب رفتار بسیار زشتی شده، اما جرم قانونی صورت نگرفته است. یعنی قانونی وجود نداشته که این فرد آن را نقض کرده باشد. در نتیجه قاضی نمی‌تواند کاری انجام بدهد.

اخیراً در کالیفرنیا پسر هجده ساله‌ای همراه پدر و یکی از همکلاسی‌های خود به کازینو رفته بود. همزمان، دختر بچه هشت ساله‌ای نیز با پدرش در کازینو حضور داشت. پس از آنکه دختر به دستشویی می‌رود، یکی از آن پسرها به دنبال وی به دستشویی می‌رود، او را به زور به یک توالت برده، به او تجاوز می‌کند، سپس چنان سر او را به دیوار می‌کوبد که کشته می‌شود. حین وقوع این اتفاقات دوست آن پسر وارد دستشویی می‌شود و می‌بیند که دوستش در حال انجام چه کاری است. او سعی می‌کند دوستش را از انجام آن جنایت باز دارد ولی موفق نمی‌شود و از محوطه دستشویی خارج می‌شود. بعد هم که دوستش می‌آید و می‌گوید که آن دختر را کشته است، همراه یکدیگر سوار ماشین شده، از آنجا می‌روند. او هیچ وقت وقوع این جرم را به پلیس اطلاع نمی‌دهد. بعد از مدتی پلیس با بررسی فیلم دوربین مدار بسته آنها را شناسایی و دستگیر می‌کند. تکلیف آن متجاوز قاتل معلوم بود. محاکمه

و زندانی شد.

موضوع مورد گفتگو رفتار آن جوانی است که با چشمان خود دیده دوستش آن دختر را به زور وارد دستشویی کرده و به او تجاوز کرده است. بعد هم توسط خود قاتل مطلع شده است که او آن دختر را کشته است. اما همراه قاتل محل را ترک کرده، به پلیس هم اطلاع نداده است. دادگاه او را مجرم شناخت و او را آزاد کرد. بررسی‌ها نشان می‌داد که او جوان بی‌آزاری بوده و وضعیت تحصیلی مناسبی نیز داشته است. در همان ایام برای تحصیل در یکی از رشته‌های ممتاز دانشگاه برکلی پذیرفته شده بود. اما دانشجویان برکلی علیه او تظاهرات کردند و گفتند چنین فردی که به لحاظ اخلاقی تا این حد مسئولیت‌گریز است نباید اجازه داشته باشد در آن دانشگاه مشغول تحصیل شود. دفاعیه آن جوان در دادگاه که من وظیفه نداشتم آنچه را دیده‌ام به پلیس و دادگاه اطلاع دهم، ظاهراً برای قاضی قانع‌کننده بود، ولی برای دانشجویان برکلی خیر. البته دانشگاه نمی‌توانست این فرد را اخراج کند. استدلال مقامات برکلی این بود که رفتار دانشجویان در خارج از دانشگاه به خودشان مربوط است. از سوی دیگر این جوان هیچ‌کدام از دستور العمل‌های اخلاقی و مقررات انضباطی دانشگاه را نقض نکرده است. در مورد این ماجرا یک فیلم مستند نیز ساخته شد. در آن فیلم او صراحتاً گفت مرتکب هیچ عمل خلاف قانون یا غیر اخلاقی نشده است. اینجا قانون هیچ سخن موجهی برای اقناع وجدان عمومی نداشت. در این مورد خاص نظام حقوقی کاملاً منفعل بود. دادستان می‌گفت کسی که شاهد آن آزار و تجاوز بوده، ولی سکوت کرده به لحاظ اخلاقی، شخص مذمومی است، به اجرای عدالت و تسکین آلام خانواده قربانی و جامعه کمک نکرده است، در عین حال به لحاظ قانونی ما نمی‌توانیم اقدامی علیه او انجام دهیم. آن جوان می‌گفت من شاهد قتل دختر به دست دوستش نبوده، آنچه دیده است صرفاً بردن شدن آن دختر به دستشویی و آزار دادن جنسی وی توسط دوستش بوده است. او می‌گفت من یک شاهد ناظر در همین حد بوده‌ام و شریک جرم نبوده‌ام. حتی شاهد قتل نیز نبوده‌ام. ملاحظه می‌کنید که عمل واحد می‌تواند تحت عناوین مختلف قضایی طبقه‌بندی شود. نتیجتاً قضات می‌توانند قوانین مختلفی را بر آن تطبیق کنند. حتی قضات مختلف ممکن است از تطبیق قانون واحد بر یک مورد حقوقی نتایج متفاوت بگیرند. یعنی توافق قضات بر تطبیق یک قانون بر پرونده مورد رسیدگی نیز به معنای صدور حکم مشابه از سوی همه آن قضات نیست.

نکته دوم این است که خود قوانین نیز گاه متضمن عبارات و الفاظ مبهمی هستند که تاب تحمل تفاسیر متعدد را دارند. به بیان دیگر متن قانون ممکن است open-

textured باشد، یعنی خود قانونگذار بافت قانون را طوری تنظیم کند کژتابی داشته، به تفاسیر متفاوت امکان بروز و ظهور دهد. ممکن است قانون بگوید دارندگان یا مثلاً رانندگان وسایط نقلیه دارای فلان مسئولیت هستند، اما عبارت «وسایط نقلیه» را تعریف نکرده، مبهم گذاشته باشد. علت استفاده از این عبارت کلی و ارائه نکردن تعریف جامع و مانعی از آن و انهادن برای می تواند این باشد که در زمان تصویب قانون مصادیق بارز وسایط نقلیه مثلاً عبارتند از ماشین و اتوبوس و موتورسیکلت. اما قانونگذار می خواهد مصوبه اش قابلیت تطبیق بر مصادیق نو پیدا و جدید «وسایط نقلیه» را نیز داشته باشد؛ لذا قانون را به صورت کلی تدوین می کند و تطبیق آن بر مصادیق جدید و احیاناً بحث برانگیز را به قاضی واگذار می کند.^۱

البته همان طور که گفتیم حتی اگر قوانین کاملاً روشن و بی ابهام باشند نیز ممکن است که از آنها نتایج مختلفی گرفته شود. ملاحظه می کنید در تمام این موارد قانون وجود دارد، یعنی با فقدان و خلأ قانونی مواجه نیستیم، اما در تفسیر و اجرای قانون همیشه نوعی سیالیت و عدم تعین وجود دارد. همیشه قاضی، به عنوان عنصر انسانی، مجال فراخی برای تاثیرگذاری وجود دارد. این مدلی که عرض کردم مدل نظام رومی ژرمنی و حقوق نوشته است که قرار است در آن، قاضی بر مبنای مجموعه ای از قوانین مضبوط در نظام قانونی و در چارچوب مبانی و اصول آن قوانین تصمیم گیری کند. شما می بینید که در این مدل مجال تفسیر فراخ و گسترده است.

حال فرض کنید نظام حقوقی به جای اینکه مبتنی بر این قوانین از پیش مدون و مضبوط باشد، نظام حقوق عرفی^۲ باشد، یعنی نظام حقوقی ای که منبع اصلی آن نه متون قانونی، بلکه قانون عرفی و رویه های حقوقی قضایی شایع در دادگاه های مختلف است. همان طور که پیشتر اشاره وار گفتم نظام حقوقی انگلستان، ایالات متحده آمریکا، کانادا به استثنای ایالت کبک، هندوستان، استرالیا البته با تفاوت هایی، همین طور است. یعنی منبع اصلی قاضی بر رسیدگی های قضایی، رویه های حقوقی ای است که مقامات رسمی نظام حقوقی پیشتر بر مبنای آن عمل

۱. مثلاً تازگی وسیله ای اختراع شده است به نام Sinclair C5 که در واقع وسیله نقلیه یک نفره ای با باتری برقی و شارژ شونده است. آیا دارندگان یا رانندگان این وسیله ابتکاری، دارای مسئولیت پیش بینی شده در این قانون هستند یا خیر؟ قانونگذار پاسخ این پرسش را به قضات واگذار کرده است. آنها هستند که مشخص می کنند این وسیله هم از مصادیق «وسایط نقلیه» هست و نتیجتاً دارند و راننده آن نیز مسئولیت مقرر را بر عهده دارند، یا مصداق آن اصطلاح نیست، نتیجتاً دارند و راننده آن از این مسئولیت معاف هستند.

2. Common law, case law

کرده‌اند. این رویه‌ها بتدریج و در طول قرون و دهه‌ها سنتی را به وجود آورده‌اند که قاضی امروز در پرتو آنها به پرونده‌های ارائه شده او به رسیدگی می‌کند.

در این نظام حقوقی فرآیند قضایی متضمن مراحل است. درباره رویه‌ها و سنت‌های برجای مانده حقوقی چند اصل وجود دارد. اصل اول وجود دو دسته دادگاه یعنی محاکم ابتدایی یا بدوی و محاکم تالی یا عالی است. احکام قضایی دادگاه‌های عالی برای قضاات دادگاه‌های بدوی، حجت است. اگر شما قاضی دادگاه ابتدایی هستید و در مورد مشابه دعوی حقوقی مطرح شده در محکمه شما، پیشتر یک دادگاه عالی در حوزه قضایی شما حکمی صادر کرده است، شما نیز باید به همان ترتیب حکم دهید. حکم دادگاه عالی برای دادگاه ابتدایی حجت است. حال فرض کنید یک دادگاه هم‌رتبه در حوزه قضایی شما قبلاً با پرونده مشابهی مواجه بوده و حکم خاصی داده است. شما باید آن حکم را دقیقاً بررسی کنید. مثلاً اگر از آن حکم در دادگاه بالاتر تقاضای تجدید نظر شده و دادگاه بالاتر پس از رسیدگی به تقاضای تجدید نظر، آن حکم را ابطال کرده، شما متوجه می‌شوید نباید مانند حکم آن دادگاه بدوی حکم کنید؛ زیرا در این صورت قویاً محتمل است که از حکم شما نیز تقاضای تجدید نظر شود و براساس همان سابقه، حکم شما نیز ابطال شود. برعکس، اگر در دادگاه عالی تقاضای تجدید نظر رد شد و حکم دادگاه بدوی تأیید شد، شما با اطمینان خاطر می‌توانید مانند حکم آن دادگاه بدوی رای دهید. بنابراین حکم دادگاه‌های هم‌رتبه نیز باید مهم تلقی شود. اصل سوم این است که احکام دادگاه‌هایی خارج از حوزه قضایی خودتان در پرونده‌های مشابه را نیز باید بررسی کنید. مثلاً یک قاضی انگلیسی به احکام قضاات در آمریکا و استرالیا و کانادا نیز توجه می‌کند. یک قاضی کارآزموده نه فقط به آرای قضاات حوزه قضایی خود و قضاات کشورهای دیگری که از نظام حقوقی مشابه پیروی می‌کنند، بلکه به تجربه قضایی نظام‌های حقوقی دیگر هم التفات می‌کند. مثلاً یک قاضی آمریکایی با این ویژگی حرفه‌ای، به آرای قضاات در نظام رومی ژرمنی، مثلاً دادگاه‌های فرانسه و آلمان و ایتالیا نیز عنایت دارد. بنابراین حکم دادگاه‌های حوزه‌های قضایی دیگر هم باید برای قاضی دادگاه ابتدایی مهم است. این‌ها قواعدی است که قاضی یک دادگاه پیرو نظام حقوق عرفی^۱ رعایت می‌کند. ملاحظه می‌کنید که در این موارد نیز نقش عوامل انسانی بسیار بارز و مهم است.

در این نظام حقوقی، سنت و رویه‌های پیشین دادگاه‌ها چارچوب تصمیم‌گیری

قاضی است، اما این خود قاضی است که تصمیم می‌گیرد کدام سنت و رویه حقوقی بر این پرونده در حال بررسی او منطبق است. این خود قاضی است که تصمیم می‌گیرد این پرونده مشابه موردی است که قبلاً دادگاه عالی درباره‌اش تصمیم گرفته یا نه. پرونده‌ها و دعاوی هم جهات مشابهت دارند و هم جهات تفاوت. این قاضی است که باید تشخیص دهد آیا شباهت‌ها چنان اساسی هستند که این پرونده مورد رسیدگی را مشابه پرونده‌های رسیدگی شده در دادگاه عالی یا دادگاه هم‌رتبه تلقی کند؟ یا برعکس، تفاوت‌های بنیادی موجود باعث می‌شود این پرونده را دعوی متفاوت تلقی کند. حتی اگر قرار است این سنت‌ها نقض و این رویه‌ها اصلاح شود، باز این قاضی است که این کار را می‌کند. ملاحظه می‌کنید در نظام حقوق عرفی نیز مانند نظام حقوقی نوشته، شم و تشخیص قاضی بسیار تعیین‌کننده است.

تمام سخن این است که عوامل روانشناسانه، جامعه‌شناسانه، عوامل بیرونی، حقوقی، فرا قانونی در شکل بخشی به تصمیم قاضی نقش اساسی دارند. این قاضی است که نهایتاً تصمیم می‌گیرد حکم قانون در این دعوا چه باشد. در واقع تصمیم او می‌شود قانون. البته ممکن است شما همین مدل را در مورد قانونگذاران نیز جاری بدانید. ولی بحث کنونی ما درباره قاضی است.

حال ببینیم اشکالات این تحلیل چیست؟ اگر قرار باشد نظریه واقع‌گرایی حقوقی به عنوان یک چارچوب کلی برای توضیح و تفسیر قانون به وجه عام تلقی شود، این نظریه دچار اشکالات جدی است. اینکه به بعضی از این ایرادات اشاره می‌کنم. اولاً نکته اصلی این است که از کجا بفهمیم محکمه قضایی چیست؟ چه کسی عهده‌دار تعریف آن است؟ قبل از اینکه قاضی‌ای داشته باشید که حکمش معلوم باشد، باید اول خود مسند قضاوت را تعریف کنید. چه کسی باید این سمت را تعریف کند؟ خود قاضی که نمی‌تواند مسئولیت و اختیارات خود را تعیین کند. باید رفت سراغ قاعده. یعنی آنچه برای پیش‌بینی رفتار آحاد جامعه، از جمله قضات وضع شده است و به اطلاع عموم مردم رسانیده شده است. فراموش نکنید مثلاً در تحلیل هارت، قانون رسمیت‌بخش مسندهای حقوقی را نیز تعریف می‌کند. قانون است که می‌گوید شرایط رسمیت و اعتبار محکمه چیست و چه جلسه حقوقی‌ای عنوان دادگاه دارد، چه کسی صلاحیت قضایی دارد و چه کسی فاقد این صلاحیت است. خود قضات نمی‌توانند مرجع پاسخ دادن به این پرسش‌ها باشند. پس یک مشکل این نظریه آن است که تعیین نمی‌کند این مسندها، ترتیبات، روابط و به اصطلاح نهاد حقوقی چگونه و بر چه مبنایی تعریف می‌شود.

نکته دوم این است که قاضی در مواجهه با موارد حقوقی واقعی و در مقام تفسیر قانون واقعا چه می‌کند؟ ماهیت اقدامات او چیست؟ آیا مطابق نظریه واقع‌گرایی حقوقی، کار قاضی اصلا تصمیم‌گیری و تفسیر قانون نیست. بلکه کار او این است که بر مبنای فرا قانونی تصمیم‌گیری می‌کند و در مرحله بعد، از قانون برای توجیه تصمیم خود استفاده می‌کند. اگر شما این را به عنوان یک قاعده عام در نظر بگیرید، با شهود و رویه خود قضات هماهنگی ندارد. معمولا قضات می‌گویند ما در فرآیند رسیدگی قضایی گرایش‌های شخصی خود را کنار می‌نهم. وظیفه حرفه‌ای ما این است که حکم قانون را در مورد پرونده تحت رسیدگی اعلام کرده، طرفین دعوا را به پیروی از آن ملزم کنیم. بسیاری از قضات کار خود را تفسیر و تطبیق قانون بر مورد دعوا معرفی می‌کنند، نه تصمیم بر مبنای ملاحظات شخصی یا تعلقات اجتماعی و سپس استفاده ابزاری از قانون را برای توجیه آن تصمیم. بنابراین توصیف بسیاری از قضات از نحوه عملکردشان نیز با نظریه واقع‌گرایی حقوقی انطباق ندارد.

نکته دیگر این است که چه کسی تصمیم می‌گیرد که کدام رویه قضایی مربوط به پرونده و کدام یک نامربوط است؟ فرض کنید یک قاضی اعلام کند من به نفع هر کس که رشوه بیشتری به من بپردازد رای می‌دهم. آیا می‌توان گفت چون او این کار را می‌کند این تصمیم و اعلام او هم می‌شود قانون؟ قاعدتا شما باید بگویید که رشوه گرفتن، یک رویه نامربوط به فرآیند تصمیم‌گیری قضایی است. اما مثلاً فرض کنید وقتی یک قاضی بگوید من این حکم را صادر می‌کنم برای اینکه رویه‌های قضایی پیشین من را به این جهت هدایت می‌کنند. می‌شود گفت این به لحاظ قانونی ملاحظه مربوطی است؟ چه چیزی ملاحظات مربوط و نامربوط را از هم متمایز می‌کند؟ اگر وابسته به نظر خود قاضی باشد، ممکن است قاضی بگوید رشوه مربوط است. ولی ما معتقدیم که رفتار قاضی به قواعدی مقید است که فراتر از اراده و تشخیص و تصمیم خود قاضی است. این نظریه چگونه می‌خواهد بین ملاحظات مربوط و ملاحظات نامربوط و محل از منظر حقوقی تمایز قائل شود.

نکته آخر نیز آن است گرچه در برخی مواقع قانون نظر روشنی ندارد، ولی نباید فراموش کرد که در بسیاری از موارد نظر قانون واضح و غیر قابل تفسیر است. در بسیاری از مواقع چون قانون کاملا روشن است مردم حتی به دادگاه نمی‌روند و خودشان بر اساس فهم عرفی از قانون، مشکل و اختلاف را حل می‌کنند. فرض کنید کسی در حین رانندگی با اتومبیل جلویی برخورد می‌کند. می‌گوید مشخص است که من مقصر هستم، منتظر پلیس و دادگاه نمی‌شویم. این کارت بیمه من، بروید و خسارت خودتان را بگیرید.

به بیان دیگر از وجود موارد دشوار حقوقی که به هر حال نمی‌توان تکلیف پرونده را بر اساس قواعد قانونی تعیین کرد، نباید نتیجه گرفت که اصولاً در قلمرو قانون نوعی هرج و مرج عمومی برقرار است و ممکن است از هر مقدماتی به هر نتیجه‌ای رسید و قاضی تعیین‌کننده نهایی همه چیز است.

به هر حال این‌ها ملاحظات مهمی است. البته نباید فراموش کرد که واقع‌گرایان حقوقی، توجه ما را به این نکته بسیار مهم جلب کردند که در فرآیند تصمیم‌گیری قضایی و در فرآیند تکون قانون شم و تشخیص عواملان یا کارگزاران مقامات رسمی نظام حقوقی نقش بسیار مهمی دارد. به نظر بنده این یکی از دستاوردهای مهم نظریه واقع‌گرایی حقوقی است.

در نوبت آینده، نظریه دیگری درباره ماهیت قانون را مطرح می‌کنیم؛ نظریه‌ای که از گفتگوهای انتقادی با هارت، اما از زاویه دیگر مطرح شده است. گفتار بعد درباره نظریه «قانون به مثابه یک کل منسجم و جامع» خواهد بود که رونالد دورکین، فیلسوف معاصر آمریکایی مطرح کرده است.

گفتار هشتم:

قانون به مثابه یک کل منسجم

اینک جلسه پایانی سلسله گفتارمان درباره چیستی قانون را آغاز می‌کنیم. در نوبت گذشته یکی از واکنش‌ها به نظریه هارت، یعنی نظریه واقع‌گرایی حقوقی را بررسی کردیم. ایراد اصلی آنان بر نظریه هارت این بود که نمی‌توان پذیرفت کار قضات صرفاً تطبیق مکانیکی قانون بر پرونده‌ها و دعاوی است. برخلاف تصور هارت در مسیر دادرسی و حل دعاوی و صدور احکام قضایی همه چیز پیشاپیش تعریف شده و مضبوط نیست. آنان می‌گویند ما بر اساس تجارب حرفه‌ای و مشاهدات خویش می‌گوییم چنین نیست که قوانین و قواعد از قبل تعیین یافته‌ای وجود داشته باشد و در انتظار باشند که قضات آنها به استخدام بگیرند و در دادگاه‌ها به نحو مکانیکی بر پرونده‌های قضایی تطبیق دهند. دیدیم واقع‌گرایان حقوقی چگونه بر مبنای این نقدشان بر تحلیل منطقی و ساختارمند قانون در تحلیل هارت، نظریه خود را سامان بخشیدند.

امروز می‌خواهیم نظریه دیگری درباره قانون را بررسی کنیم که خاستگاه و نقطه آغاز این نظریه نیز نقد تحلیل هارت درباره مفهوم قانون بوده است. منتها در اینجا نظریه هارت از زاویه و منظر متفاوتی نقد شده است و از رهگذر گفتگو و مباحثه با هارت از این زاویه خاص، رفته رفته نظریه دیگری درباره مفهوم قانون

شکل گرفته است. این نظریه بدیل توسط رونالد دورکین^۱ مطرح شده است. وی از فیلسوفان بسیار برجسته روزگار ما بوده و در سال ۲۰۱۳ در گذشته است. از تحلیل او با عنوان «نظریه قانون به مثابه یک کل منسجم» یا «نظریه یکپارچگی حقوق»^۲ یاد می‌شود.

فولر که استاد دورکین در هاروارد بود، برای تبیین نظریه‌اش از اینجا شروع می‌کرد که برای نیل به تحلیل درستی درباره ماهیت قانون باید به سمت مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون رفت؛ یعنی جاهایی که قانون بودن گزاره مورد بررسی آشکارا است و در قانون بودن آن تردیدی نیست. باید به سراغ موارد به اصطلاح آسان، قطعی و بارز بروید و ثوری خودتان را از آنجا استنباط و استخراج کنید. نکته اصلی دورکیم این است که از قضا برای فهم کارکرد و ماهیت قانون باید به موارد دشوار حقوقی^۳ مراجعه کرد؛ یعنی مواردی که تطبیق یک قانون بر آنها محل تردید و ابهام است و به اصطلاح موارد مرزی تلقی می‌شوند. یعنی روشن نیست کدام قانون و به چه نحو می‌تواند بر این مورد خاص تطبیق داده شود؛ یا حتی مواردی که درباره آنها هیچ قاعده و قانون خاصی پیش‌بینی نشده است. بنابراین قاضی در محکمه خود گویی یکباره با پرونده‌ای قضایی مواجه می‌شود که طبق تکلیف اداری و شغلی خود باید آن را حل و فصل کند. در هر صورت دعوا یا شکایتی در دادگاه مطرح شده و قاضی نمی‌تواند به دلیل فقدان قانون، از رسیدگی به آن استنکاف کند. وظیفه او اتخاذ تصمیم و صدور حکم قضایی است. اما مشکل این است که گاه قوانین موجود برای حل و فصل این دعوا یا شکایت کفایت نمی‌کند، یا در این باره این دعوا یا شکایت اساساً قانونی وجود ندارد. همان‌طور که پیشتر گفتیم از نظر هارت موارد دشوار حقوقی از دو منشا سرچشمه می‌گیرد. یکی از نکات مهم در تحلیل هارت این بود که از نظر او در بسیاری از مواقع بافتار قانون به گونه‌ای است که مجال تفسیرهای مختلف می‌دهد. یعنی قانونگذار تعمداً تعابیر تفسیر بردار و الفاظ ذو جوهی را در قانون به کار می‌برد که به قضات امکان دهد متناسب با تحولات جامعه و پدیدار شدن موضوعات و مصادیق جدیدی که پیشتر قانونگذار پیش‌بینی نکرده است، بتوانند قانون را بر آن موارد نو پیدا نیز تعمیم دهند. مثلاً قانون می‌گوید ورود وسایط نقلیه به فلان منطقه ممنوع است، اما اصطلاح «وسایط نقلیه» را تعریف نمی‌کند. این را تعریف تا حدی به عرف یا به دادگاه‌ها

1. Ronald Dworkin

2. Theory of law as integrity

3. Hard cases

واگذار می‌کند. در دوره‌ای وسایط نقلیه ممکن است اتومبیل و اتوبوس باشد، در زمانی دیگر مثلاً دوچرخه و موتورهای متحرک بنزینی. قانونگذار تشخیص این را به قاضی یا عرف جامعه واگذار می‌کند. سخن هارت می‌گوید این قابلیت تفسیر گوناگون و بافت گشوده قوانین، به رغم فوایدی که دارد، گاه تطبیق قوانین بر موارد حقوقی را دشوار می‌کند. هارت به سخن خود این نکته را نیز می‌افزاید که در پاره‌ای موضوعات و موارد نیز اصولاً قاعده‌ای در متن قانون پیش‌بینی نشده است. به این دو موقعیت گفته می‌شود موارد دشوار حقوقی.

بحث اصلی دور کین از این پرسش آغاز می‌شود که در چارچوب نظریه هارت، وقتی قاضی با یک مورد دشوار حقوقی مواجه می‌شود چه باید کرد؟ نظریه عمومی هارت این بود که قانون یعنی مجموعه قواعد موجود در نظام حقوقی؛ وظیفه قاضی نیز تطبیق این قواعد بر پرونده‌های قضایی و صدور حکم است. اما مشکل اصلی این است که الان چنین قواعدی یا از بیخ و بن وجود ندارد یا قواعد موجود قابلیت تطبیق بر این پرونده حقوقی دشوار را ندارد. حال چه باید کرد؟

در پاسخ به این پرسش هارت میان دو حالت تفکیک می‌کند. اگر منابع قانونی برای حل و فصل این مورد کفایت نمی‌کند، مثلاً قاعده‌ای در قانون یافت نمی‌شود، قاضی به ظرفیت‌های بیرون از نظام حقوقی متوسل می‌شود و با عنایت به ارزش‌های بیرون نظام حقوقی و با شناسایی قاعده‌ای فرا حقوقی و تطبیق آن بر پرونده، آن مورد دشوار حقوقی را حل می‌کند. در حقیقت خلا قانونی را با قاعده‌ای غیر حقوقی برگرفته از نظام ارزشی جامعه جبران می‌کند. قاضی حتی در صورتی که با فقدان قانون مواجه است، نمی‌تواند از رسیدگی قضایی و صدور حکم استکفاف کند. در اینجا که منابع حقوقی کفایت نمی‌کند او باید به منابع بیرون از نظام حقوقی، یعنی به ارزش‌های مقبول جامعه و خود استناد کند. در این فرض گویی قاضی باید درباره پرونده مورد رسیدگی خود قانون تازه وضع کند.

در این حالت چند نتیجه پیش می‌آید. یکی اینکه دست قاضی در انتخاب و تمسک به ارزش‌های بیرون از نظام حقوقی گشوده است. در این مورد قاضی هیچ قیدی ندارد. به نظر او هر ارزش مورد احترام جامعه می‌تواند دستاویز قاضی برای صدور حکم باشد. نتیجه دوم نیز این است که قاضی بر مبنای ارزش‌های مورد نظرش یک قاعده تنظیم می‌کند. یعنی قاضی بر مبنای و به اعتبار ارزش‌های بیرون نظام حقوقی قانون تازه‌ای برای مورد حقوقی دشوار وضع می‌کند. در گام سوم قانون وضع شده را بر پرونده حقوقی مورد دادرسی تطبیق می‌کند. پس چون منابع کافی در درون نظام حقوقی ندارد، قاضی مجبور است با مراجعه به منابع ارزشی بیرون

نظام حقوقی که عمده‌تا منابع اخلاقی هستند، کشف کند که مثلاً مقتضای عدالت و انصاف چیست. به بیان دیگر بر اساس تصویری از عدالت و انصاف که نزد وی و جامعه وجود دارد، حکم قضیه را صادر کند. طی کردن این فرآیند، یعنی وضع یک قاعده تازه که پیشتر در متن نظام حقوقی پیش‌بینی نشده بود و حال آن قاعده توسط این قاضی کشف و بر این پرونده خاص تطبیق داده می‌شود.

ممکن است شما بگویید کشف ارزش‌های بیرون از نظام حقوقی کار آسانی نیست؛ زیرا در اجتماع، به ویژه یک جامعه دمکراتیک، در پرتو آزادی بیان و تنوع فرهنگی، برداشت‌های گوناگون و تفسیرهای بعضاً متعارضی از این گونه ارزش‌ها، مثلاً عدالت و انصاف وجود دارد. این ارزش‌ها، مفاهیم بسیط و ساده‌ای نیستند که همه مردم یا همه قضات در یک یکسان، حتی مشابهی از آنها داشته باشند. بالاخره هر قاضی به یکی از این تفسیرها گرایش دارد. چگونه می‌توان به نوعی هماهنگی دست یافت که جامعه دچار تشتت قضایی نشود.

پاسخ من آن است که به هر حال قاضی، به دلایل مختلف از جمله دلایل متعالی مانند اعتقاد به عدالت گرفته تا دلایل معمولی‌تر مانند حفظ اعتبار حرفه‌ای، سعی می‌کند در مسند قضاوت بهترین تصمیم را اتخاذ و استوارتر حکم را صادر کند. گویا قاضی می‌گوید من در حال ایجاد یک قاعده نو و سامان‌دهی ترتیبات تازه‌ای هستم، بنابراین باید به گونه‌ای تصمیم‌گیری کنم که بیشترین خیر را به بیشترین گروه از شهروندان برساند. قاضی نیک می‌داند حکم او در مورد موضوعات دشوار حقوقی به مثابه یک قانون تلقی خواهد شد و به ایجاد رویه قضایی خواهد انجامید. در فرض مورد بحث، قاضی مثل هر قانونگذاری در صدد وضع قاعده و قانونی است که اگر در توسط سایر قضات در پرونده‌های مشابه نیز تبعیت شد، خیر عمومی را تامین کند؛ همان کاری که قانونگذار انجام می‌دهد. هنگام قانونگذاری در پارلمان هم بحث تنوع برداشت‌ها از موازین اخلاقی مطرح است. اما بالاخره قانونگذاران با رعایت تامین بیشترین منافع عمومی، تفسیری از تفاسیر ممکن را برمی‌گزینند و بر مبنای آن قانون وضع می‌کنند. در این موارد استثنایی، قاضی‌ای که در مسند قانونگذار قرار گرفته است نیز به همین صورت عمل می‌کند. پس در مدل هارت، مسند قضاوت و مسند قانونگذاری، دست‌کم در موارد دشوار حقوقی هم‌پوشانی می‌کنند.

مضافاً به اینکه ضمن درست بودن وجود تفسیرهای متنوع از ارزش‌های اخلاقی، باید توجه داشت در بسیاری مواقع و موارد آنها در تناقض و تقابل با همدیگر نیستند، بلکه بیشتر نگرستن به ارزش مورد بررسی از منظرهای متفاوت هستند. برخی از

اختلافات نیز مربوط به مفهوم آن ارزش‌ها نیستند، بلکه به شیوه‌هایی نیل به آن ارزش‌ها ارتباط دارند. مثلاً کمتر کسی فقر را به عنوان یک ارزش تلقی می‌کند. تقریباً همه همداستانند که فقر یک ضد ارزش است و باید با آن مقابله کرد. منتها یک حزب و گروه سیاسی ممکن است بگوید که دولت باید از طریق کاهش مالیات و ایجاد شغل، فقر را ریشه کن کند. حزب و گروه دیگری بگوید دولت باید از رهگذر افزایش مالیات ثروتمندان و توسعه خدمات اجتماعی با فقر مبارزه کند. پس در ضد ارزش بودن فقر اختلافی نیست، اختلاف در شیوه‌های مقابله با فقر است. به بیان دیگر سلسله ارزش‌های مشترکی در جامعه وجود دارد. قاضی نیز توجه دارد که حکم او مورد در مراجع بالاتر قضایی و نیز افکار عمومی و رسانه‌های جمعی نقد و ارزیابی خواهد شد. مطمئناً او تلاش خواهد کرد حکم او و در واقع قاعده‌ای که او بنیاد می‌نهد در چارچوب ارزش‌های مورد قبول خودش و اکثریت جامعه باشد تا هم این پرونده خاص به بهترین شکل ممکن فیصله پیدا کند و هم اعتبار حرفه‌ای مخدوش نشود. وجهه همت او صدور حکمی است که هر کس آن را بررسی و تحلیل کند بگوید آری، مقتضای عدالت و انصاف، همین است. قاضی نمی‌خواهد حکم عجیب و غریب صادر کند؛ او نیز در همین فرهنگ حقوقی جامعه بالیده است و می‌خواهد در همین چارچوب فرهنگی خلا قانونی را جبران و حکم خود را صادر کند.

نکته مهم دیگر آن است که قضات معمولاً نمی‌خواهند مانند یک کنشگر اجتماعی^۱ رفتار کنند. البته درنظریه هارت قاضی مجاز است به هر ارزشی متوسل شود. او می‌تواند کاملاً مانند یک کنشگر اجتماعی عمل کند. ممکن است قاضی ارزش‌هایی مبتکرانه، پیشرو^۲ و مرقی‌تر از میانگین جامعه داشته باشد، یا به ایده‌هایی که با ارزش‌های اکثریت جامعه هماهنگ نیستند علاقمند باشد. فرض کنید قاضی شاغل در یک کشور غربی باورهای مارکسیستی داشته، به آن نظام ارزشی وفادار باشد. در صورت فقدان قانون اصولاً این قاضی می‌تواند حکم خود را با تمسک به ارزش‌های مارکسیستی صادر کند و مثلاً مالکیت خصوصی کارخانه‌ای را سلب کند. ممکن است بگوییم طبق تحلیل هارت این قاضی رفتار درستی انجام داده، ولی حکم او تصمیم قضایی نامتعارفی است، یعنی واکنش جامعه حقوقی و جامعه مدنی را بر خواهد انگیخت. پس به رغم آنکه علی‌الاصول قاضی می‌تواند چنین حکمی صادر کند، معمولاً چنین نخواهد کرد؛ زیرا قضات همیشه سعی می‌کنند در

1. Activist

2. Proactive

چارچوب درک عمومی از ارزش‌های اخلاقی مانند انصاف و عدالت عمل کنند. به بیان دیگر معمولاً ارزش‌های شخصی یک قاضی خوب فاصله زیاد و فاحش با ارزش‌های مقبول جامعه ندارد، یا نباید داشته باشد. البته در چارچوب تحلیل هارت دست قاضی در انتخاب و تمسک به ارزش‌های بیرون نظام باز است. در موارد دشوار حقوقی تشخیص قاضی در انتخاب بهترین شیوه حل و فصل دعاوی، حجت و معتبر است. ادعای این است که تصمیم او مبتنی بر عدالت و انصاف است.

برگردیم به بحث دورکین؛ او اینجا مثالی مطرح کرده است. پدر بزرگ ثروتمندی وصیت می‌کند پس از مرگ وی تمام ثروتش به نوه او برسد. تمام شرایط قانونی برای اعتبار این وصیت‌نامه نیز موجود است. این وصیت‌نامه با آزادی و در کمال سلامت روانی پدر بزرگ و با حضور و کیل او نوشته شده است. صحت امضای او هم به تأیید مقامات ذی صلاح رسیده است. خلاصه آنکه این وصیت‌نامه به لحاظ قانونی هیچ اشکالی ندارد. اما توجه دارید وصیت‌نامه فقط پس از مرگ وصیت‌کننده قابلیت اجرایی پیدا می‌کند. پس از سال‌ها، هنوز این پدر بزرگ در قید حیات است. نوه او که مایل است هرچه زودتر اموال پدر بزرگش به او منتقل شود، وی را به قتل می‌رساند. دادگاه حالا آن نوه را به خاطر قتل پدر بزرگ محاکمه می‌کند. مجازات قتل عمد نیز در قانون مشخص است و در این بخش، ابهامی وجود ندارد. در عین حال این پرسش مطرح است که آیا با توجه به اعتبار وصیت‌نامه، این اموال به نوه‌ای که مرتکب قتل پدر بزرگ شده منتقل می‌شود یا خیر؟ مثلاً می‌توان این قاتل را مطابق قانون، به حبس ابد محکوم کرد، در عین حال اموال مقتول را به حساب او منتقل کرد؟

در متن نظام حقوقی هیچ قانونی در این باره پیش‌بینی نشده بود. پس می‌شد گفت هیچ دلیلی برای اجرا نکردن این وصیت‌نامه معتبر وجود ندارد. نتیجتاً باید اموال پدر بزرگ را به نوه او، هرچند مرتکب قتل شده است، داد. اما حکم دادگاه این بود که این قاتل نباید بتواند اموال مقتول را تصاحب و تملک کند. در حقیقت قاضی برای ممانعت از اجرای وصیت‌نامه پدر بزرگ که سندی کاملاً معتبر است، به یک ارزش بیرون از نظام حقوقی متوسل شد. آن ارزش و اصل اخلاقی این است که مجرم نباید از جرمی که مرتکب شده منتفع شود. نباید اجازه داد خطاکار و قانون شکن، از رفتار خطا و نقض قانون سود برد و منافعی به چنگ آورد. این قاعده در متن قانون وجود ندارد، این در واقع یک اصل اخلاقی و شرط انصاف و عدالت است. این‌ها از مهم‌ترین ارزش‌های فرا حقوقی هستند و قاضی با تمسک به این اصول اخلاقی، اصل قانونی یعنی لزوم اجرای وصیت‌نامه معتبر را در این مورد

خاص اجرا نکرد و به وصیت‌نامه معتبر قدرت اجرایی نداد. در اینجا قانون قاضی آن قانون را نقض کرد و به تعبیری قانون جدیدی وضع کرد و طبق آن حکم داد. ممکن است گفته شود حتی در این صورت نیز قاضی به چیزی خارج از نظام حقوقی تمسک نکرده است؛ زیرا آن ارزش‌های بیرون نظام حقوقی هم تحت عنوان منابع حقوق وارد نظام حقوقی شدند. به بیان دیگر علمای حقوق می‌گویند در صورت فقدان قانون، باید از مقتضیات روح قانون تبعیت کرد.

پاسخ بنده این است که این فرض شما می‌شود حالت دومی که در موردش سخن خواهیم گفت. گاه خود قانون دسته‌ای از ارزش‌ها را پیش‌بینی می‌کند و به قاضی اختیار می‌دهد به آن ارزش‌های بیرون قانون مراجعه کند. تفاوت این دو مورد چیست؟ دومی همان است که ما آن را «پوزیتیویسم شامل» نامیدیم، یعنی حالتی که خود قانون یعنی آن قاعده رسمیت‌بخش به قاضی اجازه می‌دهد در مواردی که قوانین مصوب و کتاب قانون قاعده‌ای برای حل و فصل مورد دشوار حقوقی ندارد، از ارزش‌های بیرون از نظام حقوقی استفاده کند. به این ترتیب ارزش‌های بیرون نظام حقوقی دیگر بیرون نظام حقوقی نیستند؛ در واقع نظام حقوقی شامل آنها نیز شده است، گویی در متن قانون گنجانده شده‌اند. در اینجا قانونگذار به یک معنا قانون تازه‌ای وضع نمی‌کند بلکه وضع قانون تازه توسط قاضی در متن قانون پیش‌بینی شده است. در اینجا قاضی ناگزیر در مقام قانونگذار قرار گرفته، قانون تازه وضع می‌کند؛ البته در اینجا قاضی به حکم خود قانون این اختیار را پیدا می‌کند که قانون وضع کند. این مدل را شما می‌توانید «مدل قانونگذاری» بنامید. یعنی اینکه قاضی علاوه بر منزلت قضایی، جایگاه قانونگذاری هم پیدا می‌کند.

ممکن است گفته شود می‌توان با قاضی‌ای که به استناد ارزش‌های خارج از متن قانون آن قاتل را از اموال پدر بزرگش محروم کرده است، همدلی کرد. اینکه آن شخص در نتیجه رفتار غیر اخلاقی و غیر قانونی به سودی نائل نشود، نتیجه مطلوب و قابل قبولی است. در عین حال باید نگران شیوع چنین تلقی و منشی میان قضات بود. تمسک گسترده به ارزش‌های فرا حقوقی برای متوقف کردن اجرای اسناد و قراردادهایی که برابر مقررات قانونی تدوین شده و اصولاً باید معتبر تلقی شوند، ممکن است به نوعی هرج و مرج منجر شود و به وضعیتی بینجامد که می‌شود آن را «استبداد قضایی» نامید. خصوصاً که شما گفتید در «پوزیتیویسم شامل» به قضات چنین اجازه‌ای اعطا شده است. این مطلب بویژه در جوامع غیر دموکراتیک که نظام سیاسی بر دستگاه قضایی تسلط دارد، و به بیان دیگر قوه قضاییه فاقد استقلال است، بیشتر موجب نگرانی است. امکان دارد قضات زیر عنوان تفسیرهای شخصی از

ارزش‌های بیرون از نظام حقوقی، احکام قضایی خود را بر اساس مبانی غیر مشخص و غیر حقوقی صادر کنند و مثلاً اجرای یک سند حقوقی معتبر را متوقف کنند.

بنده در پاسخ به این مطالب می‌خواهم یادآوری کنم موارد دشوار حقوقی^۱ انواع مختلفی دارند. در خصوص یک سلسله از این پرونده‌ها و موارد اساساً قانونی وجود ندارد. درباره گروهی دیگر از این موارد، که بعداً بحث خواهیم کرد، مشکل فقدان و خلا قانون نیست، بلکه مشکل وجود چند قانون و قاعده متعارض است و قانون راه حلی برای رفع این تعارض پیش‌بینی نکرده است. در پاره‌ای از این موارد دشوار قانون وجود دارد، قانون متعارضی هم در کار نیست. ولی مشکل این است که قانون موجود که قاعدتاً لازم الاجرا است، کاملاً نامناسب و در تضاد با ارزش‌های اخلاقی به نظر می‌رسد. مثال مورد گفتگو از مصادیق گروه سوم است. یعنی طبق قانون وصیت‌نامه مذکور که با رعایت همه ضوابط و مقررات قانونی تدوین و امضا شده باید اجرا شود. اما اجرای آن با این قاعده که «مجرم نباید در نتیجه ارتکاب جرم به منافع دست یابد» در تضاد است.

نکته دیگر آن است که هر وصیت‌نامه‌ای پس از «مرگ» وصیت‌کننده قابلیت اجرایی پیدا می‌کند. ولی در این مثال «مرگ» اتفاق نیفتاده، بلکه آنچه تحقق یافته «قتل» است. در قانون پیش‌بینی نشده که این نوه با چه نیت و قصدی پدر بزرگش را کشته است. قانون می‌گوید هر گاه وصیت‌کننده فوت کرد، وصیت لازم الاجرا است، ولی به انواع مرگ و مثلاً فرق قتل و مرگ توجهی نکرده است.

شما ممکن است در استدلال علیه این قاضی بگویید این نوه مرتکب قتل شده، باید مجازات پیش‌بینی شده در قانون را تحمل کند، مثلاً سی سال زندانی شود. اما همین قانون هم می‌گوید چون آن وصیت‌نامه به طور قانونی تدوین شده، باید اجرا شود و نتیجتاً اموال به آن نوه قاتل برسد. ولی شما می‌گویید به رغم وجود این قانون در مورد وصیت‌نامه، قاضی با استناد به یک قاعده اخلاقی فرا حقوقی حکم به اجرا نشدن وصیت‌نامه داده است. چرا قاضی مجاز باشد حکمی علیه مقتضای قانون صادر کند؟

در پاسخ این پرسش شما من می‌پرسم به نظر شما اگر ما ثروت این مقتول را به قاتل بدهیم کار درست یا نادرستی انجام داده‌ایم؟ شما نیز می‌گویید این کار غلط است. بنابراین شما معتقدید که در اینجا مشکلی وجود دارد. از قانون می‌پرسم این مشکل را چگونه حل کنیم؟ قانون می‌گوید نمی‌دانم؛ قانونگذار اساساً چنین

1. Hard cases

وضعیتی را پیش‌بینی نکرده است. به دلیل وجود همین مشکل است که ما این مثال را به عنوان مورد دشوار حقوقی^۱ می‌شناسیم. معتقدیم که قاتل نباید از قتل منتفع شود، اما این قاعده در قانون پیش‌بینی نشده است. حالا قاضی باید این مشکل را حل کند. یعنی کار قاضی فقط این نیست که قاتل را مجازات کند؛ افزون بر آن باید درباره مقابله با قاتلی که می‌خواهد در اثر قتل به اموالی نائل شود هم تصمیم‌گیری کند. در مورد تصمیم اول یعنی مجازات قاتل، قانون راه حل دارد و قاضی مطابق همان قانون حکم می‌دهد؛ اما درباره موضوع دوم قانون ساکت است. در چنین شرایطی است که قاضی مجاز می‌شود برای یافتن راه حل مشکلی که قانون درباره آن ساکت است به ارزش‌ها و قواعد اخلاقی فرا حقوقی مراجعه و استناد کند.

درباره احتمال سوء استفاده سیاستمداران از این اختیار گسترده قضات و مثلاً پیش آمدن نوعی استبداد قضایی یا نوعی استبداد از طریق قضات، باید بگوییم این نگرانی بجا است، اما تنها در این مورد نیست که نظام حقوقی ممکن است مورد سوء استفاده سیاستمداران قرار بگیرد. توجه داشته باشید اینکه شرایط اعتبار یک حکم حقوقی چیست، بحثی است و اینکه از این نظام حقوقی می‌شود سوء استفاده کرد یا نه بحث دیگری است.

شما به امکان استفاده ابزاری از نظام حقوقی در کشورهای استبدادی اشاره کردید، من می‌خواهم به سخن شما این را بیفزایم که در نظام‌های دموکراتیک نیز کاملاً ممکن است نظام حقوقی مورد سوء استفاده قرار گیرد. این نه فقط یک احتمال، که متأسفانه در برخی مواقع یک واقعیت تلخ است. مثلاً کسانی که وکلای مجرب و چیره دست دارند، ممکن است مرتکب جرایم مهمی شوند، در عین حال با مجازات مواجه نشوند؛ زیرا وکلای آنان راه‌هایی برای دور زدن قانون و نجات موکلان خود پیدا می‌کنند. برعکس ممکن است یک آمریکایی آفریقایی تبار، صرفاً به دلیل همراه داشتن مقدار کمی مواد مخدر سال‌ها زندانی شود؛ او اساساً به دلیل فقر و محرومیت، از خدمات حقوقی قابل قبولی برخوردار نیست. ولی کسانی که با شگردهای مختلف شرکت‌های رقیب را از میدان خارج کرده، با ایجاد انحصار در فعالیت‌های اقتصادی، با پولشویی و رفتارهای دیگر بنیان اقتصادی جامعه را تضعیف و تهدید می‌کنند، آزادانه به کارهای خود ادامه می‌دهند و منافع کلان هم به دست می‌آورند.

پس دقت داشته باشید بحث سوء استفاده از نظام حقوقی که در جای خود

موضوع مهمی نیز هست، مقوله متفاوتی از بحث فعلی ما است. ما الان می‌خواهیم بگوییم در شرایط عادی، یک نظام حقوقی معتبر چگونه کار می‌کند. البته ممکن است از این نظام کار آمد معتبر بتوان به شیوه‌های مختلف سوء استفاده کرد که بحث دیگری است.

نکته دیگری که یکی از دوستان مطرح می‌کنند این است که ممکن است در مثال مورد بحث، یعنی قتل وصیت‌کننده توسط شخصی که بنا بود از آن وصیت منتفع شود، اصل حقوقی دیگری وجود داشته باشد که از اجرای وصیت‌نامه در این مورد خاص جلوگیری کند. آن اصل مفروض حقوقی می‌تواند این باشد که وصیت مربوط به اراده شخص وصیت‌کننده است، او می‌خواسته از طریق این وصیت‌نامه به دیگری سود برساند. پس اینجا وقتی که آن شخص مرتکب قتل وصیت‌کننده شده، آن نیت وصیت‌کننده و نتیجتاً اعتبار آن وصیت‌نامه ملغی شده است.

پاسخ من بدون آنکه بخواهم درباره این اصل مفروض شما موشکافی کنم این است که اگر چنین اصلی داشته باشیم آن اصل، یکی از اموری است که قاضی می‌تواند با استناد به آن حکم صادر بکند.

مطلب دوست دیگرمان این است که می‌گویند ضمن اینکه باید از کنار نهاده شدن قانون توسط قضات نگران بود، باید به خاطر داشت گاه اقداماتی از این دست نتایج اجتماعی مفیدی داشته، عدالت فراگیرتری را تامین کرده‌اند.

بنده در پاسخ عرض می‌کنم برخی از این اقدامات مفید، البته فعالیت‌ها و اقدامات سیاسی‌ای بوده‌اند که سیاستمداران طرفدار اصلاحات اجتماعی انجام داده و خیر عمومی را تامین کرده، به نهادینه شدن ارزش‌های اخلاقی در جامعه کمک کرده‌اند. مثلاً لینکلن با اتکا به اقتدار سیاسی خویش، برده‌داری را که بخشی از نظام حقوقی جامعه بود، لغا کرد. اینجا البته تمام بحث ما در چارچوب تئوری‌های حقوقی است. سخن این است که تصمیم قاضی اقدامی حقوقی است، یعنی اعتبار حقوقی دارد. کار لینکلن به معنای واقعی کلمه اعتبار حقوقی نداشت. لینکلن با استفاده از قدرت سیاسی خویش بخشی از نظام حقوقی را به تعلیق در آورد. کاری کرد که مصلحت بالاتری را تامین کند. اما بحث در اینجا این است که این تصمیم قاضی در نظام حقوقی اتخاذ شده، معتبر محسوب می‌شود. به بیان دیگر ما داریم یک نظام حقوقی معتبر را بررسی می‌کنیم تا بدانیم چگونه عمل می‌کند.

برگردیم به ادامه سخن درباره حالت اول، یعنی وضعیتی که قاضی با استناد به اصول و قواعدی بیرون نظام حقوقی، برای پرونده تحت بررسی خود در جایگاه قانونگذار قرار گرفته و با اختیار گسترده قانون وضع می‌کند. به نظر شما این وضعیت

چه اشکالی دارد؟ قاضی مشکلی را که قانون در مورد آن ساکت بود، بر اساس ارزش‌های مقبول خود و جامعه مانند عدالت و انصاف، حل کرده است.

بله، او سندی را که از لحاظ حقوقی معتبر بود و قاعدتا می‌بایست لازم الاجرا تلقی شود، متوقف کرد ولی نهایتاً تصمیمی اخلاقی اتخاذ کرد و حکمی عادلانه داد. تحلیل این قاضی می‌تواند به پیدایش یک قاعده حقوقی منجر شود مبنی بر اینکه اگر وصیت‌کننده توسط کسی که قرار است از وصیت منتفع شود به قتل رسد، او از وصیت‌نامه هیچ سودی نخواهد برد.

ممکن است بگویید اشکال این است که قاضی خود را در جایگاه قانونگذار فرض کرده و قانونی، گرچه نه به صورت کلی بلکه صرفاً برای پرونده تحت بررسی خود، وضع کرده است.

بنده در پاسخ می‌گویم قاضی در این مورد چاره دیگر نداشته است؛ زیرا طبق قانونی نمی‌تواند هرچند به دلیل خلا قانون و سکوت قانونگذار از رسیدگی و صدور حکم استنکاف کند. ناگزیر برای حل مشکل، قانونی خاص این پرونده وضع کرده است. به همین دلیل است که این نمونه‌ها مورد دشوار حقوقی^۱ می‌نامیم.

اشکال محتمل دیگر این است که ارزش‌های بیرون از نظام حقوقی مفاهیم تعریف شده و معیارهای پایداری نیستند. درست است که اغلب قوانین نیز قابلیت تفسیر شدن به بیش از یک معنا را دارند، ولی بالاخره دارای نوعی ثبات و تعین هستند. ولی ارزش‌های بیرون از نظام که قرار است مرجع قاضی باشند از همین مقدار ثبات و تعین هم برخوردار نیستند. مجاز بودن مراجعه کردن قاضی به این معیارهای سیال و تعین نیافته موجب شکننده بودن عدالت خواهد شد.

پاسخ بنده آن است که شما به مطلب دقیقی توجه کرده‌اید، ولی به هر حال کمابیش می‌شود آن را ارزش‌های اخلاقی را صورت‌بندی کرد. مثلاً در مورد همین مثال، همه شما که در جلسه حضور دارید، با اینکه از گروه‌های مختلف اجتماع هستید و در رشته‌های درسی متفاوت تحصیل کرده‌اید، جملگی و به اتفاق آرا گفتید اقدام قاضی مبنی بر محروم کردن آن قاتل از منافع پیش‌بینی شده در وصیت‌نامه، تصمیم درستی بوده است. این توافق شما نشان دهنده آن است که قاضی می‌تواند ارزش‌های اخلاقی جامعه را کشف کند. بالاخره خود او هم عضوی از همین جامعه است و در همین فرهنگ حقوقی و نظام ارزشی رشد کرده است. دوست دیگری نکته‌ای اجرایی را مطرح کرده‌اند که اگر این وصیت‌نامه اجرا

نشود، اموال نام برده شده در وصیت‌نامه به چه کسی منتقل خواهد شد؟ پاسخ آن است که مطمئناً آن قاتل از این اموال بهره‌مند نمی‌شود. حال می‌توان گفت با ابطال این وصیت‌نامه، گویی شخص متوفا هیچ پیش‌بینی‌ای برای اموالش بعد از مرگ خودش نکرده است. در این صورت اموال نام برده شده در وصیت‌نامه مانند دیگر اموالش، طبق قواعد ارث، به وارثان او منتقل می‌شود. اگر هم هیچ وارثی نداشته باشد معمولاً قانون چنین پیش‌بینی می‌کند که اموال چنین متوفایی برای مصارف عمومی جامعه، در اختیار دولت قرار می‌گیرد. در برخی کشورها در نهاد دادستانی و در شماری از کشورها در شهرداری‌ها بخشی هست که سرپرستی چنین اموری را بر عهده دارد.

سوال دیگر این است که خاستگاه آن ارزش‌های فرا حقوقی که قرار است قاضی به آنها رجوع کند، کجا است؟ به بیان دیگر مبنای مشروعیت آنها چیست؟ پاسخ آن است که آن ارزش‌ها برآیند ادراک و فهم اجتماع هستند. اینکه خاستگاه آن ارزش‌ها کجا است و طی چه فرآیندی مشروع می‌شوند بحث مهمی در حوزه فلسفه اخلاق است؛ ولی دلیل اینکه به هر صورت آن ارزش‌ها در جامعه وجود دارند و توسط مردم به رسمیت شناخته شده‌اند، همین است که من الان گفتم همه ما حکم آن قاضی را عادلانه تلقی می‌کنیم. آری کاملاً محتمل است تصورات و تعاریف ما از ارزش‌های اخلاقی مانند عدالت و انصاف متفاوت باشد، ولی در این مورد با هم اتفاق نظر داریم. معلوم می‌شود می‌توان ارزش‌های اخلاقی مورد توافق جامعه را کشف کرد و در موارد دشوار حقوقی بر اساس آنها حکم پرونده را صادر کرد.

به نظر می‌رسد یکی از مهم‌ترین اشکالات بر این تحلیل، نقض اصل عطف بما سبق نشدن قوانین است. توضیح مطلب آن است که طبق فرض، کسی رفتاری انجام داده است. شخص دیگری از آن رفتار متضرر شده و برای مطالبه جبران خسارت از وی، به دادگاه مراجعه و علیه او دعوایی مطرح کرده است. قاضی رسیدگی کننده به دعوا متوجه می‌شود قانونگذار در مورد این دعوا ساکت بوده، هیچ قاعده‌ای را پیش‌بینی نکرده است. قاضی برای حل این مورد دشوار حقوقی به نظام ارزشی خود و جامعه مراجعه می‌کند و با استناد قواعد اخلاقی و قرارداد خود در جایگاه قانونگذار، قاعده جدیدی وضع کرده و طبق همان قاعده حکم دعوا را صادر می‌کند. در این صورت او قاعده خود ساخته‌اش را که حین ارتکاب عمل مدعی علیه وجود نداشته است، به گذشته و زمان ارتکاب عمل تسری می‌دهد. گویی که این قاعده در آن زمان هم وجود داشته است و چون توسط مدعی علیه نقض شده،

او باید خسارت و مجازات را تحمل کند. آری آن قاعده اخلاقی در زمان ارتکاب عمل وجود داشته، ولی در آن زمان و قبل از شناسایی آن قاعده توسط قاضی به مثابه یک قانون، آن شخص یک قاعده اخلاقی را نقض کرده، نه یک قاعده حقوقی را، پس نباید در دادگاه محکوم شود؛ در حالی که طبق این تحلیل قاضی با او مانند کسی که یک قانون را نقض کرده باشد رفتار می‌کند. این حکم قاضی متضمن نوعی بی‌عدالتی، یعنی عطف بما سبق شدن قانون است. این اشکال مهمی است.

ممکن است گفته شود چنین موارد دشوار حقوقی^۱ که حکم قاضی به استناد ارزش‌های فرا حقوقی صادر شده، با سایر موارد که حکم قضایی بر اساس متن قانون صادر می‌شود تفاوت‌هایی وجود دارد. قاعده عطف بماسبق نشدن قانون، مربوط به موارد اخیر است. در موارد دشوار حقوقی، چاره‌ای جز این نیست که قواعد اخلاقی را عطف به گذشته کنیم.

پاسخ بنده آن است که به هر صورت این حکم قاضی، چه بر اساس متن قانون صادر شده باشد و چه بر اساس قواعد اخلاقی خارج از متن قانون، اعتبار اجرایی یکسانی دارد و علیه یکی از طرفین دعوا اجرا می‌شود. محکوم علیه حق دارد به قاضی اعتراض کند که شما مرا بر اساس قاعده‌ای که آن را بعد از عمل من مقرر کرده‌اید، و ثانیاً بدون آنکه را از قبل اعلام کرده باشید، محکوم می‌کنید. این اعتراضات، نقدهای مهمی بر حکم قاضی است.

ممکن است شما در مقام نقد این حکم قضایی و بررسی نظریه مبنای آن بگویید نباید فراموش کرد که ما با یک مورد دشوار حقوقی مواجه هستیم. به بیان دیگر نباید موضوع را به گونه‌ای تفسیر کرد که تصمیم و حکم راهگشای قاضی محکوم شود.

پاسخ من آن است که توجه داشته باشید قاضی در حال بررسی‌های قضایی و صدور حکم خود اصلاً به این گونه تحلیل‌ها کار ندارد. کار قاضی نهایتاً صدور یک حکم است. این فلیسوفان حقوق هستند که به تحلیل روند قضایی و مقدمات منجر شونده به حکم صادر شده دست می‌یازند. این ما هستیم که اقدام قضایی را بازسازی عقلانی می‌کنیم. حالت اول این بازسازی می‌گوید در آن دسته از موارد دشوار حقوقی که ما با سکوت قانونگذار و خلا قانون مواجه هستیم، قاضی به اصول و ارزش‌های بیرون از نظام حقوقی تمسک کرده، قانونی وضع کرده، آن را بر پرونده تحت رسیدگی تطبیق می‌کند.

1. Hard case

اما مشکل این تحلیل عطف بما سبق شدن قانون است. یعنی این تحلیلی که شما از کار قاضی ارایه می کنید دچار این مشکل است. ممکن است شما نتوانید تحلیل بهتری عرضه کنید. در آن صورت می گوییم چاره‌ای نیست. در هر صورت این نقصان نشان می دهد بهتر است تحلیل دیگری بیاییم.

ممکن است بگویید از دیدگاه واقع گرایان حقوقی، در همه پرونده‌ها حتی در ساده ترین دعاوی نیز قاضی با استناد به ارزش های فرا حقوقی تصمیم گیری می کند، بعد برای مستند کردن حکم خود به بررسی در متون قانونی می پردازد. پس همه جا احکام قضایی بر اساس نظام ارزشی خود قاضی، که البته معمولاً با نظام ارزشی جامعه هماهنگ است، صادر می شود.

پاسخ بنده این است که تصمیم گیری غیر از وضع قانون است. واقع گرایان حقوقی نمی گویند قاضی قانون وضع می کند، بلکه قوانین پیشتر توسط مراجع ذیصلاح، مثلاً پارلمان وضع شده اند. در تحلیل اینان، قاضی در مرحله اتخاذ تصمیم متأثر از عوامل بیرونی است، ولی در مرحله بعدی یعنی هنگام انشای حکم، قاضی با استناد به قوانین موجود، تصمیمش را توجیه می کند. اما اینجا سخن دیگری مطرح است. پوزیتیویست های حقوقی، حداقل مطابق این تحلیل می گویند در موارد سکوت قانون، قاضی با استناد به مبانی و قواعد فرا حقوقی، قانون تازه ای وضع می کند، سپس این قانون نو را بر این مورد دشوار حقوقی اطلاق می کند. این تحلیل با نظریه واقع گرایان حقوقی کاملاً متفاوت است.

بنابراین حالت اول تحلیل اول این مشکل یعنی عطف بما سبق شدن قوانین را دارد. البته مورد دوم هم با همین مشکل مواجه است. یعنی شما ممکن است بگویید در حالت دوم نیز به یک معنا قانونی تازه وضع می شود، اما برای اینکه مشکل عطف بما سبق شدن قوانین پیش نیاید، در حالت دوم یعنی پوزیتیویسم شامل از این بیان استفاده می شود که خود اصل رسمیت بخش پیشاپیش به قاضی اجازه می دهد که در موارد دشوار حقوقی به ارزش های فرا حقوقی استناد کند و حکم پرونده را صادر کند. بنابراین به یک معنا قاضی قانون تازه وضع نمی کند، بلکه وضع این قانون تازه، پیشاپیش در خود قانون پیش بینی شده است. بنابراین هر کس می داند اگر مثلاً پدر بزرگ خود را به قتل برساند که طبق وصیت او ثروتش به نوه اش منتقل شود، کاملاً ممکن است که قاضی دادگاه به نحو قانوناً معتبر حکم دهد که این نوه قاتل از آن وصیت نامه منتفع نخواهد شد. به یک معنا گویی مشکل عطف بما سبق شدن قانون به این ترتیب حل می شود. نکته اصلی این است که در اینجا نیز قاضی برای صدور حکم این مورد دشوار حقوقی به ارزش های فرا حقوقی استناد می کند، اما در اینجا

به یک معنا به قواعد خارج از قانون مراجعه نمی‌کند؛ زیرا رجوع او به آن قاعده فرا حقوقی، روندی پیش‌بینی شده در متن قانون محسوب می‌شود.

خلاصه سخن این است که حکم قاضی در موارد دشوار حقوقی، نوعی قانون است؛ زیرا قانون پیشاپیش به قاضی اجازه داده است که در موارد دشوار حقوقی به ارزش‌های فرا حقوقی توسل جوید. بنابراین استناد او به قواعد خارج از قانون، فرآیندی کاملاً قانونی محسوب می‌شود. استناد وی به ارزش‌های فرا حقوقی در واقع نوعی تمسک به قانون است، نه وضع قانون تازه است. مراجعه قاضی به ارزش‌ها قواعد فرا حقوقی در واقع اعمال آن حقی است که پیشتر در قاعده رسمیت‌بخش به او اعطا شده است. این بیان برمی‌گردد به همان همگرایی حقوقی^۱ که در موردش صحبت کردیم. یعنی روح این قانون وجود دارد، این حکم قاضی مقتضای آن روح قانون را اعمال می‌کند و آن را تحقق می‌بخشد. فراموش نکنید ما در حال بررسی نظریه هارت هستیم و می‌خواهیم ببینیم در تحلیل او موارد دشوار حقوقی را چگونه می‌شود تفسیر کرد. دو تفسیر ممکن و سازگار با تحلیل هارت وجود دارد. یکی که توضیح داده شد و راه دیگر که تفسیر خود هارت بود و پوزیتیویسم شامل^۲ نامیده می‌شد.

حال می‌خواهیم پوزیتیویسم شامل را بررسی کنیم. طبق این تحلیل در این حالت دوم، یعنی در مواردی که قانون مشخصی وجود ندارد، تمسک به اصول اخلاقی و ارزش‌های فرا حقوقی، پیشتر در متن خود قانون، یعنی در قاعده رسمیت‌بخش پیش‌بینی و منظور شده است. معنایش این است که قانون مثلاً «الف» اعتبار حقوقی ندارد، مگر آنکه پیشتر اعتبار اخلاقی آن ثابت شود. به بیان دیگر در پاره‌ای موارد تمسک به ارزش‌های اخلاقی شرط اعتبار یک قانون است. قانون خودش می‌گوید من به شما این حق را می‌دهم که به ارزش‌های اخلاقی متوسل شوید. حالا در موارد دشوار حقوقی فرض کنید که من به حکمی رسیدم. این حکم به لحاظ قانونی معتبر است؛ زیرا به لحاظ اخلاقی معتبر است. یعنی اعتبار حقوقی این قانون ناشی از اعتبار اخلاقی آن است. یعنی شما در اینجا حکم را می‌دانید، اما باید اول بررسی کنید که آیا این قانون به لحاظ اخلاقی معتبر است یا خیر. اگر پاسخ مثبت بود، اعتبار قانونی آن را نیز به رسمیت بشناسید، در غیر این صورت، خیر. یعنی اینکه اگر قاعده رسمیت‌بخش، معیارهای اخلاقی را معیار اعتبار قانونی کند، یکی از شروط معتبر بودن قانون این است که قانون باید همیشه منصفانه و عادلانه باشد، یا دست کم

1. Legal integrity

2. Inclusive positivism

غیرمنصفانه و ناعادلانه نباشد. اما در این صورت پیش از اینکه افراد قاعده‌ای را قانونی تلقی کنند، باید ارزش اخلاقی آن قاعده را تعیین کنند. یعنی اگر معلوم شود که قاعده ارزش اخلاقی ندارد، معلوم می‌شود اعتبار حقوقی و قانونی هم ندارد. به بیان دیگر اعتبار اخلاقی، شرط لازم ضروری اعتبار قانونی می‌شود. معنای این سخن آن است که شما پوزیتیویسم قانونی را رها کرده‌اید و ناخود آگاه پیرو مکتب حقوق طبیعی شده‌اید. اینکه اعتبار اخلاقی شرط لازم و ضروری اعتبار قانونی است، آموزه اصلی نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی بود. در اینجا گویی فرد که از قانون پیروی می‌کند نه به دلیل قانون بودن آن است، بلکه برای آن است که این قانون اعتبار اخلاقی دارد.

پس ما با تناقضی مواجه هستیم. نظریه پوزیتیویسم شامل، به نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی منجر شد. نظریه پوزیتیویسم شامل قرار بود که ما را از نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی دور نگه دارد؛ اما حالا خلاصه تحلیل شما این شد که دلیل پیروی شما از این حکم آن نیست که حکم قانونی است، بلکه برای آن است که حکم اخلاقی است. حال فرض کنید شما اصلاً به قانون معتقد نبودید، باز هم از این حکم تبعیت می‌کردید؟ یک آدم اخلاقی از این حکم تبعیت می‌کند. برای اینکه اقتضای اخلاق است. بنابراین من چون آدم اخلاقی‌ای هستم از قانون تبعیت می‌کنم. این نظریه قانون طبیعی بود. پوزیتیویسم حقوقی اصلاً از این مبدا شروع کرد که چنین رابطه‌ای میان قانون و اخلاق وجود ندارد. ما از قانون، برای اینکه قانون است و قاعده‌ای است که رفتار ما را سامان می‌دهد تبعیت می‌کنیم، نه به خاطر اینکه قانون اخلاقی است. در واقع دور کین، هارت را متوجه این تناقض کرد. این نکاتی که عرض می‌کنم همه نقدهای دور کین به تحلیل هارت است.

ممکن است شما بگویید در نظریه پوزیتیویسم شامل، قانون به دلیل قانون بودنش باید پیروی شود، ولی در مکتب حقوق طبیعی، قانون به دلیل خوب و اخلاقی بودن باید تبعیت شود. این در مقام تحلیل و تئوری است، اما عملاً دلیل اینکه ما قانون را رعایت می‌کنیم، اخلاقی بودن آن نیست. حتی بسیاری اوقات که افراد از قانون پیروی می‌کنند، آن را تحلیل نکرده‌اند تا بدانند مفاد آن قانون با موازین اخلاقی چه نسبتی دارد. رفتار عموم کسانی که از قانون پیروی می‌کنند نتیجه تاملات فلسفی و تحلیل عقلانی آنان درباره قانون نیست. به هر صورت باید دید برای کشف ماهیت قانون چه مسیری مناسب است. هارت می‌گفت برای فهم چیستی قانون باید سراغ موارد غیراختلافی و مصادیق بارز قانون رفت. برعکس او، دور کین می‌گوید باید سراغ موارد دشوار حقوقی رفت. در این نمونه از قوانین اگر شما طرفدار نظریه

پوزیتیویسم شامل باشید می‌گویید وقتی قاضی حکمی صادر کرد، همان حکم درست است؛ زیرا مفاد قاعده رسمیت‌بخش شما این است که علت لازم الاجرا حکم این است که حکم اخلاقی شده. به بیان دیگر علت اینکه شما از حکم قانون پیروی می‌کنید آن نیست که اعتبار قانونی دارد، بلکه به خاطر آن است که اعتبار اخلاقی دارد.

سوال دیگر به این صورت مطرح شده که در حالت دوم که مورد قبول هارت نیز هست، بیان شد قاضی می‌تواند در موارد دشوار حقوقی بر مبنای ارزش‌های اخلاقی، قانون وضع کند. یعنی این مورد قانونی است؟

پاسخ بنده این است که بله قاضی‌ای که چنین کاری کند مرتکب اقدامی غیر قانونی نشده است. حال پرسش ما درباره اعتبار قانونی آن است. می‌پرسیم آیا این به لحاظ قانونی معتبر است؟ ممکن است بفرمایید بله، چون قانون به او چنین اجازه‌ای داده است.

بنده عرض می‌کنم قانون به قاضی اجازه داده که بر مبنای ارزش‌های اخلاقی حکم صادر کند. به عبارت دیگر در سکوت قانون، طبق موازین اخلاقی حکم دهد، پس حکم او قانونی است. قاضی هم می‌گوید من با استفاده از این اختیار حکم دادم. ولی دلیل قانونی بودن این حکم چیست؟ پاسخ آن است که این حکم قانونی است، چون اخلاقی است.

ممکن است بگویید اگر در مورد همان پدر بزرگ و نوه‌اش که مرتکب قتل شده قاضی حکم می‌داد که او ضمن محکوم شدن به مجازات قتل، از وصیت‌نامه نیز منتفع می‌شود، ما می‌گفتیم حکم او غیر اخلاقی است، ولی در عین حال می‌توانیم بگوییم که این حکم، قانون نیز هست.

پاسخ من این است که در این فرض، یعنی اگر قاضی بگوید که من به ارزش‌های فرا حقوقی متوسل می‌شوم، ولی ارزش بیرونی من بی‌انصافی است، حکم قاضی قانونی نخواهد بود. البته در بعضی موارد ممکن است ما به یک قاعده اخلاقی شفاف و غیر اختلافی دسترسی نداشته باشیم. اجازه دهید درباره موردی که اتفاق نظر هست حکم قاضی درست است صحبت کنیم. مثلاً درباره محروم کردن نوه‌ای مرتکب قتل شده از وصیت‌نامه آن مقتول، همداستان هستیم که این حکم درست است؛ زیرا منصفانه است. انصاف و عدالت هدف همه نظریه‌ها و مکاتب است.

حالا فرض کنید در این مورد خاص که قانونی وجود ندارد، قاضی می‌گوید که خود قانون به من اجازه داده که در موارد فقدان قانون، من به ارزش‌ها متوسل شوم. بر مبنای هارت نیز قاضی اختیار دارد که ارزش اخلاقی مورد مراجعه و استناد

را خود انتخاب کند. حال قاضی می‌گوید حکم من این است که این قاتل نه فقط ثروت ذکر شده در وصیت‌نامه را تملک می‌کند، بلکه اصلاً زندانی هم نخواهد شد؛ یا مثلاً می‌تواند با پرداخت مبلغی خود را از زندان رفتن نجات دهد. در این صورت واکنش شما چه خواهد بود؟ واضح است که خواهید گفت این حکم اصلاً قابل قبول نیست. شما این حکم را قبول نمی‌کنید؛ زیرا غیر اخلاقی است. به تعبیر دیگر وقتی قانون به قاضی اجازه می‌دهد که بر مبنای ارزش‌های اخلاقی حکم کند، پیش فرض قانونگذار این است که حکم قاضی بر اساس موازین اخلاقی خواهد بود؛ در غیر این صورت حکم وی اصلاً قانونی نخواهد بود. قانونگذار به قاضی اجازه نداده است هر حکم دلخواه و مستند بر ارزش‌های غیر عقلایی و نامقبول در جامعه صادر کند. روح قانون آن است که قاضی در موارد دشوار حقوقی می‌تواند، بلکه برای خاتمه دادن به دعوا باید با استناد به موازین فرا حقوقی حکم صادر کند، مشروط بر آنکه این حکم اخلاقی باشد. تنها در صورتی حکم او اخلاقی باشد ارزش قانونی دارد. قاضی باید به اصل عدالت پایبند باشد. این اقتضای بدیهی اخلاق است. عادل بودن یکی از الزامات اخلاقی است. وقتی ما می‌گوییم حکم قضایی باید اخلاقی باشد مانند آن است که بگوییم که باید عادلانه باشد. این به آن معنا نیست که اخلاق بالاتر از عدالت است. اخلاق شامل یک مجموعه فضیلت است که عدالت یکی از آنها است. به بیان دیگر اگر معلوم شود که حکمی ناعادلانه است، معلوم شده که اخلاقی نیست.

البته باید توجه داشت احراز مقتضای عدالت و اخلاق همیشه امری سهل و آسان نیست. مثلاً در همین موردی که مفروض ما است اگر آن نوه ادعا و اثبات کند پدر بزرگش از او سوء استفاده می‌کرده و در جریان یک درگیری و در دفاع از خود مرتکب قتل او شده و در آن زمان اساساً موضوع وصیت‌نامه را در خاطر نداشته، یا بتواند ثابت کند اصلاً تا بعد از مرگ پدر بزرگ از موضوع وصیت‌نامه بی‌اطلاع بوده است موضوع متفاوت خواهد بود. ممکن است در این مثال‌ها مقتضای عدالت و انصاف محروم نشدن این فرد از مزایای آن وصیت‌نامه تلقی شود. خلاصه آنکه جزئیات متفاوت حکم را نیز تغییر می‌دهند.

گفتنی است معمولاً پرونده‌های مهم قضایی حاوی پرسش‌های اخلاقی هم هستند، پرسش‌هایی که ممکن است پاسخ آنها در مکاتب مختلف اخلاقی متفاوت باشد. فرض کنید کسی برای جلوگیری از شر بزرگتر و جرم مهمتری مرتکب شر محدودتر و جرم نسبتاً کم اهمیت‌تری شده است. مثلاً برای نجات جان یک گروه از افراد، مرتکب قتل یک نفر شده است. این‌ها مثال‌های فرضی نیستند، بلکه

دقیقا مواردی است که اتفاق می‌افتد. ممکن است کسی تصور کند پیش از همه این‌ها نوعی شهودگرایی اخلاقی پذیرفته شده، یعنی اینکه به صورت بدیعی در پاسخ‌های ارایه شده این امر اخلاقی لحاظ شده است. گویی جایی که گفته این یا آن قانون اخلاقی است، منظور از اخلاقی بودنش، شهود بودن است؛ یعنی بر اساس شهودگرایی اخلاقی، مناسب بودن است در نظر گرفته شده است.

در پاسخ باید بگویم بنده مطمئن نیستم این طور باشد. نباید فراموش کرد که اصول اخلاقی در جامعه وجود دارد. چنین نیست که نظریه پردازان اخلاق را ایجاد کنند، بلکه اخلاق را تعلیل و تحلیل می‌کنند. یعنی ارسطو، کانت و جان استوارت میل اخلاق تازه‌ای نمی‌آفرینند، آنها صرفا اخلاق موجود در جامعه تحلیل می‌کنند و تلاش می‌ورزند با ارایه نظریه خود درباره چیستی اخلاق ادراک ما را از مبانی آن اصول اخلاقی، گسترش و زرفا دهند. به همین منوال نیز فیلسوفان حقوق قانون را نمی‌آفرینند، بلکه قانون موجود در جامعه را از زوایای مختلف و منظرهای متفاوت تحلیل می‌کنند. مهم در این مباحث وجود اخلاق است؛ نحوه تحلیل شما از این اصول اخلاقی موجود، بحث دیگری است. فرض کنید در اینجا ما معتقدیم که فلان نوع رفتارها عادلانه است. فیلسوفان ممکن است عادلانه بودن را به گونه‌های مختلف تفسیر کنند. مثلا تحلیل‌های یک فیلسوف فایده‌گرا، با فیلسوف پیرو کانت، با کسی که به اخلاق فضیلت‌گرا معتقد است متفاوت خواهد بود؛ ولی صرف نظر از هر تلقی و درکی که شما از اخلاق دارید نظام و قواعد اخلاقی جامعه کارکرد خودش را دارد. مثلا ممکن است همه ما معتقد باشیم تنبیه بدنی کودکان خردسال کار نادرستی است. حال اگر شما فایده‌گرا باشید تحلیل فایده‌گرایانه از این نادرستی می‌دهید؛ کانتی باشید تحلیل دیگری ارایه می‌کنید. ضمن اینکه نمی‌خواهم بگویم نظر شما بی‌تاثیر است، می‌خواهم تاکید کنم که ما می‌توانیم تا حد زیادی این بحث را مستقل کنیم. یعنی با صرف نظر از اینکه تحلیل فلسفی شما از اخلاقی بودن چیست، اخلاقیاتی در جامعه وجود دارد که مورد قبول بخش عمده‌ای از مردم است. در اینجا قاضی به عضوی از این جامعه می‌تواند بر آن ارزش‌ها اتکا کند. اینکه می‌گوییم قاضی بر ارزش‌های جامعه تاکید می‌کند، یعنی به هنجارها نرم^۱ برمی‌گردد. عمده این هنجارها و ارزش‌ها، ارزش‌های اخلاقی هستند. معمولا پرونده‌های مهم با مباحث و چالش‌های اخلاقی مرتبط می‌شوند. مواردی پیش می‌آید که یک مکتب اخلاقی فعل یا ترک فعل مورد بررسی را مجاز تلقی می‌کند

و مکتب اخلاقی دیگر همان را غیر مجاز می‌بیند. یعنی در مواردی تصمیم‌گیری واقعا دشوار می‌شود. ولی در این مورد خاص که اینجا مثال زدم و یک مورد واقعی بود، ممکن است ما تحلیل‌های متفاوتی از این قاعده که «هیچ‌کس نباید از جرمی که انجام داده منتفع شود» داشته باشیم، در عین حال همه ما بگوییم همین منصفانه است. حال اگر شما این را بپذیرید، نتیجه‌اش آن است که این حکم قانونی است؛ زیرا اخلاقی شده است. به تعبیر دیگر در موارد به اصطلاح دشوار حقوقی به نظر می‌رسد که پوزیتیویسم شامل یا نظریه هارت در حال تبدیل شدن به نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی است.

بنابراین دور‌کین معتقد است وقتی ما با یک مورد دشوار حقوقی مواجه می‌شویم در چارچوب تحلیل هارت مجبوریم به نوعی بی‌عدالتی و بی‌انصافی تن دهیم. به این بیان که لازمه تحلیل هارت در حالت اول، عطف ما سبق کردن قانون است که امری خلاف انصاف می‌باشد یا اساسا پوزیتیویسم هارت دیگر پوزیتیویسم نخواهد ماند بلکه به مکتب حقوق طبیعی تبدیل می‌شود.

در مباحث گذشته مطرح شد که یکی از مشکلات این نظریه آن است که قانون همه چیز را پیش‌بینی نکرده است. توجه کنید اینک بحث این نیست که همه چیز را قانون پیش‌بینی کرده باشد، بحث این است که موارد دشوار حقوقی را نمی‌توان پیشاپیش تصور کرد و برای آنها راه حلی در نظر گرفت، ولی ممکن است رویه‌هایی طراحی کرد که قاضی را برای مواجهه با موارد دشوار حقوقی مجهز و آماده کنند. این جنبه سلبی نظریه دور‌کین است. او می‌خواهد بگوید برای فهم دقیق ماهیت قانون باید موارد استثنایی و دشوار حقوقی را بررسی کنید، نه آن‌طور که هارت می‌گفت بر مصادیق بارز و غیر اختلافی قانون تمرکز کنید. می‌گوید من مدل هارت را قبول ندارم؛ زیرا در تحلیل موارد دشوار حقوقی نظریه او به بن‌بست می‌رسد: یا متضمن به عطف بما سبق شدن قانون است، یا تحویل و تبدیل می‌شود به نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی. پس این وجه سلبی نظریه دور‌کین است.

وجه ایجابی تحلیل دور‌کین، تبیین و توضیحی است که درباره فرآیندهای رسیدگی به پرونده‌ها و موارد دشوار حقوقی ارائه می‌کند. همان‌طور که پیشتر اشاره‌وار گفتیم نقطه آغاز تحلیل دور‌کین همین موارد دشوار حقوقی است. برای فهم دقیق توضیح دور‌کین لازم است از تحلیل عام او درباره حقوق شروع کنیم. در واقع میان آن دیدگاه و منظر عام نسبت به حقوق و نظریه‌اش درباره ماهیت قانون ربط وثیقی وجود دارد.

در تحلیل موارد دشوار حقوقی او بر چند مثال توجه دارد. یکی از آنها پدر

بزرگی بود که به دست نوه‌اش به قتل رسید. مثال دیگری که دورکین می‌خواهد از رهگذر تحلیل آن نکته مهمی را در فهم ماهیت قانون بیان کند آن است که در جریان خرید یک اتومبیل، کارخانه سازنده قراردادی را برای امضا به خانم خریدار ارایه کرد. یکی از مندرجات آن قرارداد این بود که پس از فروش ماشین، کارخانه در قبال اتفاقات احتمالی مسئولیتی نخواهد داشت.^۱

برگردیم به مثال دورکین؛ خانم مشتری با امضای قراردادی مشتمل بر همان شرط عدم مسئولیت، اتومبیل را خریداری می‌کند. بعد از مدتی هنگام رانندگی با آن اتومبیل تصادف کرده، مصدوم می‌شود. کارشناسان تشخیص می‌دهند علت بروز این تصادف، نقصی فنی در این ماشین بوده که هنگام تحویل گرفتن آن از کارخانه، در اتومبیل وجود داشته است. این خانم برای مطالبه خسارت و جبران ضرر و زیان ناشی از تصادف علیه کارخانه طرح دعوا می‌کند. وکیل کارخانه ضمن ارایه آن قرارداد کاملاً معتبر می‌گوید در قرارداد تصریح شده کارخانه بعد از فروش اتومبیل مسئولیتی در قبال این مسائل ندارد و این خانم مشتری متن قرارداد را خوانده و با اختیار و آزادی آن را امضا کرده است. قانون نیز اعتبار قراردادهایی را که با رعایت موازین حقوقی به امضای طرفین رسیده باشند تضمین کرده است. بنابراین خانم مشتری نمی‌تواند هیچ ادعایی علیه کارخانه طرح کند؛ خود وی آگاهانه و آزادانه در قراردادی معتبر پذیرفته است بعد از تحویل گرفتن اتومبیل، عهده‌دار همه

۱. به عنوان مقدمه‌ای ضروری باید یادآوری شود این شرط، که حقوق‌دانان آن را به عنوان قراردادی فرعی در بطن توافق‌نامه اصلی تلقی کرده، از آن با عنوان «قرارداد عدم مسئولیت» یا «شرط عدم مسئولیت» یاد می‌کنند، توافقی است که به موجب آن طرفین قرارداد مسئولیت احتمالی آینده در مورد خسارات و آسیب‌ها را از بین می‌برند. در اثر توافق بر چنین شرطی و درج آن در متن قرارداد اصلی، متعهد از مسئولیتی که ممکن است در آینده علیه او به وجود آید معاف و بری می‌شود. امروزه استفاده از شرط عدم مسئولیت در قراردادهای داخلی و بین‌المللی رایج است. مثلاً متصدی موسسه حمل و نقل دریایی که می‌خواهد خود را از خطرات و زیان‌های وارده بر کالا در جریان سفر دریایی رها سازد، یا صاحب کالا شرط می‌کند که مسئول نقص یا تلف کالا نباشد. همان‌گونه که ممکن است توافق شود که مسئولیت متعهد به طور کامل از بین رود، ممکن است شرط شود که متعهد تا میزان معینی مسئول باشد و مازاد بر آن مسئولیتی نداشته نباشد. مثلاً در قرارداد حمل و نقل شرط متصدی شرط می‌کند فقط تا میزان یک میلیون دلار مسئول باشد. در این حالت اگر خسارت وارده بیش از میزان مذکور باشد متعهد نسبت به مقدار اضافی مسئولیتی ندارد. در شرط عدم مسئولیت مسأله اساسی ایجاد توازن بین آزادی و نظم است. «آزادی اراده طرفین» مبنای اعتبار این قرارداد و مفاد آن، از جمله شرط عدم تا تحدید مسئولیت است، از سوی دیگر «نظم عمومی» مبنای مسئولیت است. در این موضوع نکته مهم این است که چگونه می‌توان ضمن تأمین آزادی اراده اشخاص در انعقاد قراردادهای خصوصی، مانع خدشه‌دار نظم عمومی نیز شد. اعتبار و حدود اعتبار شرط عدم مسئولیت از مسائل مورد گفتگوی بین علمای حقوق است. امروزه اصل اعتبار شرط عدم مسئولیت در نظام حقوقی اغلب کشورها پذیرفته شده است، ولی شرط عدم مسئولیت اعتبار مطلق ندارد و در برخی موارد نظیر، اضرار عمدی باطل است. در مباحث حقوقی کمتر از امکان شرط افزایش مسئولیت طرف مقابل در قرارداد سخن گفته می‌شود، ولی توافق بر این شرط هم اصولاً ممکن و معتبر است. (یادداشت ویراستار)

مسئولیت‌ها باشد.

با این همه اینجا تعهدی نقض شده است. نکته این است که وقتی کارخانه‌ای محصولی را تولید می‌کند و در اختیار مردم قرار می‌دهد باید کیفیت محصول خود و میزان متعارفی از امنیت و سلامت مصرف‌کنندگان را تضمین کند. فرآورده عرضه شده به خریداران و مصرف‌کنندگان نباید مخاطره‌آمیز و دارای نقایص خطر آفرین برای جان و سلامت آنها باشد. متصدیان کارخانه از این مسئولیت خود نیک آگاه بوده‌اند و دقیقاً برای رهایی از آن، پیشاپیش چنان شرطی را در قرارداد فروش محصول خود گنجانیده‌اند.

البته قانونگذار^۱ در متن قانون به این مسئولیت تصریح نکرده است. ثانیاً آنان با درج شرط عدم مسئولیت در قرارداد فروش، از این تعهد خویش در قبال مصرف‌کنندگان، شانه خالی کرده‌اند. در این دعوا قاضی حکم داد به رغم اینکه قراردادی متضمن شرط عدم مسئولیت تولید کننده امضا شده است، کارخانه همچنان مسئول جبران خسارات تحمیل شده بر مشتری است. به هر حال متصدیان کارخانه باید دقت در طراحی، کیفیت مواد، همچنین کارآیی و امن بودن محصول نهایی را تضمین کند. چون طبق نظر کارشناسان این تصادف ناشی از عیب تولید بوده است، یعنی کارخانه مسئولیت خود در این زمینه را ایفا نکرده، مسئول است و فرد سانحه دیده حق دارد که از کارخانه طلب خسارت و غرامت کند.

دورکین این مثال را نیز از موارد دشوار حقوقی محسوب کرده، معتقد است که قاضی نمی‌تواند با ضوابط درون نظام حقوقی مشکل را حل کند، ناگزیر باید به ارزش‌های فرا حقوقی متوسل شود. او می‌افزاید این مثال بخوبی نشان می‌دهد که پرسش اساسی این است که رابطه قاضی و نظام حقوقی با این ارزش‌های فرا حقوقی چیست. ما پیشتر تحلیل هارت و انتقادات دورکین بر آن را بررسی کردیم. اینکه نوبت آن است که ببینیم تحلیل خود دورکین از این حکم قاضی چیست. در اینجا قاضی از محدوده قواعد قانونی خارج شده، وارد قلمرو اصول و ارزش‌های فرا حقوقی و غیر مصرح در قانون می‌شود. دورکین بیان می‌کند که آنچه را ما نظام حقوقی می‌نامیم در واقع از دو سطح اصلی تشکیل شده است. یک سطح را مسامحتا می‌توان رو بنا نامید، البته او تعبیر رو بنا را به کار نبرده است. این سطح و ساحت را «قواعد قانونی» می‌خواند؛ یعنی همان قوانین مدونی که در نهادهای ذی صلاح، مثلاً پارلمان تصویب می‌شوند و به عنوان مجموعه قوانین هر کشور در دسترس عموم

۱. پس اولاً تعهدی که اصطلاحاً «مسئولیت ناشی از تولید» (Product liability) نامیده می‌شود بر عهده متصدیان کارخانه وجود دارد. (یادداشت ویراستار)

هستند. اما سطح و ساحت دوم نظام حقوقی که به مثابه زیر بنا است، عبارت است از چیزی که دورکین آن را «اصول قانونی» می‌نامد؛ اصولی که به اعتقاد او مبنا و پیش فرض‌های نظام حقوقی هستند.

دورکین می‌گوید به این سطح زیرین، ساحت ژرف‌تر و اصول قانونی زیر بنایی از رهگذر تحلیل موارد دشوار حقوقی می‌توان دست یافت. در پرونده‌های ساده و دعاوی معمولی همه چیز متعارف است و نظام حقوقی به صورت عادی کار می‌کند، همان رو بنا و قواعد قانونی نیازهای حقوقی را برآورده می‌کنند. درست نظیر وقتی که در شرایط عادی، هوای عالی، با یک ماشین خوب و در اتوبان یا خیابانی با ترافیک معمولی رانندگی می‌کنید. ممکن است حتی غرق در افکار خود بوده، بدون اینکه به رانندگی التفات کافی داشته باشید، با سرعت مناسب برانید و هیچ مشکلی پیش نیاید. فرض کنید ناگهان از دور مشاهده می‌کنید آهویی در عرض جاده است. بی‌اختیار بر رانندگی متمرکز می‌شوید. با نگاهی به آینه‌ها جاده پشت سر و اطراف خود را بررسی می‌کنید که بدانید در صورت لزوم می‌توانید ناگهان ترمز کنید یا خیر. این وضعیت غیر عادی، شما را به تامل و بررسی همه واکنش‌های احتمالی بر می‌انگیزاند. موارد دشوار حقوقی نیز دقیقاً همین‌طور است. قاضی ناگهان متوجه می‌شود که هیچ کدام از قوانین متعددی که در موارد عادی کافی و مناسب هستند، در این موارد کارآمد نیستند. ناگزیر ذهن او متوجه اصول قانونی، ارزش‌های بنیادی و مبانی حقوقی می‌شود، یعنی همان ساحت دوم که از نظر دورکین پیش از این قاضی به شکل پنهان، ناخودآگاه و غیر متاملانه به آن توجه داشت؛ اما اینک قاضی به صورت متاملانه و آگاهانه به آنها التفات می‌کند. برخورد با مورد دشوار حقوقی، او را ترغیب می‌کند که از خود بپرسد اصلاً فلسفه این قواعد چیست؟ قانونگذار هنگام تدوین و تصویب این قواعد، در اندیشه حفاظت از کدام اصول اخلاقی و صیانت از کدام ارزش‌های اجتماعی بوده است؟ قاضی مشغول بازاندیشی در بنیان‌های نظام حقوقی می‌شود؛ همان بنیان‌هایی که تاکنون نیز بدون آنکه توجه تفصیلی داشته باشد، همه تصمیمات قضایی او، حتی در پرونده‌های ساده و معمولی برای تحکیم و حفاظت از آنها بوده است. اما اینک که در صدد تصمیم‌گیری درباره یک مورد دشوار حقوقی است، قاضی به توجه تفصیلی و آگاهانه به مبانی نظام حقوقی نیاز دارد.

دورکین بر آن است که مطالعه روند شکل‌گیری نظام حقوقی نشان می‌دهد که در فرآیند استنباط حقوقی، قاضی همواره خودآگاه یا ناخودآگاه تحت تاثیر آن ارزش‌ها و مبانی بوده است؛ با این تفاوت که در شرایط عادی نیاز به ژرف اندیشی

و تامل ندارد و نظام ارزشی، اتوماتیک ذهن و روان قاضی را هدایت می‌کنند، ولی در شرایط دشوار که روند متعارف و آرام استنباط حکم حقوقی دچار انسداد یا بحران می‌شود قاضی نیازمند تامل و ژرف‌نگری می‌شود. باید از خود درباره غایت قواعد قانونی بپرسد و پاسخ این پرسش را از بطن نظام ارزشی جامعه استنباط کند. برابر نظریه‌ای که چه بسا بتوان آن را تحلیل هارت دورکین نامید، شرایط بحرانی یک حقیقت مهم درباره نظام حقوقی را به ما نشان می‌دهد. آن حقیقت مهم این است که نظام حقوقی دارای دو سطح و ساحت است. رو بنا و ظاهری که ما بیشتر در حالت عادی و پرونده‌های ساده با آن مواجه هستیم، یعنی همین قواعدی که قاضی می‌تواند بسادگی آنها را بر دعاوی تطبیق داده، حکم صادر کند. ساحت ژرف‌تر همان آن است که در شرایط بحرانی متوجه آن می‌شویم و درک می‌کنیم همه این قواعد در بستری از ارزش‌ها و اصول خاص تکون یافته و پدید آمده‌اند. یعنی کسانی که در ابتدا نظام حقوقی را سامان داده‌اند، قوانین آن را وضع کرده‌اند، مقاصدی بینادی‌تر و اهدافی متعالی‌تر داشته‌اند. مثلاً مقصدِ مطلوبِ آنان از تدوین این نظام قانونی و غایتِ مقصودِ ایشان از وضع این قوانین، تأمین عدالت در مناسبات ملت و تحکیم نصف در نظامات مملکت بوده است. این اصول عمداً از جنس اصول اخلاقی هستند که اینک به صورت مبانی قانون تجلی یافته‌اند و بنیان قانون تلقی می‌شوند.

پس دورکین بین قواعد^۱ و اصول^۲ تفاوت قائل می‌شود. آنچه را که ما قانون می‌نامیم در واقع تلفیقی است از قواعد و اصول. ما به این نکته در شرایط دشوار حقوقی پی می‌بریم. در این وضعیت است که ناگاه متوجه می‌شویم اصلاً قانون چگونه کار می‌کند. در این هنگامه است که قاضی در می‌یابد دعاوی معمولی و پرونده‌های متعارف را می‌توانست با استناد به قواعد، بدون نیاز به تامل و ژرف‌نگری در اصول، حل و فصل کند. اما در موارد دشوار حقوقی چون قواعد، کارآمد و راهگشا نیستند باید با استفاده از خلاقیت حقوقی خود و تامل در ساحت ژرف‌تر نظام حقوقی و توسل به اصول قانونی و ارزش‌های اخلاقی که مبانی نظام حقوقی هستند، موارد دشوار حقوقی را تحلیل و حکم مناسب را استنباط و صادر کند.

یک پرسش مهم این است که این اصول و مبانی نظام حقوقی، گزاره‌هایی ثابت و ایمن از تحول هستند یا در گزاره‌هایی ناپایدار و در معرض تحول؟ مثلاً اگر در موارد سکوت قانون، قضات طی چند دهه بر اساس فهمی مشابه، حکم صادر

1. Rules

2. Principles

کردند، تکلیف قاضی بعدی پیروی از همان رویه است یا می‌تواند به استناد تحولات فرهنگی و تغییر ادراک جامعه از ارزش‌های اخلاقی، حکم متفاوتی صادر کند؟ کوتاه سخن اینکه اصول^۱ تغییر‌پذیر هستند یا خیر؟

پاسخ به این پرسش دو وجهه دارد؛ از منظری باید گفت نوعی پایداری و ثبات در ارزش‌ها وجود دارد، در عین حال تحولات اجتناب‌ناپذیر اجتماعی، در معنا و ابعاد آن ارزش‌ها اثر می‌گذارد. مثلاً وقتی که بنیانگذاران ایالات متحده^۲ قانون اساسی آمریکا را تنظیم می‌کردند، آرمان‌هایی در ذهن داشتند. به برابری انسان‌ها و لزوم تضمین آزادی‌ها اساسی، به اینکه افراد باید بتوانند مطابق درکی که از خوشبختی دارند زندگی خود را سامان دهند، به ضرورت تامین عدالت و انصاف در مناسبات اجتماعی اعتقاد داشتند. گفتند حال ما این آرمان‌ها را در متن قانون اساسی منعکس کنیم. حالا می‌گویند باید نظام حقوقی کشور را به نحوی برقرار کنیم که از این ارزش‌ها صیانت شود. بنابراین به یک معنا قانون اساسی به مهم‌ترین اصول ارزش‌هایی که بنا است نظام حقوقی مدافع و محافظ آنها باشد تصریح می‌کند و به پایداری و ثبات آنها کمک می‌کند. ولی ناگفته پیداست ممکن است به مرور زمان، تلقی جامعه از محتوا، مفهوم و قلمرو این اصول تغییر کند. پس آنها از نوعی تحول و تغییر نیز مصون نیستند. این تحول در تعداد قابل ملاحظه‌ای از این اصول که در متن قانونی اساسی ذکر نشده‌اند، با سرعت و سهولت بیشتری اتفاق می‌افتد. مثلاً بی‌تردید آن بنیانگذاران به اصل عدالت اعتقاد راسخ داشتند، در عین حال بیشتر آنان برده هم داشتند. گویی تصور و تفسیر آنان از اصل عدالت، مستلزم لغو برده‌داری نبود؛ اما اینکه جامعه چندان تغییر کرده که از نظر اکثریت قاطع مردم جهان، برده‌داری خلاف عدالت است. به بیان دیگر تفسیری که امروز از اصول بنیادین نظام حقوقی داریم ایجاب می‌کند که آن دسته از قواعد که با درک امروزی ما از برابری و عدالت ناسازگارند، مورد تجدید نظر قرار گیرند.

به همین دلیل است برخلاف قرون و حتی دهه‌های آغازین قرن بیستم، از چند دهه قبل بدین سو، اشخاص حقیقی و حقوقی زیادی به تبعیض علیه زنان انتقاد می‌کنند. مثلاً در همین آمریکا قوانینی هست که دستمزد مساوی برای زنان در برابر کار مشابه با مردان را تضمین نمی‌کنند. گویی قانون و قاعده کلی این است که زنان دستمزد مساوی با مردان نگیرند. ممکن است شما بفرمایید این عدم تساوی و تبعیض علیه زنان در قانون وجود ندارد. به بیان دیگر این نابرابری یک رویه غلط است، بی

1. Principles

2. Founding Fathers

آنکه منشأ قانونی داشته باشد. پاسخ بنده آن است که معنای سکوت قانون در این مورد آن است که پرداخت مزد کمتر به زنان به رغم انجام کار مساوی با کار مردان را منع نکرده است. بنابراین اگر کارفرمایی به زنان و مردان مسئولیت و کار مشابهی واگذار کرد، در عین حال مزد کمتر به زنان پرداخت، نمی‌توان گفت او مرتکب نقض قانون شده است. در اینجا فقدان قانون، مستلزم مجاز بودن رفتار ناعادلانه و تبعیض‌آمیز است. پس در بطن این نظام حقوقی که قابلیت تبعیض بین زنان و مردان نهفته شده است.

مثال دیگر آن است که زنان حق رای نداشتند. باز ممکن است کسی بگوید قانون ساکت بوده است، نه اینکه متضمن قاعده تبعیض‌آمیزی علیه زنان بوده باشد. بنده می‌گویم اینکه زنان نمی‌توانستند رای بدهند، معنایش این است که به دلیل سکوت قانون، زنان از حق رای محروم بودند.

در آن دوره‌ها گویی فهم متعارف از عدالت چنان بوده که برده‌داری و اختصاص حق شرکت در انتخابات، اعم از انتخاب کردن و انتخاب شدن به مردان خلاف عدالت تلقی نمی‌شده است؛ لذا برابر قواعد حقوقی آن دوره، برده‌داری مجاز بود، حق شرکت در انتخابات هم به مردان اختصاص داشت. اما در دهه‌های بعد به دنبال تغییر تلقی جامعه از عدالت، هم برده‌داری غیر قانونی شد و هم حق شرکت در انتخابات از انحصار مردان خارج شد. ملاحظه می‌کنید ارزش اخلاقی عدالت ثابت است، ولی مصادیق رفتار عادلانه و غیر عادلانه تغییر پذیر است.

برگردیم به مثال مورد گفتگو. در موارد دشوار حقوقی سخن کسی که به دادگاه مراجعه کرده این است که او حقی دارد که قانون آن را به رسمیت شناخته و اینک از قاضی می‌خواهد آن حق را به رسمیت شناخته، احقاقش کند. در مثال مذکور نیز سخن خریدار اتومبیل که علیه کارخانه طرح دعوا کرده این است که من حق دارم اتومبیلی را از فروشنده تحویل بگیرم که از کیفیت لازم برخوردار باشد. قانون این حق من را به رسمیت شناخته است، شما به عنوان قاضی، نظام حقوقی را به گونه‌ای اجرا کنید که این حق من احقاق شود. به تعبیر دیگر قاعده قانونی این حق را به رسمیت نمی‌شناسد و از آن محافظت نمی‌کند. بنابراین اگر کسی آن حق را نادیده انگاشت، اقدامی برخلاف قانون نکرده است. به همین دلیل است که این حق و حقوق مشابه آن قابل نادیده گرفته شدن هستند. با توضیحی مشابه این بیان زنان از شرکت در انتخابات محروم می‌شدند.

برای رفع این نقیصه و الغا یا اصلاح این قاعده حقوقی، باید به اصول حقوقی تمسک جست. مثلاً گفت یکی از اصول و مبانی مورد احترام بنیانگذاران این نظام

حقوقی «تضمین برابری انسان‌ها» بوده است و اخلاقاً جنسیت دلیل موجهی برای تبعیض میان افراد نیست. یا مثلاً در همین آمریکا قوانینی وجود داشت برابری حقوق نژادهای مختلف را به رسمیت نمی‌شناخت؛ به بیان دیگر حقوق رنگین پوست‌ها در متن قانون به رسمیت شناخته نشده بود. بنابراین اگر کسی حقوق آنان را نقض می‌کرد، مرتکب رفتاری غیر قانونی نشده بود. نتیجتاً امکان نداشت علیه او در دادگاه طرح دعوا کرد. به بیان دیگر حقوق مثلاً آمریکایی‌های آفریقایی تبار مورد حفاظت قانون نبود.

ممکن است کسی بگوید در عین حال هیچ متن قانونی به سود سفید پوست‌ها و علیه رنگین پوست‌ها وجود نداشت. نهایت چیزی که می‌شود گفت آن است که قانون از تصریح به برابری نژادی ساکت بوده است. پاسخ بنده آن است که تولد و تحقق «حق» منوط به تضمین شدن آن در متن قانون است. حق تضمین نشده، حقی که برای نقض آن هیچ واکنش قانونی پیش‌بینی نشده است، گویی وجود ندارد. توجه داشته باشید که تامین حق، موجد حق نیست. تضمین حق است که حق را ایجاد می‌کند. یک دیکتاتور مصلح را در نظر بگیرید، می‌گوید من امنیت و معیشت شما را تامین می‌کنم. حتی به شما اجازه می‌دهم عقاید خود را در مطبوعات و رسانه‌ها بیان کنید. در مورد این جامعه می‌گوییم امنیت و آزادی بیان دارد، ولی حق امنیت و حق آزادی ندارد. این سخن به چه معنا است؟ چرا می‌گوییم این جامعه به رغم برخورداری فعلی از امنیت و آزادی، حق امنیت و حق آزادی ندارد؟ دلیل مطلب آن است که اگر فردا نظر حاکم عوض شد، همه را پس می‌گیرد. آنچه که بهره‌مندی از چیزی را به حق تبدیل می‌کند، تضمین و ضمانتی است که از آن موقعیت و برخورداری حفاظت می‌کند. پس تامین آزادی‌ها به معنای تحقق حق آزادی نیست. تضمین آزادی‌ها است که موجد حق است. مثلاً اگر در جامعه‌ای مردم با رنگین پوست‌ها رفتار احترام آمیز داشته باشند، یا در اجتماعی توافق کنند که به بانوان اجازه حضور در انتخابات دهند، به معنای حق برخورداری رنگین پوست‌ها از رفتار عادلانه و به معنای حق رای برای زنان نیست؛ حق برخورداری از رفتار عادلانه و حق رای یعنی اینکه کسی نتواند علیه آنها اقدام کند، مثلاً کسی نتواند مانع حضور بانوان در انتخابات شود. این حق باید تضمین شده باشد.

یکی از دوستان این نکته را مطرح می‌کنند که با همین قانون اساسی‌ای که آمریکا داشت، می‌توانست برده‌داری نداشته باشد و می‌شد زنان هم حق رای داشته باشند. قانون اساسی که برده‌داری یا تبعیض علیه زنان را که به وجود نیاورد، این خود اعضای جامعه بودند که برده‌داری را قبول داشتند و علیه زنان تبعیض می‌ورزیدند.

پاسخ بنده این است که به هر حال پیش از وضع قوانین جدیدتر، نظام حقوقی حق رای زنان یا حقوق برابر برای همه نژادها را تضمین نمی کرد. بنابراین نباید از توجه به مبانی نظام حقوقی غفلت کرد. قوانین که به منزله رو بنا هستند، در صورت بی توجهی به روح قانون یعنی انصاف و عدالت می توانند به بیراهه روند. در واقع همواره باید سطح و ساحت ساده تر نظام حقوقی را باید با مبانی و اصول نظام حقوقی ارزیابی کرد و به تناسب تحولی که در تلقی جامعه نسبت به اصول و مبانی پیش می آید، باید در قانون، یعنی رو بنای نظام حقوقی، تعدیلات و اصلاحاتی انجام داد. در واقع موارد دشوار حقوقی^۱ این رابطه دیالکتیک یا دیالوگ بین اصول و قواعد را نشان می دهند.

ممکن است بگویید هم می توان تعریف حداقلی از نقش دولت و قدرت عمومی داشت و گفت که هر رفتار خارج از محدوده اقتدار حاکمیت را می توان آزادانه انجام داد و هم می شود به قول شما گفت شرط تولد تمام حقوق، تدوین و تصویب آنها در متن قانون است.

بنده در پاسخ می گویم بحث این نیست که حق ها باید نوشته شوند. بحث این است که برای تضمین حقوق مردم باید در قانون تمهیداتی اندیشیده و ترتیباتی پیش بینی شود. چه بسا بگویید ممکن است در مورد حق قانون سکوت کرده باشد، اما شرایط به گونه ای باشد که کسی نتواند آن حق را نقض کند. در واقع برخلاف فرض شما لازم نیست همیشه قانون وارد کار شود، بلکه حداقل برخی حقوق به طور طبیعی با هر مکانیسمی تضمین شده اند. اما بنده در توضیح منوط بودن تولد حق، به تضمین شده بودن در قانون می گویم جامعه ای را در نظر بگیرید که به علت فقدان حمایت قانونی، حقوق عده ای از مردم به نحو سازمان یافته و مستمرا نقض می شود. آری قانونگذار باید با وضع قواعدی آن حقوق مورد تعرض را تضمین می کرد، اما اکنون که چنین نیست چه باید کرد؟ برای رفع این مشکل از قاضی خواسته می شود با تمسک به اصول و مبانی نظام حقوقی، قواعد و قوانین را اصلاح کند. وقتی دور کین از قانون به مثابه یک کل منسجم و جامع سخن می گوید منظورش این است که قاضی در مقام صدور حکم حقوقی باید تمامیت قانون را به مثابه یک کل منسجم در نظر گیرد؛ یعنی نباید روح قانون، اصول و ارزش های مبانی نظام حقوقی را فراموش کند.

بنابراین هنگام صدور حکم قاضی باید همزمان مراقب هر دو ساحت نظام

1. Hard cases

حقوقی باشد، یعنی هم به قواعدی که در قالب قانون مقرر شده‌اند توجه داشته باشد و هم به اصول و ارزش‌هایی است که مبنای آن قواعد و قوانین هستند. حکم قاضی باید با ایجاد تعادل میان قواعد و اصول، و توازن میان قوانین و مبانی، بهترین تفسیر از قانون را به دست دهد. حکم قاضی باید انسجام دو ساحت، یعنی رو بنا و زیر بنای نظام حقوقی را به بهترین شکل حفظ کند. نمی‌توان حکمی داد که با قواعد قانونی سازگار، اما با اصول قانونی ناسازگار باشد، کما اینکه حکمی سازگار با اصول اما ناقض قوانین نیز مقبول نیست. بهترین حکم قضایی آن است که هر دو را در یک کل منسجم هماهنگ و سازگار کند.

پس گویی دورکین در تحلیل خود از ماهیت قانون، مکتب تحقیقی حقوق و مکتب حقوق طبیعی را با هم سازش داده، از یک کل منسجم سخن می‌گوید. موضع او نمونه‌ای از مواضع پیچیده و آمیخته است. او سعی کرده مزایای نظریات مختلف را حفظ کند. متوجه شد که نظریه پردازان مکتب حقوق طبیعی بدرستی می‌گویند ارزش‌ها نقش مهمی در قانون دارند؛ مکتب تحقیقی حقوق هم که بر اهمیت نقش قواعد تاکید می‌کند نیز سخن درستی دارند. نظریه پردازان مکتب حقوق طبیعی قائل به اصالت را اصول و مبانی و زیر بنای نظام حقوقی بودند و پوزیتیویست‌ها قائل به اصالت قواعد و قوانین و رو بنای نظام حقوقی. دورکین می‌گوید باید کل نظام حقوقی را به منزله یک مجموعه منسجم ملاحظه کرد.

پرسش شده است به نظر دورکین ما مجازیم از قانون بد تبعیت بکنیم یا خیر؟ بنده می‌گویم منظور تان از قانون بد چیست؟ مقصود شما قانونی است که با اصول و مبانی اخلاقی هماهنگ نیست؟ دورکین می‌گوید وقتی قانون را نه به عنوان یک پدیده مستقل، بلکه به عنوان بخشی از نظام حقوقی ملاحظه می‌کنید، باید هم با اصول متناسب و سازگار باشد، هم با قواعد. اگر چنین نباشد و به قول شما چون با اصول اخلاقی ناسازگار است، قانون بدی است، از این ناسازگاری با اصول و ارزش‌ها معلوم می‌شود آن مقررات، اصلاً قانون نیست. قانون در واقع چیزی است که هم با اصول سازگار باشد، هم با قواعد. بنابراین اگر قانونی با اصول و ارزش‌ها ناسازگار بود، اساساً معتبر نخواهد بود.

این پرسش، یا بهتر است بگویم نقد مطرح شده که برخلاف آنچه گفته آمد که دورکین اختلاف مکتب تحقیقی حقوق و مکتب حقوق طبیعی را به سازگاری و همگرایی تبدیل کرده، نظریه او بیشتر متمایل به مکتب حقوق طبیعی است. دورکین تحلیل خودش را تداوم مکتب حقوق طبیعی، اما شکل پیچیده‌تری از آن می‌داند. توضیح بنده همان‌طور که در نقد نظریه دورکین بیان خواهد شد این است که

تاریخ طولانی نظریه مکتب حقوق طبیعی عمیقا عجین است با ایده‌ها الهی و عناصر متافیزیکی، اما دورکین هدفی واقع بینانه دارد.

در ارتباط با همین مطلب سوال دیگری مطرح شده با این مقدمه که آمریکا کشوری ساخته شده بر اساس یک سلسله اصول اخلاقی است. اما کسانی هم هستند که به بعضی خرده فرهنگ‌ها تعلق دارند مانند آمیش‌ها^۱ یا مثلا مسلمانان افراطی که زندگی روزمره اینان با آن اصول بنیادی سازگار نیست، یعنی اساسا آن اصول را قبول ندارند. این پرسش درباره جوامع دیگر نیز مطرح است، مثلا افغانستان و پاکستان چگونه می‌توانند میان سنت و موازین حقوق بشر هماهنگی ایجاد کنند؟ این به قول دورکین نظام حقوقی را به عنوان یک کل دیدن، در چنین مواردی چه معنایی دارد؟

بنده عرض می‌کنم اولاً باید به خاطر داشت که دورکین تصریح می‌کند نمی‌خواهد یک نظریه عمومی در فلسفه حقوق ارائه کند؛ هدف او صرفا ارایه نظریه و تحلیلی در باب ماهیت قانون است، تحلیل و نظریه‌ای که با نظام حقوقی کشورهای پیشرفته و خصوصا ایالات متحده آمریکا سازگار باشد. آری در آمریکا نیز آمیش‌ها، همین‌طور مسلمانان افراطی زندگی می‌کنند. اما همان‌طور که به درستی گفتید، نظام حقوقی و قانونی آمریکا بر مبنای یک سلسله اصول طراحی شده است، البته ممکن است نظام ارزشی و اصول اخلاقی گروه‌هایی از مردم با اکثریت جامعه همسو نباشند. از نظر دورکین مطلب از این قرار است.

اینک ببینیم آرای دورکین و هارت در چه مواردی متفاوت هستند. نکته اول این است که از نظر دورکین در شرایط دشوار حقوقی که قاضی ناگزیر باید برای یافتن راه حل دعوا و صدور حکم به ارزش‌های خارج از نظام حقوقی مراجعه کند، با محدودیت‌هایی مواجه است و اختیار مطلق ندارد. او نمی‌تواند به هر اصل و ارزشی استناد کند، بلکه فقط می‌تواند به اصولی که مبنای نظام حقوقی هستند، تمسک کند. به بیان دیگر قاضی در این نظام حقوقی فعالیت می‌کند، پس اینک که قواعد به عنوان یکی از ساحات این نظام، راهگشا نبودند باید به مبنای و اصول به عنوان ساحات دیگر همین نظام مراجعه کند. بنابراین حوزه اختیار و انتخاب او صرفا اصول و ارزش‌هایی است که به عنوان مبنا و زیر بنا در نظام حقوقی به رسمیت شناخته شده‌اند. مثلا ممکن است کسی عقاید و گرایش‌های مارکسیستی داشته باشد، اما مسلمان یا هندوی افراطی باشد، طرفدار تفکرات و سبک زندگی آمیش‌ها باشد، اما

وقتی به عنوان قاضی در نظام حقوقی آمریکا فعالیت می‌کند در استنباطات حقوقی خود می‌تواند فقط به اصولی که مبنا و زیر بنای این نظام حقوقی هستند متوسل شود، مجاز نیست بر اساس ارزش‌ها و اصول مذهبی یا شخصی خود حکم صادر کند. اما هارت در آزادی عمل قاضی هیچ اشکالی نمی‌دید و بر آن بود که او می‌تواند در مقام صدور حکم به هر ارزش و اصلی متوسل شود. حداقل در تئوری هارت این موارد پیش‌بینی نشده بود. اما دورکین می‌گوید دست قاضی گشوده و اختیارات او مطلق نیست. قاضی مارکسیست و مسلمان و هندو و آمیش هم وقتی درون این نظام کار می‌کنند، هنگام صدور حکم قضایی درباره پرونده‌های دشوار، ناگزیر باید به اصول و ارزش‌های مقبول همین نظام حقوقی استناد کنند؛ در غیر این صورت انسجام نظام حقوقی را مخدوش کرده‌اند. گویی کسانی که در اعتقاد و باور به این اصول اساسی و مبانی بنیادین با اکثریت جامعه شریک نیستند، به یک معنا اصلاً به این نظام حقوقی تعلق ندارند، اما حال که به هر دلیل در این نظام حقوقی مسئولیت دارند، باید ملاحظات عمل‌گرایانه را رعایت کرده، احکام قضایی خود را هماهنگ با ارزش‌ها و مبانی این نظام صادر کنند، نه بر اساس ارزش‌های شخصی خود.

تفاوت دوم این است که از نظر دورکین یک سلسله اصول اخلاقی وجود دارد. خاطرتان هست که هارت می‌گفت ارزش‌های اخلاقی فرا حقوقی از طریق قاعده رسمیت‌بخش وارد نظام حقوقی می‌شوند. قاعده رسمیت‌بخش بود که گفت می‌توانید این اصول اخلاقی را وارد کنید. ما داریم در مورد موضع هارت، یعنی نظریه پوزیتیویسم جامع صحبت می‌کنیم. هارت در شرح این نظریه می‌گفت دلیل اینکه قاضی می‌تواند به این ارزش‌ها تمسک کند این است که اصل رسمیت‌بخش به او این اجازه را داده است. اما از نظر دورکین دلیل اینکه قاضی می‌تواند به این اصول متوسل شود آن است که مقامات رسمی حقوقی، حاملان و عاملان این نظام حقوقی از منظر درونی، اعتبار و کارآمدی این اصول را پذیرفته‌اند. یعنی این ارزش‌ها، ارزش‌های همان کسانی است که در پرتو این نظام حقوقی زندگی می‌کنند و قرار است این نظام بر آنان حاکم باشد. معمولاً مبانی نظام حقوقی، همان ارزش‌هایی مورد احترام و پیروی در آن جامعه هستند. بنابراین پذیرش و اندراج آن اصول در نظام حقوقی، نتیجه اجرای قاعده رسمیت‌بخش نیست، بلکه ناشی از این واقعیت است که عاملان و حاملان نظام حقوقی از منظر درونی، آن اصول را پذیرفته‌اند. یعنی اگر از آنان پرسیده شود آیا واقعاً این اصول، مثلاً عدالت، انصاف و برابری انسان‌ها در برابر قانون را معتبر می‌دانند؟ خواهند گفت بلی، ما به این اصول اعتقاد داریم؛ آن هم نه به این دلیل که مثلاً در قانون اساسی بیان شده‌اند، بلکه به

این دلیل که آنها را منطقی و اخلاقی می‌دانیم. بنابراین حتی اگر قانون اساسی نیز درباره آنها ساکت بود، ما به این اصول و مبانی اعتقاد می‌داشتیم. پس برخلاف هارت، اعتبار قانونی این اصول ناشی از اصل رسمیت‌بخش نیست، بلکه ناشی از آن است که اساساً نظام حقوقی برای حفاظت از ارزش‌های مورد قبول حاملان آن نظام حقوقی ساخته شده است. مردم به این ارزش‌ها و مبانی اعتقاد داشته‌اند، بعد برای تأمین و تضمین این ارزش‌ها نظام حقوقی و قواعد را وضع کردند. این دو مورد از تفاوت‌های مهم میان تلقی دورکین و هارت است.

ممکن است پرسیده شود وضعیت کسی که این اصول و مبانی را قبول ندارد چه می‌شود؟

پاسخ آن است که شما به عنوان عضوی از جامعه نمی‌توانید اصول را قبول نکنید. معنای قبول نداشتن آن اصول و مبانی آن است که شما این نظام حقوقی را اصلاً به رسمیت نمی‌شناسید. یعنی اینجا موضوع زور و الزام مطرح است. اگر شما بگویید من این اصول را قبول ندارم، مثلاً بگویید در اصول اخلاقی من برده‌داری هیچ اشکال ندارد و می‌خواهم ضمن اینکه در این جامعه زندگی می‌کنم برده نیز داشته باشم، جامعه از طریق قوای عمومی مثلاً دادستانی و پلیس به شما اجازه برده‌داری نمی‌دهد.

ممکن است کسی بگوید برده‌داری مثال رادیکالی است، آن را فراموش کنید. به این مثال توجه کنید. اگر گروهی بگویند ما مثلاً طبق آموزه‌های دینی خود، به برابری حقوق زن و مرد اعتقاد نداریم، جامعه با این گروه چگونه باید برخورد کند. پاسخ من این است که واکنش و عملکرد نظام‌های مختلف سیاسی - حقوقی در مورد نکته‌ای که مطرح شد، متفاوت است. در یک نظام لیبرال علی‌الاصول به این گروه که به خرده فرهنگ متفاوتی از فرهنگ اکثریت جامعه تعلق دارند، گفته می‌شود شما می‌توانید انجمن و به اصطلاح community خودتان را داشته باشید و مادام که مرتکب نقض قوانین مبنایی نشوید، مثلاً اقدامات شما نقض فاحش اصول قانون اساسی یا نقض فاحش حقوق بشر نباشد، آزادی عمل دارید. عملاً با جمعیت آمیخته‌ها به همین صورت برخورد می‌شود. گویی به آنان گفته شده است شما می‌توانید با نظام حقوقی کشور سازگار باشید، بدون اینکه آن را بپذیرید. البته پیوستن افراد به این گروه‌ها و ترک کردن آنها باید داوطلبانه و آزادانه باشد. نمی‌توان با استناد به عقاید مثلاً مذهبی و به عنوان قربانی، قتل انجام شود. در این صورت ممکن است در آن نظام حقوقی، برابری حقوقی زنان و مردان رعایت

نشود.^۱

۱. اجازه بدهید به مثالی واقعی از ایران اشاره کنم. قانونی داریم با عنوان «ماده واحده اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم». جالب است بدانید این قانون در ۳۱ تیر ماه ۱۳۱۲ در مجلس شورای ملی تصویب شده است و هنوز هم معتبر و قاعداً مورد عمل است. این قانون مختصر، ولی مهم می‌گوید: «نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد به طریق ذیل رعایت نمایند:

۱- در مسائل مربوط به نکاح و طلاق، قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است.

۲- در مسائل مربوط به ارث و وصیت، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهب متوفی.

۳- در مسائل مربوط به فرزند خواندگی، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است».

همان‌طور که ملاحظه می‌کنید قانونگذار اجازه داده است در حاشیه نظام حقوقی اکثریت شیعه، مذاهب غیر شیعه به شرط آنکه در قانون ایران به رسمیت شناخته شده باشند، نظام‌های حقوقی خاص خود را داشته باشند.

مفاد این ماده واحده، در قانون اساسی بعد از انقلاب ایران نیز بدین شرح تکرار شده است: «اصل دوازدهم- دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و این اصل الی الابد غیر قابل تغییر است و مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذهب خواهد بود، با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب.

اصل سیزدهم- ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند».

جالب است که قانون مصوب ۱۳۱۲ ظهور در یک تکلیف دارد؛ یعنی قاضی باید احوال شخصیه مشمولان این قانون را مطابق قواعد مذاهب خودشان حل و فصل کند و نمی‌تواند مثلاً به قانون مدنی، به عنوان قانون ملی و سراسری استناد کند. به عبارت دیگر قاضی مکلف به پیروی از خرده فرهنگ مذهبی ایرانیان غیر شیعه است. ولی لحن دو اصل قانون اساسی، جنبه رخصت و اذن دارد، یعنی پیروان مذاهب و ادیان نام برده شده، مختار و آزادند که تقاضا کنند در مورد احوال شخصیه آنان طبق احکام و قواعد مورد احترام ایشان حکم قضایی صادر شود. البته همان‌طور که اشاره شد این ترتیبی است که قانونگذار پیش‌بینی کرده است، اما در واقعیت دادگاه‌ها به این قانون چگونه عمل می‌کنند، بحث متفاوتی است. گفتنی است جزییات این قانون، مثلاً چرا در ازدواج‌هایی که مذهب یا دین زوجین متفاوت است نکاح و طلاق باید مطابق قانون مذهب شوهر باشد، نه مثلاً مطابق قانون مورد توافق زوجین، از موضوع اصلی گفتار ما خارج است.

نکته جالب توجه و مهم دیگر این است که آیا پیروان این مبانی و ارزش‌های متفاوت با اکثریت جامعه می‌توانند دادگاه‌ها و قضات خود را نیز داشته باشند؟ پاسخ این پرسش در همه موارد یکسان نیست. مثلاً در هندوستان در امور مربوط به احوال شخصیه، مسلمانان و مسیحیان دادگاه‌های مخصوص خودشان را دارند. البته مثلاً اگر احیاناً یکی از دادگاه‌ها حکمی داد، تحت شرایطی، محکوم علیه می‌تواند در دادگاه‌های کشور در مورد آن حکم تقاضای تجدید نظر کند. توجه داشته باشید که برابر اصول مسلم حقوق کیفری، علی‌الاصول قوانین جزایی کشور به طور یکسان بر همه آحاد جامعه اجرا می‌شود و امکان وجود دادگاه‌های اختصاصی مثلاً برای اقلیت مذهبی، صرفاً در حوزه احوال شخصیه است، نه امور کیفری یا سایر مقررات مربوط به نظم عمومی، مثلاً قوانین مالیاتی. (یادداشت ویراستار)

ناگفته نماند که تشکیل این گونه دادگاه الان در کانادا نیز در دست بررسی است. در هر صورت موضوعی حساس و شبیه به شمشیری دو لبه است. این دادگاه‌ها از سویی می‌توانند حافظ هویت اقلیت‌ها و به عنوان عاملی که آنان را از خطر اضمحلال ناخواسته در اکثریت جامعه حراست می‌کند تلقی شوند؛ از منظری دیگر می‌توان آن از عوامل نهادینه شدن و استمرار برخی بی‌عدالتی‌ها و تبعیض‌ها، زیر لوای فرهنگ قومی یا مذهبی تلقی کرد. ممکن است بتوان گفت این دادگاه حقوق گروهی را تضمین می‌کنند، زیرا می‌گویند این‌ها مسلمانند و دادگاه خود را دارند، آنها هندو هستند و دادگاه خود را دارند، پس گروه‌ها در کانون توجه هستند؛ اما از نقطه نظر متفاوتی می‌توان گفت واقعیتی به نام گروه وجود ندارد، حفاظت از حقوق گروهی در حقیقت به معنای تضمین حقوق و آزادی‌های فردی است.

پرسش دیگر آن است در جامعه‌ای که دارای این دادگاه‌های متفاوت است، افراد صرفاً بر حسب اینکه در چه خانواده و گروهی به متولد شوند، دارای حقوق متفاوتی خواهند شد و این عادلانه نیست. مثلاً اگر کودکی در خانواده‌ای مسلمان یا خانواده‌ای هندو متولد شود، نظام حقوقی هندوستان حقوق و آزادی‌های متفاوتی برای او لحاظ می‌کند.

پاسخ من آن است که در تمام موارد نظام حقوقی حاکم باید حقوقی را برای کودکان تضمین کند، از جمله آموزش حقوق مدنی. به بیان دیگر در کنار حق والدین نسبت به تربیت کودکان خود و مثلاً آموزش مذهبی به آنان، دولت و نظام آموزشی جامعه باید به همه کودکان آموزش‌های متعادل، مثلاً درباره لزوم احترام به همه ادیان و فرهنگ‌ها را ارایه کند. هدف از این آموزش‌های عمومی و الزامی حفاظت از کودک در برابر آموزش‌های یک سویه و تعصب‌آمیز است. وقتی که این کودک به سن رشد و بلوغ رسید، باید بتواند در مورد باقی ماندن در آن جامعه اقلیت یا ترک آن آزادانه تصمیم‌گیری کند. در هر صورت نوعی مصالحه اجتماعی صورت می‌گیرد. یعنی هم باید خطوط قرمزی که در قالب قوانین آمره و استثناناپذیر تعیین شده است رعایت شود، هم باید به اقلیت‌های مذهبی، قومی و زبانی و امثال آنها اجازه داد، بلکه حتی از طریق اعمال بعضی تبعیض‌های مثبت یعنی اقدامات حمایتی از آنان، به ایشان کمک کرد هویت خود را حفظ کنند. در واقع جامعه به نوعی وحدت در عین تنوع و کثرت نیاز دارد.

مثال دیگر آن است که در دوره فرمانروایی بریتانیا در هندوستان آنان از رسم

ساتی را جلوگیری می کردند.^۱ معتمدان محلی نزد فرماندار کل که یکی انگلیسی بود رفتند و گفتند این یکی از آداب و رسوم ما است و شما نباید به سنن و فرهنگ ما بی احترامی کنید. فرماندار انگلیسی هم گفت رسم ما انگلیسی ها این است که هر کس چنین کاری کند یا دیگری را به آن اجبار کند، مجازاتش می کنیم. حال شما باید به رسم ما احترام بگذارید. به عبارت دیگر در مورد یک سنت، دو نظر کاملاً متعارض وجود داشت. برای طرفداران ساتی این رسم اهمیت فرهنگی و دینی بسیاری داشت و نشانه وفاداری زن به شوهر، همچنین سنتی دینی محسوب می شد. مخالفانش آن را خلاف حقوق بشر و کرامت بانویی که شوهرش فوت کرده است می دیدند.^۲ به هر حال انگلیسی ها که اقتدار بیشتری داشتند موجب کم رمق شدن آن رسم شدند.^۳

اگر بخواهیم این موضوع را درباره مسلمانان در آمریکا بررسی کنیم ممکن است گفته شود برخی مسلمانان افراطی، مثلاً با دستاویز قرار دادن امر به معروف و نهی از منکر می خواهند عقاید خود را در جامعه ترویج و حتی تحمیل کنند. این رفتارها اصول نظام سیاسی و حقوقی آمریکا، همچنین اصول اخلاقی را نقض می کند.

پاسخ بنده آن است بحث فعلی ما این نیست که این اصول اخلاقی چه هستند. سخن این است که در این کشور، مانند هر سرزمین دیگر، بر مبنای اصول اخلاقی مشترک جامعه یک نظام حقوقی وجود دارد. هر وقت قواعد حقوقی کارآمد نبودند، نظام حقوقی برای حل مشکل و رفع این نقصان باید به آن اصول و ارزش ها و مبنای اخلاقی مشترک استناد جوید. حال این پرسش پیش می آید که چگونه می توان آن مبنای اخلاقی مشترک احراز کرد؟

توضیح بنده این است که باید دو نکته را از هم تفکیک کرد. نکته اول تحلیل فیلسوف حقوق از عملکرد قاضی است. تحلیل او آن است که در موارد دشوار

۱. ساتی نوعی آیین مذهبی در میان جوامع هندی بود که بر اساس آن زنی که شوهرش فوت می کرد در مراسم ختم شوهر خود را آتش می زد. (یادداشت ویراستار)

۲. در همدلی با مخالفان این رسم می توان گفت اگر زنی که شوهرش را از دست داده مناسب است برای نشان دادن وفاداری به او خود را بسوزاند، چرا مردان بعد از مرگ همسران خود چنین نکنند؟ (یادداشت ویراستار)

۳. اگر همان نظر دادگاه های متفاوت و اجرای احکام مذهبی برای پیروان هر دینی دنبال می شد، باید استدلال معتمدان محلی پذیرفته می شد و تاکنون هزاران بیوه دیگر داوطلبانه یا در اثر فشار اجتماعی از سوی دیگران، خود را سوزانیده بودند. همان طور که اشاره کردم چنین نیست که استثنا شدن اقلیت ها از قانون کشور و اجازه رعایت مقررات و رسوم مربوط به احوال شخصیه آنان، همیشه اقدام و رویه مثبتی باشد. (یادداشت ویراستار)

حقوقی، قاضی به آن اصولی که دست کم از منظر خود او مبنا و مطلوب این نظام حقوقی بوده استناد می‌کند. البته ممکن است قاضی در تعیین مصداق دچار خطا شود؛ ممکن است اصول و ارزش‌هایی که او به آنها استناد جسته بوده است، در طول زمانی و متأثر از تحولات اجتماعی، متحول شوند. این‌ها ممکن است، ولی منافاتی با این تحلیل ندارد. این تحلیل می‌گوید قاضی این روند را طی می‌کند.

نکته دوم آن است که قویا محتمل است به دلایل مختلف، از جمله ویژگی‌های فردی، زمینه‌های خانوادگی و اجتماعی و جز آن، قضات تحلیل‌های مختلفی از این اصول داشته باشند. بالاتر از آن، ممکن است در جامعه اصول متعارضی وجود داشته باشد. مثلا گروهی رفتاری را اخلاقی تلقی کنند، جمعی دیگر همان رفتار را غیر اخلاقی بدانند. تردیدی در این موارد نیست. اما در بحث فعلی سخن این است که در نظام حقوقی آمریکا وقتی قاضی با موارد دشوار حقوقی مواجه می‌شود، واکنش او مراجعه به اصول و ارزش‌ها و ساحت زیر بنایی نظام حقوقی است. این منش و روش قضات کاشف از آن است که قانون فقط قواعد قانونی نیست، بلکه اصول و مبانی قانون نیز در واقع بخشی از قانون است؛ زیرا هم کسانی که قواعد را مقرر کرده، متن قانون را نوشته‌اند و هم کسانی که در پرتو این قانون زندگی می‌کنند، غالبا این اصول و مبانی را به نحو درونی پذیرفته‌اند.

مثال دیگری که اتفاقا آن هم در مورد آمریکا است، موضوع برده‌داری است. در برهه‌ای از زمان به عنوان یک واقعیت، در این جامعه برده‌داری وجود داشت، بعد طی تحولاتی و در نتیجه جنبش اجتماعی‌ای قاعده برده‌داری لغو می‌شود. در ادامه همان جنبش اجتماعی کسانی که زمانی برده بودند، دارای حق رای می‌شوند. متناسب با این تحولات اجتماعی و برداشت‌های تازه از اصول و مبانی، قواعد حقوقی جدیدی وضع می‌شود. مثلا قوانین حمایت از رنگین پوست‌ها و مهاجران مثلا آسیایی و لاتین تبار تصویب می‌شود. اگر قوانینی وجود دارند که در نظام ارزشی و اخلاقی جامعه ناعادلانه تلقی می‌شوند، باید اصلاح یا ملغی شوند تا قانونی در تعارض با آن نظام ارزشی که مبنا و ریشه است، باقی نماند.

مثال دیگر اقلیت‌های جنسی هستند. طی قرن‌ها در این جامعه کسی فکر نمی‌کرد که قواعد و رویه برخورد با آنان در تعارض با اصول مقبول جامعه و مبانی نظام حقوقی باشد. اما در دهه‌های اخیر کسانی برای دفاع از حقوق اقلیت‌های جنسی چاره‌اندیشی کردند. البته آنان اقدام خود را از نقد قوانین موجود و مقابله با کنگره آغاز نکردند. بلکه گفتگو درباره این موضوع را در فضای عمومی و رسانه‌ها ترویج دادند. وقتی که عرف و تلقی جامعه متحول شد، یعنی نظام ارزشی کسانی که در

پرتو این نظام حقوقی زندگی می‌کنند تغییر کرد، مقامات رسمی و نظام قضایی توانستند با استناد به این اصول جدید یا تفسیر جدید از اصول و مبانی، قانون یعنی رو بنا را تغییر دهند. این تجربه و موارد مشابه گواه آن است که تغییر نتیجه بخش و موثر قوانین بعد از تحول در نظام ارزشی جامعه صورت می‌گیرد.

ممکن است شما بر نقش سازنده و پیشتاز بودن قواعد حقوقی و احکام قضایی تاکید کنید. مثلاً ممکن است اکثریت جامعه با رفتاری تبعیض آمیز خو کرده باشند، ولی دادگاه فدرال با شهادت آن رفتار را جرم اعلام می‌کند. مثلاً گروه‌های زیادی از سفید پوستان موافق جدا بودن مدارس کودکانشان از دانش آموزان رنگین پوست بودند. ولی با تصمیم دادگاه فدرال این تفکیک بر اساس نژاد ملغی شد.

پاسخ بنده آن است که عملی شدن این تصمیم شجاعانه و اخلاقی نشانه آن است که عرف و عادت مردم اصلاح شده بود. در غیر این صورت، یعنی اگر مردم همچنان به این جداسازی و تبعیض اعتقاد داشتند، حتماً در برابر آن تصمیم چنان مقاومت می‌کردند که آن تصمیم غیر قابل اجرا می‌شد. متفکران و مصلحانی در این جامعه بودند، کتاب‌ها و مقاله‌ها نوشتند، خطابه‌ها القا کردند، مصاحبه‌ها انجام دادند، دانشگاهیان، نهادهای مدنی و رسانه‌ها در جامعه نقش موثری ایفا کردند تا ذهنیت جامعه متحول شده، زمینه صدور و اجرای آن حکم و قانون فراهم آمد. بگذارید اذعان کنم در مورد عوام جامعه حق با شما است. کما اینکه همین الان، بعد از همه آن مجاهدات علمی و مبارزات اجتماعی، باز هم اگر در خیلی از ایالات آمریکا رای بخش‌هایی از جامعه را پرسید ممکن است قوانین نژادپرستانه رای بیاورد. این، با مطلبی که من گفتم متفاوت است. معنای عرف جامعه این نیست که شما رای گیری کنید و بدانید مردم به چه رای می‌دهند. معنای عرف اکثریت جامعه این است که گاه می‌بینید تغییرات مهمی^۱ در ارزش‌های اخلاقی جامعه در حال وقوع است. از کجا می‌توان این تحول آرام اما مهم را دریافت و حتی مراحل بعدی آن را کمابیش پیش‌بینی کرد؟ از اینکه بتدریج موضع و دیدگاه نیروهای مرجع در جامعه تغییر کرده است، مواجهه آنان با موضوع مورد گفتگو متفاوت شده است. نقش این نیروهای تاثیرگذار و سایر کنشگران اجتماعی بر توده‌های مردم را نباید دست کم گرفت. قاضی نمی‌تواند مطلقاً نسبت به عرف جامعه بی‌اعتنا باشد. فراموش نکنید یکی از شرایط قانون این است که باید اجرا شود. اگر قانونی تصویب شد که امکان اجرا نداشته باشد، در واقع قانونی عبث و بیهوده است. به همین دلیل است

که در بسیاری مواقع تصویب قانون مرحله به مرحله است. قانونگذار جاهایی الزام می‌کند، تا واکنش جامعه را دریابد و بداند عرف جامعه به او اجازه می‌دهد گام دیگری جلو رود یا خیر. اگر با واکنش نسبتاً تندی مواجه شد از تصویب مراحل بعدی قانون موقتاً منصرف می‌شود. با استفاده از شیوه‌های مختلف، جلب همکاری نیروهای مرجع جامعه، رسانه‌ها، هنرمندان، قهرمانان و دیگر شخصیت‌های محبوب اجتماع، بر افکار و ذهنیت جامعه تاثیر می‌گذارد. وقتی جامعه مستعد شد گام بعدی برداشته می‌شود.

به بیان دیگر باید به طور موازی هم به عنصر حقانیت در نظام حقوقی توجه داشت، هم به عنصر کارایی آن. نظام حقوقی باید اولاً کارآمد باشد، یعنی مشکلات را حل کند، ثانیاً باید مشکلات را به طور عادلانه و منصفانه حل کند. نظام حقوقی و قضات نمی‌توانند به آنچه در متن جامعه می‌گذرد بی‌اعتنا باشند و مثلاً قاعده‌ای را برخلاف ذهنیت کل جامعه وضع کنند.^۱

به باور بنده باز اندیشی و اصلاح اصول نظام حقوقی بسیار مهم‌تر و کارآمدتر است و اصلاحات در متون قانونی بدون فراهم بودن آن زیر بنا، چندان راهگشا نخواهد بود. مثلاً درباره حقوق دگرباشان در ایران، مشکل اساسی آن نیست که متون قانونی حقوق آنها را تضمین نمی‌کنند. موضوع مهم‌تر آن است که آیا روشنفکران، چه رسد به سایر مردم پذیرفته‌اند این افراد از حقوق برابر با سایر آحاد جامعه بهره‌مند باشند؟ بحث من در نوع حکومت ایران نیست؛ اصلاً فرض کنید حکومت ایران، نه جمهوری اسلامی بلکه حکومت لیبرال دموکرات بود، باز این نکته به مثابه پرسشی مهم جای طرح داشت که آیا افکار عمومی در ایران آمادگی پذیرش حقوق برابر برای آحاد جامعه، از جمله دگرباشان جنسی را دارد؟ در نظام حقوقی ایران قوانینی وجود دارد که با اصول اخلاقی مورد قبول جامعه هماهنگ

۱. اینکه می‌گوییم «نظام حقوقی و قضات نمی‌توانند به آنچه در متن جامعه می‌گذرد بی‌اعتنا باشند»، معنایش آن نیست که محال است به افکار عمومی بی‌توجه باشد، معنایش آن است که اگر بی‌توجه باشند، قوانین مصوب و آرای قضایی آنان نتیجه بخش نیست و حتی گاه تنش‌زا و بحران‌آفرین است. آری تصمیم‌گیران نظام حقوقی می‌توانند با نادیده انگاشتن باورها و عقاید مردم قوانینی وضع کنند و با فشار و ارعاب مردم را به پیروی از آنها الزام کنند، اما چنین نظامی کارآمد و پایدار نخواهد بود. یکی از نتایج دهشتناک و زیان‌بار چنین وضعیتی آن است که مردم در فضای عمومی که مأموران حکومتی حضور دارند حتی الامکان موافق قانون سخن می‌گویند و رفتار می‌کنند، اما در فضای خصوصی و هرجا احساس کنند حاکمیت حضور فعالی ندارد آن‌طور که خودشان می‌خواهند رفتار می‌کنند. این دوگانگی، خود منشأ بیماری‌های اجتماعی فراوانی است. (یادداشت ویراستار)

نیست.^۱ البته برخی از این قوانین غیر اخلاقی مثل حجاب اجباری از مصوبات بعد از انقلاب هستند. این ها قانون هستند ولی اجرایشان در جامعه با بحران مواجه می شود؛ وجدان جمعی جامعه آنها را نمی پذیرد زیرا بر مبنای اصول اخلاقی مقبول جامعه وضع نشده اند. در نتیجه دولت همیشه باید با زور آنها را به جامعه تحمیل کند. یعنی وقتی نظارت دولت برداشته شود تعداد قابل ملاحظه ای از خانم ها روسری خود را کناری می نهند. تفسیر این رفتار آن است تناسب ضروری میان قاعده و قانون با ارزش ها و اصول مقبول جامعه وجود ندارد، به بیان دیگر هماهنگی لازم میان دو ساحت نظام حقوقی وجود ندارد.

پس باید موضوع را از هر دو منظر بررسی کرد. گاه حاکمیت قواعد و قوانینی ناسازگار با اصول و ارزش های مقبول اکثریت جامعه وضع می کند. به دلیل همین ناسازگاری چنین قوانینی فاقد کارآیی بوده، نمی توانند نقش قانون را که سازمان دهنی رفتار مردم است، ایفا کنند. پس اجرایشان در جامعه، مستلزم الزام و فشار مداوم بر مردم است. از طرف مقابل ممکن است افراد و گروه های مرجع اجتماعی بتوانند با بازسازی اصول و ارتقای ارزش های جامعه، قانونگذار را به اصلاح و تغییر قوانین سوق دهند.

اینک مایلم با افزودن چند نکته این سلسله گفتار را به اتمام رسانم. از نظر دورکین ما اینجا قاضی را داریم که با یک مورد دشوار حقوقی مواجه است. در موارد عادی، قواعد و قوانین برای حل مشکل کافی هستند. اما در مورد دشوار قاضی ناگزیر از طریق اصول و ارزش ها که مبنا و ساحت بنیادی نظام حقوقی هستند، موضوع را حل می کند. این اصول بخشی از قانون و در واقع زیر بنای آن هستند. بنابراین قاضی ای که در فرآیند حل مورد دشوار حقوقی به این اصول و ارزش ها استناد می کند، مرتکب اقدامی خلاف قانون نشده است. او قانون را عطف بما سبق نکرده، همچنین قانون جدیدی را وضع نکرده، زیرا تمسک به ارزش ها و مبانی در موارد دشوار حقوقی، پیشاپیش در خود قانون پیش بینی شده است. کاری که قاضی در این مرحله انجام داده این است که با استفاده از شم قضایی خود، اصل و ارزش اخلاقی متناسب با پرونده تحت رسیدگی را انتخاب کرده است. پس شم قاضی مهم است. اصطلاح شم قضایی را به دو گونه می توان تعریف کرد. یکی دیدگاه هارت که تفسیر حداکثری است و برابر آن قاضی اختیار مطلق دارد و می تواند به هر ارزش و اصل مورد نظرش استناد کند. دیدگاه دیگر تفسیر حداقلی است که نظر

۱. گفتنی است تعدادی از قوانین پیش از انقلاب هم وجود داشته اند. مثلاً قانون مدنی ایران پیش از انقلاب نیز تعدد زوجات، همچنین ازدواج موقت را مجاز می دانست. (پادداشت ویراستار)

دورکین است. برابر این برداشت اختیار قاضی مطلق نیست، او مجاز است فقط به اصولی که مبنا و مقبول نظام حقوقی جامعه هستند، مراجعه و استناد کند. اختیار او محدود به همین قلمرو است.

نکته دیگر آن است در موارد دشوار حقوقی نقش قاضی تطبیق قوانین نیست، بلکه وظیفه او تفسیر قوانین است. یعنی قاضی باید تلاش کند اصول و ارزش‌ها را به گونه‌ای فهم و ادراک کند که انسجام و تمامیت نظام حقوقی، یعنی هماهنگی دو ساحت آن که عبارت بودند از قواعد و قوانین به عنوان رو بنا، و اصول و ارزش‌ها به عنوان زیر بنا، همچنین رویه‌های قضایی پیشین رعایت شده باشد. به تعبیر دورکین ما به تفسیر خلاق نیاز داریم، گویی بر آنیم با این تفسیر چیزی را بسازیم. دورکین از مثالی گویا استفاده می‌کند. فرض کنید چند رمان نویس می‌خواهند با همکاری یکدیگر رمانی بلند بنویسند. بر موضوعاتی کلی توافق می‌کنند؛ مثلاً رمان ما باید جذاب باشد، ارزش‌های اخلاقی را تشویق کند، هیجان‌انگیز و مخاطب‌پسند باشد. قرار می‌شود هر نفر یک فصل از رمان را بر اساس همین اصول مورد توافق بنویسد. یک نفر عهده‌دار نوشتن فصل نخست می‌شود. نفر دوم که به نوشتن فصل بعدی اقدام می‌کند باید بر اساس فصل نخست ادامه رمان بنویسد. نویسندگان فصل‌های بعدی رمان باید توانایی و قدرت خلاقیت خود به کار گیرند، اما کارشان را باید در چارچوب فصل‌های قبلی رمان ادامه دهند.

قاضی و حقوقدان نیز مانند نویسنده فصل‌های متاخر آن رمان است. سنت حقوقی‌ای در اختیار او است. رویه حقوقی‌ای در جامعه موجود است. قوانینی وجود دارد. یک سلسله اصول و ارزش‌های مقبول جامعه هست. در موارد دشوار حقوقی، گویی به این قاضی گفته شده است حال نوبت او است که فصل بعدی رمان را بنویسد. او باید فصل‌های نوشته شده را دقیقاً بخواند، رویه‌های حقوقی، قوانین، اصول و چارچوب‌های نظام حقوقی را بخوبی بداند، سپس تلاش کند با استفاده از شم قضایی خود راه حلی متناسب با موارد و سنت حقوقی موجود راه حلی متناسب و خلاقانه ارایه کند. قاضی نمی‌تواند در خلا حکم صادر کند، بلکه باید همه عناصر موجود را لحاظ کند و به استفاده از ذوق و شم قضایی خود و حفظ کلیت نظام حقوقی، حکم صادر کند. در واقع این فرآیند تفسیری ماهیت کار قانونی را تشکیل می‌دهد. کار قاضی در واقع تامل در نظام قانونی است. وقتی او با موارد دشوار حقوقی مواجه می‌شود، تازه به این امر التفات پیدا می‌کند، به تعبیر دیگر از ناخود آگاهی به خود آگاهی می‌رسد. یعنی قاضی برای صدور حکم در موارد دشوار حقوقی باید از خود پرسد غایت مطلوب از وضع این قوانین چیست؟

بعد بررسی کند در موارد کمابیش مشابه، دیگر قضات چه ادراکی داشته‌اند و چه احکامی صادر کرده‌اند. این‌ها می‌شوند چارچوب و فصول پیشین‌رمان. حال او با رعایت آنها حکم متناسبی دهد و فصل بعدی رمان را بنویسد. بنابراین صدور حکم قضایی فرآیندی هرمنوتیک یا تفسیری است در این چارچوب معین. اینک بحث درباره دورکین به خاتمه‌اش رسید.

به عنوان خلاصه و مرور پایانی بر این سلسله گفتار یادآوری می‌کنم پرسش‌های اصلی بحث این بود که اولاً قانون چیست و ثانیاً میان اخلاق و قانون چه نسبتی برقرار است. در پاسخ به اینکه قانون چیست، چند تئوری مهم را بررسی کردیم. نظریه کلاسیک و تقریر معاصر از آن در مکتب حقوق طبیعی آن بود که قانون موضوعه عبارت است از ترتیبات و مقرراتی که یک مرکز صاحب اقتدار سیاسی برای تدبیر امور جامعه وضع می‌کند. این مقررات را وقتی می‌توان «قانون» تلقی کرد که با نظم طبیعی جهان سازگار باشند. این تقریر کلاسیک این نظریه بود. در این تقریر با اعتقاد به وجود قانون جاودانه می‌گفتند نوعی رابطه مفهومی و ضروری بین قانون و اخلاق وجود دارد.

در پوزیتیویسم قانونی در تحلیل آستین این رابطه ضروری میان قانون و اخلاق به طور کلی منتفی شده، قانون عبارت شد از «حکم صادر شده توسط یک حاکم فرمانروا» و تضمین‌کننده آن، نوعی مجازات برای متخلفان و نقض‌کنندگان قانون است. هارت مفهوم «قاعده» را جایگزین مفهوم حکم فرمانروا کرد و گفت قانون عبارت است از مجموعه قواعدی که برای تسهیل مناسبات ما وجود دارد. او از دو دسته قواعد، یعنی قوانین اولیه یا مرتبه اول و قوانین ثانویه یا مرتبه دوم سخن گفت و افزود قانون در واقع مجموعه‌ای از این دو دسته قواعد است. در واکنش به نظریه هارت، نظریه پردازان قانون طبیعی مواضع خود را به چند صورت تعدیل کردند. در عین‌ارایه قرائت معتدل‌تری از نظریه خودآموزه محوری آن یعنی رابطه مهم میان اخلاق و قانون را محفوظ داشتند. در موج دوم واقع‌گرایان حقوقی به عرصه آمدند که معتقد بودند که قانون عبارت است از «آنچه که عاملان و حاملان نظام حقوقی یا مقامات رسمی نظام حقوقی انجام می‌دهند». سپس با دورکین آشنا شدیم که می‌گفت «قانون عبارت است از تلفیقی از قاعده و اصول».

ملاحظه کردید قرائت‌های مختلف نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی معتقدند که ارتباط عمیقی میان قانون و اخلاق وجود دارد. پوزیتیویسم آستینی بر آن بود که میان آن دو هیچ رابطه‌ای وجود ندارد. پوزیتیویسم هارت با اتخاذ رویکردی معتدل‌تر معتقد بود که دست‌کم در پاره‌ای مواقع شما می‌توانید وجود نوعی رابطه

کاملاً حداقلی بین اخلاق و قانون را تصدیق کنید، اما رابطه اخلاق و قانون به طور کلی رابطه عَرَضی است؛ بدین معنا که اگر قاعده رسمیت بخش چنین رابطه‌ای را تعریف کرد، شما می‌توانید به آن رابطه اذعان کنید، در غیر این صورت ضرورتی ندارد. موج جدید نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی معتقد بود که تحلیل نمونه‌های بارز و مصادیق غیر اختلافی قانون نشان می‌دهد که شرط تحقق قانون و قاعده بودن قانون این است که حداقلی از اصول اخلاقی رعایت شود و به این اعتبار است که رابطه ضروری میان قانون و اخلاق به صحنه برمی‌گردد. واقع‌گرایان حقوقی با اتخاذ موضعی رادیکال معتقد بودند که قانون برای تصمیم حقوقی نیست؛ قاضی تصمیمات حقوقی خود را متأثر از عوامل فرا حقوقی اتخاذ می‌کند، سپس برای توجیه و مستند کردن تصمیم خود به قانون مراجعه می‌کند. بنابراین در فرآیند قضایی اصولاً این تحلیل‌های ساختاری و منطقی چندان کارآمد نیستند. دورکین در بازگشت منتقدانه و عالمانه‌ای به نظریه قانون در مکتب حقوق طبیعی، معتقد است که اصول مبنایی نظام حقوقی که بخشی از نظام حقوقی به شمار می‌روند، در نهایت نوعی اصول اخلاقی هستند که نه به واسطه قاعده رسمیت بخش، بلکه از منظر درونی توسط عاملان و حاملان نظام حقوقی پذیرفته شده‌اند.

با این خلاصه پایانی بحث ما درباره تحلیل ماهیت قانون و رابطه آن با اخلاق به انجام می‌رسد.

