

# مبنای وضعی بودن قانون (۱)

## به نام خدا

### فهرست مطالب

۱	چکیده
۴	مقدمه
۵	پوزیتویسم حقوقی
۶	بخش اول - نظریه پوزیتویسم حقوقی
۱۲	بخش دوم - مکاتب پوزیتویسم حقوقی
۳۲	بخش سوم - ارزیابی پوزیتویسم حقوقی
۵۵	منبع و مأخذ



## مبنای وضعی بودن قانون (۱)

### چکیده

از دیدگاه پوزیتیویستی (اثبات‌گرایی) هیچ قانونی بجز قانون موضوعه وجود ندارد و این اراده حاکم و اراده بشری است که قانون را وضع می‌کند. پوزیتیویسم حقوقی در قرن نوزدهم از پوزیتیویسم فلسفی و خصوصاً اندیشه‌های اگوست کنت تأثیر پذیرفت و در نتیجه قانون را نه یک پدیده خیالی، بلکه پدیده‌ای ملموس و دارای جلوه خارجی دانست. علاوه بر این، پوزیتیویسم حقوقی تحت تأثیر جریان فکری دیگری به نام مکتب «اصالت اراده و اختیار» قرار گرفت. این جریان فکری معتقد بود که یک پدیده قانونی ساخته اراده حاکمان است، چه این اراده فردی باشد یا جمعی. بر همین اساس و با رویکرد پوزیتیویسم حقوقی، تعریف قانون عبارت خواهد بود از قانون موضوعه‌ای که قدرت حاکم آن را اراده یا وضع کرده است. تاکنون مکاتب گوناگونی در ذیل عنوان پوزیتیویسم حقوقی شکل گرفته‌اند. از جمله مکاتب کلاسیک در این زمینه می‌توان از مکتب تفسیر متون و مکتب آستین نام برد. مکتب کاره دومالبر از جمله مکاتب جدید پوزیتیویسم حقوقی به شمار می‌رود. کاره دومالبر نگاه خود به حقوق و قانون را با تبیین دیدگاهش نسبت به حکومت آغاز می‌کند. وی برخلاف بسیاری از متفکران آلمانی که حکومت را وسیله‌ای برای فتح و پیروزی و عاملی در دست ملت آلمان برای مطیع کردن سایر ملت‌ها در نظر گرفته‌اند، معتقد بود یکسری قواعد اخلاقی بر

دولت و قدرت آن حکومت می‌کنند. وی معتقد است زمانی که حقوقدان به ناچار اعتراف می‌کند که قانون موضوعه مبتنی بر قدرت حکومت است یا سلطنت و قدرت حاکمان، اساس مشروعیت خود را در یک نظام حقوقی کارآ و مؤثر به دست می‌آورد، این بدان معنا نیست که نمی‌توان خارج از این نظام حقوقی، اصول والایی یافت که بر ملت‌ها، حکومت‌ها و افراد حاکم باشند. البته از این مطلب نمی‌توان استنباط کرد که حقوقدان، به اموری غیر از قانون می‌پردازد. دوماً معتقد است حقوقدان برای حل مشکلات قانونی، تنها باید قانون موضوعه را مبنای خود قرار دهد و در این راستا وی باید اعتقادات اخلاقی، دینی و سیاسی خود را کنار گذارد. کاره دوماً در تعریف قانون می‌گوید: «قانون مجموعه قواعدی است که بر افراد مقیم یک کشور معین، از سوی یک قدرت برتر که قادر است به واسطه اجبار غیرقابل مخالفت، دستور دهد، الزام می‌شود».

پوزیتویسم حقوقی با انتقاداتی جدی مواجه شده است. ایراد اساسی پوزیتویسم حقوقی این است که به روابط بین واقعیت‌ها و حقوق نمی‌پردازد. یعنی رابطه میان دو عالم حقوق و عالم واقعیت‌ها را توضیح نمی‌دهد. پوزیتویسم حقوقی، واقعیت‌ها را خارج از حقوق می‌افکند و فقط به مطالعه پدیده‌های حقوقی می‌پردازد ولی به درستی تبیین نمی‌کند که این پدیده‌های حقوقی از کجا پدیدار شده و چگونه از پدیده‌های غیرقانونی تمیز داده می‌شوند. همه این مسائل باعث شده پوزیتویسم حقوقی به نظامی محدود تبدیل شود که نمی‌تواند برای تمامی مشکلات و مسائلی که در علم حقوق مطرح می‌شود تفسیر و توضیح قانع‌کننده و کافی ارائه دهد.

با این وجود از پوزیتویسم حقوقی گرایشی پدید آمده است که با دادن شکلی



جدید به این نظریه، آن را وارد مراحل نهایی خود کرده است. این نظریه «هنجارگرایی حقوقی» نامیده می‌شود. پایه‌های این نظریه توسط هانس کلسن پی‌ریزی شده است. این نظریه، هر عنصر ایدئولوژی را از ساحت حقوق دور می‌کند و این امر با تفکیک هنجار حقوقی از هنجار اخلاقی و سپس تصریح بر استقلال حقوق از اخلاق و نیز با دور کردن و جدا کردن حقوقدان و علم حقوق از هر علم دیگری محقق می‌شود. کلسن، مبنای قانون را بر فرضیه «هنجار پایه» استوار می‌سازد. از دیدگاه او هر قاعده‌ای در نظام حقوقی، اعتبار خود و در نتیجه مشروعیت و پس از آن قدرت الزام‌آوری‌اش را از قاعده‌ای که بالاتر از آن قرار دارد اخذ می‌کند. قدرت الزام‌آوری قانون از خارج به عاریت گرفته نشده است، بلکه از خود قانون ناشی می‌شود؛ هر هنجاری، مشروعیت خود را از هنجاری که بالاتر از آن قرار دارد به دست می‌آورد و به همین ترتیب ادامه دارد تا در نهایت به هنجار پایه ختم می‌شود. کلسن معتقد است هنجار پایه، فرضیه‌ای است که بررسی آن امکان‌پذیر نیست ولی باید آن را پذیرفت و در نتیجه از نظر منطقی ضروری است.

در ادامه این گزارش در انتقاد از دیدگاه کلسن گفته شده است که فرضیه هنجار پایه نظریه ناب حقوق را وارد دور باطل می‌کند. زیرا برای اعطای اعتبار به نظام حقوقی، باید وجود هنجاری برتر و بالاتر را که نظام حقوقی، اعتبارش را از آن کسب می‌کند فرض بگیریم. آنچه وجود فرضی این هنجار را توجیه می‌کند عبارت است از: وجود واقعی و بالفعل نظام حقوقی. بر این اساس وجود نظام حقوقی، وجود هنجار پایه را حکم می‌کند همچنین وجود هنجار پایه نیز وجود نظام حقوقی را حکم می‌کند و این یک دور باطل است که رهایی از آن دشوار است.

## مقدمه

امروزه کمتر کسی است که قانون و لزوم تمکین در مقابل آن را نپذیرد. زیرا لازمه نظم در جامعه و حرکت عمومی آن به سمت اهداف و آرمان‌های خود، وجود قانون است. اما اینکه ماهیت قانون چیست و وجه ممیز ماهوی آن از سایر مفاهیم مشابه چیست، مورد مناقشات و بحث‌های فراوانی قرار گرفته است. با وجود طرح دیدگاه‌های مختلف در این مقوله، کتاب و مقالات معدودی خصوصاً به زبان فارسی در این زمینه وجود دارند. کتاب فلسفه القانون، که به قلم دکتر منذر الشاوی نگارش یافته از جمله کتاب‌های مفید و جامعی است که در مورد ماهیت حقوق و ماهیت قانون نگارش یافته است. دقت بالای نگارنده و تحلیل دقیق وی از مسائل و مباحث و دیدگاه‌های موجود در این زمینه باعث شده که ترجمه این کتاب مدنظر قرار گیرد.

نویسنده کتاب پس از بیان جامع و دقیق نظرات گوناگون، به نقد و بررسی و بیان معایب و محاسن هریک پرداخته است. فصل اول این کتاب به بحث پوزیتیویسم حقوقی و نظرات گوناگون در این زمینه اختصاص دارد. گزارش حاضر ترجمه این فصل از کتاب است لازم به ذکر می‌داند ارجاعات و پاورقی‌ها مطابق همان مطالبی است که نویسنده محترم ذکر کرده است.



## پوزیتویسم حقوقی<sup>۱</sup>

### بیان مسئله و سیر بحث

قانون، تنها در جامعه‌ای به وجود می‌آید که حکومتی در آن برپاست و متولیان این حکومت، قانون را وضع می‌کنند. بنابراین، هیچ قانونی بجز قانون موضوعه وجود ندارد. این همان مبنای وضعی بودن حقوق است که با عنوان نظریه «پوزیتویسم حقوقی» نمایان شده است.<sup>۲</sup> مطابق این نظریه، قانون عبارت است از: قانون موضوعه، که اراده بشری و حاکم آن را وضع کرده است. بر این اساس، حقوق، «نظامی منطقی و بسته» خواهد بود، به این معنا که راحل‌های حقوقی بدون نیاز به رجوع به خارج از این نظام حقوقی از قبیل ارزش‌های اخلاقی، سیاسی یا اجتماعی فقط و فقط از قواعد حقوق موضوعه سرچشمه می‌گیرند. از این رو، میان قانون و اخلاق و میان قانون و سیاست یا به عبارت دیگر میان قانون، همان‌گونه که هست و میان قانون آن‌گونه که باید باشد، تفکیک مطلق دیده می‌شود.

با این وجود از پوزیتویسم حقوقی، گرایشی پدید آمده است که گرچه دارای خاستگاه وضعی است، ولی با نشئت گرفتن از این نظریه و همگام با آن از طریق به‌کارگیری تمامی نتایج منطقی‌اش و کنار گذاشتن تمامی نارسایی‌هایی که در معرض آن بوده به مراحل نهایی رسیده است. این جریان فکری که با دادن شکلی جدید به نظریه پوزیتویسم حقوقی، آن را وارد مراحل نهایی خود کرده است نظریه

۱. این گزارش ترجمه فصل اول کتاب «فلسفه القانون» است که به‌منظور آشنایی با افکار پوزیتویستی قانون و نقد اولیه آن تهیه شده است، ص ۴۰-۷۵.

«هنجارگرایی حقوقی»<sup>۱</sup> نامیده می‌شود.

از این رو لازم است بررسی کاملی راجع به مبنای وضعی بودن حقوق صورت گیرد. لذا در فصل اول به بررسی نظریه پوزیتویسم حقوقی و در فصل دوم به بررسی نظریه هنجارگرایی حقوقی خواهیم پرداخت.

## بخش اول - نظریه پوزیتویسم حقوقی

### پیشینه پوزیتویسم حقوقی

پوزیتویسم حقوقی، به‌عنوان یک دیدگاه یا مکتب فکری، وجود خویش را مرهون روحی فلسفی است که در قرن نوزدهم در اروپا، خصوصاً در فرانسه حاکم بوده است.

با این وجود، پوزیتویسم حقوقی به‌عنوان یک روش و شیوه، قدمت بیشتری دارد. روش و تجربه با نظریه، رابطه‌ای قطعی و مسلم دارد به این معنا که روش، انتقال از تجربه به نظریه را ممکن می‌سازد. هر قاعده حقوقی به صرف وجودش نیازمند شرح و تفسیر است. یک حقوقدان زمانی که به‌واسطه حرفه یا علاقه و تلاش خود تنها به مطالعه نصوص قانونی و تفسیر آنها می‌پردازد، در واقع پوزیتویسم حقوقی را پیشه خود ساخته است.

در واقع می‌توان گفت تمام کسانی که از قرن دوازدهم در اروپا به شرح و تفسیر متون قانونی پرداخته‌اند، بدون اینکه شناختی نسبت به پوزیتویسم داشته باشند آن را پیشه خود ساخته‌اند.





پوزیتویسم حقوقی، تنها یک روش برای مطالعه متون و شرح آنها نیست، بلکه دیدگاه یا مکتبی از مکاتب حقوقی است که وجود خود را مرهون فلسفه پوزیتویستی است که در قرن نوزدهم حاکم بود (۱۷۹۸-۱۸۷۵).

اگوست کنت فیلسوف فرانسوی و «بنیانگذار» جامعه‌شناسی نوین، در این زمینه نقش مهمی داشته است. از نظر او اندیشه بشر سه مرحله را پشت سر گذاشته است: مرحله الهی یا ربانی، مرحله متافیزیکی و مرحله علمی یا پوزیتویستی. بشر، پس از آنکه با اندیشه و تلاش‌های فکری خود توانست بر جو لاهوتی (یعنی تفسیر ربانی و الهی ظواهر) غلبه کند و پس از آنکه مرحله متافیزیکی (یعنی قانون طبیعی) را پشت سر گذاشت وارد مرحله علمی یا پوزیتویستی شد، یعنی به کار بردن تجربه علمی در تفسیر ظواهر. هدف پوزیتویسم حقوقی، رسیدن به حقیقت از طریق مشاهده و استقراسست. بر این اساس محال است که در قرن نوزدهم پوزیتویسم فلسفی و برتری علوم طبیعی، بر مطالعات اجتماعی و از جمله مطالعات حقوقی تأثیرگذار نبوده باشد.

قانون، صرفاً یک پدیده خیالی نیست که عقل (قانون طبیعی) آن را مقرر بدارد، بلکه قانون، یک پدیده طبیعی و ملموس است که می‌توانیم وجود آن را در مکان و زمان بپذیریم. از همین رو قانون نیز همانند پدیده‌های طبیعی دیگر و با روش‌های تجربی و به دور از ملاحظات فیزیکی یا اخلاقی یا سیاسی مورد مطالعه قرار می‌گیرد. قانون باید با شرایط علمی مورد مطالعه قرار گیرد و در این صورت است که عنوان علم (علم حقوق) به خود می‌گیرد.<sup>۱</sup>

---

۱. این امر منجر به مشخص و محدود شدن مطالعات حقوقی و علم حقوق می‌شود. آنچه در طلایه قرن نوزدهم و در اثر سیطره علوم طبیعی و نقد فلسفی علوم فراگیر شد عبارت بود از اینکه لازم است موضوع مطالعه و بررسی

پوزیتویسم حقوقی در شکل‌گیری خود تنها مرهون رهیافت‌های فکری و نظری نیست، بلکه نسبت به ملاحظات تاریخی و سیاسی نیز وام‌دار است. جنبش قانونگذاری، که منجر به صدور قانون مدنی فرانسه در عصر ناپلئون شد، حقوقدانان را بر شرح و تفسیر این قوانین در حیطه مطالعات خود متمرکز کرد. این قوانین، همان‌طور که نشان می‌دادند پدیده‌هایی طبیعی، ملموس و همچنین دارای هستی و وجود بوده و در آنها زمان نقش «قله حکمت» را داشته‌اند. بنابراین دیگر لزومی به بحث از قانون دیگری از جمله قانون طبیعی وجود نداشت خصوصاً بعد از اینکه قوانین موضوعه ترجمه صحیح و کاملی از این قانون به حساب می‌آمدند.

بورژوازی که بعد از انقلاب فرانسه غالب شد و ثبات و حفظ اوضاع به دست آمده جدید را هدف خود قرار داد، قوانین آن دوره را تضمینی بر مصالح خود یافت، از این رو با دیده احترام و تقدس به این متون نگریسته و به این ترتیب تفکر «متن‌گرایی»<sup>۱</sup> پدید آمد.

کارهای علمی، پدیده‌هایی باشند که در زمان و مکان قابل یافتند و این امر با حقوق موضوعه محقق می‌شود زیرا موضوع آن مطالعه و بررسی به روش و شیوه علمی است. به همین خاطر است که اندیشه علم حقوق با رویکرد پوزیتویسم (پوزیتویسم حقوقی) همراه است که مطابق این رویکرد، حقوق باید به صورت استقرایی و به روش علمی مورد مطالعه قرار گیرد. بر این اساس آنچه مورد مطالعه علمی قرار می‌گیرد، قواعد حقوقی لازم‌الاجراست بدون اینکه محتوای آنها با رویکردهای ذهنی مورد بررسی قرار گیرند. از همین جاست که ارتباط طبیعی - یا ضروری - میان پوزیتویسم حقوقی و اراده‌گرایی نمایان می‌شود. برای تعیین موضوعی در حقوق که بتواند مورد مطالعه علمی قرار گیرد، باید یکسری مشخصه‌های خارجی قابل تصدیق وجود داشته باشند و این همان اراده حکام است و در واقع پدیده‌ای است و می‌تواند با در نظر گرفتن زمان و مکان مورد بررسی قرار گیرد.

۱. نگاه کنید به: باتیفول، مشاغل اساسیه فی فلسفه القانون، ص ۲۹-۳۱.



## پوزیتویسم حقوقی و مکتب اصالت اراده

می‌توان ادعان داشت که پوزیتویسم حقوقی همان‌گونه که در قرن نوزدهم از پوزیتویسم فلسفی تأثیر پذیرفت و در نتیجه قانون را دارای جلوه خارجی دانست و آن را قبول کرد، تحت تأثیر جریان فکری دیگری با نام مکتب «اصالت اراده و اختیار»<sup>۱</sup> قرار گرفت. این جریان فکری معتقد بود که یک پدیده قانونی ساخته اراده حاکمان است، چه این اراده فردی باشد یا جمعی. بر همین اساس و با رویکرد پوزیتویسم حقوقی، تعریف قانون عبارت خواهد بود از قانون موضوعه‌ای که قدرت حاکم آن را اراده یا وضع کرده است.

اصول و مبانی مکتب اصالت اراده و اختیار در تفکر بشری دارای قدمت است. اغلب مکاتب فلسفی یونان، بر این باور بودند که اراده در ایجاد قانون نقش برجسته‌ای دارد. بنا به دیدگاه این مکاتب، اراده پایه و اساس عقود و قانون است و انسان بی‌اراده چیزی جز حیوان وحشی نیست.

رومیان نیز این رویکرد فکری را تصدیق می‌کردند. در میان تفکر فلسفی که علمای روم بنا نهادند این نکته که هیچ اساس و مبنایی خارج از اراده حاکمان برای قوانین وجود ندارد از جایگاه بالایی برخوردار بود.

این دیدگاه در قرون وسطی نیز ادامه داشت. جمله معروفی که در آن زمان وجود داشت این بود که: «آنچه را پادشاه می‌خواهد قانون نیز همان را می‌خواهد».<sup>۲</sup> پایه‌های تفکر اصالت اراده توسط الهیون عمیق‌تر شد. الهیون بر این باور بودند

---

1. Le volontarisme

2. Si veut le roi , Si veut le loi

که قواعد اخلاقی با اراده خداوند برپا شده‌اند و قوانین بشری جز «تدابیر و اقداماتی» برای اجرای قوانین الهی نیستند.<sup>۱</sup>

نتیجه این گرایش‌های فکری در اندیشه‌های فیلسوف انگلیسی، یعنی هابز (۱۵۸۸-۱۶۷۹) نمایان شد. از دیدگاه هابز که بنیانگذار «پوزیتویسم ارادی» جدید به شمار می‌آید،<sup>۲</sup> برای جلوگیری از نزاع بین مردم باید یک دولت قوی روی کار باشد و «این حکومت است که قانون را وضع می‌کند نه عدالت».<sup>۳</sup>

«مکتب حقوق طبیعی و بین‌المللی» از این اراده جدا نبوده است. پوفندرف (۱۶۳۲-۱۶۹۴) - همانند سوآرنز، حقوقدان مکتب الهی (۱۵۴۸-۱۸۱۷) که معتقد بود قانون طبیعی مبتنی بر اراده خداوند است بر این باور است که «قانون به‌طور کلی چیزی جز اراده حاکم نیست، اراده‌ای که به‌واسطه آن بر تابعانش الزام ایجاد می‌شود که اعمال و رفتار خود را مطابق با شیوه‌ای که قانون معین می‌کند انجام دهند».

با این همه معروف‌ترین شکل برای ترسیم مبنای ارادی قانون که تأثیر سیاسی بسزایی نیز داشته است توسط ژان ژاک روسو ارائه شد. از نظر وی قانون بیان اراده عمومی است<sup>۴</sup> و این همان است که ماده (۶) اعلامیه فرانسوی حقوق بشر در ۲۶ نوامبر ۱۷۸۹ بر آن تصریح کرد.

۱. اصالت اراده با رویکردی الهی را در تفکر اسلامی، در آثار غزالی نیز می‌توان مشاهده کرد (۱۰۳۳-۱۰۸۸ م).

۲. در مورد فلسفه سیاسی هابز، مراجعه شود به: الدوله الیموقراطیه (الکتاب الاول: الفکره الیموقراطیه)، بغداد، منشورات المجمع العلمی، ۱۹۹۸، ص ۶۶ و مابعد آن.

3. Not Rightness but Authority makes the law

۴. در مورد اراده عمومی از دیدگاه روسو و ارتباط آن با قانون، مراجعه شود به: منذر الشاوی، الدوله الیموقراطیه، ص ۱۱۱ و مابعد آن.



پورتالیس (۱۷۴۶-۱۸۰۷) که از برجسته‌ترین نویسندگان قانون مدنی فرانسه است، نیز اظهار داشته: «قوانین همان اراده‌ها هستند».<sup>۱</sup>

اراده‌گرایی را در مکتب «حقوق تحلیلی»<sup>۲</sup> آستین نیز مشاهده می‌کنیم. وی معتقد است، وظیفه حقوقدان، در مورد قوانین (یا همان اوامر)، منحصراً تحلیل آنهاست.<sup>۳</sup>

تعبیر دوران‌دیشانه‌تر در مورد اصالت اراده را می‌توان در بیان ایرینگ، حقوقدان آلمانی یافت. وی در دوره‌ای زندگی می‌کرد که در آن دوره کشورش توانست با وجود نزاع و درگیری، یکپارچگی خود را حفظ کند. از دیدگاه او قانون در اثر درگیری و نزاع وضع می‌شود و قاعده حقوقی همان تدبیر حکومت (قدرت) است.

وجه ارتباط بین پوزیتویسم حقوقی و اصالت اراده، تنها در متن‌گرایی یا قاعده‌گرایی نیست که خود را نشان می‌دهد، بلکه در ضمانت اجرای قاعده‌ای ظاهر می‌شود که این ضمانت اجرا، شرط یا ملاک دوم تفکیک یا تعیین قاعده حقوقی مبتنی بر پوزیتویسم حقوقی است.

قانون، زاده اراده است و همین امر، اهمیت ضمانت اجرا را بیشتر نشان می‌دهد. به این معنا که ضمانت اجرا جزء ماهیت قانون است. زمانی که سرپیچی از قانون صورت می‌گیرد، حکومت برای برقراری نظم وارد عمل شده و در صورت نیاز متوسل به زور می‌شود. بنابراین تهدید به زور و اجبار جزئی از تعریف پدیده حقوقی به حساب می‌آید و شاخصی برای جدا کردن قاعده حقوقی (قانون موضوعه) از دیگر قواعد اجتماعی (اخلاقی) است. استاد باتیفول می‌گوید: «زمانی که حکومت مطالبی

---

1. Les lois sont des volontés

2. Analytical School

3. Cf. Batiffol: Philosophic du Droit, PARIS, 196., PP.11-15.

می‌گوید، در واقع اراده می‌کند و لازم است اراده خود را پیش ببرد، یعنی اراده خود را بر هر که در مقابل آن مقاومت یا با آن مخالفت کند، الزام می‌دارد و حکومت در صورت نیاز این کار را با توسل به وسایلی که در اختیار دارد یعنی با زور انجام می‌دهد و از همین جا دوباره ویژگی ارادی محض بودن پدیده حقوقی برای رعایت قوانین مورد تأکید قرار می‌گیرد. لذا لازم است که اراده دولت، با اجبار توأم شود.<sup>۱</sup>

حال که شرایط و عوامل شکل‌گیری پوزیتویسم و رابطه آن با مکتب اصالت اراده به صورت کلی مورد بررسی قرار گرفت. لازم است به گرایش‌های فکری گوناگونی که پوزیتویسم حقوقی از آنها متأثر شده است پرداخته و مکاتب پوزیتویستی حقوقی را بررسی کنیم.

## بخش دوم - مکاتب پوزیتویسم حقوقی

### ۱. مکاتب کلاسیک

#### ۱-۱. مکتب تفسیر متون

قانونگذاری و وضع قانون، اساس و پایه تلاش پوزیتویسم حقوقی است. از همین رو جای تعجب نخواهد بود که این مکتب در فرانسه و بعد از سال ۱۸۰۴ شکل گرفته باشد. این دوره مملو از قانونگذاری‌هاست که در رأس آنها قانون مدنی معروف به قانون مدنی ناپلئون (کد ناپلئون) قرار دارد. بر این اساس اینکه می‌بینیم اکثر طرفداران این مکتب، از حقوقدانان قانون مدنی هستند، امری تصادفی نخواهد بود. از دیدگاه این

۱. باتیفول، مشاگل اساسیه فی فلسفه القانون، ص ۱۵.



مکتب، متون حقوقی وضع شده، قانون را دربردارند و حتی می‌توان گفت قانون وجود ندارد، بلکه آنچه وجود دارد و موضوع توجه و اهتمام و مطالعه حقوقی قرار می‌گیرد، فقط قانونگذاری است. برای بیان این مطلب سخنی رساتر از سخن «بینت» نمی‌توان یافت: «چیزی از حقوق مدنی نمی‌دانم، من فقط قانون مدنی (کد ناپلئون) را تدریس می‌کنم».

متون قانونی، قابل رؤیت، منحصر به فرد و قابل لمس می‌باشند و بر حقوقدان لازم است که مقید و پایبند به این متون باشد و از همین رو لازم است وی با این منطق پیش رود که «متن مقدم بر هر چیزی است» همان‌طور که استاد دمولومب (۱۸۰۴-۱۸۸۷) نیز در درس‌های خود در مورد قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) آن را بیان کرده است.

نظریه‌پردازی در مورد این رویکرد از مکتب «تفسیر متون»<sup>۱</sup> را در اندیشه «لورا»، حقوقدان بلژیکی نیز مشاهده می‌کنیم. وی می‌گوید: «قانونگذاران چیزی را فروگذار نکرده‌اند که نیاز به اظهار نظر مفسرین داشته باشد، وظیفه مفسر و شرح‌دهنده قانون این نیست که بعد از وضع قانون، او هم قانونگذاری کند. قانون وضع شده است و دیگر شبهه و تردیدی وجود ندارد. قانون در متون رسمی تدوین می‌یابد. اما برای اینکه قانونگذار از این مزیت پیشستانی در وضع قانون برخوردار شود بر علمای حقوق و قضات لازم است که قانونگذاری او را قبول نمایند ... اتمام امر قانونگذاری از سوی علمای حقوق و قضات نیست که صورت می‌پذیرد. اگر آنان نیز قانونگذاری کنند، در این صورت علمای حقوق و قضات بدون هیچ دلیلی، حق و قدرت قانونگذاری

را از قانونگذاران منتخب مردم، ربوده‌اند».<sup>۱</sup>

با این همه، همان‌طور که مشاهده می‌شود و در عمل نیز نشان داده شده است، این رویکرد در بین رویکردهای پوزیتویسم حقوقی اغراق‌آمیز است. پایبندی صرف به متون قانونی، نمی‌تواند برای کسانی که با قانون سروکار دارند راه‌حل تمام مشکلات و مسائل باشد. زیرا شرایط اجتماعی و اقتصادی در حال تغییر و دگرگونی است و این تحولات بی‌شک در قانون نیز تأثیر خواهند گذاشت. به همین دلیل در پرتو مکتب تفسیر متون، جریان دیگری به وجود آمد که بر لزوم توجه به نیت و قصد قانونگذار تأکید داشت. در این دیدگاه، تلاش و اهتمام حقوقدانان نسبت به واضع قانون بیشتر است تا خود قانون و توجه حقوقدان به روح قانونگذاری است نه فن قانونگذاری.

این رویکرد جدید توجه به قصد و نیت قانونگذار را به وضوح در کتاب «دروس حقوق مدنی» نوشته «اوبری و رو» مشاهده می‌کنیم.

اکثر کتاب‌های راجع به قانون مدنی که در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم به رشته تحریر درآمده‌اند، اگرچه از اغراق‌های مکتب تفسیر متون کاسته‌اند ولی درحقیقت، متون را به‌عنوان اساس مطالعات خود قرار داده و از این مسیر خارج نشده‌اند.

## ۲-۱. مکتب آستین

پوزیتویسم حقوقی، سیمای دیگری نیز دارد که در کتاب‌های «جان آستین» (۱۷۹۰-

۱. بریمو: الاتجاهات الكبرى لفسفه القانون و الدولة، ص ۲۵۹.





۱۸۵۹) حقوقدان انگلیسی نمایان است. این چهره پوزیتویسم حقوقی با اینکه با مکتب فرانسوی تفسیر متون هم‌عصر است ولی نسبت به آن روشن‌تر و نمایان‌تر است. آستین که تحت تأثیر هابز و بنتام بوده، در دوره خود چهره حقیقی پوزیتویسم حقوقی را ارائه کرده است. از دیدگاه آستین «قانون، قاعده‌ای است که از جانب موجود عاقلی که دارای سلطه و قدرت است وضع شده تا بر موجود عاقل، حاکم باشد».<sup>۱</sup>

مراد از «موجود عاقلی» که قاعده حقوقی را وضع می‌کند و «دارای سلطه» است همان حاکم<sup>۲</sup> است که ممکن است فرد یا گروه یا مجموعه‌ای از افراد باشند.<sup>۳</sup> حاکمان که قدرت را در دست دارند، قواعد حقوقی را نیز وضع می‌کنند. یعنی قانون با اراده حاکمانی که دارای قدرت و اقتدارند ایجاد می‌شود لذا قانون، تنها در قالب قانون موضوعه، موجودیت پیدا می‌کند و این همان چارچوب اساسی مکتب پوزیتویسم حقوقی است.

---

1. John Austin Lectures on Jurisprudence: or the philosophy of positive law, 5 th.éd. by Campbell VOL 1, London, Murray, p. 86.

هابز نیز معتقد است: «قانون، صرفاً یک نصیحت نیست بلکه دستور است و دستور هر شخصی به شخص دیگر هم نیست بلکه دستوری است که از سوی فردی لازم‌الاتباع به فردی که باید از او امر دیگری اطاعت کند صادر می‌شود.

HOBBS, Leviathan, LONDON, DENTALSONS, PART11, chap. XXVI, P. 140

بنتاهم قانون را چنین تعریف می‌کند: «قانون اراده‌ای است که از سوی آن که در دولت دارای قدرت است ایجاد شده و موضوع آن رفتاری است که باید در وضعیت مشخصی و از سوی شخص یا گروه مشخصی از افراد مورد اطاعت قرار گیرد.

به نقل از فردمان، النظریه العامه للقانون، ص ۲۱۱، هامش ۳.

## 2. The Sovereign

۳. آستین در تعریف آنکه دارای قدرت و اقتدار است می‌گوید: او رئیس (حاکم) و انسان مشخصی است که عادتاً از دستور انسان دیگری مانند خودش اطاعت نمی‌کند و اطاعت کردن را برای جامعه معینی تضمین می‌کند و این رئیس بالذات همان صاحب قدرت در این جامعه است.

بنابراین، قانون، فرمان و دستوری است که از سوی حاکم، نسبت به افراد اجتماع صادر می‌شود.

آستین در همین زمینه می‌گوید: «هر قانون موضوعه‌ای یا هر قانونی با هر وسعت و دقتی، از سوی حاکم یا از سوی گروهی از اشخاص که بر فرد واحد یا تعدادی از افراد در یک جامعه سیاسی سلطه و قدرت دارد وضع شده است».<sup>۱</sup>

با این همه، قاعده حقوقی تنها زمانی دستور به حساب می‌آید و الزام‌آور می‌شود که همراه با مجازاتی باشد که از سوی حکومت برای کسانی که از اجرای قانون سر باز می‌زنند وضع شده باشد. آستین در این زمینه می‌گوید: «قوانین در معنای دقیق خود، نوعی دستورند و به اعتبار اینکه دستورند، از مرجع مشخصی صادر می‌شوند و هر بار شامل دستوری می‌شوند که این دستور از سوی شخصی که مشتاق انجام یا عدم انجام عملی از شخص دیگر است صادر می‌شود و شخص دوم در صورتی که دستور شخص اول را اطاعت نکند خود را در معرض مجازات تعیین شده از جانب شخص اول قرار می‌دهد».<sup>۲</sup>

از آنچه بیان شده نتیجه می‌گیریم که علم حقوق از دیدگاه آستین درحقیقت همان علم به قوانین موضوعه است یا به تعبیر دیگر موضوع علم حقوق تنها عبارت است از قواعد حقوقی موضوعه. آستین در این زمینه می‌گوید: «علم حقوق، به قوانین موضوعه یعنی به قوانین به معنای دقیق کلمه مربوط می‌شود بدون اینکه به خوب یا

۱. اوستن، محاضرات فی علم القانون، ج ۱، ص ۱۷۷.

۲. همان، ج ۱، ص ۱۷۸.



بد بودن آن کاری داشته باشد».<sup>۱</sup>

بر این اساس، وظیفه حقوقدان آن است که به مطالعه قوانین موضوعه، همان‌گونه که هستند بپردازد نه اینکه نسبت به آنها ارزشگذاری کند. به همین دلیل آستین، قانون و اخلاق را جدا از هم می‌داند و نیز نسبت به «قانون» طبیعی هیچ ارزش حقوقی قائل نیست.

با این اوصاف، قواعدی که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم از سوی حاکمان وضع نشده‌اند قانون محسوب نمی‌شوند، مانند قواعد تنظیم شده برای انجمن‌ها و قواعد حقوق بین‌الملل.

آستین برای این‌چنین قواعدی نام «اخلاق موضوعه» می‌گذارد تا آنها را از «قوانین موضوعه» جدا کند. از آنجا که حاکمان قانون را وضع می‌کنند، این بدان معناست که قوانین موضوعه بر پایه اراده آنها بنا می‌شوند و حال که چنین است، مطیع بودن حاکمان در مقابل قانون دشوار خواهد بود. بلکه گاه حاکمان به قانونی که وضع می‌کنند تن می‌دهند، ولی این امر اختیاری یا ذاتی است و لذا هر وقت و به هر صورتی که بخواهند می‌توانند خود را از آن برهانند.

اصول والای دیگری که بعضاً، حاکمان، خود را مطیع آن می‌دانند، چنین نیست که آنها را از نظر قانونی مقید و محدود سازد زیرا آستین قوانین الهی یا قواعد قانون «طبیعی» را قانون به حساب نمی‌آورد.

اندیشه آستین تأثیر فراوانی بر تفکرات حقوقی آنگلو ساکسون داشته است ولی ماهیت نظام حقوقی و قضایی انگلیس و ایالات متحده و نیز جایگاه رویه قضایی در

این کشورها در تعریف ماهیت قانون، تأثیرگذار بوده است. این، حاکم نیست که قانون را می‌سازد، بلکه احکام دادگاه‌ها قانون را می‌سازند. این رویکرد را می‌توان به وضوح در آثار «جان گری» حقوقدان آمریکایی و نیز «جان سالموند» حقوقدان انگلیسی مشاهده کرد.

از دیدگاه «گری»، به مانند آستین، قانون همان قانون موضوعه است و غیر از آن نمی‌تواند باشد. او در کتاب خود با نام «ماهیت و منابع قانون» می‌گوید: «قانون یک پدیده آرمانی نیست بلکه حقیقتی است که در عالم واقع وجود دارد». با این تفاوت که از دیدگاه او، قوانین موضوعه آن‌گونه که آستین معتقد است قواعدی نیستند که حاکم آنها را وضع کرده باشد بلکه قانون را مراجع قضایی که در حکومت وجود دارند مقرر می‌کنند. وی در این زمینه می‌گوید: «برای اینکه حقوق و تعهدات، مشخص شوند، قضات، وقایع موجود را مشخص کرده و قواعدی را وضع می‌کنند که مطابق با آنها، اثرات قانونی بر آن وقایع بار می‌شوند. این قواعد همان قانونند».<sup>۱</sup>

بدون شک، این دیدگاه نسبت به دیدگاه آستین از دایره وسعت بیشتری برخوردار است. بنابراین قانون را نمی‌توان پیشاپیش معین کرد بلکه قانون به صورت پیوسته و در اثر قضاوت است که ایجاد می‌شود و در نتیجه پیوسته نیز در حال تغییر و تحول است.

استاد ریموند سالموند نیز در تبیین مفهوم قانون، راه و روش خویش را در پیش گرفته است. وی در کتاب خود تحت عنوان «علم حقوق» اظهار می‌دارد: «قانون مجموعه اصولی است که دولت برای نیل به عدالت به رسمیت شناخته و اجرا می‌کند.

۱. به نقل از: بریمو، الاتجاهات الكبرى لفسفه القانون و الدوله، ص ۲۶۱.



به تعبیر دیگر، قانون، قواعد مورد قبول دادگاه‌ها و نیز آنچه را به‌عنوان مبنای اقدامات آنها مورد استفاده قرار می‌گیرد شامل می‌شود»<sup>۱</sup>.

## ۲. مکتب جدید

### ۱-۲. تاریخچه

آلمان، در نیمه دوم قرن نوزدهم، عصری تاریخی را پشت سر گذاشت که در آن عصر، دولت ملی - مردمی و سیاست بیسمارکی و سنت‌های فلسفی و در رأس آنها فلسفه هگلی که به ستایش دولت می‌پرداختند، حکم‌فرما بودند. همه این شرایط باعث شدند که آلمان سرزمین مساعدی برای پذیرش اندیشه‌های آستین، پیرامون قانون باشد. مبنای قانون از دیدگاه او، دستور (فرمان حاکم) بوده و لازم است که دستور توأم با اجبار و الزام (مجازات) باشد.

این اندیشه در آلمان، از سوی حقوقدانان بزرگ که سرآمد آنها، «رودولف فون ایرینگ» (۱۸۱۸-۱۸۹۲) بود مورد پذیرش قرار گرفت و تغییر و توسعه یافت. وی در کتاب خود تحت عنوان «غایت قانون»<sup>۲</sup>، معتقد است که قانون، متکی بر مجازات بوده و اعمال مجازات، حق مطلق دولت است.

بر این اساس، دولت که به تنهایی قدرت اعمال مجازات را در دست دارد، منشأ قانون خواهد بود و همه قانون عبارت خواهد بود از «قانون دولت» یعنی قانون موضوعه.

---

1. SIR Salmond: Jurisprudence, 7 th éd. LONDON, Sweet and Maxwell, 1924, p.39.

2. Der Zweck im Recht

از همین جا بود که در آلمان، پوزیتویسم حقوقی بر مبنای دولت و قدرت آن شکل گرفت و به همین دلیل، این مظهر از مظاهر پوزیتویسم حقوقی را «مکتب حکومت»<sup>۱</sup> نام نهادند.

استاد ریموند کاره دومالبر<sup>۲</sup> متفکری است که با منطقی کمیاب به این مکتب وجهه‌ای انسانی داد و به همه ابعاد آن پرداخت به‌گونه‌ای که در تفکر حقوقی فرانسوی، پوزیتویسم حقوقی با اسم او قرین شده است. او در شهر استراسبورگ که بسیار نیز آن را دوست می‌داشت متولد شده و در همان جا نیز از دنیا رفت. در سال ۱۹۸۰ در آزمون ارتقا به مقام استادی، رتبه اول را به‌دست آورد. در بعضی از دانشگاه‌های فرانسه تدریس کرد تا اینکه منطقه الزاس<sup>۳</sup> دوباره به فرانسه بازگشت. از آغاز سال ۱۹۱۹ تا پایان زندگی دانشگاهی‌اش در دانشگاه استراسبورگ به تدریس پرداخت. تعدادی از حقوقدانان فرانسوی که نام آنها در نیمه دوم قرن بیستم می‌درخشید، یا از شاگردان او بوده‌اند یا از اندیشه‌های وی تأثیر پذیرفته‌اند.

کاره دومالبر، به‌همراه دوگی و هوریو یکی از سه حقوقدان بزرگی است که در پانزده سال اول قرن بیستم، بر حقوق عمومی در فرانسه سیطره داشتند. اما همان‌طور که استاد رنه کاپیتان<sup>۴</sup> بیان داشته است، درحالی که دوگی، دارای اندیشه‌ای اخلاقی آمیخته با جامعه‌شناسی است و هوریو به‌دنبال اصول و اسرار حیات اجتماعی در نهادهای حقوقی است، اما کاره دومالبر با آگاهی و ثبات، حقوقدان باقی مانده است.

1. école de la Herrscha  
2. Raymond Carré de Malberg

۳. ناحیه‌ای در شمال شرقی فرانسه.

4. René Capitant



کاره دومالبر نزدیک به بیست سال، به جمع‌آوری و نگارش کتاب جاودان خود به نام «مدخلی بر نظریه عمومی دولت» پرداخت. بخش اول آن در سال ۱۹۲۰ و بخش دوم آن در سال ۱۹۲۲ منتشر شد. وی به شدت مانع چاپ مجدد این اثر کمیاب بود. ولی به مناسبت گرامیداشت صدمین سال ولادت او، خانواده‌اش به مرکز مردمی مطالعات علمی در فرانسه اجازه چاپ این کتاب را دادند (که در سال ۱۹۶۲ به پایان رسید). به همین مناسبت دانشکده حقوق و علوم سیاسی و اقتصادی دانشگاه استراسبورگ، همایشی برگزار کرد که در آن، حقوقدانان بزرگ معاصر فرانسه به بررسی ابعاد مختلف مکتب او پرداختند (این مجموعه مباحث، در کتابی در سال ۱۹۶۶ به چاپ رسید).

استاد کاره دومالبر، علاوه بر «نظریه عمومی»، مقاله‌ها و تألیفات دیگری نیز داشته است که مهمترین آنها کتاب کوچکی است با نام «قانون، بیان اراده عمومی است». در این کتاب می‌توان خلاصه اندیشه‌های کاره دومالبر را یافت و همان‌طور که گفته شده در این کتاب روح کاره دومالبر مجسم شده است.

همان‌گونه که استاد ایزنمان بیان کرده است، کاره دومالبر، طلایه‌دار اصلی نظریه «ایجاد سلسله‌مراتبی قانون» است که از سوی مکتب کلسن نیز مورد اقتباس قرار گرفته است. استاد کاره دومالبر در تألیف معروف خود با نام «تقابل نظریه ایجاد سلسله‌مراتبی قانون با نهادهای ایجاد شده توسط قوانین موضوعه فرانسه» که در سال ۱۹۳۳ انتشار یافت به این مسئله پرداخته است.

## ۲-۲. مکتب کاره دومالبر

کاره دومالبر در نظریه «حکومت»، اصلی را مورد تأیید قرار می‌دهد. وی می‌گوید «ما باید بپذیریم که در حقوق عمومی، بقای اندیشه حاکمیت دولت حتمی است».<sup>۱</sup>

بر همین اساس تفاوت دیدگاه استاد کاره دومالبر در این زمینه با سایر متفکرین آلمانی، از جهت اصول این نظریه نیست بلکه از آن جهت است که این نظریه در آلمان به صورت نادرستی به‌کار گرفته شده است. وی می‌گوید: «اما در مورد حکومت، اشتباه دیدگاه آلمانی نسبت به این نظریه در این نیست که قدرت را به‌عنوان معیار مشروعیت دولت یا به‌عنوان ویژگی اصلی و اساسی که دولت نمی‌تواند بی‌نیاز از آن باشد در نظر گرفته است، بلکه اشتباه آن در نادرستی تعبیر از قدرت در عمل است. آنان حکومت را به‌عنوان وسیله‌ای برای فتح و پیروزی و وسیله‌ای در دست ملت آلمان برای مطیع کردن سایر ملت‌ها در نظر گرفته‌اند».<sup>۲</sup>

نظریه حکومت، از دیدگاه استاد کاره دومالبر چهره‌ای انسانی به‌خود می‌گیرد، زیرا وی معتقد است یک سری قواعد اخلاقی وجود دارند که بر دولت و قدرت آن حاکم‌اند و این همان است که نویسندگان آلمانی قبول نداشته یا نسبت به آن بی‌توجه بوده‌اند. وی می‌گوید «آنچه باعث شده است مفهوم آلمانی حکومت غیرقابل پذیرش شود ... این است که طرفداران آن، وجود قواعد ذاتی طبیعی اخلاقی را که بر قدرت دولت سیطره دارد فراموش کرده‌اند، هرچند که قدرت از لحاظ قانونی مطلق بوده و

1. Carré de Malberg Contribution à la Théorie Générale de l'état, TI.PARIS,Sirey, 1920. P,XIX.

۲. کاره دومالبر، النظرية العامة للدولة، ج ۱، ص XIX.





وجود آن از لحاظ سیاسی، ضروری باشد»<sup>۱</sup>.

همچنین استاد کاره دومالبر می‌گوید: «زمانی که حقوقدان به ناچار اعتراف می‌کند که قانون موضوعه مبتنی بر قدرت حکومت است یا اینکه سلطنت و قدرت حاکمان، اساس مشروعیت خود را در یک نظام حقوقی کارآ و مؤثر به دست می‌آورد، این بدان معنا نیست که نمی‌توان خارج از این نظام حقوقی، اصول والایی یافت که بر ملت‌ها، حکومت‌ها و افراد حاکم باشند.

مکتب آلمانی حکومت، برعکس معتقد است که قانون موضوعه ... و قانون اخلاقی ... نیز مبتنی بر قدرت مطلق دولت می‌باشند، عدم توجه و پذیرش منبعی غیر از اراده حکومت برای قواعد رفتاری در جوامع سیاسی ننگی است که نمی‌توان لکه‌های آن را از دامان مکتب آلمانی حقوق عمومی پاک کرد»<sup>۲</sup>.

البته این بدان معنا نیست که حقوقدان، به مسئله‌ای غیر از قانون می‌پردازد. حقوقدان برای حل مشکلات قانونی، تنها باید قانون موضوعه را مبنای خود قرار دهد تا از آن، راه‌حل‌های مورد نیاز را بیابد و در این راستا، وی باید اعتقادات اخلاقی، دینی و سیاسی خود را هم کنار گذارد. علم حقوق، علم مستقل و متکی به خود است و لذا لازم است که از اخلاق، سیاست و دین متمایز شود. موضوع علم حقوق، فقط قانون موضوعه است، یعنی قانونی که حکومت وضع می‌کند. خارج از حکومت و قبل از شکل‌گیری حکومت، هیچ قاعده‌ای که بتوان به آن وصف قانون را داد، وجود ندارد. استاد کاره دومالبر می‌گوید: «قانون ... وابسته به دولت است یعنی قانون پس از

۱. همان، ج ۱، ص XIX.

۲. همان، ج ۱، ص XX.

شکل‌گیری دولت و به واسطه دولت است که به وجود می‌آید.<sup>۱</sup>

اما از دیدگاه حقوقدان یا علم حقوق، دولت چه زمانی شکل می‌گیرد؟

استاد کاره دومالبر پاسخ می‌دهد: «دولت از لحظه‌ای شکل می‌گیرد که جماعتی انسانی و مستقر در یک سرزمین معین، دارای نهادهایی می‌شوند که اراده آنها را بیان کرده، نظام حقوقی‌شان را برپا ساخته و اقتدار قانونی خود را اعمال کند».<sup>۲</sup>

به تعبیر دیگر «از لحاظ حقوقی، عملی که باعث شکل‌گیری دولت می‌شود ... این است که جماعتی انسانی به خود وحدت جمعی می‌دهد و این امر زمانی نمود پیدا می‌کند که دارای تشکیلات و نهادهایی شوند که به نام آن جماعت به اداره امور بپردازند. از زمانی که جماعت انسانی به این صورت ساماندهی می‌یابد، عنوان دولت به خود می‌گیرد».<sup>۳</sup>

حال که سازمان یافتن جماعت انسانی، اساس شکل‌گیری دولت است، این امر حکم می‌کند که قواعد منظمی وجود داشته باشند. مجموعه این قواعد، قانون اساسی نامیده می‌شوند. بر این اساس دولت نمی‌تواند قبل از قانون اساسی وجود داشته باشد، بلکه وجود دولت منوط به وجود قانون اساسی یا حداقل همزمان با به وجود آمدن قانون اساسی است. استاد کاره دومالبر بر این امر تصریح می‌کند. وی می‌گوید: «حال که سازمان یافتن جمعیت انسانی، عملی اساسی است که به آن واسطه این جمعیت خود را به عنوان دولت ایجاد می‌کند، چنین نتیجه می‌گیریم که ایجاد دولت

۱. همان، ج ۱، ص ۶۱.

۲. همان، ج ۲، ص ۴۹۲.

۳. همان، ج ۱، ص ۶۲.



قرین با قانون اساسی اول است - چه قانون اساسی نوشته باشد چه نانوشته - یعنی با ظهور نهادهایی اساسی که برای اولین بار، جمعیت انسانی را برای تحقق وحدت اراده خود سازمان داده و به صورت شخصیت واحدی درآورده است. بر این اساس، وجود قانون اساسی شرط مطلق بلکه مبنای وجود دولت است.<sup>۱</sup>

اگر دولت، قبل از ایجاد قانون اساسی به وجود نمی آید، قانون نیز قبل از ایجاد دولت به وجود نمی آید. علت آن است که قانون، سازماندهی اجتماعی را الزام می کند، زیرا این سازماندهی به تنهایی می تواند کارآیی و قدرت الزام آوری قانون را تضمین کند.<sup>۲</sup>

قانون، تنها زمانی می تواند مؤثر باشد که قواعد آن همراه با مجازات باشد. استاد کاره دومالبر در این زمینه می گوید: «قانون به معنای دقیق کلمه، از طریق اجبار، مجازات را الزام می کند».<sup>۳</sup>

تنها دولت است که می تواند مجازات را تعیین کند. زیرا دولت به تنهایی قدرت اجبار و سلطنت را در دست دارد. استاد کاره دومالبر می گوید: «آنچه دولت را از گروه های دیگر متمایز می سازد قدرت و سلطه ای است که دولت در دست دارد. تنها دولت است که سزاوار این قدرت است و با دادن وصف قدرت دولت، در واقع این قدرت را از دیگر قدرت ها متمایز می کند و این همان است که در فرانسه از آن تحت

---

۱. همان، ج ۱، ص ۶۵.

۲. همان، ج ۱، ص ۵۶.

۳. همان، ج ۲، ص ۱۶۰ هامش ۹ و همچنین: ج ۱، ص ۲۱۱.

عنوان اقتدار یاد می‌شود».<sup>۱</sup>

بر این اساس، قانون، تنها به واسطه دولت به وجود می‌آید و فقط دولت است که می‌تواند قانون را به وجود آورد.<sup>۲</sup>

استاد کاره دومالبر می‌گوید: «قاعده حقوقی به واسطه مجازات مادی و نیز با نیرویی که از این مجازات برای اجرا پیدا می‌کند، متمایز می‌شود ... اما دولت در دوران جدید ... به تنهایی قدرت ایجاد قواعد را در دست گرفته ... و این نیروی اجراکننده خاص است که رفتارها و روابط بشر را معین می‌کند. از همین جاست که رابطه حتمی میان قانون و قدرت دولت نمایان می‌شود. بدین معناست که می‌توانیم بگوییم این دولت است که قانون را به وجود می‌آورد».<sup>۳</sup>

حال که همه قانون در دولت نمود پیدا می‌کند، پس باید گفت فهم قانون پیش از به وجود آمدن دولت یا خارج از قدرت دولت امکان‌پذیر نیست.

استاد کاره دومالبر در این زمینه می‌گوید: «زمانی که حقوقدان، خود را تنها در عرصه علم حقوق قرار می‌دهد نمی‌تواند خارج از قدرت و اراده دولت، به بررسی منشأ حقوق «موضوعه» بپردازد، البته این بدان معنا نیست که پیش از قانون دولت، نمی‌توان هیچ مبنایی یافت که قاعده‌ای برای رفتار افراد و جوامع بوده باشد و نیز نمی‌توان گفت که چنین مبنایی وجود نداشته است، بلکه این بدان معناست که به معنای

۱. همان، ج ۱، ص ۹.

۲. همان، ج ۲، ص ۱۶۱ در حاشیه.

۳. همان، ج ۱، ص ۲۳۹.



دقیق کلمه، قانون، تنها آن قاعده‌ای است که دولت آن را پذیرفته و ایجاد کرده است»<sup>۱</sup>. استاد کاره دومالبر این اندیشه را توسعه داده و می‌گوید: «... در عرصه رویدادهای اجتماعی، ممکن نیست قانون به معنای دقیق کلمه، پیش از قانون دولت وجود داشته باشد ... زیرا مجازات با توسل به اجبار مستقیم یعنی با وسایل بشری، جزء جوهر و ذات قاعده حقوقی است. بنابراین، قانون، بالضروره، به وجود قدرتی عمومی که قادر بر الزام افراد به اطاعت از اوامر او باشد حکم می‌کند. از همین جا نیز به روشنی پیداست که در عالم حقوق، فقط می‌توان به فهم حقوق موضوعه دست یافت و آن را پذیرفت و اندیشه «حقوق طبیعی» اندیشه‌ای حقوقی نیست»<sup>۲</sup>.

استاد کاره دومالبر به‌طور خاص راجع به «قانون طبیعی» که پوزیتویسم حقوقی را نفی می‌کند، می‌گوید: «تعبیر اخیر به روشنی حاوی تناقضی در الفاظ است: قاعده‌ای که مبنای خود را در نظام طبیعی اشیا می‌یابد، تا زمانی که در یک نظام حقوقی مؤثر وارد نشده است نمی‌تواند وصف قاعده حقوقی را داشته باشد و بالعکس از لحظه‌ای که وارد چنین نظامی شد و به‌عنوان قاعده حقوقی درآمد دیگر نمی‌توان وصف قاعده طبیعی به آن داد. این همان است که خود نظریه‌پردازان حقوق طبیعی نیز به‌طور ضمنی و آنگاه که بر قانون مؤثر، عنوان قانون موضوعه را می‌نهند به آن معترفند. این نامگذاری به‌وضوح نشان می‌دهد که فقط این نوع اخیر از قواعد است که تمامی شروطی که برای ایجاد قانون مؤثر و حقیقی نیاز است را دارد. همچنین نشان می‌دهد به‌هیچ‌وجه منطقی نیست که منظور از آن، جمع کردن دو نوع

---

۱. همان، ج ۱، صص ۲۳۹-۲۴۰.

۲. همان، ج ۱، صص ۵۷-۵۸ در حاشیه.

قاعده که به‌طور کامل از جهت خاستگاه و اندیشه از همدیگر متمایزند تحت یک اسم با نام «قانون» باشد.<sup>۱</sup>

از تمامی آنچه بیان شد می‌توان نتیجه گرفت همان‌گونه که استاد کاره دومالبر می‌گوید: «قانون مجموعه قواعدی است که بر افراد مقیم یک کشور معین، از سوی یک قدرت برتر که قادر است به‌واسطه اجبار غیرقابل مخالفت، دستور دهد، الزام می‌شود. این قدرت مسلط تنها در دولت وجود دارد و در واقع همان قدرت دولت است ... بر این اساس ... قانون - به‌معنای دقیق کلمه - تنها در صورت شکل‌گیری دولت است که معنا و مفهوم می‌یابد».<sup>۲</sup>

### ۲-۳. پوزیتویسم حقوقی از دیدگاه کاره دومالبر

در قسمت پیشین، «مکتب» کاره دومالبر به‌عنوان یک نمونه و شاید بهترین نمونه از مکاتب جدید پوزیتویسم حقوقی مورد اشاره قرار گرفت، اما استاد کاره دومالبر نمی‌پسندد که اسمش به نوعی با پوزیتویسم حقوقی همراه شود. او ترجیح می‌دهد که در موردش گفته شود که وی دارای «روش و شیوه‌ای» پوزیتویستی است نه اینکه صاحب مکتب پوزیتویستی در حقوق است.

اما باید توضیح دهیم که علاوه بر پژوهش‌های حقوقی استاد کاره دومالبر که بیان کردیم، دیدگاه وی نسبت به قانون و قانون موضوعه - اگر نگوئیم که ازجمله بارزترین مکاتب به‌شمار می‌آید - درحقیقت و بالذات مکتبی از مکاتب پوزیتویسم حقوقی با ساختاری کامل و منطقی را به‌وجود آورده است.

۱. همان، ج ۱، ص ۲۳۹.

۲. همان، ج ۱، ص ۴۹۰.



علی‌رغم وجود نظرات و رویکردهای مختلف در مورد مفهوم وضعی بودن قانون، می‌توان میان آنها این اتفاق نظر را یافت که پوزیتویسم حقوقی با دو شاخصه قطعی و اساسی متمایز می‌شود که عبارتند از: قانون همان قانون موضوعه است و قانون موضوعه (قاعده حقوقی) قانونی است که دربر دارنده یا قرین با مجازات باشد. ما معتقد نیستیم هرآنچه حقوقدان بزرگ، استاد کاره دومالبر نوشته یا از آن دفاع کرده است مغایر این حقیقت یا فاقد این دقت نظر بوده است. در این‌صورت این سؤال مطرح می‌شود که علت اشتیاق استاد کاره دومالبر در دوری گزیدن از عنوان «مکتب» پوزیتویسم حقوقی و به‌جای آن، اتخاذ عنوان شیوه و روش برای دیدگاه خود چیست؟ در نظر قاصر ما دلایل شخصی باعث شده این اندیشمند حقوقدان ترجیح دهد که اندیشه‌هایش نه به‌عنوان یک مکتب بلکه به‌عنوان یک روش و شیوه شناخته شود زیرا بر او انتقاد می‌شده است که وی در مکتب خود آنگونه که سزاوار است به قواعد اخلاقی اهمیت نمی‌دهد و دیدگاه او نسبت به قانون موضوعه دیدگاه فرمانبرانه و به دور از هرگونه انتقاد و ارزیابی است و این امر باعث شده است که در مورد مکتب پوزیتویسم حقوقی او حساسیت‌هایی ایجاد شود.

برای اثبات این امر به دلایل زیر اشاره می‌کنیم:

استاد مارسل والین در «مجموعه پژوهش‌ها» که به مناسبت بزرگداشت استاد کاره دومالبر منتشر شد مقاله‌ای نوشته است که در آن، رابطه میان پوزیتویسم فلسفی و پوزیتویسم حقوقی را رد کرده است. وی معتقد است کسی که از جهت فلسفی پوزیتویسم است منطقاً و قطعاً از جهت حقوقی نیز پوزیتویست خواهد بود، اما برعکس آن صحیح نیست و ممکن است به راستی فرد مؤمنی باشیم و در عین حال از

جهت حقوقی پوزیتویسم هم باشیم. او در این عرصه یعنی عرصه علم (علم حقوق) و عرصه ایمان (اخلاق یا دین) از استاد کاره دوما لبر حمایت کرده است. استاد کاره دوما لبر به مناسبت انتشار این مقاله، نامه‌ای به استاد والین نوشته است. به دلیل اهمیتی که مطلب مذکور در این نامه در تاریخ اندیشه حقوقی دارد و به دلیل اینکه این نامه به صورت مختصر دیدگاه کاره دوما لبر را در مورد پوزیتویسم حقوقی نشان می‌دهد و باعث روشن‌تر شدن دیدگاه او در این زمینه می‌شود مهمترین مسائل مذکور در این نامه را بیان می‌کنیم.

این حقوقدان بزرگ، در نامه خود آورده است: «به نظر من، در مورد آنچه ذکر کرده‌ای نمی‌شد بیش از آن توضیح داد، به درستی اشاره کرده‌ای که «پوزیتویسم حقوقی» «روش و شیوه» من است و به معنای نادیده گرفتن سایر قواعد - غیر از قواعد حقوقی - که دارای ماهیتی یگانه‌اند و بر قانون برتری دارند، نیست. به خاطر اینکه به شدت پایبند به نظریه دولت بودم و به دلیل اینکه جرئت اعلام این مطلب را داشتم که اراده قدرت دولت است که منبع قاعده حقوقی می‌باشد دفعات زیادی مورد سرزنش و انتقاد قرار گرفتم و تو می‌دانی که ... مطرح کردن این‌گونه تأکیدات که به نظر من به تنهایی با پذیرفتن حقایقی که هیچ اختلافی در آن نیست هماهنگ است تا چه اندازه مرا به مشقت انداخت. تو دوست عزیز من به یکباره با از بین بردن ابهام‌هایی که دست‌آویز قرار گرفته بود تمامی این هجمه‌ها را از من دور کردی و در عین حال، اینکه مرا تأیید و اندیشه مرا تماماً درک کردی موجب آسودگی خاطر من شد. همان‌گونه که در عباراتی مناسب و درست بیان کردی می‌توان حقوقدان (پوزیتویست) بود و در عین حال غیراخلاقی هم نبود. حقوقدان به دنبال این است علم





را - که وظیفه حقوقدان این است که عناصر آن را از دیگر امور پاک کند - با پدیده دیگری نیامیزد حتی اگر عناصر آن مقوله به نظام دیگری که متعالی تر است برگردد. عرصه قانون با عرصه اجبار سازمان یافته از سوی قانونگذار، سازگاری و تناسب کامل دارد و آنچه قضات، مأموران اجرایی و در نهایت پلیس آن را محقق می سازد و انجام می دهد همان عرصه دستورات و اوامر بشری است. ارزش های اخلاقی در این دستورات بر ارزش های حاکمانی که این دستورها را صادر و اجرا می کنند تکیه دارد یا بهتر است بگوییم که به ارزش های مردمی تکیه دارد که حکومت ها از آنان سرچشمه گرفته اند»<sup>۱</sup>.

براساس اینکه برخی گفته اند: «از آنجا که از دیدگاه کاره دومالبر، پوزیتویسم حقوقی تنها یک روش و شیوه است و نه مکتب و در نتیجه هیچ مانعی نخواهد داشت کسی که پوزیتویست است به انتقاد از قانون بپردازد»<sup>۲</sup> سخن صحیحی نیست. ولی با وجود این نیازی به این «تفسیر» نداریم که تأکید کنیم حق حقوقدان - بلکه تکلیف وی - چه این که پوزیتویست باشد یا نباشد، آن است که قانون لازم الاجرا را به رسمیت بشناسد. ابهام و تردید از آن جایی حاصل می شود که ما بگوییم، پوزیتویسم حقوقی یا به عبارت دقیق تر مکتب پوزیتویسم حقوقی، به پذیرش و تفسیر قانون لازم الاجرا بدون دخل و تصرف در آن یا اظهار نظر در مورد ارزش آن فرامی خواند، به این معنا که پوزیتویسم حقوقی به تقدیس متن منجر می شود یا آن را لازم می داند و این نادرست است.

1. Cf. Relation des journées d' études en L' honneur de Crré de Malberg, PARIS, Dalloz, 1966, pp. 35-36.

۲. نگاه کنید به: مجموعه الدراسات تکریم لکاره دومالبر، صص ۴۵-۴۴.

زمانی که استاد کاره دومالبر در آثار خود بر اصولی که حاکم بر دولت و قانون آن است تأکید می‌کند، در واقع به‌گونه‌ای، قانون موضوعه و آنچه را لازم است این قانون به‌دنبال آن باشد مشخص و معین می‌کند و این نگرش او نسبت به قانون در خلال تعلیمات وی در مورد قانون نمایان است.

اظهارات استاد بوردو<sup>۱</sup> که در دانشکده حقوق استراسبورگ، دانشجوی کاره دومالبر بوده است این مطلب را تأیید می‌کند. وی می‌گوید: «کاره دومالبر نظریه «حکومت» را به‌عنوان یک پوزیتویست تدریس می‌کرد، اما این تدریس وی مدتی طولانی ما را مضطرب ساخت. زیرا از لابلای تدریس، خطر بهره‌گیری سیاسی برای چنین نظریه‌ای وجود داشت. وی در ارزشیابی بدون اظهار کردن، در محکوم کردن بدون اعلان عمومی، دارای سبکی جدی و قانع‌کننده بود به‌گونه‌ای که با توجه به بحث‌های وی متوجه می‌شوید که در پس آنچه برای ما تدریس می‌کرد مطلب دیگری وجود دارد ... و بعد از آنکه فهمیدیم قانون لازم‌الاجرا چیست، کاره دومالبر، انگیزه و اشتیاقی برای قانون ایدئال به وجود آورد. وی دارای چنین جایگاه والایی بود».<sup>۲</sup>

## بخش سوم - ارزیابی پوزیتویسم حقوقی

### ۱. مزایای پوزیتویسم حقوقی

شایسته است در اینجا به تعریف پوزیتویسم حقوقی بر اساس دیدگاه استاد ریبر بازگردیم.

1. Burdeau

۲. نگاه کنید به: مجموعه الدراسات تکریم کاره دومالبر، صص ۴۴-۴۳.



پوزیتویسم حقوقی، مکتبی است که تنها به «قانونی» که قدرت سیاسی آن را برپا داشته است رسمیت می‌بخشد. حال که هیچ‌کس نمی‌تواند، وجود قانون موضوعه را انکار کند، این بدان معناست که نمی‌توان به «هیچ قانونی» (قانون طبیعی) که فراتر از قانون موضوعه باشد گردن نهاد. مبنای ارزش قانون موضوعه، تنها در وجود خود این قانون نهفته است.

«قانون بد الزام آور است همان‌گونه که قانون خوب الزام آور است». استاد ریپر این را گفته و می‌افزاید: «اخلاق‌شناس و جامعه‌شناس در مطالعات خود راجع به انسانی که در اجتماع زندگی می‌کند، هنجارهایی غیر از هنجارهای قانونی را کشف می‌کند و فیلسوف در مورد مسئله و مشکل مبنای قانون به بررسی می‌پردازد. حقوقدان اگرچه به این مطالعات توجه داشته باشد ولی نمی‌تواند در تحلیل هنجارهای حقوقی از آنها بهره‌گیرد. تنها قواعدی که قدرت سیاسی وضع می‌کند یا حداقل برای آن مجازات تعیین می‌کند قواعد حقوقی می‌باشند. فقط قدرت سیاسی این توان را دارد که در مورد رفتارهای افراد در یک اجتماع نظام یافته دستور صادر کند.

پوزیتویسم، مکتبی به‌شدت ساده و به‌شدت لیبرالی است به‌گونه‌ای که توانسته است مورد قبول تعداد زیادی از حقوقدانان قرار گیرد با اینکه این حقوقدانان از نظر دینی و سیاسی، عقاید گوناگونی دارند»<sup>۱</sup>.

پوزیتویسم حقوقی هر آنچه از اعتقادات یا ایدئولوژی‌هاست را از عرصه حقوق می‌زداید. زمانی که میان آنچه هست و آنچه باید باشد تفاوت قائل می‌شویم، در واقع میان قانون موضوعه، به‌عنوان حقیقتی که هست (و مشاهده مستقیم آن را مقرر

۱. ریپر، القوی الخلاقه للقانون، صص ۷۵-۷۴.

می‌دارد) و بین ملاحظات آرمانی یا دستوراتی که پیش‌تر از قانون وجود دارند تمایز قائل می‌شویم. قانون همان قانون موضوعه است و نمی‌توان به بهانه اینکه با اعتقادات فرد یا محقق سازگار نیست، وصف قانون بودن را از آن انکار کرد. زیرا اگر این امر جایز باشد، عرصه سرپیچی از قانون گسترش خواهد یافت و توجیه قوانین گوناگون به بهانه تطابق آنچه هست با آنچه باید باشد جایز خواهد بود.

زمانی که پوزیتویسم حقوقی بر اطاعت از قانون تأکید می‌کند، در عین حال قصد ندارد که امکان نقد یا ارزیابی آن را انکار کند، این نقد یا ارزیابی در عرصه قانون نیست، بلکه به عرصه اخلاق و سیاست مربوط می‌شود. این انتقادات ممکن است به ارزیابی نظام حقوقی حاکم یا تباه کردن آن منجر شوند، ولی با وجود این، انتقادات همواره دور از ساحت قانون بوده و مسئولیت آنها بر عهده ایجادکننده قانون است.

زمانی که پوزیتویسم حقوقی، میان قانون موجود و میان آنچه که باید یا ممکن است قانون باشد، تمایز قائل می‌شود حقوقدان را از وارد شدن در عرصه دستورات ارزشی و اولویت‌های شخصی دور می‌سازد. اما این بدان معنا نیست که پرداختن به غایت و هدف قانون، مسئله مهمی نیست، ولی این مسئله به حوزه قانون باز نمی‌گردد و در نتیجه در صلاحیت حقوقدان نیست که بدان بپردازد، بلکه دیگران باید به آن اهتمام ورزند یعنی فلاسفه، عالمان اخلاق و سیاست.

پوزیتویسم حقوقی در عین حال که گردن نهادن به قانون و اطاعت از آن را مطالبه می‌کند، در مقابل، آزادی باورهای فلسفی و سیاسی و دینی افراد را نیز پاس می‌دارد.

قانون باید بدون مراجعه به این باورها فهمیده شود و مورد اطاعت قرار گیرد.



زیرا اگر فلسفه معینی را وارد قانون کنیم، به واسطه قانون، این فلسفه‌ها را تحمیل می‌کنیم و این همان است که بیشتر منجر به انکار ازسوی افراد می‌شود. در این صورت هم بر هیبت قانون و هم بر آزادی فکر زیان رسانده‌ایم.

پوزیتویسم حقوقی، همان‌طور که طرفداران آن می‌گویند قلعه‌ای لازم برای آزادی فردی است. همان‌گونه که بر حاکمیت قانون موضوعه که لازم است مورد اطاعت قرار گیرد تأکید دارد در همان حال آزادی کامل نقد را نیز تأیید می‌کند. بنتام می‌گوید: به درستی اطاعت کن و آزادانه نقد کن.<sup>۱</sup>

استاد باتیفول می‌گوید: «قانون ... به انطباق رفتارهای خارجی با متون خود بسنده می‌کند و زیاد به انگیزه‌های اطاعت نمی‌پردازد و آزادی نقد ... در همان وقت که بر منافع فردی تأکید می‌ورزد، اصلاحات مفیدی نیز ایجاد می‌کند و به واسطه آن، به مصالح عمومی که بر ارزش‌های فردی متکی است کمک می‌کند».<sup>۲</sup>

پوزیتویسم حقوقی برخلاف آنچه درباره آن گفته شده است، به پرستش قانون و شناگویی از قدرت حاکم نمی‌انجامد، بلکه به آزادی فرد منجر شده و حقوقدان را از انگیزه ماجراجویی‌های فکری دور ساخته و عرصه‌ای را برای وی معین می‌سازد که بتواند تلاش و عمل خود را در آن عرصه با نام «علم» نامگذاری کند.

زمانی که پوزیتویسم حقوقی «قانون طبیعی» را از چارچوب مباحث خود کنار می‌گذارد، در واقع به صورت دقیقی چارچوب قانون را مشخص کرده و به روشنی، آن را از اخلاق و الهیات جدا می‌سازد. موضوع مطالعات حقوقدان، قواعد حقوقی‌ای است

۱. نگاه کنید به: باتیفول، مشاگل اساسیه فی فلسفه القانون، ص ۳۲.

۲. نگاه کنید به: باتیفول، مشاگل اساسیه فی فلسفه القانون، ص ۳۳.

که مطابق روش معینی به وجود می‌آید. این تلاش از جهت شکلی در آنچه به مشخص کردن یا جدا ساختن قواعد حقوقی مربوط می‌شود عبارت است از پذیرفتن آنچه می‌توان به صورت عینی تصدیق و به صورت مستقیم مشاهده کرد و از همین جا «پوزیتویسم حقوقی» به روش تحقیق در علوم طبیعی نزدیک می‌شود.

قانون از محلی برای منازعات فلسفی یا صرفاً پرطمطراق فکری خارج شده و روشی برای تصدیق پدیده‌های محسوسی که همان پدیده‌های قانونی‌اند شده است. اگر علم، محدود در شناخت قوانین سببیت (علیت) نیست، (موضوع علوم طبیعی، به صورت بالفعل به آن محدود نمی‌شد کما اینکه علوم ریاضی مطلقاً به دنبال آن نیست) پس پوزیتویسم حقوقی از حقوق، علم را به وجود می‌آورد. استاد میشل ویرالی این مسئله را مورد توجه قرار داده و می‌گوید: «از دیرباز مراد از کلمه علم، هر رشته‌ای از رشته‌های دانش است که قصد دارد به درجه‌ای از عینیت دست یابد که علوم طبیعی و ریاضی به آن دست یافته است. با این معنا می‌توان به درستی تأکید کرد که در اینجا علم حقوق دارای جایگاهی است و حداقل پوزیتویسم حقوقی در ایجاد آن نقش داشته است».<sup>۱</sup>

## ۲. عیوب پوزیتویسم حقوقی

پوزیتویسم حقوقی علی‌رغم خدماتی که در زمینه مطالعات حقوق ارائه کرده است و علی‌رغم اینکه واقعیت‌هایی را دربردارد ولی نواقص و تناقضاتی هم دارد.

۱. فیرالی، الفكر القانوني، ص X.



«گناه بزرگ» پوزیتویسم حقوقی این است که به روابط بین واقعیت‌ها و حقوق نمی‌پردازد. یعنی رابطه میان دو عالم مختلف؛ عالم حقوق و عالم واقعیت‌ها را توضیح نمی‌دهد. پوزیتویسم حقوقی، واقعیت‌ها را خارج از حقوق می‌افکند و فقط به مطالعه پدیده‌های حقوقی می‌پردازد. ولی به درستی برای ما تبیین نمی‌کند که این پدیده‌های حقوقی از کجا پدیدار شده و چگونه از پدیده‌های غیرقانونی تمییز داده می‌شوند. همه این مسائل باعث شده است که پوزیتویسم حقوقی به نظامی محدود تبدیل شود که نمی‌تواند برای تمامی مشکلات و مسائلی که برای علم حقوق مطرح می‌شود تفسیر و توضیح قانع‌کننده و کافی ارائه کند.

پیش‌تر اشاره شد که پوزیتویسم حقوقی «نظامی بسته» است که در حل مسائل و مشکلات خود، متکی به خود بوده و به مراجعه یا طلب یاری از هر عاملی خارج از این نظام بسته نیازی نمی‌بیند. به عبارت دیگر، پوزیتویسم حقوقی که دولت را مقدم می‌دارد، نظامی حقوقی برپا می‌سازد که در حیات خود کمکی از هیچ عالمی خارج از عالم خود نمی‌طلبد و حیات مخصوص به خود (حیات حقوقی) را دارد و مشکلات خاص خود را دارد که این مشکلات تنها در چارچوب این نظام حل می‌شوند و حتی خود، شخصاً خود را می‌سازد و در نتیجه به صورت وجودی ذاتاً حقوقی است و دارای خودکفایی حقوقی است. استاد مارسل والین می‌گوید: «پوزیتویسم حقوقی، مفهومی از حقوق ارائه می‌دهد که در آن، ارزیابی قاعده حقوقی تنها با تطابق شکلی و مادی آن با قاعده دیگری که در یک نظام حقوقی معین به عنوان ملاک ارزیابی حقوقی قرار گرفته است صورت می‌گیرد و این قاعده، همان قاعده حقوقی مبنایی است و نیز ارزیابی قاعده حقوقی با تطابق آن با قواعد دیگری که به صورت نظام‌مند از سوی

نهادهای دارای قدرت وضع شده‌اند صورت می‌گیرد و این قاعده حقوقی مبنایی یا همان قانون اساسی کشور است که به این نهادها این صلاحیت را اعطا کرده است.<sup>۱</sup> از آنجا که دولت، قواعد حقوقی را وضع می‌کند، این بدان معنا نیست که فعالیت‌های آن نیز محدود به این قانون خواهد بود و اگر چنین باشد، دولت جز مؤسسه‌ای حقوقی نخواهد بود. کاره دومالبر می‌گوید: «دولت ... مؤسسه‌ای حقوقی است ... به این معنا که قدرت آن در چارچوب نظام حقوقی معین یعنی مطابق قواعدی معین اعمال می‌شود».<sup>۲</sup> «دولت، ضرورتاً، نظام‌دهی، یعنی قدرتی نظام‌یافته را الزام می‌کند، یعنی قدرتی که قواعد حقوقی بر آن حاکم است و با شکلی مشخص و به واسطه سازمان‌های معینی اعمال قدرت می‌کند و لذا محدود به قانون است و از آنجا که دولت، بدون این نظام حقوقی به وجود نمی‌آید، در نتیجه ... تنها زمانی دولت به خوبی فهمیده می‌شد که در آنچه به استمرار آن و اقدامات آن مربوط می‌شود، تابع قاعده حقوقی باشد».<sup>۳</sup>

با وجود این، این قواعدی که قدرت دولت براساس آن اعمال می‌شود، یا این نظام حقوقی که قدرت دولت در داخل آن به حرکت درمی‌آید، تحت سیطره قانون اساسی است. بر این اساس است که «قدرت دولت نمایان می‌شود و گویا این قدرت از قانون اساسی حکومت سرچشمه یافته است».<sup>۴</sup>

بنابراین مطابق پوزیتویسم حقوقی، دولت، سازمان و تشکیلاتی قانونی است که

1. M. Waline: Défense du Positivism Juridique, Arch.Philo du droit, No1-2,1939, P.83.

۲. کاره دومالبر، النظریه العامه للدوله، ج ۱، ص ۱۹۸.

۳. همان، ص ۲۲۹.

۴. همان، ص ۱۹۶.





براساس قانون اساسی شکل گرفته است و این قانون اساسی، همان طبیعتی را که قواعد حقوقی آن را داراست، دارا بوده و مجموع آنها، نظام حقوقی را شکل می‌دهد. به عبارت دیگر دولت با مجموعه‌ای از تشکیلات و سازمان‌ها و قواعد قانونی نمایان می‌شود، چندان که این سازمان‌هایی که در دولت اعمال قدرت می‌کنند، برحسب مرتبه‌شان، تابع قواعد معینی است که قانون اساسی که در حقیقت سرمنشأ این قواعد است بر همه آنها برتری دارد.

اگر این تعبیر درست باشد، می‌توان گفت: قانون اساسی که دارای ماهیتی حقوقی است، نظام حقوقی را بسته نگه می‌دارد، زیرا هر چیزی در دولت تابع آن بوده و از آن نشئت می‌گیرد و حتی می‌توان گفت مبنای قانونی بودن خود را در آن می‌یابد.

چنانچه قانون اساسی، براساس قانون اساسی قبل‌تر از خود وضع شده باشد، دارای ماهیتی حقوقی خواهد بود. به این صورت که قانونیت خود را از قانون اساسی‌ای که این قانون اساسی جدید آن را لغو کرده به عاریت گرفته است. ولی نمی‌توان در این حد متوقف ماند بلکه ناگزیر باید به قانون اساسی اولی که سرچشمه همه قوانین اساسی بعدی بوده است رسید.

اما این قانون اساسی همان‌گونه که استاد کاره دومالبر بیان می‌کند: «تنها یک حقیقت محضی است که فاقد هرگونه تعریف و توصیف حقوقی است» به این معنا که از وصف حقوقی برخوردار نیست.

«شکل‌گیری دولت در لحظه‌ای که قانون اساسی اول آن حاکم می‌شود پایان می‌پذیرد و این قانون اساسی اصلی همانند دولتی که این قانون اساسی، آن را به وجود آورده است صرفاً یک حقیقت محض و فاقد هرگونه تعریف و توصیف حقوقی

است: هیچ نظام حقوقی که پیش از این دولت وجود داشته باشد این قانون اساسی را به وجود نیاورده است. لذا این باور که قانون را باید در اصل دولت و قوانین اساسی دولت یافت، نادرست است.<sup>۱</sup>

بر این اساس، زمانی که سرسلسله قوانین اساسی یا سرآغاز آن، حقیقتی صرفاً محض می‌باشد که خارج از حاکمیت حقوق بوده است، پس تمام قوانین اساسی دیگر نیز فاقد وصف حقوقی و قانونی خواهند بود و در نتیجه نمی‌توانند ملاکی برای ارزیابی حقوقی در دولت باشند. بر اساس این، هرگونه اقدام و فعالیتی که از سوی دولت صورت می‌پذیرد نمی‌تواند تحت حاکمیت قانون باشد، زیرا بر این اساس منطق مکتب پوزیتیویسم، تمامی این فعالیت‌ها و اقدامات برپایه قانون اساسی‌ای صورت می‌گیرد که صرفاً حقیقتی محض است.

بله، قانون اساسی می‌تواند با توجه به نقش مهمی که در نظم بخشیدن به دولت برعهده دارد، ارزش ویژه‌ای به‌دست آورد ولی این امر هیچ ارزشی حقوقی به آن نمی‌بخشد. به‌عبارت دیگر اهمیت و اعتبار قانون اساسی نظم‌دهنده، به دولت ماهیت قانونی نمی‌بخشد.

استاد کاره دومالبر می‌گوید: حقوقدان نباید به وراى قانون اساسی اولی که شکل‌گیری دولت با آن صورت گرفته است بپردازد ولی در عین حال می‌پذیرد که این قانون اساسی، همان است که جماعت انسانی را سامان داده است به‌گونه‌ای که از جهت حقوقی، دولت را آن به وجود آورده است.<sup>۲</sup>

۱. همان، ص ۶۶ و مقایسه کنید با ج ۲، ص ۴۹۰ و مابعد آن.

۲. همان، ص ۱۹۶.



اما تا زمانی که قانون اساسی اول، صرفاً حقیقتی محض است، نمی‌توان به‌صرف این‌که به جمعیت انتظام می‌بخشد، به اراده و خواست آن، وصفی حقوقی که در واقع، قانون اساسی تهی از آن بوده است، قائل شد. بنابراین قانون اساسی اول همانند دولتی که آن را به‌وجود آورده است حقیقتی خارج از حاکمیت قانون باقی می‌ماند. بر این اساس، دولت نمی‌تواند شخص حقوقی باشد بلکه صرفاً تفکیک بین حکمرانان و حکم‌پذیران است. یعنی پدیده‌ای تاریخی یا نماد قدرت است. پس قانون اساسی و دولتی که قانون اساسی آن را به وجود می‌آورد، نمی‌تواند علت و سبب حقوق یا منبع آن باشد، زیرا خود آن قانون اساسی تحت حاکمیت قانون قرار ندارد. پس دولت (و قانون اساسی) که قانون را به وجود آورده است باید خودش نیز به موجب قانون به وجود آمده باشد.

به همین دلیل، استاد کاره دومالبر برای دور کردن ایراد و نه حل کردن آن می‌گوید: حقوقدان نباید به مبنای دولت بپردازد و آن را مورد مطالعه قرار دهد، بلکه باید به دولت پس از آنکه شکل گرفته است بپردازد و از همین لحظه است که می‌تواند مطالعات خود را در مورد دولت آغاز کند و قانون اساسی و ماهیت حقوقی آن را مورد تحلیل قرار دهد.<sup>۱</sup>

اما این «ماهیت حقوقی» برای دولت و قانون اساسی آن از کجا آمده است؟ استاد کاره دومالبر بدون اینکه آن را اثبات کند، آن را مفروض دانسته و بر آن تأکید می‌ورزد. وی به درستی می‌گوید: «وضعیت کنونی» که از زمان سازمان یافتن ابتدایی جمعیت (دولت) وجود داشته است با انسجام مبتنی بر قانون اساسی دائم و مستمر به

۱. همان، ج ۲، ص ۴۹۱ حاشیه شماره ۵ و مقایسه کنید با: ج ۱، ص ۶۲ حاشیه شماره ۸.

«وضعیت حقوقی» تبدیل شده است.<sup>۱</sup>

ولی سازمان بخشیدن براساس قانون اساسی یا وجود قانون اساسی نمی‌تواند وضعیت دولت را از یک حقیقت محض به وضعیت حقوقی تغییر دهد، زیرا قانون اساسی اول فاقد ماهیت حقوقی است. بنابراین دولت به محض شکل‌گیری نمی‌تواند نظام حقوقی را به وجود آورد، زیرا این نظام حقوقی باید مبنای خود را از ملاک ارزش‌های حقوقی وام گیرد و آن، همان قانون اساسی‌ای است که باید ماهیت حقوقی داشته باشد و این مخالف و مغایر با فرضیه آغازین استاد کاره دومالبر است.

### ۳. دفاع مارسل والین

استاد مارسل والین با درک این مهم که سرنوشت پوزیتویسم حقوقی و منطق و نظام آن منوط به اثبات قانونی بودن قانون اساسی است به اثبات آن اهتمام ورزید. این نویسنده معتقد است، قانون اساسی اعتبار و ماهیت حقوقی خود را از دولت به عاریت گرفته است. دولتی که قانون اساسی مبنای آن بوده و گروهی از افراد بشر، دل بسته‌اند. علاقه به دولت و وابسته بودن به آن باعث می‌شود که ما قانون اساسی را به‌عنوان پایه و اساس نظام حقوقی بپذیریم. بر همین مبنا استاد والین می‌گوید: «به‌خاطر اینکه ملت، دولت را دوست دارد ما نیز به اعتبار حقوقی - و نه سیاسی - قانون اساسی اعتراف می‌کنیم».<sup>۲</sup> پس قانون اساسی، اعتبار حقوقی و قانونی خود را وام‌دار پذیرش شهروندان خود است.

۱. همان.

۲. والین، دفاع عن الوضعیه القانونیه، مقاله پیشین، ص ۹۰-۹۱.



اما این راهحل پیشنهادی برای اثبات قانونی بودن قانون اساسی، درحقیقت با آنچه استاد والین در ترسیم پوزیتویسم حقوقی بیان داشته مغایر است. پیش‌تر<sup>۱</sup> دیدیم که پوزیتویسم حقوقی می‌پذیرد که هر قاعده‌ای از قواعدی که در نظام حقوقی ایجاد می‌شود، قانونی بودن خود را وام‌دار سازگار بودنش با قاعده یا قواعدی است که در بالای هرم نظام حقوقی قرار دارد. این بدان معناست که هر قاعده حقوقی در دولت باید قانونی بودن خود را از نظام حقوقی که مخلوق دولت است به عاریت گرفته باشد. لذا این یک تناقض است که ما منشأ قانونی بودن قاعده اساسی دولت یعنی قانون اساسی را خارج از نظام حقوقی بدانیم. قانون اساسی قانونیت خود را از قواعدی حقوقی که نظام حقوقی آن را دربردارد اخذ نکرده است، بلکه قانونیت خود را وام‌دار پذیرش افراد است و این پذیرفتن غالباً از روی ناچاری صورت می‌گیرد، زیرا «علاقه به ملت» است که باعث می‌شود آن را بپذیرند. پس منشأ قانونی بودن قانون اساسی خارج از نظام حقوقی قرار دارد و تحت حاکمیت آن نیست و آن همان رضایت شهروندان است. اما منشأ قاعده حقوقی نمی‌تواند در انعکاس کارهایی باشد که از سوی توده مردم صورت می‌گیرد یعنی منشأ قاعده حقوقی نمی‌تواند در پذیرش مردم (وابستگی آنها به دولت و عشق آنها به ملت) باشد، بلکه همان‌طور که منطق پوزیتویسم حقوقی اقتضا می‌کند منشأ آن در خود نظام حقوقی است. بر این اساس، اینکه قانون اساسی، قانونیت خود را از پذیرش افراد یا عدم گردن‌کشی افراد از آن به دست می‌آورد، از جهت حقوقی، فاقد اعتبار و اهمیت است. تا زمانی که منطق واحدی بر نظام حقوقی حاکم است (و آن اینکه قاعده مادون، قانونی بودن و قدرت الزام‌آوری

خود را از قاعده مافوق به عاریت گرفته است) زمانی که قاعده یا مجموعه قواعدی وجود داشته باشند که در رأس قرار دارند و دیگر این منطق بر آنها حاکم نیست، این منطق دچار نقص خواهد بود. درست است که پذیرش قانون اساسی از سوی مردم (چه صریح باشد چه ضمنی) به نظام سیاسی که آن را به وجود آورده است اقتدار می‌بخشد و بر مشروعیت آن می‌افزاید، اما این پذیرش عمومی به قانون اساسی، جنبه قانونی بودن نمی‌بخشد. نظریه مشروعیت، یک نظریه سیاسی است (زیرا به پذیرش مردم برای اعمال قدرت مربوط می‌شود) در نتیجه از اندیشه حقوقی فاصله دارد. عالم سیاست یعنی عالم هست‌ها با عالم حقوق یعنی عالم باید‌ها متفاوت است. بر این اساس، پذیرش قانون اساسی از سوی عموم مردم (اگر فرض کنیم چنین پذیرشی وجود داشته باشد) تنها یک واقعه سیاسی است.

این واقعه، بنابر منطق پوزیتویسم حقوقی، قانون را به وجود نمی‌آورد و در نتیجه نمی‌تواند به قاعده یا مجموعه قواعدی که موضوع پذیرش عموم قرار گرفته‌اند، جنبه حقوقی و قانونی ببخشد.

بر این اساس، قواعد حقوقی دولت نمی‌تواند قانونیت خود را از قانون اساسی به عاریت گرفته باشد و این مغایر خاستگاه پوزیتویسم حقوقی است.

#### ۴. دیدگاه پوزیتویسم حقوقی نوین

استاد هرود<sup>۱</sup> در رساله دکتری خود با عنوان «نظم حقوقی و قدرت اصلی» که در سال ۱۹۴۵ در دانشکده حقوق دانشگاه تولوز فرانسه ارائه شد، سعی کرده است که



پوزیتویسم حقوقی را از نارسایی - اگر این نارسایی ناشی از تناقض نباشد - که دامگیرش شده است، نجات دهد. به همین دلیل می‌توان به دیدگاه‌های وی درخصوص قدرت و قانون، «پوزیتویسم حقوقی نوین» نام نهاد.

استاد هروود معتقد است قدرت برتری که قانونگذاری می‌کند و صلاحیت‌ها را مشخص می‌سازد یعنی قانون اساسی را اجرا می‌کند، همان قدرت مؤثری است که در جامعه دارای اقتدار و سلطه است و اگر چنین نبود نمی‌توانست قانونگذاری کرده و صلاحیت‌ها را مشخص کند و به دلیل اینکه قدرت مؤثر است پس قدرت قانونی نیز است. بر این اساس، قانونی بودن قدرت مؤسس (که قانون اساسی را ایجاد می‌کند) «از قدرت مادی آن سرچشمه می‌گیرد و نه از قاعده‌ای برتر».<sup>۱</sup> به عبارت دیگر قدرت مؤسسی که در جامعه نیرومندترین قدرت‌هاست (به گونه‌ای که می‌تواند اراده خود را بر همه حاکم کند) به همین دلیل، قدرتی قانونی به حساب می‌آید. از همین رو استاد هروود اظهار می‌دارد: «این قدرت برای اینکه قانونی باشد به هیچ‌گونه اعطای اهلیت یا تعیین صلاحیتی نیاز ندارد، بلکه همین کافی است که در حال حاضر در میان یک اجتماع معین دارای اقتدار و برتری است».<sup>۲</sup>

بر این مبنا، اگر قدرت مؤسس، به این دلیل که قدرت مؤثر است، قدرت قانونی به حساب آید، پس در نتیجه آنچه از اصول «قانون اساسی» نیز که توسط آن ایجاد می‌شود وصف قانونی خواهد گرفت و قدرتی که بر اساس این قواعد به انجام اقدامات می‌پردازد نیز قدرتی قانونی خواهد بود.

1. G. Héraud: L'ordre Juridique et le Pouvoir Originare, PARIS, Sirey, 1946, P.143.

۲. ایرو: النظام القانوني و السلطه الاصلیه، ص ۴۵۸.

اما این سخن استاد هرود که قدرت برتر به این دلیل که قدرت مؤثر است همان قدرت قانونی می‌باشد، صرفاً تأکیدی بیهوده است که واقعیت‌ها آن را تأیید نمی‌کنند، قدرت برتر (قدرت مؤسس) قدرت مؤثر است، زیرا (به‌خاطر در اختیار داشتن وسایل الزام و اجبار) از طریق مداخله در صورت نقض قواعد حقوقی، احترام گذاشتن به مجموعه قواعد حقوقی را در جامعه تضمین می‌کند همان‌گونه کسانی که حکومت را در دست دارند از طریق قواعد حقوقی حکمرانی می‌کنند. بنابراین قطعاً رابطه مستحکمی میان قدرت و قانون برقرار است اما این رابطه میان قدرت و قانون باعث نمی‌شود که بگوییم قدرت دارای طبیعت و ماهیت حقوقی است. قدرت (قدرت برتر) در واقع در عالم واقعیت‌ها قرار دارد. یعنی خارج از عالم حقوق یا عالم باید‌ها. بر این اساس، نظریه مؤثر بودن، نظریه‌ای است که به عالم واقعیت‌ها (یعنی بیرون از عالم حقوق) بازمی‌گردد به این‌گونه که مؤثر بودن، صفتی است که قدرت برای اینکه بتواند در جمعیت انسانی معینی اقتدار و برتری یابد باید آن را داشته باشد. بر این مبنا قدرت و مؤثر بودن آن، پدیده‌هایی عملی‌اند (زیرا به عالم واقعیت‌ها مربوط می‌شوند) و پدیده‌هایی حقوقی نیستند (که در فعالیت‌های خود تابع قانون باشند). برای اینکه متقاعد شویم باید اندکی در نظام حقوقی که قدرت برتر یا قدرت مؤسس آن را ایجاد کرده است بیاندیشیم. اگر بر فراز این نظام حقوقی برویم با قانون اساسی مواجه خواهیم شد و اگر از این قانون اساسی تخطی کنیم از عالم حقوق خارج شده و با قدرتی که این قانون اساسی را ایجاد کرده است رو در رو قرار خواهیم گرفت و این قدرت، تنها پدیده اجبار است، به این معنا که ما خود را در مقابل پدیده‌ای می‌یابیم که میان ضعف و قدرتمندان، میان حکمرانان و رعیت جدایی انداخته و این حکمرانان





(کسانی که قدرت را در اختیار دارند) همان کسانی‌اند که قانون اساسی را بنیان نهاده‌اند.

و اگر این قدرتی که بر اساس آن، حکمرانان قدرت مؤثر را در دست می‌گیرند نبود، درحقیقت، نمی‌توانست قانون اساسی را ایجاد کند یعنی نمی‌توانست در مورد ایجاد نظام حقوقی معین، یا ایجاد حیات حقوقی مشخصی برای جامعه که در سایه آن حیات، افراد، رفتار مشخصی بروز دهند اراده خود را بر جامعه الزام کند. بر این اساس پدیده اجبار (یعنی تفکیک بین حکمرانان و رعیت) سرآغاز هرم حقوقی است. اما پدیده اجبار علی‌رغم برپایی نظام حقوقی، پدیده‌ای عملی (غیرحقوقی) است. بنابراین، مؤثر بودن، گروهی را که در جامعه، قدرت را در دست دارند جدا می‌سازد و پدیده‌ای غیرحقوقی (پدیده‌ای عملی) است و در نتیجه نمی‌تواند به قدرتی که آن را تفکیک کرده عنوان قانونی بودن ببخشد.

درحقیقت برای اینکه قدرتی بتواند قدرت قانونی باشد باید این ویژگی را از قاعده حقوقی‌ای که بر فراز آن قرار دارد و فعالیت‌های آن را مشخص می‌کند و به این فعالیت‌ها نیروی الزام‌آور می‌بخشد، اخذ کند. بر این اساس، مکاتبی که می‌خواهند به قدرت، وصف قانونی بودن را ببخشند، کوشیده‌اند که امثال این قواعد حقوقی برتر را پیدا کنند، حال چه وجود آن را مفروض پنداشته باشند (همان‌طور که کلسن چنین کرده است) و چه به وجود آن اعتقاد داشته باشند (همان‌طور که طرفداران حقوق طبیعی چنین کرده‌اند). اما اینکه بگوییم قانونی بودن قدرت، منوط به مؤثر بودن آن است، ما را به نتیجه‌ای نمی‌رساند. زیرا ما را در عالم واقعیت‌ها (قدرت و مؤثر بودن آن) باقی خواهد گذاشت و وارد عالم حقوق نخواهد کرد.

استاد هِرود ۱۳ سال پس از اینکه نظریه اول خود را بیان کرد، متوجه این حقیقت شد (و در پژوهشی که در سال ۱۹۵۹ در مجله «آرشیوهای فلسفه حقوق» تحت عنوان «پیرامون دو مفهوم صلاحیت» منتشر کرد) قائل به وجود «قاعده صلاحیت ضمنی» شده است که فراتر از قدرت مؤسس قرار دارد.

این راه‌حل از نظر منطقی قابل قبول است (منطقی بودن آن به این شکل است که قاعده برتر، قاعده‌ای است که به قدرت مؤسس صلاحیت می‌بخشد که قدرت آن و آنچه را از قواعد که وضع می‌کند وصف قانونی بودن داشته باشد) اما راه‌حلی غیرواقعی است به این معنا که اثبات آن دشوار است، لذا باید پرسید که ماهیت این «قاعده» (قاعده صلاحیت‌بخش) چیست؟

مطابق تعریف استاد هِرود، این قاعده، ویژگی خاصی دارد و آن اینکه هر قدرتی که به قدرتی مادی دست یابد که نتواند در مقابل آن ایستادگی کند، وصف قانونی بودن خود را از این رویداد به دست می‌آورد، اما این «قاعده» (قاعده مؤثر بودن، همان‌طور که استاد هِرود نام نهاده است) که وصف قانونی بودن را به قدرت مؤسس می‌بخشد از کجا آمده است؟ همانند این قاعده نه در حقیقت و نه در واقع وجود ندارد. استاد هِرود صرفاً آن را فرض کرده است به همین خاطر گفتیم که راه‌حل‌های وی منطقی است ولی غیرواقعی است.

بر این اساس در نهایت امر تلاش‌های استاد هِرود به مکاتبی ملحق می‌شود که برای اینکه به قدرت مؤسس (قدرت برتر) وصف قانون بودن ببخشند سعی می‌کنند قاعده‌ای بیابند یا فرض کنند که بر این قدرت مؤسس برتری دارد تا بتوانند از این طریق «منطق حقوقی» خود را کامل کنند.



بنابراین، «قاعده صلاحیت ضمنی» که استاد ایرو آن را مفروض انگاشته است وجود، موضوعی ندارد. یعنی صرفاً یک قاعده ماهوی است که متکی بر فرض است. در این صورت کافی است این فرض را (که صرفاً یک فرض بیش نیست) نپذیریم، در این صورت قدرت مؤسس، قانونیت خود را از دست خواهد داد و تا ابد همان‌گونه که از پیش بود باقی خواهد ماند. یعنی قدرتی عملی (و نه قانونی) که در عالم سیاست یا عالم واقعیت‌ها دارای حیات و تحرک است.

#### ۵. حلقه مفقوده میان قانونی بودن و مشروعیت

شکی نیست که مبنای وضعی بودن قانون، یگانه‌مبنایی است که عقلاً و واقعاً می‌توان پذیرفت. مبنایی که بر این اساس بنا نهاده شده است که قانون تنها در جامعه‌ای به وجود می‌آید که قدرتی در آن حاکم است و کسانی که این قدرت را در دست دارند اقدام به وضع آن می‌کنند. با وجود این، توجیه و اثبات این مبنا که مکتب پوزیتویسم ارائه داده است (که معتقد است در دولت نظام حقوقی بسته‌ای وجود دارد که براساس قانون اساسی شکل گرفته است) آن را در مسیری که انتهای آن مسدود است وارد می‌کند. زیرا از اثبات قانونی بودن قانون اساسی و در نتیجه قانونی بودن دولت یا «نظام حقوقی» عاجز می‌ماند. اشتباه پوزیتویسم حقوقی این است که خود را در چارچوب یک منطق مشخص محبوس کرده است و آن اینکه قانون، قانون را به وجود می‌آورد و نظام حقوقی هیچ ارتباطی با هر آنچه خارج از آن است، ندارد.

پوزیتویسم حقوقی، در تفسیر خود از مبنای قانون موضوعه، رابطه بین عالم حقوق و عالم سیاست را جدا ساخته و از دولت، نظامی حقوقی و بسته و دارای قواعد

حقوقی درجه‌بندی شده به‌وجود آورده است و تنها به تأکیدیاتی بدون اثبات اکتفا کرده است بدون اینکه توجیهی قانع‌کننده برای این جداسازی ارائه دهد. شیوه پوزیتیویستی مقرر می‌دارد که واقعیت‌ها را آن‌گونه که هست باید فهمید و پذیرفت نه آن‌گونه که باید باشد. پس واقعیت‌ها راجع به دولت و راجع به قانون یا به عبارت دقیق‌تر راجع به مبنای قانون چه می‌گویند؟

دولت، چیزی جز تفکیک میان حکمرانان و رعیت نیست و با چنین تفکیکی است که دولتی پدیدار می‌شود. می‌توان گفت، «توازن قدرت» شامل دو گروه می‌شود: حکمرانان و رعیت و ماهیت رابطه میان حکمرانان و رعیت بر مبنای ایده فرمان و اطاعت استوار است. هر اندازه که گفته شده و نیز گفته شود، تفکیک میان حکمرانان و رعیت، واقعیت اساسی و همیشگی است و بدون آن امکان درک جوانب گوناگون و پیچیده حیات سیاسی و حقوقی وجود ندارد.

حاکمان نمی‌توانند صرفاً با تکیه بر قدرتی که در دست دارند، حکومت را ادامه دهند یا به اعمال قدرت بپردازند. آنان این حقیقت را از زمان‌های پیش دریافتند و در طول تاریخ تلاش کردند تا مردم را از روی اختیار و رغبت یعنی با رضایت به اطاعت از اوامر خود وادار کنند. زیرا این امر باعث افزایش قدرتشان می‌شد. قدرت حاکمان قوی‌تر و مؤثرتر خواهد شد و نیز قواعدی که وضع می‌کنند بیشتر از سوی مردم مورد احترام قرار خواهد گرفت، در صورتی که مردم خودشان قدرت را قبول کرده و به آن رضایت داده باشند، یعنی زمانی که مردم به قدرت حاکمان و مشروعیت آن باور داشته باشند.

زمانی که حاکمان، قدرت را در دست می‌گیرند تا آن را با توجیه اوامر و نواهی



خود بر سایر اعضای گروه‌های اجتماعی اعمال کند، سؤالی که مطرح می‌شود این است که: چه زمانی اطاعت از قدرت حکومت الزامی می‌شود؟ یا چه زمانی حکومت مشروعیت می‌یابد که در نتیجه اطاعت از آن واجب شود؟ در پاسخ به این سؤال می‌گوییم: هر زمان که این ایده و باور وجود داشته باشد که اکثر مردم منبع قدرت در جامعه و نحوه اعمال آن و نحوه انتقال آن را بپذیرند، از همان زمان اطاعت از آن حکومت و قدرت الزامی خواهد بود. بر این اساس، حکومت و قدرت زمانی مشروعیت خواهد داشت که کسی که آن را اعمال می‌کند و نیز نحوه اعمال آن مورد قبول بوده و رأی و نظر رایج و شایع آن را بپذیرد.

زمانی که قدرتی که حکمرانان در دست می‌گیرند و آن را اعمال می‌کنند مشروع باشد، این بدان معناست که آنان صلاحیت اعمال قدرت را دارند یعنی آنان صلاحیت دارند که حکمرانی کنند. حکومت کردن و اعمال قدرت حکمرانان، از طریق وضع قواعدی الزام‌آور برای رفتار اعضای جامعه است و این قواعد همان قواعد حقوقی‌اند. اما باید توجه داشت که حاکمان به‌صورت مستبدانه اعمال قدرت نمی‌کنند بلکه اعمال قدرت آنان مطابق قواعد مشخصی صورت می‌گیرد. این قواعد که روش اعمال قدرت را مشخص و تبیین می‌کنند، قانون اساسی نام دارد.

«قانون اساسی» که به این معنا به نهادهای خاصی صلاحیت وضع قواعد الزام‌آور که متضمن فعل یا ترک فعلی است را می‌دهد دارای ماهیت سیاسی است،<sup>۱</sup> زیرا روش اعمال قدرت را مشخص می‌کند؛ قدرتی که در قالب قواعد حقوقی حاکم بر

---

۱. برای مطالعه بیشتر در مورد «ماهیت سیاسی قانون اساسی» مراجعه شود به منذر الشاوی، الدوله الديموقراطیه، ج ۲، (نظریه الدستور) ص ۱۲۴ و مابعد.

جامعه معنا پیدا می‌کند. ازسوی دیگر اساس الزام‌آور بودن قانون اساسی در مشروعیت قدرتی نهفته است که آن قدرت ازسوی مردم مورد اطاعت قرار می‌گیرد. لذا این بیهوده است - اگر نگوییم غیرممکن است - که تلاش کنیم توجیهی «حقوقی» برای اصول قانون اساسی بیابیم.

این تحلیل را در لابلای دفاعیات استاد مارسل والین از پوزیتویسم حقوقی نیز می‌یابیم، آنجا که قصد دارد «قانونیت» قانون اساسی را اثبات کند. وی معتقد است وفاداری به دولت و وابستگی به آن و دوست داشتن مردم باعث می‌شود که ما قانون اساسی را به‌عنوان پایه و اساس نظام حقوقی بپذیریم، اما آیا «وفاداری به دولت و وابستگی به آن و دوست داشتن مردم» به معنای اعطای مشروعیت به قدرت دولت نیست؟ وفاداری ما به دولت و گردن نهادن به حکومت آن و دوست داشتن مردمی که بر آنها این اعمال قدرت صورت می‌گیرد به آن معناست که این قدرت مشروع است و نمی‌تواند معنایی غیر از این داشته باشد.

بر این اساس، مشروعیت حکومت و مشروعیت قانون اساسی که بیانگر روش اعمال قدرت است، خارج از نظام حقوقی یعنی در عالم سیاست و نه عالم حقوق، در عالم هست‌ها و نه در عالم باید‌ها قرار دارد.

حال که چنین است، به رابطه میان حقوق و واقعیت‌هایی که ازسوی پوزیتویسم حقوقی مغفول واقع شده است پی می‌بریم و اینجاست که حلقه گمشده میان مشروعیت و قانونیت را می‌یابیم.

درحقیقت، اظهار رأی مردم در هر قانون اساسی، به معنای بیان اراده آنها در مورد روش اعمال قدرت و نحوه انتقال آن بوده و نیز به معنای میزان سازگاری



اعمال قدرت با نگاهی که در مورد مشروعیت در جامعه حاکم است و به‌گونه‌ای که قانون اساسی معین کرده است می‌باشد. بنابراین، رأی مردم در قانون اساسی نوعی اعطای مشروعیت به قدرت حاکمان است.

بر این اساس می‌توان گفت قدرتی که حاکمان، آن را در دست گرفته و اعمال می‌کنند، تنها به میزانی مشروعیت دارد که ساماندهی به آن و به کار بردن آن به‌منظور تحقق بخشیدن به قواعد اساسی حمایت از حیات اجتماعی (یعنی قانون) صورت گیرد.

قواعد مربوط به رفتار اجتماعی، چنانچه به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم ازسوی قدرت «صلاحیتدار» صادر شود قانونی و در نتیجه الزام‌آور و آنگاه مشروع خواهد بود.

قدرت و حکومت نیز به شرطی دارای صلاحیت خواهد بود که مشروع باشد به این معنا که طبق قواعدی اعمال شود که مورد قبول مردم باشد. روش اعمال این قدرت غالباً در قانون اساسی کشور مشخص می‌شود. قانونیت قاعده رفتار اجتماعی نیز بر پایه صلاحیت حکام یا کسانی که قدرت را در دست دارند تا حکمرانی کنند استوار می‌شود. در نتیجه، قانونیت قاعده رفتار اجتماعی در مشروعیت حکومت و مشروعیت حکومت و قدرت برپایه قانونیت استوار می‌شود. به این معنا می‌توان گفت: «حکومت قانون» همان «حکومت مشروعیت قانون» و آن هم «حکومت قانونیت» است.

قاعده به‌محض اینکه «صحیح» باشد به وجود آمده و جنبه حقوقی به خود می‌گیرد و صحیح بودن قاعده حقوقی به این معناست که ازسوی نهاد مشخصی در دولت، به‌صورت صحیح اجرا شود. قاعده رفتاری، کافی است که دربردارنده

دستوری بوده و ازسوی سازمان مشخصی در دولت (به صورت فردی یا گروهی) صادر شود. در این صورت است که قانونی، یعنی صحیح و الزام‌آور برای همه به حساب می‌آید. صحت قاعده حقوقی، منوط به صلاحیت اراده واضح آن است و این صلاحیت به موجب قاعده برتری است که یک سازمان براساس آن مجوز اعمال اقتدار می‌یابد. قاعده حقوقی به محض اینکه ازسوی حکومت - یعنی قدرتی صلاحیت‌دار - صادر شود، قاعده‌ای موضوعه و صحیح به‌شمار می‌آید و این صلاحیت ازسوی حکومت و قدرتی کارآمد سرچشمه می‌گیرد و حکومت کارآمد و مؤثر، همان حکومت مورد اطاعت همگان و آن هم همان حکومت مشروع است.

اما ممکن است قدرتی، کارآمد و غیرقابل مقاومت باشد - یعنی هیچ‌کس نتواند در مقابل آن بایستد - ولی مشروع نباشد. در این صورت آیا می‌تواند قواعدی که مشخص‌کننده و محدودکننده رفتار افراد است وضع کند؟ یعنی قواعدی وضع کند که الزام‌آور و در نتیجه قانونی است؟

پوزیتویسم حقوقی به این سؤال پاسخ مثبت می‌دهد، زیرا شرط دیگری را به ویژگی‌های قاعده حقوقی می‌افزاید و آن اینکه قاعده حقوقی علاوه بر صحت باید توأم با مجازات باشد. این بدان معناست که مجازات، جزئی از قاعده حقوقی به حساب می‌آید به گونه‌ای که شناخت قاعده حقوقی از دیدگاه پوزیتویستی بدون توأم بودن آن با مجازات امکان‌پذیر نیست، بلکه حتی می‌توان گفت چنانچه قاعده توأم با مجازات نباشد، اصلاً به وجود نمی‌آید.

اساس این رویکرد استبدادی - اگر به کار بردن این تعبیر درست باشد - در نیمه دوم قرون ۱۹ در آلمان که ملی‌گرایی بر آن حاکم بود و نیز سیاست بیسمارکی و

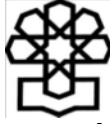




همچنین مکاتب فلسفی آلمانی که دولت را ستایش می‌کردند، وجود دارد. بر این اساس، قدرت و ماهیتاً قدرت دولت، به هر صورت که باشد و با صرف‌نظر از مشروعیت آن، قاعده رفتار اجتماعی و در نتیجه قاعده حقوقی را وضع می‌کند زیرا این دولت است که می‌توان برای این قاعده، مجازات تعیین کند. با این وجود، نمی‌توان مجازات را معیاری برای قاعده حقوقی به حساب آورد. به این صورت که بدون آن نتوان وصف حقوقی بودن را به قاعده داد. مجازات یعنی اجبار و اقدامات اجرایی، درحقیقت عناصری فوق‌العاده و افزون بر قاعده حقوقی‌اند و لذا به معنای دقیق، جزئی از قاعده حقوقی به حساب نمی‌آیند. مجازات یکی از ابزارهایی است که حکومت، هر زمان که بخواهد مؤثر بودن قدرت خود را اظهار کند و در نتیجه کارآیی قواعد حقوقی را که وضع کرده است نشان دهد برای اثبات قدرت خود به آن متوسل می‌شود و لذا شرط وجود قاعده حقوقی به حساب نمی‌آید. باور و ایمان انسان به مشروعیت حکومت و نه ترس از مجازات، خاستگاه احترام وی به قانون است. قانون به این دلیل مورد احترام است که از سوی حکومت و قدرتی مشروع وضع شده است، لذا مشروع بودن برپایه قانونی بودن استوار خواهد بود.

### منبع و مأخذ

- منذر الشاوی، فلسفه القانون، دارالشفا، ۱۴۳۰ هـ. ق.



مرکز پژوهش‌ها  
مجلس شورای اسلامی

شماره مسلسل: ۱۳۷۵۸

شناسنامه گزارش

عنوان گزارش: مبنای وضعی بودن قانون (۱)

نام دفتر: مطالعات بنیادین حکومتی (گروه بنیادین حکومتی)

تهیه و تدوین: محسن داوری

ناظر علمی: سیدیونس ادیانی

مقتضی: ریاست مرکز

ویراستار ادبی: قاسم میرخانی

واژه‌های کلیدی:

۱. قانون

۲. ماهیت قانون

۳. پوزیتویسم حقوقی



تاریخ انتشار: ۱۳۹۳/۴/۷