

# مبنای وضعی بودن قانون (۲) (نقد نظریه ناب حقوق)

کد موضوعی: ۳۳۰

شماره مسلسل: ۱۳۹۲۱

مهرماه ۱۳۹۳

دفتر: مطالعات بنیادین حکومتی

## به نام خدا

### فهرست مطالب

۱.....	چکیده
۲.....	مقدمه
۴.....	فصل اول - معنای نظریه ناب حقوق
۶.....	فصل دوم - مکتب هانس کلسن
۱۴.....	فصل سوم - نقد مکتب کلسن
۲۰.....	نتیجه گیری
۲۰.....	منابع و مأخذ



## مبنای وضعی بودن قانون (۲) (نقد نظریه ناب حقوق)

### چکیده

هسته اولیه نظریه ناب حقوق را - مانند سایر دیدگاه‌های پوزیتیویستی - تصدیق وجود قوانینی لازم‌الاجرا بدون ارزشگذاری در مورد محتوای آن تشکیل می‌دهد. زمانی که وصف ناب (محض) به این نظریه داده می‌شود به این مسئله اشاره می‌کند که این نظریه قصد دارد به شکل‌گیری علمی بپردازد که موضوع آن قانون است و لذا به هر آنچه در معنای دقیق کلمه به موضوع آن مرتبط نباشد توجهی نمی‌کند. کلسن به‌عنوان پایه‌گذار نظریه ناب حقوق، نظریه خود را از تمایز میان عالم هست و عالم باید آغاز می‌کند. در عالم هست، اصل علیت و در عالم باید، اصل انتساب حاکم است. به این معنا که هنجار حقوقی، روابط اجتماعی میان افراد را تنظیم می‌کند و نه چیز دیگری را. کلسن پس از تفکیک میان عالم هست و باید به اصل موضوع هنجار یا قاعده حقوقی پرداخته و مسئله اعتبار قاعده یا هنجار حقوقی را مورد بررسی قرار می‌دهد. از دیدگاه کلسن، اعتبار هر هنجار حقوقی به هنجار مفروض و نه وضع شده بازمی‌گردد. این هنجار در اساس نظام هنجاری که هنجار موضوعه به آن بازمی‌گردد وجود دارد و همین هنجار پایه است که وصف قانونیت را به قانون اساسی اول - که بازگشت سایر قوانین به آن است - می‌بخشد. از دیدگاه کلسن، هنجار حقوقی علاوه بر اعتبار باید از ویژگی دیگری به نام کارآیی نیز برخوردار باشد. از نظر وی، کارآمد بودن هنجار حقوقی به این معناست که از سوی اکثر

افرادی که تابع آن نظام حقوقی‌اند مورد اطاعت قرار گیرد و این اطاعت نیز محقق نخواهد شد مگر اینکه هنجارها با مجازات همراه باشند. در گزارش حاضر، نظریه ناب حقوق بررسی شده و انتقادات وارد بر آن نیز مورد اشاره قرار گرفته است.

### مقدمه<sup>۱</sup>

همان‌طور که مشاهده کردیم، پیشرفت علوم تجربی و پیروزی بورژوازی لیبرالی در قرن نوزدهم به اقداماتی علیه تفکر متافیزیکی و کنار گذاشتن حقوق طبیعی و بنا نهادن پوزیتویسم حقوقی منجر شد، اما این تغییر و تحول هرچند که ریشه‌ای بود ولی کامل نبود. به‌درستی باید گفت قانون مقوله‌ای جاودانی و همیشگی نیست بلکه پدیده‌ای است که از تغییر زمان و مکان تأثیر می‌پذیرد، اما علی‌رغم این، مکتب حقوقی پوزیتویسم زمانی که ضرورت تحقق حداقل‌هایی از اخلاق را از سوی قانون اعلام کرد در واقع دیدگاه عدالت را در پیش گرفت.

نظریه حداقلی اخلاق، درحقیقت صورت کم‌ارزشی از مکتب حقوق طبیعی است. بر این اساس «علم حقوق بورژوایی» همه نتایجی که پوزیتویسم حقوقی در برداشته است را به‌دست نیآورده است بلکه با اعلام ارزش مطلق اخلاق، به شکل محافظه‌کارانه‌ای در مقابل آن تسلیم شده است و علی‌رغم اینکه غایت این امر، اعلام ارزش نسبی حقوق است ولی با این حال صرف پذیرفتن ارزشی مطلق، بر خود مفهوم قانون نیز تأثیر خواهد گذاشت.

۱. این گزارش دومین گزارش در ادامه ترجمه کتاب «فلسفه القانون» می‌باشد. مترجم برای مراعات امانت، صرفاً به ترجمه اکتفا کرده است. جهت مشاهده انتقادات وارده به این دیدگاه‌ها و نیز دیدگاه اسلام درباره قانون، به سلسله گزارش‌های ماهیت قانون ۱ و ۲ مراجعه شود.



اخلاق، همانند قانون دارای ویژگی هنجاری است که در اندیشه هنجارگرا بیان می‌شود. بر این اساس آنچه قانون، آن را دربرمی‌گیرد نمی‌تواند به دور از تمام ارزش‌های اخلاقی باشد (این کار را انجام بده به این دلیل که کار خوب یا عادلانه است).

بر این مبنا در قرن نوزدهم، پوزیتویسم حقوقی با تأثیرات ایدئولوژیکی همراه شد و این امر باعث شد که در طلیعه قرن بیستم «نظریه ناب حقوق»<sup>۱</sup> به منصف ظهور برسد. 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.

پایه‌های این نظریه توسط استاد هانس کلسن<sup>۲</sup> (۱۸۸۱-۱۹۷۳) پی‌ریزی شده است. او در شهر پراگ که در آن زمان جزئی از امپراتوری اتریش بود به دنیا آمد. در دانشگاه وین به تحصیل دانش حقوق پرداخت و در سال ۱۹۱۷ استاد حقوق عمومی و فلسفه حقوق شد، سپس در زندگی سیاسی اتریشی غوطه‌ور شد، پس از جنگ جهانی اول وظیفه تهیه پیش‌نویس قانون اساسی اتریش را برعهده گرفت که بعداً به‌عنوان قانون اساسی ۱۹۲۰ شناخته شد. این قانون، منعکس‌کننده مفهوم کلسنی از دولت فدرال بود. در سال ۱۹۲۱ یکی از اعضای ثابت دادگاه قانون اساسی اتریش شد. از سال ۱۹۲۹-۱۹۳۳ در دانشگاه کلن (کولونیا) و سپس در مؤسسه مطالعات عالی بین‌الملل ژنو به تدریس حقوق بین‌الملل پرداخت، همچنین در سال ۱۹۴۰ به ایالات متحده آمریکا عزیمت کرد و در دانشگاه هاروارد و سپس در دانشگاه کالیفرنیا (برکلی) به تدریس پرداخت و از آن پس تابعیت آمریکایی کسب کرد.

---

1. *Téorie Pure du Droit*

2. Hans Kelsen

قطعاً کلسن از فلسفه کانت تأثیر پذیرفته است اما این تأثیر به اندازه‌ای نیست که منجر به انعکاس آرای فیلسوف بر حقوقدان شود. کلسن از جریانات فکری دیگری نیز متأثر بوده است به گونه‌ای که اقتباس‌های کلسن از فلسفه کانت، بدون دخل و تصرفات کلسنی در آن نمی‌توانست به جایگاهی یگانه و اصیل در عرصه معرفت حقوقی تبدیل شود.

کلسن، مقالات و تألیفات متعددی در مورد نظریه دولت، فلسفه حقوق، حقوق بین‌الملل به رشته تحریر درآورده است که برخی به زبان آلمانی، برخی به انگلیسی و برخی دیگر به زبان فرانسه نگارش یافته است.

تأثیر کلسن فقط محدود به اتریش نبود (زیرا تعدادی از اساتید جوان حقوق در دهه بیست دور او جمع شده بودند، این امر باعث شد که عده‌ای به مکتب کلسن، نام مکتب اتریشی یا مکتب وین را بگذارند) بلکه تأثیرات آن به کشورهای دیگر نیز نفوذ یافت به گونه‌ای که انعکاس دیدگاه‌های او را می‌توان حتی نزد کسانی که نظریه ناب حقوق را قبول ندارند نیز مشاهده کرد.<sup>۱</sup>

## فصل اول - معنای نظریه ناب حقوق

### معنای نظریه ناب حقوق

استاد کلسن در منطق فکری خودش به ریشه و مبدأ پوزیتیویسم حقوقی بازمی‌گردد؛ یعنی تصدیق به وجود قوانینی لازم‌الاجرا بدون ارزشگذاری در مورد محتوای آن. با وجود این مانعی ندارد که این سؤال مطرح شود؛ قانونی که موضوع مطالعه حقوقدان قرار

۱. این گزارش ترجمه فصل دوم کتاب «فلسفه‌القانون» است که به‌منظور آشنایی با نظریه ناب حقوق و نقد آن تهیه شده است.



می‌گیرد چیست؟ این سؤال که پوزیتویسم حقوقی نمی‌تواند نسبت به آن بی‌توجه باشد، پذیرش حقیقت دیگری را نیز الزام می‌کند و آن اینکه موضوع شناخت و معرفت باید مشخص شده و از مواضع شناخت و معرفت دیگر تفکیک شود. به‌روشنی پیداست که قانون (همانند اخلاق) دستور می‌دهد و این شاخصه آن را از نظام طبیعی جدا می‌سازد. از این «دستور» به «نسبت دادن»<sup>۱</sup> نتیجه به فعل تعبیر می‌شود. اگر عملی صورت گیرد حتماً نتیجه نیز به‌دنبال آن خواهد آمد، با وجود این، آنچه هنجارهای حقوقی را از سایر هنجارهای اجتماعی همچون اخلاق جدا می‌سازد این است که «نظام هنجاری به‌دنبال این است که با اصرار رفتارهای بشری را سامان دهد به‌گونه‌ای که رفتارهای مغایر، از جهت اجتماعی مستوجب الزام و اجبار خواهد بود».<sup>۲</sup>

پس هنجارگرایی به نظریه ناب حقوق می‌انجامد، زیرا حقوق و علم حقوق را از علوم طبیعی، اخلاق و سایر علوم اجتماعی جدا می‌سازد.

استاد کلسن این نظریه را معرفی می‌کند و می‌گوید: «نظریه ناب حقوق، به‌صورت کلی نظریه‌ای راجع به حقوق موضوعه است و مختص قانون معینی نیست، این نظریه، نظریه‌ای عمومی برای حقوق است و تفسیری مربوط به این یا آن نظام حقوقی نیست ... این نظریه می‌خواهد به‌عنوان یک نظریه باقی بماند و صرفاً به شناخت موضوع خود، جدای از هر موضوع دیگری می‌پردازد. هدف این نظریه آن است که مشخص کند قانون چیست؟ و چگونه شکل می‌گیرد؟ بدون اینکه بپرسد قانون چگونه باید باشد و چگونه باید شکل گیرد. این نظریه یک سیاست حقوقی نیست، بلکه دانشی حقوقی است. زمانی که وصف «ناب (محض)» به این نظریه داده می‌شود به این مسئله اشاره می‌کند که این

---

1. Imputation

2. Kelsen: *Téorie Pure du Droit*, 2e éd. Ttad. Eisenmann. 1962, P.85.

نظریه قصد دارد به شکل‌گیری علمی بپردازد که تنها موضوع آن قانون است و لذا به هر آنچه در معنای دقیق کلمه به موضوع آن مرتبط نیست توجهی نمی‌کند. بنابراین پایه و اساس آغاز این نظریه عبارت است از کنار گذاشتن تمامی عناصری که نسبت به علم حقوق بیگانه‌اند.<sup>۱</sup>

اگر اینها اهداف نظریه ناب حقوق یا به معنای دقیق کلمه، علم حقوق است پس کلسن قانون و حقوق را چگونه فهم می‌کند و آن را بر چه اساس و پایه برپا می‌دارد؟

## فصل دوم - مکتب هانس کلسن

### عالم طبیعت و عالم حقوق

کلسن نظریه خود را از یک تمایز اساسی میان عالم طبیعت یا عالم «هست»<sup>۲</sup> و میان عالم الزام یا عالم «باید»<sup>۳</sup> آغاز می‌کند.

اصل علیت بر عالم «هست» حاکم است. طبیعت مجموعه پدیده‌هایی است که ارتباط بعضی از آنها با بعضی دیگر، ارتباط سبب (علت) است با نتیجه (معلول). بر این اساس قانونی که بیان می‌کند، فلز زمانی که مورد حرارت قرار گیرد ذوب می‌شود، در واقع رابطه بین سبب (علت) و نتیجه (معلول) یا رابطه میان حرارت و ذوب شدن فلز را بیان می‌کند. بر این اساس قوانین طبیعت را نمی‌توان نقض کرد، زیرا ما نمی‌توانیم عدم را از وجود ایجاد کنیم.

۱. کلسن، النظرية المحضة للقانون، ط ۱، ۱۹۵۳، ص ۱۷.





اما در عالم «باید» اصل «انتساب»<sup>۱</sup> حاکم است. هنجار حقوقی آمره (امرکننده)، روابط اجتماعی میان افراد را تنظیم می‌کند.

بر این مبنا هنجار حقوقی رابطه میان عمل غیرقانونی و مجازاتی که این عمل در پی دارد را برقرار می‌سازد به‌گونه‌ای که به‌موجب هنجار حقوقی، مجازات به‌عمل غیرقانونی نسبت داده می‌شود. این قواعد آمره را همانند قواعد حاکم بر عالم «هست» ضرورت، حکم نمی‌کند و به همین دلیل است که می‌توان مغایر آنها عمل کرد و نیز می‌توان آنها را نقض کرد بدون اینکه به نفی وجود آن بیانجامد. به این ترتیب، قاعده حقوقی همانند قانون حاکم بر طبیعت، میان دو حقیقت رابطه برقرار می‌سازد. ولی این رابطه میان دو حقیقت، در قوانین طبیعت، رابطه‌ای است که اصل علیت بر آن حاکم است درحالی که در قواعد حقوقی اصل انتساب بر این رابطه حاکم است. زمانی که قاعده حقوقی بیان می‌کند «اگر فردی مرتکب جرمی شد باید مجازات شود» این بدان معنا نیست که جرم، سبب و علت مجازات است یا اینکه مجازات نتیجه و معلول جرم است، رابطه‌ای که میان دو واقعیت وجود دارد از هنجاری ناشی می‌شود که دستور می‌دهد یا اجازه می‌دهد که رفتار معینی انجام بگیرد. لذا عمل غیرقانونی، مجازات را در پی دارد. زیرا هنجاری وجود دارد که دستور می‌دهد یا اجازه می‌دهد که در صورت ارتکاب عمل غیرقانونی، مجازات بر آن واقع شود.

اما در مورد «قوانین» طبیعی که رابطه علیت بر آن حاکم است این‌چنین نیست: نتیجه‌ای که در پی علت به وجود می‌آید به این دلیل نیست که هنجاری آن را دستور داده یا مجاز شمرده است، بلکه نتیجه (یا معلول)، بدون اینکه هرگونه هنجاری که

از سوی انسان‌ها ایجاد شده است در آن مداخله کند، حاصل می‌شود. در حقیقت «اصل علیت» همانند «اصل انتساب» رابطه میان شرط و نتیجه را برقرار می‌سازد ولی تفاوت در این است که ماهیت این رابطه در این دو حالت یکسان نیست. اصل علیت می‌گوید «اگر شرط (الف) محقق شود، نتیجه (ب) حاصل خواهد شد» اگر فلز داغ شود، ذوب خواهد شد. ولی اصل انتساب می‌گوید «اگر شرط (الف) محقق شود، نتیجه (ب) باید حاصل شود»، هر کس سرقت کند باید زندانی شود.

### اعتبار هنجار حقوقی

کلسن پس از آنکه به روشنی میان عالم «هست» و عالم «باید» تفکیک می‌کند به اصل موضوع وجود هنجار یا قاعده حقوقی پرداخته و شروع به تبیین عالم حقوق یا عالم هنجارهای حقوقی می‌کند. از دیدگاه کلسن، مسئله و مشکل وجود داشتن قاعده حقوقی، مسئله «اعتبار»<sup>۱</sup> قاعده یا هنجار حقوقی است.

بررسی اعتبار قاعده حقوقی، به معنای بررسی وجود قاعده حقوقی است. حال سؤال این است که چه زمانی قاعده حقوقی معتبر است؟ کلسن برای پاسخ به این مسئله از آن جا آغاز می‌کند که پوزیتویسم حقوقی در آنجا پایان یافته و به آخر خط رسیده است.

پیش‌تر ملاحظه کردیم که پوزیتویسم حقوقی از حقوق مفهومی ترسیم می‌کند که در آن، ارزش قواعدی که حاکم بر رفتارهای بشری است از تطابق و موافقت آن با قاعده‌ای که بالاتر از آن قرار دارد حاصل می‌شود. ولی پوزیتویسم حقوقی با این منطق

---

1. Validité



به جایی می‌رسد که توجیه قانونی بودن قانون اساسی که در رأس نظام حقوقی قرار دارد برای او غیرممکن یا بسیار دشوار می‌شود.

در چنین شرایطی یا همانند کاره دومالبر بدون ارائه هرگونه دلیلی، قانونی بودن قانون اساسی را می‌پذیرد یا همچون مارسل والین و هرود تلاش می‌کند تا قانونی بودن آن را اثبات کند ولی در این امر با شکست مواجه می‌شود، به همین دلیل است که می‌گوییم کلسن تلاش خود را برای بیان و اثبات اعتبار قواعد حقوقی، از آن جایی آغاز می‌کند که درحقیقت پوزیتویسم حقوقی بدون موفقیت در آن زمینه به سرانجام خود رسیده است.

به‌درستی این امکان وجود دارد که قانون اساسی براساس قانون اساسی‌ای که پیش‌تر از آن وجود داشته است به وجود آید که در آن صورت قانون اساسی جدید اعتبار و قانونیت خود را از قانون اساسی سابق کسب می‌کند. ولی اگر همین سلسله‌مراتب ادامه یابد به یک قانون اساسی خواهیم رسید که اعتبار خود را از هیچ قانون اساسی دیگری کسب نکرده است.

نمی‌توان گفت قانون اساسی اول در اثر تطابق با یک هنجار حقوقی که پیش از آن قانون اساسی وجود داشته به وجود آمده است، بلکه آنچه باعث ایجاد قانون اساسی اول شده واقعیتی محض است. با وجود این ویژگی قانونی بودن را می‌توان مفروض گرفت و نظام حقوقی می‌تواند به‌صورت کامل براساس این فرضیه ایجاد شود که قانون اساسی اول مجموعه‌ای از هنجارهای حقوقی معتبر است. این بدان معناست که قانون اساسی اول، قانونیت خود را از هنجاری اخذ کرده است که آن هنجار پیش از قانون اساسی اول وجود داشته است و قانون اساسی و نظام حقوقی برخاسته از این قانون اساسی، هر دوی

آنها اعتبار خود را از این هنجار کسب کرده‌اند. این هنجاری که وصف مشروعیت (قانونی بودن) را به قانون اساسی اول اعطا کرده و به عملی که منجر به ایجاد این قانون اساسی شده است ارزش بخشیده است، از نظر کلسن «هنجار پایه»<sup>۱</sup> نام دارد. اما این «هنجار پایه» هنجاری از هنجارهای حقوق موضوعه نیست. زیرا این هنجار وضع نشده است، بلکه فقط فرض شده است.

بر این اساس همان‌طور که کلسن می‌گوید: «اعتبار هر هنجار حقوقی، به هنجاری مفروض و نه وضع شده بازمی‌گردد. این هنجار در اساس نظام هنجاری‌ای که هنجار موضوعه به آن بازمی‌گردد وجود دارد. هنجار پایه به عمل و اقدامی مبنایی که برای برپایی اولین قانون اساسی هر دولتی صورت می‌پذیرد صفت عمل آفریننده هنجارها را می‌بخشد».<sup>۲</sup>

نظریه ناب حقوق برای «هنجار پایه» جایگاه فرضی مبنایی قائل است، زیرا اعتبار نظام حقوقی و در نتیجه مشروعیت (قانونی بودن) تمامی اعمالی که در چارچوب آن صورت می‌پذیرد به این هنجار بازمی‌گردد.

بر این اساس نظریه ناب حقوق بر اعتبار هنجار پایه تأکید نمی‌کند، بلکه به این سخن اکتفا می‌کند که چنانچه اعتبار هنجار پایه را فرض گرفتیم، ایجاد قانون اساسی اول و اقداماتی که مطابق آن صورت پذیرفته است هنجارهایی معتبر محسوب خواهند شد.

نظریه ناب حقوقی که اتکا بر هنجار پایه دارد معتقد نیست که روش جدیدی در دانش حقوق وارد کرده است، بلکه این نظریه تنها به بیان اقدامی می‌پردازد که هر حقوقدانی زمانی که حقوق طبیعی را به‌عنوان مبنای اعتبار قانون موضوعه انکار می‌کند،



غالباً به صورت ناآگاه، به آن می‌پردازد. در این مفهوم، اعتبار قواعد حقوقی به محتوای این قواعد وابسته نیست. زیرا قواعد حقوقی ممکن است هر محتوایی داشته باشند، هر رفتار و اقدام بشری می‌تواند موضوع هنجار حقوقی قرار گیرد. بر این اساس اعتبار چنین هنجاری منوط به این نیست که محتوای آن با ارزش‌ها و ملاحظات اخلاقی یا غیر آن تعارض نداشته باشد. «هنجار حقوقی زمانی دارای اعتبار است که مطابق اسلوب خاصی یعنی براساس قواعد مشخص و روشی معین ایجاد شود».<sup>۱</sup>

اندیشه اعتبار، در فهم ساختار حقوقی به‌عنوان اینکه این ساختار از لوازم سلسله‌مراتب هنجارهاست مؤثر است. کلسن در این زمینه می‌گوید: «هنجارهای متعدد به هم پیوسته و یکی هستند یعنی لازمه همدیگر و در یک نظام هستند. زیرا اعتبار این هنجارهای متعدد در نهایت امر به یک هنجار واحد وابسته است و این هنجار پایه منبع مشترک اعتبار تمامی هنجارهایی است که به این نظام بازمی‌گردد و موجب به هم پیوستگی و یکتایی آن می‌شود. پس وجود هنجاری که به یک نظام معین بازمی‌گردد از این امکان ناشی می‌شود که می‌توان آن را به یک هنجار پایه‌ای مبتنی کرد».<sup>۲</sup>

وی همچنین می‌افزاید: «وابسته دانستن هنجارهای گوناگونی که نظام حقوقی را تشکیل می‌دهند به هنجار پایه به این معناست که آن هنجارها براساس این هنجار پایه شکل گرفته‌اند. به‌عنوان مثال، فردی شخص دیگری را به اجبار زندانی می‌کند و وی را از آزادی محروم می‌سازد. چرا که این اجبار عملی قانونی است و به نظام حقوقی معینی بازمی‌گردد. زیرا هنجاری فردی که از سوی دادگاه صادر شده است آن را الزام می‌کند و

۱. همان، ص ۱۱۴.

۲. همان، ص ۱۱۳.

خود این هنجار معتبر است و براساس قانون مجازات ایجاد شده است. اعتبار قانون مجازات نیز به نوبه خود از قانون اساسی کشور ناشی شده است و قانون اساسی نحوه وضع قوانین را مشخص و تشکیلات ویژه‌ای را به این منظور تعیین کرده است. بعد از این موارد چنانچه بخواهیم اعتبار قانون اساسی که اعتبار سایر قوانین و اقدامات قانونی منوط به آن است را به چیز دیگری مستند سازیم ممکن است به یک قانون اساسی که خیلی قدیمی‌تر است برخورد کنیم، ولی در نهایت به قانون اساسی اول می‌رسیم که فردی غاصب یا گروهی از افراد آن را ایجاد کرده‌اند. در این صورت، اراده اولین مؤسس باید معتبر شناخته شود، چنانچه گویا دارای وصف هنجاری است و لازم است هر نوع مطالعه علمی در مورد نظام حقوقی از این فرضیه اساسی آغاز شود»<sup>۱</sup>.

### کارآیی هنجار حقوقی

اعتبار، تنها صفت تمیزدهنده قاعده حقوقی نیست. از دیدگاه کلسن برای اینکه هنجارها، حقوقی به حساب آیند باید ویژگی دیگری نیز داشته باشند و آن ویژگی عبارت است از «کارآیی»<sup>۲</sup>. کارآمد بودن هنجار به این معناست که از سوی اکثر افرادی که تابع آن نظام حقوقی‌اند مورد اطاعت قرار گیرد. این اطاعت نیز محقق نخواهد شد مگر اینکه هنجارها با مجازات همراه باشند، پس حقوق، قبل از هر چیزی نظام اجبار و الزام دارد.

اما از دیدگاه کلسن، اندیشه کارآیی به معنای کارآمدی کل نظام حقوقی است.

۱. همان، ص ۱۱۵.



«ضروری نیست که میان نظام هنجارها و واقعیت‌هایی که این هنجارها بر آن منطبق است، تطابق کامل وجود داشته باشد. بلکه حتی لازم است قدرتی برای جلوگیری از تطابق کامل وجود داشته باشد، در غیر این صورت نظام هنجاری هیچ معنایی نخواهد داشت. اگر بدانیم که فردی ضرورتاً مطابق اسلوبی که مورد انتظار ماست عمل خواهد کرد دیگر چه ضرورتی است که به او دستور بدهیم. بر این اساس اگر نظام هنجاری مشروط به تطابق کامل آن با واقعیت در نظر گرفته شود، اعتبار خود را از دست خواهد داد. بنابراین در اینجا میان اعتبار و کارایی نظام حقوقی رابطه‌ای وجود دارد و تا اندازه‌ای اولی منوط به دومی است»<sup>۱</sup>.

وجود رابطه‌ای اجتناب‌ناپذیر میان اعتبار نظام حقوقی و کارایی آن، مطلقاً به معنای تطابق کامل میان کارایی و اعتبار نیست. «قانون با اینکه دستوراتی در مورد واقعیت‌هایی طبیعی صادر می‌کند ولی متمایز از آن است، زمانی می‌توان از مطابقت یا عدم مطابقت واقعیت‌ها با هنجار حقوقی سخن گفت که واقعیت‌ها متمایز و منفک از این هنجار باشند ... برای اینکه نظام حقوقی معتبر باشد باید کارآمد باشد. یعنی باید واقعیت‌ها تا حدود مشخصی با این نظام سازگار باشند و نظام حقوقی زمانی معتبر خواهد بود که هنجارهای آن مطابق قانون اساسی اولی باشد که ویژگی هنجاری خود را از هنجار پایه اخذ کرده است.

با وجود این، هنجار پایه تنها زمانی مفروض گرفته می‌شود که مطابق قانون اساسی اول ایجاد شده و نیز تاحدودی کارآمد باشد ... و زمانی که به‌جای کارایی از قدرت سخن می‌گوییم به این دلیل است که رابطه میان نظام حقوقی و کارایی آن همان رابطه میان

---

۱. کلسن، النظریه المحضه للقانون، ص ۱۱۸.

قانون و قدرت می‌باشد. قانون بدون قدرت ادامه نخواهد یافت، اما با این حال، قانون با قدرت یکی نیست».<sup>۱</sup>

اما «اینکه اعتبار نظام حقوقی منوط به کارایی آن است بدین معنا نیست که اعتبار هر هنجاری که به تنهایی مأخوذ شده است به همان روش، منوط به کارایی آن است، کارایی نظام حقوقی حتی علی‌رغم فقدان کارایی برخی هنجارهای آن پابرجا خواهد بود و چنین هنجارهایی نیز که مطابق روشی که این نظام حقوقی مشخص کرده است به وجود آمده‌اند، معتبر خواهند بود. بنابراین اصل کارآمدی تنها با کلیت نظام حقوق تناسب دارد و نه لزوماً با تک‌تک هنجارها. امکان عدم سازگاری بین اعتبار و کارآمدی هنجار حقوقی، بار دیگر ضرورت تفکیک میان این دو ایده را روشن می‌سازد».<sup>۲</sup>

پس از بیان مبانی مکتب کلسن، حال به نقد آن در دو بخش مبنای قانون و ماهیت قانون می‌پردازیم:

## فصل سوم - نقد مکتب کلسن

### مبنای قانون

کلسن، مبنای قانون را بر فرضیه «هنجار پایه» استوار می‌سازد. از دیدگاه او هر قاعده‌ای در نظام حقوقی، اعتبار خود و در نتیجه مشروعیت خویش و پس از آن قدرت الزام‌آوری‌اش را از قاعده‌ای که بالاتر از آن قرار دارد اخذ می‌کند. قدرت الزام‌آوری قانون

۱. همان، صص ۱۱۹-۱۲۰.

۲. همان، ص ۱۲۱.





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.

اما زمانی که با جریان اعتبار از پایین تا بالا همراه می‌شویم در نهایت حتماً به رأس این نظام حقوقی می‌رسیم یعنی به قانون اساسی کشور یا قاعده برتری در نظام حقوقی که تمامی قواعد، مشروعیت و در نتیجه قدرت الزام‌آوری خود را از آن به دست می‌آورند، اما این قاعده، اعتبار و صحت خود را از کجا به دست آورده است؟ مادامی که از دیدگاه کلسن هر قاعده‌ای صحت خود را از قاعده‌ای بالاتر به دست آورده است، گریزی از طرح این چنین سؤالی نخواهد بود و ما می‌دانیم که پاسخ این سؤال عبارت است از اینکه: قانون اساسی، اعتبار خود را از هنجاری که بالاتر از آن قرار دارد یعنی از «هنجار پایه» به دست آورده است.

اما این هنجار پایه چیست؟ این هنجار، صرفاً فرضیه‌ای است که ضرورت اعتباربخشی به نظام حقوقی آن را ایجاب کرده است. اما با وجود این نمی‌توان صرفاً با یک فرضیه - هرچند که آن فرضیه منطقی هم باشد - به اعتبار قواعد سامان‌بخش به رفتارهای افراد و در نتیجه به اعتبار مبنای قانون حکم کرد. به عبارت دیگر وجود یا اعتبار قواعد موضوعه صرفاً با اتکا به فرضیه‌ای که وجود ندارد حاصل نمی‌شود، وجود نمی‌تواند بر عدم استوار شود و عدم نمی‌تواند مبنای وجود قرار گیرد.

استاد کلسن به درستی می‌گوید که هنجار پایه، فرضیه‌ای است که بررسی آن امکان‌پذیر نیست، ولی باید آن را پذیرفت و در نتیجه از نظر منطقی ضروری است، در غیر این صورت چگونه می‌توانیم اعتبار نظام حقوقی را برقرار سازیم؟

اما همان‌طور که استاد میشل ویرالی بیان کرده است: «زمانی می‌توان فرضیه‌ای اقامه کرد که آن فرضیه را بتوان با مشاهده یا آزمایش مورد بررسی قرار داد، درحالی که در این مورد چنین نیست. این مسئله که هنجار پایه از نظر منطقی، ضروری است نیز کمکی در این زمینه نمی‌کند. باید توجه داشته باشیم که «ضرورت منطقی» تنها در داخل یک نظام فکری معین وجود دارد و نه در روابط میان پدیده‌های عینی. «هنجار پایه فرضی» در عمل برای ایجاد نظام‌های حقوقی جامع و نظام‌هایی که با مشاهده آنها را می‌پذیریم ضروری نیست»<sup>۱</sup>.

فرضیه «هنجار پایه» نظریه ناب حقوق را وارد دور باطل می‌کند. برای اعطای اعتبار به نظام حقوقی، باید وجود هنجاری برتر و بالاتر که نظام حقوقی، اعتبار خود را از آن کسب می‌کند را 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 ولی وجود هنجار پایه نیز وجود نظام حقوقی را حکم می‌کند و این یک دور باطل است که رهایی از آن دشوار است.

## ماهیت قانون

اگر از روی جدل، فرضیه «هنجار پایه» را بپذیریم، در این صورت «وجود» این هنجار به کارایی نظام حقوقی که از آن هنجار ناشی شده است وابسته خواهد بود و این بدان معناست که نظام حقوقی تنها در صورتی معتبر است که کارآمد باشد. بر این مبنا، ماهیت قانون، ماهیتی دوگانه خواهد بود: قانون صرفاً معتبر نیست و

۱. فیرالی، الفکر القانوني، ص ۷۰.



صرفاً کارآمد نیست، بلکه قانون در همان حال که معتبر است کارآمد نیز هست. بنابراین کلسن زمانی که قانون را از جهت ایجاد آن و نیز از جهت اعمال و اجرای آن معرفی می‌کند، درواقع تعریفی دوگانه از قانون ارائه می‌دهد.

انتخاب «هنجار پایه» به معنای تعریف قانون از جهت نحوه ایجاد آن است، ولی این انتخاب منوط به کارآیی نظام حقوقی‌ای است که این نظام حقوقی نیز با آن هنجار پایه اعتبار می‌یابد و این یعنی تعریف قانون از جهت اعمال و اجرای آن.

اما آنچه قصد داریم روشن سازیم این است که آیا قانون همان است که قانونگذار آن را وضع می‌کند؟ یا قانون همان است که اعمال و اجرا می‌شود؟ کلسن به این سؤال پاسخ می‌دهد که قانون همان قانون وضع شده و همان قانونی است که در عمل اجرا می‌شود. او با این پاسخ میان اعتبار قانون و کارآیی آن خلط می‌کند در حالی که اعتبار و کارآیی دو امر کاملاً جدا و مختلفند.

به محض اینکه تشکیلات خاصی مطابق با اقدامات معینی که از قبل [در قانون اساسی] مشخص شده است اقدام به وضع قاعده حقوقی کردند آن قاعده حقوقی معتبر بوده و در نتیجه جزئی از قوانین موضوعه یا نظام حقوقی به حساب خواهد آمد. اعتبار قاعده حقوقی (یعنی جزئی از قوانین موضوعه بودن آن) منوط به کارآیی آن (یعنی اجرا و اعمال آن) نیست. چنانچه به قانونی رأی داده شود و مطابق روال و اقدامات مشخص و معین منتشر شود، این قانون معتبر است، بدون در نظر گرفتن این که اجرا شده است یا خیر.

به‌عنوان مثال، قانونی که در سال ۱۹۱۰ در مورد بازنشستگی کارگران در فرانسه وضع شد و اجرا هم نشد، جزئی از قوانین موضوعه فرانسه محسوب می‌شود یعنی

علی‌رغم این‌که به اجرا درنیامد ولی معتبر است و دارای ارزش قانونی است. اما کارآیی عبارت است از: توانایی حاکمانی که قدرت را در دست دارند برای الزام و اجبار کسانی که تحت سلطه آنها قرار دارند برای اطاعت از اوامر ایشان. پس کارآیی، شاخصه حکومت و قدرت است و حال آنکه اعتبار، شاخصه قانون است. از آنجا که قدرت و حکومت (قدرت الزام و اجبار) پدیده‌ای عملی و واقعی‌اند، لذا در عرصه «هست‌ها» قرار دارند و از آنجا که قانون، پدیده‌ای هنجاری است در عرصه «بایدها» قرار دارد.

بله، میان کارآیی و اعتبار رابطه وجود دارد. به این معنا که کارآیی، شاخصه کسی است که قدرت الزام و اجبار را در دست دارد و در نتیجه می‌تواند از طریق مجازات، ضمانت اجرایی برای قاعده حقوقی باشد.

اما این بدان معنا نیست که کارآیی، جزئی از ماهیت قانون است، بلکه کافی است که قاعده حقوقی موضوعه، معتبر باشد. یعنی توسط تشکیلات مشخص و مطابق قواعد و روای که پیش از به وجود آمدن قاعده حقوقی نیز وجود داشته است وضع شده باشد.

اگر بگوییم قانون باید معتبر و کارآمد باشد یا اینکه کارآیی را شرط اعتبار بدانیم درواقع «هست» را در عالم حقوق وارد کرده‌ایم که از دیدگاه کلسن این عالم فقط عالم «باید» است. در نتیجه تفکیک میان «هست» و «باید» از بین می‌رود.

ازجمله اصول مسلم نظریه ناب حقوق، تفکیک میان عالم واقعیت‌ها و عالم حقوق است، یعنی میان عالم «هست» و «باید» و دلیل آن تفکیک نیز این است که منطق خاصی بر هر یک از این دو عالم حاکم است. اصل علیت بر عالم طبیعت یا عالم «هست» حاکم است و در نتیجه این عالم تابع قوانین طبیعی است، اما اصل انتساب بر عالم



اجتماع یا عالم «باید» حاکم است و در نتیجه این عالم تابع قواعد حقوقی است. اما زمانی که کلسن، اعتبار قانون را مشروط به کارآیی آن (یعنی اجرای آن در عمل) می‌داند، در واقع چنین بیان می‌کند که قانون مادامی که کارآمد نباشد معتبر نیز نخواهد بود و این بدان معناست که واقعیت‌ها هنجار پایه را (که اعتبار نظام حقوقی بدان وابسته است) مقرر می‌کنند. بر این اساس، هنجار پایه، نتیجه واقعیت‌ها خواهد بود. یعنی این «هست» است که هنجار پایه را مقرر می‌دارد، لذا اعتبار، منوط به کارآیی خواهد بود. یعنی «باید» منوط به «هست» است و در نتیجه اینکه تفکیک میان دو عالم منتفی خواهد بود.

مادامی که کلسن، برای قانون، ویژگی اعتبار و کارآیی قائل است نمی‌تواند از حضور «هست» در عالم «باید» جلوگیری کند. لذا در این صورت قانون، قانونی نخواهد بود که مطابق قواعد معینی وضع شده است (به‌گونه‌ای که قواعد حقوقی با همدیگر مرتبط بوده و یکی دیگری را به وجود می‌آورند) بلکه قانون، قانونی خواهد بود که با واقعیت‌ها مطابق است. یعنی قانونی که افراد در رفتارهای خود به آن اعتماد داشته و آن را مدنظر قرار می‌دهند. به همین دلیل بود که گفتیم، کارآیی، لازمه اعتبار است. وجود یک نظام حقوقی جامع است که «وجود» هنجار پایه‌ای که به این نظام اعتبار بخشد را الزامی می‌کند. بر این اساس به این نتیجه خواهیم رسید که: هرآنچه که کارآمد است ضرورتاً معتبر نیز خواهد بود و این کارآمدی است که اعتبار را مشخص می‌کند و اگر چنین باشد تفکیک میان «هست» و «باید» از بین می‌رود و این امر باعث می‌شود یکی از اصول مهمی که نظریه ناب حقوق براساس آن بنا شده است، نقض شود.

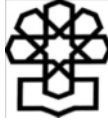
## نتیجه‌گیری

نظریه ناب حقوق بر فرضیه هنجار پایه استوار است. هنجارها هر کدام اعتبار خود را از هنجاری بالاتر می‌گیرند تا اینکه به هنجار پایه می‌رسد. این هنجار فرضیه‌ای است که آن را اعتباربخشی به نظام حقوقی ایجاب کرده است. یکی از ایرادات اساسی این نظریه، اتکای آن به فرضیه‌ای است که وجود ندارد.

کارآیی و ویژگی دیگر هنجار حقوقی در نظریه ناب حقوقی است. از دیدگاه کلسن، قانون همان قانون وضع شده و همان قانونی است که در عمل اجرا می‌شود. با این تعبیر، کلسن میان اعتبار قانون و کارآیی آن خلط می‌کند، درحالی که اعتبار و کارآیی دو امر کاملاً جدا و متفاوتند. اعتبار قاعده حقوقی منوط به کارآیی آن نیست. چنانچه قانونی تصویب شود و منتشر شود این قانون معتبر است بدون در نظر گرفتن اینکه اجرا شده است یا خیر. البته نمی‌توان رابطه میان کارآیی و اعتبار را انکار کرد اما این بدان معنا نیست که کارآیی، جزئی از ماهیت قانون است. اگر کارآیی، شرط اعتبار به حساب آید درواقع هست در عالم حقوق وارد شده است و حال آنکه از دیدگاه کلسن، این عالم، عالم باید است. در نتیجه تفکیک میان «هست» و «باید» از میان می‌رود و این خود نقض یکی از اصول مسلم نظریه ناب حقوق است. یعنی «تفکیک میان عالم واقعیت و عالم حقوق» به معنای تناقض ذاتی این نظریه است.

## منابع و مأخذ

– منذر الشاوی، فلسفه القانون، دارالثقافه، ۱۴۳۰ هـ.ق.



مرکز پژوهش‌ها  
مجلس شورای اسلامی

شماره مسلسل: ۱۳۹۲۱

شناسنامه گزارش

عنوان گزارش: مبنای وضعی بودن قانون (۲) (نقد نظریه ناب حقوق)

نام دفتر: مطالعات بنیادین حکومتی (گروه بنیادین حکومتی)

تهیه و تدوین: محسن داوری

ناظر علمی: سیدیونس ادیانی

متقاضی: ریاست مرکز

ویراستار ادبی: قاسم میرخانی

واژه‌های کلیدی:

۱. قانون

۲. ماهیت قانون

۳. پوزیتیویسم حقوقی

۴. هنجارگرایی حقوقی



تاریخ انتشار: ۱۳۹۳/۷/۱۵