



حقوق و اخلاق در آراء جان آستین، کلسن، هارت و کانت: در جستجوی نظام حقوقی کارآمد

محمد صادقی*
مهديه صانعی**

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۵/۵/۴

تاریخ دریافت مقاله: ۹۴/۱۲/۲۱

چکیده

مطالبات و خواسته های اجتماعی روز به روز متنوع تر می شوند، این تنوع با "ایستایی" قانون و "اطلاق" اخلاق مواجه است و سوالات مکرری از نوع آنالیتیک (متافیزیک) و هنجاری در حوزه حقوق و اخلاق به همراه دارد. این خواسته ها و مطالبات اجتماعی، مقبولیت یک نظام حقوقی را با کارایی هنجاری آن گره می زند. براین اساس، این ضرورت آشکار میگردد که حمایت از "حق های قانونی" و "اخلاقی" در ضمیر ماهیت ارتباط و یا استقلال حقوق و اخلاق یا نقش حداقلی و حداکثری آنان در همناوی با خواسته های شهروندان، نیازمند به واکاوی است. این پژوهش به نقد و تحلیل اندیشه های جان آستین، کلسن، هارت و کانت در لوای "فرمان حاکم" جان آستین، تحلیل "روش شناسی خاص" کلسن، "تز جدایی حقوق و اخلاق" و تحلیل "مفهومی و زبانی" هارت و استثنای پذیر "باید های" اخلاقی کانت خواهد پرداخت. با این هدف که از ابهامات فهم های موجود در همزیستی حقوق و اخلاق جهت یک نظام کارآمد پرده برداری نماید و امکان آن را تقویت نماید.

کلید واژه ها

حق های اخلاقی، حق های قانونی، حقوق فطری، پوزیتیویست، تحلیل زبانی، فرمان حاکم.

* استادیار پژوهشکده مطالعاتی و تحقیقاتی هرمز - دانشگاه هرمزگان (نویسنده مسئول)

mo.sadeghi@hormozghan.ac.ir

** دانشجوی دوره دکتری تخصصی حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

مقدمه

بین مدافعان حقوق فطری که اعتقاد دارند، حقوق ساخته بشر، می‌بایست هماهنگ با اصول اساسی حقوق فطری باشد و اعتبار آن با اخلاق سنجیده شود و مدافعان پوزیتیویست حقوقی^۱ (Hardin, 2010, p967) در اینکه ارزش های اخلاقی عنصر حقوق، اثباتی و عینی باشند تردید دارند، بحث‌ها و سوال‌های آنالیتیک^۲ (متافیزیک) و هنجاری فراوانی وجود دارد (Dworkin, 1977, p 21) از قبیل، میزان دخالت، میزان استقلال و انفکاک حقوق و اخلاق^۳.
منازعه و مباحثه میان مدافعان حقوق فطری و مدافعان پوزیتیویست حقوقی گاهی تا بدان جا بسط می‌یابد که ادعا می‌شود، حقوق به تنهایی مکانیزم مطلوبی است زیرا با اعمال و تکیه بر فرمالیسم قانونی می‌تواند نتایج اخلاقی را به زور تحصیل نماید.^۴ (White, 1996, p235) در تقابل با این ادعا، مدافعه دیگری، پرتوافکنی می‌نماید؛ بدین شرح که خواسته‌های اخلاقی دارای خصیصه ای اجتماعی هستند و از قاعده اطلاق و استثناپذیری اخلاقی برخوردارند و بدون قرارگرفتن در فرم^۵ بایدهای^۶ قانونی بایستی مراعات شوند. (Rice Right, 2005, p261-262) ادعا می‌کنند که الزامات مقنن، تا آنجا واجد پاسخ و احترام هستند که مطالبات اخلاقی اجتماعی را نقض نمی‌کند (Encyclopedia of Law & Society, 2007, p4).

^۱ (از قبیل اچ‌ای.آ. هارت (۱۹۸۵) لون فولر (۱۹۶۹) لرد دولین (۱۹۵۹) و ریچارد پاسنز، -رونالد دورکین جان آستین، هانس کلسن)

^۲ دورکین تلاش می‌کند تا مباحثه در مورد ماهیت حقوق را از مباحثه در مورد قواعد به یکی از حقوق و اصول تبدیل کند. جدایی صریح و محض بین حقوق و اخلاق وجود ندارد، اصول قانونی وجود دارند که وسیله حمل اصول اخلاقی به اتاق دادگاه هستند).

^۳ سوالاتی از قبیل اینکه آیا حقوق محتوایی اخلاقی دارد؟ آیا در جهت پاسخ به مطالبات اجتماعی حقوق، می‌تواند یا ضروری است که به فرمان اجتماعی در لوای ملاحظات اخلاقی پاسخ دهد یا خیر؟ این مداخله یا انسجام و واحد شدن یا انفکاک حقوق و اخلاق تا چه میزان کارایی در پاسخ به مطالبات اجتماعی به همراه دارد؟ آیا مفهوم حقوق اثباتی بایستی دارای ارزش های اخلاقی باشد؟ و آیا بایستی قانون تلاقی حقوق و اخلاق باشد یا خیر؟ یا مدافعان حقوق فطری (Natural Law) معتقدند که همه حقوق ساخته بشری (Human Made Law) بایستی هماهنگ با اصول اساسی حقوق فطری باشند (اگوستین). و بایستی هر فرمان حقوقی که اخلاقاً قابل قبول است هماهنگ با حقوق فطری باشد.

^۴ این ایده با محدودیت‌هایی مواجه است اما مطالبات اجتماعی که جنبه اخلاقی دارند و در ضمیر خود هم ماهیت سود و زیانی دارند مانند پورنوگرافی آیا بایستی موضوع قرار گیرند و آیا فایده‌گرایی، عین اخلاقی بودن یک مطالبه است و بایستی مورد الزام یا اطاعت قرار گیرد؟ بریگیتا وایت، می‌گوید آیا جایی برای اخلاق در حقوق هست؟ یک کاریکاتور از پوزیتیویسم قانونی این است که آن به سوالات اخلاقی مربوط نیست. اگر چه، مک کور میک اعلام می‌کند این اصرار بر جدایی حقوق از اخلاق می‌باشد و تضمین می‌کند که به حقوق زمینه اخلاقی خودکار نداده است اما در معرض مذاقه و تحقیق هوشیار است. نزاع بر سر اخلاق و قانون ممکن است منجر به مشروعیت غیر انتقادی از دستور قانونی شوند.

^۵ در حالیکه این متد (روش) نمی‌تواند افراد را وادار نماید که به واسطه خود نتایج سودمند برانگیخته شوند. همانگونه که گروهی از پوزیتیویست‌ها حقوق را قاعده اجباری صرف می‌دانند.

اما امروزه پویایی، تنوع و سرعت خواسته‌ها ما را به مباحثه‌ای نو در باب جستجوی نظام حقوقی کارآمد^۱ (Hardin، 2010، p76) برای پاسخ به مطالبات اجتماعی وا می‌دارد که چگونه ممکن است این تنوع خواسته‌های اجتماعی را در جایی که قانونی هستند اما اخلاقی نیستند و بالعکس، در یک نظام حقوقی حفظ نمود؟^۲

(White 1996، Robert C. and Lucille M. Pontep 236 ، Andrew s. Gold p1873 p214-217)
آیا آنچه در آراء جان آستین، کلسن، هارت و کانت وجود دارد به وحدت حقوق و اخلاق می‌انجامد؟ و فاقد ماهیت نهانی است؟ و پرده برداری از ماهیت آراء آنان ضرورت همزیستی حقوق و اخلاق را می‌تواند رقم زند؟ این سوال ها ما را هدایت به واکاوی در نظریات و آرای جان آستین، کلسن، هارت و کانت می‌نماید تا با نقد و بررسی و تحلیل از ماهیت نهانی آنان پرده برداری نماییم و در جهت ترسیم یک نظام حقوقی کارآمد و اثربخش در حوزه حقوق و اخلاق متناسب باحوزه سوال گام برداریم.

واکاوی رابطه حقوق و اخلاق در فرمان قانون جان آستین و هانس کلسن

جان آستین به عنوان یکی از تاثیرگذاران در سه دهه قرن نوزدهم در انگلستان بود. هرچند در دوران حیاتش تا بدین حد چالش برانگیز نبود، اما کتاب کامل شده وی، در سال ۱۸۳۲ تحت عنوان *The Province of Jurisprudence Determined* بنیان های مطالعه فلسفه حقوقی را در انگلستان بنا نهاد.^۳ (Rumble، 1981، p989)
جان آستین، باور داشت که حقوق عینی، حقوق است و آن شبه فرمان یک فرد مسلح است و تاکید داشت

(در قرن بیستم، کارآمدی در حقوق، بیشتر در سطح میان اعمال یا انتخاب های خاص وقواعد قانونی و قانون ها می باشد).
یا پرشش های دیگری از جنس کارایی مطرح میگردد به عنوان نمونه در خصوص کارایی آموزش اخلاقی اکادمیک به قضات، پازنز بین اصلاح یک سیستم حقوقی و یک تصمیم قضایی تفکیک قایل می شود. او معتقد است حقوق فاقد کارایی لازم جهت قرار گرفتن پایه اخلاقیون اکادمیک است زیرا هرچند ممکن است در مواردی خاص دارای کارایی لازم باشد، اما برای تمام یک سیستم حقوقی دشوار است، که بتواند بدین شیوه تمام مفاهیم مستتر در پدیده را بیاموزد. پازنز اعتقادی به موفقیت ای اخلاقیون اکادمیک نداشت و معتقد بود اقتصاد با سودگرایی اخلاقی می تواند این نتیجه را ایجاد نماید. پازنز بر تاجر آن در درک بهتر در یک موضوع خاص تاکید دارد.

^۲ سوال فرعی نیز از این شناسایی و ارتباط حقوق و اخلاق خلق میگردد آیا در اینکه حق های اخلاقی باید موضوع حقوق باشند تا چه اندازه حقوق بایستی توجه لازمه را اعمال نماید در توجیهای اخلاقی بودن و فایده گرایی این توجه چگونه توجیه می-شود.

^۳ گروهی معتقدند که به میزانی که آستین بر نظام حقوقی انگلستان تاثیر گذاشته است ریالیست ها این تاثیر را نداشته اند که این خود قابلیت بحث مفصل با توجه به رویکرد ریالیست ها را دارد زیرا جان آستین جهت یابی فکری اش با آنان کاملا متفاوت بود و هابز و لاک را حمایت می نمود. آستین به نوعی وفادار به یک اقتصاد سیاسی مالتویسیم بود و ریالیست های حقوقی دنیا را از منظرهای مختلف مورد مطالعه قرار می دادند.

که از یک دارنده قدرت مرکزی و مطلق صادر می‌شود که متابعت از آن بر همه واجب است. این نگرش جان آستین سبب می‌شود ما با این پرسش مواجه گردیم که آیا در صورتی که حقوق، اصل آن با شیوه‌های وضع قانون و تفسیر آن مطابقت داشته باشد دارای مصداق کارایی است؟ و آیا ملاحظه و سنجش آن با ضرورت‌های اخلاقی لازم است؟ و در این گذار آیا وظیفه‌گرایی به معنای کارایی است؟ و اینکه آیا تابعان آن بایستی به وجه الزامی آن احترام نهند و بپذیرند که حقوق و تابعان آن بر قاعده اجبار و عادت هستند؟^۲ (White، 1996، p236)

نتیجه اینکه، پاسخ به سوالات فوق مثبت است و مذاقه در اندیشه‌های **وظیفه و تابع** وی، ما را به این سمت رهنمون می‌نماید که در ساختار توصیفی حقوق رکن "شناسایی اخلاقی" غایب است (هرچند ضروری است، اضافه شود که سودگرایی اخلاقی رانیزبه عنوان پایه‌های حقوق خوب می‌داند) و حقوق وجهه استقلالی و منفرد دارد و بر این اساس، نیازمند تجمیع الزامی با اخلاق نیست و کارایی با اجرای وظیفه متولد می‌شود. این بی‌اعتنایی به گذاره‌های اخلاقی بودن حقوق خودکامگی و مصون از خود محدود سازی (مصونیت مطلق واضح) را در پی خواهد داشت، درحالی که برای پاسخ به مطالبات اجتماعی، برابری مقنن و شهروندان در جهت نیل به کارایی ضروری است (همان چیزی که کارائی و فایده‌گرایی را بعضاً "تحلیل هنجاری و اخلاقی می‌کند).^۴

در این میان از پوزیتیویست تاثیرگذار دیگری بنام هانس کلسن می‌توان نام برد. کلسن تئوری خود را از حقوق فطری سنتی و پوزیتیویسم حقوقی سنتی جدا نمود و تئوری خود را به عنوان تئوری میانی **Middle Way** مطرح نمود. او در " شیوه میانی"، اخلاق را بر جدایی از حقوق بنا نهاد. به دیگر سخن جدایی حقوق از اخلاق را با جدایی حقوق از حقیقت ترکیب نمود و ارکان و اسباب خارجی را در مطالعه حقوق دخیل ندانست. او مطالعه مستقل حقوق را از سایر علوم پیشنهاد می‌کند و اعتقاد دارد چون حقوق علم مستقلی است پس روش مطالعه مستقلی را دارد. (Langford and Ian Bryan، 2013، P72 Janzen, 1973 p205, Jelić 2001, p560 570)

اما در نظریه ناب حقوقی خود (The Pure Theory of Law) از فردیت حقوق گذر نموده و حقوق را صرفاً "مجموعه قوانین و فرامین حاکم نمی‌داند و ریشه آن را در هنجارهای بنیادین جستجو می‌نماید (Janzen، 1937، p205) و در این گذار، تأیید هر هنجار را با هنجار پیشین خود، توصیف و تأیید

^۱ حقوق مجموعه‌ای از قواعد خشن هست که از ناحیه حاکم صادر می‌گردد و دارای اوصاف اجباری الزامی و حاکمی است.
^۲ (کلسن: کارآمدی شریعی از اعتبار است اما نه دلیل اعتبار. یک هنجار قانونی، قبل از آنکه کارآمد و موثر باشد، معتبر است. اما اعتبار مستمر آن به موثر بودن و کارایی سیستم قانونی در کل بستگی دارد.)
^۳ اندیشه‌های اقتصادی و علمی امروز از ریخاد پاستر اقتصاد دان یا پدر حقوق اقتصادی تا جان راولز - فلسفه سیاسی،
^۴ امروزه کشورها بسمت خود محدود سازی، طی مسیر می‌نمایند، مانند قانون اساسی امریکا، که قانونگذار نیز جز تابعان است و محدود است و واضح با شهروندان عادی برابری دارند.

می‌نماید (White، 1996، p235) و به "اصل وفای به عهد" به عنوان هنجار بنیادین توجه دارد می‌توان گفت، تئوری ناب حقوقی هانس کلسن یک نوع به تصویر کشیدن "استدلال متعالی" کانت بر "شناخت قانون" را در بر دارد و یک نوع کانت گرای جدید Neo-Kantian است که فرض می‌کند شناخت نسبت به گزاره های قانون از قبل وجود دارد. (Scheuerman، 2012، p453-456)

چنین به نظر می‌رسد که در نظام حقوقی هانس کلسن نسبت به قواعد اولیه (قواعدی که بی‌درنگ به ذهن خطور و شهروندان را هدایت می‌کنند، قواعدی که تکلیف تحمیل می‌نمایند) و هنجارهای بنیادین مجالی برای قواعد ثانویه (قواعدی که به قواعد اولیه اعتبار می‌بخشد) نمی‌بیند و قواعد ثانویه را در ترکیب قرار نمی‌دهد. قواعد اولیه را از قواعد ثانویه جدا می‌داند. این نوع نگرش صرفاً به منبع مشروعیت توجه دارد^۱ و در تاسیس نظام حقوقی خود امکان ابطال یا تعدیل یا کنترل قواعد اولیه را با خروج "هنجار بنیادین" خود از حوزه و دایره قواعد ثانویه سلب نموده است، علیرغم پذیرش و تکیه بر هنجارهای رفتاری (هنجار بنیادین) به عنوان منبع مشروع (هنجارهای عادی) این محدودیت در ابطال یا تعدیل کنترل قواعد اولیه سبب گردیده است، که نقش حداقلی اخلاق در قواعد اولیه حقوق برای جذب و دفع و اصلاح قواعد غایب گردد. (Kalyvas، 2007، p580)

مضافاً کلسن و مدافعان آن به انفکاک و شناسائی رابطه قواعد اولیه و ثانویه توجه ننموده‌اند. آنان مقصر بودن قواعد اولیه و حتی معیارهای آن را نیز چندان مورد توجه قرار نداده‌اند. آنان تأکید مضاعف بر الزام و متابعت از حقوق به مفهوم قانون دارند (Udeh Right، 2014، p35). در نتیجه، چنین نگرشی در نظام حقوقی، سبب می‌گردد که بین حقوق و اخلاق و قواعد اجتماعی، فاصله حادث گردد و در این دامنه و حوزه اخلاق و حق‌های اخلاقی فاقد موضع کار و اثر بخش شوند. این نوع استقلال به مثابه همان امضا در وقت تعیین شده است (Signature at Time) که آزادی و مشارکت ما را می‌بلعد. (Raz، 1979، p 210-220) به قول الین گودمن (Ellen Goodman،) حق تصمیم‌گیری، حق اصلی و مرکزی، آزادی یک فرد است. این واقعا "لحظه وحشتناک و سختی است که دولت، قانونگذار، و یک رییس‌جمهور دارای حق پایان دادن به اخلاق و ارتباط فامیلی و پزشکی است. بله، این همان لحظه ای است که ما آزادیمان را با یک امضا" به موقع از دست می‌دهیم (Goodman، 2003، p26). مضافاً در این جا "حق انجام خطا" زمانی که قرارداد اجتماعی دارای توازن لازم نیست یا قاعده مقبولیت آن از حیث انصافی مواجه با سوال می‌گردد تا حدودی واجد اشکال است (Waldron، 1993، p65) زیرا تأیید حق بوسیله یک قاعده و بالعکس ضروری است و این تأیید مستلزم این اعتقاد است که حفظ حق من با

^۱ کلسن بیان می‌کند که اعتبار یک هنجار ضرورتاً توصیفی از آنچه می‌باید باشد از هیچ هست از واقعت بیرون از حقوق ناشی نشده است. آن از موضوع باید دیگری که پشت آن قرار گرفته است ناشی شده است. یک هنجار در جستجوی این است که چگونه می‌بایست عمل کند اما مربوط نیست به اینکه چگونه مردم در عمل رفتار می‌کنند یا چرا مردم همانگونه که کار می‌دهند، رفتار می‌کنند (||

دیگری است و بالعکس و الا الزام قانون شاید در دورانی که کارایی آن را داوری می کنیم با نارسایی مواجه شود و نیازمند "درونی نمودن باور" با مکانیزم اخلاق است. (Eleftheriadis، 2007، p3)

حقوق و اخلاق و مطالبات از نظامهای حقوقی در آینه قاعده شناسایی هارت

اچ. ال. ای. هارت پوزیتیویست دیگری است که پس از جنگ جهانی دوم در امریکا و انگلستان فلسفه سیاسی و حقوق را در قالب توصیف صوری جدید از مفهوم حقوق آغاز نمود و فلسفه حقوق را حیات بخشید. هارت نیز به عنوان فیلسوف انتقادی اخلاق شناخته می شود. نظام حقوقی هارت را می توان در دو بخش و فرم تبیین و تفسیر نمود (۱) نگرشی کلی و مضیق از نظام حقوقی هارت و (۲) برداشت موسع و کارآمد از نظام حقوقی هارت

۱- نگرشی مضیق از نظام حقوقی هارت

در این بخش قبل از ارایه تصویر مضیق از نظام حقوقی پوزیتیویست هارت، بدواً به کلیات نگرش پوزیتیویستی هارت خواهیم پرداخت و سپس نگرشی مضیق از نظام حقوقی هارت در ضمیر آن ارایه خواهیم داد. نگرش پوزیتیویستی هارت، علیرغم آنکه به دنیای توصیفی حقوق توجه داشته و از دریچه؛ "حقوق چیست؟" به موضوع نگریسته است، اما حقوق را مجموعه ای از قواعد اجباری نمی داند و حتی آن را نوع خاصی از نظام اجباری معرفی می نماید. وی متفاوت با نظریات آستین و کلسن، در ساختار نگرشی خویش تعمق بر شروط مفهومی حقوق را بیشتر نموده است و به جنبه درونی حقوق نیز تاکید دارد و تمایل به رسیدن به عدالت از طریق اثباتی به حقوق و امور دارد.

می توان گفت پوزیتیویست هارت، عیان می نماید که جامعه بشری از برخی مشخصه‌های عام برخوردار است و محتوای تمام نظامهای حقوقی بر اساس نیاز جوامع با سازگار شدن ترسیم و هماهنگ می شوند. هارت، حقوق را دارای قابلیت حاکمیت بوسیله قاعده می داند و مانند یک نهاد اجتماعی سیاسی که با همه پیچیدگی هایش تحت حاکمیت قاعده است بدان می نگرند. بر همین اساس، وی حقوق یا قانون را حاصل اتحاد و تجمیع قواعد اولیه (قواعدی که تکلیف تحمیل می نمایند)^۱ و قواعد ثانویه (قواعدی که به قواعد اولیه اعتبار می بخشد) می داند.^۲ برای هر نظام حقوقی یک قاعده ای مطالبه می کند که هر قاعده حقوقی با داشتن آن می تواند دارای اعتبار باشد که آن را "قاعده شناسایی" می نامد. اما درباب

^۱ "Duty Imposing Rules" قواعدی معین بر شهروندان وضع می کنند تا بر اساس شیوه معینی عمل کنند یا از عملی

مانند محدودیت ثروت محروم شوند.

^۲ قواعد ثانویه در هر جامعه ای ضروری هستند بایستی یک سازنده ای باشد که کشف نماید قواعد اولیه چه هستند و چگونه می توانند نقض و بهبود و اصلاح شوند مانند اصلاحات قانون اساسی امریکا. و قواعد ثانویه مشروعیت یا عدم مشروعیت قواعد اولیه را تعیین میکند. با ورود جامعه به دوران تحولات و پیچیدگی جامعه معیارهای شناسایی قواعد اولیه نیز وارد

ارتباط حقوق و اخلاق و اعتبار یک هنجار، عدم نیاز به بهره برداری از اوصاف اخلاقی را مطرح می کند. ذکر این نکته مهم است که هارت در کلیت تفکر متافیزیکی تردید دارد و معتقد است که نظریاتش توصیفی است و کلیت دارد. در باب فهم حقوق به درک عمیق از واژگان و رویکرد "تحلیل زبانی" توجه دارد و عدم رابطه ضروری حقوق و اخلاق را توصیف می کند. اینگونه می توان استدلال نمود هارت با تصویری که ارائه می دهد، حقوق را نیز به مثابه یک نهاد اجتماعی سیاسی توصیف می کند، که تحلیل زبانی می تواند ما را به فهم ماهیت این نهاد ها رهنمون نماید و ضرورتی به مداخله اخلاق در باب تبیین ذات حقوق به عنوان یک نهاد نیست.

خلاصه آنکه: ساخت نهاد حقوقی، تابع تحلیل زبانی است و این ساخت نهاد اجتماعی یک نظریه عمومی درباره قانون است که تلاش می نماید تصور مردم را از قانون در زبانی که می اندیشیم یا سخن می گویم نشان دهد.^۱ (Payandeh, 2011, p 967) این نوع تفکیک، این پرسش را ایجاد می کند که چه عاملی، تاکید بر اعتماد به "تحلیل زبانی" راپشتیبانی می نماید تا پذیرفته شود که فهم قانون با تحلیل زبانی و قاعده شناسایی دارای کارایی است؛ این نوع ساختار سبب می گردد به ذات شناسی پدیده های حقوقی نپردازد و به روش تفکر مفهومی در شناخت حقوق استقلال دهد درحالیکه تحلیل یا روش زبانی مفهومی "نامتعادل" است زیرا برداشت های مردمی صرف از مفهوم قانون ما را به ماهیت واقعی ذات قانون رهنمون نمی کند. (Green, 2008, p1039) می توان گفت که رویکرد اثباتی نمی تواند، ذات شناسی پدیده های حقوقی که با اخلاق در (طبیعت خود) در ارتباط هستند را نفی نماید، همانگونه که شاپیرو می گوید یافتن طبیعت حقوق مستلزم کشف "اوصاف ذاتی" آن است یعنی اوصافی که حقوق نمی تواند نداشته باشد.^۲ در جستجوی طبیعت اساسی حقوق، می خواهیم اوصافی را جمع کنیم که آنچه مصادیق حقوق هستند را می سازند و گرد هم می آورد، در آب H₂O عاملی است که سبب میشود آب، آب باشد. بر همین اساس، در حقوق برای پاسخ حقوق چیست، بایستی تمام آنچه باعث می شوند؛ مصادیق حقوقی؛ حقوق باشند گردآوری کنیم؛ نتیجه اینکه تحلیل زبانی حقوق کافی و وافی جهت رسیدن به یک نظام پویا و کارآمد نیست که بتوان به وسیله آن همزیستی بین حق های اخلاقی و قانونی را حفظ نمود.

۲- برداشت موسع و کارآمد از نظام حقوقی هارت

برخلاف ادعای فوق می توان مغایر آن را نیز در گفتمان هارت یافت که ایشان جدایی اخلاق و توجهات

پیچیدگی شد. معیارهای متعددی وجود دارد از قبیل عرف های عمومی، رویه قضایی در پرونده های خاص سابق که در بسیاری مواقع ممکن است این معیار ساختار سلسله مراتبی داشته باشد مانند قانون ممکن است بر عرف مقدم باشد.

^۱ هارت نیز حقوق بین الملل را یک سیستم حقوقی نمیداند.

^۲ همچنانکه جان فینیس میگوید این بعد نظریه هارت که نظامهای حقوقی از واقعیات مختلفی درباره رفتار و گرایش های (ذهنی) مقامات رسمی تشکیل میشوند و نظریه پرداز حقوقی موظف هستند این الگوها را توصیف نمایند. اما بایستی این دیدگاه جان فینیس که قوانین خوب با حقوق تست میشوند مورد ملاحظه قرار داد.

عملی حقوق را از هم جدا نمی کند.¹ (Green، 2008، p1039) یا این برداشت که تز جدایی حقوق و اخلاق هارت هرگونه ارتباط را نفی می کند نمی تواند صحیح باشد. (Hart، 1957، p597) به عنوان نمونه در رد ادعای جدایی حقوق و اخلاق از دیدگاه هارت می توان به دیدگاه لون فولر توجه نمود که اشاره دارد "حقوق به صورت بارز باید اخلاق را سرلوحه خود قرار دهد" و اگر مراد هارت جدایی اخلاق و حقوق بود، چرا اعلام داشته است که اخلاق بهترین است جهت تدوین، و آن مفهوم وسیعی از قانون است. (Green، p1039)

همانگونه که فولر (Fuller، 1957، p633) اذعان می کند پوزیتیویست ها در پی جستجوی فهم حقوق طبیعی هستند و بر این باورند که تغییر جهان با تغییر فلسفه میسر است و حقوقدانان و قضات برای تقویت جامعه بایستی به کارکردهای فلسفه حقوق روی بیاورند تا بتوانند وفاداری به حقوق حفظ شود. ضمن آنکه جهت کارایی اقتصادی از حقوق الهی و اخلاق خواسته می شود که به قضات که دارای تجربه اقتصادی هستند این آرامش را بدهد که درجاییکه در محدودیت حاکمیت رای قاعده دادگاه عالی هستند مشکل را "رد" نکنند بلکه با استنباط از حقوق اخلاقی با آن "معامله" نمایند. (Fuller، 1957، p634)

واکاوی پوزیتیویست هارت ما را به این رهنمون می نماید که این انفکاک مطلق را نمی توان در نظریه کلی و توصیفی هارت یافت و با این فرض نمی شود، حکم به جدایی را مطلق تصور نمود. هارت علاقمند به همه نوع ارتباط بین حقوق و اخلاق بوده است (زیرا بدیهی است، که اخلاق "نظم دهنده ایده ها برای حقوق است و حقوق بایستی همگام با این ایده ها باشد") (Fuller، 1957، p634) شاید این ضروری است مورد توجه قرارگیرد که مراد از ارتباط یک مفهوم و منطق ریاضی وار و تکنیکی نیست بلکه هر نوع ارتباط را در بر می گیرد زیرا مفهومی طبیعی و نامتغیر نیست بلکه مفهومی است جمعی که در بسیاری مواقع آنچنان ارتباطی دارد که این ارتباط می تواند غیر حقوقی نیز باشد. بر همین اساس فهم آن مستلزم فهم لینک ها و ارتباطات حقوق با قدرت های اجتماعی است. مضافا همانگونه که سایرین از جمله جولس کلنن² (Jules، 2001، p152) اشاره می نماید، نمی توان پوزیتیویست حقوقی را هم کالا" با شاخص های "تز" و "دکترین جدایی" اخلاقی گره زد (FuBer، 1996، p120) زیرا هارت هم در "کتاب مفهوم قانون" اشاره صریح دارد به اینکه از یک طرف انواع مختلفی ارتباط بین حقوق و اخلاق وجود دارد و از طرف دیگر الزام سودمندی بر مطالعه ارتباط حقوق و اخلاق وجود ندارد. شاید بر این اساس آنچه، این ایده و تز جدایی را تقویت می کند سخن دوم باشد.³ (Hart، 1994، P185) در حالی که، سخن دوم (...الزام سودمندی بر مطالعه ارتباط حقوق و اخلاق وجود ندارد)، تاکید بر عدم "ضرورت" یا

¹ (حقوق می بایست به طور مطلق از اخلاق جدا باشد)

² زیرا تز جدایی نامعتدل و بی معناست و فلیسوفان آن را تایید نکرده اند.

³ (انواع روابط مختلف بین حقوق و اخلاق وجود دارد و هیچ چیز مفیدی که نشانه ای از مطالعه به عنوان رابطه بین آنها باشد وجود ندارد).

سوالی از قبیل "ضروری بودن ارتباط" را مطرح می کند و نه جدایی و نفی ارتباط. (Raz، 1995، p210) درحالیکه هارت حقوق را به عنوان یک ابزار کنترل اجتماعی می داند و اعتقاد دارد که شهروندان بایستی هم فرصت و قابلیت پیروی از حقوق را داشته باشند. برای احراز باور مردم به قانون بایستی آن را از منظر درونی ارزیابی نمود. (Star، 1984، P674).

بر این اساس می توان ادعا نمود که واکاوی پوزیتیویست هارت ما را به این رهنمون می نماید که مطالبات اجتماعی متکی برحق های اخلاقی کدگذاری نشده (مصوب نشده) می توانند در نظام حقوقی دارای جایگاه (از حیث قابلیت توجه باشند) باشند زیرا این نگرش هارت به حقوق، حقوق را چنین ترسیم می نماید که حقوق در قالب نظامی از قواعد اجتماعی است که صرفا تابع قواعد اولیه و ثانویه نیست و افراد تابع این قواعد، نگرش های خاص به آن دارند و در جهت نقد هم از این قواعد استفاده می نمایند در نتیجه ممکن است قواعدی - یا حقوقی دارای اعتبار لازم باشد اما دارای کارایی لازم نباشد.^۱

خلاصه، در رویکرد هارت، قواعد اولیه قواعدی هستند که بی درنگ به عنوان نمونه هایی از قوانین به ذهن خطور می کنند و شهروندان عادی را به انجام دادن یا ندادن اعمال خاص امر و نهی می کنند. همچنین با توجه به تغییر پذیری قواعد اولیه در طول زمان برای فهم اینکه چه قواعد اولیه ای دارای اعتبار هستند و می توانند موضوع حقوق قرار گیرند اهمیت توجه به قواعد ثانویه خلق می گردد. تا قواعد ثانویه مقرر نمایند، انسان ها اختیار وضع قواعد اولیه جدید دارند، کنترل و اجرای قوانین و قواعد اولیه را رقم می زند و حتی میزان تکرار و وحدت آن را تعیین نمایند، در این رویکرد دیگر تابعان حقوق ساختار مواجه با دستورات یک فرد مسلح ندارند (جان آستین) و تغییر پذیری شکلی و محتوای حقوق در ضمیر اجتماعی بودن آن و مطالبات اجتماعی متبلور می گردد و اخلاق و کارایی و بهره وری و عدالت از فایده گرایی تا اقتصاد هنجاری و اخلاقی جان می گیرد. این رایحه تحول و خصیصه تغییرپذیری همان خواسته ای است^۲ که مطالبات اجتماعی فراهم می نماید که بعضا^۳ در فرم اعتبار نمی گنجد (اعتبار قانونی وضعی) لیکن در تقاضای اخلاقی (مطالبات اجتماعی) ضرورت شناسایی می یابند مانند احترام به قواعد دوستی. در این رویکرد نکته متمایز آن و رجحان بخش آن این است که قواعد اولیه را انسان ها می توانند خلق نمایند و اعتبار آن بر اساس معیار شناسایی حقوقی اخلاقی سنجیده می شود که این معیار خود نشأت گرفته از روابط درونی مستمر قواعد اولیه و ثانویه است.^۴ (فلذا حالت ایستائی قواعد حقوقی با مطالبات اجتماعی در تعارض است.

^۱ به عبارتی، برای "درونی شدن" آن در قاعده شناسایی با چالش اخلاقی مواجه می شود به عنوان مثال می توان سلب مالکیت زارع و غیره را برای اعمال مالکیت خصوصی نام برد. هارت اعتقاد داشت به نقش حداقلی اخلاق و حقوق طبیعی در یک سیستم حقوقی.

^۲ اینکه نظام قوانین پویاست و می تواند در طول زمان تغییر کند و تغییر می کند ویژگی ذاتی تحلیل هارت است

^۳ (فینیس، تلاش می کند تا مبنای منطقی برای اعمال اخلاقی، ایجاد کند. تز اصلی او این است که عمل قانونگذاری، عملی است که می تواند و باید با اصول اخلاقی که موضوع معقول بودن عینی هستند هدایت شود در این رابطه ر.

ک به ...)

مضافاً پذیرش حق‌های اخلاقی که ساختار وضعی در مدار قواعد اولیه نداشته‌اند به عنوان مدلول‌های عدالت که برای درونی نمودن حقوق (قاعده شناسائی یا واقعیت شناسایی) تلاش می‌کنند مبهم است. علاوه بر آن، این نتیجه را می‌توان بدست آورد که هارت علیرغم آنکه با جان آستین موافق است که حقوق متضمن قواعد اجباری است اما آن را بخشی از حقوق می‌داند و قاعده هنجاری یا هنجار ثانویه وی (جان آستین) را وسعت می‌بخشد و امکان خود محدودسازی در قانونگذاری و محتوای حقوق را تجویز می‌کند (آنچه در این رویکرد پوزیتیویستی هارت را از مابقی جدا می‌نماید و یا به عبارتی خدمت هارت به رویکرد پوزیتیویستی می‌توان عنوان نمود).^۱ همانگونه که راز در کتاب سیستم حقوقی می‌گوید، قاعده شناسائی که هارت به عنوان خدمت پوزیتیویسم ارائه می‌دهد یک واقعیت است و نه قاعده و بر این اساس خود نیز در طول زمان تغییر می‌کند (Raz، 1972، p81) و در تضاد با ورود حق‌های اخلاقی در نظام حقوقی وی نیست.

حقوق و اخلاق در دایره اطلاق حق اخلاقی کانت

توجه به مطالبات فردی و اجتماعی به عنوان حق‌های اخلاقی و عدول از اتکاء صرف به شناسایی حق و عدالت معاوضی به فرم گرفتن مطالبه در دایره ساختار وضعی قوانین^۲ بعضاً^۳ اینگونه توجیه می‌گردد که امروزه مردم حق‌های اخلاقی را در قالب فایده گرایی معنا می‌کنند و خیری جز تلاش برای حق‌های اخلاقی (قواعد اخلاقی) و مطلق گرائی و تحمیلات حقوقی نمی‌دانند. سردمداران این نگرش را می‌توان کانت (ایمانوئل) و یتزگیچ، فیلسوف انگلیسی نام برد.

کانت در این اندیشه - اخلاق را قواعدی "مطلق" می‌داند که "استثنا ناپذیرند" و هر اتفاقی رخ دهد باید پیروی نمود. این اطلاق گرایی به حق‌های اخلاقی را مدلل به براهین الهی می‌داند و با براهین عقلی آن را اثبات مینماید. (Sullivan، 1994، P60-74) از این نگرش در باب پاسخ پرسش‌های پژوهش (این حاصل ماست) نتیجه این است که نگرش کانتی به حقوق این است که در امور حقوقی درگیر "بایدها" هستیم و الزامات و بایدها ما را دچار یک رویکرد "شرطی" می‌کند و دایره متابعات ما بر محور "شرطهاست"، مثلاً اگر می‌خواهید انگلیسی حرف بزنید باید زبان انگلیسی بخوانید. (Rachals، 1993، p98) در این بایدها الزامات و متابعت رابطه لازم و ملزومی با آرزوهای شما دارد، بر همین اساس اصول صرف حقوقی نیز الزام آنان بر پایه "بایدهایی است" که بوسیله قرارداد اجتماعی حاکم و قواعد اجباری و امور مشابه تعریف می‌گردد.

بنابراین اگر کسی بخواهد می‌تواند عدول نماید اما برخلاف قواعد حقوقی، قواعد یا حق‌های اخلاقی

^۱ اما به شرحی که گذشت و ارتباط آن با مواردی از قبیل ضرورت ذات شناسی این ادعا جدایی بیشتر در نزدیکی حقوق و اخلاق و عدم ضرورت درکنار هم بودن نهفته است.

^۲ الزام آن به سبک و فرم پوزیتیویست (جان آستین) که حق باید در فرم قانون ظاهر شود.

ماهیتی پیوسته ندارد که به خواسته‌ها و آرزوهای ما گره بخورند، که اگر می‌خواهید چنان شود یا چنان نشود. بایدهای اخلاق مطلوب هستند و شرطی نیستند. در نگرش کانتی استثنایپذیری سوال است. آنان صرفنظر از خواسته‌های ما "الزام" آورند. کانتی‌ها اعتقاد دارند که بایدهای مطلق برای عقلانی‌ها هستند ولی نسبتاً "از حیث معیار اسرار آمیز و مبهم هستند. بنظر می‌رسد این نوع نگرش اطلاق مدار اعتباری وضعی وساختاری نظام حقوقی را باچالش مواجه می‌نماید و اینکه بعضاً "تحول‌پذیری و مصلحت‌اندیشی و خدمتگزاری آنرا محبوس می‌نماید و معاملات آزادی شهروندان را در جاییکه به ثالث صدمه نمی‌زند را نیز محدود می‌کند. کارایی را با اطلاق و بایدهای اخلاقی از مصلحت‌اندیشی اجتماعی که مقنن تعقیب می‌نماید بلا توجیه می‌کند. فلذا بایستی به سمت نقش حداقلی اخلاق حرکت کرد تا توازن لازم در بستر مفهوم امور آنگونه که هست و دیده می‌شوند، جان گیرد و نقش و مفهوم حداقلی به خود گیرد تا توازن نظام حقوقی (محتوائی-شکلی) وارد چالش و ناهمگون نشود و بدانگونه که رفتارها تحت هدایت دلایل و قائل شدن ارزش یکسان برای منافع کلی افرادی که متأثر از رفتار ما هستند باشند.

نتیجه

علیرغم تلاش مدافعان دو مکتب فطری و پوزیتیویسم به شرح منعکس در این پژوهش، این تمایل نظری همچنان سنگینی می‌نماید که انفکاک حقوق از اخلاق میسر نیست و ناگزیرند تسلیم ایده آشتی حقوق و اخلاق بلحاظ همگونی پیشنی و پسینی بین آنانند. این ارتباط را اینگونه می‌توان مدلل نمود: زمانی که به مفهوم حقوق از دیدگاه درونی با مشخصه‌های صوری آن توجه می‌شود هر چند انعکاس قواعد اولیه و اخلاقیات صورت می‌گیرد اما در ساختار توصیفی خصایص و شاخص‌های حقوق- باز درآمیختن حقوق در اخلاق محرز و متبلور است.

براین اساس در فرضی که حقوق و اخلاق را در جهت کارایی و پاسخگویی به مطالبات اجتماعی بنگریم در خواهیم یافت که حقوق برای رسیدن به اهداف خود و درونی نمودن محتوای خویش نیازمند آن است که "باید‌ها" را از قاعده شناسایی اخلاقی نیز بعضاً بگذرانند. در تعاقب آن با توجه به تنوع مطالبات اجتماعی و حالت پویایی مطالبات، ضروریست که حق‌های اخلاقی کد گذاری نشده توسط مجریان حقوق از زوایه فرمالیسم حقوقی نگریسته نشود زیرا مطالبات اجتماعی موضوع حق‌های اخلاقی وصف "ایستایی" قانون را نمی‌ستاید. بر همین اساس جهت همگونی با پویایی اجتماعی این همزیستی با اخلاق بایستی مورد توجه قرار گیرد.

از جهت دیگر اطلاق کانتی حق‌های اخلاقی، ممکن است تقاضای پرهزینه‌ای برای فاعل داشته باشد و مصلحت‌اندیشی مقنن و توازن محتوایی و شکلی نظام حقوقی را با چالش مواجه نماید، بنظر میرسد شمول مطلق آنکه با اعتدال‌گرایی اخلاقی باید درآمیزد و دایره اطلاق آن محدود شود (اخلاق حداقل‌گرا)،

در تحلیل و اجرای حقوق بایستی بین تجميع قاعده شناسایی (هارت) و نظامندی هنجارین بنیادین (هانس کلسن) و الزامات اخلاقی (کانت) آشتی داد. در این آشتی کارایی موضوع مطالبه افراد و اجتماع از حقوق و اخلاق می تواند از نگرش فرم گرا و فایده گرایی صرف سودمندی گذر نماید و پویایی مطالبات را با مکانیزم های پویای اخلاق پاسخ دهد به نحوی که عدالت معاوضی و حق های اخلاقی را با ایستایی فرم گرایانه قانون مواجه نگردند.

- 1- Andreas Kalyvas, "The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's Legal and Political Theory," *Philosophy and Social Criticism* 32, no. 5 (2007).
- 2- Andrew s. Gold, a moral rights theory of private law. *William and Marry Law Review* [vol. 52:1873.
- 3- Brian Bix, On The Dividing Line Between Natural Law theory And legal Positivism, *Notre Dame Law Review*, Vol-75 Issue 5 .200 ,1989
<http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ndlr>
- 4- Brigita White, Is There a Place for Morality in Law? (1996).
- 5- Charles, E. Rice, Rights and the Need for Objective Moral Limits, *Notre Dame Law School, NDLScholarship*, 2005.
- 6- Collins Udeh, Right , Responsibility, Law and Order in 21st Century 's Civil Disobedience, *Journal of Political and Law ; Vol.7, No.2; 2014.*
- 7- Ellen Goodman, Freedom Lost at Stroke of Politician's Pen, *S. Bend Trib. Oct .26, 2003.*
- 8- *Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives: Morality and Law, 2007 SAJE Publications, Inc.*
- 9- H.L.A Hart, Positivism and the Separation of Law and Moral, *71 Harv.L, REV 593 (1957).*
- 10- H.L.A. Hart, *the European Journal of International Law Vol. 21 no. 4 EJIL 2011*
- 11- H.L.A. Hart, *The Concept of Law (2ed. 1994).*
- 12- H.L. Hart; *Amrican Jurisprudence Through English Eyes, Georgia Law Review 11 (1977).*
- 13- Hans Kelsen, *What is Justice? (California University Press, 1957) 266* quoted in Augusto Zimmermann, *Western Legal Theory: History, Concepts and Perspectives (LexisNexis Butterworths, 2013).*
- 14- Henry Janzen, "Kelsen's Theory of Law," *The American Political Science Review* 31:2 (1937).
- 15- <http://www.iep.utm.edu/kantview/#H5>
- 16- <https://www3.nd.edu/~jspeaks/courses/2009-10/10100/LECTURES/26-kant.pdf>
- 17- Iain Stewart *the Critical Legal Science of Hans Kelsen (1990) 17 Journal of Law and Society.*
- 18- Jeremy Waldron, *A Right to Do Wrong in Waldron, Librial Rights (Cambridge University Press, 1993).*

- 19- Jon Austin the Province of Jurisprudence Determined 184(Hackett Publishing Co.1998)
- 20- Joseph Raz, Ethics in the Public Domain (1995).
- 21- Joseph Raz, the Authority of Law. Essays on Law and Morality (Oxford: Oxford University Press (1979).
- 22- Jules Coleman, the Principle of Practice, (2001).
- 23- Klaus FuBer, Farewell to Legal Positivism: The Separation Thesis Unraveling, in the Autonomy of Law 19, 120(Report P.Gerorge ed., 1996).
- 24- Leslie Green, Positivism and the Inseparability of Law and Morals, NewYourk University Law Review, Vol.83: 1035.2008.
- 25- Lon.L.Fuller, Positivism and Fidelity to Law- A Reply to ProfessorHart,71HARV.L.REV. (1957).
- 26- MehrdadPayandeh, the Concept of International Law in the Jurisprudence of
- 27- Nicola Lacey ,H.L.A. Hart's Rule of Law: The Limits of Philosophy in Historical Perspective;
- 29-http://eprints.lse.ac.uk/3520/1/HLA_Harts_rule_of_law_%28LSERO%29.pdf.
- 30- Paper1:AnAnalysisofHart'sTheoryofPrimaryandSecondaryRules;<http://ocw.mit.edu/courses/linguistics-and-philosophy/.pdf>.
- 31- PavlosEleftheriadis, What Is a Legal Right? JDG 8.11.2007.
- 32- Peter Langford and Ian Bryan, 'Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation' (2013) 26 Ratio Juris 84.
- 33- Robert C. Bird and Lucille M. Ponte.Protecting Moral Rights in the United States and the United Kingdom: Challenges and Opportunities under the U.K.'s New Performances Regulations, Boston University International Law Journal [vol. 24:213].
- 34- Roger J.Sullivan, Introduction to Kant's Ethics, Cambridge University Press,1994.
- 35- Ronald Dworkin Taking Rights Seriously Duckworth, London, 1977.
- 36- Russell Hardin, Law and Social Order Philosophical Issues II Social and Political and Legal Philosophy. Vol. 21 No. 4, 967-995(2010).
- 37- WilfridE.Rumble , Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in the American Jurisprudence , Cornell Law Review, Volume 66,Issue 5 June 1981.
- 38- William C.Starr, Law and Morality in H.L.A. Hart's Legal Philosophy, Marquette Law Review, Vol.4.67:1984.
- 39- William Scheuerman, 'Realism and the Kantian Tradition: A Revisionist Account' (2012) 26 Industrial Relations .
- 40- ZoranJelić, An Observation on the Theory of Law of Hans Kelsen, Law and Politics Vol. 1, No 5, 2001.