




Institutional Doctrine of Law: Joseph Raz’s Last Solution for the Theory of a Legal System

Mohammad Mohseni Rad *  Ph.D Student, Public Law, Faculty of Law,
Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Ali Akbar Gorji Azandariani  Associate Professor, Public Law, Faculty of
Law, Shahid Beheshti University, Tehran,
Iran

1. Introduction

Legal system is a legal concept that has been addressed less directly, except in a few cases. *Legal order* and later on *legal system* were initially introduced into legal literature by German jurists. In the first half of the 19th century, scholars of public law in Germany pioneered the discussion on the concept of legal order, influenced by the philosophies of their predecessors, namely Kant and Hegel. Similarly, the concept of a legal system, denoting an organic and systematic set of rules, emerged concurrently with the concept of the rule of law in the scholarship on law. The concurrent emergence suggests that the prerequisite for the existence of a legal system is the prior establishment of the rule of law. In all likelihood, the concept of a

* Corresponding Author: Mohamadmohsenirad@gmail.com

How to Cite: Mohseni Rad, Mohammad & Gorji Azandariani, Ali Akbar, “Institutional Doctrine of Law: Joseph Raz’s Last Solution for the Theory of a Legal System”, *The Quarterly Journal of Public Law Research*, 25(82), (2024), 277-304.
Doi: [10.22054/QJPL.2024.72910.2887](https://doi.org/10.22054/QJPL.2024.72910.2887)

legal system had held more significance for scholars in private international law, whose aim was to elucidate how the rules of one system could be applied in another. Therefore, recognizing the concept of a legal system seemed to be a precursor to delving into the core discussion of international law. Later on, the concept of a legal system fell into neglect and received scant attention until it regained its importance during the 20th century. However, the revival did not stem from the inherent significance of the legal system itself, but rather from a debate between positivists and anti-positivists regarding the concept of law. Neither Hart nor Fuller—as the great figures of positivism and anti-positivism, respectively—explicitly referred to something as of legal system; however, their formulation and theorization would inevitably end up in the concept of a legal system. In any case, *legal system* can be viewed as a cohesive set of all elements that significantly contribute to establishing the rights governing the life and functioning of any human society.

In this respect, the present study aimed to investigate the nature of the concept of a legal system by addressing the following questions: Why is the concept of a legal system important to us? What is a legal system? What are its defining characteristics and constitutive components? How are the components intertwined? and What kind of relationship does the legal system impose on its internal environment? It is presupposed that a precise conceptual definition of legal system is essential to understand the relevance between ethics and the legal system. Accurate identification of constituent elements of the legal system, as well as a careful examination of the criteria for the system's validity, are crucial steps to gain insight into the relationship between ethics and the legal system.

2. Literature Review

As the legal system consists of a set of laws, understanding the legal system requires a detailed analysis of the nature of law. It is thus crucial to note that any conceptualization of law significantly

influences the understanding of the legal system. In the literature on legal studies in Iran, it seems that there is a dearth of research concerning the conceptual and philosophical definition of *legal system*. The concept of a legal system and its related notions have not been a focal point for Iranian jurists. Although a few significant translated works deal with the concept of law, there is no independent research specifically dedicated to the concept of a legal system. In the non-Iranian context, the English-language literature includes notable works published in the early 70s, such as *The Concept of a Legal System* by Raz (1970) and *Normative Systems* by Alchourron and Bulygin (1971).

The concept of law, as a normative-cum-institutional system, has become a battleground for positivist and non-positivist doctrines. The discussions on the existence, elements, and purpose of the law form an integral part of the analysis of the concept of a legal system, with each jurist and scholar interpreting it based on their theoretical perspective. In general, a legal system is deemed to exist when its laws do exist. Therefore, to understand the legal system requires a keen understanding of the conditions under which the law exists.

3. Materials and Methods

The present research employed a descriptive, analytical, and conceptual methodology, relying on library research and internet resources to collect the data.


4. Conclusion


In light of the research findings, it seems that the study of the theory of a legal system is still in its early stages, for neither the nature of associated issues nor its significance has been recognized and understood. The research highlighted that understanding the nature of law requires an understanding of the internal relationships among laws, emphasizing that every law is necessarily linked to a legal system. In summary, it appears that the analytical theory of a legal

system suffers from two shortcomings. First, it neglects the problematic issue of content, thus offering an inadequate explanation of the legal system's dynamics. Therefore, such a theory needs to be complemented by ethical considerations. Second, this doctrine falls short in giving adequate attention to all constituent elements of the legal system.

Keywords: Legal System, Law, Positivism, Identification Criteria, Institutional Doctrine

آموزه نهادی قانون، آخرین راه کار جوزف رز برای نظریه نظام حقوقی

محمد محسنی راد *  دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

علی اکبر گرجی ازدریانی  دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

چکیده

مفهوم «نظام حقوقی» مفهومی به نسبت تازه در حقوق‌شناسی معاصر است و در ادبیات حقوقی سابقه تاریخی چندانی ندارد، اما به هر صورت برای تحلیل آن ناگزیر باید به یک نظریه حقوقی مراجعه کرد. درک ابتدایی ما از قانون آن را به مثابه یک نظام به تصویر می‌کشد. با این حال می‌توان به درک متفاوتی نیز قائل بود. تحلیلی دقیق از نظام حقوقی می‌تواند تعیین‌کننده رویکرد ما نسبت به بنیادی‌ترین مسائل فلسفه حقوق باشد. تعیین نسبت دقیق میان اخلاق و نظام حقوقی، عادلانه بودن نظام حقوقی و کارایی نظام، جملگی وابسته به درک درست ما از خود نظام حقوقی است. بنابراین پرسش اصلی پژوهش این است که نظام حقوقی چیست و چگونه می‌توان آن را شناسایی کرد؟ هدف پژوهش این است که با روش توصیفی-تحلیلی واکاوی بُعد سیستماتیک قانون را در دستور کار خود قرار دهد. پوزیتیویست‌های متأخر و به‌ویژه جوزف رز وجه نهادی هنجار حقوقی را از سایر وجوه قانون متمایز می‌دانند و آن را نقطه عزیمت خویش در شناسایی نظام حقوقی معرفی کرده‌اند. مبنای رز برای این جهت‌گیری در مورد قانون، تز «اقتدار» است. برای ایشان شناسایی نظام حقوقی و نسبت آن با اخلاق با توجه به آموزه نهادی قانون توجیه می‌شود.

واژگان کلیدی: نظام حقوقی، قانون، پوزیتیویسم، معیار شناسایی، آموزه نهادی.

مقدمه

در اوایل قرن بیست و یکم میان فیلسوفان حقوقی انگلوساکسون بحثی در گرفت که مطالعات حوزه حقوق‌شناسی را باید کنار گذاشت. ریچارد پوزنر بخش عمده‌ای از اولین سخنرانی خود را در سال ۱۹۹۵ در دانشگاه آکسفورد به این موضوع اختصاص داد و این‌گونه استدلال کرد که حقوق‌شناسی مفهومی نباید انجام شود، زیرا «بی‌فایده، منحرف‌کننده و نشانگر فقر نظریه حقوقی سنتی است.» او این مشکل را به شرح زیر توضیح می‌دهد:

من چیزی در برابر تأملات فلسفی ندارم. اما شاید کسی دوست داشته باشد که در این حوزه فعالیت کند. بنابراین باید چیزی در جواب سوال «قانون چیست؟» داشته باشد، البته به شرطی که این سوال ارزش پاسخ دادن توسط افرادی که می‌توانند از وقت خود به روش‌های با ارزش اجتماعی دیگری استفاده کنند را داشته باشد.^۱

در حقیقت، استدلال پوزنر تا آنجا ادامه پیدا می‌کند که می‌گوید وظیفه اصلی حقوق‌شناسی تحلیلی این است یا حداقل باید این باشد که به سوال «قانون چیست؟» پاسخ ندهد و نشان دهد که نباید این سوال مطرح شود، زیرا فقط بحث را منحرف می‌کند. نظریه پوزنر با توجه به این واقعیت که وی توضیح نمی‌دهد چگونه نظریه‌های مفهومی، امور را منحرف می‌کنند قابل انتقاد است.

با این همه واقعیت آن است که مفهوم قانون به‌عنوان یک نظام هنجاری به عرصه‌ای برای نزاع میان آموزه‌های پوزیتیویستی و غیرپوزیتیویستی تبدیل شده است. این نزاع به‌ویژه از زمانی که کتاب مفهوم نظام حقوقی جوزف رز^۲ و کتاب نظام‌های هنجاری اثر آلچورن و بولترین^۳ در اوایل دهه هفتاد میلادی منتشر شدند، به اوج خود رسید. مطالعه نظام حقوقی به معنای مطالعه نظام‌مند ماهیت قانون و بررسی پیش‌فرض‌ها و اشارات نهفته در این حقیقت است که هر قانون ضرورتاً به یک نظام حقوقی تعلق دارد. این پژوهش می‌کوشد چیزی را به دست بیاورد که بتواند بعنوان نظریه نظام حقوقی معرفی شود. چنین نظریه‌ای باید استعداد

1. Richard Posner, *Law and Legal Theory* (London: Oxford Clarendon Press, 1996) at 17.

2. *The Concept of Legal System*.

3. *Normative Systems*, By Carlos, Alchourron and Eugenio Bulygin.

انطباق با همه نظام‌های حقوقی را داشته باشد. اگر در این امر موفق باشد، مفهوم نظام حقوقی را تا حدودی روشن ساخته است.

در ابتدا و به‌طور خلاصه باید مد نظر داشته باشیم که از منظر جوزف رز یک نظریه کامل از نظام حقوقی باید برای این چهار مسئله راه‌حلی را ارائه کند:

الف- مسئله وجود^۱: معیار تشخیص وجود نظام حقوقی چیست؟ باید میان نظام‌های حقوقی موجود و نظام‌هایی که از بین رفته‌اند و یا نظام‌هایی که هیچگاه به وجود نیامده‌اند، تمایز قائل شد. یکی از اهداف نظریه حقوقی، معرفی معیاری برای تعیین صحت و سقم گزاره‌هایی است که آن را معیار وجود نظام حقوقی می‌نامیم.

ب- مسئله ماهیت^۲ (مسئله مربوط به عضویت): معیار شناسایی یک نظام حقوقی چیست؟ معیار شناسایی که از آن بعنوان معیار عضویت نیز می‌توان نام برد، به این پرسش پاسخ می‌دهد که چرا یک قانون خاص به یک نظام حقوقی تعلق دارد.

پ- مسئله ساختار^۳: آیا برای همه نظام‌های حقوقی ساختار واحدی وجود دارد؟ آیا الگویی از روابط میان قوانین متعلق به یک نظام وجود دارد که بتوان آن را به کلیه نظام‌های دیگر نیز تعمیم داد؟

ت- مسئله محتوا^۴: آیا قوانینی وجود دارد که به هر طریق در تمام نظام‌های حقوقی یا در انواعی از آن تکرار می‌شود؟ آیا محتوای مشابه‌ای در کلیه نظام‌های حقوقی یا انواع مهم آن وجود دارد؟^۵

تعریف نظام حقوقی تا حد بسیار زیادی وابسته به درک ما از «قانون» است. تمامی نظریه‌های موجود در خصوص نظام حقوقی باید رهیافت مشخصی نسبت به قانون داشته باشند و نظریه‌هایی که به دلیل عدم توجه به این حقیقت شکل گرفته‌اند، تا حدی ناقصند. بر همین اساس است که هربرت هارت در مباحث آغازین کتاب خود پیشنهاد می‌کند، باید ابتدا به دنبال تعریفی دقیق از قانون باشیم. «تعریف همانطور که خود واژه نشان می‌دهد، اصولاً تعیین

1. The Problem of Existence.
2. The Problem of Identity.
3. The Problem of Structure.
4. The Problem of Content.

۵. جوزف رز، مفهوم نظام حقوقی در آمدی بر نظریه نظام حقوقی، ترجمه علی‌اکبر سیاپوش (تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۴) ص ۴۱.

حد و مرز یا تمییز میان انواع مختلف امری است که زبان با واژه‌ای جدا بر آن دلالت دارد. لزوم تعیین چنین حد و مرزی را غالباً کسانی که بر کاربرد روزمره واژه مورد نظر تسلط کامل دارند احساس می‌کنند، زیرا نمی‌توانند مشخصه‌هایی را بیان کنند یا توضیح دهند که نوعی از یک امر را از انواع دیگر آن متمایز می‌سازد. به همین معنا حتی حقوقدانان ماهر احساس می‌کنند به‌رغم شناخت قانون، مطالب زیادی درباره قانون و نسبت آن با دیگر امور وجود دارد که ایشان نمی‌توانند آن را توضیح دهند و کاملاً درکشان نمی‌کند مانند کسی که می‌داند در شهری آشنا چگونه از یک نقطه به نقطه‌ای دیگر برود اما نمی‌تواند این را برای دیگری توضیح دهد.^۱

دستوری بودن، قهری بودن و نهادین بودن، سه ویژگی مهم قانون است، دو مورد اول در بین بیشتر نظریه‌های فیلسوفان حقوق مشترک است، اما مورد اخیر را چنانکه خواهیم دید هربرت هارت و به‌ویژه جوزف رز بیش از دیگران ترویج کرده‌اند. پوزیتیویست‌های متقدم همچون جرمی بنتام، جان آستین و هانس کلسن در مورد ماهیت قانون مطالب بسیاری نوشته‌اند، اما آنها رغبت چندانی به شناسایی مفهوم نظام حقوقی از خود نشان نداده‌اند. به گفته جان آستین، در کتاب «تحدید حدود فلسفه حقوق»، قانون عبارت است از «فرمان کلی شخص حاکم خطاب به تابعانش». ^۲حاکم در بیان آستین به معنای فردی است که عادتاً توسط یک جامعه مشخص مورد تبعیت بوده و خود عادتاً از کسی تبعیت نمی‌کند. می‌توان از بخش دوم این تعریف معیاری برای ماهیت نظام حقوقی در دیدگاه آستین پیدا کرد. یک نظام حقوقی مشتمل بر تمام قواعد صادر شده توسط حاکم است. بخش سوم این تعریف حاوی مواردی است که از آن می‌توان معیاری برای وجود نظام حقوقی را استخراج کرد. نظام حقوقی در جایی وجود دارد که قانونگذار مشترک قوانین آن، یک حاکم است. وقتی فرد یا گروهی از افراد را می‌توان حاکم نامید که عادتاً توسط دیگران مورد تبعیت قرار گیرد. از آنجا که آستین به‌طور مستقیم در خصوص ساختار نظام حقوقی اظهار نظر نکرده است، شاید بتوان با همان تعریف کلی او از قانون، این عقیده را به وی نسبت داد که او وجود رابطه درونی میان قوانین را ضروری نمی‌دانسته و همین که فرمان‌ها توسط حاکم صادر می‌شده،

۱. هربرت هارت، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، چاپ پنجم (تهران: انتشارات نی، ۱۳۹۵) ص ۵۰.

2. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (New York: The Noonday Press, 1954) at 190.

برای عضویت در نظام حقوقی کافی بوده است. منظور از رابطه درونی میان قوانین، رابطه میان قوانینی است که وجود آنها به وجود دیگر قوانین منتج می‌شود یا آن را پیش‌فرض می‌داند. بدین ترتیب آستین به اقوی دلیل هر نوع ساختار درونی خاص که یک نظام حقوقی ضرورتاً می‌تواند دارا باشد را منتفی می‌داند. اما این برداشت نکته دیگری را نیز به ما نشان می‌دهد و آن اینکه نظریه آستین حول یک مفهوم می‌گردد و آن را پیش‌فرض می‌داند، مفهوم حاکمیت.^۱

بعدها هانس کلسن با تکیه بر استدلال استعلایی و نوکانتی بجای حاکم، قاعده بنیادین را نشانده و نظریه آستین را ارتقا بخشید. بر همین اساس نظام حقوقی به مجموعه قوانین و مقرراتی گفته می‌شد که در نهایت اعتبار آنها مستقیم و غیرمستقیم به قاعده بنیادین می‌رسید.^۲ کلسن نیز به نحوی دیگر به اصل منشأ وفادار است و در نظر او ماهیت یک نظام حقوقی و عضویت یک قانون در آن نظام، تنها با حقایق مربوط به خلق و منشأ آن تعیین می‌شود. نقطه عزیمت اما نه یک قانونگذار واحد و برتر بلکه یک قاعده تفویض‌کننده اختیار است. قاعده بنیادین جایگزین حاکم می‌شود و موارد دیگر تغییر نمی‌کند. کلسن اعتبار هنجارهای حقوقی را وابسته به محتوای آنها نمی‌داند، از نظر او هر هنجاری با هر محتوایی می‌تواند هنجار حقوقی باشد و هیچ هنجاری را صرفاً به دلیل عدم مطابقت با اخلاق نمی‌توان بی‌اعتبار دانست. یک هنجار حقوقی معتبر خواهد بود اگر و تنها اگر به شیوه خاصی تصویب شده باشد، یعنی مطابق با یک قاعده معینی ایجاد گردیده یا به یک شیوه خاص صادر یا وضع شده باشد. حقوق صرفاً بعنوان حقوق موضوعه معتبر است یعنی صرفاً بعنوان حقوقی که صادر یا وضع شده است. تفاوت حقوق موضوعه با حقوق به اصطلاح طبیعی نیز در همین نکته نهفته است. نظریه محض حقوق و آموزه حقوق و دولت مورد انتقادات فراوانی نیز قرار گرفته است. پوزیتیویسم کلسن با دو مسئله مهم روبه‌رو است. اول آنکه او با ممانعت از هر نوع تحلیل محتوایی از قاعده حقوقی و به تبع آن قانون و نظام حقوقی، مفهوم قانون را از هر گونه محتوای حداقلی اخلاقی نیز تهی می‌کند. از سوی دیگر کلسن در کتاب نظریه محض حقوق و دولت،

1. Sovereignty.

۲. هانس کلسن، نظریه حقوقی ناب مدخلی به مسائل نظریه حقوقی، چاپ دوم، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱) ص ۱۰۰.

دولت را در نظام حقوقی فرو می‌کاهد و از مجموعه‌ای منسجم و باثبات خبر می‌دهد، اما پویایی اجتماعی و سیاسی و اخلاقی آن چیزی را که حقوق بر اساس آن به وجود می‌آید، نادیده می‌گیرد و در نتیجه به نیروهای تأثیرگذار بر دولت اهمیتی نمی‌دهد.

البته *استنلی پولسن*، استاد فلسفه حقوق دانشگاه واشنگتن که به نوعی می‌توان او را بزرگترین کلسن‌پژوه معاصر نامید، معتقد است که یک نوع دگرذیسی در اواخر عمر کلسن در تفکر او حادث شده بود که بویژه بر نوشته‌های دهه ۱۹۶۰ به بعد او تأثیر زیادی داشته و دامنه این تغییرات بیشتر محدود به کاربرد منطق در قانون بوده است. بر همین مبنا پولسن ادعا می‌کند، کلسن در آخرین دهه از حیات علمی خویش به این نتیجه رسیده بود که باید ساختمان کانتی و استعلائی آموزه خود را کنار بگذارد.^۱

گفته شد حقوقدانان متقدم پوزیتیویسم رغبت چندانی به تحلیل خود نظام حقوقی نداشته‌اند، این بی‌رغبتی به مسئله نظام حقوقی نمی‌تواند بدون دلیل باشد. شناخت نظام حقوقی برای این حقوقدانان اساساً مسئله نبوده است، علت آن هم این است که از اوایل دهه هفتاد قرن بیستم با ظهور طرفداران جدید حقوق طبیعی نظیر *جان فینیس* و *لون فولر* و انتقادات سهمگین آنها به نظام‌های حقوقی موجود بود که پوزیتیویست‌ها را متقاعد کرد به تعریف نظام حقوقی بپردازند. سرگذشت غم‌انگیز نظام‌های توتالیتیر میانه قرن بیستم و نقدهای جدی طرفداران حقوق طبیعی به ایده محتوای حداقلی حقوق طبیعی در نظام حقوقی که توسط *هربرت هارت* ترویج شده بود، اهمیت تعریف و شناسایی نظام حقوقی را برای پوزیتیویست‌ها دوچندان کرد. پوزیتیویست‌ها که موقعیت نظریه خویش را بیش از گذشته در خطر می‌دیدند تلاش کردند با کادرسازی دقیق از مفهوم نظام حقوقی و تئوریزه کردن آن، یکبار دیگر مانع آموزه اعتبار اخلاقی قانون شوند. در اوایل دهه هفتاد تردیدهای جدی در آموزه پوزیتیویسم بوجود آمده بود و مدافعان حقوق طبیعی با داشتن تجربه نظام‌های حقوقی زمان هیتلر و آفریقای جنوبی بار دیگر مسئله شرایط اعتبار قانون را مورد بررسی قرار دادند. در نقطه مقابل، پوزیتیویست‌ها و به‌ویژه جوزف رز برای نجات آموزه خویش نیاز به بازسازی پوزیتیویسم برای نظریه‌سازی مجدد تفکیک اخلاق از قانون داشتند. آنها این عملیات نجات را از طریق شناسایی مفهومی به نام نظام حقوقی آغاز کردند. در واقع واکاوی و شناسایی مفهوم و ماهیت

1. Stanley Paulson, "Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy", *The Modern Law Review L.J.*, No. 80, (2017), at 890.

یک نظام هنجارین نهادی به نام نظام حقوقی، مقدمه‌ای برای تحلیل و توجیه تفکیک قانون از اخلاق است.

از نظر هربرت هارت، فیلسوف شهیر انگلیسی، نظام حقوقی زمانی وجود دارد که:

- * قواعدی با تکیه بر مجازات، انجام برخی از انواع رفتار را نهی یا امر کند؛
- * قواعد افراد را ملزم به جبران خسارت کسانی کنند که به نحوی به ایشان ضرر وارد آورده‌اند؛
- * قواعد شرایط تنظیم وصیت، انعقاد قرارداد یا دیگر ترتیباتی را که موجد حق‌اند را مشخص کنند؛
- * دادگاه‌هایی که مشخص می‌کنند قواعد قانونی کدامند و چه وقت نقض می‌شوند و نیز مجازات یا جبران خسارت را تعیین می‌کنند؛
- * قانونگذاری که قوانین جدید را وضع می‌کند و قوانین کهنه را نسخ می‌کند، وجود داشته باشند.

هارت با آگاهی از ضعف دیدگاه نظریه پردازان پیش از خود بجای معیار آستین و کلسن، مفهوم «قاعده شناسایی»^۱ را وارد آموزه خود کرد. این قاعده ویژگی‌هایی را مشخص می‌کند که اگر قانون مورد نظر واجد آن باشد، نشانه‌ای اثباتی و قطعی بر این امر خواهد بود که این قانون از جمله قوانین مورد پذیرش نظام حقوقی است و نظام باید با همان ابزارهای حقوقی که در اختیار دارد از آن حمایت کند.^۲ قاعده شناسایی، یک قاعده حقوقی است که به نظام حقوقی تعلق دارد. تفاوت آن با دیگر قواعد در آن است که وجود آن به واسطه معیارهایی که در دیگر قوانین مقرر گردیده است، تعیین نمی‌گردد بلکه عملاً با این حقیقت اعمال می‌گردد که:

«در حالی که قاعده تبعی یک نظام حقوقی می‌تواند معتبر باشد و در آن معنی موجود باشد حتی اگر عموماً نادیده گرفته شود، قاعده شناسایی تنها بعنوان رویه پیچیده اما طبیعتاً متفق دادگاه‌ها، مقامات و اشخاص خصوصی در شناسایی قانون با ارجاع به معیاری خاص

1. Rule of Recognition.

۲. هارت، همان، ص ۱۷۰.

وجود دارد. وجود آن یک حقیقت است.^۱ طبق نظر هارت این قاعده ممکن است شکل‌های مختلفی به خود بگیرد، این شکل‌ها می‌توانند ساده یا پیچیده باشند. برای مثال این قاعده می‌تواند در نظام‌های حقوقی ابتدایی شامل یک فهرست یا متن معتبری از قواعد در سندی مکتوب باشد. این مرحله البته چندان مهم نیست، آنچه بسیار تعیین‌کننده است پذیرش الزام‌آور بودن و اعتبار ارجاع به نوشته یا فهرست است، یعنی به مثابه روشی مناسب برای رفع تردید نسبت به عضویت یک قانون در نظام حقوقی.

در نظام حقوقی یک دولت مدرن، قواعد شناسایی مسلماً پیچیده‌تر خواهند بود. این قواعد بجای آنکه قانون را منحصراً با ارجاع به یک متن یا فهرست شناسایی کنند، این کار را با ارجاع به برخی ویژگی‌های عام و کلی انجام می‌دهند که یک قانون باید واجد آنها باشد. این ویژگی‌ها متنوع است، تصویب از جانب یک نهاد خاص، مراعات عرفی قانون برای مدت نسبتاً طولانی و ارتباط با آرای قضایی می‌تواند از جمله این ویژگی‌ها باشد. افزون بر این اگر بیش از یکی از این ویژگی‌ها ملاک عمل قرار گیرد، احتمالاً می‌بایست مقرراتی برای رفع تعارض احتمالی میان آنها وضع شود که آنها را بر اساس رتبه و برتری تنظیم کند، چنان‌که بطور معمول عرف یا رویه قضایی را فرع بر قانون موضوعه قرار می‌دهند و قانون موضوعه را «منبع برتر» حقوقی می‌دانند. پیچیدگی قاعده شناسایی در نظام حقوقی یک دولت مدرن، بسیار متمایز از ارجاع به یک متن یا فهرست ساده خواهد بود. هارت با وارد کردن قاعده شناسایی در آموزه خود به دنبال فراهم آوردن ملاکی برای اعتبار و الزام‌آوری قانون است که به همراه خود مفهوم نظام حقوقی را نیز به میان می‌آورد.

تئوری هارت در برخی نقاط حساس بسیار مضیق و البته مبهم باقی ماند و در نتیجه «مشکلات مرزی»^۲ مختلفی همچنان وجود دارد.^۳ در سنت پوزیتیویستی گرایشی وجود دارد که آموزه هارت را بعنوان نوعی دموکراسی مفهومی در نظر می‌گیرد که طبق اصول لیبرال،

1. Herbert Hart, *The Concept of Law*, Edited by Paul Craig, Third Edition (London: Clarendon Oxford Press, 2012) at 92.

2. Boundary Problems.

۳. اینجا درست نقطه‌ای است که شکاکیت به آن استناد می‌کند. نگاه کنید به:

Friedrich Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs* (London: Cambridge University Press, 1989) at 2.

همه نظام‌های حقوقی برابر خلق شده‌اند. به این دلیل که تعریف آسان و مورد توافقی از قانون وجود ندارد؛ به رسمیت شناختن نظام‌های حقوقی باید بر اساس انطباق با معیارهای کاملاً تدوین شده باشد. اگر معیارهای ما مبهم باشد، باید مجموعه‌ای از معیارهای نامشخص و نامعینی که در هنگام فکر کردن در مورد نظام‌های شبه حقوقی در نظر داریم، بعنوان پایه مقایسه با نظام‌هایی استفاده کنیم که کم و بیش شبیه معیارهای شهودی هستند. شناسایی یک نظام بعنوان «حقوقی» زمانی میسر می‌شود که ویژگی‌های کافی بعنوان سازنده نظام حقوقی وجود داشته باشد. بر این اساس کار نظریه‌پرداز زمانی که با یک نظام غیراستاندارد روبرو می‌شود، برجسته کردن ویژگی‌های «حقوقی» نظام و یافتن راه مناسب برای توضیح یا سازگار کردن مشکل عناصری است که در برابر یک سازه حقوقی مقاومت می‌کنند.

مشکلی که در این روش وجود دارد این است که باعث می‌شود نظام‌هایی مانند حقوق بین‌الملل بسیار ابتدایی و توسعه نیافته به نظر برسند، حتی اگر در واقع آنها از نظر دکتین علمی پیچیده باشند. این نقیصه در درجه اول و مهم‌تر از همه به دلیل فقدان معیارهای کافی و دقیق برای مشخص کردن آنچه قانونی است از آنچه قانونی نیست، بوجود آمده است. مسئله این است که هر چند برخی مفاهیم شناخت قانون میان نظریه‌پردازان مشترک است، اما ابهام مربوط به آن از نظر تئوری به سختی حل می‌شود. با این حال شاید مفصل‌ترین و بنیادی‌ترین توجیه فرضیات اساسی پوزیتیویسم، نظریه نهادی قانون باشد که در مبحث مربوط به تئوری ژوزف رز به آن پرداخته می‌شود.

۱. جوزف رز و تولد پوزیتیویسم نهادی

یکی از اولین کارهایی که تئوری رقیب برای به چالش کشیدن تمایز میان نظام حقوقی و غیرحقوقی باید انجام دهد، تقابل نظری با تئوری پوزیتیویسم نهادی است.^۱ این آموزه تأکید دارد که رژیم‌ها، نظام‌ها و آئین‌نامه‌های حقوقی به‌عنوان یک «واقعیت» در دنیای ما وجود دارند.^۲ نگرش نهادی به‌ویژه در آثار حقوقی اواسط قرن بیستم به بعد بیشتر به چشم

1. Anthony Carty, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of Law", *European Journal of International Law*, Vol. 2, (1991), at 67

2. Iain Scobbie, *Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism About Sceptical Radicalism* (London: Oxford University Press, 1991) at 340.

می خورد و در بنیان بیشتر پاسخ‌های پوزیتیویستی به مسئله شناسایی معیارهای حقوقی وجود دارد. در هیچ‌یک از آثار مشهور هارت نمی توان مفهوم یک نهاد را به صراحت پیدا کرد، اما حقیقتاً واژه نهاد عبارتی کامل برای شناسایی قواعد اولیه، ثانویه و دیگر فرضیات پشتیبان او درباره ماهیت قانون است. تلاش‌های بعد از هارت با مفهوم نهادینه شده قانون آغاز شد و این دقیقاً رویکردی است که رز در کتاب عقل عملی و هنجارها از آن استفاده کرده است.^۱ برای رز پیدا کردن معیار شناسایی قانون بالاترین سطح اهمیت را دارد. او تأکید دارد برای تعیین معیار شناسایی مشخصاً باید ذهن‌مان را روشن کنیم، «هدف ... اشاره به ویژگی‌های منحصر به فرد قانون است که پس از تأسیس ماهیت نهادینه شده نظام‌های حقوقی، اساساً این پردازش تحدید حدود (قانون) است.»^۲ او آموزه نهادی قانون را اینگونه توضیح می‌دهد که «مهم‌ترین و جنجالی‌ترین قسمت بحث مربوط به شناسایی معیار وجود نظام حقوقی، وصف نهادی قانون است. البته در مورد ماهیت صریح وجه نهادی قانون مباحث اختلافی بسیاری وجود دارد. با این حال یک توافق کلی حتی در میان طرفداران حقوق طبیعی وجود دارد که نظامی از هنجارها، نظام حقوقی محسوب نمی‌شود مگر آنکه این نظام نهادهایی قضایی برپا دارد که این نهادها متصدی تنظیم اختلافات ناشی از اجرای آن هنجارها در نظام باشند. همچنین این توافق وجود دارد که تنها چنین نظامی از هنجارهاست که می‌تواند مدعی اقتدار و تسلط بر جایگاه عالی اجتماعی باشد، بدین معنا که چنین نظامی ادعا می‌کند که حق رفتار قانونی با قانون‌شکنان در همه زمینه‌های اجتماعی را دارد.»^۳ رز وجه نهادی قانون را به مثابه وجه اجتماعی آن معرفی می‌کند، یعنی یک نوع نهاد خاص اجتماعی. علی‌القاعده مفهوم نهادی قانون با برخی تئوری‌های حقوق طبیعی ناسازگار خواهد بود و برای این مسئله دو دلیل وجود دارد. اول اینکه نتیجه پذیرش وصف نهادی قانون، وجود یک سری محدودیت‌ها در نظام حقوقی است. در درجه اول نظام‌های حقوقی را تنها باید شامل آن دسته از استانداردهایی دانست که از راه‌های خاصی با نهادهای قضایی متصلند. این چیزی است که معنای نهادی قانون را دربر دارد. در درجه دوم قانون نمی‌تواند شامل هیچ‌یک از

1. Sean Coyle, "Our knowledge of the Legal Order", *Legal Theory*, Vol. 115, No. 5, (1999), at 389.

2. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (London: Hutchinson, 1975) at 149.

3. Joseph Raz, *Authority of Law* (London: Oxford Clarendon Press, 2009) at 43.

استانداردهای موجه اخلاقی شود، همانگونه که نمی‌تواند ضرورتاً تمامی قواعد اجتماعی و عرفی را شامل شود. قانون تنها شامل آن دسته از استانداردهایی می‌شود که با وصف نهادی آن ارتباط دارند. این ایده با دیدگاهی که بیان می‌دارد قانون نمی‌تواند استانداردهای خاص خود را تشکیل دهد، بویژه با این ادعا که هیچ تفاوتی بین قانون و اخلاق یا بین قانون و اخلاق اجتماعی وجود ندارد، ناسازگار است. دومین اثر و شاید رادیکال‌ترین اثر فهم قانون به مثابه یک نظام نهادی این باشد که نمی‌توان اوصاف اخلاقی را به مثابه شروطی برای آن نظام یا قاعده‌ای بالادستی برای حقوق تصور کرد، زیرا نظام حقوقی هیچ واکنشی به اخلاق نخواهد داشت. اگر قانون یک نهاد اجتماعی از یک نوع خاص است، ناگزیر تمامی قواعدی که متعلق به این مدل اجتماعی‌اند نیز قاعده حقوقی‌اند، هرچند ممکن است که از نظر اخلاقی قابل نقد باشند. شاید قانون دارای برخی وجوه اخلاقی نیز باشد، اما این وجوه اخلاقی تنها آن دسته از وجوهی هستند که در ارتباط با ویژگی نهادی قانون توجیه می‌شوند، نه در ارتباط با اخلاق.^۱

بعد ساختاری قانون در آموزه رز در روش او برای تعریف نظام‌های نهادینه شده تأثیر قابل توجهی دارد. وی اظهار می‌دارد: «نظام‌های نهادی به طور کلی از خصوصیات ساختاری آنها مشخص می‌شوند» و بلافاصله نتیجه می‌گیرد که مفاهیم نهادی خاص (در این مورد نظام حقوقی) از طریق عضویت در سیستم مشخص می‌شوند، زیرا تغییر در نحوه طبقه‌بندی این مفاهیم بعنوان یک دسته خاص (یعنی در یک چارچوب خاص) طبقه‌بندی می‌شود.^۲ رز اعتقادی ندارد که «تلاش برای توصیف نظام‌های حقوقی می‌تواند یک موضوع بسیار دقیق باشد.»^۳ با این همه او دلایل شناسایی هارت در نظام‌های حقوقی را به شکلی دقیق و منحصر به فرد توسعه می‌دهد.

خصوصیات مختلفی را می‌توان برای نظام حقوقی برشمرد، هر یک از این خصوصیات در هر یک از نظام‌ها ممکن است درجات مختلفی داشته باشند. ممکن است یک یا دو ویژگی در بعضی نظام‌ها اصلاً وجود نداشته باشد و بعضی ویژگی‌ها نیز در بعضی نظام‌ها تأثیر قابل توجهی داشته باشد، بنابراین تلاش برای تعیین دقیق مرز بین نظام‌های هنجاری که نظام

1. Ibid. 44

2. Joseph Raz, op. cit. 1975, at 155.

3. Ibid. P. 150.

حقوقی‌اند و آنهایی که نیستند، بسیار مشکل خواهد بود. بر همین اساس رز معتقد است هنگام مواجهه با موارد مرزی، بهتر است اعتبارنامه‌های مشکل‌دار آنها را بپذیرید، شباهت‌ها و اختلاف‌های آنها را با موارد معمولی احصاء کنید و آن را در همان زمان و همانجا کنار بگذارید.^۱

اما به سختی می‌توان با رز در این زمینه هم‌دل شد، زیرا نادیده گرفتن موارد مرزی کل تئوری را با مشکل روبرو می‌کند. گرچه رز در مورد معیار شناسایی نظام حقوقی استدلال‌هایی را بازگو می‌کند، اما هنوز ابهام موجود در خود این معیارها برطرف نشده است. به دلیل گسترده‌گی بیش از حد ساختار نظام حقوقی، معرفی معیارهایی برای شناسایی نظام حقوقی به‌عنوان ابزاری مفید در نظریه حقوقی با مشکل جدی روبرو است.

بعنوان مثال یک نظام حقوقی استاندارد به نام «الف» و یک نظام حقوقی غیراستاندارد به نام «ب» پیش رو داریم. برای شناسایی نظام حقوقی «الف» یک سری معیارهای مشخصی را داریم، این معیارهای فرضی را معیارهای ردیف «ج» نامگذاری می‌کنیم و نظام «ب» تنها شامل یکی از معیارهای ردیف «ج» است، البته این نظام دارای ویژگی‌های مختلف دیگری است که در بین معیارهای ردیف «ج» قرار نمی‌گیرد. برای جبران این نقص، تصمیم می‌گیریم یک سری معیارهای شناسایی دیگری به نام معیارهای ردیف «د» را به نظام حقوقی مورد اشاره اضافه کنیم. این کار ما باعث آشفتگی پارادایم شناسایی معیارها در نظام حقوقی می‌شود. وجود معیارهای ردیف «ج» برای ما مهم است، به این خاطر که می‌تواند نقش خود را برای مفاهیم حقوقی انجام دهد در حالی که سایر معیارها نمی‌توانند. به عبارت دیگر برای اینکه اهمیت مفهوم شناسایی نظام حقوقی حفظ شود، نباید از هر معیاری بعنوان معیار شناسایی مفاهیم حقوقی استفاده کنیم یا هر مجموعه‌ای از آن معیارها را گسترش دهیم. نمونه‌ای از این مورد تلقی مقررات یک جامعه بدوی ذیل عنوان «قانون» است که از یک سو می‌توان آن را نوعی شناسایی شهودی قانون و در نهایت نظام حقوقی تلقی کرد، اما از طرف دیگر این اقدام ما شناسایی قانون را بر اساس سنجش‌های ارائه شده با عنایت به معیارهای ردیف «ج» به چالش می‌کشد.^۲

1. Ibid. P. 151.

2. Sean Coyle, Ibid. P. 380.

پاسخ اولیه رز به مسئله شناسایی نظام حقوقی این بود که عضویت یک قانون در نظام، مفهوم بنیادین در هر نظریه نظام حقوقی است. وی در مقدمه کتاب مفهوم نظام حقوقی تشریح کرد که «این کار مقدمه‌ای برای مطالعه کلی نظام‌های حقوقی است، یعنی مطالعه ماهیت سیستماتیک قانون و امتحان پیش‌فرض‌ها و پیامدهای این واقعیت که هر قانونی لزوماً متعلق به یک نظام حقوقی است...». اصرار رز بر این ضرورت، خلاصه‌ای از رویکرد مکتب هارت به ماهیت نظام حقوقی است. رز در ادامه توضیح داد که یک تئوری کامل در مورد نظام حقوقی شامل راه‌حل‌های چهار مسئله زیر است یعنی وجود^۱، ماهیت^۲، ساختار^۳ و محتوا^۴. طبق نظر رز این اولین و دومین از این موارد است که برای نظریه بسیار مهم است، از آنجا که معیارهای وجود و ماهیت‌بخشی ضروری از تعریف کافی از یک نظام حقوقی هستند.^۵ اما از نظر مفهومی، این دومین و سومین - ماهیت و ساختار - هستند که اهمیت زیادی دارند. در حقیقت آنچه از آنها بعنوان «معیارهای شناسایی» نظام حقوقی نام برده شد بیشتر با ساختار ارتباط دارد تا ماهیت.

۲. تز اقتدار، زیربنای آموزه نهادی

رز تئوری خود را بر تز اقتدار بنا می‌کند. اراده نظام حقوقی در تحمیل خواست خود بر بسیاری از کسانی که نسبت به آنها ادعای اقتدار دارد، موثر است.^۶ رز بین اقتدار عملی و اقتدار مشروع تفاوت قائل می‌شود، اقتدار عملی یا ادعا می‌کند که مشروعیت دارد یا تصور می‌شود که چنین است، البته منظور این نیست که همه اقتدارهای عملی مشروعیت دارند. برخی از اقتدارهای عملی ممکن است بدون داشتن مشروعیت ادعای مشروعیت کنند مانند آنچه در رژیم‌های توتالیتر فاسد رخ می‌دهد که بطور سیستماتیک حقوق اخلاقی شهروندان را نقض می‌کنند. از نظر رز یک اقتدار عملی وقتی مشروع خواهد بود که ادعای آن مبنی بر داشتن مشروعیت صحیح باشد یا با همان نتیجه شهروندان اعتقاد داشته باشند که اقتدار مشروع

-
1. Existence.
 2. Identity.
 3. Structure.
 4. Content.

۵. جوزف رز، همان، ص ۴۴.

6. Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (London: Oxford University Press, 1994) at 211.

آن نظام درست است. مفهوم مشروعیت مربوط به توجیه اخلاقی اقتدار عملی است. اینکه گفته شود یک اقتدار عملی مشروع است، مثل این است که بگوییم این اقتدار از نظر اخلاقی در صدور فرمان‌هایی که به افراد می‌گوید چه کاری باید انجام دهند، موجه است. همانطور که رز به این نکته اشاره می‌کند:

مقامات، مدعی حق حاکمیت هستند؛ بدین معنا که آنها مقامات اقتدار عملی هستند، آنها مدعی اند که حق حاکمیت دارند زیرا در ایجاد و حفظ حکمرانی موفق بوده‌اند. آنها اقتدار مشروع خواهند داشت حتی اگر ادعای آنها موجه باشد.^۱

شکل این توجیه مربوط به توجیه اخلاقی است، اگر یک نظام حقوقی فاقد صفات اخلاقی لازم برای تأمین اقتدار مشروع باشد، هیچ‌یک از این ویژگی‌ها را ندارد. برای طرح ادعای اقتدار مشروع، یک نظام باید امکان برخورداری از ویژگی‌های اخلاقی اقتدار را داشته باشد. بنابراین یک اقتدار عملی زمانی مشروع خواهد بود که از نظر اخلاقی در «تحمیل اراده خود» به شهروندان با صدور فرمان‌هایی که به آنها می‌گوید چه کاری باید انجام دهند، موجه باشد. مفهوم اقتدار مشروع، هم توصیفی و هم ارزشی است درحالی که مفهوم قدرت و اقتدار عملی تنها توصیفی است. برای تعیین اینکه آیا نظام حقوقی اقتدار مشروع نسبت به شهروندان خود دارد؛ باید تعیین کرد آیا نظام، شرایط هنجاری برای داشتن اقتدار اخلاقی موجه را دارد یا خیر؟ و این امر مستلزم تحلیلی است که دارای هم عناصر هنجاری و هم عناصر تجربی باشد. نخست باید هنجارهای اخلاقی مناسب را ارزیابی کرد که آیا این اقتدار، مشروع هست و آن ویژگی‌های قابل ملاحظه‌ای که برای مشروعیت لازم است را دارد یا خیر؟ هر دوی این وظایف به تجزیه و تحلیل هنجاری اخلاق نیاز دارند. دوم باید تعیین کرد که آیا این اقتدار خصوصیات قابل مشاهده مربوطه را ایجاد می‌کند یا خیر؟ و این امر مستلزم یک تجزیه و تحلیل توصیفی - تجربی است. اگر بعنوان مثال یک تحلیل هنجاری از اخلاق به درستی نتیجه‌گیری کند که یک شرط لازم و کافی برای مشروع تلقی کردن اقتدار، این است که شهروندان رضایت معنادار خود را نسبت به اقتدار اعلام داشته باشند، در این صورت باید تعیین کرد که آیا شهروند به مثابه یک موضوع قابل ملاحظه تجربی رضایت خود را ابراز

1. Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (London: Oxford University Press, 1988) at 21.

داشته یا نه؟ و اینکه آیا این رضایت بعنوان یک امر هنجاری اخلاقی، معنی‌دار تلقی می‌شود یا نه؟

رز با تکیه بر اقتدار عملی مشروع، تزی را طراحی می‌کند که خود نام آن را «تز منابع» می‌گذارد. او می‌نویسد: «من تز اجتماعی قوی را به «تز منابع» نامگذاری می‌کنم. منبع در اینجا بعنوان نوعی مفهوم تکنیکال مورد استفاده قرار می‌گیرد. قانون دارای منشا خواهد بود اگر، بتوان محتوا و وجود قانون را بدون استفاده از استدلال اخلاقی توجیه کرد. منابع قانون شامل آن دسته از واقعیت‌هایی است که به وسیله آنها قانون معتبر تلقی می‌شود، و چیزی که به وسیله آن محتوای قانون مورد شناسایی قرار می‌گیرد.»^۱

۳. رز و مسئله عضویت در نظام حقوقی

مسئله عضویت یا ماهیت یعنی تعیین و شناسایی عضویت یک قانون در نظام حقوقی. «مسئله ماهیت» یعنی مشکل یافتن ملاک برای تعیین اینکه آیا مجموعه معینی از عبارات هنجاری توصیف کاملی از یک نظام حقوقی هست یا خیر؟ با اندکی دقت درخواهیم یافت، این موضوع همان مفهوم اساسی در شناسایی است یعنی نیاز به تعریف متنی یا توصیف مفاهیم حقوقی از طریق عضویت یک قانون در نظام. رز چنین اعتقاد دارد که «مجموعه‌ای از عبارات هنجاری توصیف کاملی از یک نظام حقوقی است، اگر (۱) هر یک از عبارات هنجاری موجود در نظام حقوقی بخشی از همان نظام را آن‌گونه توصیف می‌کنند که سایر عبارات هنجاری توصیف می‌کنند. (۲) هر عبارت هنجاری که توصیف‌کننده بخشی از نظام است، مشمول همان نظام حقوقی باشد. با توجه به اینکه این سیستم یک سیستم حقوقی را مشخص می‌کند، یکی از معیارهای عضویت این است که اگر یک عبارت هنجاری با مجموعه‌ای از عبارات هنجاری همراه باشد، همان سیستمی را شرح می‌دهد که توسط آن مجموعه از عبارات هنجاری توصیف می‌شود.»^۲

یکی از مهم‌ترین مسائل برای رز مسئله عضویت در نظام حقوقی است. معیارهای عضویت رز بر این مسئله تأکید داشت که یک نظام هنجاری مشخص، بخشی از نظم حقوقی را توصیف می‌کند. برداشت نگارنده از عبارت پردازی رز که در بالا ذکر شد این است که

1. Joseph Raz, *Authority of Law*, Ibid. at 47.

۲. جوزف رز، همان، ص ۳۲.

وی دو مؤلفه برای معیار عضویت خویش معرفی کرده است: اولین مؤلفه به مبانی تجربی و معنایی برای عضویت در نظام حقوقی می‌پردازد، بعبارت دیگر در این خصوص همبستگی محتوایی هنجارها مورد تأکید قرار گرفته است. دومین مؤلفه به عضویت از طریق شمول در ذیل یک نظام حقوقی می‌پردازد، بعبارت دیگر شناسایی قانون در نظام حقوقی توسط نهادهای اعمال‌کننده قانون، معیار عضویت از طریق شمول را تشکیل می‌دهد.

به نظر رز همه قوانین توسط ارکان رسمی خلق قانون ایجاد نمی‌شوند، گرچه اهمیت قانونگذاری بعنوان یکی از روش‌های خلق قاعده خصیصه نظام‌های حقوقی مدرن است اما نه این روش و نه هیچ روش دیگری برای خلق قاعده خصوصیتی برای یک نظام حقوقی نیست. از سوی دیگر می‌توان گفت در همه نظام‌های حقوقی، این ارکان اعمال قانون هستند که قوانین آن نظام را از طریق شناسایی نهادین می‌کنند. رز تلاش زیادی کرد تا خود را از دام مولفه تکراری شناسایی رها کند، بنابراین او با تکیه بر نظر سالموند به یک مولفه تجربی رسید. این مؤلفه تجربی بجای تأکید بر ارکان خلق قانون، بر ارکان اعمال قانون تأکید می‌کند. نواقص معیار عضویت آستین و کلسن باعث شد سالموند از آنها پرهیز کند و توضیح دهد که گرچه طرقی گوناگون برای خلق قوانین وجود دارد، اما همه قوانین به هر صورت که ایجاد شده باشند توسط محاکم شناسایی و اداره می‌گردند؛ بنابراین برای تعیین ماهیت صحیح قانون باید به دادگاه‌ها و نه به قانونگذار مراجعه کرد.^۱ هدف چنین رویکردی تنها نشان دادن تفاوت میان نظام‌های حقوقی و دیگر قواعد و نظام‌های دستوری است. به همین دلیل این رویکرد آمریت قانون را فرض گرفته و تعریف خویش را بر این حقیقت مبتنی می‌کند که نظام‌های حقوقی نهادین هستند. این خصوصیت است که آنها را از دیگر نظام‌های دستوری متمایز می‌کند. طبق نظر رز ماهیت نهادین قانون در وجود و عملکرد دادگاه‌ها نمایان می‌شود یعنی ارکان ویژه اعمال قانون. وی در این مسئله با بنتام، آستین و کلسن متفاوت می‌شود، کسانی که بر اهمیت خلق قانون تمرکز و تأکید می‌کردند.

با توضیحات فوق روشن می‌شود برخی ابزارها برای شناسایی مفاهیم حقوقی نیاز می‌باشد، شناسایی این مفاهیم تنها از طریق نظام حقوقی اتفاق می‌افتد. به همین خاطر

1. John William Salmond, *On Jurisprudence* (London: Sweet and Maxwell Press, 2019) at 41.

دیدگاهی که نگارنده برای تحلیل نظریه نظام حقوقی و شناسایی مفاهیم حقوقی روی آن تأکید دارد، دیدگاهی است که بر رویه و عرف‌های عادی زبانی تکیه می‌کند. دو رویکرد روش‌شناسی برای پروژه حقوق‌شناسی وجود دارد، اما متداول‌ترین و از نظر معرفتی قابل قبول‌ترین رویکرد، محتوای مفاهیم ما را در رویه‌های عادی زبانی ارائه می‌کند. با توجه به اینکه معنای لغوی یک اصطلاح محتوای مفهوم آن را تعیین می‌کند، هر رویکرد عملی برای تبیین محتوای یک مفهوم باید از معنای لغوی اصطلاح مفهوم مربوطه آغاز شود. البته این بدان معنا نیست که تفاوت معناداری بین روش‌شناسی تحلیل مفهومی و لغت‌شناسی تجربی وجود ندارد. معنای لغوی یک کلمه در تثبیت محتوای یک مفهوم نقش دارد، اما همه ابعاد آن را دربرنمی‌گیرد. روش تحلیل مفهومی برخلاف لغت‌شناسی یک واژه، مربوط به شناسایی وجوه فلسفی آن اصطلاح نیز می‌شود.

ادعا در مورد ماهیت یک مفهوم، ادعایی در مورد عناصری است که سازنده ماهیت آن مفهوم هستند. بدین ترتیب آن عناصر به درستی بعنوان شخصیت متمایز یکی و از این رو فلسفی آن مفهوم فرض می‌شوند. ماهیت یک مفهوم توسط لیستی از عناصری که آن مفهوم باید داشته باشد، تشکیل می‌شود تا به درستی در طبقه‌بندی مفهوم مربوطه جای گیرد. بنابراین یک تحلیل مفهومی از نظام حقوقی نه فقط به دنبال شناسایی مفهوم عضویت در نظام بلکه به دنبال تبیین ماهیت نظام حقوقی با نمایش همه عناصری است که در ساختن نظام موثر است. این خصوصیات صرفاً مواردی را که نظام حقوقی هستند از چیزهایی که نظام حقوقی نیستند متمایز نمی‌کند بلکه همچنین توضیح می‌دهد چرا چیزی که از مصادیق نظام محسوب می‌شود دارای چنین وضعیتی است. الگوبرداری از تمام خصوصیات ضروری مفهومی نظام، چیزی بعنوان نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد.^۱

پوزیتیویست‌ها نیز بهتر از دیگران می‌دانند که نیاز مبرمی به معناشناسی مفاهیم حقوقی دارند، زیرا ایشان اعتقاد دارند این عملکرد معنایی مفاهیم حقوقی است که آن را از بقیه جهان غیرحقوقی متمایز می‌کند. بنابراین مفاهیم حقوقی نوعی خاص از مفهوم نهادی است.^۲

1. Kenneth Einar Himma, *Morality and the Nature of Law* (London: Oxford University Press, 2019) at 64.

2. Sean Coyle, "Hart, Raz and the Concept of Legal System", *Law and Philosophy*, Vol. 21, No. 3, (2002), at 286.

رز نیز به خوبی آگاه بود، قانون صرفاً اخلاق نهادینه شده نیست،^۱ تحلیل رز از کاربردهای هنجاری زبان در کتاب هنجارها و دلایل عملی بر این واقعیت تأکید کرده که هیچ چیزی در سطح قواعد صرف و نحو زبانی وجود ندارد تا قواعد حقوقی را از قوانین شطرنج یا هر چیز دیگری جدا کند، بنابراین تنها چیزی که آنها را متمایز می‌کند تنظیمات مربوط به مفاهیم خاص آنهاست. رز در ابتدای کتاب از خود می‌پرسد که چه چیزی است که باعث می‌شود یک قانون، قانون انگلیسی باشد نه به طور مثال قانون فرانسوی؟ پاسخ او هیچ ارتباطی با شرایط معرفتی یا زمینه‌های اعتقادی نداشت،^۲ صرفاً به معیارهای معناشناسی آنها توجه شده بود. درک کاملاً صحیح رز این بود که معیارهای عضویت یک قانون در نظام حقوقی که مفاهیم حقوقی را از انواع دیگر مفاهیم متمایز می‌کند، باید معناشناسانه باشد.

۴. چالش پیش‌روی آموزه نهادی

بعد ساختاری قانون از نظر گاه رز در روش او برای تعریف نظام‌های نهادی تأثیر قابل توجهی دارد. از نظر او نظام‌های نهادی به طور کلی از خصوصیات ساختاری آنها مشخص می‌شوند و مفاهیم نهادی خاص (در این مورد نظام حقوقی) از طریق عضویت در سیستم مشخص می‌شوند. پروژه حقوق‌شناسی مفهومی مربوط به تبیین محتوای آن مفاهیمی است که از نظر تئوریک دارای عملکرد برجسته‌ای هستند و از نظر خصوصیت، حقوقی تلقی می‌شوند. این مفاهیم شامل مفهوم قانون^۳، اقتدار^۴، اعتبار^۵ و نظام حقوقی^۶ است.

برای اینکه دانش حقوقی چیزی فراتر از صرف توانایی ساخت احکام قضایی باشد، باید شبکه‌ای از مفاهیم در دسترس باشد که بتوان روابط مختلف را از طریق آن مفاهیم شناسایی کرد و در مورد آنها بحث و گفتگو کرد. همانطور که گفته شد شناسایی این مفاهیم باید با توجه به خصوصیات معنایی آنها صورت گیرد که این کار را تنها می‌توان با ذکر شکل رفتار آنها با توجه به همه عناصر سازنده نظام انجام داد.

1. Joseph Raz, Ibid. at 160.

2. Ibid. P. 9.

3. Concepts of Law.

4. Authority.

5. Validity.

6. Legal System.

برای اینکه معیارهای شناسایی مفاهیم حقوقی بتوانند نظام‌های حقوقی را از سایر نظام‌های غیرحقوقی تفکیک کنند، باید قادر باشند به همه عناصر سازنده نظام اشاره کنند. تأکید بیش از حد بر شناسایی مفهوم نظام حقوقی بر اساس عنصر عضویت یک قانون در آن نظام، ما را از سایر عناصر سازنده غافل می‌کند. از عناصر سازنده‌ای همچون مقام‌های نظام حقوقی، نهادهای نظام و تابعان نظام در آموزه رز غفلت شده است. برای رز ساختار کلی نظام و همچنین محتوای هنجارهای نظام نیز اهمیت چندانی ندارد. هرچند در «کتاب مفهوم نظام حقوقی» به این موارد اشاراتی داشته اما آنها را در شناسایی مفهوم نظام حقوقی وارد نکرده است. بنابراین استدلال رز به‌هرحال با مشکل روبرو است. زیرا آموزه حقوقدان علی‌القاعده با اصل عدم وجود نظام آغاز می‌شود و در این صورت نظام‌هایی مانند حقوق بین‌الملل که فاقد ویژگی‌های مهمی مانند بندهای مجازات یا هرگونه عواقب کیفری است که بتوان آن را بعنوان نظام «حقوقی» نامید. لذا رویکرد ما این است که آموزش حقوق فقط مربوط به آموزش یک سبک استدلال با اصول هنجاری و واقعی نیست بلکه در مورد القای دانش حقوق است، درست همانطور که معنای آموزش ریاضیات فقط چگونگی اثبات قضایا نیست. تمایز و تشخیص ما از روابط موجود بین مفاهیم مختلف حقوقی نیاز به تئوری‌های فلسفی پیچیده ندارد اما نیاز به استناد به معیارهای بینابینی یا مشترک دارد، بنابراین ما متعهدیم حداقل در بعضی موارد به نتایج مفهومی خاص بر اساس کارکردهای معین در مفاهیم حقوقی بپردازیم. بر همین اساس کنار گذاشتن ایده شناسایی معیارها، کنار گذاشتن این عقیده است که نظام‌های حقوقی از هر نوع نظام دیگری که دارای روابط هنجارین است، متمایز هستند و به همین ترتیب موضوع اصلی قانون چیزی جز یک بخش غیرقابل تفکیک از موضوعات اصلی ترکیبی همه این نظام‌ها نخواهد بود. بنابراین از نظر نگارنده نظام حقوقی مورد نظر پوزیتیویست‌ها مطابق معیارهای تشخیص خودشان، به وضوح همان چیزی نیست که آنها فکر می‌کنند ساخته‌اند. آنها مطمئناً نظامی هنجارین را ساخته‌اند، اما آیا این نظام هنجارین دقیقاً همان نظام حقوقی است؟

۵. آیا معیارهای رز برای شناسایی و ساخت نظام حقوقی کافی است؟

تلاش رز در گفتارهای پایانی «کتاب مفهوم نظام حقوقی» در نهایت برای دستیابی به یک کار نظری دقیق با تأکید بر مدل استاندارد یک نظام حقوقی به ما نشان داد که هنوز هیچ

روش واضح و مستقیمی وجود ندارد که بتوان با استفاده از آن، نظام حقوقی را تنها با تکیه بر معیار شناسایی از نظر معنایی مشخص کرد. از دو معیار شناسایی رز که در بالا مورد بررسی قرار گرفت، قبلاً شاهد عدم قطعیت ملاک اول (یعنی مبانی معنایی و تجربی عضویت در نظام) برای موارد مرزی بودیم. ملاحظات فوق نشان می‌دهد که معیار دوم (یعنی عضویت از طریق شمول) نیز تفاوتی با مورد اول ندارد. تعدد و تنوع شکل‌های زبانی مورد نیاز برای عبارات حقوقی نشان می‌دهد که تلاش برای محدود کردن انواع تعابیر استفاده شده در عبارات حقوقی، کمک چندانی برای شناسایی معیارها نخواهد کرد. با وجود محدودیت‌هایی که ذکر شد، می‌توان گفت مطابق با ساختار جوزف رز و تنها با تکیه بر معیار عضویت در نظام، چیز دقیقی وجود ندارد که بتوان از آن بعنوان نظام حقوقی یاد کرد. گرچه وجود معیار عضویت در نظام ضروری به نظر می‌رسد اما ناکافی است. همانگونه که گفته شد با تکیه بر رویه‌های عادی زبانی برای شناسایی مفهومی نظام حقوقی باید به همه عناصر سازنده نظام توجه کرد.

نقد دیگری که می‌توان به آموزه رز وارد کرد، این است که او پاسخ روشنی برای موارد مرزی نداشت. روش رز در هنگام مواجهه با موارد مرزی همانطور که دیدیم شناسایی یک مورد پارادایم و طبقه‌بندی موارد غیراستاندارد بر اساس مطابقت با معیارهای مورد پارادایم بود. او اصرار داشت که در چنین شرایطی باید مشکلات را همانجا کنار گذاشت و اعتبارنامه نظام را تأیید کرد. بالاتر عنوان شد که این روش تصمیم‌گیری منطقی به حساب نمی‌آید، اما رز تصور می‌کرد این امر منطقی یا حداقل غیرخودسرانه است. این مسئله باعث عدم توانایی رویکرد رز در پاسخگویی به دلایلی می‌شود که چرا باید برخی از نظام‌های دستوری، حقوقی تلقی شوند؟ درحقیقت نظریه جوزف رز به دلیل ماهیت ابزارهایی که در این مسیر استفاده شده، ناقص است. مفاهیم اصلی شناسایی معیارها مانند عضویت در نظام، تز منابع و غیره که برای تفکیک نظام‌های حقوقی یا کاربرد حقوقی مفاهیم از مواردی که حقوقی نیستند مورد استفاده قرار گرفته، همگی ماهیتاً منطقی‌اند. اما قدرتی که رویه‌های عادی زبانی که در هنگام تکلم با یک زبان در اختیار ما قرار می‌دهد، قادر است که دانش و استدلال ما در مورد مفاهیم حقوقی را به نحو معقولی توسعه دهد^۱ و این موضوعی است که رز آن را در محاسبات خود

1. Sean Coyle, Ibid. P. 295.

وارد نکرده است. هارت که قانون برای وی مفهومی از یک امر منطقی بود، احتمالاً از مشکل آگاه نبوده است. رز از آن آگاه بود، اما تمام پاسخ وی این بود که توصیه کند «هنگام مواجهه با موارد مرزی، بهتر است که وجود مشکل اعتبارنامه‌های آنها را بپذیرید ... و آن مشکلات را کنار بگذارید.»^۱ اما یک پاسخ نسبتاً مضیق آن است که معیارهای پوزیتیویستی هیچ مفهوم بهتری برای توانایی شناسایی ما در موارد «استاندارد» نظام حقوقی نسبت به نظام‌های مرزی ایجاد نمی‌کند. اما در گفتمان پوزیتیویستی این پرسش همچنان بدون پاسخ باقی می‌ماند که آیا در استفاده از مفاهیم حقوقی چیزی وجود ندارد که بتواند به تفکیک مبانی استدلال حقوقی از دیگر اشکال استدلال کمک کند؟

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب مطرحه به نظر می‌رسد، آموزه نهادی قانون از دو بُعد دچار نقصان است. **اول** اینکه این تئوری نتوانسته به اندازه کافی به مسئله محتوای نظام حقوقی توجه کند و به همین خاطر نیز یک توضیح ناکافی از پویایی نظام حقوقی ارائه می‌دهد. آموزه نهادی هیچ دلالتی راجع به ماهیت یا ویژگی اخلاقی قانون در نظام حقوقی ندارد. تا آنجا که به آموزه نهادی مربوط می‌شود، غیرممکن است که محتوای اعتبار قانونی ضرورتاً توسط اصول اخلاقی محدود شود. بنابراین این تئوری نیازمند مکمل‌های ذاتی اخلاقی و اجتماعی خواهد بود. **دوم** آنکه عدم توجه کافی به همه عناصر سازنده نظام حقوقی، از دیگر ضعف‌های آموزه رز است. با توجه به اینکه رویکرد ما در این پژوهش تأکید بر رویه‌های عادی زبانی در تجزیه و تحلیل مفاهیم حقوقی است، لذا باید به مجموعه عناصری تکیه داشت که یک نظام هنجاری نهادی را بعنوان نظام حقوقی توصیف می‌کند. به این ترتیب می‌توان گفت که یک مجموعه شرایط منحصر به فردی وجود دارد که چیزی را بعنوان نظام تشکیل می‌دهد و از این رو رویه‌های عادی زبانی ما، مفهومی از نظام را تعریف می‌کنند که می‌تواند هم شامل شرط عضویت در نظام که مورد تأکید رز بود، باشد و هم شامل سایر خصوصیات ماهوی نظام باشد. از سوی دیگر یک نظام فقط باید به این دلیل در رسته نظام حقوقی طبقه‌بندی شود که بهتر از هر چیز دیگری حقوقی توصیف می‌شود. رویکرد رویه‌های عادی زبانی به

1. Joseph Raz, *Practical*, 1975, *Ibid.* at 150.

سادگی بیانگر این حقیقت است که در هر جامعه‌ای با یک نظام حقوقی، هنجارهای حقوقی دارای ویژگی‌های خاصی هستند که آنها را بعنوان یک موضوع مفهومی، از هنجارهای سایر نظام‌های نهادی مانند اخلاق که ممکن است برای ارزیابی رفتار افراد در آن جامعه مورد استفاده قرار بگیرند، متمایز می‌کند. بنابراین تأکید بیش از حد بر شرط نهادی بودن ماهیت نظام و نادیده گرفتن سایر عناصر می‌تواند گمراه‌کننده باشد.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Mohammad

Mohseni Rad

Ali Akbar Gorji

Azandariani



<https://orcid.org/0000-0003-3006-5932>



<https://orcid.org/0000-0002-8775-9399>

منابع

کتاب

- رز، جوزف، مفهوم نظام حقوقی در آملی بر نظریه نظام حقوقی، ترجمه علی اکبر سیاپوش (تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۴).
- کلسن، هانس، نظریه حقوقی ناب مداخلی به مسائل نظریه حقوقی، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱).
- کلسن، هانس، نظریه محض حقوق و دولت، ترجمه محمدحسین تمدن جهرمی (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵).
- هارت، هربرت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ (تهران: انتشارات نی، ۱۳۹۵).

References

Books

- Alchourron, Carlos, and Bulygin, Eugenio, *Normative Systems* (London: Springer, 1973).

- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined* (New York: Noonday Press, 1954).
- Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Edited by Paul Craig (London: Clarendon Press, 2012).
- Himma, Kenneth Einar, *Morality and the Nature of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019).
- Raz, Joseph, *The Concept of Legal System, An Introduction to the Theory of Legal System* (Oxford: Oxford University Press, 1980).
- Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994).
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1988).
- Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms* (London: Hutchinson, 1975).
- Raz, Joseph, *Authority of Law* (London: Clarendon Press, 2009).
- Kratochwil, Friedrich, *Rules, Norms and Decisions: on the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs* (London: Cambridge University Press, 1989).
- Posner, Richard, 1996, *Law and Legal Theory* (London: Clarendon Press, 1996).
- Scobbie, Iain, *Towards the Elimination of International Law: Some Radical Skepticism About Skeptical Radicalism* (Oxford: Oxford University Press, 1991)

Articles

- Carty, Anthony, “Critical International Law: Recent Trends in the Theory of Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 2, (1991).
- Coyle, Sean, “Our knowledge of the Legal Order”, *Legal Theory* Vol. 115, No. 5, (1999).

- Coyle, Sean, "Hart, Raz and the Concept of Legal System", *Law and Philosophy*, Vol. 21, No. 3, (2002).
- Paulson, Stanley, "Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy", *The Modern Law Review*, Vol. 80, Issue 5, (2017).

In Persian

- Raz, Joseph, *The Concept of Legal System*, Translated by Aliakbar Siaposh, First Edition (Tehran: Shahre Danesh Publication, 2015).
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, Translated by Esmail Nemattollahi, Second Edition (Tehran: Samt Publication, 2012).
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law and State*, Translated by Mohammadhosein Tamadon Jahromi, First Edition (Tehran: Samt Publication, 2016).
- Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Translated by Mohammad Rasekh, Second Edition (Tehran: Ney Publication, 2016).

استناد به این مقاله: محسنی‌راد، محمد و گرجی ازندریانی، علی اکبر، «آموزه نهادی قانون، آخرین راه کار جوزف رز برای نظریه نظام حقوقی»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۵، شماره ۸۲، (۱۴۰۳)، ۲۷۷-۳۰۴.

Doi: 10.22054/QJPL.2024.72910.2887



The Quarterly Journal of Public Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License