

## The Problem of Morality in Soft and Hard Legal Positivism

Ataollah Salehi<sup>1</sup>  | Mahdi Balavi<sup>2</sup> 

<sup>1</sup> Corresponding Author, Assistant Professor of Law Department, Shahid Bahonar University of Kerman, Iran. Email: [drsalehi@uk.ac.ir](mailto:drsalehi@uk.ac.ir)

<sup>2</sup> Associate Professor of Law Department, University of Tehran, Iran. Email: [mahdibalavi@ut.ac.ir](mailto:mahdibalavi@ut.ac.ir)

### Article Info

#### Article type:

Research Article

#### Article history:

Received 30 October 2023

Received in revised form 14  
November 2023

Accepted 15 November 2023

Published online 22 November  
2023

#### Keywords:

law, moral, social reality, soft  
legal positivism, hard legal  
positivism

### ABSTRACT

The law is the reason and guide for human behavior; therefore, it is a normative social practice. But what conditions should a norm have to be called a law and what is its relationship with morality? Is the criterion of being a law, its origin or its content? In response, the school of natural law and legal positivism are two long-standing competing theories. The school of natural law, which is a recommendatory and prescriptive, emphasizes the content, but the positivism, which is descriptive and explanatory, emphasizes the source of the law. Of course, at first, the school of natural law looked for content in religion, but today, individual human rights as the subject and social contract as the process has noticed. The conceptual space of legal positivism is formed by the combination of two theses of social reality and separability, and the separation theory denies any conceptual and content relationship between law and morality. but, Dworkin, by criticizing the separation theory, divided positivism into two opposing camps, soft and hard, and the soft positivism abandoned the separation theory to some extent. But is soft legal positivism compatible with the claim of the authority of the law and its guiding function? Is discovered or invented morality an essential and existential part of the law or is it a criterion for its evaluation? In this article, the mentioned questions are analyzed in order to discover the position of hard and soft legal positivism.

**Cite this article:** Salehi, A. & Balavi, M. (2023). The Problem of Morality in Soft and Hard Legal Positivism. *Journal of Philosophical Investigations*, 17(44), 488-506. <http://doi.org/10.22034/JPIUT.2023.59000.3627>



© The Author(s).

<http://doi.org/10.22034/JPIUT.2023.59000.3627>

Publisher: University of Tabriz.

---

## **Extended Abstract**

### **Introduction**

Considering the eternal life of law and ethics in human society, the discussion of the relationship between ethics and law and their separation or entanglement is always a timely matter. Although, the main controversy is between the proponents of Natural Law and legal positivism. But the positions of positivists do not have the same hardness. Some of them who have adopted strict positions against the combination of ethics and law are known as hard legal positivists. Those who have chosen softer positions in this regard are known as soft legal positivists. In this article, we focus on the conflict between these two groups. While stating the arguments of each, it has been tried to put the strength and internal logic of their arguments under the microscope. Of course, the justifications and explanations provided by prominent figures of both philosophical schools and their criticism and evaluation have taken up a major part of the discussion. Figures such as Herbert Hart, Jules Coleman, Matthew Kramer and Wilfrid Waluchow are in the camp of supporters of soft legal positivism, and figures such as Joseph Raz, Andrei Marmor and Scott Shapiro, who are called hard legal positivists.

### **Discussion**

The summary of natural law is the claim that there is an existential, necessary and consistent relationship between law and morality, and if legal rules conflict with moral rules, they will be void and non-binding, creating no legal obligation. But legal positivism as a system that limits itself to the data of experience and considers only a knowledge of foundational reality to be reliable is based on two claims: first, the existence and content of law depends entirely on social facts, that is, facts about human behavior and intentions. Second, there is no necessary connection between law and morality. The second expression is known as the separation thesis.

There are two readings of the thesis of the separation of law and ethics, the hard reading says that in terms of conceptual necessity, the legal validity of a norm can never be a function of its compliance with moral principles or values. But the soft reading says that it is conceptually possible, but not necessary in any way, that the legal validity of a norm is somehow a function of its compliance with moral principles or values. According to the first claim, which can be called the strong separation thesis, legality and morality are necessarily separate from each other; That is, moral reasoning can never be used to determine what the law is, but only to answer what the law should be.

According to the second claim, law and morality are separable, but not necessarily separate. If the appropriate conditions prevail, the two can be combined, for example, the rule of recognition of a society considers conformity with a moral principle such as fairness to be a condition for the legal validity of a rule. Although there is nothing in the nature of law that requires the use of moral arguments to determine legality, there is also nothing that prohibits their use. Soft legal positivists allow some content-based considerations to be part of the rule of recognition.

---

## Conclusion

John Austin, as a representative of hard legal positivism, considers the law to be the command of the sovereign that people follow to avoid sanction. This version of legal positivism in expressing the relationship between law and morality faced serious questions which does not have a convincing explanation for them.

All laws are not mandatory for people to obey out of fear of the sovereign. Many laws recognize, support and contain individual rights and freedoms that people observe them at their own will. As a result, laws in addition to the external dimension that can be explained with a behavioral and external explanation have an internal dimension. The normative power of many laws lies in this dimension, something that hard legal positivism has neglected to pay attention to. Today, the majority of legal systems emphasize the Constitutionnalization of rights and the reconstruction of the legal system based on fundamental human rights and moral values such as equality and non-discrimination. A phenomenon that hard positivist ideas cannot agree with. In addition to these, Dworkin stated in his critique of positivism that law is not only composed of rules, but also includes principles, The principles on which court decisions are generally issued in complex cases, and the main core of these principles, unlike other rules, are not social facts, but ethics.

Of course, soft legal positivism has not been immune to criticism. It is said that one should find the main feature and characteristic of laws and see if ethics can logically be a part of this feature or not. Some hard positivists, such as Joseph Raz, claim that the main characteristic of legal rules is the assertion of authority, but others say it is Behavior guidance.

Raz believes that the inclusion of ethics in the law is not consistent with the authority of the law. To say that law is a practical authority is to say that it provides an independent and distinct reason for action that plays a role in individuals' decisions about what to do.

Also, Scott Shapiro holds that believing in the possibility of penetration of moral into the law with Believing that law is necessarily one of its functions to guide the society, cannot be collected.

However, the goal of legal positivism as an empirical and analytical theory is to remain descriptive and morally neutral. If it is to be judged, it should be judged on the basis of its suitability and ability to explain the social institutions and procedures that create and implement the law, which seems to be the case where soft legal positivism shines better in most cases.

## مسئله اخلاق در اثبات‌گرایی حقوقی نرم و سخت

عطاالله صالحی<sup>۱</sup> | مهدی بالوی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> (نویسنده مسئول)، استادیار گروه حقوق، دانشگاه شهید باهنر کرمان، ایران. رایانامه: [drsalehi@uk.ac.ir](mailto:drsalehi@uk.ac.ir)

<sup>۲</sup> دانشیار گروه حقوق، دانشگاه تهران، ایران. رایانامه: [mahdibalavi@ut.ac.ir](mailto:mahdibalavi@ut.ac.ir)

### چکیده

### اطلاعات مقاله

قانون دلیل و راهنمای رفتار انسان است، از این‌رو یک رویه اجتماعی هنجاری می‌باشد؛ اما یک هنجار بایستی واجد چه شرایطی باشد که به آن بگوییم قانون و نسبت آن با اخلاق چیست؟ آیا معیار قانون بودن، منشأ آن است یا محتوای آن؟ در پاسخ، مکتب حقوق طبیعی و اثبات‌گرایی حقوقی دو نظریه رقیب دیرین هستند. مکتب حقوق طبیعی که توصیه‌ای و باید‌انگار است بر محتوا اما اثبات‌گرایی که توصیفی و توضیحی است بر منبع قانون تأکید دارد. البته محتوا نزد حقوق طبیعی ابتدا مبتنی بر دین بود؛ اما امروزه متوجه حقوق بشر فردی به‌عنوان موضوع و قرارداد اجتماعی به‌عنوان فرایند شده است. فضای مفهومی اثبات‌گرایی حقوقی از ترکیب دو تر واقعیت اجتماعی و تفکیک‌پذیری شکل گرفته و نظریه تفکیک منکر هرگونه ارتباط مفهومی و محتوایی بین قانون و اخلاق است. ولی دورکین با نقد نظریه تفکیک، اثبات‌گرایی را به دو اردوگاه متخاصم نرم و سخت تقسیم نمود و اثبات‌گرایی نرم نظریه تفکیک را به میزانی کنار گذاشت؛ اما آیا اثبات‌گرایی نرم با ادعای اقتدار قانون و کارکرد هدایتی آن سازگار است؟ آیا اخلاق کشفی یا ابداعی مؤلفه وجودی و ضروری قانون است یا سنجه ارزیابی آن؟ در این مقاله پرسش‌های مذکور مورد واکاوی قرار می‌گیرد تا از این رهگذر موضع اثبات‌گرایی حقوقی سخت و نرم کشف گردد.

نوع مقاله: مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۸/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۲۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۹/۰۱

### کلیدواژه‌ها:

قانون، اخلاق، واقعیت اجتماعی، اثبات‌گرایی حقوقی نرم، اثبات‌گرایی حقوقی سخت.

استناد: صالحی، عطاالله و بالوی، مهدی. (۱۴۰۲). مسئله اخلاق در اثبات‌گرایی حقوقی نرم و سخت. *پژوهش‌های فلسفی*، ۱۷(۴۴)، ۴۸۸-۵۰۶.

<http://doi.org/10.22034/JPIUT.2023.59000.3627.3457>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه تبریز.

## مقدمه

از زمانی که قانون به‌عنوان ابزار تنظیم روابط اجتماعی به جریان افتاده، بحث رابطه قانون با اخلاق جریان داشته است. ارائه تعریف واحدی از اخلاق مقدور نیست؛ زیرا اخلاق در دو معنای توصیفی و هنجاری متمایز به کار می‌رود. معنای توصیفی آن اشاره به قواعد رفتاری مطرح شده از سوی اعضای یک جامعه، گروه یا مذهب معین دارد؛ اما «اخلاق هنجاری به معنای قواعد رفتاری است که با توجه به شرایط از سوی هر فرد عاقلی پیشنهاد می‌شود» (گرت<sup>۱</sup>، ۲۰۲۰، ۱). «اخلاق هنجاری که پیرامون ارزش‌های ذاتی و فضایل است» (گری<sup>۲</sup>، ۲۰۱۴، ۱) جنبه تجویزی هم دارد و بعضاً در خصوص قواعد اخلاق توصیفی به قضاوت می‌نشیند. به بیان روشن‌تر، اخلاق توصیفی برای ارجاع به قواعد رفتاری که در یک جامعه خاص واقعاً جاری هستند به کار می‌رود؛ اما «اخلاق هنجاری به یک اخلاق جهانی توجه دارد که در مورد همه انسان‌ها صادق است» (گرت، ۲۰۲۰، ۲).

توصیفی به اخلاقی که حاکم است می‌پردازد هنجاری به اخلاقی که باید باشد. با توجه به حیات جاودان قانون و اخلاق در جامعه انسانی، بحث رابطه اخلاق و قانون و جدایی یا درهم‌تنیدگی آنها سخنی همیشه بهنگام است. هر چند مناقشه اصلی میان طرفداران حقوق طبیعی و اثبات‌گرایی حقوقی است؛ اما مواضع اثبات‌گرایان هم از سختی یکسانی برخوردار نیست. پاره‌ای که در قبال امتزاج اخلاق و قانون مواضع سخت اتخاذ نموده‌اند به اثبات‌گرایان حقوقی سخت شهره شده‌اند. آن دسته که در این خصوص مواضع نرم‌تری انتخاب نموده‌اند به اثبات‌گرایان حقوقی نرم آوازه یافته‌اند. در این نوشتار تمرکز ما بر منازعه بین این دو گروه است. سعی شده ضمن بیان ادله هر یک، استحکام و منطق درونی سخن و برهان آنان زیر ذره‌بین نقد قرار گیرد. البته توجیهات و توضیحات ارائه شده از سوی چهره‌های شاخص هر دو اردوگاه فلسفی و نقد و سنجش آنها بخش عمده‌ای از بحث را به خود اختصاص داده است. چهره‌هایی چون هربرت هارت<sup>۳</sup>، جولز کلمن<sup>۴</sup>، متیو کرامر<sup>۵</sup> و ویلفرد والوچو<sup>۶</sup> که در اردوگاه طرفداران اثبات‌گرایی حقوقی نرم جای دارند و شخصیت‌هایی نظیر جوزف راز<sup>۷</sup>، آندری مارمور<sup>۸</sup> و اسکات شاپیرو<sup>۹</sup> که اثبات‌گرایی حقوقی سخت خوانده می‌شوند.

## ۱. تبیین مفاهیم بنیادین بحث

برای درک مباحث فلسفه حقوق باید بین چهار مفهوم اعتبار، محتوا، هنجارمندی و مشروعیت تفاوت قائل شد. یک هنجار حقوقی معتبر است اگر و تنها اگر عضو دسته‌ای از هنجارها باشد که بتوان آنها را شناسایی کرد که متعلق به یک نظام حقوقی خاص هستند. اعتبار

<sup>1</sup> Gert, Bernard

<sup>2</sup> JW Gray

<sup>3</sup> Herbert Hart, and

<sup>4</sup> Jules Coleman

<sup>5</sup> Matthew Kramer

<sup>6</sup> Wilfrid Waluchow

<sup>7</sup> Joseph Raz, and

<sup>8</sup> Andrei Marmor

<sup>9</sup> Scott Shapiro

یک هنجار حقوقی همان چیزی است که توضیح می‌دهد که چرا یک هنجار، حقوقی است نه اجتماعی یا اخلاقی. محتوای هنجار حقوقی همان چیزی است که آن هنجار تجویز می‌کند، منع می‌کند و یا اجازه‌اش را می‌دهد. هنجاری بودن قواعد حقوقی به این معنی است که پیامد حقوقی رفتارها اختیاری نیستند؛ بلکه الزام‌آورند و هنجارها تکالیفی برای انجام و یا خودداری از انجام پاره‌ای رفتارها را بر دوش افراد می‌گذارند.

هنجارگرایی پدیده‌ای است در جوامع بشری که برخی از اعمال یا نتایج را خوب، مطلوب یا مجاز و برخی دیگر را بد، نامطلوب یا غیرمجاز می‌داند. هنجار در این معنا، معیاری برای ارزیابی یا قضاوت درباره رفتارها یا نتایج آنها است. محتوای هنجاری با محتوای توصیفی متفاوت است. مشروعیت نیز به این می‌پردازد که آیا وضع‌کننده هنجار صلاحیت چنین کاری را داشته است.

## ۲. پیشینه بحث نزد مکتب حقوق طبیعی

تدوین ژرف و نظام‌مند قرائت سنتی حقوق طبیعی مدیون توماس آکویناس است که در قرن سیزدهم میلادی به این مهم پرداخت. چکیده سخن حقوق طبیعی این ادعا است که میان حقوق و اخلاق ارتباطی وجودی، ضروری و قوام‌دهنده وجود دارد و اگر قواعد حقوق موضوعه با قواعد اخلاق در تعارض باشند، قواعدی باطل و غیرمعتبر خواهند بود که هیچ الزام حقوقی برای شخص ایجاد نمی‌کنند. در نگاه آکویناس<sup>۱</sup> که سنتزی از پندارهای فلسفی عصر کلاسیک یونان و آموزه‌های مسیحیت می‌باشد ساختمان حقوق دارای چهارطبقه قانون است. در طبقه اول قانون ابدی و جاویدان جای دارد، طبقه دوم قانون طبیعی، طبقه سوم قانون الهی و در طبقه چهارم قانونی وضعی است. این چهارطبقه قانون مجموعاً زیر سپهر و آسمان نظارت و اراده خداوند واقع شده‌اند.

اولین اصل قانون طبیعی این است که امر خوب باید انجام و دنبال شود و از شر اجتناب گردد. از آنجا که قوانین طبیعی فی‌نفسه مستقل از اراده ذهنی هر فرد بوده و به طور عینی وجود دارند، درستی و نادرستی امری مطلق است (آکویناس، ۲۰۰۹، ۹۵).

حقوق وضعی تفسیر قانون طبیعی در زمینه‌های مختلف است و هر قانون وضعی که با قانون طبیعی یا الهی در تعارض باشد، درمعنای واقعی قانون نیست. از این رو، نه تنها هیچ الزام اخلاقی برای اطاعت از این قوانین وجود ندارد، بلکه الزام قانونی هم وجود ندارد.

مکتب حقوق طبیعی به نظریات آکویناس محدود نمی‌شود. قبل از او سنت آگوستین می‌گوید: «قانون ناعادلانه قانون نیست». بعد از او نیز لئون فولر می‌گوید: «بین قانون و عدالت باید همپوشانی لازم وجود داشته باشد، زیرا وجود یک نظام حقوقی بدون پایبندی آن به حاکمیت قانون و عدالت رسمی غیرممکن است». با این حال فولر به اندازه آگوستین و آکویناس پیش نمی‌رود، او می‌پذیرد که یک جامعه می‌تواند یک نظام حقوقی اصیل داشته باشد که الزامات عدالت رسمی را برآورده کند؛ اما برخی قوانین آن عادلانه نباشند (فولر، ۱۹۶۹، ۱۵۷).

<sup>۱</sup> برای آشنایی با نظرات مربوطه آکویناس (رک. آکویناس، ۲۰۲۳)

رونالد دورکین نیز که از نظریه تفسیر حقوقی (توسط قضات) دفاع می‌کند، دفاع او در سنت حقوق طبیعی جای می‌گیرد. دورکین می‌گوید: «شایسته است که قضات دیوان عالی کشور قانون اساسی را در پرتو اصول عدالت تفسیر کنند» (دورکین، ۱۹۹۷، ۲)؛ اصولی که تمام کشور سعی در ارج نهادن به آنها دارد. خلاصه آنکه، «در مکتب حقوق طبیعی، قاعدتاً حقوقی همانا ماهیتی کشفی و اخباری دارد و قواعد موضوعه، در ارتباط با ارزش‌ها و قواعد برتر مشروعیت می‌یابند» (رزمجو، ۱۴۰۱، ۱۲۳).

### ۳. نضج و گسترش اثبات‌گرایی حقوقی

اثبات‌گرایی از کلمه لاتین پوزیتس<sup>۱</sup> گرفته شده که به معنای وضع و مقرر نمودن است. هرچند اثبات‌گرایی با سابقه‌ای طولانی، در فلسفه سیاسی یونان باستان پیشینه‌هایی دارد. باین‌حال، دین دکترین مدرن آن به پیشینیان اندک است و مهم‌ترین آبخور مدرن آن تجربه‌گرایی فرانسیس بیکن و دیوید هیوم و فلسفه سیاسی هابز است. البته این آگوست کنت بود که اثبات‌گرایی را در قالب امروزی آن صورت‌بندی نمود و در اواسط قرن بیستم به سنت موجود فلسفه تحلیلی پیوند خورد. اولین توضیح نظام‌مند اثبات‌گرایی حقوقی نیز مدیون جرمی بنتام است که جان آستین بعداً روایت او را پذیرفت و با میزانی از تغییر رواج داد. دیدگاه‌های این دو، نقطه عزیمت اندیشمندان بعدی گشت. با این‌حال «در آثار متأخر بنتام اصل فایده‌به‌گونه‌ای در اندیشه او نفوذ کرده که تفکیک واقعیت و ارزش و مفهوم بی‌طرفی اخلاقی دیگر چندان معنایی ندارد» (اسکوفیلد، ۲۰۲۱، ۲۰۴).

به طور کلی، اثبات‌گرایی نظامی است که خود را به داده‌های تجربه محدود می‌کند و گمانه‌زنی‌های پیشینی و متافیزیکی را حذف می‌نماید، یعنی تنها یک دانش واقعیت‌بنیاد که از طریق مشاهده، اندازه‌گیری و به کمک حواس به دست آید، قابل اعتماد می‌داند. در مطالعات آن، محقق یک جمع‌آوری‌کننده داده‌ها و مفسر و تحلیلگر عینی است که در انجام پژوهش از ارزش‌های شخصی خود فاصله می‌گیرد.

اثبات‌گرایی حقوقی که یکی از نظریه‌های فلسفی پیشرو در مورد ماهیت قانون است در دو گزاره خلاصه می‌شود: نخست، وجود و محتوای قانون کاملاً به واقعیت‌های اجتماعی بستگی دارد، یعنی حقایقی در مورد رفتار و نیت انسان. دوم، هیچ ارتباط ضروری بین قانون و اخلاق وجود ندارد. به بیان دقیق‌تر، وجود و محتوای قانون مستقل از محاسن و معایب آن است. گزاره دوم متضمن این معنی است که همه قوانین بیان اراده قدرتی هستند که آنها را ایجاد کرده است، نه چیزی بیشتر و یا کمتر؛ بنابراین، هیچ قانونی را نمی‌توان بیانگر اخلاقیات یا اصول والاتری دانست که مردم در صورت مخالفت با قوانین بتوانند به آن اصول و یا اخلاقیات متوسل شوند. قانون یک ساخت اجتماعی است و ایجاد قوانین صرفاً اعمال قوه قهریه و بیان قدرت است، نه تلاشی برای تحقق اهداف اخلاقی و اجتماعی والاتر.

<sup>1</sup> positum

#### ۴. نقطه تمایز اثبات‌گرایی حقوقی نرم و سخت

دو قرائت از تز جدایی قانون و اخلاق وجود دارد، قرائت سخت آن می‌گوید به لحاظ ضرورت مفهومی، اعتبار حقوقی یک هنجار هرگز نمی‌تواند تابعی از انطباق آن با اصول یا ارزش‌های اخلاقی باشد؛ اما قرائت نرم می‌گوید از نظر مفهومی ممکن است؛ اما به هیچ‌وجه ضروری و لازم نیست که اعتبار حقوقی یک هنجار به‌نوعی تابعی از انطباق آن با اصول یا ارزش‌های اخلاقی باشد. با توجه به ادعای نخست که می‌توان آن را تز جدایی قوی نامید، قانونی‌بودن و اخلاق لزوماً از یکدیگر جدا هستند؛ یعنی هرگز نمی‌توان از استدلال اخلاقی استفاده کرد برای تعیین اینکه قانون چیست، بلکه فقط می‌تواند از آن استفاده کرد برای پاسخ اینکه قانون چه چیزی باید باشد. بر اساس ادعای دوم، قانون و اخلاق، قابل تفکیک و جداسدن هستند؛ اما لزوماً از هم جدا نیستند. اگر شرایط مناسب حاکم باشد، می‌توان این دو را با هم جمع کرد، مثلاً، قاعده شناسایی جامعه، انطباق با یک اصل اخلاقی مانند انصاف را شرط اعتبار حقوقی یک قاعده بداند.

اگرچه هیچ‌چیزی در ماهیت قانون وجود ندارد که مستلزم استفاده از استدلال‌های اخلاقی برای تعیین قانونی‌بودن باشد؛ اما چیزی هم وجود ندارد که استفاده از آنها را هم ممنوع می‌کند. اثبات‌گرایان حقوقی نرم اجازه می‌دهند که برخی از ملاحظات مبتنی بر محتوا، بخشی از قاعده شناسایی باشند.

قاعده شناسایی می‌تواند خیلی خشک مقرر دارد هر آنچه پارلمان وضع کند قانون است، قاعده‌ای شناسایی که قانونی‌بودن را از هر پیش‌شرط اخلاقی جدا و مستقل می‌کند؛ اما در برخی نظام‌های حقوقی مانند ایالات متحده، قاعده شناسایی معیار نهایی اعتبار قانون را مطابقت با اصول عدالت یا ارزش‌های اخلاقی بنیادین می‌داند (هارت، ۱۹۹۴، ۲۰۴).

از دید یک اثبات‌گرایی نرم، کاملاً ممکن است که قید انصاف موجود در قانون اساسی ایالات متحده شرط اخلاقی اعتبار حقوقی قوانین آن کشور شناخته شود. اگر چنین شود، هر قانون یا تصمیم قضایی که اصول انصاف را نقض کند، در واقع قانون معتبری در ایالات متحده نیست. از آنجایی که اثبات‌گرایان سخت از اجازه‌دادن به یک اصل اخلاقی که نقش معیار اعتبار حقوقی را ایفا کند منع شده‌اند، آنها باید برای قید انصاف توضیح جایگزینی ارائه کنند. به نظر اثبات‌گرایی سخت، این قید اصل اخلاقی انصاف را به‌عنوان شرط اعتبار وارد حقوق نمی‌کند، بلکه به قضاوت قدرت هدایت شده‌ای می‌دهد که قانون یا رویه‌ای را باطل کنند که پیش از اعمال این قدرت در یک پرونده حقوقی کاملاً معتبر بوده است.

تفاوت بین این دو توضیح مشابه، تفاوت بین عقد باطل و عقد قابل فسخ است. اولی هیچ نیرو و اثری ندارد. دومی می‌تواند چنین شود؛ اما تنها در صورتی که طرف دیگر قرارداد از قدرت قانونی خود برای فسخ قرارداد استفاده کند. تا زمانی که اختیار فسخ اعمال نشده است، عقد خیرای و قابل فسخ الزام‌آور است.

بر اساس اثبات‌گرایی نرم، تعارض با قید انصاف ممکن است به این معنا باشد قانون از ابتدا نامعتبر و باطل بوده است. بر اساس اثبات‌گرایی سخت، این تعارض صرفاً به این معنی است که قانون در معرض ابطال است.



در خود اثبات‌گرایی حقوقی نرم نیز دو روایت جریان دارد. روایت اول می‌گوید: «قانون می‌تواند با حکمی صریح، اعتبار حقوقی را مشروط به اخلاق کند» (کلمن، ۱۹۸۲، ۱۴۲). نظیر برخی اصول قانون اساسی آمریکا که ارجاعی صریح به مفاهیم اخلاقی مانند لزوم برابری و عدم تبعیض دارند. روایت دوم که شایع‌تر است می‌گوید:

اخلاق می‌تواند از طریق محتوای قواعد شناسایی یک نظام حقوقی به شکلی بسیار ژرف و ظریف تر با حقوق پیوند برقرار کند (والوچو، ۱۹۹۴، ۲۶).

#### ۱-۴. نسبت اعتبار و مشروعیت قانون در اثبات‌گرایی حقوقی نرم

حرف اصلی اثبات‌گرایان حقوقی نرم، از جمله هارت، این است که نمی‌توان مشروعیت و یا ارزش اخلاقی قانون را از اعتبار آن نتیجه گرفت. قوانین معتبر به همان اندازه که می‌توانند از لحاظ اخلاقی خوب باشند می‌توانند مذموم و سزاوار سرزنش باشند؛ بنابراین هیچ ارتباط ضروری بین قانون و امر قانونی‌بودن یا اعتبار قانونی با اخلاق یعنی حسن اخلاقی قانون وجود ندارد. هارت معتقد است، اصل اساسی اثبات‌گرایی نظریه واقعیت اجتماعی است، نه نظریه جدایی حقوق و اخلاق. حتی اگر تنها این واقعیت‌های اجتماعی هستند که محتوای قوانین را تعیین می‌کنند، از این نمی‌توان نتیجه گرفت که قوانین نمی‌توانند دارای خصوصیات و خواص اخلاقی لازم باشند. علاوه بر این، حتی اگر اخلاق شرط لازم قانون بودن نباشد. وقتی قانون به‌عنوان یک طرح تنظیم و هدایت رفتار انسان شناخته می‌شود، از نظر اصولی تأمین شرایط معین اخلاق حداقلی، می‌تواند شرط لازم قانون باشد. هارت در کتاب *مفهوم قانون*<sup>۱</sup> اظهار می‌دارد:

قوانین هر کشور پیشرفته‌ای در صدها مورد، تأثیر اخلاق اجتماعی پذیرفته شده و آرمان‌های اجتماعی گسترده‌تر را بر خود نشان می‌دهند. در برخی از نظام‌های حقوقی، مانند ایالات متحده، معیار نهایی اعتبار حقوقی به‌صراحت متضمن اصول عدالت و ارزش‌های اخلاقی اساسی است (هارت، ۱۹۹۴، ۲۰۳).

#### ۲-۴. عوامل بازتعریف نظریه جدایی قانون و اخلاق

سه باور اصلی اثبات‌گرایان عبارت‌اند از: نظریه واقعیت اجتماعی، نظریه قرارداد اجتماعی و نظریه جدایی. اولی، یعنی نظریه منبع و شجره قانون، اعتبار حقوقی را تابعی از واقعیت‌های اجتماعی می‌داند. دومی می‌گوید حقایق اجتماعی به‌واسطه نوعی قرارداد اجتماعی، موجب اعتبار حقوقی می‌شوند. سومی نیز منکر همپوشانی مفهومی بین اخلاق و قانون است. از دیدگاه اثبات‌گرایی، قانون و نظام‌های حقوقی مصنوعات اجتماعی و ساخته دست بشر هستند و خصیصه مصنوعی بودن هنجارها و نهاد قانون حتی شامل پایه، اساس و ملاک اعتبار قانون نیز می‌شود. پس از طرح نظرات دورکین و هارت، اثبات‌گرایی، نظریه حقایق اجتماعی را حفظ نمود؛ اما به از بین بردن و تضعیف قابل توجه، نظریه تفکیک متمایل شد و دیگر این نظریه را به‌عنوان خط تقسیم قابل اعتماد بین اثبات‌گرایی و غیر اثبات‌گرایی نمی‌بیند.

<sup>۱</sup> The Concept of Law

عامل دیگری که موجب بازتعریف تز جدایی شد توجه روزافزونی بود که اثبات‌گرایان حقوقی به مدل دولت مبتنی بر قانون اساسی کردند. مدلی از دولت که در بسیاری از دموکراسی‌های نیمه دوم قرن بیستم رایج شده بود. چنین الگویی از دولت به وجود یک قانون اساسی مکتوب تعریف می‌شود، قانونی که حافظ جمعی از حقوق اساسی و اصول اخلاقی همچون برابری، آزادی و کرامت انسانی است. به عبارت دیگر، در نظام‌های مشروطه و مبتنی بر قانون اساسی عموماً یک منشور حقوق وجود دارد که نقش محدوده و قیدی ماهوی برای اعتبار قوانین و هنجارهای حقوقی ایفا می‌کند.

وجود منشورهای حقوقی که در بسیاری از نظام‌های حقوقی معاصر، به‌عنوان معیاری مبتنی بر محتوا برای تعیین اعتبار حقوقی ایفای نقش می‌کنند، بسیاری از اثبات‌گرایان را مجبور کرده که وجود اصول اخلاقی در قلمرو حقوق و اثر این اصول بر مسئله اعتبار حقوقی را موردتوجه قرار دهند و این تز جدایی‌پذیری را با چالش مواجه کرد (پینو، ۲۰۱۴، ۱۹۸).

در این زمان، تز حقایق اجتماعی هر چه بیشتر تبدیل به مشخصه اصلی اثبات‌گرایی حقوقی شد. اثبات‌گرایان حقوقی نرم که اکثریت را دارند، هرچند موضع واحدی ندارند؛ اما عموماً اتفاق نظر دارند که حداقل در دموکراسی‌های لیبرال توسعه‌یافته بدون رعایت ملاحظات اخلاقی نه می‌توان قانون وضع کرد و نه می‌شود حکمی حقوقی صادر نمود. اثبات‌گرایی سخت بر خلاف نرم نه تنها تز جدایی را حفظ کرد، بلکه بر آن اصرار بیشتری ورزید.

### ۳-۴. نظریه منبع قاعده

اثبات‌گرایان حقوقی در توضیح نظریه منبع<sup>۱</sup> می‌گویند در هر نظام حقوقی، اینکه آیا یک هنجار مشخص از نظر حقوقی معتبر است یا نه و از این رو آیا بخشی از قوانین آن نظام را تشکیل می‌دهد، به منابع آن هنجار و قاعده بستگی دارد، نه محاسن آن. یک قانون در صورتی صرفاً مبتنی بر منبع است که وجود و محتوای آن را بتوان تنها با استناد به واقعیت‌های اجتماعی و بدون توسل به هیچ استدلال ارزشی شناسایی کرد.

اثبات‌گرایی سخت نظریه منبع را مطرح می‌کند و می‌گوید اعتبار یک قانون همیشه انحصاراً به این بستگی دارد که آیا از منبع معتبری نظیر رویه قضایی و یا مجلس سرچشمه گرفته است یا نه.

### ۴-۴. نظریه جدایی‌پذیری اخلاق و حقوق

این نظریه می‌گوید اخلاق شرط لازم قانونی‌بودن یک هنجار نیست و گزاره قانون معتبر غیراخلاقی گزاره متناقضی نمی‌باشد. تز جدایی ترجمه سلبی تز اجتماعی است، با این بیان که بین قانون و اخلاق جدایی مفهومی وجود دارد، یعنی میان آنچه قانون است و آنچه باید قانون باشد.

<sup>1</sup> source-based

اثبات‌گرایی حقوقی خودش یک دیدگاه تقلیل‌گرا است که معتقد است که اعتبار حقوقی قابل فروکاستن به حقایق غیرهنجاری است، یعنی حقایق پیرامون رفتار، عقاید و نگرش مردم؛ اما اثبات‌گرایان حقوقی نرم باور دارد بسته به رویه‌های غالب در یک جامعه، اعتبار حقوقی قواعد گاهی اوقات بستگی به محتوای اخلاقی آنها دارد.

اثبات‌گرایی حقوقی در ابتدا حول این سؤال مهم شکل گرفت که آیا قانون می‌تواند بد باشد؟ در پاسخ، اثبات‌گرایی دو موضع بنیادی موسوم به تز جدایی و منبع اجتماعی را اتخاذ نمود. هر دوی این مضامین به این ایده مربوط می‌شوند که قانون می‌تواند بد باشد (تاماناها، ۲۰۰۷، ۲۳).

تز جدایی بیان رسمی همین ایده است. این ایده می‌گوید: قانون که محصولی نظام حقوقی است نیازی به انطباق با اخلاق ندارد. اثبات‌گرایی نرم، تز اجتماعی را این‌گونه تفسیر می‌کند که قاعده‌شناسایی جامعه، از واقعیت‌های اجتماعی مربوط به چگونگی تصمیم‌گیری مقامات برای حل اختلافات، شکل گرفته است؛ بنابراین، اگر عادت یا توافق مقامات این است که در مورد اختلافات با رجوع به اخلاق تصمیم بگیرند، اخلاق در آن جامعه معیار قانونی‌بودن است. در مقابل، اثبات‌گرایی سخت، تز اجتماعی را به‌عنوان محدودیت و قیدی بر محتوای قاعده‌شناسایی تفسیر می‌کند، نه صرفاً به‌مثابه قیدی بر شرایط وجودی آن قاعده؛ بنابراین، از دید اثبات‌گرایان سخت، تز اجتماعی می‌گوید که نه‌تنها قاعده‌شناسایی از واقعیت‌های اجتماعی تشکیل می‌شود؛ بلکه معیارهای اعتبار حقوقی که توسط قاعده‌شناسایی هر جامعه تعیین شده است نیز باید دربرگیرنده حقایق اجتماعی باشد نه معیارهای اخلاقی.

## ۵. اثبات‌گرایی حقوقی به مثابه یک شیوه تفکر

افراد در مواجهه با قانون به دودسته تقسیم می‌شوند. گروهی تشریح‌کننده<sup>۱</sup> می‌باشند و توضیح می‌دهند قانون در عمل چیست. گروه دیگر که مأموران سانسور باید نامیده شوند، کسانی می‌باشند که قانون موجود را مورد نقد قرار می‌دهند و آن را با تصورات خود از آنچه قانون باید باشد می‌سنجند (بنتام، ۱۷۷۶، ۳).

جان آستین که قانون را فرمان حاکمی می‌داند که مردم عادت به اطاعت از او دارند و حکم او از مجرای تهدید به تنبیه ضمانت می‌یابد معتقد است: «وجود قانون یک چیز است؛ شایستگی و عدم شایستگی آن چیزی دیگر. بودن یا نبودن یک پرسش است. انطباق یا عدم انطباق آن با یک استاندارد فرضی، مسئله‌ای دیگر» (آستین، ۱۹۹۵، ۱۵۷). این شیوه توصیف قانون در چارچوب اندیشه اثبات‌گرایی حقوقی سخت جای دارد.

## ۶. نقد هارت بر اثبات‌گرایی سخت آستین

محور نقد هارت به نظریه قانون آستین، تکیه آستین بر ادعای عادت مردم به اطاعت از حاکم است.

<sup>۱</sup> expositors

نحوه صحبت آستین در مورد عادت به‌وضوح نشان می‌دهد که هدف او صرفاً توصیف بیرونی و رفتارگرایانه از قواعد الگو در کنش انسانی است؛ اما زندگی تحت قوانین هنجاری را صرفاً از طریق تبیین‌های رفتارگرایانه بیرونی نمی‌توان توضیح داد (هارت، ۱۹۹۴، ۵۴-۵۹).

ما با مشاهده متوجه می‌شویم که ۹۹ درصد از راننده‌ها پشت چراغ قرمز ترمز می‌کنند و ۹۵ درصد آنها رادیوی ماشین‌شان را روشن می‌کنند. در اینجا ما دو عادت می‌بینیم. عادت به ترمز کردن و عادت به روشن کردن رادیو؛ اما تنها یکی از این دو عادت، قانون است و صرفاً به کمک مشاهدات آماری بیرونی نمی‌توانیم تشخیص دهیم کدام یک از این دو قانون است. اگر هم پاسخ را می‌دانیم به این دلیل است که خودمان در رویه‌های اجتماعی مربوطه مشارکت داریم (مک کورمیک، ۱۹۸۱، ۱۳۴).

از منظر تحلیل هارت، تعریف مجازات محور آستین از قانون، یک ویژگی اساسی قانون را نادیده گرفته، این ویژگی دیدگاه درونی نسبت به قانون<sup>۱</sup> است؛ زیرا قانون تنها تهدیدکننده به مجازات نیست؛ بلکه تحمیل‌کننده تعهدات هم هست. دیدگاه درونی، نگرش عملی به قبول و پذیرش قانون از سوی مردم است. البته این بدین معنا نیست که مردم مشروعیت اخلاقی قواعد را می‌پذیرند، بلکه تنها بیانگر این است که آنها مایل به هدایت و ارزیابی رفتار خودشان بر اساس قواعد می‌باشند. نظریه‌پردازان تز فرمان حاکم که زور را به‌عنوان مؤلفه اصلی قانون معرفی می‌کنند، تنها بر یک‌روی سکه یعنی مؤلفه خارجی قانون توجه دارند. قانون برای ترغیب مردم به پیروی از خودش، مؤلفه‌های درونی نیز دارد.

قانون، مانند سایر رویه‌های اجتماعی مشابه، نه‌تنها شامل الگوهای پیچیده‌ای از تعاملات رفتاری است، بلکه همچنین متضمن باورها، قضاوت‌ها و درک شرکت‌کنندگان در آن رویه نیز می‌باشد. این رویه دارای یک بعد داخلی یعنی دیدگاه داخلی مشارکت‌کنندگان در آن است (پستما، ۱۹۹۸، ۳۲۹).

این زمانی اتفاق می‌افتد که مردم یک الگوی رفتاری همگرا را به‌عنوان معیار رفتار در قبال یک قاعده اجتماعی بپذیرند و تأیید کنند. مردم زمانی مطابق یک قاعده عمل می‌کنند که پذیرفته باشند چنین قاعده‌ای وجود دارد و از نقطه‌نظر درونی رویه معینی را در قبال آن قاعده در پیش گرفته باشند. از نظر هارت، قواعد اجتماعی از آن جهت قدرت هنجاری دارند که ترتیباتی رفتاری هستند که از منظر درونی پذیرفته شده‌اند.

## ۷. اخلاق معیار فرعی یا بنیادین اعتبار قانون

بر طبق اثبات‌گرایی حقوقی نرم، یک ملاحظه ارزشی و اخلاقی که در رویه‌ای همگرا و به‌اتفاق توسط مقامات حقوقی نظام به‌مثابه معیار اعتبار حقوقی قوانین با آن برخورد شده باشد، بدین‌وسیله معیار اعتبار حقوقی برای آن نظام می‌گردد، یعنی هنگامی که مقامات نظام

<sup>۱</sup> the internal point of view

حقوقی از نقطه نظر داخلی همگرا و متفق باشند که هنجارها را بایستی قبل از شناسایی آنها به عنوان قانون مورد ارزیابی اخلاقی قرار داد و تنها آن دسته از هنجارها که از این آزمون اخلاقی سر بلند بیرون بیایند، مثلاً به اندازه کافی عادلانه باشند را به عنوان قانون به رسمیت بشناسند، نقش معیار برای اخلاق قائل شده‌اند.

با این حال، از دید اثبات‌گرایی حقوقی نرم ملاحظات ارزشی تنها در صورتی از چنین موقعیتی به عنوان شاخص اعتبار قوانین برخوردارند که آنها توسط چنین رویه اجتماعی پشتیبانی شوند؛ بنابراین برای اثبات‌گرایی حقوقی نرم، ملاحظات ارزشی فقط می‌توانند شاخص غیربنیادین قوانین باشند. در حالی که در مکتب حقوق طبیعی ملاحظات ارزشی و اخلاقی نقشی بنیادین ایفا می‌کنند. یک ملاحظه ارزشی در صورتی شاخص بنیادین قوانین است که آن ملاحظه صرف نظر از عملکرد مقامات حقوقی مربوطه، معیار اعتبار قوانین باشد. ملاک شاخص اساسی بودن این است که نیازی به عملکرد همگرای مقامات حقوقی نداشته باشد. اگر عملکرد مقامات را به عنوان یک واقعه اجتماعی نیاز داشت دیگر عامل تعیین‌کننده نیست. تکیه بر عملکرد همگرای مقامات رویکردی اثبات‌گرایانه است. در حالی که، اثبات‌گرایی سخت معتقد است ملاحظات ارزشی صرف نظر از عملکرد مقامات در هیچ موردی نقش اساسی ایفا نمی‌کنند. مکتب حقوق طبیعی معتقد است ملاحظات ارزشی صرف نظر از نوع عملکرد مقامات همیشه ایفاگر نقشی اساسی می‌باشند.

## ۸. نقد های وارده بر اثبات‌گرایی حقوقی نرم

اثبات‌گرایی حقوقی نرم محصول پاسخ به اعتراضات دورکین بر اثبات‌گرایی حقوقی است. به باور کلمن به عنوان یک اثبات‌گرای نرم، هسته اصلی تز جدایی اثبات‌گرایی، چیزی است که او آن را اثبات‌گرایی منفی می‌نامد (کلمن، ۱۹۸۲، ۱۳۹-۱۶۴)، یعنی این ادعا که هیچ ارتباط ضروری بین قانون و اخلاق وجود ندارد؛ اما این امر مانع قاعده شناسایی برای وارد کردن اخلاق در قانون نمی‌شود. بلکه صرفاً اثبات‌گرایی را از ادعای اینکه قانون باید لزوماً اخلاق را در همه جا و در همه نظام‌های حقوقی در قانون بگنجانند، بازمی‌دارد؛ اما آیا تعبیه اخلاق در قانون تعهد اثبات‌گرایی به این ایده را تضعیف نمی‌کند که قاعده شناسایی باید کارکردی معرفتی داشته باشد؟ زیرا یک قاعده شناسایی باید به افراد کمک کند تا تشخیص دهند کدام هنجارها قوانینی الزام‌آور می‌باشند. قاعده شناسایی بالاخره یک قاعده شناخت و معرفت است. خود هارت هم آن را در قالب بحث در مورد نقشی که در کاهش بلاتکلیفی و عدم اطمینان در مورد چپستی قانون یک جامعه ایفا می‌کند، معرفی نموده است. نقد شده، قاعده‌ای که اخلاق را ملاک قانونی بودن قرار می‌دهد، نمی‌تواند عدم قطعیت را کاهش دهد، زیرا اصول اخلاقی ذاتاً بحث‌برانگیز هستند. در پاسخ آمده، «می‌توانیم بین دو کارکرد معرفتی قاعده شناسایی تمایز قائل شویم. یکی کارکرد معرفتی تنفیذ و تأیید اعتبار قانون است و دیگری کارکرد شناسایی و تعیین هویت قانون» (لیتر و کلمن، ۲۰۱۰، ۲۳۸). قاعده شناسایی معیاری است که به موجب آن مقامات، به ویژه قضات، قانون بودن هنجارها را تأیید می‌کنند.

اثبات‌گرایی حقوقی متعهد به قاعده شناسایی است که کارکرد تأیید اعتبار هنجار را انجام دهد. هیچ چیز در ادغام‌گرایی توانایی قاعده شناسایی را برای انجام آن کارکرد تهدید نمی‌کند. اینکه یک قاعده شناسایی ممکن است در مصادیق خود بحث‌برانگیز باشد، به این معنی نیست که قضات در مورد چپستی آن قاعده اختلاف نظر داشته باشند. آنها شاید، فقط در مورد آنچه آن لازم داشته و مستلزم آن است، اختلاف نظر داشته باشند. به بیان دیگر، قضات در مورد اینکه معیار تأیید اعتبار چپست، اختلاف نظر ندارند، فقط در مورد آنچه آن

تأیید می‌کند، ممکنه اختلاف داشته باشند. با این وجود، دورکین معتقد است قاعده شناسایی که اخلاق را در قانون می‌گنجانند نمی‌تواند یک قاعده اجتماعی باشد؛ زیرا یک قانون اجتماعی مستلزم یک الگویی از رفتار همگرا است و قاعده شناسایی که اخلاق را در برمی‌گیرد، از آنجا که مقامات در مورد الزامات یا مصادیق آن اختلاف نظر پیدا می‌کنند خود باعث اختلاف نظر می‌شود. بنابراین رویه‌ای همگرا شکل نمی‌گیرد (دورکین، ۱۹۶۷). به دورکین می‌توان پاسخ داد، اختلاف در مورد مصداق یک قاعده با توافق در مورد چیستی آن قاعده تعارضی ندارد. مقامات می‌توانند توافق داشته باشند که قاعده شناسایی مستلزم گنجاندن برخی از اصول اخلاقی در قانون است، در حالی که با یکدیگر در مورد چیستی آن اصول اختلاف نظر دارند.

### ۱-۸. نقد دورکین بر اثبات‌گرایی نرم از دریچه اصول حقوقی

نظام‌های حقوقی دارای دو گونه هنجار می‌باشند که عبارت‌اند از قواعد و اصول، قواعد نظام دارای خاستگاه اجتماعی مشخصی هستند؛ اما اصول فاقد چنین خاستگاهی می‌باشند. از نظر دورکین، غفلت از جایگاه اصول حقوقی در تعیین ماهیت حقوق و محور قراردادن قواعد حقوقی، سبب اشتباه اثبات‌گرایان در کنار نهادن اخلاق از ساحت حقوق شده، درحالی که باتوجه به ماهیت ترکیبی حقوق، چنین کاری اصولاً امکان‌پذیر نیست. اصول حقوقی در ذات حقوق نهفته است و سلب ذاتی از ذات محال است. همچنین اصول حقوقی، برخلاف قواعد که ممکن است اخلاقی باشند یا نباشند، اساساً ماهیت اخلاقی دارند.

حقوق آن‌گونه که هارت می‌گوید ضرورتاً نظامی از قواعد نیست. در پرونده‌های سخت، قوانین ممکن است مبهم باشند و یا اصلاً قانون مربوطه‌ای وجود نداشته باشد. قضات وظیفه هنجاری دارند که برای حل اختلافات موجود اصول یا سیاست‌هایی را اعمال کنند و این اصول و سیاست‌ها قاعده در معنای اثبات‌گرایی آن‌ها نیستند. بنابراین، از آنجایی که قضات ملزم به اعمال اصول هستند، این اصول بخشی از حقوق هستند نه ملاحظات فراحقوقی آن‌طور که هارت تلقی می‌کند (دورکین، ۱۹۶۷، ۴۶-۸۰).

دورکین این نظر را که برای تشخیص اینکه آیا یک قاعده موقعیت یک قانون را دارد باید نهایتاً به قاعده شناسایی متوسل شد را رد می‌کند؛ زیرا به نظر او بعضی از اصول اخلاقی صرفاً به دلیل اینکه به لحاظ اخلاقی درست می‌باشند موقعیت یک قانون را دارند. دورکین با اصرار بر اینکه برخی از اصول مهم اخلاقی جزء جدایی‌ناپذیری حقوق می‌باشند، منکر نظریه جدایی حقوق و اخلاق می‌شود. از دید دورکین، قانون بیشتر از آنکه امری واقعی باشد، امری تفسیری است.

پاسخ متقابل اثبات‌گرایان حقوقی به دورکین این بود که حتی به گفته خودش، هر اصل اخلاقی به‌صرف اینکه یک اصل اخلاقی است، یک اصل حقوقی نیست. بنابراین، باید راهی برای تشخیص آن دسته از اصول اخلاقی که حقوقی هم می‌باشند از آنهایی که فاقد چنین وضعیتی هستند، وجود داشته باشد.

نقد شده اثبات‌گرایی نرم قابل دفاع نیست، زیرا ارتباط بین قانون و اخلاق مفهومی است و نه صرفاً تصادفی و احتمالی. ما در بنیان قانون، علاوه بر واقعیت‌های اجتماعی، ارزیابی‌های اخلاقی نیز مشاهده می‌کنیم. قانون اصولاً وجودش وابسته به توجیهی است که برای آن آورده می‌شود و این توجیه رنگی اخلاقی دارد. نظام‌های حقوقی همچون سایر نهادهای عمومی هنجاری مدعی موجه بودن هستند

و تنها راه اثبات این مدعا اقامه ادله اخلاقی است؛ بنابراین، به دلایل مفهومی، قانونی بودن لزوماً به ارزیابی اخلاقی بستگی دارد. در نتیجه، مفهوم قانون باید به‌عنوان ترکیبی از حقایق اجتماعی و ارزش‌های اخلاقی توضیح داده شود.

## ۲-۸. نقد شاپیرو از زاویه کارکرد هدایتی قانون

گفته می‌شود باید ویژگی و مشخصه اصلی قوانین را پیدا کرد و دید آیا منطقاً اخلاق می‌تواند جزئی از این خصوصیت باشد یا نه. برخی از اثبات‌گرایان سخت، مانند جوزف راز، ادعا می‌کنند خصوصیت اصلی قواعد حقوقی ادعای اقتدار است؛ اما برخی دیگر می‌گویند هدایت رفتار می‌باشد.

اسکات شاپیرو که منتقد اثبات‌گرایی نرم است، تمرکز نقدش را گذاشته بر این ادعای هارت که یکی از ویژگی‌های ضروری قانون هدایت رفتار افراد است. هارت توأمان هم باور به درستی اثبات‌گرایی حقوقی نرم و امکان نفوذ اخلاق به درون قانون دارد و هم باور به این که حقوق ضرورتاً یکی از کارکردهایش رهنموددادن به جامعه است؛ اما شاپیرو این دو را قابل جمع نمی‌داند و می‌گوید:

راهنمایی رفتار، جزء ضروری قانون است و اگر یک مقام رسمی قاعده شناسایی نرم و متضمن اخلاق را دنبال نماید قواعد اولیه منبعث از آن به علت عدم قطعیت حکم قاعده نمی‌توانند راهنمای رفتار باشند. از این‌رو، اثبات‌گرایی حقوقی نرم نمی‌تواند با این ویژگی ضروری قانون سازگار باشد (شاپیرو، ۲۰۰۰، ۱۳۷).

اثبات‌گرایی حقوقی سخت بر خلاف نرم با کارکرد رهنمود دهی حقوق سازگار است. شاپیرو قائل به دو نوع کارکرد هدایتی برای قانون است: هدایت معرفتی و هدایت انگیزشی. راهنمای معرفتی اشاره به اطلاعاتی دارد که قاعده به فرد می‌دهد و فرد به مدد این معرفت می‌تواند تشخیص دهد چه وضعیت و فعلی مطابق قاعده ارزیابی می‌شود. فرد برای پیروی صحیح از قاعده به چنین آگاهی نیاز دارد. راهنمایی انگیزشی اشاره به دلایل فرد برای پیروی از قاعده دارد.

وقتی که شخصی قاعده را به‌عنوان تنها منبع انگیزه‌اش برای پیروی از قاعده بداند آن فرد توسط قاعده هدایت انگیزشی شده است (شاپیرو، ۲۰۰۰، ۱۴۶).

برای آنکه قاعده فرد را هدایت انگیزشی کرده باشد، آن فرد بایستی قاعده را به‌عنوان ارائه‌کننده دلیلی آمره برای رفتار خود ببیند. قاعده دلیلی به فرد می‌دهد که دیگر درباره ارزش پیروی از قاعده فکر نمی‌کند؛ بلکه به‌سادگی از آن اطاعت می‌نماید. هدایت انگیزشی، انگیزه رفتار مطابق قانون است؛ اما هدایت معرفتی، دانش چگونه رفتار کردن مطابق قانون می‌باشد.

به باور شاپیرو، برای اینکه قواعد حقوقی کارکرد هدایتی داشته باشند، بایستی قادر به هدایت انگیزشی یا معرفتی شهروندان باشند. اگر مردم از روی ترس هم قاعده را رعایت می‌کنند، حداقل لازم است که شهروندان از نظر معرفتی توسط قاعده حقوقی هدایت شوند؛ اما قواعد اخلاقی که توسط قاعده شناسایی اعتبار می‌یابند، نه از جهت معرفتی و نه از جهت انگیزشی نمی‌توانند افراد را در درون یک نظام حقوقی هدایت کنند. در نتیجه این قواعد اخلاقی نمی‌توانند قاعده حقوقی لحاظ شوند.

در تعریف شاپیرو، این واقعیت که قاعده ایجاب می‌کند که یک عمل انجام شود، خود دلیلی برای انجام آن عمل است. به تلقی او قوانین دلایل انگیزشی مستقل از محتوای خود می‌باشند؛ اما قواعد اخلاقی به دلیل محتوایشان به شخص دلیلی برای رفتار می‌دهند.

### ۳-۸. نقد جوزف راز از زوایه اقتدار قانون

راز معتقد است گنجاندن اخلاق در قانون با اقتدار قانون همخوانی ندارد. گفتن اینکه قانون یک اقتدار عملی است به این معناست که دلیل مستقل و متفاوتی برای عمل ارائه می‌دهد که در تصمیمات اشخاص در مورد آنچه که باید انجام دهند عرض‌اندام می‌کند. علاوه بر این، اگر قرار است قانون مرجع مقتدری باشد، قاعده شناسایی باید علاوه بر کارکرد اعتبارسنجی، کارکرد معرفتی و شناسایی نیز داشته باشد. برای اینکه افراد بر اساس دستورالعمل‌های قانون عمل کنند، باید از آنچه قانون از آنها می‌خواهد آگاه باشند. این بدان معناست که قاعده شناسایی باید قانون را در دسترس آنها قرار دهد. محور تحلیل اثبات‌گرایی از اقتدار، ایده کارآمدی است.

در ذات هر نظام حقوقی است که مدعی اقتداری کارا و موجه بر مردم باشد. اگر قرار است این ادعا واقعی باشد، نظام حقوقی باید قادر به اعمال اقتدار باشد؛ اما گنجاندن اخلاق در حقوق ظرفیت قانون برای ایفای نقش به‌عنوان یک اقتدار مؤثر<sup>۱</sup> را تضعیف می‌کند (راز، ۲۰۰۶، ۱۰۱۲).

اما اقتدار داشتن به چه معناست؟ برای پاسخ، راز مفهوم خدمات اقتدار<sup>۲</sup> را مطرح کرده است. هر یک از ما دائماً با این سؤال روبرو هستیم: چه کاری باید انجام دهیم؟ در پاسخ به این سؤال، ما اغلب به دلایلی برای انجام یک کار به‌جای کارهای دیگر متوسل می‌شویم. عموماً، این دلایل مصلحتی یا اخلاقی هستند و می‌شود آنها را دلایل مرتبه اول نامید. در بسیاری از موقعیت‌ها، ما دلایل مرتبه اول قابل‌اجرا را با یکدیگر می‌سنجیم و بر اساس وزن دلایل تصمیم می‌گیریم. با این حال، گاهی اوقات، عقل حکم می‌کند که ما صرفاً بر مبنای وزن دلایل مرتبه اول عمل نکنیم. اینجاست که اقتدار وارد عمل می‌شود. گاهی اوقات دلیل درست دیگری حکم می‌کند که ما مطابق با یک دلیل مرتبه دوم<sup>۳</sup> عمل کنیم، دلیلی که منعکس‌کننده قضاوت شخص دیگری در مورد دلایل مرتبه اول مربوطه است. اغلب دلیل مرتبه دوم مربوطه، دستورالعملی است که توسط یک مقام صادر شده است. مثلاً اگر ما در حال تصمیم برای سرمایه‌گذاری هستیم، نظر یک مشاور مالی.

اقتدار نوعی دلیل استثنایی مرتبه دوم را فراهم می‌کند. دلیلی که دلایل مرتبه اول مربوطه را کنار می‌گذارد و جایگزین آنها می‌شود (راز، ۱۹۷۵، ۴۶).

از نظر راز، این وظیفه عادی یک اقتدار مرجع است که این خدمت را ارائه دهد، یعنی دلایل مرتبه دومی را ارائه کند. روایت راز از اقتدار چنین می‌نماید که اگر قانون می‌خواهد بتواند اقتداری را داشته باشد که لزوماً ادعا می‌کند، دستورالعمل‌های آن باید دلایل درجه دومی باشند که جایگزینی دلایل درجه اولی شوند که شهروندان اعمال می‌کنند.

<sup>1</sup> practical authority

<sup>2</sup> service conception of authority

<sup>3</sup> a second order reason



اگر قرار است دستورات قانونی معتبر نقش خود را در هدایت ما در مسیر دلیل درست ایفا کنند، شناسایی و تفسیر آنها نمی‌تواند به بررسی دلایل مرتبه اولی که قرار است جایگزین شوند بستگی داشته باشد؛ اما این دقیقاً همان چیزی است که راز فکر می‌کند، اگر اثبات‌گرایی حقوقی نرم را بپذیریم اتفاق می‌افتد. قانون، به‌عنوان یک دستورالعمل مقتدر و مرتبه دوم، قرار است جایگزین دلایل مصلحتی و اخلاقی در شرایطی باشد که قانون بر آن حاکم است؛ اما اگر هویت آن به‌عنوان یک دستورالعمل قانونی مقتدر، بستگی به انطباق آن با یک اصل اخلاقی مانند انصاف، به‌مثابه یک دلیل اخلاقی، داشته باشد بنابراین هویت آن به‌عنوان یک دستورالعمل مقتدر به دلایلی که قرار بود حذف و جایگزین شوند بستگی خواهد داشت.

اگر چنین است، پس به همان اندازه ممکن است که ما به‌طور کلی از قانون صرف‌نظر کنیم و در عوض مستقیماً بر اساس دلایل مرتبه اول مربوطه از جمله انصاف رفتار کنیم. براین اساس، راز نتیجه می‌گیرد که اثبات‌گرایی حقوقی نرم با اقتدار قانون همخوانی ندارد. حقوق که ادعای اقتدار بر شهروندان را دارد باید بتواند راهنمای رفتار آنها باشد و برای این امر باید بر ملاحظات غیرحقوقی تقدم داشته باشد. در غیر این صورت شهروندان نمی‌دانند که برای تبعیت از قانون، چگونه باید رفتار نمایند. به طور خلاصه، راز خاطر نشان می‌کند: «کارکرد اساسی قانون اعلان عمومی معیارهای قابل تشخیصی است که اعضای جامعه موظف به رعایت آنها باشند و در ضمن نتوانند با به چالش کشیدن توجیهات آن معیارها بهانه‌ای برای نقض شان پیدا کنند» (راز، ۲۰۰۹، ۹۲)، یعنی این واقعیت که یک مرجع اقتدار انجام یک عمل را لازم ساخته، خود دلیلی برای انجام آن است و در هنگام ارزیابی اینکه چه کاری باید انجام دهیم، این دلیلی نیست که به سایر دلایل اضافه می‌شود، بلکه جایگزین آنها می‌شود.

## نتیجه‌گیری

یکی از بحث‌های دیرین فلسفه حقوق، بحث کلاسیک بین مکتب حقوق طبیعی و اثبات‌گرایی حقوقی در خصوص نسبت قانون با اخلاق است. نظریه حقوق طبیعی در شکل سنتی خود، ادعا می‌کند که قانون، تلاشی است به مدد عقل انسان، برای ترجمه و تدوین حقوقی اخلاق جهانی که واضح و مبدع آن خداوند است. از این‌رو، تنها آن دسته از قوانین موضوعه معتبر هستند که از آن اخلاق جهانی سرچشمه، رنگ و حیات گرفته باشند. قوانین ناهمسو با اخلاق به تعبیر توماس آکویناس، در جایگاه نظریه‌پرداز الگوواره حقوق طبیعی، مفاسد حقوق و تجلی بیدادگری می‌باشند. از منظر نظریه‌های جدید حقوق طبیعی که خاستگاه معیارهای اخلاق را بجای وحی در عقل و قرارداد اجتماعی می‌بینند نیز قانون عمیقاً و لزوماً به اخلاق ملتزم و اقتدار اخلاقی قانون بخشی از مفهوم آن است. در نتیجه، گزاره قانون ناعادلانه اما معتبر به‌اندازه گزاره مستطیل دایره‌ای شکل دچار تناقض است.

در مقابل اثبات‌گرایی حقوقی که خودش را در تقابل با نظریه حقوق طبیعی تعریف کرده، از دریچه اندیشه تجربه‌گرای فرانسویس بیکن و دیوید هیوم بنیاد قانون را بجای ارزش‌ها در واقعیت‌ها دید. به این معنی که این واقعیت‌های اجتماعی هستند که وجود و محتوای قانون را شکل می‌دهند و بین قانون و اخلاق هیچ ارتباط ضروری وجود ندارد. به بیان دیگر، قانون یک امر واقع است نه تجلی ارزش‌ها. قانون یک برساخته اجتماعی و مستقل و منفک از اخلاق است که ملاحظات ارزشی نقشی در تعیین اعتبار آن ندارند.

جان آستین در مقام نماینده شاخص اثبات‌گرایی حقوقی، قانون را همان فرمان حاکم می‌داند که مردم، برای فرار از مجازات از آن تبعیت می‌کنند. این نسخه از اثبات‌گرایی حقوقی که بعدها توسط ویل والوچوو اثبات‌گرایی سخت نامیده شد در بیان نسبت قانون با اخلاق با پرسش‌های جدی مواجه گردید که توضیح قانع‌کننده‌ای برای آنها نداشت.

تمام قوانین تحمیل‌کننده تکلیف نیستند که مردم از ترس حاکم از آنها متابعت کنند. بسیاری از قوانین شناسایی‌کننده، حامی و حاوی حقوق و آزادی‌های فردی هستند که مردم به اختیار و میل خود آنها را رعایت می‌کنند. در نتیجه قوانین علاوه بر بعد خارجی که با توضیحی رفتارگرایانه و بیرونی می‌توان آن را تبیین کرد دارای بعدی درونی نیز می‌باشند. قدرت هنجاری بسیاری از قوانین در این بعد جای دارد، امری که اثبات‌گرایی حقوقی سخت، از توجه به آن غافل مانده است. امروزه اکثریت نظام‌های حقوقی بر اساسی سازی حقوق و تجدید بنای نظام حقوقی بر پایه حقوق اساسی انسان و ارزش‌های اخلاقی چون برابری و عدم تبعیض تأکید دارند. پدیده‌ای که انگاره‌های اثبات‌گرایی سخت نمی‌توانند با آن همخوان باشند. افزون بر اینها، دورکین در نقد اثبات‌گرایی آورده، حقوق تنها متشکل از قواعد نیست؛ بلکه دربرگیرنده اصول نیز می‌باشد، اصولی که در پرونده‌های پیچیده آرای دادگاه‌ها عموماً بر مبنای آنها صادر می‌شوند و هسته اصلی این اصول برخلاف قواعد دیگر واقعیت‌های اجتماعی نیستند؛ بلکه اخلاق است. این نقدهای بر اثبات‌گرایی حقوقی سخت موجب شد بسیاری از اثبات‌گرایان از جمله هارت در قبال مسئله نسبت قانون با اخلاق موضع نرم‌تری اتخاذ کنند. اینها به اثبات‌گرایان حقوقی نرم مشهور شدند.

اثبات‌گرایی سخت، معتقد است که اخلاق به‌ضرورت بیرون از مفهوم قانون است؛ اما اثبات‌گرایی نرم می‌گوید که اخلاق نه لزوماً بیرون از حقوق است و نه ضرورتاً جزئی از آن. شامل بودن آن نه ضروری است و نه ممتنع بلکه امری ممکن و قراردادی است. از دید اثبات‌گرایی حقوقی نرم این امکان وجود دارد که سازگاری با یک اصل اخلاقی بتواند شرط لازم برای جایگاه یک هنجار به‌عنوان یک هنجار حقوقی باشد و از نظر مفهومی این امکان وجود دارد که حداقل یک قاعده شناسایی و در نتیجه یک نظام حقوقی وجود داشته باشد که در آن اخلاق اعتبار حقوقی باشد.

از دید اثبات‌گرایی نرم، قاعده شناسایی هارت را باید یک تصمیم‌گیری اجتماعی اتفاقی فهم نماییم و نه امری که جزء ذات و طبیعت قانون است. از آنجا که این شناسایی امری اجتماعی است سازگاری با اخلاق هم امری ممکن است نه ذاتی.

خلاصه سخن آنکه هدف اثبات‌گرایی حقوقی به‌عنوان یک نظریه تجربی و تحلیلی، این بوده که توصیفی و از نظر اخلاقی بی‌طرف بماند. اگر قرار است مورد قضاوت قرار گیرد، بر مبنای برازندگی و توانایی‌اش در توضیح نهادها و رویه‌های اجتماعی موجد و مجری قانون قضاوت شود، امری که به نظر می‌آید اثبات‌گرایی حقوقی نرم در بیشتر موارد بهتر درخشیده است. اثبات‌گرایی حقوقی نرم از نظر توصیفی دقیق‌تر ظاهر شده است و قدرت تبیین بهتری نسبت به رقیب خود دارد.

## References

- Aquinas, T. (2009). *Treatise on Law: The Complete Text*, Translated by A. J. Freddoso. St. Augustines Press.
- Aquinas, T. (2023). *Summa Theologica*, Translated by A. J. Freddoso & J. and J. Oesterle, <https://www3.nd.edu/~afreddos/summa-translation/TOC.htm>

- Austin, J. (1995). *Province of Jurisprudence Determined*, edited by W. E. Rumble, 1<sup>st</sup> published, 1832, Cambridge University Press.
- Bentham, J. (1776). *A Fragment on Government*, Cambridge University Press.
- Coleman, J. L. (1982) Negative and Positive Positivism, *Journal of Legal Studies*. 11 (1). University of Chicago Press. 139–164. <https://doi.org/10.1086/467696>
- Dworkin, R. M. (1967). The Model of Rules, *Journal of University of Chicago Law Review*. 35(1), 14-46.
- Dworkin, R. (1997). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University press.
- Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*, Yale University Press.
- Gray, J. W. (2014). Ethical Realism, <https://ethicalrealism.wordpress.com/2014/05/05/normative-descriptive-ethics/>
- Gert, B & Joshua G. (2020). The Definition of Morality, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall Edition, Edward N. Zalta (ed.). <https://plato.stanford.edu/entries/morality-definition/>
- Hart, H. (1994). *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed. Clarendon Press.
- Leiter, B & Coleman, J. L. (2010). Incorporationism and Legality, In book of *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd.
- MacCormick, D. N. (1981). Law, morality and positivism, *Journal of Legal studies* ,1(2), 131-145. <https://doi.org/10.1111/j.1748-121X.1981.tb00117.x>
- Pino, G. (2014). Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals, in *Journal of Ratio Juris*, 27(2), 190-217. <https://doi.org/10.1111/raju.12044>
- Postema, Gerald J. (1998). Jurisprudence as Practical Philosophy, in *Journal of Legal Theory*, Vol. 4, pp. 329–357. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/S1352325200001051>
- Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press.
- Raz, J. (2006). *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception*, Columbia Law School Publications.
- Razmjoo, A. (2022). Hart's Positivist Philosophy of Law and its Effects on Public Law, *Essays in Philosophy and Kalam*. 54(108), p.121-138. (In Persian) <https://doi.org/10.22067/epk.2022.70307.1035>
- Shapiro, S. (2000). Law, Morality and the Guidance of Conduct, *Legal Theory*, 6(2), 127–170. <https://doi.org/10.1017/S1352325200062017>
- Schofield, Ph. (2021). Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism, *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press.
- Tamanaha, B. Z. (2007). The Contemporary Relevance of Legal Positivism, *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 32. pp. 1-38.
- Waluchow, W. (1994). *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press.