

بررسی انتقادی جدایی حقوق از اخلاق در نظریه الزام حقوقی هانس کلسن

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۹/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۲۹

پرهام مهرآرام^۱

چکیده

تلاش کلسن برای ارائه پوزیتیویسم هنجارگرا به طرح نظریه‌ای از الزام حقوقی می‌انجامد که در ذات خود اخلاقی است؛ یعنی هنجارهایی ارائه می‌دهد که به ضرورتی عقلانی برای انجام یک عمل اشاره دارند و مخاطب خود را ملزم به رفتاری خاص می‌کنند. در عین حال، «ناب» بودن نظریه او مستلزم جدایی اخلاق از حقوق (تز جدایی) است. کلسن می‌کوشد با طرح سه راهکار این هنجاربودگی (و هنجار بنیادین به‌عنوان سرچشمه آن) را با تز جدایی سازش دهد: مشروط کردن هنجار بنیادین به سامانه‌های حقوقی کارآمد، نسبی‌گرایی اخلاقی و توصیفی برشمردن گزاره‌های حقوقی. این سه راهکار سه ادعای او درباره اخلاقی نبودن هنجار بنیادین را دربر دارد: رد نامعتبری موضوعه، صورت‌گرایی اخلاقی، و خنثی بودن اخلاقی. لیکن راهکارهای ارائه‌شده از منظر حقوق دانان برجسته به مشکلاتی همچون استنتاج «باید» از «هست»، نپذیرفتن امکان تعارض میان هنجارهای اخلاقی و حقوقی، کافی نبودن نسبی‌گرایی اخلاقی برای اثبات آنتینومی کلسنی و گرایش به امری شمردن حقوق می‌انجامد. کلسن که خود از وجود این مشکلات آگاه بود، نظریه هنجاربودگی محتوایی را به نفع نظریه قدرت‌دهی کنار گذاشت. نظریه نو، هرچند توانست مشکل سازش میان تز جدایی و هنجاربودگی را حل کند، به دلیل ناتوانی در تبیین مفهوم الزام حقوقی شکست‌خورده، در نهایت کلسن را واداشت تا به اراده‌گرایی بپیوندد.

واژگان کلیدی: اخلاق، پوزیتیویسم، تز جدایی، تز هنجارگرایی، حقوق، کارآمدی، نسبی‌گرایی اخلاقی.

مقدمه

تلاش اصلی برخی چهره‌های شاخص فلسفه حقوق نئوکانتی ارائه راهی متفاوت میان پوزیتیویسم و نظریه حقوق طبیعی است و به همین دلیل بسیار در دوران ما مورد توجه قرار گرفته است. نظریه حقوقی ناب کلسن را باید نقطه اوج این مکتب، و پرسش از استقلال حقوق از اخلاق را قلب آن به‌شمار آورد. پاسخ کلسن به این پرسش، خود را در تفسیر نوین او از مفهوم «الزام حقوقی» نشان می‌دهد. کلسن تعارض میان حقوق طبیعی و پوزیتیویسم را نوعی آنتینومی کانتی می‌داند که برای حل آن باید به استدلالی فرارونده متوسل شد و تعارض را با اثبات هنجاربودگی و انتساب حقوقی همچون مقوله شناخت حقوقی حل کرد. به این صورت، او میان نظریه پوزیتیویستی فروکاهنده و حقوق طبیعی راه سوم را مطرح می‌کند و به این منظور، واژگان کلیدی حقوقی را، مانند «باید» و «الزام»، به‌گونه‌ای نوین تفسیر می‌کند تا با اخلاق نسبتی نداشته باشند.

اینکه تلاش کلسن در این راستا کامیاب بوده، مورد تردید جدی است. انتقاد اصلی بر او به این نکته اشاره دارد که پایبندی او به هنجاری بودن حقوق سبب شده است تا معنای الزام حقوقی در نظریه او با الزام اخلاقی یکی شود. به همین دلیل، بسیاری بر این باورند که نظریه جدایی حقوق از اخلاق کلسن که آن را «تر جدایی» می‌نامیم، با «تر هنجاربودگی» و ایده «هنجار بنیادین» او سازگار نیست. نگارنده متن حاضر این مطلب را در مقاله‌ای دیگر به تفصیل توضیح داده است.^۲ لیکن کلسن از این مشکل آگاه بود و به همین دلیل کوشید تا با توسل به سه راهکار برجسته دو تر نامبرده را با یکدیگر آشتی دهد. این سه راهکار عبارت‌اند از: پیوند میان کارآمدی، موضوعه بودن و هنجار بنیادین؛ نسبی‌گرایی اخلاقی؛ و درنهایت تمایز‌گذاری میان تفسیر توصیفی و تفسیر تجویزی گزاره‌های حقوقی. این پژوهش می‌کوشد ضمن بررسی انتقادهای مطرح‌شده، راهکارهای کلسن در آشتی دادن دو تر «جدایی» و «هنجاربودگی» را بررسی کند.

۲. برای شرح بیشتر این مشکل، همچنین توضیح مقدماتی درباره رابطه حقوق با اخلاق در نظریه حقوقی کلسن، ر.ک. مهرآرام، پرهام، «تمایز حقوق از اخلاق در نظریه‌ی الزام حقوقی هانس کلسن»، *تأملات فلسفی*، دوره ۱۱، ش ۲۶ (۱۴۰۰)، صص ۳۳۹-۳۷۹.

جا دارد به این نکته اشاره شود که کلسن، خود، نظریه یکدستی درباره الزام حقوقی را ارائه نداده است. او برحسب دوره‌بندی پائلسون حداقل سه بار نظریه الزام خود را به صورت بنیادین دگرگون کرده است. هرچند در درون هر دوره نیز می‌توان دوره‌بندی‌های جزئی‌تری داشت: نخست، دوره هنجاربودگی محتوایی که الزام حقوقی در آن دارای معنایی تکلیف‌محور^۳ است. دوم، دوره نظریه قدرت‌دهی (صلاحیت‌دهی) که «باید» معنایی عام می‌یابد؛ هرچند صورت بنیادین آن «صلاحیت» یا «رو بودن» است. سوم، دورانی است که کلسن ایده نوکاتی تمایز میان «باید» و «هست» را کنار می‌گذارد و نظریه ناب حقوقی خود را باطل شده اعلام می‌کند. در این دوره، الزام در پیوند با اراده‌ای خیالی قابل فهم است.^۴ این پژوهش به دو دوره نخستین، از ۱۹۲۲ تا ۱۹۶۲، می‌پردازد که در پیوند با نظریه ناب حقوقی است و شهرت کلسن برخاسته از آن است.^۵

۱. دوری سنتی؛ الزام تکلیف‌محور

۱.۱. مختصری از نظریه الزام در دوره سنتی

کلسن پس از نشان دادن وجود یک آنتینومی در حقوق و رد هم‌زمان حقوق طبیعی^۶ و پوزیتیویسم فروکاهنده^۷، کوشید راه میانه خود را با استدلال فرارونده کانتی اثبات کند. این استدلال از حقوق موضوعه موجود می‌آغازد و سپس مقوله انتساب را همچون شرط شناخت حقوقی به اثبات می‌رساند. ساختار این استدلال را می‌توان به صورت زیر نشان داد:^۸

الف) هنجارهای حقوقی قابلیت شناخت دارند (پیش فرض).

ب) این هنجارها تنها در صورتی می‌توانند موضوع شناخت قرار گیرند که «مقوله انتساب» را پیش فرض بگیریم (فرض فرارونده).

3. Deontic

4. Paulson, Stanley L., "An Empowerment Theory of Legal Norms", *Ratio Juris*, Vol. 1, No. 1 (1988), pp. 58-72.

۵ برای آگاهی بیشتر درباره دوره‌بندی آثار کلسن، ر.ک. همان، صص ۳۴۷-۳۵۱.

6. Kelsen, Hans, "The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, Vol. 2, No. 4 (1949), pp. 482-483.

7. Kelsen, Hans, "Value Judgement in the science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, Vol. 7, No. 312 (1942), pp. 316-320.

8. Paulson, Stanley L., "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 3 (1992), pp. 326.

پ) بنابراین، مقوله انتساب پیش فرض گرفته می‌شود.

به این ترتیب، مقوله انتساب اثبات می‌شود. «باید» بیان این مقوله است که دو امر واقع، یعنی یک «شرط حقوقی»^۹ را به یک «پیامد حقوقی»^{۱۰} پیوند می‌دهد.^{۱۱}

در نتیجه، صورت انتساب که همان صورت ایدئال حقوق به‌شمار می‌آید، با علیت همانند است؛ هر دو شرطی هستند و یک شرط را به یک پیامد پیوند می‌زنند؛ اما این دو در معنا متفاوت‌اند.^{۱۲} معنای انتساب حقوقی، برخلاف علیت، معنایی هنجاری است؛ یعنی به یک «باید غیرطبیعی»^{۱۳} ارجاع دارد. درحالی که علیت به «باید طبیعی»^{۱۴} اشاره می‌کند.^{۱۵} این تمایز معنایی علیت را از انتساب، و صورت مشروط آن دو، هر دو را از اخلاق، که دارای صورت امری است، جدا می‌کند؛ بنابراین، «صورت ایدئال گزاره‌های حقوقی» آن چیزی است که حقوق را از اخلاق مستقل می‌کند.^{۱۶} همچنین، او می‌کوشد مخاطبان حقوق را، برخلاف اخلاق، مقامات معرفی کند و نه اتباع حقوق.

اما تلاش کلسن برای جدا کردن «باید» حقوقی از علی، او را با مشکل مهمی روبه‌رو می‌کند: هرچند گزاره حقوقی برخلاف گزاره اخلاقی شرطی‌اند، «باید» در هر دو دارای یک معنی است. پائلسون از این نکته با عنوان «تر هم‌معنایی» نام می‌برد.^{۱۸}؛ به عبارت دیگر، هرچند گزاره شرطی است، اما در وجهیت^{۱۹} تکلیف‌محور خود با اخلاق همانند است.^{۲۰}

از دید کانت، الزام ضرورت یافتن یک عمل تحت فرمان عقل است و «باید» بیان این

9. Rechtsbedingung

10. Rechtsfolge

11. Kelsen, Hans, "Causality and Imputation", *Ethics*, Vol. 61, No. 1, (1950), p. 10.

12. *Ibid.*, p. 6

13. Sollen

14. Müssen

15. Paulson, Stanley L., "Hans Kelsen's Doctrine of Imputation", *Ratio Juris*. Vol. 14, No. 1 (2001), p. 60.

۱۶. منظور از تمایز میان «باید طبیعی» و «باید غیرطبیعی» تمایز میان بایدی است که وجود آن از مشاهده طبیعت فهم می‌شود، در قیاس با بایدی که وجودش ناشی از تفسیر هنجاری یک واقعه است و تحقق آن در جهان خارج قطعی نیست.

17. Kelsen, Hans, "On the Basis of Legal Validity", translated by Stanley L. Paulson, *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 26, Issue 1 (1981) (Original work published 1960), p. 188.

18. Paulson, Stanley L., "An Empowerment Theory of Legal Norms", pp. 66-67.

19. Modality

20. *Ibid.*, pp. 60-62.

ضرورت عقلانی است^{۲۱} که به وسیله آن فرد دلیلی برای انجام عملی می‌یابد که آن عمل درست و خوب به‌شمار می‌آید؛ بنابراین، اینکه فرد ملزم به انجام کاری است، یعنی فرد دلیلی برای انجام دادن کاری دارد که در عالم واقع انجام آن محتمل است و نه ضروری^{۲۲}. نینو نیز اعتبار یک سامانه حقوقی را در نظریه‌های سنتی حقوقی با نیروی الزام‌آور آن یکی می‌داند. این نیروی الزام‌آور استدلالی برای انجام عمل است^{۲۳}. کلسن خود به این نکته اشاره دارد که اعتبار یک هنجار پاسخ به این پرسش است که چرا باید از آن پیروی کرد^{۲۴}.

در این میان، هنجار بنیادین نقش مؤثری در ایجاد سازش میان این نگاه هنجاری با تز جدایی دارد. از دید کلسن، فقط یک هنجار می‌تواند به هنجار دیگر اعتبار بخشد؛ به این صورت، باید در نهایت به هنجاری برسیم که خود اعتبارش را از هنجار دیگری نگرفته است. اعتبار نیز معنایی جز این ندارد که برای پیروی از هنجار دلیلی داریم؛ بنابراین، هنجار بنیادین دلیلی برای پیروی از قواعد سامانه حقوقی را در اختیار می‌نهد.

عینیت یک هنجار نیز ارجاع به «بایدی» است که حتی پس از نابودی اراده ایجادگر آن وجود دارد و آنچه این باید را از اراده متمایز می‌کند، ضرورت عقلانی موجود در آن است. در نتیجه، عینیت در نظریه کلسن در پیوند با الزامی اخلاقی است؛ یعنی مبنایی برای یک «ضرورت» یا «باید». پس مبنای عینیت سامانه حقوقی نیز هنجار بنیادین است؛ زیرا این هنجار است که همانند هنجارهای اخلاقی، به ضرورت عقلانی پیروی از سامانه حقوقی پاسخ می‌دهد. در عین حال، ایده کلسن درباره هنجار بنیادین است که تز جدایی را با تز هنجاربودگی از راه‌های زیر آشتی می‌دهد^{۲۵}:

21. MS, 6: 322

22. Willaschek, Marcus, "Normativität und Autonomie. Über Verpflichtungen als Handlungsgründe", *Die Welt der Gründe. Proceedings des XXII. Deutschen Kongresses für Philosophie*, hg. v. J. Nida-Rümelin und E. Özmen, (Felix Meiner Verlag: Hamburg, 2012), pp. 355-356.

23. Nino, Carlos Santiago, "Some Confusion Surroundings Kelsen's concept of validity, Normativity and Norms", in *Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1988), p. 254.

24. Kelsen, Hans, "Value Judgement in the Science of Law", p. 322.

25. Beylveeld, Deryck; Brownsword, Roger, "Methodologica Syncretism in Kelsen's pure theory of law, Normativity and Norms", in *Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998), pp. 125.

- هنجار بنیادین، تنها کارکردی شناخت‌شناسانه دارد و نه کارکردی سیاسی یا اخلاقی (خنثی بودن اخلاقی هنجار بنیادین).
- «پیش‌فرض گرفتن» هنجار بنیادین به معنای آن نیست که اخلاقی بودن سامانه حقوق مورد تأیید است و به رسمیت شناخته می‌شود (خنثی بودن اخلاقی هنجار بنیادین).
- هنجار بنیادین محتوای از پیش‌مشخصی ندارد و اخلاقی بودن آن تنها به صورتش برمی‌گردد (صورت‌گرایی اخلاقی).
- یک سامانه حقوقی کارآمد نمی‌تواند اعتبار نداشته باشد. هنجار بنیادین باید برای هر سامانه کارآمد فرض شود، یا به عبارت دیگر، فرض آن مشروط به کارآمدی هر سامانه حقوقی است (رد نامعتبری موضوعه)^{۲۶}.

بنابراین، تمایز میان اعتبار هنجارهای حقوقی و اخلاقی بنیادین نیست و تنها در این نکته است که هنجارهای حقوقی را می‌توان به یک هنجار بنیادین نسبت داد، حال آنکه هنجارهای اخلاقی را خیر. کلسن خود به این پیوند میان حقوق و اخلاق در بند یازدهم و دوازدهم ویرایش دوم نظریه ناب حقوقی اقرار می‌کند^{۲۷}:

«آنچه در همه‌ی سامانه‌های اخلاقی ممکن مشترک است، صورت آن- هاست؛ یعنی «باید»؛ ویژگی هنجاری آن‌ها. آنچه خوب است، آن چیزی است که با هنجار اجتماعی‌ای که رفتار انسانی معینی را تجویز می‌کند تناظر دارد... هنجار و ارزش دو مفهوم همبسته‌اند... بر پایه‌ی این پیش‌فرض، این ادعا که حقوق در ذات خود اخلاقی است، به معنای آن نیست که دارای محتوای مشخصی است؛ بلکه بدین معناست که هنجاری است... بنابراین، در این معنای نسبی، هر حقوقی اخلاقی است. هر قانونی ایجادگر یک ارزش اخلاقی (نسبی) است؛ اما این بدان معناست که پرسش از پیوند میان اخلاق و حقوق پرسش از محتوای حقوق نیست، بلکه پرسشی از صورت آن است.»

26. Exclusion of positive invalidity

27. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, zweite Auflage, (Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 1960), § 11-12.

اینک به انتقادهای وارده به راهکار کلسن خواهیم پرداخت.

۲.۱. انتقادهای

چنان که اشاره شد، کلسن می‌کوشد با بیان چهار تز، هنجار بنیادین یا تز هنجاربودگی حقوقی را با تز جدایی آشتی دهد. بیلولد و براون سورد این چهار تز را ذیل سه عنوان کلی‌تر دسته‌بندی می‌کنند: آشتی میان کارآمدی، پوزیتیویسم و اعتبار؛ نسبی‌گرایی اخلاقی؛ و تمایزگذاری میان تفسیر توصیفی و تفسیر تجویزی گزاره‌های حقوقی. در این پژوهش نیز با پیروی از این دو حقوق‌دان برجسته، انتقادهای وارده به کلسن ذیل این سه عنوان مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۲.۱.۱. پیوند میان کارآمدی، اعتبار و موضوعه بودن

تمایز کلسن میان «هست» و «باید» به کلسن اجازه نمی‌دهد که کارآمدی، موضوعه بودن و اعتبار را هم‌معنا بگیرد. هنجاربودگی و اعتبار به معنای آن است که باید از رفتار ویژه‌ای پیروی شود و به این معنی نیست که در عالم واقع از آن پیروی می‌شود. با وجود این، کلسن، به‌عنوان یک پوزیتیویست، نمی‌تواند وجود هرگونه ارتباط میان مفاهیم نامبرده را انکار کند. به همین منظور، او بارها کوشیده است که راهی میانه بیابد تا بتواند از یک سو، میان این عناصر پیوندی برقرار کند و از سوی دیگر، کارآمدی را هم‌معنی با اعتبار قرار ندهد. راهکار او این است که اعتبار را صفتی بداند که تنها به سامانه‌های حقوقی کارآمد می‌تواند نسبت داده شود. بنابراین، باید هنجار بنیادین را امری به‌کلی صوری به‌شمار آورد. هنجار بنیادین از نظر محتوایی دارای اعتبار نامشروط است و این محتوا از طریق یک سامانه کارآمد معین می‌شود. این همان تز «صوری بودن هنجار بنیادین» است که بر پایه آن برای اعتبار هنجار بنیادین نباید هیچ استدلال اخلاقی به‌کار گرفته شود؛ چراکه در این صورت دیگر نمی‌توان از آن با عنوان هنجار بنیادین سخن گفت.^{۲۸} اما آیا این راهکار پاسخگوی مشکل بنیاد اخلاقی الزام حقوقی کلسن است؟

۱.۱.۲.۱. بیلولد و براون سورد

بیلولد و براون سورد، طرح کلسن را در خصوص پیوند میان هنجاری بنیادین با کارآمدی و موضوعه بودن سامانه حقوقی مورد نقد قرار داده‌اند. از دید این دو، نظریه کلسن در این خصوص با دو مشکل بزرگ روبه‌رو است:

نخست، از اینکه برخی قواعد مورد پیروی واقع نمی‌شوند، نمی‌توان به این نتیجه رسید که اعتبار ندارند؛ برای نمونه می‌توان به آن دسته از هنجارهای حقوقی اشاره کرد که در اصطلاح به آن‌ها «قوانین مرده» می‌گویند. به این انتقاد این‌گونه می‌توان پاسخ داد که کلسن کارآمدی را نه برای تک‌تک هنجارها، بلکه برای کل سامانه در نظر گرفته است. او خود به این نکته اشاره می‌کند که از برخی هنجارها با اینکه اعتبار دارند، پیروی نمی‌شود.^{۲۹}

دوم، از این ادعا که اگر از هنجاری پیروی نشود، اعتبار خود را از دست می‌دهد، این نتیجه برمی‌آید که اعتبار هنجار حقوقی به ذهنیت اتباع حقوق، یعنی کسانی که قاعده بر آنها اعمال می‌شود، بستگی دارد. این امر به تناقض می‌انجامد؛ زیرا عینیت هنجار به این معناست که باید فارغ از باورهای افراد، مورد پیروی واقع شود. همچنین این امر به معنای استنتاج «باید» از «هست» است^{۳۰}، زیرا ذهنیت افراد به عالم «هست» تعلق دارد و تکیه بر آن به‌عنوان مبنای اعتبار حقوق، استقلال حقوق را از تفسیرهای روان‌شناختی سلب می‌کند؛ امری که برخلاف هدف کلسن در ایجاد یک «نظریه ناب حقوقی» است.

درباره شرط موضوعه بودن نیز، به‌عنوان یکی از شروط اعتبار هنجار حقوقی، با مشکل همانندی روبه‌رو هستیم، زیرا این شرط می‌تواند سه معنای مختلف داشته باشد^{۳۱}:

الف) هنجار به‌وسیله اراده‌ای غیرواقعی ایجاد می‌شود.

ب) هنجار به‌وسیله اراده‌ای واقعی ایجاد می‌شود.

پ) هنجار به‌وسیله سامانه حقوقی کارآمد اعمال می‌شود.

29. Kelsen, Hans, "Value Judgement in the Science of Law", p. 328.

30. Beylveeld, Deryck; Brownsword, Roger, Op. Cit., p. 131.

31. Ibid., p. 132.

از دید این دو حقوق‌دان، معنای موضوعه بودن برای آنکه بتواند نظریه کلسن را با پوزیتیویسم آشتی دهد، نمی‌تواند چیزی جز مورد سوم باشد. اما معنای سوم ارتباط تنگاتنگی با کارآمدی دارد؛ بنابراین، انتقادی که در مورد کارآمدی مطرح شد، گریبان موضوعه بودن را نیز خواهد گرفت.^{۳۲}

۲.۱.۲.۱. سیلوی دولاکروا

دولاکروا نیز به نکته همانندی اشاره دارد. پیوند میان هنجار بنیادین و موضوعه بودن به استنتاج «باید» از «هست» خواهد انجامید و به این صورت، ناب‌بودگی نظریه به خطر می‌افتد. او استدلال خود را با دو مقدمه بیان می‌کند.^{۳۳}

الف) برخلاف تصور، اعتبار هنجار بنیادین به محتوای آن مرتبط است و نه صورت؛ زیرا تمایز آن با هنجارهای دیگر در آن است که اعتبارش با شیوه وضعش پیوندی ندارد.

ب) از آنجا که هنجار بنیادین به یک سامانه موضوعه و کارآمد مشخص هنجاربودگی می‌بخشد، دارای اطلاعاتی جزئی درباره برخی امور واقع است؛ یعنی اطلاعاتی درباره زمان و مکان قانون‌گذاری آغازین.

در این صورت هنجار بنیادین با دو مشکل روبه‌رو است: اول اینکه امکان استنتاج اعتبار هنجار بنیادین از محتوای آن، تمایزش با هنجارهای اخلاقی را از میان می‌برد. علاوه بر آن، این مسئله ناب‌بودگی آن را نیز از بین برده، در نتیجه آن را از فراروندگی ادعایی کلسن محروم می‌کند. از دید دولاکروا، همین امر سبب شد که کلسن نظریه نوکانتی خود را کنار گذاشته، در نهایت هنجار بنیادین را یک تخیل معرفی کند.^{۳۴}

۲.۱.۳.۱. کارل اشمیت

اشمیت در رساله خود با عنوان «قانون و حکم»^{۳۵} به ایده اصلی کلسن یعنی تمایز میان «باید» و «هست» انتقاد می‌کند. نزاع بین این دو پس از جنگ جهانی اول به اوج خود

32. Ibid., p. 133.

33. Delacroix, Sylvie, "Hart's and Kelsen's Concepts of Normativity Contrasted", *Ratio Juris*. Vol. 17, No. 4 (2004), p. 508.

34. Ibid., p. 509.

35. Gesetz und Urteil

می‌رسد. کلسن می‌کوشد میان سیاست و حقوق از طریق نظریه ناب حقوقی تمایز قائل شود و به همین جهت، ایده اشمیت دایر بر «شرایط وجودی حقوق»^{۳۶} و ایده لاباند مبتنی بر وجود دولتی که از اراده یک ملت برمی‌خیزد را رد و هنجار بنیادین را به جای آنها مطرح می‌کند.^{۳۷} کارل اشمیت در این باره می‌نویسد:^{۳۸}

«دولت یعنی یک نظم حقوقی، سامانه‌ای از انتساب‌ها که یک نقطه‌ی انتساب نهایی است ... دولت نقطه‌ی پایان انتساب‌ها است، نقطه‌ای که در آن انتساب‌هایی که مورد توجه حقوقی هستند پایان می‌گیرند».

از دید اشمیت، این ایده از نظریه بورژوازی برمی‌خیزد که به اولویت حقوق باور دارد تا بتواند آزادی‌های بنیادین و مالکیت خصوصی را پاسداری کند. اما چنین برداشتی از حقوق نمی‌تواند این واقعیت را دریابد که این قانون اساسی نیست که شکل دولت را تعیین می‌کند، بلکه کنشگران سیاسی هستند. او می‌نویسد:^{۳۹}

«یگانگی و ناب‌بودگی به‌آسانی به‌دست می‌آید، وقتی که فرد مجدانه دشواری‌های واقعی را انکار کند و به دلایل شکلی همه‌ی آن چیزی را که در برابر سامانه‌بندی^{۴۰} مقاومت می‌کند به‌راحتی به‌عنوان غیرناب کنار بگذارد».

روی هم‌رفته، از دید اشمیت جدا کردن هنجاربودگی حقوق از شرایط اجتماعی - سیاسی آن به کج‌فهمی درباره پیوند کارآمدی و اعتبار آن می‌انجامد. هنجاربودگی که بر بنیان‌های اخلاقی، سیاسی یا اجتماعی مبتنی نشود، تنها می‌تواند پیش‌فرض گرفته شود و معنای آن چیزی نیست جز اینکه «امری معتبر است، زیرا معتبر است». این امر نیز چیزی جز بیان پوزیتیویسم رایج و سنتی نیست که بر پایه آن اعتبار حقوق از کارآمدی آن گرفته می‌شود.^{۴۱}

36. Die existentiellen Bedingungen des Rechts

37. Delacroix, Sylvie, "Schmitt's Critique of Kelsenian Normativism, *Ratio Juris*", Vol. 18, No. 1 (2005), pp. 31-32.

38. Schmitt, Carl, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Translated by George Schwab, (Cambridge: MIT Press, 1985) (Original work published 1934), p. 19.

39. Ibid., p. 21

40. Systematik

41. Schmitt, Carl., *Verfassungslehre*, (Munich: Duncker & Humblot, 1928), Chap. I, 9.

از دید اشمیت، اصل مشکل، باور به تمایز میان «باید» و «هست» است. برخلاف نظر کلسن، نقطه آغاز حقوق باید یک تصمیم باشد، تصمیمی هنجارساز، و همین تصمیم است که منشأ «باید» بوده، به حقوق اعتبار می‌بخشد.^{۴۲}

۴.۱.۲.۱. هربرت هارت

انتقاد هارت بر دیدگاه کلسن بر ادعای او به هنجاری نبودن گزاره‌های اخلاقی تکیه دارد. کلسن باور داشت که گزاره‌های اخلاقی را تنها می‌توان بر پایه نظریه منفعت‌گرایی^{۴۳} توجیه کرد. از دید هارت، اگر بپذیریم که این تنها هنجارهای حقوقی هستند که به‌عنوان «باید» ارائه‌پذیرند، و اوامر اخلاقی را نمی‌توان هنجار در معنی واقعی دانست، بلکه باید آنها را به امور واقع روان‌شناختی فروکاست، در این صورت باید امکان تعارض میان اخلاق و حقوق و نیز انتقاد اخلاقی از حقوق، ناممکن باشد.^{۴۴} کلسن خود به این مسئله آگاه است و به همین جهت اعلام می‌کند که هر ایده درباره وجود هنجارهای اخلاقی حقوق را تحت تأثیر قرار می‌دهد و به همین دلیل باید طرد شود.^{۴۵} هارت مشکل را در این می‌بیند که هنجار بنیادین دلیلی است برای انجام یک عمل؛ بنابراین، حقوق عینیت خود را از طریق کارکرد توجیه‌گرایانه هنجار بنیادین به‌دست می‌آورد و اخلاق و حقوق در معنا و جنس عینیت از یکدیگر متمایز نیستند. تنها تمایز در این است که یکی از آنها با اعمال اجبار گره خورده، درحالی‌که دیگری این‌گونه نیست. در این صورت، امکان تعارض میان این دو دسته هنجار ممکن می‌شود. او سپس نشان می‌دهد که دو آموزه کلسن در این مورد، یعنی آموزه تخریب‌کننده^{۴۶} و سازنده^{۴۷}، نمی‌تواند راهکاری برای حل مشکل مطرح‌شده پیش رو بنهد.^{۴۸}

آموزه تخریب‌کننده امکان تعارض میان هنجارهای اخلاقی و حقوقی را به سه دلیل ناممکن می‌داند:

42. Delacroix, Sylvie, "Schmitt's Critique of Kelsenian Normativism", p. 34.

43. Zinstheorie, The theory of interest.

44. Hart, H. L. A., "Kelsen's doctrine of unity of law", in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998), pp. 553-554.

45. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Erste Auflage, (Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 1934), §11a.

46. Destructive doctrine

47. Constructive account

48. Hart, H. L. A., "Kelsens visited", in *Normativity and Norms: Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998), pp. 70-87.

استدلال اول. هنجارهای حقوقی نمی‌توانند به همان معنایی معتبر باشند که هنجارهای اخلاقی هستند، زیرا هنجارهای اخلاقی به معنای هنجارهای حقوقی عینیت ندارند؛ بنابراین، تعارض میان آن‌ها به آن شکل که در زندگی روزمره تجربه می‌کنیم، تعارض میان هنجارهای معتبر نیست. بر پایه آموزه سازنده، این تعارض تنها تجربه‌ای روان‌شناختی (احساس پابندی به دو تکلیف که اعمال متفاوتی را می‌طلبند) است و به واقع‌بودگی مرتبط است و نه اعتبار، و مسئله برخورد دو میل و دو گزاره هست‌انگار است.^{۴۹}

هارت این استدلال را قانع‌کننده نمی‌یابد، زیرا نشان داده شد که اعتبار و عینیت، هم در هنجارهای اخلاقی و هم در حقوق، معنای همانندی دارند. همچنین کسی که تعارض میان دو تکلیف را تجربه می‌کند، این تجربه را نه به‌عنوان تعارض میان دو میل، بلکه میان دو دستور، یعنی دو گزاره هنجاری می‌فهمد. به همین دلیل، اگر باور فرد درباره معتبر بودن یکی از هنجارها دگرگون شود، تعارض از میان می‌رود^{۵۰}؛ پس هارت با اثبات امکان تعارض هنجارهای حقوقی و اخلاقی، تبیین کلسن از هنجارهای اخلاقی بر بنیاد «نظریه منفعت» را رد می‌کند.

استدلال دوم. این است که تمایز منطقی سبب می‌شود امکان تعارض ممکن نباشد. برای نمونه، یک حقوق‌دان مسئله را از زاویه حقوق و یک اخلاق‌دان از زاویه اخلاق می‌نگرد. در نتیجه، امکان تعارض وجود ندارد. هارت این استدلال را می‌پذیرد، اما در عین حال آن را بی‌ربط می‌داند، زیرا که فرد ممکن است بخواهد مسئله را از هر دو منظر یا منطقی عام‌تر بنگرد.

استدلال سوم. از دید کلسن، تعارض میان هنجارهای حقوقی و اخلاقی ناممکن است، زیرا به معنای آن است که این دو گزاره هم‌زمان درست هستند: «الف باید انجام شود» «الف نباید انجام شود»؛ امری که ناممکن و متعارض است. از دید هارت، در این مورد تعارضی وجود ندارد، زیرا تمایز منظر وجود دارد؛ یعنی فرد از منظر اخلاق باید «الف» را انجام دهد و از منظر حقوق نباید آن را انجام دهد. گزاره‌ها در تعارض منطقی نیستند، اما

49. Ibid., p. 83.

50. Ibid., p. 85.

همزمان نمی‌توانند پیاده شوند. چنانکه گفته شد، تعارض تنها در زمانی روی می‌دهد که از هر دو منظر، یا از منظری عام‌تر، به مسئله نگریسته شود، پذیرش وجود چنین چشم‌اندازی، خود رد نظریه کلسن است.

از مباحث پیش‌گفته می‌توان چنین نتیجه گرفت:

۱. ادعای کلسن در اینکه هنجارهای حقوقی و اخلاقی نمی‌توانند با یکدیگر در تعارض باشند تا جایی درست است که بپذیریم دومی عینیت ندارد، و این درحالی است که این عینیت نیست که میان هنجارهای اخلاقی و حقوقی تمایز می‌گذارد. امری که به تفصیل به آن پرداخته شد.

۲. با وجود این، کلسن در این ادعا که نمی‌توان دو گزاره عینی همزمان درست و متعارض داشت، حق به جانب است. دلیل آنکه عینیت هنجاری چیزی جز دلیل عقلی برای پیروی از قاعده نیست و عقل نمی‌تواند همزمان دلیلی برای پیروی از یک هنجار و پیروی نکردن از همان هنجار ارائه دهد. لیکن این مسئله برخلاف تز «رد نامعتبری موضوعه» است. این امکان وجود دارد که فرد در تعارض میان یک هنجار حقوقی و اخلاقی، مورد اخلاقی را عقلانی‌تر دریابد. در این حالت، فرد، برای نمونه یک آنارشیست، هنجار بنیادین را دیگر همچون هنجار مورد توجه قرار نمی‌دهد؛ بنابراین، نظریه کلسن هیچ دلیلی در اختیار ما قرار نمی‌دهد که چرا باید در تعارض میان هنجار بنیادین و دیگر هنجارهای اخلاقی، هنجار بنیادین را ترجیح دهیم و به این صورت به تز «رد نامعتبری موضوعه» پایبند باشیم.

در پاسخ به این انتقاد، کلسن موضوع مخاطبان هنجارهای حقوقی را پیش می‌کشد. وی در نظریه «حذف‌کننده»^{۵۱}، مخاطبان هنجار حقوقی را مقامات می‌داند. می‌توان این‌گونه استدلال کرد که این افراد سامانه حقوقی را مشروع در نظر گرفته‌اند، زیرا منصب خود را با اختیار پذیرفته‌اند؛ بنابراین، در تعارض میان هنجار بنیادین و دیگر هنجارهای اخلاقی ناگزیر باید هنجار بنیادین را ترجیح دهند. در مخالفت با این ادعا می‌توان استدلال کرد که چنین نیست که الزاماً همه مقامات منصب خود را با اختیار بپذیرند و این امر محتمل است که

۵۱. The eliminative theory برای مطالعه بیشتر در مورد این نظریه، ر.ک. مهرآرام، پرهام، همان، ص ۳۶۰.

فردی منصب خود را به‌زور بپذیرد.^{۵۲}

۱.۲.۱. تونی اونوره

اونوره بر این باور است که محدود کردن هنجار بنیادین به سامانه‌های حقوقی کارآمد به نوعی «سازش‌گرایی»^{۵۳} می‌انجامد که بر پایه آن باید از هر سامانه سیاسی موجود پیروی کرد. در نتیجه، هنجار بنیادین خنثی بودن خود را از دست می‌دهد؛ گویا کلسن یک اصل سیاسی را همچون اصلی برای نظریه خود پذیرفته است^{۵۴} که نقض ادعای صوری و خنثی بودن هنجار بنیادین است. می‌توان استدلال اونوره را به شکل زیر بازسازی کرد:

- باید برای همه سامانه‌های حقوقی کارآمد یک هنجار بنیادین پیش فرض گرفت.
- هنجار بنیادین به سامانه حقوقی اعتبار و هنجاربودگی می‌بخشد، یعنی دلیلی برای پیروی از آن.
- همه سامانه‌های حقوقی کارآمد دلیلی برای اجبار به پیروی از خود ارائه می‌دهند.

به این نقد می‌توان این‌گونه پاسخ داد که کلسن ادعا نکرده است که ناگزیر باید برای همه سامانه‌های حقوقی هنجار بنیادین در نظر گرفت. او بارها اعلام کرده که یک کمونیست یا آنارشویست چنین نمی‌کند. در حقیقت، همه گزاره‌های حقوقی مشروط‌اند، درحالی که همتای اخلاقی آنها امری هستند؛ بنابراین، مقدمه اول اونوره نمی‌تواند درست باشد.

۱.۲.۲. انتقاد بر دومین مقدمه استدلال فرارونده کلسن

کلسن در مقدمه دوم استدلال فرارونده خود مقوله انتساب را تنها راه میانه حقوق طبیعی و پوزیتیویسم برای اثبات امکان شناخت حقوقی معرفی می‌کند. از دید او، نسبی‌گرایی اخلاقی و پذیرش هنجاری بودن گزاره‌های حقوقی ناگزیر به چنین نتیجه‌ای منتهی خواهد شد. لیکن این ادعا مورد انتقاد جدی پائلسون، رز، بیلولد و براون‌سورد واقع شده است. این افراد با رد ادعای پیش‌گفته کل استدلال فرارونده کلسن را بی‌اعتبار می‌کنند.

52. Honore, Tony, "The Basic Norm of Society", in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998), p. 105.

53. Conformism

54. Ibid., p. 104.

۱.۲.۲.۱. پائلسون

پائلسون مدعی است مقدمه دوم استدلال کلسن بدیهی نیست. در عین حال، نمی‌توان آن را به صورت تجربی نیز اثبات کرد، زیرا همواره این احتمال وجود دارد که نظریه نوینی طرح شود و ادعای کلسن را باطل کند. از دید او، حتی بسیاری از حقوق دان‌های موجود نیز در دو دسته نامبرده از جانب کلسن گنجانده نمی‌شوند و پذیرش نسبی‌گرایی اخلاقی الزاماً به رد نظریه آنها نمی‌انجامد؛

اهرلیش^{۵۵}، یلینک^{۵۶}، رودولف بیرلینگ^{۵۷}، یرینگ، رادبروخ، کانتوروویچ^{۵۸}، اتو گیرکه^{۵۹}، اشتاملر^{۶۰}، ارنست زیتلمن^{۶۱}، برنهارد ویندشاید^{۶۲} و امیل لاسک^{۶۳} از جمله این حقوق دانان هستند. او ماکس وبر، هرمان هلر و کارل اشمیت را هم در همین دسته قرار می‌دهد^{۶۴}. پائلسون، همچنین، این انتقاد را نیز مطرح می‌کند که کلسن با طرح نظریه خود به‌عنوان راه میانه و سوم، راه را برای گزینه‌های دیگر نیز گشوده است^{۶۵}.

۱.۲.۲.۲. جوزف رز

رز نیز این ادعا را که بتوان نظریات موجود در حقوق را تنها در دو دسته حقوق طبیعی و پوزیتیویسم فروکاهنده دسته‌بندی کرد، رد می‌کند. از دید او، استدلال کلسن در رد حقوق طبیعی دارای دو تز است^{۶۶}:

-
55. Eugen Ehrlich
 56. Georg Jellinek
 57. Ernst Rudolf Bierling
 58. Hermann Kantorowicz
 59. Otto von Gierke
 60. Rudolf Stammler
 61. Ernst Zitelmann
 62. Bernhard Windscheid
 63. Emil Lask
 64. Paulson, Stanley L., "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", pp. 315-318.
 65. Paulson, Stanley L., „Der Normativismus Hans Kelsens“, *Juristen Zeitung*, 61. Jahrg., Nr. 11 (2006), pp. 532.
 66. Raz, Joseph, "The Purity of Pure Thesis", in *Normativity and Norms; Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998) (Original work published 1981), pp. 238-251.

- تز پیوند اتفاقی^{۶۷}. بر این پایه هیچ پیوند ضروری میان ارزش‌های اخلاقی و حقوق وجود ندارد.
 - تز منبع^{۶۸}. شناسایی و به‌رسمیت شناختن حقوق و محتوایش نیازی به اخلاق ندارد.
- تز اول دارای اهمیت بسیار زیادی است و کلسن برای تقویت آن استدلال‌های زیر را می‌آورد^{۶۹}:

الف) ادعای ضرورت میان اخلاق و حقوق بر این اندیشه مبتنی است که حقوق پیوندی محکم با برخی ارزش‌های اخلاقی دارد که این ارزش‌ها از نظریات اخلاقی استنتاج می‌شوند.

ب) ارزش بنیادینی که در همه نظریه‌های اخلاقی مشترک باشند، وجود ندارد.

ج) بنابراین، پیوندی ضروری میان اخلاق و حقوق وجود ندارد.

از دیدگاه رز، کلسن دلیلی در اثبات این مطلب ندارد که نظریه‌های اخلاقی ارزش مشترکی ندارند. علاوه بر آن، او چهار انتقاد دیگر را نیز مطرح می‌کند^{۷۰}:

نخست اینکه یک نسبت‌گرای اخلاقی می‌تواند با ثابت کردن این ادعا که همه نظام‌های حقوقی یک یا چند ارزش موجود در یک نظریه اخلاقی را نمایندگی می‌کنند، پیوند اخلاق و حقوق را ثابت کند. برخلاف ادعای کلسن، او نیازی به اثبات این مسئله ندارد که همه نظریه‌های اخلاقی دارای یک یا چند ارزش اخلاقی مشترک هستند.

دوم، پرسش از پیوند حقوق و اخلاق الزاماً پرسشی ماهوی نیست، بلکه پرسش ناماهوی دیگری نیز وجود دارد که مهم‌تر است: آیا فرد باید از قانون، فارغ از محتوای آن، پیروی کند؟

سوم، رز، همچون هارت، ادعا می‌کند که کلسن نظریه خود را تنها به آن دسته از نظریه‌های حقوق طبیعی محدود کرده است که باور دارند قانون ناعادلانه قانون نیست، لیکن این رویکرد جامع نیست. گونه‌های دیگری از نظریه حق نیز وجود دارند که به پیوند

67. The contingent connection thesis

68. The sources thesis

69. Ibid., p. 240.

70. Ibid., pp. 241-242.

میان حقوق و اخلاق باور دارند، بدون آنکه ادعا کنند قانون ناعادلانه بی اعتبار است. نظریات دورکین، فینیس و فولر را می توان در این دسته ها قرار داد.

انتقادهای پیش گفته به اینجا می انجامد که رد حقوق طبیعی از طریق نسبی گرایی اخلاقی الزاماً به پوزیتیویسم هنجارگرایی مورد نظر کلسن نمی انجامد، بلکه ایدئالیسم حقوقی نسبی شده^{۷۱} همچنان می تواند به عنوان جایگزینی برای نظریه کلسن مطرح شود. البته رز این ادله را برای رد کامل نظریه کلسن کافی نمی داند، اما بیلولد و براون سورد نظر متفاوتی دارند.

۱.۲.۳. بیلولد و براون سورد

بیلولد و براون سورد به نقشی می پردازند که نسبی گرایی اخلاقی در نظریه الزام کلسن بازی می کند تا دو تز جدایی و هنجاربودگی را از طریق رد حقوق طبیعی و اثبات فرمالیسم اخلاقی با یکدیگر آشتی دهد^{۷۲}. این دو حقوق دان، این تلاش را ناموفق می دانند. از دید این دو، کلسن نمی تواند ایدئالیسم حقوقی نسبی شده را به عنوان جانشینی برای حقوق طبیعی و پوزیتیویسم فروکاهنده و رقیبی برای نظریه ناب حقوقی طرد کند. به منظور اثبات کامیاب نبودن کلسن در طرح خود، بیلولد و براون سورد دو ادعای مهم او را در مورد نسبی گرایی اخلاقی رد می کنند:

الف) رد حقوق طبیعی به پوزیتیویسم حقوقی می انجامد. تز جدایی کلسن مدعی است که اعتبار حقوق نمی تواند از اخلاق بیرون کشیده شود. این ادعا هم حقوق طبیعی، یعنی ایدئالیسم حقوقی عینی و هم ایدئالیسم حقوقی نسبی شده را دربر می گیرد. ادعای کلسن در رد دومی این است که فرد هیچ دلیلی ندارد تا در زمان بنیان گذاری حقوق بر اخلاق، میان نظریه های اخلاقی گوناگون دست به گزینش بزند.

از دید بیلولد و براون سورد، ادعای مطرح شده این امکان را رد نمی کند که فرد تز جدایی را کنار نهد و به جای آن به طرح یک نظریه ایدئالیستی حقوقی نسبی شده بپردازد. این امر

71. Der relativierte juristische Idealismus

72. Beyleveld, Deryck; Brownsword, Roger, Op. Cit, p. 133.

فقط اثبات‌کننده این مطلب است که اعتبار حقوق نمی‌تواند بر ارزش‌های مطلق اخلاقی بنا شود. به عبارت دیگر، فرد می‌تواند به‌جای پذیرش تز جدایی و سپس پوزیتیویسم، تز جدایی را رد کرده، نظریه ایدئالیسم حقوقی نسبی‌شده را بپذیرد. در نتیجه، رد کردن حقوق طبیعی به باطل شدن ایدئالیسم حقوقی نسبی‌شده نمی‌انجامد؛ بنابراین، فقط در زمانی این گزینه حذف می‌شود که تز جدایی فرض گرفته شود که در این صورت آن چیزی را که باید اثبات کنیم، فرض گرفته‌ایم.^{۷۳}

کلسن می‌تواند این‌گونه پاسخ دهد که حقوق طبیعی و پوزیتیویسم در صورتی تنها گزینه‌های ممکن هستند که عینیت حقوق را بپذیریم. پس استدلال بیلولد و براون‌سورد به‌تنهایی نمی‌تواند نظریه کلسن را رد کند، زیرا او خود اقرار می‌کند که می‌توان عینیت حقوق را پیش‌فرض نگرفت.

ب) نسبی‌گرایی اخلاقی به تز جدایی می‌انجامد. از دید کلسن، نسبی‌گرایی اخلاقی از طریق صورت‌گرایی اخلاقی پوزیتیویسم را تقویت می‌کند. دیدگاه کلسن درباره اخلاقمندی صوری در بند یازدهم و دوازدهم ویرایش دوم نظریه ناب حقوقی که ترجمه مختصر آن آورده شده، بیان گردیده است. از دید بیلولد و براون‌سورد، این متن می‌تواند دو معنای مختلف داشته باشد:^{۷۴}

- حقوق از نظر اخلاقی صوری است؛ چراکه از طریق یک نظریه مشخص اخلاقی متعین نمی‌شود.
- حقوق به‌کلی صوری است؛ زیراکه محتوای «باید» آن از پیش مشخص نیست و از طریق قانون موضوعه معلوم می‌شود.

بر این پایه، عینیت مستقل حقوق نیز دو معنا می‌تواند داشته باشد:

- اعتبار حقوق با یک نظریه اخلاقی مشخص پیوند ندارد.
- اعتبار حقوق از هرگونه نظریه اخلاقی مستقل است.

73. Ibid., p. 134.

74. Ibid., p. 136.

ادعای اول می‌تواند با ایدئالیسم حقوقی نسبی شده جمع شود، چراکه تنها ردکننده حقوق طبیعی است؛ اما برداشت دوم هرگونه پیوند میان حقوق و اخلاق را رد می‌کند و در نتیجه به پوزیتیویسم می‌انجامد. کلسن خود می‌پذیرد که حقوق نمی‌تواند از «خوب» و «بد» جدا باشد و به همین دلیل، از نظر او، آنچه «قانونی» است، «خوب» است؛ پس احتمالاً منظور او از عینیت مستقل حقوق، مورد اول است. اگر این چنین باشد، این مسئله که «بد» در یک نظریه، معادل «خوب» در نظریه دیگر است، نمی‌تواند به‌تنهایی ردکننده ایدئالیسم حقوقی نسبی شده باشد. به عبارت دیگر، نسبی‌گرایی اخلاقی در این تفسیر ناگزیر به پوزیتیویسم هنجارگرا نمی‌انجامد.

۱.۲.۳. دانش حقوق همچون امر ناتجویزی

راهکار سوم کلسن برای آشتی دادن الزام حقوقی با تز جدایی بنیادی‌تر است. از دید او، میان گزاره‌ها و هنجارهای حقوقی تمایز وجود دارد؛ اولی جنبه توصیفی دارد، در حالی که دومی تجویزی است. کلسن می‌نویسد:^{۷۵}

«با استفاده از واژه‌ی «باید»، حاکمیت قانونی که در دانش حقوق بیان شده، معنی آمرانه‌ی هنجار حقوقی‌ای را که توصیف می‌کند، فرض نمی‌گیرد. «باید» در حاکمیت قانون تنها معنایی توصیفی دارد. از طرف دیگر، از این مطلب که حاکمیت قانون چیزی را توصیف می‌کند، نمی‌توان نتیجه گرفت که آنچه توصیف شده امر واقع است؛ زیرا که نه تنها امور واقع، بلکه هنجار نیز، که معنای خاصی از امر واقع است، می‌تواند توصیف شود.»

بنابراین، کلسن می‌کوشد حقوق را از اساس به‌عنوان امری ناتجویزی در نظر گیرد. به این صورت، کنشگران حقوقی و حقوقدانان نیاز ندارند به حقوق باور داشته باشند. آن‌ها تنها توصیف‌گر چیزی هستند که تجویزی است و باید اعتبار آن را پیش فرض گرفت، در حالی که می‌توان آن را هم‌زمان نامعتبر دانست. در این بخش، به انتقادهای رز، هارت و بیلولد و براون سورد به این راهکار می‌پردازیم.

75. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, zweite Auflage, § 18.

۱.۲.۳.۱ رز

از دید رز، پوزیتیویسم رایج دارای سه تزا است: تز فروگاهی معنایی^{۷۶}، تز پیوند اتفاقی، و تز منبع. دو تز آخر پیش‌تر توضیح داده شد. تز اول به این معناست که هنجارهای حقوقی را می‌توان به امر واقع فروکاست.

کلسن با تز اول مخالف است، اما دو تز دیگر را می‌پذیرد. او حقوق را دانشی هنجاری می‌داند. وظیفه اصلی کلسن ایجاد آشتی میان این هنجاربودگی و دو تز دیگر است. او می‌کوشد این مشکل را از طریق هنجار بنیادین حل کند^{۷۷ ۷۸}. رز انتقاد خود به کلسن را به این شرح توضیح می‌دهد^{۷۹}:

«گزاره‌های حقوقی گزاره‌های هنجاری به همان معنا و به همان شکلی هستند که گزاره‌های اخلاقی هستند. این، چنانکه دیدیم، نکته‌ی اصلی معناشناختی پادفروکاست‌گرایی^{۸۰} کلسن است. پیامد این تأکید دائم آن است که گزاره‌های حقوقی گزاره‌های باید-انگار هستند و نباید با گزاره‌های هست-انگار اشتباه شوند. تهدیدی که این دیدگاه متوجه‌ی نظریه‌ی ناب می‌کند، آشکار است. اگر گزاره‌های حقوقی به همان معنا هنجاری هستند که اخلاق متعارف ... در آن صورت قانون، وجود و محتوای آن ... در ذات خود اموری اخلاقی هستند.»

راهکاری که رز به کلسن نسبت می‌دهد تا بتواند این مشکل را حل کند، دارای سه مرحله است:

الف) گزاره‌های حقوقی می‌توانند همچون گزاره‌های توصیفی تفسیر شوند و نه تجویزی؛ مانند گزاره‌های روان‌شناختی یا جامعه‌شناختی. کلسن امکان این تفسیر را می‌پذیرد.

76. Reductive semantic thesis

77. Raz, Joseph, "The Purity of Pure Thesis", p. 240.

۷۸. برای بررسی مفصل‌تر انتقادهای رز بر ایده هنجار بنیادین در نظریه کلسن، نک:

Raz, Joseph, "Kelsen's Theory of Basic Norm", in *Normativity and Norms; Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998), pp. 47-69

79. Ibid., p. 245.

80. Anti-Reduktionismus

ب) گام اول درباره امکان تفسیر توصیفی گزاره‌های حقوقی است. در گام دوم برای اینکه بتوانیم این گزاره‌ها را به صورت هنجاری توصیف کنیم، باید موضع یک «انسان حقوقی»^{۸۱} را فرض بگیریم که باور دارد همه گزاره‌های حقوقی هم‌زمان اخلاقی نیز هستند و در نتیجه، باید از قوانین پیروی کرد. البته حقوق دانان نیازی ندارند به هنجارهای حقوقی مقید باشند، زیرا آنها تنها موضع انسان حقوقی را توصیف می‌کنند؛ بنابراین، گزاره‌های حقوقی گزاره‌هایی شرطی‌اند و مقرر می‌کنند که اگر موضع انسان حقوقی گرفته شود، فلان هنجار باید پیروی شود. انسان حقوقی نیز در حقیقت هنجار بنیادین را پیش‌فرض گرفته است؛ بنابراین، گزاره‌های حقوقی از نظر اخلاقی خنثی هستند، زیرا تنها امور مشروطی‌اند که اعتبارشان پیش‌فرض گرفته شده است.

پ) اما این دو گام کافی نیست، چراکه تا به اینجا با گزاره‌های امری روبه‌رو نیستیم. گزاره‌های شرطی برای حقوق دانان می‌تواند کافی باشد، اما برای کنشگران حقوقی چنین نیست. آنها مدعی آن نیستند که «چه باید کرد، اگر حقوق اعتبار داشته باشد»، بلکه می‌گویند حقوق معتبر است.

رز برای حل این مشکل راهکار ارائه می‌دهد. او باور دارد تمایزی که کلسن بین «پیش‌فرض گرفتن»^{۸۲} و «اصل قرارداد»^{۸۳} می‌گذارد، نمی‌تواند مشکل را حل کند. منظور از دومی هر گزاره‌ای است که از طرف فردی بیان می‌شود که اعتبار حقوق را پیش‌فرض نگرفته، بلکه پذیرفته است. از دید رز، درحقیقت منظور کلسن آن بوده است که حتی برخی گزاره‌های امری را نیز می‌توان بر پیش‌فرض مبتنی کرد؛ بنابراین، بهتر آن است که به جای تمایز میان «پیش‌فرض گرفتن» و «اصل قرارداد» میان دو گونه امر تمایز بگذاریم؛ گونه اول را می‌توان «گزاره‌های بی‌طرف»^{۸۴} و دومی را «گزاره‌های متعهد»^{۸۵} نامید. امرهای حقوقی را باید از دسته امرهای اول دانست که گزاره‌هایی حقوقی را به زبانی هنجاری توصیف می‌کنند. حقوق دان‌ها یا کنشگران حقوقی می‌توانند به آنها باور نداشته باشند، اما

81. A legal man

82. Presuppose

83. Posit

84. Detached statements

85. Committed statements

گزاره‌ها به نحوی بیان شده‌اند که گویا آنان اعتبار هنجار بنیادین را پذیرفته‌اند؛ یعنی این گزاره‌ها حقوق را همچون سامانه‌ای معتبر نمایش می‌دهند و نه سامانه‌ای که در صورت فرض گرفتن هنجار بنیادین باید معتبر فرض شوند؛ بنابراین، گزاره‌هایی داریم که امری و هنجاری هستند و نه شرطی. تنها در این صورت است که گزاره‌های حقوقی در نظریه کلسن می‌توانند خنثی بودن اخلاقی خود را حفظ کنند.^{۸۶}

از این بحث می‌توان نتیجه گرفت که گزاره‌های حقوقی را می‌توان در سه دسته گنجانند:^{۸۷}

- گزاره‌هایی که اعتبار آن‌ها مشروط به هنجار بنیادین است، که شکل آنها را می‌توان به این صورت نوشت: «اگر هنجار بنیادین معتبر باشد، در آن صورت ...».
- گزاره‌های بی‌طرف که هرچند امری هستند، کسی را ملزم نمی‌کنند، زیرا از دیدگاه خاصی بیان شده‌اند.
- گزاره‌های متعهد که همان گزاره‌های رایج اخلاقی هستند. این گزاره‌ها تجویزی‌اند و وضع تکلیف می‌کنند.

تجایی که نظریه ناب حقوقی تنها از دو گزاره اول تشکیل شده باشد، ناب است.

هارت نیز کلسن را این‌گونه می‌فهمد که گزاره‌های حقوقی نه‌تنها هنجاری، بلکه توصیفی هستند. از دید او، این موضع پیچیده و ناشفاف است، به همین دلیل می‌کوشد حقوق‌دانی را که یک سامانه حقوقی را توصیف می‌کند، با یک مترجم مقایسه کند. برای نمونه، در زمانی که یک فرمانده به اسیران دستور می‌دهد که برخیزند و می‌گوید: “Stand up!” و مترجم آن را ترجمه می‌کند «برخیزید!»، مترجم به شکلی از رفتار فرمانده تقلید می‌کند که زندانیان متوجه شوند که او در حال دستور دادن است و گزاره او امری است، ولی مترجم ممکن است خود به دستور فرمانده باور نداشته باشد. همچنین، اگر زندانی از فرمان سرپیچی کند، از فرمان فرمانده سرپیچی کرده است و نه مترجم. حال می‌توان با تأمل بر این نمونه متوجه شد که چگونه ممکن است بیان یک امر، صورت توصیفی داشته باشد. به

86. Ibid., p. 247.

87. Ibid., p. 248.

عبارت دیگر، در این نمونه‌ها حالت گرامری امری به صورت توصیفی به کار بسته می‌شود.^{۸۸}

۱.۲.۳.۲. بیلولد و براون سورد

بیلولد و براون سورد راهکار سوم کلسن را این گونه می‌فهمند که هم حقوق دانان و هم کنشگران حقوقی باید هنجار بنیادین و تجویزی بودن آن را پیش فرض گیرند؛^{۸۹} هرچند آن را اخلاقی در نظر نگیرند.^{۹۰} در این صورت، آنها می‌توانند از گزاره‌های حقوقی به نحوی فاصله بگیرند که این گزاره‌ها بر آنان به صورت تجویزی ظاهر نشده، در بهترین حالت، چنان که خود کلسن اشاره می‌کند، توصیف تجویز باشند. از دید بیلولد و براون سورد، این تمایز میان «پیش فرض گرفتن» و «در نظر گرفتن» به نتایج زیر می‌انجامد^{۹۱}:

الف) کسی که اخلاقمندی حقوق را پیش فرض نگیرد، نمی‌تواند آن را معتبر بداند.

ب) کسی که سامانه حقوقی را غیر اخلاقی در نظر بگیرد، نمی‌تواند آن را نامعتبر بداند.

پ) پیش فرض گرفتن اخلاقی بودن سامانه حقوقی، نیازمند اخلاقی در نظر گرفتن آن نیست.

این نتیجه دربردارنده دو تز بنیادین است؛ تز خنثی بودن اخلاقی هنجار بنیادین و ردّ نامعتبری موضوعه (که پیش تر درباره معنایش توضیح داده شد). از طریق این دو تز است که هنجاربودگی حقوق با تز جدایی جمع می‌شود.

بیلولد و براون سورد سه انتقاد جدی به این دیدگاه کلسن وارد کرده‌اند که تا حد زیادی امتداد انتقاد آن‌ها در بخش پیشین است:

انتقاد اول، مانند انتقادی است که این دو به نظر کلسن درباره ردّ حقوق طبیعی وارد کرده بودند. تمایز کلسن میان «پیش فرض گرفتن» و «در نظر گرفتن» تنها در صورتی به پوزیتیویسم هنجارگرایی کلسن می‌انجامد که عینیت حقوق پیش فرض گرفته شود. اما

88. Hart, H. L. A., "Kelsens visited", pp. 74-75.

89. To presuppose

90. To regard

91. Beyleveld, Deryck; Brownsword, Roger, Op. Cit., p. 137.

ایدئالیسم حقوقی نسبی شده می‌تواند این ادعا را رد کند. در این صورت، موضع خنثایی که حقوق بتواند بر مبنای آن توصیف شود، از میان می‌رود و ردّ حقوق طبیعی به ایدئالیسم حقوقی نسبی شده می‌انجامد. در نتیجه، توصیف هنجارهای حقوقی از ارزش‌گذاری‌های اخلاقی جدایی‌ناپذیر خواهد بود؛ هرچند هیچ‌کدام از این ارزش‌گذاری‌ها را نمی‌توان به صورت عقلانی بر دیگر موارد ترجیح داد.^{۹۲ ۹۳}

انتقاد دوم، این امکان را در اختیار ایدئالیسم حقوقی نسبی شده قرار می‌دهد که بتواند عینیت حقوق را بازسازی کند. در این صورت، حتی اگر عینیت حقوق را بپذیریم، این جریان می‌تواند خود را به‌عنوان جایگزینی برای نظریه ناب حقوقی مطرح، و از این طریق مقدمه دوم استدلال فرارونده را باطل کند. راهکار این‌گونه است که هرچند حقوق نمی‌تواند عینی باشد، اما دانش حقوق این امکان را دارد. حقوق‌دانان می‌توانند بر این مسئله تمرکز کنند که هر ارزش اخلاقی چه پیامدهای حقوقی در پی خواهد داشت؛ بنابراین، گزاره‌های حقوقی شکل زیر را به خود می‌گیرند:

«اگر «الف» پیش‌فرض گرفته شود، «ب» باید به‌عنوان قانون مورد توجه قرار گیرد.»

این حکم به کلی خنثی است و خود «الف» (یک ارزش اخلاقی) را پیش‌فرض نمی‌گیرد، بلکه در گزاره‌ای شرطی، پیامدهای فرض گرفتن آن را نشان می‌دهد. تمایز میان نظریه بیلولد و براون‌سورد با کلسن در این است که در نظریه کلسن دانش حقوق هنجار بنیادین را پیش‌فرض می‌گیرد، در حالی که در این نظریه فرض می‌شود که هنجار بنیادین، که در این صورت می‌تواند یک ارزش اخلاقی باشد، پیش‌فرض گرفته شده است. در این صورت، نظر این دو حقوق‌دان می‌تواند جایگزینی برای نظر کلسن باشد و به این ترتیب، استدلال فرارونده او را باطل کند.^{۹۴} البته به‌نظر می‌رسد که این نظریه محدود به علم حقوق و

92. Ibid., p. 139.

۹۳. درباره تمایز میان نسبی‌گرایی کلسنی و تکتگرایی ارزشی و امکان تفسیر کلسن در پرتو نظریه دوم، ر.ک.

Wagrandl, Ulrich, "Kelsen was no Relativist: Reading Hans Kelsen in the Light of Isaiah Berlin's Value Pluralism", in *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/ Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions*, Jestaedt, Poscher & Kammerhofer (eds.), (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2020), pp. 373-392.

94. Ibid., p. 140.

حقوق دانان است و برای کنشگران حقوقی، که به قول رز به دنبال چیزی فراتر از گزاره‌های شرطی‌اند، کافی نیست.

انتقاد سوم بیلولد و براون‌سورد، به گرایش نظریه کلسن به امری در نظر گرفتن گزاره‌های شرطی اشاره دارد. بر اساس این انتقاد، نظریه کلسن همواره با این خطر مواجه است که این گمان را تقویت کند که گزاره‌های حقوقی تجویزی هستند. از دید این دو حقوق‌دان، هر پیش‌شرطی که موقعیت یک حقوق‌دان را همچون موقعیتی از نظر اخلاقی خنثی ممکن می‌کند، درحقیقت نه فرض گرفتن هنجار بنیادین، بلکه فرض پیش‌فرض گرفتن آن است. این دومین فرض است که به وسیله آن از هنجاربودگی حقوق فاصله می‌گیریم و شرطی بودن گزاره‌های حقوقی (در نتیجه تمایز آنها از هر نظریه اخلاقی مطلق) را تضمین می‌کنیم.^{۹۵}

خلاصه انتقادهای بیلولد و براون‌سورد از باور کلسن به خنثی بودن گزاره‌های حقوقی را می‌توان در تزه‌های زیر نشان داد:

(الف) ناتجویزی به‌شمار آوردن گزاره‌های حقوقی تنها در صورتی می‌تواند از طریق آشتی دادن تز جدایی با تز هنجاربودگی، نظریه کلسن را تقویت کند که عینیت حقوق پیش‌فرض گرفته شود، پیش‌فرضی که به راحتی می‌تواند از سوی ایدئالیسم حقوقی نسبی‌شده طرد گردد.

(ب) همچنین، حتی اگر کسی عینیت حقوق را بپذیرد، باز ناگزیر نیست که نظریه ناب حقوقی کلسن را به‌عنوان تنها جایگزین حقوق طبیعی بپذیرد؛ چراکه نظریه ایدئالیسم حقوقی نسبی‌شده می‌تواند مفهوم عینیت حقوقی را به‌گونه‌ای بازسازی کند که بتواند خود را همچون جایگزینی جدی برای نظریه کلسن معرفی نماید.

(پ) کلسن با پیش‌فرض گرفتن هنجار بنیادین به گزاره‌های امری و تجویزی متمایل می‌شود. راهکار، فرض گرفتن پیش‌فرض هنجار بنیادین (یا هر ارزش اخلاقی دیگر) است که هم در نظریه کلسن و هم ایدئالیسم حقوقی نسبی‌شده قابلیت اعمال شدن دارد و این خطر را خنثی می‌کند.

ت) با این همه، این راهکار نمی‌تواند تز جدایی را با تز هنجاربودگی آشتی دهد، زیرا با مشکل بزرگی روبه‌رو است. قضایای شرطی نشانگر حقوقی مشروط هستند و حقوق مشروط حقوق نیست. اگر فرد بخواهد از این گزاره‌های مشروط فراتر رود، باید میان یکی از دو تز پیش‌گفته دست به‌گزینش بزند.

۲. دوره قدرت‌دهی

۲.۱. مختصری از نظریه

پائلسون ادعا می‌کند نظریه کلسن از ۱۹۲۰ دارای دو گرایش متضاد بوده است؛ گرایش اول گرایش علمی اوست که خود را در نظریه سلسله‌مراتبی وی نشان می‌دهد. گرایش دوم مرتبط با مسئله قدیمی هنجاربودگی حقوق است. در این مورد، او باید به این پرسش پاسخ دهد که چرا باید از هنجارهای حقوقی پیروی کرد. در این نظریه، یک هنجار معتبر دارای قدرت الزام‌کنندگی است. تلاش کلسن این بود که بتواند این نظریه را با پوزیتیویسم خود آشتی دهد^{۹۶}، اما الزام حقوقی او نمی‌تواند به‌راحتی در نظریه سلسله‌مراتبی‌اش بدون تناقض گنجانده شود. در نهایت، کلسن نظریه هنجاربودگی خود را به نفع نظریه سلسله‌مراتبی‌اش کنار گذاشت. از دهه ۱۹۶۰ (به روایتی ۱۹۴۵) او نظریه نوینی را جایگزین نظریه هنجاربودگی پیشین خود کرد^{۹۷}.

در این نظریه، کلسن دریافتی از «باید» را ارائه می‌دهد که سه وجه مختلف را دربر می‌گیرد؛ «بایستن»^{۹۸} (در معنای مضیق خود)، «توانستن»^{۹۹} و «روا بودن»^{۱۰۰}،^{۱۰۱} لیکن درنهایت «روا بودن» است که به‌عنوان صورت ایدئال حقوق پذیرفته می‌شود. در نظریه نوین، «باید» در معنای مضیق خود، یعنی همان الزام حقوقی (تفسیر قوی به تعبیر پائلسون)، چیزی جز ترکیب دو اعطای صلاحیت (تفسیر سست به تعبیر پائلسون) نیست، که به شکل

96. Paulson, Stanley L, "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization Review", p. 165.

97. Ibid., p. 166.

98. Sollen

99. Können

100. Dürfen

101. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, zweite Auflage, § 18.

زیر قابل نمایش است^{۱۰۲}:

«هنگامی که شهروند «الف» عمل «ب» را انجام ندهد، مقام «پ» دارای این قدرت است که مجازات «ت» را بر فرد «الف» اعمال کند و هنگامی که «پ» مجازات «ت» را بر «الف» اعمال نکند، مقام «ث» می‌تواند مجازات «ج» را بر مقام «پ» اعمال کند».

بنابراین، دو تفسیر در وجهیت خود با یکدیگر متفاوت نیستند. پس می‌توان قدرت‌دهی را به‌عنوان صورت اصلی حقوق معرفی کرد. این وجهیت نسبت به نظریه سنتی‌تر کلسن دارای این مزیت است که نه امری و نه تکلیف‌محور است. مخاطب هنجار حقوقی نیز مقامات هستند، نه اتباع حقوقی؛ بنابراین، هنجار حقوقی در شکل نوین خود هیچ همانندی با هنجارهای اخلاقی ندارد^{۱۰۳} و به این شکل کلسن از همه انتقادهای پیشین می‌گریزد.

این شکل ایدئال حقوق به اینجا می‌انجامد که هیچ نسبتی میان «باید» و مسئولیت حقوقی که موجب آمیزش اخلاق با حقوق می‌شوند، وجود نداشته باشد. اینکه یک مجازات باید در شرایط مشخص اعمال شود، در این نظریه، چنان که کلسن در نظریه عام حقوق و دولت^{۱۰۴} بیان می‌کند، یعنی مقامات دارای این صلاحیت‌اند که مجازات را در آن شرایط اعمال کنند^{۱۰۵}.

این نظریه هرچند می‌تواند مشکل اخلاقی بودن مفهوم عینیت و اعتبار در نظریه الزام کلسن را برطرف کند، لیکن با مشکلات دیگری مانند تبیین رابطه هنجار و قدرت^{۱۰۶} یا توضیح چگونگی اعمال قانون در یک سامانه کارآمد و قهرآمیز^{۱۰۷} و یا به عبارت عام‌تر، تبیین «باید» یا الزام حقوقی، چنان‌که در یک سامانه حقوقی قابل درک است، روبه‌رو می‌شود.

102. Paulson, Stanley L., "An Empowerment Theory of Legal Norms", p. 70.

103. Ibid., p. 70.

104. General Theory of Law and State

105. Paulson, Stanley L., "Der Normativismus Hans Kelsens", p. 535.

106. Raz, Joseph, "Voluntary Obligation and Normative Powers", in *Normativity and Norms; Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998), p. 455.

107. Alexy, Robert, "Hans Kelsen's Concept of the 'Ought'", *Jurisprudence*, Vol. 4, No. 2 (2013), pp. 241-244.

۲.۲. انتقاداتها

۲.۲.۱. استدلال زنجیر

محور اصلی انتقاد زنجیر^{۱۰۸} آن است که تفسیر سست که صورت مبنایی حقوق در این نظریه است، نمی‌تواند الزام حقوقی یا «باید» در معنای مضیق خود را ارائه دهد. تفسیر سست تنها ارجاع به صلاحیتی دارد که یک دادگاه در اعمال مجازات به کار می‌برد، اما این صلاحیت به‌تنهایی نمی‌تواند اعمال قانون را اجبار کند؛ بنابراین، «باید» در نظریه قدرت‌دهی نمی‌تواند وجود «بایدی» را که در یک سامانه کارآمد و قهرآمیز موجود است، به‌درستی تبیین کند.^{۱۰۹}

ممکن است پاسخ داده شود که نباید یک گزاره حقوقی را به‌صورت جدا در نظر گرفت و یا تفسیر سست را بدون در نظر گرفتن تفسیر قوی فهمید. در حقیقت، مجموعه‌ای از تفاسیر سست باید در کنار یکدیگر قرار گیرند تا «باید» واقعی در یک سامانه حقوقی ممکن شود. دومین انتقاد به این راهکار می‌پردازد.

۲.۲.۲. استدلال قانون‌شکنی

استدلال قانون‌شکنی^{۱۱۰} مفهوم «باید» در تفسیر قوی را مورد کنکاش قرار می‌دهد. برای نمونه، می‌توان سه دادگاه را در نظر گرفت: دادگاه‌های «الف»، «ب»، «پ».

هنگامی که دادگاه «الف» مجازاتی را که باید اعمال کند، اعمال نکند، دادگاه «ب» این صلاحیت را پیدا می‌کند تا مجازاتی را بر دادگاه «الف» اعمال کند و اگر دادگاه «ب» نیز مجازات را اعمال نکند، دادگاه «پ» این صلاحیت را پیدا می‌کند که بر دادگاه «ب» مجازات اعمال کند؛ اما اگر هیچ‌کدام از این دادگاه‌ها مجازاتی را اعمال نکنند، نمی‌توان گفت که تخطی از قانون صورت گرفته است. دلیلش این است که به کار نبردن صلاحیت را نمی‌توان قانون‌شکنی دانست.^{۱۱۱}

108. The chain argument

109. Ibid., p. 241.

110. The argument from unlawfulness

111. Ibid., p. 243.

در این صورت ممکن است ادعا شود که این نظام حقوقی را نمی‌توان نظام حقوقی کارآمد دانست. در پاسخ می‌توان گفت که کارآمدی کل سامانه روی هم‌رفته باید مورد نظر باشد و نه اجرای تک‌تک قواعد. لیکن به نظر نمی‌رسد که این پاسخ چندان خرسندکننده باشد. در حقیقت، پیام اصلی انتقاد مطرح‌شده این است که از ترکیب دو وجهیت یکسان، وجهیت دیگر به دست نمی‌آید؛ یعنی دگرگونی کمی در وجهیت به دگرگونی کیفی نمی‌انجامد؛ بنابراین، با ترکیب چند وجهیت ناتکلیف‌محور نمی‌توان به وجهیت تکلیف‌محور رسید. در نتیجه، به نظر می‌رسد که تنها راهکار برای کلسن آن باشد که «باید» در معنای مضیق را نیز به همان اندازه «روا بودن» مبنایی به‌شمار آورد.^{۱۱۲}

۲.۲.۳. انتقاد گران‌باری

الکسی این استدلال را می‌پذیرد که نظریه قدرت‌دهی می‌تواند مسئله ناوابستگی حقوق به اخلاق را حل کند. راهکار کلسن ریشه‌ای بوده، صورت به‌کلی مجزایی را برای گزاره‌های حقوقی پیشنهاد می‌دهد، ولیکن این امر بدون چنین ساختار پیچیده و رادیکالی نیز تحقق‌پذیر است. این انتقادی است که او آن را با نام انتقاد گران‌باری^{۱۱۳} مطرح می‌کند. برای نمونه، از دید او، می‌توان با مبتنی کردن اعتبار نظام حقوقی بر کارآمدی آن، گونه متمایزی از اعتبار را برای حقوق در نظر گرفت و از این طریق مشکل استقلال حقوق از اخلاق را حل کرد. این راهکار مفهوم الزام حقوقی را کنار نمی‌گذارد و در نتیجه ماهیت گزاره‌های حقوقی را تحریف نمی‌کند.^{۱۱۴}

جا دارد ذکر شود که الکسی تنها کسی نیست که به تحریف گزاره‌های حقوقی از سوی کلسن اشاره کرده است. پائلسون نیز بر این باور است که اگر از منظر ایستا به حقوق بنگریم، نمی‌توانیم تفسیر سست را به‌عنوان شکل ایدئال حقوق بپذیریم.^{۱۱۵}

112. Ibid., p. 244.

113. The argument from overload

114. Ibid., p. 243.

115. Paulson Stanley L., "An Empowerment Theory of Legal Norms", p. 70.

۴.۲.۲. پیوند میان قدرت و هنجار

از دید کلسن، هر قدرتی در سامانه حقوقی بر یک هنجار مبتنی است و پایان سلسله هنجارها نیز به هنجار بنیادین ختم می‌شود. رز این تناظر میان قدرت و هنجار را رد می‌کند. از دیدگاه او، در یک سامانه حقوقی مراکز قدرتی وجود دارند که قدرت موجود در آنها از هنجار حقوقی گرفته نشده‌اند. برای نمونه، می‌توان به دو مورد اشاره کرد^{۱۱۶}.

الف) یک مستبد ممکن است قدرت خود را از طریق حقوقی (هنجار حقوقی) به دست نیابد، چراکه او دارای همه قدرت است؛ بنابراین، هنجاری وجود ندارد که بتواند رفتارهای او را کنترل کند. همچنین، هیچ هنجار قدرت‌دهنده‌ای منشأ قدرت او نبوده است.

ب) نخستین اندام قدرت‌دهنده در یک سامانه حقوقی، مانند اولین مجمع مؤسسان قانون اساسی، نمی‌تواند قدرت خود را از یک هنجار گرفته باشد. دلیلش آن است که در این صورت آن هنجار عطف به ماسبق شده است و هنجاری که عطف به ماسبق شود در حقیقت هنجار نیست، زیرا نمی‌تواند رفتار افراد را کنترل کند^{۱۱۷}.

بر پایه دو انتقاد پیش‌گفته، نمی‌توان پذیرفت که هنجار بنیادین بالاترین هنجار قدرت‌دهنده است.

نتیجه

از مباحث مطرح‌شده می‌توان نتایج زیر را گرفت:

۱. کلسن برای حل مشکل تکلیف‌محور بودن الزام حقوقی در دوره هنجاربودگی محتوایی و در نتیجه اشتراک در ماهیت اعتبار و عینیت هنجاری در حقوق و اخلاق، می‌کوشد با سه راهکار از صوری بودن هنجار بنیادین، خنثی بودن اخلاقی آن، و رد نامعتبری موضوعه دفاع کند.

الف) اعتبار حقوقی مشروط به سامانه‌های حقوقی است که کارآمد و موضوعه باشند.

116. Raz, Joseph, "Voluntary Obligation and Normative Powers", p. 455.

117. Ibid., p. 456.

چنان که دیدیم بر این راهکار این انتقاد وارد شده است که به استنتاج «باید» از «هست» می‌انجامد و نمی‌تواند پیوند خرسندکننده‌ای میان اعتبار، موضوعه بودن و کارآمدی حقوق ارائه دهد. همچنین، منحصر کردن عینیت به هنجارهای حقوقی، سبب شده است تا کلسن امکان تعارض آنها با هنجارهای اخلاقی را منکر شود؛ امری که مورد مخالفت واقع شده است.

ب) ردّ حقوق طبیعی. از دید کلسن، ردّ حقوق طبیعی به پوزیتیویسم می‌انجامد. در این استدلال کلسن تز جدایی و عینیت حقوق را پیش‌فرض گرفته است. بر این استدلال این انتقاد وارد شده است که باورمند به ایدئالیسم حقوقی نسبی شده می‌تواند این پیش‌فرض را رد کند؛ هرچند خود کلسن این امکان را پذیرفته است. در این صورت، اولین مقدمه استدلال فرارونده کلسن دیگر نمی‌تواند معتبر باشد. علاوه بر آن، این‌گونه نیست که ردّ حقوق طبیعی حتی در صورت فرض گرفتن عینیت حقوق، ناگزیر به پوزیتیویسم هنجارگرای کلسن بینجامد. به همین جهت، مقدمه دوم استدلال فرارونده نیز نادرست است.

پ) ناتجویزی بودن دانش حقوق. در این مورد نیز کلسن عینیت حقوق را پیش‌فرض گرفته است. با وجود این، حتی اگر به دنبال نظریه حقوقی عینی و هنجاری باشیم، باز می‌توانیم ایدئالیسم حقوقی نسبی شده را به‌عنوان جایگزینی برای نظریه ناب حقوقی ارائه دهیم. این‌گونه، بار دیگر، دومین مقدمه استدلال فرارونده باطل می‌شود. همچنین، تمایز کلسن میان «پیش‌فرض قرارداد» و «اصل قرارداد» هنجار بنیادین، که به‌نظر می‌رسد برای خنثی بودن اخلاقی دانش حقوق و ناتجویزی بودن آن لازم است، به حقوق شکل مشروطی می‌بخشد که تحریف گزاره‌های آن به‌شمار می‌آید.

۲. در مرحله دوم، کلسن وجهیت حقوق و اخلاق را به‌طور عمیق و جدی از یکدیگر، از طریق نظریه قدرت‌دهی، جدا می‌کند؛ در این دوره، وجهیت حقوق دیگر تکلیف‌محور نیست. در این مرحله، کلسن از مفهوم الزام حقوقی صرف‌نظر می‌کند.

۳. بر اساس نظریه نو، الزام حقوقی چیزی جز دو قدرت‌دهی متصل‌شده به یکدیگر نیست (تفسیر قوی)، اما این نظریه نمی‌تواند اعمال قانون در یک سامانه کارآمد و قهرآمیز را

توضیح دهد. به نظر می‌رسد که نظریهٔ دوم هنجاربودگی کلسن نیز کامیاب نبوده است؛ چنان‌که استفانو برتیا اشاره می‌کند، مفهوم الزام از حقوق، تا جایی که قصد تنظیم رفتار افراد را دارد، جدایی‌ناپذیر است.^{۱۱۸}

۴. باور به تمایز میان «باید» و «هست» سبب شد که کلسن نتواند مانند پوزیتیویسم سنتی و رایج، الزام حقوقی را از ارادهٔ قانون‌گذار بیرون بکشد؛ اما به نظر می‌رسد که خود کلسن از ژرفنای مشکل آگاه بود و به همین دلیل نیز در مرحلهٔ چهارم اندیشهٔ خود، یعنی در مرحلهٔ تحلیلی، در نظریهٔ عام هنجارها، به اراده‌گرایی پیوست. او این چرخش مهم را در سال ۱۹۶۲ در کنفرانس سالزبورگ به شکل زیر اعلام کرد.^{۱۱۹}

«در نوشته‌های پیشینم، همه‌ی آموزه‌ی خود درباره‌ی هنجار بنیادی را توضیح داده‌ام، اینکه [هنجار بنیادین] یک عمل اراده نیست، بلکه در اندیشه پیش‌فرض گرفته می‌شود. آقایان، شوربختانه، اکنون باید بگویم من دیگر بیش از این نمی‌توانم به این نظریه پایبند باشم و باید از آنچه سال‌ها از آن دفاع کرده‌ام، صرف‌نظر کنم... هنجار بنیادین من یک هنجار خیالی است که یک اراده‌ی خیالی را پیش‌فرض می‌گیرد، اراده‌ای که خود [هنجار بنیادین] از آن برمی‌خیزد».

118. Berteia, Stefano, "Law and Obligation: Outlines of a Kantian Argument", in *New Essays on the Normativity of Law*, S. Berteia, G. Pavlakos, eds., (Oxford: Hart Publishing, 2012), p. 199.

119. Paulson, Stanley L., "Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, No. 2 (1999), P. 355.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

– مقاله

۱. مهرآرام، پرهام، «تمایز حقوق از اخلاق در نظریه الزام حقوقی هانس کلسن»، *تأملات فلسفی*، ش ۲۶ (۱۴۰۰)، صص ۳۳۹-۳۷۹.

ب) خارجی

- Books

2. Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, translated by Mary Gregor, (Cambridge: Cambridge University Press, 1991) (Original work published 1797).
3. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Erste Auflage, (Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 1934).
4. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, zweite Auflage, (Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 1960).
5. Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, (Munich: Duncker & Humblot, 1928).
6. Schmitt, Carl, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, (Cambridge: MIT Press, 1985) (Original work published 1950).

- Articles

7. Alexy, Robert, "Hans Kelsen's Concept of the 'Ought'", *Jurisprudence*, Vol. 4, No. 2 (2013).
8. Berteau, Stefano, "Law and Obligation: Outlines of a Kantian Argument", in *New Essays on the Normativity of Law*, S. Berteau, G. Pavlakos, eds. (Oxford: Hart Publishing Ltd, 2012).
9. Beyleveld, Deryck; Brownsword, Roger, "Methodologica Syncretism in Kelsen's pure theory of law", in *Normativity and Norms; Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998).

10. Delacroix, Sylvie, "Hart's and Kelsen's Concepts of Normativity Contrasted", *Ratio Juris*. Vol. 17, No. 4 (2004).
11. Delacroix, Sylvie, "Schmitt's Critique of Kelsenian Normativism", *Ratio Juris*, Vol. 18, No. 1 (2005).
12. Hart, H. L. A., "Kelsens visited", *in Normativity and Norms; Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998).
13. Hart, H. L. A., "Kelsen's Doctrine of Unity of Law", *in Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon University Press, 1998).
14. Honore, Tony, "The Basic Norm of Society", *in Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998).
15. Kelsen, Hans, "The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, Vol. 2, No. 4 (1949).
16. Kelsen, Hans, "Value Judgement in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, Vol. 7, No. 312 (1942).
17. Kelsen, Hans, "Causality and Imputation", *Ethics*, Vol. 61, No. 1 (1950).
18. Kelsen, Hans, "On the Basis of Legal Validity", translated by Stanley L. Paulson, *the American Journal of Jurisprudence*, Vol 26, Issue 1 (1981) (Original work published 1960).
19. Nino, Carlos Santiago, "Some Confusion Surroundings Kelsen's Concept of Validity", *in Normativity and Norms; Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998).
20. Paulson Stanley L., "An Empowerment Theory of Legal Norms", *Ratio Juris*, Vol. 1, No. 1 (1988).
21. Paulson, Stanley L., "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 3 (1992).
22. Paulson, Stanley L., "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory?"

- Reflections on a Periodization Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 1 (1998.)
23. Paulson, Stanley L., “Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, No. 2 (1999).
24. Paulson, Stanley L., “Hans Kelsen's Doctrine of Imputation”, *Ratio Juris*, Vol. 14, No. 1 (2001).
25. Paulson, Stanley L., “Der Normativismus Hans Kelsens”, *Juristen Zeitung*, 61. Jahrg., Nr. 11 (2006).
26. Raz, Joseph, “The Purity of Pure Thesis”, in *Normativity and Norms; Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998) (Original work published 1981).
27. Raz, Joseph, “Kelsens Theory of Basic Norm”, in *Normativity and Norms; Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998).
28. Raz, Joseph, “Voluntary Obligation and Normative Powers”, in *Normativity and Norms; Critical Perspective on Kelsenian Themes*, (Oxford: Clarendon Press, 1998).
29. Wagrاندl, Ulrich, “Kelsen was no Relativist: Reading Hans Kelsen in the Light of Isaiah Berlin's Value Pluralism”, in *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/ Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions*, Jestaedt, Poscher & Kammerhofer (eds.), Franz Steiner Verlag (2020)
30. Willaschek, Marcus, “Normativität und Autonomie. Über Verpflichtungen als Handlungsgründe”, *Die Welt der Gründe. Proceedings des XXII. Deutschen Kongresses für Philosophie*, hg. v. J. Nida-Rümelin und E. Özmen, (Felix Meiner: Verlag Hamburg, 2012).