

# نقش قاضی در ایجاد قاعده حقوقی با تأکید بر تحلیل هستی شناسانه هانس کلسن از قاعده حقوقی

ولی الله چراغی<sup>۱</sup>  
دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی اصفهان  
(واحد خوراسگان)  
محمدرضا ویژه<sup>۲</sup>  
دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

تاریخ دریافت: ۹۳/۰۹/۰۵  
تاریخ تأیید: ۹۴/۰۲/۱۶

## چکیده

یکی از مؤلفه‌های سازنده نظام حقوقی، قاعده حقوقی است و ایجاد آن از مباحث محوری تئوری حقوقی است. پویایی نظام حقوقی، به پویایی تولید قاعده حقوقی بستگی دارد. مطابق نظریه کلسن، در بازسازی نظام حقوقی، قاضی نقش اساسی در ایجاد و اعمال قاعده حقوقی دارد. پنج مشخصه اعتبار، وجود، نیروی الزام آور، پذیرش و اعمال از مشخصات ذاتی قاعده حقوقی هستند و اوصاف یاد شده، در تصمیمات قاضی به مثابه قاعده حقوقی مؤثر است. مبنای مشروعیت تصمیمات قاضی، در ساختار سلسله مراتبی مدل کلسنی قرار دارد. از حیث مبنای مشروعیت، هیچ تفاوتی بین هنجارهای عام و هنجارهای خاص (تصمیمات قاضی) وجود ندارد. بر اساس نظریه بافت باز، در جایی که قاعده حقوقی عام نامتعیین است، تصمیم قاضی به عنوان قاعده حقوقی مختومه کننده است.

واژگان کلیدی: نظام حقوقی، هنجار، قاعده، اعتبار، وجود، مشروعیت، قاضی، کلسن

## مقدمه

تحول، مشخصه اجتناب ناپذیر عصری است که ما در آن زندگی می‌کنیم؛ عصری که در کنار تحولات تکنولوژیکی، اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی، حقوق هم پا به پای تحولات یاد شده مصون از این دگردیسی نیست. در دنیای زندگی می‌کنیم که با مجموعه‌ای از بایدها و نبایدها احاطه شده‌ایم. بقای زیست جمعی، مرهون انطباق رفتارهای ما با گزاره‌های بایدی است. «باید» با مشخصه‌های خاص، وصفی از اوصاف مدرنیته می‌باشد. به یقین یکی از نهادهای

1. Email: arian\_cheraghi@yahoo.com

2. Email: mrezaivijeh@yahoo.com

«نویسنده مسئول»

حقوق تطبیقی، ۱۰۶، ج ۱۲، ش ۲، (۱۳۹۵)، ۲۱۷-۱۹۳

پایدار در تاریخ زندگی جمعی، قاعده است و دلیل پایداری آن نیز روشن است و چیزی جزء پویایی آن نیست.<sup>۱</sup>

سازوکار اصلی «قاعده» مورد نظر، تنظیم‌کننده رفتار و حل اختلاف است؛ چرا که اختلاف نتیجه تعارض منافع و تداوم آن در تضاد با هدف فردی و جمعی ما یعنی بقاست (هابز، ۱۳۸۹، ۱۵۶-۱۸۲). یکی دیگر از مشخصه‌های زندگی جمعی، تولید تعارض و اختلاف است که صرفاً باید بر اساس قاعده حقوقی و به شیوه مدنی (قضاوت) حل گردد.<sup>۲</sup> قضاوت هم از حیث مبنا و هم از حیث ساختار و کارکرد، نیازمند تحوّل در راستای پاسخگویی به نیازهای پیچیده زندگی امروزی ماست.<sup>۳</sup>

قاعده حقوقی یکی از مؤلفه‌های سازنده نظام حقوقی است (Golding, 2007: 181). در فرآیندی کلی، به دنبال ارائه تحلیلی از قاعده حقوقی هستیم که بتواند تز اصلی یعنی، قاضی قاعده حقوقی ایجاد می‌کند را اثبات نماید؛ چرا که بدون ارائه تحلیلی جدید از قاعده حقوقی نمی‌توان ایرادات جدی، که از اصل حاکمیت قانون و مسئله عطف به ماسبق نشدن قاعده ناشی می‌شود را پاسخ داد.

لازمه نقد قانون به عنوان تنها منبع، ارائه تحلیلی توصیفی از قاعده حقوقی است که بتواند

۱. تاریخ حقوق به طور اعم و تاریخ نظام‌های قضایی به طور اخص به خوبی رابطه وثیق نهاد قانون و قضا را به نمایش می‌گذارند. در تمام تحولات سیاسی، قانون و قضا حضور جدی داشته است؛ یا خود علت انقلاب بوده‌اند یا معلول آن (امین، سید حسن، ۱۳۸۲: ۵۹۹).

۲. هابز در این باره می‌گوید: «حق داوری و اجرای عدالت یعنی استماع و اخذ تصمیم درباره دعوی و مرافعاتی که در خصوص قانون، چه قانون مدنی و چه قانون طبیعی و یا در ارتباط با امور واقع پیش می‌آید، متعلق به حاکمیت است. زیرا بدون اخذ تصمیم در مورد دعوا و اختلافات، هیچ‌یک از اتباع در مقابل آسیب دیگران، نمی‌توانند مصون بمانند» (هابز، ۱۳۸۹: ۱۹۷).

۳. یکی از بگرنج‌ترین موضوعات فلسفه حقوق، ماهیت قاعده حقوقی است. نقطه عزیمت مناقشات عمده در طول تاریخ، تئوری‌های حقوقی محسوب می‌شود. نگرش‌ها به ماهیت و تعریف قاعده حقوقی متفاوت است. اختلاط ترمولوژیکی بین قانون و قاعده حقوقی وجود دارد برای مثال، تعاریف زیر از قانون ارائه شده است: آنچه مقام‌های رسمی در حل و فصل اختلافات انجام می‌دهند، همان قانون است (Llewellyn, 1951: 9). منظور از قانون، پیش‌بینی آن چیزی است که دادگاه انجام خواهد داد (Holmes, 1920: 173). قانون موضوعه، منبع قانون است نه جزئی از خود قانون (Gary, 1920: 276). «هیچ‌کس نباید دزدی کند، اگر کسی دزدی کند مجازات خواهد شد». هنجار نخست، اگر اصلاً بتوان برای آن موجودیتی قائل شد، در هنجار دوم نهفته است که تنها هنجار اصیل است. قاعده حقوقی هنجاری اولیه است که مجازات را مقرر می‌دارد (Kelsen, 1945: 61).

نظام حقوقی را با تعدد منابع سازگار کند. تحلیل کلسن از ماهیت قاعده حقوقی به‌رغم نقدهای جدی که بر آن وارد است، تحلیلی خوب است. تنظیم قاعده‌مند رفتارها، نیازمند تعدد منابع حقوقی است ولی مسلماً انطباق آن با آنچه که عده‌ای به عنوان «اوصاف ذاتی قاعده حقوقی» نام می‌برند، همچون عام، علنی و معطوف به آینده بودن، مفید قطعیت و مصوب مرجع رسمی، قابل انطباق با دیدگاه کلسن - جایی که قرارداد و تصمیم قضایی را به عنوان هنجار می‌داند - نیست (راسخ، ۱۳۹۳: ۸۹-۷۶) و (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۵۱۶-۵۴۰).

شاخص‌های یاد شده جزء ذات قاعده حقوقی نیستند که در صورت عدم وجود آن‌ها، قاعده حقوقی ایجاد نشود. مهم‌ترین شاخص قاعده حقوقی را اعتبار، نیروی الزام‌آور، پذیرش و اعمال توسط قاضی یا اداره می‌دانیم. به دیگر سخن، همین که قاضی و اداره بتوانند به آن استناد کنند و اشخاص ملزم به تبعیت از آن باشند، با قاعده حقوقی مواجه‌ایم. حال این امر می‌تواند ناشی از تصویب یک مرجع ذی‌صلاح، تصمیم قاضی و یا قرارداد باشد. البته، قاعده یاد شده ممکن است تکلیف‌زا، قدرت‌زا و یا محصول مشارکت هر دو باشد. برای مثال، اینکه برای انعقاد یک عقد صحیح و معتبر چه شرایطی باید رعایت شود، ناشی از قاعده حقوقی قدرت‌زا است که قانون، اراده طرفین و تعهدات ناشی از آن تعیین کرده است. در اینجا اراده طرفین ایجادکننده تعهدات، هنجارهای ناشی از قرارداد است.

همه قواعد حقوقی وصف واحدی ندارند؛ برخی از قواعد وصف عام و بعضی وصف خاص دارند برخی طی تشریفات خاص به صورت علنی اعلام می‌شوند و بعضی اعلام نمی‌شوند، مانند رویه قضایی برخی واضح هستند و برخی مبهم، بعضی عطف به ماسبق نمی‌شوند و بعضی می‌شوند برخی متعین هستند و مواردی نامتعیین، برخی مصوب مرجع رسمی هستند و مواردی مبتنی بر اراده دو یا چند جانبه. برای هر کدام از موارد یاد شده نمونه‌های زیادی وجود دارد.

فرض اصلی پژوهش حاضر این است که، قاضی در فرآیند قضاوت، قاعده حقوقی ایجاد می‌کند. برای اثبات فرض اصلی از فرض فرعی بی‌نیاز نیستیم؛ یعنی در بازسازی عقلانی<sup>۱</sup> از منظرگاه کلسن، یکی از کارکردهای قاضی ایجاد قاعده حقوقی است.

---

۱. rational reconstruction یکی از وظایفی که اثبات‌گرایان منطقی برای خود قائل هستند، بازسازی عقلانی است. اگر چه این فعالیت منحصر به اثبات‌گرایان منطقی نبود و خاستگاه آن یونان باستان است. اصولاً اثبات‌گرایان منطقی علاقه‌مند به علوم طبیعی و ریاضی بودند و نوسازی‌هایشان به این قلمرو اختصاص داشت (Bunge, 1996: 317).

فرضیه پژوهش ما را با انبوهی از سؤالات بنیادی مواجه می‌کند که هسته اصلی آن‌ها، ماهیت قاعده حقوقی و چگونگی تولید آن است. طرح آن‌ها و پاسخگویی به آن در راستای هدف یعنی، بازسازی نظام حقوقی ضرورت دارد. با توجه به اینکه در سراسر پژوهش با سه اصطلاح هنجار، قاعده و گزاره‌های بایدی مواجه‌ایم سؤالاتی مطرح است که آیا این سه دسته یکی هستند و دارای حدود و ثغور یکسان می‌باشند؟ آیا همه قواعد در مقام منع یا تجویز هستند؟ آیا شق یا شقوق دیگری قابل تصور است؟ آیا همه قواعد یا گزاره‌های بایدی، تکالیف یا تعهداتی را تحمیل می‌کنند؟ زمانی که شخصی به کسی می‌گوید: لباس گرم بپوش آیا چیزی را تجویز می‌کند؟ آیا جمله یاد شده یک قاعده است؟ کدام نوع از قواعد اگر در انعقاد عقود رعایت نشوند، قرارداد یاد شده دیگر معتبر نیست؟ آیا همه تصمیمات مقامات اداری و قضات، قاعده است و چه مشخصه‌هایی دارند؟ آیا آنچه که به قاعده صفت هنجار می‌دهد، به اعتبار آن بستگی دارد؟ به عبارت دیگر، آنچه به تصمیمات قاضی وصف قاعده می‌دهد چیست؟ بر این مبنا، پس از پاسخگویی به سؤالات یاد شده، باید به اهداف زیر برسیم:

الف- ماهیت قاعده حقوقی را از یک سو بر اساس منبع ایجادکنندگی و از سوی دیگر، بر مبنای کارکرد آن تحلیل کنیم.

ب- فرآیند ایجاد قاعده حقوقی در مدل کلسنی را که اثبات‌گر تعدد منابع قاعده حقوقی است را درک نماییم.

ج- تعارض اعتبار قاعده حقوقی با محتوای آن تبیین گردد (ایرادات کلسن در بازسازی عقلانی مشخص شود).

د- مبنای موجه‌سازی مشروعیت تصمیم قاضی تحلیل گردد.

روش تحقیق توصیفی - تحلیلی است. ولی نقطه عزیمت در این روش، وفاداری به اثبات‌گرایی روش‌شناختی<sup>۱</sup> است. پس معرفت‌شناسی حقوقی در صدد توصیف موضوع خاص پژوهش یعنی هنجارها است نه الگوهای واقعی رفتار. بنابراین در قسمت اول، ساختار نظام حقوقی و ماهیت قاعده آن به عنوان مؤلفه سازنده نظام حقوقی بررسی و در قسمت دوم، فرآیند ایجاد قاعده‌سازی توسط قاضی از منظر کلسن تحلیل می‌شود. در قسمت پایانی نیز مبنای مشروعیت تصمیمات قاضی به مثابه قاعده حقوقی به بحث گذاشته می‌شود.

## ۱- ساختار نظام حقوقی و ماهیت قاعده حقوقی

اصطلاح نظام حقوقی غالباً در مفهوم وسیعی به کار می‌رود. هرمان کانتروویچ در کتابی با عنوان «تعریف حقوق» مجموعه‌ای از قواعد حقوقی که دارای مبنای زمانی و مکانی است را نظام حقوقی می‌داند (Kantorowicz, 1958: 11). ولی تئوری حقوقی نیازمند فهم و استفاده دقیق‌تر از این اصطلاح است که بتواند نمایانگر مشخصه نظام‌مندی<sup>۱</sup> نظام‌های حقوقی متمرکز باشد.

«نظام حقوقی به مجموعه عناصری اطلاق می‌شود که در عالم واقع ساختار، نهادها، رویه‌ها، روابط و پدیدارهای قانونی را تشکیل می‌دهد» (راسخ، ۱۳۹۳: ۲۰). تعاریف یاد شده نمی‌تواند تمام ابعاد نظام حقوقی را نشان دهد. از این رو، اندیشه هانس کلسن گزینه خوبی است که بتوانیم نگاه عمیق‌تری به مفهوم نظام حقوقی داشته باشیم. چرا که نظریه محض کلسن، نظریه اعتبار و همچنین نظریه سلسله مراتبی هنجارها در ساختاری نظام‌مند، به صورت دقیق نمی‌توانند مسئله نظام حقوقی و قلمرو آن را ترسیم کنند. شاید مهم‌ترین مشخصه نظام حقوقی این است که گفته شود نظام حقوقی اصالتاً نظامی سیستماتیک است (Golding, 2007, 182).

هدف تئوری محض کلسن، ارائه تئوری عام از حقوق است که بتواند مشخصات اساسی و ضروری که در همه نظام‌های حقوقی وجود دارد را نشان دهد و آن تفسیری از نظام حقوقی خاص نیست. از این رو، به مؤلفه سازنده‌اش که «قانون» باشد، از منظر «هست» می‌پردازد نه اینکه چگونه «باید» باشد. به عبارت دیگر، هدف آن صرف شناخت و منزه ماندن از سیاست‌های قانونی است (Kelsen, 1992: 1-5).

دیدگاه کلسن متأثر از دو مشخصه اثبات‌گرایی است یعنی، الف- قاعده حقوقی ساخته دست انسان است. ب- قاعده حقوقی واقعیتی اجتماعی است. البته تئوری کلسن با هر دو مشخصه اثبات‌گرایی همخوانی کامل ندارد؛ چرا که در ساختار نظام حقوقی کلسن قاعده حقوقی به نام هنجار بنیادی وجود دارد که ساخته دست انسان نیست بلکه هنجاری مفروض است. دیگر اینکه، قاعده حقوقی نمی‌تواند با واقعیت اجتماعی یکی گرفته شود. اگر چه هنجارهای قانونی روابط مهمی با برخی از وقایع اجتماعی دارند که شرایط ضروری‌شان را در بر می‌گیرند، اما هنجارهای قانونی نمی‌توانند به مجموعه‌ای از وقایع

---

1. systematic

اجتماعی بازگردند<sup>۱</sup> (Golding, 182).

مایه اصلی تئوری محض حقوقی کلسن و رابطه اثبات‌گرایی منطقی، اعمال مفهوم نوسازی عقلانی نسبت به نظام‌های حقوقی یا نظام هنجاری است. در این فرآیند، کلسن به روابط ساختاری هنجارهای قانونی درون نظام خاص و روشی که این هنجارها بیان می‌شوند توجه دارد (Ibid., 184). در حقیقت، به مواردی توجه دارد که توسط مقامات قانونی به شیوه قانونگذاری و در شکل گزاره‌های بایدی بیان می‌شود. گزاره‌هایی به این شکل که اگر چنین و چنان باشد، چنین و چنان شرایطی حاصل شود، پس باید مجازات خاصی مقرر گردد. علم حقوق نباید با هنجارهای ایجاد شده توسط مقامات واضح قاعده خلط شود. هنجارهای وضع شده توسط مقامات ایجاد کننده، به شکل تجویزی است؛ ولی قواعد حقوقی که توسط علم حقوق قاعده‌مند می‌شوند، توصیفی هستند. فقط مقامات ایجادکننده قاعده حقوقی می‌توانند قاعده ایجاد کنند و گزاره‌های نظریه‌پردازان حقوقی که در قالب هنجار بیان می‌شوند صرفاً ارزش و اهمیت توصیفی دارد. نظریه‌های یاد شده، جزء مؤلفه‌های سازنده نظام حقوقی نیستند<sup>۲</sup> (Ibid. 186).

۱. بر این عقیده‌ایم که، کارکرد ویژه هنجار بنیادی را باید در اعتبار بخشی به آن‌ها دانست. به این معنا که در هرم کلسنی، هر هنجار پایینی اعتبارش را از هنجار بالاتر به دست می‌آورد. در واقع، اگر سؤال شود چرا تصمیم قاضی معتبر است؟ از دو منظر می‌توان پاسخ داد: یکی اینکه، چون تصمیم دادگاه در موردی خاص و واقعی منطبق با هنجار بالاتر است و دیگر اینکه، تصمیم دادگاه در چارچوب اختیارات اعطاء شده و در چارچوب محدودیت‌های مقرر صادر شده است. هنجار فرضی بنیادی برای گریز از تسلسل منطقی ایجاد شده است. برای پایان دادن به چنین تسلسل منطقی، هنجار نهایی وضع شده یا ایجاد شده نیست، بلکه مبتنی بر اولین قانونی است که موجب شده است در اثبات‌گرا خواندن کلسن دچار تردید گردیم (Vinx.Lars, 2006).

۲. تصور کنیم مقام قانونی و رسمی «الف» کسی که به موجب قانون کشور «ب» قدرت ایجاد قانون و صدور گزاره‌هایی در قالب 01، 02، 03 و 04 در چارچوب صلاحیت‌های خود دارد، اما نظریه‌پرداز حقوقی چنین قدرت و اقتداری را ندارد. نظریه‌پرداز در بازسازی نظام حقوقی کشور «الف» گزاره‌هایی به شکل J1، J2، J3 و J4 بیان می‌کند که صرفاً به بیان و توصیف گزاره‌های قسم اول می‌پردازد ولی خود، هنجار قانونی نیستند. در ارتباط با قاضی نیز این تفکیک قابل تصور است. قاضی در رسیدگی به دعوی خاص اگر وضعیت S1 حاصل شود، پس قاضی باید حکم صادر کند که مجازات مقرر، اعمال شود. این وضعیت صرفاً حاکم بر افراد خاص است (اثر نسبی بودن حکم). ولی نظریه‌پرداز حقوقی گزاره بالا را به شکلی بیان می‌کند که ما را نسبت به قانون خاص کشور «الف» مطلع می‌نماید. در حقیقت، اگر وضعیت S1 حاصل شود، پس مقام قانونی A1 باید دستور دهد مجازات اعمال شود و این امر مطابق با قانون کشور الف است. در صورتی که مقام قانونی (قانونگذار یا قاضی) و یا حقوقدان در ایجاد گزاره‌ها مرتکب اشتباه شوند، آثار متفاوتی بر آن‌ها مترتب است. مقام قانونی زمانی که خارج از صلاحیت و اقتدار تفویض شده عمل نماید یا محدودیت‌های هنجار بالاتر را رعایت نکند، در این صورت می‌گوییم گزاره یاد شده معتبر نیست. ولی برای اشتباه حقوقدان نمی‌گوییم معتبر نیست، بلکه می‌گوییم اظهاراتشان واقعاً کاذب است (Golding, 2007: 191-192); (Hall, 1952: 118); (Kelsen, 1954: 134-156).

برای شناخت هنجارهای نظام حقوقی به متون قانونی مکتوب، تصمیمات دادگاه‌ها، اظهارات مقامات قانونی و رسمی مراجعه می‌کنیم. ولی باید بدانیم همه هنجارهای حقوقی از نوع واحدی نیستند. برخی از حیث موضوع مربوط به مالکیت، برخی مربوط به حقوق خانواده و برخی مربوط به عقود و قراردادهاست. برخی مصوب مراجع قانونگذاری، برخی دستورات و تصمیمات قاضی و برخی دستورات اداری است. پس، از حیث مرجع صدور هم یکسان نیستند. این عدم یکسان بودن هنجارها، صفت هنجاری بودن آن‌ها را نفی نمی‌کند. ولی سؤال مهم‌تر این است که آنچه به آن‌ها وصف هنجار می‌دهد چیست؟ کلسن به این سؤال در قالب طرح زنجیره توجیبات<sup>۱</sup> و تئوری هنجار بنیادی<sup>۲</sup> یعنی از طریق تابع<sup>۳</sup> و تفویض اقتدار<sup>۴</sup> پاسخ داده است. رابطه توجیبهی بین هنجار بنیادی و هنجارهای زیرین، رابطه‌ای دینامیکی<sup>۵</sup> است (Golding, 2007: 188-189); (Kelsen, 1945: 113); (Hall, 1952: 117).

مکانیسم ایجاد قاعده حقوقی از نگاه کلسن را باید ناشی از نفی محتوای اخلاقی قاعده حقوقی دانست. ادعایی که باید قاعده حقوقی را فارغ از محتوای آن دید؛ چرا که در نظریه رقیب (حقوق طبیعی) محتوای قاعده حقوقی به شدت بر مفهوم و ایده عدالت گره خورده بود و این امر باعث شده بود تمایل شدیدی ایجاد شود که حقوق موضوعه را به مثابه عدالت ببینند. ولی کلسن به صراحت اعلام می‌کند: «تئوری محض در پاسخ به این سؤال که قاعده حقوقی، عادلانه است یا خیر، فاقد صلاحیت است و به لحاظ علمی خود را مقید به پاسخگویی به آن نمی‌داند» (Kelsen, 1957: 206).

برای درک نظریه محض حقوقی کلسن به طور عام و ایجاد قاعده توسط قاضی به طور خاص، به ناچار باید مفهوم قانون یا هنجار قانونی را روشن نماییم. آیا واقعاً کلسن در ارائه مشخصه روشن و قاطع از این مفهوم، ناموفق بوده است؟! در اینجا لازم است به طور دقیق بر مفهوم قاعده حقوقی تأکید کنیم. کلسن سه اصطلاح اعتبار، وجود و نیروی الزام‌آور<sup>۶</sup> در خصوص ماهیت قاعده حقوقی به کار برده است. در ارتباط با مؤلفه‌های سه‌گانه یاد شده با سه دسته

- 
1. chain of justification
  2. grundnorm/basic norm
  3. subsumption
  4. delegates authority
  5. dynamic relation
  6. validity
  7. existence
  8. binding force

سؤال مواجه‌ایم: اول اینکه، عناصر و مؤلفه‌های یاد شده، قابل فروکاستن و تقلیل به یکدیگر هستند یا سه قلمرو مشخص و مجزا از یکدیگر دارند؟ دوم، آیا می‌توان سه مؤلفه یاد شده را به عنوان سه مشخصه ذاتی قاعده حقوقی دانست و سایر مشخصه‌ها همچون عام بودن، کلی بودن و ... که ما را از تحلیل درست ماهیت قاعده حقوقی منحرف می‌کند، کنار گذاشت؟ و در پایان، آیا در راستای پروژه بازسازی نظام حقوقی، مؤلفه‌های سه‌گانه قابل انطباق بر تصمیمات دادگاه است یا خیر؟

نباید فراموش کرد که کلسن، قاعده حقوقی را حاکم بر رفتار انسان می‌داند و نظام حقوقی را مجموعه قواعدی می‌پندارد که در آن نوعی وحدت و یگانگی وجود دارد و از طریق آن نظام حقوقی درک می‌شود (Kelsen, 1945: 3). البته اثبات‌گرایان دیگری مثل رز، نیز قاعده حقوقی را معطوف به هدایت رفتار و اعمال انسان دانسته‌اند. قاعده حقوقی به عنوان استاندارد، معطوف به تنظیم رفتار است و مفهوم قاعده حقوقی این مهم را در بر می‌گیرد که مردم برای فهم خودشان آن را به کار می‌گیرند و خود و رفتارشان را در راستای آن می‌بینند (Raz, 1994: 210-237); (Dickson, 2001: 41-43).

ایده هنجار قانونی در ذهن کلسن بیشتر با موضوع اعتبار پیوند خورده است. در تحلیل هر نظام حقوقی، در صدد آن هستیم فقط هنجارهایی که وصف قانونی دارند و جزء هنجارهای معتبر نظام حقوقی هستند را در نظر بگیریم. در ادبیات کلسنی هنجارهای قانونی بیش از هر چیز، هنجار هستند. کلسن می‌گوید: «هنجار، قاعده‌ای است که رفتار خاصی را تجویز یا منع می‌کند» (Kelsen, 1957: 210). جملات و گزاره‌هایی که هنجارها را بیان می‌کنند، جملات و گزاره‌های «بایدی» هستند. پدیده‌های حقوقی نمی‌توانند به اندازه کافی و بدون قرار گرفتن در دسته بایدیها توصیف گردند<sup>۱</sup> (Ibid. 215). عنصر «باید» در گزاره‌های حقوقی است، امری که باید انجام شود را تجویز می‌کند و در نظر اول مشخصه هنجاری بودنشان را نشان می‌دهد<sup>۲</sup> (Kelsen, 1945: 61).

۱. «باید» در نظام حقوقی به طرق مختلف نمود پیدا می‌کند؛ از جمله مجازات و جبران خسارت. نظام حقوقی، اجرای هنجارهای حقوقی را از طریق مجازات، یا سازوکارهایی چون جبران خسارت تضمین می‌کند (Morrison, 1997: 325).

۲. در پاسخ به این سؤال که در نظام حقوقی خاص، قاعده حقوقی چه زمانی معتبر است؟ گزاره‌های زیر قابل طرح است:

۱- قاعده حقوقی‌ای معتبر است که منطبق با معیار اخلاقی/ایدئولوژی/سیاسی خاص باشد.

۲- قاعده حقوقی‌ای معتبر است که توسط حاکم صادر شده باشد و نافرمانی از آن موجب مجازات است.

۳- قاعده حقوقی‌ای معتبر است که توسط مقام یا مرجع صلاحیت‌دار طی آئین خاص صادر شده باشد.



کلسن نتوانسته است بین سه مؤلفه یاد شده، تفکیک دقیق علمی ایجاد کند. چرا که کلسن می‌گوید: «با استفاده از اعتبار، منظور ما وجود خاصی از هنجارها است. گفتن اینکه یک هنجار معتبر است، به این معنی است که وجود آن را فرض می‌کنیم. فرض می‌کنیم که آن الزام‌آور است و رفتار افراد را تنظیم می‌کند. قواعد حقوقی اگر معتبر باشند، هنجار هستند» (Ibid. 30). در جایی دیگر می‌گوید: «اعتبار قانون بدین معناست که هنجارهای قانونی الزام‌آور هستند و افراد باید بدان گونه که هنجارهای قانونی تجویز کرده است، رفتار نمایند. افراد باید از هنجارهای قانونی اطاعت کنند و آن‌ها را اعمال نمایند» (Ibid. 39). یک هنجار غیرمعتبر، هنجار غیر موجود است؛ یعنی قانوناً هویت و هستی ندارد (Ibid. 155).

به دیگر سخن، سه عبارت یاد شده را به این شکل می‌توان درآورد: «اینکه یک قاعده حقوقی وجود دارد»، معادل این است که «آن معتبر است» و عبارت اخیر، معادل این است که «آن هنجار باید مورد اطاعت قرار گیرد».

یکی دانستن سه مؤلفه یاد شده ناشی از این است که کلسن برای گریز از اتهامات متعددی که می‌توانست متوجه او شود، به طور روشن نظریه‌اش را ارائه نکرده است؛ چرا که وجود یک هنجار به منزله این است که هنجار الف، متعلق به نظام حقوقی ب است. حتی عنصر «وجود» را یکی از شاخص‌های تمایز قواعد حقوقی از قواعد اخلاقی می‌دانیم به این مفهوم که قواعد حقوقی، تنها به مثابه عناصر سازنده نظام‌های حقوقی هستند، ولی قواعد اخلاقی می‌توانند مستقل از نظام خاصی باشند.

منظور از «اعتبار» یک قاعده از نظر کلسن این است که، آن مطابق با آئینی که هنجار بنیادی مقرر کرده است، ایجاد شده باشد. هنجار بنیادی کلسن، برخلاف قاعده شناسایی هارت که اجازه می‌دهد قاعده حقوقی معتبر را بشناسیم، به همه هنجارها الزام هنجاری می‌بخشد. حتی هنجار بنیادی نیز گاهی به گزاره بایده و نیروی الزام‌آوری که در قالب گزاره بایده بیان می‌شود، هویت وجودی می‌دهد. برای اثبات اینکه هنجار قانونی معتبر است، این امر از طریق اثبات این موضوع صورت می‌گیرد که آن هنجار مطابق با هنجار بنیادی وضع شده باشد (Kelsen, 1925: 166); (Ross, 1990: 147-163); (Bulygin, 1998: 227-315). رز نیز مفهوم «وجود» کلسن را نقد کرده است. ادعای او این است که هر تلقی و نگرش موجهی از هنجاریت قانونی باید بر یک برداشت از «اقتدار موجه» مبتنی باشد (Raz, 2000: 48-237-252).

از نظر گلدینگ یکسان پنداشتن وجود قاعده حقوقی با نیروی الزام‌آوری مایه تأسف

است. کلسن بیش از آنکه از هنجاری بودن قاعده مطمئن باشد آن را درون قاعده حقوقی قرار داده است. نتیجه یکسان پنداشتن وجود و نیروی الزام‌آوری این است که قاعده حقوقی صرفاً در مقام تجویز یا منع چیزی نیست، بلکه باید آن قاعده مورد اطاعت قرار گیرد. اینکه قاعده‌ای متعلق به نظام حقوقی خاص می‌باشد، از این موضوع که من یا هر کس دیگر «باید» از آن اطاعت کند، متفاوت است. نوع اول مربوط به قلمرو نظریه‌پرداز حقوقی و قسم دوم قلمرو اخلاقی است. کلسن با یکی دانستن وجود و اعتبار با نیروی الزام‌آور، مبنای حقوق طبیعی را نادیده گرفته است. یعنی X یک هنجار از نظام حقوقی S در قلمرو سرزمین T است، معادل این گفته است که X باید توسط شهروندان T مورد اطاعت قرار گیرد (Golding, 2007: 195-196).

هنجارگرایی کلسن رنگ اخلاقی گرفته است. مفاهیم جایگزین قاعده در ادبیات کلسن، ناخودآگاه، کلسن را با مفهوم «بی‌طرف» قاعده، درگیر کرده است. اگر به دقت توجه کنیم، حتی در بحث کارآمدی نیز کلسن با چنین اتهامی روبروست. جایی که افراد باید مطابق با نظام حقوقی رفتار کنند، تنها اگر، نظام حقوقی به مثابه یک «کل» کارآمد باشد (Kelsen, 1957: 224). یعنی، اگر نظام حقوقی زیاد کارآمد نباشد، افراد مجبور نیستند، مطابق قواعد حقوقی آن رفتار کنند. در این صورت در نظریه محض مسائلی وجود دارد که موجب شده است او به بیراهه برود<sup>۱</sup> (Golding, 2007: 196).

حال سؤال این است که می‌توان ادعا کرد اعتبار و وجود هنجار، به منزله پذیرفتن<sup>۲</sup> و اعمال<sup>۳</sup> آن است؟ یعنی اگر هنجاری توسط قاضی یا اداره پذیرفته و اعمال شود، به منزله این است که وجود دارد و معتبر است؟ در رسیدگی به دعاوی، قاضی به نظام حقوقی خاص یک کشور مراجعه می‌کند. در حقیقت در موضوع دعوا، قاعده حقوقی خاصی وجود دارد که با پذیرش

۱. از نظر کلسن، اینکه گزاره‌ای، هنجاری معتبر است و گزاره دیگر هنجاری کارآمد است، گزاره‌ای صادقی‌اند، ولی دو گزاره متفاوت می‌باشند. با وجود این، رابطه بین این دو خیلی مهم است. هنجار به شرطی معتبر است که متعلق به نظامی از هنجارها باشد و آن هنجارها در کل، کارآمد باشند. پس، کارآمدی شرط اعتبار است؛ یک شرط، نه دلیل اعتبار. هنجاری معتبر نیست به این دلیل که مؤثر نیست. هنجاری معتبر است که تنها متعلق به نظامی از هنجارها باشد که در کل کارآمد است. با وجود این، رابطه بین اعتبار و کارآمدی تنها از دیدگاه نظریه دینامیک حقوقی - که مربوط به مسئله دلیل اعتبار و مفهوم نظم حقوقی است - قابل درک است. از نقطه نظر نظریه استاتیک، فقط اعتبار قاعده حقوقی مورد بحث است (Kelsen, 42).

2. acceptance

3. application

و استناد به آن، آن را اعمال می‌نماید. پذیرش و اعمال آن، به منزله اعتبار قاعده حقوقی در قلمرو زمانی و مکانی است. اگر به تکنیک‌های اصول استنباط مانند، نسخ و منسوخ، مخصّص و مخصّص و غیره دقت کنیم، متوجه می‌شویم که می‌توان بین وجود و اعتبار قاعده حقوقی قائل به تفکیک شد. البته این امر، از موضوع اشتباه در استنباط متفاوت است. بدون شک برای قضات، راه برای تشخیص اعتبار قاعده در هر دعوا مشخص است و صرف اعمال قاعده توسط قاضی به منزله اعتبار برای قاضی دیگر نیست. ولی می‌پذیریم که مفاهیمی چون: «وجود»، «اعتبار»، «نیروی الزام‌آور»، «پذیرفتن» و «اعمال» دارای قلمرو همپوشان هستند. یعنی، وقتی گفته می‌شود قاعده الف وجود دارد، به منزله این است که گاهی معتبر است. بنابراین اعتبار در این معنا، پذیرفتن و اعمال آن است (Oliphant, 1928: 71-76).

با چشم‌پوشی از مناقشه جدی که بین «دامنه برد معنای» اصطلاحات کلسن وجود دارد، می‌توان، وجود، اعتبار و نیروی الزام‌آور که قابل فروکاستن به پذیرفتن و اعمال هستند را سه مشخصه ذاتی قاعده حقوقی دانست؛ و عام، الزام‌آور، امری، علنی، واضح، مفید قطعیت و معطوف به آینده بودن را فاقد وصف ذاتی دانست. بنابراین در این وضعیت، در اطلاق قاعده حقوقی نسبت به تصمیمات قاضی دادگاه، هیچ تردیدی وجود ندارد؛ چرا که در تصمیمات قاضی، سه وصف یاد شده وجود دارد. به نظر برخی از مشخصات که به اشتباه به عنوان مشخصه ذاتی قاعده حقوقی آمده است، مثل قطعیت، واضح و عام بودن، جزء آرزوهای ناشی از آرمان‌گرایی است و هیچ آرزویی نمی‌تواند جانشین واقعیت‌ها گردد.

اوصافی که برای قاعده حقوقی ذکر کردیم، از نظر کلسن باید این اوصاف را مشخصه ذاتی قاعده حقوقی دانست. وی معتقد است این تعصبات فلسفه حقوق اروپای قاره‌ای است که قاعده حقوقی را تنها به هنجارهای عام محدود می‌کند. کلسن تصمیم قضایی را ادامه فرآیند ایجاد قاعده حقوقی و حرکت از قلمرو عام انتزاعی به قلمرو جزئی واقعی می‌داند (Kelsen, 1945: 39).

از نظریات کلسن، می‌توان اوصاف دیگری برای قاعده حقوقی پیدا کرد و آن عبارت است از مشخصه فرضی غیرمشروط و فرضی مشروط؛ جایی که قانونگذار در مقام توصیف پدیده‌های مجرمانه و نهادهای حقوقی بر می‌آید، گزاره‌هایش را در قالب فرضی غیرمشروط بیان می‌کند. برای مثال، فرد نباید مرتکب سرقت شود، عقد عبارت است از تلاقی دو یا چند اراده. یا ممکن است به صورت مشروط باشد. برای مثال، در صورتی که الف با توسل به وسایل متقلبانه مال دیگری را تصاحب کند، به تحمل یک الی هفت سال حبس محکوم می‌شود. گزاره‌های مشروط

به این شکل قابل ارائه است: اگر الف، ب را انجام دهد، آن گاه مجازات ... مقرر می‌شود. عموماً آرای دادگاه به صورت گزاره‌های مشروط بیان می‌شود (Ibid. 61).

اما این ادعای قابل دفاعی نیست؛ چرا که هنجارهای قانونی در مدل آستینی را به هنجارهایی که از طریق تهدید به مجازات مورد حمایت قرار می‌گیرند، فرو می‌کاهد. شاهد مثال‌های متعددی برای اثبات نقض این ادعا وجود دارد. مثلاً در صورت کاهش قیمت‌ها از حد معین، وزارت کشاورزی باید مبلغی به کشاورزان پرداخت کند. ولی می‌دانیم تکالیف قانونی توسط کلسن در قالب هنجارها، تجویز و اعمال مجازات تعریف می‌شوند (Lars, 2006: 21); (Kelsen, 1957, 131-171).

تابعان حقوق، تحت یک تکلیف عام، به خودداری از خشونت یک جانبه نسبت به یکدیگر می‌باشند. بر اساس نظریه هنجار بنیادی، این دیدگاه موجه و اعمال زور بر مبنای تجویز هنجار بنیادی است. اعمال تابعان در چارچوب نظام حقوقی یا قانوناً، مجاز است و در این صورت شرط اعمال مجازات وجود ندارد. آزادی تابعان وابسته به سکوت قانون است. مطابق نظر کلسن اگر نظام حقوقی وجود داشته باشد، پس همه اختلافات اجتماعی بر مبنای قانون قابل تصمیم‌گیری است (Kelsen, 1992: 29-30; 1942, 163-157; 1990, 132-133).

بنابراین، ماهیت قاعده حقوقی این است که هنجارهای حقوقی ناظر بر رفتار انسان و پدیده‌های بیرونی است و این هنجارها در هرم کلسنی به دو طریق تابع و نظریه نمایندگی ایجاد می‌شود. از نظر کلسن قاعده هرم، باز و پویایی و دینامیکی نظام حقوقی ناشی از این امر است. رأس هرم که به هنجار بنیادی می‌رسد، بسته است.<sup>۱</sup> مفاهیم اساسی وجود، اعتبار و نیروی الزام‌آور ناظر بر مفاهیم همپوشان درون نظام حقوقی است. ولی از نظر ما قاعده حقوقی به دلیل وصف «بی‌طرفی» که دارد، بهتر می‌تواند تناقضات نظریه کلسن را حل کند. زیرا قواعد حقوقی درون هر نظام حقوقی، هم از حیث سبک شکل‌گیری و هم از حیث محتوا یکسان نیستند، به نحو بهتری می‌توانند در بازسازی نظام حقوقی عمل کنند. از آنجا که هیچ دلیل موجهی بر وجود یک هنجار بنیادی وجود ندارد، رأس هرم به یک هنجار بنیادی نمی‌رسد، بلکه به هنجارهای

۱. هنجار معتبری که نمی‌تواند از هنجار مافوق دیگری ناشی شود، هنجار بنیادین یا اصلی می‌نامند. همه هنجارهای معتبر ممکن است به یک هنجار معتبر برگردند و همان هنجار بنیادین، نظام هنجارها یا نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد. هنجار بنیادین به عنوان منبع مشترک بین همه هنجارهای متعددی که نظام حقوقی را تشکیل می‌دهند، لازم‌الاتباع است (Kelsen, 1945: 111).

متعدد بنیادی می‌رسد. ولی ماهیت قاعده حقوقی به گونه‌ای است که نمی‌تواند صرفاً مقید به صفت ذاتی، عام بودن، واضح و قطعیت باشد. به نظر می‌رسد ما درون انبوهی از قواعد نامتعیین قرار گرفته‌ایم. گزاره‌های بایده حقوقی، برعکس گزاره‌های بایده علمی، فرضی می‌باشد و ممکن است معتبر باشند یا خیر<sup>۱</sup>. در نتیجه ماهیت قاعده حقوقی در اندیشه کلسن با توجه به مشخصاتی که ذکر کردیم قابل اطلاق به قاعده ساخته شده توسط قاضی است که ضرورت دارد مکانیسم ایجاد قاعده حقوقی توسط کلسن را (با توجه به سرسختی متعصبانه منکرین آن) بیشتر تبیین کنیم.

## ۲- فرآیند ایجاد قاعده حقوقی توسط قاضی در مدل کلسنی

همان طور که نشان خواهیم داد بدون شک، یکی از حوزه‌های جدی فلسفه حقوق و معرفت‌شناسی حقوقی، قضاوت است. نگرش کلی به حقوق و نظریات حقوقی، به قضاوت بستگی دارد. در نیمه اول قرن بیستم، تلاش در شناخت ماهیت و ریشه‌های حقوق به مؤلفه‌های آن یعنی، دعاوی منتهی شد و در عین حال، قرائت‌های شکل‌گرا<sup>۲</sup> از حقوق نیز در صحنه پدیدار شدند (Angle, 2013). در نتیجه، منظور در اینجا نگرش ایجادی به قضاوت به عنوان منبع قاعده حقوقی در مدل کلسنی است. همان طور که اشاره کردیم فرآیند ایجاد قاعده حقوقی توسط قاضی در قالب مدل کلسن را مشخصه دینامیک نظام حقوقی می‌دانیم و در صدد اثبات این ادعا هستیم. ذکر این نکته لازم است که در فرآیند پروژه بازسازی نظام حقوقی این ادعا را مطرح می‌کنیم که ماهیت دینامیک نظام حقوقی به نحو عام و قواعد حقوقی به طور خاص، متعلق به یک نظام حقوقی خاص نیست؛ ولی شیوه‌های تولید و یا باز تولید قواعد ممکن است متفاوت باشد. برای مثال فرآیند ایجاد قاعده حقوقی در نظام حقوقی کامن‌لا بر اساس

---

۱. از دید هارت: «علیت در حقوق برخلاف علوم طبیعی، جزئی‌گرا است نه کلی؛ یعنی به رابطه علی میان عمل شخصی خاص و حادثه‌ای معین نظر دارد. وی قوانین طبیعت را که به وسیله مشاهده و استدلال قابل کشف هستند قوانین توصیفی نامیده که کشف آن‌ها بر عهده دانشمندان علوم طبیعی است. ولی نوع دوم را نمی‌توان بدان وسیله به دست آورد؛ چرا که بیان یا توصیف واقعیات نیستند، بلکه برای انسان‌ها نوعی تجویزند و قانون تجویزی ممکن است نقض شود، اما همچنان باقی بماند» (هارت، ۱۳۹۰: ۲۸۸). به نظر ما، علیت در حقوق امری استعاری است؛ برعکس قانون طبیعت که معلول با وجود علت، قطعی الحصول خواهد بود، در حقوق، قطعی یا محتمل بودن معلول، به تعین یا عدم تعین بستگی دارد. در حقیقت، اگر  $X$  و  $Y$  متعین باشند، قطعاً  $Z$  حاصل می‌شود ولی اگر  $X$  و  $Y$  نامتعیین باشند، پس  $Z$  ممکن است حاصل شود یا حاصل نشود؛ جایی که  $Z$  جزای شرط یا معلول گزاره حقوقی است.

تبعیت دادگاه تالی از دادگاه عالی (سابقه قضایی) به آسانی صورت می‌گیرد، ولی در نظام رومی ژرمنی این فرآیند با مقاومت‌های سرسختانه روبرو شده است.

عمل قضایی به عنوان اعمال قاعده حقوقی، موافق نظریه سنتی است که اعمال قاعده وضع شده از پیش تعیین شده را، به عنوان تنها کارکرد محاکم در نظر گرفته است. ولی کلسن معتقد است زمانی که اختلافی بین دو نفر پیدا شود یا زمانی که علیه متهم حکم مجازات صادر می‌شود، در این حالت دادگاه، هنجار عام موضوعه یا عرفی را اعمال می‌کند. البته - همزمان - دادگاه در این فرآیند، هنجار جزئی ایجاد می‌کند که مجازات معین را باید علیه فرد معین اعمال کند. این هنجار جزئی، مربوط به هنجارهای عام و همچنین قانون موضوعه مربوط به قانون اساسی است. پس کارکرد قضایی همانند قانونگذاری، هم ایجاد قاعده حقوقی و هم اعمال آن است (Kelsen, 1945: 134).

کلسن در کتاب «نظریه محض حقوقی» قضاوت را فرآیند اعمال قاعده حقوقی انتزاعی می‌داند. او می‌گوید: «هنجار کلی، نتیجه دارای تعیین انتزاعی را به واقعیت مادی - که به همان اندازه تعیین انتزاعی دارد - نسبت می‌دهد اگر بخواهد در اصل، معنایی هنجاری داشته باشد، مستلزم جزئی‌سازی است. واقعیت مادی که به وسیله هنجار کلی به طور انتزاعی تعیین یافته است، باید به عنوان امری که در عالم خارج وجود بالفعل دارد، تثبیت شود. برای این مورد عینی، عمل اجباری که آن هم در هنجار کلی به طور انتزاعی تجویز گردیده است، باید عینی شود؛ یعنی نخست مورد حکم قرار گیرد، سپس تحقق یابد. این وظیفه چندگانه را حکم قضایی انجام می‌دهد که این کارکرد قضاوت است. این کارکرد صرفاً اعلامی نیست؛ هر چند اصطلاحات مربوط به قضاوت موهوم کارکرد دیگری است و نظریه هم گهگاه کارکرد دیگری را برای آن مفروض می‌گیرد، اما کار دادگاه صرفاً این نیست که قاعده‌ای را که قبلاً در قانون مصوب - یعنی هنجار کلی - به صورت کامل وجود داشته است، اعلام یا کشف کند، بلکه کارکرد قضاوت کاملاً انشایی و حقوق‌سازی به معنای دقیق کلمه است. اینکه واقعیت مادی عینی به آن نتیجه قانونی عینی ارتباط دارد، این ارتباط کامل را حکم قضایی ایجاد می‌کند. از این رو، خود حکم قضایی، هنجار حقوقی جزئی است؛ یعنی، جزئی‌سازی یا عینی‌سازی هنجار حقوقی کلی یا مجرد. حکم قضایی ادامه فرآیند ایجاد قانون است؛ در واقع، ایجاد قاعده جزئی از قاعده کلی» (کلسن، ۱۳۸۷: ۱۰۹-۱۱۰).

نظر نگارندگان این است که، جزئی‌سازی قاعده کلی در مفهوم کلسنی، به ایجاد قاعده حقوقی منتهی نمی‌شود؛ مگر در صورتی که این جزئی‌سازی را فرآیندی ایجاد بدانییم. ایجاد در

معنای ایجاد حق و تکلیف یا تنظیم موقعیت رفتاری جدید. در غیر این صورت، انطباق قاعده کلی با مورد جزئی و واقعی، در فرضی که هنجار از پیش تعیین شده وجود دارد، ایجاد قاعده تلقی نمی‌گردد. عموماً این امر در نظریات تفسیری وجود دارد. حال، خود نظریه تفسیری و یا تفسیر لفظی می‌تواند مورد نقد شدید قرار گیرد. برای مثال، مکتب حقوق آزاد و یکی از نمایندگان این مکتب به نام هرمان کانتروویچ در مقاله‌ای تحت عنوان «پیکار برای علم حقوق» علیه وفاداری شدیداً لفظی و غالباً پوچ یا ناعادلانه به کلمات حقوق مدون (قوانین) واکنش نشان داد (Kantorowicz, 2005).

«ارنست فوخ نمونه‌ای از نگرش لفظی را مطرح می‌کند؛ وی به ماده‌ای از قانون آئین دادرسی مدنی اشاره می‌کند که چیزهایی (اموالی) از اجناس بدهکار که متعلق به خود او بوده و به عنوان ابزار تجارت مورد استفاده قرار می‌گرفتند، از شمول «وثیقه دین» (مستثنیات دین) خارج ساخت. در یک پرونده دادگاه عالی آلمان، نیم سهم از یک قایق را که متعلق به ماهیگیری فقیر بود به این دلیل که نیم سهم، مالیت ندارد و (مال) محسوب نمی‌شود، مشمول معافیت مزبور ندانست. در موردی دیگر، وصیت‌نامه‌ای به دلیل عدم انطباق با ماده‌ای از قانون مدنی باطل اعلام شد. ماده مزبور، ضرورت وجود امضای موصی را مقرر می‌داشت. امضایی که معنای تحت اللفظی آن (امضاء در پایین متن) بود<sup>۱</sup>. حال آنکه در پرونده مورد بحث، موصی امضای خود را در همان سطر تاریخ آورده بود و از این رو پایین تمام متن سند نبود و امضای قانونی به شمار نمی‌آمد. مکتب یاد شده بر این عقیده بود که، این تفاسیر عجیب و غریب و پوچ نتیجه طبیعی (علم مفاهیم حقوقی) بود که تصور می‌کرد شبکه بی‌عیب و نقصی از قواعد ساخته است که پاسخ علمی همه مشکلات را در بردارد و تمام ارزش‌های فرعی را کنار می‌گذاشت» (کلی، ۱۳۸۲: ۵۲۱-۵۲۲).

برای تبیین بیشتر وضعیت، وقتی قاضی با ادعای خواهان مواجه می‌شود، این موارد را بررسی می‌کند که، آیا ادعای خواهان مبتنی بر یک قاعده از پیش تعیین شده است؟ به عبارت دیگر، یک هنجار قانونی مقدم بر تحمیل نیروی الزام‌آور، بر خواننده وجود دارد یا خیر؟ در صورتی که قاضی دریابد که چنین قاعده‌ای وجود ندارد، آیا می‌تواند بر این مبنا که قاعده حقوقی به صراحت آن را منع نکرده و آن را تجویز نموده است، دعوا را حل و فصل کند؟ البته این امر، به تحلیل نظریه ساختار سلسله مراتبی نظام حقوقی بستگی دارد. نظریه سلسله مراتبی بر مشخصه تکوینی رابطه اعتبار بخشی بین هنجارها تأکید می‌کند (Kelsen, 1992: 55-75).

نکته قابل تأمل این است که، هنجارهای بالاتر همیشه محتوای هنجارهای سطح پایین‌تر را مشخص نمی‌کنند. حرکت از هنجارهای بالاتر به سمت هنجارهای پایین‌تر به عبارت دیگر، از هنجارهای عام به طرف هنجارهای خاص، به واقعی کردن رفتار انسان یعنی، عینی‌تر کردن هنجارهای بالاتر بستگی دارد. در مدل تکوینی کلسنی، هنجارهای بالاتر تنها شرایط شکلی و قلمرو مادی اعتبار هنجارهای پایین‌تر را تعیین می‌کند. به دیگر سخن، هنجارهای بالاتر تعیین می‌کند که مردم، قضات و مقامات اداری چگونه نسبت به اعمال اختیار اعطاء شده اقدام کنند. در واقع، اعمال هر تصمیم قانونی، اعمال صلاحیت اختیاری است<sup>۱</sup> (Ibid. 67-68).

ادعای کلیدی مربوط به تئوری سلسله مراتب، این است که، اعمال اختیار در هر سطحی از سلسله مراتب از طریق هنجارسازی صورت می‌گیرد. در حقیقت، قانونگذار می‌تواند قانون معتبر را تنها به نحو عینی و از طریق انطباق با قواعد قانون اساسی - که از طریق هنجار بنیادی قدرت کسب کرده است - ایجاد کند. از نظر کلسن، ایجاد قاعده حقوقی توسط قانونگذار، از ایجاد هنجار جزئی توسط قاضی - مثلاً در جایی که قاضی، به مدیون دستور می‌دهد مبلغ مشخصی به دائن بدهد - متفاوت نیست. تفاوت آن‌ها صرفاً از حیث درجه است؛ یعنی، قوه مقننه قلمرو وسیع‌تری از آزادی در تصمیم‌گیری دارد؛ اما این به معنی این نیست که مصوبات مقننه تحت کنترل و نظارت قرار نمی‌گیرد (Ibid. 70).

آنچه در فرآیند ایجاد قاعده حقوقی در نظریه سلسله مراتب قابل دفاع است، مبتنی بر نظریه نمایندگی است. چرا که علم حقوق نمی‌تواند کاملاً از حیث محتوا فرآیند بالا - پایین قاعده‌سازی را آشکار سازد. ولی این ادعا قابل دفاع است که، مطابق نظر کلسن، آیا تصمیمات اتخاذ شده توسط قانونگذار، قاضی و مقامات اداری به مثابه جنبه‌های واقعی و در حدود اختیار تفویض شده، بوده است یا خیر؟ یعنی، یک تصمیم - بدون در نظر گرفتن محتوی آن - معتبر است؟ در صورتی که در چارچوب اختیار تفویضی و محدودیت‌های اختیار تعریف شده،

۱. در جای دیگر، کلسن برخلاف این امر مدعی شده است، منبع حقوق، به علت اعتبار قانون اشاره دارد؛ پس هنجار اصلی، منبع حقوق است. البته در یک مفهوم عام، هر هنجار قانونی، منبع هنجار دیگری است که اولی نحوه ایجاد و همچنین شیوه و آئین و محتوای آن را نیز مشخص می‌نماید. در این مفهوم، هر هنجار قانونی بالاتر، منبع هنجار قانونی پایین‌تر است. پس، قانون اساسی، منبع قوانین موضوعه ایجاد شده بر مبنای قانون اساسی است. قانون موضوعه، منبع تصمیمات قضایی است. تصمیم قضایی (رای دادگاه) منبع تکلیف است، که به یکی از طرفین دعوا تحمیل می‌شود و به همین ترتیب. پس، منبع قانون، همیشه خود قانون است: هنجار قانونی مافوق در رابطه با هنجار قانونی مادون، روش و محتوای آن را تعیین می‌نماید (Kelsen, 1945: 132).



تصمیمی گرفته شده باشد، معتبر است و این در راستای معنای تز وجود یا اعتبار پذیرفتنی است (Vinx, 2006: 79).

اگر قاعده عام یا به تعبیر کلسن، هنجار بالاتر دارای معنای عینی و متعین باشد، عمل قاضی وصف ایجاد‌ی ندارد و بر این عقیده هستیم که از متون کلسن این امر استنباط نمی‌گردد؛ عمل قاضی همیشه دارای وصف ایجادکنندگی است و عینی‌سازی و جزئی‌سازی همیشه به معنای ایجاد نیست. لازمه عدم ایجاد قاعده حقوقی توسط قاضی دادگاه این است که، قانون موضوعه کاملاً متعین باشد؛<sup>۱</sup> ولی می‌دانیم این گونه نیست. بنابراین قابلیت تعین کامل، از طریق واقعی کردن هنجارهای عام نامتعیین توسط قضات صورت می‌گیرد.

به عبارت دیگر، عینی کردن معنای قاعده حقوقی با این واقعیت تضمین می‌شود که، از طریق ساختار سلسله مراتبی و در حدود صلاحیت اختیاری قاضی یا اداره، این عمل اتفاق می‌افتد. پس بافت باز،<sup>۲</sup> قاضی را در موقعیتی قرار می‌دهد که می‌تواند با توسل به صلاحیت اختیاری، قاعده حقوقی ایجاد کند. فعالیت قضایی و دادرسی در سایه روشن عدم قطعیت، تحت اقتدار اعطاء شده به وسیله هنجارهای قانونی بالاتر، هنجارهای قانونی را ایجاد می‌کند.<sup>۳</sup> بافت باز، برای اعمال قدرت تقنینی اعطاء شده توسط اولین قانون اساسی بستری فراهم می‌کند. این عمل به مثابه فرآیند واقعی‌سازی تدریجی قاعده حقوقی است که به طور روزمره، در همه سطوح سلسله مراتبی قانونی، اتفاق می‌افتد (Ibid. 80).

به عنوان نتیجه می‌توان این ادعا را مطرح کرد که، در نظریه سلسله مراتبی کلسن، فرآیند قاعده‌سازی، ناشی از مکانیسم نظام حقوقی است. یکی از کارکردهای اصلی نظام

---

1. perfectly determinate

2. open texture

۳. به قول هارت: «همه جا قوانین سایه روشنی از ابهام دارند که در آنجا قاضی باید میان شقوق جانشین انتخاب کند. گاهی اسم یا امضا، اعمال قاعده حقوقی را دچار ابهام می‌کند. مثلاً اگر موصی در وصیت به جای اسم واقعی، اسم مستعار استفاده کند یا دیگری دست او را به حرکت در آورده باشد؟ یا تنها حروف اول نام خود را نوشته باشد، یا امضاء را به جای پایین صفحه در ابتدای صفحه قید کند؟ آیا موارد یاد شده به معنای امضاء، در چارچوب معنای قاعده حقوقی است؟ شکاکان می‌گویند نه تنها قواعد غیرقطعی‌اند، بلکه این تفسیر دادگاه‌ها از آن‌هاست که اعتبار رسمی دارد و نهایی است» (هارت، ۱۳۹۰: ۴۷-۴۸). ولی رویکرد دورکین در این مورد، رویکردی تفسیری است. به عبارت دیگر، قاضی به دنبال ارائه بهترین تفسیر از موضوع بر می‌آید و از این حیث، او بین قاعده حقوقی، اصول و سیاست‌ها قائل به تفکیک می‌شود. در صورتی که در پرونده‌های دشوار قاعده حقوقی متعین نباشد و یا وجود نداشته باشد، قاضی با توسل به اصول یا سیاست‌ها تصمیم‌گیری می‌کند (Dworkin, 2010: 99).

حقوقی، تولید هنجارهای حقوقی است. مطابق مدل کلسن، ایجاد قاعده حقوقی توسط قاضی در قاعده هرم (منطقه باز) صورت می‌گیرد و اعتبار هنجارهای ایجاد شده ناشی از انطباق با هنجارهای بالاتر است. اما ادعای ما این است که، فرآیند یاد شده، صرفاً جزئی‌سازی هنجارهای بالاتر است نه ایجاد هنجارهای جدید؛ به دیگر سخن، عینیت بخشی به گزاره‌های فرضی مشروط است. ولی با توجه به اینکه هنجارهای عام ممکن است نامتعین باشد و یا در موقعیت‌های خاصی هنجار عام از پیش تعین شده وجود نداشته باشد، بر اساس مدل تفویض اختیار به قاضی، قاضی در فرآیند عملیات قضایی، در چرخه تولید هنجارهای حقوقی قرار می‌گیرد و هنجارهای تولید شده توسط وی، واجد اوصاف ذاتی قاعده حقوقی است. حال، سؤالی که مطرح است این است که، مشروعیت هنجارهای ایجاد شده توسط قاضی ناشی از چیست؟ که در ادامه به آن پاسخ می‌دهیم.

### ۳- مبنای مشروعیت تصمیمات قاضی به مثابه قاعده حقوقی

به نظر می‌رسد قبل از پرداختن به مسئله اصلی، باید مسئله تناقض‌نمایی<sup>۱</sup> که ممکن است در بحث مشروعیت ایجاد شود را حل کنیم؛ چرا که می‌خواهیم همچنان به نظریه محض حقوقی کلسن - تا جایی که تأکیدی بر تز ماست - وفادار بمانیم. البته این به معنای وفاداری مطلق نیست؛ زیرا باید پذیرفت نظریه محض کلسن، نظریه تمام عیار خالص نیست. همان طور که گلدینگ هم اشاره کرده است، نظریه کلسن در جاهای مختلف رنگ اخلاقی گرفته است. یکی از ایده‌های محوری کلسن این بود که، هنجار قانونی تا جایی که معتبر است، وجود دارد. اگر اعتبار هنجارهای قانونی را مستلزم توجیه اخلاقی بدانیم، این امر در تعارض با شرط خالص یا علمی بودن مورد ادعای کلسن خواهد بود؛ به عبارتی دیگر، نافی اصل جدایی اخلاق و قانون و به تعبیر کلسن، تفکیک قانون و عدالت است. این مسئله زمانی بیشتر قابل درک خواهد بود که در نقد تئوری حقوق طبیعی - که خود کلسن به آن اشاره می‌کند - علت اعتبار قانون، عدالت است و افراد بایستی از قانون موضوعه تا جایی اطاعت کنند که مطابق با اصول اخلاقیات باشد. قانون موضوعه اعتبارش را از قانون طبیعی می‌گیرد (Kelsen, 1957: 258). اما او بلافاصله می‌گوید: اگر قانون با عدالت شناخته شود و قانون موضوعه با قانون طبیعی، پس مفاهیم عدالت و قانون طبیعی بی‌معنا خواهند شد (Ibid).

1. Paradoxical

ولی در مدل ساختار سلسله مراتبی هنجارهای کلسن، باید از تصمیمات قاضی و اداره اطاعت کنیم. این به معنای آن است که از قانون اساسی اطاعت می‌کنیم و اگر سؤال شود چرا باید از هنجارهای قانون اساسی اطاعت شود؟ ممکن است به قانون اساسی قدیمی‌تر مراجعه کنیم. قانون اساسی موجود به شیوه جایگزینی، جانشین آن شده است و به این شیوه، ما به روش تاریخی به اولین قانون اساسی می‌رسیم. حال افراد باید طبق دستورات سازمان‌هایی که به موجب قانون اساسی ایجاد شده‌اند، اطاعت کنند<sup>۱</sup> (Ibid. 262).

بنابراین باید مشروعیت را بر مبنای ارزیابی اعتبار قانونی یک هنجار مشخص کرد. بر این مبنا که همین که هنجاری عضو یک نظام حقوقی شود، در معنای قانونی بودن مشروعیت دارد. مشخص است که ارزیابی محتوای اخلاقی هنجار و یا عادلانه بودن آن، از عضویت آن در نظام حقوقی متفاوت است<sup>۲</sup>. البته خود کلسن اصطلاح «مشروعیت»<sup>۳</sup> را جهت مشخص کردن «هنجاریت»<sup>۴</sup> نظریه محض به کار نبرده است. پس باید مشروعیت را معادل هنجاریت قانونی<sup>۵</sup> دانست. کلسن مشروعیت در غیر معنای یاد شده - مخصوصاً در بحث رد جدایی حقوق و دولت - را نقد کرده است (Kelsen, 1992: 59-61).

مشروعیت در معنای اولیه‌اش، بر تصمیمات سیاسی دلالت دارد و شامل تصمیم به تصویب

---

۱. پیش‌فرض کلی این بحث این است که، مبنای اطاعت از قانون چیست؟ منظور ما از قاعده حقوقی مفهومی است که قابل تقلیل به تصمیمات قاضی است - اگر محتوای اخلاقی مورد نظر باشد، پاسخ روشن است. علت اطاعت، دلیل اخلاقی موجه است ولی اگر در تعریف قاعده حقوقی، اعتبار اخلاقی در نظر گرفته نشود، بیشتر گفته می‌شود: «پیروی از آن وظیفه عمومی موجه است، یعنی در صورت نبود دلیل ویژه‌ای که ممکن است معافیت خاصی را توجیه کند، پذیرش اعتبار قوانین، به پذیرش وظیفه عمومی پیروی می‌انجامد» (تبیست، ۱۳۸۶: ۱۲۵). کانت اطاعت از قانون را ناشی از اراده متحد مردم می‌داند و «معتقد است اراده یاد شده، منشأ تمام حقوق است و قطعاً نمی‌تواند به کسی زیان برساند». کانت منشأ تفوق قوای سه‌گانه و عامل حقانیت آن‌ها را «قرارداد اولیه» دانسته است (کانت، ۱۳۸۰: ۱۶۹-۱۷۲).

۲. آستین در عبارت مشهوری که دارد، تفکیک وجود قاعده حقوقی با محتوای آن را به خوبی بیان کرده است. از نظر او «وجود قاعده حقوقی یک چیز است و شایستگی یا عدم شایستگی آن چیز دیگر» (Austin, 1977: 175). در عبارت دیگری بیکس معتقد است: «اثبات‌گرایی قانونی مبتنی بر این ادعای ساده است که توصیف درست از قانون، هدف ارزشمندی است. لازم است حقوق را از داورهای اخلاقی جدا کنیم و تئوری‌های حقوقی باید از نظر اخلاقی بی‌طرف باشند. البته این امر، هم ممکن است و هم با ارزش. آنچه قانون است، جدا از این مسئله است که چگونه باید باشد؟» (Bix, 1996: 33).

3. legitimacy  
4. normativity  
5. legal normativity

هنجارهای عام و خاص می‌شود. یعنی هسته محوری اصطلاح مشروعیت این ایده است که، تصمیم سیاسی بدون اینکه اساساً عادلانه باشد و صرف‌نظر از داوری در خصوص استحقاق یا شایستگی‌های ماهوی آن، می‌تواند مشروعیت داشته باشد. همین که شخص تصمیم‌گیرنده در حدود صلاحیتش تصمیم گرفته باشد، کفایت می‌کند. در حقیقت، همین که قاضی‌ای به موجب هنجار بالاتر، اختیار اتخاذ تصمیم به او داده شده است تصمیم بگیرد، همین امر دلیل موجهی است برای اینکه مطابق تصمیم قاضی عمل شود.<sup>۱</sup> به گفته راولز قبول می‌کنیم که تا حدودی ملزم به آن تصمیم هستیم، حتی اگر تصمیمی نباشد که در نظر ما شاید می‌شد بنا به دلائل بهتری، تصمیم بهتری گرفته می‌شد (Rawls, 1996: 372).

از دیدگاه رز، مبنای موجه الزام پیروی از قاعده حقوقی، در مفهوم «اقتدار» قرار دارد. ادعای او این است که هر نگرش موجهی به هنجاریت قانونی، باید مبتنی بر برداشتی از اقتدار موجه باشد که تحت آن شرایط، هنجارها می‌توانند در مفهومی جامعه‌شناختی وجود داشته باشند. مردم عموماً هنجارهای قانونی را برای بیان خواسته‌هایشان نسبت به یکدیگر به کار می‌گیرند. قضات به لحاظ حرفه‌ای نیازمندند مطابق این فرض عمل کنند که، قوانینی که آن‌ها اعمال می‌کنند باید توسط تابعان مورد اطاعت قرار گیرند. مطابق نظر رز، تنها در شرایطی یک هنجار قانوناً معتبر است که، بر مبنای «منابع اجتماعی» تعیین شده و عضو نظام حقوقی باشد (Raz, 1970, 48; 1986, 237-252; 1990, 170-177).

تفسیر رز از نظریه هنجاریت قانونی کلسن، منطبق با نظریه کلسن نیست. مطابق نظر کلسن، همه هنجارهایی که در نظام حقوقی عضویت دارند، به طور یکسان موجه هستند و از این نظر همه تابعان حقوق به طور یکسان، ملزم به تبعیت از آن‌ها می‌باشند؛ البته این اطلاق را باید ناظر بر هنجارهای عام دانست. اما در خصوص هنجارهای خاص، حسب مورد ممکن است ناظر بر همه تابعان باشد یا بر افراد خاص (طرفین دعوا). به نظر ما، نباید بر مبنای ایدئولوژیکی به دنبال توجیه تئوری حقوقی کلسن برآمد. به گفته کلسن، وجه ممیزه ایدئولوژیکی بودن این است که آن تمایل به طرفی دارد که بیشترین منفعت را متوجه تابعان نماید (Kelsen, 1970: 101-107). تئوری محض همان گونه که برنارد ویلیامز<sup>۲</sup> نقل کرده، متعهد است در یک شکل پایدار و معقول

۱. تصمیمات قاضی پس از اینکه قطعی و یا در مواردی نهایی گردد، بر اساس اصل قطعیت و لازم الاجرا بودن صرف‌نظر از ارزیابی محتوای آن‌ها اجرا می‌شوند. برای مثال، ماده ۸ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، بر این دلالت دارد.

2. Bernard Williams

از جامعه انسانی، ایده‌آل روشنگرانه‌ای ارائه کند که به امور مرموز کمترین وابستگی را داشته باشد (Williams, 2003: 106-118).

بنابراین مبنای موجه برای ایجاد و مشروعیت قاعده حقوقی را باید در ساختار درونی نظام حقوقی جستجو کرد. لازمه اثبات این ادعا، قبول پیش‌فرض زیر است که، ۱- همان طور که اشاره شد، پویایی نظام حقوقی، به تولید و باز تولید هنجارهایی بستگی دارد که بتواند رفتار پدیده‌های بیرونی را تنظیم کند. ۲- تنظیم قاعده‌مند رفتار پدیده‌های بیرونی بایستی از طریق هنجارهای الزام‌آور باشد. استفاده انحصاری از نیروی قهرآمیز، مشخصه اصلی سازمان‌های ایجاد و اعمال‌کننده است که این اختیار ناشی از نظریه تفویض اختیار است. پس ساختار نظام حقوقی باید پویایی و دینامیکی بودن هنجارها را تضمین کند و از این حیث تولید هنجارها، از ماهیت «باید انگاری» نظام حقوقی ناشی می‌شود. اعتبار یک هنجار به اندازه کافی، دلیل موجه برای پیروی آن ارائه می‌دهد. مبنای موجه تصمیمات قاضی را باید در درون ساختار سلسله مراتبی دانست. اگر بپذیریم که تصمیمات قاضی مشخصه هنجاری دارد، همه نظام‌های هنجاری اعم از نظام‌های اخلاقی و قانونی، ساختار سلسله مراتبی دارند. با توجه به اینکه هنجار بنیادی نظام قانونی، برعکس هنجار بنیادی نظام اخلاقی، یک اصل ماهوی نیست، بلکه در عوض اقتدار روکش شده‌ای از رویه‌های قانونگذاری است، هنجار بنیادی، خود هیچ محدودیت ماهوی بر محتوای قاعده حقوقی تحمیل نمی‌کند<sup>۱</sup>، بلکه آن تماماً مشخصه شکلی و دینامیکی دارد. هنجارهای قانونی که به شیوه خاصی ایجاد می‌شوند، معتبر هستند؛ تنها اگر بتوانند ثابت کنند که مطابق با هنجارهای بنیادی و رویه‌های قانونگذاری اساسی - که از طریق آن اقتدار پیدا کرده‌اند - وضع شده‌اند (Kelsen, 1992, 56).

در نهایت، عدم تعیین و بافت باز قاعده حقوقی، برای توجیه قاعده حقوقی ایجاد شده توسط قضات مبنایی عقلانی فراهم کرده است؛ چرا که در چنین مواردی تصمیم مبتنی بر صلاحیت اختیاری قاضی، مختومه‌کننده پرونده است و به مثابه الزام یک تکلیف قانونی قابل تفسیر نیست. به لحاظ رسمی با توجه به اینکه قاضی به عنوان نهادی قدرت اتخاذ تصمیم را دارد، در نتیجه در وضعیت ایجاد قاعده حقوقی قرار می‌گیرد. البته به نظر هارت،

---

۱. کلسن ادعا نمی‌کند که هر نظام حقوقی می‌تواند هر نوع محتوایی را داشته باشد. برخی نظام‌های حقوقی ممکن است محدودیت‌های غیرقابل بازنگری در برخی از اصول قانون اساسی داشته باشند که به نحو مؤثری، محتوای قابل تجویز نظام حقوقی را محدود می‌کند. او مدعی است که هر محتوایی به هیچ‌وجه نمی‌تواند قانون شود (Kelsen, 1920: 47).

قاعده‌ای که توسط قاضی ایجاد می‌شود، به لحاظ اخلاقی از منظر بیرونی موجه خواهد بود. اگر قاضی در دعوایی تصمیمی بگیرد، کیفیت هنجاری تصمیم او به درستی رأی اخلاقی او بستگی دارد (Raz, 1986: 53).

اگر قاعده ایجاد شده توسط قاضی را به شرحی که آمد به عنوان قاعده حقوقی بدانیم در این صورت، دارای تمام اوصاف و مشخصه‌های ذاتی قاعده حقوقی است. پس در یک نتیجه منطقی، نمی‌توان مبنای موجه بودن آن را جدا از هنجارهای عام دانست.

### نتیجه‌گیری

با نگاهی دوباره به فرضیه اصلی پژوهش و سؤالات طرح شده، با وفاداری به روش اثبات‌گرایی، صرف‌نظر از اینکه اتهامات متعددی بر کلسن وارد است و اثبات‌گرا بودن در مورد او گمراه‌کننده است، برای حل مسائل فراروی قاضی و تنظیم قاعده‌مند رفتار پدیده‌های بیرونی، نیازمند هنجارهای قانونی به تعبیر کلسن قاعده حقوقی هستیم؛ قاعده‌ای که در نظام حقوقی تولید و مشروعیت آن ناشی از خود نظام حقوقی است. قاعده حقوقی، مؤلفه سازنده نظام حقوقی است و شرط لازم برای بازسازی نظام حقوقی، تولید نظام‌مند قاعده حقوقی می‌باشد. در فرآیند تولید قاعده حقوقی، قاضی به عنوان جزئی از ساختار نظام حقوقی، نقش دوگانه‌ای ایفا می‌کند؛ از یک سو جزئی از سازمان اعمال‌کننده محصولات تولید شده نظام حقوقی (هنجارهای قانونی) است و از سوی دیگر، ایجادکننده هنجارهای قانونی است. با توجه به نظریه خلاء، بدون ایجاد قاعده یا هنجار قانونی توسط قاضی، نظام حقوقی نمی‌تواند پویایی‌اش را تأمین کند.

اصطلاحات سه‌گانه هنجار، وجود و نیروی الزام‌آور، دارای قلمرو همپوشان و قابل فروکاستن به یکدیگر هستند و کلسن نتوانسته تفکیک دقیقی ارائه دهد. مفاهیم یاد شده و همچنین دو عنصر و مشخصه «اعمال» و «پذیرش» را به عنوان مشخصه‌های ذاتی قاعده حقوقی می‌دانیم و سایر اوصاف همچون عام، واضح بودن و مفید قطعیت که ما را از شناخت ماهیت قاعده حقوقی منحرف می‌کند را کنار گذاشته‌ایم و از این طریق در هنجاریت تصمیمات قاضی تردیدی باقی نمی‌ماند.

فرآیند ایجاد قاعده حقوقی به دو طریق «تابع» و «تفویض اختیار» صورت می‌گیرد. در ساختار سلسله‌مراتبی نظام حقوقی، بر اساس طرح زنجیره توجیهات، هر هنجاری اعتبار خود را از هنجار بالاتر می‌گیرد، تا به هنجار بنیادی برسد که اعتبار آن ذاتی و مبتنی بر اولین قانون

اساسی است. رأس هرم کلسن، دارای ساختار بسته‌ای است و این امر متضمن وحدت نظام حقوقی می‌باشد که هیچ دلیل موجهی برای تشخیص هنجار بنیادی به عنوان تنها هنجار، وجود ندارد. ولی قاعده هرم ساختاری باز دارد و مکانیزم ایجاد قاعده حقوقی توسط قاضی از نوع تفویض اختیار و از بالا به پایین دانستیم.

مبنای مشروعیت تصمیمات قاضی بر اساس روش‌شناسی اثبات‌گرایی کلسن، خارج از محتوای اخلاقی آن است. آن را در ساختار نظام حقوقی توجیه نموده‌ایم و مشروعیت را در معنای قانونی بودن و در انطباق با هنجار بالاتر، ایجاد به شیوه مقرر و در چارچوب حدود تفویض شده می‌دانیم. عدم تعین قاعده حقوقی و بافت باز، برای توجیه قاعده ایجاد شده توسط قضات، مبنایی عقلانی در اختیار ما قرار می‌دهد. چرا که تصمیم مبتنی بر صلاحیت اختیاری قاضی، مختومه‌کننده پرونده است.

## منابع

### الف - فارسی

۱. امین، سید حسن؛ *تاریخ حقوق ایران*، تهران، انتشارات دایره المعارف ایران، ۱۳۸۲.
۲. تبیت، مارک؛ *فلسفه حقوق*، مشهد، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۶.
۳. راسخ، محمد؛ *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، تهران، نشر نی، ۱۳۹۳.
۴. کاتوزیان، ناصر؛ *فلسفه حقوق*، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
۵. کانت، ایمانوئل؛ *فلسفه حقوق*، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، تهران، انتشارات نقش و نگار، ۱۳۸۰.
۶. کلسن، هانس؛ *نظریه حقوقی ناب*، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
۷. کلی، جان؛ *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲.
۸. هابز، توماس؛ *لویاتان*، ترجمه حسین بشیریه، تهران، نشر نی، ۱۳۸۹.
۹. هارت، هربرت؛ *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، ۱۳۹۱.

### ب - لاتین

10. Anghel, Elena; 2013, The Reconfiguration of the judge's role in the romanio-germanic law system, *lesij*, Vol. 1, No. xx
11. Austin, John; 1955, *The province of jurisprudence determined*, London: weiden feldgnicolso.
12. Bix, Brian; 1996, *Jurisprudence: theory and context*, Sweet and Maxwell.

13. Bulygin, Eugenio; 1998, *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, in Stanley L Paulson Oxford.
14. Dworkin, Ronald; 1977, "The Model of Rules", in *Philosophy of Law*, Wiley Blackwell.
15. Golding, M. P; 2007, *Legal Reasoning, Legal Theory and Rights*, Ashgate Publishing Company.
16. Gary Chipman, John; 1909, *The Nature and Sources of the Law*, New York, Columbia University Press.
17. Hall, Everettw; 1952, *What is value? An Essay in philosophical analysis*, Humanities Press.
18. Holmes, Oliver Wendell; 1963, *The common law*, Boston.
19. Kantorowicz, Hermann; 1958, Definition of law, University press.
20. \_\_\_\_\_; 2005, *The Battle for Legal Science*, translated by Cory Merrill, German Law Journal. <http://www.germanlawjournal.com>
21. Kelsen, Hans, 1945, *General Theory of Law and State*, translated by Wedberg Anders, Harvad Universiry Press.
22. \_\_\_\_\_; 1957, *What is justice? Justice, Law, and Politics in the mirror of science*, University of Chicago law.
23. \_\_\_\_\_; 1992, *Introduction the problems of legal theory*, transl by Paulson/ Standley L.A translation of the first Edition of the Reine Rechtslehre or pure theory of law, first published, 1934, trans by Bonnie Litschewski-Pulson/Standley, Oxford.
24. \_\_\_\_\_; 1942, *Law and Peace in international relations*, The Oliver Wendell Holmes Lectures, Cambridge/Mass.
25. \_\_\_\_\_; 1990, *On the Theory of Interpretation*, first Published, trans, Bonnie Litschewski, Paulson/Stanley in Legal Studies10 (127-135).
26. Lilewellyn, Karl N; 1962, *Jurisprudence*, Chicago.
27. Morrisom, Wayne; 1997, *Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism*, Cavendish publishing limited.
28. Oliphant, herman; 1928, "A Return to stare decisis", 14 American Bar Association journal, No.14.
29. Paulson, Stanley L; 2000, **The Weak on Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law**, in *law and philosophy*, Vol. 1.
30. \_\_\_\_\_; 2003, *Constitutional Review in America and Austria*, Notes on The Beginnings in Ratio Juris, Vol. 16.
31. Rawls, John; 1996, *Political Liberalism*, New York.
32. \_\_\_\_\_; 1996, *Reply to habermas*, New York.
33. Raz, Joseph; 1970, *The concept of legal system, An Introduction to the theory of legal system*, Oxford University Press.



34. \_\_\_\_\_ ; 1979, *Legitimate Authority in Joseph Raz*, The Authority of Law, Essays on Law and Morality, Oxford.
35. \_\_\_\_\_ ; 1986, *The Morality of Freedom*, Oxford.
36. \_\_\_\_\_ ; 1990, *The Practical Reason and Norms*, Princeton.
37. \_\_\_\_\_ ; 1986, *The Purity of the pure Theory in Richard Tur/William Twining*, Essays on Kelsen, Oxford.
38. \_\_\_\_\_ ; 1995, *The Problem about The Nature of Law*, Oxford.
39. Ross, Alf; 1990, "Validity and conflict between positivism and natural law", in Paulson Litschewski, No. 14.
40. Vinx, Lars; 2006, **Legality and Legitimacy** in Hans Kelsen Pure theory of law. Available in: [www.academia.edu/5307982/legality and legitimacy in Hans Kelsen Pure theory of law](http://www.academia.edu/5307982/legality_and_legitimacy_in_Hans_Kelsen_Pure_theory_of_law).
41. Williams, Bernard, 2003; *Truth and Truthfulness*, Princeton.