

دیوید لانیز

ترجمه سید مصطفی محقق داماد

قانون بمعنای واقعیتی اجتماعی

اشاره

این مقاله فصل دوم کتاب تازه‌ای از انتشارات دانشگاه کیمبریج به نام «اخلاق و حکومت قانون» (۱) است که ترجمه فارسی آن به همین قلم بزودی انتشار خواهد یافت. محور بحث نویسنده در این کتاب پژوهش در جنبه‌های گوناگون قانون - مانند حقوق و تکالیف شهروندان و توجیه‌پذیری مقررات کیفری و حدود آزادیهای مدنی و رابطه قانونیت و عدالت - از جهت اخلاقی است و مباحثی را در فلسفه حقوق پیش می‌کشد که لااقل در فرهنگ ما از برخی جهات کم‌نظیر و بدیع است. مسائل عنوان شده از این نظر نیز جالب‌خاطر است که اصول مورد قبول پیروان مکتب فلسفه انگلستان را، که تاکنون به صورت مجرد و از طریق نوشته‌های راسل و ایروپوهر و دیگران مطرح شده است، بر فلسفه اخلاق و فلسفه حقوق تطبیق می‌دهد و از این حیث ممکن است رهگشای بحثهای جدید نزد قانون‌شناسان ما باشد. بنابراین، با توجه به تازگی و اهمیت بحث، مصلحت دیده شد پیش از انتشار کتاب، قسمتهائی از آن به صورت حاضر به نظر ارباب رأی برسد.

در این مبحث موقتاً توجه خود را از اخلاق به قانون منعطف میسازیم. با آنکه تفکر درباره ماهیت قانون سابقه باستانی دارد. معهذا بجاست که بررسی خود را در نظریات مربوط به قانون با پرداختن به نظریات جان آستین^(۱) در قرن نوزدهم آغاز نمائیم. آستین در واقع یکی از نخستین و جامع‌ترین نظریه‌های حقوقی را ارائه داده است که هم متضمن آراء و عقاید مختلف در مورد قانون و هم حاوی فرضیات عمومی‌تری در آن زمینه می‌باشد که هنوز کاملاً معتبر است. آستین از بن‌تام^(۲) که نظریه حقوقی وی ناشی از نهضت‌های قرن هیجدهم در خصوص تدوین و اصلاح قوانین است، مستقیماً متأثر است. از آنجا که تدوین قوانین مستلزم آوردن مجموعه قوانینی منظم به جای آراء قضائی مستقل و موردی است، لذا بن‌تام به بررسی فلسفه حقوق کشانده شد، چه آنکه می‌خواست پیشنهادهایش در امر تدوین بر پایه شناخت عناصر تشکیل دهنده قانون استوار باشد. با اینهمه، گرچه بررسی تحلیلی عمده بن‌تام تحت عنوان «در باب حقوق بطور کلی»^(۳) در قرن هیجدهم با تمام رسید، لکن تا همین اواخر به حلیه طبع آراسته نبود و از اینرو بسی کمتر از آثار آستین که شناخته‌تر بودند بر سیر و تحول علم حقوق تأثیر بر جای گذارد. در واقع آثار آستین مبنائی از برای مباحثات معاصر در علم حقوق است.

همانطور که قبلاً دیدیم آستین نظریه خود را درباره قانون در چارچوب نظریه وسیع‌تری درباره هنجارها یا قواعد حاکم بر رفتار آدمی می‌پروراند. بنظر او هر قانونی «بمعنی صحیح کلمه»، چه واضح آن ذات باری باشد و چه بشر، «فرمانی است که جهت هدایت و ارشاد یک موجود ذی‌شعور توسط موجود ذی‌شعوری دیگر که بر او فائزیت دارد مقرر گردیده است». قوانین «بمعنی

1. John Austin

2. J. Bentham

3. On Laws in General

صحیح کلمه» فرامینی محسوبند منبعث از افرادی که می‌توانند و بر آنند تا در صورت تخلف از اجرای آن فرامین، مجازات‌هایی بر متمرّدین تحمیل نمایند. بنابراین، علم حقوق اساساً مربوط به چیزی است که **آستین** آنرا «**قوانین موضوعه**»^(۱) می‌نامد و از وجه افتراق آن «**احکام الهی**» و «**اخلاق وضعی**» این است که از رؤسای سیاسی در تحلیل نهائی از «**قدرت حاکمه**» جامعه منبعث است، یعنی قدرتی که ممکن است در یک فرد یا گروهی از افراد باشد که فرامین لازم‌الاجراء صادر، می‌کند و از اطاعت مستمّر کل جامعه برخوردار است و عرفاً تابع هیچ فرد دیگری نیست.

بدین ترتیب نظریه **آستین** متضمن مفهومی بسیار طبیعی از قانون بمثابة فرامینی متکی به ضمانت‌های اجرائی است. بر این مبنا، قوانین حقایق خشن اجتماعی تلقی میشوند. تحقیق در وجود فلان قانون و اینکه برای تحقق آن چه شرائطی لازم است و قانون چه چیزی را اجازه می‌دهد، فقط مستلزم مطالعه حقایق مربوطه بآن است، از قبیل بررسی اینکه چه فرامینی توسط فرمانروایان غیر تابع در جامعه صادر گردیده است یا به ایشان قابل اسناد است. بنظر **آستین** تعیین چنان حقایقی بمعنای تعیین خوبی و بدی آنها نیست. به نوشته او «**وجود قانون یک چیز است و مساله حسن و قبح آن چیز دیگری**». تنها پس از تعیین اینکه قانون چیست میتوان به ارزیابی آن نشست و بدیهی است آن امر کلاً مستلزم تحقیقی جداگانه است.

نظریه **آستین** دربارهٔ قانون در واقع نوعی مکتب وضعی حقوقی^(۲) است. پیروان آن مکتب عموماً بر این عقیده‌اند که قانون پدیده‌ای اجتماعی است و قوانین را می‌توان از نقطه نظر اخلاقی مورد سنجش قرار داد. در این فصل به مدد نظریه **آستین** و نظریه معاصر ناشی از آن، به بحث در خصوص اولین نکته از آن دونکته می‌پردازیم و در فصل بعد ارتباط بین قانون و موازین اخلاقی را دقیقتر بررسی خواهیم نمود.

قانون بمعنای دستور (حکم)

اینکه قوانین را بمثابة فرامین (اوامر) تلقی نمائیم امری عادی بنظر میرسد.

1. Positive laws

2. Positive morality

با این طرز تلقی، در واقع چنان است که فی الحال در خصوص ماهیت و طبع قانون اقدام به نظریه پردازی نموده باشیم، چه آنکه قوانین معمولاً در وجه امری تنظیم نمی شوند. یک قانون جزائی بعنوان مثال مبین این است که چنانچه شخصی چنین و چنان کند چه بر سرش خواهد آمد. وقتی چنان قانونی را فرمان تلقی می کنیم در واقع با درک چگونگی عملکرد آن توجه خود را از ظاهر دستوری عبارت به عمق قانون معطوف داشته ایم. یک قانون وضعی در مقام پیشگوئی اینکه چه بر سر شخصی می آید که مرتکب عمل خلافی گردد نیست بلکه قانون عواقب قانونی عمل را قید می کند. مراد از متابعت است، تنظیم رفتار کسانی است که امکان دارد به فلان عمل وسوسه شوند و همچنین نظارت بر عملکرد کسانی همچون مأموران پلیس، دادستان ها، قضات و اعضای هیأت های منصفه که مجریان قانون بشمار می روند.

مقایسه مفهوم آمرانه قانون با نظریه پیش بینی حقوقدان آمریکائی آلیور وندل هومز^(۱) (۱۹۳۵ - ۱۸۴۱) بیقاید نخواهد بود. هومز عقیده داشت که علم حقوق با «پیش بینی وقوع استفاده از زور از طریق محاکم» سر و کار دارد، و نتیجتاً قوانین را «پیشگوئیهای در خصوص اینکه دادگاه ها در عمل چه خواهند کرد» معرفی می کرد.

صاحب نظران پیش بینی گرا توجه به تفاوت بین «قانون در کتاب» و «قانون در عمل» را واجد اهمیت می دانند. «قانون در عمل» در واقع تصمیمات قضات است و «قانون در کتاب» شامل چیزهائی است که در کتب درسی دانشگاهی و مدارکی مثل نصوص قانون و آراء قضائی میتوان یافت. یک دلیل گذاشتن چنین تفاوتی اینست که قضات گاهی تصمیماتی اتخاذ می کنند که دقیقاً مطابق مفاد قانون موضوعه نیست. عامل دیگری که در ایجاد نظریه پیش بینی گرائی نقش مهمی ایفا نموده اینست که در بعضی موارد «نص قانون» از جهت اتخاذ تصمیم قضائی کفایت ندارد و نارساست و نتیجتاً قضات در اتخاذ تصمیم در آن موارد ناچارند موازین دیگری را نیز مدخلیت دهند. قوانین موضوعه ممکن است مبهم و دوپهل و معارض یکدیگر باشند و چه بسا قابل تسری به موارد بدیع الوقوع نباشند. بعلاوه، در سیستم حقوقی انگلستان و آمریکای شمالی بمیزان قابل ملاحظه، قوانین حاصل از تصمیمات قضائی سابق الاتخاذ در موارد مطروحه

است تا حاصل مصوبات قوه مقننه، گرچه نتایج حاصل از این رویه‌های قضائی اغلب بحث‌انگیز بوده است. نظریه‌پردازان پیش‌بینی‌گرا در واقع توجه به تصمیماتی دارند که عملاً توسط قضات اتخاذ شده است زیرا بنظر آنان این تصمیمات تعیین می‌کنند که با افرادی که به دادگاهها احضار می‌شوند چگونه رفتار خواهد شد. بنابراین آنها پدیده اجتماعی قانون را عبارت از همین گونه تصمیمات میدانند و پیش‌بینی چنین تصمیماتی را راهنمایی قانونی متقن‌تری بحساب می‌آورند تا آنچه ممکن است در کتب حقوقی آمده باشد. نظریه‌پردازان پیش‌بینی‌گرا بر این عقیده‌اند که پیش‌بینی، رهنمودی برای رفتار است زیرا به کسانی که احتمال دارد کارشان به دادگاه برسد هشدار می‌دهد که اگر فلان اعمال را مرتکب شوند، باید در انتظار چه مجازات‌هایی باشند. چون مردم مایلند از تصمیمات ناخوش‌آیند دادگاهها در امان باشند، آن پیش‌بینی‌ها ارشاد مناسبی برای آنان خواهد بود. درک نظریه‌پردازان پیش‌بینی‌گرا از اینکه قانون از هر فرد می‌خواهد که بطرزی معین عمل کند این است که چنانچه کسی خلاف آن معین عمل کند با تصمیم ناخوش‌آیند دادگاه مواجه خواهد گردید.

گرچه توجه به تمایز بین «نص قانون» و «قانون در عمل» واجد اهمیت است، لکن نظریه پیش‌بینی ظاهراً تحلیلی درست از قانون بدست نمی‌دهد. ما نمی‌توانیم الزام قانونی را همواره به معنای تصمیم ناخوش‌آیند دادگاه بدانیم زیرا تصور این معنا بعضاً کاملاً موجه است که فردی که قانون از او می‌خواهد رفتاری معین داشته باشد احتمالاً در صورت تخلف با عواقب ناخوش‌آیند آن مواجه نخواهد شد. تخلف از قانون ممکن است هرگز کشف نگردد یا اگر مکشوف شود هرگز در محکمه مطرح نشود. بهمان طریق قابل پیش‌بینی است که فردی رفتارش قانوناً مبرا و غیر قابل تعقیب باشد لکن بلحاظ فساد دستگاه اداری و وقوع اشتباه با تصمیمی ناخوش‌آیند از سوی دادگاه مواجه شود. بنابراین آنچه که قانون ممنوع یا مجاز می‌شمرد یک چیز است و آنچه که مردمی که به محاکم احضار و در نتیجه تصمیمات دادگاه با آنها مواجه می‌شوند چیز دیگری.

نظریه پیش‌بینی ظاهراً ارتباط قانون با تصمیمات قضائی را غیر از آنچه هست نشان می‌دهد. بسیاری از پیش‌بینی‌هایی که در مورد تصمیمات دادگاهها می‌توانیم بعمل آوریم منوط و مشروط به نصوص قانون است، زیرا در چنین پیش‌بینیها فرض بر این است که قضات از قوانین موضوعه و سایر قواعدی که

کاملاً با مورد مطروحه مطابقت دارد تبعیت می کنند. صاحب نظران پیش بینی گرا این معنا را مدنظر قرار نمیدهند زیرا همواره خاطرشان به موارد معضلی مشغول است که در آنها قوانین موجود نارسا یا بحث انگیز است. نظریه آنها خلاصه متضمن این مطلب است که تمامی موارد مطروحه بر اساس قوانین موجود غیر قابل قطع و فصل است زیرا بطور ضمنی حاکی از این معناست که قضات را بهیچوجه نمی توان در حالت تبعیت یا تخطی از قوانین محسوب داشت. دلیل این امر آنست که پیش بینی ها موازینی تجویزی نیستند. ممکن است پیش بینی بلحاظ حوادث بعدی به تأیید برسد باطل از کار درآید ولی نمی تواند بمنزله قاعده یا اصل یا دستور عمل کند. چنانچه تصمیم قاضی با پیش بینی مبنی بر این که تصمیم او از چه قرار خواهد بود مطابقت پیدا کند نمی توان چنین استنتاج کرد که تصمیم او صحیح بوده است. و همینطور چنانچه تصمیم او مغایر با پیش بینی از کار درآید نمیتوان استنتاج کرد که تصمیم او بخطا بوده است. اما در عوض این برداشت همواره بجاست که قضات با توجه به قوانین موجود بعضاً در موارد مطروحه بطرزی صحیح اتخاذ تصمیم می کنند یا غلط اگر قانونی باشد که دادگاهها از آن تبعیت کنند، براساس پیش بینی قابل درک نخواهد بود.

بنابراین نظریه پیش بینی نارساست نه بلحاظ آنکه وجه ممیزه ای بین «نص قانون» و «قانون در عمل» وجود ندارد، بلکه بخاطر آنکه نوع برداشت آن غلط است. این نکته ظاهراً مورد توجه آستین قرار گرفته است، زیرا محور انتقادات او از ویلیام بلاک استون^(۱) (۱۷۸۰ - ۱۷۲۳)، حقوقدان نامی انگلیسی است. بلاک استون مفهوم قانون را در قوانین طبیعت که مبنی انتظام دنیای مادی است با مفهوم قانون در رابطه با موازین رفتار اشتباه می کرد. مدعیات علمی درباره نظم طبیعی اشیاء به ما نمی گویند که چگونه باید رفتار کنیم. اما قوانین چنین کاری می کنند. مدعیات علمی محتمل صدق و کذبند لکن قوانین چنین نیستند. از این نظر قوانین همانند جمله های انشائییه اند. هر نظریه خردپذیری در خصوص تقسیم کار در زبان شناسی بما می آموزد که جملات در وجه خبری (همانند پیش بینی ها) به ما می گویند که وضع چیست (یا چه سان خواهد بود)، حال آنکه جملات در وجه امری می گویند که چه باید بکنیم.

قانون بعنوان اجبار

آستین قوانین (یا قواعد) را چیزهائی آمرانه تلقی می‌نماید، باین علت که هدف از قوانین اصلاح و ارشاد رفتار است. معهذا او بین مواعظ و تذکریه‌های ارشادی و قوانین قائل به تفاوت است. دسته دوم (قوانین) متضمن یک سلسله اوامر یا نواهی است و حال آنکه در مورد دسته اول این کیفیت مصداق ندارد. بنظر آستین تفاوت مزبور ناشی از این حقیقت است که قوانین موجه تعهدات و تکالیفی است که با جعل عقوبتهائی که در صورت تخطی از آنها اعمال میشود. بدین ترتیب قانون ذاتاً الزام‌آور محسوب میگردد باین معنی که احتمال مواجهه با عقوبت را در صورت تخطی از آن، افزایش می‌دهد و بنابراین ایجاد اطاعت از قانون را ترغیب می‌نماید.

این، مفهومی خردپذیر از قانون است، که ظاهراً بازتاب آن در تلقی روزمره و عادی ما از قانون مشهود است. معمولاً هر شخص از ملاحظه وظایف افراد پلیس و دادگاهها و اینکه چه در انتظار کسی است که با قانون درافتد از وجود آن آگاهی بدست می‌آورد. کمتر حقوقدانی در اینکه قانون چیزی الزام‌آور است تردید روا می‌دارد و این عقیده‌ای است که بعضاً در علم حقوق چیره بوده است و زیربنای نظر بنظام را تشکیل میدهد مبنی بر اینکه هر قانون هر قدر هم در دراز مدت واجد اثرات مستحسني باشد قطعاً در بادی امر موجد شرور است چه آنکه بهر حال ما را از عواقب و پی‌آمدهائی ناخوش‌آیند انداز می‌دهد. بنظر بنظام «قانون ممکن است یک شرط لازم تلقی شود» ولی بهر حال از هر جهت شر است. بنابراین وضع قانون مساوی با جعل شری است برای ایجاد ثمره‌ای نیکو.

باید توجه داشت که نظریه آستین مبنی بر اینکه قوانین فرامین الزام‌آور است حصر در قوانین موضوعه که موضوع و زمینه اصلی علم حقوق را تشکیل میدهد نمی‌باشد، بلکه تمام قواعدی را که تعهد ایجاد می‌کند در بر می‌گیرد و در واقع فراگیرنده اصول اخلاقی و همچنین قوانین و مقررات هر جامعه‌ای است.

آستین چنین تصویری درباره اخلاقی دارد، زیرا معتقد است آن موازین از طریق فرامین الهی ایجاد شده‌اند. ولی ممکن است کسی معتقد باشد که تحت الزامی اخلاقی است، یعنی یک الزام حقیقی که واقعیت آن بهیچوجه منوط به تنفیذ یا قبول اجتماعی نیست بدون اینکه اعتقادی به وجود ذات باری داشته باشد. بعبارت کلی‌تر، ظاهراً این معنا کاملاً معقول است که فردی خویش را

متعهد و ملتزم تصور کند بی آنکه آن الزام توسط دیگری بر او مقرر شده باشد. (از باب مثال) ممکن است من بلحاظ وعده‌ای که بشما داده‌ام به شما متعهد باشم، یا بخاطر استقراضی که از شما نموده‌ام زیر دین شما باشم یا اینکه ممکن است الزام من بلحاظ صدمه‌ای باشد که بر شما وارد ساخته‌ام. ظاهراً هیچیک از این الزامات مشروط به اینکه کسی در مورد چیزی فرمانی صادر کرده باشد نیست.

فردی که در مقام دفاع از نظریه الزام اخلاقی ناشی از فرمان الهی است می‌تواند چنین پاسخ دهد که اوامر الهی چه متوجه باشیم چه نه، منشاء الزام است. بنابراین باید توجه داشت که در پاره‌ای از برداشتهای کلامی از اخلاق نقش ذات باری محوریت کمتری دارد. بر پایه نظریه‌ای که به نظر می‌رسد پایه تحلیل آستین باشد، موازین اخلاقی هر آن چیزی است که خدا فرمان داده است و صرفاً بدان لحاظ که خداوند فرمان داده است. براساس این نظریه، خیرخواهی و مبرأت لازم است صرفاً باین لحاظ که ذات باری فرمان داده است که بدیگران مساعدت نمائیم، و فاقد هرگونه حسن ذاتی است. پس فردی که این چنین عقیده‌ای دارد نمی‌تواند بدون اعتقاد به ذات باری به موجه بودن موازین اخلاقی عقیده‌ای داشته باشد.

دسته‌ای دیگر بر این عقیده‌اند که خداوند بما فرمان می‌دهد که خیر باشیم زیرا او میدانند که آن امر یک تلازم اخلاقی است. پس مطابق این نظریه، قانون الهی، مبین موازینی عینی است که مستقل از اراده ذات باری است. اگر ما بر این اعتقادیم که ذات باری همواره بطرزی صحیح اراده میکند صرفاً بآن لحاظ است که رجاء واثق داریم که ذات باری خیر ما را طالب است. پس بدین ترتیب مبنای الزام، فرمان ذات باری نیست بلکه یک تلازم اخلاقی مستقل است.

آستین خود مبلغ چنین برداشتی از قانون الهی است. زیرا او معتقد است که ما نمی‌توانیم بهر حال علمی حضوری به فرامین ربوبی کسب نمائیم. چون ما براین عقیده‌ایم که ذات باری خیرخواه ماست لذا از این معنا آستین چنین استنتاج میکند که قواعد اخلاقی باید در خدمت مصالح و خیر عام باشد. حتی کسی که پیرو نظریه اصالت سودمندی در اخلاق هم نباشد می‌تواند پذیرای این معنای اصولی باشد و آنرا مطابق نظر خویش تعدیل کند. نتیجه عمدتاً آنکه قبول موازین اخلاقی مستلزم اعتقاد به وجود خداوند نیست.

حتی دلیل متقنی در دست نیست که بر پایه آن این نظریه آستین را بپذیریم

که فرد در صورتی متعهد و ملزم است که در برابر تخطی از قانون مسئول و مستوجب عقاب باشد. میتوان قبول کرد که فردی بلحاظ صدمه‌ای که بدیگری وارد ساخته به عقیده خودش متعهد و ملزم به جبران آن است بدون اینکه تصور کند چنانچه بطریق دیگری اقدام کند مستحق عقوبت خواهد بود. فرد غالباً برای متابعت از موازین حاکم در معرض فشارهای اجتماعی است، اما نظریات ما درباره اخلاق، همانطور که دیدیم، دال بر محدود کردن آن موازین به شرائط و الزامات عموماً پذیرفته شده نیست.

حال ببینیم نظریه آستین در مقام انطباق با قوانین موضوعه چه وضعی پیدا می‌کند؟ این نظریه که قوانین فرامینی الزام‌آور است ظاهراً مقتبس از الگوی قوانین جزائی است که مجازات‌هایی در رابطه با افعال غیرمجاز مقرر میدارند. ولی این بیان کل مطلب را در خصوص قوانین حتی در ابتدائی‌ترین نظام‌های حقوقی افاده نمی‌کند حقوق جزائی متضمن بخشی بعنوان آئین دادرسی است از جمله حاوی مقرراتی ناظر بر چگونگی عملکرد پلیس و دادستانها و نیز اقداماتی پیش از محاکمه و در ضمن و بعد از آن باید بعمل بیاید و نیز ناظر بر رفتار قضات و وکلاء و مساله زندانی شدن شخص محکوم. گرچه پاره‌ای از این مقررات موجد تضیقاتی در رفتار و بعضی الزامات قانونی است، لکن در همه آنها مجازاتی برای عدم رعایت پیش‌بینی نشده است و از قوانین فوق‌الذکر، قوانینی نیز وجود دارد و ناظر بر انعقاد قراردادها، امور مربوطه به اموال و املاک، صرافی، پول و بانکداری، مالیات، اخذ جواز، حکمیت، مذاکرات دسته جمعی بین کارگران و کارفرمایان، ازدواج و خانواده، رفاه اجتماعی، قانونگذاری، و بسیاری چیزهای دیگر همه این امور مستقیماً مشمول فرامین قهری نیست. بنابراین آیا نظریه آستین شامل همه آنهاست؟

این مساله توسط اچ. ال. ای. هارت^(۱) یکی از منتقدین مساعد، همفکر آستین بطرزی روشنتر عنوان گردیده است. هارت عقیده دارد که از عملکردهای عمده قانون یکی تنظیم اعمال یا محدود ساختن دایره انتخاب و اختیار است از طریق ارشاد مردم به اینکه رفتارشان چگونه باشد است و پیش‌بینی عقوبت‌هایی در موارد تخطی و تجاوز از قانون این هدف توسط آنچه هارت آنرا قواعد «تعهدآور» یا «اولیه» می‌نامد نه فقط در حقوق جزائی، که حکومت آنرا از طریق تعقیبات

جزائی به اجراء می‌گذارد، بلکه همچنین در بعضی شاخه‌های حقوق مدنی، مثل قوانین شبه جرم، که به موجب آن مردمی که نسبت به آنان خسارتی وارد شده می‌توانند مطالبه جبران و تأدیه خسارت نمایند، تحقق می‌یابد. تصور در رعایت چنین قواعدی، مانند تخطی از قانون جزائی تخلف از تعهد قانونی محسوب است. گرچه هارت این نظریه آستین را که قوانین و حتی قواعد اولیه، فرامین قهری محسوبند رد می‌کند، با اینهمه اذعان دارد که نظریه آستین دربارۀ نظر شرحی متقن در خصوص این جنبه از قانون ارائه می‌دهد. اما او مدعی است که قوانین دیگر ابدأ مشابهتی با آن ندارند.

در نظر بگیریید قانونی را که می‌گوید هر فردی که به سن هجده سالگی رسیده باشد می‌تواند قراردادهای قانوناً تعهدآور با امضاء اسناد و قید شروط لازم و کسب گواهی دو گواه از برای امضاء طرفین منعقد سازد. قانون مزبور اقدامات لازم را برای فردی که مایل است قرارداد منعقدۀ با رأی محاکم قابل اجرا باشد برمی‌شمرد، اما بر کسی تکلیف نمی‌کند که چنین قراردادی منعقد نماید، بلکه فرد مختار است که قرارداد ببندد یا نبندد چنین قانونی در مقام تسهیل قصد مورد نظر فرد است نه ایجاد تضییقات. قصور در رعایت یا تبعیت از چنین قاعده‌ای بمثابة تخلف از قانون یا عدم ایفاء تعهد نیست، کوتاهی از اعمال «اختیاری» قانونی است. هارت، اینگونه قوانینی را قوانین «معطی اختیار قانونی» نامیده است و عقیده دارد که نظریه آستین نمی‌تواند شامل آنها شود.

ولی یقین نمی‌رود که این عقیده صحیح باشد. آستین بحثی دارد دربارهٔ مثالهای نقضی که ممکن است در رد نظریه او بیاورند، و در این زمینه ممکن است بحث خود او را راهنما بگیریم. آستین مدعی نیست که هر آنچه عرفاً قانون نامیده شود مانند یک فرمان قهری عمل می‌کند. او عقیده دارد که نظریه او بخوبی با عرف لغت مطابقت دارد و از همه مهمتر، بدون اینکه مرتکب تحریف شود می‌تواند به تعلیل جنبه‌های مختلف هر سیستم حقوقی بپردازد. بنابراین می‌توان چنین استنباط کرد که او در واقع در مقام بیان این معناست که کل محتوای هر مجموعه‌ای از قوانین را می‌توان در چارچوب سلسله‌ای از فرمانهای الزام‌آور نمایش داد.

فی المثل آستین بر این عقیده است که حتی قوانین موجد حق را نیز میتوان فرامین قهری تلقی نمود. او قائل به این عقیده است زیرا بنظر او قوانین با تحمیل

الزام و تعهد بر اشخاص دیگر ایجاد حق می‌نمایند. چنانچه تعهدات و الزامات قانونی از طریق فرامین قهری تحمیل گردند و هر حق قانونی ملازمه با تعهد و الزام فردی دیگر داشته باشد، دفاع و پاسخ آستین قانع کننده و موجه است. ولی مسأله در رابطه با قوانینی که در مقام نهی یا مشروط ساختن رفتار نباشد بلکه بالعکس رفتاری را که قبلاً مشروط بوده مجاز می‌شمرد چگونه خواهد بود؟ آستین می‌گوید اینگونه قوانین اباحی فرامین قهری موجود را ملغی یا تعدیل می‌کنند. چنین قوانین را می‌توان با توجه به اینکه ممکن است قید و تخصیصی در فرمانها وارد کرد یا آنها را پس گرفت، با نظریه وی تطبیق داد. نوع دیگری از، قوانین که ظاهراً قهری نیست، قوانین به اصطلاح «اخباری»^(۱) است که به توضیح و توصیف محتوای قوانین موجود یا وارد کردن قید و تخصیصی در دایره شمول آنها می‌پردازد و تطبیق آنها با نظریه آستین مستلزم هیچگونه مسامحه علمی نیست. و سرانجام آستین اذعان دارد نوعی قوانین «ناقص» نیز وجود دارد، یعنی اوامری که فاقد هر گونه ضمانت اجرایی، و از اینروست که آستین چنین قوانین به طور کامل شکل نگرفته را ناقص می‌نامد.

استدلال آستین مبنی بر ارائه طریقی است که برای اینکه بدون طرد این نظریه که قوانین فرامین قهری محسوبند و الزامات قانونی تحمیل می‌نمایند، بتوان در عین حال قائل به وجود اختیارات قانونی شد. بر مبنای آنچه که از استدلال آستین در خصوص قوانین «اخباری» بر می‌آید، بعضی چیزها که عرفاً عنوان قانون دارد نباید به موجب نظریه او قانونی کامل محسوب گردد. با اینهمه احتمالاً نظریه وی محتوای چنان قوانین ناقصی را نیز در بر می‌گیرد.

مثال قوانین «اخباری» حاکی از این است که فرامین قهری می‌تواند مرکب باشد، باین معنی که اعمال آنها مستلزم شروطی خاص باشد که ممکن است تعدیل شود. مطلب دیگر اینکه، هرگونه بسط و توسعه کافی نظریه آستین مستلزم قبول این معناست که الزامات قانونی بعضاً مشروط می‌باشند، چنانچه قوانین بر سیاق فرامین قهری تنظیم گردند آن فرمانها نیز باید مشروط باشند، چه آنکه بسیاری از قواعد موجد الزام در حیطه عمل و از حیث موارد مشمول محدودند و به افراد معینی از جامعه یا تحت شرائطی خاص تسری پذیرند. پس در حقیقت، شاید در خصوص تمامی قواعد مقررات قانونی چنین برداشتی باید داشت که از

حیث دایره شمول واجد حدودی هستند زیرا به فراتر از دایره شمول قانونی خود تسری ندارند. بعنوان مثال، قوانین انگلیس، عموماً رفتاری را که بیرون از حکومت انگلیس باشد در بر نمیگیرد. بنابراین تحلیل حقوقی آستین را می توان حاکی از قبول ملاک زیر بعنوان قاعده قانونی تلقی نمود: نه اینکه «عمل ع را انجام بده والا در انتظار، م، باش» بلکه «در صورت تحقق شرط ش، عمل ع را انجام بده والا در انتظار، م، باش» که در اینجا «ع» شرح رفتار لازم و «م» مجازات است و «ش» دلالت بر شرائطی دارد که قبل از آنکه حکم در موردی خاص اعمال شود باید تحقق یابد.

بنابراین فردی که پیرو نظریه آستین است می تواند مآلاً اختیارات قانونی را باین شکل توجیه نماید که آنچه هارت آنها را قواعد معطی اختیار می نامد قوانین کامله نیستند بلکه اجزاء یا پاره هایی از قوانین هستند. اختیارات تنظیم کننده شرائطی هستند که تحت آنها تعهدات ایجاد می شوند. فرد پیرو نظریه آستین چنین عنوان می کند که قانون ناظر بر عقود که قبلاً مثال زدیم باین مفهوم باید تلقی شود که «چنانچه به سن هیجده رسیده باشید و امضاء شما ذیل قرار داد، توسط دو گواه تصدیق شده باشد، ملزم به ایفاء تعهدات ناشی از آن هستید والا باید متحمل عقوبت مربوطه باشید.» این پاسخ به شیوه آستین خود حاکی از قبول اختیارات قانونی ولی در مقام نشان دادن این معناست که آن اختیارت می تواند در یک سیستم و کاملاً مرکب از فرامین قهری گنجانیده شود. آن پاسخ نمی گوید که قانون چیزی جز مقررات جزائی نیست بلکه در مقام تبیین این معناست که برخی از قسمتهای قانون نیز به نحوی مشابه عمل می کنند.

با اینهمه باید توجه داشت اختیارات قانونی تنها جنبه قانون نیست که باید در یک نظریه جامع ملحوظ شود، سایر مقررات قانونی باین سادگی قابل انطباق با فرامین قهری نیستند. مثلاً در نظر بگیرید استفاده ای را که عادتاً از قانون برای توزیع مزایا و خدمات می شود. دولت خدماتی چون آموزش و آب و فاضلاب و انتقال زباله و اجرای مقررات راهنمایی را مستقیماً فراهم می آورد. بعضی مزایای نقدی و غیرنقدی را از طریق برنامه های مختلفی چون تسهیلات مسکن، بیمه درمانی، و امداد به خانواده های دارای کودکان تحت تکفل تدارک می نماید. پاره ای از این اقدامات از طریق مقررات تحدیدی تحقق می یابد، لکن در اینکه کل قوانین مربوط به رفاه اجتماعی را بتوان بر مبنای الگوی فرامین قهری تعبیر و

تفسیر نمود تردید وجود دارد. بسیاری از قوانین ناظر بر رفتار مستخدمین دولت است و این قوانین اغلب متضمن عقاب نیست. بعلاوه عملکرد اصلی این چنین قوانین فاقد جنبه قهری است بلکه در مقام توزیع مزایا و خدمات است.

هارت در مورد مقررات معطی اختیارات نیز به نکته‌ای مشابه اشاره می‌کند. بنظر او حتی اگر محتوای ظاهری این قوانین را بتوان در قالبی مرکب از یک سلسله فرامین قهری گنجانید، این عمل سبب کژنمایی حقیقت خواهد شد چه آنکه عمل چنین قانونی تسهیل عمل دلخواه است نه ایجاد تضییق در آن باره. بدیهی است در خصوص این نکته ممکن است مبالغه شود. مثلاً مقررات معطی اختیار می‌تواند کودکان را از انعقاد قراردادهای موجد تعهد منع کند یا به زوجه اجازه تصرف در اموال ندهد و یا مردمان را وادار به بردگی نماید، از اینگونه مقررات می‌توان عمداً برای اینگونه مقاصد استفاده کرد. بهمان طریق، قوانین رفاهی ممکن است مردان و زنان را وادار به ازدواج یا طلاق نموده، شوهران را مجبور به ترک خانه و کاشانه کرده و خانواده‌ها را در قبال دستیابی به مزایا و خدمات مورد نیازشان مجبور به رعایت موازین دلبخواهی نماید. باین همه، گرچه چنین قوانینی می‌تواند چنان اثری در برداشته باشد و عمداً برای آن مقاصد بکار گرفته شود، ولی صرفاً توجه به جنبه‌های تضییقی آنها، هم کژ نمایی قوانین رفاه اجتماعی و هم تصویر ناقصی از آن بدست می‌دهد. جنبه‌های مذکور از ذاتیات آنگونه قوانین نیست.

چنانچه این برداشت صحیح باشد، فرد پیرو آستین از حیث موضع نظری ممکن است به موقعیت متعادل‌تری روی آورد. ممکن است چنین استدلال کند که آن نوع قانونی که نظریه او در مقام توصیف آن است در واقع اساس هر سیستم حقوقی را تشکیل می‌دهد که بدون آن قانونی نمی‌تواند وجود داشته باشد. ممکن است چنین شخصی بپذیرد که هر دستگاه قانونی پس از تأسیس می‌تواند در جهت مقاصدی دیگر بکار گرفته شود. ولی ادعا خواهد کرد جنبه‌هایی از قانون مانند مصوبات مربوط به رفاه اجتماعی بیشتر فرعیات است تا عناصر اصلی یک سیستم حقوقی.

برای نقد چنین ادعائی، باید نقطه نظر خود را تغییر دهیم. ما قبلاً در بررسی این مطلب بودیم که آیا قانون را می‌توان مجموعه‌ای از فرامین قهری محسوب داشت.

چنانچه یک فرد پیرو آستین بگوید که اجبار عنصری اصلی هر نظام حقوقی بطور کلی است. باید از او پرسیم که آیا اصلاً قانونی می‌تواند بدون عنصر اجبار وجود داشته باشد در اینکه بتوان به نمونه‌ای از سیستم حقوقی دست یافت که عاری از عنصر اجبار باشد، تردید وجود دارد. اما این ثابت نمی‌کند که اساساً ممکن نیست هیچ سیستم حقوقی بدون ضمانت اجرائی یافت شود.

برای یافتن پاسخی به این سؤال باید توسن اندیشه را بجولان آوریم. باید سعی کنیم چنان سیستم اجتماعی به حیطة تصور درآوریم که در عین اینکه مشابه سیستم‌های حقوقی معمول است فاقد هر گونه ضمانت اجرایی قانونی است. البته لازم نیست تمامی فشارهای اجتماعی را حذف کنیم، ولی هیچ گونه ضمانت اجرائی نباید به وسیلهٔ هنجارهای قانون مانند تجویز شود و رسماً به اجرا درآید.

حال تصور کنیم که گروهی از افرادی که در صدد تأسیس یک مدینه فاضله هستند، یک جامعه منزوی و مستقل برقرار نمایند و بر این عقیده باشند که برقراری مجازات کاری پرخرج و از نظر روانی برای افراد زیانبار است و حیات اجتماعی را مسموم می‌سازد، و نیز بر این عقیده باشند که هیچگونه هنجار یا قاعدهٔ جا افتاده‌ای نباید بطرز منظم اعمال نگردد. البته این بآن معنا نیست که این افراد دارای قانونی نباشند. این مطلبی است که لازم است بعداً بررسی شود. بهر حال میتوان تصور نمود که آنها موجد نوعی سازمان اجتماعی گردند. که (تا آنجا که ممکن باشد) بطریقی دیگر در آن قانون حکمفرما باشد. میتوان تصور نمود که گردهم می‌آیند تا مقرراتی اصولی برای جامعه خود تعیین و روبه‌هائی جهت وضع قواعد حاکم بر رفتار و معاملات و رسیدگی به اختلافات و تخطی از قواعد ایجاد نمایند. همچنین می‌توانند بعضی از افراد خود را جهت تصدی مناصب رسمی برگزینند. تنها چیزی که برای آنها مجاز نمی‌دانیم پیش‌بینی ضمانات اجرایی و تأسیس هر نوع سیستم اجرایی است. جزئیات چنین نظامی به هر طریقی که ترتیب و تمشیت داده شود، بدیهی است که آن نظام توفیقی نخواهد داشت مگر آنکه اعضاء آن بر خلاف عادت در صدد حصول توافق با یکدیگر برآیند و قادر به حفظ آن باشند. این امر ممکن است نشان دهد که چنین فکری از تحقق عملی بدور است، لکن به معنای نامعقول بودن آن نیست، زیرا گرچه امکان تعهد و عزم لازم در آن باره چه بسا بعید باشد ولی از نظر بشری

غیرممکن نیست. پس این امکان هست که بتوانیم جامعه خیالی خود را با افراد مناسب پر کنیم، بنابراین، اگر این جامعه نمونه را بدقت کافی بنا کنیم، در آن صورت دلیل ندارد که برای آن مردمان یک نظام حقوقی قائل نباشیم گرچه آن نظام واجد عقاب و مجازات قانونی نباشد. راست است که با عنایت به حقیقت حال واقعی مردم، عقاب و مجازات ممکن است عملاً ضروری باشد. ولی اگر آنچه گفتیم امکان‌پذیر باشد، مجازات یکی از ذاتیات تصور قانون نیست. در واقع بهائی است که در قبال منازعات و رقابت و خودخواهی و ضعف انسانی می‌پردازیم.

با توجه به وضع واقعی دنیا، مجازات ممکن است نه فقط محدود کننده بلکه افزایش‌دهنده آزادی باشد میزان آزادی قانونی فرد ممکن است بسته به عدم محدودیتهای الزامی ناظر بر رفتار او باشد، ولی اعمال موثر آزادی و بهره‌مندی واقعی از آن مستلزم آن است که مزاحمت دیگران بطرزی اطمینان بخش محدود گردد. اگر احتمال مزاحمت دیگران وجود داشته باشد مگر از این کار بازداشته شوند، باید نتیجه گرفت که مقررات قهری نه فقط موجب ثبات اجتماعی خواهد گردید، بلکه هر میزان آزادی قانونی که از آن بهره‌مند باشیم به برکت مقررات مذکور واجد ارزش بیشتری خواهد شد. ملاحظات ای ارزش عملی قوانین قهری است ولی کمترین مهر تأیید بر عقیده آستین نمیزند که اجبار جزئی از مفهوم قانون است.

مفهوم فرمانروا در نظریه آستین

آستین عقیده دارد که هر فرمان قهری به معنی واقعی قانون است و فرامین ربوبی چنین قوانینی مقرر میدارند. فرامین قهری توسط افرادی که در خارج از قانون عمل میکنند صادر میگردد بنابراین قوانین موضوعه باید از سایر قوانین اعم از الهی یا بشری تفکیک گردد.

آنچه قوانین موضوعه را در نظریه آستین ممتاز میگرداند منشأ خاص آن است یا بعبارتی فرمانروای جامعه یعنی فرد یا گروهی از افراد معین که فرامین قهری آنان عموماً توسط توده جامعه متبّع است ولی خود آنان معمولاً تابع هیچ فرد دیگری نیستند. پس هر آنچه قانون موضوعه تلقی شود باید قابل انتساب به حاکم یا هیأت حاکمه باشد و چیز دیگری قوانین موضوعه بشمار نمی‌رود.

نظریه مربوط به حاکمیت در خدمت سایر مقاصد نظری نیز قرار میگیرد و از جمله به آستین در توضیح استقلال هر نظام حقوقی از سایر نظامها مدد میکند و بیان می کند که چگونه بعضی چیزها همچون قوانین اخباری و ناقص که در زمره قوانین قهری نیستند مع هذا جزو نظام حقوقی محسوب میشوند چرا که منشاء همگی آنها نیز حاکمیت است.

استفاده آستین از واژه حاکم باین معنی نیست که او قائل است به اینکه تمامی نظامهای حقوقی چونان سلطنت مطلقه باشند آستین عقیده دارد که هر نظام حقوقی هر چقدر هم بر اساس مردم سالاری باشد مآلاً دارای واضع یا واضعین نهائی است این نظریه یا نظریه ای مشابه آن یک جنبه دلبخواهی از نظریه او نیست و اساساً لزومی به توسل به آن در تمیز حقوق موضوعه از سایر موازین وجود دارند. منطق ذاتی تحلیل او از قوانین بمثابه فرامین قهری است که مآلاً به چنان تصویری منتهی میگردد.

آستین عقیده دارد که قوانین در مفهومی که به تحقیق او ارتباط دارد موجد موازین برای رفتار اوست و باید قوانین طبیعت تفکیک شود. این نظریه او را به این عقیده رهنمون میگردد که قوانین کیفیت آمرانه دارند لکن اوامر باید از درخواستها و التماسها تمیز داده شوند زیرا قوانین موجد الزاماتی در خصوص رفتار است. از اینجا او به این فکر میرسد که قوانین، فرامین یا اوامری قهری هستند و چون فرامین از سوی فرمانروایان صادر میگردند و الگوی فرمان راندن او را به این نظریه رهنمون میشود که قوانین از سوی نوعی فرمانروای مشخص صادر میگردند. و این همان فرمانروای آستینی است.

بدیهی است نظریه ای همانند عقیده آستین باید توسعه و بسط بیشتری یابد تا علت پیچیدگی تشکیلات حقوقی را بیان کند احتمالاً بتوان بر اساس خطوطی که آستین از نظریه مربوط به هیأت حاکمه که در آن یک فرد یا گروهی واضع تمامی قوانین هستند ترسیم کرده است تصویری از یک نظام حقوقی بدست آورد اما اکثر نظامهای حقوقی پیچیده تر از آن است. اکثر نظامها واجد نظم مبتنی بر سلسله مراتب تقسیم رسمی کار میباشد. بعضی از مأمورین مادون و تابع دیگران هستند بعضی قانون وضع میکنند و بعضی قانون را به اجراء میگذارند پاره ای به امر قضا میپردازند و عده ای در مرحله استیناف به تجدید نظر در احکام می نشینند.

پیچیدگی ذاتی هر نظام حقوقی لااقل بعضاً خود امری حقوقی است. قانون فقط مبین این نیست که از سوی هیأت‌های مقننه وضع گردیده بلکه خود موجد آن هیأت‌ها نیز هست گماشته شدن به آن هیأت‌ها و خط مشی‌های ناظر بر آنان نیز تعیین مینماید.

تأسیس دادگاه‌ها و تعیین اختیارات آنان به موجب قانون است همین وضع در مورد شعبه اجرائی حکومت نیز مصداق دارد یعنی مناصب اداری و دولتی نیز توسط قانون تعیین میگردد.

بمنظور آنکه بر اساس فرضیه آستین بتوان تحلیلی جامع از قانون دست یافت لازم است که کل قانون یک سلسله فرامین قهری تلقی گردد. مهمتر آنکه تحقق این امکان ضروری است که تمامی آن قانون با انتساب آن به یک حاکم آستینی مورد بررسی قرار گیرد.

چنان امری ظاهراً غیر ممکن است چه اگر نظریه آستین را بکار بندیم دردم در می‌یابیم که بعضی از قوانین نظیر آنچه در قوانین اساسی مکتوب آمده است به این جهت قانوناً تعهدآور محسوب نمیگردند که از سوی افرادی خاص صادر شده‌اند که آن افراد در وقت صدور آن قوانین خود حاکم بوده‌اند، یعنی از افرادی که هویت آنها بر مبنای این حقیقت مشخص گردد که خود مصدر فرامین قهری هستند فرامینی که عموماً متبع است لکن خود واضعین آنها عموماً از هیچ بنی‌آدمی دیگر تبعیت نمی‌نمایند حتی زمانی که بعضی قوانین مانند مصوبات اخیر قوه مقننه را پی میگیریم تا برسیم به فرمانروایان وقت صدور آن قوانین در آن حالت نیز آن فرمانروایان را نه به آن شیوه بلکه با توجه به این حقیقت که آنها تصدی مناصب دولتی هستند مشخص مینمائیم از این گذشته آنها متصدی مناصبی هستند که مطابق قانون تعیین گردیده است و این قانون یعنی قانونی را که معطی اختیار قانونی به پاره‌ای افراد خاص است نمی‌توان باردیابی آنها هریک را به‌نوبه خود ناشی از خود آن افراد بشمار آورد این قانون در واقع مقدم بر موقعیت آن افراد بعنوان دولتمردان است نتیجه آنکه آستین علت را با معلول اشتباه گرفته است.

همان معضل اساسی زمانی که بخواهیم نظریه آستین را در مورد جنبه‌های گوناگون هر سیستم حقوقی یا انواع یک تشکیلات حقوقی اعمال کنیم بشکلی دیگر پدیدار میگردد آستین از باب مثال عقیده دارد که فرضیه او نظریه «حاکمیت عامه» را نیز میتواند توجیه نماید. بنظر او در چنان نظامی تمامی انتخاب

کنندگان باید حاکم قلمداد نمود. اما بدیهی است نمیتوانیم بدون مراجعه و توسل به قوانینی که شرایط رأی دادن را تعیین میکنند به هویت رأی دهندگان پی ببریم. در چنین نظامی نیز در تعبیری افراطی به این امر خارق اجماع یا باطل نما در فرضیه آستین مواجه میشویم که حاکمان خود بر خویشتن حکم برانند. نظریه آستین در مورد حاکمیت بر پایه این عقیده قرار دارد که خود مفهوم قانون مستلزم وجود یک رابطه قدرت قهری در متن جامعه است، باین معنی که بعضی‌ها واضع قوانینی هستند که دیگران باید از آن قوانین اطاعت کنند و کسانی که قانون وضع میکنند در واقع اراده خود را با توسل به یک سلسله تهدیدات تحمیل مینمایند. این الگو بوضوح در قبال حاکمیت عامه از هم فرو میپاشد چه آنکه در آن صورت باید پذیرفت که همگان خود با خویشتن چنان رابطه‌ای دارند که بدهاتاً کلام بی‌ربطی است باین همه آن مسأله حصر به چنین نظامی نیست چه آنکه اطاعت و تبعیت واضعین قوانین از قوانینی که خود وضع کرده‌اند امری عادی محسوب است. این نکته حاکی از این نیست که چنان حالتی رخ دادنی نباشد بلکه حاکی از این است که نظریه آستین آن امکان را قرین تصور نمینماید. ما میتوانیم قوانینی وضع نمائیم که در مورد خود ما نیز اعمال شوند. لکن نه با صدور فرامین قهری نسبت به خودمان پس الگوی فرامین قهری وارد نیست.

این ایرادات و اعتراضات از جهت سیاسی ظاهراً خام و ساده لوحانه به نظر میرسد ممکن است چنین بنماید که در آنها پایمال شدن قانون توسط آنهایی که بقدرت میرسند نادیده گرفته میشود. اما فکر پایمال شدن قانون خود مبتنی بر فرض وجود آن است. مطلب این نیست که قانونی که معطی اختیار قانونی است همواره مورد احترام و رعایت باشد مسأله مفروض بودن آن در هر ادعائی در خصوص اختیار قانونی است. چنانچه جامعه‌ای فاقد مقرراتی در خصوص تفویض اختیار شرایطی را که لازمه یک سیستم حقوقی است دارا نمیشد.

نظریه آستین ظاهراً دلپسند است زیرا تأکیدی فوق‌العاده بر نقش روابط مبتنی بر قدرت قهریه در متن یک جامعه سیاسی دارد. اشکالات وارد بر نظریه آستین به این معنا نیست که عنصر قهر و اجبار برای بقای یک نظام حقوقی لزومی ندارد یا قانون ممکن نیست مورد تخطی آنهایی که بقدرت

میرسند قرار گیرد بلکه به معنای شکست یکی از مساعی برای درک آن پدیده‌هاست.

نظریه وجود جواز و اختیار، محور هر نظام حقوقی است. به پاره‌ای افراد جواز و اختیار اتخاذ تصمیم به نام قانون و به سبب تصدی مناصبی معین و با تبعیت از روشهای مصوب داده میشود. الزامات قانونی به علت نشأت گرفتن از اشخاصی خاص بلکه از طریق ملاکهای قانونی تعیین میگردد. برماست که این مطلب را حالا جامع‌تر مورد بررسی قرار دهیم.

قانون بعنوان وحدت قواعد اولیه و ثانویه

نظریه هارت درباره قانون که در حال حاضر از هر نظریه دیگری بیشتر از مقبولیت برخوردار است. هارت در کتاب خود تحت عنوان «مفهوم قانون»^(۱) به سه نقص اساسی نظریه آستین اشاره دارد و سعی میکند آنها را اصلاح کند. اول آنکه هارت عقیده دارد که الگوبرداری آستین از فرامین قهری کافی برای توضیح مقررات اولیه نیست که موجد الزام و تعهدات است. دوم آنکه هارت عقیده دارد که قانون شامل مقرراتی است که معطی اختیارات است و نمیتوان آنها را حمل بر مقررات موجد الزام و تعهد نمود. سوم آنکه بنظر هارت بنیان هر نظام حقوقی مجموعه‌ای از مقررات ثانویه است ناظر بر وضع و اجرای قانون و مهمتر از همه ناظر بر اعتبار رسمی آن.

هارت نیز همانند آستین قانون را عبارت از قواعد و مقررات میداند. بنظر او وجود هر قاعده نوعی واقعیت اجتماعی است. از این جهت هارت از نظریه حقوقی کلی آستین منحرف نمیشود لکن تحلیل او از قواعد بگونه‌ای دیگر است. هارت دو شرط وجود قواعد را از هم تمیز میدهد. اول اقبال اجتماعی است. زمانی که عده‌ای از مردم ملاکی را مناسب تشخیص دهند و زمانی که آن میزان ملکه آنها بشود قاعده‌ای مطابق آن بوجود می‌آید. مردم الگوئی از رفتار را لازم تشخیص میدهند و تخطی از آن مستوجب مؤاخذه میدانند. زمانی که چنان

میزانی به فشارهای معتنابه اجتماعی متکی شود، موجد الزام و تعهد تلقی می‌گردد. وقتی آن الزام علی‌الخصوص مهم تلقی شود و در حیطه توان افراد برای اجرای آن قرار گیرد در آن صورت رعایت آن الزامی اخلاقی تلقی می‌شود. این تعبیر فراگیرنده بیشتر چیزهایی است که آستین آنرا اخلاق تحقیقی یا وضعی مینامد. اما هارت آنرا نظریه‌ای راجع به تعهد اخلاقی بحساب می‌آورد و بر این نظر است که الزامات اخلاقی توسط قواعد پذیرفته شده اجتماعی تعیین می‌گردند.

اگرچه قواعد اجتماعی پذیرفته شده در نظریه حقوقی هارت اهمیت محدود دارند لکن نظریه عمومی او در خصوص تعهد شایسته تفسیر و توضیح است. هارت ظاهراً در این عقیده محق است که هر فرد که یک ملاک اخلاقی را بعنوان تحمیل کننده یک الزام پذیرد در واقع ملتزم به پاره‌ای هنجارهای دیگر نیز می‌شود که تخطی از آنها مستوجب مؤاخذ است. تصور متعهد بودن ذاتاً مرتبط با ارزیابی اخلاقی رفتار مربوط به آن است نه با اجبار یا فرمان اما ظاهراً هارت در این نظریه اشتباه میکند که الزام اخلاقی صرفاً وقتی وجود دارد که ملاک مربوط به آن از پذیرش اجتماعی برخوردار باشد زیرا همانطور که عاقلانه ممکن است فرض کرد که کسی حتی بدون وجود هرگونه فرمان یا ضمانت اجرائی تعهدی بر گردن دارد، به همان وجه عاقلانه میتوان فرض کرد که شخص ممکن است موظف و متعهد به چیزی باشد که عموم آن را قبول ندارند یا موظف و متعهد به چیزی نباشد ولو همه معتقد به تعهد او باشند نظریه هارت در مورد الزام او را پای‌بند قسمتی اعتقاد به اصالت عرف اخلاقی میکند.

بهرسان وجود قواعد معمولاً منوط به پذیرش اجتماعی تنها نیست قانون میتواند متضمن مقرراتی بی‌بهره از پسند عمومی باشد که اعتبار و منزلت قانونی آنها محل مناقشه نباشد در تعیین اینکه چه چیزی قانون بحساب می‌آید اقبال و حمایت عامه حجت نیست. بنابراین هارت قائل به شروط دومی است که بر مبنای آن میتوان گفت عده‌ای موجودیت پیدا میکند. قاعده باید از بوته آزمونهائی سربلند بیرون بیاید که در چهارچوب نهاد پیچیده‌ای مانند قانون مقرر گشته‌اند. یک نمونه از آن آزمون مقررات ناظر بر قانونگذاری است باین معنی که قوانین فقط جایز است به پیروی از روشهای مقرر توسط مجالس مقننه وضع گردند. آزمونهائی دیگری نیز از برای وضع قوانین در نظامهای حقوقی وجود دارد.

ممکن است رویه قضائی قانون محسوب شود شیوه‌های مرسوم ممکن است منشائی از برای قانون باشد. بنظر هارت قانون تلقی شدن چیزی منوط به روش معمول مأمورانی است که اجازه و اختیار دارند تعیین کنند که چه چیزی قانون است. معیارهائی که آنها بکار میگیرند میتوانند بالصرأحد در سایر قوانین همچون قوانین اساسی نوشته وضع شده باشد و یا ممکن است از طریق روش مستمر دادگاهها در قانون به مرور ایام جا افتاده باشد. ملاکهای که مأموران دولت بکار میبرند جهت تعیین اینکه چه چیزی در یک نظام حقوقی قانون محسوب است ممکن است مجموعاً به اصطلاح هارت «قواعد شناخت» نامیده شوند. هر نظامی را می‌توان واجد قاعده‌ای اساسی برای شناخت دانست که قابل انطباق با آن ملاک‌های بسیار بنیانی است که منظمأ توسط مأموران آن نظام جهت تعیین اینکه چه چیزی قانون است بکار گرفته میشود. در نظام حقوقی انگلیس بعنوان مثال قاعده بنیانی شناخت را میتوان (بعضاً بطرز مبهم) قاعده‌ای دانست که مطابق آن هر آنچه از مصوبات پارلمان به توشیح ملکه برسد قانون تلقی میشود در ایالات متحده ملاک اصلی رجوع به قانون اساسی مکتوب است و در هر ایالت رجوع به قانون اساسی آن ایالت.

نظریه هارت در واقع در مقام تلفیق دو جنبه متفاوت هر نظام حقوقی است باین معنی که قانون نظام حقوقی را تحت نظم و قاعده می‌آورد و روش مأموران دولت به قانون شکل میدهد. آنچه قانون تلقی میشود منوط به قانون دیگری است. و اما قانونی که نهائیه هر قانونی بسته به آن است، یعنی قاعده بنیانی شناخت، عبارت از ملاک‌هایی است که مورد قبول و استعمال مأموران قرار گیرد. موجودیت اکثر مقررات قانونی صرفاً به این لحاظ است که هماهنگ با ملاک‌های قانونی بوده‌اند و قانوناً معتبر شناخته شده‌اند. اما این امر بنظر هارت در خصوص قاعده بنیانی شناخت مصداق ندارد. آن قاعده ملاکی برای شناخت قوانین بدست میدهد ولی خود طبق همان شیوه به چنان محکی نمیخورد. قاعده بنیانی شناخت تابع گرایش‌ها و عملکردهای مشترک مأموران است و از اینرو وابسته به مقبولیت اجتماعی آن در جامعه متشکل از مأموران میباشد. بنابراین مطابق نظریه هارت قانون عبارت است از اتحاد قواعد اولیه و ثانویه‌ای که در یک جامعه عموماً رعایت میشود. لازم است این اصل رعایت عمومی را اضافه کرد تا

هر نظام عملاً موجود از نظامی که چیز دیگری بجای آن آمده یا پیشنهاد شده متمایز گردد.

بنابراین نظریه هارت نتیجتاً قانون عبارت است از نوعی واقعیت اجتماعی باید توجه داشت که این نوع واقعیت فوق العاده پیچیده است، زیرا شامل موارد زیر است:

۱- پذیرش قاعده شناخت از سوی مأموران ۲- نتایج مترتب بر قاعده شناخت (اینکه آیا قوانینی که بدین عنوان شناخته شده‌اند از بوته آزمونهایی مربوط موفق بیرون می‌آیند یا نه). ۳- تبعیت عمومی جامعه از قوانین معتبر.

نظریه هارت ما را به اجمال با یک پدیده اجتماعی پیچیده آشنا میکند. یکی از اهداف او آنست که قانون از سایر پدیده‌های اجتماعی تمیز داده شود. قسمتی از این هدف از طریق فرقی که او بین پذیرش اجتماعی و اعتبار بعنوان دو شرط وجود قواعد میگذارد، تحقق می‌یابد. اما معلوم نیست هدف عمده یعنی تفکیک قانون از سایر پدیده‌های اجتماعی حاصل شده باشد.

بسیاری از سازمانها دارای ساختاری هستند عیناً مانند نظام حقوقی که هارت به توصیف آن می‌پردازد. مثلاً یک باشگاه یا مؤسسه متکی به کمکهای داوطلبانه واجد قواعد بنیانی است قواعدی که ملاک اعتبار امور در آن سازمان در مورد آنها صدق میکند، مناصبی مشمول قواعد معتبر، قواعد اولیه‌ای ناظر بر رفتار اعضاء و نهایتاً، اعضاء‌ای که عموماً قواعد مربوط را رعایت میکنند.

چه چیزی این چنین سازمانی را از قانون متمایز میسازد؟

هارت به طرح این سؤال نمی‌پردازد. چنانچه جوابی از مطالبی که عنوان کرده یا از تکمیل نظریه او بدست نیاید پس چیزی در آن بخطاست. ما نه تنها در پی آنیم که بدانیم که چگونه قانون، مشابه سایر جنبه‌های زندگی اجتماعی است بلکه در پی یافتن وجه ممیزه آن نیز می‌باشیم. بنابراین مسئله‌ای که با آن مواجه هستیم چنین است:

آیا می‌توانیم به وجود پاره‌ای جنبه‌های اساسی در هر نظام حقوقی که بالصراحه در تحلیل هارت نیامده لکن میتواند در تمیز قانون از سایر پدیده‌های مشابه اجتماعی بکار گرفته شود قائل گردید؟ پاره‌ای از این جنبه‌های ممکن فوراً به ذهن متبادر میشود که بررسی آنها مشخص کننده معضلی است که با آن

مواجه هستیم.

ممکن است گفته شود که قانون، برخلاف سایر نهادهای اجتماعی، اساساً نهادی قهری است. ما این نظر را قبلاً بررسی کرده و به این نتیجه رسیده ایم که: تصور نظامی که بسی شبیه قانون لکن فاقد جنبه های عقاب باشد ظاهراً امکان پذیر است با فرض شرایط معمولی، چنین نظامی غیر عملی مینماید لکن نمیتوان نتیجه گرفت که عقاب و مجازات عنصری ذاتی از برای قانون است. مهمتر آنکه تشکیلات اجتماعی مختلف هر یک دارای مجازاتهایی خاص خود هستند. پس اگر چنین است، اعمال مجازاتهای خاص در قانون آن را از نهادهای واجد ساختارهای ذاتی مشابه متمایز نمیسازد. با این همه عموماً گفته میشود که قانون یا بعبارت دیگر دولت از حقی انحصاری در اعمال زور و جبر در جامعه برخوردار است. چنانچه سایر نهادها نیز مجازاتهایی اعمال نمایند، این کیفیت چگونه توجیه پذیر است؟ لاجرم باید قائل به این تعبیر شد که از نظر قانون، مجازاتها صرفاً با تجویز خود قانون اعمال شدنی است. این تعبیر از بحث فعلی ما هیچ چیزی را ثابت نمیکند، زیرا چنین چیزی خط مشی سایر نهادها را در اعمال مجازاتها از دیدگاه های خاص خود آنها توجیه نمینماید مثلاً فلان مذهب میتواند اعمال مجازاتهای مندرج در قانون را غیر مشروع بداند مگر آنکه آن مجازاتها مطابق اصول مورد قبول اولیای آن مذهب قابل توجیه باشد. اگر این طور باشد، آن مذهب در خصوص مجازات مشابه نظر قانون است. پس این جنبه از قانون نیز نمیتواند بعنوان خصیصه ممیزه آن تلقی گردد.

ممکن است گفته شود که قانون در مقایسه با سایر نهادهای موجود در جامعه از یک مرجعیت منحصر بفرد برخوردار است و نیز ممکن است گفته شود که وجود بسیاری از سازمانهای اجتماعی فقط منوط به اجازه قانون است. این امر قطعاً در پاره ای حالات صادق است، مثل شرکتهای تجاری که مولود ترتیبات اقتصادی ناشی از قانونند اما باز مشکلاتی پیش میآید مربوط به این طریق تمیز قانون از سایر نهادهای اجتماعی. اول آنکه همه نهادهای اجتماعی مانند شرکتهای مولود قانون نیستند. مردم میتوانند انجمنهایی برپا دارند با ساختارهای درونی پیچیده مشابه قانون، بدون استعانت از مقررات قانونی و بدون اتکاء به تنفیذ قانون از تشکیلات خاص آنها. دوم آنکه این شیوه نگرستن به موقعیت نسبی

قانون، در قالب خود قانون صورت میگیرد. چنانچه به رابطه بین قانون و سایر نهادها از دیدگاه‌های آن نهادها نظر افکنیم در می‌یابیم که آنها نیز میتوانند واجد ارزش‌ها یا هنجارهایی باشند که بدان طریق به سنجش روابط خود با قانون بپردازند، و نهایتاً این نتیجه حاصل شود که قانون همیشه چیزی برخوردار از منزلت و مرجعیت تلقی نمیگردد. بار دیگر به مثال مذهب باز میگردیم. همانطور که قانون ممکن است اقدامات فلان مذهب را قانونی یا غیرقانونی تلقی نماید، همینطور آن مذهب نیز میتواند عملکردهای قانون را مطابق مذهب یا برخلاف آن، یا اخلاقی یا غیر اخلاقی تلقی کند و بر حسب ضوابط و اصول خود حتی عملکردهای رضایت بخش آن را واجد حیثیت منزلت چندانی نداند. بنابراین قانون تنها زمانی دارای برترین منزلت در جامعه است که به اینگونه مناسبات از دیدگاه خود قانون نظاره کنیم. پس اگر نهادی دیگر خود را از دیدگاه خود واجد اقتدار مشروع‌تری از قانون بداند، در این صورت این جنبه قانون نیز نمیتواند آنرا کلاً از سایر نهادها متمایز و ممتاز گرداند.

همچنین ممکن است گفته شود که قانون برخلاف هنجارهای سایر نهادها حاکم بر کل جامعه است. بدیهی است که این امر بمعنای آن نیست که کل جامعه به قانون احترام میگذارند زیرا چه بسا این چنین نباشد، الا اینکه بتوان گفت حاکمیت قانون در سرتا سرعرصه یک جامعه سیاسی شمول دارد. اما بر این نظر نیز اشکالاتی وارد است. اول آنکه، هیچ چیزی مانع و رادع از این نیست که نهادی دیگر هنجارهای خود را قابل تسری به تمام افراد جامعه‌ای بداند. دوم آنکه، هر سازمانی لااقل تا اندازه‌ای حدود جامعه مربوط به خود را مشخص میکند. قانون حدود جامعه سیاسی مربوط به خود را مشخص می‌کند، یا یک تشکیلات مذهبی حدود جامعه‌ای متشکل از افرادی را که تابع اقتدار مشروع خود میداند تعیین می‌نماید. البته مذهب تنها نهادی نیست که چنین امری در مورد آن مصدق دارد. هر نهادی که خود را واجد اقتداری مشروع جهت وضع یک سلسله هنجارهای لازم اطاعه برای مردم بداند، حتی اگر آن مردم از روی رضا و رغبت به آن گروه‌بندی اجتماعی ملحق نگردند، از این حیث با قانون مشابهت دارد.

مسائل و معضلاتی که در بررسی نظریه حقوقی هارت بمنظور تکمیل آن

مشاهده کردیم مبین احتمال وجود عیبی اساسی در این شیوه برخورد با قضیه است. دو احتمال بشرح زیر متصور است:

اولین احتمال دقیقاً منبعث از این معنی است که قانون یک واقعیت اجتماعی و قابل بررسی تجربی است. محدودیت‌هائی در حقوق تحلیلی ممکن است وجود داشته باشد مربوط به رابطه آن با مطالعات تجربی مثل مردم‌شناسی حقوقی.

علم سنتی حقوق می‌پذیرد که آنچه قانون تلقی میشود باید توسط تحلیل مفاهیم تعیین گردد، یعنی تبیین و شرح دقیق مفهوم قانون، یا بعبارت بهتر، آن مفهوم خاصی که با مفهوم نظام حقوقی پیوستگی دارد و موجود وجه ممیزه مناسب بین این مفهوم از قانون با سایر مفاهیم مرتبطی است که ممکن است با آنها اشتباه شود. فلاسفه حقوق گاهی به نظر میرسد فرض را بر این قرار دهند که نتایج حاصل از اینگونه تحلیل مفاهیم حدود و ثغور مطالعات تجربی مربوطه را مشخص می‌نماید. مردم‌شناسی حقوقی را بعنوان مثال میتوان واجد موضوعی دانست که توسط تحلیل مفهوم قانون مشخص میگردد.

ولی حقیقت این است که دانشمندان علوم اجتماعی تحقیقات خود را مطابق این شیوه انجام نمی‌دهند و ظاهراً این امر صرفاً مسأله انزوا در رشته خودشان نیست. پدیده‌های حقوقی بیش از آنکه از طریق ملاحظه خصائص مأنوس نظامهای حقوقی، همچون دادگاهها و مراجع قانونگذاری، مشخص گردند، از طریق ملاحظه بعضی عملکردهای اجتماعی خاص همچون حل اختلاف و نظارت اجتماعی بر رفتار تعیین می‌شوند. این عملکردهای اجتماعی حتی در حالت وجود سیستم‌های حقوقی از طریق یک سلسله ترتیبات مختلف اجتماعی در خارج یا در درون نظام‌های حقوقی صورت می‌پذیرند. کسی تربیت حقوقی سنتی پیدا کرده باشد ممکن است چنین ره یافتی را مغشوش تلقی کند و موجب خلط پدیده‌های حقوقی («به معنای صحیح» به قول آستین) با سایر پدیده‌های اجتماعی بداند که باید از آنها متمایز گردد اما آن عکس‌العمل ممکن است بخطا باشد. بمنظور دریافت این موضوع باید بررسی نمائیم که چطور تصورات ما در خصوص دنیا از تحقیقات تجربی در سایر زمینه‌ها متأثر میشود. در سراسر علوم پیشرفته، هرکس متوجه این نکته میشود که تصورات ماقبل علمی ما

صرفاً تقریب اولیه‌ای است در خصوص اینکه دنیا واقعاً چگونه نظم یافته است، و ممکن است در نتیجه پیشرفت نظریات علمی، به وسیله برداشتهای دیگری تغییر کند یا تعدیل شود. مثلاً تصور ماقبل علمی ما در مورد آب راجع می‌شد به خواص بسهولت قابل تمیز عناصر. آب مایعی بی‌مزه و بی‌رنگ (یا چیزی مشابه آن) تلقی می‌گردید. لکن پیشرفت نظریات طبیعی نشان داد که این تعبیر صرفاً توصیفی ابتدائی، ظاهری و سطحی است و با حقیقت بنیادی طبیعی مطابقت ندارد. علوم طبیعی ما را به درک این امر توانا ساخته است که همان عنصر ممکن است در حالت‌های متفاوت وجود داشته باشد، زیرا آن عنصر را در رابطه با نظم‌هایی در طبیعت شناسایی می‌کند که در ساختارها و روابط میکروسکوپی ریشه دارند. در نتیجه، بعضی چیزها که ممکن بود در ابتدا بعنوان آب طبقه‌بندی شود حالا معلوم شده که مرکب از عناصر دیگری است و نیز پاره‌ای چیزها که امکان داشت بدو در رده آب طبقه‌بندی نشود حالا ممکن است جنبه‌های مهم طبیعی همسان با آب دانسته شود.

اگر دنیا را چیزی فاقد «پیوندهای» طبیعی بدانیم، یعنی مجموعه‌ای از پدیده‌ها که توسط قوانین طبیعی تنظیم نیافته است، در آن صورت هر نوع مفهوم دلبخواهی، و هرگونه وجه تمایز در توصیف آن کافی خواهد بود. اگر چنین بود، هر سلسله‌ای از مفاهیم صرفاً به کار تنظیم فکر درباره دنیا می‌خورد. اما حتی تصور اینکه طریقی خاص از تأمل و تفکر در مورد دنیا در مقایسه با سایر طرح‌ها واجد مزیت‌هایی است، به معنای آن است که نظاماتی علی در میان پدیده‌های طبیعی وجود دارد که با آگاهی از آنها میتوانیم کاری کنیم که بعضی چیزها واقع شود. از اینرو دلیلی ندارد که بپذیریم که قوانین طبیعی باید از حوزه اجتماعی حذف شود کاملاً عکس آن است.

بنابراین، چنانچه بر این عقیده باشیم که پدیده‌های حقوقی نیز قابل مطالعات تجربی هستند، در آن صورت باید این احتمال را قبول نمائیم که شناخت فزاینده حقایق اجتماعی که پایه پدیده‌های حقوقی است بر کیفیت عقیده ما در خصوص اینکه قانون چیست تأثیر بر جای خواهد گذارد. مفهومی که اکنون از قانون داریم احیاناً چیزی بیشتر از یک تقریب اولیه در خصوص پیوندهای طبیعی موجود در عرصه اجتماعی نیست.

بدیهی است که تفاوت‌های مهمی بین پدیده‌های حقوقی و مباحث مطمح نظر علوم طبیعی وجود دارد که مهمترین وجوه آن ظاهراً بشرح زیر است: قسمت اعظم هر حقیقت اجتماعی صرفاً ساخته و پرداخته طبیعت نیست بلکه ماحصل فعالیت آدمی است و در قالب اندیشه‌های آدمی شکل گرفته است. همانند سایر پدیده‌های اجتماعی، پدیده‌های حقوقی نیز بطرقی که با پدیده‌های طبیعی متفاوت است مستلزم یک سلسله اندیشه‌هاست.

بعلاوه، بعضی از این اندیشه‌ها و تصورات تغییرپذیر میباشند باین معنی که به اعتبار فرهنگ، نسبی هستند. این امر خود مطالعه پدیده‌های حقوقی را فوق‌العاده با اشکال مواجه میسازد. مثلاً تصور ما در خصوص مسئول بودن در قبال اعمال خود و نتایج حاصل از آنها یکی از «ثابتهای» فرهنگی نیست. اخلاق مبتنی بر مفهوم گناه با اخلاق مبتنی بر ننگ و شرم یکی نیست. بنابراین هر نوع مطالعه‌ای در خصوص پدیده‌های حقوقی باید متغیرهایی نظیر اینها را بدیده بگیرد.

البته از بحث بالا نتیجه نمی‌شود که حقایق اجتماعی به طرقی مهم و پرمعنا توسط قانون طبیعی علت و معلول تنظیم نمیگردد. جوامع بطرق مختلفی سازمان می‌یابند لکن همواره در چارچوب قیودات روان آدمی، دینامیسم‌های اجتماعی، و روابط اقتصادی شکل میگیرند که هر کدام از آنها موضوع مطالعات منظم است. اینکه چه میزان از حقایق اجتماعی به نسبت فرهنگ متغیر و چه میزان بلحاظ وابستگی آنها به قوانین طبیعی ثابت هستند هنوز معلوم نیست با اینهمه دلایل قوی بر این عقیده وجود دارد که چیزهای بسیاری وجود دارد که لازم است از طریق مطالعات علمی حقایق اجتماعی کشف گردد.

از طرفی، دلیلی وجود ندارد که فرض کنیم مطالعات تحلیلی حقوقی به حد غائی خود دست یافته باشد، بلکه شناخت و درک روابط بین قانون و سایر نهادهای اجتماعی ممکن است منوط به پیشرفت موفقیت‌آمیز علم نظری جامعه باشد. آنچه آن چیزی را که ما معمولاً قانون می‌نامیم از سایر نهادهای اجتماعی متمایز میسازد، و همینطور تعیین مشترکات آنها، و اینکه واقعاً تا چه اندازه این وجوه مشابهت و مخالفت مهم باشند، چیزی است که نمی‌توان فرض کرد که صرفاً از طریق توضیح دقیق مفاهیم فعلی ما کشف شدنی باشد.

احتمال دیگری نیز توسط کسانی که قانون را از دیدگاه اخلاق بررسی می‌نماید عنوان گردیده است. قبلاً دیدیم که یکی از عناصر مهم قانون که در نظریه آستین در بوته ابهام مانده مفهوم «اقتدار» یا «مرجعیت» است. مفهوم دیگری که با آن رابطه نزدیک دارد مشروعیت است. مفاهیمی این چنین ممکن است حکایت از آن کند که قانون از نظر اخلاقی بیطرف نیست. و این امر شاید بتواند ما را در تبیین اینکه چه چیزی وجه ممیزه قانون است مدد نماید. اگر چنین تعبیری وارد باشد، حقیقتی مهم درباره آن خواهد بود که نه فقط در عالم نظر، بلکه در عمل نیز موضوعیت خواهد داشت.