



University of Tehran Press

Comparative Law Review

Homepage: <https://jcl.ut.ac.ir>

Online ISSN: 2423-3404

Volume: 17, Issue: 1
Spring & Summer
2026

Command Theory, From Description To Distortion

Mohammad Amir Khabbazzadeh¹ | Mohsen Borhani^{2✉}

1. Ph. D student, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.
Email: a.khabbazzadeh@ut.ac.ir
2. Corresponding Author; Assistant Prof. Penal Law and Criminology. Department of Penal Law and Criminology, Faculty of law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.
Email: m.borhani@ut.ac.ir

Article Info	Abstract
Article Type: Research Article	Analytic jurisprudence was born with Austin's command theory and was later reinvigorated by Hart's rejection of it. The certainty of Hart's objections became one of the few axioms in the field. Although accepting this requires a study of Austin's legal theory, it is striking that the command theory is understood through The Concept of Law. This article examines whether the command theory is described or distorted in Hart's seminal work. Austin defines law as a sovereignty-oriented concept and, to deepen this view, attempts to explain certain non-legal concepts. Hart does not distinguish these from the basic concepts; hence, instead of focusing on the "command theory," he emphasizes the "concept of command" and projects its shortcomings onto the theory as a whole. Hart has distorted the command theory in the guise of description. This distortion has deeply affected analytical jurisprudence. This article has been prepared using an analytical–descriptive method.
Received: 2025/05/07	
Received in revised form: 2025/10/24	
Accepted: 2025/12/11	
Published online: 2026/06/22	
Keywords: <i>Analytical Jurisprudence, Command Theory, Hart-Austin Debates, Legal Theories.</i>	
How To Cite	Khabbazzadeh, Mohammad Amir; Borhani, Mohsen (2026). Command Theory, From Description To Distortion. <i>Comparative Law Review</i>, 17 (1), 1-19. DOI: https://doi.com/10.22059/jcl.2025.393303.634749
DOI	10.22059/jcl.2025.393303.634749
Publisher	The author(s) retain the copyright.





نظریه فرمان از توضیح تا تحریف

محمدامیر خباززاده^۱ | محسن برهانی^۲

۱ دانشجوی مقطع دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: a.khabbazzadeh@ut.ac.ir
 ۲ نویسنده مسئول؛ استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ایران. رایانامه: m.borhani@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: پژوهشی تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۲۷ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۸/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۲۰ تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱ کلیدواژه‌ها: تقابل هارت-آستین، فلسفه حقوق تحلیلی، نظریه فرمان، نظریه‌های قانونی.	فلسفه حقوق تحلیلی با نظریه فرمان آستین متولد و با به محاق راندن آن از سوی هارت متحول شد. وارد بودن اشکالات هارت به این نظریه مسئله‌ای تقریباً متفق علیه است. پیش‌نیاز چنین موضع‌گیری‌ای این است که حداقل نظریه قانونی آستین ملاحظه شود و سپس اشکالات وارده به آن تحلیل گردد، اما در نهایت شگفتی متوجه می‌شویم که مرجع اصلی در شناخت نظریه آستین کتاب مفهوم حقوق هارت - یعنی بزرگترین منتقد او - بوده است. این مقاله با مراجعه به اصل اثر آستین و مقایسه آن با گزارش هارت، به این می‌پردازد که آیا هارت در مقام گزارش نظریه آستین امانت‌دار بوده است یا آنکه زمینه تحریف این نظریه را در ذهن مخاطب فراهم کرده است. آستین قانون را با نگاهی حکومت‌محور تعریف می‌کند و برای تعمیق این نگاه، مجبور به توضیح ارکان نظریه خود با مفاهیمی می‌شود که الزاماً حقوقی نیستند. هارت این مفاهیم را از ارکان نظریه تفکیک نکرده و به جای نظریه فرمان، مفهوم فرمان را در ذهن مخاطب پررنگ کرده است و به این ترتیب انتقادات وارده به آن را به کل نظریه تعمیم می‌دهد. هارت در مقام توضیح نظریه فرمان، آن را تحریف می‌کند؛ تحریفی که آثار قابل تأملی در سیر علمی فلسفه حقوق تحلیلی به جای می‌گذارد. موضوع این مقاله امری است تحلیلی-توصیفی که با مراجعه به منابع دست اول به‌انجام رسیده است.
استناد	خباززاده، محمدامیر؛ برهانی، محسن (۱۴۰۵). نظریه فرمان از توضیح تا تحریف. <i>مطالعات حقوق تطبیقی</i> ، ۱۷ (۱)، ۱-۱۹. DOI: https://doi.org/10.22059/jcl.2025.393303.634749
DOI	10.22059/jcl.2025.393303.634749
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



۱. مقدمه

فلسفه حقوق تحلیلی، تحلیل مفهوم و کارکردهای بالفعل قانون موجود است. قانون به عنوان یک پدیده عینی و اثرگذار در جامعه چه معنایی دارد و این معنا چگونه عملکرد نهادهای قضایی و قانونی را توجیه می کند. این گرایش - برخلاف فلسفه حقوق هنجاری - در صدد یافتن قانون ایدئال و یا پردازش حکمت قانون موجود و یا نقد آن نیست. استادان برجسته و صاحب سبک این رشته به ترتیب تاریخی، جان آستین، هانس کلسن، هربرت هارت، رونالد دورکین، جوزف رز و با اندکی مسامحه، جان فینیس هستند.

فیلسوفان حقوق تحلیلی با این اتهام روبه رو هستند که موضوع مشترک و انگیزه علمی یکسانی در پردازش مسائل این رشته ندارند و معمولاً نمی توان جامع مشترکی میان مناظرات آنها پیدا کرد و این اتهام وقتی شدیدتر می شود که لازم نباشد به مثابه اقتصاد یا علوم سیاسی مسئله ای را پیش بینی کنند. برخی بر این باورند که این آشفتگی در مناظرات فلسفه حقوق تحلیلی (مباحثی نظیر شیوه تفسیر قوانین و اختیارات قضات در تفسیر یا وضع قانون و اختیارات مقامات اجرایی در استنباط صحیح از مکانیسم اجرای قانون و ...) ناشی از آن است که هر فیلسوفی دغدغه ای داشته و از زاویه دید خود به تحلیل قانون برخاسته است؛ بنابراین نباید انتظار داشت زاویه دید وی با مبانی متفاوت منتقد او قابل نقد باشد (Bix, 2009).

فلاسفه حقوق تحلیلی معتقدند تعهد به قانون و تفسیر صحیح از مواد قانونی به صورت مستقیم متأثر از شناخت مبانی، منطق و کارکرد قانون است (Dworkin, 1986: 1). این ضرورت باید تحمل کاستی ها را بالا ببرد. بر این اساس آنان انتظار دارند به جای شطحیات خواندن نظریات افرادی که عمر خود را در وادی دانشگاه و دادگاه به مطالعه و ممارست حقوقی صرف کرده اند، دقت بیشتری در نظریات ایشان روا داشته شود (HART, 2012: 6).

بر اساس این احتمالات و جهت درک عمیق تر فلسفه حقوق تحلیلی، بررسی نظریات فلاسفه حقوق تحلیلی را باید از آستین آغاز کرد. علت تنها آن نیست که او اصطلاح فلسفه حقوق را در ادبیات حقوقی کشورهای انگلیسی زبان وارد کرد و به عنوان بنیان گذار فلسفه حقوق پوزیتیویستی و سازمانده دانش حقوق شناخته می شود (Duxbury, 2005: 48). بلکه فراتر از آن اینکه فلسفه حقوق با آستین متولد و با مهجور شدن اندیشه او متحول شد. اندیشه آستین روزگاری آیین فلسفه حقوق بوده است. بیش از یکصد سال هرچه در حوزه فلسفه حقوق مطرح شده، همگی تقلید محض از آستین و نوشته های او بوده است و آنگاه که دوره اش به سر آمده، هربرت هارت کتاب تحول آفرینش را بر مبنای نقد آستین بنا کرده و با اثبات ناکارآمدی نظریه او، روش جدیدی در شناخت قانون ارائه داده است (Rumble, 2005: 3).

برخی صاحب نظران، ناکارآمدی نظریه آستین و وارد بودن اشکالات هارت را یکی از چند مسئله بدیهی فلسفه حقوق معاصر می دانند (Schauer, 2009: 24). مسئله آن نیست که نظریه ای آمده و

نظریه دیگری را از دور خارج کرده است، بلکه مسئله آن است که شناختی از قانون با محوریت حکومت از میان رفته و شناختی دیگر با محوریت جامعه برجا مانده است. تغییر کانونی مصدر قانون‌مداری از حکومت به جامعه مسئله‌ای است که تأثیر مستقیم بر تولد قانون، تعهد به قانون و تفسیر قانون می‌گذارد. موضوع این است، در جوامعی که در آنها حاکمیت قانون وجود دارد و تفکیک قوا رعایت می‌شود، آثار عملی روشن و تأثیرگذاری با این تحول درک از قانون پدید می‌آید.

از این روست که برای ما اهمیت دارد آستین چه گفته است و چه شد که آنچه گفته به محقق رفته است و دیگر کسی سراغ اندیشه او نمی‌رود. در مقام شناخت نظریه او متوجه می‌شویم که آستین در میان حقوق‌دانان و دانشجویان حقوق از مسیر هارت شناخته می‌شود (Bix, 2009: 10). به عبارت دیگر، شناخت آستین از گزارش کسی که نظریه او را از میان برداشته است انجام می‌شود. سؤال این است که اگر به هر دلیلی این شناخت، اصیل و صحیح نباشد چه عوارضی را در تحلیل ما از قانون به‌جای می‌گذارد. ارزش بررسی این مسئله (صحت تکیه به گزارش هارت) بر اساس احتمال آن سنجیده نمی‌شود، بلکه ملاک، ارزش محتمل آن است. اینکه چند درصد احتمال خطای هارت و متأخرین بر هارت وجود دارد، محرکی بر تحقیق نیست، بلکه اینکه اگر آن درصد ولو اندک اتفاق افتاده باشد چه اثری در شناخت ما از قانون و تعهد به قانون و تفسیر قضایی دارند، توجیهی برای این تحقیق است.

ضروری است این توضیح داده شود که این مقاله اساساً به مناظره میان هارت و آستین وارد نمی‌شود. هارت اشکالات متعدد و پیچیده‌ای را در خصوص نظریه آستین مطرح می‌کند؛ اشکالاتی که اکثر آنها از قبل از هارت مطرح شده و برخی دیگر به آنها پاسخ داده‌اند و اشکالاتی که پردازش و نقد آنها هرکدام می‌تواند موضوع مقاله مستقلی باشد. آنچه این مقاله به آن می‌پردازد صرفاً نحوه معرفی نظریه آستین از سوی هارت است. این معرفی پیش‌نیازی است که هارت در فصل دوم کتابش به آن می‌پردازد و شناختی را که مخاطب او نسبت به نظریه آستین از این معرفی به‌دست آورده است آماج انواع اشکالات و انتقادات قرار می‌دهد. انتقاداتی که موضوع دو فصل مهم و مفصل سوم و چهارم کتاب مفهوم حقوق است. در این مقاله درصدد این هستیم که با مراجعه به کتاب خود آستین، تعریف او از قانون را بیان نماییم و سپس توضیحی را که هارت از نظریه آستین ارائه داده است با توضیحی که ما از آن کتاب دریافته‌ایم تطبیق داده و در نهایت تطابق یا عدم تطابق این دو را بررسی نماییم. در پایان به آثار احتمالی تحریف نظریه فرمان اشاره‌ای گذرا می‌کنیم.

۲. قانون در اندیشه آستین یا «مصوبات حاکمیت»

در ادبیات آستین، دو مفهوم مستقل «قانون» و «قانون موضوعه» وجود دارد که عدم توجه به تفاوت این

دو می‌تواند به سوء برداشت‌هایی منجر شود. رابطه میان قانون و قانون موضوعه یک رابطه عموم و خصوص مطلق است. قانون موضوعه همان قانون در معنای حداقلی و حقوقی آن است. وی در ابتدای فصل اول کتابش هر دو مفهوم را به صورتی اشاره‌وار تعریف می‌کند و سپس تلاش می‌کند این اجمال را تفصیل دهد و اقسام قانون را از یکدیگر تفکیک نماید. توجه به کلیت تعریف او قبل از درگیر شدن با مفاهیم مختلفی که در مقام تفسیر همین اجمال وارد می‌کند، می‌تواند بنیان اندیشه او را بر ما روشن سازد. او به اختصار قانون را «قاعده ای که برای راهنمایی یک ذی شعور توسط ذی شعور دیگری که بر او سلطه دارد وضع شده است»^۱ (Austin, n.d.: 10) و قانون موضوعه را «قانونی که توسط سروران سیاسی بر تابعین سیاسی وضع شده است»^۲ معرفی می‌کند (Austin, n.d.: 9).

در اندیشه آستین هر دو مفهوم قانون و قانون موضوعه از دو رکن بنیادین تشکیل شده‌اند. رکن اول «جایگاه» کسی است که خواسته‌ای را طلب می‌کند و رکن دوم ویژگی خود «خواسته» است. در همه اقسام قوانین «خواسته» ویژگی ثابتی دارد. در نتیجه، تغییر ماهیت قانون وابسته به تغییر جایگاه فردی است که آن خواسته را طلب می‌کند. گاهی این فرد خداوند عالم است و در نتیجه، خواسته‌های او «قوانین شریعت» را شکل می‌دهد و گاهی این فرد حاکمیت جامعه است و اراده‌های او «قانون موضوعه» را محقق می‌سازد. بر این اساس قانون موضوعه یا به تعبیری قانون وضع شده از سوی حاکمیت^۳ از برآیند دو مفهوم «قانون» و «حاکمیت» پدید می‌آید و در تحلیل آن باید این دو رکن توضیح یابند.

۲.۱. رکن اول: قانون در معنای عام

آستین قانون در معنای عام را فرمانی می‌داند که به صورت کلی صادر شده است (Austin, n.d.: 19). ملاحظه می‌شود که باز در اینجا دو مفهوم مطرح شده است؛ اول، مفهوم فرمان و دوم، مفهوم کلیت. هر دو مفهوم توضیح مخصوص خود را دارد.

مفهوم فرمان از کلیدی‌ترین مفاهیم نظریه قانونی آستین و قانون توجه منتقدان اوست، به نحوی که نظریه قانونی او به تئوری فرمان شهره شده است. وی در تعریف فرمان می‌گوید: «اگر شما به صراحت یا کنایه از من بخواهی که کاری را انجام دهم و یا از عملی امتناع ورزم و اراده داشته باشی که در صورت عدم همراهی من با خواسته شما اتفاق ناگواری را برایم رقم زنی، چنین خواسته‌ای چه به تصریح و چه به اشاره بیان شود فرمان نام دارد»^۴ (Austin, n.d.: 13-17). از نظر او فرمان با دیگر ابراز خواسته‌ها

1. "A rule laid down for the guidance of an intelligent being by an intelligent being having power over him."

2. "Law set by political superiors to political inferiors."

3. "Positive law or law existed by position." Austin, n.d., p. 11

4. "If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from an act, and if you will visit me with an

تفاوتی ندارد، جز اینکه خواسته‌ای که فرمان است مجهز به ضمانت اجرای تنبیهی است. نوع بیان در تحقق معنای فرمان تأثیری ندارد و این عوارض عدم تبعیت است که فرمان را از دیگر خواسته‌ها متمایز می‌کند. چه بسا فرامینی که از روی تواضع در قالب پیشنهاد و یا خواهش مطرح شود. مهم آن است که فرمانده اگر فرمانش امتثال نشود اراده و توان تنبیه دارد و این شاخصه فرمان نسبت به دیگر خواسته‌هاست (Austin, n.d.: 14).

مفهوم کلیت نیز از مسائل محل اختلاف نظریات قانونی است. آستین برخلاف بلک استون و هارت، کلیت را قابل صدق بر رفتارهای متعدد ولو از سوی یک فرد خاص می‌داند. او می‌گوید: قانون باید یک رفتار را الزامی یا منع کند، نه آنکه صرفاً یک عمل مشخص را مورد خطاب خود قرار دهد. او فرامین کلی را در مقابل فرامین موردی (که مهم‌ترین مثال آن احکام دادگاهها در اختلافات قضایی است) قرار می‌دهد و می‌گوید فرمان با آن تعریفی که ارائه شد اگر به صورت کلی صادر شود عنوان قانون به خود می‌گیرد. او معتقد است هرچند بیشتر قوانین هم به لحاظ موضوع و هم به لحاظ مخاطب کلی هستند، ولی این کلیت در موضوع شرط اصلی است، نه مخاطب. از نظر او مخاطب می‌تواند فرد واحدی باشد اما باید همین فرد واحد مکلف به یک رفتار شود تا بتوانیم بگوییم برای او قانونی وضع شده است. به گزارش آستین، بلک استون فقط کلیت در مخاطب را شرط می‌داند (Austin, n.d.: 18).

۲.۲. رکن دوم: حاکمیت

آستین معتقد است قانون پدیده‌ای است که لازم است از یک منبع برتر صادر شود و بر این اساس تلاش می‌کند که برتری و سروری را تعریف نماید. او می‌گوید: «غالباً برتری معادل اولویت و تفوق است. ما وقتی افراد مشخصی را با اشخاص دیگری مقایسه می‌کنیم از برتری در رتبه، در دارایی و در فضائل اخلاقی سخن می‌گوییم، منظورمان این است که یکی نسبت به دیگری در جایگاه، اموال و یا سنجایی اخلاقی بالاتر و ممتازتر است. اما التفات به معنایی که از سروری در اینجا مد نظر ماست، برتری افاده قدرت می‌کند: نیرویی در اعمال تنبیه و رنج و اجبار دیگران و نیرویی - به واسطه ترس از این رنج - بر انطباق رفتارهایشان به خواسته فرد» (Austin n.d.: 24).

آستین شاخصه قانون در معنای حقوقی و قانون در معنای غیرحقوقی را که گستره وسیعی از کاربردهای قانون را در خود جای می‌دهد، این می‌داند که قانون در معنای خاص قانونی است که حاکمیت آن را تصویب یا امضا کرده است (Austin n.d.: 193). چه بسیار قوانینی که از عرف و عادت ناشی شده است، چه فراوان مقرراتی که اخلاقیات برعهده آدمی می‌گذارد و چه پرتعداد الزاماتی که

شریعت از آدمی مطالبه می‌کند. آدمیان در کاربردهای لغوی خود از اینها با نام قانون، قاعده، مقرر و ... نام می‌برند، اما آنچه دانش حقوق عهده‌دار آن است، قواعد عامی است که ناشی از تفوق حاکمیت در جامعه است. آستین آنچه را که حکومت بر فرد الزام می‌کند، قانون موضوعه می‌داند و لاغیر. از این رو به تعریف حکومت و حاکم و حاکمیت به‌عنوان نوع خاصی از برتری و تفوق می‌پردازد.

همان‌طور که آستین تصریح می‌کند، پردازش مباحث علوم سیاسی از سوی او صرفاً در حد اقتضای نظریه قانونی‌اش است (Austin n.d.: 193). از نظر او حکومت یک نیاز واقعی و ملموس جوامع توسعه‌یافته است. حکومت در هر جامعه‌ای به‌نوعی تشکیل شده، ادامه می‌یابد. ما می‌توانیم با مشاهده واقعیت اجتماعی بیرونی، دریابیم که آیا جامعه دارای حکومت است یا اینکه در یک وضعیت نابسامان و هرج‌ومرج به‌سر می‌برد. اگر احراز کردیم که جامعه در یک حالت ثبات قرار دارد و یک حکومت در آن مستقر است. آنگاه می‌توانیم حاکم آن جامعه را پیدا کنیم (Austin n.d.: 202). حاکم می‌تواند یک شخص و یا یک نهاد و یا ترکیبی از چند شخص و نهاد باشد؛ حتی حاکم می‌تواند در رأی‌دهنده‌ای که نماینده‌ای را برای مجلس انتخاب می‌کند، متجلی شود؛ حاکم می‌تواند اجتماعی از تک‌تک افراد جامعه به‌عنوان یک پدیده عینی باشد (Austin n.d.: 217).

رابطه مردم با این حاکم و حکومت به دو گونه است؛ یا به هر دلیلی این حکومت را می‌پسندند و از روی ذوق از آن اطاعت می‌کنند و یا اینکه به هر دلیلی حکومت مطلوب آنها نیست، ولی با مقایسه دو گزینه تحمل سختی حکومت و تحمل سختی تغییر به این نتیجه می‌رسند که باید این حکومت را تحمل کرد؛ بنابراین به حکومت انقیاد پیدا می‌کنند. پس از نظر آستین با احراز ثبات در جامعه، حکومتی وجود دارد که یا مورد اطاعت است و یا به آن انقیاد شده است (Austin n.d.: 301).

سرانجام اینکه باید به صورت عینی بررسی کرد که توده جامعه از چه کسی اطاعت می‌کند و یا در انقیاد کیست. آن شخص می‌تواند یک سیستم باشد و مهم آن است که توده جامعه در عمل عادت به اطاعت از آن فرد یا نهاد داشته باشند و مهم آن است عصیان نسبت به آن فرد یا نهاد شکل نگرفته باشد، بلکه عمده دستورات او از سوی بیشتر اعضای جامعه امتثال می‌شود. اگر این فرد یا نهاد، خود در اطاعت فرد یا نهاد دیگری باشد، نمی‌توان او را حاکم مستقل جامعه دانست، بلکه حاکمی است در سلسله‌مراتب حاکمیت. اما اگر او رویه‌ای در اطاعت فرد یا نهاد دیگری نداشت، حاکم مستقل جامعه است. به تعبیر صریح و ساده آستین، حاکم عادتاً مورد اطاعت اعضای جامعه است و در اطاعت فرد دیگری نیست. این حاکم در رأس هرم سیاسی جامعه قرار دارد. این حاکم می‌تواند به اندازه تمام افراد یک جامعه توسعه پیدا کند (Austin n.d.: 195).

ماحصل آنکه، هر جامعه‌ای که از حد یک قبیله فراتر رود، نیازمند حکومت به‌عنوان یک پدیده عینی خواهد بود. این جامعه اگر حکومت نداشته باشد در وضعیت هرج‌ومرج قرار می‌گیرد. با ملاحظه ثبات

جامعه پی می‌بریم حکومتی در این جامعه وجود دارد و می‌توانیم با بررسی تجربی متوجه شویم این جامعه در اطاعت کدام فرد یا نهاد است. اگر آن فرد یا نهاد در اطاعت دیگری نبود، آنگاه حاکم و حاکمیت جامعه در او متبلور شده است. آستین این فرد را حاکم جامعه و مصدر قانون موضوعه در آن جامعه می‌داند. او یک برتری عینی در جامعه داشته، همه منویاتش که به صورتی کلی صادر می‌شود قانون موضوعه است.

آستین قانون موضوعه را قانون حاکمیت معرفی کرد؛ تعبیری صریح و ساده. رابطه شکل گرفته میان قانون و حاکمیت، جوهره قانون در معنای حقوقی آن از نظر آستین است. برتری عینی شکل گرفته به نفع حاکمیت او را در موقعیتی قرار می‌دهد که خواسته‌هایش قانون در معنای خاص و حقوقی آن تلقی می‌شود. آستین با این تحلیل مدعی می‌شود که همه انواع حکومت‌های سیاسی اعم از دیکتاتوری‌های فردی تا دموکراسی توده‌ها را از دیدگاه حقوقی و به اندازه‌ای که مورد نیاز یک نظریه قانونی است، توضیح داده است.

۳. گزارش هارت از نظریه آستین یا «دستورات اجباری»

هارت یک سوم کتاب جریان‌ساز خود «مفهوم حقوق» را به آستین اختصاص می‌دهد. در سه صفحه نظریه او را مطرح و سپس در قریب به هفتاد صفحه آن را نقد می‌کند. همان‌طور که در بخش قبل گفتیم، نظریه آستین دو مفهوم بنیادین دارد که ما از آن به ارکان نظریه فرمان تعبیر می‌کنیم (مفهوم قانون بالمعنی الاعم و مفهوم حاکمیت). هارت هر کدام از این ارکان را در یک فصل نقد می‌کند. او فصل سوم کتابش را به نقد رکن اول نظریه فرمان و فصل چهارم را به نقد رکن دوم این نظریه اختصاص می‌دهد. اما قبل از آنکه به این بررسی انتقادی عمیق و چندلایه وارد شود و پرونده آستین را تقریباً برای همیشه ببندد، در یک فصل کوتاه تلاش می‌کند نظریه آستین را به تصویر بکشد (Hart, 2012, Chapter 2). آنچه در این فصل رخ داده، تصویری است که هارت از نظریه آستین ارائه کرده است؛ تصویری که بر اساس آن، نظریه آستین را نقد کرده و نقدی که چنان با پذیرش اهالی فلسفه حقوق تحلیلی مواجه شده که آن را به یک مسئله اتفاقی در فلسفه حقوق معاصر بدل کرده است. ما در این قسمت، گزارش هارت را مرور می‌کنیم.

هارت معرفی را از یک بحث زبان‌شناختی شروع می‌کند که ما به چه جملاتی جملات امریه می‌گوییم و مهم‌ترین دسته و مصداق بارزترین نمونه جملات امریه را معرفی می‌کند. او نوعی جمله امریه را معرفی می‌کند که دلالت بر وضعیتی دارد که فردی از دیگری خواسته‌ای داشته و آماده است در صورت عدم اطاعت مخاطب، آثار سوئی را برای او رقم بزند. هارت می‌گوید در این وضعیت، متکلم برای

بیان خواسته‌اش عبارتی را نسبت به مخاطب در معنای امری به کار می‌برد؛ ما نام این گروه از جملات امریه را (که مجهز به تهدید هستند) «فرامین اجباری»^۱ می‌گذاریم که در قالب این مثال روشن می‌شود. سارقی اسلحه‌اش را به سمت کارمند بانک نشانه رفته و به او می‌گوید «پولها را رد کن والا شلیک می‌کنم». هارت از این مثال تعبیر به «موقعیت مرد مسلح»^۲ می‌کند (HART, 2012: 18).

پس از این معرفی کوتاه و بیان آن مثال قدیمی، هارت به صورت مبسوط به این مسئله می‌پردازد که مفهوم فرامین اجباری که در قالب آن مثال جلوه کرده است نمی‌تواند نمودی از قوانین در معنای حقوقی آن باشد. و بر این اساس، چند نمونه از ویژگی‌های بارز قوانین را مطرح می‌کند که قابل صدق بر وضعیت مرد هفت‌تیرکش نیست، ولی مد نظر آستین بوده است (HART, 2012: 20).

۳.۱. قانون به صورت کلی صادر می‌شود و نه دستوری موردی

هارت می‌گوید درست است که در همه نظام‌ها حتی نظام‌های مدرن، همیشه مواردی وجود دارد که یک مقام رسمی دستوری خاص را نسبت به مخاطبی خاص صادر می‌کند مثلاً مأمور پلیس به اتومبیل‌ها دستور حرکت می‌دهد و یا دادگاه میزان مشخصی غرامت را در اختلافی خاص برعهده شخصی خاص قرار می‌دهد. اما این خطاب چهره به چهره، شیوه استاندارد عملکرد قانون نیست؛ چراکه فارغ از آنکه گماشتن یک مأمور رسمی بر هر شهروند به جهت صدور دستور رسمی و جداگانه مخصوص او امری غیرممکن است، شیوه استاندارد عملکرد قانون این گونه است که قانون به دو معنا کلی است: اولاً قانون کلی است، چراکه یک شیوه رفتاری را دیکته می‌کند؛ رفتاری که منحصر به یک واقعه نیست، بلکه گسترده به شکل یک دستورالعمل است. ثانیاً مخاطب قانون یک فرد نیست بلکه به صورت پیش‌فرض اعضای یک کشور یا یک مذهب و ... است (مگر آنکه با ادله‌ای خاص محدوده آن گسترده یا محدود شود) و «این اولین ویژگی‌ای است که - اگر قرار باشد وضعیت مرد هفت‌تیرکش برای ما مختصات قانون را بازتولید کند- باید بدان افزوده شود» (Hart, 2012: 21).

۳.۲. صدور قانون به معنای دستور مستقیم آن به مخاطب نیست

هارت می‌گوید یک اصطلاحی میان حقوق دانان ازجمله آستین وجود دارد که می‌گویند مثلاً فلان قانون نسبت به مخاطبان بیان شد. او معتقد است که این اصطلاح در معنای لغوی ظاهری هیچ وقت منظور حقوق دانان نبوده است. اشتباه است که خیال کنیم از این دست عبارات استفاده می‌کند منظورش

1. Coercive orders.
2. Gunman situation.

خطاب چهره به چهره میان قانون‌گذار و مکلفان به قانون است. به مردم فرمان دادن نوعی از ارتباط است که طبیعتاً نیازمند طرف خطاب قراردادادن آنان است، اما قانون‌گذاری برای مردم ذاتاً مستلزم چنین ارتباط مستقیم و چهره به چهره نیست. قانون می‌تواند (در صورت نبودن قواعدی برخلاف آن) مخفیانه صادر شود و حتی مردم را مکلف سازد که خودشان ملزم به تتبع برای به‌دست آوردن محتوای آن باشند؛ هرچند این شیوه از تأثیرگذاری قانون می‌کاهد اما لزوماً اعتبار آن را از میان نمی‌برد.

اما برعکس در وضعیت مرد هفت‌تیرکش اگر این خطاب چهره به چهره و موردی نباشد اساساً دستوری شکل نگرفته است. اگر آن سارق بانک در یک اتاق خالی بگوید «یا پولها را رد کن یا شلیک می‌کنم»، هیچ دستوری محقق نشده است؛ چراکه مخاطبی ندارد. وجود مخاطب برای تحقق دستور سارق امری لازم و کافی است. حال آنکه برای تحقق تصویب قانون وجود چنین مخاطب چهره به چهره‌ای لازم نیست. بنابراین، اگر ما از اصطلاح «خطاب قانون» و یا «مخاطب قانون» استفاده می‌کنیم، منظورمان افرادی است که موضوع قانون قرار گرفته‌اند و قانون برای آنها تصویب شده، نه آنکه افرادی در یک گفتمان واقعی در برابر قانون‌گذار، شنونده فرامین او هستند. این تفاوت در مخاطب قانون و مخاطب دستور سارق بانک، تفاوتی است آشکار و «ما باید برای این تفاوت در استفاده از آن ایده ساده به‌عنوان نمادی از قانون جایی باز کنیم» (Hart, 2012: 22).

۳.۳. قانون، دستوری لحظه‌ای نیست، ثبات دارد.

«اگر بخواهیم مدل مناسبی از وضعیت‌های قانونی داشته باشیم باید تغییر بنیادی‌تری در وضعیت مرد هفت‌تیرکش بدهیم». هارت این تغییر را این‌گونه توضیح می‌دهد که هرچند سارق بر کارمند بانک تفوق و سلطه دارد، ولی این سلطه گذراست و به‌سرعت برچیده می‌شود. این سلطه به‌حدی گذراست که در اکثر نظام‌های حقوقی نشان‌دهنده موقعیت ارتکاب جرم است. تفاوت محرز سلطه قانون با این سلطه‌ها در ثبات و پایداری آنهاست. مردم وقتی از قانون سخن می‌گویند، شاخصه‌ای از پایداری در ذهنشان است که جز با قانونی دیگر نسخ و از میان نمی‌رود. قانون دقیقاً برعکس دستورات سارق، پایدار است. این صفت در آن مثال قابل بازتولید نیست (Hart, 2012: 23).

۴.۳. آیا عامه مردم از قانون اطاعت می‌کنند

«ویژگی مهم دیگری باید به وضعیت مرد هفت‌تیرکش اضافه شود اگر قرار باشد شبیه موقعیتی که در آن قانون وجود دارد بشود» و آن اینکه اکثر دستورات قانونی از سوی بیشتر مردم بیش از آنکه نادیده گرفته شود، اطاعت می‌شود. او قیدی را که آستین آورده است یادآور می‌شود که «عادت عمومی اطاعت»

مسئله‌ای است که باید در قانون رعایت شود و سپس خاطرنشان می‌سازد چنین قیدی اساساً در مثال سارق بانک قابل بازخوانی نیست (Hart, 2012: 24).

هارت در پایان فصلی که به معرفی نظریه فرمان اختصاص دارد، از رکن دوم نظریه آستین (مفهوم حاکمیت) گزارش می‌دهد. هارت می‌گوید از نظر آستین فردی که قانون را صادر می‌کند شخص یا نهادی است که بر جامعه خود مسلط بوده، از جوامع دیگر مستقل باشد. فردی که این صفت تسلط و استقلال را داشته باشد، از نظر آستین حاکم است و خواسته‌های او قانون موضوعه شمرده می‌شود (Hart, 2012: 24). یک بار دیگر گزارش هارت را مرور می‌کنیم. او یک بخش را به قالب‌های زبانی اختصاص داده است تا به مفهوم «فرامین اجباری» برسد و مثال مرد مسلح را برای آن مطرح می‌کند. عمده بخش دیگر به این مسئله پرداخته می‌شود که آن مفهوم و آن مثال توان تحمل ویژگی‌های بارز قانون را ندارد و آنگاه در یک صفحه و نیم آخر می‌گوید با اضافه کردن آن ویژگی‌ها بر مفهوم فرامین اجباری (هرچند که بر مثال قابل بارگذاری نیست) به مفهوم آستینی از قانون «دستورات کلی مجهز به تهدید است از سوی فردی که عموماً اطاعت می‌شود» و بلافاصله حاکمیت را از دید او تعریف می‌کند. این تمام ساختار گزارش هارت است در هشت صفحه؛ ساده و صریح (HART, 2012: 18).

۴. از مفهوم فرمان تا نظریه فرمان (آیا هارت گزارش صحیح از نظریه فرمان داده است؟)

برای توجه به مفاهیم اصلی یک نظریه و پیوندهای میان آنها و همچنین ارتباط میان مفاهیم اصلی و مفاهیم باواسطه، به این مثال توجه کنید. حقوق‌دانی با بررسی قوانین موضوعه یک کشور، شهردار را این گونه تعریف می‌کند: *شهردار شخصی است که برای اداره شهر از سوی انجمن شهر انتخاب می‌شود*. تعریف یادشده مبتنی بر چند مفهوم اصلی است؛ اداره شهر، انجمن شهر، و انتخاب شدن. این حقوق‌دان برای توضیح بیشتر ناچار می‌شود مفاهیم اصلی پیش گفته را تشریح کند و در این راستا به نحوه تشکیل و ساختار و سبک تصمیم‌گیری انجمن شهر، و معنای اداره شهر می‌پردازد؛ مثلاً می‌گوید انجمن شهر مجمعی است از منتخب ساکنان شهر که استاندار به وزیر کشور پیشنهاد داده، وزیر کشور از میان آنها سه نفر را انتخاب و به این سمت منصوب می‌کند. نحوه انتخاب به این صورت است که همه مصوبات باید به اتفاق آرا تصویب شوند. اداره شهر به معنای تنظیف و عمران شهر است. تمام این تعریف‌های تکمیلی را حقوق‌دان ارائه می‌دهد. اما مقصود اصلی تعریف شهردار است و مفاهیم بعدی که تعریف شده‌اند مفاهیم باواسطه بوده‌اند که در راستای تعریف اولیه، اما به صورت مستقل مطرح شده‌اند. با تغییر بنیادین قوانین، مفاهیم باواسطه متحول می‌شوند ولی چه‌بسا هیچ تغییری در تعریف اولیه به وجود نیاید و همچنان آن تعریف معتبر و کاربردی باشد. فرض بگیرید با تصویب قوانین جدید، هر سه مفهوم باواسطه عوض شده

باشد. انجمن شهر از میان شهروندان با انتخاب مستقیم مردم شهر تعیین می‌شوند. نحوه تشکیل جلسات و نصاب آرای تشکیل جلسات و نصاب آرای تصویب مقررات به موجب آیین‌نامه‌ای مفصل تدوین شده است و دیگر از آن لزوم اتفاق آرا خبری نیست. اداره شهر و مسئولیت‌های شهرداری دیگر محدود به تنظیف و عمران شهر نیست، بلکه حقوق و تکالیف بسیار متنوعی از تعیین دادستان گرفته تا توسعه فرهنگ و پدافند غیرعامل به آن اضافه شده است. این همه تغییر و توسعه می‌تواند خللی در صحت آن تعریف اولیه از شهردار وارد نکرده باشد و همچنان شهردار شخصی باشد که برای اداره شهر از سوی انجمن شهر انتخاب می‌شود.

حال اگر فردی در گزارشی که از تعریف آن حقوق‌دان ارائه می‌کند، به مفاهیم اولیه و مفاهیم باواسطه و پیوندهای میان آنها هیچ توجهی نکند، گزارشی ارائه کرده است که می‌تواند در مواردی تحریف نظریه آن حقوق‌دان باشد. مثلاً اگر این فرد در گزارش خود بگوید که از نظر حقوق‌دان، شهردار فردی است که از سوی سه نفر از منصوبان وزیر کشور برای تنظیف و عمران یک شهر به اتفاق آرا انتخاب شده است، این تعریف با کنار گذاشتن مفاهیم اولیه و مستقیم و جایگزین کردن آنها با مفاهیم باواسطه و عدم توجه به پیوندهای اولیه، تعریفی ارائه داده که مبهم، غیرجامع و غیرمانع است. این چنین گزارشی با قواعد منطقی و علمی ناسازگار است. او باعث شده است که هرگونه تغییر در داده‌ها و یا هرگونه اشتباه در یکی از مفاهیم باواسطه، به تمام ساختار تعریف اصلی سرایت کرده، آن را از انتفاع بیندازد.

هارت در گزارش نظریه آستین دقیقاً همین مسیر را رفته و نتیجه این شده که تعریف مستقیمی که آستین از قانون داده به کنار رفته و یک عبارت مبهم و نارسا جایگزین آن شده است. به شرحی که در بخش اول این رساله رفت، آستین به صراحت و سادگی قانون موضوعه را قانونی می‌داند که حکومت تصویب کرده است. این تعریف روشن که ارتکاز عرفی قریب به اتفاق کنشگران حقوقی بوده و هست در یک فرایند توضیحی از سوی هارت-درحالی که در مقام گزارش نظریه آستین در یک نسخه ارتقایافته و اصلاح‌شده است- به عبارت پیچیده و نامفهوم «دستورات کلی مجهز به تهدید که از سوی فردی که عموماً اطاعت می‌شود (HART, 2012: 24) قلب شده است. این نمایش تحریف به کارگردانی هارت در سه پرده انجام شده است.

۱.۴. پرده اول

هارت «مفهوم فرمان» از نظر آستین را به درستی گزارش می‌کند (Hart, 2012: 20). سپس مثالی را با اشکال متفاوت (مثل راهزن، گروه گانگسترها و ...) که از زمان قرون وسطی مطرح بوده است (Kelsen, 1944: 2008) در شکل سارق بانک برای مفهوم فرمان می‌آورد. این صحیح‌ترین گزارشی است که هارت از

بخشی از نظریه آستین داده است. انحراف در این است که او این بخش را به عنوان نقطه شروع و سنگ بنای توضیح «نظریه فرمان» قرار می دهد. نقطه شروع نظریه فرمان این است که مخاطب بداند آستین، قانون در معنای حقوقی آن را اراده و مصوبه حاکمیت و حکومت یک کشور می داند. نقطه شروع آن نیست که به مخاطب القا شود گروهی از دستورات وجود دارند که تهدید، ضمانت اجرای آنها در نظر گرفته شده است. تحریف نقطه شروع باعث تمرکز بر خصوصیتی می شود که منظور نظر نویسنده نبوده است. آنچه آستین را به وادی تعریف فرمان و تقید آن به ضمانت اجرای تنبیهی کشانده (که همه اینها موضوع اشکالات مهم و معروفی هستند که باید در جای خود مورد تدقیق قرار گیرند)، توضیح همان مفهوم اولیه و اصیل است. آستین در مقام اینکه بگوید اراده حاکمیت چیست، مجبور می شود فرمان و کلیت و عادت به اطاعت و استقلال و همه مفاهیم باواسطه و عرضی دیگر را توضیح دهد. اینکه این ساختار توضیحی و منطق تعریفی را کنار بگذاریم و محور را یکی از مفاهیم باواسطه قرار دهیم (چه بسا اصلاح پذیر باشد و از قضا این اصلاحات به ذهن هارت هم رسیده است که به آن اشارت دارد) (Hart, 2012: 20)، یکی از مهم ترین مراتب تحریف بوده که از سوی هارت انجام شده است.

۲.۴. پرده دوم

هارت در مقام گزارش نظریه آستین است. او مثال سارق بانک را بازگو می کند و سپس چند ویژگی را که از خصایص روشن قوانین است، مطرح می سازد. ویژگی هایی که هرچند مورد قبول آستین است، ولی در مثال سارق بانک، قابل بارگذاری نیست. به شرحی که در بخش دوم این مقاله آمد، چهار ویژگی را هارت برمی شمرد و بارها تأکید می کند که اگر بخواهیم به قرائت آستینی از قانون برسیم باید این ویژگی ها به آن مثال سارق افزوده شود. البته هارت قبول دارد که این ویژگی ها در موقعیت مرد هفت تیرکش قابل ترسیم نیست، اما از ما انتظار دارد که با تصور دستور مجهز به تهدیدی که در آن مثال آمده است، این خصیصه ها را هم مدنظر داشته باشیم و از ترکیب این دو به مفهوم مدنظر آستین که برای آن مثالی نمی زند، برسیم.

این مرحله از تحریف این گونه درک می شود که ما توجه کنیم چه نیازی دارد که آن ویژگی های چهارگانه با موقعیت سارق بانک به صورت مستقیم جمع شود؟ کلیت و نحوه صدور دستور خصیصه ای است که آستین نه در مقام توضیح مفهوم قانون موضوعه، بلکه در مقام تشریح مفهوم باواسطه قانون (اعم از موضوعه و غیر موضوعه) از آن به تفصیل بحث می کند. دو ویژگی دیگر، یعنی ثبات قانون و اطاعت عموم مردم از آن، را نیز آستین در مقام تشریح مفهوم باواسطه حکومت و حاکم مورد بحث قرار می دهد. چرا باید این چهار ویژگی مستقیماً در مفهوم فرمان وارد شوند؟ در این مرحله از تحریف،

پیوندهای مفاهیم باواسطه از یکدیگر گسسته شده، ربط مستقیم میان مفهوم باواسطه و تعریف نهایی برقرار شده است. تصور کنید کسی بخواهد یک مولکول آب را تجزیه کند و در تحلیل خود بگوید آب مولکولی است که از پیوند خاص میان یک اتم اکسیژن و دو اتم هیدروژن تشکیل شده است. اگر این دانشمند بخواهد در تشریح بیشتر تحلیل خود وارد توضیح اتم‌های اکسیژن و هیدروژن شود و در این راستا به نحوه عملکرد نوترون‌ها و الکترون‌ها و پروتون‌ها بپردازد، تعریف او از مولکول آب وارد لایه جدیدی شده، مفاهیم باواسطه‌ای مطرح می‌شوند. آیا ما در اینجا می‌توانیم یکی از مفاهیم باواسطه (مثلاً ساختار اتمیک اکسیژن) را محور قرار دهیم و سایر مفاهیم را بدون توجه به ارتباط دسته‌ای آنها با هم و استقلال هر دسته از دیگری، بر مفهوم اکسیژن بار کنیم؟ آیا می‌توانیم تشریح آن دانشمند از نحوه فعالیت الکترون‌های هیدروژن را به عنوان شاخصه‌ای که باید حول محور اکسیژن تحلیل شود گزارش کنیم؟ محور قرار دادن اکسیژن در آن مثال کاری است که هارت در پرده اول تحریف انجام داده است و مفهوم فرمان را با مثال سارق مسلح آن محور تحلیل آستین از قانون قرار داده است. تلاش برای تنقید آن مفهوم محوری به خصایص چهارگانه مانند آن است که بخواهیم ویژگی‌های اتمیک هیدروژن را حول محور اکسیژن در تحلیل آب قرار دهیم.

هارت به قدری به محوریت مفهوم فرمان در نظریه فرمان آستین اعتقاد دارد که برخی از اصلاحات در نظریه آستین را به این جهت که باعث می‌شود مفهوم فرمان او خاصیت اصلی خود را ازدست دهد انجام نمی‌دهد. او به قدری نظریه فرمان و مفهوم فرمان را به هم نزدیک می‌داند که در مواردی از نظریه فرمان به نظریه «مرد هفت تیرکش» تعبیر می‌کند (Hart, 2012: 63). گویی آن همه تأکید بر ارتباط میان قانون و حکومت در لایه اول و تعریف مستقیم و اصیل در ذهن هارت جایی باز نکرده است.

۳.۴. پرده سوم

پرده سوم درحقیقت بیان نتیجه دو مرحله قبل در قالب عبارات است. هارت در مقام جمع‌بندی نظریه فرمان به جای آنکه از عباراتی مثل «مصوبات حاکمیت» یا «الزامات حکومتی» که تعبیرهایی ساده و روشن در انتقال نظریه است، استفاده کند، از عبارت اختراعی «دستورات کلی مجهز به تهدید که از سوی فردی که عموماً اطاعت می‌شود» بهره می‌برد. به بیان دیگر، اشمئزازی که از عدم سنخیت مثال سارق بانک با حکومت قانون در ذهن نشسته است، با این عبارت نارسا و مبهم تکمیل شده، نظریه فرمان که در پرده دوم به صورت نادرستی بر محوریت مفهوم فرمان قرار داده شده بود، در این پرده آخر با لایه‌های زیرین آن جابه‌جا می‌شود. هارت که بنا دارد در فصول سوم و چهارم کتابش به نقد نظریه آستین بپردازد، در فصل کوتاهی که برای معرفی نظریه وی اختصاص داده، امانت‌داری و دقت را رعایت نکرده، یک

تصویر تحریف شده را به مخاطب معرفی و آستین را به این شکل ناتوان و شکست خورده، به کارزار نقد وارد می کند.

۵. تأثیر تحریف نظریه فرمان

۵.۱. مهوریت نظریه فرمان

امروزه نظریه فرمان، نظریه مهور و خارج از مناظرات فلسفه حقوق تحلیلی است. این مهوریت ریشه در مجموعه ای از اشکالاتی دارد که هرچند قبل از هارت هم مطرح بوده، ولی به صورت ساختارمند در کتاب هارت گردآوری شده است. با ملاحظه نظر متأخران بر هارت متوجه می شویم در کنار اشکالات مطروحه و شاید پیش و بیش از تأثیر آن اشکالات، تصویری که از مؤدای نظریه فرمان در ذهن ایشان نشست، باعث شده است آن را رها کنند. در این خصوص، دورکین نمونه ای شاخص است؛ فردی که یکی از پایه های فلسفه حقوق تحلیلی مدرن است و سبکی نوین در تفسیر حقوقی را پایه گذاری کرده است. همان طور که بعدها به این مسئله می پردازیم که در صورت بقای نظریه آستین در فلسفه حقوق مدرن، نظریه تفسیری دورکین می تواند متفاوت باشد. اما وقتی تصور از نظریه آستین را ارائه می دهد متوجه می شویم چقدر این ذهنیت متأثر از تحریف نظریه آستین از سوی هارت است. دورکین که گزارش خود از نظریه فرمان را به کلام منتقدان استناد می دهد، می گوید: «منتقدین اینگونه دریافته اند که تحلیل های آستین، به کلی واقعیت های مربوط به تصورات ما نسبت به قانون را نادیده گرفته و از محاسبه آن درمانده شده است. ما تفاوت مهمی میان قانون و دستورات کلی گانگسترها قائل هستیم. ما احساس می کنیم که محدودیت ها و مجازات های قانونی متفاوت اند از آن جهت که آنها طوری الزام آورند که فرامین افراد غیرقانونی آنگونه الزام آور نیستند. تحلیل آستین هیچ ظرفیتی برای بیان تفاوت این دو قسم با هم فراهم نکرده است؛ چراکه تعهد را به معنای در معرض تهدید قرار گرفتن تعریف کرده و بنابراین اقتدار قانون را تماماً بر اساس توانایی و اراده حاکم در مجازات متخلفان بنا نهاده است...» (Dworkin, 1977: 19).

مثال دیگر اندیشمندی مثل رز است که با آنکه جوهره نظریه فرمان آستین را درک کرده است و تکیه گاه آن را به درستی حاکمیت می داند، اما در تحلیل این نظریه به تبع و تحت اشراف هارت نتوانسته است اصالت لایه ها و استقلال مفاهیم اولیه را درک کند و به سرعت مفاهیم ثانویه را در تحلیل مفصلی که از نظریه فرمان ارائه نموده، جایگزین مفاهیم اولیه کرده است (Raz, 2003: 5).

از این روست که برایان بیکس می گوید: «... در سالهای اخیر اگر اندیشمندان و دانشجویانی باشند که با اندیشه های آستین آشنایی داشته باشند، این در نتیجه استفاده هارت از افکار آستین به عنوان مقدمه ارائه اندیشه های خود است؛ روشی که هارت با استفاده از آن در صدد است با ارائه نقاط ضعف نظریه فرمان

آستین ساختار کاملاً متفاوت خود از پوزیتیویسم حقوقی را توجیه کند» (Bix, 2009: 2) مهبجوریت آستین بسیار متأثر از عدم مراجعه به اصل کتاب آستین است. علاقه‌مندان فلسفه حقوق، نظریه آستین را از لنز عینک هارت مطالعه می‌کنند و به قدری تصویر تحریف‌شده نظریه فرمان در عمق ذهن آنها رسوخ کرده است که به راحتی اشکالات مفصل و پیچیده بعدی را بر اساس همان تصویر ناصحیح می‌پذیرند؛ به‌ویژه آنکه به تعبیر هارت در مقدمه‌ای که بر کتاب آستین نوشته است «متأسفانه انتقادات مطروحه در خصوص نظریه آستین از خود این نظریه شناخته‌شده‌تر است» (Austin, n.d.: xi). بر این اساس، دیگر محملی برای بررسی مسئله‌ای در فلسفه حقوق بر اساس نظریه آستین باقی نمی‌ماند. البته در این میان، اسکات شاپیرو، نظریه‌پرداز فعال و جوان فلسفه حقوق تحلیلی، نمونه استثنایی است که با درک صحیح از نظریه آستین، اشکالات مطروحه را فارغ از تحریف نظریه پذیرفته است (Shapiro, 2011: 54).

۵.۲. مقبولیت نظریه هارت

به هر حال، هارت با اثبات ناکارآمدی نظریه قدرت حاکمیت آستین، نظریه فشار اجتماعی خود را در تحلیل قانون موضوعه به عنوان جایگزین مطرح کرد. هرچه تحریف نظریه آستین بیشتر ما را به سوی نامطلوب بودن تصور آستینی از قانون پیش ببرد، ضرورت پذیرش نظریه‌ای که اشکالات قبلی را نداشته باشد تأثیر بیشتری بر مسامحه با نظریه علی‌البدل می‌گذارد (Bix, 2009: 8). فلاسفه دیگری نیز با برآیند بیکس هم‌نظر هستند که طرح نظریه آستین از سوی هارت، کارکرد مقدماتی برای قبولاندن نظریه خود داشته است (Kramer, 2018: 32). مسئله مسامحه با نظریه هارت آنجا جلوه می‌کند که توجه کنیم این نظریه در زمانه‌ای بروز کرده که نیاز به یک نظریه حقوقی مدرن احساس می‌شد؛ نظریه‌ای که بتواند ساختار قضایی و اجرایی را در قید قواعد و اصول مستقل از صلاحدید قضایی معرفی کند. رئالیسم حقوقی از یک سو با ادبیات و سبک استدلالی جدید سؤالاتی را در فضای فلسفه حقوق مطرح می‌کرد و از سوی دیگر برخی از استنتاجات آن با ارتکازات و یافته‌های وجدانی در فضای واقعی حقوق همخوانی نداشت. هر چند نظریه هارت در دوره پس از اوج رئالیسم آمریکایی مطرح شد، اما خلاً نظری آن تا آن موقع احساس می‌شد. مثال‌های قدیمی و ادبیات مندرس آستینی پاسخی مناسب برای این نیاز نبود. وانگهی در انگلستان در دوره فطرت آن، کسی یارای مقابله با جریان نوین فلسفه حقوق آمریکا را نداشت بر این اساس، پاسخی به نیازهای جدید با تکیه بر اندیشه آستین گزارش نشده است. آن نیاز و این فقر زمینه را برای پذیرش نظریه‌ای جدید فراهم می‌کرد (Duxbury, 2005: 54).

هارت بر این نیاز دانشگاهی واقف است و به ظرافت و فنانیت از این امتیاز بهره می‌برد. او یک نظریه خوش‌ساخت را که به علت تأخر زمانی، از ادبیات و ساختار مدرن‌تری بهره می‌برد به عنوان علی‌البدل یک نظریه قدیمی واضح‌البطلان مطرح کرده است. اما در جاهایی که نظریه خودش در معرض اشکال

اساسی‌ای که عیناً به آستین وارد شده است قرار می‌گیرد- با مغالطه تام- تحمل نظریه‌اش حتی با این ایرادات را بهتر از تمسک به آن نظریه «مرد هفت تیرکش» می‌داند. مرد هفت تیرکش مگر خالق غیر از هارت دارد؟ چرا تمسک به این کاریکاتور حقوقی به نفع هارت تمام می‌شود؟ (HART, 2012: 63)^۱.

۵.۳. محرومیت از پاسخ‌های احتمالی

با ازمیان رفتن مدل آستینی از مفهوم قانون، آنچه پیش‌تر بنیان کارکرد و تأثیرگذاری نظام حقوقی شناخته می‌شد و عبارت بود از سلطه و اراده و قدرت حاکمیت به کناری گذاشته شد. قانون به هر معنایی که تحلیل شود باید توضیح یک واقعیت را به‌طور صریح ارائه دهد و آن واقعیت، الزامی بودن مؤدیات قانون است. در مفهوم قانون تعارض منافع، اراده قانون‌گذار و خواسته شهروند، جایگاهی ندارد. در غیاب نظریه آستین و نظریه کلسن که بر همین مبنا (اراده حاکمیت) پدیده الزام را توضیح می‌داد، یکی از مشکلات فلسفه حقوق تحلیلی، ارائه جایگزین برای توضیح ماهیت اجباری قانون بود. هارت اذعان می‌کند که نظریه آستین چنانچه پایدار می‌ماند بسیاری از مشکلات فلسفه حقوق را می‌توانست پاسخگو باشد (HART, 2012: 20) در تئوری فرمان مفهوم قانون و نظام حقوقی به وضوح روشن است.

هارت این مشکل را با مطرح کردن تعهد اجتماعی و خاصیت هنجاری قانون برطرف کرد که این خود سرآغاز بحث‌های مفصلی بود که تعهد اجتماعی چه ضرورتی برای تحقق معنای قانون دارد و اگر شخصی به قانونی متعهد نباشد، آیا قانون بر او لازم‌الاجرا نیست؟ عدم تطابق مباحث نظری با واقعیات اجتماعی مسیری را در قبال مباحثات قرارداد که در نظریات متأخر، اصل تعهد محل تردید قرار گرفت که اساساً تعهد به قانون لازمه الزامی بودن آن نیست (Finnis, 2004: 25).

با ازمیان رفتن اقتدار حکومت به‌عنوان تنها منشأ تولید قانون موضوعه، فلاسفه حقوق به‌دنبال تکیه‌گاهی در جهت تولید قانون و فصل‌الخطاب بودن منازعات حقوقی بوده‌اند. هرمنوتیک حقوقی که دورکین با تکیه بر آن به توضیح و توجیه رویه قضایی کامن‌لا حتی در آرای متعارض می‌پردازد، بر اساس پوزیتیویسم هارت و روایت او از مفهوم قانون بنا شده است. در صورتی که اندیشه آستینی از میان نرفته

۱. یکی از مهمترین ایرادات هارت به نظریه فرمان این است که اگر حاکم مصدر قانون است چگونه می‌توان تصور کرد که قانونی وجود دارد در حالیکه آن حاکم از میان رفته است. عین همین ایراد به نظریه خود او وارد است که وقتی قاعده شناسایی یک جامعه تغییر می‌کند چه دلیلی وجود دارد که قوانینی وجود دارند که در دوره قاعده شناسایی سابق وضع شده‌اند. هارت به این اشکال جواب نمی‌دهد بلکه پاسخ را به حاشیه می‌برد که نظام پیچیده‌ای که او ترسیم کرده بر آن نظام حقوقی ساده آستینی (هارت در اینجا می‌گوید "بر آن وضعیت مرد هفت تیرکش") ارجحیت دارد و بعد با یک مثال بی‌ربط مسئله را فیصله می‌دهد.

بود و جایگاه حاکم به عنوان مصدر قانون حفظ می شد، تفسیر قانون به شیوه ای که دورکین درصدد توجیه آن است با اشکالاتی مواجه می گردید و تفسیر منطقی ای که به دنبال کشف قصد قانون گذار به عنوان یک حقیقت واقعی است، اولویت پیدا می کرد. تفسیر دورکینی به دنبال این است که تفسیر مولد^۱ را که خود اصالتاً به تولید قانون می پردازد، در اولویت قرار دهد؛ در حالی که چنانچه نظریه آستین پابرجا می ماند، تفسیر کاشف، رجحان و حتی ضرورت داشت (Dworkin, 1986 : 45).

۶. نتیجه گیری

آستین حکومت را یک پدیده عینی و قابل مشاهده در جامعه می داند و قانون موضوعه را بر پایه حکومت و حاکمیت بنیان می نهد. از دیدگاه او، حاکمیت معیار تحقق قانون موضوعه است. هارت در گزارش نظریه فرمان، آن محوریت بنیادین و جوهر ذاتی نظریه آستین (حکومت) را به حاشیه رانده، به شکل دیگری نظریه را گزارش می کند. هارت نظریه آستین را در یک نمایش سه پرده ای تحریف می کند. او به جای آنکه نظریه فرمان را بیان کند و برای توضیح آن به مفهوم فرمان برسد، محور تحلیل را بر مفهوم فرمان گذاشته، می خواهد از آن طریق به تحلیل قانون برسد. آستین قانون موضوعه را بر محور حاکمیت توضیح می دهد و هارت آن را بر اساس مجازات و قدرت تنبیه تشریح می کند.

ریشه چنین تحریف بنیادینی در این است که هارت اساساً نتوانسته است درک درستی از تفاوت میان نظریه فرمان و مفهوم فرمان داشته باشد و نظریه آستین را یک نظریه فوق ساده تصور کرده است که لزومی ندارد تفکیکی میان لایه های اولیه و ثانویه آن قائل شد. این ساده انگاری باعث شد که او عبارات ساده ای را که آستین برای تعریف قانون به کار برده است با عباراتی که برای تحلیل هر کدام از آن عبارات اولیه آمده جایگزین کند و متوجه نباشد که با این گزارش چه میزان برخلاف نظر مؤلف و معیار نقد حرکت کرده است.

امروزه فلاسفه حقوق آستین را از لنز عینک هارت می شناسند. بررسی اشکالات هارت فرع بر درک نظریه آستین است، اما وقتی چنین درکی از گزارشی تحریف شده به دست می آید، نتیجه آن می شود که برخی از بزرگان فلسفه حقوق مانند دورکین نظریه فرمان را معادل دستورات گانگسترها می دانند و برخی دیگر مانند رز، مفاهیم جایگزین شده از سوی هارت را به عنوان نظریه فرمان تلقی می کنند. در پی این مهجوریت، نظریه هارت در مرکز توجهات پوزیتیویستی قرار گرفته و اساساً در پاسخ به برخی سوالات مهم فلسفه حقوق تحلیلی معاصر مانند مبنای تعهد به قانون و شیوه تفسیر قضایی، نظریه فرمان و راه حل های احتمالی آن مد نظر نیست.

1. Constructive interpretation vs Conversational interpretation

References

A) Books

1. Austin, John. (n.d.). *The province of Jurisprudence Determined*. (H. L. Hart, Researcher). Noonday Press.
2. Dworkin, Ronald. (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
3. Dworkin, Ronald. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press.
4. Finnis, John. (2004). Natural Law: The Classical Tradition. In *The Oxford Handbook of JURISPRUDENCE and Philosophy of Law*. Oxford University Press.
5. HART, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*. Oxford University Press.
6. Kelsen, Hans. (2008). *Pure Theory of Law*. The Law Book Exchange.
7. Kramer, Matthew. (2018). *h.l.a HART The Nature of Law*. Polity.
8. Raz, Joseph. (2003). *The Concept of Legal System*. United States, New York: Oxford University Press.
9. Rumble, Wilfrid E. (2005). *Doing Austin Justice* (the reception of John Austin philosophy of law in nineteenth-century England). continuum.
10. Shapiro, Scott J. (2011). *Legality*. Harvard University Press.

B) Articles

11. Bix, Brian H. (2009). John Austin and Constructing Theories of Law. In *The legacy of John Austin's Jurisprudence*. Springer. [10.1017/S0841820900005257](https://doi.org/10.1017/S0841820900005257)
12. Duxbury, Neil. (2005). English jurisprudence between Austin and Hart. *Virginia Law Review*, 91.
13. Schauer, Frederick. (2009). Was Austin right after all? on the role of sanction in the theory of law. Presented at the GALA, university of California, Berkeley. 10.1111/j.1467-9337.2009.00441