

دو فصل نامه علمی - اختصاصی فقه و حقوق معاصر

سال چهارم، شماره هفتم، پاییز و زمستان ۱۳۹۷

صفحات ۵ تا ۳۶

روش شناسی حقوق کیفری ایران و غرب در مواجهه با احکام ثابت^۱

عادل ساریخانی^۲

چکیده:

فلسفه حقوق و از جمله فلسفه حقوق کیفری، با دو پرسش با نهادهای حقوقی مواجه می شود. سوال در مباحث معرفت شناختی، این است که «ماهیت حقوق چیست؟» اما در مباحث جدید روش شناختی در علم حقوق، در جستجوی جواب این پرسش هستند که «روش علم حقوق چیست؟» این دو پرسش متفاوت، به دنبال خود دوگونه فلسفه حقوق می آفریند که یکی به دنبال شناخت ذات و ماهیت حقوق است و دیگری در صدد شناخت علم حقوقی است که تحقق عینی دارد. پرسش و پاسخ نخست، بیشتر مربوط به فلسفه حقوق کیفری است که گرچه کمتر مورد بحث واقع شده است اما مباحث روش شناختی حقوق کیفری عمدتاً مغفول مانده است. اهمیت بررسی پرسش اخیر بویژه در کشور ما در آن است که ما به عنوان کشوری با نظام حقوقی مدون، قانون را مهمترین منبع حقوق می دانیم و در عین حال قوانین کیفری ما منشأ و مبنایی دوگانه دارند. برخی از آنها، یعنی جرایم غیر مستوجب تعزیر، از احکام ثابت شرعی در فقه جزایی اسلام سرچشمه می گیرند و برخی از جرایم تعزیری از احکام متغیر یا عرفی در فقه جزایی هستند. این مقاله به اختصار در صدد بررسی سوال دوم و پاسخ های متناسب در مواجهه منطق حقوق کیفری با احکام ثابت شرعی در نظام عدالت کیفری ایران است.

واژگان کلیدی: فلسفه حقوق کیفری، منطق ارسطویی، منطق حقوق کیفری.

^۱ - تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۲/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۸/۲۵

^۲ - اسناد تمام دانشکده حقوق دانشگاه قم adelsari@yahoo.com

مقدمه:

با نگاهی گذرا به تاریخ تحولات اندیشه فلسفی، درمی یابیم که اگرچه فلسفه محض با هستی‌شناسی^۱ و انسان‌شناسی^۲ آغاز شد؛ ولی این کانت^۳ بود که با تلفیق آموزه‌های تجربه‌گرایانی چون جان لاک^۴ و دیوید هیوم^۵ و عقل‌گرایانی چون دکارت^۶ و لایپ‌نیتز^۷، کانون توجه را در همان فلسفه از هستی‌شناسی به معرفت‌شناسی^۸ تغییر داد. (منزه، ۱۳۹۲: ۱) معرفت‌شناسی یا شناخت‌شناسی شاخه‌ای از فلسفه است که به عنوان نظریه چستی معرفت و راه‌های حصول آن تعریف می‌شود (طباطبائی، ۱۳۷۴: ۱۳۵) و این کانت بود که اول بار، معرفت‌شناسی را از روش‌شناسی تفکیک نمود. (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۲۱) بنابراین از آغاز پیدایش فلسفه در یونان باستان تا دوران جدید، معرفت‌شناسی در ضمن مباحث هستی‌شناسی و انسان‌شناسی فلسفی مطرح بود؛ ولی در دوره جدید و معاصر، «معرفت‌شناسی» به عنوان محور اصلی مباحث فلسفی قرار گرفت و به صورت یک علم مستقل، ظهور یافت. (خسروپناه، ۱۳۸۴: ۲۵)

در عرض معرفت‌شناسی، روش‌شناسی در هر علم، راه‌های علمی نیل به شناخت آن علم را بیان می‌کند. «متدولوژی شیوه‌های حقیقت‌پژوهی است و حقیقت‌پژوهی مقدمه و نیز محصول شناخت است.» (ضیائی بیگدلی، ۱۳۸۴: ۸) زیرا «علم حقوق را همچون پدیده‌ای تاریخی نگریستن و آن

-
- 1- Ontology
 - 2- Anthropology
 - 3- Immanuel Kant
 - 4- John Locke
 - 5- David Hume
 - 6- René Descartes
 - 7- Wilhelm Leibniz
 - 8- Epistemology

را پس از تحقق خارجیش، با تمامیت فرازاها و نشیب‌ها کاویدن، کارمعرفت‌شناسی پسینی و روش‌شناسی در فلسفه علم حقوق است.» (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۲۶)

البته روش‌شناسی، علیرغم داشتن ریشه فلسفی، زاده روش تحقیق علوم تجربی، یعنی استقراء است. با این وصف، می‌توانیم چون هارت^۱ «مسائل فلسفه حقوق» را در سه محور کلی مطالعه کنیم، یعنی در مسائل مربوط به تعریف و تحلیل حقوق، مسائل مربوط به استدلال حقوقی و مسائل مربوط به نقادی حقوق. (هارت، ۱۳۸: ۱۶۴) بنابراین در کنار (۱) هستی‌شناسی حقوقی^۲ که در پی یافتن جوهر حقوق و پاره‌ای مفاهیم مانند دموکراسی، دولت یا شخص است و (۲) معرفت‌شناسی حقوقی^۳ که امکان دستیابی به شناخت‌های فوق‌را بررسی می‌کند و (۳) غایت‌شناسی حقوقی^۴ که منظور آن تعیین هدف‌های حقوق است باید از گزینه چهارمی هم نام برد و آن منطق حقوق^۵ است که در جستجوی تجزیه و تحلیل استدلال حقوقی است. (برهانی، ۱۳۸۸: ۸-۲۷)

لازم به ذکر است که تبیین موضوع بر اساس تقدم مباحث معرفت‌شناختی بر مباحث روش‌شناختی از آن روست که «پیش و بیش از طرفداری از یک نظریه، ابتدا بایستی ملزومات و استلزامات منطقی و اقتضائات ذاتی آن نظریه را از نظر گذرانند. بررسی و مقایسه نتایج یک نظریه در عرصه عمل، هم معیار مناسبی جهت ارزیابی است و هم مسیر صحیحی به منظور تحلیل. نگاه مجرد و انتزاعی به مفاهیم و نظریه‌ها، بدون توجه به آثار و نتایج منطقی پذیرش آنها، منجر به اصلاح بخشی از واقعیت می‌شود علیرغم اینکه در سرتاسر نظام فکری و در بحث ما نظام عدالت کیفری، تناقض و عدم انسجام ایجاد می‌نماید.» (همان: ۱۰) توضیح اینکه مخالفان

^۱ -H.L.A. Hart

^۲ -Legal Ontology

^۳ -Legal Epistemology

^۴ -Legal Deontology

^۵ -Legal logic

صورتگرایی حقوقی اعمّ از مکاتب حقوق طبیعی^۱، اثبات گرایان حقوقی فراگیر^۲ و غیره، که در عرصه معرفت شناسی بین «حقوق موضوعه» و «حقوق مطلوب» تفاوت قائل هستند، نمی توانند در عرصه روش شناسی ولو بطور نسبی یا حداقلی، «نتیجه محوری» را از فرآیند تصمیم گیری کیفری حذف و نسبت به هر نتیجه نامعقول و مغایر با قواعد «حقوق مطلوب» مدنظرشان، بی تفاوت باشند. در حالی که صورتگرایان حقوقی، حقوق موجود و مطلوب را یکی دانسته و عقلانیت حاکم بر فرآیند تصمیم گیری کیفری را به مدد منطق صوری، کافی و وافی به مقصود دانسته و تامین عدالت صوری و نظم را عین تامین عدالت ماهوی و انصاف می دانند. در این میان، نظریه عملگرایی حقوقی در عین نادیده گرفتن «دو انگاری» مذکور، نتیجه محور است.

در فلسفه حقوق کیفری بویژه در بعد روش شناختی، بدلیل عدم انسجام نظری نظام حقوق کیفری ایران، بایستی بر اساس مبانی مورد قبول نظام حقوقی و سیاسی حاکم اقدام نمود. مهمترین تأثیر آموزه های فقهی بر این پژوهش دو انگاری احکام ثابت شرعی و احکام متغیر شرعی یا احکام عرفی است که هر یک استلزامات منطقی خاص خود در عرصه معرفت شناسی و اقتضانات ویژه خویش در عرصه روش شناختی را دارا می باشد. این پژوهش روش تحقیق یا منطق حقوق کیفری ایران را در مواجهه با قسم اول از این احکام کیفری، یعنی احکام ثابت بررسی می کند.

بخش اول: جایگاه منطق حقوق در فلسفه حقوق

بطور کلی فلسفه حقوق و از جمله فلسفه حقوق کیفری، با دوگونه پرسش به سراغ موضوعات و نهادهای حقوقی میرود. در مباحث معرفت شناختی، فلاسفه به دنبال پاسخ این سوال هستند که «ماهیت حقوق چیست؟» اما در مباحث روش شناختی در علم حقوق، در جستجوی جواب این پرسش هستند که «روش علم حقوق چیست؟»^۱ اولی در پی شناخت ذات و ماهیت حقوق است؛ شناختی پیشینی و ناوابسته به بستر تاریخی علم حقوق و دیگری، در پی شناخت علم حقوقی

^۱- Natural Law

^۲-Inclusive Positivism

است که تحقیق عینی و واقعی یافته؛ شناختی پسینی و وابسته به جریان تاریخی آن است.» (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۲۵)

روش شناسی از علوم طبیعی آغاز شد. تجربه گرایان و اثبات گرایان بیش از هر چیز مفتون روش علوم تجربی، یعنی استقراء بوده و هستند. بدین معنی که از مشاهده امور جزئی و تعمیم آنها، به فرضیه ای علمی و کلی می رسند. حال اگر تجربه مکرر و بیشتر، فرضیه او را در عمل صحیح دانست، به قانون علمی تبدیل می شود و اگر کذب آشکار شود، ابطال می شود. اما کارل پوپر این دیدگاه تجربی را به نقد کشید. به نظر وی «این نظریه که «همه قوها سفیدند» همچنان یک نظریه ای است علمی؛ چه نظریه علمی آن نیست که با تجربه اثباتش کنند؛ بل نظریه ای است که با تجربه ابطالش کنند. بالقوه می توان گزاره یادشده را با پیش کشیدن فقط یک قوی سیاه ابطال کرد. بدینسان فقط گزاره هایی که قدرت ابطال و نقد را از مخاطب باز می ستانند، غیر علمی اند. این ادعا که «هرگاه فرشتگان بر ابرها شلاق زنند، باران می بارد» گزاره ای است غیر علمی... مدعی این نظر، فارغ البال می تواند هر باریدنی را نشانه ای قطعی بر تازیانة زدن فرشتگان بداند و هر نباریدنی را نتیجه تازیانة زدن آنان بشمرد و بدینسان، جای نقد برای دیگران باقی نگذارد. پس تئوری علمی آن است که ابطال پذیر باشد و راه ابطال هرچه بازتر باشد، آن نظریه، علمی تر است.» (همان: ۳۰)

به عبارت دیگر، روش استقرائی علوم تجربی غالباً این گونه است که اگر کل قوهای دنیا را ۱۰۰ قو بدانیم، علمی بودن ادعای «همه قوها سفیدند» با مشاهده یک قوی سفید تبدیل به فرضیه می شود و با دیدن قوی سفید بیستم و سی ام به قانون علمی تبدیل می شد. این ضابطه مبتنی بر نظریه معرفت شناختی «آئینه طبیعت بودن ذهن» است و از این رو، معیار علمی بودن نظریات صادق و منطبق با واقع «اثبات پذیری به روش استقرائی و تجربی» می باشد. اما با وجود یک قوی سیاه، علمی بودن آن باید کنار نهاده می شد. اما اگر مانند پوپر «ابطال پذیری تجربی» را جای «اثبات پذیری استقرائی» معیار علمی بودن نظریه ای بدانیم؛ با ارایه یک قوی سیاه، نظریه

¹ -Karl Popper

«همه قوها سفید نیستند» و «اکثریت قریب به اتفاق آنها سفیدند»، هر دو علمی هستند. بعد اگر ۱۰ تا قوی سیاه دیده شد، نظریه «اکثریت مطلق قوها سفیدند»، نیز علمی است. همچنین اگر ۴۰ تا قوی سیاه دیده شد، نظریه «اکثریت نسبی قوها سفیدند» هم علمی است. همینطور که اگر ۷۰ تا قوی سیاه دیده شدند، نظریه «برخی قوها سفیدند» نیز علمی خواهد بود و قس علیهذا.

مبحث اول: تفاوت روش علوم تجربی و علوم اجتماعی

در علوم طبیعی چون ما قادر به خلق جهان نیستیم، فلسفه، رنگ «تحلیلی» به خود می گیرد و فقط محدود به توصیف از هستی و هستی شناسی است. اما در علوم اعتباری و حقوق اینطور نیست. زیرا ما علاوه بر چیزهایی که هست، یک سلسله اوامر و نواهی ویا «بایدها و نبایدها» داریم. این تفاوت در طبیعت علوم طبیعی و طبیعت فقه و حقوق است نه اینکه تفاوت در فلسفه باشد یا آن را مشترک لفظی بدانیم. فلسفه همان تعقل است، یافتن علت است. حقوق چون موضوعش اوامر و نواهی است، طبیعی است که توصیه ها در آن بیشتر از توصیف ها باشد. ولی در فلسفه محض که درباره جهان هستی است، گزارش ها بیشتر از توصیه ها اهمیت دارند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۷-۱۵۶) چه «اثبات پذیری استقرائی» را معیار علمی بودن نظریه ای بدانند و چه «ابطال پذیری تجربی» آن را، از قرن ۱۶ میلادی به بعد، «آهت و جاذبه علوم طبیعی، دانش های انسانی و اجتماعی و حتی هنر و ادبیات را نیز زود متأثر ساخت. جان استوارت میل (John Stuart Mill) به قوانین علمی/اجتماعی همچون قوانین علمی/طبیعی باور داشت... با فروکش التهاب حقوق طبیعی، مباحثی جدید درباره علوم انسانی و روش آن در گرفت. چنین به نظر می رسد که روش مطالعه علوم اجتماعی با علوم طبیعی متفاوت است؛ چه پدیده ای که علوم اجتماعی مطالعه اش می کنند، انسان است نه ماده بی روح طبیعی. ماده فیزیکی، رفتار خود را فهم نمی کند، نه معنایی دارد و نه هدفی. این عالم طبیعی است که فقط وقایع را مطالعه می کند اما عالم علوم انسانی، بیشتر به فهم ارزش ها متمایل است. برای فهم ارزش ها و معانی نهادها و رفتارهای اجتماعی، باید موضعی درونی داشت نه بیرونی و این همان شیوه تفسیری یا شیوه هرمنوتیکی است؛ روشی که در برابر شیوه علمی و تجربی قرار می گیرد.

دانشمند اجتماعی باید خود را به جای انسان‌های موضوع مطالعه اش بنهد و با آنان همجوشی و همدلی کند تا به تفهیم تجربه‌شان توفیق یابد. (= موضع درونی)... پوپر اما همچنان به یکسانی روش‌شناسی علوم طبیعی و علوم اجتماعی باور دارد و رمز این یکسانی را در ابطال‌پذیری می‌داند... اگر بتوان گزاره‌های مرحله‌دواری را به شکلی ابطال‌پذیر عرضه کرد، علوم انسانی نیز همچون علوم طبیعی، عینی و همگانی خواهند شد. هیچ‌گاه منبع علم مهم نیست؛ دانشمندی که تئوری خود را از کتابی مقدس یا عقیده‌ای جزمی یا اضغاث احلام یا استقراء اخذ کرده است (= مقام کشف) ولی در توجیه آن (=مقام داوری) به دیگران نیز فرجه‌نقد نیز می‌دهد، علمی سخن گفته است. نقد این اندیشه نیز نه به تکذیب منبع، بل با ابطال خود گزاره است. پس مراد از عینیت در دانش، بی‌طرف بودن شخص عالم نیست، بل عینیت روش پژوهش اوست. هیچگاه از دانشمند نباید و نمی‌توان خواست که از پیش داوری‌های ارزشی و عقیدتی و مذهبی خویش تهی شود؛ چه علم با وضع اجتماعی و سیاسی جامعه محفوف است. لیکن اگر نقد آراء و اندیشه‌های عالم ممکن باشد، علم او عینی است. بدینسان دانش همواره اجتماعی است و هیچکس نمی‌تواند بی‌تعاطی با دیگران، برای خود دانشمند باشد. (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۷-۳۲)

در روش‌شناسی علم حقوق و یا همان منطق حقوق، همزمان باید به دو خصوصیت خاص علم حقوق در بین علوم اجتماعی توجه نمود. نخست اینکه حقوق پدیده‌ای اجتماعی (= نهادی) است. حقوق از مهم‌ترین اعتبار‌های انسان است. مقصود از نهادهای اعتباری، قراردادهای انسانی است که با اهداف مختلف همچون سامان بخشی به زندگی دنیایی منعقد می‌شوند و به خلاف مفاهیم عینی، وجودی خارجی ندارند و در زمان و مکان متغیرند. گزاره‌هایی که به امور غیرواقعی و اعتباری ناظرند، گاه «است» دارند و گاه «باید». اما این «است» نه استی حقیقی که استی مجازی و استعاری است. گزاره‌های قانونی گاه تکلیف به انجام یا ترک فعلی می‌کنند و گاه از نهادی خبر می‌دهند؛ لیکن این خبر به واقع، انشاء اعتبار است نه اخبار از واقع. دیگر اینکه حقوق پدیده‌ای است هنجاری. بدین بیان که علی‌الدوام دلیلی را برای عمل انسان فراهم می‌آورد. قاعده حقوقی راهنمایی برای رفتار زندگی اجتماعی انسان است، پس حقوق، حکمتی عملی است

که قاعده مندانه، حجتی برای عمل و رفتار انسان می آفریند. تفاوت میان نهادی و هنجاری بودن حقوق، به تسامح، همچون تفاوت احکام وضعی و تکلیفی در فقه است. گاه حکمی درباره انجام یا ترک کاری است (=حکم تکلیفی=هنجاری) و گاه درباره حدو قید یا وصف و نعت کار انسان. همت حقوق شناسی هم توصیف حقوق است و هم تبیین چهره تکلیفی آن و این، همان معضله روش شناختی حقوق است که در دیگر دانش های اجتماعی کمتر می توان دید. (همان: ۳۷-۴۰)

از دیدگاه هارت، « حقوق با فیزیک و شیمی متفاوت است؛ حقوق آفریده انسان است برای خدمت به اهداف انسانی؛ نهادی نیازمند بازیگری آدمی. فهم هر امر اجتماعی و از جمله حقوق، با تبیین هر امر فیزیکی و شیمیائی و زیست شناختی متفاوت است. ... رویکرد تجربی هر فایده ای داشته باشد، برای فهم کامل حقوق کافی نیست. متدولوژی علوم تجربی برای فهم ساختارهای اجتماعی و هنجاری غیر مفید است. (همان: ۶-۶۵) ... ناظری که رفتاری اجتماعی و منظم را فقط توصیف می کند و به وجه درونی آن نمی پردازد همواره به خطا خواهد رفت. همچون کسی که به مشاهده رفتار اتومبیل ها در پشت چراغ ترافیک ... می پردازد. مشاهده عینی او چنین نتیجه می دهد که وقتی چراغ قرمز می شود، اتومبیل ها می ایستند. برای او چراغ قرمز علامت توقف است همچنان که ابر علامت باران. این نظریه توصیفی علی/تبیینی از حقوق؛ چه این مشاهده گر قرمز شدن چراغ را علت توقف اتومبیلها می پندارد ... اما مشاهده گر درونی قرمز شدن چراغ را دلیل توقف اتومبیل ها می داند، دلیلی که از سر اختیار انتخاب می کند و ای بسا راننده ای که عبور از چراغ قرمز را به ایستادن در پشت آن ترجیح دهد. ایستادن پشت چراغ قرمز قاعده است لیکن گوش کردن به موسیقی در همان لحظه، عادتی است برای راننده. «(همان: ۷۰-۶۹)

امروزه گروه بسیاری از حقوقدانان قاره ای خواهان یک آزادی عمل بیشتر برای تطبیق قانون با اوضاع و احوال و استنباط قضایی هستند. آنها مدعی اند که قوانین موضوعه اغلب ناقص، ناعادلانه و دارای ملاحظات نادرست هستند. فرانسوا ژنی (Geny Francois)، ارلیش (Ehrlich) و جیمِلین (Gmelin) معتقدند: «قضات به عنوان مفسران جامعه از برداشت

جامعه از مفهوم نظم و حقوق باید نواقص قانون را برطرف کنند، موارد مشکوک و مبهم را اصلاح کنند و نتایج را با عدالت هماهنگ کنند. از طریق شیوه ای از تصمیم‌گیری آزاد (= تحقیق علمی آزاد) (Libre Recherche Scientifique) دادگاه‌ها باید دنبال وضوحی در مبان عوامل اجتماعی از هر نوع آن باشند که نیروی حیاتی پشت سر حقایقی است که آنها با آن مواجه می‌شوند.» (Cardozo, 1921: 11) قدرتی که بدین ترتیب در دستان آنهاست، بسیار بزرگ است و مانند هر قدرت دیگری، موضوع سوءاستفاده قرار می‌گیرد. اما ما نمی‌توانیم از اعطای آن به قضات شانه خالی کنیم. ارایش می‌گوید: «هیچ تضمینی برای عدالت وجود ندارد بجز شخصیت قاضی.» (ibid) این نوع روش تحقیق در حقوق، جزء مشکلات جاری کشور و حقوق ماست. در زمینه قانون اساسی من فکر می‌کنم که روش تحقیق علمی آزاد رویکرد غالب امروزه باشد. بنابراین تفسیر امروزه توسعه یافته و چیزی فراتر از تحقیق معنی قانون و اراده قانونگذارانی است که اراده جمعی آنها بیان شده است. تفسیر مکمل آن - بیان است و خلاءهای آن را پر میکند با همان فرآیند و روش‌هایی که قانون مرسوم بوسیله آنها وضع شده است. از منع ژوستینین از هر نوع تفسیر از فرآورده‌های قانونگذاران تنها به عنوان امری بیهوده و بی‌فایده یاد می‌شود. ما وقتی وارد قلمرو رمز و راز می‌شویم که قانون اساسی یا قانون موضوعه ساکت اند و قاضی باید در حقوق عرفی دنبال قاعده ای بگردد که متناسب با دعوی باشد. قاضی به تعبیر روشن بلکستون باید: «سروش غیبی زنده قانون» (living oracle of the law) باشد. (ibid: 13)

مبحث دوم: ماهیت و چیستی منطق حقوق

منطق حقوق در واقع همان مبادی استدلال است و ارتباط بسیاری با علم اصول دارد. اصول، مجموعه ای از ابزار استنباط است. این ابزارها به ما کمک می‌کنند که احکام شرعی را از میان ادله شرعی استنباط کنیم. از این رو با علم اصول نمی‌توان موضوعات را از عالم خارج استنباط کرد. البته از این ابزار برای استنباط احکام عرفی و عمومی از علوم هم می‌توان استفاده کرد. درون هر سیستم حقوقی اهل این علم را شیوه اجتماعی خاص هست. در هر مسئله حقوقی که

اختلاف نظر وجود دارد و صاحبان نظرها دلایل خاص خود را دارند آن دلایل را گرد آورده و مورد نقد و بررسی قرار می دهند و نظر مرجوح را با ادله رد می کنند و نظر راجح را با ادله می پذیرند. مولفان فقه در اسلام و مولفان حقوق روم و اعمار آن با وجود اختلاف در منابع این کار را می کنند و می توان آن را «اجتهاد در داخل سیستم» نامید. زیرا اهل اجتهاد در یک سیستم حقوقی ابداً به اجتهاد در سیستم حقوقی دیگر توجه ندارند و آن را امری عبث و زاید می پندارند. نه از فقیه انتظار اجتهاد در حقوق فرانسه می رود نه از حقوق دان فرانسوی انتظار اجتهاد در فقه اسلامی. اما اگر کسی از این دیوار بلند عبور کند و برای مسئله حقوقی مشترک، از دلایل هر دو نظام آگاه شود، چه عیبی دارد؟ جز اینکه نتیجه حاصل برای وی از سه حال خارج نیست. در هردو سیستم سابقه ندارد که هم بدان عمل می شود و هم بر علم دو نظام افزوده. یا در هر دو سیستم وجود دارد که یافتن همین وجه اشتراک ها و افزودن دلایل نظر راجح در نظامی به نظام دیگر خود ارزش مند است. و یا اینکه نتیجه حاصل در یکی هست و در یکی نیست. که در این صورت تلاش می کند تا وجه اشتراکی برای آنها بیابد و اگر نیابد، دلیلی بر افتراق دو سیستم خواهد یافت و به هر حال علم حقوق توسعه خواهد یافت. بدین ترتیب، «مدار بسته» بودن، آفت تحقیق علمی در حقوق است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۴۵)

به هر تقدیر، ارسطو بنیانگذار منطق در کتاب ارغنون، استدلال را به دو گونه «استدلال تحلیلی» و «استدلال دیالکتیکی» تقسیم می کند و استدلال تحلیلی را استدلالی می داند که از مقدمات ضروری به برکت یک استنتاج درست، به نتایجی به همان اندازه ضروری یا واقعی می رسیم. (الشریف، ۱۳۹۱: ۱۴۷) به نظر وی قالب استدلال تحلیلی، قیاس یا برهان است. در استدلال های تحلیلی، استدلال اساساً نیازمند «انسان» نیست که در وصف شرایط تصمیم گیری وی بحث ها در گیرد. لغت دیالکتیک مثل اکثر کلمات فلسفی اروپایی یک کلمه یونانی است و در اصل دو معنی داشته است: «کلمه یا گفتار» و «دلیل». پیشوند «دیا» معنی مقابله و معارضه را می دهد و به همین جهت مسلمین آن را «جدل» ترجمه کرده اند و وقتی آن را به صورت مصدر بکار ببریم، معنای آن مذاکره و مجادله است و وقتی به عنوان صنعت بکار ببریم، معنای آن، فن

مباحثه و مجادله است. پس در معنای لغوی، معنای آن فن گفتگو است که مراد از آن إسکات خصم است. اما علم بلاغت، هنر شیوا سخن گفتن است. (مطهری، ۱۳۷۴: ۸۳۰) بدین ترتیب استدلال دیالکتیکی در قالب جدل منطقی، که ماهیت اصلی قضاوت را تشکیل می‌دهد، در هیچ حالتی از عنصر انسانی بی‌نیاز نیست و انجام آن را نمی‌توان به ماشین واگذار نمود یا بصورت ماشینی و خودکار توسط انسان برزوداد. بنابراین در فقه اسلامی و در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا، هر انسانی شایسته مقام «قضاوت و تصمیم‌گیری قضایی» نیست و برای انتصاب به این سمت، ویژگی‌های خاصی غیر از علم و دانش حقوقی، باید احراز شوند. در حالیکه فاسق‌ترین ریاضی‌دانان، حاصل جمع دو با دو را، بالضروره چهار اعلام خواهد کرد.

بنابراین با تعریفی که از حقیقت و حقوق در مباحث معرفت‌شناسی حقوق ارایه می‌شود، در بعد روش‌شناسی هم بالتبع آن تعاریف، نمی‌توان استدلال حقوقی را یکسره تابع منطق صوری و صورت آنها را منحصر به برهان دانست. کما اینکه مانع از آن می‌شود که یگانه راه درست استدلال در حقوق را به تبعیت از ارسطو، «استدلال دیالکتیکی» و به تعبیر پرلمان (perelman)، «منطق خطابی» (Informal logic) بنامد. مشکل ارتباط علوم تجربی و حقوق در این است که در علوم تجربی به واقعیت‌ها می‌رسند؛ ولی حقوق علم امر و نهی است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۰۹) با این حال، بنظر برخی فلاسفه و حقوق‌دانان همانند واقع‌گرایان و عملگرایان حقوقی، روش تحقیق علوم تجربی را می‌توان در حقوق بکار بست و باید چنین کرد.

بدین ترتیب، برخی فلاسفه حقوق همچون عملگرایان حقوقی (Legal Pragmatist) در بعد روش‌شناسی هم با صورت‌گرایانی که خواهان فروکاستن استدلال حقوقی و به عبارت اصح «فرآیند تصمیم‌گیری قضایی» به استدلال تحلیلی تحت نظامات منطق صوری و در هیأت برهان هستند، سرستیز دارد و هم با جنبش مطالعات انتقادی حقوقی (Critical legal Studies=CLS) که اساساً کاربر است هر گونه استدلال تحلیلی را در فرآیند قضاوت منکرند. واقعیت و حقیقت، آن است که استدلال حقوقی تلفیقی از هر دو نوع استدلال است و لکن عملگرایان حقوقی، وجه غالب را به استدلال خطابی می‌دهند.

همین دخالت عنصر شخصی در فرآیند تصمیم‌گیری قضایی است که وجه ممیزه منطبق‌صوری یا ریاضی یا قیاسی از منطق خطابی یا دیالکتیکی یا اقلت‌گرای است. منطق حقوق یک دیکته پیشینی بر مبنای استدلال حقوقی نیست بلکه به تعبیر دیوئی، استدلال حقوقی بیشتر محصول تحقیق و بررسی است. (Kellogg, 2010: 25) در منطق صوری یا ریاضی، بویژه در پرتو اندیشه‌های دکارت، با رویکردی ضدروانشناختی «بین‌فعالیت فاعل‌شناسایی به عنوان استدلال‌کننده و متعلق و موضوع این فعالیت.» (الشریف، ۱۳۹۱: ۱۴۸) تمایز دقیق وجود دارد. در این حالت عامل استدلال چه انسانی هوشمند و دارای عواطف و آرمانهای متعالی باشد و چه ماشین حساب، نتیجه محاسبه یکسان است. «از این روست که منطق جدید کاملاً به سمت نمادین شدن پیش رفته و بحق نام منطق رمزی یا سمبلیک را بر خود نهاده است.» (همان: ۱۴۹)

بویژه در موارد «سکوت یا تعارض یا اجمال یا ابهام یا نقص» قانون، تشخیص قاعده حقوقی حاکم، مجال گسترده‌ای را برای دخالت عامل استدلال‌گر در عملیات «استنباط» و استدلال حقوقی را برای دادرس فراهم می‌آورد. هیچ عقل سلیمی خواهان نظارت بر نحوه محاسبه جمع دو عدد ریاضی بوسیله یک ریاضیدان فاسق یا یک ماشین حساب قدیمی و مستعمل نمی‌شود اما در تمام نظام‌های حقوقی دنیا، رسیدگی‌های حقوقی بویژه در امور کیفری، چند درجه‌ای است تا نه حقی از شاکی و جامعه تضییع شود و نه از متهم. علت هم وجود تخلف‌ناپذیر «اشتباهات قضایی» است. هیچ قانونی حتی در حوزه احکام ثابت شرعی، چنان تنظیم نشده است که تنها تاب یک «تفسیر» راداشته باشد و دادرس رابه «تنها نتیجه درست» در فرآیند تصمیم‌گیری خودرهنمون شود. در صورت‌گراترین و یا تحقیقی‌ترین نظام‌های حقوقی، باز هم آنچه به عنوان قانون اجرا در مراجع قضایی اجرا می‌شود، «چیزی جز تلقی و فهم قاضی از قانون نیست.» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۴) تمام فقهای مسلمان در پی کشف اراده شارع مقدس هستند. اما چیزی جز دخالت همین عنصر انسانی و «تصمیم‌گیری» و «انتخاب و ترجیح» آن انسان‌های دانا و پرهیزگار در فرآیند تصمیم‌گیری‌اشان است که لمعه‌ای که شهید اول با خون خود در زندان می‌نویسد، در طول قریب به ۷۰۰ سال تدریس در حوزه‌های علمیه امامیه، به دوره ۱۵۰

جلدی موسوعه الفقه آیت الله سید محمد حسینی شیرازی تبدیل می شود. این اختلافات پردامنه در استنباط احکام شرعی از منابع فقهی و صرفاً به قصد کشف اراده شارع مقدس ظهور و بروز کرده است.

هیچ گاه کار فلسفه، کار گزارشی تنها نیست. شاطبی از فقهای است که به فلسفه فقه بسیار توجه کرده است. او در کتاب الموافقات می گوید: «اگر اجرای بعضی از قواعد فقهی موجب از بین رفتن مصلحتی شود که مورد توجه شارع است، باید از اجرای آن قاعده خودداری کرد.» این کار توصیفی نیست، معماری، اصلاح و طرح ریزی است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۴۳)

بخش دوم: نسبت منطق حقوق کیفری ایران با احکام ثابت شرعی

حال که دانستیم منطق حقوق ممکن است در برخی موارد تابع ضوابط منطق صوری و در برخی موارد تابع ضوابط منطق خطابی باشد، باید روشن شود که در مواجهه با احکام ثابت شرعی، منطق حقوق کیفری ایران تابع کدام یک از این دو منطق هست یا می تواند باشد؟

مبحث اول: نسبت منطق با منابع دوگانه حقوق ایران

منطق قدیم از علم شروع می شود. علم یا تصور است یا تصدیق و این دو یا بدیهی هستند یا نظری و علم نظری از علم بدیهی بدست می آید. اما در منطق جدید گفتند اندیشه را باید از عمل بدست آورد یعنی باید روش تجربی را بکار بست و عمل مقدم بر اندیشه و معیار آن است. بیکن و دکارت گفتند که اندیشه کلید و معیار اندیشه است و بلکه عمل کلید و معیار اندیشه است. در مقابل منطق قیاسی، منطق تجربی را پیشنهاد کردند. هیوم و لاک از تقدم حس بر عقل یاد می کنند. کلید اندیشه فقط حواس هستند. اما آنچه بحث تئوری و پراتیک را به میان آورد، نه اندیشه و کلید آن، که معیار نقادی آن بود. هر فرضیه که در عمل درست از آب درآید، درست است و الا نادرست. در مورد مسائل معنوی و دین، نظر معتدلشان این بود که چون قابل اثبات عملی به روش تجربی نیستند، همیشه مجهول و مشکوکند و موضع رادیکال، می گفت چون قابل اثبات علمی نیستند، پس باطلند. ویلیام جیمز یک قدم جلوتر رفت و گفت نه تنها عمل معیار اندیشه

است که اساساً حقیقت بودن یعنی در عمل نتیجه دادن. هر چیزی که در عمل نتیجه داد و مفید بودف حقیقت است نه اینکه علامت حقیقت بودن است. (مطهری، ۱۳۷۴: ۳-۶۴۲)

ایران دارای نظام حقوقی نوشته و مدون است. در نتیجه هم خانواده با نظام حقوقی رومی - ژرمنی است. بنابراین مهمترین منبع حقوق ایران، قانون است. صرف نظر از تعدد عملی مراجع قانونگذاری در ایران، قوانین جمهوری اسلامی ایران، اعم از کیفری و غیر کیفری، با توجه به خاستگاه شرعی آنها به دو دسته مهم و بزرگ تقسیم می شوند. یکدسته قوانینی که از احکام ثابت شرعی نشأت می گیرند و قانونگذار در عمل کاری جز ترجمه متون فقهی و تدوین و تبویب آن در لباس قانون انجام نمی دهد و دخل و تصرف در آنها بسیار محدود است. اینها قوانینی هستند که ریشه در اراده شارع مقدس دارند و به تأکید قرآن مبین، « و هیچ مرد و زن مؤمنی را نرسد که چون خدا و فرستاده اش به کاری فرمان دهند برای آنان در کارشان اختیاری باشد و هر کس خدا و فرستاده اش را نافرمانی کند قطعاً دچار گمراهی آشکاری گردیده است.» (احزاب: ۳۶) در مقابل این قلیل احکام ثابت شرعی، شارع مقدس با اعطای نعمت عقل به انسان، قانونگذاری در سایر امور را به خود انسان واگذار نموده است. اینها احکامی هستند که شارع مقدس تنها اصول و قواعد کلی آنها را بیان نموده و جزئیات آن را به فراخور زمان و مکان به انسان وانهاده است. در حقوق کیفری ایران، حدود و قصاص و دیات از جمله احکام ثابت شرعی و تعزیرات از جمله احکام متغیر شرعی یا عرفی هستند. آنچه که یک قانون گذار از عرف های موجود عصر خود یا اعصار گذشته و یا از ملل دیگر اقتباس کند و بر آن مهر تأیید بزند، امضائیات نام دارد. خواه با حک و اصلاح باشد و خواه با اقتباس عینی. امضائیات هم در احکام هست و هم در موضوعات. در سیستم حقوق اسلامی هر دو نوع امضائیات را می شناختند. اصطلاح احکام امضایی که در فقه متداول است ناظر به امضائیات در احکام است. و حقیقت متشرعه هم راجع به امضائیات در موضوعات است.

حقیقت شرعیه موضوعی است که شارع ابداع کرده باشد. اما اگر شارع آن را ابداع نکرده باشد و لی بکار برد، به آن حقیقت متشرعه می گویند. اگر متشرعه آن حقیقت (موضوع شرعی یا حقوقی)

را نساخته باشند ولی اهل عرف آن را پدید آورده باشند، آن را حقیقت عرفیه (موضوع عرفی) گویند. عناوین عقود و ایقاعات از ابداعات عرفی است و موضع شارع امضائی است نه تأسیسی. دانستن این که حکم موضوع بحث از احکام تأسیسی شارع است یا امضائی خود موضوع بحث، حقیقت شرعیه است یا متشرعه یا عرفیه بسیار کارگشاست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۵۸) در حقوق کیفری می توان به نهاد عاقله اشاره نمود. هدف اصلی شارع مقدّس از امضای نهاد عاقله، جلوگیری از منازعات مرگ بار قبیله ای و تضمین خون بهای مقتول بود. عاقله روش اجرایی این هدف بوده است و خود موضوعیتی ندارد. بدین ترتیب، با اجتهادی پویا، می توان گفت الان وقت آن است که روش اجرایی مناسب تری برای تضمین دماء مسلمین اتخاذ شود. برای مثال، در زمان ما در جرایم غیر عمدی، بیمه نقش آن عاقله را بازی می کند و بیمه، مصداقی از حقیقت عرفیه است.

بدیهی است که این تفاوت در منبع قانونگذاری، تفاوت در تفسیر و اجرا و قضاوت را در پی خواهد داشت. در فقه که هدف فقیه تنها کشف اراده شارع است، چه در احکام ثابت و چه متغیر، روش تفسیر روش مکتب لفظی و منطق آن منطق ارسطویی بوده است. این امر اختصاصی به نظام کیفری ما ندارد. هر جا که پای آموزه های دینی به حقوق باز شود، تفسیر لفظی و منطق صوری نمایان می شود. در تاریخ فلسفه حقوق نیز می توان شواهدی برای این امر یافت. برای مثال، برابر هم قراردادن الفاظ (Verba) و قصد (Voluntas) از عقاید رایج و معمول فلسفه رواقی بود و اغلب توسط حقوق دانان رومی برای اولویت دادن قصد بکار گرفته می شد. پاپینیان (Papinian) از حقوقدانان اواخر دوره کلاسیک آن را «یک آموزه جا افتاده» اعلام کرد که «در قراردادها بایستی بیش از الفاظ به قصد طرفین معامله توجه شود.» کلسوس (Celsus) که در حدود ۱۲۰ میلادی درخشید سه اظهار نظر درباره توجه به قصد در یک قانون نوشته دارد: «فهم قانون صرفاً به معنای فهم الفاظ قانون نیست، بلکه فهم قدرت و قلمرو آن است.» «تفسیر قوانین بایستی بطور موسع به منظور عملی ساختن اهداف آن صورت گیرد.» و «اگر جمله بندی یک قانون ایهام دار است نبایستی آن را به گونه ای تفسیر کرد که قابل

اعتراض باشد زیرا قصد و هدف قانون را می توان از همین راه بدست آورد. « (کلی، ۱۳۸۲: ۱۰۲) فقه یک نظام حقوقی است که بسته تر از حقوق عمل می کند. در فقه همه دنبال کشف نظر شارع هستند و این دست فقیه را در ابزار و اهداف می بندد. اهداف از قبل توسط شارع معین شده اند و هر ابزاری هم نمی توان برای رسیدن به هدف استفاده کرد. اما در نظام حقوقی چون قوانین زاده مجلس هستند، تقدسی ندارند و هم خود مجلس می تواند آنها را اصلاح کند و هم حقوق دان سعی می کند آنها را با نیازهای روز جامعه تطبیق بدهد. بنابراین نظام حقوقی قبض و بسط می پذیرد و برای فرار از تنگناها چالاک تر است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۸۳)

اما قاضی در دادگاه در پی حل و فصل دعاوی مطروحه طبق قانون است. هدف دادرس هم کشف اراده قانونگذار است اما گاهی مقنن در بیان این اراده اساساً به عمد یا از روی غفلت، سکوت پیشه می کند. گاهی بیان وی با ابهام، اجمال، نقص، تعارض و تناقض همراه می شود. در چنین مواردی منطق ارسطویی رهزن است و ممکن است نتایج نامعقول ببار آورد. از این رو ضرورت دارد تا در ادامه منطق حقوق را در مواجهه با احکام ثابت شرعی بررسی کنیم.

مبحث دوم: نسبت منطق صوری با احکام ثابت شرعی در نظام عدالت کیفری ایران

استفاده از توسعات موجود در استدلال حقوقی برای تقریب نتیجه با ارزش های متعالی یا عدل و انصاف، بر پیش فرض دوگانگی قانون و عدالت و یا به تعبیر اثبات گرایان حقوقی (Legal Positivism) چون هارت، «حقوق موضوعه» چنانکه «هست» با «حقوق مطلوب» چنانکه «باید باشد» می باشد. (الشریف، ۱۳۹۱: ۱۷۲) اما برای دادرس و حقوقدان مسلمان، این پیش فرض در مورد احکام متخذ از وحی الهی مردود است. زیرا: «از کمال مطلوب جز کمال و عدل نمی تراود و در فیض و ارشاد لطیف نقص راه نمی یابد. هیچ چیز از او پوشیده نیست. به مصلحت حال و آینده نظر دارد و آنچه لازمه لطف است از بندگان دریغ نمی کند.» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۸۷)

به همین ترتیب با توجه به تأکید بر ضرورت سازگاری نظام حقوقی، مطالعه آموزه‌های حقوق کیفری اسلام از چشم انداز سازواری و یکدستی آنها نیز سودمند است؛ با لحاظ این واقعیت که متدولوژی خاص فقه اسلامی و استفاده از برخی تکنیک‌های صورت‌گرا و فنی گاه به احکامی ناسازگار با دیگر مقررات حقوقی و کیفری می‌انجامد. این امر گاه به نوع خاصی از صورت‌گرایی حقوقی هم می‌انجامد که اتفاقاً مورد ایراد جنبش مطالعات انتقادی حقوق است. البته در این مطالعه سودمند فراموش نباید شود که سوژه نقد جنبش انتقادی در هر حال، نظام حقوقی لیبرال است؛ نظامی که ادعاهای مبانی، اهداف، و کارکردهای ویژه خود را دارد.

برای نمونه نظام حقوقی لیبرال مدعی است که اصولاً غیر ایدئولوژیک است و بنیاد آن بر عقلانیت و خرد جمعی استوار است. جنبش مطالعات انتقادی حقوق همین ادعا را به نقد می‌کشد و تلاش می‌کند نشان دهد که نظام حقوقی لیبرال به وارونه‌اندیشی، در عمل ایدئولوژیک است. این ادعا دقیقاً به همین صورت در مورد نظام‌های حقوقی دینی و اسلامی صادق نمی‌آید تا بتوان آنها را از این منظر نقد نمود؛ زیرا نظام‌های حقوقی مذهبی و اسلامی اصولاً ایدئولوژیک‌اند. با این حال می‌توان جنبه‌های ایدئولوژیک هر نظام حقوقی را از چشم انداز مطالعات انتقادی بررسی نمود. مثلاً اینکه نظام ایدئولوژیک ممکن است از واقع‌گرایی فاصله پیدا کند و به دام گونه خاصی از صورت‌گرایی حقوقی گرفتار شود، یا اینکه منطق آزمون و خطاهای تجربی را با همه ارزش و اهمیتی که در بهسازی نظام عدالت کیفری دارند، یکسره کنار نهد و در نهایت به دلیل پیروی سرسختانه از سنت و تاریخ، وجه تاریخی به خود گیرد، انتزاعی شود و با نیازها و واقعیتهای عصری ناسازگار جلوه کند.» (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۱۶)

بنابراین در عین مردود بودن نظر اثبات‌گرایان حقوقی و مکتب حقوق طبیعی در دوگانگی «حقوق موجود» و «حقوق مطلوب»، در اسلام، ما فقط «حقوق مطلوب» داریم. اما بحث آن است که دسترسی ما به «حقوق مطلوب» اسلامی مستقیماً از منبع وحی نیست. بلکه درک فقهاء، بویژه در امور مستحدثه، از آموزه‌های وحیانی است. بنابراین در عمل، در حقوق اسلام نیز

این دوگانگی متصور است؛ هرچند در عرصه نظر مردود است. بدین جهت باید نظر اثبات گرایان حقوقی را خوب درک کرد تا این حقیقت روشن شود.

توضیح اینکه هارت همانند هانس کلسن (Hans Kelsen)، حقوق را مستقل از اخلاق می دانست و اعتبار درونی برای قواعد حقوقی قائل بود و آنها را به اولیه و ثانویه تقسیم و قوام قواعد اولیه را به قواعد ثانویه می دانست و نام بنیادی ترین قاعده ثانویه در نظام حقوقی را «قاعده شناسایی» (The Rule Of Recognition) گذاشته است. این قاعده ضابطه یا ضوابطی است که باید اجابت شوند تا قاعده ای از نظر حقوقی معتبر شناخته شود و از دیدگاه حقوقی واقعاً باید از آن اطاعت نمود را مشخص می کند. قواعد مربوط به تدوین، تغییر، قضاوت و به اجرا گذاشتن قانون تماماً در رده مادون در قاعده شناسایی قرار می گیرند. قاعده شناسایی قاعده مافوق است. اما این قاعده شناسایی خود یک قاعده معتبر حقوقی نیست و نبوده است ولی مرجع اعتبار تمام قواعد حقوقی است. اما خودش نمی تواند به خودش اعتبار بخشد، مانند قانون بنیادین کلسن. هارت مصرانه این قاعده را یک قاعده اجتماعی دانسته که به عنوان ارزش های نهادینه شده بر اعتبار بخشیدن، تدوین، قضاوت و اجرای قوانین حاکم است. (ریدی، ۱۳۹۲: ۲-۵۰)

بقای قاعده شناسایی وابسته به رفتار، باورها و نگرش افراد ذی نفع، حداقل مقامات رسمی در نظام حقوقی است. اما قواعد حقوقی جهت بقاء و اعتبارشان، فقط به قاعده شناسایی که یک واقعیت اجتماعی است، وابسته هستند. قاعده شناسایی بر خلاف قواعد حقوقی نمی تواند به سرعت تغییر کند؛ زیرا آن رفتارها، باورها و نگرش ها به کندی تغییر می کنند. بنابراین اگر قاعده شناسایی شامل «هر آنچه شاه می گوید، قانون است» باشد: پس شاه می تواند قانون را در یک سه شنبه صبح عوض کند. لیکن در همان صبح سه شنبه نه پادشاه و نه هیچ کس دیگر نمی توانند مدعی شوند که «هر آنچه شاه می گوید، قانون است». قاعده شناسایی باید اختیار تغییر دادن را به برخی از مقامات مشخص رسمی و اداری (پادشاه، مجلس، دادگستری و غیره) تفویض کند. مقاماتی که حرف آخر در رابطه با اعتبار حقوقی آن قاعده مطروحه را بزنند.

در یک بازی فوتبال، یک مقام رسمی است که در رابطه با اینکه توپ گل شده یا نشده است، حرف آخر را می‌زند. اما این بدان معنی نیست که وی هرچه مایل است بگوید. او باید از قوانین پیروی کند. البته می‌تواند اشتباه هم بکند و ضربه دروازه اعلام کند، در حالی‌که ضربه کرنر بوده است. از این رو باید بین بازی استاندارد فوتبال که در آن مقام رسمی از قوانین مربوط به بازی پیروی کرده و در عین حال ممکن است اشتباه کند؛ با یک بازی که در آن مقام رسمی هیچ قانونی را مراعات نمی‌کند، تفاوت وجود دارد. قانون، مانند یک بازی استاندارد فوتبال است و یک بازی بر اساس «صلاح‌دید داور» نیست. هارت در مورد شمول اصول اخلاقی در قاعده‌شناسایی، بر خلاف جان لاک (John Locke) که قانونگذار را مطیع اصول اخلاقی می‌داند، ساکت است. اما از جان اوستین (John Austin) و توماس هابز (Thomas Hobbes) در مسئله عمیق‌تر شده و اصرار دارد که قانونگذار همیشه قانونمند و محدود به قاعده‌شناسایی می‌باشند و هیچ وقت صرفاً استفاده از قدرت یا اطاعت مبتنی بر عادت را برای اجرای قانون بکار نمی‌گیرد. بنابراین قاعده‌شناسایی در کشوری چون ایالات متحده باید چیزی باشد مانند اینکه: «هرآنچه وضع شده و تصویب می‌شود و هماهنگ با قانون اساسی ایالات متحده است و دادگاه عالی بالاترین مقام تصمیم‌گیرنده راجع به هرآنچه قانون است، می‌باشد.» این یک قانون معتبر نیست بلکه یک قاعده‌متعارف اجتماعی، آشکار در رفتار، باور و نگرش افراد ذی‌نفع، مخصوصاً مقامات رسمی در نظام حقوقی ایالات متحده است. این قاعده در طول زمان تغییر پیدا می‌کند. (همان: ۵۳)

بنابراین این طور نیست که قاعده‌شناسایی در کشور ما برخلاف ایالات متحده، این باشد که «هر آنچه که حاکم می‌گوید، قانون است» و ما از مردم و رویه قضایی و فرهنگ حقوقی بوجودآمده تحت حاکمیت چنین قاعده حقوقی، حاکمیت مطلق قانون، خواه در احکام ثابت شرعی و خواه در احکام متغییر شرعی یا احکام عرفی را شاهد باشیم. اگر حقوق واقعاً آن طور که مکاتب حقوق طبیعی و مذهبی معتقدند هنجارین و ارزش‌آفرین است، باید در کشورهای مردم‌سالار، مبنای اجتماعی قاعده حاکمیت قانون از «فرد حاکم» به «اراده ملت» تغییر کند. مردم سالاری صرفاً

نمایشی از انتخابات آزاد نیست، بلکه تأثیر گذاری مطلق اراده عمومی در عموم عرصه‌های مربوط به حقوق و آزادی‌های بنیادین همه شهروندان کشور است.

کاردوزو (Cardozo) در بخش انتهایی کتاب خود در مقاله‌ای با عنوان: «نوعدوست در سیاستهای کاری» (The Altruist in Politics) می‌نویسد: «وقتی قالب‌های قدیمی آماده زوال بنظر می‌آیند و قواعد سنتی رفتار، قدرت الزام‌آوری خود را از دست می‌دهند، بحران نه تنها در زندگی یک انسان، که در زندگی یک ملت و یا جهان نیز بوجود می‌آید. بدی‌های سیستم موجود، مزایای آن را مبهم می‌کند و وقتی که نیاز به اصلاح آن باشد، بر درون-واژگونی سیستم گریه می‌شود. جستجوی علت این پدیده خیلی سخت نیست. «معمولاً این طور به نظر من می‌آید.» کنت تولستوی در یک متن مهم می‌نویسد: «معمولاً این طور به نظر من می‌رسد که تعداد کمی از انسان‌های مرفه، پولدار و بیکاره که من خود یکی از آنها هستم، خواسته‌های خود را بر تمام بشریت تحمیل می‌کند و اینکه میلیون‌ها و میلیون‌ها انسان دیگری که زندگی کرده و می‌کنند، در واقع اصلاً انسان نیستند.» گریه بر کمونیسم یک امر جدید در تاریخ بشریت نیست. هزاران سال قبل چنین نظریه‌ای مقبول و مورد عمل بود و بعد از گذشت چندین قرن، امواج آن طنین انداز شد. منتهی با شدت بیشتری و این روند توسط نوعدوستانی در آینده مجدداً تکرار خواهد شد. بنابراین امروزه در میان آرزوهای به‌گور رفته و پروژه‌های ناتمام گذشته، نظریه کمونیسم در اذهان انسانها هنوز باقی مانده است.» (Cardozo, 1921, p.164.)

مبحث سوم: نسبت منطق خطابی با احکام ثابت شرعی در نظام عدالت

کیفری ایران

اگرچه در قسمت قبل بیان شد، که مذاق فقه اسلامی با منطق صوری به جهت لزوم کاشفیت آن از اراده شارع مقدس سازگار است؛ اما این به معنی نفی مطلق کاربرست منطق خطابی در احکام ثابت شرعی، چنانکه برخی بدان معتقدند، نیست. سازگاری مذاق فقه با منطق خطابی سبب

انحصار اصول فقه در ضوابط منطق صوری و درگیری صرف فقیه با «تفسیر» اراده شارع نیست. بلکه وی در مقام «استنباط» احکام شرعی در موارد سکوت یا تعارض یا اجمال یا ابهام نصوص شارع، از ادله عقلی و «تحقیق علمی آزاد» (Libre Recherche Scientifique) هم می‌تواند استفاده کند. آنچه که از منطق خطابی با مذاق فقه اسلامی ناسازگار می‌آید، قرار دادن اراده فقیه بجای اراده شارع یا در عرض آن است و الا اگر همانند منطق صوری اراده فقیه در طول اراده شارع و مادون و در چارچوب قواعد شرع باشد، منعی برای استفاده از منطق خطابی وجود ندارد. بطوری که در مسائل مستحدثه، که حکم منصوص شرعی آنها در آیات و روایات وجود ندارد، اگرچه مرجعی جز نصوص عام یا خاص شرعی و اصول عملیه و قواعد فقهی برای تعیین حکم مسئله وجود ندارد، اما در فرض اختلاف دیدگاه‌های فقهی در یک مسأله، دادرسی مانند قانون‌گذار می‌تواند یکی از فتاوای معتبر را انتخاب کرده (الشریف، ۱۳۹۱: ۵۰۶) و بر اساس آن تصمیم‌گیری نماید. هر جا پای «انتخاب انسان» در میان باشد، منطق صوری و قواعد تفسیری، یکه تاز میدان نمی‌توانند باشد و جا برای استنباط بر مبنای منطق خطابی باز می‌شود. مضافاً اینکه قوانین ثابت شرعی با قوانین عرفی چنان در هم می‌آمیزد که در روش تفسیر قانون باید هر دو منطق را با هم بکار بست. برای مثال قصاص، یک حکم ثابت شرعی است؛ اما تشریفات دادرسی مانند صلاحیت دادگاه کیفری استان، ادله علمی اثبات قتل عمدی و انتساب آن به مرتکب، تعدد قاضی و مراحل رسیدگی بدان، از احکام ثابت شرعی نیستند. ضمانت اجرای عدم رعایت این تشریفات دادرسی نیز ممکن است نقض حکم و رسیدگی مجدد باشد. بنابراین صدور حکم قصاص بدون این تشریفات عملاً ممکن نیست. بنابراین دادرسی دعوی قتل عمدی باید منطق صوری و منطق خطابی را همزمان و با هم بکار گیرد. گاه کاربرد این منطق خطابی، در تفسیر احکام ثابت شرعی اثر گذار است و بالعکس. مطالعات فقهی

خلاصه اینکه، قانون ولو ملهم یا منبعث از منابع فقهی باشد، در دید اثبات‌گرایان حقوقی، که عموماً در نظام‌های حقوقی مدون ریشه دوانده‌اند، همیشه از قواعد اولیه و ثانویه نشأت گرفته و در یک نظام به وسیله قاعده اجتماعی عرفی شناسایی و هماهنگ شده است. قاعده شناسایی از

طریق رفتارها، باورها و نگرش های افرادی که به آن متعهد هستند به عنوان یک ارزش و یک معیاری که حاکم بر رفتارشان است، وجود دارد. شهروندان مطیع قانون باید از اکثر یا میزانی از قواعد معتبر حقوقی اطاعت کنند و در چنین شرایطی قانون به یکی از واقعیات اجتماعی تبدیل می گردد. البته عملاً وجود نوعی رویه و نظام جهت اجرای مجازات ها، الزامی است، تا اطاعت همگانی را ترغیب کند. اما اگر تعداد زیادی از شهروندان آزادانه مایل به اطاعت از قانون بدون توجه به تهدید به مجازات نباشند، هیچ نظام مجازاتی موثر نخواهد بود. با وجود اینکه وجود یک نظام مجازات محتملاً الزامی است اما مجازات خود الزامی برای تفهیم قانون به شهروندان نیست. (ریدی، ۱۳۹۲: ۵۴)

قدرت هنجاری و اعتبار قانون، به علت محتوای اخلاقیشان نیست بلکه به علت تامین موازین اعتباری معین شده به وسیله قاعده شناسایی است؛ هر چند ممکن است این قاعده برخی معیارهای اخلاقی را جزئی از ضوابط معتبر حقوقی نماید. اما هیچ قاعده شناسایی نیازی به ادغام ضوابط اخلاقی معتبر برای تایید یک نظام بر اساس قوانین معتبر ندارد. هارت در ضمیمه چاپ دوم کتاب «مفهوم قانون» (The Concept of law) خود، به این عقیده «اثبات گرایی فراگیر یا نرم یا الحاقی (اثبات گرایی حقوقی)» (Inclusive Positivism Or Soft Legal Positivism) نام می گذارد و علت آن است که در این نظریه امکان الحاق معیارهای اخلاقی به عنوان ضوابط معتبر حقوقی در قاعده شناسایی پذیرفته می شود. اما اثبات گرایی طردگرا یا سخت (Exclusive Positivism Or Hard Legal Positivism) معتقد است از نظر عقلانی غیر ممکن است که ضوابط اخلاقی به عنوان ضوابط معتبر حقوقی ضمیمه یا ملحق به قاعده شناسایی شوند. اما هارت می پذیرد که رابطه بین اخلاق و قانون محتمل است. آنچه او رد می کند یک رابطه الزامی و عقلانی بین آنهاست. (همان: ۵۶)

چنین ارتباطی را هارت تنها در مورد عدالت که یک فضیلت اخلاقی است در حقوق می پذیرد و نام آن را عدالت اداری یا شکلی (Formal Or Administrative Justice) می گذارد. این یک شرط است که دعاوی باید همه یکسان رسیدگی شوند. این جنبه از عدالت، عملاً به

قانون وابسته است. اما این جنبه اعتبار چندانی ندارد و طبق نظر هارت، بی‌عدالتی ذاتی و ماهوی را نادیده می‌گیرد. در دوران آپارتاید در آفریقای جنوبی یا قبل از دوران جنگ داخلی در ایالات متحده، از قواعد اطاعت می‌شد؛ اما دعاوی مشابه، نابرابرانه قضاوت می‌شوند و البته قوانین مبتنی بر تبعیض نژادی اساساً غیر منصفانه بودند. در این وضعیت عدالت شکلی تضمین شده بود. این دو کشور دارای نظام حقوقی واقعی بودند، اما نظامی نژادپرستانه و از نظر اخلاقی ناقص و بین «قانون هست» و «قانون باید باشد»، تفاوت وجود داشت. هارت وجود این نقد مهم بر مکتب اثبات‌گرایی را تأیید می‌کند. (همان: ۸-۵۷)

الف - اثبات شمول حکم ثابت شرعی بر برخی موضوعات

وقتی دلایل اثباتی در اختیار قاضی کیفری قرار گرفت، او می‌بایستی دو امر را به اثبات برساند: یکی اینکه آیا جرمی اتفاق افتاده است یا خیر و دیگر اینکه آیا جرم ارتكابی منتسب به متهم است یا می‌تواند بشود یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا امر حادث و مورد اختلاف، بر فرض اثبات، جرم است یا خیر و آیا بر فرض ثبوت جرم بودن آن، آیا قابل انتساب به متهم است یا خیر؟ موضوع دوم از اهمیت بیشتری برخوردار و با مشکلات بیشتری مواجه بود و توانایی قاضی در چارچوب احترام دقیق به «قانونی» بودن دلایل اعمال شود. (آشوری، ۱۳۷۸: ۳۸)

بر عکس تصور شایع، نظام ادله قانونی در پاسخ به اختیار وسیع قضات در تحصیل دلایل علیه متهمان و در جهت حمایت از آنان بوده است. بیان شد که در عرصه احکام ثابت شرعی، روش غالب استدلال در نظام کیفری ایران، تفسیر لفظی تحت حکومت منطق صوری است. در بحث تفسیر لفظی علاوه بر منطق حقوق، پای «منطق ادبی» هم به میان می‌آید. منطق در تمامی رشته‌ها حول محور استدلال می‌گردد. پس در منطق ادبی هم همین اصل حکمت دارد. ادبیات فقط شعر و شاعری نیست: (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۹) منطقی بنام منطق ادبی وجود دارد هر چند مدون نشده باشد. اوصاف منطق ادبی خاص خودش است و با منطق حقوق و منطق صوری بسیار فرق دارد. مشکلات ادبی و مسائل نظری آن را منطق صوری نمی‌تواند حل کند. در عالم ادب از منطق مختص آن باید استفاده کرد. (همان: ۲۳)

در برخی موارد، که حکم شارع مشخص است و تحقیق قاضی صغروی است و نیز وقتی حکم شارع نامشخص است و تحقیق قاضی کیفری در مراجعه به منابع فقهی، انواع فتاوی معتبر و مختلف و شاید متعارض، یک تحقیق کبروی است، منطبق خطابی می تواند کارآیی فراوان داشته و هادی فرآیند تصمیم گیری کیفری باشد.

نمونه مثال تحقیق کبروی در این خصوص را می توان در تعیین دیه اهل کتاب دید. قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در مورد دیه ایشان ساکت بود و رویه قضایی با استناد به فتاوی معتبر فقهی، نظر فقهایی را برگزید که حکم به برابری دیه آنها با دیه مسلمانان می کردند و با تطبیق آن بر موضوع، رای به برابری دیه ایشان صادر و زمینه برای اصلاح قانون از این حیث فراهم شد. یا در مورد جنبه عمومی قتل عمدی، به حق فتوا به امکان تعزیر قاتل عمدی در مواردی که به هر دلیل، حکم به قصاص صادر نمی شود، داده شد و زمینه برای اصلاح قانون فراهم شد. حال سوال این است که منطق حاکم بر این فتاوی فقهی متناسب با تغییرات اجتماعی، همان منطق صوری مرسوم فقه بوده است؟ اگر پاسخ منفی هست، که هست، سوال بعدی این است که این منطق اگر منطبق خطابی نیست، چیست؟

در این مورد اخیر، موضوع (قتل عمدی به عنوان صغرای قیاس قضایی) محل اختلاف نبود، بلکه امر اختلافی، حکم ارتکاب آن (قصاص صرف یا قصاص و تعزیر در صورت عدم قصاص) بود. بنابراین تحقیق کبروی بوده است. اما گاهی تحقیق صغروی است. مانند آنکه آیا عدم پرداخت هزینه های تحصیل و تهیه لوازم بهداشتی و آرایشی همسر از سوی شوهر، در صورت وجود دیگر شرایط قانونی، شرعاً و قانوناً مصداق ترک انفاق می باشد یا خیر؟ توسعه حکم ترک انفاق به عدم پرداخت این هزینه ها، موضوع تحقیقی صغروی است. چون در حرام بودن ترک نفقه شرعاً و جرم بودن آن، یعنی در حکم و کبرای قیاس قضایی، قانوناً تردیدی نیست. تردید یا در مصادیقی از نفقه زن است که در قانون یا در فقه نیامده است و یا در این است که پرداخت برخی یا قسمتی از مصادیق نفقه و عدم پرداخت الباقی، مصداقی از جرم ترک انفاق هست یا نیست؟ جامعه امروز

مقتضی توسعه مصداقی این حکم است و تحقیق علمی آزاد در منابع و فتاوی فقہی، قاضی کیفری را با عموم و اطلاق فتاوی مواجه می‌کند که این اقتضاء را برآورده می‌سازد.

همچنین در مورد سقط جنین و اینکه آیا ارتکاب آن هم می‌تواند موضوع حکم صدور به قصاص نفس قرار گیرد یا خیر، تحقیقی صغروی لازم بود تا ثابت شود جنین هم موضوع حکم قصاص قرار می‌گیرد یا خیر. تساوی حکم تغلیظ دیه قتل در مورد مقتول «بالغ و غیربالغ، زن و مرد و مسلمان و غیرمسلمان» و تسری آن «در مواردی که عاقله یا بیت‌المال پرداخت‌کننده دیه باشد» و نیز «در قتل عمدی که به‌علت عدم امکان قصاص یا عدم جواز آن دیه پرداخت می‌شود» در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر اساس قیاس قضایی و منطقی صوری قابل حصول بود. چون در همه این مواد حکم تغلیظ دیه به وقوع صدمه منتهی به قتل در ماه حرام یا مسجدالحرام مربوط بود و اینکه انسان مقتول چه خصوصیاتی داشته و یا مسئول پرداخت دیه کیست و یا به علی حکم قصاص نفس قابل صدور یا اجرا نیست، تفاوتی در تطبیق حکم تغلیظ بر موضوع آن که وقوع صدمه و فوت هر دو در ماه حرام یا مسجدالحرام است، ایجاد نمی‌کند. در نتیجه نفی شمول این حکم از «سایر مکانها و زمانهای مقدس و متبرک» از مفهوم مخالف حکم شارع قابل تفسیر بود. هرچند مقنن در ماده قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر این موارد تصریح نموده است. اما سوال آن است که تسری دادن این حکم خاص و استثنائی این ماده به سقط جنین پس از ولوج روح تابع چه منطقی بوده است؟ در قسمت بعد به این مسئله می‌پردازیم.

ب- نفی شمول حکم ثابت شرعی از برخی از موضوعات

اجتهاد در «احکام» صعب است اما اجتهاد در پاره‌ای از «موضوعات» به مراتب دشوارتر از اجتهاد در احکام است. هر قاضی کیفری، بلکه به طور کلی هر محقق حقوق، باید در هر دو زمینه دست به اجتهاد بزند. بویژه آنکه شناخت موضوعات، از باب تقدّم موضوع بر حکم، مقدّم بر معرفت به احکام است. تقدّم موضوعات مسائل حقوقی بر احکام، تقدّم طبیعی است. پس تا زمانی که از تحلیل و شناخت موضوع حل مشکل نشود، نوبت به استناد به حکم نمی‌رسد. این از ضوابط

درست اجتهاد است که فقه، افتخار بیان آن را دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۳۱) ما تاکنون در خیلی از مسائل یقینی سابق عقب نشینی کردیم. احتمال دارد در برخی مسائل دیگر هم این اتفاق بیفتد و احتمال هم دارد نیفتد. ولی مساله این است که آیا مصالح اجتماعی در این روند فکری دخالت دارند یا خیر؟ چقدر می توان در برابر شهرت هایی که با مسائل اجتماعی تطبیق نمی کند، مقاومت کرد و در فلسفه فقه باید حل مشکل کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۶۵) در قسمت قبل به برخی از این موارد در رویه قضایی محاکم کیفری ایران اشاره شد و گفتیم که کاربست منطق خطابی لااقل در دو گونه تحقیق صغروی و کبروی در مطابقت موضوع دعوی با احکام ثابت شرعی می تواند کارآیی داشته باشد. به طور کلی عرصه تفسیر و استنباط مانند هر عرصه تصمیم گیری دیگر، پای انتخاب را به میان می کشاند و در این انتخاب، اگر قضایای قیاس قضایی، روشن و بدیهی نباشند، روش های تفسیر لفظی برای نیل به مقصود که «بهترین انتخاب» باشد، کافی نیستند. بر استنتاج منطق صوری، «درست یا نادرست» حاکم است و نه «خوب یا بد»، که این دو علاوه بر درست یا نادرست بودن نتیجه استدلال، بر منطق خطابی حکومت دارند. به عبارت دیگر، در منطق خطابی صرف درستی استدلال از نظر منطق صوری کافی و وافی به مقصود نیست و باید آن استدلال و نتیجه درست آن، در عمل «خوب» هم باشند. به عبارت بهتر، اگرچه مقنن، حکم درست یا نادرست می کند و نه قضاوت خوب یا بد، اما قاضی در مقام قضاوت، صرفاً می تواند و بلکه می بایست «حکم خوب» کند ولو حکومت «حکمرانی خوب» (غمامی، ۱۳۹۰: ۵۷-۲۵۵) نکرده باشد.

مثال اینکه در مورد سقط جنین که مقنن در ماده ۳۰۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و در تصریح به عدم شمول حکم قصاص بر سقط جنین، از خود جسارت نشان داده و بر تمام اختلاف نظرهای حقوقی در این باب، پس از ۳۲ سال مهر پایان زد، استثنای مذکور در تبصره آن، نامعقول بنظر می آید. در اعمال این تبصره، حکم خوب آن است که سقط جنین را از «قتل نوزاد» که مستحق قصاص است، تمیز بدهیم و آن را مشمول حکم عام ماده کنیم. به عبارت دیگر هیچ گاه عقل و عرف برای جنینی که در اثر جنایت قبل از تولدش، زنده به دنیا بیاید و بر

اثر همان جنایت بمیرد، « شرط قابلیت ادامه حیات» را قائل نمی‌شود که قاضی بتواند حکم بر قصاص نفس مرتکب صادر نماید و در نتیجه حکم مقنن، متناقض دیده شود. چون اگر جنایت سبب مرگ شده، پس جنین قابلیت ادامه حیات نداشته و اگر جنین قابلیت ادامه حیات داشته، پس جنایت نمی‌تواند سبب مرگ وی باشد. این مثالی بود صغروی از نتیجه معقول از روش تحقیقی عملگرایانه. علت این تناقض هم روشن است. شورای نگهبان! این شورا در بند ۲۳ نظریه اعلام مغایرت خود به شماره ۹۱/۳۰/۴۸۰۶۳ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ درباره ایرادات لایحه مجازات اسلامی می‌گوید: «عموم ماده ... اشکال دارد. چنانچه تبصره‌ای به شرح زیر به آن الحاق گردد اشکال رفع می‌گردد: «تبصره - اگر جنینی به طور طبیعی متولد و جنایت قبل از تولد منجر به نقص یا مرگ او پس از تولد شود و یا نقص او بعد از تولد باقی بماند قصاص ثابت است.» و مجلس در موضعی انفعالی و با کمی تغییر این تبصره را چنین الحاق می‌کند: «اگر جنینی زنده متولد شود و دارای قابلیت ادامه حیات باشد و جنایت قبل از تولد، منجر به نقص یا مرگ او پس از تولد شود و یا نقص او بعد از تولد باقی بماند قصاص ثابت است»

نمونه مثال تحقیق صغروی از این نوع تعیین این است که آیا عقد بیمه غرری و در نتیجه باطل است یا نه؟ اقدام تفسیری صرف در منابع و ادله فقهی، فقیه را به پاسخ منفی و تحقیق علمی آزاد در مورد «موضوع» بیمه، پاسخ وی را مثبت می‌سازد. در واقع استنباط وی در این حالت که بیمه عقدی غرری نیست و صحیح است، از جهت نحوه بیان و قالب تابع منطق صوری و از جهت نحوه بدست آوردن قضایا و مواد قیاس، تابع منطق خطابی است. بنابراین باید مواردی که امکان کاربست منطق خطابی به عنوان روش تحقیق عملگرایانه در احکام ثابت شرعی در فرآیند تصمیم‌گیری کیفری در ایران وجود دارد را شناسایی کنیم. این اولین قدم در این راستاست و تنها ارزش آن جسارت در طرح آن است و نگارنده نقص محتمل آن را پیشاپیش قبول می‌کند. باشد که بحث مستمر مفید فایده در پاسخ به این مهم باشد.

نتیجه‌گیری:

به طور کلی هر جا که پای انتخاب و گزینش انسان در میان باشد، عوامل حقوقی و نیز غیرحقوقی که موضوع بحث اخلاق دینی و عرفی، روانشناسی قضایی، جامعه شناسی حقوق، تحلیل اقتصادی حقوق و دیگر علوم اجتماعی و انسانی قرار می گیرند، خواه ناخواه در «فرآیند استدلال» مرجع قضایی قرار می گیرند و تصمیم قاضی کیفری، بویژه در دعاوی سخت و یا در دعاوی ساده که با رویه موجود قضایی روبرو می شود، نوعی استدلال عملی قهقرایی است که لباس قیاس قضایی به تن می نماید. پیامد «نتیجه محوری» در فرآیند تصمیم گیری کیفری، حساسیت قاضی کیفری به پیامدهای تصمیمات خویش است و دستیابی به هدف معقولیت در تصمیم متخذه، سبب حاکمیت قانون و تأمین عدالت صوری و ماهوی در کنار هم می شود. کما اینکه صورت گزایی حقوقی صرف، که این دغدغه را از قاضی می گیرد، «بی تفاوتی قضات» را در پی می آورد. این امر در عین آنکه حاکمیت عقلانیت ظاهری و حکومت عدالت صوری و نظم دولتی را به نمایش می گذارد، تصمیمات قضایی را در دید مخاطب، نامعقول و ناعادلانه جلوه داده و زمینه تضعیف حاکمیت قانون و تشدید نافرمانی مدنی از حالت منفعل و اصلاحی به حالت فعال و انقلابی می شود.

از آنجا که در کشور ما تبعیت از قانون و اجرای آن در عمل، بدلیل اعتقاد ایمانی به مبانی دینی حاکم بر مشروعیت قانونگذاری، رویکرد منحصر بفردی دارد؛ لذا دادرس کیفری باید توجه داشته باشد، تصمیمات کیفری وی منطبق با اصول مذهب و شریعت باشد. در این راستا آنچه مهم است، تشخیص دستورهای بنیادین شرعی است و نه دستورهای ثانوی که روش اجرای آن دستورهای بنیادین را نشان می دهند. بنابراین نقش عقل در نظام حقوقی اسلامی ایران نیز پررنگ است. چرا که این عقل و خرد جمعی و بنای خردمندان است که نشان می دهد در این دوره از زمان و مکان، چگونه باید احکام ثابت شرعی را از احکام عرفی یا غیرثابت شرعی تمیز دهیم و بهترین روش های اجرای آنها را با توجه به مقتضیات زمان و مکان برای جامعه فعلی خود برگزینیم. کاربست این اصول، تصمیم متخذه را معقول و مقبول مخاطب خواهد ساخت. اما این شرط لازم است و کافی نیست. لزوم «توجیه رأی کیفری»، بارزترین جلوه کاربست منطقی در

حقوق است. رأی قضایی باید مستدل و مستند باشد. در استدلال باید قواعد منطق صوری و ماهوی هر دو رعایت شود و در استناد، سلسله مراتب منابع حقوق. اما به هر حال این فقط لباس و صورت تصمیم گیری کیفری است و ابزار نیل به غایت و نه غایت مطلوب. غایت مطلوب آن است که نظم و عدالت با هم تامین گردند و تامین عدالت، بسته به نظر مخاطب عام و خاص دعاوی کیفری است که با منطق صوری بدست نمی آید و بناچار باید در مواردی، خواه تحقیق دادرسی کیفری صغروی باشد و خواه کبروی، عرصه را برای منطق خطابی در مواجهه با احکام کیفری ثابت شرعی باز گذاشت.



منابع

الف- منابع فارسی:

۱. آشوری، محمد، (۱۳۷۸)، **تقریرات درسی آئین دادرسی کیفری** (کارشناسی ارشد) دانشگاه تهران، پردیس قم.

۲. الشریف، محمد مهدی، (۱۳۹۱)، **منطق حقوق: (پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی)**، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳. برهانی، محسن، (خرداد ۱۳۸۸)، **تاثیر نظریه‌های اخلاقی بر حقوق کیفری (با تاکید بر حقوق ایران)**، رساله دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس.
۴. بنایی، مهدی، (۱۳۸۸)، **تاریخ فلسفه غرب (از آغاز دوره یونانی تا پایان قرون وسطی)**، جلد اول، قم، انتشارات بین المللی المصطفی (ص)، چاپ اول.
۵. ثرو، دیوید هنری، (آبان ۱۳۸۷) "نافرمانی مدنی"، ترجمه غلامعلی کشانی، لینک ثابت دانلود:
[http://dl.irpdf.com/ebooks/Part1/\(436\).pdf](http://dl.irpdf.com/ebooks/Part1/(436).pdf)
۶. جعفری تبار، حسن، (۱۳۸۸)، **فلسفه تفسیری حقوق**، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۲)، **صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق**، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. _____، (۱۳۸۳)، **منطق ادبی**، تهران، گنج دانش، چاپ اول.
۹. خسروپناه، عبدالحسین، (بهار ۱۳۸۴)، **"تاریخچه معرفت شناسی" مجله آینه معرفت**، شماره ۵، صص ۲۵-۴۶.
۱۰. ریدی، دیوید ای، (۱۳۹۲)، **فلسفه حقوق**، ترجمه حسن خسروی، تهران، مجد، چاپ اول.
۱۱. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، (پائیز و زمستان ۱۳۸۴)، **"متدولوژی حقوق بین‌الملل"**، **مجله پژوهش حقوق و سیاست**، سال هفتم، شماره ۱۵ و ۱۶، صص ۷-۱۸.

۱۲. طباطبایی، سید محمد حسین، اصول فلسفه و روش رئالیسم، با مقدمه و شرح مرتضی مطهری، تهران، انتشارات صدرا، چاپ چهارم: جلد اول از دوره دو جلدی، ۱۳۷۴.
۱۳. غمامی، سید محد مهدی، (بهار ۱۳۹۰)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، چاپ اول، تهران، چاپخانه مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (تابستان ۱۳۸۷)، "حقوق اجتماعی در اندیشه های حقوقی "گامی به سوی عدالت، مجموعه مقالات، جلد دوم، تهران، نشر میزان، چاپ اول، (صص ۳۰۳-۳۱۶).
۱۵. _____، (۱۳۸۹)، **شیوه تجربی تحقیق در حقوق**، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۱۶. _____، (۱۳۸۵)، **فلسفه حقوق**، جلد سوم (منطق حقوق)، (دوره ۳ جلدی)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم،
۱۷. _____، (تابستان ۱۳۸۷)، "فلسفه فقه "گامی به سوی عدالت، مجموعه مقالات، جلد دوم، تهران، نشر میزان، چاپ اول، صص ۱۳۳-۱۶۸.
۱۸. _____، (تابستان ۱۳۸۷)، "فلسفه فقه و فلسفه اصول، نسبت ها و ضرورت ها "گامی به سوی عدالت، مجموعه مقالات، جلد دوم، تهران: نشر میزان، چاپ اول، صص ۱۶۹-۲۰۵.
۱۹. کلی، جان موریس، (۱۳۸۲)، **تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب**، ترجمه محمد راسخ، تهران: انتشارات طرح نو، چاپ اول.
۲۰. مطهری، مرتضی، (۱۳۷۴) **مسئله شناخت**، مجموعه آثار شهید مطهری، جلد ۱۳، چاپ دوم، پاییز، تهران: انتشارات صدرا.

۲۱. _____، (۱۳۷۴)، **نقدی بر مارکسیسم**، مجموعه آثار شهید مطهری، جلد ۱۳، چاپ دوم، تهران: انتشارات صدرا.

۲۲. منزه، مهدی، (رویت شده بتاريخ ۱۳۹۲/۷/۷) "تاریخچه معرفت شناسی در غرب" به آدرس:

<http://www.pajoohe.com/fa/index.php?Page=definition&UID=38262>

۲۳. هارت، هربرت (اچ.ال.ای.)، (زمستان ۱۳۸۴) "مسائل فلسفه حقوق"، مترجم: جندقی، بهروز، **فصل نامه فقه و حقوق**، سال دوم، صص ۱۶۱-۱۸۸.

ب - منابع لاتین:

24. Cardozo, Benjamin N., **The Nature of the Judicial Process**, 1921, Stable URL
<http://journaloflaw.us/4%20Chapter%20One/1-1/JoL1-2,%20CO1-1,%20Cardozo.pdf>
25. Kellogg, Frederic R., (August 8, 2010) **Hobbes, Holmes, and Dewey: Pragmatism and the Problem of Order**, Electronic copy available at:
<http://ssrn.com/abstract=1655307>.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی