

**Investigating the Necessity and Possibility of Judges Paying Attention to Ethical Considerations and Its Position in Issuing Judicial Judgments from the Perspective of Perspectives of Islamic Law Schools and Judicial System**

Mohammad Hossein Naderi\*

Received: 2018/10/04

Accepted: 2018/12/16

Judicial decision-making is one of the most important and obvious situations in which the effect of conflicting opinions of different schools of law can be clearly seen. Judges on whether laws should be applied "mechanically" as much as possible. They disagree. What role moral arguments should play in judicial decisions, what is the meaning of applying moral considerations, and what moral sources can be used; There are different views. The discussion of the relationship between law and ethics and the intervention of ethical considerations in the issuance of judicial rulings is one of the ancient issues of "philosophy of law" and is a challenging and old debate and encompasses a wide range of views. It leads to the maximum overlap of law and ethics, on the basis of which different philosophical schools emerge.

In the present article, which is a descriptive-analytical research based on the documentary method, an attempt has been made to examine different views in different legal schools and in the Islamic judicial system in terms of the degree of interference of ethical considerations in issuing judicial opinions. To what extent do they allow the entry of moral norms into the opinions of judges?

**Keywords:** Schools of legal thought, Ethical Considerations, judicial process, Islamic Judicial System, Philosophy of Law.

---

\* PhD student in the Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadeq University, Tehran, Iran.

mh.nadery@isu.ac.ir

## بررسی ضرورت و امکان توجه قضات به ملاحظات اخلاقی و جایگاه آن در صدور آرای قضائی از دیدگاه مکاتب حقوقی و نظام قضائی اسلام

محمدحسین نادری\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۹/۲۵

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

تصمیم‌گیری قضائی یکی از مهم‌ترین و بارزترین موقعیت‌هایی است که اثر تضارب آرای مکاتب مختلف حقوقی در آن به وضوح دیده می‌شود. قضات در این زمینه که آیا قوانین حتی‌الامکان باید «به صورت مکانیکی» اعمال گردند یا خیر؟ اختلاف نظر دارند. در اینکه حجت‌های اخلاقی چه نقشی را باید در آرای قضائی ایفا کنند و به کارگیری ملاحظات اخلاقی چه معنایی دارد و از چه منابع اخلاقی می‌توان استفاده کرد؛ دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. بحث از رابطه حقوق و اخلاق و مداخله ملاحظات اخلاقی در صدور آرای قضائی یکی از مسائل کهن «فلسفه حقوق» و بحثی پرچالش و قدیمی است و طیف گسترده‌ای از نظریه‌ها را دربرمی‌گیرد که یک سر آن ناظر به گسست حقوق و اخلاق و طیف دیگر آن به هم‌پوشانی حداکثری حقوق و اخلاق منجر می‌شود که بر این اساس مکاتب فلسفی مختلفی پدید می‌آیند. در مقاله پیش‌رو که پژوهشی توصیفی-تحلیلی و بر مبنای روش اسنادی است تلاش شده تا دیدگاه‌های متفاوت در مکاتب مختلف حقوقی و در نظام قضائی اسلام، از نظر میزان مداخله ملاحظات اخلاقی در صدور آرای قضائی مورد بررسی قرار گرفته و نیز تبیین می‌شود که هر دیدگاه فکری تا چه میزان ورود هنجارهای اخلاقی در آرای قضات را مجاز می‌داند.

واژگان کلیدی: مکاتب حقوقی، ملاحظات اخلاقی، تصمیم‌گیری قضائی، نظام قضائی اسلام، فلسفه حقوق.

---

\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.



توافقی ماندگار میان اندیشمندان دو حوزه در تنظیم رابطه این دو نهاد نشده است. بحث از رابطه حقوق و اخلاق و مداخله ملاحظات اخلاقی در صدور آرای قضائی یکی از مسائل کهن «فلسفه حقوق» و بحثی پرچالش و قدیمی است و طیف گسترده‌ای از نظریه‌ها را دربرمی‌گیرد که یک‌سر آن ناظر به گسست حقوق و اخلاق و طیف‌دیگر آن به هم‌پوشانی حداکثری حقوق و اخلاق منجر می‌شود و بر این اساس مکاتب فلسفی مختلفی پدید می‌آید. در بررسی این رابطه، اگر پیوند ناگسستنی اخلاق و حقوق و تلاش در جهت تئوریزه کردن این پیوند و نفی عنوان حقوق از هنجارهای غیراخلاقی را در نظر بگیریم آنگاه سخن از حقوق طبیعی به میان می‌آید که نقش اخلاق را در حقوق، از قانون‌گذاری تا صدور رأی قضائی، اساسی و اجتناب‌ناپذیر می‌داند. در برابر طرفداران حقوق طبیعی یا آرمان‌گرایان، پوزیتیویست‌ها یا طرفداران مکتب تحققی و یا واقع‌گرایان قراردارند.

عمده اختلاف میان هواداران حقوق طبیعی و پوزیتیویست‌ها، اختلاف در مبنای حقوق و پایه الزام قواعد حقوقی است. البته برداشت بشر از ارزش اخلاقی، در زمان‌ها و مکان‌های مختلف فرق می‌کند؛ هواداران حقوق طبیعی هم این واقعیت را منکر نیستند؛ اما می‌گویند آرمان حقوقی که برقراری نظمی مقرون به عدالت است، به‌رغم این دگرگونی‌ها در تمام زمان‌ها و مکان‌ها معتبر و پابرجاست (قربان‌نیا، ۱۳۸۳، صص. ۳۷-۵۸). در مقابل این نگرش، انفکاک حقوق از اخلاق در قرن هجدهم میلادی پیروان زیادی پیدا کرد و سبب شد که اندیشمندان این عصر درباره استقلال اخلاق و حقوق اصرار ورزند (کاتوزیان، ۱۳۶۵، ج ۱، ص. ۴۶۴). در پژوهش حاضر ما در صددم تا با بررسی مکاتب پوزیتیویسم، حقوق طبیعی، واقع‌گرایی و نظام قضائی اسلام، جایگاه هنجارهای اخلاقی در این مکاتب و میزان دخالت آن در صدور آرای قضائی را مورد کنکاش قرار دهیم.

#### ۱. پوزیتیویسم و آرای قضائی

اثبات‌گرایی گروه وسیعی از متفکران، آراء و نظریه‌ها را در خود جای داده است و از این‌رو پرداختن به همه این نظرها و نقد آنها در یک مقاله امکان‌پذیر نیست؛ اما در یک نگاه کلی می‌توان گفت، دیدگاه اثبات‌گرایی حقوقی اصرار می‌ورزد که استدلال حقوقی

تماماً با واقعیات بیرونی ارتباط دارد. از این رو برای تعیین اینکه چه چیزی قانون است، صرفاً باید دید چه چیزی از طرف مقامات قانون اعلام شده است. مقامات مزبور آنانی هستند که در چشم مردم به طور مشروع، صاحب اقتدار لازم برای چنان اعلامی بوده‌اند. این دیدگاه هیچ چیز دیگری را برای تشخیص قانون لازم نمی‌داند. براساس این نظر اگرچه باورهای اخلاقی رایج در یک جامعه به احتمال بسیار زیاد بر فرایند قانون‌گذاری تأثیرگذارند اما رابطه ضروری میان حقایق حقوقی و هنجارهای اخلاقی وجود ندارد. همچنین ملاحظات اخلاقی در تعیین اینکه حقوق چیست هیچ نقشی بازی نمی‌کنند. مبتنی بر این مکتب حقوقی امکان توسل به اخلاق و قواعد کلی طبیعی و فطری وجود ندارد و صرفاً وضع واضح که در برخی رویکردهای اثبات‌گرایی ممکن است به فواید مادی اخلاق و دین در قالب آداب عرفی ختم شود، اعتبار الزامات حقوقی را فراهم می‌آورد (غمامی و عزیزی، ۱۳۹۵).

پوزیتیویست‌های حقوقی (اثبات‌گرایان) با پیروی از «آگوست گنت» که بشر را از درک مطلق حقایق عاجز می‌دانست و برای کشف روابط میان پدیده‌ها، اهرم مشاهده و استدلال را کافی تلقی می‌کرد، میان حقوق و قدرت سیاسی دولت، پیوندی ناگسستنی برقرار ساختند. به‌زعم آنان هر قاعده حقوق موضوعه معتبر است، هر چند ناعادلانه و مغایر موازین اخلاقی باشد. به‌واقع پوزیتیویسم حقوقی که در قرن نوزدهم در دکترین و آموزه‌های علمی اروپایی شکل گرفت و توسعه یافت به‌منزله واکنشی تهاجمی به آمال و اهداف برجسته حقوق طبیعی بود که در قرن هفدهم در اوج شکوفایی قرار داشت. پوزیتیویسم حقوقی هر آنچه را به‌عنوان بخشی از حقوق موضوعه تلقی نشود طرد می‌کند و حقوق را در معنای محدود و مضیق خود مدنظر قرار می‌دهد (زمانی، ۱۳۸۰).

در اواخر قرن هیجدهم و اوایل قرن نوزدهم بود که برخی متفکران نامدار انگلیسی در مورد مسائل حقوقی و اجتماعی و پردازش اصلاحات وسیع به مکتب اصالت نفع متمایل شدند. دو تن از آن اندیشمندان یعنی بنتام و آستین همواره بر لزوم تمایزی اثباتی و آشکار میان قانون و اخلاق اصرار می‌ورزیدند. اینان علمای حقوق طبیعی را به علت نادیده گرفتن این تمایز ساده ولی مهم و حیاتی مورد انتقاد قرار دادند. با وجود این در زمان معاصر نیز هنوز برخی بر این باورند که جدایی قانون و اخلاق از یکدیگر خطا و ناصواب است. آنان معتقدند که جداسازی قانون و اخلاق باعث می‌شود که

انسان‌ها از ماهیت واقعی حقوق و ریشه‌ها و مبانی آن غافل بمانند. پروفیسور «هارت» در مقاله‌ای تحت عنوان «پوزیتیویسم و جدایی حقوق و اخلاق» معتقد است که پوزیتیویسم حقوقی باعث نامعین شدن مرز میان حقوق و اخلاق گشته است. وی ضمن نقد و ارزیابی نظریه‌های جان آستین و جرمی بنتام بر این باور است که حقوق و اخلاق کاملاً از هم بیگانه و مستقل نیستند و حتی نوعی تعامل و تأثیر متقابل میان آنها وجود دارد (هارت، ۱۳۸۰).

اما اثبات‌گرایی یا پوزیتیویسم حقوقی بر این ادعاست که داشتن یک نظریه اخلاقی بی‌طرف توصیفی یا مفهومی در مورد قانون هم ممکن بوده و هم ارزشمند است و در نتیجه با این بیان در تقابل آشکاری با مکتب حقوق طبیعی به ارائه نظریه می‌پردازد. در واقع برخلاف تأکید حقوق طبیعی مبنی بر اینکه سرچشمه اصلی حقوق، قواعد و ارزش‌های برتر و جهان‌شمولی است که در طبیعت و فطرت انسان وجود دارد و باید آنها را شناخت و به کار گرفت، تکیه و تأکید پوزیتیویسم بر قوانین موضوعه یا حقوق موجود، محقق و محصل است. از نظر طبیعیون در هر نظام حقوقی، انطباق با حقوق طبیعی شرط ضروری برای اعتبار قانون است و با در نظر گرفتن ارزش‌های اخلاقی و تأثیر آنها در حقوق، اعتبار قانون را تنها به صرف وضع واضعان آن محدود نمی‌کند. به اعتقاد صورت‌گرایان و تحقق‌گرایان حقوقی، نظام حقوقی هر جامعه در قواعد موضوعه آن جامعه متجلی می‌شود و وظیفه قاضی آن است که این قواعد را بدان‌گونه که هستند اعمال کند. قوانین خود هدف و مطلوب هستند که بدون توجه به نتیجه آنها باید رعایت شوند. از این رو، قانون ناعادلانه هم باید محترم شمرده شود. به اعتقاد این مکتب حقوقی، قاضی ماشین‌وار عمل می‌کند و ماشین نیز فاقد احساسات است. قاعده آن است که قانون باید اجرا شود هر چند شدید یا بد یا حکم خروجی مغایر موازین اخلاقی باشد. بدین‌سان، نقش قاضی در مواجهه با اعمال و رفتار انسان‌ها، اعمال قانون است و او نمی‌تواند در پرتو برداشت‌های اخلاقی یا عادلانه که به قضاوت درباره قانون می‌پردازند قانون را تغییر دهد یا تفسیر کند. عملی عادلانه است و حکمی اخلاقی است که با قانون مطابقت داشته باشد (انصاری، ۱۳۸۳، صص. ۹۹-۱۰۰).

با این حال همان‌طور که گفته شد اثبات‌گرایی گروه وسیعی از متفکران و آراء و نظریه‌ها را در خود جای داده است و گاهی به تعادل، تمایل بیشتری پیدا کرده‌اند.

به‌طور کلی پوزیتیویست‌ها دو نوع استدلال عمده برای نحوه رأی دادن قاضی با توجه به تعریفی که از حقوق دارند ارائه می‌کند:

استدلال اول: حقوق تنها متشکل از قواعدی است که واجد شرایط صوری خاصی هستند؛ قاضی در تصمیم‌گیری خود تنها محدود به آنچه که حقوق نامیده می‌شود می‌باشد؛ آنگاه هنجارهای اخلاقی تا زمانی که واجد شرایط صوری که حقوق را تعیین و محدود می‌کنند (یعنی به شکل قانون) نباشند قاضی را محدود نمی‌کنند. استدلال دوم: اگر حقوق به‌طور ذاتی تنها از قواعد تشکیل نشده باشد بلکه متشکل از اصول اخلاقی نیز باشد؛ همچنین اگر قاضی محدود به حقوق باشد؛ آنگاه قضات، محدود به اصولی خواهند بود که به تعبیری هنجارهای اخلاقی ماهوی هستند (موراوتز، ۱۳۹۱).

بنابراین یک پوزیتیویسم حقوقی ممکن است هریک از این سه دیدگاه را در مورد رأی قاضی مدنظر قرار دهد، بسته به اینکه چه تعریفی از حقوق ارائه می‌کند:

۱- قاضی در تصمیم‌گیری خود صرفاً به‌واسطه قواعد حقوقی محدود است و تنها مجاز است قوانین موضوعه و مصوب را در صدور رأی به‌کار گیرد. کلسن پوزیتیویستی از این دسته است (Kelsen, 2005).

۲- یا محدود است به‌واسطه قواعد حقوقی و اخلاق طبیعی. همان‌گونه که آستین و جان استوارت میل بر این عقیده‌اند.<sup>۱</sup>

۳- یا به‌واسطه قواعد حقوقی و اخلاق موضوعی محدود می‌شود. راس، فیلسوف اسکاندیناویایی پوزیتیویستی از نوع سوم است.<sup>۲</sup>

## ۲. حقوق طبیعی و آرای قضائی

سابقه نظریه حقوق طبیعی به دوران یونان باستان بازمی‌گردد و رگه‌های اولیه این نظریه در آثار فیلسوفان یونانی به‌ویژه رواقیان قابل جست‌وجو است. نظریه‌های حقوق طبیعی را می‌توان به دو گروه نظریه‌های سنتی و مدرن تفکیک کرد. علاوه بر نظریه‌پردازان قدیم، همچون سیسرون - فیلسوف رومی - به‌عنوان نماینده بارز سنت باستانی حقوق طبیعی و آکویناس متکلم معروف مسیحی در قرون وسطی، نظریه‌پردازانی همچون گروسوس، جان لاک و هابز در دوره پس از رنسانس و بالاخره لان فولر و نیز جان

فینیز از فیلسوفان معاصر که می‌توان او را احیاگر حقوق طبیعی سنتی در عصر معاصر نامید، مورد توجه‌اند.

سقراط معتقد بود علاوه بر قوانینی که انسان‌ها آنها را وضع می‌کنند، قوانین دیگری نیز وجود دارد که از طرف طبیعت برای اداره امور جوامع بشری مقرر شده است. از یک سو وی از اولیای امور می‌خواست تا قوانین طبیعت را کشف کند و جامعه را بر اساس آنها اداره کنند و از سوی دیگر، به مردم توصیه می‌نمود تا تمام اعمال و رفتار خود را با مقررات حقوق طبیعی وفق دهند. افلاطون نیز در سه کتاب خود به نام‌های قوانین، دولتمرد، و جمهوری به بحث درباره حقوق طبیعی پرداخته و قوانین مدینه فاضله خود را بر اصول این حقوق استوار کرده است. همچنین ارسطو در کتاب‌های سیاست و اخلاق، قوانین طبیعت را بهترین منبع برای وضع قوانین جوامع معرفی کرده است. در این میان نامدارترین اندیشمندی که پیش از قرون وسطا درباره حقوق طبیعی با شرح و تفصیل بحث کرده است سیرون فیلسوف و خطیب توانا و سخنور مشهور رومی بود که در قرون اول پیش از میلاد مسیح زندگی می‌کرد. او که متأثر از مکتب رواقیان یونان بود، در کتاب‌های قوانین و جمهوری خود، قانون طبیعت را منطبق بر طبیعت و فطرت بشر دانسته و نویسنده و واضع این قانون را خالق بشر - یعنی خدا - معرفی کرده است. وی اعتقاد داشت که حقوق طبیعی باید ازلی و غیرقابل چالش باشد، چون طبیعت انسان ثابت و غیرقابل تغییر است (اشتراوس، ۱۳۷۵، ص. ۱۶۵).

با شروع قرون میانه و حکومت کلیسا در غرب، فیلسوفان مسیحی از جمله آمبروس و آگوستین کوشیدند تا تعالیم دین مسیحیت را بر اساس اصول فلسفه یونانی، به‌ویژه فلسفه افلاطون، برهانی و قابل دفاع نمایند. اما در اواخر قرون وسطا فیلسوفانی از جمله آکوئیناس که در قرن سیزدهم میلادی می‌زیسته سعی در تبیین رابطه قانون بشری و قانون طبیعی داشته‌اند. آکوئیناس در مشهورترین اثر خود کتاب چکیده الهیات چهار نوع گوناگون قانون را از هم متمایز ساخت: قانون سرمدی، قانون طبیعی، قانون الهی و قانون بشری (پوزیتیویستی). وی معتقد بود که قانون بشری (پوزیتیویستی) از قانون طبیعی گرفته می‌شود و در بعضی موارد قانون طبیعی حکم می‌کند که قانون بشری چگونه باید باشد و اخلاقیات را در وضع قوانین بشری دخیل گرداند اما در بعضی موارد دیگر، قانون طبیعی فضا را برای گزینش و انتخاب انسان آزاد می‌گذارد که او نیز



اراده خود را به کار گیرد (طالبی، ۱۳۸۰، صص. ۷۸-۸۰).

اما در دوره جدید لئون فولر و جان فینیس در زمره مهم‌ترین طرفداران حقوق طبیعی جدید هستند که به نقد تحقق‌گرایی و دفاع از اندیشه عدالت و آرمان‌های اخلاقی برخاسته‌اند. فولر معتقد است که در اعمال قواعد حقوقی، قضات باید همیشه در صدد اجتناب از نتایج نامطلوب باشند و بررسی کنند که آیا با اعمال مرّ قاعده حقوقی، هدف آن قاعده (یعنی برقراری نظم و اخلاق) هم توسعه خواهد یافت یا محدود خواهد شد (انصاری، ۱۳۸۳، ص. ۱۰۳). در واقع این دوره (سده هجدهم) را باید نقطه عطفی در فرایند تحولات فکری، به‌ویژه از جهت برجسته‌شدن مفهوم حقوق طبیعی، دانست. بینش انسانی در دو سوی آتلانتیک به‌ویژه در فرانسه و آمریکا در این زمینه نقشی به‌سزا داشت و در پرتو آن بود که نگرشی دیگرگون به پدیده‌ها و بالاتر از آن به حقوق طبیعی بشر اعتبار یافت. اعلامیه استقلال آمریکا و اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه را باید دو نماد برجسته و متمایز از اهمیت یافتن مفهوم حقوق طبیعی و در بطن آن حقوق بشر در شکل دادن به رفتارها، تفسیرها، مباحثات، مرزبندی‌ها، تعاملات و ساختارهای سیاسی برشمرد (جاوید و رستمی، ۱۳۹۴، ص. ۴۴۹).

جهانی‌بودن، ضرورت و ثبات سه مشخصه‌ای است که در همه تفسیرهای گوناگون حقوق طبیعی با مصادیق متعدد و متفاوت آن می‌توان یافت. جهانی بودن این حقوق به این معناست که اصول آن در همه زمان‌ها و مکان‌ها یکسان است و ضرورت آن از این‌رو است که مراعات آن مقتضای طبیعت عقلانی آدمی است و ثبات آن نتیجه وابسته نبودن به هیچ مرجع بشری است. قواعدی که محصول درس و حتی تجربه نیست بلکه اعتبار خود را در ورای بنیادهای حاکم اعم از دولت، مذهب و مانند آن می‌جوید. اعتقاد به حقوق طبیعی، قانون‌گذار را در وضع قواعد عادلانه و اخلاقی یاری و قاضی را در تفسیر و اجرای عادلانه کمک می‌کند. اگرچه اثبات‌گرایی ناب هیچ ملازمه‌ای میان قانون طبیعت و اخلاق نمی‌بیند و حق را تنها بر یک نص قانونی مبتنی می‌شمارد ولی ارزش مسلم حقوق را هرگز نمی‌توان و نباید به تعدادی ماده قانونی وضع شده که در مجموعه‌های قوانین یافت می‌شود، کاهش داد (قربان‌نیا، ۱۳۸۳). از آن طرف پوزیتیویست‌ها مدعی‌اند که طرفداران حقوق طبیعی، قدرت حقوق را تابعی از قدرت اخلاق قرار داده‌اند، چون قاعده‌ای را حقوقی می‌دانند که واجد خصیصه اخلاقی باشد و لزوم اطاعت از قاعده

حقوقی را به اخلاقی بودن آن نسبت می دهند یا موکول می کنند. بر این اساس اقتدار حقوق حشو زائد اقتدار اخلاق است (کیوانفر، ۱۳۸۸، ص. ۳۲۵). در واقع همان طور که اشاره شد انواع افراطی پوزیتیویسم حقوقی، هرگونه فرصت استدلال اخلاقی را در استنباط حقوقی - به خصوص در مواردی که دادگاه حق اعمال صلاحیت دارد - انکار می کند و معتقدند دادگاه زمانی دارای صلاحیت می باشد که مقید به هیچ نوع معیار فراحقوقی و سخت گیرانه نهادی نباشد. البته در میان دو حد افراط و تفریط نظریه پوزیتیویسم، نظریه پوزیتیویستی دقیق تری (معتدل تری) وجود دارد که معتقد است استفاده از استدلال اخلاقی در بعضی اوقات (و نه در همه زمان ها) به منظور استنتاج حقوقی لازم و ضروری است. در مقابل، مخالفان پوزیتیویسم همچون حقوق دانان طبیعی بر این امر تأکید دارند که بهره مندی از استدلال های اخلاقی، به مقتضای عدالت، جزو تعهدات دادگاه ها به شمار می رود، باید از آن استفاده کنند. فینیس، فولر و دورکین از مهم ترین متفکرانی هستند که به اخلاقی بودن نظام حقوقی تأکید کرده و نقش قاضی را در تأمین اخلاقی شدن نظام های حقوقی بسیار با اهمیت دانسته اند. بنابراین، قاضی به هنگام اعمال قواعد حقوقی باید به محتوای ارزشی آنها و اینکه اجرای آنها تأمین کننده عدالت و اخلاق می باشد یا نه، توجه کند (انصاری، ۱۳۸۳).

در جمع بندی نظریه حقوق طبیعی در صدور آرای قضائی؛ می توان گفت که در این زمینه دو نوع نظریه ضعیف و قوی وجود دارد:

نظریه ضعیف حقوق طبیعی، نظریه ای است که معتقد است ویژگی هر رأی قضائی این است که ادعاهای خواهان با توجه به این واقعیت ارزیابی می شود که منابع محدود؛ مانع از دستیابی به اهداف می شود و در دعاوی دشوار به راحتی و به صراحت و با استناد به قواعد حقوقی موجود نمی توان رأی صادر کرد و به آنها محدود بود.

علت اینکه این نظریه را ضعیف نامیدیم این است که: اولاً. راهنمایی چندانی در موارد دشوار ارائه نمی کند؛ ثانیاً. با اینکه به واقعیاتی راجع به عملکردهای عام حقوق توجه می کند و با انواع زیادی از آراء سازگارند اما به اهداف خاص توجهی نمی کند. مثلاً یکی از عملکردهای حقوق مقرر کردن تخصیص منابع طبیعی است اما هدف حقوق دستیابی به نوع خاصی از تخصیص است که در این نظریه به آن اشاره نمی شود. نظریه قوی حقوق طبیعی نظریه ای است که بتواند حداقل در برخی از موارد دشوار

موجب تصمیم‌گیری شود. طبق این نظریه حتی زمانی که تعیین رأی صحیح دشوار است؛ رأی صحیحی وجود دارد و تنها وظیفه قاضی یافتن آن است. مانند نظریه جان راولز. او در یکی از اصول عدالتی خود می‌گوید: «بیشترین آزادی را برای هر فرد ایجاد کنید به گونه‌ای که با آزادی مشابه برای همگان سازگار باشد». این نظر نسبت به نظر ضعیف، در موارد دشوار تصمیم‌گیری، راهنمایی بیشتری ارائه می‌کند. برای مثال به ما می‌گوید آزادی‌هایی از قبیل آزادی بیان و فرصت شغلی یکسان را نمی‌توان به‌خاطر سنگین بودن بهای اقتصادی حمایت از اعمال این آزادی‌ها به‌مخاطره انداخت.

علت قوت این نوع نظر آن است که: اولاً. بسیاری از مسائل دشوار از بین می‌روند و قضات با مشکل چندانی در خصوص تصمیم‌گیری قضائی مواجه نیستند چراکه حقوق طبیعی در مفهوم قوی وجود دارد و قضات می‌توانند به آن دسترسی داشته باشند؛ ثانیاً. نیازی نیست بین آنچه که انجام آن برای صدور رأی توسط قاضی جایز است و آن رأیی که مطلوب است تمایز قائل شویم. کار قاضی یافتن پاسخ صحیح است به‌طوری‌که هر جایگزین دیگری نامناسب است.

درواقع نظریه‌های حقوقی طبیعی توجه خود را به اصول یا اهدافی معطوف می‌کنند که منبع تعیین‌کننده تصمیم‌گیری هستند نه به عوامل یا روش‌های به‌کارگیری آنها؛ برخلاف پوزیتیویسم که می‌گوید مجموعه‌ای از قواعد موضوعه و قراردادی وجود دارد که در نظام حقوقی خاصی وضع شده و کار قاضی اعمال و به‌کارگیری آنهاست. اما با وجود قوی بودن این نظریه اما این فرض که بررسی طبیعت انسان منجر به یافتن قواعدی می‌شود که به‌موجب آنها کلیه موارد دشوار غیرقابل اختلاف می‌شوند؛ نظری است که تجربه، چندان آن را تأیید نمی‌کند و چنین دیدگاهی قابل تصور نیست که حقوق طبیعی قوی می‌تواند کلیه مسائل را حل و فصل کند (موراوتز، ۱۳۹۱).

### ۳. واقع‌گرایی و آرای قضائی

تاریخچه واقع‌گرایی حقوقی به‌طورکلی به جنبش فلسفی قرن نوزدهم و نیمه نخست قرن بیستم بازمی‌گردد. واقع‌گرایی نوعی واکنش انکاری در مقابل مکتب شکل‌گرایی آستین، بنتام، میل و هیوم بود (ابدالی، ۱۳۹۳، ص. ۲۳۱). بنابر نظر واقع‌گرایان، تصمیم‌گیری قضات در حقیقت بر اساس تأثیرهای واقعیات دعاوی بر آنهاست، نه بر

این مبنا که قواعد حقوقی نتایج به‌خصوصی را تحمیل می‌کنند. واقع‌گرایی حقوقی در پی پاسخ‌های ضدشکل‌گرایی و تلاش برای نفی قطعیت از حقوق، نشئت گرفت و به تدریج سبب شد واقع‌گرایان حقوقی در مقابل شکل‌گرایان قرار گیرند. واقع‌گرایان با تشکیل این جنبش به دنبال پاسخ به این سؤال بودند که قضات در صدور احکام به واقعیت امور پایبند هستند یا به قاعده‌های حقوقی؟ بدیهی است وقتی قاضی در مورد موضوعی تصمیم‌گیری می‌کند، ملزم به اجرای قوانین ماهوی و شکلی است اما این موضوع به معنای نادیده گرفتن سهم عوامل اجتماعی و روانی و ملاحظات اخلاقی خودآگاه و ناخودآگاه در تصمیم‌گیری وی نیست. در واقع تصمیم‌گیری قضائی بر پایه واقع‌گرایی، در صدد مخالفت با تصور ماشینی بودن تصمیم‌های قضائی است و معتقد است بی‌گمان عوامل و شرایط مختلف هر کدام به‌گونه‌ای خاص بر تصمیم‌گیری قضات تأثیر می‌گذارند. دسته‌ای از عوامل که تأثیرگذاری آنها بر تصمیم‌گیری قضائی انکارناپذیر است، واقعیت‌های بیرونی وارد بر موضوع مورد رسیدگی است که برخی از این واقعیت‌ها در قوانین پیش‌بینی شده است. برای نمونه در نظر گرفتن وضعیت متهم، سابقه کیفری وی و... برخی از این واقعیت‌ها با اینکه در قوانین پیش‌بینی نشده‌اند، تأثیرهای فراوانی بر تصمیم‌گیری قضات دارند. در پرونده‌های قضائی طرح کلی که مبنای تصمیم‌گیری را شکل می‌دهد می‌تواند قانون، نگرش قاضی، استراتژی یا راهبرد قضائی، ملاحظات اخلاقی و ویژگی‌های شخصیتی قاضی باشد که هر یک تحت عنوان یک الگوی تصمیم‌گیری مورد بررسی قرار می‌گیرند. قانون، نخستین الگویی است که در ذهن هر خواننده‌ای به‌عنوان الگوی بدیهی تصمیم‌های قضات شکل می‌گیرد؛ اما باید توجه داشت که قانون به‌تنهایی پاسخ‌چرایی تصمیم‌های قضات را نمی‌دهد (واقع‌نوریان و محمدنسل، ۱۳۹۹).

واقع‌گرایی حقوقی، نقش قضات را به‌عنوان مجریان اراده قانون‌گذار به چالش کشید و بر ناقص بودن تأثیر قواعد و مقررات حقوقی در شکل‌دهی به تصمیم‌های قضائی تأکید کرد (Iglesias Vila, 2001).

#### ۴. شکل‌گرایی حقوقی و واقع‌گرایی حقوقی

شکل‌گرایی یا صورت‌گرایی در نظریه حقوقی، به دنبال به حداقل رساندن عنصر انتخاب در تفسیر عبارات مندرج در قواعد حقوقی است و بر ضرورت یقین و قابلیت پیش‌بینی در معنای این قواعد تأکید دارد (چینهنگو، ۱۳۹۴، ص. ۲۶). شکل‌گرایی حقوقی به حقوق مانند قواعد علوم طبیعی می‌نگرد. قواعدی که به جای روابط مادی و فیزیکی در طبیعت، قواعد حاکم بر روابط اجتماعی افراد را همان قواعد موضوعه حقوقی می‌بیند و برای شناخت آن، دقت در منابع رسمی حقوق و استخراج قواعد کلی معمول در این منابع رسمی را لازم و کافی می‌شمرد (بابایی، ۱۳۸۶، ص. ۱۹).

بسیاری از انتقادهای واقع‌گرایان به شکل‌گرایی بر این مبنا استوار است که مجموعه قواعد حقوقی توان ارائه پاسخ صحیح و واحد به پرسش‌ها و مسائل حقوقی را ندارد؛ زیرا قانون بعد از تصویب ثابت، اما جامعه مواجه با تغییرها و تحولات گوناگون است. همچنین قواعد به‌خودی‌خود نامتعین هستند و نمی‌توان پیشاپیش معنا، کارکرد و پیامدهای مشخص آنها را تعیین کرد. در باور شکل‌گرایان، حقوق مجموعه‌ای از قواعد، احکام و نظریه‌های قضائی مستقل است که مداخله حقوق‌دانان و قضات در آن به حداقل می‌رسد و رجوع به اخلاق، شرایط اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، ایدئولوژی و دیگر معارف خارج از قواعد حقوقی، محل و جایگاه خاصی ندارد (واقع‌نوریان و محمدنسل، ۱۳۹۹). اما واقع‌گرایان به‌زعم خود نسبت به نحوه تصمیم‌گیری قضات در دعاوی نگاهی واقع‌بینانه دارند، چنانچه قاضی الیور وندل هولمز یکی از متفکران قدیمی و اصلی حقوقی در آمریکا، این‌گونه بیان می‌کند: «تصمیم قاضی، قانون واقعی است»<sup>۳</sup>.

بنا بر نظر واقع‌گرایان، کاری که قضات در عمل انجام می‌دهند، تصمیم‌گیری بر اساس تأثیر امور واقعی دعاوی بر آنهاست، نه بر این مبنا که قواعد حقوقی نتایج و پیامدهای مشخص و به‌خصوصی را تحمیل می‌کنند؛ بلکه قضات عمدتاً در فرایند صدور حکم «حساس به واقعیت» هستند تا اینکه «حساس به قاعده» باشند (Patterson, 2010). واقع‌گرایان حقوقی بر این باورند که تصمیم‌گیری قضات در پرونده‌ها بدون در نظر گرفتن ملاحظات زمانی و مکانی، اقتصادی، سیاسی و اخلاقی و با تکیه صرف بر قواعد و مقررات حقوقی منجر به نتیجه مطلوب نخواهد شد و تنها به فصل خصومت می‌انجامد.

البته شکل افراطی از واقع‌گرایی حقوقی هم وجود دارد که به جبرگرایی در حوزه آرای قضائی معتقد است و بیان می‌دارد که تا زمانی که قضات تصمیم‌گیری نکنند قانون نامعین می‌ماند و قانون چیزی است که قضات می‌گویند. در واقع این گروه از واقع‌گرایان قاضی را خالق حقوق می‌داند. آنها می‌گویند قانون صرفاً همان نیست که قانون‌گذاران وضع می‌کنند زیرا قضات می‌توانند قوانین مصوب را در عمل بی‌خاصیت سازند. آنها معتقدند لازم نیست به دلایل مطرح شده در آراء توجه کنیم بلکه باید علل روان‌شناختی را که ناخودآگاه هم هستند در نظر بگیریم اما در پاسخ این گروه از واقع‌گرایان باید گفت حقوق صرفاً چیزی نیست که قضات می‌گویند بلکه گفته قضات تنها زمانی که آنان از قواعد و روش‌های حاکم بر نحوه عملکرد خود پیروی می‌کنند حقوق محسوب می‌شود. آنان حتی اگر تعهدات سیاسی و اخلاقی را در حوزه قضائی اعمال کنند، اجازه ندارند طبق خواسته خود عمل کنند و برخی از شیوه‌های رسیدگی به دعوای مجاز نیست. در واقع اگرچه ممکن است فرض بگیریم عوامل ناخودآگاه، اغلب در تصمیم‌گیری‌های افراد نقش دارند یا افراد اغلب در جهت منفعت خود عمل می‌کنند؛ اما اشخاص قادرند تصمیم‌های عاقلانه و آگاهانه اتخاذ کنند و به دلایلی بی‌طرفانه و به‌خاطر اهدافی به‌جز منفعت شخصی تصمیم به انجام دادن عمل بگیرند. اثبات اینکه بسیار از آراء منفعت‌جویانه‌اند یک مسئله است و گفتن اینکه آنها همواره به این دلیل که منفعت‌جویانه‌اند نمی‌توانند به‌گونه‌ای دیگر باشند مسئله‌ای کاملاً متفاوت است (موراوتز، ۱۳۹۱).

##### ۵. نظام قضائی اسلام و آرای قضائی

نظام قضائی اسلام از زمان تشکیل حکومت اسلامی بنیان نهاده شد و به‌خاطر الهام گرفتن از آموزه‌های وحیانی و دینی در مقایسه با سایر نظام‌ها، کامل‌ترین شیوه دادرسی را ارائه نمود. بنابراین، برای کشف مبنای دادرسی اسلامی، باید به همان آموزه‌های وحیانی و دینی مراجعه کرد. قرآن کریم به‌عنوان اولین و اصلی‌ترین منبع این آموزه‌ها، در آیات متعددی به مسئله قضاوت و فصل خصومت پرداخته و در همه آنها آنچه که به‌عنوان مبنای اصلی و رکن مهم امر قضاوت به‌چشم می‌خورد؛ بحث عدالت و قضاوت بر اساس عدالت می‌باشد: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ

النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا؛ خداوند به شما فرمان می‌دهد که امانت‌ها را به صاحبانش بدهید! و هنگامی که میان مردم داوری می‌کنید، به عدالت داوری کنید! خداوند، اندرزهای خوبی به شما می‌دهد! خداوند، شنوا و بیناست (نساء / آیه ۵۸).

این آیه معیار و مبنای دادرسی و داوری را «قسط و عدل» بیان می‌کند و فرقی بین طرفین دعوا، از حیث کفر و اسلام، غنا و فقر و خویشاوند و غیرخویشاوند نمی‌گذارد (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ج ۲۲، ص. ۴۸۸). اجرای عدالت در نظام قضائی اسلام یک اصل و ارزش واقعی و والا است که باعث حیات و زندگی جامعه و ملت و امت است که نظام هستی و آسمان و زمین بر آن استوار است «و بالعدل قامت السموات و الارض» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۳ق، ج ۴، ص. ۱۰۳). عدالت همان رکن مهم و نکته اتکای بینادینی است که با تأمین آن ملاحظات اخلاقی نیز در صدور آرای قضائی تأمین می‌شوند. بنابراین نظام صحیح اسلام و جامعه باید بر اساس عدالت و قضاوت به حق و عدل تشریحی برقرار باشد و مجریان عمده عدالت و قسط در جامعه، قضاوت هستند و مسئولیت سنگین این رسالت بر عهده قوه قضائیه و در گرو شیوه اجراء قضاء می‌باشد. به همین مناسبت کار اساسی حاکم الهی و قاضی باید اجرای عدالت و برقراری قسط باشد. وجه تمایز اسلام با سایر مکاتب حقوقی در مقام قضاوت همین است؛ زیرا از نظر ضوابط حقوقی؛ همین اندازه که متقاضی منصب قضا واجد حسن سابقه و فاقد سوء پیشینه باشد، برای تصدی امر قضاوت کافی است؛ اما در اسلام، بر صفت «عدالت» در قاضی بسیار تأکید شده، به گونه‌ای که با سلب آن، قاضی مجاز به صدور حکم و اجرای مجازات بر مجرم نیست. در نظام دادرسی اسلامی برای اینکه فرایند دادرسی عادلانه باشد، یک سلسله اصول و ضوابطی ارائه شده که باید رعایت شوند. این اصول در واقع به نوعی همان رعایت ملاحظات اخلاقی در هنگام تصمیم‌گیری قاضی در مرحله صدور رأی می‌باشد. برخی از این اصول که ارتباط بیشتری با موضوع ما - یعنی مبحث بررسی مداخله ملاحظات اخلاقی در دادرسی قضائی اسلام - دارند، عبارتند از:

#### ۵-۱. اصل برائت

منظور از اصل برائت همان فرض بی‌گناهی متهم است و بر مبنای آن هر انسانی بی‌گناه

فرض می‌شود و در صورت ورود اتهام به وی، به سبب فرض بی‌گناهی، مدعی باید گناه وی را اثبات کند. این اصل از اصول مترقی نظام حقوقی اسلام است. هر چند مضمون و محتوای این اصل پس از وقوع انقلابات سیاسی - اجتماعی دو دهه ساله اخیر در انگلستان، آمریکا و فرانسه و دیگر کشورهای اروپایی، در قوانین اساسی ناشی از این انقلابات و همچنین اعلامیه حقوق بشر انعکاس یافته و امروزه تقریباً تمامی قوانین اساسی کشورها این اصل را به رسمیت شناخته‌اند، لیکن شناخت، احترام و اجرای این اصل به‌عنوان یکی از محورهای اصلی دادرسی و قضا در اسلام، چهارده قرن پیش از این، آن‌هم در سرزمینی که از حیث درجه مدنیت مادی قابل مقایسه با تمدن‌های باستانی نبود، بی‌شک از ویژگی‌های شگفت‌انگیز تعالیم اسلامی است. (توکلی و رهبرپور، ۱۳۹۶). در واقع با توجه به این اصل قاضی قبل از ورود به رسیدگی و در حین رسیدگی و تطبیق با قوانین موضوعه، اصل را بر بی‌گناهی متهم گذاشته و با یک ملاحظه بسیار مهم اخلاقی رسیدگی به دعوا را پیش می‌برد.

#### ۲-۵. اصل بی‌طرفی در رسیدگی و برخورد عادلانه با اصحاب دعوا

در نظام قضائی اسلام قاضی علاوه بر اینکه باید خود عادل باشد، باید همچنین عادلانه و غیرجانبدارانه به شکایات رسیدگی کند. قاضی باید به‌گونه‌ای عمل نماید که عدالت تجسم و عینیت یابد و اصحاب دعوا مطمئن باشند که حاکم به طرفین یکسان می‌نگرد و عادلانه حکم می‌کند. امیر مؤمنان علی (علیه‌السلام) درباره شرایط قاضی و نحوه برخورد با اصحاب دعوا می‌فرمایند: «مَنْ إِبْتَلَى بِالْقَضَاءِ فَلْيُؤَسِّبْ بَيْنَهُمْ فِي الْإِشَارَةِ وَ فِي النَّظَرِ وَ فِي الْمَجْلِسِ»؛ قاضی باید حتی در اشاره و نگاه و در نشستن به‌صورت مساوی به طرفین توجه کند و عدالت را رعایت کند (حرعاملی، ۱۴۱۶ق، ص. ۲۱۴).

#### ۳-۵. اصل استقلال و اهمیت جایگاه قاضی

استقلال قاضی به این معناست که قاضی وظیفه دارد بر اساس استنباط خود و بر مبنای موازین و مقررات قانونی تصمیم بگیرد و در این مسیر از کسی نهراسد. به عبارت دیگر استقلال به معنای مصونیت از نفوذ و کنترل سیاسی یا اجرایی است (فضائلی، ۱۳۸۷، ص. ۱۸۰). امام علی (علیه‌السلام) در فرمان خود به مالک اشتر، در مورد جایگاه قضات



و کمک به استقلال او این گونه می‌فرمایند: «رتبت او را نزد خود چندان بالا بر که از نزدیکانت، کسی درباره وی طمع نکند و از گزند مردمان نزد تو ایمن ماند» (نهج البلاغه: نامه ۵۳). تا بدین ترتیب قاضی و دستگاه قضائی عالی‌ترین رتبه را در نظام اسلامی داشته باشد و به هیچ نهاد و مرکز و قدرتی وابسته نباشد تا بدین وسیله، از اعمال نفوذ آنها در هنگام صدور حکم در امان بماند (توکلی و رهبرپور، ۱۳۹۶).

#### ۵-۴. اصل پذیرش توبه

یکی دیگر از مهم‌ترین نشانه‌های تأثیر ملاحظات اخلاقی در فرایند صدور احکام قضائی مسئله توبه می‌باشد؛ تا جایی که رجوع به قوانین موضوعه و قواعد حقوقی را بی‌اثر می‌کند. توبه در نظام کیفری اسلام به‌عنوان یکی از عوامل سقوط مجازات شناخته می‌شود. در واقع از آنجا که مجازات کسی که پس از ارتکاب جرم به راستی از کرده خویش پشیمان گشته، فاقد اولویت می‌باشد، معصومان اصرار داشته‌اند تا کسانی را که با حالت پشیمانی در حضور آنان به ارتکاب جرم اقرار می‌کردند، به کیفر نرسانند: «عن امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) فی حدیث الزانی الّذی اقرّ اربع مرّات أنّه قال لِقَنْبَرٍ اِحْتَفِظْ بِهٖ ثُمَّ غَضِبَ وَ قَالَ مَا اَقْبَحَ بِالرُّجْلِ مِنْكُمْ اَنْ یَاتِیَ بَعْضَ هَذِهِ الْفَوَاحِشِ فِیْفِضَحَ نَفْسَهُ عَلٰی رُءُوسِ الْمَلِکِ فَلَاتَابَ فِی بَیْتِهِ فَوَاللّٰهِ لَتَوْبَتُهُ فِیْمَا بَیْنَهُ وَ بَیْنِ اللّٰهِ اَفْضَلُ مِنْ اِقَامَتِیْ عَلَیْهِ الْحَدِّ»؛ در حدیث زناکننده‌ای که چهار مرتبه به آن اقرار کرده آمده که آن حضرت به قنبر فرمود: از او محافظت کن، سپس در خشم شد و فرمود: چه زشت است که کسی از شما مرتکب این گناهان شود و خود را مقابل دیدگان مردم رسوا کند. چرا در خانه‌اش توبه نکرد؟ به خدا سوگند توبه او در میان خود و خدایش بسی با فضیلت‌تر از آن است که من بر او حد جاری کنم (حرعاملی، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۶).

با این بیان روشن می‌شود که آنچه در مقررات کیفری اسلام مورد توجه و واجد اهمیت بوده و یکی از مؤثرترین راهکارهای کاهش تکرار جرم به‌شمار می‌رود، اصلاح درونی مجرم و در حقیقت بازسازی وی می‌باشد. قانون‌گذار هم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ علاوه بر پذیرش قول مشهور فقها در ارتباط با سقوط یا اختیار امام در ساقط نمودن مجازات‌های حدی با تحقق توبه مجرم، این موضوع را تحت ضابطه و قاعده‌ای کلی مطرح کرد که قابل اعمال بر تمامی مجازات‌های حدی است

مجازات‌های تعزیری با تحقق توبه را نیز به‌عنوان قاعده کلی پذیرفته است. ماده (۱۱۴) این قانون اشعار می‌دارد: «در جرایم موجب حد به استثنای قذف و محاربه هر گاه متهم قبل از اثبات جرم توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌شود. همچنین اگر جرایم فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست کند.

تبصره ۱- توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حد است». استثنای حد قذف نیز در این ماده بر اساس غلبه حق الناسی آن می‌باشد چرا که اساساً در نظام قضائی اسلام آنچه که در ارتباط با حقوق مردم می‌باشد، ملاحظه‌بردار نیست و جز با رضایت شخص مرتفع نمی‌شود.

### نتیجه‌گیری

در راستای تضمین دادرسی عادلانه، تصمیم‌گیری قضائی به‌عنوان اصلی‌ترین رکن دادرسی، یکی از مهم‌ترین و بارزترین موقعیت‌هایی است که اثر تضارب آرای مکاتب مختلف حقوقی در آن به‌وضوح دیده می‌شود. در این نوشتار ما با بررسی مکاتب پوزیتیویسم، حقوق طبیعی، واقع‌گرایی و نظام قضائی اسلام، جایگاه هنجارهای اخلاقی در این مکاتب و میزان دخالت آن در صدور آرای قضائی به این نتیجه رسیدیم که اثبات‌گرایی یا پوزیتیویسم حقوقی مدعی است: وظیفه قاضی آن است که قواعد حقوقی را بدان‌گونه که هستند اعمال کند؛ قوانین خود هدف و مطلوب هستند و بدون توجه به نتیجه آنها باید رعایت شوند. از این‌رو، قانون ناعادلانه هم باید محترم شمرده شود. درواقع قاعده آن است که قانون باید اجرا شود هر چند حکم خروجی مغایر موازین اخلاقی باشد و قاضی نمی‌تواند در پرتو برداشت‌های اخلاقی قانون را تفسیر کند. عملی عادلانه است و حکمی اخلاقی است که با قانون مطابقت داشته باشد. البته در میان دوحده افراط و تفریط نظریه پوزیتیویسم، نظریه پوزیتیویستی دقیق‌تری (معتدل‌تری) وجود دارد که معتقد است استفاده از استدلال اخلاقی در بعضی اوقات (و نه در همه زمان‌ها) به منظور استنتاج حقوقی لازم و ضروری است.



## یادداشت‌ها

1. Austin: Province.pp37.40.73&180-183& Mill Utilitarianism
2. ALF Ross: On Law and Justice (Berkeley: University of California Press, 1959)  
اعتقاد به اخلاق طبیعی اعتقاد به این است که برخی از اهداف اخلاقی جهان‌شمول‌اند زیرا تأمین نیازها یا خواسته‌های عمومی بشر را مقرر می‌کنند. برعکس اعتقاد به اخلاق موضوعه اعتقاد به این است که همه هنجارهای اخلاقی؛ نوعی قرارداد اجتماعی برای نحوه رفتار و انتقاد از رفتارند و خصوصیات طبیعی یا جهان‌شمول افراد و تجربیات را بیان نمی‌کنند.
3. The Judge's Decision, The Law is Real

## کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. نهج البلاغه (۱۳۷۹). ترجمه محمد دشتی، انتشارات مؤسسه فرهنگی تحقیقاتی امیرالمؤمنین (علیه السلام).
۳. ابدالی، مهرداد (۱۳۹۳). *فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی*. تهران: انتشارات مجد.
۴. ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین (۱۴۰۳ق). *عوالی اللئالی الغریزه فی الاحادیث الدینیه*. قم: انتشارات سیدالشهدا (علیه السلام).
۵. اج. ال. ای. هارت (۱۳۸۰). «پوزیتیویسم و جدایی حقوق و اخلاق»، ترجمه سیدقاسم زمانی. *نشریه اطلاعات سیاسی - اقتصادی*، خرداد و تیر، (۱۶۵-۱۶۶)، صص ۷۴-۸۵.
۶. اشتراوس، لئو (۱۳۷۵). *حقوق طبیعی و تاریخ*. ترجمه باقر پرهام. تهران: نشر آگاه.
۷. انصاری، باقر (۱۳۸۳). «موضوعیت یا طریقت داشتن قوانین برای قاضی». *نشریه نامه مفید*، (۴۶)، صص. ۹۹-۱۲۲.
۸. بابایی، ایرج (۱۳۸۶). «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق». *مجله پژوهش حقوق و سیاست*، (۲۳)، صص. ۱۳-۶۰.
۹. توکلی، حمید و رهبرپور، محمدرضا (۱۳۹۶). «دادرسی عادلانه در آموزه‌های جزایی اسلام». *نشریه معرفت*، (۲۳۳)، صص. ۸۹-۱۰۲.
۱۰. جاوید، محمدجواد و رستمی، مرتضی (۱۳۹۴). «ابعاد نظری و آثار عینی حقوق طبیعی در اسناد و آرای حقوق بشری». *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، (۳)۴۵، صص. ۴۴۹-۴۷۰.
۱۱. جواد آملی، عبدالله (۱۳۸۹). *تفسیر تسنیم*. قم: انتشارات اسراء.
۱۲. چیننگو، آستین (۱۳۹۴). *مبانی فلسفه حقوق*. ترجمه هیبت‌الله نژندی منش. تهران:

- انتشارات خرسندی.
۱۳. حاجی ده‌آبادی، احمد و رجیبی، محمد (۱۳۹۴). «تأملی بر مقررات توبه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲». *مجله حقوق اسلامی*، سال دوازدهم، (۴۶)، صص. ۷-۳۰.
۱۴. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. قم: انتشارات آل‌البیت.
۱۵. زمانی، سیدقاسم (۱۳۸۰). «پوزیتیویسم و جدایی حقوق و اخلاق». *نشریه اطلاعات سیاسی - اقتصادی*، خرداد و تیر، (۱۶۵-۱۶۶) به نقل از: Ago.R.Positivism.EPIL.Vol7.p.385
۱۶. طالبی، محمدحسین (۱۳۸۰). «نظریه حقوق طبیعی در فلسفه حقوق». *نشریه معرفت*، مهر، (۴۶)، صص. ۷۶-۸۲.
۱۷. غمامی، سیدمحمد مهدی و عزیزی، حسین (۱۳۹۵). «تحلیل انتقادی رویکردهای اثباتی به قانون بررسی موردی دیدگاه‌های هانس کلسن و هارت». *نشریه مطالعات حقوق عمومی*، بهار، (۱)۴۶، صص. ۱۳۹-۱۶۰.
۱۸. فضائلی، مصطفی (۱۳۸۷). *دادرسی عادلانه*. تهران: انتشارات شهر دانش.
۱۹. قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۳). «قرائت‌های گوناگون از حقوق طبیعی». *نشریه حقوق اسلامی*، (۱)، صص. ۳۷-۵۸.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۵). *فلسفه حقوق*. تهران: انتشارات بهنشر.
۲۱. کیوانفر، شهرام (۱۳۸۸). «اخلاقی بدون وظیفه اطاعت از قانون». *فصلنامه حقوق*، (۱۳ و ۱۴).
۲۲. موراوتز، توماس (۱۳۹۱). *فلسفه حقوق؛ مبانی و کارکردها*. ترجمه بهروز جنندقی. تهران: انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۲۳. واقع‌نوریان، ایوب و محمدنسل، غلامرضا (۱۳۹۹). «واقع‌گرایی در تصمیم‌گیری کیفری». *نشریه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، پاییز و زمستان، (۱۶)، صص. ۱۱۳-۱۳۴.
24. Ago. R. Positivism.EPIL.Vol7.
25. ALF Ross: *On Law and Justice* (Berkeley University of California Press, 1959).
26. Iglesias Vila, Marisa (2001). *Facing Judicial Discretion*. Legal Knowledge and Right Answers Revisited (Boston: Kluwer Academic Publishers).
27. Kelsen, Hans (2005). *General Theory of law and State*. New York: Routledge.
28. Patterson, Dennis Michael (2010). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Chicago: Wiley-Blackwell.