

## صورتگرایی در استدلال قضایی

### (پژوهشی در نسبت بین قیاس قضائی و قیاس صوری)

دکتر محمد مهدی الشریف \*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

چکیده:

بر اساس تلقی مرسوم از اصل تفکیک قوا، وظیفه دادرسی صرفاً شناخت اراده قانونگذار و تطبیق آن بر مصادیق خارجی است. انگیزه دستیابی به امنیت قضایی و وجود برخی عوامل همچون شکل قیاسی استدلال قضایی و لزوم استنتاج تمامی نتایج از قانون موجب گرایش سنتی حقوقدانان به تحلیل قیاس قضایی در قالب یک قیاس صوری شده است. در قیاس صوری یا استدلال استنتاجی تابع منطق صوری، استدلال روندی ضروری داشته و جز یک نتیجه درست وجود ندارد و جایی برای تردید و تشکیک نیست. نگاهی دقیق به صغرا و کبرای قیاس قضایی حکایت از آن دارد که سودای تبدیل قیاس قضایی به قیاس صوری و ضروری خیالی خام و دست نیافتنی است. عدم امکان شفاف سازی مفاهیم حقوقی و وجود نقص و ابهام و تعارض در قوانین از یکسو و عدم امکان دستیابی به قطع و یقین در مرحله احراز واقع، از سوی دیگر اجازه صورتگرایی و تبدیل استدلال قضایی به استدلال صوری و ضروری را نمی‌دهد. به دلیل ضروری نبودن استدلال‌های قضایی این استدلال‌ها برخلاف استدلال‌های تابع منطق صوری، خالی از دخالت عنصر انسانی نیستند. نوع و کیفیت مداخله و استفاده دادرسی از این توسعه و انعطاف را ویژگی‌های هر نظام حقوقی و مبانی مورد قبول دادرسی معلوم می‌سازد. بر این اساس در نظام‌هایی که اراده واقعی قانونگذار موضوعیت ندارد، قاضی می‌تواند از این مجال برای سوق دادن روند استدلال به سوی نتیجه عادلانه و مطلوب بهره جوید.

واژگان کلیدی:

قیاس قضایی - قیاس صوری - استدلال قیاسی - استدلال صوری - قیاس معکوس -  
صورتگرایی - منطق حقوق

\* E mail: Alsharif@ace.ui.ac.ir

### مبحث اول- پیشینه تاریخی کاربرد منطق قیاسی در حقوق

به لحاظ نظری تردیدی نیست که مفهوم حقوق به عنوان یک نظام قیاسی (استنتاجی)، نخست در چارچوب نظام عقلگرای حقوق طبیعی که در قرن ۱۷ و ۱۸ شکل گرفته بود، تجلی یافته است (De kerchove, 1988, P.68).

از نخستین تجلیات این مفهوم دیدگاه‌های ریاضی‌دان و حقوقدان بزرگ قرن هفدهم یعنی لایب‌نیتس است. او با انتقاد از حقوق رم، در صدد برآمد نظم طبیعت را بازسازی کند؛ نظمی که نمی‌توانست جز یک نظم هندسی باشد. به گمان وی با شروع از واقعیات اولیه و استخراج نتایج مستقیم آنها و استخراج نتایج دیگر از نتایج قبلی، به کامل‌ترین شکل منطقی ممکن به یک نظام اصل موضوعی (آکسیوماتیک) دست می‌یابیم. لایب‌نیتس کوشید حقوق را از طریق تعاریف و اصول موضوعه (Axiomes) و نظریه‌ها یا قضایا (Théorèmes) به نمایش گذارد (Villey, 1984, P.69). لایب‌نیتس معتقد بود روش استنتاجی را می‌توان در بسط و گسترش نظام قضایای حقیقی در حوزه‌های دیگر، غیر از منطق و ریاضیات نیز مورد استفاده قرار داد. به گمان وی روش لمّی در بسط و گسترش مفاهیم اساسی و حقایق ما بعدالطبیعه، علم طبیعت، فقه یا حقوق و حتی در علم الهیات نیز می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد (کاپلستون، ۱۳۸۰، ج ۴، ص ۳۴۰). این اندیشه نزد پوفندر ف نیز دیده می‌شود. وی نخستین تلاش‌ها را برای تحقق واقعی سیستم حقوق طبیعی به عمل آورد. در سال ۱۶۸۹ دوما با الهام از این اندیشه، تلاش کرد بر مبنای منطق پورت رویال که خود متأثر از اندیشه‌های دکارت بود مدل قیاسی را بر قوانین مدنی تطبیق دهد (Villey, 1984, P.69) و در کتاب «قوانین مدنی در نظم طبیعی آنها» یک نمونه کامل از این فکر را به نمایش گذاشت.

علاوه بر این مؤلفان که در ایجاد یک تلقی قیاسی در مورد «کار قانونگذار» سهم شایانی دارند، اندیشمندان دیگری چون منتسکیو با انتشار کتاب تاریخ ساز خود به نام «روح القوانين» در سال ۱۷۴۸ و بکاریا با انتشار کتاب «جرایم و مجازات‌ها» در سال ۱۷۶۴ در تحلیل «فعالیت قضایی» در قالب مدل قیاسی نقشی اساسی بازی کرده‌اند.

منتسکیو با طرح اندیشه تفکیک کامل قوا، کار قاضی را بر اساس یک مدل قیاسی تحلیل نمود. در این تحلیل «قاضی دهانی است که گفته های قانونگذار (قانون) را بیان می کند، موجود بی جان و بیهوشی که نمی تواند شدت یا سختگیری قانون را تعدیل و تلطیف کند» (به نقل از: De kerchove, 1988, P.69) بکاریا نیز در حوزه کیفری، قضاوت در مورد هر جرم را در شکلی دقیقاً قیاسی تصویر می کند: «قاضی باید یک قیاس کامل ترتیب دهد. کبرای قیاس باید قانون کلی و صغرای آن عمل منطبق یا غیر منطبق با آن قانون و نتیجه، آزادی یا مجازات خواهد بود.» (Ibid).

کتاب دوما یعنی «قوانین مدنی در نظم طبیعی آنها» از طریق کارهای پوتیه تأثیر عمیقی بر نویسندگان قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه گذاشت. به تعبیر یکی از حقوقدانان کتاب دوما همچون دیباچه ای بر قانون مدنی ناپلئون به حساب می آید (Ibid, P.70). دوما موفق شد اثر شیوه خود را در این قانون به جای گذارد. به طوری که می توان به صراحت گفت طرح کلی ای که کد ناپلئون بر آن استوار است مستقیماً نتیجه طرح های آکسیوماتیکی است که در جریان عقلگرایی پدید آمدند (ibid).

تلقی قیاسی از عمل قضاوت، اوج خود را در پیشرفت های مکتب تفسیر لفظی (L'École de L'exégèse) در موضوع تفسیر قانون پیدا کرد. به گفته ژنی براساس این روش تمام نتایج قانونی با استنتاج منطقی از قانون به دست می آیند (Geny, 1919, T.1, P.44).

بدین ترتیب می توان در اروپا گرایش حقوق به مفهوم قیاسی را در سه سطح مختلف قانونگذاری، تفسیر و اجرای قانون در سده های اخیر بروشنی مشاهده کرد. البته چنانکه خواهیم دید، در سده اخیر این جریان جهت معکوس بخود گرفته است و یکی از اصلی ترین نقاط شروع جریان ضد قیاسی گری و مخالفت با منطق صوری در حقوق را می توان انتشار دو کتاب جریان ساز و تأثیر گذار فرانسوا ژنی در طلیعه قرن بیستم بنام های «روش تفسیر و منابع در حقوق خصوصی تحقیقی» و «علم و فن در حقوق خصوصی تحقیقی» به حساب آورد. تلقی قیاسی از حقوق و تحلیل قضاوت در

قالب یک قیاس در تاریخ حقوق ما نیز دیدگاه کاملاً شناخته شده‌ای است (خوئی، ج ۱، ص ۳/تبریزی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۸۱) و غالب فقیهان قضاوت را به فصل خصومت و تطبیق احکام کلی بر موارد جزئی تعریف کرده اند (گلیایگانی، ۱۴۰۱ ه.ق، ص ۱۰). اما آن چه تحت عنوان تبدیل استدلال قضایی به استدلال‌های ضروری از سنخ استدلال‌های ریاضی در حقوق اروپایی مطرح است در حقوق ما هیچگاه مطرح نبوده است. با این وجود نمی‌توان انکار نمود که اصولگرایی افراطی و همچنین جمود بر الفاظ قانون و تفسیر خشک لفظی، همگی به نوعی کوشش برای تقلیل جنبه‌های شخصی و تقویت جنبه نوعی و عینی استدلال و نزدیک کردن استدلال حقوقی به استدلال صوری و غیرشخصی به حساب می‌آیند.

### مبحث دوم - علل وزمینه های گرایش سنتی حقوق به منطق قیاسی

چنانکه اشاره شد یکی از آرمان های اساسی انقلاب کبیر فرانسه برقراری حکومت قانون و تحقق نظم و امنیت حقوقی و جلوگیری از هرج و مرج و سلیقه گرایی و قضاوت های شخصی و دلبخواه در مقام حل منازعات بود. تأسیس اصل تفکیک قوا مهمترین تمهیدی بود که از سوی معماران انقلاب فرانسه برای تحقق آرمان حکومت قانون و برقراری نظم و امنیت حقوقی صورت گرفت. براساس این اصل اساسی دموکراسی، قوه مقننه خواست ملت و اراده عمومی را در قالب قوانین می ریزد و آنها را برای اجرا در اختیار قوه قضائیه قرار می دهد. دادرسان باید بدون کوچک ترین اعمال سلیقه و انحراف از اراده عمومی، به اجرای قوانین بپردازند. در این مبنا وظیفه دادرس صرفاً کشف و شناخت اراده عمومی تجلی یافته در قانون و سپس اعمال و تطبیق آن بر مصادیق خارجی است. شاکله کلی قضاوت، تطبیق یک رفتار یا یک موقعیت جزئی با یک قاعده حقوقی کلی است (Martineau, 2004, P.87). این وضعیت به خودی خود، بیانگر یک مدل قیاسی است که صغرای آن را احراز واقعه خارجی و کبرای آن را

قواعد حقوقی قابل اعمال و بالاخره نتیجه آن را انطباق حکم بر مصداق جزئی تشکیل می‌دهد. این تحلیل ساده و سنتی از قیاس قضایی، بهترین زمینه را برای تمایل اذهان به پذیرش حکومت منطق قیاسی بر عمل قاضی فراهم می‌سازد.

نظم و دقت مسحورکننده علوم ریاضی و نظام‌های قیاسی، خیلی زود توجه طرفداران مدرسه تفسیر لفظی را به سوی خود جلب نمود. باخود گفتند اگر بتوان حقوق را مانند نظام‌های قیاسی واصل موضوعی همچون هندسه سازماندهی کرد، آرمان نظم و امنیت قضایی و جلوگیری از اعمال نظرهای شخصی و حکومت مطلق قانون، در حدی فوق حد تصور به چنگ خواهد آمد. و چه از این بهتر!

وجود زمینه‌ها و عواملی چون وجود قانون و لزوم پایبندی و اعمال آن در موارد جزئی توسط قاضی و همچنین وجود اصل تفکیک قوا در نظام‌های حقوقی باعث گردیده بود که علم حقوق به‌طور سنتی از زمره علوم قیاسی و اصل موضوعی (آکسیوماتیک) به حساب آید. تلقی قیاسی از حقوق در اروپا چند قرن سابقه دارد و تا اواخر قرن نوزدهم میلادی گرایش غالب در اروپا محسوب می‌شده است. به دنبال تحولات اساسی در منطق و پیدایش منطق ریاضی یا منطق مدرن در اواسط قرن نوزدهم و موفقیت چشمگیر آن در برخی حوزه‌های معرفت بشری موج جدیدی از صورت‌گرایی و تقریب حقوق به یک نظام منطقی و صوری و مبتنی بر مفاهیم جدید منطق ریاضی یا صوری در بین حقوقدانان پدید آمد.

در نظام‌های صوری و اصل موضوعی مانند هندسه، مجموعه‌ای از مقدمات پایه، تحت عنوان (اصول موضوعه) وجود دارند که جنبه فرضی و قراردادی دارند و تمام قضایای دیگر به کمک قواعد استنتاج یعنی قواعد منطق صوری، از دل این اصول موضوعه بیرون کشیده می‌شوند. یکی از ویژگی‌های کاملاً اساسی نظام‌های منطقی جدید که دارای ساختار قیاسی و اصل موضوعی می‌باشند استغنائی کامل آنها از تجربه و شهود در مقام استدلال است. در نظام‌های صوری (آکسیوماتیک) تجربه و

شهود فقط در مرحله انتخاب اصول موضوعه امکان حضور دارند و پس از آن، آن چه سخن می‌گوید صورت استدلال و قواعد منطق است. در نظام های قیاسی درستی نتیجه در گرو سربلند درآمدن از تجربه یا مطابقت با دریافت‌های شهودی نیست. بلکه آن چه درستی نتیجه را رقم می‌زند صرفاً ارتباط منطقی نتیجه با مقدمات استدلال است که در منطق صوری یا استنتاجی این رابطه جز یک رابطه ضروری نمی‌تواند باشد (مصاحب، ۱۳۶۶، ص ۳۴).

آن چه برای کمال این نظام‌ها لازم است شفافیت کامل مفاهیم، تعیین دقیق اصول موضوعه و وجود هماهنگی و سازگاری بین آنهاست (تیدمن و کهن، ۱۳۸۲، ص ۱۵۳). شباهت‌ها فریبده است. در حقوق نیز ما با مجموعه‌ای از اصول موضوعه تحت عنوان قانون روبه‌رو هستیم که جنبه قراردادی و اعتباری دارند و تمام نتایج باید به نحوی از آنها استنباط شده و به آنها ختم شوند. قوانین در حقوق می‌توانند نقشی مشابه نقش اصول موضوعه در هندسه بازی کنند. قوانین به حسب فرض مجموعه‌ای کامل و فاقد تعارض را تشکیل می‌دهند که قاضی باید حکم هر موضوع را در آن بیابد (husson, 1974, P.42).

در نظام حقوقی نیز مانند نظام های صوری اصل موضوعی، پس از انتخاب و وضع اصول موضوعه که ممکن است بر اساس استقراء و تجربه یا قواعد حقوق طبیعی و یا حتی شهود یا منابع دیگر بدست آمده باشند، دیگر رابطه استدلال حقوقی با جهان خارج و به‌طور کلی با هر چیز خارج از داده های استدلال قطع می‌گردد (تیبیت، ۱۳۸۴، ص ۵۳) و فقط به ارتباط منطقی قضایای اثبات شده یا استنتاج شده با اصول موضوعه توجه می‌شود و اگر این ارتباط بر اساس یک فرمول منطقی معتبر صورت گرفته باشد، نتیجه صادق و معتبر است و در صورتی که چنین نباشد، اعتبار ندارد.

## مبحث سوم - موانع تطبیق استدلال قضائی با استدلال صوری

### الف - فقدان ضرورت در استدلال های قضائی

امتیاز و خصیصه اصلی قیاس در قبال سایر اشکال استدلال در این نکته نهفته است که اگر مقدمات بکار رفته در قیاس صادق فرض شوند، به برکت شکل قیاس این صدق بالضرورة از مقدمات به نتیجه منتقل می‌گردد. به بیان دیگر در استدلال قیاسی فرض صدق مقدمات، ضرورتاً مستلزم فرض صدق نتیجه است و با فرض پذیرش مقدمات چاره‌ای جز قبول نتیجه وجود ندارد (موحد، ۱۳۷۳، ص ۱۰).

از آنجا که ویژگی ضروری بودن استنتاج قیاسی مرهون صورت استدلال قیاسی است، در منطق قدیم و ارسطویی نیز این ویژگی قیاس همواره مورد توجه بوده است. ارسطو بنیانگذار منطق در کتاب ارغنون خود استدلال را به دو گونه استدلال تحلیلی (Raisonnement analytique) و استدلال دیالکتیکی (Raisonnement dialectique) تقسیم می‌کند و استدلال تحلیلی را استدلالی می‌داند که از مقدمات ضروری به برکت یک استنتاج درست، به نتایجی به همان اندازه ضروری یا واقعی می‌رسد. استدلال تحلیلی ضرورت یا واقعیت مقدمات را به نتیجه منتقل می‌سازد. از دیدگاه ارسطو شکل استدلال تحلیلی، قیاس است (Prelman, 1978, P.1).

موضوع ضروری بودن استنتاج قیاسی در کتب منطقدانان مسلمانان نیز همواره به عنوان یکی از اجزاء تعریف قیاس مورد تصریح قرار گرفته است. به عنوان نمونه عبارت خواجه نصیرالدین طوسی در تعریف قیاس چنین است «قیاس قولی باشد مشتمل بر زیادت از یک قول جازم، چنانکه از وضع آن قول‌ها، بالذات قولی دیگر جازم معین بر سبیل اضطرار لازم آید... و مراد از لزوم نتیجه... آن است که تسلیم قیاس مقتضی وجوب تسلیم به نتیجه بود و منع نتیجه مقتضی وجوب منع قیاس» (خواجه نصیرالدین طوسی، ۱۳۶۱، ص ۱۸۶). این معنا را مرحوم ملّا هادی سبزواری اینگونه به زبان شعر درآورده است:

ان قیاسنا قضایا الفت بالذات قولاً اخرأ استلزمتم (سبزواری، ۱۳۷۲، ص ۷۲)

پرلمان نظریه پرداز منطق خطابی در مقابل منطق قیاسی، در آثار مختلف خود بر این ویژگی استدلال استنتاجی انگشت نهاده و بر همین اساس منطق صوری قیاسی را منطق اجبار و الزام فکری و ذهنی (Logique de la contrainte intellectuelle) لقب داده است (به نقل از: kalinowski,1987,P.64). به گفته وی «در مقابل یک دلیل صوری صحیح و مطابق با قواعد استنتاج، چنانچه در درستی مقدمات تردید نباشد، چاره ای جز پذیرش نتیجه وجود ندارد.» (Perelman,1966,P.2)

در منطق صوری قیاسی اختلاف جایگاهی ندارد. از دو قول مختلف دست کم یکی در اشتباه است. عوامل روانشناختی همچون زودباوری، شکاکیت، احساساتی و عاطفی بودن، ترحم، رأفت، محبت و نظایر آن به هیچ روی در استدلال‌های الهام گرفته از مدل منطق ریاضی مجوز و دلیلی برای اختلاف به حساب نمی‌آیند. این جمله معروف دکارت در مورد استدلال‌های صوری قیاسی کاملاً صادق است که می‌گفت:

«هر بار که دو آدمیزاد در خصوص یک مطلب، دو حکم مختلف می‌دهند، مسلماً یکی از آنها در اشتباه به سر می‌برد. علاوه بر اینکه معلوم می‌شود که هیچکدام تمام حقیقت را در اختیار ندارند. چرا که اگر یکی از آنها دیدی روشن و شفاف می‌داشت، می‌توانست دیدگاه خود را برای طرف مقابل آن چنان بیان نماید که نهایتاً او نیز به پذیرش آن چه وی بدان یقین کرده است، وادار شود.» (به نقل از: Vannier,2001,P.3)

به‌طور خلاصه اگر استدلالی بر اساس قواعد منطق صوری قیاسی صورت پذیرد، نتیجه به‌گونه‌ای قطعی و تخلف‌ناپذیر، از مقدمات زائیده می‌شود و جایی برای تردید و تصمیم باقی نمی‌ماند. در حالی که مقایسه‌ای ساده بین استدلال‌های حقوقی و استدلال صوری قیاسی این حقیقت را آشکار می‌سازد که در اکثر استدلال‌های حقوقی، هر قدر هم که از مقدمات محکم و معتبر استفاده شده باشد، نتیجه به‌گونه‌ای نیست که احتمال خلاف آن ممتنع و محال باشد (Bergel,1989,P.266) و برخلاف استدلال‌های قیاسی تابع منطق صوری که روند استدلال به‌گونه‌ای جبری و کانالیزه، فرد را به پذیرش یک نتیجه مجبور می‌سازد، در استدلال‌های حقوقی ما بیش از آنکه با یک استنتاج اتوماتیکی

و قهری و الزام‌آور روبرو باشیم با یک «تصمیم‌گیری» روبرو هستیم. چیزی که در دل خود مستلزم وجود نوعی اختیار و ترجیح است. (Perelman, 1978, P. 162) آنچه تحت عنوان «قضاوت» از آن یاد می‌کنیم در ذات و گوهر خود چیزی جز یک «انتخاب» و «ترجیح» پس از یک سیر استدلالی غیرضروری نیست (به نقل از: Vannier, 2001, P. 107). اساساً مفهوم «ضرورت» با مفهوم «تصمیم» و «قضاوت» آشتی‌ناپذیر است. همین ترجیح و انتخاب ارادی و آگاهانه است که ماشین و هوش مصنوعی را از نزدیک شدن به قلمرو استدلال حقوقی باز می‌دارد. به گفته پرلمان «تشبیه استدلال قضایی به یک قیاس جابجا کردن آن است با یک استدلال غیرشخصی که می‌تواند بطور کلی نقش «تصمیم» را کنار نهد. عاملی که تا این حد در استدلال قضایی اساسی است.» (Perelman, 1968, P. 93/ تبیت، ۱۳۸۴، صص ۵۴ تا ۵۶)

اینکه در تمامی نظام‌های حقوقی بر «صالح» بودن قاضی تاکید می‌شود، به دلیل همین ویژگی استدلال‌های حقوقی و قضایی است. و برعکس، هنگامی که می‌خواهیم یک مسأله ریاضی را حل کنیم، هیچکس به این فکر نمی‌افتد که باید برای گرفتن جواب رسمی، ریاضیدان صالحی برگزیده شود، زیرا به هیچ وجه تصور نمی‌شود که در این زمینه عدم توافقی باشد (Perelman, 1966, P. 2).

### ب - مداخله عنصر انسانی در استدلال‌های قضایی

عامل دیگری که استدلال قضایی را از استدلال‌های تابع منطق صوری دور می‌سازد و در واقع نتیجه غیرضروری بودن استدلال‌های قضایی است مداخله و تاثیر اجتناب‌ناپذیر عنصر انسانی در استدلال حقوقی است. در منطق صوری و به‌ویژه منطق قیاسی، بر روابط موجود بین صورتهای ذهنی و مفاهیم معقول توجه می‌شود و ظرف این مفاهیم و معقولات یعنی ذهن در این میانه جایگاهی ندارد. این ویژگی ضد روانشناسی‌گرایی را از ویژگی‌های برجسته منطق جدید بحساب می‌آورند. وجود این گرایش را دست کم از زمان «برنارد بولزانو» و پس از آن در کارهای «فرگه» و

«هوسرل» می‌توان به‌خوبی مشاهده کرد. آن چه این گرایش بر آن تأکید دارد تمایز دقیق بین فعالیت فاعل شناسایی به عنوان استدلال‌کننده و متعلق و موضوع این فعالیت است (گاردی، ۱۳۷۳، ص ۱۱۹). این ویژگی چندان پیشرفت کرده که انجام بسیاری از عملیات‌های استدلالی و محاسباتی از طریق هوش مصنوعی و کامپیوتر ممکن شده است (پرلمان، چهارچوب اجتماعی استدلال، ص ۳۷۳، به نقل از: Vannier, 2001, P.77). در این وضعیت عامل استدلال چه یک انسان هوشمند و دارای احساسات و عواطف و آرمان‌های متعالی باشد و چه یک دستگاه محاسبه‌گر سرد و بی‌روح، در نتیجه محاسبه تفاوتی نخواهد گذاشت. از این‌روست که منطق جدید کاملاً به سمت نمادین شدن پیش رفته و بحق نام منطق رمزی یا سمبلیک بر خود نهاده است.

اما برخلاف آن چه در مورد استدلال‌های تابع منطق صوری گفتیم تجربه عینی حکایت از آن دارد که در استدلال‌های حقوقی، دخالت عنصرشناسایی امری انکارناپذیر است. استدلال‌های حقوقی برخلاف استدلال‌های قیاسی صوری که کاملاً غیرشخصی بوده و چه بسا از طریق هوش مصنوعی نیز قابل نظارت و کنترل باشند، ممکن است برای یک شخص اقناع‌کننده و برای دیگری اقناع‌کننده نباشد.

تشخیص قاعده حاکم در موارد سکوت و ابهام قانون مجال گسترده‌ای است که دخالت عنصر شناسایی در عملیات استنباط و استدلال حقوقی را در آن به خوبی می‌توان ملاحظه کرد. تشخیص روح قانون آن‌چنان به عوامل متغیر و متعددی وابسته است که اصرار بر حذف تفکر حقوقی و اندیشه فاعل شناسایی از فرایند کشف آن به بیش از کمی ساده‌لوحی نیاز دارد.

مکانیسم تعدد قاضی برای رسیدگی به موضوعات مهم و یا نظارت و بررسی چند مرحله‌ای پرونده‌ها در اکثر نظام‌های حقوقی حکایت از اعتراف به مدخلیت عنصر شخصی در استدلال‌های حقوقی دارد. در تمامی این شیوه‌ها به جای تلاش بر حذف عنصر شخصی و ضروری کردن استدلال، تمام کوشش بر کنترل و نظارت آن و جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی معطوف شده است.

تأکید بر دخالت عنصر شخصی در استدلال‌های حقوقی و قضایی به معنای نفی قاعده تفکیک قوا نیست. زیرا حتی در نظام‌هایی که به سکوت و نقص قانون صراحتاً اذعان نشده و برای قاضی رسماً اختیار تکمیل راه‌حل‌های قانونی شناخته نشده، باز هم آن چه به عنوان رأی قوه قانونگذاری یا قانون اجرا می‌شود چیزی جز تلقی و فهم قاضی از قانون نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۲۴) و انگهی قوانین آن چنان تنظیم نشده‌اند که تنها تاب یک تفسیر را داشته باشند و ناگزیر پای فاعل شناسایی و استدلالگر در فرایند کشف معنا و تفسیر قانون باز می‌شود. این اختلاف برداشت حتی در فرضی که حقوقدان صرفاً در مقام کشف اراده واقعی قانونگذار است نیز به چشم می‌خورد که نمونه آن را در اختلافات دراز دامن فقیهان در استنباط احکام شرعی می‌توان سراغ گرفت، چه رسد به آنجا که مبنای تفسیر، امور دیگری چون اراده مفروض قانونگذار فعلی یا راه‌حل عادلانه و منصفانه و مسائلی از این دست باشد.

### ج - مداخله عنصر تصمیم و قضاوت در مرحله احراز واقع (تحقق صغرا)

مساله فقدان ضرورت و مداخله عنصر شخصی در قیاس قضائی به مقدمه کبرا که مشتمل بر قاعده حقوقی لازم‌الاجراست منحصر نمی‌گردد بلکه مقدمه صغرا که مربوط به تشخیص مصداق و احراز موضوع است نیز خالی از عنصر شخصی و ارزیابی قضایی نیست. قاضی حتی در مقام احراز صغری که در نگاه ابتدایی هیچ نقشی جز کشف واقع ندارد نیز از قدرت ارزیابی برخوردار است و انجام همین مرحله نیز با عنصر قضاوت و تصمیم از سوی قاضی همراه است.

احراز صغری بر خلاف آن چه ممکن است در یک نگاه سطحی به نظر آید از دو مرحله و دو بخش مجزا تشکیل شده است (Foriers, 1967, P. 105):

- ۱- احراز امر واقع (وقوع یا عدم وقوع حادثه خارجی)
- ۲- توصیف امر واقع (Qualification) و درج آن در یکی از مقولات شناخته شده حقوقی

مرحله توصیف عقلاً متوقف بر احراز تحقق موضوع در خارج است و لذا قاضی در مرحله صغری اولاً باید از تحقق و وقوع امر واقع اطمینان حاصل کند و سپس آن را به زبان حقوقی بازگرداند و یکی از عناوین حقوقی را برای آن برگزیند. احکام حقوقی معمولاً به طور مستقیم بر خود حوادث خارجی بار نمی‌شوند بلکه آن چه موضوع یک حکم حقوقی است مقولات و عناوین حقوقی همچون بیع، اجاره، عقد، تصرف، تقصیر، قتل، اختلاس، کلاه برداری، و مانند آن‌ها می‌باشند که پی بردن به آنها همچون یک پدیده ملموس و محسوس صرفاً با ابزار مشاهده صورت نمی‌گیرد. تصرف مالکانه و تصرف غاصبانه بر یک مال ممکن است به لحاظ واقعیت خارجی تفاوتی نداشته باشد و مشاهده هر چقدر هم که دقیق و موشکافانه باشد، نمی‌تواند از رؤیت وقایع خارجی به انتخاب یکی از این دو عنوان موفق شود. از همین جا می‌توان به یکی از عواملی که قیاس قضایی را در مرحله مربوط به صغری از قیاس صوری دور می‌کند و دخالت عنصر شخصی و قضاوت را در آن ضروری می‌سازد، رهنمون شد. زیرا همچنانکه پرلمان تصریح می‌کند موارد نادری وجود دارد که خصوصیات عینی چیزی که در مقام وصف هستیم حاوی توصیف مورد جستجو است (Perelman, 1966, P.5) و در اکثر موارد این کار محتاج تأمل و قضاوت است.

خروج از مرز یا عبور از چراغ قرمز را با اندک مسامحه‌ای می‌توان از نمونه‌هایی شمرد که توصیف دقیقاً ناظر به یک پدیده مشخص خارجی و برآمده از آن است. اما آیا احراز تقصیر نیز به همین سادگی است؟ آیا توهین، سوء معاشرت، عسر و حرج، عقد بیع، تصرف، قصد انشاء، اکراه و صدها عنوان به کار رفته در متون قانونی نام پدیده‌های مشخص خارجی است و یا به صرف مشاهده واقعه خارجی، از آن انتزاع می‌شود؟ یکی از عوامل پیچیدگی احراز موضوع در قیاس قضایی را باید در دخالت عنصر معنوی و نامحسوس یعنی نیت و قصد دانست که هم در تحقق اعمال حقوقی و هم در تحقق جرائم نقش تعیین کننده ای بازی می‌کند و صد البته در رصد هیچ ابزار و

آزمایشی نیز رخ نمی‌نمایند و تنها قاضی است که باید از شواهد و قرائن یا با استفاده از ظهور یا اصل، درباره آن تصمیم بگیرد.

واقعیت خارجی را قاضی نمی‌سازد و سازندگان آن نیز خود را مقید بر تبعیت از الگوهای قانونی نمی‌دانند و این قاضی است که باید از مجموعه پیچیده و درهم تنیده واقعیت خارجی، وجود عناصر تشکیل دهنده یک پدیده حقوقی را بیرون بکشد. این پیچیدگی در دعاوی کیفری به مراتب بیشتر از دعاوی حقوقی است. زیرا در مباحث مربوط به اعمال حقوقی افراد احیاناً سعی نموده اند عمل خود را با الهام از الگوی های قانونی انجام دهند در حالی که در حقوق کیفری اساساً موضوع پرونده هنجارشکنی و رفتارهای خارج از قاعده است. دادرس در اغلب موارد با مجموعه پراکنده ای از وقایع که در عمود زمان منتشرند روبه‌رو است و می‌بایست از خلال آنها عناصری که می‌تواند یک جرم را تشکیل دهند استخراج کند و در کنار یکدیگر بنشانند. واقعیت خارجی بر خلاف موضوعات ریاضی مانند کمیت که حقیقتی کاملاً تک بعدی و انتزاعی دارد کلاف پیچیده و تودرتویی از موضوعات چند بعدی و ذوجوه را در خود جای داده که انتزاع یک مفهوم خاص را از آنها با مشکل جدی روبرو می‌سازد و گاه همین حیثیت چندوجهی از واقعیت، باعث می‌گردد از واقعیت عینی چند عنوان متباین قابل انتزاع باشد. همان عملی که یک دادرس آن را قتل عمد می‌شمارد از دید دیگری دفاع مشروع است و دادرس سوم آن را شبیه به عمد تلقی می‌کند و دیگری فاعل را در حادثه مسلوب الاراده می‌داند و بالاخره دیگری آن را از مصادیق قتل به اعتقاد مهدورالدم بودن می‌شمارد و تازه همه این عناوین در فرضی است که در اصل تحقق و وقوع عمل و انتساب آن به فاعل تردیدی نباشد. والا پای عناوین دیگر نیز به صحنه باز می‌شود.

### نقش اقناع وجدانی دادرس در احراز وقایع:

بخش مربوط به احراز وقوع یا عدم وقوع موضوع نیز علی‌رغم تصور عمومی، خالی از ارزیابی و تصمیم‌گیری دادرس نیست. اثبات حقوقی را نباید با یک اثبات علمی و تجربی یکسان پنداشت. تئوری اثبات در هر نظام حقوقی که شامل ادله اثبات دعوی و اموری که می‌تواند اثبات شود، اموری که باید اثبات شود، کسی که باید اثبات کند و مباحث مربوط به امارات و فرض‌های قانونی و مباحث مربوط به آئین دادرسی می‌شود، همگی در اثبات حقوقی دخالت تام دارند و در اکثر آنها حضور جنبه شخصی و دخالت عنصر تصمیم‌گیری دادرس مشهود است (Perelman, 1968, P.94).

در هیچ یک از نظام‌های حقوقی علی‌رغم تفاوت‌های فراوان در باب نظریه اثبات، یقین ریاضی آن چنان که دکارت برای اعتبار هر شناختی آن را ضروری می‌شمرد، لازم شمرده نشده است. عقلانیت حقوق که از مقدمات و شرایط قلمرو خود آگاه است، می‌داند که با فشاری بر معرفت یقینی نتیجه‌ای جز صفرالکف ماندن دادرس در پی نخواهد داشت و دکان حقوق را برای همیشه خالی از متاع خواهد کرد. در اکثر نظام‌های حقوقی در مرحله احراز تحقق صغری، اقناع وجدانی و اعتقاد قلبی و درونی قاضی یا هیأت منصفه را حد نصاب لازم برای معرفت شمرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۵۴).

به تعبیر پرلمان کافی است اعتقاد قاضی برای کنار نهادن هر تردید معقولی کفایت کند (Perelman, 1978, P.164). وانگهی این معیار در جایی است که به اصطلاح اثبات آزاد است و الا در مواردی که قانونگذار برای اثبات امری دلیل خاصی مثلاً فقط دلیل مکتوب را معتبر اعلام نموده، حتی اقناع و اعتقاد قاضی نیز راه به‌جایی نمی‌برد. به هر حال با باز شدن پای اقناع وجدانی دادرس که دقیقاً با شخص قاضی ارتباط دارد و فاقد جنبه نوعی و عینی است دیگر با هیچ‌ترفند و وصله‌ای نمی‌توان قیاس قضایی را به قیاس صوری و ریاضی تحویل نمود و به روشن‌ترین وجهی، وجهه شخصی قضاوت رخ می‌نماید.

در حقوق اسلامی نیز که قضاوت باید بر مبنای «علم» صورت گیرد مسلماً منظور از آن یقین فلسفی و ریاضی نیست و علم عادی و اطمینان نیز کفایت می‌کند. زیرا نه تنها در علم اصول در حجیت اطمینان تردیدی نیست بلکه چنانکه گفتیم تکلیف دستیابی به «قطع ریاضی» در حقوق که سرشار از پیچیدگی‌ها و ابهام‌ها چه در مسائل موضوعی و چه در مسائل حکمی است تکلیف به محال کردن است که البته زینده خداوند حکیم نیست.

### تمایز اثبات حقوقی از اثبات تجربی از حیث دخالت اصل و اماره

یکی از نکات مهمی که احراز موضوع در صغری را با یک فرایند شناختی نظیر آن چه در علوم تجربی صورت می‌گیرد غیر قابل مقایسه می‌سازد مسأله قضاوت‌های سلبی در مقام قضاوت است. قاضی مانند مورخ نیست که باید گذشته را آنگونه که بوده بازسازی کند تا بتواند به قضاوت بپردازد. این کار نه همواره ممکن است و نه مطلوب. در قضاوت، قضاوت‌های سلبی همانقدر مهم‌اند که قضاوت‌های ایجابی. بر فرض آنکه در یک قضاوت ایجابی مانند حکم به مجازات یک جرم خاص یا حکم به مسئولیت مدنی و جبران خسارت یا حکم به انجام تعهد و نظایر آن، قاضی علم به واقع را به‌عنوان مقدمه ضروری استدلال خود لازم داشته باشد اما بی‌گمان در قضاوت‌های سلبی مانند حکم به براءت از یک اتهام یا براءت از مسئولیت یا تعهد، آن چه لازم است «عدم علم» به مجرمیت یا مسئولیت است نه «علم به عدم مسئولیت» و یا مجرمیت. وجود اصل براءت یا اصل عدم در مرحله احراز صغری مطلب کوچکی نیست و آن را فرسنگ‌ها از یک قضاوت علمی و تجربی دور می‌سازد. برای صدور حکم بیگناهی یا براءت از دین یا تعهد نه تنها «علم» یا «اطمینان» از عدم تحقق صغری لازم نیست بلکه بخاطر وجود اصل براءت و اصل عدم، به شواهد و قرائن مخالفی که مفید حدسی کمتر از حد اطمینان‌اند نیز بهایی داده نمی‌شود و به تعبیر روشن‌تر، در موازنه بین «گمان» و «اصل»، اصل که به حسب فرض هیچ بار معرفتی ندارد و واقع

نمایی از آن انتظار نمی‌رود به دلیل مصالح والاتری، بر «گمان» که رتبه بالاتری را به لحاظ معرفتی دارد، ترجیح داده می‌شود (میرزای نائینی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۱۱۹).

عالم تجربی مادام که به «معرفت» دست نیافته دست از تحقیق و مشاهده نمی‌شوید و جریان فکر و اندیشه کماکان ادامه می‌یابد و پرونده موضوع همچنان مفتوح باقی می‌ماند. اما قاضی باید دعوا را فیصله دهد و نمی‌تواند همچون عالم تجربی به انتظار پیشرفت تکنیک‌های علمی یا ابزارهای جدید تحقیق یا دستیابی به یک قرینه جدید احتمالی در مسیر تحقیق بنشیند و یا همچون مفتیان فتوا به توقف یا احتیاط دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۴۵). استدلال دادرسی باید در یک مهلت معقول خاتمه یابد و این کار تنها در جهت مثبت خود نیازمند احراز و کشف واقع است نه در جهت منفی و سلبی آن و البته در جهت مثبت نیز احراز علم اولاً تنها در حد اقتناع وجدانی قاضی معتبر است و ثانیاً با وجود اماره‌ای به نفع یکی از طرفین که خالی از خدشه باقی مانده تکلیف قاضی در باب واقع نیز روشن بوده و حتی به اقتناع وجدانی نیز نیاز ندارد. و اما اینکه قضاوت‌های سلبی به «علم» نیاز ندارند، تمهیدی است که از سوی قانونگذاران برای امکان فیصله دادن نزاع‌ها در مدت معقول اندیشیده شده است. زیرا اگر هر دو سوی قضاوت محتاج «علم» باشد، هیچ تضمینی وجود ندارد که قاضی بتواند در جریان تحقیقات خود به یکی از دو طرف علم پیدا کند و جریان قضاوت همچنان به پیش خواهد رفت و حکمت اصلی از قضاوت که فیصله دادن منازعات و برقراری نظم و امنیت حقوقی در جامعه است، در هاله‌ای از ابهام فرو خواهد رفت.

#### د- مداخله استدلال‌های غیر صوری در استدلال‌های حقوقی

نگاهی گذرا به استدلال‌هایی که در مقام تفسیر و تشخیص قاعده حقوقی در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا مرسوم است بخوبی نشان می‌دهد که ادعای تحصیل یقین و رسیدن به نتایج ضروری و غیرقابل تشکیک تا چه حد خیال‌پردازانه و دور از واقعیت است. یکی از ویژگی‌های مهم استدلال‌های حقوقی که نظیر آن را در استدلال‌های تابع

منطق صوری نمی‌توان یافت وجود استدلال‌هایی است که قابل تحویل به ساختارهای صوری منطق صوری قیاسی نیستند (Perelman, 1978, P.175/Ghestin et Goubeaux, 1994, P.45) و جنبه ماهوی آنها بر جنبه صوری و شکلی آنها غلبه دارد.

مؤلفان غربی از این استدلال‌ها با نام‌های مختلف یاد کرده‌اند. کالینوسکی از آنها تحت عنوان قواعد برون منطقی (Règles extralogiques) و قواعد پیرامون منطق (Règles paralogiques) سخن گفته است (Kalinowski, 1965, P.159). پرلمان در بعضی از آثار خود از آنها به عنوان حجت‌های حقوقی (Argumentation juridique) یاد نموده است (Perelman, 1966, P.2) و بالاخره برخی دیگر همچون تئودور ویه و گ حقوقدان برجسته آلمانی از این استدلال‌ها تحت عنوان توپیک حقوقی (Topique juridique) یا جدل حقوقی بحث نموده‌اند (به نقل از: Perelman, 1978, P.87). پیشینه توپیک حقوقی در فرهنگ غربی به آثار ارسطو باز می‌گردد. با اینکه ارسطو به طور خاص به مطالعه استدلال حقوقی پرداخته‌اند اما در دو اثر خود به تحلیل قواعدی که در استدلال حقوقی بکار می‌روند پرداخته که یکی از آنها جدل یا توپیک (طوپیکا) و دیگری خطابه یا (رتوریک) می‌باشد. قواعد توپیک دسته‌ای از قواعد فرعی هستند که جانشین و بدل قواعد اجبار و الزام منطقی هستند. این قواعد به محتوای قضایا می‌پردازند و از همین رو غیر از قواعد منطقی هستند که تنها به ارزش منطقی و یا ساختار نحوی قواعد می‌پردازند (Kalinowski, 1966, P.15).

تئودور ویه و گ حقوقدان آلمانی با انتشار کتاب *Topik und jurisprudence* در سال ۱۹۵۳ این سنت دیرینه را احیاء نمود و اهمیت آن را برای منطق حقوقی نشان داد (Perelman, 1966, P.2). امروزه تمامی حقوقدانان بزرگ نقش مؤثر توپیک (حجت‌های جدلی) حقوقی را در فرایند استدلال‌های حقوقی به رسمیت می‌شناسند (Vannier, 2001, P.135).

این احتجاجات جدلی حقوقی که بطور سنتی از مسائل مربوط به تفسیر قانون تلقی می‌شوند هیچگاه در آن حد اجباری نیستند که حجتی نتواند در جهت مقابل آن

قرار گیرد (Perelman, 1966, P.5). به واسطه همین ویژگی دلایل احتجاجی و جدلی است که ضرورت دارد به هنگام اختلاف، قضات صالحی برای بررسی و حل و فصل دعاوی معین گردند که تصمیمات آنها واجد اعتبار و سندیت باشد (Perelman, 1966, P.2).

قواعد توپیک یا دلایل جدلی حقوقی به مطالعه و جوه صوری استدلال که موضوع منطق صوری است نمی‌پردازند بلکه به محتوای قضایا توجه دارند (Perelman, 1978, P.55) ولی با این حال همچنان که کالینوسکی حقوقدان و منطقی بزرگ معاصر اعلام می‌کند، قواعد توپیک به صورت عام و کلی به محتوای قضایا می‌پردازد نه به نحو مشخص و جزئی و همین امر یک نوع خصیصه صوری به آنها ارزانی می‌دارد که موجب نزدیکی آنها با قواعد منطق صوری که ذاتاً صوری‌اند می‌شود (Kalinowski, 1966, P.16).

کالینوسکی که از سرسخت‌ترین مدافعان منطق صوری و صورتگرایی در حقوق است ضمن پذیرش صریح دخالت قواعدی غیر از قواعد منطق صوری قیاسی در عرصه استدلال‌های حقوقی در مقام تفسیر و تکمیل قانون، این قواعد را به دو دسته قواعد پیرامون منطقی و قواعد برون منطقی تقسیم می‌کند (Ibid, P.15).

قواعد جدل و قواعد خطابه که مجموعاً «منطق اقناع» (Logique de la persuasion) را تشکیل می‌دهند و به تکمیل منطق ضرورت و اجبار فکری می‌پردازند و در عین حال ویژگی کم‌وبیش غیرصوری دارند، قواعد پیرامون منطق می‌باشند و قواعدی که نه در زمره قواعد منطقی و نه در عداد قواعد پیرامون منطق‌اند و در عین حال در سطح استدلال‌های حقوقی ظاهر می‌شوند قواعد برون منطقی هستند. قواعدی مانند لزوم تفسیر مضیق قوانین کیفری، لزوم جستجوی اراده واقعی یا فرضی قانونگذار و لزوم مطابقت تفسیر با عدالت و نظایر اینها که ممکن است به حسب نظام‌های مختلف، متفاوت باشند بخشی از قواعد برون منطقی استدلال‌های حقوقی را تشکیل می‌دهند قواعد حقوقی که موجد یک فرض حقوقی یا یک الزام مطلق شکلی و یا یک اماره

هستند نیز در زمره این قواعدند. کالینوسکی قواعد اخیر را قواعد اختصاصاً حقوقی نام نهاده است (Kalinowski, 1966, P.17).

وجود و کاربرد قواعدی بجز قواعد منطق استنتاجی در مباحث حقوقی و بویژه در بحث تفسیر چیزی نیست که بتوان آن را انکار نمود. زیرا آن چه مقام تفسیر قانون اتفاق می‌افتد صرفاً استنتاج قضایای جدید از قضایای پیشین نیست که منطق قیاسی بتواند آن را بطور کامل پوشش دهد. حقوقدان یا مفسر حقوقی با مجموعه‌ای از قواعد و احکام روبرو است که در زمان‌های مختلف و توسط اشخاص متفاوتی تصویب شده‌اند. بسیار اتفاق می‌افتد که فهم معنا و مراد از یک متن قانونی با دشواری‌هایی روبه‌رو است. امکان ناهمخوانی و تضاد بین مجموعه قوانین نیز چندان دور از انتظار نیست و انگهی حقوقدان در تلاش خود برای تشخیص قاعده حقوقی قابل اعمال گاه با نقص و سکوت قانون روبرو می‌شود. موارد متعددی وجود دارد که قانونگذاران آنها را پیش‌بینی نکرده‌اند و یا به دلیل تازگی و مستحدث بودن نمی‌توانسته‌اند پیش‌بینی نمایند (Kalinowski, 1965, P.158). در این وضعیت مفسر نیازمند ابزارهای معنا شناختی برای کشف معنای کلام است. برای تعارض‌های موجود در قوانین نیز باید چاره‌ای بیندیشد و به ابزارهایی متوسل شود. تکمیل کاستی‌ها نیز گزاف و دلبخواه نیست بلکه برای اعتبار و موجه بودن نیازمند توسل به ابزارها و طریق‌های معتبر است. این وضعیت که همواره بر سیستم‌های حقوقی حاکم بوده است، توسل به شیوه‌ها و قواعدی را ایجاب کرده است و چنانکه گفتیم بخش قابل توجهی از این ابزارها از قواعد عمومی جدل و خطابه (توپیک حقوقی) به عاریت گرفته شده‌اند و برخی از این ابزارها و قواعد نیز ساخته قانونگذار یا رویه قضایی و سنت‌های خاص حقوقی‌اند. شمار این قواعد معین و محصور نیست. برخی از مهمترین قواعد توپیک حقوقی به معنای وسیع کلمه قواعد و استدلال‌های زیرند:

۱- استدلال بر اساس مفهوم مخالف (L'argument a contrario)

۲- استدلال بر مبنای مشابهت یا تمثیل (L'argument a simili ou a pari)

۳- استدلال بر مبنای اولویت (قیاس اولویت یا فحوی الخطاب) (L'argument a

(fortiori

بسیاری از جدلهای حقوقی در حقوق غربی در قالب ضرب‌المثل و کلمات قصار لاتینی درآمده‌اند و بویژه در مقام تفسیر قانون کاربرد فراوانی دارند. برای اکثر این قواعد می‌توان در حقوق اسلامی معادلی یافت منتهی باید توجه داشت که در حقوق اسلامی علم اصول به عنوان یک علم ویژه و وظیفه پرداختن به این قواعد و استدلال بر درستی و اعتبار آنها را برعهده دارد. قواعدی چون اصالة الاطلاق، اصالة العموم، اصالت عدم نقل، اصالت عدم اشتراک، اصالة الظهور، تقدیم خاص بر عام، حمل مطلق بر مقید، ظهور مشتق در من تلبس بالمبدأ فی الحال، اصل رجوع استثناء به جمله اخیر، مفهوم موافق، مفهوم مخالف، قواعد حل تعارض (تعادل و تراجیح)، اصول عقلی همچون برائت، استصحاب عقلی، تخییر و ده‌ها قاعده استدلالی دیگر که در علم اصول به نحو مشروح و با تفصیل و دقت تمام مورد بررسی قرار می‌گیرند بخشی از توپیک حقوقی در حقوق اسلامی را تشکیل می‌دهند. برخی از کتاب‌های قواعد فقهی نیز استطراداً به قواعد ناظر به استدلال حقوقی که در اصول از آنها بحث نمی‌شود پرداخته‌اند. بسیاری از این قواعد، قواعد زبانشناختی و مربوط به فهم و تفسیر کلام و بعضاً قواعد کلامی می‌باشند، مانند «سکوت در مقام بیان، بیان است» «تکلیف مالا یطاق قبیح است» «درء‌المفاسد اولی من جلب المنافع» «اعمال الکلام اولی من اهماله» «اذا جاء الاحتمال باطل الاستدلال» «الممنوع شرعاً کالممتنع عقلاً» «اذا زال المانع عاد الممنوع» «اذا تعارض المانع و المقتضی یقدم المانع» «الضرورة تتقدر بقدرها» «ذوات الاسباب لا تحصل الا باسبابها»، «تعلیق حکم بر وصف مشعر بر علیت است» و امثال اینها.

روشن است که این سنخ استدلال‌ها از حیث دقت و استحکام و شفافیت به پایه قواعد منطق صوری نمی‌رسند. این استدلال‌ها علی‌رغم کاربرد فراوان و دیرینه در تمام نظام‌های حقوقی، آن‌چنان نیستند که مانند قواعد منطق صوری ریاضی امکان تداخل یا برخورد آنها با یکدیگر وجود نداشته باشد. به گفته یکی از نویسندگان این روشها به

لحاظ فقدان دقت و وضوح در حد قواعد منطق صوری، نوعی عدم امنیت را وارد عرصه استدلال حقوقی می‌کنند (پرلمان، ۱۳۷۳، ص ۱۴۴). استفاده از هر کدام از این استدلال‌ها و مجاری کاربرد آنها قطعی و غیر قابل گفتگو نیستند و همین امر بر ورود یک عنصر شخصی در میدان قضاوت و تصمیم‌گیری تأکید می‌کند. حقوقدان در مقام تفسیر و یا قاضی در مقام قضاوت به نوعی توزین و ارزیابی استدلال‌ها و دلایل می‌پردازد.

نکته‌ای که در پایان بحث شایان ذکر است این است که حقوق اسلامی از ابتدای پیدایش خود با این نوع از استدلال‌ها و قواعد هم‌زاد بوده و پیوندی محکم داشته است. حضور رسمی استدلال‌های جدلی یا توپیک حقوقی تحت عنوان علم اصول یا هر عنوان دیگر در عرصه اجتهاد اسلامی و به‌ویژه شیعی نشان از این واقعیت دارد که حقوق اسلامی در هیچ دوره‌ای از ادوار خود سودای تبدیل به یک نظام منطقی تخلف‌ناپذیر و ریاضی‌گونه را نداشته است و قیاسی‌گری افراطی و صورتگرایی محض تنها در تاریخ حقوق مغرب زمین آن هم در برهه‌ای از زمان به ویژه از زمان لایب‌نیتس به بعد و تحت تأثیر جزمگرایی و اصالت ریاضیات دکارت، مجالی برای طرح یافته است. با این وجود این نکته اساسی را نمی‌توان انکار نمود که قواعد اصولی نیز به لحاظ عمومیت خود از نوعی صورتگرایی برکنار نیستند. و لذا اصولگرایی افراطی نیز از آفات صورتگرایی مصون و محفوظ نیست و چه بسا حاصل یک استدلال حقوقی یا فقهی که بدون توجه به خصوصیات ماهوی و قرائن خاص موضوع و صرفاً بر اساس ترتیب دادن چند قاعده اصولی و اعتماد مطلق به آنها صورت گرفته، نتیجه‌ای نامعقول و مخالف با غرض واقعی شارع را در پی داشته باشد.

##### ۵- سیر معکوس استدلال در قیاس قضایی (دغدغه نتیجه در استدلال حقوقی)

کاوش‌های روانشناسی قضایی ثابت کرده است که در اغلب موارد، حرکت طبیعی استدلال در یک استدلال حقوقی یا استدلال قضایی بطور خاص، از نتیجه آغاز می‌شود و سپس با یافتن مقدمات مناسب با آن ختم می‌شود (Mainguy, 2002, P.133).

در این‌گونه استدلال‌ها، هرچند استدلال به لحاظ شکل قالب قیاسی دارد اما برخلاف ماهیت قیاس، نتیجه از مقدمات مفروض استنتاج نشده‌اند. قیاس در این موارد در مقام کاوش حقیقت بکار گرفته نشده بلکه پوششی است بر توجیه دادرسی و ابزاری است برای منطقی و معقول جلوه دادن نتیجه‌ای که پیش از استدلال و در نگاه نخست در ذهن دادرسی نقش بسته است (کاربونی، جامعه‌شناسی حقوقی، ص ۲۰۱ به نقل از: Terre, 2000, P.443 / Ghestin et Goubeaux, 1994, P.43). برخی از نویسندگان واژگونی استدلال قضایی را محدود به مواردی دانسته‌اند که استدلال قیاسی در حالت طبیعی خود به نتایج غیرقابل قبول و نامعقولی منجر شود. بر اساس این اندیشه که از آن به روش استنتاج معتدل (Méthode de deduction tempereé) تعبیر شده است وقتی نتیجه استدلال با ملاحظات مربوط به انصاف و ملاحظات عملی برخورد دارد باید از دنبال نمودن افراطی روند استنتاج منطقی پرهیز نمود (Geny, 1919, T.1, P.47). به تعبیر مازوها همیشه یک لحظه وجود دارد که در آن باید زنجیره استنتاج‌ها و قیاس‌ها قطع شود و آن لحظه‌ای است که استنتاج‌ها با ضرورت‌های زندگی اجتماعی و عدالت‌نا سازگار در می‌آیند (Mazeauds, 1999, T.1, P.42).

فوریه که یکی از همکاران برجسته پرلمان در مرکز ملی تحقیقات منطقی بلژیک است در گزارشی که در مورد وضعیت منطق حقوقی در بلژیک ارائه داده است، اعلام داشته که نتایج تحقیقات گسترده و دامنه دار مرکز یاد شده حکایت از این دارد که در اغلب موارد مقدمات استدلال قضایی به عنوان ابزارهایی برای توجیه نتایجی که از دیدگاه قاضی قابل قبول و موجه بوده‌اند بکار گرفته شده‌اند (Foirers, 1967, P.102).

پاره‌ای از نویسندگان نیز جریان طبیعی و معمول استدلال قضایی راجرانی دوسویه و دیالکتیکی توصیف کرده اند. به این معنا که نتیجه در پی حرکت‌های مکرر ذهن بین حقوق و واقعیت تبلور می‌یابد. به گفته یکی از نویسندگان «به محض شروع رسیدگی، قاضی نقطه‌چینی از حکم مورد نظر خود را تصور می‌کند و بدنبال آن در جریان رفت و برگشت بین حقوق (قاعده حقوقی) و واقع (پدیده عینی) می‌کوشد تا روابط بین دو مقدمه استدلال (قیاس قضایی) را به گونه‌ای سامان دهد که نتیجه‌گیری از طریق قیاس با قصد قبلی او هماهنگ از کار درآید.» (Ghestin et Goubeaux, 1994, P.42) این وضعیت با آن چه در استدلال‌های تابع منطق صوری مانند استدلال‌های ریاضی صورت می‌پذیرد بسیار متفاوت است. در استدلال‌های استنتاجی هیچگاه استدلال‌کننده دغدغه نتیجه را در پی ندارد و تمام همت او مصروف استفاده از مقدمات یقینی و معتبر و رعایت ضوابط صوری استنتاج است. پس از فراغت از این دو مهم ماهیت نتیجه حاصله هیچ اهمیتی ندارد. به بیان دیگر در یک نظام صوری و آکسیوماتیک، محتوای نتیجه و ارزشیابی ماهوی آن هیچ نقشی را در فرآیند استدلال بازی نمی‌کند. به نحوی که می‌توان منطق حاکم بر این علوم را منطقی مقدمه محور نامید.

اما اکثر نویسندگان معاصر منطق حقوقی را منطقی می‌دانند که بر اساس آن اعتبار و معقولیت صوری نتیجه قادر نیست جریان استدلال را پایان بخشد بلکه استدلال چندان ادامه می‌یابد تا نتیجه به لحاظ ماهوی نیز مقبول و معقول از کار درآید (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۳، صص ۴۴ و ۵۰). دیالکتیک بین نتیجه و مقدمات آن قدر ادامه می‌یابد تا نتیجه دلخواه و مطلوب، مقدمات توجیه‌کننده و مناسب خود را بیابد. در استدلال قضایی، برخلاف آن چه در علوم صوری شاهد آنیم، کارگزار و صحنه گردان اصلی استدلال نتیجه استدلال است نه مقدمات آن و بر همین اساس جروم فرانک حقوقدان برجسته آمریکایی از این استدلال‌ها با نام استدلال‌های نتیجه محور یاد کرده است (تیت، ۱۳۸۴، ص ۵۶). تجربه خارجی نشانگر آن است که استدلال حقوقی از آغاز نیم نگاهی بر نهایت سیر خود دارد و بلکه بالاتر از آن، چنانکه برخی نویسندگان گفته اند این شوق نتیجه است که

مقدمات را سروسامان می‌دهد و صورت استدلال جز سرپوشی بر این فرآیند ارادی و آگاهانه نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۷، صص ۲۷ و ۳۸ و ۴۴)<sup>۱</sup>

تعابیری چون «قیاس معکوس» (Syllogisme inverse) یا قهقرایی یا «استدلال وازگون» را نباید بازی با الفاظ شمرد. بسیاری از مولفان و به‌ویژه طرفداران منطق اقتناعی بر اساس همین ویژگی، منطق حقوقی را از منطق صوری متمایز دانسته‌اند و با توجه به این خصوصیت آن را «منطق مقبولیت» (Acceptabilite) نیز خوانده‌اند (Bergel, 1989, P.207). حتی بعضی از حقوقدان‌ها بدون پرده پوشی و با صراحت تمام گفته‌اند دلیل واقعی پذیرش منطق ویژه حقوق گریز از نتایج نا عادلانه قوانین است (پارین ویال، مقاله منطق حقوقی و مبنای حقوق، به نقل از: کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۳، ص ۶۹).

آقای پرلمان نظریه پرداز منطق اقتناعی و خطابی در حقوق در برشماری عناصر قضاوت بر این عنصر انگشت می‌گذارد که نتایج حاصله از اعمال دقیق قاعده نباید ناعادلانه، نا بجا، مضر و غیرعادلانه تلقی شوند، یعنی به هر دلیل نباید به عنوان امری غیرقابل قبول محسوب گردند و سپس در ادامه می‌افزاید «باید در مقابل اعمال خودکار قانون با هر نتیجه‌ای ایستادگی کرد.» (پرلمان، ۱۳۷۳، ص ۴۴)

نقش نتیجه در استدلال حقوقی آن چنان هویداست که کالینوسکی برجسته‌ترین مخالف منطق اقتناعی و مدافع سرسخت حکومت منطق صوری در حقوق نیز از اذعان به آن خودداری نکرده و آن را از ویژگیهای غیر قابل بحث تفکر حقوقی اعلام داشته است. این اندیشمند از این ویژگی در بحث از تأثیر قواعد مختلف برون منطقی و در درجه نخست قواعد اخلاقی و قواعد مذهبی و گهگاه نیز قواعد سیاسی بر استدلال حقوقی سخن می‌گوید و در این باره می‌نویسد:

۱- برای دیدن نمونه‌های جالبی در این زمینه رجوع کنید به مقاله‌ی استاد دکتر ناصر کاتوزیان با نام تفسیر قرارداد در شماره ۷۰ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

«بدیهی است به میزانی که تصمیم و انتخاب و ارزیابی حقوقدان در باب انتخاب شکل استدلال و یا گزینش مقدمات آنها همراه با پیش داوری است به همان میزان قواعد برون منطقی (قواعد ماوراء منطق) بر استنباط‌های حقوقی تأثیر می‌گذارند و این نکته بدون شک یکی از ویژگی‌های تفکر بحثی (نظقی) حقوقی را تشکیل می‌دهد.»  
(Kalinowski, 1966, P.18)

### مبحث چهارم- ویژگی های ذاتی استدلال های حقوقی

آن چه مسلم است این است که به لحاظ غیرضروری بودن فرآیند استدلال در استدلال‌های حقوقی و قضایی، در موضوع واحد امکان رسیدن به نتایج متفاوت وجود دارد. این ویژگی که از استدلال‌های حقوقی ستاندنی و ستردنی نیست، بی‌گمان آن را از استدلال‌های ضروری و تک نتیجه‌ای تابع منطق صوری ریاضی متمایز می‌سازد. این ویژگی، خصوصیت دیگری را نیز به دنبال دارد. وقتی احتمال رسیدن به جواب‌های مختلف وجود دارد و تمام جواب‌ها نمی‌توانند صحیح تلقی شوند، استدلال حقوقی، علاوه بر اطمینان از صحت صوری استدلال، باید تلاش زایدی را نیز برای اطمینان از درستی و مقبولیت نتیجه مصروف دارد و صرف رسیدن به یک نتیجه خرسندی حقوقدان و ختم عملیات استدلال را به دنبال نخواهد داشت. این وصف خاص نیز که لازمه ویژگی قبلی است، استدلال حقوقی را از استدلال‌های مدل ریاضی بیشتر دور می‌سازد. ریشه ویژگی اخیر را باید در بحث صدق صوری و ماهوی و رابطه آن دو با یکدیگر جستجو کرد. آن چه به اجمال می‌توان گفت این است که در یک نظام صوری و اکیسوماتیک اعتبار صوری استدلال علامت و نشانه درستی ماهوی نتیجه نیز هست و لذا در آن نظامها، برای اطمینان از صدق ماهوی نتیجه کافی است از صدق صوری استدلال اطمینان حاصل شود.

اما نظام حقوقی چنانچه تاکنون دیدیم قابل انطباق با نظام صوری نیست و لذا درستی صوری استدلال لزوماً درستی ماهوی نتیجه را به دنبال نخواهد داشت و همین امر «دغدغه درستی نتیجه» را بر دغدغه اعتبار صوری استدلال در زمینه استدلال های حقوقی می افزاید و لذا میتوان لزوم ارزشیابی ماهوی نتیجه، علاوه بر صحت صوری استدلال را نیز به جمع ویژگی های استدلال های حقوقی افزود.

باتوجه به عدم ضرورت و عینیت در استدلال حقوقی و انعطاف پذیر بودن این استدلال ها، «امکان» مداخله عوامل خارج از استدلال را نیز می توان از خصلتهای جوهری اندیشه حقوقی قلمداد نمود. بدیهی است وقتی استدلال تابع یک روند ضروری نیست و استدلالگر تا حدودی در هدایت جریان استدلال از آزادی و قدرت تصمیم برخوردار است، امکان تأثیر عواملی که آقای کالینوسکی آنها را عوامل برون منطقی یا ماوراء منطقی نامیده بر شکل گیری استدلال و چینش مقدمات و استفاده از مجال موجود در جهت رسیدن به نتیجه خاص منتفی نخواهد بود.

حقوقدان یا دادرس در انتخاب مقدمات کاملاً دست بسته نیست و تعیین معنای یک عبارت یا ترجیح یکی از دو متن متعارض و دهها مورد از این دست، به تصمیم و تشخیص وی بستگی دارد و همین امر یک اختیار نسبی در انتخاب مقدمات را برای حقوقدان یا دادرس به ارمغان می آورد. بدین ترتیب «امکان مداخله و تأثیر عوامل خارجی بر استدلال» و حتی «امکان پیشداوری» را می توان از وجوه ممیزه استدلال حقوقی و قضایی از منطق قیاسی و استنتاجی بحساب آورد. باید اعتراف نمود انگیزه اصلی تلاش برای تبدیل قیاس قضایی به قیاس صوری برای فرار از توالی فاسد و ویژگی اخیر بوده است.

بهر تقدیر در اینکه در بسیاری از استدلال های قضایی ردپای تأثیر عوامل خارج از منطق همچون «جذبه عدالت» «آرمان های اخلاقی و سیاسی و اجتماعی دادرس» و حتی «عواطف و احساسات و عوامل پنهان روانی» به چشم می خورد شکی نیست و در این که نتایج تحقیقات «روانشناسی قضایی» گواه بر این است که اغلب شوق رسیدن به

نتیجه معین، اندیشه دادرس را رهبری کرده و مقدمات و دلایل «رای» جز به عنوان ابزار رسیدن به هدف از پیش انتخاب شده بکار گرفته نشده اند نیز جای تردید نیست. تمام سخن در این است که آیا این وضعیت را نیز می‌توان از «ویژگیهای» تفکر حقوقی بویژه «استدلال قضایی» بشمار آورد یا نه؟ به تعبیر دیگر آیا تلقی ابزارانگاران و پراگماتیستی از منطق و استدلال از خصایص جوهری اندیشه و منطق حقوقی است؟ بنظر می‌رسد برای پاسخ به این پرسش باید به دو نکته مهم توجه نمود. نخست نقش مبانی و ویژگی‌های نظام‌های حقوقی مختلف در پاسخ به این مساله و دیگر تفکیک بین منطق قضایی و روانشناسی قضایی.

#### **الف) نقش مبانی و ویژگی‌های نظام‌های حقوقی در تاثیر نتیجه در استدلال:**

بر خلاف ویژگی‌های قبلی که مقتضای طبع استدلال حقوقی بودند مساله حرکت از نتیجه به مقدمات یا تلقی ابزاری از منطق و استدلال کاملاً وابسته به طرز تلقی دادرس از وظیفه قانونگذار و قاضی و تابع دیدگاه وی در باب ارزش قانون و مبانی و هدف حقوق است.

به دیگر سخن هر چند در قابلیت و استعداد استدلال‌های حقوقی برای تغییر مقدمات و تغییر نتیجه در پی آن تردیدی نیست اما چگونگی استفاده از این مجال و قابلیت کاملاً به مبانی و دیدگاه‌های استدلالگر وابسته است. یک قاضی قانونگرا و معتقد به تقدم و موضوعیت اراده شارع همانقدر این امکان و مجال را در اختیار دارد که قاضی معتقد به تقدم منافع و مصالح اجتماعی بر قانون که قانون را صرفاً ابزاری در جهت تحقق اهداف و مصالح اجتماعی می‌داند. و طبیعتاً روند استدلال در دیدگاه اول همان روند طبیعی قیاس یعنی حرکت از مقدمات به نتیجه و بر عکس در دیدگاه دوم استدلال قاعدتاً روندی معکوس خواهد داشت.

دقیقاً به همین دلیل است که در آمریکا که زادگاه فلسفه پراگماتیسم و اصالت عمل است و این اندیشه بر تمامی عرصه‌ها حکومت می‌کند، قضات از این امکان برای

تحقق اهداف اجتماعی و پیشرفت جامعه بهره می‌گیرند و استدلال و ذکر دلیل و مقدمه برای آنان جنبه کاملاً ابزاری دارد و حرکت اندیشه اصولاً از نتیجه آغاز می‌شود (تبیث، ۱۳۸۴، ص ۵۵). اما برعکس در دیدگاههایی که اراده واقعی قانونگذار مبنای اعتبار قانون است و حکم قانونگذار از موضوعیت برخوردار است مانند دیدگاههای حقوقی شرعی و یا حقوق تحققی بویژه برمبنای مکتب تفسیر مقید به متن از این مجال علی‌الاصول برای کشف اراده قانونگذار استفاده می‌شود و روند استدلال از مقدمات آغاز می‌گردد و به نتیجه ختم می‌شود. در تائید آن چه در باب نظام‌های حقوقی شرعی گفتیم عبارت یکی از اساتید برجسته حقوق ایران قابل تامل است:

«در منطق حقوقی نتایج اجرای حکم، در ارزش و اعتبار آن، اثر دارد و ممکن است منطق صوری و استنباط اصولی را بدنبال خود کشد ولی در اصول فقه، دست کم به لحاظ نظری، با این ارزش، مخالفت می‌شود و فکر از استدلال به نتیجه می‌رسد نه از نتیجه به استدلال»  
(کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۸۱).

جملات زیر نیز که پرلمان آنها را از کتاب «تقریر مکتوب درباره قانون مدنی» مورلن نقل می‌کند (پرلمان، ۱۳۷۳، ص ۴۴) در خصوص دیدگاههای پوزیتیویستی قانونگرا تا مل برانگیز است و بهتر از هر چیز نقش تلقی نظام حقوقی از وظیفه قاضی و تأثیر اهداف حقوق در این وظیفه را روشن می‌سازد:

«قاضی خوب در برابر عقل قانون عقل خود را فرو می‌افکند و تحقیر می‌کند، زیرا وی را منصوب کرده اند تا مطابق قانون قضاوت کند نه اینکه به قضاوت درباره قانون بپردازد. هیچ امری بالاتر از قانون نیست. دوری جستن از اعمال مقررات قانون با این عذر که انصاف طبیعی در برابرش مقاومت می‌کند، قصور و کوتاهی است. در رویه

قضایی معقولی عقلانی تر و انصافی منصفانه تر از عقل و انصاف قانون نمی‌توان یافت.»

منتهی همچنانکه گفتیم به لحاظ امکان نتایج مختلف حتی در تعبدی ترین تلقی‌ها نیز که درستی نتیجه را منحصرأ در مطابقت آن با اراده واقعی قانونگذار میدانند دغدغه درستی نتیجه وجود دارد و چه بسا، استدلالگر به دلایل و قرائنی همچون ناسازگاری نتیجه با سایر اجزاء نظام حقوقی یا مخالفت آن با حکم قانونگذار در موارد مشابه، یا مخالفت نتیجه با مسلمات عقل و عدالت و نظایر آن در درستی نتیجه تردید نماید و به همین دلیل سیر مجدد به سوی مقدمات و تأمل دوباره در اطراف آنها را آغاز و احیاناً به تغییر آنها اقدام نماید. چیزی که نمونه آن را تحت عنوان ناسازگاری با مذاق شارع در مباحث فقهی میتوان ملاحظه نمود. تبدیل فتوای فقیه که بر مبنای رجوع مجدد به ادله و تأمل و تعمق بیشتر در جوانب مساله استوار است نیز نمونه دیگری از رجوع مجدد به مقدمات حتی در تعبدی‌ترین دیدگاهها در باب استدلال حقوقی است.

#### ب) تمیز روانشناسی قضایی از منطق قضایی:

و اما در باب تحقیقات روانشناسی قضایی نیز نباید جانب احتیاط را از دست داد. زیرا آن چه به عنوان منطق حقوق مطرح می‌شود لزوماً با نتایج تحقیقات روانشناسی قضایی یکسان نیست. زیرا علم منطق یک علم دستوری و توصیه ای است در حالیکه در روانشناسی قضایی به مکانیسم عینی و خارجی فرایند قضاوت و سیر روانی دادرسان در صدور رأی پرداخته می‌شود و عوامل مؤثر بر آن به عنوان یک پدیده روانشناختی مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرند (تیت، ۱۳۸۴، ص ۵۶ / کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۹۵) و این تحلیلها همگی جنبه «توصیفی» و اخبار از واقع دارند و به همین دلیل از حوزه منطق حقوقی که علی القاعده جنبه توصیه ای و دستوری دارد خارج می‌شوند. و همان گونه که گفته اند منطقاً از آن چه «هست» نمیتوان به آن چه «باید» راهی گشود و راه گذار از «واقعیت عینی» به «باید ارزشی» مسدود است (سروش، ۱۳۵۹، ص ۲۴۲). مطالعات

و تحقیقات واقع‌گرایان آمریکایی را نیز به لحاظ استواری آنها بر تحلیل فرایند خارجی قضاوت باید تا حدود زیادی به قلمرو «روانشناسی قضایی» مربوط دانست نه عرصه «منطق حقوقی». مثلاً هومز که از بنیانگذاران واقع‌گرایی در آمریکا است در خصوص چگونگی تکوین رأی دادرس می‌نویسد:

«رأی دادگاه محصول ناخودآگاه تعصبات غریزی و

ارتباطات ذهنی غیر قابل توصیف است و حتی تعصباتی که میان

قضات و افراد عادی مشترک است به مراتب بیش از استدلال

منطقی در تعیین اصول و مقرراتی که باید بر سرنوشت مردم حاکم

باشد مؤثر است» (هومز، کامن‌لا، ص ۳۵ به نقل از: صانعی، ۱۳۸۱، ص ۴۸۵)

و یا بنجامین کاردوزو قاضی مشهور آمریکایی در همین زمینه می‌گوید:

«نیروی‌هایی که قضات آنها را نمی‌شناسند و نامی برای

آنها ندارند، آنها را به سوی خود میکشد و مشخص‌کننده طرز

برداشت آنها از زندگی می‌شود.» (کاردوزو، ماهیت روند قضائی به نقل از:

صانعی، ۱۳۸۱، ص ۴۸۵)

چنانکه پیداست سخن برسر واقعیت خارجی قضاوت است نه ایده آل قضاوت یا

آن چه در استدلال قضایی «باید» رعایت شود.

و روشن است که وقتی از کششهای غیر ارادی و غریزی و تصمیم‌گیری‌های

ناخودآگاه سخن می‌گوییم صرفاً از آن چه در خارج می‌گذرد سخن می‌گوییم و

نمی‌تواند سخن از توصیه و تکلیف در میان باشد (Alexy, 1989, P.157/Perelman, )

(1978, P.1).

وانگهی اختلافات فاحشی که در نظامهای حقوقی و حتی در درون یک نظام

حقوقی در خصوص شیوه قضاوت و استدلال و جهت حرکت فکر و جایگاه نتیجه

وجود دارد، به هیچ روی اجازه نمی‌دهد که واژگونی استدلال و نتیجه محوری را به

عنوان ویژگی ماهوی مطلق استدلال‌های حقوقی قلمداد کنیم. به عنوان نمونه تحقیقات

نشان داده که در فرانسه، دادگاههای تالی نسبت به نتایج رأی خود و انطباق رأی با مقتضای انصاف و عدالت حساس تر از دادگاههای عالی و بویژه دیوان عالی کشور می‌باشند و برعکس دادگاههای عالی بیشتر بر جنبه انطباق رأی با حقوق رایج کشور و انسجام سیستم حقوقی و نظم سیستماتیک آن توجه دارند تا عادلانه و منصفانه بودن آن (Perelman, 1978, P.173).

به‌طور خلاصه می‌توان گفت استدلال حقوقی به لحاظ توسعی که در آن وجود دارد «می‌تواند» از «نتیجه مطلوب» آغاز گردد اما اینکه آیا «باید» اینگونه باشد و «باید» از این مجال واسع برای به کرسی نشاندن نتیجه از پیش تعیین شده استفاده نمود یا نه، کاملاً بستگی به مبنا و موضعی خواهد داشت که حقوقدان یا قاضی در برخی مباحث بنیادین فلسفه حقوق مانند مبنای حقوق، هدف حقوق، جایگاه قانون موضوعه و اراده قانونگذار، وظیفه دادرس در قبال مصلحت اجتماعی و عدالت، اتخاذ نموده است و این موضع مسلماً به حسب نظامهای مختلف متفاوت خواهد بود. عبارت پرلمان در این زمینه قابل تأمل است:

«قاضی به حسب اینکه چه اهمیتی برای اصل تفکیک قوا قائل است و به حسب اینکه استقلال قوه قضائیه را درعین تقدم قوه مقننه بر آن چگونه درک میکند، خود را ملزم خواهد دانست که دست کم بصورت صوری دقیقاً با متن قانون یا اراده قانونگذار واضح آن منطبق گردد و یا برعکس با فهمیدن این معنا که تمام حقوق در قانون نیست به این باور برسد که نقش او آشتی دادن حقوق با انصاف است.» (Ibid, P.175)

#### واژگونی استدلال و دغدغه نتیجه در منطق حقوق ایران:

پیش از هرچیز باید اعتراف نمود در نظام حقوقی ما نیز مانند آن چه در مورد فرانسه گفتیم قضات دادگاههای تالی در رعایت ملاحظات غیرحقوقی و سوق دادن

استدلال به سمت نتایج واجد مقبولیت اجتماعی و منصفانه حساس تر از قضات مراجع عالی قضایی و بطور خاص دیوانعالی کشور هستند. با این وجود نمونه‌هایی که در آنها قضات عالی رتبه مصالح اخلاقی یا ضرورت های اجتماعی را بر تبعیت محض از مفاد قانون ترجیح داده اند نیز وجود دارند. دغدغه نتیجه در استدلال حقوقی را در میان حقوقدانان و صاحبان اندیشه حقوقی نیز با اختلاف مراتب آن می توان مشاهده کرد. در مجموع می توان وضعیت موجود در نظام حقوقی ایران را کشمکشی بین اندیشه صورت‌گرا و مقید به قانون از یک سو و اندیشه مدافع منطق خطابی و نتیجه محور که منطق و قواعد استدلال را در پای نتیجه عادلانه و مطلوب قربانی می کند از سوی دیگر تلقی نمود. البته نمی توان انکار نمود که به دلیل وجود برخی نام‌آوران و نظریه پردازان حقوق ایران، در صف مخالفان صورت‌گرایی و طرفداران منطق نتیجه محور، هر روز کفه ترازو به سمت جبهه مخالفان صورت‌گرایی متمایل تر می شود (در این زمینه به عنوان نمونه به آثار زیر از استاد دکتر کاتوزیان رجوع کنید: کتاب های فلسفه حقوق بویژه مجلد سوم، گویاتر از گفتارها، گامی به سوی عدالت و مقالات تفسیر قرارداد و نقد قانونگرایی افراطی منتشره در شماره های ۷۰ و ۴۹ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران).

به هر روی صرف نظر از وضعیت موجود و تجربه خارجی که بیشتر به روانشناسی قضایی و توصیف آن چه هست می پردازد، در باب مطلوب یا نامطلوب بودن رویه های موجود و به اصطلاح قضاوت ارزشی در باب آنها که در حیطه منطق حقوق قرار می گیرد باید بین آنجا که حقوقدان با یک حکم شرعی و الهی روبروست با آنجا که قانون بیانگر اراده مجلسیان یا آدمیانی همچون ماست، تفاوت نهاد. زیرا استفاده از توسعات موجود در استدلال حقوقی برای تقریب نتیجه با ارزش های متعالی یا عدل و انصاف، بر پیشفرض دوگانگی قانون و عدالت یا دوگانگی حقوق موجود و حقوق مطلوب استوار است و دست کم برای اهل ایمان این پیشفرض در قوانین متخذ از وحی جایی ندارد زیرا «از کمال مطلق 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 آن چه را لازمه لطف است از بندگان دریغ نمی کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۴).

و برعکس، امکان دوگانگی حقوق موجود و حقوق مطلوب در قوانین برساخته بشر به هیچ رو امر بعیدی نیست و بر همین اساس استفاده از انعطاف موجود در استدلال های حقوقی برای سوق دادن استدلال به سمت نتیجه عادلانه و معقول با مانعی روبرو نمی باشد مشروط بر اینکه نتیجه به حسب ظاهر قابل انتساب به نظام حقوقی باشد و به تحقیر حقوق رسمی کشور و تزلزل آراء قضایی و خودسرانه و دلبخواه جلوه کردن آنها نینجامد. و چه بسا بتوان غیرضروری و انعطاف پذیر بودن استدلال های حقوقی را نعمتی دانست که به مدد آن دادرس می تواند در مواردی که قانون دچار ابهام یا کاستی است و یا با واقعیات و ضرورت های جامعه ناسازگار است به تکمیل و تفسیر قانون پرداخته و وظیفه حقگزاری خود را در عین حفظ حرمت قانون و نظام حقوقی انجام دهد.

### خلاصه و نتیجه گیری

قضاوت در مفهوم مرسوم خود، چیزی جز ترتیب دادن قیاسی که صغرای آن واقعه خارجی و کبرای آن قاعده حقوقی و نتیجه آن تطبیق حکم کلی بر مورد جزئی است، نیست (Villey, 1984, T.2, P.167). بر این مبنا ما در فرآیند قضاوت با یک روند ضروری و جبری اندیشه روبرو هستیم که قاضی نقشی در هدایت مسیر آن ندارد زیرا صغرا تابع «واقعیت عینی» (La verite objective) است و قاضی در مورد آن صرفاً جنبه انفعالی دارد یعنی باید آن را آن چنان که هست «کشف» نماید و کبری نیز قاعده ای است که قانونگذار برای این موضوع در نظام حقوقی در نظر گرفته است و قاضی باید آنرا در مورد دعوا اعمال نماید. مثلاً در دعوی سرقت، قاضی باید نخست تحقق و یا عدم تحقق آن را از ناحیه متهم احراز نموده و در صورت اثبات تحقق، حکم قضیه از

قبل توسط قانونگذار مشخص شده است و وظیفه قاضی فقط اعلام رسمی انطباق کبری بر مصداق خاص است.

این تحلیل ساده انگارانه که بر دیدگاه صوری و قیاسی نسبت به حقوق استوار است، مدتهاست از سوی اصحاب اندیشه حقوقی مورد انتقاد قرار گرفته است که در پیشاپیش آنان می‌توان از پرلمان و همکاران وی در دانشگاه بروکسل و مرکز ملی تحقیقات منطقی بلژیک نام برد که آثار و مقالات متعددی در باب روشن نمودن ماهیت استدلال حقوقی و قیاس قضایی به رشته تحریر درآورده اند و در تمامی آنها بر فقدان ضرورت قیاس قضایی تأکید نموده‌اند.<sup>۱</sup> تأمل در واقعیت قضاوت نیز نشان از نادرستی تحلیل سنتی دارد.

با وجود شباهت‌های فراوان قیاس قضایی با قیاس صوری، وجود موانع غیرقابل رفع در حقوق مانع از تطبیق کامل این دو با یکدیگر می‌گردد. هر چقدر که در صورت‌گرایی استدلال قضایی دقت و اهتمام شود نهایتاً نمی‌توان قیاس قضایی را به یک قیاس صوری که روند استدلال در آن ضروری و عینی و تشکیک ناپذیر است تحویل و تبدیل نمود. مشکلات و موانع تبدیل قیاس قضایی به قیاس صوری هم به صغرای قیاس و هم به کبرای قیاس قضایی مربوط می‌شود.

صغرای قیاس قضایی به خلاف تصور اولیه خالی از ارزیابی دادرسی چه در مرحله اصل تحقق موضوع و چه در مرحله توصیف حقوقی آن نیست و همین امر آن را از ساحت قیاس صوری به دور می‌سازد. آن چه در همه نظام‌های حقوقی تحت عنوان اقناع دادرسی مطرح است و بخشی از آن به احراز تحقق موضوع و توصیف آن باز می‌گردد به روشنی حکایت از اعتراف حقوق به عدم امکان دستیابی به یقین همپایه یقین ریاضی در قیاس قضایی دارد.

<sup>۱</sup> - به‌عنوان نمونه رک: پرلمان، منطق حقوقی، خطابه جدید/هوسن، مقاله معضلات منطق حقوقی در سالنامه دانشکده حقوق تولوز، سال ۱۹۶۷، میشل ویلی، فلسفه حقوق، ج ۲، گستن و گوبو، رساله حقوق مدنی، مقدمه عمومی.

کبرای قیاس قضایی نیز که به حسب فرض مشتمل بر قاعده حقوقی حاکم بر موضوع است به سختی در مقابل صورنگرایی مقاومت می کند. وجود اموری چون نقص و نارسایی در قوانین، تعارض بین قوانین، تغییرات مکرر قوانین، مداخله قواعد کلی حقوقی غیر مکتوب تحت عنوان اصول کلی حقوقی و عدم امکان شفاف سازی کامل مفاهیم حقوقی نشان از آن دارد که توقع روند ضروری و اختلاف ناپذیر و حصول یقین در مرحله تشخیص قاعده حقوقی لازم الاجرا نیز توقعی بیجا و دست نیافتنی است.

با این همه عدم امکان تبدیل استدلال های قضایی به یک استدلال صوری و ضروری ابدأ به معنای نفی منطق یا عدم امکان استفاده از استدلال استنتاجی یا بی اعتباری استدلال قیاسی در حقوق نیست. بلکه برعکس این مکتوب تاکید می کند که درستی شکل و صورت استدلال و رعایت قواعد منطق، شرط لازم برای درستی هر استدلال است و از این حیث استدلال حقوقی تحت سیطره منطق صوری قرار دارد، منتهی این شرط، شرط کافی نیست یعنی در استدلال های حقوقی به خلاف استدلال های مدل ریاضی، صحت صوری استدلال ضامن درستی ماهوی نتیجه نیست و این امر نه به لحاظ نقص یا امکان تخلف از قواعد منطق صورت بلکه به دلیل عدم امکان صورنگرایی کامل در عرصه حقوق به عنوان پیش شرط لازم برای اعمال منطق صورت و اکتفاء به صدق صوری استدلال است. و به همین دلیل در برخی حوزه های حقوق که صورنگرایی تا حدود زیادی امکان دارد مانند حقوق ارث یا حقوق مالیاتی استدلال حقوقی به نوعی محاسبه یا استدلال صوری نزدیک می شود.

از دیگر نتایج این مکتوب این است که به لحاظ عدم امکان صورنگرایی کامل در استدلال های قیاسی حقوقی و در نتیجه فقدان وجود ضرورت در این استدلال ها اولاً جستجوی یقین و قطع ریاضی گونه و ریشه کن کردن اختلاف جستجویی بی حاصل و نامعقول است. ثانیاً به لحاظ ضروری نبودن استدلال های قضایی، این استدلال ها از

مداخله عنصر انسانی پیراسته نیستند و جز با وجود یک انسان هوشمند روند استدلال به انجام نخواهد رسید و بالاخره آخرین نکته اینکه ضرورت مداخله عامل انسانی در استدلال‌های قضایی ملازمه‌ای با تجویز و مباح شمردن پیش داوری و تبدیل قیاس قضایی به یک قیاس معکوس که مقدمات در آن صرفاً برای توجیه نتیجه مورد نظر ذکر شده‌اند و نتیجه نه از دل مقدمات که از تمایلات شخصی یا عرفان حقوق قاضی سرچشمه گرفته‌اند، نیست. درست است که به لحاظ انعطاف موجود در استدلال حقوقی، دادرس در چینش و گزینش مقدمات محکوم روندی ضروری و جبری نیست و تصمیم و ترجیح او نیز سهم شایانی در تدوین و تکوین قیاس قضایی دارد اما چگونگی استفاده دادرس از این مجال به مبانی مورد قبول دادرس و ویژگیهای نظام حقوقی بستگی دارد و لذا در نظام های حقوقی دینی مانند فقه که همه اعتبارها از آن اراده شارع است، دادرس باید از مجال موجود برای نزدیک شدن به اراده واقعی قانونگذار بهره برد و بر عکس در یک نظام حقوقی عرفی که قانون محصول اراده مجلسیان است، دادرس می تواند در صورت مخالفت قانون با ضرورت های اجتماعی یا ارزشهای متعالی، در عین رعایت احترام قانون و انتساب نتیجه به نظام حقوقی، از توسع و انعطاف موجود در جهت سوق دادن استدلال به نتیجه مطلوب و از پیش تعیین شده بهره جوید و بهر تقدیر استفاده ابزاری از استدلال قضایی برای رسیدن به نتیجه مطلوب و از پیش انتخاب شده از ویژگیهای ذاتی استدلال قضایی بحساب نمی آید هر چند توسعات موجود در قیاس قضایی احتمال چنین استفاده ای را متفی نمی سازد و چه بسا دادرسان بتوانند با استفاده از این قابلیت در بسیاری از موارد کاستی ها و ناراستی های قوانین را در عین حفظ حرمت ظاهری قانون و نظام حقوقی جبران نمایند.

**منابع و مأخذ:****الف- فارسی:**

- ۱- پرلمان، شییم، ۱۳۷۳، "فضاوت، قاعده و منطق حقوقی" در منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، ترجمه دکتر حسن حبیبی، چاپ اول، تهران، انتشارات اطلاعات
- ۲- پرلمان، شییم، ۱۳۷۳، "منطق، حقوق و معرفت شناسی" در منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، ترجمه دکتر حسن حبیبی، چاپ اول، تهران، انتشارات اطلاعات
- ۳- تیبیت، مارک، ۱۳۸۴، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، چاپ اول، مشهد، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی
- ۴- تیدمن، پل و کهین، هاوارد، ۱۳۸۲، در آمدی نو بر منطق، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)
- ۵- سروش، عبدالکریم، ۱۳۵۹، دانش و ارزش: پژوهشی در ارتباط علم و اخلاق، چاپ سوم، تهران، انتشارات باران
- ۶- صناعی، پرویز، ۱۳۸۱، حقوق و اجتماع، رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی، چاپ اول، تهران، نشر طرح نو
- ۷- طوسی، خواجه نصیرالدین، ۱۳۶۱، اساس الاقتباس، چاپ سوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
- ۸- کاپلستون، فردریک، ۱۳۸۰، تاریخ فلسفه، از دکارت تا لایب نیتس، ج ۴، چاپ اول، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی
- ۹- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۰، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر میزان
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۷، فلسفه حقوق، ج ۳، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار
- ۱۱- مصاحب، غلامحسین، ۱۳۶۶، مدخل منطق صورت، چاپ دوم، تهران، انتشارات حکمت
- ۱۲- موحد، ضیاء، ۱۳۷۳، در آمدی به منطق جدید، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی
- ۱۳- گاردی، ژان لویی، ۱۳۷۳، حقوق، منطق و معرفت شناسی، در کتاب منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، ترجمه دکتر حسن حبیبی، چاپ اول، تهران، انتشارات اطلاعات.

**ب: عربی**

- ۱- تبریزی، میرزا جواد، ۱۴۱۵، اساس القضاء والشهادة، چاپ اول، قم، بدون نام ناشر
- ۲- خویی، سید ابوالقاسم، بدون تاریخ، مبانی تکمله المنهاج، جلد ۱، بیروت، دارالزهراء (س)
- ۳- سبزواری، ملا هادی، بدون تاریخ، شرح منظومه، چاپ گراوری، چاپ اول، قم، انتشارات لقمان
- ۴- گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۴۰۱، کتاب القضاء، (تقریر به قلم سید علی حسینی میلانی)، جلد ۱، قم، مطبعه خیام
- ۵- نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۳۷۴، فوائد الاصول، چاپ دوم، قم، انتشارات اسلامی

## ج - لاتین :

- 1-Alexy (Robert), 1989, *A Theory of Legal Argumentation*, 1<sup>ed</sup>, oxford, Clarendon press.
- 2-Bergel (Jean-Louis), 1989, *Théorie Général Du Droit*, 2<sup>ed</sup>, Paris, Dalloz.
- 3-De Kerchove (Michel Van) et Ost (Francois), 1988, *Le System Juridique entre ordre et desordre*, 1<sup>ed</sup>, Paris, PUF.
- 4-Foriers (Paul), 1967, *L'état des recherches logique juridique en Belgique*, in: *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences de Toulouse*, T. XV, Paris.
- 5-Ghestin (Jacques) et Goubeaux (Gilles), 1994, *Traité de droit civil, Introduction Générale*, 4<sup>ed</sup>, Paris, L.G.D.J
- 6-Geny (Francois), 1919, *Méthod d'interpretation et source en droit privé positif* T.2, 2<sup>ed</sup>, Paris.
- 7-Husson (Léon), 1974, *Les apories de la logique Juridique*, in: *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences de Toulouse*", Paris, Dalloz.
- 8-Kalinowski (Georges), 1966, *De la Spécificité de la Logique juridique* in: *Archive de Philosophie du droit*, T.11, Paris, Sirey
- 9-Kalinowski (Georges), 1965, *Introduction a la Logique Juridique*, 1<sup>ed</sup>, Paris, L.G.D.J
- 10-Kalinowski (Georges), 1978, *Logique et méthodologie juridique*, in: *Archive de Philosophie du droit*, T.23, Paris, Sirey.
- 11-Mainguy (Daniel), 2002, *Introduction Générale au droit*, 3<sup>ed</sup>, Paris, Litec.
- 12-Martineau (Francois), 2004, *Potit Traite D'Argumentation Judiciaire*, 1<sup>ed</sup>, Paris, Dalloz.
- 13-Mazeaud (Henri, Leon et Jean), 1999 *Leçons de droit civil*, Introduction a L'etude du droit", 5<sup>ed</sup>, Paris, montchrestien
- 14-Perelman (chaim), 1978, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 2<sup>ed</sup>, Paris, Dalloz
- 15-Perelman (chaim), 1966, *Raisonnement juridique et Logique juridique*, in: *Archive de Philophie du droit*, T.11, Paris, Sirey.
- 16-Perelman (chaim), 1968, *Le Raisonnement Juridique* in: *Droit, Moral et philosophie*, 2<sup>ed</sup>, Paris, L.G.D.J
- 17-Terré (Francois), 2000, *Introduction général au droit*, 5<sup>ed</sup>, Paris, Dalloz
- 18-Vannier (Gullame), 2001, *Argumentation et droit*, 1<sup>ed</sup>, Paris, PUF
- 19-Villey (Michel), 1967, *Histoire de la logique juridique* in: *Annales de la Faculte de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse*, T.XV, paris.
- 20-Villey (Michel), 1984, *Philosophie du droit*, T.2, 2<sup>ed</sup> Paris, Dalloz

**د - مقالات:**

- ۱- کاتوزیان، ناصر، "یاس از اثبات و اصل برائت" مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۶، زمستان ۸۳.
- ۲- کاتوزیان، ناصر، "تفسیر قرار داد" مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۰، زمستان ۸۴، صص ۲۷۷ تا ۳۰۸.

**آزادی متعلق به یک نفر نیست، مال همه است؛ کسی که مفظ جان خود**

**را مقدم بر آزادی بداند لیاقت آزادی را ندارد.**

(فرانکلن)