

قاضی فضیلت‌مند؛ سهم فضیلت‌گرایی در نظریه قضاوت^۱

مهدی سمائی*، محمدجعفر حبیب‌زاده**، رحیم نوبهار***

چکیده

قاضیان هم از قدرتی چشمگیر برخوردارند و هم در اعمال آن در موارد مهمی از آزادی عمل بهره می‌برند. با توجه به این قدرت و آزادی عمل، شخصیت قاضی و منش اخلاقی او اهمیت دارد. به‌ویژه در پرونده‌های دشوار، «کیستی قاضی» از «چیستی قانون» کم‌اهمیت‌تر نیست. اگر قانون در دست قاضی فضیلت‌مند باشد، محتمل‌تر است که قدرت قضایی و آزادی عمل او به سمت عدالت و انصاف میل کند. به همین دلیل، رویکرد فضیلت‌گرا به قضاوت اهمیت می‌یابد و مهم است که سرنوشت مردم به دست قضات فضیلت‌مند سپرده شود. مهم‌ترین فضیلت‌های قضایی عبارتند از: قانون‌مندی، فهم و دانش حقوقی، عقل و ادراک قضایی، شجاعت، خویشتن‌داری، تواضع، بی‌طرفی، استقلال، فسادناپذیری، مهارت قضایی، عدالت و شفقت. رویکرد فضیلت‌گرا به قضاوت با سنت فقه شیعی هم سازگاری دارد و می‌توان گفت‌وگویی غنی میان فضیلت‌گرایی مدرن و سنت فقهی برقرار کرد. هرچند برخی از اوصاف قاضیان در فقه سنتی با ارزش‌های برابری طلبانه مدرن نمی‌خوانند و در نظام حقوقی مدرن کاربست‌پذیر نیستند. در مقاله پیش‌رو ضمن طرح مبانی نظری رویکرد فضیلت‌گرا، کاربرد آن در «گزینش و ارتقای قضات» سنجیده می‌شود. مقاله با روشی هنجاری نشان می‌دهد که استفاده از معیارهای کیفی فضیلت‌گرایانه به غنای نظریه گزینش قضایی می‌انجامد. با

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده اول تحت عنوان «جدال قانون‌گرایی و عدالت‌طلبی در تجربه زیسته قضات کیفری ایران» با راهنمایی آقای دکتر محمدجعفر حبیب‌زاده و مشاوره آقای دکتر رحیم نوبهار و آقای دکتر محمد فرجیها در دانشگاه تربیت مدرس است.

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
mahdi.samaei@modares.ac.ir

** استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
habibzam@modares.ac.ir

*** دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
r-nobahar@sbu.ac.ir

وجود این اگر ساختار و تشکیلات هیئت‌های گزینش قضایی غیردموکراتیک و اقتدارگرایانه باشد و داوطلبان بر اساس رویه‌های غیرشفاف و غیرمنصفانه گزینش شوند، معیارهای کیفی فضیلت‌گرایانه قضایی برای گزینش خودسرانه فراهم می‌کنند. در مقابل، اگر هیئت‌های گزینش قضایی از ساختار و تشکیلات دموکراتیک برخوردار باشند و طبق رویه‌های شفاف و منصفانه عمل کنند، از امکان سوءاستفاده به مراتب کاسته می‌شود.

واژگان کلیدی: نظریه قضاوت، فضیلت‌های قضایی، اجتهاد حقوقی، گزینش قضایی

مقدمه

قدرت قضاوت، به شمشیر دولبه شبیه است؛ از یک سو می‌تواند ستمگران را پاسخ‌گو سازد و دریچه‌ای به روی عدالت و انصاف بگشاید و از سوی دیگر ممکن است بر سر مظلومان فرود آید و به خودکامگی قضایی بینجامد. داستانی جذاب - اما ساختگی - که درباره فردریش کبیر نقل شده است، جلوه‌های عدالت‌طلبانه قدرت قضایی را به خوبی نشان می‌دهد. پادشاه که از صدای گوش‌خراش آسیاب بادی در نزدیکی اقامتگاه تابستانی خود رنجیده بود، خواست سهم آسیابان را بخرد. آسیابان به سرعت پیشنهاد پادشاه را رد کرد. فردریش کبیر به تهدید متوسل می‌شود: «نمی‌دانی که می‌توانم همه قدرت خود را به کار گیرم و آسیاب تو را به رایگان تصاحب کنم؟». آسیابان پاسخ می‌دهد: «با کمال احترام، اعلی‌حضرت می‌توانست چنین کند اگر قضاوت برلین نبودند» (Vanberg, 2008: 99). طبق این داستان، قدرت قاضیان چنان بود که می‌توانستند از آسیابان در برابر ظلم شاه محافظت کنند. در مقابل، می‌توان انبوهی از ماجراهای ناخوشایند - اما واقعی - را درباره سویه‌های سرکوبگرانه، خودسرانه و ظالمانه قدرت قضایی نیز روایت کرد.

بسته به شرایط، ممکن است قدرت قضایی به عدالت‌جویی یا استبداد و خودسری میل کند. امکان دارد در شرایط «الف»، افزایش قدرت قضاوت به افزایش خودکامگی قضایی بینجامد و در شرایط «ب»، قدرت قضایی به سمت عدالت و انصاف بگراید. پس باید فهمی زمینه‌مند از این شرایط به دست آورد. در نتیجه، این پرسش به‌طور طبیعی مطرح می‌شود که تحت چه شرایطی، افزایش قدرت قضایی بر خودکامگی و استبداد قضاوت می‌افزاید؟ در مقابل، تحت چه شرایطی، این قدرت بر موارد آرای قضایی عادلانه و منصفانه اضافه می‌کند؟ برای پاسخ به این پرسش‌های مهم می‌توان از مطالعات سیاسی، جامعه‌شناختی، تاریخی و حقوقی بهره گرفت. مقاله پیش‌رو صرفاً درباره یکی از شرایط ظهور «قدرت قضایی عادلانه» می‌اندیشد. مدعای مقاله این است که «کیستی قاضی» اهمیت دارد و حتی در مواردی از «چیستی قانون» کم‌اهمیت‌تر نیست. اگر قدرت قضایی به دست «قاضی فضیلت‌مند» بیافتد، محتمل‌تر است که به سمت عدالت و انصاف جهت بگیرد. همین نکته

باعث اهمیت رویکرد فضیلت‌گرا به قضاوت می‌شود. مقاله به تفصیل درباره امکان‌ها و قابلیت‌های این رویکرد تأمل می‌کند. امکان تصدی منصب قضا توسط قضات فضیلت‌مند به سرشت نظام سیاسی ربط دارد. نظام‌های اقتدارگرا، «وفاداری سیاسی» را از «فضیلت‌های قضایی» مهم‌تر می‌دانند و «قاضی وفادار» را بر «قاضی فضیلت‌مند» ترجیح می‌دهند. با وجود این، مقاله پیش‌رو جز در حد ضرورت به شرایط سیاسی نمی‌پردازد.^۱ از حیث روش‌شناختی مقاله در قلمرو پژوهش‌های هنجاری می‌گنجد و از روش فلسفی در اخلاق فضیلت‌گرا بهره می‌گیرد.

مقاله این مسیر را دنبال می‌کند: ابتدا ویژگی‌های «حقوق فضیلت‌گرا» معرفی می‌شود تا شرایط برای آشنایی با «رویکرد فضیلت‌گرا به قضاوت» مهیا شود. ضمن بحث از این رویکرد، فهرستی از «فضیلت‌های قضایی» به دست می‌دهیم و سازگاری فقه شیعه با فضیلت‌گرایی را می‌سنجیم. در پایان، کاربرست رویکرد فضیلت‌گرا در «گزینش قضایی» بررسی می‌شود.

۱. حقوق فضیلت‌گرا

برای آشنایی با «حقوق فضیلت‌گرا» لازم است ابتدا شناختی از اخلاق فضیلت‌گرا به دست آوریم، زیرا فضیلت‌گرایی در حقوق از فلسفه اخلاق الهام گرفته است. در اخلاق هنجاری^۲ سه مکتب مهم وجود دارد. این سه مکتب، بدون ترتیب تاریخی، عبارتند از: اخلاق پیامدگرا^۳، اخلاق وظیفه‌گرا^۴، و اخلاق فضیلت‌گرا^۵. مدعای اصلی اخلاق پیامدگرا این است که ویژگی‌های هنجاری، مانند خوبی و وظیفه، صرفاً به چگونگی پیامدها بستگی دارد و درستی یا نادرستی رفتار تنها به این وابسته است که در قیاس با هر رفتار دیگری که فرد می‌توانست صورت دهد، پیامدهای خوب داشته باشد (Wood, 2020: 69). یکی از مصادیق مهم اخلاق پیامدگرا، فایده‌گرایی^۶ است که نظریه‌پردازان مهمی مانند جرمی بنتام و جان استوارت میل دارد. به نظر فایده‌گرایان کلاسیک، رفتار ما تنها در صورتی درست است که در کل بیشترین میزان شادی را رقم بزند (Sinnott-Armstrong, 2019). وظیفه‌گرایان این مدعای پیامدگرایی را رد می‌کنند که رفتار درست از حیث اخلاقی بر اساس پیامدهای خوب سنجیده می‌شود. در عوض، به نظر آنان رفتار انسان‌ها وقتی درست است که خود آن رفتار مطابق با وظیفه اخلاقی^۷ باشد. طبق این رویکرد، درستی اخلاقی در گرو پیامدها نیست و

۱. در رساله‌ای که مقاله از آن برگرفته شده به تفصیل به این موضوع پرداخته شده است.

2. normative ethics
3. consequentialism
4. deontological ethics
5. virtue ethics
6. utilitarianism
7. ethical duty

به پیروی از اصول و قواعد اخلاقی - مانند وفای به عهد و صداقت - بستگی دارد (Alexander and Moore, 2016). ایمانوئل کانت، فیلسوف برجسته عصر روشنگری، چهره مهم وظیفه‌گرایی است. در اخلاق فضیلت‌گرا نه رعایت وظایف اخلاقی محوریت دارد و نه اخلاقی بودن بر اساس پیامدها سنجیده می‌شود. فضیلت‌گرایی بر شخصیت اخلاقی تمرکز می‌کند (اسلوت، ۱۳۹۲: ۱۶۴) و رفتاری را درست می‌شمرد که شخص فضیلت‌مند به آن مبادرت ورزیده باشد. برخی از فضیلت‌گرایان نیز ترجیح می‌دهند به جای تعبیر «رفتار درست» از تعبیر فضیلت‌مدار مانند رفتار صادقانه، عادلانه یا شجاعانه استفاده کنند و به جای «رفتار نادرست» از رفتار غیرصادقانه، نامنصفانه یا بزدلانه سخن بگویند (Van Zyl, 2019: 24).

در دوران مدرن، به‌ویژه از عصر روشنگری به این سو، دو مکتب وظیفه‌گرایی و پیامدگرایی بر فضای فکری سیطره داشتند تا اینکه در اواخر دهه ۱۹۵۰ مکتب فضیلت‌گرا ظهور کرد. در سال ۱۹۵۸ الیزابت آنسکوم مقاله دوران‌ساز «فلسفه اخلاق مدرن» را منتشر کرد (Anscombe, 1958: 1-19). او نشان داد که دو مکتب رایج در پرداختن به بسیاری از مسائل مهم - مانند فضیلت و رذیلت، انگیزه، شخصیت اخلاقی، آموزش اخلاق و دوستی - ناکام مانده‌اند. به این ترتیب، اخلاق فضیلت‌گرا به شکل رقیبی جدی برای دو مکتب دیگر درآمد (Van Zyl, 2019: 22-25). نکته مهم اینکه اخلاق فضیلت‌گرا در مشرق و همچنین یونان باستان تاریخی طولانی دارد و فلسفه اخلاق فیلسوفانی مانند افلاطون و ارسطو در قلمرو آن می‌گنجد (Besser-Jones and Slote, 2015: xxi). فضیلت‌گرایی در دوران میانه - برای مثال در آثار آکوئیناس - همچنان چیرگی داشت تا اینکه در دوران مدرن و به‌ویژه در عصر روشنگری کنار گذاشته شد. بنابراین کار آنسکوم و دیگر فیلسوفان فضیلت‌گرا در واقع بازکشف فضیلت‌گرایی است. با وجود این، خوانش مدرن از فضیلت‌گرایی، برابری طلبانه^۱ است و برای مثال این‌گونه نیست که همچون یونانیان باستان زنان را کمتر از مردان بشمرد.

فضیلت‌گرایی پس از طرح در قلمرو فلسفه اخلاق معاصر به دیگر حیطه‌ها راه یافت. در معرفت‌شناسی، با اقتباس از اخلاق فضیلت‌ نظریه‌های فضیلت‌محور درباره شناخت پرورنده شد. در دهه‌های اخیر، فضیلت‌گرایی به اندیشه حقوقی نیز راه یافته است و در کنار اخلاق فضیلت‌گرا و معرفت‌شناسی فضیلت‌گرا^۲ اکنون می‌توانیم از حقوق فضیلت‌گرا نیز سخن بگوییم. حقوق فضیلت‌گرا یافته‌های اخلاق و معرفت‌شناسی فضیلت‌گرا را در قلمرو مسائل حقوقی به کار می‌برد و می‌کوشد هم مسائل جدیدی در حیطه حقوق طرح کند و هم پیش‌پیش‌های نو درباره مسائل قدیمی پیش بگذارد. در

1. egalitarian
2. virtue epistemology

این مدت کوتاه حقوق فضیلت‌گرا چنان شکوفا شده که از «گشت فضیلت‌گرایانه»^۱ در معرفت حقوقی سخن گفته می‌شود (Farrelly and Solum; 2008:1-2). این شکوفایی از این نیز مایه می‌گیرد که رویکردهای سنتی وظیفه‌گرا و پیامدگرا نتوانسته‌اند به خوبی به طیف مهمی از مسائل بپردازند. نوشته‌های مهمی درباره رویکرد فضیلت‌گرایانه به مسائل مختلف حقوقی در دست است. برای مثال، یافته‌های رویکرد فضیلت‌گرا درباره نظریه تقنین و مسئولیت جنایی قابل توجه است. یکی از بحث‌های مهم فضیلت‌گرایانه درباره مسائل حقوقی به نظریه قضاوت ربط دارد که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم.

۲. رویکرد فضیلت‌گرا به نظریه قضاوت

گفتیم که اخلاق وظیفه‌گرا برای داوری اخلاقی به خود عمل توجه می‌کند، اخلاق پیامدگرا آثار و نتایج عمل را در مرکز توجه قرار می‌دهد و فضیلت‌گرایی اخلاقی فضیلت‌ها یا رذیلت‌های کننده عمل (عامل) را در نظر می‌گیرد. می‌توان همین سه موضع را به نظریه قضاوت منتقل کرد و از سه رویکرد وظیفه‌گرا، پیامدگرا و فضیلت‌گرا به قضاوت سخن گفت. در این صورت، سه رویکرد وظیفه‌گرایی قضایی، پیامدگرایی قضایی و فضیلت‌گرایی قضایی به دست می‌آید. رویکرد وظیفه‌گرا بر مطابقت رأی با قانون تمرکز می‌کند. برخی از مهم‌ترین فیلسوفان حقوق در قرن بیستم همچون هربرت هارت را در کل می‌توان هوادار وظیفه‌گرایی قضایی شمرد (Farrelly and Solum, 2008: 4). رویکرد پیامدگرا به آثار و نتایج رأی محوریت می‌دهد. رویکرد «حقوق و اقتصاد» یا «تحلیل اقتصادی حقوق» در مقوله پیامدگرایی حقوقی می‌گنجد و ریچارد پازنر چهره مهم این رویکرد است. در مقابل دو رویکرد پیشین، رویکرد فضیلت‌گرا اهمیت فضیلت‌ها یا رذیلت‌های قضایی و منش اخلاقی قاضیان را برجسته می‌کند. لارنس سولوم و آمالیا آمایا از چهره‌های مطرح در فضیلت‌گرایی حقوقی‌اند.

رویکرد فضیلت‌گرا به نظریه قضاوت می‌تواند به سهم خود شرایط را برای قدرت قضایی عادلانه مهیا کند. در این قسمت به نفع این مدعا استدلال می‌کنیم. استدلال ما سه مقدمه دارد. از این سه مقدمه، نتیجه استدلال منطقیاً به دست می‌آید.

مقدمه اول ناظر بر «قدرت قضایی»^۲ است. در دولت‌های مدرن، قاضیان قدرتی چشمگیر دارند. در سطح حقوق اساسی، اصولاً دموکراسی در دهه‌های اخیر از حاکمیت مجلس قانون‌گذاری به سمت حکمرانی قضایی^۳ حرکت کرده است و نوعی «قاضی‌سالاری»^۴ پدید آمده که در آن قاضیان

1. aretaic turn
2. judicial power
3. judicial governance
4. Juristocracy

در مواردی حتی قدرت دارند مصوبات نمایندگان مردم در مجلس را به دلیل مغایرت با قانون اساسی ابطال کنند (Hirschl, 2009: 129-165). این قدرت قضایی کمتر در تاریخ نظیر دارد. در قلمرو حقوق اداری، قضات می‌توانند سیاست‌گذاری دولتی را بی‌اثر سازند. در دعاوی خصوصی، قاضیان قادرند امور مالی و خانوادگی مردم را به‌طور الزام‌آور تنظیم کنند. شاید چشم‌گیرتر از همه، قدرت قضات کیفری است. برای فهم این قدرت، اشاره به نظریهٔ ماکس وبر دربارهٔ دولت مفید به نظر می‌رسد. از نظر وبر ویژگی اساسی «دولت» - به معنای عام - ادعای قدرت انحصاری در استفاده از خشونت مشروع فیزیکی در قلمرویی معین است (Weber, 2019: 135-138). در دولت مدرن پذیرفته شده که اجرای خشونت دولتی اصولاً در صورتی موجه و مشروع است که توسط مقام قضایی اجازه داده شود. به عبارت دیگر، اصولاً نه رهبر سیاسی و نه رئیس دولت و نه هیچ مقام یا شخص دیگری مُجاز نیستند بدون اجازهٔ قاضی به خشونت مبادرت ورزند.^۱ قضات کیفری «قدرت» دارند اعمال خشونت بر مردم را اجازه دهند. برای مثال، در ایران قاضی کیفری بسته به موارد می‌تواند اجازه دهد جان مردم را بستانند، آزادی آنان را برای مدتی حتی طولانی سلب کنند، بر آنان تازیانه بزنند، در مواردی اعضای بدن مردم را قطع کنند و اموال آن‌ها را به واسطهٔ مصادره یا جزای نقدی بگیرند. این «قدرت قانونی»، در مقامات دیگر نظیر ندارد. بنابراین مقدمهٔ اول این است که قاضیان از «قدرتی» چشمگیر برخوردارند.

مقدمهٔ دوم به «آزادی عمل»^۲ قاضیان ربط دارد. قاضی علاوه بر «قدرت»، در موارد مهمی، از آزادی عمل نیز بهره می‌برد. فارغ از بحث‌های نظری مفصل، مراد از آزادی عمل قاضی این است که دست‌کم دو گزینهٔ ممکن و معتبر پیش روی او باشد، قانون هیچ‌یک از گزینه‌ها را بر دیگری برتر نشمرد و انتخاب را به قاضی بسپرد (Etcheverry, 2018: 19). از نظر هربرت هارت نیز قاضی هنگامی از آزادی عمل بهره می‌برد که مُجاز باشد انتخابی صورت دهد که محتوای آن پیش‌تر توسط قانون تعیین نشده است، اگرچه شاید مؤلفه‌هایی که در تصمیم‌گیری باید مدنظر قرار گیرد قابل‌شناسایی باشد (Hart, 2013: 31-32).

۱. در مواردی، مثل جرایم مشهود، دیگر مقامات نیز مجازند تحت شرایطی به زور متوسل شوند. در این موارد نیز نظریهٔ مدرن می‌کوشد تا حد ممکن استفاده از زور را تحت نظارت قضایی درآورد.

۲. نویسندگان فارسی‌زبان تاکنون معادل‌های مختلفی برای واژهٔ انگلیسی «discretion» برگزیده‌اند. مهم‌ترین معادل‌ها عبارتند از: صلاحدید، صوابدید، صلاحیت اختیاری و آزادی عمل. از حیث ریشه‌شناسی، سه معادل اول دقیق‌تر به نظر می‌رسند. با وجود این، بحث ما دربارهٔ مفهومی است که رونالد دورکین آن را strong discretion می‌نامد، و اساس strong discretion عبارت است از «آزادی عمل» قاضی. لذا تعبیر «آزادی عمل» را به کار می‌بریم. برای بحث دورکین، نک: (Dworkin, 1977: 31-32).

661). گاهی این آزادی عمل را صراحتاً قانون‌گذار به قاضی داده است، برای مثال جایی که قاضی می‌تواند میان حداقل و حداکثر مجازات انتخاب کند. اما مورد مهم‌تر، آزادی عمل ضمنی یا پنهان قاضیان است (Hart, 2013: 655). در آزادی عمل ضمنی، قانون‌گذار به امکان انتخاب از میان چند گزینه بدیل توسط قاضی تصریح نمی‌کند، اما قاضی در عمل از آزادی تصمیم‌گیری بهره می‌برد. موارد آزادی عمل ضمنی را می‌توان در دو مقوله گنجانند. مقوله اول، به آزادی عمل قاضی در امور موضوعی و احراز واقعیت‌های پرونده ربط دارد. قاضی در ادله اثبات، از جمله در ارزیابی ادله، تعیین کفایت ادله، عدم استماع دلیل به دست آمده از شیوه غیرقانونی، در موارد مهمی میزان قابل توجهی آزادی عمل دارد (Gennaioli and Shleifer, 2006: 2). مقوله دوم به آزادی عمل ضمنی قاضی در تفسیر قانون مربوط است. در موارد مهمی یک قانون به شیوه‌های مختلف قابل تفسیر است و قاضی می‌تواند یکی از تفسیرها را برتری دهد. زبان قانون، به دلایل مختلف، تفسیرپذیر است و در موارد مهمی نامتعیین^۱ و غیرقطعی است یا به حد کافی تعین و قطعیت ندارد (Leiter, 1995: 481-492). فقدان تعین زبان قانون، تفسیر را ناگزیر می‌سازد. اما کدام تفسیر باید ترجیح داده شود؟ چطور می‌توان تفسیر معتبر را از تفسیر نامعتبر تفکیک کرد و تفسیر بهتر را از تفسیر بدتر بازشناخت؟ در یک کلام، معیار تفسیر خوب چیست؟ این احتمالاً مهم‌ترین پرسش نظریه تفسیر قانون است. مایکل روزنفلد در این مورد نوشته است: «تفسیر قانون در بحران به سر می‌برد». بحران ناشی از چیست؟ از اینکه باور به وجود «معیاری عینی برای نسبت دادن معانی واضح و متمایز به متن قانون» از دست رفته است (Rosenfeld, 1992: 152). واقعیت این است که قاضیان هم به دلیل عدم تعین زبان قانون و هم به دلیل عدم تعین روش تفسیر در موارد مهمی از آزادی عمل بهره می‌برند.

مقدمه سوم را می‌توان این‌گونه صورت‌بندی کرد: هر جا که با قدرت و آزادی عمل روبه‌رو می‌شویم، مهم است که این قدرت و آزادی عمل در دست چه کسی باشد. به‌ویژه در مواردی که قاضیان در اعمال قدرت از آزادی عمل بهره می‌برند، کیستی قاضی اهمیت کمتری از چیستی قانون ندارد. به عبارت دیگر، این نکته که «قانون در دست کیست؟» در مواردی بی‌اهمیت‌تر از این نیست که «قانون چیست؟». اگر قاضی فضیلت‌مند باشد، محتمل‌تر است که آزادی عمل و قدرت او به عدالت و انصاف بینجامد. اگر قاضی از فضیلت‌ها بهره نبرد، محتمل‌تر است که قدرت و آزادی عمل او به استبداد قضایی یا آرای خودسرانه میل کند. نظیر این استدلال در فقه نیز به چشم می‌خورد. فقیهان تصریح کرده‌اند که چون قاضی بر «حقوق و اموال و أعراض» مردم «سلطه» دارد باید اوصاف

خاصی از جمله عدالت در او محقق باشد (موسوی اردبیلی، ۱/۱۴۲۳: ۵۴). این توجه به اهمیت فضیلت‌های قضایی البته به هیچ روی به معنای بی‌توجهی به سازوکارهای نهادی مانند استقلال و شفافیت نیست.

از مقدمه‌های بالا این نتیجه به دست می‌آید: اهمیت دارد که قاضی از فضیلت‌های لازم برخوردار باشد. بنابراین، استدلال بالا ما را به اهمیت قاضی فضیلت‌مند می‌رساند. از آنجا که «قاضی فضیلت‌مند»^۱ همان قاضی بهره‌مند از فضیلت‌های قضایی است، برای مفهوم‌پردازی آن ناگزیریم تصویری دقیق از «فضیلت‌های قضایی»^۲ به دست آوریم.

۳. فضیلت‌های قضایی

فضیلت‌ها و رذیلت‌ها گرایش‌های تثبیت‌یافته به رفتار کردن به طریقی معین‌اند (Van Zyl, 2019: 23). چه بسا بتوانیم با استفاده از واژه‌های سنت خودمان به جای تعبیر «گرایش تثبیت‌یافته» از واژه «ملکه» بهره ببریم. مراد از ملکه «هیئتی» است «که در جایگاه خود ثابت و راسخ باشد. بعبارة اخری، زوال آن هیئت از جایگاه خود دشوار بود و این لفظ در برابر حالت استعمال شود» (لغت‌نامه دهخدا، مدخل «ملکه»). برای ملاحظه بحثی تفصیلی پیرامون چیستی ملکه همچنین نک: انصاری، ۱۴۱۴: ۲۵). بنابراین، فضیلت‌ها و رذیلت‌ها به مثابه «ملکه»های اخلاقی، «صفاتی»اند که «در نفس رسوخ» یافته‌اند. ما اشخاص فضیلت‌مند (صادق، شجاع، منصف، مهربان، سخاوتمند و مانند این‌ها) را می‌ستاییم و اشخاص دروغ‌گو، خودخواه، نامهربان، مغرور، بزدل و مانند این‌ها را نکوهش می‌کنیم. نظیر همین درباره قاضیان نیز مصداق دارد.

بنا بر یک دسته‌بندی میان «فضیلت‌های فکری»^۳ و «فضیلت‌های اخلاقی»^۴ تمایز می‌گذارند. فضیلت‌های فکری، مانند استدلال‌گرایی، عدم تعصب و حقیقت‌طلبی، کیفیاتی ذهنی‌اند که شناخت واقعیت و شکوفایی فکری را ارتقا می‌دهند. فضیلت‌های اخلاقی، مانند خویش‌داری، صداقت و شجاعت، به شکوفایی اخلاقی ربط دارند. با وجود این، تمایز مذکور به‌رغم کارکردهای عملی‌اش در دهه‌های اخیر به شدت به چالش کشیده شده است (زگزبسکی، ۱۳۹۶: ۱۹۹). ما نیز در فهرست «فضیلت‌های قضایی» تمایزی میان جنبه‌های اخلاقی و معرفت‌شناختی قائل نمی‌شویم. در ادامه فهرستی از فضیلت‌های قضایی پیش می‌نهمیم و توضیحی اجمالی درباره هر کدام به دست می‌دهیم. آنگاه رویکرد فقهی به فضیلت‌های قضایی را برمی‌رسیم.

1. virtuous judge
2. judicial virtue
3. intellectual virtues
4. moral virtues

۳-۱. فهرست فضیلت‌های قضایی

در این قسمت به شرح برخی از فضیلت‌های مهم بسنده می‌کنیم. به هیچ روی ادعا نمی‌شود که این فهرست تام‌وتمام است. فضیلت‌های مهم دیگر که در کار قضایی اهمیت دارند عبارتند از: فهم قضایی^۱، شفقت، دانش حقوقی، بی‌طرفی^۲، استقلال^۳، فسادناپذیری^۴، تواضع قضایی و مهارت قضایی^۵ (Solum, 2005-A: 1368-1376).

۳-۱-۱. عقل قضایی، ادراک قضایی و انصاف

«عقل قضایی^۶» اشاره به فضیلت فرونسیس^۷ - یا همان عقل عملی^۸ - در نوشته‌های ارسطو دارد. در فلسفه ارسطو، عقل عملی با جزئیات سروکار دارد و «متضمن نوعی شناخت به آن چیزی است که باید اینجا و اکنون انجام گیرد؛ از این رو فرونسیس همواره با ... امر ... غیر ثابت متغیر نسبت دارد» (ناظمی اردکانی و دیگران، ۱۳۹۸: ۶۷) و در نتیجه شخص را قادر می‌سازد در اوضاع و احوال خاص خوب قضاوت کند. بر همین اساس، عقل قضایی نیز ممکن می‌سازد قاضی با توجه به ویژگی‌های خاص پرونده تصمیم درست بگیرد و به ردیلت بدقضاوتی دچار نشود. به واسطه عقل قضایی، او قادر است غایات قضایی را دریابد و وسائل متناسب برای دستیابی به آن غایت‌ها را بفهمد. برای تطبیق حکم بر موضوع، قاضی باید از فضیلت عقل قضایی بهره‌بردار. حتی اگر در سطح نظری قانون را بشناسد و در استدلال قوی باشد، بدون بهره‌مندی از عقل قضایی - به‌عنوان یکی از مصادق عقل عملی - قادر نیست جنبه‌های مهم پرونده را تشخیص دهد و خوب قضاوت کند (Solum, 2003: 192-194; Solum, 1988: 1752-1754).

در برخی متون به‌جای واژه فلسفی «عقل قضایی» از اصطلاح انضمامی‌تر «ادراک قضایی»^۹ استفاده شده است. همان‌طور که ما با ادراک حسی جزئیات واقعیت‌ها را در می‌یابیم، قاضی نیز با ادراک قضایی ویژگی‌های خاص پرونده را به‌چنگ می‌آورد. ویژگی‌های خاص پرونده از پیش تعیین‌پذیر نیستند و قاضی فضیلت‌مند در هر مورد آن‌ها را ادراک می‌کند. قاضی به واسطه ادراک قضایی سویه‌های مهم و مرتبط واقعیت را می‌فهمد و تشخیص می‌دهد که چه چیز از منظر عدالت

1. judicial intelligence
2. impartiality
3. Independence
4. Incorruptibility
5. judicial skill
6. judicial wisdom
7. phronesis
8. practical wisdom
9. judicial perception

اهمیت دارد. همان گونه که با ادراک حسی در می‌یابیم آن شیء واقعاً قرمز است، با ادراک قضایی نیز می‌فهمیم این رفتار واقعاً تبعیض‌آمیز یا ظالمانه است. در نتیجه، قاضی بهره‌مند از ادراک قضایی می‌تواند جنبه‌های مهم پرونده را به فهم آورد و به‌طور منصفانه پاسخ دهد (Van Domselaar, 27-31 و خدابخشی، ۱۴۰۰: ۱۲۹-۱۲۳).

۳-۱-۲. شجاعت قضایی

شجاعت^۱ یکی از فضیلت‌های اصلی هم برای زندگی خوب در سطح فردی و هم برای ایجاد جامعه عادلانه است. ارسطو شجاعت را به‌مثابه حد وسط دو رذیلت ترسویی و بی‌باکی تعریف کرده است. شجاعت قضایی، یکی از مصادیق شجاعت مدنی^۲ است و ممکن می‌سازد قاضی برای دستیابی به عدالت بتواند شغل و شهرتش را به خطر بیندازد. قاضی شجاع وقتی عدالت اقتضا می‌کند از صدور رأیی که مردم‌پسند یا قدرت‌پسند نباشد نمی‌هراسد. او به اقتضای عدالت می‌تواند در برابر تهدیدها و فشارها بایستد و حتی در صورت لزوم فرصت‌های شغلی‌اش را به خطر اندازد و از نقدهای همکاران، مردم و نظام سیاسی نمی‌هراسد (Van Solum, 2005-A: 4-5; Solum, 2003: 190). با استفاده از نظریه حد وسط ارسطو می‌توان گفت که قاضی شجاع علاوه بر ترسویی از رذیلت بی‌باکی مدنی نیز می‌پرهیزد و بی‌دلیل شهرتش را قربانی نمی‌کند. او به اعتدال می‌گراید و در ترس به افراط یا تفريط دچار نمی‌شود (Solum, 2003: 190).

۳-۱-۳. خویشتن‌داری قضایی

خویشتن‌داری قضایی^۳ فضیلتی است که قاضی را از پاسخ افراطی به رانه‌ها و نیازها و تمایلاتش باز می‌دارد و او را در مسیر درست حفظ می‌کند (Van Domselaar, 32). به‌ویژه محافظت در مقابل خشم و غضب مهم است. همان‌طور که شجاعت به کنترل عاطفه ترس مربوط است، خویشتن‌داری نیز به کنترل خشم ربط دارد (Solum, 2003: 191; Solum, 2005-A: 5). قاضی خویشتن‌دار نمی‌گذارد خشم افراطی بر او چیره شود. چیرگی خشم، محل قضاوت خوب است. البته این‌گونه نیست که قاضی فضیلت‌مند خشم را تجربه نکند. خشمگین نشدن در مواجهه با رذیلت‌ها هم یک رذیلت است. قاضی خویشتن‌دار به‌گونه‌ای متناسب از دیدن سوءرفتار و بی‌عدالتی به خشم می‌آید. او در موقعیت مناسب و بنا بر دلایل مناسب خشمگین می‌شود و می‌تواند خشمش را به‌گونه‌ای عادلانه

1. Courage

2. Civic Courage

مراد از «شجاعت مدنی» آن جنبه از شجاعت است که نه ناظر بر مقابله با خطرات جسمانی - مثلاً در جنگ - بلکه مربوط به مخاطرات مدنی - مانند از دست دادن موقعیت شغلی - است.

3. judicial temperance

بروز دهد (Solum, 2005- A: 5). در این مورد نیز مانند اغلب موارد، رویکرد فضیلت‌گرا می‌تواند بسیار از روان‌شناسی بیاموزد. در روان‌شناسی شیوه‌های مهمی برای تنظیم عواطف، از جمله خشم، پرورنده شده که قاضی می‌تواند از آن‌ها برای تنظیم‌گری عواطفش بهره برد. این شیوه‌ها در بافتار قضاوت نیز بحث شده است (Maroney and Gross, 2014: 142-151).

۳-۱-۴. عدالت قاضی و قانون‌مندی

در سطح انتزاعی، کسی تردید ندارد که قاضی خوب «عادل» است. «قضاوت و عدالت دو هم‌زاد تاریخی‌اند؛ از روزی که بشر خود را شناخته در پی این بوده که بداند عدالت چیست و همان عدالت را در قضاوت رعایت کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۶۱). در آموزه‌های دینی و عرفی ایرانیان بر همبستگی عدالت و قضاوت تأکید می‌شود. در ایالات متحده نیز این دو مفهوم چنان به هم پیوسته‌اند که قضات دیوان عالی را «Justice» (به معنای تحت‌اللفظی «عدالت») می‌نامند. جالب اینکه احتمال داده شده واژه قرآنی «قسط» نیز با واژه «قاضی» هم‌ریشه باشد (اخوان طیبسی و داوری، ۱۳۹۷: ۱۱۱-۱۱۲). به هر روی، دو مفهوم‌پردازی متفاوت از «عدالت» ممکن است. «عدالت در لوای قانون» یا justice under the law می‌توان از «عدالت ماورای قانون» یا justice above the law تفکیک کرد (Wroblewski, 1992: 269). در «عدالت در لوای قانون» مسئله این است که رأی دادگاه مطابق با قانون باشد. در «عدالت ماورای قانون» عادلانه بودن خود قانون هم مسئله است. بنابراین، معنای اول عدالت به «قانون‌مندی» قاضی ربط دارد. رسالت مهم قاضی در جامعه این است که قانون را اعمال کند (Barak, 2006; x-xxi). در نتیجه، قانون‌مندی یکی از فضیلت‌های قاضی شمرده می‌شود. اهمیت قانون‌مندی از اهمیت «حکومت قانون» مایه می‌گیرد. قرار است «حکومت قانون» مانع شود که «اراده خودسرانه انسان‌ها» بر ما حکم براند (Sellers and Stead, 2014: 2-4). حکومت قانون یعنی سروری قانون و اینکه رفتار اشخاص از جمله مقامات و مأموران دولتی و قضایی، مبتنی بر قانون و تابع آن باشد (Murphy, 2005: 241).

با وجود این، فضیلت «قانون‌مندی» به ابهام دچار است. بسته به اینکه «قانون» را چگونه تعریف کنیم، روایت‌های متفاوتی از «قانون‌مندی» به دست می‌آید. ارسطو برای اشاره به مفهوم قانون از واژه «نوموس»^۱ استفاده می‌کند. «نوموس» دست‌کم از دو جهت مفهومی غنی‌تر از «قانون» نزد ماست. جهت اول اینکه وقتی ارسطو می‌گوید شخص عادل «قانون‌مند» (nominos) است، «به چنین شخصی رابطه‌ای معین با قوانین، هنجارها و عرف‌های عموماً پذیرفته‌شده توسط اجتماع موجود را

1. Νόμος, nomos.

نسبت می‌دهد. عدالت صرفاً به مصوبات نوشته‌شده قانون‌گذار اجتماع ربط ندارد، بلکه به مجموعه‌ای گسترده‌تر از هنجارها مربوط است که بر اعضای آن اجتماع حاکم است» (Kraut, 105-106: 2002). بنابراین، «قانون‌مندی» به این معنا از رعایت قوانین موضوعه فراتر می‌رود و عرف و هنجارهای اجتماع را نیز شامل می‌شود. در نتیجه قاضی قانون‌مند (به معنای ارسطویی *nominos*) علاوه بر قوانین نوشته به عرف‌ها و هنجارهای مردم نیز وفادار است. جهت دوم اینکه از نظر ارسطو در جامعه‌ای که به کژکاری مبتلاست و چنان بد است که قوانین آن به شکوفایی افراد نمی‌انجامد، قانون (به‌مثابه نوموس) وجود ندارد (Solum, 2005-B: 23). از این تحلیل چه بسا بتوان نتیجه گرفت که فرمان‌های حکمران شرور نیز قانون (نوموس) به شمار نمی‌آید. زیرا الزام و اعتبار نوموس بیش از آنکه از حجیت مرجعی که آن را صادر کرده ناشی شده باشد از این واقعیت نشئت می‌گیرد که ... افراد تحت سامان و نظم نوموس آن را ... معتبر می‌دانند» (آذرافزا و صفری، ۱۳۹۲: ۶۹). بنابراین، نوموس مورد پذیرش همگانی است نه آنکه فرمان زورآور حکمران باشد. این بینش، از جهاتی با یافته‌های فیلسوفان تحلیلی حقوق نیز سازگار است. فرمان‌های صادره از حکومت شرور، قسمی حکمرانی اقتدارگرایانه مانند رژیم هیتلر که سویه‌ای شرارت‌آمیز دارد، «حکومت قانون» نیست (Waldron, 2019: 1). به این معنا، قاضی گوش به فرمانی که در رژیم شرور و اقتدارگرا احکام حکمران را اعمال می‌کند، «قاضی قانون‌مند» نیست.

بسته به اینکه مفهوم «قانون‌مندی» را مضیق یا موسع بفهمیم، «عدالت و رای قانون» نیز معانی متفاوتی می‌یابد. عدالت و رای قانون از این حیث بحث‌انگیز است که افراد در جامعه تکثرگرا ایدئولوژی سیاسی و فلسفه قضایی^۱ متفاوتی دارند و طبیعتاً روایت‌های متنوعی از «عدالت» به چشم می‌خورد (Solum, 2005-B: 16). محافظه‌کاران آرای لیبرال را ناعادلانه می‌شمرند، و لیبرال‌ها آرای محافظه‌کارانه را ناعادلانه به حساب می‌آورند. از این رو، چه بسا به نظر برخی، فضیلتی در این نهفته باشد که به روایتی حداقلی از فضیلت‌های قضایی بسنده کنیم. با وجود این، اگر همچون لارنس سولوم، فیلسوف حقوق برجسته، به روایت ارسطویی از قانون‌مندی گرایش یابیم، به مفهومی معتدل از «عدالت به‌مثابه قانون‌مندی» می‌رسیم که عدالت را به تبعیت از فرمان حاکم فرو نمی‌کاهد. بر این اساس، تصدیق می‌کنیم که عدالت ناظر به رابطه میان قاضی و جامعه است و قاضی عادل دغدغه حقوق مردم دارد. در این مورد توسل به اصول حقوقی به قاضی کمک می‌کند عدالت را به فرمان حاکم فرو نکاهد (میرزایی، ۱۴۰۰: ۳۱۲-۳۱۴).

1. judicial philosophy

۲-۳. فضیلت‌های قضایی در فقه

رویکرد فقهی به قضاوت، از یک سو وظیفه‌گرایانه است و به نظر فقیهان قاضی وظیفه دارد طبق حکم الهی به قضاوت بپردازد. بحث فقهی درباره آیات قرآن، از جمله آیه ۴۸ سوره مائده،^۱ این وجه از نگاه فقهی به قضاوت را روشن می‌سازد (صادقی تهرانی، ۱۳۸۵). اما از سوی دیگر، اگر از منظر فضیلت‌گرا به فقه قضاوت بنگریم این نکته مهم به چشم می‌آید که نگاه فقیهان به قضاوت سوبه‌های پررنگ فضیلت‌گرایانه نیز دارد. برای این نکته جالب، شواهد استواری به چشم می‌خورد. در کتاب‌های فقهی درباره قضاوت، همواره بر اهمیت «صفات قاضی» تأکید می‌شود (نجفی، ۱۹۸۱: ۴۰؛ حر عاملی، ۱۳۹۷: ۱۸؛ خوئی، ۱۳۹۱؛ هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: بخش سوم). برای فقیهان بسیار اهمیت دارد که چه کسی بر مسند قضاوت می‌نشیند و میان مردم داوری می‌کند. به همین دلیل، آنان در کتاب قضا به دقت درباره شرایط و صفات قاضی بحث می‌کنند و فضیلت‌های لازم را برمی‌شمرند. از آنجا که فضیلت‌گرایی در غرب و شرق تاریخی طولانی دارد، رویکرد فضیلت‌محور فقیهان به قضاوت عجیب نیست. با وجود این خواهیم دید که برخی «اوصاف قاضی» در فقه سنتی با روایت «مدرن» از فضیلت‌گرایی سازگار نیست.

فقیهان درباره شرایط و اوصاف قاضی اجماع ندارند. شرایط مهمی که در کتاب‌های فقهی به چشم می‌خورد عبارتند از: بلوغ، عقل، مرد بودن، اسلام، ایمان (شیعه بودن)، طهارت مولد، عدالت، رشد، اجتهاد، حافظه مناسب، بینایی، قدرت نوشتن، و آگاهی و بصیرت قضایی (سنگلجی، ۱۳۸۴: ۴۶-۴۷؛ هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: بخش سوم).^۲ علاوه بر این موارد، دلایل مهمی به نفع این مدعا می‌توان اقامه کرد که در فقه شیعه فضیلت‌های «بی‌طرفی»، «شجاعت» و «خویش‌داری» نیز مهم محسوب می‌شوند. برای مثال، درباره «فضیلت خویش‌داری» چند نص مهم در دست است. شیخ حر عاملی در بحث از «کراهت قضاوت در حالت غضب» با استناد به نصوص شرعی قضاوت هنگام خشم را نکوهش می‌کند (حر عاملی، ۱۳۹۷/۱۸: ۱۵۷-۱۵۶). نظیر همین بحث در جواهرالکلام نیز به چشم می‌خورد (نجفی، ۱۹۸۱/۴۰: ۸۲-۸۱). محقق اردبیلی از این نصوص

۱. «فاحکم بینههم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم».

۲. شهید ثانی به قدرت حافظه تصریح نکرده است. آیت‌الله خمینی شرط «حافظه» و «بینایی» و «اعلمیت» - تحت شرایطی - را «احوط» شمرده است. آیت‌الله خوئی به «طهارت مولد» تصریح نکرده است، قدرت حافظه را «بنا به جهتی» شرط دانسته و قدرت نوشتن و بینایی را شرط نمی‌داند. در میان این فقیهان تنها آیت‌الله خوئی به شرط «بصیرت قضایی» تصریح کرده است. درباره موارد بالا، نک: شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۶۷؛ موسوی خمینی: ۸۵-۸۴ و خوئی، ۳۲-

نتیجه گرفته است که قاضی نباید در حال «اشتغال نفس» قضاوت کند (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۸۳) و نباید چنان دچار «انقباض» باشد که طرفین را از استدلال و اقامه دلیل باز دارد (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۸۴-۲۸۵). نرمی او نباید به ضعف برسد و محکم بودنش نباید به خشونت تبدیل شود و باید «متین»، «صبور» و «عفیف» باشد (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۶۷). این نکته مهم فضا را برای استفاده از بحث‌های جدید درباره تنظیم عواطف مهیا می‌کند. در مورد «فسادناپذیری» نیز علاوه بر شرط عدالت، تصریح شده است که قاضی نباید «اهل طمع» باشد (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۶۷). بحث‌های فقیهانه درباره حرمت اخذ رشوه نیز در این مورد راهگشا می‌تواند باشد (سنگلجی، ۱۳۸۴: ۱۰۳-۹۵). در مورد بی‌طرفی قضایی، نصوص مهمی درباره «رعایت مساوات» در دست داریم (حرعاملی، ۱۸/۱۳۹۷: ۱۵۹-۱۵۸). بر اساس این نصوص، در فقه بحث‌های مهمی درباره بی‌طرفی در گرفته است (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۶۵؛ هادوی تهرانی، ۱۳۸۵: بخش سوم). در مورد شجاعت، فقیهان تصریح کرده‌اند که قاضی نباید از «سرزنش و مؤاخذه» بهراسد (موسوی اردبیلی، ۲/۱۴۲۳: ۲۶۷). ابن ابی‌الحدید در شرح نهج البلاغه آورده که «سه چیز است که چون در قاضی باشد، قاضی نیست، اینکه نکوهش را خوش نداشته باشد و ستایش را خوش داشته باشد و از عزل خود بترسد» (ابن ابی‌الحدید، ۸/۱۳۸۵: ۱۲۷). به‌طور کلی می‌توانیم برای بسیاری از فضیلت‌های قضایی مدرن پشتوانه فقهی نیز بیابیم.

به‌رغم موارد بالا، برخی از «صفت‌هایی» که فقیهان برای قضاوت لازم می‌شمرند در مقایسه با روایت مدرن از فضیلت‌گرایی ناموجه است. به‌ویژه می‌توان چهار شرط «اسلام»، «ایمان»، «مرد بودن» و «طهارت مولد» را ذکر کرد. از نظر فضیلت‌گرایی مدرن، گرایش دینی و ویژگی‌های جنسیتی افراد «نامربوط» محسوب می‌شود و نباید ملاک شایستگی برای قضاوت قرار گیرد. دیدگاه مدرن بر برابری طلبی مبتنا دارد و به هیچ‌روی مجاز نیستیم روایتی شامل تبعیض جنسیتی یا دینی از فضیلت‌های قضایی پیش نهمیم. البته در خود فقه نیز درباره این شروط خوانش‌های بدیل به چشم می‌خورد. برای مثال، «پلیدی ذاتی انسان متولد از زنا» به دقت مورد نقد و بازاندیشی فرار گرفته است (نوبهار و حسینی، ۱۳۹۸: ۱۰۴-۷۹). همچنین پیش‌بینی شرط ایمان به معنای شیعه دوازده امامی بودن بیشتر زمانی مناسب است که بحث قضاوت در یک جامعه کاملاً شیعی مطرح باشد؛ در جوامع متکثر و متنوع امروزی نمی‌توان از لزوم این شرط دفاع کرد. این خوانش‌های بدیل فقهی زمینه را برای نظریه‌ای غیرتبعیض‌آمیز درباره فضیلت‌های قضایی مهیا می‌کند.

روی دو شرط فقهی «اجتهاد» و «عدالت» بیشتر درنگ می‌کنیم. «اجتهاد» در فقه سنتی این‌گونه تعریف می‌شود: «قدرت استنباط احکام شرعی از ادله تفصیلی به شیوه‌های مألوف» (موسوی اردبیلی،

۱۴۲۳: ۶۷). بنابراین، مسئله «اجتهاد» در فقه سنتی، استنباط «احکام شرعی» است. در دوران مدرن، قضاوت منوط به استنباط «حکم قانون» است و قاضی باید منابع حقوق از جمله قوانین موضوعه را به خوبی بشناسد. شناخت فقهی برای قاضی مدرن لازم نیست و به هر روی فهم حقوقی اساس قضاوت را برمی‌سازد. در ایران نظر به اصول قانون اساسی (مانند اصل ۴ و اصل ۱۶۷) دانش فقهی قاضی می‌تواند راهگشا باشد. با وجود این، می‌توانیم از نظریه فقه سنتی درباره «اجتهاد» الهام بگیریم و نظریه‌ای مدرن و کارآمد درباره شرایط قضاوت بیروانیم. «انتقال» شرط «اجتهاد» از فقه سنتی به نظریه قضاوت، با مبانی نظری مدرن سازگار نیست. اما به جای «انتقال» می‌توانیم «اجتهاد سنتی» را به زبان مدرن «ترجمه» کنیم. همان طور که یک متن از زبانی به زبان دیگر ترجمه می‌شود، اجتهاد سنتی نیز می‌تواند از زبان فقه سنتی به زبان حقوق جدید ترجمه شود. در ترجمه متن‌ها، اگر مترجم قواعد دستوری زبان مبدأ را به زبان مقصد تحمیل کند، ترجمه‌اش بی‌معنا خواهد شد. ما نیز ناگزیریم متن اصلی (فقه سنتی) را بر اساس قواعد دستوری و مقتضیات زبان مقصد (حقوق مدرن) بازنویسی کنیم (فناپی، ۱۳۹۴). در این صورت، شرط فقهی «اجتهاد» را از روایت سنتی می‌رهانیم و درون روایتی مدرن از فضیلت‌گرایی می‌گنجانیم. نتیجه این ترجمه، تبدیل «اجتهاد فقهی» به «اجتهاد حقوقی» است. به جای اینکه شرط «اجتهاد» در فقه سنتی را کنار بگذاریم، می‌توانیم با بهره‌مندی از فقه نظریه‌ای قوی درباره «اجتهاد حقوقی» طرح کنیم. بیشتر توضیح می‌دهیم.

یکی از فضیلت‌های قاضی که باید در انتصاب قضات ملاک قرار گیرد، «اجتهاد حقوقی» است. با الهام از سنت نظری خود می‌توانیم با قوت تمام از این ایده دفاع کنیم که اصولاً «مجتهدان حقوقی» شایستگی قضاوت در دادگاه دارند. با اقتباس از سنت فکری شیعی، «اجتهاد حقوقی» این‌گونه قابل تعریف است: «قدرت استنباط حکم قانونی از منابع حقوق به شیوه‌های معتبر». کسی که از این قدرت بهره‌برد، واجد فضیلت فکری برجسته‌ای است که او را از این حیث شایسته قضاوت می‌سازد. در نظریه قضاوت غربی، چه بسا کمتر مفهومی وجود داشته باشد که از حیث غنای مفهومی با «اجتهاد حقوقی» برابری کند. می‌توانیم بگوییم که افراد برای دستیابی به «اجتهاد حقوقی» باید در مجموعه‌ای از علوم و معارف بشری مهارت یابند. با الهام از علامه حلی^۱، از جمله می‌توان این موارد را ذکر کرد: دانستن قانون، رویه قضایی و آموزه‌های معتبر حقوقی، مهارت در منطق حقوق، استدلال

۱. متن مربوط به شرایط اجتهاد را از علامه حلی نقل می‌کنیم: «شرائط الاجتهاد المبيحة للقضاء و الإفتاء في العلم، معرفة تسعة أشياء: الكتاب، والسنة، والإجماع، والخلاف، وأدلة العقل - من الاستصحاب والبراءة الأصلية وغيرهما - ولسان العرب، وأصول العقائد، وأصول الفقه، وشرائط البرهان». نک: علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۲۳.

قضایی و نظریه تفسیر قانون، و دانش لازم در زبان فارسی. برخی از فقیهان دانستن مباحث لازم از علم کلام را نیز برای اجتهاد لازم می‌شمرند (سنگلجی، ۱۳۸۴: ۴۵). ترجمه این شرط به زبان حقوق مدرن به این معناست که قاضی باید در حد لازم (برای مثال در حد شناخت مبادی و اهداف قانون) با فلسفه حقوق آشنا باشد. بدین سان سپردن جان و مال و حق‌های مردم به کسی که از «اجتهاد حقوقی» بهره نمی‌برد با سنت فکری ما ناسازگار است.

در فقه سنتی «عدالت» به «ترک گناه کبیره و عدم اصرار بر گناه صغیره» تعریف می‌شود. این تعریف سنتی نیز به دلایل مختلف نمی‌تواند مبنایی برای تعریف عدالت در نظریه مدرن قضاوت قرار گیرد. بسیاری از گناهان فقهی، «رذیلت قضایی» به شمار نمی‌آیند و موجه نیست مانع دستیابی شغل قضاوت شوند. به علاوه، بسیاری از فقیهان مشهور فقط «شیعیان» را دارای قابلیت عدالت می‌دانند و غیر شیعیان را عادل نمی‌شمرند. به همین دلیل شهید ثانی ایمان (شیعه بودن) را یکی از مؤلفه‌های عدالت به حساب می‌آورد (العدالة و یدخل فیها الایمان) (شهید ثانی، ۵۵). این فتوا در مباحث فقهی معاصر نیز طرح می‌شود. برای مثال گفته شده «کسی که واجد ایمان نباشد، امکان ندارد دارای صفت عدالت باشد» (فاضل لنکرانی، ۱/۱۳۸۱: ۱۳۶). ایشان همان‌جا تصریح کرده‌اند که «ایمان» در باب قضاوت در مقابل کفر نیست بلکه به معنای قائل شدن به ولایت ائمه اطهار است. این معنای غیربرابری طلبانه از «عدالت» که در فقه سنتی رواج دارد به کار نظریه قضاوت مدرن نمی‌آید و نمی‌توان آن را برای نظریه پردازی درباره فضیلت‌های قضایی مبنا قرار داد. برخی از فقیهان معاصر احتمال داده‌اند که منظور از پیش‌بینی شرط ایمان این بوده است که قاضی آشنا به فقه شیعیان باشد تا بتواند بر پایه احکام فقه شیعی قضاوت کند (صانعی، ۱۳۸۰). گرچه این فقیه این احتمال را ضعیف دانسته است؛ اما احتمال به نظر قوی می‌رسد. با وجود این، در متون اسلامی آموزه‌هایی وجود دارد که برای نظریه‌ای مدرن و عقلانی درباره «عدالت قضایی» به کار می‌آید و عدالت را به رفتار مخالف فقه فرو نمی‌کاهد. به‌ویژه در قرآن کریم آیات مهمی بر اهمیت «عدل» و «قسط» در قضاوت صحه می‌گذارد که از جمله می‌توان به آیه ۵۸ سوره نساء («وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ») و آیه ۴۷ سوره یونس («فَإِذَا جَاءَ رَسُولُهُمْ قُضِيَ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ وَهُمْ لَا يَظْلَمُونَ») اشاره کرد. در تفسیر المیزان «قسط» در مقابل «حق‌گشی» و «ستم» تعریف شده است (طباطبایی، ۱۰/۱۳۷۴: ۱۰۲). در تفسیر آیه ۹۰ سوره نحل («إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ») نیز «معنای اصلی عدالت، اقامه مساوات میان امور» دانسته شده به‌گونه‌ای که «به هر امری آنچه سزاوار است بدهی تا همه امور مساوی شود، و هر یک در جای واقعی خود که مستحق آن است قرار گیرد» (طباطبایی، ۱۲/۱۳۷۴: ۴۷۸). به نظر می‌رسد معنای قرآنی «عدل» و «قسط» تناسب بیشتری با «عدالت قضایی» دارد و آن را نمی‌توان به «عدالت فقهی» تقلیل

داد. به‌علاوه، در بحث از «آداب قاضی» نصوص مهمی درباره «نفی ظلم» به چشم می‌خورد که برای نظریه مدرن نیز چه بسا جذابیت داشته باشد (حر عاملی، ۱۳۹۷/۱۸: ۱۵۵).

رویکرد فضیلت‌گرا کاربردهای متنوعی در نظریه قضاوت دارد و از جهات مختلف تأمل نظری درباره قضاوت را غنا بخشیده است. از جمله کاربریست رویکرد فضیلت‌گرا در قلمرو اخلاق قضاوت، آموزش قضات، ادله اثبات و ارزیابی قضات ثمربخش بوده است. در مبحث بعدی به کاربری این رویکرد در «گزینش قضایی» می‌پردازیم.

۴. رویکرد فضیلت‌گرا به گزینش قضایی^۱

جوزف استوری،^۲ حقوق‌دان برجسته آمریکایی، در سال ۱۸۲۱ از یک قانون انگلیسی مصوب ۱۷۰۱ ستایش کرد؛ زیرا پیش از آن منصب قاضیان بسته به «پسند پادشاه» بود و قانون مذکور وضع را تغییر داد (Cover, 1975: 144). خواست اصلی رویکرد فضیلت‌گرا به گزینش قضایی نیز نظیر همین است: قاضیان نه بر اساس پسند سیاسی مقامات بلکه بر اساس فضیلت‌های قضایی انتخاب شوند و ارتقا یابند (Solum, 2005-B). در نظام‌هایی که قضات بر اساس انتخابات برگزیده می‌شوند نیز فضیلت‌گرایی به انتخاب‌کنندگان می‌آموزاند فضیلت‌های قضایی را مدنظر قرار دهند. با این همه، روایت مدرن از رویکرد فضیلت‌گرا تنها گزینش ایدئولوژیک را به چالش نمی‌کشد، بلکه طبق آن مؤلفه‌های تبعیض‌آمیز و غیرمرتبط با فضیلت‌های قضایی نباید ملاک گزینش قاضیان قرار گیرد. بنابراین، گزینش قضایی بر اساس جنسیت، نژاد، قومیت و دین نیز نارواست.

لارنس سولوم در نوشته‌های مختلف از رویکرد فضیلت‌گرا به استخدام قاضیان و ارتقای شغلی آنان دفاع کرده است (Solum, 1978: 1735-1740; Solum, 2005- A: 1-2; Solum, 2005-B: 2-). به نظر وی از آنجا که قضاوت خوب به فضیلت قضایی نیاز دارد، باید در پی گزینش قضایی فضیلت‌محور باشیم. طبق این رویکرد فقط داوطلبان واجد فضیلت‌های قضایی باید به منصب قضاوت گمارده شوند و معیارهای فضیلت‌گرایانه باید در ارزیابی عملکرد قاضیان مدنظر قرار گیرد.

رویکرد ارسطویی به گزینش قضایی با برخی متون مهم اسلامی هم‌خوانی دارد. برای نمونه، در نامه امام اول شیعیان به مالک اشتر فهرستی از فضیلت‌های قضایی می‌یابیم. در این نامه هم فضیلت‌های فکری مانند عدم تعصب مهم شمرده شده‌اند و هم بر فضایل اخلاقی مانند فقدان طمع تأکید شده است. بر اساس نهج‌البلاغه قاضی باید از حیث فکری «در اشتباهاتش پافشاری نکند، و بازگشت به حق پس از آگاهی برای او دشوار نباشد. در شناخت مطالب با تحقیقی اندک رضایت ندهد،

1. judicial selection
2. Joseph Story (1779-1845)

و در شبهات از همه با احتیاط‌تر عمل کند، و در یافتن دلیل اصرار او از همه بیشتر باشد و... کسی [باشد] که ستایش فراوان او را فریب ندهد، و چرب‌زبانی او را منحرف نسازد». «مراجعة فراوان» نباید او را «به ستوه» آورد و «برخورد مخالفان با یکدیگر» نباید او را «خشمناک» سازد. همچنین قاضی باید «طمع را از دل ریشه‌کن کند» (سیدرضی، ۱۳۷۹: ۵۷۷؛ صادقی‌تهرانی، ۱۳۸۵).

تاکنون نقدهای مهمی بر گزینش فضیلت‌محور طرح شده که به یکی از موارد مهم می‌پردازیم. چه بسا رویکرد فضیلت‌محور به گزینش قضایی و ارتقای قضات از این جهت نقد شود که ناخواسته شرایط را برای گزینش خودسرانه مهیا می‌کند. ممکن است استدلال شود معیارهای فضیلت‌گرایانه، کیفی‌اند و به‌طور عینی نمی‌توان آن‌ها را سنجید (Solum, 2005-B: 23-27). در نتیجه، عملاً سنجش آن‌ها را به هیئت‌های گزینش قضایی سپرده‌ایم. بنابراین، از این حیث معیارهای فضیلت‌گرایانه شرایط را برای دخالت ترجیحات سیاسی در گزینش قاضیان مهیا می‌کنند. در نتیجه، فضیلت‌گرایی که قرار بود گزینش سیاسی را بی‌اثر سازد، اکنون خودش فضایی برای گزینش سیاسی به وجود می‌آورد.

نقد بالا مهم است، اما مسئله را دقیق‌تر صورت‌بندی نمی‌کند. معیارهای کیفی ممکن است در یک ساختار سیاسی - حقوقی به سوءاستفاده بیانجامد، و در ساختاری دیگر کیفیت گزینش قضایی را ارتقا دهند. اگر ساختار و تشکیلات هیئت‌های گزینش قضایی غیردموکراتیک و اقتدارگرایانه باشد و داوطلبان بر اساس رویه‌های غیرشفاف و غیرمنصفانه گزینش شوند، معیارهای کیفی - چه فضیلت‌گرایانه یا غیر آن - فضایی برای گزینش خودسرانه فراهم می‌کنند. در مقابل، اگر هیئت‌های گزینش قضایی از ساختار و تشکیلات دموکراتیک برخوردار باشند و طبق رویه‌های شفاف و منصفانه عمل کنند، از امکان سوءاستفاده به مراتب کاسته می‌شود. بنابراین برای پرهیز از گزینش خودسرانه باید در پی دموکراتیک کردن ساختارها و شفاف کردن رویه‌ها باشیم. کنار گذاشتن معیارهای کیفی و فضیلت‌گرایانه به خاطر ترس از سوءاستفاده، از کیفیت دستگاه قضا می‌کاهد. چه در گزینش اولیه و چه در ارتقای قضات، به هیچ روی نمی‌توان به معیارهای کمی بسنده کرد و هیچ روش معتبری در دست نیست که طبق آن ویژگی‌های «قاضی خوب» - یا قضاوت خوب - را به تمامی به زبان کمی درآوریم. قضاوت، اهمیت سیاسی و اجتماعی دارد و گزینش قضایی «مسابقه» ای نیست که معیار کمی برنده را معین کند (Solum, 2005-A: 13). بنابراین، هر نظام قضایی که به ارتقای کیفیت قاضیان می‌اندیشد ناگزیر است معیارهای کیفی را نیز لحاظ کند. برای کاستن از گزینش خودسرانه نه معیارهای فضیلت‌محور بلکه ساختارهای غیردموکراتیک و رویه‌های غیرشفاف و غیرمنصفانه را باید هدف نقد قرار دهیم. همواره باید خطر گزینش خودسرانه و ایدئولوژیک را جدی گرفت، اما مهم است جهت درست نقد را به خوبی دریابیم.

برای بیان دقیق‌تر، مقایسه‌ای میان سازوکار گزینش قضایی در ایران و بریتانیا صورت می‌دهیم. در بریتانیا، تا سال ۲۰۰۵ نقدهای جدی بر سازوکار گزینش قضایی وارد بود. در این سال «قانون اصلاح قانون اساسی»^۱ تصویب شد و گزینش قضایی را به «هیئت انتصاب قضایی»^۲ سپرد. قانون مذکور اصلاحاتی مهم از حیث ماهوی و شکلی صورت داد (Badó, 2014: 32-37). از حیث معیارهای ماهوی، طبق ماده ۶۳، «گزینش باید بر مبنای شایستگی باشد» و همچنین «هیچ شخصی گزینش نمی‌شود مگر اینکه هیئت گزینش‌کننده قانع شود او شخصیت خوبی دارد». تأکید بر «شایستگی»^۳ و «شخصیت خوب»^۴ به این معناست که معیارهای فضیلت‌گرایانه ملاک قرار گیرد. برای اینکه مفهوم «شایستگی» و «شخصیت خوب» تا حد ممکن شفاف شود، مجموعه‌ای از اسناد مشورتی و تفسیری صادر شده است. طبق یکی از اسناد صادره در سال ۲۰۱۱، مؤلفه‌های شایستگی عبارتند از: قابلیت فکری^۵ (مانند دانش حقوقی مناسب و توانایی تحلیل سریع اطلاعات)؛ کیفیت‌های شخصی (مانند درست‌کاری، استقلال ذهن، قضاوت صحیح، قاطعیت، عینی اندیشیدن، توانایی کار سازنده با دیگران)؛ توانایی در فهم رفتار منصفانه (از جمله اینکه با هر کسی فارغ از جنس، دین، طبقه و مانند این‌ها محترمانه رفتار کند و حرف‌شان را بشنود)؛ مهارت‌های ارتباطی؛ و مهارت‌های مدیریتی (JAC Consultation paper CP 01/11, 2011).

در ایران نیز «قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری» (۱۳۶۱) و «آیین‌نامه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضاء و استخدام قضات» (۱۳۹۲) شرایط ماهوی تصدی قضاوت را برشمرده‌اند. این شرایط عبارتند از: مرد بودن،^۶ ایمان، عدالت، اعتقاد و التزام عملی به دین مبین اسلام، التزام عملی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصل ولایت مطلقه فقیه، عدم وابستگی تشکیلاتی به احزاب، سازمان‌ها و گروه‌های غیرقانونی یا هواداری از آن‌ها، طهارت مولد، تابعیت ایران، انجام خدمت وظیفه یا دارا بودن معافیت قانونی، داشتن سلامت جسمی و روانی، توانایی انجام کار قضایی، عدم اعتیاد به دخانیات، مواد مخدر و روان‌گردان، نداشتن سابقه محکومیت کیفری مؤثر، حسن شهرت، اخلاق و امانت‌داری، شرایط سنی و دارا بودن دانش فقهی یا حقوقی

1. Constitutional Reform Act 2005
2. Judicial Appointments Commission (JAC)
3. merit
4. good character
5. Intellectual capacity

۶. در وضع فعلی، ممکن است برای زنان «ابلاغ قضایی» صادر شود و قاضی شمرده شوند. اما برای صدور حکم در دادگاه صالح شمرده نمی‌شوند.

لازم. این قانون و آیین‌نامه نکته‌های مهم زیاد دارند و از جهات مختلف قابل نقداند. شرایط تصدی منصب قضا در آیین‌نامه و قانون از یک‌سو شامل معیارهای ناروشن و غیرمربوط است، و از سوی دیگر از برخی از معیارهای مربوط و مهم غفلت شده است. قرائت مدرن رویکرد فضیلت‌گرا به استخدام قضات برخی معیارهای مندرج در مقررات مذکور را کنار می‌گذارد (مانند «مرد بودن» و «طهارت مولد»)، برخی را بازتفسیر می‌کند (مانند «عدالت»)، و معیارهای جدیدی را اضافه می‌کند (مانند استقلال ذهن، شجاعت و قابلیت بی‌طرفی). همچنین رویکرد فضیلت‌گرا به کار تنقیح برخی از معیارها می‌آید. اما حتی اگر متون قانونی به‌نحو مطلوب اصلاح شوند، باز اغلب معیارهای مهم کیفی خواهند بود. می‌توان تا حد ممکن از ابهام این معیارها کاست، اما ابهام حذف‌شدنی نیست. در نتیجه، چه در ایران، بریتانیا یا هر نظام حقوقی دیگر، ساختار و تشکیلات و تشریفات مربوط به گزینش قضایی اهمیتی می‌یابد. اگر می‌خواهیم از گزینش خودسرانه بپرهیزیم، باید از حیث ماهوی معیارهای فضیلت‌گرایانه را ملاک قرار دهیم و از حیث شکلی به سازوکارهای شفاف و دموکراتیک بیانیدیشیم. در ادامه نگاهی تطبیقی به این سازوکارها می‌اندازیم.

در بریتانیا، هیئت انتصاب قضایی در گزینش قاضیان نقش محوری دارد و «داوطلبان را بر اساس شایستگی، از طریق رقابت منصفانه و شفاف برای منصب قضا برمی‌گزیند» (Badó, 2014: 35). تمهیدات مختلفی برای حفظ استقلال این هیئت صورت گرفته است. یکی از تمهیدات مهم، ترکیب هیئت است. هیئت انتصاب قضایی از ۱۵ عضو تشکیل شده است. رئیس هیئت و پنج نفر از اعضا، غیرحقوق‌دان‌اند. پنج قاضی حرفه‌ای از دادگاه‌های مختلف و دو قاضی غیرحرفه‌ای در هیئت عضویت دارند. دو نفر باقی‌مانده نیز از مشاغل وکالتی انتخاب می‌شوند (Badó, 2014: 34; Turenne, 2012: 158). ترکیب هیئت، شیوه گزینش اعضا، و شفافیت رویه‌ها تا حد مطلوبی نظام قضایی را از گزینش قضایی خودسرانه مصون می‌دارد. در مقابل، در ایران اداره کل گزینش قضات و هیئت‌های احراز صلاحیت در گزینش داوطلبان سهم تعیین‌کننده دارند (مواد ۱۴ تا ۲۱ آیین‌نامه). اداره کل گزینش قضات نهادی اداری است که ترکیب دموکراتیک ندارد. به‌علاوه، تمهیدی برای شفافیت رویه‌های این اداره پیش‌بینی نشده است. مرحله مهم «مصاحبه عقیدتی و سیاسی» توسط اداره مذکور صورت می‌گیرد (ماده ۱۴ آیین‌نامه). بدون شفافیت همواره این مخاطره وجود دارد که داوطلبانی با ترجیحات خاص سیاسی گزینش شوند و بی‌طرفی قضایی به مخاطره افتد. گزینش غیرشفاف و اداری می‌تواند قاضی را به‌مثابه وکیل استخدام‌کنندگان و حکمرانان سیاسی درآورد و فضیلت قضایی استقلال و بی‌طرفی را مخدوش کند (Turenne, 2015: 1-2). در نهایت، اداره کل پرونده را نزد هیئت احراز صلاحیت می‌فرستد. این هیئت از سه قاضی یا مسئول ستادی قوه قضائیه

تشکیل شده که توسط رئیس دستگاه قضا منصوب می‌شوند (مواد ۲۰ و ۲۱ آیین‌نامه). در این مورد نیز سازوکارهای دموکراتیک و رویه‌های شفاف به چشم نمی‌خورد.

در اغلب کشورهای برّ اروپا قوه قضائیه توسط شورای قضایی اداره می‌شود. هدف مهم اداره شورایی قوه قضائیه، تضمین استقلال قضایی است (Ortiz, 2017). شوراها قضایی معمولاً در استخدام و ارتقای قاضیان سهم تعیین‌کننده دارند (Beers, 2012: 50-67).

در ایران، به‌رغم سابقه اداره شورایی دستگاه قضا، هم‌اکنون قوه قضائیه توسط مقام انتصابی اداره می‌شود. در چنین شرایطی، آموختن از تجربه بریتانیا مفید به نظر می‌رسد. بر این اساس، لازم است استخدام و ارتقای قاضیان به هیئتی دموکراتیک با رویه‌های شفاف و منصفانه سپرده شود. مهم است که علاوه بر قاضیان، وکلا، اعضای هیئت علمی دانشکده‌های حقوق و نمایندگان جامعه مدنی نیز در هیئت حضور داشته باشند. حضور دسته‌آخر از حیث موازین دموکراسی اهمیت ویژه دارد. در بریتانیا، تمهیداتی اندیشیده شده که اعضای هیئت با رقابت آزاد برگزیده شوند (Turenne, 2012: 158-159)، اگرچه در نهایت توسط ملکه و به پیشنهاد لرد چنسلر منصوب می‌شوند (Badó, 2014: 34). در ایران، برای اینکه وجه دموکراتیک هیئت‌گزینش قضایی صرفاً نمادین نباشد و در عمل تحقق یابد، لازم است اعضای قضایی توسط قضات انتخاب شوند، و انتخاب اعضای وکیل، حقوق‌دان و غیرحقوقی نیز به ترتیب به کانون وکلا، دانشکده‌های حقوق و جامعه مدنی سپرده شود. علاوه بر تمهیدات مذکور، لازم است رویه‌ها شفاف و منصفانه باشد. با سازوکارهای دموکراتیک و رویه‌های شفاف و منصفانه، امکان سوءاستفاده از معیارهای کیفی و فضیلت‌گرایانه به کمترین حد ممکن می‌رسد.

نتیجه

بنجامین کاردوزو،^۱ حقوق‌دان برجسته آمریکایی در نیمه اول قرن بیستم، گفته است: «در نهایت، تضمینی برای عدالت نیست مگر شخصیت قاضیان» (Cardozo, 1921: 149). اکنون پس از یک قرن، نظریه قضاوت بیش از پیش بینش نهفته در گفته کاردوزو را جدی می‌گیرد و شخصیت قضایی را مهم می‌شمرد. در صد سال اخیر، مدام بیشتر فهمیده‌ایم که قضاوت «فعالیتی مکانیکی» نیست و قاضی به دستگاهی نمی‌ماند که حکم قانون و ادله موجود را به او بدهیم و به‌طور مکانیکی رأی را تولید کند. در قضاوت، مؤلفه‌ای «انسانی» وجود دارد که حذف‌شدنی نیست و قضاوت از شخصیت قاضی و منش اخلاقی او اثر می‌پذیرد. با توجه به قدرت و آزادی عمل چشمگیر قاضیان، شخصیت

1. Benjamin Cardozo

قاضی اهمیت می‌یابد. اگر قانون در دست قاضی فضیلت‌مند باشد، محتمل‌تر است که قدرت قضایی به سمت عدالت و انصاف میل کند. قاضی فضیلت‌مند از استبداد قضایی و آرای خودسرانه می‌پرهیزد. به همین دلیل مهم است نظریه‌ای درباره فضیلت‌های قضایی بی‌پروا کنیم. حکومت قانون وقتی به خوبی ثمر می‌دهد که قانون در دست «قاضی خوب» قرار گیرد. اما «قاضی خوب» به چه معناست؟ در دهه‌های اخیر، رویکرد فضیلت‌گرا به نظریه قضاوت، کوشیده است به این پرسش دشوار پاسخ دهد. بر اساس این رویکرد، قاضی خوب همان است که از فضیلت‌های قضایی بهره برد و دانا، خویشتن‌دار، شجاع، متواضع، قانونمند، عادل، بی‌طرف، مستقل و شفقت‌ورز باشد. قانون، هر چقدر هم عادلانه، اگر در دست قاضی فضیلت‌مند نباشد، تضمینی نیست که نتیجه عادلانه رقم بخورد. حکومت قانون، بدون فرهنگ فضیلت‌گرا در میان قاضیان، مأموران دولتی و شهروندان، به طور مطلوب به بار نمی‌نشیند. لازم است نظام قضایی قضات را بر اساس معیارهای فضیلت‌مدارانه‌گزینه‌ش و ارزیابی کند و همواره فضیلت‌قضایی را بر وفاداری به جریان سیاسی برتری دهد. در کنار این، برابر روایت مدرن از فضیلت‌گرایی، فضیلت‌های قضایی هرگز نباید از تبعیض‌های ناموجه و نابرابری سر در بیاورد. هنوز نقدهای مهمی بر رویکرد فضیلت‌گرا به قضاوت وجود دارد، اما حقوق‌فضیلت‌گرا رو به پیشرفت است و قابلیت‌های خود را نیز نشان داده است.

منابع

فارسی

- آذرخوا، ایرج و مهدی قوام صفری (۱۳۹۲)، «مفهوم قانون در اندیشه سیاسی یونان باستان در گذر از ثسموس (Θεσμός) به نوموس (νόμος)»، متافیزیک، دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه اصفهان، سال ۴۹، دوره جدید، سال پنجم، شماره ۱۶.
- آخوندی، محمود (۱۳۷۹)، آیین دادرسی کیفری، جلد چهارم: اندیشه‌ها، قم: انتشارات اشراق (دانشگاه قم).
- اخوان طبسی، محمدحسین و روح‌الله داوری (۱۳۹۷)، «صورت‌بندی مفهوم عدالت در قرآن کریم بر مبنای معناشناسی واژه «قسط»»، دوفصلنامه پژوهشنامه تفسیر و زبان قرآن، شماره ۱۳.
- اسلوت، مایکل (۱۳۹۲)، «اخلاق فضیلت»، هفت آسمان، سال ۱۵، شماره ۵۹.
- پویمن، لئیس پی (۱۳۸۷)، معرفت‌شناسی: مقدمه‌ای بر نظریه شناخت، ترجمه رضا محمدزاده، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق.
- خدابخشی، عبدالله (۱۴۰۰)، «جستاری بر ماده ۴۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی؛ گریز از اطلاق‌گرایی و رسیدن به انصاف»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۳۹۱)، مبانی تکمله‌المنهاج، ترجمه علیرضا سعید، چاپ چهارم، تهران: انتشارات خرسندی.
- زاگزیسکی، لیندا (۱۳۹۲)، معرفت‌شناسی، ترجمه کاوه بهبهانی، تهران: نشر نی.
- زگزیسکی، لیندا (۱۳۹۶): فضایل ذهن: تحقیقی در ماهیت فضیلت و مبانی اخلاق معرفت، ترجمه امیر حسین خداپرست، چاپ دوم، تهران: نشر کرگدن.
- صانعی، یوسف (۱۳۸۰)، مبانی تحریرالوسیله، ج ۱، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- سنگلیجی، محمد (۱۳۸۴)، قضا در اسلام، چاپ پنجم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صادقی تهرانی، محمد (۱۳۸۵)، علم قضاوت در اسلام، تهران: انتشارات امید فردا.
- طباطبایی، محمد حسین (۱۳۷۴)، تفسیر المیزان، ترجمه محمدباقر موسوی همدانی، جلد‌های ۱۰ و ۱۲، تهران: دفتر انتشارات اسلامی.
- فاضل لنگرانی، محمد (۱۳۸۱)، سیری کامل در خارج فقه معاصر، کتاب القضاء، تهیه و تنظیم محمد دادستان، جلد اول، انتشارات فیضیه.
- فنایی، ابوالقاسم (۱۳۹۴)، اخلاق دین‌شناسی: پژوهشی در باب مبانی اخلاقی و معرفت‌شناسانه فقه، تهران: نگاه معاصر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، «سهم عدالت در قضاوت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۲.
- مقدسی، محمدباقر و محمد فرجیها (۱۳۹۰)، «رویکرد عوام‌گرایی کیفری به جرایم جنسی (مطالعه تطبیقی)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۵، شماره ۲.
- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۹۲)، تحریرالوسیله، ترجمه علی اسلامی، جلد چهارم، چاپ ۲۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- موسوی (سیدرضی)، سیدمحمد (۱۳۷۹)، نهج البلاغه، گردآورنده شریف الرضی، ترجمه محمد دشتی، قم:

نشر مشهور.

- میرزایی، اقبال‌علی (۱۴۰۰)، «نقش اصول حقوقی در تفسیر و رفع تعارض قوانین؛ مطالعه موردی قوانین کیفری و مدنی ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- میرمجیدی، سپیده و جمشید غلاملو (۱۳۹۷)، «گستره مشروعیت آزادی عمل قضایی در پرتو اصل حاکمیت قانون (مطالعه موردی پرونده‌های رابطه نامشروع)»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۴۸، شماره ۲.
- ناظمی اردکانی، علی، رضا داوری اردکانی و مالک حسینی (۱۳۹۸)، «جایگاه معرفت‌شناختی فرونیسیس و اهمیت آن در فلسفه اخلاق ارسطو»، *تاریخ فلسفه*، سال دهم، شماره ۱.
- نوبهار، رحیم و سیدجعفر حسینی (۱۳۹۸)، «بازاندیشی نظریه فقهی پلبیدی ذاتی انسان زاده شده از رابطه نامشروع»، *فصلنامه فقه*، سال ۲۶، شماره ۴.
- هادوی تهرانی، مهدی (۱۳۸۵)، *شرایط قاضی: قاضی و قضاوت در اسلام*، تهران: مؤسسه فرهنگی خانه خرد.
- هولمز، رابرت ال (۱۳۸۵)، *مبانی فلسفه اخلاق*، ترجمه مسعود علیا، ویراست سوم، تهران: ققنوس.

عربی

- انصاری، مرتضی (۱۴۱۴ق)، *رسائل فقهیه*، چاپ اول، قم: مجمع الفکرالاسلامی.
- حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۳۹۷ق)، *وسائل الشیعه*، الجزء الثامن عشر، تحقیق و تعلیق محمد الرازی، تهران: مکتبه الاسلامیه.
- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق)، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- جعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شہید ثانی) (۱۴۱۰ه.ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (۱۰ جلدی)، محقق محمد کلانتر، جلد ۳، قم: مکتبه الداوری.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ق): *فقه القضاء*، جلد اول، چاپ دوم، قم.
- نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱م)، *جواهر الکلام*، ج ۴۰، تحقیق و تعلیق و تصحیح: محمود القوجانی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

انگلیسی

- Amaya, Amalia (2013), The Role of Virtue in Legal Justification, in Amaya, Amalia and Ho Hock Lai (ed.) *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing.
- Anscombe, G. E. M (1958). *Modern Moral Philosophy*, *Philosophy*, Vol. 33, No. 124.
- Aristotle (2007); *On Rhetoric: A Theory of Civic Discourse*, Second Edition, Oxford University Press.
- Badó, Attila (2014) 'Fair' Selection of Judges in a Modern Democracy, in *Fair Trial and Judicial Independence*, Springer, Chapter 2.
- Bandes, Susan and Jeremy A. Blumenthal (2012), Emotion and the Law, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 8:1.
- Bandes, Susan (2017), Compassion and the rule of law, *International Journal of Law in Context*, 13, 2.

- Besser-Jones, Lorraine and Michael Slote (2015); **The Routledge Companion to Virtue Ethics**, Routledge.
- Beers, Daniel J.; Judicial Self-Governance and the Rule of Law: Evidence from Romania and the Czech Republic, *Problems of Post-Communism*, 59:5, 50-67.
- Cardozo, Benjamin (1921), *The Nature of the Judicial Process*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Dworkin, Ronald (1977); **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press.
- Etcheverry, Juan (2018), Rule of Law and Judicial Discretion Their Compatibility and Reciprocal Limitation, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Volume 104, Issue 1.
- Farrelly, Colin and Lawrence B. Solum (2008); **Virtue Jurisprudence**, Palgrave.
- Gennaioli, Nicola and Shleifer, Andrei (2006), Judicial Fact Discretion, **Journal of Legal Studies**, University of Chicago Press, vol. 37.
- Kraut, Richard (2002) **Aristotle: Political Philosophy**, Oxford University Press.
- Hart, H. L. A (2013). Discretion, **Harvard Law Review**, Vol. 127:652.
- Hirschl, Ran (2009), Juristocracy vs. Theocracy: Constitutional Courts and the Containment of Sacred Law, **Middle East Law and Governance**, Volume 1 Issue 2.
- Iglesias Vila, Marisa (2001), *Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Right Answers Revisited*, Springer.
- MacCormick, Neil (2005), *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press.
- Maroney, Terry and James J. Gross (2014), The Ideal of the Dispassionate Judge: An Emotion Regulation Perspective, **Emotion Review**, Vol. 6, No. 2.
- Ortiz, Pablo Jose ' Castillo; Councils of the Judiciary and Judges' Perceptions of Respect to Their Independence in Europe, *Hague J Rule Law*, 2017.
- Rosenfeld, M (1992), **Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and Temptations of the New Legal Formalism**, in Cornell et al (eds) *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Routledge.
- Solum, Lawrence (1988), The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection, **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, 61 S. Cal. L. Rev. 1735.
- Solum, Lawrence (2003), Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging, **Metaphilosophy**, Vol. 34, No. ½.
- Solum, Lawrence (2005- A), A Tournament of Virtue, **FLORIDA STATE UNIVERSITY LAW REVIEW**, Volume 32, Issue 4.
- Solum, Lawrence (2005-B). Judicial Selection: Ideology versus Character, **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, 26 Cardozo L. Rev.
- Turenne, Sophie; Fair Reflection of Society in Judicial Systems, in Turenne, Sophie (ed.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems – A Comparative Study*, Springer, 2015.
- Turenne, Sophie (2012), Judicial Independence in England and Wales, in *Judicial Independence in Transition*, Springer, 147-185.f

- Vanberg, Georg (2008), Establishing and Maintaining Judicial Independence, in: Whittington, Keith, Daniel Klemen and Gregory Caldeira (ed.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**, Oxford University Press.
- Van Domselaar, Iris; Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship, 27-31.
- Van Zyl, Liezl (2019), **Virtue Ethics: A Contemporary Introduction**, Routledge.
- Waldron, Jeremy (2019), Rule by Law: A Much-Maligned Preposition, **NYU School of Law**, Public Law Research Paper No. 19-19.
- Weber, Max (2019), **Economy and Society; A New Translation**, Edited and translated by Keith Tribe, Harvard University Press.
- Wood, Nathan (2020), Deontology, Consequentialism and Virtue Ethics in the Contemporary Moral Landscape, **LEXINGTON BOOKS**.
- Wroblewski, Jerzy (1992); **The Judicial Application of Law**, Springer.

اینترنت

- Alexander, Larry and Michael Moore, **Deontological Ethics**, Stanford Encyclopedia of Philosophy, available at: <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/#DeoFoiCon>. (last visited on 2020-10-120).
- Sinnott-Armstrong, Walter, **Consequentialism**, Stanford Encyclopedia of Philosophy, available at: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> (last visited on 2020-10-120).
- JAC Consultation paper CP 01/11. 2011. Amending the JAC's merit criterion: 'An ability to understand and deal fairly'. available at: <https://www.yumpu.com/en/document/view/32481889/jac-merit-criterion-consultation-judicial-appointments->