

کنشگری قضائی و تهدید ارزش‌های دینی خانواده

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۳۱

تاریخ تأیید: ۱۴۰۲/۱۱/۱۰

رضا پورمحمدی

عضو هیئت علمی پژوهشکده زن و خانواده، قم، ایران؛ r_pourmohammadi@sbu.ac.ir

چکیده

ساختار حقوقی جمهوری اسلامی ایران به گونه‌ای طراحی شده است که برون‌داد آن هرگز در تعارض صریح با شرع و ارزش‌های دینی خانواده نخواهد بود. در این میان، با قضاتی مواجه هستیم که تعهد چندانی به ارزش‌های دینی ما ندارند، برای مثال، جرم‌انگاری کشف حجاب یا ممنوعیت رابطه جنسی خارج از ازدواج را خلاف حقوق بشر قلمداد می‌کنند. این قضات در پوشش «کنشگری قضایی» سعی می‌کنند تا مانند یک فعال اجتماعی و با بهره‌مندی از ظرفیت‌هایی مثل تفسیر، قانون را در عمل بازنویسی کنند. نگارنده در این مقاله استدلال می‌کند که کنشگری قضایی پدیده‌ای شوم و خطرناک است که می‌تواند ارزش‌های دینی خانواده ایرانی را مورد تهدید جدی قرار دهد. دغدغه اصلی نگارنده این است که نشان دهد حتی از منظر تأملات حقوقی (برون‌دینی)، کنشگری قضایی فاقد هر نوع وجهه قانونی است. این ادعا در قالب چهار استدلال حقوقی به اثبات خواهد رسید: (۱) و (۲) کنشگری قضایی در تعارض با مسلمات قانون اساسی از جمله تفکیک قوا و حاکمیت مبتنی بر دموکراسی است؛ (۳) کنشگری قضایی موجب تشدید در آرای قضایی و در نتیجه بی‌ثباتی قانون می‌شود، پدیده‌ای که بخشی از هویت قانون است؛ (۴) همچنین باید توجه کرد که کنشگری قضایی در تعارض با خواسته و مقصود قانون‌گذاران است.

واژگان کلیدی:

قضایی، حجاب، تعارض قانون و اخلاق، کاتوزیان، تفکیک قوا

مقدمه

قانون فصل الخطاب است. اگر قانون مقرر می‌دارد که پوشش شرعی «قانون» است، پس قانون است و اگر گفته در زوجیت دیگری نبودن از شروط اساسی نکاح است، پس نکاح با زن شوهردار باطل است. قاضی نیز وظیفه دارد قانون را «آن‌چنان که هست»، اجرا کند و حق دست‌بردن در مفاد آن یا تقييد و توسعه خودسرانه آن را ندارد. اساساً معنای حاکمیت قانون نیز همین است که قانون آن‌چنان که تصویب شده بر ما حکومت کند (Julian Sempill, 2020). تدوین‌کنندگان قانون اساسی سعی کرده‌اند تا ساختار حقوقی کشور را به گونه‌ای طراحی کنند که برون‌داد آن عادتاً نمی‌تواند یک قانون کاملاً مخالف با ارزش‌های دینی اسلام باشد. برای مثال، اصل چهارم قانون اساسی بیان می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد». حتی اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در مواردی که قانون ساکت است، قضات را موظف می‌داند تا «با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید». اساساً یکی از کاربردهای نهاد شورای نگهبان، نظارت بر این است که قانون خلاف شرع و ارزش‌های دینی به تصویب نرسد.

نگارنده در اینجا مدعی نیست هر قانونی که در این مملکت تصویب می‌شود، موافق با یک آیه یا روایت است، اما ادعا می‌کند عادتاً نمی‌تواند قانونی را پیدا کنید که در تعارض صریح با ارزش‌های دینی -مانند حجاب یا ممنوعیت ازدواج با هم‌جنس- باشد، زیرا نظم حقوقی جمهوری اسلامی به گونه‌ای طراحی شده که چنین برون‌دادی را تولید نمی‌کند؛ اما همه چیز به تدوین قانون خوب محدود نمی‌شود. در عمل، این قضات هستند که به قانون تشخیص می‌دهند. طبق اصل چهارم قانون اساسی، قضات صرفاً وظیفه دارند تا بر اساس قوانینی که پیش‌تر توسط نمایندگان مجلس تدوین شده‌اند، حکم دهند و حق هیچ نوع قانون‌گذاری ندارند؛ اما مع‌الأسف اقلیتی وجود دارند که خود را محق می‌دانند تا قانون-گذاری کنند. این قضات مایل‌اند تا «ارزش‌های شخصی» را جایگزین «ارزش‌های دینی» نموده و به قول خودشان، قانون بد را اصلاح کنند. اگر پیش‌تر ساختار حقوقی به واسطه دژ شورای نگهبان، در برابر قوانین غیردینی مصون مانده بود، قضات بد همچون «اسب تروجان» به قلب این نظام ورود کرده و آن را از درون متلاشی می‌کنند. طرفداران این

رویکرد صریحاً به قضات توصیه می‌کنند که از ظرفیت تفسیر قانون برای تزریق باورهای شخصی خود به نظام حقوقی استفاده کنید. برای مثال جعفری تبار در این باره می‌نویسد: «اگر شهروندان ایرانی به دلیل علقه‌های متشرع‌عانش مایل‌اند که میان حقوق پیروان ادیان مختلف، تبعیض روا دارند، قانون‌گذار شاید قانون را به همین شیوه تنظیم کند. لیکن قاضی می‌تواند به رفع تبعیض پردازد... [همچنین] به‌رغم پذیرش تعدد زوجات در قانون، ممکن است دادرس در تفسیری تاریخی از قانون مدنی، با استناد به تفسیری از آیات قرآنی، به مردان، رخصت ازدواج مجدد ندهد» (جعفری تبار، ۱۳۸۸، ص ۱۱۳).

این ایده خطرناک در ادبیات حقوقی با عنوان «کنشگری قضایی»^۱ شناخته می‌شود و قضات را ترغیب می‌کند تا ارزش‌ها و باورهای شخصی خود را در دادرسی بازی دهند؛ یعنی برخلاف باور عمومی که قاضی را همچون فرشته‌ای با چشمان بسته تصور می‌کند که صرفاً قانون برای او مهم است، این رویکرد از شما می‌خواهد تا چشمان خود را کاملاً باز کنید. نگارنده شما باور دارد که کنشگری قضائی یک تهدید جدی و روبه‌رشد برای ارزش‌های دینی محسوب می‌شود که هرچه سریع‌تر باید جلوی آن گرفته شود. پیش از پرداختن به محتوای اصلی مقاله، توجه به دو امر ضروری است: اولاً برای نگارنده این پیش‌فرض وجود دارد که عمده قوانین مصوب در ایران با توجه به نظارت فقهای شورای نگهبان بر آنها، در تعارض روشن با ارزش‌های دینی نمی‌باشند؛ بنابراین، اگر کنشگری را «پدیده‌ای خطرناک برای ارزش‌ها دینی» می‌دانم، کلامم ناظر به چنین نظامی است. ثانیاً کنشگری قضایی بیشتر نسبت به قوانینی خودنمایی می‌کند که هنوز رابطه نزدیکی با ارزش‌های دینی دارند، مانند قوانین پوشش، قصاص در قتل عمد، اختصاص حق طلاق به مرد و ممنوعیت رابطه جنسی خارج از ازدواج؛ و الا در قوانین کاملاً عرفی مانند ماده ۱۰ قانون مدنی که مطابق با قوانین کشورهای غیراسلامی است، چندان تمایلی برای کنشگری نمی‌بینید. از این رو، تمرکز این مقاله را بر قوانین مرتبط با خانواده گذاشته‌ام که بیشتری‌انگیزه و نمونه‌های کنشگری در آنجا وجود دارد.

در مقاله توضیح داده‌ام که چرا کنشگری قضائی امری خطرناک و فاقد هر نوع پشتوانه قانونی است. تجلی این تعارضات را می‌توان در ارزش‌های دینی مرتبط با خانواده

1. Judicial Activism

دانست که محور اصلی مطالعات این مقاله می‌باشد. با این انگیزه مقاله حاضر ذیل چهار بخش اصلی سامان یافته است: در بخش اول مختصراً توضیح داده‌ام که چطور ساختار حقوقی ایران به گونه‌ای طراحی شده است که نمی‌تواند برون‌داد آن در تعارض با ارزش‌های دینی باشد. در بخش دوم به تبیین پدیده کنشگری قضایی پرداخته‌ام و گفته‌ام که طرفداران آن در ایران چه کسانی هستند؟ در بخش سوم مروری بر ادبیات رایج میان کنشگران قضایی در توجیه این عمل نامشروع داشته‌ام و در آخر (بخش چهارم) تفصیلاً توضیح داده‌ام که چرا کنشگری قضایی در تعارض با تفکیک قوا، دموکراسی و حتی قصد قانون‌گذار است. قابل توجه است که در این مقاله صرفاً به نقد کنشگری قضایی پرداخته‌ام و رویکرد مقابل آن یعنی «خویش‌داری قضایی»^۱ یا «خودمحدودسازی قضایی»^۲ را می‌توانید در دیگر تألیفات نگارنده بخوانید (محقق داماد، ۱۴۰۱، ص ۱۱۱؛ پورمحمدی، ۱۴۰۲، ص ۴۳).

۱. ارزش‌های دینی خانواده و نظم حقوقی جمهوری اسلامی ایران

ما دین‌داران با تکیه بر وحی و سنت، برخی رفتارها را نیکو و برخی دیگر را ناپسند می‌دانیم؛ برخی امور را ارزش‌مند و برخی دیگر را ضدارزش قلمداد می‌کنیم. برای مثال پوشش شرعی یا احترام به والدین را یک ارزش می‌دانیم، همان‌طور که ربا، دزدی، ازدواج با هم‌جنس یا رابطه جنسی خارج از ازدواج را یک ضدارزش تلقی می‌کنیم. در ادبیات حقوقی از این ارزش‌ها و رفتارهای پسندیده برگرفته از شرع با عناوین «ارزش اخلاقی»^۳ «ارزش دینی»^۴ و «حکم شرعی» یاد می‌شود. این ارزش‌ها محدود به حوزه خاصی نبوده و در همه ابعاد زندگی قابل ردیابی‌اند اما محور بحث ما در این مقاله، ارزش‌های دینی مرتبط با خانواده است. ارزش‌های دینی گاه به صورت قانون درمی‌آیند، یعنی «ارزش قانونی» هم می‌شوند و گاه در همان وضعیت ارزش دینی باقی می‌مانند. در صورت دوم، عدم پایبندی به آن ارزش واجد ضمانت اجرا از سوی قانون‌گذار نخواهد بود. برای مثال، راست‌گویی در روابط زناشویی یک ارزش دینی است که به صورت «ارزش قانونی» درنیامده، در نتیجه

1. Judicial Restraint
2. Judicial Self-Restraint
3. Moral values
4. Religious values

ضمانت اجرای قانونی ندارد اما پرداخت نفقه از جانب زوج یا پوشش شرعی هم یک ارزش دینی است و هم قانونی، در نتیجه ضمانت اجرای قانونی دارد.

نظم حقوقی جمهوری اسلامی به گونه‌ای طراحی شده است که هرگز یک ضدارزش را تولید نکند یا مشخصاً علیه ارزش‌ها قدمی برندارد. برای مثال می‌توان به قوانین ذیل اشاره کرد:

۱. اصل چهارم قانون اساسی: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

۲. اصل یکصد و شصت و هفتم: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید...».

۳. ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲: «در صورتی که رئیس قوه قضاییه، رأی قطعی صادر شده از هر یک از مراجع قضایی را خلاف شرع تشخیص دهد، می‌تواند پرونده را جهت اعاده دادرسی کیفری به دیوان عالی کشور بفرستد تا به آن رسیدگی شود».

هم و غم نگارنده آن است که برخی ارزش‌های دینی که به آن‌ها باور داریم و به صورت ارزش قانونی هم درآمده‌اند، توسط برخی قضاات در پوشش «کنشگری قضایی»، مورد تهدید قرار گرفته‌اند. این جریان یا پروژه که توسط بسیاری از حقوق‌دانان از جمله دکتر کاتوزیان دنبال می‌شده است، طی یک دهه اخیر، رشد قابل توجهی بین بدنه سکولار قضاات داشته است. در این مقاله می‌خواهم با ادبیات کاملاً حقوقی نشان دهم که کنشگری قضائی و هر نوع لطمه - حد اقل - به ارزش‌های دینی که صورت قانونی پیدا کرده‌اند، مانند حجاب، نقض آشکار دموکراسی و حاکمیت قانون است و پیامدهای خطرناکی برای نظام حقوقی به همراه خواهد داشت. در ادامه سعی می‌کنم تا به شرح یکی از آرائی که نقد آن - ها رسالت اصلی این مقاله است، پردازم:

پیش از پرداختن به رأی قاضی، نیاز است تا شرحی از گزارش پرونده ارائه شود: طی

یک تماس تلفنی به واحد گشت نیرو انتظامی شهرستان نور اعلام می‌گردد که گروهی از آقایان و خانم‌ها «با وضعیت نامناسب پوشش مشغول شنا در منطقه ممنوعه هستند». نیروی انتظامی به همراه واحد بانوان در محل حضور یافته و پس از بررسی مدارک افراد حاضر در صحنه، آن‌ها را ضبط نموده و از صاحبان مدارک می‌خواهد تا به کلانتری مراجعه کنند. یکی از حاضرین (آقای ایمان) مانع ضبط مدارک شده و تلاش می‌کند تا مدارک را از مأموران پس بگیرد. در نتیجه این امر، مأموران او را هم جهت انتقال به کلانتری سوار ماشین می‌کنند؛ اما دو نفر از همراهان، برای جلوگیری از این امر اقدام به فحاشی و ضرب و جرح مأموران می‌کنند. در رأی دادگاه بدوی، متهمان به موجب توهین و ضرب و جرح عمدی محکوم به پرداخت جزای نقدی در حق دولت و پرداخت دیه به شاکی می‌شوند. تا به اینجا اصول و ضوابط حقوقی به درستی رعایت شده است؛ اما قاضی دادگاه تجدیدنظر استان مازندران دیدگاه کاملاً متفاوتی دارد. قاضی حشمت رستمی درونکلا در نقض حکم دادگاه بدوی می‌آورد: «... اعمال هرگونه قواعد اجباری درباره پوشش و تویخ افراد به علت نپذیرفتن تغییرات اجباری مداخله در حقوق خصوصی آن‌ها محسوب می‌شود که انسان می‌تواند متمایز و متفاوت باشد... تعیین نوع لباس و رنگ و... دخالت در سلیقه شخصی شهروندان است. ارزش و کرامت انسانی ایجاب می‌نماید قلمروی حداقلی برای آزادی‌های شخصی محفوظ بداریم.^۱ سپس جناب قاضی در توجیه ضرب و جرح مأمور نیروی انتظامی بیان داشته: «مقاومت در برابر مأمورین در راستای دفاع از امنیت شخصی بوده است» (همان). حکم دادگاه تجدیدنظر در تعارض با صریح کلیه قوانین پوشش اجباری است؛ اما قاضی چون خود را کنشگر می‌داند و باور دارد که مداخله در پوشش شهروندان خلاف حقوق بشر است، معنای قانون را تغییر داده است. همان قاضی در مصاحبه‌ای صریحاً اعلام می‌دارد: «قاضی وقتی با یک پرونده مواجه می‌شود باید ببیند که این پرونده مربوط به انسان‌هاست یا مسئله مالی است. اگر پرونده مربوط به موضوعات انسانی باشد، قاضی باید دغدغه انسانی داشته باشد.^۲ قاضی به‌عنوان رکنی از ارکان

۱. رأی شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران، شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۱۵۱۵۸۰۱۲۶۴ (تاریخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۶).

۲. «حجاب یک موضوع اعتقادی است نه سیاسی»؛ گفتگو با رسانه دیدار

دکتر کاتوزیان اشاره کنم و نشان دهم، مشخصاً کدام پدیده را خطرناک می‌دانم: می‌دانیم که ابراء نوعی تصرف است و طلبکار بدین وسیله دین را ساقط می‌کند؛ پس اگر زنی پیش از نزدیکی با شوهر خود او را از تمام مهر ابراء کند، مانند این است که مهر را گرفته و تلف کرده است. نتیجه منطقی دو مقدمه این است که در فرضی که نکاح پیش از نزدیکی به طلاق منتهی شود، زن باید نصف مهری را که تلف کرده است به شوهر بازگرداند. براین اساس، ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند». نظر مشهور و قاطع فقیهان امامیه نیز این نتیجه منطقی را تأیید می‌کند. اگر بخواهم این ماده را از منظر یک قاضی خویشتن‌دار تفسیر کنم، به همین نتیجه منطقی خواهم رسید؛ اما در نگاه کنشگران باید قانون را موافق با اموری مانند عدالت، اخلاق و مصالح جامعه تفسیر نمود. از این رو کاتوزیان در تفسیر این ماده می‌نویسد: «آیا وجدان اخلاقی این نتیجه [نتیجه منطقی که به آن اشاره کردم] را می‌پذیرد و احساس حقوقی حکم می‌دهد که اگر شوهر زن خود را پیش از نزدیکی طلاق دهد، بتواند نیمی از مهری را که زن به انگیزه احسان از او نگرفته است به عنوان جایزه بی‌وفایی و عهدشکنی از او بگیرد؟ شیوه منطقی [یعنی تفسیر نص گرا و قصد گرا] توصیه می‌کند که به این ندا پاسخ داده نشود، ولی طبع انسان مایل به گریز از زندان چنین منطقی است و می‌کوشد منطق دیگر را جانشین آن سازد» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۳، ص ۸۲). سپس او در کتاب حقوق خانواده در تفسیر همین ماده می‌نویسد: «باید نظر کسانی را تأیید کرد که شوهر را در این مورد مستحق چیزی ندانسته‌اند؛ زیرا زن در نتیجه نکاح مالی از مرد نگرفته است و طلب خود را به کسی منتقل نکرده است تا گفته شود انتقال طلب در حکم اتلاف است... ذوق سلیم و انصاف چنین حکمی را نمی‌پذیرد و ظاهر ماده ۱۰۹۲ که می‌گوید... شامل این مورد نمی‌شود» (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۱، ش ۱۰۰، ص ۱۶۴-۱۶۵).

۳. توجیه کنشگران قضائی چیست؟

طرفداران کنشگری قضایی غالباً می‌دانند آنچه آن‌ها انجام می‌دهند در تعارض روشن با

دموکراسی، حاکمیت قانون و تفکیک قوا است، با این وجود، توجیهاتی برای رفتار ناپسند خود دارند. در ادامه توجیهات ایشان را ذیل سه عنوان استدلال اخلاقی، حقوقی و عمل‌گرایانه ارائه خواهیم کرد:

۱،۳. استدلال اخلاقی

برخی قضات با استدلال‌های اخلاقی به کنشگری قضایی رو آورده‌اند. این قضات باور دارند که ما صرفاً تا جایی خود را متعهد به اجرای قانون می‌دانیم که قانون دربردارنده محتوای غیراخلاقی نباشد (Cornelius, 1972: 576-86; Connor, 1974)؛ برای مثال قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند به حبس و جزای نقدی... محکوم خواهند شد».^۱ حال یکی از قضات دادگاه تجدیدنظر، اعمال قوانین پوشش را نقض حقوق بشر و غیراخلاقی می‌داند، در نتیجه با خودش می‌گوید: من پوشش اجباری را غیراخلاقی می‌دانم پس اخلاقاً وظیفه‌دارم با کنشگری، آن را تغییر دهم. حتی گاهی بحث را به سمت استدلال‌های مطرح‌شده در دادگاه نورنبرگ (Hans Leonhardt, 1949) یا غیراخلاقی بودن قوانین برده‌داری و رژیم آپارتاید در آفریقای جنوبی هم می‌برند (سمائی و همکاران، ۱۴۰۲، ص ۱۸۱)، تا نشان دهند که گاهی شورش قضات علیه نظم قانونی ضرورت دارد. کاتوزیان نیز بسیاری از کنشگری‌های خود را با استدلال اخلاقی توجیه می‌کند؛ و حتی در این باره می‌نویسد: «در تمام این کتاب‌ها کوشیده‌ام تا روزه‌هایی برای نفوذ اخلاق و عدالت در حقوق باز شود و آن را از نظامی بسته و منطقی به نظامی انسانی و متحرک تبدیل کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۳، ص ۸۵).

استدلال فوق از چند جهت مخدوش است: اولاً دلیل اخص از مدعاست. طرفداران کنشگری قضایی به نمونه‌های جدی تعارض اخلاق و قانون (مانند قوانین نسل‌کشی) استناد

۱. ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی: «هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد».

تبصره (جزای نقدی اصلاحی ۰۸/۱۱/۱۳۹۹): «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از ۰۰۰/۰۰۰/۲ تا ۰۰۰/۰۰۰/۱۰ ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد».

می‌کنند تا کنشگری قضایی را به صورت عمومی ثابت کنند. حتی اگر ضرورت کنشگری در برابر قوانین نسل‌کشی را بپذیریم، آیا ضرورت کنشگری در برابر پوشش اجباری یا اختصاص طلاق به مرد هم توجیه می‌شود؟! ثانیاً اگر قاضی خود را بسیار اخلاق‌مدار می‌داند، قضاوت شغل مناسبی برای او نیست. ما ابدأً به او توصیه نمی‌کنیم که از نسل‌کشی حمایت کند؛ اما به او توصیه می‌کنیم که قضاوت را رها کرده و به سراغ شغل دیگری برود. قاضی اگر در این کشور قاضی شده یعنی پذیرفته که بر اساس چهارچوب حاکم بر این نظام قضایی به قضاوت می‌پردازد، نه بر اساس باورهای شخصی‌اش. اگر هم نمی‌تواند طبق اصول قضاوت کند، «غلط کردی رفتی قاضی شدی، رها کن» (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ۳۰۹). همان‌طور که شغل پزشکی یا خلبانی برای هر کسی مناسب نیست، قضاوت نیز روحیات خاص می‌خواهد. سمائی به زیبایی در این باره می‌نویسد: «کنشگری سیاسی و اجتماعی برای شهروندان پسندیده است... [اما] می‌توان یک معلم زیست‌شناسی را در نظر گرفت که گرایش‌های شدید دینی دارد و روایت داروینی از پیدایش انسان را مخالف با وحی می‌داند. اگر بر فرض این معلم یک کنشگر مذهبی باشد، آیا مجاز است در کلاس درس نظریه داروین را آموزش ندهد و روایت دینی را به جای آن بیاموزاند؟» (سمائی و همکاران، ۱۴۰۲، ص ۱۶۶).

علاوه بر آن، استدلال اخلاقی نهایتاً این را افاده می‌کند که قاضی نباید حکم به پوشش اجباری دهد، اما تحمیل ارزش‌های شخصی خود قاضی بر دیگران و نقض قرارداد اجتماعی و عهدی که پیش‌تر با مردم بسته است، خود رفتاری غیراخلاقی است. قاضی سوگند یاد کرده است تا پاسدار قانون باشد نه پاسدار فهم و برداشت شخصی‌اش از عدالت یا اخلاق.

۲-۳. استدلال حقوقی

برخی کنشگری قضایی را با زبان حقوقی توجیه می‌کنند و باور دارند که اساساً قانون‌گذار از قضاوت خواسته است تا کنشگری کنند. برای مثال، کاتوزیان به خوبی التفات دارد که «اگر نویسندگان یا دادرسان در مقام ایجاد حقوق برآیند، قدرتی را که ملت حاکم به خود اختصاص داده است غصب می‌کنند» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۳، ص ۱۰۲). اما توجیه او از

کنشگری قضایی این است که اساساً «در قانون اساسی وظیفه قاضی محدود به اجرای قانون نیست، [بلکه وی] مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع نیز هست» (همان، ص ۱۳۱). همان‌طور که در توجیه دیگری آورده است: «جدایی قوای سه‌گانه در هیچ دولتی کامل نیست؛ زیرا تا این نیروها به هم مربوط نشوند از مجموعشان حکومتی واحد و هماهنگ به وجود نمی‌آید؛ بنابراین، در تعیین صلاحیت و وظایف محاکم بیشتر باید به ماهیت و لوازم کار قضایی توجه داشت و از این راه رابطه ضروری بین قوه قضایی و قانون‌گذاری را معین کرد» (همان، ص ۱۳۲). سمائی نیز در این باره می‌نویسد: «در جهان امروز، اعتقاد به تمایزی صلب میان «تفسیر قانون» و «ایجاد قانون» سخت به نظر می‌رسد» (سمائی و همکاران، ۱۴۰۲، ص ۱۶۹).

در استدلال حقوقی این ادعا مطرح می‌شود طبق قانون اساسی قضات وظیفه دارند تا به‌عنوان «همکار»^۱ به کمک قانون‌گذار آمده و او را در ساخت قانون خوب یاری رسانند (Henry, 1963). چه‌بسا ملاحظاتی که قانون‌گذار در زمان تدوین قانون اساسی به آن‌ها التفاتی نداشته است و برخی اشکالات هم صرفاً پس از اجرای قانون مشخص می‌شوند. از سوی دیگر، قانون‌گذار یک سر دارد و هزار سودا. به قول کاتوزیان، در هیچ نظام حقوقی تفکیک قوا به‌صورت تمام‌عیار وجود نداشته است و مشارکت و کنشگری قضات در تکمیل قانون بخشی از خواسته قانون‌گذار بوده است نه در تعارض با آن. نقد این استدلال را تفصیلاً ذیل بخش سوم مقاله آورده‌ام.

۳.۳. استدلال عمل‌گرایانه

گاهی استدلال‌های کنشگران نه جنبه حقوقی دارد و نه سببه اخلاقی؛ بلکه کاملاً مبتنی بر ادبیات عمل‌گرایانه است. در این استدلال ابتدائاً عقلانیت و فهم قانون‌گذار زیر سؤال می‌رود و سپس قاضی به‌عنوان شخصی که بیشتر از قانون‌گذار می‌فهمد، به «قانون‌گذاری» یا «اصلاح قانون» می‌پردازد. مثلاً گفته می‌شود: شاید قانون‌گذار حین تصویب قانون حجاب، تحت شرایط و فشار اجتماعی خاصی بوده است، شاید او هیچ تصویری از تحولات فرهنگی پیش‌رو نداشته است، شاید اگر او به‌اندازه ما آگاهی داشت، قانون را

1. cooperative partners

به گونه دیگری تصویب می‌کرد. این‌ها همه توجیهاتی است برای مداخله قضات در امر قانون‌گذاری. خود استدلال عمل‌گرایانه با ادبیات‌های مختلفی بیان می‌گردد. برای مثال سمائی در این باره می‌نویسد: «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» (سمائی و همکاران، ۱۴۰۲، ص ۶۹). مهدی‌الشریف نیز می‌نویسد: «پارلمان‌های قانون‌گذاری هرچند به‌حسب فرض، نمایندگان ملت و مظهر اراده ملی‌اند اما این عناوین برای احاطه و اشراف بر تمام زوایا و جوانب موضوعات کافی نیست. نمایندگان عقل‌ناب نیستند. سهل است گاه چنان خیال‌پرداز یا متعصب یا تأثیرپذیر یا حزب‌گرا و... هستند که افکار و دیدگاه‌های آن‌ها برای مردم کوچه و بازار خنده‌آور و گاه عصبانی‌کننده است... طبیعی است که دادرسان بیکار نمی‌نشینند و در حد مقدور و میسور با استفاده از ابزارهای احتجاجی و تحت پوشش تفسیر، به تعدیل و رفوگری قوانین می‌پردازند» (الشریف، ۱۳۹۹، ص ۳۸۴).

برای طرفداران کنشگری قضائی این باور وجود دارد که قضات باتوجه به ارتباط نزدیکی که با مسائل حقوقی و وقایع جامعه دارند، می‌توانند قانون را بهتر از نمایندگان مجلس شکل دهند و حتی می‌توانند در بسیاری از موارد کم‌کاری و اهمال‌گری‌های قانون‌گذاران را جبران نمایند (Eskridge, 2001). برخی نیز قضات را در واقع «شرکای همکار»^۱ برای قانون‌گذاران می‌دانند (William Eskridge, 1998; William Popkin, 1998; Jonathan, 1998). کاتوزیان در توضیح این رویکرد به قانون می‌نویسد: «قاضی... نقص قانون را چنان‌که عدالت اقتضاء می‌کند جبران می‌سازد نه آن‌گونه که به‌احتمال منظور قانون‌گذار بوده است» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۳، ص ۹۴).

گاهی نیز قانون‌گذار را متعلق به گذشته می‌دانند که تصوری از تحولات و جهان آینده نداشته است، سپس با استناد به این نقص شناختی، عاملیت و کنشگری خود در قانون‌گذاری را توجیه می‌کنند. برای مثال، کاتوزیان در این باره می‌نویسد: «قانون‌گذار به همان وضع خاص موجود توجه دارد و نمی‌تواند تمام نتایج آینده قانون و مفاهیمی را که به حکم عقل از آن استنباط می‌شود در نظر آورد. وضع وسایل حمل‌ونقل را که به حکم عقل

1. cooperative partners

از آن استنباط می‌شود در نظر آورد. وضع وسایل حمل‌ونقل و روابط کارگر و کارفرما و موجر و مستأجر در زمان ما به گونه‌ای است که قانون‌گذار پنجاه سال پیش تصور آن را هم نمی‌کرده است... این کمال بی‌انصافی است اگر ادعا شود که قانون‌گذار قرن پیش تمام تحولات اجتماعی و اقتصادی امروز را پیش‌بینی کرده و بر ما است که به یاری قیاس و استقراء و استفاده از مفاهیم و تاریخ نظر او دریابیم» (همان، ج ۳، ص ۱۱۲).

تلاش استدلال‌های فوق این است که تخصص قانون‌گذار و عقلانیت او را زیر سؤال ببرد، سپس قاضی را به‌عنوان شخصی که درک و فهم بهتری از قانون و مسائل عینی جامعه دارد، به جای قانون‌گذار بنشاند. البته ما گاه منکر رفتارهای عجیب بهارستانی‌ها نیستیم؛ اما با التفات به این امر - همان‌طور که در بخش سوم مقاله توضیح داده‌ام - حکومت قضات بر مردم را فاقد وجه قانونی می‌دانیم.

۴. چرا کنشگری قضائی برای ارزش‌های دینی ما خطرناک است؟

ادعای اصلی من در مقاله حاضر این است که کنشگری قضائی با نظم و ساختارها حقوقی جمهوری اسلامی ایران نمی‌سازد. بر این اساس، باور دارم که کنشگری قضایی ما را به عصر پیشامشروطه برمی‌گرداند؛ زمانی که هر قاضی یک قانون‌گذار بود و خود به تولید قانون می‌پرداخت. در واقع، نقد کنشگرایی قضایی تا حد زیادی نقد بی‌قانونی است. از این رو، اگر برخی گفته‌اند که کنشگری قضایی «موجب بی‌ثباتی، سیاسی شدن قضاء و بی‌عدالتی می‌شود» (پورمحمدی، ۱۴۰۲، ص ۱۱۱)، در واقع بی‌قانونی را نقد کرده‌اند نه کنشگری قضایی را. در ادامه سعی می‌کنم سه نقد اصلی به کنشگری قضایی را بیان کنم:

۴-۱. تعارض با دموکراسی

ساختار سیاسی ما مبتنی بر یک نظم دموکراتیک است. در یک نظام دموکراتیک صرفاً مردمان هستند که صلاحیت تصمیم‌گیری در مورد قانون دارند و اگر هم نمایندگان مجلس به قانون‌گذاری می‌پردازند، به وکالت و نیابت از مردم است (Andranick S. Tanguiane, 2020: 17). اصل ۵۸ قانون اساسی ایران بیان می‌دارد: «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود». سپس در اصل ۸۵

آمده است: «سِمَت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست». بر این اساس، هیچ شخص یا نهاد دیگری از جمله قوه قضائیه و مشخصاً قضات حق قانون گذاری ندارند. قضات صرفاً حق داشته که بر اساس قوانینی که پیش تر نمایندگان ملت تصویب کرده اند، رأی صادر کنند. همان طور که برخی گفته اند: «درست است که شهروندان در قالب یک قرارداد اجتماعی فرضی، در قبال تأمین نظم و امنیت به قانون گذار اجازه محدود ساختن آزادی هایشان را داده اند، اما اجازه مزبور به قضات محاکم که هیچ گاه منتخب مردم نبوده اند نباید سرایت کند» (امیدی، ۱۳۹۸، ص ۵۴). دقیقاً به همین دلیل است که برخی گفته اند دعوت به کنشگری قضایی «جریان خونی نظام حکومتی ما را آلوده می سازد» (Harlan, 1969: 291; Alstyn, 2011).

کنشگری قضایی را خطرناک می دانم زیرا نقض آشکار دموکراسی است (Antonin Scalia and Bryan, 2012: xxii). قانون گذاری در ایران مستلزم طی کردن فرایندی بس پیچیده است؛ اما قضات کنشگر به راحتی این فرایند را دور می زنند. برای مثال، در ایران، ابتدا باید طرحی مورد تأیید تعدادی از نمایندگان مجلس قرار گیرد تا بتواند در صحن مجلس مطرح گردد؛ سپس در صورتی که رأی اکثریت نمایندگان مجلس را جلب کرد، به شورای نگهبان فرستاده می شود تا مغایرت و عدم مغایرت آن با موازین قانونی و شرعی بررسی شود. در آخر، پس از طی این مراحل به صورت «قانون» در آمده و منتشر می شود. در ایالات متحده نیز تصویب قانون فرایندی سه مرحله ای دارد. این فرایندها برای سرگرمی نیستند؛ بلکه آن ها را به عنوان دژی در مقابل استبداد در نظر بگیرید.^۲ هنر کنشگری این است چنین دژی را با خاک یکسان کرده و تصمیم یک نفر قاضی را جایگزین این فرایند

1. ("The more courts transform constitutional clauses without needing actual amendments to do so that is, the more they do not require new text—the less necessary new text seems to be. But then exactly to the extent that courts do not require new text, neither may it be safe to provide it, for to the extent such text is provided to record a definite change, one may rightly be wary merely reacting in tutored fear of the administration of that new text, given what the Court has previously presumed already to do.").

2. ("separation of powers was obviously not instituted with the idea that it would promote governmental efficiency. It was, on the contrary, looked to as a bulwark against tyranny. For if governmental power is fractionalized,... no man or group of men will be able to impose its unchecked will.").

پیچیده می‌کند (Honorable Neil Gorsuch, 2016: 913). هنگامی که به قضات اجازه کنشگری می‌دهیم و از آن‌ها می‌خواهیم قانون را آن‌طور که صلاح می‌دانند اصلاح و تکمیل کنند، در واقع به بازنویسی قانون و قانون‌گذاری می‌پردازند که خلاف اصول قانون اساسی است. همان‌طور که بسیاری گفته‌اند: «کنشگری قضایی مرگ حاکمیت قانون است» (Dyson Heydon, 2004).

۲.۴. تعارض با تفکیک قوا

مشکل دیگر کنشگری قضایی تعارض با تفکیک قواست. اصل ۵۷ قانون اساسی ایران بیان می‌دارد: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه... این قوا مستقل از یکدیگرند». در یک ساختار مبنی بر تفکیک قوا، آقایان قضات حق دخالت در امور قوه مقننه یا مجریه را ندارند، همان‌طور که قوه مقننه حق دخالت در فعالیت قضات را ندارند (Barber, 2001: 59-88; Bruce Ackerman, 2000: 633-). در نظام تقسیم قدرت سیاسی، «وظیفه قانون‌گذاران تصویب قانون و وظیفه قضات تفسیر قانون است» (Scalia and Garner, 2012). قاضی حق قانون‌گذاری نداشته و صرفاً اجازه دارد که متن قانون و آن چیزی را که تصویب شده است بفهمد. همان‌طور که علی‌اکبر داور، وزیر عدلیه، در یکی از جلسات مجلس به نمایندگان تذکر می‌دهد: «خیلی فرق است بین وضع قانون و تفسیر قانون» (مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره دهم، جلسه ۳۶، ص ۳۶). اصل ۱۵۶ قانون اساسی که به بیان وظایف قوه قضائیه پرداخته، هیچ اشاره‌ای به قانون‌گذاری و جبران اشتباهات قانون‌گذار ندارد.^۱ اگر از قضات بخواهیم که کنشگری کنند، در واقع آن‌ها را به ورطه قانون‌گذاری کشانده‌ایم. این در حالی است که قانون‌گذاری طبق قانون اساسی صرفاً به قوه مقننه سپرده شده است، نه قوه قضائیه. قیاسی

۱. اصل یک‌صد و پنجاه و ششم: «قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده‌دار وظایف زیر است: ۱. رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدی‌ات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبه که قانون معین می‌کند؛ ۲. احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع؛ ۳. نظارت بر حسن اجرای قوانین؛ ۴. کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزائی اسلام؛ ۵. اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.

به درستی در این رابطه می‌نویسد: «قانون و مفاد آن هر چند برخلاف مصلحت و عدالت نیز باشد لازم‌الاتباع است، زیرا تفکیک قوا در اصل ۵۷ قانون اساسی پذیرفته شده است و مخالفت با حکم صریح قانون به بهانه عقب‌ماندگی حقوق و خلاف عدالت بودن آن سخنی مردود است و تعدی آشکار قوه قضائیه به قوه مقننه محسوب خواهد شد. البته این سخن به معنای حمایت از چنین قوانینی نیست، بلکه از نظر ما این وظیفه قوه مقننه است که در اسرع وقت آن‌ها را اصلاح کند» (قیاسی، ۱۳۹۹، ص ۹۲). قاضی اسکالیا نیز در این باره می‌نویسد: «آزاد گذاشتن قضات در تفسیر حقوقی، نظام دموکراتیک ما را تضعیف و سیستم کنترل و موازنه قوا را نیز مخدوش کرده است» (Scalia and Garner, 2012: 24). کاتوزیان، از مخالفان جدی نص‌گرایی، اذعان می‌دارد: «اگر پذیرفته شود که حاکمیت از آن ملت است که به وسیله نمایندگان خود به قانون‌گذاری می‌پردازد و نیز اگر اصل جدایی قوای کشور مقبول افتد؛ نتیجه ضروری استنتاج این دو مقدمه چنین می‌شود که قاضی تنها اجراکننده قواعدی است که اراده ملی وضع کرده است و تمام هدف او باید احراز این اراده عالی باشد» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۳، ص ۱۰۴). در حالی که کنشگری قضایی همواره «این خطر را دارد که حکومت قضات را جانشین حکومت ملی می‌سازد» (همان). امام خمینی: به خوبی التفات داشته است که در آینده عده‌ای از ظرفیت «تفسیر قانون» برای کنشگری، سوءاستفاده خواهند کرد؛ از این رو در پیامی که به خبرنگاران قانون اساسی می‌دهند، تأکید می‌ورزد تا قانون اساسی واجد این ویژگی باشد: «صراحت و روشنی مفاهیم قانون، به نحوی که امکان تفسیر و تأویل غلط در مسیر هوس‌های دیکتاتورها و خودپرستان تاریخ در آن نباشد» (صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی جلسه، ص ۶).

اگر بنا باشد قضات به اسم «کنشگری» در مفاد و مضمون قوانین تصرف کنند و به جای التزام به قانون، به تشخیص خود آن‌ها را تغییر دهند، نوعی سوءاستفاده از قدرت است (Andrei Marmor, 2007: 199) و دیگر سنگ روی سنگ بند نمی‌شود. برای مثال، در پرونده بانک مرکزی علیه آقای ع.ن.، قاضی مسعودی مقام در تفسیر ماده ۴۲ قانون پولی و بانکی کشور ابتدا به نقد قانون مذکور پرداخته و می‌نویسد: «بر شیوه تنظیم قانون تنظیم بازار متشکل پولی مصوب ۱۳۸۳ ایرادات اساسی وارد است».^۱ سپس در مقام

۱. شماره دادنامه قطعی: ۹۳۰۹۹۸۲۱۲۷۱۰۰۰۴۰ تاریخ ۱۳۹۵/۹/۳۰.

اصلاحگر، معنای ظاهری قانون را کنار گذاشته و تفسیری خلاف ظاهر از قانون ارائه می‌کند. حال آنکه قضات حق تغییر و تصرف در قانون را ندارند هر چند به قول قاضی مسعودی به قانون «ایرادات اساسی» وارد باشد. چه کسی به قاضی مسعودی مقام اجازه داده است تا به جای ۳۰۰ نفر نماینده مجلس و ۱۲ نفر عضو شورای نگهبان، تصمیم بگیرد؟ مسیر تغییر قانون از بهارستان می‌گذرد نه کاخ دادگستری.

۳،۴. قضاوت غیرضابطه‌مند و غیرقابل پیش‌بینی

تأثیرات مثبت ثبات^۱ و قابل‌پیش‌بینی بودن قانون^۲ در حوزه‌های مختلف از جمله سیاست (Arner, 2007; Sean) و اقتصاد (Francesco Bono, 2018; Claude Ake, 1975) بر هیچ‌کس پوشیده نیست. اهمیت ثبات قانون به قدری جدی است که برخی آن را از اوصاف ماهوی قانون معرفی کرده‌اند (Fuller, 1978).^۳ برخی دیگر نیز گفته‌اند: «نخستین هدف حقوق ایجاد نظم و امنیت در روابط حقوقی و اقتصادی است» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۳، ص ۵۹). از سوی دیگر، یکی از اصول کهن و ریشه‌دار در نظام‌های کامن‌لا را می‌توان اصل «پایبندی به پرونده‌های تصمیم‌گرفته شده»^۴ دانست (Douglas, 1949; Gerald Dworkin, 1962; Lile, 1916; Schmidhauser, 1962). گفته می‌شود یکی از فلسفه‌های وجودی این اصل حقوقی در واقع حمایت از ثبات قانون است (Lile, 1916: 96).

واقعیت این است که عدم ثبات و غیرقابل‌پیش‌بینی بودن قانون در میان قضات کنشگر امری اجتناب‌ناپذیر است، زیرا ممکن است قانون «الف» امسال معنای «ب» را افاده می‌کند و سال بعد به دلیل تحولات اجتماعی معنای دیگری بدهد. ممکن است قاضی «الف» انسانی متشع و مذهبی و قاضی «ب» لامذهب باشد، در نتیجه آرای آن‌ها تفاوت خواهد کرد. لرد دولین دربارهٔ اختلاف نظرهایی که ممکن است میان قضات پیش‌آید می‌نویسد: «اختلاف

1. Stability of law
2. Predictability of law
3. (“principles requiring that laws be general, public, prospective, coherent, clear, stable, and practicable—and he argued that these were indispensable to law-making”).
4. Stare decisis (to stand in the-things-that-have-been-decided)

پنج قاضی نسبت به فلسفه پشت یک قانون بیش از اختلاف پنج فیلسوف است» (Patrick Devlin, 1979: 16). کاتوزیان که خود از مخالفان خودداری قضایی است، در تمجید از این نگاه، اذعان می‌دارد: «به کاربردن این شیوه سبب می‌شود که وضع مردم در برابر قوانین ثابت و روشن باقی بماند؛ همه از پیش موقع خود را بشناسند و سرمایه‌گذاران سرنوشت معاملات خود را پیش‌بینی کنند» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۳، ص ۱۲۶).

در کشور ما قانون چیزی مدون است. اساساً پس از نهضت مشروطه به سمت قانون و مدون شدن آن رفته‌ایم تا اسیر اختلاف نظرها نشویم؛ اما کنشگری قضائی نتایج دعاوی را به احساسات و برداشت دادرسی از اخلاق و عدالت واگذار می‌کند. «احساس عدالت و انصاف از فردی به فرد دیگر و از دادرسی به دادرسی دیگر متفاوت است و اگر هر کس بخواهد بر اساس این احساس خود عمل او مشروع تلقی شود، در این صورت هرج و مرج همه‌جا را فرامی‌گیرد» (انصاری، ۱۳۹۲، ص ۱۱۰؛ الشریف، ۱۳۹۹، ص ۵۷-۴۵۶). سمائی به درستی در این باره می‌نویسد: «قضات کنشگر گویا به نگاه خود لباس قانون می‌پوشانند... (سمائی و همکاران، ۱۴۰۲، ص ۱۶۳). شاید کسی نژادپرستی را عین عدالت بداند و کس دیگری سکوب مخالفان نظام دینی را عادلانه بشمرد. در این صورت، گویا عدالت‌طلبی جواز می‌دهد که قاضی تصورات نژادپرستانه یا سرکوبگرانه‌اش را اجرا کند و این به وضوح نارواست» (همان، ص ۱۷۱).

در نوشته‌های دیگری تفصیلاً در رابطه با ضعف شناختی قضات صحبت کرده‌ام؛ اما در اینجا ادعای من این است که فارغ از آن ضعف‌ها، اساساً مقولاتی مانند عدالت و اخلاق که قضات به خاطر آن‌ها کنشگری می‌کنند، بسیار نسبی‌اند. کاتوزیان در سرتاسر کتاب *فلسفه حقوق* به ضرورت جایگزینی تحقق عدالت به جای وفاداری به الفاظ قانون سخن گفته است؛ اما مگر عدالت معنای واحد و مشخصی نزد همگان دارد؟ جعفری تبار، از شاگردان کاتوزیان، در نقد روش استادش می‌نویسد: «مهم‌ترین ایرادی که به دیدگاه استاد کاتوزیان شده این است که عدالت مفهومی گنگ و غیرمنضبط است و هر کس آنچه را می‌پسندد عدالت می‌نامد و معیار قاطع و روشنی برای تمیز آن در دست نیست و دخالت عوامل شخصی در تشخیص آن چندان قوی است که به دشواری می‌توان آن را در بند قاعده و ضابطه کشید» (پورمحمدی و یوسفی، ۱۴۰۰؛ پورمحمدی و همکاران، ۱۴۰۰).

سمائی که خود از طرفداران کنشگری قضائی است، اذعان می‌دارد: «چه بسا کنشگری قضائی به تشنت آراء قضائی بینجامد».

۴,۴. تعارض با قصد قانون‌گذار

ذیل استدلال حقوقی (شماره ۲,۳). توضیح دادم که برخی کنشگری قضایی را مطالبه قانون‌گذار از خود می‌دانند؛ یعنی چون قانون‌گذار از آن‌ها خواسته که کنشگری کنند، چنین می‌کنند و الا خود آنان نیز مایل به نقض دموکراسی و حاکمیت قانون نیستند. در ادامه با استناد به شواهد تاریخی نشان خواهم داد که قانون‌گذار ایرانی ابدأً علاقه‌ای به کنشگری قضات نداشته و در برهه‌های مختلف صریحاً مخالفت خود با این رویکرد را نشان داده است. ذیلاً به بیان نمونه‌هایی خواهم پرداخت:

۱. سیداسماعیل عراقی، نماینده مجلس شورای ملی دوره دهم (۱۳۱۴-۱۳۱۶ ش): «قاضی باید مطابق قانون این چیزی که بین الدفتین نوشته شده است رفتار کند... [اگر] قاضی نمی‌تواند مطابق آن رفتار کند... معنایش این است که ما قاضی را وظیفه بدهیم که وضع قانون کند» (مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره دهم، جلسه ۳۶، ص ۳۶).

۲. سید یعقوب انوار، ملقب به صدرالعلماء، نماینده مجلس دوره هفتم مجلس شورای ملی (۱۳۰۷-۱۳۰۹ ش) در توصیه‌ای به وزیر عدلیه بیان می‌دارد: «قضات ما کاملاً به صرف ظاهر قانون جمود دارند و این البته خیلی خوب است مجرد قانون را در نظر می‌گیرند و خیلی بنده خوب میدانم برخلاف اینکه در عدلیه سابق که روح قانون را گرفته بودند و جسد قانون را رها کرده بودند بابا هر چه گفتیم این روح ناپاک است نه پاک ولی کسی توجه نمی‌کرد اما حالا خوب گذشته ولی فعلاً همه قضات عدلیه ما مواظب هستند به حفظ کردن قانون» (مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره هفتم، جلسه ۷۶، ص ۵۶).

۳. علی‌اکبر داور، وزیر عدلیه: «هرقدر شما زحمت بکشید در تدوین قوانین و بهترین قوانین دنیا بردارید و روی کاغذ بیاورید ماده و بنده و فصل و این‌ها درست کنید، باوجود همه این‌ها وقتی این را دادید دست یک نفر آدمی که یا به واسطه عدم کفایت و لیاقت نتوانست بفهمد و درست تطبیق بر موارد بکند یا اینکه واقعاً فهمید و نکرد. پس آن اشخاصی که باید آنجا بنشینند و مطابق حقوق قانون یک دعوی را قطع و فصل کنند این‌ها

وجودشان مهم است» (مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره ششم، ص ۸۴، جلسه ۸۴).

۴. ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی که مربوط به تفسیر قضات می‌شود. برای برخی اعضای خبرگان این پیش‌فرض مسلم بوده است که قضات قرار است صرفاً تطبیق‌گر قانون باشند. همان‌طور که شهید بهشتی پس از قرائت اصل مذکور بیان می‌دارد: «مفاد این اصل روشن است چون قاضی قانون را فقط بر مصادیقش تطبیق می‌کند که در شأن قاضی است» (صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ص ۸۴۰).

۵. فارغ از موارد فوق، بحث‌های مفصلی در همه مجالس نسبت به واژگان و کلمات قانون وجود دارد. جواد سعید، آخرین رئیس مجلس شورای ملی بیان می‌دارد: «سزاوار نیست قانون را طوری بنویسیم که افراد خاطی و نابخرد بتوانند از لابه‌لای کلمات قانون سوءاستفاده بکنند» (مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره بیست و چهارم، جلسه ۲۳، ص ۲۴). مقدم مراغه‌ای نیز در مجلس شورای ملی به همکاران خود توصیه می‌کند: «شما الآن را در نظر نگیرید بلکه بیست سال دیگر سی سال دیگر یک‌یک این لغات و کلمات مورد تعبیر و تفسیر واقع می‌شود» (صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ص ۲۱۷). پس از انقلاب اسلامی نیز این رویه بین قانون‌گذار ایرانی با دقت بیشتری وجود دنبال شد. آیت‌الله منتظری، رئیس وقت مجلس خبرگان قانون اساسی: «در نفس قانون نوشتن... اگر یک «واو» کم‌وزیاد بشود، از زمین تا آسمان معنی آن تفاوت پیدا می‌کند» (صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ص ۱۱۱). امامی کاشانی: «در قانون اساسی... روی هر کلمه، در تفسیرش صحبت می‌شود» (صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ص ۷۷۷). در برخی جلسات بحث‌ها کرده‌اند که آیا بین فلان کلمه ویرگول گذاشته شود یا خیر (صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ص ۵۷۵، ۴۵۴، ۷۱۰، ۱۰۴۷، ۱۲۶۴، ۱۰۹۰). همه این حساسیت‌ها بدان جهت است که قاضی بوده کلمات قانون را موبه‌مو اجرا کند و الا اگر قرار بود به اسم «کنشگری» هر آنچه صلاح می‌داند، اجر آکند دیگر این همه تلاش معنا نداشت.

نتیجه‌گیری

ساختار حقوقی جمهوری اسلامی ایران به گونه‌ای طراحی شده است که برون‌داد آن در تعارض صریح با شرع نخواهد بود. در این میان، برخی قضات که تعهد چندانی به ارزش‌های دینی ندارند، در پوشش «کنشگری قضایی» در عمل قانون را بازنویسی می‌کنند و چیزی می‌سازند که هرگز نمی‌توانست از دژ شورای نگهبان عبور کند. من در این مقاله استدلال کردم که کنشگری قضات فاقد هر نوع وجه قانونی بوده و در تعارض آشکار با تفکیک قوا و دموکراسی است. نگارنده ابدأ منکر آن نیست که گاهی تصمیمات قانون‌گذار ممکن است به نتایج خلاف شرع و غیردینی منجر شود؛ با این وجود، باور دارد که پیروی از چنین قوانینی به صورت کلی، در مقایسه با آزاد گذاشتن قضات، مصلحت و خیر عمومی به همراه خواهد داشت. ویلیام بلک‌استون حقوق‌دان شهیر انگلیسی قرن هجدهم میلادی در نقد آنان که متن قانون را به سبب پیروی از اصل «عدالت و انصاف»^۱ کنار می‌زنند، می‌نویسد: «قانون، بدون عدالت، هر چند سخت و ناخوشایند است، اما برای منافع عمومی بسیار مطلوب‌تر از عدالت بدون قانون است که هر قاضی را به قانون‌گذار تبدیل کرده و بیشترین سردرگمی را ایجاد می‌کند» (William Blackstone, 1770: 62).^۲ در هر صورت، کنشگری قضایی یک تهدید جدی برای ارزش‌های دینی ما و نظام حقوقی ایران ما قلمداد می‌شود. برای مقابله با چنین تهدیدی و جلوگیری از رواج آن، سه پیشنهاد دارم:

(۱) بخشی از تمایل قضات به کنشگری و رفتارهای غیرقانونی ناشی از تصور غلط قضات از جایگاه خود در نظام حقوقی است. قاضی باید هویت و جایگاه خود در ساختار قانونی کشور را بداند. اولین توصیه به قوه قضائیه این است که در بخشی از برنامه‌های آموزشی قضات، علاوه بر اخلاق شخصی، برای اخلاق حرفه‌ای قضات نیز برنامه‌هایی ارائه کنند؛

(۲) امروزه بسیار در رسانه‌ها با اخبار و گزارش‌هایی که از «قاضی خوب» یا «قاضی مردمی» تقدیر و تشکر کرده‌اند، روبه‌رو می‌شویم. برخی قضات دادگاه تجدیدنظر

1. Maxims of equity

2. (“[L]aw, without equity, though hard and disagreeable, is much more desirable for the public good, than equity without law: which would make every judge a legislator, and introduce most infinite confusion”).

مازندران نیز به دلیل آرایشان برنده «جایزه حقوق شهروندی» شده و مورد تکریم عمومی قرار می‌گیرند.^۱ قضات جوان‌تر نیز برای جلب توجه عمومی علاقه ویژه‌ای به انتشار آرای قضایی در شبکه‌های اجتماعی و ستایش شدن دارند. مع‌الأسف امروزه گرفتار نوعی پوپولیسم قضائی (شما بخوانید: کنشگری قضایی) شده‌ایم. این در حالی است که قاضی هرگز نباید به موجب مفاد رأی و نظرش مورد ستایش یا سرزنش عمومی قرار گیرد. اگر مفاد قانون خوب یا بد است، گناه و ثوابش را باید پای نمایندگان مجلس نوشت، نه قضات. آرای قضات از جهت آنکه معنا و مصداق قانون را به درستی تشخیص داده‌اند، قابل تمجید و ستایش‌اند. چه بسا آرائی که برای جلب توجه عمومی صادر و بلافاصله در صفحه شخصی قاضی ارسال شده است. جلوگیری از صدور آرای عوامانه و پوپولیست شدن قضات، به قدری برای قضات دیوان عالی آمریکا مهم بوده است که در فقرات متعددی از منشور اخلاقی خود^۲، سعی کرده‌اند از آن جلوگیری کنند. برای مثال، هر نوع حضور قاضی در فعالیت‌های تبلیغی ممنوع قلمداد می‌شود مگر حضور در جلسه‌ای که کتاب تألیفی خود او را تبلیغ می‌کند.^۳ بر این اساس حتی قاضی حق حضور در جلسه معرفی کتاب همکارش را هم ندارد؛

(۳) در آخر، ترویج نص‌گرایی در میان قضات را پیشنهاد می‌کنم (پورمحمدی، ۱۴۰۲). اساساً کنشگری قضایی زمانی فرصت‌رخ‌نمایی پیدا می‌کند که قاضی می‌تواند با فاصله‌گیری از معنای ظاهری قانون، باورهای شخصی خود را به ما تحمیل کند. دقیقاً به همین دلیل است که جعفری‌تبار به قضات توصیه می‌کند با استفاده از ظرفیت «تفسیر»، قانون را مطابق با باورهای خود در آورید (جعفری‌تبار، ۱۳۸۸، ص ۱۱۳). متعهد ساختن قضات به معنای عرفی کلمات، بهترین درمان برای کنشگری قضائی است.

۱. «تجلیل از ۶ بخش برتر در حوزه حقوق شهروندی»، خبرگزاری ایسنا (۱۳۹۸/۲/۱۰).

2. Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States

(November/13/2023).

۳. ماده ۴، بند (ب).

منابع

۱. الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۹). *منطق حقوق: پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی*. ویرایش دوم، چاپ ۵. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲. امیدی، جلیل (۱۳۹۸). *تفسیر قوانین جزایی*. چاپ ۱، تهران: میزان.
۳. انصاری، باقر (۱۳۹۲). *نقش قاضی در تحول نظام حقوقی*. چاپ ۲، تهران: میزان.
۴. پورمحمدی، رضا (۱۴۰۲). *درآمدی بر تفسیر حقوقی*. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۵. پورمحمدی، رضا، محمد مهدی یوسفی و محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی (۱۴۰۰). «تأثیر پیشینه اجتماعی قضات بر آرای قضایی». *مطالعات حقوق خصوصی* ۵۱ (۳): ۲۷-۴۰۹.
۶. پورمحمدی، رضا و محمد مهدی یوسفی (۱۴۰۰). تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی. *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۶ (۱۱۹)، ۹۹-۱۱۹.
۷. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸). *فلسفه تفسیری حقوق*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. خمینی، سید روح الله (۱۳۸۹). *صحیفه امام*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۹. سمائی، مهدی، حبیب زاده، محمد جعفر (۱۴۰۱). «قاضی فضیلت مند؛ سهم فضیلت گرایی در نظریه قضاوت»، *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۶ (۱۱۸)، ص ۴۹-۷۴.
۱۰. سمائی، مهدی، حبیب زاده، محمد جعفر، نوبهار، رحیم (۱۴۰۲). «قاضی همچون نگهبان حق‌ها؛ جستاری درباره رویکرد حق محور به کنشگری قضایی»، *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۷ (۱۲۲)، ص ۱۵۹-۱۸۹.
۱۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴). تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۱۲. قیاسی، جلال الدین (۱۳۹۹). *روش تفسیر قوانین کیفری*. چاپ ۲، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹). *فلسفه حقوق*. چاپ ۳، تهران: گنج دانش.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). *حقوق خانواده*. چاپ ۶، تهران: گنج دانش.

۱۵. محقق داماد، سیدمصطفی، حسینی نسب، سیدمصطفی، پورمحمدی، رضا (۱۴۰۱).
اصول فقه تحلیلی؛ دفتر اول: تفسیر فقهی. قم: بوستان کتاب.
۱۶. «تجلیل از ۶ بخش برتر در حوزه حقوق شهروندی»، خبرگزاری ایسنا (۱۳۹۸/۲/۱۰).
www.isna.ir/news/98021005623/تجلیل-از-۶-بخش-برتر-در-حوزه-حقوق-شهروندی

17. Ackerman, Bruce. "The New Separation of Powers." *Harvard Law Review* 113, no. 3 (2000): 633–729. <https://doi.org/10.2307/1342286>.
18. Ake, Claude. "A Definition of Political Stability." *Comparative Politics* 7, no. 2 (1975): 271–83. <https://doi.org/10.2307/421552>.
19. Arner, Douglas W. *Financial Stability, Economic Growth, and the Role of Law*. New York: Cambridge University Press, 2007.
20. Barak, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*. Translated by Sari Bashi. Princeton: Princeton University Press, 2005.
21. Barber, N. W. "Prelude to the Separation of Powers." *The Cambridge Law Journal* 60, no. 1 (March 2001): 59–88. <https://doi.org/10.1017/S0008197301000629>.
22. Barendt, Eric. *An Introduction To Constitutional Law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 1998.
23. Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England: In Four Books*. Printed at the Clarendon Press, 1770.
24. Bono, Francesco. *The Value of the Stability of the Law: A Perspective on the Role of the Emperor in Political Crises*. Brill, 2018. https://doi.org/10.1163/9789004400474_005.
25. Canon, Bradley C. "Defining the Dimensions of Judicial Activism." *Judicature* 66 (1983 1982): 236.
26. Devlin, Patrick, Patrick Baron Devlin, and Patrick Devlin Bar. *The Judge*. Oxford University Press, 1979.
27. Douglas, William O. "Stare Decisis." *Columbia Law Review* 49, no. 6 (1949): 735–58. <https://doi.org/10.2307/1119147>.
28. Dworkin, Gerald. "Stare Decisis in the House of Lords." *The Modern Law Review* 25, no. 2 (1962): 163–78.
29. Eskridge, William. "Textualism, the Unknown Ideal?" *Michigan Law Review* 96, no. 6 (May 1, 1998): 1509–60.
30. Eskridge, William N. "All about Words: Early Understandings of the 'Judicial Power' in Statutory Interpretation, 1776-1806." *Columbia Law Review* 101, no. 5 (2001): 990–1106. <https://doi.org/10.2307/1123771>.
31. Friendly, Henry J. "The Gap in Lawmaking-Judges Who Can't and Legislators Who Won't." *Columbia Law Review* 63, no. 5 (May

- 1963): 787. <https://doi.org/10.2307/1120530>.
32. Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. Rev. ed., 15. print. A Yale Paperbound 152. New Haven: Yale Univ. Press, 1978.
33. Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 11th edition. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019.
34. Golightly, Cornelius L. "Ethics and Moral Activism." *The Monist* 56, no. 4 (1972): 576–86.
35. Gorsuch, Honorable Neil. "Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia." *Case Western Reserve Law Review* 66, no. 4 (January 1, 2016): 905.
36. Gwyn, William B. *The Meaning of the Separation of Powers: An Analysis of the Doctrine from Its Origin to the Adoption of the United States Constitution*. Tulane University, 1965.
37. Hagan, Sean. *Law and Financial Stability*. Edited by International Monetary Fund. INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2020.
38. Harlan, John M. *The Evolution of a Judicial Philosophy: Selected Opinions and Papers of Justice John M. Harlan*. Harvard University Press, 1969.
39. Hellman, Arthur. "Judicial Activism: The Good, the Bad, and the Ugly." *Mississippi College Law Review* 21 (January 1, 2002): 253.
40. Heydon, Dyson. "Judicial Activism and the Death of the Rule of Law." *Otago Law Review*, 2004. <https://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/journals/OtaLawRw/2004/2.html>.
41. Holland, Kenneth M., ed. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: Palgrave Macmillan, 1991.
42. Kmiec, Keenan D. "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism.'" *California Law Review* 92, no. 5 (2004): 1441–77. <https://doi.org/10.2307/3481421>.
43. Leonhardt, Hans. "The Nuremberg Trial: A Legal Analysis." *The Review of Politics* 11, no. 4 (1949): 449–76.
44. Lile, W. M. "Some Views on the Rule of Stare Decisis." *Virginia Law Review* 4, no. 2 (1916): 95–113. <https://doi.org/10.2307/1063617>.
45. Marmor, Andrei. *Law in the Age of Pluralism*. 1st edition. New York: Oxford University Press, 2007.
46. O'Connor, Robert E. "Political Activism and Moral Reasoning: Political and Apolitical Students in Great Britain and France." *British Journal of Political Science* 4, no. 1 (1974): 53–78.
47. Popkin, William. "The Collaborative Model of Statutory Interpretation." *61 Southern California Law Review* 541 (1988), January 1, 1988. <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/907>.
48. Roosevelt, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. New Haven, Conn. London: Yale University Press, 2006.
49. Scalia, Antonin, and Bryan A. Garner. *Reading Law: The Interpretation*

- of *Legal Texts*. 1st edition. St. Paul, MN: West, 2012.
50. Schmidhauser, John R. "Stare Decisis, Dissent, and the Background of the Justices of the Supreme Court of the United States." *The University of Toronto Law Journal* 14, no. 2 (1962): 194–212. <https://doi.org/10.2307/825322>.
51. Sempill, Julian. "The Rule of Law and the Rule of Men: History, Legacy, Obscurity." *Hague Journal on the Rule of Law* 12, no. 3 (December 1, 2020): 511–40. <https://doi.org/10.1007/s40803-020-00149-9>.
52. Semwal, M. M., and Sunil Khosla. "Judicial Activism." *The Indian Journal of Political Science* 69, no. 1 (2008): 113–26.
53. Siegel, Jonathan R. "Textualism and Contextualism in Administrative Law." *Boston University Law Review* 78 (1998): 1023.
54. Tanguiane, Andranick S. *Analytical Theory of Democracy: History, Mathematics and Applications*. Studies in Choice and Welfare. Cham, Switzerland: Springer, 2020. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-39691-6>.
55. Van Alstyne, William. "Clashing Visions of a 'Living' Constitution: Of Opportunists and Obligationists." *2010-2011 Cato Supreme Court Review 13-26 (2011)*, January 1, 2010. <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1620>.
56. Vile, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2nd ed. edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.
- Whitney, Edward B. "The Doctrine of Stare Decisis." *Michigan Law Review* 3, no. 2 (1904): 89–107. <https://doi.org/10.2307/1272790>.