

## قاضی همچون نگهبان حق‌ها؛ جستاری دربارهٔ رویکرد حق محور به کنشگری قضایی<sup>۱</sup>

مهدی سمائی صحنه‌سرائی\*، محمدجعفر حبیب‌زاده\*\*

### چکیده

دو تصوّر از نقش قاضی در جامعهٔ سیاسی را می‌توان در تقابل با هم نهاد: قاضی کنشگر و قاضی خوددار. قاضی کنشگر از منصب قضا فرصتی برای تحقق آرمان‌های اجتماعی مانند پاسداری از حق‌های مردم و عدالت اجتماعی می‌سازد. در مقابل، قاضی خوددار تا حد ممکن می‌کوشد با رویکرد متن‌گرایانه قانون را اعمال کند و از کنشگری در جهت تحقق آرمان‌های اجتماعی بپرهیزد. مقالهٔ پیش‌رو چهارچوبی نظری برای فهم کنشگری قضایی مهیا می‌کند. کنشگری قضایی، مخاطراتی مهم دارد و ممکن است به ارزش‌های مهم حقوقی مانند تفکیک قوا و دموکراسی لطمه برساند. با این همه، مقاله استدلال می‌کند تحت شرایطی می‌توان از قسمی کنشگری قضایی مشروع سخن گفت. به این منظور، ناگزیریم دربارهٔ جهت کنشگری و زمینهٔ سیاسی آن بیندیشیم. در نهایت، مقاله با روش هنجاری نشان می‌دهد که موجه است قاضیان با رعایت موازین در برابر «جنگ قانون‌گذار علیه حکومت قانون» بایستند و کنشگرانه از حق‌های مردم پاسداری کنند. واژگان کلیدی: کنشگری قضایی، جنگ قانون‌گذار علیه حکومت قانون، پاسداری از حق‌ها، قانون‌مداری

۱. این مقاله برگرفته از رسالهٔ دورهٔ دکتری تخصصی نویسندهٔ مسئول تحت عنوان «جدال قانون‌گرایی و عدالت‌طلبی در تجربهٔ زیستهٔ قضات کیفری ایران» با راهنمایی آقای دکتر محمدجعفر حبیب‌زاده و مشاورهٔ آقای دکتر محمد فرجیها و آقای دکتر رحیم نوبهار در دانشگاه تربیت مدرس است.

\* دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسندهٔ مسئول)  
mahdi.samaei1982@gmail.com

\*\* استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران  
habibzam@modares.ac.ir

## مقدمه

دو تلقی از «نقش قاضی» در جامعه را می‌توان در مقابل هم قرار داد: قاضی کنشگر<sup>۱</sup> در مقابل قاضی خودمهار یا خوددار.<sup>۲</sup> اگر قاضی علاوه بر قانون در پی تحقق عدالت اجتماعی یا عدالت ترمیمی یا عدالت حل مسئله یا هر روایت دیگری از عدالت باشد، به «کنشگری» رو می‌آورد. در مقابل اگر قاضی با فهمی متن‌گرایانه از کار قضایی خود را اصولاً سخنگوی قانون‌گذار بشمرد، «خودداری» پیشه می‌کند و می‌کوشد به ایده‌آل «داور بی طرف» نزدیک‌تر شود. در غرب دو اصطلاح «کنشگری قضایی» و «خودداری قضایی» بیشتر در بافت حقوق اساسی به کار می‌رود. با این حال، می‌توان از منطق این مفهوم‌ها به خوبی برای فهم‌پذیر کردن برخی از گرایش‌های اصلی در دیگر حیطه‌های قضاوت نیز بهره برد.

در میان قاضیان معروف هم قاضیان کنشگر وجود دارند و هم قضات خوددار. قاضی کنشگر از شغل قضایی فرصتی برای تحقق آرمان عدالت می‌سازد، در حالی که قاضی خوددار به اعمال قانون بسنده می‌کند و محتاط است مبادا جایگاه قانون‌گذار را غصب کند. وقتی قاضی کنشگر در پی آرمان‌های عدالت اجتماعی باشد، ناگزیر از نقش سنتی «داور بی طرف» فراتر می‌رود. همین نکته درباره قاضی ترمیمی و قضاوت حل مسئله نیز صدق می‌کند. پیگیری هر یک از این نظریه‌های عدالت در کار قضایی، مستلزم میزانی کنشگری است. با این همه، کنشگری قضایی یک مفهوم بسیار مسئله‌دار است، مخاطراتی مهم دارد و ممکن است با ارزش‌های مهمی مانند قانون‌مداری<sup>۳</sup>، تفکیک قوا، دموکراسی و بی طرفی در تزاخم قرار گیرد. در این مقاله مفهوم پیچیده کنشگری قضایی را مطالعه می‌کنیم و به مخاطراتش می‌اندیشیم. این اندیشیدن به نوبه خود کمک می‌کند درباره نقش قاضیان در جامعه سیاسی تأمل کنیم.

اصطلاح «کنشگری قضایی» ابتدا در فضای عمومی طرح شد و سپس به محیط دانشگاهی راه یافت. این عبارت توسط آرتور شلزینجر<sup>۴</sup> در سال ۱۹۴۷ وضع شد. شلزینجر اصطلاح «کنشگری قضایی» را برای توصیف گرایش تفسیری دادگاه عالی ایالات متحده به کار برد. او نه «انسان

1. activist judge

۲. ما در مقاله تعبیر judicial self-restraint را به «خودمهاری قضایی» یا «خودداری قضایی» برمی‌گردانیم. اگرچه ترجمه این اصلاح به «خویشتنداری قضایی» مانوس‌تر است، اما از آنجا که «خویشتنداری» ظهور در یک فضیلت اخلاقی در نظریه فضیلت‌گرا دارد، معادل‌های مذکور را ترجیح دادیم.

۳. در این متن اصطلاح «قانون‌مداری» را به معنایی مترادف با «روایت شکلی از حکومت قانون» به کار می‌بریم. در شماره ۵ همین مقاله تفاوت میان روایت شکلی و ماهوی از «حکومت قانون» شرح داده می‌شود.

4. Arthur Schlesinger (1917-2007)

دانشگاهی» بلکه یک نویسنده، روزنامه‌نگار و منتقد اجتماعی بود و در مجله‌های عامه‌پسند نیز مطلب می‌نوشت. به زبان رایج در ایران، می‌توانیم او را یک روشنفکر در فضای عمومی بشمریم. بنابراین با اصطلاحی روبرویم که در فضای عمومی خلق شد و سپس دانشگاهیان ظرفیت‌های آن را دریافتند و به متون علمی منتقل کردند. از نیمه‌دهه ۱۹۵۰ مقاله‌های علمی درباره‌ی کنشگری قضایی نوشته شدند. در سال ۱۹۵۹ اصطلاح «کنشگری قضایی» برای اولین بار در یک رأی قضایی به کار رفت. اما رفته‌رفته این اصطلاح چنان در نوشته‌های علمی فراگیر شد که برای مثال در دهه ۱۹۹۰ در ۳۸۱۵ مقاله علمی مورد استفاده قرار گرفت (Kmiec, 2004: 1442-1452. Roux, 2021).

اگرچه کنشگری قضایی مخاطراتی مهم نیز دارد که به آن می‌پردازیم، اما مقاله استدلال می‌کند که می‌توان تحت شرایطی از کنشگری قضایی مشروع نیز سخن گفت. به این منظور، دست‌کم باید به دو نکته بیندیشیم: یکی جهت و دیگری زمینه سیاسی آن. کنشگری قضایی موجه به سمت پاسداری از حق‌های شهروندان جهت می‌گیرد. پس جهت کنشگری اهمیت دارد، اما علاوه بر آن زمینه کنشگری هم مهم است. مناسب است از کنشگری قضایی، فهمی از حیث سیاسی زمینه‌مند بیروانیم، از جمله به این معنا که هرچه نظام سیاسی اقتدارگراتر باشد، کنشگری قضایی حق‌محور نیز موجه‌تر است. مقاله بررسی خود را به کنشگری حق‌محور محدود می‌کند و به مسائل مهم مانند کنشگری ترمیمی، کنشگری حل مسئله و کنشگری برای تحقق عدالت اجتماعی نمی‌پردازد. برای شروع تفکر درباره‌ی کنشگری قضایی باید درباره‌ی واژه «کنشگری» بیندیشیم. این تأمل کمک می‌کند به فهم وجوه مسئله‌مند کنشگری قضایی نزدیک شویم.

### ۱. کنشگری قضایی؛ بحث واژه‌شناسانه

اصطلاح «کنشگری قضایی» از دو جزء تشکیل شده است: کنشگری و قضایی. ملاحظات واژه‌شناسانه درباره‌ی این دو جزء، شروع خوبی برای فهم این اصطلاح است. واژه‌نامه کمبریج این تعریف را برای «کنشگری» پیش نهاده است: «استفاده از کنش مستقیم و توجه‌برانگیز برای دستیابی به نتیجه‌ای معمولاً سیاسی یا اجتماعی». <sup>۱</sup> همین واژه‌نامه، تعریف مفید دیگری هم به دست داده: «استفاده از روش‌های مستقیم و عمومی به منظور تحقق تغییرات خاص اجتماعی یا سیاسی که دلخواه شما و دیگران است». در واژه‌نامه آکسفورد این تعریف را برای «کنشگری» می‌یابیم: «فعالیتی برای دستیابی به تغییر سیاسی یا اجتماعی، به ویژه به عنوان عضو سازمانی با اهداف خاص». <sup>۲</sup> بنابراین، جدا از تفاوت‌های ظریف، مراد از «کنشگری» نسبتاً روشن است. وقتی از کنشگری حرف

1. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/activism>

2. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/activism?q=activism>

می‌زنیم، در واقع از فعالیت سیاسی و اجتماعی برای تغییر سخن می‌گوییم. کنشگر بودن، به تعبیر رایج‌تر در زبان فارسی، قسمی فعال سیاسی و اجتماعی بودن است. به همین دلیل، در «فرهنگ معاصر پویا» این معادل‌ها برای «activist» پیشنهاد شده است: «فعال سیاسی، کوشنده (سیاسی)، فعال» (باطنی و دستیاران، ۱۳۹۹). معادل‌های پیشنهادشده در «فرهنگ معاصر هزاره» نیز این‌هاست: «(سیاسی) طرفدار فعال، حامی فعال، اهل مبارزه» (حق‌شناس و دستیاران، ۱۳۸۷). به معنای بالا، هر شخص ممکن است کنشگر باشد. یک شهروند، یک کارگر، یک فعال صنفی، یک منتقد سیاسی، یک مهاجر، یک معلم، یک نماینده مجلس، یک وکیل، و یک قاضی ممکن است در صحنه سیاسی و اجتماعی «کنشگری» کند و برای تحقق آرمانی سیاسی و اجتماعی بکوشد. اما وقتی از «کنشگری قضایی»، یا *judicial activism*، حرف می‌زنیم، مرادمان کنشگری و فعالیت سیاسی و اجتماعی توسط قاضیان یا مقامات قضایی است.<sup>۱</sup> اکنون که با واژه «کنشگری» آشنا شدیم، فضا برای تعریف اصطلاح «کنشگری قضایی» مهیاتر است.

## ۲. کنشگری قضایی؛ نگاه مفهوم‌شناسانه

اصطلاح «کنشگری قضایی» به چه معناست؟ پیش از تعیین مراد، باید تصدیق کنیم که با مفهومی تا حدی گنگ و مبهم روبرویم و معلوم نیست بتوان آن را به‌مثابه یک مفهوم حقوقی دقیق صورت‌بندی کرد (Coutinho, 2015, v. Green, 2009: 1197). نویسندگان مختلف معناهای متفاوتی از این اصطلاح مراد می‌کنند و در مورد آن ارزیابی‌های یکسانی نیز ندارند. حتی برخی از پژوهشگران ترجیح می‌دهند از اصطلاح «کنشگری قضایی» استفاده نکنند و مفاهیم دقیق‌تری به کار برند (Alexander, 2015: 15). با این همه، دقت باید کرد که مهم‌ترین و حیاتی‌ترین مفاهیم زندگی ما به ابهام و دچارند. برای مثال می‌توان این‌ها را برشمرد: دموکراسی، حکومت قانون و حق. از هر یک از این مفاهیم، پرشمار فهم‌های متفاوت وجود دارد، اما این باعث نشده آن‌ها را کنار بگذاریم. این نکته درباره کنشگری قضایی نیز صدق می‌کند (Sowell, 1989: 1). به نظر ما، پژوهش جدی می‌تواند دلیرانه با مفهومی مانند «کنشگری قضایی» دست‌وپنجه نرم کند و از آن برای فهم‌پذیرکردن تجربه قاضیان بهره بگیرد، بدون اینکه تعریفی تقلیل‌گرا از آن پیش نهد.

۱. البته «مقام قضایی» در نظام‌های حقوقی مختلف، مصادیق متفاوتی دارد. در نظام حقوقی انگلیسی - آمریکایی، دادستان و مقامات تعقیب «مقام قضایی» شمرده نمی‌شوند. بنابراین، «کنشگری قضایی» به قضات محاکم اختصاص دارد. در ایران دادستان، بازپرس و دادیار نیز «مقام قضایی» به شمار می‌آیند. بنابراین، از این حیث، تصمیم‌های آنان را نیز می‌توان مصداق کنشگری قضایی شمرد.

راهبرد ما در این قسمت این است که برای آشنایی با مفهوم، تعریف‌های آن در متون مختلف را ذکر کنیم. با فرهنگ حقوقی بلک شروع می‌کنیم که «کنشگری قضایی» را به قسمی «فلسفهٔ تصمیم‌گیری قضایی» تعریف می‌کند که طبق آن «قاضیان روا می‌دارند که نظرات شخصی آنان دربارهٔ سیاست عمومی، در کنار باقی مؤلفه‌ها، آراءشان را هدایت کند» (Black's Law Dictionary, 2009). در مقابل، «خودداری قضایی» اینگونه تعریف شده: «قسمی فلسفهٔ تصمیم‌گیری قضایی که به موجب آن قاضیان از تمکین از اعتقادات شخصی‌شان دربارهٔ خیر عمومی می‌پرهیزند و در عوض صرفاً می‌کوشند قانون را همان‌طور که تصویب شده اعمال کنند» (Black's Law Dictionary, 2009). پس قاضی کنشگر نگاهش به عدالت، انصاف، اخلاق یا شریعت را در تصمیم‌گیری دخالت می‌دهد. طبق تعریف دیگر، «قاضیان کنشگر آنانی‌اند که در پرونده‌ها به شیوه‌ای تصمیم می‌گیرند که ارتباطی پذیرفتنی با قانونی ندارد که وانمود به اعمال آن می‌کنند» (Barak, 2006: 267).<sup>۱</sup> از این منظر، قضات کنشگر گویا به نگاه خود لباس قانون می‌پوشانند. طبق تعریف دیگر، قاضی کنشگر بنا بر ملاحظات اخلاقی یا سیاسی یا دینی، یا بنا بر ملاحظات حقوقی غیر مرسوم، با فاصله‌گیری از روش حقوقی متعارف گویی از «اعمال‌کنندهٔ قانون» فراتر می‌رود و برای این پرونده «قانون‌گذاری» می‌کند. این تصوّر از «قاضی کنشگر» به مثابهٔ «قاضی قانون‌گذار» از ریشه‌شناسی واژهٔ activism هم به دست می‌آید که در Auctoritas ریشه دارد و خود این واژهٔ اخیر از augere گرفته شده است. از جمله یعنی افزودن قاعده‌ای به مجموعهٔ قوانین موجود (La Torre, 2015: 3-4). به این معنا، قاضی کنشگر نگاه خود به عدالت و سیاست را بر نگاه قانون‌گذار ترجیح می‌دهد. بر این اساس، رأی کنشگرانه یعنی رأیی که در موردش این ظن وجود دارد که مبتنی بر ملاحظات شخصی و سیاسی باشد نه قانون موجود. باز طبق تعریف دیگر، قاضی کنشگر به فصل خصومت بسنده نمی‌کند و به خلق سیاست اجتماعی مبادرت می‌ورزد (Holland, 1991: 1).

پیش از اینکه تعریف‌های مفصل‌تر را ذکر کنیم، تا همین جا نیز قابل پیش‌بینی است که بسیاری از نظریه‌پردازان نگاهی از حیث ارزش‌داورانه منفی به کنشگری قضایی داشته باشند. از نظر آنان واضح به نظر می‌رسد که قاضی نباید نگاه شخصی خودش را بر مردم تحمیل کند، زیرا در این صورت به جای «حکومتِ قوانین» با «حکومتِ قاضیان» روبرویم، و این حکومت لاجرم سلطه‌گرانه است. این نکته را به تفصیل شرح خواهیم داد. این نگاه منفی به کنشگری قاضیان البته در سالیان اخیر دیگر

۱. این تعریف از رابرت بورک است که آن را از کتاب باراک نقل کردیم.

مثل سابق همه گیر نیست. با این همه، این نگاه باعث شده که برخی از نظریه پردازان از تعریف‌های بالا فاصله بگیرند و تعریف‌هایی همدلانه از کنشگری پیش نهند. اینان ترجیح نگاه شخصی بر حکم قانون را نه قضاوت کنشگرانه بلکه «قضاوت بد» می‌دانند و کوشیده‌اند تعریفی از کنشگری قضایی پیش نهند که از حیث ارزش داورانه منفی نباشد و با اقتضائات قضاوت خوب سازگار باشد. از جمله گفته شده کنشگری قضایی به معنای گرایش قضایی - آگاهانه یا ناخودآگاه - برای دستیابی به موازنه شایسته میان ارزش‌های اجتماعی متعارض (مانند حق‌های شخصی و نیازهای جمعی، آزادی یکی در مقابل آزادی دیگری، اختیارات یک شاخه از حکومت در مقابل شاخه دیگر) از طریق تغییر قانون موجود است (بی اعتبار ساختن قانون مغایر با قانون اساسی، بی اعتبار ساختن آیین نامه مغایر با قانون، عدول از سابقه قضایی) یا ایجاد قانون جدیدی که بیشتر وجود نداشت (از طریق تفسیر قانون اساسی یا عادی). در مقابل خودداری قضایی از قانون موجود محافظت می‌کند (Barak, 2006: 271). برخی از نظریه پردازان نیز اگرچه همچنان معنایی منفی برای کنشگری قضایی قائل اند، اما مفاهیمی بدیل پرورنده‌اند که ضمن برخی شباهت‌ها به ضعف‌های نظریه قاضی کنشگر دچار نشود. مهم‌ترین مفهوم بدیل، «قضاوت آرمان‌گرایانه»<sup>۱</sup> است. قاضی آرمان‌گرا در حدود قانون و گستره آزادی عمل قضایی می‌کوشد آرمان‌های اجتماعی را محقق سازد (Hansford, 2014: 17-19).

به یک تعریف‌های مفصل‌تر برسیم. یکی از نویسندگان کنشگری قضایی را بر اساس شش محور تعریف کرده است (Barak, 2006: 268-269).<sup>۲</sup> یکم: اکثریت‌گرایی؛<sup>۳</sup> بر این اساس، هرچه قاضی سیاست‌های اتخاذشده توسط فرایندهای دموکراتیک را بیشتر نقض کند، کنشگرتر است و هرچه از سیاست‌های مذکور بیشتر تمکین کند، خودمهارتر است. دوم: ثبات تفسیری؛ بر این اساس، هرچه قاضی آموزه‌ها و تفاسیر پیشین را بیشتر تغییر دهد، کنشگرتر است و هرچه در آموزه‌ها و تفاسیر پیشین کمتر دخل و تصرف کند، خودمهارتر است. سوم: تفسیر وفادارانه؛ بر این اساس، هرچه قاضی به قصد واضح قانون‌گذار و معنای متعارف واژه‌های قانون وفادارتر باشد، خودمهارتر است و هر چه

### 1. cause judging

این مفهوم از روی مفهوم cause lawyering ساخته شده که در ادامه توضیح داده می‌شود.

۲. این دسته‌بندی از آن بردلی کنن است که از منبع مذکور نقل شد. برخی نیز روایتی دیگر از مؤلفه‌های کنشگری به دست داده‌اند. برای مثال، متن زیر کنشگری قضایی را بر اساس این پنج مؤلفه تعریف کرده است: یکم: ابطال اعمال مسلماً قانونی دیگر قوا؛ دوم: نادیده گرفتن سابقه قضایی؛ سوم: قانون‌گذاری قضایی؛ چهارم: عدول از روش تفسیری پذیرفته شده. و در نهایت، مؤلفه پنجم: قضاوت نتیجه‌گرا. نک: (Kmicc, 2004: 1463-1476).

### 3. majoritarianism

این وفاداری کم شود، کنشگرتر است. چهارم: ماهیت‌گرایی؛ بر این اساس، هرچه دادگاه بیشتر در پی اثرگذاری بر سیاست‌گذاری ماهوی باشد، کنشگرتر است و در غیر این صورت، خودمهارتر. پنجم: تعیین سیاست؛ بر این اساس، هرچه قاضی خودش به تعیین سیاست‌گذاری پردازد به جای آنکه آن را به نهادهای دموکراتیک بسپرد، کنشگرتر است.

دقت به این نکته اهمیت بنیادی دارد که اگرچه قاضی کنشگر از «روش حقوقی متعارف» فاصله می‌گیرد، اما همچنان در محدوده «عقل عملی»<sup>۱</sup> است. مراد از عقل عملی همان قابلیت عام انسان‌ها برای حل مسائل عملی است (Wallace, 2020). در این مورد، عقل برای عمل یا اجتناب از عمل دلیل به دست به می‌دهد، برخلاف عقل نظری که ناظر به باورها - و نه اعمال - است. دلایل عملی دو دسته‌اند: دلایل خصوصی<sup>۲</sup> و دلایل غیرخصوصی. دلایل خصوصی دلایلی‌اند که شخص برای نفع خود یا نزدیکان به رفتار مبادرت می‌ورزد. واضح است که این دلایل نباید در قضاوت اثر بگذارند و قاضی عمل‌کننده طبق آن‌ها «قاضی کنشگر» نیست. برای مثال، وقتی قاضی در ازای رشوه از روش متعارف فاصله می‌گیرد، نه قاضی کنشگر بلکه قاضی فاسد است. قاضی کنشگر به دلایل غیرخصوصی، مانند دلایل اخلاقی، توجه می‌کند (Brand-Ballard, 2010: 19-20).<sup>۳</sup> در بحث از فضیلت‌های قضایی در سنت کامن‌لا، این ارتباط بین عقل و عدالت مهم شمرده می‌شود و قاضی باید به واسطه عقل قضایی قانون را در جهت عدالت قرار دهد (Edlin, 2010: 101-104) (سمائی و همکاران، ۱۰۴۱: ۵۷-۵۸).

### ۳. وجوه مسئله‌مند کنشگری قضایی

کنشگری قضایی امری مسئله‌مند است. برای فهم وجوه مسئله‌مند آن کمی به عقب بر می‌گردیم و کنشگری قضایی را با کنشگری اعضای باقی گروه‌های مقایسه می‌کنیم. این مقایسه کمک می‌کند وجوه مسئله‌مند کنشگری قضایی را بهتر دریابیم. با کنشگری شهروندان آغاز کنیم. در میان نظریه‌های مختلف سیاسی، جمهوری‌خواهی نظریه‌ای پخته درباره‌ی فعالیت سیاسی و اجتماعی شهروند پرورنده است. بر این اساس، زندگی خوب یا شکوفا مستلزم مشارکت سیاسی - به میزانی اساسی - است و شهروند فضیلت‌مند از فعالیت سیاسی و اجتماعی برای تحقق خیر مشترک دست بر نمی‌دارد (Costa, 2004). بنابراین «کنشگری» سیاسی و اجتماعی برای شهروندان پسندیده است،

1. practical reason

2. private reasons

۳. همچنین در کتاب زیر به دقت کاربست عقل عملی در استدلال قضایی بررسی شده و رابطه آن با «رتوریک»

سنجیده شده. نک: (La Torre, 2007: 45-49).

البته به این شرط اینکه برای خیر عمومی باشد نه مثلاً برای سلطه بر دیگران. برای مثال، فعالیت سیاسی طرفداران فعال حزب نازی در آلمان نیز بی شک قسمی «کنشگری» است، اما به جای خیر مشترک به سمت سلطه بر یهودیان و مخالفان جهت‌گیری کرده است. پس پسندیده است که شهروند به گونه‌ای دموکراتیک برای تحقق عدالت اجتماعی بکوشد. نظیر همین نکته، درباره برخی از مشاغل هم صدق می‌کند. مثلاً هیچ مشکل خاصی وجود ندارد که نماینده مجلس با رعایت موازین دموکراسی برای تحقق خیر عمومی تلاش کند. اما در برخی از مشاغل، بنا بر ویژگی‌های خاص‌شان، کنشگری مسائل بیشتری ایجاد می‌کند. برای مثال می‌توان یک معلم زیست‌شناسی را در نظر گرفت که گرایش شدید دینی دارد و روایت داروینی از پیدایش انسان را مخالف با وحی الهی 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؟ اگر او صرفاً یک شهروند بود، می‌توانستیم بگوییم - از حیث حقوقی - حق دارد به کنشگری مذهبی مبادرت ورزد و اعتقادات دینی را تبلیغ کند. اما اکنون که معلم زیست‌شناسی است، طبیعتاً باید آموزه‌های علمی پذیرفته شده را به دانش‌آموزان منتقل کند. در این مورد، خود شغل معلمی محدودیت‌هایی خاص بر کنشگری قابل قبول وارد می‌کند.

در مشاغل حقوقی نیز کنشگری مسائل خاصی برمی‌انگیزد. در مورد وکلا، در ادبیات مربوط به «بسیج حقوقی<sup>۱</sup> و جنبش‌های اجتماعی»، تعداد زیادی کتاب و مقاله نوشته شده است. «بسیج حقوقی عبارت است از تلاش‌های دادخواهانه‌ای که به صورت جمعی برای ایجاد تغییرات اجتماعی صورت می‌گیرد» (عظیمی، ۱۳۹۸). در این راستا، وکیلان کنشگر، یا به تعبیر رایج‌تر در نوشته‌های انگلیسی‌زبان: وکلای آرمان‌خواه، از «قانون و حقوق برای دفاع از افراد و گروه‌ها در مقابل سرکوب دولت» و جهت «پیشبرد اهداف جنبش‌های اجتماعی و سیاسی خاص» استفاده می‌کنند (عظیمی، ۱۳۹۸: ۱۷۳). جنبش‌های دادخواهی سهم مهمی در آگاهی مردم از بی‌عدالتی‌ها و مقاومت در برابر ظلم داشته‌اند (Sarat and Scheingold, 2006: 16). وکالت آرمان‌خواهانه، به رغم نقش مهم‌اش در جنبش‌های اجتماعی، مسائل خاصی ایجاد می‌کند که به تفصیل در نوشته‌های مرتبط بررسی شده است.

مسئله‌مند بودن کنشگری سیاسی و اجتماعی در شغل قضاوت به اوج می‌رسد. اینکه مقام قضایی از قضاوت برای تغییر یا اصلاح سیاسی - اجتماعی استفاده کند، مسائل مهمی را پیش می‌کشد. کنشگری قضایی از این حیث مسئله‌مند است که طیفی از مهم‌ترین ارزش‌های حقوقی - سیاسی

1. legal mobilization



مدرن مانند تفکیک قوا، دموکراسی، و قانون‌مداری را تهدید می‌کند. این ویژگی باعث شده که بسیاری از نویسندگان واژه «کنشگری قضایی» را به عنوان برجستگی منفی به کار برند. در واقع، واژه «کنشگری قضایی» به عنوان یک برجستگی منفی خلق شد و این اصطلاح برای خود آرتور شلزنینجر حاوی قسمی ارزش‌دواری منفی بود. او با نامیدن دادگاه عالی به مثابهٔ دادگاهی «کنشگر» می‌خواست مشی آن را مذمت کند. بنابراین، کنشگری قضایی ابتدا در فضای عمومی به عنوان برجستگی منفی به وجود آمد. هنوز هم این فهم منفی رواج دارد، با این همه طیفی از نویسندگان نیز برای کنشگری قضایی کارکردهای مثبتی قائل‌اند.<sup>۱</sup> اکنون نیز بسیاری از افراد وقتی می‌خواهند بگویند قاضی بد است یا مخالفت خود را با او اعلام کنند، می‌گویند «او قاضی کنشگر است» (Ditto, 2012: 357).

برای فهم دقیق‌تر و جوه مسئله‌مند کنشگری قضایی، رابطهٔ آن با برخی از ارزش‌های مهم مدرن را می‌سنجیم. بعد به برخی از مخاطرات کنشگری قضایی عدالت‌خواهانه نیز اشاره می‌کنیم.

### ۱-۳. کنشگری قضایی و ارزش‌های حقوق مدرن

با ارزش مهم تفکیک قوا<sup>۲</sup> شروع می‌کنیم. دموکراسی بر تفکیک قوا مبتنی است و بدون تفکیک قوا دموکراسی هم وجود ندارد (قاضی، ۱۳۸۷: گفتار هفتم). اصل تفکیک قوا، دو سویه دارد و از پنج وجه نهادی تشکیل شده است. تفکیک قوا از یک سو به معنای تفکیک کارکردی نظام حقوقی - سیاسی از باقی خرده‌نظام‌های اجتماعی، به ویژه نظام‌های مذهبی، اخلاقی و اقتصادی است و از سوی دیگر مراد از آن تنظیم قانونی کارکردهای متمایز دولت در قلمرو قانون‌گذاری و اجرا است. جنبه‌های نهادی آن عبارتند از: یکم: تعیین حدود برای قدرت سیاسی و اجرایی از طریق تفکیک میان حوزه عمومی و خصوصی. دوم: تفکیک نهادهای تقنینی از نهادهای اجرایی. سوم: برتری قدرت تقنینی و در نتیجه برتری اصل قانون‌مداری. چهارم: وظیفهٔ قدرت تقنینی به رعایت حق‌های اشخاص. پنجم: استقلال قضایی (Zolo, 2007: 26-29).

مرتبط با بحث ما، ایده این است که اگر قدرت قانون‌گذاری، اجرای قانون و قضاوت یک‌جا جمع شود، حکمرانی خودسرانه پدید می‌آید و آزادی از دست می‌رود (Barak, 2006: 35-36). در نظام‌های مبتنی بر تفکیک قوا، نقش قاضی «اعمال قانون»<sup>۳</sup> است نه «ایجاد»<sup>۴</sup> آن (La Torre, 2007: 61). مجلس قانون‌گذاری می‌کند و قاضی وظیفه دارد قانون از پیش موجود را «اعمال» کند. «تفکیک قوا

۱. نویسندگان مهمی در فصل‌های مختلف کتاب جالب زیر دربارهٔ «کنشگری قضایی» نوشته‌اند. برخی از فصل‌ها نگاه منفی و برخی تحت شرایطی نگاه مثبت به کنشگری قضات دارند. رک: (Coutinho et al, 2015).

2. separation of powers

3. application

4. creation

به این معناست که قوه قانون‌گذارانه‌ای وجود دارد که اراده آن قانون‌حاکم بر جامعه‌ای معین را تعیین می‌کند. قانون بیان اراده مردم از خلال تصمیمات مقنن است». قاضی باید به این احترام بگذارد و کلام قانون‌گذار را ادا کند نه اینکه ایده‌های خودش را بر زبان بیاورد (Perelman, 1980: 136). اما به نظر می‌رسد قاضی کنشگر دقیقاً همین اصل مهم را نقض می‌کند. او گویا به جای «اعمال قانون»، در محکمه «قانون‌گذاری» می‌کند و نگرش خود را به مثابه قانون جا می‌زند. پس از این حیث تفکیک قوا را نقض می‌کند و به معنای دقیق واژه به «غصب»<sup>۱</sup> جایگاه مقنن مبادرت می‌ورزد. اگر بر اساس نظریه تفکیک قوا به قاضی کنشگر و پاسخگو بنگریم، چه بسا شخصی «غاصب» را ببینیم که به طور نامشروع جایگاه مقنن را تحت استیلا گرفته است (Ribeiro, 2015: 43. Sourdin and Zariski, 2018: 5).

با این همه، هم تفکیک قوا و هم کنشگری قضایی مفاهیمی پیچیده‌اند. این امکان وجود دارد روایت‌هایی از تفکیک قوا و کنشگری قضایی پرورانده شود که در پرتو آن‌ها قاضی کنشگر را در حال غصب جایگاه مقنن ببینیم. برای مثال دیدیم که تعریف باراک از کنشگری با تفکیک قوا لزوماً ناسازگار نیست. نظریه تفکیک قوا، خودش هم تفسیرپذیر و سیال است. فهم‌های ساده از مونتسکیو، که در نظریه تفکیک قوا جایگاه برین دارد، چنین وانمود می‌کنند که از نظر او قاضی صرفاً باید سخنگوی مقنن باشد، بدون اینکه از خودش سخنی بگوید. اما خوانش‌های عمیق‌تر نشان می‌دهند ریشه توسعه قدرت قضایی در جهان مدرن را از قضا باید در خود مونتسکیو جست. به درستی گفته شده «اساس‌گرایی قانونی<sup>۲</sup> مونتسکیو و میراث آمریکایی او، منابع اصلی قوه قضائیه قدرتمندی‌اند که اکنون در نظریه و کنش لیبرال محوریت دارد، و این سیاست قضایی شده مستقیماً به تصورات بنیادین ما از آزادی، قانون، و حق‌ها شکل می‌دهد» (Carrese, 2003: 2). بی‌تردید گاهی کنشگری قضایی سوئه غاصبانه می‌یابد، اما در چهارچوب فهم غنی از نظریه تفکیک قوا می‌توان از قسمی کنشگری مشروع نیز حرف زد. در این متن از سوئه‌های مشروع کنشگری قضایی دفاع می‌کنیم.

مرتبط با تفکیک قوا، به رابطه کنشگری و «نقش قضایی»<sup>۳</sup> می‌رسیم. قاضی در جامعه سیاسی چه وظیفه‌ای دارد؟ ارزیابی کنشگری تابعی از نقش قاضی در جامعه سیاسی است (Barak, 2006: xii). گفته شد که طبق اصل مهم تفکیک قوا، پاسخ این است: اعمال قانون نه ایجاد آن. احتمالاً هیچ نظریه‌هنجاری مهمی نتوان یافت که سهمی مهم برای قانون در قضاوت در نظر نگرفته باشد. با این

1. usurp  
2. constitutionalism  
3. judicial role

همه، اندیشه‌ی جدی درباره‌ی نقش قاضی چند نکته‌ی مهم را بر ملا می‌کند. اول اینکه وقتی از «اعمال قانون» حرف می‌زنیم، دقیقاً مرادمان از «قانون» چیست؟ اگر اراده‌ی حاکم با حقوق بنیادین بشر مغایر باشد، «قانونیت» دارد؟ بر فرض که اراده‌ی مقنن به رغم مغایرت با حقوق بشر همچنان «قانونیت» داشته باشد، آیا قاضی تکلیفی به اعمال چنین قانونی دارد؟ این پرسش‌های ریشه‌دار هنوز تازه‌اند و قسمی تأمل انتقادی درباره‌ی قانون دولتی را ممکن می‌سازند. بنابراین، چیستی قانون خودش یک مسئله‌ی مهم است (Ribeiro, 2015: 32-40). به علاوه، اگرچه از حیث کاربردی می‌توان تفکیکی میان «اعمال قانون» و «اجرای قانون» قائل شد، اما با نگاه عمیق‌تر مرز میان این دو را مبهم می‌یابیم. کار قاضی احتجاجی و تفسیری است. تردیدی نیست موجه است که قاضی قانون را تفسیر کند. اما مسئله این است که روش‌های مختلفی در نظریه‌ی تفسیر وجود دارد که در موردشان اختلاف نظر وجود دارد و هر یک از روش‌ها نیز لزوماً به پاسخ واحدی نمی‌رسند. در جهان امروز، اعتقاد به تمایزی صلب میان «تفسیر قانون» و «ایجاد قانون» سخت به نظر می‌رسد، طوری که حتی نظریه‌پردازانی که تجربه‌ی قضاوت نیز دارند نظریه‌ی خود را چندان روی این تفکیک بنا نمی‌کنند.<sup>۱</sup>

مسئله‌ی حتی مهم‌تر، به تحول نقش قاضی در جامعه‌ی سیاسی ربط دارد. تحول در نقش قاضی از مهم‌ترین مسائل نظریه‌ی قضاوت است. «وظیفه‌ی شناسایی نقش اصلی محاکم، شاید به طور شگفت‌آور، مناقشه‌آمیز و دشوار است. نه تنها دادگاه‌ها جایگاهی غریب در نظم اجتماعی را تصرف کرده‌اند (هم‌زمان هم عرضه‌کننده‌ی خدمت‌اند، هم حکومت‌کننده و هم اجراکننده)، ما اغلب امور ناسازگاری را از قاضیان می‌طلبیم - هم عدالت پاسخگو<sup>۲</sup> و هم نظم پیش‌بینی‌پذیر. ایده‌ها درباره‌ی نقش دادگاه‌ها در پیوند است با مسائل اساس‌گرایی قانونی، روش، حقوق‌شناسی (نظریه‌ی حقوقی)، حساب‌رسی یا پاسخگویی و به طور عام‌تر نظریه‌ی سیاسی. نمی‌توان بدون در نظر گرفتن این مسائل در هم تنیده، درباره‌ی نقش دادگاه بحث کرد» (McIntyre, 2019: 4-5). لذا نقش قاضی را نمی‌توان به «اعمال قانون» تقلیل داد. در این میان، یکی از رسالت‌های اغلب پذیرفته‌شده‌ی قاضیان، «پاسداری از حق‌ها» است (Barak, 2006: xi). با این همه، بسته به اینکه «حق» را چطور بفهمیم، خود این رسالت هم چهره‌های متنوع می‌یابد. در بخش کنشگری حق‌محور خواهیم گفت که قاضی صرفاً مأموری نیست که اراده‌ی حاکم به واسطه‌ی او اعمال می‌شود، بلکه وظیفه دارد از حق‌های اشخاص

۱. برای مثال باراک نوشته است: «مسئله‌ی قانون‌سازی قضایی، عمدتاً به واسطه‌ی تفسیر، در نقش محکمه محوریّت دارد». نک: (Barak, 2006, 13).

پاسداری کند. به علاوه، هر نظریه مهمی که درباره عدالت طرح می شود، مانند عدالت ترمیمی و عدالت حل مسئله، به نوبه خود نقش قاضی در جامعه سیاسی را متحول می کند. طبیعتاً اگر نقش قاضی را به تلقی سنتی از «فصل خصومت» و «اعمال قانون» تقلیل دهیم، آنگاه هر قسم تلاش قاضی فراتر از این نقش به قسمی کنشگری نامطوبع تعبیر می شود. در این صورت قاضی ایده آل همان «داور بی طرف» در نظام اتهامی است. اما در عصر ما نظریه های عدالت تلقی از نقش قاضی را دگرگون کرده اند (برای تغییر نقش قاضی در پرتو «عدالت حل مسئله»، نک: عزیزی، ۱۴۰۰).

به هر روی، نقش قضایی نمی تواند اعمال بی عدالتی را از حیث اخلاقی توجیه کند. «بسیاری معتقدند که وقتی به کسی نقش خاصی در نهاد اجتماعی واگذار می شود، او نوعاً وظیفه اخلاقی به اجرای صادقانه آن نقش دارد». بر این اساس شاید استدلال شود که قاضی طبق نقش خود اخلاقاً موظف است قانون را اعمال کند و متغیرهای فراقانونی مانند عدالت را نادیده بگیرد. اما این استدلال، مسئله دار است. «اجرای نقش واگذار شده در یک نهاد، همیشه مطلوب یا حتی مجاز نیست. به ویژه اگر نقش اجتماعی مستلزم نقض حق های دیگران باشد، اجرای صادقانه آن نقش از حیث اخلاقی مجاز نیست. گروه اجتماعی نمی تواند به سادگی با ایجاد نقش برای کسانی که حق ها را نقض می کنند، حقوق اشخاص را تعلیق کند» (Huemer, 2021: 355-357. Brand-Ballard, 2010: 42-).

(43).

کنشگری قضایی از حیث موازین دموکراسی نیز مسئله دار است.<sup>۱</sup> در جهان معاصر از حیث هنجاری پذیرفته شده که مردم از خودآیینی جمعی برای سامان دادن زندگی جمعی خود برخوردارند. دموکراسی های فعلی، دموکراسی های نمایندگی<sup>۲</sup> هستند که در آن ها نمایندگان مردم به تصویب قوانین می پردازند. دموکراسی نمایندگی از جهت تحقق ایده خودحکمرانی به نقدهای مهمی دچار است،<sup>۳</sup> با این همه، باز نمایندگان مردم توسط مردم انتخاب می شوند و از قسمی مشروعیت دموکراتیک بهره می برند. قاضیان توسط مردم انتخاب نشده اند و از نظیر این مشروعیت دموکراتیک

۱. تفکیک قوا و حکومت قانون نیز از مؤلفه های برساننده دموکراسی اند. بنابراین، مغایرت با تفکیک قوا نیز مغایرت با دموکراسی به شمار می آید. اما در این قسمت صرفاً از حیث مغایرت کنشگری قضایی با جنبه نمایندگی در دموکراسی به ماجرا می پردازیم. در مورد دیگر جنبه ها، نک: (Alexy, 2002, 56).

2. representative democracy

۳. مهم ترین نقد به یکی از ادعاهای محوری نظریه دموکراسی نمایندگی ربط دارد. ادعا این است که قانون بازنمایی کننده اراده مردم است. این ادعا به کلی نادرست است و شواهد تجربی نادرستی آن را نشان می دهد. نک: (Achen and Bartels, 2016).

برای قانون‌سازی برخوردار نیستند. در اغلب نظام‌های حقوقی، قاضیان مقاماتی انتصابی‌اند و از حیث موازین دموکراسی روا نیست که به نگاه خود لباس قانون بپوشانند (Barak, 2006: 16). حتی در مواردی مانند اغلب ایالت‌های آمریکا که قضات ایالتی با رأی مردم انتخاب می‌شوند، باز تلقی رأی‌دهندگان این نیست که قدرت قانون‌گذاری را به قاضیان سپرده‌اند و در نتیجه قانون‌گذاری قضایی مشروعیت دموکراتیک ندارد. همچنین، قاضیان، در قیاس با نمایندگان مجلس، از حیث معرفتی هم به اطلاعات کافی برای سیاست‌گذاری دسترسی ندارند (Alexande, 2015: 17). در قوهٔ قانون‌گذاری معمولاً نهادهایی پژوهشی وجود دارد که یافته‌ها را در اختیار نمایندگان قرار می‌دهند تا سیاست‌ها بخردانه و علمی باشد. قاضی همیشه با این پروندهٔ خاص درگیر است و به هیچ روی از اطلاعات و تخصص کافی برای سیاست‌گذاری بهره نمی‌برد. بنابراین از این حیث روا نیست سیاست مورد پسندش را به جامعه تحمیل کند.

### ۲-۳. کنشگری قضایی و مخاطرهٔ ذهنی‌گرایی

کنشگری قضایی از این حیث نیز مخاطرات مهمی دارد که شاید گفته شود عدالت از قانون «ذهنی» تر است و کنشگری قضایی - حتی عدالت‌طلبانه - به «ذهنی‌گرایی» دچار می‌شود. این ذهنی‌گرایی، برخلاف قضاوت قانون‌مدار، به «نسبی‌گرایی» می‌انجامد. ذهنی‌گرایی و نسبی‌گرایی، با مقومات اندیشهٔ حقوقی ناسازگار به نظر می‌رسند و چه بسا به «هرج و مرج» بینجامند. حتی قانون‌بد، چه بسا بر این هرج و مرج ترجیح داشته باشد. به ایراد «ذهنی‌گرایی»<sup>۱</sup> می‌پردازیم که بنیادی‌تر است.<sup>۲</sup> ایراد ذهنی‌گرایی از این رو طرح می‌شود که گویا وقتی از سهم عدالت در قضاوت سخن می‌گوییم به این معناست که قاضی باید به آنچه طبق اعتقاد او عادلانه است عمل کند. در این صورت، واضح است که آدم‌های مختلف فهم متفاوتی از «عدالت» دارند. شاید کسی نژادپرستی را عین عدالت بداند و کس دیگر سرکوب 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. ماکیل هیومر ایراد «ذهنی‌گرایی» را در قالب استدلال زیر صورت‌بندی کرده است (Huemer, 2021: 279-281):<sup>۳</sup>

1. subjectivism

۲. هریک از نظریه‌پردازان مهم که از عدالت‌خواهی در قضاوت دفاع کرده‌اند، به طریقی به این ایرادها پاسخ داده‌اند. برای مثال، دورکین «اصول حقوقی» را پیش کشیده که به ایراد ذهنی‌گرایی و باقی ایرادهای مرتبط دچار نمی‌شود. الکسی و بالارد نیز به تفصیل به این ایرادها پرداخته‌اند. نگاه ما در این متن اما بیشتر هم‌سو با هیومر است.  
۳. هیومر از مثال هیأت‌منصفه نژادپرست استفاده کرده و ما مثال دیگری را جایگزین آن کردیم.

۱. عدالت طلبی مستلزم این است که قضات طبق آنچه عادلانه می‌پندارند عمل کنند (مقدمه)؛
۲. قاضی حکومت‌گرا تبرئه کسی که مخالفان نظام دینی را شکنجه کرده عادلانه می‌پندارد، حتی اگر این سرکوب طبق قوانین جرم باشد و ادله کافی در دست باشد (مقدمه)؛
۳. بنابراین، اگر عدالت طلبی درست باشد، قاضی باید شکنجه‌گر را تبرئه کند (نتیجه ۱ و ۲)؛
۴. قضات نباید مرتکبان جرایم را که ادله کافی در اثبات جرم‌شان در دست است، تبرئه کنند (مقدمه)؛
۵. در نتیجه، اولویت عدالت نادرست است (نتیجه ۳ و ۴).

اگرچه استدلال بالا از حیث صورت معتبر است، اما مقدمه اول آن نادرست است. قاضی باید عدالت را اعمال کند نه آنچه که طبق اعتقادش «عادلانه» است. به هیچ روی قاضیان مجاز نیستند از منصب قضا برای تحمیل تصورات خود به دیگران بهره ببرند (Huemer, 2021: 279-281). آنچه که ما وظیفه داریم، همان چیزی نیست که معتقدیم که وظیفه داریم. به همین دلیل مهم است قاضی صرفاً اعتقاد خود را ملاک قرار ندهد، بلکه در صورتی مقابل قانون ناعادلانه بایستد که «اعتقادات موجه» درباره عدالت نقض شده باشد. اما معیار احراز موجه بودن یک اعتقاد چیست؟ فیلسوفان «شناخت‌گرا» در فلسفه اخلاق پاسخ خودشان را پیش نهاده‌اند. با این همه، قاضی لزوماً در استدلال فلسفی تبحر ندارد. مهارت قاضی در کار با اسناد حقوقی است. برای قاضیان، بهترین معیار برای سنجش روایی یک اعتقاد، سازگاری با حقوق بشر است. به این معنا، کنشگری حق‌محور به ذهنی‌گرایی دچار نمی‌شود. در قسمت پایانی مقاله، در بحث از کنشگری حق‌محور، این ایده را بیشتر می‌پرورانیم.

#### ۴. سیاست کنشگری قضایی

بحث‌های پیشین نشان داد کنشگری قضایی امری مسئله‌مند است. با این همه، از این مقدمه که چیزی مسئله‌مند است، این نتیجه به دست نمی‌آید که تمام روایت‌ها از آن چیز نامشروع است. در نهایت آیا کنشگری قضایی رواست یا ناروا؟

به منظور اندیشیدن درباره پرسش بالا، مفید است مفهوم «انصاف شکلی»<sup>۱</sup> را معرفی کنیم. این مفهوم را از رونالد دورکین برگرفته‌ایم.<sup>۲</sup> دورکین در آثار مختلف میان «انصاف شکلی» و «عدالت» تفکیک قائل شده است. «انصاف شکلی» در آثار دورکین یعنی احترام گذاشتن به قانون‌گذار و

1. fairness

۲. مفهوم fairness در نظریه عدالت رالز هم یک مفهوم اساسی است. علاوه بر کتاب نظریه عدالت، نک: (رالز، ۱۳۸۵).

رویه‌های دموکراتیک و تفکیک قوا و قانون‌مداری. در نتیجه، انصافِ شکلی مستلزم این است که قاضی متنِ قانون را جدی بگیرد، زیرا در غیر این صورت به دموکراسی و نقش قانون‌گذار احترام نگذاشته است (Dworkin, 1986: 140-144). دورکین در نظریهٔ خود بر «برتریِ مقنن»<sup>۱</sup> به عنوان یک اصل مهم صحنه گذاشته و نوشته است: «برتریِ مقنن یک محدودیت نهادی دیگر [برای قاضی] است... اگر قاضی قانع شد که قانون وضع شده تنها پذیرای یک تفسیر است، آن‌گاه [اصولاً] به خاطر منع قانون اساسی، باید همین تفسیر را به عنوان قانون اجرا کند» حتی اگر خود طور دیگر بیندیشد (Dworkin, 1986: 401). بنابراین اگرچه «عدالت‌طلبی» در قاضی مورد علاقهٔ دورکین سهم مهم دارد، اما او «انصافِ شکلی» را هم بسیار جدی می‌گیرد و کار قاضی را حتی المقدور آشتی دادن انصافِ شکلی و عدالت می‌داند.<sup>۲</sup> از آنجا که انصافِ شکلی مستلزم تصدیقِ برتریِ قانون‌گذار و تفکیک قواست، در نتیجه قاضی باید «معنای متعارفِ قانون» را جدی بگیرد. در نظر دورکین، دور شدن از این معنای متعارف، نقض اصل انصافِ شکلی - و در نتیجه نامنصفانه - است. البته دورکین می‌پذیرد که اگر رعایتِ انصافِ شکلی مستلزم بی‌عدالتی شدید باشد، قاضی نباید قانون را اعمال کند.

بنابراین هرچه قاضی کنشگر برای تحقق عدالت محتوایی از متن قانون فاصله بگیرد، از حیث شکلی غیرمنصفانه‌تر رفتار کرده است. با این همه، باید دقت کنیم که انصافِ شکلی، مبنای دموکراتیک دارد. قانون‌گذار به این دلیل برتر شمرده می‌شود که نمایندهٔ ملت است و فرض می‌شود که ملت به واسطهٔ نمایندگانش قانون را تصویب می‌کند و از این طریق زندگی جمعی را تحت نظم می‌آورد (بیتهام و بویل، ۱۳۸۹، فصل ۱). به همین دلیل، وقتی قاضی معنای متعارفِ قانون در یک جامعهٔ دموکراتیک را نادیده بگیرد، در مقابل ارادهٔ دموکراتیکِ اکثریت ایستاده است. در این صورت، همان‌طور که شرح داده شد، این خطر وجود دارد که به جای «حاکمیتِ مردم» با سلطنتِ قاضی روبه‌رو شویم. پس هرچه یک نظام سیاسی - قانونی دموکراتیک‌تر باشد، انصافِ شکلی قاضی را محدودتر می‌کند. در مقابل، در یک نظام کاملاً شریک و توتالیتر، قانون اصولاً مبنای دموکراتیک ندارد و در نتیجه اگر قاضی از متن قانون ناعادلانه فاصله بگیرد اشکال کم‌تری پیش می‌آید. نظام‌های موجود، اغلب نه به طور کامل دموکراتیک‌اند نه به تمامی شریک. هرچه نظام‌های موجود به سمت

1. legislative supremacy

۲. دورکین البته در آثار اولیه جایگاه مهمی برای انصافِ شکلی در کار قضایی در نظر نمی‌گرفت. برای مطالعه رابطه انصافِ شکلی و عدالت در دورکین، نک: (Rivers, 199: 60-63).

آرمان دموکراسی نزدیک شوند، قاضی باید بیشتر به «انصافِ شکلی» ملتزم باشد و معنای متعارف قانون را جدی بگیرد. هرچه نظام‌ها غیردموکراتیک‌تر باشند و به الگوی نظام شریر و توتالیتر نزدیک شوند، انصافِ شکلی کمتر قاضی را ملتزم می‌کند و دست قاضی در موارد بی‌عدالتی برای مقاومت قضایی در برابر قانون ناعادلانه بازتر است.

در نتیجه، به گستره مشروع کنشگری عدالت‌خواهانه باید پاسخی زمینه‌مند داد که مؤلفه‌های مهم همچون سرشت نظام سیاسی را در نظر بگیرد. نظیر این ایده با دقت بیشتر در نوشته‌های برایان لایتر دیده می‌شود. لایتر ابتدا سه رویکرد به قضاوت را از هم تفکیک می‌کند: مترقی،<sup>۱</sup> طرف‌دار وضع موجود،<sup>۲</sup> و مرتجع.<sup>۳</sup> ملاک دسته‌بندی نیز، با الهام از هگل،<sup>۴</sup> «بسطِ قلمرو آزادی»<sup>۵</sup> است. بدین‌سان، رویکرد مترقی در پی بسط قلمرو آزادی است؛ به این معنا که هم گستره افراد برخوردار از آزادی را بیشتر کند و هم بر گستره انواع آزادی‌ها بیفزاید (Leiter, 2017). رویکرد «طرف‌دار وضع موجود» در پی حفظ وضع جاری است، و رویکرد مرتجع می‌خواهد به عقب برگردد و دامنه آزادی را مضیق کند؛ به این معنا که یا گستره اشخاص برخوردار از آزادی را کاهش دهد یا از گستره انواع آزادی‌ها بکاهد. از طریق مفهوم «اجتماع اخلاقی - حقوقی»<sup>۶</sup> نیز می‌توان تفاوت این مقوله‌ها را توضیح داد. اجتماع اخلاقی - حقوقی عبارت است از اجتماع تشکیل‌شده از موجوداتی که سزاوار مراعات اخلاقی - حقوقی برابر شمرده می‌شوند (Leiter, 2012). بر این اساس، رویکرد مترقی «اجتماع اخلاقی - حقوقی» را بسط می‌دهد، رویکرد حافظ وضع موجود آن را دست‌نخورده می‌گذارد، و رویکرد مرتجعانه آن را کوچک می‌کند. بر این اساس، لایتر میان سه قوه قضائیه مترقی، مدافع وضع موجود، و مرتجع تمایز می‌گذارد. قوه قضائیه مترقی در پی بسط آزادی است و بنابراین از امکانات تفسیری‌اش برای آن غایت بهره می‌برد. قوه قضائیه مدافع وضع موجود، تعهد به اعمال قوانین را بس جدی می‌گیرد و حتی از امکانات تفسیری‌اش به نفع وضع موجود استفاده می‌کند. قوه قضائیه مرتجع، ضد ترقی است و در پی محدود کردن آزادی به طبقات و نژادها و بخش‌های اِلِیت<sup>۷</sup> است.

1. progressive
2. status quo
3. reactionary
4. Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831)
5. expanding the domain of "freedom".
6. moral-legal community
7. elite

ترجمه elite به «نخبه» برای نگارنده قانع‌کننده نیست، زیرا واژه «نخبه» در فارسی ظهور در قسمی توانایی ذهنی و پختگی دارد در حالی که در زبان انگلیسی ممکن است کسی بدون این توانایی و پختگی در جامعه جایگاه فرادست بیاید و elite شمرده شود.



لایتر سپس بر این اساس میزان مطلوب کنشگری قضایی را می‌سنجد. او مسلم می‌گیرد که قاضیان باید ترقی را تسهیل کنند. با این همه، بر اساس نظریهٔ مهم او، اگر نظام سیاسی خودش مرفعی باشد، بهتر است قوهٔ قضائیهٔ مرفعی چندان کنشگر نباشد و با رویکردی نسبتاً متن‌گرایانه به اعمال قوانین موضوعه بپردازد (برای توضیح متن‌گرایی، از جمله نک: پورمحمدی و یوسفی، ۱۴۰۱: ۱۱۱). اگر نظام سیاسی وضعی میانه داشته باشد و نه مرفعی و نه مرتجع باشد، بهتر است قوهٔ قضائیهٔ مرفعی از قدرت قضایی به گونه‌ای استفاده کند که قانون را به سمت ترقی جهت دهد. اگر نظام سیاسی ارتجاعی باشد، قوهٔ قضائیهٔ مرفعی باید از قدرت قضایی‌اش به گونه‌ای تهاجمی‌تر علیه ارتجاع استفاده کند و قانون را به سمت ترقی جهت دهد.

بنابراین، سنجش کنشگری قضایی به سرشت نظام‌های سیاسی بستگی دارد. هر چه نظام سیاسی حق‌محور و مرفعی باشد، کمتر لازم است قاضی برای پاسداری از حق و آزادی کنشگری کند. در مقابل، در نظام مرتجع‌تر کنشگری بیشتر به سمت حق و آزادی رواست. بنابراین کنشگری قضایی بسته به شرایط می‌تواند خوب یا بد باشد، و از حیث هنجاری در نظریهٔ قضاوت می‌توان جایی شایسته برای کنشگری قضایی خوب در نظر گرفت. بنابراین قاضی کنشگر، حتی اگر چیزی به عنوان «قصد مقنن» وجود داشته باشد و این قصد قابل شناخت نیز باشد، به قصد مقنن غیردموکراتیک در رأی تجسد نمی‌بخشد و در رأی به مقاصد غیردموکراتیک صدا نمی‌دهد.

با استفاده از این چارچوب مفهومی اکنون می‌توانیم به کنشگری موجه در رژیم‌های اقتدارگرا یا توتالیتر نزدیک شویم. در این رژیم‌ها قانون و دادگاه‌ها معمولاً چند کارکرد مهم دارند (Moustafa, 2008: 1-22; Ginsburg and Moustafa, 2014, 281-299): یکم: اعمال قدرت دولتی بر مخالفان رژیم. کارکرد اصلی و آشکار قانون و دادگاه‌های کیفری در رژیم‌های اقتدارگرا، اعمال قدرت دولتی به گونه‌ای کارآمد و منظم است. در این رژیم‌ها، قانون ابزاری برای سرکوب مخالفان و رسانه‌های مستقل است و با «حکومت به وسیلهٔ قانون» روبرویم.<sup>۱</sup> دوم: حفظ انضباط اداری در نهادهای رژیم. برای مثال، در این رژیم‌ها قانون و دادگاه برای نظارت اداری بر کارکنان محلی و کنترل اداری پیرامون توسط مرکز به کار می‌رود. سوم: حفظ انسجام میان الیت سیاسی و بخش‌های مختلف نظام حاکم. چهارم: کارکرد به‌مثابهٔ زیرساخت اقتصادی. کارکرد قانون و دادگاه برای تسهیل اقتصاد بازار و فضای رقابتی جهت سرمایه‌گذاری و جذب سرمایهٔ خارجی، لازم است. پنجم: تسخیر نهادهای اکثریت با

۱. به یک تعبیر در رژیم‌های اقتدارگرا به جای «حکومت قانون» یا rule of law با «حکومت از طریق قانون» یا rule by law روبرویم.

اقدامات مستبدانه. در این صورت، دادگاه به جای تضمین دموکراسی به مثابه مانع آن در می آید و برای مثال احزاب را از فعالیت انتخاباتی منع می کند. ششم: سپردن اصلاحات بحث انگیز به دستگاه قضا. در این صورت، مسائل مورد مناقشه، مثل سیاست خارجی یا سیاست اقتصادی، به جای اینکه در فضای سیاسی به طرق دموکراتیک حل شوند به دادگاهها سپرده می شوند. و هفتم: مشروعیت بخشی به رژیم. «رژیم های اقتدارگرا معمولاً مشروعیت شان را به دستیابی به نتایج ماهوی مانند بازتوزیع درآمد، رشد اقتصادی، ثبات سیاسی و مانند این ها گره می زنند. اما آن ها به درجات مختلف می کوشند مشروعیتِ رویه ای مورد مناقشه خود را از طریق حفظ آن دسته از نهادهای قضایی جبران کنند که اگرچه تأثیر کامل دست کم نمایشی از محدود کردن حکومتِ خودسرانه به دست دهند» (Moustafa, 2014: 286). رژیم اقتدارگرا خودش کنشگرانه در پی این است که مستبدانه جامعه را تحت سلطه درآورد. در این رژیم، «کنشگری قضایی» مشروع در جهت عکس رژیم عمل می کند و می کوشد از حق ها در برابر سلطه پاسداری کند. روایتی از کنشگری قاضی در رژیم اقتدارگرا موجه است که سلطه رژیم را حتی المقدور سد کند و با قضاوت حق مدار قضایی برای شهروندان به مثابه انسان های دارای حق به وجود آورد. در ایران نیز کنشگری قضایی از جمله وقتی توجیه دارد که سویه های اقتدارگرانه نظام کیفری را تحت کنترل درآورد و از حق مردم نگرهبانی کند.

بنابراین اگر بحث بالا را با نظریه لایتر دربیامیزیم به این نتیجه می رسیم که مطلوب است قاضی در نظام اقتدارگرا کنشگرانه قانون را به سمت بسط آزادی جهت دهد. کنشگری موجه در این شرایط به پلیسی زدایی و اقتدارزدایی از قانون مبادرت می ورزد و نیروی قانون را تا بیشترین حد ممکن برای پاسداری از حق ها به کار می گیرد. در این حالت، قاضی همچون «عقل در حکمرانی»<sup>۱</sup> عمل می کند و حکمرانی در محدوده کار قضایی اش خردپذیر می سازد. بدین سان «عقل قضایی» یک فضیلت سیاسی نیز است قانون را در جهت خیر انسان ها قرار می دهد. این امر به عقل قضایی وجه اخلاقی می بخشد. عقل قضایی «مهارتی» نیست که بتوان آن را در جهت خوب یا بد به کار گرفت بلکه در خود به سمت خیر گرایش می یابد.

##### ۵. کنشگری قضایی حق محور و نگرهبانی از حق ها

این بحث را با نقل و تحلیل چند جمله از هانس پیتر گراور آغاز می کنیم: «وقتی قوای تقنینی و اجرایی از ابزارهای قانونی برای صدمه زدن به حکومت قانون استفاده می کنند، قاضیان را در وضع دشواری قرار می دهند. در این صورت، قاضی باید میان تبعیت از قانون و احترام به ارزش های ذاتی

1. reason in governance

در ایدئولوژی حکومت قانون دست به انتخاب بزند» (Graver, 2015: 292). در این جمله‌ها یک نکته بسیار مهم و مسئله‌مند وجود دارد. گراور از وضعی سخن می‌گوید که خود قانون‌گذار با وضع قانون به «حکومت قانون»<sup>۱</sup> لطمه می‌زند یا قوه مجریه با اجرای قانون به حکومت قانون آسیب می‌رساند. گراور در کتابش بارها از «جنگ قانون‌گذار علیه حکومت قانون» یا از «برانگیختن جنگ علیه حکومت قانون» توسط قانون‌گذار و دستگاه اجرایی سخن گفته است (Graver, 2015: 283 & 285). قبل از هرگونه پیشبرد بحث لازم است در این مورد تأمل کنیم: به چه معنا می‌توان گفت قانون‌گذار در جنگ با «حکومت قانون» به سر می‌برد؟ مگر نه اینکه کار مقنن وضع قانون است؟ بنابراین قیام علیه «حکومت قانون» از طریق قانون‌گذاری چگونه ممکن است؟

برای پاسخ به پرسش بنیادین بالا، باید کمی دربارهٔ مفهوم «حکومت قانون» بیندیشیم. درنگ روی نوشته‌های اندیشمندان عصر روشنگری، چه بسا تصویری کلی از حکومت قانون به دست دهد. توماس پین در سال ۱۷۷۶ نوشته است: «همان طور که در حکومت‌های مطلقه، پادشاه قانون است، در کشورهای آزاد نیز قانون باید پادشاه باشد» (Paine, 2005: 33). جان آدامز نیز «حکومت قوانین» را در تقابل با «حکومت انسان» می‌دید (Waldron, 2019: 1). بنابراین، ایده این است که «حکومت قانون» مانع شود که «ارادهٔ خودسرانهٔ انسان‌ها» بر ما حکم براند. حکومت قانون یعنی سروری قانون و اینکه رفتار اشخاص از جمله مقامات و مأموران دولتی، مبتنی بر قانون و تابع آن باشد (Murphy, 2005: 241). با این همه، دو روایت شکلی و ماهوی از حکومت قانون ممکن است. تفکیک میان این دو روایت، برای فهم «جنگ قانون‌گذار با حکومت قانون» لازم است. طبق روایت شکلی، برای اینکه «حکومت قانون» محقق گردد کافی است چند اصل شکلی برآورده شود. این اصول به این معنا شکلی اند که به شکل یا فرم قانون ربط دارند، فارغ از اینکه محتوای<sup>۲</sup> قانون چه باشد (Waldron, 2016. Kramer, 2007: 101. Flores, 2012: 18). اصول شکلی عبارتند از: <sup>۳</sup> عام‌بودگی یا کلیت؛<sup>۴</sup>

1. the rule of law

2. content

۳. فولر در کتاب اخلاقیات قانون، هشت اصل شکلی حکومت قانون را برشمرده است که آنها را اشاره‌وار بررسی می‌کنیم (نک: Fuller, 1969). در میان نوشته‌های فارسی، برای مطالعهٔ این ویژگی‌ها، نک: راسخ، ۱۳۹۲: ۷۵-۱۰۴.

4. Generality

دسترس پذیری عمومی؛<sup>۱</sup> رو به آینده بودن؛<sup>۲</sup> وضوح قوانین؛<sup>۳</sup> فقدان تناقض؛<sup>۴</sup> امثال پذیری؛<sup>۵</sup> ثبات؛<sup>۶</sup> و هماهنگی میان قانون و رفتار مقامات (Fuller, 1969: 46-91. Kramer, 2007: 109-139).<sup>۷</sup> این اصول برای اشخاص ممکن می‌سازند پیامدهای قانونی رفتارشان را بسنجند. حق اشخاص است که بدانند رفتارشان از حیث حقوقی چه تبعاتی خواهد داشت و تحت چه شرایطی دولت در زندگی آنها مداخله می‌کند. به همین دلیل، چه بسا بتوانیم در کنار اصول هشت‌گانه، به اصل قطعیت<sup>۸</sup> و پیش‌بینی‌پذیری<sup>۹</sup> نیز تصریح کنیم (Tamanaha, 2007: 7; Flores, 2012: 18). مجموعه اصول بالا باید به حد کافی برآورده شوند تا حکومت قانون به معنای شکلی مصداق یابد و عمل کند (Kramer, 2007: 102). افزون بر این‌ها می‌توانیم «استقلال قضایی» را نیز به فهرست اصول بیافزاییم. فردریک شائر، فیلسوف حقوق، فولر را نقد کرده که چرا به حد کافی به اهمیت قوه قضائیه مستقل پرداخته و از استقلال قضایی بحث نکرده است (Schauer, 2020: 11).<sup>۱۰</sup> قانون باید توسط دادگاه‌های مستقل و بی‌طرفی اعمال شود که در دسترس همگان است (Marmor, 2010: 1). در کنار استقلال قضایی، طبق نظر برخی از فیلسوفان، باید برخی از دیگر «اصول رویه‌ای»<sup>۱۱</sup> را نیز به معیارهای حکومت قانون افزود (Sellers, 2010: 5). بر این اساس، فرایند اعمال و اجرای قانون باید منصفانه باشد. والدرون اصول رویه‌ای را چنین برمی‌شمرد: هیچ شخصی نباید توسط دولت مورد مجازات قرار گیرد، آسیب جدی ببیند، یا حیثیتش مخدوش شود مگر در نتیجه رویه‌هایی که شامل این موارد باشد: الف:

1. public availability
2. Prospectivity
3. clarity of laws
4. contradiction

بر این اساس هیچ نظام حقوقی نمی‌تواند هنجارهایی را شامل شود که در گستره وسیع با هم متناقض‌اند.

5. Comliability

از این حیث، قانون باید با توانایی اشخاص متناسب باشد و تکلیفی فراتر از توان آنها (تکلیف مالایطاق) بر آنها تحمیل نکند.

6. Constancy

7. congruence between official action and declared rule

بین «قانون روی کاغذ» و «قانون در عمل»، میان قانون‌گذاری و اجرای قانون، باید میزانی هماهنگی باشد وگرنه نظام حقوقی تحقق نمی‌یابد. به این منظور لازم است مأموران اجرای قانون هم از شایستگی لازم برای فهم درست قانون بهره ببرند و هم بی‌طرفانه قانون را اجرا کنند.

8. certainty

9. predictability

۱۰. البته چه بسا بتوان اهمیت دادگاه‌های مستقل را از برخی اصول فولر استنتاج کرد. برای مثال، مارمور معتقد است شرط «هماهنگی میان قانون و رفتار مقامات»، نهاد‌های مستقل را لازم می‌آورد.

11. procedural principles

رسیدگی به پرونده در یک دادگاه مستقل و بی‌طرف با رعایت اصول و قواعد آیین دادرسی؛ ب: حق بهره‌مندی از وکیل؛ ج: حق اقامهٔ دلیل، نقد ادلهٔ طرف مقابل، و توسل به استدلال حقوقی؛ و د: حق آگاهی از دلایل تصمیم دادگاه (Waldron, 2016).

با این همه، مراد گراور از «جنگ قانون‌گذار با حکومت قانون» صرفاً نقض اصول شکلی و رویه‌ای بالا نیست. گراور، همچون برخی از دیگر نظریه‌پردازان، به روایتی ماهوی از حکومت قانون باور دارد و از نظر او اصول شکلی - و رویه‌ای - برای تحقق حکومت قانون کافی نیستند. به نظر طرفداران روایت ماهوی، مشکل روایت شکلی این است که به گونه‌ای بایسته از تصویب قوانین ناعادلانه جلوگیری نمی‌کند و از پس تضمین حق‌های شهروندان بر نمی‌آید. از همین رو، طرفداران روایت ماهوی از حکومت قانون کوشیده‌اند روایت‌هایی فربه‌تر و مطالبه‌آمیزتر از این مفهوم پیروارند. به نظر اینان مفهوم حکومت قانون به محتوای قانون نیز ربط دارد و شامل محدودیت‌هایی اخلاقی بر محتوای قوانین است (Flores, 2012: 3). پس به شرط‌های شکلی و رویه‌ای پیشین، باید شروطی ماهوی نیز افزود و روایتی ماهوی از حکومت قانون به دست داد. بر این اساس، حکومت قانون وقتی محقق می‌شود که قانون، علاوه بر شروط شکلی، برای مثال دموکراتیک باشد، حقوق بشر را نقض نکند و مانند این‌ها. بنابراین، قانونی که از حیث نژادی یا دینی تبعیض‌آمیز باشد، از نظر روایت ماهوی نقض حکومت قانون است. اگر روایت شکلی به ذکر شروطی دربارهٔ چگونگی قانون بسنده می‌کند، روایت ماهوی فراتر می‌رود و بر اهمیت چستی قانون هم اصرار می‌ورزد. روایت شکلی بر فرایند و روش و کارکرد تأکید می‌کند و روایت ماهوی فرآورده و نتیجه و محتوا را نیز مهم می‌داند (Schauer, 2020: 5).<sup>۱</sup>

ماحصل تلقی ماهوی از حکومت قانون در جملهٔ لُرد بینگام<sup>۲</sup> نمود یافته است: «دولتی که وحشیانه بخش‌هایی از مردم خود را سرکوب می‌کند و آزار می‌دهد، به نظر من نمی‌تواند رعایت‌کنندهٔ حکومت قانون به شمار آید». او در ادامه بیان می‌کند اینکه قانونی تصویب شود که فرمان می‌دهد اقلیت تحت ستم را به اردوگاه کار اجباری منتقل کنند، به معنای حکومت قانون نیست (Tasioulas,

۱. لازم به ذکر است حتی اگر هم‌سو با فیلسوفانی همچون رز و جان تاسیولاس، روایت شکلی از «حکومت قانون» را از حیث فلسفی از روایت ماهوی منسجم‌تر و دقیق‌تر بشمریم، باز چه بسا بتوانیم در بافت «نظریهٔ قضاوت» به طور خاص همچون گراور و دایزنهاوس از رتوریک روایت ماهوی بهره ببریم. به هر روی، اگر کسی به تمامی به روایت شکلی از حکومت قانون نیز معتقد باشد باز می‌تواند قاضیان را به پاسداری از حق‌های بشری - به عنوان وظیفه‌ای متمایز از رعایت «حکومت قانون» - موظف بداند و در نتیجه بر استدلال‌هایی که در ادامه می‌آید صحنه بگذارد.

2. Tom Bingham

9: 2018). لرد بینگام در همین مسیر نظریه‌ای درباره فهم ماهوی از حکومت قانون پرورانده که مرور موجز آن روشنگر است. طبق این نظریه، اصول حکومت قانون، بنا بر روایت ماهوی، به قرار زیر است (Raz, 2019: 9): یکم: قانون باید دسترس‌پذیر، قابل فهم، واضح و پیش‌بینی‌پذیر باشد؛ دوم: مسائل مربوط به حق و مسئولیت قانونی باید به طور معمول طبق قانون حل شود و به صواب‌دید مقامات سپرده نشود؛ سوم: قانون باید به طور برابر اعمال شود؛ چهارم: مقامات عمومی باید قدرت اعطاشده از سوی قانون را با حسن نیت، به طور منصفانه و معقول و در جهت اهداف قانونی به کار گیرند و از حدود قانون تجاوز نکنند؛ پنجم: قانون باید به حد کافی از حق‌های بنیادین بشر حمایت کند؛ ششم: دولت باید روش‌هایی برای حل اختلاف‌هایی که خود طرفین نمی‌توانند حل کنند مهیا سازد؛ هفتم: آیین دادرسی باید منصفانه باشد؛ و هشتم: خود دولت‌ها باید حکومت قانون را در سطح ملی و بین‌المللی رعایت کنند.

بسته به اینکه فهمی شکلی یا ماهوی از حکومت قانون داشته باشیم، بالتبع معنای «جنگ قانون‌گذار با حکومت قانون» هم فرق می‌کند. طبق مفهوم‌پردازی شکلی، اگر قانون‌گذار مصوباتی بگذراند که اصول شکلی حکومت قانون - به معنای بالا - را مخدوش کند، به «جنگ» با حکومت قانون رفته است. نظیر همین نکته درباره تصمیمات و رفتارهایی اجرایی مخل اصول مذکور نیز صدق می‌کند. اما طبق روایت ماهوی، حتی اگر اصول شکلی مراعات شده باشد نظام حکمرانی با تصویب و اجرای قوانین ضد حقوق بشر، خودش حکومت قانون را نقض کرده است. بنابراین خود دولت اقتدارگرا به طور منظم علیه حکومت قانون رفتار می‌کند. وقتی قوانین مصوب علیه حق‌های مردم است، به تعبیری مهم این پدیده رخ می‌دهد: قانون علیه حکومت قانون. در این حالت، قانون‌گذار با وضع قانون به جنگ حکومت قانون می‌رود. در دل روایت ماهوی از حکومت قانون، مفهوم «حق» نشسته است. تا انتهای مقاله هر جا اصطلاح «حکومت قانون» به کار می‌رود همین معنای ماهوی از آن مراد می‌شود.

پس از اینکه معنای «جنگ نظام سیاسی با حکومت قانون» روشن شد، بلافاصله پرسش‌های هنجاری طرح می‌شود: اگر خود قانون‌گذار علیه حکومت قانون قیام کرد، قاضی چه باید کند؟ اگر نظام سیاسی به نقض حق‌های انسانی رو بیاورد، رسالت قاضی چیست؟ اگر قانون به ابزار سرکوب مردم تبدیل شود، قاضی چه وظیفه‌ای دارد؟ در این صورت قاضی بر سر دوراهی قرار می‌گیرد و باید میان اراده نظام سیاسی و حق‌های مردم تصمیم بگیرد. قاضی ناگزیر است تصمیم بگیرد که آیا اراده نظام سیاسی را ترجیح می‌دهد یا از حق‌های مردم نگرانی می‌کند. به تعبیر دیگر، اگر روایت ماهوی از حکومت قانون را بپذیریم، قاضی بر سر دوراهی «قانون وضع‌شده» و «حکومت قانون» قرار

می‌گیرد.

مفید است نگاهی به واقعیت تاریخی بیاندازیم. مطالعات معتبر در آلمان نازی، رژیم آپارتاید در آفریقای جنوبی، و دیکتاتورهای آمریکای لاتین نشان داده‌اند قاضیان در اکثر قریب به اتفاق موارد به خواسته‌های حکومت‌کنندگان تن می‌دهند و از قوانین ظالمانه پیروی می‌کنند. عنوان کتاب مهم هانس پیتر گراور، تصویری کلی از ماجرا به دست می‌دهد: قاضیان علیه عدالت: دربارهٔ قاضیان وقتی حکومت قانون مورد حمله قرار می‌گیرد. کتاب به تفصیل عملکرد قاضیان در آلمان نازی را بررسی می‌کند و به آفریقای جنوبی و دیکتاتورهای آمریکای لاتین نگاهی می‌اندازد. نتیجهٔ مطالعات غمگین‌کننده است. اغلب قاضیان در سرکوب دولتی مشارکت می‌کنند (Graver, 2015; 292). تک‌نگاشت‌های مهم دیوید دایزنهاوس نیز همین نتیجه را دربارهٔ قاضیان شاغل در رژیم آپارتاید - آفریقای جنوبی - تأیید می‌کند. در این نظام‌ها، طیفی از قاضیان ایدئولوژی نظام سیاسی را پذیرفته بودند و فعالانه با نظام سرکوب همکاری می‌کردند (Dyzenhaus, 1999; Dyzenhaus, 1998). با این همه، نکتهٔ جالب‌تر اینکه قضات لیبرال نیز معمولاً به خواسته‌های اقتدارگرایانه رژیم تن می‌دهند و علیه عدالت اقدام می‌کنند. آلمان پیش از هیتلر، یکی از لیبرال‌ترین نظام‌های حقوقی در اروپا به شمار می‌آمد. بنابراین، اغلب حقوق‌دانان و قاضیان فرهنگ لیبرال داشتند و حق‌ها و آزادی‌ها را مهم می‌شمردند. وقتی هیتلر قدرت را به دست گرفت، اغلب قاضیان همچنان در نظام جدید نیز به کار ادامه دادند. اینان طبیعتاً به خاطر فرهنگ و آموزش لیبرال، به ایدئولوژی نازیسم گرایش نداشتند. در نتیجه، تزاخم «قانون» و «عدالت» را به خوبی حس می‌کردند و در موارد مهمی با این پرسش روبه‌رو می‌شدند: آیا ارادهٔ سرکوب‌گرایانهٔ حاکم را اعمال کنم یا از حق‌های مردم پشتیبانی کنم؟ متأسفانه، اغلب قاضیان جانب سرکوب قانونی را گرفتند و مشارکت در شر را برگزیدند. مردم ستم‌دیده که به دادگاه امید بسته بودند، اغلب قاضیان را هم‌دست سیاست‌مداران می‌یافتند. بنابراین، دادگستری به مردم ستم‌دیده خیانت کرد و حتی به‌مثابهٔ بخش مهمی از نظام سرکوب درآمد. قاضیان اجازه می‌دادند مردم کشته شوند و زندگی‌شان به یغما برده شود. در شرایط جنگ نظام سیاسی علیه حکومت قانون، اگر قاضیان از مردم حمایت نکنند پس که چنین کند؟ دیدیم که پس از برافتادن نازیسم، استدلال قاضیان برای همکاری با رژیم شر این بود: «قانون را اعمال می‌کردیم». جالب اینکه قاضیان صرفاً به اعمال «نصوص» قانونی بسنده نمی‌کردند، بلکه سهم مهمی در پرورش ایدئولوژی نازی داشتند. معمولاً قضات حتی وقتی آزادی عمل داشتند نیز از قدرت خود برای پیشبرد ایدئولوژی نظام، و نه برای حمایت از مردم در برابر آن ایدئولوژی، استفاده می‌کردند. گراور می‌نویسد: «اینکه دادگاه‌ها تسلیم زور منکوب‌کننده شوند چندان تعجب‌آور نیست. در مورد عملکرد

قاضیان، مهم‌تر این است که به نظر می‌رسد آنان در موارد بسیاری از رژیم‌های جدید و اقدامات اقتدارگرایانه آن‌ها حمایت فعال می‌کنند» (Graver, 2015: 59). بنابراین، ماجرای مقاومت اقلیتی از قاضیان را نمی‌توان تعمیم داد.

از مطالب بالا نباید توهم شود که جنگ با حکومت قانون صرفاً به نظام‌های توتالیتر یا اقتدارگرا اختصاص دارد. نظام‌های دموکراتیک نیز به ویژه در وضع اضطراری به تدابیر اقتدارگرایانه علیه حق‌ها و آزادی‌های مردم دست می‌زنند. در وضع اضطراری، تنش میان «آزادی» و «امنیت» به اوج می‌رسد و موازنه میان این دودشوار می‌شود. ادعا می‌شود قوانین جاری برای حفظ امنیت کفاف نمی‌دهند و شکاف میان «کنش قانونی» و «کنش درست» زیاد می‌شود. در چنین وضعی، ایدئولوژی امنیتی‌سازی<sup>۱</sup> حاکم می‌شود. در این ایدئولوژی مقامات با توسل به تأمین امنیت، به نفع افزایش قدرت خود دلیل می‌تراشند و قدرت‌شان را افزایش می‌دهند. امنیت قابلیت فراوانی دارد که در ایدئولوژی امنیتی‌سازی برای گسترش قدرت دولتی علیه شهروندان استفاده شود. ایدئولوژی امنیتی‌گرایی از ترس مردم بهره می‌برد تا کنش‌های اقتدارگرایانه را فراگیر کند. بدین‌سان، امنیت سویه‌ای امپریالیستی و تمامیت‌خواه می‌یابد که مفاهیم دیگر، همچون حق و عدالت، را کنار می‌گذارد و گفتمان‌های حق‌محور و عدالت‌خواه را استعمار می‌کند. امنیتی‌سازی، پیش از هرچیز، نوعی چهارچوب است که در آن مسائل اجتماعی و سیاسی به گونه‌ای امنیتی صورت‌بندی می‌شوند (Loader and Walker, 2009: 11-12). به عبارت دیگر، «مسئله اجتماعی و سیاسی» را به «مسئله امنیتی» ترجمه می‌کند و در نتیجه، مقامات امنیتی مدیریت همه این مسائل «امنیتی‌شده» را به دست می‌گیرند. نگاه به مسائل اجتماعی و سیاسی - مانند اعتراضات فرودستان و کارگران، سلامت، آموزش و محیط زیست - از دریچه امنیتی به تحریف این مسائل می‌انجامد و جامعه را از راه‌حل‌های واقعی دور می‌کند (Zedner, 2009: 45). در این چهارچوب، مقامات امنیتی می‌پندارند که سندی سفیدامضاء در دست دارند که به آن‌ها اجازه می‌دهد تا هر کجا خواستند پیش روند. نمونه بارز وضع اضطراری پس از ۱۱ سپتامبر در قالب «جنگ علیه تروریسم» رخ داد.

در وضع اضطراری قاضی چه باید کند؟ یکی از مهم‌ترین پاسخ‌دهندگان به این پرسش، کارل اشمیت است. اشمیت در کتاب الهیات سیاسی این ایده را طرح کرد که حاکم کسی است که «درباره وضع استثنایی تصمیم می‌گیرد» (اشمیت، ۱۳۹۰). این جمله را این‌طور باید فهمید: حاکم کسی است که هم تصمیم می‌گیرد چه زمانی وضع استثنایی/اضطراری رخ داده و هم تصمیم می‌گیرد



بهترین پاسخ به وضع استثنایی چیست (همچنین رک: آگامبن، ۱۳۹۵). معیار تصمیم‌حاکم نیز نه ملاحظات قانونی بلکه دوگانه‌ی دوست/دشمن است. حاکم همان کسی است که می‌تواند با اعلام وضع فوق‌العاده، اجرای قوانین عادی را تعلیق کند. در نتیجه، حاکم «واجد قدرت قانونی تعلیق اعتبار قانون است». وضع اضطراری، آشوبی است که به حکومت قانون تن نمی‌دهد و فضایی فراسوی قانون است. از این منظر، به نظر اشمیت وظیفه‌ی قاضی نیز روشن است: او باید به خواست حاکم تن دهد نه اینکه از حکومت قانون نگهبانی کند (Dyzenhaus, 2006: 35-40). اشمیت دشمن بزرگ لیبرالیسم بود، با این همه پس از یازده سپتامبر برخی از حقوق‌دانان لیبرال بر اهمیت نگاه اشمیت صحنه‌گذاشتنند و کوشیدند روایتی حتی‌المقدور لیبرال از آن به دست دهند. برای مثال، بروس آکرمن در جستار «قانون اساسی اضطراری» تصریح می‌کند که «قدرت اضطراری» اگرچه لازم است اما باید آن را از روایت فاشیستی اشمیت برهانیم و تمهیداتی در سطح اقتصاد سیاسی بیندیشیم که به «قدرت اضطراری دائمی» تبدیل نشود. آکرمن در وضع اضطراری نقشی اندک برای دادگاه‌ها قائل است. در وضع اضطراری اگرچه با وضع «بی‌قانون» دست‌کم با خلأیی خاکستری روبرویم که در آن میزانی محدودیت‌های نه‌چندان ماهوی بر قدرت اجرایی وجود دارد. به نظر او، نظارت قضایی بر بازداشت مظنونان به تروریسم می‌تواند در حد احراز هویت مظنون باشد، به این منظور که از ناپدیدشدن او جلوگیری کند یا مبنایی برای جبران خسارت پس از وضع اضطراری قرار گیرد و به هر روی مظنون حق اعتراض به بازداشت ندارد. همچنین دسترسی وکلا به مظنون تا حدی که مانع شکنجه شدن آنان باشد لازم است (Ackerman, 2004). در مقابل، طیفی از نظریه‌پردازان نیز از حکومت قانون در وضع اضطراری دفاع می‌کنند. یکی از بهترین نمونه‌ها، کتاب «اساس قانون: قانون‌مندی در زمان اضطرار» نوشته‌ی دیوید دایزنهاوس است. او استدلال‌های متنوعی به نفع کاربست روایت ماهوی از حکومت قانون در وضع اضطراری اقامه می‌کند. به نظر او، «برداشتی ماهوی از حکومت قانون وجود دارد که برای همه‌ی زمان‌ها [عادی یا اضطراری] مناسب است» (Dyzenhaus, 2006: 206). پس در پاسخ به وضع اضطراری می‌توانیم فهم ماهوی از حکومت قانون را زنده نگه داریم، طوری که «قانون‌گذار، حکومت و قاضیان برای تضمین این همکاری کنند که پاسخ‌های رسمی به وضع اضطراری مطابق با حکومت قانون است» (Dyzenhaus, 2006: 207). بنابراین قاضی در وضع اضطراری نیز وظیفه دارد از حکومت قانون به معنای ماهوی و در نتیجه از حق‌های مردم پاسداری کند. البته در جوامع لیبرال، پذیرش قوانین سرکوبگرانه توسط قاضیان اختصاص به وضع اضطراری ندارد.

اغلب قاضیان در نظام‌های اقتدارگرا تسلیم سرکوب دولتی می‌شوند و در نظام‌های دموکراتیک نیز

به تمهیدات اقتدارگرایانه تن می‌دهند. «به نظر می‌رسد دادگاه‌ها فارغ از ماهیت رژیم در کل کاملاً آماده‌اند که در شرایطی که وجود یا ثبات نهادهای دولتی یا آنچه ارزش‌های محوری آن‌ها شمرده می‌شود به چالش کشیده شود، کاملاً آماده‌اند لزوم حمایت از آن‌ها را بپذیرند» (Graver, 2015: 86). در مقابل، قاضی کنشگری که دغدغه حقوق مردم دارد، نگرهبانی فعالانه از حق‌ها را رسالت خود می‌داند و در سرکوب دولتی مشارکت نمی‌کند. قاضی کنشگر حق‌محور، همواره برای تحقق روایت ماهوی از حکومت قانون می‌کوشد و از حق‌های مردم در برابر ظلم دولتی پاسداری می‌کند. او «نقش قاضی» در جامعه سیاسی را فراتر از اعمال قانون محافظت از حق و روایت ماهوی از حکومت قانون می‌داند.

### نتیجه

کنشگری قضایی، مخاطراتی مهم دارد و ممکن است به ارزش‌های مهم حقوقی مانند تفکیک قوا، دموکراسی و قانون‌مداری لطمه برساند. به علاوه، چه بسا کنشگری قضایی به تشتت آراء قضایی بینجامد. به رغم این‌ها، تحت شرایطی می‌توان از قسمی کنشگری قضایی مشروع و موجه نیز سخن گفت. برای اینکه به ایده کنشگری موجه توسط قاضیان نزدیک شویم، دست‌کم لازم است دو نکته مهم را به حساب آوریم: یکی جهت کنشگری و دیگری زمینه سیاسی آن. از یک سو، جهت کنشگری باید به سمت پاسداری از حق‌های مردم باشد. از سوی دیگر، برخلاف آنچه در نگاه نخست شاید به نظر رسد، از قضا کنشگری قضایی حق‌محور در نظام‌های سیاسی اقتدارگرا موجه‌تر است و در نظام دموکراتیک اصولاً چه بسا مناسب باشد که قاضیان بیشتر خودداری پیشه کنند و از کنشگری بپرهیزند. بدین‌سان، قاضی کنشگر در برابر «جنگ قانون‌گذار علیه حکومت قانون» می‌ایستد و کنشگرانه از حق‌های مردم در برابر تعدیات نظام حکمرانی پاسداری می‌کند.

## منابع

### فارسی

- اشمیت، کارل (۱۳۹۰)، *الهیات سیاسی*، ترجمه لیلا چمن‌خواه، تهران: نشر نگاه معاصر.
- آگامبن، جورجو (۱۳۹۵)، *وضعیت استثنایی*، ترجمه پویا ایمانی، تهران: نشر نی.
- بیتنام، دیوید و کوین بویل (۱۳۸۹)، *دموکراسی چیست؟*، چاپ ششم، ترجمه شهرام نقش تبریزی، تهران: انتشارات ققنوس.
- پورمحمدی، رضا و محمد مهدی یوسفی (۱۴۰۱)، «تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹.
- راسخ، محمد (۱۳۹۲)، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، در: *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق*، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: نشر نی.
- رالز، جان (۱۳۸۵)، *عدالت به مثابه انصاف*، ترجمه عرفان ثابتی، چاپ دوم، تهران: انتشارات ققنوس.
- سمائی، مهدی، محمدجعفر حبیب‌زاده و رحیم نوبهار (۱۴۰۱)، «قاضی فضیلت‌مند؛ سهم فضیلت‌گرایی در نظریه قضاوت»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، شماره ۱۱۸.
- عزیزی، علی (۱۴۰۰)، *دادگاه‌های حل مسئله در حقوق کیفری ایران*، تهران: نشر میزان.
- عظیمی، محمدرضا (۱۳۹۸)، *اسطوره حق‌ها و استراتژی اصلاح: چشم‌انداز کنشگری حقوقی در ایران*، تهران: انتشارات شیرازه.
- قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۷)، *بایسته‌های حقوق اساسی*، چاپ ۳۲، تهران: نشر میزان.

### انگلیسی

- Achen, Christopher H and Larry M. Bartels (2016); **Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government**, Princeton University Press.
- Ackerman, Bruce (2004); "The Emergency Constitution", **Yale Law Journal**, Vol. 113, No. 5.
- Alexander, Lawrence A. (2015); **Judicial Activism: Clearing the Air and the Head**, in *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer.
- Alexy, Robert (2002); **Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**, translated by Bonnie Paulson and Stanley Paulson, Clarendon Press.
- Barak, Aharon (2006); **The Judges in Democracy**, Princeton University Press.
- Brand-Ballard, Jeffrey (2010); **Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging**, Oxford University Press.
- Carrese, Paul O (2003); **The Cloaking of Power : Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism**, The University of Chicago Press.
- Costa, M. Victoria (2004); Neo-republicanism, freedom as non-domination, and citizen virtue. **Politics, Philosophy & Economics**, Volume 8, Issue 4.
- Coutinho, Luís Pereira, La Torre and Steven D. Smith (2015); **Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences**, Springer.
- Ditto, Peter H. (2012); "Preference, Principle, and Political Casuistry", in Jon Hanson (ed.) **Ideology, Psychology, and Law**, Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald (1986); **Law's Empire**, Belknap Press.

- Dyzenhaus, David (1998); **Judging the Judges, Judging Ourselves: Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order**, Hart Publishing.
- Dyzenhaus, David (1999); **Hrad Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy**, Clarendon Press.
- Dyzenhaus, David (2006); **The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency**, Cambridge University Press.
- Edlin, Douglas E. (2010); **Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review**, The University of Michigan Press.
- Flores, Imer B. and Kenneth Einar Himma (2013); **Law, Liberty, and the Rule of Law**, Springer.
- Fuller, Lon (1969); **The Morality of Law**, Yale University.
- Ginsburg, Tom and Tamir Moustafa (2008); **Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes**, Cambridge University Press.
- Graver, Hans Petter (2015); **Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack**, Springer.
- Green, Craig (2009); “An Intellectual History of Judicial Activism”, **mory Law Journal**, Vol. 58, No. 5.
- Hansford, Justin (2014); “Cause Judging”, **Georgetown Journal of Legal Ethics**, Vol. 27, No. 1.
- Holland, Kenneth M. (1991); **Judicial Activism in Comparative Perspective**, St. Martin's Press.
- Huemer, Michael (2021); **Justice before the Law**, Palgrave Macmillan.
- Kmiec, Keenan D (2004).; The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, **California Law Review**, Vol. 92, No. 5 Oct.
- Kramer, Matthew (2007); **Objectivity and the Rule of Law**, Cambridge University Press.
- La Torre, Massimo (2007); **Constitutionalism and Legal Reasoning**, Springer.
- La Torre, Massimo (2015); **Between Nightmare and Noble Dream: Judicial Activism and Legal Theory**, in *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer.
- Leiter, Brian (2013); The Boundaries of the Moral (and Legal) Community (September 23, 2012). **Alabama Law Review**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1930628>.
- Leiter, Brian (2017); “The Roles of Judges in Democracies: A Realistic View”, **University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series**, No. 622.
- Loader, Ian and Neil Walker (2007); **Civilizing Security**, Cambridge University Press, 2007.
- Marmor, Andrei, The Ideal of the Rule of Law. BLACKWELL COMPANION TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY, Blackwell Publishing, Forthcoming, **USC Law Legal Studies Paper**, No. 08-6, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1106243>
- McIntyre, Joe (2019); **Judicial Function: Fundamental Principles of Contemporary Judging**, Springer.
- Moustafa, Tamir (2014); **Law and Courts in Authoritarian Regimes**, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 10:281–99.
- Murphy, Collen (2005); **Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law**, *Law and Philosophy*.

- Paine, Thomas (2005); **Common Sense**, ICON Classics.
- Perelman, Chaim (1980); **Justice, law, and argument: Essays on Moral and Legal Reasoning**, D. Reidel Publishing Company.
- Raz, Joseph (2019); “The Law’s Own Virtue”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Volume 39, Issue 1.
- Ribeiro, Gonçalo de Almeida (2015); **Judicial Activism and Fidelity to Law**, in *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer.
- Rivers, Julian (1999); **The Interpretation and Invalidity of Unjust Laws**, David Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing.
- Roux, Theunis Robert (2021), **Judicial Activism**, **Elgar Encyclopedia on Comparative Law**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3923921>
- Sarat, Austin and Stuart Scheingold (2006); **What Cause Lawyers Do For, and To**, *Social Movements: An Introduction*, Cause lawyers and social movements / edited by Austin Sarat and Stuart A. Scheingold, Stanford University Press.
- Schauer, Frederick (2020), “Lon Fuller and the Rule of Law” (May 20, 2020). Michael Sevel (ed.), *Routledge Handbook of the Rule of Law* (London: Routledge), **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-46**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3606157>
- Sellers, Mortimer (2010); **An Introduction to the Rule of Law in Comparative Perspective**, in *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Springer.
- Sourdin, Tania and Archie Zariski (2018); **What Is Responsive Judging?**, in *The Responsive Judge: International Perspectives*, edited by Tania Sourdin and Archie Zariski, Springer.
- Sowell, Thomas (1989); **Judicial Activism Reconsidered**.
- Tamanaha, Brian Z. (2007), *A Concise Guide to the Rule of Law*. FLORENCE WORKSHOP ON THE RULE OF LAW, Neil Walker, Gianluigi Palombella, eds., Hart Publishing Company.
- Tasioulas, John (2018), **The Rule of Law**, Forthcoming in John Tasioulas (ed.), *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law* (Cambridge University Press, 2019),
- Waldron, Jeremy (2016); **The Rule of Law**; **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/#ProcAspe>.
- Waldron, Jeremy (2019), *Rule by Law: A Much Maligned Preposition*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-19, p 1. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3378167>.
- Wallace, Jay; *Practical Reason*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2020, <https://plato.stanford.edu/entries/practical-reason/>
- Zedner, Lucia (2009); **Security**, Routledge.
- Zolo, Danilo (2007); **The Rule of Law: A Critical Reappraisal**, in: **The Rule of Law: History, Theory and Criticism**, Edited by Pietro Costa and Danilo Zolo, Springer.