

نسبت قاضی با ایدئولوژی نظام سیاسی

محمدحسین زارعی*

فرشید مقیمیان بروجنی**

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۱/۰۲

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۴/۱۴

چکیده

پژوهش پیرامون استقلال قضایی، ناخودآگاه ما را به سمت این سؤال سوق خواهد داد که قاضی به‌عنوان کارگزار نظام سیاسی چگونه می‌تواند نسبت به این نظام مستقل بماند. علقه‌ای که بین قاضی و نظام سیاسی وجود دارد، تا چه حد قاضی را به تبعیت از تصمیمات نظام سیاسی ملزم می‌کند. در این نوشتار، ضمن بیان اقتدار قاضی و نیز رابطه استخدامی قاضی با دستگاه قضایی به‌عنوان یکی از ارکان سه‌گانه دولت ملی به‌مثابه علقه‌های وابستگی قاضی به نظام سیاسی، از قانون و قواعد حقوقی به‌عنوان تیغی دولبه یاد شده است که هم یادآور وابستگی قاضی است و هم ابزار اعلام استقلال او از نظام سیاسی. با بیان ماهیت خاص عمل قضایی و تمایز آن از سایر اعمال کارگزاران سیستم و نیز تفکیک رفتار کارگزاران نظام سیاسی با تمامیت آن، راه تعادل برای قضات در حفاظت از استقلال خود بیان شده است. نهایتاً استفاده از صلاحیت تفسیری و نیز مناسبات حاکمیت قانون، بهترین راه ایجاد تعادل در ارتباط قاضی با نظام سیاسی اعلام شده است.

کلیدواژگان:

استقلال قضایی، ایدئولوژی، قاضی، کارگزار نظام سیاسی، نظام سیاسی.

* دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

zareimh62@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

f.moghimian.b@gmail.com

مقدمه

موضوع چالش برانگیز در خصوص تقابل ایدئولوژی با استقلال و بی‌طرفی قضایی آن است که در هر صورت، دستگاه قضایی یکی از ارکان نظام سیاسی حاکم است. در برخی موارد، رسیدگی قضایی و تصمیم‌گیری در پرونده، بدون توجه به مبانی اساسی نظام سیاسی، حکایت از تقابل با نظام سیاسی دارد. در این صورت، وضعیت چگونه خواهد بود؟ آیا چنین اختیاری را برای دستگاه قضایی یا حتی یک قاضی می‌توان قائل بود که به تقابل با نظامی بپردازد که تمامی اختیارات آن (او) از آن نظام ناشی می‌شود؟! حتی کانت در مقاله «در پاسخ به روشننگری چیست؟» صراحتاً اعلام می‌کند که در زمانی که شخصی منصبی اداری دارد، نفع همگانی در اطاعت و بی‌طرفی صاحب‌منصب است، نه با استدلال و مخالفت که موجب تفرقه و تقسیم است. کارمند کشور نباید مخالفت کند، باید اطاعت کند!^۱ تفسیر این سخن چیست؟ آیا این سخن در خصوص دستگاه قضایی نیز جاری است؟ در صورت جریان، اصلاً رسیدگی ماهوی ایدئولوژیک در سمت‌وسوی اصول نظام سیاسی حاکم بی‌معناست. در این قسمت بررسی نسبت بین دستگاه قضایی با نظام سیاسی حاکم موضوعی قابل تأمل است.

استقلال قضایی از دیرباز، به‌عنوان یکی از مسائل مورد تحقیق در حوزه دستگاه قضایی مطرح بوده است. یکی از مباحث جدی که زیر عنوان استقلال قضایی باید مطرح شود، استقلال قاضی از دولت یا نظام سیاسی است. زمانی که دعوایی بین دولت یا نمایندگان آن به اعتبار مقام از یک سو و شهروند از سوی دیگر مطرح می‌شود، دادرسی رسیدگی‌کننده به این موضوع شخصی است که در استخدام حکومت می‌باشد. مسئله چالشی امکان و میزان استقلال قاضی از نظام سیاسی خصوصاً در چنین پرونده‌هایی است. در غیر این پرونده‌ها نیز آیا قاضی باید از اقدامات یکپارچه، هماهنگ و سیاست‌های نظام سیاسی تبعیت کند؟

این نوشتار با هدف مشخص شدن جایگاه قضات در یک نظام دادرسی عادلانه به طرفیت دولت، در پی پاسخ به این پرسش است که قاضی به‌عنوان یک کارگزار نظام سیاسی، چه علقه‌ای

۱. کانت، ایمانوئل، در پاسخ یک پرسش روشننگری چیست؟ ترجمه: همایون فولادپور، کلک دی، ۱۳۷۰، شماره ۲۲، صص ۴۸-۵۷، ۵۱.

نسبت به نظام سیاسی و به تبع ایدئولوژی آن خواهد داشت و در این خصوص، چگونگی می‌توان از استقلال او با توجه به ماهیت عمل قضایی سخن گفت؟

۱. ایدئولوژی و استقلال قوا

نظریه تفکیک قوا، مفهومی خاص دولت مدرن است.^۱ اجرای تفکیک قوا، همواره تلاشی (ولو ناموفق) برای استقرار دولت‌های مردم‌سالار و جلوگیری از تمرکز قدرت و راهکاری برای اداره بهتر و تخصصی‌تر امور دولت است.^۲ در این نظریه، وجود قوه قضایی مستقل برای جلوگیری از تعدی به حقوق مردم و نیز حل و فصل اختلافات مدنظر بوده است.

قوه قضائیه مستقل در نظریه تفکیک قوا، به مفهوم «استقلال قضایی» انجامید. استقلال قضایی در سطح نخست، استقلال نهادی و برگرفته از قرائت شکلی نظریه تفکیک قواست. سطح دوم، استقلال عملکردی قضات است؛ یعنی قضات باید از فشارهای خارجی در تصمیم‌گیری قضایی مصون باشند.^۳ مهم‌ترین منبع فشار، دولت یا کارگزاران دولتی‌اند. یکی از اهداف اصلی سطح نخست استقلال قضایی، حصول سطح دوم آن است.

ایدئولوژی «یک سیستم متشکل از ایده‌ها، باورها و نگرش‌هایی است که به صورت منسجم هنجاری و واقعی فرض شده است و از یک الگوی خاص ترتیبات و روابط اجتماعی حمایت می‌کند و (یا) توجیه یک الگوی خاص رفتاری را هدف دارد که طرفداران آن به دنبال ترویج، تحقق، پیگیری و حفظ آن هستند».^۴ ایدئولوژی در تمامی عرصه‌های فردی و اجتماعی متجلی می‌شود. ایدئولوژی ممکن است قبل از یک دولت متولد شود و تا صعود به رأس هرم قدرت به حیات ادامه دهد.

در صورت تفوق ایدئولوژی بر نظریه‌های رقیب و صعود صاحبان آن به قدرت سیاسی، از آنجا که ایدئولوژی تمایل به نظام‌مندی توأم با فراگیری دارد، ریشه‌ها و آموزه‌های ایدئولوژیک با

۱. مرادخانی، فردین، **پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران**، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۴، شماره ۹۲، صص ۱۷۵-۱۹۹.

۲. طباطبایی، سیدمحمد، **نظریه تفکیک قوا و سازمان‌دهی قدرت سیاسی نزد دولت**، دولت‌پژوهی، ۱۳۹۶، شماره ۱۲، صص ۱-۳۵.

3. Griffith, Gareth, *Judicial Accountability*, 1998, NSW Parliamentary Library Research Service, 11-13.

4. Hamilton, B M, *The Elements of the Concept of the Ideology*, Political Studies, XXXV, 1987. P 38.

توابع الزامی آن بدو به رأس هرم سیاسی رفته، سپس از آنجا بر تمامی جامعه چنگ می‌زنند. ایدئولوژی ضمن انسداد مسیر نقد و تفکر آزاد با پشتوانه اقتدار سیاسی، امکان زی‌انسانی را سلب می‌کند و محرک‌کنی ماشینی مطالبه می‌کند. سیستم سیاسی ایدئولوژیک در تمامی ارکان و عناصر آن ایدئولوژیک عمل می‌کند یا تلاش دارد که عمل کند و اگر موفق به این عمل شود، دولتی تمامیت‌خواه به صورت کامل مستقر خواهد شد.

قضات مانند هر انسان دیگری «ارزش‌هایی» را برای زندگی خود محترم می‌شمارد و بر اثر کاربرد این ارزش‌ها در زندگی شخصی، به عنوان ملکه ذهنی او جای گرفته و به صورت آگاهانه یا ناآگاهانه در تصمیمات قضایی او تأثیرگذار است.

آموزش، کارورزی، مشاوره، سلسله‌مراتب و رهبری دادگاه‌ها، تصمیمات قضایی و... از سطوح عمر حرفه‌ای قاضی‌اند^۱ که در شکل‌گیری افکار قضات نقش دارد. به عبارتی، قاضی شدن به معنای تعلق به یک سازمان است که اخلاقیات، ارزش‌ها، طیف فعالیت‌ها و روش‌های منحصر به خود را دارد.^۲ دستگاه قضایی است که با در نظر گرفتن تاریخچه خود و نظام سیاسی، وظیفه، ساختار سازمانی و ارزش‌ها، خود را با وقایع روز تطبیق می‌دهد.^۳ ارزش‌های دستگاه قضایی هم از خارج از دستگاه قضایی مورد توقع واقع می‌شوند و هم اعضای دستگاه قضایی آنها را می‌سازند.^۴ نظام سیاسی خواهد کوشید تا با نفوذ در مراحل ایدئولوژی‌ساز، عمر حرفه‌ای قضات، آگاهانه و ناآگاهانه آنها را متمایل به تبعیت از اندیشه‌های ایدئولوژیک نظام سیاسی کند. نظام آموزش قضات از مصادیق تمایل ناآگاهانه قضات به پیروی از مطامع نظام سیاسی و تأثیر مطامع نظام سیاسی در نظام ارتقای قضات از مصادیق تمایل آگاهانه قضات است. این شیوه برای حذف استقلال قضایی به نفع ایدئولوژی متداول است.

1. Bell, J, *Judiciaries Within Europe: A Comparative Review*, New York, Cambridge University Press, 2006. P 360.

2. Ibid, P 359.

3. Ibid, P 351.

4. Ibid, Pp 372 - 373.

۲. «اقتدار»^۱ وجه وابستگی قاضی به نظام سیاسی

اقتدار به معنای «قدرت مشروع»^۲ یکی از وجوه اصلی شناسایی «حاکمیت سیاسی» است. نتیجه الزامی وحدت حاکمیت در دولت نوین، وحدت اقتدار به همراه خواهد داشت. وحدت اقتدار به این معناست که اقتدار از یک منشأ ایجاد شده، به تمام نهادهای موجود به نسبت وظیفه‌ای که بر عهده دارند، منتقل می‌شود.

تعدد منشأ اقتدار به معنای تزلزل نظام سیاسی است.^۳ اولین ویژگی دولت مدرن را وحدت و تمرکز حاکمیت و به تبع آن، اقتدار دانسته‌اند.^۴ قضاوت اختیاری است که دقیقاً از همین اقتدار منبعث و به دولت واگذار شده است و قضات به‌عنوان «کارگزاران» نظام سیاسی آن را اعمال می‌کنند. این موضوع اندیشه‌ای مدرن نیست و ریشه در تاریخ مطالعات دولت دارد. هابز معتقد است که در قرارداد اجتماعی به‌عنوان مبنای «تشکیل» یا «توجیه» دولت،^۵ عمده چیزی که از سوی انسان‌های بدوی به دولت واگذار می‌شود، «حق دولت»^۶ برای داوری در خصوص صیانت از نفس است.^۷ داوری از ابتدای تشکیل دولت بر عهده دولت بوده و ضامن عدم فروپاشی قرارداد اجتماعی و بازگشت به وضع طبیعی است.

بعضاً گزارش شده است، قبل از ورود مفاهیم دادرسی عادلانه به حقوق اروپایی، دادگاه‌ها، با استناد به این موضوع که رأی دادگاه ناشی از عمل حاکمیتی است، آن را از استدلال معاف می‌دانستند.^۸ هنوز هم معافیت آرای دادگاه‌ها از استدلال، هرچند در نظام‌های قضایی مدرن

1. Authority.
2. Legitimate Power.

۳. رحمت‌اللهی، حسین، *تحول قدرت*، تهران: میزان، ۱۳۸۸، صص ۶۶ و ۲۱۳-۲۱۵.

۴. نک: لاگلین، مارتین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.

همچنین: وینسنت، اندرو، *نظریه‌های دولت*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۷.

۵. هرچند از قرارداد اجتماعی به عنوان نظریه تشکیل دولت یاد می‌شود، از آنجا که چنین قراردادی در عالم واقع وجود عینی و خارجی ندارد، باید معتقد بود این نظریه مسئله‌ای ذهنی برای توجیه دولت است نه تشکیل آن.

۶. با توجه به عمومی بودن امر قضاوت و صناعی بودن ماهیت دولت، بهتر است از عنوان «صلاحیت دولت» یا «اختیار دولت» یاد شود.

۷. هابز، توماس، *لویاتان*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۹، ص ۲۰۳.

۸. جعفری تبار، حسن، *دیو در شبیشه: در فلسفه رویه قضایی*، تهران: نشر حق گزاران، ۱۳۹۵، ص ۱۶۰.

مطروود است، «حاکمیتی» بودن این عمل پشتوانه منطقی، سیاسی و حقوقی قابل توجهی دارد. در کشور ما نیز قضاوت عملی حاکمیتی است.^۱

با این وصف، گره محکم عمل قضایی با اقتدار ناشی از امور حاکمیتی، حتی آنانی را که به استقلال قضایی از نظام سیاسی نیز رأی می‌دهند،^۲ بر آن داشته است که در خصوص مسئله اقتدار در آن مناقشه و استدلال کنند.^۳ قاضی بدون پشتوانه اقتدار چگونه می‌تواند شخصی را به محاکمه فرابخواند، دادرسی کند، حکم صادر نماید و دستور اجرای حکم را بدهد؟! زایل شدن اقتدار قاضی، جز این خواهد بود که او با شخص مقابل خود یکسان است؟ باید توضیح داد، اقتداری که دولت به کارگزاران خود، از جمله قضات، واگذار کرده است، نه ناشی از نظام سیاسی خاص که ناشی ماهیت تاریخی دولت به عنوان دارنده اقتدار واحد در یک سرزمین است. این اقتدار از سوی هر نظام سیاسی به کارگزاران خود اعطا و از سوی ایشان اعمال می‌گردد. توضیح آنکه بقای قوانین تا زمان اصلاح یا نسخ، بقای مقامات تا زمان عزل در تغییرات دولت‌ها (به عنوان نظام سیاسی)، حاکی از آن است کارگزار قضایی، بنده بی‌اختیار یک دولت مستقر نیست.

۳. «دستگاه قضایی» وجه وابستگی قاضی به نظام سیاسی

قضات، مستخدمان دستگاه قضایی به عنوان از ارکان سه‌گانه و متداول دولت مدرن‌اند. از آنجاکه دستگاه قضایی به خودی‌خود فاقد اختیار جذب و استخدام است و آنچه در این خصوص انجام می‌دهد، نمایندگی دولت در سطحی تخصصی است، لذا در مقیاسی بزرگ‌تر، قضات مستخدمان دولت‌اند. مستخدم یا در اصطلاحی زیننده‌تر، «کارگزار دولت» بودن قاضی، آیا او را به دولت به عنوان یکی از اطراف احتمالی دعاوی وابسته نمی‌سازد؟ پاسخ شاید مثبت باشد و شاید منفی!

۱. ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری با بیان اینکه «امور حاکمیتی: آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود.» در بند (د) با عنوان «استقرار نظم و امنیت و اداره امور قضایی»، عمل قضایی را عملی حاکمیتی می‌داند.

۲. همان، صص ۶ و ۶۳-۶۹.

۳. همان، صص ۷۷-۷۹.

مسئله مهم «سوگند قضات به مثابه تعهدی اخلاقی» که نیازمند بررسی جداگانه و مفصل است، نمایانگر «ارتباط مؤثر» یا حتی «وابستگی» قاضیان به نظام سیاسی است. مقامات قضایی از ابتدا متعهد می‌شوند که در اجرا و انجام وظایف خود، به دولت یا نماد دولت خدمت کنند. این خدمت درجایی که دولت طرف دعوای در حال رسیدگی است، متزلزل‌کننده شرط استقلال قاضی از طرفین دعوا نیست؟

آیا رابطه استخدامی و اداری که بین قاضی و نظام سیاسی برقرار است، می‌تواند او را به‌عنوان نیرویی وابسته نشان دهد؟ با این تحلیل که قاضی نماینده دولت است و در دستگاه قضایی خدمت می‌کند، چگونه می‌توان او را نسبت به دولت مستقل دانست؟

بر همین بنیاد است که برخی از مقامات عالی قضایی، مانند رئیس وقت دیوان عالی ترکیه، صراحتاً استقلال قاضی از نظام سیاسی را نفی کرده، تکلیف قاضیان را عملکرد جانب‌دارانه به نفع نظام سیاسی می‌دانند.^۱ آنها حضور قاضیان در مقام قضاوت را به خاطر صلاحیت‌هایی می‌دانند که نظام سیاسی برای آنها ایجاد و تعریف کرده است.^۲ این صلاحیت را می‌توان تعبیر به همان استخدام دولت کرد. حتی این موضوع تا جایی پیش خواهد رفت که تقاضای اولویت دادن به منافع یک مقام دولتی یا منفعت عالی حکومت را خارج از موارد اعمال فشار بیرونی می‌دانند.^۳ این جملات بیانگر آن است که رئیس دیوان عالی ترکیه، تقاضای گرایش قضات به رعایت منفعت یک مقام دولتی یا منفعت عالی جمهوری را نه تنها نادرست نمی‌داند، بلکه آن را منافی اصول بی‌طرفی و استقلال قضایی نیز نخواهد دانست.^۴

شناسایی دستگاه قضایی به‌عنوان بازوی قضایی دولت^۵ یا یکی از مظاهر اقتدار دولت^۶ در نظر نگارندگان حقوقی، بر بنیاد همین تفکر وابستگی دستگاه قضایی به دولت است، هرچند این به‌کارگیری واژگان به‌صورت ناآگاهانه باشد، این معنی از آن افاده می‌شود.

1. Shahin, K1, "Impartiality of the Judiciary", *ankarabarreview*, 1, 2008, 15-18. P 15.

2. Ibid.

3. Ibid, P 18.

4. Ibid.

5. Hanna, J, "The Role of Precedent in Judicial Decision", *Villanova Law Review*, 2, 1957, 367-384. P 377.

6. Laliena Piedrafita, Ana Libertad and others, **Judicial Impartiality Between Law and Ethics**, 1982. Available at: www.ejtn.eu/.../Written%20paper_Spain_Magistrates_Ethics_and_Deontology.pdf. P 5. last Access: 3/4/2018.

در کشورهای شهره به دستگاه قضایی مستقل نیز به نظر می‌رسد، همگامی و هم‌فکری با سیاست‌های کلان نه دولت به معنای عام آن، بلکه حتی حکومت‌اجرایی مستقر نیز از شرایط لازم برای تصدی مناصب عالی قضایی است. در قرن نوزدهم، قاضی «روتلدج» که از تمامی جهات شایستگی تصدی ریاست دیوان عالی آمریکا را داشت، به علت مخالفت با معاهده ایالات متحده و بریتانیا، از سوی سنا به این سمت پذیرفته نشد.^۱ در تفسیر این اقدام می‌توان گفت، از آنجاکه این معاهده یکی از مبانی تشکیل آمریکای جدید بود و اگر یکی از مقامات ارشد قضایی کشور با بنیان‌های سیاسی کشور مخالف باشد، محتمل است که در آرای قضایی مرتبط با موضوع، تفاسیری را برخلاف مبانی سیاسی کشور ارائه دهد. لذا این موضوع از منظر سیاست‌مداران پذیرفتنی نیست.^۲ مضافاً آنکه تأثیر حاکمیت دموکرات‌ها یا جمهوری خواهان در ساحت ریاست جمهوری و سنا، در انتخاب قضات فدرال با خط فکری مشابه خود غیرقابل انکار است.

۴. «قانون» دوراهه استقلال و وابستگی!

وجود دستگاه قضایی و ایجاد نهادی تحت عنوان قضاوت، تضمین اجرای حاکمیت قانون است. حاکمیت قانون در کمینه معنی آن، حکایت از لزوم انجام اقدامات از سوی کارگزاران دولت در تمامی سطوح بر مبنای هنجارهای از پیش معین شده دارد.^۳ کارگزاران دستگاه قضایی که همان مقامات قضایی‌اند، این وظیفه دستگاه قضایی را انجام می‌دهند.^۴

هر دولت، به‌عنوان اداره‌کننده جامعه تحت سلطه، منافع خرد و کلانی دارد. این منافع هرچند متنازع‌فیه و چالشی باشند، سند عینی برای تشخیص منفعت یا مصلحت دولت یا جامعه قانون است. قانونی که تقریباً تمامی اعضای جامعه در تصویب و آغاز به اجرای آن به‌نوعی مدخلیت

1. Chemerinsky, E, "Ideology and the Selection of Federal Judges", *University of California*, 36, 2003, 619-632. P 625.

۲. این معاهده، به «معاهده صلح پاریس» مشهور است و در سال ۱۷۸۳، با هدف پایان دادن به جنگ انقلابی آمریکا منعقد شد. برای آشنایی با مفاد این معاهده نک:

<https://www.britannica.com/event/Peace-of-Paris-1783>. last Access: 7/9/2018.

۳. برای مطالعه بیشتر در خصوص برداشت‌های حداقلی و حداکثری از حاکمیت قانون، نک:

زارعی محمدحسین، حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی، نامه مفید، ۱۳۸۰، شماره ۲۶.

زارعی محمدحسین، حاکمیت قانون و دموکراسی؛ سازگاری یا تعارض، تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۴۹.

۴. اصل شصت و یکم قانون اساسی مقرر می‌کند: «اعمال قوه قضاییه از طریق دادگاه‌های دادگستری است...».

دارند. با توجه به اجتماع همگانی در تصویب این قانون،^۱ البته بر اساس سازوکارهای پیش‌بینی شده، می‌توان قانون را سند عینی برای تشخیص منفعت عالی حکومت دانست.^۲ از آنجاکه کارگزاران دستگاه قضایی (قاضیان) وظیفه اجرای قانون در موارد تحقق اختلاف در چگونگی اجرای آن را بر عهده دارند، لذا تشخیص‌دهنده منفعت عالی دولت طبق قانون خواهند بود. حتی در سوگند قضایی که به آن اشاره کردیم، در کشورهای متمدن، خدمت به حکومت از طریق قانون برای مقامات قضایی تکلیف شده است. با توضیحات قبل که قانون را یک برساخت اجتماعی حاصل از مشارکت تقریبی کل نظام سیاسی دانستیم و قاضیان را مکلف به اجرای آن تصور کردیم، لذا وجه وابستگی قاضیان به نظام سیاسی همین قانون است. از آنجاست که در تعریف استقلال قضایی، عدم تمکین قاضی از هر اقتداری به جز قانون را مدنظر قرار داده‌اند.^۳ برای مشمول شدن نظام‌های کامن‌لا، تمکین به تصمیمات قضایی برجسته را نیز در زمره تمکین به قانون دانسته‌اند.^۴ تمکین دادگاه‌ها به قانون، به‌عنوان برساختی از مشارکت کل دولت، ضمن حفظ وابستگی دادگاه به دولت به‌عنوان بخشی از آن، موجب افتراق و استقلال آنها از سایر نظرات «دولتی» خواهد شد.

برای تبیین امر نیاز به تحلیل خواهیم داشت. تنها برساختی که می‌تواند مدعی نمایندگی از منفعت نظام سیاسی را داشته باشد، قانون است. بر اساس همین قوانین، البته در ساحت استخدامی است که قاضیان به‌عنوان کارگزاران دولت در حال انجام وظیفه‌اند. قاضیان در آغاز به کار خود متعهد شده‌اند که در دعاوی از منافع دولت که البته صرفاً از طریق قانون قابل برداشت‌اند، حمایت کنند. در دعاوی که یکی از اطراف آن به اصطلاح دولت است، در واقع برداشت یکی از کارگزاران یا مجموعه‌ای از کارگزاران دولتی مشغول در یک سازمان دولتی از قانون ادعای صیانت از منافع دولت دارد، در صورتی که ممکن است این چنین باشد یا نباشد! استناد نهاد دولتی دخیل در دعاوی قضایی به یک قانون، الزاماً حکایت از مستند بودن ادعای او به قانون

۱. قانون از فرایند مجلس یا پارلمان حاصل می‌شود که همگان «حق» دارند در انتخاب اعضای آن اعلام نظر کنند.

۲. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل یکصد و دوازدهم، تشخیص بدوی مصلحت نظام (دولت) به نمایندگان واگذار شده است تا در صورت ایراد شورای نگهبان به استناد مصلحت نظام بر نظر خود اصرار کنند.

3. Barak, A, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006. Pp 78-79.

4. Keong, Chan S, "Securing and Maintaining the Independence of the Court in Judicial Proceedings", *Singapore Academy of Law Journal*, 22, 2010, 229- 251. P 248.

نیست؛ چه آنکه قانون حکمی کلی است و کارگزار دولتی در موضوعی جزئی این ادعا را بیان کرده است که وظیفه قاضی است تا مشخص کند آیا این موضوع منطبق با قانون است یا خیر؟^۱ از این رو، نگارندگان منتقد نحوه نام‌گذاری دعاوی در نظام آمریکایی یا انگلیسی به نحوی است که طرف دعوا را کل نظام سیاسی قرار می‌دهد. در این نام‌گذاری، دولت ایالات متحده یا ملکه علیه یک شخص حقیقی یا حقوقی به نام دعوا به کار می‌رود.^۱ این گونه نام‌گذاری متبادرکننده آن است که کل نظام سیاسی در دعوا حضور دارد؛ در صورتی که در واقع یکی از اعضا یا نهایتاً ارکان جزئی نظام سیاسی، ادعایی را مطرح کرده است که داخل نظام سیاسی، از سوی مرجع مستقل دیگری که خود نیز جزئی از دولت است، در حال بررسی می‌باشد. استقلال مرجع قضایی به گونه‌ای است که نمی‌توان آن را نماینده طرف دولتی دانست و این به معنای شرط «عدم یکسان‌انگاری هویتی» بین قاضی و طرف دعواست.^۲

با تحلیل بیان‌شده، می‌توان به عمق کلامی که استقلال قضایی را یک منفعت عمومی کلان دولت و جامعه می‌داند،^۳ پی برد و از این مسیر، زمانی که حاکمیت قانون را برای محدود کردن به‌کارگیری دلبخواهانه قدرت (از سوی دارندگان مناصب) حکومتی ضروری می‌دانند و تضمین آن را به قوه قضائیه می‌سپارند،^۴ قابل‌درک است. بررسی جزئیات «حق بر امنیت قضایی» شهروندان نیز حکایت از همین موضوع دارد که در تمامی ابعاد این حق، ایستادگی قضات مقابل خودسری‌ها و کژروی‌های نمایندگان نظام سیاسی نیاز است.^۵

زمانی که از وابستگی دادگاه به حکومت به‌عنوان روایتی منفی یاد می‌شود، ناظر به وابستگی به نظرات بخشی از ارگان‌ها و کارگزاران حکومت است نه کل آن. کشورهای کمونیستی که

۱. در بسیاری دعاوی آمریکایی، *United States v. Civilian* و در دعاوی انگلیسی *Queen v. Civilian* ذکر می‌شود.

2. BRINKS, D, "Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millennium?" *TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL*, 40, 2005, 595-622. P 598.

3. Saunders, Justice Jamie W. S, **Judicial Independence and Impartiality**, 2003, Available at: www.courts.ns.ca/From.../From_The_Bench-JUDICIAL_INDEPENDENCE.pdf. P 1. last Access: 7/7/2017.

4. Sharman, Jeffrey M, **Judicial Ethics: Independence, Impartiality, and Integrity**, Inter-American Development Bank, 1996. Available at: www.iosrjournals.org/iosr-jhss/papers/Vol.%2022%20Issue5/...2/F2205023744.pdf. P 11. last access: 7/11/2018.

۵. نک: زارعی، محمدحسین، **امنیت قضایی به‌مثابه حق**، مجلس و پژوهش، تابستان ۱۳۸۶، شماره ۵۶، صص ۴۵-۱۱.

دادگاهی وابسته به دولت داشتند،^۱ این وابستگی هرچند بیشتر به قوای اجرایی بود، در بسیاری موارد نیز نشانی از عدم استقرار حاکمیت قانون در این کشورها بود.

۵. تعادل ارتباط قاضی با حکومت

بستر استقلال دستگاه قضایی، استقرار حاکمیت قانون است. قبل از استقرار حاکمیت قانون، ولو به نحو کمینه آن، صحبت از استقلال قضایی سخت به نظر خواهد رسید؛ زیرا کارکرد اصلی دستگاه قضایی تضمین استقرار و پایداری حاکمیت قانون است و بدون آن، این کارکرد ممتنع خواهد بود.

در فرض استقرار حاکمیت قانون، دستگاه قضایی به عنوان از ارکان سه‌گانه دولت، لاینفک و غیرقابل جدا انگاشته شدن از نظام سیاسی است، اما اعضای فعال این دستگاه،^۲ هرچند از طریق ارتباط اداری با دستگاه قضایی، کارگزاران دولتی به شمار می‌روند. از آنجاکه همین ارتباط نیز ناشی از «قانون» است و وظیفه آنها «تشخیص مستقل اختلافات در اجرای قانون» است، در انجام وظیفه اصلی خود به صورت مستقل عمل می‌کنند. این استقلال ناظر به کارگزاران دولتی است که طرف دعوا واقع شده‌اند؛ چه آنکه کل نظام سیاسی را نمی‌توان طرف دعوا تصور کرد.

دادرسی نیز بر اساس قانون که عقیده نظام سیاسی را نمایندگی می‌کند، مبادرت به رسیدگی و اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تفاسیر قاضی از عملکرد طرفین دعوا موضوعی خواهد بود؛ به این توضیح که قاضی برداشت خواهد کرد آیا اعمال ارتكابی طرفین دعوا منطبق با حکم کلی قانون است یا خیر؟ تفاسیر مقامات قضایی برخلاف متون قانونی، بدون استناد به هنجارهای برتر قابل پذیرش در نظام سیاسی، نوعی تفسیر «براندازانه» است^۱ که پذیرش آن سوی نظام سیاسی بعید به نظر می‌رسد.

1. Herron, Erik S and Randazzo, Kirk A, "The Relationship Between Independence and Judicial Review in Post-Communist Courts", *The Journal of Politics*, 65, 2003, 422-438. P 427.

۲. نگارندگان وصف فعال را برای تمییز بین کارکنان قضایی و اداری به کار می‌برند. اعضای فعال یک دستگاه، آن کارکنانی‌اند که به طور مستقیم تصمیمات مربوط به وظیفه اصلی دستگاه را اتخاذ می‌کنند. مقامات قضایی تصمیم‌گیران مستقیم برای تضمین اجرای حاکمیت قانون خواهند بود.

۱. جعفری تبار، حسن، پیشین، صص ۲۳۴-۲۳۷.

کانت بین تفکر آزاد یک فرد کاملاً آزاد با تفکر در مقام انجام وظیفه یک شخص مشغول به انجام وظیفه عمومی تفاوت قائل است و عقیده دارد که شخص شاغل باید در راستای منافع مدنظر ساختار شغلی خود بیندیشد و در غیر آن باید از شغل خود خارج شود.^۱ نگارندگان بر این عقیده‌اند که این تفکر درون‌ساختاری، برای مقامات قضایی همان استناد و استدلال در چارچوب قوانین موجود است. قوانین، مرجع تأیید حق شهروندان در یک نظام سیاسی‌اند و صلاحیت‌ها و اختیارات سایر کارگزاران را مشخص می‌کنند. قاضی باید در بینابین این قوانین، شیوه تضمین اجرای حاکمیت قانون و از آن طریق احقاق حق شهروندان را بیابد. خروج قضات از این تعادل و تمایل به جانب‌داری رفتاری از نظام سیاسی، ضمن تخریب سازه‌های حکومت قانون و تحدید حق افراد باعث شده است که در بسیاری انقلاب‌ها، بلافاصله عزل شوند و برخورد با قضات وابسته به نظام سیاسی سابق صورت بگیرد.^۲ فهم دقیق از ماهیت «امر قضایی» در تحلیل استقلال قاضی از ایدئولوژی نظام سیاسی مؤثر خواهد بود.

۶. ماهیت عمل قضایی

فهم بسیاری از مفاهیم الحاقی یا مورد انتظار از فرایند قضایی، مستلزم فهم «ماهیت» عمل قضایی است. برجسته شدن مطالباتی مانند «استقلال» و «بی‌طرفی» از دستگاه قضایی، خصوصاً پس از اصلاحات دهه‌های اخیر که در پرتو اعلامیه‌های حقوق و پیدایش و گسترش مفهوم «نظارت قضایی»، منجر به انتقال قدرت از نهادهای نمایندگی به نهادهای قضایی شد، شدت گرفت.^۳ البته این مفاهیم جدید، خصوصاً در بُعد استقلال قضایی، بعضاً با انتقاداتی مواجه بود.^۴

«ماهیت» مقصود، ناظر به وظیفه اصلی دستگاه قضایی است و اگر این دستگاه وظایف و کارکردهای دیگری فرع بر ذات خود بر عهده داشته باشد، از شمول ماهیت عمل قضایی خارج خواهد بود، اما قطعاً محدوده و ماهیت تمام وظایفی که دستگاه قضایی باید انجام دهد، بر چگونگی نقش قوه قضائیه تأثیرگذار خواهد بود.^۱

نگارندگان بر این عقیده‌اند که در بدو امر، عمل قضایی عملی «حرفه‌ای» است. به بیان دیگر، دستگاه قضایی مجموعه‌ای از «حرفه‌ای‌ها» است و نتیجتاً شیوه‌های بنیانی متفاوتی از ساختار

۱. کانت، ایمانوئل، پیشین.

۲. نک: لارکینز، کریستوفر، *استقلال قضایی و فرایند مردمی شدن*، ترجمه: محمدحسین زارعی، آفتاب، اردیبهشت ۱۳۸۱، شماره ۱۵، صص ۴۲-۴۷.

3. Helmke, Gretchen and Rosenbluth, Frances, "Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective", *Annual Review Of Political Science*, 12, 2009, 345-366. P 346.

4. Ibid.

1. Bell, Op Cit, P 356.

کنترل و فرمان یک نهاد سیاسی یا صنعتی خواهد داشت.^۱ حرفه‌ای بودن یک مقام این نتیجه وابسته را به همراه دارد که اقتدار، مشروعیت و صلاحیت قاضی، از دانش او نسبت به قانون و تجربه اعمال آن برمی‌خیزد.^۲ فن بودن قضاوت در ابتدایی‌ترین دروس حقوقی قابل مشاهده است؛ چه اصل معرفت حقوقی را «فن» بدانیم^۳ و چه اعمال آن علم را در دادرسی «فن» تصور کنیم،^۴ حکایت از حرفه‌ای بودن اعمال حقوق در عرصه قضاوت دارد. حرفه‌ای بودن قضات، حتی برای آنها، «ایدئولوژی حرفه‌ای» را به‌عنوان امری موافق ذات عمل قضایی به‌ارمغان داشته است.^۵ ایدئولوژی حرفه‌ای، قطعاً معادل با عمل قضایی ایدئولوژیک که مبین مداخله نامطبوع سیاست و ایدئولوژی در امر قضاست، نخواهد بود؛ زیرا مقصود از پذیرش ایدئولوژی حرفه‌ای قضات، چارچوب‌بندی ذهنی برای فعالیت قضایی مشتمل بر احکامی است که قانون جدیدی ایجاد می‌کند یا نسبت به تفسیر یا تغییر قانون موجود بدون داشتن انگیزه سیاسی یا جناحی اقدام می‌کند.^۶ یکی از ملاک‌های گزینش قضات فدرال، خصوصاً در نظام آمریکایی، در نظر گرفتن صلاحیت حرفه‌ای نامزدهاست^۷ و در نظرگاهی دیگر از «مهارت قضایی» سخن می‌گویند که علاوه بر صلاحیت حرفه‌ای به سابقه حقوقی و قضایی نامزدها مانند آرا، نوشته‌ها و نطق‌های وی توجه می‌شود.^۸ حرفه‌ای بودن عمل قضایی با حرفه‌ای بودن عمل اداری یا اجرایی در بُعد مادون سیاسی آن، از حیث گستره صلاحیت‌های تخییری قضات تمییز می‌یابد. عمل اداری و اجرایی، عملی قانونی، اما تحت نظارت سلسله‌مراتبی یا قیمومیتی با صلاحیت‌های اختیاری مشخص است. برجستگی عمل قضایی به صلاحیت‌های گسترده مقام قضایی به‌دور از نظارت‌های سلسله‌مراتبی و ثبات شخصی مقام قضایی در پست قضایی است.^۱ البته میزان حرفه‌ای بودن

1. Ibid, P 365.

همچنین برای فهم برخی از تمایزات مقام حرفه‌ای و مقام سیاسی، ن.ک: قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ با اصلاحات بعدی، مواد ۵۳ تا ۵۷.

2. Ibid.

۳. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵ ص ۱۳۷.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۶۷.

5. Wardle, B, *The Four Axes of Legal Ideology*, Australia, Griffith University, 2016. P 2.

6. Booth, James and Freyens, Ben, *Ideology and Judicial Decision Making in Australian Labour Courts*, Centre of Law & Economics, Australia, Australian National University, 2017. P 3.

7. Chemerinsky, E, Op Cit, P 622.

8. Ibid.

۱. برای جایگاه صلاحیت‌های تخییری در اداره ن.ک: مشهدی، علی، *توجیه و نقد کنترل‌پذیری صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه*، فصلنامه اطلاع رسانی حقوق، سال ششم، ۱۳۸۹، شماره‌های ۲۱-۲۲، صص ۶۱-۷۵.

عملکرد قضات، ربط وثیقی با نوع نظام حقوقی از لحاظ نظام «نوشته» یا «عرفی» دارد.^۱ به اجمال می‌توان گفت، عملکرد قضات نظام‌های «نوشته» حرفه‌ای‌تر و نظام‌های «عرفی» شناختی‌تر است. همچنین به نقش مقام قضایی در تأثیرپذیری از ملاحظات غیرحرفه‌ای باید به دیده «تحقیق» نگریست.^۲

دوم، عمل قضایی «غیرتبلیغاتی» است. برخلاف اعمال سیاسی که گسترش و منقح بودن آن ربط وثیقی با تبلیغات دارد و از این‌رو از الزامات تبلیغات تبعیت می‌کند،^۳ عمل قضایی نمی‌تواند این‌گونه باشد. این موضوع خصوصاً در پرونده‌هایی با بار سیاسی نمود بیشتری می‌یابد. در پرونده‌هایی که یکی از اطراف پرونده «حکومت» باشد، شاید بتوان نحوه عملکرد طرف حکومتی را در ایجاد هیاهوی سیاسی دید.^۴ اگر قضات علناً پاسخ رئیس‌جمهور را بدهند یا در سخنرانی‌های یکشنبه‌ای^۵ حاضر شوند یا بعد از تصمیمات خود فراهمایی مطبوعاتی برگزار کنند، به اعتبار خود صدمه می‌زنند.^۶ مفروض بدانیم که تبلیغات، قبل از اتخاذ تصمیم سعی در زمینه‌سازی برای پذیرش یک تصمیم در جامعه و افکار عمومی دارد و پس از تصمیم سعی در توجیه عمل ارتكابی می‌کند. در مقابل، عمل قضایی، چنانچه به تبلیغات پیشینی آلوده شود، نقض قاعده «منع اعلان حکم قبل از اتخاذ» را کرده و به‌نوعی اسیر پیش‌داوری شده است و تبلیغات پسینی، ناقض قاعده «فراغ دادرس» خواهد بود.

تبلیغات با اعلان نظر عجین است؛ البته اعلان نظری جهت‌دار. اعلان نظر در یک پرونده در نظام‌های حقوقی مقید به رعایت اصول دادرسی عادلانه، نقض صریح بی‌طرفی و از موارد نقض

1. see: Garoupa, Nuno and Ginsburg, Tom, **Hybrid Judicial Career Structures: Reputation v. Legal Tradition**, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, No. 567, 2011. Available at: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Last Access: 3/9/2018.

۲. شاید بتوان ادعا کرد که قضات اداری، عملکردی غیرحرفه‌ای‌تر خواهند داشت. این ادعا در خصوص دادستان‌ها نیز صادق است؛ البته اگر بتوان، عملکرد دادستانی را به بیان اخص، قضایی بدانیم.

۳. برای فهم ابعاد و اهداف تبلیغات ن. ک: ←

Toth, Mike and others, *The Art of Advertising: CEOs from Mullen Advertising*, Marc USA, Euro RSCG & More on Generating Creative Campaigns & Building Successful Brands (Inside the Minds Series), Aspartor Inc, United states, 2003.

۴. یکی از مصادیق بارز این هیاهو و پروپاگاندای تبلیغاتی در مقابل عمل قضایی، در خصوص رسیدگی و تعلیق‌های مکرر «فرمان مهاجرتی» ترامپ از سوی رئیس‌جمهور آمریکا مشاهده شد.

5. Sunday Speeches.

6. Y. Peter and H. Gregory, "Is Anyone Listening? The Politicization of the Judiciary and the Loss of Authority: An Initial Assessment", *Journal of Political Sciences & Public Affairs*, 4, 2016, 8-21.

رأی خواهد بود. در این راستا در پرونده *Republican Party of Minnesota v. White* دیوان عالی ایالات متحده آمریکا، صراحتاً یکی از دلایل فسخ رأی را نقض اصل بی‌طرفی در رسیدگی قضایی به لحاظ اعلام پیشینی عقیده دادگاه دانست.^۱ شاید به این علت است که برخی از فرایند قضایی به فرایندی با «قدرت خاموش» اما «اجتناب‌ناپذیر» یاد کرده‌اند.^۲ خاموشی قدرت دادگاه به معنای اجتناب آن از هیاهوی تبلیغاتی است. هیاهوی تبلیغاتی خاصهً مواجهات سیاسی است. دستگاه قضایی ممکن است و باید در بسیاری از موارد، نقش خود را به گونه‌ای ایفا کند که از مواجهه سیاسی اجتناب کند.^۳

سوم، در فرایند قضایی «حاکمیت واحد» وجود دارد. به عبارتی، فرایند قضایی محیطی «ایزوله» و «تک قدرتی» است. آموزه‌های دولت ملی را به یاد بیاورید؛ ویژگی ابتدایی یک دولت ملی، وحدت اقتدار در حوزه جغرافیایی دولت است.^۴ عرصه «دادرسی» را بُعد کوچکی از حکومت در نظر بگیرید که در آن ما «باید» با وحدت حاکم در معنی حکم‌کننده مواجه باشیم. این حاکم واحد، همان مقام قضایی است. وحدت حاکمیت به معنای منحصر بودن قدرت اتخاذ تصمیم قضایی در ید قاضی است که هیچ فشار بیرونی یا قدرتی نمی‌تواند او را به تصمیمی خلاف آنچه نظر اوست، الزام کند. پس از پذیرش این قاعده، باید مطمئن نظر داشت که این وحدت قدرت به معنای اعمال خودسرانه نیست؛ چه آنکه حاکم واحد جامعه نیز در عین وحدت اقتدار، در راستای اعمال این اقتدار به ضوابطی پایبند است. قاضی نیز به ضوابطی مانند قانون یا سابقه قضایی پایبند خواهد بود؛ البته این پایبندی نیز تا حد قابل توجهی، بستگی به شیوه نقش آفرینی قاضی در «فرایند قضایی» دارد.^۱

تکمله اخیر به «تک قدرتی» بودن فرایند قضایی، مسیری است به خصیصه بعدی عمل قضایی که همان «شفافیت و قاعده‌مندی» است. «شفافیت» هرچند در ابتدا در سازمان‌های

1. *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002).

2. Cardozo, Benjamin N, *The Nature of Judicial Process*, London, Yale University Press, 1946. P 178.

3. Ferejohn, John A and Kramer, Larry D, "INDEPENDENT JUDGES, DEPENDENT JUDICIARY: INSTITUTIONALIZING JUDICIAL RESTRAINT", *NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW*, 77, 2002, 962-1039. P 996.

۴. نک: لاکلین، مارتین، پیشین، صص ۱۷۳-۲۲۲؛ هابز، توماس، پیشین، صص ۱۸۷-۳۲۶.

1. Cardozo, Op Cit, Pp 146-159.

مردم‌نهاد فراملی مطرح شد،^۱ با گسترش مفهومی و جایگاهی آن، امروزه در همه ابعاد اعمال حکومت، امری مطلوب و حتی لازم است و در اعمال قضایی به‌عنوان آخرین مرحله تعیین‌کننده ارزش و جایگاه هنجارهای حقوقی، اهمیت چندباره می‌یابد. شفافیت به معنای ساده، درجه باز بودن انتقال اطلاعات است.^۲ شفافیت در هر عرصه‌ای بر قابل دسترس بودن اطلاعات موردنیاز برای بازیگران آن عرصه تأکید دارد.^۳ این موضوع برای ایجاد امکان پاسخگویی مسئولان در مقابل بازیگران مطرح شده است.^۴ در عرصه قضایی نیز این موضوع ناظر به اصحاب پرونده در پرونده‌های خصوصی و عموم مردم در پرونده‌های عمومی خواهد بود. ممنوعیت دسترسی به اطلاعات، پنهان‌کاری و اعمالی از این قبیل، در اعمال قضایی نامطلوب و غیرقابل قبول است. بحث «علنی بودن» محاکمات از ابزار تحقق شفافیت در اعمال قضایی است. شفافیت زمانی اهمیت می‌یابد که عمل قضایی از چارچوبی مشخص و تقریباً ازپیش‌معین پیروی کند تا هدف شفافیت که تحقق پاسخگویی است، محقق شود. وجود شفافیت در عرصه‌ای که فاقد چارچوب عملی مشخص است، کارکرد لازم را نخواهد داشت.

همان‌طور که پیش‌تر گذشت، «قاعده‌مندی» تکمله‌ای بر «تک‌قدرتی» بودن عرصه عمل قضایی است. در تبیین این موضوع گفته شده است، قاضی باید الهامات خود را از اصولی قابل قبول و متعهدانه استخراج کند، تسلیم احساسات مقطعی، خیرخواهی مبهم و نامنظم نشود و کار خود را از طریق یک صلاحیت غنی شده با سنت، روشمند از طریق قیاس، منظم شده از سوی سیستم و تابع ضرورات اولیه نظم زندگی اجتماعی انجام دهد.^۵

قاعده‌مندی علاوه بر «روال دادرسی»^۱ به «مواد تصمیم‌گیری» هم نظر دارد. موادی که بسته به نظام حقوقی، قانون یا تصمیمات شاخص^۲ خواهد بود. البته این امکان وجود دارد که دادگاه در یک پرونده، برخلاف تصمیمات شاخص و بنا به نظری جدید اتخاذ تصمیم کند و از

1. Ball, Carolyn, "What is Transparency?", *Public Integrity*, 11, 2009, 293-307. P 297.

2. Ibid, P 298.

3. Ibid.

4. Ibid, P 299.

5. Hanna, J., "The Role of Precedent in Judicial Decision", *VILLANOVA LAW REVIEW*, 2, 1957, 367-384. P 384.

Cardozo, Op Cit, P 152. برای نظری مشابه نک:

1. Due Process.

2. Stare Decisis.

حیث صلاحیت مطلق دادگاه برای تصمیم‌گیری در هر پرونده، عمل دادگاه قابل توجیه است.^۱ حتی دادگاه می‌تواند با وجود پابندی به تصمیمات اساسی با تعیین «وقایع اصلی»^۲ یک پرونده، بنا به نظر شخصی خود با مستثنا کردن بقیه وقایع پرونده از حیث اهمیت اساسی به تصمیمات موردنظر استناد کند.^۳ این گستره صلاحیت اختیاری قضات، نمی‌تواند باعث القای این موضوع شود که عمل قضایی فاقد چارچوب است؛ زیرا تمامی این برداشتها نیز بر پایه مفروضات و اصول پیش‌فرض پذیرفته‌شده و از مسیر مشخصی انجام می‌شود.

عمل قضایی در پهنه «ترافع» انجام می‌شود. به مسئله تشکیل دولت بازگردیم، نظری شناخته‌شده و قابل توجه وجود دارد که در آن زمانی که از تشکیل اولین دولت سخن می‌گوید، وضعیت وجود جمعیت، کمبود منابع و نامحدود بودن میل انسان به منابع را عامل ایجاد «تعارض» می‌داند؛ تعارضی که زندگی بدون خطر انقراض را برای انسان مشکل کرده بود و لذا آدمیان تن به تشکیل دولت به‌عنوان متصدی «مدیریت تعارض» کردند؛ به این معنی که دولت باید با کارکرد خود از تعارض بین منافع در عرصه خارجی جلوگیری کند.^۴ در این مدیریت، بنا به باور نقش مداخله‌ای و حداقلی دولت، دولت در امور، جز به‌منظور مدیریت تعارض ورود نخواهد کرد. آخرین مرحله مدیریت تعارض، حل تعارض ایجادشده از طریق «داوری بین طرفین تعارض» است. در این نقش، اگر تعارضی به منصف ظهور خارجی رسید، خواه تعارض بین اتباع باشد یا بین اتباع و ارکان دولت، کارکرد قضایی حکومت بالفعل می‌شود. این تعارض را ما «ترافع» یا «دعوا» می‌نامیم. اصل بر عدم مداخله دولت در عرصه مدیریت تعارض از جمله قضاوت است. در اینجا هم این‌طور است. تا دعوایی شکل نگیرد، قضاوتی نخواهد بود، لذا عمل قضایی منوط به وجود ترافع و لذا ترافی است. عملکرد دادستانی هرچند غالباً آغازگر ترافع است نه متعاقب بر تعارض، لکن اولاً، دادستان به معنای اخص قاضی محسوب نشده؛ ثانیاً، عملکرد دادستانی ماهیتاً اجرایی، لکن مرتبط و تسهیل‌کننده امور قضایی است.

بعد از ترافی بودن عمل قضایی، ما به نتیجه دیگری خواهیم رسید. عمل قضایی، «جزئی» است. البته این وصف باید به‌عنوان اصل در نظر گرفته شود و برای آن استثنائاتی قائل شویم.

1. Hanna, John, Op Cit, P 368.

2. Material Facts.

3. Ibid, P 370.

۴. نک: لاگین، مارتین، پیشین؛ هابز، توماس، پیشین.

جزئی بودن عمل قضایی به معنای اتخاذ تصمیم موردی در هر «دعوی قضایی» است. به نظر نگارندگان، پس از استناد به اصل «ترافع»، به این معنی که صدور حکم کلی به معنای خروج از لزوم پایبندی به ترافع موجود در اتخاذ تصمیم است، جزئی بودن عمل قضایی، ناشی از لزوم انجام «استماع»^۱ در فرایند قضایی است. استماع طرفین از سوی شخص سوم بی طرفی، از الزامات دادرسی مطلوب است.^۲ جزئی بودن به معنای تأثیر خارجی مستقیم هر تصمیم قضایی برای یک پرونده در حال رسیدگی است. افزودن قید مستقیم برای خروج تأثیرات معنوی غیرمستقیم آرای دادگاه‌های عالی یا قضات برجسته بر سایر پرونده‌هاست. منطق و مفهوم عمل قضایی اقتضا دارد شخصی که در دعوا شرکت نداشته و امکان دفاع و بیان را نداشته است، از یک تصمیم قضایی متأثر نشود. مواد ۲ و ۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز بر جزئی بودن عمل قضایی اذعان دارند.^۳ انجام اعمال کلی در زمره اقدامات تقنینی و اجرایی به معنای اخص آن است که اصولاً و عموماً در عمل قضایی مصداق ندارند.

عمل قضایی، «کشفی» است. کشفی بودن عمل قضایی غالباً در مصداق و نه در احکام است. در یک دعوی قضایی ما با قواعدی کلی و از پیش تعیین شده مواجهیم که از آنها به هنجار حقوقی یاد می‌کنیم و طرفینی که در توجیه عمل مادی و مصداقی خود، به هنجارهای از پیش موجود استناد می‌کنند. کنشگر قضایی باید کشف کند که مصداق عمل کدام یک از طرفین دعوا با هنجارهای موجود هم‌خوانی دارد. به عبارتی، این کنشگر بدو باید ماهیت دقیق عمل ارتكابی را احراز کند، سپس آن را با قواعد موجود انطباق دهد. در این کشف در عمل قضایی نوعی شکاکیت خواهیم داشت. در احراز عناصر اعمال مصداقی، باید جداگانه تحقیق لازم صورت بگیرد و از این رو از شکاکیت در احراز سخن می‌گوییم. حال ممکن است، بار اثبات و احراز بر عهده طرفین باشد یا قاضی! کشفی بودن عمل قضایی مانعی است برای آنکه به مفروضات مصداقی

1. Hearing.

2. Levin, Joel, "The Concept of Judicial Decision", *CASE WESTERN RESERVE LAW REVIEW*, 33, 1983, 208-239. P 213.

همچنین نک:

Glukam, Max, **Judicial Process**, available online: <http://www.encyclopedia.com/social-sciences/applied-and-social-sciences-magazines/judicial-process#C>. last Access: 7/1/2017.

۳. ماده ۲: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند، مگر اینکه شخص یا اشخاص ذی‌نفع یا وکیل یا قائم‌مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند».

ماده ۴: «دادگاه‌ها مکلف‌اند در مورد هر دعوا به‌طور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به‌صورت عام و کلی حکم صادر کنند».

پناه ببریم. مصداق هر پرونده باید جداگانه بررسی و کشف شود و وام‌گیری از پرونده‌های سابق برای احراز مصداق‌ها، عملی منافی با ویژگی کشفی عمل قضایی است. با استناد به همین ویژگی عمل قضایی است که برخی از صاحب‌نظران ایجاد مراجع قضایی اختصاصی را نامطلوب می‌دانند.^۱ بر مبنای این باور، متخصصان آن حوزه بنا به شیوع تجربی، باعث مفروض‌سازی در مصداق می‌شوند و ایجاد این مفروضات باعث کاهش عمل قضایی و سوق به تصمیمات ایدئولوژیک می‌شود.^۲

1. Curry, Brett and Miller, Banks, "Judicial Specialization and Ideological Decision Making in the US Courts of Appeals", *Law & Social Inquiry*, 2, 1, 2015, 29-50.
2. Ibid, P 29.

نتیجه گیری

ماهیت عمل قضایی، تفاوت آن با سایر اعمال کارگزاران نظام سیاسی را به خوبی نشان می‌دهد. رفتار یک کارگزار قضایی، ذاتاً امکان استقلال بیشتری را فراهم می‌کند. رفتارهایی که تا حد امکان از اقدامات سیاسی فاصله گرفته است. نبود نظارت و تبعیت سلسله‌مراتبی بین قضات که از ماهیت عمل قضایی برمی‌خیزد، خصوصاً در نسبت بین قاضی و نظام سیاسی، کفه استقلال قاضی را سنگین‌تر خواهد کرد. با این حال، باید توجه داشت که مقام قضایی، وابستگی‌های شغلی عمیقی با نظامی سیاسی دارد؛ اقتدار قاضی که ناشی از رابطه استخدامی او با نظام سیاسی است و قانون و سایر قواعد حقوقی که در پرتوی نظام سیاسی شکل گرفته و ابزار اصلی حکمرانی قضایی است، شائبه وابستگی قاضی به نظام سیاسی را ایجاد خواهد کرد. از طرفی، قاضی نمی‌تواند به طور کامل برخلاف سیاست‌های نظام سیاسی تصمیم‌گیری کند.

قاضی مبرز کسی است که بین تکالیف خود به عنوان کارگزار دولت و عمل مستقل قضایی، تعادل ایجاد کند. در مسائل مهم، زمانی که یک دادگاه تصمیمی اتخاذ می‌کند، این تصمیم در بردارنده یک «اصل»^۱ است که سازنده یک رویه قضایی خواهد بود.^۲ اگر این اصل، ملهم از یک دیدگاه ایدئولوژیکی قوی باشد، آن رویه قضایی نیز ایدئولوژیکی خواهد بود. لازم به بیان از باب تأکید است که رویه قضایی «حقوق ساز» است. این ادعا از آن نظر است که ایجاد اصل حقوقی در رویه قضایی بسیار مهم‌تر از فروعی است که در قالب قواعد حقوقی ایجاد شده، به عبارتی از این اصول ناشی می‌شوند.^۳ از این روست که گفته می‌شود، قاضی باید الهامات خود را از اصول قابل قبول استخراج کند، تسلیم احساسات مقطعی، خیرخواهی مبهم و نامنظم نشود، اما باید یک صلاحیت آبدیده شده با سنت، روشمند از طریق قیاس، منظم شده از سوی سیستم و تابع ضروریات اولیه نظم در زندگی اجتماعی را انجام دهد.^۴ این ناگزیر است که برحسب نظر برخی، بر اساس مدل رفتاری، رأی قضایی بر اساس ترجیحات سیاسی شخصی و واقعیات پرونده است.^۱

1. Principle.

2. Hanna, J, Op Cit. P 369.

Also see: Salmond, John W. **Jurisprudence**, Forth Edition, 1913. Available at: <https://archive.org/stream/jurisprudence00salm/page/n3/mode/2up>. last Access: 7/10/2018.

۳. جعفری تبار، حسن، پیشین، ص ۳۹.

4. CARDOZO, Op Cit, P 141.

1. Scherer, Nancy, "Testing the Court: Decision Making Under the Microscope", *Tulsa Law Review*, 50, 2015, 659-668. P 659.->

برخی استقلال قضایی را در جنبه فردی استقلال از تعصبات شخصی مؤثر در تحریف تصمیم قضایی می‌دانند.^۱ البته این مفهوم در تقسیم‌بندی دقیق‌تر همان بی‌طرفی قضایی است. قاضی در قبال اعمال منصفانه قانون مسئول است، نه صرف آنکه تأییدات قانونی عقاید خود و نظام سیاسی را دنبال کند.^۲

در مدیریت این مناقشات نظری، نگارندگان بر این باورند که اولاً، ایدئولوژی‌زدایی از اعمال قضایی سخت و حتی ناممکن است. ثانیاً، ایدئولوژی قضایی که آمیخته‌ای از ایدئولوژی سیاسی با گرایش‌های مذهبی، اجتماعی، فرهنگی قضات است که هم از سوی دولت به او تحمیل می‌شود و هم محسوب زندگی اجتماعی قاضی است؛ نه مترادف با ایدئولوژی سیاسی و نه کاملاً با آن بیگانه است. ایدئولوژی قضایی از ترجیحات سیاسی، عقیدتی و اجتماعی قاضیان نیز تأثیرپذیر است؛ خصوصاً آنکه کارگزاران نظام سیاسی که در هر برهه بر اریکه قدرت سوارند، می‌کوشند به هر طریق ایدئولوژی مدنظر خود را به قضات تزریق کنند. ثالثاً، فاصله بین ایدئولوژیک شدن فرایند قضایی با وجود قابل قبول ایدئولوژی قضایی، «مفهوم پیشینه از حاکمیت قانون» است. باید توجه داشت، کارگزاران سیاسی می‌کوشند تا ابزارهای خود از قبیل تقنین و سیاست‌گذاری، آرای قضات را در بند ایدئولوژی سیاسی خود درآورند. از دیگر سو نیز قضات دارای ابزارهای قضایی بسیار برای تفسیر این قوانین و سیاست‌ها و استمداد از اصول مترقی حقوقی برای جلوگیری از ایدئولوژیک شدن تصمیمات قضایی‌اند. الزام درونی قاضیان به پایبندی به حاکمیت قانون، مانعی قابل‌اعتنا برای خروج فرایند قضایی از مسیر حقوقی به بیراهه ایدئولوژیک است. رابعاً، «صلاحیت تفسیری قاضیان» در موارد ابهام قوانین، محل جولان ایدئولوژی در فرایند قضایی است. با وصف پایبندی پیشینه به حاکمیت قانون، این میزان از تأثیرگذاری ایدئولوژی نامطلوب نخواهد بود. توجیه مقابله قضات با ایدئولوژی نظام سیاسی، عموماً بر این استدلال استوار است که رفتار مورد تعارض نظام سیاسی، ناظر به کل نظام سیاسی نبوده، بلکه تفسیر برخی کارگزاران نظام سیاسی (ولو در عالی‌ترین سطح) از هدف غایی سیستم است؛ لذا قضات مکلف‌اند با این تفاسیر نامطلوب مقابله کنند.

←Also see: Segal, Jeffrey, and Harold Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002.

1. Keong, CHAN Sek, "SECURING AND MAINTAINING THE INDEPENDENCE OF THE COURT IN JUDICIAL PROCEEDINGS", *Singapore Academy of Law Journal*, 22, 2010, 229-251. P 244.

2. Penny J White, "Judging Judges: Securing Judicial Independence by Use of Judicial Performance Evaluations" *Fordham Law Journal*, 29, 2009, 1053-1063. P 1058.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. جعفری تبار، حسن، *دیو در شیشه: در فلسفه رویه قضایی*، تهران: نشر حق گزاران، ۱۳۹۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
۳. رحمت‌اللهی، حسین، *تحول قدرت*، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
۴. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵.
۵. هابز، توماس، *لویاتان*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۹.
۶. وینسنت، اندرو، *نظریه‌های دولت*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۷.
۷. لاگلین، مارتین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.

مقاله

۸. زارعی محمدحسین، *حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی*، نامه مفید، ۱۳۸۰، شماره ۲۶.
۹. زارعی محمدحسین، *حاکمیت قانون و دموکراسی؛ سازگاری یا تعارض*، تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۴۹.
۱۰. زارعی، محمدحسین، *امنیت قضایی به مثابه حق*، مجلس و پژوهش، تابستان ۱۳۸۶، شماره ۵۶.
۱۱. طباطبایی، سیدمحمد، *نظریه تفکیک قوا و سازمان‌دهی قدرت سیاسی نزد دولت*، دولت‌پژوهی، ۱۳۹۶، شماره ۱۲.
۱۲. کانت، ایمانوئل، *در پاسخ یک پرسش روشنگری چیست؟* ترجمه همایون فولادپور، کلک دی، ۱۳۷۰، شماره ۲۲.

۱۳. لارکینز، کریستوفر، **استقلال قضایی و فرایند مردمی شدن**، ترجمه محمدحسین زارعی، آفتاب، اردیبهشت ۱۳۸۱، شماره ۱۵.
۱۴. مرادخانی، فردین، **پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران**، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۴، شماره ۹۲.
۱۵. مشهدی، علی، **توجیه و نقد کنترل‌پذیری صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه**، فصلنامه اطلاع رسانی حقوق، سال ششم، ۱۳۸۹، شماره‌های ۲۱-۲۲.

قانون

۱۶. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۵۸-۱۳۶۸.
۱۷. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ۱۳۷۹.
۱۸. قانون مدیریت خدمات کشوری، ۱۳۸۹.

ب) منابع انگلیسی

Books

19. Barak, A, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
20. Bell, J, *Judiciaries Within Europe: A Comparative Review*, New York, Cambridge University Press, 2006.
21. Booth, James and Freyens, Ben, *Ideology and Judicial Decision Making in Australian Labour Courts*, Centre of Law & Economics, Australia, Australian National University, 2017.
22. Cardozo, Benjamin N, *The Nature of Judicial Process*, London, Yale University Press, 1946.
23. Segal, Jeffrey, and Harold Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002.
24. Toth, Mike and others, *The Art of Advertising: CEOs from Mullen Advertising*, Marc USA, Euro RSCG & More on Generating Creative Campaigns & Building Successful Brands (Inside the Minds Series), Aspatore Inc, United states, 2003.

Articles

25. Ball, Carolyn, "What is Transparency?", *Public Integrity*, 11, 2009.

26. BRINKS, D, "Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millennium?" *TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL*, 40, 2005.
27. Chemerinsky, E, "Ideology and the Selection of Federal Judges", *University of California*, 36, 2003.
28. Curry, Brett and Miller, Banks, "Judicial Specialization and Ideological Decision Making in the US Courts of Appeals", *Law & Social Inquiry*, 2, 1, 2015.
29. Ferejohn, John A and Kramer, Larry D, "INDEPENDENT JUDGES, DEPENDENT JUDICIARY: INSTITUTIONALIZING JUDICIAL RESTRAINT", *NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW*, 77, 2002.
30. Hanna, J, "The Role of Precedent in Judicial Decision", *Villanova Law Review*, 2, 1957.
31. Helmke, Gretchen and Rosenbluth, Frances, "Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective", *Annual Review Of Political Science*, 12, 2009.
32. Herron, Erik S and Randazzo, Kirk A, "The Relationship Between Independence and Judicial Review in Post-Communist Courts", *The Journal of Politics*, 65, 2003.
33. Keong, Chan S, "Securing and Maintaining the Independence of the Court in Judicial Proceedings", *Singapore Academy of Law Journal*, 22, 2010.
34. Keong, CHAN Sek, "SECURING AND MAINTAINING THE INDEPENDENCE OF THE COURT IN JUDICIAL PROCEEDINGS", *Singapore Academy of Law Journal*, 22, 2010.
35. Levin, Joel, "The Concept of Judicial Decision", *CASE WESTERN RESERVE LAW REVIEW*, 33, 1983.
36. Penny J White, "Judging Judges: Securing Judicial Independence by Use of Judicial Performance Evaluations" *Fordham Law Journal*, 29, 2009.
37. Republican Party of Minnesota v. White, 536 U.S. 765 (2002).
38. Scherer, Nancy, "Testing the Court: Decision Making Under the Microscope", *Tulsa Law Review*, 50, 2015.
39. Shahin, Kl, "Impartiality of the Judiciary", *Ankara bar review*, 1, 2008.
40. Wardle, B, *The Four Axes of Legal Ideology*, Australia, Griffith University, 2016.

41. Y, Peter and H, Gregory, "Is Anyone Listening? The Politicization of the Judiciary and the Loss of Authority: An Initial Assessment", *Journal of Political Sciences & Public Affairs*, 4, 2016.

Interent sources

42. Salmond, John W. **Jurisprudence**, Forth Edition, 1913. Available at: <https://archive.org/stream/jurisprudence00salm#page/n3/mode/2up>. last Access: 7/10/2018.
43. Saunders, Justice Jamie W. S, **Judicial Independence and Impartiality**, 2003, Available at: www.courts.ns.ca/From.../From_The_Bench-JUDICIAL_INDEPENDENCE.pdf. P 1. last Access: 7/7/2017.
44. Sharman, Jeffrey M, **Judicial Ethics: Independence, Impartiality, and Integrity**, Inter-American Development Bank, 1996. Available at: www.iosrjournals.org/iosr-jhss/papers/Vol.%2022%20Issue5/...2/F2205023744.pdf. P 11. last access: 7/11/2018.
45. Laliena Piedrafita, Ana Libertad and others, **Judicial Impartiality Between Law and Ethics**, 1982, Available at: www.ejtn.eu/.../Written%20paper_Spain_Magistrates_Ethics_and_Deontology.pdf. last Access: 3/4/2018.
46. Garoupa, Nuno and Ginsburg, Tom, **Hybrid Judicial Career Structures: Reputation v. Legal Tradition**, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, No. 567, 2011. Available at: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Last Access: 3/9/2018.
47. Glukam, Max, **Judicial Process**, available online: <http://www.encyclopedia.com/social-sciences/applied-and-social-sciences-magazines/judicial-process#C>. last Access: 7/1/2017.

Law Case

48. Republican Party of Minnesota v. White, 536 U.S. 765 (2002).

