

Comparative Study of Judicial Resignation in Authoritarian Regimes

**Mohammad Jafar
Habibzadeh**

Professor of Criminal Law and Criminology,
Tarbiat Modares University, Tehran, Iran
Email: habibzam@modares.ac.ir

Mahdi Samaei

PhD in Criminal Law and Criminology,
Tarbiat Modares University, Tehran, Iran
(Corresponding author)
Email: mahdi.samaei@modares.ac.ir

Abstract

In the field of judicial ethics, a critical question arises: what should an ethical judge do in an authoritarian regime? Penal judges have various means to resist authoritarian laws, decrees, and procedures. One ethical approach for a judge, to avoid participating in legal repression, is to resign.

By resigning, a judge can refuse to partake in or assist with unjust actions. Some theorists unequivocally advocate for the resignation of officials in autocratic regimes. Conversely, others perceive the issue as more complex and consider judicial activity within an authoritarian regime morally justifiable under stringent conditions.



Journal of Research and
Development in Criminal Law and
Criminology

Iranian Law and Legal Research
Institute

Vol. 1 | No. 1 | Spring and
Summer 2024
(Original Article)

www.jclc.illrc.ac.ir

DOI:
[10.22034/jclc.2024.718667](https://doi.org/10.22034/jclc.2024.718667)

Nevertheless, the decision to adjudicate in an authoritarian regime, even with noble intentions, presents significant ethical dilemmas that should not be underestimated.

Keywords: *Resignation, Authoritarian Regime, Lesser Evil Argument, Cooperation with Evil, Judicial Ethics*



مطالعه تطبیقی استعفای قاضی در نظام‌های اقتدارگرا

محمدجعفر حبیب‌زاده

استاد حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس، تهران،
ایران
Email: habibzam@modares.ac.ir

مهدی سمائی

دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت
مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
Email: mahdi.samaei@modares.ac.ir



دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق کیفری و

جرم‌شناسی

پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۱ | شماره ۱ | بهار و تابستان ۱۴۰۳

(مقاله پژوهشی)

www.jclc.illrc.ac.ir

DOI:

[10.22034/jclc.2024.718667](https://doi.org/10.22034/jclc.2024.718667)

چکیده

نظام‌های سیاسی اقتدارگرا از دادگاه‌های کیفری از جمله برای سرکوب مخالفان استفاده می‌کنند. از این‌رو، در سپهر اخلاق قضاوت این پرسش طرح می‌شود:

قاضی کیفری اخلاق‌مدار در رژیم اقتدارگرا چه باید کند؟ قاضیان به شیوه‌های متنوعی می‌توانند در برابر قوانین، فرمان‌ها و رویه‌های اقتدارگرایانه مقاومت کنند. یک راه برای اینکه قاضی در سرکوب قانونی مشارکت نکند، استعفا است. قاضی می‌تواند استعفا کند و به مشارکت یا معاونت در ارتکاب شر یا استبداد تن ندهد. برخی از نظریه‌پردازان به‌طور مطلق به نفع استعفای مقامات در رژیم‌های خودکامه دلیل افامه کرده‌اند. در مقابل، برخی دیگر تصویر را پیچیده‌تر دیده‌اند و تحت شرایطی دقیق فعالیت قضایی در رژیم اقتدارگرا را نیز از حیث اخلاقی روا شمرده‌اند.

با این همه، تصمیم به فعالیت قضایی در رژیم اقتدارگرا، حتی با انگیزه‌ی خیر، مخاطراتی مهم دارد که به هیچ روی نباید آنها را کوچک شمرد.

کلیدواژه‌ها: استعفا، رژیم اقتدارگرا، استدلال شر کمتر، همکاری با شر، اخلاق قضاوت



مقدمه

رژیم‌های اقتدارگرا حق‌های مردم را نقض می‌کنند و به سرکوب مخالفان مبادرت می‌ورزند. یکی از ابزارهای سرکوب در این رژیم‌ها، قانون و دادگاه-به‌ویژه دادگاه‌های کیفری- است. رژیم اقتدارگرا از قانون و دادگاه کیفری برای تحقق خواسته‌های اقتدارگرایانه‌اش بهره می‌برد و در مواردی از قاضیان نیز توقع دارد این خواسته‌ها را برآورده کنند. در این وضع، یک پرسش مهم طرح می‌شود: وقتی نظام اقتدارگرا به نقض حق‌ها و سرکوب مخالفان رو می‌آورد، قاضی اخلاقی چه باید کند و چگونه باید پاسخ دهد؟

از دیرباز، یکی از شیوه‌های مقاومت قضایی در برابر قوانین یا رفتارهای ناعادلانه و نامشروع حکومت‌ها، استعفا بوده است. در مورد استعفا، این اظهار قضات آفریقای جنوبی خطاب به «کمیسیون حقیقت و آشتی»^۱ چه بسا روشن‌گر باشد: «قاضی، چه بر حسب اعتقاد شخصی‌اش در سمت چپ، میانه، یا راست طیف سیاسی قرار بگیرد، اگر در صورت تعارض میان «اجابت سوگند قضایی»^۲ [به اعمال قانون] با عقیده‌اش، احساس کند که آزاد است سوگند قضایی را نادیده بگیرد، قهرمان نیست. چنین رفتاری، سوءاستفاده‌ی خودسرانه از قدرت قضایی و نقض درستکاری است. در چنین وضعی، فقط دو راه صادقانه به روی قاضی گشوده است: یا استعفا یا متابعت از سوگند قضایی» (Graver, 2015: 16& 268). بنابراین، طبق این اظهار، قاضی در برابر قانون ناعادلانه تنها دو راهکار صادقانه دارد: اعمال قانون یا استعفا. در نوشته‌های رونالد دورکین، فیلسوف حقوق، نیز عباراتی نزدیک به همین معنا یافت می‌شود. به نظر او وقتی «حس عدالت»^۳ قاضی، قانون را «عمیقاً غیراخلاقی» بباید او باید بسنجد که کدام از این سه راه را برمی‌گزیند: «اجرای قانون»^۴

1. Truth and Reconciliation Commission

2. sense of justice

۳. در متن کار قضایی دقیق‌تر است به جای تعبیر «اجرای قانون» (enforcement of law) از تعبیر «اعمال قانون» (application of law) استفاده شود.

اینکه به «دروغ» بگوید حکم قانون چیز دیگری است، یا استعفا» (Dworkin, 1986: 219). اگرچه وقتی به دقت به کنش قاضیان می‌نگریم شیوه‌های دیگری غیر از دوگانه‌ی «اعمال قانون / استعفا» را کشف می‌کنیم، اما استعفای قاضی نیز یکی از راه‌های مهم مقاومت در برابر بی‌عدالتی است.

باید دقت کرد که مواجهه‌ی قاضیان با قوانین سرکوبگر بیشتر در سپهر «قضاوت کیفری» رخ می‌دهد. در رژیم‌های اقتدارگرا، سرکوب مخالفان به ویژه از طریق «قانون کیفری» صورت می‌گیرد و به همین دلیل محتمل است «قاضی کیفری» با قانون سرکوبگر روبرو شود. بنابراین، بحث ما در این مقاله به ویژه درباره‌ی استعفای قضات کیفری است، هر چند چه بسا از مبانی بحث در دیگر موارد نیز بتوان استفاده کرد. مقاله‌ی پیش‌رو به بررسی استعفای قاضی به مثابه روشی برای مقاومت در برابر قوانین و رویه‌های اقتدارگرایانه می‌پردازد و می‌کوشد وجوه مسئله‌مند ماجرا را روشن کند. به این منظور پس از اندیشیدن درباره‌ی رژیم اقتدارگرا، مقاله به بررسی استعفای قاضی به مثابه یک مسئله‌ی پژوهشی مبادرت می‌ورزد و در این زمینه استدلال‌های مختلف را می‌سنجد.

۱. قضاوت در نظام اقتدارگرا

برای اینکه به فهم تجربه‌ی قضاوت در نظام‌های اقتدارگرا نزدیک شویم ابتدا لازم است تصویری حتی الامکان دقیق از «رژیم اقتدارگرا»^۱ به دست آوریم. «رژیم اقتدارگرا» به نظامی اطلاق می‌شود که در آن تکثرگرایی سیاسی^۲ وجود ندارد، حاکم یا هیئت حاکمه با ابزارهای قانونی و غیرقانونی به سرکوب مخالفان مبادرت می‌ورزند، فساد و سوءاستفاده از قدرت در آن فراگیر است و شرایط برای مخالفان مهیا نیست که از طریق انتخابات آزاد قدرت را به دست آورند (Varol, 2015: 1682).

1. authoritarian regime

2. political pluralism

از منظر حقوقی، یکی از شیوه‌های جالب- و البته مناقشه‌آمیز- برای فهم رژیم اقتدارگرا، استفاده از تفکیک میان «حکومت قانون»^۱ و «حکومت به وسیله قانون»^۲ است. «حکومت قانون» یکی از ویژگی‌های مهم نظام‌های دموکراتیک شمرده می‌شود. در نظام‌های دموکراتیک، به گفته‌ی توماس پین، «قانون پادشاه است؛ همان‌طور که در حکومت‌های مطلقه، پادشاه قانون است» (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 «اراده‌ی خودسرانه‌ی انسان‌ها» بر ما حکم براند. حکومت قانون یعنی سروری قانون و اینکه رفتار اشخاص از جمله قضات کیفری، مبتنی بر قانون و تابع آن باشد (Murphy, 2005: 241).

با این همه، وقتی از نظام دموکراتیک دور می‌شویم و به نظام اقتدارگرا می‌رسیم، طبق برخی از نظریه‌ها «حکومت قانون» نیز جایش را به «حکومت به وسیله قانون» می‌دهد. اغلب از «حکومت به وسیله قانون» به عنوان کاریکاتور «حکومت قانون» یا مثابه «برادر بد» آن سخن می‌گویند. بر این اساس، وقتی حکومت قانون به فساد دچار می‌شود، حکومت به وسیله قانون به دست می‌آید (Waldron, 2019: 3). با این همه، اگر از این دست تعابیر فرا برویم، به شیوه‌های مختلف می‌توان این مفهوم را صورت‌بندی کرد.^۳ در این متن، «حکومت به وسیله قانون» را این‌گونه می‌فهمیم: استفاده‌ی ابزاری از قانون برای برآورده کردن خواسته‌های قدرت، به این معنا که دولت با ابزار قانون مردم را کنترل کند ولی اصولاً اجازه ندهد شهروندان قانون را به کار گیرند تا دولت را کنترل کنند. بنابراین، مقید بودن اراده‌ی حکومت‌کنندگان مبنای «حکومت قانون» را تشکیل می‌دهد و کنترل مردم توسط

1. rule of law

2. rule by law

۳. برای مثال، در برخی از نوشته‌ها «حکومت به وسیله قانون» از حیث ارزش‌دوارانه بار منفی ندارد و به معنای «فهم شکلی از حکومت قانون»-در مقابل فهم ماهوی- به کار می‌رود.

دولت، اساس «حکومت به وسیله‌ی قانون» را برمی‌سازد. در حکومت به وسیله‌ی قانون، دولت نگاهی ابزارگرایانه به قانون دارد و برای تحقق تمنیات اقتدارگرایانه‌ی خود به قانون متوسل می‌شود، اما خودش را محدود به قانون نمی‌داند (Waldron, 2003: 3. Maraval, 2019: 2-3). در این صورت، قانون اصولاً برای کنترل و محدود کردن اشخاص به کار می‌رود و روح استبدادستیزانه از آن حذف شده است. شاید بتوانیم از طریق توضیح یکی از حقوق دانان چینی درباره‌ی نظام حقوقی چین، به فهم ماجرا نزدیک شویم. «رهبران چین حکومت به وسیله‌ی قانون را می‌خواهند، نه حکومت قانون را. تفاوت اینها... این است که تحت حکومت قانون، قانون در صدر است و می‌تواند به عنوان مانعی بر سوءاستفاده از قدرت عمل کند. تحت حکومت به وسیله‌ی قانون، قانون به مثابه‌ی ابزاری صرف برای حکومتی می‌تواند عمل کند که به طرز قانون‌گرایانه سرکوب می‌کند» (Tamanaha, 2004: 3). طبق نوشته‌ای دیگر، «چین روایت خودش از حکومت قانون را رواج داده که ... به کنترل سفت‌وسخت‌تر بر جامعه‌ی مدنی، رسانه و دانشگاه‌ها انجامیده است. ناظران به طعنه می‌گویند نگاه چینی به «حکومت به وسیله‌ی قانون» نزدیک‌تر است، که یک دولت اقتدارگرا قدرتش را از طریق قوانین و دادگاه‌ها اعمال می‌کند بدون آنکه خودش تابع آن قوانین باشد» (Waldron, 2019: 8).^۱

اگر از این چشم‌انداز سیاسی به ماجرا بنگریم، تمایز حکومت قانون / حکومت به وسیله‌ی قانون را نه بر اساس ماهیت قانون بلکه طبق سرشت نظام سیاسی به فهم می‌آوریم (Barros, 2003: 192). از حیث سیاسی، در دوران مدرن با پدیده‌ای مهم روبرو شده‌ایم که باید برای مفهوم‌پردازی‌اش بکوشیم. نظریه‌ی دموکراسی طیفی از مفاهیم و نهادها را پیش می‌کشد که از جمله می‌توان از «قانون»، «مجلس» و «دادگاه» نام برد. مسئله این است که نظام‌های

۱. هدف از ذکر این گفته‌ها توصیف حکمرانی در چین نیست. این کار به مطالعه‌ای جدی‌تر نیاز دارد. مراد اصلی ما از نقل این گفته‌ها، دسترسی به فهمی دقیق‌تر از نمونه‌ی مثالی «حکومت به وسیله قانون» است.

سیاسی اقتدارگرا همین مفاهیم و نهادها را برای اهداف اقتدارگرایانه و غیردموکراتیک به کار می‌برند. وقتی مفهوم «قانون» را از زبان دموکراسی به زبان اقتدارگرایی ترجمه می‌کنیم، به «سرکوب قانونی» دست می‌یابیم. بر همین منوال، می‌توان گفت که نتیجه‌ی ترجمه‌ی «حکومت قانون» به زبان اقتدارگرایانه، «حکومت به وسیله‌ی قانون» می‌شود. وقتی قانون نظم اقتدارگرایانه را اجرا می‌کند، مجموعه‌ای از ارزش‌های بیگانه با ارزش‌های مردم را بر آنان تحمیل می‌کند و به عنوان ابزاری برای سرکوب گروه‌های غیر خودی به کار می‌رود، حکومت از طریق قانون به شکل سلاح خطرناکی برای سرکوب نظام‌مند در می‌آید (Tamanaha, 2009:14).

با این همه، «حکومت به وسیله‌ی قانون» لزوماً بدترین حکومت نیست و می‌توانیم وضع بدتری را هم تصور کنیم: حکومت شرور؛ نوعی حکمرانی اقتدارگرایانه که واقعاً از قانون استفاده نمی‌کند. نتیجه «حکومت به وسیله‌ی قانون» هم نیست - و سوبه‌ای شرارت‌آمیز دارد (Waldron, 2019). برخی از پژوهشگران رژیم هیتلر را «حکومت به وسیله‌ی قانون» می‌دانند، اما به نظر والدرون این یک باور «مهمل خطرناک» است. رژیم هیتلر نه «حکومت قانون» و نه «حکومت به وسیله‌ی قانون» بلکه حکومت اراده‌های شرورانه‌ای است که به ندرت در آن اثری از قانون وجود دارد. اینجا به جای «حکومت به وسیله‌ی قانون» به ایده‌ی «حکومت از طریق وحشت» نزدیک می‌شویم. این حکمرانی شرارت‌آمیز به طور ویژه بستری مناسب برای ظهور «قوانین شرورانه» است.^۱ برای فهم «قانون شرورانه» لازم است فهمی از مفهوم «شر» به دست آوریم. تاکنون تعریف‌های مختلفی از این مفهوم به دست داده‌اند که از جمله این تعاریف قابل ذکر است (McBride, 2022): شر یعنی ارتکاب رفتار نادرست به طور عمدانه؛ یا: امر شریانه یعنی آسیب عمدۀ ناشی از رفتار را مطلوب بشمریم یا بدانیم که رفتار به آسیب عمدۀ می‌انجامد. با این همه، ما این تعریف از «قانون شرورانه»

۱. با این همه، این‌گونه نیست که «قانون شرورانه» صرفاً در «رژیم شر» وجود داشته باشد و ممکن است در نظام دموکراتیک هم رخ دهد.

را برمی‌گزینیم: قانونی که هدف ایراد آسیب تحمل‌ناپذیر (یا شدید) به افراد را مقدور می‌سازد و شهروند را به بزه‌دیده تبدیل می‌کند (Lukina, 2022).

در رژیم‌های اقتدارگرا قانون و دادگاه‌ها معمولاً چند کارکرد مهم دارند (Moustafa, 2014; 1-22: Ginsburg & Moustafa, 2008: 283-287):

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 وسیله قانون» روبروایم.

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 به مثابه زیرساخت اقتصادی. کارکرد قانون و دادگاه برای تسهیل اقتصاد

بازار و فضای رقابتی جهت سرمایه‌گذاری و جذب سرمایه‌ی خارجی، لازم است. پنجم- تسخیر نهادهای اکثریت با اقدامات مستبدانه. در این صورت، دادگاه به جای

تضمین دموکراسی به مثابه مانع آن در می‌آید و برای مثال احزاب را از فعالیت انتخاباتی منع می‌کند.

ششم- سپردن اصلاحات بحث‌انگیز 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 می‌شوند.

1. elite

ترجمه‌ی elite به «نخبه» برای نگارنده قانع‌کننده نیست، زیرا واژه‌ی «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.

هفتم- مشروعیت بخشی به رژیم. «رژیم‌های اقتدارگرا معمولاً مشروعیت‌شان را به دستیابی به نتایج ماهوی مانند بازتوزیع درآمد، رشد اقتصادی، ثبات سیاسی و مانند اینها گره می‌زنند. اما آنها به درجات مختلف می‌کوشند مشروعیتِ رویه‌ای مورد مناقشه‌ی خود را از طریق حفظ آن دسته از نهادهای قضایی جبران کنند که اگر نه تأثیر کامل دستکم نمایشی از محدود کردن حکومتِ خودسرانه به دست دهند» (Moustafa, 2014:286).

موارد بالا، دلالت‌های مهمی برای «استقلال قضایی» در رژیم‌های اقتدارگرا دارد. بر اساس یک تعریف ساده، منظور از استقلال قضایی این است که «دادرسان در صدور رأی تنها قانون و وجدان را حاکم اعمال خود قرار دهند و توجهی به دستورها، نظرها، و خواسته‌های دیگران نداشته باشند؛ از هیچ مانع و رادعی نهراسند» و از امنیت شغلی بهره ببرند (آخوندی، ۱۳۷۹، ۲۹۹). بنابراین استقلال قضایی در صورت دخالتِ قدرتمندان، سیاستمداران و منصوب‌کنندگان قاضی در کار قضایی، نقض می‌شود (شاملو و محمدی، ۱۳۹۰، ۱۱۸). قابل پیش‌بینی است که در رژیم اقتدارگرا استقلال قضایی به نحو مطلوب شکل نگیرد، از جمله به این دلیل که گرایش به استفاده‌ی ابزاری از محاکم برای سرکوب مخالفان و حفظ انضباط در دولت وجود دارد. اصولاً «حکومت به وسیله‌ی قانون»-در تقابل با «حکومتِ قانون»- به این معناست که مقامات محدودیت ناشی از دادگاه‌ها و رویه‌های حقوقی را نپذیرند (Graver, 2018, 319). با این همه، حتی در نظام‌های اقتدارگرا نیز لزوماً این‌گونه نیست که هیچ حدی از استقلال قضایی به چشم نخورد. گفته شد که این نظام‌ها می‌کوشند به واسطه‌ی دستگاه قضا میزانی «مشروعیت» برای خود به دست آورند. رژیم‌های اقتدارگرا «تلاش می‌کنند مشروعیتِ رویه‌ای پرسش‌برانگیزشان را با حفظ نهادهای قضایی‌ای بَرک کنند که اگر نه تأثیرگذاری کامل دستکم تصویری از وجود محدودیت بر حکومتِ خودسرانه به دست دهند» (Moustafa, 2014, 286). این گرایش باعث می‌شود آنها نیز به میزانی استقلال قضایی را پاس دارند. در مورد آلمان نازی، به دقت نشان

داده شده که این طور نبود که استقلال قضایی به تمامی مخدوش شود. «حتی در آلمان هیتلر، ممکن نبود این ایده به کلی منهدم شود که مهم است بگذاریم عدالت از طریق دادگاه‌های مستقل اعمال شود، دستکم در مسائل مربوط به توده‌ی مردم در زندگی روزمره‌شان» (Graver, 2018, 339). همچنین باید توجه کرد که خود «عمل قضایی» بنا بر ماهیتش - برای مثال در قیاس با عمل اداری صرف - مستلزم میزانی استقلال است (زارعی و مقیمیان، ۱۳۹۹، ۱۲۷-۱۲۰). این نکته درباره‌ی رژیم اقتدارگرا نیز به میزانی صدق می‌کند. به هر روی، در مواردی که رژیم اقتدارگرا برای مقاصد اقتدارگرایانه به نقض استقلال قضاوت مبادرت می‌ورزد، قاضی چه بسا با دوگانگی «همکاری-استعفا» مواجه گردد. رژیم اقتدارگرا خودش کنشگرانه در پی این است که مستبدانه جامعه را تحت سلطه درآورد. از همین رو، قاضی کیفری اخلاقی در رژیم اقتدارگرا با تنگناهای اخلاقی روبرو می‌شود و چه بسا استعفا را بر همکاری با رژیم اقتدارگرا ترجیح دهد.

۲. وجوه مسئله‌مند استعفای قاضی

یکی از راه‌های قضاوت کیفری برای اینکه در سرکوب قانونی مشارکت نکنند، استعفا است. به ویژه در رژیم‌های اقتدارگرا یا شریر، قاضی می‌تواند استعفا کند و به مشارکت یا معاونت در ارتکاب شر یا استبداد تن ندهد. در آلمان نازی، ماجرای قاضی کرایسج قابل ذکر است که در برابر «برنامه‌ی پهمرگی» مقاومت کرد. او در زندگی‌نامه‌ی خود نوشته است: «در بهار ۱۹۳۳ استعفای خودم را به عنوان قاضی تنظیم کردم... پس از شبی بی‌خوابی، فهمیدم استعفا کردن کار خیلی ساده‌ای است. در این صورت، ناسازگاری/ناشی از حضور من] به محقق می‌رفت و میدان به فرمانبران سپرده می‌شد. آیا تصمیم من غلط بود؟ عدم یقین مرا بیدار نگه داشت و حساس به تعارض‌های قابل انتظار در انجام وظیفه‌ام به عنوان قاضی» (Graver, 2015: 267-268). کرایسج تصمیم گرفت به قضاوت ادامه دهد و میزانی تعارض در نظم شریانه ایجاد کند، اگرچه در نهایت او را مجبور به استعفا کردند زیرا در نمی‌یافت که

اراده‌ی پیشوا، قانون برتر است. قضات دادگاه عالی نروژ نیز در برابر اشغالگران نازی مقاومت کردند و به طور دسته‌جمعی استعفا کردند (Graver, 2015: 48). موارد استعفا به همکاری با رژیم شر اختصاص ندارد. در ایالات متحده نیز مواردی از استعفای قضات در اعتراض به نظام کیفردهی ظالمانه گزارش شده است (Graver, 2015: 86). در لبنان نیز سه قاضی زن در اعتراض به دخالت‌های سیاسی در دستگاه قضا استعفا کرده‌اند.^۱ با این حال، بحث درباره‌ی استعفای قضات کیفری پیچیدگی‌های بسیار دارد. این پیچیدگی در نظام‌های اقتدارگرا، توتالیتر و دیکتاتوری، نمایان‌تر است. وقتی یک رژیم اقتدارگرا یا شر حاکم می‌شود و حکمرانی سوبیه‌های مجرمانه می‌یابد، قضات اخلاقی با این پرسش روبرو می‌شوند: آیا باید استعفا کرد یا همچنان به قضاوت ادامه داد؟ نظیر همین پرسش درباره‌ی شروع به قضاوت نیز قابل طرح است. به طور کلی، آیا همکاری نظام‌های شریر، اقتدارگرا، توتالیتر، دیکتاتور، جنایت‌کار و نامشروع رواست یا نه؟ برای نزدیک شدن به پیچیدگی بحث از استعفا در این نظام‌ها، گفتگوی نظری میان دو تن حقوق‌دانان آفریقایی جنوبی در عصر آپارتاید مفید به نظر می‌رسد. در سال ۱۹۸۴، ریموند وکس^۲ یک سخنرانی ایراد کرد که متن آن با عنوان «قاضیان و بی‌عدالتی»^۳ در مجله‌ی حقوقی آفریقایی جنوبی^۴ منتشر شد. او در این سخنرانی از قضات «اخلاقی» و لیبرال شاغل در آفریقایی جنوبی خواست استعفا کنند و به همکاری با رژیم آپارتاید ادامه ندهند، زیرا حضور این قاضیان به یک نظام نامشروع مشروعیت می‌دهد (Dyzenhaus, 1999: 250). همان (1998: 56). جان دوگارد،^۵ شاید پیشروترین منتقد دانشگاهی نظم حقوقی آپارتاید، همان

1. <https://fa.shafaqna.com/news/1268347/>

2. Raymond Wacks

3. Judges and Injustice

4. South African Lam Journal

5. John Dugard

سال و در همان مجله در مقاله‌ای با عنوان «آیا قاضیان باید استعفا کنند؟ پاسخی به پرفسور وکس»،^۱ علیه آموزه‌ی همکاری استدلالت کرد. به نظر دوگارد اگر قضاات آفریقای جنوبی در سال ۱۹۵۵، که دادگاه عالی در خدمت نظام آپارتاید درآمد، یا سال ۱۹۶۷، که بازداشت‌های بدون محدودیت زمانی و بدون نظارت قضایی تجویز شد، در حد وسیع استعفا می‌کردند، اثر قابل ملاحظه‌ای می‌گذاشت، اما اکنون در دهه‌ی ۱۹۸۰ بی‌فایده است (Dyzenhaus, 1999: 248). به علاوه، اکنون به میزانی جای «تفسیر خلاقانه»^۲ برای قضاات وجود دارد که پرفسور وکس این امکان را دستکم گرفته است. به نظر دوگارد، عملاً علاوه بر قاضیان، وکلا و استادان دانشکده‌های حقوق نیز به رژیم مشروعیت می‌دهند. در نهایت، دوگارد این گفته‌ی یکی از وکلای حقوق بشری را نقل می‌کند: «اگر ما... استدلالت کنیم که قضاات اخلاقی باید استعفا کنند، آنگاه وقتی به عنوان وکیل یا حتی متهم به دادگاه می‌رویم، نمی‌توانیم دعا کنیم در دادگاه یک قاضی اخلاقی بیابیم» (Dyzenhaus, 1998: 57). فرض کنیم به عنوان یک فعال سیاسی یا وکیل حقوق بشری در یک نظام اقتدارگرا زندگی می‌کنیم و از همه‌ی قاضیان اخلاقی می‌خواهیم استعفا کنند، اگر آرزویمان برآورده شود وقتی کارمان به دادگاه کشید باید چشم‌انتظار یک قاضی غیر اخلاقی باشیم. گفتگوی وکس و دوگارد تا حدی ما را به پیچیدگی مسئله نزدیک می‌کند، اما هنوز درباره‌ی طیفی از ابعاد مهم استعفای قضاات تأمل نکرده‌ایم.

۳. از انتخاب «شر کمتر» تا پرهیز از «همکاری با شر»

همکاری با رژیم شر مخاطراتی مهم دارد. شاید قاضی با ماندن در شغل قضاوت به بخشی از سازوکار سرکوب تبدیل شود. همچنین، کسی که با رژیم شر همکاری می‌کند، چه بسا ارتکاب شر برایش نرمال شود و قدرت تمیز درست و غلط را از دست بدهد. حتی چه بسا

1. Should Judges Resign? A Reply to Professor Wacks.

2. creative interpretation

مهمتر از این، او همکاری با شر را برای دیگران نرمال می‌سازد و قضاوت آنان را به فساد می‌کشانند (Luban, 2021: 615). به علاوه، حضور قاضیان اخلاقی به رژیم شر مشروعیت می‌دهد. پس استعفای قاضیان در نظام‌های شریر و اقتدارگرا از این حیث مهم است که از نظام سیاسی مشروعیت‌زدایی می‌کند. وقتی قاضی کناره می‌گیرد، نظام نمی‌تواند از طریق همکاری قضاوت خوب مشروعیت به دست آورد (Graver, 2015: 267).

در مقابل، استعفا نیز چه بسا از جهاتی ناموجه باشد. طرفداران استدلال «شر کمتر»^۱ یا «بدی کمتر» معتقدند اگر با دو امر شر یا بد روبرو شدیم، وظیفه داریم شر کمتر را برگزینیم (برای توضیح انتقادی این استدلال، رک: Arendt, 2003; 35-36).^۲ منصب دولتی یا قضایی در رژیم توتالیتر، جنایت‌کار یا نامشروع، البته که شر است، اما استعفا می‌تواند به شر بزرگ بینجامد. به واسطه‌ی استعفا، قاضی‌ای که میزانی مقاومت در برابر سرکوب صورت می‌داد و به میزانی درون سیستم از حق‌ها نگهداری می‌کرد اکنون بیرون می‌رود و به جای او یک قاضی «خودی» قرار می‌گیرد که به طور فعالانه سرکوب قضایی را بسط می‌دهد (Graver, 2015: 267). در نظام‌های شریر یا اقتدارگرا یا دیکتاتوری این کاملاً محتمل است که وقتی یک قاضی مستقل بیرون می‌رود، یک قاضی وابسته جای او بنشیند. در آفریقای جنوبی، تلقی قضاوت لیبرال این بود که اگر استعفا کنند، قاضی معتقد به آپارتاید جای آنان می‌نشیند. این استدلال را می‌توانیم در اظهارات قاضی فریدمن خطاب به کمیسیون حقیقت و آشتی آفریقای جنوبی بیابیم. به عقیده‌ی او «برخی از قضاوت بدون تردید انتصابشان برای اعمال قوانین آپارتاید را پذیرفتند. دیگران که حس می‌کردند هنوز فضایی برای ارتقای حقوق بشر وجود دارد، انتصابشان به محاکم دردوره‌ی آپارتاید را پذیرفتند و با

1. the argument of the lesser evil

۲. این جستار آرنست با نام «مسئولیت شخصی در دوران دیکتاتوری» در خارج از ایران به زبان فارسی نیز ترجمه شده و متن آن در سایت‌ها در دسترس است.

انجام این کار تصمیم گرفتند استعفا نکنند. انگیزه‌ی آنان این بود که اگر انتصاب را نپذیرند یا استعفا کنند، حسب مورد کنشگرانی جایشان را می‌گیرند که حامی سیاست حکومتی اند و در قیاس با آنها احتمالاً کمتر به ضرورت وجود رویکرد حقوق بشری در محاکم حساس باشند. قاضیانی که رغبتی به اعمال قوانین آپارتاید نداشتند آگاه بودند که حضورشان در دادگاه قاعدتا به نظام ناعادلانه‌ی آپارتاید مشروعیت می‌داد. اما با سنجش همه استدلال‌های له یا علیه، این قضات به این باور انتصاب را پذیرفتند و استعفا نکردند که کاری که قادرند صورت دهند آرمان عدالت را ارتقا می‌دهد نه اینکه کند کند، و اینکه در موقعیتی خواهند بود که قوانین ناعادلانه‌ی آپارتاید را در چارچوب سوگند قضایی خود به انسانی‌ترین شکل ممکن اعمال کنند» (Dyzenhaus, 1998:62). از این منظر، این مشروعیت‌بخشی در درازمدت، هزینه‌ی کمک به مظلومان در کوتاه‌مدت بود.

لایساندر اسپونر^۱ استدلال علیه استعفا را در تمثیلی جالب خلاصه کرده است: فرض کنید شمشیری به شما داده‌اند که بی‌گناهی را بکشید. در این شرایط، کار درست چیست؟ به نظر اسپونر کار درست این است که از شمشیر برای دفاع از بی‌گناه استفاده کنید! استعفا به چه می‌ماند؟ با استعفا دست خودتان به خون بی‌گناه آلوده نمی‌شود، اما شمشیر را به کس دیگر می‌سپرید که چه بسا با آن جان بی‌گناه را بگیرد.

در ایران، چه بسا گرایشی مهم وجود دارد که تحت شرایطی در رژیم‌های اقتدارگرا و دیکتاتوری نیز پذیرش منصب دولتی را بر نپذیرفتن و استعفا ترجیح می‌دهد. به رغم اینکه نوشتن زندگی‌نامه‌ی قاضیان در ایران رایج نیست، اما در همین اندک زندگی‌نامه‌های منتشرشده نیز ترجیح همکاری بر استعفا به چشم می‌خورد. دکتر کاتوزیان در میان خاطرات دوران قضاوت خود روایت کرده‌اند که پس از کودتای ۲۸ مرداد ۱۳۳۲ ایشان و برخی از همکاران قضایی از رفتن به دادگستری امتناع کردند «تا اعتراض خود را به کودتای

1. Lysander Spooner

سلطنتی» بیان کنند. ادامه‌ی ماجرا از زبان ایشان خواندنی است. پس از امتناع، «بازرسی از تهران برای رسیدگی به مشهد آمد. در صحبتی که در این زمینه داشتیم، دریافتیم که بازرس بیچاره نیز همفکر ما است و از بد حادثه گرفتار آمده است. جلسه‌ی بازرسی به مشاوره دوستانه تبدیل شده بود و همه می‌خواستیم بدانیم در شرایط جدید چه باید کرد. پس از گفتگوهای بسیار بدین نتیجه رسیدیم که اعتصاب این جمع کوچک، نه بازتاب اجتماعی و سیاسی دارد نه اخلاقی در جریان حوادث نامطلوب ایجاد می‌کند؛ خودکشی بی‌فایده‌ای است که تنها احساس آن را می‌پسندد. وانگهی، وجود ما در متن یکی از حساس‌ترین کانون‌های حکومت به مراتب مفیدتر از کناره‌گیری است. باید ایستاد و مبارزه کرد. به دادگستری بازگشتیم، ولی من در درون ناراضی بودم و در پی فرصت که چگونه دود آتش درون را به سیمای متجاوزان زنم، تابدانند که گرمی دل‌هایمان به سردی و سستی نگراییده است» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۱-۵۲). طبق این متن، اگر اعتراض قاضی کاتوزیان و جمع اندک همکاران «بازتاب اجتماعی و سیاسی» می‌یافت، یا در نظم مستقر «اخلال» ایجاد می‌کرد، چه بسا قاضیان معترض ادامه‌ی اعتصاب و شاید استعفا را ترجیح می‌دادند. با این همه، شاید این نکته نیز غیرمرتبط نباشد که حافظه‌ی تاریخی ایرانیان نمونه‌های مهمی را به یاد دارد که آدم‌های برجسته‌ای مثل امیرکبیر، مصدق یا خواجه نصیر همکاری با رژیم مستبد یا شریر را بر کناره‌گیری ترجیح دادند. مگر نه اینکه منشأ بسیاری از پیشرفت‌های ایرانیان تدابیر معقولی بوده که دولتمردان و سیاستمداران برخوردار از «فرونسیس»^۱ یا «حکمت عملی» از بالا اتخاذ کرده‌اند؟ این نگاه تاریخی در زندگی‌نامه‌ی یکی دیگر از قاضیان ایرانی نیز انعکاس یافته است. حسین نجومیان در شرح حال خواندنی خود نوشته است: «روزی از حاج میرزا احمد کفایی (فرزند آخوند ملامحمدکاظم

1. Phronesis

ارسطو فرونسیس را سویی‌ای از عقل می‌دانست که برای تصمیم‌گیری درست درباره‌ی امور حادث به کار می‌آید.

خراسانی) به تعریض سخن گفتم و او را به سبب طرفداری از شاه و دربار به باد انتقاد گرفتم. پدر بر آشفت و گفت: تو نمی‌دانی که او چگونه فکر می‌کند، او وجود شاه را برای امنیت و استقلال و بقای کشور ضرور و خیر الموجدین می‌داند. اگر این تکیه گاه از میان برود، دیگر خشت روی خشت بند نخواهد شد! خدا روزی را نیورد که خشت از خرد در برود. وانگهی، مادر تاریخ، روحانیان عالی مقامی را که با دربار پادشاهان در ارتباط بوده‌اند، بسیار دیده‌ایم؛ مانند مجلسی و شیخ بهایی و میرداماد که با دربار صفویه در ارتباط نزدیک بوده‌اند و خواجه نصیرالدین طوسی، فقیه و فیلسوف بزرگی که به طور رسمی با هلاکوخان مغول همکاری می‌کرد و چه بسا که جلو افراط و تفریط او را می‌گرفت. حاج ملاعلی کنی و شیخ فضل الله نوری با حکومت قاجار روابط نزدیک داشتند. همه این‌ها، قصدشان آن بود تا بدین وسیله بتوانند تاحدی جلو ستم حکومت را بگیرند و فقط به مبارزه منفی اکتفا نکنند، رفتار مرحوم آیه الله بروجردی هم با حکومت محمدرضا شاه به نظر می‌رسد که چنین خصوصی داشته باشد» (نجومیان، ۱۳۸۶: ۸۵). اینجا علاوه بر استدلال کاهش شر، ترس از هرج و مرج هم به مثابه دلیلی برای همکاری با حکومت به کار می‌رود. با این همه، در ایران نمونه‌هایی از استعفا برای اعتراض به اقتدارگرایی گزارش شده است. برای مثال در آبان ۱۳۵۷ «همه‌ی قضات سندج به عنوان اعتراض به کشته شدن چندین نفر از تظاهرکنندگان، استعفا داده‌اند» (اسناد لانه جاسوسی، ۱۳۸۶: ۹-۱۰).

با این همه، برخی با بدگمانی به استدلال‌های توجیه‌گر همکاری با نظام دیکتاتوری یا شریر می‌نگرند. برای مثال، از کجا معلوم که اگر استعفا کنیم یک افراطی در جایگاه ما قرار بگیرد؟ (Luban, 2021: 652) از کجا معلوم اینها استدلال‌هایی خودفربانانه نباشند که قرار است مقاومت ما برای همکاری با شر را خنثی کنند؟ مگر نه اینکه پذیرش منصب دولتی برای مقاومت در برابر شر هر آینه ممکن است به همکاری در جنایت‌های رژیم اقتدارگرا و شریر بینجامد؟ ما نمونه‌هایی موفق از حقوق دانانی داریم که بدون همکاری با رژیم شر-و

انتخاب "شر کمتر" - در آن زیستند و در کوتاه‌مدت به مظلومان کمک کردند و در درازمدت نیز مشروعیت آن را به چالش کشیدند. برای مثال، می‌توان از ارنست فرانکل نام برد که می‌کوشید به عنوان یک وکیل خصوصی از متهمان سیاسی دفاع کند و حتی المقدور آنان را از شر رژیم برهاند (Bilsky & Davidson, 2021: 12). استدلال شر کمتر نیز برای برخی از قاضیان آفریقای جنوبی قانع‌کننده نبود و قضاتی مانند قاضی آکرمن و قاضی فیشر، به همکاری با سیستم آپارتاید تن ندادند و استعفا کردند (Dyzenhaus, 1998: 78-79).

در مورد طرفداران استعفا، به ویژه نظر هانا آرنت، فیلسوف برجسته، قابل توجه است که در جستار جالب «مسئولیت شخصی در دوران دیکتاتوری» استدلال‌های توجیه‌کننده‌ی همکاری با رژیم شر را نقد کرده است. به نظر او، ضعف استدلال «شر کمتر» همیشه این است کسانی که به استدلال شر کمتر متوسل می‌شوند از یاد می‌برند که شر کمتر نیز شر است و به هر روی شر را برگزیده‌اند (Arendt, 2003: 36). به علاوه، در سیاست، فرمانبری یعنی حمایت، بدون اینکه قصد و نیت فرمانبر مهم باشد. فرض کنید در رژیم شر همه‌ی مأموران از کار دست بکشند و در خانه بمانند. در این صورت، رژیم فرومی‌پاشد (Arendt, 2003: 36). هانا آرنت به شدت با همکاری با رژیم شر یا ناعادلانه و اقتدارگرا مخالفت می‌ورزد و برای هر کس که تصمیم‌گیری درباره‌ی منصب حکومتی در چنین نظامی برایش دشوار است، چند قاعده‌ی سرانگشتی به دست می‌دهد (Luban, 2021: 623):

یکم: مشارکت نکن! کسی از تو نخواسته قهرمان یا شهید باشی! صرفاً در خانه بمان!
دوم: با گفتن اینکه قلباً مخالف بودی از مسئولیت طفره نرو! در عالم سیاست، «قلباً» حساب نیست!

سوم: مشارکت را با این گفته توجیه نکن که اگر تو در سیستم نباشی شخص بدتری جای تو را می‌گیرد!

چهارم: خودت را فریب نده که به رغم کار کردن در رژیم شر قضاوت اخلاقی ات سالم و دست‌نخورده باقی می‌ماند! تغییر خواهی کرد!

پنجم: با گفتن اینکه در حالی که تو بار کار در نظام را به دوش گرفتی دیگران از همکاری اجتناب کردند، خودت را تحویل نگیر! به دوش گرفتن بار گناه تو را کمتر گناهکار نمی‌سازد!

ششم: اخلاقی بودن را با پیروی از قاعده اشتباه نگیر! خودت بیندیش و قضاوت کن! در ادامه نگاهی به ایده‌های فقیهان می‌اندازیم. البته کار ما در این مورد بحث فقهی نیست بلکه می‌خواهیم متون فقه را دست‌مایه‌ی بحث فلسفی قرار دهیم.

۴. استعفای قاضی در حکومت جور؛ ایده‌های فقیهانه

در فقه شیعه نصوص مهمی درباره‌ی پذیرش منصب در حکومت جور وجود دارد. دلیل ماجرا روشن است. از حیث تاریخی معمولاً شیعیان تحت سلطه‌ی حاکمان غیرشیعه می‌زیستند و در نتیجه این پرسش طرح می‌شد که آیا شغل حکومتی در «حکومت جور» رواست یا نه. شیعیان معمولاً ماجرا را به شکل مسئله‌ای دو گزینه‌ای صورت‌بندی نمی‌کردند که پاسخ آن جواز مطلق یا منع مطلق همکاری با حکومت جور باشد. نصوص مختلفی در این مورد در دست داریم. بین این نصوص، در مواردی ناسازگاری هم به چشم می‌خورد، اما در کل شاید بتوانیم احادیث نقل شده از ائمه‌ی شیعه را در پنج دسته بگنجانیم. در دسته‌ی اول، احادیث مختلفی در نهی از پذیرش مناصب حکومتی در حکومت جور نقل شده است.^۱ در دسته‌ی دوم، تحت شرایطی قبول شغل حکومتی در دستگاه حکومت جور

۱. برای مثال، صفوان از امام کاظم علیه السلام روایت می‌کند که در ضمن حدیثی فرمود: «... همانا خداوند هشدار داده که هر کس مسئولیتی از سوی آنان [حاکمان ستمگرایی بنی عباس] به گردن گیرد، سرپرده‌ای از آتش بر وی نصب کند تا از حسابرسی خلاق فارغ شود». در نمونه‌ای دیگر، از امام ششم شیعیان نقل شده است: «حاکمان اهل ستم، پیروان شان و کارگزاران شان، در معصیت و نافرمانی خدا هستند. و برای کسی که وی را به خدمت و همکاری و یاری‌رسانی و پذیرفتن مسئولیت از سوی خود فراخوانند، کار کردن با آنان جایز نیست». برای مطالعه این احادیث و

پذیرفته شده است. در طیفی از احادیث، «ورود به کارهای حکومتی» اجازه داده نشده مگر برای اموری نظیر «عزت بخشیدن به مؤمنی یا گشودن بندهایش» یا «کمک به برادرانش و خدمت به ستمدیده و رسیدن به فریاد بیچارگان و غمدیدگان» (بروجردی، ۱۳۸۶: ۶۰۰-۵۶۸). در روایت زیر شرایط پذیرش منصب حکومتی با تفصیل بیشتر ذکر شده است. حسن بن حسین انباری می‌گوید: «مدت چهارده سال به امام رضا علیه السلام نامه می‌نوشتم و از وی برای کاری حکومتی اجازه می‌خواستم. در آخرین نامه‌ام به امام علیه السلام یادآور شدم که من بر جانم بیمناکم و حاکم به من می‌گوید: تو رافضی هستی و ما شک نداریم که تو به همین دلیل کارهای حکومتی را رها کرده‌ای. امام علیه السلام در پاسخ نوشت: از مضمون نامه‌ات و این که گفתי بر جان خود بیمناکی، آگاه شدم. پس اگر می‌دانی که وقتی عهده‌دار مسئولیتی شدی به دستورهای رسول خدا صلی الله علیه و آله عمل می‌کنی و همکارانت و نویسندگان را از همکیشانانت برمی‌گزینی و هر گاه از این راه مالی به دست آوردی تهیدستان مؤمن را در آن شریک می‌کنی - به طوری که خود همانند یکی از آنان باشی - این کارها در مقابل آن [پذیرش مسئولیت] خواهد بود؛ در غیر این صورت اجازه نداری» (بروجردی، ۱۳۸۶: ۵۸۹). دسته‌ی سوم احادیث، اطلاع می‌دهند که همواره در حکومت‌های ستمگر افراد صالح نیز خدمت می‌کنند. برای مثال، از امام هفتم شیعیان نقل شده: «همانا خداوند گروهی از اولیای خویش را با همکاران ستمگران و حاکمان جور آفرید تا به وسیله آنان از ناتوان دفاع کند و خون‌ها را حفظ کند» (بروجردی، ۱۳۸۶: ۵۸۱). در دسته‌ی چهارم، کسانی که در مناصب حکومتی وجود دارد و از مؤمنان

دیگر احادیث مرتبط به این باب از کتاب منابع فقه شیعه رجوع کنید: «حرمت سرپرستی از طرف ستمگر و جواز آن به نفع مؤمنین و عمل بحق در حد امکان و ضرورت و جواز عمل بر پایه تقیه، مگر در مورد کشتن انسان محترم». رک: (بروجردی، ۱۳۸۶: ۵۶۰-۶۰۰).

دفع شر می‌کنند، ستایش شده اند.^۱ در دسته‌ی آخر حتی خروج این مأموران صالح از دستگاه حکومتی جایز شمرده نشده است. بنابراین می‌توان گفت در تفکر شیعی همکاری با حکومت جور اصولاً جایز نیست، اما تحت شرایطی از جمله اینکه مأمور قدرتش را برای دفع شر از مؤمنان به کار گیرد، نه تنها جایز که شاید پسندیده یا لازم نیز شمرده شود. گفته شد که ما از روایت این نصوص در پی بحث فقهی نیستیم. با رویکرد نص‌گرا و قصدگرا، نصوص مذکور به احتمال قوی به این نتیجه می‌رسد که پذیرش منصب در حکومت جور صرفاً تحت شرایطی برای کمک به شیعیان رواست. برای بحث فلسفی، این معنای نص‌گرا یا قصدگرا جذابیتی ندارد. از حیث اندیشه‌ی فلسفی نکته‌ی مهم این است که تفکر شیعی دستکم در برخی روایت‌ها به منع مطلق همکاری با حکومت جور نظر ندارد و در شرایط استثنائی این همکاری را جایز می‌شمرد. اگر این «ساختار فکری» را، فارغ از رویکرد نص‌گرا یا قصدگرا، به زبان فلسفی مدرن ترجمه کنیم، این نتیجه به دست می‌آید که همکاری با رژیم نامشروع و غیردموکراتیک نیز تحت شرایط استثنائی برای پاسداری از حق‌های مردم چه بسا مجاز باشد.

برخی از فقیهان نیز بر اساس آیه‌ی ۱۱۳ سوره‌ی هود^۲ و برخی نصوص دیگر قاعده‌ای به نام «قاعده‌ی رکون» را صورت‌بندی کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۹: بخش سوم). طبق

۱. برای مثال: علی بن جعفر می‌گوید: «به امام موسی بن جعفر علیهما السلام نوشتم: گروهی از دوستداران در کارهای حکومتی وارد می‌شوند و احدی را بر برادران‌شان ترجیح نمی‌دهند و اگر برای یکی از شیعیان حادثه ناگوار و مشکلی پیش آید، برای برطرف کردن آن کمر همت می‌بندند. امام علیه السلام در پاسخ نوشت: آنان مؤمنان حقیقی هستند. آنان آموزش و رحمت ویژه‌ای نزد پروردگارشان دارند و آنان به یقین راه‌یافتگان هستند.» (بروجردی، ۱۳۸۶: ۵۸۱).

۲. برای مثال: علی بن یقطین وزیر هارون الرشید بود. وی می‌گوید: «به امام موسی بن جعفر علیهما السلام نوشتم: دلم از کارهای حکومتی گرفته است. خداوند مرا فدایت گرداند! اگر به من اجازه دهید، از این کار بگریزم! امام علیه السلام در پاسخ وی نوشت: اجازه بیرون آمدن از کارهای آنان را به تو نمی‌دهم و از خدا بترس.» یا این که امام علیه السلام سخنی شبیه به این فرمود (بروجردی؛ ۱۳۸۶: ۵۸۳).

۳. وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ.

آیه‌ی مذکور «رکون به ظالمان»، یعنی «اعتماد توأم با میل به آنان»، منع شده است. بر این اساس، همکاری با ظالمان به عنوان مصداق تعاون بر گناه (معونه‌الظالمین) مورد نهی قرار گرفته است. شیخ انصاری در دسته‌بندی جالبی این قسم همکاری‌ها با ظالم را حرام می‌داند: اولاً؛ همکاری در ظلم؛ و دوم: همکاری و مشارکت در امور مباح مانند خیاطی و معماری که اگرچه حرام نیستند ولی شخص با انجام این امور از «یاران و کارگزارانِ ظالم» محسوب می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۹: ۹۳). بنابراین قضاوت برای ظالمان ممنوع به نظر می‌رسد.

۵. نظریه‌ی مشروط درباره‌ی استعفای قاضی

در نوشته‌های جدید غربی نیز در مواردی استدلال شده که روا نیست همچون آرت پاسخی مطلق برای تمام شرایط و اوضاع و احوال به دست دهیم. دیوید لوبان، در مقاله‌ای مهم، به تفصیل به این موضوع پرداخته و نظر مطلق‌گرای آرت را نقد کرده است (Luban, 2021). به نظر لوبان، چهار دلیل می‌توان برای لزوم استعفا اقامه کرد. این دلایل را می‌توانیم به طور خاص درباره‌ی قاضیان بازنویسی کنیم: یکم: اینکه قاضی دیگر نتواند با حضورش در منصب قضا خیری برساند؛ دوم: اینکه استعفا در مقام اعتراض بتواند خیری رقم بزند (مانند ترغیب دیگران به استعفا)؛ سوم: اینکه عدم استعفا، قضاوت اخلاقی قاضی را فاسد کند؛ و چهارم اینکه ادامه‌ی قضاوت، با نرمال‌سازی شر به فروپاشی اخلاقی دیگران کمک کند. لوبان ماجرای دو حقوقدان شاغل در آلمان نازی را به تفصیل بررسی می‌کند و نتیجه می‌گیرد در مواردی استعفا نکردن موجه است. در عین حال، برای ادامه‌ی کار و عدم استعفا چند شرط را اساسی می‌داند. مهمترین شرط اینکه تنها دلیل توجیه‌کننده‌ی ادامه‌ی فعالیت شغلی، خیر رساندن به مردم یا دفع شر از آنهاست. دیگر اینکه فرد قضاوت اخلاقی خود را سالم نگه دارد. خود عمل مقاومت، به سالم ماندن قضاوت اخلاقی کمک می‌کند. شرط بعدی اینکه عملاً فضایی برای مقاومت نیز وجود داشته باشد (Luban, 2021).

661-662). با این حال، لوبان نیز از حیث نقد شده که تحلیلش به طور افراطی بر عاملیت شخصی تمرکز می‌کند و ساختار رژیم‌های اقتدارگرا و شیوه‌ی آسیب رساندن آنها به مردم را به حد کافی در نظر نمی‌گیرد (Bilsky & Davidson, 2021).

در میان شرط‌های بالا، بر یکی به طور ویژه درنگ می‌کنیم: برای مقاومت در برابر سرکوب، لازم است فضای لازم وجود داشته باشد. لوبان برای توضیح این نکته از یکی از اصطلاحات مهندسی استفاده کرده است: تلورانس^۱. مهندسان از واژه‌ی «تلورانس» برای تعیین دامنه‌ی مُجاز تغییرات یک کمیت استفاده می‌کنند. با قیاس از این اصطلاح، می‌توانیم از تلورانس نظام قضایی نیز سخن بگوییم، به این معنا که نظام به قاضیان و کارکنانش چه میزان آزادی عمل برای مقاومت و نقد می‌دهد. در زبان فارسی می‌توانیم از این معنای تلورانس به «فضای مقاومت» تعبیر کنیم.^۲ از این حیث می‌توان پرسید قاضیان در هر نظام خاص چقدر تلورانس یا فضای مقاومت برای اجتناب از شر دارند؟ در رژیم‌های توتالیتر، مانند آلمان نازی، طبیعتاً میزان تلورانس کمتر است، اگرچه در آنجا نیز به صفر نمی‌رسد. در مقابل، هرچه استقلال قضایی بیشتر پاس داشته شود، تلورانس یا فضای مقاومت برای قاضیان بیشتر است. دیوید لوبان در مقاله‌اش سرگذشت دو حقوقدان در آلمان نازی را بررسی کرده است: برنهارت لوزنر^۳ و هلموت جیمز فون مولتکه.^۴ روایت ماجرای این دو قرار است ما را به فهم یک معماً نزدیک کند: شغل حقوقی در نظام شریر از یک سو این خطر را در پی دارد که آدمی را در ارتکاب شر شریک کند، اما از سوی دیگر فضایی برای کاهش آسیب در اختیار می‌گذارد. نه لوزنر و نه مولتکه، هیچ یک شخصاً به ایدئولوژی نژادی باور

1 tolerance

۲. لوبان برای اینکه واژه‌ی tolerance بر معانی رایجش در زبان روزمره، مانند «مدارا» یا «تساهل»، حمل شود، در مقاله‌اش از معادل آلمانی آن، یعنی واژه‌ی Spielraum استفاده کرده است.

3. Bernhard Lösener (1890-1952)

4. Helmuth James von Moltke (1907-1945)

نداشتند، اما به رغم این در رژیم نازی خدمت کردند. به واسطه‌ی این خدمت، از یک سو همدست رژیم شریر بودند، اما از سوی دیگر از مقام خود برای کاهش آسیب به یهودیان استفاده کردند. لوزنر مقام مهم «متخصص امور یهودیان در وزارت کشور رایش سوم» را داشت. او، بنا به گفته‌ی خودش، یهودی‌ستیز نبود بلکه به حزب نازی پیوسته بود چون نجات کشور را در این می‌دید که حزب نازی به نزاع داخلی خاتمه دهد و وضع اقتصادی را بهبود بخشد (Luban, 2021:629). لوزنر در تصویب قوانین یهودی‌ستیز نورنبرگ سهم داشت، اما نکته اینجاست که او در مقابل رادیکال‌های یهودی‌ستیز ایستادگی کرد و باعث شد قوانین مذکور سهل‌گیرانه‌تر شود. از این حیث، او هم به واسطه‌ی شغلش در اقدامات ضد یهودی رژیم نازی سهم داشت و هم تلاش‌هایی صورت داد تا از گستره‌ی آسیب به یهودیان کاسته شود. تردید نیست که مولتکه از حیث فضیلت‌های شخصی بس برجسته‌تر از لوزنر بود. مولتکه به عنوان یک متخصص حقوق تجارت بین‌الملل، به قصد کمک به یهودیان و قربانیان رژیم نازی، اندکی پیش از جنگ و وقتی رژیم در اوج قدرت بود، خدمت دولتی را پذیرفت. او از هر فرصتی برای کاهش آزار یهودیان بهره می‌گرفت. دیوید لوبان اشاره می‌کند که تلورانس یا فضای مقاومت برای لوزنر از جهاتی گسترده بود و از جهاتی محدود؛ گسترده از این حیث که در مشاغل دولتی متحدانی برای خود دست و پا کرده بود، و محدود از این جهت که به زبان قانون استناد می‌کرد در حالی که مخالفانی بس قدرتمندتر داشت که از قانون و حقوق دانان بیزار بودند (Luban, 2021:639). در مورد مولتکه، بی‌تردید او تلورانسی فوق‌العاده داشت، از جمله به دلیل تبار خانوادگی بسیار مشهورش. لوبان از بررسی سرگذشت لوزنر و مولتکه چنین نتیجه می‌گیرد: «بدون تلورانس [و فضای لازم]، مقاومت بی‌ثمر است، و به طور مشخص، تلورانس به متحدان یا دستکم همدلان ساکت نیاز دارد» (Luban, 2021:662).

با این همه، تلورانس و فضای مقاومت امری خلق‌شدنی است نه کشف‌شدنی. «کنشگرانی که در یک سازمان برای خیر مبارزه می‌کنند، می‌توانند به میزانی تلورانس/یا فضای مقاومت/ برای خودشان خلق کنند؛ گاهی با جلب نظر دیگران برای همراهی در جهت آرمان یا دستکم با تضعیف مقاومت آنان چنین می‌کنند، گاهی صرفاً از طریق ایجاد اصطکاک در دستگاه» (Luban, 2021:622). اگر قاضی نتواند در دل رژیم شر فضایی برای خیررسانی به مردم یا دفع شر از آنها مهیا کند، موجه نیست که به شغل قضایی ادامه دهد.



نتیجه‌گیری

سال ۱۹۲۲ مهاتما گاندی خطاب به قاضی رسیدگی‌کننده به اتهامش گفت: «جناب قاضی، تنها راه شما این است که اگر حس می‌کنید که قانونی که موظف به اجرای آن هستید شریانه است و من نیز در حقیقت بی‌گناهم، استعفا کنید و خود را از شر برهانید، یا اگر باور دارید که نظام و قانونی که اجرای آن به شما محول شده برای مردم این کشور خیر است و فعالیت من نیز به خیر عمومی زیان می‌رساند، شدیدترین کیفر را بر من تحمیل کنید» (Brand-Ballard, 2010: 176).

در طول تاریخ، برخی از قاضیان آموزه‌ی گاندی را اجرا کرده‌اند. از جمله قاضی لوئیس فورر^۱، قاضی آمریکایی، که در جدال قانون و وجدان در نهایت استعفا را برگزید. او نوشته است: «من با دوراهی قانون و اخلاق مواجه بودم. به عنوان قاضی، سوگند یاد کرده بودم قانون را اعمال کنم و نمی‌توانستم دلایل قانونی برای نقض رأی دیوان عالی بیابم. ولی پنج سال حبس [در این پرونده] به نظرم به شدت نامتناسب با جرم بود... در انتخاب میان سرپیچی از رأی دیوان یا سرپیچی از وجدانم، تصمیم گرفتم دادگاه را ترک کنم، جایی که ۱۶ سال بر مسند آن نشسته بودم» (Brand-Ballard, 2010: 176). در مقابل، برخی در رژیم اقتدارگرا نیز به قضاوت پرداخته‌اند.

رژیم‌های اقتدارگرا به طور نظام‌مند قانون و دادگاه را برای مقاصد اقتدارگرایانه به کار می‌گیرند. «حکومت قانون» نیز در این رژیم‌ها جلوه‌ای اقتدارگرایانه می‌یابد و به «حکومت به وسیله‌ی قانون» تبدیل می‌شود. در این فضا، این پرسش در سپهر «اخلاقی قضاوت» طرح می‌شود: قاضی اخلاقی چگونه باید به قوانین، فرمان‌ها و رویه‌های اقتدارگرا پاسخ دهد؟ دیدیم که نظریه‌پردازان مختلف پاسخ‌های متفاوتی پیش نهاده‌اند. برخی به طور مطلق همکاری با رژیم دیکتاتوری و اقتدارگرا را منع کرده‌اند. در مقابل، برخی تصویر را پیچیده‌تر

1. Lois Forer

دیده‌اند و تحت شرایطی دقیق فعالیت قضایی در رژیم اقتدارگرا را روا شمرده‌اند. مهمترین شرط از نظر اینان چه بسا این است که قاضی با تصدی قضاوت به مردم خیر برساند و بکوشد از شغل قضاوت فضایی برای پاسداری از حق‌های مردم در مقابل تعدیات رژیم بسازد. با این همه، تصمیم به فعالیت قضایی در رژیم اقتدارگرا حتی با انگیزه‌ی خیر نیز مخاطرات مهم دارد که به هیچ روی نباید آنها را کوچک شمرد.



منابع و مأخذ

الف- منابع فارسی

- آخوندی، محمود؛ (۱۳۷۹) آیین دادرسی کیفری، جلد چهارم: اندیشه‌ها، انتشارات اشراق (دانشگاه قم)، چاپ اول، شهریور ۱۳۷۹،
- بروجردی، حسین (۱۳۸۶)؛ منابع فقه شیعه، مترجم احمد اسماعیل تبار، احمد رضا حسینی، محمد حسین مهوری و مهدی حسینیان قمی، فرهنگ سبز، جلد ۲۲.
- دانشجویان مسلمان پیرو خط امام (۱۳۸۶)؛ اسناد لانه جاسوسی آمریکا، کتاب دوم، موسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی.
- زارعی، محمدحسین و فرشید مقیمیان بروجنی؛ (۱۳۹۹) نسبت قاضی با ایدئولوژی نظام سیاسی، تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، شماره ۹۱، آذر ۱۳۹۹، صص ۱۳۴-۱۰۹.
- شاملو، باقر و شهرام محمدی؛ (۱۳۹۰) نقض بی طرفی و عدم استقلال قاضی؛ جلوه‌ای از اقدام مخل دادرسی عادلانه، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۶، پاییز ۱۳۹۰، ۱۳۶-۹۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)؛ از کجا آمده‌ام آمدنم بهر چه بود؟: زندگی من، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۹)؛ قواعد فقه: بخش عمومی، مرکز نشر علوم اسلامی.
- نجومیان، حسین (۱۳۸۶)؛ یادها و باورها، انتشارات چهارم.

الف- منابع خارجی

- Arendt, Hannah (2003); Personal Responsibility Under Dictatorship, in Responsibility and Judgment, Schocken Books.
- Barros, Robert (2003); Dictatorship and the Rule of Law: Rules and Military Power in Pinochet's Chile, Democracy and the Rule of Law, Cambridge University Press.
- Bilsky, Leora and Davidson, Natalie R. (2021), Legal Ethics in Authoritarian Legality: A Response to David Luban. Forthcoming in Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 34, 2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/Abstract=3778546> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3778546>.
- Brand-Ballard, Jeffrey (2010); Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging, 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.
- Graver, Hans Petter (2015); *Judges Against Justice: On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, Springer.
- Graver, Hans Petter (2018); *Judicial Independence Under Authoritarian Rule: An Institutional Approach to the Legal Tradition of the West*, Hague J Rule Law 10, 317-339.
- Ginsburg, Tom and Tamir Moustafa (2008); *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press.
- Luban, David (2021); *Complicity and Lesser Evils: A Tale of Two Lawyers*, The Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol 34.
- Lukina, Anna (2022), *Making Sense of Evil Law*. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 14/2022, Available at SSRN: <https://ssrn.com/Abstract=4180729> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4180729>.
- McBride, Nicholas (2022), *The Nature of Evil* (September 10, 2022). Available at SSRN: <https://ssrn.com/Abstract=4215556> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4215556>.
- Maravall, Jose' Mar 'a and Adam Przeworski (2003); *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge University Press.
- Murphy, Collen (2005); *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, Law and Philosophy, Vol. 24, No. 3, pp. 239-262.
- Moustafa, Tamir (2014); *Law and Courts in Authoritarian Regimes*, Annu. Rev. Law Soc. Sci. 10:281-99.
- Paine, Thomas (2005); *Common Sense*, ICON Classics.
- Tamanaha, Brian (2004); *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press.
- Tamanaha, Brian (2009); *A Concise Guide to the Rule of Law*, in *Relocating the Rule of Law*, Edited by Gianluigi Palombella and Neil Walker, Hart Publishing.
- Varol, Ozan O. (2015); *Stealth Authoritarianism*, IOWA LAW REVIEW, Volume 100.
- 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>.