



دوره ۴۸، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷
صفحات ۴۴۷ تا ۴۷۱

گستره مشروعیت آزادی عمل قضایی در پرتو اصل حاکمیت قانون (مطالعه موردی پرونده‌های رابطه نامشروع)

سپیده میرمجیدی *

استادیار پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، پژوهشکده مطالعات تطبیقی حقوق

جمشید غلاملو

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۲/۱۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۱۲/۶)

چکیده

گاه قاضی درباره مسئله‌ای حقوقی با دو یا چند پاسخ حقوقی مواجه می‌شود که هر یک از پاسخ‌ها از نظر قانونی به یک اندازه صحیح‌اند. در چنین شرایطی قاضی نمی‌تواند تنها بر اساس واقعیت‌های پرونده، ارزش صدق گزاره‌های حقوقی و به تبع آن پاسخ حقوقی صحیح را بیابد و به وظیفه سنتی خود در تطبیق رفتار یا موقعیتی جزئی با یک قاعده حقوقی کلی عمل کند؛ بلکه باید با اعمال آزادی عمل و فرا رفتن از قواعد حقوقی موجود در مجموعه قوانین، حکم موضوع را تمییز یا تشخیص دهد. در چنین شرایطی، ممکن است اصل حاکمیت قانون تهدید شود و این بزرگ‌ترین چالشی است که آزادی عمل قضایی با آن مواجه است. سوبه هنجاری و نظری پیوند میان آزادی عمل قضایی و آرمان حاکمیت قانون مسئله‌ای مهم در فلسفه حقوق است، ولی در ادبیات حقوقی و به‌ویژه حقوق کیفری ما کمتر بدان پرداخته شده که این مقاله با تأکید بر نظریه تفسیرگرایی در پی فهم آن است. همچنین، به‌عنوان مطالعه موردی، میزان آزادی عمل قضات در بساخت مصادیق جرم رابطه نامشروع در نظام قضایی ایران با روش تحقیق کیفی و استفاده از تحلیل محتوای اسناد و مدارک قانونی (در این تحقیق پرونده‌های رابطه نامشروع) بررسی می‌شود. نتیجه تحقیق، از جرم‌انگاری قضایی در قلمرو جرم رابطه نامشروع به‌مثابه رویه‌ای برای فهم قانون به‌هنگام تفسیر آن در نظام حقوقی ایران حکایت می‌کند. به‌گونه‌ای که به‌نظر می‌رسد در گفتمان قضایی، به‌کارگیری آزادی عمل در تشخیص مصادیق رابطه نامشروع از معیارهای اصل حاکمیت قانون فاصله دارد.

واژگان کلیدی

آزادی عمل قضایی اصول حقوقی، حاکمیت قانون، رابطه نامشروع، قاعده حقوقی.

* sepideh.mirmajidi@gmail.com

مقدمه

آزادی عمل قضایی^۱، مفهومی شناخته‌شده در ادبیات فلسفه حقوق است. با وجود این، تحلیل این مفهوم در بستر حقوق کیفری دست‌کم در ایران سابقه زیادی ندارد. همین مسئله موجب برداشت‌های متناقض و گاه گمراه‌کننده از آن شده است. اگرچه ماهیت آزادی عمل به‌گونه‌ای است که حتی در نوشته‌های مربوطه نیز دربارهٔ چیستی و گسترهٔ آن توافق مطلقی وجود ندارد.

براساس اصول دموکراسی و تفکیک قوا، قضات نباید قانون را «ابداع» کنند یا «برسازند»، بلکه تنها مجازند قانونی را که پیشتر مصوب شده است، «اعمال» کنند. دلیل این باور روشن است. برخلاف مقنن، قاضی فاقد مشروعیت دموکراتیک برای «قاعده‌سازی» است. او توسط مردم انتخاب نشده و از حیث هنجاری، نباید واجد این قدرت باشد که برای مردم قاعده وضع کند، بلکه محدودهٔ مجاز او صرفاً اعمال قوانینی است که مجلس قانونگذاری تصویب کرده است. در واقع، این تعبیری از حکومت قانون است که در آرای صورت‌گرایان حقوقی و به‌ویژه منتسکیو ریشه دارد. مطابق با این ایدئولوژی، «منبع اصلی حقوق، قانون موضوعه است و تصمیمات قضات باید بر آن مبتنی باشد» (Weinrib, 2010: 327-339)

آزادی عمل قضایی علاوه‌بر اینکه ناشی از ماهیت سیال قضاوت، ناکارآمدی راه‌حل‌های ثابت قانونی برای اوضاع و احوال خاص و فردی، پیدایش اشکال جدید رفتارهای مجرمانه، ناتوانی قواعد ثابت حقوق کیفری برای مقابله با آنها و نیز جرائم غیرمعمول یا جرائم متعارفی که در شرایط و بسترهای استثنایی ارتکاب می‌یابند (Robinson, 1988: 394-395) است، در «تعیین‌ناپذیری نسبی قانون و گزاره‌های قانونی»^۲ به‌عنوان یکی از مهم‌ترین عوامل زمینه‌ساز آزادی عمل قضایی ریشه دارد^۳ که مانع از تحمیل محدودیت‌های افراطی بر قاضی می‌شود.

تعیین‌ناپذیری قانون یا عدم امکان تعیین تصمیم‌های قضایی به‌دلیل ابهام ذاتی و گریزناپذیر زبان (زبان حقوقی) که از سوی جنبش مطالعات انتقادی حقوق مطرح شد، به این مسئله اشاره دارد که با توجه به وابستگی معنای متون هنجاری به رویه‌های زبان‌شناختی، گاه فقدان یا اختلاف‌نظر در خصوص قواعد و عرف‌های ثابت در یک مورد، موجب می‌شود محتوای قانون در مرحلهٔ ثبوت حکم متعین نباشد. در این شرایط شمول موردی خاص در قلمرو قاعده‌ای خاص مشخص نیست و قاعده‌ای برای تبعیت وجود نداشته و گزاره‌های حقوقی بر مبنای چنین قواعدی ارزش صدق^۴ ندارند (Iglesias, 2001: 45). به بیانی ساده، نمی‌توان در خصوص صادق یا کاذب بودن یک گزارهٔ حقوقی داوری کرد و به مسئلهٔ حقوقی موردنظر، پاسخ حقوقی درستی داد، زیرا پیوسته

1. Judicial Discretion

2. Partial indeterminacy

۳. البته همهٔ موارد مذکور در این عامل «خلاصه» نمی‌شود، بلکه همان‌طور که گفته شد، این تنها یک عامل «مهم» است. برای نمونه، می‌توان از ضرورت عمل مطابق انصاف به‌منزلهٔ یکی دیگر از این عوامل نام برد.

4. Truth-value

این امکان وجود دارد که بیش از یک پاسخ صحیح قانونی^۱ وجود داشته باشد. به این مسئله در فلسفه حقوق تعیین‌ناپذیری نسبی قانون گفته می‌شود که در چند عامل ابهام قانون، اجمال قانون، گاه سکوت قانون و نیز تعارض قوانین جلوه‌گر می‌شود.

این محدودیت‌ها در شرایطی است که رفع تمامی آنها بر عهده نظام قضایی است. از این رو در سطوح گوناگونی از فرایندهای کیفری، کنشگران قضایی ناچار به اتخاذ تصمیماتی در خصوص مؤلفه‌های ذهنی و قضاوت ارزشی-هنجاری^۲ هستند (Ibid: 401). از این رو، اعطای آزادی عمل به کنشگران قضایی می‌تواند به‌عنوان سازوکاری برای فائق آمدن بر محدودیت‌های قواعد نوشته و ثابت باشد (Raz, 1972: 834). به همین سبب، بیشتر نظام‌های حقوقی در چنین شرایطی به قاضی اجازه می‌دهند برای مقابله با کاستی‌های نظام حقوقی به شیوه‌ای تقریباً آزادانه عمل کند؛ اگرچه این تجویز بستری برای برساخت رفتارهای مجرمانه جدید (جرمانگاری ثانویه) و حتی در مواردی جرم‌زدایی از رفتارهای مجرمانه در کنش قضاوت فراهم می‌آورد.

این چالش در نظام حقوقی ایران نیز به چشم می‌خورد، به‌گونه‌ای که با جست‌وجو در مواد قانون مجازات اسلامی و بررسی عملکرد قضات در نظام حقوقی معاصر ایران، موارد متعددی وجود دارد که بستر مناسبی را برای تصمیم‌گیری براساس آزادی عمل قضایی فراهم می‌سازد و به‌علت داشتن انعطاف بسیار بالا، تشخیص قاضی -خواه در تطبیق رفتار ارتكابی با ماده قانونی، خواه در جرم‌انگاری ثانویه یا جرم‌زدایی عملی از آن- اهمیت فوق‌العاده‌ای می‌یابد. از جمله می‌توان به ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی ناظر بر جرم‌انگاری رابطه نامشروع و عمل منافی عفت دون زنا اشاره کرد که ابهام در مفهوم و به‌ویژه مصداق رابطه نامشروع و نامشخص بودن مرز میان آن دو، آزادی عمل گسترده‌ای را در تعیین مصداق این جرم جنسی به قاضی داده است.

بنابر مراتب پیش‌گفته، مسئله اصلی این مقاله همانا ایجاد موازنه میان اصل حاکمیت قانون و آزادی عمل قضایی است تا ضمن پذیرش ضرورت آزادی عمل قضایی، اصل حاکمیت قانون مخدوش نشود. به عبارت دیگر، از یک‌سو، نمی‌توان به صرف آنکه حقوق کیفری مظهر اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و حاکمیت قانون است، آزادی عمل قضایی را کنار گذاشت. اکنون بیشتر نظام‌های حقوقی با چالشی در خصوص لزوم کنشگری قضات در چارچوب اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و چرخش معنایی و تغییر در ماهیت و کنش قضاوت یعنی قضاوت به‌مثابه قانونگذاری مواجهند، بدین‌معنا که برخلاف تصور سنتی از نظام قضایی که نظامی مبتنی بر قانون و اصل قانونی

۱. منظور از «یک پاسخ صحیح قانونی» در ادبیات مربوط به آزادی عمل، دقیقاً همان راه‌حل مدنظر قانونگذار است. بنابراین، منظور از وجود «چند پاسخ صحیح قانونی» این است که متن قانون به‌گونه‌ای است که به‌دلیل ابهام ذاتی زبان، بیش از یک پاسخ صریح درست استنباط می‌شود. در چنین وضعیتی، در مرحله قضا و تصمیم آزادی عمل قضایی نه‌تنها موضوعیت می‌کند، بلکه ضرورت نیز می‌یابد. طبیعتاً قاضی هر تفسیری ارائه کند و هر تصمیمی بگیرد، به‌علت ابهام ذاتی زبان قانون از آزادی عمل قضایی استفاده خواهد کرد. حال، آزادی عملی قابل حمایت است که با اتکا به اصول حقوقی بیشترین قرابت را با اصل حاکمیت قانون به‌عنوان ارزش حقوقی غیرقابل انکار هر نظام حقوقی مبتنی بر قانون برقرار کند. شاید بتوان با احتیاط از تعبیر آزادی عمل قضایی مشروع یا خوب و نامشروع یا بد استفاده کرد. منظور از آزادی عمل مشروع یا خوب، همان آزادی عمل قابل دفاع است.

بودن است، در عمل این مجریان قانون به‌ویژه قضات هستند که نقش مؤثری در این زمینه ایفا می‌کنند. از سوی دیگر، حاکمیت قانون نیز اصل خدشه‌ناپذیر حقوق است.

حال پرسش این است که با توجه به اقتضائات رقیبی که میان آزادی عمل قضایی با حاکمیت قانون و ارزش‌های مبتنی بر آن وجود دارد، این دو با هم سازگارند؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، حدود و گستره مشروع آزادی عمل قضایی به‌مثابه ضرورتی برای نظام حقوقی ضمن پابندی به اصل رکن حاکمیت قانون چگونه است.

در بخش نخست مقاله، تعاریف موجود از آزادی عمل قضایی و حاکمیت قانون (با تأکید بر مفهوم قانون)، بررسی می‌شود تا بتوان به تعریفی مشخص از این مفهوم سیال در حقوق کیفری رسید. برای این امر، ادبیات علمی مربوط به آزادی عمل که اغلب برگرفته از آرای فیلسوفان مشهوری چون هارت و دورکین است، مدنظر قرار گرفته است. بدیهی است که آزادی عمل قضایی مفهوماً و ماهیتاً مختص نظام حقوقی یا جامعه خاصی نیست و ویژگی‌های مشترک دارد. اینکه این مفهوم درباره چه پرونده‌هایی و به چه نحو اعمال می‌شود، موضوع را از نظر مفهومی متفاوت نمی‌کند. برای مثال، آزادی عمل قضایی که یک قاضی آلمانی در آلمان درباره پرونده‌های جنسی اعمال می‌کند، ممکن است با آزادی عملی که یک قاضی ایرانی در ایران بر مبنای قوانین و قواعد حقوقی و نیز شرایط اجتماعی و فرهنگی اعمال می‌کند، جلوه‌های متفاوتی داشته باشند، اما آنچه از نحوه برداشت و عملکرد قاضی آلمانی در ارتباط با آزادی عمل منظور ماست، دقیقاً همان چیزی است که اعمال می‌کند.

در ادامه با اتخاذ روش استدلال هنجاری از واقعیت کنش قضایی، بهترین مسیر برای ایجاد نقطه تعادل میان اصل حاکمیت قانون و آزادی عمل قضایی شناسایی می‌شود تا روشنگر مرزهای مشروع آزادی عمل قضایی در سپهر حاکمیت قانون باشد. در بخش دوم برآنیم با رویکرد کیفی و استفاده از روش تحلیل محتوای انتقادی و با ارائه نتایج مطالعات میدانی در مورد ۱۳۴۸ پرونده رابطه نامشروع و عمل منافی عفت دون زنا^۱ با حضور در شعب مختلف دادگاه کیفری یک استان تهران، شعبه ششم بازپرسی و شعبه یکم واحد اجرای احکام دادسرای ارشاد استان تهران، پژوهشکده آرای پژوهشگاه قوه قضاییه و استفاده از بانک آرای قوه قضاییه با عنوان دادراهِ^۲ در محدوده زمانی اسفندماه ۱۳۹۶ تا تیرماه ۱۳۹۷، آزادی عمل قضایی را در برساخت مصادیق رفتارهای مجرمانه با تأکید بر جرائم جنسی تحلیل کنیم تا مشخص شود یکم) تا چه اندازه با معیار ارائه شده در بخش نخست برای پیوند میان آزادی عمل قضایی و اصل حاکمیت قانون همخوانی

۱. به دلیل حجم بالای پرونده‌های مطالعه شده و محدودیت کمی در حجم مقاله، در برخی از تحلیل‌های خود تنها به چندین نمونه از پرونده‌های مزبور استناد شده است.

۲. برخی با اتخاذ تعریفی موسع از آزادی عمل، این موضوع را درباره قرارهای تأمین کیفری بررسی کرده‌اند. رک: الهام و نصیری، ۱۳۹۵: ۱۶۲-۱۳۸.

۳. قابل دسترس در: <http://dadrah.ir>

دارد) و دوم) به‌کارگیری این آزادی عمل تا چه حد توانسته به ایجاد رویه قضایی واحد در گستره جرم مزبور بینجامد؟

۱. آزادی عمل قضایی

در فرهنگ‌های لغت آکسفورد و کمبریج آزادی عمل با عبارتهایی چون قضاوت، آزادی یا قدرت تصمیم‌گیری، اقدام طبق قضاوت شخصی فرد، قدرت نظارت کنترل‌نشده و نیز آزادی در تصمیم‌گیری، حق انتخاب، حق یا توانایی تصمیم‌گیری تعریف شده است (Oxford & Cambridge). در ادبیات تخصصی حقوق، آزادی عمل به مشکلات حقوقی‌ای اشاره دارد که قاضی در جریان قضاوت و در فرایند حل تعارض به‌وسیله قانون با آن مواجه است (Hawkins, 1992: 32-35). هارت^۱ از برجسته‌ترین نظریه‌پردازان معاصر فلسفه حقوق، آزادی عمل را نوعی فضیلت، قابلیت فکری، عقلانی و نزدیک به واژگانی چون عقل یا خرد عملی، بصیرت، حقیقت‌بینی، سنجیدگی و تدبیر می‌داند (Hart, 1956: 2). وی در تعریف آزادی عمل می‌نویسد: «آزادی عمل یعنی قدرت تشخیص یا تمیز اینکه در حوزه‌های گوناگون چه چیزی شایسته انجام است» (Ibid). مهم‌ترین ویژگی موقعیت‌هایی که از نظر هارت مستلزم آزادی عمل قضایی است، بدین شرح است: «۱. نامشخص بودن درستی یا نادرستی یک تصمیم؛ ۲. فقدان شرایط و اوضاع و احوال دقیقی که یک قاعده باید در آن شرایط به‌طور مشخص به‌کار رود؛ ۳. عدم امکان نشان دادن اهمیت ارزش‌ها نسبت به یکدیگر از طریق اعمال آزادی عمل و اصول و قواعد روشن. به باور وی تصمیم‌هایی را که براساس آزادی عمل اتخاذ می‌شود، نمی‌توان به‌راحتی با واژگانی چون درست یا غلط توصیف کرد، بلکه به‌جای آن می‌توان از واژگانی چون خردمندانه، عاقلانه، منطقی، یا در قالب مقایسه از عبارتهایی چون سنجیده‌تر، عاقلانه‌تر و بهتر استفاده کرد. همچنین، تصمیمات اتخاذشده براساس آزادی عمل را فقط می‌توان توجیه کرد؛ اگرچه نتوان آنها را تأیید کرد و از حقانیتشان سخن گفت» (Hawkins, 1992: 3-5).

برای فهم هرچه بهتر و عمیق‌تر مفهوم و کاربردهای آزادی عمل قضایی، پیشنهاد باراک^۳ مبنی بر تقسیم پرونده‌ها به سه دسته آسان^۴، متوسط^۵ و سخت^۶ سودمند به‌نظر می‌رسد. موارد آسان به حالتی اشاره دارد که هیچ مشکل معرفتی یا شناختی در شناسایی راه‌حل قانونی وجود ندارد، زیرا مفهوم و مصداق یک قاعده حقوقی کاملاً روشن است. از این‌رو، تصمیم‌های اتخاذشده در این موارد، تصمیم‌های مکانیکی یا روتین خوانده می‌شوند که دقیقاً به معنای اعمال قانون‌اند (Barak, 1989: 36-39). در موارد متوسط نیز وجود یک پاسخ حقوقی درست همیشه مفروض است؛ در واقع، اگرچه در نگاه نخست ممکن است به‌نظر آید که بیش از یک پاسخ درست وجود دارد، از

1. Hart
2. Justify
3. Barak
4. Easy Case
5. Medium Case
6. Hard Case

طریق تحلیل حقوقی قابل تشخیص است که تنها یک پاسخ از میان پاسخ‌ها صحیح است. از این رو موارد متوسط تنها نیازمند تحلیل و نه یک انتخاب آزاد و مستقل‌اند (Barak, 1989: 39-40). در نهایت باراک معتقد است در پرونده‌های دشوار یا سخت چندین پاسخ حقوقی صحیح وجود داشته یا اساساً هیچ روشی برای یافتن و احراز پاسخ صحیح وجود ندارد. در این شرایط حتی تفسیر حقوقی دقیق و پیچیده نیز موفق به یافتن پاسخ حقوقی درست نمی‌شود. در این موارد قاضی باید براساس آزادی عمل اقدام کند (Barak, 1989: 40-41).

در تقسیم‌بندی کلی و تعبیری متفاوت می‌توان آزادی عمل را به دو گونه «آزادی عمل ضعیف»^۱ و «آزادی عمل قوی»^۲ به کار برد؛ دو کاربردی که محل بیشترین مباحثات و مناقشات نظری میان نظریه‌پردازان برجسته فلسفه حقوق چون هارت و دورکین^۳ بوده است. محل بحث، آزادی عمل قوی است، زیرا بین آزادی عمل ضعیف و اصل حاکمیت قانون چالشی پیش نمی‌آید.

۱-۱. آزادی عمل ضعیف

ابتدا لازم است درباره معادل مفهومی واژه انگلیسی «Discretion» همراه با وصف «weak» به نتیجه برسیم. وقتی با ترکیب «Weak Discretion» مواجه می‌شویم، شاید استفاده از عبارت آزادی عمل چندان دقیق و صحیح نباشد، زیرا آنچه قاضی در موارد مستلزم «Weak Discretion» با آن مواجه است، به هیچ‌روی «آزادی عمل» نیست و کنش قضاوت تنها براساس صلاحدید قاضی و نه آزادی عمل وی به انجام می‌رسد. این ترکیب دلالت بر این معنا دارد که قاضی قوای شناختی خود را به خوبی به کار برده، خوب استدلال کرده و در نهایت به قضاوتی درست رسیده است. در این ترکیب، سخن از به‌کارگیری درست قوای فکری توسط قاضی است. بدیهی است تمام این قابلیت‌ها برای قاضی همان‌طور که هارت معتقد است، یک فضیلت، خرد و تدبیر است. حال آنکه «آزادی عمل» بیشتر معنای منفی را به ذهن متبادر می‌سازد و درست به همین سبب است که نویسندگان در تعاریف عملیاتی از آزادی عمل قوی، سعی می‌کنند مؤلفه‌های مفهومی محدودکننده برای آن برشمارند. پس عبارت «آزادی عمل» اصلاً به معنای قضاوت درست و یک فضیلت نیست و حتی ممکن است در آن کاملاً یک ردیلت هم شکل بگیرد. اما واژه «صلاحدید» بهتر می‌تواند به‌کارگیری درست قوای شناختی قاضی را نشان دهد تا «آزادی عمل».

صلاحدید در سه معنا به کار می‌رود:

صلاحدید به‌مثابه قضاوت^۴، به این معنا که اعمال معیارهای حقوقی از سوی قاضی نمی‌تواند به‌صورت مکانیکی باشد، بلکه مستلزم نوعی قضاوت است. در این معنا تصمیم‌گیرنده صلاحدید خود را در صدور حکم اعمال می‌کند. الکسی^۵ این مفهوم از صلاحدید را «صلاحدید معرفتی یا

1. Weak Discretion
2. Strong Discretion
3. Dworkin
4. Discretion as judgment
5. Alexy

شناختی»^۱ می‌نامد (Klatt, 2007: 517) و کلت آن را بسته به نوع معرفتی که صلاحدید به آن مربوط می‌شود، به صلاحدید شناختی تجربی^۲ و صلاحدید شناختی هنجاری^۳ تقسیم می‌کند. در گونه نخست این اجازه به قاضی داده می‌شود که در توجیه ذهنی یا درونی قضاوت‌هایش، از تجارب نانوشته خویش بهره گیرد (Klatt, 2007: 517). گونه دوم نیز به معنای صلاحدید در دانش و معرفت هنجاری است.

صلاحدید به‌مثابه حتمیت و قطعیت^۴، با تأکید بر ماهیت تصمیمات قضایی‌ای که در معرض بازنگری و تجدیدنظر واقع نمی‌شوند، به کارکرد صلاحدید در سلسله‌مراتب دادگاه‌ها اشاره دارد. این موارد نوعاً شامل تصمیم‌هایی می‌شود که از سوی بالاترین مقام و مرجع قضایی در موضوعی معین اتخاذ شده و از نظر قانونی قطعی و غیرقابل تجدیدنظرند. این معنا ضرورتاً به مشکلات موجود در فهم قانون یا وجود استقلال قضایی برای تصمیم‌گیری در خصوص محتوای یک راه‌حل نمی‌پردازد، بلکه به این واقعیت اشاره دارد که قضات اختیار و صلاحیت اتخاذ یک تصمیم نهایی را دارند و تصمیم آنها نمی‌تواند از سوی هیچ مقام دیگری بازبینی یا نقض شود. در واقع، این مفهوم از صلاحدید تنها در مواردی کاربرد دارد که مراحل تجدیدنظرخواهی تماماً طی شده و حکم قطعی شده باشد^۵ (Dworkin, 1977: 32; Isaacs, 1933: 399, 341-342; Pattenden, 1990: 2; Iglesias, 2001: 5).

و اما سومین برداشت از صلاحدید به موقعیت‌هایی اشاره دارد که اگرچه یک پاسخ حقوقی درست وجود دارد، اما اطلاعات ناقص بوده و پاسخ‌ها چندان واضح نیستند. از این‌رو مفسر قانون با مشکلات معرفتی^۶ در فهم زبان قانون مواجه است. از این‌رو، صلاحدید در این معنا مستلزم یک فرایند ذهنی پیچیده و حاکی از ضرورت قضاوت خوب و هوشمند در مواردی است که قانون به‌وضوح مفهوم و مقصود مقنن را نمی‌رساند (Iglesias, 2001: 5, 32, 35 & 77). بعضی نظریه‌پردازان حقوقی، این مفهوم از صلاحدید را برای اشاره به محدوده آزادی قضات در پیدا کردن واقعیت‌های پرونده اصلی و مهم یک پرونده به‌کار می‌برند. البته نه به این معنا که قضات قدرت برساخت یا ابداع واقعیت‌های اساسی و اصلی را دارند، بلکه صلاحدید در این معنا زمانی است که قاضی در اثبات فکت‌های پرونده در مقام ارزیابی این مهم باشد که چه میزان دلایل کافی است. به همین دلیل، این برداشت از صلاحدید، منعکس‌کننده مشکلات معرفتی در تعیین این امر است که وقتی اطلاعات کامل نیست، کدام فکت به حقیقت نزدیک‌تر است (Ibid: 5).

1. Epistemic Discretion
2. Epistemic-empirical Discretion
3. Epistemic-normative Discretion
4. Discretion as Finality

۵. البته با توجه به تجدیدنظر فوق‌العاده توسط رئیس قوه قضاییه در نظام حقوقی ایران، صلاحدید به این معنا در حقوق کیفری ما همیشه متزلزل است.

6. Epistemic Difficulties

۲-۱. آزادی عمل قوی

در موارد تعیین قانون، قاضی مکلف به اجرای حکم قانون است. قاعده قانونی مسلم و روشن تکلیف حقوقی هر قضیه محتملی را در آینده پیش‌بینی می‌کند و قانونگذار دانا نیز می‌تواند قواعد را به‌اندازه کافی دقیق و جزئی که تمام پیشامدهای ممکن را پوشش دهد، از پیش تنظیم کند. باین‌حال، در عمل قانونگذار دانای کامل نیست و به‌ندرت قواعدی یقینی و قطعی وضع می‌کند. در نتیجه، قواعد حقوقی کاملاً نمی‌توانند احتمال آزادی عمل را در آینده از بین ببرند (Prebble, 2006: 7). در این وضعیت قاضی ناگزیر است فراتر از قواعد حقوقی با تفسیری از قانون که بسیار نزدیک به کنش قانونگذاری و ایجاد یک قاعده حقوقی^۱ جدید است، تصمیم بگیرد. از این‌رو، به دلیل خلأهای موجود در محتوای قانون، قاضی باید این صلاحیت را داشته باشد که آن را با به‌کارگیری آزادی عمل پر کند (Himma, 1999: 74). در واقع، آزادی عمل قوی، به وضعیتی اشاره دارد که قاضی با چند پاسخ حقوقی به یک مسئله مواجه بوده و هر کدام از آنها ارزش یکسان داشته و از نظر قانون به یک اندازه قابل‌پذیرش‌اند (Iglesias, 2001: 6; Hart & Sacks, 1958: 18; Greenawalt, 1975: 363)

366

این معنا از آزادی عمل می‌تواند نزدیک به مفهومی باشد که لوزاتی^۲ از آن به آزادی عمل ضمنی^۳ در مقابل آزادی عمل صریح^۴ تعبیر می‌کند. در آزادی عمل صریح، قانونگذار در موضوعی خاص آشکارا به قاضی آزادی در تصمیم‌گیری اعطا می‌کند. قانون به‌صراحت چارچوبی تعیین می‌کند که قاضی دامنه ویژه و مشخصی از آزادی و استقلال را در اتخاذ تصمیم نهایی داشته باشد. لوزاتی بر این باور است که این نوع اختیار صریح علاوه‌بر اینکه از نظر قلمرو محدود و موضوع کنترل است، ارتباط کمی نیز با آزادی عمل قوی دارد، زیرا آزادی عمل قوی ناظر بر شرایطی است که در موارد غیردقیق بودن قانون، ابهام قانون، سکوت قانون یا تناقض در قانون، قاضی موظف به اتخاذ تصمیم است. بنابراین، به باور وی آزادی عمل قوی مترادف با آزادی عمل ضمنی است و به بسترهایی اشاره دارد که در آن مقامات قضایی مجبورند میان گزینه‌های متفاوت تصمیم‌گیری کنند، اگرچه هرگز به‌طور صریح چنین اختیاری به آنها داده نشده باشد (Iglesias, 2001: 7; Luzzati, 1990: 130-137). به‌نظر می‌رسد نتوان آزادی عمل ضمنی را کاملاً با آزادی عمل قوی مترادف دانست، زیرا آزادی عمل قوی می‌تواند آزادی عمل صریح را نیز شامل شود. برای نمونه، در مواردی که قانونگذار در تعیین مجازات به قاضی صراحتاً آزادی عمل می‌دهد، در واقع قاضی با «چند پاسخ حقوقی درست» مواجه است، لذا طبق تعریف می‌تواند آزادی عمل قوی باشد. برخی از عبارت «آزادی عمل ساختاری»^۵ مترادف با مفهوم آزادی عمل قوی استفاده می‌کنند (Alexy, 2002: 310). به این معنا که ساختار خود قانون امکان انتخاب را از میان احتمالات متفاوتی

1. Legal Rule
2. Luzzati
3. Implicit discretion
4. Explicit discretion
5. Structural discretion

که از نظر قانونی به یک‌میزان معتبرند، میسر می‌سازد؛ یعنی با توجه به اینکه ساختار قانون در تعیین مرز دقیق بایدها و نبایدها محدودیت دارد، این اجازه را می‌دهد که با آزادی عمل قضایی این شکاف پر شود (Klatt, 2007: 516). بعضی نظریه‌پردازان نیز آزادی عمل قوی را به دلیل اعطای قدرت بیش‌ازحد به قاضی، با خودسرانگی و دلخواهی بودن^۱ هم معنا می‌دانند (Iglesias, 2001: 7; Hayek, 1944: 228, 453).

اگرچه آزادی عمل قوی ظرفیت‌هایی را برای جرم‌زدایی یا جرم‌انگاری عملی در اختیار قاضی قرار می‌دهد، به دلیل محدودیت‌های زبان و از جمله زبان حقوقی یکی از ضرورت‌های اجتناب‌ناپذیر هر نظام حقوقی است. بنابراین، اصل وجود آن انکارناپذیر است. با وجود این، ضروری است ضوابط و محدودیت‌هایی تعیین شود تا تصمیم‌های دلخواهی، خودسرانه و تصمیم‌هایی که بر مبنای باور اشتباه قضایی مبنی بر داشتن آزادی عمل اتخاذ می‌شود، از حوزه آزادی عمل قوی خارج شده و کنترل شوند.

ایگلسیاس مؤلفه‌هایی مفهومی برای آزادی عمل قوی برمی‌شمارد که عبارت‌اند از: آزادی عمل به‌مثابه انتخاب^۲ (آن‌هم تنها انتخاب یک گزینه، جایی که امکان‌های مختلفی برای اقدام وجود دارد و هر یک از آنها ویژگی‌های منحصربه‌فردی دارند)؛ ضرورت توجیه^۳ (چرایی و چگونگی اتخاذ یک تصمیم مشخص در میان گزینه‌های جایگزین)؛ ضرورت منطقی بودن^۴ تصمیمات اتخاذ شده (به معنای طیفی از پاسخ‌های قابل‌پذیرش و معقول که تصمیم‌گیرنده باید از میان آنها تصمیم خود را برگزیند)؛ وظیفه قضایی (اقدامات مبتنی بر آزادی عمل در چارچوب وظیفه کلی قضات به اتخاذ تصمیم معنا می‌یابد)؛ و درنهایت استعلای ارزش صدق گزاره‌های قانونی از توانایی‌های شناختی قضایی (روایی تصمیم ناشی از آزادی عمل، در گرو باورهای مفسر نیست) (Iglesias, 2001: 5-60). بر این اساس، در یک تعریف عملیاتی از آزادی عمل قوی با الهام از مؤلفه‌های مفهومی مذکور می‌توان آن را یک انتخاب موجه از میان گزینه‌های قابل قبول متفاوت برای عمل به وظیفه قضایی دانست؛ به‌طوری‌که براساس واقعیت‌های پرونده نتوان ارزش صدق گزاره‌های حقوقی و به‌تبع آن یک پاسخ حقوقی درست را یافت.

۲. آزادی عمل قضایی در چارچوب حاکمیت قانون

پاسخ به این مسئله که اصل حاکمیت قانون با آزادی عمل قضایی چه چالش یا چالش‌هایی پیدا می‌کند، بستگی به برداشتی دارد که از این دو مفهوم می‌توان داشت. دو دیدگاه در این خصوص وجود دارد: دیدگاه نخست، قانون را با نگاهی به‌شدت فرمالیستی، صرفاً مجموعه‌ای از قواعد حقوقی

1. Arbitrariness
2. Discretion as choice
3. The demand for justification
4. Reasonableness

۵. به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی قضات موظف به صدور رأی هستند، وگرنه مستنکف از احقاق حق شناخته شده که طبق ماده ۵۹۷ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۰ جرم محسوب می‌شود.

مکتوب در متن قانون می‌داند که نتایج تصمیمات قضایی را در هر پرونده از پیش تعیین می‌کند؛ آنچه قاضی اسکالیا آن را «قانونی از قواعد»^۱ می‌نامد (Scalia, 1989: 1175-1188). در این برداشت مضیق و شکلی از قانون، حاکمیت قانون به‌مثابه قواعد تعیین‌کننده نتیجه^۲، مدنظر است. بدیهی است در نتیجه این برداشت از حاکمیت قانون، آزادی عمل به‌دلیل ابتناء بر دلایل فراقانونی، مساوی با فاصله گرفتن از «نص صریح قانون»^۳ و در نتیجه ناقض اصل حاکمیت قانون است. اما در رویکرد دوم، نه تنها قواعد، بلکه اصولی^۴ هم که به‌صورت ضمنی در هر نظام حقوقی به رسمیت شناخته شده‌اند، به‌عنوان بخشی از معیارهای حقوقی دلایلی را برای تصمیم‌های قضایی در اختیار قاضی قرار می‌دهند. در این معنا، دلایل حقوقی علاوه بر آنکه شامل مجموعه‌ای از منابع حقوقی معتبر و الزام‌آور (قواعد حقوقی) می‌شوند، شامل مجموعه‌ای از اصول حقوقی‌اند که در همان معنای مشهور و آشنای دورکینی، در تفسیر قانون و تطبیق حکم بر موضوع مشروعیت دارند (Burton, 1994: 181-182). به تعبیر ساده‌تر، تفاوت برداشت اول و دوم در این است که در برداشت اول تنها قاعده مبنای کنش قاضی و تصمیم‌گیری قرار می‌گیرد و در برداشت دوم علاوه بر آن، اصول حقوقی هم در نظر گرفته می‌شود.^۵ در نتیجه، در مواردی که قواعد حقوقی پاسخگو نیستند، نمی‌توان آنچنان که اثبات‌گرایان معتقدند، گفت قضات در حال قانونگذاری‌اند. بلکه از آنجا که قضات نه‌تنها موظف به اعمال قواعد که برآورد و نتیجه‌گیری از اصول نیز هستند، ضروری است با استناد به اصول حقوقی موجود و البته مرتبط، حکم قضیه را بیابند. در این صورت، آزادی عمل به‌دلیل ابتناء بر اصول حقوقی، همچنان در قلمرو حاکمیت قانون خواهد بود. بنابراین، لازم است ابتدا الگوی اصول حقوقی به‌جای قواعد حقوقی به‌منزله رویکرد مختار این پژوهش در ایجاد موازنه میان آزادی عمل قضایی و اصل حاکمیت قانون بررسی و سپس این الگو از منظر تفسیرگرایی توجیه شود.

در این الگو نظام حقوقی منحصراً متشکل از قواعد حقوقی مصرح در قانون یا برآمده از رویه قضایی نیست، بلکه شامل اصول کلی حقوقی نیز می‌شود که در فقدان قواعد یا تعیین‌ناپذیری نسبی آنها در مرحله ثبوت حکم (نه اثبات واقعیت‌های دعوا) و توجیه آن از لحاظ اخلاقی، آنجا که قاضی

1. law of rules

در این‌جا قاعده در مقابل اصل به کار رفته است.

2. Rule of law as a law of result – determining rules

3. Departing from the letter of the law

4. Rule of law as a set of rules and principles

۵. به بیان ساده، «قواعد حقوقی» یعنی مجموعه مواد قانونی که به تصویب نمایندگان مجلس قانونگذاری رسیده است. در مقابل «اصول حقوقی» یعنی مجموعه ارزش‌های حاکم بر یک نظام حقوقی که قواعد حقوقی بر آنها مبتنی است. بنابراین، می‌توان اصول حقوقی را روح قواعد مصرح در مجموعه قوانین دانست. از این‌رو، تمایز مهم میان قواعد حقوقی و اصول حقوقی در این است که قواعد به سبک «همه یا هیچ» معادل ”All –or– nothing“ اعمال شده و حالت صفر و یک و به تعبیر دورکین «ظرفیت دوینبانی» دارند؛ یعنی یک قاعده درباره یک فکت خاص و مشخص یا اعتبار داشته و باید اعمال شود یا پاسخی که مقرر می‌کند، معتبر نیست. از قواعد یا یک نتیجه خاص عاید می‌شود یا خیر. در همین زمینه پریل قواعد را دارای ساختار منطقی و قابل پیش‌بینی «If x, then y» می‌داند (Prebble, 2006: 6) در مقابل، اصول دلایلی را بیان می‌کنند که اگرچه تنها در یک جهت خاص استدلال می‌کنند، ولی مستلزم تصمیم مشخصی نیستند (Peter, 2015: 14).

تابع قواعد نوشته نیست، می‌تواند با تفسیر خود «کشف قاعده» کند و دست به نوعی «عملیات تفسیری» بزند. این قواعد اعمال نظرهای شخصی و تصمیم‌گیری براساس معیارهای فراقانونی نیستند، بلکه برآمده از اصولی‌اند که خود مبنای اخلاقی دارند و در روح قانون مستترند. اگرچه ممکن است بسیاری از این اصول حقوقی در قانون تصریح نشده باشند، از مجموعه مواد قانونی به راحتی قابل استنباط هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۱۳). برای نمونه، در حقوق ایران در هیچ ماده قانونی نیامده که «هیچ کس نمی‌تواند از خطای خود سود ببرد»، اما گویی حاجتی به بیان نبوده و می‌توان به راحتی بر مبنای آن حکم داد.

نقطه مقابل این رویکرد، رویکرد تحدید قلمرو معیارهای حقوقی به قواعد حقوقی است که به گفته دورکین توصیفی ناقص و ناکافی از ماهیت استدلال حقوقی، استدلال قضایی و به تبع آن ماهیت قانون است که ریشه در دیدگاه اثبات‌گرایانی چون هارت دارد که قانون را تنها شامل مجموعه‌ای از قواعد حقوق موضوعه می‌دانند. براساس این نظریه، برای حل مواردی که قاعده واضح و روشنی در حقوق موضوعه برای حل یک مسئله وجود ندارد، گویا قدرت قانون «تمام‌شده» یا به اصطلاح «ته‌کشیده»^۱ است (Steiner, 1976: 135). در این شرایط از یک‌سو، قاضی تابع هیچ قاعده‌ای نیست و از سوی دیگر مکلف به رسیدگی به دادخواهی و صدور حکم است. بنابراین، تنها منبع جهت صدور حکم، آزادی عمل در مفهوم قوی آن است که قاضی می‌تواند با تبعیت از معیارهای فراقانونی، سیاست‌های رسمی دولت یا براساس ارزش‌ها و اولویت‌های شخصی خود با خلق یک قانون جدید در خصوص موضوع اتخاذ تصمیم کند. به همین سبب در این رویکرد، کنش قضاوت از ماهیتی تقنینی و خلاقانه برای تغییر قواعد موجود و فرمول‌بندی قواعد جدید برخوردار است. این روایت با آرمان حاکمیت قانون در تعارض است. دورکین بر این باور است که قاضی در فقدان قواعد می‌تواند از اصول حقوقی نیز کمک بگیرد (Dworkin, 1963: 632). در نگاه تفسیرگرایانی مانند دورکین، آزادی عمل ضابطه‌مند و به عبارتی اصل‌مند است، به این معنا که تصمیم‌گیری بر مبنای آزادی عمل نه تنها بر مبنای معیارهای دلخواهی نیست، بلکه تنها در چارچوب اصول حقوقی قابل اعمال بوده و قاضی موظف است برای توجیه حکم خود به اصول حقوقی استناد کند. این الزام موجب می‌شود تا با برداشتی که از آزادی عمل در این رویکرد وجود دارد، یعنی آزادی عمل به مثابه اصول حقوقی، آزادی عمل تنها در چارچوب اصول حقوقی اعمال شود.

به نظر می‌رسد آنچه در رابطه آزادی عمل قضایی با حاکمیت قانون نقش خیلی مهمی ایفا می‌کند، نوع برداشتی است که نسبت به قانون و قدرت اجبارکنندگی آن داریم: آیا قانون باید نتایج قطعی و مشخصی را عرضه کند یا اینکه برای قانون همین اندازه بسنده است که دلایلی برای سنجش و ارزیابی در اختیار مفسر قرار دهد؟ به دیگر سخن، آیا قانون به طور منحصر به فرد، تعیین‌کننده نتایج حقوقی است یا فقط ارائه‌کننده دلایلی است که در فرایند قضایی باید در عرض دلایل احتمالی دیگر، مورد سنجش قرار گیرد؟

بنابراین، اگر از یک‌سو، حاکمیت قانون را به این معنا بدانیم که قانون در ارائه دلایلی که برای کنش‌های قضایی به کار می‌رود، حاکمیت دارد و قانون ارائه‌کننده دلایل معتبر حقوقی برای توجیه تصمیم‌های قضایی اعم از قواعد و اصول حقوقی است و نه ارائه‌کننده نتایج قطعی و مسلم در تمام موارد، و از سوی دیگر آزادی عمل را تنها در چارچوب همین دلایل حقوقی تعریف کنیم، یعنی آزادی عمل به‌مثابه یک اصل حقوقی شکلی فهمیده شده و نوعی دلیل حقوقی در توجیه تصمیم‌های قضایی دانسته شود، در این صورت آزادی عمل به‌مثابه اصلی می‌شود که در بطن دلایل حقوقی برای توجیه تصمیم‌های قضایی به کار می‌رود. از این‌رو، قاضی در مقام اعمال آزادی عمل قضایی، تنها مجاز به اقدام در چارچوب دلایل حقوقی خواهد بود؛ یعنی دلایلی که یا به‌وسیله قانون ایجاد شده یا دلایل مستقلاً که قانون اجازه اعمال آنها را به قضات می‌دهد. در چنین وضعیتی، می‌توان پذیرفتن آزادی عمل قضایی در چارچوب اصل حاکمیت قانون را تحقق‌یافته پنداشت. این شیوه از ایجاد پیوند میان حاکمیت قانون و آزادی عمل قضایی، شیوه کم و بیش دورکنی حل تعارض است که از یک‌طرف مستلزم گسترش دامنه معیارهای حقوقی از قواعد به اصول حقوقی و از طرف دیگر به رسمیت شناختن آزادی عمل به‌مثابه تصمیم‌هایی در چارچوب اصول حقوقی است.

پرسش را صریح‌تر مطرح کنیم: راهکار گسترش دامنه معیارهای حقوقی از قواعد به اصول حقوقی برای پیوند نظری آزادی عمل قضایی با اصل حاکمیت قانون بر چه مبنایی استوار است و به دیگر سخن، اساساً چرا باید این استدلال را پذیرفت؟ نخستین پاسخی که به ذهن می‌رسد ضرورت داشتن عمل طبق «ارزش انسجام»^۱ است که استدلال هنجاری ارائه‌شده در این مقاله را بر پایه نظریه تفسیرگرایی توجیه می‌کند. ارزش انسجام، لازمه تحقق ارزش‌های سیاسی مشترک دیگر چون آزادی سیاسی، فردی، حقوقی و غیره و حرکت در راستای آنهاست. به دیگر سخن، تحقق ارزش‌های فوق، در گرو آن است که حکومت رفتار منسجمی داشته باشد. این انسجام در بستر گفتمان قضایی مستلزم آن است که تفسیر قاضی از مواد قانونی مبهم و نامشخص به‌گونه‌ای باشد که بیشترین انسجام را با تصمیمات قبلی نظام قضایی داشته باشد. این مهم تحقق نمی‌یابد، مگر آنکه قضات در توسل به آزادی عمل از الگویی یکسان تبعیت کنند؛ الگویی که گستره مشخصی از اختیار و قدرت تشخیص را در اختیارشان قرار دهد. «این الگو می‌تواند پایبندی قضات به همان اصول حقوقی در موارد ضرورت باشد. اصولی که تبعیت از آن می‌تواند به انسجام تصمیمات قضایی، پرهیز از خاص‌نگری، عدالت فردنگر و فراتر از آن به توجیه منطقی تصمیمات مبتنی بر آزادی عمل بینجامد. لذا در موارد ابهام قانون و به‌طور کلی تعیین‌ناپذیری قانون نیز قاضی موظف به ارائه تفسیری از قانون و اتخاذ تصمیمی است که همچنان در راستای همان ارزش‌های سیاسی مشترک و البته ارزش انسجام باشد» (نجف‌آبادی، ۱۳۹۰: ۳۲۸). بدین‌منظور، اصول حقوقی به‌عنوان بخش دیگری از منابع حقوق راهگشاست و قاضی موظف است در راستای تحقق ارزش انسجام، ابتدا قوانین

۱. (Coherence theory of judicial justification)، ر.ک: نقل قول Hoffmaster از سار توریوس: ۴۸ - ۴۴.

مرتبط را بر پایه اصول حقوقی توجیه کند و سپس براساس این توجیه حکم موضوعی را که قانون در موردش نامتعیین است، بر مبنای آن اصول مشخص کند. در واقع، این توجیه که براساس اصول حقوقی انجام می‌گیرد، می‌تواند در موارد مشابه انسجام کنش قضایی را تضمین کند. بر این اساس، قاضی باید از خود بپرسد که چه اصلی احکام قبلی قانونگذار را توجیه می‌کند و در راستای همان اصلی که احکام قبلی را توجیه می‌کند، حکم موضوعی را که نزد او مطرح است، مشخص کند (همان: ۳۲۹). بدیهی است نتیجه عملی این رویکرد همانا اضافه شدن اصول حقوقی در کنار قواعد حقوقی به قلمرو قانون و در نتیجه گسترده شدن قلمرو حاکمیت قانون و محدود شدن قلمرو حاکمیت قضایی است.

به نظر می‌رسد رویکرد تفسیرگرایی قرابت بیشتری با واقعیت دارد. در واقع، این رویکرد بهترین راه‌حل را برای تعیین محدوده آزادی عمل قضایی مشروع ارائه می‌دهد، زیرا نظریه کاربرد مکانیکی قواعد و رویکردهای فرمالیستی از پس توضیح واقعیت آنچه در فرایندهای قضایی اتفاق می‌افتد، برنمی‌آیند. هم درک ما از نقش قضات این است که آنان آزادی عمل دارند و هم درک قضات از خودشان به این نحو است. این تبیین خود پیامدهای مثبتی برای نظام‌های حقوقی به دنبال دارد، زیرا وظیفه قضات به توجیه تصمیم‌های قضایی بر مبنای اصول حقوقی مانع از جانبداری و تضییع حقوق شهروندان می‌شود.

۳. سردرگمی رویه قضایی در تعیین مصادیق رابطه نامشروع

ارتکاب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر زنا به موجب ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات جرم‌انگاری شده است. قانونگذار بدون اینکه این جرائم را تعریف کند، به برخی مصادیق آن مانند تقبیل و مضاجعه اشاره کرده است. در واقع، تشخیص رفتاری که مشمول این ماده است، به قاضی واگذار شده است. در رویه قضایی همواره درباره قلمرو و مصادیق موضوع این جرم، به‌ویژه از نظر ضرورت فیزیکی بودن رابطه یا عدم آن، ابهام وجود داشته است. همچنین، با توجه به حرف «یا» در متن ماده، این ابهام وجود داشته که منافی عفت رفتاری جز روابط نامشروع است و در اولی روابط فیزیکی مدنظر است و در دومی غیر آن.

مطابق با داده‌های گردآوری‌شده تحقیق، آزادی عمل قضایی در تعیین مصادیق جرم رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت دون زنا، به دلیل ابهام زیاد در مفهوم و به‌ویژه مصداق جرم رابطه نامشروع، از نوع آزادی عمل قوی است؛ چراکه در این خصوص، قاضی با پاسخ حقوقی واحدی مواجه نیست. اما مسئله مهم از یک‌سو، بررسی این نکته است که این آزادی عمل اگرچه قوی است، ولی تا چه اندازه با مؤلفه‌های مفهومی که برای آزادی عمل قوی برشمرده شد، به‌ویژه لازمه توجیه و منطقی بودن تصمیمات اتخاذشده، منطبق است؟ و از سوی دیگر، تا چه اندازه می‌توان از پابندی قاضی به هنگام کاربرد آزادی عمل خویش به اصول حقوقی مهمی در حقوق کیفری چون اصل براءت، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و ... همسو با لوازم اصل حاکمیت قانون سخن گفت؟ آنچنان‌که به شکل‌گیری رویه‌ای واحد پیرامون مصادیق جرم رابطه نامشروع منجر

شود و با معیار ارائه‌شده برای پیوند میان آزادی عمل قضایی و اصل حاکمیت قانون (همانا عمل طبق اصول حقوقی) همخوانی داشته باشد. به این منظور، یافته‌های تحقیق در خصوص این جرم ذیل سه بخش بیان و در هر بخش به پاره‌ای از پرسش‌های مزبور پاسخی داده می‌شود.

۱-۳. آزادی عمل قضایی در تغییر عنوان مجرمانه

با عدم احراز عنف در بخش زیادی از پرونده‌های تجاوز به عنف که اغلب در باورها و کلیشه‌های جنسی^۱ قضات ریشه دارد، در نهایت متهم در صورتی که اقرار به برقراری رابطه با شاکی کند یا از میان دفاعیاتش این امر احراز شود که رابطه جنسی بدون عنف و اکراه وجود داشته است، به استناد ماده ۲۳۰ قانون مجازات اسلامی تنها به ۱۰۰ ضربه شلاق حدی به‌خاطر عمل زنا محکوم می‌شود. در غیر این صورت و در بیشتر پرونده‌ها، متهم حداکثر محکوم به ۹۹ ضربه شلاق تعزیری به‌خاطر ارتکاب جرم رابطه نامشروع دون زنا موضوع ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات خواهد شد. شایان ذکر است در حالت نخست، با توجه به ماهیت جرم زنا، شاکی نیز ممکن است به حد زنا محکوم شود. از این رو بیشتر پرونده‌های رابطه نامشروع، آنهایی هستند که ابتدا با شکایت شاکی مبنی بر تجاوز به عنف و نیز شکایت زنا محصنه آغاز و در نهایت با عدم احراز عنفی بودن رابطه جنسی یا شرایط احصان، به صدور حکم رابطه نامشروع منجر می‌شود. مطالعه ۲۰۰ نمونه از پرونده‌های تجاوز به عنف موجود در بانک آرای پژوهشگاه قوه قضاییه نشان می‌دهد در ۷۷ مورد آنها قاضی رسیدگی‌کننده حکم به رابطه نامشروع داده است. جالب توجه است از این میان و در فرایند رسیدگی کیفری در دادگاه، ۶ مورد به زنا طرفینی و ۱۳ مورد هم به زنا محصنه تبدیل شده است. باقی موارد هم مربوط به پرونده‌های قتل یا مواردی بوده که قرار منع تعقیب صادر شده یا صرفاً در خصوص دستورهای شکلی دادسرا بوده است و تنها در یک مورد از آنها عنفی بودن رابطه در دادگاه بدوی ثابت شده است. به‌طور مشابه با مطالعه ۱۰ نمونه از پرونده‌هایی که با عنوان تجاوز به عنف در دادگاه کیفری یک استان تهران رسیدگی شده یا در حال رسیدگی بوده است، نتیجه مذکور تأیید می‌شود. به‌گونه‌ای که از این میان یک مورد اعدام، دو مورد منجر به گذشت، دو مورد تبرئه متهم، یک مورد زنا حدی، یک مورد در مرحله انجام تحقیقات و در نهایت سه مورد نیز به صدور حکم محکومیت به جرم رابطه نامشروع منجر شده است.

جالب‌تر آنکه از مجموع ۲۰۰ پرونده که از نتیجه جست‌وجو با عنوان «رابطه نامشروع» در بانک آرای پژوهشگاه قوه قضاییه به‌دست آمد، تنها ۱۱ مورد از همان ابتدا با عنوان «رابطه نامشروع» طرح و رسیدگی شده بود. این تعداد به‌علاوه ۱۰ مورد رابطه نامشروعی که در دادسرای ارشاد تهران به صدور حکم محکومیت منجر شده، شامل رفتارهایی بدین شرح است: «تشکیل یا حضور در خانه فساد»^۲، «فرار از منزل»^۳، «خلوت کردن زن و مرد نامحرم در یکجا»^۱، «حضور یک زن با چند مرد

1. Sexual Stereotype

۲. پرونده‌های کلاسه ۰۰۳۴۳، ۰۰۹۱۱۳۴۵، ۰۰۰۶۲۲۱۳، ۰۳۵۵۱۰۸۴۸۸، ۰۵۹۰۱۰۹۰۸۸، ۰۹۶۰۱۰۱۰۰۱۰۱

۳. پرونده‌های کلاسه ۰۰۰۹۹۷۷۴۱۴۰۰۰۰۹۲، ۰۹۲/۳۷، ۰۹۵۱۵۷۸، ۰۹۱۰۰۰۹۱۴

نمی‌شود، «حصول علم برای دادگاه» بدون توضیح نحوه حصول آن و مواردی از این دست در تلاش برای نشان دادن صحت رأی خویشانند، بدون اینکه آن را براساس اصول کلی حقوقی توجیه کنند. همچنین است چاپ مکالمات طرفین دعوا، پیامک‌های ارسالی، صدای ضبط‌شده، عکس‌ها و غیره که در بیشتر پرونده‌های رابطه نامشروع به آنها استناد می‌شود. در این موارد نیز اغلب قاضی توضیح نمی‌دهد چگونه و با چه استدلالی با عنایت به موارد مزبور اقناع وجدانی در جهت محکومیت یا برائت متهم پرونده حاصل کرده است.

۳-۲. نامشخص بودن مرز میان «رابطه نامشروع» و «عمل منافی عفت»

از نظر برخی قضات علاوه بر مصادیق غالب و بارز جرم رابطه نامشروع، دامنه وسیعی از رفتارها از ارسال پیامک‌های عاشقانه و زشت و مستهجن گرفته تا رابطه مجازی از طریق شبکه‌های اجتماعی مجازی (مانند فیسبوک، مکالمه تلفنی و پیامکی، مراوده و معاشرت منجر به حضور در پارک، دست دادن دو نفر نامحرم) نیز گاه به عنوان مصداقی از بزه مذکور تلقی می‌شود. این در حالی است که برخی قضات نه تنها رابطه تلفنی و پیامکی را رابطه نامشروع قلمداد نمی‌کنند، بلکه فراتر از آن اعمالی مانند «مشاهده متهم ردیف دوم پرونده در حمام منزل شاکی»^۱ و «مراجعه شاکی به منزل و مشاهده همسر خود با لباس زیر در کنار متهم ردیف دوم»^۲ را برای احراز رابطه نامشروع کافی نمی‌دانند؛ با این استدلال که صرف خلوت کردن با نامحرم کافی برای احراز رابطه نامشروع نیست.

بنابراین، ابهام در مفهوم و گستردگی مصداق رابطه نامشروع به اندازه‌ای است که شاید نتوان به سادگی آن را در گستره مشروع قاعده‌سازی قضایی در مقام تفسیر قانون مبهم و به دیگر سخن، به کارگیری آزادی عمل در چارچوب اصول حقوقی دانست. به این علت که مصادیق مزبور نشان می‌دهند رفتاری که قضات از آن تعبیر به رابطه نامشروع و عمل منافی عفت غیر از زنا می‌کنند، تا حدودی ناسازگار با مقصود واقعی قانونگذار است. از یک سو، با توجه به اینکه شارع فقط جرائم جنسی همراه با رابطه بدنی را حدانگاری و کیفرهای شدیدی مانند قتل و سنگسار تعیین کرده، یک برداشت کارکردگرایانه می‌تواند این باشد که جرم‌انگاری تعزیری رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت دون زنا به مثابه جرم مانع و فرعی به منظور پیشگیری از ارتکاب جرم اصلی زنا (از نوع تراضی) است. در واقع، به نظر می‌رسد با توجه به اینکه جرم زنا همراه با مقدماتی چون ملامسه، تقبیل و مضاجعه ارتکاب می‌یابد، اگر روابط جنسی همراه با تراضی در حد رابطه نامشروع با هر توجیهی جرم‌انگاری شود، از نظر حقوقی و بر مبنای قانون موجود، باید تنها محدود به رفتارهایی شود که همراه با حضور فیزیکی افراد و به قصد لذت جنسی، ارتکاب می‌یابند. از سوی دیگر، تحلیل محتوای برخی از قرارهای دادسرا و احکام دادگاه‌ها نیز این مدعا را تأیید می‌کند. از این رو، با توجه به عدم تصریح قانون روابط تلفنی، پیامکی، روابط مجازی یا حتی خلوت کردن دو نفر نامحرم اگر مشمول وصف مذکور نباشند، چگونه می‌تواند به مثابه جرم رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت تلقی شود؟ و

۱. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۱۲۴۶

۲. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۵۰۰۸۲۶

آنگاه با وصف مصادیقی که ذکر شد، چگونه می‌توان بهره‌گیری قضات از آزادی عمل برای احراز جرم موضوع ماده ۶۳۷ را در چارچوب اصل حاکمیت قانون و متناظر با فلسفه جرم‌انگاری این رفتار دانست؟ اگر جرم رابطه نامشروع به‌منابۀ هر رابطه واقعی و مجازی‌ای قلمداد شود که خلاف شرع و به قصد لذت جنسی است^۱، حتی اگر در قانون مجازات اسلامی مورد تصریح قرار نگرفته باشند، ممکن است با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در تعارض قرار گیرد و آزادی عمل گسترده‌ای برای جرم‌انگاری در اختیار قضات قرار دهد. به‌نظر می‌رسد با توجه به سیاست جنایی اسلامی که در برخی مواد قوانین جزایی ایران (مانند ماده ۱۰۲ قانون آئین دادرسی کیفری و مواد ۱۲۱، ۲۲۳ و ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی) بازتاب یافته است، باید در بزه‌پوشی و اغماض در جرائم جنسی و منافی عفت و عدم ورود به‌جز موارد علنی و عفو^۲ و اعطای آزادی عمل گسترده‌ای که به گسترش مجرمان و محکومان منتهی می‌شود، بسیار محتاط بود. بدیهی است اگر قانون در جرم‌انگاری رفتاری صراحت داشته باشد، وضعیت متفاوت بوده و اصلاً نوبت به آزادی عمل نرسیده و حکم نیز لازم‌الاتباع است. همچنین، منظور مشروعیت این رفتارها نیست، بلکه جرم‌انگاری قضایی و مجازات آنهاست^۳.

در سی و هشتمین جلسه نقد آرای دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، به‌عنوان نمونه، با موضوع تبیین قلمرو و مصادیق ماده ۶۳۷ ق.م.ا که در بهمن‌ماه ۱۳۹۴ برگزار شد، اکثریت قضات معتقد بودند که رابطه نامشروع، مستقل و متفاوت از عمل منافی عفت غیر از زناست و به‌صرف برقراری رابطه‌ای که محتوای آن برخلاف شرع باشد، محقق می‌شود و نیازی به تماس فیزیکی نیست. در مقابل قیودی چون تقبیل و مضاجعه نیز تمثیلی برای قسمت دوم ماده و ناظر بر عمل منافی عفت غیر زنا بوده و در نتیجه، ماده ۶۳۷ ناظر بر دو عنوان مجرمانه است.^۴ بدیهی است این برداشت دامنه مصادیق رابطه نامشروع را به‌شدت گسترش می‌دهد، چراکه در این صورت هر رابطه‌ای میان دو نفر نامحرم که از نظر قانون و شرع مجاز نباشد، به هر شکلی حتی غیرفیزیکی و در فضای مجازی، مشمول حکم ماده ۶۳۷ قرار می‌گیرد. حال آنکه به‌نظر نمی‌رسد این برداشت از رابطه نامشروع با فلسفه جرم‌انگاری آن سازگار باشد. به‌نظر می‌رسد با توجه به موضوع و ارزش مورد حمایت یکسان جرائم منافی عفت، رابطه نامشروع و عمل منافی عفت غیر زنا مشابه هم بوده و تحقق آن تنها منوط به وقوع هر شکلی از تماس فیزیکی است. از این‌رو، روابط غیرفیزیکی از جمله روابط میان دو نفر نامحرم در فضای مجازی مشمول این وصف مجرمانه نمی‌شود. در تقویت این نظر، تبصره ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری شایان توجه است که برای نخستین‌بار جرائم

۱. چنانکه حسب داده‌های این مقاله بیشتر قضات هم تمایل به این برداشت دارند.

۲. به‌رغم اینکه این مواد درباره جرائم حدی است، ولی می‌توان با وحدت ملاک قابل تسری به جرائم منافی عفت توافقی تسری داد. محبی، جلیل و زینب ریاضت. (۱۳۹۷). شرح قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تهران: میزان. چاپ نخست. ص ۵۷۶.

۳. درباره رابطه گناه و جرم و تفاوت تحریم و مجازات جنایی اسلام بنگرید به: حسینی، سید محمد (۱۳۸۳). سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، تهران: سمت، چاپ نخست.

۴. برخی برای اثبات وجود تفاوت بین این دو جرم به ادله و منابع فقهی استناد می‌کنند. ر.ک: قدسی، ۱۳۸۴: ۱۸۲-۱۵۱.

منافی عفت را تعریف کرده و آن را جرائم جنسی حدی و جرائم رابطه نامشروع تعزیری مانند تقبیل و مضاجعه دانسته است. آنچه به موجب این ماده آشکار می‌شود، این است که روابط فیزیکی نیز رابطه نامشروع‌اند.

در این زمینه می‌توان به یکی از آرای دیوان عالی کشور در تجویز اعاده دادرسی اشاره کرد که مقرر می‌دارد: «صرف دستگیری زن و مردی داخل یک چادر دلیل بر ارتکاب رابطه نامشروع یا اعمال منافی عفت مانند مضاجعه و تقبیل نیست». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، دیوان عالی کشور عناوین رابطه نامشروع و اعمال منافی عفت را با آوردن حرف «یا» در معنای مترادف به کار برده و بدین ترتیب تحقق جرم رابطه نامشروع را مشروط به وقوع اعمالی چون تقبیل و مضاجعه می‌داند. همچنین، تحلیل محتوای قرارهای دادسرا و احکام دادگاه‌ها در ۲۴۸ پرونده رابطه نامشروعی که در این تحقیق مطالعه شد، نشان می‌دهد مقامات دادسرا و قضات دادگاه در صدور قرار یا حکم، تنها از عبارت «رابطه نامشروع» استفاده می‌کنند و بخش دوم ماده یعنی «عمل منافی عفت دون زنا» به‌عنوان یک رفتار مجرمانه جداگانه بسیار به‌ندرت به کار می‌رود و در صورت استفاده هم تنها به‌منظور تطبیق رفتار ارتكابی با نص قانون است.

در مجموع، عملکرد رویه قضایی ایران در این خصوص، حکایت از تمایل برخی قضات به برداشت نخست، یعنی تفکیک بین رابطه نامشروع و عمل منافی عفت دون زنا دارد که وقوع رابطه نامشروع را مستلزم هیچ تماس و حضور فیزیکی نمی‌دانند. بدیهی است این رویکرد با دشوار ساختن پیش‌بینی‌پذیری رفتار شهروندان در رابطه با رفتاری که می‌تواند نامشروع یا منافی عفت تلقی شود، به دلیل مخالفت با اصولی چون اصل پیش‌بینی‌پذیری قابل پذیرش نبوده و قابل نقد است؛ چراکه در عمل به هرچه فربه‌تر شدن مصادیق جرم و دور شدن هرچه بیشتر آن از مقصود و منظور اصلی مقنن می‌انجامد؛ بدون اینکه به شکل‌گیری رویه واحدی در خصوص مورد منجر شود.

۳.۳. تفسیرهای قضایی ناهمگن از مصادیق رابطه نامشروع

انتزاعی بودن مفهوم و مصداق آنچه با عفت عمومی منافات دارد یا رابطه نامشروع تلقی می‌شود، موجب عملکرد به‌شدت سلیقه‌ای قضات در انطباق فکت‌های پرونده با ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی شده است. رویکرد شخصی‌ای که آزادی عمل قابل توجهی را به قاضی در احراز مصادیق یک رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا داده و هنوز هم نتوانسته است به شکل‌گیری اجماع و ایجاد رویه‌ای ثابت از مصادیق این جرم در گفتمان قضایی ایران بینجامد. به‌نحوی که برخی قضات رفتاری را مشمول ماده ۶۳۷ دانسته و برخی دیگر همان رفتار را مجرمانه نمی‌دانند. از میان فروض مختلف رابطه نامشروع، دو موردی که هم از شیوع بیشتری برخوردار است و در آن اختلاف‌نظر زیادی وجود دارد، یکی امکان یا عدم امکان تحقق رابطه نامشروع به‌صورت غیرفیزیکی و دیگر نیز خلوت با نامحرم است.

تأمل در تمام ۱۰ نمونه پرونده‌ای که در شعبه ششم بازپرسی دادسرای ارشد تهران به قرار منع تعقیب منتهی شده است، نشان می‌دهد از نظر بازپرس رابطه نامشروع مستلزم حضور فیزیکی افراد

و ارتکاب اعمال فیزیکی‌ای چون در آغوش کشیدن، لمس و رفتارهایی از این دست است. از این رو روابط تلفنی، پیامکی و اینترنتی میان افراد نامحرم اگرچه عرفاً و اخلاقاً قبیح و ناپسند باشد، جرم رابطه نامشروع نیست. اظهار نظر قضات دادگاه‌ها هم در این خصوص واحد نیست. به گونه‌ای که از یک سو بعضی از آنان با استدلال‌هایی مانند اینکه «از متن پیامک‌ها رابطه فیزیکی مدنظر قانونگذار که در ماده ۶۳۷ ق.م.ا احصا شده است، احراز نمی‌شود»^۱ یا اینکه «متن پیام‌های کوتاه دست‌نویس ... هیچ‌یک حکایت از وجود رابطه نامشروع نمی‌نماید و صرف ارتباط تلفنی نیز مستفاد از نظرات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه جرم تلقی نمی‌گردد»^۲، یا این استدلال که «صرف برقراری ارتباط تلفنی، علم و یقین بر احراز ارتباط غیرشرعی را حاصل نمی‌نماید» و در نهایت این باور که «چون به عقیده دادگاه صرف برقراری تماس تلفنی و ارسال پیامک به نحو ذکر شده، فی‌نفسه از مصادیق ارتباط غیرشرعی موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی نبوده»، نظر بر برائت متهم یا متهمان پرونده دارند. در سوی دیگر، دادگاه تجدیدنظر با استدلالی کاملاً متفاوت از جمله اینکه «چون در ماده ۶۳۷ ق.ت.م.صوب ۱۳۷۵ قید رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت از قبیل تقبیل و یا مضامحه آمده، اگر از نظر قانونگذار فقط رابطه فیزیکی بود، قید رابطه نامشروع بی‌معنی بود و با عنایت به وجود پیامک‌های مستهجن که بین طرفین ردوبدل شده است»، اتهام رابطه نامشروع را محرز و مسلم می‌دانند. به طور مشابه، در نمونه‌ای دیگر دادگاه از «پیام‌های عاشقانه»^۳ طرفین، «روابط غیرشرعی و اعمال مندرج در ماده ۶۳۷ ق.ت.م.ا» را احراز می‌کند. «رابطه اینترنتی از طریق فیسبوک»^۴ و «ملاحظه پرینت واصله از اداره مخابرات»^۵ نیز به ترتیب به صدور ۵۰ و ۳۰ ضربه شلاق تعزیری منجر شده است. این نمونه‌ها تنها بخش کوچکی از اختلاف رویه دادگاه‌ها در خصوص مصادیق رابطه نامشروع و عمل منافی عفت دون زنا را به تصویر می‌کشد. اختلاف نظر قضات در نشست‌های قضایی متعددی که در دادگستری استان تهران تشکیل شده و نظریه‌های مشورتی متفاوت اداره حقوقی قوه قضائیه نیز به روشنی مثبت این مدعاست.

رویه دادگاه‌ها در خصوص «خلوت با نامحرم» نیز یکسان نیست. برای مثال قاضی «مخفی شدن متهم را در حمام منزل شاکی» خلوت با نامحرم و در نتیجه رابطه نامشروع نمی‌داند. به نظر ایشان مستفاد از نظرهای اداره حقوقی قوه قضائیه رابطه نامشروع را عملی دوجانبه یعنی توافق دو نفر زن و مرد اجنبی بر نوعی از روابط جنسی ناقص غیر از زنا و امثال آن دانسته و صرف تنها بودن زن و مردی در یکجا از مصادیق ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی نیست. در حالی که مشابه همین پرونده که در آن شاکی پس از ورود به منزل متهم ردیف دوم را داخل حمام می‌یابد، به محکومیت هر دو

۱. پرونده کلاسه ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۲۰۰۲۹۹

۲. پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۱۶۰۶

۳. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۱۰۱۲۷۳

۴. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۰۲۶۰

۵. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۲۳۱

۶. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۱۲۴۶

متهم به ۹۹ ضربه شلاق تعزیری منتهی شده است.^۱ همچنین است در پرونده‌ای که شکایت شاکی مبنی بر «نشستن همسر خود با لباس زیر در کنار مرد اجنبی در منزلش»^۲ با این استدلال که «صرف حضور و تنها بودن زن و مردی در یک جا به حکایت از نظر مشورتی شماره ۳۰۲۲/۷ - ۱/۵/۸۳ اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه از مصادیق ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی به‌شمار نمی‌آید»، به‌سبب عدم حصول اقرار وجدانی، موجب تبرئه متهمان شده است. ولی در موردی که شاکی پس از حضور در منزل خود، «زنش را با یک مرد اجنبی می‌بیند که در اتاق خواب با یکدیگر خلوت کرده بودند» هر یک از متهمان به ۹۹ ضربه شلاق تعزیری محکوم می‌شوند.^۳ همچنین است «حضور زن و مردی در پارک در داخل چادر»^۴ و «ارتباط دوستی با یکدیگر و مراوده و معاشرت غیرشرعی منجر به حضور در پارک»^۵ به‌دلیل ارتباط نامشروع از طریق خلوت با نامحرم به‌ترتیب به محکومیت ۹۹ ضربه شلاق تعزیری و ۳ میلیون ریال جزای نقدی بدل از شلاق انجامیده است. در مقابل «صحبت کردن با یکدیگر و نشستن در ماشین»^۶ با این استدلال که «با یکدیگر صحبت کردن و در ماشین نشستن رابطه نامشروع محسوب نمی‌شود و هیچ دلیلی بر اینکه انجام عملی که رابطه نامشروع بین زن و مردی که با یکدیگر نامحرم هستند وجود داشته باشد موجود نیست»، موجب عدم احراز رابطه نامشروع شده است.

از نظرهای متعدد اداره حقوقی قوه قضاییه^۷ نیز چنین برمی‌آید که صرف در خلوت بودن با نامحرم در یک جا نمی‌تواند از مصادیق رابطه نامشروع یا اعمال منافی عفت به‌شمار آید. با این حال، پاسخ به این پرسش که «خلوت با نامحرم از مصادیق ارتباط نامشروع است یا خیر؟» در نشست‌های قضایی و نظرهای متفاوت قضات در این مورد، به‌روشنی از آزادی عمل آنان در تعریف رابطه نامشروع، عمل منافی عفت دون زنا و همچنین مصادیق هر یک از آنها حکایت می‌کند که هیچ‌یک رویکرد واحدی را به ذهن متبادر نمی‌سازد. جالب توجه آنکه علاوه بر اختلاف نظر قضات مختلف در شعبات مختلف در خصوص مصادیق رابطه نامشروع، گاه قاضی واحد نیز در مصادیق رابطه نامشروع از رویه یکسانی نزد خود پیروی نمی‌کند. برای مثال مطالعه هشت نمونه از پرونده‌های قاضی «الف» نشان می‌دهد ایشان گاه «ارسال پیامک‌های جنسی»^۸، «پرینت تلفن‌های منزل و موبایل متهمان»^۹، «ارتباط زن و مرد نامحرم مستند به شهادت شهود، ارائه تصاویری از خودروی متهم و عکس‌هایی از همسرش و مصاحبه وی با یک دکتر روان‌شناس»^{۱۰}، «یافتن متهم

۱. پرونده کلاسه ۹۳۰۹۹۸۲۱۲۳۹۰۰۷۸۳

۲. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۵۰۰۸۲۶

۳. پرونده کلاسه ۹۷۰۹۹۷۲۱۲۴۶۰۰۰۷۴

۴. پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۷۰۹۱۰۶۰۰۷۸۳

۵. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۲۰۰۰۱۹

۶. پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۱۰۶۱

۷. از جمله ر.ک: نظریه شماره ۷/۳۰۲۲ و نظریه ۷/۹۳۷ مورخ ۹۲/۵/۲۳ اداره حقوقی قضاییه

۸. پرونده کلاسه ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۲۰۰۲۹۹

۹. پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۱۶۰۶

۱۰. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۴۰۰۰۸۲

ردیف دوم در حمام منزل شاکی^۱، «برگزاری مراسم پارتی»^۲ و «یافتن همسر خود با لباس زیر در کنار یک مرد نامحرم در منزل»^۳ را دلیلی بر رابطه نامشروع متهمان نمی‌داند. حال آنکه «پرینت مکالمات اخذشده از اداره مخابرات»^۴ که برای ۴۰ روز ۱۷۰ مورد تماس متقابل بین متهمان را نشان می‌دهد و نیز «خارج شدن متهمه از منزل و سوار شدن بر خودرو متهم ردیف دوم» را رابطه نامشروع می‌داند.

مراتب فوق نشان می‌دهد آزادی عمل قضایی در تغییر عنوان مجرمانه، نامشخص بودن مرز میان «رابطه نامشروع» و «عمل منافی عفت»، به فقدان رویه قضایی واحد در خصوص مصادیق رابطه نامشروع منجر شده که همه اینها متأثر از عدم تبعیت قضات از اصول حقوقی واحد و منسجم در تفسیر قانون مبهم و کشف مقصود مقنن خلاصه می‌شود. اصولی که می‌توان براساس آنها تصمیمات قبلی و مرتبط قانونگذار را توجیه کرد و در راستای همان اصلی که احکام قبلی را توجیه می‌کند، حکم موضوعی را که نزد قاضی مطرح است، مشخص ساخت؛ این همان رویکرد تفسیرگرایی در تبعیت از اصول حقوقی به هنگام اعمال آزادی عمل قضایی در موارد ابهام قانون است که به بهترین شکل حکم حقوق را منسجم‌تر کرده و به لوازم اصل حاکمیت قانون نیز پایبند است.

نتیجه

حاکمیت قانون اصلی مسلم در حقوق کیفری است. به موجب این اصل فقط قانون تعیین‌کننده حکم و مجازات است. با وجود این، در عمل و در انطباق پدیده‌های جنایی و واقعیات پرونده با مواد قانونی، موضوع کمی پیچیده شده و گاهی قاضی با بیش از یک پاسخ و تفسیر حقوقی صحیح مواجه می‌شود که از نظر درجه اعتبار و درستی، برابرند. در این وضعیت، قاضی به موجب قانون تکلیف به تصمیم‌گیری قضایی و صدور رأی داشته و در نتیجه، برای این کار نیازمند آزادی عمل است تا با اتکا و استناد به قانون حکم صادر کند. آزادی عمل قضایی یعنی اینکه قانون در مواردی دو یا چند نتیجه را مجاز بداند که همه آنها به لحاظ حقوقی قابل قبول باشند. در این مقاله چالش‌های اجرای این دو اصل و تعارض‌ها و معیارهای برقراری تعادل بین آنها بررسی شد. اهمیت این مسئله زمانی دوچندان می‌شود که تنها در صورت محدود بودن آزادی عمل قضات است که می‌توان از وفاداری آنان به حاکمیت قانون سخن گفت. آزادی عمل نامحدود و بی‌ضابطه، اصل حقوقی تفکیک قوا را با تهدید جدی مواجه می‌کند و پیش‌بینی‌پذیری قانون را کاهش و قدرت قانونگذاری قضات را افزایش می‌دهد.

یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که آزادی عمل گسترده قضات در بساخت مصادیق رفتارهای مجرمانه در حوزه جرم رابطه نامشروع، جرم‌انگاری قضایی (جرم‌انگاری عملی، جرم‌انگاری ثانویه یا

۱. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۴۶

۲. پرونده کلاسه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۸۰۱۸۱۷

۳. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۵۰۰۸۲۶

۴. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۲۳۱

تقنین قضایی) را به رویه‌ای برای فهم قانون به‌هنگام تفسیر آن در نظام حقوقی ایران تبدیل کرده است. آنچنان‌که مطابق مکتب واقع‌گرایی حقوقی، قضات با فرا رفتن از چارچوب‌های قانونی، خود به تعریف مجرمانه دیگری از رفتار ارتكابی دست می‌یابند. از این رو این نتیجه‌گیری که قضات تا حدی براساس ذائقه شخصی خود اقدام به تفسیر قضایی می‌کنند، چندان نادرست نیست؛ به‌ویژه آنکه آزادی عمل قضات در تغییر عناوین مجرمانه و فقدان رویه قضایی واحد در خصوص مصادیق رابطه نامشروع و عمل منافی عفت دون زنا، به‌روشنی مثبت این مدعاست. فراتر از آن ناهمگن بودن آرای که از سوی یک قاضی در پرونده‌های رابطه نامشروع صادر شده نیز نشان می‌دهد، همیشه فکت‌های عینی پرونده نیست که ذهن قاضی را به سمت احراز واقع سوق می‌دهد، بلکه شناخت و برداشت‌های شخصی وی از فکت‌های مزبور به‌مراتب از اهمیت بیشتری برخوردار است. از این رو، میزان آزادی عملی که قاضی در بساخت مصادیق رابطه نامشروع از آن برخوردار است، همانند جرم تجاوز جنسی، تا حد زیادی یادآور این عقیده واقع‌گرایان حقوقی است که قاضی نه براساس قواعد حقوقی، بلکه براساس دریافت خود از «فکت‌های» پرونده عمل می‌کند.

به این منظور در این مقاله رویکرد تفسیرگرایی در پیوند میان آزادی عمل قضایی و اصل حاکمیت قانون از گذر پایبندی به اصول حقوقی در کنش قضایی اتخاذ شد. رویکردی که با تغییر روش‌شناسی حقوق، اصول حقوقی را به قواعد حقوقی پیوند می‌زند و نتیجه می‌گیرد که در موارد ابهام و عدم تعیین قانون، حاکمیت قانون خاتمه نیافته و قاضی مکلف است بر پایه اصول حقوقی دست به تفسیر بزند. این اصول نه آن‌طور که هارت می‌گوید، تجویز اعمال نظرهای شخصی است و نه آن‌طور که پاسنور می‌گوید ملاحظات عمل‌گرایانه یا مصلحت است، بلکه منظور پایبندی قاضی به همان اصولی است که روح قانون را تشکیل داده و زیربنای قواعد حقوقی است (رویکرد دورکین). اصولی که قاعده به معنای ملموس که قانون شده باشد، نیست و با اعمال نظرهای شخصی نیز متفاوت است.

در کنار این مفهوم از اصول حقوقی، یکی دیگر از عملی‌ترین و ملموس‌ترین سازوکارها برای پیاده‌سازی این رویکرد، استفاده از «اصول توجیه‌کننده قواعد حقوقی یعنی پارادایم‌های مثبت و منفی یک قاعده» برای پی بردن به مقصود واقعی مقنن است که مطابق آن اصول حقوقی در معنای کلی‌تر از آنچه مقصود دورکین بوده است، برای اشاره به هنجارهای حقوقی که قابل کاهش به قواعد «همه یا هیچ نیستند»، به کار می‌رود. در این معنا، اصول خود منتج از قواعد حقوقی است و همین امر موجب می‌شود در مواردی که متن یک قاعده حقوقی مبهم و نامشخص است، قضات نتوانند آزادی عمل را بدون هیچ چارچوبی استفاده کنند.^۱ این برداشت از اصول در عمل به تفکیک میان اصول حقوقی و اصول فراحقوقی و پایبندی قضات تنها به اصول حقوقی می‌انجامد.^۲ بدین شکل که در این رویکرد از مصادیق و نمونه‌های روشن یک قاعده حقوقی مبهم به‌عنوان سرنخ‌ها و دلایلی برای توجیه آن قاعده حقوقی استفاده می‌شود؛ یعنی بهترین فهم از اینکه چرا قانونگذار این فرمان

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: Peter, 2015.

۲. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: Steiner, 1967: 135-157.

را وضع کرده و از زبان معین و مشخصی برای بیان آن استفاده کرده است. این مصادیق قطعی و مسلم، پارادایم‌های مثبت و ایجابی خوانده می‌شوند.

بدین ترتیب و برای نمونه، قاضی در خصوص رابطه نامشروع باید در پی فهم صحیح این مهم باشد که اولاً، نمونه‌های قطعی یک رابطه نامشروع دون زنا کدام‌اند و ثانیاً، این نمونه‌های قطعی چه ویژگی‌هایی دارند که مقنن آن را منع کرده است؟ در این صورت است که می‌توان با مقایسه پرونده تحت بررسی با این الگوها، تا حد بسیاری به هدف مقنن از وضع آنها پی برد؛ یعنی پی بردن به هدف قانونگذار از وضع یک قاعده حقوقی از طریق نمونه‌ها و مصادیق قطعی آن قاعده که الگوهای ایجابی خوانده می‌شود و سپس مقایسه پرونده تحت بررسی با این الگوها. قاضی همچنین می‌تواند از پارادایم‌های منفی استفاده کند؛ یعنی آنچه مسلماً و آشکاراً رابطه نامشروع نیست و از مصادیق مسلم و قطعی آن محسوب نمی‌شود، اما در یک یا چند ویژگی، با آنها مشترک‌اند. برای نمونه، رابطه تلفنی، پیامکی یا اینترنتی زن و مرد نامحرم که به‌نظر نمی‌رسد مصداق جرم رابطه نامشروع باشند، ولی در ویژگی‌هایی چند مشابه آن‌اند. این «توجیهات» با استفاده از الگوهای ایجابی یا سلبی، نوعی «اصل» در معنای عام و کلی آن خوانده می‌شوند، با این تفاوت که اصل در معنای توجیهی، خود به یک قاعده حقوقی متصل می‌شود؛ به این معنا که این اصل یا همان توجیهی، تنها وسیله‌ای برای تفسیر و اعمال آن قاعده است. در نتیجه، اختیار و صلاحیت قاضی برای اعمال اصلی که قاعده را توجیه می‌کند، از صلاحیت و اختیار قاضی برای اعمال خود قاعده ناشی می‌شود. بدین ترتیب، در کاربرد و اعمال اصول توجیهی، قاضی گویی در حال اعمال و کاربرد همان قاعده حقوقی است؛ قاعده‌ای که از برخی جهات مبهم و نامشخص است. بر این اساس، طبق روش‌های فرمالیستی، قواعد حقوقی باید حتی هنگامی که نامعلوم و مبهم هستند نیز به‌کار روند. اما چگونه؟ با استفاده از اصول. اصولی که مدنظر این رویکرد است عبارت‌اند از: توجیهات، دلایل، اهداف و مقاصد قانونگذار از وضع یک قاعده حقوقی که آن قاعده را توضیح و به‌عبارتی توجیه می‌کند. در این صورت است که قضات حتی با وجود قواعد حقوقی مبهم و نامشخص هم محدود به همان قاعده می‌شوند. پس این توجیهات در واقع، نوعی از اصول هستند که به‌وسیله آن، مصداق و قلمرو یک قاعده حقوقی مبهم، مشخص می‌شود.

همچنین، سطح‌بندی آزادی عمل کنشگران قضایی براساس درجه دادگاه، توضیح چرایی و چگونگی حکم صادرشده براساس واقعیت‌های پرونده و نه صرف توجیه آن و آزادی عمل در چارچوب اصل بی‌طرفی و حساسیت متقابل/ پاسخگو بودن، می‌تواند محدودیت‌های بسیاری را بر آزادی عمل قضات بار کند؛ ولی پرسش اینجاست که چه چیزی آنان را وادار به پایبندی و وفاداری به موارد مذکور می‌کند. در پاسخ شاید بتوان گفت گاهی یک قاعده حقوقی نوشته‌شده، شبیه آن قاعده‌ای که مستلزم رد قاضی در موارد فقدان یا تردید در بی‌طرفی قاضی است. در این صورت ضروری است سازوکارهای کنترلی آزادی عمل قضایی در گفتمان تقنینی به‌صراحت پیش‌بینی شود. علاوه بر آن، ناگفته پیداست نقش حرفه‌ای قاضی، عرف، رسوم و رویه‌های قدیمی، حضور هیأت منصفه، فشار همکاران و وکلا، مفاهیم ذاتی عدالت و انصاف، و به‌ویژه آموزش حقوقی تمامی

کنشگران عدالت کیفری از مقام کشف گرفته تا مقام تعقیب، تحقیق و رسیدگی، که به دلیل عدم ارائه آموزش‌های لازم نمی‌دانند تا چه اندازه آزادی عمل دارند، همگی راهگشا و اثربخش خواهد بود.

منابع

الف) فارسی

۱. الهام، غلامحسین؛ نصیری، مصطفی (۱۳۹۵). «آزادی عمل قضایی در صدور قرارهای تأمین کیفری»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست‌وسوم، ش ۸۷، پاییز، ص ۱۶۲-۱۳۸.
۲. امینی، اعظم (۱۳۹۵). «بازاندیشی رابطه انصاف و حقوق»، فصلنامه پژوهشی حقوق خصوصی، سال پنجم ش ۱۶، ص ۵۶-۳۱.
۳. حسینی، سید محمد (۱۳۸۳). سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، چ اول، تهران: سمت.
۴. قدسی، ابراهیم (۱۳۸۴). «نقد و بررسی ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی»، مطالعات اسلامی، بهار ۱۳۸۴، ش ۶۷، ص ۱۸۲-۱۵۱.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، ج ۱، چ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. محبی، جلیل؛ زینب ریاضت. (۱۳۹۷). شرح قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، چ اول، تهران: میزان.
۷. نصیران نجف‌آبادی، داود (۱۳۹۰). «حکومت قانون یا حکومت قاضی»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، ش ۳، ص ۳۳۳-۳۱۵.

ب) خارجی

8. Alexy, Robert; (2002). *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 19/2.
9. Barak, A; (1989). *Judicial Discretion*, Yale university press, New Haven.
10. Burton, Steven J.; (1994). *Particularism, Discretion & the Rule of Law*, The Rule of Law, Vol. 36, Published by: American Society for political and legal philosophy, see at: www.jstor.org
11. Dworkin, R; (1977). *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London.
12. Dworkin, R. (1963). Judicial Discretion, *The journal of philosophy*, v.50, n.21. pp. 624-638
13. Greenawalt, K. (1975). *Discretion and judicial decision: the Elusive Quest for the Fetters that Bind the Judges*, Columbia law review, v.75. pp. 359-398.
14. Hart, A.L.; (1956). *Discretion*, Harvard Law Review.
15. Hart, H., and Sacks, A. (1958). *the legal Process: Basic Problems in the Making and application of Law*, tentative Edition.
16. Hawkins, k. (1992). "the use of legal Discretion: Perspectives from law and social science", in Hawkins,k. (ed) *the uses of discretion*, Clarendon press, oxford.
17. Hayek, Friedrich A; (1944). *the Road to Serfdom*, Chicago: University of Chicago Press.
18. Himma, Kenneth Einar, (1999). "Judicial Discretion and the concept of law", *oxford journal of legal studies*, vol.19, No.1, published by: oxford university press, pp. 71-82, see at: www.jstor.org
19. Hoffmaster, Barry, (1982). *Understanding Judicial discretion*, Law and Philosophy, V. 1, Issue 1, pp. 21-55
20. <https://dictionary.cambridge.org>
21. Iglesiasvila, Marisa; (2001). *Facing Judicial Discretion*, Legal Knowledge and Right Answers Revisited, 7. 8. Kluwer Academic Publishers, Law and Philosophy Library
22. Isaacs, N. (1933), *The Limits of Judicial Discretion*, The Yale Law Journal, v.32, pp. 339-352
23. Kelsen, Hans, (1992). *Introduction to the problems of Legal Theory, A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Trans.B.L Paulson and S.L. Paulson, Oxford: Oxford university Press
24. Klatt, Matthias; (2007). *Taking Rights Less Seriously, A Structural Analysis of Judicial Discretion*, Ratio Juris, Vol. 20, No. 9, pp. 6-29.

25. Luzzati, C; (1990). *Discretion and Indeterminacy in Kelsen Theory of Legal Interpretation*, in Gianformaggio, L. (ed) *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, *Analisi De Diritto*, Giappichelli, Editore, Torino, pp. 123-137
26. Pattenden, R. (1990). *Judicial Discretion and criminal Litigation*, Clarendon Press, Oxford.
27. Peter, Christopher J; (2015). *Legal Formalism, Procedure Principles and Judicial Constraint in American Adjudication*, *Legal Studies Research Paper*, No. 27, pp. 23-44
28. Prebble, Zoe; (2006). *The Law of Evidence and the Rule of Law: Is Judicial Discretion Consistent with the rule of Law*, *New Zeland Law Students Journal*, p. 1-29
29. Quinney, Richard, (2008). *The social Reality of Crime, with a new Introduction by A.Javier Trevino*, New Brunswick and London; Transaction Publishers, 4th edition.
30. Raabe, Marius. (1998). *Grundrechte und Erkenntnis*. Baden-Baden: Nomos.
31. Raz, J. (1972), *Legal principle and Limits of Law*, *The Yale Law Journal*. Vol.81,N.5, pp.823-854
32. Robinson, Paul H; (1988). *Legality and Discretion in the Distribution of Criminal Sanctions*, *Harvard Journal on Legislation*, Vol.25, pp.393-460
33. Scalia, Antonin; (1989). *the Rule of Law as a Law of Rules*, *university of Chicago law Review*, vol.56, pp. 1175-1188
34. Solum, Lawrence B; (1994). *Equity and the rule of law*, *Nomos journal*, Vol. 36, *The Rule of Law*, pp.120-147
35. Steiner, Joseph M; (1976). *Judicial Discretion and the Concept of Law*, *Cambridge Law Journal*, Vol. 35, No, 1, pp. 135-157
36. Weinrib, Ernest J; (2010). "Legal Formalism", in: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Edited by Dennis Patterson, Second edition