

## مبانی و آثار قانون‌گذاری موازی و ضرورت برون‌رفت از آن

مجید رحمانی\*

محمد امامی\*\*

محمد مقدم‌فرد\*\*\*

### چکیده

به لحاظ مبنایی، بر اساس اصل مترقی «تفکیک قوا» که در آثار اندیشمندانی نظیر منتسکیو، هابز، لاک و دیگران انعکاس یافته است، قانون‌گذاری در نظام‌های مدرن حقوقی در صلاحیت مجالس قانون‌گذاری است. البته ممکن است در وضعیت استثنایی، از روش‌هایی مانند همه‌پرسی یا مراجعه به نهادهای خاص قانون‌گذاری در دوران فترت یا تصویب قوانین آزمایشی استفاده شود. در برخی نظام‌های حقوقی، نهادهای فراپارلمانی از اصل خارج شده و دایره استثنائات به صورت غیر قانونی گسترش یافته‌اند، به گونه‌ای که مجلس را در عرض دیگر نهادهای تقنینی قرار داده‌اند. این در صورتی است که بیش‌تر نهادها باید به صورت فنی، قانون را وضع کنند و دامنه صلاحیت‌ها از نظر رعایت اصول قانون‌گذاری رعایت شود. این امر مهم سبب می‌شود از تصویب قوانین متعدد و پراکنده و سردرگمی مردم جلوگیری گردد تا آنان بدانند از چه سندی به عنوان قانون پیروی کنند. از نظر مبنایی، مکتب‌های سیاسی و فلسفی نظیر لیبرالیسم، لیبرتاریانیسم و نظریه جمهوری‌خواه بر این موضوع مهم تأکید کرده‌اند که برای حفظ حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد باید به حداقل اکتفا کرد. برون‌رفت از موازی‌سازی قانونی با توسل به دولت حداقلی، لزوم رعایت اصل تناسب و توجه به فلسفه اصل تفکیک قوا ممکن است. در این مقاله، به شیوه توصیفی و تحلیلی وضع قانون در مجلس تشریح شده است.

**کلیدواژه‌ها:** تفکیک قوا، قانون‌گذاری، لیبرالیسم، پارلمان، موازی‌سازی.

---

\* دانشجوی دکتری؛ گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، واحد شیراز؛ دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.  
rahmani\_iau@yahoo.com

\*\* استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسئول).

Dr\_emami27@yahoo.com

\*\*\* استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، واحد نورآباد ممسنی، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.  
M.moghadamfard@gmail.com

## مقدمه

قانون‌گذاری به عنوان یکی از مهم‌ترین مقوله‌های حقوق عمومی، فرآیندی است که تنها منجر به تولد متن جدید قانون به واسطه نمایندگان مجلس نمی‌شود، بلکه مسلماً کاستن از حجم قوانین را در مواقع لازم و ضروری باید از کارکردهای نظام تقنینی به شمار آورد. این موضوع به ویژه در شاخه حقوق اهمیت دارد؛ زیرا به دلایل مختلف، شاهد افزایش حجم قوانین و در نتیجه، تحدید حقوق بنیادین و آزادی‌های عمومی افراد بوده‌ایم. با نگاهی موشکافانه به پدیده دولت در عصر حاضر می‌توان از اثرپذیری ایدئولوژیک این نهاد سخن گفت. ورود اعمال یا رفتارها به محدوده حقوق عمومی نیز به نگرش ایدئولوژیک دولت در قبال پدیده‌ها بستگی دارد؛ زیرا نظم‌بخشی به اجتماع، مستلزم استفاده از قوه قهریه‌ای است که نیروهای سازنده آن در بطن دولت قوام یافته‌اند.

در نظام‌های حقوقی عصر حاضر، مهم‌ترین چالش یعنی وضع قانون به معنای خاص توسط چند نهاد یا موازی‌سازی قانون‌گذاری را می‌توان ناشی از بی‌توجهی به اصل تفکیک قوا دانست. چون قانون‌گذاری توسط مجلس (قانون‌گذاری به معنای خاص) تابع تفکیک قوا و نظریه‌های مربوط به آن است و پیروی از اصول امری ضروری است و نمی‌توان جز در موارد استثنایی و تنها با ارائه دلیل، از آن عدول کرد، باید دانست که تفکیک قوا تا چه اندازه مورد احترام است و از آن پیروی می‌شود.

موازی‌سازی قانون‌گذاری توسط نهادهایی انجام می‌شود که در عرض همدیگر شکل گرفته‌اند. دولت‌های حداقلی که قانون‌گذاری نیز در آن‌ها بنا به مقتضیات و شرایط ضروری انجام می‌شود، از مبانی نظری در تصویب قوانین اثر پذیرفته‌اند. دفاع از این اندیشه‌ها و تأکید بر کمینه‌گرایی برای خروج از مشکلات، به رویکرد پی‌آمدگرایانه و نتیجه‌بخش آن‌ها در اروپا بازمی‌گردد. از این رو، دفاع از این مبانی در کشورهای یادشده به عنوان الگویی کارآمد و اثربخش ارائه شده است. به دلیل چالش‌های به وجود آمده ناشی از تعدد قوانین، توجه به مبانی و سرچشمه‌های ایجادکننده این بحران بیش از پیش اهمیت یافته و راهبردهایی برای تقابل با آن مطرح شده است.

## گفتار اول - مبانی قانون‌گذاری حداقلی

بند اول - لیبرالیسم و لیبرتاریانیسم<sup>۱</sup>

اولین مبانی قانون‌گذاری حداقلی، پیروی از اصول و موازین لیبرالیسم و لیبرتاریانیسم است که به شرح آن اشاره خواهیم کرد. لیبرالیسم در معنای گسترده، به هر رویکردی به حکومت و

1-libertarianism.

سیاست اجتماعی اشاره می‌کند که بر حقوق فردی تکیه دارد.<sup>۱</sup> ایدئولوژی لیبرالیسم به معنای آزادی شهروندان در سایه حکومت محدود به قانون، از پایه‌های اساسی حکومت مردم‌سالاری به شمار می‌رود که هدف اصلی آن از ابتدای پیدایش، مبارزه با قدرت خودکامه و خودسر دولت بوده است. وجود تفکیک قوا، جامعه مدنی، نظارت مردم بر دولت، اولویت آزادی فردی بر عدالت اجتماعی، تمایز حوزه‌های عمومی و خصوصی، تساهل نسبت به عقیده و اندیشه دیگران و مقاومت در مقابل قدرت، عناصر اصلی این ایدئولوژی را تشکیل می‌دهند.<sup>۲</sup>

تفکیک قوا، هزینه‌های معاملاتی حاکمیت را افزایش می‌دهد، ولی باعث افزایش رفاه و آزادی و اقدامات سودجویانه می‌شود و در واقع، حافظ حقوق عمومی و خصوصی افراد است.<sup>۳</sup> تفکیک قوا، قانون‌گذاری را منحصر به مرجع صلاحیت‌دار یعنی مجلس دانسته و منع مداخله دستگاه‌های دیگر را در تقنین مقرر داشته است. از این رو، سازوکارهایی در قانون‌های اساسی و عادی هر کشور پیش‌بینی می‌شود تا از موازی‌سازی تقنینی جلوگیری شود. حقوق اساسی به منزله دانش حقوقی محدودسازی قدرت سیاسی، روش‌های شفاف و معینی را در این زمینه ارائه می‌دهد. به این دلیل، نباید چندین نهاد درباره امری مشخص و واحد به طور موازی صلاحیت پیدا کنند.

در نظام‌های جمع‌گرا، در کنار کاربرد واژه‌های مبهم یا مجمل و لحن اصالت‌تصوری در انشای نصوص قانونی، از کثرت و تعدد نهادهای هم‌سو که صلاحیت مشابهی دارند، برای تحدید یا توسعه اعمال قدرت استفاده می‌شود. این کار برای آن است که خصلت آرمان‌شهرگرایانه قوانین اساسی نظام‌های حداکثری، توان لازم برای التزام به اصل حاکمیت قانون را ندارد و حاکمیت نیز خاستگاهی یگانه ندارد.<sup>۴</sup>

لیبرتاریانیسم، دیگر مبنای قانون‌گذاری حداقلی است. لیبرتاریانیسم، مجموعه‌ای از دیدگاه‌ها در فلسفه سیاسی است. لیبرتاریانیسم، فلسفه‌ای سیاسی و حقوقی است که منحصراً به استفاده صحیح از زور مربوط است و از اعمال خشونت علیه اشخاص یا حقوق قانونی و مشروع و اموال و دارایی آن‌ها حمایت می‌کند. لیبرترین‌ها برای آزادی فردی اهمیت قائل هستند و این مسئله را توجیه‌کننده حمایت‌های قاطع از آزادی فردی دانند.<sup>۵</sup> به باور

۱. غلامی، حسین، *اصل حداقل بودن حقوق جزا*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۱۴.

۲. بشیریه، حسین، *آموزش دانش سیاسی: مبانی علم سیاست نظری و تأسیسی*، تهران: نگاه معاصر، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.

۳. ویت، استفان، *تحلیل اقتصادی حقوق اساسی*، ترجمه: کیومرث رس و علی تاریکی‌نژاد، حقوق اساسی، سال هفتم، ۱۳۸۷، شماره ۹، ص ۳۱۵.

۴. رحمت‌اللهی، حسین و سید باسَم موالی‌زاده، «از جمع‌گرایی تا فردگرایی: تأملی بر پی‌آمدهای نگرش‌های جمع‌گرا بر قوانین اساسی»، حقوق اساسی، سال هفتم، ۱۳۸۹، شماره ۱۴، ص ۱۰۶.

5-Kukathas, C., "Two Concepts of Liberalism", in: J. C. Espada, M. F. Plattner and A. Wolfson (eds), *The Liberal Tradition in Focus: Problems and New Perspectives*, Oxford: Lexington Books, 2019

آن‌ها، دولت به عنوان يك داور، عاملی بی‌طرف است که همکاری منصفانه و سازنده را بین شهروندان امکان‌پذیر می‌سازد.<sup>۱</sup>

این نظریه در این خصوص بحث می‌کند که چه چیزهایی باید غیر قانونی تلقی شوند. لیبرترین‌ها با نظام‌های اقتصادی و سیاسی رقیب خود در جامعه مخالفند، ولی معمولاً اقتداری همراه با شک و شبهه را به نمایش می‌گذارند. مکتب‌های مختلف با تفکرات لیبرترین‌ها، طیف وسیعی از دیدگاه‌هایی را ارائه می‌دهند که با در نظر داشتن عملکرد مشروع دولت و قدرت‌های خصوصی به دنبال محدود کردن یا حتی نابود کردن کامل نهادهای فراگیر اجتماعی هستند.<sup>۲</sup> از این جنبه‌ها، نظریه لیبرترین‌ها با سنت کلاسیک لیبرال ارتباطی نزدیک دارد که گاهی در عمل نمی‌توان میان آن‌ها تمایزی قائل شد؛ به همان صورت که در عقاید جان لاک، دیوید هیوم، آدام اسمیت و امانوئل کانت تجسم یافته است.

همانا لیبرترین‌ها گاهی از نظریه یا ایدئولوژی سفت و سخت و منحصر به فرد نظام‌مند به عنوان اصطلاحی در دفاع از طیفی گسترده از ایده‌های سیاسی تاریخ مدرن استفاده می‌کنند.<sup>۳</sup> برخی از لیبرترین‌های امروزی، مدافع اقتصاد آزاد،<sup>۴</sup> سرمایه‌داری و حقوق مالکیت خصوصی قوی (از جمله زمین، زیرساخت‌ها و منابع طبیعی) هستند. دیگران به ویژه لیبرترین‌های سوسیالیست<sup>۵</sup> به دنبال لغو سرمایه‌داری و مالکیت خصوصی ابزار تولید، در حمایت از مالکیت و مدیریت مشترک خودشان هستند. مینارشیسیم‌ها<sup>۶</sup> (کمیته حکومت‌خواهی) بر این باورند که وجود دولتی متمرکز و محدود، برای پاسداری از اشخاص و اموالشان در قبال تجاوز ضرورت دارد، اما پیشنهاد آنارشیسیت‌ها، از بین بردن کامل دولت است که نظام سیاسی نامشروعی دارد.

در اصل، واژه «لیبرترین» به باوری فلسفی در اراده آزاد اشاره دارد که در ادامه، با سوسیالیسم ضد دولت و روشننگری همراه شده است. جنبش‌های سیاسی نهادی مقتدر و حیاتی این گونه تصور شده‌اند که به سلطه‌های اجتماعی و بی‌عدالتی خدمت می‌رسانند.<sup>۷</sup>

1-Mlibertarianis, Stanford Encyclopedia of Philosophy, First published: 5 Sep. 2002, substantive revision: 28 Jan 2019, available at: [www.plato.stanford.edu/entries/libertarianism](http://www.plato.stanford.edu/entries/libertarianism)

۲. فلچر، جورج، **نظریه‌های سیاسی**، ترجمه: سید بهمن خدادادی و زینبالسادات نوابی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۱۱۴۶.

3-Pawel, Nowakowski, "Contractarian Libertarianism of Jan Narveson; Is It Still Libertarianism?" Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas, 2016, Vol. 19, Núm. 2, p.p. 566\_569

4-laissez-faire capitalism.

5-libertarian socialists.

6-minarchists

۷. گل محمدی، احمد، **چیستی، تحول و چشم‌انداز دولت**، تهران: نی، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۱۹۳.

از نظر لیبرترین‌ها، قوانینی که تجاوز به حقوق دیگران را ممنوع می‌سازند، هم آزادی را ممنوع می‌کنند و هم دامنه آن را توسعه می‌بخشند. این قوانین از یک سو، مانع آزادی و استقلال عمل دل‌خواه افراد می‌شوند و در نتیجه، آزادی را محدود می‌کنند و از سوی دیگر، این محدودیت‌ها بر آزادی می‌افزایند، به این صورت که اطمینان می‌دهند هر فردی می‌تواند از استقلال عمل برخوردار باشد بدون این‌که شخصیت یا دارایی‌اش تهدید شود. از نظر طرفداران لیبرتاریانیسم، دو رویکرد متضاد برای قانون‌گذاری اصولی وجود دارد: اگر آزادی‌ها با حقوق همراهش مانند حقوق طبیعی در نظر گرفته شود، می‌توان گفت فرآیند قانون‌گذاری نیز تجاوزی پرخطر نسبت به دولت است. با این حال، اگر چنین تصور شود که اختیار تعریف و پشتیبانی از حقوق، مزیتی مختص دولت است، آن‌ها از مشارکت دولت در حمایت از آزادی استقبال می‌کنند.<sup>۱</sup>

در حقوق کیفری، نظریه العاقرایی که بر اندیشه لیبرتاریانیسم متکی است، از جمله نظریه‌هایی است که به نفی حقوق جزا می‌انجامد.<sup>۲</sup> هم‌چنین از منظر لیبرترین‌ها، جبران خسارت واردشده باید جای محکومیت را بگیرد. برای کسانی نیز که نمی‌توانند معاش خود را تأمین کنند، کار اجباری، سازوکاری برای جبران خسارت‌های واردشده تلقی می‌شود. علاوه بر این، مصون ماندن برخی از آسیب‌ها از دخالت دولت که در روابط آزادانه رخ می‌دهد، از پایه‌های اندیشه لیبرتاریانیسم است. در فلسفه، لیبرتاریانیسم بر استقلال و آزادی فردی و مسئولیت تأکید بسیاری می‌کند.<sup>۳</sup>

## بند دوم – نظریه جمهوری خواه<sup>۴</sup>

نظریه جمهوری خواه با تکیه بر ایدئال‌های لیبرالیسم جمهوری خواه،<sup>۵</sup> درصد ارائه طرحی خاص برای شکل دادن به نهادهای عمده موجود در جامعه است و از این رو، نام این نظریه با عنوان «نقدی نظام‌مند بر توده‌گرایی اقتدارگرا» ثبت شده است. برث ویت و پتیت، با پیوند تفکرات خود به سنت‌های قدیم‌تر تفکر جمهوری خواهی معتقد بودند که آزادی و آزاد بودن، منزلتی اجتماعی است و هر فرد آزاد به آن اندازه از حمایت قانون و فرهنگ اجتماع می‌تواند بهره‌مند شود که به لطف و عنایت دیگران وابسته نباشد. در این

۱. فلچر، پیشین، ص ۱۴۷.

۲. جعفری، مجتبی، جامعه‌شناسی حقوق کیفری: رویکرد انتقادی به حقوق کیفری، تهران: میزان،

چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۱۵۵.

۳. همان، ص ۱۵۳.

4-Republican theory.

5-Republican liberalism.

مفهوم، آزادی به معنای خیر سلبی<sup>۱</sup> و قرار نداشتن فرد در معرض مداخله است. این دو با طرح مفهوم حاکمیت شخصی<sup>۲</sup> معتقد بودند که نظام حقوقی باید به گونه‌ای سازمان‌دهی شود که ترویج‌کننده آزادی در معنای مورد نظر جمهوری خواهان باشد. از این رو، باید از حکومت‌های پلیسی و اقتدارگرا دوری جست که ابزارهای تضعیف‌کننده حاکمیت شخصی را در دست دارند.

طرفداران این نظریه، خواستار کاهش تدریجی تمامی سطوح مداخله دستگاه قانون‌گذاری هستند که از آن جمله می‌توان به کاستن قوانین حیطة حقوق عمومی اشاره کرد. از نظر آنان، نظام حقوقی باید تا آن‌جا که ممکن است، از مداخله بپرهیزد و از جامعه به گونه‌ای یکسان حمایت کند.<sup>۳</sup> در این میان، تعیین میزان حد و مرز مداخله قانونی نیز نیازمند توجیه است. این موضوع نیازمند توجیهی دیگر است که چرا باید میزان معینی از واکنش را در نظر گرفت و اعمال کرد که از دیگر واکنش‌ها شدیدتر و بیش‌تر است. از این رو، هر گونه اقدام به قانون‌گذاری مستلزم توجیه مثبت است، نه صرفاً توجیه منفی. منظور از توجیه مثبت این است که قانون‌گذار باید دلایل لازم برای ضرورت مداخله و آثار آن را تشریح کند.<sup>۴</sup>

## گفتار دوم – پی‌آمدهای قانون‌گذاری موازی

### بند اول – تضعیف حاکمیت قانون

بحث از قانون به عنوان ابزار حکومت یا کنترل حکومت، دغدغه مشترک صاحب‌نظران حوزه‌های فلسفی، حقوقی و سیاسی است. در سنت حقوقی و سیاسی غرب، حاکمیت قانون در تقابل با حکومت شخص معنا شده است. بر این اساس، حاکمان باید بر مبنای نظریه مشروطه‌خواهی و در حیطة نظم مبتنی بر قانون اساسی به شیوه‌ای رفتار کنند که رفتارشان، سازگار با قانون اساسی و محدود به رویه‌هایی باشد که عموم مردم از آن مطلع هستند. اصل حاکمیت قانون، دروازه ورود به حقوق عمومی و حقوق اداری است و این اصل، مرز افتراق بین دنیای حقوقی و غیر حقوقی را تعیین می‌کند.<sup>۵</sup>

1-Negative good.

2-Republican liberty.

۳. سلیمی، علی و محمد داوری، جامعه‌شناسی کج‌روی (مجموعه مطالعات کج‌روی و کنترل اجتماعی)، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۳۵۶.

۴. غلامی، پیشین، ص ۵۸.

۵. مرکز مال‌میری، احمد، حاکمیت قانون، مفاهیم، مبانی و برداشتها، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۳۱.

امروزه بسیاری باور دارند که رشد سیاسی، مدرنیته سیاسی، حمایت از حقوق بشر و دیگر حقایق ارزشمند، کوچک‌ترین بخش‌های حاکمیت قانون هستند.<sup>۱</sup> حقوق‌دانان، اصطلاح «حاکمیت قانون» را برای توصیف نمونه‌ای مشخص از رژیم حقوقی و سیاسی به کار می‌برند. «حاکمیت قانون»، برگرفته از عبارتی فرانسوی<sup>۲</sup> به معنای دولت مبتنی بر قانون یا «دولت حقوقی» است.<sup>۳</sup> «حاکمیت قانون» به معنای جریان یافتن امور در کشوری است که قانون در آن حکومت می‌کند و هیچ شخص یا نهادی از دایره شمول قانون خارج نیست. پس حکومت قانون یعنی تبدیل قدرت به صلاحیت نهادینی که با حقوق محدود و محصور شده باشد.<sup>۴</sup> در اصطلاح حقوقی، رژیم را که بر پایه اصل حاکمیت قانون باشد، «رژیم قانون»<sup>۵</sup> یا «حکومت قانون» در برابر «رژیم اتوکراسی یا حکومت اراده فردی»<sup>۶</sup> می‌نامند.<sup>۷</sup> در صورت حاکمیت قانون، از حقوق شهروندان در برابر استبداد و سوء استفاده از قدرت دولت حمایت می‌شود و حاکمیت قانون به ابزاری برای کاستن از خودسری قدرت حاکم در تصمیم‌سازی بدل می‌گردد.<sup>۸</sup>

حاکمیت قانون از جمله مفاهیم ذاتاً مبهم است که در حوزه‌های مختلف حقوق به شکل‌های گوناگون کاربرد دارد. حاکمیت قانون، دروازه ورود به حقوق عمومی است. از این منظر، در منابعی که به حقوق عمومی نوین و بنیادهای زمام‌داری می‌پردازد، عنصر محوری مفهوم حاکمیت قانون این است که مقام‌های حکومتی جامعه سیاسی، آزاد نیستند که هر کاری را به هر ترتیبی انجام دهند؛ زیرا آن‌ها مقیدند که حدود قدرتشان را رعایت کنند. ایده حاکمیت قانون را لان فولر به خوبی در فهرستی شامل هشت اصل تشریح کرده

۱. به لحاظ تاریخی، ارسطو، جان لاک، منتسکیو، دایسی، هایک و فولر از جمله مهم‌ترین نظریه‌پردازان حاکمیت قانون بودند. برای اطلاعات بیش‌تر نک: [www.plato.stanford.edu/entries/rule-of-law](http://www.plato.stanford.edu/entries/rule-of-law).

2-La principle de legalite.

۳. اندیشه حاکمیت قانون یا دولت قانون‌مدار در زبان‌های انگلیسی، Rule of law، آلمانی، Rechtsstaat و فرانسوی، État de droit نامیده می‌شود که همگی در نظام‌های حقوقی و سیاسی مشتمل بر رعایت قانون در وجه حداقلی هستند.

۴. فلسفی، هدایت‌الله، صلح جاویدان و حکومت قانون (دیالکتیک همانندی و تفاوت)، تهران: فرهنگ نو، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۴۰.

5-reigme of law.

6-regime of police.

۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص ۲۱۴.

۸. رحمتی‌فر، سمانه، «جهان چگونه اداره می‌شود؟ (تحلیل ماهیت حقوق اداری جهانی)»، فصل‌نامه سیاست، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره پنجاهم، ۱۳۹۹، شماره ۳، ص ۸۳۶.

است.<sup>۱</sup> این فهرست که یادآور معیارهای قانون عادلانه‌ای است که سنت ایزیدور سویل<sup>۲</sup> در سده هفتم میلادی بیان کرد، صرفاً معیارهای اخلاق درونی قانون را به تعبیر فولر دربردارد. البته این امکان وجود دارد که تمام این شاخص‌ها در جریان ایجاد قانونی با محتوای سرکوب‌گرانه حقوق عمومی هم رعایت شوند. فولر بر اخلاقی بودن این هشت اصل تأکید می‌کند. به نظر وی، این اصول می‌توانند راهنمایی عملی برای قانون‌گذاری باشند و به طور ضمنی، عدالت را بین مردم و دولت برقرار کنند و رژیم‌های تبه‌کار را برچینند. در کل، وجود حاکمیت قانون به ترسیم الگویی تمام‌عیار از این مفهوم نیازمند است که هم قواعد شکلی و هم ارکان مادی و ماهوی تصویب قانون در آن رعایت شده باشد. بنا بر این، چنان‌که اشتال تأکید دارد، قانون و قانون‌مداری باید به عنوان فنون سازمان‌دهی عقلانی قدرت و تنظیم روابط آن با شهروندان به کار رود. الگوی تمام‌عیار، انسان‌محور است به این معنا که پاسداری از کرامت انسان‌ها و حقوق و آزادی‌های فردی و گروهی، هدف راهبردی آن به شمار می‌رود.<sup>۲</sup> کرامت ذاتی انسان هم در مرحله قانون‌گذاری و هم در تعیین نوع و میزان پاسخ‌دهی قانونی، رابطه تنگ‌انگی با قانون‌گذاری و حقوق عمومی ماهوی دارد. حقوق عمومی ماهوی از طریق قانون‌گذاری اعمال موافق با کرامت ذاتی انسان و پاسخ‌دهی قانونی به ناقضان آن هم از کرامت ذاتی انسان‌ها حمایت می‌کند و هم در موضوعات حقوق عمومی، معیارهایی از قبیل آزادی را در نظر می‌گیرد که دولت‌ها هنگام قانون‌گذاری و ورود به فضای آزاد فردی نباید از آن فراتر روند.

۱. وی درصدد توسعه ره‌یافت حقوق طبیعی سکولار بود. در این ره‌یافت، قانون دارای نوعی اخلاق باطنی است، به این معنا که نظام حقوقی، هدف معینی دارد و آن، حاکم کردن قواعد بر رفتار انسان است. بنا بر این، در این کنش هدفمند، بین قانون و اخلاقیات، پیوندی ضروری وجود دارد. فولر، حکایتی افسانه‌ای از کینگ رکس نقل می‌کند که به دلیل هشت اشتباه، موفق به وضع قانون نشده بود. این اشتباه‌ها را می‌توان این گونه برشمرد: ۱. تصمیم‌گیری موقتی درباره قانون؛ ۲. انتشار نیافتن قانون؛ ۳. استفاده از قدرت تقنینی برای اعمال مربوط به گذشته؛ ۴. نامفهومی؛ ۵. تناقض؛ ۶. نیاز قانون به عامل اجرایی فراتر از قدرت فرد؛ ۷. تغییر سریع قوانین؛ ۸. نبود سازگاری بین قوانین اعلام‌شده و اجرای آن‌ها. دلایل شکست کینگ رکس، نادیده گرفتن هشت اصل پیشنهادی فولر اعلام شده بود. این هشت اصل عبارت بودند از: ۱. عمومیت؛ ۲. انتشار رسمی؛ ۳. عطف بماسبق نشدن؛ ۴. وضوح؛ ۵. تناقض نداشتن؛ ۶. امکان تبعیت از قانون؛ ۷. ثبات قانون؛ ۸. اجرای قانون. 2-St, isidore seville.

۳. شاطریان، محمود، یحیی‌زاده، جواد، هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی در نظام تقنینی جمهوری اسلامی، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ششم، بهار ۱۴۰۰، ص ۱۴۰ به بعد.



ایده مرتبط با این مشکل آن است که قانون‌گذاری موازی باعث تضعیف حاکمیت قانون ایدئال می‌شود. به همین دلیل، بر دو اصل کلی حاکمیت قانون تأکید می‌کنیم:

۱. هر دولتی تنها می‌تواند اعضای خود را با ابزارهای شناخته‌شده و محدود و تحت قوانین خاصی به انجام کاری مجبور کند؛

۲. قانون باید برای تمام افراد به صورت یکسان اعمال شود. بنا بر این، هیچ فرد یا نهادی را نمی‌توان مگر با توضیح دلیل، از محدوده قانون، مستثنا و خارج کرد.

قانون‌گذاری موازی به روش‌های مختلف با این اصول مخالفت می‌کند. نظام قانونی که منافع تعداد خاصی از افراد را در نظر بگیرد، چنین مخالفت‌هایی در پی خواهد داشت، اما روش‌ها و حالت‌های دیگری نیز وجود دارد. اعمال غیر قانونی را در نظر بگیرید که به صورت اشتباه در حوزه‌های دیگر وارد شده‌اند. به عبارت دیگر، تخلفاتی که عناصری از استانداردهای تخلفات مختلف را قرض گرفته و آن را برای تشکیل شاخه‌های دیگری از قانون به کار برده‌اند. در این نمونه‌ها، به نظر می‌رسد قانون‌گذاران برای دستیابی به اهداف دولتی، از هر آن‌چه در دسترس دارند، استفاده کرده و در این میان، تمایز بین قوانین و اصول حقوق عمومی و مدنی را نادیده گرفته‌اند. در نتیجه، نمی‌توانند به محدودیت‌های یک قانون توجه کافی داشته باشند. این روش، بیانگر تخطی از اصل محدودیت و به احتمال زیاد، اصل اطمینان و برابری قانون است. اصولی که تحت راهنمایی حاکمیت قانون قرار گرفته‌اند، نظامی از هنجارها و استانداردها را تحت کنترل خود درآورده‌اند.

علاوه بر این، زمانی که قانون‌گذاران در وضع قوانین زیاده‌روی می‌کنند، تصویری از قانون به وجود می‌آورند که اهمیت و عدالت کافی بر آن حاکم نیست. ممکن است این زیاده‌روی در بخش تخلفات ترکیبی باشد یا قوانینی که اعمالی را که به تخلفات حقوق عمومی مربوط نیستند، در قانون‌گذاری موازی دخالت می‌دهند. این مسئله معمولاً سبب کاهش قدرت مدیریت قانون در قبال افرادی می‌شود که باید به اجبار از قوانین پیروی کنند. با این حال، اگر حاکمیت قانون را مختص قانون‌گذاران و افراد صاحب‌نقش در قوانین بدانیم که مسئولیت اتصال فرمان‌ها و دستورها را بر عهده دارند، این کاهش قدرت در مدیریت و نظارت قانون، مشکلی بسیار جدی است.<sup>۱</sup>

توسعه زیاد و غیر اصولی و چندگانگی نیز نظام وضع قانون را پیچیده می‌کند و آن را چنان جلوه می‌دهد که به جای درک صریح و راحت آن باید برای استفاده و فهمیدنش به رمزگشایی آن پرداخت. ممکن است در چنین موقعیتی، وکیل حقوق عمومی، مسئول بررسی نوعی از تخلفات حقوق عمومی شود که هرگز با آن آشنایی ندارد یا اگر هم از آن اطلاع

1-benefit analysis: the example of criminal copyright laws", - Moohr, G., "defining overcriminalization through cost American university law review, 2005, Vol. 5, No. 2 p. 399

دارد، مشخص نیست که آن را درک کرده است یا خیر. هم‌چنین نتایج به وجود آمده ممکن است خود وکیل را در حالی که از موضوع بی‌اطلاع است، مسئول اعمال غیر قانونی جلوه دهد. این قانون‌گذاری‌های حداکثری به اصول دانش و اطمینان از قانون در حاکمیت قانون تجاوز می‌کنند.

### بند دوم - برخورد ناعادلانه یا نابرابر

به باور بسیاری از اندیشمندان حقوق، «عدالت»، هدف نهایی و ارزش نخستین و ناظم است؛ ارزشی که از دیرباز، بزرگ‌ترین جاذبه را برای انسانیت به ویژه حقوق‌دانان داشته است.<sup>۱</sup> هدف حقوق آن است که عادلانه باشد و عادلانه باقی بماند. در غیر این صورت، در عمل، اعتبار و ارزش خود را از دست می‌دهد و ضایع می‌شود.<sup>۲</sup> این ایده و ارزش مطلوب مورد توجه بشر همواره با پیچیدگی مفهومی نیز روبه‌رو بوده، به گونه‌ای که عدالت به مفهومی متنازعاً فیه بدل شده است.<sup>۳</sup>

حوزه‌های گوناگونی از مناسبات اجتماعی و دانش می‌تواند متأثر از مفهوم عدالت باشد. شکل‌گیری نهادهای اداری، قوانین (قانون به معنای خاص) حاکم بر سازمان، روابط کارمندان اداره با ارباب رجوع، نظام حقوقی حاکم بر ایقاعات و قراردادهای اداری، استخدام کارمندان دولت و ضوابط دادرسی اداری باید تابعی از مفهوم عدالت باشد و با این هدف در محیط اداره در روابط دولت با مردم اعمال شوند. رعایت عدالت و برابری خواهی، ارتباطی جدانشدنی با منزلت شهروندی دارد. صرف نظر از جایگاه شخص در حوزه خصوصی، او این حق را دارد که از حمایت دولت بهره‌مند شود و برخوردی یکسان را از سوی این نهاد انتظار داشته باشد. برخورد عادلانه و برابر، از مرحله تقنین در حوزه‌های مختلف آغاز می‌شود. در این مرحله، مجلس با قانون‌گذاری، موضعی عادلانه یا برابر یا بر خلاف آن را برای مردم در نظر می‌گیرد. حکومت مدرن باید مفاهیمی مانند مطابقت با قانون، عقلانی بودن، انصاف و تناسب را مبنای دستگاهی سازگار با حقوق عمومی قرار دهد، اما این دستگاه بر بنیادهایی متزلزل قرار گرفته و معمولاً به جای قانون، به راهکار متوسل شده است. از این رو، قانون را به مثابه تاکتیک یا ابزار مدیریت امور اجتماعی در نظر می‌گیرند و به همین دلیل، بخشی از ساختار اداری با مشکل تفسیر قانون روبه‌رو می‌شود. البته مشکل از این نیز فراتر است؛

۱. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص ۵۱۳.

۲. فلسفی، پیشین، ص ۵۶.

۳. قاری سیدفاطمی، سید محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر (دقتر اول: درآمدی بر مباحث نظری)*؛

مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع)، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۵۴.

زیرا از منظر قوانین موجود، هیچ تصمیمی صحیح نیست و قاضی ناگزیر است از اختیارات قانونی‌اش استفاده کند. در چنین موقعیتی، او باید دلایل کلی برای موجه کردن تصمیمش داشته باشد و با تصمیم‌گیری بر اساس باورها و ارزش‌های خود، همانند قانون‌گذاری وظیفه‌شناس عمل کند.

مشکل دوم قانون‌گذاری افراطی این است که گاهی نسبت به جرایم یکسان، برخوردهای نابرابری صورت می‌گیرد. برای مثال، اگر وضع قانون را که ضمانت اجرای مربوط به خود را داراست، با سطوح مختلف توان صدور رأی افراد قضاوت‌کننده همراه سازیم، به گفته مفسری، صدور حکم به قرعه‌کشی تبدیل می‌شود. در این صورت، ممکن است تعدادی، از بخت بد خود، نسبت به همتایان خویش، ضمانت‌های اجرایی سنگین‌تری نصیبشان شود. در برابر نمونه‌های مشابه، رفتار نابرابر، عملی ناپسند و مردود است. این رفتار نه تنها نظام قوانین را پیش‌بینی‌ناپذیر می‌کند، بلکه این نظام را از آن‌چه در عصر حاضر از آن انتظار می‌رود، دور می‌سازد. در این جا لازم است تفکر اصلی قانون‌گذاران نظام‌های قانونی امریکا را تکرار کنیم. همان‌گونه که جی.ام. کلی گفته است، زمانی که از قوانین داخلی فرانسه در ابتدای قرن نوزدهم استفاده شد، هدف از این قوانین، پاک‌سازی نظام قانونی از هر گونه تردید و اختیار فردی در تصمیم‌گیری‌ها بود.<sup>۱</sup> به همین منظور، قانون‌گذاران فرانسوی سعی می‌کردند نقش مفسرانه و خلاقانه قاضی‌هایی را کاهش دهند که اطمینانی به آن‌ها وجود نداشت.

پیش‌بینی‌پذیر بودن، نظام‌مند بودن و واضح بودن، از مشخصات اصلی مفهومی است که آن را قانون می‌دانیم. در حقیقت، این مشخصات در بطن اصول حقانیت و مشروعیت قرار دارند. اگر قوانین کیفی که در آن، دولت، افراد را به اجبار به تحقق ضمانت اجرا محکوم می‌کند، دربردارنده این مشخصات اصلی نباشند و این‌گونه به نظر بیاید که نقش مهم تصمیم‌گیری قاضیان مبهم و ناشناخته است، بی‌گمان، در این نهاد قانونی مشکلی وجود دارد.

### بند سوم – پاسخ‌های قانونی بیش از اندازه

پاسخ قانونی، نوعی ضمانت اجرای قانونی است که در نظام‌های مبتنی بر حاکمیت قانون و تفکیک قوا، از طرف قانون‌گذار تعیین می‌شود. دلیل تعیین پاسخ‌های قانونی، نقض هنجارهای اجتماعی و انجام رفتارهای خلاف نظم عمومی است که وجدان عمومی جامعه را جریحه‌دار می‌کنند. انسانی شدن پاسخ‌های قانونی، مسئله‌ای است که اصلاح‌گران غربی نظیر منتسکیو به آن توجه کرده‌اند. وی علاوه بر بی‌رحمانه توصیف کردن پاسخ‌های

1-Tadros, v., "Criminalization and regulation", Working Paper, Coventry: Department of Law, University of Warwick, Warwick School of Law Research Paper Series, 2009, No. 08, p.158

قانونی جسمانی، خواستار متناسب کردن پاسخ قانونی با تخلفات است؛ زیرا این امر، قدرت خودسرانه را از میان می‌برد. سیاست‌های اصلاحی در زمینه پاسخ‌های قانونی، آن‌ها را قطعی و یقینی می‌کند و نمی‌گذارد دست‌خوش هوا و هوس قاضی یا حاکم شوند.

از نظر منتسکیو، «اگر در قوانین حقوقی، هر پاسخ قانونی متناسب با ماهیت خاص آن اعمال غیر قانونی باشد، پیروزی بزرگی برای رسیدن به آزادی است و هر گونه خودسری به پایان می‌رسد. پاسخ قانونی نباید تابع بوالهوسی قانون‌گذار باشد، بلکه باید تابع ماهیت امر باشد و انسان نباید با انسانی دیگر خشونت بورزد.»<sup>۱</sup> در حکومت استبدادی، آن گونه که منتسکیو آن را به تصویر می‌کشد، هیچ چیز ثابت و برقرار نیست. همه تابع هوا و هوس‌های حاکم هستند. تخلفات مبهم، رویه‌های قضایی نامتعارف و بی‌قاعده و پاسخ‌های قانونی وحشیانه، دیگر وجوه حکومت استبدادی سازگار هستند؛ چون اصل حکومت‌های استبدادی، ترس است. توصیه‌های منتسکیو به این شکل از حکومت آسیب می‌رساند.<sup>۲</sup>

قانون‌گذار در ایران، رهنمودهایی را تدوین می‌کند که در حکم هنجارهایی برای رفتار دیگران است و ابزارهایی را برای تحمیل این رهنمودها و نظارت بر صحت اجرای آن خلق می‌کند. بیش‌ترین بخش قوه مقننه، در اختیار آن دسته از اعضای دولت است که قدرت‌های قهرآمیز این نهاد را در دست دارند و ضمانت‌های اجرایی آنان امکان دارد بسیار سنگین باشد. در قانون اساسی برخی از کشورها، به این مهم اشاره شده است. برای نمونه، می‌توان به اصلاحیه هشتم قانون اساسی محلی فرانسه اشاره کرد که مقرر می‌دارد: «ضمانت اضافی نباید لازم باشد و نباید جزای نقدی اضافی پرداخت شود و پاسخ قانونی بی‌رحمانه یا غیر معمول نباید وارد شود.» عبارت ابتدایی این اصلاحیه، نشان‌دهنده ممنوعیت پاسخ قانونی بیش از اندازه است. نبود ضمانت اجرا را به مرحله تصویب قانون می‌توان مربوط دانست که قانون اساسی به قانون‌گذار عادی خطاب کرده است.

در حقوق فرانسه، در تعیین تخلفات اداری و پاسخ قانونی متعلق به آن‌ها بر اهمیت استقلال ایالت‌ها تأکید می‌شود. اصول و خط‌مشی‌های تعیین‌شده در این راستا، تضمین‌کننده استقلال قانون‌گذاران در ایالت‌های مختلف است و تأکید می‌کند که ایالت‌ها می‌توانند سطح پاسخ‌های قانونی، ارزش‌های جامعه و سیاست تعیین پاسخ قانونی را مشخص کنند. از این رو، اصلاحیه هشتم، قبول سیاست خاصی را در تعیین پاسخ قانونی الزامی نمی‌کند و ایالت‌ها می‌توانند در تعیین پاسخ قانونی، منطقی را انتخاب کنند که متناسب تشخیص می‌دهند. در کل، قانون‌گذار نمی‌تواند با این عنوان که با رعایت شرایطی، مجاز

۱. اسپيرو، هربرت و دیگران، **توتالیتاریسم**، ترجمه: هادی نوری، تهران: شیرازه کتاب، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۱۲۲.

۲. همان، ص ۱۲۳.

به قانون‌گذاری در مورد اعمال و رفتارهاست، برای اعمال وارد شده به محدوده حقوق عمومی، پاسخ قانونی تعیین کند. این ممنوعیت، هم به نوع پاسخ قانونی و هم به میزان آن برمی‌گردد. به این ترتیب، قانون‌گذار نمی‌تواند برای هر عمل غیر قانونی، به هر صورت که بخواهد، پاسخ قانونی تعیین کند.

هم‌چنین قانون‌گذار مجاز نیست پاسخ قانونی را به هر میزانی که تشخیص می‌دهد، تعیین کند، بلکه ملزم به رعایت اصل تناسب است. حقوق‌دانان این تناسب را تناسب قانونی یا تناسب در سیاست تقنینی نامیده‌اند. پس برای تعیین پاسخ قانونی، قانون‌گذار باید تمام واقعیت‌های انسانی و اجتماعی و معیارهای علمی مربوط به قانون‌گذاری را در نظر بگیرد. مفهوم قانون‌گذاری موازی به دلیل پاسخ‌های قانونی بیش از اندازه قابلیت انکار و مردود شدن را دارد.

در بیش‌تر آثار مربوط به فلسفه حقوق، به استفاده کم‌تر یا «استفاده به عنوان آخرین ابزار» از حقوق و لزوم توجیه مداخله (به مفهوم ایجاد ممنوعیت) و حذف قوانین زاید تأکید شده است. اگر وضع قانون محدود شود، تضمین اجرا نیز محدود خواهد شد. بر این اساس، این موضوع با کمینه‌گرایی یا فلسفه لیبرالیسم تطبیق کامل دارد. با وجود این، به نظر می‌رسد مبانی حذف قوانین زاید، در همه موارد، با کاهش ضمانت اجرا انطباق ندارد و برای توجیه آن کافی نیست؛ زیرا قانون‌گذاری زیاده (افراطی) که لاجرم ضمانت اجرای زیاده را نیز به همراه خواهد داشت، مبانی کاهش توسل به حقوق عمومی را نادیده می‌گیرد، ولی در این مرحله، موضوعی به‌هنگار رسمی تبدیل می‌شود و نظام عدالت، ملزم به اجرای قانون است.

برای توجیه حذف قوانین زیاده، ناخودآگاه به توجیه ضمانت اجرا می‌رسیم. در این مورد، چون ضمانت اجرا به‌طور کلی، موضوعی مضر، دردناک و ناگوار نسبت به تحمیل‌شونده تلقی می‌شود، این پرسش مطرح است که چه چیزی تحمیل ضمانت اجرا را برای مردم توجیه می‌کند؟

هر پاسخی به این پرسش، در توجیه حذف قوانین زاید نیز به کار خواهد آمد. به صورتی که هر قدر توجیه ضمانت اجرا، سهل‌تر باشد، اعمال قانون نیز آسان‌تر خواهد بود و در نتیجه، حذف قوانین زاید دشوارتر می‌شود. در مقابل، در صورت سخت‌گیری در توجیه وضع ضمانت اجرا و تأکید بر محدود بودن آن نیز با مانع کم‌تری مواجه است و سریع‌تر و وسیع‌تر اجرا خواهد شد. با این حال، پس از پذیرش پاسخ‌های حداقلی، توجیه دست کشیدن از این حداقل‌ها نیز دشوار خواهد شد. در این حالت، محدود کردن ضمانت‌های اجرایی کمینه دشوار خواهد شد.

## گفتار سوم - ضرورت برون‌رفت از موازی‌سازی قانونی

برای برون‌رفت از مشکل قانون‌گذاری موازی باید بر وجود دولت حداقلی، توجه به فلسفه اصل تفکیک قوا، حذف دیوان‌سالاری زاید و ناکارآمد حقوق عمومی تأکید شود. در پرتو این مؤلفه‌ها به بحث تحول در ساختار اشاره خواهیم کرد.

### بند اول - نیاز به وجود دولت حداقلی

امروزه دولت دارای اختیارات محدود را «دولت مبتنی بر حقوق»<sup>۱</sup> می‌نامند و دولت با کارکردهای محدود را «دولت حداقلی»<sup>۲</sup> (دولت نگهبان شب) می‌گویند.<sup>۳</sup> دولت حداقلی به عنوان سازمانی حمایتی که وظیفه ایجاد آرامش و نظم در جامعه را بر عهده دارد، به شکل آشکاری از صحنه مدیریت اجتماعی دور شده و به عنوان مصداق عینی دولتی کوچک‌شده، رسالت اصلی خود را بر محور نظاره‌گری بر امور اجتماعی قرار داده است. اندیشه‌های سیاسی مختلفی در فلسفه لیبرالیسم نیز مؤید این ادعاست که از آن جمله می‌توان به لیبرال‌های کلاسیک اشاره کرد که مبانی فکری آن‌ها با اعتقاد به دولت حداقلی مشخص می‌شود؛ دولتی که کارکردهای آن، به حفظ نظم داخلی و امنیت شخصی محدود است. آن‌ها آزادی را در واژه‌هایی منفی هم‌چون نبود محدودیت‌ها بر فرد استنباط می‌کنند.

هم‌چنین راست‌گرایان نو، دولت را نوعی از فشار و نبود آزادی می‌دانند و معتقدند جمع‌گرایی، خلاقیت فردی را محدود و عزت نفس و مناعت طبع را تضعیف و سست می‌کند. رابرت نوزیک در دفاع از دولت حداقلی، آن را بهترین چارچوب برای فراهم کردن آرمان‌شهر می‌داند؛ دنیایی که اجازه می‌دهد بیش‌ترین تعداد افراد، تا جایی که ممکن است، آن گونه که می‌خواهند، زندگی کنند. وی در خصوص آزادی و پدرمآبی با توجه به الگوی دولت حداقلی و کارکرد حفاظتی آن از حقوق و آزادی‌های فردی در قبال عوامل بیرونی، بر «خودمالکیتی» تأکید شدیدی دارد و از دولت حداقلی دفاعی گسترده می‌کند که در آن، نیاز به ساختارهای جمعی نسبت به ارزش برتر حقوق فردی، در اولویت بعدی قرار می‌گیرد. پس در اندیشه فردگرایی لیبرال و اختیارگرا، با برداشت منفی از آزادی، بر استقلال فردی و بی‌طرفی و مداخله دولت تأکید می‌شود.

1-Minimal states.

2-Nightwatchman states.

3--Self-ownership.

هم‌چنین فردریش فون هایک، از فلاسفه لیبرال معتقد است برای رسیدن به توسعه و رشد واقعی باید موانعی را از میان برداشت که حکومت بر سر راه آزادی فرد ایجاد می‌کند، قدرت حکومت را به حداقل رساند و توانایی‌های فرد و جامعه را تقویت کرد. هایک، عظمت تمدن غرب را مدیون آزادی منفی به معنای نبود اجبار خارجی دانسته و مخالف هر نوع قاعده غیر خودجوش، برنامه‌ریزی‌شده و پدرمآبانه است. وی، اصل اساسی تمدن غربی را آزادی فردی می‌داند و باور دارد که ممکن است قوانین خودسرانه‌ای که دولت وضع کرده است، موجب تهدید آزادی فرد شوند.

هایک، میان دو قانون یعنی قواعد رفتار عادلانه و فرمان‌نامه‌های حقوقی تفکیک می‌کند. قانون واقعی که محصول آزادی و اخلاق ناهمی است، به معنای نخست نیست و باید بازدارنده باشد، به این صورت که قانون واقعی مصوب مجلس، ضامن آزادی فردی و زندگی خصوصی است، ولی فرمان‌نامه‌های حکومتی، آزادی فرد را محدود می‌کنند. قانون منفی یا ناهمی، ضامن تمامیت آزادی فرد است و دولت باید با توسل به این قوانین بازدارنده، پاسداری از حوزه‌های خصوصی زندگی فرد و آزادی او را تأمین کند.

## بند دوم - لزوم رعایت اصل تناسب

تصمیم‌گیری‌های مقامات عمومی در زمینه قانون‌گذاری باید معقول، منطقی و توجیه‌پذیر باشد. در این صورت، تعیین ختم‌مشی، سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری را می‌توان کاراً و اثربخش دانست. از این رو، برخی از «اصل تناسب» در حقوق سخن گفته‌اند. «اصل تناسب به دنبال ایجاد رابطه منطقی میان تصمیمات متخذه و اهدافی است که مقام عمومی بر اساس آن تصمیم می‌گیرد. لذا باید رابطه معقولی بین نتایج حاصله و ابزار مورد استفاده و تصمیم اتخاذی وجود داشته باشد»<sup>۱</sup>.

از نظر لغوی، «اولتیما رتیو» از دو واژه «اولتیما» که در لاتین به معنای آخرین، دورترین یا بیش‌ترین کنترل از راه دور است و هم‌چنین از واژه «رتیو» به معنای چاره یا ملجأ و مأوا تشکیل شده است که به طور معمول، این ترکیب در برگردان به فارسی، «چاره آخرین» (چاره نهایی) معنا می‌شود. این ترکیب را برای اولین بار، آرماند ژون فرانسوی<sup>۲</sup> و پدرو کادرون<sup>۳</sup> اسپانیایی به کار گرفتند و در متن‌های نظامی از آن استفاده کردند، اما از نظر حقوقی، اصل «آخرین چاره»، از مفاهیم پایه‌ای است که در بسیاری از حوزه‌های این علم کاربرد

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی،

چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۱۲۳.

2-Armand-Jean.

3-Pedro Calderón.

فراوانی دارد. برای مثال، اگر در حقوق کار، کارفرما به صورت غیر عادی، قرارداد را فسخ کند، به اصل گفته‌شده توسل جسته است؛ زیرا این نظر پذیرفته شده که تقابل بین کارگر و کارفرما در حقوق کار، از مصادیق این اصل است. بیش‌ترین کاربرد عمومی اصل «آخرین چاره» را اساساً در قانون‌گذاری می‌توان یافت.

در حقوق آلمان، اصل تناسب، مبنای قانون‌گذاری کمینه و در بسیاری از تصمیم‌های دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان،<sup>۱</sup> این مسئله پذیرفته شده است که توسل حداقلی به قوانین و ضمانت‌های اجرایی افراطی باید در راستای تصمیم‌گیری‌های مناسب باشد. با توجه به مطالب گفته‌شده، یکی از مهم‌ترین اصول حقوق عمومی از منظر حقوق‌دانان آلمانی، اصل تناسب است که در حقوق عمومی این کشور ریشه دارد و از اصل دولت حقوقی<sup>۲</sup> ناشی شده است. اصل دولت حقوقی در بند سوم از اصل بیستم قانون اساسی به عنوان یکی از حقوق بنیادین افراد به رسمیت شناخته شده است. محتوای این اصل، شهروندان را در برابر دولت، از آزادی‌های شخصی بهره‌مند می‌داند. بنا بر این، اصل تناسب، به مراتب بیش‌تر از اصل دخالت کمینه حقوق، دولت را مکلف می‌کند که قانون در مرحله وضع و اجرا، در برابر شهروندان، واکنش‌های مناسب و عقلایی نشان دهد.

امروزه اندیشمندان حقوق بشر که تضمین آزادی‌های فردی و اجتماعی انسان را از تعهدات به‌زام‌داری دانسته‌اند، بر ضرورت وجود دولت کوچک و حداقلی در عرصه حقوق تأکید می‌کنند. با رسوخ دیدگاه‌های لیبرال و حقوق بشری در سیاست جنایی که اندیشه حداقلی کردن را در سر دارد، چالش ناتمام گسترش حقوق عمومی هم‌چنان ادامه دارد؛ زیرا حمایت از آزادی‌های مثبت مستلزم دخالت دولت است که بخشی از آن به ناچار در صلاحیت و قلمرو قانون‌گذار کیفری قرار خواهد گرفت.

از این نمونه، باید به بسیاری از کشورهای امریکای شمالی و اروپایی اشاره کرد. داگلاس هوساک بیش‌ترین سهم را در هشداردهی و نظریه‌پردازی نسبت به اندازه گسترده قوانین کیفری در امریکا و حتی در سطح جهانی بر عهده داشته است.<sup>۳</sup> بسیاری از گفتمان‌های معاصر درباره قانون‌گذاری افراطی، حدود چهل سال پیش بین لرد دولین<sup>۴</sup> و اچ. ای. آل. هارت<sup>۵</sup> درباره اجرای اخلاق<sup>۶</sup> صورت گرفته بود. برخی از دیدگاه‌ها، به تجویز

1-German federal constitutional court.

2-Rechtsstaat-principle.

۳. هوساک، داگلاس، *جرم‌انگاری افراطی*، ترجمه: محمدتقی نوری، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۰.

4-Lord devlin

5-H.A.L.hart.

6-Enforcement of morality.



بی‌اخلاقی<sup>۱</sup> در حوزه قانون‌گذاری تمایل داشتند، ولی بیش‌تر آن‌ها باور داشتند توجه به اصل «ضرر» لازم است.

شایسته است چنین گفتمانی را حصارهای اخلاقی بنامیم که شامل رفتارهایی همانند هم‌جنس‌گرایی و سقط جنین می‌شود. با این حال، بسیاری از مجادله‌ها درباره ماهیت غیر اخلاقی این رفتارهای ممنوع‌شده هم‌چنان وجود دارد و ذهن فلاسفه حقوق را به خود مشغول ساخته است. حجم وسیعی از محدودیت‌ها به مصوباتی بازمی‌گردد که به نظر می‌رسد با اخلاق ارتباط اندکی دارند. نظریه‌پردازان با این نکته موافقت می‌کنند که حقوق عمومی باید به طور پیوسته، تضمین‌کننده اخلاق باشد، اما با این امر مخالفتی که گونه‌های مختلف رفتارها، شایسته استفاده از محکومیت‌ها باشند.<sup>۲</sup>

به طور کلی، حقوق عمومی، سرسختانه، نیازمند محدودیت در استفاده از وضع قانون است. امریکا به واسطه نبود توافق در اعمال این محدودیت کاربردی، با چالش قانون‌گذاری حداکثری مواجه شده است. مطابق برآوردهای انجام‌شده، بیش از سیصد هزار قانون فدرالی وجود دارد که وضع آن‌ها حاصل تلاش‌های ترکیبی بیش از نهاد فدرالی در سراسر امریکاست. احتمالاً نزدیک به هشت هزار عنوان قانون در حقوق انگلیس وجود دارد. این تعداد هم‌چنان رو به رشد است و به ندرت لغو می‌شوند. پدیده قانون‌گذاری حداکثری در افزایش شمار قربانیان و نقض آزادی‌های فردی و عمومی شهروندان نیز نقش دارد. در امریکا، در سال ۲۰۱۹ میلادی، بیش از دو میلیون نفر در ندامتگاه‌ها و زندان‌ها به سر می‌بردند. این آمار در قیاس با سال ۱۹۸۰، افزایش چهار برابری جمعیت زندان‌ها و نقض آزادی افراد را نشان می‌دهد که از هر صد هزار نفر، ۶۲۸ نفر در زندان هستند. مطابق برآوردهای آماری، از هر بیست کودک امریکایی، یک نفر محکوم به گذراندن اوقات زندگی خود در زندان‌های ایالتی یا فدرال امریکاست.<sup>۳</sup> این‌ها تصویری تکان‌دهنده از آثار و نشانه‌های قانون‌گذاری حداکثری است.

کشورهای اروپایی نیز با چالش قانون‌گذاری حداکثری مواجه هستند و درصدد رفع آن برآمده‌اند. در مقدمه گزارش قانون‌گذاری نظام پارلمانی اروپا آمده است: «تأملات نظری دانش‌پژوهان علوم اجتماعی، علوم قضایی و نیز انگیزش جدید لیبرال و بشردوستانه که در جامعه، در حال نیرو گرفتن است، بینش‌های نوینی را به مسئولان نظام‌های حقوقی در خصوص ضعف بسیار این نظام‌ها داده است. در این گزارش، نقش کمیته فرعی حذف

1-immorality.

2-Husak, D., limitations of criminalization and the general part of the criminal law, in criminal law theory doctrines of the central part, edited by: Stephen shute and A. P. simester, Oxford: Oxford university press, first published, 2002, p. 20

3-Husak, Op.cit., p. 21.

قوانین زاید بنیادی تلقی شده است؛ به این دلیل که حوزه بالقوه فعالیت نظام حقوقی و امکانات مؤثر دیگر نظام‌های کنترل و حمایت، تا حد زیادی از رهگذر تصمیم‌های مربوط به قانون‌گذاری تعیین می‌شود. دلایل زیربنایی زیادی برای تحول و ارزیابی مجدد حقوق عمومی در راستای حداقلی کردن این شاخه حقوق ارائه شده است. تردید در مسئله‌ای که در ادامه می‌آید، از این نمونه است: آیا معقول است جامعه در برابر رفتاری که خطر و آسیب آشکاری برای ارزش‌های اجتماعی ندارد، اقدامی رسمی انجام ندهد؟ هم‌چنین تأکید جدی بر آزادی فردی که به این دیدگاه منتهی می‌شود که این آزادی جز در موقعیت کاملاً اضطراری نباید محدود شود و این که حقوق عمومی نباید به عنوان ابزاری برای تحمیل عقیده‌های اخلاقی، دینی یا ایدئولوژیک بخش‌هایی از جامعه علیه دیگران به کار بسته شود.<sup>۱</sup>

بنا بر این، به نظر می‌رسد که هر حوزه‌ای به قانون‌گذاری نیاز ندارد. از جمله این حوزه‌ها می‌توان به حریم خصوصی و اخلاقیات اشاره داشت. این‌ها حوزه‌هایی است که ممکن است با اثرپذیری از اندیشه حزب سیاسی یا حکمران وقت، به دخالت بی‌مورد قانون‌گذار منتهی شود و موجبات نقض حقوق و آزادی‌های فردی را فراهم آورند. نظریه‌پردازان با این نکته موافقند که حقوق عمومی باید به طور پیوسته، تضمین‌کننده اخلاق باشد، اما با این امر مخالفند که گونه‌های مختلف رفتارها، شایسته استفاده از مداخله دولت باشند. در نظام‌های مردم‌سالار، در بُعد تقنینی، بر گفتمان‌های اجتماعی تکیه می‌شود و به تعبیر دیگر، قانون‌گذاری در این نوع حکومت، تابعی از انتظارهای میانگین جامعه است. در این میان، نهادهای مدنی در انتقال این انتظارات به هیئت حاکم نقشی بسزا ایفا می‌کنند و منعکس‌کننده واقعی مطالبات عامه مردمی، اعم از موافقان و مخالفان هستند.

در رویکرد لیبرال، وظیفه قوانین به معنای خاص، تضمین فضایی است که در آن، هر کس به میل خود حرکت کند و آزادی‌های مختلف با هم سازگاری داشته باشند.<sup>۲</sup> هر چند حقوق عمومی در ذات و ماهیت خود، نظامی سلطه‌گر است، قانون‌گذاری در این بخش از حقوق می‌تواند به صورت مثبت یا منفی برای حمایت از آزادی‌های فردی انجام شود. لیبرالیسم در کل، بر اولویت آزادی نسبت به برابری و عدالت اجتماعی تأکید می‌کند و آزادی را هدف اصلی و برابری و عدالت را وسیله دستیابی به آن می‌داند. چون دولت لیبرال جامعه‌مدار، حق و تکلیف مداخله در زمینه‌های مختلف اقتصادی، اجتماعی، محیط زیست و حمایت از حقوق بشر را بر عهده دارد، برای حفظ ارزش‌های تأییدشده خود، نیازمند

۱. گزارش قانون‌گذاری اروپا، ترجمه: واحد ترجمه مرکز مطالعات توسعه قضایی، تهران: سلسبیل، چاپ اول،

۱۳۸۴، صص ۴ و ۵.

۲. شمس، عبدالحمید، مقررات زدایی، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۱۴.

قانون‌گذاری جدید و گسترده است که با مداخله مثبت دولت در حوزه آزادی‌ها تحقق می‌یابد.

### بند سوم - لزوم توجه به فلسفه اصل تفکیک قوا

بی‌توجهی به اندیشه تفکیک قوا، حقوق عمومی را در سراسییبی سقوط و زوال قرار می‌دهد. از این رو، گفته شده است که «فارغ از ارزش‌های روش‌شناسی و متدولوژیک، بدون وجود تفکیک قوا و سایر نهادهای کنترل‌کننده، هنگامی که موضوع تنظیم قواعد حقوق پیش‌آید، حکومت می‌تواند چهره‌ای خشن و افراطی و مداخله‌گرانه از خود نشان دهد»<sup>۱</sup> در یک ساخت سیاسی نامناسب و بی‌بهره از دادگستری مستقل و اصل تفکیک قوا می‌توان از حقوق عمومی برای محدود کردن حق‌ها و آزادی‌های مرتبط با حوزه عمومی و خصوصی مردم سوء استفاده کرد.<sup>۲</sup>

هم‌چنین بر اثر تداخل وظایف نهادهای گوناگون حکومت در امور یکدیگر، نظم قانون‌گذاری در حقوق عمومی بر هم می‌خورد و همانند آن‌چه در ایران امروز شاهد هستیم، با تعدد نهادهای مختلف قانون‌گذاری روبه‌رو خواهیم شد. این در حالی است که «وجود تفکیک قوا در مسئله قانون‌گذاری باعث تفویض اختیارات قانون‌گذاری به یک نهاد واحد یعنی مجلس می‌شود که به‌کارگیری بنیان‌ها، محدودیت‌ها را بر عهده خواهد گرفت و از دخالت دیگر قوا و سازمان‌ها در تقنین جلوگیری خواهد کرد»<sup>۳</sup>.

اصول کلی در هر شاخه از علم حقوقی در رأس سلسله‌مراتب هرم آن نظام قرار دارند. هر اصل به‌طور طبیعی با استثنائاتی روبه‌روست و در طول زمان نیز شاهد تغییراتی به تناسب تحولات سیاسی و اجتماعی جوامع است. اصل تفکیک قوا به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اصول در حوزه حقوق عمومی، از این قاعده مستثنی نیست و با وجود تحولاتی که از سر گذرانده است، هم‌چنان در الگوهای مختلف حکمرانی، برای ترسیم و نظم‌بخشی به قوا اهمیت دارد و در ارتباط بین آن‌ها و تعیین وظایفشان اثرگذار است.

در نظام حقوقی ایران، تعارض بنیادین بین برخی از اصول قانون اساسی و رویه‌های متعارض با این قانون، در عمل، اصل تفکیک قوا را با چالش‌هایی روبه‌رو ساخته است که با روح به‌ماداری هم‌خوانی ندارد. با این‌که برای تحقق تعادل و توازن بین قوا گاهی ممکن است حتی وظایف اصلی یک قوه به‌طور استثنایی به قوه دیگری سپرده شود، اما این امر به معنی خروج بی‌حد و حصر از اصل نیست و همواره توجیهی برای آن وجود دارد.

1-Rachel, E. barkow, "seperation of powers and the criminal law", Stanford law review, 2010, Vol. 58, No. 58, p. 1034

۲. نوبهار، رحیم، حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی، تهران: جنگل جاودانه، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۱۸۷.

۳. شمعی، محمد و سارا شهباز، حقوق اداری تطبیقی، تهران: کاوشیار، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۴۶.

### بند چهارم - حذف نهادهای موازی قانون‌گذاری

اصولاً در مقایسه میان کشورهای شمال و جنوب یا بهتر بگوییم کشورهای توسعه‌یافته و کشورهای عقب‌مانده یا در حال توسعه متوجه می‌شویم که وجود برخی خط‌مشی‌ها موجب پیدایش نهادهای موازی قانون‌گذاری در جهان سوم می‌شود که اصولاً در کشورهای صنعتی، دلیلی برای وجود آن‌ها نیست. موازی‌سازی یا شکل‌گیری نهادهایی با وظایف و ساختار مشابه در عرض دیگر نهادها و سازمان‌های صلاحیت‌دار در قانون‌گذاری به پارادایمی رایج در حقوق عمومی ایران تبدیل شده است. این امر با اصل تفکیک قوا در تعارض قرار دارد که وظایف مشخصی را برای قوه مقننه در راستای تحقق به‌زام‌داری تعریف کرده است. تعدد نهادهای قانون‌گذار به تجویز قانون اساسی یا خروج از صلاحیت این دستگاه‌ها در امر تقنین به صورت خودسر، انحصار کارویژه اصلی مجلس یعنی قانون‌گذاری را در نظام مبتنی بر تفکیک قوا با تردید روبه‌رو می‌سازد. وجود نهادهایی نظیر مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی انقلاب فرهنگی، دولت و مجلس خبرگان نمونه آن است.

در ایران، تشخیص مصلحت به مجمع تشخیص مصلحت نظام واگذار شده است. مجمع تشخیص مصلحت نظام که در بازنگری سال ۱۳۶۸ قانون اساسی قوت قانونی یافت، «با اختیاراتی هم‌چون کمک به رهبر در حل معضلات نظام (بند ۸ اصل ۱۱۰)، مشورت به رهبر در تعیین سیاست‌های کلی نظام (بند ۱ اصل ۱۱۰)، ناظر بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام است (بند ۲ اصل ۱۱۰). همچنین انتخاب یکی از فقهای شورای نگهبان به عنوان عضو شورای موقت رهبری (اصل ۱۱۱)، تصویب برخی از تصمیمات شورای موقت رهبری (اصل ۱۱۱)، مشورت به رهبری برای صدور فرمان بازنگری در قانون اساسی (اصل ۱۷۷)، عضویت ثابت در شورای بازنگری در قانون اساسی (بند ۳ اصل ۱۷۷) از دیگر وظایف و صلاحیت‌های مجمع تشخیص مصلحت نظام است.<sup>۱</sup>

بر اساس اصل ۱۱۲ قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام به دستور رهبری تشکیل می‌شود و اعضای ثابت و متغیر آن را مقام رهبری تعیین می‌کند. این اصل، اختیار قانون‌گذاری را به مجمع واگذار کرده، اما این اختیار تنها محدود به مقررات مربوط به خود اعضاست و این نهاد، اختیار وضع قانون را ندارد؛ چون اولاً خلاف اصل تفکیک قواست و ثانیاً در هیچ جای قانون اساسی، حتی در موارد استثنایی، این امر جزو صلاحیت‌های مجمع شناخته نشده است. در فرمان مورخ ۱۳۶۸/۲/۴ امام خمینی به ریاست جمهوری وقت برای بازنگری قانون اساسی، از جمله موضوعاتی که باید در دستور کار شورای بازنگری قرار می‌گرفت و در قانون اساسی گنجانده می‌شد، این موضوع عنوان شده بود: «مجمع تشخیص مصلحت نظام

۱. مهرپور، حسین، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۲۶۴.

برای حل معضلات نظام و مشورت رهبری به صورتی که قدرتی در عرض قوای دیگر نباشد.<sup>۱</sup> بنا بر این، در هیچ یک از قوانین موضوعه، صلاحیت قانون‌گذاری برای مجمع تشخیص مصلحت نظام شناخته نشده است. با این حال، مطابق رویه‌ای که در سال‌های اولیه تشکیل آن وجود داشت، هنوز هم این نهاد به وضع قانون می‌پردازد. مجمع تشخیص مصلحت نظام با حکم امام خمینی و با استفاده از اختیار ناشی از ولایت و امامت امت که طبق قانون اساسی داشت و قوای سه‌گانه زیر نظر ایشان انجام وظیفه می‌کرد، به عنوان نهادی تشکیل شد که در تصویب قانون نقش دارد. در واقع، تشکیل این نهاد برای تکمیل شورای نگهبان بود و تشخیص و نظرش، حاکم بر تشخیص شورای نگهبان محسوب می‌شد. پس هدف اولیه از تشکیل آن، رسیدگی به مصوباتی بود که شورای نگهبان آن‌ها را خلاف شرع تشخیص می‌داد و مجلس شورای اسلامی پافشاری می‌کرد که وجود این مصوبه برای مصلحت نظام جمهوری اسلامی ایران لازم است و وفق تشخیص شورای نگهبان عمل کردن، خلاف مصلحت است. مصوبه یادشده در مجمع تشخیص مصلحت مطرح می‌شد تا همه نهادها از نظر آن پیروی کنند.

در نامه‌نگاری‌های امام خمینی و مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال‌های اولیه تشکیل مجمع، هنگام تصویب آیین‌نامه مجمع، برای تأیید آن، صلاحیت قانون‌گذاری نیز به مجمع داد که ایشان فرمود این عبارت به ذیل ماده ۱۰ آیین‌نامه اضافه گردد: «مجمع می‌تواند طرح‌ها و لوایح را در هر مرحله‌ای و نیز موضوعات و مسائل مهمه دیگر را با موافقت اکثریت مجمع حاضر در جلسات رسمی مورد بررسی و تصمیم‌گیری قرار دهد».<sup>۲</sup>

با مراجعه به مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی نیز می‌توان به این نکته پی برد که یکی از دغدغه‌های اصلی این شورا در زمینه مجمع تشخیص مصلحت نظام این بود که مبدا این نهاد قدرت قانون‌گذاری پیدا کند و در عرض قوای دیگر درآید. بنا بر این، می‌توان گفت که «موقعیت مجمع در نظام قانون‌گذاری، خارج از تشکیلات تقنینی کشور بوده و این مجمع در نهاد رهبری به عنوان مستشار عالی قرار می‌گیرد و به عنوان حاکم، به حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان مبادرت می‌ورزد».<sup>۳</sup> با این حال، تصویب برخی از قوانین، پیش از ورود این نهاد به قانون اساسی یا تغییر واژگان نگارش یافته توسط مجلس شورای اسلامی در زمان حل اختلاف با شورای نگهبان، مؤید خروج مجمع تشخیص مصلحت نظام از صلاحیت و وظایف خود به واسطه ورود به حیطه قانون‌گذاری است.<sup>۴</sup>

۱. همان.

۲. همان، صص ۲۵۸ به بعد.

۳. ملکاافضلی، محسن، «جایگاه مجمع تشخیص مصلحت نظام در فرآیند قانون‌گذاری»، حقوق اسلامی، سال دوازدهم، ۱۳۸۵، شماره ۲، صص ۱۹۶.

۴. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۳، ج ۲، صص ۴۵۵.

به این ترتیب، مجمع تشخیص مصلحت نظام با تجویز رهبر انقلاب و بنیان‌گذار نظام جمهوری اسلامی ایران، خود را برای تصویب برخی از قوانین، صالح دید. بر همین اساس، چند قانون نیز تصویب کرد که از آن جمله می‌توان به قانون مبارزه با مواد مخدر، قانون تعزیرات حکومتی و قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی اشاره کرد. دوران صلاحیت قانون‌گذاری مجمع دیری نپایید و امام خمینی در نامه‌ای خطاب به اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۸ نوشت که صلاحیت مجمع، منحصر به رسیدگی به اختلافات میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان است. در فرمان ۱۳۶۸/۲/۴ امام خمینی به ریاست جمهوری وقت برای بازنگری قانون اساسی از جمله موضوعاتی که باید در دستور کار شورای بازنگری قرار گیرد و در قانون اساسی گنجانده شود، این موضوع عنوان شده بود: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای حل معضلات نظام و مشورت رهبری به صورتی که قدرتی در عرض قوای دیگر نباشد»<sup>۱</sup> شورای بازنگری در قانون اساسی، این ایده را در اصل ۱۱۲ قانون اساسی بازتاب داد.

به طور کلی، می‌توان گفت که مجمع تشخیص مصلحت نظام در قانون‌گذاری به معنای عام در قالب حل معضلات نظام و تعیین سیاست‌های کلی نقش‌آفرینی می‌کند و در قانون‌گذاری به معنای خاص در مقام حل اختلاف بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان دارای جایگاه قانونی است. بنا بر این، موقعیت مجمع تشخیص مصلحت نظام در ساختار قانون‌گذاری، خارج از تشکیلات تقنینی کشور است و این مجمع در نهاد رهبری به عنوان مستشار عالی قرار می‌گیرد و به عنوان حکم به حل اختلاف مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان می‌پردازد.<sup>۲</sup>

شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز از دیگر نهادهایی است که امروزه به قانون‌گذاری بر خلاف اصول می‌پردازد. زمینه تشکیل این شورا با پیام امام خمینی در سال ۱۳۵۹ فراهم شد. در سال ۱۳۶۱، هیئت دولت، لایحه‌ای را با عنوان «لایحه تشکیل شورای عالی انقلاب فرهنگی» به تصویب رساند، اما مجلس شورای اسلامی در مورد این لایحه تصمیم‌گیری نکرد. عاقبت در سال ۱۳۶۳، امام خمینی با صدور فرمانی، تشکیل شورای عالی انقلاب فرهنگی را اعلام کرد. به دستور امام خمینی، مصوبات این شورا بدون این‌که به تأیید شورای نگهبان نیازی داشته باشد، لازم الاجراست. حقوق‌دانان در مورد اختیارات این شورا، بحث‌های مختلفی کرده‌اند که مجال طرح آن‌ها در این مقال وجود ندارد. با این حال، می‌توان گفت که اقدامات شورای عالی انقلاب فرهنگی از بدو تشکیل تا کنون بر خلاف قانون اساسی بوده است.

۱. مهرپور، پیشین، صص ۲۶۳ به بعد.

۲. ملک‌افضلی، پیشین، ص ۹۴.

در صورت‌بندی نظام اداری و سیاسی کشور، تا به امروز، نامی از شورای عالی انقلاب فرهنگی و جایگاه آن در قانون اساسی ۱۳۵۸ و اصلاحیه بعدی آن در سال ۱۳۶۸ به میان نیامده است.<sup>۱</sup> با آن‌که این شورا بر حسب رسالت ذاتی خود باید به تعیین سیاست‌گذاری فرهنگی اقدام کند و این مسئله بارها از طرف مسئولان اعلام شده، اما در برخی مصوباتش به ایجاد حق و تکلیف حتی در حوزه حقوق کیفری دست زده است. از مهم‌ترین مصوبات این شورا می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. قانون مصادیق عناد و فساد اخلاقی، مصوب جلسه ۱۵۳ شورا در ۱۳۶۷؛

۲. آیین‌نامه کمیته انضباطی دانشجویان و دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی؛

۳. مقررات شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای، مصوب ۱۳۸۰/۱/۱.

در هیچ یک از اصول قانون اساسی کشور در مورد این نهاد سخنی به میان نیامده، در حالی که در مورد شوراهای مؤثر و نهادهای مهم کشور به جز قوای سه‌گانه و نیروهای مسلح بحث شده است.<sup>۲</sup>

مجلس خبرگان رهبری، نمونه دیگری است. در خصوص خبرگان منتخب مردم (مندرج در اصل ۱۰۷ قانون اساسی)، اصل ۱۰۸ قانون اساسی چنین مقرر می‌دارد: «قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان، کیفیت انتخاب آن‌ها و آیین‌نامه داخلی جلسات آنان برای نخستین دوره باید به وسیله فقهای اولین شورای نگهبان تهیه و با اکثریت آرای آنان تصویب شود و به تصویب نهایی رهبر انقلاب برسد. از آن پس، هر گونه تغییر و تجدید نظر در این قانون و تصویب سایر مقررات مربوط به وظایف خبرگان در صلاحیت خود آنان است.»

تصویب قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان و هم‌چنین کیفیت انتخاب آن‌ها مطابق اصل ۱۰۸ قانون اساسی به فقهای شورای نگهبان به عنوان نهادی مستقل سپرده شده است.<sup>۳</sup> اگر واژه «قانون» را در ابتدای این اصل به معنای سندی بدانیم که تصویب آن در صلاحیت قانون‌گذار یا مجلس شورای اسلامی است، به نظر می‌رسد شاهد خروج از اصل باشیم. این نظر از آن جا قوت می‌گیرد که پس از کاربرد واژه «قانون»، از کلمه «آیین‌نامه داخلی» استفاده شده است. اگر منظور از قانون، «مقررات» بود، کاربرد این واژه به تسامح می‌توانست پذیرفته شود. این نظر از آن جا قوت می‌گیرد که باز هم در انتهای اصل یادشده، از کلمه «قانون» و پس از آن، از «مقررات» استفاده شده است.

۱. شریف، محمد، «جایگاه قانونی شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوبات آن»، پژوهش حقوق و سیاست،

دوره هفتم، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، شماره‌های ۱۵ و ۱۶، ص ۲۲۰.

۲. زرشناس، شهریار، درباره دموکراسی، تهران: کتاب صبح، ۱۳۸۶، ص ۱۰۲.

۳. نیکو نهاد، حامد، اورنگی، شبنم، سنجش آیین‌نامه نویسی شورای نگهبان؛ مبانی، قلمرو و نظارت پذیری،

فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره سوم، تابستان ۱۳۹۹، ص ۱۲ به بعد.

به نظر می‌رسد این دو واژه نه از سر مسامحه، بلکه به دقت و در معنای حقیقی خود به کار رفته‌اند. توجیه تصویب قوانین مجلس خبرگان توسط شورای نگهبان یا خود این نهاد با فلسفه اصل تفکیک قوا در تعارض است. البته می‌توان نظر دیگری را پذیرفت یعنی کلمه «قانون» به معنای «مقررات» به کار رفته که با پذیرش این نظر، شورای نگهبان و مجلس خبرگان به عنوان نهاد واضح مقررات عمل می‌کند و این موضوع با علت وجودی اصل تفکیک قوا در تعارض نیست.

شورای عالی امنیت ملی، نمونه بعدی است. واقعیت آن است که با وجود سکوت قانون اساسی و مشروح مذاکرات آن در خصوص جایگاه حقوقی مصوبات شورای عالی امنیت ملی، در عمل، وضع مقررات توسط این نهاد ماهیت قانونی پیدا کرده است. آن‌چه این دیدگاه را تأیید می‌کند، آن است که شورای نگهبان در برخی از نظرات خود، صلاحیت قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی را به ملاحظه مصوبات شورای عالی امنیت ملی در آن موضوع وابسته کرده و در این نظرات، مستند اصلی خود را اصل ۱۶۷ قانون اساسی قرار داده است. به هر حال، تحدید حدود صلاحیت مجلس شورای اسلامی با ضابطه مصوبات شورای عالی امنیت ملی و قوانین عادی از منظر شورای نگهبان به منزله تفسیر قوانین عادی است. علاوه بر این، تصریح‌های موجود در رویه دیوان عدالت اداری مبنی بر ناممکن بودن نقض این مصوبات به وسیله قوانین مؤخر می‌تواند به مثابه دلیل دیگری در این زمینه مطرح شود؛ زیرا در فرضی که این مصوبات، جایگاهی هم‌تراز یا پایین‌تر نسبت به قوانین عادی داشته باشند، چنین حکمی بر ناممکن بودن نقض آن‌ها از سوی قوانین مؤخر، منطقی نخواهد بود. به نظر می‌رسد در حوزه شورای عالی امنیت ملی نیز قانون‌گذاری موازی توسط این نهاد اتفاق افتاده است که عدول از اصل محسوب می‌شود.<sup>۱</sup>

۱. عظیمی، فخرالدین، دموکراسی، جامعه مدنی و تمدن مدرن (جامعه مدنی و ایران امروز)، تهران: نقش و نگار، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۴۵.



### نتیجه‌گیری

قانون‌گذاری حداکثری، یکی از مشکلات اصلی نظام حقوقی و به صورت کلی‌تر، یکی از مشکلات حقوق عمومی از نظر مبنایی است. تعداد و حیطة عملکرد قوانین، تنها به منزله رأس کوه یخی است که می‌توان آن را مشاهده کرد. در نهایت، تقنین حداکثری بسیار مشکل‌ساز است؛ زیرا کیفیت قوانین را تنزل می‌دهد و باعث اعمال قانون بدون توجیه می‌شود که این رویه، سیستم عدالت را خدشه‌دار می‌کند.

در کشورهای امریکای شمالی و اروپایی نیز در اصول و رویه‌های قضایی به این مهم توجه شده است و مرزهایی مشخص برای ورود به حیطة قانون‌گذاری مشخص کرده‌اند. حذف صلاحیت قانون‌گذاری توسط نهادهای موازی مجلس شورای اسلامی و محدود کردن فعالیت چنین نهادهایی به امور اداری و واگذاری تصمیم‌گیری در خصوص فعالیت‌های تخصصی به کمیسیون‌های مرتبط با هر موضوع تخصصی در مجلس شورای اسلامی از جمله ضروریاتی است که باید به آن توجه شود.

هم‌چنین قانون‌گذار نباید در حیطة مقررات و وضع آن وارد شود و مقررات‌زدایی در حوزه‌هایی نظیر نظام‌های مدنی، صنفی و تخصصی، از مسائل مربوط به قوه مجریه تلقی می‌شود. البته این موضوع در مرحله نخست، مستلزم بازنگری در رویه‌هایی نادرست است که موجب قانون‌گذاری موازی می‌شوند. بنا بر این، در این فرآیند باید نهادهای موازی قانون‌گذاری را شناسایی و حذف کرد.

نظام‌های حقوقی در جهان از نظر مبنایی به نتایج مطلوبی در این حوزه رسیده‌اند. پی‌آمدهای وجود قوانین سخت‌گیرانه و زیادی در حوزه حقوق عمومی، جز نقض حقوق و آزادی‌های عمومی نتیجه‌ای ندارد و تحدید حقوق و آزادی‌های فردی باید به حداقل آن کاهش یابد.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. اسپيرو، هربرت و ديگران، **توتاليتاریسم**، ترجمه: هادی نوری، تهران: شیرازه کتاب، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
۲. بشیریه، حسین، **آموزش دانش سیاسی: مبانی علم سیاست نظری و تأسیسی**، تهران: نگاه معاصر، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
۳. **گزارش قانون‌گذاری اروپا**، ترجمه: واحد ترجمه مرکز مطالعات توسعه قضایی، تهران: سلسبیل، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۴. جعفری، مجتبی، **جامعه‌شناسی حقوق کیفری: رویکرد انتقادی به حقوق کیفری**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۵. زرشناس، شهریار، **درباره دموکراسی**، تهران: کتاب صبح، ۱۳۸۶.
۶. سلیمی، علی و محمد داوری، **جامعه‌شناسی کج‌روی (مجموعه مطالعات کج‌روی و کنترل اجتماعی)**، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۷. شمس، عبدالحمید، **مقررات‌زدایی**، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۸. شمعی، محمد و سارا شهباز، **حقوق اداری تطبیقی**، تهران: کاوشیار، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۹. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **آزادی‌های عمومی و حقوق بشر**، تهران: دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
۱۰. عظیمی، فخرالدین، **دموکراسی، جامعه مدنی و تمدن مدرن (جامعه مدنی و ایران امروز)**، تهران: نقش و نگار، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۱۱. غلامی، حسین، **اصل حداقل بودن حقوق جزا**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۲. فلچر، جورج، **نظریه‌های سیاسی**، ترجمه: سید بهمن خدادادی و زینب‌السادات نوابی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۳. فلسفی، هدایت‌الله، **صلح جاویدان و حکومت قانون (دیالکتیک همانندی و تفاوت)**، تهران: فرهنگ نو، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۱۴. قاری سیدفاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر اول: درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع)**، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۰.

۱۶. گل محمدی، احمد، چيستی، تحول و چشم‌انداز دولت، تهران: نی، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۱۷. مرکز مالگیری، احمد، حاکمیت قانون، مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۱۸. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۱۹. مهرپور، حسین، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۲۰. نوبهار، رحیم، حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی، تهران: جنگل جاودانه، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۲۱. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۲۲. هوساک، داگلاس، جرم‌انگاری افراطی، ترجمه: محمدتقی نوری، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۰.

#### ب) مقاله

۱. رحمت‌اللهی، حسین و سید باسم موالی‌زاده، «از جمع‌گرایی تا فردگرایی: تأملی بر پی‌آمدهای نگرش‌های جمع‌گرا بر قوانین اساسی»، حقوق اساسی، سال هفتم، ۱۳۸۹، شماره ۱۴، صص ۸۹-۱۱۴.
۲. رحمتی‌فر، سمانه، «جهان چگونه اداره می‌شود؟ (تحلیل ماهیت حقوق اداری جهانی)»، فصل‌نامه سیاست، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره پنجاهم، ۱۳۹۹، شماره ۳، صص ۸۲۷-۸۴۱.
۳. شاطریان، محمود، یحیی زاده، جواد، هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی در نظام تقنینی جمهوری اسلامی، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ششم، بهار ۱۴۰۰، صص ۱۳۹-۱۹۴.
۴. شریف، محمد، «جایگاه قانونی شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوبات آن»، پژوهش حقوق و سیاست، دوره هفتم، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، شماره‌های ۱۵ و ۱۶.
۵. ملک‌افضلی، محسن، «جایگاه مجمع تشخیص مصلحت نظام در فرآیند قانون‌گذاری»، حقوق اسلامی، سال دوازدهم، ۱۳۸۵، شماره ۲.
۶. نیکو‌نهاد، حامد، اورنگی، شب‌نم، سنجش آیین‌نامه نویسی شورای نگهبان؛ مبانی، قلمرو و نظارت‌پذیری، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم،

شماره سوم، تابستان ۱۳۹۹، ص ۱۱-۳۶  
۷. ویت، استفان، «تحلیل اقتصادی حقوق اساسی»، ترجمه: کیومرث رس و علی  
تاریکی‌نژاد، حقوق اساسی، سال هفتم، ۱۳۸۷، شماره ۹، صص ۳۰۷-۳۲۰.

### ج) پایان‌نامه

۱. اسکندریون، بهروز، «تأثیر سیاست‌های مقررات‌زدایی و آزادسازی بر کارایی  
و دموکراسی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته سیاست‌گذاری عمومی، دانشکده حقوق و  
علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۸.

## 2-Latin

### A) Book

1-Husak, D., limitations of criminalization and the general part of the criminal law, in  
criminal law theory doctrines of the central part, edited by: Stephen shute and A. P. simester,  
Oxford: Oxford university press, first published, 2002

2-Mlibertarianis, Stanford Encyclopedia of Philosophy, First published: 5 Sep. 2002, sub-  
stantive revision: 28 Jan 2019, available at: [www.plato.stanford.edu/entries/libertarianism](http://www.plato.stanford.edu/entries/libertarianism)

3-Kukathas, C., "Two Concepts of Liberalism", in: J. C. Espada, M. F. Plattner and A.  
Wolfson (eds), The Liberal Tradition in Focus: Problems and New Perspectives, Oxford:  
Lexington Books, 2019

benefit analysis: the example - 1-Moohr, G., "defining overcriminalization through cost  
of criminal copyright laws", American university law review, 2005, Vol. 2

4-Paweł, Nowakowski, "Contractarian Libertarianism of Jan Narveson; Is It Still Lib-  
ertarianism?" Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas, 2016, Vol. 19, Núm. 2,  
582-p.p. 561

5-Rachel, E. barkow, "seperation of powers and the criminal law", Stanford law review,  
2010, Vol. 58

6-Tadros, v., "Criminalization and regulation", Working Paper, Coventry: Department of  
Law, University of Warwick, Warwick School of Law Research Paper Series, 2009, No. 08

# Principles and consequences of parallel legislation and the need to get out of it

**Majid Rahmani\***

**Mohammad Emami\*\***

**Mohammad Moghadami Fard\*\*\***

## **Abstract:**

Legislation in modern legal systems is the prerogative of legislatures, based fundamentally on the progressive principle of separation of powers reflected in the work of thinkers such as Monsieur, Hobbes, Locke, and others. However, in exceptional circumstances, methods such as referendums or referral to specific legislative bodies during the period of delay or the passage of pilot laws may be used. In some legal systems, extra - parliamentary institutions have become out of principle and the circle of exceptions has been illegally expanded to include parliament as other legislative body; If most institutions should legislate technically and the scope of competencies in terms of compliance with the principles of legislation. This is important to avoid passing multiple and scattered laws and to get people out of the confusion and know what document to follow as a law. Fundamentally, political and philosophical schools such as liberalism, libertarianism, and republican theory have emphasized the need to at least suffice to preserve the fundamental rights and freedoms of individuals. It is possible to get out of legal parallelism by appealing to the minimal government, the necessity of observing the principle of proportionality, the necessity of paying attention to the philosophy of the principle of separation of powers. In this article, the authors describe the law by the parliament in a descriptive - analytical manner.

**Keywords:** Separation of powers, legislation, liberalism, parliament, parallelism.

---

\*.PhD Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz Azad University, Shiraz, Iran  
rahmani\_jau@yahoo.com

\*\* .Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran, (Corresponding Author) Dr\_emami27@yahoo.com

\*\*\*. Assistant Professor, Department of Public Law, Noorabad Mamasani Branch, Islamic Azad University, Noorabad Mamasani, Iran m.moghadamfard@gmail.com