



مرکز پژوهش‌های اتاق ایران

قانونگذاری خوب مبانی، شاخص‌ها و ابعاد

دی ۱۴۰۲

شناسنامه گزارش



عنوان:

قانونگذاری خوب
مبانی، شاخص‌ها و ابعاد

مدیریت مطالعات حقوقی و اجتماعی

نویسنده: حسن وکیلان (عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی)

ناظران علمی: محمد قاسمی، منیره امیرخانلو، محمد زائری

ویراستار: احمد مرکزالمیری

تاریخ انتشار: دی ۱۴۰۲

واژه‌های کلیدی: قانونگذاری؛ قوانین؛ اصول حقوقی؛ کیفیت قانون؛ عقلانیت.

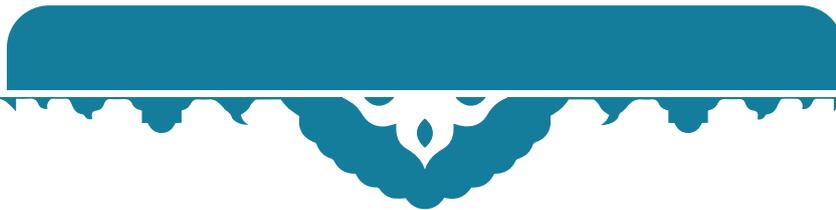
نشانی: تهران، خیابان طالقانی، نبش خیابان شهید موسوی (فرست)، پلاک ۱۷۵

فهرست مطالب

۵	فصل اول - مباحث مقدماتی
۲۱	فصل دوم - مفهوم قانونگذاری مدرن و تطور تاریخی آن
۵۲	فصل سوم - کیفیت قانون به عنوان محصول فرایند قانونگذاری و ابعاد آن
۱۲۱	فصل چهارم - نتیجه گیری و پیشنهادات
۱۳۲	فهرست منابع



فصل اول مباحث مقدماتی



۱- قرن بیستم؛ عصر قانون موضوعه

نویسندگان و صاحب‌نظران حقوقی معاصر مانند قاضی کالابریسی، قرن بیستم را «عصر قوانین موضوعه» نام نهاده‌اند.^۱ قاضی مشهور آمریکایی، اسکالیا در توصیف این عصر می‌نویسد: «ما در عصر قانون موضوعه [در مقابل قواعد ناشی از رویه قضایی دادگاه‌ها] زندگی می‌کنیم و جدیدترین نوع قانون عبارت است از قانون موضوعه. ... بخش زیادی از هنجارها و قواعد که به‌واقع بر کشور حکومت می‌کند حاصل کار کنگره و قوای مقننه است ... هر موضوع حقوقی که به‌وسیله قضات فدرال حل می‌شود، مستلزم تفسیر متنی است؛ متن مقرر، قانون عادی یا قانون اساسی».^۲ منظور اسکالیا، استفاده بسیار زیاد از روش خلق قواعد حقوقی به‌نحو عامدانه و هدفمند به‌جای سازوکار خودجوش ایجاد تدریجی قواعد از طریق عرف است خواه عرف‌های اجتماعی که منبع اولیه قواعد حقوقی از عهد باستان بوده‌اند چه عرف دادگاه‌ها که منبع درجه اول نظام حقوقی کامن لا تا آغاز قرن بیستم بوده است.

آنچه در جهان مدرن، امری جدید و بی‌سابقه محسوب می‌شود احراز جایگاه اول قانونگذاری عامدانه در سلسله‌مراتب منابع قواعد حقوقی است. «با تمرکز هر چه بیشتر قدرت، قانونگذاری از سوی مقامات صالح نه فقط به‌عنوان ابزار اعلام قانون، بلکه به‌عنوان وسیله‌ای برای خلق قانون جدید و اجرای خط‌مشی‌های دلخواه تلقی شد. قوانین موضوعه به منبع برتر حقوق تبدیل شد. انقلاب فرانسه با اعلام اینکه قوانین، اعلام رسمی و عمومی اراده عمومی هستند، به این مفهوم جایگاه ویژه‌ای بخشید».^۳ به قول فون هایک: «ابزار اصلی تغییر عامدانه در جامعه مدرن، قانونگذاری است».^۴ اما مفهوم قانونگذاری چیست؟ وضع قواعد حقوقی با طراحی پیشین برای دستیابی به اهدافی معین و از پیش تعیین‌شده، به‌ویژه از طریق مجالسی که اعضای آن طی انتخابات دموکراتیک تعیین می‌شوند و عده زیادی از اشخاص را نمایندگی می‌کنند با سایر روش‌های ایجاد قواعد حقوقی چه تفاوتی دارد؟ چرا و چگونه این نوع قواعد حقوقی جایگاه ویژه‌ای در تقریباً تمام نظام‌های حقوقی به دست آورده‌اند؟ چه اصولی بر وضع این نوع قواعد حاکم است؟

با وجود ارتقای قانونگذاری به‌عنوان منبع درجه اول حقوق در همه نظام‌های حقوقی، اما به دلایلی که در فصول بعدی بدان اشاره خواهد شد، از منظر شناخت علمی، آثار اندکی به آن اختصاص داده شده است. حقوقدانان به‌طور سنتی، بیش از ایجاد قانون، به اجرا و تفسیر قانون علاقه نشان داده‌اند و مرحله ایجاد و وضع را بیش از آنکه در حوزه مطالعات حقوقی بدانند، امری سیاسی تلقی کرده‌اند که تن به نظریه‌های علمی نمی‌دهند. یکی از برجسته‌ترین متفکران این حوزه، وینتگنس، در این باره می‌نویسد: «ما

1- Guido Calabresi, A Common Law for the Age of Statutes, Cambridge Mass, Harvard University Press, 1982.

2- Antonin Scalia, A Matter of Interpretation, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 13.

3- Ejan Mackaay, Legislation and Codification, in Christopher Berry Gray, The Philosophy of Law, An Encyclopedia, New York, Routledge, 2012, p.492.

۴- فردریش فون هایک، قانون، قانونگذاری و آزادی، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰، ص ۱۰۸.

اغلب سیاست را در قلمرو قدرت می‌بینم نه حوزه استدلال. تصمیمات [تقنینی] از طریق رأی‌گیری اتخاذ می‌شود و این نه قوت استدلال بهتر، بلکه منافع سیاسی است که تعیین می‌کند نمایندگان چگونه رأی دهند. سیاست، بازی قدرت است که حاصل زدوبندی است که در ساختار تقنینی صورت‌بندی می‌شود. به نظر می‌رسد این بازی قدرت، منطق خودش را دارد که اغلب اوقات نتیجه آن بر هر نوع منطق دیگری می‌چربد.^۱ از همین رو، اغلب در کتب و مقالات حقوقی بدون اینکه به ماهیت سیاسی عمل قانونگذاری اشاره شود، به تعریفی شکلی از قانونگذاری بسنده می‌شود؛ بدین ترتیب که گفته می‌شود قانونگذاری عبارت است از وضع قاعده عام، طی تشریفات که در قوانین اساسی به رسمیت شناخته شده است.^۲ این تعریف حداقلی، اگرچه صحیح است اما به هیچ وجه اهمیت، ابعاد و خصایص قانونگذاری به ویژه ابعاد معرفتی، سیاسی و اقتصادی و نظایر آن را بازنمایی نمی‌کند.

همچنین، مطالعه و فهم عمیق مفهوم قانونگذاری در معنای کلی آن، یعنی ایجاد قواعد الزام‌آور عامدانه توسط مجمعی از افراد مانند پارلمان یا هیأت وزیران، بدون فهم سیر تحول تاریخی که منجر به جامعه جدید و استقرار حکومت‌های مشروطه^۳ و دموکراتیک شد میسر نیست. ممکن نبودن این امر، بدان سبب است که جایگاه قانونگذاری به معنایی که بدان اشاره شد، یکی از محصولات بارز عصر روشنگری و ظهور دولت مدرن است و از لحاظ معنایی با مفاهیم اساسی عصر یاد شده، عجین و در هم تنیده است. از آنجا که هدف پژوهش حاضر، در نهایت به دست دادن معیارهایی برای ارزیابی کیفیت قوانین و مقررات است و دستیابی به این هدف، بدون داشتن درک تاریخی از چگونگی برآمدن مفهوم قانونگذاری مدرن میسر نیست، در پاسخ به چیستی مفهوم قانونگذاری در بخش نخست سعی شده این مفهوم در پیوند با مهمترین مؤلفه‌های مفهومی جهان مدرن، به ویژه تحول مفهومی دولت و برخی عناصر مهم سازنده آن مانند عقلانیت، دموکراسی و دولت رفاه، مورد بررسی قرار گیرد.

۲- بحران کیفیت قوانین و مقررات در جهان

انقلاب علمی، عقل‌گرایی، اندیشه قرارداد اجتماعی، شکوفایی اقتصادی و رشد و ترقی در همه ابعاد زندگی اجتماعی و سیاسی و به دنبال آن تغییر جایگاه دولت، وقوع موج‌های دموکراتیزاسیون و جهانی شدن از عوامل مهم شکل‌گیری جهان جدید هستند. این نظم جدید، چارچوب‌ها و ساختارهای حقوقی خود را می‌طلبد. بدیهی است از منظر منابع تأمین هنجارهای حقوقی این نظم نوین، قانونگذاری و وضع قواعد عامدانه، بیش از سایر منابع حقوق با خصایص نوپدید جهان جدید مانند سرعت، دقت، انعطاف‌پذیری، هدفمندی و نظایر آن سازگار بود؛ اما ایجاد هنجارهای حقوقی از طریق قانونگذاری عامدانه در مجامع دموکراتیک، یعنی

1- Luc Wintgens, *Legisprudence, Practical Reasoning in Legislation*, England, Ashgate Publishing Limited, 2012, p.1.

۲- برای نمونه، نک: ناصر کاتوزیان، *مقدمه علم حقوق*، چاپ بیستم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴، صص ۶-۱۲۵.

Raymond Wacks, *Law, A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

3- Constitutional

پارلمان‌ها و یا وضع مقررات از طریق نهادهای اجرایی مانند هیأت وزیران، گرچه راه برنامه‌ریزی‌های اجتماعی یا «مهندسی اجتماعی» کلان را برای دولت هموار کرد و زمینه تغییرات وسیع و سریع مورد نظر سیاستمداران را فراهم کرد، اما توسل مکرر به این ابزارهای تنظیم روابط اجتماعی، بدون آسیب هم نبود. همان‌طور که در فصول آینده بحث خواهد شد، رشد کمی هنجارهای حقوقی و شتاب‌زدگی در وضع قواعد الزام‌آور حقوقی، به‌ویژه پس از جنگ جهانی دوم، در نهایت منجر به افت کیفی قوانین و مقررات، خصوصاً در اروپای غربی و آمریکای شمالی شد. یکی از آثار مهم این وضعیت، رشد بی‌رویه و بی‌سابقه تعداد قوانین و مقرره‌های حقوقی بود که از آن با تعبیری مانند «عیاشی تقنینی»، «آلودگی قانونی»، «گرداب هولناک هنجاری»، «انفجار مقررات»،^۱ «تورم تقنینی» و مانند اینها یاد می‌شود. یکی از صاحب‌نظران در توضیح اسباب تعدد و تورم قوانین و مقررات، به‌ویژه تا دهه ۱۹۷۰ در کشورهای توسعه‌یافته، عامل اول را افزایش نقش دولت در اقتصاد در اثر اعمال نظریه‌های کینزی و ظهور دولت رفاه می‌داند. واضح است که رشد سرسام‌آور تعداد قوانین و مقررات حقوقی، تنها یکی از آسیب‌های مشهود وضع یاد شده بود. نتایج غیرمنتظره و گاه به‌شدت مخرب سیاست‌های مندرج در آنها - که به دشواری قابل ارزیابی و مشاهده مستقیم هستند - تصورات اولیه از کارآمدی و نتیجه‌بخشی استفاده از قانونگذاری به‌عنوان پرطرفدارترین ابزار تنظیم‌گری دولت را زیر سؤال برد. در همین دوره است که مفهوم «قانونگذاری اجتماعی»^۲ به معنای تلاش برای حل مسائل اجتماعی مانند فقر، بیکاری، مسائل مربوط به بهداشت و سلامت عمومی، تأمین مسکن شایسته، آموزش رایگان و مانند آنها ظهور کرد و تلاش‌ها برای دستیابی به برنامه‌ریزی‌های اجتماعی از این دست، موجب تولید حجم زیادی از قوانین و مقررات شد. از نظر او، نقش دوم مربوط به توسعه حق‌های سیاسی بود که پیامد آن، تقاضاهای اجتماعی قوی برای پاسخ‌های سریع به مسائل فوری جامعه بود. نقش سوم، از آن پیشرفت‌های فناورانه عمده است که هم به‌کارگیری آنها مستلزم وجود چارچوب‌های حقوقی بود و هم بهره‌مندی از آنها، تهدیدهایی را برای سلامت و ایمنی مردم ایجاد کرد. لازم بود برای جلوگیری از تهدیدهای مذکور، این فناوری‌ها، مدرن شده و فعالیت‌های مربوط به آنها تنظیم شود و برای کنترل آنها، قوانین و مقرراتی وضع شود. در نهایت، انقلاب حق‌ها و به دنبال آن انتظارات شهروندان، محرک بسیاری از مداخله‌های دولت برای تضمین این حق‌ها بوده است.^۳

به هر روی، با ظهور دولت‌های رفاه در عصر حاضر، نقش دولت از ناظم و پلیس، به‌تدریج به ارائه‌دهنده کالاهای عمومی، خدمات اساسی و نیز خدمات رفاهی تغییر یافت؛ نقشی که در برخی از کشورهای توسعه‌یافته با ظهور دولت تنظیم‌گر (رگولاتور)، قدری کاهش یافته یا تعدیل شده است. در

1- Virgilio Zapatero Gomez, *The Art of Legislating*, Switzerland, Springer, 2019, p. 16.

2- Social legislation

3- Quoted in Gomez, op. cit., p. 18

پرتو این تغییر، دولت‌ها به‌ویژه در عرصه اقتصادی، نقش‌های مختلفی ایفا می‌کنند: دولت به‌مثابه مالک زمین و سرمایه، کارفرما، تنظیم‌گر و یا سیاست‌گذار، از جمله شئون مهم و مختلف حضور دولت در اقتصاد هستند که یکی از لوازم این حضور، فراهم کردن بستر حقوقی آن در قالب وضع قوانین و مقررات است. چنانکه خواهیم دید، گرچه سایر ابزارهای تنظیم‌گری هم رفته رفته در کنار وضع قوانین و مقررات ظهور کردند و تلاش‌ها برای تعدیل نقش دولت در مناسبات اقتصادی و اجتماعی، نگرش غالب درباره استفاده افراطی از سازوکارهای فرمان و کنترل را کاهش داده است، اما همچنان سهم عمده قوانین و مقررات در ایفای نقش تنظیم‌گری دولت غیرقابل انکار است. به همین سبب، تلاش‌های نظری و عملی زیادی برای ارتقای کیفیت آنها انجام شده است که تلاش می‌شود در این پژوهش به برخی از آنها اشاره شود.

۳- واکنش‌ها به بحران کیفیت قوانین و مقررات: قانونگذاری خوب

افزایش تعداد قوانین و مقررات یا همان تورم تقنینی از یک‌سو، و کاهش کیفیت و آشکار شدن آثار مخرب آنها از سوی دیگر، دولت‌ها را واداشت تا واکنش‌های مناسبی در مقابل آسیب‌های ناشی از توسل به قانونگذاری افراطی نشان دهند. این واکنش‌ها را می‌توان به دو دسته سلبی و ایجابی تقسیم‌بندی کرد. واکنش سلبی خود به دو زیربخش قابل تقسیم است: زیربخش اول واکنش سلبی عبارت است از کدیفیکاسیون یا کدبندی یا تدوین و تنقیح قوانین و مقررات. منظور از کدبندی به‌طور کلی، جمع‌آوری و تنظیم و تصویب قوانین در یک موضوع مشخص و پیرایش یا زدودن آنها از مصوباتی است که به دلایل مختلف فاقد اعتبار هستند. تردیدی نیست که این امر به دسترسی‌پذیری بهتر قوانین و مقررات منتهی می‌شود و یکی از اسباب ارتقای کارآمدی نظام حقوقی به‌طور کلی است. یکی از نویسندگان در توضیح معنای تنقیح قوانین می‌نویسد: «معمولاً در نتیجه وضع یک قانون، یک یا چند قانون دستخوش تأثیر و تغییر می‌شوند. برای مثال، ممکن است کلاً یا جزئاً نسخ (اصلاح) شوند، یا اجرای آن متوقف شود یا مدت اعتبار آنها تمدید شود. همچنین ممکن است قانون جدید نسبت به قوانین هم موضوع معتبر سکوت کرده باشد یا قانون منسوخ را احیا کرده باشد یا موضوع یا حکم ماده‌ای را به قوانین دیگر ارجاع داده باشد. در همه این فروض، سخن بر سر این است که قانون و قاعده معتبر کدام است؟»^۱ وی همچنین کدبندی قوانین را نظم بخشیدن و ساختاربندی جدید قوانین پیش‌تر منقح‌شده دانسته‌اند. به هر روی، این روش که هدفش ساده‌سازی، نظام‌مند کردن، دسترسی بهتر و گاه اصلاح قوانین و مقررات است، عمدتاً ناظر به مرحله پس از وضع هنجارهای حقوقی است و با حذف قوانین و مقررات نامعتبر تلاش می‌کند زمینه دسترسی بیشتر و بهتر به قوانین و مقررات معتبر را برای مخاطبان آنها تسهیل کند. گرچه استفاده از این روش به‌عنوان روشی برای ارتقای کیفیت قوانین و مقررات در کشورهای مختلف، به‌ویژه آنهایی که عضو خانواده حقوقی رومی - ژرمنی هستند، از گذشته‌های دور رایج بوده و در حال گسترش است، اما سهم

۱- باقر انصاری، اصول و فنون قانونگذاری، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۹، صص ۱۶۹-۷۰.

آن در ایجاد قوانین و مقررات خوب اندک است و از این جهت کمک چندانی به قانونگذار نمی‌کند.

اما زیربخش دوم از واکنش‌های سلبی عبارت است از مقررات‌زدایی^۱ یا حذف قوانین و مقررات مخل یا دست‌وپاگیر. یکی از نویسندگان سه سطح به شرح زیر برای مقررات‌زدایی شناسایی کرده است: «سطح اول، سطح عام مقررات‌زدایی که به معنای مداخله کمتر حکومت در حوزه خصوصی شهروندان است. سطح دوم، سطح خاص مقررات‌زدایی است که ناظر به کاهش مداخلات دولت در اقتصاد یا رویکرد آزادسازی و خصوصی‌سازی است. اما سطح اخص مقررات‌زدایی (سطح سوم) به معنای کاستن از مقررات ناظر بر محیط اقتصادی است. در این معنا از مقررات‌زدایی که شایع‌ترین و رایج‌ترین برداشت است، مقرراتی که به نحوی مخل، مزاحم یا مانع کسب‌وکار تلقی می‌شوند، لغو شده یا اصلاح می‌شوند»^۲. می‌توان ادعا کرد مقررات‌زدایی به ویژه در سطح سوم، واکنشی سلبی به مسئله کاهش کیفیت قوانین و مقررات در اثر تورم تقنینی تلقی می‌شود. مانند تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، مسئله اصلی در مقررات‌زدایی، مقابله با قوانین و مقررات مزاحم پس از وضع آنهاست و به مرحله وضع و ایجاد هنجارهای حقوقی بی‌اعتناست.

اما واکنش‌های ایجابی در مقابل کاهش کیفیت هنجارهای حقوقی برخاسته از تغییر نگرش به امر قانونگذاری از یک امر صرفاً دموکراتیک یا بروکراتیک، به نوعی عمل سنجش‌گرانه و همراه با حزم و احتیاط است. در این معنا، قانونگذاری صرفاً اعلام مواضع ایدئولوژیک یا اعلام اراده قانونگذار بی‌اعتنا به واقعیت‌های جهان خارج نیست، بلکه تلاشی هدفمند برای یافتن راه‌حلی معطوف به مسائل یک جامعه سیاسی است. بنابراین عمل تقنین، مراحل و آیین‌هایی دارد یا باید داشته باشد که زمینه را برای اتخاذ یک خطمشی یا تصمیم‌گیری خردمندانه و مسئولانه فراهم می‌کند. در قانونگذاری خوب، گرچه ماهیت سیاسی و دموکراتیک عمل قانونگذاری مورد تأکید است اما کل عمل تقنینی به این امر ختم نمی‌شود؛ بلکه به اثربخشی، نتیجه‌بخشی و کارایی خطمشی‌ها و تصمیمات تقنینی نیز توجه می‌شود. از این رو پایش، ارزیابی و سنجش آثار قوانین و مقررات از ابعاد مختلف و در مراحل گوناگون، جزء جدایی‌ناپذیر از قانونگذاری خوب است. از قانونگذاری خوب در آثار مربوطه با عناوینی مانند «تنظیم‌گری بهتر»^۳، «مقررات‌گذاری بهتر» یا «قانونگذاری بهتر»^۴ نیز یاد می‌شود.

اولین تلاش‌ها در جهت ارتقای کیفی قوانین، به اواخر دهه ۶۰ و اوایل دهه ۷۰ میلادی باز می‌گردد؛ یعنی دوره‌ای در تاریخ آمریکا که مقررات مربوط به سلامت و بهداشت، ایمنی و محیط‌زیست به طرز بی‌سابقه‌ای افزایش پیدا کرد. دولت نیکسون به شکایت‌ها از سوی جامعه کسب‌وکار آمریکا به شکل

1- Deregulation

۲- احمد مرکز‌مالگیری، الزامات شناسایی قوانین و مقررات مخل کسب‌وکار، تهران: راه طلایی، به‌سفارش: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، مجری طرح: شورای گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی، ۱۴۰۰، صص ۳۱-۳۰.

3- Better regulation

4- Better legislation

ایجاد یک کمیته سری موسوم به «بررسی کیفیت معیشت»^۱ در کاخ سفید در سال ۱۹۷۱ پاسخ داد. این اقدام در جهت بررسی آثار قوانین با روی کار آمدن جرالرد فورد در سال ۱۹۷۴ و سایر رؤسای جمهوری آمریکا ادامه پیدا کرد.^۲ استفاده از ارزیابی تأثیر قوانین و مقررات در دهه ۸۰ میلادی در اروپا به‌ویژه میان کشورهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^۳ به تدریج رایج شد و تا به امروز نیز ادامه دارد؛ تا جایی که امروز اسناد مفصل و مهمی در قالب راهنماها و توصیه‌های الزام‌آور یا غیرالزام‌آور در جهت ارتقای سطح کیفی قوانین و مقررات برای کشورهای عضو تهیه و ارائه شده است.^۴ با توجه به سابقه یاد شده، پرسش اصلی این پژوهش این است منظور از کیفیت قوانین و مقررات چیست؟ نسبت میان کیفیت قوانین و مقررات و قانونگذاری چیست؟ کیفیت قوانین و مقررات - از آن جهت که محصول عمل تقنینی است - چه ابعادی دارد و در هر یک از ابعاد چه شاخص‌هایی ملاک ارزیابی کیفیت قوانین و مقررات قرار می‌گیرد؟ پاسخ به پرسش‌های یاد شده، بخش محوری این پژوهش را تشکیل می‌دهد.

۴- بحران کیفیت قوانین و مقررات در ایران

نقطه آغاز قانونگذاری در ایران به‌معنای مدرن، به اوایل قرن بیستم و پس از تصویب قانون اساسی مشروطه در سال ۱۲۸۵ هجری شمسی برمی‌گردد. از زمان تشکیل مجلس اول در همان سال تا انقلاب اسلامی ۱۳۵۷، بیست‌وچهار دوره تقنینی تشکیل شد. پس از انقلاب نیز تاکنون، یازده دوره تقنینی تشکیل شده است. علاوه بر مصوبات مجالس تقنینی و نهادهای شبه‌قانونگذاری - که به وفور بعد از استقرار نظام جمهوری اسلامی مشغول تولید هنجارهای حقوقی هستند - باید به شمار مصوبات یاد شده، مقرره‌هایی را که از سوی کابینه یا هیأت‌وزیران و انواع دستگاه‌های اجرایی وضع شده است نیز اضافه کرد. استقرار نهاد قانونگذاری به‌معنای مدرن در ایران که قدمت آن بیش از یک قرن است، و نیز ظهور بی‌ضابطه مراجع وضع قوانین و شبه‌قوانین و مقررات، نه تنها تورم تقنینی و مقرره‌ای مخربی را سبب شده است، بلکه فقر نسبی آگاهی از ارزش‌ها، اصول و آیین‌های مرتباً در حال توسعه دانش قانونگذاری، موجب کاهش کیفیت قوانین و مقررات شده است. در توصیف وضعیت فعلی هنجارهای حقوقی در ایران، اظهارات یکی از مقامات مسئول در حوزه ساماندهی به قوانین و مقررات جالب توجه است: «... معاون تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست‌جمهوری با تشریح وضعیت نظام حقوقی، به اقدام سال‌های اخیر دولت در زمینه کاستن از حجم قوانین کشور پرداخت، اما هشدار داد وجود ۱۰۰ هزار قانون و مقرره در کنار تعدد دستگاه‌های وضع‌کننده قانون، به سردرگمی جدی در جامعه منجر شده و باتلاقی را ایجاد کرده

1- Quality of Life Review

2- John F. Morrall III, An Assessment of the US Regulatory Impact Analysis Programme, in OECD, Regulatory Impact Assessment, Best Practice in OECD Countries, OECD, 1997, p72.

3- OECD

4- Scott H. Jacobs, An Overview of Regulatory Impact Analysis in OECD Countries, in OECD, Regulatory Impact Assessment, Best Practice in OECD Countries, OECD, 1997, p. 14.

است که اگر با تنقیح قوانین و مقررات خشک نشود، پنج بالای عام را در پی خواهد داشت که شامل موارد زیر است: سردرگمی و بلاتکلیفی عموم مردم در شناخت حقوق و تکالیف خود، وضع قواعد حقوقی تکراری و متناقض، زمینه‌سازی برای ایجاد عدم امنیت حقوقی، نابرابری و فساد و عدم تحقق حاکمیت قانون و در نهایت ناکارآمدی نظام سیاسی^۱. اکنون پرسش مهم این است که علل و دلایل شکل‌گیری این «باتلاق» چه بوده است؟ بیش‌فعالی نهادهای وضع‌هنجارهای حقوقی چه تأثیری در استقرار حاکمیت قانون در ایران داشته است؟ به‌طور مشخص در حوزه فعالیت‌های اقتصادی وضعیت قانونگذاری در ایران به‌معنای اعم کلمه، چه نقشی (منفی یا مثبت) ایفا کرده است؟

۵- واکنش به بحران کیفیت قوانین و مقررات در ایران

به‌نظر می‌رسد واکنش‌ها به بحران کیفیت قوانین و مقررات و شمار بسیار زیاد آنها در ایران، بیشتر سلبی بوده است تا ایجابی. منظور از واکنش سلبی، تلاش برای زدودن و پیرایش مجموعه قوانین و مقررات از قواعد نامعتبر بوده است. از نظر تاریخی، سنگ بنای این تلاش سلبی در اصل بیست‌وهفتم متمم قانون اساسی مشروطه گذاشته شده است. در این اصل مقرر شده بود: «قوای مملکت به سه شعبه تجزیه می‌شود: اول - قوه مقننه که مخصوص است به وضع و تهذیب قوانین». به‌نظر می‌رسد منظور از تهذیب قوانین در این اصل، همان تنقیح قوانین است که امروزه توجه ویژه‌ای به آن نشان داده شده است. همچنین در اصل سی‌وسوم قانون اساسی مشروطه مقرر شده بود: «قوانین جدیدی که محل حاجت باشد در وزارتخانه‌های مسئول انشاء و تنقیح یافته به توسط وزرای مسئول یا از طرف صدراعظم به مجلس شورای ملی اظهار خواهد شد». از آن پس، تلاش‌ها در جهت تدوین و تنقیح قوانین و مقررات به انحاء مختلف ادامه یافت که یکی از برجسته‌ترین آنها تا پیش از انقلاب ۱۳۵۷، تصویب «قانون تشکیل سازمان تنقیح و تدوین قوانین و مقررات» در سال ۱۳۵۰ بود. پس از انقلاب، سازمان مذکور منحل و به صورت یک اداره کل در نخست‌وزیری ادغام شد. در حال حاضر امر تدوین و تنقیح قوانین بر اساس «قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور» مصوب مورخ ۱۳۸۹/۴/۲۵ مجلس شورای اسلامی انجام می‌شود. سه قوه طی تفاهم‌نامه‌ای که در تیرماه سال ۱۳۹۸ امضا شد، با همکاری یکدیگر به‌طور تخصصی به این امر اهتمام ورزیده‌اند و تاکنون مجلدات منقح بسیاری از کدهای حقوقی اعم از قوانین و مقررات منتشر و ارائه شده است.^۲

واکنش سلبی دوم در قبال افزایش آسیب‌زای قوانین و مقررات عبارت است از مقررتهای زدایی^۳. مباحث مربوط به مقررتهای زدایی با تأخیر فراوان در اواخر دهه هشتاد شمسی در ایران مطرح شد: «از اواخر دهه

۱- مهدی مهدی‌زاده، «باتلاق مقررات نجومی»، روزنامه دنیای اقتصاد، شماره ۵۲۹۳، ۱۴۰۰/۷/۲۷.

۲- برای مطالعه تفصیلی سیر تحول امر تدوین و تنقیح قوانین نک: انصاری، پیشین.



۸۰. هم‌زمان با گسترش ایده‌های مشارکت بخش خصوصی در اقتصاد از طریق خصوصی‌سازی و دیگر تدابیر، ایده‌های مربوط به تسهیل کسب‌وکار، به‌ویژه تسهیل و تسریع در مرحله اخذ مجوزها به‌عنوان الزامی برای راه‌اندازی کسب‌وکار، در میان سیاست‌گذاران و قانونگذاران نیز شایع شد.^۱ اولین حکم قانون در جهت اجرای ایده مقررات‌زدایی ماده ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸ و اصلاحات بعدی این قانون است که در آن به حذف مجوزهای غیرضروری تصریح شده است. این امر در برخی از مواد قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ و نیز قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ و نیز قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴/۲/۱ دنبال شد. در این میان از لحاظ نهادی و سازمانی «هیأت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار» به‌موجب تبصره ۳ ماده یک قانون اصلاح مواد (۱)، (۶) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم قانون اساسی تأسیس شد. صرف‌نظر از تصویب هنجارهای قانونی و مقررات اجرای مربوطه، اقدامات عملی قابل توجهی نیز در این حوزه از سوی نهادها و سازمان‌های مربوطه انجام شده است.^۲

شبهت هر دو نوع اقدام سلبی یاد شده، یعنی تدوین و تنقیح قوانین و مقررات‌زدایی، در این است که نظام حقوقی پس از وضع هنجار در جهت شناسایی و حذف هنجارهای نامعتبر یا مخل به فضای کسب‌وکار یا یک حوزه خط‌مشی‌گذاری یا ساماندهی به هنجارهای پراکنده اقدام می‌کند؛ این امر اغلب زمانی انجام می‌شود که هنجارهای یاد شده، آثار مخرب خود را بر جای گذاشته‌اند. درحالی‌که واکنش ایجابی عمدتاً ناظر بر سازماندهی و راهبری مراحل پیش از قانونگذاری، به‌ترتیبی است که حتی‌الامکان از خلق هنجارهای ناقص‌الخلقه پیشگیری شود. گرچه تلاش‌های سلبی در ارتقای کیفیت قوانین مؤثر و لازم است، اما هرگز نمی‌تواند جایگزین اقدامات ایجابی شود بلکه همواره جایگاه تکمیلی و ترمیمی دارد. اقدامات ایجابی همان‌طور که در ادامه توضیح داده خواهد شد، بر آن است که تا جایی که ممکن است، از ایجاد هنجارهای حقوقی معیوب، اعم از شکلی و ماهوی، پیشگیری کند. اقدامات ایجابی به‌معنایی که بدان اشاره شد، مستلزم به‌کارگیری تخصص‌ها و دانش‌های متعدد است، تا جایی که بتواند قوانین و مقررات را به تجلی‌گاه خرد، حزم، احتیاط، ثبات، پیش‌بینی‌پذیری، قطعیت، نظم و سازگاری، شفافیت و صراحت تبدیل کند. از این رو، اقدامات ایجابی در جهت ارتقای کیفیت قوانین و مقررات، صرفاً در محدوده دانش حقوق و یا سامان دادن به جنبه‌های شکلی یا لفظی قوانین و مقررات یا ساختاربندی مجدد آنها از طریق به‌کارگیری روش‌های نوین تدوین قوانین و مقررات یا حذف قوانین و مقررات نامعتبر یا مزاحم محدود نمی‌شود، بلکه وارد محتوای خط‌مشی‌ها و مقبولیت و موجه بودن تصمیمات سیاستی مندرج در متن قوانین و مقررات

۱- مرکز مال‌میری، پیشین، ص ۱۵۹.

۲- برای مطالعه تفصیلی اقدامات یاد شده، ر. ک.: همان.

می‌شود.

به‌منظور ارتقای کیفیت قوانین در معنای ایجابی، اقدامات عملی چندان مؤثری در ایران به چشم نمی‌خورد، الا اینکه در سال ۱۳۹۸ سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری از سوی رهبری به سه قوه ابلاغ شد که در بند ۹ آن تصریح شده است: «رعایت اصول قانونگذاری و قانون‌نویسی و تعیین سازوکار برای انطباق لوایح و طرح‌های قانونی با تأکید بر: قابل اجرا بودن قانون و قابل سنجش بودن اجرای آن؛ معطوف بودن به نیازهای واقعی؛ شفافیت و عدم ابهام؛ استحکام در ادبیات و اصطلاحات حقوقی؛ بیان شناسه‌های تخصصی هر یک از لوایح و طرح‌های قانونی و علت پیشنهاد آن؛ ابتنا بر نظرات کارشناسی و ارزیابی تأثیر اجرای قانون؛ ثبات، نگاه بلندمدت و ملی؛ انسجام قوانین و عدم تغییر یا اصلاح ضمنی آنها بدون ذکر شناسه تخصصی؛ جلب مشارکت حداکثری مردم، ذی‌نفعان، و نهادهای قانونی مردم‌نهاد تخصصی و صنفی در فرایند قانونگذاری؛ عدالت‌محوری در قوانین و اجتناب از تبعیض ناروا، عمومی بودن قانون و شمول و جامعیت آن و حتی‌الامکان پرهیز از استثنای قانونی». درحالی‌که در جهت واکنش‌های سلبی یاد شده اقدامات عملی زیادی انجام شده است، اما تا کنون به‌منظور عملی کردن واکنش ایجابی به ترتیبی که در سیاست‌های کلی اصل قانونگذاری اشاره شد، اقدامی مشاهده نشده است.

۶- ساماندهی پژوهش

پژوهش حاضر، به دو بخش مجزا تقسیم شده است: نخست بخش نظری با عنوان قانونگذاری خوب و دوم بخش ایران. پژوهش پیش رو، ناظر به بخش نخست است که در صدد ارائه تحلیل نظری از مفهوم و شاخص‌های قانونگذاری خوب است. به اعتقاد نگارنده، اولین و مهم‌ترین گام برای دستیابی به قوانین و مقررات با کیفیت، تبیین نگرشی صحیح به مقوله قانونگذاری در جهان مدرن است. همان‌طور که به اختصار اشاره شد، قانونگذاری به‌معنای مدرن در ارتباط تام با مفاهیم مهمی است که جهان زندگی ما را در این عصر تشکیل می‌دهند. همچنین فهم ما از دولت مدرن و نسبتی که این مفهوم با افراد و حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی دارد، در تحلیل نهایی ما از این مفهوم مؤثر است. به این منظور، در فصل دوم، مفهوم قانونگذاری در پرتو مهم‌ترین مفاهیم کلیدی و مرتبط عصر مدرن تشریح شده و ارتباط آنها با مفهوم محوری این پژوهش، یعنی قانونگذاری، توضیح داده شده است. فصل سوم به تشریح مفهوم کیفیت قانون یا قانون خوب و ابعاد قانونگذاری خوب اختصاص دارد. در این فصل که محوری‌ترین بخش پژوهش حاضر است، ابتدا مفهوم کیفیت از منظر مهم‌ترین اندیشمندان حوزه مطالعات قانونگذاری توضیح داده شده است. در ادامه، سه بعد قانونگذاری خوب، یعنی بعد فنی یا محتوایی (بعد اول)، بعد زبانی و ساختاری (بعد دوم) و در نهایت بعد حقوقی (بعد سوم) مورد بررسی قرار گرفته است. لازم به ذکر است که از نظر نگارنده، کیفیت هر قانون یا مقرر دستکم از این سه بعد قابل بررسی است. در هر کدام از این ابعاد، می‌توان



شاخص‌هایی معرفی کرد که در پرتو آنها کیفیت قوانین و مقررات را مورد ارزیابی و سنجش قرار داد. بدیهی است که ابعاد کیفیت قانون می‌تواند از این نیز فراتر رود. برای مثال می‌توان قوانین و مقررات را مستقلاً از منظر اخلاقی نیز مورد بررسی قرار داد و معیارهایی ارائه داد. اما به نظر می‌رسد رعایت معیارهای این سه بعد می‌تواند تا حدی کیفیت حداقلی قوانین را تضمین کند؛ هر چند راه کمال هنجارهای حقوقی، ضرورتاً فقط به ابعاد معرفی شده در این پژوهش ختم نمی‌شود. در نهایت، در فصل پایانی، جمع‌بندی مطالب و نیز برخی توصیه‌های سیاستی برای اعمال شاخص‌های قانونگذاری خوب ارائه شده است.

۷- روش پژوهش

روش پژوهش در بخش اول پروژه کلان تعریف شده، یعنی بخش تبیین نظری قانونگذاری خوب، عبارت است از روش اسنادی. در این روش مهم‌ترین منابع علمی مربوط به مفهوم قانونگذاری، سیر تطور تاریخی منابع هنجارهای حقوقی از عرف‌های مبهم و پراکنده تا قانونگذاری متمرکز، و پیوند آن با بنیادی‌ترین مفاهیم عصر جدید، مفهوم کیفیت قانون و ابعاد قانون و قانونگذاری مفاهیم و مطالب مرتبط و مهم گزینش شده و با استفاده از منابع معتبر موجود تشریح و تبیین شده است. همچنین مبتنی بر مطالعه همین منابع و دستاوردهای پژوهشی در این حوزه، مبنای نظری لازم برای مطالعه بخش دوم پژوهش (در آینده) که به موردکاوی کیفیت قانونگذاری در ایران مربوط است فراهم شده است. پیش‌فرض پژوهشگر در این مطالعه آن است که قانونگذاری به معنای مدرن، واجد ویژگی‌ها و خصایصی است که صرفاً در صورتی که یک نظام قانونگذاری از آن بهره‌مند باشد، می‌تواند به شاخص‌های قانونگذاری خوب نزدیک شود. از آنجا که نزدیک به نیم قرن است که آثار متعددی در تبیین این شاخص‌ها و ویژگی‌ها منتشر شده است، و نظر به اینکه تا کنون به‌نحو منسجم به مفهوم قانونگذاری خوب در آثار داخلی پرداخته نشده است، لذا در این پژوهش، مبنای نظری قانونگذاری خوب، و نیز اوصاف قانون خوب به‌عنوان محصول فرایند قانونگذاری، مورد بررسی قرار گرفته است.

۸- پیشینه پژوهش

چنانکه در بخش‌های مختلف این پژوهش توضیح داده خواهد شد، توجه به مسئله کیفیت قوانین و مقررات در جهان مقوله جدیدی است. به‌طور مشخص از دهه ۱۹۹۰ به تدریج آثاری به‌نحو منسجم در این باره نوشته شد تا جایی که برخی ذیل عنوان «دانش قانونگذاری» و بعد «نظریه/ فلسفه قانونگذاری»^۱ ادعای شکل‌گیری رشته علمی جدیدی با همین عناوین را مطرح کردند. برای نمونه کتابی با عنوان فلسفه/ نظریه قانونگذاری که دبیری آن را یکی از برجسته‌ترین دانشمندان حقوقی، لوک جی. ویبتگنس، بر عهده داشت در سال ۲۰۰۲ منتشر شد. مجموعه یاد شده یکی از نخستین آثاری است که به‌نحو نظام‌مند، مبنای نظری

این دانش را مطرح کرد.^۱ از سال ۲۰۰۰ تا کنون پژوهش‌های خارجی بسیاری به زبان‌های مختلف به‌ویژه از سوی دانشمندان حقوقی و علوم سیاسی که به‌طور مستقیم به مقوله قانونگذاری خوب یا کیفیت قانون اختصاص دارد منتشر شده است که در این پژوهش، از مهم‌ترین آنها تا جایی که ممکن بوده استفاده شده است. در کتاب «گفتارهایی در قانون قانونگذاری» در بخش نظریه قانونگذاری، مقاله ایمر بی. فلورز با عنوان «فلسفه قانونگذاری: مشروطه‌خواهی / قانونگرایی»، مبانی نظری و جایگاه فلسفه / نظریه قانونگذاری را مورد بحث و بررسی قرار داده است. همچنین مقاله‌ای با عنوان «قانونگذاری امری میان سیاست و حقوق» به پیچیدگی مفهوم قانونگذاری از نظر درهم‌تنیدگی سیاست و حقوق در مقوله قانونگذاری و سپس جایگاه قانونگذاری در دانش حقوق اشاره دارد. مقاله دیگری با عنوان «مهندسی اجتماعی از طریق قانونگذاری» به قلم لارس دی. اریکسون، نوعی نگاه انتقادی به پدیده حقوقی کردن حق‌های رفاهی در دولت‌های رفاه اشاره دارد. یکی از مقالات مهم کتاب مذکور، «تورم تقنینی و کیفیت قانون» نام دارد که اثر سوین انگ است. مقاله پیش‌گفته به‌طور مستقیم به مفهوم، علل و دلایل تولید قوانین ناقص می‌پردازد و برخی راه‌حل‌ها را برای رفع آن ارائه می‌دهد. بخش سوم کتاب مذکور ذیل عنوان «رویه‌های تقنینی» به‌طور کامل به موضوع کیفیت قانونگذاری / قانون می‌پردازد. مقاله «ارتقای کارآمدی روبه‌های تقنینی پارلمان» به قلم کوئن جی. مویل، مفهوم کارآمدی و شیوه‌های ارتقای کارآمدی قوانین را مورد بحث قرار داده است. در همین بخش، مقاله‌ای با عنوان «ارزیابی تأثیرات: به‌سوی ارتقای کیفی قانونگذاری» به قلم لوییس مدر ترجمه شده است که انواع ارزیابی‌های قانون و روش‌ها و ابزارهای مربوط را توضیح داده است. در مقاله‌ای دیگر، پل دلونی با مقاله «نقش تهیه‌کنندگان پیش‌نویس قانون در تعیین محتوای قوانین»، از نقش مثبت و مهم نویسندگان پیش‌نویس قوانین و مقررات در ارتقای کیفیت قانون و ایجاد محصول قانونگذاری خوب سخن به میان آورده است. در کتاب «گفتارهایی در قانون و قانونگذاری»، گرچه به مهم‌ترین ابعاد کیفیت قانون یعنی ابعاد فنی اشاره شده است، اما جای مباحثی در خصوص ابعاد حقوقی و ساختاری و زبانی همچنان خالی است؛ ضمن اینکه مهم‌ترین مقالات کتاب در زمینه کیفیت قانون، ترجمه هستند.

اما در ایران، از جمله اولین تلاش‌ها برای طرح مقوله کیفیت قانون به‌نحو منسجم، مربوط به شماره چهل‌م نشریه «مجلس و پژوهش» است که در سال ۱۳۸۲ به‌عنوان «ویژه‌نامه مطالعات پارلمانی» منتشر شد. در این شماره، مقالاتی اعم از تألیف و ترجمه به معرفی مراکز تحقیقاتی پارلمانی اختصاص داده شده است. یکی از مهم‌ترین مقالات در این شماره ویژه، با عنوان «راهنمای سیاست‌گذاری در قانونگذاری: بررسی الگوی ارزیابی تأثیرات قانون» به قلم پدرام سعید نوشته شده است که شاید برای اولین بار در ایران مقوله ارزیابی قوانین و سابقه آن، به‌ویژه در ایالات‌متحده آمریکا و اروپا و استرالیا، به‌طور بسیار

۱- لازم به ذکر است نگارنده مهم‌ترین مقالات این کتاب را در کتابی با عنوان «گفتارهایی در قانون و قانونگذاری» ترجمه کرده که به همراه برخی مقالات تألیفی در سال ۱۳۹۰ از سوی انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی منتشر شد.

مختصر در این مقاله معرفی شده است.

یکی از اولین کتاب‌هایی که در ایران موضوع اصلی خود را مقوله قانونگذاری و مسائل نظری آن قرار داد، «بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری»، تألیف محمد راسخ است که در سال ۱۳۸۴ از سوی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی منتشر شد. این کتاب که به دنبال تشکیل «دبیرخانه اصلاح نظام قانونگذاری» در دفتر حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی و با همکاری گروهی از پژوهشگران، از جمله نگارنده به‌عنوان دبیر دبیرخانه و عضو گروه پژوهشی تدوین کتاب یاد شده، تدوین شد. مؤلف بیشتر از منظر فلسفه حقوق مقوله قانونگذاری را مورد بررسی قرار داده است. با توجه جوان بودن دانش نظریه/فلسفه قانونگذاری که پیش‌تر بدان اشاره شد، طبعاً چندان نشانی در کتاب پیش‌گفته از نظریه‌های نوین حوزه قانونگذاری به چشم نمی‌خورد.

یکی از اولین آثار علمی در ایران درباره کیفیت قوانین، کتابی است با نام «ارزیابی تأثیرات قانون»، نوشته لیلا زرشکن عابد که به‌وسیله مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۷ منتشر شد. این کتاب به‌نحو نسبتاً مفصل، به معرفی روش RIA و راهنمای به‌کارگیری آن، محورهای ارزیابی قوانین و مقررات و معرفی نهادهای مجری این شیوه ارزیابی و نیز ابعاد فنی آن اختصاص دارد. نکته‌ای که در مورد این اثر قابل ذکر است، آن است که روش ارزیابی قوانین و مقررات، فقط بخشی از مقوله کیفیت قانون، یعنی بعد ارزیابی محتوایی و فنی خطمشی‌ها را معرفی می‌کند درحالی‌که به ابعاد حقوقی، زبانی و ساختاری کیفیت قوانین و مقررات اشاره‌ای ندارد.

احمد مرکزالمیری و مهدی مهدی‌زاده در مقاله‌ای با نام «قانونگذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران» که در سال ۱۳۹۴ در فصلنامه «پژوهش حقوق عمومی» منتشر شده، مقوله قانونگذاری پراکنده را با مطالعه مورد ایران مورد بررسی قرار داده‌اند. یکی از اختصاصات نظام حقوقی ایران، قانونگذاری پراکنده و موردی است که این امر یکی از اسباب فقدان انسجام و سازگاری میان اجزای نظام حقوقی و در نتیجه بروز تشتت و نابسامانی در کلیت نظام حقوقی است. نویسندگان، یکی از علل بروز چنین ایرادی را استفاده از ابزار تقنینی به جای اعمال نظارت از سوی پارلمان می‌دانند؛ امری که به قانونگذاری شتاب‌زده و فاقد توجیه کارشناسی منتهی شده است. نویسندگان با ذکر مصادیق متعدد، تصویری جدیدی از کیفیت نازل قوانین در ایران ارائه کرده‌اند.

یکی از مقاله‌هایی که به‌طور مستقیم به مقوله کیفیت قانون و مبانی نظری پرداخته است، مقاله‌ای با عنوان «فلسفه قانونگذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون» به قلم حسن و کیلیان (نگارنده) و احمد مرکزالمیری است که در شماره ۵۱ فصلنامه «پژوهش حقوق عمومی» در سال ۱۳۹۵ منتشر شده است. در مقاله مذکور، ضمن معرفی دانش فلسفه/نظریه قانونگذاری، به هدف غایی آن که همانا ارتقای

کیفیت قوانین است اشاره شده و با استفاده از بحث‌های نظریه یاد شده، به وضعیت کیفیت قوانین در ایران با مثال‌هایی اشاره شده است. در این مقاله، بیشتر به بعد کیفیت محتوایی قوانین اشاره شده و به سایر ابعاد چندان اعتنایی نشده است.

در سال ۱۳۹۷ کتابی با عنوان «قانونگذاری؛ مفاهیم، نظریه‌ها و اصول» که مشتمل بر چهار مقاله مهم به قلم جرمی والدرون - یکی از مهم‌ترین و مشهورترین فیلسوفان حقوق و علوم سیاسی است - به ترجمه حسن و کیلیان از سوی نشر نگاه معاصر منتشر شد. در این کتاب بیشتر از منظر فلسفه سیاسی جایگاه قانونگذاری، شأن و اهمیت آن و قانونگذاری مبتنی بر نمایندگی بحث شده است. در آخرین مقاله نیز اصول مهم قانونگذاری برشمرده و تشریح شده است. گرچه این کتاب به فهم معنای پیچیده قانونگذاری کمک شایانی می‌کند و به‌طور غیرمستقیم به مقوله کیفیت قانون اشاره دارد، ولی بحثی از جنبه‌های فنی و مستقیم کیفیت قانون در آن به چشم نمی‌خورد.

آزاده عبدالله‌زاده شهراباکی در مقاله‌ای با عنوان «مبانی نظری بحث پیرامون مسئله کیفیت قانون: چیستی و چرایی» که در سال ۱۳۹۸ در فصلنامه «پژوهش حقوق عمومی» منتشر شده است، به برخی بحث‌های نظری مانند معنا و ضرورت پرداختن به مقوله کیفیت قانون و برخی مفاهیم مشابه با کیفیت قانون اشاره کرده است. نکته مهم در این مقاله این است که نویسنده، قانون را به معنای کلی کلمه و فارغ از مقام و نهاد واضح آن مورد بحث قرار داده است و به ارتباط قانون به معنای خاص و محصول عمل تقنینی چندان اشاره‌ای نکرده است. وی همچنین مقاله‌ای با عنوان «روش‌های ارتقای کیفیت قوانین» را در سال ۱۳۹۹ در فصلنامه «مطالعات حقوق عمومی» منتشر کرده است که بیشتر با تأکید بر تجربه کشور فرانسه، به برخی فرایندها مانند گرفتن مشورت از متخصصان و ذی‌نفعان و کارشناسان زبان، استفاده از قوانین آزمایشی، تهیه راهنماهای مربوط به کیفیت قوانین و استفاده از روش تدوین و تنقیح قوانین و مقررات اشاره کرده است. همچنین کتابی با عنوان «قانون‌نویسی گام‌به‌گام» نوشته آرتور جی. رینرسون به وسیله وی در سال ۱۳۹۹ ترجمه شده است که بیشتر به مقوله نگارش متون قوانین با تکیه و تأکید بر تجربه ایالات متحده آمریکا می‌پردازد. کتاب پیش‌گفته به بخشی از مقوله کیفیت قانون، یعنی زبان قانونگذاری و نحوه نگارش گزاره‌ها قانونی، می‌پردازد.

باقر انصاری در کتاب «اصول و فنون قانونگذاری» که یکی از اولین کتاب‌ها در حوزه مطالعات قانونگذاری است و در سال ۱۳۹۹ منتشر شده است، به مسائل مربوط به این حوزه پرداخته است. ابتکار قانونگذاری و قواعد حاکم بر پیشنهاد قانون از سوی دولت و پارلمان، اصول و فنون تهیه پیش‌نویس قوانین، از جمله نیازسنجی و ارزیابی پیشنهادها، تقنینی و اصول حاکم بر آن، از جمله مباحث مهم مطروحه هستند. با این حال، مباحث مطروحه قدری در بوتاه اجمال مانده است و بخش زیادی از کتاب به طرح



مطالبی در حوزه اصول تدوین و تنقیح و تدوین قوانین اختصاص داده شده است که به نظر نگارنده خارج از موضوع کیفیت قانونگذاری به معنای خاص است.

احمد مرکزالمیری در مقاله‌ای با عنوان «ملاحظات در انجام فرایند ارزیابی تأثیرات پیشینی قانون در ایران» در نشریه «حقوق اداری» در سال ۱۴۰۰ به وضعیت تصویب قوانین بی کیفیت در ایران و تکلیف قوه مجریه به ارزیابی پیش از تصویب قوانین در ایران اشاره کرده است. این مقاله صرفاً به مقوله ارزیابی قانون محدود شده است.

یکی از جدیدترین آثاری که در مقوله کیفیت قانون و قانونگذاری منتشر شده، کتاب «قانون‌نویسی؛ هنر و فناوری قواعد تنظیم‌گری» تألیف هلن زانتاکی یکی از متخصصان مشهور مطالعات قانونگذاری است. این کتاب که به ترجمه حسن وکیلان به‌طور مشترک از سوی انتشارات سمت و مجلس شورای اسلامی منتشر شده است، به‌طور مفصل قواعد نگارش متون قوانین و مقررات و به‌طور کلی، بعد زبانی قانون و قانون‌نویسی به‌ویژه در سنت انگلیسی را بحث و بررسی کرده است. زانتاکی در این اثر، قانون‌نویسی را فراتر از فن و در جایگاه نوعی هنر قرار می‌دهد که دانش و مهارت آن، هم تعلیم‌دانی است و هم با وزریدن مستمر به دست می‌آید. او در اثر مذکور، با مثال‌های عینی، شیوه صحیح نگارش قانون و نیز تکلیف نویسندگان قانون در رعایت ارزش‌های سلسله‌مراتبی قانون‌نویسی را مورد تأکید قرار می‌دهد. طبعاً تأکید این کتاب بر جنبه‌های زبانی و ساختار شکلی قوانین است و به جنبه‌های حقوقی و فنی اشارت‌های بسیار کوتاهی دارد.

یکی از معدود کتاب‌هایی که بعد زبانی قانون را موضوع اصلی خود قرار داده است، کتاب «زبان قانون»، نوشته فاروق خضری است که در سال ۱۴۰۱ منتشر شده است. کتاب پیش‌گفته به جایگاه زبان قانون در نظام حقوقی و اهمیت به‌کارگیری صحیح زبان قانون می‌پردازد. به این منظور، نویسنده ضمن برشمردن کاستی‌های مهمی که معمولاً در کاربرد زبان در قانون رخ می‌نماید، مانند ابهام، اجمال، عدم انسجام، ناخوانا بودن و پیچیدگی، تعارض، تناقض و نظایر آن، راه‌حلهایی برای پرهیز از بروز این نقایص پیشنهاد می‌کند. تردیدی نیست که مباحث ارائه‌شده در این کتاب ارزشمند است؛ اما نیازمند تکمیل و افزودن مباحثی دارد که در این پژوهش سعی شده است برخی از مهم‌ترین آنها ارائه شود.

نوشتار حاضر، در مرحله نظری، بر آن است ضمن پرهیز از تکرار مطالب مرتبط در پژوهش‌های یاد شده، با بررسی سه بعد فنی - محتوایی، زبانی - ساختاری و حقوقی، تصویر جامعی از مقوله کیفیت قانون به معنای خاص، یعنی به معنای محصول عمل تقنینی، ارائه دهد که به نظر می‌رسد سابقه‌ای در ادبیات موجود در این زمینه ندارد. علاوه بر نوآوری در ترتیب، ترکیب و دسته‌بندی مطالب، در اثر پیش رو سعی شده میان شکل‌گیری تاریخی مفهوم قانونگذاری مدرن از یک‌سو، و ضرورت توجه به ابعاد سه‌گانه یاد

شده، چرایی این توجه و تا حدی چگونگی آنها از سوی دیگر، ارتباط متقابل برقرار شود. نگارنده بر آن است که بدون درک فلسفه و روحی که بر قانونگذاری مدرن حاکم است، ضرورت ارتقای کیفیت قوانین و شیوه‌های اعمال آن به‌درستی درک نخواهد شد. همان‌طور که در جمع‌بندی گفته خواهد شد، بدون درک صحیح مبانی قانونگذاری مدرن، نقطه‌عزیمتی که برای ارتقای کیفیت محصول عمل‌تقنینی انتخاب خواهد شد، ممکن است به‌درستی تعیین نشود. این نوشتار مدعی است دریچه تازه و نسبتاً کامل‌تری به مقوله ارتقای کیفیت قانون باز می‌کند.



فصل دوم

مفهوم قانونگذاری مدرن و تطور تاریخی آن



۱- تحلیل مفهومی

واژه "Legislation" در زبان انگلیسی، هم به فرایند وضع قانون یا قانونگذاری و هم برای اشاره به محصول این فرایند یعنی قانون استفاده می‌شود.^۱ یکی از ویژگی‌های جوامع سیاسی مدرن، اداره آنها بر اساس و به‌وسیله قوانین و مقرراتی است که عامدانه و قاصدانه طراحی، وضع و تصویب می‌شوند. قوانین تنها به‌وسیله پارلمان به‌عنوان یک نهاد دموکراتیک، و مقررات غالباً به‌وسیله دولت و دستگاه‌های اجرایی وضع می‌شوند. هدف اصلی از وضع قوانین به‌طور کلی، اثربخشی به تصمیمات سیاستی دولت به‌منظور تغییر عامدانه در جهت پاسخگویی به نیازهای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی است.^۲ برخی از نویسندگان قانون موضوعه را قدرتمندترین ابزار دولت می‌دانند؛ ابزاری که در پرتو تعریف ویر از دولت، از طریق کاربرد انحصاری زور موجه تضمین می‌شود.^۳ منظور از قانون موضوعه به‌معنای خاص که موضوع اصلی این پژوهش است، مصوبه رسمی پارلمان است که در ضمن یک متن مکتوب، اراده پارلمان در خصوص موضوعی را منعکس می‌کند. قانون به این معنا، محصول فرایند پیچیده‌ای است که قانونگذاری خوانده می‌شود. از نظر والدرون: «قانونگذاری عملی است که قوانین به‌طور عامدانه طی فرایندهای تشریفاتی که به‌صراحت به این منظور اختصاص یافته است، ایجاد شده یا تغییر یافته و ملغی می‌شوند».^۴ این قوانین و مقررات، نه دستورات موردی و موقتی، بلکه فرمان‌های نسبتاً عام و دائمی هستند. قوانین و مقررات غالباً از اراده یک شخص منفرد ناشی نمی‌شوند، بلکه طی فرایندها و تشریفات مشخصی مانند فرایندهای پارلمانی یا اداری از طریق شور و رایزنی، تدوین و تصویب می‌شوند. این تشریفات و فرایندها چنان اهمیتی دارند که عدم رعایت آنها، مشروعیت و اعتبار مصوبات را سلب می‌کند.

وضع قانون از طریق مجامع نمایندگی، تحت تأثیر پارادایم دموکراسی و مقبولیت حکومت‌های دموکراتیک، از اهمیت و جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. مجامع نمایندگی که پارلمان‌ها قدیمی‌ترین و مهم‌ترین نوع آنها محسوب می‌شود، علاوه بر اینکه از حیث نحوه انتخاب دموکراتیک هستند، از طریق برگزاری انتخابات به موکلین خود پاسخگو نیز هستند و در صورت نارضایتی، انتخاب‌کنندگان می‌توانند ایشان را در انتخابات بعدی از سمت نمایندگی عزل کنند. اما اهمیت یاد شده صرفاً به سبب دموکراتیک بودن مجمع واضح قانون نیست. والدرون به دلایل مهم دیگری علاوه بر دلیل یاد شده نیز اشاره می‌کند. او توضیح می‌دهد که در میان نهادهایی متفاوت و متنوعی که به وضع قاعده اقدام می‌کنند، این پارلمان است که به‌طور علنی و شفاف به امر قانونگذاری اختصاص پیدا کرده است. آرایش جلسات و کرسی‌های نمایندگی، نحوه سازمان‌دهی کمیسیون‌های پارلمانی و فرایندهایی که برای این نهاد پیش‌بینی شده،

1- Mackaay, op. cit, p. 491.

2- Victoria E. Aitken, An Exposition of Legislative Quality and Its Relevance for Effective Development, 2013. p. 1.

3- Edward C. Page, Law and Construction of Policy: A Comparative Analysis, 2014, p. 1.

4- Waldron, J., Legislation, in Philosophy of Law and Legal Theory, Golding, M. P. and Edmundson, W.A., (eds), Malden, Blackwell Publishing Ltd, 2005, pp. 236-247.



باعث شده است که همگان به‌نحو علنی بدانند که این تنها پارلمان است که قوانین حاکم بر رفتار آنها را وضع می‌کند. بر عکس، مجامعی مانند کابینه یا هیأت‌وزیران یا دیوان‌های عالی قضایی که صلاحیت قاعده‌گذاری خود را اعمال می‌کنند، فاقد این خصیصه علنی و شفاف بودن فرایند وضع قانون هستند و اساساً نزد عموم به‌عنوان مراجع وضع قانون شناخته نمی‌شوند.

دلیل دیگری که به پارلمان جایگاه خاصی در امر وضع قانون می‌بخشد، تعداد زیاد نمایندگان است. درحالی‌که در کابینه و شوراهای قضایی، حداکثر چند ده نفر حضور دارند، تعداد نمایندگان گاه چند صد نفر است و یا پارلمان از دو مجلس با تعداد مضاعف نمایندگان تشکیل می‌شود. در خصوص برتری تعداد زیاد نمایندگان در امر تصمیم‌گیری بر مجامع کوچک، نویسندگانی مانند ارسطو و کندورسه اظهارنظر کرده‌اند. ارسطو، تصمیم‌گیری در یک مجمع بزرگ‌تر را بهتر می‌داند. از نظر او، تعداد بیشتر افراد برای تصمیم‌گیری به معنای تنوع بیشتر است که طی آن هر عضو فضیلت و خرد بیشتری را به جمع می‌افزاید. کندورسه نیز با محاسبات ریاضی نشان می‌دهد که هر چقدر تعداد اعضای واجد صلاحیت گروه برای تصمیم‌گیری بیشتر باشد، با افزایش تعداد، احتمال دستیابی به پاسخ صحیح (در امر سیاست‌گذاری و قانونگذاری) افزایش می‌یابد. این استدلال‌ها به نفع مجامع تقنینی پارلمانی است که معمولاً تعداد زیادی عضو دارد و آن را به نهادها و اشکال دیگر قاعده‌سازی، برتری می‌بخشد. از نظر ارسطو، وجود تعداد زیاد در قانونگذاری، به‌معنای وجود دیدگاه‌ها و اطلاعات بیشتر در فرایند وضع قانون است که همین امر موجب تقویت بعد محتوایی و غنی شدن آن می‌شود.

آخرین ویژگی مد نظر والدرون برای ترجیح قانونگذاری از طریق پارلمان این است که وضع قانون در این نهاد دموکراتیک از طریق نمایندگی انجام می‌شود. در بادی امر به‌نظر می‌رسد وضع قانون از طریق نمایندگی (دموکراسی غیرمستقیم) بعد از مراجعه مستقیم به آراء مردم، بهترین گزینه است. چون در جوامع جدید امکان مراجعه مستقیم به آراء مردم برای همه امور ممکن نیست، لذا توسل به دموکراسی مبتنی بر نمایندگی و از سر اضطرار توصیه می‌شود؛ در غیر این صورت، اولاً و بالذات، نهاد نمایندگی روش مناسبی برای قاعده‌سازی دموکراتیک نمی‌تواند باشد. والدرون معتقد است این تلقی حداقل در خصوص کارکرد قانونگذاری مجامع نمایندگی نادرست است. از نظر والدرون، حکومت قانون زمانی محقق خواهد شد که قوانین عام باشند و عام بودن قواعد وقتی محقق می‌شود که حدی از انتزاعی بودن قواعد تأمین شود. این حد از انتزاعی بودن از طریق گرد هم آمدن نمایندگان منافع متضاد و متنوع تأمین می‌شود. نماینده چیزی را نمایندگی می‌کند و در یک نظام دموکراتیک نماینده طیفی از افرادی که به او رأی داده‌اند را نمایندگی می‌کند؛ اما این نمایندگی از چند جهت است، یعنی هم از نظر جغرافیایی (حوزه انتخاباتی)، صلاحیتی (نظام فدرال) و ایدئولوژیکی (نمایندگان حزبی به‌ویژه در نظام‌های حزبی تناسبی). حیثیت‌های

مختلفی که نماینده آنها را نمایندگی می‌کند، سطحی از انتزاعی بودن را در تصمیم‌گیری از این طریق فراهم می‌کند که در رأی‌دهی مستقیم که ملاحظات شخصی در آن دخیل است و این سطح از انتزاعی بودن را ندارد، ممکن نیست. در واقع عام بودن قانون از طریق این انتزاع بدان معناست که در قانون سعی می‌کنیم از تمرکز مستقیم بر یک هویت متمایز پرهیز کنیم و شخص را در پرتو آنچه او با دیگران در آن شریک است ببینیم. والدورن از قول اربیناتی می‌نویسد نهاد نمایندگی به ما کمک می‌کند از مدعیات و عقاید، شخصی‌زدایی کنیم تا شور و مشورت درباره یک موضوع را آسان‌تر کند.^۱

قانونگذاری به مفهومی که در بالا بدان اشاره شد، طی تشریفات و مراحل پیچیده‌ای انجام می‌شود که رعایت آنها در اعتبار حقوقی قانون اهمیت بسیار زیادی دارد. با وجود این، اهمیت رعایت قواعد وضع قانون فقط از جهت اعتباربخشی حقوقی نیست، بلکه این قواعد بنا به فرض باید تضمین‌کننده کیفیت تصمیم‌ها نیز باشد. به عبارت دیگر، قانونگذاری نوعی تصمیم‌گیری جمعی است و همان قواعد عامی که برای انتخاب بهترین گزینه در تصمیم‌گیری‌های جمعی حاکم است، در این خصوص نیز صادق است. یک تصمیم در صورتی که فاقد عقلانیت و آگاهی باشد و یا از روی احساسات و هیجانات و منافع آنی اتخاذ شود، ممکن است پیامدهای خواسته و ناخواسته نامطلوب و ناگواری برای شخص یا اشخاصی داشته باشد که مخاطب یا تحت تأثیر آن تصمیم قرار می‌گیرند. تصمیم‌گیری شتاب‌زده در سطح کلان ممکن است ابعاد و پیامدهای بسیار گسترده و جبران‌ناپذیری به بار آورد. به نظر می‌رسد بار اصلی تضمین مشروعیت و کیفیت تصمیم‌گیری شورایی و دسته‌جمعی در مجالس پارلمانی بر عهده آن دسته از قواعد و آیین‌های کار پارلمانی است که تضمین‌کننده شور و رایزنی کافی و انتقال دیدگاه‌های گروه‌های تخصصی و کارشناسی و تأمین اطلاعات مورد نیاز برای اتخاذ تصمیمات عقلانی است. عمده این قواعد، بسته به میزان اهمیت، یا در قوانین اساسی کشورها ذکر می‌شود و یا در آیین‌نامه‌های داخلی پارلمان‌ها و یا اسناد جداگانه هنجاری مانند دستورالعمل‌ها و کدهای رفتاری مورد اشاره قرار می‌گیرد. مراحل و تشریفات که در این اسناد متنوع پیش‌بینی و تعبیه می‌شود، می‌تواند در کیفیت محصول نهایی فرایند قانونگذاری تأثیر به‌سزایی داشته باشد. به عبارت دیگر، می‌توان ادعا کرد میان کیفیت قواعد کار پارلمانی و محصول نهایی پارلمان‌ها، که همانا قوانین است، رابطه مستقیم وجود دارد. اما این آیین‌ها و فرایندها - که در مجموع فرایند و مراحل قانونگذاری را تشکیل می‌دهند و نیز محصول عمل تقنینی که متمایز از سایر منابع ایجاد هنجارهای حقوقی مانند عرف‌ها و رویه دادگاه‌ها هستند - از مفاهیم کلان و مهمی ناشی می‌شوند که آگاهی از آنها برای شناخت خود عمل قانونگذاری و نیز محصول آن، یعنی قانون، ضروری است. در ادامه تلاش می‌شود برخی از این مفاهیم اساسی که در شکل‌گیری مفهوم مدرن قانونگذاری و تحول تدریجی و تاریخی آن نقش عمده داشته‌اند، به اختصار اشاره شود.

1- Jeremy Waldron, Dignity of Legislation, Maryland Law Review, Vol. 54, No. 2. 1995.



۲- تطور تاریخی

۲-۱- قواعد حقوقی در دولت‌های پیشامدرن

تاریخ تحول منابع حقوق را باید در آینه تاریخ تحول جوامع بشری، از اجتماعات ساده مبتنی بر تقسیم کار مکانیکی به جوامع پیچیده مبتنی بر تقسیم کار ارگانیکی، مشاهده و فهم کرد. بدیهی است ضوابط حاکم بر رفتار بشر در مسیر رشد و شکوفایی استعدادهای بشری، هرگز ایستا و یکسان نبوده است. قواعد تنظیم‌کننده زندگی اجتماعی در جهانی که واحدهای اجتماعی در اندازه‌های خانواده، طایفه یا قبیله بوده و اقتصاد و معیشت، شکار، زندگی شبانی و باغبانی مبتنی بوده و انسان خود را در محاصره انواع خدایان، اسطوره‌ها، علل و اسباب ناشناخته و هستی پر رمز و راز می‌دیده، تا جهان اسطوره‌زدایی شده‌ای که در آن انسان در قالب شهرها و دولت-کشورها زندگی کرده و به مدد علم و فناوری‌های هر لحظه پیش‌رونده، خود را حاکم و مسلط بر محیط زندگی خود می‌داند و در قالب نهادهای پیچیده و درهم‌تنیده زندگی می‌کند، نمی‌تواند یکسان باشد.

مطالعات انجام‌شده در باب تاریخ تحول منابع حقوق، گواه این حقیقت است: پیش از شکل‌گیری نهادهای قانونگذاری و مقررگذاری که بر اساس یک طرح پیشینی و نظام‌مند به‌نحو عامدانه به تولید قواعد عام لازم‌الاجرا اقدام کنند، منبع اصلی قواعد الزام‌آور عرف‌هایی بودند که بنا به تعریف، حاصل تکرار یک رفتار معین نزد جماعتی از مردم بودند. این عرف‌ها، رفته‌رفته از چنان وجاهت و اهمیتی برخوردار می‌شدند که از نظر ذهنی الزامی بودن آن انکارناپذیر بود و به همین سبب مبنای زندگی اجتماعی قرار می‌گرفتند. سر هنری مین،^۱ دانشمند حقوقی انگلیسی، در اثر معروف خود با عنوان «حقوق باستان»،^۲ ضمن تشریح چهار مرحله از مراحل توسعه حقوق - که از فرمان‌های پادشاه که تحت تأثیر الهامات غیبی شروع شده و به عرف‌های کدبندی‌شده ختم می‌شود - تصریح می‌کند جوامعی که در مرحله چهارم (یعنی همین عرف‌های کدبندی‌شده) توقف می‌کردند، جزء جوامع «ایستا» طبقه‌بندی می‌شوند و جوامعی که می‌توانستند از آن مرحله (مرحله چهارم) عبور کنند، جوامع «پیشرفته» خوانده می‌شوند. پویایی و پیشرفت جوامع از نظر او به سه طریق ممکن بوده است: نخست استفاده از فرض‌های حقوقی،^۳ دوم انصاف^۴ و سوم قانونگذاری.^۵ مین در کتاب یاد شده این ادعا را مطرح می‌کند که حقوق به مدد این سه ابزار، خود را با نیازهای جامعه تطبیق داده و امکان هرگونه اصلاح و تغییر را فراهم کرده است.^۶

1- Sir Henry Maine

2- Ancient Law

3- Legal fiction

4- Equity

5- Legislation

6- A. K. R. Kiralfy, Law Reform by Fictions, Equity and Legislation in English Legal History, The American Journal of Legal History, Vol 10. Issue 1. January 1966. p. 3.

بنابراین می‌توان ادعا کرد عرف‌های مبهم، پراکنده و متنوع در بخش اعظم تاریخ بشری، بار اصلی تمسیت زندگی اجتماعی را بر عهده داشته‌اند و توسل به قوانین و مقرراتی که حاصل تأمل، شور و رایزنی عده‌ای در نهادهایی مانند پارلمان یا دستگاه‌های اداری و اجرایی هستند از خصایص جهان جدید است؛ جهانی که به مدد انقلاب‌های علمی و رشد علوم و فنون و نیز شکوفایی خرد انسانی خود را از جهان قدیم متمایز کرد. جان کلی در اثر ارزنده خود، «تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب»، می‌نویسد: «اوایل قرون وسطی پایبندی محکمی به ایده باستانی ژرمن وجود داشت که قانون اساساً همان عرف است؛ عرف به معنای وفاداری‌های سنتی مردم که پیش از شاه وجود داشته‌اند و شاه نیز مانند باقی مردم در درون شبکه‌ای از آن عرف‌ها می‌زیسته است. تنها از سده سیزدهم به این سو بود که قانون موضوعه به معنای تصویب قواعد موضوعه جدید، شروع به ایفای سهمی مهم در پاسخ به نیازهای جدید دولت کرد...»^۱.

به نظر می‌رسد تاریخ تحول منابع قواعد حقوقی، ارتباط تام و تمامی با تاریخ تحول دولت دارد. تا پیش از شکل‌گیری دولت مدرن که با ظهور دولت‌های مطلقه و واحدهای سیاسی جدید یعنی دولت - کشورها پس از معاهده وستفالی آغاز می‌شود، منبع اصلی قواعد حاکم بر رفتار اجتماعی انسان، همچنان عرف اعم از عرف‌های پراکنده یا عرف‌های کدبندی‌شده و فرمان‌های پادشاهان بوده است. پیش از شکل‌گیری دولت‌های مطلقه، دولت‌های فئودالی و دولت‌های صنفی یا «اشنتتشتات» به دلیل وجود مراکز متعدد قدرت سیاسی در اولی، و دو بنی بودن آن در دومی، ناتوان از ایجاد قواعد یگانه و یکپارچه‌ای ذیل اقتدار یک دولت مرکزی بودند. به عبارت دیگر، در این دولت‌ها «نه ابزارهای خشونت انحصاری بود و نه قانونگذاری»^۲.

بحران‌های موجود در ماهیت دولت‌های فئودالی که در کشمکش مستمر میان مراکز متعدد قدرت ریشه داشت، در نهایت منجر به فروپاشی آنها شد. مرحله بعدی تحول دولت در قالب دولت‌های صنفی^۳ یا «اشنتتشتات» که مصادف با قرن‌های چهارم تا شانزدهم میلادی بود، گرچه شاهد کاهش تفرق، چندپارچگی و تعدد مراکز قدرت سیاسی بود، با این حال همان دو بنی یا دوگانگی قدرت سیاسی، مانع شکل‌گیری یک نظام حقوقی منسجم و یکپارچه بود. پوجی در توضیح این امر می‌نویسد: «اصناف آن قدرها مایل نبودند که از یک قدرت خارجی بخواهند موقعیت سوسیو اکونومیک ممتاز (انحصار مهارت، شیوه‌های انحصاری مصرف و غیره) را به گونه‌ای معتبر یا با توسل به جبر تضمین کنند، بلکه به خودشان اختیار می‌دادند قوانینی را در مورد حقوق و تعهدات اعضای خود صادر کرده و به موقع اجرا بگذارند

۱- جان کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: انتشارات طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۲۸۰.

۲- احمد گل محمدی، چستی، تحول و چشم انداز دولت، تهران: نشر نی، ۱۳۹۲، ص ۱۶۵.

و تجاوز بیگانه علیه مزایای خودشان را منع یا با آن مقابله به مثل کنند»^۱. با فروپاشی دولت صنفی، شرایط برای شکل‌گیری دولت‌های مطلقه که در ضمن، فراهم‌کننده مقدمات قانونگذاری به‌معنای مدرن نیز بود، فراهم شد. در ادامه این موضوع با تفصیل بیشتری بررسی می‌شود.

۲-۲- دولت مطلقه و قانونگذاری

آشوب‌های اجتماعی و جنگ‌های داخلی ناشی از فقدان یک دولت مقتدر مرکزی که قادر به برقراری حداقلی از نظم و امنیت باشد، و نیز وقوع جنگ‌های طولانی مذهبی (از جمله جنگ‌های سی‌ساله) پس از ظهور مذهب پروتستان در اوایل قرن شانزدهم در اروپا، زمینه‌های احساس نیاز به یک مرکزیت سیاسی مقتدر را فراهم کرد. توصیف آلن از وضعیت کشور فرانسه در آن روزگاران جالب توجه است: «در آغاز قرن شانزدهم فرانسه هر چند بسیار باثبات‌تر از آلمان بود با این حال از بسیاری جهات آشوبزده بود. در هر بخش از سرزمین، عمل دولت تحت تأثیر امتیازهای مذهبی، اشرافی، استانی یا جماعتی محدود می‌شد. گرچه همه قوا از آن پادشاه بود اما حق‌های موضوعه مورد قبول او از استانی به استانی متفاوت بود. ... قانون از استانی به استانی و بلکه از شهری به شهر دیگر متفاوت بود»^۲. کسانی مانند بدن در فرانسه، هابز در انگلستان و پوفندورف در آلمان، تحت تأثیر هرج‌ومرج، جنگ‌های داخلی و اوضاع ناگوار ناشی از آنها، همان احساس نیاز را مبنای نظریه‌پردازی خود برای برپایی یک نظام سیاسی مقتدر قرار دادند. این میان، بدن با طرح و تشریح مفهوم حاکمیت مطلق و دائم، نقش بسیار مؤثری داشت.^۳ او اولین نشانه حاکم مطلق را قدرت او در وضع و نسخ قوانین می‌دانست. در اعمال این قدرت حاکم، از هیچ‌کس اجازه نمی‌گیرد و نیازمند تأیید هیچ منبع و مرجعی بالاتر یا پایین‌تر از خود اعم از خداوند یا مردم نیست. گرچه او ملتزم به قوانین طبیعی است که از خداوند ناشی می‌شود، ولی کسی را یارای آن نیست که به این بهانه از فرمان او سرپیچی کند و یا بر آن اساس بر او نظارت یا او را مؤاخذه کند. چنانچه حاکمی مغایر با قانون طبیعی عمل می‌کند، آنکه می‌تواند او را قضاوت و مجازات کند، نه اتباع تحت فرمانش بلکه فقط خداوند است.^۴ اندیشه حاکمیت بلامنازع و بی‌رقیب در آراء بدن، از این جهت بدیع و مهم است که پیش از آن در قرون وسطی، حاکمیت پادشاهان فقط در چارچوب عادات، رسوم و عرف‌های موجود پذیرفته بود و از این جهت فاقد وصف اطلاق بود. به عبارت روشن‌تر، «ایده پادشاهی قرون وسطی، معتقد به تفوق تقنینی پادشاه نبود بلکه اختیارات قانونگذاری آنها در درون چارچوبی که عرف تعیین می‌کرد تنظیم می‌شد؛ چارچوبی که در آن، گرچه پادشاه مرکزیت داشت اما تنها عامل در فرایند قانونگذاری نبود. وانگهی، زندگی

۱- جانفرانکو پوجی، تکوین دولت مدرن، درآمدی جامعه‌شناختی، ترجمه بهزادباشی، تهران: نشر آگاه، ۱۳۷۷، صص ۷۹-۸۰.

2- J. W. Allen, A History of Political Thought in the Sixteenth Century, second edition, London, Methuen & CO LTD, 1928, p. 271.

۳- و. ت. جونز، خداوندان اندیشه سیاسی، جلد دوم، قسمت اول، ترجمه علی رامین، چاپ نهم انتشارات امیر کبیر، صص ۶۴-۷۳.

4- John Morrow, History of Western Political Thought: A Thematic Introduction, second edition, London, Palgrave Macmillan, 2005, p. 271.

اتباع آنها با نظامی از قوانین تنظیم می‌شد که نه از فرمان‌های پادشاه بلکه از عرف‌ها ناشی می‌شد.^۱ در نگرش جدید، هدف سیاست، ایجاد نظم در علایق و منافع فردی و صنفی تلقی می‌شد و ایجاد نظم در این عرصه فقط در سایه یک نظم‌دهنده واحد امکان‌پذیر بود. پوجی خاطر نشان می‌کند چنین نگرشی در قرن هفدهم دولت را در این جایگاه قرار داد که «قواعد و مقرراتی را تعدیل و یکنواخت کند که طی چند قرن قبل از آن، اصناف و سایر بنگاه‌های شهری به‌گونه‌ای خودمختار در سطح محلی بر حرفه‌های تجارتي و توليدي تحميل کرده بودند: این مقررات قیمت‌ها، استاندارد کالا، کیفیت و چگونگی تولید و روش مربوط به آموزش شاگردان را تعیین می‌کرد و نوآوری و رقابت را کنترل می‌نمود».^۲ حاصل شکل‌گیری دولت فراگیر و اقتدار بلامنازعی که در اثر گرایش‌های فکری یاد شده در اروپا ایجاد شد، تصویب و اجرای مجموعه قوانین و مقرراتی بود که به‌نحو یکپارچه در سراسر فرانسه در دوران لویی چهاردهم اغلب در موضوعات تجاری و بازرگانی مانند حمل‌ونقل دریایی، اداره جنگل‌ها و رودخانه‌ها و تجارت بردگان و مانند اینها به وقوع پیوست. در پروس نیز وضعیت مشابهی حاکم بود.^۳

۳-۲- عصر روشنگری و تأثیر آن بر شکل‌گیری ایده قانونگذاری

قانونگذاری به‌معنای یک فعالیت آگاهانه و هدفمند برای خلق هنجارهای حقوقی، کاملاً تحت تأثیر اندیشه‌های نویی بود که پس از رنسانس، انقلاب علمی و متعاقب آن، عصر روشنگری در قرون شانزدهم تا هجدهم در اروپا به‌وجود آمد و سپس دامنه آن به سایر نقاط جهان گسترش پیدا کرد. تجربه‌گرایی فرانسیس بیکن و عقل‌گرایی دکارتی که روش رایج شناخت عالم و پدیده‌ها را در قرون‌وسطی به چالش کشید، مبنای ظهور روش‌شناسی نویی شد که در آن سادگی، عینیت، قطعیت، دقت، قابلیت پیش‌بینی، قابلیت ارزیابی، نظام‌مندی، سازگاری، انسجام و عام‌الشمولی قوانین حاکم بر روابط اشیاء، از جمله معیارهای مهم تمیز شناخت معتبر از نامعتبر قرار گرفت. نکته بسیار مهم اینکه اعتبار این معیارها برای ارزیابی شناخت صحیح به طبیعت محدود نماند. متفکران عصر روشنگری، در صدد توسعه گفتمان قوانین عام استخراج‌شده از این روش‌شناسی به علوم اجتماعی و انسانی برآمدند. «اگرچه تلاش‌ها برای وام گرفتن از روش‌شناسی علوم طبیعی برای بازآفرینی نوعی دقت ریاضی‌وار مستتر در قوانین حرکت نیوتون ناکام ماند اما تأثیر فرهنگی این پارادایم عظیم بود. ... دانش حقوق مدرن از چنین تلاش‌هایی برای علمی‌تر کردن حقوق سرچشمه می‌گرفت».^۴

اندیشمندان عصر روشنگری با به‌کارگیری روش‌شناسی جدید تلاش داشتند تجربیات و مشاهدات

1- Ibid, p. 249.

۲- پوجی، پیشین، ص ۱۲۹.

۳- همان، ص ۱۲۰.

4- John A. Powell and Stephen M. Menendian, Remaking Law: Moving Beyond Enlightenment Jurisprudence, Saint Louis University Law Journal, Vol. 54, No 4, 2010, p. 1034.



خود از جامعه و انسان را به مقادیر کمی تبدیل کنند و از این رهگذر امیدوار بودند به همان درجه از قطعیتی که در علوم تجربی دست‌یافته بودند در علوم اجتماعی نیز نائل آیند. به‌علاوه، تلاش‌ها برای تسری قوانین عام‌الشمول علوم تجربی به علوم اجتماعی از سنت قیاسی دکارتی ناشی می‌شد. «متفکران عصر روشنگری که در جستجوی کشف قوانین عام‌الشمول بشری بودند، با علاقمندی، روش‌شناسی انقلاب علمی را در علوم اجتماعی به کار گرفتند»^۱.

اتکا و ایمانی که به خرد در عصر روشنگری پدید آمد، خرد انسانی را به منبع و مبنای شناخت جهان و کل واقعیت بدل کرد. از منظر متفکران عصر روشنگری، خرد نیرویی است که معرفت کامل می‌آفریند زیرا خرد از ظرفیت شناخت و نظم دادن به جهان برخوردار است.^۲

افکار و اندیشه‌های یاد شده نه تنها تأثیر مستقیم بر آرای حقوقدانان اعصار مربوطه داشت بلکه برخی از فیلسوفان و طبیعی‌دانان دوره انقلاب علمی و اوایل عصر روشنگری، در ضمن حقوقدانان برجسته‌ای نیز بودند. برای نمونه سرفرانسیس بیکن، نه تنها سرآمد دانشمندان علوم اجتماعی بود بلکه دادستان کل و لرد چانسلر انگلستان هم بود. او و سایر حقوقدانان عصر روشنگری معتقد بودند دانش حقوق یک کاوش علمی است و باید به عبارات علمی صورت‌بندی شود و منظور از این سخن آن است که حقوق باید واجد عینیت، شمولیت، سادگی، دقت منطقی و حتی استنتاج قیاسی باشد.^۳ «او در اثر ناتمام خود، نوآلاتنیس حقوق را محصول ملاحظیات ساده منافع انسانی معرفی کرد و نه چیزی که باید به صورت ایده‌آل با نظامی برتر [حقوق طبیعی] تطبیق کند یا آن را منعکس کند».^۴ او بدین ترتیب، وجود یک قانون برتر یعنی حقوق طبیعی را رد کرد. همچنین فیلسوف، دانشمند و حقوقدان مشهور، لایب نیتس، معتقد بود حقوق باید مبتنی بر علمی مانند هندسه استوار باشد. در این راستا او حتی کدی مبتنی بر اصول علمی تدوین کرد که البته در نهایت مصوب نشد. «آنچه او در علم می‌دید، روش نظام‌مند شناخت جهان و به‌کارگیری اصول اولیه عقل فارغ از وحی بود. نظام حقوقی باید بر اساس یک هدف انتزاعی عمل کند که در قالب قضایایی ساده و قابل‌اتکا بیان شود».^۵

تأثیر اندیشه‌های علمی و فلسفی یاد شده بر نویسندگان مقالات فدرالی، که به نوبه خود مبنای طراحی قانون اساسی آمریکا به‌عنوان اولین قانون اساسی مکتوب و مدون به‌معنای مدرن است، انکارناپذیر است. از نظر نویسندگان مقالات پیش‌گفته، «دولت باید بر اصول علمی بنا شود تا شرور آدمی را کنترل کند و فضایل او را به‌کار گیرد».^۶

1- Ibid, 1035.

2- Ibid, 1049.

3- Ibid, 1053.

۴- کلی، پیشین، ص ۳۳۶.

5- Robin Feldman, Historical Perspective on Law and Science, Stanford Technology Law Review, 1. pp. 7-8.

6- Powell and Menendian, op. cit., p.1057.

آشکارترین جلوه‌های تأثیرگذاری ایده‌های اصلی عصر روشنگری را می‌توان در مقوله کدیفیکاسیون ملاحظه کرد که در جریان ظهور عصر روشنگری در اندیشه‌های لایب نیتس و به‌طور کامل‌تر و مفصل‌تری در آراء جرمی بنتام مطرح شد. اساس کدیفیکاسیون بر این ایده بنا شده است که قواعد حقوقی را می‌توان به یک نظام عقلانی کامل و بدون نقص و خلل تبدیل و به‌طور نظام‌مند عرضه کرد. کدیفیکاسیون به معنای ارائه مجموعه قواعدی در یک موضوع واحد به‌عنوان یک مجموعه منطقی‌سازگار با هم، در صدد انسجام‌بخشی و ارتقای قابلیت دسترسی به قانون از سوی مخاطبان، مجریان و مفسران آن بود. کدیفیکاسیون نماد یکپارچگی یک ملت تحت حاکمیت یک دولت واحد بود که غرضش، پایان بخشیدن به پراکندگی قوانین، فرمان‌ها و عرف‌ها و رفع تبعیض در اجرای قانون و برقراری عدالت بود. همچنین هدف از کدیفیکاسیون مقابله با تشتت و دوگانگی حاصل از قوانین نشأت‌گرفته از حقوق رومی و حقوق کلیسایی بود. حکام عصر روشنگری در صدد بر آمدند نه تنها با متمرکز کردن قوانین بلکه با عقلانی کردن و وضوح بخشیدن به قوانین، رفاه عمومی را ارتقا بخشند. «قواعدی که بر اساس آن بنا بود عدالت اجرا شود، باید چنان مشخص و معلوم می‌بودند که از هر کس بتوان انتظار داشت رفتار خود را مطابق با آن تنظیم کند. آنچه در ذات ایده کدیفیکاسیون قرار داشت، واجد عنصری رهایی‌بخش بود. علنی کردن و قطعیت‌بخشی به قواعد حقوقی، منجر به ارتقاء حاکمیت قانون می‌شد. بنابراین کدیفیکاسیون نه تنها به سود حکومت‌شوندگان بلکه موردپسند مصلحان نیز بود. این امر هم‌نوا با اندیشه فیلسوفان انگلیسی مانند جان لاک بود که دولت و قانون را نوعی قرارداد می‌دانستند که به‌منظور تضمین آزادی، برابری و حفاظت از حقوق مالکیت منعقد می‌شود»^۱.

به هر روی، چارچوب‌های ذهنی جدیدی که در اثر ظهور عصر روشنگری پدید آمد، به طرز شگرفی در نگرش‌ها درباره تنظیم هنجارهای اجتماعی و به‌نحو بارزی در طرز تفکر حقوقی منعکس شد. از این پس، تلاش‌ها در جهت نظام‌مندی، انسجام، فهم‌پذیری قواعد حقوقی با عقل متعارف انسانی، وضوح، قطعیت، شفافیت و این قبیل معیارها، مبنای داوری درباره هنجارهای حقوقی قرار گرفت.

۴-۲- پوزیتیویسم حقوقی و ایده قانونگذاری

در میان مکاتب حقوقی مختلف، پوزیتیویسم حقوقی، به‌ویژه نوع کلاسیک آن، نقش بسزایی در گسترش ایده قانونگذاری داشته است. به‌ویژه اندیشه‌های دو چهره برجسته پوزیتیویسم حقوقی کلاسیک، یعنی جرمی بنتام و جان اوستین، دانشمندان انگلیسی قرون هجدهم و نوزدهم، نقش برجسته‌ای در صورت‌بندی مفهوم روشن‌تری از قانون و قانونگذاری داشته‌اند. پس‌از این دو، هانس کلسن اتریشی در قرن بیستم با طرح ایده سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی و تبیین معیار اعتبار آنها، طرحی منسجم از یک نظام حقوقی

1- Richard Zimmerman, Codification, European Review of Contract Law, Vol 8. No. 4. 2012, pp. 375-376.



دارای سازگاری و انسجام درونی، ارائه کرد.

جرمی بنتام در واکنش به کاستی‌های نظام حقوقی عرفی به شرحی که پیش‌تر اشاره شد، ایده کدیفیکاسیون را مطرح کرد. هدف او از این امر، تأمین جامعیت و تعین‌بخشی به قوانین در مقابل پیچیدگی قواعد حقوقی موجود در نظام کامن لا بود. از نظر او، ابهام ذاتی و عدم تعین قواعد حقوقی نظام کامن لا به دلیل نوع شکل‌گیری آن که حاصل فعالیت قضات دادگاه‌هاست، نمی‌تواند یک استاندارد قابل‌اعتماد عمومی فراهم کند به‌نحوی که بتوان انتظار داشت معیار رفتار انسانی قرار گیرد و آن را هدایت کند. به باور وی، ایجاد کدهای قانونی تا حد زیادی می‌تواند قدرت قضات را کاهش دهد تا جایی که وظیفه آنها، دیگر نه خلق قانون بلکه صرفاً به تفسیر آن محدود شود. به‌طور خلاصه، قصد بنتام این بود که فرمولی برای قانون تجویز کند که بتوان قوانین را در یک مجموعه کامل و واحد که بیان‌کننده اراده مقنن باشد، ارائه کند.^۱

جان اوستین با طرح ایده قانون به‌مثابه فرمان حاکمی که عادتاً از او تبعیت می‌شود ولی او خود از هیچ‌کس دیگر تبعیت نمی‌کند، در صدد بود که هنجارهای حقوقی را از سایر قواعد اجتماعی متمایز کند. از نظر او، فقط آن دسته از فرمان‌های عمومی که از سوی حاکم، خواه یک فرد منفرد یا مجالس قانونگذاری، صادر می‌شود واجد وصف قانون هستند و سایر هنجارها را ذیل عنوان اخلاق موضوعه طبقه‌بندی کرده و آنها را از قواعد حقوقی متمایز می‌کند. اصرار اوستین در قانون شمردن فرمان‌های عمومی حاکم، او را مجاب می‌کند که عرف و عادات، قانون اساسی و حقوق بین‌الملل را به دلیل اینکه هیچ‌واضع مشخصی ندارد، از دایره قواعد حقوقی خارج بدانند.^۲ او تلاش می‌کرد میان فرامین وضع‌شده از سوی خداوند و قوانین وضع‌شده از سوی انسان، تمایز قائل شود. در مرحله بعد، او قواعد ایجاد شده به‌وسیله انسان را به دو قسم تقسیم می‌کند: قوانینی که از سوی یک مقام عالی سیاسی (حاکم) وضع می‌شود و قواعدی که ناشی از منابع دیگری غیر از منبع ذکر شده صادر می‌شود. او صرفاً دسته اول را در شمار حقوق موضوعه محسوب می‌کند و آنها را واجد وصف حقوقی می‌داند.

هانس کلسن، حقوقدان اتریشی، نیز در نیمه اول قرن بیستم با طرح ایده سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی، سهم مهمی در پیشبرد طرح یک نظام حقوقی منسجم و سازگار با هم داشت. از نظر او، ارتقای نظم اجتماعی فقط به‌وسیله هنجارهای مصوب دولت (حاکم) امکان‌پذیر است؛ هنجارهایی که تعیین می‌کند چه عملی قانونی و کدام عمل غیرقانونی است. در طرح کلسن، ما با مجموعه‌ای از هنجارهای به‌هم مرتبط روبه‌رو هستیم که در یک نظم عمودی قرار گرفته و هنجارهای فرودین، اعتبار خود را از هنجارهای فرازین کسب می‌کنند. این زنجیره هنجارها، در نهایت به جایی می‌رسد که او نام آن را

1- Raymond Wacks, *Philosophy of Law, A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 21-22.

2- *Ibid*, p. 23.

«هنجار بنیادین» می‌گذارد؛ هنجاری که اعتبار آن نزد مردم مفروض است و اعتبار خود را از هیچ هنجار دیگری نمی‌گیرد.^۱ نظریه کلسن دو کارکرد دارد: نخست اینکه هنجارهای حقوقی را از سایر هنجارها متمایز می‌کند و دیگر اینکه این نظم سلسله‌مراتبی، یگانگی، یکپارچگی و انسجام نظام حقوقی را که در نهایت برای برقراری یک نظم اجتماعی بهینه ضروری است، تأمین می‌کند. نکته مهم در دستگاه فکری کلسن این است که اعتبار هنجارهای حقوقی در نظام سلسله‌مراتبی کلسن، صرف‌نظر از محتوای اخلاقی و عادلانه یا غیرعادلانه بودن آن است.

تردیدی نیست که ایده‌های اشاره‌شده، در سال‌های بعد مورد انتقادهای جدی فیلسوفان حقوقی قرار گرفته است. اما اساس ایده‌های یاد شده در آنچه که امروز به‌عنوان منابع ایجاد هنجارهای حقوقی نامیده می‌شود - که بخش اعظم آن مبتنی بر همین ایده فرمان حاکم است - همچنان معتبر و تأثیرگذار بوده است.

۲-۵- دموکراسی مبتنی بر نمایندگی^۲ و قانونگذاری

گرچه ایده حکومت دموکراتیک یا نظریه از پایین به بالای حکومت،^۳ یک اندیشه باستانی است که در دولت - شهرهای یونانی تحقق عملی یافت اما زوال دولت - شهرهای یاد شده و ظهور امپراطوری روم، موجب تقویت نظریه رقیب یعنی نظریه بالا به پایین حکومت شد که در آن، کل قدرت سیاسی در شخص حاکم متمرکز و متجلی می‌شود. می‌توان گفت در کل قرون وسطی، اندیشه حکومت مبتنی بر رضایت مردم و ماهیت قراردادی رابطه میان مردم و حاکم، رو به افول نهاد.

اما هم‌زمان با پیدایش افکار و اندیشه‌هایی که مجموعاً عصر روشنگری را شکل دادند، سنت حکومت مبتنی بر رضایت در آثار دانشمندانی مانند هابز، لاک و روسو ذیل آنچه اکنون به قرارداد اجتماعی معروف است احیا شد. با وقوع انقلاب شکوهمند در سال ۱۶۸۸ در انگلستان و سپس انقلاب آمریکا در خلال سال‌های ۱۷۶۵ تا ۱۷۹۱ و انقلاب فرانسه در سال ۱۷۸۹، بخش زیادی از ایده‌ها و اندیشه‌های مطرح‌شده پیرامون برپایی حکومت دموکراتیک به نهادهای حقوقی و سیاسی تبدیل شد که در قلب آن، نهاد پارلمان قرار داشت. تا جایی که به مقوله قانونگذاری مربوط است، در دموکراسی‌های مدرن «قوانین جدید بایستی با رضایت حکومت‌شوندگان که به نحوی از انحاء بیان می‌شود، وضع گردند و نمی‌تواند صرفاً از اراده پادشاه ناشی شوند. رگه‌هایی از چیزی شبیه به نمایندگی خواسته‌های مردم از طریق پارلمان که شانه به شانه مقام سلطنتی فعال باشد در انگلستان، اسپانیا، فرانسه و بخش‌هایی از آلمان نمایان شد و اصل

۱- هانس کلسن، نظریه محض حقوق و دولت ترجمه محمدحسین تمدن‌چهرمی، تهران: انتشارات سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۴، ص ۱۹۱.

2- Representative democracy

3- Ascending thesis



دموکراسی در میان قواعد حاکم بر نظام‌های مذهبی جدید ابراز گشت»^۱ به این ترتیب در اوج قرون وسطی، ایده «آنچه مربوط به همگان است باید به تصویب همگان برسد» بیش از پیش تقویت شد. «در انگلستان، سر جان فورتسکیو، در حالی که حالت مختلط قوانین اساسی انگلستان را توضیح می‌داد اظهار داشت که پادشاه بدون موافقت رؤسای کلیسا، اشراف، لردهای موروثی و نمایندگان مردم [مجالس لردها و عوام] نمی‌تواند قانون وضع کنند»^۲. افکار مشابهی نیز در فرانسه و اسپانیا اظهار شد. لازم به یادآوری است که این تغییر ذهنیت در ارتباط کامل با تحولاتی بود که در اروپای عصر روشنگری اتفاق افتاد. ویلیام لکی، افزایش ثروت و دانش را عوامل به وجود آمدن دموکراسی می‌داند. به گفته او، گسترش تجارت آزاد، ساخت جاده‌ها، ابداع دستگاه چاپ، تأسیس و گسترش دانشگاه‌ها، جنگ‌ها و البته پروتستانتیسم، از جمله عوامل مهمی هستند که در گسترش اندیشه دموکراسی نقش عمده‌ای داشتند.^۳

بر خلاف دموکراسی‌های مستقیم دوران باستان، در دوران مدرن، دموکراسی مبتنی بر نمایندگی به شکل غالب تحقق ایده نظریه از پایین به بالای حکومت تبدیل شد. کسانی مانند جان استوارت میل در قرن نوزدهم توضیح دادند که معنای حکومت مردمی این نیست که مردم خودشان حکومت را به دست بگیرند بلکه معنای صحیح آن، انتخاب حکومتگران به وسیله مردم است؛ «کار حکومت باید به معنای حکومت عده‌ای قلیل به نفع عده کثیر باشد»^۴. در حکومت به نمایندگی، گرچه در تعیین خطمشی‌هایی که بر مردم اعمال می‌شود، مردم حرف آخر را می‌زنند اما آنها غالباً این کار را نه خودشان بلکه از طریق نمایندگان منتخب خود انجام می‌دهند. مایکل مزی ویژگی‌های عمده دموکراسی‌های مبتنی بر نمایندگی را که یکی از اصلی‌ترین وظایف آنها قانونگذاری است به شرح زیر خلاصه می‌کند:

یکم، خطمشی‌های عمومی به وسیله نمایندگان تعیین می‌شوند نه خود مردم؛

دوم، نمایندگان در حوزه‌های انتخابیه متعدد تقسیم می‌شوند؛

سوم، همه شهروندان بالغ با استثنائاتی می‌توانند به نمایندگان خود رأی دهند و هر شهروند واجد یک حق برابر با دیگران است؛

چهارم، نمایندگان برای اقدامات خود در قبال کسانی که ایشان را انتخاب می‌کنند مسئول هستند و در انتخابات بعدی [و حتی گاه در خلال دور بعدی] می‌توانند آنها را عزل و دیگری را انتخاب کنند.^۵

در دموکراسی‌های مبتنی بر نمایندگی، مبنای‌ترین موضوع که تصمیمات سیاستی اتخاذ شده

۱- کلی، پیشین، ص ۲۶۴.

۲- همان، ص ۲۶۵.

۳- نقل شده در: استیون گروباد، «دموکراسی»، در فرهنگ اندیشه سیاسی، سرویراستار فلیپ وینر، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران: نشر نی، ۱۳۹۸، ص ۴۸.

۴- همان، ص ۶۹.

به‌وسیله نمایندگان را از منظر دموکراتیک موجه‌سازی می‌کند، مقوله انتخابات است. به عبارت دیگر، وجود یک انتخابات نسبتاً آزاد و منصفانه است که تصمیمات نمایندگان را به ترجیحات و رضایت عمومی پیوند می‌زند و با تضعیف یا فقدان آن، تمام اقدامات نمایندگان از جمله قانونگذاری، دلیل وجودی و مبنای اصلی خود را از دست می‌دهد.

بحث‌های زیادی درباره مزایا و معایب دموکراسی‌های مبتنی بر نمایندگی مطرح شده است که پاره‌ای از آنها به‌طور مستقیم با ارزش قانونگذاری از طریق پارلمان مربوط هستند. از جمله گفته شده است که تصمیم‌گیری‌های سیاسی، از جمله قانونگذاری، در یک نظام دموکراتیک از منظر معرفتی واجد سه مزیت به شرح زیر است: نخست، قضیه هیأت منصفه یا شورای کندورسه است که به‌وسیله ریاضیدان قرن هجدهمی، مارکوس دو کندورسه، مطرح شد. بر اساس نظر او، «اگر احتمال درستی رأی افراد از ۵۰ درصد بیش‌تر باشد، در این صورت هر چه تعداد رأی‌دهندگان بیشتر باشد، احتمال درستی تصمیم جمعی (اکثریت) آنها بیشتر خواهد بود».^۱ این نظریه ناظر بر یکی از مبنایی‌ترین قواعد دموکراسی‌ها، اعم از مستقیم و غیرمستقیم، یعنی تصمیم‌گیری بر مبنای رأی اکثریت است که بر برتری تصمیم‌گیری به شیوه دموکراتیک نسبت به سایر انواع تصمیم‌گیری، مانند تصمیم‌گیری قضایی یا یک‌نفره از منظر معرفتی اشاره دارد. هر چند انتقادهای جدی و زیادی به این نظریه وارد شده است اما این نظریه همچنان اعتبار و اهمیت خود را تا کنون حفظ کرده است.^۲

توجیه دوم از آرای ارسطو نشأت گرفته است که طی آن، او بر آن بود که آیین‌های دموکراتیک برای بهره‌گیری از تنوع شناختی عده زیادی از افراد برای حل مسائل جمعی، بهترین روش است. از آنجا که دموکراسی عده زیادی از افراد را در فرایند تصمیم‌گیری دخیل می‌کند، این به‌معنای بهره‌گیری از منابع اطلاعاتی و دیدگاه‌های مختلف در ارزیابی قوانین و خطمشی‌هاست.^۳ والدرون از موجهات معرفتی یاد شده برای تبیین اهمیت تعداد زیاد نمایندگان پارلمان در فرایند قانونگذاری استفاده می‌کند. از نظر او، همین خصیصه، قانونگذاری از طریق پارلمان را از قانونگذاری از طریق هیأت‌های قضایی و دادگاه‌ها متمایز می‌کند و آن را به شیوه ممتاز و منحصر به فرد قانونگذاری تبدیل می‌کند.^۴

توجیه سوم در دسته توجیهات معرفتی تصمیم‌گیری دموکراتیک مبتنی بر این ایده است که این نوع تصمیم‌گیری در مقایسه با سایر اشکال تصمیم‌گیری، از منظر تأمین منافع شهروندان و سازوکارهای لازم برای پیشبرد منافع آنها، غنی‌تر هستند. جان دیویی معتقد است دموکراسی مستلزم بحث و شور برای

۱- برایان بیکس، فرهنگ نظریه حقوقی، چاپ دوم، ترجمه محمد راسخ و دیگران، تهران: نشر نی، ۱۳۹۳، ص ۲۸۰.

۲- برای ملاحظه بحث تفصیلی در مورد نظریه کندورسه در زبان فارسی رک: علی اردستانی و امیر محمد ایزدی، «قضیه کندورسه و دموکراسی معرفتی: یک ارزیابی روش‌شناختی»، پژوهشنامه علوم سیاسی، سال یازدهم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۵، صص ۲۸-۷.

3- Christiano, Tom and Sameer Bajaj, Democracy, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Spring 2022.

۴- جرمی والدرون، قانونگذاری، مفاهیم، نظریه‌ها و اصول، ترجمه حسن و کیلیان، نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۷.



روشن کردن نیازها و مشکلات اجتماعی است. حتی اگر متخصصان بتوانند مسائل تخصصی را حل و فصل کنند اما آنها نیاز به دروندادهایی دارند که جانبداری خود را تصحیح کنند و به آنها بگویند که مسائل در کجا قرار دارند.^۱ علاوه بر توجیهات مطرح شده، این ادعا طرح شده است که دموکراسی از طریق بهبود شخصیت افراد و تأثیر مثبت بر فرهنگ عمومی شهروندان، در نهایت به افزایش کیفیت سیاست‌ها و تصمیم‌گیری‌های عمومی منتهی خواهد شد. فرایند دموکراتیک باعث می‌شود مشارکت‌کنندگان مستقل، عقلانیت، فعالیت و اخلاق خود را ارتقاء بخشند. احتمال اینکه جامعه‌ای با چنین تصمیم‌گیرانی، قوانین خوب تولید کند، نسبت به جامعه‌ای که با محوریت یک شخص یا جمع کوچکی از افرادی که بر عهده کثیری افراد برده‌صفت و منفعل حکومت می‌کنند، بیشتر است.^۲

علاوه بر این، توجیهات ذاتی برای دموکراسی که مبتنی بر ارزش ذاتی تصمیم‌گیری دموکراتیک است عبارتند از آزادی، برابری و توجیه عمومی که مورد اخیر از منظر قانونگذاری شایان ذکر است. جان کلام این است که قوانین و سیاست‌ها تا جایی که آنها برای شهروندان یک جامعه موجه‌سازی شده باشند، مشروع هستند. توجیه شهروند در نتیجه بحث و مذاکره آزاد و مدلل در میان افراد است. نظریه‌گفتمان دموکراسی شورایی یورگن هابرماس، به شدت در توسعه این رویکرد مؤثر بوده است. هابرماس شکل و کارکرد نظام‌های حقوقی مدرن را از دریچه نظریه کنش تفاهمی^۳ مورد تحلیل قرار می‌دهد. از این تحلیل یک اصل دموکراتیک به دست می‌آید: فقط آن دسته از قوانین می‌توانند مدعی مشروعیت باشند که بتوانند رضایت شهروندان را در فرایند گفتمانی قانون که به نوبه خود به‌طور قانونی ایجاد شده، کسب کنند. هابرماس مفهوم مشروعیت دموکراتیک را مطرح کرد؛ به این معنا که قانون فقط زمانی که در نتیجه فرایند دموکراتیک، آزاد و فراگیر شکل‌گیری «عقیده و اراده» باشد مشروع است.

این فرایند در یک جامعه پیچیده و متنوع چگونه می‌تواند باشد؟ هابرماس به این پرسش با طرح مدل «دو مسیر» که مشروعیت دموکراتیک را از نظر رابطه میان نهادهای شورایی نهادینه شده (قوای مقننه، دستگاه‌ها و دادگاه‌ها) و ارتباط اطلاعاتی در سپهر عمومی که وحشی و از مرکز هماهنگ‌ناشده است پاسخ می‌دهد. هابرماس سپهر عمومی را حوزه‌ای از زندگی اجتماعی می‌داند که در آن چیزی شبیه به افکار عمومی شکل می‌گیرد و دسترسی به آن برای همه شهروندان تضمین شده است. این حوزه در میانه دولت و افراد خصوصی قرار می‌گیرد. او در توضیح رابطه حوزه عمومی و اقتدار دولتی از جمله قانونگذاری می‌نویسد: «اگرچه اقتدار دولتی مجری، حوزه عمومی سیاسی است اما بخشی از آن نیست. یقیناً، اقتدار دولتی معمولاً اقتدار عمومی تلقی می‌شود اما این اقتدار، وظیفه مراقبت از به‌زیستی همه شهروندان را عمدتاً از این بخش از حوزه عمومی می‌گیرد. فقط وقتی که اعمال کنترل سیاسی واقعا تابع این خواست

1- Ibid.

2- Ibid.

3- Communicative action

دموکراتیک باشد که اطلاعات در اختیار عموم مردم قرار گیرد، حوزه عمومی سیاسی از طریق ابزار نهادهای وضع قانون می‌تواند تأثیر نهادینه‌شده‌ای بر حکومت بگذارد.^۱ بنابراین از نظر هابرماس، تنها قانونی که از چنین پشتوانه‌ای در سپهر عمومی برخوردار باشد، واجد مشروعیت دموکراتیک و رهایی‌بخش است: «از نظر هابرماس این آزادی برآمده از مفاهمه میان شهروندان فعال است که به خودمختاری و استقلال سیاسی معنا می‌بخشد. بر این اساس، هابرماس معتقد است که از طریق تبیین مفهوم خودمختاری سیاسی می‌توان دریافت که "چرا تولید قانون مشروع نیازمند آن است که آزادی تفاهمی شهروندان [در جهت تدوین آن] بسیج شود. بر حسب این توضیح، قانونگذاری مبتنی است بر ایجاد نوع دیگری از قدرت، یعنی مبتنی است بر قدرت تفاهمی، و آن‌گونه که آرنت می‌گوید، هیچ کس توانایی تملک آن را ندارد".^۲

علاوه بر انواع موجهات یاد شده، والدرون به موضوع بسیار مهم دیگری درباره خصیصه نمایندگی دموکراسی‌های مدرن اشاره می‌کند که از جهتی می‌توان آن را یکی از کارکردهای مهم آن نیز برشمرد. او در مقاله خود با نام «قانونگذاری مبتنی بر نمایندگی»، قوه مقننه را نهادی می‌داند که صراحتاً به این منظور اختصاص داده شده است و همگان آن را نهادی برای وضع قانون می‌دانند. نهادی که هم انتخابی است هم پاسخگو. اعضای آن به‌عنوان قانونگذار انتخاب می‌شوند و اگر حوزه‌های انتخابیه یا حزب متبوع آنها از ایشان رضایت نداشته باشند، می‌توانند در انتخابات بعدی آنها را از سمت خود عزل کنند.

در ادامه او یکی از کارکردهای مهم حکومت به نمایندگی را تأمین ویژگی عام بودن قوانین می‌داند. به نظر او، عام بودن قوانین یکی از شروط اولیه و مهم حاکمیت قانون و برابری افراد در مقابل قانون است. این عام بودن قوانین، از طریق انتزاعی بودن حکومت مبتنی بر نمایندگی امکان‌پذیر می‌شود. انتزاعی بودن به این معناست که قانون، ناظر به ویژگی یک فرد خاص یا یک موقعیت خاص نیست. «در یک نظام دموکراتیک، نماینده، یک طیف کلی از اعضای حوزه انتخابیه را نمایندگی می‌کند که به نفع (یا علیه) او رأی داده‌اند یا در فرایند رأی‌گیری که او انتخاب شده است، مشارکت کرده‌اند. اما او همچنین افراد حوزه انتخابیه را از جهات خاصی نمایندگی می‌کند که در نظام‌های مبتنی بر حوزه انتخابیه، او آنها را از نظر جغرافیایی، در نظام‌های فدرال از نظر صلاحیت و در نظام‌های مبتنی بر نمایندگی حزبی به ویژه نمایندگی تناسبی از نظر ایدئولوژیکی، نیز نمایندگی می‌کند. از آنجا که نماینده، آنها را از این جهات نمایندگی می‌کند، نمایندگی آنها از جهات برشمرده‌شده، مستلزم انتزاع از تصمیم‌گیری شخصی آنهاست. نماینده، منافع منطقه شمال شرقی را نمایندگی می‌کند یا به‌عنوان سناتور تازه‌وارد ایالت نیویورک، این ایالت را نمایندگی می‌کند یا به‌عنوان نماینده حزب لیبرال دموکرات، این حزب را نمایندگی می‌کند».^۳

1- Jurgen Habermas, Sara Lennox and Frank Lennox, The Public Sphere: An Encyclopedia Article, New German Critique, Duke University Press, 1974, p. 49.

۲- مسعود پدram، سپهر عمومی، روایتی دیگر از سیاست، تهران: نشر یادآوران، ۱۳۸۸، ص ۱۳۹.

۳- والدرون، پیشین، ص ۱۰۲.



از نظر والدرون، کارکرد مهم نمایندگی در فرایند قانونگذاری این است که به غیرشخصی شدن مطالبات و عقاید کمک می‌کند که این امر به نوبه خود، شور و مذاکره درباره آنها را آسان تر می‌سازد. نمایندگی، آنچه را که میان طبقات مختلف مردم مشترک است، نمایندگی می‌کند. نمایندگی همچون ساده‌کننده منافع و مشابه‌ساز اتباع عمل می‌کند؛ کارکردی که بدون آن، به سختی می‌شد ضرورت عام بودن قانون را تأمین کرد.

بنابراین نظام دموکراسی مبتنی بر نمایندگی، پیوند غیرقابل انکاری با قوانین و مقررات تنظیم‌کننده زندگی اجتماعی دارند. آن دسته از محصولات فرایند قانونگذاری که نهاد واضح آن، یعنی قانونگذار، جامعه سیاسی را همچون مینیاتور تمام اقطاع جامعه نمایندگی کند، شایسته عنوان قانون هستند. از این رو، اختصاص عنوان قانون به حاصل عمل نهاد پارلمان، یکی از اوصاف اساسی قوانین است. با این حال، امر قانونگذاری که رفته‌رفته برای برنامه‌ریزی اجتماعی و تنظیم مناسبات اقتصادی مورد استفاده مقامات عمومی قرار گرفت، پیچیده‌تر و خطرتر از آن بود که تنها با دموکراتیک بودن نهاد واضح آن قابل توجیه باشد. قانونگذاری به عنوان ابزار مهم تنظیم‌گری و حل مسائل اجتماعی، باید در حل مسائل یاد شده قابلیت و توانمندی نیز داشته باشد. امری که در پرتو ویژگی عقلانیت قابل توضیح است.

۶-۲- عقلانیت و قانونگذاری

تاکنون دانستیم که ظهور خرد و عقل به عنوان منبع شناخت و استقلال تدریجی آن از شرع، با ظهور و بسط ایده‌های مطرح‌شده در عصر روشنگری و نیز انقلاب علمی و صنعتی، تمدن مدرن غربی را شکل دادند. شاید مهمترین اندیشمندی که این فرایند عقلانی‌شدن را به‌طور جامعی تبیین کرده است، ماکس وبر (۱۸۶۴-۱۹۲۰) جامعه‌شناس و حقوقدان آلمانی باشد. از نظر وبر، عقلانی شدن عبارت از «سازمان دادن به زندگی به‌وسیله تقسیم و همسازی فعالیت‌های گوناگون بر پایه شناخت دقیق مناسبات میان انسان‌ها با ابزارها و محیط‌شان به‌منظور تحصیل کارایی و بازده بیشتر است»^۱. فرایند عقلانی شدن به این معنا، یک سیر فراگیر است که تمامی وجوه اصلی زندگی بشر از جمله دینی، اقتصادی، سیاسی، هنری و حقوقی را تحت تأثیر خود قرار داد.

یکی از تبیین‌های مشهور وبر برای نشان دادن فرایند عقلانی شدن، مربوط به عرصه سلطه یا سیادت است. او سه شکل عمده سلطه را به شرح زیر شناسایی کرد: نخست سلطه کاریزمایی که فرمانبرداری از یک شخصیت فرهمند و استثنایی را مشروعیت می‌بخشد؛ دوم سلطه سنتی یا فرمانبرداری بر مبنای اعتقاد به تقدس سنت‌هایی که از قدیم متداول بوده‌اند؛ و سوم سلطه قانونی-عقلانی. «در سیادت

۱- ژولین فروند، جامعه‌شناسی ماکس وبر، ترجمه عبدالحسین نیک‌گهر، چاپ اول، ۱۳۸۳، تهران: توتیا، ص ۱۷.

قانونی، از نظام عینی و غیرشخصی و موضوعه و از مافوقی که این نظام را تعیین می‌کند، اطاعت می‌شود»^۱.
و بر فرایند عقلانی شدن در عرصه سلطه را تبدیل حکومت شخصی فرمانروا به سلطه قانونی یا غیرشخصی می‌داند؛ فرایندی که او آن را عقلانیت شکلی یا صوری می‌نامد، یعنی حاکمیت قواعد انتزاعی، عام‌الشمول یا غیرشخصی. از نظر او «فقط با پیدایش دستگاه قانونگذاری جدید و دستگاه قضایی مدرن است که دژ فرمانروایی فردی فرو می‌ریزد. این دژ، هم در بر گیرنده فرمانروایی سنتی و تئوکراتیک (حکومت روحانیون) و هم فرمانروایی پاتریمونیال و حاکم شرع (کلانتر - قاضی) است. همه این قدرت‌های اقتدارطلب بر وفاداری و بیعت اتکا دارند. اینها شکل‌های مختلف یک شکل اجتماعی اساسی‌تر هستند؛ یعنی سرسپردگی اشخاص به فردی واحد. با تحول شکل فرمانروایی فردی به شکل دولت مدرن، این شکل‌های فرمانروایی از میان می‌روند و جایشان را دولت مبتنی بر قانون می‌گیرد»^۲.

و بر از میان چهار نوع عقلانیت عملی، نظری، ذاتی و شکلی یا صوری، سلطه دموکراتیک را با نوع اخیر، یعنی عقلانیت شکلی، منطبق می‌داند زیرا در اینجا است که کنش انسانی تابع قوانین و مقررات عام و به لحاظ ذهنی قابل محاسبه است؛ همان طور که انتخاب مناسب‌ترین ابزارها برای تداوم تبعیت از آنها قابل محاسبه است. از نقطه نظر فنی، عقلانی‌ترین نوع سلطه، در سلطه قانونی - شکلی یا بروکراتیک مشاهده می‌شود؛ صرفاً به این دلیل که هدف از آن، چیزی غیر از تمهید دقیق‌ترین و کارآمدترین ابزارها برای حل مسائل از طریق قرار دادن آنها تحت قواعد عام و انتزاعی نیست.^۳ وجه ممیزه قانون مدرن از نظر و بر آن است که قانون مدرن تا حد زیادی از مراجع دیگر مانند سنت، شرع و اخلاق مستقل است و به خاطر عقلانیت روش قانونگذاری و وضع قانون - که همانا آیین‌هایی است که در قوانین اساسی یا از سوی پارلمان‌ها وضع می‌شود - تا حدی منسجم و بدون تناقض است. «بنا به نظر ماکس وبر، قوانین جدید غربی تا حدود زیادی بر اثر نفوذ قوانین طبیعی، دیگر بر هنجارهای امور انضمامی (Concrete) یا خاص متکی نیستند بلکه نظامی منسجم و بی‌تناقض از قواعد انتزاعی هستند که عامدانه وضع شده‌اند. ... نفع مقام‌های سیاسی و اتباع در این است که قوانین دقیق (Calculable laws) باشند و دستگاه قضایی عقلانی‌شده باشد»^۴. این خصیصه قانون مدرن، فراهم‌کننده یکی از مهمترین کارکردهای قواعد و مقررات حقوقی است که همانا پیش‌بینی‌پذیری رفتارهاست. به عبارت دیگر، مهمترین ثمره این محاسبه‌پذیری و عام‌الشمولی قوانین مدرن آن است که همگان از پیش قادرند ذیل حکومت قواعد غیرشخصی و عام، رفتارهای خود را تنظیم کنند. در واقع قانونگذاری به این معنا، اساسی‌ترین شرط برپایی حکومت قانون را

۱- ماکس وبر، اقتصاد و جامعه، ترجمه عباس منوچهری، مرداد ترابی نژاد و مصطفی عمادزاده، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴، ص ۳۱۳.

۲- ولفگانگ شلوختر، «پیدایش عقلانیت غربی از دیدگاه ماکس وبر»، در: عقلانیت و آزادی، مقالاتی از ماکس وبر و درباره ماکس وبر، ترجمه یدالله موقن و احمد تدین، تهران: انتشارات هرمس، ۱۳۷۹، ص ۸.

3- Stephen Kalberg, Max Weber's types of Rationality; Cornerstones for the Analysis of Rationalization Process in History, The American Journal of Sociology, Vol. 85. No 5. (Mar. 1980) p.1158.

۴- شلوختر، پیشین، ص ۷.

تأمین می‌کند.

انعکاس تحلیل‌های وبر از مفهوم و انواع عقلانیت در ایده قانونگذاری عامدانه - به معنایی که در این پژوهش مورد بررسی قرار می‌گیرد - بسیار وسیع و مهم است. برای نمونه، جرزی رولوسکی در مقاله خود با عنوان «مدلی از قانونگذاری عقلانی»، رفتار عقلانی را رفتار هدفمندی می‌داند که کنشگر، ابزارهایی را برای رسیدن به هدفش انتخاب می‌کند و از دانش‌های مربوط استفاده کرده و معیارهای ارزشی را برای گزینه منتخب در نظر می‌گیرد. بر اساس این تحلیل از رفتار عقلانی، او قانونگذاری را یک عمل کاملاً عقلانی در نظر می‌گیرد.^۱ او در تعریف حقوق، آن را «مجموعه‌ای از قواعد عام می‌داند که رفتار انسان را بر اساس الگوهای از پیش تعیین شده‌ای به چالش می‌کشند. حقوق در گونه‌هایی از زبان طبیعی صورتبندی می‌شود و از طریق تشویق یک رفتار و شکل دادن به گرایش‌های اشخاصی که قواعد صورتبندی شده در این زبان را می‌فهمند، عمل می‌کند. قانونگذاری یک فعالیت هدفمند است و باید عقلانی باشد».^۲

البته عقلانی بودن عمل و فرایند قانونگذاری همواره، به‌ویژه در نظام‌های حقوقی کامن‌لا، مورد تردید بوده است. اظهارنظر والتر بجت در این خصوص جالب توجه است: «... در اینجا ۶۵۸ نفر هستند که از همه بخش‌ها انگلستان جمع شده‌اند که از نظر خلق و خو، منافع، دیدگاه و زبان با هم متفاوتند. چگونه می‌توان انتظار داشت از آشفته‌بازار طرح‌های متعارض و متقابل، چیزی منسجم ظهور و بروز کند؟ بجت می‌افزاید در انگلستان جمله‌ای وجود دارد که می‌گوید "یک جلسه بزرگ هرگز نمی‌تواند کاری انجام دهد" و با این همه، ما تحت حاکمیت مجمع بزرگی به نام مجلس عوام هستیم».^۳

نگرانی گفته شده، پیش از او در آثار روسو و بعدها در قرن بیستم با طرح نظریه انتخاب عمومی مجدداً مطرح شد: «نظریه‌های گروه‌های نفوذ، قانونگذاری را در بهترین حالت، چانه‌زنی و معامله میان نمایندگان کم‌وبیش منافع خصوصی قدرتمند می‌داند. فهمی که از رهگذر نظریه انتخاب عمومی از قانونگذاری ارائه می‌شود، ممکن است از این هم بدتر باشد: یک مجموعه بزرگ مانند قوه مقننه که از طریق رأی‌گیری تصمیم می‌گیرد، ممکن است حتی برای یک تصمیم‌گیری ساده، عقلانیت جمعی کافی نداشته باشد، چه رسد به تشخیص منفعت عمومی. ... این برداشت‌ها به نوبه خود، مبنایی علمی برای ظاهر کریه قانونگذاری که در فلسفه حقوق، به‌ویژه فلسفه حقوق آمریکایی، رایج است دست‌وپا می‌کند. این تصویری است که فعالیت تقنینی را همچون یک معامله، زدوبند و رد و بدل منافع، واسطه‌گری منافع، بخشی‌نگری، چانه‌زنی، چرخه آرو، و خلاصه هرچیزی به‌جز تصمیم‌گیری سیاسی مبتنی بر اصول، ترسیم می‌شود».^۴ ویبتگنس نیز دلیل بی‌توجهی به قانونگذاری خاصه در سنت حقوقی کامن‌لا را چنین توصیف

1- Jerzy Wroblewsky, A Model of Rational Law-making, Social Philosophy, Vol 65, No 2. 1979, p. 189.

2- Ibid, p.187.

۳- به نقل از: جرمی والدرون، «شان قانونگذاری»، در: والدرون، پیشین، ص ۴۹.

۴- همان، ص ۵۰.

می‌کند: «گفته می‌شود قانونگذاری یک امر سیاسی است و سیاست عقلانی نیست، بلکه بازی قدرت است که به سازش‌هایی منتهی می‌شود و در قالب‌های تقنینی ریخته می‌شود. به نظر می‌رسد که این بازی قدرت، منطق خاص خودش را دارد»^۱.

با وجود این، همان‌طور که اشاره شد، از اواسط قرن بیستم تلاش‌های زیادی برای نشان دادن وجه عقلانی قانونگذاری انجام شده است. والدرون در کلیه آثار خود از عمل قانونگذاری به‌عنوان یک عمل ذاتاً سیاسی یاد می‌کند؛ با این حال، آن را قابل تحلیل و بررسی علمی و عقلانی می‌داند و به هیچ روی با فروکاستن آن به اراده صرف قانونگذار موافق نیست.^۲ در نیمه دوم قرن بیستم، به‌ویژه پس از جنگ جهانی دوم، به دلیل رشد فزاینده استفاده از قانونگذاری در برنامه‌ریزی‌های اجتماعی و نقش فزاینده‌ای که دولت‌ها، خاصه دولت‌های رفاه، در نوسازی جوامع پس از جنگ بر عهده گرفتند تلاش‌هایی برای تمهید مبنایی عقلانی برای فرایند قانونگذاری به عمل آمد تا جایی که رشته علمی تازه تأسیسی به نام فلسفه یا «نظریه قانونگذاری»^۳ در کنار «مطالعات قانونگذاری»^۴ شکل گرفته است. ویتگنس در آثار خود خاطر نشان می‌کند: «فلسفه قانونگذاری بر نقش عقل عملی در ایجاد هنجارهای حقوقی متمرکز می‌شود که بر اساس آن واضعان این هنجارها، نه صرفاً کنشگران سیاسی، بلکه کنشگران حقوقی نیز تلقی می‌شوند»^۵.

چنانکه پیش‌تر اشاره شد، تغییر نگاه به جهان از یک نگاه متافیزیکی به تفکر انسان‌محور، موجب پیدایش نوع جدیدی از عقلانیت شد. در مفهوم جدید، عقلانیت به نوعی ابزار برای یافتن رابطه علی و معلولی در میان روابط اشیاء بدل شد. با این تأثیر، مباحث طرح‌شده در باب عقلانیت در حوزه قانونگذاری، فقط به حوزه عقلانیت ابزاری محدود نماند. انواع عقلانیتی که در فرایند قانونگذاری از سوی نویسندگان مختلف شناسایی و در مورد آن بحث شده است، حکایت از پیچیدگی بسیار زیاد فرایند یاد شده است. برای مثال مانوئل آتینزا در مقاله‌ای با عنوان «عقل علمی و قانونگذاری»، پنج سطح عقلانیت در فرایند قانونگذاری را شناسایی کرده است. منظور آتینزا از «فرایند قانونگذاری»، مجموعه تعاملاتی است که میان مؤلفه‌های دخیل در فرایند یاد شده رخ می‌دهد که عبارتند از: تصویب‌کنندگان قانون، مخاطبان قانون، نظام حقوقی، غایات و ارزش‌ها. منظور از تصویب‌کنندگان قوانین، پدیدآورندگان هنجارها هستند و مخاطبان قوانین کسانی هستند که هنجارها خطاب به آنها صادر شده است. نظام حقوقی کل آن چیزی است که قانون جدید جزئی از آن را تشکیل می‌دهد. غایات، اهدافی (به گسترده‌ترین معنای کلمه) هستند که به‌وسیله قوانین وضع شده تعقیب می‌شوند و ارزش‌ها ایده‌هایی هستند که در پی توجیه غایات یاد شده هستند.

1- Luc. J. Wintgens, *Legisprudence, Practical Reason in Legislation*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2002, p. 1.

۲- برای نمونه، نک به والدرون، پیشین، صص ۶۱-۶۰.

3- legisprudence

4- Legislative studies

5- Wintgens, op. cit., p. 2.



اگر بخواهیم از اینجا آغاز کنیم، سطوح مختلف عقلانیت می‌تواند از یکدیگر تمییز داده شود که بنا بر آنچه گفته شد، از همین عناصر تشکیل شده است؛ هر چند که فهم آنها به روش‌های متفاوتی انجام می‌شود. این سطوح به ترتیب زیر قرار می‌گیرند: در هر سطح، ارزش‌ها به مثابه غایات نهایی عمل می‌کنند و بدین ترتیب معیارهایی را برای حل تعارض احتمالی میان غایات همان سطح فراهم می‌کنند. از سوی دیگر، هر سطح از عقلانیت از نظر سلسله‌مراتبی بالاتر از عقلانیت قبلی خود قرار می‌گیرد؛ به این معنا که تعارض میان سطوح عقلانیت، باید با اولویت دادن به سطح بالاتر عقلانیت حل شود. در نهایت، چهار سطح اول عقلانیت با مفهوم واحدی از عقلانیت منطبق است (عقلانیت ابزاری - راهبردی) در حالی که سطح پنجم، یعنی عقلانیت اخلاقی، از نوع متفاوتی است؛ به این معنا که در اینجا، مسئله اصلی این نیست که چه ابزارهایی برای رسیدن به غایات مشخصی مناسب است، بلکه مسئله این است که چه غایاتی (و چه ابزارهایی) از نظر اخلاقی قابل توجیه هستند (یا نیستند).

بنابراین پنج سطح از عقلانیت پدید می‌آید: عقلانیت زبانی (عقلانیت سطح اول)، تا جایی وجود دارد که تصویب‌کنندگان قادر باشند پیام (قانون) را به سادگی به گیرنده (یا مخاطب) قانون منتقل کنند. عقلانیت صوری - قانونی (عقلانیت سطح دوم) وقتی وجود دارد که یک قانون جدید به‌طور هم‌نوا و هماهنگ به یک نظام حقوقی خاص وارد شده باشد. عقلانیت عملی (عقلانیت سطح سوم) وقتی وجود دارد که رفتار مخاطب منطبق با آن چیزی باشد که در قانون تجویز شده است. عقلانیت غایت‌شناسانه (عقلانیت سطح چهارم) وقتی است که قانون به اهداف مطلوب اجتماعی خود دست پیدا کند، و عقلانیت اخلاقی (عقلانیت سطح پنجم) وقتی است که رفتار تجویز شده و غایات قوانین، ارزش‌هایی را مفروض انگاشته باشند که منجر به موجه‌سازی اخلاقی آن قوانین شود. جدول زیر، ایده‌ای کلی از همه آنچه گفته شد به دست می‌دهد^۱:

۱- به دلیل اهمیت و حساسیت مفاهیم و ضرورت انتقال درست نظر آئین‌زاد، عیناً ترجمه توضیحات وی درباره مفاهیم به کار رفته در جدول نقل می‌شود.

ارزش‌ها	غایات	نظام حقوقی	مخاطبان	تصویب‌کنندگان قانون
ارتباط	روشنی، صراحت	مجموعه گزاره‌ها (پیام‌ها) و کانال‌های انتقال آنها	دریافت‌کنندگان پیام (قانونی)	عقلانیت سطح اول: تصویب‌کنندگان قوانین
طبیعت نظام‌مند؛ فاقد خلأ بودن و سازگاری	مجموعه‌ای از هنجارهای به‌درستی وضع شده (در معنای موسع)	افراد و دستگاه‌هایی که مخاطب قانون هستند	نهادی با داشتن صلاحیت وضع قانون موضوعه	عقلانیت سطح دوم
حفظ نظم؛ کارآمدی	مجموعه‌ای از هنجارهای (رفتارهای) کارآمد	دیوان‌سالاران و افرادی که باید از آنها تبعیت شود	نهادی که باید از آن تبعیت شود	عقلانیت سطح سوم
اجرای اهداف اجتماعی یعنی بازتوزیع ثروت، افزایش یا کاهش تأمین اجتماعی، کاهش بیکاری، حفظ مزیت‌های سیاسی و اقتصادی و مانند اینها	مجموعه‌ای از ابزارهای دستیابی به غایات اجتماعی	افرادی که از تنظیم منافع اجتماعی و نیازها تأثیر می‌پذیرند	واجدان منافع اجتماعی (افراد، گروه‌های فشار و مانند اینها)	عقلانیت سطح چهارم
طبیعت، کرامت انسانی، اجماع و نظایر آنها	آزادی، برابری، عدالت	مردم مکلف به اطاعت از قوانین هستند	اقتدار حقانی	عقلانیت سطح پنجم

Source: Manuel Atienza, Practical Reason and Legislation, Ratio Juris, Vol 5, December 1992, p. 278.

«در عقلانیت سطح اول، صادرکننده و مخاطب قوانین به ترتیب به‌عنوان انتقال‌دهندگان و دریافت‌کنندگان نوع خاصی از اطلاعات تلقی می‌شوند که در یک نظام سازمان‌یافته‌اند (نظام حقوقی به‌عنوان نظام اطلاعات در نظر گرفته می‌شود). به همین دلیل، منظور از صادرکننده در اینجا چندان (یا فقط) صادرکننده رسمی (مانند پارلمان) نیست، بلکه از همه مهمتر و بالاتر از آن، نویسندگان متن قوانین (تهیه‌کننده پیش‌نویس قوانین) هستند. نظام حقوقی مشتمل بر مجموعه‌ای از گزاره‌های زبانی است که از کدی (زبانی) تشکیل شده که میان انتقال‌دهنده و دریافت‌کننده مشترک است و متشکل از کانال‌هایی است که از انتقال پیام (قوانین) به‌وسیله آنها اطمینان حاصل می‌شود. مخاطبان این اطلاعات ممکن است (ممکن است در وهله اول) مخاطبان رسمی یک هنجار نباشند. به بیان دیگر، قانون ممکن است برای کسانی که باید احکام مندرج در آن را اجرا کنند (برای مثال، در مورد اجرای قانون مالیات) روشن نباشد که در این صورت معنای قانون از نظر زبانی ناقص است ([هرچند] این قانون برای مثال، ممکن است برای مشاوران مالی، بازرسان مالیاتی و غیره به قدر کافی روشن باشد). غایت وضع قانون در عقلانیت سطح اول عبارت است از قابل فهم بودن، وضوح و دقیق بودن پیام‌های هنجاری. ارزش نهفته در چنین غایتی عبارت است از ارتباط که به‌نوبه خود، تابع ارزش‌های سطوح بالاتر است؛ یعنی بدون شک، قانونی که به‌طور گنگ و ناروشن آزادی



سیاسی را تحدید می‌کند، ممکن است از قانونی که همین کار را به صورت روشن و صریح انجام می‌دهد، مرجح‌تر بوده یا واجد ارزش بیشتری باشد. در عقلانیت سطح اول می‌توان گفت تا جایی که قانون از انجام عمل ارتباطی ناتوان باشد، قانونی غیرعقلانی است (یا به‌طور کامل عقلانی نیست). بنابراین عقلانیت در وضع قانون به‌وسیله میزان اتخاذ ابزارهای ضروری برای پرهیز از نقایص زبانی یا ابهام معنایی و به وسیله استفاده از کانال‌های مناسب در انتقال پیام (انتشار رسمی یا رسانه) ارزیابی می‌شود. بدین ترتیب، کنش عقلانی مستلزم انجام چنین کاری به‌وسیله استفاده از معارف رشته‌های مختلف مانند زبان‌شناسی، منطق، مطالعات رایانه‌ای یا روانشناسی است (فکر می‌کنم از همه مهمتر روانشناسی شناخت است).

«در سطح عقلانیت قانونی - شکلی (عقلانیت سطح دوم)، صادرکننده و مخاطب قوانین، دستگاه‌ها و افرادی هستند که به این منظور از سوی نظام حقوقی تعیین شده‌اند. در اینجا نظام حقوقی به‌طور دقیق مجموعه‌ای از هنجارهای به‌طور صحیح ایجاد شده و ساختاربندی شده در یک نظام تلقی می‌شوند (مفهوم سنتی نظم قانونی). از این منظر هدف از قانونگذاری، تأمین کیفیت نظام‌مندی قوانین از حیث درستی شکلی و ساختاری (شاید بتوان گفت کیفیت نظام‌مند نحوی قانون) یا انطباق قانون جدید با مجموعه‌ای وسیع‌تر از قوانین است. از این لحاظ، قانون به‌منظور پرهیز از بروز تناقض، خلأ و زیاده‌گویی و حشو، جزیی از یک مجموعه وسیع‌تر را تشکیل می‌دهد. این بدان معنا است که قانون را می‌توان به‌عنوان سازوکاری برای پیش‌بینی (یا موجه‌سازی) رفتار انسان و پیامدهای (هنجاری) آن تلقی کرد، یعنی به‌مثابه یک نظام امنیت [حقوقی]».

«در عقلانیت سطح دوم، قانونگذاری عقلانی محسوب می‌شود تا جایی که صدمه‌ای به ساختار نظام حقوقی وارد نشود. صدمه به ساختار نظام حقوقی، ممکن است یا به این دلیل رخ دهد که در تولید قانون جدید معیارهای وضع‌شده به‌وسیله نظام حقوقی که این قانون جدید باید جزئی از آن باشد را رعایت نکرده یا بدین دلیل است که اگر چه این معیارها را رعایت کرده، اما معیارهایی غریبه با «منطق» (اصول) آن نظام حقوقی را ارائه کرده که اثر منفی بر قانون ایجاد شده و مستقر باقی می‌گذارد (مسئله بی‌اعتباری و از ارزش تهی شدن) و غیره. آنچه گاهی در معنای محدود فنون تقنینی نامیده می‌شود، اساساً در این سطح دوم از عقلانیت عمل می‌کند که همان طور که دیدیم، وجود سطح اول عقلانیت را پیش فرض می‌گیرد. اجرای این نوع از عقلانیت به‌طور نزدیکی به استفاده از دانش سنتی حقوقی و دگم‌های حقوقی مرتبط است؛ هر چند که فنون آن باید با این بافت جدید از تولید هنجارها منطبق شود. (دگماتیک‌ها به‌طور سنتی در تفسیر و اجرای قانون کار کرده‌اند) دانش نظری حقوق به‌طور سنتی در حوزه تفسیر و اعمال قانون کار کرده است و باید با استفاده گسترده از حقوق تطبیقی، نظریه عمومی حقوق و منطق حقوقی تکمیل شوند. از سوی دیگر، از نقطه نظر عملی و سازمانی، معیارهایی که باید در نظر گرفته شود، شامل اتخاذ اصول راهنمای تقنینی و تأسیس ادارات فنی در پارلمان‌ها و وزارتخانه‌ها و مانند آنها،

به‌منظور تضمین اعمال آنهاست».

«عقلانیت عملی (عقلانیت سطح سوم) اصولاً شامل انطباق رفتار مخاطب قانون با چیزی است که در قانون تجویز شده است. در اینجا صادرکننده قانون، حاکم سیاسی است که مقصود از آن هر کسی است که قدرتی را در اختیار دارد که باید از آن اطاعت شود (و نه فقط کسی که به‌طور رسمی هنجارهای معتبر صادر می‌کند). مخاطبان قانون کسانی هستند که مکلف به تبعیت (فعالانه یا منفعلانه) هستند، بنابراین ایشان کسانی هستند که قانون خطاب به آنها صادر شده به این منظور که رفتارشان را با آنچه در قانون تجویز شده منطبق کنند (یا نکنند). نظام حقوقی به‌عنوان مجموعه‌ای از هنجارهای کارآمد، یا به عبارت دیگر، مجموعه‌ای از کنش‌ها یا رفتارها تلقی می‌شود. هدف این است که قوانین باید اجرا شوند؛ به این معنا که آنها فقط گزاره‌های ادبی یا اصول راهنما نیستند بلکه «قانون عمل» هستند. ارزش اساسی در اینجا، کارآمدی و حفظ نظم است. بنابراین مواقعی وجود دارد که قانونی ممکن است صادر شود که اجرا نمی‌شود (کاربرد نمادین قانون). در چنین حالتی، عقلانیت تقنینی (در این سطح) دقیقاً با اجرای آنچه که در متن هنجارها آمده ارزیابی نمی‌شود بلکه با تغییر رفتار مخاطبان قانون با مقاصد قانونگذار ارزیابی می‌شود. به‌طور کلی، دستیابی به این نوع عقلانیت، متضمن فراهم کردن ابزارهای مناسب برای پرهیز از ناکارآمدی قانون است که ممکن است به خاطر عوامل انتزاعی باشد (فقدان انگیزه نزد مخاطبان قانون که می‌توان با به کار بردن ضمانت اجرای مناسب اعم از مثبت یا منفی با آن مبارزه کرد) یا می‌تواند عینی باشد (فقدان جبران مادی یا اداری و غیره). فنون کاهش عدم عقلانیت (یا تقویت عقلانیت) در سطح سوم عقلانیت، باید از طریق رشته‌هایی مانند علوم سیاسی، روانشناسی اجتماعی، جامعه‌شناسی حقوق، علوم اداری یا نظریه‌های اجرا به عمل آید».

«در عقلانیت غایت‌شناسانه، یعنی عقلانیت سطح چهارم، صادرکنندگان قوانین همان صاحبان فردی یا جمعی منافع اجتماعی هستند که تلاش می‌کنند منافعشان را به قوانین تبدیل کنند. مخاطبان قوانین، صرفاً افراد یا دستگاه‌های اداری که نظم‌های قانونی آنها را مخاطب قرار داده نیستند بلکه ممکن است کسانی اعم از افراد یا گروه‌ها که در اجرای قوانین منظور نشده‌اند نیز جزء مخاطبان قانون باشند. برای نمونه، بیماران بیمارستانی نیز ممکن است مخاطب قانونی دربارهٔ بهداشت باشند (که هدف آن بهبود وضعیت بیماران است) حتی اگر قانون یاد شده هیچ نوع حق یا تکلیفی را متوجه آنها نکرده باشد. (برای مثال، قانونی که مجموعه‌ای منابع مالی را به بیمارستان تخصیص می‌دهد)».

«نظام حقوقی ابزارهایی برای دستیابی به غایات اجتماعی تلقی می‌شوند؛ بنابراین، این قوانین از دیدگاه حقوقدانان (یا حقوقدانان سنتی) سرچشمه نمی‌گیرد بلکه ناشی از نظرات دانشمندان علوم اجتماعی یا فن‌سالاران هستند. در اینجا هدف می‌تواند توزیع، افزایش یا کاهش حمایت اجتماعی، کاهش بیکاری،



حفظ امتیازهای سیاسی یا اقتصادی و غیره باشد».

«ارزشی که بر دستیابی به چنین غایاتی حکومت می‌کند، کارآمدی است. این سطح، یک سطح به‌طور خاص پیچیده از عقلانیت است؛ زیرا علاوه بر مشکلات مربوط به تعیین مقاصد و خواسته‌های صادر کننده قانون (به‌ویژه در مورد مرجع جمعی صادرکننده قانون) مسائل بیشتری در خصوص چگونگی تعیین این امر است که آیا آثار تولید شده، پیامدهای ناشی یک قانون خاص هستند (اجرای آن یا عدم اجرای آن) یا اینکه آن آثار از علل دیگری ناشی شده‌اند و نیز این مسئله که زنجیره علی در کجا قطع می‌شوند و غیره. به عبارت ساده‌تر، می‌توان گفت قانونگذاری در این سطح، عقلانی است اگر و تا جایی که ابزارهای مناسبی برای پرهیز از به بار آمدن آثار ناخواسته و افزودن بر فساد ناشی از تقنین محسوب شود. یا قانونگذاری اگر و تا جایی که مانع از به بار آمدن آثار نامطلوب شود عقلانی است، فارغ از اینکه این آثار اعلام شده یا اعلام نشده باشد یا حتی پیش‌بینی شده باشد. در اینجا ممکن است اوضاع اجتماعی به‌گونه‌ای باشد که مقررات‌زدایی ضرورت داشته باشد یا لازم باشد که سازوکارهای خودتنظیمی به کار برده شود. ... وقتی که چنین نباشد (که بیشتر اوقات این‌گونه نیست) ما ناگزیریم به معارف علوم اجتماعی مانند جامعه‌شناسی سازمان‌ها، تحلیل اقتصادی حقوق، جامعه‌شناسی حقوق، نظریه‌های اجرا و غیره مراجعه کنیم. به عبارت دیگر، ما باید به ارزیابی تقنینی مبادرت کنیم که آنچه از این امر به معنای وسیع کلمه فهمیده می‌شود، مجموعه‌ای از فنون برای تحلیل تجربی آثار قوانین موضوعه است...».

«در نهایت در سطح عقلانیت اخلاقی (عقلانیت سطح پنجم)، صادرکنندگان قانون از این حیث مورد بررسی قرار می‌گیرند که آیا آنها دارای مشروعیت هستند و بر اساس چه شرایطی آنها می‌توانند قدرت هنجاری بر دیگران اعمال کنند. بنابراین مسئله اساسی مخاطبان قانون این است که چه زمانی تکلیف اخلاقی اطاعت (یا عدم اطاعت) از یک قانون به وجود می‌آید؟ نظام قانونی در اینجا به‌عنوان مجموعه‌ای از هنجارها یا رفتارها هستند که باید بر اساس یک نظام اخلاقی خاص مورد ارزیابی قرار بگیرد. غایاتی که ارزشمند شمرده می‌شوند، طبعاً بر اساس نظام اخلاقی که به‌عنوان مرجع تلقی می‌شوند، می‌توانند متفاوت باشند؛ هر چند به‌طور انتزاعی می‌توان گفت که این ارزش‌ها عبارتند از آزادی، برابری و عدالت. نهایتاً ارزش‌های اخلاقی (که می‌توان گفت نوعی توازن انعکاسی میان غایات و ارزش‌ها وجود دارد) ایده‌هایی هستند (که در نظریه‌های اخلاقی سازمان می‌یابند) که اجازه می‌دهند چنین غایاتی موجه شوند (طبیعت در مورد حقوق طبیعی، کرامت انسانی در مفهوم کانتی آن، خوشبختی در نظریه‌های فایده‌انگاران یا اجماع در قراردادگرایی نو یا اخلاق گفتگویی^۱)».

«همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، این سطح از عقلانیت بیشتر نقش سلبی دارد تا ایجابی. قانونگذاری ممکن است به خاطر فقدان مشروعیت صادرکنندگان یا غایات یا وسایلی که به کار گرفته شده، غیرعقلانی (یا غیراخلاقی) از کار درآید»^۱.

همان‌طور که از آراء آتینزا در باب ابعاد و انواع عقلانیت در قانونگذاری آشکار است، تلاش‌های نظری در این باره، معطوف به یافتن مبنایی بیش از اراده محض و صرف اعتبار حقوقی برای عمل وضع قانون است. از این حیث، فرایند وضع قانون علاوه بر روشمندی، واجد معیارهایی نیز می‌شود که می‌توان کارآمدی آنها را در پرتو غایات نهایی آنها - آنچنانکه باید باشد - و با توجه به ارزش‌هایی که در صد تأمین آنها هستند، مورد ارزیابی قرار داد. این امر با تکلیف بر محتاط بودن که از نظر والدرون یکی از اصول مهم قانونگذاری است، ارتباط آشکار دارد. به نظر والدرون «ما می‌خواهیم قوانین به ابزارهای کارآمدی برای ارتقاء خیر عمومی باشند و می‌خواهیم که آنها در تحمیل تکالیف جانب انصاف را رعایت کنند و نیز نگران حقوق و منافع همه کسانی باشند که قوانین، آنها را تحت تأثیر قرار می‌دهند»^۲. ویژگی عقلانی قانون به بهترین وجهی در محاسبه‌پذیری و قابل ارزیابی بودن اهداف و ابزار قانون منعکس شده است. خط‌مشی‌هایی که لباس قانون و مقرر می‌پوشند، نمی‌توانند شعارهای ایدئولوژیک و برنامه‌های مبهم یا آرزوهای نشدنی یا یوتوپایی باشند. آنها باید محدودیت‌های جهان طبیعی و نظم حاکم بر روابط اشیاء در عالم واقعیت را در نظر بگیرند و در این چارچوب‌ها، وظیفه تنظیم امور اجتماعی را انجام دهند. در فصل بعد، برخی از انواع عقلانیت‌های یاد شده در مقاله آتینزا به تفصیل بیشتری بحث خواهد شد.

۷-۲- دولت رفاه و قانونگذاری

پیش‌تر توضیح داده شد که اندیشه ابتدای حکومت بر رضایت یا قرارداد اجتماعی، نظریه غالب حکومت در قرون هفدهم و هجدهم بود؛ نظریه‌ای که اندیشمندانی مانند لاک، هابز و روسو آن را در آثار خود با برداشت‌ها و تأکیدات مختلف طرح و بحث کردند. گرچه نظریه قرارداد اجتماعی، رفته‌رفته از اواخر قرن هجدهم رو به افول نهاد اما حکومت حداقلی، نیمه اول قرن نوزدهم و نحوه زندگی اجتماعی ذیل دولت‌های لیبرال در این دوره، پیوند آشکاری به‌ویژه با برداشت لاک از حکومت داشت. بر خلاف هابز که معتقد بود انسان خروجش از وضع طبیعی را مرهون حکومت بر آمده از قرارداد اجتماعی می‌داند و از صلح و امنیت، در عوض تسلیم تام و تمام حقوق و آزادی‌های خود به حکومت برخوردار می‌شود، در اندیشه قرارداد اجتماعی لاک موضوع متفاوت است: از نظر او: «وضع طبیعی شامل اقتصاد بازار، کار مزدبرانه، املاک بزرگ و استفاده از پول است. تنها چیزی که انسان‌ها در وضع طبیعی کم دارند،» داوری مشترک برای رسیدگی به ادعاهای مربوط به زمین برای حل و فصل مناقشات ناشی از این ادعاها میان آنان «است.

1- Manuel Atienza, Practical Reason and Legislation, Ratio Juris, Vol 5, 3 December 1992, pp. 278-281.

۲- جرمی والدرون، «اصول قانونگذاری» در: والدرون، پیشین، ص ۱۳۳.



... تصویر نسبتاً خوبی که لاک از وضع ماقبل سیاسی به دست می‌دهد، ناشی از این نگرش است که حکومت صرفاً اهمیتی جنبی دارد. وظیفه دولت کنترل اقتصاد نیست، بلکه تضمین امنیتی است که اقتصاد خود-رایان در آن امنیت بتواند کارش را بکند»^۱.

انعکاس اندیشه‌های لاک را می‌توان در لیبرالیسم اقتصادی و اقتصاد بازار نیمه اول قرن نوزدهم مشاهده کرد؛ جایی که آزادی قرارداد اصل و مداخله دولت استثناً تلقی شد. این تحلیل از جایگاه دولت با نظریه اقتصاد آزاد آدام اسمیت در کتاب ثروت ملل در سال ۱۷۷۶ تقویت شد. با این حال، اندیشه قرارداد اجتماعی و دلالت‌های آن، به‌ویژه در ابعاد اقتصادی، از انتقاد مصون نماند. در انگلستان، منتقدینی مانند تی. اچ گرین، اندیشه آزادی قراردادی را زیر سؤال بردند و از آزادی راستین قراردادی سخن گفتند. منظور او این بود که وجود فرصت برابر برای بروز توانایی‌های انسانی، امری ضروری است و به این منظور، دخالت قانونی دولت و تنظیم و کنترل بازار و مداخله در قراردادهای کارفرمایان و کارگران و موجران و مستأجران و مانند اینها، امری ضروری است. به عبارت دیگر، وضعیت اقتصادی حاصل از استقرار دولت‌های لیبرال اوایل قرن نوزدهم، واکنش‌هایی را سبب شد که به اشکالی مانند سوسیالیسم و تقاضا برای مداخله‌گری دولت، شناسایی حق‌های اجتماعی و حمایتی و قانونگذاری‌های اجتماعی، ظهور و بروز کرد. بنابراین، دولت رفاه در واکنش به دولت نگهبان شب قرن نوزدهم، به تدریج مبتنی بر درک خاصی از حکمرانی ظهور کرد که در آن دولت‌ها در صدد بودند به‌ویژه از طریق وضع قوانین و مقررات، اهداف اجتماعی را در تلاش برای حفظ ارزش‌هایی مانند برابری، همبستگی، انصاف و عدالت اجتماعی دنبال کنند (بعد هنجاری) و نهادهایی را به این منظور تأسیس کردند (بعد نهادی)^۲.

زمینه‌های شکل‌گیری دولت‌های رفاه با پایان جنگ جهانی اول در اوایل قرن بیستم تقویت شد: این سال‌ها شاهد گسترش حق رأی همگانی ابتدا میان مردان و به فاصله کوتاهی میان زنان شد. برخورداری از این حق به‌نوبه خود، چهره سیاسی بیشتر کشورهای اروپایی را تغییر داد و منجر به روی کار آمدن احزاب چپ میانه در ائتلاف با احزاب دموکرات مسیحی یا لیبرال بود. یکی از مهمترین آثار چنین تغییر مهمی، ظهور مداخله‌گری دولت در قالب تصویب قوانینی بود که انواع حقوق حمایتی و اجتماعی را برای طبقات فرودست و کارگر تصویب کردند. رکود بزرگ سال ۱۹۲۹ بر لزوم دخالت و سرمایه‌گذاری مستقیم دولت در حوزه فعالیت‌های اقتصادی افزود و به‌عنوان نمونه در آمریکا، دولت کمپانی‌های بزرگ در صنایعی مانند خطوط هوایی، مخابراتی و بیمه ایجاد کرد. این قبیل اقدامات، خود موجب بزرگی بی‌سابقه بخش عمومی شد^۳. وقوع جنگ جهانی دوم و ویرانی‌های گسترده بعد از جنگ، عرصه را برای ظهور

۱- مایکل لوین، قرارداد اجتماعی، در فیلیپ پی وینر، فرهنگ اندیشه‌های سیاسی، ترجمه خشیار دهبیمی، تهران: نشر نی، چاپ پنجم، ۱۳۹۲، ص ۱۵۰.

2- David Levi-Faur, The Expansion of Regulation in Welfare Governance, The Annals of American Academy and Social Science, 691, September 2020, p.19

3-Randall Lesaffer, European Legal History, Translated by Jan Arriens, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. pp. 495-496.

دولت‌های رفاه مهیا کرد. در انگلستان پس از جنگ دوم، ذیل عنوان کلی دولت رفاه، شاهد رشد سیلی از قوانین و مقررات دولتی در ابعاد مختلف بود که حق‌های تازه‌ای را در حوزه‌های تأمین اجتماعی، مزایای بیمه بیکاری و مانند آن را شناسایی کرد. مداخله‌گری دولت به‌ویژه در زمینه استفاده از زمین، بیش از هر حوزه دیگر مشهود بود.^۱ گزارش بندورا و یادین درباره رشد بخش عمومی در آمریکا که آثار آن که در قالب افزایش حجم قوانین و مقررات در دهه‌های بعد نمایان شد، جالب توجه است:

«برای نمونه در دهه ۱۹۳۰ خدمات اجتماعی آمریکا از نظر تعداد کارمندان و نیز بودجه تقریباً دو برابر شد و از رهگذر ایجاد دستگاه‌های جدید دولتی در حوزه‌هایی مانند ارتباطات، تأمین اجتماعی، کار، مسکن، بیمه و بانکداری، قدرت بیشتری به دست آورد. در دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ موج قوانین موضوعه، حق‌های جدیدی را در حوزه‌های جدید مانند محیط زیست، انرژی، ایمنی شغلی و ایمنی محصولات پدید آورد. دفتر ثبت روزانه فدرال که حاوی قوانین اداری پیشنهادی و لازم‌الاجرا بود، از حدود ۹۰۰۰ صفحه در سال ۱۹۶۰ به حدود ۷۵۰۰۰ صفحه در دهه ۱۹۸۰ رسید».^۲ خلاصه اینکه در اثر تحولات یاد شده در قرن بیستم، با ظهور دولت رفاه که اوج آن در دهه ۱۹۵۰ تا ۱۹۷۰ بود، قوانین و مقررات به ابزار مهمی برای نوسازی و اعمال سیاست‌های مداخله‌گرانه دولت یا مهندسی اجتماعی در حوزه‌های مختلف زندگی تبدیل شد؛ حوزه‌هایی که پیش از آن، جزء حوزه خصوصی زندگی افراد تلقی می‌شد و مدیریت و تمشیت آنها به عهده افراد بود.

دولت رفاه به‌رغم اینکه واجد اهداف شرافتمندانه‌ای نسبت به افراد بود، اما اغلب به‌عنوان یک سازوکار کنترلی پدرسالارانه با توسل به ابزارهای اغلب تنبیهی مورد انتقاد قرار گرفت. یکی از صاحب‌نظران در این باره چنین اظهار نظر کرده است: «نئولیبرالیسم در به‌چالش کشیدن دولت رفاه، هم از بعد هنجاری و هم نهادی، نقش محوری ایفا کرده است. باورمندان به نئولیبرالیسم به‌شدت دولت رفاه را به سبب دخالت شدید در اقتصاد و زندگی اجتماعی و تضعیف مسئولیت شخصی و انگیزه‌های کار و در عین حال، تشدید وابستگی اقتصادی، انفعال و فقر مورد انتقاد قرار می‌دهند. به‌علاوه، نهادهای رفاه اجتماعی نیز به سبب ناکارآمدی، انفعال، دست‌وپاگیر بودن، پدرسالارانه بودن و عدم پاسخگویی مالی مورد انتقاد قرار می‌دهند».^۳

به جرأت می‌توان گفت نظام حقوقی و به‌طور مشخص‌تر، مجموعه قوانین و مقررات، آشکارترین عرضه انعکاس انتقادهای کاستی‌های دولت رفاه باشد. به عبارت دیگر، تقویت رویکرد پدرسالارانه و مداخله‌جویانه دولت به‌عنوان نهاد اصلی بازتوزیع منابع و ارائه‌دهنده اصلی خدمات اجتماعی، منجر به

1- Philip Harris, An Introduction to Law, Cambridge, Cambridge University Press, p. 129.

2- Ariel Bendor and Sharon Yadin, Regulation and The Separation of Powers, Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol, 28, No. 2, 2019. p. 362.

3- Levi-Faur, op. cit., p. 20.



هرچه بزرگ‌تر شدن دولت و به تبع آن، تعدد و کثرت بی‌سابقه قوانین و مقررات شد. توضیح اینکه در دموکراسی‌های مبتنی بر حکومت قانون، بوروکراسی فقط می‌تواند از طریق نظام پیچیده‌ای از قواعد حقوقی مفصل و فنی عمل کند. دولت سعی می‌کند به پیچیدگی و فنی بودن بی‌سابقه مسائل از طریق قوانین و مقررات جدید پاسخ دهد. اما نقص اطلاعات و قانونگذاری شتابزده، نه تنها مسائل دشوار یاد شده را حل نکردند بلکه خود تبدیل به مشکلی تازه شدند. به عبارت دیگر می‌توان ادعا کرد رشد کمی قوانین و مقررات (تورم) هم‌زمان موجب افت کیفی آنها شد؛ کیفیتی که هم ابعاد شکلی داشت و هم ابعاد ماهوی. سوین انگ در مقاله قابل توجهی، ارتباط میان افول کیفیت قانون و تورم تقنینی و ابعاد مختلف آن را نشان می‌دهد. او معتقد است نقایص مختلف قانون (ماهوی، فنی، وسیله - هدف) قانون دلیل قطعی قانونگذاری‌های بعدی است و این چرخه معیوب، دلیل فزونی خسارت‌بار حجم قوانین و مقررات است.^۱ این وضعیت در نهایت منجر به پدید آمدن تلاش‌های بسیاری برای ارتقاء کیفیت قانون از طریق بهبود فرایند قانونگذاری شد؛ امری که موضوع اصلی این پژوهش در بخش‌های بعد را تشکیل می‌دهد.

۸-۲- ظهور دولت تنظیم‌گر^۲ و قانونگذاری

همان‌طور که اشاره شد، دولت رفاه به‌ویژه پس از جنگ جهانی دوم، در اثر نقد دولت‌های کمینه یا لیبرال کلاسیک قرن نوزدهمی شکل گرفت و به تدریج، علاوه بر نقش‌هایی که یک دولت کمینه در تأمین امنیت، تضمین قراردادها، تنبیه و مجازات مجرمان و تعیین و نظارت بر رعایت استانداردها داشت، نقش‌های عمده‌ای در ارائه خدمات عمومی به‌نحو مستقیم بر عهده گرفت؛ امری که به دخالت بیشتر دولت در زندگی اجتماعی انجامید و این مداخله در شکل افزایش قوانین و مقررات به‌عنوان سازوکار اصلی شیوه فرمان و کنترل منعکس شد. با این حال، آثار عمدتاً نامطلوب اقتصادی مداخله همه‌جانبه و مستقیم دولت، به‌ویژه در مناسبات اقتصادی، نقدهای زیادی را برانگیخت. از دهه ۱۹۷۰، ترکیبی از نیروها یعنی تفوق ایدئولوژی نئولیبرال، جهانی شدن اقتصاد و تغییرات اجتماعی و جمعیت‌شناختی فشرده، منجر به بحران مستمر دولت‌های رفاه در سراسر دنیا شد.^۳ این بحران بیش از هر چیز معطوف به ناکارآمدی به‌کارگیری افراطی سازوکار فرمان و کنترل، به‌ویژه در حوزه تنظیم‌گری اقتصادی بود: «برخی معتقد [بودند] نظام‌های فرمان و کنترل، نه تنها از کارآمدی کمتری برخوردارند، بلکه ذاتاً ناکارآمد هستند؛ به این معنا که هزینه اجتماعی بیشتری نسبت به منافعشان تولید می‌کنند. برخی از این نیز فراتر [رفتند] و آن را مترادف با تنظیم‌گری به سبک شوروی و برنامه‌ریزی سوسیالیستی می‌دانند که هم ذاتاً ناکارآمد است و هم از نظر

۱- سوین انگ، «تورم تقنینی و کیفیت قانون»، در: حسن و کیلیان (تألیف و ترجمه)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، صص ۱۰۷-۸۷.

2- Regulatory state

3- Levi-Faur, op. cit., p. 20.

دموکراتیک نامشروع است»^۱.

به دنبال انتقادهای پیش‌گفته، نقش دولت به‌ویژه در قامت ارائه‌دهنده مستقیم کالاها و خدمات عمومی، به‌تدریج کاهش یافت و از طریق، فرایند خصوصی‌سازی به‌جای نقش مداخله‌گری، به تقویت نقش نظارتی خود پرداخت. ماژون در توضیح این تغییر می‌نویسد: «از اواخر دهه ۱۹۷۰، دولت‌های اروپایی در پاسخ به روندهایی مانند افزایش رقابت بین‌المللی و تعمیق همگرایی اقتصادی و مالی در درون اتحادیه اروپا، شیوه‌های سنتی حکمرانی خود را تغییر دهند. انطباق استراتژیک با واقعیت‌های جدید، به کاهش نقش ایجابی و مداخله‌گرانه دولت و هم‌زمان، افزایش نقش تنظیمی دولت شد: یعنی قاعده‌گذاری جایگزین اخذ مالیات و هزینه کرد آن شد»^۲. این تغییر نگرش اساسی به نقش دولت در زندگی اجتماعی و اقتصادی، زمینه ظهور آنچه را که بدان «دولت تنظیم‌گر» یا «دولت تنظیم‌گر جدید» گفته می‌شود فراهم کرد. گرچه در این نظم نوین، دولت به‌جز جبران شکست بازار، از مداخله مستقیم فاصله گرفته و بیشتر نقش ناظر را ایفا می‌کند، اما نظارت دولت بر اساس مجموعه‌ای از قواعد انجام می‌شود؛ اما نه لزوماً قواعد و مقرراتی رسمی که از سوی نهادهای حاکمیت وضع و اجرا می‌شود. جدول زیر، تفاوت‌های عمده سه شکل دولت حداقلی، دولت رفاه و دولت تنظیم‌گر را از جهات مختلف، از جمله ابزارهای تنظیم‌گری، به‌خوبی نشان می‌دهد:

دولت تنظیم‌گر	دولت رفاه	دولت حداقلی	
اصلاح نارسایی بازار	بازتوزیع محصولات بازار؛ تثبیت اقتصاد کلان؛ تحقق شکل‌های گوناگون برابری اجتماعی	حمایت از مالکیت و قراردادهای خصوصی؛ تضمین عملکرد صحیح بازار؛ حصول کارایی؛ انصاف آیینی	کارکردهای اصلی
تنظیم‌گری	مالیات‌ستانی (یا استقراض) و خرج کردن	حقوق خصوصی و کیفری؛ خودتنظیمی	ابزار
تنظیم‌گران مستقل	مجالس قانونگذاری؛ وزارتخانه‌ها؛ شرکت‌های ملی؛ خدمات رفاهی	مجالس قانونگذاری؛ دادگاه‌ها	نهادهای شاخص
تنظیم‌گران مستقل؛ متخصصان؛ قضات	احزاب سیاسی؛ کارکنان دولت؛ گروه‌های اجتماعی	احزاب سیاسی؛ قضات	بازیگران کلیدی
قاعده‌گذاری	صلاحیت تشخیصی	قواعد حقوقی	ترجیح هنجاری

1-Daniel H. Cole and Peter Z. Grossman, When is Command and Control Efficient? Institutions, Technology and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection, Wisconsin Law Review, 1997, p. 887.

2- Giandomenico Majone, From the Positive to Regulatory State: Cause and Consequences of Changes in the Mode of Governance, Journal of Public Policy, Vol 17, No 2, 1997, p.139.

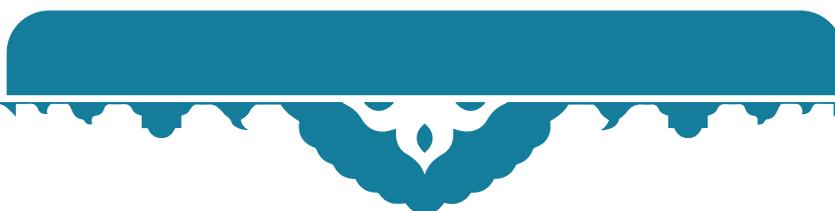
دولت تنظیم‌گر	دولت رفاه	دولت حداقلی	سیاستگذاری
غیراکثریتی؛ حاصل اعمال نظر کارشناسان برای حصول بیشترین کارایی و کارآمدی	اکثریتی؛ دموکراتیک؛ حاصل چانه‌زنی سیاسی و ائتلاف‌های سیاسی	اکثریتی؛ دموکراتیک؛ حاصل چانه‌زنی سیاسی و ائتلاف‌های سیاسی	

منبع: مهدی هداوند و فرهاد جم، «مفهوم دولت تنظیم‌گر: تحلیل تنظیم‌گری به‌مثابه ابزار حکمرانی»، راهبرد، سال ۳۰، شماره ۹۹، تابستان ۱۴۰۰، ص ۲۴۷.

آنچه لازم است در توضیح جدول بالا اضافه شود این است که الگوی به‌کارگیری ابزارهای تنظیم‌گری در دولت تنظیم‌گر، از سازوکار فرمان و کنترل از طریق وضع قواعد رسمی، به نوعی تکثر متمایل شد که در آن، طیفی از ابزارها به کار گرفته می‌شود؛ یعنی واکنش دولت در مقابل حل یک مسئله اجتماعی می‌تواند عدم هر گونه اقدام، خودتنظیمی، تنظیم‌گری مشارکتی، استفاده از سازوکارهایی که بیشترین شباهت را به عملکرد بازار دارند (مانند قراردادهای خصوصی) و نهایتاً وضع قوانین و مقررات رسمی باشد. همان‌طور که توضیح داده خواهد شد، انتخاب این ابزارها بر اساس محاسبه شاخص‌های متعددی مانند نتیجه‌بخشی، کارایی (هزینه و فایده) و اثربخشی صورت می‌گیرد. در انتخاب ابزارها «ترجیح باید به ابزارهایی داده شود که کمتر اجبارآمیز است. اصل این است که در هنگام تردید در استفاده از ابزارهای اجبارآمیز، استفاده از ابزارهایی که کمتر محدودیت ایجاد می‌کند ترجیح داده شود. اصل، آزادی است و محدودیت استثناء. این نه تنها مطابق با قانون اساسی است بلکه با اصول اثربخشی و کارایی نیز مطابقت دارد»^۱. به عبارت دیگر، استفاده بیش از حد از سازوکار فرمان و کنترل در دولت تنظیم‌گر غیرمتمرکز، جای خود را به استفاده از حقوق نرم و قواعدی داد که نه از دولت، بلکه از خود بنگاه‌ها سرچشمه می‌گیرد. دیوید لوففور از قول بریث ویت می‌نویسد: «... دولت تنظیم‌گر جدید برخلاف دولت کنترل‌گر و فرمان‌ده قدیم دوران پس از جنگ، از طیف مختلفی از ابزارهای جدید مانند نظام‌های انگیزشی، کنوانسیون‌ها، استانداردها، اهداف، بهترین طرزالعمل‌ها، محک‌زنی، دادن مجوز و کدهای اختیاری، اشکالی از حقوق نرم و سایر فنون همکاری و پاسخگویی که جایگزین روش فرمان و کنترل هستند استفاده می‌کند»^۲. همین طیف گسترده ابزارها و ضرورت ارزیابی کارایی، اثربخشی و نتیجه‌بخشی، به عقلانی شدن هر چه بیشتر استفاده از قانونگذاری به‌عنوان ابزار تنظیم‌گری انجامیده است و استفاده افراطی و پرهزینه از آن را تعدیل کرده است؛ امری که در نهایت به ارتقای کیفیت قوانین و مقررات منتهی شده است که موضوع اصلی فصل بعد را به خود اختصاص داده است.

1- Gomez, op. cit., p. 79.

2- Levi-Faur, op. cit., pp. 24-25.



فصل سوم

کیفیت قانون به‌عنوان محصول فرایند قانونگذاری و ابعاد آن



۱- مفهوم کیفیت قانون

همان‌طور که در بخش پیشین به تفصیل توضیح داده شده، منابع حقوق در تحول تاریخی خود از عرف‌ها و عادات مبهم، سازگار با تحول جوامع، از سادگی به سوی پیچیدگی بیشتر حرکت کرد و به جای افسانه و اسطوره، خرد و تجربه به منبع اصلی شناخت جهان تبدیل شد. در میان منابع یادشده و با ظهور دولت‌های مطلقه، قانونگذاری متمرکز، آگاهانه و عامدانه و مبتنی بر عقل خود - بنیاد به جای عرف‌های مبهم و پراکنده به منبع درجه اول قواعد حقوقی ارتقاء پیدا کرد. به نظر می‌رسد غایاتی که نیروی محرک چنین تحولی بوده است، مطلوب‌هایی همچون سادگی، عینیت، قطعیت، دقت، قابلیت پیش‌بینی، نظام‌مندی، سازگاری، انسجام، قانونیت و مانند اینها بوده است. از میان دو خانواده بزرگ و مهم حقوقی کامن‌لا و حقوق مدون، دومی استعداد بهتر و بیشتری در تعقیب چنین غایاتی از خود نشان داد؛ با این حال حتی نظام‌های آنگلو - آمریکایی به تدریج زیر نفوذ نظام متمرکز قانونگذاری قرار گرفته و به سمت تمرکز رفته است. «در این نظام متمرکز قانونگذاری، حقوق مدون مدرن مدعی است که یک نظام عقلانی و نیز صریح و روشن است زیرا قوانین نوشته، مدون هستند و به وسیله قانونگذار اعلام می‌شود. همچنین قوانین مدون مورد تحسین هستند زیرا نتیجه عصر روشنگری قلمداد می‌شود که به دموکراسی و لیبرالیسم اقتصادی، مالکیت خصوصی، آزادی قراردادی، فردگرایی، حقوق طبیعی و عدالت متعهد است»^۱.

با این حال، از اوایل قرن بیستم و هم‌زمان با افزایش انتقادات از دولت‌های لیبرال قرن نوزدهم و در نهایت، هم‌زمان با ظهور دولت‌های رفاه پس از جنگ جهانی دوم، دخالت‌های دولت در ابعاد مختلف زندگی اجتماعی گسترش یافت و در اثر این افزایش مداخله، تعداد هنجارهای حقوقی در انواع مختلف به‌طور بی‌سابقه‌ای رو به تزاید گذاشت. کارلو توری با لحاظ همین وصف، قرن بیستم را قرن قانون موضوعه^۲ و عصر حاکمیت قانونگذار به معنای اعم می‌نامد.^۳ افزایش مداخله‌گری دولت، گرچه قوانین و مقررات را به ابزار مناسبی برای مهندسی اجتماعی و اقتصادی و اعمال سیاست‌های مدنظر سیاستمداران تبدیل کرد، با این حال به تدریج مشکلاتی را نیز پدید آورد: «در دهه‌های پایانی این قرن، مشکلاتی که این ابزارانگاری قانون موجب بروز آنها شده بود، هر چه بیشتر نمایان شد. این مشکلات عبارت بودند از: تورم تقنینی و تحت کنترل در آوردن روابط اجتماعی با قانون، کاهش کیفیت پیش‌نویس‌های قانون و در نتیجه اصل قانون و از میان رفتن مشروعیت دخالت دولت از طریق قانون»^۴. مویل ضمن تصدیق کاهش کیفیت قوانین و مقررات در اثر شتابزدگی در تهیه محتوا و نگارش فنی و پیچیده آنها خاطر نشان می‌کند

1- Stephan Kinsella, Legislation and Discovery of Law in a Free Society, Journal of Libertarian Studies, 11 (2), 1995. p. 139.

2- Positive law

۳- کارلو توری، «قانونگذاری امری میان سیاست و حقوق»، در: حسن و کیلیان (تألیف و ترجمه)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۶۳

۴- همان، صص ۶۳-۶۴.



سیاستمداران و محققان از ابتدای دهه ۱۹۸۰ به ضرورت ارتقای کیفی قوانین و مقررات و کاستن از شمار آنها یا همان مقررات‌زدایی پی بردند.^۱

نویسنده کتاب «هنر قانونگذاری»، گومز، خاطرنشان می‌کند ما اکنون در ابتدای قرن بیست‌ویکم در فضای بدبینی رو به فزونی نسبت به هنجارها زندگی می‌کنیم. گفته می‌شود تعداد قواعد بسیار زیاد است؛ قواعد مبهم و نادقیق هستند، آنها به ندرت به اهدافی که بناست تعقیب کنند، دست پیدا می‌کنند و در صورت دستیابی هم باید بهای گزافی بابت آن پرداخت شود. همچنین جنبه دموکراتیک آنها روز به روز کم‌فروغ می‌شود و همین امر به حقانیت آنها صدمه زده است.^۲ او در تأیید ادعای افزایش شدید تعداد هنجارهای حقوقی، به آمارهایی که از سوی سازمان همکاری‌های اقتصادی و توسعه اروپا ارائه شده استناد می‌کند: «برای مثال در انگلستان، کتاب مرجع قانونی در حقوق شرکت‌ها از ۵۰۰ صفحه در سال ۱۹۸۰ به ۳۵۰۰ صفحه در سال ۱۹۹۱ افزایش یافت. در فرانسه، کتاب یک‌جلدی روزنامه رسمی در خلال سال‌های ۱۹۷۹ تا ۱۹۹۰ به دو جلد رسید. در ایالات متحده آمریکا، کد فدرال از ۲۰۰۰۰ صفحه در سال ۱۹۶۰ به ۱۲۰۰۰۰ صفحه در سال ۱۹۹۰ رسید. در فنلاند تعداد صفحاتی که به انتشار هنجارها [حقوقی] در روزنامه رسمی اختصاص داده شده بود در سال ۱۹۹۰، ۲۹۸۱ صفحه، در سال ۱۹۹۱، ۳۴۵۹ و در سال ۱۹۹۲، ۴۰۷۶ و در سال ۱۹۹۳، ۴۷۹۶ صفحه بود. وضعیت مشابهی در همه کشورهای سازمان همکاری‌های اقتصادی و توسعه اروپا و کشورهای آمریکای لاتین مشاهده می‌شود».^۳

بدین ترتیب خوشبینی‌ها درباره به‌کارگیری ابزار قانون در جهت مهندسی اجتماعی و مداخلات سریع و اجبارآمیز در شئون مختلف زندگی اجتماعی، به‌ویژه مناسبات اقتصادی، در اوایل قرن بیستم جای خود را به تردیدها و انتقادها از کاهش کیفیت و در عین حال افزایش روزافزون کمیت قوانین و مقررات در اواخر قرن بیستم داد. برای مثال انگ در مقدمه مقاله خود، متن فراخوان چهارمین سمپوزیوم کشورهای بنولوکس و اسکاندیناوی را که در دهه نود میلادی برگزار شد ذکر می‌کند که تا حدودی بحران موجود در این کشورها را به‌خوبی بازنمایی می‌کند: «محصولات تقنینی در جوامع (پسا) مدرن از حیث کمی، به حد خطرناکی رسیده است. علل تورم تقنینی چه از حیث تعداد و چه از حیث ماهیت متعدد هستند. برای پذیرش اشکال جایگزین تنظیم تعاملات انسانی، باید تحلیلی از این عوامل صورت گیرد تا از جایگزین کردن انبوهی از قوانین تنظیمی [رفتار انسان] با روش‌های تازه و دیگر - که آنها نیز از همان کاستی‌ها رنج می‌برند - پرهیز شود. بنابراین می‌توان این پرسش را مطرح کرد که آیا تولید انبوه قانون به دلیل کاهش کیفیت آن بوده است؟ آیا رشد بی‌سابقه نظام‌های حقوقی به سبب جبران نقایص قوانین بد با

۱- کوئن، جی. مویل، «ارتقای کارآمدی رویه‌های تقنینی پارلمان»، در: حسن و کیلیان (تألیف و ترجمه)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ص ۲۸۰.

2- Gomez, op. cit., p. 12.

3- Ibid, p. 17.

مداخله تقنینی جدید بوده است؟^۱ نهضت مقررات‌زدایی و اقبال به حقوق نرم به‌جای حقوق سخت، و توجه به سایر ابزارهای تنظیم‌گری و اعمال جدی دو اصل ضرورت و تناسب در وضع قوانین و مقررات، حاصل همین نگاه انتقادی به استفاده افراطی از قوانین و مقررات به‌عنوان یک ابزار کنترل و تنبیه و توجه به انواع ناکارآمدی‌ها و نیز هزینه‌های بسیار زیاد آنها بود. به عبارت دیگر، ظهور مفهوم «تنظیم‌گری بهتر» یا (Better Regulation) یا «قانونگذاری خوب» (Good Legislation) محصول جمع‌بندی رویکردهای انتقادی یادشده در کشورهای اروپایی، به‌ویژه در قالب اتحادیه اروپا و آمریکای پسادولت رفاه بود.

توجه به کیفیت محتوای قوانین پدیده تازه‌ای نیست. از فیلسوفان عهد باستان مانند توسیدید، افلاطون و ارسطو تا روسو، منتسکیو و بنجامین کنستانت، صراحتاً درباره محتوای قوانین اظهارنظر کرده‌اند. برای نمونه، ارسطو بر عادلانه بودن محتوای قوانین به‌طوری‌که هم در بر گیرنده منافع عمومی و هم منافع تک‌تک شهروندان باشد تأکید می‌کند.^۲ روسو با تقسیم قوانین به خوب و بد معتقد بود «تعدد قوانین، علامت آشکار فساد حکومت است و بدترین مردم آنهایی هستند که بیشترین قوانین را دارند؛ قوانین خوب، مولد قوانین خوب و قوانین بد مولد قوانین بد هستند»^۳.

اما به جرأت می‌توان گفت طرح بحث‌های دقیق درباره ضرورت سنجش و ارزیابی قوانین - که در دوران معاصر نیز همچنان مبنای داوری درباره خوب و بد قوانین و مقررات قرار گرفته‌اند - از سوی بنیانگذاران مکتب فایده‌گرایی انجام شد. آنها به‌جای طرح دیدگاه‌های مبهم کیفی - ارزشی و انطباق قواعد انسان‌ساخته با معیارهای برتر قدسی، مفاهیمی زمینی مانند «سود»، «کارایی»، «صرفه‌جویی» و «ارزیابی‌های کمی» را مطرح کردند. مشهورترین فرمول این مکتب، یعنی «بالاترین خوشبختی برای بیشترین افراد»، معیار مهمی برای ارزیابی به‌نسبت دقیق‌تر از قوانین موضوعه معرفی کرد. بنتام (۱۷۴۸-۱۸۳۲) در توضیح این اصل تصریح می‌کند: «غایت و هدف قانونگذار باید سعادت مردم باشد. در امور قانونگذاری، سود همگانی باید اصل راهنما باشد. بنابراین علم قانونگذاری عبارت است از تشخیص و تعیین آن چیزی که خیر جامعه معینی را که منافع آن مورد نظر ماست، تأمین کند»^۴. بدون شک منظور بنتام این نبود که می‌توان با دقت ریاضی، میزان سود یا لذت‌ها و دردهایی که از عمل تقنینی نتیجه می‌شود محاسبه و درباره آنها داوری کرد؛ بلکه مقصودش این بود که «گرایش کلی اعمال را می‌توان با آن دقت کلی تخمین زد که منطق و قانون بتوانند با حمایت و یا مقابله با چنین گرایشی «بنای سعادت

۱- انگ، پیشین، ص ۸۷.

2- Mihia Badescu, Legislative Inflation, An Important Cause of the Dysfunctions Existing in Contemporary Public Administration, Journal of Judicial Tribunal, Volum 7, issue 2, June 2018, p. 36.

3- Ibid.

۴- وت. جونز، خداوندان اندیشه سیاسی، ترجمه علی رامین، جلد دوم، قسمت دوم، چاپ نهم، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۴، ص ۴۸۴.



را برپا کنند»^۱. شاگرد مشهور بنتام، جان استوارت میل (۱۸۰۶-۱۸۷۳) نیز تحت تأثیر بنتام، با وضع واژه «سودانگاری»، آن را معیار ارزیابی قوانین و نهادها معرفی کرد.^۲

به نظر می‌رسد آنچه در جهان معاصر درباره کیفیت قانون و قانونگذاری خوب گفته می‌شود، حاصل سنجش‌پذیر کردن شکل و محتوای قوانین است. در این معنا، کیفیت و دامنه آثاری که قوانین و مقررات به بار می‌آورند، می‌تواند مبنای داوری درباره مطلوبیت آنها قرار گیرد. لزوم سنجش‌پذیری قانون، تکالیفی را متوجه قانونگذار کرده است که آن را از یک توصیه اخلاقی صرف فراتر می‌برد. چنانکه توضیح داده خواهد شد، لزوم ارائه اسناد و شواهدی که مؤید موجه بودن یک پیشنهاد تقنینی است، یکی از این آثار است. همچنین توجه به کیفیت قوانین عادی در هنگام نظارت اساسی بر قوانین عادی که در برخی کشورها مانند آلمان مورد توجه دادگاه قانون اساسی قرار گرفته است، یکی دیگر از آثار لزوم توجه به کیفیت قانون از سوی قانونگذار است.^۳

مطالعه نظر نویسندگان معاصر در باب معنای کیفیت قانون و قانونگذاری نیز به خوبی نشان‌دهنده اجماع و اتفاق نظر این نویسندگان بر لزوم ارتقای کیفیت قوانین و مقررات است. ایتکن به نقل از ووترپل می‌نویسد قانون باید در دستیابی به نتایج نهایی، دقیق و مؤثر و در عین حال روشن و به راحتی قابل فهم باشد. او به تقلید از تقسیم ژان کلود پاریزی، کیفیت قانون را به دو بخش کیفیت ماهوی و کیفیت شکلی تقسیم می‌کند. پاره اول، ناظر به ماهیت قانون یا خطامشی‌ای است که در نهایت جامه قانون می‌پوشد. در این معنا، ووترپل از مناسب بودن، کفایت و دقت محتوای قانون برای حل مسئله و به بار آوردن تغییر مطلوب از طریق اجرای قطعی، قابل پیش‌بینی و منصفانه قانون سخن می‌گوید. او کیفیت محتوای قانون را منوط به آن نوع خطامشی تقنینی می‌داند که درباره آن به اندازه کافی تحقیق و مطالعه شده باشد. از نظر او برای دستیابی به یک قانون با کیفیت از حیث ماهوی، باید درباره ضرورت توسل به قانونگذاری، تناسب سند تقنینی انتخاب شده با هدف مورد نظر و آثار احتمالی حاصل از اجرای آن، از سوی دست‌اندرکاران امر تقنین، تحلیل تفصیلی ارائه شود. از نظر ووترپل، دستیابی به کیفیت قانون مستلزم آن است که قانون وضع شده از نظر درونی، واجد هماهنگی و خالی از تناقض بوده و از نظر حقوقی با قوانین عالی‌تر مغایر نبوده و با قوانین موجود در یک نظام حقوقی سازگار باشد. همچنین از نظر کارآمدی یا هزینه و فایده، مقرون به صرفه بوده و قابلیت اجرایی داشته و شفاف و پاسخگو باشد.

ووترپل پاره دوم کیفیت قانون، یعنی پاره شکلی، را شامل استفاده صحیح از زبان، و سازمان‌دهی مواد قانون به نحوی می‌داند که برای مخاطبان قانون، یعنی کسانی که باید از آن تبعیت یا آن را اجرا

۱- و. ت. جونز، *خداوندان اندیشه سیاسی*، ترجمه علی رامین، جلد سوم، قسمت اول، چاپ نهم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۴، ص ۱۲۲.

۲- کلی، پیشین، ص ۴۶۴.

3- Luc J. Wintgens, Thd Rational Legislator Revisted. Bounded Rationality and Legisprudence, in The Rationality and Justification of Legislation, Luc J. Wintgens and A. Daniwel Oliver- Lalana (eds), Switzerland, Springer International Publishing, 2013, p.12.

کنند، قابل فهم باشد. تکلیفی که از این جهت، متوجه قانونگذار است، این است که متن قانون را باید تا جایی که ممکن است واضح، شفاف و خالی از ابهام بنویسد. همچنین ساختار قانون باید به نحوی تنظیم شده باشد که بلافاصله پیام اصلی مندرج در آن را منتقل کند و خواننده را در خلال متن‌هایی با ساختار تو در تو، سرگردان رها نکند یا طراحی کالبد قوانین و مقررات به شکلی انجام شود که مخاطبان قانون به نحو مؤثر و آسان به پیام اصلی قانونگذار دست پیدا کنند.^۱

کاربن، ذیل عنوان کیفیت تقنینی^۲ ابتدا از اصول ضرورت، تناسب، اصل تقدم واحد محلی،^۳ شفافیت، پاسخگویی، مشارکت، دسترسی و پیش‌بینی‌پذیری قوانین نام می‌برد. او نیز با قبول تفکیک میان کیفیت ماهوی و شکلی قوانین، توضیح می‌دهد منظور از کیفیت شکلی، وضعیت متن یا زبان و نیز ساختار قانون است. به نظر او، متن قانون باید دقیق، قابل فهم، خالی از ابهام و روشن باشد. از نظر محتوا نیز قانون باید کارآمد، نتیجه‌بخش، مقرون به صرفه، باثبات و انعطاف‌پذیر باشد. او معتقد است علاوه بر اینکه مردم باید به محتوای قانون دسترسی داشته و معنای آن را درک کنند، باید بتوانند به منظور برنامه‌ریزی برای زندگی خود به آن اعتماد کرده و بر آن اتکا کنند. در عین حال از قانون انتظار می‌رود قابل انطباق با پویایی ذاتی و تغییرات مداوم یک جامعه باشد، بدون اینکه لازم باشد مرتباً آن را تغییر داد.^۴

مسموتی، یکی از مهم‌ترین صاحب‌نظران کیفیت قانون و قانونگذاری، با اینکه اذعان می‌کند که کیفیت یک مفهوم نسبی است و بر حسب موضوعات، نظام‌های حقوقی و جوامع مختلف می‌تواند متفاوت باشد اما می‌توان نقاط مشترکی میان آنها یافت. به نظر او: «از یک سو، کیفیت اساساً به فرایند قانونگذاری، محتوا، شکل و نیز آثار یک قانون اشاره دارد و می‌تواند به عنوان فرایند عقلانی اعمال اصول حقوقی برای تصمیم‌گیری دموکراتیک فهمیده شود. از سوی دیگر، منظور از کیفیت، عبارت است از خروجی‌های نهایی قانون در جهان واقعی و میزان دستیابی به اهداف قانون. به عبارت دیگر، منظور از کیفیت نتیجه‌بخشی^۵ است. مفهوم کیفیت اساساً واجد ماهیت و هدف دوگانه است؛ یعنی هم عقلانیت و هم نتیجه‌بخشی».^۶

فلورین، ابتدا با استناد به نظر ورمن، مفهوم کیفیت را با قیاس به مفهوم کیفیت یک محصول یا خدمت، کیفیت را وضعیتی می‌داند که یک محصول یا خدمت معین، برآورنده انتظارات استفاده‌کننده (کاربر) آنها باشد؛ البته با این توضیح که شمار استفاده‌کنندگان محصول قانونگذاری، یعنی قانون، طیف وسیعی از اقشار را شامل می‌شود از جمله سیاستمداران، کارمندان دولت، بازرگانان، وکلا، قضات، دادستان‌ها

1- Victoria E. Aitken, An Exposition of Legislative Quality and Its Relevance for Effective Development, 2013.

2- Legislative quality

3- Subsidiarity

4- Ibid.

5- Effectiveness

6- Maria Mousmouti, Operationalizing Quality of Legislation through the Effectiveness Test, *Legisprudence*, 6:2, 2012, p. 197.

و مقامات عمومی در سطح دولت مرکزی یا محلی و مانند اینها^۱ وجود طیف وسیع استفاده‌کنندگان قانون باعث می‌شود مفهوم کیفیت از پیچیدگی ویژه‌ای برخوردار باشد. برای مثال، در میان این طیف وسیع، عده‌ای در پی وضوح و قطعیت حقوقی، برخی خواهان سهولت اجرا و اعمال قانون و عده‌ای نیز طالب وضوح مفهومی، سهولت دسترسی یا حذف بار اداری یا قواعد دست‌وپاگیر اداری هستند. فلورین به دلیل تزاخم بسیاری از این انتظارات با یکدیگر، سخن از کیفیت ایده‌آل در قانون را امری دست‌نیافتنی می‌داند و از برقراری نوعی توازن بهینه میان انواع این انتظارات سخن می‌گوید که در نهایت به تأمین کیفیت قانون منتهی می‌شود. او با همین تحلیل، با اشاره به تجربه کشور هلند از سال ۱۹۹۱ به بعد، فهرستی از ویژگی‌های قانون خوب را به شرح زیر معرفی می‌کند:

- قانونیت، انطباق با قانون اساسی و معاهدات بین‌المللی و ترتیب اثر دادن به اصول کلی حقوقی؛
- اثربخشی و کارآمدی (هزینه و فایده)؛
- اصل تقدم واحد محلی و اصل تناسب؛
- عملی بودن و قابلیت اجرا؛
- هماهنگی؛
- سادگی، وضوح و قابلیت دسترسی.^۲

از نظر وورمنس، کیفیت قانون شامل دو مؤلفه اساسی است: نخست کیفیت تقنینی^۳ و دوم کیفیت تنظیمی^۴ است. منظور از کیفیت تقنینی، رعایت معیارهایی است که در قانون اساسی بدان تصریح شده است. هر اندازه این معیارها بیشتر رعایت شود، کیفیت تقنینی بیشتر تأمین می‌شود. اما منظور از کیفیت تنظیمی، توانایی یک قانون در اجرای خط‌مشی‌هایی است که به توسعه بخش خصوصی، تقویت شرایط بازار منصفانه، نهادهای باثبات، رضایت شهروندان و مانند اینها منتهی می‌شود.^۵ طبعاً این دو می‌توانند مکمل یکدیگر باشند.

زانتاکی، کیفیت قانون را به معنای اثربخشی^۶ قانون می‌داند که به معنای میزان توفیق قانونگذاران در دسترسی به اهداف مدنظرشان است. وی اثربخشی را در رأس هرمی قرار می‌دهد که در مراتب پایین‌تر به ترتیب معیارهای دیگری مانند نتیجه‌بخشی، کارایی (هزینه - فایده) وضوح، دقت، عدم ابهام، سادگی و

1- N. A. Florijn, Quality of legislation: A Law and Development Project, in J. Amscheidt, B. Van Rooij and J. M. Otto (eds), Law Making For Development, Leiden University Press, 2008, p. 76.

2- Ibid, pp. 77-78.

3- Legislative quality

4- Regulatory quality

5- Wim Voermans, Concerns about the Quality of EU Legislation: What kind Of Problem, By What Kind of Standards? Erasmus Law Review, Vo, 2, No 1, 2009. pp. 66-68.

6- Efficacy

روشنی زبان استفاده‌شده در قانون و مانند اینها قرار دارند.^۱

سایر صاحب‌نظران مطالعات قانونگذاری، کم‌وبیش برداشت‌هایی مشابه با آنچه به‌عنوان نمونه به برخی از آنها اشاره شد ارائه کرده‌اند. در جمع‌بندی این نظرات می‌توان گفت کیفیت تقنینی یک مفهوم کلی و نسبی است که در محصول فرایند تقنینی، یعنی قانون، خود را نشان می‌دهد. فرایندها و مراحل پیچیده و گاه طولانی قانونگذاری، جملگی به‌منظور دستیابی به مصوباتی است که از نظر سیاسی دموکراتیک باشد، از نظر فنی با قواعد علمی، عقل سلیم، هنجارهای حقوقی برتر مغایر نباشد و از نظر فرم و ساختار در انتقال پیام اصلی قانونگذار به مخاطبان خود کامیاب باشد. به‌عبارت‌دیگر، قانونگذار باید حداقل از سه بعد کلی مراقب کیفیت قانون به‌عنوان محصول نهایی فعالیت خود باشد: نخست، بعد محتوایی، فنی یا کیفیت خطمشی اتخاذ شده، دوم، بعد شکلی یا زبانی و ساختاری و سوم بعد حقوقی. در ادامه این سه بعد به‌طور جداگانه و به‌تفصیل مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۲- ابعاد کیفیت قانون

۲-۱- بعد محتوایی قانون

در یک جامعه سیاسی مسائل و مشکلات پرشمار و بلکه بی‌شمار و منابع و توان حل آنها همواره محدود است. بدیهی است در چنین وضعیتی، شناسایی اینکه چه چیزی اساساً یک مشکل است و در مجموع مسائل بی‌نهایت موجود، یک مسئله معین از چه حدی از اهمیت و اولویت برخوردار است و منابع محدود عمومی به چه کسی، چگونه، تا چه حد و چه موقع باید برای آن مشکلات تخصیص داده شود، موضوع منازعات و مناقشات بسیار است. تصمیم‌گیری در خصوص چنین موضوعاتی که جزو اولین مراحل قانونگذاری یعنی مرحله خطمشی‌گذاری است عمیقاً واجد ماهیت سیاسی است. به همین سبب است که والدرون - یکی از مهم‌ترین متفکرانی که در مورد ذات عمل تقنینی آثار یگانه‌ای دارد - معتقد است، لازم است طبیعت سیاسی قانونگذاری و فرایند تقنینی جدی گرفته شود. والدرون توضیح می‌دهد که «قوه مقننه جایی است که در آن قانون در فرایند سیاسی شدن قرار می‌گیرد. سیاست (Politics) فقط شور و مذاکره و رایزنی نیست بلکه جلب آراء نمایندگان مجلس، مصالحه کردن و انجام اصلاحاتی (در پیش‌نویس) که معمولاً شکل‌گیری یک اکثریت لازمه آن است نیز در دایره سیاست قرار دارد».^۲ مسموتی مانند والدرون، قانون را فرزند سیاست و حقوق می‌داند؛ دو عرصه‌ای که واجد عقلانیت‌های متفاوتی هستند^۳ و همین امر آن را به یک مفهوم پیچیده تبدیل می‌کند. مفهوم خطمشی (Policy) از دل یک فرایند سیاسی (Politics) ظهور می‌کند و سپس قدم در دنیای فرایند حقوقی می‌گذارد که در نهایت به یک محصول تقنینی ختم می‌شود.

۱- هلن زانتاکی، قانون‌نویسی، هنر و فناوری قواعد تنظیم‌گری، ترجمه حسن و کیلیان، انتشارات سمت و مجلس شورای اسلامی، ۱۴۰۰.

۲- والدرون، پیشین، ص ۳۶.



۱-۱-۲- مفهوم خطمشی

از آنجاکه معنای خطمشی (Policy) پیوند عمیقی با مفهوم سیاست (Politics) دارد و به عبارت دیگر نقطه عزیمت خطمشی‌های عمومی است، ابتدا لازم است به مفهوم اخیر نیز اشاره شود. دانشمندان علوم سیاسی، سیاست را از دیدگاه‌های متفاوت و با تأکیدات گوناگون تعریف کرده‌اند از جمله سیاست به مثابه هنر حکومت کردن یا امری که مربوط به دولت است، سیاست به مثابه امر عمومی در مقابل امر خصوصی، سیاست به مثابه سازش و اجماع یا هنر زندگی مسالمت‌آمیز جمعی و پرهیز از منازعه و درگیری و بالاخره سیاست به مثابه قدرت در معنای وسیع و توزیع منابع.^۱ در میان انواع تعاریف از سیاست، به نظر می‌رسد تعریفی که دیوید ایستون از سیاست ارائه می‌دهد برای فهم معنای خطمشی و خطمشی‌گذاری به عنوان مرحله قبل از قانونگذاری شایسته توجه بیشتری است.

از نظر ایستون، سیاست عبارت است از «تخصیص آمرانه (مقتدرانه) ارزش‌ها»^۲ در یک جامعه سیاسی. به رغم انتقادات و کاستی‌های برشمرده شده برای این تعریف، اما با توجه به تأکید ایستون به عنصر آمرانه یا مقتدرانه که بر استفاده از زور مشروع برای توزیع منابع کمیاب یا ارزش‌هایی مانند قدرت، ثروت و منزلت دلالت دارد، این تعریف می‌تواند به خوبی بیانگر رابطه میان عرصه سیاست و حقوق و به طور خاص قانونگذاری باشد. از این منظر، کل نظام حقوقی یکی از ابزارهای مهمی است که طی آن تقاضاهای تولید شده در محیط سیاسی به برون‌دادها یا تصمیماتی تبدیل می‌شود که خصیصه بارز آنها، الزام‌آور بودن یا اتکای آنها به زور مشروعی است که منحصراً در اختیار دولت است. در این معنا، وضع قوانین و مقررات، یکی از مهم‌ترین ابزارهای شکل دادن به رفتار انسان است که از طریق تجویز یک رفتار خاص خواه با الزام به آن یا الزام به ترک یک رفتار معین سعی دارد به مقصود مورد نظر خطمشی‌گذار و مقنن دست پیدا کند. این برداشت از قانون و مقرر به بیشتر متکی به فهم فرمان‌محور از قانون است که پیش‌تر با اشاره به آموزه‌های مکتب پوزیتیویسم حقوقی کلاسیک بدان اشاره شد.

چنانکه در ادامه خواهیم دید، از منظر تنظیم‌گری، توسل به قانونگذاری و وضع مقرر تنها یک از ابزارهای تنظیم‌گری است که ضرورتاً بهترین ابزار تلقی نمی‌شود. اما خطمشی‌گذاری با توسل به وضع قانون، دقیقاً لحظه تبدیل^۳ ارزش‌های خلق‌شده در محیط سیاسی و ورود آن به جهان حقوق غالباً در شکل قانون یا رویه قضایی است. «برای مثال، لحظه تبدیل، لحظه‌ای است که ارزش یک دولت متمایل به مداخله در اقتصاد (برای محافظت از مردم) به چندین محدودیت حقوقی یا به چند ضد اصل حقوقی آزادی قراردادی تبدیل می‌شود»^۴. در مثالی دیگر، حمایت مطلق از حیات انسان، ارزشی است که

۱- برای مطالعه تفصیلی در خصوص معنای سیاست نک: اندرو هیوود، سیاست، ترجمه عبدالرحمن عالم، تهران: ۱۳۸۹.

2- David Easton, The Political System: An Inquiry into the State of Political Science, 2nd edition, Knopf, 1971, P. 128.

3- transformational moment

4- Mauro Zamboni, The Policy of Law: A Legal Theoretical Framework, Oxford, Hart Publishing 2007, p. 63.

در حوزه سیاسی انتخاب می‌شود و انتخاب این ارزش، دستمایه اتخاذ تدابیر سرکوبگرانه از سوی دستگاه دولت در برابر ناقضان چنین ارزشی، مشخصاً در مورد سقط جنین قرار می‌گیرد.^۱ بنابراین مفهوم مقبول از سیاست، عبارت است از «مجموعه‌ای از ارزش‌ها (اعم از اقتصادی، اجتماعی و اخلاقی) و نیز فرایندهایی که از طریق آن، ارزش‌ها انتخاب شده به وسیله دستگاه‌های صلاحیت‌دار عمومی در جامعه با استفاده از وضع قانون اجرا می‌شود. ارزش‌ها نیز به نوبه خود عبارت‌اند از هر آنچه انسان آنها را به معنای دلایل بنیادین پشت دلایل بلافصل یک عمل، برای تأیید آن عمل یا ترجیح روش‌های خاصی از عمل و وضعیت‌های خاصی از امور نسبت به دیگر وضعیت‌ها می‌پذیرد. دلایلی که خودشان با دلایل بالاتر یا عالی‌تری حمایت نمی‌شوند».^۲ لازم به ذکر است که خطمشی به شرحی که در بالا ذکر شد، واجد وصف عمومی است به این معنا که در مقام مقایسه، خطمشی عمومی، عده زیادی از مردم و منافع را نسبت به منافع خصوصی تحت تأثیر قرار می‌دهد و دولت به نمایندگی از عموم، مأمور تهیه، تدوین و پیشبرد آن است. خطمشی به این معنا می‌تواند سرچشمه‌های گوناگونی داشته باشد. هیود، منشأ خطمشی‌ها را به دو دسته بالا و پایین تقسیم می‌کند. آغاز یک خطمشی می‌تواند از رهبران سیاسی، کابینه‌ها، کارگزاری‌های حکومت و مانند آن باشد یا از پایین، یعنی از راه فشار افکار عمومی، رسانه‌های جمعی، حزب سیاسی، گروه‌های ذی‌نفع، گروه‌های فکر و مانند اینها.^۳ به این حال، خطمشی‌گذاری از پایین در جوامع دموکراتیک از اهمیت و جایگاه انکارناپذیری برخوردار است. به قول هیوود: «نظام سیاسی هر چه دموکراتیک‌تر و پلورالیستی‌تر باشد، فشارهای وارد شده از پایین به بالا در آغاز خطمشی نیز بااهمیت‌تر خواهند بود ... دموکراسی در این معنا عبارت است از تعیین دستور کار سیاسی "از پایین" نه از "بالا"».^۴ با این وصف، وضع قانون به معنای خاص از طریق پارلمان، بارزترین تجلی تصمیم‌گیری دموکراتیک در یک نظام سیاسی است و در این قبیل نظام‌ها بر عهده احزاب سیاسی و گروه‌های ذی‌نفع است که نیازها و منافع متنوع مردم را تجمیع کرده، شکل داده و کانالیزه کنند یا بر محتوای خطمشی‌ها و قوانین تأثیر بگذارند.

۲-۱-۲- ابزارهای خطمشی‌گذاری

پیش‌تر اشاره شد که با ظهور پوزیتیویسم حقوقی کلاسیک که نظریه قانون به مثابه فرمان حاکم را به گفتمان مسلط قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم تبدیل کرد، به همراه ظهور اندیشه مهندسی اجتماعی از طریق قانون که با ظهور دولت‌های رفاه پس از جنگ جهانی دوم به اوج خود رسید، زمینه برای استفاده افراطی از ابزار قانون و قانونگذاری برای دستیابی به مقاصد دولت به شدت افزایش یافت. «در این اندیشه،

1- Ibid, p. 128.

2- Ibid, p. 8.

۳- هیود، پیشین، ص ۵۷۸.

۴- همان، ص ۵۷۹.



حقوق نه تنها ابزار حفظ وضع موجود است بلکه یک ابزار سیاسی برای دخالت در جامعه و تغییر آن است.^۱ اما با آشکار شدن کاستی‌ها و ناکارآمدی‌های توسل به قانون به‌عنوان ابزار اجبارآمیز تنظیم امر عمومی، از یک سو جستجو برای به‌کارگیری سایر ابزارهای تنظیم‌گری به‌غیر از وضع قوانین و مقررات، و از سوی دیگر، تلاش برای ارتقای کیفیت قوانین و مقررات آغاز شد. یکی از نویسندگان شروع این تلاش‌ها را دهه ۱۹۷۰ می‌داند؛ «وقتی که شکست اولین برنامه‌های کلان اجتماعی پدیدار شد، برخی در این اندیشه شدند که چه تضمینی وجود دارد که یک قانون به اهدافش دست پیدا کند».^۲ چنین تلاش‌هایی در آمریکا، آلمان، ایتالیا، اسپانیا و بعدها کل کشورهای عضو اتحادیه اروپا کاملاً مشهود بود.

در واقع نگرانی‌ها درباره نتیجه‌بخشی و کارایی هنجارهای حقوقی، امر مشترکی میان همه چهره‌های سیاسی پیرو ایدئولوژی‌های سیاسی مختلف بود به‌طوری که نهادهایی را برای ارزیابی قوانین و مقررات و شیوه‌های تنظیم‌گری در دهه ۱۹۸۰ بنیان نهادند.^۳ یکی از آثار این تلاش‌ها، استقبال از سایر روش‌های تنظیم‌گری به‌جای استفاده از روش‌های فرمان و کنترل، یعنی حقوق نرم،^۴ و نیز ابزارهای مبتنی بر خودتنظیمی و تنظیم‌گری مشارکتی و انتشار اطلاعات و کدهای رفتاری بود که هر چه بیشتر از حقوق سخت فاصله می‌گرفت و به حقوق نرم نزدیک‌تر می‌شد. منظور از حقوق نرم «آن دسته از ابزارهای تنظیم‌گری و سازوکارهای حکمرانی هستند که گرچه بر نوعی التزام هنجاری دلالت دارند اما متکی بر قواعد الزام‌آور یا نظام مجازات‌های رسمی نیستند».^۵

توسل به حقوق نرم و سایر ابزارهای تنظیم‌گری، دلایل متعددی دارد. این ادعا از سوی برخی از نویسندگان مطرح شد که مطالعات تجربی ناکارآمدی ابزارهای تنظیم‌گری مبتنی بر فرمان و کنترل را تأیید می‌کنند. «برای مثال تیتنبرگ ده مطالعه انجام‌شده را ذکر می‌کند که بنا بر ادعای او، نشان‌دهنده تفاوت هزینه‌ای گسترده میان تنظیم‌گری مبتنی بر فرمان و کنترل و کم‌ترین هزینه برای روش‌های جایگزین آن است».^۶

برخی از نویسندگان آغاز نگرش انتقادی به استفاده از روش فرمان و کنترل را دهه ۶۰ میلادی می‌دانند؛ وقتی که مناسب بودن و مزایای استفاده از این روش از جمله کارآمدی، کاهش هزینه اطلاعاتی، حقانیت، قطعیت، پاسخگویی در قبال آن و مانند آنها، مورد تردید و مناقشه جدی قرار گرفت. در عوض، آثار مخرب توسل به چنین روشی به‌ویژه در حوزه اقتصاد، افزایش نسبی قیمت‌ها، ایجاد اختلال و ناکارآمدی در سازوکار بازار و ممانعت از رشد و نوآوری اقتصادی، صرف منابع هنگفت برای وضع آن و ایجاد نهادهای

1- Randall Lesaffer, *European Legal History, A Cultural and Political Perspective*, Translated by Jan Arriens, Cambridge, Cambridge University Press, p. 515.

2- Gomez, op. cit., 177.

3- Ibid, p.12.

4- Soft law

5- Francis Snyder, cited in Ann di Robilant, *Genealogies of Soft Law*, *American Journal of Comparative Law*, Vol 54, No. 3. p. 450.

6- Quoted Cole and Grossman, op. cit., p. 888.

اداری گسترده برای نظارت بر اجرای قوانین و مانند آن آشکار شد.^۱ علاوه بر اینها، صاحب‌نظرانی مانند فون‌هایک، نقدهای ویرانگری بر استفاده از قانونگذاری عامدانه کردند: «... این اندیشه که هر قانونی می‌تواند و باید محصول ابداع آزادانه یک قانونگذار باشد - تصویری که امروز به‌طور گسترده رواج دارد - واقعاً غلط است. این اندیشه محصول عقلانیت صنع‌گراست ... دیدگاه پوزیتیویسم حقوقی که تمام حقوق را ناشی از اراده قانونگذار می‌داند - مغالطه مقصودگرایانه - خصلت بارز صنع‌گرایی است و رجعت به نظریه‌هایی است که نهادهای انسانی را محصول طرح و قصد انسان تصور می‌کنند».^۲

نقدهای وارد بر استفاده افراطی از قانون و مقررات برای تنظیم‌گری، در تقویت این طرز تفکر تأثیر قطعی گذاشت که اصل بر آزادی است و ایجاد محدودیت استثناست. حتی در صورتی که ایجاد محدودیت ضروری (آزمون ضرورت) است، آن دسته از ابزارهای تنظیم‌گری اولویت دارند که کمتر اجبارآمیزند. به عبارت دیگر، در صورتی که در استفاده از ابزارها و فنون تنظیم‌گری در عمل تردید ایجاد شود باید به این اصل مهم مراجعه شود: «در موقع تردید به نفع آزادی عمل کن» (in dubio pro libertate).^۳

بر اساس چنین برداشتهای نوینی، نخست اساساً مداخله دولت برای حل مسائل جامعه سیاسی مورد تردید واقع شد و وهله دوم، در صورت احراز ضرورت مداخله، تلاش برای یافتن ابزار مناسب باید در دستور کار قرار گیرد.

هود از چهار اصل مهم یاد می‌کند که در انتخاب ابزارهای تنظیم‌گری باید مورد توجه دولت باشد:

«یکم] ابزار یا ترکیبی از ابزارها برای استفاده در یک مورد معین باید پس از بررسی ابزارهای امکان‌پذیر مختلف برای یک کار معین انتخاب شود.

[دوم] ابزار انتخاب شده باید متناسب با کار یاد شده باشد. از آنجاکه هیچ ابزاری که برای همه اهداف مناسب باشد و به‌طور مؤثری در خدمت دولت در همه وضعیت‌ها باشد وجود ندارد؛ دولت باید شرایط و اوضاع و احوالی را که به نفع یکی از ابزارهای موجود است شناسایی کند.

[سوم] گزینه انتخابی نباید ضد متمدنانه باشد بلکه باید با معیارهای اخلاقی خاصی مانند عدالت و انصاف انطباق داشته باشد.

[چهارم] نتیجه‌بخشی کافی نیست بلکه اثرات مطلوب باید با حداقل هزینه ممکن بدون هدر دادن

منابع عمومی دولت حاصل شود».^۴

1- K. P. V. O'sullivan and Darragh Flannery, A Discussion on The Resilience of Command and Control Regulation Within Regulatory Behaviour Theories, Risk Governance and Control: Financial Markets and Institutions, Volum 1. Issue 3. 2011. p. 16.

۲- هایک، پیشین، ص ۱۳۲.

3- Gomez, op. cit., p. 80.

4- Christopher C. Hood, The Tools of Government, London, The Macmillan Press LTD. 1983, p.131.



ادبیات بسیار گسترده‌ای در خصوص معرفی انواع ابزارهای تنظیم‌گری وجود دارد اما برخی از ابزارهای مهم جایگزین تنظیم‌گری اجبارآمیز از طریق وضع قانون یا مقررره به‌طور خلاصه به شرح زیر است:

۱-۲-۱- خودداری از هرگونه اقدام

یکی از باورهای خطرناک در امر تنظیم‌گری، اعتقاد به لزوم دخالت دولت در برخورد با هر نوع مسئله عمومی است. همان‌طور که گفته شد، دولت با مسائل بی‌شمار و متعددی در مدیریت امر عمومی مواجه است که نوع و جنس هر یک از آنها می‌تواند با یکدیگر کم‌وبیش متفاوت باشد. از سوی دیگر، همواره این تقاضا از سوی افکار عمومی، گروه‌های ذی‌نفع و رسانه‌ها وجود دارد که دولت در مقابل مسائل یادشده، واکنشی از جنس مداخله‌هنجاری نشان دهد. اما رویه مطلوب در مقابل چنین تقاضاهایی این است که در مرحله تعریف مسئله عمومی ابتدا باید بررسی شود که مسئله چیست و در گام بعدی باید این پرسش مطرح شود که آیا می‌توان مسئله را با وضع قانون یا مقررره حل کرد یا اینکه موضوع به دلیل شرایط فیزیکی یا طبیعی، فراتر از توان انسانی است یا در صورتی که مداخله تقنینی امکان‌پذیر است، هزینه‌های آن از فواید حاصله بیشتر خواهد بود.

این احتمال نیز وجود دارد که پیامدهای دخالت تقنینی غیرقابل محاسبه باشد یا ریسک مداخله چنان زیاد است که رجوع به اصل عدم‌مداخله به صواب نزدیک‌تر است. همین حکم در مواردی جاری است که رابطه علی لازم و کافی میان رفتاری که بناست با دخالت دولت تنظیم شود و اهدافی که بناست از طریق تنظیم‌گری تأمین شود، وجود نداشته باشد یا در صورتی که رفتار تحت تنظیم‌گری از تنوع بسیار زیادی برخوردار باشد یا مداخله تنظیمی دولت با ریسک بسیار زیادی همراه است. به‌هرروی، تصمیم‌گیری در این خصوص موکول به نتایج حاصل از اعمال آزمون ضرورت است. زانتاکی در برنامه تقنینی پیشنهادی خود، بررسی ضرورت توسل به قانونگذاری را دومین مرحله اساسی تدوین این برنامه پس از مرحله تحلیل قوانین و مقررات موجود می‌داند. به‌نظر او: «وضع قانون همواره باید به‌عنوان آخرین راه‌حل (برای حل مشکل) در نظر گرفته شود. بنا بر تعریف، تنظیم‌گری در واقع نقض آزادی بشر است. مشروع یا نامشروع، هرزمانی که دولت فعالیت جدیدی را تنظیم‌گری می‌کند در واقع به آزادی شهروندان خود برای رسیدن به مطلوب موردنظرشان خلل وارد می‌کند»^۱.

۲-۲-۱-۲- توسل به ابزارهای حقوق خصوصی

در پاسخ به این پرسش که مداخله ضروری است یا خیر، پاسخ این است: از مداخله پرهیز کنید اما اگر راهی به‌جز مداخله وجود ندارد این کار باید تا جایی که ممکن است با ابزارهای موجود در حقوق خصوصی انجام شود. از منظر سیاست تقنینی مداخله حداقلی، در صورتی که مداخله ضروری باشد باید از سازوکار خود

۱- زانتاکی، پیشین، ص ۶۴.

بازار تقلید شود. خطامشی تنظیمی مداخله حداقلی، هدفش دستیابی به حداکثر کارآمدی از طریق سه ابزار اصلی حقوق خصوصی است. نخستین ابزار عبارت است حقوق مالکیت به‌دقت تعریف‌شده. «کارکرد حقوق عبارت است از ایجاد نظامی از مالکیت که با درونی‌کردن هزینه‌ها و منافع خارجی به عملکرد کارآمد بازار دست پیدا کند».^۱ دومین ابزار عبارت است از مسئولیت. «اگر کارکرد حقوق درونی کردن آثار خارجی باشد، در مقابل خسارت‌های ایجاد شده به‌وسیله یک حادثه یا صدمه به حقوق مالکیت چه باید کرد؟ با توجه به غیرممکن بودن حل این مسئله از طریق بازار... نظام حقوقی باید این وضعیت را به‌نحوی تنظیم کند که اگر این نوع مبادله ممکن بود بازار آن را بدان شکل انجام می‌داد؛ یعنی با دادن حق (حق بر جبران خسارت) به طرفی که در دستان او این حق بیشترین ارزش را دارد و بار کردن هزینه‌ها به طرفی که می‌تواند با حداقل هزینه ممکن از آن پرهیز کند».^۲ سومین ابزار عبارت است از قرارداد. «پیش‌فرض بازار این است که منابع گرایش دارند جایی بروند که بیشترین بها را به آن می‌دهند. اما در صورتی که هزینه‌های مبادلاتی برابر یا بیشتر از منافع باشد که از مبادله حاصل می‌شود، چنین اتفاقی رخ نخواهد داد. در این صورت باید ابزارهایی وجود داشته باشد که این هزینه‌های مبادلاتی را کاهش دهد. ... حقوق قراردادهای از سه راه این کار را انجام می‌دهد: با تعیین اینکه کدام قرارداد میان طرفین مبادله الزام‌آور است. با تعیین حقوق و تکالیف ایجاد شده به‌موجب قرارداد - که اگرچه لازم‌الاجراست اما عبارات آن کلی است - و با تعیین پیامدهای نقض ناموجه قرارداد».^۳

۳-۲-۱-۲- خودتنظیمی^۴

یکی از ابزارهای جایگزین قانونگذاری، خودتنظیمی است. «خودتنظیمی وقتی رخ می‌دهد که گروهی از شرکت‌ها یا افراد بر اعضای خودشان اعمال کنترل می‌کنند».^۵ در این صورت، گروه‌های هدف تنظیم‌گری برای اعمال کنترل بر رفتار اعضای خود، قواعدی را تأسیس می‌کنند یا اقدامی انجام می‌دهند. نکته مهم آنکه قواعد یا اقدامات ناشی از خودتنظیمی، ممکن است کاملاً غیررسمی، غیرالزام‌آور و داوطلبانه باشد و یا همراه با ضمانت اجرای حقوقی باشد به‌نحوی که بتوان اجرای آن را از محاکم مربوطه تقاضا کرد. همچنین نقش تعریف‌شده برای خودتنظیمی می‌تواند کامل بوده و شامل وضع قاعده و هم اجرای آن و نیز نظارت بر اجرا باشد و گاه ممکن است خودتنظیمی به یکی از این کارکردها محدود شود.

از جمله مزایای توسل به خودتنظیمی در مقابل قانونگذاری به‌معنای اعم، یکی تخصص است به این معنا که نهادهای خودتنظیم‌گر ممکن است در حوزه تنظیم‌گری مربوط، از دانش و تخصص بالاتری نسبت

1- Gomez, op. cit., p. 72.

2- Ibid, p. 73.

3- Ibid.

4- Self-regulation

5- Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge, Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2012. p.138.



به نهادهای بیرون از آن حوزه برخوردار باشند. برای مثال در حوزه مباحث مالی شاغلان به حریف خدمات مالی، بسی بیشتر از کارمندان دولتی بر ظرایف این حوزه تسلط دارند. از جمله دلایل دیگر، کارآمدی بیشتر خودتنظیم‌گری است. نهادهای خودتنظیم‌گر با دسترسی آسان به اشخاصی که تحت کنترل خود هستند، اطلاعاتی که برای تدوین و تنظیم استانداردهای موردنظرشان لازم است، با هزینه‌های به مراتب کمتری نسبت به سایر تنظیم‌گرانی مانند پارلمان یا دولت به دست می‌آورند.^۱ نمونه‌هایی از خودتنظیمی در قالب کدهای رفتاری عملکرد مطلوب، قواعد حل و فصل دعاوی در انجمن‌های ورزشی، و قراردادهای جمعی کار است.

۴-۲-۱-۲- تنظیم‌گری مشارکتی^۲

منظور از مشارکت در این نوع تنظیم‌گری، همکاری دولت با خود مخاطب تنظیم‌گری است. به این ترتیب، منظور از تنظیم‌گری مشارکتی «اشاره به موقعیتی است که طی آن مخاطب تنظیم‌گری «ترتیبات خود را توسعه داده و آن را اجرا می‌کند اما دولت به منظور امکان‌پذیر ساختن اعمال کدها و استانداردها، نوعی حمایت تقنینی ارائه می‌کند».^۳ با توجه به تضمین یا حمایتی که قانونگذار در این نوع تنظیم‌گری از کدها یا استانداردهایی که باید اعمال شود به عمل می‌آورد، می‌توان افزایش درجه قطعیت اعمال آنها را از مزایای این نوع تنظیم‌گری به شمار آورد. ضمن اینکه قانونگذار راه نوآوری در اجرا و تنظیم جزئیات را برای مشارکت‌کننده تنظیم‌گری باز می‌گذارد و از این نظر، انعطاف‌پذیر است. در این نوع تنظیم‌گری «قانون می‌تواند اهداف، مهلت‌های زمانی، شرایط نظارت و اعمال را تعیین کند اما در جزئیات مربوط به ابزار رسیدن به اهداف ورود پیدا نمی‌کند».^۴

۵-۲-۱-۲- نشر اطلاعات و استفاده از ابزارهای ارتباطی

در این نوع تنظیم‌گری، تغییرات رفتاری نه به وسیله قوانین اجباری بلکه از طریق تغییر آگاهی بخشی به مخاطبان تنظیم‌گری، کمپین‌های افزایش آگاهی، مشاوره، آموزش و تربیت، الگوسازی از سوی دولت، قواعد گزارش‌دهی و سایر ابزارهای شکل‌دهی به افکار عمومی انجام می‌شود. از نظر هود، دولت به دلیل جایگاه محوری خود، در چهارراه جمع‌آوری و ذخیره اطلاعاتی^۵ جامعه قرار گرفته است.^۶ دولت می‌تواند از این مزیت برای هدایت و کنترل رفتار شهروندان استفاده کند. کمپین‌های مختلفی که در خصوص مضرات نوشیدنی‌های الکلی و نیز بستن کمر بند ایمنی از سوی دولت‌ها ترتیب داده می‌شود، از جمله مثال‌های

1- Ibid, p.139.

2- Co-regulation

3- Richard Boyle, Regulatory Reform: Lessons from International Experience, CPMR Discussion Paper 12, p.16.

4- Better Regulation Task Force, Routes to Better Regulation, 2005, p. 26.

5- Nodality

6- Hood, op. cit., p. 21.

بارز این نوع تنظیم‌گری است. البته نتیجه‌بخشی استفاده از ابزارهای ارتباطاتی و انتشار اطلاعات، به بزرگی جامعه هدف این نوع تنظیم‌گری، میزان توجه و علاقه مخاطبان، میزان فنی بودن و توانایی به‌کارگیری این اطلاعات از سوی مخاطبان تنظیم‌گری و در نهایت میزان اعتبار دولت و اعتماد آنها به اطلاعات ارائه‌شده از سوی دولت بستگی دارد.^۱

غرض از اشاره به انواع مختلف ابزارهای تنظیم‌گری، تأکید بر ضرورت تناسب میان اهداف تقنینی و ابزارهای انتخابی است. در صورتی که چنین تناسبی وجود نداشته باشد به‌نظر می‌رسد دستیابی به اهداف مد نظر خطمشی‌گذاران و قانونگذاران، یا کاملاً ناممکن است یا هزینه‌های دستیابی به آن در مقابل دستاوردهای حاصله ناچیز است یا مقرون به‌صرفه نیست؛ امری که لازم است در قانونگذاری خوب از آن پرهیز شود.

۳-۱-۲- شاخص‌های ارزیابی خطمشی‌ها

به جرأت می‌توان ادعا کرد مفهوم ارزیابی و سنجش محتوای خطمشی‌های عمومی، انعکاس عقلانیت در مدیریت امر عمومی است. پیش‌تر به انواع عقلانیت از نظر آتینزا در امر قانونگذاری اشاره شد. به‌جز دو سطح اول و دوم عقلانیت، یعنی عقلانیت زبانی و عقلانیت حقوقی - که در بخش‌های بعد به‌طور جداگانه بحث خواهد شد - سه نوع دیگر عقلانیت یعنی عقلانیت عملی، غایی و اخلاقی ناظر به ارزیابی محتوای قوانین یا همان خطمشی‌ها هستند. علاوه بر آتینزا، نظریه چهار عقلانیت سنلن نیز معطوف به محتوای قوانین است. به‌نظر سنلن، خطمشی‌های دولت مشتمل بر چهار نوع عقلانیت به این شرح است: عقلانیت سیاسی، عقلانیت حقوقی، عقلانیت اقتصادی و عقلانیت علمی. هر کدام از این چهار نوع عقلانیت مستقل و واجد منطق خاص خود بوده اما در عین حال در ارتباط با یکدیگر هستند. به‌گفته سنلن، نکته مهم این است که انواع عقلانیت ذکر شده گاه در هماهنگی با یکدیگر هستند اما اغلب اقتضائات متضادی دارند. در این رابطه، او این پرسش‌های مهمی را مطرح می‌کند: «تا چه حد امری که از نظر علمی قابل قبول است از نظر حقوقی نیز موجه است؟ آیا راه‌حلی که از نظر حقوقی مرجح است، از نظر اقتصادی نیز به‌صرفه است؟ آیا راه‌حلی که از نظر خاص سیاسی به مصلحت است با عقلانیت حقوقی مطابقت دارد؟»^۲

والگرن پنج نوع عقلانیت را برای قانون به‌طور کلی برمی‌شمارد که تأمین آنها، مبنای مشروعیت نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد. این پنج نوع عقلانیت عبارت‌اند از عقلانیت دموکراتیک یا سیاسی، عقلانیت حقوقی، عقلانیت فرهنگی، عقلانیت عملیاتی (کارایی و قابلیت اجرایی قانون) و در نهایت عقلانیت

1- Gomez, op. cit., p. 102.

2- J. M. Otto, W. S. R. Stoter, and J. Arnscheidt, Using Legislative Theory to Improve and Development Projects, in J. Arnscheidt, B. Van Rooij, J. M. Otto, Lawmaking for Development, Exploration into the Theory and Practice of International Projects. Leiden University Press. 2008, p. 61.

درونی یا سازگاری درونی. والگرن خاطر نشان می‌کند این عقلانیت‌های گوناگون، اغلب با یکدیگر در تعارض هستند.^۱ کسانی مانند توینر^۲ معتقدند سیاست، اقتصاد و حقوق به دلیل اینکه واجد منطق‌های خاص خود هستند، به راحتی قابل هماهنگی با هم نیستند و بهتر است روش‌های دیگری برای تنظیم‌گری اجتماعی انتخاب شود.^۳

اما متخصصانی مانند مسموتی معتقدند دشواری کار قانونگذاری، همین برقراری تعادل میان این عقلانیت‌های متمایز است؛^۴ امری که باعث می‌شود قانونگذاری از امری صرفاً اراده‌گرایانه، به کاری سنجشگرانه سوق پیدا کند. در واقع قانونگذاری خوب دستیابی به حد بهینه‌ای از توازن میان این عقلانیت‌های مختلف و بعضاً متعارض است. به این منظور در اغلب آثار، سه معیار کلیدی برای ارزیابی محتوای محصول فرایند قانونگذاری یعنی قوانین و مقررات به چشم می‌خورد: اثربخشی،^۵ نتیجه‌بخشی^۶ و کارایی (هزینه - فایده).^۷ به قول کارپن، یکی از دلایل توجه به این معیارها در قانونگذاری جدید، اقتصادی شدن کلی طرز تفکر در دنیای جدید است: «مدیریت عمومی جدید» به معنای توانمندسازی دولت و دستگاه اجرایی در رسیدن به نتیجه‌بخشی و کارایی بالا در ارائه خدمات عمومی است. «کار بیشتر و بهتر را با [هزینه] کمتر انجام بده». هدف نهایی، دولت «چابک»^۸ و «هوشمند»^۹ است.^{۱۰} در ادامه این سه معیار مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۳-۱-۲- اثر بخشی

قانونگذاری یکی از ابزارهای سخت و مهم تنظیم رفتار شهروندان است. همچنین قوانین ابزار مهمی برای دستیابی دولت به اهداف خرد و کلان دولت، افزایش رفاه اجتماعی، سرکوب برخی رفتارهای ناپه‌نچار از طریق جرم‌انگاری، تعقیب خطمشی‌های توزیعی و بازتوزیعی، جبران شکست بازار و مانند اینها هستند. بنابراین خطمشی‌هایی که لباس قانون می‌پوشند، فقط شعار، وعده، آرزو، چشم‌انداز و از این قبیل نیستند بلکه محصول فرایند تقنینی، همواره دارای ضمانت اجرا است و تبعیت از آن، امری اختیاری یا دلخواهی نیست. از این رو قانونگذار برای دستیابی به اهداف خود در قالب انجام عملی یا نهی از ارتکاب آن یا شناسایی یک وضعیت یا حقوق و تکالیف، سعی در دستیابی به اهداف موردنظر خود دارد. اجرای آنها برای مقامات عمومی تکلیف و برای شهروندان لازم‌الاتباع است.

1- Peter Wahlgren, The Legitimacy Sphere: Between Law, Culture, Politics and Enforceability, Scandinavian Studies in Law, Volim 56. p. 428.

2- Teubner

3- Virgilio Zapatero Gomez, op. cit., p. 85.

4- Maria Mousmouti, The Mechanics' of Effective Legislation, 2019, Elgar Online, p. 2.

5- efficacy

6- effectiveness

7- efficiency

8- slim

9- smart

10- Gomez, op. cit., p. 305.

از لحاظ نظریه عمومی حقوق، اثربخشی به معنای «انطباق مدل رفتاری پیش‌بینی شده در هنجار با رفتار واقعی مخاطبان قانون است. و بنابراین یک قاعده وقتی اثربخش خوانده می‌شود که از آن اطاعت شود»^۱. در این معنا، اثربخشی یک قانون با میزان تبعیت از آن اندازه‌گیری می‌شود. برای نمونه، وقتی که قانون انجام عملی را نهی می‌کند، می‌توان بررسی کرد که ارتکاب رفتار ممنوع شده از طرف قانونگذار تا چه حد کاهش یافته است. برای مثال، وقتی در قوانین و مقررات راهنمایی و رانندگی محدودیت سرعت ۹۰ کیلومتر در بزرگراه‌های درون‌شهری وضع می‌شود، می‌توان با تحت نظر گرفتن رفتار رانندگان، میزان اطاعت از این محدودیت یا نقض آن را اندازه‌گیری کرد. از نظر کارپن، اثربخشی عبارت است از میزانی که طی آن گرایش‌ها و رفتارهای قابل مشاهده جمعیت هدف قانون (اعم از افراد، بنگاه‌ها، مقامات عمومی، مأموران اجرا یا اعمال قانون) با الگوی هنجاری قانون منطبق باشد یا منتج از آن باشد»^۲.

۲-۳-۱-۲- نتیجه‌بخشی

در قانونگذاری مدرن، مطلوبیت یک قانون فقط با میزان اطاعت از فرمان قانونگذار سنجیده نمی‌شود. همان‌طور که اشاره شد، قانونگذاری اکنون ابزار عمده مدیریت امر عمومی است. قوانین و مقررات، حامل و حاوی خطمشی‌ها هستند و خطمشی‌ها از ابزارهای منع، جواز، شناسایی صلاحیت‌ها برای مقامات عمومی یا شناسایی وضعیت‌های حقوقی مختلف برای اشخاص و نیز وضع حقوق و تکالیف، اهدافی را دنبال می‌کنند. این اهداف گاه به‌صراحت در قوانین و مقررات بیان می‌شود و گاه به‌طور ضمنی یا در اسناد مقدماتی در فرایند تهیه و تدوین و تصویب آن مستتر است. به‌هرروی، نتیجه‌بخشی ناظر به میزان دستیابی یک قانون به اهداف موردنظر تنظیم‌گر یا قانونگذار است. بنابراین می‌توان تصور کرد که قانونی اثربخش باشد ولی نتیجه‌بخش نباشد. برای مثال، اگر هدف از وضع محدودیت سرعت ۹۰ کیلومتر در بزرگراه‌ها، کاهش تصادفات و مرگ‌ومیر و صدمات بدنی باشد، ممکن است حتی با رعایت محدودیت سرعت یادشده این هدف تحقق پیدا نکند. برعکس اگر بتوان میان محدودیت یادشده و کاهش تصادفات رانندگی و خسارت‌های مختلف ناشی از آن، رابطه‌ای علی برقرار کرد، می‌توان ادعا کرد قانون یادشده علاوه بر اثربخشی، نتیجه‌بخش نیز بوده است.

از نظر مسموتی، نتیجه‌بخشی در واقع ارزیابی میزان رابط علی میان قانون و آثار آن است. آنچه در این میان بررسی می‌شود این است که آیا آثار به بار آمده از یک قانون، قابل انتساب به یک قانون مفروض است یا نه و اگر چنین است تا چه حد؟^۳ مسموتی نتیجه‌بخشی را به کیفیت متن قانون مربوط می‌داند و از نظر او، قانون نتیجه‌بخش باید در قدم اول و از پیش، آثار منتظر عمده یک قانون را پیش‌بینی

1- Ulrich Karpen, Efficacy, Effectiveness, Efficiency: From Judicial to Managerial Rationality, in Rational Lawmaking under Review, Klaus Meßerschmidt, Switzerland, Springer, 2016.

2- Mousmouti, op. cit.

3- Ibid.

کرده و آن را در خلال تهیه پیش‌نویس قانون، از جمله در ارزیابی تأثیرات و بررسی پیش‌اقتن‌گذاری در نظر بگیرد. دوم، اهداف و مقاصد قانون را به‌طور شفاف بیان کند. سوم، ابزارهای ضروری و مناسب که با قانون اجازه می‌دهد در عالم واقع به اهداف و مقاصد یادشده دست پیدا کند، پیش‌بینی کند و در نهایت، نتیجه‌بخشی قانون را در عالم واقع و به شکل منظم ارزیابی کند.^۱

بنابراین، مهم‌ترین عنصری که ارزیابی قانون از منظر نتیجه‌بخشی را امکان‌پذیر می‌سازد، روشن بودن هدف یا اهداف یک قانون است. در صورت وجود هرگونه ابهام یا اختلاف نظر گسترده در این باره، بالطبع نمی‌توان قانون یادشده را به‌درستی ارزیابی کرد. زانتاکی در مرحله نگارش قانون، تأمین چهار شرط را برای نتیجه‌بخشی قانون ضروری می‌داند: «۱» تبعات اصلی قانون را پیش‌بینی کند و آنها را در فرایند تهیه پیش‌نویس قانون مدنظر قرار دهد، «۲» اهداف و نتایج موردنظر خود را به‌وضوح مشخص کند، «۳» ابزارهای مناسب و روش اعمال قانون را مشخص کند، «۴» نتیجه‌بخشی واقعی قانون را به صورت مداوم و منظم بررسی و ارزیابی کند.^۲ در بررسی نتیجه‌بخشی پرسش اصلی آن است که آیا قانون به اهداف مستقیمی که برای آن در نظر گرفته شده است، دست‌یافته یا خیر؟ مسموتی بررسی این جنبه از قانون را آزمون نتیجه‌بخشی^۳ نام نهاده است.

۳-۳-۱-۲- کارایی (هزینه و فایده)

توجه روزافزون به مقوله کارایی یا سنجش هزینه‌ها و فواید عمل تقنینی، ناشی از وضعیت کمیابی منابع است. برنامه‌ها و خط‌مشی‌های دولت در درجه اول باید معطوف به مسائل یک جامعه سیاسی بوده و در درجه دوم باید حاوی اولویت‌بندی مسائل یادشده باشد. با توجه به اینکه منابع عمومی موردنیاز برای حل مسائل یادشده همواره کمیاب است و انتخاب ابزار مناسب در استفاده بهینه از منابع یادشده تأثیر قطعی دارد و با توجه به اینکه بسیاری از برنامه‌ها و خط‌مشی‌های دولت از طریق قانونگذاری جامعه عمل می‌پوشد، لذا ارزیابی قوانین از حیث هزینه‌ها و فوایدی که به همراه دارند، یکی از عناصر اصلی قانونگذاری خوب و با کیفیت محسوب می‌شود.

در پرتو ضرورت گفته‌شده، از نظر سانستاین، همه مقامات دستگاه‌های عمومی در هنگام ارزیابی گزینه‌های مختلف راه‌حل‌های ممکن باید تحلیل هزینه و فواید گزینه‌های یاد شده، به‌معنای پیامدهای اقتصادی آنها را مدنظر قرار دهند.^۴ در ارزیابی کارایی قوانین، پرسش اصلی این است که اجرای یک هنجار حقوقی چقدر هزینه دارد؟ آیا رفاه به دست آمده از رفاه از دست‌رفته احتمالی بیشتر است؟^۵

1- Ibid.

۲- زانتاکی، پیشین، ص ۱۶.

3- Effectiveness test

4- Cass R. Sunstein, Risk and Reason. Safety, Law and Environment, Cambridge, Cambridge University Press.

5- Lisa Uusitalo, Efficiency, Effectiveness and Legitimation: Criteria for the Evaluation of Norms, Ratio Juris, Vol 2, No 2. July 1989. p.197.

به عبارت دیگر، در جایی که سخن از صورت‌بندی و اعمال خطمشی‌های عمومی است، حداکثر منافع باید با تخصیص حداقل منابع به دست آید. بدون شک، تأکید بر چنین معیاری در مقوله قانونگذاری امری مدرن محسوب می‌شود در حالی که در گذشته چندان مورد اعتنای حقوقدانان نبوده است. «حقوقدانان سنتی به این واقعیت توجه نداشته‌اند که نقص احتمالی سازوکار کنترل اجتماعی که ما آن را قانون نام نهاده‌ایم، فقط یا اساساً از میزان تبعیت یا سرپیچی از قوانین وضع‌شده ناشی نمی‌شود. حتی هنجارهایی که عموماً متبع هستند، ممکن است به این سبب که ناکارآمدند یا هزینه‌هایی به همراه دارند که هنوز شناخته‌شده نیست یا محاسبه آن دشوار است، یا هزینه‌های آن در مقایسه با فوایدی که دارد بسیار بالاست، در دستیابی به اهدافشان ناکام بمانند». ^۱ به عبارت دیگر، به‌طور سنتی دغدغه حقوقدانان بیشتر یا صرفاً اثربخشی قانون بوده است در حالی که در قانونگذاری مدرن، مقوله نتیجه‌بخشی و کارایی قانون به معیار یاد شده اضافه شده است. برای مثال بخش هفتم از کد بودجه آلمان تصریح می‌کند: «در تنظیم و اجرای بودجه، اصول کارایی و صرفه‌جویی باید رعایت شود». ^۲ درباره روش ارزیابی اقتصادی گزینه‌های خطمشی‌گذاری، نظریه‌های مختلفی ذیل اقتصاد رفاه مطرح شده است؛ از جمله معیار بهینه پاره‌تو، مطلوبیت‌گرایی کالدور - هیکس و نظریه عدالت به‌مثابه انصاف رالز که بحث درباره آنها از دامنه پژوهش حاضر خارج است.

۴-۱-۲- رویکرد شواهدمحور به قانونگذاری ^۳

۴-۱-۲-۱- زمینه‌های شکل‌گیری

شناسایی ضرورت استفاده از تحقیقات تجربی برای پاسخ به پرسش‌های حقوقی، به مکتب واقع‌گرایی حقوقی برمی‌گردد. مشهور است که لوییس براندیس به‌عنوان یک وکیل به تحقیقات علوم اجتماعی برای تأیید استدلال‌های خود درباره ضرورت قانونگذاری برای حفاظت از زنان در مقابل ساعات کار اضافی متوسل شد. از این قبیل تحقیقات همچنین در جرم‌شناسی نیز استفاده شده است مانند اینکه آیا استفاده از مجازات مرگ برای ارتکاب جرم بازدارنده است یا خیر. ^۴ با این حال، به‌طور مشخص استفاده از تحقیقات تجربی و لزوم موجه‌سازی پیشنهادها تقنینی در فرایند قانونگذاری به‌نحو نهادی و مستمر پدیده‌ای جدید است. همان‌طور که اشاره شد پس از جنگ جهانی دوم و با ظهور دولت‌های رفاه، استفاده از قانونگذاری برای اجرای خطمشی‌های رفاهی و ظهور ایده مهندسی اجتماعی، موجب کثرت و تعدد استفاده از این ابزار مهم شد اما این امر هم‌زمان به کاهش کیفیت قوانین، به‌ویژه در اروپا و آمریکا، منجر شد. این پدیده همچنین در دوران پسا استعماری در کشورهای تازه استقلال‌یافته به شکلی دیگر ظاهر شد. پایه‌گذاران

1- Virgilio Zapatero Gomez, op. cit., p.16.

2- Karpen, op. cit, p. 304.

3- Evidence based legislation

4- Jeffrey J. Rachlinski, Evidence-Based Law, Cornell Law Review, Vol 96, issue 4, 2011, p. 907.



روش‌شناسی جدید قانون‌نویسی مبتنی بر اسناد و شواهد، یعنی سایدمن‌ها، با توجه به تجربه کار عملی در آفریقای دهه ۱۹۶۰ در این باره می‌نویسند: «در دوران پسا استعماری یعنی پس از پایان جنگ جهانی دوم، جریان‌های ضد استعماری پوپولیستی قدرت را در این کشورها به دست گرفتند و این آغاز یک "رقابت مهلک"^۱ بود. آیا قانونگذاران جدید می‌توانستند نهادهای به ارث رسیده از گذشته را که فرسوده، نژادپرستانه، غیردموکراتیک و استثمارگر بودند، تغییر دهند. بسیاری از رهبران این کشورها اعتبار خود را از سال‌ها مبارزه گرفته بودند. آیا آنها آموخته بودند که چگونه از قدرت دولتی برای اعمال تغییر اجتماعی عامدانه استفاده کنند. برای انجام تغییرات بنیادین، برای مثال در حوزه برنامه آموزشی، قانونگذاران باید یک قانون مناسب وضع می‌کردند که این برنامه را محقق کند. بنابراین، برای غلبه بر نهادهای موجود، قانونگذاران باید قوانینی را طراحی و اجرا می‌کردند که به تغییر معنادار منتهی شود»^۲.

سایدمن‌ها گزارش می‌دهند که این رهبران پوپولیست که اغلب شهرت و اعتبار خود را در مبارزه‌های خیابانی و پارتیزانی یا از هوش و کاریزمای خود یا به سبب سال‌ها مقاومت در برابر شکنجه به دست آورده بودند، به دلیل ناآشنایی با مهارت‌های طراحی قانون در رقابت با نهادهایی با اوصاف یادشده، بازنده و سرخورده شدند. با این تحلیل، سایدمن‌ها با همکاران خود، اقدام به تهیه راهنمایی با عنوان «قانون‌نویسی برای تغییر اجتماعی دموکراتیک: راهنمایی برای قانون‌نویسان»^۳ کردند که در این راهنما ایده «نظریه و روش‌شناسی قانونگذاری نهادی»^۴ مطرح شد که به گفته خودشان به ده زبان ترجمه شده است.^۵ سایدمن‌ها در توضیح این ایده می‌نویسند: «در این راهنما، ما سعی کرده‌ایم این مسئله اجتماعی را کشف و توضیح دهیم که چگونه می‌توان رهبران پوپولیست را به نظریه و روش‌شناسی‌ای مجهز کرد که آنها را در جهت استفاده از قدرت دولتی برای دستیابی به تغییرات اجتماعی به نفع مردم راهنمایی کند»^۶. در واقع قانونگذاری شواهدمحور، عصاره همان روش‌شناسی مورد ادعای سایدمن‌هاست.

۲-۱-۴-۲- مفهوم قانونگذاری شواهدمحور

شاید بتوان ادعا کرد ظهور قانونگذاری شواهدمحور بر نقد دو ایده مهم که زیربنای قانونگذاری کلاسیک است بنا شده است. نخست نقد، رویکرد اراده‌گرایانه به مقوله قانونگذاری است. شکل‌گیری دولت مدرن با دولت‌های مطلقه و نیز ایده قانون به مثابه فرمان که به شرح پیش‌گفته در دامن مکتب پوزیتیویسم حقوقی پرورده شد، قانونگذاری را به صرف اراده حاکم فروکاست. اگر صرف خواست و اراده حاکم در

1- Fatal race

2- Ann Seidman and Robert Seidman, *ILTAM: Drafting Evidence-Based Legislation for Democratic Social Change*, Boston University Press, 2009, p. 442.

3- *Legislative Drafting for Democratic Social Change: A Manual for Drafters*.

4- *Legislative Theory and Methodology (ILTAM)*

5- *Ibid*, p. 436.

6- *Ibid*, p. 443.

شکل‌گیری هنجار شرط لازم و کافی تلقی شود آنگاه توجه به واقعیت خارجی و یا امکان تحقق عملی و نیز توجه به پیامدهای عمل تقنینی چندان محل اعتنا نخواهد بود. بدیهی است هر فرمان در صورتی که از نظر فرمانروا مطلوب نباشد با فرمان تازه دیگری بی‌اعتبار خواهد شد و سپس نوبت به صدور فرمان دیگری می‌رسد و الی آخر. بعید نیست که در صدور فرمان جدید نتایج به بار آمده از قانون یا قوانین قبلی مد نظر قرار گیرد اما همه این ادراکات باید از صافی ذهن و خواست حاکم عبور کند که ادراکاتی شخصی و انتزاعی است. با شکل‌گیری اندیشه‌های دموکراتیک این اراده از قالب فرمان یک فرد یا گروهی از افراد به اراده همگانی مبتنی بر دموکراسی مستقیم یا غیرمستقیم تغییر ماهیت داد اما همچنان مسئله ارتباط هنجارها با واقعیت‌های اجتماعی و نحوه عملکرد آنها در صحنه و پهنه اجتماعی برجای ماند.

دوم، با شکل‌گیری پارلمان‌ها که تجلی بارز قانونگذاری دموکراتیک بود امر قانونگذاری به امری صدرصد سیاسی فروکاسته شد. والدرون در مقاله مهم خود با عنوان «شان قانونگذاری» پس از ذکر دیدگاه اندیشمندانی مانند جان استوارت میل و والتر بجت در مذمت قانونگذاری از طریق پارلمان‌ها که فاقد انسجام و کیفیت کافی است در وصف این خصیصه مهم قانونگذاری می‌گوید: «این دغدغه در قرن بیستم کاهش نیافت. بر عکس، علوم سیاسی تجربی و نظریه انتخاب عمومی فهم ما را از دشواری‌های عمل جمعی به سطح جدیدی ارتقاء داد. نظریه‌های گروه‌های نفوذ، قانونگذاری را در بهترین حالت چانه‌زنی و معامله میان نمایندگان کم‌ویش منافع خصوصی قدرتمند می‌داند. فهمی که از رهگذر نظریه انتخاب عمومی از قانونگذاری ارائه می‌شود ممکن است از این هم بدتر باشد: یک مجموعه بزرگ مانند قوه مقننه که از طریق رأی‌گیری تصمیم می‌گیرد ممکن است حتی برای یک تصمیم‌گیری ساده، عقلانیت جمعی کافی نداشته باشد چه رسد به تشخیص منفعت عمومی. آنچه از آشفتگی فرایند تقنینی می‌ماند ممکن است امر کنترل دستور کار پارلمان باشد یا حتی بدتر، اینکه در کجای فرایند رأی‌گیری، تصمیمی اتخاذ می‌شود»^۱. چنین تصویر و تصویری از قانونگذاری دموکراتیک انتظارات از آن به‌عنوان یک عمل هدفمند و نتیجه‌گرا را کاهش داد.

اما چنین تصویری با ظهور پیامدهای مخرب قوانین شتاب‌زده و ارزیابی نشده در نهایت به تلاش‌های فکری در جهت ارتقای کیفیت قوانین منجر شد که در مجموع ذیل دانش نوخاسته فلسفه یا نظریه قانونگذاری^۲ عنوان‌بندی می‌شود. «موضوع محوری فلسفه قانونگذاری، تمرکز بر نهاد قانونگذار و بازیگران عرصه قانونگذاری و محصول این فرایند، یعنی قانون موضوعه است»^۳. این تمرکز با هدف ارتقای کیفیت قانون انجام می‌شود و به‌منظور تحقق ارتقای کیفیت قانون، اتکای بر ارزیابی‌های علمی

۱- والدرون، پیشین، ص ۵۰-۴۹.

2- Legisprudence

۳- حسن و کیلیان و احمد مرکزالمیری، «مقدمه‌ای بر فلسفه قانونگذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هجدهم، شماره ۵۱، ۱۳۹۵، ص ۳۸.

رکنی اساسی است. راهنمای سایدمن‌ها دقیقاً در راستای همین هدف تهیه شده است. آنچه در خصوص اندازه‌گیری اثربخشی، نتیجه‌بخشی و کارایی به‌عنوان شاخص‌های مهم ارزیابی کیفیت قوانین و مقررات در صفحات پیشین گفته شد کاملاً مبتنی بر این رویکرد است؛ رویکردی که در آن صرف اعتبار دموکراتیک مصوبات پارلمان به‌عنوان تنها قانونگذار مبنای داوری درباره اعتبار قانون تلقی نمی‌شود بلکه ارزیابی‌های علمی پیش و پس از قانونگذاری دخیل و اثرگذار است.

می‌توان گفت رویکرد شواهدمحور به‌عنوان ایده و ابداع مهم سایدمن‌ها در همین راستا و مبتنی بر طرز تلقی سنجشگرانه از قانونگذاری است. برخی از نویسندگان در توصیف این رویکرد می‌گویند: «قانونگذاری شواهدمحور ناظر است بر تحقیقات دقیق در خصوص موضوع یک پیشنهاد تقنینی که با نظارت و ارزیابی گسترده در رابطه یا یک پیشنهاد تقنینی [اعم از طرح یا لایحه] محقق می‌شود». در این روش نقش قانون‌نویس به صرف کاتب کلمات فروکاسته نمی‌شود بلکه با محتوای خطمشی درگیر می‌شود. در روش‌شناسی مورد نظر سایدمن‌ها نویسندگان قانون مسئله اجتماعی را از زوایای مختلف مطالعه می‌کند و بر مبنای اسناد و شواهد جمع‌آوری شده قدم‌های بعدی در مراحل قانونگذاری را برمی‌دارد. سایدمن‌ها روش موردنظر خود در قانونگذاری را بر روش‌های کلاسیک مانند قانونگذاری حاصل توافق طرف‌های ذی‌نفع، قانونگذاری نمادین بدون اینکه در جهان خارج اثر واقعی داشته باشد یا تدوین مجموعه اهداف و مقاصد مبهم مرجح می‌دانند. آنها امیدوار بودند به‌کارگیری صحیح این روش، در نهایت منجر به تولید قوانین بهتر و باکیفیت‌تر شود.

۳-۴-۱-۲- مراحل رویکرد قانونگذاری شواهدمحور

بنا بر آنچه گفته شد، فرایند قانونگذاری شواهدمحور یک مسیر خطی و ساده نیست که از یک نقطه آغاز شده و در جای مشخصی پایان پذیرد. این طرز تلقی از قانونگذاری بیشتر با نظریه قانونگذاری اختصاری^۱ منطبق است. در این نظریه، قانونگذاری فرایندی بسامان و هدایت‌شده در جهت اتخاذ تصمیم‌های الزام‌آور تلقی می‌شود. در این نگرش، محتوای قانون یا خطمشی‌ها را سیاستمداران تعیین می‌کنند، ولی نویسندگان پیش‌نویس قانون در این فرایند به سیاستمداران مشاوره می‌دهند. البته این فرایند ساده، طی سالیان با اضافه شدن ارزیابی‌های پیش و پس از قانونگذاری - یا همان قانونگذاری چرخه‌ای که موضوع این بخش از پژوهش است - از پیچیدگی بیشتری برخوردار شده است؛ اما در مقایسه با نظریه‌های رقیب مانند نظریه تعیین دستور کار قانونگذاری^۲ که عمل تقنین را براینند یک فرایند اجتماعی می‌داند که طی آن احزاب سیاسی یا نیروهای سیاسی - اجتماعی مختلف با ایده‌ها و اهداف گوناگون با یکدیگر به

1- Sean J. Kealy and Alex Forney, The Reliability of Evidence in Evidence-Based Legislation, European Journal of Law Reform, 20, 1. 2018, p.41.

2- The Synoptic policyphases theory

3- The agenda building theory

نزاع می‌پردازند، یا نظریه قانونگذاری سیاسی - اداری^۱ که قانونگذاری را نه فقط محصول عقلانی اراده سیاستمداران و تهیه‌کنندگان پیش‌نویس قانون می‌داند و نه آن را صرفاً حاصل منازعات اجتماعی گروه‌های ذی‌نفع می‌انگارد بلکه آن را در ضمن، محمل منازعه ادارات بخش‌های مختلف دولت نیز می‌انگارد، یا نظریه چهار عقلانیت^۲ سنلن که قانونگذاری را محل تلاقی چهار نوع عقلانیت سیاسی، اقتصادی، حقوقی و علمی می‌بیند، مختصرتر و سطحی‌تر است.^۳ فرایند چرخه‌ای که در آن ارزیابی‌های دقیق و چندمرحله‌ای تدارک دیده می‌شود، بر خلاف فرایند ساده، اختصاری و خطی قانونگذاری، مبتنی بر مراحل به شرح زیر است:

مرحله نخست: توصیف مسئله اجتماعی

آن دسته از پیشنهادها تقنینی، اگر نخواهند جنبه نمادین داشته یا شعاری و در پی اهداف مبهم باشند، باید در صدد حل مسائل واقعی یک جامعه سیاسی باشند. اما تشخیص مسئله، صرف‌نظر از درجه اولویت آن، برای اینکه در دستور کار پارلمان قرار گیرد، کار ساده‌ای نیست. در مدل قانون‌نویسی سایدمن‌ها، اولین مرحله از مراحل قانونگذاری شواهدمحور، توصیف مسئله همراه با اسناد و مدارک مربوط است. به این منظور، نویسنده قانون باید نشان دهد چه رفتاری و رفتار چه کسی، منشأ ایجاد یک مسئله اجتماعی است. در همین راستا، قانون‌نویسان باید شواهد و اسناد تفصیلی درباره ارتباط میان رفتارهای یادشده و مسئله اجتماعی که موضوع قانون‌گذاری قرار گرفته و اینکه هر کدام از این رفتارها چه سهمی در پدید آمدن مسئله موردنظر داشته‌اند، تهیه کرده و در گزارش پژوهشی منضم به پیشنهاد تقنینی، لحاظ کنند.

مرحله دوم: تبیین دلیل یا علت بروز رفتار مسئله آفرین

در این مرحله قانون‌نویسان باید شواهد و اسنادی ارائه کنند که دلایل یا علت‌های رفتار مسئله‌داری که در مرحله اول شناسایی شده است را تبیین کند. در اینجا، پرسش اصلی، چرایی بروز رفتار مسئله‌دار است. اسناد و شواهد ارائه‌شده در گزارش پژوهشی منضم به پیشنهاد تقنینی، باید مؤید فرضیاتی باشد که قانون‌نویسان در مرحله دوم برای تبیین رفتارهای مسئله‌دار مطرح می‌کنند.

مرحله سوم: ارائه یک راه‌حل تقنینی

این مرحله به طراحی فرمان‌ها، جوازها و ممنوعیت‌هایی اختصاص دارد که در صدد تغییر رفتار مسئله‌دار است. سایدمن‌ها در این باره معتقدند نویسنده قانون، باید مفاد پیشنهاد تقنینی را طوری طراحی کند که دو معیار مهم را در نظر گرفته باشند: اولاً فرمان‌ها، جوازها و ممنوعیت‌ها مندرج در پیشنهاد تقنینی باید از

1- The bureau-politics theory

2- The four rationalities theory

۳- برای مطالعه نظریه‌های یاد شده، نک:

J. M. Otto, W. S.R. Stoter and J. Arncheidt, (2008), Using legislative theory to improve law and development projects, in Lawmaking for Development, J. Arncheidt, B. Van Rooij and J. M. Otto, (eds), Amsterdam, Leiden University Press.

نظر منطقی، عوامل رفتار مسئله‌دار توصیف و تبیین شده در مرحله اول و دوم را تغییر داده یا آن را از بین ببرد، و دوم، راه‌حل انتخابی باید از نظر کارایی (هزینه - فایده) از هر راه‌حل منطقی بدیل دیگری به صرفه‌تر باشد. ایشان تأکید می‌کنند که در مرحله سوم، نویسنده قانون در گزارش تحقیقی خود، باید فهرستی از راه‌حل‌های منطقیاً ممکن را ارائه کند و سپس راه‌حل مرجح خود را که در متن پیش‌نویس گنجانده شده معرفی کند. در این گزارش، نویسنده باید به قدرت کفایت توجیه کند که راه‌حل مرجح، علل بروز مسئله اجتماعی مد نظر در پیشنهاد تقنینی را هدف قرار داده است. به نظر آنها، گزارش پژوهشی یاد شده باید اسناد و شواهدی ارائه کند که هزینه‌های اجتماعی و اقتصادی «الف. راه‌حل مرجح، ب. وضعیت موجود، ج. نزدیک‌ترین راه‌حل بالقوه رقیب را نشان داده و آنها را با یکدیگر مقایسه کند. این تحلیل باید نشان دهد که منافع اجتماعی و اقتصادی پیشنهاد تقنینی ارائه شده بیشتر از هزینه‌های احتمالی اجتماعی و اقتصادی آن از جمله هزینه‌های مصروفه آینده از منابع دولت است»^۱. گزارش یاد شده، همچنین باید حاوی تحلیلی در خصوص آثار اجتماعی یک پیشنهاد تقنینی بر روی کسانی باشد که راهی به دالان‌های قدرت ندارند مانند فقرا، اقلیت‌های محروم، زنان و کودکان.

مرحله چهارم: نظارت و ارزیابی

در قانونگذاری شواهدمحور، مهم‌ترین عاملی که آن را از اقدامی تصادفی و کور متمایز می‌کند، فرایند بازخورد قانون در عمل است؛ اینکه قانون نتایج موردنظر قانونگذاران را داشته است یا خیر. بنابراین فرایند قانونگذاری با تصویب و انتشار قانون خاتمه پیدا نمی‌کند بلکه ارزیابی آثار قانون مصوب در عمل، بخش مهمی از مراحل قانونگذاری است که اغلب کیفیت اقدام تقنینی بعدی قانونگذار را نیز تعیین می‌کند. سایدمن‌ها اهمیت این مرحله را به شرح زیر توضیح می‌دهند: «از آنجا که قانون بر روی کاغذ و قانون در عمل، به‌نحو نظام‌مندی متفاوت هستند، باید انتظار داشت که ارزیابی آشکار کند که یک قانون به دلایل یا علل مختلف آن‌چنان که پیش‌بینی شده بود کار نمی‌کند. این نتیجه ممکن است نشان‌دهنده قصور نویسنده قانون باشد که مفاد قانون را مبتنی بر شواهد کافی بنا نکرده است یا نشان‌دهنده این واقعیت باشد که جهان خارج تغییر کرده است. اگر نتیجه‌ای که نشان‌دهنده مسئله جدید باشد به‌قدر کافی جدی باشد، با توجه به منابع و اراده سیاسی برای رفع آن، ارزیابی قانون می‌تواند منجر به دور جدیدی از قانونگذاری شود. واقعیتی که بیان شد [تغییر شرایط] تأکیدی بر این نکته است که قانونگذاری در جهان سریعاً در حال تغییر، مستلزم فرایند مستمری از قانون‌نویسی، اجرا، نظارت و قانون‌نویسی مجدد است»^۲.

در واقع مدل‌های مختلف ارزیابی تأثیرات قوانین و مقررات (RIA) اعم از اینکه پیش از تصویب

1- Seidman and Seidman, op. cit., p. 455.

2- Ibid, p. 455.



و اجرای یک قانون یا مقررہ انجام شوند یا پس از آن، بر این منطق استوارند که باید آثار مختلف یک ہنجار حقوقی در نظر و عمل بررسی و ارزیابی شود و تا جایی کہ ممکن است، قوانین با لحاظ واقعیت‌های موجود و با در نظر گرفتن امکانات و محدودیت‌هایی کہ حول یک مسئلہ اجتماعی وجود دارد و فہم عینی عوامل و دلایل دخیل در بروز آن نوشته شوند. در این بارہ انگ معتقد است: «گفتن این نکتہ کہ قانون می‌تواند با پرهیز از نقایص معطوف بہ وسیلہ - هدف کارآمدتر باشد، توضیح واضح است. این سخن همان قدر واضح است کہ بگوییم اگر از پدید آمدن این نقایص جلوگیری شود، آنها از زمرہ علل افزایش کمیت قانون حذف می‌شوند چرا کہ دیگر ضرورتی ندارد ہموارہ مشغول اصلاح قوانین ناکارآمد شویم»^۱.

۴-۱-۲- ہرم اعتبار اسناد و شواہد در قانونگذاری شواہدمحور

تأکید بر ابتدای محتوای قوانین بر شواہد تجربی بر این اساس است کہ تا جایی کہ امکان دارد، شکاف میان قوانین بر روی کاغذ و قوانینی در عمل کاهش پیدا کند و قانونگذاری نہ یک کنش صرفاً سیاسی یا یک اقدام نمایشی و ہیجانی بلکہ یک روش حل مسائل اغلب پیچیدہ یک جامعہ سیاسی باشد. همان طور کہ پیش تر اشارہ شد، قانونگذاری سنجشگرانہ و عقلانی در وهلہ اول بہ عنوان آخرین راہ حل تنظیم‌گری مد نظر قرار می‌گیرد. در این طرز تلقی نیز مداخلہ تقنینی باید مبتنی بر شناخت حداکثری زیست‌بوم قانونگذاری، یعنی آگاهی از زمینہ و عوامل بروز مسائل اجتماعی، یافتن ربط علی و منطقی عوامل مربوط و بروز یک مسئلہ و ارائہ یک راہ‌حلی متناسب و مناسب بہ مسئلہ یاد شدہ باشد. از این رو، قانونگذاری شواہدمحور رویکردی برای دستیابی بہ ایدہ‌آل یاد شدہ معرفی می‌شود.

بدیہی است در این طرز تلقی از قانونگذاری، گرچہ ماہیت سیاسی عمل قانونگذاری همچنان حفظ می‌شود اما تولید دادہ‌ها و اطلاعات موثق، عینی و قابل اتکا، از اهمیت فوق العادہ زیادی برخوردار است؛ زیرا تأثیر تام و تمام در تصمیم‌گیری نہایی خواهد داشت. این نکتہ تفاوت مہم قانونگذاری سنجشگرانہ با قانونگذاری ارادہ‌گرایانہ محض است. با این فرض، این پرسش مہم مطرح می‌شود کہ چہ معیاری برای سنجش اتکاپذیری و صحت اسناد و شواہدی وجود دارد کہ موجهات یک پیشنهاد تقنینی را شکل می‌دہد. این پرسش از آن جہت مہم است کہ می‌توان در پوشش اسناد و شواہد، در صدد تأمین منافع قشر خاصی از جامعہ یا تأمین منافع گروه‌های ذی‌نفوذ بر آمد و منافع عموم مردم را قربانی گروه‌هایی کرد کہ قدرت بیشتری در تولید اطلاعات و دادہ‌های دخیل در فرایند قانونگذاری دارند.

اگرچہ ارائہ پاسخ نہایی بہ پرسش مطرح شدہ کار دشواری است اما همان طور کہ در ادامہ توضیح دادہ خواهد شد، کلی و فوری در مقالہ خود با عنوان «اتکاپذیری بر شواہد در قانونگذاری شواہدمحور»^۲ تلاش کردہ‌اند مدل اولیہ‌ای پیشنهاد کنند کہ طی آن، انواع و اقسام اسناد و شواہدی کہ می‌توان در

۱- انگ، پیشین، ص ۱۰۵.

فرایند قانونگذاری آنها را مبنای موجه‌سازی یک پیشنهادی تقنینی قرار داد، به ترتیب میزان اعتبار و اتکاپذیری نشان داده می‌شود. این اسناد و شواهد عبارت‌اند از:

نخست - آزمون تجربی درون یک نظام حقوقی

خطمشی‌ها را می‌توان قبل از اینکه به‌نحو دائمی وضع کرد، به صورت محدود در زمان و مکان ابتدا بر روی گروه‌های محدود، کنترل آزمایش کرد و میزان تأثیرات آن را تا حد دقیقی تخمین زد. داده‌ها و اطلاعات به‌دست‌آمده از چنین آزمون‌هایی، البته به شرط رعایت قواعد انجام پژوهش‌های تجربی، می‌تواند اسناد و شواهد درجه اولی برای تصمیم‌گیری در خصوص توسعه دامنه مکانی و زمانی قانون مورد آزمون باشد. چنین روشی، به‌ویژه در مورد قوانین کیفری و نیز قوانین تجاری و بازرگانی که گاه پیامدهای غیرقابل جبرانی به همراه دارند، بسیار مهم و حیاتی است. یکی از معروف‌ترین شیوه‌های آزمون آثار قوانین و مقررات، تصویب قانون موقت^۱ است که برخلاف قوانین دائمی برای مدت‌زمان محدودی دارای اعتبار است و با انقضای مدت اعتبار آن نیز پایان می‌یابد. توسل به این شیوه در صورتی مفید و قابل‌اتکا است که در مدت مقرر در قانون، داده‌ها و اطلاعات مربوط به آثار و پیامدهای آثار یک قانون ثبت و ضبط و تحلیل شود؛ در غیر این صورت، ناامنی و بی‌ثباتی حاصل از موقتی بودن قانون یاد شده، چه‌بسا خود آثار مخرب‌تری به بار آورد.

دوم - آثار حاصله از اجرای یک قانون در یک نظام حقوقی دیگر

بی‌تردید یکی از روش‌های مهم و مؤثر در فهم آثار و پیامدهای عملی و واقعی یک قانون، توجه به آثار قوانین با محتوای یکسان در نظام‌های حقوقی دیگر است. به‌عبارت‌دیگر، مطالعات تطبیقی و یافته‌های دیگران به شرط اینکه به‌نحو روشمند به‌دست آمده باشد، می‌تواند همچون آزمایشگاهی برای نظام حقوقی بومی تلقی شود. هر چند بلافاصله باید هشدار دارد که هرگونه بهره‌برداری از مزایای چنین روشی، منوط به لحاظ تفاوت و شباهت‌های شرایط، زمینه‌ها و ویژگی‌های نظام بومی و نظام حقوقی دیگر است. شاید به همین سبب باشد که نسبت به اسناد و شواهد مورد نخست، این شیوه از نظر اتکاپذیری، در رتبه دوم قرار می‌گیرد. کلی و فورنی نمونه‌های عملی از اجرای قوانینی با محتوای یکسان در ایالت‌های آمریکا یاد می‌کنند که یافته‌های حاصل از اجرای عملی آنها، مورداستفاده ایالت‌های دیگر قبل از اجرای قانونی با محتوای مشابه قرار گرفته است.^۲

سوم - اطلاعات تولید شده به‌وسیله نهادهای داخلی قوای مقننه

1- Sunset legislation

2- Kealy and Forney, op. cit., p. 54.

اغلب پارلمان‌ها به‌منظور بررسی علمی پیشنهادهای تقنینی، از نهادهای پژوهشی مستقلی بهره می‌برند که نمایندگان را به‌طور مستقیم در مورد اعمال کارکردهای مختلف پارلمان کمک می‌کنند و خدمات پژوهشی متعددی به ایشان ارائه می‌کنند. برای نمونه، بخش خدمات پژوهشی کنگره آمریکا - که بخشی از کتابخانه کنگره این کشور است - به کمیسیون‌های کنگره و اعضاء «تحلیل‌های پرمغز و جامعی درباره خط‌مشی‌های جاری ارائه می‌کند و آثار خط‌مشی‌های جایگزین را به ایشان نشان می‌دهد»^۱. به‌نظر می‌رسد یافته‌ها و خدمات پژوهشی ارائه‌شده از سوی ایشان، در صورتی قابل‌اتکاست که بدون جانبداری باشد و شرط مهم تولید چنین پژوهش‌هایی، استقلال واقعی این قبیل نهادهای پژوهشی از فشارهای سیاسی نمایندگان و احزاب سیاسی داخل و خارج پارلمان باشد.

چهارم - گزارش دستگاه‌های ناظر مکلف به گزارش دهی

برخی دستگاه‌ها به‌ویژه دستگاه‌های اجرایی یا نهادهای سازمان‌های مستقل، به‌موجب قانون مکلف‌اند به پارلمان در خصوص موضوعات خاصی، از جمله قوانین در حال اجرا، گزارش دهند. کلی و فوری این قبیل گزارش‌ها را نیز قابل‌اتکا می‌دانند. البته ایشان گزارش‌هایی که دستگاه‌های یاد شده به شکل داوطلبانه ارائه می‌کنند، فاقد این حد از اعتماد و اتکاپذیری می‌دانند زیرا معمولاً این قسم گزارش‌ها را حاوی تحلیل‌ها و پیش‌بینی‌های خوشبینانه می‌دانند. این قبیل گزارش‌ها در چارچوب روش‌شناسی قانون‌نویسی پیشنهادی سایدمن‌ها، از اهمیت زیادی برخوردار است زیرا چرخه قانونگذاری و استمرار آن را با تولید اطلاعات مربوط به قانونی که در حال اجراست کامل می‌کند و خط‌مشی‌گذار و نویسنده قانون از آثار عملی و واقعی یک قانون از این طریق آگاهی پیدا می‌کند و از این یافته‌ها در حرکت فعلی خود استفاده می‌کند.

پنجم - استفاده از اطلاعات شهود به قید سوگند در پارلمان

در برخی از کشورها، پارلمان‌ها یا کمیسیون‌های پارلمانی این حق را دارند که در مورد موضوعات مختلف که در چارچوب کارکردهای پارلمان است، افراد را به‌عنوان شهود احضار کنند و به قید سوگند شهادت ایشان را اخذ کنند. این قبیل افراد در صورتی که شهادت دروغ بدهند، قابل تعقیب کیفری هستند؛ هر چند که در برخی کشورها مانند آمریکا تحت شرایطی، این حق هم برای ایشان شناسایی شده است که سکوت کنند و شهادت ندهند یا در قبال ارائه شهادتی که علیه خود ایشان است، از تعقیب مصون باشند.^۲ تنها در کشورهایی که در نظام تقنینی آنها چنین چارچوب‌های حقوقی پیش‌بینی شده است، می‌توان به اطلاعات حاصل‌شده از چنین فرایندی تا حدی اتکا کرد.

1- Ibid.

2- Ibid, pp. 56-57.

ششم - اطلاعات تولید شده در دستگاه‌های دولتی

بی‌تردید یکی از منابع مهم اطلاعات برای قانونگذاری، داده‌ها و اطلاعات تولید شده از سوی دستگاه‌های دولتی است. دستگاه‌های یاد شده، به‌ویژه در حوزه‌های مأموریت خود، می‌توانند اطلاعات یاد شده را با استفاده از کارشناسان خود و منابع مالی لازم در یک دوره زمانی طولانی تولید کنند. باین‌حال، اتکا به منابع یاد شده منوط به تولید روشمند اطلاعات و ارزیابی‌های یاد شده است. علاوه بر این، کلی و فوری هشدار مهمی در استفاده از پژوهش‌های دستگاه‌های دولتی می‌دهند: «یک دستگاه ممکن است به‌شدت بر روی مسئله متمرکز شود و کارمندان آنها ممکن است ابعاد بزرگ‌تر را درک نکنند و ندانند که منابع چرا به این شکل تخصیص داده می‌شود»^۱. با توجه به محدودیت‌های یاد شده، پژوهش مستقل درباره موضوعی که در مراحل قانونگذاری قرار دارد، در استفاده از این منبع ضروری به‌نظر می‌رسد.

هفتم - پژوهش‌های دانشگاهی و علمی

این قبیل پژوهش‌ها همواره منبع رایگانی از اطلاعات برای استفاده در فرایند قانونگذاری بوده‌اند. اما همان‌طور که در منابع دیگر گفته شد، لازم است اتکاپذیری این منبع نیز مورد توجه قرار گیرد. کلی و فوری برخی شاخص‌ها را به این منظور ذکر کرده‌اند؛ مانند اینکه آیا مشاهدات و نظراتی که در این قبیل آثار ارائه شده، از سوی هم‌تایان ایشان مورد بررسی و داوری قرار گرفته و آیا این آثار منتشر شده است یا خیر؟ چه استانداردهایی در تولید شواهد قابل‌اتکا رعایت شده است؟ آیا سایر متخصصان به‌طور کلی استدلال و روش‌شناسی استفاده‌شده را تأیید می‌کنند؟ آیا متخصصان به نتایجی که از تحقیقاتشان استخراج شده مستقل از مباحث پارلمانی و تقنینی گواهی می‌دهند یا ایشان این تحقیقات را به درخواست طرف ذی‌نفع قانون انجام داده‌اند؟ آیا متخصصان از مقدمات قابل‌قبول به نتایج بی‌اساس دست پیدا کرده‌اند؟^۲ پرسش‌هایی از این قبیل در مجموع می‌تواند تا حدودی میزان اتکاپذیری پژوهش‌های دانشگاهی و علمی را نشان دهد.

هشتم - داده‌های آماری و مدل‌های اقتصادی و ریاضی

آمارها و مدل‌های یاد شده گرچه در فرایند تقنینی بسیار مفید و راهگشا هستند اما باید مراقب فرضیات تولید آمارها و مدل‌ها و سوگیری‌ها آنها نیز بود. همچنین آمارهای خام گاه می‌تواند بسیار گمراه‌کننده باشد و قبل از اینکه به آنها در فرایند قانونگذاری اتکا شود، باید مورد تجربه و تحلیل قرار گرفته و به‌درستی تفسیر شود.

1- Ibid, p. 57.

2- Ibid, p. 58.

نهم - اطلاعات ارائه شده از سوی گروه‌های ذی نفع

پیشنهاد‌های تقنینی اغلب مخالفان و موافقانی دارد و ممکن است به‌طور خاص، ذی‌نفعانی داشته باشد. ذی‌نفعان ممکن است از طریق فرایند لابی‌گری تلاش کنند بر محتوای قوانین اثر بگذارند. این اثرگذاری گاه از طریق ارائه اسناد و شواهدی انجام می‌شود که برای قانونگذاران می‌تواند بسیار بصیرت‌زا باشد. با این حال احتمال زیادی نیز وجود دارد که شواهد و اسنادی که از سوی ایشان ارائه می‌شود جانب‌دارانه، اغراق شده یا نادرست باشد. چنین نقیصه‌ای را می‌توان با توجه به نوعی تکثر منابع اطلاعاتی تا حدی مرتفع کرد. یعنی روایی و صحت اطلاعات ارائه شده را با اطلاعاتی که از مجاری دیگری ارائه می‌شود، در معرض آزمون قرار داد. در هر حال، این قبیل اطلاعات منبع رایگان و معتتم دیگری هستند که می‌توانند کیفیت تصمیم‌گیری و نیز غنای محتوایی قوانین را افزایش دهند.

دهم - برخی حکایت‌ها و روایت‌ها

در پایین‌ترین سلسله‌مراتب اسناد و شواهد مورد استفاده در فرایند قانونگذاری، حکایت‌ها و روایت‌هایی از رخدادها و وقایع قرار دارند که تحت شرایطی می‌توانند به‌عنوان عامل موجهی برای تصویب یک قانون مورد استفاده قرار گیرند. این منبع، از آنجا که ممکن است بیشتر احساسات را برانگیزانند و در معرض تفسیرهای متفاوتی هستند، چندان منبع قابل‌اتکایی برای قانونگذاری نیستند اما گاه روایت رخدادی مرتبط با موضوع یک قانون، می‌تواند در جلب آراء موافق نمایندگان پارلمان تأثیر مثبتی داشته باشند.



۲-۲- بعد شکلی (زبان و ساختار قانون)

پیش‌تر توضیح داده شد که مهم‌ترین ابزار اجرای خطمشی‌های عمومی قوانین و مقررات هستند و مهم‌ترین و بلکه تنها ابزار انتقال پیام قانونگذار، کلمات و عبارتی است که نویسندگان قانون انتخاب می‌کنند تا پیام خود را در قالب آنها صورت‌بندی کرده و به مخاطبان متعدد و متنوع قانون ابلاغ کنند. اغراق نیست اگر ادعا شود در قانونگذاری مدرن این مرحله از قانونگذاری، به قلب تأمین کیفیت قانون تبدیل شده است. فن و هنر قانون‌نویسی^۱ اکنون به مهارتی قابل آموزش تبدیل شده است که طی آن نحوه انعکاس ویژگی‌هایی چون سادگی، وضوح، روشنی، دقت، عدم ابهام، قابل‌فهم بودن، تناسب اندازه متن تقنینی از نظر خلاصه یا مفصل بودن، تحلیل تنوع مخاطبان و انتخاب زبان متناسب (رویکرد لایه‌ای به زبان قانون) و مانند اینها مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در کنار زبان مناسب قانون، طراحی ساختار مناسب متناسبی که هر چه بهتر و سریع‌تر بتواند پیام اصلی قانون را منتقل کند، ذیل عنوان ساختار قانون مورد مطالعه قرار می‌گیرد. دسترسی مخاطبان قانون به پیام اصلی قانون یا مقرر، هدف اصلی طراحی ساختار متن قانون است. در ادامه، دو موضوع زبان قانون و ساختار متن قانون در دو بخش جداگانه بحث و بررسی می‌شود.

۱-۲-۲- زبان قانون

در بخش‌های پیشین اشاره شد که از منظر تحول تاریخی، دلیل حرکت جوامع از عرف‌های مبهم و پراکنده به سوی کدهای قانونی تا حد زیادی به‌منظور دستیابی به روشنی، وضوح، تعین و قطعیت به نسبت بیشتر نظام حقوق نوشته و در نتیجه قطعیت حقوقی^۲ بیشتر آن بوده است. به قول یکی از نویسندگان: «قطعاً امنیت حقوقی، یعنی آزادی، نمی‌توانست فقط با تلاش برای کدیفیکاسیون و ایجاد محدودیت برای قوه مجریه و مقننه به دست آید بلکه لازمه آن، دقت بسیار در نوشتن هنجارها بود. این امر، دغدغه اساسی عصر روشنگری بود. قانونگذار باید آن‌چنان کلمات را سبک سنگین می‌کرد گو اینکه آنها دانه‌های الماس هستند چرا که آزادی ما بسته به آن کلمات است. اگر چنین درکی از قانونگذاری وجود نمی‌داشت، بسیاری از ثمرات نظریه قانونگذاری عصر روشنگری به‌وجود نمی‌آمد»^۳.

والدرون در مقاله «شان قانونگذاری»، بحث بسیار جالب و عمیقی در مورد اهمیت کلمات قانون مطرح می‌کند. از نظر او، محوریت متن در قانونگذاری عامدانه، بیش از هر منبع دیگر قواعد حقوقی اهمیت دارد. این امر فقط به خاطر این نیست که راه کشف معنای قانون صرفاً کلمات و جملات خاصی است که قانونگذار به کار برده، بلکه دلیل اصلی آن، ماهیت قوه مقننه و آیین و تشریفات شور و رایزنی سازمان‌یافته

1- legislative drafting

2- Legal certainty

3- Gomez, op., cit., p. 2.

و هدفمند است که از طریق آن، عدم توافق عمیق ما در یک جامعه سیاسی پس از بحث و جدل‌های طولانی، پیچیده و دشوار، در نهایت در قالب کلمات و جملات خاصی که در کل متن تقنینی را تشکیل می‌دهد به توافق تبدیل می‌شود. او در تبیین متن محوری قوانین موضوعه می‌نویسد: «کافی نیست که بگوییم قوه مقننه یک منبع معتبر حقوق است و به این خاطر است که باید به نقش کلمات آن احترام گذاشته شود؛ زیرا ما با همه منابع معتبر به این شکل برخورد نمی‌کنیم، به طوری که تک‌تک کلمات آن منابع معتبر را واجد اهمیت بدانیم. گمان من این است پاسخ باید مربوط به نوع نهاد قوه مقننه باشد: یک گردهمایی بزرگ از افرادی که تظاهر می‌کنند به طور دسته‌جمعی به نام کل جامعه عمل می‌کنند، اما نمی‌توان کاملاً مطمئن شد آنها به‌عنوان یک نهاد جمعی چه تصمیمی گرفته‌اند، مگر با مراجعه به فرم خاص کلماتی که کنار هم قرار گرفته‌اند»^۱.

با لحاظ چنین درکی از قانونگذاری، اگر غرض نهایی از وضع قوانین و مقررات، تأمین نظمی دموکراتیک، عادلانه، پیش‌بینی‌پذیر و عقلانی باشد، این امر زمانی میسر خواهد شد که دستکم پیام قانونگذار و انتظارات او از مخاطبان قانون، با وضوح و روشنی در متن تقنینی به مخاطب قانون منتقل شود زیرا تنها در این صورت است که می‌توان توقع داشت مخاطبان قانون، رفتار خود را با آن تنظیم کنند و در نهایت، نتیجه موردنظر قانونگذار از وضع قانون به‌دست آید. مک کوبینز و رودریگز، قوانین موضوعه را نوعی ارتباط یا تبادل پیام تلقی می‌کنند: «تبادل پیام، مستلزم یک فرستنده و یک دریافت‌کننده است. فرستنده پیام خود را در شکلی از ارتباط رمزنگاری می‌کند و وظیفه دریافت‌کننده عبارت است از گشودن آن رمز به نحوی که پیام آن را درک کند. در همه اشکال ارتباطی از جمله فرمان‌ها، چالش اصلی، حصول اطمینان از این است که فرمان‌ها به‌نحو مؤثری رمزگشایی شده و به‌درستی اجرا شوند»^۲. نویسندگان یاد شده توضیح می‌دهند که قانونگذاری از یک ایده شروع و با تبدیل آن به یک خطامشی و سپس فشرده‌سازی و قالب‌ریزی آن در قالب کلمات و جملات ادامه پیدا می‌کند و درست در همین مرحله است که نقایصی رخ می‌نماید و مانع تحقق یکی از کارکردهای مهم قوانین، یعنی برقراری نظم عقلانی و پیش‌بینی‌پذیر کردن رفتارها، می‌شود. اصل پیش‌بینی‌پذیری رفتارها بر اساس قواعد عام رفتاری در یک جامعه سیاسی - که اساس یک جامعه نظام‌مند و مبتنی بر حکومت قانون است - تنها زمانی ممکن خواهد بود که قانون به آسانی برای مخاطب آن قابل فهم باشد و قابل فهم بودن قانون به‌نوبه خود، منوط به وضوح هر چه بیشتر آن است. به همین سبب است که فیلسوف شهیر حقوق، لون فولر، در کتاب مشهور خود «اخلاق قانون»، این ویژگی را از جمله ویژگی‌های هشت‌گانه ضروری برای یک نظام حقوقی ذیل عنوان «اخلاقی درونی

۱- والدرون، «شان قانونگذاری»، پیشین، ص ۶۴.

2- Mathew D. McCubbins and Daniel, B. Rodriguez, Statutory Meanings, Driving Interpretative Principles From a Theory of Communication and Lawmaking, Brooklyn Law Review, Vol 76: 3, p. 979.



قانون» ذکر می‌کند. از نظر او، بدیهی است که قانون مبهم و متناقض مانع تحقق قانونیت^۱ است.^۲

در عین حال، در کنار لزوم وضوح و قابل فهم بودن قانون، فولر یکی دیگر از ویژگی‌های ذاتی یا اساسی قانون را عام بودن^۳ آن می‌داند؛ یعنی قانون مجموعه‌ای از تصمیم‌های موردی برای اشخاص معین در وضعیت‌های خاص نیست بلکه تصمیم‌های عام و نوعی است. هارت در اهمیت این ویژگی قانون، چنین توضیح می‌دهد: «اگر بیان ضوابط عام رفتار ممکن نبود، ضوابطی که اکثر افراد بتوانند آنها را بدون راهنمایی بیشتر بفهمند و از آنان بخواهند عمل خاصی را در موقعیتی معین انجام دهند، آنچه اکنون به مثابه قانون می‌شناسیم امکان وجود نمی‌یافت. از این رو، قانون اغلب، البته نه منحصرأً باید به نوع اشخاص و اعمال، امور و شرایط ارجاع دهد».^۴

شرط عام بودن قانون گرچه یکی از ارکان حکومت قانون به معنای شکلی آن و ضامن برابری همگان در مقابل قانون است، اما خود می‌تواند یکی از سرچشمه‌های اصلی عدم تعین یا ابهام قانون باشد و نیز در تزاخم با وضوح و روشنی حداکثری قانون قرار گیرد. هارت در این خصوص تصریح می‌کند: «حتی هنگامی که قواعدی عام که در قالب الفاظ صورت‌بندی شده‌اند به کار گرفته می‌شوند، ممکن است تردیدهایی در مورد رفتار مشخصی که آن قواعد انجامش را در پاره‌ای موارد عینی، واجب می‌دانند رخ نمایند. موقعیت‌های واقعی خاص منتظر ما نمی‌مانند تا پیشاپیش آنها را از یکدیگر متمایز کنیم و بگوییم که هر یک مصداق کدام قاعده عامی است که اعمال آن مورد بحث است. هیچ‌یک از قواعد عام نیز مصادیق خود را مشخص نمی‌کنند. در تمام حوزه‌های زندگی، و نه فقط حوزه قواعد، آن نوع راهنمایی که زبان عام فراهم می‌آورد، به دلیل ماهیت زبان، محدود است. در حقیقت، مواردی ساده و واضح وجود دارند که به روشنی می‌توان عبارات عام را بر آنها اطلاق کرد. («اگر چیزی به نام وسیله نقلیه وجود داشته باشد، اتومبیل مصداقی از این وسیله است») ولی مواردی نیز وجود دارند که روشن نیست آیا عبارت یاد شده بر آنها صدق می‌کند یا خیر».^۵ بنابراین، باید دانست گرچه وضوح و قابلیت فهم قانون یکی از شرایط مهم قانون است در عین حال، هم به دلیل تزاخم با وصف ضروری دیگر قانون، یعنی عام بودن، و هم به دلیل ابهام ذاتی زبان، قابل تحقق صددرصدی نیست و مقصود از آن، نسبی و در چارچوب محدودیت‌های یاد شده است.

یکی از نویسندگان، از این نوع ابهام که ناشی از ذات و ماهیت زبان است، با عنوان ابهام طبیعی نام برده است که گریزناپذیر و علاج‌ناشدنی است؛ امری که توسل به تفسیر قانون را چه در مرحله اجرا

1- legality

2- Lon L. Fuller, The Morality of Law, United State of America, Yale University, 1969, p. 63.

3- generality

۴- هرت هارت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰، ص ۲۰۱.

۵- همان، ص ۲۰۴.

و چه در مرحله قضا ناگزیر می‌سازد. پوپلیر در قالب اتخاذ موضعی واقع‌بینانه نسبت به قطعیت حقوقی، به سه عامل اشاره کرده و قطعیت حقوقی کامل را ناممکن می‌داند. این سه عامل به شرح زیر است: نخست اینکه قوانین نوشته در قالب کلمات در می‌آیند که خود اغلب مبهم و نیازمند تفسیرند. تفسیر نیز فرایندی است که از منابع متعددی ناشی می‌شود، مانند مقامات عمومی و دادگاه‌ها. گرچه دیوان‌های عالی می‌توانند این عدم قطعیت مرتبط با تفسیر را رفع کنند اما این امر سال‌ها پس از اینکه قانون لازم‌الاجرا شد انجام می‌شود. دوم، قوانین موضوعه ماهیتاً انتزاعی و عام بوده و قابل اعمال بر موارد متعدد هستند. قانونگذار نمی‌تواند همه موارد و حالت‌های ممکن را پیش‌بینی کند. در نتیجه در منطقه خاکستری باقی خواهد ماند که در این صورت، تصمیم‌گیری در خصوص اینکه در وضعیت مشخصی یک قاعده قابل اعمال است یا خیر، کار دشواری است. و در نهایت، قانونگذار در شرایط پیچیده و محیط نامتعینی عمل می‌کند که در حال تکامل و نیازمند تطبیق با شرایط متغیر یاد شده است. قانونگذار باید وقایع آینده را تنظیم کند اما نمی‌داند در آینده چه اتفاقی خواهد افتاد. به همین سبب، او نیازمند ارزیابی مجدد و سازگاری با شرایط است.^۱ اما از سوی دیگر، ابهام غیرطبیعی، نه معلول زبان، که ناشی از «بی‌دقتی، ناشی‌گری، بی‌بندوباری [و] تشتت فکر»^۲ نویسندگان قوانین و مقررات است. حتی می‌توان گفت گاه ابهام موجود در قانون، آگاهانه و عمدانه است و به‌منظور استفاده دلخواهی از آن در مواقع لزوم است؛ امری که نافی حکومت قانون و حکومت خودسرانه است. تردیدی نیست که قانون‌نویسی به‌عنوان یک هنر و علم، در صدد کاستن از این نوع ابهام یا عدم وضوح در زبان قانون است.

رید دیکرسون از سه اصل مهم مرتبط با قانون‌نویسی یاد می‌کند که اگر به‌درستی اجرا شود، تأثیر مستقیمی بر ماهیت یک خطمشی دارد: سازگاری، طراحی صحیح و استفاده نرمال از کلمات و اصطلاحات. بنا بر اصل سازگاری، نباید از واژه‌های مختلف برای بیان یک معنا استفاده شود و یک واژه نباید با معانی گوناگون در یک قانون به کار رود. اصل دوم، مقتضی ساختاربندی دقیق و نظام‌مند از متن در حال تهیه است. دقت در مهندسی یک متن در حال تهیه، احتمالاً منجر به بهبودی خطمشی‌ای خواهد بود که این متن در خدمت آن است. سومین و مهم‌ترین اصل شکلی قانون‌نویسی آن است که کلمات و اصطلاحات قانون در معمول‌ترین و عرفی‌ترین شکل خود به کار رود. به گفته دیکرسون، برای یک خواننده معمولی و حتی حرفه‌ای و دقیق قانون، هیچ تله‌ای بدتر از آن نیست که یک واژه خاص در معنایی به کار رود که فرسنگ‌ها از معنایی که عموماً مخاطبان قانون به آن نسبت می‌دهند، فاصله داشته باشد.^۳ بی‌توجهی نسبت به آنچه دیکرسون از آنها به‌عنوان اصول قانون‌نویسی یاد می‌کند، منجر به عدم وضوح یا ابهام در قانون می‌شود؛ امری که می‌تواند در نهایت به شکست یک خطمشی و در نهایت قانون یا مقررره حامل

1- Patricia Popelier, Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker, *Legisprudence*, Vol. 2, No. 1. pp. 50-51.

۲- محمدحسن امام‌وردی، «ابهام‌زدایی از طریق ویرایش قانون»، *حقوق خصوصی*، دوره ۱۳، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۲۱۹.

3- Reed Dickerson, *The Fundamentals of Legal Drafting*, 2nd edition, Little Brown & Co. Toronto, 1986.



آن منتهی شود. در ادامه، مفهوم وضوح و انواع آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۲-۲- مفهوم وضوح قانون و انواع آن

وضوح به معنای آشکار بودن یا به راحتی قابل فهم و درک بودن تعریف شده است.^۱ بدیهی است در بستر قانونگذاری که کلمات و جملات و نشانه‌ها تنها ابزار بیان مقصود هستند، این آشکارگی از طریق نحوه انتخاب کلمات، شیوه چینش آنها در کنار یکدیگر، ساختار نحوی و به طور کلی، رعایت قواعد حاکم بر زبانی که قانون بدان زبان نوشته می‌شود، به کار بردن به جا و صحیح نشانه‌ها و ساختار آن زبان و از این قبیل موضوعات بستگی دارد. طبعاً مفهوم مقابل وضوح، ابهام^۲ است. برخی نویسندگان، به طور کلی وضع قوانین از جهت فقدان وضوح و روشنی قوانین را رو به وخامت می‌دانند و از آن با تعابیری مانند آسیب، افول، بحران، بیماری و از این قبیل یاد می‌کنند.^۳ عدم وضوح و ابهام قانون همچون اختلالی، مانع دریافت درست پیام قانونگذار از سوی مخاطب قانون است. چنانکه زانتاکی در اهمیت وضوح قوانین می‌نویسد: «قوانین مبهم، بدترین نوع استبداد است».^۴

برخی نویسندگان ابهام را به طور کلی به معنای چندمعنایی می‌دانند.^۵ اما این چندمعنایی از منظر قانون‌نویسی^۶ سه منشأ مهم دارد: نخست، ابهام ناشی از چندمعنایی یک کلمه و دوم چندمعنایی ناشی از ساختار جمله. نوع اخیر که به آن ابهام نحوی یا ساختاری نیز گفته می‌شود، وقتی به وجود می‌آید که چندین معنای مختلف از ساختار یک جمله واحد قابل استنباط است؛ یعنی از ترتیب قرار گرفتن کلمات و نحوه ارتباط آنها با یکدیگر. برای مثال، وقتی که معلوم نیست یک صفت به یک موصوف یا دو موصوف مربوط است و یا وقتی که نتوان به درستی مرجع ضمیر یا ضمائر را در جمله تشخیص و تعیین کرد و از این قبیل رخ می‌دهد. برخی از نویسندگان از ابهام بافتاری^۷ نیز سخن گفته‌اند و در توضیح گفته‌اند گاه معنای یک کلمه یا یک جمله مبهم نیست اما همچنان یک متن قانونی مبهم است؛ «زیرا رابطه صحیح میان یک بخش یا پاراگراف از هنجار با سایر بخش‌های همان هنجار (یا هنجارهای دیگر) نامشخص است».^۸ در هر حال، ابهام به معنای گفته شده و انواع یادشده، باعث اختلال در فهم معنای قانون می‌شود و باید از آن پرهیز شود.

1- Helen Xanthaki, On Transferability of Legislative Solutions, in Constantin Stefanou and Helen Xanthaki (eds Functionality Test in Drafting Legislation, A Modern Approach), Ashgate, 2008, p. 10.

2- Ambiguity

3- Alexandre Fluckiger, The Ambiguous Principle of the Clarity of Law in Anne Wagner et al, Obscurity and Clarity in the Law, Aldershot: Ashgate, 2008, p. 10.

۴- زانتاکی، پیشین، ص ۱۱۱.

۵- امام‌وردی، پیشین، ص ۲۱۰.

۶- برای مطالعه بحث تفصیلی در مورد معنا و انواع ابهام نک: محمد حسن امام‌وردی، ابهام زبان حقوقی، رساله دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.

7- Contextual ambiguity

8- Gomez, op. cit., p. 150.

گرچه از لزوم وضوح قانون، اغلب به‌عنوان یک ویژگی ذاتی یا اصل حقوقی یاد می‌شود اما در برخی کشورها رعایت آن به‌صورت یک الزام قانونی در آمده است. برای نمونه در بخش ۲۰ از اصل ۴ قانون اساسی ایالت ایندیانا ایالات متحده آمریکا، ذیل عنوان «جمله‌بندی»، تصریح شده است: «هر مصوبه و بیانیه مشترک باید به‌وضوح جمله‌بندی شود و تا جایی که عملی باشد، از اصلاحات فنی پرهیز شود». همچنین، «قانون استانداردهای قانونگذاری کویینزلند مصوب سال ۱۹۹۲ در تعیین تطابق قانون با اصول اساسی قانون، ارزیابی عدم ابهام قانون و وضوح و دقت کافی آن را ضروری می‌داند».^۱

۲-۱-۲-۲- کلی‌گویی^۲ و تفاوت آن با ابهام

برخلاف ابهام در قانون‌نویسی که به‌طور قطع در شمار نقایص قانون‌نویسی محسوب می‌شود و باید حتماً از آن پرهیز شود، کلی‌گویی آگاهانه و کنترل‌شده، یکی از فنون قانون‌نویسی است. کلی‌گویی به‌معنای به‌کار بردن کلماتی در متن قانون است که در مورد محدوده و مرز معنایی آنها، تردید و عدم‌تعیین وجود دارد.^۳ در ابهام، با دو معنای متفاوت از یک کلمه یا جمله مواجه هستیم اما در اینجا، سخن از محدوده‌های اطلاق یک لفظ بر یک معناست. برای مثال، فرض کنید در قوانین راهنمایی و رانندگی، رفت‌وآمد وسایل نقلیه در محل‌های خاصی منع شده باشد. در اینجا، مصادیقی وجود دارد که به‌طور قطع از مصادیق این حکم کلی است. اما موارد مشکوکی نیز وجود دارد؛ مانند اینکه آیا موتورسیکلت هم از جمله وسایل ممنوع شده است و یا دوچرخه و مانند آن.

اگرچه کلی‌گویی بیش‌از‌حد در قانون‌نویسی، یک ایراد محسوب می‌شود اما تا جایی که به طبیعت زبان برمی‌گردد، امری اجتناب‌ناپذیر است. همچنین از منظر فنی، حداقل دو مورد استفاده مهم از کلی‌گویی آگاهانه شناسایی شده است: نخست اینکه قوای مقننه گاه عامدانه دست به کلی‌گویی می‌زنند و به دستگاه‌های اجرایی اجازه می‌دهند که جزییات موضوع را خود تعیین کنند.^۴ استفاده از چنین فنی، به‌ویژه در جایی که محتوای قانون موضوعات فنی - تخصصی است و از حوصله، توان، تخصص و وقت کم پارلمان‌ها برای رسیدگی به جزییات بیرون است، اجتناب‌ناپذیر، بلکه ضروری است. همچنین کلی‌گویی ابزار مهمی برای رسیدن به توافق‌های سیاسی است. گاه در مرحله پیش از تصویب متن نهایی قانون، احزاب و فراکسیون‌های سیاسی در خصوص خط‌مشی خاصی قادر به توافق نیستند. درعین‌حال به دلیل محدودیت‌های سیاسی یا شرایط اضطراری، تصویب قانون و تعیین تکلیف لازم است. همچنین گاه وقت کافی برای دستیابی به توافق سیاسی دلخواه وجود ندارد. در چنین مواقعی، کلی‌گویی می‌تواند بن‌بست

۱- زانتاکی، پیشین، ص ۱۱۲.

2- vagueness

3- Xanthaki, op. cit., p. 10.

4- Ibid.

سیاسی را بشکند و راه برون‌رفتی را ارائه کند.^۱

برخی از نویسندگان تأکید کرده‌اند که می‌توان با تعریف واژه‌های کلی به‌کاررفته در قانون، تا حدی از کلیت بیش‌ازحد واژه کم کرد. همچنین استفاده از کلمات کلی به دلایلی مانند اینکه در آراء قضایی یا با تعریف قانونگذار در قوانین پیشین، حدودوثرغور معنایی واژه‌ها تا حدی معین شده، با اشکال کمتری مواجه است. البته در چنین مواقعی، در صورتی که قانون‌نویس با معنای قبلی تعین یافته به شیوه‌های ذکر شده، موافقت نداشته باشد لازم است در پیش‌نویس قانون، تعریف مدنظر قانونگذار فعلی را ارائه کند.

۳-۱-۲-۲- تراحم و وضوح، سادگی و ایجاز قانون با دقت در جزییات در قانون‌نویسی

در کشورهای مختلف، به اشکال متفاوتی بر ویژگی‌های زبانی قانون، یعنی سادگی، وضوح، موجز بودن، دقت در بیان جزییات و مانند اینها تأکید شده است. برای نمونه در اتریش، صورت‌بندی قواعد حقوقی باید موجز، ساده و تا جایی که ممکن است به‌شکل غیرمجهول بیان شود. در بلژیک، مقررات نگارش متون تقنینی بیانگر آن است که قواعد حقوقی باید موجز و صحیح باشد. بی‌دقتی، تیرگی، اطناب و ابهام، جایی در صورت‌بندی قانون ندارد. در فرانسه، نگارش یک متن تقنینی و اسناد مکمل (یادداشت‌های توجیهی و گزارش) باید واضح، دارای استحکام و از نظر گرامری صحیح باشد. از نظر دولت آلمان، قوانین باید از منظر زبان‌شناسی نوشته شود و تا جایی که ممکن است، به شکلی باشد که قابل فهم برای همگان باشد. در کانادا، یک قانون باید ساده، واضح و موجز و به‌قدر ضرورت در جزییات دقیق بوده و به زبان متعارف نوشته شود. در اسپانیا، راهنماهای فن قانونگذاری، حاوی این تکلیف است که مفاد قوانین باید خطاب به شهروندان نوشته شود و بنابراین باید با زبان فاخر فرهنگی نوشته شود اما باید برای افراد متوسط به شکل واضح دقیق و ساده، قابل فهم باشد.

آنچه در میان موارد ذکر شده تا حدودی مشترک است، سادگی، ایجاز، وضوح و دقت در جزییات است.^۲ اما نکته مهم این است که جمع میان این ویژگی‌ها در یک متن واحد، اغلب ناممکن است. برای مثال، ایجاز متن تقنینی با دقت در جزییات سازگار نیست و دقت در جزییات متن قانون، گاه زایل‌کننده سادگی و وضوح قانون است. بنابراین پرسش مهم آن است که در صورت تراحم میان ویژگی‌های یاد شده، تکلیف نویسنده قانون چیست؟ به دو دلیل، پاسخ قاطعی برای این پرسش وجود ندارد؛ نخست اینکه قوانین و مقررات دارای انواع و اقسامی هستند که هر یک، اقتضائات خاص خود را دارند. برای مثال، قوانین کیفری و قانون مالیات‌ها به دلیل تبعات بسیار مهمی که دارند، نمی‌توانند دقت را فدای سادگی و وضوح کنند. دوم اینکه مخاطبان قانون نیز متنوع و متفاوت هستند و نمی‌توان در این باره، حکم واحدی برای همگان صادر کرد.

1- Gomez, op. cit., p. 151.

2- Gomez, op. cit., pp. 152-153.

با وجود این، برخی از نویسندگان سعی کرده‌اند در جهت تعادل بخشیدن به ویژگی‌های گاه رقیب یاد شده، و با لحاظ همین دو ملاحظه، معیارهایی هر چند کلی ارائه کنند. زانتاکی با تصریح به سه ویژگی وضوح، دقت در جزئیات و عدم ابهام، این پرسش را مطرح می‌کند که کدام‌یک از سه ویژگی یاد شده اولویت دارد؟ در پاسخ از قول باروز خاطر نشان می‌کند نوع نگارش قانون با هدف قانون مرتبط است. در جایی که قانون آمره یا اجبارآمیز^۱ است (مانند قوانین کیفری، قوانین مربوط به درآمد، بازرگانی و تجارت) و جایی که دادن اختیارات گسترده می‌تواند منجر به نقض حقوق بشر بنیادین شود، قانون‌نویسی جزئی و دقیق، مناسب و سودمند است. از سوی دیگر، دقت در جزئیات در صورتی که هدف نویسنده قانون عبارت است از ارائه گزاره‌هایی کلی، به‌اندازه قبل ضروری نیست و کار بر روی جزئیات چنین قوانینی باید به دادگاه‌ها سپرده شود که در هر دعوایی جداگانه آن را اعمال کنند. رویکرد دوم، به مفاد هر بخش از قانون و نقشی که هر یک از مفاد در یک متن واحد دارد توجه می‌کند. به‌عنوان نمونه، بخش تعاریف در مقدمه هر قانون، بیش از وضوح به دقت نیازمند است. رویکرد سوم به موضوع به‌طور انتزاعی می‌نگرد. ساترلند معتقد است در تعارض با سادگی و وضوح، قطعیت نباید قربانی شود.

زانتاکی در نهایت موضوع را با ارجاع به مقوله اثربخشی مورد بررسی قرار می‌دهد. او انکار نمی‌کند که در برخی قوانین، ویژگی موضوع چنان است که باید دقت و تفصیل در جزئیات اولویت داده شود؛ مانند قوانین مربوط به ادله اثبات دعوا. باین حال او معتقد است نویسنده قانون باید در تعامل میان این ویژگی‌های گاه متزاحم، اطمینان حاصل کند که پیام قانون به مخاطب آن منتقل می‌شود: «اگر مخاطب یک متن خاص تقنینی، مشتمل بر عامه مردم هستند، در آن صورت باید وضوح و عدم ابهام مقدم داشته شود. اما اگر مخاطبان قانون حقوقدانان حرفه‌ای هستند، دقت در جزئیات مقدم است. مخاطبان تعلیم‌دیده، شانس بیشتری دارند که از پس پیچیدگی دریافت پیام مد نظر قانونگذار برآیند»^۲.

در نتیجه می‌توان گفت در تعیین اولویت‌بخشی به وضوح، سادگی و عدم ابهام از یک‌سو، و دقت کافی در بیان جزئیات از سوی دیگر، دو عامل موضوع قانون و نوع مخاطب قانون تعیین‌کننده است. اهمیت برقراری ارتباط با مخاطب با ابزار قانون، به‌تازگی بیشتر مورد توجه صاحب‌نظران این حوزه قرار گرفته است. این توجه ابعاد مختلفی دارد اما تأکید بر آگاهی و فهم متون قانونی به‌عنوان یک حق، از جمله مواردی است که ساده‌نویسی و واضح‌نویسی قانون را برای حکومت‌ها به‌صورت یک تکلیف در آورده است. تلقی قانون به‌عنوان ابزار برقراری ارتباط میان قانونگذار و مخاطب قانون، همچنین جنبش زبان ساده در قانون‌نویسی را تقویت کرده است و نیز منجر به ابداع رویکرد لایه‌ای به قانون‌نویسی شده است. با توجه به تأثیرگذاری هر سه مورد یاد شده در ایجاد تعادل در زبان قانون‌نویسی و شکل دادن به

1- coercive

2- Xanthaki, op. cit., pp. 11-12.



قانونگذاری مدرن، در ادامه به اختصار به آنها اشاره خواهد شد.

۴-۱-۲-۲- شناسایی حق بر فهم قانون

شرط لازم برای بهره‌مندی از حقوق و امتیازات و انجام تکالیف و الزاماتی که در قوانین و مقررات برای شهروندان در نظر گرفته می‌شود، آگاهی از آنهاست. به‌طور سنتی، انتشار قوانین و مقررات و در نظر گرفتن زمانی متعارف برای دسترسی شهروندان به قوانین و مقررات، تشکیل‌دهنده فرض مهم آگاهی ایشان از محتوای قوانین و مقررات در نظر گرفته می‌شود؛ به‌طوری‌که پس از سپری شدن مواعد مربوط، به‌ندرت جهل به قانون به‌عنوان رافع مسئولیت افراد پذیرفته می‌شود. گرچه از نظر عقلی برای داشتن جامعه‌ای منظم، فرض آگاهی افراد از محتوای قوانین پس از انتشار آنها پذیرفتنی است؛ اما اشکال در آن است که گاه به دلایل مختلف، تحقق واقعی این فرض دشوار است. از جمله وقتی کلمات و جملات قانون چنان مبهم، فنی یا متناقض نوشته شوند که گرچه متن قانون در اختیار شهروندان است اما فهم قانون در عمل با اختلال مواجه است. در این صورت قاعده عقلی «قبیح عقاب بلا بیان» همچنان جاری است و اعمال فرض حقوقی آگاهی همگان از قاعده حقوقی، آشکارا خلاف عدالت و انصاف است. نیومن در این‌باره می‌نویسد: «مشاهدات نشان می‌دهد بسیاری از افراد نمی‌توانند حق خود را مطالبه کنند زیرا آنها یا از حق‌هایی که استحقاق آن را دارند بی‌خبرند یا به‌طور کامل آنها را درک نکرده‌اند... امروزه بسیاری از افراد در ایالات متحده آمریکا (و به‌طور حتم در جاهای دیگر) کاملاً از حق‌های خود بهره نمی‌برند زیرا از محتوای دقیق حق‌های خود بی‌اطلاع هستند و این جهل آنها را در معرض انواع آسیب‌ها قرار می‌دهد».^۱ پس می‌توان ادعا کرد صرف شناسایی حق بر روی کاغذ، به‌معنای تحقق عملی و امکان بهره‌برداری از آنها نیست.

در میان موانع مختلف بهره‌مندی از حق‌ها، یکی هم دشوارنویسی، مبهم‌نویسی و فنی‌نویسی متن قانون است. از این‌رو می‌توان گفت حق بر فهم قانون را می‌توان در ردیف یک فراحق^۲ یا حق بر دانستن حق‌ها^۳ شناسایی کرد. حق بر دانستن‌ها به استناد بخش دوم از ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، یک حق بشری نیز قلمداد می‌شود. در قسمت اول این بخش می‌خوانیم: آموزش باید در جهت شکوفایی کامل شخصیت انسان و احترام به حقوق و آزادی‌های اساسی و تقویت آنها باشد...». چنین حقی را باید در زمره حق‌های مثبت یا ایجابی تلقی کرد که حکومت در قبال آن مکلف است محتوای قوانین را به شکلی تنظیم کند که به‌نحو متعارف بتوان انتظار داشت همه گروه‌های جامعه به قوانین و مقررات دسترسی داشته و با خواندن آنها از محتوای آنها مطلع می‌شوند.

1- See Olivia Newman, The right to know your rights, The University of Chicago Press, Vol 49, No. 4. 2017.

2- Meta right

3- Right to know rights

۵-۱-۲-۲- جنبش زبان ساده^۱ در قانون‌نویسی

مشکل استفاده از زبان پیچیده، تخصصی، مبهم، مغلق و غیرقابل درک از سوی گروه‌هایی از مخاطبان قانون، پدیده‌ای جهانی است. اما برخی از نویسندگان سرآغاز مقابله با این پدیده را ذیل عنوان جنبش زبان ساده، پس از جنگ جهانی دوم و بیشتر در کشورهای انگلیسی‌زبان و در میان آنها، کشورهای با نظام حقوقی کامن‌لا، مانند انگلستان و ولز، یا نظام‌های مختلط مانند ایالات متحده آمریکا، کانادا و آفریقای جنوبی می‌دانند. گرچه پدیده زبان دشوار و مبهم حقوقی در کشورهای غیر انگلیسی‌زبان اروپایی عضو نظام حقوقی نوشته نیز مشاهده می‌شود اما این ادعا مطرح شده که این جنبش با قوت کمتری در این دسته از کشورها مطرح شده است.^۲

به‌هرروی، به‌طور مشخص در آمریکا در دهه ۱۹۶۰ با آثار تأثیرگذار ملینکوف^۳ در حوزه زبان حقوقی یا اوهر^۴ با موضوع روابط با دولت، بروز و ظهور بیشتری پیدا کرد؛ جایی که تمرکز هر دو نویسنده به ترتیب، مدرن کردن زبان حقوقی و روشن‌تر کردن و اثربخش‌تر کردن ارتباط اداری با دولت بود. در خلال دهه ۱۹۸۰، جنبش زبان ساده به سایر کشورهای انگلیسی‌زبان به‌ویژه کانادا، انگلستان، استرالیا و نیوزلند گسترش پیدا کرد. برای مثال چنانکه پیش‌تر گفته شد، یکی از عرف‌های شکل‌گرفته مشهور که حرکت رسمی و جدی به سمت تحقق زبان ساده در قانون‌نویسی را نشان می‌دهد، در کانادا وجود دارد: «یک مصوبه باید ساده، واضح، موجز و به‌قدر ضرورت همراه با جزئیات دقیق و تا جایی که ممکن است به زبان متعارف نوشته شود».^۵ در اتحادیه اروپا، کمپین «نبرد با سیاهی»^۶ در میان مترجمان و نویسندگان پیش‌نویس قوانین اتحادیه اروپا توسعه پیدا کرد و در سطح رسمی‌تر، توافقنامه بین‌نهادی مورخ ۲۲ دسامبر ۱۹۹۸ در خصوص «راهنماهای مشترک برای کیفیت تهیه پیش‌نویس قوانین اتحادیه اروپا»، قواعدی را برای قانون‌نویسی ساده‌تر در این سازمان چندزبانه وضع کرد. همچنین در سال‌های اخیر، اقدامات قابل‌توجهی در جهت تقویت زبان ساده در تهیه پیش‌نویس قوانین در انگلستان و اسکاتلند رخ داده است.

خلاصه تلاش‌های شرح داده‌شده این است که قوانین و مقررات را برای مخاطبان آن، دسترس‌پذیرتر و قابل‌فهم‌تر کنند. کیمبل در توصیف معنای زبان ساده در این جنبش می‌گوید: «زبان ساده یعنی ارتباط مؤثر، نه یک کلمه کم، نه یک کلمه زیاد».^۷ ردیش به نقل از زانتاکی در تعریف زبان ساده می‌گوید زبان ساده «به‌معنی نوشتاری عاری از کلمات غیر مصطلح است، کلمات چندسیلابی و عبارات مطمئن که حتی

1- The Plain Language Movement

2- Christopher Williams, Changing with the Times: The Evolution of Plain Language in the Legal Sphere, Alicante Journal of English Studies, 28, 2015, p. 184.

3- Mellinkoff

4- O'Hare

5- Uniform Law Conference of Canada 2003.

6- Fight the Fog

7- Joseph Kimble, Answering the Critics of Plain Language, The Scribe Journal of Legal Writing, 1995-1996, 5: p. 51.



مخاطبین تحصیل کرده نیز قادر به فهم آن نیستند. زبان ساده، روشن و مستقیم است اما یک زبان خوب، دو ویژگی شفافیت و زیبایی را نیز دارد»^۱.

این جنبش گام مهمی برای دستیابی به اثربخشی و در نتیجه حکومت قانون محسوب می‌شود. از نظر زانتاکی، هدف جنبش زبان ساده، انتقال پیام تنظیمی قانون به مخاطبان قانون به‌عنوان ابزاری برای اجرا و اعمال مؤثر آن پیام تنظیم‌گری است. زبان ساده در صدد معرفی اصولی است که پیام قانونگذار را به شیوه‌ای روشن و مؤثر به مخاطب قانون منتقل کند. زبان ساده همه جوانب یک ارتباط نوشته را در بر می‌گیرد که مشتمل است بر کلمات، دستور زبان، نشانه‌گذاری، ساختار متن تقنینی، صفحه‌آرایی روی کاغذ و یا روی صفحه نمایش و مهندسی کل کتاب قانون به‌عنوان ابزاری برای تسهیل آگاهی از محتوای قانون. بنابراین زبان ساده از هنگام تحلیل محتوای یک خطمشی و تبدیل اولیه آن به متن قانون با انتخاب و اولویت‌بندی اطلاعاتی که خوانندگان نیاز به دریافت آن دارند، آغاز شده و تا انتخاب ساختار مناسب برای متن قانون، انتخاب و طراحی راه‌حل تقنینی، ساده‌سازی یک خطمشی، ساده‌سازی مفاهیم حقوقی و مانند آن توسعه می‌یابد. به عبارت دیگر، ساده‌نویسی قانون از همان مراحل اولیه ایده قانونگذاری تا زمان نگارش پیش‌نویس نهایی قانون تداوم دارد.^۲

به‌رغم اهمیت جنبش زبان ساده و تأثیری که به‌طور علمی در روش قانون‌نویسی برخی کشورها به شرح یاد شده داشته است، برخی از نویسندگان، تأکید صرف بر انتخاب واژگان و عبارت ساده و واضح به‌عنوان یک راه‌حل نهایی برای حل مشکل فهم متون قانونی را کافی و کامل نمی‌دانند.^۳ ایشان، تعریف زبان ساده را امری دشوار می‌دانند؛ به این سبب که زبان نسبت به مخاطبان متنوع قانون، امری نسبی است. لذا آنچه برخی آن را زبان ساده و قابل فهم می‌دانند، ممکن است از نظر عده دیگری، دشوار یا غیرقابل درک باشد. از این‌رو، رویکرد لایه‌ای به قانون‌نویسی که به‌نوعی شناسایی تنوع مخاطبان قانون را مطرح می‌کند و در محور طراحی نگارش قانون قرار می‌دهد، از اهمیت زیادی برخوردار است.

۶-۱-۲-۲- رویکرد لایه‌ای به نگارش متن قانون

در سطور پیشین توضیح داده شد که زبان قانون، تنها وسیله انتقال پیام قانونگذار به مخاطب قانون است؛ لذا اطمینان از وضوح، سادگی و قابل فهم بودن آن امری ضروری در مرحله تهیه پیش‌نویس قانون است. با این حال، تنوع محتوا و مسائلی که موضوع قانونگذاری واقع می‌شوند از یک‌سو، و تنوع مخاطبین قانون از سوی دیگر، چالش‌های مهمی است که قانون‌نویسان با آن مواجه‌اند. در موضوع شناسایی مخاطب، برخی از نویسندگان به معرفی شاخص‌های کلی مانند تلقی مخاطب قانون به‌عنوان یک انسان متعارف

۱- زانتاکی، پیشین، ص ۱۴۱.

2- Helen Xanthaki, The Limits of Legislation As a Product, The Israeli Journal of Legislation, 11, 2018.

۳- زانتاکی، پیشین، صص ۱۴۱-۱۴۰.

یا عادی بسنده کرده‌اند. برای مثال، هانت در مورد مخاطب قوانین می‌گوید: قانون باید هم در دسترس و هم قابل فهم به‌وسیله یک انسان عادی باشد؛ کسی که دارای هوش و تحصیلات عادی است و می‌توان به‌نحو متعارف انتظار داشت متن قانونی را که می‌خواند می‌فهمد و پاسخ پرسش خود را از خلال متن یاد شده پیدا می‌کند.^۱ اما چنین شاخص کلی و مبهمی، چندان نمی‌تواند در تهیه متن با کیفیت تقنینی مؤثر باشد زیرا تنوع مخاطبین قانون و اقتضات موضوع‌های مختلفی را که درباره آنها قانونگذاری می‌شود نادیده می‌گیرد. امروزه تنوع مخاطبین قانون از موضوعی صرفاً شهودی فراتر رفته و برخی پیمایش‌ها این شهود را به‌طور مستند نشان داده‌اند. برای نمونه مطالعه پیمایشی انجام شده از دو میلیون مراجعه‌کنندگان به سایت www.legislation.gov.uk که مرجع اصلی و رسمی انتشار قوانین در انگلستان است، نشانگر آن است که دستکم سه دسته از مخاطبین متنوع قوانین قابل‌شناسایی است:

نخست: غیر قضات و وکلا که قانون را برای انجام کارشان استفاده می‌کنند؛ مانند مجریان قانون، مدیران منابع انسانی و مقامات شورای محلی و مانند آن؛ این دسته در حدود ۶۰ درصد مراجعه‌کنندگان به سایت موردنظر را تشکیل می‌دهند.

دوم: عامه مردم یا افراد معمولی که در پی یافتن پرسش‌های مرتبط با وضعیت شخصی و خانوادگی خود هستند؛ این دسته در حدود ۲۰ درصد مراجعه‌کنندگان به سایت را تشکیل می‌دهند.

سوم: وکلا، قضات و حقوقدانان که آنها نیز در حدود ۲۰ درصد باقی‌مانده را تشکیل می‌دهند.^۲

واضح است که این اعداد و نسبت‌ها در کشورهای مختلف می‌تواند متفاوت باشد اما نکته اصلی این است که بخش اعظم مراجعه‌کنندگان به قوانین و مقررات، افرادی غیر از حقوقدانان، قضات و وکلا بوده که طبعاً با اصطلاحات و عبارات تخصصی حقوقی آشنایی ندارند. از سوی دیگر، یکی از اصول مسلم حقوقی این است که قوانین پس از طی تشریفات و آیین‌های مربوطه و نیز انتشار آنها و سپری شدن مواعد قانونی، الزام‌آور تلقی می‌شوند. به‌عبارت‌دیگر، جهل به قانون نمی‌تواند به‌عنوان دفاع یا عذر پذیرفته شود.^۳ شاید همین دلیل کافی باشد که بپذیریم متون قانون باید به‌نحوی نوشته شود که بتوان آن را مرجع نهایی پرسش‌های شهروندان محسوب کرد.

اما رویکرد لایه‌ای به قانون‌نویسی فقط به این توصیه ساده بسنده نمی‌کند که کلمات و عبارات قانون باید هر چه بیشتر به زبان ساده و عامه مردم نوشته شود؛ بلکه نوعی مخاطب‌شناسی دقیق قانون مربوطه قبل از نگارش متن آن لازم است. زانتاکی تلاش می‌کند با ذکر مثال‌هایی، ایده خود را درباره رویکرد لایه‌ای به قانون‌نویسی توضیح دهد. به‌نظر او، اگر نویسنده قانون احتمال زیادی بدهد که

1- Brian Hant, Plain Language in Legislative Drafting: Is It Really the Answer? *Statute Law Review*, 22, 2001. pp. 25-26.

2- Helen Xanthaki, The Limits of Legislation As a Product, *The Israeli Journal of Legislation*, 11, 2018, p. 8.

۳- جهل به قانون رافع مسئولیت نیست (nemo censetur ignorare legem).



مخاطبین اصلی قانون قضات و وکلا هستند، مجاز است به این منظور از زبان تخصصی حقوقی استفاده کند. او از عبارت لاتینی "mens rea" که معادل «سوءنیت در ارتکاب عمل مجرمانه» است استفاده می‌کند. دلالت مفهومی این عبارت لاتینی برای حقوقدانان، وکلا و قضات بسیار آشناست؛ درحالی‌که برای غیر از این گروه ممکن است ناشناخته باشد. همچنین بخش زیادی از قوانین آیین دادرسی اعم از مدنی یا کیفری، مورد استفاده وکلا، قضات و حقوقدانان است؛ امری که استفاده از کلمات تخصصی حقوقی را بی‌اشکال می‌سازد. از سوی دیگر، زانتاکی مخاطب اصلی قانون مالیات بر اشخاص حقیقی را افراد عامی جامعه می‌داند که بنابراین قانون یاد شده باید به زبان ساده نوشته شود. اما کاربران قانون مالیات بر اشخاص حقوقی اغلب متخصصان اعم از حقوقی و غیرحقوقی هستند که در این صورت نیز استفاده از زبان تخصصی بی‌اشکال به نظر می‌رسد.^۱ زانتاکی در چارچوب جنبش زبان ساده معتقد است اصل بر آن است که متن قوانین برای عامه مردم بدون لزوم مراجعه به وکلا و مشاوران حقوقی قابل درک باشد: «باید قانون را به زبان ساده بیان کرده و آن را برای بیشترین تعداد مخاطبین قابل دسترس کنیم».^۲

در مجموع، نحوه استفاده قانونگذار از زبان در قانون‌نویسی به‌عنوان تنها ابزار انتقال پیام قانونگذار، جایگاه مهمی در نزول یا ارتقای کیفیت قانون یا قانونگذاری خوب ایفا می‌کند. صرف‌نظر از پیچیدگی‌هایی که در کاربرد خود زبان و نحوه استفاده از آن وجود دارد، موضوع از نظر نهادی نیز قابل توجه است. به این معنا که مدل‌های قانون‌نویسی از نظر اشخاص و نهادهایی که درگیر فرایند تهیه و نگارش متن پیش‌نویس قوانین هستند، به سه دسته مدل کلی متمرکز (مانند انگلستان)، مدل اجماعی (مانند آلمان) و مدل تکثرگرا (مانند آمریکا) تقسیم می‌شوند.^۳ شاید بتوان ادعا کرد روش متمرکز قانون‌نویسی، از نظر انسجام و یکپارچگی به‌کارگیری زبان قانون، از کارآمدی بیشتری برخوردار باشد و از تشتت و رویه‌های متنوع و گیج‌کننده در انتخاب کلمات، جملات، ساختار نحوی و بیانی قانون جلوگیری کند.

۲-۲-۲- ساختار قانون

۱-۲-۲-۲- مفهوم و اهمیت ساختار قانون

منظور از ساختار قانون، پیکر، اجزاء و عناصر تشکیل‌دهنده بدنه متن قانون از بدو تا ختم آن است. دیکرسون در تعریف ساختار قانون، آن را یک هرم منطقی توصیف می‌کند که در چارچوب آن، جای خاص هر بخش از قانون باید با توجه به اهمیت آن تعیین شود.^۴ ساختاربندی متن قانون اغلب با بخش‌بندی یا پاراگراف‌بندی و علامت‌گذاری (اعم از شماره‌گذاری یا سایر شیوه‌های ترتیب‌بندی) اجزاء و عناصر

۱- زانتاکی، پیشین، ص ۱۴۶.

۲- همان، ص ۱۶۱.

۳- سید احمد حبیب‌نژاد و زهرا عامری، «قانون‌نویسی در نظام تقنینی ایران در پرتو مدل‌های پیش‌نویس‌نگاری تقنینی»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و هفتم، شماره یکصد و دوم، تابستان ۱۳۹۹.

4- Reed Dickerson, Materials on Legal Drafting, St. Paul, Minn.: West Publishing Co, 1981. p. 79.

تشکیل‌دهنده آن محقق می‌شود.

تاکنون دانستیم که تبعیت شهروندان از قانون (اثربخشی) و تحقق اهداف نهایی قانونگذار از اتخاذ یک خطامشی (نتیجه‌بخشی)، منوط به آگاهی و فهم صحیح مخاطبین از محتوای قوانین است. ظهور جنبش زبان ساده در پی تحقق همین غایت بوده است. اما همان‌طور که اشاره شد جنبش زبان ساده فقط به انتخاب کلمات و جملات واضح، رعایت قواعد دستور زبان و نیز نشانه‌گذاری صحیح و مانند آن ختم نمی‌شود بلکه مهندسی صحیح متن قانون از نظر جانمایی و سازمان‌دهی بخش‌های مختلف قانون که واجد اهمیت و کارکردهای مختلف هستند، در هدف نهایی این جنبش، یعنی آگاهی هر چه بیشتر و بهتر مخاطبین از پیام تقنینی، نقش مهمی بازی می‌کند. چه بسیار متون قانونی که از لحاظ وضوح، سادگی و عدم ابهام قابل تأیید است اما آشفتگی و عدم سازمان‌دهی مفاد آنها مانع از انعکاس صحیح پیام مقنن است.

متخصصان علوم ارتباطات نیز تأیید می‌کنند که کیفیت طراحی یک متن تأثیر قابل توجهی بر توانایی خواندن، یافتن و استفاده از اطلاعات موجود در آن متن دارد.^۱ از این‌رو نحوه طراحی متن قانون به شکلی که خواناتر بوده و مقصود از وضع یک قانون و پیام اصلی قانون را به‌نحو گویاتر و بهتری در اختیار مخاطب قرار دهد، یکی از شاخص‌های مهم ارزیابی کیفیت قانون است. بنابراین در قانونگذاری مدرن، انتشار انبوه و فله‌ای قوانین و مقررات در روزنامه‌های رسمی یا مجموعه‌های قوانین و مقررات، بدون توجه به نحوه تنظیم و تدوین آنها کافی دانسته نمی‌شود بلکه حکومت باید اطمینان حاصل کند که فرامین یا تدابیر او در قالب قوانین و مقررات، به‌راحتی به‌سمع و نظر شهروندان می‌رسد و می‌توان انتظار داشت ایشان به‌نحو متعارف از محتوای آن آگاه می‌شوند.

۲-۲-۲-۲- انواع طراحی ساختار متن قانون

طراحی ساختار قوانین و مقررات به معنایی که در بالا اشاره شد، پیوند محکمی با زبان هر کشور دارد و تا حد زیادی امری بومی است. با وجود این، برخی متخصصان قانون‌نویسی، سه قالب‌های کلی مقتبس از متون حقوقی را که قابل اعمال بر متون تقنینی است، شناسایی و دسته‌بندی کرده‌اند که می‌تواند در طراحی قانون در سطح بومی آگاهی‌بخش و مفید باشد. است سه نوع عبارت‌اند از نخست: مدل تلسکوپی، دوم مدل مضمونی و سوم مدل زمانی.^۲

نخست: مدل تلسکوپی

1- Antony Watson-Brown, In Search of Plian English-The Holly Grail or Mythical Excalibur of Legislative Drafting, Statute Law Review, 33, 1, 2012.

2- Elohor Stephanie Onoge, Structutr of Legislation: A Paradigm for Accessibility and Effectiveness, Institute of Advanced Legal Studies, University of London, 2013-2014. p. 37.



منظور از این مدل آن است که اطلاعات کلیدی زودتر و مقدم بر اطلاعات بااهمیت کمتر در متن قانون نوشته شود. منطق توجیه‌کننده این روش آن است که خواننده قانون معمولاً انتظار دارد اطلاعات کلیدی یا مفاد ماهوی و مهم را در ابتدای قانون مشاهده کند. همچنین، این دلیل روان‌شناختی نیز ارائه شده است که ذهن انسان طوری طراحی شده است که فقط برای مدت کوتاهی می‌تواند تمرکز کند. انتقال پیام اصلی قانون یا همان اطلاعات کلیدی به وسط یا انتهای متن، چه بسا منتهی به این امر شود که خواننده از ادامه مطالعه متن صرف‌نظر کند.

دوم: مدل موضوعی

در این مدل برخلاف مدل نخست، آنچه اهمیت دارد، تقسیم قانون به چند موضوع یا مضمون اصلی و آنگاه قرار دادن هر موضوع مرتبطی ذیل همان مضمون یا موضوع اصلی است. مزیت این مدل آن است که پراکندگی موضوعات مطروحه در یک قانون را به حداقل می‌رساند؛ اما ایراد آن است که خواننده، ناگزیر کل متن قانون را برای یافتن پیام اصلی قانون مطالعه کند.

سوم: مدل زمانی

منطق این مدل در تعیین جای مفاد قانون در ساختار شکلی آن، بازه‌های زمانی پیشبرد مفاد قانون است. بنابراین نه موضوع اصلی و نه پیوستگی موضوعی در میان مفاد قانون وجود ندارد. مانند مدل موضوعی، در این مدل نیز مطالعه کل متن قانون برای مخاطب قانون برای یافتن موضوعات اصلی و کلیدی ضرورت دارد. بدیهی است این مدل برای قوانینی که اجرای مفاد آن بر اساس زمان‌های متفاوتی تنظیم شده است، می‌تواند قابل‌تصور باشد در غیر این صورت استفاده از آن فاقد توجیه کافی است.

چنانچه بر اساس معیارهای پیش‌گفته در خصوص محتوای قانون، هدف اصلی از وضع قانون آگاهی مخاطب و تبعیت او از قانون در وهله اول، و دستیابی به نتایج مدنظر قانونگذار در مرحله نهایی باشد، به‌نظر می‌رسد که روش اول موجه‌تر است. در روش نخست، تأکید بر انتقال پیام اصلی قانون به مخاطبین آن است و لذا تقدم آن نسبت به سایر اجزای قانون توجیه منطقی می‌یابد. اما اشکال این است که چگونه می‌توان پیام اصلی قانون را از سایر مفاد قانون تمیز و تشخیص داد؟ در این باره، نویسندگان مختلف اظهارنظرهای متفاوتی کرده‌اند. اما مشهورترین آنها، لرد ثرینگ است که برای قانون‌نویسی پنج اصل به شرح زیر پیشنهاد کرده است:^۱

اصل اول از نظر او این است که مفاد اعلام‌کننده یک قانون باید از مواد مربوط به اجرای قانون جدا شده و مفاد اعلام‌کننده یا همان پیام اصلی قانون، مقدم بر سایر اجزا در مواد مقدماتی بیان شود. سپس مقام اجراکننده قانون و در نهایت شیوه اجرای قانون بیان شود.

۱- به نقل از: زانتاکی، پیشین، صص ۸۷-۸۴.

اصل دوم لرد ثرینگ، تقدم گزاره‌های ساده‌تر بر گزاره‌های پیچیده‌تر است. از نظر او گزاره‌های با کلمات کمتر باید زودتر از گزاره‌های با کلمات بیشتر نوشته شود.

اصل سوم، تقدم مفاد اصلی بر مفاد فرعی است. «مواد قانونی اصلی، موادی هستند که اهداف مهم قانون را بیان می‌کنند. مواد فرعی مواد قانونی لازم برای اجرای مواد اصلی هستند. آنها ممکن است به جزییات پردازند، بنابراین اثر مواد قانونی اصلی را تکمیل می‌کنند.»^۱ زانتاکی توضیح می‌دهد که اصل سوم نباید با اصل اول یکی انگاشته شود چرا که همواره مفاد ماهوی مرادف و به معنای پیام اصلی قانونگذار نیست و مواد اجرایی نیز ضرورتاً جزء مواد فرعی نیست. بنابراین در صورتی که پیام اصلی قانون ناظر به مواد اجرایی است، این مواد پیام اصلی قانون تلقی می‌شوند.

اصل چهارم این است که مواد قانونی استثنا کننده، مواد قانونی موقت و موادی که مربوط به نسخ قوانین هستند باید از سایر مواد جدا شده و تحت عنوان مجزایی در قانون ذکر شوند. دلیل این امر آن است که این قبیل مواد نسبت به پیام اصلی قانون، جنبه فرعی داشته و باید پس از آنها قرار گیرند. در نهایت اصل پنجم از نظر لرد ثرینگ این است که موضوعات تشریفاتی یا جزییات متن قانون نباید در متن قانون نوشته شود. این قبیل موضوعات باید با در ضمائم قانون یا در قوانین ثانوی بیان شوند. هدف از این اصل، پیراستن متن قانون از هر چیزی است که می‌تواند توجه مخاطب قانون را بی‌دلیل به خود جلب کند.

با توجه به توضیحات پیش گفته، می‌توان گفت معیار اصلی برای طراحی اثرگذار و نتیجه‌بخش ساختار قانون، فهم صحیح پیام اصلی قانونگذار و اولویت بخشیدن به آن در خلال نگارش متن قانون است. بی‌تردید چنین درکی به‌نحو مجرد صورت نمی‌پذیرد بلکه این امر حاصل تعامل خط‌مشی‌گذاران با متخصصان قانون‌نویسی از همان مراحل اولیه شکل‌گیری قانون است. سازمان‌دهی متن تقنینی در کنار رعایت اصول مربوط به ساده و واضح نویسی، می‌تواند زمینه را برای انتقال صحیح و بدون اختلال پیام مقنن به مخاطبین قانون فراهم کند.



۳-۲- کیفیت حقوقی قانون

قانونگذاری اگرچه عملی از اساس سیاسی است اما برای تبدیل شدن به یک قاعده الزام‌آور حقوقی باید آیین‌ها، تشریفات و مراحل را طی کند تا از نظر حقوقی، معتبر شناخته شده و در چارچوب یک نظام حقوقی پذیرفته شود. منظور از نظام حقوقی در اینجا مجموعه ارزش‌ها، اصول و قواعد حقوقی، نهادها حقوقی، منابع متعدد و مختلف حقوق، روبه‌ها، تشریفات و آیین‌ها و فرهنگ حقوقی حاکم بر نظام هنجاری یک جامعه سیاسی معین است. این نظام حقوقی که می‌تواند از کشوری به کشور دیگر تا حدی متفاوت یا مشابه باشد، به‌رحال الزامات و شرایطی دارد که در شناسایی اعتبار حقوقی یک قانون تعیین‌کننده است. بنابراین کافی نیست که محتوای خطمشی‌ها صرفاً از نظر کارایی، نتیجه‌بخشی و اثربخشی قابل قبول باشد یا زبان و ساختار استنادی برای بیان مقصود قانونگذاری به کار گرفته شده باشد بلکه باید از نظر حقوقی در چارچوب یک نظام حقوقی معین نیز واجد اعتبار باشد. به‌طور مشخص مصوبات پارلمان که اغلب در زمره قوانین عادی محسوب می‌شوند، نباید با قانون اساسی به‌عنوان یک هنجار برتر مغایرت داشته باشد و در سلسله‌مراتب هنجارها ناقض هنجار برتر نباشد. باین‌حال در عصر جهانی‌شدن و پیوند مستحکم جوامع با یکدیگر که گاه از طریق پیوستن به معاهدات دوجانبه یا چندجانبه متبلور می‌شود و نیز در جهانی که به‌تدریج نوعی حقوق فراملی در حال شکل‌گیری است که ارزش‌ها، اصول و قواعد مشخصی را بر مبنای نوعی اخلاق جهانی شناسایی کرده است و نیز ظهور انواع نهادها و سازمان‌های بین‌المللی که انواع و اقسام قواعد الزام‌آور وضع می‌کنند، کافی نیست که قوانین عادی در چارچوب مرزهای سنتی دولت - کشور محدود و صرفاً با قانون اساسی آن دولت - کشور مغایر نباشد. اکنون در اثر پیوندهای اقتصادی، سیاسی و نظامی و به‌مدد رشد و توسعه فناوری مدرن تأثیر و تأثر کشورها و جوامع در مرزهای ملی محدود نمانده است. بنابراین نوعی تعامل میان نظام حقوقی ملی با نظام حقوقی فراملی یا بین‌المللی وجود دارد که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در مقوله قانونگذاری مؤثر است.

همچنین برخی اصول حقوقی وجود دارند که قانونگذاران و نویسندگان قانون مکلف‌اند آنها را در هنگام وضع قانون رعایت کنند. این اصول نه فقط در هنگام اجرا بلکه در فرایند اجرا و تفسیر قانون از سوی مجریان، قضات، وکلا و حتی مردم عادی، در فهم قانون مفروض و مسلم شناخته می‌شوند و راهنمای عمل کلیه کسانی که در فرایند قانونگذاری دخیل هستند. در مجموع می‌توان گفت این اصول و معیارها چارچوب‌هایی را شکل می‌دهند که کیفیت بعد حقوقی قانونگذاری و محصول این فرایند، یعنی قانون، را تأمین و تضمین می‌کنند. در ادامه با تفصیل بیشتری این بعد موردبررسی قرار می‌گیرد.

۱-۳-۲- نسبت قوانین عادی با هنجارهای برتر

۱-۳-۱- قواعد و هنجارهای بین‌المللی

از زمان انعقاد پیمان وستفاليا در سال ۱۶۴۸ تاکنون، جهان شاهد تغییرات اساسی و مهمی بوده است. به‌ویژه از زمان جنگ جهانی دوم به بعد، مفهوم حاکمیت به‌معنای کلاسیک آن متحول شده و ایجاد نهادها و سازمان بین‌المللی و منطقه‌ای که گاه صلاحیت‌های تقنینی، اجرایی و قضایی نیز دارند عرصه را بر حاکمیت‌های ملی تنگ نموده و مطلقه بودن آن را مقید کرده‌اند و از دامنه نفوذ آن کاسته‌اند. علاوه بر سازمان ملل متحد (UN) و نهادهای و سازمان‌های اقماری آن که روابط میان دولت‌ها را تنظیم و هماهنگ می‌کنند و نوعی نظم هنجاری را فراتر از مرزهای ملی توسعه داده‌اند، می‌توان از سازمان تجارت جهانی (WTO)، بانک جهانی (The World Bank)، صندوق بین‌المللی پول (IMF)، سازمان بین‌المللی کار (ILO)، سازمان بین‌المللی هوانوردی (ICAO)، سازمان بین‌المللی دریانوردی (IMO)، اتحادیه بین‌المللی مخابرات (ITU)، شبکه بین‌المللی رقابت (ICN)، دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) و ده‌ها سازمان‌های بین‌المللی دیگر با صلاحیت‌های مختلف مقرراتگذاری، اجرایی و قضایی نام برد. همچنین فناوری‌های ارتباطی و سفر، مناطق گسترش‌یافته اقتصادی و باز بودن سیاسی دولت‌ها، به افزایش روابط میان کشورها، پخش شدن سیستم‌های تولید، تجارت و بازرگانی بین‌المللی، بازارهای جهانی، جابجایی مردم و کسب‌وکارها و سرمایه‌گذاری در خارج از مرزهای کشور متبوع افراد منجر شده است. این تحولات نه فقط اقتصاد، سیاست و جامعه، بلکه جهان حقوق را نیز تحت تأثیر قرار داده است.^۱

تردیدی نیست که ظهور پدیده‌های یادشده، نظام حقوقی داخلی و به‌طور مشخص، صلاحیت‌های عمده دولت‌ها، یعنی صلاحیت قانونگذاری و تنظیم‌گری، اجرایی و قضایی را به‌شدت تحت تأثیر قرار داده است. در حوزه قانونگذاری و تنظیم‌گری، امروزه هنجارهای تولیدشده در عرصه بین‌الملل به‌شدت صلاحیت تام قانونگذاری دولت‌ها در عرصه داخلی را محدود کرده است به‌طوری‌که دولت‌ها و پارلمان‌ها دیگر کاملاً آزاد نیستند تصمیماتی اتخاذ کنند و قوانینی وضع کنند که به نظرشان بهترین اقدام برای کشورشان است. منابع هنجارهای یادشده در بند یک ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به شرح زیر معرفی شده‌اند: «الف - عهدنامه‌های بین‌المللی اعم از عام و خاص که ایجادکننده قاعده حقوقی بوده و به‌صراحت از سوی طرفین دعوا به رسمیت شناخته شده است؛ ب - عرف بین‌المللی به‌عنوان دلیل رویه‌ای عام که به‌عنوان قانون پذیرفته شده است؛ ج. اصول کلی حقوق که موردپذیرش ملل متمدن قرار گرفته‌اند».^۲ همچنین به‌موجب ماده ۵۹ اساسنامه یاد شده «آراء قضایی و نظرات صلاحیت‌دارترین علمای

1- Ulrich Sieber, Legal Order in a Global World, The Development of Fragmented System of National, International, and Private Norms, in A. Von Bogdandy and R. Wolfrum (eds), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vo 14, 2010, p. 4.

2- <https://www.icj-cij.org/en/statute>

حقوق بین‌الملل به‌عنوان منبع ثانوی شناسایی قواعد حقوقی شناخته می‌شود»^۱.

اگرچه ذکر منابع یاد شده به ترتیبی که در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، به‌معنای وجود نوعی سلسله‌مراتب میان آنها نیست اما دیوان در مقام حل و فصل اختلافات طرفین دعوا، ابتدا به معاهدات اعم از عام و خاص مراجعه می‌کند و در صورتی که حکمی در منبع یاد شده نیابد، به عرف بین‌المللی، اعم از عام و خاص، و سپس به اصول کلی حقوق رجوع می‌کند.^۲ این خود نشان‌دهنده اهمیت و جایگاه مهم معاهدات در حقوق بین‌الملل است. لازم به ذکر است که علاوه بر معاهدات خاص یا قراردادی اعم از دوجانبه و چندجانبه که صرفاً طرف‌های معاهده را ملتزم می‌سازند، معاهدات قانون‌ساز یا عام که اغلب چندجانبه‌اند مانند میثاق جامعه ملل، منشور ملل متحد، عهدنامه‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ در زمینه مقررات بشردوستانه، عهدنامه‌های ۱۹۵۸ ژنو در زمینه حقوق دریاها، عهدنامه‌های وین ۱۹۶۱ و ۱۹۶۳ در زمینه روابط دیپلماتیک و کنسولی، عهدنامه‌های وین مورخ ۱۹۶۹ در زمینه حقوق معاهدات، عهدنامه وین مورخ ۱۹۸۲ در زمینه حقوق دریاها، اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی جهانی در حکم قوانین بین‌المللی هستند و رعایت آنها برای همه کشورها اعم از متعاقد و غیرمتعاقد لازم است.^۳

اهمیت موضوع در آن است که نقض قواعد حقوق بین‌الملل به ترتیبی که بدان اشاره شد، می‌تواند مسئولیت بین‌المللی به همراه داشته باشد. عمل خلاف قواعد حقوق بین‌الملل ممکن است شخصی و انفرادی باشد یا سازمانی و نهادی. مانند اقدامات یک مقام عالی‌رتبه اجرایی و اداری و قضایی یا تصمیماتی که جمعی گرفته می‌شود، برای مثال از طریق مصوبه هیأت‌وزیران یا اقدامات مقامات قضایی یا دادگاه‌ها و دادرها یا مدیریت سازمان زندان‌ها. در حوزه قانونگذاری «از جمله ارکان قانونگذاری که ممکن است موجبات مسئولیت بین‌المللی یک کشور را فراهم سازند عبارت‌اند از:

(۱) وضع و تصویب قوانین - اعم از عادی یا اساسی - مخالف حقوق بین‌الملل، مانند قوانین مربوط به بردگی؛ (۲) خودداری از وضع و تصویب قوانینی که طبق حقوق بین‌الملل لازم به‌نظر می‌رسد و یا کوتاهی در نسخ قوانین مخالف حقوق بین‌الملل... . از این‌روست که در برخی از قوانین اساسی، کشورها خود را ملزم نموده‌اند که تمامی قوانین و مقررات داخلی خود را با مقررات حقوق بین‌الملل هماهنگ سازند (از جمله قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه، قانون اساسی ۱۹۳۱ اسپانیا، قانون اساسی ۱۹۳۴ اتریش).^۴

بی‌تردید رعایت هنجارهای حقوق بین‌الملل فقط جنبه سلبی ندارد بلکه از نظر ایجابی کشورها باید زمینه‌های اجرای هنجارهای یاد شده را نیز فراهم کنند. به‌ویژه در مورد عهدنامه‌ها، ماده ۲۶

1- Anthony Aust, Handbook of International Law, (second Edition), Cambridge, Cambridge University Press. 2010, p.5

۲- محمدرضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هفتم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰، صص ۸۱-۸۰.

۳- همان، صص ۸۴-۸۳.

۴- همان، ص ۴۶۲.

کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات مقرر داشته است: «هر معاهده لازم‌الاجرای برای طرف‌های آن تعهدآور است و باید یا حسن نیت اجرا شود». همچنین ماده ۲۷ کنوانسیون یاد شده تصریح می‌کند طرف یک معاهده نمی‌تواند به مفاد حقوق داخلی به‌عنوان عامل موجه‌ای در عدم اجرای یک معاهده استناد کند. بنابراین، اگر قانون جدیدی وضع شود یا اصلاحاتی بر قانون موجود برای تبعیت از یک معاهده لازم باشد، دولت باید اطمینان حاصل کند که این امر در زمان لازم‌الاجرا شدن یک معاهده محقق می‌شود. در غیر این صورت، در معرض خطر نقض تعهدات خود قرار می‌گیرد و اگر در نتیجه این قصور، طرف یا طرف‌های دیگر یا اتباع آنها صدمه ببینند، به‌موجب حقوق بین‌الملل مسئول است. همچنین، کندی فرایند قانونگذاری در کشور طرف تعهد، به‌عنوان عذر موجه عدم اجرای مفاد یک تعهد بین‌المللی پذیرفته نمی‌شود. تغییر دولت نیز از این جهت عذر قابل قبولی نیست چرا که معاهده کشور را ملتزم می‌کند نه دولت را.^۱

به‌رحال معاهدات یاد شده تکالیفی را متوجه ارکان حکومت می‌سازد. از حیث تقنینی، «دامنه اجرای معاهدات توسط قوه مقننه، معمولاً به اتخاذ تدابیر قانونی برای قابلیت اجرایی یافتن بهتر معاهدات در داخل کشورهای متعاقد محدود می‌شود. مسلماً رعایت معاهدات از سوی کشورها، زمانی بهتر تضمین خواهد شد که آنها در سطح داخلی تدابیری اتخاذ کنند و این امر عمدتاً بر عهده قوه مقننه است. برخی از این تدابیر عبارت‌اند از: تصویب قوانین جدید، نسخ قوانین موجود، اصلاح و تجدیدنظر در قوانین موجود، و گشایش اعتبارات لازم مالی برای اجرای بهتر معاهدات، مثلاً تصویب حق عضویت در سازمان‌های بین‌المللی».^۲

چنانکه ملاحظه می‌شود، در حال حاضر نظم حقوقی داخلی با انواع هنجارهای بین‌المللی الزام‌آور احاطه شده است و از منظر کیفیت حقوقی قانون، نظم حقوقی بین‌الملل باید در مراحل اولیه فرایند قانونگذاری مد نظر قرار گیرد. به‌عبارت‌دیگر، تمام کسانی که در فرایند طراحی و وضع قانون دخیل هستند، باید سازگاری نظم حقوقی داخلی با نظم حقوقی بین‌المللی و فراملی، خاصه آن دسته از هنجارها که می‌تواند موجبات مسئولیت بین‌المللی کشور را فراهم کند، چه در وجه سلبی و چه از منظر ایجابی، در نظر بگیرند.

۲-۱-۳-۲- سلسله‌مراتب قوانین و مقررات

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، تحولات عصر روشنگری و ظهور علوم و فنون جدید و تکیه و تأکید بسیار بر عقلانیت، علوم اجتماعی و انسانی از جمله دانش حقوق را نیز تحت تأثیر خود قرار داد. تلاش برای تدوین قوانین و مقررات صریح، واضح، کامل، جامع و نظام‌مند و تفکیک قواعد حقوقی از غیرحقوقی، که

1- Aust, op. cit., p.75.



مورد تأکید مکتب پوزیتیویسم حقوقی بود، از نتایج همین تحول شگرف بود. در فصول پیشین اشاره شد که دانشمندان مکتب پوزیتیویسم حقوقی، در صدد شناسایی حقوق از غیرحقوق بودند. کسانی مانند جرمی بنتام، راه غلبه بر عدم تعین و ابهام حقوقی عرفی را کدیفیکاسیون می‌دانستند. برخی پوزیتیویست‌های حقوقی دیگر مانند هانس کلسن، نظریه ناب حقوقی و نظام سلسله‌مراتب هنجارها را مطرح کردند. نظام سلسله‌مراتب قوانین که ایده اولیه آن در اندیشه فیلسوفان عهد باستان مانند ارسطو و متکلمان مسیحی قرون وسطی و بزرگان مکتب حقوق طبیعی مانند آگوستین قدیس و توماس آکویناس، مطرح شده بود و قوانین وضع‌شده از سوی بشر را در صورتی معتبر می‌دانست که با قوانین ازلی، فرمان الهی مغایرت نداشته باشد.^۱ اکنون در اندیشه رقیب آن، یعنی مکتب پوزیتیویسم حقوقی، با مبنا و منطق دیگری مطرح شد. کلسن در این اثر، در صدد کشف منطق اعتبار هنجارهای حقوقی است. از نظر کلسن، نظریه حقوقی چیزی کمتر از دانش‌های فیزیک و شیمی نیست. بنابراین باید حقوق را از ناخالصی اخلاق، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی و نظریه سیاسی پالایش کنیم. از نظر کلسن، ارتقای نظم اجتماعی فقط به‌وسیله هنجارهای مصوب دولت به دست می‌آید؛ هنجارهایی که تعیین می‌کند چه عملی قانونی و چه عملی غیرقانونی است.

در نظام حقوقی مدنظر کلسن، با مجموعه‌ای به هم مرتبط از هنجارها روبه‌رو هستیم که در یک نظم سلسله‌مراتبی قرار گرفته‌اند و هنجار پایین‌تر، اعتبار خود را از هنجار بالاتر می‌گیرد؛ تا جایی که اعتبار همه هنجارها در نهایت مبتنی بر هنجار بنیادین^۲ است. اعتبار این هنجار بنیادین، بی‌آنکه منوط و مربوط به هنجار دیگری باشد، مفروض است.

نظریه کلسن دو کارکرد دارد: نخست، تمیز هنجارهای حقوقی از هنجارهای غیرحقوقی و دوم، انسجام و یکپارچگی و یگانگی نظم حقوقی.^۳ کلسن در این مورد تصریح می‌کند: «بنابراین، نظم حقوقی که دولت تجسم و تشخص آن می‌باشد، یک نظام نرم‌های هماهنگ شده با یکدیگر که به‌اصطلاح در کنار هم و پهلوی هم در یک سطح قرار گرفته باشند نیست، بلکه سلسله‌مراتبی از سطوح متفاوت نرم‌ها می‌باشد. وحدت نرم‌های مزبور به این ترتیب به وجود می‌آید که ایجاد یک نرم (نرم مادون) توسط نرم دیگر (نرم مافوق) تعیین می‌شود و ایجاد نرم اخیر نیز توسط یک نرم باز بالاتری تعیین می‌گردد و این تسلسل در بالاترین نرم، یعنی نرم اساسی ختم می‌شود که عالی‌ترین دلیل اعتبار کل نظم حقوقی و تشکیل‌دهنده وحدت آن می‌باشد».^۴ هنجار بنیادین، جایی است که این تسلسل هنجاری بدون اینکه نیاز به توجیه و دلیل دیگری داشته باشد، به پایان می‌رسد. از این جهت، قاعده شناسایی هارت، شباهت

۱- مایکل ب. فاستر، *خداوندان اندیشه سیاسی*، ترجمه جواد شیخ الاسلامی، جلد اول، قسمت دوم، چاپ نهم، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۴.

2- Groundnorm

3- Wacks, op. cit., pp. 32-34.

۴- کلسن، پیشین، ص ۱۹۱.

بسیار زیادی به هنجار بنیادین کلسن دارد: «قاعده شناسایی ویژگی‌ها یا ویژگی‌هایی را مشخص می‌کند که اگر قاعده‌ای پیشنهادی واجد آن باشد، نشانه‌ای اثباتی و قطعی انگاشته می‌شود بر اینکه [قاعده‌ای معتبر در نظام حقوقی است]»^۱.

به‌هرروی از منظر قانونگذاری، نظام حقوقی مبتنی بر سلسله‌مراتب قوانین و مقررات از آن جهت مهم است که قوانین مصوب پارلمان یا هیأت‌تقنینیه در سلسله‌مراتب هنجارهای موردنظر کلسن، نباید با قانون اساسی به‌عنوان قانون برتر مغایر باشد و این امری است که طراحان و نویسندگان قانون باید در همه مراحل قانونگذاری به آن توجه کنند. به‌ویژه نویسندگان قانون که اغلب وظیفه ارائه مشاوره حقوقی به مقاماتی که به‌موجب قانون اساسی حق ابتکار قانونگذاری را در اختیار دارند، باید توجه به این امر را به مقامات یادشده گوشزد کنند ولو اینکه از نظر حقوقی تذکر آنها در حد مشاوره باقی بماند. این امر تا حدی می‌تواند مانع از شکست پروژه قانونگذاری در مرحله دادرسی اساسی شود، اعم از اینکه مرجع رسیدگی‌کننده به این امر یک نهاد قضایی باشد یا سیاسی یا شبه‌قضایی.

نکته مهم دیگری که در امر قانونگذاری در بحث سلسله‌مراتب قوانین و مقررات واجد اهمیت است، تعیین قالب مناسب برای ایده‌هایی است که مقامات عمومی قصد دارند به آنها ضمانت اجرای حقوقی ببخشند. اینکه چه محتوایی لازم است در قالب قانون عادی مصوب شود و چه محتوایی باید در قالب انواع مقررات مانند تصویب‌نامه هیأت‌وزیران، آیین‌نامه‌های اجرایی یا مستقل، بخشنامه یا دستورالعمل تهیه و تنظیم شود، امری است که مشاوران حقوقی باید مقامات عمومی را راهنمایی کنند.^۲ رعایت فلسفه نهفته در اصل سلسله‌مراتب قوانین حفظ ثبات، نظام‌مندی و یکپارچگی نظام حقوقی است به‌طوری‌که نظام یاد شده را از توده‌ای هنجارهای پراکنده و نامربوط به هم - که اهداف مختلف و گاه متعارض را دنبال می‌کند - متمایز می‌نماید.

در زمانه ما به‌دلیل پدیده جهانی‌شدن و نیز برجسته شدن سایر روش‌های تنظیم‌گری، از اهمیت اصل سلسله‌مراتب قوانین و مقررات کاسته شده است. به‌نظر یکی از نویسندگان، اصل سلسله‌مراتب قوانین و مقررات کلسن تنها بخشی از نظام حقوقی پیچیده امروزی را می‌تواند توضیح دهد نه کل آن را: «این نظریه در اصل ناشی از دولت تقنینی است و نوعی الگوی پوزیتیویستی است که برای ساختار حقوق دولتی مناسب است. اما امروزه ما از تمرکزگرایی دولتی با باد شدیدی که از ناحیه حقوق بین‌الملل وزیدن گرفته است، فاصله گرفته‌ایم و حقوق دولتی زیر فشار و در معرض محیط‌های جدیدی است که هم‌پوشانی آن با قوانین فرا دولتی مانند اتحادیه اروپا (خود حقوق اتحادیه اروپا با حقوق بین‌الملل نیز

۱- بیکس، پیشین، ص ۲۶۹.

۲- برای مطالعه انواع مقررات و تعاریف آنها نک: علی اسلامی‌پناه، مقدمه علم حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۹.



متعارض است) اجتناب‌ناپذیر است.^۱ وجود نظام حقوقی محلی، منطقه‌ای، بین‌المللی، فراملی و نیز ظهور حقوق نرم آن، یگانگی و یکپارچگی مدنظر کلسن در ایده سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی را گرچه از بین نبرده، اما به شدت تضعیف کرده است، تا جایی که اکنون برخی به جای نظام یاد شده، از «مدل شبکه‌ای نظام حقوقی» سخن می‌گویند و از آن به‌عنوان «پارادایم شیفت» یاد می‌کنند.^۲

۳-۱-۳- نسبت قانون عادی با قانون اساسی

نخست - اهمیت و جایگاه اصول قانون اساسی

همان‌طور که در اصل سلسله‌مراتبی هنجارهای حقوقی توضیح داده شد، در نظام حقوقی هر کشور، قانون اساسی در رأس هرم قوانین و مقررات قرار دارد. اکنون لازم است درباره معنا و مبنای قانون اساسی و اهمیت آن در ارتباط با مقوله قانونگذاری به اختصار توضیح داده شود.

از این قانون به‌عنوان مادر قوانین، قانون قانون‌ها، هنجار بنیادین و مانند آن نام برده‌اند. قانون اساسی به‌معنای توصیفی اگرچه پدیده‌ای قدیمی است اما در معنای هنجاری و مدرن، محصول جنبش مشروطه‌خواهی^۳ است که این جنبش نیز به نوبه خود، متکی بر دستاوردهای عصر روشنگری است. «روشنگری یا عصر خرد، بیشتر یک حالت یا خوی مشترک یا رویکرد به جهان بود که ویژگی غالب آن، شکی ژرف نسبت به سیستم‌های سنتی اتوریته یا ارتودکسی (به‌ویژه اتوریته و ارتودکسی دینی) و ایمانی قوی به قدرت خرد و فراست انسان در برداشتن قدم‌های نامحدود در علم و فنون خادم رفاه انسان‌ها بود».^۴ جنبش مشروطه‌خواهی که مبنای فلسفی قوانین اساسی مدرن در دامان آن پرورده شد، از اواخر قرن هجدهم در جریان انقلاب آمریکا و فرانسه و با تدوین قوانین اساسی در دل این انقلاب‌ها، ظهور عینی و عملی یافت. «مشروطه‌خواهی مدرن از فراورده‌های ضروری عصر روشنگری است و بالاتر از همه، محصول نگاه سکولاری است که بعدها ایجاد شد. کوتاه سخن، بنیان‌های اساسی که سلسله‌جنبان پروژه این روشنگری بود، سه پایه داشت: جدایی رایکال میان حوزه ایمان و خرد؛ واگذاری حاکمیت بر حوزه عمومی منحصراً تحت فرمان خرد و تقویت آزادی و برابری همه».^۵

با لحاظ این پشتوانه فلسفی و فکری قوانین اساسی، اغلب متون و اسناد نوشته‌ای هستند که با اتکا به منظومه‌ای از ارزش‌های محوری مانند کرامت انسانی و آزادی و برابری، و اصولی مانند دموکراسی یا حاکمیت بر سرنوشت خویشتن، حکومت قانون و تفکیک قوا، در صدد محدود کردن قدرت سیاسی حاکم

1- Un Jong Pak, Kelsen's Pure Theory of Law from Perspective of Globalization, Journal of Korean Law, Vol 9, 2009, p. 147

2- Ibid, p. 159.

3- Constitutionalism

۴- کلی، پیشین، ص ۳۷۳.

5- Michle Rosenfeld, Can Constitutionalism, Secularism and Religion Be Reconciled in an Era of Globalization and Religion Revival? Cardozo Law Review, Vol 30, 6, 2009, p. 2333.

و محافظت از حقوقی و آزادی‌ها هستند. در این معنا، قوانین اساسی نوعی آرایش سازمانی خاصی را تجویز می‌کنند که در خدمت ارزش محوری کرامت انسانی و ارزش‌های حامی، یعنی آزادی و برابری است. قانون اساسی در سنت مشروطه‌خواهی مدرن، محصول اراده سیاسی قوه مؤسس است که نهادهای حکومت و اختیار مقامات عمومی یا قوه مؤسس را تنظیم و تعیین می‌کند: «بیشتر دولت‌های مدرن، با به‌کارگیری قدرت مؤسس "مردم" یا "ملت"، یک نظام حقوق اساسی رسمی پایه‌گذاری کرده‌اند که بر آن اساس قوای تقنینی، اجرایی و قضایی دولت به نهادهای معین واگذار می‌شود. این ساختار مبتنی بر قانون اساسی، عموماً صلاحیت مجلس قانونگذار در وضع قانون را تعریف و تحدید می‌کند و اگر حکومت فدرال تأسیس شده باشد، ممکن است قدرت قانونگذاری را میان مجالس ایالتی و فدرال توزیع کند».^۱ قوه مؤسس یا تأسیس‌کننده که ریشه در اندیشه قرارداد اجتماعی یا رضایت دارد، کمابیش حاوی این ایده مهم است که وظیفه حاکم حفاظت از حقوق و آزادی‌های فردی است که فهرست آنها از سوی طرفداران حقوق فطری در اواسط قرن هجدهم فراهم شده بود. با فروپاشی اقتدار مذهبی و مرجعیت آباء کلیسا، تز از بالا به پایین^۲ منشأ حاکمیت برعکس شد و تبدیل به تز پایین به بالا^۳ شد و قانون حاصل اراده سیاسی تلقی شد. یکی از کارکردهای قانون به این معنا عبارت بود از تنظیم تأسیس و اعمال قدرت سیاسی.

چنین نگاهی به قانون، این سؤال را ایجاد کرد چگونه یک قانون که خود حاصل یک فرایند سیاسی است، می‌تواند درعین حال همان فرایند را مقید و محدود کند؟ این مشکل با توسل به اندیشه قدیمی نظام سلسله‌مراتب هنجارها حل شد: نخست قانون برتری که از مردم ناشی شده و قابل انتساب به ایشان است و حکومت را بدان ملتزم می‌کند به‌عنوان قدرت تأسیسی و دوم قانونی که ناشی از دولت است و مردم ملتزم به رعایت آن هستند. قانون اول، همان قانون اساسی است که وضع و اعمال قانون دوم که حاصل عمل اجزای حکومت است را تنظیم و تنسيق می‌کند. سی‌یس آن را در مفاهیم قدرت مؤسس (تأسیس‌کننده) و قوای مؤسس (تأسیس‌شده) صورت‌بندی می‌کند و بر برتری و توفیق اولی بر دومی تصریح می‌کند.^۴

با توجه به مبنا و فلسفه‌ای که برای قانون اساسی گفته شد، قانون اساسی جایگاه برتر در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی و نیز اقدامات مقامات عمومی دارد. مصوبات، تصمیمات و اقدامات انواع مقامات عمومی در چارچوب حکومت که معایر چنین قانونی باشد، فاقد اعتبار حقوقی است. به گفته مرمور: «قوانین اساسی قصد دارند تا ساختارهای بنیادی نظام حقوقی را مستقر کنند و بدین سبب فرض می‌شود

۱- مارتین لاگین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۵.

2- Descending thesis

3- Ascending thesis

4- Dieter Grimm, Types of Constitutions, in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, by Michle Rosenfeld and Andras Sajo, Oxford, Oxford Constitution of the World, 2012, p. 103

که آنها بر تمام اشکال قانونگذاری تفوق دارند. قانون اساسی در بیان ما، برترین قانون موضوعه است»^۱.

دو اثر مهم این تحلیل از قانون اساسی در عمل قانونگذاری را می‌توان به شرح زیر بیان کرد:

الف - معمولاً تشریفات و آیین وضع قانون عادی به سبب اهمیت آن، در قوانین اساسی بیان می‌شود. این آیین و تشریفات مصداق بارز قاعده شناسایی در اندیشه هارت است که تخطی از آن می‌تواند به اعتبار قانون و یا شناسایی آن به‌عنوان یک قاعده معتبر صدمه وارد کند. بنابراین برای اینکه پروژه قانونگذاری در نهایت به یک پروژه موفق از منظر اعتبار حقوقی تبدیل شود، این آیین و تشریفات باید به‌دقت رعایت شود. برای مثال، در اصل هفتادوچهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر شده است: «لوايح قانونی پس از تصویب هیأت‌وزیران به مجلس تقدیم می‌شود و طرح‌های قانونی به پیشنهاد حداقل پانزده نفر از نمایندگان، در مجلس شورای اسلامی قابل طرح است». یا در بیشتر کشورهای اروپایی حق ابتکار قانونگذاری مشخصاً به یک‌یک اعضای پارلمان داده شده است. صرفاً معدودی از قوانین اساسی این حق را به کل پارلمان داده‌اند؛ مانند اصل ۷۳،۱ قانون اساسی یونان: «حق ارائه پیشنهادی تقنینی به مجلس و دولت تعلق دارد».

برخی از قوانین اساسی، حمایت عددی از ابتکارهای تقنینی را لازم دانسته‌اند. برای نمونه اصل ۶۵ قانون اساسی لاتویا حق ابتکار قانونگذاری را صرفاً به کمیته‌های مجلس (Seima) یا به حداقل پنج عضو مجلس داده است. برخی از قوانین اساسی صرفاً گروه‌های پارلمانی را به این منظور صالح دانسته‌اند و نیز کمیسیون‌های پارلمانی را مجاز به ارائه پیشنهادهاى تقنینی اعلام کرده‌اند؛ مانند قانون اساسی استونی و سوئیس. برخی از کشورها نصاب بالاتری را برای آن دسته از پیشنهادهاى تقنینی که در صدد اصلاح قانون اساسی هستند اعلام کرده‌اند؛ مانند قانون اساسی استونی که حمایت یک‌پنجم نمایندگان را برای اصلاح قانون اساسی لازم دانسته‌اند.

در برخی از کشورها، اظهار نظر قبلی یا رضایت یک نهاد در خصوص یک پیشنهاد تقنینی لازم است. برای مثال، به‌موجب قانون اساسی آلمان، هرگاه یک پیشنهاد تقنینی از سوی دولت یا مجلس دوم ارائه نشده باشد، اخذ نظر نهاد مربوطه لازم است. برای این قبیل نظرات، محدوده زمانی مشخصی در نظر گرفته شده است. در فرانسه به‌موجب اصل ۳۹ قانون اساسی، هر نوع پیشنهاد تقنینی از سوی دولت باید قبل از تقدیم به پارلمان، نظر شورای دولتی را اخذ کند.

همچنین تفوق و اولویت دولت در فرایند قانونگذاری در قوانین اساسی برخی از کشورها مورد اشاره قرار گرفته است. برخی از کشورها به‌طور اتوماتیک در دستور کار پارلمان، پیشنهادهاى تقنینی دولت را نسبت به پیشنهادهایی که منشأ پارلمانی دارند اولویت بخشیده‌اند. برای نمونه قوانین اساسی اسپانیا و

۱- آندره رمور، تفسیر و نظریه حقوقی، ترجمه محمدحسین جعفری و مهسا شعبانی، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۰، ص ۲۲۱.

فرانسه (بعد از اصلاحات سال ۲۰۰۸) واجد چنین ترتیبی است. به‌منظور تعادل و توازن بخشیدن به چنین اولویت و تفوقی، برخی از کشورها به‌موجب قانون اساسی به‌طور خاص به پیشنهادهای تقنینی که منشأ پارلمانی دارند اختصاص داده‌اند. برای نمونه، اصل ۷۴،۶ قانون اساسی یونان مقرر می‌دارد: در هر ماه یک روز که به‌موجب آیین‌نامه داخلی پارلمان مشخص می‌شود، پیشنهادهای تقنینی رسیدگی نشده نمایندگان پارلمان باید در اولویت رسیدگی قرار گیرد. بنابراین تنظیم نحوه کار پارلمان به شکل اولویت پیشنهادهای تقنینی دولت به‌عنوان قاعده و اختصاص جلساتی برای رسیدگی به پیشنهادهای تقنینی نمایندگان به‌عنوان استثنای بر قاعده است (اصل ۴۸،۳ پیشین قانون اساسی فرانسه).

ب - همان‌طور که در سطور پیشین اشاره شد، علاوه بر آیین و تشریفات، قوانین اساسی حاوی برخی شرایط ماهوی ناظر به پیشنهادهای تقنینی هستند. از این‌رو، پیشنهاددهندگان و نویسندگان متون پیش‌نویس قوانین باید به این چارچوب‌ها و محدودیت‌ها توجه کنند. برای مثال در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل هفتادویکم، اگرچه صلاحیت عام قانونگذاری مجلس در بخش نخست اصل یادشده به رسمیت شناخته شده است اما در ادامه، اعمال این صلاحیت را در چارچوب حدود مقرر در قانون اساسی مقید کرده است. یا در اصل هفتادودوم قانون اساسی مقرر شده است: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...». قوانین اساسی برخی از کشورها به نمایندگان مجلس اجازه طرح پیشنهادهای تقنینی که بار مالی دارد نمی‌دهد (مانند اصل ۸۲ قانون اساسی آلبانی، اصل ۷۵ قانون اساسی ارمنستان، اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه، اصل ۲۰ قانون اساسی ایرلند). به‌علاوه، این دولت است که حق ارائه بودجه سالانه و تقاضای تصویب معاهدات بین‌المللی دارد.

صلاحیت قانونگذاری مجلس آلمان محدود به مواردی هستند که در اصول ۷۰ تا ۷۸ قانون اساسی این کشور ذکر و معین شده است. قانونگذاری در خارج از این حدود، در صلاحیت قوه مقننه ایالتی قرار دارد. گاهی محدودیت‌ها ناظر به قانون خاص یا محتوای قانون هستند. برای مثال، قانون اساسی فرانسه در اصل ۴۰ مقرر می‌کند: پیشنهادهای اصلاحاتی که اعضای پارلمان ارائه می‌کند، در صورتی که تصویب آنها یا منجر به کاهش درآمدهای عمومی یا افزایش هزینه‌های عمومی می‌شود، مجاز نیست. در نظام پارلمانی، حق ارائه پیشنهاد تقنینی شامل حق بر ارائه پیش‌نویس و نیز اصلاح قانون است. حق اصلاح قانون اغلب برای هر یک از نمایندگان در نظر گرفته شده است اما در عمل معمولاً به‌طور جمعی از آن استفاده می‌شود. این حق گاه به‌موجب قانون اساسی به کمیسیون‌های پارلمانی، گروه‌های پارلمانی، دولت، وزراء و مقاماتی که از سوی وزرا صلاحیت یافته‌اند نیز اعمال می‌شود.

در کشورهای فرانسه، آلمان، اسپانیا، پرتغال که حق ارائه پیشنهاد تقنینی در موضوعات مرتبط با



قانون بودجه برای دولت محفوظ است، محدودیت‌های شدیدی بر حق نمایندگان برای اصلاح آن وضع شده است. این محدودیت‌ها، علاوه بر حصول اطمینان از انسجام و توازن قانون بودجه، به منظور جلوگیری از عوام‌زدگی در این قانون است. برخی از قوانین اساسی مانند فرانسه و پرتغال، هرگونه پیشنهاد اصلاح که منجر افزایش یا کاهش درآمد دولت شود را منع کرده‌اند.

اصلاحات پیشنهادی از سوی نمایندگان در صورتی که منجر به افزایش هزینه‌های عمومی یا کاهش درآمدهای عمومی شود، منوط به موافقت قبلی دولت است مانند اسپانیا و مولداوی. در بریتانیا، ایجاد بار مالی جدید یا درآمدهای جدید، باید قبلاً به موجب قطعنامه‌ای از سوی مجلس عوام تأیید شود و فقط به‌وسیله یکی از وزرا قابل ارائه است. این قطعنامه‌های مالی، که همچون چارچوب مالی حق بر اصلاحات پارلمانی است، حداکثر سطح افزایش هزینه‌های عمومی یا کاهش درآمدهای عمومی را تعیین می‌کند. آنها همچنین می‌توانند اختصاص دقیق این هزینه‌ها را تعیین کنند.^۱

بنابراین، قوانین اساسی نقشی بنیادین و بسزا در شناسایی اعتبار قوانین و مقررات دارند؛ به طوری که پذیرش آنها را به معنای یک هنجار حقوقی، به طی تشریفات خاصی منوط می‌کنند. همچنین قوانین اساسی، حدود صلاحیت مقنن عادی در تعیین محتوای قوانین و مقررات را نیز تعیین می‌کنند. از این رو توجه نویسندگان قانون، علاوه بر ابعاد فنی، زبانی و ساختاری، باید به قوانین اساسی که در رأس هرم هنجارهای حقوقی در درون مرزهای ملی قرار دارد، توجه خاصی داشته باشند.

دوم - توجه به نظرات و تفسیرهای مفسر رسمی قانون اساسی

برتری قانون اساسی به قوانین عادی و مقررات، تنها خصیصه‌ای نیست که توجه به مفاد آن را برای ختم‌شده‌گذاران و نویسندگان پیش‌نویس قوانین به امری ضروری تبدیل می‌کند. علاوه بر آن، دوام اصول قوانین اساسی که گاه ده‌ها و حتی قرن‌ها به طول می‌انجامد، دشواری تغییر قانون اساسی که تجدیدنظر و بازنگری در آن را به تشکیل مجلس مؤسسان و طی تشریفات و آیین خاص موقوف می‌کند، مضمون اخلاقی قانون اساسی که طی آن فهرستی از حق‌ها و آزادی‌های شخصی و عمومی مورد شناسایی قرار می‌گیرند و نیز کلی و انتزاعی بودن اصول آن، تفسیر را به عنصری ضروری برای حفظ حیات و پویایی قانون اساسی تبدیل می‌کند.^۲ ویژگی پیش‌گفته، به‌ویژه کلیت و انتزاعی بودن که در اصول قانون اساسی به اوج می‌رسد، زمینه برداشت‌ها و در نتیجه اختلاف‌نظرها درباره معنا و دلالت‌های گوناگون الفاظ و عبارات به کار رفته در آن را فراهم می‌کند. بدیهی است که قانون اساسی به‌عنوان قانون برتر و انتظام‌بخش به ساختار حکومت و نیز شناسایی کننده حقوق و آزادی‌ها نمی‌تواند دستخوش تلاطم‌های

۱- اطلاعات مربوط به قوانین اساسی کشورهایی که نامشان در این اثر ذکر شده است، از منبع زیر استخراج شده است:

<https://www.constituteproject.org/>

۲- مرمر، پیشین، صص ۲۲۵-۲۲۰.

سیاست روزمره و یا هوس‌های پوپولیستی مجالس قانونگذاری عادی شود. به گفته استاد معروف حقوق فرانسوی اوایل قرن بیستم، موریس هوریو، «به ضرورت نظارت بر مجلس‌های قانونگذاری توجه می‌کنیم، چرا که قانونگذاری‌های متغیر در اثر هیجان‌های انتخاباتی به تهدید خطرناکی برای آزادی‌ها تبدیل شده است»^۱.

به این ترتیب، اغلب، تفسیر قانون اساسی به نهادهای خاصی که به این منظور تأسیس شده‌اند سپرده شده است. تفسیر قانون اساسی اعم از اینکه بر اساس الگوی آمریکایی باشد یا الگوی اروپایی، به همان اندازه اصول قانون اساسی دارای اهمیت است؛ زیرا نوعی راهنمای الزام‌آور عمل برای کلیه مقامات عمومی است که باید در چارچوب این تفاسیر اختیارات و تکالیف خود را درک کنند علاوه بر مقامات عمومی، شهروندان عادی نیز در پرتو این اصول می‌توانند درک دقیق‌تر و بهتری از دامنه حقوق و آزادی‌های خود داشته باشند. در این چارچوب، تفاسیر اصول قانون اساسی می‌تواند چارچوب عمل نویسندگان قوانین عادی و مقررات را تعیین کند و ریسک نقض و ابطال بعدی در مرحله نظارت و کنترل قانون اساسی را کاهش دهند.

برای مثال مطابق اصل نودوهشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی که تفسیر قانون اساسی را به‌صراحت در اختیار شورای نگهبان قانون اساسی قرار داده است، این شورا طی نظر تفسیری شماره ۷۹۲۱۸۹۲ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳ درباره مرجعیت خود در تفسیر قانون اساسی به رئیس وقت شورای انقلاب فرهنگی به شرح زیر اظهارنظر کرده است: «مطابق اصل نودوهشتم قانون اساسی، تفسیر هر یک از اصول آن، انحصاراً بر عهده شورای نگهبان است و هیچ مرجع دیگری حق تفسیر هیچ‌یک از اصول قانون اساسی را ندارد»^۲. علاوه بر نظرات تفسیری، نظرات مشورتی شورای نگهبان که اغلب در پاسخ به استعلامات گوناگون اظهارنظر کرده‌اند و ذیل عنوان نظرات تفسیری قرار نمی‌گیرند نیز منبع مهمی برای فهم دیدگاه‌ها و طرز تلقی ایشان از الفاظ و عبارت قانون اساسی است. همچنین اظهارنظرهای فقهای شورای نگهبان در مقام نظارت شرعی بر قوانین و مقررات و نیز نظرات این شورا در جایگاه تطبیق مصوبات پارلمان با قانون اساسی، جملگی از منابع مهم فهم چارچوب‌های قانون اساسی در وضع قوانین و مقررات محسوب می‌شوند. بدیهی است در هر نظام حقوقی، نظرات و برداشت‌های این نهاد به فراخور ویژگی‌های نهادی و جایگاه نهاد نگهبان قانون اساسی، باید مورد توجه قانون‌نویسان و قانون‌گذاران عادی قرار گیرد.

۱- به نقل از: لویی فاورو، *دادگاه‌های قانون اساسی، الگوی اروپایی دادرسی اساسی*، ترجمه علی اکبر گرجی از ندریانی، ویرایش دوم، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص ۱۶.

۲- محمد فتحی و کاظم کوهی اصفهانی، *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶، ص ۳۷۵.

۴-۱-۳-۲- آیین کار مجالس پارلمانی

اگرچه قوانین اساسی برخی از کشورها مانند یونان، فرایند قانونگذاری را به‌نحو تفصیلی در قانون اساسی تشریح کرده‌اند، اما محمل اصلی تعیین تکلیف برای مراحل مختلف فرایند قانونگذاری و نقش احزاب و کمیسیون‌های پارلمانی، در آیین‌نامه‌های داخلی مجالس پارلمانی تعیین شده است. بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تصویب آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی بر عهده این مجلس و با نصاب دو سوم حاضران در این مجلس تصویب می‌شود. در مقایسه با مصوبات عادی مجلس که به‌موجب ماده ۱۱۵ قانون آیین‌نامه داخلی، به‌موجب اکثریت مطلق حاضران تصویب می‌شود، قانون مذکور از اهمیت بالاتری برخوردار است. برخی از استادان حقوق این دسته از قوانین را از مصوبات عادی پارلمان متمایز می‌کنند و چنانکه در نظام حقوقی فرانسه مرسوم است، به آن «قانون ارگانیک» می‌گویند و آن را در مرتبه‌ای پایین‌تر از قانون اساسی و بالاتر از قانون عادی می‌نشانند: «قوانین ارگانیک مانند سایر اعمال مجالس قوه مقننه، منشأ تقنینی عادی دارند؛ و لکن به‌مثابه تدبیری برای اجرای قانون اساسی و تکمیل آن تلقی می‌شوند»^۱.

آیین کار پارلمان‌ها برحسب نوع نظام‌های حکومتی و نحوه سازمان‌دهی درون‌قوه‌ای و برون‌قوه‌ای در کشورهای مختلف متفاوت است. برای نمونه، آیین‌نامه داخلی مجلس بندستاگ در راستای اجرای اصل ۷۸ قانون اساسی آلمان مقرر می‌دارد پیشنهاد‌های نمایندگان باید از سوی یک گروه پارلمانی که حداقل شامل پنج درصد اعضای مجلس بندستاگ باشد، امضا شود.

نمونه دیگر از نحوه تنظیم رسیدگی به پیشنهاد‌های تقنینی نمایندگان، مجلس عوام انگلستان است. به‌موجب ماده ۱۴ (N 14) آیین‌نامه داخلی این مجلس، ۲۰ روز در هر اجلاس پارلمان برای حزب مخالف (روز حزب مخالف) و ۳۵ روز برای پیشنهادی تقنینی نمایندگان اختصاص داده شده است. اما در عمل، اکثریت بیشتر پیشنهاد‌های تقنینی نمایندگان به‌دلیل فقدان اراده سیاسی و/یا کمبود وقت، مورد بررسی و تصویب قرار نمی‌گیرد؛ به‌ویژه آنهایی که از سوی حزب اکثریت مطرح نمی‌شود.

مثال‌های بالا صرفاً نمونه‌های کوچکی از قواعد متعددی است که شرایط و ضوابط مراحل قانونگذاری را بیان می‌کند. نظر به پویایی بالای فرایند قانونگذاری از نظر استفاده از رویه‌های کارآمد و یا استفاده از فناوری‌های جدید برای تقویت کارآمدی قوانین، آیین‌نامه‌های داخلی مجالس تقنینی که در مقایسه با قوانین اساسی با سهولت بیشتری قابل اصلاح و تجدیدنظر هستند، از یک‌سو بهترین ابزار راهنمایی کلیه عوامل دخیل در فرایند قانونگذاری هستند، و از سوی دیگر، محمل اصلی ارتقای فرایندهای تقنینی محسوب می‌شوند. از این‌رو، بسیاری از ایده‌ها و نوآوری‌هایی که به ارتقای کیفیت پارلمان کمک

۱- ابوالفضل قاضی، *بایسته‌های حقوق اساسی*، چاپ بیست و چهارم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴، ص ۴۸.

می‌کند، می‌تواند در آیین‌های کار پارلمان منعکس شود.

۲-۳-۲- اصول حقوقی مرتبط با قانونگذاری

از اصول حقوقی به‌عنوان یکی از منابع تکمیلی حقوق، بیشتر در مقام اجرا و تفسیر قوانین و یا در مقام قضاوت یاد می‌شود. برای نمونه، از جمله مشهورترین اصول کلی حقوقی، می‌توان از اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها یا اصل تفسیر قوانین جزایی به نفع متهم یا اصل عدم صلاحیت نام برد که جملگی در حوزه‌های پیش‌گفته، مورد استناد مجریان و قضات قرار می‌گیرند. برخی نویسندگان بر مبنای همین وجه غالب در تعریف اصول کلی حقوقی تصریح کرده‌اند این اصول: «هنجارهای بنیادینی محسوب می‌شوند که بر ساخته قضات در رویه قضایی هستند. به عبارت دقیق‌تر، اصول کلی حقوقی توسط دادگاه‌ها به رسمیت شناخته می‌شوند و قضات از این طریق، خلأهای قانونی را پر می‌کنند»^۱. اما واضح است که اصول یادشده محدود به حوزه قضاوت و یا اجرا نیست. بولانژه آنها را «حقوق فوق موضوعه»^۲ می‌داند که میراث نسل‌های گذشته است تا جایی که اکنون به امری بدیهی تبدیل شده است؛ امری که نیاز به اثبات ندارد: «اصول، بعضی متکی به یک امر طبیعی، برخی انعکاسی از اخلاق، بخشی بیانگر رسوم و عادات جمعی یا فردی یا نظم عمومی، عده‌ای منطقی، پاره‌ای مطلق و گروهی بسیط، بخشی ثابت و بخشی ناشی از تغییر و تحولات اجتماعی است. بدون وجود اصول، صحبت از یک نظام حقوقی بی‌مورد است. وجود اصول، موجب شکل‌گیری نظام حقوقی است و برخورداری نظام حقوقی از اصول منسجم و مترقی موجب پویایی جامعه است»^۳. بدین ترتیب، اگر اصول حقوقی را هنجارهای کلی و جامعی بدانیم که ریشه در خرد، اخلاق و تجربه انسانی دارند، آنگاه این هنجارها دامنه کاربرد وسیع‌تری از آنچه اشاره شد را در بر می‌گیرند و در مرحله وضع قوانین و مقررات نیز این اصول کلی می‌تواند و باید راهنمای عمل نویسندگان و طراحان متون تقنینی قرار گیرد.

لازم به ذکر است اصول کلی حقوقی به معنایی که بدان اشاره شد، در نظام‌های حقوقی مختلف به اشکال گوناگون مورد شناسایی قرار گرفته است. برخی از آنها در قوانین اساسی، برخی در قوانین عادی و برخی بدون ذکر در قوانین و مقررات، راهنمای عمل فرایندهای مربوطه اعم از تقنین، قضا و اجرا هستند. همچنین آنها راهنمای خوبی برای شهروندان عادی هستند که طی آن توان پیش‌بینی‌پذیری عمل و تصمیمات مقامات عمومی را به ایشان ارزانی می‌کند. به برخی از اصول کلی حقوقی مهم در دسته‌بندی‌های ذکر شده در ادامه اشاره می‌شود.

۱- آراین پتفت و احمد مرکزالمیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری (ویراست دوم)، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۷، ص ۱۰.

۲- ژان بولانژه، اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه، ترجمه علیرضا محمدزاده‌وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۶، سال ۱۳۷۶، ص ۷۴.



۱-۲-۳-۲- اصول کلی حقوقی مصرح در قوانین اساسی

این اصول کلی، گاه از چنان اهمیتی برخوردارند که در قوانین اساسی به‌عنوان عالی‌ترین هنجار در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی مورد تصریح قرار می‌گیرند؛ مانند اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها. برای نمونه در اصل سی‌وششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به این حق تصریح شده است: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به‌موجب دادگاه باشد». یا اصل مهم احترام به حق مالکیت، در اصول چهل‌وششم و چهل‌وهفتم قانون اساسی تضمین شده است. در فرانسه در ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر و شهروند فرانسه، حق مالکیت را در کنار سایر حقوق یعنی آزادی و امنیت از حقوق طبیعی، بنیادین و غیرقابل سلب شناسایی کرده است و ماده ۱۷ این اعلامیه آن را مقدس تلقی کرده است. سپس اصل تضمین و حمایت از حق مالکیت در بند ۴ اصل ۳۴ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ شناسایی و تضمین شد. مشابه اصول یاد شده عبارت‌اند از برابری همگان در برابر قانون، اصل برائت، اصل مصونیت حیثیت، جان و مال و مسکن و شغل اشخاص از تعرض، اصل منع بازداشت خودسرانه و مانند آنها.

از آنجاکه محتوای اصول یاد شده، پایه‌های تمدن مدرن بشری هستند و می‌توان مدعی نوعی اجماع جهانی در مورد آنها شد، لذا کم‌وبیش با محتوایی مشابه در قوانین اساسی اغلب کشورها یا اسناد بین‌المللی مورد تصریح قرار گرفته است و وضع قانون یا مقرره‌ای مغایر با این اصول جایز نیست. به‌عبارت‌دیگر، تهیه‌کنندگان یا نویسندگان قوانین و مقررات باید اصول یاد شده را همچون خطوط قرمزی تلقی کنند که نباید در نگارش هنجار مورد مربوطه از آنها تخطی شود.

۲-۲-۳-۲- اصول کلی حقوقی مصرح در قوانین عادی

این قبیل اصول کلی حقوقی که پایه‌های زندگی مدنی را شکل می‌دهند، حتی بدون تصریح در قانون اساسی باید مورد توجه خط‌مشی‌گذاران، قانونگذاران و نویسندگان قوانین عادی و مقررات قرار گیرند. با این حال، برخی از همین اصول با همین درجه از اهمیت، ممکن است نه در قانون اساسی که در قوانین عادی مورد اشاره قرار گیرد. این امر به‌هیچ‌وجه از اهمیت و جایگاه آنها در هدایت فرایند قانونگذاری نمی‌کاهد و باید رعایت شود. برای نمونه، یکی از اصول مهم حقوقی که به‌ویژه در قانونگذاری باید مد نظر قرار گیرد، اصل منع عطف به ماسبق کردن قوانین است. این اصل مهم برای مثال در ایران، نه در قانون اساسی که در ماده ۴ قانون مدنی تصریح شده است: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد...». بدیهی است این اصل مانند اغلب اصول بدون استثنا نمانده است. در همین ماده در ادامه تصریح شده است: «... مگر اینکه در خود قانون، مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد». اصل انتشار و دسترسی به قوانین نیز، اصل حقوقی مهم دیگری است که به همین ترتیب در نظام حقوقی ایران در ماده ۲ قانون مدنی به‌عنوان یک قانون عادی ذکر شده است: «قوانین ۱۵ روز پس

از انتشار در سراسر کشور لازم‌الاجراست مگر اینکه در خود قانون، ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد». از نظر دانشمندی مانند لئون فولر، عدم رعایت اصول هشت‌گانه قانونیت (که در ادامه به آنها اشاره خواهد شد) از جمله همین اصل به‌معنای تزلزل و فروپاشی کل نظام حقوقی یک جامعه سیاسی است.^۱

۳-۲-۳-۲- اصول کلی حقوقی بدون تصریح در قوانین

توضیح داده شد که اصول کلی حقوقی، صرف‌نظر از ذکر آنها در قوانین و مقررات، راهنمای عمل کنشگران عرصه‌های مربوط به فعالیت‌های حقوقی هستند و ذکر یا عدم ذکر آنها، در اعتبار یا کارکرد هدایت‌کنندگی آنها خللی وارد نمی‌کند. باین حال، عدم تصریح به آنها در متن قوانین و مقررات ممکن است از عوامل غفلت و نادیده انگاشتن آنها باشد. در ادامه، از منظر تأمین و تضمین کیفیت قوانین و مقررات، برخی از این اصول مهم که گاه ممکن است در متون قوانین و مقررات به آنها تصریح نشود، شرح داده می‌شود.

یکم - اصل عقلانیت محدود قانونگذار

اصل عقلانیت در قانونگذاری را نباید با فرض^۲ عقلانیت قانونگذار خلط کرد. فرض عقلانیت یا حکمت قانونگذار، مربوط به مرحله اجرا و تفسیر قوانین است. در واقع، از آنجاکه متون قوانین ممکن است دارای لغزش‌ها، ابهامات، تعارض‌ها و خلأهایی باشد که مجریان قانون اعم از مقامات اجرایی یا قضایی را دچار حیرت و سردرگمی کند، آنها در مقام تفسیر قوانین و مقررات چنین فرض می‌کنند که قانونگذار حکیم، مرتکب عمل لغو و بی‌خردانه نمی‌شود و لذا متون مربوطه را باید به‌گونه‌ای تفسیر کنند که موافق منطق بوده و خردپسند باشد. برخی از صاحب‌نظران در توضیح فرض پیش‌گفته نوشته‌اند: «منظور از حکمت قانونگذار این است که آنچه قانونگذار مقرر می‌کند، خردمندانه و متکی بر موازین عقلی و منطقی است؛ یعنی قانونگذار سخن به‌گزار نمی‌گوید، به‌جوانب و اطراف می‌نگرد، از همه دقت‌های ادبی و کلامی استفاده می‌کند، به قواعد نیکو سخن گفتن واقف است و آنها را به کار می‌بندد... خواه در واقع و نفس‌الامر قانونگذار حکیم باشد یا نباشد. فرض حکمت، اثر قانونگذار را در دایره حکمت قرار می‌دهد؛ یعنی به قاضی و مجری قانون می‌آموزد که هر قانونی را باید از پنجره حکمت ملاحظه کنند...»^۳

آنچه در فرض حکمت یا عقلانیت قانونگذار مد نظر است، قانون به‌مثابه یک محصول است. اما اصل عقلانیت قانونگذار به معنایی که در پژوهش حاضر مد نظر است، نه بر محصول بلکه بر فرایند قانونگذاری متمرکز است. در این معنا، برعکس فرض حکمت قانونگذار، چنین پنداشته می‌شود که قانونگذاری نیز نوعی تصمیم‌گیری است که مانند همه تصمیم‌گیری‌های بشری، دارای محدودیت‌هایی

۱- حسین رحمت‌اللهی و فاطمه یزدی‌زاده البرز، «اخلاقیات درونی قانون در اندیشه لئون فولر»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۶، مرداد ۱۳۹۸، ص ۱۴۲.

2- assumption

۳- سیدحسن صفایی، محمد جواد شریعت باقری، تاملاتی پیرامون فرض حکمت قانونگذار، فصلنامه علمی دانشنامه‌های حقوقی، دوره ۴، شماره ۱۱، سال ۱۴۰۰، ص ۹.



است و محتمل است که تصمیمات اتخاذ شده، فاقد وصف عقلانی باشد. هایک درباره رابطه تصمیمات قانونگذار با عقلانیت می‌نویسد: «به نظر می‌رسد که حقوقدانان دچار این عادت فکری هستند که صرفاً تصمیم‌گیری قانونگذار در خصوص موضوعی را شاهدهی بر عاقلانه بودن آن تصمیم تلقی می‌کنند»^۱. درحالی‌که چنین رابطه ضروری میان این دو وجود ندارد. ویتگنس این معنا را در پرتو عقلانیت محدود^۲ توضیح می‌دهد. او با استناد به آراء هربرت سیمون می‌نویسد: «از نظر سیمون، محدودیت‌های عمده عقلانیت بشری عبارت‌اند از وقت، مهارت‌ها و منابع. تصمیم‌گیران در بستری از فشار زمانی عمل می‌کنند. مهارت‌های محاسباتی و توجه آنها به دلیل تنگناهای توان ذهنی محدود است. ... به‌علاوه، منابع، به‌ویژه اطلاعات و وقت، کمیاب هستند و هزینه نهایی اطلاعات اضافی موردنیاز برای دستیابی به تصمیمات بهینه ممکن است بسیار گزاف باشد»^۳.

با وجود چنین محدودیت‌هایی، دستیابی به بهترین تصمیم یا گزینه، جای خود را به راه‌حل‌های راضی‌کننده و معقول می‌دهد. در این شرایط، نمی‌توان عقلانیت تصمیمات قانونگذار را مسلم انگاشت، بلکه به‌کار بردن وصف عقلانی برای تصمیمات قانونگذار، منوط به نحوه برخورد او با واقعیت‌های خارجی است. بنابراین موضوع از حد صرف اعتبار حقوقی، تفسیر لفظی و رفع تعارضات ظاهری و کلامی فراتر می‌رود و نحوه و کیفیت فهم جهان خارج از سوی قانونگذار، از اهمیت بسیار زیادی برخوردار می‌شود. این امر، درست برعکس فرض حکمت قانونگذار است که اساساً به عالم واقع و اینکه قانونگذار تا چه حد به لوازم و شرایط عقلانی بودن تصمیمات خود ملتزم است، بی‌اعتناست.

به‌هرروی یکی از آثار مهم اصل عقلانیت محدود قانونگذار، التزام به ضرورت ارزیابی آثار قوانین و مقررات است. باید توجه داشت که قانونگذاری در اصل، تصمیم‌گیری در زمان حال برای زمان آینده است و معلوم نیست تصمیمی که با وجود محدودیت‌های پیش‌گفته در زمان حال گرفته می‌شود و بهترین راه‌حل یا تصمیم پنداشته می‌شود، ضرورتاً برای آینده نیز واجد چنین وصفی باشد. همچنین پیچیدگی امر اجتماعی و درک واقعیت‌های جهان خارج اقتضا می‌کند که قانونگذار - چه در مرحله پیش از قانونگذاری و چه در هنگام قانونگذاری و چه پس از آن - آثار قوانین و مقررات مصوب را تعقیب کند و مدام آنها را ارزیابی کند. ویتگنس در این باره خاطر نشان می‌کند: «ارزیابی تقنینی، نوعی سنجش تجربی از عقلانیت معرفت‌شناسانه قانونگذار ارائه می‌کند و باب انتقاد موجه تجربی از آن را می‌گشاید. به‌عبارت‌دیگر، ارزیابی تقنینی نشان می‌دهد که قانونگذار با پیچیدگی جهان اجتماعی برای فهم آن چگونه برخورد کرده است»^۴.

۱- هایک، پیشین، ص ۱۱۳.

2- Bounded rationality

3- Wintgens, op. cit., p. 15.

4- Ibid, pp. 21-22.

دوم - اصل احتیاط در قانونگذاری

قانون به‌طور سنتی، یکی از ابزارهای مهم تنظیم روابط اجتماعی بوده است. چنانکه در بخش‌های پیشین شرح داده شد، با ظهور دولت‌های رفاه پس از جنگ جهانی دوم و طرح ایده مهندسی اجتماعی از طریق قانونگذاری، استفاده از ابزار قانونگذاری رواج بیشتری پیدا کرد. این امر به‌ویژه در دولت‌های مداخله‌گر، به شکل افراطی نمایان شد تا جایی که منجر به شکل‌گیری پدیده تورم قوانین شد. همان‌طور که بارها اشاره شد، ویژگی عام بودن قانون و خصیصه ذاتاً سیاسی قانونگذاری، آن را به شمشیر دو دمی تبدیل کرده است که در عین حال که می‌تواند سازنده و انتظام‌بخش امور عمومی به‌نحو عقلایی باشد، می‌تواند دست‌وپاگیر و ابزار تخریب و ناکارآمدی باشد. ابتدای اساس مفهوم قانونگذاری بر دموکراسی مبتنی بر نمایندگی که پارلمان را به‌عنوان یگانه مرجع وضع قانون شناسایی می‌کند، گرچه از نظر تحقق حق اساسی حاکمیت بر سرنوشت خویشتن محترم و مغتنم است، اما بی‌آسیب هم نیست. مهم‌ترین آسیب توسل به قانونگذاری شتابزدگی، عوام‌زدگی، تسخیر پارلمان از سوی گروه‌های ذی‌نفع و مشکلاتی از این قبیل است که می‌تواند زمینه سوءاستفاده از قانونگذاری و انحراف آن را فراهم کند.

علاوه بر آن موارد پیش‌گفته، همان‌طور که در اصل عقلانیت محدود قانونگذار اشاره شد، قانونگذاری مانند هر نوع نظام تصمیم‌گیری انسانی، از کمبودها و محدودیت‌های اجتناب‌ناپذیر رنج می‌برد. بنابراین، نظر به آثار گسترده‌ای که قانونگذاری بد می‌تواند بر شئون مختلف زندگی شهروندان داشته باشد (از جمله نقض حقوق و آزادی‌های شهروندان که در اصل امنیت حقوقی توضیح داده خواهد شد)، اصل احتیاط در قانونگذاری، پرهیز از شتاب‌زدگی و اتخاذ تصمیمات آشکارا اشتباه و مضر را لازم می‌داند. نباید این اصل را صرفاً به یک توصیه اخلاقی فروکاست بلکه طراحی نهاد پارلمان به‌عنوان محمل اصلی قانونگذاری و آیین کار نمایندگان باید به شکلی انجام شود که اثری عینی و عملی بر اعمال آن مترتب باشد. والدرون که بیش از دیگران بر شأن و اهمیت قانونگذاری تأکید کرده است، ذیل عنوان تکلیف محتاط بودن در قانونگذاری می‌نویسد: «بسیاری از ویژگی‌های ساختاری و تشریفاتی قوای مقننه، ضرورت احتیاط در وضع قانون را در خود گنجانده‌اند. برای پیشنهادها و وضع قوانین جدید صرفاً در یک جلسه رأی‌گیری نمی‌شود؛ معمولاً چندین بار در مورد آنها بحث و رأی‌گیری به عمل می‌آید. گاهی آنها را در کلیات مورد شور و بررسی قرار می‌دهند و در مورد کلیات رأی‌گیری می‌کنند و گاه در جزییات (بند به بند). بیشتر اوقات جلسات استماع عمومی وجود دارد. تقریباً همواره این پیشنهادها توسط کمیسیون‌های خاص در قوه مقننه، مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند. علاوه بر این، بسیاری از قوای مقننه دو مجلسی هستند. قوای مقننه دارای مجامع مختلفی هستند که بعضی از آنها انتصابی و برخی انتخابی‌اند و در مواقعی اعضای برخی از این مجامع در تقویم زمانی متفاوتی از دیگری انتخاب می‌شوند. معمولاً یک لایحه بایستی رأی اکثریت را در هر دو مجمع به



دست آورد»^۱. تردیدی نیست که نکات والدرون تنها بخشی از تمهیداتی است که در پارلمان‌ها برای اعمال اصل احتیاط در قانونگذاری پیش‌بینی شده است. مسلم است که قانونگذاری در محیطی انجام شود که اطمینان حاصل کنیم از این ابزار برای ارتقای زندگی مدنی استفاده می‌شود و از آن نه در جهت پیشبرد منافع شخصی، بلکه تأمین خیر و نفع عمومی بهره‌برداری می‌شود.

سوم - اصل امنیت حقوقی

امنیت، ارزنده‌ترین کالایی است که انتظار می‌رود دولت وجود آن را برای شهروندان تضمین کند؛ تا جایی که فیلسوفی مانند هابز، دلیل وجودی دولت را تأمین همین کالای عمومی ارزشمند می‌داند. از نظر هابز، تنها راه تأمین امنیت، نگه داشتن مردم در حالت ترس از طریق تأسیس یک قدرت عمومی است. لذا از نظر او: «دولت در (مقام تعریف) عبارت است از شخصی که جمع کثیری از آدمیان، به موجب عهد و پیمان با یکدیگر خودشان را یک‌به‌یک، مرجع اعتبار و جواز اعمال او ساخته‌اند تا اینکه او بتواند تمامی قوا و امکانات همه آنها را چنانکه خود مقتضی می‌بیند، برای حفظ آرامش و امنیت و حراست عمومی به کار ببرد»^۲.

با این حال، با تکامل مفهوم دولت مشروطه^۳ و محدود به قوانین طبیعی و موضوعه و شکل‌گیری مفهوم حکومت قانون اعم از شکلی و ماهوی، این مفهوم اولیه و حداقلی از امنیت توسعه و تکامل یافته و انواع و اقسام مختلفی پیدا کرده است که امنیت حقوقی یکی از این انواع است. در چارچوب دولت مشروطه، دولت مکلف است اولاً خود در چارچوب‌های از پیش تعیین‌شده‌ای که قانون معین می‌کند اقدام کند؛ ثانیاً در اعمال صلاحیت‌های منحصر به فرد خود، حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان را نقض نکند، و ثالثاً از طریق تضمین ثبات نسبی قوانین و مقررات پیش‌بینی‌پذیری رفتارها را که یکی از لوازم مهم زندگی مدنی و مسالمت‌آمیز است، تأمین کند. دولت در هر سه ظرفیت عمده خود یعنی تقنین، اجرا و قضا باید به شرایط پیش‌گفته ملتزم باشد. در همین راستا برخی از نویسندگان در پاسخ به چیستی امنیت حقوقی خاطر نشان کرده‌اند: «امنیت حقوقی حالتی است که به واسطه حقوق موضوعه، خیرهای زندگی و منافع انسانی حفاظت شده و تا جایی که ممکن است، به‌طور کامل و مؤثری تأمین می‌شود»^۴.

به‌طور مشخص در حوزه قانونگذاری، امنیت حقوقی به معنای ممنوعیت نقض مستقیم و غیرمستقیم حقوق و آزادی‌ها از طریق وضع قوانین و مقررات است. یکی از صریح‌ترین احکام در این مورد در اصل نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان شده است: «در جمهوری اسلامی ایران آزادی و استقلال و وحدت

۱- والدرون، پیشین، ص ۱۳۴.

۲- توماس هابز، لویاتان، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۰، ص ۱۹۲.

3- Constitutional

4- Jadwiga Potrzebacz, Legalm Security-Synthetic Presentation, OL PAN, 2016, p. 144

و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک‌ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد ملت است. هیچ فرد یا گروه یا مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه‌ای وارد کند و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را هر چند با وضع قوانین و مقررات سلب کند.^۱ یکی از نویسندگان تصریح می‌کند که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران یکی از معدود قوانین اساسی که به اصل امنیت حقوقی تصریح کرده است (بند ۷ و ۱۴ اصل سوم، اصل بیست‌ودوم، سی‌ودوم و سی‌وهشتم).^۱

با این حال به نظر می‌رسد اگر معنای امنیت حقوقی را ثبات و تضمین انواع حقوق و آزادی‌های شهروندان بدانیم، آنگاه تصریح یا عدم تصریح به برخی از مفاهیم کلی مانند آزادی و برابری و یا مصادیق خاصی مانند حریم خصوصی و اصل منع عطف به‌ما سبق کردن قوانین و مانند اینها در تکلیف حکومت در رعایت و التزام به آنها در مقام تقنین، اجرا و قضا تأثیری ندارد. در واقع تضمین انواع حقوق و آزادی‌های عمومی به این معنا، در ذات دولت مشروطه نهفته است و بلکه دلیل وجودی آن است. یکی از نویسندگان ضمن تأکید بر معنای موسّع امنیت حقوقی، اساساً موجودیت یک نظام حقوقی را منوط به داشتن سطح معینی از امنیت حقوقی می‌داند. با این حال، وی در رابطه میان مفهوم امنیت حقوقی و قانونگذاری تصریح می‌کند: «مفهوم معاصر نظریه قانونگذاری مبتنی بر تفسیر نقش قانونگذار بر مبنای فلسفه قانونگذاری [یا قانونگذاری باکیفیت] است؛ یعنی قانونگذار خوب کسی است که قوانین عقلانی وضع می‌کند و دلایل خود برای وضع قانون را به مردم ارائه می‌کند. از این منظر کلی، هدف قانون این است که از طریق هدایت رفتار انسان امنیت ایجاد کند و ارائه دلایل موجهه قانونگذاری شرط امنیت حقوقی است».^۲ بنابراین شرط مهم قانونگذاری خوب، عدم نقض حقوق و آزادی‌های شهروندان از طریق وضع قانون است.

چهارم - اصل قطعیت حقوقی^۳

نظام حقوقی در خدمت زندگی اجتماعی است و این خدمت از طریق برقراری نظم معقول امکان‌پذیر است. نتیجه مهم برقراری این نظم عاقلانه، پیش‌بینی‌پذیر ساختن رفتار شهروندان و دولت است. هر چه درجه و میزان این پیش‌بینی‌پذیری بیشتر باشد، اصل قطعیت حقوقی تحقق بیشتری می‌یابد؛ گرچه به دلایلی مانند ابهام ذاتی زبان، تغییر و تحولات سریع زندگی اجتماعی و به دنبال آن، لزوم تغییر و انطباق قوانین و مقررات به تحولات یاد شده، این قطعیت، امری نسبی است و هرگز به نحو صددرصدی محقق نمی‌شود. به همین دلیل نویسندگانی مانند پوپلیر، با طرح مفهوم قطعیت حقوقی پویا در مقابل قطعیت حقوقی ایستا، معتقدند سه عامل ثبات، انطباق‌پذیری و سادگی، از عناصر مهم پایداری نظام حقوقی هستند؛

۱- محمدرضا ویژه، «امنیت حقوقی به مثابه شرط تحقق امنیت قضایی»، مجله راهبرد، شماره پنجاه و هشتم، سال بیستم، ۱۳۹۰.

2- Chereva Boyka Ivaylova, Legal Security as a Principle in Lawmaking, Globalization, the State and the Individual, No 2, (14), 2017. p. 27.

3- Legal certainty



نظامی که در محیطی دائماً در حال تغییر باید کارکرد خود را که همانا برقراری نظم معقول است، اعمال کند.^۱ در واقع قابلیت یک نظام حقوقی در برقراری تعادل میان این سه عامل، در نهایت به مفهوم قطعیت حقوقی پویا منتهی می‌شود.

به‌هرروی، قطعیت حقوقی به معنای ثبات نسبی قوانین و مقررات و پیش‌بینی‌پذیری رفتارها، امکان برنامه‌ریزی بلندمدت و تعقیب اهداف شخصی را برای افراد فراهم می‌کند که همین امر خود می‌تواند به آزادی و خودمختاری هر چه بیشتر انسان در چارچوب زندگی اجتماعی منجر شود. همان‌طور که پیش‌تر نیز اشاره شد، برخی از اندیشمندان مانند فولر، با برشمردن برخی ویژگی‌های شکلی قانون ذیل عنوان «اخلاق درونی قانون»، سازوکار تضمین این قطعیت را تشریح کرده‌اند. از نظر او، هشت ویژگی که می‌تواند به‌درستی رفتار انسان را تابع قاعده سازد و او مجموع آنها را اصل قانونیت می‌نامد به شرح زیر است: نخست اینکه قاعده باید عام باشد؛ دوم، قانون باید منتشر شود؛ سوم عطف به‌ماسبق کردن قوانین مگر در موارد استثنایی ممنوع است؛ چهارم، قانون باید قابل فهم باشد؛ پنجم، قانون نباید متناقض باشد، ششم، اجرا و رعایت قانون باید ممکن و شدنی باشد، هفتم؛ قانون باید داری ثبات نسبی باشد و نهایتاً هشتم، باید میان آنچه در کتاب قانون نوشته می‌شود و آنچه در عمل به اجرا درمی‌آید، هم‌خوانی وجود داشته باشد.^۲

در واقع مخاطب اصلی بیشتر ویژگی‌های مذکور، قانونگذار است. اوست که باید در هنگام وضع قانون ملتزم به رعایت آنها باشد و نقض هر یک از این شرایط، به‌تنهایی می‌تواند کارکرد اصلی نظام حقوقی، یعنی تابع قاعده ساختن رفتار انسان و در نهایت پیش‌بینی‌پذیری رفتار او را، با اختلال جدی مواجه کند. پوپلیئر در مقاله «قطعیت حقوقی و اصول قانونگذاری صحیح»، درباره اقتضای اصل قطعیت حقوقی در مقوله قانونگذاری می‌نویسد: «اصل قطعیت حقوقی، قانونگذار که پارلمان را نیز در بر می‌گیرد، مخاطب قرار می‌دهد. نخست قانونگذار باید یک چارچوب حقوقی بنا کند که بر اساس آن، اشخاص بتوانند یک مدل تصمیم‌گیری برای خود ایجاد کنند. این چارچوب حقوقی باید به‌اندازه کافی در دسترس باشد؛ به‌طوری‌که که تابع چنین نظامی بتواند بفهمد چه گزینه‌هایی برای او موجود است و هر عمل احتمالی چه پیامدهایی به دنبال دارد. این چارچوب حقوقی باید تا آن اندازه قابل اتکا باشد که تابع نظام حقوقی بتواند طرح‌های بلندمدت خود را در آن چارچوب بنا کند. و نکته آخر و مهم اینکه قانون قابل اجرا باشد؛ به‌طوری‌که یک شخص بتواند گزینه‌های خود را عملی کند و نتایج حقوقی مورد انتظار او به واقع محقق شود».^۳

1- Patricia Popelier, Legal Certainty and the European Courts: Accessibility and Legitimate Expectations As Standards of Reasonableness, in The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law, Oxford: Hart Publishing, , Mark Fenwick, Mathias Sieme and Stefan Wrba (eds), 2017, p. 31.

2- Fuller, op. cit.

3- Patricia Popelier, Legal Certainty and Principles of Proper Law Making, European Journal of Law Reform, 321, 2000, p. 328.

بر این اساس است که پوپلیر مفهوم «انتظارات مشروع»^۱ را یکی از مؤلفه‌های اصلی سازنده اصل قطعیت حقوقی می‌داند: «مفهوم انتظارات مشروع به ثبات اشاره دارد: ما می‌توانیم از واضعان قانون انتظار داشته باشیم که آثار قانون را تا وقتی که با وجود یک محیط پویا مواجه هستیم، بدون تغییر باقی گذارند، اما این انتظارات در صورتی که قانون برای انطباق با چالش‌های جدید ضروری هستند یا افراد به راحتی می‌توانند رفتار خود را با قوانین جدید تطبیق دهند، فاقد مشروعیت هستند»^۲.

یکی از آثار مهم قطعیت حقوقی، در حوزه فعالیت‌های اقتصادی نمایان می‌شود. نظام حقوقی از طریق پیش‌بینی‌پذیر کردن کسانی که در این حوزه فعالیت می‌کنند، اعم از دولت و شهروندان، نقش بسیار مهمی در تشویق یا سرکوب سرمایه‌گذاری در حوزه‌های خاصی از فعالیت اقتصادی ایفا می‌کند. در این میان، نقش قانونگذار در ایجاد، تغییر و اصلاح قوانین و مقررات بسیار مهم است؛ به این معنا که قانونگذار باید هزینه‌های اقتصادی اقدامات یاد شده بر فعالیت‌های اقتصادی را در نظر بگیرد و با محاسبه و توجه به این هزینه‌ها و نیز انتظارات مشروع فعالان این حوزه، میان عناصر ثبات، انطباق‌پذیری و سادگی نوعی موازنه برقرار کند.

1- Legitimate expectations

2- Patricia Popelier, Legal Certainty and the European Courts: Accessibility and Legitimate Expectations As Standards of Reasonableness, in The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law, Oxford: Hart Publishing, , Mark Fenwick, Mathias Sieme and Stefan Wrba (eds), 2017, p. 32.



فصل چهارم
نتیجه‌گیری و پیشنهادها



۱-۴- یافته‌های پژوهش

۱-۱-۴- لزوم تجدیدنظر در واکنش به بحران قوانین و مقررات در ایران

هدف نهایی از انجام پژوهش حاضر، معرفی شاخص‌های قانونگذاری خوب و تبیین شیوه‌های ارتقای کیفیت قوانین و مقررات در ایران است. اما دستیابی به این هدف، موکول به شناخت درست و تا حد ممکن جامعی از مبانی و نظریه‌های مهم درباره چستی قانونگذاری مدرن و فهم اقتضائات آن و نیز شناخت تفصیلی از ابعاد گوناگون و پیچیده عمل تقنینی است. بنابراین، این بخش از پژوهش، با تحلیل مفهوم عمل قانونگذاری آغاز شد. گفته شد که عمل تقنینی یک معنای عام دارد و آن هم وضع عامدانه، از پیش طراحی شده و هدفمند یک هنجار حقوقی است. در این معنا، عمل قانونگذاری به‌غیر از رویه قضایی و عرف، هم شامل وضع قانون به‌وسیله پارلمان است و هم وضع مقرر به‌وسیله نهادهای غیر پارلمان، خاصه مقامات و دستگاه‌های اجرایی. اما قانونگذاری در معنای خاص، تنها به پارلمان اختصاص دارد؛ لذا برخی ویژگی‌هایی که در این پژوهش بر آنها تأکید بیشتری رفته است، منصرف به نوع اخیر است. لزوم شناخت قانونگذاری به‌معنای خاص، قبل از هرگونه کوشش برای ارتقای کیفیت قوانین و مقررات، به برداشتن گام‌های به‌موقع و تمیز اقدامات اصلی از اقدامات تبعی و تکمیلی کمک خواهد کرد.

گفته شد که همانند بسیاری از کشورهای دنیا، ایران نیز با بحران کیفیت قوانین و مقررات مواجه است. منظور از بحران این است که قوانین و مقررات، گرچه در مقیاس وسیع و به تعداد زیاد از سوی نهادهای متنوع تولید می‌شود، اما تولید این توده عظیم هنجاری که از آن به‌عنوان «باتلاق قوانین و مقررات» یاد شده است، خود به معضل «نظام تدبیر» در جامعه ایران تبدیل شده است. کوتاه بودن عمر قوانین و مقررات، ابهام و ناسازگاری درون یک متن و ناسازگاری یک قانون یا مقرر به سایر هنجارهای حقوقی، آثار ناخواسته و جانبی قوانین و مقررات و کاستی‌هایی مانند آنها، ضرورت واکنش مناسب به این بحران را به امری اجتناب‌ناپذیر تبدیل کرده است اما واکنش و پاسخ مناسب به این بحران کیفیت چیست؟

توضیح داده شد که در یک تقسیم‌بندی کلی، می‌توان واکنش‌ها را به واکنش سلبی و ایجابی تقسیم کرد. در واکنش سلبی، چرایی و چگونگی سرچشمه‌های تولید قوانین و مقررات ناقص چندان محل پرسش نیستند بلکه این محصولات نارس و ناقص عمل تقنینی به‌معنای کلی هستند که باید پس از وضع برای آنها چاره‌جویی شود. گفته شد که تدوین و تنقیح قوانین و مقررات تا حد بسیار زیاد، و نهضت مقررات‌زدایی به‌طور کامل، در این دسته از واکنش‌ها دسته‌بندی می‌شوند. اما بر خلاف دسته اول، واکنش ایجابی در پی خلق و وضع قوانین و مقررات کم‌نقص، عقلایی، به‌صرفه و حساب‌شده است. به‌عبارت‌دیگر، دغدغه واکنش ایجابی، پرداختن به سرچشمه‌های تولید قوانین و ناقص است. در این تلاش

سعی می‌شود از خلق قواعد هنجاری ناقص پیشگیری شود زیرا هم راه‌حل ساده‌تری است و هم به صرفه است. به قول معروف: «سرچشمه شاید گرفتن به بیل / چو پر شد نشاید گرفتن به پیل».

همان‌طور که اشاره شد، در حال حاضر در ایران بیش از واکنش‌های ایجابی، به واکنش‌های سلبی پرداخته می‌شود. پیش‌فرض مهم این پژوهش آن است که محصولات ناقص فرایند قانونگذاری در ایران - که قوانین و مقرراتی با عمر کوتاه تولید می‌کنند یا برای مثال در حوزه فعالیت اقتصادی مزاحم و مخل کسب‌وکارها هستند - پیش از هر چیز، ناشی از شناخت ناقص از جایگاه و ابعاد قانونگذاری مدرن به معنای اعم و اخص، و ناتوانی از به‌کارگیری رویه‌هایی است که مدت‌هاست در برخی کشورها برای غلبه بر بحران قوانین و مقررات به‌کار گرفته شده است. پژوهش انجام‌شده نشان داد که قانونگذاری و محصولات این فرایند، دارای ابعاد پیچیده و تخصصی هستند که در تعیین سرنوشت کیفیت قوانین و مقررات مدخلیت دارند. کیفیت هنجارهای یاد شده اغلب در خلال همین فرایند و پیش از وضع یا در حین وضع آنها شکل می‌گیرد. بنابراین، یکی از نتایج مهم این پژوهش، دعوت به تغییر خطمشی‌گذاری و اولویت‌بندی در ارتقای کیفیت قوانین و مقررات در نظام قانونگذاری ایران و اختصاص منابع به مرحله پیش از وضع و حین وضع آنهاست.

همان‌طور که در فصل مقدماتی ذکر شد، چندین سال است که سه قوه به امر تدوین و تنقیح قوانین و مقررات یا شناسایی قوانین و مقررات مزاحم اهتمام ورزیده‌اند و با استفاده از منابع عمومی و نشست‌های کارشناسی، گزارش‌ها و کتاب‌های بسیاری در این زمینه نوشته شده یا در حال نگارش است. اما در همان حال، کارخانه تولید قوانین و مقرراتی با عمر کوتاه و واجد نقایص عمده، در سه بعدی که در این پژوهش به آنها اشاره شده، در حال فعالیت به روال سابق است. نظر به کمبود و کمیابی منابع عمومی و لزوم تخصیص بهینه آنها، پیشنهاد می‌شود در کنار تلاش‌های یاد شده سلبی، اقدامات ایجابی به معنایی که در این پژوهش به آنها اشاره شده نیز آغاز شود. اینکه این تغییر خطمشی از واکنش سلبی به واکنش ایجابی چه الزامات و اقتضائاتی دارد، باید به‌طور مشخص در بستر و زیست‌بوم قانونگذاری هر کشور بررسی و پیشنهاد شود.

۲-۱-۴- ضرورت درک ایده اصلی قانونگذاری مدرن برای تحقق قانونگذاری خوب

در این پژوهش قبل از تعریف عمل قانونگذاری در معنای خاص، با نگاهی تاریخی سیر تطور قانونگذاری مدرن به اختصار نشان داده شده است. گفته شد که قانونگذاری به معنای مدرن، در مسیر تحول منابع تولید هنجارهای حقوقی در مرحله آخر، یعنی پس از عرف‌های پراکنده، مهم و غیر نظام‌مند و نیز به دنبال نهضت کدیفیکاسیون، به تدریج ظهور کرد. مؤلفه‌های شکل‌گیری قانونگذاری در معنای مدرن به این ترتیب است: شکل‌گیری دولت‌های مطلقه، زمینه قانونگذاری متمرکز و یکپارچه را فراهم کرد. بدون شکل‌گیری

دولت مطلقه امکان غلبه بر پراکندگی، تشتت و ناسازگاری و عدم تلائم قواعد حقوقی، امری ناممکن بود. به عبارت دیگر، وحدت در نظم حقوقی به دنبال وحدت در ایجاد قواعد حقوقی، ذیل دولت‌های مطلقه ممکن شد. نظریه‌پردازی در خصوص اختیار مطلق حاکم در وضع، نسخ، اصلاح و الغای هنجارهای حقوقی در قرون شانزدهم و هفدهم، در ضمن اولین گام در عقب راندن رقبای مقام حاکم مطلق در قانونگذاری، یعنی شریعت و در نتیجه سکولار شدن عمل قانونگذاری بود؛ امری که با ظهور عصر روشنگری و وقوع انقلاب‌های علمی، تقویت و تثبیت شد.

توضیح داده شد که با ظهور عصر روشنگری، تجربه‌گرایی و عقل‌گرایی مطرح شد و برخی خصایص بر آمده از این گرایش‌ها، همانند سادگی، عینیت، دقت، قطعیت، سازگاری، قابلیت پیش‌بینی، امکان ارزیابی، نظام‌مندی، انسجام و عام‌الشمولی که اغلب در استنتاجات علمی و عقلی وجود داشت، به عالم حقوق و خاصه قانونگذاری راه پیدا کرد. پس از آن، انتظار می‌رفت علاوه بر قوانین علمی حاکم بر طبیعت که مکشوف دانشمندان می‌شود، قوانین اجتماعی از جمله قواعد حقوقی نیز فاقد ابهام، اجمال و ناشناختگی مینا و هدف باشند. این «صنع‌گرایی»، به قول هایک، در بیشترین حد ممکن در عمل قانونگذاری امکان تبلور داشت که عملی متمرکز، هدفمند، از پیش طراحی شده و در اختیار مقامات سیاسی بود. ایده قانونگذاری به این معنا با ظهور مکتب پوزیتیویسم حقوقی کلاسیک که قانون را همان فرمان حاکم می‌انگاشت، با طرح ایده قانون به‌مثابه فرمان حاکم و نیز ایده اعتبار سلسله‌مراتبی قوانین و مقررات و رواج آن در قرن بیستم، به انسجام و یکپارچگی شکلی و محتوایی قوانین کمک شایانی کرد و ایده تمایز و تفکیک قواعد حقوقی از سایر هنجارها، از جمله احکام اخلاقی و مذهبی، را قوام بیشتری بخشید.

گفته شد که با ظهور اندیشه‌های دموکراتیک و مقبولیت نظریه قرارداد اجتماعی، میان این اندیشه‌ها و عمل قانونگذاری نیز پیوند مهمی برقرار شد؛ به طوری که امروزه قانونگذاری در معنای خاص، صرفاً در اختیار و انحصار پارلمان در دموکراسی‌های مبتنی بر نمایندگی فهمیده می‌شود. بدین ترتیب، امروزه نمی‌توان به هر نوع وضع قانون به‌نحو عامدانه، ولو از سوی ارکان و نهادهای دیگر حکومت، در معنای صحیح کلمه عمل قانونگذاری نام نهاد. گفته شد که والدرون، این خصیصه قانونگذاری، یعنی قانونگذاری به نمایندگی، را جزء ذات عمل تقنین می‌داند؛ یعنی وضع، اصلاح و الغای قانون به‌وسیله نهادی که به‌صراحت به این امر اختصاص داده شده که همان مجمعی متشکل از افراد کثیر یا پارلمان است.

تأکید زیاد بر این تحلیل از عمل تقنینی به این سبب است که اکنون، یکی از مسائل مسلم نظام قانونگذاری ایران، تعدد و تنوع نهادهایی هستند که مصوبات خود را قانون می‌نامند در حالی که به خاستگاه‌های نظری مفهوم قانونگذاری بی‌اعتنا هستند. این بی‌اعتنایی، چنان تشتتی در نظام حقوقی ایجاد کرده است که تاکنون امکان ترسیم هرم قوانین و مقررات در ایران را منتفی کرده است؛ امری که حتی

فرایند تدوین و تنقیح قوانین و مقررات به‌عنوان یک اقدام سلبی را با دشواری‌های جدی مواجه کرده است. تشتت در نظام قانونگذاری ایران که در اثر بی‌توجهی به آثار و دلالت‌های معنایی عمل قانونگذاری است، به حدی است که اکنون در سندی که با عنوان «سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری» خطاب به سه قوه ابلاغ شده نیز به آن اشاره شده و به این آشفتگی اذعان شده است. برای نمونه، در بخش آخر بند ۵ این سیاست‌ها مقرر شده است: «... و همچنین طبقه‌بندی و تعیین هرم سیاست‌ها، قوانین و مقررات کشور بر اساس نص یا تفسیر اصول قانون اساسی حسب مورد، از طریق مجلس شورای اسلامی». صرف‌نظر از این ایراد که سیاست‌ها در عداد قوانین و مقررات تلقی شده - که در اینجا محل بحث نیست - این بند نشان می‌دهد که هنوز تصویر و تصور درستی از هرم قوانین و مقررات در نظام هنجارهای حقوقی ایران وجود ندارد و باید سه قوه تلاش کنند که این امر محقق شود. این امر به‌معنای آن است که هنوز جایگاه مصوبات پارلمان، دستکم میان مقامات عمومی، به‌درستی درک نشده است.

با توجه به آنچه در این پژوهش بر اساس سیر تاریخی شکل‌گیری مفهوم قانونگذاری مدرن گفته شد، به‌نظر می‌رسد تا زمانی که اختصاص و انحصار عمل تقنین به پارلمان به‌عنوان یک نهاد نمایندگی دموکراتیک پذیرفته نشود، ترسیم یک نظام هنجاری، حقانی، منسجم و منظم که قادر باشد به‌نحو منطقی انتظام‌بخش امر باشد، ممکن نیست. تردیدی نیست که یکی از اهداف قانونگذاری خوب، غلبه بر بی‌نظمی و به‌هم‌ریختگی زیست‌بوم هنجارهای حقوقی است. همان‌طور که اشاره شد، این امر برای تقویت قطعیت حقوقی و پیش‌بینی‌پذیری رفتارها که در همه عرصه‌های اجتماعی، به‌ویژه فعالیت‌های اقتصادی، امری اجتناب‌ناپذیر است، اهمیتی بنیادین دارد. فهم ما از ایده اصلی قانونگذاری برای تحقق چنین هدفی بسیار ضروری است.

۳-۱-۴- پرهیز از برداشت اراده‌گرایانه از قانونگذاری و تقویت قانونگذاری عقلانی

گفته شد که با ظهور دولت‌های مطلقه، اختیار قانونگذاری از کف مراجع دیگر اقتدار مانند کلیسا (شریعت) و مراکز ریز و درشت قدرت و عرف‌های مبهم و پراکنده، به تدریج به نهاد سلطنت و شخص فرمانروا منتقل شد. در گام بعدی با ظهور اندیشه قرارداد اجتماعی، مبنای اعتبار قدرت به رضایت مردم منتقل شد و شرط اساسی نامیده شدن یک هنجار به‌عنوان قانون، تصویب آن در یک مجمع نمایندگی قلمداد شد. این طرز تلقی که طی آن، تشریفات که وجهه دموکراتیک به مصوبات بدهد و صرف انتساب عمل تقنینی به اراده حاکم (مردم) در اعتباربخشی به قانون، بن‌مایه اصلی برداشت اراده‌گرایانه از قانونگذاری است.

اما به‌کارگیری افراطی قانون به این معنا و بی‌توجهی به پیامدها و آثار آنها، به‌ویژه در اروپا و آمریکا که اندیشه مهندسی اجتماعی و قانونگذاری اجتماعی در ذیل دولت‌های رفاه به کار گرفته شد، به نتایج خسارت‌باری منتهی شد که در این پژوهش از آن با عنوان «بحران کیفیت قوانین و مقررات» یاد

شده است. این بحران که سرآغاز تلاش یا جنبشی با عناوین «قانونگذاری خوب» یا «تنظیم‌گری خوب» محسوب می‌شود، موضوعی است که معرفی آن، بخش اصلی پژوهش حاضر را تشکیل می‌دهد.

حرف اصلی در این تلاش برای ارتقای کیفیت قوانین و مقررات این است که اعتبار دموکراتیک قانون به‌عنوان محصول فرایند قانونگذاری، برای بهره‌مندی از مزایای آن، به‌ویژه در امر برنامه‌ریزی اجتماعی، کافی نیست؛ بلکه قانونگذاری از جهتی، نوعی تصمیم‌گیری عقلانی برای حل مشکلات اجتماعی است. این تصمیم‌گیری، علاوه بر خصلت سیاسی و دموکراتیک، باید حساب‌شده و عقلانی باشد. در اینجا، منظور از عقلانی بودن، بیشتر همان عقلانیت ابزاری و بری است؛ یعنی انتخاب بهترین ابزارها برای حل مشکلاتی که پیش روی مقامات عمومی قرار دارد. در این معنا قانونگذاری یک عمل ساده اداری نیست بلکه محل تلاقی چندین نوع عقلانیت شمرده می‌شود: عقلانیت سیاسی، اقتصادی، اخلاقی، حقوقی و علمی. هنر قانونگذاری به این معنا، برقراری توازن میان این انواع عقلانیت است و همین امر است که عمل قانونگذاری را از یک تصمیم‌گیری ساده و اداری به یک عمل پیچیده و چندوجهی تبدیل می‌کند.

برای دستیابی به هدف برقراری توازن میان انواع عقلانیت‌های بر شمرده شده، طراحی یک نظام اطلاعاتی که نقص فاحش اطلاعات در فرایند قانونگذاری را تا به‌طور نسبی و تا حد ممکن جبران کند و نیز توجه به امر سنجش و ارزیابی آثار قوانین و مقررات در مراحل مختلف وضع یک مداخله تنظیمی، امری لازم شمرده می‌شود. به‌عبارت‌دیگر، کیفیت قانون و قانونگذاری خوب، در گرو پایش مداوم آثار و پیامدهای مصوبات قانونگذاری پیش از قانونگذاری، در حین قانونگذاری و پس‌از آن معرفی شد؛ امری که می‌توان آن را «قانونگذاری چرخه‌ای» نامید. توفیق در ارتقای سطح عقلانیت قوانین و مقررات، نیازمند پیدا کردن منابع اطلاعاتی از طریق جلب مشارکت نهادهای درون و بیرون حکومت، و تأسیس و تجهیز نهادهای متناسب با این کار است. اهتمام به این امر، موجب پدید آمدن مفاهیم جدیدی مانند «قانونگذاری مشارکتی»^۱ و «قانونگذاری شواهدمحور» شده است. در حال حاضر در اتحادیه اروپا و برخی از کشورهای اروپای قاره‌ای، به‌ویژه آلمان، بلژیک و نیز انگلستان و آمریکا، رویه‌های مهم در قالب مصوبات الزام‌آور یا راهنماهای قانونگذاری یا «تنظیم‌گری بهتر» منتشر شده که وجهه عقلانی قانونگذاری را تقویت کرده است و آن را از یک عمل صرف اراده‌گرایانه، به یک عمل حساب‌شده، مسئولانه و همراه با پاسخگویی تبدیل کرده است.

۴-۱-۴- لزوم توجه هم‌زمان به ابعاد مختلف کیفیت قانون به‌عنوان محصول عمل تقنینی

به‌طوری‌که شرح داده شد، قانونگذاری عقلانی، در نهایت به مفهوم ملموس‌تر به وضع قوانین باکیفیت‌تر پیوند زده شده است. مسئله اصلی در این میان آن است که اگر ارتقای کیفیت قوانین و مقررات یک امر اجتناب‌ناپذیر است، این امر چگونه ممکن است؟ در پاسخ به این پرسش گفته شد بر اساس ادبیات

موجود، می‌توان تلاش‌ها برای ارتقای کیفیت قوانین و مقررات به‌عنوان محصول عمل تقنینی را به سه دسته عمده تقسیم‌بندی کرد: (۱) بعد محتوایی یا فنی قانون، (۲) بعد زبانی یا ساختاری قانون، و (۳) بعد حقوقی. بی‌تردید ابعاد یاد شده ممکن است ناقص بوده و ابعاد بیشتری قابل احصا باشند اما برای دستیابی به محصولی از فرایند تقنینی که بتوان آن را ذیل عنوان «قانونگذاری خوب» طبقه‌بندی کرد، توجه هم‌زمان به این سه بعد و بررسی و ارزیابی قوانین و مقررات دستکم از این سه بعد، امری ضروری است.

نخست - بعد فنی یا محتوایی

در بعد فنی یا محتوایی، اصل ایده، خط‌مشی یا راه‌حلی که برای حل یک مسئله پیشنهاد می‌شود، در محور بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد. همان‌طور که گفته شد، انجام این امر در گرو فراهم کردن یک محیط غنی اطلاعاتی است. هر چه منابع دسترسی به اطلاعات فنی و تخصصی برای درک و پیش‌بینی دقیق آثار و پیامدهای یک تصمیم تقنینی، بیشتر و قابل‌اتکاتر باشد، بی‌تردید کیفیت مصوبات تقنینی بهتر خواهد بود. به این منظور، اتکای به منابع موثق امری اساسی است. در این پژوهش، به اختصار به طبقه‌بندی منابع اطلاعاتی از نظر میزان وثاقت و قابلیت اتکا اشاره شده است. در تأمین منابع اطلاعاتی در فرایند قانونگذاری، جلب مشارکت متخصصان، مراکز پژوهشی، ذی‌نفعان و مخاطبان قانون علاوه بر ظرفیت‌های نهادی و کارشناسی خود نهاد مقنن، امری اجتناب‌ناپذیر است؛ این یعنی تحقق عملی و عینی مفهوم قانونگذاری مشارکتی. در ارزیابی محتوای فنی خط‌مشی‌ها، سه شاخص مهم اثربخشی، نتیجه‌بخشی و کارایی به مفهومی که در این پژوهش به آنها اشاره شده در محور سنجش و ارزیابی‌ها قرار دارد. این شاخص‌ها، بهترین و مهمترین ابزار سنجش کیفیت محتوای قوانین و مقررات هستند.

همچنین از منظر تنظیم‌گری، یکی از اصول مهم، توسل به قانونگذاری به‌عنوان آخرین راه‌حل و استفاده از سایر ابزارهای تنظیم‌گری است که مناسب و متناسب با هدفی باشد که دولت به‌عنوان تنظیم‌گر امر عمومی باید به آنها متوسل شود. بنابراین، توجه به تکثر منابع تنظیم امر عمومی و کاستن از فشار بیش از حدی که با استفاده از ابزار فرمان و کنترل بر قانونگذاری به‌عنوان یکی از ابزارهای تنظیم‌گری وارد می‌شود یکی دیگر از موضوعات مهمی است که می‌تواند موجب ارتقای کیفیت قوانین و مقررات شود.

دوم - بعد زبانی - ساختاری

بعد دوم، بعد زبانی - ساختاری قانون است. در قانون‌نویسی به‌عنوان یکی از مراحل اصلی قانونگذاری، استفاده از زبان یکی از دشوارترین مهارت‌ها و فنونی است که لازم است قانونگذار نسبت به آن رویه منسجم و روشنی داشته باشد. از آنجا که کلمات و جملات تنها ابزار انتقال پیام قانونگذار به مخاطب قانون است، هر نوع اختلال در انتقال پیام یاد شده، می‌تواند کل پروژه تقنینی را با شکست مواجه کند. به عبارت دیگر، اگر

قوانین و مقررات خطاب به کسانی صادر می‌شود که بناست رفتار خود را با آن منطبق کنند، لازمه این کار آن است که مخاطبان یاد شده از محتوای آن به‌طور کامل اطلاع حاصل کنند. دستیابی به این هدف، به‌نوبه خود در گرو استفاده از زبان ساده، واضح، روشن، سازگار و قابل فهم است. این ویژگی‌ها در واقع شاخص‌های زبان مناسب در قانونگذاری خوب است. باین‌حال، تنوع موضوعاتی که هدف قانونگذاری قرار می‌گیرد از یک‌سو، و تنوع مخاطبان قوانین و مقررات از سوی دیگر، موجب می‌شود نتوان یک حکم کلی و واحد برای قانون‌نویسی صادر کرد. در این پژوهش، ضمن معرفی رویکرد لایه‌ای به قانون‌نویسی، شیوه رفع تراحم احتمالی میان ارزش‌های بعد زبانی قانون‌نویسی نیز مورد اشاره قرار گرفته است.

علاوه بر زبان قانون، طراحی ساختار شکلی قوانین و مقررات یا فرم و قالبی که کلمات و جملات قانون در آنها جای می‌گیرند، یکی دیگر از موضوعات مهمی است که ذیل این بعد مورد بررسی قرار گرفته است. هدف از معرفی ساختار مناسب متن قانون، دسترسی سریع و آسان به پیام اصلی قانونگذار و طراحی فرمی است که مخاطب قانون را دچار سردرگمی نکند. در این پژوهش به شیوه‌های اصلی طراحی قالب یا ساختار شکلی متن قوانین و مقررات اشاره شده و شیوه مرجح معرفی شده است.

مسئله زبان و ساختار قانون در ایران، اگر از دو بعد دیگر اهمیت بیشتری نداشته باشد، کم‌اهمیت‌تر نیست. علت این امر وجود ساختار غیرمتمرکز و فقدان وجود راهنماها و رویه‌های واحد طراحی متون تقنینی است. در ایران همه وزارتخانه‌ها، دستگاه‌ها و تک‌تک نمایندگان پارلمان، می‌توانند متون پیش‌نویس قوانین و مقررات را تهیه کنند بی‌آنکه در این‌باره تعلیم دیده باشند. اگر یک واحد یا سازمان دولتی یا وابسته به قوه مقننه وجود می‌داشت که خدماتی از این قبیل را به پیشنهاددهندگان قانون ارائه می‌داد، شاید تا حدی این رویه‌های متشتت، قدری منسجم و هماهنگ می‌شد اما در حال حاضر نهادی مانند معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی، صرفاً به بیان وجود ایرادات نگارشی و ویرایشی بسنده می‌کند و قدمی فراتر از این بر نمی‌دارد. همچنین نهاد پژوهشی اختصاصی پارلمان در ایران، یعنی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، به دلیل فقدان نیروی متخصصی که صرفاً به این امر اختصاص داده شده باشند، چندان نمی‌تواند در بهبود زبان قانون اقدام کند. وضعیت در کمیسیون‌های دولت از این هم بدتر است. یعنی از این جهت، هیچ تعلیم رسمی یا رویه واحد عملی خاصی به چشم نمی‌خورد. به همین دلیل لازم است این موضوع، از یک موضوع کم‌اهمیت و حاشیه‌ای، به متن فرایند قانونگذاری آورده شود و برای جبران کاستی‌های این بعد از کیفیت قانون چاره‌اندیشی شود. خوشبختانه در جهان، پیشرفت‌های مهمی در این‌باره انجام شده است که می‌تواند به شکل خردمندانه در نظام قانونگذاری ایران نیز مورد بهره‌برداری قرار گیرد.

سوم - بعد حقوقی

سومین بعد از ابعاد کیفیت قانون به‌عنوان محصول عمل قانونگذاری، بعد حقوقی است. منظور از کیفیت حقوقی قانونگذاری، توجه به شرایط و آیین‌هایی است که قانون با رعایت آنها واجد اعتبار حقوقی می‌شود و به نظام حقوقی یک کشور ملحق می‌شود. به دلایل مختلفی که در این پژوهش به آنها اشاره شده است، در حال حاضر اعتبار و آثار حقوقی وضع یک هنجار از بعد حقوقی، صرفاً به چگونگی ورود یا پیوند آن به نظام حقوقی ملی ختم نمی‌شود. در عصر ما، نظامات بین‌المللی و فراملی متعددی وجود دارند که تصویب یک قانون یا مقرر، باید با ملاحظه و رعایت الزاماتی که از این حقوق فراملی یا بین‌المللی ناشی می‌شوند، انجام شود. بنابراین، بحث سلسله‌مراتب هنجارها در معنای کلاسیک خود، به سبب تحول مفهوم حاکمیت اکنون ابعاد جدید، گسترده و مهمی پیدا کرده است که بی‌مبالاتی و بی‌توجهی به آنها، در بالاترین حد خود می‌تواند زمینه مسئولیت بین‌المللی نهادهای مختلف و اشخاص یک کشور را فراهم کند. از این‌رو خطمشی‌گذار و واضع قوانین و مقررات باید به این الزامات در کل فرایند مربوطه توجه کامل داشته باشند.

در مرتبه بعد، رعایت چارچوب‌های قانون اساسی به‌عنوان محمل اصلی تصریح و شناسایی شرایط اعتبار قانون و نیز سندی که در آن محدوده صلاحیت قوه مقنن بیان شده، باید در هنگام نگارش قوانین مورد توجه متولیان امر باشد. بی‌تردید، یک پروژه تقنینی در صورت بی‌توجهی به چارچوب‌های تعیین‌شده در قانون اساسی و یا تفسیر اصول آن از سوی نهاد مفسر قانون اساسی، می‌تواند با بن‌بست‌های جدی مواجه شود. این امر، علاوه بر شناخت دقیق از مفاد قانون اساسی، مستلزم آگاهی از نظرات تفسیری و حتی دیدگاه‌های کسانی است که صلاحیت تفسیر قانون اساسی را دارند.

پس از قانون اساسی و تفسیر آن، یکی از قوانینی که معمولاً حاوی بیشترین و مهم‌ترین قواعد درباره نحوه اعمال صلاحیت قانونگذاری به‌طور تفصیلی است، آیین‌نامه داخلی یا آیین کار پارلمان است. رعایت مفاد این قانون از نظر طی تشریفات صحیح قانونگذاری از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است. اما اهمیت این قانون از منظر کیفیت قوانین و بهبود فرایند قانونگذاری در این است که بسیاری از اصلاحات و نوآوری‌ها برای ارتقای نظام قانونگذاری، از طریق این قانون شذنی است و لذا بسیاری از ایده‌های مطرح‌شده در این پژوهش، می‌تواند از این طریق جامه عمل به خود بپوشد. از آنجا که فنون قانونگذاری از پویایی بالایی برخوردار است، این تغییرات و تحولات سریع مانند استفاده از فناوری‌های نو در قانونگذاری، می‌تواند در قانون آیین‌نامه داخلی منعکس شود.

تردیدی نیست که با توجه به ویژگی‌های هر نظام حقوقی، محصول فرایند قانونگذاری باید با برخی هنجارهای حقوقی الزام‌آور دیگری نیز منطبق باشد. در نظام حقوقی ایران، به‌دلیل ویژگی‌های

خاصی که دارد، برخی چارچوب‌های دیگر مانند سند چشم‌انداز و سیاست‌های کلی نظام که از سوی رهبری ابلاغ می‌شود نیز باید مد نظر دست‌اندرکاران قانونگذاری قرار گیرد که همین امر، بر پیچیدگی و دشواری کار می‌افزاید. همچنین رعایت قوانینی که مبنای برنامه‌های بلندمدت کشور محسوب می‌شوند و با نصاب بالاتری از نصاب قوانین عادی در پارلمان تصویب می‌شوند نیز همچون چارچوبی برای عمل تقنینی محسوب می‌شوند؛ اما واضح است که اینها از اختصاصات نظام حقوقی ایران است که باید در مطالعه خاص نظام قانونگذاری ایران مورد بررسی قرار گیرد.

آخرین بحثی که در بخش بعد حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است، انواع اصول حقوقی است. اصول حقوقی که برخاسته از عقل سلیم، تجربه، نظم اشیاء و طبیعت امور و رویه‌های طولانی متبع اغلب جهانی است، همچون چراغ راهنمایی برای کنش‌های حقوقی، به‌ویژه قانونگذاری، عمل می‌کند. تردیدی نیست که اصول حاکم بر فرایند قانونگذاری، صرفاً به اصول حقوقی ختم نمی‌شود. برای مثال، اصل عدم توسل به قانونگذاری در تنظیم‌گری، اصل ضرورت، اصل تناسب، و اصل عقلانی‌بودن که بیشتر در بخش خط‌مشی‌گذاری به کار می‌آیند، پیش‌تر مورد اشاره قرار گرفته است. همچنین برخی اصول حاکم بر آرایش سازمان‌ها و نهادهای دخیل در امر قانونگذاری، مانند محوریت کمیسیون‌های پارلمانی در امر قانونگذاری، اصل محوریت قوه مجریه در ابتکار قانونگذاری، اصل پرمناقشه تفویض یا عدم تفویض در قانونگذاری، یا در آثار سایر نویسندگان به آنها پرداخته شده یا مانند مورد اخیر، نیازمند زمان بیشتری برای پژوهش در مطالعات آینده است. آنچه در اینجا بر آن تأکید می‌شود اصولی است که میان جامعه حقوقدانان، جزء الزامات مسلم یک کنش حقوقی، از جمله قانونگذاری، است و باید از سوی قانونگذار، قاضی و مجری رعایت شود. واضح است که تعداد این اصول بسیار زیاد است و خود موضوع پژوهش‌هایی جداگانه است اما در نوشتار حاضر، به برخی از مهم‌ترین آنها، به‌ویژه آنهایی که با امر تقنین بیشترین ارتباط را دارند، اشاره شده است.

۲-۴- پیشنهادهایی برای پژوهش‌های آینده

چنانکه گفته شد، هدف از انجام این پژوهش، کمک به ارتقای کیفیت قوانین و مقررات و افزایش کارآمدی نظام قانونگذاری در ایران است. اما این کار منوط به داشتن یک چارچوب نظری منسجم و دیدگاه روشن درباره امر تقنین و ابعاد پیچیده آن است. تلاش شده در پژوهش حاضر با استفاده از دستاوردهای مطالعات قانونگذاری، تا حدی برخی مفاهیم بنیادین و ابزارهای نظری مهم برای مطالعه مورد خاص ایران، فراهم شود. در واقع این بخش از پژوهش می‌تواند به‌مثابه چارچوب نظری مطالعه مورد ایران مورد استفاده قرار گیرد. نظام قانونگذاری ایران به سبب دارا بودن ویژگی‌های سیاسی خاص، مورد منحصربه‌فردی است و این خاص بودن، قطعاً باید مورد توجه هر پژوهشگری قرار گیرد. اما نمی‌توان انکار کرد که برخورداری از

دستاوردهای یک نظام قانونگذاری مدرن، اولاً شناخت شرایط و لوازم آن است، و ثانیاً، بازسازی و بازطراحی نظام یاد شده بر اساس شناخت تفصیلی یاد شده است.

به این منظور و در راستای تکمیل این پژوهش، دو پیشنهاد ارائه می‌شود: نخست، مطالعه تطبیقی تفصیلی تجربه‌های موفق که در دنیا در راستای اصلاح نظام قانونگذاری و ارتقای کیفیت قوانین انجام شده است. این مطالعه می‌تواند به دستاوردهای ارتقای کیفیت قوانین و مقررات در حوزه فعالیت‌های اقتصادی و حوزه کسب‌وکار محدود شود. چنین پژوهشی می‌تواند علم اجمالی حاصل شده از سازوکارهای ارتقای کیفیت قوانین را به علم تفصیلی تبدیل کند و زمینه را برای ابداع و اقتباس‌های خردمندان در نظام داخلی فراهم کند. دوم و مهم‌تر اینکه نظام قانونگذاری ایران، خاصه در حوزه قوانین و مقررات اقتصادی و بازرگانی و حوزه کسب‌وکار، بر اساس معیارهای معرفی‌شده در این پژوهش، مورد مطالعه انتقادی قرار گیرد.

فهرست منابع

الف - منابع فارسی

- ۱- اسلامی پناه، علی، مقدمه علم حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۹.
- ۲- امام وردی، محمدحسن، «ابهام‌زدایی از طریق ویرایش قانون»، حقوق خصوصی، دوره ۱۳، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، صص ۲۳۱-۲۰۹.
- ۳- انصاری، باقر، اصول و فنون قانونگذاری، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۹.
- ۴- انگ، سوین، «تورم تقنینی و کیفیت قانون»، در: حسن و کیلیان (تألیف و ترجمه)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
- ۵- بولانژه، ژان، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۶، سال ۱۳۷۶، صص ۱۰۰-۷۳.
- ۶- بیکس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ و دیگران، چاپ دوم، تهران: نشر نی، ۱۳۹۳.
- ۷- پتفت، آرین و احمد مرکزالمیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری (ویراست دوم)، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۷.
- ۸- پدram، مسعود، سپهر عمومی، روایتی دیگر از سیاست، تهران: نشر یادآوران، ۱۳۸۸.
- ۹- پوجی، جانفرانکو، تکوین دولت مدرن، درآمدی جامعه‌شناختی، ترجمه بهزاد باشی، تهران: نشر آگاه، ۱۳۷۷.
- ۱۰- توری کارلو، «قانونگذاری امری میان سیاست و حقوق»، در: حسن و کیلیان (تألیف و ترجمه)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
- ۱۱- جونز، و. ت. خداوندان اندیشه سیاسی، ترجمه علی رامین، جلد دوم، قسمت دوم، چاپ نهم، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۴.
- ۱۲- حبیب‌نژاد، سید احمد و زهرا عامری، «قانون‌نویسی در نظام تقنینی ایران در پرتو مدل‌های پیش‌نویس‌نگاری تقنینی»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و هفتم، شماره یک‌صد و دوم، تابستان ۱۳۹۹، صص ۲۶۵-۲۴۱.
- ۱۳- زانتاکی، هلن، قانون‌نویسی، هنر و فناوری قواعد تنظیم‌گری، ترجمه حسن و کیلیان، تهران: انتشارات سمت، ۱۴۰۰.
- ۱۴- شلوختر، ولفگانگ، «پیدایش عقلانیت غربی از دیدگاه ماکس وبر»، در: عقلانیت و آزادی، مقالاتی از ماکس



- ویر و درباره ماکس وبر، ترجمه یدالله موقن و احمد تدین، تهران: انتشارات هرمس، ۱۳۷۹.
- ۱۵- صفایی، سیدحسین، محمدجواد شریعت‌باقری، «تأملاتی پیرامون فرض حکمت قانونگذار»، فصلنامه علمی دانشنامه‌های حقوقی، دوره ۴، شماره ۱۱، سال ۱۴۰۰، صص: ۱۴-۷.
- ۱۶- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هفتم، تهران: انتشارات گنج دانش، سال ۱۴۰۰.
- ۱۷- رحمت‌اللهی، حسین و فاطمه یزدی‌زاده البرز، «اخلاقیات درونی قانون در اندیشه لئون فولر»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۶، مرداد ۱۳۹۸، صص ۱۶۸-۱۴۷.
- ۱۸- فاستر، مایکل ب. خداوندان اندیشه سیاسی، ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، جلد اول، قسمت دوم، چاپ نهم، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۴.
- ۱۹- فاوورو، لویی، دادگاه‌های قانون اساسی، الگوی اروپایی دادرسی اساسی، ترجمه علی‌اکبر گرجی از ندریانی، ویرایش دوم، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
- ۲۰- فتحی، محمد، کاظم کوهی‌اصفهان‌نی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ص ۱۳۹۶.
- ۲۱- فروند، ژولین، جامعه‌شناسی ماکس وبر، ترجمه عبدالحسین نیک‌گهر، چاپ اول، تهران: توتیا، ۱۳۸۳.
- ۲۲- قاضی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ بیست‌وچهارم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ بیستم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴.
- ۲۴- کلسن، هانس، نظریه محض حقوق و دولت، ترجمه محمدحسین تمدن‌جهرمی، تهران: انتشارات سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۴.
- ۲۵- کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، چاپ دوم، تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۸.
- ۲۶- کوئن، جی مویل، «ارتقای کارآمدی رویه‌های تقنینی پارلمان»، در: حسن و کیلیان (تألیف و ترجمه)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
- ۲۷- گروباد، استیون، «دموکراسی»، در فرهنگ اندیشه سیاسی، سرویراستار فلیپ وینر، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران: نشر نی، ۱۳۹۸.
- ۲۸- گل محمدی، احمد، چیستی، تحول و چشم‌انداز دولت، تهران: نشر نی، ۱۳۹۲.
- ۲۹- لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.

- ۳۰- لوین، مایکل، قرارداد اجتماعی، در فیلیپ پی وینر، فرهنگ اندیشه‌های سیاسی، ترجمه خشایار دیبیمی، تهران: نشر نی، چاپ پنجم، ۱۳۹۲.
- ۳۱- مرکزالمیری، احمد، الزامات شناسایی قوانین و مقررات محل کسب‌وکار، تهران: راه طلایی، به سفارش: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، مجری طرح: شورای گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی، ۱۴۰۰.
- ۳۲- مرکزالمیری، احمد و مهدی مهدی‌زاده، «قانونگذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ۴۷، تابستان ۱۳۹۴، صص ۱۸۴-۱۵۷.
- ۳۳- مرمور، آندره، تفسیر و نظریه حقوقی، ترجمه محمدحسین جعفری و مهسا شعبانی، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۰.
- ۳۴- مهدی‌زاده، مهدی، «باتلاق مقررات نجومی»، روزنامه دنیای اقتصاد، شماره ۵۲۹۳، ۱۴۰۰/۷/۲۷.
- ۳۵- والدرون، جرمی، قانونگذاری، مفاهیم، نظریه‌ها و اصول، ترجمه حسن و کیلیان، تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۷.
- ۳۶- وبر، ماکس، اقتصاد و جامعه، ترجمه عباس منوچهری، مرداد ترابی‌نژاد و مصطفی عمادزاده، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴.
- ۳۷- و کیلیان، حسن، و احمد مرکزالمیری، «مقدمه‌ای بر فلسفه قانونگذاری، در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هجدهم، شماره ۵۱، ۱۳۹۵، صص ۵۴-۲۹.
- ۳۸- ویژه، محمدرضا، «امنیت حقوقی به مثابه شرط تحقق امنیت قضایی»، مجله راهبرد، شماره پنجاه‌وهشتم، سال بیستم، ۱۳۹۰، صص ۱۳۰-۹۵.
- ۳۹- هابز، توماس، لویاتان، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۰.
- ۴۰- هارت، هربرت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰.
- ۴۱- هایک، فردریش فون، قانون، قانونگذاری و آزادی، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی نژاد، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
- ۴۲- هداوند، مهدی و فرهاد جم، «مفهوم دولت تنظیم‌گر: تحلیل تنظیم‌گری به مثابه ابزار حکمرانی»، راهبرد، سال ۳۰، شماره ۹۹، تابستان ۱۴۰۰، صص ۲۶۶-۲۲۷.
- ۴۳- هیوود، اندرو، سیاست، ترجمه عبدالرحمن عالم، تهران: نشر نی، ۱۳۸۹.



ب - منابع انگلیسی

1. Allen, J. W, A History of Political Thought in the Sixteenth Century, second edition, London, Methuen & CO LTD, 1928.
2. Aitken, Victoria, E, An Exposition of Legislative Quality and Its Relevance for Effective Development, 2013, available online at:
3. www.luc.edu/media/lucedu/prolaw/.../AITKEN%20FINAL%20ARTICLE.pdf
4. Anthony, Aust, Anthony, Handbook of International Law, (second Edition), Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
5. Atienza, Manuel, Practical Reason and Legislation, Ratio Juris, Vol 5, 3December 1992, pp.87-269.
6. Badescu, Mihai, Legislative Inflation, An Important Cause of the Dysfunctions Existing in Contemporary Public Administration, Journal of Judicial Tribunal, Vol 7, issue 2, June 2018.
7. Baldwin, Robert, Martin Cave and Martin Lodge, Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice, (second edition), Oxford, Oxford University Press, 2012.
8. Bendor, Ariel and Sharon Yadin, Regulation and The Separation of Powers, Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol, 28, No. 2, 2019. pp.357-386.
9. Better Regulation Task Force, Routes to Better Regulation, December 2005, available online at: https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/routes_to_better_regulation.pdf
10. Boyka Ivaylova, Cherneva, Legal Security as a Principle in Lawmaking, Globalization, the State and the Individual, No 2, (14), 2017, pp23-29.
11. Calabresi, Guido, "A common Law for the Age of Statutes", Cambridge Mass, Harvard University Press, 1982.
12. Cole, Daniel, H. and Peter Z. Grossman, When Is Command-and-Control Efficient? Institutions, Technology, and The Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection, Wisconsin Law Review, 1999, pp.887-938.
13. Dickerson, Reed, Materials on Legal Drafting, St. Paul, Minn.: West Publishing Co, 1981.
14. Dickerson, Reed, The Fundamentals of Legal Drafting, 2nd edition, Little Brown & Co.

- Toronto, 1986.
15. Fluckiger, Alexandre, The Ambiguous Principle of the Clarity of Law, in Anne Wagner et al (eds), *Obscurity and Clarity in the Law*, Aldershot: Ashgate, 2008, pp.9-24.
 16. Feldman, Robin, Historical Perspective on Law and Science, *Stanford Technology Law Review*, 2009, Vol 1. pp.1-25.
 17. Florijn, N. A, Quality of Legislation: A Law and Development Project, in J, Arnscheidt, B. Van Rooij and J. M. Otto (eds), *Law Making For Development*, Leiden University Press, 2008, pp.75-90.
 18. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, United State of America, Yale University, 1969.
 19. Gomez, Virgilio Zapatero, *The Art of Legislating*, Switzerland, Springer, 2019.
 20. Grimm, Dieter, Types of Constitutions, in Michle Rosenfeld and Andras Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford Constitution of the World, 2012.
 21. Habermas, Jurgen, Sara Lennox and Frank Lennox, *The Public Sphere: An Encyclopedia Article*, New German Critique, Duke University Press, 1974, pp. 49-55.
 22. Hant, Brian, Plain Language in Legislative Drafting: Is It Really the Answer? *Statute Law Review*, 22, 2001. Pp.25-39.
 23. Harris, Philip, *An Introduction to Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
 24. Hood, Christopher C., *The Tools of Government*, London, The Macmillan Press LTD, 1983.
 25. Jacobs, Scott, H, An Overview of Regulatory Impact Analysis in OECD Countries, in OECD, *Regulatory Impact Assessment, Best Prctice in OECD Countries*, OECD, 1997, p. 14.
 26. Kalberg, Stephen, Max Weber's Types of Rationality; Cornerstones for the Analysis of Rationalization Process in History, *The American Journal of Sociology*, Vol. 85. No 5.(Mar. 1980) pp.1145-1179.
 27. Karpen, Ulrich, Efficacy, Effectiveness, Efficiency: From Judicial to Managerial Rationality, in Klaus Meßerschmidt, *Rational Lawmaking under Review*, Switzerland, Springer, 2016.
 28. Kealy, Sean J. and Alex Forney, The Reliability of Evidence in Evidence-Based Legislation, *European Journal of Law Reform*, 20, 1. 2018, pp.40- 66.



29. Kimble, Joseph, Answering the Critics of Plain Language, *The Scribe Journal of Legal Writing*, 1995-1996, 5: pp.51-85.
30. Kinsella, Stephan, Legislation and Discovery of Law in a Free Society, *Journal of Libertarian Studies*, 11 (2), 1995, pp. 132-181.
31. Kiralfy, K.R. Law Reform by Fictions, Equity and Legislation in English Legal History, *The American Journal of Legal History*, Vol 10. Issue 1. January 1966. P. 3.
32. Lesaffer, Randall, *European Legal History, A Cultural and Political Perspective*, Translated by Jan Arriens, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
33. Levi-Faur, David, The Expansion of Regulation in Welfare Governance, *The Annals of American Academy and Social Science*, 691, September 2020, pp.17-29.
34. Mackaay, Ejan, Legislation and Codification, in Christopher Berry Gray, *The Philosophy of Law, An Encyclopedia*, New York, Routledge, 2012. pp.491-493.
35. Majone, Giandomenico, From the Positive to Regulatory State: Cause and Consequences of Changes in the Mode of Governance, *Journal of Public Policy*, Vol 17, No 2, 1997, pp. 139- 167.
36. Mccubbins, Mathew, D, and Daniel, B. Rodriguez, Statutory Meanings, Driving Interpretative Principles from a Theory of Communication and Lawmaking, *Brooklyn Law Review*, Vol 76: 3.
37. Mezey, Michal, I, *Representative Democracy, Legislators and Their Constituents*, United Kingdom, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2008.
38. Morrall III, John, F, An Assessment of the US Regulatory Impact Analysis Programme, in OECD, *Regulatory Impact Assessment, Best Prctice in OECD Countries*, OECD, 1997.
39. Morrow, John, *History of Western Political Thought: A Thematic Introduction*, Second Edition, London, Palgrave Macmillan, 2005.
40. Mousmouti, Maria , Operationalizing Quality of Legislation through the Effectiveness Test, *Legisprudence*, 6:2, 2012, pp.191-205.
41. Mousmouti, Maria, Designing Effective Legislation”, Elgar Online, 2019, available online at: <https://www.elgaronline.com/display/9781788118224.xml>
42. Newman, Olivia, The Right to Know Your Rights, *The University of Chicago Press*, Vol 49, No. 4. 2017, available online at: <https://www.jstor.org/stable/48570472>

43. Onoge, Elohor Stephani, *Structutr of Legislation: A Paradigm for Accessibility and Effectiveness*, Institute of Advanced Legal Studies, University of London, 2013-2014.
44. Otto, J. M., W. S. R. Stoter, and J. Arnscheidt, "Using Legislative Theory to Improve and Development Projects", in J. Arnscheidt, B. Van Rooij, J. M. Otto, *Lawmaking for Development, Exploration into the Theory and Practice of International Projects*, Leiden University Press. 2008, pp. 53-74.
45. Page, Edward, C, *Law and Construction of Policy: A Comparative Analysis*, 2014, available online at: <https://www.psa.ac.uk/sites/default/files/conference/papers/2016/PagePSAPaper.pdf>
46. Pak, Un, Jong, *Kelsen's Pure Theory of Law from Perspective of Globalization*, *Journal of Korean Law*, Vol 9, 2009, pp. 147-160.
47. Popelier, Patricia, *Legal Certainty and Principles of Proper Law Making*, *European Journal of Law Reform*, 321, 2000, pp. 321-342.
48. Popelier, Patricia, *Legal Certainty and the European Courts: Accessibility and Legitimate Expectations As Standards of Resonableness*, in Mark Fenwick, Mathias Sieme and Stefan Wrбка (eds) *The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparaive and Transnational Law*, Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 29-54.
49. Potrzyszcz, Jadwiga, *Legalm Security-Synthetic Presentation*, *OL PAN*, 2016, pp. 140-152.
50. Powell, John A. and Stephen M. Menendian, *Remaking Law: Moving Beyond Enlightenment Jurisprudence*, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 54, No 4. 2010. pp. 1034-1116.
51. Rachlinski, Jeffrey, J, *Evidence-Based Law*, *Cornell Law Review*, Vol 96, issue 4, 2011. pp. 901-924.
52. Richard Boyle, *Regulatory Reform: Lessons from International Experience*, CPMR Discussion Paper 12, available online at: https://www.ipa.ie/_fileUpload/Documents/CPMR_DP_12_Regulatory_Reform_Lessons_International_Experience.pdf
53. Robilant, Ann di, *Genealogies of Soft Law*, *American Journal of Comparative Law*, Vol 54, No. 3. pp. 499-554.
54. Rosenfeld, Michle, *Can Constitutionalism, Secularism and Religion Be Reconciled in an Era of Globalization and Religion Revival?* *Cardozo Law Review*, Vol 30, 6, 2009.
55. Uusitalo, Lisa, "Efficiency, Effectiveness and Legitimation: Criteria for the Evaluation of

- Norms”, *Ratio Juris*, Vol 2, No 2. July 1989. pp.194-201.
56. Seidman, Ann and Robert Seidman, *ILTAM: Drafting Evidence-Based Legislation for Democratic Social Change*, Boston University Press, 2009, pp. 435-485.
57. Sieber, Ulrich, “Legal Order in a Global World, The Development of Fragmented System of National, International, and Private Norms”, in A. Von Bogdandy and R. Wolfrum (eds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volum 14, 2010, pp. 1-49.
58. Scalia, Antonion, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997.
59. Sunstein, Cass, R, *Risk and Reason. Safety, Law and Environment*, Cambridge, Cambridge University Press.
60. Tom, Christiano, and Sameer Bajaj, *Democracy*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2022 Edition, available online at:
61. <https://plato.stanford.edu/entries/democracy/>
62. Voermans, Wim, *Concerns about the Quality of EU Legislation: What kind Of Problem, By What Kind of Standards?*, *Erasmus Law Review*, Vol, 2. No 1, 2009, pp 59-95.
63. Wacks, Raymond, *Philosophy of Law, A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp21-22.
64. Wahlgren, Peter, *The Legitimacy Sphere: Between Law, Culture, Politics and Enforceability*, *Scandinavian Studies in Law*, Vol 56, pp.428-440.
65. Waldron, Jeremy, *Dignity of legislation*, *Maryland Law Review*, Vol, 54, No. 2. 1995, pp.663-665.
66. Waldron, Jeremy, *Legislation*, in *Philosophy of Law and Legal Theory*, Golding, M.P. and Edmundson, W.A., (eds), Malden, Blackwell Publishing Ltd, 2005, pp: 236-247.
67. Watson-Brown, Antony, *In Search of Plain English-The Holly Grail or Mythical Excalibur of Legislative Drafting*, *Statute Law Review*, 33, 1, 2012. Pp. 7-23.
68. Williams, Christopher, *Changing with the Times: The Evolution of Plain Language in the Legal Sphere*, *Alicante Journal of English Studies*, 28, 2015, pp. 183-204.
69. Wintgens, Luc, *Legisprudence, Practical Reasoning in Legislation*, England, Ashgate Publishing Limited, 2012.
70. Wintgens, Luc ,J, *The Rational Legislator Revisted, Bounded Rationality and Legisprudence*,

- in Luc J. Wintgens and A. Daniwel Oliver- Lalana (eds), *The Rationality and Justification of Legislation*, Switzerland, Springer International Publishing, 2013, pp. 1-34.
71. Wroblewsky, Jerzy, *A Model of Rational Law-making*, *Social Philosophy*, Vol 65, No 2. 1979, pp. 187-201.
72. Xanthaki, Helen, *On Transferability of Legislative Solutions*, in Constantin Stefanou and Helen Xanthaki (eds), *Functionality Test in Drafting Legislation, A Modern Approach*, , Ashgate, 2008.
73. Xanthaki, Helen, *The Limits of Legislation as a Product*, *The Israeli Journal of Legislation*, 11, 2018. Pp. 153-172.
74. Zamboni, Mauro, *The Policy of Law: A Legal Theoretical Framework*, Oxford, Hart Publishing 2007.
75. Zimmerman, Richard, *Codification*, *European Review of Contract Law*, Vol 8. No. 4. 2012, pp. 367-399.