

## علم قانونگذاری در سایه حقوق اساسی

محسن قاسمی

### چکیده

علم قانونگذاری دانشی است که علم ریاضی و علم طبیعت را پیروی که درود تحت تأثیر حکامیت اجمل بر روی نظریه قرارداد اجتماعی میسر بر طبیعت و تحت عمومی و اشتراک خویش رویی و خودمختاری را چندی پیش مورد ملاحظاتی بود. ملاحظاتی که در گذشته بود اما در مباحثی اخیر با اشکال حقوق مرسوم بودند این امری که در قانون اساسی می باشد مشاهده می شود. در حقوق اساسی در حقوقی به قانون روشن ها و اصول تعیین یا نهاد از نظریه های حقوقی اصول مشتمل در حقوق اساسی بر رویه قضایی و دستگاه های قانون اساسی روی آورده است. نظریه های تلاش حقوقدانان و دولت های قانونگذار و توسعه آنها به روشن ها و دست آورده های علوم اجتماعی گوناگون بود. بحث تکوین تدوین علم به نام علم قانونگذاری است.

### فهرست مطالب

#### کلیات

الف) مراحل و اصول روش شناختی قانونگذاری

ب) لوازم و اصول حقوقی قانونگذاری

ج) وضعیت و جایگاه قانونگذاری به عنوان یک علم

نتیجه: تکوین علم قانونگذاری

### کلیات

حقوقدانان از زمانی که قانون تبدیل به مهمترین منبع حقوق موضوعه شده است نقش بزرگی را در فرآیند قانونگذاری ایفا می‌کنند، اما از آموزه‌ها و معلومات روشمند (متدبک)<sup>۲</sup> لازم برخوردار نیستند.

گرچه دکترین حقوقی، مجموعه‌ای قابل توجه از معلومات، اصول و روشهای ناظر بر تفسیر و اجرای قانون را فراهم کرده است، اما تا همین اواخر از پرداختن به اصول و روشهای قانونگذاری غفلت کرده و حقوقدانان علی‌رغم حفظ و ارتقاء نقش مهم و تاثیرگذار خود در فرآیند قانونگذاری، هیچ کاری در خصوص تبیین، تدوین و ارتقا اصول و روشهای هادی این نقش نکرده‌اند.

علت این وضعیت متناقض را باید در منزلت و جایگاه ویژه قانونگذاری در مقایسه با اجرای قانون جستجو کرد. زیرا تقنین فرآیندی کاملاً سیاسی به شمار می‌آید، حال آنکه تفسیر و اجرای قانون، مقوله‌ای صرفاً حقوقی تلقی می‌شود. به همین خاطر است که تا چندی پیش، هیچ قاعده‌ای که حاوی اصول ارتقاء کیفی قانونگذاری (محتوای قانون) باشد، وجود نداشت، اما آیین شکلی وضع و تصویب قانون و تشریفات مربوط به آن به طور کامل و دقیق، تعیین، تنظیم و پیش‌بینی شده بود.<sup>۳</sup>

حداقل دو عامل زیر را باید در بروز چنین وضعیتی مؤثر دانست:

۱- براساس نظریه قرارداد اجتماعی (که مبنای تشکیل جوامع سیاسی و حکومت در عصر جدید است) قانون مظهر و تجلیگاه اراده‌ای تلقی می‌شود که مشروعیت خود را از فرآیندی مردم سالارانه (دموکراتیک) می‌گیرد. به عبارت دیگر قانون مظهر اراده عمومی است و تقنین، مقوله‌ای ارادی<sup>۴</sup> و از سنخ جعل و آفرینش به شمار می‌آید و نه مقوله‌ای معرفتی و

<sup>۲</sup>- Préceptes méthodiques.

<sup>۳</sup>- Charles-Albert Morand, «Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation», in *Revue Droit et Société*, N.10-1988, p.408.

<sup>۴</sup>- Acte de volonté.

شناختی<sup>۵</sup> (کشفی) که مشروعیت و اعتبار<sup>۶</sup> خود را مدیون محتوا و یا ثمرات و آثار مطلوب و به حق خود باشد.<sup>۷</sup>

بدین خاطر بر لزوم تبعیت قانونگذاری از یک سری قواعد شکلی و آیین خاص (تشریفات معین) تاکید می‌شود. اما هیچ آموزه، تعلیم و قاعده‌ای در خصوص ارتقاء محتوا و نتایج و آثار قانون وجود ندارد.

۲- عامل دوم، فقدان سیستم (رژیم) منظم نظری و ماهوی خاص قانونگذاری در حقوق است؛ به طوری که روشهای تفسیری که به کار تعیین مفهوم و مدلول هنجارهای حقوقی موجود می‌آیند، هیچ کمکی به فرآیند خلاق قانونگذاری نمی‌کنند. با این همه نشانه‌هایی از تحول و دگرگونی هویدا گشته است:

در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته<sup>۸</sup> و سیستم نظارت بر اجرای اصول مندرج در این قانون، فعالیت قانونگذار (قوه مقننه) بی‌قید و بند نیست و چهارچوب و حدود معینی دارد. برخی از حقوق (حق‌ها)<sup>۹</sup> یا اصول اساسی همانند برابری در مقابل قانون<sup>۱۰</sup>، و یا اصل تناسب<sup>۱۱</sup>، قانونگذار را ملزم به رعایت حداقلی از قواعد عقلانیت حقوقی می‌کند. کنترل و نظارت قضایی بر اعمال مراجع قانونگذاری نیز در همین راستا است.<sup>۱۲</sup>

اما این نظارت، در عمل، مشکل و گاه ناممکن است. بدین جهت قاضی قانون اساسی<sup>۱۳</sup> می‌تواند قانونگذار را مکلف به رعایت یک سری اصول معین ناظر به روش تقنین نماید و بدین طریق نظارت دقیقتر و آسانتر خود بر فعالیت مراجع تقنینی را به واسطه افزایش شفافیت فرآیند قانونگذاری، تضمین کند و این همانی است که دادگاه قانون اساسی آلمان<sup>۱۴</sup> انجام داده

<sup>۵</sup>- Acte de connaissances.

<sup>۶</sup>- Légitimité-Validité.

<sup>۷</sup>- روسو (ژان ژاک)، *قرارداد اجتماعی*، متن و در زمینه متن، با تحریر و تحشیه ژرارشومین، آندره سینک، کلود مورالی، ژوزه مدینا، ترجمه دکتر مرتضی کلاتریان، تهران، آگاه، ۱۳۷۹، ص ۹۳ به بعد. ت جونز، خداوندان اندیشه سیاسی، ج ۲، ترجمه علی رامین، تهران، امیرکبیر، ص ۹۲۸ به بعد.

<sup>۸</sup>- Constitution écrite.

<sup>۹</sup>- Droits-Rights.

<sup>۱۰</sup>- Principe d'égalité.

<sup>۱۱</sup>- Principe de proportionnalité.

<sup>۱۲</sup>- Charles-Albert Morand, *op.cit.*, p.408-409.

<sup>۱۳</sup>- Le juge constitutionnel.

<sup>۱۴</sup>- Cour constitutionnelle allemande.

است.<sup>۱۵</sup> اتخاذ چنین راهکاری از سوی این دادگاه از این رو بوده است که، در کشور آلمان روش قانونگذاری طی پانزده سال اخیر به واسطه پیشرفت علوم اجتماعی، ارتقاء یافته است، به طوری که در جامعه علمی این کشور رشته جدیدی پدید آمده که در حال رشد و توسعه روزافزون بوده و تا به حال معلومات گسترده‌ای را به ارمغان آورده است. این نظام معرفتی تفاوت آشکاری با دیگر قلمروهای فرهنگ حقوقی دارد و موجب نفوذ دسته‌ای از اصول و لوازم عقلانیت و روش قانونگذاری در حقوق شده است.<sup>۱۶</sup>

در اینجا ابتدا به بررسی مراحل و اصول روش شناختی قانونگذاری و آموزه‌های روش قانونگذاری در آلمان که به سطح اصول قانون اساسی ارتقا یافته‌اند، می‌پردازیم و سپس لوازم و اصول حقوقی تقنین را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

#### الف) مراحل و اصول روش شناختی قانونگذاری<sup>۱۷</sup>

روش قانونگذاری بخشی از علم قانونگذاری<sup>۱۸</sup> است که تبیین و ارزیابی الگوی سلوک و رفتار روشمند و حساب شده در ایجاد و تولید هنجارهای حقوقی را مد نظر دارد. این روش مشتمل بر تجزیه و تحلیل فرآیند وضع این هنجارها به مراحل و مقاطع متعدد و فراهم آوردن آموزه‌ها و تعالیم روش شناسانه قابل اعمال در هر یک از این مراحل است.

مراحل اصلی فرآیند تقنین از این قرار است:

- ۱- ظهور یک مسأله
- ۲- تعریف این مسأله با توجه به تجزیه و تحلیل تنش موجود بین آرمانها و خواسته‌های یک جامعه و رفتار اعضا آن
- ۳- تعیین اهداف
- ۴- تجزیه و تحلیل واقعیات موجود در اجتماع که باید در ارزیابی راه حل حقوقی برای مسأله پدیدآمده، مورد توجه واقع شوند
- ۵- طرح‌ریزی راه حل جایگزین که مستلزم مطالعه و بررسی ابزارهای مناسب برای تأمین اهداف تعیین شده است.

<sup>۱۵</sup> - Mader (L.), *L'évaluation législative. Pour une étude empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985, p. 162-165.

<sup>۱۶</sup> - Charles-Albert Morand, *op.cit.*, p. 409.

<sup>۱۷</sup> - Les exigences de la méthode législative.

<sup>۱۸</sup> - Science de législation (Légistique).

- ۶- ارزیابی و سنجش آینده‌نگرانه<sup>۱۹</sup> قابلیت و توانایی این ابزار برای وصول به اهداف مورد نظر.
- ۷- ارزیابی کارایی و اثرگذاری راه‌حلهای اتخاذ شده در گذشته<sup>۲۰</sup>
- ۸- انتخاب ابزار مناسب (هنجار مطلوب) و قرار دادن آن در قالب قانون (وضع)<sup>۲۱</sup>.
- از سوی دیگر چهار اصل مهم حاکم بر روش قانونگذاری که دادگاه قانون اساسی آلمان، مقنن را ملزم به رعایت آنها دانسته است، چنین‌اند:<sup>۲۲</sup>
- ۱- بررسی، احراز و اثبات واقعیاتی که مبنای اساس وضع قانون هستند.
- دادگاه قانون اساسی آلمان مقنن را ملزم به جستجو و استخراج تمام واقعیاتی می‌داند که با قانون مورد نظر در ارتباط‌اند.
- این امر مستلزم به کارگیری روش علمی مبتنی بر مشاهدات عینی و تجزیه و تحلیل پدیده‌های اجتماعی و اقتصادی است. مقنن موظف است که خود را در جریان دست‌آوردهای حاصل از پژوهش جامعه‌شناسی تجربی و آماری قرار دهد. تشکیل کمیسیونهای تخصصی برای بررسی و توصیف واقعیات جامعه از منظر سیاسی، اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی و حقوقی و نیز استماع نظر کارشناسان متخصص در چارچوب آیینهای پارلمانی از مهم‌ترین ابزارهای انجام این وظیفه‌اند.
- ۲- سنجش و ارزیابی یافته‌ها و معلومات به دست آمده و جایگزینها.
- به سبب پیچیدگی روابط اجتماعی، مقنن اولاً ناچار است که معلومات و یافته‌های حاصل از مشاهده عینی واقعیات جامعه را دسته‌بندی کند و سپس مورد سنجش و ارزیابی قرار دهد (مصالح و مفاسد مترتب بر آنها را احراز کند)، ثانیاً باید که راه‌حلهای جایگزین برای تنظیم روابط اجتماعی را با توجه به امکان بروز حوادث و پدیده‌های متنوع و محتمل، بررسی و انتخاب نماید.
- ۳- سنجش و ارزیابی معطوف به آینده.
- مقنن موظف است آثار و عواقب قابل پیش‌بینی قانون مورد نظر را که احتمالاً در آینده بروز خواهند کرد، بررسی و ارزیابی کند.

<sup>19</sup>- Evaluation prospective.

<sup>20</sup>- Evaluation retrospective.

<sup>21</sup>- Mader (L.), *op. cit.*

<sup>22</sup>- *Ibid*, p. 162-165, Morand (Ch.-A.), *op. cit.*, p. 413- 414.

این پیش‌بینی‌ها تا حد امکان باید مستند، مستدل، همراه با ذکر علل و عوامل و دارای احتمال و امکان معقول باشند.

#### ۴- بررسی و ارزیابی معطوف به گذشته

قانونگذار مکلف است با توسل به کنترل و مشاهده منظم کارکرد قانونی که تصویب و اجرا شده است، آثار عینی آن بر روابط اجتماعی را بررسی و ارزیابی کند و در صورت لزوم، (بروز آثار منفی) به تجدید نظر بپردازد و آن را اصلاح نماید.

چنان که معلوم است، روش قانونگذاری صرفاً ناظر به بخش شکلی فرآیند تقنین است و به بررسی، تبیین و تعیین اهداف و غایات مطلوب، قوانین مناسب و به طور کلی ایدئولوژی قانونگذاری و ارزشهای لازم‌الاتباع در آن نمی‌پردازد؛ تنها به بررسی و احراز تناسب ابزارهای انتخاب شده با اهداف اعلام شده و نیز آزمایش انسجام و سازگاری ارزشهای غایی و نهایی با ارزشهای ابزاری اقدام می‌کند.<sup>۲۳</sup>

#### ب) لوازم و اصول حقوقی قانونگذاری

گرچه قانونگذاری از همان ابتدای ظهور خود و برخلاف عرف به عنوان فرآیند عقلانی هدایت رفتار بشر تلقی شده است،<sup>۲۴</sup> اما قانونگذاران هیچ‌گاه تابع قواعد عقلانیت عمل خود نبوده‌اند و به جز لزوم رعایت یک سری از اصول قانون اساسی، اصولاً فعالیت مقنن آزاد و بدون قید و شرط به شمار می‌آمده است. ریشه این واقعیت را باید در اندیشه سیاسی حاکم در قرن نوزده میلادی جستجو کرد؛ بر اساس اصل بنیادین دموکراسی، اراده مردم در دموکراسی مستقیم و مجالس قانونگذاری در دموکراسی نمایندگی سالار، باید به صورتی آزاد تعیین یافته و تجلی پیدا کند، به طوریکه پس از تصمیم‌گیری از سوی اکثریت، دیگر پرسش از عقلانیت این تصمیم، ارزیابی اهداف و غایات آن و نیز بررسی تناسب ابزار (قواعد حقوقی) انتخاب شده با

<sup>23</sup> - Perrin, « L'élaboration des lois peut - elle faire la matière d'une science », in Travaux CETEL, N.14 bis- Morand (Ch.- A.), *op.cit.*, p. 410.

<sup>24</sup> - برای مطالعه تفصیلی در این مورد رک به:

اهداف مورد نظر، موضوعیت ندارد. زیرا اراده عمومی همیشه درست است و پیوسته به نفع عموم و منافع ملی عمل می‌کند.<sup>۲۵</sup>

به واسطه حاکمیت چنین اندیشه‌ای است که تا مدت‌های مدیدی هیچ قاعده صریح و روشنی وجود نداشت که مقنن را ملزم به تبعیت از قواعد عقلانیت قانونگذاری در تجزیه و تحلیل واقعیات مبنای قانون و تعیین ابزار مناسب برای تامین اهداف عقلانی مورد نظر نماید. اما ایده مصونیت اراده عمومی از خطا و نادرستی که در واقع به سبب امکان نداشتن دموکراسی مستقیم به استبداد و اقتدارگرایی دولتها در دموکراسیهای نمایندگی منجر می‌شود، علاوه بر اینکه از لحاظ نظری، موهوم و خیالی است، در عمل نیز مفاسد قابل توجهی را در پی دارد. بسیاری از قوانین مصوب مجالس قانونگذاری منافع خصوصی یا ترکیبی از منافع خصوصی و عمومی را در زیر نقاب منافع و مصالح ملی تعقیب کرده اند و می‌کنند و در موارد قابل توجهی بازتاب منافع اقلیت کوچکی هستند.<sup>۲۶</sup>

بدین خاطر در سالهای اخیر تحولات قابل توجهی در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته رخ داده است؛ به طوری که قوانین اساسی به صورت فزاینده‌ای حدود عمل حکومتها (و از جمله قوه مقننه) را ترسیم کرده‌اند. گرچه در همه آنها، سیستم موثر نظارت بر انطباق اعمال حاکمیتی با قانون اساسی<sup>۲۷</sup> پیش‌بینی نشده است. این حدود و قیود به طور مستقیم قواعد عقلانیت حاکم بر فعالیت تقنینی را تعیین نکرده‌اند و تنها ناظر به رعایت آیینها و تشریفات و ارزشهایی هستند که اصولاً در قالب حقایق بنیادین<sup>۲۸</sup> متجلی شده‌اند. اما برخی از ارزشهای تعیین شده در قوانین اساسی مستلزم رعایت مقتضیات و لوازم عقلانیت تقنینی هستند:

۲۵- عالم (عبدالرحمن)، تاریخ فلسفه سیاسی غرب، عصر جدید و سده نوزدهم، ج ۲، تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۹، ص ۳۵۹-۳۴۸.

- پولادی (دکتر کمال)، تاریخ اندیشه سیاسی در غرب، از ماکیاوولی تا مارکس، ج ۱، تهران، نشر مرکز، ۱۳۸۲، ص ۱۱۹-۱۱۴.

۲۶- عالم (عبدالرحمن)، همان، ص ۳۷۵-۳۷۱.

۲۷- Constitutionnalité.

۲۸- Droits fondamentaux.

برابری در مقابل قانون، ممنوعیت خودسری و خودرایی (استبداد) و اصل تناسب و سازگاری، به عنوان یک حق بنیادین یا اصل اساسی (مندرج در قانون اساسی)، از جمله قواعدی هستند که مقنن را به رعایت حداقلی از عقلانیت تقنینی ملزم و مکلف ساخته‌اند.<sup>۲۹</sup>

در اینجا به بررسی اجمالی پنج اصل بنیادین ملهم از قانون اساسی فدرال سوئیس<sup>۳۰</sup> می‌پردازیم که در واقع مبانی عام قواعد قانونگذاری را<sup>۳۱</sup> تشکیل می‌دهند<sup>۳۲</sup> و در بسیاری از کشورهای مرفعی عصر حاضر نیز کم و بیش یافت می‌شوند:

#### ۱- اصل ممنوعیت خودسری و استبداد<sup>۳۳</sup>

طبق این اصل که از ماده ۹ قانون اساسی فدرال سوئیس<sup>۳۴</sup> استنباط می‌شود، قانون باید از مبانی و پایه‌های عینی و واقعی مستحکم، مفهوم و معنای واضح و هدف و جهت معلوم و روشن و انسجام درونی برخوردار باشد و عاری از تناقض، خیالات و اوهام به دور باشد. بدین خاطر تقنین را می‌توان روش عقلانی کردن دست‌آوردهای هنجاری<sup>۳۵</sup> در یک جامعه دانست.

البته در کشورهای پیشرفته و مرفعی، هنجارهای حقوقی خودسرانه نادر هستند؛ چرا که روند بحث و گفتگوی انتقادی که در فرآیند قانونگذاری اتخاذ کرده‌اند، مانع بروز خودسری<sup>۳۶</sup> می‌شود.

#### ۲- اصل برابری در قانون<sup>۳۷</sup>

دادگاه فدرال سوئیس<sup>۳۸</sup> بر این باور است که طبق ماده ۸ قانون اساسی فدرال<sup>۳۹</sup>، اصل برابری حاکم بر قانونگذاری است و دامنه عمل مقنن را مقید و محدود می‌سازد، به طوری که

<sup>۲۹</sup>- Morand (Ch. - A.), *op. cit.*, p. 410 - 411.

<sup>۳۰</sup>- Constitution fédérale de la confédération Suisse (du 18 avril 1999).

<sup>۳۱</sup>- Règles générale de légistique.

<sup>۳۲</sup>- Mader (L.), *op. cit.*, p. 156.

<sup>۳۳</sup>- Principe d'interdiction de l'arbitraire.

<sup>۳۴</sup>- Art. 9 - Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi

Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi.

<sup>۳۵</sup>- Rationalisation des productions normatives.

<sup>۳۶</sup>- Moot (P.), *Droit administratif*, T. 1, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1994, p. 483.

<sup>۳۷</sup>- Principe d'égalité dans la loi.

<sup>۳۸</sup>- Tribunal fédéral suisse.

<sup>۳۹</sup>- Art. 8 - Egalité

1- Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

2- Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de sa mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

3- L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

4- La loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées.



مفهوم برابری<sup>۴۰</sup> و عدم تبعیض باید در خود مفاد قانون (و نه فقط از حیث اجرای آن) محقق شود.

نباید تصور کرد که کلی، مجرد و نوعی بودن قاعده حقوقی حسب تعریفی که از آن می‌شود، تضمین کننده رعایت اصل برابری در آن است، بلکه برای اطمینان از آن، باید از دو جهت قانون وضع شده را ارزیابی نمود:

۱-۲- ابتدا باید دید که آیا دامنه اعمال قانون به نحو صحیح بر اساس هدف مورد نظر و ویژگیهای روابط اجتماعی مرتبط با آن، تحدید و ترسیم شده است یا خیر. چرا که قانون نباید تشابهات یا تفاوت‌هایی را قایل شود که بی‌پایه و اساس‌اند.

۲-۲- سپس باید به تشخیص و تبیین این امر پرداخت که آیا دو رژیم حقوقی متفاوت وضع شده، اهداف مورد نظر را که به خاطر تامین آنها، چنین تفاوتی مقرر شده است، به نحو درست و مطلوبی لحاظ کرده‌اند یا خیر.

در اینجا نقش مطالعات تقنینی ماهوی (بر اساس مشاهده عینی واقعیات اجتماعی) بسیار مهم است. زیرا به فراهم آوردن مبنا و اساس علمی برای وضع قانون کمک شایانی می‌کند.<sup>۴۱</sup>

از سوی دیگر اصل برابری در قانون مستلزم بررسی و ارزیابی تمام منافع مطرح اعم از مسلم و قطعی. احتمالی و آینده است. باید که همه این منافع به صورتی منصفانه<sup>۴۲</sup> در فرآیند قانونگذاری مطرح، مقایسه و تبیین گردند و نوعی تعادل معقول بین آنها برقرار شود.<sup>۴۳</sup>

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی

<sup>۴۰</sup>- J-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1982, Note. 1789.

<sup>۴۱</sup>- Moor (P.), *op. cit.*, P. 456.

<sup>۴۲</sup>- Equitable

<sup>۴۳</sup>- Morand (Ch. - A.), «Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles», in *De la constitution: études en l'honneur de Jean - Francois Aubert*, P. 57 ets

۳- اصل تناسب<sup>۴۴</sup>

طبق بند دو ماده پنج قانون اساسی فدرال سوئیس<sup>۴۵</sup>، اعمال حاکمیتی باید در راستای تامین منافع عمومی و متناسب با هدف مورد نظر باشد و بند ۳ ماده ۳۶ این قانون<sup>۴۶</sup> نیز تحدید حقوق بنیادین را منوط به این گونه تناسب کرده است<sup>۴۷</sup>. این اصل به سه قاعده زیر منجر می‌گردد:<sup>۴۸</sup>

۳-۱- قاعده قابلیت و توانایی<sup>۴۹</sup>

طبق این قاعده قوانین وضع شده باید قابلیت و توانایی تامین اهداف مورد نظر را داشته باشند.

سنجش و ارزیابی آثاری که قوانین در گذشته از خود به جای گذاشته‌اند و نیز آثار آنها در آینده بر اساس روشهای توصیه شده در فن قانونگذاری، می‌تواند برای تشخیص این قابلیت بسیار مفید و کارساز باشد. وانگهی تحلیل علمی آثار قابل پیش‌بینی و نیز آثار پیش‌بینی نشده قوانین و مقررات وضع شده، کمک بزرگی به دادگاه‌های کنترل‌کننده (دادگاه‌های قانون اساسی) خواهد کرد.

۳-۲- قاعده ضرورت<sup>۵۰</sup>

به موجب این قاعده از میان تدابیر متعددی که می‌توانند اهداف مورد نظر مقنن را تامین کنند، آنی باید انتخاب شود که کمترین لطمه را به منافع و آزادیهای خصوصی وارد می‌آورد. تشخیص این ویژگی مستلزم تجزیه و تحلیل راه‌حلهای جانشین گوناگون و آثار قابل پیش‌بینی آنها بر واقعیات زندگی اعضا جامعه است و در نوع خود کاری پیچیده و سخت به

<sup>۴۴</sup>- Principe de proportionnalité

<sup>۴۵</sup>- Art. 5 - Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit

1- Le droit est la limite de l'activité de l'Etat.

2- L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.

3- Les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.

4- La Confédération et les cantons respectent le droit international.

<sup>۴۶</sup>- Art. 36 - Restriction des droits fondamentaux

1- Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

2- Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

3- Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

4- L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

<sup>۴۷</sup>- Mueller (P.), «le principe de proportionnalité», in *Revue de droit suisse*, 1978, N. II, P. 197 ets.

<sup>۴۸</sup>- Moor (P.), *op. cit.*, P. 418 et s., Morand (Ch.-A.), «Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation», in *Revue Droit et Société*, N. 10-1988, p. 412.

<sup>۴۹</sup>- Règle de d'aptitude

<sup>۵۰</sup>- Règle de nécessité

شمار می‌آید. اما برای تسهیل آن مطالعه سازمان یافته راه‌حلهای جانشین که در برخی کشورها در قالب مجموعه‌هایی در چهارچوب دانش و فن قانونگذاری (Légistique) فراهم و توصیه شده است، کارساز می‌باشد و به مثابه استراتژی قانونگذاری به یاری مقنن و مراجع نظارت کننده می‌شتابد.

### ۳-۳- قاعده تناسب به مفهوم خاص

بر اساس این قاعده، در هنگام وضع قانون، منافع عمومی و خصوصی باید مورد مقایسه قرار گیرند و اثر تدابیر مورد نظر نسبت به هر یک از آنها ارزیابی شود تا بتوان اهمیت این تدابیر را در تامین منافع عمومی سنجید. بنابراین اگر تدابیر مورد نظر دارای هر دو شرط قابلیت و ضرورت باشد اما لطمه‌ای که به منافع عمومی می‌زند وسعت و شدت غیر قابل اغماضی داشته باشد، نامناسب تلقی می‌شود و شایسته پوشیدن لباس قانون نخواهد بود. تشخیص این تناسب از یک سو منوط به مقایسه ارزشهای حاکم در یک جامعه و از سوی دیگر تجزیه و تحلیل واقعیات عینی زندگی اجتماعی و فردی انسانها است.

### ۴ - اصل قانونی بودن در مفهوم شکلی<sup>۵۱</sup>

طبق این اصل، هنجار حقوقی که در قالب قانون یا مقررات وضع و به جامعه عرضه می‌شود، باید از محتوایی کاملاً روشن و واضح برخوردار باشد تا همه اعضا جامعه بتوانند موارد اجرای آن را پیش‌بینی کنند. همچنین رعایت شدن اصل برابری اشخاص در مقابل قانون باید قابل احراز و تشخیص باشد.<sup>۵۲</sup> این اصل را می‌توان از لوازم منطقی یا مقدمات عقلی اصل برابری مندرج در ماده ۸ و اصل قانونی بودن مندرج در ماده ۳۱ قانون اساسی فدرال سوئیس<sup>۵۳</sup> دانست.

<sup>۵۱</sup>- Principe de légalité formelle

<sup>۵۲</sup>- Voir : Cathrine Bergeal, *Savoir rédiger un texte normatif*, 2<sup>e</sup> édition, Armand Colin Paris, 1997.

<sup>۵۳</sup>- Art. 31 - Privation de liberté

1- Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit.

2- Toute personne qui se voit privée de sa liberté a le droit d'être aussitôt informée, dans une langue qu'elle comprend, des raisons de cette privation et des droits qui sont les siens. Elle doit être mise en état de faire valoir ses droits. Elle a notamment le droit de faire informer ses proches.

3- Toute personne qui est mise en détention préventive a le droit d'être aussitôt traduite devant un ou une juge, qui prononce le maintien de la détention ou la libération. Elle a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable.

4- Toute personne qui se voit privée de sa liberté sans qu'un tribunal l'ait ordonné a le droit, en tout temps, de saisir le tribunal. Celui-ci statue dans les plus brefs délais sur la légalité de cette privation.

### ۵- اصل تحکیم نهاد دموکراسی نیمه مستقیم<sup>۵۴</sup>

رژیم سیاسی دموکراسی نیمه مستقیم که در بسیاری از کشورهای مترقی پذیرفته شده است و حاکم می باشد، مقتضی وضع قوانینی است که از وضوح کاملی برخوردار باشند و از سوی تمام اعضا جامعه به کفایت، قابل فهم باشند تا ایشان بتوانند نظر و اراده حقیقی خود را نسبت به آن اظهار کنند. این اصل در واقع از لوازم منطقی تصریح به حاکمیت نهاد دموکراسی و لزوم رعایت و تضمین آن در مقدمه و مواد ۵۱ و ۵۴ قانون اساسی فدرال سوئیس<sup>۵۵</sup> است.

### ج- وضعیت و جایگاه قانونگذاری به عنوان یک علم

اصول و روشهای قانونگذاری به عنوان علمی از علوم اداری<sup>۵۶</sup> (مربوط به اداره یک دولت -کشور)، نظامی بین رشته‌ای و محل تلاقی دانشها و علوم و فنون گوناگون و یافته‌ها و معلومات هر یک از آنها است. در این میان علوم انسانی و از جمله جامعه‌شناسی، اقتصاد و روانشناسی جایگاه ویژه‌ای دارند.

علم قانونگذاری به بررسی و آرایه روشها و اصول شکلی و ماهوی ناظر به تقنین می‌پردازد و مجموعه‌ای از ابزارها و اصول روش‌شناختی مقبوس از علوم و دانشهای گوناگون اعم از عقلی (منطقی)، تجربی و تاریخی را شامل می‌شود. همچنین از یافته‌های دانشهای گوناگون اعم از توصیفی و هنجاری و دستوری (همانند اخلاق) بهره می‌گیرد.<sup>۵۷</sup>

این مجموعه و ترکیب التقاطی و پیچیده، حول محور ارتقا کیفی قانونگذاری قرار دارد و به واسطه موضوع واحد خود یعنی تقنین، وحدت و یکپارچگی می‌یابد. اصول و روشهای

<sup>۵۴</sup>- Principe de l'institution de la démocratie semi-directe

<sup>۵۵</sup>- Art. 51 - Constitutions cantonales

1-Chaque canton se dote d'une constitution démocratique. Celle-ci doit avoir été acceptée par le peuple et doit pouvoir être révisée si la majorité du corps électoral le demande.

2- Les constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération. Cette garantie est accordée si elles ne sont pas contraires au droit fédéral.

Art. 54 - Affaires étrangères

1-Les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération.

2-La Confédération s'attache à préserver l'indépendance et la prospérité de la Suisse; elle contribue notamment à soulager les populations dans le besoin et à lutter contre la pauvreté ainsi qu'à promouvoir le respect des droits de l'homme, la démocratie, la coexistence pacifique des peuples et la préservation des ressources naturelles.

3- Elle tient compte des compétences des cantons et sauvegarde leurs intérêts.

<sup>۵۶</sup>- Sciences administratives

<sup>۵۷</sup>- Mader (L.), *op.cit.* p.16 et s- M. Van De Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Puf, 1988, p.175 ets.

قانونگذاری در واقع مجموعه‌ای از هنجارهای شکلی و ماهوی ناظر به تولید و وضع هنجارهای حقوقی هستند و دسته‌ای از فراهنجارها<sup>۵۸</sup> به شمار می‌آیند.<sup>۵۹</sup>

در سالهای اخیر این اصول و روشها در قالب آرا دادگاه های قانون اساسی و دستورالعملها وارد سیستم حقوقی تعداد قابل توجهی از کشورهای اروپایی شده است، حتی در برخی از کشورها نظیر لهستان، آوردن آنها در قالب قانون شکلی خاص مورد توجه و بررسی قرار گرفته است.<sup>۶۰</sup>

### نتیجه: تکوین علم قانونگذاری

در عصر حاضر مقنن به عنوان بخشی از قوای حاکم بر یک کشور، دارای قدرت و صلاحیت مطلق و انحصاری<sup>۶۱</sup> در وضع قانون به شمار نمی‌آید. دامنه عمل آن به واسطه اصول و روشهای ناظر به قانونگذاری محدود و مقید شده است و این واقعیت در قوانین اساس معاصر و آرا دادگاه های قانون اساسی کشورهای مترقی به وضوح مشاهده می‌شود.

از سوی دیگر پرداختن نظریه پردازان حقوق به این اصول و روشها و پدید آمدن برخی آثار مکتوب در این زمینه، نوید ظهور علم جدیدی به نام «علم قانونگذاری»<sup>۶۲</sup> را می‌دهد که یک نظام و دانش بین رشته ای و ترکیب یافته از دست آوردهای روش شناختی، هستی شناختی و ارزش شناختی دانشها و علوم دیگر است. با این همه عواملی چند از جمله عدم قطعیت دست آوردهای علوم اجتماعی، مشکل و یا حتی غیر ممکن بودن سنجش و ارزیابی آثار آینده قوانین، نقش اندک دانشکده های حقوق در فرآیند قانونگذاری و ضعفها و کاستیهای موجود در جامعه شناسی حقوقی، مانع پیشرفت مطلوب در روند تکوین این علم جدید شده اند؛<sup>۶۳</sup> به طوری که برخی را نسبت به تکوین آن بدبین کرده اند.<sup>۶۴</sup> اما تلاشهای فیلسوفان

<sup>58</sup>- Mèta-normes.

<sup>59</sup>- Morand (Ch.-A.), *op.cit*, p.421

<sup>60</sup>- Ibid.

<sup>61</sup>- Omnipotence du législateur

<sup>62</sup>- Science de la législation (Légistique)

<sup>63</sup>- Ibid, p. 418 – 420

- برای مطالعه تفصیلی درخصوص عدم قطعیت علوم اجتماعی ر ک به:

دکتر مردیها (مرتضی)، *فضیلت عدم قطعیت در علم شناخت اجتماعی*، ج ۱، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲، ص ۲۳ به بعد.

<sup>64</sup>- Ibid, p.422

علم، دادگاه های قانون اساسی و نظریه پردازان حقوق می تواند ما را به تکوین کامل علم قانونگذاری امیدوار سازد و روند موجود نوید بخش آن است.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی