

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حاکمیت قانون
مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها
(ویراست دوم)

دکتر احمد مرکز مالیری

با مقدمه: دکتر محمد حسین زارعی

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

مرکز مالگیری، احمد

حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها/ احمد مرکز مالگیری؛ با مقدمه محمدحسین زارعی. -- ویراست دوم. -- تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌ها، ۱۳۹۴.
۲۴۰ ص. - (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی؛ ۱۳۹۴/۱۲۶)
ISBN: 978-600-6350-33-2: ۱۰۰۰۰۰ ریال

فهرست‌نویسی براساس اطلاعات فیپا.

نوع منبع: چاپی.

کتابنامه: ص. [۲۲۹]-۲۴۰؛ همچنین به‌صورت زیرنویس

۱. حکومت قانون. الف. عنوان.

ح ۴م/۳۱۷۱ K

۱۳۹۴

عنوان: حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها (ویراست دوم)

مؤلف: دکتر احمد مرکز مالگیری

ناشر: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، اداره کل هماهنگی و برنامه‌ریزی پژوهشی،

اداره انتشارات و مجله

نوبت چاپ: سوم، بهار ۱۳۹۴

تیراژ: ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۱۰۰,۰۰۰ ریال

مسئولیت صحت مطالب کتاب با مؤلف است.

کلیه حقوق چاپ و نشر برای مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی محفوظ است.

فهرست مطالب

مقدمه ویراست دوم.....	۹
پیشگفتار ویراست دوم.....	۱۵
مقدمه ویراست اول.....	۱۷
پیشگفتار ویراست اول.....	۲۳
فصل اول - بخش مقدماتی.....	۲۷
۱-۱. مفهوم حاکمیت قانون.....	۳۰
۱-۲. حاکمیت قانون از منظر تاریخی.....	۳۲
۱-۳. سنت‌های حاکمیت قانون.....	۳۸
۱-۳-۱. سنت آلمانی حاکمیت قانون.....	۴۱
۱-۳-۲. سنت فرانسوی حاکمیت قانون.....	۴۵
۱-۳-۳. سایر سنت‌های حاکمیت قانون.....	۵۱
۱-۳-۳-۱. حاکمیت قانون در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.....	۵۱
۱-۳-۳-۲. تمایز «حاکمیت قانون» و «حکومت به‌وسیله قانون».....	۵۵
فصل دوم - برداشت‌های حاکمیت قانون.....	۵۹
۲-۱. برداشت شکلی از حاکمیت قانون.....	۶۳
۲-۲. برداشت‌های ماهوی از حاکمیت قانون.....	۷۲
۲-۳. مقایسه‌ای میان برداشت‌های حاکمیت قانون.....	۷۹
فصل سوم - مبانی حاکمیت قانون.....	۸۷
۳-۱. جایگاه محوری آموزه عدالت.....	۸۹
۳-۲. آزادی.....	۹۳
۳-۲-۱. نقش حاکمیت قانون در نسبت نظم و آزادی.....	۹۴
۳-۲-۲. نسبت آزادی و حاکمیت قانون.....	۹۷
۳-۳. حقوق بشر.....	۱۰۲

- ۱-۳-۳. اصول عدالت طبیعی و رعایت تشریفات قانونی..... ۱۰۵
- ۱-۳-۳-۱. اصل رعایت تشریفات قانونی..... ۱۰۸
- ۲-۳-۳. حاکمیت قانون به مثابه یکی از اصول حاکم بر محدودیت حقوق و آزادی‌ها..... ۱۱۰
- ۴-۳. برابری..... ۱۱۵
- ۴-۳-۱. برابری شکلی (برابری در مقابل قانون)..... ۱۱۶
- ۲-۴-۳. برابری ماهوی..... ۱۲۱

فصل چهارم - حاکمیت قانون و مشروطه‌خواهی ۱۲۹

- ۱-۴. قانون اساسی، «مشروطه‌خواهی» و حاکمیت قانون..... ۱۳۱
- ۱-۴-۱. مشروطه‌خواهی و حاکمیت قانون..... ۱۳۳
- ۲-۴-۱. قانون اساسی و حاکمیت قانون..... ۱۳۵
- ۲-۴. حاکمیت قانون و تفکیک قوا..... ۱۴۲

فصل پنجم - قوه مجریه و حاکمیت قانون..... ۱۴۹

- ۱-۵. حاکمیت قانون و قدرت خودسرانه..... ۱۵۱
- ۲-۵. صلاحیت‌های اختیاری..... ۱۵۴

فصل ششم - قوه مقننه و حاکمیت قانون..... ۱۶۳

- ۱-۶. ضرورت محدودیت قوه مقننه..... ۱۶۵
- ۲-۶. راهکارهای محدودیت قوه مقننه..... ۱۷۰
- ۱-۶-۲. محدودیت‌های عرفی..... ۱۷۰
- ۲-۶-۲. محدودیت‌های اخلاقی..... ۱۷۰
- ۳-۶-۲. محدودیت‌های قانونی..... ۱۷۱
- ۴-۶-۲. محدودیت با توسل به اصل حاکمیت قانون از دیدگاه هایک..... ۱۷۴

فصل هفتم - قوه قضائیه و حاکمیت قانون..... ۱۷۹

- ۱-۷. استقلال قضایی و حاکمیت قانون..... ۱۸۱
- ۲-۷. کنترل قضایی و حاکمیت قانون..... ۱۸۷
- ۱-۷-۲. چستی و مدل‌های کنترل قضایی..... ۱۸۷
- ۲-۷-۲. نقش کنترل قضایی در برقراری نظم حقوقی و حاکمیت قانون..... ۱۸۹

۷-۲-۳. نسبت کنترل قضایی و اصول دموکراسی..... ۱۹۱

۷-۲-۴. کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری..... ۱۹۸

فصل هشتم – پیامدهای حاکمیت قانون..... ۲۰۳

۸-۱. پیامدهای حقوقی حاکمیت قانون..... ۲۰۵

۸-۲. پیامدهای سیاسی حاکمیت قانون..... ۲۱۰

۸-۳. پیامدهای اقتصادی حاکمیت قانون..... ۲۱۲

۸-۳-۱. تأثیر قوانین بر حوزه‌های اقتصادی..... ۲۱۴

۸-۳-۲. تأثیر قوانین بر کارایی..... ۲۱۵

۸-۳-۳. تمهیدات حاکمیت قانون برای امور اقتصادی..... ۲۱۷

۸-۳-۴. تأثیر حاکمیت قانون بر محیط کسب‌وکار..... ۲۲۰

۸-۴. نتیجه‌گیری..... ۲۲۶

منابع و مآخذ..... ۲۲۹

مقدمه ویراست دوم

قریب دو دهه است که در ادبیات سیاسی، حقوقی و مدیریتی کشور ما از موضوعاتی چون حکمرانی خوب و حاکمیت قانون و حکمرانی شرکتی سخن به میان می‌آید و در زمانی چنان مقدس شمرده می‌شد که بنیان‌های نظری در حوزه تئوری‌های حکومت، عدالت، تفکیک قوا، مبارزه با فساد، سلامت اداری و... تماماً بر این نظرات بنیاد گذارده شد و کسی را یارای مقابله و نقد با آنها نبود. از این‌رو این نظرات چون مفاهیمی مقدس کارکرد یافته و از ارزش جهان‌شمول آن سخن به میان می‌آمد و حتی در دورانی شعار انتخاباتی احزاب سیاسی و کارکردهای نظام سیاسی بر این مبانی استوار بود.

همان‌طور که در این کتاب توضیح داده شده، رویکرد به این نظرات دوگانه است. برخی که نگاه ماهوی به این نظرات دارند، خود تئوری‌های حکمرانی خوب و حاکمیت قانون - که البته می‌توانند ریشه واحد داشته باشند - امروزه به عنوان تئوری‌های سیاسی شناخته شده و واجد ارزش‌های ذاتی تلقی می‌شوند که می‌تواند مبانی نظری حکومت و اعمال حکومتی تلقی شوند. اگر چه حاکمیت قانون از درون سنت‌های «کامن‌لا» متولد شده، ولی در طول زمان تغییر یافته و تکامل پیدا کرده است.

در برداشت شکلی از حاکمیت قانون بر اصول قانون موضوعه تأکید شده است. البته این نکته را باید متذکر شد که در سال‌های ابتدایی پیروزی انقلاب اسلامی، این مفهوم که آیا با وجود ابتدئای حکومت بر مدار احکام الهی و فقه، ضرورتی بر تدوین قوانین موضوعه وجود دارد یا خیر، مدت‌ها مورد بحث و بررسی قرار گرفت؛ ولی به لحاظ اینکه اداره جامعه بر اساس قوانین موضوعه‌ای صورت می‌گیرد که الزاماً با ملاحظات شرعی همراه نیستند

(نظیر مقررات راهنمایی و رانندگی) لذا در نهایت این رویکرد پذیرفته شد که قوانین موضوعه برای اداره کشور موضوعیت دارد و فقط باید بدین نکته توجه کرد که منطقه اعمال این مقررات کجاست. آیا منطقه آن دایره احکام الهی است که پیشتر موضوع اوامر و نواهی شارع قرار گرفته است یا منطقه آن منطقه الفراغ است که مورد حکم مستقیم شارع نیست و به تعبیری می‌تواند در دایره مباحات قرار گیرد؟ بر این اساس در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همچون قانون اساسی متمم مشروطه، سازوکاری برای نظارت بر عدم مغایرت قوانین با شرع در اصل چهارم پیش‌بینی شد و البته نتیجه این شد که در مواردی که قوانین موضوعه مغایرتی با شرع ندارد، قابلیت تصویب و اجرا می‌یابد.

اما در برداشت ماهوی از حاکمیت قانون بر اصول و معیارهایی دیگر همچون عدالت، حقوق طبیعی، دولت قانونی و قانونمندی تأکید شد. به لحاظ آنکه تلقی بر ارزش‌های بین‌المللی در این بستر قرار گرفته است، پذیرش مطلق این تئوری ما را با چالشی روبرو می‌سازد که ناشی از عدم برداشت یکسان از این اصول است. اینکه آیا قانون اساسی جمهوری اسلامی، عدالت را در مفهومی مشابه و یکسان با سایر نظام‌ها می‌بیند یا خیر، از جمله چالش‌هایی است که با آن مواجه هستیم. اینکه حقوق، تکالیف و عدالت مبتنی بر ارزش‌های الهی با تعبیری که از نبی گرامی اسلام (ص) یا ائمه هدی به‌عنوان والیان حکومت اسلامی بنیاد گذارده‌اند با آنچه امروزه در سنت‌های جهانی عدالت می‌شمارند یکسان است؟ یا آزادی که در سنت‌های حکمرانی جزء ارزش‌های ذاتی امروزه تلقی می‌شود، آیا در نظام دینی که مبتنی بر ارزش‌های الهی است و آزادی در خدمت رشد معنوی انسان به‌عنوان خلیفه خداوند بر روی زمین است دارای مفاهیم یکسانی است؟ این موضوع در حالی است که حتی در تعبیرهای مطرح حاکمیت قانون، بین تفسیر ارزش‌های ذاتی تئوری‌های اثبات‌گرای حقوقی و تئورهای حقوق طبیعی اختلاف مبنايي وجود دارد. در فرض چنین اختلافاتی آیا ادعای ارزش‌های جهانی قابل اتکاست؟

در این مفاهیم حتی هدف و غایت قوانین موضوعه که به تصویب نهاد قانونگذاری نیز می‌رسد، می‌تواند محل خدشه باشد و حتی تشریفات شکلی تصویب قانون هم تفسیر خاص خود را بیابد. متأسفانه آنچه به وضوح مشاهده می‌شود این است که به‌رغم صاحب‌نظران داخلی در دو دهه اخیر بر حکمرانی خوب و یا حاکمیت قانون پای فشرده‌اند، اما در تحلیل مبانی نظری این تئوری‌ها موفق نبوده‌اند. در واقع در مجامع علمی و دانشگاهی نیز

نوع تعامل با این نظرات از شفافیت برخوردار نیست، بدین معنا که روشن نیست آیا نگاه ما به این مفاهیم نگاهی شکلی و پسا - قانونی است یا نگاهی پیشا - قانونی. بدیهی است که مطلق‌انگاری این مفاهیم و ارزش ذاتی برای آن قائل شدن سبب می‌شود تا حاکمیت قانون نه فقط با دموکراسی بلکه با بسیاری از مفاهیمی اینچنینی ارتباط مطلق یابد؛ آنگاه حتی برداشت‌های مختلف از شأن و جایگاه انسان و مفهومی با عنوان «حقوق بشر»، به لحاظ تفاوت در تعیین جایگاه انسان و نقش انسان در عرصه هستی و جهان، دچار مشکل شود. اگر چه در مبانی نظری بر این نکته تأکید شده که حاکمیت قانون از جمله مقولاتی است که متأثر از ایدئولوژی حاکم بر نظام سیاسی است، اما این ادعا می‌تواند به شدت چالش‌برانگیز باشد؛ چرا که به‌طور واضح ادعای جهان‌شمولی ارزش‌هایی برآمده از ایدئولوژی ادعایی بس دشوار است، مگر اینکه مبتنی بر ارزش‌های الهی و یا اصول و قواعد عقلی برآمده از ارتکازات عقلا باشد. حال آنکه در جهان کنونی چنین ادعایی امری گزاف است. اگر چه برخی تلاش نموده‌اند تا در خصوص عناصر مفهومی و اصل کلی حاکمیت قانون به دنبال توافقات اجماعی حداقلی باشند، اما بسیار واضح است که اثبات این موضوع امری دشوار است. اگر اعطای حقوق مبتنی بر تفاوت‌های بشری برای ما عین عدالت باشد و خلاف آن را ظلم بدانیم، ولی در عمل بسیاری از نظامات جهانی مبتنی بر برداشت‌های سیاسی آن را تبعیض تلقی می‌کنند. بدیهی است این تفاوت نگاه مبتنی بر تفاوت ارزش‌هاست که بخش عمده‌ای از آن ریشه در بنیان‌های فکری دارد. لذا ایجاد درک واحد مبتنی بر نگاه واحد به موضوع حاکمیت قانون شاید کار چندان ساده‌ای نباشد. بدیهی است بر این اساس وجود سنت‌های متفاوت حاکمیت قانون را که نه فقط ناشی از برداشت‌های متنوع از این مفهوم است، بلکه ریشه در بنیان‌های فکری و اصول و قواعد حاکم بر آن دارد، نمی‌توان نادیده گرفت. برای رفع این مشکل، راه‌حل، ساده‌سازی مفاهیم و یا بی‌توجهی به این تفاوت‌ها نیست؛ بلکه راه‌حل بررسی مبنایی بنیان‌های نظام‌های فکری این حوزه و پذیرش نتایج این تفاوت‌هاست، که در این صورت، اگر نتوان به لحاظ ماهوی این مبانی را پذیرفت، شاید فقط بتوان به لحاظ شکلی از نتایج آن به عنوان تجارب بشری بهره گرفت. البته باید بدانیم ترویج این نظریات بدون نگاه به مبانی ماهوی می‌تواند منتهی به چالش‌های نظری شود.

متأسفانه ما در ساخت و عرضه تئوری‌های بومی، فقط از نظام‌های غربی تقلید کرده‌ایم و جز تقلید کورکورانه نتوانسته‌ایم در بازسازی این مفاهیم و تولد دوباره آنها در بستر علوم داخلی، هنری به خرج دهیم. نامأنوس بودن این مفاهیم و عدم تسلط بر مبانی نظری بنیادهای حکومت در داخل نیز خود مزید علت شده است. متأسفانه تا زمانی که پاسخی برای سؤالات اساسی در این عرصه نداشته باشیم، این مشکل مفهومی کماکان به قوت خود باقی است؛ سؤالاتی چون:

- رابطه آزادی و نظم اجتماعی چیست؟
- رابطه بین آزادی و حفظ حریم خصوصی در آزادی‌های فردی چیست؟
- رابطه آزادی با مبانی حکومت چیست؟
- رابطه بین حقوق بشر و انسان در ادیان الهی و رابطه حقوق بشر با ارزش‌های ذاتی یا قراردادی چیست؟
- وظیفه دولت در تأمین عدالت اجتماعی و مفهوم عدالت در بستر تساوی حقوق و برابری انسان‌ها چگونه تعیین می‌شود؟
- عدالت آیا قراردادی است یا طبیعی یا عدالت در گستره مفاهیم دارای ارزش ذاتی و حسن و قبح عقلی باید تفسیر شود؟
- رابطه انسان و حکومت چگونه تعیین می‌شود؟
- رابطه قانون اساسی و حاکمیت قانون چگونه تبیین می‌شود؟
- رابطه حاکمیت قانون و تفکیک قوا و مفاهیمی چون تحدید قدرت، اختیارات و تکالیف دولت و تأمین عدالت اجتماعی و تضمین حقوق فردی و اجتماع و امنیت چگونه تبیین می‌شود؟

بر خلاف تصور اولیه، تمامی این سؤالات بر مبانی نظری و تئوری‌های حکومت مبتنی است. امروزه حتی سخن از دولت حداقلی و یا حداکثری در گروی تئوری‌های حکومت و مبانی نظری دولت است. آنهایی که بر اساس ارزش‌های قراردادی اجتماعی درصدد پاسخ این سؤالات هستند کار چندان دشواری در پیش ندارند. ولی آن دسته که در تلاش‌اند تا مبتنی بر تئوری‌های حکومت دینی یا مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پاسخ این سؤالات را دریابند، کار دشواری در پیش دارند؛ چرا که متأسفانه این مبانی در

کشور ما وارداتی است و البته نتوانسته‌ایم آنها را بومی کرده و یا بر اساس تئوری‌های داخلی ارزیابی و سنجش کنیم و البته همواره از این مفاهیم واهمه داشته‌ایم، به‌ویژه زمانی که ما را با ارزش‌های دیگری مورد سنجش قرار دهند و سپس برچسب عقب‌ماندگی هم به ما بخورد و یا فرض شود که با ارزش‌های مورد قبول جامعه جهانی فاصله داریم!

در عرضه این قبیل متون علمی در کشور ما - که البته عمدتاً هم ریشه در ترجمه مفاهیم دارد - مشکل عمده فقدان مبانی نظری داخلی است. کاش صاحب‌نظرانی که در این حوزه قلم می‌زنند پیش از تولید ادبیاتی که برای ما ناآشناست و به دلیل همین ناآشنایی با تعارض درونی روبرو می‌شود، خود با شناخت کامل از مبانی نظری این موضوعات بدو آنها را مورد سنجش قرار دهند و در زمان ترجمه و عرضه نیز با علم کامل بر امکان پذیرش یا عدم پذیرش آنها به تئوریزه کردن این مفاهیم بپردازند. نهضت ترجمه اگر چه به لحاظ تولید ادبیات علمی دارای ارزش است، ولی در جایی که به تشدید تفاوت نگاه‌ها بیانجامد و نتواند در بسترسازی برای این مفاهیم در ادبیات علمی داخل کشور موفق شود، فقط بر تعارضات خواهد افزود.

موضوع حاکمیت قانون از این منظر که می‌تواند به آشنایی بیشتر ما با نظام حقوق موضوعه بیانجامد و ما را به ارزش‌های ذاتی قانون - البته فارغ از اهداف و رسالت آن - واقف سازد، دارای ارزش و اعتبار است. اما در جایی که رابطه آن را با نظام سیاسی و غایت قانونگذاری مد نظر قرار دهیم، از این منظر که قانون ارزشی نسبی در برابر مفهومی عالی به‌نام انسان است و باید سوای از انتظام و نظم اجتماعی، ضامن مفاهیم عالی‌تری چون اخلاق و عدالت اجتماعی نیز باشد و البته نگاهش به انسان به عنوان خلیفه خداوند بر زمین باشد که باید با رشد و تعالی معنوی به بالاترین درجات عالی نائل گردد، در این صورت نگاه ما به قوانین موضوعه در این بستر قدری متفاوت خواهد بود. در این صورت باید تلاش جدی برای تبیین مفهوم حاکمیت قانون مبتنی بر این مفاهیم اساسی صورت گیرد. تحدید قدرت در این نوع مفاهیم انتزاعی ذهنی و مبتنی بر قراردادهای اجتماعی، ارزش محسوب می‌شود و هر قدرتی ورای آن با ارزش‌های حکومت دمکراتیک تعارض می‌یابد. در این صورت حاکمیت قانون ارزش ذاتی را واجد خواهد شد که اصولاً هیچگونه توافقی خلاف آن قابل پذیرش نیست و هر حکومتی خارج از این استاندارد، دیکتاتوری شمرده

می‌شود. ولی واقعاً این تئوری در حکومتی که از آن خداست و ارزش‌های آن نه الزاماً بر اصول انتزاعی قراردادی، بلکه بر اصول تکوینی خلقت انسان و جهان مبتنی بر ولایت الهی شکل می‌گیرد چه مفاهیمی را تبادر خواهد کرد و چه استناداردهایی را می‌تواند عرضه کند؟ اگر نگاه جهان کنونی و فیلسوفان و اندیشمندان به چنین تئوری‌هایی ماهوی است و دل در گروی ارزش ذاتی این اعتباریات دارند، آنگاه واقعاً در حوزه تئوری‌های دینی که خداوند منشاء خلقت و ارزش‌های مطلق است چگونه قابلیت تفسیر خواهد داشت؟ متأسفانه غالب چنین تئوری‌هایی که عرضه می‌شود، به جایگاه انسان در مدار خلقت جهان به عنوان مخلوق خداوند که باید در پرتوی ارزش‌های الهی عروج نماید بی‌توجهند و انسان را موجودی زمینی در عرصه حیات مادی حبس کرده‌اند که حداکثر حفظ انتظام اجتماعی و دفاع از ارزش‌های قراردادی و نسبی بر عهده قوانین موضوعه در این حوزه قرار دارد. ولی در عرصه خلقت الهی و مدار حکومت خدایی و لاهوتی، حکومت و قانون فقط ابزارهایی هستند تا انسان را به هدف غایی خود رهنمون سازند. از این منظر چنین نظریاتی حداقل از باب تجارب موفق انسانی قابل تأمل خواهد بود که به عنوان ابزارهایی در تأمین اهداف حکومتی کارآمد مورد بهره‌برداری قرار گیرند.

کتاب حاکمیت قانون، تألیف دکتر احمد مرکزالمیری، از کتبی است که در سال ۱۳۸۵ شاید به‌عنوان اولین کتاب در مباحث نظری در حوزه حاکمیت قانون عرضه شد و در نوع خود بسیار حائز اهمیت است. تصور می‌شد طی این سال‌ها، این زحمات با بررسی‌های دقیق‌تر مبانی این نظریه و یا تبیین دقیق‌تر ابعاد مختلف نگاه ماهوی به این نظریه کامل‌تر شود که متأسفانه چنین اقدامی از سوی اندیشمندان و صاحب‌نظران در حوزه تئوری‌های حکومتی و ادبیات و فلسفه سیاسی رخ نداد. این پیش‌گفتار فقط فرصتی است برای تأکید بر این مهم که این نوع موضوعات را به‌گونه‌ای دیگر نیز می‌توان دید و البته باید هم دید. جایگاه و مبانی این نظریات باید در منظومه اندیشه دینی به شکل مناسب‌تری تبیین شود و رابطه قوانین موضوعه با حاکمیت الهی شفاف گردد تا آنگاه بتوان در باب ارزش ذاتی این نظریات و جهان‌شمولی آنها قضاوت کرد.

دکتر سیدبهبزاد پورسید

پیشگفتار ویراست دوم

با گذشت بیش از هشت سال از انتشار این نوشتار، اینک ویراست دوم آن ارائه می‌شود. باعث مباهات و جای بسی خوش‌وقتی است که پس از انتشار این اثر در سال ۱۳۸۵، موضوع حاکمیت قانون، بیش‌ازپیش مورد توجه پژوهشگران و دانشجویان قرار گرفت و دست‌کم به‌عنوان یکی از انگیزه‌ها و ارجاعات این حوزه در نظر گرفته شد. تعداد قابل توجه ارجاعات پایان‌نامه‌های کارشناسی ارشد و دکتری حقوق عمومی در باب حاکمیت قانون، می‌تواند یکی از شواهد این ادعا باشد.

با این حال، توجه به انجام پژوهش‌های متعدد در این خصوص قطعاً می‌تواند به غنای این اثر یاری رساند. به همین دلیل، در ویراست حاضر، نه تنها به ویرایش مجدد ادبی و اصلاح برخی از ارجاعات به‌لحاظ شکلی پرداخته شده، بلکه نکاتی از تلاش‌های انجام شده برای تبیین این موضوع است. بدین ترتیب می‌توان کارهای انجام شده در این ویراست را به‌شرح زیر دسته‌بندی کرد:

نخست، متن ویراستاری مجدد شده و برخی از معادل‌های به‌کار برده شده در ویراست اول بازنگری شده است؛ دوم، کتاب‌ها و مقالاتی که طی پنج سال گذشته راجع به حاکمیت قانون منتشر شده، در صورت امکان مورد استفاده قرار گرفته است؛ سوم، برخی از بخش‌های کتاب کوتاه و بعضی تکمیل شده است؛ چهارم، برخی از اصطلاحات ترجمه شده به فارسی تجدیدنظر صورت گرفته است؛ پنجم، با توجه به مطالعاتی که اخیراً درباره تأثیر حاکمیت قانون بر محیط کسب‌وکار انجام شده، قسمتی مستقل در خصوص این موضوع در انتهای نوشتار اضافه شده است.

در پایان، بر خود فرض می‌دانم از همه افرادی که از زمان انتشار ویراست اول این کتاب، نظرات خود را به نگارنده تذکر داده‌اند تشکر کنم. همچنین باید از آقای سیدامیر سیاح، مدیر گروه مطالعات محیط کسب‌وکار مرکز پژوهش‌ها به‌دلیل تشویق و پیگیری وی که از مهمترین انگیزه‌های مؤلف برای ویراست دوم کتاب بوده است، تشکر کنم. امیدوارم خوانندگان گرامی، با بیان نظرات و ارائه نکات مهم در این خصوص، مؤلف را در غنای این اثر یاری رسانند.

مقدمه ویراست اول

اثری که پیش رو دارید، از نادر آثاری است که به زبان فارسی در حوزه حاکمیت قانون تألیف شده است. حاکمیت قانون، به‌ویژه در دهه‌های اخیر، بسیار مورد مراجعه و گفت‌وگو در عرصه‌های سیاسی، حقوقی و اقتصادی قرار گرفته است، بدون آنکه منظور و مفهوم از حاکمیت قانون و اوصاف آن توسط بسیاری از استفاده‌کنندگان بیان شود. شاید هم نتوان بر این افراد خرده گرفت زیرا حاکمیت قانون یکی از اصطلاحات و مفاهیم پیچیده‌ای است که در کنار مفاهیمی از قبیل دموکراسی، عدالت و فضايلت، از قدیم‌الایام به‌عنوان ارزش‌های فلسفه سیاسی و نظام اجتماعی شناخته شده‌اند و در طول زمان معانی، مفاهیم و برداشت‌های مختلفی از آنها شکل گرفته است.

ازسوی دیگر، حاکمیت قانون، اگر نگوییم بیشتر، به جرئت می‌توانیم ادعا کنیم به‌اندازه مفاهیم و ارزش‌های سیاسی و اخلاقی پیش‌گفته، از اهمیت، ارزش و حتی ابهام برخوردار است. حاکمیت قانون مانند سایر مفاهیم سیاسی و هنجاری، خود را بر نظام‌های حقوقی و سیاسی تحمیل می‌کند، به‌گونه‌ای که در حال حاضر، حاکمیت قانون یکی از مهم‌ترین ارکان حکمرانی خوب¹ شناخته شده و دارای ارزش جهان‌شمول گردیده است. به این تعبیر، حاکمیت قانون به یکی از محک‌های ارزیابی نظام‌های حقوقی و سیاسی تبدیل شده و لذا هر نظام سیاسی و حقوقی در زمینه برخورداری از اوصاف حاکمیت قانون در مقام پاسخ‌گویی و ارزیابی قرار گرفته است.

1. Good Governance

به بیان کنت مینوگ،^۱ مفاهیمی مانند آزادی، عدالت، برابری، دموکراسی و حاکمیت قانون، چه بسا هیچ‌گاه در عمل به‌نحو مطلوب و به‌طور کامل دست‌یافتنی نباشند (که این خود حاکی از پیچیدگی روابط اجتماعی و دشواری‌های مدیریت اجتماعی و سیاسی جوامع بشری دارد)، اما به‌عنوان مفاهیمی اخلاقی، همچون ستاره‌هایی درخشان در شب‌های تاریک و ظلمانی، راهنمای بشریت‌اند.

امروزه حاکمیت قانون از جایگاه و شأن والایی برخوردار است. اهمیت بررسی و تحقیق در این زمینه به‌اندازه‌ای است که پس از گذشت بیش از دوهزار و پانصد سال از دولت - شهرهای یونان باستان، این مفهوم در ادبیات فلسفی، سیاسی و حقوقی و حلقه‌های آکادمیک و سیاسی جهان توسعه‌یافته و صاحب‌نظران به تحلیل و تدقیق در برداشت‌ها، ویژگی‌ها و آثار و نتایج این مفهوم مشغول‌اند. سعی آنان بر این است تا از طریق تأمل در مفهوم حاکمیت قانون، برداشت‌ها و قرائت‌های جدیدی از آن در جهت انطباق با وضعیت موجود اجتماعی، سیاسی و اقتصادی ارائه دهند. از آن گذشته، هم‌اکنون در کنار امواج گسترش مفهوم دموکراسی جهانی، عدالت جهانی و شهروندی جهانی، از حاکمیت قانون جهانی در پوشش شکل‌گیری نهادهای بین‌المللی و سازمان‌های جهانی مسئول برقراری نظم و امنیت بین‌المللی، مانند دادگاه کیفری بین‌المللی (ICC) برای پایان دادن به پدیده بی‌کیفری اعمال مجرمانه با وصف بین‌المللی، سخن می‌رود.

بی‌تردید، اصل حاکمیت قانون سنگ زیرین روابط بین دولت و شهروندان به‌شمار می‌آید؛ به‌گونه‌ای که این اصل الهام‌بخش مفاهیم و اصول دیگری از قبیل قانون‌اساسی‌گرایی،^۲ قانونی بودن،^۳ صلاحیت،^۴ عدالت طبیعی،^۵ عدالت رویه‌ای،^۶ مسئولیت،^۷ پاسخ‌گویی،^۸ کنترل قضایی،^۹

1. Kenneth Minogue

2. Constitutionalism

3. Legality

4. Jurisdiction

5. Natural Justice

6. Procedural Justice

7. Responsibility

8. Accountability

9. Judicial Review

و تفکیک قوا،^۱ و دیگر اصول و مفاهیم مرتبط است، که به نوبه خود شالوده حقوق اساسی و حقوق اداری و به تعبیری کلیه گرایش‌های حقوق عمومی را شکل می‌دهند.

یکی از ویژگی‌های این اثر توانایی دنبال کردن تحول مفهومی و تاریخی حاکمیت قانون نه به طور مختصر و توصیفی، بلکه از طریق تحلیل‌های مفهومی و کاوش‌های نظری و همچنین آگاه کردن خواننده از برداشت‌ها و اندیشه‌های سیاسی و حقوقی در این زمینه است.

طبعاً در تبیین مفهومی و تحلیلی مفاهیمی همچون حاکمیت قانون، اختلاف آرا و نظرات وجود دارد؛ لذا چه بسا صاحب‌نظران سیاسی و حقوقی نسبت به شیوه طرح مباحث و یا دسته‌بندی‌ها و مبانی ارائه شده در این کتاب، دیدگاه‌های متفاوتی داشته باشند. در عین حال، نویسنده کوشیده است تا دسته‌بندی خود را با توجه به ادبیات تحقیق موجود ارائه کند.

نکته حائز اهمیت اینکه این اثر سعی ندارد به همه سؤالات و ابعاد موضوع حاکمیت قانون بپردازد، و لذا داعیه‌ای نیز مبنی بر بررسی همه‌جانبه و کامل موضوع مورد بحث ندارد. در این اثر سعی شده تا برداشت‌ها و قرائت‌های موجود در اندیشه سیاسی و حقوقی سنت «حقوق عرفی»^۲ راجع به حاکمیت قانون را محور تحلیل‌های خود قرار دهد، اما در عین حال ضرورت ایجاب می‌کند تا در جهت آگاهی از دقایق این برداشت‌ها، به طور مختصر نسبت به تحلیل از قرائت‌های رقیب در مغرب زمین، به ویژه سنت آلمانی و فرانسوی، پرداخته تا در سایه این مقایسه، قدر و اندازه برداشت سنت «حقوق عرفی» از حاکمیت قانون شناخته شود. این نوع نگاه، حداقل می‌تواند در شناخت پدیده حاکمیت قانون و ابعاد آن بسیار مفید باشد. از سؤالات مقدری که امکان طرح آن با مطالعه این اثر وجود دارد، این است که چرا جایگاه برداشت‌های اسلامی و متفکران مسلمان از دکتین حاکمیت قانون و به تبع آن متفکران ایرانی و مسلمان در این اثر به تفصیل مورد ارزیابی قرار نگرفته‌اند. اگرچه، مباحث پراکنده‌ای از اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در جای جای کتاب وجود دارد، اما به صورت تحلیلی و تفصیلی به این موضوع پرداخته نشده و دلیل آن نیز این است که در طرح اولیه موضوع، توافق بر این قرار گرفت که ابتدا مفهوم حاکمیت قانون از منظر ادبیات سیاسی و فلسفی و سنت‌های رایج فکری و به طور خاص سنت فکری «حقوق عرفی»

1. Separation of Powers

2. Common Law

مورد بررسی قرار گیرد و در مرحله‌ای دیگر به بحث از حاکمیت قانون و اندیشه‌های ایرانی - اسلامی پرداخته شود. گفت‌وگو درباره حاکمیت قانون و اندیشه‌های سیاسی متفکران مسلمان و ایرانی و همچنین بررسی تفصیلی اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از منظر حاکمیت قانون درخور دفتری دیگر و مطالعه‌ای عمیق‌تر است. اینکه از منظر اسلامی و فقهی، حاکمیت قانون چگونه مطرح شده و چه تعبیر و تفسیری در این زمینه ارائه شده است و یا کدام چالش‌های احتمالی بین تفکر مدرن حاکمیت قانون و برداشتها و آموزه‌های اسلامی و فقهی وجود دارد، شایسته تحقیق و تدقیق چندبعدی و بین‌رشته‌ای دیگری است که جذابیت‌ها و چالش‌های خاص خود را دارد، و البته مطالعه حاضر به‌عنوان مقدمه و مدخلی بر آن بحث شناخته می‌شود.

این اثر در حوزه‌های حقوق عمومی، فلسفه سیاسی، علوم سیاسی و مدیریت دولتی، و همچنین برای علاقه‌مندان به مباحث نظری سیاسی، دانشجویان، اساتید، و سیاست‌مداران علاقه‌مند در حوزه‌های فکری فوق و گرایش‌های مرتبط سودمند و ارزشمند خواهد بود، به‌ویژه مطالعه این اثر را به دانشجویان مقاطع مختلف کارشناسی، کارشناسی ارشد و دکتری حقوق عمومی و علوم سیاسی توصیه می‌کنم.

این کتاب اهتمام دارد تا به سؤالاتی چند پاسخ گوید. لذا از خوانندگان گرامی تقاضا دارد در خلال مطالعه این اثر به سؤالات و موضوعاتی از قبیل سؤالات و موضوعات ذیل توجه نمایند: چپستی مفهوم^۱ و برداشت‌های^۲ حاکمیت قانون؛ نگاه سنت‌های آلمانی و فرانسوی به حاکمیت قانون و تفاوت آنها با نگاه سنت «حقوق عرفی» به حاکمیت قانون؛ ویژگی‌های حاکمیت قانون در این سنت‌ها؛ برداشت‌های متفاوت از حاکمیت قانون در چارچوب سنت «حقوق عرفی» و دلیل این تفاوت‌ها؛ این مسئله که آیا حاکمیت قانون یک اصل مستقل و قائم به ارزش خویش است و یا بر اصول و ارزش‌های دیگری استوار است؛ الزامات اصل حاکمیت قانون برای ساختار حکومت و همچنین قوای حکومتی؛ و تأثیرات تحقق اصل حاکمیت بر توسعه سیاسی، اجتماعی و اقتصادی. توجه به موضوعات و سؤالات پیش گفته، سبب خواهد شد تا بین مفهوم حاکمیت قانون و سایر مفاهیم،

1. Concept

2. Conceptions

مبانی و اصول دیگر ارتباط برقرار شود. تأمل و دقت نظر در این زمینه، سبب شکل‌گیری مجموعه‌ای مرتبط و منسجم از اصول و مفاهیم در قالب یک نظام تحلیلی خواهد شد تا بر مبنای آن بتوان سایر پدیده‌ها و وقایع حقوقی و سیاسی و اجتماعی را ارزیابی نمود و از خلال پدیده‌های پیچیده، دشوار و گمراه‌کننده، راه خود را به‌سوی نظم، شفافیت، قطعیت، خردمندی و مدیریت عقلانی یافت.

امیدوارم اثر حاضر که حاصل تلاش و مطالعات فراوان پژوهشگر محترم، آقای احمد مرکزالمیری است مورد توجه و استفاده همه علاقه‌مندان به این‌گونه مباحث قرار گیرد و برای ایشان آرزوی موفقیت و سربلندی دارم. بر خود تکلیف می‌دانم از حمایت‌ها و توجهات آقای دکتر بهزاد پورسید، معاون محترم پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی سپاسگزاری و از همکاران ایشان در مساعدت نسبت به تدوین و چاپ این اثر ارزشمند قدردانی کنم.

محمدحسین زارعی

عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

پیشگفتار ویراست اول

حاکمیت قانون یکی از موضوعاتی است که بیشترین توجه حقوقدانان و دیگر اندیشمندان در زمینه‌های سیاست و اقتصاد را به خود جلب کرده است. امروزه این ادعا به ادعایی قابل قبول تبدیل شده است که تا وقتی حاکمیت در یک کشور برقرار نشده و مورد شناسایی و احترام زمامداران قرار نگرفته است، آن نظام، نظامی حقوقی به معنای امروزی محسوب نمی‌شود. از این‌روست که امروزه، مطلع هر سخنی راجع به دموکراسی و نهادهای دموکراتیک، حاکمیت قانون است. از سوی دیگر، از آنجاکه مهم‌ترین کارکرد قانون، تنظیم روابط میان دولت و شهروندان از طرفی و شهروندان با یکدیگر از طرف دیگر است، با پیچیده‌تر شدن دو نوع تعامل یاد شده، نقش قانون و به تبع مفهوم حاکمیت قانون، برجسته‌تر و قابل ملاحظه‌تر شده است. امروزه این اعتقاد فراگیر شده است که توسعه اقتصادی و اجتماعی از حکومتی «خوب» ناشی می‌شود که مطابق با اصول مشارکت دموکراتیک، قدرت نهادهای شده را به نحو مشروع اعمال نماید، و براساس قانون حکومت کند.^۱

گرچه در کشور ما نیز همچون بسیاری از کشورها، اصطلاح حاکمیت قانون، اصطلاحی متداول و آشنا در مباحث حقوقی و سیاسی است و به کرات خصوصاً توسط سیاستمداران مورد استفاده قرار می‌گیرد، اما همچون دیگر مفاهیم و معانی مشابه، کمتر به توضیح معنای دقیق آن در قالب آثاری مستقل همت گماشته شده است. با پذیرش این فرض

1. Tomas M. Franck, "Democracy, Legitimacy, and Rule of Law: Linkages", in N. Dorsen, and P. Gifford (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Washington: New York University School of Law, 2001, P. 174.

که هر کشور، یا به طور کلی هر نظام حقوقی یا سیاسی، واجد ویژگی‌های متفاوت و بعضاً متعارض با نظام‌های حقوقی و سیاسی دیگر کشورهاست و هر الگو، نظریه یا مفهوم در بستر شرایط تاریخی و فرهنگی هر کشور یا نظام، اشکال و خصیصه‌های متفاوت به خود می‌گیرد، شناخت و توضیح روشمند هر الگو، نظریه یا مفهوم، ضرورتی غیرقابل اجتناب برای توسعه سیاسی و اجتماعی محسوب می‌شود. ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که سنت حاکمیت قانون توصیف شده در این تحلیل، بر مبنای ارزش‌ها، مبانی و مفاهیمی شکل گرفته است که چه بسا اعمال و مدنظر قرار دادن آنها در دیگر نظام‌های حقوقی - سیاسی، نه امکان‌پذیر باشد و نه مطلوب. بدیهی است که مفاهیم مطرح شده، در چارچوب منظومه‌ای از نهادها، اصول و ارزش‌ها شکل گرفته است که تبعیت و پذیرش بی‌چون و چرای آنها در نظام‌های متفاوت حقوقی - سیاسی، ممکن است با ارزش‌ها، اصول و ویژگی‌های بومی یک نظام ناسازگار باشد.

چنان‌که گفتیم، با وجود تأکید فراوان بر مفهومی چون حاکمیت قانون در محافل علمی و سیاسی، اثر منقح و قابل‌اتکایی در این زمینه به زبان فارسی، حتی در قالب ترجمه نیز وجود ندارد. در حالی که ما ایرانیان بیش از یک قرن است که با آرزوی تحقق حاکمیت قانون تاریخ پرفراز و نشیبی را پشت سر گذاشته‌ایم، اما جای خالی پژوهش‌های جدی نظری و تطبیقی، و در مرحله بعد انطباق یافته‌های حاصل از این پژوهش‌ها با شرایط و اوضاع و احوال بومی کاملاً محسوس است.

در این تحقیق، کوشش شده گامی هرچند کوچک در جهت معرفی مفهوم حاکمیت قانون، آن گونه که در نظام حقوقی و سیاسی کشورهای نظیر انگلستان و ایالات متحده آمریکا شکل گرفته، برداشته شود. بدین جهت، سعی شده تا با بررسی و استفاده از منابع موجود در زمینه حاکمیت قانون، و با ارجاع فراوان به متون مرجع موجود در این زمینه، این توصیف به نحو شایسته‌تری ارائه شود. این اثر در هشت فصل تنظیم شده است. در فصل اول بخش مقدماتی مفهوم، تاریخچه و سنت‌های مختلف حاکمیت قانون (از جمله در نظام جمهوری اسلامی ایران) مورد توجه قرار گرفته است و از فصل دوم به بعد سعی شده با تمرکز بر نظام حاکمیت قانون مبتنی بر نظام «حقوق عرفی» (آنگلو - آمریکایی)، توضیح قابل قبولی از نظام مذکور ارائه شود. بدین منظور در فصل دوم به دو برداشت شکلی و ماهوی از

حاکمیت قانون به وسیله طرح دیدگاه‌های صاحب‌نظران پرداخته شده و در فصل بعد سه مقوله آزادی، حقوق بشر و برابری به‌عنوان مبانی حاکمیت قانون مورد بررسی قرار گرفته است. فصل چهارم به شرح نسبت میان حاکمیت قانون با ایده مشروطه‌خواهی اختصاص داده شده و در همین قسمت نکاتی راجع به اصل تفکیک قوا و ارتباط آن با حاکمیت قانون طرح شده است. در سه فصل دیگر این تحقیق، مفاهیم، آموزه‌ها و نهادهای مرتبط با هریک از قوای سه‌گانه مجریه، مقننه و قضائیه در زمینه حاکمیت قانون مورد بحث قرار گرفته و در فصل پایانی به پیامدهای حاکمیت قانون پرداخته شده است.

اساتید، همکاران و دوستان ارجمند نقش بسزایی در شکل‌گیری این کتاب داشته‌اند. به‌ویژه طی نگارش این تحقیق، همواره از راهنمایی‌های دکتر محمدحسین زارعی بهره برده‌ام. ایشان به‌عنوان ناظر علمی این اثر، طی یک سال گذشته با صبر و حوصله فراوان توضیحات مفیدی در جزء جزء کار، چه به‌صورت کتبی و چه شفاهی، بیان کرده‌اند که نقش آن در این نوشتار بسیار اهمیت دارد. بدین‌وسیله از ایشان سپاسگزاری می‌کنم.

همچنین باید از دکتر محمد راسخ که سهم عمده‌ای در شکل‌گیری این اثر داشته‌اند قدردانی کنم. طی نگارش این کتاب، به‌جز استفاده از آثار علمی ایشان به‌عنوان منابعی ارزشمند، از راهنمایی‌های ارزنده ایشان، چه به‌صورت کتبی و چه شفاهی، بسیار بهره بردم. از دکتر عباس توازنی‌زاده که با لطف فراوان، نظرات خویش را راجع به نسخه اولیه تحقیق تذکر دادند تشکر می‌کنم. درواقع اگر نکته قابل توجهی در این کار به چشم می‌خورد، مرهون لطف بی‌دریغ ایشان و دیگر سروران است.

دکتر بهزاد پورسید (معاون پژوهشی مرکز پژوهش‌ها) نقشی اساسی در شکل‌گیری این کتاب برعهده داشتند. هسته اولیه این کار در سال ۱۳۸۰ در زمان مدیریت ایشان در دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌ها (با نظارت علمی دکتر محمد راسخ) شکل گرفت. مساعدت‌های ایشان را بدین‌وسیله ارج می‌نهم.

همچنین باید از یاری و همدلی همکاران ارجمندم در دفتر مطالعات حقوقی، به‌ویژه دکتر همایون حبیبی، مدیر دفتر مطالعات حقوقی، و از مساعدت‌های سرکار خانم مهناز ملکی‌معیری، مدیر کتابخانه فارابی مرکز پژوهش‌ها و کتابداران آن کتابخانه، تشکر نمایم. دسترسی به منابع مورد استفاده در این کتاب، بدون مساعدت‌های ایشان به‌هیچ‌وجه میسر نبود.

بر خود فرض می‌دانم مراتب سپاس و قدردانی خود را از همکاری و همیاری صمیمانه و ارزنده سرکار خانم محبوبه سلطانی اعلام نمایم. ایشان در مراحل جمع‌آوری منابع، برگه‌نویسی و حروف‌نگاری زحمات فراوانی متحمل شده‌اند. بدیهی است مسئولیت تمام نواقص و کاستی‌های کتاب، برعهده نگارنده است. اگر دوستان و سروران، نظر خود را در خصوص نواقص کار ارائه شده به‌نحوی تذکر دهند، ارزنده‌ترین لطف را در حق نگارنده روا داشته‌اند.

فصل اول

بخش مقدماتی

مهم‌ترین موضوع مورد بررسی در بخش مقدماتی، مفهوم حاکمیت قانون است. با توجه به مفهوم این اصطلاح است که می‌توان برداشت‌های مطرح از حاکمیت قانون را با روشنی و وضوح بیشتری توضیح داد (موضوع فصل بعد). موضوع دیگری که در این فصل مورد بررسی قرار خواهد گرفت، تطوّر تاریخی نظریه حاکمیت قانون است، و در آخر، توضیح مختصری درباره سنت‌های مختلف حاکمیت قانون موضوع بحث قسمت ۳-۱ این فصل را تشکیل می‌دهد؛ بدین ترتیب که نکاتی را راجع به سنت آلمانی و فرانسوی حاکمیت قانون طرح کرده و در ادامه نوشتار، به توضیح نظریه حاکمیت قانون^۱ در سنت حقوقی - سیاسی «کامن‌لا»^۲ خواهیم پرداخت.

۱. Rule of Law. طبعاً مانند دیگر اصطلاحات و واژگانی از این دست، برگردان «Rule of Law» به «حاکمیت قانون»، کاملاً منطبق با مفهوم آن در زبان مادر و خاستگاه تاریخی آن نیست. به همین دلیل است که در اظهار نظری، ترجمه «Rule of Law» به «حاکمیت قانون» نامناسب دانسته و استدلال شده است که «Rule of Law» حتی در نظریه انگلیسی «بیشتر در معنی «حاکمیت حقوق» و نه «قاعده حقوق» به کار می‌رود»؛ ر.ک.: محمدرضا ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل، جاودانه، ۱۳۹۰، ص ۶۶. بر همین سیاق، در ترجمه دیگری، از معادل‌گذاری برای عبارت «Rule of Law» پرهیز و عین عبارت لاتین («رول آف لا») استفاده شده است؛ در حالی که مترجم در عنوان فصول (فصل دوم)، معادل «حاکمیت قانون» را به کار برده است. این رویه با این استدلال که اصطلاح مورد بحث «دارای معانی متعدد» است، انجام شده است؛ ر.ک.: الیزابت زولر، درآمدی بر حقوق عمومی (مطالعه تطبیقی بنیادهای حقوق عمومی آلمان، فرانسه، انگلستان و آمریکا)، ترجمه سیدمجتبی واعظی، تهران: جاودانه، جنگل، ۱۳۸۹، ص ۱۲۱-۱۲۰.

۲. در ویراست اول کتاب، از اصطلاح «حقوق عرفی» به عنوان معادل «Common Law» استفاده شده بود که به نظر می‌رسد نمی‌تواند معادل دقیقی باشد.

۱-۱. مفهوم حاکمیت قانون

اولین موضوع مورد بحث در این تحقیق، توضیح مفهوم حاکمیت قانون و تفکیک «مفهوم»^۱ حاکمیت قانون از «برداشت»^۲‌های ارائه شده از این ایده است. حاکمیت قانون به‌عنوان «مفهومی فوق‌العاده مهم که نه تعریف شده و نه به‌آسانی قابل تعریف است» توصیف شده است.^۳ این امر به‌دلیل تنوع عناصر و مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده این مفهوم است که بسته به نظرگاه‌های مختلف تغییر می‌کند. ایده حاکمیت قانون ایده‌ای عمیقاً جدلی است و در میان صاحب‌نظرانی که سعی در تعریف این ایده داشته‌اند نمی‌توان صورت‌بندی واحدی از آن یافت.^۴ در مفاهیم جدلی،^۵ همچون حاکمیت قانون، گام اول، ارائه تحلیل مفهومی اصطلاح مورد بحث است.^۶ در تحلیل مفهومی سعی بر این است تا با توافقی حداقلی بر معنای اولیه یک مفهوم، راه را برای بحث و فحص بیشتر راجع به آن همواره کرد؛ در غیر این صورت نمی‌توان گفت که راجع به چه سخن می‌گوییم و موافقت و مخالفت خود را ابراز می‌کنیم. دستیابی به توافق حداقلی از طرق مختلفی مانند تحلیل زبانی و یا مفهومی، که به‌لحاظ اخلاقی و ایدئولوژیک بی‌طرف باشد، امکان‌پذیر است.^۷ در بیان گزاره‌های مورد توافق تقریباً همگانی در توضیح یک اصطلاح، همه به دنبال ویژگی‌های ضروری و لاینفک

1. Concept

2. Conception

3. R. Cotterrell, *Law's Community*, London: Clarendon Press Oxford, 1994, P. 160.

4. See M. J. Rodin, "Reconsidering the Rule of Law", *BU Law Review*, 69, 1989, P. 781; quoted in T. J. Zywicki, "The Rule of Law, Freedom, and Prosperity", George Mason University School of Law and ICER, May 30, 2002; Available online at: <http://www.icer.com>.

5. Contested Concept

۶. به بیان «رایان» شکایتی تقریباً همگانی از تعریف نشدن، یا تعریف ناشدنی بودن برخی از اصطلاحات مورد استعمال در علوم سیاسی و اجتماعی وجود دارد؛ ر.ک: آلن رایان، «لیبرالیسم»، ترجمه خشایار دیهیمی، کیان، شماره ۴۸، سال نهم، مرداد و شهریور ۱۳۷۸، ص ۴۳-۳۰؛ مفاهیمی از قبیل آزادی، حق، عدالت، مشروعیت و ... از جمله مفاهیم جدلی محسوب می‌شوند.

7. L. B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, London: McGill-Queen's University Press, 1997, P. 31.

تشکیل‌دهنده آن اصطلاح هستند.^۱ کافی است نشان داده شود که عناصر مشترک و مورد توافق، به‌طور فراگیر مقبولیت دارند و همگان از اصطلاح مذکور این معنای حداقلی را استنباط می‌کنند.

اما در «برداشت» از یک اصطلاح، گامی فراتر از صرفِ درکِ حداقلی و مشترک برداشته می‌شود و نظریه‌های مختلف فلسفی، حقوقی و سیاسی به میان می‌آیند. در برداشت از یک اصطلاح، هر طیفی از اندیشه‌ورزان از نظرگاه خاص، با هدفی مشخص و با ابزارهایی متفاوت از دیگری به تحلیل اصطلاح مورد بحث می‌پردازند.^۲ به عبارت دیگر، معنای برداشت، بسیار روشن‌تر و ملموس‌تر از معنای مفهوم است و پیش‌فرض‌های مفسر تأثیری اساسی بر تفسیر دارد.^۳

در سنت حقوقی - سیاسی غرب، حاکمیت قانون در تقابل با حکومت شخص معنا شده است. از فیلسوفانی چون افلاطون و ارسطو تا نظریه‌پردازان معاصر، بر این معنا که درواقع مفهوم حاکمیت قانون است، تأکید کرده‌اند. چنان‌که یکی از صاحب‌نظران می‌نویسد: «هسته حاکمیت قانون متشکل از ارزش‌های پایدار «نظم» و «محدودیت» است که در شعار «حکومت قوانین نه حکومت شخص» متجلی شده است».^۴ حکومت شخص به‌طور کلی به حکومتی

۱. درباره اصطلاح آزادی نیز - با همه تفسیرها و تعبیرهای متنوع آن - می‌توان ادعا کرد که هسته‌ای معنایی، با توافقی حداقلی، درباره آن وجود دارد. آیزایا برلین، فیلسوف انگلیسی روسی‌تبار، در این باره می‌نویسد: «معنای اصلی آزادی عبارت است از آزادی از بند و زندان، آزادی از بردگی غیر؛ باقی هرچه هست توسعه در این معنی مجازی است ... کوشش برای آزادی شخص عبارت است از سعی در جلوگیری از مداخله بهره‌کشی و اسارت او به وسیله دیگران ...»؛ ر.ک: آیزایا برلین، چهار مقاله درباره آزادی، ترجمه محمدعلی موحد، تهران: خوارزمی، ۱۳۶۸، ص ۷۱. می‌توان گفت فصل مشترک معنایی مختلفی که از اصطلاح آزادی در زبان محاوره‌ای روزمره و حتی «تعاریف لغت‌نامه‌ای» قابل ذکر است، «عدم مانع و اجبار است» و «مفهوم» آزادی چیزی جز این نیست؛ برای دیدن توضیح بیشتر در این زمینه ر.ک: محمد راسخ، «آزادی چون ارزش»، در: حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۲۹۰-۲۷۹.

۲. برداشت‌های اساسی درباره اصطلاحی مانند آزادی را می‌توان مشتمل بر دو برداشت منفی و مثبت از آزادی دانست؛ ر.ک: برلین، پیشین، ص ۲۳۷-۱۳۶.

3. See Ibid, P. 32; also see: Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard: Harvard University Press, 1986, P. 70;

درباره برداشت‌های توضیح داده شده از حاکمیت قانون ر.ک: فصل دوم.

4. A. Hutchinson, and P. Monahan, "Introduction", in A. Hutchinson and P. Monahan (eds.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto: Carswell, 1987, ix; Quoted in J. Rose, "The Rule of Law in the Western World: An Overview", *Journal of Social Philosophy*, Vol. 35, No. 4, Winter 2004, P. 457.

گفته می‌شود که تصمیمات حکومتی به‌نحو خودسرانه، هوس‌بازانه و با شیوه استبدادی اتخاذ می‌شود و ملاک اتخاذ تصمیمات، اراده و سلیقه متغیر حاکم یا جمعی از حاکمان است. اجماع حداقلی را، که شرط شناسایی «مفهوم» حاکمیت قانون است، می‌توان در دو گزاره صورت‌بندی کرد؛ اول اینکه حکومت باید به شیوه‌ای عقلانی تصمیم گرفته و عمل کند؛ بدین معنی که تصمیمات و اعمال تصمیمات باید برمبنای «دلایل»^۱ باشد؛ و دوم اینکه دلایل به یک معنا باید «قانونی»^۲ باشد. این دو گزاره انتزاعی گزاره‌هایی «شکلی» بوده و به همین دلیل نیز به‌اندازه کافی غیرجدلی به‌نظر می‌رسند. گزاره اول، شکل خاصی از حکومت را پیش‌فرض قرار نداده و نهاد عینی تشکیل‌دهنده «حکومت» را پیشنهاد نمی‌دهد. به همین ترتیب گزاره دوم نیز دربرگیرنده ماهیت یا محتوای خاصی که «دلایل حقوقی» باید از آن ماهیت و محتوا برخوردار باشند نیست.^۳ اگر در این دو گزاره کلی، اشاره‌ای در جهت تعیین نوع حکومت یا مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده دلایل حقوقی وجود داشت، از بحث راجع به «مفهوم» حاکمیت قانون فراتر رفته و به قلمرو بحث از «برداشت»‌های حاکمیت قانون وارد می‌شدیم. بدین ترتیب، به‌رغم تفاوت و اختلاف در الگوها و ریشه‌های برداشتها و سنت‌های حاکمیت قانون، بنیان مفهومی این اصطلاح علی‌الاصول نمی‌تواند در معرض تفاسیر و تعبیر مختلف قرار گیرد.^۴

۲-۱. حاکمیت قانون از منظر تاریخی

بحث از قانون، چه به‌عنوان ابزار حکومت و چه به‌عنوان ابزاری برای کنترل حکومت، دغدغه مشترک صاحب‌نظران حوزه‌های فلسفی، حقوقی و سیاسی بوده است. درواقع سرکشی ذاتی حاکمان و قدرتمندان، و امکان یا فعلیت یافتن تعدی و نقض حقوق مردم، در احراز جایگاه رفیع قانون و حاکمیت قانون به‌عنوان «مفهومی بنیادین در ادبیات

1. Reasons

2. Legal

3. See Tremblay, op. cit., PP. 31-32.

4. P. Selznick, "Legal Culture and the Rule of Law", in M. Krygier and A. Czarnota (eds.), *The Rule of Law After Communism: Problems and Prospective in East-Central Europe*, Dartmouth: Ashgat, 1999, P. 24.

حقوقی و سیاسی» سهمی بسزا داشته است. نویسنده کتاب مقدمه‌ای تاریخی بر حقوق اساسی غربی، سه رگه اصلی توسعه مفهوم حاکمیت قانون را به لحاظ تاریخی از یکدیگر متمایز می‌کند که عبارت‌اند از: نزاع‌های سیاسی، آثار حقوقدانان و رساله‌های نظریه‌پردازان سیاسی، به‌ویژه تأملات فلسفی و الهیات. رگه نزاع‌های سیاسی، به‌ویژه در انگلستان، با تدوین مجموعه‌ای از اسناد از نوع «منشور کبیر» قابل ردیابی است. چنین منشورهایی، یا به‌عنوان نتیجه فرایند مذاکراتی صلح‌آمیز، یا در نتیجه انقلاب و فشار نظامی صادر می‌شد. «انقلاب شکوهمند» انگلستان و تصویب «منشور حقوق» سال ۱۶۸۹ نمونه‌هایی از قسم اخیر است. اما رگه دیگر توسعه مفهوم حاکمیت قانون، مجادلات حقوقدانانی همچون «ژان بدن»^۱ راجع به این مسئله بنیادین است که آیا حاکم، فراتر از قانون است یا فروتر از آن؟ همچنین نظرات «هنری دو براکتون»^۲ در رساله‌اش راجع به سنت کامن‌لا در انگلستان از دیگر تلاش‌های قابل دسته‌بندی در این رگه از توسعه مفهوم حاکمیت قانون است. و در آخر، رگه سوم شامل اندیشه‌های طیف وسیعی از متفکران از جمله برخی از آباء کلیسا و متفکران مدرن، همچون لاک و منتسکیو است.^۳

شکلر در مقاله «نظریه سیاسی و حاکمیت قانون»، سابقه تاریخی طرح ایده‌های نظام‌مند مربوط به موضوع مورد بحث را از زمان ارسطو می‌داند.^۴ به دیگر سخن، سال‌هاست درباره این موضوع که حکومت باید با مجموعه‌ای از محدودیت‌های مشخص و لازم‌الاجرا اداره شود، «توافقی پایدار و فوق‌العاده گسترده» وجود داشته است. بدین ترتیب، سنت حاکمیت قانون منشعب از سنت مشروطه عهد باستان است.^۵

1. Jean Bodin (1530-1596).

2. Henry de Bracton (1210-1268).

۳. ر.ک.: آر. سی. کنگم، «مقدمه‌ای درباره اندیشه حاکمیت قانون»، ترجمه احمد مرکزالمیری، حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸، ص ۴۴۱-۴۳۷؛ نوشتار اخیر، ترجمه قسمت کوتاهی از کتاب ارزشمندی با این مشخصات است:

R. C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

4. J. Shakler, "Political Theory and the Rule of Law", in Hutchinson and Monahan (eds.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, PP. 1-5; Quoted in Rose, op. cit., P. 457.

۵. ر.ک.: گلن تندر، تفکر سیاسی، ترجمه محمود صدیقی، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۷۴، ص ۱۰۱.

به لحاظ تاریخی، گسترش ایده حاکمیت قانون بر مبنای نظرات فیلسوفانی چون ارسطو در یونان باستان بسیار چشمگیر است؛ بدین ترتیب که این ایده در سنت ادبی سده‌های پنجم و چهارم قبل از میلاد منعکس شده است. این سنت ادبی به «معنای متعالی‌ای از قانون عرفی اشاره دارد که شهروندان می‌توانستند برای خود وضع کنند، قانونی که از آن نظم و آزادی را انتظار داشتند، حتی در آن زمان آزادی نزد آنان به معنای پیروی از قوانین بود».^۱ همچنین از نگاه یونانیان باستان، یکی از شروط اصلی دموکراسی، «برابری در مقابل قانون» (ایزونومی) است. این شرط به علاوه دو شرط دیگر، یعنی «حق برابر در دستیابی به کلیه مناصب حکومتی» (ایزوتیمی) و «آزادی بیان» (ایزوگوری) سه شرط تحقق دموکراسی مستقیم یا بلاواسطه از دیدگاه یونانیان باستان است.^۲

ارسطو بحث از حاکمیت قانون را با طرح این سؤال که «آیا حکومت را به دست بهترین فرد باید سپرد؟» آغاز می‌کند و چنین به سؤال مطرح شده پاسخ می‌دهد: «... اصولاً نادرست است که حکومت به جای آنکه تابع قانون باشد در حیطه اقتدار شخص [یا اشخاص] درآید زیرا هر شخص گرفتار هوس‌ها و سودهایی است که روان آدمی زاده از آنها گریزی ندارد...».^۳ دلایل ارسطو در باب لزوم حاکمیت قانون و درستی آن، بر پایه طبع بشر و ویژگی انسان بنا شده است و آغاز طرح نظریه‌های عقل‌گرایانه راجع به امور بشری محسوب می‌شود.

در دوران قرون وسطا، اندیشه‌هایی که در واقع تجلی اولیه تحقق آرمان مدرن حاکمیت قانون به شمار می‌روند پدیدار شدند. مبنای حقوقی دولت که به وسیله حقوقدانان رومی پس از یونانیان توسعه داده شده بود، در قرون وسطا با تأکید بر وجود «قانون جهان‌شمول»^۴ و حاکمیت فراگیر آن تکامل یافت. براکتون در قرن سیزدهم بر این عقیده

۱. به نقل از: جان کلی، تاریخ مختصر نظریه حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو، ۱۳۸۲، ص ۴۵.

۲. ر.ک.: آلن دوبنوا، تأمل در مبانی دموکراسی، ترجمه بزرگ نادرزاد، تهران: چشمه، ۱۳۷۸، ص ۲۹-۲۸؛ برای مطالعه بیشتر راجع به نظریه حاکمیت قانون از دیدگاه افلاطون و ارسطو و همچنین اندیشمندان قرون وسطا و دوران اولیه شکل‌گیری نظریه سیاسی مدرن ر.ک.:

J. Morrow, *History of Political Thought: A Thematic Introduction*, London: Macmillan Press, 1998, PP. 276-288.

۳. ارسطو، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۸۱، ص ۱۶۴-۱۶۳.

4. Universal Law

بود که حاکمان باید تابع قانون باشند؛ به نظر وی، «پادشاه نباید تابع هیچ شخصی باشد، بلکه باید تابع خدا و قانون باشد...»^۱. اما مهم‌ترین مسئله مورد بحث در این دوران، کیفیت التزام پادشاه به قانون بود. سؤال این بود که آیا قانونی که پادشاه قرار است بر اجرای آن نظارت کند، خود پادشاه را نیز محدود می‌کند یا خیر؟ چکیده‌ای از مباحث طرح شده راجع به این مسئله را می‌توان در اثر سنت توماس^۲ مشاهده کرد:

گفته‌اند که اکراه و اجبار قانون شامل شخص پادشاه نمی‌شود زیرا هیچ‌کس نمی‌تواند خود را مجبور کند و قوه اجبار قانون نیز از اقتدار پادشاه ناشی می‌شود. بنابراین، گفته‌اند که پادشاه از قانون آزاد است زیرا هیچ‌کس، اگر خلاف قانون عمل کند، نمی‌تواند حکمی علیه خود صادر کند... اما جنبه ارشادی قانونی که از اراده پادشاه ناشی شده، شامل او می‌شود، چنان که گفته‌اند: «هرکس حقوقی برای دیگران برقرار کند، خود نیز باید از آن حقوق بهره‌مند شود» و حکیمان نیز گفته‌اند که «قانونی که خود گزارده‌ای، تحمل کن!...». پس معلوم شد که پادشاه در برابر داوری الهی از جنبه ارشادی قانون آزاد نیست و باید به طیب خاطر به آن گردن بگذارد و نه از روی اجبار.^۳

چنان‌که از جملات گفته شده برمی‌آید، از نظر یکی از مهم‌ترین اندیشمندان قرون وسطا، قدرت حاکم نه به وسیله ابزار بیرونی و الزام‌آور، بلکه با آموزه‌های اخلاقی و درواقع قیودی درونی محدود می‌شود.^۴

1. Quoted in E. C. S. Wade and A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, London: Longman, 1993, P. 99.

۲. سنت توماس (۱۲۷۴-۱۲۲۵)، واپسین اندیشمند الهی قرون وسطا بود که با جمع میان عقل و شرع، ترکیبی بدیع از اندیشه مسیحی ارائه داد. دستگاه فلسفی صورت‌بندی شده به‌دست او، خاستگاه اندیشه فلسفه سیاسی مدرن به‌شمار می‌رود؛ ر.ک.: سیدجواد طباطبایی، مفهوم ولایت مطلقه در اندیشه سیاسی سده‌های میانه، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۰، ص ۳۱-۳۰.

۳. به نقل از: همان، ص ۴۳-۴۲.

۴. محدودیت بر اعمال قدرت خودسرانه، موضوع مورد بحث فصل پنجم همین نوشتار است.

مهم‌ترین عامل تجلی مدرن ایده حاکمیت قانون را می‌توان تحولات سیاسی و اجتماعی انگلستان، به‌ویژه در قرن هفدهم دانست. درواقع در این قرن بود که «مهم‌ترین انقلاب در تاریخ نظریه سیاسی و حقوقی» به‌وقوع پیوست. تحول تاریخی‌ای که منجر به شناسایی اصل حاکمیت قانون شد، به چالش کشیدن قدرت مطلق پادشاه توسط نظریه‌پردازان حقوقی و سیاسی بود. جنگ داخلی انگلستان (معروف به «انقلاب پارسایان») در خلال سال‌های ۱۶۴۲ تا ۱۶۴۹ میلادی، نشست گرفته از اختلافات عمیق میان پادشاه و پارلمان درباره مسائل بنیادینی چون حیطه و محدودیت اختیارات پادشاه بود. گرچه در آغاز قرن هفدهم، اصل «جامعه سیاسی متعادل»^۱ به‌عنوان اصل راهنما در تنظیم روابط میان پادشاه و ملت پذیرفته شده بود، اما پادشاهان خودکامه‌ای نظیر جیمز اول^۲ و چارلز اول^۳ از پذیرش این اصل امتناع کردند. این اصل بدین معنی بود که اختیارات پادشاه به‌وسیله آموزه‌های حقوق طبیعی، قوانین مورد استناد در محاکم (کامن‌لا) و همچنین حقوق و امتیازات پارلمان محدود شود و پادشاه مقید به رعایت حقوق اتباع و سلطنت محدود گردد.^۴ بی‌اعتنایی پادشاهان انگلستان به اصول مذکور سبب شد منازعه میان پادشاه و پارلمان درخصوص حدود اختیارات پادشاه و حاکمیت قانون، در نهایت منجر به «انقلاب شکوهمند»^۵ در سال ۱۶۸۸ گردد.^۶ سرانجام در «منشور حقوق»^۷ در سال ۱۶۸۹ تصریح شد که پادشاه تابع قانون است. در این منشور نه تنها پادشاه به حکومت از طریق پارلمان متعهد گردید، بلکه حق افراد به مصونیت از مداخله غیرقانونی در امور خصوصی‌شان نیز به رسمیت شناخته شد. درواقع اجبار پادشاه به احترام و رعایت قانون، رفته‌رفته به مطالبه تنظیم حقوق شهروندی در قانون اساسی و تضمین آن حقوق توسط مقامات حکومتی تبدیل شد و در نهایت به اصول محدودکننده قدرت انجامید. اصرار بر حاکمیت قانون و نه حکومت شخص، اصل بنیادین و راهنما برای مطالبات دیگری از قبیل رعایت و احترام به کرامت، و

1. "Balanced Policy"

2. *James I* (1566-1625).

3. *Charles I* (1600-1649).

۴. ر.ک.: حمید عنایت، بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، تهران: زمستان، ۱۳۷۷، ص ۲۰-۱۹۸.

5. *Glorious Revolution*

6. See *Ibid.*, P. 93.

7. "Bill of Rights"

حقوق و آزادی‌ها بوده است؛ چرا که گام نخست در تحقق آرمان‌های مطرح شده، محدودیت و چارچوب‌بندی قدرت زمامداران در قالب حقوقی مشخص است.^۱

شاید بتوان معروف‌ترین و کامل‌ترین بیان مدون از مفهوم حاکمیت قانون را اندیشه تبیین شده توسط آلبرت ون دایسی^۲ دانست. حتی به‌نظر بسیاری از متفکران حوزه مورد بحث، می‌توان دایسی را واضع اصطلاح «حاکمیت قانون» (Rule of Law) دانست.^۳ اثر کلاسیک او با عنوان «مقدمه‌ای بر مطالعه حقوق اساسی»^۴ چنان نفوذی در ادبیات حقوقی و سیاسی دارد که منبع اولیه هر اثر به نگارش درآمده در زمینه حاکمیت قانون به‌شمار می‌آید. دایسی در این اثر سه معنی از حاکمیت قانون را در سنت حقوقی انگلستان تشریح می‌کند. با دقت در نظر دایسی می‌توان به اصل و هسته معنایی حاکمیت قانون که تا به امروز تکامل یافته است پی برد.

از نظر دایسی، سه معنی، یا به بیان دیگر «سه تعریف کلاسیک از حاکمیت قانون»^۵ عبارت‌اند از:

۱. حکومت نایستی دلبخواهی باشد بلکه باید مطابق قواعد عام عمل کند: «در وهله اول هیچ‌کس نباید به‌نحو غیرقانونی متحمل مجازات بدنی یا مالی شود، مگر بر مبنای نقض مشخص قانون وضع شده به روش قانونی، نزد دادگاه‌های عرفی سرزمینی ...^۶ انگلیسی‌ها تحت حکومت قانون هستند، صرفاً حکومت قانون؛ یک فرد ممکن است به‌سبب نقض

۱. برای مطالعه راجع به تاریخچه تدوین و محتوای اسناد مبنایی حقوق بشر از قبیل دادخواست حقوق (Petition of Rights)، فرمان قانونی ۱۶۷۹ راجع به امنیت قضایی (Habeas Corpus)، منشور حقوق ۱۶۸۹، اعلامیه استقلال آمریکا (۱۷۷۶)، و اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه (۱۷۸۹)، ر.ک.: سیدمحمد هاشمی، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۱۴۰-۱۲۷.

همچنین برای مطالعه اثری محققانه راجع به مفهومی که اندیشه حاکمیت قانون برای مقابله با آن شکل گرفت، یعنی استبداد، و بررسی تطبیقی ماهیت و رشد حکومت‌های استبدادی در اروپای غربی و شرقی و همچنین ممالک اسلامی، ر.ک.: پری آندرسون، تبارهای دولت استبدادی، ترجمه حسن مرتضوی، تهران: ثالث، ۱۳۹۰.

2. Albert Van Dicey (1832-1911).

3. See Rose, op. cit., PP. 457-458.

4. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: Macmillan, Published in 1885, 8th edn, 1927.

5. Tremblay, op. cit., P. 22.

6. Dicey, op. cit., PP. 183-184.

قانون مجازات شود، اما صرفاً بدین دلیل می‌تواند محاکمه شود نه به هیچ دلیل دیگر»^۱؛
 ۲. همه شهروندان در مقابل قانون برابرند: «[حاکمیت قانون] به معنای برابری در مقابل قانون، یا تبعیت برابر همه طبقات از قانون عادی سرزمین که به‌وسیله دادگاه‌ها اجرا می‌شود؛ حاکمیت قانون در این معنی از ایده مستثنا کردن مقامات یا دیگران از تکلیف رعایت قانون حاکم بر دیگر شهروندان یا رویه قضایی محاکم عادی، جلوگیری می‌کند»^۲؛
 ۳. اصول بنیادین قانون اساسی انگلستان، نتیجه تصمیمات قضایی مربوط به حقوق فردی بر مبنای قانون عادی است: «... قانون اساسی محصول قانون عادی^۳ سرزمینی است»^۴.
 دیدگاه دایسی راجع به حاکمیت قانون توسط بسیاری از نظریه‌پردازان به‌عنوان بنیانی برای تحقیق و بررسی بیشتر در این موضوع مورد توجه قرار گرفت. گرچه از قرن هفدهم به بعد، با ظهور فیلسوفانی نظیر لاک، هابز، منتسکیو و ...، حکومت قانون همواره یکی از موضوعات اصلی مورد بحث بوده، اما تاریخ اندیشه حاکمیت قانون با طرح نظریه دایسی وارد دوره‌ای جدید و پرفرازونشیب شده است.^۵

۳-۱. سنت‌های حاکمیت قانون

پس از توضیحی مختصر راجع به مفهوم و تاریخچه حاکمیت قانون، توضیح مطلب دیگری که در بخش مقدماتی مفید به‌نظر می‌رسد، سنت‌های متنوع حاکمیت قانون در نظام‌های حقوقی و سیاسی مختلف است. سنت حقوقی - سیاسی رایج در هر کشور، ریشه در تاریخ

1. Ibid., P. 198.

2. Ibid.

۳. منظور دایسی از قانون عادی (Ordinary Law)، قوانین معمول و حاکم در دادگاه‌ها در نظام «کامن‌لا» است. این قوانین مصوب پارلمان نبوده و در طول زمان به‌وسیله آرای قضات شکل گرفته‌اند.

4. Ibid, P.199; also See John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, London: Macmillan, 1999, PP. 97-101.

۵. برای مطالعه بیشتر درباره سیر تاریخی اندیشه‌ورزی‌های صاحب‌نظران راجع به حاکمیت قانون، از جمله دوره‌های یونان باستان و قرون‌وسطا، رک:.

Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, PP. 7-31;

همچنین، رک: زولر، پیشین، ص ۱۲۴-۱۲۲.

و فرهنگ، به‌ویژه فرهنگ سیاسی آن سرزمین دارد. حاکمیت قانون از جمله مقوله‌هایی است که به‌شدت متأثر از ایدئولوژی حاکم بر نظام سیاسی است؛ ایدئولوژی‌هایی که تحت تأثیر عواملی فراوان، بر مفاهیم و برداشت‌هایی خاص از مقولات سیاسی - اجتماعی تأکید می‌کنند. همچنین حوادث و رویدادهای عظیم تاریخی مانند انقلاب‌های سیاسی و اجتماعی، از جمله عواملی است که معنی و ساختار مقوله‌هایی چون حاکمیت قانون را دستخوش تغییر می‌سازد. با این وجود، چنان‌که گفتیم، امروزه عناصری مفهومی و اصول کلی از حاکمیت قانون وجود دارد که می‌توان درباره آن به توافق اجماعی حداقلی معتقد بود. اما درعین حال نمی‌توان وجود سنت‌های متفاوت حاکمیت قانون، که بیشتر ناشی از برداشت‌های متنوع از این مفهوم است را نادیده گرفت.

تأکید این نوشتار، چنان‌که گفتیم، بر توضیح سنت انگلیسی حاکمیت قانون است. این سنت از حاکمیت قانون را که می‌توان با تسامح، سنت «کامن‌لا» نامید که جوشیده از متن سنت‌های حقوقی و سیاسی انگلستان و تاریخ سیاسی این سرزمین است و به‌نحوی بسیار گسترده، نظام آمریکا را نیز تحت تأثیر قرار داده است. مؤلفه‌هایی از قبیل حاکمیت پارلمان، از عوامل اساسی تشکیل‌دهنده این سنت به‌شمار می‌روند. اندیشمندانی چون دایسی، هایک، رز، دورکین، فولر، رالز با توجه ویژه به تاریخ اندیشه‌های حقوقی و سیاسی در سنت «کامن‌لا»، به طرح مباحثی راجع به حاکمیت قانون پرداخته‌اند و از این جهت امروزه می‌توان این سنت را بانفوذترین سنت حاکمیت قانون دانست که بر نظام‌های حقوقی دیگر کشورها، از جمله فرانسه، نیز تأثیر قابل توجهی گذاشته است.^۱ سنت

۱. در مقایسه دو نظام حقوقی کامن‌لا و نظام حقوقی مدون (موضوعه یا رومی - ژرمنی) همواره بر این امر تأکید می‌شود که نظام حقوقی کامن‌لا به‌وسیله رویه قضایی و نظام حقوقی مدون مبتنی بر قوانین مصوب و مندرج در مجموعه قوانین است. گرچه آنچه گفته شد، درست است، اما «گمراه‌کننده» است؛ چرا که «کنون در همه نظام‌های حقوقی کامن‌لا، انبوه قوانین موضوعه وجود دارد و قانونگذار در طول زمان به‌منظور تحکیم، تکمیل و تغییر حقوق کامن‌لا دخالت می‌کند». از سوی دیگر در نظام حقوقی مدون «اجرای قانون به وسیله دادگاه‌ها، چیزی فراتر از اجرای مکانیکی قانون است» و ماهیت «شبه تقنینی» قضاوت به رسمیت شناخته شده است، «به این معنا که قوانین موضوعه و کدها منوط به تفسیر قضایی و علمی برای اجرا هستند. چنین تفسیری گاه مبنایی برای تغییرات در این قوانین موضوعه و کدها هستند». ر.ک: حسن و کیلیان، «رابطه رویه قضایی و قانون»، پژوهشگاه قوه قضائیه (پژوهشکده حقوق عمومی و بین‌الملل)، اسفند ۱۳۹۲، ص ۱۶-۱۵.

حاکمیت قانون در ایالات متحده آمریکا براساس آموزه‌های «برتری قانون اساسی»^۱ و «رعایت تشریفات قانونی»^۲ یا «عدالت رویه‌ای»^۳ و به‌ویژه نقش محوری دادگاه‌ها، قضات و رویه قضایی شکل گرفته است. در این سنت، رویه کنترل مطابقت قوانین موضوعه با قانون اساسی^۴ و همچنین اصل تفکیک قوا از اهمیت بسزایی برخوردار است. اما این سنت چنان با سنت حاکمیت قانون انگلیسی درهم‌تنیده و عجین شده است که تفکیک آنها از یکدیگر، اگر نگوییم ناشدنی، دست کم بسیار دشوار است. آموزه‌های مشترک این دو سنت، خصوصاً آموزه‌های مربوط به عدالت طبیعی، قابل توجه است.

با وجود این، باید از تأثیر و تأثر و تعامل سنت‌های حاکمیت قانون متداول در نظام‌های مختلف سخن گفت. چنان‌که در ادامه خواهیم دید، برخی معتقدند سنت فرانسوی حاکمیت قانون («دولت قانونمند» (*Etat de droit*)) ادامه سنت آلمانی «دولت قانونی» (*Rechtsstaat*) و کاملاً متأثر از آموزه‌های آن سنت است. گرچه با وقوع انقلاب فرانسه، آموزه‌های فلسفی اندیشمندانی چون ژان ژاک روسو و منتسکیو سبب برخی تمایزات میان دو سنت آلمانی و فرانسوی حاکمیت قانون گردید. شاید به‌سختی بتوان ادعایی مبتنی بر تقدم و تأخر تاریخی را درباره سنت‌های حاکمیت قانون اثبات کرد، اما بی‌شک می‌توان با توجه به برخی از تحولات تاریخی که نقاط عطف تاریخ سیاسی و اجتماعی هر جامعه محسوب می‌شوند، چگونگی تأثیر سنت‌های مختلف حاکمیت قانون بر یکدیگر را توضیح داد.

در واقع هدف اصلی بررسی تطبیقی سنت‌های حاکمیت قانون، فهم یکنواختی‌ها و تفاوت‌های این سنت‌هاست. اما این هدف تنها با آگاهی از مفاهیم و مقولات کلی مطرح شده در این نوشتار میسر است؛ مفاهیم و مقولاتی از قبیل «مشروطه‌خواهی»، «کنترل قضایی»، «حاکمیت پارلمان»، «تفکیک قوا» و غیره. در این قسمت، بررسی مقایسه‌ای صرفاً با اشاره به نقاط اشتراک و تفارق هریک از این سنت‌ها صورت می‌گیرد، اما ضروری است این نقاط اشتراک و تفارق در پرتو مباحث عنوان شده در مورد بررسی قرار گیرد. با توجه به توضیح ارائه شده،

1. Constitutional Supremacy

2. Due Process of Law

3. Procedural Justice

4. Constitutional Review

در این قسمت سعی خواهیم کرد مؤلفه‌های برجسته و ممتاز قابل شناسایی دو سنت دیگر حاکمیت قانون، یعنی سنت آلمانی و فرانسوی، را توضیح دهیم و سپس در ادامه به سنت آنگلو-آمریکایی حاکمیت قانون بپردازیم. گرچه در مطالب ارائه شده، بنا به مقتضای بحث، به دیگر سنت‌های حاکمیت قانون، خصوصاً سنت فرانسوی، اشاراتی خواهیم داشت.

۱-۳-۱. سنت آلمانی حاکمیت قانون

مرسوم است که امانوئل کانت را به‌عنوان پدر معنوی مفهوم «دولت قانونی» در آلمان معرفی می‌کنند. کانت در نظریه خود درباره دولت، این نهاد را به‌عنوان جمعی که براساس قوانین عدالت حکومت می‌کنند تعریف کرده است. «دولت قانونی»^۱ از دیدگاه وی باید دولتی باشد که به‌وسیله «قانون عقل»^۲ حکومت کند، یعنی بر مبنای اصول آزادی هر عضو جامعه، اصل برابری، و خودمختاری فردی. به‌نظر وی، قوانین وضع شده توسط دولت باید این اصول را تضمین کند و ارتقا بخشد.^۳ درواقع این نظریه بر مبنای دیگر مؤلفه‌های منظومه فکری کانت شکل گرفته است که مهم‌ترین آن، استقلال اراده و خودمختاری انسان از طریق تبعیت از «قانون اخلاقی» است.^۴ زمانی که نظریه فلسفی کانت در قلمرو جامعه سیاسی ظهور و بروز می‌یابد، آموزه‌های مختلفی بر مبنای نظرات وی قابل استنتاج است، از قبیل حکومت قانون از طریق تبعیت همگان، از جمله فرمانروایان، از قوانینی که مبتنی بر اصول اخلاقی وضع شده‌اند. تعریف کانت از «دولت قانونمند»، تأثیر قابل ملاحظه‌ای بر نظریه‌های لیبرال حقوق اساسی آلمان نهاده است. این نظریه‌ها از نیمه اول قرن نوزدهم بسط و توسعه یافته است.^۵

1. Lawful State

2. The Law of Reason

۳. لوران پش، «حاکمیت قانون در فرانسه»، ترجمه احمد مرکزالمیری، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره پنجاهویکم، بهار ۱۳۸۵، ص ۲۱۴.

۴. برای مطالعه نظریه کانت راجع به خودمختاری و آزادی اراده ر.ک.: امانوئل کانت، بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق، ترجمه حمید عنایت و علی قیصری، تهران: خوارزمی، ۱۳۶۹، ص ۱۱۱-۱۰۵؛ اشتفان کورنر، فلسفه کانت، ترجمه عزت‌ا... فولادوند، تهران: خوارزمی، ۱۳۶۸، ص ۴۰۴-۴۰۳ و ۲۹۶؛ فدریک کاپلستون، کانت، ترجمه منوچهر بزرگمهر، تهران: دانشگاه صنعتی شریف، ۱۳۶۰، ص ۱۹۹-۱۹۰؛ در گفتار راجع به مبانی حاکمیت قانون (به‌ویژه آزادی و حقوق بشر) بیشتر به نظریه کانت خواهیم پرداخت.

۵. ر.ک.: پش، پیشین، ص ۲۱۴.

تاریخ تطور «دولت قانونی» (*Rechtsstaat*) در آلمان کاملاً مبهم است. چنان‌که شوالیه می‌نویسد، در بررسی این مفهوم در سنت آلمانی از آغاز با دو برداشت مواجه می‌شویم؛ یکی برداشتی است که به‌وسیله فون مل^۱ از این مفهوم مطرح شده که دولت قانونی را در چارچوبی لیبرال و مرتبط با اندیشه «نماینده‌گی ملی» و «پارلماناریسم» می‌داند. در این برداشت، مهم‌ترین هدف «دولت قانونی»، مانند مفهوم «حاکمیت قانون» در انگلستان، تحدید حوزه عمل دولت و تضمین اعمال آزادی‌های فردی از طریق تأکید بر برتری قانون است. از نظر فون مل، دولت‌ها به شش نوع قابل دسته‌بندی‌اند: پدرسالار، دین‌سالار، موروثی، یونان و رم باستان، خودکامه، و قانونی.^۲ در شکل اخیر دولت، میان مفهوم برداشت لیبرال از دولت و «غایات دولت» ارتباط وجود دارد؛ از نظر وی هدف دولت قانونی، «سازمان‌دهی زندگی جمعی مردم به‌گونه‌ای است که هریک از افراد جامعه نهایت امکان برای اعمال آزادانه توانایی‌های خویش را داشته باشند». به این ترتیب، هدف نهایی دولت قانونی، حمایت از حقوق فردی در برابر هرگونه محدودیت غیرقانونی است.^۳

دومین برداشت، تعبیر ژولیوس اشتال^۴ از «دولت قانونی» است. این برداشت - که از نظر بسیاری برداشت مسلط و حاکم در تاریخ نظریه آلمانی دولت قانونی است - بیش از آنکه «حقوق» را ابزاری برای تحدید و چارچوب‌بندی قدرت بداند، آن را به‌عنوان «روشی برای سازمان‌دهی عقلانی دولت در تنظیم روابط دولت با شهروندان» تلقی می‌کند.^۵ آموزه صورت‌بندی شده توسط اشتال، در مقابل آموزه لیبرال دولت قانونی «کانتی» قرار می‌گیرد؛ بدین معنی که آنچه وی مدافع آن بود، آن نوع از دولت قانونی بود که از محتوای مبتنی بر میراث کانت، تهی شده بود و آن را به مفهومی شکلی «در قالب تبعیت صرف از قانون» تبدیل کرده بود. او برخلاف شکل نخستین دولت قانونی، که تضمین‌کننده آزادی و برابری بود، صرفاً دولت را ملزم به رعایت قواعد خاص شکلی می‌داند.^۶ در این دیدگاه،

1. R. Von Mohn

۲. ویژه، پیشین، ص ۵۲. در متن مورد استفاده، از اصطلاح «دولت حقوقی» استفاده شده است.

۳. همان، ص ۵۳.

4. Friedrich Julius Stahl (1802-1861)

۵. ژاک شوالیه، دولت قانونمند، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران: دادگستر، ۱۳۷۸، ص ۲۱.

۶. ر.ک.: ویژه، پیشین، ص ۵۴-۵۳.

نظریه «دولت قانونی» پیش از آنکه نظریه‌ای در خدمت اندیشه کلاسیک لیبرالیسم، یعنی چارچوب‌بندی و تحدید قدرت دولت برای جلوگیری از تضييع حقوق فردی باشد، نظریه‌ای برای اعمال حکومت کارآمد و نظام‌مند محسوب می‌شود و بیشتر نظریه‌ای با ماهیت حقوق اداری است تا حقوق اساسی.

نویمان معتقد است ضابطه «دولت قانونی»، ابداع اشتال، پایه‌گذار نظریه سلطنت در پروس است. به نظر وی، لیبرالیسم آلمان در زمان بیسمارک (سال ۱۸۶۲) به دفاع از حقوق شهروندان (به خصوص حق مالکیت) در برابر قدرت سلطنت اکتفا کرده و فاقد آموزه‌هایی برای مشارکت در قدرت سیاسی بود.^۱ در این نظریه آنچه مهم بود نه منشأ قانون و هدف آن، بلکه صرفاً دولت و سازوکار حکومت بود. هدف از دولت قانونی روش تحقق بخشیدن به هدف‌های دولت بود؛ به این ترتیب، هدفی که دارای ارزش ذاتی باشد تعریف نشده و صرفاً حکومت بر مبنای قوانین عام وضع شده به وسیله دولت مورد توجه بود. چنان که اشتال می‌نویسد:

«دولت باید به صورت *Rechtsstaat*» درآید. چاره مشکلات و نیروی محرک عصر، همین است ... دولت باید ماهیت و نحوه و حدود فعالیت‌های خود و حوزه آزادی شهروندان را به پیروی اکید از قانون تعیین کند و نباید در صدد برآید که تصورات اخلاقی را مستقیماً (یعنی به اجبار) فراتر از حدود قانون متحقق سازد. باید در این زمینه صرفاً به مرزبندی بسنده کند. مفهوم *Rechtsstaat*» به معنی آن نیست که دولت نظام قانونی را بدون هیچ گونه هدف اداری می‌گرداند و به حفظ حقوق افراد اکتفا می‌کند. مدلول این مفهوم به هیچ وجه محتوای فعالیت‌های دولت نیست [بلکه] صرفاً نحوه و خصلت آن‌هاست».^۲

۱. فرانتس نویمان، آزادی و قدرت و قانون، گردآوری و ویرایش پیشگفتار از هربر مارکوزه، ترجمه عزت‌ا... فولادوند،

تهران: خوارزمی، ۱۳۷۳، ص ۸۳.

۲. به نقل از: همان، ص ۱۵۴-۱۵۳؛ این نظر مشابهت‌های زیادی با برداشت شکلی از حاکمیت قانون دارد (موضوع

فصل دوم همین نوشتار).

چنان که از تعریف اشتال برمی آید، در سنت آلمانی «دولت قانونی»، برخلاف سنت انگلیسی حاکمیت قانون، شکل دموکراتیک دولت اهمیت نداشت، و تفکیک «ساخت حقوقی» از «ساخت سیاسی» مهم بود.^۱ دغدغه اصلی این تفکیک، امکان فعالیت اقتصادی، خصوصاً تضمین حق مالکیت، بود. در حالی که نظریه حاکمیت قانون در انگلستان و فرانسه همواره با اشتیاق و مطالبه تقسیم و تحدید قدرت سیاسی و حکومت دموکراتیک همراه بوده است، در آلمان آنچه در اولویت قرار داشت، «ساخت حقوقی» دولت، «یعنی حکومت از طریق قوانین»، مستقل از شکل دموکراتیک یا غیردموکراتیک دولت بود. تضمین حقوق شهروندی و امنیت فعالیت اقتصادی از طریق اعمال قوانین عام، مهم ترین مطالبه تأثیرگذار در صورت بندی نظریه دولت قانونی بود.

آنچه درباره نظریه «دولت قانونی» در آلمان بیان شد، نشانگر تأثیرپذیری این نظریه از واقعیت های سیاسی و اجتماعی آلمان در نیمه دوم قرن نوزدهم و شکل دهنده سنتی از حاکمیت قانون بود که به دیگر کشورها و نظام ها منتقل شد. نظریه دولت قانونی - همان طور که گفته شد - از بدو شکل گیری در اواخر قرن نوزدهم، تقریباً در دکتترین حقوق اساسی آلمان محو و تنها در حقوق اداری حفظ شد. با این وجود از زمانی که این مفهوم به «قانون بنیادین»^۲ ۱۹۴۹ راه یافته است، به عنوان اصلی که باید همه فعالیت های دولت مطابق با آن صورت گیرد ملاحظه شده است.^۳ همچنین امروزه معنی موسع تری از «Rechtsstaat» به کار می رود که مستلزم برخی از «اصول بنیادین سازمانی دولت» است از جمله: تفکیک قوا، کنترل قضایی، اصل قانونی بودن، رویه منصفانه، قطعیت حقوقی، اصل تناسب و غیره.^۴ از سال ۱۹۴۹ این اصطلاح به نحو گسترده ای هم توسط دانشکده های حقوق و هم دادگاه قانون اساسی فدرال مورد استفاده قرار می گیرد.^۵

۱. پیشین، ص ۱۵۳.

2. Grundgesetz (Basic Law)

۳. بند «۱» اصل (۲۸) «قانون بنیادین» آلمان مقرر کرده است: «نظم مبتنی بر قانون اساسی در ایالات باید مطابق با

اصول جمهوری، دموکراتیک و ... براساس "Rechtsstaat" در چارچوب هدف این قانون اساسی اعمال شود».

۴. درباره هریک از این مفاهیم در بخش های آتی توضیحاتی بیان خواهیم کرد.

۵. پیش، پیشین، ص ۲۱۵.

۲-۳-۱. سنت فرانسوی حاکمیت قانون

سنت فرانسوی حاکمیت قانون از دو منبع اساسی الهام گرفته است؛ نخست، آموزه‌های ملهم از انقلاب فرانسه و افکار روشن‌فکرانی نظیر ژان ژاک روسو و منتسکیو و دوم، اندیشه‌های نشئت گرفته از سنت آلمانی حاکمیت قانون. علاوه بر این در فرانسه، برخلاف انگلستان، دوره‌های تاریخی متفاوتی در این زمینه قابل ذکر است که مفهوم حاکمیت قانون در هریک از این دوره‌ها دستخوش تحولات فراوانی شده است.

یکی از نکات اصلی قابل توجه در سنت فرانسوی حاکمیت قانون، فقدان اصطلاح مشابهی برای حاکمیت قانون در زبان حقوقی فرانسوی، دست‌کم تا اوایل قرن بیستم است (برخلاف رواج اصطلاح «Rule of Law» در انگلستان و «Rechtsstaat» در آلمان). این فقدان به‌هیچ‌وجه به معنی عدم اعتقاد به حاکمیت قانون در فرانسه نیست. بلکه این وضعیت می‌تواند به‌وسیله اهمیت دو اصطلاح دیگر در زبان حقوقی فرانسه که هر دو ملهم از افکار دو فیلسوف اصلی عصر روشنگری، یعنی روسو و منتسکیو است، توضیح داده شود: دولت (Etat) و جمهوری (République). اصطلاح «جمهوری» از معانی متفاوتی برخوردار است و نه تنها می‌تواند به معنی حکومت مردم به‌وسیله مردم و برای مردم فهم شود، بلکه همچنین بر اصول بنیادین انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه، یعنی آزادی، برابری و برادری نیز اطلاق می‌شود. به‌نظر روسو، «هر دولتی که قانون بر آن حاکم است» می‌تواند به‌عنوان یک جمهوری توصیف شود.^۱ از طرف دیگر اصطلاح «دولت» معمولاً به‌عنوان «پدیده اطاعت قدرت سیاسی از قانون»، و طبق نظر منتسکیو، می‌تواند به‌عنوان جامعه‌ای که در آن قانون وجود دارد توصیف شود.^۲ درواقع دو واژه کلی «دولت» و «جمهوری» با معنایی موسع، جای خالی اصطلاحی برای دلالت بر مفهوم حاکمیت قانون را پر کرده‌اند.

با وجود این، اصطلاح «دولت قانونمند» به‌عنوان معادلی برای اصطلاح مشابه رایج در دیگر نظام‌های حقوقی، اولین بار توسط لئون دوگی^۳ در دهه ۱۹۷۰ به دکترین حقوقی

1. Rousseau, *Contrat Social* (1762), Livre II, ch. VI;

به‌نقل از: همان، ص ۲۱۷.

2. Montesquieu, *L'Esprit de Lois* (1748), Livre XI, ch. 3;

به‌نقل از: همان‌جا.

3. Léon Duguit

فرانسه وارد شد. اما نظریه پرداز اصلی این سنت کاره دو مالبر^۱ بود که همراه با شاگردانش در «مکتب استراسبورگ»، گام به گام سنت آلمانی را به دکتترین فرانسوی انتقال داده و برای سازگاری اصل آلمانی با نیازهای فرانسوی کوشش کرده است.^۲ اصل «دولت قانونمند» در فرانسه، اصلی است که ویژگی‌های مشترک بیشتری با اصل «حاکمیت قانون» انگلیسی داشته و با اصل «دولت قانونی»^۳ در سنت آلمانی متفاوت است. درواقع «دولت قانونی» مطابق با سنت آلمانی حاکمیت قانون، و «دولت قانونمند»، سنت نزدیک به سنت انگلیسی «حاکمیت قانون» است. درحالی که «دولت قانونمند» از طریق برتر دانستن قانون نسبت به همه، حتی قانونگذار، براساس «نفع شهروندان» و حمایت و تضمین حقوق آنها استوار شده است، «دولت قانونی» مرتبط با «مفهومی از سازمان بنیادین قدرت» بوده و به دنبال صرف تضمین برتری قوه مقننه است.^۴ به عبارت دیگر، مفهوم «دولت قانونی» صرف رعایت قانون توسط ارکان حکومتی (اصل قانونی بودن) را برای حکومت قانون کافی می‌داند، اما «دولت قانونمند» با توجه به اصولی «فراقانونی» از قبیل اصول عقلانی، محدودیت‌هایی را برای قوه مقننه در اعمال قانونگذاری شناسایی کرده و از این جهت به سنت انگلیسی «حاکمیت قانون» نزدیک می‌شود.

توجه فرانسویان به قوانین موضوعه و متعاقب آن، شناسایی اختیارات وسیع و گسترده برای قوه مقننه، را می‌توان در باور فیلسوفان عصر روشنگری به توانایی و قدرت عقل محض برای سامان‌دهی امور جست‌وجو کرد. حاصل این اعتقاد، تدوین قانون مدنی فرانسه بود که در اواخر قرن هجدهم تدوین و در سال ۱۸۰۴ لازم‌الاجرا شد. در این رویکرد اثبات‌گرایانه (پوزیتیویستی) به حقوق، تنها به شکل قانون توجه شده و تنها روش قانونگذاری معتبر نیز، قانونگذاری از طریق طی تشریفات ضروری به‌وسیله قوه مقننه دانسته می‌شد.^۵ این همان تباین میان دیدگاه عقلانی در فرانسه و دیدگاه

1. Carré de Malberg

۲. ر.ک: شوالیه، پیشین، ص ۲۷.

3. Etat Légal

۴. پیشین، ص ۳۴.

۵. ر.ک: کلی، پیشین، ص ۴۵۸؛ چنان‌که کلی می‌نویسد اصطلاح "Positivism" بر ساخته از اصطلاح "Ius Positum" به معنی «قانون موضوعه» در فرانسه است؛ ر.ک: همان؛ همچنین قسمت ۱-۲ فصل دوم همین نوشتار.

تجربی در انگلستان است که فون هایک بر آن اصرار دارد. به نظر وی، فرانسویان بیشتر طرفدار سازمان‌یافتگی از طریق قواعد عقل و سامان‌دهی هدایت شده امور به‌سوی جهتی مشخص بودند، درحالی‌که انگلیسی‌ها به تجربه بشری اعتقاد داشتند و با هرگونه اجبار سازمان‌دهی شده و طرح‌ریزی جهت‌دار مخالف بودند.^۱ از این‌رو، فرانسویان، برخلاف انگلیسی‌ها، با بدبینی نسبت به قضات، درصدد کاستن هرچه بیشتر اختیارات قاضی و افزایش اختیارات پارلمان بودند و محدودیت قضات به صرف اعمال قوانین موضوعه را راهکاری مناسب برای جلوگیری از تصمیمات خودسرانه در اجرای قانون می‌دانستند. این قانون بود «که قرار بود تنها راهنمای قاضی باشد، قانونی که صرف تصویب و وضع، پشتوانه کافی برای اعتبار آن بود و شهروندان و قضات نبایستی به ارزش‌های برتر یا خارج از آن توجه می‌کردند».^۲

ازسوی دیگر در مفهوم «دولت قانونی»، اصل «مشروطه‌خواهی»^۳ به‌هیچ‌وجه جایگاهی هم‌تراز با نظام «کامن‌لا» نداشته است. برخلاف دموکراسی‌های رایج در کشورهای انگلستان و آمریکا که قانون اساسی سندی بنیادین محسوب می‌شود، «مشروطه‌خواهی» در فرانسه

۱. هایک این تباین را از قالب توضیح تفاوت برداشت انگلیسی و فرانسوی «آزادی» بیان می‌کند. او معتقد است امروزه سنت فرانسوی به‌طور روزافزونی جای سنت انگلیسی را گرفته است درحالی‌که از نگاه وی فیلسوفانی انگلیسی نظیر دیوید هیوم، آدام اسمیت و آدام فرگوسن بنیان‌گذاران نظریه‌ای «عمیق و ذاتاً معتبر و درست» و فیلسوفانی نظیر روسو و کندرسه که بانیان مکتب عقلی به‌شمار می‌روند، شالوده‌گذاران مکتبی نادرست به‌شمار می‌آیند. دو مکتب تجربی و عقلانی درباره موضوعاتی از قبیل سرشت آدمی، کارکرد جامعه و نقش سنت‌ها دیدگاه‌هایی متفاوت دارند؛ ر.ک.: فریدریش فون هایک، «آزادی و عقل و سنت»، در: عزت‌ا... فولادوند (گزیده و نوشته و ترجمه)، خرد در سیاست، تهران: طرح نو، ۱۳۷۶، ص ۱۳۲-۱۲۳؛

هایک به نقل از یکی از نویسندگان به نام تالمون عناصر هر کدام از این دو دیدگاه را بیان کرده است. بدین ترتیب که: «یکی، جوهر آزادی را خودانگیختگی و عدم اجبار و الزام می‌داند؛ دیگری عقیده دارد که آزادی جز با طلب هدفی مطلق و جمعی و رسیدن به آن محقق نخواهد شد. یکی، خواستار رشدی آهسته و نیمه‌آگاهانه مانند رشد موجودی زنده است؛ دیگری طالب هدفمندی مکتبی. یکی، مدافع روش آزمون و خطاست؛ دیگری، طرفدار یگانه‌الگوی صحیح و معتبری که به‌زور به اجرا گذاشته شود»؛ ر.ک.: همان، ص ۱۲۵. مشخصات منبع اصلی به‌شرح زیر است:

J. S. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, London, 1952, PP. 2, 71.

۲. کلی، پیشین، ص ۴۵۸؛ برای مطالعه بیشتر راجع به محدودیت‌های پارلمان و قضات در اعمال اختیارشان، ر.ک.: فصل‌های ششم و هفتم همین نوشتار.

ریشه عمیق نداشته است و به دلیل تغییرات عمده سیاسی و اجتماعی پی در پی فرانسه، قوانین اساسی اولاً از ثبات لازم و ثانیاً از شأن و منزلت فوق العاده برخوردار نبوده‌اند.^۱ بی‌اعتنایی به مفهوم «مشروطه‌خواهی» از مخالفت تفکر سیاسی انقلابی فرانسه با حیات بخشیدن به یک قانون اساسی از پیش موجود نشئت می‌گیرد. قانون اساسی‌ای خلق شده با اراده مردم مطلوب انقلابیون بود که به وسیله آن انتقال حاکمیت از پادشاه به یک مجمع انتخابی، از سوی مردم مشروعیت یابد.^۲ در این نظم جدید، اراده مردم، که متغیر و وابسته به شرایط اجتماعی و سیاسی است، نقش راهنما و تعیین کننده داشت، نه سندی با عنوان قانون اساسی. این ایده که نشئت گرفته از دیدگاهی «روسویی» بود اختیارات قوه قضائیه را به نفع قوه مقننه محدود می‌ساخت و پارلمان را که «تجلی اراده مردم بود» در رأس قرار می‌داد. بدین ترتیب دادگاه‌ها از کنترل مصوبات قوه مقننه به شدت منع می‌شدند و از این رهگذر، قانون اساسی، که به مثابه قانونی بنیادین و برتر در سنن دیگر حاکمیت قانون نگریسته می‌شود، مورد بی‌توجهی قرار می‌گرفت. در فلسفه انقلاب فرانسه و رژیم برآمده از آن، استفاده همه جانبه از قدرت سیاسی با اهدافی چون درهم شکستن قدرت کهن فئودال، متحول کردن بنیان‌های حقوق عرفی^۳ و جایگزینی نظم حقوقی جدید، همواره در کانون توجه قرار داشت. این قدرت سیاسی در اختیار هویت انتزاعی جدیدی به نام «ملت» بود که همه تلاش‌ها و مجاهدت‌ها برای انتقال حاکمیت از پادشاه به این هویت تازه صورت گرفته بود.^۴ قانون اساسی در چنین اوضاع و احوالی، متنی به شمار می‌رود که گرچه «مقدس» است، اما هرگز قابلیت محدود کردن یا خدشه دار کردن «اراده ملت»، به عنوان اساس جمهوری را ندارد. چنانچه ماده (۳) اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ ایده طرح شده را به خوبی نمایان می‌سازد: «بنیان کل

۱. برای نمونه، انقلابیون فرانسوی فقط در طول ۱۵ سال، پنج قانون اساسی مختلف را از تصویب گذراندند. این قوانین اساسی عبارت‌اند از: قانون اساسی ۳ سپتامبر ۱۷۹۱، ۲۴ ژوئن ۱۷۹۳، ۲۶ اوت ۱۷۹۵، ۱۳ دسامبر ۱۷۹۹ و ۱۸ مه ۱۸۰۴؛ ر.ک.: پش، پیشین، ص ۲۱۸.

2. See J. Jennings, "From 'Imperial State' to 'L'Etat de Droit': Benjamine Kriegel and Reform of the French Constitution", in R. Bellamy, and D. Castiglione (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Cambridge: Blackwell, 1986, P. 78.

3. Customary Law

۴. پش، پیشین، ص ۲۲۲.

حاکمیت اساساً در «ملت» وجود دارد. هیچ دستگاه و فردی نمی‌تواند قدرتی را اعمال کند که آشکارا از ملت نشئت نگرفته باشد.^۱

این نظر راجع به حاکمیت قانون در قالب نظریه «دولت قانونی» دستخوش تغییرات فراوان شده و امروزه در فرانسه جای خود را به مفهوم «دولت قانونمند»^۲ داده است. این تحول، از طریق تجدیدنظر در برخی از اصول بنیادین انقلاب فرانسه (از قبیل شناسایی اصل حاکمیت ملی از طریق اراده عمومی و حاکمیت مطلق پارلمان) و همچنین پذیرش برخی از ایده‌ها و اصول جدید (از جمله کنترل قضایی) روی داده است.

تا سال ۱۹۴۶ و تصویب قانون اساسی جمهوری چهارم، قضات از هرگونه صلاحیت مداخله یا کنترل مصوبات پارلمان محروم بودند. این عدم صلاحیت ناشی از نفوذ اصل برتری پارلمان و تفکیک قوا بود. این در حالی بود که قانون اساسی، عالی‌ترین قانون محسوب می‌شد و هیچ سازوکاری برای تطبیق مطابقت اعمال قوه مجریه و همچنین مصوبات پارلمان با قانون اساسی طراحی نشده بود. باینکه اعمال قوه مجریه پس از سال ۱۸۷۲ توسط دادگاه‌های اداری کنترل می‌شد، اما «قانونگذار منبع عالی قانون» به‌شمار می‌رفت. عقیده رایج این بود که «قضات تنها باید قانون را اعمال کنند، نه اینکه [اجرای آن را] کنترل کنند».^۳ گرچه باید به این تحول تاریخی نیز اشاره کنیم که در قانون اساسی ۱۹۴۶، «کمیته قانون اساسی»^۴ تشکیل شد که می‌توان آن را سلف «شورای قانون اساسی»^۵ دانست. «کمیته قانون اساسی با اختیاراتی محدود صرفاً از صلاحیت به تعلیق درآوردن اجرای قانون خلاف قانون اساسی بهره‌مند بود.

۱. به نقل از: همان‌جا؛ درواقع دکترین فرانسوی، دولت را نمود شخصیت حقوقی ملت می‌داند. درحالی‌که در سنت آلمانی، همان‌گونه که ژیرک (Gierk) تأکید کرده است: «دولت باید به‌عنوان یک کل حقوقی کاملاً متفاوت از ملت در نظر گرفته می‌شود»؛ به نقل از: شوالیه، پیشین، ص ۲۵.

2. *Etat de droit*

3. See L. Cohen-Tanugi, "From one Revolution to the Next: The Late Rise of Constitutionalism in France", *The Tocqueville Review*, 12 (1990-1991), PP. 55-60; Quoted in Jennings, op. cit., P. 78.

4. Constitutional Committee

5. *Conseil Constitutionnel* (Constitutional Council)

۶. کمیته قانون اساسی صلاحیت‌های مشخص محدودی داشت و بیشتر برای حمایت از اختیارات مجلس سنا تشکیل شده بود؛ ر.ک.: کاترین الیوت، و کاترین ورنون، نظام حقوقی فرانسه، ترجمه صفر بیگزاده، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲، ص ۱۶۷-۱۶۸.

در قانون اساسی ۱۹۵۸ (جمهوری پنجم) مفهوم «دولت قانونمند» در قالب آنچه امروزه از این اصطلاح فهم می‌شود، متکامل شد. بدین ترتیب که طبق این قانون اساسی، «شورای قانون اساسی» تأسیس شد که مهم‌ترین کارکرد آن «حفاظت از مرزهای صلاحیت قانونگذاری پارلمان» عنوان شده است.^۱ بنیان جمهوری پنجم، تأسیس شورای قانون اساسی را برای اطمینان از کنترل مصوبات پارلمان ضروری دانستند؛ به تریبی که در اصل (۳۴) این قانون اساسی، قلمرو صلاحیت قانونگذاری پارلمان را محدود ساختند.^۲ بدین ترتیب می‌توان گفت با به رسمیت شناختن اصل کنترل قضایی مصوبات پارلمان، مفهوم دولت قانونمند بسیار پیش از گذشته به سنت حاکمیت قانون در «کامن‌لا» نزدیک شده است.^۳

در پایان بحث از سنت فرانسوی حاکمیت قانون، توضیحی مختصر درباره تاریخچه و نقش «شورای اداری»^۴ در فرانسه مفید به نظر می‌رسد. این شورا در بدو تأسیس در سال هشتم انقلاب (هشت سال پس از سال ۱۷۹۱ یعنی سال تصویب اولین قانون اساسی فرانسه) از صلاحیت‌های مشورتی در سه زمینه تقنینی، اجرایی و ترافعی برخوردار بود. پس از استقرار مجدد نظام پادشاهی شورای دولتی نیز دستخوش تغییر و تحول شد تا اینکه جایگاه آن در قوانین اساسی ۱۹۴۶ و ۱۹۵۸ فرانسه به طور ضمنی تضمین شد. شورای اداری، به عنوان عالی‌ترین دادگاه اداری،^۵ محکمه‌ای اداری محسوب می‌شود که از صلاحیت رسیدگی به دعاوی‌ای که در قلمرو

1. Jennings, op. cit., P. 81.

۲. به نقل از: الیوت و ورنون، پیشین، ص ۱۶۷؛ برای مطالعه درباره مفهوم و سازوکار کنترل قضایی ر.ک.: فصل هفتم همین نوشتار.

۳. برای مطالعه بیشتر درباره سنت فرانسوی حاکمیت قانون ر.ک.: اردشیر امیرارجمند، «حاکمیت قانون: شرط تحقق حقوق بشر، سلسله مراتب حقوقی و نظارت قضایی»، در: مورتن کیاروم، تینا یوهانسن و ادام نیسون فلدت (گردآورندگان)، حاکمیت قانون و محاکمه عادلانه، (سخنرانی‌های جمع‌آوری شده از دومین جلسه مذاکره دوجانبه در مورد حقوق بشر بین اتحادیه اروپا و ایران، بروکسل، ۱۴ و ۱۵ مارس ۲۰۰۳)، ترجمه مینا سیننیر (کپنهاگ: یانسون اند نومی آ/س، ۲۰۰۳)، ص ۸۷-۸۶؛ به غیر از سنت توضیح داده شده حاکمیت قانون در این مقاله، سنت‌های دیگری در بطن فلسفه حقوقی - سیاسی غرب شکل گرفته است که شرح شایسته آنها مجال دیگری می‌طلبد. از جمله سنت حاکمیت قانون مبتنی بر نظرات آنگر که در بحث برابری ماهوی (در قسمت ۲-۳ فصل سوم همین نوشتار) بدان پرداخته‌ایم.

4. Conseil d'Etat

۵. محاکم اداری (Juridictions Administratives) در فرانسه متعدّدند. از این محاکم، دو دسته شورای اداری و «دادگاه‌های اداری» (Tribunaux Administratifs) و در سلسله‌مراتب عادی قرار دارند و تعداد زیادی مراجع ←

صلاحیت مراجع قضایی اداری قرار داشته و مرجع مشخصی طبق قانون یا متنی خاص برای رسیدگی به آن دعوی پیش‌بینی نشده، برخوردار است. امروزه شورای دولتی به یک دادگاه تجدیدنظر تبدیل شده است و از طریق رسیدگی به دعاوی‌ای که رسیدگی به آنها در صلاحیت هیچ مرجع قضایی معینی نیست - مانند درخواست تجدیدنظر در قوانین و دستورالعمل‌های مصوب رئیس‌جمهور و نخست‌وزیر، و قوانین تفویضی (آیین‌نامه‌ها) - کارکردی حیاتی در اعمال حاکمیت قانون در نظام حقوقی - سیاسی فرانسه ایفا می‌کند.^۱

۳-۳-۱. سایر سنت‌های حاکمیت قانون

پس از شرحی کوتاه راجع به سنن آلمانی و فرانسوی حاکمیت قانون، اشاره به سنت‌های دیگری از حاکمیت قانون، که در کشورهای غیراروپایی رواج یافته‌اند، مفید به نظر می‌رسد.

۱-۳-۳-۱. حاکمیت قانون در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

شاید بتوان گفت امروزه در ایران، سنتی خاص از حاکمیت قانون وجود دارد. گرچه چنان‌که گفتیم، موضوع بحث این کتاب، توصیف سنت حاکمیت قانون در نظام‌های حقوقی مبتنی بر سنت «کامن‌لا» است، اما توضیحی هرچند اجمالی از حاکمیت قانون در نظام حقوقی - سیاسی جمهوری اسلامی ایران مفید به نظر می‌رسد.

با وقوع انقلاب مشروطه، قانون اساسی‌ای مشتمل بر ۵۱ اصل در تاریخ ۱۴ ذی‌قعدة ۱۳۲۴ تدوین شد و به دلیل نواقص آن، متمم قانون اساسی مشتمل بر ۱۰۷ اصل به تصویب مجلس مؤسسان رسید. این متمم در تاریخ ۱۹ شعبان ۱۳۲۷ تحت فشار مشروطه‌خواهان به امضای محمدعلی‌شاه رسید.^۲ فصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت (اصول ۲۵-۸) به حقوق ملت اختصاص داشت. در اصل (۸) مقرر شده بود تمام ایرانیان در برابر قانون از

→ اداری نیز با صلاحیت‌های محدود و متنوع وجود دارند؛ برگرفته از: اردشیر امیرارجمند، «تشکیلات دادگاه‌های اداری در فرانسه»، در: حقوق اداری تطبیقی، جزوه درسی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، بهار ۱۳۷۹، ص ۱.

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.: همان، ص ۳۷-۲۶.

۲. ر.ک.: سیدمحمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، اصول و مبانی کلی نظام، تهران: دادگستر، ۱۳۸۰، ص ۳۷-۳۶.

حقوق مساوی برخوردارند.^۱ این مهم‌ترین قید معطوف به مفهوم حاکمیت قانون در قانون اساسی در ایران بود.

با وقوع انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پس از تدوین در آذر ماه ۱۳۵۸ در همه‌پرسی به تصویب ایرانیان رسید و در سال ۱۳۶۸ مورد بازنگری قرار گرفت. قانون اساسی ایران ترکیبی است از آموزه‌های اسلامی و اصول جمهوریت. به همین دلیل، حاکمیت قانون مستنبط از قانون اساسی نیز واجد ویژگی‌های منحصر به فرد و خاصی نسبت به دیگر نظام‌های حقوقی و سیاسی است. نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نظام حقوقی مذهبی است؛ بدین ترتیب که با وقوع انقلاب اسلامی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌طور رسمی حقوق اسلامی را مورد شناسایی قرار داد.^۲ طبق اصل (۴) قانون اساسی:

کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.

ازسوی دیگر، به‌موجب اصل (۱۶۷) قانون اساسی، حقوق اسلامی (منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر)، یکی از منابع رسمی و مکمل قوانین شمرده می‌شود و قاضی موظف به استناد و اعمال آن است.^۳ نظام پدید آمده از محصول ترکیب حقوق عرفی و مذهبی، سنتی خاص از حاکمیت قانون را شکل داده است که تحلیل آن نیازمند تحقیقی مفصل و جداگانه است. در این مجال صرفاً به ذکر چند نکته در ارتباط با نحوه صورت‌بندی اصل حاکمیت قانون در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بسنده می‌کنیم.

۱. برای مطالعه سیر تاریخی و تحلیل اصول قانون اساسی مشروطه ر.ک.: سعید امیرارجمند، «قانون اساسی»، در: گروه نویسندگان، انقلاب مشروطیت، ترجمه پیمان متین، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۲، ص ۹۹-۱۱۳.

۲. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، منابع حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص ۳۸۳.

۳. پیشین، ص ۳۸۴؛ برای مطالعه راجع به «دریچه»های حقوق اسلامی در نظام حقوقی ایران در دو مرحله «وضع قانون» و «تفسیر اجرای قانون» ر.ک.: پیشین، ص ۴۱۷-۳۸۶.

(الف) اصل کرامت ذاتی انسان، به‌عنوان یکی از مبانی حاکمیت قانون، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد توجه قرار گرفته است.^۱ اعتقادات دینی همواره اصل کرامت انسان و احترام به حرمت و منزلت آنان را در بطن خود دارد و بر همین اساس است که در اصل (۲) قانون اساسی، «کرامت و ارزش والای انسانی و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا» در کنار دیگر اصول اعتقادی دین اسلام و مذهب شیعه به‌عنوان یکی از پایه‌های نظام جمهوری اسلامی ایران ذکر شده است.^۲

(ب) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبنای الهی و انسانی برای اصل حاکمیت قائل شده است. «جمهوری اسلامی ایران نظامی است بر پایه ایمان به خدای یکتا»^۳ و بر این مبنا «کلیه قوانین و مقررات مدنی ... و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد».^۴ ازسوی دیگر سوای از اینکه حکومت جمهوری اسلامی ایران با رأی ملت تأسیس شده است،^۵ «اداره امور کشور به اتکای آرای عمومی است»^۶ و مردم در انتخابات خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و شورای محلی به‌نحو مستقیم و غیرمستقیم مشارکت دارند.^۷

(ج) براساس اصل (۵۷)، تفکیک قوای مقننه، مجریه و قضائیه «به‌طور نسبی و با شیوه خاص» مورد پذیرش قرار گرفته است.^۸ اصل (۵۷) قانون اساسی مقرر می‌دارد: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت برطبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند ...». اعمال قوه مقننه، طبق اصل (۵۸)، از طریق مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. اعمال قوه مجریه نیز جز در اموری که مستقیماً برعهده رهبری گذاشته شد، از طریق رئیس‌جمهور و

۱. برای مطالعه راجع به این اصل و نسبت آن با حاکمیت قانون ر.ک.: قسمت ۲-۳ از فصل سوم.

۲. ر.ک.: هاشمی، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، ص ۲۰۵.

۳. بند «۱» اصل (۲) قانون اساسی.

۴. اصل (۴) قانون اساسی.

۵. اصل (۱) قانون اساسی.

۶. اصل (۶) قانون اساسی.

۷. اصول (۶۲)، (۱۰۰)، (۱۰۷) و (۱۱۴) قانون اساسی.

۸. ر.ک.: سیدمحمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: میزان،

۱۳۸۹، ص ۶.

وزراست (طبق اصل (۶۰) قانون اساسی) و اعمال قوه قضائیه نیز براساس اصل (۶۱) به وسیله دادگاه‌های دادگستری صورت می‌گیرد. گرچه تفکیک قوا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نسبت به مدل کلاسیک تفکیک قوا ویژگی متمایز دارد (به‌ویژه به‌موجب نظارت ولایت مطلقه امر و امامت امت بر قوای سه‌گانه)، اما با این حال اعمال شیوه‌های نظارتی بر عملکرد رهبری (اصول (۱۱۱) و (۱۴۲) و مدلول ذیل اصل (۱۰۷) قانون اساسی)، تأمین‌کننده هدف غایی تفکیک قوا، به‌نظر می‌رسد.^۱ بدین ترتیب پذیرش تفکیک قوا، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اجزای مشروطه‌خواهی، سبب شناسایی نظام حقوقی - سیاسی جمهوری اسلامی ایران به‌عنوان نظام حقوقی‌ای براساس حاکمیت قانون می‌گردد.

د) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، با قید ضوابطی معین، حاکمیت قانون را به‌عنوان یکی از مبانی نظام مورد توجه قرار داده است؛ از جمله:

۱. بند «۱۴» اصل (۳) قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی را موظف کرده است همه امکانات خود را برای «تأمین حقوق همه‌جانبه افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون» به‌کار گیرد. بدین ترتیب «برابری در مقابل قانون» به‌عنوان یکی از اصول بنیادین قانون اساسی ایران مورد تأکید قرار گرفته است.

۲. براساس ذیل اصل (۱۰۷) قانون اساسی، مقام رهبری به‌عنوان عالی‌ترین مقام رسمی کشور،^۲ «در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است». به‌موجب این اصل، اصل حاکمیت قانون برای همه مقامات و نهادهای کشور لازم‌الاتباع است. به همین منظور اصل (۱۱۱) قانون اساسی مقرر کرده است: «هرگاه رهبر از انجام وظایف قانونی خود ناتوان شود یا فاقد یکی از شرایط مذکور در اصول پنجم و یکصدونهم گردد ... از مقام خود برکنار خواهد شد».

۳. اختیارات و وظایف مقامات سیاسی و نحوه اعمال این اختیارات و وظایف اعم از مقام رهبری،^۳ ریاست جمهوری و دولت،^۴ مجلس شورای اسلامی،^۵ شورای نگهبان،^۶

۱. ر.ک.: همان، ص ۸-۶.

۲. اصل (۱۰۷) قانون اساسی.

۳. اصل (۱۱۰) قانون اساسی.

۴. اصول (۱۴۲) و (۱۲۳) قانون اساسی.

۵. اصول (۹۰) و (۷۱) قانون اساسی.

۶. اصول (۹۹) و (۹۴) قانون اساسی.

قضائیه،^۱ شوراها^۲ و دیگر نهادهای حکومتی^۳ در قانون اساسی قید شده است.^۴ بدین ترتیب قوای سه‌گانه و دیگر نهادهای حکومت باید براساس حاکمیت قانون اعمال شوند. به‌طور اجمالی می‌توان گفت براساس برخی از اصول قانون اساسی، و تفاسیر شورای نگهبان در دیگر نهادهای سیاسی از قانون اساسی و عرف سیاسی ایجاد شده یا در حال شکل‌گیری در نظام حقوق اساسی، آموزه پذیرفته شده از حاکمیت قانون در ایران با مختصات این آموزه در نظام‌های حقوق اساسی دیگر متفاوت است. این برداشت را می‌توان «نظریه دولت شریعت‌مدار» نامید.^۵ هدف از ذکر مطالب پیش‌گفته، طرح نکاتی اجمالی درباره نحوه صورت‌بندی اصل حاکمیت قانون در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بود. بدیهی است تحلیل شایسته سنت حاکمیت قانون، که عمیقاً تحت تأثیر آموزه‌های مذهبی است، نیازمند مجالی دیگر است.

۲-۳-۱. تمایز «حاکمیت قانون» و «حکومت به‌وسیله قانون»

در ادامه بحث توجه به نکته دیگر ضروری به‌نظر می‌رسد و آن اینکه یکی از تفکیک‌های مشهور سنت آسیایی حاکمیت قانون از دیگر سنن غربی، در قالب تفکیک دو ایده «حاکمیت قانون»^۶ و «حکومت به‌وسیله قانون»^۷ بیان شده است.^۸ در ایده «حکومت به‌وسیله قانون»، حاکمیت قانون از مفهومی هنجاری و دستوری برخوردار نبوده و به مقتضای اوضاع و احوال، قابل تفسیر و تعبیر است. در این دیدگاه، قانون نه در خدمت اهدافی چون تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندی، بلکه به‌مثابه ابزاری برای حکومت و

۱. اصول (۱۷۴) و (۱۵۶) قانون اساسی.

۲. اصل (۱۰۰) قانون اساسی.

۳. از جمله سازمان صدا و سیما، مندرج در اصل (۱۷۵) قانون اساسی.

۴. ر.ک.: هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، ص ۳۱۱-۳۱۰.

۵. برای مطالعه مقایسه‌ای میان انطباق عناصر شکلی و ماهوی مفهوم حاکمیت قانون با مفاد قانون اساسی، و به‌طور کلی نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ر.ک.: علی‌اکبر گرجی‌زندریانی، در تکاپوی حقوق اساسی، تهران: جنگل، جاودانه، ۱۳۸۸، ص ۲۵۱-۲۳۵.

6. Rule of Law

7. Rule by Law

8. See T. Carothers, "The Rule of Law Revival", *Foreign Affairs*, Vol. 77, No. 2, 1998.

تحقق ایده‌های جهت‌دار و موقت حکومتی نگریسته می‌شود. به تعبیر دیگر در «حکومت به‌وسیله قانون»، قانون به‌جای اینکه در خدمت تأمین حقوق و آزادی‌های شهروندی قرار گیرد، به‌مثابه ابزاری مؤثر برای تأمین اهداف و ارزش‌های ایدئولوژیک منافع حزبی و گروهی به‌کار گرفته می‌شود و فاقد ویژگی‌هایی همچون عام و قابل پیش‌بینی بودن است. گرچه در سنت «حاکمیت قانون» نیز قانون ابزاری در اختیار حکومت برای تحقق مجموعه‌ای از اهداف به‌شمار می‌رود، اما وجه افتراق این دو ایده کلی، میزان توجه به حقوق و آزادی‌های شهروندی و همچنین میزان التزام به اصولی از قبیل «برابری در مقابل قانون»، «بی‌طرفی» و «عدالت طبیعی» است.^۱

یکی از صاحب‌نظران برای سنت آسیایی حاکمیت قانون پیش‌فرض‌ها و ویژگی‌های خاصی به‌شرح زیر برشمرده است:^۲

۱. جامعه «واقعاً» تکثرگرا نیست و افکار و عقاید آن‌چنان که در سنت دمکراتیک تأکید می‌شود به رسمیت شناخته نمی‌شود. درواقع تفاوت‌های موجود در بینش و تفکر انسان‌ها راجع به امور مذهبی و فرهنگی آن‌چنان نیست که شناسایی آنها (با هر تعداد پیرو و با هرگونه استدلال) برای دولت به‌عنوان تعهدی ضروری مطرح شود.

۲. جامعه به‌مثابه یک «شرکت»^۳ و نظم سازمانی تحمیلی شکل گرفته که بر پایه یگانگی و وحدت بنا شده است، تا بر مبنای نظم خودجوش درونی و شناسایی اختلاف و تنوع. برخلاف سنت دمکراتیک اروپایی، که آن‌چنان بر فردگرایی و حقوق و آزادی‌های فردی تأکید می‌شود که افراد جامعه عناصری جدا از یکدیگر جلوه می‌کنند، در سنت آسیایی حاکمیت قانون، جامعه به‌مثابه یک کل هدمند و واحد نگریسته می‌شود که اعضای آن، همدلانه و مشتاقانه به‌سوی هدفی مشترک در حرکت‌اند و فرد در تمامیت و هویت جمعی هضم و جذب شده است.

۳. رهبری سیاسی جامعه باید یک ایدئولوژی را تجویز و اجرای اصول و ایده‌های آن

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.: قسمت ۳-۳ از فصل سوم نوشتار حاضر.

2. See D. Clark, "The Many Meanings of the Rule of Law", Available online at: <http://www.ifip.org/lawe 506/ document/ Lawe 506 davidclarke. pdf>.

3. Corporate

را تضمین کند. درواقع این ایدئولوژی عامل اساسی وحدت و همدلی میان افراد جامعه است و از ظهور و بروز برداشت‌های «ناصواب» و افکار «غیرسودمند» جلوگیری می‌کند. به همین دلیل اعتقاد به تکثرگرایی در مقابل این وحدت ایدئولوژی امری باطل شمرده می‌شود. ازطرف دیگر نظم حقوقی برآمده از این اصول ایدئولوژیک، کارکرد جامعه را تنظیم می‌کند.

۴. باید بر مسئولیت جمعی تأکید شود تا بر ادعاهایی مربوط به حقوق فردی. چرا که هر فرد به‌عنوان جزئی از این کل یکپارچه و واحد، در برابر هر فرد دیگر جامعه و کل جامعه مسئول است.

۵. انتقاد از رهبران سیاسی در حکم انتقاد از ملت است و بدین ترتیب تهدیدکننده منافع ملت و طبعاً تهدیدی برای نظم عمومی محسوب می‌شود زیرا این رهبران درواقع تجسم اراده ملت محسوب می‌شوند.

به‌عنوان نمونه، سنت «چینی» حاکمیت قانون یکی از انواع مختلف این سنت محسوب می‌شود. گرچه مفهوم حاکمیت قانون از سال ۱۹۹۹ به قانون اساسی چین راه یافته است و رهبران چین نیز این اصل را به رسمیت شناخته‌اند، اما آنها تفسیر دمکراتیک حاکمیت قانون را محترم نمی‌شمارند. مهم‌تر اینکه حمایت نسبتاً ناچیزی از دمکراسی لیبرال، و طبعاً حاکمیت قانون لیبرال و دمکراتیک، در میان رهبران، حقوقدانان، روشن‌فکران و عامه مردم وجود دارد. مطالعات انجام شده حاکی از این واقعیت است که ثبات و رشد اقتصادی از مهم‌ترین دغدغه‌های مردم است تا دمکراسی و آزادی‌های مدنی و سیاسی.^۱ فهم سنت رایج حاکمیت قانون در چین نیز مستلزم بررسی برداشت‌های مختلف و توضیح ویژگی‌ها و عناصر هریک از این برداشت‌هاست.^۲ هریک از برداشت‌های مذکور حاوی پیش‌فرض‌ها

1. See Y. Peng, "Democracy and Chinese Political Discourses", *Modern China*, Vol. 24, No. 4, 1998, PP. 408-444; Quoted in R. Peerenboom "Competing Conceptions of Rule of Law in China", in Peerenboom, (ed.), *Asian Discourse of Rule of Law*, P. 113.

۲. برداشت‌های حاکمیت قانون در چین را می‌توان در چهار دسته مورد بررسی قرار داد که عبارت‌اند از: برداشت سوسیالیسم دولت‌گرا (Statist Socialism)، نوآقتدارگرا (Neo-Authoritarian)، جمع‌گرا (Communitarian) و برداشت لیبرال دمکراتیک (Liberal Democratic)؛ این برداشت‌ها گرچه از نظرگاه‌هایی متفاوت به حاکمیت قانون می‌نگرند و اهداف مختلفی برای این مفهوم قائل‌اند، اما همه آنها حفظ ثبات را مهم‌ترین هدف حاکمیت قانون می‌دانند؛ ر.ک.:—

و اهداف خاصی برای حاکمیت قانون است، اما نکته مهم این است که برای فهم این سنت، باید ضمن بررسی هنجارها، نهادها، قوانین و رویه‌های نظام حقوقی - سیاسی چین، «مفهوم» بیان شده از حاکمیت قانون در ابتدای تحقیق را مورد بازاندیشی و تجدیدنظر قرار داد و برداشتهای بدیل مطرح شده از حاکمیت قانون را با اوضاع و احوال آن کشور تطبیق داد. این برداشتهای بدیل، در برخی مواقع دارای پیش‌فرض‌ها و معیارهایی کاملاً متفاوت از برداشتهایی است که تا به امروز از حاکمیت قانون مطرح شده‌اند؛ تا آنجا که در آن برداشتها، «مفهوم» حاکمیت قانون نیز رنگ و لعابی متفاوت به خود می‌گیرد.^۱

در ادامه بحث، با توجه ویژه به حاکمیت قانون در نظام حقوقی «کامن‌لا»، به بررسی مهم‌ترین برداشتها از حاکمیت قانون می‌پردازیم.

→ Ibid., PP. 125-127; See also F. Grojia, "The Rule of Law in China", Available online at: <http://www.oycf.org>

۱. بازتعریف اصول و هنجارها در برخی از نظام‌های سیاسی بی‌اعتنا به اصول دموکراسی و حقوق بشر، منحصر به حاکمیت قانون نیست. به‌عنوان نمونه با اصل دموکراسی نیز برخوردی مشابه صورت می‌گیرد. در چنین نظام‌هایی، «رهبران اغلب از هر فرصتی برای ستودن دموکراسی در کشورشان سود می‌جویند درحالی‌که تعریف مجددی از آن ارائه می‌دهند»؛ ر.ک.: خوان لینز و هوشنگ شهابی، «نظریه‌ای درباره نظام سلطانی»، در: هوشنگ شهابی (به‌کوشش)، نظام‌های سلطانی، ترجمه منوچهر صبوری، تهران: شیرازه، ۱۳۸۰، ص ۴۵.

فصل دوم

برداشتهای حاکمیت قانون

پس از توضیح مفهوم و سنت‌های حاکمیت قانون، در این فصل، برداشت‌های متنوع از حاکمیت قانون را بررسی خواهیم کرد. چنان‌که در فصل پیشین اشاره کردیم، برداشت از یک اصطلاح، در مقایسه با مفهوم آن گامی فراتر در تحلیل و توضیح محسوب می‌شود و نظریه‌های رقیب را در حوزه‌های مختلف به میدان می‌آورد. درخصوص اصطلاح حاکمیت قانون، «برداشت»، متضمن در نظر داشتن تفاسیر و تعبیری راجع به دیگر مفاهیم و نظریه‌های مرتبط با این مفهوم، از جمله آزادی و عدالت است. برداشت از حاکمیت قانون، دربرگیرنده مجموعه‌ای از دلایل و توجیهات برای اقدامات حکومتی است که به‌عنوان «هنجار» در آن نظام حقوقی و سیاسی پذیرفته شده و مبنای مشروعیت آن اقدامات، اعم از قانونگذاری و اتخاذ تصمیمات اداری است.^۱ این هنجارها اعم از اصول، قواعد، سیاست‌ها و معیارها، در رویکردی کلی به مفهوم قانون، هدف قانون، ویژگی‌های قانون و موضوعات دیگر راجع به قانون و قانونگذاری منعکس و نتیجه آن در قالب برداشتی از حاکمیت قانون پدیدار می‌شود. درواقع، برداشت‌های حاکمیت قانون مهم‌ترین عنصر تشکیل‌دهنده چارچوب نظری «نظریه مشروطه»^۲ هر جامعه به‌شمار می‌آید.^۳ در پرتوی این نظریه است که رابطه میان سه مفهوم قدرت، قانون و آزادی تعریف می‌شود.

به‌طورکلی برداشت‌های حاکمیت قانون را می‌توان در قالب دو طیف عمده

1. See Tremblay, op. cit., P. 33.

2. Constitutional Theory

3. Ibid., P. 34.

بررسی کرد؛ طیف اول برداشتهای شکلی^۱ و طیف دیگر برداشتهای ماهوی^۲. در برداشت شکلی از حاکمیت قانون، تبعیت از قانون موضوعه یا تضمین و اعمال اصل «قانونی بودن»^۳ مهم‌ترین اصل محسوب می‌شود، اما در برداشت ماهوی از حاکمیت قانون توجه به دیگر اصول و معیارهای فراحقوقی و اخلاقی از جمله، اصول حقوق طبیعی و اصول عدالت، اهمیت دارد و جزء لاینفک نظریه حاکمیت قانون شمرده می‌شود.^۴

اولین نکته‌ای که در تفکیک میان دو برداشت حائز اهمیت است، نسبت این برداشتها با دو دسته از نظریه‌های راجع به ارتباط میان «حقیقت حقوقی» و «حقیقت اخلاقی»، یعنی نظریه‌های معروف به «حقوق طبیعی» و نظریه‌های «اثبات‌گرایی حقوقی» است. نظریه‌های اثبات‌گرایی حقوقی، «استدلال حقوقی» را کاملاً با واقعیت بیرونی مرتبط دانسته و به‌همین دلیل صرفاً آنچه را «قانون» می‌دانند که از طرف مقامات ذی‌صلاح «قانون» اعلام شده باشد. اما نظریه‌های حقوق طبیعی، استدلال حقوقی را عیناً همان استدلال اخلاقی شمرده و قانون واقعی را قانونی می‌دانند که با قانون اخلاقی سازگار باشد.^۵ در نظریه‌های اثبات‌گرایی حقوقی، بر «یک مفهوم اخلاقاً بی‌طرف از حقوق» تأکید می‌شود و قواعد حقوقی مستقل از محتوایشان از سوی قانونگذار مورد تحلیل قرار می‌گیرد.^۶ به همین ترتیب حاکمیت قانون نیز در این نظریه حقوقی، صرفاً حاکمیت «قانون»، سوای از «خوبی» و «بدی» یا «عادلانه» و «غیرعادلانه بودن» قانون تفسیر می‌شود. اما

۱. برداشت شکلی (Formal Conception) در قالب الفاظ مختلفی از قبیل برداشتهای مضیق، رقیق (Thin)، نهادی (Institutional) و منفی (Negative) نیز بیان شده است.

۲. برداشت ماهوی (Substantive Conception) در قالب الفاظ دیگری از قبیل برداشت موسع، فربه (Thick)، و مثبت (Positive) نیز صورت‌بندی شده است.

3. Legality

۴. نقش آموزه‌های اخلاقی تا آنجا در این طیف از برداشتها پرنرنگ‌تر است که برخی صاحب‌نظران عنوان «اخلاقی» را برای این برداشت ترجیح داده‌اند؛ ر.ک.:

M. Neumann, *The Rule of Law: Politicizing Ethics*, Buligton: Ashgat, 2002, P. 1.

۵. البته دیدگاه دیگری نیز با عنوان «تفسیری» توسط دورکین توضیح داده شده است که به تفسیر استدلال حقوقی می‌پردازد، نه اینکه استدلال حقوقی را صرفاً توصیف یا درباره تاریخ حقوقی قضاوت کند؛ ر.ک.: رونالد دورکین، «حقوق و اخلاق»، در: راسخ، حق و مصلحت، ص ۷۶-۷۳.

۶. ر.ک.: نیل ای. سیموندز، «فلسفه حقوق»، در: راسخ، حق و مصلحت، ص ۲۸.

در نظریه‌های حقوق طبیعی ادعا بر این است که حقوق با ارزش‌هایی از قبیل عدالت، حق و خیر عام کاملاً در ارتباط است و قانونی «قانون» محسوب می‌شود که همسو و مطابق با ارزش‌های پیش گفته باشد.^۱ در نظریه پردازان طرفدار برداشت ماهوی، براساس همین نظریه، حاکمیت قانون با ارزش‌ها و اصولی بنیادین پیوندی ذاتی دارد و حاکمیت قانون صرفاً با عنایت به آن ارزش‌ها و اصول تحقق می‌یابد.^۲

برای توضیح مفصل‌تر این دو برداشت، سعی خواهیم کرد در این قسمت به‌طور جداگانه مهم‌ترین ایده‌های هریک از این برداشت‌ها را تبیین کنیم. بدین منظور از نظرات متفکران اصلی این حوزه استفاده می‌کنیم، و تفاوت‌ها و شباهت‌های میان این دو برداشت را توضیح خواهیم داد. در پایان این مبحث، برای مقایسه برداشت شکلی و ماهوی از حاکمیت قانون، به توضیح بیشتر راجع به نسبت میان قانون (یا حقوق) و اخلاق خواهیم پرداخت.

۱-۲. برداشت شکلی از حاکمیت قانون

گرچه هدف حاکمیت قانون از نظر طرفداران هریک از دو برداشت، محدودیت مقامات حکومتی در اعمال اختیاراتشان است، اما در برداشت شکلی حاکمیت قانون، شیوه‌ای رویه‌ای برای جلوگیری از عمل خودسرانه حکومت و دفاع از آزادی‌های فردی پیشنهاد می‌شود. این دیدگاه بر جنبه‌های «فرایند-محور»^۳ تأکید می‌کند و فضیلت‌های اخلاقی و معیارهایی از قبیل عدالت را جزئی از نظریه حاکمیت قانون نمی‌داند.^۴ این برداشت دربرگیرنده مجموعه‌ای از تضمین‌های شکلی در مقابل سوءاستفاده از قدرت است. مقامات حکومتی به‌وسیله محدودیت‌های مبتنی بر قانون اساسی، قوانین رویه‌ای (شامل قوانین ادله اثبات دعوی)^۵ و ترتیبات نهادی (مانند

۱. در پایان همین گفتار به این موضوع بیشتر خواهیم پرداخت؛ برای مطالعه راجع به این موضوع، ر.ک.: محمد راسخ، «نوبت نسل سوم حقوقی»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره بیست و پنجم، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، ص ۴۸-۴۲.

۲. به دلیل آنکه آموزه‌های اصلی مورد بحث در برداشت ماهوی حاکمیت قانون، همان آموزه‌های تشکیل دهنده مبانی حاکمیت قانون است، بخشی از توضیحات راجع به برداشت ماهوی در آن قسمت (فصل سوم) ارائه خواهد شد.

3. Process-oriented

4. See Rose, op. cit., P. 459;

برداشت شکلی از حاکمیت قانون، «تعبیری متواضعانه» از این اصطلاح است که به معنی حکومت به‌وسیله قوانین است، درحالی‌که برداشت ماهوی، «ایده بلندپروازانه‌تر»ی است که دربرگیرنده معیار عدالت نیز هست.

5. Rules of Evidence

سلسله‌مراتب دادگاه‌ها) محدود و مقید می‌شوند.^۱ در برداشت سلبی - که دورکین آن را «مدل قواعد»^۲ نیز نامیده است - اختیارات مقامات حکومتی، به‌ویژه قضات، به‌وسیله هنجارهایی با محتوای واضح و کاملاً تعریف شده محدود می‌شود، تا به‌وسیله معیارها و اصولی کلی‌تر و غیرمعین‌تر.^۳ درواقع در دیدگاه شکلی، حاکمیت قانون تنها مستلزم مطابقت اعمال حکومتی (اعم از قانونگذاران، قضات و مقامات اداری) با هنجارهای رویه‌ای است.^۴

طرفداران برداشت شکلی حاکمیت قانون، ویژگی‌های خاص یک قانون را واجد اهمیتی فوق‌العاده می‌دانند. از یک دیدگاه کلی می‌توان ویژگی‌های قانون را به دو دسته ذاتی و عرضی تقسیم کرد. ویژگی‌های ذاتی قانون اوصافی هستند که برای تبدیل یک قاعده به قانون جزء شرایط حداقلی محسوب می‌شوند و به بیان دقیق‌تر، قاعده فاقد هر یک از این ویژگی‌ها اساساً قانون خوانده نمی‌شود.^۵ این ویژگی‌ها عبارت‌اند از: الزام‌آور، عام، امری، علنی، واضح، معطوف به آینده، مفید قطعیت و مصوب مرجع ذی‌صلاح بودن. ویژگی عرضی قانون ویژگی‌هایی هستند که حتی اگر قاعده‌ای فاقد آنها باشد، شاید بتوان آن را هنوز یک قانون نامید. این نوع ویژگی‌ها نشئت گرفته از نظریه‌های خاص حقوقی و معطوف به اهداف ارزشی نظریه یا نظریه‌های پیش گفته‌اند. ویژگی‌های عرضی قانون را می‌توان بدین ترتیب برشمرد: پاسخ‌گویی نیازهای جامعه، منعکس‌کننده نظر اکثریت، تأمین‌کننده منفعت عموم، منطبق با اخلاق، معطوف به عدالت، مستمر، کارآمد، انجام‌شدنی و پیشرو.^۶

1. P. Selznick, "Legal Culture and the Rule of Law", in M. Krygier and A. Czarnota (eds.) *The Rule of Law after Communism: Problems and Prospective in East, Central Europe*, Dartmouth: Ashgat, 1999, PP. 457-470, 24.

2. Model of Rules

3. Selznick, op. cit., P. 26.

4. See J. Goldsworthy, "Legislative Sovereignty and the Rule of Law", in K. D. Ewing and A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001, P. 64.

۵. محمد راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، پیشین، ص ۲۷.

۶. ر.ک.: پیشین، ص ۴۴-۲۷؛ در این اثر ضمن طرح نظریه‌های راجع به چیستی قانون در نظریه‌های حقوقی - سیاسی اندیشمندان ایرانی، اسلامی و غربی، به توضیح ویژگی‌های قانون از زاویه مورد بحث پرداخته شده است؛ ر.ک.: «درآمد»، پیشین، ص ۷-۱.

لون فولر، ویژگی‌های قانون را «اخلاق درونی قانون»^۱ می‌نامد و فهرستی بدین شرح از آنها ارائه می‌دهد: وجود یک نظام قوانین؛ انتشار قوانین؛ عطف به‌ماسبق نشدن قوانین؛ واضح و قابل فهم بودن قوانین؛ غیرمتناقض بودن قوانین (سازگاری درونی)؛ متناسب بودن قوانین با توانایی اشخاص (دستور ندادن به رفتاری فراتر از طاقت مکلف)؛ و تطابق و سازگاری بین عمل مقامات و قوانین منتشر شده (اجرای قانون).^۲ هریک از این ویژگی‌ها برای یک قانون حیاتی است. از نظر فولر، هشت ویژگی برشمرده شده، معیار عادلانه بودن قوانین شمرده می‌شود و دیگر ویژگی‌ها، که به‌طور مستقیم به حوزه آزادی، عدالت و دیگر ارزش‌ها مربوط است، ویژگی‌های شکلی یا حداقلی قانون محسوب نمی‌شود. درواقع دغدغه اصلی، توضیح گوهر مفهوم مورد بحث، بدون مشتبه شدن با مفاهیم و مقولات دیگر است. مفاهیمی از قبیل عدالت، آزادی و حاکمیت قانون قابلیت فراوانی برای خلط با یکدیگر و با دیگر مفاهیم، و طبعاً بدفهمی و سوءاستفاده دارند. اگر تفسیر موسع از چنین مفاهیمی پذیرفته شود، چه‌بسا مفهوم مورد بحث چنان فربه شود که از افاده معنی اصلی و ایفای کارکرد اولیه‌اش ناتوان گردد.^۳

بر مبنای آنچه گفته شد، رز در مقاله سودمند خود درباره حاکمیت قانون تلاش می‌کند معنایی از «حاکمیت قانون» ارائه دهد که توضیح واضحات (یا این‌همانی) / تکرار معلوم^۴ نباشد، بلکه محتوای ویژه‌ای سوای مفاهیم و ارزش‌های مشابه داشته باشد. راهکار او، استفاده از برداشت‌های مختلف از «قانون» است؛ بدین ترتیب که حاکمیت قانون از دیدگاه وی، نه فقط پیروی مردم از قانون و تحت حاکمیت بودن قانون یا قانونی بودن اقدامات حکومت، بلکه حاکمیت قانونی با ویژگی‌های خاص، از جمله واضح، عام و به نسبت پایدار بودن است. چنان که می‌نویسد:

1. Internal Morality of Law

2. L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1969, PP. 33-94; Quoted in Rose, op. cit., P. 459.

۳. شبیه این دغدغه را در نظرات طرفداران برداشت منفی آزادی نیز می‌توان یافت. دغدغه اصلی «برلین» این بود که قرائت‌های مثبت از آزادی، دربرگیرنده چنان معانی کشدار و قابل تفسیری از آزادی هستند که می‌توانند به‌سادگی به ابزاری در جهت سرکوب آزادی‌ها تبدیل شوند؛ برای دیدن توضیحات بیشتر ر.ک.: برلین، پیشین، ص ۲۵۴-۲۵۱؛ و راسخ، «آزادی چون ارزش»، در: راسخ، حق و مصلحت، ص ۲۸۶-۲۸۱.

4. Tautology

حاکمیت قانون دو جنبه دارد: ۱. مردم باید تحت سلطه قانون باشند و از آن پیروی کنند، و ۲. قانون باید طوری باشد که به مردم امکان راهنمایی شدن توسط آن را بدهد. ... ما با جنبه دوم سروکار داریم. قانون باید قابل پیروی باشد. هر فرد تا اندازه‌ای که از قانون تخطی نکند از آن پیروی می‌کند. اما تنها زمانی از قانون پیروی می‌کند که دلیل وی برای سازگاری با قانون، آگاهی از آن باشد. بنابراین اگر قانون باید مورد تبعیت قرار گیرد، باید قابلیت راهنمایی رفتار تابعان خود را داشته باشد.^۱

در جملات بیان شده، به روشنی ارتباط برداشت شکلی از حاکمیت قانون با ویژگی قانون قابل مشاهده است.

کریگ در توضیح اندیشه‌های رز راجع به حاکمیت قانون چنین شرح می‌دهد که گرچه همه معتقدیم که قوانین باید عادلانه و دارای محتوایی اخلاقی باشند و همچنین اعمال حقوق ماهوی باید تضمین شود و از تعرض حاکمان مصون باشد، مسئله اصلی این است که اگر حاکمیت قانون به معنای ضرورت حاکمیت قوانین «خوب» دانسته شود، مفهوم حاکمیت قانون معنای مستقل خود را از ایده‌های پیش‌گفته از دست خواهد داد. نظریه‌های سیاسی از قدیم‌الایام درگیر مباحثی مانند چیستی جامعه عادلانه، ماهیت حقوق انسان‌ها و ضررهای مداخله حکومت در حوزه‌های متنوع حیات بشری بوده‌اند و اگر حاکمیت قانون دربرگیرنده همه یا هریک از این موضوعات شمرده شود، از هرگونه کارکرد مستقل از چنین نظریه‌های سیاسی‌ای محروم می‌شود.^۲

با در نظر گرفتن ملاحظات پیش‌گفته است که رز، مانند دیگر طرفداران برداشت شکلی حاکمیت قانون، معتقد است میان حاکمیت قانون و دموکراسی ارتباطی مستقیم وجود ندارد. برخلاف دیدگاه پذیرفته شده در برداشت ماهوی حاکمیت قانون - که قائل

۱. جوزف رز، «در باب حاکمیت قانون و فضیلت آن»، ترجمه لیلی منفرد، حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸، ص ۳۹۶.

2. See P. Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, Autumn 1997, P. 468.

به ارتباطی وثیق و همه‌جانبه میان حاکمیت قانون و دموکراسی است - در برداشت شکلی، لزوماً دموکراتیک بودن یک نظام سیاسی، به معنی تحقق حاکمیت قانون در آن نظام نیست، و به همین ترتیب چه‌بسا حاکمیت قانون در نظامی غیردموکراتیک به‌مراتب بیش از حاکمیت قانون در نظامی دموکراتیک رعایت شود. بدین ترتیب که در حکومتی که با برگزاری انتخاباتی آزاد شکل نگرفته است، دادگاه‌ها قادرند به کار خود ادامه دهند و به حل اختلافات میان شهروندان و همچنین اختلافات پدیدآمده میان شهروندان و حکومت، در رابطه با تصمیمات اتخاذ شده به‌وسیله مقامات حکومتی بپردازند.^۱ رز نیز این نکته را در قالب عبارات زیر بیان کرده است:

حاکمیت قانون آرمانی سیاسی است که نظام حقوقی ممکن است با درجات کمتر یا بیشتر دارا یا فاقد آن باشد. ... حاکمیت قانون تنها یکی از فضیلت‌هایی است که نظام حقوقی ممکن است دارا باشد و به‌وسیله آن مورد قضاوت قرار گیرد. آن را نباید با دموکراسی، عدالت، برابری (در برابر قانون یا از جهات دیگر)، حقوق بشر از هر نوع یا احترام به اشخاص یا به کرامت انسانی خلط کرد. ممکن است یک نظام حقوقی غیردموکراتیک و مبتنی بر انکار حقوق بشر، [با] فقر شدید، تبعیض نژادی، نابرابری جنسیتی و آزارهای مذهبی، در کل با لوازم حاکمیت قانون بیش از نظام حقوقی هر کدام از دموکراسی‌های روشن‌فکرانه غربی سازگار باشد ... این نظام حقوقی بی‌اندازه بد است، اما در یک زمینه از سایرین پیشی می‌گیرد: در پیروی از حاکمیت قانون.^۲

از نظر رز، حاکمیت قانون یکی از چند فضیلتی است که تأکید بر آن برای برخورداری از یک زندگی قابل قبول و عاری از استبداد و اجبار لازم است. بنابراین چه‌بسا قربانی کردن آن برای نیل به دیگر اهداف با ارزش، امری چندان ناموجه - آن‌طور که طرفداران برداشت حاکمیت قانون ماهوی معتقدند - نباشد. اگر جرح و تعدیل ایده حاکمیت قانون، بهترین راه

1. See Wade and Bradley, op. cit., P. 103.

۲. رز، پیشین، ص ۳۹۴.

دستیابی به دیگر اهداف حیاتی برای یک زندگی مطلوب محسوب می‌شود، نادیده گرفتن فضیلت حاکمیت قانون به نفع دیگر فضیلت‌ها، امری ممنوع و قدغن نیست.^۱

از میان ویژگی‌های ذکر شده برای قانون (چه در برداشت شکلی و چه در برداشت ماهوی از حاکمیت قانون)، ویژگی عام بودن از اهمیتی فوق‌العاده برخوردار است. به لحاظ تاریخی، چنان‌که نویمان معتقد است، همیشه سنتی وجود داشته که از افلاطون و ارسطو سرچشمه می‌گرفته و پیروان آن معتقد بودند، قانون باید صرف‌نظر از مضمون و محتوا، صورتی کلی یا عام داشته باشد؛ چنان‌که این ویژگی «به‌عنوان حداقل اقتضای عقل برای تحدید قدرت» همواره مورد توجه بوده است.^۲ از نظر هایک، عام بودن، مهم‌ترین ویژگی قانون محسوب می‌شود که تضمین‌کننده اعمال حقوق و آزادی‌های فردی است. چنان‌که هایک می‌نویسد:

این قواعد در شرایط پیش‌بینی‌ناپذیر اعمال می‌شوند؛ بنابراین، باید به‌نحوی طراحی شده باشند که با تعداد نامعینی از موارد آینده منطبق شوند. آنچه عرفاً خصلت انتزاعی این‌گونه قواعد نامیده می‌شود ناشی از همین است ... مراد از آن، قابلیت اعمال قواعد مذکور، نه صرفاً در مورد اشخاص و گروه‌ها و جاهای معین، بلکه در کلیه اوضاع و احوالی است که بعضی عوامل نوعی موجود باشند.^۳

بنابراین، قابلیت اعمال قانون به‌نحو برابر و در مورد همگان، ایده اساسی حاکمیت قانون به‌شمار می‌رود.^۴

ویژگی دیگر شکلی قانون، انتشار آن توسط مرجع صالح است. این انتشار با هدف

1. See Craig, op. cit., PP. 469-470.

۲. نویمان، ویژگی عام بودن را به همراه ویژگی شمول قانون، جنبه این‌جهانی (سکولار) و غیردینی قانون طبیعی تلقی می‌کند؛ ر.ک.: نویمان، پیشین، ص ۷۳.

۳. فردریش فون هایک، «آزادی اقتصادی و حکومت انتخابی»، در: فردریش فون هایک، در سنگر آزادی، ترجمه عزت ... فولادوند، تهران: لوح فکر، ۱۳۸۲، ص ۱۹۸-۱۹۷. کتاب مذکور، متشکل از پنج مقاله از هایک است که به‌دست مترجم برگزیده و ترجمه و با عنوان مذکور منتشر شده است.

۴. درخصوص رابطه ایده برابری و حاکمیت قانون، به‌ویژه از دیدگاه هایک، در قسمت ۳-۳ فصل سوم توضیحات بیشتری ارائه خواهد شد.

تحقق «قطعیت حقوقی»^۱ و متعاقباً پیش‌بینی‌پذیر ساختن حیات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی صورت می‌گیرد. این قطعیت حقوقی، فضایی فراهم می‌سازد تا شهروندان بتوانند با آگاهی از قوانین حاکم بر اعمال و رفتارشان، از شر خودسرانگی و اعمال سلیقه‌های شخصی مقامات حکومتی در امان بمانند. به‌نظر دورکین، برداشت شکلی بر این نکته تأکید می‌کند که اختیارات دولت تا حد ممکن نباید هیچ‌گاه علیه شهروندان اعمال شود، مگر براساس قانون وضع شده به‌نحو واضح و موجود در کتاب قانون در دسترس همگان. حکومت نیز همانند شهروندان عادی باید تا زمانی که قوانین توسط مرجع صالح تغییر نکرده از این قواعد عمومی تبعیت کند.^۲

همچنین واضح و قابل فهم بودن قانون نیز از ویژگی‌هایی است که برای تحقق حاکمیت قانون حیاتی است؛ چرا که قانون تنها در صورتی از قابلیت راهنمایی شهروندان و ویژگی عام بودن و پیش‌بینی‌پذیری برخوردار است که در قالب عباراتی واضح و روشن تنظیم شده باشد. بر همین مبنا، دیوان عالی کانادا در یکی از آرای خود، شناسایی دکترین «ابهام»^۳ را تأیید کرده است. قاضی دیوان عالی، دکترین «ابهام» را بر مبنای دو دلیل منطقی «نگرش منصفانه نسبت به شهروندان» و «محدودیت اعمال اختیارات» به رسمیت شناخته و این دو دلیل را به‌نحو گسترده‌ای با حاکمیت قانون مرتبط دانسته است. این رأی بیانگر این نکته است که «حاکمیت قانون باید برحسب برداشت خاصی درک شود که به‌طور سنتی، دربرگیرنده ایده‌های قطعیت حقوقی، پیش‌بینی‌پذیری و ثبات باشد و علاوه بر این، ابهام، به‌طور سنتی با برداشت ویژه‌ای که مستلزم عام بودن، وضوح و معطوف به آینده بودن قانون است ناسازگار شمرده می‌شود».^۴ در این رأی، بر ویژگی واضح بودن قانون، به‌عنوان یکی از ایده‌های نظریه حاکمیت قانون، تأکید شده است.

1. Legal Certainty

۲. دورکین برداشت شکلی از حاکمیت قانون را برداشت «کتاب - قانون» (Book-Rule) می‌نامد، ر.ک.:

R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, P. 11.

3. Doctrine of Vagueness;

دکترین ابهام بدین معنی است که قانونی که «فاقد حکم باشد، به‌نحوی که فاقد دلالت کافی برای رسیدگی قضایی ارزیابی شود، می‌تواند مغایر با قانون اساسی شناخته شود»، ر.ک.:

Tremblay, op. cit., P. 244.

4. Quoted in Ibid., PP. 25-26.

در برداشت شکلی از حاکمیت قانون آنچه اهمیت دارد این است که قانون از طریق مرجع ذی صلاح تصویب شده و از ویژگی‌های ذاتی قانون برخوردار باشد. اعتبار حقوقی یک قانون از عادلانه یا ناعادلانه بودن قانون، یا ظالم و عادل بودن مرجع وضع آن قانون جداست. به همین دلیل «نافرمانی مدنی» در نظریه طرفداران برداشت شکلی حاکمیت قانون جایی ندارد.^۱ به عبارت دیگر، در این دیدگاه، برخورداری یک قانون از ویژگی‌ها و شرایط شکلی و آیینی، و مهم‌تر از همه، تصویب توسط مرجع ذی صلاح، شروط لازم و کافی برای قانون محسوب شدن یک متن محسوب می‌شود. البته دلایل موجه این عقیده نیز به کرات از سوی نظریه‌پردازان اظهار شده است. از جمله در آرای پین که می‌نویسد:

اگر قانونی بد باشد، مخالفت با اجرایش به علت اینکه بد است، چیزی است و بیان اشتباهات آن یا استدلال برای فسخ یا جانشین کردن قانونی دیگر به جای آن، چیزی دیگر. این دو موضوع به کلی باهم تفاوت دارد. من پیوسته بر آن بوده‌ام ... که اطاعت از یک قانون غلط، درعین حال نمایاندن آن غلط‌ها و اقدام برای الغای آن، بهتر است تا نقض آن از راه زور زیرا نقض یک قانون بد بسا که به تخلف از قوانین خوب منجر گردد.^۲

از آنچه گفته شد چنین برمی‌آید که یکی از مؤلفه‌های اصلی برداشت شکلی از حاکمیت قانون، اثربخشی و کارایی نظام قواعد است. این برداشت، به «چگونگی و سازوکارهای قواعد در نظام حقوقی» توجه دارد و بیشتر معطوف به این مسئله است که آیا نظام حقوقی از ویژگی‌هایی

۱. البته دیدگاه طرفداران برداشت شکلی حاکمیت قانون در برخی از موارد، پیچیده و مغلق به نظر می‌رسد. به عنوان نمونه از دید فولر، قضاوت امری هدف‌دار است و اصل راهنمای قضات نیز آرمان اخلاقی «وفاداری به قانون» (Fidelity to Law) است. همچنین از نظر وی، ارزش محوری حقوق، «آزادی و نظم تحت حاکمیت قواعد کلی معطوف به آینده و منتشر شده» است. اما درعین حال فولر بر این باور است که اگر مطلقاً به این اصل پایبند نباشیم که قضات صرفاً قانون را مدنظر داشته باشند و براساس آن حکم دهند، آنگاه آرمان «وفاداری به قانون» بیشتر منجر به «خدمت به قدرت» می‌شود تا تحقق آرمان حاکمیت قانون. بنابراین درواقع رعایت آرمان وفاداری به قانون تنها در صورت «امتناع از اعمال قواعد وضع شده از جانب قدرت» امکان‌پذیر است. دیدگاه فولر در این زمینه، همچنان که از استدلال او برمی‌آید، پیچیده و ظاهراً متناقض به نظر می‌رسد؛ برای دیدن توضیح بیشتر، ر.ک.: سیموندز، پیشین، ص ۶۶-۶۵.

۲. تامس پین، حقوق بشر، ترجمه اسدا... مبشری، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۷۵، ص ۱۷۸.

شکلی که آن را کارآمد می‌سازد برخوردار است یا خیر؛ چرا که اساساً کارکرد قانون و به‌طور کلی نظام حقوقی، مقرر کردن الزاماتی است که هدف از آنها «ایجاد احکامی قاعده‌مانند»^۱ است که بتوانند با موفقیت، رفتار مطلوب را (هرچه که باشد) به گروه هدف القا کنند.^۲

بر این مبناست که در تعبیر «شکلی» - که معنای اصلی حاکمیت قانون را حکومت از طریق قوانین عام و از پیش وضع شده (با هر محتوایی) می‌داند - هرگونه تضييع یا نقض آزادی، صرفاً به شرط آنکه از طریق فرایند قانونی اعمال شود، مجاز شمرده شده است.^۳ جملات بیان شده از قول پین، بیانگر ایده‌ای است که یکی از پیش‌فرض‌های اصلی آن، اطاعت از قانون موضوعه است و بر این باور است که تنها از این طریق جامعه از به دام افتادن در هرج و مرج و بی‌نظمی محافظت می‌شود.^۴

برداشت ماهوی به دو تعبیر دیگر نیز از سوی برخی صاحب‌نظران تقسیم شده است: نخست: تعبیر ابزاری^۵ و دوم، تعبیر ذاتی.^۶ مهم‌ترین متفکری که می‌توان وی را طرفدار تعبیر ابزاری این حاکمیت قانون دانست، ماکس وبر^۷ است. طبق استدلال وی، گونه‌ای آرمانی از «عقلانیت منطقی شکلی» به‌عنوان نظامی از قواعد عام و اجرا شده به‌نحو جهان‌شمول، هسته صنعتی شدن غرب شمرده می‌شود. مهم‌ترین ویژگی چنین قواعدی، میزان قابل توجه «ثبات و قابلیت محاسبه» است و چنین قواعدی «پایه برتری حقوقی و طبیعت قانون «مدرن» و بنابراین «دولت مدرن»» محسوب می‌شود.^۸

1. Rule-like Commands

۲. آلوارو سانتوس، «بهره‌گیری بانک جهانی از آموزه حاکمیت قانون در توسعه اقتصادی»، ترجمه لیلی منفرد، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (گروه مطالعات محیط کسب‌وکار)، شماره مسلسل ۱۲۴۲۵، تیر ۱۳۹۱، ص ۱۶-۱۵؛ مشخصات اصلی اثر مذکور به شرح زیر است:

Alvaro Santos, "The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development", in David M. Trubek and Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, PP. 253-300.

3. See Alder, op. cit., PP. 74-75.

4. Tremblay, op. cit., P. 31.

5. Instrumental Version

6. Intrinsic Version

7. Max Weber (1864-1920).

۸. سانتوس، پیشین، ص ۱۶.

قانونی با ویژگی‌های یاد شده، نظم را شکل می‌دهد که نیاز دولت مدرن برای شکل‌گیری و بقا، و همچنین توسعه اقتصادی است. بدین ترتیب، «این قواعد شکلی، «بزاری» هستند که از طریق آنها افراد وارد دادوستدهای اقتصادی قابل پیش‌بینی می‌شوند که در نهایت منجر به رشد اقتصادی خواهد شد».^۱

اما دیگر برداشت شکلی از حاکمیت قانون، تعبیر ذاتی است. چنان‌که سانتوس استدلال می‌کند، نظریه دایسی راجع به حاکمیت قانون،^۲ برداشتی ذاتی محسوب می‌شود. توضیح اینکه از نظر دایسی، حکومتی برخوردار از جنبه سه‌گانه‌ای که وی از حاکمیت قانون شرح می‌دهد (نبود قدرت خودسرانه، برابری حقوقی بین افراد، و نشئت گرفتن اصول قانون اساسی از تصمیمات قضایی) را می‌توان حکومتی وفادار به حاکمیت قانون دانست. هیچ‌یک از سه جنبه‌ای که دایسی برای حاکمیت قانون توصیف کرده است، ملازمه با محتوای خاصی برای نظام حقوقی کشور ندارد و علاوه بر این، از نظر وی حاکمیت قانون منوط به وجود مجموعه‌ای از حقوق فردی نیست. بنابراین موضع دایسی را می‌توان چنین خلاصه کرد که حاکمیت قانون، مفهومی است مستقل که باید سوای دیگر هنجارها و ارزش‌ها دنبال شود؛ «حاکمیت قانون را نباید فضیلتی دانست که در میان سایر فضایل نظام سیاسی مشروطه وجود دارد، بلکه حاکمیت قانون چیزی است که وجود نظام مشروطه به دلیل آن است».^۳ براساس این، شاید بتوان تلاش رز را در ارائه تعریفی از حاکمیت قانون که مستقل با دیگر فضیلت‌ها باشد نیز تعبیری ذاتی دانست.

پس از توضیح عناصر اصلی برداشت شکلی حاکمیت قانون، اکنون به توضیح برخی از مهم‌ترین نظرات مطرح شده توسط طرفداران برداشت ماهوی حاکمیت قانون می‌پردازیم.

۲-۲. برداشت‌های ماهوی از حاکمیت قانون

چنان‌که در آغاز این فصل گفتیم، طرفداران برداشت ماهوی حاکمیت قانون، از دیدگاهی

۱. همان‌جا. در فصل پایانی همین نوشتار، در توضیح پیامدهای اقتصادی حاکمیت قانون توضیح بیشتری راجع به این موضوع ارائه خواهد شد.

۲. برای مطالعه نظر دایسی راجع به حاکمیت قانون، ر.ک.: همین نوشتار، در گفتار حاکمیت قانون از منظر تاریخی.

۳. سانتوس، پیشین، ص ۱۹-۱۷.

فرا‌تر از اثبات‌گرایی (پوزیتیویسم) حقوقی و با ملاحظه دیگر ارزش‌های بنیادین، حاکمیت قانون را تفسیر و تعبیر می‌کنند. درواقع این برداشت، از دیدگاه شکلی فرا‌تر رفته و قانون را به رعایت برخی ویژگی‌های ماهوی ملزم می‌سازد.^۱ از نظر طرفداران برداشت ماهوی، حاکمیت قانون اهداف بلندپروازانه‌تری از صرف برقراری نظم و پیش‌بینی‌پذیر ساختن امور مختلف اجتماعی و اقتصادی ایفا می‌کند. بدین ترتیب که حاکمیت قانون در این برداشت تبدیل به ایده‌ای بسیار فربه می‌شود که از ضعف در برابر اقویا دفاع می‌کند، تمهیداتی برای حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات ارائه می‌کند و سبب بهبود وضعیت اقتصادی افراد آسیب‌پذیر و ارتقای سطح زندگی آنها می‌شود.^۲ دستیابی به اهداف مذکور از طریق قانون بدین سبب امکان‌پذیر است که در این برداشت، قانونگذار نسبت به واقعیات و پدیده‌های اجتماعی بی‌طرف نیست، بلکه با جهت‌گیری‌هایی بر مبنای دلایل موجهی خاص، به نفع اشخاص یا گروه‌های مشخص، به اعمال سیاست‌هایی حمایتی می‌پردازد.

تأکید بر آموزه‌های اخلاقی در این برداشت بسیار قابل توجه است؛ آموزه‌هایی که چه‌بسا در برداشت شکلی حاکمیت قانون، دلالت بر ایده‌ها یا ارزش‌هایی مستقل از حاکمیت قانون دارد. درواقع خصیصه اصلی دیدگاه ماهوی، تأکید بر نقش پررنگ آموزه‌های اخلاقی در قانون است. حاکمیت قانون در این دیدگاه فضیلتی شمرده می‌شود که باید در یک نظام حقوقی وجود داشته باشد؛ چنان‌که فینیس می‌نویسد: «حاکمیت قانون عنوانی است که عموماً به نظامی نسبت داده می‌شود که در آن، محتوای یک نظام حقوقی ... به شکلی «خوب» وجود دارد (اصطلاح حاکمیت قانون برای جلوگیری از خلط دیگر هنجارهای خاص موجود در نظام حقوقی به کار می‌رود). حاکمیت قانون فضیلت ویژه خاص یک نظام حقوقی است».^۳ شاید بتوان گفت در این برداشت، آن‌چنان از دیدگاه «هنجاری»^۴ به حاکمیت قانون نگریسته می‌شود که این مفهوم خود به یک «هنجار»^۵ تبدیل می‌شود. به لحاظ نظری نیز می‌توان نسبت میان حقوق و اخلاق را با استدلال‌های مختلف

1. I. Macleod, *Legal Method*, Bristol: Palgrave Macmillan, 2002, P. 56.

2. Selznick, op. cit., P. 26.

3. See J. Finis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1979, P. 270.

4. Normative

5. Norm

نشان داد. یکی از این استدلال‌ها این است که به دلایلی می‌توان سخن گفتن از نسبت میان حقوق و اخلاق را همان سخن گفتن از ارتباط میان حکومت و اخلاق دانست، و بالعکس. نخست اینکه اعمال قدرت حکومت‌های مدرن، امروزه عمدتاً از طریق قانون دنبال می‌شود؛ دوم، وجود اقتدار سیاسی لازمه قانون و نظام حقوقی است؛ در غیر این صورت، مرز میان «حقوق» و «غیرحقوق» از میان می‌رود و برای نمونه تفاوتی میان «قانون» و «هنجار اجتماعی» متصور نیست. توضیح اینکه «اگر حقوق را تنظیم کنترل مقتدرانه و قهری روابط اجتماعی بدانیم، در این صورت الزام حقوقی یک ارزش یا باور، جز با به‌کارگیری مشروع قدرت مرکزی بلارقیب سیاسی ممکن نخواهد بود. بدین‌سان، هرگاه از قواعد اخلاقی سخن برانیم درواقع از ارتباط میان حقوق در یک سو و اخلاق در سوی دیگر بحث نموده‌ایم، و به‌تبع هر حکمی که در بحث از ارتباط میان حکومت و اخلاق جاری سازیم، در مبحث ارتباط میان حقوق و اخلاق نیز صادق خواهد بود و بالعکس»^۱.

ویژگی دیگر برداشت ماهوی حاکمیت قانون این است که برخلاف برداشت شکلی، که رعایت قانون مصوب مرجع ذی‌صلاح (پارلمان) و تصویب شده با رعایت تشریفات قانونی، برای تحقق حاکمیت قانون کافی دانسته می‌شود، صرف رعایت اصل «قانونی بودن» و اعمال قانون موضوعه، حتی به‌نحو برابر و بر همگان، برای تأمین حاکمیت قانون کفایت نمی‌کند. گرچه دولت ملزم به رعایت قوانینی است که به‌وسیله آن به اداره حکومت می‌پردازد، اما در دیدگاه ماهوی، تنها دولتی را می‌توان تابع حاکمیت قانون دانست که معیارهای فراحقوقی (از قبیل معیارهای اخلاقی، سیاسی و ...) را نیز محترم شمرده و اعمال حکومت را بر مبنای آن تنظیم کند. بر این مبناست که برخی از نویسندگان، دو مفهوم «حاکمیت قانون» و «حاکمیت قانون موضوعه»^۲ را از یکدیگر تفکیک کرده‌اند. بدین ترتیب که حاکمیت قانون، مستلزم چیزی بیش از «حاکمیت قانون موضوعه» و دربردارنده اصول و هنجارهای فراحقوقی است.^۳

۱. پیشگفتار مترجم در: راس هریسون، «حکومت و اخلاق»، در: راسخ، حق و مصلحت، ص ۸۰؛ همچنین ر.ک.: هربرت هارت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۹۰، ص ۳۲۰-۲۸۵.

2. "Rule of the Law"

3. See Goldsworthy, op. cit., PP. 64-65.

دلایل تأکید طرفداران برداشت ماهوی حاکمیت قانون بر اینکه حکومت قانون مستلزم رعایت اصول و آموزه‌هایی فراتر از قانونی بودن^۱ است، دلایلی مبتنی بر عدم اعتماد آنان به قدرت قانون برای چارچوب‌بندی اعمال اختیارات قدرت است. بیم این طیف از صاحب‌نظران از آن است که حکومت با ادعای رعایت قانون، به نقض حقوق و آزادی‌های شهروندان بپردازد و طبعاً آنچه را که انجام می‌دهد، در چارچوب قانون جلوه دهد. درواقع در این وضعیت، اراده حاکم جایگزین حاکمیت قانون می‌شود. «اصل» اراده حکومت از قدرت قانون برخوردار است^۲ که اصلی کاملاً حقوقی است، بیانگر حکومت به‌وسیله قدرت خودسرانه است تا حکومت مطابق قانون معین^۳. در این نظر، گرچه حکومت مدعی است که جز به قانون عمل نمی‌کند، اما زمانی که قانون موضوعه، مصوب نهادی حکومتی است و با معیارهایی مانند اخلاق و عدالت سنجیده نمی‌شود، ایده «حکومت طبق قانون موضوعه» تبدیل به «حکومت براساس اراده حاکم» خواهد شد.

اگر قانون را صرفاً وسیله‌ای برای دستیابی حکومت به اهداف خاص مورد نظر خود تلقی نکنیم، باید حاکمیت قانون را فراتر از صرف رعایت اصل قانونی بودن بدانیم. تجربه‌های سیاسی و اجتماعی تدوین شده از طرف عالمان سیاست و حقوق، و همچنین ارزش‌های حقوقی، تنها پاسخی برای این مسئله که «حاکم از چه اختیاراتی برای اعمال حکومت برخوردار است» محسوب نمی‌شود، بلکه این مسئله که حکومت «باید» از چه اختیاراتی برخوردار باشد را نیز مورد توجه قرار می‌دهد.^۴ مسئله اول، مسئله‌ای است که از دیدگاهی فارغ از ارزش، اختیاراتی خاص برای حکومت تعیین می‌کند. اما مسئله دوم از زاویه‌ای ارزش - محور، محدودیت‌های خاصی را برای حکومت تجویز کرده و به‌نحو «باید - نباید»ی، اعمال اختیارات حکومت را محدود می‌سازد. در رویکرد دوم، هدف قانون نه صرفاً اداره حکومت و برقراری نظم در جامعه، بلکه تأمین اهدافی متعالی و برتر، همچون فراهم آوردن زمینه‌ای مناسب برای اعمال حقوق و آزادی‌ها و تأمین عدالت است.

1. Legality

این واژه با معادل «قانونیت» نیز ترجمه شده است.

2. "Quod principi placuit legis habet vigorem" (The Sovereign's Will has the Force of Law)

3. See H. W. R. Wade and C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford: Clarendon Press, 2004, P. 20.

4. Wade and Bradley, op. cit., P. 106.

گرچه هایک برداشتی شکلی از حاکمیت قانون ارائه می‌دهد^۱ (به دلیل تأکید فوق‌العاده بر ویژگی عام بودن قانون و همچنین اعتقاد به برابری شکلی)، اما نظر وی راجع به نسبت حاکمیت قانون با مفاهیم قانونی بودن و مشروطه‌خواهی، نشان از توجه وی به نقش اصول «فراحقوقی» در مفهوم حاکمیت قانون است. هایک در کتاب بنیان آزادی می‌کوشد حوزه مفهوم حاکمیت قانون را در مقابل مفاهیم قانونی بودن و مشروطه‌خواهی روشن کند و از این طریق، ضمن توضیح مفهوم حاکمیت قانون و شرح وجوه تفارق این مفاهیم با یکدیگر، نسبت آنها با یکدیگر را شرح دهد. گرچه از دیدگاه هایک، التزام به قانون عام و قابل اعمال به‌نحو مساوی بر همگان، محور اصلی نظریه حاکمیت قانون است، اما در عین حال، قانون باید برخوردار از اوصافی کلی باشد که این اوصاف به نظریه‌های کلی‌تر برابری و انصاف مرتبطانند و این نکته وجه تمایز میان ایده حاکمیت قانون و قانونی بودن است. چنان‌که می‌نویسد:

البته حاکمیت قانون، کاملاً قانونی بودن را پیش‌فرض می‌گیرد، اما صرف قانونی بودن کافی نیست؛ اگر قانونی قدرت نامحدودی به دولت برای انجام اعمال دلبخواهانه اعطا کند، گرچه همه اعمال دولت مزبور قانونی به‌نظر می‌رسد، اما قطعاً مطابق با حاکمیت قانون شمرده نمی‌شوند. بدین معنا می‌توان گفت حاکمیت قانون چیزی بیش از مشروطه‌خواهی است. لازمه حاکمیت قانون انطباق همه قوانین با اصولی معین است ...^۲

برداشت شکلی هایک از حاکمیت قانون، متکی بر اعتقاد او به برابری شکلی^۳ و البته تأکید او بر محدودیت‌هایی فراتر از دکترین‌های مبتنی بر قانون اساسی «قراردادی» بر اعمال حکومت است.^۴

جنبه دیگر برداشت ماهوی حاکمیت قانون، توجه به حقوق و آزادی‌هاست. گرچه

۱. درباره اندیشه‌های هایک در قسمت ۲-۳ فصل سوم و همچنین فصل ششم بیشتر سخن خواهیم گفت.

2. F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, London: Routledge, 1993, PP. 205-206.

۳. برای دیدن توضیحاتی راجع به برابری شکلی از دیدگاه هایک، ر.ک.: در قسمت ۳-۳ فصل سوم.

4. See Morrow, op. cit., P. 289.

از جمله اهداف اصلی طرفداران برداشت شکلی حاکمیت قانون نیز تضمین اعمال حقوق و آزادی‌های شهروندی است، اما تفاوت دو برداشت در این ارتباط این است که از نظر طرفداران برداشت ماهوی، حقوق و آزادی‌ها بخشی از ایده حاکمیت قانون است. در حالی که در برداشت شکلی حاکمیت قانون، ایده حاکمیت قانون ایده‌ای متمایز از ایده حقوق و آزادی‌ها محسوب می‌شود. همچنین دیگر ارزش‌ها مانند عدالت ماهوی، از نگاه صاحب‌نظران معتقد به برداشت ماهوی حاکمیت قانون، جزئی از ایده حاکمیت قانون محسوب می‌شود، نه ایده‌ای مستقل. چنان که دورکین درباره برداشت ماهوی حاکمیت قانون می‌نویسد:

دومین برداشت از حاکمیت قانون را برداشت «حق - محور»^۱ می‌نامم ... در این برداشت، فرض بر این است که شهروندان از حقوق و تکالیفی با احترام حقوق یکدیگر، و از حقوقی سیاسی در مقابل دولت، به عنوان یک کل، برخوردارند. این برداشت تأکید می‌کند که حقوق اخلاقی و سیاسی مزبور در قانون موضوعه به رسمیت شناخته شده است؛ آن چنان که بر مبنای مطالبه تک تک شهروندان از طریق دادگاه‌ها و دیگر نهادهای قضایی مشابه، از قابلیت اعمال برخوردارند. حاکمیت قانون در این برداشت، ایده حکومت به وسیله برداشت عمومی درست از حقوق فردی است. در این برداشت، برخلاف برداشت کتاب - قانون، نمی‌توان میان حاکمیت قانون و عدالت ماهوی تمایز قائل شد؛ بلکه برعکس، در این برداشت، عدالت ماهوی جزئی از ایدئال قانون است؛ بدین معنی که قوانین مندرج در کتاب قانون، حق‌های اخلاقی را مورد توجه قرار داده و آن را اعمال کنند.^۲

بنابر نظر کریگ، سه نکته از تحلیل دورکین درباره حاکمیت قانون منتج می‌شود؛ اول اینکه براساس نظریه دورکین، مفهوم متمایزی با عنوان حاکمیت قانون وجود ندارد. بلکه

۱. دورکین، عنوان «برداشت حقوق» (Rights Conception) را برای این ایده انتخاب کرده است. به دلیل قابل فهم بودن اصطلاح «حق - محور» در ترجمه، از این اصطلاح استفاده کرده‌ایم.

2. Dworkin, op. cit., PP. 11-12.

حاکمیت قانون در این برداشت، در قالب «نظریه حقوق و قضاوت»^۱ جلوه‌گر می‌شود و درواقع جزئی از این نظریه کلی‌تر است؛ نظریه‌ای که راهنمایی برای اتخاذ بهترین نظریه عدالت به‌منظور تضمین حق‌ها محسوب می‌شود؛^۲ دوم اینکه از نظر وی، ارزش‌های حاکمیت قانون شکلی، قابلیت تشکیل مفهوم حاکمیت قانون را ندارند، بلکه این ارزش‌ها خود در قالب نظریه حقوق و قضاوت جای می‌گیرند؛ و سوم اینکه دیدگاه شکلی قانون دربردارنده هیچ تصریحی درباره مفاهیم کلی‌ای از قبیل آزادی و برابری نیست.^۳ به‌نظر وی، این نقص در برداشت ماهوی از حاکمیت قانون برطرف می‌شود زیرا برداشت ماهوی، با در نظر گرفتن این ارزش‌ها به‌عنوان یک کل، نظریه حقوق و قضاوت عام‌تر و جامع‌تری را تدوین می‌کند.

در این دیدگاه، نظام حقوقی به‌مثابه هر می‌فرض می‌شود که متشکل است از هنجارها، ارزش‌ها، اصول، قواعد و قوانین سلسله‌مراتبی. در این هرم، هنجارها و اصول و ارزش‌های رأس هرم، اصول و هنجارهای زیرین را موجه می‌سازند و تغذیه می‌کنند. درواقع هنجارهای اخلاقی نظیر عدالت، آزادی و برابری، ارزش‌های بنیادینی شمرده می‌شوند که سایر اصول و قواعد و قوانین حقوقی در پرتو آنها توجیه می‌شوند. بدین ترتیب در این نظام‌های حقوقی پیوندخورده با اخلاق، اصل حاکمیت قانون، «منعکس‌کننده ارزش‌های غایی نظام حقوقی است و به همین دلیل باید بر مبنای چنان ارزش‌هایی تفسیر و فهمیده شود».^۴ به عبارت دیگر، بر مبنای این نظام ارزشی و هنجاری، یک نظام حقوقی مورد ارزش داوری قرار می‌گیرد و در پرتوی این دیدگاه تفسیری اخلاق - محور، نظام حقوقی با معیارهای مختلف ارزیابی و میزان تحقق حاکمیت قانون برحسب تأمین این تفسیر اخلاقی تشخیص داده می‌شود.

1. Theory of Law and Adjudication

نظریه‌های حقوق و قضاوت، نظریه‌هایی کلی درباره چیستی قانون، معیارهای اعتبار حقوقی و مشخص نمودن ماهیت قضاوت هستند؛ برای دیدن توضیح بیشتر راجع به این موضوع ر.ک.: سیموندز، پیشین، ص ۴۹-۴۱.

۲. به دلیل این اعتقاد به عدم دوگانگی میان شکل و محتوا و نبود مفهوم متمایزی با عنوان حاکمیت قانون است که در معروف‌ترین اثر «دورکین» (*Law's Empire*) هیچ توضیحی درباره مفهوم مستقل «حاکمیت قانون» یافت نمی‌شود؛ See Craig, op. cit., P. 478.

3. See Ibid.

۴. ر.ک.: محمدحسین زارعی، «حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی»، نامه مفید، شماره بیست‌وششم، تابستان ۱۳۸۰، ص ۶۱-۶۰.

۲-۳. مقایسه‌ای میان برداشت‌های حاکمیت قانون

چنان‌که از مطالب بیان شده برمی‌آید، برداشت ماهوی حاکمیت قانون پیچیده‌تر از برداشت شکلی است و علاوه بر این، ابعاد متنوع‌تری نیز دارد. به نظر دورکین، در برداشت «کتاب - قانون» (شکلی) حاکمیت قانون، جامعه سیاسی تنها ممکن است در یک جنبه به هدف تحقق حاکمیت قانون نرسد، و آن عبارت است از اعمال قدرت سیاسی علیه شهروندان و متفاوت با آنچه در قانون قید شده است. اما در برداشت «حق - محور» (ماهوی)، قصور و کوتاهی دولت در سه جنبه قابل ارزیابی است، و به عبارت دیگر، حقوق و آزادی‌ها از سه جنبه ممکن است مورد تعرض و آسیب قرار گیرند: اولین جنبه مربوط به «قلمرو» حقوق فردی است که چه‌بسا توسط دولت، آن‌چنان‌که بایسته است به رسمیت شناخته نشود؛ دومین جنبه قابل خدشه، «درستی»^۱ حقوق شناسایی شده است. امکان دارد دولت‌ها، از شناسایی و تضمین حق‌های بااهمیت و بنیادین، که از قابلیت محدود کردن اعمالشان برخوردارند، خودداری کنند؛ جنبه سومی که ممکن است دولت‌ها از رعایت و تضمین آن طفره روند، «منصفانه بودن» اعمال حقوق است. بدین ترتیب که ممکن است قانونی تصویب شود که به برخی تبعیض‌ها بر مبنای جنسیت یا نژاد دامن زند و حقوقی را که دولت برای شهروندان به رسمیت شناخته، تضییع کند.^۲ بدین ترتیب، برداشت ماهوی حاکمیت قانون، متضمن نظارت دقیق و سخت‌گیرانه بر عملکرد دولت راجع به تنظیم و تضمین قلمرو حقوق فردی در قانون اساسی و قوانین عادی، صحت یا درستی حقوق شناسایی شده در نظام حقوقی (چه در شکل و چه در محتوا)، و کیفیت اعمال آنهاست، نه صرفاً ارزیابی اعمال حکومت براساس رعایت قوانین موضوعه. دیگر تفاوت اساسی میان دو برداشت حاکمیت قانون، راجع به تفاوت ارزیابی این دو برداشت از نسبت میان دموکراسی و حاکمیت قانون است. چنانچه هابرماس در مقاله‌ای در زمینه تحلیل رابطه حاکمیت قانون و دموکراسی می‌نویسد:

حقوقدانان و جامعه‌شناسان، قانون و حاکمیت قانون از یک‌سو، و دموکراسی از سوی دیگر را به‌عنوان موضوعاتی متفاوت فرض می‌کنند. اقتدار سیاسی در هر کدام

1. Accuracy

2. See Dworkin, op. cit., P. 12.

از انواع رژیم‌ها، همیشه قدرت خویش را در اشکال قانونی اعمال می‌کند و بنابراین نظام حقوقی‌ای نیز وجود دارد که نیروی سیاسی در آنها هنوز به وسیله حاکمیت قانون چارچوب‌بندی نشده است. همچنین می‌توان نمونه حاکمیت قانونی را فرض کرد که حکومت در آن واجد ساختار دموکراتیک نباشد. به طور خلاصه، نظام حقوقی بدون حاکمیت قانون قابل تصور است و حاکمیت قانون نیز می‌تواند بدون اشکال دموکراتیک قدرت سیاسی وجود داشته باشد. چه بسا هر کدام از آنها (حاکمیت قانون و دموکراسی)، به تنهایی در چارچوب دولت‌های مشروطه پذیرفته شوند.^۱

همچنان که رز نیز معتقد است، حاکمیت قانون ایده‌ای مستقل از دموکراسی است و چه بسا حکومتی غیردموکراتیک، ایده حاکمیت قانون را بهتر از حکومتی دموکراتیک محقق سازد. اما برخلاف دیدگاه پیش گفته، در برداشت ماهوی حاکمیت قانون، تأکید بر ارتباط همه جانبه و مستقیم این دو ایده است، و حاکمیت قانون با استبداد و خودکامگی، در هر شکل و قالب، ناسازگار است.^۲ از دید رز، در یک حکومت استبدادی و غیردموکراتیک، توأم با بیم از خشونت، ناامنی و تبعیض غیرعادلانه، امکان شکل‌گیری حاکمیت قانون را منتفی می‌کند.^۳ در این برداشت از «حاکمیت قانون دموکراتیک» سخن گفته می‌شود و رابطه این برداشت از حاکمیت قانون با ایده و نهادهایی چون نظام حقوقی، حکومت، دادگاه و دیگر نهادهای قضایی، نهادهای دولتی به طور کلی، زمینه اجتماعی و همچنین حقوق بشر مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.^۴ به بیان دیگر، این دیدگاه موسع، حاکمیت قانون را نه تنها با دموکراسی، بلکه با نظریه کلان سیاسی متصل می‌داند. یکی از صاحب نظران طرفدار برداشت ماهوی حاکمیت قانون، چهار مؤلفه برای این ایده برمی‌شمرد که بیانگر پیوند حاکمیت قانون با دموکراسی است؛ این چهار مؤلفه عبارت‌اند از: اول، حاکمیت قانون دائمی است؛ دوم، حاکمیت قانون حاکمیت

1. J. Habermas, "On the Internal Relation Between Rule of Law and Democracy", in P. Hayden (ed.), *Philosophical Perspectives on Law and Politics*, New York: Peterlang, 1999, PP. 327-328.

۲. ر.ک.: زارعی، پیشین، ص ۶۰.

3. J.N. Shaker, "Political Theory and the Rule of Law", P. 16; Quoted in Rose, op. cit., P. 461.

4. See G. O'Donnell, "Why the Rule of Law Matters", *Journal of Democracy*, Vol. 15, No. 4, October 2004, PP. 42-45.

فرد نیست؛ سوم، حاکمیت قانون مظهر حاکمیت مردمی است؛ و در آخر، حاکمیت قانون از طریق قوه قاهره‌ای که تصور اولیه حاکمیت قانون (یعنی برقراری نظم و حکومت قانون از طریق زور) را تداعی می‌کند، تضمین می‌شود. در این نظریه حاکمیت قانون بر ساخته تاریخ سیاسی محسوب می‌شود و بیانی از فرهنگ سیاسی هر جامعه به‌شمار می‌آید.^۱

نسبت میان قانون و اخلاق از مجادله‌انگیزترین مباحث جاری بین صاحب‌نظران، به‌ویژه از آغاز طرح اندیشه‌های حقوقی، بوده است. شاید بتوان گفت تبیین این نسبت، تشکیل‌دهنده گویهر نظریه‌های مطرح در فلسفه حقوق بوده است. آغاز جدی و امروزی این بحث، به اندیشه‌های صاحب‌نظرانی مانند جان آستین^۲ بازمی‌گردد که «وجود» یک قانون را از «شایستگی» آن تفکیک کردند. به عبارت بهتر، ««بودن» قانون به معنای آن است که قاعده‌ای «دارای اعتبار» باشد. اگر مرجع ذی‌صلاح، که ممکن است از یک نظام حقوقی به نظامی دیگر متفاوت باشد، قاعده‌ای را به‌مثابه قانون تصویب کند، آن قاعده دارای اعتبار قانونی می‌شود و تا هنگامی که به روشی صحیح ملغی نشده است، همچنان قانون معتبر سرزمین خواهد بود». در این اندیشه، قانون «آن‌گونه که هست» از «آن‌گونه که باید باشد» متمایز می‌شود.^۳

بدین ترتیب قانون و نظام حقوقی از دیگر حوزه‌های هم‌جوار مانند عدالت، اخلاق و آموزه‌های دینی متمایز و تفکیک شدند. یکی از نتایج نفی رابطه میان قانون و معیارهای فراقانونی این بود که رفته‌رفته قانون به‌عنوان ابزاری نگرینسته شد که امکان به‌کارگیری آن در راستای اخلاق یا نقض اخلاق، بسته به علل و دلایل مختلف، به یک اندازه است. در نیمه نخست سده بیستم رژیم‌های توتالیتر مانند ناسیونال سوسیالیست (نازی)، چنان آشکارا قانون را در جهت افکار سرکوبگرانه خود به خدمت گرفتند که دوباره پرسش‌های جدی راجع به رابطه میان حقوق و اخلاق مطرح شد.^۴ درواقع سوءاستفاده مستبدان از ابزار قانون سبب شد بار دیگر، در تلاشی به‌ظاهر در جهت مخالف اندیشه اثبات‌گرایی، تبیین نسبت ضروری میان حقوق و

1. See P. Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and The Constitution of America*, New Haven: Yale University Press, 1997, PP. 27, 230-240.

2. John Austin (1790-1859).

۳. ر.ک.: برایان بیکس، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۸۹، ص ۸۰.

۴. هارت، مفهوم قانون، پیشگفتار مترجم، ص ۱۴-۱۳.

اخلاق در دستور کار صاحب‌نظران قرار گیرد. اندیشه‌ورزی‌های متعددی در این خصوص صورت گرفته است؛ به‌عنوان نمونه، فولر ادعا می‌کند ضروری است نظام حقوقی تا حد مشخصی با حاکمیت قانون سازگاری داشته باشد و از این ادعا نتیجه می‌گیرد که رابطه‌ای ضروری میان قانونی و اخلاقی وجود دارد؛ «قانون لزوماً اخلاقی است، دست‌کم در برخی جنبه‌ها».^۱ اما رز در نقد دیدگاه مطرح شده این سؤال را طرح می‌کند که آیا لزوماً در نظام حقوقی دست‌کم برخی ارزش‌های اخلاقی وجود دارند؟ پاسخ رز به‌عنوان یکی از مدافعان برداشت شکلی از حاکمیت قانون به سؤال مطرح شده منفی است. از نظر وی، حاکمیت قانون یک «ارزش سلبی» است؛ به این معنا که قانون به‌نحوی اجتناب‌ناپذیر، توأم با خطر قدرت خودسرانه است و حاکمیت قانون برای به حداقل رساندن این خطر طراحی شده است. چنان‌که می‌نویسد:

اینکه قانون نمی‌تواند قدرت خودسرانه یا تجاوز به آزادی و کرامت را در آن‌بود عام بودن، عطف به آینده بودن یا [واضح بودن] ممنوع کند، اعتباری اخلاقی برای قانون به‌حساب نمی‌آید. این تنها به این معناست که برخی شرها را نمی‌توان با قانون پدید آورد. ... حاکمیت قانون تا زمانی که سازگاری با آن فضیلتی اخلاقی به‌حساب می‌آید، آرمانی است که باید به واقعیت تبدیل شود، اما ممکن است چنین نشود.^۲

گرچه طرفداران برداشت شکلی از حاکمیت قانون، همه تلاش خود را برای فاصله گرفتن از «اخلاقی شدن» آموزه حاکمیت قانون به‌کار می‌گیرند، اما در شناسایی ویژگی بنیادین حاکمیت قانون با دیدگاه طرفداران برداشت ماهوی مشترک‌اند. این ویژگی عبارت است از به رسمیت شناختن و تأکید بر مجموعه‌ای از اصول که معرف ایده‌ای با عنوان «حاکمیت قانون» هستند.^۳

برای نمونه، رز هدف حاکمیت قانون را، چنان‌که گفتیم، راهنمایی اشخاص برای

۱. رز، پیشین، ص ۴۰۳.

۲. همان، ص ۴۰۴-۴۰۵.

3. See Neumann, op. cit., P. 13.

برنامه‌ریزی در نیل به هدف‌هایشان و حاکمیت قانون را ارزشی می‌داند که صرفاً برای به حداقل رساندن صدمه به آزادی و کرامت انسانی شکل گرفته است.^۱ والدرون بر این باور است که ارزش اساسی حاکمیت قانون، پیش‌بینی‌پذیر ساختن امور و طبعاً امکان‌پذیر ساختن انجام برنامه‌ریزی برای افراد است. به نظر وی این ایده، ارزشی فوق‌العاده است، چرا که به تقویت «خودمختاری فردی» می‌انجامد.^۲ از نظر دورکین نیز مهم‌ترین هدف حاکمیت قانون، تضمین اعمال مجموعه‌ای از اصول، از جمله حقوق و آزادی‌های بنیادین است.

برداشت ماهوی را نیز می‌توان همچون برداشت شکلی همچنین در قالب دو تعبیر متفاوت ابزاری و ذاتی توضیح داد. نمونه قوی تعبیر ذاتی برداشت ماهوی، توسط هایک صورت‌بندی شده است که در سطور پیشین بدان پرداخته شد. وجود نظامی از قواعد است که امکان پیش‌بینی‌پذیری اوضاع و احوال و مطابقت با آن را برای اشخاص فراهم می‌کند. این «پیش‌بینی‌پذیری آثار خاص»، مهم‌ترین سنجه‌ای است که می‌توان به‌وسیله آن، میزان آزادی فردی در هر نظام را ارزیابی کرد.^۳

اما در تعبیر ذاتی برداشت ماهوی، آنچه نقش محوری دارد، امکان برخورداری و اعمال حقوق است. آمارتیا سن^۴ چنین تعبیری از حاکمیت قانون را در آثار خود بسط می‌دهد. طبق ادعای وی، حاکمیت قانون و توسعه آزادی‌ها، نباید به‌عنوان ابزاری برای خدمت به هدف‌های دیگر تلقی شوند، بلکه آنها خود موضوعیت دارند و هدف شمرده می‌شوند. وی استدلال می‌کند «برای داشتن انسجام مفهومی، باید توسعه حقوقی را صرف‌نظر از آثار آن در عرصه‌های اقتصادی، سیاسی و اجتماعی، به‌عنوان بخش سازنده روند توسعه بدانیم». از نظر وی، «حتی اگر توسعه حقوقی سرسوزنی به توسعه اقتصادی کمک کند ... نیز ...

۱. ر.ک.: رز، پیشین، ص ۴۰۳-۴۰۲.

2. J. Waldron, "The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory", 2 *Ratio Juris* 70, 1989, PP. 84-85; Quoted in B. Z. Tamanaha, "Rule of Law in the United States", in R. Peerenboom (ed.), *Asian Discourse of Rule of Law*, London: Routledge, 2004, P. 71.

همچنین، ر.ک.: جرمی والدرون، «اصول قانونگذاری»، ترجمه حسن و کیلیان، حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۲، زمستان ۱۳۸۸، ص ۱۳۶-۱۱۵.

۳. ر.ک.: سانتوس، پیشین، ص ۲۱-۱۹.

4. Amartya Sen

بخش مهمی از روند توسعه محسوب می‌شود.^۱ از این دیدگاه، حاکمیت قانون نه فقط راجع به چپستی قانون و محتوای نظام حقوقی و کیفیت نظام قضایی، بلکه به مسائلی بنیادین، از جمله افزایش توان مردم برای اعمال حقوق و آزادی‌هایشان معطوف است.^۲

نکته پایانی که توضیح آن در این قسمت مفید به نظر می‌رسد، توضیح دو برداشت مطرح شده توسط شکلر از حاکمیت قانون است. توضیح این برداشت‌ها می‌تواند هم در روشن شدن هرچه بهتر برداشت‌های شکلی و ماهوی از حاکمیت قانون، و هم در مقدمه طرح ارتباط تفکیک قوا و حاکمیت قانون مفید واقع شود. شکلر با بررسی تاریخی، دو برداشت «قدیمی» و «مدرن» از حاکمیت قانون را شناسایی می‌کند. برداشت قدیمی، که شکلر آن را به ارسطو نسبت می‌دهد، بر ویژگی‌های «شخص عاقل» تأکید می‌کند و حاکمیت قانون را به حاکمیت «عقل» تفسیر می‌کند. در این برداشت مهم‌ترین ویژگی برای حاکمیت قانون، «ویژگی» شخصی است که در مقام حاکم یا قاضی قرار دارد؛ ویژگی‌هایی از قبیل عادی بودن و اسیر شهوات نبودن.

حاکمیت قانون «ارسطویی»، مبتنی بر توانایی و ظرفیت عقلانی اشخاص عادلانه است که قادر به راهنمایی و کنترل دیگران با هدف حفاظت آنها در مقابل صفات غیراخلاقی باشند؛ «تعادل و ثبات اجتماعی بستگی به مسئولیت این افراد برای حراست از سجایای اخلاقی دارد زیرا این افراد صرف‌نظر از توانمندی‌های منطقی و مهارت‌های سیاسی، از استعدادهای روان‌شناختی برای تشخیص تمایلات دیگران بهره‌مندند و به تقاضاها و تمایلات دیگران اشراف و احاطه دارند [۱]. مسئولیت آنان، برقراری تعادل بین خواسته‌های نفسانی افراد و عدالت و عقلانیت است».^۳

۱. به نقل از: همان، ص ۲۱.

۲. همان، ص ۲۲. دیدگاه مطرح شده به دیدگاه دورکین بسیار نزدیک است، البته با رویکردی اقتصادی.

۳. محمدحسین زارعی، «حاکمیت قانون و دموکراسی: سازگاری یا تعارض؟»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۸، پاییز زمستان ۱۳۸۷، ص ۶۹؛ برداشت ذکر شده از ارسطو، واجد شباهت‌هایی با دیدگاه‌های علمای دینی در نقش و جایگاه محوری آنان برای هدایت و رستگاری افراد و جامعه است. علاوه بر این، چنان‌که شکلر استدلال می‌کند، الگوی ارسطویی حاکمیت قانون، نه فقط با وضعیت جامعه برده‌ای آتن باستان منطبق است، بلکه از جهاتی با الگوی دولت‌های معاصر نیز انطباق دارد زیرا «برخی از مردم در این‌گونه جوامع ... فرودست به‌شمار می‌آیند که برای بقیه خطر و تهدید عمومی تلقی می‌شوند و باید از نظم حقوقی و سیاسی موجود فاصله بگیرند. این افراد متعلق به لایه دوم دولت به‌شمار آمده و توسط ارکان مختلف حکومت اداره می‌شوند، اما درعین حال باید تأیید مقامات حکومت لایه اول دولت را برای اقدامات خود داشته باشند»؛ ر.ک.: همان، ص ۶۹-۶۸.

اما برداشت مدرن از حاکمیت قانون - که به‌نظر شکلر برای اولین بار توسط منتسکیو به‌طور منسجم و روشمند صورت‌بندی شده است - چیزی بیش از حکومت عقل به‌عنوان مجموعه‌ای از محدودیت‌های نهادی نیست؛ محدودیت‌های نهادی بر اعمال قدرت خودسرانه و خارج از حیطه اختیارات توسط پادشاهان و یا حتی قانونگذاران.^۱ چنان‌که شکلر می‌نویسد، در مقایسه با برداشت ارسطویی از حاکمیت قانون، برداشت منتسکیویی از مفهوم مورد بحث، در مقابل استبداد مطلقه شرقی و دولت در لایه ارسطویی (گروه اصل رستگاری و گروه اصل دنیا) و همچنین برده‌داری مدرن قرار دارد.

برداشت منتسکیویی از حاکمیت قانون بیشتر به دنبال آرمان حمایت از مردم در مقابل تصدی زمامداران به‌ویژه با توسل به ایده نظام سیاسی متوازن و تعدیل «قدرت به‌وسیله قدرت» است.^۲ نظام حقوقی‌ای که هدف از آن «تبدیل روابط شهروندان» است، متأثر از اندیشه‌های منتسکیو است. چنان‌که شکلر می‌نویسد، او طرفدار نظام «سیاسی کاملاً متعادلی بود که در آن قدرت با قدرت کنترل می‌شود، به‌گونه‌ای که نه خواسته‌های خشونت‌آمیز پادشاه و نه خودسری‌های قانونگذاران نمی‌تواند به‌نحو مستقیم بر فرد تأثیر گذارد، او را بترساند و او را در زندگی روزانه‌اش دچار حس ناامنی کند».^۳

لاگلین بر این باور است که تفاوت‌های بنیادینی میان برداشت قدیمی و برداشت مدرن از حاکمیت قانون وجود دارد؛ بدین ترتیب که گرچه برداشت قدیمی بر سنت عظیم فلسفی و اخلاقی تکیه دارد و مشحون از آموزه‌های عقلی و اخلاقی است، اما تنها بر تعداد معدودی از افراد اعمال می‌شود و بر حیات فردی و اجتماعی آنان تأثیرگذار است. اما در برداشت مدرن گرچه صرفاً بر موارد محدودی از «ترتیبات تضمینی» تأکید می‌شود، این ترتیبات در جهت تضمین حقوق و آزادی‌های همه اعضای جامعه صورت‌بندی شده و قابل اعمال است. ازسوی دیگر، برداشت مدرن بر ساخته از اصل «برابری در مقابل قانون» است، درحالی‌که برداشت قدیمی از حاکمیت قانون با یک جامعه برده‌دار نیز سازگار است.^۴ به

1. Quoted in M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1992, PP. 149-150.

۲. همان، ص ۷۱.

۳. به نقل از: مارتین لاگلین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۸-۱۱۷.

4. See Ibid., P. 150.

تعبیر دیگر، معنای نخست که برداشتی قدیمی از حاکمیت قانون است، به عنوان یک معنا و تفسیر ارسطویی، که حول محور حاکمیت عقل شکل گرفته و بر ویژگی «شخص عاقل» تأکید دارد، در نهایت به حاکمیت «شخص عاقل» می‌انجامد. ولی معنای دوم برخاسته از برابری انسان‌ها و اهمیت وجود قید بر پای قدرت، به‌ویژه از طریق ترتیبات نهادی است که در نهایت به تفکیک قوا و کنترل قدرت به وسیله قدرت می‌انجامد.

پس از توضیح مفاهیم و برداشتهای حاکمیت قانون، در ادامه به مبنای حاکمیت قانون می‌پردازیم و ترتیبات نهادی برای تضمین اعمال حقوق و آزادی‌های فردی و جمعی را در فصل چهارم مورد بررسی قرار خواهیم داد.

فصل سوم

مبانی حاکمیت قانون

در مبحث مبانی حاکمیت قانون، سه ایده آزادی، حقوق بشر و برابری را مورد توجه قرار خواهیم داد. شرح ارزش آزادی و نسبت آن با حاکمیت قانون به تعبیر کانت و هایک، مهم‌ترین موضوع مطرح شده راجع به نقش ایده آزادی به‌عنوان مبانی حاکمیت قانون است. مباحث مربوط به ارتباط عدالت طبیعی و حاکمیت قانون و مهم‌تر از آن، نظریه حق - محور دورکین راجع به حاکمیت قانون، در بررسی مقوله حقوق بشر به‌عنوان مبانی حاکمیت قانون واجد اهمیتی اساسی است. همچنین در این مبحث، ایده برابری را نیز به‌عنوان یکی از مبانی حاکمیت قانون با تفکیک به دو مقوله برابری شکلی (برابری در مقابل قانون) و برابری ماهوی توضیح خواهیم داد.

۱-۳. جایگاه محوری آموزه عدالت^۱

عدالت را می‌توان «اساسی‌ترین مفهوم در فلسفه اخلاق، سیاست و حقوق» دانست؛^۲ شاید نتوان تا به امروزه هیچ نظام سیاسی‌ای را یافت که به‌صراحت منکر پایبندی خود به اصل عدالت شده باشد. بااین‌حال، دست‌کم همان اندازه فراگیر بودن باور به عدالت، برداشت‌های مختلف، و گاه متعارض درخصوص عدالت نیز در طول تاریخ اندیشه‌ها و حکمرانی‌ها شکل گرفته و بعضاً اعمال شده است. عدالت را می‌توان مبنای مفاهیم پایه‌ای متعدد دانست:

۱. این گفتار، برگرفته از رساله دکتری نگارنده با این مشخصات است: تورم تقنینی در ایران در پرتو اصول قانونگذاری،

رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، ص ۸۰-۷۷.

۲. حسین بشیریه، عقل در سیاست: سی و پنج گفتار در فلسفه، جامعه‌شناسی و توسعه سیاسی، تهران: نگاه معاصر،

۱۳۸۶، ص ۹۷.

از جمله آزادی، برابری، احترام به حقوق بنیادین، منفعت یا مصلحت عمومی و همچنین حاکمیت قانون. در ادامه برای اثبات ادعای مطرح شده، از نظریه عدالت هیلل استاینر کمک گرفته‌ایم. به بیان روشن‌تر ادعا آن است که عدالت، آموزه محوری است که مفاهیم ارزشی متعدد مربوط به حقوق بنیادین، کرامت انسانی و حکمرانی خوب، از جمله مفهوم حاکمیت قانون، از آن نشئت می‌گیرند.

در درجه نخست می‌توان نظریه‌های عدالت را به دو گروه «نظریه‌های ارزشی عدالت» و «نظریه‌های تحلیلی عدالت» دسته‌بندی کرد. در نظریه‌های ارزشی عدالت که بر مبنای یک ارزش خاص بنا شده‌اند، در یک حالت، نظریه‌های ارزشی مختلف عدالت در طول یک طیف جای می‌گیرند که در یک سوی طیف، اصل آزادی و در سوی دیگر، اصل برابری قرار دارد. اما در نظریه‌های تحلیلی عدالت، حل نهایی مسائل ماهوی و نظری مسئله عدالت ممکن نیست؛ چرا که «تکثر ارزشی» در این تحلیل‌ها واقعیتی غیرقابل انکار است و فروکاستن تکثر مذکور به یک منظر یا اصل ارزشی واحد، «امتناع معرفت‌شناختی» دارد. تلاش استاینر برای تبیین مفهوم عدالت تلاش از نوع اخیر است.^۱

به‌طور خلاصه، اصلی‌ترین ادعای استاینر این است که «عدالت راه‌حلی است برای مسئله سیاسی برآمده از تنوع اخلاقی موجود در بین افراد جامعه». اصل عدالت گرچه اصلی ارزشی مانند دیگر اصول همچون منفعت عمومی و آزادی است، اما تفاوتی که با دیگر اصول دارد این است که می‌تواند به‌عنوان اصلی جهت حل‌وفصل تعارض عملی (یا تزاخم) پدید آمده میان افراد ملتزم به قواعد اخلاقی متفاوت، مورد استفاده قرار گیرد.^۲

سؤال اولیه استاینر عبارت است از اینکه «چرا و با چه شرایطی فرد باید از دولت تبعیت کند؟». از دیدگاه وی پاسخ مجاب‌کننده به سؤال مطرح شده عبارت است از اینکه «وجود روابط عادلانه میان افراد، شرط صحیح تبعیت سیاسی از سوی آنهاست». بدین ترتیب استاینر از جست‌وجوی دلایل موجه برای لزوم تکلیف تبعیت سیاسی، به جست‌وجوی معنا و تعریف

۱. برگرفته از پیشگفتار مترجم در: هیلل استاینر، «مفهوم عدالت»، ترجمه محمد راسخ، مجلس و پژوهش، سال دهم، شماره سی‌وهشتم، تابستان ۱۳۸۲، ص ۱۲.

۲. همان، ص ۱۶-۱۷.

عدالت منتقل می‌شود.^۱ تزامم اخلاقی میان اشخاص - که استاینر مدعی است مفهوم عدالت، کلید حل و فصل آن است - خود به دو نوع تقسیم می‌شود: نوع اول که وی آن را «تزامم اخلاقی نظری»^۲ نامیده است، در حالتی رخ می‌دهد که امید برای حل اختلاف اخلاقی بین دو نفر با توسل به اصل اخلاقی قابل قبول به نحو مشترک وجود داشته باشد. در واقع در این حالت، اختلاف اخلاقی بر سر پاسخ‌های متفاوت به این سؤال است: چه نوع عملی را باید در شرایط خاص انجام داد؟ اینجا اختلاف نظر اخلاقی وجود دارد، نه بن بست غیر قابل اجتناب. هریک از طرفین معتقد است پاسخ وی به سؤال مطرح شده قابل دفاع است و بنابراین به انجام آن عمل مبادرت می‌کند. اما نوع دوم تزامم اخلاقی بین اشخاص، «تزامم اخلاقی عملی»^۳ است. در این حالت دو یا چند شخص، خود را در شرایطی می‌بینند که معتقد به انجام عمل خاص در آن شرایط هستند، اما با انجام چنین تکالیفی در می‌یابند که اعمالشان مانع اعمال دیگری است. در چنین بن بست اخلاقی، صرفاً در یک حالت می‌توان به گشایش بن بست امید داشت؛ اگرچه هریک از آنها بر اساس قاعده اخلاقی متفاوتی عمل می‌کند، اما هر دو با توافق بر «اصل ناظم اخلاقی واحد»، اولویت دو عمل متزامم را تعیین می‌کنند و بدین ترتیب انجام یکی از دو عمل متوقف می‌شود.

اما در حالتی که توافق بر سر این «اصل ناظم اخلاقی» میسر نباشد، آنها در تعارض و تزامم اخلاقی با یکدیگر قرار دارند و اصلی اخلاقی نیز برای رفع تعارض اخلاقی بین آنها از نظر آنان معتبر نیست. اینجاست که مفهوم عدالت به میان می‌آید؛ «زیرا اصل عدالت است که به یکی از دو طرف تزامم، دلیلی برای خودداری از انجام عملش می‌دهد ... اصل عدالت، در صورت پذیرفته شدن، تزاممات عملی میان اشخاص را با تبدیل آنها به تعارضات نظری حل می‌کند. اصل عدالت بن بست را به اختلاف بدل می‌سازد و شخص خودداری کننده از عمل را به ناظر مخالف تبدیل می‌کند ... التزام به اصل عدالت شاید اساس تساهل یا روامداری باشد».^۴

۱. همان، ص ۱۵.

2. Theoretical Moral Conflict

3. Practical Moral Conflict

۴. همان، ص ۲۴-۲۳.

اما مسئله دیگری که غیر از مسئله مربوط به تعیین اولویت اخلاقی عملی خاص وجود دارد، «آزادی» است؛ سؤال این است که «چه کسی باید در این مورد آزادی انجام عمل داشته باشد». به نظر استاینر، اصل عدالت اساساً به دنبال پاسخ‌گویی به این سؤال است.^۱ از این منظر، حمایت از اراده آزاد اعضای جامعه و «همزیست نمودن آن اراده‌ها»، هدف نظریه و برنامه عدالت است.^۲ اما اصل عدالت سوای دو کارکرد پیش‌گفته - یعنی تعیین اولویت اخلاقی نوع خاصی از عمل و قاعده توزیع آزادی - قاعده‌ای برای «تخصیص اموال» نیز شمرده می‌شود. آنچه استاینر به عنوان یک اصل عادلانه نشئت گرفته از اصل شکلی عدالت استخراج می‌کند، «توزیع برابر» است. از نظر وی توزیع برابر آزادی/ اموال می‌تواند در کنار اصل عدالت به عنوان راه‌حل‌هایی قابل قبول برای تراحات عملی، و همچنین به عنوان شرط تکلیف سیاسی به ایفای نقش پردازد.^۳

چنان‌که از استدلال‌های گفته شده پیداست، اصل عدالت با اصل «آزادی برابر» قابل تفکیک نیست. این اصل «انگاره‌ای از توزیع آزادی‌های شخصی و ترک فعل‌های متقابل را تعیین می‌کند و به عبارتی، ساختاری از حق‌ها را مشخص می‌سازد».^۴ بدین ترتیب با استدلال بیان شده، ارزش‌هایی از قبیل آزادی، برابری، حرمت حریم خصوصی، و بی‌طرفی، از این منظر ذیل اصل عدالت قرار می‌گیرد. به عبارت بهتر، اصول آزادی، برابری، بی‌طرفی و حق برخورداری از حریم خصوصی، وجوه مختلف اصل عدالت شمرده می‌شود. بر مبنای استدلال بیان شده است که یکی از صاحب‌نظران می‌نویسد:

... عدالت، فضیلت اول و بنیادی است به این معنی که ممکن است کسی در باب اینکه آزادی یا برابری و یا شادی مطلوب است تردید کند و از محدودیت آزادی و یا از نابرابری بین انسان‌ها دفاع کند درحالی‌که کمتر کسی از محدودیت عدالت یا بی‌عدالتی دفاع خواهد کرد. آنان که از محدودیت در آزادی یا برابری و

۱. همان، ص ۲۶.

۲. ر.ک: راسخ، «آزادی چون ارزش»، پیشین، ص ۲۹۲-۲۹۱.

۳. ر.ک: استاینر، پیشین، ص ۴۰-۲۸.

۴. همان، ص ۲۸.

یا ارزش‌های دیگر دفاع می‌کنند، بازهم دفاع خود را براساس برداشتی از عدالت استوار می‌سازند. از این‌رو عدالت اصل اول و مبنای دفاع از اصول دیگر است و دفاع از خود آن در همان مفهوم آن نهفته است. پس مفاهیمی چون آزادی، برابری، حق، قانون، اخلاق، درستی، خوبی و غیره نسبت به مفهوم عدالت [۱] ثانوی و مشتق از آن و یا براساس آن قابل دفاع‌اند.^۱

از توضیح ذکر شده دو هدف دنبال می‌شود: نخست اینکه به‌نظر می‌رسد با توجه به استدلال‌های پیش‌گفته، رشته پیوند و حلقه اتصال بین مفاهیم و ارزش‌های آزادی، حقوق بشر (یا حقوق بنیادین) و برابری، مفهوم عدالت است؛ دوم اینکه مفهوم عدالت، چنان‌که در مباحث آتی تبیین خواهد شد، مبنای نظری استواری برای مفهوم حاکمیت قانون شمرده می‌شود.

۲-۳. آزادی

آزادی به‌عنوان ایده‌ای بنیادین در فلسفه سیاسی مدرن، یکی از مبانی حاکمیت قانون محسوب می‌شود. اما پیش از توضیح این ادعا مناسب است بدین‌نکته اشاره کنیم که درباره ادعای پیش‌گفته اختلاف نظر وجود دارد؛ بدین‌ترتیب که آزادی تنها از دیدگاه طرفداران برداشت ماهوی حاکمیت قانون، یکی از مبانی حاکمیت قانون شمرده می‌شود و قائلین به برداشت شکلی از حاکمیت قانون، دیدگاه متفاوتی در زمینه نسبت میان حاکمیت قانون و آزادی دارند. گرچه در این دیدگاه نیز نسبت میان آزادی و حاکمیت قانون بسیار قابل توجه است.

برای توضیح آزادی (یا ارزش آزادی) به‌عنوان یکی از مبانی حاکمیت قانون، طرح سه پیش‌فرض مفید به‌نظر می‌رسد؛ فرض نخست اینکه حاکمیت قانون موجب حفظ و صیانت از آزادی است؛ فرض دوم اینکه فلسفه حاکمیت قانون اساساً چیزی جز ارزش آزادی نیست، چرا که با تحدید قدرت، آزادی تضمین می‌شود و به‌عبارت دیگر آزادی بدون حاکمیت قانون بی‌معنی است؛ و فرض سوم اینکه حاکمیت قانون در معنای ماهوی آن،

۱. بشیریه، پیشین، ص ۹۸.

از آزادی و حقوق بشر غیرقابل تفکیک است. چنین مفروضاتی، مبنای ادعای طرح آزادی به‌عنوان یکی از مبانی حاکمیت قانون به‌شمار می‌آیند.

۱-۲-۳. نقش حاکمیت قانون در نسبت نظم و آزادی

این نکته همواره مورد توجه نظریه‌پردازان فلسفه حقوق و سیاست بوده است که یکی از مهم‌ترین لوازم برقراری حاکمیت قانون، برقراری نظم و انضباط در تعامل میان افراد با یکدیگر از یک‌سو، و شهروندان با دولت از سوی دیگر، است. طبعاً در برقراری حاکمیت قانون، اقتدار دولت و قدرت فائده این نهاد بر شهروندان، یکی از ملزومات اصلی شمرده می‌شود و این اقتدار لازم برای برقراری نظم، در مواقع بسیاری موجب محدودیت اعمال آزادی‌ها، و به‌عبارت دیگر، سبب تعارض احتمالی میان نظم و آزادی می‌شود. بدین ترتیب اساساً یکی از مسائل بنیادین حقوق سیاست، تعریف رابطه نظم و آزادی و سازگاری میان این دو مفهوم به‌ظاهر متناقض بوده است زیرا فرد با گردن نهادن در گرو نظم سیاسی و اجتماعی، و خصوصاً تبعیت از قوانین متعدد، از بخش زیادی از آزادی خویش محروم شده است و بنابراین در این تبادل، نمی‌توان فرد را دست‌کم طرف برنده دانست. پس چگونه می‌توان میان نظم، به‌عنوان عامل ضروری حیات بشری، و آزادی، به‌مثابه ارزشی جذاب، آشتی و سازگاری برقرار کرد؟ پاسخ بدین سؤال در قالب اندیشه مدرن فلسفه سیاسی در چهار قسمت ارائه می‌شود که هریک از این قسمت‌ها تعریف‌کننده نوعی از آزادی است.^۱ اولین مضمون آزادی که تلاش می‌کند میان نظم و آزادی سازگاری برقرار کند، آزادی از دیدگاه ایمانوئل کانت است. اما برای فهم نظر کانت راجع به آزادی و نسبت اندیشه‌های متأثر از آرای وی با حاکمیت قانون، ضروری است به اصل «غایت»^۲ به‌عنوان مؤلفه اصلی منظومه فکری کانت توجه کنیم. اصل غایت بودن انسان یا کرامت ذاتی آدمی، در پاسخ به چرایی برابری میان انسان‌ها و به عبارت دقیق‌تر، دلیل «برابری

۱. این نوع تقسیم‌بندی از مفهوم و مضمون آزادی در این اثر بیان شده است:

Tamanaha, op. cit., PP. 57-59.

2. Principle of Ends

ارزشی» مطرح می‌شود.^۱ در بیان ایده و اصل ارزش غایی انسان چنین آمده است: «هر انسان باید غایت در خویشتن دانسته شود و هیچ انسانی را نمی‌توان برای رسیدن هدف انسانی دیگر وسیله قرار داد».^۲ بدین ترتیب از نگاه کانت، انسان و کرامت انسانی والاترین غایت است. غایت بالذات بودن آدمی، فصل مشترک اندیشه‌هایی است که حول محور کرامت ذاتی انسان شکل گرفته است. غایت بودن آدمی تأییدی است بر استقلال ذاتی فرد از هر آنچه بیرون از اوست.

از دیدگاه «کانتی»، شهروندان هم‌زمان، هم قانونگذارند و هم تابع قانون. اندیشه کانت مستلزم این است که فرد باید ملزم به پذیرش و عمل برحسب فرمان‌های اخلاقی، نه به اجبار از سوی نهادهای دینی و دنیوی، بلکه با طیب خاطر و رضایت خود باشد؛ چرا که از نظر کانت، چنین ذاتِ خردمندِ آزاد، متعهد به رعایت آن قانون اخلاقی‌ای است که برآمده از خود او و اراده آزاد اوست. بنابراین، افراد تابع قانونی هستند که خود وضع کرده‌اند و طبعاً تابع اراده خود هستند، نه دیگری. ارتباط مفاهیمی چون آزادی و برابری و همچنین توجه به ماهیت بشر با شکل‌گیری نوعی از اخلاق بر پایه قوانین وضع شده به وسیله خود انسان‌ها، در این فصل از نوشته جان رالز به خوبی بیان شده است:

تمایل به کردار عادلانه، به نوبه خود از تمایل به تبیین تام و تمام اینکه ما چه هستیم یا چه می‌توانیم [باشیم]، سرچشمه می‌گیرد؛ یعنی موجوداتی آزاد و برابر، برخوردار از آزادی انتخاب ... هدف اصلی کانت [از تبیین] آزادی، کردار بر پایه قانونی است که ما به خودمان ارزانی می‌داریم، و این به یک اخلاق سخت و تند و تیز نمی‌انجامد، بلکه ما را به اخلاق مبتنی بر احترام متقابل و حرمت نهادن به خویش، راهبری می‌کند.^۳

۱. ر.ک.: محمد راسخ، «تئوری حق و حقوق بشر بین‌الملل»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۱، بهار - تابستان ۱۳۸۴، ص ۲۷؛ در قسمت ۳-۴ همین فصل از نوشتار، به موضوع برابری اختصاص دارد.

۲. همان‌جا.

۳. به نقل از: سیدعلی محمودی، فلسفه سیاسی کانت: اندیشه سیاسی در گستره فلسفه نظری و فلسفه اخلاق، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۳، ص ۲۲۸.

فلسفه سیاسی کانت و صورت‌بندی او از آزادی اراده، در طول زمان ازسوی دیگر فیلسوفان تکامل یافته و از سطح متافیزیک به عرصه سیاسی - اجتماعی منتقل شده است. به‌عنوان نمونه، آنجا که روسو از آزادی سخن می‌گوید، اصول بنیادین مورد توجه کانت همواره مورد توجه اوست. او خود را ملزم می‌داند که در صورت‌بندی نظریه فلسفه سیاسی خود از حاکمیت، بر پیش‌فرض آزادی شهروندان و تضمین احترام به آن، حتی در صورت دست برداشتن از آزادی مطلق، و اعطای آن در قالب هویت جدیدی تحت عنوان «اراده عمومی» یا «ملت» تأکید کند. به باور وی، پارلمان تبلور مظهر اراده ملی است و تبعیت از قانون نشانگر آزادی. در این ایده، حد آزادی، با قوانین تصویب شده به‌نحو دموکراتیک تعریف می‌شود. در این صورت اصل «خود - حاکمی»^۱ تحقق می‌یابد. این قسم از آزادی، «آزادی سیاسی»^۲ نامیده می‌شود که تجلی سیاسی - اجتماعی ایده آزادی اراده «کانتی» است. دومین مفهوم آزادی، «آزادی قانونی»^۳ است. این قسم از آزادی، که کاملاً به مفهوم حاکمیت قانون مرتبط است، به آزادی فرد تا حدی قائل است که با قانون مغایر نباشد؛ قوانینی با ویژگی‌های عام بودن، معطوف به آینده، منتشر شده و سایر اینها. این قوانین امکان پیش‌بینی زمان و نحوه مداخله دولت و طبعاً فرصت برنامه‌ریزی را برای فرد میسر خواهند ساخت.

سومین مضمون آزادی، یا سومین راه‌حل ارائه شده برای توضیح نسبت میان نظم و آزادی، توسل به مفهوم «آزادی در حوزه خصوصی»^۴ است. این نوع آزادی درواقع به مقوله معروف به «حقوق فردی» یا «حقوق بشر» اشاره می‌کند که از نظر تاریخی مسبوق به حقوق طبیعی است.^۵ این مضمون از آزادی بیشتر به محدودیت دولت از ورود به حریم خصوصی افراد و مداخله در امور خصوصی معطوف است. این محدودیت برای دولت ممکن

1. Self-rule

۲. برلین این برداشت از آزادی را گونه‌ای آزادی مثبت می‌داند. در این برداشت، آزادی به معنای مشارکت سیاسی و حق تعیین سرنوشت از طریق شرکت در انتخابات محسوب می‌شود. برای مطالعه توضیحات بیشتر ر.ک.: برلین، پیشین، ص ۲۵۴-۲۴۹.

3. Legal Liberty

4. Private Liberty

5. See Ibid., P. 59.

است محدودیت‌های ماهوی باشد (مانند ممنوعیت ارائه دلایلی مستدل و قانع‌کننده برای مداخله در حوزه خصوصی).^۱ آنچه در این مضمون از قانون موضوعی بسیار مناقشه‌برانگیز است، معیارهای موجه برای مداخله حکومت در آزادی فرد و جواز استفاده از قوه قهریه برای محدود کردن رفتار مختارانه فرد است. این موضوع خود جزئی از مباحث بنیادین مربوط به نسبت حکومت و اخلاق، و به عبارت دیگر، قانون و اخلاق است.^۲

چهارمین نوع آزادی، «آزادی نهادی» است. این مضمون از آزادی به لحاظ کیفی متفاوت با سه مضمون پیش گفته از آزادی است. بدین معنی که این نوع آزادی، نظامی است که دیگر انواع آزادی را با خود به ارمغان می‌آورد، بیش از آنکه خود نوعی از آزادی محسوب شود.^۳

چهار مضمون بیان شده از آزادی، در طول تاریخ اندیشه حقوقی - سیاسی برای رفع تعارض میان نظم و آزادی مطرح شده‌اند و هریک از زاویه‌ای متفاوت به این موضوع نگریسته‌اند. برای نمونه مضمون دوم و سوم آزادی، یعنی آزادی قانونی و آزادی در حوزه خصوصی، به نظریه پذیرفته شده از فلسفه قانون و قانونگذاری مرتبط است. «آزادی قانونی» و «آزادی در حریم خصوصی» در بحث حاکمیت قانون در کانون توجه قرار دارند. درواقع این دو تعبیر از آزادی کاملاً به هم پیوسته‌اند، به نحوی که در برخی مواقع تفکیک آنها از یکدیگر ناممکن است. این مفاهیم از آزادی، از هم پوشانی قابل ملاحظه‌ای با ایده حاکمیت قانون برخوردارند.

۲-۲-۳. نسبت آزادی و حاکمیت قانون

یکی از مهم‌ترین و تأثیرگذارترین متفکرانی که در آثارش کوشیده است نسبت میان آزادی

۱. این برداشت از آزادی در قالب «آزادی منفی» بحث و بررسی شده است. یعنی آزادی از مداخله و اجبار دیگران و برخورداری از حریمی خصوصی و به دور از تعرض دولت، فرد یا افراد دیگر، برای مطالعه توضیحات بیشتر ر.ک.: برلین، پیشین.

۲. ر.ک.: پیشگفتار مترجم، در: هربرت هارت، آزادی، اخلاق، قانون (درآمدی بر فلسفه حقوق کیفری و عمومی)، ترجمه محمد راسخ، ویراست دوم، تهران: طرح نو، ۱۳۸۹، ص ۱۸-۹.

3. See Ibid.;

«آزادی نهادی» به وسیله اصل تفکیک قوا تحقق می‌پذیرد؛ اصل تفکیک قوا و ارتباط آن با حاکمیت قانون موضوع در قسمت ۲-۴ فصل چهارم است.

و حاکمیت قانون را تبیین کند، هایک است. چنان که خود می‌نویسد، هدف عمده وی در یکی از مهم‌ترین آثارش، موشکافی و تدقیق در مفهوم قانون در پرتو ایده «آزادی در چارچوب قانون»^۱ است، چنان که بتوان علم حقوق را «علم آزادی»^۲ نامید. در اندیشه هایک، حفظ آزادی تنها در صورتی امکان‌پذیر است که به‌عنوان یک «اصل متعالی» تلقی شود و قربانی هیچ منفعت و مصلحتی نگردد. از دیدگاه وی، به‌تبعیت از کنستان^۳، متفکر فرانسوی قرن نوزدهم، در نظر داشتن «نظام اصول»^۴ برای تضمین اعمال حقوق و آزادی‌ها ضروری است.^۵ بدین معنی که همه اعمال حکومت باید برطبق اصولی صورت پذیرد که مهم‌ترین آن اصول، آزادی است. این اصل باید در تمامی اعمال قوای سه‌گانه مورد ملاحظه قرار گیرد و «هرجا از چنین قاعده بنیادینی سرسختانه پیروی نشود، هرجا این قاعده اساسی بالاترین آرمانی به حساب نیاید که درباره آن هیچ سازشی به خاطر مزایای مادی امکان‌پذیر نیست ... آزادی با تجاوزهای تدریجی به یقین نابود خواهد شد».^۶

اهمیت قانون از این دیدگاه در تأمین آزادی، نقش قانون در طرح‌ریزی اهداف متنوع و حرکت افراد در جهت آن هدف است. پیش‌بینی‌پذیر ساختن امور به‌وسیله قوانین نیز از طریق ویژگی عام بودن و انتشار قوانین حاصل می‌شود؛ به‌طوری که به‌نظر وی، پس از «زبان»، قانون مهم‌ترین وسیله‌ای است که در خدمت تنوع هدف انسانی قرار دارد.^۷ این نگرش به آزادی محصول نظریه‌پردازی‌های فیلسوفانی از قبیل جان استوارت میل^۸ است که خصوصیت انتخاب‌گری انسان را مهم‌ترین مؤلفه در تعریف آزادی می‌دانستند. چنان که

1. "Freedom Under the Law"

2. "The Science of Liberty"; See Hayek, op. cit., P. 148.

3. Constant

4. "The System of Principle"

۵. چنان که هایک می‌نویسد: «آنچه در کتاب راه بردگی (The Road to Serfdom, 1944) قصد توضیح آن را داشتیم ... به زبان ساده‌تر در این سخن بیان شده است: "اگر به این اصول پایبند نباشی، سر از جهنم درمی‌آوری"»؛ ر.ک.: فریدریش فون هایک، قانون، قانونگذاری، آزادی، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰، ص ۹۹.

۶. هایک، «آزادی و عقل و سنت»، ص ۱۴۰-۱۳۹.

۷. هایک، قانون، قانونگذاری، آزادی، ص ۱۷۷.

8. John Stuart Mill

میل می‌نویسد: «نیروهای تمیزدهنده بشری نظیر ادراک، قضاوت، حس تشخیص ... فقط موقعی به کار می‌افتد که انسان در برگزیدن چیزی، یا در گرفتن تصمیم نسبت به مزایای نسبی آن چیز آزاد باشد ...»^۱. انسان موجودی است که حق انتخاب دارد و این حق انتخاب مستلزم بهره‌مندی از حوزه‌ای به دور از اجبار و مداخله است. فرض انسان، به‌عنوان موجودی عاقل، مستلزم شناسایی فرصت انتخاب آزادانه برای اوست و بدین ترتیب درستی و نادرستی انتخاب وی امری علی‌حده است. به بیان برلین، «مفهوم دقیق آزادی، در محدوده همان قلمرویی مشخص می‌گردد که برای گزینش‌های انسان باقی می‌ماند»^۲.

آنچه همواره در ایده آزادی بر آن تأکید می‌شود، آزادی انسان از فشار و اجبار حکومت‌های «پدرسالار» برای انتخاب‌های خاص یا همسو با اهداف و ایده‌های حکومتی است. سرزنش حکومت‌های پدرسالار در اندیشه‌های کانت قابل توجه است؛ آنجا که وی به نقد حکومتی می‌پردازد روابط خود را با اتباع خویش همچون رابطه پدر با فرزندان می‌نگرد که بر پایه اصول نیک‌خواهی و خیراندیشی پدر برای فرزندان شکل گرفته است. در چنین حکومتی، اتباع همچون کودکان نابالغی هستند که قادر به تشخیص خیر و صلاح خویش نبوده و سود و زیان خود را تشخیص نمی‌دهند. بنابراین بهترین طریق ممکن، اطاعت آنان از توصیه‌ها و در مواردی دستورات «صالحانه» و «مشوقانه» حکومت است که راه خوشبختی و شیوه زندگی درست و انتخاب صحیح را به آنان نشان می‌دهد. به‌نظر کانت، چنین حکومتی مستبدانه‌ترین حکومتی است که تصور آن ممکن است؛ چرا که آزادی اتباع خویش را محدود می‌کند و همچنین حق آنان را مبنی بر انتخاب آزادانه اهداف و روش‌های زندگی زایل می‌سازد.^۳

به‌نظر هایک، «وضع آزادی»، تنها وضعی است که همه مجاز به استفاده از آنچه می‌دانند و قادر به انجام کاری که می‌خواهند، هستند؛ البته با رعایت محدودیت‌های عقلانی همچون حقوق و آزادی‌های دیگران. همچنین این وضع، احتمالاً مناسب‌ترین وضع برای رسیدن همگان به اهداف خویش است و استقرار و استمرار چنین نظامی منوط به

۱. جان استوارت میل، رساله درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ الاسلامی، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۷۵، ص ۱۵۲.

۲. برلین، پیشین، ص ۷۸.

۳. به نقل از: محمودی، پیشین، ص ۲۲۹.

محدودیت هر قدرتی، حتی اقتدار اکثریت مردم، به‌وسیله اصول کلی مورد تعهد همگان، خصوصاً آزادی است.^۱ بدین ترتیب که قواعد عام، حوزه حفاظت شده‌ای را برای فرد مهیا می‌سازند که فرد می‌تواند با توجه به آن قواعد، از دامنه اعمال مجاز مطلع باشد و همچنین چگونگی پیگیری هدف‌هایی را که صرفاً خود مجاز به انتخاب آن است و نه هیچ‌کس دیگر، تعیین کند.

این اندیشه، واجد سابقه دیرینه‌ای در اندیشه مدرن است. به‌عنوان نمونه در نظریه هابز^۲ درباره آزادی، این نکته مهم مورد تأکید قرار گرفته است که برخورداری از آزادی، به سکوت قانون بستگی دارد.^۳ نبود حکم قانونی در حوزه‌های خاص، به معنی آزادی عمل شهروندان در این حوزه‌های شخصی است و بنابراین آگاهی شهروندان از قوانین، و به‌طور کلی مقررات به‌معنای عام، واجد اهمیتی اساسی در طرح‌ریزی و اجرای برنامه‌های آنان است. ازسوی دیگر، این اصول کلی، راهنمایی برای پی بردن به این نکته است که هرکس از چه امکانات خاصی برای برآوردن هدف‌های خود برخوردار است.^۴ بدیهی است مسئله امنیت در منظومه فکری هایک نادیده گرفته نشده، اما دغدغه او، خدشه‌دار کردن آزادی به بهانه برقراری امنیت است. چنان که می‌نویسد:

اگر می‌خواهیم آزادی برقرار باشد، وجود میزان معینی از امنیت نیز ضروری است زیرا بسیاری از افراد حاضرند ریسک موجود در آزادی را به‌شرطی که این ریسک بیش از حد بزرگ نباشد تحمل کنند. درحالی‌که هرگز نباید از این واقعیت غافل شویم، اما هیچ‌چیز کشنده‌تر از اعتقاد رایج در میان رهبران روشن‌فکری که کسب امنیت به قیمت از دست دادن آزادی را تشویق می‌کنند نمی‌تواند باشد.^۵

۱. پیشین، ص ۹۴.

2. Hobbes

۳. ر.ک.: توماس هابز، *لویاتان*، ویرایش و مقدمه سی. بی. مکفرسون، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نی، ۱۳۸۰، ص ۲۲۴.

۴. ر.ک.: پیشین، ص ۱۶۹-۱۶۸.

۵. فریدریش فون هایک، *راه بردگی*، ترجمه فریدون تفضلی و حمید پاداش، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۰، ص ۱۸۴.

بر مبنای اندیشه‌های مطرح شده می‌توان گفت تعریف و تمجید هایک از سنت انگلیسی «کامن‌لا»، عمدتاً بدین دلیل است که به نظر وی، قوانین منبعث از رویه قضایی و شکل گرفته بر مبنای آرا و تصمیمات قضات، واجد خصلتی «انتزاعی» هستند. بدین معنی که گرچه این آرا و تصمیمات به پرونده‌هایی خاص مربوط می‌شوند، اما بر تعداد نامعینی از موارد آینده نیز اعمال می‌شوند و اساساً خصلت انتزاعی آنها باعث می‌شود که افراد بتوانند با اتکا بر آنها، به انتخاب اهداف و برنامه‌ریزی برای رسیدن به آن اهداف اقدام کنند. هایک این گونه قواعد حقوقی را «قواعد رفتار عادلانه» می‌نامد و معتقد است کسی که صرفاً موظف به اطاعت از این گونه قواعد باشد «آزاد» است؛ بدین معنی که «قانوناً تابع فرمان‌های هیچ کس نیست، و در موردی شناخته شده می‌تواند وسایل و هدف فعالیت‌های خویش را آزادانه برگزیند».^۱

آزادی مورد نظر هایک، که والاترین ارزش از دیدگاه او و صاحب‌نظرانی مانند رز شمرده می‌شود، «آزادی در سطح عدالت» است. توضیح اینکه آزادی در دو سطح قابل بررسی است؛ سطح عدالت و اخلاق. آزادی در سطح عدالت به حمایت از اراده آزاد افراد مرتبط است، بدون ملاحظه، ارزش‌گذاری و ترجیح اراده یک فرد بر فرد دیگر. درواقع در سطح عدالت، سخنی درباره موضوع و محتوای اراده افراد به میان نمی‌آید. درحالی که در سطح اخلاق، علاوه بر اراده آزاد، محتوای اراده (نیت خیر یا شر) نیز محل توجه است. در سطح اخلاق، هدف از آزادی اهمیت دارد و انتخاب فرد مورد ارزیابی اخلاقی قرار می‌گیرد.^۲ آزادی مورد تأکید هایک، به عنوان مبنای حاکمیت قانون، آزادی در سطح اخلاق است؛ بدین معنی که دولت مجاز نیست با کنکاش و موشکافی در نحوه انتخاب‌ها و اعمال آزادی‌ها، به انتخاب فرد یا گروهی بر انتخاب فرد یا گروهی دیگر ارجحیت دهد یا انتخاب فرد یا گروهی را تخطئه کند. ایده حاکمیت قانون با تأکید بر ویژگی عام بودن و جهت‌دار

۱. هایک، «آزادی اقتصادی و حکومت انتخابی»، در: هایک، در سنگر آزادی، ص ۱۹۸-۱۹۷.

۲. ر.ک.: راسخ، «آزادی چون ارزش»، ص ۲۹۲-۲۹۰؛ تفکیک بین امر «درست» (Right) و امر «خوب» (Good) نیز تفکیک مهمی در این زمینه است؛ بدین ترتیب که برخی فیلسوفان مدعی‌اند در سطح عدالت صرفاً با «اراده» مواجهیم، اما در سطح اخلاق، علاوه بر «اراده»، به «نیت» نیز برخورد می‌کنیم. بر مبنای این نظر، امری «درست» است که از اراده آزاد و اختیار ناشی شده باشد، اما برای «خوب» بودن یک امر، نیت اخلاقی نیز باید علاوه بر اراده آزاد وجود داشته باشد؛ برای دیدن توضیحات بیشتر ر.ک.: پیشین، ص ۲۹۴-۲۹۲.

نبودن قانون (از لحاظ ترجیح یک هدف یا یک ایدئولوژی بر سایر اهداف یا ایدئولوژی‌ها)، زمینه لازم برای تحقق این تعبیر از آزادی را فراهم می‌آورد.^۱

با توجه به توضیحات بیان شده، ارزش آزادی را می‌توان به‌عنوان یکی از مبانی «ارزشی» یا «هنجاری» حاکمیت قانون مورد توجه قرار داد. در راستای حل تعارض میان نظم و آزادی است که نظریه حاکمیت قانون طرح می‌شود و نسبت ایده آزادی با ایده حاکمیت قانون روشن می‌شود. برقراری حاکمیت قانون تنها در صورتی امکان‌پذیر است که ارزش آزادی به‌عنوان یکی از مبانی بنیادین حاکمیت قانون مورد پذیرش نظام سیاسی قرار گیرد. البته باید توجه داشت چنان‌که معتقد به برداشتی شکلی از حاکمیت قانون باشیم، آزادی، ارزش و ایده‌ای سوای از حاکمیت قانون تفسیر می‌شود و به‌سختی می‌تواند به‌عنوان مبانی حاکمیت قانون ارزیابی شود.

۳-۳. حقوق بشر

دیگر مبانی حاکمیت قانون مقوله حقوق بشر است. حقوق بشر امروزی، قالب مدرن و تکامل‌یافته حقوق طبیعی محسوب می‌شود و به معنی مجموعه حقوقی است که باید برای هر فرد، سوای از تعلقاتی چون تعلقات نژادی، مذهبی و جنسیتی به رسمیت شناخته شود. به بیان دقیق‌تر، «حقوق بشر حق‌هایی دانسته شده‌اند که انسان به‌صرف انسان بودن و نه به‌دلیل ویژگی یا موقعیتی خاص، دارا هستند».^۲

ماهیت حق‌ها متنوع است و در حوزه‌های مختلفی نیز قابل اعمال‌اند؛ چنانچه حتی می‌توان آنچه امروزه به «عدالت طبیعی»^۳ یا «انصاف رویه‌ای»^۴ معروف است را جزئی از مقوله حقوق بشر دانست زیرا این مقوله‌ها نیز به نوعی درصدد طرح حقوق و آزادی‌ها و به دنبال شیوه‌های حفاظت و تضمین آنها هستند. چنان‌که گفتیم، حقوق بشر، از دیدگاه اکثریت صاحب‌نظران، به حقوقی گفته می‌شود که هر فرد صرفاً به‌خاطر انسان بودن از

۱. موضوع «بی‌طرفی» دولت و همچنین اصل «آزادی برابر» را در گفتار مربوط به برابری (در قسمت ۳-۳) بیشتر بررسی خواهیم کرد.

۲. راسخ، پیشین، ص ۲۲.

3. Natural Justice

4. Procedural Fairness

آن برخوردار است.^۱ در ابتدای بحث از حقوق بشر و تبیین نسبت شناسایی و تضمین این حق‌ها با ایده حاکمیت قانون، به نظر می‌رسد مناسب باشد به شناسایی و تأکید بر حقوق بشر در تعالیم دینی و به‌طور اخص به دین اسلام اشاره کنیم. چنین اشاره‌ای، برای تأکید بر این نکته است که سنت دینی و طبعاً حقوقی - سیاسی ایران نیز با مفاهیم و ایده‌های مورد بحث بیگانه نیست و بلکه در برخی موارد با آنها همدلی دارد. گرچه به دلایل مختلفی که خارج از موضوع مورد بحث است، تفارقات و تفاوت‌هایی نیز در حقوق و آزادی‌های شناسایی شده و نحوه اعمال آنها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و دیگر نظام‌ها وجود دارد. اصل کرامت ذاتی به‌عنوان مبنای حقوق بشر مورد تأکید نص کتاب آسمانی مسلمانان است. بدین ترتیب که «خداوند همه افراد را، از همان ابتدای خلقت، شرافت و عزت بخشیده و با تسلط آنان بر پاره‌ای از مظاهر طبیعت (بر و بحر) آنان را در ردیف اشرف مخلوقات قرار داده است».^۲ حق حیات، آزادی عقیده، برابری و ...، حقوق و آزادی‌هایی هستند که در قرآن بر آنها تأکید شده است.^۳

پس از این توضیح مختصر، به شرح حقوق بشر به‌عنوان یکی از مبانی حاکمیت قانون باز می‌گردیم. تعریف حداقلی پیش گفته که می‌توان آن را تعریفی پذیرفته شده دانست، مبنایی برای ایده حاکمیت قانون شمرده می‌شود. گرچه، مقوله حقوق بشر نیز مانند مفهوم آزادی، هم مبنای حاکمیت قانون شمرده می‌شود و هم پیامد آن. حقوق بشر از آن جهت مبنای حاکمیت قانون محسوب می‌شود که یکی از پیش‌فرض‌های اصلی نظریه حاکمیت قانون، برخوردار بودن انسان از حقوقی با ماهیت بیشتر اخلاقی است؛ حقوقی که وجود آنها بر مبنای استدلالاتی فلسفی - اخلاقی فرض گرفته می‌شود و نقش دولت، صرفاً شناسایی حقوق موجود و تضمین اعمال آن است. از سوی دیگر، نظریه حاکمیت قانون به دنبال

1. For Instance see J. Donnelly, "Human Rights, Democracy, and Development", *Human Rights Quarterly*, 1999, P. 612;

تعریف دیگری از حقوق بشر بدین شرح است: «حقوق بشر عبارت از مجموعه امتیازات متعلق به افراد یک جامعه و مقرر در قواعد موضوعه است که افراد، به اعتبار انسان بودن و در روابط خود با دیگر افراد جامعه و با قدرت حاکم، تضمینات و حمایت‌های لازم، از آن برخوردار می‌باشند»؛ ر.ک.: هاشمی، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، ص ۱۲.

۲. قرآن مجید، قصص: ۵، ترجمه به نقل از: همان، ص ۱۰۴.

۳. برای نمونه، ر.ک.: نحل: ۱۲۵؛ انعام: ۱۵۱؛ مائده: ۳۲؛ یونس: ۹۹؛ زمر: ۱۸-۱۷؛ نساء: ۱۲۴؛ به نقل از: همان، ص ۱۱۰.

تضمین اعمال حقوق شهروندان از طریق طراحی سازوکاری قابل اطمینان و با ثبات است و بدین ترتیب حاکمیت قانون یکی از تضمین‌های اعمال حقوق بشر محسوب می‌شود. چنان‌که دورکین می‌نویسد، اعتقاد به برخورداری انسان از مجموعه‌ای از حق‌ها، مستلزم پذیرفتن حداقل یک یا دو ایده بنیادین است؛ ایده نخست، «کرامت انسانی» است که گرچه ایده‌ای مبهم و قابل تفسیر است، اما فوق‌العاده قدرتمند و با نفوذ است و ریشه در سنت فلسفی پرورده شده توسط فیلسوفانی چون کانت دارد. ایده دوم، «برابری سیاسی» است؛ بدین معنی که همه شهروندان باید از حمایت، توجه و احترام حکومت برخوردار باشند و بدین ترتیب، همه ذی‌حق شناخته شده و از دید برابر توسط حکومت نگریسته شوند.^۱ اگر دو ایده پیش‌گفته را مبنای حقوق بشر بدانیم، حاکمیت قانون، مهم‌ترین ایده پیشنهاددهنده سازوکار اجرایی آن شناخته می‌شود. به‌نظر دورکین، چارچوب‌بندی قدرت یا محدودیت حکومت در اعمال اختیارانش، ایده‌ای است که به ایده کرامت انسانی توجه دارد؛ چرا که اساساً قدرت بی‌قیدوبند، سرکوبگر و تضییع‌کننده حقوق فردی و زایل‌کننده کرامت انسانی است. همچنین ایده برابری در مقابل قانون، که هسته مرکزی نظریه حاکمیت قانون است، «برابری سیاسی» را ایده‌ای ارزشمند به‌شمار می‌آورد زیرا حاکمیت قوانین بر همگان به‌نحو برابر و بی‌طرفانه، مؤلفه ضروری ایده حاکمیت قانون محسوب می‌شود.

حقوق بشر امروزی، چنان‌که اشاره شد، مقوله تکامل‌یافته حقوق طبیعی است که ریشه در سنت اندیشه فلسفی قرون گذشته دارد.^۲ نظریه‌پردازان معاصر، همه تلاش خود را برای ارائه فهرستی از حق‌ها، که به‌نظرشان جزئی از لوازم انسان بودن است، به‌کار گرفته‌اند؛ چرا که معتقدند بدون اشاره مستقیم به انواعی از حقوق، توقع احترام و رعایت آنها، ازسوی دولت و دیگر شهروندان، بی‌جا و غیرمنطقی است. ازطرف‌دیگر برخی کوشیده‌اند با ارائه برداشتی جدید از حقوق طبیعی، به‌نحوی دلیل موجهی را برای شناسایی حقوق مذکور ارائه دهند و بر ضرورت احترام به حق‌ها پافشاری کنند. تمرکز اصلی مفهوم حاکمیت قانون بر شرح ویژگی‌های نظام حقوقی - سیاسی‌ای است که اصولاً

۱. ر.ک.: رونالد دورکین، «جدی گرفتن حق‌ها»، در: راسخ، حق و مصلحت، ص ۲۴۲.

۲. برای مطالعه راجع به این سیر تکامل تاریخی ر.ک.: محمدعلی موحد، در هوای حق و عدالت: از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: کارنامه، ۱۳۸۱.

باید به رسمیت شناختن حقوق در قالب فهرستی مندرج در قانون اساسی یا سندی دیگر توسط دولت، و همچنین تضمین اعمال آنها را قابل تحقق سازد.^۱

۱-۳-۳. اصول عدالت طبیعی و رعایت تشریفات قانونی

هدف اصلی از این بحث، تبیین نسبت ایده‌ها و آموزه‌های مرتبط با حقوق بشر، از جمله حقوق طبیعی و رعایت تشریفات قانونی، با مفهوم حاکمیت قانون است. حقوق بشر را می‌توان به حق‌های ماهوی و رویه‌ای تقسیم کرد؛ حق‌های ماهوی، حق‌هایی هستند که شناسایی آنها برای احترام به کرامت انسانی ضروری است و جزئی از شاکله وجود آدمی است، از جمله حق حیات و حق آزادی بیان. اما حق‌های رویه‌ای، حق‌هایی هستند که بیشتر در آیین دادرسی جلوه‌گر می‌شوند و بر حقوق متهم و همچنین مجرم تأکید می‌کنند. یکی از ایده‌هایی که حاکمیت قانون بر آن تأکید می‌کند، بااهمیت شمردن مجموعه‌ای از قواعد جزئی است که باید موضوعاتی را با ویژگی‌های مختلف تمشیت کند؛ نخست، «موضوعات ماهوی» (نظیر اینکه آیا حکومت حق بازداشت خودسرانه و بدون

۱. این مسئله که چرا تنظیم و تضمین حقوق بشر ضرورت دارد، از دیدگاه صاحب‌نظران به انحاء مختلف مورد بررسی قرار گرفته است. هارت در اثر معروفش، مفهوم قانون، به توضیح واقعیتهایی می‌پردازد که چرایی انتظار شناسایی انواع معینی از قواعد در تمامی جوامع انسانی را پاسخ می‌دهد. به نظر وی، این انواع معین از قواعد - که تعبیر دیگری از محتوای قانون طبیعی‌اند - از ضرورت هم‌زیستی مسالمت‌آمیز انسان‌ها برای بقا ناشی شده است. چنان‌که هارت توضیح می‌دهد، حیات انسانی از ویژگی‌هایی برخوردار است که عبارت‌اند از: آسیب‌پذیری انسان‌ها، برابری تقریبی آنان در قدرت بدنی، محدود بودن حس نوع‌دوستی، محدود بودن منابع در اختیار آنها، و در آخر، محدود بودن فهم و قدرت اراده آنان. حیات انسانی با ویژگی‌های برشمرده شده، مستلزم شناسایی قواعدی، هرچند حداقلی، است که امکان زیست و فعالیت را میسر سازد. این قواعد از ضعفا در برابر اقویا حمایت می‌کند و مستلزم عمل قدرت برتر (چه از طرف دولت و چه از طرف فرد یا افراد دیگر) در چارچوبی تعریف شده است؛ ر.ک.: کلی، پیشین، ص ۶۰۶-۶۰۷؛ هایک در این زمینه می‌نویسد: «بنابراین، این ماهیت شرایط، یا به قول «هیوم»، «ضرورت اجتماع انسانی»، است که «سه قانون بنیادین طبیعت» را به‌وجود می‌آورد. یعنی قانون‌های پایداری مالکیت‌ها، انتقال آن با رضایت، و وفای به عهد». هارت این قواعد را «محتوای حداقلی قانون طبیعی» نامیده است؛ مشخصات اثر هایک بدین ترتیب است:

F. Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London: Routledge and Kegan Paul, 1967, P. 113;

فولر برخلاف هارت، به جای اصل بقا، اصل «ارتباط» انسان‌ها با همنوعان خویش را به عنوان «اصل ماهوی مسلم و مرکزی حقوق طبیعی» پیشنهاد می‌کند. به نظر وی، «ارتباط»، چیزی بیشتر از وسیله‌ای برای زنده ماندن است. ارتباط، سبکی از زنده ماندن است؛ برای مطالعه بیشتر در این زمینه: ر.ک.: کلی، پیشین، ص ۶۰۸-۶۰۹.

محاکمه شهروندان را دارد یا خیر) و دوم، «موضوعات رویه‌ای» (نظیر فرض بی‌گناهی متهم در محاکمات جزایی و استقلال قضات).^۱ حق‌های رویه‌ای در واقع دفاع از حق‌های ماهوی را برعهده دارند و احترام به آنها را تضمین می‌کنند. حق‌های رویه‌ای در قالب اصول عدالت طبیعی قابل بررسی‌اند.

عدالت طبیعی در سنت حقوقی - سیاسی غرب از معنای موسعی برخوردار است؛ این اصل متشکل از دو قاعده بنیادین است؛ اولین قاعده که می‌توان آن را قاعده «بی‌طرفی» نامید، تعبیری از این قاعده قدیمی است که هیچ‌کس نباید در دعوی‌ای که خود در آن به هر نحوی ذی‌نفع است، قاضی باشد.^۲ این اصل بر ضرورت تفکیک دو مقام «دادستانی» و «قضات» به‌منظور پرهیز از جانب‌داری و نقض حقوق متهم تأکید می‌کند.^۳ این قاعده بنیادین عدالت طبیعی، به یکی از اصول حاکمیت قانون تبدیل شده است. چنان‌که گفتیم، مؤلفه‌های حاکمیت قانون، اعمال برابر قوانین بر همگان در شرایط و اوضاع و احوال یکسان است. عدالت طبیعی بیانگر عقیده‌ای است که برای تکمیل نظریه حقوقی - سیاسی حاکمیت قانون نقشی کلیدی ایفا می‌کند. به عقیده یکی از نظریه‌پردازان، عدالت در حقوق کلاسیک به معنی اعمال بی‌طرفانه قوانین عام بوده است؛ قوانینی که تمایزی به نفع هیچ شخص یا گروهی در برابر دیگر اشخاص یا گروه‌ها قائل نمی‌شوند.^۴ آنچه در بحث از عدالت طبیعی و حقوق بشر به‌عنوان مبانی حاکمیت قانون اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد، رابطه همه‌جانبه میان مفاهیم بی‌طرفی و ویژگی عام بودن قانون و اعمال بی‌طرفانه آن است. دیگر قاعده بنیادین عدالت طبیعی، «حق دفاع» متهم و مدعی علیه است. این قاعده برگرفته از این اصل قدیمی است که «هیچ‌کس را نباید محکوم کرد، مگر آنکه فرصت معقولی

1. See Wade and Bradley, op. cit., P. 103.

2. "Nemo Judex in Lausa Sua"

۳. ر.ک.: سیدمحمدقاری سیدفاطمی، «حقوق بشر رویه‌ای»، در: کباروم، پیشین، ص ۷۹؛ این تعبیر از عدالت طبیعی، مربوط به اعمال این اصول در زمینه حقوق کیفری است. اصول عدالت طبیعی در حقوق اداری نیز بسیار اهمیت دارد و اعمال مقامات اداری از لحاظ رعایت اصل بی‌طرفی و منصفانه بودن به‌وسیله این اصول ارزیابی می‌شود. اصل بی‌طرفی در زمینه حقوق اداری را در فصل حاکمیت قانون و قوه مجریه این تحقیق بررسی خواهیم کرد.

4. See Zywicki, op. cit., P. 4;

برای ارائه دلایل و دفاعیاتش به وی داده شود».^۱ این قاعده عدالت طبیعی، لوازمی دارد که در تضمین حقوق و آزادی‌ها بسیار مفید است؛ از جمله اخطار قبلی به متهم یا مدعی علیه، فرصت ارائه نظرات و دلایل، و همچنین اصل برخورداری از وکیل مدافع.^۲ بنابراین، اعمال اختیارات قضات براساس رویه‌های دقیق، از جمله اعطای فرصت کافی به طرف‌های ذی نفع برای استماع دفاعیات و دلایل آنها، و همچنین جمع‌آوری دلایل و مدارک کافی به‌وسیله قضات و صدور رأی براساس آن، جزئی از این قاعده عدالت طبیعی محسوب می‌شوند.^۳

از دیدگاه رز، میان اصول عدالت طبیعی و حاکمیت قانون ارتباطی مستقیم برقرار است. چنان‌که وی برای عدالت طبیعی اصولی را برشمرده است؛ از جمله دادرسی منصفانه و علنی، عدم پیش‌داوری و جانب‌داری در جهت اعمال صحیح قانون، قابلیت قانون برای راهنمایی شهروندان و همچنین سهولت دسترسی به دادگاه‌ها.^۴ چنان‌که از فهرست مذکور برمی‌آید، این اصل که قانون باید چنان تدوین شود که از عهده راهنمایی شهروندان برآید، یکی از اهداف اساسی حاکمیت قانون محسوب می‌شود و بدین ترتیب هدف حاکمیت قانون و عدالت طبیعی از این حیث مشترک است زیرا پیش‌بینی‌پذیر ساختن اوضاع و احوال اقتصادی، اجتماعی و سیاسی، و تحقق اصل «قطعیت حقوقی»، علاوه بر اینکه به‌عنوان مؤلفه ضروری تحقق حاکمیت قانون محسوب می‌شود، تضمین‌کننده اعمال حق‌های رویه‌ای مورد تأکید در حقوق طبیعی نیز به‌شمار می‌آید.

ازسوی دیگر، تحقق عدالت، که یکی از اهداف حاکمیت قانون محسوب می‌شود، در گرو اعمال عادلانه اختیارات قضایی است. قضات، دعاوی مطروحه در دادگاه‌ها را به‌وسیله درک واقعیت‌ها و اعمال قانون بر آنها و اتخاذ تصمیم در محدوده‌ای مضیق و تعریف شده حل و فصل می‌کنند. «اعمال و اجرای صادقانه قانون» در مرکز نظریه حاکمیت قانون قرار دارد^۵ و به همین دلیل است که جایگاه قضات در این نظریه والا است. قضات باید مستقل

1. "Audi Aleram Partem"

۲. ر.ک.: سیدفاطمی، پیشین.

3. See Goldsworthy, op. cit., P. 76.

۴. رز، پیشین، ص ۳۹۹.

5. See J. Raz, *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon Press, 1994, P. 357; Quoted in H. S. G. Brennan, "Principle and Indedendence: The →

از دغدغه‌های موقتی مبتنی بر اهداف حکومت، با ملاحظه اصول و هنجارهایی چون حقوق بشر، به تحقق عینی حاکمیت قانون یاری رسانند.^۱ ازسوی دیگر، قضات نیز از شمول اصل حاکمیت قانون مستثنا محسوب نمی‌شوند، بلکه «تکلیف عمومی الزام‌آور عینی به اطاعت از قانون» برای آنان نیز الزام‌آور است. در غیر این صورت، یعنی اعمال قوانین مصوب پارلمان به نحو دلبخواهانه و با نظر شخصی، اعتماد عمومی مبتنی بر بی‌طرفی قوه قضائیه زایل می‌شود و موجودیت حاکمیت قانون در معرض نابودی قرار می‌گیرد.^۲

۱-۳-۳. اصل رعایت تشریفات قانونی

مطلبی که توضیحی مختصر راجع به آن در این قسمت مفید به نظر می‌رسد، طرح نکاتی راجع به اصل «رعایت تشریفات قانونی» و اهمیت محوری آن در آموزه حاکمیت قانون است. چنان‌که گفته شد، سنت حاکمیت قانون در آمریکا برمبنای آموزه رعایت تشریفات قانونی و پیش از آن، برتری قانون اساسی، شکل گرفته است.^۳ آنچه در این آموزه سهمی حیاتی دارد، برخورداری شهروندان از حمایت‌های «رویه‌ای» مندرج در قانون اساسی در فرایند دادرسی است؛ به همین دلیل است که در این نوشتار، در ادامه بحث عدالت طبیعی به آن پرداخته‌ایم.

برمبنای مفاد اصلاحیه پنجم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا (مصوب ۱۵ دسامبر ۱۷۹۱): «هیچ کس نباید ... بدون [رعایت تشریفات قانونی] از [حیات]، آزادی یا مال خود محروم شود» و طبق مفاد اصلاحیه چهاردهم (مصوب ۲۳ ژوئیه ۱۸۶۸): «هیچ ایالتی نباید ... هیچ شخصی را از زندگی، آزادی یا مال خود بدون [رعایت تشریفات قانونی] محروم کند».^۴ چنان‌که از اصول بیان شده برمی‌آید، اصل رعایت تشریفات قانونی، تضمین‌کننده حقوق

← "Gurdians of Freedom"; Available at: <http://www.newcastle.edu.au/school/law>.

۱. برای مطالعه بیشتر راجع به ایده مستقل بودن قضات از دغدغه‌های کوتاه مدت حکومت ر.ک.:

Hayek, *The Constitution of Liberty*, P. 210.

2. See O. H. Phillips, and P. O. Jackson, *Hood Phillip's Constitutional and Administrative Law*, London: Sweet and Maxwell, 1987, P. 36.

3. See L. W. Levy, "Due Process of Law", in L. W. Levy, and K. L. Karst (eds.), *Encyclopedia of the American Constitution*, New York: Macmillan, 2000, Vol. 2, PP. 828-829.

۴. به نقل از: مهدی هداوند، حقوق اداری تطبیقی، ج ۱، تهران: سمت، ۱۳۸۹، ص ۱۸۶؛ در متن مذکور، معادل «رعایت الزامات شایسته قانونی» برای ترجمه "Due Process of Law" به کار برده شده است.

و آزادی‌های شهروندان در برابر تصدی و خودسرانگی مقامات حکومتی است. اصل مورد بحث از جمله متضمن این قاعده است که تصمیم‌گیری‌های عمومی باید منصفانه باشد، و علاوه بر این، پیش از اتخاذ هر تصمیمی که به محرومیت فرد از حیات، آزادی و مالکیتش می‌انجامد، فرد ذی‌نفع، از موضوع و محتوای آن تصمیم مطلع شود. همچنین این اصل تضمین‌کننده این امر است که مقررات (به معنای عام) نباید غیرمعقول، دلبخواهانه و یا مبهم باشد.^۱

اصل رعایت تشریفات قانونی نیز همچون مفهوم حاکمیت قانون، متشکل از برداشت‌های شکلی و ماهوی است؛ برداشت شکلی از اصل مورد بحث، به شیوه و فرایندی مربوط است که حکومت باید به هنگام محرومیت یا محدود کردن اشخاص از برخورداری از حیات، آزادی و مالکیتشان طی کند، اما برداشت ماهوی، به‌طور کلی، به حمایت از حقوق و آزادی‌هایی می‌پردازد که در مفاد قانون اساسی تصریح شده یا تصریح نشده است. در این برداشت، عدم تضییع این حقوق و آزادی‌ها توسط نهادهای حکومتی، به‌ویژه قوه مقننه از طریق قانونگذاری، مورد توجه است.^۲

با توجه به مطالب پیش‌گفته، به‌نظر می‌رسد اصل رعایت تشریفات قانونی، حاوی قواعدی مشابه اصل عدالت طبیعی است؛ چرا که محور آن، اصول، قواعد و فرایندهای ضروری برای دادرسی عادلانه و اعمال اداری است. اما ازسوی دیگر، مهم‌ترین وجه تمایز دو اصل ذکر شده با یکدیگر نخست این است که عدالت طبیعی در سنت حقوقی کشور انگلستان شکل گرفته و بالیده است، درحالی‌که اصل رعایت تشریفات قانونی، در سنت حقوقی کشور ایالات متحده آمریکا تطور یافته است؛^۳ دوم اینکه عدالت طبیعی به‌طور خاص به حقوق متهم و فرایند دادرسی معطوف است، درحالی‌که آموزه رعایت تشریفات قانونی، مفهومی گسترده‌تر بوده و دربرگیرنده همه اعمال حکومتی است.

۱. همان، ص ۱۸۶.

۲. همان‌جا.

۳. هرچند این اصطلاح نیز در سنت حقوقی عرفی انگلستان نشئت گرفته و احتمالاً ظهور آن به دوره هنری اول (۱۱۰۰-۱۱۳۵) و هنری دوم (۱۱۵۴-۱۱۸۹) باز می‌گردد؛ ر.ک.: همان، ص ۱۱۸.

۲-۳-۳. حاکمیت قانون به مثابه یکی از اصول حاکم بر محدودیت حقوق و آزادی‌ها دیگر حلقه اتصال ایده حاکمیت قانون با ایده حقوق و آزادی‌ها، نقش ایده حاکمیت قانون در تضمین اعمال حقوق و آزادی‌ها، و محدودیت دولت در تحدید اعمال آنهاست. اینکه باید حقوقی را برای شهروندان به رسمیت بشناسیم، بدین معنی نیست که شهروندان در اعمال این حقوق بی‌قیدوبند بوده و با هیچ دلیل موجهی نمی‌توان مانع از اعمال برخی حق‌ها شد. همواره یکی از دغدغه‌های اصلی نظریه‌پردازان در زمینه حقوق بشر، یافتن راه‌حلی برای دشواری‌های موجود در زمینه اعمال حقوق بشر بوده است. بدین ترتیب که از طرفی شناسایی مجموعه‌ای از حق‌ها برای هر فرد، امری حیاتی و از لوازم احترام به کرامت ذاتی انسان‌ها برشمرده می‌شود و از این نظر، هرگونه محدودیت در برخورداری و اعمال حقوق، لطمه‌ای به آزادی و شخصیت انسانی او ارزیابی می‌شود. اما از سوی دیگر، به دلایلی اساسی، نمی‌توان قیدی برای اعمال حقوق و آزادی‌ها تعریف نکرد زیرا حق‌های برشمرده شده برای همگان، در مواقعی با یکدیگر تعارض دارند و اعمال یک حق ویژه، سبب نقض حق دیگری خواهد شد. همچنین، مقوله‌های کلی‌ای از قبیل منفعت عمومی یا مقتضیات حیات اجتماعی، ملاحظات هستند که در این زمینه قابل تأمل‌اند. از نظر دورکین، برخی از حقوق با عنوان «حقوق بنیادین» وجود دارند و آن‌چنان مهم‌اند که با توسل به دلایل موجهی چون «نفع عمومی»، نمی‌توان به سادگی آن‌ها را کنار نهاد. درواقع وی بهترین معنای «حقوق»^۱ را نگرش به آنها به مثابه «برگ‌های برنده»^۲ می‌داند که در برابر توجیهات مختلف سیاسی و اجتماعی در اولویت‌اند.^۳

اما این دفاع سرسختانه از برخی حق‌ها (مانند حق آزادی بیان) نیز مانع از این نمی‌شود که حکومت بتواند برای جلوگیری از وقوع یک فاجعه یا ضرورت حمایت از حقوق دیگر شهروندان، مانع از اعمال برخی حق‌ها شود.^۴ فینیس برخلاف دورکین می‌پذیرد که خیر عمومی و مقولات دیگری از این دست، به ناگزیر اجرای اکثر حقوق شخصی و سیاسی

1. Rights

۲. دورکین در مقاله‌ای تلاش می‌کند به نقد و بررسی علل موجهه نقض یا محدودیت حقوق و آزادی‌ها، خصوصاً توسل به نظریه «سودانگاری» (Utilitarianism) بپردازد. در این توجیه برای محدودیت حقوق و آزادی‌ها، برآورده شدن هدف تعداد بیشتری از مردم در صورت نقض برخی از حقوق، استدلال اصلی است؛ ر.ک.: رونالد، دورکین، «حق چون برگ برنده»، ترجمه محمد راسخ، نامه مفید، سال هشتم، شماره ۲۹، بهار ۱۳۸۱، ص ۵۳-۷۶.

۳. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک.: دورکین، پیشین، ص ۲۵۳-۲۲۸.

را محدود می‌سازند. از نظر فینیس، حکم «ممنوعیت انجام هر عملی که مستقیماً بر ضد یکی از ارزش‌های بنیادین حیات» محسوب شود، اصل محدودکننده حقوق بشر به‌شمار می‌آید. بنابراین نمی‌توان به‌وجود حقوق بشر مطلقى قائل بود که هیچ اصل و قاعده یا واقعیتی نتواند کنار گذاشتن یک یا چند مورد از آنها را توجیه کند.^۱

مطمئنناً میان برخی تصمیمات جمعی (تصمیمات مبتنی بر منافع جامعه) و آزادی‌های فردی تعارض وجود دارد و برخی از تصمیمات فردی، حوزه آزادی‌های فردی را محدود می‌کند، اما کارکرد هر آیین و رویه حقوقی این است که محدوده‌های تصمیم جمعی را معین کند، به همین ترتیب که مهم‌ترین وظیفه آموزه‌ها و قواعد دموکراتیک نیز معین کردن چارچوبی برای این محدوده‌ها و برقراری تعادل میان تصمیمات جمعی و آزادی‌های فردی است. گرچه در نهایت این اصل اساسی باید مورد توجه قرار گیرد که هیچ مرجع برتری برای تصمیم‌گیری در مورد «خیر فردی و جمعی ما» وجود ندارد، مگر آنکه ما به‌طور مشخص و در محدوده‌هایی تعریف شده، صلاحیت چنین تصمیم‌گیری را به این مرجع برتر واگذار کرده باشیم.^۲

بنابراین گرچه پیش‌بینی محدودیت‌هایی در اعمال حقوق و آزادی‌ها، به‌دلیل حفظ منافع عمومی امری موجه است، اما مسئله اصلی، حدود اختیارات دولت در اعمال این محدودیت‌هاست. درواقع، اگر برای تحدید آزادی‌ها توسط دولت حد و مرزی تعریف نشود، چه‌بسا محدودیت‌های غیرموجه و غیرضروری، اثری از آزادی به‌جای نگذارد؛ چرا که همواره دلایل بی‌شمار و متنوع، در جهت تحکیم سلطه بیشتر دولت بر شهروندان، از سوی دولت قابل ارائه است. دولت حتی قادر است با صورت‌بندی کلی و مبهم قوانین، قانون را به‌عنوان ابزاری برای تضییع حقوق و آزادی‌ها به خدمت گیرد. به‌عنوان نمونه، نویمان در بررسی خود از آرای «دیوان عالی ایالات متحده آمریکا»^۳ نشان می‌دهد که چگونه معیار «خطر بارز و

۱. ر.ک.: کلی، پیشین، ص ۶۱۷-۶۱۶.

۲. دیوید بیتام، دموکراسی و حقوق بشر، ترجمه محمدتقی دلفروز، تهران: طرح نو، ۱۳۸۳، ص ۱۵۲.

۳. آرای مورد بررسی «نویمان» عبارت‌اند از:

"Near v. Minnesota", 283 U.S. 697 (1931); "Board of Education v. Barnette", 319 U.S. 624 (1943); "Thomas v. Collins", 323 U.S. 516 (1945); "Dennis v. United States", 341 U.S. 494 (1951).

موجود» که به صورت قیدی در قوانین محدودکننده حقوق و آزادی‌ها مطرح بوده است، به معیار «خطر آشکار و محتمل» تغییر می‌یابد. با توسل به این معیار ظاهرالصلاح و همیشه قابل استفاده، حکومت قادر است در صورت اقتضای منافعش، حقوق شهروندی را نقض کند و بدین ترتیب، ویژگی قابل اعتماد و پیش‌بینی‌پذیری قدرت سیاسی جای خود را به ویژگی غیرقابل اعتماد بودن و پیش‌بینی‌ناپذیر بودن قدرت سیاسی بدهد.^۱ با در نظر داشتن معیار «خطر آشکار و محتمل»، حکومت قادر است هرگونه اعمال حقوق و آزادی‌ها را که ممکن است به نقد یا چالش کشیدن قدرت محسوب شود محدود کند.

همچنین نظریه حاکمیت قانون با تأکید بر ایده‌های برابری و بی‌طرفی، دکترین «تناسب»^۲ را پیشنهاد می‌کند. گرچه مفهوم تناسب مفهومی مربوط به ایده برابری است، اما توضیح مختصری از آن در بحث راجع به حقوق بشر به عنوان یکی از مبانی حاکمیت قانون مفید به نظر می‌رسد. امروزه به دلیل اهمیت تشریح اصول و قواعد حاکم بر محدودیت حقوق و آزادی‌ها، و به عبارت دیگر «محدودیت بر محدودیت» حقوق بنیادین، موضوع تناسب در مباحث حقوق بشری واجد اهمیت بیشتری شده است. تناسب بدین معنی است که کنار گذاشتن برخی از حقوق و آزادی‌ها به خاطر رفاه، سلامت یا منفعت عمومی باید متناسب با هدفی مشروع و قابل توجیه به وسیله دلایل موجهه و متقاعدکننده‌ای باشد. به نظر ان، این الزام که نقض یک حق بنیادین باید متناسب با یک هدف دولتی مشروع باشد، به گستردگی به عنوان تعبیری قابل قبول از «مشروطه‌خواهی دموکراتیک»^۳ پذیرفته شده است و بنابراین می‌تواند به عنوان بخشی از نظریه حاکمیت قانون مورد توجه قرار گیرد.^۴ اما با وجود این، نگرانی از سوءاستفاده دولت از این معیارهای غیرقابل سنجش و بی‌ضابطه در جهت تحدید حقوق و آزادی‌ها، به قوت خود باقی است.

با توجه به نکات مطرح شده، توجه به اصول و قواعدی در اعمال محدودیت برای حقوق و آزادی‌ها مورد توجه صاحب‌نظران قرار گرفته است. درواقع دغدغه اصلی، تعریف

۱. ر.ک.: نویمان، پیشین، ص ۹۴-۹۳.

2. Proportionality

3. Democratic Constitutionalism

4. See T. R. S. Allan, "Rule of Law", in Newman, P. (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 3, London: Macmillan, 1998, PP. 376-377.

اصول و ضوابطی عینی تر و مشخص تر برای اعمال محدودیت بر حقوق و آزادی‌هاست. این دغدغه‌ها با تلاش فراوان از سطح نظری و آکادمیک فراتر رفته است؛ به نحوی که در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی نیز منعکس شده است. به عنوان نمونه، «کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»^۱ سه قید را برای محدودیت دولت در تحدید حقوق و آزادی‌ها ذکر کرده است که عبارت‌اند از: هر محدودیتی باید به وسیله قانون مقرر شده باشد، محدودیت باید واجد هدفی مشروع باشد، و در آخر، محدودیت باید برای یک جامعه دموکراتیک ضروری باشد.^۲ قید «مقرر شده به وسیله قانون» خود مستلزم رعایت سه قید در محدودیت اعمال حقوق و آزادی‌ها توسط دولت است که عبارت‌اند از:

۱. محدودیت باید تا حدودی براساس حقوق داخلی وضع شود.
 ۲. قانون باید به قدر کافی قابل دسترس باشد؛ بدین معنی قانون باید انتشار عمومی یافته و همگان از آن مطلع باشند.
 ۳. قانون باید به نحوی شفاف و قابل فهم صورت‌بندی شده باشد؛ آن چنان که به قدر کافی قابلیت پیش‌بینی را برای شهروندان فراهم سازد.^۳
- قید دوم و سوم، دقیقاً مطابق با آموزه‌های حاکمیت قانون است. ویژگی قابل دسترس بودن قانون، بر اطلاع همه شهروندان از قانون موجود تأکید می‌کند که خود ناشی از انتشار قوانین برای عموم است. انتشار قوانین، چنان که گفتیم، یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های قانون است که در ایده حاکمیت قانون بر آن تأکید شده است. از سوی دیگر قید پیش‌بینی‌پذیر بودن شرایط با توجه به قانون منتشر شده، بیان دیگری از اصل «قطعیت حقوقی» و تضمین تحقق یافتن پیش‌بینی‌هایی است که شهروندان براساس قانون با اتکال به آن پیش‌بینی‌ها، به برنامه‌ریزی برای آینده و عمل مطابق آن اقدام می‌کنند.

1. "European Convention for the Human Rights and Fundamental Freedoms"

2. Available at: <http://www.pfc.org.uk/legal/echrttext.htm>.

3. See R. Clayton, and H. Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2000, P. 322;

برای دیدن توضیحی مفصل‌تر راجع به این موضوع ر.ک.: احمد مرکزالمیری، «محدودیت‌های اعمال حقوق بشر در حقوق داخلی و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال هفتم، شماره چهارم، زمستان ۱۳۸۳، ص ۷۴۷-۷۷۳.

نکته‌ای که اشاره بدان در پایان بحث ارتباط حاکمیت قانون و حقوق بشر خالی از فایده نیست، نحوه انعکاس آموزه حاکمیت قانون در «اعلامیه جهانی حقوق بشر» و همچنین طرح دیدگاهی مبتنی بر تدوین سندی بین‌المللی و عام‌الشمول برای ارتقا و شناسایی هرچه بیشتر آموزه حاکمیت قانون در سطح بین‌المللی است. در بخشی از مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر مقرر شده «... از آنجا که ضروری است که از حقوق بشر با حاکمیت قانون حمایت شود تا انسان به‌عنوان آخرین چاره به طغیان بر ضد بیداد و ستم مجبور نگردد ... مجمع عمومی این اعلامیه جهانی حقوق بشر را آرمان مشترک تمام مردمان و ملت‌ها اعلام می‌کند ...»^۱ بدین ترتیب در این اعلامیه، حاکمیت قانون به‌عنوان تضمینی برای اعمال حقوق محسوب شده و مورد شناسایی قرار گرفته است. براساس همین برداشت موسع از حاکمیت قانون است که مدتی پس از تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر، «کمیته بین‌المللی حقوقدانان» نیز در کنگره سال ۱۹۵۵، حاکمیت قانون را به‌عنوان آموزه‌ای تعریف کرده است که ریشه در حقوق فردی دارد. در این اعلامیه به ارتباط حقوق و آزادی‌هایی از قبیل آزادی بیان، مطبوعات، عبادت، مجامع و انجمن‌ها، حق بر انتخابات آزاد و منصفانه و غیره با حاکمیت قانون تأکید شده است.^۲ همچنین در سال ۱۹۵۹، «کمیسیون بین‌المللی حقوقدانان» متشکل از حقوقدانان ۵۳ کشور در دهلی‌نو گرد هم آمدند و اعلامیه‌ای مبنی بر ضرورت شناسایی حاکمیت قانون در سطح بین‌المللی صادر کردند. در این اعلامیه تصریح شد حاکمیت قانون مفهومی پویاست که باید برای تضمین و توسعه حقوق سیاسی و مدنی فردی در یک جامعه آزاد به کار گرفته شود.^۳

1. Universal Declaration of Human Rights, Adopted 10 December 1948, G. A. Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, 71 (1948);

به نقل از: گلن جانسون، اعلامیه جهانی حقوق بشر و تاریخچه‌ی آن، ترجمه محمدجعفر پوینده، تهران: نی، ۱۳۷۷، ص ۹۰-۸۹.

2. See H.B. Tolly, *The International Commission of Jurists: Global Advocates for Human Rights*, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994); Quoted in: A. C. Bouloukos, and B. Dakin, "Toward a Universal Declaration of the Rule of Law: Implication for Criminal Justice and Sustainable Development", *International Journal of Comparative Sociology*, 2001, Available at: <http://www.questia.com>.

3. Wade and Bradley, op. cit., PP. 107-108.

با توجه به ارتباط وثیق میان حاکمیت قانون و حقوق بشر، حتی پیشنهادی مبنی بر تدوین اعلامیه‌ای شبیه اعلامیه حقوق بشر به منظور تدوین اصولی عام‌الشمول و بین‌المللی برای رعایت اصول حاکمیت قانون مطرح شده است. در ایده تدوین «اعلامیه جهانی حاکمیت قانون» پیشنهاد شده است سازوکارهایی همانند سازوکارهای موجود در زمینه اصول حقوق بشر در سازمان ملل متحد برای اجرایی شدن اصول حاکمیت قانون و تضمین رعایت آن توسط کشورهای عضو ملل متحد در نظر گرفته شود. مبنای چنین ایده‌ای، چنین بیان شده است که تجربه بشری در نیم قرن گذشته بیانگر این واقعیت است که تدوین چنین اعلامیه‌ای می‌تواند به عنوان گامی مثبت در زمینه تشویق دولت‌ها در جهت رعایت هرچه بیشتر اصول حاکمیت قانون مورد توجه قرار گیرد.^۱

۴-۳. برابری

یکی از مبانی حاکمیت قانون، اصل برابری است. دو برداشت شکلی و ماهوی از برابری وجود دارد؛ برداشت شکلی از برابری، بر تساوی همگان در مقابل قانون تأکید می‌کند، اما برابری ماهوی از صرف توجه به برابری شکلی در مقابل قانون فراتر رفته و به محتوای برابری و طبعاً محتوای قانون توجه دارد. در ادامه این نوشتار به‌طور جداگانه هریک از برداشتهای مطرح شده از برابری را بررسی خواهیم کرد.^۲

1. See Bouloukos and Dauin, op. cit., Page 19 of 24.

۲. از زاویه‌ای جامعه‌شناسانه، کلمن (Coleman) به شرح چهار نوع برابری سیاسی پرداخته که اشاره بدان‌ها مفید به نظر می‌رسد. به نظر وی برابری سیاسی شامل چهار نوع برابری توزیعی، قانونی، فرصتی و مشارکتی است. برابری توزیعی ناظر به برابری در برخورداری از حقوق شهروندی و مطالبات شهروندان مبنی بر برخورد و رفتار برابر حکومت با آنهاست. برابری قانونی به معنای یکسان بودن شهروندان در مقابل قانون است (موضوع مورد بحث این نوشتار). در برابری فرصتی، شایسته‌سالاری و سپردن پست‌های اداری و سیاسی براساس شایستگی و توانمندی افراد مورد تأکید قرار می‌گیرد، و آخرین نوع برابری سیاسی، برابر مشارکتی است که بر مبنای آن به تأیید رأی شهروندان در تصمیمات حکومتی و حتی سیاستگذاری و همچنین انعکاس مطالبات مردمی در قالب مشارکت سیاسی از طریق شرکت در فعالیت‌های حزبی و انتخاباتی توجه می‌شود. برای دیدن توضیحات بیشتر ر.ک.: حمیدرضا عریضی و حسین گل‌پرور، «رابطه بین رویکردهای عدالت اجتماعی با مؤلفه‌های برابری سیاسی»، فصلنامه رفاه اجتماعی، سال چهارم، شماره ۱۶، بهار ۱۳۸۴، ص ۱۶۲-۱۶۰.

۱-۴-۳. برابری شکلی (برابری در مقابل قانون)

چنان‌که در قسمت‌های پیشین گفتیم، یکی از مؤلفه‌های اصلی حاکمیت قانون، برابری در مقابل قانون است. برابری در مقابل قانون برداشتی شکلی از برابری است. در برداشت شکلی از برابری یا اصل برابری شکلی، به برابری همگان در مقابل قانون و ناسازگاری پیش‌بینی استثنائات، معافیت‌ها و امتیازات موردی یا اعطای مخفیانه مصونیت‌هایی خاص به برخی از افراد و گروه‌ها تأکید می‌شود. قانون باید بدون هیچ جانب‌داری و غرض‌ورزی نسبت به همگان اعمال شود و هرگونه تخطی از این اصل به نقض عدالت می‌انجامد.^۱ به بیان دیگر، می‌توان ایده برابری در مقابل قانون را نمادی از ارزش برابری در نظریه حاکمیت قانون دانست. در تألیفات شارحین اولیه نظریه حاکمیت قانون، به‌ویژه دایسی، نیز تأکید بر اصل برابری در مقابل قانون به‌عنوان یکی از اصول بنیادین حاکمیت قانون قابل مشاهده است.^۲

از دید صاحب‌نظرانی چون فولر، ویژگی‌های برشمرده شده برای قانون، معیاری برای «عادلانه بودن قوانین» به‌شمار می‌رود.^۳ بدین ترتیب که هدف نهایی از برشمردن ویژگی‌هایی چون عام بودن، معطوف به آینده و منتشر شدن، اعمال برابر آن بر همگان در شرایط یکسان و تحقق عدالت است. همچنان‌که الن نیز معتقد است، انتظار تبعیت همگان از قانونی که موجب تثبیت اشکال ناموجه تبعیض‌آمیز می‌شود، ایده حاکمیت قانون را به ایده‌ای پوچ و بی‌معنا بدل می‌سازد؛ چنان‌که می‌نویسد:

برابری در مقابل قانون، ایده‌ای است که به‌نحو قابل قبولی به‌عنوان یک جنبه از «شهروندی برابر»^۴ مورد دفاع قرار گرفته است. اگر هدف از تبعیت از حاکمیت قانون، دفاع از شهروندان در مقابل خودسری است، این هدف به‌وسیله قوانینی که برعلیه اشخاص و گروه‌های خاص، با تحمیل ناعادلانه تکالیف و محدودیت‌های

1. See Allan, op. cit., P. 375.

۲. برای مطالعه راجع به نظرات دایسی در ارتباط با اصل برابری در مقابل قانون ر.ک.:

Dicey, op. cit., PP. 198-201; Philips and Jackson, op. cit., P. 36; Alder, op. cit., P. 97.

۳. ر.ک: کلی، پیشین، ص ۹۷.

4. "Equal Citizenship"

خاص، و تمایز قائل شدن بین آنان و دیگر افراد، تضعیف می‌شود. نکته اصلی و گوهری برابری شکلی، به‌عنوان یک ویژگی برای شهروندی برابر، کاملاً به‌وسیله قوانین ناعادلانه تضعیف می‌شود. تبعیت همگان از حکومت قانونی، که اشکال تبعیض‌آمیز ناموجهی را تثبیت می‌کند، موجب به‌سخره گرفته شدن حاکمیت قانون می‌شود؛ بنابراین می‌توان بر این نظر پای فشرد که با فهمی مناسب و صحیح، برابری در مقابل قانون، مستلزم دفاع از «قوانین برابر»^۱ است.^۲

تأکید اصلی طرفداران نظریه برابری شکلی، همچون قائلین به برداشت شکلی از حاکمیت قانون، بر ویژگی عام بودن قانون است. چرا که ویژگی عام بودن قانون مهم‌ترین تضمین رعایت و ملاحظه اصل برابری در نظریه حاکمیت قانون است. چنان‌که گفتیم، هایک، بانفوذترین متفکری است که این ویژگی قانون را مهم‌ترین مؤلفه تحقق عدالت می‌داند؛ به‌نظر او: «... آزمون عدالت یک قاعده را معمولاً (از زمان کانت) «تعمیم‌پذیری» آن می‌دانند، یعنی امکان اینکه آرزو کنیم که آن قواعد در همه موارد مرتبط با وضعیت و شرایط بیان شده در آن به اجرا گذاشته شوند...»^۳.

طرفداران این برداشت، اعمال برابر قوانین به‌نحو یکسان در موارد مشابه را ایده بنیادین در اصل برابری فرض کرده و این رویه شکلی را تضمین‌کننده تحقق ایده برابری و عدالت می‌دانند. به‌بیان دیگر، در ایده برابری شکلی، پایبندی و تعهد به برابری در مقابل قانون، و عدم غرض‌ورزی یا مداخله حکومت برای تغییر محتوای این ایده، مهم‌ترین عامل دستیابی برابری دانسته می‌شود.

ازنظر دورکین، تحقق برابری به‌طور کلی به بی‌طرفی حکومت و عدم دخالت دولت در انتخاب روش و هدف زندگی شهروندان بستگی دارد. از نظر او مهم‌ترین الزام حکومت مدرن، اتخاذ موضعی بی‌طرفانه نسبت به «موضوع زندگی خوب» است. از نظر وی، حکومتی را می‌توان پایبند به اصولی چون آزادی و برابری، و همچنین مدافع خودمختاری و حقوق

1. "Equal Laws"

2. Allan, op. cit., P. 375.

۳. به نقل از: جان گری، فلسفه سیاسی آیزایا برلین، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹، ص ۹۷.

بنیادین دانست که بدون آنکه مزاحمتی در حوزه خصوصی تصمیم‌گیری راجع به اهداف و روش زندگی فردی ایجاد کند، با اهداف و روش‌های اتخاذ شده به‌وسیله افراد به‌نحو بی‌طرفانه برخورد کند و از ترجیح یا تخطئه هریک از آنها نسبت به یکدیگر خودداری ورزد. به عقیده او:

از آنجاکه شهروندان یک جامعه از برداشتهای متنوعی از زندگی خوب برخوردارند، اگر حکومت یکی از آن برداشتها را بر برداشت دیگر ترجیح دهد، حال به‌دلیل عقیده به برتر بودن ذاتی شخص، یا به‌دلیل اینکه فردی توسط اشخاص یا گروه‌های قدرتمند متعددی حمایت می‌شود، حکومت با آنها به‌طور برابر برخورد نکرده است.^۱

اگر حکومتی به اصل پیش‌گفته بی‌اعتنا باشد، یقیناً برای نیل به اهداف از پیش تعریف شده حکومتی و موقت، به‌گونه‌ای نامنصفانه با شهروندان برخورد می‌کند. در چنین نظامی، ایده‌هایی مبتنی بر منابع متنوع (از جمله منابع ایدئولوژیک) به‌عنوان ایدئالی یگانه و بی‌همتا تعریف شده است و سیاست‌گذاری‌ها و رویه‌ها به آن سمت و سو سوق داده می‌شود. در این وضعیت، از صدر تا ذیل قوانین و مقررات، و همچنین نحوه اعمال و اجرای آنها به‌گونه‌ای طراحی می‌شود که عزیمت به‌سوی آن هدف «برتر» و «مرجع» را میسر سازد. اینجاست که ویژگی‌های شکلی قانون و از همه مهم‌تر عام بودن قانون، زایل می‌شود. بدین ترتیب که در چنین وضعیتی قطعاً حکومت باید از برخی انتخاب‌ها و ترجیحات افراد استقبال کند و طبعاً شأن و منزلت آن افراد یا گروه‌هایی را که به ایده‌ها یا اهداف مرجع حکومت احترام گذاشته‌اند را بر دیگران برتری بخشد. همچنین امتیازات و مزایای خاصی را برای آنان در نظر گیرد و آنان را از اعمال برخی مقررات و قوانین مصون و مستثنا نماید. در چنین وضعیتی، ایده حاکمیت قانون به ایده حاکمیت شخص یا اشخاص تبدیل می‌شود.

با توجه به دغدغه‌های توضیح داده شده است که هایک، «صورت قاعده حقوقی

1. Dworkin, op. cit., P. 191.

مناسب» با «جامعه باز» یا دموکراتیک را صورتی «قانون‌سالارانه»^۱ و نه «غایت‌سالارانه»^۲ ارزیابی می‌کند.^۳ بدین معنی که قانون نباید ایده‌ای از پیش تعریف شده - که چه بسا با ایده برخی شهروندان ناسازگار یا ناهمخوان باشد - را مبنای صورت‌بندی قوانین در نظر گیرد، بلکه مهم‌ترین دغدغه قانونگذار باید صورت‌بندی قواعدی عام و فراهم آوردن زمینه‌ای برای رفتار بی‌طرفانه و منصفانه با همگان باشد. در این معنا، قوانین باید نسبت به انتخاب شهروندان بی‌طرف باشند.

نکته ظریفی که توجه بدان در فهم برابری شکلی لازم است، توجه به این مهم است که برابری شکلی (برابری در مقابل قانون)، چنان‌که گفتیم، بیشتر ناظر بر ویژگی یا جنبه عام بودن قوانین است و این ویژگی الزاماً به برابری همگان و تحقق عدالت در توزیع یا دسترسی به منابع و فرصت‌ها نمی‌انجامد. به نظر هایک، برابری شکلی تضمین‌کننده توزیع منابع و فرصت‌ها براساس قواعد حاکم بر بازار آزاد و آزادی‌های سیاسی - مدنی و اقتصادی است. بدین ترتیب، اگر از این کارکرد حداقلی برای اصل برابری فراتر رویم، دیگر نه از برابری شکلی، بلکه از برابری ماهوی سخن می‌گوییم که ایده‌ای حداکثری است. در نظامی سیاسی و اقتصادی با این ویژگی‌هاست که برابری شکلی تحقق می‌یابد. به عبارت بهتر، آنچه جزء بنیادین عدالت شکلی شمرده می‌شود، عام بودن قوانین است که به احتمال زیاد، و البته نه لزوماً، به برابری میان شهروندان منجر می‌شود.

این نوع برابری با آنکه در معرض نقدهای بسیاری قرار گرفته، اما واجد اهمیت فراوان است. ویژگی اساسی این برداشت از برابری آن است که گستره آن محدود است؛ چرا که در وهله نخست، معطوف به الزام^۴ و اجرای^۵ قانون می‌شود، نه محتوای قانون. تا وقتی قوانین به‌نحو برابر، «یعنی بدون تبعیض غیرمعقول»، اجرا شوند، برابری شکلی رعایت خواهد

1. Nomocratic

2. Teleocratic

۳. ر.ک.: گری، پیشین، ص ۱۰۰؛ البته گری تصریح می‌کند که اصطلاح «غایت‌سالارانه» وام گرفته شده از «وکشات» است؛ مشخصات منبع اصلی گری به شرح زیر است:

L. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, London: Penguin Books, 1977, PP. 83-102.

4. Enforcement

5. Application

شد، اما چنان که گفته شد، این نوع برابری منع کننده «قوانین نابرابر»^۱ نیست. مهم‌ترین دلیل این وضعیت آن است که برابری در این برداشت از حاکمیت قانون، نقشی «بزاری» ایفا می‌کند. درواقع اصل برابری در اینجا نقشه پشتیبانی از ارزش اساسی «قطعیت»، و به بیان فنی «قطعیت حقوقی» را برعهده دارد. چنان که به‌عنوان نمونه بسیاری از طرفداران اندیشه دایسی درخصوص حاکمیت قانون، اصل قطعیت را بر اصل برابری مرجع و اساسی‌تر می‌دانند.^۲

باید بر این نکته تأکید کرد که در ایده برابری، یا شهروندی برابر، می‌توان برخی از انواع طبقه‌بندی‌ها یا تمایزات را تقریباً همیشه و در همه موارد نامشروع دانست، از جمله تمایزات و تبعیضات بر مبنای نژاد و مذهب. اصل برابری به‌وسیله تصویب قوانین یا اتخاذ تصمیماتی که منتج به پیش‌داوری و جانب‌داری شود، نقض می‌شود. البته نمی‌توان مواردی که تبعیض بر مبنایی مشخص و موجه صورت می‌گیرد را نادیده گرفت. در این گونه موارد، دلایل موجهی وجود دارد که بر مبنای آنها، قانون یا تصمیم فاقد ویژگی عام بودن، موجه ارزیابی می‌شود.^۳ درواقع، مصلحت‌اندیشی‌های سیاسی و حقوقی، استثنائاتی را بر این اصول وارد می‌کند. برای نمونه، مقامات سیاسی خارجی، دیپلمات‌ها و همچنین کارمندان سفارتخانه‌ها و خانواده‌هایشان در شرایطی خاص از تعقیب کیفری مصون‌اند. اعضای پارلمان و قضات نیز از مصونیت‌هایی برخوردارند که از دلایل موجهه این مصونیت، نوع و اقتضای مسئولیت آنها و پیش‌بینی تضمین‌ها و سازوکارهایی است که به آنها در انجام وظایفشان یاری می‌رساند. از جمله این مصونیت‌ها می‌توان به مصونیت نمایندگان پارلمان از تعقیب به‌واسطه اظهاراتشان درخصوص ایفای وظایف نمایندگی در پارلمان اشاره کرد. گرچه این استثنائات و مصونیت‌ها به‌طور محدود و با شرایطی سخت‌گیرانه قابل

1. Unequal Laws

۲. جفری جول، «حاکمیت قانون در جهان امروز»، ترجمه مسلم آقایی طوق، حقوق اساسی، سال ششم، تابستان ۱۳۸۸، شماره ۱۱، ص ۴۳۳-۴۳۲.

۳. برای نمونه می‌توان به یکی از آرای دیوان عالی ایالات متحده اشاره کرد که بر مبنای آن، دستور محدودیت آمریکایی‌های ژاپنی‌الصل از انتصاب در منطقه «وست کاست» پس از بمباران «پرل هاربر»، با توجه به ضرورت‌های نظامی موجه ارزیابی شده و بنابراین بیانگر خصومت نژادی دانسته نشده است. این رأی در این دعوی صادر شده است: "Korematsu v. United State", 323 US 214 (1944); Quoted in Allan, op. cit., P. 376.

اعمال‌اند، اما به‌واسطه ایفای نقش مؤثر در کمک به قانونگذاران و قضات در انجام وظایف و اختیاراتشان، دارای اهمیتی قابل توجه در تقویت حاکمیت قانون شمرده می‌شوند.^۱

۲-۴-۳. برابری ماهوی

گرچه از دیدگاه برابری ماهوی نیز مهم‌ترین عنصر برقراری برابری، اعمال فراگیر قوانین عام بر همگان و به‌نحو برابر است، اما در این دیدگاه، جرح و تعدیل قوانین عام به‌منظور برآوردن مطالبات خاص برخی افراد ضروری دانسته می‌شود. بدین معنی که محرومیت برخی از افراد جامعه از دسترسی به امکانات لازم برای یک زندگی با کرامت، سبب می‌شود که ایده عام بودن به نفع دستیابی آنان به برخی از امکانات محدود شود. بنابراین، گرچه عام بودن قانون مستلزم اعمال قوانین یکسان بر همگان است، اما در برابری ماهوی برای تأمین هدف گفته شده، برخی افراد یا طبقات از تکلیف تبعیت از برخی قوانین مستثنا می‌شوند و همچنین برخی قواعد فقط به نفع و برای عده خاصی از افراد جامعه وضع می‌شود.

نظریه‌پردازان طرفدار برابری ماهوی، ایده برابری را در قالب نظریه‌های کلان عدالت تفسیر می‌کنند. به‌این ترتیب که تفسیر آنان از اصول و ویژگی‌های عدالت، مبنای نظر آنان را راجع به برابری تشکیل می‌دهد. درواقع هرچه یک نظریه عدالت به نظریه‌های عدالت توزیعی یا اجتماعی متمایل باشد، به همان میزان از ایده برابری شکلی فاصله گرفته است و تحقق برابری را منوط به نقض ایده عام بودن قانون و اعمال نابرابر قوانین به نفع افراد یا گروه‌های محروم می‌داند. به بیان بهتر، در ایده برابری ماهوی، اهداف و آرمان‌هایی در نظر گرفته می‌شود که دولت باید با تصویب قوانینی هرچند فاقد ویژگی عام بودن، و همچنین با اعمال آنها به‌نحو نابرابر، به سمت تحقق آن اهداف حرکت کند. چنان‌که الن توضیح می‌دهد:

قوه مقننه (و همچنین در برخی از مواقع قوه مجریه) باید برای تحمیل تکالیف ویژه بر گروه‌ها یا طبقات خاص یا اعطای منافع ویژه به آنها آزاد باشند. با وجود این، اصل برابری مستلزم این است که طبقه‌بندی تقنینی و اجرایی به‌نحو

1. See M. Allen, and B. Thompson (eds.), *Cases and Material, Constitutional and Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, 1998, PP. 213-214.

معقولی به اهداف عمومی مرتبط باشد. این امر تنها در صورتی تحقق می‌یابد که اهداف قانون مشروع باشد، بدین معنا که اهداف قانون باید در خدمت تعبیری قابل قبول از منفعت عمومی و مطابق با دیدگاه قانون اساسی مورد ملاحظه قرار گیرد، و چه بسا به نحوی موجه میان افراد قائل به تبعیض شود و این تمایزات باید به اندازه کافی به آن اهداف مرتبط باشد.^۱

چنین دیدگاهی درباره برابری، ویژگی‌ها و اهدافی را علاوه بر ویژگی‌ها و اهداف مورد نظر طرفداران برداشت شکلی برابری از قانون تعریف می‌کند. از این دیدگاه، صرف برابری شکلی، تضمین‌کننده رفتار عادلانه با همگان محسوب نمی‌شود و تا قانون افراد را به طبقه‌های مشخصی تقسیم نکند و مقتضیات خاص اجتماعی را مدنظر قرار ندهد، نمی‌توان به تحقق برابری «واقعی» و تحقق عدالت امید داشت. در اندیشه برابری ماهوی، مفهوم «خیر عمومی» از نقش محوری برخوردار است و این قاعده که شهروندی برابر، متضمن احترام به حقوق بنیادین و منافع مشروع همگان است، قاعده‌ای شمرده می‌شود که تنها به وسیله قانون تأمین‌کننده خیر عمومی قابل اجراست. یکی از مهم‌ترین کارکردهای حاکمیت قانون در این دیدگاه راجع به برابری، اعمال قوانینی است که به نحوی موجه و مشروع میان طبقات متنوع، تمایز قائل شود و قواعد حمایتی مؤثری را برای تحقق ایده برابری، قابل اجرا سازد.^۲

همچنین حاکمیت قانون در این دیدگاه قیودی بنیادین بر اختیارات حکومتی وضع می‌کند که مهم‌ترین هدف از این قیود، امکان تبعیض میان افراد در جهت مقاصد عمومی است، قیودی همچون محدودیت در فراهم آوردن زمینه‌ای برای توزیع برابر ثروت (کالا و خدمات) بین همگان بر مبنای استعدادها و توانایی‌هایشان. این قیود منجر به در نظر گرفتن تکالیفی برای دولت، از قبیل تدارک خدمات بیمه‌ای و تأمین اجتماعی برای شهروندان می‌شود.

روبرتو آنگر یکی از نظریه‌پردازانی است که برداشت شکلی از حاکمیت قانون و همچنین

1. Allan, op. cit., P. 375.

2. See Ibid., P. 376.

ایده برابری شکلی را به چالش می‌گیرد. از دیدگاهی کلی، آنگر جزء آن دسته از منتقدین چپ محسوب می‌شود که معتقدند لیبرالیسم به‌جای آنکه به آزادی و برابری وعده داده شده در آموزه‌هایش بیانجامد، به آشکال متفاوتی از سلطه‌گری و نابرابری منجر شده است. به‌نظر این منتقدین، لیبرالیسم به نابرابری بر مبنای توزیع نابرابر ثروت دامن زده و در نهایت گرچه از سلطه حکومت بر فرد کاسته است، اما سلطه بر حوزه خصوصی^۱ را با عواملی همچون کنترل وضعیت استخدام و عمل بر مبنای پیش‌داوری‌های نژادی، جنسیتی و مذهبی تشدید کرده است. سلطه بر حوزه خصوصی و توزیع نابرابر ثروت، دو پدیده‌ای هستند که متقابلاً یکدیگر را تقویت می‌کنند. بدین معنی که افراد بهره‌مند از استعداد و ثروت بیشتر از توانایی و فرصت بیشتری نیز برای تسلط بر دیگران برخوردارند. بدین ترتیب لیبرالیسم به افراد ثروتمند و با استعداد، فرصت تسلط بر دیگران را اعطا کرده و به‌جای آنکه در خدمت برابری قرار گیرد، به یکی از مهم‌ترین عوامل نقض اصل برابری تبدیل شده است.^۲

برخلاف دیدگاه نظریه‌پردازان لیبرالیسم کلاسیک، مکتب «مطالعات انتقادی حقوقی»، که به‌وسیله نظریات آنگر پایه‌گذاری شده است، یکی از ارزش‌های محوری را «جامعه» می‌داند که به معنی تأکید بر «عنصر اجتماعی» یا «نوع‌دوستانه» در تحلیل‌های حقوقی و سیاسی است. در این مکتب، ارزش آزادی فردی که همواره یگانه ارزش مورد توجه در نظریه‌پردازی‌های حقوقی - سیاسی لیبرال بوده است، به رده پایین‌تری نزول می‌کند و «جامعه» عنصر اصلی و محوری تلقی می‌شود.^۳ بدین ترتیب، اندیشیدن تمهیداتی برای توجه به کلیت جامعه و برآوردن نیازهای اساسی این هویت جمعی، مستلزم بازنگری در اصول، از جمله اصل عام بودن قوانین و اعمال برابر آن بر همگان است که خود بخشی از اصل کلی‌تر حاکمیت قانون را تشکیل می‌دهند. اگر بخواهیم همچنان به این اصل وفادار بمانیم و قوانین عامی را بر همگان به‌نحو برابر قابل اجرا بدانیم، به دلایل متعددی، گروه‌هایی از اقشار جامعه از برخورداری حداقل امکانات رفاهی محروم خواهد ماند. بنابراین

1. Private Domination

2. See R. Unger, *Knowledge and Politics*, New York: Free Press, 1975, P. 291; Quoted in Tamanaha, op. cit., PP. 65-66.

۳. ر.ک.: کلی، پیشین، ص ۶۲۷-۶۲۶.

سیاست حمایتی که لازمه رفع تبعیضات و نابرابری‌های به‌وجود آمده از پیچیدگی‌ها و تعارضات دنیای مدرن است، گرچه ناقض یکی از اصول اولیه حاکمیت قانون (عام بودن قوانین) است، اما یگانه راه‌حل حرکت در جهت تحقق ایده برابری است.

به‌نظر می‌رسد آنگر از یک‌سو با نظریه‌پردازان برابری شکلی مانند هایک همدلی دارد، و از سوی دیگر با اتخاذ دیدگاهی واقع‌گرایانه، و از نگاهی آسیب‌شناسانه راجع به برابری شکلی و «عدالت ماهوی» و همچنین تغییر بنیادین نقش حقوق^۱ و جایگاه قضات، به نقد و بررسی وضع موجود در پرتو واقعیات اجتماعی و سیاسی می‌پردازد. گرچه او نیز مانند هایک معتقد است ویژگی عام بودن و به‌طور کلی حاکمیت قانون، «روح دولت مدرن» است،^۲ اما بر این باور است که ظهور و ضرورت دولت رفاه اجتماعی، موجب دو تغییر بنیادین در حقوق شده است؛ نخست اینکه قضات به‌نحو رو به افزایشی در پی اعمال معیارهای مبهم و قابل تفسیری نظیر انصاف، حسن‌نیت و معقولانه بودن برآمده‌اند. اعمال این معیارهای کلی و مبهم قضات را مجبور می‌کند تا با توسل به این معیارها و همچنین استناد به مفاد مبهم قوانین، احکامی صادر کنند که به متوازن و متعادل کردن منابع و منافع (بازتوزیع منابع و اجرای سیاست‌های حمایتی) کمک کند؛ در حالی که چه‌بسا این رویه با اعمال برابر قوانین عام مغایرت داشته باشد.^۳

دومین تغییر اساسی در حقوق که با ظهور دولت رفاه به‌وقوع پیوسته است، رواج ارائه استدلال‌های جهت‌دار از سوی قضات، علاوه بر مقامات اداری است. بدین معنی که قضات همواره در تصمیمات خویش برای دستیابی به مجموعه‌ای از «مهم‌ترین اهداف سیاسی» تلاش می‌کنند و این رویکرد، آنان را در میان طیف وسیعی از هدف‌ها سردرگم می‌سازد. به‌بیان دیگر، عواملی همچون تفسیر قانون به‌منظور انتخاب ابزاری مؤثر برای دستیابی به هدف ترسیم شده (به‌دلیل نگرش‌های مختلف قضات در انتخاب هدف)، وجود اوضاع و احوال متفاوت، و همچنین درک و فهم ابزارهای قابل دسترس برای اتخاذ تصمیمات معطوف به اهداف متفاوت، ایده عام بودن قانون و برابری همگان در مقابل

1. Law

2. Ibid.

3. Ibid., P. 197.

قانون را مخدوش کرده است. نتیجه این بی‌ثباتی در سیاست‌ها و رویه‌ها، سیال بودن و تغییرپذیری بسیاری از مفاهیمی خواهد بود که اصل حاکمیت قانون همواره بر تغییرناپذیر بودن آنان تأکید دارد.^۱ چرا که در این وضعیت، توجه قضات از تفسیر وفادار به متن، به تفسیر بر مبنای اهداف، روح قانون، و مقاصد قانونگذار تغییر جهت داده است.

چنان‌که از عبارت‌های گفته شده پیداست، به نظر می‌رسد آنگر بر این باور است که برابری شکلی، یا برابری در مقابل قانون، ایده‌ای تحقق‌ناپذیر یا خیال‌پردازانه است، گرچه ایده‌ای مطلوب و ارزشمند محسوب شود. واقعیات و اقتضات دنیای امروز ما را مجبور به دست برداشتن از اصول و آموزه‌هایی می‌سازد که جزء بنیادی‌ترین مؤلفه‌های حاکمیت قانون به‌شمار می‌رود. چنان‌که خود می‌نویسد:

مطالبه عدالت ماهوی حتی در مقیاسی گسترده‌تر، ویژگی عام بودن قانون را زایل می‌سازد. وقتی طیفی از برابری‌های غیرمجاز در وضعیت‌های اجتماعی گسترش یابد، نیاز به رفتار «تبعیضی»^۲ و موردی به همان مقیاس رشد می‌کند. صرف‌نظر از اینکه عدالت ماهوی چگونه تعریف شود، تنها با رفتار متفاوت در وضعیت‌های متفاوت است که می‌توان به عدالت ماهوی دست یافت.^۳

بدین ترتیب، طرفداران برداشت ماهوی از برابری، بیش از آنکه دغدغه حفاظت از اصولی همچون اصل حاکمیت قانون را داشته باشند، دل‌نگران نابرابری‌های موجود در جامعه و محرومیت بخش قابل توجه مردم از امکانات لازم برای یک زندگی مطلوب‌اند. تا آنجا که یکی از شیوه‌های درمان این دردها را برخورد و رفتار متفاوت دولت در وضعیت‌های متفاوت می‌دانند. در نقطه مقابل این طرز تفکر، نظریه‌پردازانی چون هایک معتقدند این اندیشه برای رفع محرومیت و برقراری برابری، چه‌بسا منجر به شری عظیم شود و آن شر چیزی نیست جز نقض حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندی.

1. See Ibid., P. 198.

2. Individualized

3. Ibid., P. 198.

هایک معتقد است طرفداری از برقراری عدالت ماهوی با استفاده از مفاهیم یا ابزارهایی همچون عدالت توزیعی یا عدالت اجتماعی، در نهایت به اقتدارگرایی، یعنی حکومت بر مبنای شاخص‌ها و معیارهایی کلی، ایدئولوژیک و دلبخواهانه می‌انجامد. بدین ترتیب که عدالت توزیعی، در وهله اول، مستلزم تعیین مرجعی برای تشخیص افراد و میزان منابع مورد نیاز برای تخصیص به آن افراد است. این مرجع کسی نیست غیر از حکومت، یا به عبارت دقیق‌تر، مقامات حکومتی. بدیهی است که این مقامات قرار نیست بدون توصیه یا «امر» به اینکه مردم چه کنند یا چه «باید» بکنند، منابع موجود را به آنان تخصیص دهند. نکته مهم این است که این تصمیم، که در مواردی به نام جامعه اتخاذ می‌شود، در پرتو اهداف برنامه‌ریزان حکومتی اتخاذ می‌شود، نه بر مبنای قواعد عام. بدین ترتیب وقتی تصمیم‌گیری در مورد این موضوعات به چه کسانی، چه چیزهایی و به چه میزان باید داده شود بر عهده کارگزاران حکومتی است، همین مرجع نیز تعیین‌کننده این امر است که افراد چگونه باید بیاندايشند، چه اهدافی را انتخاب کنند و به‌طور کلی چگونه باید زندگی کنند.^۱ پیش‌بینی هر معیار ارزشی برای تعیین اینکه منابع باید چگونه و به چه کیفیت و کمیتی توزیع شوند، به تسلط بیشتر حکومت بر شهروندان می‌انجامد که چه‌بسا شهروندان به دلیل علاقه به برخورداری بیشتر از منابع، مجبورند به این نظام اقتدارگرایانه و اوامر و نواهی فراقانونی یا غیرقانونی آن گردن نهند.^۲

از سوی دیگر، در عمل چنین حکومت‌هایی باید یکسره با اقدامات تبعیضی و موردی، نظام مورد نظر خود، یا به تعبیر دیگر، نظام ایدئال و مطلوب جامعه را عملی کنند. این اقدامات تبعیضی از نظر هایک ضرورتاً مغایر با اصل برابری است. چرا که از جمله الزامات اصل برابری - البته برابری شکلی - اعمال قواعد عام و از پیش منتشر شده بر گونه‌های نامحدودی از وضعیت‌های پیش آمده است، اما اندیشه برابری ماهوی از ماهیتی ضرورتاً «خاص‌گرایانه»^۳ برخوردار است^۴ و واضح است که رفتارهای متفاوت در وضعیت‌های مشابه از دیدگاه طرفداران برداشت شکلی برابری، مغایر با ایده حاکمیت قانون شمرده می‌شود.

۱. ر.ک: هایک، «سیاست‌گذاری اقتصادی و حکومت قانون»، در: فولادوند، پیشین، ص ۱۸۰-۱۷۹.

2. See Tamanaha, *On the Rule of Law*, PP. 65-72.

3. Particularistic

4. Tamanaha, "Rule of Law in the United States", P. 64.

چنان که در توضیح مفهوم حاکمیت قانون گفتیم، یک ایده قدیمی مرتبط با حاکمیت قانون این است که قانون باید در وهله اول دربردارنده قواعدی عام باشد تا احکام و فرامینی موردی اختصاصی.^۱ اگر حکومت‌ها اساساً به تعقیب اهدافشان به وسیله تصویب قوانین عام متعهد باشند، فرصت کمتری را برای اتخاذ تصمیمات غیرمنصفانه علیه اشخاص و گروه‌های خاص، در اختیار خواهند داشت؛ اشخاص و گروه‌هایی که چه‌بسا به دلایلی فاقد پایگاه اجتماعی پرنفوذ و حتی فاقد هر وسیله‌ای برای احقاق حقوق خود از طریق جبران خسارت سیاسی توسط دولت باشند.^۲ بنابراین حاکمیت قانون و تعهد حکومت به اعمال قوانین عام بر همگان، از طرفی تضمین‌کننده برابری، به دلیل تأکید بر بی‌طرفی و رفتار منصفانه دولت با شهروندان، و از طرف دیگر، پاسدار حقوق و آزادی‌های شهروندی است.^۳

1. Commands

2. Allan, op. cit., P. 369.

۳. گرچه مباحث مربوط به عدالت خود نیازمند تحقیقی مستقل است، اما مناسب به نظر می‌رسد در این قسمت اشاره‌ای دیگر به دیدگاه‌های مختلف در این زمینه داشته باشیم. گری در توضیح انتقادات هایک بر ایده عدالت توزیعی به سه ملاحظه وی اشاره می‌کند؛ بدین ترتیب که در وهله اول از نظر هایک همه نیازها یا استحقاق‌ها باهم قابل جمع و سازگار نیستند و بنابراین نمی‌توان انتظار داشت حکومت بتواند با سنجیدن نیازها و استحقاق‌ها با یکدیگر، آنها را رتبه‌بندی کند و یکی را بر دیگری ترجیح دهد. نقد دوم هایک بر عدالت توزیعی این است که این نحوه توزیع، هماهنگی میان پاداش و خدمات ارائه شده را که به نظر وی تنها ضامن کارایی اقتصادی است، از میان می‌برد. این اصل بدین معناست که میزان پاداش هرکس متناسب با ارزش خدماتی است که انجام می‌دهد. سومین نقد هایک به عدالت توزیعی این است که اگر بتوان اصولی واضح را برای «اصلاح توزیع بازاری» برشمرد، در این صورت نیز هیچ مرجع حکومتی قادر به شناخت کافی و مطمئن برای اجرای آن اصول نیست؛ برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ر.ک.: گری، پیشین، ص ۱۱۱-۱۰۶.

فصل چهارم

حاکمیت قانون و مشروطه خواهی

در این فصل به ارتباط ایده حاکمیت قانون با ایده مشروطه‌خواهی خواهیم پرداخت، اما پیش از آن، ارائه تعریفی از قانون اساسی مفید به نظر می‌رسد. در قسمت ۲-۴ این فصل، موضوع تفکیک قوا را به عنوان یکی از مهم‌ترین اصول و سازوکارهای برقراری حاکمیت قانون مورد توجه قرار خواهیم داد.

۴-۱. قانون اساسی، «مشروطه‌خواهی» و حاکمیت قانون

ایده مشروطه‌خواهی^۱ از دیدگاه تاریخی، ایده‌ای متأخر نسبت به حاکمیت قانون محسوب

۱. در عصر رومیان و قرون وسطا، واژه "Constitutio"/"Constitutiones" - که به واژه قانون اساسی (Constitution) ترجمه شده است - به معنای مصوبات، فرامین، یا مقررات یک حاکم بود. (در لاتین، «Constituere» به معنای «ایجاد کردن» یا «مستقر بودن، تنظیم، یا ساختن» چیزی است). چنین فرض شده بود که مصوبات امپراتوری روم، متضمن ایده حکومت محدود تا آنجا بود که این ایده به طور کلی قلمرو عمل دولت را تعریف می‌کرد. متعاقباً «قانون اساسی» (Constitution) جایگزین «قانون موضوعه» (Statute) گردید که مصوبات حکومتی موجد قواعد فعالیت برای جامعه را در برمی‌گرفت. واژه «قانون اساسی» به عنوان توصیف ساختار جامعه سیاسی یا ترتیبات نهادهای حکومتی در قرن هفدهم به گفتمان سیاسی وارد شد. این کاربرد شبیه آنچه در توصیف قانون اساسی جامعه بشری به کار می‌رفت، بود. گرچه در قرن نوزدهم، واژه «Constitution» به عنوان ترجمه واژه یونانی «Politeia» مطرح شده بود، البته پیش از زمانی که «Politeia» به حکومت، رژیم یا خطمشی ترجمه شود. سنت علوم سیاسی نشئت گرفته از «رسطو»، کاربرد واژه «Constitution» را الزامی نمی‌ساخت. ر.ک.: هرمن بلز، «مشروطه‌خواهی»، ترجمه احمد مرکزالمیری، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره پنجاه و ششم، تابستان ۱۳۸۶، ص ۱۸۹-۲۰۰. لاگلین نیز تصریح می‌کند: «سازگارترین کاربرد اصطلاح قانون اساسی [در دوران باستان دلالت بر مصوبه‌ای قانونی می‌کرد که رسماً اعلام می‌شد. باین حال، قانون اساسی برای ترجمه واژه یونانی «Politeia» نیز به کار می‌رفت و از این رو، عبارتی توصیفی برای اشاره به کل جامعه سیاسی بود»، لاگلین، پیشین، ص ۱۲۱-۱۲۰.

برای مطالعه بیشتر راجع به معنای قانون اساسی از منظری تاریخی، ر.ک.: فردیناند لاسال، «رژیم حقیقی، رژیم حقوقی»، ترجمه سیدناصر سلطانی، مهرنامه (ضمیمه نقد و بررسی کتاب)، شماره ۱۳، تیر ۱۳۹۰، ص ۴۷-۴۰.

می‌شود و محصول انقلاب‌ها و دیگر تحولات تاریخی است این ایده، «مسئله چگونگی تأسیس حکومتی با قدرت کافی برای تحقق اهداف مشترک ساختاربندی شده و کنترل شده جامعه را به‌نحوی که از تصدی حکومت جلوگیری کند» مورد توجه قرار می‌دهد.^۱ به ضرورت شناسایی سندی بنیادین با عنوان قانون اساسی برای ترسیم شکل حکومت و نهادهای حکومتی و همچنین تنظیم و تضمین حقوق و آزادی‌های فردی انجامیده است. چنان‌که در بخش تاریخی اشاره کردیم، مفهوم حکومت مقید به قانونی برتر را می‌توان در منازعات قرن هفدهم میان سلطنت‌طلبان طرفدار نظریه حق الهی پادشاهان از طرفی، و پارلمان از طرف دیگر، و همچنین اصرار قضات بر برتری نظام حکومتی بر مبنای قانون ردیابی کرد.^۲ تقید حکومت مطلقه به اصول و قواعدی تدوین شده در سندی با عنوان قانون اساسی، محصول مجاهدت‌ها و تلاش‌هایی است که در نقطه اوج خود، در قالب انقلاب‌های سیاسی - اجتماعی ظاهر شده‌اند. تا آنجا که پس از انقلاب فرانسه در ماده (۱۶) اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ آمده است: «در جامعه‌ای که حقوق در آن تضمین یا تفکیک قوا تأسیس نشده است، قانون اساسی وجود ندارد».^۳ قانون اساسی در شکل مدرن را می‌توان دست‌کم دارای دو مفهوم دانست: در مفهوم نخست، قانون اساسی مجموعه‌ای از قواعد ارزشی و هنجاری برتر است که برای محدودیت دولت و تضمین اعمال حقوق و آزادی‌ها تدوین شده است. این مفهوم از قانون اساسی مربوط به جنبه‌های نهادی و سیاسی قانون اساسی است. در مفهوم دیگر، قانون اساسی سندی است مکتوب که به‌منظور تأسیس ارکان و نهادهای دولت، توزیع قدرت سیاسی و نظام‌مند کردن رویه‌های تقنینی و اجرایی تدوین شده است. این مفهوم از قانون اساسی بیشتر ناظر به جنبه‌های توصیفی، سامان‌دهی و مدیریتی قدرت سیاسی است.^۴

وجود قانون اساسی اصلی‌ترین مؤلفه مشروطه‌خواهی است. چنان‌که یکی از صاحب‌نظران، مشروطه‌خواهی را حاوی مؤلفه‌های مختلفی دانسته است که عبارت‌اند از: وجود یک قانون اساسی

۱. بلز، پیشین، ص ۱۸۸.

2. See C. Harvey, J. Morison and J. Shaw, "Voice, Spaces, and Processes in Constitutionalism", *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 1, March 2000, PP.1-3.

3. Quoted in Hayek, op. cit., P. 51.

۴. ر.ک.: محمدحسین زارعی، «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران»، تحقیقات حقوقی، پاییز - زمستان ۱۳۸۳، شماره ۴۰، ص ۱۷۱-۱۷۰.

برتر - نوشته یا نانوشته - که قانون اساسی خوانده می‌شود، وجود کنترل قضایی، استقلال قوه قضائیه، رعایت تشریفات قانونی، و وجود یک رویه محدودکننده حکومت به وسیله وضع قوانین از طریق دمکراتیک.^۱ بدین ترتیب آنجا که سخن از ارزش‌ها و هنجارهای محدودکننده دولت و تضمین‌کننده حقوق و آزادی‌هاست، مفهوم مشروطه‌خواهی مطرح می‌شود و آنجا که به سند نوشته یا نانوشته‌ای با عنوان «قانون اساسی» و جنبه توصیفی ساختار سیاسی توجه می‌کنیم، مفهوم قانون اساسی به مفهوم دوم پیش گفته مدنظر است. با توجه به نکات ذکر شده، به ارتباط هریک از این مفاهیم با اصل حاکمیت قانون می‌پردازیم.

۱-۱-۴. مشروطه‌خواهی و حاکمیت قانون

میان ایده‌های مشروطه‌خواهی و حاکمیت قانون، ارتباطی وثیق وجود دارد. برخی صاحب‌نظران، مهم‌ترین ارزش مندرج در حاکمیت قانون را مفهوم مشروطه‌خواهی دانسته‌اند^۲ و برخی دیگر با تأکید بر عناصر و محتوای مشترک دو ایده، مشروطه‌خواهی را یکی از مؤلفه‌های حاکمیت قانون برشمرده‌اند.^۳ اما با وجود هدف مشترک بین دو ایده، یعنی تحدید اعمال قدرت و تضمین اعمال حقوق و آزادی‌ها، تفاوت آنها در چیست؟ پاسخ به این سؤال می‌تواند در خصوص فهم بهتر این دو ایده مفید و مؤثر واقع شود.

مشروطه‌خواهی معمولاً به تدابیر و رویه‌ها و اصول مصرح در سندی با عنوان قانون اساسی (از قبیل تفکیک قوا میان قوای مقننه، مجریه و قضائیه، استقلال قوه قضائیه، اصول رعایت تشریفات قانونی یا استماع منصفانه دفاعیات متهمین یا عدالت طبیعی و احترام به حقوق فردی) اطلاق می‌شود.^۴ به عبارت دیگر، ایده مشروطه‌خواهی به رعایت و احترام به یک قانون اساسی

1. See G. Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*, New Jersey: Chatham House, 1987, P. 303; Quoted in: B. Li "What Is Constitutionalism?", *Perspective*, Vol. 1, Available at: <http://www.oycf.org>.

2. See Zywicki, op. cit., PP. 3-4.

۳. هگر (Hager) سه عنصر تشکیل‌دهنده حاکمیت قانون را، مشروطه‌خواهی، حاکمیت قانون بر اعمال حکومتی، و قوه قضائیه مستقل دانسته است؛ ر.ک.:

Grojia, op. cit.

۴. سی. ال. تن، «مشروطه‌خواهی و حاکمیت قانون»، ترجمه سیدحسین ملکوتی‌هشجین و احمد مرکزالمیری، حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸، ص ۳۶۳.

(در شکل سندی نوشته یا نانوشته)^۱ مربوط است. قانون اساسی مشتمل بر مجموعه قواعد و هنجارهای خلق کننده، سازمان دهنده و تعریف کننده محدودیت های قدرت یا مقامات عمومی تعریف می شود.^۲ همچنین طبق یک تعریف دیگر، قانون اساسی دربرگیرنده قواعد و هنجارهای تشکیل دهنده مجموعه سیاسی، و همچنین ساختار یا شاخص های معرف یک مجموعه سیاسی است. بنابراین، مجموعه معانی ذکر شده برای قانون اساسی، هم دربردارنده کارکردهای تأسیسی^۳ است، به دلیل تأسیس نهادها و ساختار حکومت، و هم دربردارنده کارکردهای تنظیمی^۴ است، به خاطر تمشیت اداره حکومت به طور کلی، محدودیت های اعمال حکومت و تعیین مرزهای حقوق و آزادی شهروندان.^۵ التزام به این سند، آموزه اصلی مشروطه خواهی است. اما حاکمیت قانون دربرگیرنده معیارهای مشخصی است که معرف فضیلت ها و خصایص ویژه یک نظام حقوقی است. ویژگی هایی از قبیل عام بودن قوانین، و قابلیت اعمال برابر بر همگان در شرایط یکسان، فضیلت هایی هستند که یک نظام حقوقی با برخورداری از آنها به عنوان نظام حقوقی مبتنی بر حاکمیت قانون ارزیابی می شود. به عبارت دیگر می توان گفت مشروطه خواهی از «اخلاق سیاسی» ای نشئت گرفته است که به دنبال ارتقا و تضمین حقوق و آزادی های فردی است، اما اندیشه حاکمیت قانون برگرفته از ارزش هایی است که به طور تلویحی در بسیاری از ایده های حقوقی وجود دارد.^۶

با این حال، می توان گفت از دیدگاه طرفداران برداشت ماهوی حاکمیت قانون،

۱. در نظام حقوق اساسی بریتانیا، قانون اساسی متشکل از مجموعه ای از اعلامیه ها، منشورها، قوانین عادی مصوب مجلسین، عرف های تدوین شده در آرای قضات و همچنین قواعد عرفی مربوط به قانون اساسی ("Constitutional Convention") است. قوانین عرفی یا کنوانسیون های قانون اساسی، قوانین یا اصول حکومتی ای هستند که از طرف مقامات حکومت به عنوان قوانین یا اصولی الزام آور مورد پذیرش قرار می گیرد، حتی اگر از سوی همگان لازم الاجرا محسوب نشود؛ ر.ک.: Goldsworthy, op. cit., P. 62.

2. See *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Available at: <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism>.

3. Constitutive Functions

4. Regulative Functions

۵. داریو کاستیلیونه، «مبانی نظری - سیاسی قانون اساسی»، ترجمه احمد مرکزالمیری، حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۱۳، تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۱۹.

۶. تن، پیشین، ص ۳۶۴-۳۶۳.

مشروطه‌خواهی، با ویژگی‌ها و عناصر مختص خود، جزئی از نظریه حاکمیت قانون محسوب می‌شود. چنان که گفتیم، طرفداران برداشت ماهوی حاکمیت قانون، این ایده را چنان موسع تفسیر می‌کنند که همه ویژگی‌ها و ارزش‌های یک نظام حقوقی - سیاسی مطلوب را دربرمی‌گیرد؛ ویژگی‌هایی که از نظر قائلین به برداشت شکلی حاکمیت قانون، جزء ایده مشروطه‌خواهی محسوب می‌شود.

۲-۱-۴. قانون اساسی و حاکمیت قانون

چنان که در مطالب پیشین توضیح داده شد، حاکمیت قانون از جمله اساسی‌ترین «ارزش‌های بنیادین سیاسی» محسوب می‌شود. حاکمیت قانون به‌عنوان ارزشی که برمبنای آن باید امور عمومی براساس قواعد عام، واضح و معطوف به آینده اداره شود، «از نخستین گام‌های ضروری برای دستیابی به عدالت، به‌منزله قلب و مرکز ارزش‌های سیاسی است».^۱ اداره کشور براساس قواعد عام - نه خواسته‌های شخصی (قواعد خاص و جزئی) - مستلزم وجود و شناسایی یک قانون برتر است. «صرف وجود قانون اساسی»، در یک کشور، بیانگر خواست عمومی برای اداره کشور برمبنای آموزه‌های حاکمیت قانون است؛ «بدین طریق است که یک ملت از دنیای «بیگانه با قانون و نظام حقوقی» (دنیایی که با رأی شخصی و قواعد خاص و جزئی اداره می‌شود) خارج می‌گردد و پا به عرصه «حقوق» (حاکمیت قواعد کلی [یا عام] می‌گذارد».^۲

بر این اساس، در ادامه نوشتار، پس از توضیح مختصری درباره مهم‌ترین معنی بیان شده از قانون اساسی، یعنی معنای «اثبات‌گرایانه»، به ارتباط قانون اساسی - به‌عنوان سندی نوشته یا نانوشته - و حاکمیت قانون با تأکید بر هدف مشترک آنها خواهیم پرداخت. این اهداف مشترک را می‌توان بدین ترتیب برشمرد:

۱. چارچوب‌بندی و تحدید قدرت؛

۲. برقراری حکومت دموکراتیک؛

۳. تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندی؛

۴. تحقق اصول عدالت.

۱. محمد راسخ، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، ۱۳۹۰، ص ۲۲.

۲. همان، ص ۲۳.

یکی از مهم‌ترین معانی توضیح داده شده برای قانون اساسی معنای «اثبات‌گرایانه»^۱ آن است که مورد توجه بسیاری از نظریه‌پردازان و همچنین سنت‌های حقوقی و سیاسی قرار گرفته است.^۲ معنای اثبات‌گرایانه قانون اساسی روشن‌ترین نوع معنای این مفهوم است و از اواخر قرن هجدهم مدنظر تدوین‌کنندگان اولین قوانین اساسی مدرن، خصوصاً آمریکایی‌ها، قرار گرفته است. در این معنی، قانون اساسی، منشور بنیادینی محسوب می‌شود که ساختار سیاسی جامعه، در قالب شکل مشخص، و با ثباتی قابل قبول تشریح شده است. درواقع، مهم‌ترین نکته مورد تأکید در معنی اثبات‌گرایانه، ویژگی شکلی قوانین نوشته مدرن است.^۳ چنان‌که پین^۴ در تمجید از قانون اساسی آمریکا و خرده‌گیری بر قانون اساسی نانوشته انگلستان، در یادداشتی به برک^۵ می‌نویسد:

قانون اساسی ... وجودی خیالی نیست، بلکه وجودی واقعی است. پس هر جا که نتوانند آن را به شکل مرئی درآورند، قطعاً وجود ندارد. قانون اساسی یک کشور ... مجموعه عناصر و عواملی است که همه چیز موکول به آن است، و شامل اصولی است که حکومت باید برحسب آن برقرار گردد و شامل طریقه‌ای است که حکومت به آن طریقه تشکیل می‌یابد ...^۶

نکته اساسی در نظریه پین این است که در نظریه وی «قانون اساسی، امری مقدم بر حکومت و حکومت صرفاً مخلوق قانون اساسی است». چنان‌که نویسندگان قانون اساسی

1. "Positive"

۲. به‌غیر از معنی اثبات‌گرایانه برای قانون اساسی، معانی محض (Absolute)، کارکردی (Functional) و ابزاری (Instrumental) نیز به‌عنوان معانی قانون اساسی ذکر شده است. برای مطالعه راجع به این معانی ر.ک.: کاسیلیونه، پیشین، ص ۱۱۹-۱۲۳.

۳. همان، ص ۱۱۹-۱۲۲.

4. Paine

5. Thomas Edmund Burke (1729-1797);

این سیاست‌مدار انگلیسی، از مخالفان برجسته انقلاب‌های فرانسه و آمریکا، و از بنیان‌گذاران ایده محافظه‌کاری به‌شمار می‌آید.

۶. پین، پیشین، ص ۵۸؛ وی قانون اساسی آمریکا را «انجیل سیاسی کشور» توصیف می‌کند؛ ر.ک.: پیشین، ص ۲۲۶.

اواخر سده هجدهم نیز بر این باور بودند که «جوامع قادرند حکومتی خوب براساس تأمل و گزینش تأسیس کنند و نه اینکه تا ابد مجبور باشند بر اصول حکومتی‌ای تکیه کنند که اتفاقی و براساس زور شکل گرفته است».^۱

مهم‌ترین دلیل اشتیاق به قانون اساسی نوشته، کارایی بیشتر این نوع قانون اساسی در تحدید قدرت حکومت است. جذابیت قانون اساسی نوشته از دیدگاه بنیانگذاران قانون اساسی آمریکا، وجود واقعی و قابل رؤیت قانون اساسی و ثبات قواعد درج شده در آن بود.^۲ رسوخ آموزه‌های اصلی حاکمیت قانون، که تأکید بر ویژگی‌های عام بودن و انتشار قوانین است، در ایده قانون اساسی قابل مشاهده است. قطعاً آموزه‌هایی از قبیل قابلیت اعمال برابر قوانین بر همگان، آگاهی شهروندان از قوانین معتبر و طرح‌ریزی بر مبنای آن، که در ایده حاکمیت قانون از نقش محوری برخوردارند، در ایده تنظیم سندی مشخص با عنوان قانون اساسی نقش حیاتی ایفا می‌کنند. به بیان بهتر، مهم‌ترین ایده‌ای که مشروطه‌خواهی را به مفهوم حاکمیت قانون متصل می‌سازد، ایده عام بودن و الزام‌آور بودن قوانین برای همه، از جمله مقامات حکومتی است.^۳

قانون اساسی از طرق مختلف بر نظام‌های دموکراتیک تأثیر می‌گذارد. به نظر دال،^۴ دو مورد از تأثیرات مهم قانون اساسی بر نظام‌های سیاسی، افزایش شفافیت و همچنین فراهم آوردن زمینه‌ای برای قابلیت درک اعمال حکومتی برای شهروندان است.^۵ قانون

۱. مارتین لاگلین، «نظریه مشروطه [درآمدی بر مبانی حقوق عمومی]»، ترجمه محمد راسخ، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره پانجاه و ششم، تابستان ۱۳۸۶، ص ۱۵۵. برداشت دیگری در مقابل برداشت کسانی مانند پین از قانون اساسی وجود دارد که قانون اساسی را تنها «به مثابه یک متن»، بلکه «به منزله تجلی یک روش سیاسی زندگی» در نظر می‌گیرد. در این دیدگاه - که از جمله متفکر فرانسوی، جوزف دومستر، از آن طرفداری کرده است - قانون اساسی «هرگز محصول تأمل نیست»، بلکه «قوانین اساسی، محصول زندگی کسانی هستند که خود را "مردم" یا "ملت" می‌دانند». ر.ک.: همان، ص ۱۵۶-۱۵۵.

2. See R. S. Kay, "American Constitutionalism", in L. Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, P. 27.

3. See N. Barry, *An Introduction to Political Theory*, London: Macmillan, 2000, P. 51.

4. Robert A. Dahl

۵. از نظر دال، طرق تأثیرگذاری قانون اساسی بر نظام‌های دموکراتیک عبارت‌اند از: ایجاد ثبات برای نهادهای سیاسی؛ تضمین اعمال حقوق اساسی؛ برقراری بی‌طرفی و تضمین رفتار بی‌طرفانه حکومت با شهروندان؛ افزایش قابلیت پاسخ‌گویی حکومت؛ برقراری «تمایندگی منصفانه» برای انعکاس ایده و نظرات شهروندان در زمینه قانونگذاری و امور ←

اساسی باید در قالب عباراتی صورت‌بندی شود که شهروندان و نهادهای جامعه مدنی را قادر به نظارت و کنترل تصمیمات و اعمال حکومتی سازد. در غیر این صورت، این امکان برای حکومت فراهم می‌شود تا با تعبیر و تفسیرهایی دلبخواهانه و بدون ملاحظه اصول و ارزش‌هایی چون حقوق و آزادی‌ها، عملکرد خود را مبتنی بر قانون اساسی، موجه جلوه دهد. چنان‌که گفتیم، یکی از مؤلفه‌های اصلی حاکمیت قانون نیز تأکید بر وضوح و قابل فهم بودن قانون است و درواقع می‌توان این قید برای قوانین اساسی را برآمده از ایده حاکمیت قانون دانست.

ازسوی دیگر، تضمین اعمال حقوق و آزادی‌ها - که از اهداف مشترک دو ایده حاکمیت قانون و مشروطه‌خواهی است - تا حد زیادی به تنظیم آنها در قانون اساسی بستگی دارد. بیتام معتقد است اعمال آزادی‌ها تنها در صورتی تضمین می‌شود که به‌عنوان مجموعه‌ای از حقوق فردی، در یک منشور حقوق مبتنی بر قانون اساسی تدوین شوند. دفاع از حقوق و آزادی‌هایی که شرط لازم برای تحقق دموکراسی محسوب می‌شوند، تنها از طریق استناد دادگاه‌ها به منشور حقوق قابل سنجش است. این ایده نیز واجد هم‌پوشانی قابل ملاحظه‌ای، با ایده حاکمیت قانون است.^۱ بدین ترتیب ضرورت تضمین حقوق و آزادی‌ها در منشور حقوق (یا در قالب سندی با عنوان قانون اساسی) و قابلیت استناد به آن در دادگاه‌ها در جهت حمایت از حقوق شهروندی، محورهای ارتباط ایده‌های حاکمیت قانون، مشروطه‌خواهی و دموکراسی محسوب می‌شوند.^۲

→ اجرایی با کمک به آنان برای رسیدن به اجماعی آگاهانه در مورد قوانین و سیاست‌ها؛ تأثیر بر کارآمدی حکومت؛ کمک به اتخاذ تصمیمات شایسته توسط مقامات حکومتی؛ انعطاف‌پذیری قانونی برای مواجهه مناسب‌تر با مسائل پیش‌آمده در وضعیت‌های اضطراری با مشروعیت‌بخشی به نظام حکومتی؛ برای دیدن توضیحات بیشتر، ر.ک.: رابرت دال، درباره دموکراسی، ترجمه حسن فشارکی، تهران: شیرازه، ۱۳۷۹، ص ۱۵۹-۱۵۶.

1. See D. Beetham, "Freedom as the Foundation", *Journal of Democracy*, Vol. 15, No. 4, October 2004, PP. 62-63.

۲. در قوانین اساسی برخی کشورها، اصولی از قانون اساسی به حقوق بشر اختصاص یافته است، کشورهایی از قبیل: ایران (فصل سوم/ اصول ۴۲-۱۹)، الجزایر (مبحث ۴/ اصول ۵۹-۲۹)، چین (فصل ۲/ اصول ۵۶-۲۳)، دانمارک (فصل ۸/ اصول ۸۵-۷۱)، ژاپن (فصل ۳/ اصول ۴۰-۱۰)، سوریه (فصل ۱، مبحث ۴/ اصول ۵۴-۲۵)، کانادا (ضمیمه ب، بخش ۱/ اصول ۲۲-۱)، کره جنوبی (فصل ۲/ اصول ۳۹-۱۰)، مراکش (فصل ۱/ اصول ۱۸-۱)، نیجریه (فصل ۲/ اصول ۵۳-۱۰)، برگرفته از: هاشمی، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، ص ۱۸۹.

شاید به‌رغم برخی از ناهمخوانی‌ها میان دموکراسی و حاکمیت قانون - چنان‌که در توضیح اندیشه‌های رز اشاره شد - بتوان یکنواختی‌ها و اشتراک‌های دو ایده مذکور تأکید کرد؛ بدین ترتیب که نخست، دموکراسی از یک منظر، مفهومی فرایندی یا رویه‌ای مصوب می‌شود، به این معنی که اساس دموکراسی، رأی برابر شهروندان و حق مشارکت سیاسی آنان در فرایند انتخابات است. درحالی‌که، چنان‌که گفته شد، حاکمیت قانون نیز واجد جنبه‌های قوی شکلی است که پیش‌تر در برداشت شکلی از آنها سخن گفتیم. دوم، به‌لحاظ ماهوی نیز میان دموکراسی، البته در برداشت حداکثری - و حاکمیت قانون ماهوی وجوه مشترک وجود دارد. همچنان‌که دموکراسی در برداشت حداکثری، متضمن تضمین حقوق بنیادین شهروندان است، حاکمیت قانون ماهوی نیز مبتنی بر ارزش‌هایی از قبیل آزادی‌های فردی و رفتار عادلانه با همگان است. سوم اینکه، حاکمیت قانون و دموکراسی از هدف و کارکردی مشترک برخوردارند؛ به‌این ترتیب که هدف هر دو آموزه، نفی حکومت استبدادی و خودسرانه است.^۱

ازنظر رالز، وجود قانون اساسی و مشروطه‌خواهی ملاک تمایز دو نوع دموکراسی از یکدیگر است. توضیح اینکه از دیدگاه وی، دموکراسی‌ها به دو دسته کلی دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی^۲ و دموکراسی‌های رویه‌ای^۳ قابل تقسیم‌اند؛ در دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی، رژیم سیاسی، حقوق و آزادی‌های بنیادین را به رسمیت شناخته و رفتار این رژیم سازگار با آن اصول است. درواقع در این‌گونه رژیم‌ها، قانون اساسی به ضمیمه منشور حقوق، حقوق و آزادی‌هایی بنیادین را برای شهروندان برشمرده‌اند که دادگاه‌ها به آنها به‌مثابه حدود و ثغور اعمال حکومتی، از جمله قانونگذاری، می‌نگرند و قوانین را نیز با توجه به آن حقوق و آزادی‌ها تفسیر و اجرا می‌کنند. درحالی‌که در دموکراسی‌های رویه‌ای، قدرت در اختیار اکثریت است؛ هرآنچه اکثریت وضع کنند قانون شمرده شده و تبعیت از آن الزامی دانسته می‌شود. از این دیدگاه، بارزترین مشخصه دموکراسی‌های رویه‌ای، فقدان هرگونه قیدوبند مبتنی بر قانون اساسی برای قانونگذاری است. در این‌گونه رژیم‌ها، هرچند

۱. زارعی، «حاکمیت قانون و دموکراسی: سازگاری یا تعارض؟»، ص ۸۸-۸۶.

2. Constitutional Democracy

3. Procedural Democracy

قوانین مصوب پارلمان، بعضاً مشخص‌کننده رویه‌هایی دموکراتیک‌اند، اما این رویه‌ها نیز هیچ محدودیتی بر اختیارات گسترده قانونگذار وضع نمی‌کند؛ بدین ترتیب که به‌عنوان نمونه این رویه‌ها منجر به تضمین احترام به حقوق و آزادی‌های اقلیت یا آزادی بیان نمی‌شوند. در رژیم‌های سیاسی که دموکراسی رویه‌ای در آنها حاکم است، چه‌بسا بر این نکته که حقوق سیاسی جزئی از معنای دموکراسی محسوب می‌شود نیز تأکید شود، اما عملاً هیچ سند یا معیار مشخص و یا سازوکار معین برای جلوگیری از تصویب و متعاقباً اجرای قوانین ناقض یا مغایر با حقوق و آزادی‌های شهروندی وجود ندارد.^۱

رالز در توضیح تفکیک میان دو نظام توضیح داده شده، به تفاوت آنها از دیدگاه جامعه‌شناسی سیاسی اشاره، و بر ایده مشروطه‌خواهی تأکید می‌کند. به‌نظر وی، تفاوت عمده دو دیدگاه مطرح شده، به بیان کامل‌تر و واضح‌تر قانون اساسی در دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی درباره موضوع ارتباط فرد و جامعه بازمی‌گردد. این برداشت‌های بیان شده به‌طور واضح در قانون اساسی، سبب تضمین هرچه بهتر اعمال حقوق و آزادی‌های به‌رسمیت شناخته شده در قانون اساسی می‌شود زیرا شهروندان - که احترام حکومت به حقوق خود را توقع دارند - باید به درک و فهمی از فرهنگ سیاسی عمومی و همچنین سنت‌های موجود در زمینه تفسیر ارزش‌های بنیادین مندرج در قانون اساسی توسط قضات، دست یابند.^۲ بنابراین به‌نظر رالز، انتظار عمومی شهروندان در زمینه اعمال حقوق و آزادی‌هایشان، نخست، به تضمین روشن این حقوق در قانون اساسی؛ دوم، به درک و فهم روشن شهروندان از موضوعاتی همچون ماهیت حقوق خود، رابطه خود با دولت، و چگونگی اعمال آن حقوق؛ و سوم، به نظارت بر عملکرد قضات در چگونگی استناد و تفسیر این ارزش‌های مندرج در قانون اساسی در دادگاه‌ها بستگی دارد. این سه پیش‌نیاز، صرفاً در دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی قابل تحقق است. در این گونه رژیم‌های سیاسی، دادگاه‌ها و تفسیر آنان از اصول قانون اساسی واجد نقشی فوق‌العاده بااهمیت است.^۳

۱. ر.ک.: جان رالز، عدالت به‌مثابه انصاف: یک بازگویی، ترجمه عرفان ثابتی، تهران: ققنوس، ۱۳۸۳، ص ۲۴۲-۲۴۱.

۲. پیشین، ص ۲۴۳.

۳. در گفتار مربوط به حاکمیت قانون و قوه قضائیه، نقش قضات، به‌ویژه، در زمینه کنترل قضایی را در تحقق حاکمیت قانون بیشتر توضیح خواهیم داد.

ازسوی دیگر، از نظر رالز مشروطه خواهی شرط لازم برای تحقق اصول عدالت شمرده می شود. دو اصل عدالت از نظر وی بدین شرح است:

اصل اول: هر شخصی نسبت به طرحی گسترده از آزادی های بنیادین برابر که با طرح مشابهی از آزادی ها برای همگان سازگار باشد، حق غیرقابل سلب یکسان دارد (اصل آزادی برابر).
اصل دوم: نابرابری های اقتصادی و اجتماعی باید به نحوی سامان دهی شوند که اولاً، این نابرابری ها باید مختص به مناصب و موقعیت هایی باشد که تحت شرایط برابری منصفانه فرصت، به روی همگان باز است (اصل برابری منصفانه فرصت ها)، و ثانیاً، این نابرابری ها بیشترین سود را برای محروم ترین اقشار جامعه داشته باشند (اصل تفاوت).^۱

از نظر رالز، اصول عدالت در چهار مرحله انتخاب و سپس اعمال می شوند؛ مرحله اول این است که طرف ها اصول عدالت را انتخاب می کنند؛^۲ مرحله دوم مربوط به میثاق قانون اساسی است که پیمانی میان شهروندان و دولت محسوب می شود؛ مرحله سوم، مرحله تقنینی است که

۱. ر.ک.: جان رالز، نظریه عدالت، ترجمه سیدمحمدکمال سروریان و مرتضی بحرانی، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۷، ص ۴۵۴-۴۵۳ و ۱۱۲-۱۱۰؛ همچنین رالز، عدالت به مثابه انصاف: یک بازگویی، ص ۸۴. رالز در قالب شرح خلاصه ای که از دو اصل عدالت ارائه می دهد، به دو «قاعده اولویت» (Priority Rule) نیز تصریح می کند: نخستین قاعده اولویت، «اولویت آزادی» است. طبق این قاعده، آزادی را صرفاً به خاطر آزادی می توان محدود کرد؛ دو مصداق این قاعده عبارتند از: الف) آزادی با گستره کمتر، باید به تقویت کل نظام آزادی بیانجامد، و ب) «آزادی با برابری کمتر، برای همه کسانی که از آزادی کمتر برخوردارند قابل پذیرش باشد». دومین قاعده اولویت، «اولویت عدالت بر کارایی و رفاه» است؛ طبق این قاعده، اصل دوم عدالت (اصل برابری منصفانه فرصت ها و اصل تفاوت)، نسبت به اصل کارایی و همچنین بیشینه کردن مجموع امتیازات مقدم است، و برابری فرصت ها نیز بر اصل تفاوت اولویت دارد. در این قاعده اولویت نیز دو مورد وجود دارد: «الف) نابرابری فرصت باید فرصت های کسانی را که از فرصت کمتر برخوردارند گسترش دهد؛ ب) نرخ اضافی پس انداز (Excessive Rate of Saving) باید [در مجموع] از هزینه کسانی که این سختی را تحمل می کنند بکاهد». ر.ک.: رالز، نظریه عدالت، ص ۴۵۴.

۲. انتخاب اصول عدالت در نظریه عدالت رالز، در موقعیت نخستین و در پسِ «پرده جهل» صورت می گیرد. در موقعیت نخستین، طرف ها مجاز نیستند از موقعیت های اجتماعی یا آموزه های خاص مؤثر در تصمیم گیری مربوط به انتخاب اصول عدالت آگاه شوند. در نظریه عدالت رالز، فرض بر این است که در این موقعیت، شهروندان از مسائلی مانند وضعیت نژادی، قومی، جنسیت و همچنین میزان استعداد، ثروت و قدرت خویش و هموعان خود بی اطلاع اند و به همین دلیل به بیان رالز در پسِ پرده جهل قرار گرفته اند. بدین ترتیب است که آنان می توانند به عنوان انسان های آزاد و برابر، منصفانه و بی طرفانه اصول عدالت را انتخاب نمایند؛ برای دیدن توضیح بیشتر ر. ک.: رالز، عدالت به مثابه انصاف، ص ۴۵-۴۰؛ همچنین ر.ک.: حسین بشیریه، «فلسفه عدالت»، در: محمد آشوری و دیگران، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ص ۳۴-۳۲.

در این مرحله قوانین به وسیله قانونگذار وضع می‌شود که علی‌الاصول با قانون اساسی و اصول عدالت سازگار است؛ و در آخر، در مرحله چهارم اعمال اصول عدالت، مدیران قوانین را اجرا و شهروندان از آن تبعیت می‌کنند و اعضای قوه قضائیه نیز قانون اساسی و قوانین مصوب قوه مقننه را تفسیر می‌کنند.^۱ در پرتو اصول مندرج در قانون اساسی است که اعمال حکومت بر مبنای قانون اساسی امکان‌پذیر می‌شود و می‌توان امیدوار بود که سه قوه مقننه، مجریه و قضائیه، با ملاحظه حقوق شهروندی مندرج در قانون اساسی، به تکالیف و مسئولیت‌های خود عمل کنند.

چنان‌که از توضیحات پیش گفته برمی‌آید، حلقه واسطه مشروطه‌خواهی به مفهوم حاکمیت قانون، الزام‌آور بودن قوانین برای همگان حتی برای حکومت است.^۲ چنان‌که مقامات حکومتی نیز از قوانین، همچون شهروندان تبعیت کنند، آنگاه می‌توان به تحقق حاکمیت قانون امیدوار بود. قانون اساسی به عنوان شاخصی در نظر گرفته می‌شود که عمل مغایر با مفاد آن به خودسرانگی تعبیر می‌شود. «انتظام امور به روش‌های قانونی»، در وهله اول از طریق قوانینی صورت می‌گیرد که «به عنوان قرارداد ملی و اجتماعی، اعمال سیاسی را تنظیم، حقوق مردم را تبیین، حدود اختیارات زمامداران را تعیین و وظایف حکومتی را تقسیم می‌کنند»^۳ و این قوانین در جامه قانون اساسی متجلی می‌شوند.

۲-۴. حاکمیت قانون و تفکیک قوا

پس از توضیح ارتباط مفاهیم حاکمیت قانون و مشروطه‌خواهی، مناسب به نظر می‌رسد اصل تفکیک قوا را به عنوان یکی از مهم‌ترین سازوکارهای اعمال حاکمیت قانون مورد توجه قرار دهیم. یکی از صاحب‌نظران در توضیح نسبت میان حاکمیت قانون و تفکیک قوا، حاکمیت قانون را یکی از تعبیرهای تفکیک قوا می‌داند.^۴ بدین ترتیب که از نظر وی، در طول سده پس از

۱. ر.ک.: رالز، عدالت به مثابه انصاف، ص ۹۱.

2. Barry, op. cit., P. 51.

۳. هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، ص ۳۰۹.

۴. این مطلب برگرفته از نوشتاری با مشخصات زیر است:

William B. Gwyn, "The Separation of Powers and Modern Forms of Democratic Government", in Robert A. Goldwin and Art Kaufman (eds.) *Separation of Powers--Does it Still Work?*, Washington, DC.: American Enterprise Institute, 1986, PP. 65-89.

دومین ظهور نظریه تفکیک قوا، پنج تعبیر از تفکیک قوا صورت‌بندی شد که عبارت بود از تعبیر حاکمیت قانون، پاسخ‌گویی، منفعت عمومی، تعادل، و در آخر، کارآمدی.

تعبیر پاسخ‌گویی از تفکیک قوا که بیشتر همراه با تعبیر حاکمیت قانون طرح شده است، حاوی این اندیشه بود که به این منظور که قوه مقننه کارکرد پاسخ‌گویی خود را در ارتباط با مقامات متخلف به‌خوبی انجام دهد، آن مقامات نباید بر قوه مقننه تسلط داشته باشند؛ در غیر این صورت، آن مقامات خود در مقام قضاوت در خصوص کارکرد خود خواهند نشست.

در تعبیر منفعت عمومی از تفکیک قوا این دغدغه جدی گرفته شد که اگر مقامات کشوری و لشکری مجاز به عضویت در مجلس قانونگذاری باشند، گروه‌هایی را تشکیل خواهند داد که به‌جای پیگیری منفعت عمومی، به تعقیب منافع خود خواهند پرداخت. به همین دلیل است که نباید در قوه مقننه یک گروه قادر به تعیین تصمیمات باشد یا گروهی موجبات تضییع حقوق دیگر گروه‌ها را فراهم کند.

در تعبیر تعادل که کاملاً متأثر از نظریه انگلیسی «قانون اساسی ترکیبی»^۱ بود، نظارت و تعادل در چارچوب قوه قانونگذاری سه‌جزئی (مقام سلطنت، مجلس عوام و مجلس لردان) صورت می‌گرفت. تلقی حق وتوی مقام سلطنت نه به‌عنوان مشارکت در قانونگذاری، بلکه به‌عنوان کنترل قوه مجریه بر قوه مقننه، با شناسایی صلاحیت قوه مقننه برای احضار مقامات اجرایی در جهت پاسخ‌گویی، به شکل‌گیری تعبیری متعادل از تفکیک قوا منجر شد.

در تعبیر کارآمدی از تفکیک قوا، افزایش کارآمدی حکومت به‌عنوان مهم‌ترین دلیل مطلوبیت تفکیک قوا مورد توجه قرار گرفت؛ به‌ویژه با ملاحظه ماهیت هریک از قوا و طبعاً، نحوه متفاوت کارکردهای هریک از آنها؛ برای نمونه سرعت اندک پارلمان برای تمشیت اموری که نیازمند سرعت عمل‌اند، و طبعاً توجیه‌کننده اختیارات گسترده برای مقامات قوه مجریه و حتی تفویض برخی از اختیارات تقنینی به آنهاست.

اما تعبیر حاکمیت قانون از نظریه تفکیک قوا را می‌توان ناب‌ترین تعبیر از نظریه مذکور دانست. بر مبنای این تعبیر، چنان‌که حاکمیت قانون تضمین شود، واضعان قانون نباید در مقام قضاوت یا مجازات ناقضان قانون باشند. همچنان‌که اگر مجریان قانون، در مقام وضع‌کننده قانون نیز قرار گیرند، شرارت‌ها افزون خواهد شد. در این تعبیر - که چنان‌که گفته شد، گوهر

آن، تمایز میان قانونگذاری و اعمال قانون است - منظور از «قانون»، نه «قوانین خاص»^۱، بلکه «قواعد عام رفتاری» است. اصل حاکمیت قانون - دست کم آن گونه که توسط اندیشه‌ورزانی چون لاک، و بعدها هایک، فهم می‌شود - نه مستلزم عدم برخورداری مقامات اجرایی از صلاحیت اختیاری یا عدم صلاحیت وضع هر گونه احکام قانونی توسط آنها، بلکه مستلزم اعمال صلاحیت‌های مذکور در چارچوب محدودیت‌های مقرر شده به موجب قوانین منتشر شده عام و مصوب قوه مقننه است. چنان که آلن نیز می‌نویسد: «در قلب اندیشه حاکمیت قانون، برداشتی سنتی از «قانون» وجود دارد که به‌طور تلویحی بیانگر فهم ریشه‌ای از نظریه تفکیک قواست». بدین معنی که شیوه‌های خودسرانه و دلبخواهی زمامداری، تنها از طریق قانون، متشکل از قواعد عام و الزام‌آور برای همگان از جمله مقامات و قانونگذاران قابل تحدید و کنترل است.^۲

آنچه در طول سده‌های پیشین در نسبت میان حاکمیت قانون و تفکیک قوا صورت‌بندی شده، برگرفته شده از نظریه‌های پیشین، و به بیان دقیق‌تر، تلفیقی از آنهاست. چنان که در ادامه خواهیم دید، تطور نظریه تفکیک قوا ارتباط آن را با ایده حاکمیت قانون به روشنی نشان خواهد داد. نظریه تفکیک قوا برای نخستین بار از سوی منتسکیو به‌نحو قابل قبولی صورت‌بندی شد. وی در اثر پرآوازه‌اش، روح القوانين، قوای سه‌گانه را به سه شاخه مقننه، مجریه و قضائیه تفکیک می‌کند. مهم‌ترین استدلال برای این تفکیک از دیدگاه منتسکیو این بود که تنها با تفکیک میان قوای حکومتی است که می‌توان از آزادی شهروندان دفاع کرد. بدین ترتیب که اگر واضع قانون، مجری قانون باشد و یا مجری قانون، خود در مقام قضاوت راجع به دعاوی مطرح شده در مورد تعدی مقامات حکومتی قرار گیرد، اعمال قدرت خودسرانه افزایش می‌یابد و حقوق و آزادی‌ها نقض می‌شود.^۳

نظریه تفکیک قوا از جهات مختلف به ایده حاکمیت قانون مرتبط است؛ به‌ویژه از حیث هدف مشترک این دو ایده که عبارت است از محدودیت و چارچوب‌بندی اعمال قدرت. درواقع نظریه تفکیک قوا بیانگر ساختار حکومتی‌ای است که در آن ساختار، قانون‌مداری

1. "Particular Laws"

2. T. R. S. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, P. 32.

۳. ر.ک: شارل دو منتسکیو، روح القوانين، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۲، ص ۲۹۷.

و اعمال چارچوب‌بندی شده اختیارات و صلاحیت‌های مقامات عمومی امکان‌پذیر می‌شود. بدین ترتیب بنیاد نظری نظریه تفکیک قوا، همچون مفهوم حاکمیت قانون، بی‌اعتمادی به دولت در اعمال قدرت است. با توجه به نکات مذکور، به‌طور خلاصه می‌توان تفکیک قوا در حکومت را «شیوه سازمان‌دهی سیاسی به‌منظور حفاظت از آزادی به‌وسیله جلوگیری از تمرکز بیش از حد قدرت» تعریف کرد.^۱ بر مبنای این بنیاد فلسفی مشترک میان نظریه تفکیک قوا و حاکمیت قانون است که به‌نظر برخی از صاحب‌نظران، اصل تفکیک قوا از اصول هنجاری حاکمیت قانون منتج و یکی از عناصر اساسی حاکمیت قانون شمرده می‌شود.^۲

نظریه تفکیک قوا در بردارنده اصولی است که توضیح‌دهنده چگونگی توزیع یا تقسیم قدرت است. توزیع قدرت اصولاً بر مبنای کارکردهای متنوع حکومت در سه بخش تقنینی، اجرایی و قضایی صورت می‌گیرد. از طریق ترسیم خط مرزی، هر چند در بسیاری از موارد غیردقیق، میان اختیارات و صلاحیت‌های قوای سه‌گانه است که می‌توان زمینه تحقق شرایطی حداقلی را برای محافظت شهروندان از شر آفات قدرت متمرکز فراهم ساخت. چنان‌که هایک معتقد است، اصل تفکیک قوا شرط ضروری تحقق حاکمیت قانون و دموکراسی به‌شمار می‌رود و تدبیری است که نظریه‌پردازان مدافع حاکمیت قانون برای تضمین آزادی فردی و جلوگیری از اعمال قدرت خودسرانه اندیشیده‌اند.^۳ به‌نظر وی، وضع قوانین عام و اعمال برابر آنها بر همگان در شرایط مشابه، غیرممکن است، مگر آنکه کارکردهای مذکور (وضع قانون و اعمال قانون) به‌وسیله اشخاص و هیئت‌های متفاوتی انجام پذیرد. از این دیدگاه، نظریه تفکیک قوا، جزء تکمیل‌کننده حاکمیت قانون محسوب می‌شود.^۴

نحوه ارتباط و تعامل میان هریک از قوای مقننه، مجریه و قضائیه موضوعی قابل توجه است. چگونگی تعامل میان هریک از قوا، همچنین سازوکار این تعامل، بدون آنکه منجر به اختلاط میان حدود اختیارات ویژه هریک از قوا شود، موضوعاتی بسیار گسترده‌اند. نظریه

1. See J. D. Cook, "Legislative Guide to Separation of Powers", Legislative Service Bureau, December 2002; Available at: <http://www.legis.State.ia.us>.

2. See Zywicki, op. cit., PP.16-17.

۳. ر.ک.: هایک، «آزادی اقتصادی و حکومت انتخابی»، در: هایک، در سنگر آزادی، ص ۱۹۶-۱۹۵.

4. See Hayek, *The Constitution of Liberty*, P. 21.

تفکیک قوا، صلاحیت‌ها و اختیارات را میان گروه‌هایی با اهداف و منافع متفاوت و بعضاً متعارض، به‌نحوی توزیع می‌کند که هیچ شاخه‌ای از حکومت قادر به اعمال آن بخش ویژه اختیارات خود، بدون هماهنگی با دیگر گروه‌ها نباشد؛ بدین ترتیب که هریک از قوا در نظامی که به‌عنوان نظام «نظارت و تعادل»^۱ خوانده می‌شود، اعمال قدرت به‌وسیله قوای دیگر را مورد نظارت و ارزیابی قرار می‌دهد، و بدین طریق، از یک‌سو اصل تفکیک قوا و محسنات آن تحقق می‌یابد و از سوی دیگر از آسیب‌های ناشی از عدم ارتباط و تعامل قوا در اعمال حاکمیت کاسته می‌شود.^۲

نکته قابل توجه در زمینه تعامل و ارتباط قوای سه‌گانه، توجه به دیدگاه نظریه‌پردازان کلاسیک تفکیک قواست. به‌عنوان نمونه، گرچه منتسکیو بر تفکیک وظایف و اختیارات میان سه قوه تأکید داشت، اما فراتر از دیدگاهی نظری، کوشید تا نقاط ضعف نظریه تفکیک قوا را برطرف کند. از جمله اینکه به تعامل قوا با یکدیگر و همچنین تهدید اختیارات قوای دیگر به‌وسیله قوه مقننه اندیشید و راهکارهایی را نیز برای مسائل مذکور پیشنهاد کرد. او با بازنگری در نظریه تفکیک قوا، بر عنصر مسئولیت قوا تأکید کرد و دامنه آن را گسترده‌تر ساخت. بازنگری‌های وی در سه نکته قابل شرح است:

نخست، وی قوه قضائیه را به‌عنوان قوه مستقل در نظر گرفت و این واقعیت را خاطرنشان کرد که سیاسی نبودن قوه قضائیه، مهم‌ترین عامل در استقلال این قوه برای ایفای مناسب وظایفش محسوب می‌شود؛ دومین جرح و تعدیل پیشنهادی وی، تعریف وظایف و اختیاراتی برای هریک از قوا همراه با سهیم ساختن قوای دیگر در آن وظایف و اختیارات بود. او چنین می‌اندیشید که اگر برخی از اختیارات و وظایف به‌طور مشترک از سوی قوا اعمال شود، زمینه نظارت و کنترل بیشتر قوای مختلف بر یکدیگر فراهم می‌شود؛ سرانجام سومین نکته مورد توجه منتسکیو، اشکالات مربوط به حضور افرادی با طبقه و منافع مشابه در مشاغل و پست‌های حکومتی بود که به‌نظر وی این وضعیت، به‌دلیل منافع یکسان افرادی از طبقات برابر، هدف نظریه تفکیک قوا را زایل خواهد ساخت (هدف مبتنی بر محدودیت قدرت و جلوگیری از اختلاط وظایف و اختیارات).

1. "Checks and Balances"

2. See Alder, op. cit., P. 105.

به نظر وی، تشکیل «حکومت ترکیبی»^۱ به عنوان تمهیدی برای حل بخشی از مسئله سوم مفید بود.^۲

ازسوی دیگر، پذیرش اصل تفکیک قوا یکی از شاخصه‌های تشکیلاتی و سازمانی ضروری برای تحقق نظام‌های دموکراتیک محسوب می‌شود. توضیح اینکه به‌طور کلی می‌توان شاخصه‌ها و معیارهای یک نظام دموکراتیک را به سه دسته کلی شاخصه‌های فرایندی یا رویه‌ای، ماهوی و ارزشی، و شاخصه‌های تشکیلاتی و سازمانی تقسیم کرد. شاخصه‌های دسته اول، ناظر به تبعیت فرایند تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری، از اصول تکرارگرای و مشارکتی است. شاخصه‌های ماهوی و ارزشی دربرگیرنده اصول و ارزش‌های توضیح داده شده در مفهوم حاکمیت قانون و همچنین اصول و ارزش‌های بنیادین، مشتمل بر حقوق و آزادی‌های سیاسی و مدنی است. سرانجام شاخصه‌های تشکیلاتی و سازمانی نظام دموکراتیک، ضامن اعمال شاخصه‌های ماهوی و ارزشی است که عبارت‌اند از: پذیرش اصل تفکیک قوا، پذیرش حزب‌گرایی، وجود رسانه‌های آزاد و مستقل، وجود نهادهای مدنی از جمله سازمان‌های غیردولتی، وجود قوه قضائیه مستقل، و وجود سازوکار مؤثر پاسخ‌گویی.^۳ اصل تفکیک قوا، و نظام «نظارت و تعادل»، نظارت قوای حکومتی بر یکدیگر و همچنین نظارت همگانی را بر اعمال قوای حکومتی، امکان‌پذیر می‌سازد و بدین ترتیب علاوه بر آنکه زمینه تحقق حاکمیت قانون را فراهم می‌سازد، در حکمرانی به شیوه دموکراتیک نقش مهمی ایفا می‌کند.^۴

1. Mixed Government

2. See R. Bellamy, "The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy", in Bellamy and Castiglione, op. cit., PP. 34-35.

۳. برای مطالعه بیشتر، رک: زارعی، پیشین، ص ۱۷۰-۱۶۵.

4. See Bellamy, op. cit., P. 26.

فصل پنجم

قوه مجریه و حاکمیت قانون

در این فصل از نوشتار، به توضیح مفاهیمی خواهیم پرداخت که نقشی اساسی در چارچوب‌بندی اعمال حاکمیت به‌وسیله قوای سه‌گانه به‌طور اعم، و قوه مجریه به‌طور اخص، ایفا می‌کنند. مفاهیم قدرت خودسرانه^۱ و «صلاحیت‌های اختیاری»^۲، دو مفهومی هستند که بیشتر در رابطه با اعمال حاکمیت قانون در حیطه امور مربوط به قوه مجریه به‌کار می‌روند. گرچه مفهوم اول در ارتباط با دیگر قوای حکومتی نیز مصداق می‌یابد؛ بدین معنی که یک قاضی یا نماینده پارلمان نیز ممکن است صلاحیت‌های خود را به‌نحو خودسرانه اعمال کند، اما مفهوم «صلاحیت اختیاری» به‌طور خاص به صلاحیت‌های مقامات اداری و اداره به‌عنوان اجزای قوه مجریه مربوط است. در آغاز این بحث، توضیحی راجع به مفهوم قدرت خودسرانه، که مقدمه‌ای برای تشریح صلاحیت‌های اختیاری محسوب می‌شود، مفید به‌نظر می‌رسد.

۱-۵. حاکمیت قانون و قدرت خودسرانه

مفهوم قدرت خودسرانه و دغدغه مهار و کنترل آن از دیرباز در قالب مفاهیمی چون حکومت عقل و قانون، در ادبیات فلسفه سیاست و فلسفه حقوق مورد بحث قرار گرفته است. شاید بتوان گفت در سنت فلسفه سیاسی غرب، حکومت خودسرانه، شکل خاصی از یک حکومت

1. Arbitrary Power

2. Discretionary Powers

پیش‌تر، در ویراست اول این کتاب، از معادل «اختیارات گزینشی» برای ترجمه این عبارت استفاده کرده بودیم. به‌نظر می‌رسد معادل «صلاحیت‌های اختیاری»، دقیق‌تر و روشن‌تر باشد. همچنین در برخی از آثار، عبارت «صلاحیت‌های تخییری» نیز برای ترجمه عبارت مذکور به‌کار برده شده است.

غیرعقلانی تعریف شده است. یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های این حکومت، بی‌اعتنایی به قوانینی است که نشئت گرفته از اصول عقلانی بشری و تمایل به حاکمیت اراده فردی است که چه‌بسا در قالب قانون ظاهر می‌شود. برای نمونه، براساس تحلیل نویمان، قانون متشکل از دو مؤلفه است که با توجه به نقش هریک از این مؤلفه‌ها، دو نوع نظام حکومتی متفاوت شکل می‌گیرد؛ یکی اراده^۱ که بیانگر جنبه سیاسی قانون است. اگر نقش «اراده» - یا به تعبیر دقیق‌تر اراده خودسرانه - در قانون پررنگ باشد، قانون به‌مثابه ابزار اجبار تعریف می‌شود و حاکمیت در قالبی بی‌قیدوبند و مستبدانه شکل می‌گیرد. مؤلفه دیگر قانون، «عقل»^۲ است؛ در وضعیت حاکمیت قانون مبتنی بر عقل، قوانینی بر مبنای آموزه‌های عقلانی و در قالب «هنجاری عقلانی» تدوین و حقوق و آزادی‌ها به رسمیت شناخته می‌شوند.^۳

حکومت خودسرانه دارای ویژگی‌هایی است که مهم‌ترین آنها عبارت‌اند از:

۱. در خدمت تحقق اراده غیرمحدود حاکمان قرار دارد.
 ۲. با موارد مشابه به‌نحو برابر برخورد نمی‌کند.
 ۳. غیرقابل پیش‌بینی است؛ به‌نحوی که به‌دلیل این خصلت، نمی‌توان حقوق و تکالیف شهروندان را در این نظام حکومتی تعریف و معین کرد.
 ۴. اعمال حکومت خودسرانه فاقد منطق حقوقی^۴ است.
- همچنین می‌توان حکومت خودسرانه را نوعی «رژیم سلطانی»^۵ دانست. اصطلاح رژیم سلطانی - که برای نخستین بار از سوی ماکس وبر به کار رفت - به معنای نظامی است که در آن «سلطه اساساً بر پایه اراده شخصی اعمال می‌شود». چنین رژیمی که

1. *Voluntas*

2. *Ratio*

۳. به باور نویمان، تاریخ اندیشه سیاسی در غرب، کوششی است برای یافتن تعادلی میان اراده و عقل؛ ر.ک.: نویمان، پیشین، ص ۱۳۱-۱۳۰.

4. Reason of Law

5. See T. A. O. Endicott, "The Impossibility of the Rule of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, Spring 1999, PP. 1-18.

6. Sultanistic Regimes

تجلی شکل افراطی استبداد است، دارای ویژگی‌هایی از قبیل شخص‌گرایی و سوءاستفاده از قانون است.^۱

ویژگی‌های برشمرده شده، مغایر با آموزه‌های مبتنی بر مفهوم حاکمیت قانون است. براساس حاکمیت قانون، حاکمان باید بر مبنای نظریه مشروطه‌خواهی و در حیطه نظم مبتنی بر قانون اساسی،^۲ به شیوه‌ای رفتار کنند که رفتار آنان سازگار با قانون اساسی و محدود به رویه‌هایی باشد که عموم مردم از آنها مطلع‌اند.^۳ حاکمیت قانون راه‌حلی است برای پاسخ به یک مسئله که چیزی نیست جز «خودکامگی»، یعنی نظامی که در آن نظام برخی افراد یا گروه‌ها قادرند بر جان و مال دیگران، به‌دلخواه و در تعقیب اهداف مورد نظرشان دست‌اندازی کنند و بر آنها مسلط شوند.^۴

جوزف رز بر این باور است که حاکمیت قانون در تعارض با قدرت خودسرانه قرار می‌گیرد. وی قدرت خودسرانه را قدرتی تعریف می‌کند که تنها در اندیشه اعمال قدرت است، سوای از اینکه قدرت اعمال شده منجر به تأمین ارزش‌هایی خاص، از قبیل آزادی، برابری و ...، خواهد شد یا خیر. خودسرانه بودن قدرت، از دیدگاه رز، به ماهیت اهداف و ارزش‌هایی بستگی دارد که در ذهن شخص یا گروه دارای قدرت مستقر است. چنان‌که ارزش‌هایی از قبیل احترام به کرامت انسانی و برخورداری همگان از حقوق شهروندی، از نظر حاکم محترم شمرده شود و در عمل نیز رعایت آنها تضمین شود، دیگر نمی‌توان آن حکومت را اعمال‌کننده قدرت خودسرانه دانست. بدین ترتیب در این دیدگاه، ملاک ارزیابی خودسرانه بودن یا تبعیت از حاکمیت قانون، ارزش‌ها و اهداف «ذهنی»^۵ حاکم است.^۶ این ارزش‌ها و اهداف از طریق تبعیت حکومت از قانون، قابلیت تحقق «عینی» می‌یابد.

مفهوم حاکمیت قانون با تأکید بر اصولی از قبیل اعمال قوانین توسط حکومت با

۱. برای مطالعه راجع به این نوع رژیم‌ها و ویژگی‌های آنها ر.ک: لینز و شهابی، پیشین، ص ۶۲-۱۱.

2. Constitutional Order

3. See C. Pierson, *The Modern State*, Routledge: London, 1996, P. 19.

4. See N. B. Reynolds, "Grounding the Rule of Law", 2 *Ratio Juris* (1989), PP. 1-5; Quoted in Zywicki, op. cit., P. 5.

5. Subjective

۶. رز، پیشین، ص ۴۰۱.

حسن‌نیت، و همچنین سازگار با درک و فهم همه شهروندان از آن قوانین، مانعی واقعی بر اعمال قدرت خودسرانه محسوب می‌شود.^۱

۲-۵. صلاحیت‌های اختیاری

مفهومی که به‌ویژه در بحث ارتباط حاکمیت قانون و قوه مجریه قابل تحلیل است، «صلاحیت‌های اختیاری» است. این دسته از صلاحیت‌ها، در مقابل مجموعه صلاحیت‌های موسوم به «تکلیفی» قرار می‌گیرند که طبق آنها، «قانون صلاحیت ویژه‌ای را به مقام اداری واگذار می‌کند و در آن بر اجرای «آمرانه»، «از پیش تعیین شده» و مشخصی از صلاحیت تأکید می‌شود».^۲ مسئله‌ای که طرح مفهوم صلاحیت‌های اختیاری را ضروری می‌سازد این است که در اجرای قانون همواره باید بخشی از اختیارات به اداره یا مقام اداری تفویض شود زیرا تقریباً همه سنت‌های حاکمیت قانون، به‌ویژه سنت بریتانیایی، برتری پارلمان را فرض کرده و صلاحیت‌های مقامات اداری را صلاحیت‌هایی تفویض شده از جانب پارلمان به مقامات قوه مجریه می‌دانند.^۳ از آنجاکه بخش قابل توجهی از این اختیارات تفویض شده به‌موجب قانون معین می‌شود، مسائلی از قبیل اینکه دقیقاً چه کسی یا کسانی از حق اعمال اختیارات برخوردارند و اعمال چه میزان از اختیارات حکومتی به‌وسیله اداره یا مقامات حکومتی مجاز است، مسائلی مبهم و درعین حال اساسی محسوب می‌شود.^۴ به‌عبارت دیگر، تعیین مقامات اجرایی برخوردار از صلاحیت‌های اختیاری، انواع و دامنه این قبیل صلاحیت‌ها، ابزارهای نظارتی و همچنین نحوه اعمال صلاحیت‌های اختیاری، از موضوعات قابل توجه در ارتباط با تحلیل حوزه عملکرد قوه مجریه در پرتو اصل حاکمیت قانون است.

1. See Alder, op. cit., PP. 95-96.

۲. علی مشهدی، صلاحیت تخییری، تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱، ص ۲۸-۲۶.

۳. برای نمونه در مدل «تجاوز از اختیارات» (*Ultra Vires*)، نحوه اعمال اختیارات تفویض شده از پارلمان، مبنای دادگاه‌ها در نظام کنترل قضایی محسوب می‌شود. به عبارت روشن‌تر، اصول کنترل قضایی، اصول ناظر بر محدودیت‌های تعریف شده توسط پارلمان است که همواره باید از سوی مقامات اداری مورد توجه قرار گیرد. اگر مقامات اداری از حیطة اختیارات تفویض شده فراتر روند، در مقابل پارلمان مسئول‌اند؛ برای مطالعه بیشتر در این باره، رک:.

A. Halpin, "The Theoretical Controversy Concerning Judicial Review", in C. Forsyth (ed.), *Judicial Review and the Constitution*, Oxford: Hart Publishing, 2000, PP. 500-501.

4. See Hayek, op. cit., PP. 212-213.

ازسوی دیگر مفهوم صلاحیت‌های اختیاری در سایر نظام‌های حقوقی و سیاسی به معنای صلاحیت‌های مقامات حکومتی (در هریک از سه قوا) است که گرچه به موجب قانون یا آیین‌نامه‌ای خاص، جزئیات آن صلاحیت‌ها شرح داده نشده است، اما جزء ذاتی اعمال صلاحیت محسوب می‌شود؛ به عنوان نمونه مقامات اجرایی از برخی اختیارات مدیریتی برخوردارند که قانون، راجع به کم و کیف اعمال آنها، فاقد حکم یا دست‌کم حکم مصرح است. تصمیم‌گیری در خصوص این اختیارات، که بیشتر به ابعاد عملی مدیریت و امر اداره بازمی‌گردد، به اقتضائات خاصی مرتبط است که شناسایی صلاحیت‌های اختیاری ویژه‌ای را برای مقامات حکومتی ضروری می‌سازد. بنابراین، صلاحیت‌های اختیاری به‌طور کلی به حوزه‌ای از اختیارات معطوف است که مقامات اجرایی از آزادی عمل در تصمیم‌گیری و اعمال آن تصمیمات بهره‌مندند.

توسعه حیطه مداخله دولت در امور اجتماعی و اقتصادی، به‌ویژه در قرن گذشته، گرچه با توجه به ضرورت‌هایی قابل توجیه است، اما سبب گسترش فوق‌العاده صلاحیت‌های اختیاری شده است. با این تحول، همواره این دغدغه‌های قابل توجه بوده است که این اختیارات وسیع، به‌طور خودسرانه و در جهت کسب منافع به طریق غیرقانونی، یا اختصاص منافع و منابعی ویژه به اقلیتی ممتاز مورد استفاده قرار گیرد.^۱ با وجود این، چگونگی سازگاری و هماهنگی میان دو مقوله آزادی عمل مقامات اداری در اعمال اختیاراتشان از یک‌سو، و محدودیت‌های ضروری برای چارچوب‌بندی اعمال تصمیمات اداری ازسوی دیگر، موضوعی قابل بحث است. آیا می‌توان برای کنترل اداره یا مقامات اداری در اعمال قانون و اختیاراتشان حد و حصری تعریف کرد تا به‌وسیله این حد و حصر، عدم تجاوز به حقوق و آزادی‌های شهروندان تضمین شود؟ سؤال دیگر اینکه ابزار کنترل اعمال اختیارات مقام اداری در این محدوده کدام‌اند؟

در پاسخ به سؤال‌های پیش‌گفته می‌توان گفت در نظریه حاکمیت قانون، قانون کارکردی دوگانه در رابطه با محدوده و کنترل صلاحیت‌های اختیاری ایفا می‌کند؛

۱. کنترل مقامات دولتی از این حیث یکی از پیش‌شرط‌های تحقق «حکمرانی خوب» (Good Governance) محسوب می‌شود؛ ر.ک: بانک جهانی، «نهادهای سیاسی و حکمرانی»، ترجمه جعفر خیرخواهان، در: احمد میدری و جعفر خیرخواهان (به کوشش)، حکمرانی خوب، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۳، ص ۴۵۴.

بدین ترتیب که قانون از یک سو، ابزاری برای تحدید اعمال حاکمیت به ویژه از سوی مقامات اداری شمرده می شود، و از سوی دیگر، بیانگر سازوکاری برای اعمال آزادانه قانون با توسل به اختیارات است.^۱ آلدِر این دوگانگی را به مفهوم حاکمیت قانون نیز تسری می دهد و آن را مفهومی «تناقض آمیز»^۲ می داند؛ چنان که می نویسد:

[حاکمیت قانون] در معنای لغوی، محدودیت مقام اداری و پیامدهای نامطبوع چنین محدودیتی را برای مقام اداری تجویز می کند، و از طرف دیگر به مثابه ایده ای لیبرال و آزادی بخش ملاحظه می شود ... بنابراین قانون دو چهره دارد؛ گرچه قانون محدودکننده است، اما از طرف دیگر خارج از حوزه محدودیت های قانونی، افراد آزاد و برابرند و اقتدار حکومتی جایی ندارد.^۳

رویکردی که به دادگاه ها در مواجهه با صلاحیت های اختیاری، برخوردی منعطف و منطقی را توصیه می کند، در نظریه ای موسوم به «چراغ سبز»^۴ صورت بندی شده است. طرفداران رویکردهای واقع گرا و کارگرا در حقوق اداری، به نظریه چراغ سبز در رابطه با صلاحیت های اختیاری قائل اند که براساس آن، کنترل قضایی تصمیمات اداری باید با حداقل دخالت و اخلاص در امور اداری و پذیرش واقعیت ها و دشواری های اتخاذ تصمیمات اداری صورت گیرد. در مقابل نظریه مذکور، نظریه موسوم به «چراغ قرمز»^۵ وجود دارد که قائلان آن، اعمال کنترل قضایی حداکثری بر تصمیمات اداری را توصیه و از آن دفاع می کنند. اثبات گرایان و شکل گرایان معتقد به این نظریه اند.^۶ بر مبنای نظریه مذکور،

1. See M. E. Price, and P. Krug, "The Enabling Environment for Free and Independent Media", 2000; Available at: <http://www.pcmlp.socleg.ox.ac.uk>.

2. Paradoxical

3. Alder, op. cit., P. 92.

4. Green Light Theory

5. Red Light Theory

۶. علی مشهدی، «توجیه و نقد کنترل پذیری صلاحیت های تخییری قوه مجریه»، اطلاع رسانی حقوقی، شماره های ۲۱ و ۲۲، زمستان ۱۳۹۰، ص ۶۳. منبع مشخصات منبع اصلی به شرح زیر است:

Carol Harlow and Richard Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge: Cambridge U.P,

اختیار مقام اداری باید تا حد ممکن طبق قانون اعمال شود و دست مقام اداری برای اعمال آزادانه و مطابق با صلاحدید خود باید تا بیشترین حد ممکن، بسته باشد.

در مجموع، در بحث ارتباط حاکمیت قانون و نهادهای اداری و اجرایی، آنچه مهم است ماهیت تحدیدکننده قانون است. به بیان دیگر، گرچه مفهوم صلاحیت‌های اختیاری گرایش به بسط و خارج شدن از حیطه حاکمیت قانون دارد، اما جهت‌گیری نظریه حاکمیت قانون به سمت وسوی چارچوب‌بندی و محدودیت چنین اختیاراتی است.

چنانچه گفتیم، تفویض برخی اختیارات به مقام اداری برای انجام امور مربوط به خدمات عمومی امری اجتناب‌ناپذیر است. چه بسا وجود چنین اختیاراتی در وهله اول در تعارض با مفهوم حاکمیت قانون به نظر آید، چرا که نخست، برخی از این اختیارات به موجب قانون برای مقام اداری در نظر گرفته نشده است؛ دوم، دامنه این اختیارات مشخص نیست؛ سوم، چه بسا مقام اداری در اعمال اختیارات خود، تصمیماتی موردی اتخاذ و به مرحله اجرا گذارد که مغایر با آموزه‌های حاکمیت قانون است، و در آخر، معلوم نیست که اعمال این اختیارات چه تأثیری بر مقوله حقوق و آزادی‌ها خواهد داشت. با وجود این، گریزی از این واقعیت نیست که حتی در برخی مواقع، مقامات اداری و اجرایی اختیاراتی دارند که کنترل نحوه اعمال آنها از صلاحیت دادگاه‌ها نیز خارج است چرا که تفویض این اختیارات در قالب قوانینی با عبارات کلی و بعضاً مبهم و عاری از دقت صورت می‌گیرد و این ابهام، زمینه سوءاستفاده مقامات اداری را فراهم می‌آورد. آنچه اهمیت دارد، پیش‌بینی و اعمال تدابیر لازم و مؤثر برای تناسب در صلاحیت‌های اختیاری در نظر گرفته شده برای مقامات اداری و همچنین یافتن راهکارهایی برای قانونمند کردن اعمال این اختیارات است.

در این ارتباط، ضروری است هم امور ماهوی و هم رویه‌ای را در جهت قانونمندی مقامات اداری مورد توجه قرار داد.^۱ امور ماهوی بیشتر ناظر به اصول و ارزش‌هایی از قبیل آزادی و عدالت است و بر ضرورت سازگاری اعمال اداری با این اصول تأکید می‌کند. اما اصول رویه‌ای اصولی هستند که بر رعایت تشریفات قانونی و نحوه تدوین و صورت‌بندی قوانین و مقررات مربوط به امور اداری توجه ویژه‌ای دارند، و در نظریه‌های طرفداران برداشت شکلی از حاکمیت قانون،

1997, P. 67.

1. See Wade and Forsyth, op. cit., PP. 20-21.

جایگاه والایی دارند. یکی از اصولی که در نظریه حاکمیت قانون برای کنترل اعمال صلاحیت‌های اختیاری پیشنهاد شده است، محدودیت اعمال اعضای قوه مجریه به وسیله قواعدی است که نه تنها «زمان» استفاده از اجبار، بلکه همچنین «شیوه» اعمال اجبار را نیز معین و مشخص می‌کنند. مهم‌ترین دغدغه در خصوص اختیارات (به‌ویژه در قوه مجریه)، تضییع حقوق و آزادی‌ها به موجب تصمیمات مقامات اداری است؛ تصمیماتی که چه‌بسا با وجود خلأ قانونی و تفویض اختیار به آن مقام اداری، با اصول و ارزش‌های بنیادین از قبیل آزادی و برابری مغایر باشد. اگر شیوه اعمال اجبار توسط مقامات قوه مجریه به موجب قواعدی عام قانونمند شود، بخش وسیعی از اعمال قهری قوه مجریه تابع کنترل قضایی قرار خواهد گرفت.^۱ علاوه بر این چنان که هایک تأکید می‌کند، باید تفویض انواع خاصی از اختیارات حکومتی به قوه مجریه را محدود ساخت، از جمله اختیارات راجع به حقوق و آزادی‌های فردی و دارایی اشخاص؛^۲ چرا که از دیدگاه وی، آزادی فردی و حق مالکیت، حداقل حقوقی است که هر فرد از آن برخوردار است و درواقع حرمت و تضمین این قسم از حقوق، حد مداخله دولت محسوب می‌شود.

راه حل پیشنهادی بیان شده، بیشتر به چگونگی اعمال اختیارات اداری مربوط می‌شود. اما شیوه دیگری نیز برای تحدید اختیارات مقامات اداری در آموزه‌های حاکمیت قانون مطرح می‌شود و آن توجه به نحوه صورت‌بندی قانون است. چنان که هایک توضیح می‌دهد، قانون را می‌توان به نحوی صورت‌بندی یا انشا کرد که هر دادگاه بی‌طرف، قادر به تشخیص این امر باشد که آیا تصمیمات اتخاذ شده یا اقدامات انجام گرفته، برای ایجاد آثاری که هدف قانون بوده، ضرورت داشته است یا خیر.^۳ توضیح اینکه برای قانونگذار به دلایل بسیاری این امکان فراهم نیست که در قانونی که اجرای آن را به یک مقام اداری تفویض می‌کند، چگونگی تصمیم یا نحوه انجام اعمال لازم برای اجرای آن قانون در شرایط مختلف را نیز شرح دهد. بدین ترتیب بهترین توصیه این است که مفاد قانون به شیوه‌ای تدوین شود که امکان تصمیم‌گیری و عمل در جهت خلاف آن یا سوءاستفاده

۱. ر.ک.: فصل هفتم همین نوشتار؛ ذیل عنوان کنترل قضایی.

۲. به تعبیر هایک، «اختیارات اداری بر اشخاص و اموال» (Administrative Powers Over Person and Property)؛ See Hayek, op. cit., P. 211.

۳. هایک، «سیاست‌گذاری اقتصادی و حکومت قانون»، ص ۱۷۲-۱۷۱.

از مفاد آن قانون برای تضییع حقوق و آزادی‌ها به حداقل ممکن کاهش یابد. چنان‌که هایک در این رابطه می‌نویسد: «انواع شرایطی که مقامات ممکن است در آنها ناگزیر از اقدام شوند قابل پیش‌بینی نیست، اما می‌توان کاری کرد که نحوه اقدام آنان، وقتی شرایط مورد نظر پیش آید، تا حد زیادی پیش‌بینی‌پذیر باشد».^۱ چنان‌که در بخش‌های پیشین نیز اشاره کردیم، این قابلیت پیش‌بینی اوضاع و احوال یکی از مهم‌ترین اهداف حاکمیت قانون شمرده می‌شود.

از طرف دیگر، اگر بتوان سازوکاری الزام‌آور را برای انتشار مقررات تصویب شده به‌وسیله مقام اجرایی به‌منظور اجرای قوانین طراحی کرد، نگرانی از اعمال خلاف قانون مقام اجرایی به حداقل خواهد رسید.^۲ چنان‌که گفتیم، یکی از اصول حاکمیت قانون، انتشار قوانین برای اطلاع همگان است. تنها با این تدبیر است که همگان از حقوق و تکالیف خود آگاه خواهند شد و قادر خواهند بود به برنامه‌ریزی و اقدام در جهت اهداف خویش مبادرت کنند. باید به این نکته نیز اشاره کنیم که این قاعده - که در نظریه حاکمیت قانون معطوف به قوانین مصوب پارلمان است - به «مقررات» مصوب دیگر اجزای حکومت، از جمله قوه مجریه، نیز قابل تسری است. مقررات به معنای خاص^۳ نیز همچون «قوانین»، بر حوزه‌های مختلف تأثیر گذارند، و به همین ترتیب، حقوق و آزادی‌ها را متأثر می‌سازد. الزام مقامات اجرایی نیز به انتشار مصوبه‌هایشان، علاوه بر فرصت بیشتری که به شهروندان برای برنامه‌ریزی خواهد داد، فرصت اعمال اختیارات موردی را از مقامات اجرایی - به‌وسیله نظارت همگانی برآمده از آگاهی شهروندان درباره اختیارات و تکالیف قانونی مقامات اجرایی - محدود خواهد کرد.^۴

یکی از مهم‌ترین موقعی که حدود اعمال صلاحیت‌های اختیاری اهمیت می‌یابد،

۱. همان‌جا.

۲. همان، ص ۱۷۳.

۳. در اینجا مقررات به معنای خاص، معادل واژه "Regulation" فرض شده است. بدین ترتیب، چنان‌که مقررات به معنای عام مراد باشد، همه مصوبات هریک از مراجع مقرراتگذار، اعم از پارلمان و قوه مجریه، را دربرمی‌گیرد، اما اگر مقررات به معنای خاص در نظر باشد، منظور مصوبات قوه مجریه و مقامات اداری اعم از آیین‌نامه، بخش‌نامه و سایر اینهاست.

۴. روش‌های محدودیت صلاحیت‌های اختیاری منحصر به روش‌های پیش‌گفته نیست. به‌عنوان نمونه یکی از صاحب‌نظران سه روش برای کنترل صلاحیت‌های اختیاری توضیح می‌دهد که عبارت‌اند از: محدودیت (Confining)، ساختاربندی (Structuring) و کنترل (Checking)؛ برای مطالعه راجع به این ابزارهای کنترلی ر.ک.:

C. D. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Chicago: University of Illinois Press, 1971.

مواقعی است که به دلیل وجود شرایط خاص، وضعیت اضطراری اعلام و برای مقامات اختیارات ویژه‌ای در نظر گرفته می‌شود. بدین ترتیب دامنه اختیارات به شدت گسترش می‌یابد و مقامات از امتیازاتی بهره‌مند و از معافیت‌هایی برخوردار می‌شود که چه‌بسا موجب نقض حقوق و آزادی‌های شهروندی شود. شرایط اضطراری یا فوق‌العاده دارای دو ویژگی کلی است؛ اولین ویژگی، تمرکز قدرت در دست عالی‌ترین مقام اجرایی است که با توسل به آن، صلاحیت‌های تقنینی گسترده‌ای را برای خود، یا صلاحیت‌های قضایی وسیعی را برای نیروهای اجرایی، نظامی و انتظامی تعریف می‌کند. درعین حال، ویژگی اساسی شرایط اضطراری، محدودیت دامنه حقوق و آزادی‌ها به وسیله اعمال قدرت یا صلاحیت پیش‌گفته است؛ حقوق و آزادی‌هایی از قبیل آزادی رفت‌وآمد، آزادی تحزب و آزادی بیان.^۱

مسئله مطرح شده در اندیشه‌های راجع به نظریه مشروطه مسئله‌ای حائز اهمیت است؛ چنان که لاگلین این مسئله را در چارچوب نسبت میان «قاعده» و «استثنا» مورد توجه قرار می‌دهد؛ او می‌نویسد:

قدما با توسل به دو قاعده «مصلحت مردم، قانون برتر است» و «ضرورت فراقانون است»، غالباً به دیکتاتوری کمیساریایی (مشروطه) اتکا می‌کردند. به این معنا که حکومت مبتنی بر قانون اساسی به دلیل بعضی خطرات به حالت تعلیق درمی‌آمد تا امکان اعاده آن پس از رفع تهدیدها فراهم آید.^۲

تعلیق موقت سازوکارهای مبتنی بر قانون اساسی با توسل به نوع مصلحت‌اندیشی در نظام‌های امروزی نیز رواج دارد؛ به نحوی که در بیشتر نظام‌های مشروطه مدرن، قوانینی برای تعلیق ضمانت اجراهای مبتنی بر قانون اساسی در مواقع اضطراری پیش‌بینی شده است، اما همواره این خطر وجود دارد که چنین تعلیقی به بهانه مصلحت‌اندیشی‌های اجتناب‌ناپذیر در وضعیت‌های اضطراری، حقوق و آزادی‌ها و دیگر ارزش‌ها و تضمین‌های مندرج در قانون اساسی را دستخوش آسیب کند. در این حالت، «دیکتاتوری مشروطه به

۱. محمدحسین زارعی، «اختیارات فوق‌العاده عالی‌ترین مقامات اجرایی»، راهبرد، شماره بیستم، تابستان ۱۳۸۰، ص ۲۰۰.

۲. لاگلین، پیشین، ص ۱۷۴.

دیکتاتوری شخص حاکم تبدیل» می‌شود و «کمترین نتیجه، اقدامات حيله‌گرانه حکومت است که شکاف میان هنجارهای مشروطه و اقدامات عملی حکومتی را عمیق ساخته و احترام به نظام مشروطه را کاهش می‌دهد».^۱

ضرورت بهره‌مندی از این اختیارات ویژه، امتیازات و معافیت‌ها، باید تابع ملاک‌ها و معیارهایی باشد که دغدغه حاکمیت فرد را به‌جای حاکمیت قانون در وضعیت اضطراری رفع کند.^۲ حکومت در وضعیت اضطراری به معنی خودسری در اتخاذ و اعمال تصمیمات حکومتی نیست، بلکه این‌گونه تصمیمات و اقداماتی باید چنان باشد که «عدالت حداقلی در جهت تأمین ایده هنجاری حاکمیت قانون» را برآورده سازد.^۳ بدین ترتیب حتی در وضعیت بحرانی نیز باید تصمیمات حکومتی از خصوصیت قابل اعمال بودن بر همگان در وضعیت مشابه برخوردار باشد.

بررسی‌های انجام شده بیانگر این نکته است که میان وفاداری و تعهد قانون اساسی به رعایت حقوق بشر از یک‌طرف، و گسترده‌گی اختیارات فوق‌العاده یا بدون نظارت قانونی از طرف دیگر، رابطه معکوس وجود دارد. عواملی از قبیل توجه و تعهد به اصول دموکراسی و نظارت و تعادل سیاسی در قانون اساسی، محدوده و قیود اعمال اختیارات فوق‌العاده، و همچنین سازوکار نظارت و طبعاً پاسخ‌گویی مقامات اجرایی را در چنین وضعیتی مهیا می‌کند.^۴ اختیارات تعریف یا تفویض شده به مقامات اداری به‌وسیله قانون اساسی، قوانین عادی و سایر مقررات، بر مبنای این «شرط ضمنی» صورت گرفته است که آن اختیارات «به‌شیوه قانونی» و در راستای تأمین منفعت عمومی اعمال شوند. بنابراین می‌توان گفت اعمال قانونی اختیارات و تأمین منفعت عمومی، از جمله شروط «مشروعیت» اعمال اداری محسوب می‌شود

۱. همان، ص ۱۷۵-۱۷۴.

۲. چنان‌که اشمیت، متخصص مشهور نازی در حقوق اساسی، نوشته است: «حاکمیت در دست کسی است که در اوضاع اضطراری تصمیم با اوست»؛ به نقل از: نویمان، پیشین، ص ۶۱.

3. See H. Bielefeldt, "Carl Schmitt's Critique of Liberalism", in D. Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics*, London: Duke University Press, 1998, PP. 31- 32.

۴. ر.ک.: زارعی، پیشین، ص ۲۰۲؛ در این مقاله، موضوع اختیارات فوق‌العاده مقامات اجرایی در قوانین اساسی کشورهای فرانسه، آلمان، آفریقای جنوبی، کره جنوبی، مراکش، الجزایر، سوریه، نیجر، ژاپن، مصر و سوئیس بررسی شده است.

و مقام اداری موظف است در اتخاذ تصمیمات و اعمال اختیارات، قیود پیش گفته را مدنظر قرار دهد.^۱ چنان که گفتیم، طبق دکترین «تجاوز از اختیارات»، شرایط مندرج در قوانین و دیگر مقررات، همچون اساسنامه یا مرامنامه‌ای است که هرگونه خروج از آن شرایط به مثابه نقض اهداف، سیاست‌ها و اصولی تلقی می‌شود که مشروعیت حقوقی اعمال مدیران اجرایی و مأموران دولتی بر آنها استوار است.^۲ در صورت تخطی از حوزه اختیارات، در نظام‌های حقوقی ضمانت اجرایی برای ابطال تصمیم اتخاذ شده توسط مقام قضایی یا الزام مقام اجرایی یا مأمور دولتی به جبران خسارت‌های وارده احتمالی، پیش‌بینی شده است.

در پایان این مبحث، مناسب به نظر می‌رسد به این نکته نیز اشاره کنیم که الزام مدیران و مقامات اجرایی به پاسخ‌گویی، به دو صورت حقوقی و اداری نیز یکی از اصول نشئت گرفته از ایده حاکمیت قانون است.^۳ در پاسخ‌گویی حقوقی، مدیران و مقامات دولتی در صورت تجاوز از اختیارات و تصمیمات یا عملکرد غیرقانونی خود در برابر دادگاه‌ها پاسخ‌گو هستند. این پاسخ‌گویی از طریق سازوکار کنترل قضایی صورت می‌گیرد.^۴ در پاسخ‌گویی اداری، مقامات دولتی در برابر مقامات غیرقضایی و غیرسیاسی مسئول‌اند. این مقامات شامل وزراء، بازرسان و ذی‌حسابان‌اند. از سوی دیگر به غیر از نظارت درون‌سازمانی یا سلسله‌مراتبی، نظارت بیرونی نیز بر تصمیمات و عملکرد مقامات اداری وجود دارد که از طریق بازرسان مالی و مالیاتی و حتی کمیسیون‌های پارلمانی اعمال می‌شود.^۵

1. See S. J. Schönberg, *Legitimate Expectation in Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000, P. 7.

2. See Street, H. A. A., *Treatise on the Doctrine of Ultra Vires*, (1930);

به نقل از: محمدحسین زارعی، «فرایند مردمی شدن، پاسخ‌گویی و مدیریت دولتی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، شماره نهم، بهار و تابستان ۱۳۸۰، ص ۱۳۴.

۳. پاسخ‌گویی را می‌توان به انواع پاسخ‌گویی عمومی و شهروندی، پاسخ‌گویی اداری، پاسخ‌گویی حقوقی و پاسخ‌گویی سیاسی تقسیم کرد؛ برای مطالعه راجع به انواع پاسخ‌گویی‌های برشمرده شده ر.ک.: زارعی، پیشین، ص ۱۴۸-۱۳۱.

۴. ر.ک.: در قسمت ۲-۷ فصل هفتم همین نوشتار؛ در گفتار کنترل قضایی و حاکمیت قانون.

۵. زارعی، پیشین، ص ۱۳۲. در نظام حقوقی ایران نیز نظارت بر صلاحیت‌های اختیاری مقامات قوه مجریه، توسط دیوان عدالت اداری اعمال می‌شود. برای مطالعه نمونه‌هایی از آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در این خصوص، ر.ک.: علی‌اکبر گرجی ازندریانی و یونس فتحی، «مطالعه تطبیقی بر اعمال صلاحیت‌های گزینشی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۸، تابستان ۱۳۹۱، ص ۲۴۲-۲۳۵.

فصل ششم

قوه مقننه و حاکمیت قانون

در این فصل ابتدا به توضیح دلایل ضرورت قوه مقننه در اعمال اختیارات قانونگذاری می‌پردازیم و سپس راهکارهای اصلی پیشنهاد شده به منظور دستیابی به هدف مذکور را مورد توجه قرار خواهیم داد. پیشنهاد هایک مبنی بر ضرورت برقراری نظام دومجلسی یکی از اصلی‌ترین این پیشنهادهاست.

۱-۶. ضرورت محدودیت قوه مقننه

چنان‌که گفتیم، حاکمیت قانون مستلزم محدودیت قوای سه‌گانه در اعمال حاکمیت است. موضوعات مورد بحث در این قسمت عبارت‌اند از اینکه آیا حاکمیت پارلمان محدود است؟ اگر چنین است، حد و مرز این محدودیت چیست و اصول حاکم بر این محدودیت چه اصولی است. به عبارت دیگر نسبت اصل حاکمیت قانون و پارلمان چیست؟ آیا می‌توان با توسل به اصل حاکمیت قانون اختیارات قوه مقننه را در قانونگذاری محدود ساخت؟

اما پیش از طرح مباحث مطرح شده، مناسب به نظر می‌رسد به بررسی رابطه میان دو آموزه اصلی مطرح شده در سنت حقوقی آمریکا و انگلستان، یعنی «برتری قانون اساسی»^۱ و «حاکمیت پارلمان»^۲ بپردازیم. توضیح نسبت این دو مفهوم بیانگر این نکته است که چرا امروزه محدودیت اعمال اختیارات قانونگذار نه تنها مغایر با اصل حاکمیت قانون نیست، بلکه جزئی از مقتضیات اصل حاکمیت قانون شمرده می‌شود.

ایروین در مقاله‌ای به بررسی هریک از مفاهیم مذکور و توضیح تفاوت‌ها و همچنین

1. Constitutional Supremacy

2. Parliamentary Sovereignty

نقاط مشترک و یکنواختی‌های اصول «برتری قانون اساسی» و «حاکمیت پارلمان» پرداخته است. از دیدگاه وی، گرچه هر کدام از این آموزه‌ها در اوضاع و احوال اجتماعی، سیاسی و فرهنگی متفاوت شکل گرفته است، اما تأثیرات متقابل اصول حاکمیت پارلمان در بریتانیا و برتری قانون اساسی در آمریکا بر یکدیگر به هیچ وجه قابل انکار نیست.^۱ اما با گذشت زمان و ظهور و گسترش آموزه‌هایی که می‌توان آنها را «بنیان مدرن حاکمیت پارلمان» خواند، از جمله توجه ویژه به حقوق بنیادین و حقوق رفاهی، تفاوت‌های میان دو سنت برتری قانون اساسی و حاکمیت پارلمان در حال کم‌رنگ شدن به نفع ویژگی‌هایی مشترک است. بدین ترتیب می‌توان گفت «قطعاً تفاوت‌هایی وجود دارند، منتها بسیار ظریف‌تر و مبهم‌تر از تفاوت‌هایی که پیش‌تر وجود داشته است».^۲

نکته قابل توجه در مطلب بیان شده برای توضیح ارتباط حاکمیت قانون و قوه مقننه، اشتراک روزافزون این آموزه‌ها با یکدیگر در تأکید بر اصول مندرج در نظریه حاکمیت قانون است. بدین معنی که گرچه دو نظام حقوقی بریتانیایی و آمریکایی از عناصر ویژه تاریخی و حقوقی متفاوتی برخوردارند، اما هم آموزه حاکمیت پارلمان بریتانیایی و هم آموزه برتری قانون اساسی آمریکایی به دنبال پاسخ به سؤالاتی مشابه‌اند؛ سؤالاتی از قبیل اینکه دادگاه‌ها باید به چه میزان بر سایر قوای حکومتی کنترل و نظارت داشته باشند و همچنین در چه شرایطی قوه قضائیه از صلاحیت لغو و نادیده گرفتن مصوبات قوه مقننه یا مجریه به منظور حفاظت از منافع فردی یا گروهی برخوردار است.^۳ با توجه به این دغدغه‌های مشترک، محور اصلی مورد توجه در ادامه بحث، طرح نکاتی درباره دامنه اختیارات قوه مقننه و ضرورت محدودیت این اختیارات است.

ضرورت تحدید اختیارات قوه مقننه نیازمند دلایل موجه پیچیده‌تری نسبت به ضرورت

۱. از جمله تأثیر مفاد مربوط به اصل ممنوعیت بازداشت خودسرانه و غیرقانونی مندرج در بخش ۳۹ منشور کبیر بریتانیا بر ماده مربوط به اصل «رعایت تشریفات قانونی» در منشور حقوق ایالات متحده آمریکا؛ ر.ک.:

Lord Irvine of Lairg, "Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America", *New York University Law Review*, Vol. 76: 1, April 2001, P. 2.

2. Ibid., PP. 8-9.

3. See Ibid., P. 6;

سؤالات طرح شده بیشتر به بحث کنترل قضایی مرتبط است که موضوع فصل بعدی این نوشتار است.

محدودیت اعمال اختیارات قوه مجریه است؛ به‌ویژه در بریتانیا که همواره بنیان حاکمیت قانون، برتری پارلمان و مصوبات قانونگذار محسوب می‌شده است. پاسخ به چرایی مقاومت در برابر مطالبه محدودیت اختیارات قوه مقننه در امر قانونگذاری، آن‌چنان دشوار نیست. به‌لحاظ تاریخی، نظریه‌پردازان حقوق و سیاست برخلاف بدبینی و سوءظن همیشگی به قوه مجریه (و حتی به قوه قضائیه در فرانسه)، با دیدی خوشبینانه‌تر و حاکی از اعتماد به قوه مقننه نگریده‌اند، چرا که اعضای قوه مقننه علی‌الاصول منتخب مستقیم مردم و حتی مظهر و تجلی اراده مردم محسوب می‌شده‌اند.^۱ فرض بر این بوده است که نمایندگان مردم به دنبال تأمین منافع و مطالبات رأی‌دهندگان‌اند و بعید است از اختیارات خود در جهت خلاف پیمان فرضی خود با رأی‌دهندگان استفاده کنند. ازسوی دیگر، علاوه بر اینکه اعضای پارلمان در امر قانونگذاری خود را موظف به رعایت اصول و قواعدی برتر می‌دانند، مهم‌ترین وظیفه آنان، که تضمین برتری قانون بر تصمیمات خودسرانه و سلیقه‌ای است، مانعی بااهمیت بر اعمال غیرقانونی و خودسرانه اختیارات آنها شمرده می‌شود.

چنان‌که نویمان می‌نویسد، دو گزاره، اصل حاکمیت قانون در انگلستان را شکل می‌دهد؛ گزاره اول عبارت است از اینکه حق حاکمیت با پارلمان است و صلاحیت قانونگذاری منحصراً در اختیار پارلمان قرار دارد، و گزاره دوم، الزام تطبیق مصوبات پارلمان با اصول و مقرراتی از پیش تعریف شده و منطبق با مقتضیات یک نظام حقوقی لیبرال است.^۲ گرچه ممکن است این دو گزاره متناقض با یکدیگر به‌نظر آیند، (بدین ترتیب که اگر پارلمان و طبعاً مصوبات پارلمان برتر باشد، ضرورت و الزام تطبیق مصوبات پارلمان با اصول و معیارهای برتر چگونه قابل توضیح است)، اما به‌دلیل رویکرد خوش‌بینانه‌ای، که بدان اشاره شد، حتی این تناقض نیز مانع از اصرار نظریه‌پردازان کلاسیک حاکمیت قانون بر اصل برتری پارلمان نشده است. چنان‌که دایسی معتقد است، حاکمیت پارلمان اساساً با انواع دیگر حاکمیت متفاوت است، چرا که از طرفی حاکمیت پارلمان ضامن برتری و تفوق قانون است، و ازطرف دیگر، صورت‌بندی قوانین در نظام حقوقی به‌گونه‌ای است که

۱. این نظریه برگرفته از اندیشه‌های روسو و سنت سیاسی - حقوقی فرانسوی است.

۲. ر.ک.: نویمان، پیشین، ص ۸۴.

تضمین‌کننده اصل حاکمیت قانون است.^۱ بدین ترتیب، کنترل اعمال اختیارات قوه مقننه، برخلاف دیگر قوا، مستلزم پیش‌بینی سازوکارهای نظارتی نیست و پارلمان، خود، به‌دلیل ویژگی‌های خاص نهادی، به مقولاتی از قبیل حقوق و آزادی‌ها در قانونگذاری توجه دارد. این نگرش امروزه دستخوش تغییرات بسیار شده است، چنان‌که به‌تدریج محدودیت بر اعمال اختیارات قوه مقننه، رویه‌ای ضروری برای حاکمیت قانون محسوب می‌شود. این تغییر نگرش به قوه مقننه تا حدود زیادی به تجربه تاریخی نشئت گرفته از انقلاب فرانسه و هراس از قدرت مطلقه متجلی شده در اراده اکثریت مردم بازمی‌گردد. تأکید بر اصل آزادی و حقوق اقلیت در آثار متفکرانی چون جان استوارت میل، حاکی از دغدغه آنان از پدیده «استبداد اکثریت» است که از بطن آموزه‌های دموکراسی نمایندگی و حکومت اکثریت متولد می‌شود.

ازسوی دیگر، امروزه به دلایل عدیده اجتماعی، سیاسی و مانند اینها، دامنه اموری که توسط قانونگذار تمثیت می‌شود بسیار گسترده‌تر از پیش شده و حقوق و آزادی‌های فردی عمومی به‌شدت متأثر از این حوزه فربه اختیارات و صلاحیت‌هاست. به بیان مدیسون، اختیارات قوه مقننه گسترده‌تر می‌شود و در مقایسه با قوای دیگر - که ضرورتاً تا حدودی به‌وسیله تصمیمات این قوه نیز هدایت می‌شوند - در مقابل محدودیت‌های پیش‌بینی شده در نظام‌های رایج حقوقی و سیاسی، کمتر آسیب‌پذیر و حساس است. این وضعیت بدین معناست که مسئله اصلی که قوانین اساسی مدرن با آن مواجه‌اند، نه اعمال خودسرانه قدرت توسط پادشاهان مطلقه، بلکه تمرکز و تجمیع اختیارات بدون کنترل و نظارت در قوه مقننه است. به بیان دیگر، قوه مقننه به دلایل «عملی» از بیشترین اختیارات حکومتی بهره‌مند شده و به‌دلیل برخورداری از صلاحیت وضع قوانین جدید و نسخ قوانین پیشین، نقش قابل توجهی را در حوزه عمومی و سیاستگذاری‌های خرد و کلان برعهده گرفته است.

ضرورت پیش‌بینی محدودیت‌های قانونی بر اعمال اختیارات پارلمان با توجه به تحولات سیاسی و تغییر کارکرد پارلمان بیشتر قابل توضیح است. چنان‌که پکنهام در تحقیقی نشان داده است، امروزه کارکرد قانونگذاری که مهم‌ترین کارکرد پارلمان‌ها

۱. به نقل از: همان‌جا.

محسوب می‌شده است، رو به زوال است و کارکردهای دیگری از قبیل مشروعیت‌بخشی، منصب‌یابی و آموزش، در جایگاه بالاتری از کارکرد قانونگذاری قرار گرفته‌اند.^۱ این کارکردها که فراتر از وظایف رسمی یا برنامه‌ریزی شده پارلمان‌هاست، انتظاراتی را که رأی‌دهندگان به‌طور سنتی از نمایندگان توقع داشته‌اند افزایش می‌دهد و گرچه قدرت قوه مقننه را به‌دلیل افول کارکرد قانونگذاری کاهش می‌دهد، به افزایش مداخلات اعضای قوه مقننه در حوزه‌های مربوط به قوه مجریه و به‌طور کلی امور اجرایی می‌انجامد.^۲

در سنت حقوقی بریتانیا، امکان کنترل مصوبات پارلمان از لحاظ مطابقت با مصوبات وضع شده توسط مرجعی دیگر وجود نداشته است؛ همچنان که کنترل مطابقت مصوبات پارلمان با قانون اساسی به‌وسیله دادگاه‌ها یا یک نهاد عالی (مانند دیوان عالی ایالات متحده آمریکا) در این نظام به رسمیت شناخته نشده بود. بدین ترتیب اصل حاکمیت پارلمان، به‌مثابه اصلی مغایر با حاکمیت قانون، مورد نقد و بررسی‌های جدی قرار گرفته است.^۳ مبنای این نقد چیزی غیر از این اصل نیست که تمرکز قدرت در هر مکان و در دست هر شخص یا نهاد، مضموم و مفسده‌برانگیز است، حتی اگر آن شخص نماینده منتخب مردم و یا آن نهاد، پارلمان باشد. لازم به تأکید است که با تصویب «قانون حقوق بشر»^۴ در سال ۱۹۹۸ در انگلستان، لزوم رعایت مفاد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر برای همه نهادهای حکومتی، از جمله پارلمان، اصل حاکمیت پارلمان در بریتانیا دستخوش تغییرات و دگرگونی‌هایی شده که بررسی آن، نیازمند تحقیقی مستقل است.

1. R. Packenham, "Legislatures and Political Development", in A. Kornberg, and L. D. Musolf, (eds.), *Legislature in Developmental Perspective*, Durham NC: Duke University Press, 1970; Quoted in:

فیلیپ نورتون، «پارلمان در یک نگاه»، در: حسن وکیلیان (تألیف و ترجمه)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۰-۱۱۹.

۲. به‌نظر فیلیپ نورتون، امروزه به‌دلیل مسلط شدن احزاب بر فرایندهای انتخاباتی و پارلمانی، نقش گروه‌های ذی‌نفوذ در فرایند سیاستگذاری و تأثیر اکثریت حزبی در قانونگذاری، نقش محوری پارلمان‌ها نه «وضع»، بلکه بیشتر «علامت موافقت» با قوانین است؛ ر.ک.: همان، ص ۱۱۹-۱۱۲.

3. See Barry, op. cit., P. 50.

4. Human Rights Act

۲-۶. راهکارهای محدودیت قوه مقننه

۱-۲-۶. محدودیت‌های عرفی

یکی از راه‌های پیشنهادی برای تحدید اختیارات قوه مقننه، توسل به عرف‌ها و سنن قدیمی و غیرقابل انعطاف و همچنین آراء قضایی برای تعیین حد و حدود اختیارات پارلمان است. استفاده این ابزار تنها در صورت فرض وجود قانون اساسی مبتنی بر «کامن‌لا» در بریتانیا، امکان‌پذیر است؛ یعنی وجود عرف‌ها، سنن، آراء قضایی یا مقرراتی که در طول سال‌های متمادی مورد استناد دادگاه‌ها قرار گرفته‌اند و به مرور زمان به جایگاهی هم‌تراز با قانون اساسی در نظم حقوقی نائل شده‌اند. اما این ابزار، قابل اعتنا و کارآمد محسوب نمی‌شود زیرا «کامن‌لا» ترکیبی است از عرف‌ها و مقرراتی که به وسیله قضات، نه وضع، بلکه کشف شده‌اند و چه‌بسا این عرف‌ها قادر به ارائه راه‌حل‌های مناسب برای رفع مسائل و معضلات امروزی نباشند؛ مهم‌تر اینکه، چه‌بسا عرف‌های موجود و مورد استناد، دربردارنده احکام مغایر با اصول و هنجارهای حقوقی مدرن باشند. اینجاست که مجالس قانونگذاری ممکن است با توجه به «اصول اخلاقی»، عرف‌ها را نادیده گرفته و به قانونگذاری مبادرت ورزند.^۱ بنابراین تأکید بر عرف‌ها برای ممانعت از اعمال اختیارات قوه مقننه و نقض حقوق و آزادی‌ها، با توجه به واقعیت بیان شده، ابزاری غیرمؤثر ارزیابی می‌شود.

۲-۲-۶. محدودیت‌های اخلاقی

ابزار دیگر مطرح شده برای محدودیت قوه مقننه، تأکید بر محدودیت‌هایی است که به وسیله قانونگذاری غیر از قانونگذار بشری وضع شده‌اند. به‌طور کلی اگر محدودیت‌های قدرت را به دو دسته اخلاقی و قانونی تقسیم‌بندی کنیم، محدودیت دسته نخست در این راه‌حل مورد توجه قرار می‌گیرند. نمونه‌ای از این محدودیت‌های اخلاقی، «قانون طبیعی» است؛ چنان‌که والدرون توضیح می‌دهد، براساس قانون طبیعی، اغلب معیارهای بنیادین حقوقی از جانب خداوند تجویز و به‌صورت طبیعی جلوه‌گر شده است.^۲ این حقوق «اخلاقی»، گرچه می‌توانند به‌عنوان محدودیت‌هایی برای قانونگذار به‌شمار آیند، اما

1. See Goldsworthy, op. cit., PP. 70-71.

2. See J. Walderon, "The Irrelevance of Moral Objectivity", in R. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essay*, Oxford: Clarendon Press, 1999; Quoted in Goldsworthy, op. cit., P. 70.

معیارهای اخلاقی به‌طور کلی به‌دلیل ابهام و مجادله‌برانگیز بودن چیستی و محتوایشان، نمی‌توانند به‌عنوان ابزارهای محدودیتی مؤثری، برای تضمین اعمال اختیارات پارلمان در چارچوب قانون و عدم تجاوز از حوزه‌های مناسب قانونگذاری محسوب شوند.^۱ نظریه‌های اخلاقی، از جمله قانون طبیعی، به‌دلیل همین ابهام و عدم تعین، قابل تفسیر و تأویل‌اند و چه‌بسا حتی از سوی قانونگذار در جهت نقض حقوق و آزادی‌ها به‌کار گرفته شوند.

۳-۲-۶. محدودیت‌های قانونی

محدودیت‌های قانونی، بر مبنای قانون شکل گرفته‌اند و در اسنادی از قبیل قانون اساسی جلوه‌گر شده‌اند.^۲ به‌عنوان نمونه، ضمانت اجرای پیش‌بینی شده در قانون اساسی ایتالیا برای محدودیت اعمال اختیارات قوه مقننه قابل توجه به‌نظر می‌رسد. در قانون اساسی مذکور، چهار محدودیت در مقابل قوه مقننه پیش‌بینی شده است که عبارت‌اند از:

۱. ممنوعیت اصلاح برخی از اصول بنیادین قانون اساسی (مانند اصل (۱۳۹) مربوط به شکل جمهوری حکومت)؛
۲. انعطاف‌ناپذیری اصول قانون اساسی (یا به عبارت دیگر، پیش‌بینی آیین‌نامه ویژه برای بازنگری یا اصلاح قانون اساسی)؛
۳. کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی (اصل کنترل قضایی مندرج در اصل (۱۳۴) به بعد)؛

1. See Ibid.

۲. ر.ک.: تیندر، پیشین، ص ۹۸-۹۷؛ تقسیم‌بندی‌های دیگری از انواع محدودیت بر قدرت وجود دارد. برای نمونه نویسنده کتاب زیر، محدودیت‌های اشاره شده را به انواع قانونی، طبیعی و الهی تقسیم کرده است:

B. Kriegel, *The State and the Rule of Law*, traslate by A. C. Lepain and J. C. Cohen, Princeton: Princeton University Press, 1995, P. 31;

وینسنت، انواع نظریه‌های محدودیت‌های قدرت و پراکندگی (تقسیم) اقتدار را در سه دسته تاریخی و حقوقی، نهادی، و اخلاقی و فلسفی مورد بررسی و تحلیل قرار داده است: در محدودیت‌های تاریخی و حقوقی، اندیشه قانون اساسی عتیق و قانون عرفی و سند نوشته (قانون اساسی) قرار می‌گیرند. در محدودیت‌های نهادی، اندیشه تفکیک قوا، نظارت و تعادل و قانون اساسی ترکیبی، در آخر، در محدودیت‌های اخلاقی و فلسفی، مفاهیم، سنت و اندیشه‌های قانون طبیعی، حقوق طبیعی و انسانی، قرارداد اجتماعی، رضایت، حاکمیت مردم، دموکراسی و جامعه مدنی جای می‌گیرد؛ ر.ک.: اندرو وینسنت، نظریه‌های دولت، ترجمه حسین بشریه، تهران: نی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۶-۱۴۴.

۴. نسخ قوانین عادی به وسیله همه پرسی (اصل ۷۵).^۱

مهم ترین راهکاری که در بیشتر نظام های سیاسی به عنوان محدودیتی جدی بر اعمال قوه مقننه مورد توجه قرار گرفته است، تدوین و تصویب «مجموعه قواعد رفتاری»^۲ است. در یکی از گزارش های منتشر شده از سوی بانک جهانی، مجموعه قواعد رفتاری به عنوان سندی تعریف شده است که «رفتار قانونگذاران را بر مبنای آنچه پسندیده و مطرود است، تنظیم می کند. به عبارت دیگر، هدف مجموعه قواعد رفتاری، ایجاد فرهنگی سیاسی است که بر درستی، شفافیت و صداقت در رفتار پارلمانی تکیه می کند».^۳

نظارت بر نمایندگان بر اساس مجموعه قواعد رفتاری با چنین نظارتی از طریق قوانین کیفری عمومی، واجد هم پوشانی هایی است، اما مهم ترین تفاوت بین آنها این است که تدوین مجموعه قواعد رفتاری و اجرای آنها در انحصار و صلاحیت دستگاه مربوط (در اینجا پارلمان) است نه دادگاه ها. علاوه بر این، هدف از تصویب مجموعه قواعد رفتاری، نظارت بر آن دسته از اعمال نمایندگان است که جرم تلقی نمی شود، بلکه با شئون سمت نمایندگی سازگار نیست و به حیثیت این نهاد لطمه وارد می کند.^۴

با این همه، از آنجاکه «اغلب» این گونه قواعد تبدیل به قانون می شوند و از این طریق واجد ضمانت اجرا هستند، این راهکار در نوشتار حاضر در قالب محدودیت های قانونی تبیین شده است. در ابتدا نکته ای لازم به ذکر است و آن اینکه ضرورت هایی برای تصویب مجموعه قواعد رفتاری برای نمایندگان پارلمانی ذکر شده است؛ از جمله: طبیعت سمت نمایندگی، عدم کفایت و تناسب نظام جزای عمومی در رسیدگی به تخلفات رفتاری

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک.: ریکاردو گواستنی، «تأملی پیرامون ضمانت های حقوق اساسی و نظریه تفسیر»، ترجمه اردشیر امیرارجمند، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰، بهار - تابستان ۱۳۷۱، ص ۳۷۶-۳۷۳.

2. Code of Conduct

3. R. Stapenhurst and R. Pelizzo, "Legislative Ethics and Codes of Conduct, World Bank Institute, 2004, P. 9;

به نقل از: احمد مرکز المیری و فائزه عامری، «مطالعه تطبیقی پیرامون مجموعه قواعد رفتاری پارلمانی در برخی از کشورها»، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی (دفتر مطالعات حقوقی)، شماره مسلسل ۱۰۴۰۲، شهریور ۱۳۸۹، ص ۸.

۴. ر.ک.: حسن وکیلان، «نظارت بر رفتار نمایندگان»، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی (دفتر مطالعات حقوقی)، شماره مسلسل ۱۲۲۲۱، بهمن ۱۳۹۰، ص ۱۵-۱۴.

نمایندگان، ضرورت تقویت، اعتماد عمومی نسبت به نمایندگان و ارتقای حاکمیت قانون.^۱ در این راستا، دو دسته از مجموعه قواعد رفتاری، شامل قواعد مربوط به «تعارض منافع»^۲ و قواعد مربوط به «ثبت و گزارش دارایی‌ها»^۳ از مهم‌ترین این‌گونه قواعد شمرده می‌شود. برای نمونه، کشورهای زیر قوانینی را درخصوص ثبت و گزارش دارایی‌های مقامات عمومی (از جمله نمایندگان پارلمان) به این شرح تصویب کرده‌اند:

- آلبانی: قانون مجلس ملی، شماره ۹۰۴۹^۴
- بنگلادش: مجموعه قواعد رفتاری کارمندان دولتی^۵
- غنا: قانون ۵۵۰: قانون مقامات عمومی (اعلامیه رسیدگی و عدم صلاحیت) (مصوب ۱۹۹۸)^۶
- هند: مجموعه قواعد رفتاری کل کارمندان دولت^۷
- کنیا: قانون مجموعه قواعد رفتاری مقامات عمومی^۸
- کره جنوبی: قانون مجموعه قواعد رفتاری کارمندان دولتی^۹
- فیلیپین: قانون شماره ۶۷۱۳، مجموعه قواعد معیارهای رفتاری برای مقامات و مستخدمین دولتی^{۱۰}
- سریلانکا: گزارش دارایی‌ها و قانون مسئولیت، شماره ۱ (مصوب ۱۹۷۵)^{۱۱}
- تانزانیا: قانون مجموعه قواعد رفتاری مقامات عمومی^{۱۲}

۱. به نقل از: مرکزالمیری و عامری، پیشین، ص ۲۳-۲۲.

2. Conflict of Interests

3. Declaration of Assets

4. Assembly Law Number 9049.

5. Government Servants (Conduct) Rules 1979.

6. ACT 550: The Public Office Holders (Declaration of Assets and Disqualifications) ACT, 1998.

7. All India Services (Conduct) Rules

8. Public Officer Ethics Act, 2003.

9. Korean Public Servants Ethics Law

10. Republic Act No.6713 Code of Conduct and Ethical Standards for Public Officials and Employees.

11. Declaration of Assets and Liabilities Law No.1 of 1975.

12. Public Leadership Code of Ethics Act

- تایلند: قانون ارگانیک مقابله با فساد (مصوب ۱۹۹۹)^۱

- ترکیه: قانون گزارش دارایی‌ها (مصوب ۱۹۹۰)^۲

- اوگاندا: قانون مجموعه قواعد رفتاری (مصوب ۲۰۰۲)^۳

۴-۲-۶. محدودیت با توسل به اصل حاکمیت قانون از دیدگاه هایک

از نظر هایک، مهم‌ترین ابزار محدودکننده اعمال اختیارات قوه مقننه، اصل حاکمیت قانون است. او در توضیح نظریه خود دو نوع قانون را از یکدیگر متمایز می‌سازد؛ یکی «نوموس»^۴ و دیگری «تز»^۵. «نوموس» قواعدی هستند که محصول فرایند قضایی‌اند و از شرایط پدیدآمده از نظم خودجوشی برمی‌آیند که انسان یا انسان‌هایی، عامدانه آن نظم را ایجاد نکرده‌اند. اما «تز» قواعدی مصوب پارلمان است که به‌منظور سازمان‌دهی و تمشیت امور حکومتی وضع شده و در خدمت تأسیس سازمان‌هایی با اهداف تعریف شده و خاص قرار دارند.^۶

تفکیک هایک از «نوموس» و «تز» به تفکیک کلی‌تری بازمی‌گردد و آن تعریف «قواعد

1. Organic Act on Counter Corruption, 1999.

2. Declaration of Assets Act, 1990.

3. Leadership Code Act, 2002.

همچنین ر.ک.: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (دفتر مطالعات حقوقی)، «گزارش دارایی‌های مقامات عمومی (۱)»، شماره مسلسل ۸۵۵۲، شهریور ماه ۱۳۸۶. این گزارش، دربرگیرنده مجموعه پرسش‌هایی راجع به وضعیت قوانین کشورهای مختلف در مورد نحوه بررسی دارایی مقامات دولتی است. همچنین برای مطالعه راجع به نمونه‌هایی از رویه کشورها در مبارزه با فساد از طریق افشای دارایی‌های مقامات عمومی، ر.ک.: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (دفتر مطالعات حقوقی)، «گزارش دارایی‌های مقامات عمومی (۲)»، شماره مسلسل ۸۵۵۳، شهریور ماه ۱۳۸۶. در این گزارش، از رویکردهای مختلف، این موضوع در این کشورها مورد توجه قرار گرفته است: آلبانی (تحلیل قانون تجدیدنظر شده افشا دارایی‌ها)؛ لیبیا (رویه مبارزه با فساد سیاسی از طریق افشای دارایی‌ها)، پاپوا گینه‌نو و تایوان (نقش اداره بازرسی در نظارت بر گزارش‌های دارایی مقامات عمومی)؛ تانزانیا (عملکرد اداره اطلاعات دولتی)؛ انگلستان (دفتر ثبت دارایی‌های مجلس عوام)؛ ایالات متحده آمریکا (مرکز سیاست پاسخ‌گو و پایگاه داده‌ها برای افشای دارایی‌های شخصی). ر.ک.: مرکزالمیری و عامری، پیشین، ص ۱۹-۱۶.

4. Nomos

5. Thesis

در ترجمه استفاده‌شده، این واژه به «تزیس» ترجمه شده است.

۶. ر.ک.: هایک، قانون، قانونگذاری، آزادی، ص ۱۹۲-۱۹۱.

رفتار عادلانه»^۱ و تفکیک آن از دیگر قوانین مصوب قوه مقننه است. قواعد رفتار عادلانه نیازی به وضع عامدانه و آمرانه نداشته و مقتضیات زندگی جمعی شناسایی و احترام به آنها را ضروری ساخته است. قواعد رفتار عادلانه دربرگیرنده احکامی کلی و عام‌الشمول بوده و ناظر به انجام یک عمل خاص نیست. این نوع قواعد، حقوق و تکالیفی دائمی را به رسمیت می‌شناسند و توسط قضات در دعاوی مورد استناد قرار می‌گیرند. اما دیگر قوانین مصوب قوه مقننه (که هایک از آنها با واژه یونانی «تز» یاد می‌کند)، قوانین و قواعد مصوب قوه مقننه یا قوه مجریه هستند که عبارت‌اند از قواعدی طراحی و سازمان‌دهی شده برای نائل شدن به اهداف خاص؛ اهدافی از قبیل شیوه اداره حکومت یا نحوه اجرای یک قانون یا هدایت سازمان‌هایی که به‌منظور فراهم آوردن خدمات گوناگون برای شهروندان تأسیس شده‌اند.^۲

آنچه هایک براساس تقسیم‌بندی گفته شده از قوانین بر آن تأکید می‌کند این است که پارلمان فاقد صلاحیت وضع «نوموس» یا تصویب قوانینی است که منجر به تغییر «نوموس» شوند و صرفاً از صلاحیت وضع قوانین دسته دوم، یعنی «تز»، برخوردار است. قوانین دسته اول قوانین ناظر به اصول کلی از قبیل آزادی و عدالت‌اند و هر قانون مصوب پارلمان باید با آنها سازگار باشد. اما اگر برای قوه مقننه صلاحیت وضع قوانین مغایر با آن اصول کلی و «پیشینی» به رسمیت شناخته شود و یا از آن مهم‌تر، پارلمان قوانینی وضع کند که به‌لحاظ ماهیت جزء قوانین دسته اول (نوموس) محسوب شوند، پارلمان واجد قدرت مطلقه‌ای خواهد شد که پادشاهان خودکامه در قرون پیشین از آن بهره‌مند بودند؛ چرا که در این صورت، نمایندگان پارلمان قادر خواهند بود با استفاده از اختیاراتی که به‌وسیله آرای مردمی به آنان تفویض شده، قوانینی مغایر با حقوق و آزادی‌های مردم وضع کنند. اما اگر قوه مقننه را محدود به قانونگذاری در حیطه قوانینی از جنس «تز» بدانیم، اعمال اختیارات پارلمانی صرفاً در محدوده امور حکومتی مربوط به سامان‌دهی امور روزمره و تمشیت امور اداری امکان‌پذیر خواهد شد.

ازسوی دیگر، از نظر هایک نمی‌توان هرآنچه را که به‌وسیله پارلمان وضع شد، «قانون» نامید؛ بلکه قانون باید موصوف به ویژگی‌هایی از قبیل عام بودن باشد و

1. Rule of Just Conduct

۲. برای مطالعه بیشتر راجع به این موضوع، ر.ک.: هایک، پیشین، ص ۲۰۴-۱۹۳.

این ویژگی‌ها ضامن اعمال حاکمیت قانون بر پارلمان محسوب می‌شود. بدین ترتیب نمی‌توان هر تصمیم یا مصوبه‌ای را که نمایندگان منتخب اکثریت به تصویب رساندند، هر قدر هم به‌طور تبعیض‌آمیز به سود یا زیان گروه‌های خاصی باشد، قانون خواند و تبعیت از آن را حاکمیت قانون شمرد.^۱ اگر قوه مقننه حق اختیار وضع قوانینی عام و قابل اعمال بر همگان به‌نحو برابر را داشته باشد و توسل به زور توسط قوه مجریه، صرفاً برای اجرای قوانینی با ویژگی‌های پیش‌گفته باشد، اعمال حقوق و آزادی‌های فردی و عمومی ممکن خواهد شد، اما اگر به‌جای محدود کردن قوه مقننه به قانونگذاری در حوزه توضیح داده شده، هر مصوبه اعلام و منتشر شده از سوی آن قوه را «قانون» بنامیم، اختیاراتی نامحدود برای پارلمان تعریف کرده‌ایم که مغایر با اصل حاکمیت قانون محسوب می‌شود.^۲

مهم‌ترین دغدغه‌هایک، نقض یا تغییر قوانینی است که از نظر او جزء «اصول» شمرده می‌شود و به رسمیت شناختن آنها، مستقل از اهداف موقت شخص، اشخاص یا دولت، برای حمایت از حقوق و آزادی‌ها ضروری دانسته می‌شود. بر این اساس، هایک واگذاری دو وظیفه متمایز، یعنی قانونگذاری برای تمشیت امور حکومتی، و قانونگذاری حقیقی (یعنی وضع قوانین مربوط به اصول بنیادینی از قبیل عدالت و آزادی) را به مجلس انتخابی، خطایی «فاجعه‌آمیز» می‌داند. به نظر وی، حقیقت این است که قانونگذاران در عمل هرگز به وضع قوانین به مفهوم مضیق (قوانین جهت‌دار تأمین‌کننده منافع گروه خاص) محدود نبوده‌اند؛ بلکه قانونگذاران معمولاً به تصویب قوانینی مشغول بوده‌اند که درواقع جزئی از اداره فعالیت‌های جاری حکومت محسوب می‌شده است. بدین ترتیب نه تنها تفاوت بین دو معنای قانون - یعنی قانون به معنای قواعد کلی رفتار عادلانه و قانون به معنای فرمان‌های معین - زایل شده است، بلکه مجالس قانونگذاری نیز بیشتر براساس مرام‌نامه‌های حزبی سامان یافته‌اند، نه براساس آرمان‌های قانونگذاری به معنای قواعد رفتار عادلانه.^۳

هایک براساس دغدغه‌های بیان شده، رویه‌ای عملی نیز پیشنهاد می‌کند و چاره

۱. ر.ک.: فریدریش فون هایک، «دمکراسی به کجا می‌رود؟»، در: هایک، در سنگر آزادی، ص ۲۳۲-۲۳۱.

۲. هایک، «آزادی اقتصادی و حکومت انتخابی»، در: هایک، در سنگر آزادی، ص ۱۹۶-۱۹۵.

۳. همان، ص ۱۹۹-۱۹۸.

مشکل را وجود دو مجلس انتخابی متفاوت، با تکالیفی مختلف می‌داند. مجلس اول، «مجلس قانونگذاری حقیقی» است که باید وظیفه تدوین و تصویب اصول کلی و با ثباتی را برعهده گیرد که فعالیت‌های جامعه براساس آن اصول تنظیم می‌شود. تصمیمات اتخاذ شده در این مجلس باید بیانگر عقیده غالب اعضای جامعه درباره رفتار عادلانه و غیرعادلانه باشد، نه خواسته‌ها و مطالبات گروه‌های خاص. مجلس دوم مجلسی است که با مسائل و امور مربوط به شیوه حکومت سروکار دارد و وظیفه‌اش وضع هر قانونی است غیر از قوانین مربوط به رفتار عادلانه.^۱ هایک معتقد است با تفکیک اختیارات و تکالیف این دو مجلس و همچنین اتخاذ تدابیر دیگر، از جمله پیش‌بینی ویژگی‌های متمایزی برای اعضای هریک از این مجالس (از جمله سن نمایندگان عضو و مدت متفاوت برای نمایندگی)، می‌توان اعمال اختیارات پارلمان را محدود ساخت. تشکیل مجلس قانونگذاری دومی که مطیع و فرمانبردار حکومت نباشد و نهادی برای تصویب مقررات مورد نظر حکومت برای دستیابی به مقاصد موقت و زودگذر خود محسوب نشود، هدف اصلی هایک از این پیشنهاد است. بنیان نظری دیدگاه طرح شده این است که آنچه برای تحقق حاکمیت قانون حیاتی است، محدودیت قوه مقننه در چارچوب قواعدی دائمی و غیرقابل خدشه در امر قانونگذاری است؛ حدودی که حتی یک پارلمان متشکل از اعضای منتخب به‌نحو دموکراتیک، نتواند آن را نادیده بگیرد.

در پایان این بحث تأکید مجدد بر این نکته ضروری به‌نظر می‌رسد که اندیشه‌های طرح شده توسط هایک، مربوط به نظام آنگلو ساکسون و سنت حقوقی نشئت گرفته از نظام «کامن‌لا» است. معلوم نیست در دیگر سنت‌های حقوقی بتوان با توجه به تفکیک بین قواعد مربوط به اصولی از قبیل آزادی، عدالت و ... که مصوب هیچ مرجع مشخصی نیستند، و قواعد مربوط به اداره حکومت و مصوب پارلمان، نظریه‌ای منسجم و کارآمد راجع به محدودیت اعمال اختیارات قوه مقننه ارائه داد.

فصل هفتم

قوه قضائیه و حاکمیت قانون

در فصل قوه قضائیه و حاکمیت قانون، مهم‌ترین موضوع مورد بحث، نقش کنترل قضایی در تحقق حاکمیت قانون است. در قسمت ۱-۷ این فصل، به توضیح اصل استقلال قضایی و مؤلفه‌های آن خواهیم پرداخت، و در قسمت ۲-۷ پس از شرح چستی کنترل قضایی و مدل‌های کنترل قضایی، توضیحاتی راجع به نقش کنترل قضایی در تحقق حاکمیت قانون و همچنین نسبت کنترل قضایی با اصول دموکراسی ارائه خواهیم کرد. در این فصل سوای از توجه به نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، به‌عنوان اصلی‌ترین نظام حقوقی برخوردار از سازوکار کنترل قضایی، نکاتی راجع به تحولات نظام حقوقی فرانسه در خصوص کنترل قضایی و تأثیر این تحولات بر نظریه دولت قانونمند مطرح خواهیم کرد.

۱-۷. استقلال قضایی و حاکمیت قانون

اصل استقلال قضایی دربرگیرنده اصل استقلال قضات و استقلال دادگاه‌هاست. در بیشتر تصویرهای ترسیم شده از نظریه حاکمیت قانون، قضات به‌دلیل جایگاه محوری در اعمال قوانین، از اهمیتی بسزا برخوردار بوده‌اند و استقلال قضات در اعمال اختیاراتشان به‌عنوان مؤلفه‌ای اساسی در تحقق حاکمیت قانون مورد توجه نظریه‌پردازان قرار گرفته است.^۱ از سال‌های پایانی قرن بیستم بر اهمیت اصل استقلال قضایی به‌عنوان جزء ضروری نظریه حاکمیت قانون بیش‌ازپیش تأکید می‌شود.^۲ از جمله دلایل این تأکید، تأثیرپذیری

1. For Example See C.K. Komisar, *Law's Limits: The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, P. 156.

2. See J. A. Widner, *Building the Rule of Law*, Michigan: University of Michigan, 2001, P. 28.

بیشتر قضات و محاکم به میزانی بیش از گذشته، از حاکمیت و گروه‌های ذی‌نفوذ است. این تأثیرپذیری خود معلول پیچیده‌تر شدن روابط میان اجزای حکومت و محاکم قضایی از یک‌سو، و همچنین توسل به طرق و شیوه‌های بدیع در تأثیرگذاری بر نهاد قضایی به شیوه‌های مختلف از سوی دیگر، است. بدین دلیل، امروزه حفظ استقلال قضات از تأثیر عوامل مختلف و تأثیرگذار بر تصمیمات آنها، نیازمند نظریه‌هایی جامع‌تر و کامل‌تری از نظریه‌های طرح شده در دوران اولیه صورت‌بندی اندیشه حاکمیت قانون است.

استقلال قضایی از دیدگاه حقوق‌دانان و سیاست‌مداران ناظر به دو مفهوم است: اولین مفهوم استقلال قضایی، استقلال قضات - به‌طور جمعی یا فردی - از دیگر افراد و نهادها بوده است. در این مفهوم، مسئله اصلی، نحوه ارتباط و تعامل قضات با دیگر افراد و دیگر اجزای نظام سیاسی است. استقلال قضایی در این مفهوم به معنای توانایی قاضی برای تصمیم‌گیری درخصوص یک موضوع، فارغ از فشار یا اجبار افراد یا دیگر نهادهای حکومتی است. اما مفهوم دیگر استقلال قضایی به رفتار قضات بازمی‌گردد که در شرایطی یکسان، بسته به توانایی آنان در بهره‌گیری از این استقلال به‌نحوی متفاوت جلوه‌گر می‌شود.^۱ به عبارت دیگر، می‌توان با تسامح، مفهوم نخست را استقلال قاضی به معنای فقدان تأثیرپذیری قاضی از نهادهای حکومتی، به‌ویژه دستگاه‌های اداری، دانست که بیشتر واجد جنبه‌ای عینی است، و مفهوم دوم استقلال قضات را مفهوم کاملاً مرتبط به موضع بی‌طرفانه قضات در رابطه با طرفین دعوی فرض کرد که بیشتر جنبه شخصی داشته و در اوضاع و احوال مشابه، قضات به میزان متفاوتی از آن بهره‌مندند.^۲

چنان‌که گفتیم استقلال قضایی از دیدگاه بسیاری از صاحب‌نظران مفهومی مطابق با حل و فصل اختلافات به‌وسیله قاضی بی‌طرف و به‌نحو بی‌طرفانه است. این نوع استقلال که با عبارت «بی‌طرفی نسبت به طرفین» نیز از آن یاد می‌شود، بر ویژگی قاضی به‌عنوان مقامی بی‌طرف و بدون وابستگی یا عداوت نسبت به طرفین دعوی به‌عنوان اصلی‌ترین

1. P. H. Russell, "Toward a General Theory of Judicial Independence", in P. H. Russell and M. D. Ó'Brien (eds.), *Judicial Independence in the Age of Democracy*, London: University Press of Virginia, 2001, P. 6.

۲. برای نمونه ر.ک.: آندرا ساکوچی، «استقلال و بیطرفی قضات»، در: کیاروم، پیشین، ص ۲۱.

پیش شرط دادرسی منصفانه تأکید می‌کند. دعاوی باید به‌وسیله قضاتی مورد رسیدگی قرار گیرند که هیچ نوع رابطه‌ای با طرفین دعوی نداشته باشند و علاوه بر این، منفعت مستقیمی از نتیجه رأی صادره برای آنها حاصل نشود.^۱ بر این اساس، ویژگی اصلی استقلال قضایی، بی‌طرفی قضا و عدم دخالت سیاسی نهادهای حکومتی در امر قضاوت است. بی‌طرفی قضا در پرتو اعمال برابر قوانین عام بر همگان و برخورد یکسان و برابر با طرفین دعوی تحقق می‌پذیرد.

اما ویژگی دوم استقلال قضایی، یعنی «عدم دخالت سیاسی»، بدین معنی است که رفتار دادرسان نباید به‌گونه‌ای باشد که ملعبه دست سیاستمداران قرار گیرند. درواقع در این ویژگی، استقلال حقوق از سیاست یا استقلال قضا از سیاستمداران مورد توجه قرار می‌گیرد. یکی از سنجه‌های مهم برای تشخیص وجود یا نبود استقلال قضایی در یک نظام سیاسی، میزان و نحوه تأثیر امر قضاوت از امر سیاسی است. در یک نظام سیاسی برخوردار از مؤلفه استقلال قضایی، قضا بدون ملاحظه وابستگی‌های حزبی و جناحی و همچنین منافع شخصی و جمعی ویژه، اصول و قوانین را در تصمیمات خود مدنظر قرار می‌دهند. در چنین نظامی، دادرسان نباید به دلایل شجاعت در صدور آرای قضایی مبتنی بر اصول و قوانین، عزل شوند و یا به‌وسیله تهدیدات پیدا و پنهان در دعاوی دردرساز، قادر به اجرای اصول و قوانین نباشند.^۲

با توجه به نکات مطرح شده، تعریف لارکینز از استقلال قضایی تعریفی جامع و مفید به‌نظر می‌رسد؛ بدین ترتیب که از نظر وی «استقلال قضایی به وجود دادرسانی باز می‌گردد که برای کسب منافع سیاسی، تحت تأثیر و کنترل قرار نمی‌گیرند، کسانی که نسبت به طرفین اختلاف بی‌طرف هستند و در درون قوه قضائیه، که قدرت تنظیم قانونی رفتار حکومت و دولت را دارد، عدالت بی‌طرفانه را به اجرا می‌گذارند و درباره ارزش‌های مهم حقوقی و [امندرج در] قانون اساسی تصمیم‌گیری می‌کنند».^۳

۱. ر.ک.: کریستوفر لارکینز، «استقلال قضایی و مردمی شدن»، ترجمه محمدحسین زارعی، آفتاب، شماره ۱۵،

اردیبهشت ۱۳۸۱، ص ۴۷-۴۲.

۲. همان، ص ۴۳.

۳. همان، ص ۴۴.

هدف از اصل استقلال قضات فراهم کردن زمینه‌ای برای اطمینان از این امر است که قضات، که مهم‌ترین حافظان حقوق و آزادی‌های شهروندی محسوب می‌شوند، از جایگاهی والاتر از دیگر اعضا و کارکنان حکومتی برخوردار، و بدین‌وسیله از تأثیر سوء سیاست مصون باشند.^۱ آنچه اهمیت دارد این است که سازوکار نظام قضایی چنان باشد که شهروندان در مقایسه با مقامات حکومتی، از جایگاه و شأنی برابر در دادرسی برخوردار باشند. حاکمیت قانون تنها در صورتی محقق می‌شود که شأن سیاسی و حکومتی یک طرف دعوی، وی را در موضعی برتر و مسلط نسبت به طرف دیگر دعوی، و از آن مهم‌تر قاضی، نشانند. در غیر این صورت، دادرسان تحت کنترل حکومت بوده و در برابر نفوذ، تهدید یا تطمیع مقامات حکومتی به صدور آرای غیرمنصفانه و جانب‌دارانه خواهند پرداخت.^۲

مهم‌ترین آرمانی که از طریق تجویز عام بودن و انتشار قوانین دنبال می‌شود، اعمال قوانین به‌نحو یکسان و بی‌طرفانه بر شهروندان است. درحالی‌که در سیاست، رتق‌وفتق امور حکومتی و روزمره از طریق توسل به سازوکارهای موردی و با توجه به منافع زودگذر حکومتی، مهم‌ترین هدف محسوب می‌شود. اگر قضات به‌جای در نظر داشتن قواعد و اصول پیش‌گفته، اصولی کلی نشئت گرفته از ملاحظات حکومتی را مبنای آرای خود قرار دهند، به ابزارهایی در دست حکومت در جهت حکمرانی مستبدانه تبدیل خواهند شد.

به‌عنوان نمونه، در نظام حقوقی - سیاسی آلمان در سال‌های ۱۹۱۸ تا ۱۹۳۲ این دغدغه به واقعیت تبدیل شد. بدین‌ترتیب که مکتبی با عنوان مکتب «حقوق آزاد»^۳ مورد پذیرش همگانی قرار گرفت که استناد قضات به اصول کلی مبهمی را به‌جای قوانین و حتی اصول عقلانی توصیه می‌کرد. این اصول کلی، و مهم‌تر از همه، اصول ایدئولوژیک ناسیونال سوسیالیسم و فرمان‌های «پیشوا»، ناظر به ارزش‌های خاص و فراقانونی بود که با اعطای اختیارات موردی به قاضی و مخدوش کردن مرز میان امر قضایی و امر اجرایی، و در نتیجه از میان بردن استقلال قضات، نظام حقوقی را دگرگون ساخت. برای نمونه، نویمان در یکی از آثار خود با استناد به وبر، تأکید می‌کند که اقتدار هیتلر مبنی بر کاریزما

1. See A. Heywood, *Political Theory*, London: Macmillan, 1999, PP. 155-156.

۲. ر.ک.: لارکینز، پیشین، ص ۴۳-۴۲.

3. "Free Law"

بوده است؛ «یعنی این اعتقاد که در وجود پیشوا استعدادهایی به ودیعه نهاده شده که موجودات فانی معمولی فاقد آن‌اند. یعنی کیفیاتی ابرانسانی که از او صادر می‌شود، و به کشور، حزب، و مردم تسری می‌یابد».^۱ طبعاً در چنین نظامی، تصمیمات قضایی در ردیف تصمیمات سیاسی قرار گرفته و شأن و منزلت دادگاه‌ها در حد نهادی برای اعمال تصمیمات حکومتی تنزل می‌یابد.^۲

اصول متعددی برای تأمین و تضمین اصل استقلال قضایی قابل توجه است. این اصول طیف گسترده‌ای از ضوابط و آیین‌های مربوط به امر قضا را، از نحوه استخدام یا نحوه عزل و همچنین آیین رسیدگی در صورت تخلفات قضات از قوانین، دربرمی‌گیرد که همه آنها برای استقلال قضات ضروری‌اند. برای نمونه، در هفتمین کنگره ملل متحد نیز به لحاظ اهمیت این موضوع، فهرستی از اصول درباره استقلال قضایی مورد پذیرش قرار گرفته است. گرچه برخی از این اصول به‌طور مستقیم به استقلال قضایی مربوط نیست، اما در تضمین استقلال قضایی به‌طور کلی اهمیت دارد؛ فهرست این اصول بدین شرح است: ۱. استقلال دستگاه قضایی باید توسط دولت تأمین و در قانون اساسی یا دیگر قوانین داخلی قید شود.

۲. نحوه رسیدگی دستگاه قضایی باید بی‌طرفانه و بدون مداخله و تهدید براساس واقعیات و مطابق با قانون صورت گیرد.

۳. صلاحیت رسیدگی دستگاه قضایی باید نسبت به تمام مسائل دارای ماهیت قضایی اعمال شود.

۴. نباید در فرایند قضایی هیچ‌گونه مداخله نامناسب و غیرمجاز صورت پذیرد.

۵. همگان باید از حق دادخواهی در دادگاه‌های عمومی یا محاکمی که براساس رویه‌های قانونی تأسیس شده‌اند، برخوردار باشند.

۶. دعاوی باید به‌نحو عادلانه رسیدگی شوند.

۷. دولت باید منابع لازم را برای تأسیس نظام قضایی کارآمد فراهم سازد.

۸. کارکنان دستگاه قضایی باید از حقوق و آزادی‌های مدنی برخوردار باشند.

۱. به نقل از: راجر بوشه، نظریه‌های جباریت، از افلاتون تا آرنست، ترجمه فریدون مجلسی، تهران: مروارید، ۱۳۸۵، ص ۵۶۵.

۲. ر.ک: نویمان، پیشین، ص ۱۶۸ و ۱۷۴-۱۷۳.

۹. قضات باید در پیوستن به تشکل‌های صنفی یا دیگر سازمان‌های مورد علاقه‌شان برای پیگیری هدف‌های شخصی خود آزاد باشند.
 ۱۰. افراد شاغل در دستگاه قضایی باید به لحاظ حرفه‌ای توانا و به لحاظ اخلاقی شایسته باشند و در برگزیدن قضات هیچ تبعیضی صورت نگیرد.
 ۱۱. قانون باید تضمین‌کننده حقوق استخدامی و حقوق دوره بازنگشتگی قضات باشد.
 ۱۲. امنیت شغلی قضات باید تضمین شود.
 ۱۳. ترفیع قضات باید براساس عوامل عینی و قابل سنجش، مانند توانایی و تجربه صورت گیرد.
 ۱۴. واگذاری پرونده به قضات باید امری مربوط به اداره امور قضایی و نه هیچ نهاد یا شخص دیگر باشد.
 ۱۵. رازداری حرفه‌ای در دستگاه قضایی باید مورد احترام باشد.
 ۱۶. قضات باید از مصونیت فردی در دعاوی مدنی در ارتباط با خسارات مالی به سبب اعمال نامناسب یا قصور در انجام وظایف خاص خود برخوردار باشند.
 ۱۷. اتهامات یا دعاوی مطروحه علیه قضات باید به سرعت و منصفانه رسیدگی شوند.
 ۱۸. تعلیق یا عزل قضات باید صرفاً با تکیه بر دلایلی چون ناتوانی یا رفتار مستوجب عزل توسط آنها صورت پذیرد.
 ۱۹. دعاوی انتظامی که منجر به تعلیق یا برکناری قاضی می‌شود باید طبق مقررات مندرج در آیین‌نامه‌ها و دیگر مقررات مربوط حل و فصل شود.
 ۲۰. احکام صادره در دعاوی مذکور باید قابل تجدیدنظر توسط نهاد مستقل باشند.^۱
- اصل استقلال قضایی همچنین بر استقلال نهاد قضایی از دیگر قوای حکومتی با توسل به اصل تفکیک قوا دلالت می‌کند.^۲ چنان‌که در گفتار حاکمیت قانون و تفکیک

1. "Basic Principles on the Independence of the Judiciary", Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolution 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985; Available at: <http://www.ohchr.org/english/law/indjudiciary.htm>.

2. See F. B. W. Kelly, "An Independent Judiciary: The Core of the Rule of Law", Available at: <http://www.icelr.law.ubc>.

قوا توضیح داده شد، تضمین حقوق و آزادی‌های فردی و عمومی، مستلزم اعمال ترتیبات نهادی‌ای چون تفکیک قواست و رعایت این اصل، و تفکیک امور اداری یا سیاسی از امور قضایی، عامل مهمی در تحقق عدالت قضایی به‌شمار می‌رود؛ به‌ویژه زمانی که یکی از طرفین دعوی از مقامات سیاسی و حکومتی است، اهمیت اصل تفکیک قوا در نتیجه دادرسی بسیار قابل توجه است. اهمیت استقلال قوه قضائیه، به‌ویژه از قوه مقننه، در آرای نظریه‌پردازان کلاسیک فلسفه حقوق و سیاست مانند بلک استون مورد تأکید قرار گرفته است؛ به باور وی:

چنان‌که قوه قضائیه با قوه مقننه مرتبط باشد، حیات، آزادی و مالکیت افراد در اختیار قضاتی خودسر قرار خواهد گرفت؛ بدین ترتیب که تصمیمات آنها به‌نحو دلبخواهانه و نه بر پایه اصول بنیادین حقوقی اتخاذ خواهد شد؛ گرچه ممکن است قانونگذاران از این اصول بنیادین منحرف شوند، اما قضات ملزم به رعایت این اصول هستند.^۱

۲-۷. کنترل قضایی و حاکمیت قانون

۱-۲-۷. چستی و مدل‌های کنترل قضایی

کنترل قضایی به معنای کنترل مصوبات قوه مقننه و اعمال و مصوبات قوه مجریه توسط دادگاه‌هاست. این کنترل - که چه‌بسا به لغو مصوبه یا تصمیم یکی از قوا منجر شود - تأثیری مهم بر مطابقت و سازگاری مصوبه‌ها و عملکردهای قوای حکومتی با قانون اساسی دارد و برای دادگاه‌ها، قدرتی قابل توجه را در نظارت و کنترل عملکرد قوای مقننه و مجریه به ارمغان می‌آورد. بدین ترتیب صلاحیت قضات در نظارت بر اعمال قوانین و اصولی همچون عدالت، اعمال اختیارات را در قوای مقننه و مجریه کنترل می‌کند و آنها به‌وسیله سازوکار کنترل قضایی، از صلاحیت ابطال تصمیمات غیرقانونی قوای حکومتی برخوردار می‌شوند. اعمال این کنترل بر اعمال و تصمیمات قوه مجریه امری پذیرفته شده است،

1. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, London: Cadell and Davies; 15th edn, 1809, I, P. 269; Quoted in Allan, "Rule of Law", PP. 369-370.

اما چنان که پیش تر گفته شد، کنترل قضایی مصوبات قوه مقننه، مسئله‌ای مناقشه‌برانگیز است و نیازمند به توضیح است. اما در ابتدای این قسمت، اشاره‌ای به تفکیک دو مدل کنترل قضایی مفید به نظر می‌رسد.

کنترل قضایی در مدل‌های مختلفی در نظام‌های حقوقی سیاسی جلوه‌گر شده است؛ مدل غیرمتمرکز (یا مدل آمریکایی) و دیگری مدل متمرکز (یا مدل اتریشی یا اروپایی).^۱ در مدل آمریکایی کنترل قضایی، دادگاه‌ها از صلاحیتی عام در خصوص قضاوت راجع به مطابقت اعمال قوای مقننه و مجریه با قانون اساسی برخوردارند؛ به عنوان نمونه در آمریکا، نهاد قدرتمند و پرنفوذ دیوان عالی ایالات متحده^۲ از اختیارات نظارت بر مصوبات قوه مقننه و تصمیمات مقامات اداری برخوردار است که با تصمیم‌گیری در خصوص موضوعات اختلاف‌برانگیز و مورد مناقشه، به عنوان نهادی مؤثر در سیاستگذاری جلوه‌گر می‌شود. در مدل آمریکایی کنترل قضایی، اقامه دعاوی در خصوص موضوعات مربوط به قانون اساسی در دادگاه‌های عادی صورت می‌گیرد و همه دادگاه‌ها از صلاحیت رسیدگی به دعاوی مذکور برخوردارند. در ایالات متحده، این اصل پذیرفته شده است که «کنترل مطابقت قوانین موضوعه با قانون اساسی»^۳ توسط دادگاه‌ها در همه سطوح و با رویه‌ای مشابه صورت می‌گیرد. به لحاظ سلسله‌مراتب قضایی، دیوان عالی ایالات متحده عالی‌ترین مرجع محسوب می‌شود و واجد صلاحیت تطبیق قانون مصوب قوه مقننه ایالتی با قانون اساسی فدرال است. گرچه کنترل مطابقت قانون عادی ایالتی با قانون اساسی ایالتی در صلاحیت دیوان عالی آن ایالت است، اما دیوان عالی ایالات متحده در صورت تجدیدنظرخواهی از رأی دیوان عالی ایالتی، مرجع صادرکننده حکم نهایی است.

در مدل متمرکز (یا اروپایی) کنترل قضایی، برخلاف مدل غیرمتمرکز، یک مرجع ویژه به عنوان «دادگاه قانون اساسی» صلاحیت انحصاری رسیدگی به دعاوی مربوط به قانون اساسی را برعهده دارد. به عبارت دیگر، دادگاه‌های قانون اساسی در تصمیم‌گیری راجع به

1. See V. C. Jackson, and M. Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Part 2, New York: Foundation Press, 1999, Ch. VI.

2. U. S. Supreme Court

3. Constitutional Review

موضوعات مربوط به قانون اساسی، واجد صلاحیت خاص هستند. معروف‌ترین این دادگاه‌ها، «شورای قانون اساسی» فرانسه است که درباره مطابقت قوانین مصوب پارلمان و معاهدات بین‌المللی با قانون اساسی قضاوت می‌کند.^۱

۲-۷. نقش کنترل قضایی در برقراری نظم حقوقی و حاکمیت قانون

موضوعات مختلف مربوط به کنترل قضایی از قبیل مراجع صالح برای کنترل قضایی، تأثیر کنترل قضایی بر اعمال قوای حکومتی و مهم‌تر از همه حدود صلاحیت دادگاه‌ها در اعمال کنترل قضایی بر اعمال قوا، از مهم‌ترین مباحث مرتبط به نظریه حاکمیت قانون است. درواقع مسئله کنترل قضایی مصوبات قوه مقننه و توجیه ابطال مصوبات این نهاد انتخابی توسط یک نهاد غیرانتخابی (قوه قضائیه)، از غامض‌ترین و پیچیده‌ترین مسائل مطرح در مباحث حقوق عمومی است. لاگلین در یکی از آثار خود به‌خوبی صورت مسئله مذکور و مقدمات طرح آن را بیان کرده و بر اهمیت مسئله کنترل قضایی مصوبات پارلمان به‌وسیله دادگاه‌ها تأکید می‌کند.^۲ وی بحث خود را با طرح این سؤال آغاز می‌کند که نظم حقوقی جامعه مدرن چگونه توجیه می‌شود. از نظر او دو توجیه اصلی را می‌توان برای این مشروعیت بیان کرد؛ یکی توجیه دمکراتیک و دیگری توجیه حق - محور؛ توجیه دمکراتیک نظم حقوقی، بر مبنای آموزه دمکراسی و به عبارت بهتر، اصل حاکمیت مردم است. این توجیه، که ریشه در اندیشه‌های روسو دارد، حاکمیت مردم را به معنای

۱. به‌لحاظ تاریخی در فرانسه، اندیشه تأسیس نهادی به‌منظور تضمین رعایت اصول قانون اساسی از خطابه «سی‌یس» (Sieyes)، انقلابی فرانسوی، نشئت گرفته است. این هیئت با عنوان "*Jurie Constitutionnaire*" وظیفه تشخیص مطابقت قوانین عادی و اعمال قوه مجریه با قانون اساسی را برعهده دارد. این پیشنهاد در سال هشتم انقلاب در قالب تشکیل نهادی با عنوان «سنای نگهبان» به تصویب رسید؛ برگرفته از: ناصر کاتوزیان، «تشخیص مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی»، در: ناصر کاتوزیان، گامی به‌سوی عدالت: مجموعه مقالات، ج ۱، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، ص ۳۰۰؛ برای مطالعه بیشتر راجع به مدل‌های مختلف کنترل قضایی، ر.ک.: محمدحسین زارعی و احمد مرکزالمیری، «مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تأکید بر نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲، پاییز - تابستان ۱۳۸۴، ص ۱۶۳-۱۵۸.

2. See M. Loughlin, "Rights, Democracy and Law", in K. D. Campbell, and K. D. Ewing, and A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001, PP. 41-60.

گردآمدن هیئتی از شهروندان آزاد و برابر در یک مجلس نمایندگی و وضع قوانین توسط آن نمایندگان برای تمشیت امور حکومتی و گسترش رفاه عمومی می‌داند. در این دیدگاه، مقامات حکومتی در برابر نمایندگان مردم مسئول و پاسخ‌گو شمرده می‌شوند و نمایندگان نیز که از طریق انتخابات عمومی و دوره‌ای برگزیده می‌شوند، به‌نوبه خود در مقابل ملت مسئول‌اند. این شکل دمکراتیک قانونگذاری و پاسخ‌گویی، تضمین‌کننده انعکاس اراده مردم به‌وسیله تصویب قوانین لازم‌الاجرا برای همگان است.

اما توجیه دیگر نظم حقوقی یک جامعه مدرن، توسل به مقوله حق‌هاست. در مبنای حق - محور نظم حقوقی نیز همچون توجیه دمکراتیک، مفهوم شهروندان آزاد و برابرِ گردهم‌آمده برای تأسیس یک نظام حکومتی، نقطه عزیمت بحث در نظر گرفته می‌شود. اما در توجیه حق - محور بر این نکته که شهروندان از مجموعه‌ای از «حقوق طبیعی»^۱ برخوردارند تأکید و تنظیم رابطه بین شهروند و دولت مهم‌ترین هدف نظم حقوقی دانسته می‌شود. گرچه طرفداران این دیدگاه قائل به بهره‌مندی شهروندان از آزادی‌ها و حقوق بی‌حدو و حصر نبوده و به مقتضیات حکومتی و به‌طور کلی اهداف جامعه سیاسی توجه دارند، اما با در نظر گرفتن آموزه‌های برگرفته شده از اندیشه نظریه‌پردازانی چون جان لاک، هدف قانون، و به‌طور کلی نظم حقوقی را گسترش و تضمین اعمال حقوق و آزادی‌ها می‌دانند تا تحدید یا لغو آنها. در این نوع توجیه نظم حقوقی، که می‌توان آن را مدل «حق - محور» نیز نامید، حکومت همچون مدل دمکراتیک، محصول «اراده» نیست (حتی اراده ملی یا اراده ملت)، بلکه مبنای حکومت مبنایی «عقلانی» است که اهداف حکومت نیز بر همین اساس تضمین و ابزاری مؤثر برای نیل به آن اهداف نیز تعبیه می‌شود.

لاگالین از توضیحات گفته شده چنین نتیجه‌گیری می‌کند که یکی از مهم‌ترین تفاوت‌ها میان دو «فلسفه حکومت»، اختلاف نظر درباره نقش قانون در تمشیت امور حکومت است. به تعبیر روشن‌تر، این تفاوت دیدگاه، به نقش قوه قضائیه و به عبارت دقیق‌تر، نقش و کارکرد کنترل قضایی برای مطابقت مصوبات پارلمان و اعمال و تصمیمات قوه مجریه بازمی‌گردد. اما سؤال اصلی این است که آیا کنترل مصوبات پارلمان از حیث مطابقت با قانون اساسی به‌منظور دفاع از حقوق بنیادین شهروندان، با توجه به اصول

دمکراسی، رویه‌ای قابل توجیه است؟ و اگر قانونگذار تصویب قانون خاصی را در جهت تأمین خیر عمومی دانست، می‌توان تصمیم گروهی از قضات (مانند قضات دیوان عالی ایالات متحده) مبنی بر ابطال آن قانون را - که بیانگر اراده عمومی است - مشروع دانست؟^۱ در ادامه بحث، کوشش خواهیم کرد به سؤالات مطرح شده، پاسخ‌های در حد امکان روشنی ارائه کنیم.

۳-۲-۷. نسبت کنترل قضایی و اصول دمکراسی

یکی از مهم‌ترین اصول دمکراسی، قانونگذاری توسط نمایندگان منتخب اکثریت مردم محسوب می‌شود. به همین دلیل نیز اصل حاکمیت پارلمان همواره یکی از اصول اساسی دمکراسی محسوب می‌شده است. اما مسئله‌ای که به‌طور خاص به‌نحو جدی در هنگام تدوین قانون اساسی آمریکا مطرح شد، این بود که با فرض پذیرش اصل برتری قانون اساسی و حاکمیت اصول مندرج در قانون اساسی بر همه امور و شئون حکومتی، چگونه می‌توان قوه مقننه را با توجه به انتخابی بودن اعضای آن، موظف و متعهد به رعایت قانون اساسی ساخت. به عبارت دیگر، اگر بتوان گفت حاکمیت قانون مستلزم برتری قانون اساسی نسبت به دیگر قوانین و همچنین سازگاری اعمال قوای حکومتی، از جمله قوه مقننه، با قانون اساسی است، با توسل به چه توجیه و سازوکاری می‌توان این ایده را تحقق بخشید. اندیشه تفوق قانون اساسی و محدودیت پارلمان در اعمال اختیارات قانونگذاری، نشئت گرفته از خوش‌بینی کمتر تدوین‌کنندگان قانون اساسی آمریکا به دمکراسی و فضیلت‌های آن نسبت به نظریه‌پردازان دیگر نظام‌های حقوقی - سیاسی، به‌ویژه فرانسوی‌ها، بود. دغدغه اصلی آنان، خطر تسلط و حاکمیت اراده اکثریت بر اقلیت با توسل به آموزه‌های دمکراتیک و نهایتاً نقض حقوق و آزادی‌ها بود. پس زمینه فکری تأکید بر چنین دغدغه‌ای، ارج نهادن به آزادی فردی به‌عنوان ارزشی حاکم بر سایر ارزش‌ها، از جمله دمکراسی، و به‌طور دقیق‌تر مخالفت با «دمکراسی توده‌ای»^۲ بود. استدلال اصلی آنان این بود که اگر دست نهاد قانونگذاری را برای وضع قوانین باز گذاشت و اختیارات این نهاد را در

1. See Ibid., PP. 41-42.

2. Tamanaha, op. cit., P. 59.

چارچوبی متشکل از اصول و معیارهای برتر مندرج در قانون اساسی محدود نساخت، چه بسا نمایندگان پارلمان با توسل به اختیارات بی‌حد و حصر، به تصویب قوانین مغایر با اصول قانون اساسی و حقوق و آزادی‌های مندرج در آن مبادرت کنند و بدین ترتیب اصل حاکمیت قانون به وسیله تصویب قوانین ناقض اصول آزادی و عدالت، نقض شود.

با توجه به دیدگاه‌های بیان شده بود که «فدرالیست‌ها»، در مجموعه «مقالات فدرالیست‌ها»،^۱ بر سه راهکار و ایده برای محافظت از «خطر دموکراسی» تأکید کردند:^۲ نخست؛ طرفداری از دموکراسی مبتنی بر نمایندگی به جای دموکراسی مستقیم برای کاهش تأثیر شور و هیجان‌های کاذب و تحت تأثیر قرار گرفتن مردم از تبلیغات و عوام‌فریبی؛

دوم؛ تفکیک قوای عمودی (تفکیک اختیارات و وظایف به نحو سلسله‌مراتبی میان دولت فدرال و ایالات) و تفکیک قوای افقی (تفکیک اختیارات و وظایف سه قوه مقننه، مجریه و قضائیه)؛^۳

سوم؛ پیش‌بینی سازوکار کنترل قضایی؛ این سازوکار به وسیله هامیلتون این گونه توصیف شده است:

یکی از محدودیت‌های صریح و مشخص در قانون اساسی، محدودیت اختیارات قانونگذاری است؛ ... در عمل محدودیت‌هایی از این نوع صرفاً می‌تواند از طریق ابزار در اختیار دادگاه‌ها تضمین شود؛ ابزاری که باید براساس آن همه اعمال مغایر با قانون اساسی ابطال شود. در غیر این صورت، همه حق‌ها یا امتیازهای ویژه تضمین شده در قانون اساسی بی‌نتیجه و پوچ خواهد بود.^۴

۱. «مقالات فدرالیست‌ها» ("Federalist Papers") به مجموعه مقالاتی گفته می‌شود که توسط الکساندر هامیلتون (Alexander Hamilton)، جیمز مدیسون (James Madison) و جان جی (John Jay) در حمایت از قانون اساسی به رشته تحریر درآمدند.

2. See Ibid., P. 60.

۳. راجع به موضوع تفکیک قوا، ر.ک.: در قسمت ۲-۴ فصل چهارم.

4. A. Hamilton, J. Madison and J. Jay, *The Federalist*, New York: Arlinton House, 1966, No. 78, P. 466; Quoted in Tamanaha, op. cit.

بر مبنای آموزه‌ها و پیش‌فرض‌های مطرح شده بود که گرچه در قانون اساسی ایالات متحده (مصوب ۱۷۷۶) اشاره‌ای به کنترل قضایی نشد، اما این ابزار با صدور یکی از مهم‌ترین آرای صادره از دیوان عالی ایالات متحده به رسمیت شناخته شد.^۱ در این رأی، اصل برتری قوه قضائیه فدرال در رسیدگی به موضوعات مربوط به قانون اساسی تصریح شد و دادگاه‌های فدرال از صلاحیت کنترل و اعلام مغایرت قوانین عادی و اعمال اجرایی قوه مجریه فدرالی با قانون اساسی برخوردار شدند. استدلال‌های مختلفی برای سپردن صلاحیت کنترل مصوبات پارلمان به دادگاه‌ها ارائه شده است که مهم‌ترین آنها، تأکید بر ضعف قوه مقننه به عنوان نهاد حافظ حقوق و آزادی‌های شهروندی است. با توجه به دغدغه‌هایی که درباره تسلط اکثریت و نقض حقوق اقلیت برشمردیم، دموکراسی نه فقط به معنای حکومت اکثریت، بلکه ناظر به حکومتی شمرده شده است که احترام به حقوق بنیادین و گسترش آزادی‌های شهروندی را مهم‌ترین هدف و اصل راهنمایی خود قرار دهد. بدین منظور، مطالبه سازگاری مصوبات پارلمان با قانون اساسی و نظارت بر اعمال اختیارات قوه مقننه در چارچوب قانون، از مهم‌ترین اصول حقوقی تلقی شد.

با این تحول، از اعتبار اصل حاکمیت پارلمان، که جزء لاینفک دموکراسی دانسته می‌شد، کاسته شد؛ به نحوی که امروزه کمتر کسی به قانونگذاری بی‌قیدوبند و بدون در نظر قرار دادن اصول حقوق بشری معتقد است. بدین ترتیب میان دو اصل حاکمیت مردمی (که در حاکمیت پارلمان متجلی شده بود) و اصل احترام به حقوق بنیادین سازگاری برقرار شد و مجالس قانونگذاری امروزه علی‌الاصول باید در چارچوب محدوده‌های مندرج در قانون اساسی به تقنین مبادرت ورزند.

موضوع قابل توجه دیگر، مسئله شایسته بودن قضات برای کنترل سازگاری مصوبات قوه مقننه با قانون اساسی و احترام به حقوق شهروندی است. از نظر طرفداران کنترل قضایی، برای نظارت و کنترل بر اعمال هر صاحب قدرتی، نیاز به یک مرجع بیرونی است و نمی‌توان خود - کنترلی، یا خود - نظارتی را تضمین قابل اتکایی برای ممانعت از تجاوز مرجع صاحب

۱. در قضیه "Marbury v. Madison" در سال ۱۸۰۳ توسط قاضی مارشال. برای توضیح دعوی مذکور و رأی قاضی مارشال رک: رنه داوید و کامی ژوفره اسپینوزی، درآمدی در حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوق معاصر، ترجمه و تلخیص سیدحسین صفایی، تهران: میزان، ۱۳۸۱، ص ۲۸۱-۲۸۲.

قدرت از صلاحیت‌ها و اختیاراتش دانست. قوه مقننه نیز از این قاعده مستثنا نیست. بهترین شیوه برای کنترل اعمال این قوه، سپردن این وظیفه به قضات دادگاه‌هاست زیرا دادگاه‌ها به‌عنوان نهادهی بی‌طرف و تابع قوانین و اصول، قادرند درباره مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات قوه مقننه با قوانین و اصول حقوق بشری تصمیم‌گیری کنند. گرچه ممکن است در برخی مواقع، اعضای قوه مقننه تصویب قانونی را، هرچند با تردید به مغایرت آن مصوبه با قانون اساسی، لازم و ضروری بدانند و چنین قانونی را به تصویب برسانند در چنین وضعیتی، میان ارزش‌های تأکید شده در نظریه حاکمیت قانون و ارزش‌هایی ذاتی از نظر حکومت که صرفاً به‌وسیله تصویب پارلمان به قانون تبدیل می‌شوند، از جمله اتخاذ سیاست‌های کوتاه‌مدت و موقت یا تأمین منافع گروه‌های خاص، تعارض و تناقض پدید آید.^۱ درحالی‌که هر دو نوع ارزش گفته شده، عواملی هستند که در ارزیابی میزان مشروعیت اعمال حکومتی بنیادین محسوب می‌شوند، وظیفه قضات تفسیر قانون اساسی و قوانین مصوب پارلمان در پرتو اصول حاکمیت قانون به‌نحوی است که تعارض مذکور منجر به نقض حقوق و آزادی‌های شهروندی نشود؛ گرچه ملاک تصمیم‌گیری آنها در بسیاری از موارد، براساس قوانین مصوب پارلمان است. با در نظر گرفتن نکات طرح شده، قضات با توجه به آشنایی با علوم و فنون تفسیر، می‌توانند اصول قانون اساسی را که در جهت تضمین هرچه بیشتر منفعت عمومی و ارتقای حقوق و آزادی‌های بنیادین تفسیر کنند و بدین ترتیب امکان سوءتعبیرها و سوءاستفاده‌ها به‌منظور اعمال اختیارات برخلاف قانون اساسی را به حداقل کاهش دهد.

ازسوی دیگر به‌نظر می‌رسد نمایندگان پارلمان به‌دلیل الزامات و ویژگی‌های فرایند انتخابات، نمی‌توانند به شایستگی از عهده وظیفه خطیر کنترل مصوبات خود، یا دیگر قوا برآیند. بدین ترتیب که نمایندگان پارلمان برخی اوقات به‌دلیل نیاز به جلب رأی شهروندان برای ادامه نمایندگی، چه‌بسا به اتخاذ مواضعی غیراصولی و عوام‌پسند روی آورند که گرچه مغایر با قانون اساسی یا حقوق و آزادی‌های شهروندی است، اما تأمین‌کننده رضایت تعدادی از رأی‌دهندگان، هرچند به‌طور موقت و یا حتی به‌نحوی کاذب است. به‌عنوان نمونه، چه‌بسا مصوبه‌ای در جهت تأمین منفعت اقتصادی شهروندان به‌طور کوتاه‌مدت تصویب شود که با محتوای قانون اساسی در جهت حرکت به‌سوی سیاستگذاری‌های

1. See B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, London: Sweet and Maxwell, 1999, P. 143.

دوراندیشانه برای ایجاد زمینه مناسب برای سرمایه‌گذاری مغایرت داشته باشد. در اینجا نمی‌توان توقع داشت پارلمان، حمایت رأی‌دهندگان وفادار خود را به نفع التزام به قانون اساسی از دست بدهد؛ بلکه می‌توان با تعبیه سازوکار کنترل قضایی، مصوبات این نهاد را به‌نحوی طرفانه و بر مبنای قانون اساسی ارزیابی کرد. همچنین مقتضیات نظام حزبی و وفاداری به آرمان‌ها و سیاست‌های حزبی نیز یکی از عوامل مهم نامطلوب بودن کنترل مطابقت مصوبات و تصمیمات قوای حکومتی با قانون اساسی توسط قوه مقننه محسوب می‌شود. این صلاحیت، استقلال نهاد ناظر را از هرگونه مسلک و آیین حزبی و تعلقات جناحی و گروهی می‌طلبد و به‌دلیل فرض استقلال قوه قضائیه و قضات و همچنین بی‌طرفی آنهاست که در نظریه حاکمیت قانون، واگذاری اعمال این نقش کنترلی به نهاد دادگاه‌ها مطلوب شمرده شده است.

چنان‌که هامیلتون در بیان دلایل موجهه کنترل قضایی می‌نویسد، این رویه معقولی است که دادگاه‌ها به‌عنوان نهادهای واسطه میان مردم و قوه مقننه، اعمال اختیارات قوای حکومتی، از جمله قوه مقننه، را در چارچوب اختیارات تفویضی تضمین کنند. قضات با توجه به تفاسیر خود از قانون اساسی به‌عنوان قانون بنیادین، معنا و مفاد این قانون و همچنین قوانین مصوب پارلمان را تعیین می‌کنند و در صورت به‌وجود آمدن هرگونه مغایرت میان آن دو، قانون اساسی را به‌عنوان قانون برتر بر قانون مصوبه پارلمان ترجیح می‌دهند و بدین ترتیب، «قانون اساسی بر قوانین موضوعه، یعنی خواست مردم بر خواست نمایندگانشان، حاکم است».^۱

استدلال دیگری که برای توجیه کنترل قضایی به‌لحاظ مطابقت با دموکراسی مطرح شده، مبتنی بر «تعهد پیشینی»^۲ است؛ به این معنی که کنترل قضایی مصوبات پارلمانی، اساساً رویه غیردموکراتیک نیست، بلکه مبتنی بر گونه‌ای رضایت و موافقت پیشینی همه شهروندان است تا در مواقعی که جامعه با بحران در عملکردهای نهادها مواجه شود و احتمال

۱. به نقل از: کلی، پیشین، ص ۴۱۶-۴۱۵؛ همچنین برای مطالعه بیشتر پاسخ‌های طرفداران کنترل قضایی (به شیوه آمریکایی) به استدلال مخالفان کنترل قضایی با استدلال غیردموکراتیک بودن کنترل قضایی، رک: زارعی و مرکزالمیری، پیشین، ص ۱۸۵-۱۸۰.

خروج از بحران با اتخاذ تدابیر عقلانی وجود داشته باشد، کسانی - در اینجا قضات - وجود داشته باشند تا مانع انحراف آن نهادها شوند. در این استدلال، مسئولیت ذکر شده برای قضات مبتنی بر نوعی قرارداد فرضی میان شهروندان و قضات است تا در مواقع بحرانی، حامی نظام و پاسدار اصول عقلانیت باشد.^۱

کنترل قضایی به عنوان یکی از مؤلفه‌های نظریه حاکمیت قانون به تدریج در دیگر نظام‌های حقوقی - سیاسی جایگاه خود را تثبیت کرده است.^۲ به عنوان نمونه، مناسب به نظر می‌رسد به شناسایی این مقوله در نظام حقوقی فرانسه اشاره‌ای داشته باشیم. مهم‌ترین ویژگی سنت فرانسوی حاکمیت قانون، یعنی «دولت قانونمند» (*Etat de droit*)، در مقایسه با مفهوم «دولت قانونی» (*Etat Légal*)، بازنگری در برداشت اولیه از اصل حاکمیت پارلمان و پذیرش محدودیت‌هایی بر اعمال اختیارات قوه مقننه و همچنین کنترل مصوبات آن از سوی نهادی مستقل از پارلمان است.^۳ بدین ترتیب که به دلیل حاکمیت سنت فرانسوی برگرفته از اندیشه‌های روسو، این امر غیرقابل تصور بود که قانون مصوب نمایندگان پارلمان و نشئت گرفته از «اراده عمومی»، بتواند از سوی مرجعی، غیرمعتبر اعلام شود. حاکمیت این اندیشه که عبارت بود از قدرت نامحدود پارلمان در قانونگذاری، تشکیل دهنده اساس نظریه «دولت قانونی» بود. در این اوضاع و احوال، پذیرش کامل دموکراسی مبتنی بر نمایندگی، جایی را برای به رسمیت شناختن اصل برتری قانون اساسی باقی نگذاشته بود. از سوی دیگر، شناسایی اختیار کنترل قانون اساسی برای یک یا چند نهاد خاص همواره با مخالفت روبه‌رو می‌شد. تجربیات تاریخی برگرفته از حوادث پس از انقلاب فرانسه، در ایجاد این بدبینی

۱. زارعی، «حاکمیت قانون و دموکراسی: سازگاری یا تعارض»، ص ۹۶-۹۷.

۲. شاید توضیح مختصر ارتباط حاکمیت قانون و دموکراسی از نگاه یکی از متفکران معاصر در این قسمت مفید باشد. هابرماس، در یکی از آثارش این ارتباط را از زاویه‌ای متفاوت از زاویه مورد بحث ما در سه گام، تبیین و تشریح می‌کند؛ در گام نخست، بر این نکته تأکید می‌کند که ارتباط میان حاکمیت قانون و دموکراسی از مفهوم «مدرن» قانون ناشی می‌شود؛ در گام دوم به توضیح این ایده می‌پردازد که قوانین موضوعه، مشروعیت خود را نه از قانون برتر، بلکه از منبعی دیگر اخذ می‌کنند؛ و در گام سوم، به شرح این نکته می‌پردازد که قانون مدرن به واسطه خودمختاری‌ای که به نحو برابر برای همه شهروندان تضمین شده است مشروعیت می‌یابد؛ بدین طریق خودمختاری فردی و عمومی به طور متقابل همدیگر را مفروض می‌گیرند؛ برای مطالعه این دیدگاه، ر.ک.:

Habermas, op. cit.

۳. همچنین ر.ک.: قسمت ۳-۱ فصل مقدماتی همین نوشتار.

نسبت به نهادی با اختیار کنترل مصوبات قوای حکومتی از لحاظ مطابقت با قانون اساسی بی تأثیر نبود؛ چنان که برای نمونه در «قانون اساسی ناپلئونی»، اختیار اعطا شده به سنا برای ابطال قوانین مغایر با قانون اساسی صرفاً در جهت اهداف سیاسی طراحی شده بود؛ چرا که سنا ابزاری در دست امپراتوری برای گسترش تسلط و کنترل وی بر دیگر نهادهای حکومتی بود. بدین ترتیب، نهادی که قرار بود بر اجرای مفاد قانون اساسی نظارت کند خود تبدیل به یکی از ابزار اعمال قدرت مطلقه شده بود. ویژگی سیاسی فرانسه از زمان انقلاب مبنی بر سوءظن به قضات در اعمال اختیارات قضایی، همچنین از تجربه ناخوشایند دادگاه‌های سلطنتی (که به «پارلمان»^۱ معروف بودند) ناشی می‌شد. این دادگاه‌ها نه تنها در امور مربوط به حوزه سلطنتی دخالت می‌کردند، بلکه مانعی مهم در انجام اصلاحات، هرچند محدود، قانونگذاری محسوب می‌شوند. از آن زمان، سنت سیاسی فرانسوی بر رد «حکومت قضات»^۲ استوار شد.^۳ با وجود این، این نظام در طول تحولات قرن بیستم در فرانسه دستخوش تغییر شد و با شکل‌گیری نظریه «دولت قانونمند»، نگرش پیشین به قوه قضائیه و قضات دستخوش تحول گردید و سنت حاکمیت قانون به صورتی یکنواخت‌تر در نظام‌های مختلف حقوقی و سیاسی تعریف شد.

دو تحول بنیادین در نظام حقوقی - سیاسی فرانسه، مسبب حرکت به سوی یکنواختی بیشتر میان سنت‌های مختلف حاکمیت قانون شد؛ اولین تحول بنیادین، ظهور نهادی با عنوان «شورای قانون اساسی» در قانون اساسی جمهوری پنجم (۱۹۵۸) بود.^۴ با تشکیل این نهاد، سازوکاری برای کنترل قوای حکومتی، از جمله پارلمان، برای ممانعت از نقض قانون اساسی و تجاوز آن از اختیاراتشان طراحی شد، و بدین ترتیب در کنار اصل حاکمیت پارلمان، اصل مشروطه‌خواهی و برتری قانون اساسی نیز توسط نظام حقوقی فرانسه مورد شناسایی قرار گرفت.

1. "Parlement"

2. "gouvernement des juges"

۳. ر.ک.: پیشین، ص ۲۲۷-۲۲۶.

۴. اصول (۵۶-۶۳) قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه به مقررات مربوط به شورای قانون اساسی اختصاص دارد. در اصل (۶۲) تصریح شده است: «مقرره‌ای که مغایر با قانون اساسی اعلام شود، منتشر و اجرا نمی‌گردد»؛ به نقل از: الیوت و ورنون، پیشین، ص ۳۸۷.

تحول دوم، که در واقع در ادامه تحول اول شکل گرفت، تصمیم سرنوشت‌ساز شورای قانون اساسی در سال ۱۹۷۱ در قضیه معروف به «آزادی مجامع»^۱ بود که برخی به لحاظ تأثیر فوق‌العاده این تصمیم بر حقوق اساسی فرانسه، آن را «مربوری علیه مدیسون فرانسه» نامیده‌اند.^۲ در این تصمیم، شورای قانون اساسی از انتشار قانونی که آن را مغایر با قانون اساسی می‌دانست ممانعت کرد. با این تصمیم، شورای قانون اساسی، ممنوعیت بنیادین لغو یا ابطال مصوبه پارلمان را به دلیل مغایرت با قانون اساسی نقض کرد و با این رویه، سنت بنا شده بر مفهوم حاکمیت پارلمان دگرگون شد.

نکته مهم دیگر در این خصوص، استناد تصمیم شورای قانون اساسی فرانسه به «قانون اساسی و دیباچه آن» بود که با این استناد، مجموعه قابل توجهی از متونی که پیش از این لازم‌الاجرا محسوب نمی‌شد، واجد ارزش حقوقی گردیده و به لحاظ حقوقی لازم‌الاجرا شمرده شدند؛ از جمله اعلامیه حقوق بشر و شهروند (مصوب ۱۷۸۹) و دیباچه قانون اساسی ۱۹۴۶. این متون خود دربرگیرنده مجموعه‌ای از اصول و ارزش‌های بنیادین هستند که ارزشی فراقانونی دارد و نقض آنها می‌تواند زمینه لغو مصوبه پارلمان را فراهم آورد.^۳

۴-۲-۷. کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری

گرچه در این قسمت، به توضیح و تبیین کنترل قضایی مصوبات پارلمان پرداختیم، اما همچنین باید بر اهمیت کنترل قضایی بر تصمیمات و اعمال قوه مجریه و به‌ویژه صلاحیت‌های اختیاری آنان تأکید کنیم.

موضوع صلاحیت اختیاری، از جمله زمینه‌هایی بود که سبب توسعه کنترل قضایی بر اعمال اداری شد و چنان‌که یکی از صاحب‌نظران حقوق اداری گفته است، «کنترل قضایی

1. *Liberté d'Association*, C. C, July 16, 1971, No. 71-44 DC, Rec. 29; Quoted in *Ibid.*, PP. 91-92.

۲. منظور، دعوی «مربوری علیه مدیسون» در ایالات متحده است که مبنای کنترل قضایی در ایالات متحده آمریکا محسوب می‌شود؛ این مقایسه در اثری با مشخصات ذیل صورت گرفته است:

Jr. George D. Haimbaugh, "Was It France's *Marbury V. Madison*?", *Ohio State Law Journal*, Vol. 35, 1974, P. 910; Quoted in *Ibid.*

3. See *Ibid.*, P. 92.

اَعمال اداری تا حدود زیادی به سبب اهمیت کنترل صلاحیت‌های [اختیاری] بوده است.^۱ به عبارت دیگر، یکی از کارکردهای اصلی کنترل قضایی، نظارت بر صلاحیت اختیاری مقامات اداری است که به دلایل مختلف^۲ رو به افزایش و گسترش است.

کنترل قضایی صلاحیت‌های اختیاری بر مبنای سه دسته از دکترین‌ها قابل توجیه است؛ نخست، دکترین حمایت از حقوق فردی: بر اساس این دکترین، صلاحیت‌های اختیاری، امکان مداخله و تعرض قوه مجریه را به حوزه حقوق و آزادی‌های فردی فراهم می‌کنند. همچنین چه بسا مقتضیات اعطای صلاحیت‌های اختیاری به مقامات اداری با حقوق و آزادی‌ها در تعارض قرار می‌گیرد. بر این اساس است که کنترل قضایی، سازوکار مناسبی برای حمایت از حقوق و آزادی‌ها در مقابل صلاحیت‌های اختیاری گسترده تلقی می‌شود. دوم؛ دکترین کارکردگرایی: چنان که گفته شد، امروزه قوه مجریه در معرض اتخاذ تصمیمات پیچیده‌ای قرار دارد که چه بسا مقامات دولتی را ناگزیر از نادیده گرفتن برخی از اصول، از جمله حقوق و آزادی‌های شهروندی کند. بدین ترتیب، رویکرد کارکردگرایی، با توجه به واقعیات و مقتضیات دولت مدرن صلاحیت‌های اختیاری را برای مقامات اداری به رسمیت می‌شناسد و آن را جزئی لاینفک از اداره امور عمومی می‌داند. گرچه رویکرد کارکردگرایی نیز مشتمل بر دو طیف سخت و منعطف است.

سوم؛ دکترین آیین‌مدار (فرایندی): این رویکرد که در واقع تلفیقی از رویکردهای گفته شده است و سعی در آشتی دادن رویکردهای متفاوت و متنوع با یکدیگر دارد. آیین‌مند کردن فرایندهای اداری، از یک سو صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری را به رسمیت می‌شناسد، و از سوی دیگر، حریم خصوصی و آزادی‌های فردی را از تعرض و مداخله بلاموجه مقامات اداری مصون نگه می‌دارد.^۳

مجازات مؤثر مقامات اداری در قالب تعلیق، برکناری و همچنین الزام به جبران خسارت در قبال خسارت وارده بر شهروندان به سبب تصمیم یا عملکرد آنها، جزء

۱. به نقل از: مشهدی، پیشین، ص ۶۴.

۲. ر.ک.: گفتار صلاحیت‌های اختیاری در همین نوشتار.

۳. ر.ک.: مشهدی، پیشین، ص ۷۷-۶۵.

مهم‌ترین ابزار قوه قضائیه برای اعمال حاکمیت قانون است.^۱ به‌عنوان نمونه «شورای دولتی» در فرانسه از صلاحیت‌های قابل توجهی در دو مقوله مشورتی و ترافعی برخوردار است. شورای دولتی واجد صلاحیت‌های مشورتی از قبیل موارد تقنینی، اعمال صلاحیت آیین‌نامه‌ای، و اتخاذ تصمیمات خاص و موردی است. همچنین صلاحیت‌های ترافعی در سه مرحله بدوی و قطعی، مرحله استیناف، و مرحله فرجام‌خواهی برای شورای دولتی پیش‌بینی شده است. بدین ترتیب این شورا به‌عنوان مشاور دولت و مرجع قضایی اصلی اداری، نقشی مهم در اعمال حاکمیت قانون در فرانسه ایفا می‌کند.^۲

یکی از پیچیده‌ترین مسائل در خصوص اعمال کنترل قضایی بر تصمیمات و اقدامات قوه مجریه، کیفیت اعمال کنترل قضایی تصمیمات و اقداماتی است که جنبه «سیاسی» یا به اصطلاح «حاکمیتی» دارد.^۳ به‌طور کلی، این اصل پذیرفته شده است که مسائل مربوط به اداره سیاست خارجی و روابط خارجی، از شمول اصل کنترل قضایی مستثنا هستند.^۴ در فرانسه، توجیه خروج اعمال سیاسی از شمول کنترل قضایی به‌این ترتیب است که اعمال مذکور، از کارکردهای نهادهای خارج از کنترل شورای دولتی، یعنی پارلمان یا یک دولت خارجی، نشئت می‌گیرند. در این حالت، صرفاً در صورتی تصمیم یا اقدام، دارای ماهیت سیاسی یا حاکمیتی تلقی می‌شود که نتوان میان عمل اداری و حاکمیتی قائل به تفکیک شد. به‌عبارت دیگر، در صورت امکان تفکیک بین عمل اداری و عمل حاکمیتی، فقط اعمال اداری (یا غیرحکومتی) در شمول کنترل قضایی قرار می‌گیرد.

این سازوکار نظارتی، به‌ویژه در کنترل قضایی تصمیمات مقامات عالی قوه مجریه، مانند وزرا، بسیار اهمیت دارد. به‌عنوان نمونه در سنت حقوقی - سیاسی انگلستان، اعضای

1. See Wade and Bradley, op. cit., P. 104.

۲. برای مطالعه بیشتر درباره ترکیب، تشکیلات و صلاحیت‌های این شورا، ر.ک.: امیراجمند، «تشکیلات دادگاه‌های اداری در فرانسه»، پیشین، ص ۳۷-۱۵.

۳. برای مطالعه بیشتر راجع به مفاهیم اعمال حاکمیت و تصدی و چگونگی اثرگذاری آنها بر نظام حقوقی، ر.ک.: عباس توافقی‌زاده، «تأملی بر تأثیر نظریه اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان‌های دولتی و برنامه‌های اصلاح ساختار نظام اداری ایران»، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره پانجاهویکم، بهار ۱۳۸۵، ص ۵۷-۱۰۰.

۴. ر.ک.: محمدحسین زارعی و جواد محمودی، «تحولات مربوط به قلمرو بازنگری قضایی در پرتو رویه‌های قضایی انگلستان و فرانسه»، تحقیقات حقوقی، شماره ۵۵، پاییز ۱۳۹۰، ص ۱۲۱.

قوه مجریه باید قادر به مدلل ساختن اعمالشان در قالب اختیارات قانونی باشند، خواه این اختیارات از «کامن لا» ناشی شده باشد و خواه از قانون مصوب پارلمان. بدین ترتیب صلاحیت نظارتی دادگاه عالی،^۱ که به موجب آن تصمیمات وزرا در صورت عدم رعایت حاکمیت قانون غیرمعتبر اعلام می‌شود، یکی از نمونه‌های قابل توجه کنترل قضایی است.^۲ بنابراین در بریتانیا، همانند بسیاری از کشورهای دیگر، رسیدگی به موضوع قانونی بودن مصوبات قوه مجریه در صلاحیت دادگاه‌های عادی است؛ گرچه رسیدگی به بسیاری از دعاوی نیز توسط مراجعی خاص (نظیر محاکم اداری) صورت می‌گیرد، اما این محاکم تحت نظارت و کنترل دادگاه‌های عادی قرار دارند.^۳

1. High Court

2. Philips and Jackson, op. cit., P. 34.

3. See Wade and Forsyth, op. cit., PP. 21-22.

فصل هشتم

پیامدهای حاکمیت قانون

در فصل‌های پیشین، به اقتضای موضوع مورد بررسی به برخی از پیامدهای حاکمیت قانون اشاره کردیم. اما به دلیل اهمیت توضیح این پیامدها برای زیست سیاسی - اجتماعی، در این فصل از تحقیق، عمده‌ترین پیامدهای نظریه حاکمیت قانون را یادآور خواهیم شد. در این توضیح، به پیامدهای حاکمیت قانون در سه عنوان شامل پیامدهای حقوقی، سیاسی و اقتصادی پرداخته‌ایم. گرچه باید بر این نکته تأکید کنیم که حوزه‌های حقوقی، سیاسی و اقتصادی از بسیاری از مؤلفه‌های مشترک برخوردارند و چنان تأثیر متقابلی بر یکدیگر دارند که ترسیم مرزی میان آنها، امری اگر نه غیرممکن، دست کم بسیار دشوار است.

۸-۱. پیامدهای حقوقی حاکمیت قانون

در وهله اول، حاکمیت قانون منجر به برقراری نظم حقوقی‌ای می‌شود که یکی از مؤلفه‌های اصلی برقراری نظم اجتماعی و سیاسی است. در این نظم حقوقی، شکل‌گیری و فعالیت‌های نهادها و مؤسسات حکومتی امکان‌پذیر می‌شود و تعاملات و روابط آنها با شهروندان نهادینه می‌گردد و سامان می‌یابد. مهم‌ترین هدف حقوق، جایگزین ساختن پیروی صلح‌جویانه و با طیب خاطر از قواعد مشترک، به جای اطاعت از این قوانین با زور و اجبار است. تفاوت حکومت‌های مبتنی بر حاکمیت قانون با حکومت‌های مبتنی بر اصول و هنجارهایی غیر از حاکمیت قانون نیز، نظم حقوقی متفاوت در هریک از آن حکومت‌هاست. بر این مبناست که می‌توان گفت «حاکمیت قانون مبین موقعیتی است که در آن شهروندان و مقامات، رفتار خود را با قواعد شناخته شده عمومی که پذیرفته شده و برهمگان الزام‌آور است، تنظیم و کنترل می‌نمایند»^۱.

۱. سیموندز، پیشین، در: راسخ، حق و مصلحت، ص ۲۷.

نظام حقوقی شکل گرفته به‌وسیله نظم حقوقی، زمینه‌ای فراهم می‌آورد که پیگیری برنامه‌ها و اهداف فردی و جمعی توسط شهروندان میسر شود. استقلال فردی و مشارکت جمعی گرچه در نظام‌های حقوقی - سیاسی مختلف به‌لحاظ رتبی در جایگاهی متفاوت قرار می‌گیرد، اما آنچه در پیامدهای حاکمیت قانون قابل توجه است، امکان تحقق استقلال فردی و مشارکت جمعی با وجود نظم حقوقی در جامعه سیاسی است.^۱ استقلال فردی که در طول تاریخ اندیشه سیاسی، همواره از آرمان‌های بنیادین، محسوب شده است، در نظم حقوقی تضمین‌کننده حریم خصوصی از طریق تحقق حاکمیت قانون قابل دستیابی است. مشارکت جمعی نیز از طریق فراهم شدن زمینه مشارکت شهروندان به‌وسیله نهادهای جامعه مدنی فراهم می‌شود.

چنان‌که پیش‌تر توضیح داده شد، مهم‌ترین پیامد حقوقی حاکمیت قانون، پیش‌بینی‌پذیر ساختن اوضاع و احوال است. این قابلیت پیش‌بینی به فرد امکان می‌دهد تا با اطلاع از قوانین و مقررات موجود و برخورداری از آگاهی کلی نسبت به عواقب اعمال خود، بتواند به برنامه‌ریزی برای آینده مبادرت کند و اهداف و ایده‌هایش را تعقیب نماید. گرچه قابلیت پیش‌بینی در حوزه‌های مختلف حقوقی، سیاسی و اقتصادی تأثیرگذار است، اما مهم‌ترین دلیل بررسی آن ذیل عنوان پیامد حقوقی حاکمیت قانون، نقش قانون و ویژگی‌های قانون در این زمینه است. چنان‌که در فصل اول گفتیم، ویژگی‌های مختلف قانون از جمله مهم‌ترین مؤلفه‌های نظریه حاکمیت قانون شمرده می‌شود، تا آنجا که از دیدگاه برخی از صاحب‌نظران می‌توان نظریه حاکمیت قانون را تنها با توسل ویژگی‌های قانون تعریف کرد.^۲ پنج ویژگی از ویژگی‌های برشمرده برای قانون، در پیش‌بینی‌پذیر ساختن اوضاع و احوال نقشی عمده ایفا می‌کنند که عبارت‌اند از: عام بودن، معطوف به آینده بودن،

۱. برای مطالعه راجع به اندیشه سیاسی مدرن لیبرال راجع به جایگاه استقلال فردی و مشارکت جمعی و نقش حاکمیت قانون: ر.ک.: همان، ص ۳۵-۳۳.

۲. دیدگاه فولر و هایک درباره حاکمیت قانون بدین ترتیب قابل صورت‌بندی است. از نظر فولر ویژگی‌های هشت‌گانه قانون، مهم‌ترین مؤلفه تشکیل‌دهنده نظریه حاکمیت قانون است (ر.ک.: قسمت ۱-۲ فصل دوم) و از نظر هایک، ویژگی عام بودن قانون، بنیادی‌ترین مؤلفه این نظریه است؛ برای مطالعه بیشتر درباره ویژگی‌های قانون، ر.ک.: رز، پیشین، ص ۳۹۷-۳۹۶.

Hayek, op. cit., P. 169; Finnis, op. cit., P. 270; Cotterrell, op. cit., PP. 164-166; Jowell, op. cit., PP. 62-64; Widner, op. cit., P. 27.

منتشر شدن یا در دسترس همگان قرار گرفتن، واضح بودن، و در آخر، ثبات نسبی قانون. نظام حقوقی متشکل از چنین قوانینی، این فرصت را برای افراد مهیا می‌کند تا با تکیه بر قوانینی واجد ویژگی‌های یاد شده، به انجام فعالیت‌های روزمره و برنامه‌ریزی برای آینده اقدام کنند.

ویژگی عام بودن قانون، چنان‌که گفتیم، در جهت قابلیت پیش‌بینی اوضاع و احوال، و برنامه‌ریزی و تصمیم‌گیری بر مبنای آن، نقش بسزایی ایفا می‌کند. به باور هایک، مهم‌ترین خصیصه قانون این است که بر تعداد نامعلومی از مواردی که ممکن است در آینده نیز مواردی مشابه با آنها پدید آید، اعمال می‌شود. چنین قوانینی، با تعیین حوزه حفاظت شده‌ای برای فرد، شکل‌گیری عرصه‌ای عاری از تهدید و اجبار را امکان‌پذیر می‌سازند که در آن عرصه، افراد قادرند به برنامه‌ریزی عقلانی در جهت تعقیب ایده و علایق خود بپردازند.^۱ تنها با وجود قوانین عام است که می‌توان اعمال آنها را در همه موارد مشابه انتظار داشت و با این ملاحظه دادگاه‌ها را نهادی بی‌طرف و منصف در اجرای قوانین دانست. به بیان دیگر، یکی از پیامدهای تحقق حاکمیت قانون، آگاهی شهروندان از چگونگی متأثر شدن خود توسط قوانین است.^۲

توانایی شخص در برنامه‌ریزی و عمل فردی و جمعی، بسته به حاکمیت قانون، و همچنین مهم‌ترین پیامد حاکمیت قانون است. قانون با ویژگی‌های عام بودن و در دسترس همگان بودن، به فرد امکان می‌دهد تا با محاسبه به برنامه‌ریزی و عمل اقدام کند. چنان‌که رز تأکید می‌کند، اگر قانون باید به عنوان راهنمای مردم در جهت حصول اهدافشان به کار آید، آگاهی همگان از مفاد آن به وسیله انتشار عمومی، از ویژگی‌های اساسی قانون محسوب می‌شود. به طور کلی، علم به قانون نه تنها برای تصمیم‌گیری آنی یا کوتاه‌مدت افراد راهگشاست، بلکه در طرح‌ریزی و برنامه‌ریزی‌های بلندمدت نیز اهمیت دارد.

همچنین ویژگی واضح بودن قانون در ارتباط با همین هدف قابل تأکید است زیرا قانون مبهم و چندپهلوی سبب سردرگمی کسانی خواهد بود که قرار است قانون را راهنمای اصلی برنامه‌ها، تصمیمات و اقدامات خود قرار دهند. به همین ترتیب، از عمده‌ترین دلایل تأکید بر خصیصه با دوام بودن یا ثبات نسبی قانون نیز امکان محاسبه و برنامه‌ریزی با فرض اعتبار آن قانون یا قوانین، و به طور کلی نظم حقوقی قابل اطمینان است. در صورت تغییر قوانین در فواصل کوتاه و بدون

۱. ر.ک.: هایک، قانون، قانونگذاری، آزادی، ص ۱۳۹-۱۳۸.

2. Barry, op. cit., P. 51.

دلایل موجه و عقلانی، شهروندان دائماً در بیم آن خواهند بود که قانونی را که ملاک برنامه‌ریزی و تصمیم‌گیری قرار می‌دهند، تغییر یافته و یا قرار است به زودی تغییر یابد.^۱ بدین ترتیب جایگاه قانون به عنوان تکیه‌گاهی در تصمیمات مختلف حقوقی، سیاسی و اقتصادی متزلزل خواهد شد. در توضیح بیشتر پیامدهای حقوقی حاکمیت قانون، طرح این نکته مفید به نظر می‌رسد که اصل «انتظارات مشروع»^۲ از دیدگاه بسیاری از صاحب‌نظران به عنوان یکی از جنبه‌های حاکمیت قانون محسوب شده است. کریگ به این شرح انتظارات مشروع را تعریف کرده است: «... خواسته‌ها و توقعات موجه و معقولی است که در روابط متقابل افراد با مقامات دولتی به‌ویژه در چارچوب اعمال صلاحیت‌های اختیاری ایجاد می‌شود؛ به نحوی که عدم توجه به آنها، یا صرف‌نظر کردن از آنها، موجب ورود خسارت یا سلب منفعت از شهروندان مخاطب می‌گردد».^۳ این اصل بدین معنی است که شهروندان می‌توانند با توجه به ویژگی‌های قوانین، و از همه مهم‌تر اصل «قطعیت حقوقی»^۴، اوضاع و احوال خاصی را انتظار داشته و براساس آن، قادر به برنامه‌ریزی و بنابراین پیش‌بینی نتایج فعالیت‌هایشان و نحوه اعمال قوانین بر آن فعالیت‌ها با درجه‌ای از قطعیت باشند.

از سوی دیگر، چنان که انتظارات مشروع از سوی حکومت محترم شمرده شود، چگونگی اعمال اختیارات توسط نهادهای حکومت پیش‌بینی‌پذیر شده و بنابراین آسیب‌پذیری شهروندان در مقابل تصمیمات احیاناً خودسرانه و غیرقانونی مقامات حکومتی کاهش

1. Ibid., P. 199;

در همین اثر، نویسنده دو دلیل موجه را در خصوص دفاع حقوقی از انتظارات مشروع ذکر می‌کند که عبارت‌اند از «نظریه اعتماد» (Reliance Theory) و «نظریه حاکمیت قانون». نظریه اعتماد از نظر وی، آزادی عمل مقامات عمومی در حوزه مسائل مربوط به منفعت عمومی را، تا حدودی که اقدامات آنان سبب وارد آمدن صدمه به افراد خاص نشود، به رسمیت می‌شناسد؛ همچنین در این زمینه ر.ک.:

Schönberg, op. cit., P. 10.

2. Legitimate Expectations

۳. به نقل از: محمدحسین زارعی و مسیح بهنیا، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، راهبرد، شماره ۶۱، زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۵۴. مشخصات از کریگ به این شرح است:

Paul Craig, "Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis", *The Law Quarterly Review*, Vol. 108, 1992.

4. Legal Certainty

می‌یابد.^۱ تنها در جامعه‌ای حداکثر اطمینان از تحقق انتظارات برآورده می‌شود که افراد بتوانند با آگاهی از قوانین، شرایط را پیش‌بینی و از دانش خود درباره شرایط دائماً در حال تغییر، برای برآوردن اهدافشان استفاده کنند.^۲

از دیگر پیامدهای حقوقی پابندی حکومت‌ها به نظریه حاکمیت قانون، احترام به آموزه عدالت طبیعی در دادرسی‌ها و به‌طور کلی، اجرا و تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندی است. اگر قوانین به‌نحوی صورت‌بندی شده باشند که با موارد مشابه به‌نحو متفاوت رفتار کنند یا به‌طور غیرمنصفانه اعمال شوند، حوزه حقوق و آزادی‌ها به‌شدت تحت تأثیر قرار خواهد گرفت. حاکمیت قانون گرچه فرصت تعقیب آزادانه اهداف و ایده‌ها را برای همگان فراهم می‌آورد، اما مهم‌تر اینکه حوزه امن و غیرقابل خدشه‌ای را برای افراد فراهم می‌سازد تا آنان با اطمینان نسبت به حوزه شخصی خود و ایفای تعهدات دیگران در قبال خود، قادر به برنامه‌ریزی باشند.^۳

چنان‌که رالز معتقد است، یکی از مهم‌ترین پیامدهای حاکمیت قانون با توجه به شرایط ترسیم شده در مطالب گفته شده، تأمین چارچوبی برای همکاری اجتماعی میان افراد جامعه است. بدین ترتیب که در یک نظام حقوقی، امکان دفاع حقوقی از انتظارات مشروع شهروندان نسبت به حکومت، و همچنین نسبت به یکدیگر، و فرصت برابر برای همگان برای تعقیب اهدافشان، سبب ارتقای همکاری اجتماعی می‌شود. به‌نظر رالز، قوانین تمشیت‌کننده رفتار شهروندان، تنها زمانی عادلانه محسوب می‌شوند که مبنایی برای انتظارات مشروع فراهم سازند. این قوانین تأمین‌کننده فضایی هستند که اشخاص در آن فضا قادرند به یکدیگر اتکا کرده و حتی زمانی که انتظاراتشان برآورده نمی‌شود، اعتراض خود را در اشکال مختلف، و در برخی موارد موجه، مطرح کنند.^۴

امروزه در همه نظام‌های دموکراتیک، توافقی کلی مبنی بر این گزاره «بایدی» که نظام حقوقی باید از مشخصه‌هایی نظیر قابلیت پیش‌بینی، ثبات و اعمال بی‌طرفانه قوانین

1. See Schönberg, op. cit., PP. 10-13;

مبنایی انتظارات مشروع به‌این ترتیب قابل ذکر است: اصل خودمختاری فردی، نظریه اتکا، نظریه حاکمیت قانون، نظریه اداره شایسته، و نظریه کارآمدی اقتصادی؛ ر.ک.: همان، ص ۱۶۷-۱۷۲.

۲. ر.ک.: هایک، پیشین، ص ۱۷۱.

3. Allan, op. cit., P. 372.

4. Quoted in Ibid.

برخوردار باشد وجود دارد. برابری در مقابل قانون مستلزم این است که نتایج حقوقی اعمال معین، به نحو معقول قابل پیش‌بینی، و رویه‌های قضایی قابل پیش‌بینی در قالب الگوهای قابل فهم به اطلاع همگان رسیده باشد.^۱ قابلیت پیش‌بینی و برنامه‌ریزی، و همچنین تحقق امکان دستیابی به فرصت‌های برابر و همکاری اجتماعی، پیامدهایی است که می‌توان آنها را از زاویه‌ای متفاوت در قالب پیامدهای سیاسی و اقتصادی حاکمیت قانون نیز مورد ارزیابی قرار داد.

۲-۸. پیامدهای سیاسی حاکمیت قانون

چنان‌که در بحث مربوط به پیامدهای حقوقی حاکمیت قانون گفتیم، تفکیک پیامدهای حقوقی از سیاسی امری بسیار دشوار و شاید ناممکن است. اما در این تقسیم‌بندی، تأکید بر پیامد حاکمیت قانون در نحوه تقسیم قدرت، رقابت منصفانه برای دستیابی به مناصب حکومتی، نمایندگی، و نحوه اعمال حکومت است.

مهم‌ترین هدف و پیامد حاکمیت قانون، چارچوب‌بندی قدرت سیاسی است. نظریه حاکمیت قانون از طرق مختلفی به تحقق این هدف و پیامد یاری می‌رساند. یکی از مهم‌ترین آنها، نقش آموزه‌های حاکمیت قانون در فراهم کردن بستری مناسب برای رقابت انتخاباتی آزاد و منصفانه است که یکی از مهم‌ترین ابزارهای مقابله با تمرکز قدرت و از پیش شرط‌های اصلی تحقق دموکراسی محسوب می‌شود.^۲ نقش حاکمیت قانون در انتخابات، در دو بعد فراهم کردن شرایط برگزاری انتخابات آزاد از یک سو، و تأمین شرایط برگزاری منصفانه یک انتخابات از سوی دیگر، قابل توجه است. حاکمیت قانون با حمایت و تضمین اعمال حقوق و آزادی‌های

1. See A. R. Ball and B. G. Peters, *Modern Politics and Government*, London: Palgrave, 2000, P. 216.

۲. طرح این مطلب بی‌مناسبت نیست که چند مورد از مزایا و پیامدهایی را که دال برای دموکراسی برمی‌شمارد، مزایا و پیامدهای حاکمیت قانون نیز محسوب می‌شود. از پیامدهای مشترک مورد توجه دال می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: (الف) دموکراسی مانعی است در برابر خودکامگان و مستبدان؛ (ب) دموکراسی تضمین‌کننده حقوق اساسی شهروندان است؛ (ج) دموکراسی در عمل بیش از هر نظام دیگری آزادی‌های فردی را برای همگان تضمین می‌کند؛ (د) دموکراسی امکان حراست از منافع اساسی افراد را توسط خودشان فراهم می‌آورد؛ (ه) تنها در نظامی دموکراتیک حداکثر فرصت تضمین آزادانه سرنوشت خود امکان‌پذیر است ... ر.ک.: دال، پیشین، ص ۷۸-۷۷.

بنیادینی نظیر حق آزادی بیان، آزادی تحزب و تشکیل مجامع و انجمن‌ها، و آزادی مشارکت و دیگر حقوق و آزادی‌ها، شرایط برگزاری انتخاباتی آزاد را مهیا می‌کنند.

اما ازسوی دیگر، منصفانه بودن یک انتخابات به‌عنوان یکی از ویژگی‌های یک انتخابات قابل قبول، مورد توافق همگان قرار گرفته است. چنان‌که الکلیت^۱ توضیح می‌دهد، جنبه منصفانه بودن انتخابات خود متشکل از دو جنبه «قاعدهمندی»^۲ و «معقولانه بودن»^۳ است و در هر دو جنبه پیش گفته، نقش نظریه حاکمیت قانون مؤثر و قابل توجه است. جنبه قاعده‌مندی، به معنی رعایت قوانین و مقرراتی است که برای برگزاری نظام‌مند یک انتخابات ضروری است. به عبارت دیگر، قاعده‌مندی «به معنای اعمال عادی و بی‌طرفانه اصول قانون اساسی، قانون انتخابات، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مختلف» است.^۴ جنبه دیگر انصاف در این دیدگاه، دربرگیرنده مفهوم معقولانه بودن است که بر رفتار معقولانه با همه رقبای سیاسی شرکت‌کننده در انتخابات دلالت می‌کند. هدف از تأکید بر این جنبه، رعایت اصولی از قبیل شفافیت فرایند انتخابات، عدم قائل شدن امتیاز ویژه برای یک حزب، گروه یا فرد شرکت‌کننده در انتخابات، برخورد بی‌طرفانه پلیس، دادگاه‌ها و دیگر نهادهای حکومتی با احزاب سیاسی و کاندیداها، و عدم سوءاستفاده از تسهیلات حکومتی برای اهداف انتخاباتی است.^۵

چه در جنبه قاعده‌مندی و چه در جنبه معقولانه بودن یک انتخابات، حضور مؤلفه‌های نظریه حاکمیت قانون کاملاً آشکار است. از این زاویه، مهم‌ترین پیامد اعمال حاکمیت قانون، برگزاری انتخاباتی منصفانه و بی‌طرفانه است. تنها در نظامی برخوردار از قوانین عام و منتشر شده است که امکان تحقق چنین توصیه‌هایی وجود دارد. همچنان که اجرای بی‌طرفانه قوانین در دادگاه‌ها و دیگر مراجع نیز جزئی غیرقابل تفکیک از نظریه حاکمیت قانون شمرده می‌شود. رفتار برابر و بدون تبعیض با همگان، و به عبارت بهتر، برابری در مقابل قانون یکی از محورهای مورد توجه نظریه‌پردازان طرفدار حاکمیت قانون محسوب می‌شود.

1. Elklit

2. Regularity

3. Reasonableness

۴. یورگن الکلیت، «انتخابات آزاد و منصفانه»، ترجمه احمد مرکزالمیری، مجلس و پژوهش، شماره چهل‌وششم، سال یازدهم، زمستان ۱۳۸۳، ص ۸۰.

۵. ر.ک.: پیشین، ص ۸۴-۸۰.

موضوع دیگری را که می‌توان به‌عنوان یکی از پیامدهای سیاسی حاکمیت قانون بدان اشاره کرد، ارتقا و افزایش کارآمدی حکومت‌های تابع حاکمیت قانون است. به‌نظر برخی از طرفداران برداشت شکلی از حاکمیت قانون، مانند رز، این پیامد حاکمیت قانون، در رژیم‌های غیردمکراتیک، اما تابع ضوابط حاکمیت قانون نیز قابل مشاهده است. از طرف دیگر، الزام حکومت به رعایت قوانین و قواعد رویه‌ای و ماهوی، سبب شفافیت اقدامات و فعالیت‌های حکومت و بهبود فرایند تصمیم‌گیری حکومت از طریق مشارکت مردمی در این فرایند خواهد شد.^۱ نکته دیگر اینکه گرچه حکومت‌ها به دلایل مختلف، از جمله کند شدن فرایند سیاست‌گذاری، از مشارکت شهروندان در این فرایند واهمه دارند، اما امروزه این امر به‌گسترده‌گی مورد پذیرش قرار گرفته است که به هر میزان مشارکت مردمی در فرایند سیاست‌گذاری بیشتر و فراگیرتر باشد، سیاست‌ها، قوانین و رویه‌های اداری حاصل از فرایند مذکور، بیشتر به معیارهای قابل قبول نزدیک است.^۲

۳-۸. پیامدهای اقتصادی حاکمیت قانون

آنچه تا بدین جا بیشتر مورد توجه قرار گرفت، استدلال‌های اخلاقی، حقوقی و سیاسی درخصوص ضرورت و توجیه حاکمیت قانون بود. اما ضروری است بر این نکته نیز تأکید شود که بخش عمده‌ای از استدلال‌های پشتیبان حاکمیت قانون، واجد ماهیتی اقتصادی است؛ چنان‌که هایک چنین استدلالی را به‌شرح زیر توضیح می‌دهد:

دولت بایستی خود را به وضع قواعدی محدود کند که در موقعیت‌های [کلی] مختلف به‌کار می‌رود و در هر امری که به شرایط زمانی و مکانی بستگی داشته باشد آزادی افراد را [محترم] شمارد ... اگر افراد باید توانایی استفاده مؤثر

۱. برای نمونه در این منبع توضیحاتی راجع به تأثیر کنترل قضایی در افزایش کارآمدی رژیم سیاسی و همچنین بهبود کیفیت تصمیم‌گیری در حکومت ذکر شده است:

M. Shapiro, "Judicial Review in Development Democracies", in S. Gloppen and R. Gargarella and E. Skaar (eds.) *Democratization and the Judiciary*, London: Frand Cass, 2004, PP. 21-23.

۲. مرکز کارآفرینی خصوصی بین‌المللی، «حکمرانی مردم‌سالار: عنصر اصلی اصلاحات سیاسی و اقتصادی»، ترجمه بهروز صدیقی، در: احمد میدری و جعفر خیرخواهان (به‌کوشش)، ص ۳۵۲-۳۵۱.

از دانششان را در برنامه‌ریزی داشته باشند، پس باید قادر باشند فعالیت‌های دولت را که ممکن است بر این برنامه‌ها اثر بگذارد پیش‌بینی کنند ... اگر دولت فعالیت‌های فردی را به سمتی هدایت کند که به اهداف خاص خود دست یابد، عملش می‌بایستی بر مبنای شرایط کامل زمانی تصمیم گرفته شود و بنابراین غیرقابل پیش‌بینی خواهد بود.^۱

بدین ترتیب می‌توان ادعا کرد برقراری حاکمیت قانون، پیامدهای اقتصادی قابل توجهی را به دنبال دارد؛ گرچه می‌توان برخی از این پیامدها را واجد ماهیتی حقوقی نیز دانست. به لحاظ تاریخی، نظریه کلاسیک حاکمیت قانون، در متن سیاسی متمایل به دولت غیرمداخله‌گر شکل گرفته و گسترش یافته است.^۲ بدین معنی که دولتی «خوب» ارزیابی می‌شد که تا حد امکان از مداخله در امور به‌ویژه اقتصادی پرهیز کند و اجازه دهد فرایند بازار و فعالیت‌های اقتصادی سمت‌وسوی طبیعی خود را طی کند. اما این زمینه فکری که بر مبنای واقعیات و مقتضیات سال‌های اولیه شکل‌گیری اندیشه‌های مربوط به دولت و حاکمیت قانون، به‌ویژه قرن نوزدهم، صورت‌بندی شده بود، امروزه دستخوش تحولات فراوانی شده است. به‌نحوی که برخلاف گذشته، مداخله دولت در موارد بسیاری مذموم شمرده نشده و حتی در مواردی توصیه می‌شود. بدین ترتیب که از قرن بیستم، ارزش‌ها و ایده‌هایی جهان‌شمول تعریف شده و مورد قبول اکثر کشورها قرار گرفته‌اند که تعهد به تضمین آنها برای دولت‌ها امری ضروری تلقی می‌شود. دولت مدرن، برآورده ساختن بسیاری از اهداف پیچیده اجتماعی و سیاسی را برعهده دارد که تحقق آنها مستلزم نگرشی متفاوت از نظریه‌پردازان کلاسیک به دولت، به‌ویژه در زمینه کارکردهای حمایتی و رفاهی است.

۱. هایک، راه بردگی، ص ۱۲۵. همچنین برای مطالعه در خصوص اندیشه‌های اقتصادی هایک، ر.ک.: موسی غنی‌نژاد، درباره هایک، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۱، و بروس کالدول، چالش هایک: زندگی‌نامه فکری اف. ای. هایک، ترجمه غلامرضا آزاد (ارمکی) و امیر آزاد (ارمکی)، تهران: نی، ۱۳۸۸.

2. Tremblay, op. cit., PP. 26-27.

۱-۳-۸. تأثیر قوانین بر حوزه‌های اقتصادی

در سالیان اخیر اجماعی میان صاحب‌نظران شکل گرفته مبنی بر اینکه مداخلات قانونگذارانه متقبل تکالیفی می‌شود که یا برعهده گرفتن و انجام این وظایف ضروری نیست یا در مجموع مستلزم هزینه‌هایی بیش از فواید آن برای جامعه است.^۱ تولد هر قانون جدید، به‌رغم منافع و برکاتی که ممکن است برای جامعه به همراه داشته باشد، هزینه‌ها و دشواری‌هایی را نیز دربردارد و از این جهت است که قانونگذاران همواره باید در تولید قانون جانب احتیاط و ملاحظه را رعایت کنند. این احتیاط به‌ویژه باید به‌وسیله محاسباتی صورت گیرد که هزینه‌های اقتصادی تصویب یک قانون با توجه به آن انجام شود. ارزیابی هزینه - فایده، نه فقط در تصمیم‌گیری درخصوص اقدام یا عدم اقدام به قانونگذاری، بلکه در روش و کیفیت قانونگذاری نیز واجد نقشی بسزاست.

از یک‌سو تصویب و اجرای آن برای حکومت هزینه‌بر است و از سوی دیگر اجرای آن هزینه‌ها و منفای را برای جامعه به دنبال دارد. زمانی می‌توان گفت قانونگذاری «به حد بهینه» خود رسیده است که «خالص منافع حاصل از آن به حداقل خود برسد».^۲ حال سؤال این است که چه معیار عملی و در دسترسی برای محاسبه همه هزینه‌ها و منافع یک قانون وجود دارد تا قانونگذار با توجه به وزن بیشتر منافع بر هزینه‌ها اقدام قانونگذارانه خود را قابل توجیه و ضروری بداند. سه معیار زیر را می‌توان به‌عنوان سنج‌های برای ارزیابی نسبت هزینه‌ها و منافع قانون پیشنهاد کرد:

نخست؛ «شفاف‌سازی (ساختارها و سازوکارها)»: به این معنی که چنان‌که قانون جدید به شفاف‌تر شدن ساختارها یا سازوکارهای موجود منجر شود، شفافیت حقوق مالکیت، اطلاعات، فرصت‌ها، هزینه‌ها، منافع و ... را در پی خواهد داشت و در این صورت می‌توان تصویب قانون جدید را به‌عنوان گامی در جهت اصلاحات نهایی تلقی کرد.

دوم؛ «برابری فرصت‌ها»: در صورتی می‌توان از قانون مطابقت با چنین معیاری را

1. See Klaus H. Geertz and Radoslaw Zubek, *Law- Making in Poland: Rules and Patterns of Legislation*, Warsaw: Sprawne Państwo, 2005, P. 8.

۲. محسن رنانی، «نقش دولت در اصلاحات نهادی از طریق قانونگذاری»، مجلس و پژوهش، سال دهم، شماره سی‌ونهم، پاییز ۱۳۷۲، ص ۱۳.

انتظار داشت که به کاهش یا حذف امتیازها، انحصارها و رانت‌ها یا کاهش یا حذف رویه‌ها و سازوکارهایی که منشأ ایجاد نابرابری فرصت محسوب می‌شود، بیانجامد.

سوم؛ اصلاح نظام حقوقی بر مبنای مقتضیات زمان (یا «بهنگام‌سازی نظام حقوقی»): چنان‌که قانون جدید به «شفاف‌سازی حقوق مالکیت، معرفی ابزارهای جدید و مؤثرتر تعریف حقوق مالکیت، معرفی ابزارهای جدید و مؤثر تعریف حقوق مالکیت، ارتقای سازمان‌دهی نظام حقوقی، تسهیل و شفاف‌سازی سازوکارهای نظام حقوقی، روزآمد کردن فناوری مورد استفاده در نظام حقوقی (سرمایه فیزیکی) و آموزش و ارتقای سرمایه انسانی دستگاه‌های مرتبط با حقوق مالکیت» کمک کند، می‌توان قانون مصوب را با این معیار منطبق دانست.^۱ بدین ترتیب می‌توان گفت چنان‌که قانونی از آزمون مطابقت با معیارهای پیش‌گفته سربلند بیرون آید، می‌توان منافع تصویب آن را برای حکومت و مردم نسبت به منافع آن غالب دانست.

گرچه منظور از ارزیابی هزینه - فایده در ارزیابی پیشینی تأثیرات قوانین، انواع هزینه‌ها و فواید اعم از اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و غیره است، اما محسوس‌ترین و درعین‌حال یکی از بااهمیت‌ترین مراتب ارزیابی هزینه - فایده، جنبه مالی - اقتصادی پیشنهادهای قانونگذارانه به‌شمار می‌رود.

۲-۳-۸. تأثیر قوانین بر کارایی

در چند دهه گذشته، ادبیات قابل توجهی در رشته «حقوق و اقتصاد» گسترش یافته است که بر تأثیر اقتصادی قوانین بر نظام اقتصادی متمرکز است. تمرکز اصلی این گروه از صاحب‌نظران، از جمله رونالد کوز^۲ و ریچارد پوسنر^۳ تا حد زیادی درباره آن چیزی است که اقتصاددانان «کارایی ایستا»^۴ می‌نامند. این نوع کارایی به این موضوع مربوط است «تأثیر هر مجموعه از ترتیبات اجتماعی و اقتصادی در ایجاد حداکثر میزان کالا و خدمات به‌ازای سطح جاری نهاده‌ها با استفاده از فناوری‌های موجود چیست». برای نمونه، ارزیابی اینکه

۱. همان، ص ۱۴-۱۳.

2. Ronald Coase

3. Richard Posner

4. "Static Efficiency"

کدام قوانین - نخست در حوزه ضدانحصار، سپس در حوزه‌های اساسی کامن‌لا (قراردادها، دارایی‌ها، و شبه‌جرم)، و پس از آن تقریباً در هر زمینه قانونی - از بیشترین «کارآمدی» به این معنی برخوردارند. در این دیدگاه، قوانین به تصویب می‌رسند تا راهنمایی «کارآمد» برای فعالیت بشر در مسیری باشند که محصول تولید شده از منابع موجود را بیشینه کنند. اما در «کارایی پویا»^۱ یا رشد، حداکثر نرخ تولید محصولات، خدمات، یا شیوه‌های جدید بهره‌برداری، با توجه به میزان منابع موجود (سرمایه و نیروی کار)، مورد توجه قرار می‌گیرد. در نوع اخیر کارایی، طراحی قوانینی برای بیشینه‌سازی رشد اقتصادی، که منابع بیشتری را طی زمان برای ساکنان هر جامعه تولید می‌کند، اهمیت بیشتری دارد.

مباحث صورت‌گرفته در کارایی ایستا گفت‌وگوهایی «اثباتی»^۲ بوده، به این معنا که راجع به درک پیامدهای حاصل از تصمیمات حقوقی است، و به عبارت دیگر، مردم چه تعهداتی به یکدیگر دارند یا چه حقوقی باید داشته باشند. اما اینکه اثر اقتصادی احتمالی حاصل از تصریح آن تعهدات یا اعطای آن حقوق چیست و اینکه آیا جامعه به محض فهم اثرات احتمالی قوانین معین، باید واقعاً آنها را اقتباس کند یا خیر، پرسش‌هایی «هنجاری»^۳ است و لزوماً پاسخ به آنها، صرفاً با بررسی ذهنی کارایی اقتصادی ایستا به دست نمی‌آید. مسائلی از جمله اینکه قوانین به‌طور کلی چگونه بر توزیع درآمد تأثیر می‌گذارند، و اینکه به‌طور خاص کدام دسته‌ها یا گروه‌ها منتفع یا متضرر می‌شوند، همیشه به عنوان یک موضوع بنیادی اقتصاد سیاسی مهم‌اند.^۴ اینجاست که نظریه‌های رقیب عدالت، به‌ویژه برداشت‌های مختلف از برابری، به میان می‌آیند و کیفیت مداخله دولت و نظام تولید و توزیع را متأثر می‌سازند.

1. "Dynamic efficiency"

2. "Positive"

3. "Normative"

۴. ر.ک.: رابرت کوتر و دیگران، «اهمیت قانون در ارتقای نوآوری و رشد»، ترجمه جعفر خیرخواهان، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (گروه مطالعات محیط کسب و کار)، شماره مسلسل ۱۲۳۰۱، اسفند ۱۳۹۰، ص ۱۱-۱۳. مشخصات منبع اصلی نوشتار مذکور به شرح زیر است:

Cooter Robert, Aaron Edin, Robert E. Litan, and George L. Priest, "The Importance of Law in Promoting Innovation and Growth", in The Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth, *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*, Missouri: Ewing Marion Kauffman Foundation, 2011, PP. 1-22.

۳-۳-۸. تمهیدات حاکمیت قانون برای امور اقتصادی

یکی از مهم‌ترین پیامدهای اقتصادی حاکمیت قانون، فراهم شدن زمینه برای رقابت برابر اقتصادی است. چنان‌که ماکس وبر^۱ نیز معتقد است، در جامعه‌ای که در آن امکان رقابت وجود دارد، حاکمیت قوانین عام ضروری است؛ چرا که فرض بر این است چنین جامعه‌ای متشکل از عده زیادی سرمایه‌گذار است که به‌لحاظ قدرت اقتصادی، کم‌وبیش برابرند.^۲ در نظامی که حاکمیت قانون به رسمیت شناخته شده باشد، فرصت‌های جذاب برای فعالیت‌های اقتصادی و رقابت به‌نحو برابر برای همگان وجود دارد. همچنین تبعیض ناروا در ارائه اطلاعات یا جانب‌داری یا تخصیص منابع به افراد یا گروه‌های خاص، مغایر با اصول حاکمیت قانون به‌شمار می‌رود. گرچه این یک واقعیت است که نظام حقوقی و تدابیر حکومتی معمولاً چند گام از آنچه در بازار و دادوستدهای روزمره روی می‌دهد عقب‌ترند و این امری طبیعی است؛ به‌نحوی که قانونگذار یا حکومت نادری وجود دارد که قابلیت پیش‌بینی تمایلات و جهت‌های آینده را در بازار داشته باشد.^۳ با وجود این، آنچه در بحث حاکمیت قانون مورد توجه است، تنظیم قوانین عام و اعمال بی‌طرفانه آن بر همگان به‌نحو برابر، و در نتیجه، فراهم شدن زمینه رقابت برابر و آزادانه است.

ازسوی دیگر حاکمیت قانون تأثیرات بسزایی بر سیاستگذاری‌های اقتصادی بر جای می‌گذارد؛ سیاستگذاری‌هایی راجع به سیاست پولی و خصوصی‌سازی.^۴ علاوه بر این، اصول حاکمیت قانون در مسائل مربوط به بودجه (تدوین، مصرف و نظارت)، و به‌طور کلی مدیریت مالی شفاف، دارای اهمیت‌اند.^۵ در این رابطه اشاره به یکی از اسناد تنظیم شده توسط صندوق بین‌المللی پول مفید به‌نظر می‌رسد. در بند «۱-۲» «کد [یا مجموعه] تجربیات

1. Max Weber

۲. به نقل از: نویمان، ص ۸۰.

3. See J. Hewko, "Foreign Direct Investment in Transitional Economies: Does the Rule of Law Matter?," Fall 2002/ Winter 2003, *East European Constitutional Review*, PP. 71-79; Available at: <http://www.law.nyn.edu/ eecr/ Vol 11-12 num 4-1/ special/ hewko.pdf>.

۴. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک.: کارلا هاف و جوزف استیگلitz، «موانع برقراری حاکمیت قانون در کشورهای سوسیالیستی سابق»، در: چند مقاله در زمینه موانع نهادی توسعه اقتصادی، ترجمه زهرا کریمی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۶۹.

۵. مرکز کارآفرینی خصوصی بین‌المللی، پیشین، ص ۳۵۵.

مفید صندوق در باب شفافیت مالی»^۱، لازمه مدیریت مالی، چارچوب روشن حقوقی و اداری بیان شده و سه عامل اصلی در چارچوب حقوقی بدین شرح برشمرده شده است:

۱. چارچوبی جامع برای فعالیت‌های بودجه‌ای و فرابودجه‌ای؛

۲. پایگاه قانونی برای وضع مالیات؛

۳. شاخص‌های رفتاری برای حمایت از شفافیت مدیریت»^۲.

بدین ترتیب، آموزه‌های حاکمیت قانون از یک‌سو پیش‌نیاز مدیریت شفاف و نظام‌مند مالی محسوب می‌شوند، و از سوی دیگر، حاکمیت قانون وضعیتی است که با رعایت اصول و مقررات مالی و بودجه استقرار می‌یابد.

مطلب دیگر اینکه بسیاری از تحلیلگران بر این باورند که یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های نظام مناسب برای سرمایه‌گذاری، وجود حاکمیت قانون است. به نظر مدیرعامل پیشین صندوق بین‌المللی پول، رعایت اصل حاکمیت قانون و برخورداری از یک نظام حقوقی که به حق مالکیت احترام گذارد و قراردادها را محترم شمارد، «مبانی بنیادین حقوقی برای سرمایه‌گذاری است»^۳. سرمایه‌گذاران برای انتخاب کشور مناسب برای سرمایه‌گذاری، اغلب با نگرانی‌هایی مواجه‌اند که مهم‌ترین آنها عبارت‌اند از: تعدد و گستردگی قوانین و آیین‌نامه‌ها، قابلیت نظام حقوقی برای اجرای قراردادها و تعهدات، کارایی دیوان‌سالاری حاکم در آن کشور، احتمال مصادره اموال آنها توسط دولت یا دادگاه‌ها، و گستردگی و شیوع

1. "Code of Good Practices on Fiscal Transparency";

در اجلاس‌های پاییزه «کمیته موقت رؤسای بانک مرکزی در آموز نظام پولی و مالی» در سال‌های ۱۹۹۶ و ۱۹۹۷، مقرر شد مجموعه‌ای از توصیه‌ها و مقررات در قالب یک «کد» یا مجموعه مقررات و دستورالعمل‌ها، تدوین شود و کشورهای عضو صندوق بین‌المللی را به رعایت آن تشویق کرد. چهار هدف کلیدی این کد عبارت‌اند از: وضوح کامل نقش‌ها و مسئولیت‌های دولت، دسترسی عام به اطلاعات مربوط به فعالیت‌های دولت، علنی بودن تهیه بودجه، اجرا و اطلاع‌رسانی، و تأیید جامعیت اطلاعات مالی به‌نحو مستقل؛ برگرفته از: قاسم صالح‌خو، «توصیه‌های بین‌المللی در باب موازن و معیارهای شفافیت مالی»، در: دفتر مطالعات برنامه و بودجه، بودجه‌ریزی در ایران: مسائل و چالش‌ها، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص ۳۷-۳۶.

۲. ر.ک: همان، ص ۴۶.

3. Quoted in O. L. Reed, "Law, the Rule of Law and Property: A Foundation for the Private Market and Business Study", *American Business Law Journal*, Vol. 38, Issue 3, 2001, PP. 441-474.

فساد در میان مقامات حکومتی.^۱ در یک نظام سیاسی - حقوقی قانونمند، سرمایه‌گذاران قادرند با اطمینان کافی به نظام حقوقی، سیاسی و اقتصادی، اقدام به سرمایه‌گذاری کرده و چشم‌انداز معقول و قابل قبولی را برای آینده پیش‌بینی کنند.

طیف دیگری از پیامدهای اقتصادی حاکمیت قانون، به تأثیر حاکمیت قانون بر اعمال مؤثر سیاست‌ها و ابزارهای نظارتی و کنترلی در امور مالی دولت و بخش خصوصی و کاهش فساد مالی مربوط است. شفافیت قوانین و مقررات مربوط به فعالیت‌های شرکت‌ها و مؤسسات اقتصادی، و عملکرد مناسب دادگاه‌ها در اعمال منصفانه قوانین، از اسباب تحقق پیامدهای گفته شده به‌شمار می‌رود. طبق یک بررسی صورت گرفته در ۱۶۶ کشور (براساس داده‌های جمع‌آوری شده در دوره زمانی ۱۹۹۷ و ۱۹۹۸)، اهمیت عملکرد دادگاه‌ها در تحقق حاکمیت قانون به‌روشنی نشان داده شده است. برخی نتایج به‌دست آمده در این بررسی بیانگر آن است که در کشورهای مانند استونی و مجارستان، عملکرد قابل اعتماد، منصفانه و شرافتمندانه دادگاه‌ها منجر به رونق اقتصادی و کاهش فساد مالی شده است. بالعکس در کشورهایی مانند روسیه و اوکراین، عملکرد دادگاه‌ها بسیار غیرمنصفانه و مغرضانه بوده است؛ در کشورهای مذکور دادگاه‌ها به‌جای اینکه در خدمت تحقق حاکمیت قانون باشند، از موانع اصلی حاکمیت قانون ارزیابی شده‌اند.^۲

1. R. J. Barro, "Rule of Law, Democracy and Economic Performance", 2000 Index of Economic Freedom, PP. 31-49; Available at: <http://www.heritage.org/research/features/index/chapter/PDF/2000-Chapter-2.pdf>.

۲. به نقل از: وینود توماس و همکاران، «حکمرانی خوب و مبارزه با فساد»، ترجمه عباس مخبر، در: میدری و خیرخواهان، پیشین، ص ۳۲۵-۳۲۴؛ برای دیدن نمودار شاخص کیفی حاکمیت قانون در ۱۶۶ کشور، رک: همان، ص ۳۰۱.
از دیگر تلاش‌های صورت گرفته برای ارزیابی اعمال حاکمیت قانون در کشورها، اندازه‌گیری شاخصی با عنوان «شاخص حاکمیت قانون» (Rule of Law Index)، توسط جمعی از صاحب‌نظران در قالب «پروژه دادگستری جهانی» (The World Justice Project (WJP)) است. مشخصات گزارش ۲۰۱۳-۲۰۱۲ این پروژه به‌شرح زیر است:

Mark David Agrast and Juan Carlos Botero and Joel Martinez and Alejandro Ponce and Christine S. Pratt, *The World Justice Project: Rule of Law Index* 2012-2013, Washington, available at: <http://worldjusticeproject.org>.

۴-۳-۸. تأثیر حاکمیت قانون بر محیط کسب و کار^۱

«محیط کسب و کار» به طور خاص، به آن دسته از عواملی گفته می شود که «در مدیریت بنگاه ها مؤثرند ولی خارج از کنترل بنگاه ها قرار دارند».^۲ یکی از مهم ترین عوامل خارج از کنترل بنگاه ها، مقررات^۳ حاکم بر آنها، از بدو شکل گیری تا انحلال است. آنچه در این نوشتار می تواند برای تبیین نسبت حاکمیت قانون و محیط کسب و کار مفید باشد، «گزارش انجام کسب و کار» است که با ارزیابی شاخصی با عنوان «شاخص سهولت انجام کسب و کار»،^۴ مشهورترین گزارش در زمینه مورد بحث شمرده می شود.^۵ در چارچوب این پروژه، تلاش می شود به سه پرسش پاسخ داده شود که عبارت اند از:

نخست، به چه دلایلی فعالان اقتصادی در برخی از کشورها فعالیت های اقتصادی خود را ساده تر آغاز می کنند؛ دوم، به چه دلایلی امکان توسعه فعالیت های اقتصادی فعالان اقتصادی بر برخی از کشورها بیش از سایر کشورها امکان پذیر است؛ و سوم، به چه دلایلی فعالان اقتصادی در برخی از کشورها می توانند در صورت ضرورت، ساده تر به فعالیت اقتصادی خود خاتمه دهند.^۶

مهم ترین سؤالاتی که مبنای تهیه این گزارش بوده است، اساساً راجع به عملکرد مقرراتگذاری کشور در حوزه کسب و کار است. سؤالاتی از قبیل اینکه کدام کشورها در این زمینه بیش از همه مقررات وضع می کنند؟ آیا مقرراتگذاری برای همه فعالیت ها

۱. این قسمت از نوشتار، برگرفته از مقاله ای به این مشخصات است: احمد مرکزالمیری، «تأثیر کمیت و کیفیت مقررات بر محیط کسب و کار با تأکید بر گزارش های «انجام کسب و کار»، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی (گروه مطالعات محیط کسب و کار)، شماره مسلسل ۱۲۳۱۳، اسفند ۱۳۹۰.

۲. احمد میدری، «خصوصی سازی یا رشد طبیعی بخش خصوصی» (مقدمه)، در: احمد میدری و اصلا ن قودجانی (تألیف و ترجمه)، سنجش و بهبود محیط کسب و کار، تهران: جهاد دانشگاهی، واحد تهران، ۱۳۸۷، ص ۱.

۳. مقررات در اینجا به معنای عام مدنظر است؛ چنان که گفته شد، مقررات در این معنا اعم از قانون، آیین نامه، بخش نامه و مانند اینهاست.

4. "Ease of Doing Business"

۵. برای مطالعه راجع به «پروژه انجام کسب و کار» به سایت این پروژه ر.ک.:

www.doingbusiness.org

۶. فرید قادری، «جزئیات پنج گزارش دوره ای بانک جهانی از زمینه های کسب و کار در کشورهای مختلف»، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی (گروه مطالعات محیط کسب و کار)، شماره مسلسل ۱۰۹۳۸، مرداد ۱۳۹۰، ص ۲۲.

صورت می‌گیرد یا ویژگی‌های خاص هر کشور بر انتخاب حوزه مقرراتگذاری تأثیر دارد؟ آیا مقرراتگذاری - چنان‌که هم‌بستگی مستقیم آن با رشد اقتصادی و رشد درآمدها در سده گذشته نشان داده است - به‌طور کلی امری مطلوب است؟ و آیا مقررات مربوط به کسب‌وکار به‌عنوان موانعی بر سر راه پیشرفت‌های اقتصادی و اجتماعی محسوب می‌شوند؟ طبعاً پاسخ به هر یک از این سؤالات، در نظریه‌های اقتصادی و سیاستگذاری عمومی هر کشور تأثیر خواهد نهاد.^۱

پروژه «انجام کسب‌وکار» حول پنج پرسش سازمان‌دهی شده است: «آیا در کشورهای مختلف تفاوت معناداری از لحاظ مقررات کسب‌وکار دیده می‌شود؟ اگر چنین است، دلیل این تفاوت‌ها چیست؟ چه نوع مقرراتی موجب بهبود پیامدهای اقتصادی و اجتماعی می‌شود؟ موفق‌ترین الگوهای مقرراتی کدام‌اند؟ و مهم‌تر از اینها، حوزه عمل حکومت در تسهیل فعالیت‌های کسب‌وکار چیست».^۲ این پرسش‌ها، بیانگر اهمیت مقررات در این پروژه است.

این گزارش، نخستین بار در سال ۲۰۰۳ با بهره‌گیری از پنج شاخص ترکیبی و در مورد ۱۳۳ کشور تهیه شد. نماگرهای مورد سنجش این شاخص در آخرین گزارش منتشر شده از سوی بانک جهانی در سال ۲۰۱۴ عبارت‌اند از: ۱. راه‌اندازی کسب‌وکار؛^۳ ۲. کسب مجوزهای ساخت‌وساز؛^۴ ۳. دسترسی به انرژی الکتریکی؛^۵ ۴. ثبت مالکیت؛^۶ ۵. دریافت اعتبار؛^۷ ۶. حمایت

۱. بانک جهانی، «گزارش انجام کسب‌وکار در ۲۰۰۴ (فهم مقررات)»، در: احمد میدری و اصنان قودجانی (تألیف و

ترجمه)، سنجش و بهبود محیط کسب‌وکار، تهران: جهاد دانشگاهی، واحد تهران، ۱۳۸۷، ص ۲۲۵.

۲. علی نصیری‌اقدم، «چارچوب طرح «بهبود محیط کسب‌وکار» و چگونگی اصلاحات»، بولتن تخصصی اقتصاد ایران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره دوم (ویژه‌نامه کسب‌وکار)، پاییز ۱۳۸۷، ص ۴.

3. Starting a Business

4. Dealing with Construction Permits

5. Getting Electricity

6. Registering Property;

واژه "Property"، به «اموال» و «املاک» نیز ترجمه شده است. به‌نظر می‌رسد معادل «مالکیت» قابل دفاع‌ترین معادل باشد. دلیل مناسب بودن این معادل، ترجمه عبارت "Property Rights" به «حقوق مالکیت»، و درواقع رواج این عبارت است.

7. Getting Credit

از سهام‌داران خرد؛^۱ ۷. پرداخت مالیات؛^۲ ۸. تجارت خارجی؛^۳ ۹. اجرای قراردادها؛^۴ ۱۰. حل‌وفصل ورشکستگی.^۵

فرض اصلی شاخص «انجام کسب‌وکار» آن است که فعالیت‌های اقتصادی نیازمند «مقررات خوب» است. وصف «خوب» و مطلوب بودن مقررات می‌تواند معطوف به جنبه کمیت، کیفیت یا هر دو باشد، و چنان که توضیح داده شد، مبنای دیدگاه طرفداران برداشت شکلی از حاکمیت قانون، ویژگی‌هایی است که برای قانون ضروری دانسته می‌شود. از آنجاکه «مقررات» در اینجا اعم از هرگونه متن لازم‌الاتباع، سوای نوع مرجع تصویب‌کننده آن است، برخی از ویژگی‌های قانون را می‌توان قابل تسری به هرگونه مقررره دانست؛ برای نمونه، ویژگی باثبات بودن قانون، بی‌تردید قابی تسری به آیین‌نامه‌های مصوب قوه مجریه نیز هست. به همین دلیل، می‌توان - البته با استفاده از واژه «مقررات» به معنای موسع - تأثیر نظریه حاکمیت قانون بر محیط کسب‌وکار را از این زاویه مورد بررسی قرار داد.

بر مبنای آنچه گفته شد، به کارگیری دو اصل در مقرراتگذاری^۶ راجع به کسب‌وکار ضروری دانسته شده است؛ نخست، وضع مقررات صرفاً باید در مواقعی صورت گیرد که ترتیبات یا نظام حل‌وفصل ترافعات بدون مراجعه به دستگاه قضایی برای نائل شدن به رفتار خوب کافی نباشد؛ دوم، صرفاً در صورتی مقررات وضع شود که قابلیت کافی برای اجرا وجود داشته باشد. با توجه به دو اصل مذکور، چنین نتیجه‌گیری شده است که کشورهایی که عملکرد آنها در حوزه مقرراتگذاری، قابل قبول ارزیابی می‌شود، مؤلفه‌های زیر را در مقرراتگذاری مدنظر قرار داده‌اند:

- ساده‌سازی و اصلاح مقررات در بازارهای رقابتی؛

1. Protecting Investors
2. Paying Taxes
3. Trading Across Borders
4. Enforcing Contracts
5. Resolving Insolvency

۶. بر مبنای آنچه شرح آن گذشت، مراد از واژه «مقرراتگذاری» (Regulation) در این متن، معنای موسع آن، یعنی هرگونه مقررره اعم از قانون وضع شده توسط پارلمان یا آیین‌نامه مصوب مقامات و نهادهای قوه مجریه است. درحالی‌که چنانچه این واژه به معنای خاص یا مضیق مدنظر باشد - چنان که در ادبیات حقوق عمومی ایران به کار گرفته می‌شود - به معنای آیین‌نامه یا آیین‌نامه‌گذاری مقامات و نهادهای قوه مجریه و در مقابل واژه قانونگذاری است.

- تمرکز بر ارتقا و بهبود حقوق مالکیت؛

- گسترش به کارگیری فناوری؛

- کاهش درگیری دادگاه در مسائل مربوط به کسب و کار؛

- پیوسته نگهداشتن فرایند اصلاحات.^۱

چنان که گفته شد، یکی از مهم‌ترین جنبه‌های تأثرگذاری مقررات بر محیط کسب و کار، کمیت مقررات لازم‌الاتباع است. به عنوان نمونه، در گزارش ۲۰۰۴ «انجام کسب و کار» چنین تحلیل شده است که در بسیاری از کشورها، به ویژه کشورهای در حال توسعه، حجم مقررات بسیار زیاد است، در حالی که چه بسا ابزارهای دیگر برای تمشیت مسئله مورد نظر کفایت می‌کنند. از سوی دیگر، پیچیدگی و حجم بیش از اندازه مقررات، اسباب عدم اجرای آنها را فراهم می‌کنند. چنین روشی در مقرراتگذاری به جای آنکه زمینه اجرای مقررات را مهیا کند، صاحبان مشاغل را گرفتار تصمیم‌گیری‌های بازرسان و کارمندان دولتی می‌کند که خود می‌تواند سبب افزایش فساد، از جمله پرداخت و دریافت رشوه شود. در این وضعیت میزان کسب و کار رسمی کاهش می‌یابد و بخش عمده‌ای از آن به صورت غیررسمی انجام خواهد شد.^۲

یکی از مواردی که در گزارش ۲۰۰۶ تصریح شده این است که چنان که کارآفرینان برای فعالیت‌های اقتصادی با مقررات پیچیده و دشوار و متعدد مواجه شوند، فعالیت‌های خود را به سمت اقتصاد غیررسمی سوق می‌دهند. این وضعیت که با عبارت «بار مقرراتی بیش از حد»^۳ از آن یاد شده است، سبب رویگردانی فعالان اقتصادی از فضای رسمی فعالیت خواهد شد. این رویگردانی، امکان فعالیت در فضایی با نگرانی کمتر درخصوص امنیت شغلی را برای آنان فراهم می‌کند.^۴

چنان که در گزارش ۲۰۱۰ «انجام کسب و کار» نیز آمده است، تحلیل‌ها نشانگر آن است که پیچیده بودن مقررات تشکیل و ثبت شرکت‌ها، نه تنها باعث افزایش تولید، سرعت

۱. بانک جهانی، پیشین، ص ۲۴۳.

۲. همان، ص ۲۴۴.

3. "High Regulatory Burdens"

۴. بانک جهانی و شرکت تأمین مالی بین‌المللی، فضای کسب و کار در سال ۲۰۰۶ (ایجاد فرصت‌های شغلی)، ترجمه جعفر خیرخواهان، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶، ص ۴۲.

بخشیدن به کارها و کاهش آلودگی نمی‌شود، بلکه سرمایه‌گذاری خصوصی را محدود و افراد را وادار به وارد شدن در اقتصاد غیررسمی می‌کند.^۱

به نظر می‌رسد هدف اصلی گزارش «انجام کسب‌وکار» و دیگر گزارش‌های پایش محیط کسب‌وکار، تسهیل فعالیت‌های اقتصادی است. مهم‌ترین توصیه آنها برای نیل به هدف مذکور، کاستن از رویه‌ها و مراحل متعدد به‌ویژه از طریق کاهش و ساده‌سازی مقررات است. اما سؤال قابل طرح این است که در پایان، کدام‌یک از جنبه‌های کمیت یا کیفیت مقررات برای محیط کسب‌وکار واجد اهمیت بنیادین و حیاتی است؛ در ادامه تلاش می‌کنیم به این سؤال پاسخ دهیم.

در یکی از جداول گزارش «انجام کسب‌وکار ۲۰۰۶»، مهم‌ترین اصلاحات انجام شده در کشورها درخصوص صدور مجوز کسب‌وکار قید شده است؛ از جمله نکات قابل توجه در محتوای جدول مذکور این است که کشورهای بلغارستان، گرجستان و لهستان از طریق «کاهش تعداد مجوزهای مربوط به ساخت‌وساز» و کشورهای کرواسی و ویتنام از طریق «تصویب قوانین جدید»، موفق به بهبود این نماگر شده‌اند.^۲ بدین ترتیب چه‌بسا صرفاً نتوان از طریق لغو یا کاهش مقررات، به هدف بهبود محیط کسب‌وکار نائل شد. بر همین مبناست که کسب رتبه بالاتر در ارزیابی براساس شاخص «سهولت کسب‌وکار»، مستلزم مقررات «کمتر» نیست. چرا که چه‌بسا حمایت از اعتباردهندگان و سرمایه‌گذاران، یا تأسیس و بهبود دستگاه‌های ثبت اعتبار، نیازمند مقررات‌گذاری، و طبعاً مقررات «بیشتر» باشد.

آنچه برای محیط کسب‌وکار حیاتی است، این است که کیفیت مداخله دولت در محیط کسب‌وکار از طریق مقررات‌گذاری، به‌نحوی باشد که کمترین تأثیر سوء بر عملکرد بنگاه‌ها را به همراه داشته باشد. در گزارش‌های پایش محیط کسب‌وکار از آنچه گفته شد، با عبارت «بار مقررات» یاد شده است. «بار مقررات» چنین تعریف شده است: «دخاله و نفوذ حکومت در انجام کسب‌وکار ... و هزینه‌هایی مشتمل بر تبعیت و سازگار شدن با الزامات

۱. بانک جهانی، «سهولت کسب‌وکار در ایران؛ گزارش بانک جهانی در مورد فضای کسب‌وکار ایران در سال ۲۰۱۰»، ترجمه حمید پاداش، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (گروه مطالعات محیط کسب‌وکار)، شماره مسلسل ۱۰۱۳۸، بهمن ۱۳۸۸، ص ۵۵.

۲. بانک جهانی و شرکت تأمین مالی بین‌المللی، پیشین، ص ۳۴-۳۲.

مقرراتی، وصول مالیات‌ها و پاسخ‌گویی و مطالبات اطلاعاتی حکومت».^۱ بدین ترتیب اساساً آنچه از بار مقررات مراد می‌شود، به خواسته‌ها و الزامات حکومت از یک‌سو، و هزینه‌ها و پیامدهای آنها برای فعالان اقتصادی از سوی دیگر، بازمی‌گردد.

درباره اهمیت بار مقررات در محیط کسب‌وکار در قسمتی از گزارش «انجام کسب‌وکار» ۲۰۰۴ آمده است: «کشورهایی همچون استرالیا، دانمارک، هلند و سوئد، بهترین تجربیات را در مقررات کسب‌وکار داشته‌اند. [بدین ترتیب که] مقررات آنها قادر به ایفای وظیفه اصلی کنترل کسب‌وکار، بدون تحمیل بار اضافی به آن بوده است. در این کشورها، سرمایه انسانی مطلوب در امور اجرایی عمومی و استفاده از فناوری نوین، بار مقرراتی صاحبان کسب‌وکار را به حداقل می‌رساند. [زمانی] که بازارهای خصوصی فعال باشد، رقابت، نقش [مقررات] را به عهده می‌گیرد. این کشورها ترکیبی از مقررات ساده با تعاریف دقیق و حمایت از حقوق مالکیت را به کار گرفته و به [آنچه] رسیده‌اند که سایر کشورها در تقلائی رسیدن به آن هستند: [تبدیل شدن مقرراتگذاران به خدمتگزاران مردم نه اربابان آنها].^۲

نتیجه آنکه، بهبود کسب‌وکار مستلزم اتخاذ ترکیبی از تدابیر سلبی و ایجابی است؛ عدم مداخله، به‌ویژه با مقرراتگذاری حداقلی، و همچنین مقررات‌زدایی، صرفاً یک روی سکه است. روی دیگر سکه، حمایت از حقوق مالکیت و مهیا کردن فضای رقابتی از طریق مقرراتگذاری «اصولی» است. آنچه برای حمایت از کارآفرینان و بهبود محیط کسب‌وکار اهمیت دارد، فعالیت در فضایی است که مقررات، نه بار و تکلیفی مالا یتطاق و اضافی بر دوش آنها، بلکه همراهی برای حمایت از آنها و سهولت و کارآمدی فعالیت‌هایشان باشد. به‌دلیل پیامدهای بااهمیت مؤثر بر خورداری از مزایا و محاسن پیش‌گفته است که امروزه حتی در نظام‌های غیردمکراتیک نیز به‌اندازه نظام‌های برخوردار از قانونگذاری صالح و خیراندیش، تا این حد بر حاکمیت قانون تأکید می‌شود. به عبارت بهتر، به‌هیچ‌وجه

1. PricewaterhouseCoopers (PwC), "Regulatory Burden: Reduction and Measurement Initiatives", Public Works and Government Services Canada, March 31, 2005, P. 1, Available at: www-wds.worldbank.org.

۲. بانک جهانی، «گزارش انجام کسب‌وکار در ۲۰۰۴ (فهم مقررات)»، ص ۳۴.

نمی‌توان با توجه به پیامدهای گسترده حاکمیت قانون، بنای ناسازگاری و مخالفت با آموزه‌ها و لوازم چنین مفهومی نهاد. بدین ترتیب حاکمیت قانون امروزه یکی از اجزای ضروری آنچه به‌زعم برخی از نهادهای بین‌المللی و صاحب‌نظران، «حکمرانی خوب» خوانده می‌شود، تبدیل شده است.^۱

۴-۸. نتیجه‌گیری

نظریه حاکمیت قانون توضیح داده شده در این نوشتار، بیشتر در سنت حقوقی و سیاسی «کامن‌لا» (به‌ویژه انگلستان و آمریکا) متجلی شده است. ذکر این مهم ضروری است که مطالعه و تحقیق چنین مفاهیم و نظریه‌هایی برای همه کشورها با هر سنت و فرهنگی مفید و راهگشاست؛ چرا که مفاهیم و نظریه‌های توضیح داده شده برای زیست سیاسی و اجتماعی مدرن، حیاتی محسوب می‌شود. این امر میسر نمی‌شود مگر با بهره‌گیری از تجربیات بشری دیگر نظام‌های حقوقی - سیاسی. آنچه مهم و حیاتی است، تضمین کرامت انسان و تأمین اصول بنیادین آزادی، عدالت و دیگر اصول و حقوقی است که عدم تضمین و اعمال آنها، شخصیت انسانی را به‌عنوان فاعلی خودمختار زایل می‌سازد.

هدف اصلی این نوشته علاوه بر شرح و بسط مفهوم و مبنای حاکمیت قانون، تأکید بر این نکته بود که میان مفاهیم، مقولات، اصول و هنجارهای تفکر حقوقی و سیاسی مدرن، چنان پیوند ذاتی، سازگاری و تلائم غیرقابل انکاری وجود دارد که به‌هیچ‌وجه نمی‌توان بدون شناسایی و اعمال کلیت آنها، امیدوار به برخورداری از نعمات و حسنات مبارک آن بود. درواقع از مفاهیم و مقولاتی چون آزادی، حقوق بشر، برابری، مشروطه‌خواهی و دموکراسی، چارچوبی هنجاری شکل می‌گیرد که ایده حاکمیت قانون تنها در آن چارچوب قابل اعمال است. به دیگر سخن، گرچه ممکن است برخورد گزینشی با هریک از مفاهیم و آموزه‌های پیش‌گفته به‌طور موقت یک نظام سیاسی را سامان دهد، اما به یقین چنین نظامی در بلندمدت با تناقض‌ها و تعارض‌های بنیادین مواجه خواهد شد.

چنان‌که در قسمت‌های مختلف گفته شد، امروزه سنت انگلو - آمریکایی حاکمیت

۱. برای مطالعه تعریفی از «حکمرانی خوب» توسط بانک جهانی، ر.ک.: مرکز کارآفرینی خصوصی بین‌المللی، پیشین،

قانون به سنتی غالب تبدیل شده است، و به عنوان نمونه، نظام‌های حقوقی با قدمتی چون نظام فرانسه، به شدت متأثر از مفاهیم و آموزه‌های سنت مذکور قرار گرفته‌اند. این وضعیت بیشتر به دلیل شناسایی اصل برتری قانون به عنوان اصل بنیادین نظام حقوقی - سیاسی، به جای اصل تفوق قوه مقننه (یا برتری پارلمان)، و همچنین پذیرش اصل کنترل قضایی است. شناسایی اصل برتری قانون اساسی خود به دلیل نقش قانون اساسی در تضمین اعمال حقوق و آزادی‌های شهروندی است. این نکته قابل توجه است که امروزه به همان میزان که بر اصل برتری قانون اساسی تأکید می‌شود، به ویژگی‌ها و مؤلفه‌های یک قانون اساسی دموکراتیک و تأمین کننده حقوق و آزادی‌های بنیادین نیز توجه می‌شود. چرا که در غیر این صورت، شاید طرفداری از اصل برتری قانون اساسی در مقابل اصل تفوق قوه مقننه، چندان موجه و قابل دفاع نباشد.

هدف اصلی، حفظ حقوق و آزادی‌ها و حمایت از حریم خصوصی افراد در برابر تعدیات حکومتی و همچنین قانونمندی اعمال حکومتی است به این دلیل چه بسا بتوان ایده‌های مذکور را در نظام‌های مختلف حقوقی - سیاسی، برای نیل به اهداف فوق راهگشا دانست. به همین ترتیب سازوکار کنترل قضایی نیز باید با توجه به کیفیت صورت‌بندی قانون اساسی هر کشور از حدود و ثغور اختیارات مقامات حکومتی و همچنین تضمین‌های قید شده در این سند برای حمایت و ضمانت حقوق و آزادی‌ها مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد.

منابع و مأخذ

۱. استاینر، هیلل، «مفهوم عدالت»، ترجمه محمد راسخ، مجلس و پژوهش، سال دهم، شماره سی و هشتم، تابستان ۱۳۸۲، ص ۴۰-۱۱.
۲. ارسطو، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۸۱.
۳. الکلیت، یورگن، «انتخابات آزاد و منصفانه»، ترجمه احمد مرکزالمیری، مجلس و پژوهش، سال یازدهم، شماره چهل و ششم، زمستان ۱۳۸۳، ص ۹۰-۷۵.
۴. الیوت، کاترین و کاتین ورنون، نظام حقوقی فرانسه، ترجمه صفر بیگزاده، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲.
۵. امیرارجمند، اردشیر، «حاکمیت قانون: شرط تحقق حقوق بشر، سلسله‌مراتب حقوقی و نظارت قضایی»، در: مورتن، کیاروم، تینا یوهانسون و ادام نیسون فلدت (گردآورندگان)، حاکمیت قانون و محاکمه عادلانه (سخنرانی‌های جمع‌آوری شده از دومین جلسه مذاکره دوجانبه در مورد حقوق بشر بین اتحادیه اروپا و ایران، بروکسل، ۱۴ و ۱۵ مارس ۲۰۰۳)، ترجمه مینا سینیور (کپنهاگ: یانسون و نومی آ/س، ۲۰۰۳)، ص ۹۷-۸۳.
۶. _____، حقوق اداری تطبیقی، جزوه درسی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، بهار ۱۳۷۹.
۷. امیرارجمند، سعید، «قانون اساسی»، در: گروه نویسندگان، انقلاب مشروطیت، ترجمه پیمان متین، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۲، ص ۹۹-۱۱۳.
۸. بانک جهانی، «گزارش انجام کسب و کار در ۲۰۰۴ (فهم مقررات)»، در: احمد میدری و اصلان قودجانی (تألیف و ترجمه)، سنجش و بهبود محیط کسب و کار، تهران، جهاد دانشگاهی، واحد تهران: ۱۳۸۷، ص ۲۵۰-۲۳.
۹. بانک جهانی، «نهادهای سیاسی و حکمرانی»، ترجمه جعفر خیرخواهان، در: احمد میدری و جعفر خیرخواهان (به‌کوشش)، حکمرانی خوب، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۳، ص ۴۷۴-۴۵۱.

۱۰. بانک جهانی و شرکت تأمین مالی بین‌المللی، فضای کسب‌وکار در سال ۲۰۰۶ (ایجاد فرصت‌های شغلی)، ترجمه جعفر خیرخواهان، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶.
۱۱. بانک جهانی، «سهولت کسب‌وکار در ایران؛ گزارش بانک جهانی در مورد فضای کسب‌وکار ایران در سال ۲۰۱۰»، ترجمه حمید پاداش، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (گروه مطالعات محیط کسب‌وکار)، شماره مسلسل ۱۰۱۳۸، بهمن ۱۳۸۸.
۱۲. برلین، آیزایا، چهار مقاله درباره آزادی، ترجمه محمدعلی موحد، تهران: خوارزمی، ۱۳۶۸.
۱۳. بشیریه، حسین، عقل در سیاست: سی‌وپنج گفتار در فلسفه، جامعه‌شناسی و توسعه سیاسی، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۶.
۱۴. بلز، هرمن، «مشروطه‌خواهی»، ترجمه احمد مرکزالمیری، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره پنجاه‌وششم، تابستان ۱۳۸۶، ص ۱۹۶-۱۸۷.
۱۵. بوشه، راجر، نظریه‌های جباریت، از افلاتون تا آرنست، ترجمه فریدون مجلسی، تهران: مروارید، ۱۳۸۵.
۱۶. بیتام، دیوید، دمکراسی و حقوق بشر، ترجمه محمد تقی دلفروز، تهران: طرح نو، ۱۳۸۳.
۱۷. بیکس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۸۹.
۱۸. پیش، لوران، «حاکمیت قانون در فرانسه»، ترجمه احمد مرکزالمیری، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره پنجاه‌ویکم، بهار ۱۳۸۵.
۱۹. پین، تامس، حقوق بشر، ترجمه اسدا... مبشری، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۷۵.
۲۰. تن، سی. ال، «مشروطه‌خواهی و حاکمیت قانون»، ترجمه سیدحسین ملکوتی‌هشجین و احمد مرکزالمیری، حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸، ص ۳۷۴-۳۶۳.
۲۱. تندر، گلن، تفکر سیاسی، ترجمه محمود صدری، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۷۴.
۲۲. توازن‌ی‌زاده، عباس، «تأملی بر تأثیر نظریه اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان‌های دولتی و برنامه‌های اصلاح ساختار نظام اداری ایران»، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره پنجاه‌ویکم، بهار ۱۳۸۵، ص ۱۰۰-۵۷.
۲۳. توماس، وینود و همکاران، «حکمرانی خوب و مبارزه با فساد»، ترجمه عباس مخبر، در: احمد میدری و جعفر خیرخواهان (به‌کوشش)، حکمرانی خوب، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۳، ص ۳۴۳-۲۹۱.
۲۴. جانسون، گلن، اعلامیه جهانی حقوق بشر و تاریخچه‌ی آن، ترجمه محمدجعفر پوینده، تهران: نی، ۱۳۷۷.
۲۵. جول، جفری، «حاکمیت قانون در جهان امروز»، ترجمه مسلم آقایی‌طوق، حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸، ص ۴۳۵-۴۰۹.
۲۶. دال، رابرت، درباره دمکراسی، ترجمه حسن فشارکی، تهران: شیرازه، ۱۳۷۹.

۲۷. داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی، درآمدی در حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوق معاصر، ترجمه و تلخیص سیدحسین صفایی، تهران: میزان، ۱۳۸۱.
۲۸. دوبنوا، آلن، تأمل در مبانی دموکراسی، ترجمه بزرگ نادرزاد، تهران: چشمه، ۱۳۷۸.
۲۹. دورکین، رونالد، «جدی گرفتن حق‌ها»، در: محمد راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۲۵۳-۲۱۷.
۳۰. ——— «حق چون برگ برنده»، ترجمه محمد راسخ، نامه مفید، سال هشتم، شماره ۲۹، بهار ۱۳۸۱، ص ۷۶-۵۳.
۳۱. ——— «حقوق و اخلاق»، در: محمد راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۷۶-۷۳.
۳۲. راسخ، محمد، «آزادی چون ارزش»، در: محمد راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۲۹۹-۲۷۶.
۳۳. ——— بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴.
۳۴. ——— «تئوری حق و حقوق بشر بین‌الملل»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۱، بهار و تابستان ۱۳۸۴، ص ۸۳-۱۱.
۳۵. ——— نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، ۱۳۹۰.
۳۶. ——— «نوبت نسل سوم حقوقی»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره بیست‌وپنجم، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، ص ۵۴-۳۳.
۳۷. رالز، جان، عدالت به مثابه انصاف: یک بازگویی، ترجمه عرفان ثابتی، تهران: ققنوس، ۱۳۸۳.
۳۸. ——— نظریه عدالت، ترجمه سیدمحمدکمال سروریان و مرتضی بحرانی، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۷.
۳۹. رایان، آلن، «لیبرالیسم»، ترجمه خشایار دیهیمی، کیان، سال نهم، شماره ۴۸، مرداد و شهریور ۱۳۷۸، ص ۴۳-۳۰.
۴۰. رز، جوزف، «در باب حاکمیت قانون و فضیلت آن»، ترجمه لیلی منفرد، حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸، ص ۴۰۸-۳۹۳.
۴۱. زارعی، محمدحسین، «اختیارات فوق‌العاده عالی‌ترین مقامات اجرایی»، راهبرد، شماره بیستم، تابستان ۱۳۸۰، ص ۲۱۴-۲۰۰.
۴۲. ——— «حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی»، نامه مفید، شماره بیست‌وششم، تابستان ۱۳۸۰، ص ۶۷-۵۱.

۴۳. _____ «حاکمیت قانون و دموکراسی: سازگاری یا تعارض؟»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۸، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، ص ۶۵-۱۰۵.
۴۴. _____ «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، ص ۲۰۲-۱۵۵.
۴۵. _____ «فرایند مردمی شدن، پاسخ‌گویی و مدیریت دولتی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، شماره نهم، بهار و تابستان ۱۳۸۰، ص ۱۵۵-۱۲۱.
۴۶. زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، راهبرد، شماره ۶۱، زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۵۳-۱۸۹.
۴۷. زارعی، محمدحسین و جواد محمودی، «تحولات مربوط به قلمرو بازنگری قضایی در پرتو رویه‌های قضایی انگلستان و فرانسه»، تحقیقات حقوقی، شماره ۵۵، پاییز ۱۳۹۰، ص ۱۳۷-۸۹.
۴۸. زارعی، محمدحسین و احمد مرکز‌المیری، «مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تأکید بر نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، ص ۱۹۷-۱۴۹.
۴۹. زولر، الیزابت، درآمدی بر حقوق عمومی (مطالعه تطبیقی بنیادهای حقوق عمومی آلمان، فرانسه، انگلستان و آمریکا)، ترجمه سیدمجتبی واعظی، تهران: جاودانه، جنگل، ۱۳۸۹.
۵۰. سانتوس، آلوارو، «بهره‌گیری بانک جهانی از آموزه حاکمیت قانون در توسعه اقتصادی»، ترجمه لیلی منفرد، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (گروه مطالعات محیط کسب‌وکار)، شماره مسلسل ۱۲۴۲۵، تیر ۱۳۹۱.
۵۱. سیدفاطمی، سیدمحمدقاری، «حقوق بشر رویه‌ای»، در: مورتن کیاروم، تینا یوهانسون و ادام نیسون فلدت (گردآورندگان)، حاکمیت قانون و محاکمه عادلانه (سخنرانی‌های جمع‌آوری شده از دومین جلسه مذاکره دوجانبه در مورد حقوق بشر بین اتحادیه اروپا و ایران، بروکسل، ۱۴ و ۱۵ مارچ ۲۰۰۳)، ترجمه مینا سینیور، کپنهاگ: یانسون اند نومی آ/س، ۲۰۰۳، ص ۸۱-۷۷.
۵۲. سیمونندز، نیل. ای. «فلسفه اخلاق»، در: محمد راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۷۲-۲۵.
۵۳. شوالیه، ژاک، دولت قانونمند، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران: دادگستر، ۱۳۷۸.
۵۴. صالح‌خو، قاسم، «توصیه‌های بین‌المللی در باب موازن و معیارهای شفافیت مالی»، در: دفتر مطالعات برنامه و بودجه، بودجه‌ریزی در ایران: مسائل و چالش‌ها، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص ۶۶-۳۵.
۵۵. طباطبایی، سیدجواد، مفهوم ولایت مطلقه در اندیشه سیاسی سده‌های میانه، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۰.
۵۶. عریضی، حمیدرضا و حسین گل‌پرور، «رابطه بین رویکردهای عدالت اجتماعی با مؤلفه‌های برابری

- سیاسی»، فصلنامه رفاه اجتماعی، سال چهارم، شماره ۱۶، بهار ۱۳۸۴، ص ۱۵۵-۱۸۲.
۵۷. عنایت، حمید، بنیاد فلسفه سیاسی در غرب، تهران: زمستان، ۱۳۷۷.
۵۸. قادری، فرید، «جزئیات پنج گزارش دوره‌ای بانک جهانی از زمینه‌های کسب‌وکار در کشورهای مختلف»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (گروه مطالعات محیط کسب‌وکار)، شماره مسلسل ۱۰۹۳۸، مرداد ۱۳۹۰.
۵۹. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب سال ۱۳۵۸ با اصلاحات سال ۱۳۶۸، تهران: اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۸۰.
۶۰. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۲: منابع حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
۶۱. _____ گامی به سوی عدالت: مجموعه مقالات، ج ۱، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۶۲. کاستیلیونه، داریو، «مبانی نظری - سیاسی قانون اساسی»، ترجمه احمد مرکزالمیری، حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۱۳، تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۴۰-۱۱۷.
۶۳. کلی، جان، تاریخ مختصر نظریه حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو، ۱۳۸۲.
۶۴. کنگم، آر. سی. «مقدمه‌ای درباره اندیشه حاکمیت قانون»، ترجمه احمد مرکزالمیری، حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸، ص ۴۴۱-۴۳۷.
۶۵. گری، جان، فلسفه سیاسی آیزیا برلین، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹.
۶۶. گرجی‌ازدربانی، علی‌اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، تهران: جنگل، جاودانه، ۱۳۸۸.
۶۷. گرجی‌ازدربانی، علی‌اکبر و یونس فتحی، «مطالعه تطبیقی بر اعمال صلاحیت‌های گزینشی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۸، تابستان ۱۳۹۱، ص ۲۶۴-۲۱۱.
۶۸. گواستنی، ریکاردو، «تأملی پیرامون ضمانت‌های حقوق اساسی و نظریه تفسیر»، ترجمه اردشیر امیرارجمند، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰، بهار و تابستان ۱۳۷۱، ص ۳۸۲-۳۶۷.
۶۹. لارکینز، کریستوفر، «استقلال قضایی و مردمی شدن»، ترجمه محمدحسین زارعی، آفتاب، شماره ۱۵، اردیبهشت ۱۳۸۱، ص ۴۷-۴۲.
۷۰. لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۸۸.
۷۱. _____ «نظریه مشروطه [درآمدی بر مبانی حقوق عمومی]»، ترجمه محمد راسخ، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره پنجاه‌وششم، تابستان ۱۳۸۶، ص ۱۸۶-۱۴۵.
۷۲. لینز، خوان و هوشنگ شهابی، «نظریه‌ای درباره نظام سلطانی»، در: هوشنگ شهابی (به‌کوشش)، نظام‌های سلطانی، ترجمه منوچهر صبوری، تهران: شیرازه، ۱۳۸۰، ص ۶۲-۱۱.
۷۳. محمودی، سیدعلی، فلسفه سیاسی کانت: اندیشه سیاسی در گستره فلسفه نظری و فلسفه اخلاق، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۳.

۷۴. مرکز کارآفرینی خصوصی بین‌المللی، «حکمرانی مردم‌سالار: عنصر اصلی اصلاحات سیاسی و اقتصادی»، ترجمه بهروز تصدیقی، در: احمد میدری و جعفر خیرخواهان (به‌کوشش)، حکمرانی خوب، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۳، ص ۴۰۳-۳۴۵.
۷۵. مرکزالمیری، احمد و فائزه عامری، «مطالعه تطبیقی پیرامون مجموعه قواعد رفتاری پارلمانی در برخی از کشورها»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (دفتر مطالعات حقوقی)، شماره مسلسل ۱۰۴۰۲، شهریور ۱۳۸۹.
۷۶. مرکزالمیری، احمد، «تأثیر کمیت و کیفیت مقررات بر محیط کسب‌وکار با تأکید بر گزارش‌های «انجام کسب‌وکار»»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (گروه مطالعات محیط کسب‌وکار)، شماره مسلسل ۱۳۳۱۳، اسفند ۱۳۹۰.
۷۷. ———، تورم تقنینی در ایران در پرتو اصول قانونگذاری، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
۷۸. ———، «محدودیت‌های اعمال حقوق بشر در حقوق داخلی و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، مطالعات راهبردی، سال هفتم، شماره چهارم، شماره مسلسل ۲۶، زمستان ۱۳۸۳، ص ۷۷۳-۷۴۷.
۷۹. مشهدی، علی، صلاحیت تخییری، تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱.
۸۰. ———، «توجیه و نقد کنترل‌پذیری صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه»، اطلاع‌رسانی حقوقی، شماره‌های ۲۱ و ۲۲، زمستان ۱۳۹۰، ص ۶۱-۷۵.
۸۱. منتسکیو، شارل دو، روح القوانين، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۲.
۸۲. موحد، محمدعلی، در هوای حق و عدالت: از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: کارنامه، ۱۳۸۱.
۸۳. میدری، احمد، «خصوصی‌سازی یا رشد طبیعی بخش خصوصی» (مقدمه)، در: احمد میدری و اصلا ن قودجانی (تألیف و ترجمه)، سنجش و بهبود محیط کسب‌وکار، تهران: جهاد دانشگاهی، واحد تهران، ۱۳۸۷، ص ۱-۲۲.
۸۴. میل، جان استوارت، رساله درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۷۵.
۸۵. نصیری‌ا قدم، علی، «چارچوب طرح «بهبود محیط کسب‌وکار» و چگونگی اصلاحات»، بولتن تخصصی اقتصاد ایران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره ۲ (ویژه‌نامه کسب‌وکار)، پاییز ۱۳۸۷، ص ۱۱-۳.
۸۶. نورتون، فیلیپ، «پارلمان در یک نگاه»، در: حسن و کیلیان (تألیف و ترجمه)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۲-۱۱۱.
۸۷. نویمان، فرانتس، آزادی و قدرت و قانون، گردآوری و ویرایش پیشگفتار از هربر مارکوزه، ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران: خوارزمی، ۱۳۷۳.
۸۸. والدرون، جرمی، «اصول قانونگذاری»، ترجمه حسن و کیلیان، حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۲،

- زمستان ۱۳۸۸، ص ۱۳۶-۱۱۵.
۸۹. وکیلان، حسن، «رابطه رویه قضایی و قانون»، پژوهشگاه قوه قضائیه (پژوهشکده حقوق عمومی و بین‌الملل)، اسفند ۱۳۹۲.
۹۰. ——— «نظارت بر رفتار نمایندگان»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (دفتر مطالعات حقوقی)، شماره مسلسل ۱۲۲۲۱، بهمن ۱۳۹۰.
۹۱. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل، جاودانه، ۱۳۹۰.
۹۲. وینسنت، اندرو، نظریه‌های دولت، ترجمه حسین بشریه، تهران: نی، ۱۳۸۵.
۹۳. هابز، توماس، لویاتان، ویرایش و مقدمه سی. بی. مکفرسون، ترجمه حسین بشریه، تهران: نی، ۱۳۸۰.
۹۴. هارت، هربرت، آزادی، اخلاق، قانون (درآمدی بر فلسفه حقوق کیفری و عمومی)، ویراست دوم، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو، ۱۳۸۹.
۹۵. ——— مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۹۰.
۹۶. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱: اصول و مبانی کلی نظام، تهران: دادگستر، ۱۳۸۰.
۹۷. ——— حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲: حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۹۸. ——— حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۹۹. هاف، کارلا و جوزف استیگلitz، «موانع برقراری حاکمیت قانون در کشورهای سوسیالیستی سابق»، در: چند مقاله در زمینه موانع نهادی توسعه اقتصادی، ترجمه زهرا کریمی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۸-۲۴۹.
۱۰۰. هایک، فریدریش فون، «آزادی و عقل و سنت»، در: فولادوند، عزت‌ا... (گزیده و نوشته و ترجمه)، خرد در سیاست، تهران: طرح نو، ۱۳۷۶، ص ۱۶۵-۱۲۱.
۱۰۱. ——— در سنگر آزادی، ترجمه عزت‌ا... فولادوند، تهران: لوح فکر، ۱۳۸۲.
۱۰۲. ——— راه بردگی، ترجمه فریدون تفضلی و حمید پاداش، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۰.
۱۰۳. ——— «سیاست‌گذاری اقتصادی و حکومت قانون»، در: فولادوند، عزت‌ا... (گزیده و نوشته و ترجمه)، خرد در سیاست، تهران: طرح نو، ۱۳۷۶، ص ۱۸۰-۱۶۶.
۱۰۴. ——— قانون، قانونگذاری، آزادی، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
۱۰۵. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، ج ۱، تهران: سمت، ۱۳۸۹.
۱۰۶. هریسون، راس، «حکومت و اخلاق»، در: محمد راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۱۰۷-۷۷.

107. Alder, John, *Constitutional and Administrative Law*, London: Macmillan, 1999.
108. Alexander, L. (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
109. Allan, T. R. S., *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.
110. ———, "Rule of Law", in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 3, London: Macmillan, 1998, PP. 369-380.
111. Allen, M. and B. Thompson (eds.), *Cases and Material, Constitutional and Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, 1998.
112. Ball, A. R. and B. G. Peters, *Modern Politics and Government*, London: Palgrave, 2000.
113. Barro, R. J., "Rule of Law, Democracy and Economic Performance", 2000 Index of Economic Freedom, PP. 31-49; Available at: <http://www.heritage.org/research/features/index/chapter.PDF/2000-Chapter-2.pdf>.
114. Barry, N., *An Introduction to Political Theory*, London: Macmillan, 2000.
115. "Basic Principles on the Independence of the Judiciary", General Assembly resolution 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985; Available at: <http://www.ohchr.org/english/law/indjudiciary.Htm>.
116. Beetham, D., "Freedom as the Foundation", *Journal of Democracy*, Vol. 15, No. 4, October 2004, PP. 61-75.
117. Bellamy, R., "The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy", in R. Bellamy and D. Castiglione (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Cambridge: Blackwell, 1986, PP. 24-44.
118. Bix, B. *Jurisprudence: Theory and Context*, London: Sweet and Maxwell, 1999.
119. Bouloukos, A. C. and B. Dakin, "Toward a Universal Declaration of the Rule of Law: Implication for Criminal Justice and Sustainable Development", *International Journal of Comparative Sociology*, 2001, Available at: <http://www.questia.com>.
120. Brennan, H. S. G., "Principle and Independence: The Gurdians of Freedom"; Available at: <http://www.newcastle.edu.au/school/law>.
121. Campell, K. D, K. D. Ewing and A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

122. Carothers, T., "The Rule of Law Revival", *Foreign Affairs*, Vol. 77, No. 2, 1998.
123. Clark, D., "The Many Meanings of the Rule of Law", Available at: <http://www.ifip.org/lawe 506/ document/ Lawe 506 davidclarke.pdf>.
124. Clayton, R. and H. Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
125. Cook, J. D., "Legislative Guide to Separation of Powers", Legislative Service Bureau, December 2002; Available at: <http://www.legis.state.ia.us>.
126. Cotterrell, R., *Law's Community*, London: Clarendon Press Oxford, 1994.
127. Craig, P., "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, Autumn 1997, PP. 467-487.
128. Dicey, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: Macmillan, Published in 1885, 8th edn, 1927.
129. Donnely, J., "Human Rights, Democracy, and Development", *Human Rights Quarterly*, 1999, PP. 608-632.
130. Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985.
131. Dyzenhaus, D. (ed.), *Law as Politics*, London: Duke University Press, 1998.
132. Endicott, T. A. O., "The Impossibility of the Rule of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, spring 1999, PP. 1-18.
133. "European Convention for the Human Rights and Fundamental Freedoms", Available at <http://www.pfc.org.uk/legal/ echrttext.htm>.
134. Finis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1979.
135. Flecher, G. P., *Basic Conceptions of Legal Thought*, Oxford: Oxford University Press, 1996.
136. Forsyth, C. (ed.), *Judicial Review and the Constitution*, Oxford: Hart Publishing, 2000.
137. Geotz, Klaus H. and Radoslaw Zubek, *Law- Making in Poland: Rules and Patterns of Legislation*, Warsaw: Sprawne Państwo, 2005.
138. Franck, Tomas M., "Democracy, Legitimacy, and Rule of Law: Linkages", in Dorsen, N. and Gifford, P. (eds.) *Democracy and the Rule of Law*, Washington: New York University School of Law, 2001, PP. 169-177.
139. Gloppen, S., R. Gargarella and E. Skaar (eds.), *Democratization and the Judiciary*, London: Frand Cass, 2004.
140. Goldsworthy, J., "Legislative Sovereignty and the Rule of Law", in Ewing, K.

- D. and A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
141. Grojia, F., "The Rule of Law in China", Available at: <http://www.oycf.org>.
 142. Gwyn, William B., "The Separation of Powers and Modern Forms of Democratic Government", in Robert A. Goldwin and Art Kaufman (eds.) *Separation of Powers--Does it still Work?*, Washington, DC.: American Enterprise Institute, 1986, PP. 65-89.
 143. Harvey, C., J. Morison and J. Shaw, "Voice, Spaces, and Processes in Constitutionalism", *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 1, March 2000, PP.1-3.
 144. Habermas, J., "On the Internal Between Rule of Law and Democracy", in P. Hayden (ed.), *Philosophical Perspectives on Law and Politics*, New York: Peterlang, 1999.
 145. Hayek, F. A., *The Constitution of Liberty*, London: Routledge, 1993.
 146. Hewko, J., "Foreign Direct Investment in Transitional Economies: Does the Rule of Law Matter?", Fall 2002/ Winter 2003, *East European Constitutional Review*, pp. 71-79; Available at: <http://www.law.nyn.edu/eecr/vol11-12 num 4-1/ special/ hewko.pdf>.
 147. Heywood, A., *Political Theory*, London: Macmillan, 1999.
 148. Irvin, "Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America", *New York University Law Review*, Vol. 76: 1, April 2001, PP. 1-22.
 149. Jackson, V. C. and M. Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Part 2, New York: Foundation Press, 1999.
 150. Jennings, J., "From 'Imperial State' to 'L'Etat de Droit': Benjamine Kriegel and Reform of the French Constitution", in R. Bellamy and D. Castiglione (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Cambridge: Blackwell, 1986, PP.76-92 .
 151. Kelly, F. B. W., "An Independent Judiciary: The Core of the Rule of Law", Available <http://www.icelr.law.ubc>.
 152. Komesar, C. K., *Law's Limits: The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
 153. Kriegel, B., *The State and the Rule of Law*, Translated by A. C. Lepain and J. C. Cohen, Princeton: Princeton University Press, 1995.

154. Selznick, P., "Legal Culture and the Role of Law", in Krygier, M and A. Czarnota (eds.), *The Rule of Law after Communism: Problems and Prospective in East-Central Europe*, Dartmouth: Ashgat, 1999, PP. 457-470.
155. Levy, L. W. and K. L. Karst (eds.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Vol. 2, New York: Macmillan, 2000.
156. Li, B., "What Is Constitutionalism?", *Perspective*, Vol. 1, Available at: <http://www.oycf.org>.
157. Loughlin, M., *Public Law and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1992.
158. Macleod, I., *Legal Metod*, Bristol: Palgrave Macmillan, 2002.
159. Morrow, J., *History of Political Thought: A Thematic Introduction*, London: Macmillan Press, 1998.
160. Neumann, M., *The Rule of Law: Politicizing Ethics*, Buligton: Ashgat, 2002.
161. O'Donnell, G., "Why the Rule of Law Matters", *Journal of Democracy*, Vol. 15, No. 4, October 2004, PP. 32-46.
162. Pierson, C., *The Modern State*, Routledge: London, 1996.
163. Phillips, O. H. and P. O. Jackson, *Hood Phillip's Constitutional and Administrative Law*, London: Sweet and Maxwell, 1987.
164. Peerenboom, R., "Competing Conceptions of Rule of Law in China", in Peerenboom, R. (ed.), *Asian Discourse of Rule of Law*, (London: Routledge, 2004), PP. 113-145.
165. Price, M. E. and P. Krug, "The Enabling Environment for Free and Independent Media", 2000; Available at: <http://www.pcmlp.socleg.ox.ac.uk>.
166. Pricewaterhouse Coopers (PwC), "Regulatory Burden: Reduction and Measurement Initiatives", Public Works and Government Services Canada, March 31, 2005; Available at: www-wds.worldbank.org.
167. Reed, O. L., "Law, the Rule of Law and Property: A Foundation for the Private Market and Business Study", *American Business Law Journal*, Vol. 38, Issue 3, 2001, PP. 441-474.
168. Rose, J., "The Rule of Law in the Western World: An Overview", *Journal of Social Philosophy*, Vol. 35, No. 4, winter 2004, PP. 457-470.
169. Russel, H. P. and M. D. ÓBrien (eds.), *Judicial Independence in the Age of Democracy*, London: University Press of Virginia, 2001.
170. Schönberg, S. J., *Legitimate Expectation in Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

171. Stanford Encyclopedia of Philosophy, Available at: <http://plato.stanford.edu/entries/Constitutionalism>.
172. Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
173. _____, "Rule of Law in the United States", in Peerenboom, R. (ed.), *Asian Discourse of Rule of Law*, London: Routledge, 2004, PP. 56-78.
174. Tremblay, L. B., *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, London: McGill-Queen's University Press, 1997.
175. Wade, E. C. S. and A.W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, London: Longman, 1993.
176. Wade, H. W. R. and C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford: Clarendon Press, 2004.
177. Widner, J. A., *Building the Rule of Law*, Michigan: University of Michigan, 2001.
178. Zywicki, T. J., "The Rule of Law, Freedom, and Prosperity", George Mason University School of Law and ICER, May 30, 2002, Available at: <http://www.icer.com>.