

نقدی بر مصوبه عفاف و حجاب: «این» یک قانون نیست

- گفتار اول – جمهوریت؛ مولفه بنیادین نظام سیاسی جمهوری اسلامی و آثار آن در قانونگذاری – رعایت آزادیهای مشروع؛ مولفه بنیادین قانون واقعی در نظام سیاسی مبتنی بر جمهوریت
- بند دوم – ضرورت التزام مجلس قانونگذاری به رعایت حقوق و آزادیهای شهروندان
- گفتار دوم – مبانی نظریه‌پردازی اول مبنای درون سیستمی؛
- بند دوم مبنای برون سیستمی؛
- گفتار سوم – چرا مصوبه حجاب و عفاف نمی‌تواند یک قانون باشد؟ بند اول فقدان مشروعیت دموکراتیک
- بند دوم سیاست جنایی اقتدارگرا
- بند سوم سیاست کیفری سخت گیرانه ناعادلانه و تبعیض آمیز
- نتیجه‌گیری
- منابع و مآخذ

تاملی حقوقی – فلسفی در مصوبه عفاف و حجاب

حسین غلامی؛ استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

آیا متن مصوب موسوم به «قانون حمایت از خانواده از طریق ترویج فرهنگ عفاف و حجاب» را می‌توان یک قانون دانست؟

«قانون» پیش از آن که به لحاظ شکلی متن مصوب نمایندگان مردم یا خود مردم باشد، از لحاظ ماهوی دارای برخی شرایط و ویژگی‌هاست که بدون توجه به آنها نمی‌تواند وصف قانونی بودن داشته باشد. از آنجا که در نظام‌های سیاسی مختلف، بخش عمده‌ای از وظیفه تقنینی بر عهده پارلمان یا مجلس قانونگذاری است و پارلمان یا مجلس قانونگذاری یکی از نهادها و قوای موجود در نظام سیاسی و حکمرانی است، بدیهی است نوع و ماهیت نظام سیاسی، نه تنها بر چگونگی شکل‌گیری و ایجاد قوای آن از جمله مجلس قانونگذاری موثر است، بلکه بر کیفیت و ماهیت تصمیمات قوای مختلف آن از جمله مجلس تأثیرگذار بوده است، به عنوان شاخص اساسی و بنیادین در ارزیابی تصمیمات و اقدامات آن مدنظر قرار می‌گیرد. در ایران وصف جمهوریت نظام سیاسی دارای آثار ماهوی و شکلی برای قانون‌گذاری و فرایندهای تقنینی است. از این جهت رعایت الزامات و نتایج این مولفه در نظام قانون‌گذاری ضروری و گریزناپذیر بوده، در نتیجه نمی‌توان هر متن مصوب مراجع تقنینی را به طور کلی قانون تلقی نمود. این نکته در کنار توجه به برخی مبانی نظری، بخشی از پاسخ به پرسش بالاست که با توجه به چگونگی فرایند تصویب و محتوی و ماهیت مصوبه فوق‌الذکر مجلس شورا، در این نوشتار مورد بحث قرار می‌گیرد.

نخستین اصل «قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» چنین مقرر داشته است: «حکومت ایران جمهوری اسلامی است..... که ملت ایران به آن رأی مثبت داد. ماهیت حکومت جمهوری اسلامی ابتدا در مقدمه قانون اساسی و سپس در اصول متعدد آن قانون مورد اشاره قرار گرفته است. مطابق قسمتی از مقدمه قانون اساسی

«حکومت از دیدگاه اسلام برخاسته از موضع طبقاتی و سلطه گری فردی یا گروهی نیست، بلکه تبلور آرمان سیاسی ملتی هم کیش و هم فکر است که به خود سازمان میدهد تا در روند تحول فکری و عقیدتی راه خود را به سوی هدف نهایی حرکت به سوی الله) بگشاید... با توجه به ماهیت این نهضت، بزرگ قانون اساسی تضمین گر نفی هرگونه استبداد فکری و اجتماعی و انحصار اقتصادی میباشد و در خط گسستن از سیستم استبدادی و سپردن سرنوشت مردم به دست خودشان تلاش میکند با توجه به این جهت قانون اساسی زمینه چنین مشارکتی را در تمام مراحل تصمیم گیریهای سیاسی و سرنوشت ساز برای همه افراد اجتماع فراهم میسازد تا در مسیر تکامل، انسان هر فردی خود دست اندرکار و مسئول رشد و ارتقاء و رهبری گردد.....»

فرازهای مذکور در بالا به نحوی آرمان گرایانه بیانگر روح حاکم بر قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی است که در اصول مختلف آن قانون از جمله اصل دوم، سوم و تجسم یافته است. (سید محمدحاشمی جلد اول ۱۴۰۲) نظام سیاسی جمهوری اسلامی متشکل از دو مولفه و عنصر بنیادین جمهوریت و اسلامیت است که هر کدام از آنها نه تنها بخشی از انواع نهادهای این نظام را به خود اختصاص داده‌اند بلکه به سهم خود بر ماهیت و چگونگی عملکرد آن نهادها نیز باید تأثیرگذار باشند اکنون این پرسش مهم مطرح می شود که جمهوریت چگونه می‌تواند بر ذات و ماهیت قوانین مصوب مجلس تأثیر بگذارد و چگونه با توجه به این عنصر بنیادین نظام سیاسی فعلی می‌توان به درک انطباق یا عدم انطباق تصمیمات قوانین و مقررات مصوب با آثار و نتایج جمهوریت پرداخت؟

گفتار اول – جمهوریت؛ مولفه بنیادین نظام سیاسی جمهوری اسلامی و آثار آن در قانونگذاری

«جمهوریت» به عنوان نخستین مولفه نظام سیاسی جمهوری اسلامی موجب شناخت حقوق بنیادین ملت در اصول مختلف قانون اساسی به ویژه اصل سوم، نهم و اصول نوزدهم تا پنجاه و یکم آن قانون است فراتر از این مولفه، ویژگی هنجارگذار و ماهیت بنیادین قانون اساسی اقتضا می کند که از یک سو به بیان حقوق اساسی ملت و از سوی دیگر به تکالیف بنیادین حکومت و نهادهای حکومتی پرداخته و در نتیجه اصول متعدد قانون اساسی از این جهت حاوی بخشی از حقوق ملت و برخی از تکالیف حکومت و نهادهای مختلف آن باشند با چنین رویکردی جمهوریت که در گفتمان رسمی نظام جمهوری اسلامی معادل دموکراسی یا مردم سالاری فهم شده است نه تنها موجب شناخت حقوق بنیادین ملت و به رسمیت شناختن مسئولیت حکومت برای تأمین آن حقوق شده است، بلکه از دیگر سو موجب شکل گیری نهادهای مختلف از جمله قوه مجریه و قوه مقننه با مشارکت مستقیم مردم در فرایند انتخابات ریاست جمهوری و مجلس قانون گذاری نیز گردیده است. درست به دلیل همین قدرت الهام بخش و تأثیرگذار مولفه جمهوریت است که «ملت» صاحب حق و حکومت متعهد به انجام انواع تکالیف و تعهداتی است که در قانون اساسی به مثابه قرارداد میان آن دو به اشکال مختلف مورد تصریح قرار گرفته است. به عنوان مثال اگر اصل سوم قانون اساسی مقرر نموده است دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل، دوم همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد...» در عین حال که به تصریح وظایف حکومت و نهادهای مختلف آن پرداخته است، در همان حال به بیان بخشی از حقوق ملت که می‌تواند اجرای آنها را از حکومت مطالبه نماید نیز اقدام کرده است. چنین است مفاد دیگر اصول و احکام قانون اساسی به ویژه آن دسته از اصول و احکام که صراحت در تعیین حقوق ملت و تکلیف حکومت دارند. از جمله این اصول اصل نهم قانون اساسی است که در مقام ایجاد توازن میان دو مفهوم چالش برانگیز آزادی از یک طرف و استقلال

و وحدت و تمامیت ارضی از طرف دیگر، مقرر کرده است: «در جمهوری اسلامی، ایران آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد ملت است. هیچ فرد یا گروه یا مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه ای وارد کند و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادیهای مشروع را هرچند با وضع قوانین و مقررات سلب کند اصل نهم قانون اساسی نه تنها از آن جهت که به شناخت و تاکید بر حق آزادی ملت و استقلال و تمامیت ارضی کشور پرداخته است از جمله مهمترین اصول قانون اساسی است بلکه به عنوان یک فرا» اصل حاکم بر تمام شئون حکمرانی و تصمیم سازی در نظام جمهوری اسلامی بر ضرورت ایجاد توازن میان حقوق و آزادیهای ملت و تکلیف به حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور تاکید نموده و به ویژه در فراز پایانی صراحتاً مقرر نموده است هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی های مشروع را هرچند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند».

بند اول – رعایت آزادیهای مشروع؛ مولفه بنیادین قانون واقعی در نظام سیاسی مبتنی بر جمهوریت

فراز پایانی اصل نهم قانون اساسی نه تنها بیانگر اهمیت رعایت آزادیهای مشروع – در معنای آزادیهای طبیعی و قانونی در نظام حکمرانی جمهوری اسلامی است، بلکه از سوی دیگر این فرض منطقی و فلسفی را نیز مدنظر قرار داده است که ممکن است برخی قوانین و مقررات، با وجود آن که به جامه قانون یا مقرر درآمده اند ناقض یا سالب حقوق و آزادیهای مشروع ملت باشند با تدارک چنین، فرضی حکم فراز مذکور از اصل نهم آن است که چنین قانون یا مقرر ای قانون یا مقرر مطابق قانون اساسی و واقعی نیست. این فرض موجب شکل گیری این گزاره منبعت از اصل نهم می شود که: «قوانین و مقررات سالب آزادیهای مشروع نمیتوانند قوانین و مقررات معتبر و واقعی باشند». بر این اساس ماهیت الهام بخش آزادیهای مشروع، ملت میتواند عنصر تعیین کننده هویت و ماهیت هر قانون و مقرر ای باشد که توسط هر مقام یا مرجعی وضع شده باشد؛ به ترتیبی که اگر در آن قانون و مقرر آزادیهای مشروع شهروندان رعایت شده و نقض یا سلب نگردیده باشد، آن مقرر یا قانون واقعی و معتبر و در غیر این صورت، فاقد اعتبار و قانونیت واقعی است (فیلیپ پتی، ۱۳۸۸، صص ۴۵۹) چنین فهمی، میتواند موجب د این گزاره منطقی و فلسفی شود که پس هر، قانونی قانون نیست»، یا «هر قانونی، نمی تواند حتماً قانون باشد در نتیجه چنین تبیین و تحلیلی است که می توان گفت با توجه به فراز پایانی اصل نهم قانون اساسی دو گزاره سلبی و ایجابی زیر شکل می گیرد: «قانون ناقض آزادیهای مشروع قانون نیست»، «قانون مطابق آزادیهای مشروع، قانون است». هر دو گزاره فوق الذکر بنا بر حکم صریح قسمت اخیر اصل نهم قانون اساسی نه تنها بیانگر محدودیت اعتبار مراجع تصمیم ساز در قالب قوانین و مقررات میباشد بلکه موجبات بی اعتباری قوانین و مقررات موضوعهای که به طور صوری و شکلی جامه قانونیت و الزام آوری پوشیده اند را نیز فراهم می نمایند (داود، فیرحی ۱۴۰۰، صص ۱۶۷-۱۷۰).

بر این تحلیل و استنباط اصل چهلم قانون اساسی که بدون تردید وفق جایگاه آن در قانون اساسی و آن هم ذیل فصل سوم آن قانون تحت عنوان حقوق ملت» قرار گرفته است، صحه گذاشته، تأکید مینماید هیچ کس نمیتواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد بدون تردید مفاد اصل مذکور همانند اصل نهم در مقام تنظیم روابط میان فردی شهروندان نیست بلکه تاکید آن بر تنظیم روابط میان آحاد ملت و حکومت و نهادهای مختلف آن است به گونه ای که هر کدام از نهادهای حکومتی اگرچه دارای

وظایف و تکالیف و به اصطلاح دارای اختیاراتی جهت اعمال حاکمیت می‌باشند، اما نمی‌توانند اعمال حق حاکمیت خویش را وسیله اضرار به غیر یا منافع عمومی قرار دهند. بیان این حق ذیل عنوان حقوق ملت در فصل سوم قانون اساسی، موجب شکل‌گیری این گزاره تضمین‌کننده گزاره‌های فوق‌الذکر منبعث از فراز اخیر اصل نهم قانون اساسی است که «هیچ مقام یا نهاد حکومتی نمی‌تواند اعمال حق حاکمیت خویش را، وسیله اضرار به حقوق ملت قرار دهد چنین فهمی از اصول فوق‌الذکر قانون اساسی نه تنها در راستای حفظ حقوق ملت و احترام به آزادیهای مشروع، است بلکه در عین حال بیانگر رعایت اصول بنیادین حکمرانی مبتنی بر دموکراسی و جمهوریت و از جمله «اصل منع مداخله حکومت یا اصل عدم ولایت یا اصل عدم سلطه از یک سو و ضرورت رعایت اصل مداخله استثنایی و قابل‌توجه از سوی دیگر است چنین است که می‌گوییم نه تنها در نظام مبتنی بر مردم‌سالاری و جمهوریت که شهروندان صاحب حق و دارای بلوغ شکل دادن به نظم نظام سیاسی تلقی می‌شوند اصل بر عدم سلطه و عدم ولایت نسبت به آنان و در نتیجه عدم مداخله محدود‌کننده یا مزاحم در امور آنهاست (فیلیپ پتی همان، صص ۴۹۴۰). بلکه در صورت ضرورت مداخله آن هم برای حمایت از حقوق و آزادیهای آنان مداخله رفاه‌گرایانه اصل بر مداخله، تنها به اندازه لازم و ضروری است. تعیین چنین حد و مرزی برای مداخله حکومت عنصر تعیین‌کننده مردم‌سالاری یا جمهوریت در مقابل ویژگی تمامیت‌خواه یا اقتدارگرایانه حکومت و نهادهای آن است وندی تراون و دیگران (۱۴۰۱، ص ۱۵۹) که نه تنها در مقدمه قانون اساسی به ترتیب مذکور در صفحات پیشین از آن نهی شده است بلکه با گزینش مولفه جمهوریت به عنوان عنصر نخستین ماهیت حکومت جمهوری اسلامی بر آن تأکید نیز گردیده است.

بند دوم – ضرورت التزام مجلس قانونگذاری به رعایت حقوق و آزادیهای شهروندان

این رویکرد به قانون اساسی و اصول بنیادین و الهام‌بخش (فرا اصلهای) آن، در فهم و اجرای سایر اصول قانون اساسی نیز موثر است. از جمله اگرچه در اصل هفتاد و یکم قانون اساسی آمده است مجلس شورای اسلامی در عموم مسایل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند اما بلافاصله معلوم می‌شود که با وجود تصریح بر «اختیار» مجلس با توجه به لفظ می‌تواند به وضع قانون در عموم مسایل اولاً آن مجلس «مکلف به وضع قانون در عموم مسایل نیست و ثانیاً در آنجا که احساس تکلیف به وضع قانون کرده است تنها در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کا چنین حدود مقرر مذکور در اصل هفتاد و یکم علاوه بر آن که در اصل چهارم آن قانون مورد اشاره قرار گرفته اند (ضرورت رعایت موازین اسلامی در قانون‌گذاری)، بلکه به ترتیب پیش گفته در برخی دیگر از اصول و از جمله در اصول نهم و چهلیم قانون اساسی نیز تعیین شده اند. در نتیجه می‌توان گفت وفق جمع اصول فوق‌الذکر قانون اساسی گزاره‌های محدود‌کننده ای برای مجلس شورای اسلامی در مقام قانون‌گذاری شکل می‌گیرد که بر اساس آن از جهت ایجابی “مجلس شورای اسلامی در عموم مسایل باید با رعایت موازین اسلامی و حقوق و آزادیهای، ملت قانون وضع کند” و از جهت سلبی “مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند بدون رعایت موازین اسلامی و در مقام نقض یا سلب حقوق و آزادی‌های ملت قانون وضع کند”. تنها استثنا در این خصوص مفاد اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی است که در فرایند مذکور در آن اصل، امکان وضع قوانین مغایر با موازین شرعی و قانون اساسی (بر اساس استنباط و داوری فقهای شورای نگهبان) بنا به تشخیص مصلحت نظام فراهم آمده است. چنین استثنایی در هیچ کدام از اصول قانون اساسی در خصوص امکان تبدیل متن مغایر حقوق و آزادیهای ملت به قانون، وجود ندارد. در نتیجه اگرچه قانون‌گذاری به عنوان اقدامی مداخله‌آمیز و مبتنی بر اصل عدم مداخله و عدم ولایت یا عدم سلطه و با رعایت اصل مداخله حداقلی و

ضروری، حکومت امری غیر اجباری و در نتیجه تشخیصی برای مجلس شورای اسلامی است لیکن در صورت تشخیص آن مجلس به ضرورت مداخله و تقنین چنین مداخله و قانون‌گذاری باید با رعایت حدود مقرر در قانون اساسی یعنی رعایت موازین اسلامی اصل چهارم قانون اساسی) و حقوق و آزادیهای بنیادین ملت (اصل نهم قانون اساسی و عدم اضرار به آن حقوق و آزادیها (اصل چهارم قانون اساسی) صورت گیرد. (گابریل هالوی ۱۳۹۴، صص ۱۳-۲۷).

بر این اساس، اکنون می‌توان با توجه به فرایند استثنایی اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی به بیان گزاره نهایی پرداخت که به موجب «قانون سالب حقوق و آزادیهای ملت حتی اگر توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب برسد و توسط سایر نهادهای حکومتی (شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام) تایید شود و به وسیله رییس جمهور یا رییس مجلس امضا و در نهایت منتشر شود قانون نیست.

بدیهی است با توجه به چنین گزاره‌های قانون نبودن چنین، قانونی نه از جهت عدم رعایت شرایط صوری و شکلی حاکم بر فرایند قانون‌گذاری و تولید متن قانونی (پوزیتویسم حقوقی و فرمالیسم قانونی بلکه از جهت توجه به ماهیت الهام بخش عنصر جمهوریت و مردم سالاری و ضرورت رعایت حقوق و آزادیهای شهروندان در چنین نظام حکمرانی است (عجم اوغلو و رابینسون، ۱۴۰۰ ص ۴۹-۹۵). با چنین رویکردی مشروعیت دموکراتیک یا مردم سالارانه مراجع تصمیم ساز در نظام حکمرانی از یک سو منوط به نمایندگی آن مراجع از مردم در نتیجه انتخابات دموکراتیک و مردم سالارانه میباشد و از سوی دیگر حتی در صورت شکل گیری نهادهای دموکراتیک و منبعث از مشارکت متعارف شهروندان اعتبار ماهوی تصمیمات آنها در قالب انواع قوانین یا مقررات منوط به رعایت حقوق و آزادیهای شهروندان است. (موسوی و هداوند ۱۴۰۲، صص ۲۷۷-۳۰۵).

درست به همین دلیل است که حتی در نظام جمهوری اسلامی تنها آن نهادی که باید بیشترین میزان نمایندگی از ملت را داشته باشد مجلس شورای اسلامی حق قانون‌گذاری دارد و درست به همین ترتیب است که قانون‌گذاری توسط مجلس شورای اسلامی که در ذات و ماهیت خویش باید بیشترین میزان مشروعیت دموکراتیک را از طریق مشارکت آزاد و مستقل شهروندان برای شکل گیری و تأسیس داشته باشد (رحمت الهی و یزدی زاده البرز ۱۳۹۸، صص ۱۴۷ - ۱۶۸) در مقابل تصمیمات سایر نهادها مانند انواع شوراهای عالی، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام دارای بیشترین میزان «ارزش دموکراتیک یا ارزش مردم سالارانه» است.

بر این اساس می‌توان نتیجه گرفت در نظام سیاسی مبتنی بر جمهوریت، حتی قوانین مصوب مجلس در صورتی به معنای واقعی دارای چنین وصفی خواهند بود که نتایج و آثار ناشی از جمهوریت از جمله حقوق ملت را رعایت نمایند چنین تفکیکی میان رعایت یا عدم رعایت آثار و نتایج جمهوریت در فرایندهای تقنینی و محتوای آنچه که موسوم به قانون می‌شود می‌تواند منجر به ایجاد دو مفهوم «قانون واقعی» و «قانون صوری» شود؛ در قانون واقعی، حدود مقرر در قانون اساسی رعایت شده است در حالی که قانون شکلی یا صوری به نقض آن حدود پرداخته است (جیسن استنلی ۱۳۹۸، صص ۱۱۵-۱۰۰). از این جهت اگرچه اقدام مجلس شورای اسلامی و سایر نهادها و فرایندهای دخیل در امر قانون‌گذاری یکی از شرایط تشخیص یک متن به عنوان قانون یا غیر قانون است، اما این ویژگی نه صرفاً تنها شاخص چنین تشخیصی تلقی می‌شود و نه مهمترین شاخص آن است. مهمترین شاخص تشخیص یک متن به عنوان قانون که در عین حال تعیین کننده تفکیک میان یک قانون واقعی از قانون صوری، است همانا رعایت حدود مقرر در قانون اساسی و از جمله رعایت حقوق و آزادیهای ملت است

(استیوارت لیتزایانتس ۱۳۹۳، صص ۱۰)

اگر تاکنون چنین نتیجه‌گیری صرفاً مبتنی بر تبیین و تحلیل عنصر جمهوریت در نظام حقوقی-سیاسی جمهوری اسلامی و قانون اساسی ایجاد کننده آن از یک سو و توجه به حقوق ملت و نقش تعیین کننده آن در اعتبار یا عدم اعتبار تصمیمات مراجع و نهادهای مختلف آن نظام از سوی دیگر باشد - که در عین حال آثار آن به ترتیب پیش گفته در قانون اساسی قابل بررسی و ارزیابی می‌باشد می‌توان گفت چنین رویکردی دارای برخی مبانی نظری و سوابق تاریخی است که به ترتیب، ذیل به اختصار مورد اشاره قرار می‌گیرد.

گفتار دوم - مبانی نظری

اندیشه ای که در قالب گزاره «هر قانونی، قانون نیست» بیان می‌شود دارای برخی مبانی نظری است. برخی از این مبانی درون سیستمی و بعضی برون سیستمی می‌باشند. چنان که در قسمت پیشین توضیح داده شد در نظام سیاسی - حقوقی مبتنی بر جمهوریت تأمین مصالح و منافع عمومی و توجه به خواست آحاد ملت از جمله اهداف نظام سیاسی و وظایف آن است در قانون اساسی جمهوری اسلامی، ایران اصل سوم بیانگر چنین تکالیفی برای حکومت در عرصه های مختلف، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و غیره است.

بند اول: مبانی درون سیستمی؛

مشروعیت دموکراتیک قوانین ضرورت توجه به ویژگی مردم سالارانه جمهوریت نظام سیاسی حاصل از آن را دموکراتیک یا مردم سالار می‌سازد. بدیهی است در نظام سیاسی مردم سالار نه تنها تمام قوا از جمله مجلس قانون‌گذاری بر اساس مشارکت عمومی و با اخذ مشروعیت از مردم شکل می‌گیرند بلکه تصمیمات و تدابیر آنها نیز باید دارای مشروعیت دموکراتیک یا مردم سالارانه باشد (بار ۱۳۹۹، صص ۵۲-۷۶) در این راستا قانون‌گذاری دموکراتیک و به تبع آن سیاست جنایی و حقوق کیفری دموکراتیک از جمله نتایج شکل‌گیری چنین نظام حقوقی - سیاسی می‌باشند (کلاین فلد ۲۰۱۷ ص ۱۴۵۵ - ۱۴۹۰) قانون‌گذاری واقعی یا مشروع که در عین حال از قانون‌گذاری شکل‌گرایانه جدا و متفاوت است (کاتوزیان ۱۳۸۵، حکومت قانون و جامعه مدنی صص ۱۷۵) دارای برخی ویژگی‌هاست که از آن جمله اند:

۱- رعایت اصول اخلاقی و موازین حقوق بشری احترام به کرامت انسانی، آزادی انسان و پذیرش حقوق ذاتی موجود انسانی در قانون‌گذاری از جمله مولفه های قانون‌گذاری مردم سالارانه است که در فراز پایانی اصل نهم قانون اساسی و برخی دیگر از اصول آن قانون مورد تاکید قرار گرفته است. این ویژگی در ماده ۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مورد تاکید قرار گرفته است.

۲- قانون‌گذاری مردم سالارانه با مشارکت مستقیم مردم یا نمایندگان واقعی آنان همه پرسى از یک سو و برگزاری انتخابات واقعی جهت گزینش نمایندگان مردم در نهادهای تقنینی قضایی و اجرایی به تقویت ابعاد مردم سالارانه نظام سیاسی و تحکیم نقش و خواست مردم در شکل‌گیری سیاستها و اجرای آنها منجر می‌شود. چنین فرایندی دارای ارزش دموکراتیک است و موجب ایجاد مشروعیت برای تصمیمات و تدابیر اتخاذی از جمله قوانین موضوعه می‌گردد.

۳- عدالت محوری قانون اگرچه برای تشخیص عدالت و رعایت یا عدم رعایت آن در نظام تقنینی ممکن است

اتفاق نظری وجود نداشته باشد اما قانون اساسی از یک سو و عقل سلیم و احساسات عمومی از سوی دیگر معیار مناسبی برای تشخیص ظلم و عدم اجرای عدالت است تبعیض محوری و عدم توجه به برابری شهروندان امری ناعادلانه است که قانون نمی‌تواند در راستای ایجاد یا حفظ آن وضع شود.

۴- هدفمندی و متناسب بودن: قانون بدون تردید هر تصمیم قانونی دارای اهدافی است. آن قانون که منجر به نقض آزادیهای عمومی و یا با هدف سلب چنین حقوق و آزادیهایی وضع می‌شود فاقد مشروعیت مردم سالارانه و دموکراتیک است. چنین است اگر قانون به نحوی نامناسب و نامتناسب برای تامین هدفی خاص مجموعه ای از ابزارها، نهادها و سازوکارها را به استخدام در آورد در حالی که با توجه به هزینههای گزاف چنین اقدامی مصلحت مناسب یا متناسبی تامین نمی‌شود.

۵- حاکمیت قانون حاکمیت قانون به معنای مسئولیت و پاسخگویی تمام افراد و نهادها در مقابل قوانین مطابق موازین حقوق بشری و برابری آنان در مقابل این قوانین مستلزم پذیرش عمومی آن از یک طرف و رعایت توازن میان حق و تکلیف مخاطبان از جمله شهروندان است. قوانین یک جانبه ای که برای شهروندان تکلیف و برای حاکمیت حق بر تعقیب و پیگیری شهروندان را تجویز میکنند نمی‌توانند مورد استقبال و پذیرش عمومی قرار گیرند. چنین قوانینی مرده متولد می‌شوند و در زیست اجتماعی، ابتدا به عنوان عنصر مزاحم و سپس متروک و مطرود تلقی خواهند شد.

علاوه بر ویژگیهای فوق الذکر، رعایت اصل تفکیک قوا، کنترل قضایی و نظارت پذیری، شفافیت و پیش بینی پذیری، قوانین از جمله ویژگیهای دیگر قانون‌گذاری دموکراتیک و مردم سالارانه تلقی می‌شوند که عدم رعایت هر کدام از آنها خواه توسط مرجع فاقد ارزشهای دموکراتیک یا در نتیجه اتخاذ تصمیمات مغایر مصالح اجتماعی منجر به کاهش ارزش دموکراتیک آن قوانین و در نتیجه کاهش یا فقدان مشروعیت دموکراتیک قوانین مذکور می‌شود (ایوژان، کلو ۱۴۰۲) درست به همین دلیل است که وفق الزام ناشی از مفهوم جمهوریت در اصل ۵۶ قانون اساسی مقرر شده است: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت آن حق خداداد را از طرقی که در اصول بعد می‌آید اعمال میکند. بر همین اساس در اصل ۵۷ قانون اساسی قوه مقننه به عنوان یکی از قوای حاکم در جمهوری اسلامی، ایران تأسیس شده و وفق اصل ۷۱ آن قانون، اگرچه می‌تواند در عموم مسایل قانون وضع کند اما این اقدام باید در حدود مقرر در قانون اساسی» از جمله حدود مذکور در اصل ۵۶ و سایر اصول پیش گفته همانند اصل سوم، اصل چهارم، اصل نهم و اصل چهل و آن قانون باشد.

با توجه به چنین الزامات ناشی از مفهوم جمهوریت و مردم سالاری در شکل‌گیری نظام حقوقی- سیاسی دموکراتیک است که تأکید می‌شود در چنین نظامی، قانون‌گذاری نمی‌تواند از توجه به حقوق و آزادیهای فردی، منافع و مصالح عمومی و برخورداری از مشروعیت و مقبولیت، اجتماعی مستغنی و بی‌نیاز باشد درست به همین دلیل است که به عنوان نمونه مفهوم مصلحت حقوقی یا (Rechtsgut) در نظام حقوقی آلمان، قانون‌گذار را ملزم به استفاده از ابزارهای حقوقی از جمله حقوق کیفری برای حفاظت از ارزشهای اساسی و بنیادین اجتماعی همانند، زندگی تمامیت جسمانی، آزادی، مالکیت، منافع جمعی شهروندان تقویت اعتماد عمومی و اجرای صحیح عدالت و قانون می‌نمایند (بوهلندر، ۱۳۹۰، صص ۲۵-۴۲) در این راستا مصلحت حقوقی یا خیر عمومی، ممکن

است ایجاب نماید که قانون جهت حمایت از آن وارد عمل شده، به نحو متناسب از آن حفاظت نماید این مفهوم در عین حال مانع از ایجاد مشروعیت برای متنی هر چند موسوم به قانون است که به جای تأمین مصالح و خیر عمومی صرفاً جهت تأمین منافع فردی یا گروهی خاص وضع شده و بر عموم افراد جامعه تحمیل می‌شود درست به همین دلیل است که وفق بند ۳ اصل ۱ قانون اساسی آلمان حقه‌های بنیادین ذیل، به منزله مقرراتی که بلاواسطه نافذند، قوای مقننه مجریه و قضاییه را مقید می‌سازند». در اصول بعدی آن قانون اساسی علاوه بر کرامت انسانی حق فرد بر رشد آزادانه شخصیت خود، حق حیات و مصونیت بدنی برابری در مقابل، قانون عدم تبعیض آزادی، ایمان، وجدان، اظهار عقیده مذهبی و جهان بینی و ... از جمله حقوق اساسی افراد است که اعمال آنها نه تنها نیازمند وضع قانونی که اجرای آنها را مجاز بشمارد نیست بلکه از دیگر سو، مطابق بند ۳ اصل ۱ آن قانون اساسی قوای، مقننه مجریه و قضاییه نمی‌توانند مقررات یا اقدامات محدود کننده ای در خصوص چگونگی اعمال آن حقوق وضع نمایند.

بند دوم: مبنای برون سیستمی؛

نظریه عدالت رادبروخ گوستاو رادبروخ (۱۸۷۸-۱۹۴۹) یکی از نظریه پردازان مهم فلسفه حقوق در آلمان است. او صرف نظر از گرایش اولیه به حقوق موضوعه و ضرورت تبعیت از قوانین دولت ساخته، پس از ملاحظه جنایات نازیها در رویکرد خود تجدید نظر نمود و با تأکید بر این که در شرایط عادی یک قانون حتی اگر ناعادلانه باشد باید اجرا شود، اعلام نمود: «اما اگر قانون به شکل اساسی و بنیادین با عدالت در تضاد باشد نباید به عنوان یک قانون و معتبر شناخته شود». مقاله اساسی او در این خصوص تحت عنوان «قانون ناعادلانه و قانون فراتر از قانون»، موجب شکل گیری فرمولی شده است که از آن تحت عنوان «فرمول رادبروخ» یاد می‌شود (بوهلندر، همان ص ۳۲) این مقاله که در سال ۱۹۴۶ و به عنوان پاسخی به فجایع و ظلم های ارتكابی در حکومت آلمان هیتلری (نازیسم بود بر این نکته مهم تأکید نمود در صورتی که قانون به شدت ناعادلانه باشد و اصل بنیادین عدالت را نقض کند، نمی‌تواند به عنوان یک قانون شناخته شود (رادبروخ، ۱۹۴۶).

در این مقاله اندیشه اساسی او ذیل گزاره قانون ناعادلانه دیگر قانون نیست شکل گرفته و چنین نتیجه گیری شده است که: «وقتی بی عدالتی در قانون به حدی برسد که اساساً عدالت را انکار کند، آن قانون باید بی اعتبار تلقی شود». از نظر رادبروخ، حقوق باید سه ارزش بنیادین را مورد توجه قرار دهد - ۱: عدالت به معنای انصاف و حقانیت ۲- امنیت حقوقی به معنای ثبات و پیش بینی پذیری قوانین و ۳- مصلحت گرایی به معنای تأمین اهداف جامعه (کارآمدی).

از دیدگاه رادبروخ عدالت بر امنیت حقوقی برتری دارد و در نتیجه در صورت غیرعادلانه بودن شدید قوانین نمی‌توان آنچه را که وصف قانونی یافته است قانون تلقی نمود. مطابق نظر رادبروخ «در جایی که تضاد میان امنیت حقوقی و عدالت به وجود می‌آید، یعنی میان قانون که محتوایش قابل اعتراض است اما موضوعه است و قانونی که عادلانه است اما در قالب قانون رسمی شکل نگرفته است در واقع یک تضاد میان خود عدالت ایجاد می‌شود: تضادی میان عدالت ظاهری و عدالت واقعی این تضاد را انجیل به شکل با شکوهی بیان کرده است آن گاه که از یک سو فرمان می‌دهد تابع قدرتی باشید که بر شما حکومت میکند اما از سوی دیگر بیان میکند باید خدا را بیش از انسانها اطاعت کرد». در اندیشه رادبروخ تضاد میان عدالت و امنیت حقوقی باید به نحوی حل شود که قانون موضوعه حتی اگر در محتوایش ناعادلانه و ناکارآمد، باشد همچنان اولویت داشته باشد مگر آن که

تناقض میان قانون موضوعه و عدالت به حد غیر قابل تحمل برسد که در این صورت قانون به عنوان قانون «نادرست باید به عدالت تسلیم شود (پالسون، ۲۰۰۶، صص ۱۷-۴۰). راد بروخ تاکید میکند رسم» یک خط مرزی روشن بین مواردی که قانون ناعادلانه است و همچنان معتبر باقی میماند و مواردی که قانون ناعادلانه دیگر اعتباری ندارد، غیر ممکن است اما یک تمایز دیگر می‌تواند با صراحت کامل ترسیم شود. در جایی که حتی تلاش برای دستیابی به عدالت انجام نمی‌شود جایی که برابری – که جوهر عدالت است – به عمد هنگام تدوین قانون موضوعه انکار شده است در چنین مواردی قانون نه فقط قانون نادرست بلکه فاقد ماهیت قانونی است زیرا نمی‌توان حقوق حتی حقوق موضوعه را جز به عنوان نظم تعریف کرد که از نظر ماهوی برای خدمت به عدالت تعیین شده است. با این، معیار بخشهای گسترده ای از قوانین ناسیونال سوسیالیستی آلمان هرگز به مرتبه قوانین معتبر نرسیدند. برجسته‌ترین ویژگی شخصیت هیتلر که به جوهر کل «حقوق» ناسیونال سوسیالیستی تبدیل شد فقدان کامل حس حقیقت و حس عدالت بود: چون او هیچ احساسی نسبت به حقیقت نداشت می‌توانست هرچیزی که برای سخنرانی‌اش موثر باشد را بدون شرم و عذاب وجدان به عنوان حقیقت ارایه کند و چون هیچ احساسی نسبت به عدالت نداشت می‌توانست بی پروا ترین استبداد را به قانون تبدیل کند».

(بوهلندر، همان، ص ۳۳)

یکی از جلوه های توجه به نظریه را د بروخ را می‌توان در ماده ۱۹ قانون اساسی آلمان ملاحظه نمود که وفق آن:

۱- هرگاه، قانون یک حق اساسی را مطابق با این قانون محدود کند باید به طور کلی و بدون تبعیض اجرا شود قانون نمی‌تواند یک گروه خاص را هدف قرار دهد یا به ضرر آن عمل کند.

۲- به هیچ وجه نمی‌توان متعرض ذات و ماهیت یک حق اساسی شد.

۳- حقهای بنیادین در مورد اشخاص حقوقی داخل کشور نیز تا جایی که ماهیتا بر آنها قابل اعمال باشد اعتبار دارند.

۴- چنانچه حق کسی توسط مقامات رسمی نقض گردد آن فرد می‌تواند به دادگاه مراجعه کند...»

مفاد اصل ۱۹ قانون اساسی آلمان در راستای بند ۳ اصل ۱ آن قانون است که مقرر نموده بود: «حقهای بنیادین، ذیل به منزله مقرراتی که بلا واسطه، نافذند، قوای مقننه مجریه و قضاییه را مقید میسازند به عبارت دیگر در حالی که قوای سه گانه حکومتی وفق بند ۳ اصل ۱ قانون اساسی آلمان مقید به رعایت حقهای بنیادین بشری هستند، وفق اصل ۱۹ می‌توان به نتایج ذیل دست یافت:

۱- اصل عمومیت و عدم تبعیض: هرگونه محدودیت حقوق اساسی باید به صورت کلی اعمال شود و نباید گروه خاصی را هدف قرار دهد یا تبعیض آمیز باشد.

۲- اصل عدم نقض ماهیت اصلی حق: هیچ قانونی نباید به گونه ای تنظیم شود که ماهیت اصلی یا بنیادین یک حق اساسی را از بین ببرد. این اصل به عنوان «اصل ماهیت اساسی حقوقی» شناخته می‌شود

۳- اعمال حقوق اساسی برای اشخاص حقوقی: حقوق اساسی به شرکتها، موسسات و سایر اشخاص حقوقی نیز تا حدی که قابل اعمال باشد، گسترش می یابد.

۴- حق مراجعه به دادگاه: هر شخصی که احساس کند حقوق او توسط مقامات نقض شده است حق دارد به

دادگاه شکایت کند. این قسمت از اصل ۱۹، تضمین کننده اصل دسترسی به عدالت است

گفتار سوم – چرا مصوبه حجاب و عفاف نمی‌تواند یک قانون باشد؟

با توجه به آنچه که تاکنون در خصوص شرایط ذاتی تبدیل اراده ملی به یک متن قانونی در نظام سیاسی مبتنی بر جمهوریت بیان گردید و نیز با توجه به مبانی نظری پیش گفته می‌توان به آسانی نتیجه گرفت که هر متن مصوب مرجع یا مراجع قانون‌گذاری، حتی اگر فرایند تقنین را به طور کامل طی نماید لزوماً نمی‌تواند یک قانون باشد؛ زیرا چنان که بیان گردید قانون در نظام مبتنی بر مردم سالاری و جمهوریت و نیز از لحاظ مبانی نظری، دارای ویژگی‌هایی است که آن را از شکل‌گرایی محض جدا، نموده به لایه‌های عمیق دموکراسی و حقوق بشر پیوند می‌دهد.

مصوبه موسوم به عفاف و حجاب نیز از این زاویه قابل بررسی است تا نه تنها از لحاظ شکلی بلکه به لحاظ ماهوی معلوم گردد که چنین متنی قابلیت آن که به عنوان قانون به رسمیت شناخته شود را ندارد. اهم دلایل و نکات مربوط به این موضوع را در بندهای ذیل مورد اشاره قرار می‌دهیم.

بند اول: فقدان مشروعیت دموکراتیک

لایحه موسوم به عفاف و حجاب که توسط قوه قضاییه تهیه و در تاریخ ۹ اردیبهشت ۱۴۰۲ به دولت سید ابراهیم ریسی تحویل شده، بود به تاریخ ۲۷ اردیبهشت مورد تأیید دولت مذکور قرار گرفته به مجلس شورای اسلامی ارسال گردید در تاریخ ۲۲ مرداد ۱۴۰۲ نمایندگان عضو مجلس شورای اسلامی با استناد به اصل ۸۵ قانون اساسی، بررسی این لایحه را از صحن علنی مجلس خارج کرده و به گروهی از نمایندگان سپردند.

آنچه که در خصوص فقدان مشروعیت دموکراتیک تصویب چنین متنی قابل اشاره است این که تصویب متن مذکور نخست در مجلسی به یک کمیسیون آن احاله شده است که خود دارای حداقل مشروعیت دموکراتیک می‌باشد مجلس فعلی شورای اسلامی که دوازدهمین دوره خود را طی میکند در نتیجه انتخابات برگزار شده در تاریخ ۱۱ اسفند ۱۴۰۲ ایجاد شده است که در آن حدود ۴۰ درصد واجدان شرایط شرکت کرده اند. در استان تهران، میزان مشارکت واجدان شرایط ۲۴ درصد بوده است. صرف نظر از فقدان شرایط عادلانه و آزادانه در فرایند تأیید کاندیداها که به دلیل نظارت استصوابی سخت گیرانه شورای نگهبان موجب محرومیت طیف گسترده‌ای از کاندیداها از شرکت در فرایند انتخاب شدن گردیده است، توجه به این نکته ضروری است که نمایندگان فعلی مجلس نماینده کمتر از نیمی از جمعیت واجدان شرایط رای دادن در کشور می‌باشند علاوه بر این در مجلسی که خود واجد وصف حداقلی است تصویب متن عفاف و حجاب به کمیسیون حقوقی و قضایی آن احاله شده است که آن کمیسیون و اعضای آن نیز دارای حداقل مشروعیت دموکراتیک در درون مجلس (به لحاظ تعداد اعضاء که یازده نفر می‌باشند و از طرف حوزه‌های انتخابیه می‌باشند. کمیسیون مذکور شامل ۱۱ نماینده است که مجموع آرای کسب شده توسط آنها در حوزه‌های انتخابیه‌شان حدود ۵۲۵ هزار رأی بوده است. بر این اساس اگر مجلس دوازدهم با حدود ۲۵ میلیون رأی از طرف واجدان شرایط که معادل حدود ۴۰ درصد کل واجدان رای دادن را تشکیل میدادند شکل گرفته باشد تعداد مجموع آرای اعضای کمیسیون حقوقی و قضایی آن مجلس که اقدام به بررسی و تصویب متن عفاف و حجاب کرده اند کمتر از نیم درصد آرای نمایندگان همان مجلس حداقلی بوده است. با این وجود توجه به آرای مأخوذه اعضای کمیسیون مذکور از حوزه‌های انتخابیه شان نیز نشان می‌دهد که

همان اعضا در حوزه های انتخابیه شان نیز دارای حداقل مشروعیت دموکراتیک بوده اند. این موضوع با توجه به میزان آرای ماخوذه نمایندگان عضو کمیسیون فوق الذکر و چگونگی نمایندگی آنان روشن تر می شود برخی اعضای کمیسیون مذکور و میزان آرای آنها از حوزه های انتخابیه به شرح زیر است:

- موسی غضنفرآبادی حدود ۳۰ درصد واجدان شرایط در حوزه انتخابیه بم، ریگان، فهرج، و نرمایش با مجموع آرای ۶۸/۳۵۴ رأی - محمد سرگزی از حوزه انتخابیه زابل با ۴۸/۷۹۱ رأی و حدود ۳۰ درصد آراء - علی آذری از حوزه انتخابیه قوچان با کسب ۲۷/۷۹۱ رأی و حدود ۳۰ درصد آراء - محمدتقی نقد علی از حوزه اصفهان با کسب ۴۵/۷۶۷ رأی وح و حدود ۵۰ درصد اراء - محمد نوردهانی از حوزه انتخابیه سراوان با کسب ۳۱/۱۰۹ رأی و حدود ۴۳ درصد آراء - مجتبی ذوالنوری از حوزه انتخابیه قم با کسب ۱۴۹/۲۸۳ رأی و حدود ۳۸ درصد آراء.

با توجه به جمعیت حدود ۸۵ میلیون نفری، ایران نمایندگان مذکور که دارای حدود ۵۲۵ هزار رأی بوده اند تقریباً تعداد رأی معادل پنجاه و هشت صدم درصد کمی بیش از نیم درصد از کل جمعیت کشور را نمایندگی میکنند در حالی که در درون همان مجلس شورای اسلامی نیز تعداد نمایندگان مذکور حدود یک بیست و نهم تعداد نمایندگان آن مجلس می باشد.

علاوه بر این نمی توان از نظر دور داشت که وفق قسمتی از ماده ۳۸ قانون آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی تعداد اعضای کمیسیونهای، تخصصی حداقل نوزده و حداکثر بیست و سه نفر است و وفق بند ۲- ۱۲ ماده ۵۶ آن قانون و ماده ۵۷، کمیسیون قضایی و حقوقی یکی از کمیسیونهای تخصصی مجلس است که باید دارای حداقل نوزده عضو باشد. از این جهت معلوم نیست وفق کدام معیار و مبنای قانونی، کمیسیون قضایی و حقوقی به صورت قانونی تشکیل شده و صلاحیت قانون گذاری دارد؟

بر این اساس با رویکردی صرفاً آماری و شکل گرایانه می توان گفت آنچه به عنوان متن و حجاب یا حمایت از خانواده از طریق ترویج فرهنگ عفاف و حجاب به تصویب رسیده است دارای حداقل شاخصهای نمایندگی دموکراتیک و جمهوریت نیست. چنین وضعیتی با اطلاق اصل هشتاد و پنج قانون اساسی که صراحتاً مقرر نموده است «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی تواند اختیار قانون گذاری را به شخص یا هیئتی واگذار کند. در تعارض، است، هر چند در ادامه متن مذکور صراحتاً مقرر شده است ولی در موارد ضروری می تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیونهای داخلی خود تفویض کند». در این خصوص معلوم نیست کدام ضرورت ایجاب نموده است که مجلس اختیار قانون گذاری را از خود به کمیسیونی حداقلی تر واگذار نماید که بنا به آمار پیشین آن کمیسیون نیز دارای حداقل نمایندگی از ملت به طور کلی و حوزه های انتخابیه اعضای کمیسیون مذکور، به نحو خاص می باشد. این نکته از آن جهت قابل توجه است که با توجه به محتوا و ماهیت و نیز دامنه شمول متن مصوب آن کمیسیون در خصوص عفاف و حجاب که تمام عرصه های زیستی، اقتصادی اجتماعی آحاد افراد جامعه ایرانی را تحت تأثیر قرار میدهد، نمی توان بدون طی فرایند واقعی قانون گذاری به تصویب و تبدیل آن به یک متن قانونی مشروع و واقعی اقدام نمود.

علاوه بر این اکنون که با وضع و تصویب این متن در مجلس شورای اسلامی و تایید آن در شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت ابلاغ و اجرای آن توسط رییس جمهور و قوه مجریه با مقاومت و اعتراض جدی روبرو شده و در نهایت با تصمیم شورای عالی امنیت ملی از اجرای آن جلوگیری به عمل آمده است بیش از پیش می توان در

مشروعیت دموکراتیک چنین مصوبه ای تردید نمود.

بند دوم: سیاست جنایی اقتدارگرا

ذات جمهوریت، چنانکه بیش از این گفته شد، الهام بخش ضرورت مشارکت مردم در همه عرصه های سیاستگذاری از جمله سیاستگذاری جنایی است. متن مصوب موسوم به حمایت از خانواده از طریق ترویج فرهنگ عفاف و حجاب حاوی تدابیر و اقدامات کنترلی کیفری متنوع و متفاوت در عرصه های مختلف آموزشی، فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی، اداری، نظامی، سیاسی و ... برای آحاد شهروندان و غیر شهروندان و نیز دستگاه های مختلف از جمله سازمان های نظامی و شبه نظامی است (مینیون وو، ۱۳۹۰، ۱۹۱-۲۱۸). چنین سطحی از مداخله و سیاستگذاری حکایت از سودای سیاستگذاری جنایی تمام عیار و فراگیر (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۹۰، ۴۳-۴۴) در نزد طراحان و تصویب کنندگان چنین متنی مینماید. لیکن با توجه به ویژگی های مداخله آمیز حداکثری و تلاش طراحان این متن برای آن که هیچ عرصه ای از عرصه های زیستی شهروندان و غیر شهروندان را مصون از مداخله اداری، انتظامی، انضباطی اقتصادی و مالی کیفری و ... ننماید، بیانگر اتخاذ رویکردی اقتدارگرا همراه با حداکثر سخت گیری است (وود و دولوکا، ۱۳۹۸، صص ۱۰۸-۱۱۳) اکنون با رویکردی تخصصی و در مقام مقایسه با سایر تدابیر اتخاذی در سیاستگذاری جنایی مربوط به عرصه هایی مانند مبارزه با فساد (موضوع قانون ارتقای نظام سلامت اداری) و مقابله با فساد قاچاق کالا و ارز (موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز)، حمایت از اطفال و نوجوانان (موضوع قانون حمایت از اطفال و نوجوانان)، اخلال در نظام اقتصادی (موضوع قانون مجازات اخلال در نظام اقتصادی)، مبارزه با پولشویی (موضوع قانون مبارزه با پولشویی) حمایت از میراث زیستی (موضوع قانون ایمنی زیستی جمهوری اسلامی ایران) حمایت از سلامت اداری (موضوع قانون خدمات کشوری و ده ها قانون بینادین دیگر) می توان گفت هیچ کدام از قوانین مذکور جهت حمایت از مصالح و ارزش های موضوع خود تا این اندازه مداخله آمیز سخت گیرانه و دارای رویکرد تهاجمی و کنترل کننده حداکثری نمی باشند عطش سیری ناپذیر طراحان و تصویب کنندگان این متن در گسترش حوزه مداخله تعمیق و تشدید انواع واکنشها و پاسخها تهدید به حداکثر مجازات و تحمیل انواع محرومیت ها بیانگر تمایل به بیشترین میزان استفاده از تمام امکانات نظام حکمرانی و مصرف بیش از حد زور و قدرت ساختاری جهت اطمینان از حمایت از خانواده از طریق ترویج فرهنگ و عفاف و حجاب دارد. علاوه بر این توجه به نکته ای دیگر خالی از فایده نیست در حالی که مصوبه موصوف با رویکرد ابزارگرایانه محض، حمایت از خانواده را بهانه و دلیل تدارک چنین مداخله حداکثری جهت کنترل کیفیت پوشش شهروندان، بیان نموده است، در قانون اصلی موسوم به قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ چنین میزانی از استخدام تمام توان نظام حکمرانی و بسیج کلیه منابع کشوری همراه با حداکثر توسل به ابزارهای کیفری و غیر کیفری برای حمایت از نهاد خانواده ملاحظه نمی شود؛ گو این که با توجه به آنچه که در عنوان و ماده ۱ این متن و برخی مواد دیگر آن آمده است - در قیاس با حمایت و حفاظت از تمامیت نهاد خانواده که، موضوع قانون اصلی حمایت خانواده ۱۳۹۱ است کنترل پوشش شهروندان چنان به عنوان مهمترین ابزار حمایت از این نهاد اجتماعی و فردی تلقی شده که در قانون اصلی جهت حمایت از خانواده کمترین توجهی به آن نشده است.

بند سوم: سیاست کیفری سخت گیرانه ناعادلانه و تبعیض آمیز

صرف نظر از این که آماج اصلی چنین متنی تنها گروهی از افراد جامعه (زنان) هستند که به نحوی تبعیض آمیز و

آن هم با رویکرد منفی و سلب کننده توان زیست اجتماعی آزادانه موضوع چنین سیاستی قرار گرفته اند باید خاطرنشان نمود که نظام تعیین واکنش و انواع پاسخ در این متن عمدتاً ناظر به بدحجابی یا بی حجابی مورد نظر در آن است و بر خلاف آنچه که در صدر ماده ۱ متن مذکور آمده است برهنگی و بی عفتی موضوع اصلی این قانون و پاسخ‌های آن نیست.

بر این اساس آنچه که از آن به عنوان جرم در این متن یاد شده است همان است که تحت عنوان کشف حجاب و بدپوششی مفهوم سازی شده است. بر این اساس دغدغه اصلی این متن کنترل حجاب و بدپوششی است که آن هم عمدتاً زنان را موضوع و مخاطب خویش قرار میدهد در اجرای سیاست کیفری سخت گیرانه، علاوه بر تمام نهادهای قضایی، اداری اقتصادی و ...، نهادهای امنیتی، نظامی - اطلاعاتی از قبیل وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه پاسداران انقلاب اسلامی به منظور رصد اطلاعاتی جرایم سازمان یافته و جلوگیری از گسترش فرهنگ برهنگی، بی عفتی، کشف حجاب و بدپوششی در کشور مکلف به انجام وظایف مذکور در ماده ۲۵ آن متن هستند. در این ماده مفاهیم کلی مانند گسترش فرهنگ بی عفتی ...، مداخلات بیگانگان جنگ شناختی، دشمن شناسایی توطئه ها بدنام کردن امر به معروف و نهی از منکر و ... هوشیارسازی و مصونیت بخشی مدیران ... نفوذ عناصر فاسد و توطئه ها و تهدیدهای اخلاقی و رفتاری دشمن و ... مفاهیم کلی دیگر زمینه مداخله دو نهاد کلان امنیتی - اطلاعاتی را فراهم می نماید.

چنین مداخله ای حتی محدود به نهادهای رسمی و حاکمیت جمهوری اسلامی ایران نشده بلکه علاوه بر تمام نهادها و مراجع رسمی و غیر رسمی ایرانی، در تبصره ۲ ماده ۳۲ «امکان مداخله مهاجرین یا اتباع بیگانه در صورت دارا بودن مجوز اقامت رسمی از وزارت کشور» نیز ایجاد شده است.

جرایم موضوع این قانون که عبارت از ترویج یا تبلیغ برهنگی بی عفتی، کشف حجاب یا بدپوششی می شوند می توانند مشمول انواع مجازاتها از جمله اعدام (طبق ماده ۳۷) تا انواع حبس جزای نقدی محرومیت ها و محدودیتها و به طور کلی تحدید حقوق و آزادیهای اجتماعی در عرصه رفت و آمد آزادانه حق بر، اشتغال، حق بر آموزش، حق بر اظهار نظر آزادانه، حق بر اداره و مدیریت و ... می شوند. در این متن نه تنها اشخاص حقیقی، بلکه اشخاص حقوقی و نه تنها فضای زیست واقعی بلکه فضای مجازی زیست شهروندان نیز آماج ضمانت اجراهای کیفری مذکور میباشند که صرف نظر از امکان اعمال یا عدم امکان آنها در بسیاری از موارد با توجه به نوع و ماهیت عمل ارتكابی به شدت فاقد تناسب میان جرم و مجازات می باشد. با تحمیل انواع مجازاتهای تکمیلی و تبدیل آنها به مجازاتهای اصلی به منظور تشدید مجازات و محرومیت موجب سخت گیری بیشتر در کیفر دهی موضوع این متن شده است.

گستره تحمیل انواع تحریم ها به اندازه ای است که شهروندان ایرانی را که در طول چند دهه گذشته مشمول تحریم های خرد کننده خارجی قرار گرفته اند اکنون به دلیل عدم رعایت مفاد این متن و عدم پرداخت جریمه های موضوع آن وفق تبصره ۱ ماده ۵۶ موضوع تحریم های مضاعف و متعددی که سلب کننده انواع حقوق آنها به شرح مندرج در بندهای پنج گانه مذکور در آن تبصره می باشند قرار می دهد.

اشتهای طراحان این متن برای تشدید و توسعه توسل به مجازات را می توان در ماده ۶۳ نیز ملاحظه نمود که مطابق آن: «دادگاه می تواند حسب مورد مرتکبان هر کدام از جرایم موضوع این قانون را علاوه بر اعمال مجازاتهای مقرر در این قانون به برخی از موارد مندرج در ماده (۲۳) قانون مجازات اسلامی متناسب با

رفتار، ارتکابی حداکثر به مدت دو سال محکوم نماید».

تحمیل چنین حدی از زیست مبتنی بر الگوی تحریم در تحریم، بدون تردید موجب شکل گیری قفس کیفری گسترده ای می شود که بخش بزرگی از جمعیت کشور به نحو گریزناپذیری از جمله ساکنان پشت میله های آن خواهند بود. با این وجود نکته قابل توجه آن است که موضوع مجازاتهای تکمیلی ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ارتکاب جرایم مشمول حد قصاص یا مجازاتهای تعزیری از درجه شش تا درجه یک است لیکن در اینجا مرتکب اعمال موسوم به برهنگی بی عفتی و کشف حجاب یا بدپوششی مشمول همان محدودیتها یا محرومیت‌هایی واقع می شود که مرتکب، زنا، لواط مساحقه و تا قتل عمد و سرقت توأم با خشونت چنین میزانی از تحمیل عامدانه عدم تناسب میان جرم و مجازات در این متن، نه تنها حاکی از دشمن انگاری شهروندان و کیفرگرایی افراطی آن است (غلامی، ۱۳۸۹ ۴۲۹-۴۵۰)، بلکه موجب تخدیش هرگونه احساس اجرای عدالت (فولر، ۱۵۷، ۱۹۶۵-۱۵۹) و در نتیجه تبدیل یک متن موسوم به قانون به یک قانون‌نامه ظالمانه است.

نتیجه گیری:

صرف نظر از آثار و نتایج اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، اداری، سیاسی، حقوقی و قضایی سیاستهای اتخاذی در متن موسوم به «قانون حمایت از خانواده از طریق ترویج فرهنگ عفاف و حجاب»، در این مقاله با تاکید بر نوع و ماهیت نظام سیاسی - حقوقی ایران و توجه به نتایج و آثار مولفه جمهوریت از برخی مبانی نظری از سوی دیگر تلاش شده است به فهم این نکته وفق برخی ظرفیت‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و بعضی از بدیهیات عقلی و نظری، دست یابیم که هر متن مصوب یک نهاد حتی ذیصلاح حکومتی لزوما نمی تواند به صرف برخورداری از شرایط شکلی و تشریفاتی به جامه قانون درآید و واجد وصف قانون شود. استعمال واژه قانون و استفاده از آن در این گونه موارد نوعی سوء استفاده از قدرت است که در نظام مبتنی بر جمهوریت، که در آن هیچ مقام و مرجعی مصون از پاسخگویی و مسئولیت نیست، نه تنها موجب تحقق جرم حکومتی است، بلکه موجبات ایجاد مسئولیت حقوقی و کیفری را نیز باید به دنبال داشته باشد قوه مقننه و هیچ نهاد حکومتی دیگر نمی تواند به صرف دارا بودن برخی اختیارات تقنینی که آن هم وفق قانون اساسی مشروط و محدود به رعایت حدود و ضوابطی است هرگونه تمایل عقیده و اراده ای را تبدیل به یک متن قانونی الزام آور نماید تا از طریق آن شهروندان صاحب حق را به رعایای موضوع قوانین و مقررات نامتناسب تبدیل کند.

این مقاله در جستجوی آن بوده است که ثابت کند هر متن موسوم به قانون، ضرورتاً یک قانون نیست و چنین همسان‌پنداری و قیاسی از اساس باطل است آن چنانکه مولانا فرمود:

کار پاکان را قیاس از خود مگیر / گرچه ماند در نبشتن شیر و شیر جمله عالم زین سبب گمراه شد / کم کسی ز ابدال حق آگاه شد همسری با انبیا برداشتند / اولیا را همچو خود پنداشتند گفته اینک ما بشر ایشان بشر / ما و ایشان بسته خوابیم و خور این ندانستند ایشان از عمی / هست فرقی در میان بی‌منتهی هر دو گون زنبور خوردند از محل / لیک شد زان نیش و زین دیگر عسل هر دو گون آهو گیا خوردند و آب / زین یکی سرگین شد و زان مشک ناب هر دو نی خوردند از یک آب‌خور / این یکی خالی و آن پر از شکر صد هزاران این چنین اشباه بین / فرقاشان هفتاد ساله راه بین

منابع و مآخذ:

۱- هاشمی، سید محمد (1402) حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، انتشارات میزان ۲- پتی، فیلیپ (1388) جمهوری خواهی، نظریه‌های در آزادی و حکومت، ترجمه فرهاد مجلسیپور، شرکت نشر و پژوهش شیراز. ۳- جعفریتبار، حسن (1385) نسبت آزادی و قانون، در: ناصر کاتوزیان، حکومت قانون و جامعه مدنی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، مرکز مطالعات حقوق بشر. ۴- فیرحی، داود (1400) دولت مدرن و بحران قانون، نشر نی. ۵- براون، وندی و دیگران (1401) اقتدارگرایی، سه کاوش در نظریه انتقادی، نشر نی. ۶- هالوی، گابریل (1394) نگاهی نو به اصل قانونمندی در حقوق جنایی، ترجمه محمدجعفر ساعد، مجمع علمی و فرهنگی مجد ۷- عجم اوغلو، دارون و جیمز رابینسن (1400) ریشه‌های اقتصادی دیکتاتوری و دموکراسی، انتشارات کویر. ۸- موسوی، سید مجید و مهدی هداوند (1402) «تحلیلی بر جنبه‌های توجیهی برتری حق بر قانون در دانش حقوق، مجله حقوقی دادگستری، دوره 88 شماره 9 125. ۹- رحمت اللهی، حسین و فاطمه یزدی زاده البرز (1398) اخلاقیات درونی قانون در اندیشه لون فولر، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره 86. ۱۰- استنلی، جین (1398) سازوکار فاشیسم، سیاست ما و آنها، موسسه انتشارات نگاه، تهران. ۱۱- لیتزایانس، استیوارت (1393) فاشیسم و نازیسم، انتشارات پردیس دانش، تهران. ۱۲- بار، نیکوکالس (1399) نظریه اقتصادی دولت، مبانی اقتصادی دولت رفاه»، ترجمه علی سرزعی و مریم حاجی قربانی دوالبی، نشر کرگدن، تهران. ۱۳- کاتوزیان، ناصر (1385) حکومت قانون و جامعه مدنی، در: حکومت قانون و جامعه مدنی کتاب، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، مرکز مطالعات حقوق بشر. ۱۴- کلو، ایوژان (1402) اصول هفتگانه حقوق کیفری، ترجمه سید حسن حسینی و هدیه نصیری، انتشارات میزان. ۱۵- بوهالندر، مایکل (1390) مبانی حقوق کیفری آلمان، ترجمه اصلی عباسی، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد. ۱۶- وود، رندال و کارمینه دولوکا (1398) خودآموز دیکتاتورها، ترجمه بیژن اشتیری، نشر ثالث، تهران ۱۷- غالمی، حسین (1389) «جرم یا جنگ؛ تاملی جرم شناختی در مفهوم محاربه»، مجموعه مقالات استاد دکتر ابوالقاسم گرجی، جلد دوم، انتشارات انجمن آیار و مفاخر فرهنگی، تهران ۱۸- یون وو، مین (1390) درآمدی بر سیاست جنایی توتالیتار: جرم و مجازات در کره شمالی) با تاکید بر نقش پلیس، ترجمه حسین غالمی، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره 19، تابستان 1390 ۱۹- نجفی ابرنآبادی، علی حسین (1390) درآمدی بر سیاست کیفری عوام گرا دیباچه ویراست سوم در: الزرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، چاپ دوم، نشر میزان، تهران 20- Kleinfeld, Joshua (2017) Three principles of democratic criminal justice, Northwestern university law review, USA. 21- Radbruch, Gustav (2006) Statutory lawlessness and supra-statutory law (1946), Oxford journal of legal studies, 26 (1): 1-11 22- Paulson, Stanley (2006) On the background and significance of Gustav Radbruch's post-war papers, Oxford journal of legal studies, 26 (1): 17-40. 23- Fuller, L. Lon (1964) The morality of law, Yale University Press.

منبع: دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق کیفری و جرم‌شناسی؛ اسفند ۱۴۰۳

بیشتر بخوانید:

- نظر یک مرجع تقلید درباره قانون حجاب: خلاف شرع است
- یک قاضی: از خدا می‌خواهم مجبور نشوم با استناد به قانون فاجعه‌بار حجاب، رای صادر کنم
- رئیس کانون وکلای گیلان: «قانون حجاب»، قانونی بد، ناکارآمد و باعث بی‌انضباطی است

- فرمان هشت ماده‌ای امام خمینی (ره) برای تأمین امنیت اجتماعی و قضایی شهروندان
- تجسس همگانی و قانون حجاب
- تحلیلی جرم‌شناسانه بر قانون عفاف و حجاب

یک قاضی