

## "This" Is Not a Law: A Legal-Philosophical Reflection on the Chastity and Hijab Resolution



Hossein Gholami

Professor, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. [golami1970@yahoo.com](mailto:golami1970@yahoo.com)



### Abstract

This paper examines whether the approved text referred to as the "Law on Supporting Families Through Promoting the Culture of Chastity and Hijab" can be considered a legitimate law. A "law," before being formally approved by representatives of the people or by the people themselves, must possess certain substantive conditions and characteristics; without these, it fails to qualify as a true law. In various political systems, legislative authority is often vested in parliaments or legislative assemblies, which are integral components of governance. The type and nature of a political system affect not only the formation and establishment of these entities but also influence the decisions made by various branches, including the parliament.

**Journal of Research and  
Development in Criminal Law and  
Criminology**

Iranian Law and Legal Research  
Institute

Vol. 1 | No. 2 | Fall 2024 and  
Winter 2025  
(Original Article)

<https://jclc.illrc.ac.ir>

DOI:

[10.22034/jclc.2025.2051421.1154](https://doi.org/10.22034/jclc.2025.2051421.1154)

Thus, the political system's nature serves as a fundamental criterion in evaluating the decisions and actions of these bodies. In Iran, the republican aspect of the political system has both substantive and formal implications for legislation and legislative processes. Observing the requirements and outcomes of this principle is essential within the legislative framework. Consequently, not every text approved by legislative bodies can universally be considered a law. This paper addresses these points, combining theoretical foundations with an analysis of the approval process, as well as the content and nature of the aforementioned resolution passed by the Islamic Consultative Assembly (Majlis).

**Keywords :** Republicanism, Freedom, Real Law, Formal Law, Comprehensive Authoritarian Criminal Policy .



## «این» یک قانون نیست (تاملی حقوقی - فلسفی در مصوبه عفاف و حجاب)

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران  
golami1970@yahoo.com

حسین غلامی



دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق کیفری و

جرم‌شناسی

پژوهشگاه حقوق و قانون ایران

دوره ۱ | شماره ۲ | پاییز و زمستان ۱۴۰۳  
(مقاله پژوهشی)

[www.jclg.illrc.ac.ir](http://www.jclg.illrc.ac.ir)

DOI:

[10.22034/jclg.2025.2051421.1154](https://doi.org/10.22034/jclg.2025.2051421.1154)

### چکیده

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.

**کلیدواژه‌ها:** جمهوریت، آزادی، قانون واقعی، قانون صوری، سیاست جنایی اقتدارگرای فراگیر

## مقدمه:

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 سلطه‌گری فردی یا گروهی نیست، بلکه تبلور آرمان سیاسی ملتی هم‌کیش و هم‌فکر 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 تضمین‌گر 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 تصمیم‌گیری‌های 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 آرمان‌گرایانه 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 می‌شود 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 می‌کند که از يك 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 مردم‌سالاری 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 شکل‌گیری نهادهای مختلف از جمله قوه مجریه و قوه مقننه با مشارکت مستقیم مردم در فرایند انتخابات ریاست جمهوری و مجلس قانون‌گذاری 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 تکالیف حکومت دارند. از جمله این اصول، اصل نهم قانون اساسی است که در مقام ایجاد توازن میان دو مفهوم چالش برانگیز آزادی از يك 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 خدشه‌ای 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 يك «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 آزادی‌های 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 مقررّه درآمده‌اند، 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 مقررّه‌ای، قانون یا مقررّه مطابق قانون اساسی و واقعی نیست. این فرض موجب شکل‌گیری این گزاره منبعث از اصل نهم می‌شود 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 تعیین‌کننده هویت و ماهیت هر قانون و مقررّه‌ای باشد که توسط هر مقام یا مرجعی وضع شده باشد؛ به ترتیبی که اگر در آن قانون و مقررّه، آزادی‌های مشروع شهروندان رعایت شده و نقض یا سلب نگردیده باشد، آن مقررّه 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 شکل‌گیری این گزاره منطقی و فلسفی شود که پس: «هر قانونی، قانون نیست»، یا «هر قانونی، نمی‌تواند حتماً قانون باشد». در نتیجه چنین تبیین و تحلیلی است که می‌توان گفت با توجه به فراز پایانی اصل نهم قانون اساسی دو گزاره سلبی و ایجابی زیر شکل می‌گیرد:

«قانون ناقض آزادی‌های مشروع، قانون نیست»، «قانون مطابق آزادی‌های مشروع، قانون است». هر دو گزاره فوق‌الذکر بنا بر حکم صریح قسمت اخیر اصل نهم قانون اساسی نه تنها بیانگر محدودیت اعتبار مراجع تصمیم‌ساز در قالب قوانین و مقررات می‌باشند، بلکه موجبات بی‌اعتباری قوانین و مقررات موضوعه‌ای که به طور صوری و شکلی جامه قانونیت و الزام‌آوری پوشیده‌اند را نیز فراهم می‌نمایند. (داود فیرحی، ۱۴۰۰، صص ۱۶۷-۱۷۰).

بر این تحلیل و استنباط، اصل چهارم 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 وسیله‌ی 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 تأکید آن بر تنظیم روابط میان آحاد ملت و حکومت و نهادهای مختلف آن است، به گونه‌ای 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 منبعت 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 جمهوری 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 قابل توجیه» از سوی دیگر است. چنین است که می‌گوییم نه تنها در

نظام مبتنی بر مردم سالاری 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 (مداخله محدود کننده یا مزاحم) در امور آنهاست (فیلیپ پتی، همان، صص ۴۰-۴۹). 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 تعیین کننده مردم سالاری یا جمهوریت در مقابل ویژگی تمامیت خواه یا اقتدارگرایانه حکومت و نهادهای آن است (وندی تراون و دیگران، ۱۴۰۱، صص ۹-۱۵) 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 الهام بخش (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 کند. چنین حدود مقرر مذکور در اصل هفتاد و یکم، علاوه بر آن که در اصل چهارم آن قانون مورد اشاره قرار گرفته‌اند (ضرورت رعایت موازین اسلامی در قانون‌گذاری)، بلکه به ترتیب پیش گفته در برخی دیگر از اصول و از جمله در اصول نهم و چهلم قانون اساسی نیز تعیین شده‌اند. در نتیجه می‌توان گفت وفق جمع اصول فوق‌الذکر قانون اساسی، گزاره‌های محدود کننده‌ای 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 ان 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 آن «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 گزاره‌ای، 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 جمهوری و مردم‌سالاری و ضرورت رعایت حقوق و آزادیهای شهروندان در چنین نظام حکمرانی است (عجم اوغلو و رابینسون، ۱۴۰۰، صص ۴۹-۹۵). با چنین رویکردی، مشروعیت دموکراتیک یا مردم‌سالارانه مراجع تصمیم‌ساز در نظام حکمرانی، از یک سو منوط به نمایندگی آن مراجع از مردم در نتیجه انتخابات دموکراتیک و مردم‌سالارانه می‌باشد، و از سوی دیگر حتی در

صورت شکل‌گیری 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 شکل‌گیری و تأسیس داشته باشد (رحمت‌اللهی 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 ۱۰۰-۱۱۵). 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 تعیین‌کننده 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 ۱۰-۱۹).

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

اندیشه‌ای 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 عرصه‌های 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 قانون گذاری 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، قانون گذاری دموکراتیک و به تبع آن سیاست جنایی و حقوق کیفری دموکراتیک از جمله نتایج شکل‌گیری چنین نظام حقوقی - سیاسی می‌باشند (کلاین فلد، ۲۰۱۷، صص ۱۴۵۵-۱۴۹۰) قانون گذاری واقعی یا مشروع که در عین حال از قانون گذاری شکل‌گرایانه جدا و متفاوت است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، حکومت قانون و جامعه مدنی، صص ۵-۱۷) دارای برخی ویژگی‌هاست که از آن جمله‌اند:

۱- رعایت اصول اخلاقی و موازین حقوق بشری: احترام به کرامت انسانی، آزادی انسان و پذیرش حقوق ذاتی موجود انسانی در قانون‌گذاری از جمله مولفه‌های 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 بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مورد تاکید قرار گرفته است.

۲- قانون‌گذاری مردم سالارانه با مشارکت مستقیم مردم یا نمایندگان واقعی آنان: همه‌پرسی از یک سو و برگزاری انتخابات واقعی جهت‌گزینش 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 تأمین هدفی خاص، مجموعه‌ای از ابزارها، نهادها و سازوکارها را به استخدام در آورد، در حالی که با توجه به هزینه‌های گزاف چنین اقدامی، مصلحت مناسب یا متناسبی تأمین 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 يك جانبه‌ای 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 پیش‌بینی 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 چهلم 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 (بوهلاندر، 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: «حق‌های 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 کننده‌ای 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 تجدیدنظر 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 شکل‌گیری فرمولی شده است که از آن تحت عنوان «فرمول رادبروخ» یاد می‌شود (بوهلاندر، همان، ص ۳۲). این مقاله که در سال ۱۹۴۶ و به عنوان پاسخی به فجایع و ظلم‌های 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 نتیجه‌گیری شده است که: «وقتی بی‌عدالتی در قانون به حدی برسد که اساساً عدالت را انکار کند، آن قانون باید بی‌اعتبار 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 پیش‌بینی پذیری قوانین و ۳- مصلحت‌گرایی 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، آن‌گاه 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). رادبروخ تأکید 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 نظمی تعریف کرد که از نظر ماهوی برای خدمت به عدالت تعیین شده است. با این معیار، بخش‌های گسترده‌ای 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 هر چیزی 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 بی‌پروا ترین استبداد را به قانون تبدیل کند». (بوهلاندر، همان، ص ۳۳)

یکی از جلوه‌های توجه به نظریه رادبروخ 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 ماهیتاً 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 بلاواسطه نافذند، قوای مقننه، مجریه و قضاییه را مقید می‌سازند». به عبارت دیگر در حالی که قوای سه‌گانه 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 گونه‌ای تنظیم شود که ماهیت اصلی یا بنیادین يك 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 می‌یابد.

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 يك قانون باشد؟

با توجه به آنچه که تاکنون در خصوص شرایط ذاتی تبدیل اراده ملی به يك 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 يك 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 تایید 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 ان 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 کرده‌اند. 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 سخت‌گیرانه 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 ان 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 انتخابیه‌شان نیز نشان می‌دهد که همان اعضا در حوزه‌های انتخابیه‌شان نیز دارای حداقل مشروعیت دموکراتیک بوده‌اند. این موضوع با توجه به میزان آرای مأخوذه نمایندگان عضو کمیسیون فوق‌الذکر و چگونگی نمایندگی آنان روشن‌تر می‌شود. برخی اعضای کمیسیون مذکور و میزان آرای آنها از حوزه‌های انتخابیه به شرح زیر است:

- موسی غضنفر آبادی: 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 نقدعلی از حوزه اصفهان با کسب ۴۵/۷۶۷ رأی و حدود ۵۰ درصد آراء

- 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 بوده‌اند، 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 می‌باشد.

علاوه بر این نمی‌توان 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 قانون‌گذاری دارد؟

بر این اساس با رویکردی صرفاً آماری و شکل‌گرایانه می‌توان گفت آنچه به عنوان متن عفاف 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 نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیئتی واگذار کند...» در تعارض است، هر چند در ادامه متن مذکور صراحتاً مقرر شده است: «ولی در موارد ضروری می‌تواند 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 قانون‌گذاری را از خود به کمیسיוنی حداقلی‌تر واگذار نماید که بنا به آمار پیشین، آن کمیسیون نیز دارای حداقل نمایندگی از ملت به طور کلی و حوزه‌های انتخابیه اعضای کمیسیون مذکور، به نحو خاص می‌باشد. 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 عرصه‌های زیستی، اقتصادی، اجتماعی آحاد افراد جامعه ایرانی را تحت تأثیر قرار می‌دهد، نمی‌توان بدون طی فرایند واقعی قانون‌گذاری، 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 رییس‌جمهور 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 می‌توان در مشروعیت دموکراتیک چنین مصوبه‌ای تردید نمود.

### بند دوم: سیاست جنایی اقتدارگرا

ذات جمهوریت، چنانکه بیش از این گفته شد، الهام بخش ضرورت مشارکت مردم در همه عرصه‌های 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 عرصه‌های مختلف آموزشی، فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی، اداری، نظامی، سیاسی و .... برای آحاد شهروندان و غیر شهروندان و نیز دستگاه‌های

مختلف از جمله سازمانهای نظامی و شبه نظامی است (مین یون وو، ۱۳۹۰، ۱۹۱-۲۱۸). چنین سطحی از مداخله و سیاستگذاری، حکایت از سودای سیاستگذاری جنایی تمام عیار و فراگیر (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۰، ۴۳-۴۴) در نزد طراحان و تصویب کنندگان چنین متنی می‌نماید. لیکن با توجه به ویژگی‌های مداخله آمیز حداکثری و تلاش طراحان این متن برای آن که هیچ عرصه‌ای از عرصه‌های 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 سخت‌گیری است (وود و دولوکا، ۱۳۹۸، صص ۱۱۳-۱۰۸). اکنون با رویکردی تخصصی و در مقام مقایسه با سایر تدابیر اتخاذی در سیاستگذاری جنایی مربوط به عرصه‌هایی 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 دهها قانون بینادین دیگر می‌توان گفت هیچ کدام از قوانین مذکور جهت حمایت از مصالح و ارزش‌های موضوع خود، تا این اندازه مداخله‌آمیز، سخت‌گیرانه و دارای رویکرد تهاجمی و کنترل کننده حداکثری نمی‌باشند. 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 محرومیت‌ها، 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 نکته‌ای 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 غیرکیفری برای حمایت از نهاد خانواده ملاحظه نمی‌شود؛ 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 سخت‌گیرانه، ناعادلانه و تبعیض‌آمیز

صرف نظر از این که آماج اصلی چنین متنی تنها گروهی از افراد جامعه (زنان) هستند که به نحوی تبعیض‌آمیز و آن هم با رویکرد منفی و سلب‌کننده توان زیست اجتماعی آزادانه، موضوع چنین سیاستی قرار گرفته‌اند، باید خاطر نشان نمود که نظام تعیین واکنش و انواع پاسخ در این متن عمدتاً ناظر به بدحجابی یا بی‌حجابی مورد نظر در آن است و بر خلاف آنچه که در صدر ماده ۱ متن مذکور آمده است، برهنگی و بی‌عفتی 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 سخت‌گیرانه، 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، بی‌عفتی، 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 بی‌عفتی ....، مداخلات بیگانگان، جنگ شناختی دشمن، شناسایی .... توطئه‌ها، بدنام کردن امر به معروف و نهی از منکر و ....، هوشیار سازی و مصونیت بخشی مدیران .... نفوذ عناصر فاسد و توطئه‌ها و تهدیدهای اخلاقی و رفتاری دشمن و ... مفاهیم کلی دیگر، زمینه مداخله دو نهاد کلان امنیتی - اطلاعاتی را فراهم می‌نماید. چنین مداخله‌ای، 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، بی‌عفتی، کشف حجاب یا بدپوششی می‌شوند می‌توانند مشمول انواع مجازات‌ها از جمله اعدام (طبق ماده ۳۷) تا انواع حبس، جزای نقدی، محرومیت‌ها 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 ... می‌شوند. 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 اعمال آنها، در بسیاری از موارد با توجه به نوع و ماهیت عمل ارتكابی، به شدت فاقد تناسب میان جرم و مجازات می‌باشند. تحمیل انواع مجازات‌های تکمیلی و تبدیل آنها به مجازات‌های اصلی به منظور تشدید مجازات و محرومیت، موجب سخت‌گیری بیشتر در کیفر دهی موضوع این متن شده است.

گستره تحمیل انواع تحریم‌ها به اندازه‌ای است که شهروندان ایرانی را که در طول چند دهه گذشته مشمول تحریم‌های خرد کننده خارجی قرار گرفته‌اند، اکنون به دلیل عدم رعایت مفاد این متن و عدم پرداخت جریمه‌های موضوع آن، وفق تبصره ۱ ماده ۵۶ موضوع تحریم‌های مضاعف و متعددی که سلب کننده انواع حقوق آنها به شرح مندرج در بندهای پنج گانه مذکور در آن تبصره می‌باشند، قرار می‌دهد. اشتباهی طراحان این متن برای تشدید و توسعه توسل به مجازات را می‌توان در ماده ۶۳ نیز ملاحظه نمود که مطابق آن: «دادگاه می‌تواند 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 ارتكابی، حداکثر به مدت دو سال محکوم نماید». تحمیل چنین حدی از زیست مبتنی بر «الگوی تحریم در تحریم»، بدون تردید موجب شکل‌گیری قفس کیفری گسترده‌ای می‌شود که بخش بزرگی از جمعیت کشور به نحو گریزناپذیری از جمله

ساکنان پشت میله های ان 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 می‌شود 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 دشمن‌انگاری شهروندان و کیفرگرایی افراطی ان 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 قانون نامه 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 يك سو و رجوع به 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 يك نهاد حتی ذیصلاح حکومتی لزوماً نمی‌تواند 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 نمی‌تواند 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 اراده‌ای را تبدیل به يك 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 يك قانون نیست و چنین همسان پنداری و قیاسی از اساس باطل است. آن چنانکه مولانا فرمود:

گر چه ماند در نیشتن شیر و شیر  
کم کسی ز ابدال حق آگاه شد  
اولیا را همچو خود پنداشتند  
ما و ایشان بسته خوابیم و خور  
هست فرقی در میان بی منتهی  
لیک شد زان نیش و زین دیگر عسل  
زین یکی سرگین شد و زان مشک ناب  
این یکی خالی و آن پر از شکر  
فرقشان هفتاد ساله راه بین

کار پاکان را قیاس از خود مگیر  
جمله عالم زین سبب گمراه شد  
همسری با انبیا برداشتند  
گفته اینک ما بشر ایشان بشر  
این ندانستند ایشان از عمی  
هر دو گون زنبور خوردند از محل  
هر دو گون آهو گیا خوردند و آب  
هر دو نی خوردند از يك آب خور  
صد هزاران این چنین اشباه بین

## منابع و مأخذ

- ۱- هاشمی، سید محمد (۱۴۰۲) حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، انتشارات میزان
- ۲- پتی، فیلیپ (۱۳۸۸) جمهوری خواهی، نظریه‌ای در آزادی و حکومت، ترجمه فرهاد مجلسی‌پور، شرکت نشر و پژوهش شیراز.
- ۳- جعفری تبار، حسن (۱۳۸۵) 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 (۱۴۰۰) دولت مدرن و بحران قانون، نشر نی.
- ۵- براون، وندی و دیگران (۱۴۰۱) اقتدارگرایی، سه کاوش در نظریه انتقادی، نشر نی.
- ۶- هالوی، گابریل (۱۳۹۴) نگاهی نوبه اصل قانونمندی در حقوق جنایی، ترجمه محمدجعفر ساعد، مجمع علمی و فرهنگی مجد
- ۷- عجم اوغلو، دارون و جیمز رابینسن (۱۴۰۰) ریشه‌های اقتصادی دیکتاتوری و دموکراسی، انتشارات کویر.
- ۸- موسوی، سید مجید و مهدی هداوند (۱۴۰۲) «تحلیلی بر جنبه‌های توجیهی برتری حق بر قانون در دانش حقوق»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸ شماره ۱۲۵.
- ۹- رحمت‌اللهی، حسین و فاطمه یزدی زاده البرز (۱۳۹۸) «اخلاقیات درونی قانون در اندیشه لون فولر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۶.
- ۱۰- استنلی، جین (۱۳۹۸) سازوکار فاشیسم، سیاست ما و آنها، موسسه انتشارات نگاه، تهران.
- ۱۱- لیتزایانس، استیوارت (۱۳۹۳) فاشیسم و نازیسم، انتشارات پردیس دانش، تهران.
- ۱۲- بار، نیکوکلاس (۱۳۹۹) «نظریه اقتصادی دولت، مبانی اقتصادی دولت رفاه»، ترجمه علی سرزعی و مریم حاجی قربانی دولابی، نشر کرگدن، تهران.
- ۱۳- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵) 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 (۱۴۰۲) اصول هفت‌گانه حقوق کیفری، ترجمه سید حسن حسینی و هدیه نصیری، انتشارات میزان.
- ۱۵- بوهلندر، مایکل (۱۳۹۰) مبانی حقوق کیفری آلمان، ترجمه اصلی عباسی، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۱۶- وود، رندال و کارمینه دولوکا (۱۳۹۸) خودآموز دیکتاتورها، ترجمه بیژن اشتری، نشر ثالث، تهران

- ۱۷- غلامی، حسین (۱۳۸۹) «جرم یا جنگ؛ تاملی جرم‌شناختی در مفهوم محاربه»، مجموعه مقالات استاد دکتر ابوالقاسم گرچی، جلد دوم، انتشارات انجمن آیار و مفاخر فرهنگی، تهران
- ۱۸- یون وو، مین (۱۳۹۰) درآمدی بر سیاست جنایی توتالیترا: جرم و مجازات در کره شمالی (با تاکید بر نقش پلیس)، ترجمه حسین غلامی، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۱۹، تابستان ۱۳۹۰
- ۱۹- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۰) درآمدی بر سیاست کیفری عوام‌گرا (دیباچه ویراست سوم)، در: لازرژ، 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.