

واکاوی مبانی و مؤلفه‌های نظریه تقنینی در اندیشه حقوق مدرن

محمد جوهری طهرانی^۱، عباسعلی کدخدایی^۲

چکیده

در مفاهیم علمی گاه مباحث مطرح در خصوص تقنین، با عنوان «نظریه تقنینی» مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این بین مشخص نیست اساساً چرا باید به مسئله نظریه تقنینی پرداخته شود. به علاوه، گاهی دیده می‌شود که سنجه‌ها و معیارهای مشخصی نیز برای تعریف یک دیدگاه در خصوص تقنین، به‌عنوان یک نظریه تقنینی مورد توجه قرار نگرفته است. به همین دلیل، مشخص نیست دقیقاً چه مباحثی لازم است در قالب یک «نظریه تقنینی» ارائه شود. بنا بر یافته‌های این پژوهش، «نظریه تقنینی»، نظام‌واره منسجمی از مفاهیم و قواعد هنجاری حاکم بر فرایند تقنین است که می‌کوشد با ارائه تعریف مشخصی از نهاد قانون و فرایند وضع آن و نیز بایسته‌های حاکم بر این فرایند، مسئله تقنین را در جوامع مدرن توجیه کند. انتظار می‌رود نوشتار حاضر و نیز پژوهش‌های مشابه، ضمن ارائه تصویر شفافی از اقتضائات و الزامات تقنین در بستر نظریه تقنین مدرن، مقدمات لازم را برای بحث از نسبت‌سنجی میان این نهاد و بایسته‌های آن، با مبانی ارزشی و بینشی جامعه ایران اسلامی و نظامات هنجاری پذیرفته‌شده در آن فراهم نماید.

واژگان کلیدی: نظریه تقنینی، تقنین، مفهوم قانون، عقلانیت تقنین، نمایندگی سیاسی.

Tehrani.mj@gmail.com

aliyary1385@gmail.com

۱. دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران

۲. استاد و عضو هیئت علمی دانشگاه تهران

مقدمه

در ادبیات امروز دانش حقوق، گاه و بیگاه از اصطلاح «نظریه تقنینی» و اقتضائات و الزامات ناشی از آن صحبت می‌شود. در این ادبیات، نظریه تقنینی، همچون بسیاری از اصطلاحات مشابه و نزدیک، همچون نظریه مجازات، نظریه جرم‌انگاری، نظریه حاکمیت قانون و ... تمجید می‌گردد و ادعا می‌شود سازمان‌دهی مناسب ارکان تقنینی حکومت و نیز تضمین آزادی‌ها و حقوق سیاسی شهروندان از یک سو، و نیز کارآمدی حکمرانی ارکان حکومتی از سوی دیگر، منوط به پایبندی به الزامات و اقتضائات نظریه تقنینی است. این تمجیدها گاه رنگ و بوی اغراق به خود می‌گیرد و با محور قرار دادن «نظریه تقنینی» در نظام حقوقی، مشروعیت و حقانیت و حتی کارآمدی دیگر نهادهای جوامع سیاسی نظام‌یافته امروز را به هم آوایی و هم‌داستانی با قصه هزار و یک شب تقنین و قانون، آن هم به قرائت ترسیم‌شده در فضای ادبیات نظریه تقنینی منوط می‌داند.

حال اگر از تعریف و چپستی نظریه تقنینی پرس و جو کنیم، احتمالاً با این پاسخ مواجه می‌شویم که این اصطلاح از دو جزء «نظریه» و «تقنین» تشکیل شده است که با تعریف هر یک به صورت جداگانه و آن‌گاه ترکیب معانی یادشده، می‌توان به تعریف صحیح این اصطلاح نایل آمد. بنا بر این شیوه، «نظریه» چنین تعریف می‌شود: مجموعه‌ای از قضایا یا گزاره‌هایی که کم و بیش کلی و فراگیر بوده، ابعاد مختلف یک پدیده را تعریف می‌کنند. در حقیقت آنچه در نظریه و تئوری تبیین می‌شود، روابط میان پدیده‌هاست که این روابط، تداعی‌کننده نوعی قوانین جاری میان رویدادها، پدیده‌ها یا مفاهیم است (ر.ک: آذربایجانی و کاظمینی، ۱۳۹۴، ص ۵۸). این مجموعه باید دربردارنده نظامی از فرضیه‌ها، اصول و روابط به منظور تبیین مجموعه خاصی از پدیده‌ها یا دست‌کم یک پدیده باشد. کوتاه سخن آنکه، جوهره و معنای اصلی نظریه، تصویری پردازش‌شده از درک بسط‌یافته یا

تبیین برخی پدیده‌هاست.^۱

همچنین کاملاً محتمل و مورد انتظار خواهد بود که در تعریف لغوی «تقنین» گفته شود: «وضع نمودن قانون»^۲ و در زبان تخصصی دانش حقوق نیز تقنین را چنین معنا کنند: «خلق و ایجاد قاعده‌های رفتاری حقوقی در جامعه سیاسی. قواعدی به قدر کافی کلی، سازمان‌یافته و هماهنگ که کشف و شناخت آنها آسان باشد و تابعان قانون را در مسیر انتخاب اقدام صحیح در عرصه زیست حقوقی‌شان هدایت نماید».^۳

بنا بر دو مقدمه فوق، اصطلاح «نظریه تقنینی» به مجموعه‌ای از گزاره‌ها و قضایای هماهنگ، منسجم و هم‌افزا در خصوص مسئله قانون‌گذاری تعبیر خواهد شد که ضمن توصیف مفاهیم و نهادهای مؤثر در مسئله قانون‌گذاری، اقتضائات حاکم بر این فرایند را نیز تعریف می‌نماید. اما آیا این تعریف می‌تواند تصویر کامل و شفافی از «نظریه تقنینی» نزد ذهن مخاطب حاضر کند؟ آیا جای آن نیست تا خود این تعریف را مورد پرسش قرار دهیم که: مفاهیم و نهادهایی که لازم است در یک نظریه تقنینی تعریف شوند، کدام است؟ یا اینکه کدام اقتضائات و با چه کیفیتی باید برای یک قانون‌گذاری تجویز شود؟ این پرسش‌هایی است که دیگر نمی‌توان انتظار داشت رویکرد تعریف یادشده و معناشناسی انجام‌شده بتواند به آنها پاسخ دهد. به همین دلیل، به نظر می‌رسد رویکرد معناشناختی پیش‌گفته ممکن است نادرست نباشد؛ ولی حتماً ناتمام و ناکافی است. به‌علاوه، باید توجه داشت که دانشواژه «نظریه تقنینی»، بر یک نظام توجیهی و نیز مبانی معرفتی و توجیهی خاصی که در اندیشه حقوق مدرن در مغرب‌زمین ولادت و پرورش یافته، مبتنی است. به همین دلیل، تنها در صورتی می‌توان این اصطلاح را به مثابه یک اندیشه و یک ایده ناب درک نمود که به جای تلاش در جهت ریشه‌شناسی لغوی اجزای

۱. ارائه یک نظریه، اولاً، نیازمند احصاء و تعیین متغیرها و عوامل مؤثر در توصیف یا تجویز یک پدیده است. ثانیاً، ضروری است مؤلفه‌ها و متغیرهای احصاء شده از جهت نسبت و سطح ارتباط آنها با یکدیگر و نیز میزان اهمیت و اثرگذاری‌شان در توجیه موضوع نظریه، مورد ارزیابی و طبقه‌بندی قرار گیرند (پاملاچی و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۲۹) همچنین برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: (Marcia, 2005, p 1-24).

۲. در زبان انگلیسی دانشواژه تقنین یا همان legislation از یک سو به فرایند تقنینی اطلاق می‌شود و از سوی دیگر، به نتیجه و فرآورده آن، یعنی قانون (فلورز، ۱۳۹۰، ص ۲۳).

۳. برای مطالعه بیشتر ر.ک: دیوید و اسپونیزی، ۱۳۸۰، ص ۹۴.

این اصطلاح، آن هم در نظام زبانی متفاوتی از نظام زبانی زادگاه آن، در جهت شناخت فلسفه وجودی و انگیزه‌های منجر به شکل‌گیری ایده مستتر در بطن آن، و نیز احاطه بر تعاریف و انتظارات مدنظر صاحب‌نظران و هم‌زیستان با این اندیشه در زادگاه آن حرکت کنیم. براین اساس، باید توجه داشت که تحصیل شناخت کامل از دلالت مفهومی «نظریه تقنینی» و نیز مؤلفه‌ها و به‌ویژه مبانی آن، تنها به واسطه آشنایی با کارکرد و جایگاه این نظریه نزد اندیشمندان مغرب‌زمین که زادگاه شکل‌گیری اندیشه حقوق مدرن است، ممکن به نظر می‌رسد.

ممکن است رویکرد معناشناسانه یادشده، از سوی دغدغه‌مندان رویکردهای بومی به نظام حقوقی مورد انتقاد قرار گیرد که درنهایت نگارش این مقاله و انجام تحقیق حاضر بر این سبیل، مآلی جز ترویج ادبیات بیگانه با مبانی بومی و ارزش‌های اسلامی جامعه حقوقی ما دربرندارد. اما باید توجه داشت که به هر حال لازمه درک یک نظریه و اقتضائات آن، درک صحیح و مطابق با مبانی اولیه آن است. به علاوه، تا زمانی که نتوان شناخت کاملی از اندیشه «نظریه تقنینی» با همه ابعاد و ویژگی‌های ارزشی و بینشی غربی آن به دست آورد، نمی‌توان انتظار داشت مجال و امکان مناسبی برای بومی‌سازی یا جایگزین کردن آن با نظریات نوپردازش‌شده نظام حقوقی خود داشته باشیم. افزون بر آنکه، با توجه به مبانی ارزشی و تفاوت‌های بنیادین اندیشه اسلامی در خصوص قواعد هنجاری حاکم بر جامعه در مقایسه با نظام فکری جوامع مدرن، نتایج این تحقیق می‌تواند فرصت‌هایی را برای محققان و نظریه‌پردازان ایرانی مسلمان فراهم کند تا در تلاش‌های نظریه‌پردازانه خود، در خصوص رعایت تفاوت‌های این دو نظام فکری، آگاهانه‌تر اقدام کنند و در حد امکان بکوشند نظریه‌ها و دیدگاه‌هایی کارآمد در عین وفاداری به اقتضائات اندیشه اسلامی ارائه نمایند.

براین اساس، مقاله حاضر، نوشتاری توصیفی است که می‌کوشد با اتکا به مطالعات کتابخانه‌ای و با استناد به آثار و نظریات اندیشمندان مغرب‌زمین، در اولین گام فلسفه و مبانی نظریه تقنینی را در زادگاه فکری آن محل بحث قرار دهد و در گام‌های بعد به سراغ مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده اجزای این نظریه رود و امیدوار است به واسطه توصیفات انجام‌شده، بتواند تصویری کم و بیش شفاف از این نظریه در ذهن مخاطبان خود ترسیم کند.

مبحث اول: مبانی نظریه تقنینی

با کنار زدن اربابان کلیسا و سلاطین در عصر روشنگری، «قانون» کلید تدبیر روشنفکران اروپایی برای خوشبختی جامعه رها شده از استبداد قرون وسطی و امید بستن به فردایی بهتر معرفی شد. این روشنفکران به همگان وعده داده بودند «حاکمیت قانون» عصای معجزه‌گری است که به واسطه ضابطه‌مند نمودن و کنترل اقدامات حاکمان و شهروندان به قواعد و هنجارهای قانونی (Shklar, 1986, P. VII-VIII, 5) کابوس گرفتار آمدن جوامع مدرن در منجلا ب استبداد را به پایان خواهد رساند؛ اما با گذر زمان، داستان پایان یافتن کابوس استبداد، آنچنان که روشنفکران روایت کرده بودند، محقق نشد. گویی که خوانش ایدئال‌گرایانه و حداکثری از ایده یاد شده، دچار نوعی ساده‌سازی افراطی و چه بسا بیگانه از واقعیت قانون شده بود (See: Mangabeira, 1996). آبی روشنفکر عصر روشنگری، ساده‌انگارانه «قانون» را به مثابه نهادی حقوقی، از دیگر تأسیسات و نهادهای اجتماعی مستقل و متمایز برمی‌شمردند و می‌پنداشتند چیستی «قانون» مشخص بوده، در عمل به راحتی قانون از لاقانون قابل شناسایی و تفکیک است (Shklar, 1986, P. ix-x, 35 and 2-3). به همین دلیل، بخش عمده‌ای از مباحث اندیشه‌ورزان مصروف بحث از کیفیت اجرای قانون در فرایند دادرسی و حکمرانی شده بود تا به این واسطه، مباحث مهمی چون «چیستی قانون» و «الزامات حاکم بر فرایند کشف یا جعل قوانین» از نظر دور بماند (Hart, 1994, P. 1-3).

در این نگرش، قانون به مثابه یک امر خارجی واجد عینیت واقعی لفظی، موضوعی قابل بحث و پژوهش در متدولوژی علمی است. با این حال، بحث از چرایی خلق یک قانون و ریشه‌ها و زمینه‌های وضع قانون، نتیجه‌ای جز ورود به عرصه سیاست و انتخاب‌های مبتنی بر ارزیابی‌های ذهنی و حدسی و صحبت از منافع حزبی و سیاسی غیرقابل فهم علمی و ارزیابی حقوقی دربر نخواهد داشت (Fuller, 1968, P. 177-178). برایند چنین دیدگاهی آن خواهد بود که قانون‌گذاری، امری حاکمیتی و مبتنی بر منطق انتزاعی سیاست و روابط سیاسی خواهد بود؛ حال آنکه، فهم یک قانون و تطبیق آن با مصادیق خارجی و اعمال آن، عملی اجرایی و مبتنی بر منطق و فهم حقوقی شمرده می‌شود.

این دوگانه‌انگاری ماهیت و سرشت سیاسی و حقوقی قانون‌گذاری و اجرای قوانین،

در چارچوب اندیشه تفکیک قوا و فراگیری قابل ملاحظه آن، تحکیم و تثبیت گردید (Wintgens, 2002, P. 12). این رویکرد نظری، مآلی جز تن دادن به اصول و قواعد سیاسی، همچون برتری و سیطره اکثریت بر اقلیت، و رنگ باختن منطق حقوقی در برابر منطق و اقتضائات سیاسی نداشت (فلورز، ۱۳۹۰، ص ۴۴) و به همین دلیل است که اجازه داده می‌شود و چه بسا تشویق می‌شود که بگوییم نیازی به داشتن یک نظریه در خصوص چیستی و ماهیت قانون نداریم؛ بلکه لازم است مفاد قانون و محتوای قواعد آن را در عالم واقع خوب بفهمیم و اجرا کنیم (Wintgens, 2002, P. 12).

فقدان کنجکاوای در پرسیدن و جست‌وجو کردن در حوزه تعریف قانون و الزامات حاکم بر آن، تا جایی پیشرفت رفت که آشکارا سبب ضعف دانشگاه‌ها و دانشکده‌های حقوق و کوتاهی ایشان در آسیب‌شناسی فرایند تقنینی و اقدامات قانون‌گذاران و در نتیجه، فقدان تلاش‌های مستمر و منسجم به منظور پردازش نظریه‌ای فراگیر در خصوص توصیف نهاد قانون‌گذاری و الزامات ماهوی و شکلی آن گردید (Pound, 1921, P. 46-47).

براین اساس، در حالی که هنجارهای حقوقی در هر جامعه، بر اساس فرایندی تعاملی و از مجاری مختلفی همچون اراده قانون‌گذار، عرف، قرارداد و حتی تعاملات فرهنگی، حقوقی و اجتماعی آن جامعه شکل می‌گیرد، قانون‌گذاری، ساده‌انگارانه، فرایندی مستقل و دفعی دانسته شد و ادعا گردید هر حکمی که با طی نمودن مراحل و تشریفات پیش بینی شده، به مصوبه مراجع قانون‌گذار منتهی گردد، «قانون» قلمداد می‌شود و همگان باید به اجرای آن تمکین نمایند (Fuller, 1968, P. 87).

بدین ترتیب، در حالی که آبای جریان روشنفکری وعده داده بودند با پذیرفتن سلطنت «قانون» به جای سلطنت پادشاه و کلیسا، کابوس استبداد و خودکامگی پایان می‌یابد، دیگر بار استبداد و البته این بار از نوع تقنینی آن، خواب شیرین جوامع مدرن را آشفته ساخت.^۱ شاید خالی از حقیقت نباشد اگر اعتراف نماییم در این وضعیت، بهترین

۱. برخی از صاحب‌نظران در عرصه مطالعات نظریه تقنینی، اگرچه سیطره اثبات‌گرایی را بر اندیشه حقوقی مدرن، یکی از عوامل اصلی مغفول ماندن ضرورت تلاش برای نظریه‌پردازی تقنینی دانسته‌اند، تصریح کرده‌اند که در دیدگاه‌های طبیعی‌گرایانه نیز از این حیث چندان تفاوتی به نظر نمی‌رسد. ایشان معتقدند بنا بر اندیشه حقوق طبیعی، قانون‌گذاری همان کشف، شناسایی و تدوین قوانین طبیعی است و از این منظر تمام آنچه مدنظر و مورد انتظار از نظریه تقنینی خواهد بود، از سوی معرفت‌مبتنی بر دیدگاه طبیعت‌گرایی

توصیف از نهاد قانون‌گذار در دنیای مدرن، همان لویاتان هیولایی هابز بود که بی هیچ قید و بندی، تنها به بهانه منفعت و صلاح عمومی، مطلق‌العنان هر آنچه متعلق اراده‌اش قرار می‌گرفت، به عنوان قانون مصوب می‌نمود (Hobbes, 1991, P. 186-187).

براین اساس، اگرچه فرایند قانون‌گذاری در بخش‌هایی از آن، همچون تنظیم پیش‌نویس قوانین و بررسی‌های تخصصی از حیث سازواری و انطباق قانون با هنجارهای حقوقی دیگر و قوانین برتر، ماهیت حقوقی داشت و می‌توانست در حوزه نظریه تقنینی و مباحث عقلانیت تقنینی مورد تأمل و پژوهش قرار گیرد، با این حال، مرحله‌نهایی وضع یک قانون، یعنی تصویب آن در پارلمان، ماهیتاً عملی سیاسی شمرده شده که تابعی از روابط و مناسبات سیاسی ارزیابی می‌شد. لذا در این نگرش علی‌الاصول کارکرد مباحث نظری حقوق در ارزیابی محتوا و مفاد مصوبات قانون‌گذار بسیار محدود بود (Tuori, 2002, P. 99-107).

این در حالی بود که به نظر می‌رسید انسجام و مطابقت کامل اجزای یک نظام حقوقی با منابع و مبانی آن، اقتضا دارد نظریه حقوقی به همان میزان که به فلسفه قضا و کیفیت اجرای قانون اهمیت می‌دهد، به فلسفه قانون‌گذاری و الزامات حاکم بر فرایند آن نیز توجه کند و قواعد کم و بیش یکسانی برای هر دو مقرر نماید (فلورز، ۱۳۹۰، ص ۶۰) تا همچنان‌که جامعه از خودکامگی دادرسان و مجریان قانون در امان است، از کابوس قانون‌گذاران مستبد نیز رهایی یابد.

این دغدغه‌ها و نگرانی‌ها سبب شد تمرکز مباحث مطرح در فلسفه حقوق، از مسئله دادرسی و اجرای قانون، به مسئله قانون‌گذاری منتقل شود (Flores, 2002, p.27) و مبتنی بر ارزش‌ها و مبنای پذیرفته‌شده در جوامع غربی، مجموعه منسجمی از مفاهیم، اصول و

حقوقی ارائه خواهد شد. بنابراین، فرایند تقنین از هر گونه نظریه‌پردازی و تلاش برای کنترل عملکرد قانون‌گذار بی‌نیاز خواهد بود (ر.ک: فلورز، ۱۳۹۰، ص ۴۲). در حقیقت به اعتقاد این دسته از محققان، رویکردهای طبیعی‌گرایانه و اثبات‌گرایانه به حقوق، به‌رغم همه اختلاف‌ها و تفاوت‌هایشان، در این آسیب با یکدیگر مشابه به نظر می‌رسند که هر دو به حقوق‌دانان القا می‌کنند قانون به مثابه یک قاعده حقوقی مشخص، در جایی خارج از حوزه تلاش‌های خلاقانه و اقدامات تأسیسی حقوق‌دانان وجود دارد که با تفتن‌های فلسفی طبیعت‌گرایانه یا رجوع به مصوبات و توافقات رسمی سیاست‌مداران قابل دستیابی است و در این میان، وظیفه یک حقوق‌دان، تنها کسب شناخت صحیح از قانون و در نهایت، تطبیق صحیح آن با مصادیق خارجی آن است (Shklar, 1986, P. 12).

قواعد شکل دهنده و سامان‌بخش فرایند تقنین، نظریه‌پردازی و ارائه گردد، که مشروعیت و جواز هر گونه قانون‌گذاری را در این جوامع، به متابعت از این نظام‌واره نظری منوط سازد.

مبحث دوم: تثلیث هندسی مؤلفه‌های نظریه تقنینی

اکنون که شناختی اجمالی از تعریف اولیه مبانی و فلسفه نظریه تقنینی به دست آمد، در جهت تکمیل فهم از چیستی نظریه یادشده، می‌توان مؤلفه‌ها و اجزای تشکیل‌دهنده این نظریه را محل پرسش قرار داد. نویسندگان و صاحب نظران روشنفکر، اجزا و ارکان متعددی را برای شکل‌دهی نظریه تقنینی ارائه و تجویز کرده‌اند. با این حال، با مراجعه به ادبیات پردازش‌شده گسترده و فربه نظریه پیش‌گفته، به نظر می‌رسد تمامی اجزای این نظریه در قالب سه مؤلفه اصلی مفهوم قانون، توجیه مفادی تقنین و معیار صلاحیت قانون‌گذار، قابل توصیف و ارائه است. در حقیقت، موفقیت و کارآمدی هر گونه تلاش نظریه‌پردازانه در حوزه توجیه یا تبیین تقنین در جامعه مدرن، بر تأمین این سه مؤلفه متوقف خواهد بود. مؤلفه‌های یادشده، گام‌های سه‌گانه‌ای هستند که نظریه پردازش‌شده را به عرصه معرفت حقوقی توجیه و پذیرفته‌شده رهنمون می‌سازند.

بنا بر مراتب فوق، نظریه تقنینی در نخستین گام، لازم است به تعریف و تبیین چیستی قانون و ماهیت متصور برای آن اقدام کند. بدیهی است تبیین ماهیت و فرایند تقنین به مثابه فرایندی نتیجه‌محور، از مفهوم و ماهیت در نظر گرفته شده برای قانون به عنوان برآیند مدنظر از آن، عمیقاً متأثر خواهد بود. همچنین، بدیهی است اگر در یک دیدگاه نظری، قانون به عنوان یک تأسیس حقوقی انسانی و آفاقی انکار شود و ادعا گردد که قانون، همان خطابات و فرامین شارع مقدس درباره بندگان است، آنگاه تقنین، فرایندی ازپیش‌انجام‌شده است که بندگان در یک نظام‌واره منسجم معرفتی برای درک و شناخت آن تلاش می‌کنند. بنابراین، در چنین منظومه فکری، نمی‌توان انتظاری برای احساس نیاز یا تصور امکان طرح و تبیین یک نظریه تقنینی داشت.

شاید خالی از حقیقت نباشد اگر ادعا کنیم در جامعه مدرن، به اتکای باور فراگیر به اومانیزم یا همان انسان‌خدایی، این انسان عصر جدید است که الوهیت می‌یابد و خود می‌تواند مستقل از فرامین و وحی الهی و البته مستقل از میراث‌های هنجاری بازمانده از سنت گذشتگان، آزادانه به تعیین سرنوشت خود اقدام کند. انعکاس این حق تعیین

سرنوشت در حوزه نظامات حقوقی، در قالب و سیاق وضع قوانین از سوی انسان و بنا به خواست و اراده او خواهد بود. بنابراین، می‌توان گفت اگر بحث از مفهوم قانون به مثابه یک مؤلفه نظریه تقنینی مدنظر قرار می‌گیرد، به این دلیل است که تلاش شود تا قانون، از هر آنچه خارج از اراده انسان می‌تواند به آن شکل دهد، تمیز داده شود.

دومین گام در مسیر پردازش نظریه تقنینی، تبیین منظومه معرفتی قابل اتکا از سنجه‌های قابل ارزیابی و بحث، به منظور تعیین محتوا و مفاد قوانین است. در حقیقت، اینکه «چه موضوعی می‌تواند متعلق قانون قرار گیرد؟» و اینکه «هر قانون با چه کیفیت و با چه محتوایی می‌تواند وضع شود و الزامات مفادی خود را به شهروندان تحمیل نماید؟»، پرسش‌های مهمی هستند که باید در این مرحله مورد تأمل و دقت قرار گیرند. مؤلفه یادشده که ذاتاً مترتب بر پذیرش مؤلفه اول مورد توجه قرار می‌گیرد، می‌کوشد ضمن توجیه و هدایت انسان مدرن در وضع قوانین جوامع عصر جدید، تا جای امکان راه را برای وضع قوانین ناکارآمد و ناقض اصول اولیه اندیشه مدرن محدود سازد. مثلاً در نظام‌واره اندیشه مدرن، انسان نمی‌تواند اگرچه به انتخاب خود، حکومت هنجارهای حقوقی برآمده از وحی یا هنجارهای برجامانده از سنت گذشتگان را بر خود تحمیل نماید.

سومین گام برای ساخت و شکل‌گیری نظام‌واره منسجم معرفتی مدنظر ما به عنوان نظریه تقنینی، آن است که مشخص شود در جامعه سیاسی، چه فرد یا افرادی و به اتکا به چه توجیهات نظری، به وضع قوانین و تحمیل اراده و تشخیص خود برای شهروندان آن جامعه مجازند. در مرتبه‌ای کلان‌تر، این پرسش به تعیین ارکان و ساختار مشروع وضع قوانین در نظامات حکومتی دولت‌های مدرن نیز باید بپردازد. در سطور آتی می‌کوشیم هر یک از این سه مؤلفه را به صورت دقیق مورد تأمل و واکاوی قرار دهیم.

مبحث سوم: قانون به مثابه نهاد حقوقی آفاقی، اولین مؤلفه نظریه تقنینی

قانون، شیوه عمل (چگونگی رفتار) افراد جامعه، اعم از شهروندان و شهروندان را ترسیم می‌کند و آنها را به تمکین از آن ملزم می‌سازد. قانون در ترسیم چگونگی رفتار افراد، مؤید «هست»ها نیست؛ بلکه آنچه را «باید» باشد، مشخص می‌کند. از اینجاست که یک هنجار حقوقی شکل می‌گیرد؛ هنجاری که افراد باید از آن اطاعت کنند و آنچه را با آن مخالف است، به کناری نهند (فرج الصده، ۱۹۹۸م، ص ۱۴). برای تعریف مفهوم قانون،

لازم است توضیح داده شود این هنجار حقوقی چگونه و بر چه اساسی ایجاد می‌گردد و در چه فرایند و با چه کیفیتی به سامان‌دهی رفتار افراد جامعه نایل می‌آید. اینها، مسائل و پرسش‌هایی است که هر یک از محققان و نظریه‌پردازان، مطابق با مبانی نظری مطلوب خود به آنان پرداخته‌اند و به همین دلیل، اختلاف‌ها و تعارض‌های مفهومی بسیاری در خصوص مفهوم و چستی قانون در آرای صاحب‌نظران به چشم می‌آید؛ تا جایی که برخی مدعی شده‌اند قانون، مفهومی تفسیربردار است و هر کس بخواهد درباره آن سخن بگوید، در حقیقت تفسیر و معنایی خاص از قانون را پیش می‌نهد. ... با این وصف، مفهوم قانون، مفهومی «نظری» و به همین دلیل «اختلافی» است (راسخ، ۱۳۸۴، ص ۱۱).

باید توجه داشت که اکنون ما در پی فهم از «قانون» به مثابه نخستین مؤلفه نظریه تقنینی مدرن هستیم؛ بنابراین، ضرورتی ندارد در پی رسیدن به فهم جهان‌شمول مفهوم قانون باشیم و تنها کافی است جست‌وجوی خود را صرفاً به کوچه پس کوچه‌های دانش حقوق مدرن محدود سازیم. براین اساس، برای رسیدن به کامل‌ترین و شفاف‌ترین فهم از نهاد قانون به مثابه یک مؤلفه از نظریه تقنینی مدرن، لازم است کاوش مفهوم شناسانه خود را مطابق با نگرش نظریه حقوقی مغرب‌زمین سامان‌دهی نماییم. به‌علاوه، از آنجا که در هر تعریف، دو دسته از عناصر مفهوم‌شناختی سلبی و ایجابی را می‌توان به کار گرفت، اولاً، در ابعاد سلبی تعریف قانون از منظر روشنفکران مغربی تأمل می‌کنیم و ثانیاً، بیان ابعاد ایجابی توصیفات ارائه‌شده از نهاد قانون در نظریه تقنینی مدرن، مسئولیت این قلم به شمار می‌آید.

بند اول: ابعاد سلبی تعریف مفهوم قانون

ابعاد سلبی تعریف مفهوم قانون، به عنوان نخستین مؤلفه نظریه تقنینی مدرن را، در دو نفی می‌توان بیان نمود: اول آنکه، این قانون نسبتی با مفاهیم و شرایع آسمانی ندارد و لاجرم به سطح درک زمینیان و مادی‌گرایی گرفتار گردیده است (ر.ک: وکیلان، ۱۳۹۰، ص ۴-۵). البته باید توجه داشت که مادی‌گرایی، قانون روشنفکران را تنها از آسمان محروم نساخت؛ بلکه غرق شدن در ماده، کار را به جایی رسانید که این قانون می‌کوشد تا جای امکان، از ساحت نظریه‌های متافیزیکی نیز دور بماند تا بدین ترتیب، نام نیک خود را نزد روشنفکران دکارتی مسلک حس‌گرا حفظ کند و به بدنامی دل‌دادگی به عالم متافیزیک تَردامن نگردد. بنا بر این بعد سلبی، فرایند تقنین به مثابه مجرای خلق قانون

زمینیان، فرصت و مجالی برای بحث از ضوابط و الزامات رفتاری برآمده از معرفت آسمانی یا فلسفی نخواهد داشت (ر.ک: همانجا).

دیگر بعد سلبی مفهوم قانون مدرن، نفی اختصاص ماهیت آن به فرمان یا دستور حاکم است. در نظریه تقنینی مدرن، دیدگاه‌های اثبات‌گرایان متقدم در مساوی دانستن قوانین با فرامین و دستورات عام و فراگیر حاکم و حکومت، به کناری نهاده شده، به تبعیت از نسل متأخر اندیشمندان اثبات‌گرا، تصریح می‌شود که ماهیت قانون هر چه باشد، دستور یا فرمان حاکم نیست. البته این نفی نیز از سر تفتنی فلسفی یا یک نکته سنجی تنوریک حاصل نشده است؛ بلکه در راستای آن است تا مبادا مفر و توجیهی برای فرار شهریاران از اجرای مفاد قانون فراهم آید (هارت، ۱۳۹۰، ص ۷۷-۹۲).

بعد دوم: ابعاد ایجابی مفهوم قانون

اما در خصوص ابعاد ایجابی تعریف نهاد قانون به مثابه نخستین مؤلفه نظریه تقنینی مدرن، به نظر می‌رسد می‌توان این ابعاد را در چند مسئله فهرست نمود:

اول آنکه، دانش‌واژه قانون، به اراده ملی و خواست عمومی یا دست‌کم اکثریت افراد جامعه گره خورده است. در این چارچوب فکری، قانون به مثابه هنجار یا مجموعه‌ای از هنجارهای حقوقی، حاصل تصمیم و اراده عقلانی و هوشمندانه^۱ جوامع بشری برای تأسیس و ساماندهی یک حکومت شایسته و مطلوب است (Madison et al., 1987, p. 87).

۱. البته این دیدگاه مورد وثوق و پذیرش تمامی معتقدان به مدرنیسم حقوقی نبوده، برخی از اندیشمندان غربی، دست‌کم آن بخش از قوانین را که ماهیتی اساسی و مهم دارند، برابند روح ملی و نوعی سبک زندگی و مشی سیاسی یک جامعه سامان‌یافته در قلمرو یک قدرت سیاسی تعریف می‌کنند (Hegel, 1971, p. 540). در دیدگاه ایشان، قوانین حاکم بر عرصه عمومی جوامع، در خلال سال‌های زیست جمعی اعضای آن و تجربیات تلخ و شیرین تاریخی ایشان شکل می‌گیرد. بنابراین، از دیدگاه ایشان، ساده‌انگارانه‌ترین نظر آن است که بپنداریم شهروندان یک جامعه می‌توانند برای تغییر این دسته از قوانین به صورت آگاهانه با یکدیگر توافق کنند (Maistre, 1965, p. 3-129 and 103-107). با این حال، منصرف از بحث ارزیابی و قضاوت در خصوص درستی هر یک از این دو دیدگاه، به نظر می‌رسد توصیف واقع‌گرایانه آن است که بپذیریم بیشتر صاحب‌نظران اندیشه مدرن، با تأکید بر ابعاد هوشمندی و گزینش‌گری و انتخاب‌های ارادی انسان در عرصه اجتماعی، اذعان دارند: قوانین، مجموعه‌ای از قواعد حقوقی هستند که از تراضی و خواست آگاهانه شهروندان برای رسیدن به وضعیت مطلوب تر و نیز کنترل فرایند اعمال قدرت حاکمان متولد می‌شوند (See: Landau, 1979, ch 3).

دیگر بعد ایجابی تعریف قانون مدرن، موضوعه بودن آن است (فرج الصده، ۱۹۹۸م، ص ۱۴). براین اساس، برخلاف قواعد و هنجارهای حقوقی نظام‌های سنتی، که امکان داشت نانوشته و غیرموضوعه باشد، از آنجا که قرار است قانون مدرن مبنایی برای سامان دهی رفتارهای شهروندان و کنترل اقتدار شهریان قرار گیرد، لازم است حتماً به واسطه پیمودن فرایندی تشریفاتی، به متنی موضوعه تبدیل شود تا بدین ترتیب، امکان تغییر آن در طی زمان و مطابق با میل و نظر حکمرانان به حداقل رسد. براین اساس، یکی از اصلی‌ترین کارکردهای مورد انتظار از حاکمیت قانون، یعنی حکومت کردن قانون بر رفتار حاکمان، و نه متأثر شدن از نحوه عملکرد ایشان، بیش از هر زمان دیگری تضمین می‌شود و نظم بر رفتار اعضای جامعه حکومت خواهد کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵).

بحث رابطه دوسویه قانون با دولت مدرن، دیگر بعد ایجابی مفهوم قانون است. این رابطه دوسویه را این گونه می‌توان تصویر نمود که اگرچه معتقدان به اندیشه مدرن در خصوص ماهیت و حقیقت وجود دولت در جوامع بشری، اختلافاتی از نظر مستقل دانستن حقیقت این وجود (لاگلین، ۱۳۸۷، ص ۱۶۱) و غیرمستقل ارزیابی کردن ماهیت آن با یکدیگر دارند (See: Hayek, 1973)، با این حال، گفتمان غالب روشنفکران تصریح دارد که هویت سیاسی یافتن جوامع امروز و تشکیل قدرت سیاسی در آن، مرهون شکل‌گیری قانون است (لاگلین، ۱۳۸۷، ص ۱۷۲). در حقیقت دولت مدرن، دولتی برآمده از قانون است که همه نهادها و ارکان آن را، اصلی‌ترین قانون جامعه مدرن، یعنی قانون اساسی پدید آورده است (Loughlin, 2005, p.183-202)؛ قانونی ملموس، مادی و مشخص، که وجود آن مقدم بر وجود حکومت بوده، در حقیقت حکومت و نهادهای آن مخلوق این قانون شمرده می‌شوند (Paine, 1995, p. 83-33).

به علاوه، نقش قانون در حیات دولت مدرن، تنها به مرحله تشکیل و خلق آن محدود نمی‌شود و در دوران پس از تشکیل دولت نیز با نظام‌مندسازی ارکان و فرایند حکمرانی آن، موجب استقرار و تداوم حیات دولت یادشده می‌گردد (Bodin, 1962, iv.6). به همین دلیل است که صاحب‌نظران ادعا کرده‌اند اندیشه مشروطه‌گرایی به نحو عام و بحث حاکمیت قانون به نحو خاص، پایه‌های هنجاری یا توصیفی شکل‌گیری و تداوم حیات قدرت سیاسی در جامعه مدرن است (Loughlin, 2005, p. 183-202).

اما رابطه و تعلق خاطر قانون و دولت در اندیشه مدرن، یک‌سویه و علاقه بین ایشان

یک طرفه نیست؛ بلکه همچنان که دولت مدرن، زاده قانون و مستقر شده در پناه و کنترل آن است، قانون مدرن نیز در الزام آور قلمداد شدن و تضمین یافتن در استمرار حیات خود در جامعه، نیازمند اتکا به دولت و قدرت عریان آن می‌باشد. بنابراین، می‌توان گفت قانون، قاعده‌ای است که به نحو قاهرانه و با پشتیبانی اقتدار سیاسی به اجرا درمی‌آید (Austin, 1954, pp. 9-15; Raz, 1978, p. 3; Kelsen, 1986, pp. 111-19). به عبارت دیگر، فرق قانون با دیگر هنجارهای رفتاری در این است که عدم پیروی از آن، واکنش دستگاه حکومتی را به دنبال می‌آورد^۱ و دولت اجرای قاعده حقوقی را تضمین می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۴۲۱-۴۲۰). براین اساس، می‌توان گفت قوانین به فشارهای بیرونی بر افراد متکی هستند^۲ و لازم نیست اتباع یک نظام حقوقی، از یک دیدگاه درونی به آن بنگرند؛ اگرچه افراد می‌توانند و البته بهتر است به آن قواعد، نوعی التزام درونی نیز داشته باشند (Hart, 1961 at ch. 5; Freeman, 1994, p. 348; Kelsen, 1970, pp. 111-19).

بنا بر تبیین انجام‌شده و در جمع‌بندی مختصر، می‌توان مفهوم قانون را به مثابه یکی از مؤلفه‌های نظریه تقنینی مدرن، نهاد حقوقی هنجاری و الزام‌آوری معرفی کرد که به صورت موضوعه به تصویب رسیده، ضمانت اجرای خویش را از دولت گرفته است و ناظر به بعد زندگی اجتماعی تابعان خود بوده، البته در اراده عمومی و خواست حداکثری شهروندان جامعه سیاسی ریشه دارد. این نهاد متکی بر نظام بینشی و ارزشی شکل گرفته در عصر روشنگری است و با الهیات آسمانی و نیز بخش عمده‌ای از مباحث متافیزیکی نسبتی ندارد (وکیلیان، ۱۳۹۰، ص ۳).

مبحث چهارم: توجیه مفادی تقنین، دومین مؤلفه نظریه تقنینی

مؤلفه دیگر نظریه تقنینی، آشکارا بحث می‌کند که افراد یا نهادهای قانون‌گذار، در چه

۱. ایمانوئل کانت در تفکیک قانون در معنای حقوقی از معنای اخلاقی آن، مدعی شده معیار تفکیک میان این دو قانون، محرک و مشوق اطاعت از قانون است. اگر محرک و انگیزه اطاعت از یک امر یا دستور، خود عمل امرشده باشد، قانون را «اخلاقی» می‌نامیم؛ ولی اگر انگیزه اطاعت از فعل امرشده، محرک دیگری غیر از خود فعل یادشده باشد - مثل ترس از ضمانت اجرای مقرر - قانون را «حقوقی» می‌دانیم (اسکروتن، ۱۳۷۵، ص ۱۷۲-۱۷۱).
۲. بحث ضرورت وجود ضمانت اجرا برای یک قانون، در فضای اندیشه حقوقی و سیاسی امروز تا به آن حد ضروری قلمداد می‌شود که معدود هواداران حقوق طبیعی، با هدف جلوگیری از ناکارآمد قلمداد شدن و متروک شدن این دیدگاه، به نحوی در توجیه وجود ضمانت اجرای مادی و زمینی برای قوانین طبیعی کوشیده‌اند (Aquinas, 1948, Art. 1; Finnis, 1998, p. 256).

حوزه‌ها و اموری، و البته با رعایت چه سنجه‌ها و کیفیتی حق اعمال صلاحیت تقنینی خود را دارند (see: Ferrajoli, 1999). در این مؤلفه، پرسش‌هایی چون «سنجه‌های ارزیابی محتوای قوانین چیست؟» و «قانون‌گذاران باید با چه کیفیتی صلاحیت خود را اعمال کنند؟» مورد توجه قرار گرفته است.^۱ البته حقوق‌دانان روشنفکر در خصوص اینکه «سنجه‌های توجیه مفادی تقنین چیست؟» و «از چه معیارهایی تشکیل می‌شود؟» نیز با یکدیگر اختلاف دارند که می‌توان این اختلاف دیدگاه را در سه رویکرد نظری تبیین نمود.^۲

رویکرد اول: صورت‌گرایی

در رویکرد اول، از آنجا که در جامعه مدرن معیارهای هنجاری فراموش شده، به نحو فزاینده‌ای اعتبار خود را از دست داده‌اند، به‌ناچار معیارهای احراز مشروعیت قوانین، سیاق شکلی و رویه‌ای یافته‌اند. در چنین شرایطی، رعایت تشریفات قانونی دموکراتیک در تأمین و صیانت از بعد مشروعیت قانون، نقش موثر و چه‌بسا انحصاری ایفا می‌کند (توری، ۱۳۹۰، ص ۷۴). براین اساس، می‌توان گفت اکثریت قریب به اتفاق قوانین مصوب نظامات قانون‌گذاری، اگر با تخلف و سهل‌انگاری خاصی از سوی قانون‌گذار و نهادهای مسئول در حوزه نظارت بر قانون‌گذاری و تطبیق محتوای آن با قوانین برتر همراه نباشد، از نظر توجیه مفادی با مشکلی مواجه نخواهد بود (Weber, 1968, P. 212, and 656-657).

اما اگر از افق بالاتری به این دیدگاه نظر افکنیم، آن‌گاه خالی از حقیقت نیست اگر بگوییم رویکرد یادشده، حقیقتاً فاقد یک نظام‌واره فکری در خصوص توجیه مفادی تقنین است؛ چراکه در حقیقت سنجه و معیار مشخصی در اختیار قانون‌گذار، برای انتخاب و تعیین محتوای تصمیمات تقنینی او قرار نمی‌دهد و مفاد قوانین را بی‌نیاز از توجیه، و مبرا

۱. پاسخ به این پرسش‌ها در ادبیات حقوق مدرن با عنوان «عقلانیت تقنینی» یا «عقلانی‌سازی فرایند تقنین» انعکاس یافته است (See: Schäffer, 1988). البته عقلایی‌سازی مدنظر ایشان، به مثابه عقلانیت ابزاری، نسبتی با مفاهیم عقلانیت مدنظر اندیشمندان بیگانه با جریان روشنفکری ندارد. در حقیقت از آنجاکه در جریان روشنفکری، منابع دینی و متافیزیکی به مثابه مباحث پوچ و مناقشه‌برانگیز، قابلیت اثرباشی مفاد قوانین موضوعه را ندارد، تلاش می‌شود همه فرایند و اجزای مدیریت کلان عرصه عمومی جوامع مدرن و از آن جمله مسئله تقنین، بر پایه استنتاجات عقلی ریشه‌یافته در جریان تجربه‌گرایی، توجیه و نظام‌مند شود (افضلی، ۱۳۸۵، ص ۲۹-۶۰).

۲. رویکردهای سه‌گانه یادشده را می‌توان به دیدگاه‌های مطرح در حوزه اندیشه حاکمیت قانون نزدیک دانست (ر.ک: مرکز مالگیری، ۱۳۸۰).

از هرگونه چون و چرا می‌داند (ر.ک: فلورز، ۱۳۹۰، ص ۳۶ به بعد). این در حالی است که از منظر آرمان‌های جریان روشنفکری، اگرچه قانونی بودن و رعایت تشریفات قانونی، شرط ضروری برای وضع یک قانون موضوعه شمرده می‌شود، به‌هیچ‌وجه شرط کافی ایجاد یک قانون موضوعه، صرف‌نظر از محتوای آن نخواهد بود (Wintgens, 2002, P. 19). بنابراین، خالی از وجه نیست اگر مانند بسیاری از متقدمان، اذعان کنیم در این رویکرد، مجالی برای بحث از یک نظریه تقنینی حقیقی و ضرورت توجیه مفادی قوانین وجود نخواهد داشت (Ibid, P. 14).

البته در رویکردهای متأخر صورت‌گرا، احراز سازواری درونی مفاد قانون و لزوم همگونی و هم‌افزایی عبارات و گزاره‌های استخدام‌شده در قوانین، ضروری دانسته شده است (Feteris, 1999, PP. 15-19). براین اساس، نخستین بار فولر با طرح ضرورت رعایت الزاماتی از سوی قانون‌گذار، که او عنوان «اخلاق قانون» را زینده‌شان می‌دانست، ادعا کرد که قوانین موضوعه، تنها زمانی معتبر به شمار می‌آیند که شروط و مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده این اخلاق قانون را رعایت کرده باشند؛ شروطی که از نظر او عبارت بودند از: عام بودن، انتشار یافتن، عطف به ماسبق نشدن، شفافیت داشتن، عدم تناقض، ممکن بودن، تداوم و جلوگیری از تغییرات مکرر و پی در پی، و در نهایت، مفید قطعیت بودن (Fuller, 1968, P. 39).

همچنین بنا بر فهم مشهور از دیدگاه وبر، به عنوان یکی از مشهورترین صورت‌گرایان، سنج‌های توجیه مفادی تقنینی، از عناصر پنجگانه ذیل تشکیل می‌شود:

۱. وجود نظام‌واره‌ای بدون خلع و منسجم از گزاره‌های قانونی؛
۲. ساماندهی نظریه تفسیری منسجمی بر مبنای تفسیر استنباطی^۱؛
۳. اعمال گزاره قانونی انتزاعی بر واقعیت عینی؛
۴. استنتاج قیاسی احکام جزئی مربوط به موضوعات خاص از گزاره‌های عام و انتزاعی قانونی؛

۵. نظم‌بخشی قانونی به همه رفتارهای اجتماعی (ر.ک: فلورز، ۱۳۹۰، ص ۳۷).

از این رو، خالی از وجه نیست که بپذیریم در رویکردهای متأخر، صورت‌گرایی صرفاً

1. construal interpretation.

به حوزه اجرای قانون منحصر نشده است؛ بلکه در حوزه وضع و ارزیابی مفاد قوانین نیز کارکردهای مطلوبی را ارائه می‌کند (see: Atienza, 1990, No. 8).

رویکرد دوم: رویکرد ماهیت‌گرایی

رویکرد دوم که با نگرش‌های ارزش‌گرایانه قرابت بیشتری دارد، ادعا می‌کند لازم است محتوای قوانین و پیش‌نویس‌های مورد بررسی در فرایند قانون‌گذاری، از نظر میزان همسویی و انطباق با موازین اخلاق مدرن، قواعد سودانگاران مبتنی بر مصالح اجتماعی و اصول سیاسی مورد پذیرش جامعه سیاسی، مورد ارزیابی و قضاوت قرار گیرد (ر.ک: فلورز، ۱۳۹۰، ص ۳۶ به بعد). براین اساس، تأمین حقوق افراد و به‌ویژه حق سیاسی ایشان، مشهورترین معیار مطرح در خصوص احراز توجیه مفادی تقنین در حوزه ارزش‌های سیاسی و اخلاقی قلمداد می‌شود؛ به این معنا که اعمال اقتدار و انجام صلاحیت‌های مقنن و دیگر ارکان حکومت، هیچ‌گاه نباید به نفعی یا تعرض به حقوق شهروندان و به‌ویژه حق سیاسی ایشان در تعیین سرنوشت و مشارکت در اداره امور عمومی جامعه بینجامد (Loughlin, 2005, ch. 8).

در این رویکرد، لازم است قانون‌گذاران به ارزیابی تبعات تصمیمات تقنینی خود توجه داشته باشند (see: Eriksson, 2002). در حقیقت معتقدان به این رویکرد، انتظار دارند یک نظریه تقنینی کارآمد، ضمن ارائه سنجه‌هایی عینی و قابل قضاوت در مسیر مشخص کردن دامنه و مرز اعمال صلاحیت تقنینی درباره موضوعات مختلف و خودداری از مداخله تقنینی در موارد غیرضرور، و نیز کنترل و محدود ساختن اجزای غیرضرور قوانین و اکتفا به مقدار متیقن با هدف حفظ کارآمدی و مشروعیت نظامات تقنینی، قانون‌گذاران و ناظران بر فرایند قانون‌گذاری را رهنمون گردد (فلورز، ۱۳۹۰، ص ۲۸).

۱. در این دیدگاه، اگرچه در خصوص لزوم صیانت از حق‌های سیاسی به عنوان مصداق اجلی حقوق افراد، در فرایند تقنین اجماع دیده می‌شود، در خصوص دیگر حقوق شهروندان، از جمله حق‌های اخلاقی، دیدگاه‌های صاحب‌نظران با یکدیگر اختلاف دارد. این اختلاف‌ها به دلیل تلاش‌های برخی از صاحب‌نظران روشنفکر در تفکیک مرزهای قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی و بی‌طرف کردن قوانین در خصوص حق‌ها و قضاوت‌های اخلاقی، دوچندان شده است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۴۲۱-۴۲۰). البته این دوگانگی، گاه به بهانه ناتوانی ظرفیت‌های نظام حقوقی در تضمین اقتضانات نظام اخلاقی توجیه گردیده است (ر.ک: همو، ۱۳۸۳، ص ۱۴۱).

براین اساس، لازم است قانون‌گذار به نحو مستمر در خصوص عواقب و آثار مترتب بر هر یک از قوانین، چه در مرحله بررسی و وضع، و چه در مرحله اجرا، داده‌های لازم را کسب کند و قوانینی وضع نماید که در مسیر تحقق اهداف مطلوب از پیش تعیین شده موفق باشد و در صورت فقدان حصول موفقیت در این مسیر، لازم است قانون‌گذار به اصلاح و بازبینی قوانین بپردازد (Calsamiglia, 1989, pp: 124-125, 142).

اهمیت توجه به آثار و تبعات یک قانون از آن نظر است که بدانیم قانون به مثابه یک نهاد و تأسیس حقوقی، در حقیقت تلاش آگاهانه قانون‌گذار در مسیر پاسخ به نیازها و حل مسائل زندگی اجتماعی است. براین اساس، لازم است نهاد قانون واجد کارکردی هوشمند شناسایی شود (Henry and et al., 1958, P. 166).

رویکرد سوم: تجمیع‌گرایی

اما در رویکرد سوم که می‌توان آن را رویکرد حداکثری مبتنی بر جمع میان الزامات دو رویکرد صوری و ماهوی دانست و به نظر می‌رسد بیش از دو رویکرد دیگر توانسته است اندیشمندان و صاحب‌نظران این عرصه را با خود همراه سازد (Tuori, 2002, P 104-107)، معیارهای توجیه‌کننده مشروعیت مفادی یک قانون (Atienza, "1989a & 1989b & 1997) عبارت‌اند از: ۱. عقلانیت زبانی؛ ۲. عقلانیت صوری - قانونی؛ ۳. عقلانیت عمل‌گرایانه؛ ۴. عقلانیت غایت‌مدارانه؛ ۵. عقلانیت اخلاقی.^۵

بر اساس این دیدگاه، همه موضوعات محل بحث ذیل مدخل نظریه قانون‌گذاری و توجیه مفادی تقنین عبارت خواهد بود از: دسته اول، موضوعات پیشا قانون‌گذاری که شامل اموری چون تهیه پیش‌نویس قانون، آماده کردن خلاصه‌ای از اطلاعات موجود در مسئله محل بحث، تحلیل مزایا و معایب پیشنهادهای تقنینی، تعریف مفاهیم مندرج در متن، رعایت انسجام و همگرایی در مفاد پیش‌نویس و ... می‌باشد. دسته دوم، موضوعات فرایند بررسی و تصویب قانون که استماع دیدگاه‌های کارشناسان، ایجاد کمیسیون‌های تخصصی، بررسی‌های اولیه در کمیته‌ها و کمیسیون‌های ذی‌صلاح، انجام اصلاحات متنی، انجام صحیح مذاکرات پارلمانی و حتی خودداری از اطاله کلام موافقان و مخالفان یک

-
1. linguistic Rationality
 2. legal-Formal Rationality
 3. pragmatic Rationality
 4. teleological Rationality
 5. ethical Rationality

طرح و ... را دربرمی گیرد و دسته سوم، موضوعات پساقانون گذاری که شامل موارد تأیید یا تنفیذ مصوبه، انتشار قانون، ابلاغ قانون و ... است (فلورز، ۱۳۹۰، ص ۳۲-۳۳). همچنین می توان ادعا کرد بر اساس دیدگاه اخیر، فلسفه قانون گذاری و توجیه تقنین، مستلزم و متضمن به کارگیری ارزیابی ها و دانش های بین رشته ای است. براین اساس، قانون گذار باید از اقتصاد، اخلاق، منطق، سیاست و البته دانش های مضاعف هر یک از این رشته های تخصصی، در تحلیل های خود کمک بگیرد تا بتواند مؤلفه های توجیه مفادی تقنین را در مصوبات خود احراز نماید (Winter, 2002, P. 146-148).

مبحث پنجم: معیار صلاحیت قانون گذار، سومین مؤلفه نظریه تقنینی

سومین مؤلفه تشکیل دهنده اجزای نظریه تقنینی، توجیه مشروعیت و صلاحیت قانون گذار بر مبنای نظریه نمایندگی سیاسی است. داستان چرایی و چگونگی شکل گیری و پذیرش این مؤلفه، چنین آغاز می شود که در نهضت روشنفکری، انسان گرایی به مثابه یک ارزش و یک بنیاد نظری در واکنش به اندیشه مسیحی شکل گرفت تا برخلاف اندیشه دینی، به جای تأکید بر خدا، جایگاه انسان را در کانون توجه خود قرار دهد (افضلی، ۱۳۸۵، ص ۳۰). در همین راستا، آبای نهضت روشنفکری همچون کانت و وارثان برحق این جریان فکری در عصر حاضر، هم آوا و یک صدا تأکید داشته و دارند که منشأ هر قانونی باید خود انسان باشد (همان، ص ۳۳ به بعد).

با تمرکز آمال روشنفکران بر تشکیل و ساماندهی حکومت ها بر اساس خواست و اراده شهروندان، اصلی ترین چالش، مَجراسازی برای مشارکت اراده شهروندان در جوامع بزرگ بشری در امر حکمرانی و از جمله قانون گذاری بود؛ جوامعی که متشکل از جمعیت های متکثر و پرتراکم بودند و امکان مشارکت مردم به نحو مستقیم در تصمیم گیری و تمشیت امور در آنها وجود نداشت. در چنین فضایی بود که برای نخستین بار توماس هابز مفهوم «نماینده گی سیاسی» را مطرح کرد (بشیریه، ۱۳۸۲، ص ۳۴۲). او باور داشت که مفهوم نمایندگی سیاسی، راهکار شایسته ای به منظور مَجراسازی برای تحقق مشارکت اراده شهروندان جوامع مدرن، در فرایند حکمرانی و مسئله قانون گذاری است. اما نکته مهم آن بود که: نظریه «نماینده گی سیاسی» چگونه می توانست این چالش را برطرف سازد؟ به نظر می رسد برای یافتن پاسخ این پرسش،

لازم است ابتدا از چیستی و کارکرد اصل نهاد «نمایندگی»^۱ بحث کنیم و سپس کارکرد آن را در حوزه سیاست واکاوی نماییم.

از دیرباز نظریه نمایندگی^۲ مورد توجه بسیاری از نظام‌های حقوقی قرار گرفته است (امیری قائم مقامی، ۱۳۶۵، ص ۸۱). یکی از اصلی‌ترین دلایل روی آوردن به استفاده از نهاد نمایندگی در اداره امور، اعطای نیابت به مسئولان و افرادی است که قرار است از طرف یک جمع از افراد یا یک نهاد انتزاعی تشکیل شده از برخی افراد، همچون یک شرکت تجاری، اقداماتی را انجام دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۷۶). خالی از حقیقت نیست اگر ادعا کنیم این نکته، اصلی‌ترین دلیلی است که نهاد نمایندگی، به مثابه یک تأسیس اجتماعی مؤثر و کارآمد در تمشیت و اداره امور جوامع بشری از دیرباز مورد توجه قرار گرفته است.^۳ همچنان‌که برخی از نویسندگان ادعا کرده‌اند، نهادها و تأسیسات حقوقی مشهور و فراگیری مانند وکالت، وصایت، ولایت، قیمومت و ... که دارای قواعد و بنیان‌های مشترکی هستند، همگی از آثار پذیرش کلان نظریه نمایندگی در حوزه دانش

۱. نظریه نمایندگی به مثابه یک کلان‌تنوری مطرح در حوزه علوم اجتماعی، بسیار فراتر از مرزها و دغدغه‌های دانش حقوق در خدمت جوامع بشری قرار گرفته، ساماندهی بخش وسیعی از روابط جمعی و چندوجهی انسان را در حوزه‌های مختلف فعالیت‌های اجتماعی او عهده‌دار گردیده است؛ حوزه‌هایی چون اقتصاد (Demski & Spence & Zeckhauser, 1971, p.380-387; Abrich, 2001, p. 1-90) (Fama, 1980, p. 154-213) (Feltham, 1978: 336-359; Baiman, 1990, p. 288-307) (Basu & Rajiv & Spinivasan & Staelin, 1985, p.267-291) رفتارهای سازمانی، (Kathleen, 1989, p. 57-74) جامعه‌شناسی (Eccles, 1985, p.151-186) مدیریت (Jensen, 1998) و علوم سیاسی (Barry, 1982, p.442-453).

2. theory of representation

۳. گفته شده حسب آثار مکتوب به‌دست‌آمده از مطالعات باستان‌شناسی، روم باستان جزء تمدن‌های کهنی است که به این نهاد اجتماعی توجه کرده و به تدوین و پردازش قواعد و ضوابط حاکم بر به‌کارگیری و استفاده از این نهاد در جامعه خود اقدام نموده است (حاجیان، ۱۳۸۶، ص ۲۴). البته این به معنای آن نیست که دیگر ملل و تمدن‌های کهن بشری، به نهاد نمایندگی توجه نداشته‌اند یا نهاد یادشده در جوامع ایشان کاربرد و جایگاه مشخصی نداشته است. برای نمونه، احکام مربوط به نیابت و اعطای نمایندگی در اسلام، اعم از وکالت و غیر از آن، جزء احکام امضایی به شمار می‌آید و این به معنای آن است که این احکام در روابط اجتماعی جامعه زمان پیش از بعثت پیامبر ﷺ وجود داشته و شارع مقدس، صرفاً ادامه استفاده از این نهاد را تنفیذ کرده است. همچنین حسب نقل و تصریح بسیاری از منابع معتبر در خصوص سیره پیامبر اسلام ﷺ، ایشان برای رفع حوائج روزمره خود و نیز اداره امور جامعه اسلامی، به‌کرات نهاد نمایندگی را به خدمت گرفته، به افراد مختلف برای انجام امور متعددی اعطای نیابت کرده‌اند (همان، ص ۲۵).

حقوق می‌باشند که هر یک حسب اقسا، به منظور اداره بخش‌های مختلفی از روابط اجتماعی انسان‌ها، به صورت یک نهاد حقوقی مجزا پردازش یافته‌اند. (ره‌پیک، ۱۳۷۷، ص ۱۱۹-۱۳۰).

اما در این میان، جایگاه و کارکرد نظریه نمایندگی در حوزه سیاست، از نگاه دانش حقوق، واجد اهمیت و درخور توجه مضاعفی به شمار می‌آید؛ چراکه کارکرد نظریه نمایندگی در ساحت علوم سیاسی، توجیه مشروعیت و منطق پذیرش حوزه گسترده صلاحیت‌ها و اختیاراتی برای حکومت است که به صورت مستقیم و غیرمستقیم حوزه حقوق و آزادی‌های شهروندان جامعه را محدود می‌سازد. به همین دلیل، دانش حقوق اساسی، همگام و به موازات دانش علوم سیاسی، خود را مکلف به تحلیل و بررسی مبانی و ابعاد نظریه نمایندگی سیاسی می‌داند.

بر مبنای کارکرد سیاسی نظریه نمایندگی، مردم می‌توانند با تعیین نمایندگانی، از مشارکت مستقیم در امور سیاسی و قانون‌گذاری صرف‌نظر کنند و امور یادشده را به نمایندگان خود محول سازند. این واگذاری امر و اعطای نیابت، مطابق با دیدگاه روشنفکران، وضعیت موجه و پذیرفته‌ای است که به شخص یا اشخاص صلاحیت می‌دهد به استناد نیابت داشتن از سوی شهروندان یک جامعه سیاسی و به نام ایشان، به اعمال اقتدار در حیطه امور عمومی و حاکمیتی اقدام کنند. در حقیقت، بنا بر ادعای اندیشمندان علوم سیاسی و نظریه‌پردازان ایده نمایندگی سیاسی، این نظریه دربردارنده سامانه منسجمی از مفاهیم و خرده‌نظریه‌هایی است که برای شهروندان، در خصوص مشارکت در قانون‌گذاری و اداره امور جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کنند، یک سازوکار نیابتی از طریق انتخاب نمایندگانشان فراهم می‌آورد (دلیر، ۱۳۸۸، ص ۳۴).

البته دیدگاه یادشده با مخالفت‌ها و انتقادهایی از سوی معدودی از متقدمان نهضت روشنفکری مواجه گردید. از نظر این منتقدان، نظریه نمایندگی سیاسی به‌رغم توصیف خوش‌آب‌ورنگ و دلفریبش در خصوص مَجراسازی برای تحقق حق حاکمیت و مشارکت شهروندان در اداره امور عمومی جامعه، در عمل مآلی جز به حاشیه راندن خواست و اراده حقیقی ایشان و جایگزین کردن اراده و خواست نمایندگانی که تابع منافع و امیال شخصی یا گروهی خویش هستند، در پی نداشته و ندارد (روسو، ۱۳۷۹، ص ۳۷۷). با این حال، نظریه نمایندگی سیاسی، نه تنها به‌واسطه این انتقادهای خدشه‌شدار

نشد، حتی برخی از نویسندگان به نحو اغراق آمیزی ادعا کردند نمایندگی سیاسی، تنها مجرای مشروع برای انتخاب حاکمان و توجیه سازوکار اعمال اقتدار ایشان در جوامع مدرن است (آربلاستر، ۱۳۷۹، ص ۱۲۷).

بنابراین، تحدید قلمرو صلاحیت زمامداران با قواعد حقوقی از پیش تعریف شده از سوی نمایندگان برخاسته از اراده ملی، ضرورتی انکارناپذیر دانسته شد (گرچی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۹-۱۸۹ و ۱۵۲)؛ ضرورتی که سبب شد خواست و اراده شهروندان، نقشی اثرگذار و مهم در فرایند خلق هنجارهای حقوقی داشته باشد.^۱ براین مبنا، در ماده ششم اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه به عنوان یکی از اصلی ترین دستاوردهای نهضت روشنفکری تصریح گردید: قانون، بیانگر اراده عام تمامی شهروندان است. همه افراد، خواه به صورت شخصی، و خواه از طریق نمایندگانشان، حق مشارکت در قانون گذاری را دارند. گسترش و فراگیری این نظام واره و بینش نظری سبب شد در اسناد بین المللی نیز تصریح گردد:

اساس و منشأ قدرت حکومت، اراده مردم است. این اراده باید به وسیله انتخاباتی برگزار گردد که از روی صداقت و به طور ادواری صورت می پذیرد (بند ۳ ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر).

مبحث هفتم: چالش های گرده برداری از نظریه تقنینی در جامعه اسلامی

پیش از این، در مقدمه این مقاله توضیح دادیم که غرض از نگارش این مقاله، صرفاً تبیین خوانشی شفاف و صریح از نظام واره دانشی نظریه تقنینی بوده است، نه ورود به بحث از نسبت سنجی مبانی و مؤلفه های این نظریه با اقتضائات اندیشه اسلامی. با این حال، از آنجا که در سنت پژوهشی متعارف، پس از بیان هر ایده و نظریه ای از اندیشه حقوقی مغرب زمین، بلافاصله به بحث از نسبت آن نظریه با اندیشه حقوقی اسلام و اقتضائات جامعه اسلامی می پردازند و احتمالاً پرسش از نسبت نظریه تقنینی و اندیشه سیاسی و حقوقی جامعه اسلامی، در کانون توجه مخاطبان و خوانندگان این مقاله نیز قرار گرفته است، به نحو گذرا به چالش های پیش روی محققان و علاقه مندان بحث از نسبت نظریه تقنینی و اندیشه حقوقی و سیاسی جامعه اسلامی می پردازیم.

1. Fuller, Lon L. (1969). *The Morality of Law*. New Haven; London: Yale University Press.

گفتیم که کارکرد نظریه تقنینی در اندیشه حقوق مدرن، آن است که بتواند با ارائه نظام‌واره معرفتی منسجم، انسان و جامعه مدرن را از تمسک به احکام شرایع آسمانی، نظامات هنجاری سنتی و بایسته‌های برآمده از معارف متافیزیکی در تمشیت امور اجتماعی بی‌نیاز سازد. این در حالی است که اساس هنجارمندی حقوقی در جامعه اسلامی، چیزی جز عبودیت و اطاعت از فرامین شارع مقدس نیست (ر.ک: جوادی آملی، ۱۳۷۸، ص ۲۸۰). براین اساس، مبنای مادی‌گرایانه نظریه تقنینی، از نظر نفی نیاز و امکان تمشیت امور عمومی بر مدار شرایع و فرامین الهی، در تقابل جدی با عبودیت به مثابه بنیاد ارزشی هنجارمندی حقوقی و سیاسی در جامعه اسلامی قرار می‌گیرد (ر.ک: مصباح یزدی، ۱۳۸۱، ص ۲۲۶).

حال اگر بخواهیم از هویت و جایگاه قاعده حقوقی در اندیشه اسلامی جست‌وجو کنیم، آن‌گاه درخواهیم یافت که دانش واژه «حکم شرعی»، همان هنجار و قاعده حقوقی جامعه اسلامی است (کعبی، ۱۳۸۲، ص ۱۰۹). حکم شرعی، قاعده هنجاری عام‌الشمولی است که حیثیت و اعتبار شرعی دارد و تمامی تابعان نظام حقوقی اسلام، مکلف به پیروی از آن هستند. به زبان ساده‌تر می‌توان گفت قواعد هنجاری تشکیل‌دهنده نظام حقوقی در اندیشه اسلامی، مصداق و حقیقتی جز احکام شرعی ندارد.

براین اساس، خالی از وجه نخواهد بود اگر ادعا کنیم آن قاعده هنجاری بنیادینی که نظام حقوق مدرن را تشکیل می‌دهد و در ادبیات مدرن حقوقی با عنوان «قانون» شناسایی می‌شود، در نظام حقوقی اسلام، چیزی جز احکام و موازین شرعی نخواهد بود. اما اگر بخواهیم مشابهت و یکسانی «قانون» به مثابه قاعده حقوق مدرن و «حکم شرعی» به مثابه قاعده حقوقی نظام اسلامی را دقیق‌تر به گفت‌وگو بنشینیم، آن‌گاه می‌توان بحث را از کارکرد تنظیمی این دو نهاد، در حوزه سامان‌دهی و هدایت رفتارهای اجتماعی تابعانشان پیگیری نمود. ضرورت سامان‌دهی و هدایت رفتارها و مناسبات افراد در جوامع مدرن به واسطه قواعد حقوقی به دست می‌آید (بکری، ۱۹۷۲م، ص ۱۱۹ و ۱۴۷) و بر همین اساس، موضوع اصلی احکام و قواعد حقوقی، هدایت و کنترل رفتار و اعمال افراد در مناسبات جوامع مدرن خواهد بود (فرج‌الصد، ۱۹۶۰م، ص ۳۴). حال اگر به کارکرد قواعد و احکام شرعی^۱ در سامان‌دهی مناسبات جامعه اسلامی توجه کنیم، به وضوح مشاهده

۱. در حقیقت، مفهوم قاعده شرعی و مفهوم حکم شرعی یکی است و بین آنها هیچ تفاوتی وجود ندارد؛ خواه نظر

می‌شود که در حقیقت کارکرد اصلی قواعد شرعی نیز تنظیم و کنترل رفتار و مناسبات انسانی شهروندان در نظام و جامعه اسلامی است.^۱

چالش دیگر قابل توجه در مسیر پذیرش و اخذ نظریه تقنینی در جامعه و اندیشه اسلامی، آن است که در این نظام‌واره نظری، نمایندگی سیاسی و نیابت قانون‌گذاران از شهروندان، یکی دیگر از مؤلفه‌های اصلی نظریه است؛ حال آنکه، اگر ماهیت نمایندگی سیاسی را نوعی نیابت از جانب مردم بدانیم - اعم از اینکه همان وکالت فقهی باشد یا یک عقد نیابتی دیگر - بنا بر قاعده کلی در اعطای نیابت، هر چیزی که شخص مستقلاً بتواند در آن تصرف کند، صحیح است در آن امر نایب بگیرد؛ وگرنه، اعطای نیابت در آن موضوع باطل خواهد بود (طوسی، بی تا، ج ۲، ص ۳۶۵). این در حالی است که در اندیشه اسلامی بنا بر قواعد کلامی و فقهی، «اصل بر این است که حکم و دستور هیچ کس بر دیگری نافذ نیست - اعم از اینکه این حکم به صورت عام و کلی در سیاق قوانین صادر گردد یا اینکه حکمی موردی و خاص، مثلاً از حیث اعمال نظارت باشد - مگر حکم و دستور کسی که بنا به استحقاق ذاتی خود مالک و خالق باشد» (خمینی، ۱۳۴۳ق، ص ۱۰۰) و اوست که برای هر چیز اندازه‌ای قرار داده است: «إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ»^۲ و اگر کسی درباره خود و دیگران اقدام به صدور فرامین لازم‌الاجرا نماید، به نوعی ادعای ربوبیت بر خود و دیگران کرده است (جوادی آملی، ۱۳۷۵، ص ۱۰۹-۱۰۷).

اصولیان را بپذیریم که لفظ حکم شرعی را «علم به ذات خطاب شارح» به شمار آوردند یا با فقها هم‌عقیده شویم که گفته‌اند حکم بر اثر خطاب خداوند دلالت می‌کند (رشوندی، ۱۳۸۲، ص ۶۸-۹۱).

۱. قاعده حقوقی، افراد جامعه را مخاطب قرار می‌دهد؛ آن هم اشخاصی که شخصیت حقوقی دارند و بدین ترتیب، جمادات و حیوانات مخاطب نیستند. پس قاعده حقوقی، به حکم لازم‌الاجرای توجه دارد که فرد در قبال دیگران برعهده دارد و قابل تصور نیست این دیگران، جماد یا حیوان باشند؛ هرچند قواعدی وجود دارد که به‌ظاهر گویا رابطه فرد را با حیوان تنظیم می‌کند؛ همچون قاعده یا قانونی که صید حیوانات را در فصل معینی ممنوع می‌کند یا قاعده‌ای که از برخورد خشونت‌آمیز با آنها نهی می‌نماید؛ ولی این قواعد، در حقیقت روابط بین اشخاص را تنظیم می‌نماید. این قواعد، رابطه کسی را که قانون متوجه اوست با دیگر اشخاص، کنترل و تنظیم می‌کند؛ به این معنا که برخورد خشن با حیوانات، دیگری را ناراحت می‌نماید و در خصوص صید که قانون در فصل معینی آن را ممنوع کرده است، به کسب دیگری یا منبع غذایی‌اش لطمه می‌زند یا اینکه نسل حیوان منقرض می‌شود (بکری، ۱۹۷۲م، ص ۵۸).

۲. قمر (۵۴)، ۴۹.

بنابراین، به نظر می‌رسد هر گونه تلاش برای توجیه و پذیرش ادبیات نظریه تقنینی در نظام حقوقی و سیاسی جامعه اسلامی، با چالش‌های عمده‌ای مواجه خواهد بود. این چالش‌ها عبارت‌اند از: تعارض مبانی این نظریه با مبانی هنجارمندی جامعه اسلامی، نفی امکان قانون‌گذاری‌های بشری، انحصار معیار مشروعیت مفادی هر گونه ضابطه حقوقی به اخذ از خطابات و فرامین شارع، و نیز نفی امکان واگذاری نیابت سیاسی از سوی شهروندان به قانون‌گذاران و نهادهای تقنینی در دولت و جامعه اسلامی.

نتیجه‌گیری

اکنون به اتکای فضای ترسیم‌شده از دیدگاه‌ها و نظریه‌های مطرح در ادبیات حقوق مدرن در خصوص تبیین و چیستی دلالت معنایی اصطلاح «نظریه تقنینی»، می‌توان ادعا کرد اصطلاح یادشده، به نوعی دلالت‌کننده بر یک ایده و یک نظام‌واره فکری منسجم و مشخص در حوزه هنجارسازی حقوقی در دانش حقوق مدرن است. این ایده که خود برساخته و ولادت‌یافته در دامان جریان روشنفکری اروپایی است، تلاش می‌کند به واسطه تعریف یک مجموعه منسجم از مفاهیم و گزاره‌های توصیفی و تجویزی، فرایند آگاهانه و دفعی هنجارسازی حقوقی را در ارکان تقنینی دولت‌های مدرن سامان‌دهی کند و خطر شکل‌گیری استبداد را در این ارکان به حداقل رساند. همچنین، دیگر فلسفه وجودی نظریه تقنینی را در ادبیات حقوقی، می‌توان توانمندسازی جوامع مدرن گسسته از سنت و بی‌تقید به نظام‌های هنجاری شریعت‌بنیان، در سامان‌دهی و نظم‌بخشی به تعاملات و رفتارهای اجتماعی شهروندانشان تحلیل نمود.

بنا بر یافته‌های این پژوهش، ارکان و ساختار اصلی نظریه تقنینی در اندیشه حقوق مدرن، از سه مؤلفه تشکیل شده است. نخستین مؤلفه که در مقایسه با دو مؤلفه دیگر، تقدم وجودی و رتبی دارد، می‌کوشد مفهوم قانون را به مثابه یک تأسیس حقوقی بشری تعریف و تثبیت کند. در حقیقت، کارکرد اصلی این مؤلفه، ایجاد یک نظام مفهومی جامع و مانع از نهاد قانون در برابر نهادها و هنجارهای حقوقی مشابه در نظامات حقوقی دینی و سنتی است. دومین مؤلفه نظریه تقنینی، بحث از توجیه مفاد قوانین را برعهده دارد. تجویزات و الزامات پردازش‌شده در این مؤلفه، ضمن آنکه کارآمدی و موفقیت محتوا و مفاد قوانین را در تأمین آمال و خواسته‌های جوامع مدرن پیگیری می‌کند، تا جای امکان تلاش دارد مانع از فروغلتیدن محتوای قوانین به سمت نظامات هنجاری دینی و سنتی

گردد. سومین مؤلفه نظریه تقنینی جوامع مدرن، به‌کارگیری نهاد نمایندگی سیاسی برای توجیه دموکراتیک صلاحیت قانون‌گذاری در جوامع مدرن است. این مؤلفه، سازوکاری را برای تشکیل نهاد قانون‌گذاری در دولت مدرن تجویز می‌کند که می‌تواند نمایندگی از شهروندان و مجرای اعمال حق تعیین سرنوشت ایشان را در فرایند وضع قوانین مدعی باشد.

لازم به توجه است که محدودیت مجال یک مقاله علمی، نوشتار حاضر را ناچار از وارد نشدن به حیطه نقد، اصلاح و احتمالاً رد، معادل‌سازی یا جایگزین کردن کلیت نظریه یادشده یا هر یک از اجزای آن در نسبت مؤلفه‌ها و مبانی آن با اقتضانات و بنیادهای سیاسی و حقوقی جامعه اسلامی کرده است. با این حال، نتایج و دستاوردهای این مقاله به عنوان نخستین گام در مسیر صورت‌بندی مفاهیم، بایسته‌ها و الزامات پردازش‌شده در خصوص نظریه تقنینی جامعه ایران اسلامی می‌تواند مورد توجه صاحب‌نظران و اندیشمندان دیگر قرار گیرد و امید می‌رود تلاش به منظور نظریه‌پردازی بومی و بیان مؤلفه‌های نظریه تقنینی، همسو با مبانی ارزشی و بینشی ایران اسلامی، موضوع بحث و پژوهش آتی قرار گیرد. براین‌اساس، به طور مختصر به چالش‌های احتمالی مؤلفه‌ها و اجزای این نظریه در قرائت مدرن آن با اقتضانات اندیشه اسلامی اشاره گردید؛ چالش‌هایی چون تعارض مبانی نظریه تقنینی مدرن با عبودیت‌گرایی نظام حقوقی اسلام، نفی امکان قانون‌گذاری بشری در اسلام، معیار بودن موازین شرع در مشروعیت‌سنجی و توجیه مفاد مقررات حکومت اسلامی، و تعارضات مبانی و مفروضات نظریه نمایندگی سیاسی با اندیشه اسلامی.

براین‌اساس، به نظر می‌رسد هر گونه اقدام در خصوص تقلید کردن یا وارد نمودن اندیشه و نظام‌واره مفهومی «نظریه تقنینی» به ادبیات حقوقی بومی ما، و یا احتمالاً رویگرداندن از قرائت مدرن این نظریه و ترسیم و تبیین یک نظریه تقنینی بومی، اولاً، منوط به بحث از میزان موفقیت قرائت مدرن نظریه تقنینی در تحقق اهداف و کارویژه‌های مدنظر تئوری‌پردازان آن، و نیز میزان موفقیت این نظریه و هواخواهان آن در مواجهه با طغیان جریان فکری پست‌مدرن و مکاتب انتقادی دیگر است. ثانیاً، لازم است میزان همخوانی یا تعارض اقتضانات نظام ارزشی و بینشی ایران اسلامی با مبانی نظریه تقنین مدرن به صورت جدی مورد مذاقه و تأمل قرار گیرد. ثالثاً، انتظار می‌رود محققان و

نظریه پژوهان این عرصه، در مقام تبیین مفاد نظریه تقنینی مدنظر، پرسش‌هایی چون مفهوم قاعده حقوقی و حقیقت قانون، مبنای اعتبار و چگونگی ایجاد و تدوین آن، و نیز الزامات و بایسته‌های حاکم بر تعیین، شکل‌گیری و عملکرد ارکان قانون‌گذاری را در نظام جمهوری اسلامی ایران مدنظر قرار دهند.

کتابنامه

* قرآن کریم

۱. آربلاستر، آنتونی (۱۳۷۹). دموکراسی. ترجمه حسن مرتضوی. تهران: آشتیان.
۲. آذربایجانی، مسعود؛ کاظمینی، سید محمدحسین (۱۳۹۴). «درآمدی بر نظریه مدیریت تحول در علوم انسانی (با تأکید بر نقش محوری عوامل جامعه شناختی)». روش شناسی علوم انسانی، دوره ۲۱، شماره ۸۲، ص ۵۷-۹۴.
۳. اسکروتن، راجر (۱۳۷۵). کانت. ترجمه علی پایا. تهران: طرح نو.
۴. افضلی، جمعه خان (۱۳۸۵). «نگاهی به مبانی فلسفه سیاسی رالز». مجله معرفت فلسفی، ۴(۲)، ص ۲۹-۶۰.
۵. امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۶۵). حقوق تعهدات نظریه کلی تعهدات درقانون مدنی(ج ۲). چاپ دوم. تهران: دانشگاه تهران.
۶. بشیریه، حسن (۱۳۸۲). آموزش دانش سیاسی. تهران: نگاه معاصر.
۷. بکری، عبدالباقی (۱۹۷۲م). المدخل للقانون و الشریعه، نجف اشرف: مطبعه الآداب.
۸. پاملاجی، شومیکر؛ جمیز، ویلیام تاکارد؛ دومینیک، ال. لاسورسا (۱۳۹۰). نظریه‌سازی در علوم اجتماعی. ترجمه محمد عبداللهی. تهران: جامعه‌شناسان.
۹. توری، کارلو (۱۳۹۰). قانون‌گذاری، امری میان سیاست و حقوق. مترجم حسن وکیلان. در: مجموعه مقالات قانون و قانون‌گذاری. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس.
۱۰. خمینی، روح الله (۱۳۴۳ق). الرسائل، قم: موسسه اسماعیلیان.
۱۱. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۹). فلسفه حقوق بشر. قم: اسراء
۱۲. _____ (۱۳۷۸). شریعت در آئینه معرفت. قم: اسراء
۱۳. حاجیانی، هادی (۱۳۸۶). حقوق نمایندگی. تهران: دانش‌نگار.
۱۴. دلیر، بهرام (۱۳۸۸). «فقه و نمایندگی سیاسی». علوم سیاسی. شماره ۴۷، ص ۳۱-۵۲.
۱۵. دیوید، رنه؛ اسپینوزی، کامی ژوفره (۱۳۸۰). درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر. ترجمه و تلخیص حسین صفائی. تهران: دادگستر.
۱۶. راسخ، محمد (۱۳۸۴). بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

۱۷. رشوندی، مهدی (۱۳۸۲). «اوصاف و ویژگی های حقوق». پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۱۰، ص ۶۸-۹۱
۱۸. روسو، ژان ژاک (۱۳۷۹). قرارداد اجتماعی. ترجمه مرتضی کلانتریان. چاپ سوم. تهران: آگاه.
۱۹. ره پیک، سیامک (۱۳۷۷). «نقد نظریه نمایندگی در معامله به مال غیر در حقوق مدنی ایران». دیدگاه های حقوقی قضایی. شماره ۹، ص ۱۱۹-۱۳۰.
۲۰. طوسی، محمدبن حسن (بی تا). المبسوط. [تهران]: مکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.
۲۱. فلورز، ایمری (۱۳۹۰). در جست و جوی فلسفه قانونگذاری: مشروطه خواهی / قانون گرایی، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات). مترجم حسن و کیلیان. تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
۲۲. فرج الصده، عبدالمنعم (۱۹۹۸م). اصول القانون. بیروت: دار النهضة العربیة.
۲۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). قواعد عمومی قراردادها (ج ۲). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. _____ (۱۳۸۵). «حکومت قانون و جامعه مدنی». کانون وکلای دادگستری خراسان سالنامه. شماره ۲، دسترسی در: <http://nasour.net/1387.01.28/152.html>
۲۵. _____ (۱۳۸۳). گویا تر از گفتارها. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۶. _____ (۱۳۸۰). فلسفه حقوق (ج ۱). چاپ دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۷. کعبی، عباس (۱۳۸۱). «تطبیق نظام حقوق اسلام با حقوق وضعی معاصر»، فقه اهل بیت فارسی، شماره ۳۶، ص ۱۰۰-۱۲۶.
۲۸. گرجی، علی اکبر (۱۳۸۷). «حکومت قانون و محدودیت های حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری». حقوق اساسی. سال ۷، شماره ۹، ص ۱۴۹-۱۸۹
۲۹. لاگلین، مارتین (۱۳۸۷). «نظریه مشروطه (درآمدی بر مبانی حقوق عمومی)». مجلس و پژوهش. ترجمه محمد راسخ. سال ۱۴، شماره ۵۶، ص ۱۴۵-۱۸۶.
۳۰. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸۱). نظریه حقوق اسلام. چاپ دوم. قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام، مرکز انتشارات.
۳۱. مرکز مال میری، احمد (۱۳۸۰). حاکمیت قانون، مفاهیم و برداشت ها. تحت نظر و با مقدمه محمدحسین زارعی. تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.

۳۲. وکیلان، حسن (۱۳۹۰). گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات). تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۳۳. هارت، هربرت (۱۳۹۰). مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ. چاپ دوم. تهران: نشر نی.
34. Aquinas, T. (1948). *Summa Theologica*. Trans. J.G. Dawson; ed. J'Entreves. Oxford: Basil Blackwell.
35. Atienza, Manuel (1990). "Para una teoría de la argumentación jurídica" *Doxa*, No. 8, P39-61.
36. Atienza Manuel (1997). *Contribución a la teoría de la legislación*. Madrid: Tecnos.
37. ----- (1989a). "Sociología Jurídica y ciencia de la legislación". In R. Bergalli (coord.), *El Derecho y us Realidades. Investigación y Enseñanza de la Sociología Jurídica*. Barcelona: PPU.
38. ----- (1989b). "Contribución a la teoría de la legislación", *Doxa*, No. 6, P.385-403.
39. Austin, J. (1954). *The Province of Jurisprudence Determined*. ed. by H.L.A. Hart. [S.L.]: George Weidenfeld & Nixolson Ltd.
40. Abrich, J.G. (2001). "Sharing with A Risk-Neutral Agent". *Economic Review*. 1st Quarter.
41. Baiman, S. (1990). "Agency Research In Managerial Accounting: A Survey". *Accounting, Organizations and Society*. 15 (4), P341-371.
42. Marcia J. (2005). An introduction to Metatheories, theories, and models, In: *Theories of information behavior*. edited by Karen E. Fisher, Sandra Erdelez and Lynne(E. F.) McKechine. Medford, Newjersey: Information Today.
43. Bodin J. (1962). *The Six Bookes of Commonweale* [1576], R. Knolles (trans.). Cambridge, Mass: Harvard University Press.
44. Basu, Amiya K., Rajiv Lal, V. Spinivasan, and Richard Staelin. (1985) "Salesforce Compensation Plans: An Agency theoretic Perspective". *Marketing Science*. 4 (4), 267-291.
45. Calsamifglia, Albert (1989). "Sobre el principio de igualdad", El fundamento de los Derechos Humanos. Debate, Madrid.
46. Demski, Joel S., and Gerald A. Feltham. (1978) Economic Incentives in Budgetary Control Systems. *The Accounting Review* LIII (2).
47. Eriksson Lars D. (2002). "Making Society Through Legislation". In: J. Wintgens (ed.). *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*. Oxford-Portland, Oregon: Hart Publishing.
48. Feteris, Eveline T. (1999). Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers, 1999.
49. Kathleen M. (1989). "Agency Theory: An Assessment and Review". *Academy of Management Review*. 14 (1), P.57-74. .
50. Eccles, R. (1985). transfer pricing as a problem of agency. In: J. Pratt & R. Zeckhauser (Eds). *Principals and agaent: The structure of business*. Boston: Harvard Business School Press.
51. Fama, Eugene F. (1980). "Agency Problems and the Theory of the Firm". *Journal of Political Economy*, 88 (2), P.288-307.
52. Flores, Imer B. (2002). "The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism". In: Luc Wintgens J. (ed.). *The Theory and Practice of Legislation:*

- Essays in Legisprudence*. Oxford: Hart Publishing.
53. Fuller Lon L. (1968). *The Anatomy of Law*. New York: Mentor.
 54. Finnis, J. (1998). *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*. New York: OUP.
 55. Freeman, M.D.A. (1994). *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. 6th ed.. London: Sweet & Maxwell.
 56. Ferrajoli Luigi (1999). "Jueces y Política", *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, IV (7).
 57. Jensen, M.C. (1998). *Self-Interest, Altruism, Incentives of Agency Theory*. Foundation of Organizational Strategy. New York: Harvard University Press.
 58. Hart H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. 2nd Edition. Oxford; New York: Oxford University Press.
 59. Hobbes Thomas (1991). *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.
 60. Hayek F.A. (1973). *Law, Legislation and Liberty: V.1 Rules and Order*. London: Routledge and Kegan Paul.
 61. Hegel G.W.F. (1971). *The Philosophy of Mind* [1830]. Trans. By W. Wallace. Oxford: Clarendon Press.
 62. Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
 63. Henry, Hart Jr.; Sacks, Albert; Eskridge, W.; Frickey, P. (1958). *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. (Unpublished Manuscript Tent (ed.)). New York: Foundation Press.
 64. Landau M. (1979). "On the use of Metaphor in Political Analysis". In: *Political Theory and Political Science: Studies in the Methodology of Political Inquiry*. New Jersey: Humanities Press.
 65. Loughlin, M. (2005). "Constitutional Theory: A 25th Anniversary Essay". *Oxford Journal of Legal Studies*, 25 (2), P.183-202.
 66. Kelsen, H. (1986). "The Function of a Constitution", Trans. By I. Stewart. In: *Essays on Kelsen*, ed. By R. Tur and W. Twining. Oxford: Clarendon Press.
 67. Kelsen, H. (1970). *The Pure Theory of Law*. Trans. from the 2nd Revised and Enlarged German ed. by M. Knight. Berkeley: UCP.
 68. Mangabeira, Roberto (1996). *What Should Legal Analysis Become?*, London; New York: Verso.
 69. Madison J.; Hamilton. A. and Jay. J. (1987). *The Federalist Papers* [1788], I. Kramnick (ed.). London: Penguin.
 70. Maistre J de. (1965). "Study on Sovereignty" [1794-5]. In: Jack Lively (ed.). *The Works of Joseph de Maistre*. New York: Macmillan.
 71. Mitnick, Barry M. (1982). "Regulation and the Theory of Agency". *Policy Studies Review*, 1 (3), P.442-453.
 72. Pound, Roscoe (1921). *The Spirit of the Common Law*. Boston: Beacon Press.
 73. Paine, T. (1995). "Rights of Man". In: *Rights of Man, Common Sense and other Political Writings*. M. Philop (ed.). Oxford: Oxford University Press.
 74. Raz, J. (1978). *The Concept of a Legal System*. Oxford: OUP.
 75. Spence, Michael; Zeckhauser, R. (1971). "Insurance, Information and Individual Action". *American Economic Review*, 61, P.380-387.
 76. Schäffer Heinz (1988). "Rationalisierung der Rechtssetzung". In: H. Schäffer (ed.). *Theorie der Rechtssetzung*. Wien: Manz Verlag.
 77. Shklar, Judith N. (1986). *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Cambridge: Harvard University Press.
 78. Tuori, Kaarlo (2002). "Legislative Between Politics and Law". In: Wintgens,

- Luc. *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*. Oxford: Hart Publishing.
79. Wintgens Luc J. (2002). "Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence". In: Luc J. Wintgens (ed.). *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*. Oxford-Portland, Oregon: Hart Publishing.
80. Max Weber (1968). *Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology*. New York: Bedminister Press.
81. Winter Heinrich (2002). "The Forum Model in Evaluation of Legislation". In: Luc J. Wintgens (ed.). *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*. Oxford-Portland, Oregon: Hart Publishing.